

헌법재판소  
헌법재판소결정해설집 2021

(표지면지)



## 발 간 사

새로운 감염병의 출현과 확산, 우크라이나 전쟁에 따른 인권 침해와 국제교역의 불확실성 증대, 전 세계적 이상기후 등 지금 각 국가는 다양한 도전에 직면하고 있습니다. 이와 같이 급변하는 대내·외적 환경은 새로운 헌법적 쟁점을 제시하고, 헌법재판을 통해 인간의 존엄과 자유, 평등을 국민들의 삶 속에서 구현해 내야 하는 헌법재판소의 사명과 역할은 더욱 막중하다고 할 것입니다.

헌법재판소는 1988. 9. 1. 설립된 이래 헌법에 담긴 우리 사회 공동체의 가치와 정신을 지키고 공권력의 오·남용으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 노력을 계속하여 왔습니다. 2021년에도 2,621건의 사건들에 대한 결정을 통해 헌법재판소에 대한 국민의 기대와 신뢰에 부응하고자 최선을 다하였고, 헌법규범이 입법·행정 등 공권력 행사의 기준이면서 국민들의 삶 속에 살아 숨쉬는 규범이 될 수 있도록 하였습니다.

국가·사회적으로 큰 쟁점이 되는 헌법적 문제에 대해 헌법재판소가 내린 결정이 우리 사회 전반에 미치는 영향력을 고려할 때, 결정주문 그 자체뿐 아니라 그 결정의 배경과 의미에 대하여도 국민들에게 충실히 전달할 필요가 있을 것입니다. 이에 헌법재판소는 매년 전년도에 선고된 결정 중에서 널리 알려져 공유될만한 가치가 있다고 판단되는 결정들을 선정하여, 해당 결정에 이르게 된 논리적인 과정과 상세한 이유, 해외 입법례 등을 담은 해설집을 발간하고 있습니다. 올해에도 2021년에 선고된 결정 중 “도로교통법 제148조의2 제1항 위헌소원” 사건을 포함한 21건을 선별하여 《헌법재판소결정해설집》을 발간하게 되었습니다.

이 해설집을 통하여 국민들이 헌법재판소 결정의 의미를 보다 깊이 있게 이해하고 기본권에 대한 인식을 향상시키는 물론, 헌법 재판소 결정에 대한 학문적 연구가 보다 활발해지는 데 기여할 수 있게 되기를 바랍니다. 다만, 이 책에 실린 해설은 집필을 담당 한 헌법연구관 개인의 견해일 뿐 헌법재판소의 공식적인 견해가 아님을 밝혀둡니다.

끝으로, 바쁜 업무 중에도 원고를 정성껏 작성하여 주신 집필자 여러분과 국내외 자료를 조사해주신 헌법연구원, 그리고 이 책 발간을 위해 애써 주신 발간위원들께 감사의 말씀을 전합니다.

2022. 9.

헌법재판소 사무처장 박 종 문

# 목 차

1. 재조선미국육군사령부군정청 법령 제2호 제4조 등 위헌소원 .....	이은선 .....	1
2. 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등 .....	박준희 .....	20
3. 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인 .....	류지현 .....	56
4. 경상남도 등과 전라남도 등 간의 권한쟁의 .....	서세인 .....	97
5. 형법 제307조 제1항 위헌확인 등 .....	승이도 .....	119
6. 공직선거법 제57조의6 제1항 등 위헌제청 .....	민선홍 .....	169
7. 정치자금법 제27조 제1항 등 위헌확인 .....	남상규 .....	203
8. 형의 실효 등에 관한 법률 제8조의2 위헌제청 .....	정현주 .....	232
9. 보안관찰법 제2조 등 위헌소원 .....	김지현(金智賢) ·	252
10. 여객자동차 운수사업법 제34조 제2항 제1호 바목 위헌확인 .....	정한별 .....	277
11. 구 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌제청 .....	김지현(金智賢) ·	314
12. 세무사법 제3조 등 위헌확인 등 .....	채혜미 .....	333

13. 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조의 분쟁해결 부자위 위헌확인 .....	곽원석 .....	365
14. 근로기준법 제63조 제2호 위헌확인 .....	전은주 .....	394
15. 공직자윤리법 부칙 제2조 위헌제청 .....	서세인 .....	427
16. 행정부자위 위헌확인 .....	서세인 .....	448
17. 근로자퇴직급여 보장법 제4조 제1항 단서 위헌소원 .....	이미래 .....	496
18. 도로교통법 제148조의2 제1항 위헌소원 등 .....	이현주 .....	529
19. 정부의 가상통화 관련 긴급대책 등 위헌확인 .....	배상준 .....	570
20. 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원 .....	김병욱 .....	594
21. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제1항 등 위헌확인 .....	유경민 .....	637

# 1. 재조선미국육군사령부군정청 법령 제2호 제4조 등 위헌소원

- 일본인 재산의 처리 및 귀속에 관한 미군정청 법령 조항 사건 -  
(헌재 2021. 1. 28. 2018헌바88, 판례집 33-1, 20)

이 은 선\*

## 【판시사항】

1. 폐지된 법률이 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부(적극)
2. 1945. 8. 9. 이후 성립된 거래를 전부 무효로 한 재조선미국육군사령부군정청 법령 제2호(1945. 9. 25. 공포) 제4조 본문(이하 ‘이 사건 무효조항’이라 한다)과 1945. 8. 9. 이후 일본 국민이 소유하거나 관리하는 재산을 1945. 9. 25.자로 전부 미군정청이 취득하도록 한 재조선미국육군사령부군정청 법령 제33호(1945. 12. 6. 공포) 제2조 전단 중 ‘일본 국민’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 하고, 이 사건 무효조항과 이 사건 귀속조항을 합쳐서 ‘심판대상조항’이라 한다)이 진정소급입법으로서 헌법 제13조 제2항에 반하는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 이 사건 무효조항과 이 사건 귀속조항이 헌법에 위반되는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 2016. 11. 24. 울산 중구 소재의 구거 및 도로 (이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 경매절차에서 낙찰 받아 그 소유권을 취득한 사람들이다. 청구인들은 2017. 4. 3. 울산광역시 중구가 아무런 권원 없이 이 사건 토지를 도로 포장 등의 방법으로 점유·사용하고 있으므로 그로 인한 부당이득금을 지급할 의무가 있다고 주장하면서, 울산광역시 중구를 상대로 부당이득금 반환청구소송을 제기하였다(울산지방법원 2017가소205205).

나. 이에 대하여 울산광역시 중구는, 이 사건 토지의 전 소유자가 1945. 8. 10. 재조선 일본인으로부터 이 사건 토지를 매수하고 1945. 9. 7. 소유권이전등기를 마쳤는데, 1945. 9. 25. 공포된 재조선미국육군사령부군정청 법령(이하 ‘미군정청 법령’이라 한다) 제2호 제1조가 일본인의 모든 재산권 이전 행위를 금지하고 같은 법령 제4조가 1945. 8. 9. 이후에 체결한 재산권 이전 목적으로 한 법률행위를 무효로 하였으며, 1945. 12. 6. 공포된 미군정청 법령 제33호 제2조가 1945. 8. 9. 이후 일본인의 모든 재산은 미군정청이 취득한다고 규정한 점 등을 이유로 청구인들의 부당이득금 반환 청구는 기각되어야 한다고 주장하였다.

다. 이에 청구인들은 위 소송 계속 중인 2017. 6. 19. 미군정청 법령 제2호 제4조 및 미군정청 법령 제33호 제2조와 귀속재산의 처리에 관한 구 귀속재산처리법 제2조, 구 ‘귀속재산처리에 관한 특별조치법’ 제2조 제1호 및 같은 법 부칙 제5조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2018. 1. 2. 기각되자(울산지방법원 2017카기10033), 2018. 1. 23. 위 조항들의 위헌 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.



## 2. 청구인들의 주장

가. 미군정청 법령 제2호와 미군정청 법령 제33호(이하 ‘이 사건 법령들’이라 한다)는 1945. 9. 25., 1945. 12. 6. 각 공포되었음에도 이 사건 무효조항은 1945. 8. 9. 이후에 성립된 거래를 전부 무효로 하고, 이 사건 귀속조항은 1945. 8. 9. 이후 일본인이 소유하거나 관리하는 재산을 1945. 9. 25.자로 전부 미군정청이 취득하도록 규정하고 있으므로 심판대상조항은 소급입법금지 원칙에 위반된다.

나. 심판대상조항은 일본 정부에 대하여 전쟁의 책임을 묻기 위한 것임에도 침략전쟁과 무관한 일본 국민에 대하여서까지 그 사유재산을 몰수하도록 규정하고 몰수의 기준 시점을 소급함으로써 일본 국민으로부터 재산을 적법하게 취득한 한국인에 대하여서까지 그 재산을 예외 없이 몰수하도록 규정하고 있으므로 과잉금지 원칙에 위반된다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 ‘구법령 정리에 관한 특별조치법’에 따라 폐지된 조항이지만 계쟁 토지가 귀속재산인지 여부와 관련하여 현재까지도 여전히 유효한 재판규범으로서 적용되고 있고 그 위헌 여부가 당해사건의 재판의 전제가 되어 있으므로 헌법소원의 대상이 된다.

2. 심판대상조항은 진정소급입법에 해당하지만 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우나 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다. 1945. 8. 9.은 일본의 패망이 기정사실화된 시점

으로, 그 이후 남한 내에 미군정이 수립되고 일본인의 사유재산에 대한 동결 및 귀속조치가 이루어지기까지 법적 상태는 매우 불확실하고 혼란스러웠으므로 1945. 8. 9. 이후 조선에 남아 있던 일본인들이 일본의 패망과 미군정의 수립에도 불구하고 그들이 한반도 내에서 소유하거나 관리하던 재산을 자유롭게 거래하거나 처분할 수 있다고 신뢰하였다 하더라도 그러한 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 가치가 있는 신뢰라고 보기 어렵다. 일본인들이 불법적인 한일병합조약을 통하여 조선 내에서 축적한 재산을 1945. 8. 9. 상태 그대로 일괄 동결시키고 그 산일과 훼손을 방지하여 향후 수립될 대한민국에 이양한다는 공익은, 한반도 내의 사유재산을 자유롭게 처분하고 일본 본토로 철수하고자 하였던 일본인이나, 일본의 패망 직후 일본인으로부터 재산을 매수한 한국인들에 대한 신뢰보호의 요청보다 훨씬 더 중대하다. 심판대상조항은 소급입법금지원칙에 대한 예외로서 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판의 대상을 미군정청 법령 제2호 제4조 및 미군정청 법령 제33호 제2조 전체로 삼을 것인지 아니면 청구인들이 그 위헌성을 다투고자 하는 부분으로 심판대상을 한정할 것인지 여부가 문제된다. 또한 청구인들은 대한민국 정부 수립 이후의 귀속재산 처리에 관한 조항인 구 귀속재산처리법 제2조, 구 ‘귀속재산처리에 관한 특별조치법’ 제2조 제1호 및 같은 법 부칙 제5조 제1항에 대하여 위헌학인을 구하고 있는데, 이에 대한 고유의 위헌성 주장이 있는지 여부에 대한 검토가 필요하다.

적법 요건과 관련하여서는 재판의 전제성을 검토하기에 앞서 선결문제로서, 이 사건 심판청구에서 문제된 미군정청 법령 제2호와 미군정청 법령 제33호가 헌법 제정 이전의 법률이면서 동시에 ‘구법령 정리에 관한 특별조치법’ 제3조에 따라 1962. 1. 20.자로 폐지된 법률에 해당하므로, 헌법 제정 이전의 법률이나 폐지된 법률이 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는지 여부가 검토되어야 한다.

본안 판단을 함에 있어서는, 이 사건 법령들이 1945. 9. 25., 1945. 12. 6. 각 공포되었음에도 심판대상조항은 거래의 효력이나 재산의 귀속을 1945. 8. 9.자로 소급하여 규정하고 있으므로 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부가 중요한 쟁점이 된다.

## 2. 심판대상의 한정 여부

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 심판의 대상을 한정함이 옳다고 판단하였다.

『청구인들은 미군정청 법령 제2호 제4조, 미군정청 법령 제33호 제2조 전부에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인들이 그 위헌성을 다투고자 하는 부분은 1945. 8. 9. 이후 ‘일본 국민’의 재산에 대한 거래를 모두 무효로 하고, 그 재산에 대한 소유권을 1945. 9. 25.자로 미군정청이 취득하도록 한 것이므로, 심판대상을 이에 관한 부분으로 한정한다.

한편 청구인들은 대한민국 정부 수립 이후의 귀속재산 처리에 관한 조항들에 대하여는 그 고유의 위헌성을 주장하고 있지 아니하므로, 구 귀속재산처리법 제2조와 구 ‘귀속재산처리에 관한 특별조치법’ 제2조 제1호 및 같은 법 부칙 제5조 제1항은 심판대상에서 제외하기로 한다.』

### 3. 이 사건 법령들의 입법 취지 및 심판대상조항의 내용

#### 가. 이 사건 법령들의 입법 취지

(1) 1945. 8. 15. 일본의 공식적인 항복조서 발표 이후, 태평양 미국육군 총사령관 맥아더는 북위 38도선 이남의 조선지역에 군정실시기관으로서 미군정청을 창설하고, 1945. 9. 7. 포고 제1호를 통하여 군정의 실시와 점령의 목적을 선포하였다. 포고 제1호는 점령에 관한 조건으로서 모든 행정권(여기에 행정권이란 사법, 행정, 입법을 포함한 통치권을 말함)이 총사령관의 권한 하에 든다는 점(제1조), 주민은 총사령관과 총사령관의 지시 하에 발표되는 명령에 즉시 복종하여야 한다는 점(제3조), 주민의 소유권을 존중한다는 점(제4조), 포고, 법령, 규약, 고시 또는 조례의 제정 권한이 미군정청에 속한다는 점(제6조)을 선언하였다.

(2) 앞서 살펴 본 바와 같이 포고 제1호 제4조는 ‘주민의 소유권은 존중한다.’라고 규정하였는데, 여기서 ‘주민’에 일본인도 포함되는지 여부가 문제된다.

군정장관 아놀드는 1945. 9. 25. 미군정청 법령 제2호를 발령하면서, 1945. 8. 9. 당시 일본인 명의의 재산을 모두 동결시키되(제1조 및 이 사건 무효조항), 사유재산을 처분하고자 하는 경우에는 미군정 당국에 미리 보고서를 제출하고(제3조 제3항 참조) 그로부터 60일 이내에 금지명령이 없을 경우에는 당해 계약이 유효하게 성립하도록 규정하였다(제3조 제4항 참조).

그런데 이후 미군정은 1945. 12. 6. 미군정청 법령 제33호를 발령하고, 1945. 8. 9. 기준 일본재산을 모두 1945. 9. 25.자로 미군정에 귀속시켰다(이 사건 귀속조항 참조). 이로써 미군정청 법령 제2호에 따라 예외적으로 매매가 허용되었던 재산들도 미군정청 법령 제33호에 의하여 소급하여 모두 미군정에 귀속되었다.

나아가 미군정청 법령 제33호 제2조 후단은 “누구를 불문하고 군정청 허가 없이 그 재산에 침입 또는 점유하고 그 재산의 이전 또는 그 재산의 취득, 효용을 훼손함을 불법으로 한다.”라고 명시함으로써 일본인에 의한 재산의 국외 유출뿐만 아니라 한국인에 의한 일본재산의 침탈, 점유, 취득 또는 그 훼손을 막고자 하였다.

#### 나. 이 사건 무효조항의 내용

이 사건 무효조항은 “본 법령에 설명한 종류의 취인으로서 1945년 8월 9일 이후에 성립된 것은 본 일로 전부 무효로 한다.”고 규정하고 있다.

미군정청 법령 제2호 제1조는 “1945년 8월 9일 이후 일본, 독일, 이탈리아, 불가리아, 루마니아, 헝가리, 태국 등 제국(諸國)의 정부나 또는 기 대리기관이나 또 기 국민, 회사, 단체, 조합, 기타 기관과 또는 행정부 등이 조직 또는 조정하는 기관이 직접간접 또는 전부 혹 일부를 소유하거나 관리하는 금, 은, 백금, 통화, 증권, 예금, 채권, 유가증권, 기타 재산을 매매, 취득, 이동, 지분, 인출, 처분, 수입, 수출, 기타 취급과 권리, 권력, 특권의 행사는 이 법령에 규정한 이외에는 자(茲)에 차(此)를 금지함.”이라고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 무효조항에서 ‘본 법령에 설명한 종류의 취인’이라 함은, 위 제1조에서 금지하고 있는 모든 종류의 거래를 의미한다고 볼 수 있다.

이 사건 무효조항이 일본 재산의 동결시점을 1945. 8. 9.로 삼은 이유가 무엇인지에 대해서는 명확히 밝혀진 바가 없다. 다만 1945. 8. 9.은 미국 육군항공대가 나가사키에 2차 원자폭탄을 투하함으로써 사실상 제2차 세계대전이 종결되었고 일본의 최고전

쟁지도회의구성원회의에서 포츠담선언의 수락이 기정사실화된 시점이다. 당시 일본 정부 및 재조선 일본인들은 공식적인 항복 선언에 대비하여 각종 재산을 임의로 처분하거나 일본으로 무단 이전할 가능성이 높았으므로, 미군정의 입장에서는 그러한 처분행위 또는 이전행위를 무효로 할 필요가 있었을 것이다.<sup>1)</sup> 이러한 사정을 고려할 때 이 사건 무효조항이 일본 재산의 동결시점을 1945. 8. 9.로 삼은 것은, 일본국의 패전이 분명해진 시점인 1945. 8. 9.를 기준으로 하여 그 이후에 이루어진 일본 재산의 거래에 대해서는 그 재산이 점령군의 소유로 될 것임을 알고서 한 행위로 간주할 수 있다는 점에 착안한 것으로 풀이된다.<sup>2)</sup>

정확한 귀속 시점과 판단 기준에 관하여 대법원은 “미군정청 법령 제2호 제1조는 1945. 8. 9. 이후의 일본인 소유재산에 대하여 일체의 처분을 금지한다고 규정하고 있고, 군정법령 제33호는 1945. 8. 9. 이후의 일본인 소유재산의 소유권이 그 해 9. 25.부터 미군정청에 귀속된다고 규정하고 있는데, 그렇게 규정한 취지는 미군정청이 물권변동에 관한 공시방법을 기준으로 하여 1945. 8. 9. 현재의 상태에서 일본인 소유재산의 처분을 금지하여 그대로 묶어 두고 그 소유권을 미군정청에 귀속시키고자 함에 있다고 할 것”이므로, 여기서 “‘1945년 8월 9일 이후’라 함은 ‘1945. 8. 9. 00:00부터’라고 해석되고, 따라서 1945. 8. 9. 00:00 전에 한국인이 일본인으로부터 부동산을 매수하여 1945. 8. 9. 바로 그 날에 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 1945. 8. 9. 00:00 후에 일본인 명의로 아직 그 소유권을 표

1) 입법취지에 대해서는 김성욱, 재조선 미국 육군사령부 군정청 법령 제33호에 의한 소유권의 강제적 귀속, 법학연구 제42집, 2011. 5. 96면 참조

2) 이러한 해석에 대해서는 정용인, 대법원판례를 중심으로 한 일본인 재산의 귀속에 관한 법령연구, 사법연구자료 제2집, 법원행정처, 180면 참조

상하는 등기가 되어 있는 이상,” 이 사건 무효조항의 적용대상이 된다고 판시하였다(1989. 12. 26. 선고 87다카2176 전원합의체 판결 참조).

#### 다. 이 사건 귀속조항의 내용

이 사건 귀속조항은 “1945년 8월 9일 이후 일본 국민이 직접 간접으로 혹은 전부 또는 일부를 소유 또는 관리하는 금, 은, 백금, 통화, 증권, 은행감정(銀行勘定), 채권, 유가증권 또는 본 군정청의 관할 내에 존재하는 기타 전 종류의 재산 및 그 수입에 대한 소유권은 1945년 9월 25일부로 조선군정청이 취득하고 조선군정청이 그 재산 전부를 소유한다.”라고 규정하고 있다.

이에 따라 종래의 소유자인 재조선 일본인은 자신이 취득한 재산의 소유권을 상실하고 미군정청이 그 소유권을 취득하게 된다. 미군정청의 소유권 취득은 원시적 취득이며, 이른바 법률의 규정에 의한 취득으로서 등기 기타 대항요건을 필요로 하지 아니한다. 따라서 1945. 12. 6.자 미군정청 법령 제33호가 공포·시행됨과 동시에 1945. 9. 25.자로 소급하여 전 소유자는 소유권을 상실하며, 미군정청은 소유권 취득을 위한 절차, 가령 귀속처분과 같은 특별한 조치를 필요로 하지 아니하고 당연히 그 소유권을 취득하게 된다(대법원 1969. 1. 21. 선고 68다1754 판결; 대법원 1973. 3. 13 선고 72다1420 판결 참조).

### 4. 적법요건 부분

#### 가. 판단

심판대상조항은 미군정기에 공포되고 적용되던 것으로, 헌법소원대상성 및 재판의 전제성이 인정되는지 여부가 문제된다. 이에

대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

『(1) 이 사건 법령들은 1945. 9. 25., 1945. 12. 6. 각 군정장관의 명의로 공포된 것으로 법령(Ordinance)의 형식을 가졌지만, 각 ‘패전국 정부 등의 재산권 행사 등의 금지에 관한 사항’, ‘재산권 이전 조치에 관한 사항’과 같이 오늘날 법률로 제정되어야 할 입법사항을 규율하고 있으므로 법률로서의 효력을 가진다고 볼 수 있다. 이 사건 법령들은 미군정이 공식적으로 폐지되고 대한민국 정부가 수립된 1948. 8. 15.을 기준으로 그 효력을 상실하였으나, 1948. 7. 12. 제정된 제헌 헌법 제100조가 “현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.”라고 규정함으로써 대한민국의 법질서 내로 편입되었다. 그 후 1961. 7. 15. 제정된 ‘구법령 정리에 관한 특별조치법’은 1948. 7. 16. 이전에 시행된 법령으로서 헌법 제100조의 규정에 의하여 그 효력이 존속되고 있는 구법령을 1961. 12. 31.까지 정리하여 이를 법률 또는 명령으로 대체하도록 하였고(제1조 및 제2조), 정리되지 아니한 구법령은 1962. 1. 20.로써 폐지한 것으로 간주하였다(제3조). 이에 따라 이 사건 법령들은 1962. 1. 20.로써 폐지되었다.

(2) 폐지된 법률에 대한 헌법소원은 원칙적으로 부적법하나, 폐지된 법률의 위헌 여부가 관련 소송사건의 재판의 전제가 되어 있다면 위헌심판의 대상이 된다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18 참조).

당해 사건에서는 한국인이 1945. 8. 10. 일본인으로부터 매수하여 1945. 9. 7. 소유권이전등기를 마친 이 사건 토지가 심판대상조항에 따라 귀속재산에 해당하는지 여부가 문제된다.

계쟁 토지가 귀속재산인지 여부와 관련하여, 대법원은 “1945.



8. 9. 현재 등기부상 일본인 소유 명의로 되어 있는 재산은 미군정청 법령 제33호 제2조에 의하여 미군정청이 취득하였다가 한·미간 최초협정 제5조에 의하여 대한민국 정부에 이양된 귀속재산이 되는 것이므로, 가사 그 이전에 이미 한국인이 일본인으로부터 매수 기타 원인으로 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 소정 기간 내에 그 취득원인 사실을 들어 미군정청 법령 제103호와 1948. 4. 17.자, 1948. 7. 28.자 각 군정장관지령에 의한 재산 소청위원회에서의 귀속해제의 재결 또는 간이소청절차에 의한 귀속해제결정 및 법률 제102호, 제230호에 의한 확인을 받거나 혹은 법원으로부터 확정판결에 의한 귀속해제를 받지 아니하는 한 그 소유권을 주장할 수 없고, 그 소유권은 국가에 귀속된다.”(대법원 1996. 11. 15. 선고 96다32812 판결 등 참조)고 판시하여 오고 있다.

따라서 심판대상조항은 법률로서의 효력을 가지고 시행되었고 이후 폐지된 조항이지만 계쟁 토지가 귀속재산인지 여부와 관련하여 현재까지도 여전히 유효한 재판규범으로서 적용되고 있으며, 당해사건 재판에서도 이 사건 토지가 심판대상조항에 따라 귀속재산에 해당하는지 여부가 당해 사건 재판의 결론에 결정적인 영향을 미치므로, 심판대상조항은 헌법소원대상성 및 재판의 전제성이 모두 인정된다.』

## 나. 해설

(1) 헌법재판소는 이 사건 심판청구 이전까지는 미군정기 법령을 헌법재판소가 현행 헌법을 기준으로 그 위헌성을 심사할 수 있는지 여부에 대하여 명확한 입장을 밝힌 바 없다. 다만 헌법재판소가 창설되기 이전에 대법원은 미군정청 법령 제88호(신문 및

기타 정기간행물 허가에 관한 건)에 대하여 헌법위원회에 위헌제청을 하면서, 헌법 제정 이전에 시행된 법령이라도 소위 입법사항을 규정한 것은 법령, 규칙 등 형식과 명칭 여하에 불구하고 헌법위원회의 심사대상이라고 판시한 바 있고(대법원 1960. 2. 5. 선고 4292행상110 결정 참조), 헌법재판소 창설 이후 헌법재판소는 미군정기 법령인 구 국방경비법 제32조와 제33조가 적법절차원칙에 위배되는지 여부가 문제된 사건에서 헌법 제12조 제1항 후문을 들어 위 조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 한 바 있다(헌재 2001. 4. 26. 98헌바79등, 판례집 13-1, 799 참조).

(2) 헌법 제정 이전의 법률이 위헌법률심사의 대상이 될 수 있는지 여부에 대하여 독일 연방헌법재판소는, ‘기본법이 법률의 폐기권한을 연방헌법재판소에 부여한 것은 법원이 직접 입법자를 비난하는 것을 차단하기 위한 것인데, 기본법 제정 이전의 법령(가령 독일제국법령이나 프로이센 란트법, 점령국 법령이나 독일제국시대의 관습법 등이 여기에 해당함)에 대해서까지 입법자에게 기본법을 준수할 것을 요구할 수는 없으므로, 법원이 위헌제청을 하지 않고 -부수적 규범통제의 범위 내에서- 직접 위헌 여부를 판단한다고 하여 이것이 입법자를 비난하는 것은 아니라고 할 것이다. 다만 예외적으로 입법자가 법률을 개정하면서 기본법 제정 이전의 법령의 계속적용을 명시적으로 확인하였거나, 개정된 법률과 기본법 제정 이전의 법령 사이에 내용적으로 밀접한 관련이 있는 경우, 또는 장기간 기본법 제정 이전 법령의 계속 적용을 방치한 경우에는 헌법재판소의 구체적 규범통제의 대상이 될 수 있다.’는 취지로 일관되게 판시해 오고 있다.<sup>3)</sup>

3) 이에 대해서는, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungs-

(3) 구체적 규범통제의 기능과 목적을 고려할 때 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상은 원칙적으로 헌법 제정 이후의 법률로 한정하여야 할 것이나, 입법자가 헌법 제정 이전의 규범을 다시 법률로서 공포하였거나 제헌 이후의 법률이 제헌 이전의 법률을 준용하고 있는 경우, 제헌 이전의 법률과 제헌 이후의 법률 사이에 객관적으로 밀접한 관련성이 존재하는 경우, 제헌 이전 법률이 계속 적용되도록 오랜 기간 방치되었던 경우와 같이 헌법 제정 이전 법률의 계속적용에 대하여 입법자의 명시적·추정적 의사가 확인된 경우에는 예외적으로 헌법 제정 이전의 법률도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

이에 대하여는, 헌법 제정 이전에 공포되고 그 적용이 완료된 법률의 위헌 여부는 헌법재판소가 판단할 수 없고 예외적으로 현행 헌법에 비추어 참을 수 없을 정도로 부당한 경우에만 현행 헌법에 따라 심사할 수 있다는 견해가 존재한다.<sup>4)</sup>

(4) 이 사건에서 헌법재판소는 헌법 제정 이전의 법률이 헌법소원의 대상이 될 수 있는지 여부에 대해 명시적으로 언급하지는 아니하였다. 그러나 적법요건 부분에서 이 사건 법령들이 제정 헌법 제100조에 따라 대한민국의 법질서 내로 편입되었다는 점을 강조하였고, 이후 본안 판단 부분에서 『헌법 제13조 제2항은 ‘모든 국민은 소급입법에 의하여 ... 재산권을 박탈당하지 아니한다.’고 하여 소급입법을 금지하고 있다. 이 사건 법령들이 제정·공포될 당시에는 위 조항과 같은 헌법 규정이 존재하지 아니하였으나, 앞서 살펴 본 바와 같이 이 사건 법령들은 제헌 헌법 제100

---

gerichtsgesetz Kommentar, § 80, Rn. 70ff. 참조

4) 윤진수, 헌법재판소가 군정법령의 위헌 여부를 심사할 수 있는가, 법률신문 2021. 2. 15자 기사 참조.

조에 의하여 대한민국 법질서 내로 편입되었고, ‘구법령 정리에 관한 특별조치법’ 제1조 내지 제3조에 따라 1962. 1. 20. 폐지 되었음에도 귀속재산의 처리와 관련하여 여전히 유효한 재판규범으로서 실질적 규범력을 갖추고 있으므로, 현행 헌법에 따라 소급 입법금지원칙에 위반되는지 여부를 살펴 볼 필요가 있다.’라고 하였다. 이는 헌법제정권자나 입법자가 헌법 제정 이전 법률의 효력을 명시적으로 확인하였거나, 헌법 제정 이전 법률이 재판규범으로서 여전히 실질적 규범력을 갖추고 있는 등의 사정이 존재하는 한, 헌법재판소가 현행 헌법에 따라 헌법 제정 이전 법률의 위헌성을 심사할 수 있음을 우회적으로 시사한 것이라 볼 수 있을 것이다.

## 5. 본안 판단

가. 심판대상조항이 진정소급입법에 해당하는지 여부에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

『이 사건 법령들은 1945. 9. 25., 1945. 12. 6. 각 공포되었음에도 이 사건 무효조항은 1945. 8. 9.을 기준으로 하여 일본인 소유의 재산에 대한 거래를 전부 무효로 하고 있고, 이 사건 귀속조항은 이 사건 무효조항의 적용대상이 되는 일본인 재산을 1945. 9. 25.로 소급하여 전부 미군정청의 소유가 되도록 정하고 있어서, 진정소급입법으로서의 성격을 갖는다.』

나. 청구인들은 심판대상조항이 일본 국민으로부터 적법하게 취득한 한국인의 재산까지 전부 몰수하는 것이어서 과잉금지원칙에 위반된다고 주장하였으나, 헌법재판소는 다음과 같은 이유에서 판단을 배제하였다.

『심판대상조항은 일본인 등이 소유 또는 관리하는 재산의 산

일(散逸)과 훼손을 방지하기 위하여 일체의 거래를 금지하고 이를 미군정청에 귀속하게 한 조항으로 한국인이 일본인으로부터 취득한 재산을 몰수하는 내용이 아니며, 경우에 따라서는 한국인이 일본인으로부터 취득한 재산임에도 심판대상조항에 따라 귀속재산으로 인정되어 재산권이 제한될 수도 있으나, 이는 소급입법으로 인한 부수적인 결과에 불과하다. 결국 청구인들의 위 주장은 소급입법에 의하여 재산권이 박탈당하였다는 주장에 다름 아니므로, 이에 대하여는 별도로 판단하지 아니한다.』

다. 헌법재판소는 다음과 같은 이유에서 심판대상조항이 소급입법금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『(1) 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등 참조).

(2) 심판대상조항은 물권변동에 관한 공시방법을 기준으로 1945. 8. 9. 현재의 상태에서 일본인이 소유·관리하던 재산을 등

결시키고, 1945. 9. 25.자로 그 소유권을 미군정청에 귀속시키는 취지의 조항들이다. 일본인이 소유·관리하던 재산에 대한 동결 시점을 각 법령들의 공포 시점이 아니라 1945. 8. 9.로 정한 취지는 명확하게 밝혀져 있지 않지만, 관련 기록에 따르면 1945. 8. 9.은 미국 육군항공대가 나가사키에 제2차 원자폭탄을 투하함으로써 사실상 제2차 세계대전이 종결된 시점이면서 동시에 일본의 최고전쟁지도회의구성원회의에서 연합국 정상들이 일본에 대하여 무조건 항복을 요구한 포츠담선언의 수락이 기정사실화된 시점이다.

1945. 8. 15. 일본 정부의 무조건적인 항복 선언으로 제2차 세계대전이 종식되고 한반도는 일본제국으로부터 분리되었으나, 당시 한반도에는 독립적인 정부나 입법기관이 부재하였다. 1945. 9. 7. 포고 제1호에 의하여 북위 38도선 이남에 미군정이 수립되고, 1945. 9. 20. 정식으로 미군정청이 설립된 이후인 1945. 9. 25.에야 비로소 미군정청 법령 제2호가 발령됨으로써, 일본의 패망이 기정사실화된 1945. 8. 9.을 기준으로 패전국 일본의 한반도 내 재산이 동결되고 그 이전이 제한되었다.

그러나 1945. 8. 9.자로 동결된 재조선 일본인의 사유재산의 처리와 귀속에 대하여서는 당시 명확한 국제법규가 존재하지 아니하였다. 점령국에 관한 국제법규인 ‘육전의 법 및 관례에 관한 협약’(1907. 10. 18. 서명, 1910. 1. 26. 발효) 제46조는 “가문의 명예 및 권리, 개인의 생명 및 사유재산과 종교적 신념 및 그 행사는 존중되어야 한다. 사유재산은 이를 몰수할 수 없다.”고 규정하였으나, 일본 본토와 달리 한반도는 점령국인 일본으로부터 분리·독립된 지역이어서 한반도에 남아 있는 일본인에게도 점령국에 관한 국제법 조항이 그대로 준용된다고 보기 어려웠다. 무엇

보다도 한반도에 남아 있는 일본인 재산은 불법적인 한일병합조약에 따라 일본이 조선을 침탈하는 과정에서 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산으로서, 일제의 조선 침략과 식민지 통치의 유산이므로 미군정에 의하여 일본인이 소유·관리하던 재산에 대한 보전 및 귀속 조치가 불가피하였다. 이에 미군정청은 1945. 12. 6. 미군정청 법령 제33호를 공포함으로써, 앞서 미군정청 법령 제2호에 의하여 동결된 일본인 재산을 1945. 9. 25.자로 전부 미군정청에 귀속시켰다.

이와 같은 사정을 고려할 때, 1945. 8. 9. 이후 남한 내에 미군정이 수립되고 이 사건 법령들이 제정·공포됨으로써 일본인이 소유·관리하던 재산에 대한 동결 및 귀속조치가 이루어지기까지 법적 상태는 매우 불확실하고 혼란스러웠으므로, 당시 재조선 일본인과 한국인들이 일본의 패망과 미군정의 수립에도 불구하고 일본인이 소유·관리하던 재산의 자유로운 처분이나 거래가 가능할 것이라고 신뢰하였다 하더라도 그러한 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 가치가 있는 신뢰라고 보기는 어렵다.

(3) 포고 제1호는 “장기간 조선인이 노예상태에 있었다는 사실과 적당한 시기에 조선을 해방·독립시킬 것이라는 결정을 고려하여 조선점령의 목적이 항복문서조항의 이행과 조선인의 인권 및 종교적 권리를 보호함에 있음”을 명시함으로써, 미군정의 한반도 점령 목적이 일본에 의하여 점령되었던 영토를 임시적으로 관리·보전함으로써 한반도의 자주·독립과 국가의 재건을 돕는 데에 국한된다는 점을 확인하고 있다.

심판대상조항이 소급입법을 통하여 달성하고자 하는 공익은 포고 제1호에서 명시한 미군정의 한반도 점령 목적에 합치하도록 해석되어야 할 것인바, 비록 심판대상조항이 일본인은 물론 한국

인에 의한 일본인 재산의 무단 점유나 임의적인 처분을 막기 위한 조치였다 하더라도 이는 1945. 8. 9. 포츠담 선언의 수락으로 한반도 내 통치권을 상실한 일본의 영향력을 즉각적으로 차단하고, 일본인이 불법적인 한일병합조약을 통하여 조선을 침탈하는 과정에서 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산을, 일본의 패망이 기정사실화된 1945. 8. 9. 상태 그대로 일괄 동결시키고 그 산일과 훼손을 방지하여 향후 수립될 대한민국 정부에게 이양하기 위한 것이라고 봄이 상당하다.

불법적인 한일병합조약으로 인해 조선을 침탈하는 과정에서 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산을 보전하고 이양한다는 공익은, 한반도 내의 사유재산을 자유롭게 처분하고 일본 본토로 철수하고자 하였던 재조선 일본인이나 일본의 패망 직후 일본인으로부터 재산을 매수한 사람들에게 대한 신뢰보호의 요청보다 훨씬 더 중대하다.

(4) 한편 제2차 세계대전 종전 직후 미군정청에 의한 한반도 내의 일본인 소유·관리 재산의 동결 및 귀속처리는 역사적으로 매우 특수하고 이례적인 조치이므로, 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생해 그로 인한 폐해가 만연될 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다.

(5) 이상의 모든 사정을 종합적으로 고려할 때, 심판대상조항은 소급입법금지원칙에 대한 예외로서 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.』

## 6. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 재조선 일본인 재산의 처리 및 귀속에 관한 미군정청 법령 조항의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소가 최초로



판단한 사건이다.

나. 이 사건 결정에서 문제된 미군정청 법령 조항은 헌법 제정 이전인 미군정기에 공포되고 적용되던 조항이나, 제헌 헌법에 의하여 대한민국의 법질서 내로 편입되었고, '구법령 정리에 관한 특별조치법'에 의하여 폐지되었음에도 여전히 재판규범으로서 실질적 규범력을 가지고 있다. 이 사건 결정에서 헌법재판소는 위와 같은 사정이 존재하는 한 헌법 제정 이전의 법률이라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음을 인정하고 본안 판단에 나아간 것이다.

다. 이 사건 결정에서 헌법재판소는 심판대상조항이 진정소급입법에 해당함에도 당시의 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워서 보호할 만한 신뢰의 이익이 적고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 인정되므로 심판대상조항은 소급입법 금지원칙에 대한 예외로서 헌법 제13조 제2항에 위배되지 않는다는 점을 분명히 하였다.

## 2. 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등

- 선거기간 인터넷 언론 실명인증 요구의 위헌 여부 -  
(헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등, 판례집 33-1, 32)

박 준 희\*

### 【판시사항】

1. 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 홈페이지 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대 등의 정보를 게시하는 경우 실명을 확인받는 기술적 조치를 하도록 정한 공직선거법 조항(이하 ‘실명확인 조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 실명확인 조항을 비롯하여, 행정안전부장관 및 신용정보업자는 실명인증자료를 관리하고 중앙선거관리위원회가 요구하는 경우 지체 없이 그 자료를 제출해야 하며, 실명확인을 위한 기술적 조치를 하지 아니하거나 실명인증의 표시가 없는 정보를 삭제하지 않는 경우 과태료를 부과하도록 정한 공직선거법 조항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유 및 개인정보자기결정권과 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 구 공직선거법(2014. 11. 19. 법률 제

---

\* 선임헌법연구관

12844호로 개정되고, 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 구 공직선거법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16957호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 공직선거법(2020. 2. 4. 법률 제16957호로 개정된 것) 제82조의6 제1항, 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의6 제4항, 제6항, 제7항(이하 ‘실명확인 조항’이라 한다), ② 구 공직선거법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16957호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제3항, 공직선거법(2020. 2. 4. 법률 제16957호로 개정된 것) 제82조의6 제3항(이하 ‘실명인증자료 관리조항’이라 한다), ③ 구 공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정되고, 2017. 2. 8. 법률 제14556호로 개정되기 전의 것) 제261조 제3항 제3호, 공직선거법(2017. 2. 8. 법률 제14556호로 개정된 것) 제261조 제3항 제4호, 공직선거법(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정된 것) 제261조 제6항 제3호(이하 ‘과태료 조항’이라 한다)가 헌법에 위반되고 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

2018헌가16 사건의 제청신청인은 인터넷신문을 운영하는 법인으로, 국회의원선거 및 대통령선거 선거운동기간에 당해 인터넷홈페이지의 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하면서도 행정자치부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하지 않았다는 이유로 과태료를 부과 받았다. 제청신청인은 이에 대

하여 이의신청을 하여 그 재판 계속 중 위 과태료부과의 근거조항인 공직선거법 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은 위 신청을 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다.

2018헌마456, 2020헌마406 사건 청구인들은 유권자 및 인터넷 신문사를 운영하는 법인으로, 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 홈페이지 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대 등의 정보를 게시하는 경우 실명을 확인받는 기술적 조치를 하도록 하고, 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보가 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다고 규정한 조항 등이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

## **2. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인들의 청구이유의 요지**

### **가. 제청법원의 위헌제청이유 요지**

심판대상조항이 규제하는 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사하는 데 가장 긴요한 기간인 점, 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 헌법적 가치라는 점을 고려하면, 익명표현의 자유를 제한하는 데 따르는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수는 없다. 따라서 심판대상조항은 인터넷언론사 게시판 이용자의 표현의 자유를 침해하고, 그로 말미암아 인터넷언론사의 언론의 자유 역시 침해한다는 합리적인 의심이 든다.

### **나. 청구인들의 청구이유의 요지**

심판대상조항은 “인터넷언론사”의 범위가 모호하고, 정당·후보자에 대한 “지지·반대”의 의미를 판단할 명확한 기준이 없으므로

명확성원칙에 위배되며, 과잉금지원칙에 위반하여 인터넷언론사 게시판 이용자가 선거운동기간 중 익명으로 정치적 표현을 할 자유를 침해하고, 인터넷언론사가 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 보관하도록 함으로써 인터넷언론사 게시판 이용자의 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 공직선거법 및 관련 법령이 구체적으로 ‘인터넷언론사’의 범위를 정하고 있고, 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 심의대상인 인터넷언론사를 결정하여 공개하는 점 등을 종합하면 ‘인터넷언론사’는 불명확하다고 볼 수 없으며, ‘지지·반대’의 사전적 의미와 심판대상조항의 입법목적, 공직선거법 관련 조항의 규율내용을 종합하면, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이면 자신의 글이 정당·후보자에 대한 ‘지지·반대’의 정보를 게시하는 행위인지 충분히 알 수 있으므로 명확성 원칙에 반하지 않는다.

2. 심판대상조항은 표현의 자유 중 게시판 등의 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 않은 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에 이로 말미암아 게시판 등 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 인터넷언론사의 언론의 자유를 제한하며, 실명인증자료가 수집·관리된다는 점에서 게시판 등 이용자의 개인정보자기결정권도 제한한다.

심판대상조항의 입법목적은 정당이나 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전으로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이고, 익명표현이 허용될 경우 발

생활 수 있는 부정적 효과를 막기 위하여 그 규제의 필요성을 인정할 수는 있다.

그러나 심판대상조항과 같이 인터넷홈페이지의 게시판 등에서 이루어지는 정치적 익명표현을 규제하는 것은 인터넷이 형성한 ‘사상의 자유시장’에서의 다양한 의견 교환을 억제하고, 이로써 국민의 의사표현 자체가 위축될 수 있으며, 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성이 방해될 수 있다. 선거운동기간 중 정치적 익명표현의 부정적 효과는 익명성 외에도 해당 익명표현의 내용과 함께 정치적 표현행위를 규제하는 관련 제도, 정치적·사회적 상황의 여러 조건들이 아울러 작용하여 발생하므로, 모든 익명표현을 사전적·포괄적으로 규율하는 것은 표현의 자유보다 행정편의와 단속편의를 우선함으로써 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권 등을 지나치게 제한한다.

정치적 의사표현을 자유롭게 할 수 있는 핵심적 기간이라 볼 수 있는 선거운동기간 중 익명표현의 제한이 익명표현의 자유를 허용함에 따라 발생하는 구체적 위험에 기초한 것이 아니라 심판대상조항으로 인하여 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 추상적 가능성에 의존하고 있는 점, 심판대상조항의 적용대상인 “인터넷 언론사”의 범위가 광범위하다는 점까지 고려하면 심판대상조항으로 인하여 발생할 수 있는 기본권 제한의 정도는 결코 작다고 볼 수 없다.

실명확인제가 표방하고 있는 선거의 공정성이라는 목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다. 공직선거법은 정보통신망을 이용한 선거운동 규제를 통하여 공직선거법에 위반되는 정보의 유통을 제한하고 있고, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호

등에 관한 법률'상 사생활 침해나 명예훼손 등의 침해를 받은 사람에게 인정되는 삭제요청 등의 수단이나 임시조치 등이 활용될 수도 있으며, 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않으면서 허위 정보로 인한 여론 왜곡을 방지하여 선거의 공정성을 확보하는 새로운 수단을 도입할 수도 있다.

무엇보다도 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 사후적 제재수단이 이미 마련되어 있다. 현재 기술 수준에서 공직선거법에 규정된 수단을 통하여서도 선거범죄를 저지른 자 또는 정보통신망을 이용한 행위로서 공직선거법에 위반되는 행위를 한 사람의 인적사항을 특정하고, 궁극적으로 선거의 공정성을 확보할 수 있다.

심판대상조항은 정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 자유와 언론의 자유를 제한하고, 익명표현의 부정적 효과를 방지하기 위하여 모든 익명표현을 규제함으로써 대다수 국민의 개인정보자기결정권도 광범위하게 제한하고 있다는 점에서 이와 같은 불이익은 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 과소평가될 수 없다.

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 익명표현의 자유와 언론의 자유, 그리고 개인정보자기결정권 등을 침해한다.

### **재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견**

심판대상조항은 '선거운동기간 중', '인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등'에 '정당·후보자에 대한 지지·반대'의 정보 등을 게시하는 경우에 한정해서만 실명확인 조치 등을 통해 익명표현을 제한한다. '선거운동기간 중'에는 정당이나 후보자들이 당선

이라는 구체적 목표를 가지고 본격적으로 상호 경쟁하고, 이에 관한 유권자들의 정치적 의사표현도 경쟁적으로 이루어지므로, 자칫 경쟁의 과열로 흑색선전이나 여론 왜곡 시도 등이 나타날 수 있다. ‘인터넷언론사’는 여론 형성에 영향력을 미치는 공중 매체로서 선거운동기간에는 선거의 공정성에 관한 공적 책임도 그만큼 커진다. 인터넷언론사의 범위가 넓은 것은 그 설립과 운영의 진입 장벽이 낮다는 점과 연관된 것이고, 인터넷매체가 언론의 기능을 하고 있다면 그에 걸맞은 객관성과 중립성을 유지할 책임이 있다고 할 것이다. ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’는 선거의 결과에 직접적으로 연관되고 선거운동기간에 본격적으로 상호 경쟁하는 정치적 의사표현이다. 이러한 상황적 특성과 환경에 따라, 선거운동기간 중 지명도 있는 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대에 관련된 허위 또는 왜곡된 정보가 무책임하게 게시되는 경우, 해당 게시물이 인터넷 공간에서 광범위하고 급속하게 확대·재생산되고, 여기에 편향적인 정보 취득과 편견 강화 등 인터넷환경에서 나타날 수 있는 부정적 현상이 결합하면, 토론 등을 통한 자율적 교정이 어려워져 선거의 공정성을 훼손할 위험이 있다.

인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 실명확인을 거쳐 정보 등이 게시되는 경우에도 게시자의 개인정보가 노출되는 것이 아니라 ‘실명인증’이라는 표시만 나타나므로, 이에 관한 ‘익명성’은 보장된다. 게시자의 실명인증자료는 선거과정을 공정하게 관리할 책임이 있는 중앙선거관리위원회가 요구하는 경우에 제출될 수 있을 정도로 별도로 관리되는 것으로, 위축효과는 이를 전제로 하는 정도로만 나타난다. 이것은 익명표현을 게시하려는 사람으로 하여금 자칫 위법행위를 할 수 있다는 위험을 인지하도록



하는 예방적 조치라고 할 수 있다.

따라서 심판대상조항으로 인한 익명표현의 자유에 대한 제한은 그 제한 범위와 정도에 있어서 필요최소한의 것이라고 할 수 있으며, 그 수단으로서 불가분의 관계에 있는 개인정보자기결정권에 대한 제한을 완화할 수 있는 대안을 상정하기도 어렵다.

개방성과 상호작용성이 있는 인터넷언론사의 경우 게시판 등 이용자들이 제공하는 정보 및 이들의 의사표현을 기반으로 하는 여론의 형성과 전파는 언론 활동의 중요한 부분을 차지하므로, 선거의 공정성과 관련된 인터넷언론의 공적 책임은 홈페이지의 게시판 등에 이용자가 자유롭게 게시하는 정보 등의 관리에 관해서도 존재한다. 따라서 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유에 대한 제한에 수반되는 인터넷언론사의 언론의 자유에 대한 제한도 필요최소한의 정도를 넘었다고 보기 어렵다.

심판대상조항은 인터넷언론의 영향력과 책임에 상응하여 선거의 공정성 훼손의 위험을 방지하는 수단으로서 그 적용 대상을 필요최소한도의 범위에서 정하고 있고, 동일한 정도로 입법목적을 달성하는 다른 수단을 상정하는 것도 어려우며, 특히 과태료 조항이 인터넷언론사의 언론의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수도 없으므로, 침해의 최소성 원칙에 반하지 않고, 법익의 균형성에도 어긋나지 않는다.

심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 않으므로, 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 선거운동기간 중 인터넷 실명확인 제도의 연혁 및 관련 선례 가. 선거실명확인제의 도입 및 그 배경

인터넷의 특성인 동시성·쌍방향성·익명성·비대면성·시공간의 무제약성·빠른 전파성 등에 따른 순기능·역기능이 선거에 있어서 나타나는 양상을 보면, 순기능은 인터넷을 이용하여 정책 등을 유권자를 대면하지 않고 쉽게 알릴 수 있으며 비용이 저렴하다는 점이고, 역기능은 비방, 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되는 등 정보의 왜곡이 쉬워 선거의 공정성을 해할 우려가 있다는 점이다. 이러한 역기능은 인터넷의 전파속도에 비추어 볼 때 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 어려워 결국 선거결과의 왜곡으로 이어질 수 있다는 점에서 더욱 문제가 되었다.

이러한 인터넷문화의 특수성 및 매선거마다 반복되는 선거의 과열·혼탁양상으로 인하여 인터넷 상의 불법행위를 예방·단속하고 선거의 공정성을 담보하고자 하는 제도적 장치의 필요성이 제기되었다. 특히 ‘익명성’은 인터넷 선거범죄를 부추기는 주요요인으로 지목되었고 결국 인터넷관련 정치영역에서 ‘익명성’을 일정 부분 배제하여야 한다는 논리가 정당성과 지지를 얻게 되었다.

이에 2004년 16대 총선에 앞서 2004. 3. 12. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에서 인터넷 실명확인제(이하 ‘선거실명확인제’라 한다)가 마련되었다.<sup>1)</sup> 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로

1) 한편 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’상의 본인확인제는 인터넷의 역기능을 야기하는 원인 중 하나로 익명성에 의한 자기책임성의 결여가 지목되어 2001년부터 그 도입이 논의되었으나, 표현의 자유를 제약하고 인터넷을 국민감시의 수단으로 만든다는 등의 비판으로 입법화되지 못하다가, 2005년 소위 ‘개통녀 사건’과 ‘연예인 X파일 사건’ 등 사이버폭력의 심각성을 보여주는 일련의 사건들을 계기로 2007년에 제한적 본인확인제가 도입되었다.

개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.”라고 규정하였다.

다만, 선거실명확인제는 시행 이전부터 인터넷이용자가 자기 정체성을 실명인증 방법으로 확인하는 것으로서, 정치적 의사표현행위에 대한 선행적 자기 통제제도로 볼 수 있어, 표현의 자유와 충돌을 일으킬 개연성이 높고 정치적 의사 표현의 위축효과(chilling effect)를 야기시킬 우려도 적지 않다는 논란이 있었다.

#### 나. 선거운동기간 실명확인제 및 심판대상조항의 입법연혁

(1) 이후 위 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제82조의6 제1항은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정 시 “인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인하도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.”라고 개정되었다.<sup>2)</sup>

그리고 공직선거법 2008. 2. 29. 법률 제8879호 개정 시에는 위 제82조의6 제1항에 실명확인방법으로 “「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 신용정보업자가 제공

2) 2005년 실명제는 인터넷언론사가 인터넷사이트 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 행정자치부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인하도록 하는 기술적 조치를 말한다. 이는 2004년 실명제에서 인터넷언론사가 선거에 관한 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인하는 기술적 조치와는 다르다.

하는 실명인증방법”이 추가되었고, 같은 항 단서에 “인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의 5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 본다.”라는 내용이 추가되었다.

종전 2004년 실명제가 인터넷언론사가 실명 ‘확인하는’ 제도에서 2005년 실명 ‘확인받는’ 제도로 변경되고, 다시 2008년 개정으로 개선·보완된 점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 실명확인 방법이 인터넷언론사가 아닌 국가기관이나 신용정보업자의 확인받는 인증방법으로 바뀌었다.

둘째, 실명확인 기간제한이 없다가 선거운동기간으로 단축되어 선거운동기간이 아닌 때에는 실명확인을 요하지 않는 것으로 기간을 축소하였다.

셋째, 선거에 관한 의견은 포괄적으로 범위가 특정되지 않고 한계가 불명확하여 단속기관의 자의적 판단에 맡겨질 경우 오히려 정치적 의사표현의 자유를 침해한다는 논란이 일자, 제한요건을 구체화하고자 ‘지지·반대의 글’로 명확히 축소하였다.

넷째, 종전 인터넷언론사가 글을 게시하고자 하는 자의 성명과 주민등록번호의 기입을 요하는 방식에서 그 기재를 요구하지 못하게 하였다. 개인정보의 유출 방지 및 정보수집으로 다른 목적에 사용되는 경우에 대한 예방 차원의 대응조치이다.

위 공직선거법 제82조의6 제1항은 공직선거법이 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정될 당시 “지지·반대의 글”이 “지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보”로 그 표현이 바뀌었고, 공직선거법이 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정될 때 “행정안전부장관”이 “안전행정부장관”으로 바뀌는 등 일부 자구수정을 제외하고는 현행 공직선거법 제82조의6 제1항과 같이 유지되어

오고 있다.

(2) 한편, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제5항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 의견게시자가 허무인 또는 타인의 명의를 이용한 것이 확인된 때에는 즉시 그 허무인 또는 타인 명의의 아이디(이용자식별부호를 말한다. 이하 이 항에서 같다)로는 의견게시를 할 수 없도록 하여야 하며, 그 아이디로 게시된 의견을 삭제하여야 한다.”라는 규정을 신설하였다.

이 규정은 이후 구 공직선거법 2005. 8. 4. 법률 제7681호 개정 시 “인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.”(제82조의6 제6항), “인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.”라는 규정(제82조의6 제7항)으로 개정되었다.

그 후 위 공직선거법 제82조의6 제6항, 제7항은 공직선거법이 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정될 당시 “지지·반대의 글”이 “지지·반대의 정보등”으로 그 표현이 바뀌었고, 이후에는 현행법까지 그대로 유지되고 있다.

## 다. 관련선례

(1) 헌법재판소는 2010. 2. 25. 2008헌마324등 결정에서 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수

있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항, 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제261조 제1항 등이 명확성원칙, 사전검열금지원칙에 위배되지 않고, 과잉금지원칙을 위반하여 익명표현의 자유, 언론의 자유 등을 침해하지 않는다고 판단하였다.

선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협받을 가능성이 있기 때문에, 그로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보할 필요가 있으며, 인터넷의 특성상 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 피해를 최소화하기 위한 요건도 갖추었다고 판단한 것이다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347 참조).

(2) 인터넷 게시판 본인확인제 위헌 결정 및 이후 공직선거법 개정 논의

헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌마47등 결정에서 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치 의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 한 인터넷 본인확인제에 관한 ‘정

보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것, 이하 '정보통신망법'이라 한다) 제44조의5 제1항 제2호 등이 과잉금지원칙에 위배되어 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다고 판단하였다.

이 결정에서 헌법재판소는 건전한 인터넷 문화의 조성은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있다고 보았다.

또한 본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없는 반면에, 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시킴으로써 자유로운 여론의 형성을 방해하고, 본인확인제의 적용을 받지 않는 정보통신망상의 새로운 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게 업무상 불리한 제한을 가하며, 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되는 등 인터넷게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익은 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다고 판단하였다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590 참조).<sup>3)</sup>

인터넷 게시판 본인확인제에 대한 위헌 결정 이후 중앙선거관리위원회는 공직선거법상 인터넷 실명확인제를 폐지하는 개정의견을 마련하여 2012. 8. 29. 국회에 제출하였다. 제안이유는 2012. 2. 공직선거법 개정으로 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등을 이용한 선거운동은 선거일을 제외하고 상시 허용됨으로써 선거운동기간에만 적용하는 실명확인제도는 사실상 유명무실하게 되었고, 정보통신기술의 발달에 따라 소셜댓글<sup>4)</sup> 등 실명확인을 받지 않고 게시판 등에 정보를 게시하는 것이 가능해짐에 따라 실명확인제도의 실효성을 담보하기 어려워졌으며, 인터넷 게시판 본인확인제에 대한 헌법재판소 위헌 결정의 취지를 고

3) 본인확인제도의 주된 목적이 포털사이트의 게시판 규제인데, 인터넷 환경이 포털사이트 이용에서 본인확인제의 규제를 받지 않는 SNS 이용으로 변화하였다. 그 결과 본인확인제도가 그 목적을 달성하고 있는지에 대한 근본적인 의문이 제기되고, 본인확인제도로 인하여 포털사이트 운영자인 국내업체와 SNS 운영자인 국외업체 사이의 역차별 문제가 발생하였다는 점도 고려되었다.

4) 소셜댓글의 등장으로 공직선거법상 실명확인제의 실효성이 크게 감소하였다는 견해의 취지는 다음과 같다 : 소셜댓글의 경우 기존의 일반댓글과 달리 실명확인 과정을 거칠 필요가 없이 SNS 계정만으로 인터넷언론사 게시판에 작성할 수 있고, 소셜미디어 가입 시 요구되는 정보는 이메일주소와 닉네임, 비밀번호 정도에 그쳐 해당 사이트에 제공하는 정보의 양이 일반댓글에 비해 적은데, 이는 기술적 익명성의 차원에서 일반댓글보다 소셜댓글의 익명성 정도가 더 높음을 의미한다. 그런데 익명성의 정도가 더 높아 비방이나 흑색선전이 이루어질 위험성이 훨씬 큰 소셜댓글에 대하여 실명확인제를 적용하지 않는다는 것은, 결국 소셜댓글의 등장으로 실명확인제는 그 도입목적을 달성하는 데 효과가 매우 미약한 제도로 전락하게 되었다는 것을 의미한다.

반면 소셜댓글의 등장에도 불구하고 공직선거법상 실명확인제가 여전히 필요하다고 보는 견해의 취지는 다음과 같다 : 실명확인 조치 없이 SNS 계정을 이용하여 간편하게 댓글을 작성할 수 있다 하더라도, 게시된 소셜 댓글에서 SNS 링크를 통하여 게시자의 SNS의 프로필 페이지로 들어가 게시자의 인적사항뿐만 아니라 학력, 거주지, 친구 정보까지 알 수 있게 되므로, 위와 실명확인 조치를 회피할 수 있다고 보기 어렵다. 트위터나 페이스북과 같은 SNS 자체는 통상적인 인터넷 게시판과는 그 성격이 판이하게 다르다. SNS라는 도구는 본인의 가족, 친구, 직장 기타 일정한 사회적 관계 속에서 자신의 정체성과 개성을 드러내는 것을 근간으로 하여 그들과 유기적으로 '친구맺기' 내지 '팔로우'를 맺고 소통하도록 특화된 서비스이다. 따라서 위와 같이 SNS에 소셜댓글이 동시에 게시되면 실명확인 수준을 넘어서 본인의 정체성을 더욱 강하게 드러내는 일이 되고, 그의 SNS상 친구들은 게시한 사람이 누구인지를 너무나 잘 알고 있기 때문에 그보다 더 낮은 단계라 할 수 있는 실명확인 조치는 불필요한 것이다.



려하여 국민의 표현의 자유를 제고하려는 것이라고 밝혔다. 중앙선거관리위원회는 2013. 6. 5. 위와 같은 내용의 의견을 제차 제출하였다.<sup>5)</sup>

(3) 이후 공직선거법의 실질적 개정이 이루어지지 않았고,<sup>6)</sup> 선거운동기간 중 인터넷 실명확인제에 대해서 또 헌법소원심판이 청구되었는데, 헌법재판소는 구 공직선거법의 규정들이 명확성원칙에 반하지 않고 익명표현의 자유 등 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등, 판례집 27-2상, 308).

이 결정에서 헌법재판소는 정보통신망법상 인터넷 게시판 본인확인제와 공직선거법상 실명확인제가 입법목적 및 구체적인 적용대상 측면에서 구분된다고 보고, 실명확인 조항은 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화의 현실 등을 고려하여 입법된 것으로 선거의 공정성 확보를 위한 것이며, 실명확인이 필요한 기간을 ‘선거운동기간 중’으로 한정하고, 그 대상을 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보’를 게시하는 경우로 제한하고 있는 점, 인터넷이용자는 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부를 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아닌 점, 실명확인 후에도 게시자의 개인정보가 노출되지 않고 다만 ‘실명인증’ 표시만이 나타나는 점 등을 고려하였다.

5) 다만, 심판대상조항을 합헌으로 본 헌재 2012헌마734등 결정 이후 2016. 8. 25. 제출한 공직선거법 개정의견에서는 위와 같은 언급을 하지 않았다.

6) 인터넷 게시판 본인확인제 위헌결정 후, 진선미 의원 등 17인은 2012. 9. 5. “헌법재판소의 본인확인제에 대한 위헌결정의 취지에 따르면 공직선거법 제82조의6 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인 역시 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 있다.”라는 이유로, 실명확인제를 규정한 공직선거법 제82조의6 등을 삭제하는 내용의 공직선거법 일부개정법률안을 발의하기도 하였다.

이에 대한 재판관 4인의 반대의견은, 추상적 가능성만으로 유해한 익명표현뿐만 아니라 유의한 익명표현까지 사전적·포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 되며, 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 제재수단이 이미 마련되어 있음에도 불구하고, 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 사전적·예방적 규제를 통하여 익명표현 자체를 제한하는 것은 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것으로 침해의 최소성 원칙에 위배된다는 등의 이유로 과잉금지원칙에 위배된다고 보았다.

이후 이 사건에서 다시 한 번 이러한 내용의 공직선거법 조항들의 위헌 여부에 대하여 판단하게 된 것으로서, 이하에서 자세히 살펴본다.

## 2. 명확성원칙 위반 여부

### 가. 표현의 자유와 명확성 원칙

청구인들은 심판대상조항의 “인터넷언론사” 부분 및 정당·후보자에 대한 “지지·반대” 부분의 의미내용이 불명확하여 명확성원칙에 위배된다고 주장하였고, 이 부분에 대해서는 이미 앞서 본 바와 같이 두 차례의 합헌 결정에서 판단한 바가 있는데, 관련 규정의 변경 등을 반영하여 선례를 인용하는 형식을 취하지 않고 명확성원칙 위배 여부를 판단하였다.

먼저, 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권 제한 입법에 대하여 요구되는데, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한

것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축 효과를 일으키고, 그로 인하여 다양한 의견이나 견해 등의 표출을 통해 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래 기능을 상실케 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16; 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바111 등 참조).

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27 등 참조).

## 나. 판단

### (1) “인터넷언론사” 부분의 명확성원칙 위배 여부

주된 논거는 인터넷선거보도심의위원회가 규율 대상인 인터넷언론사를 사전에, 특히 선거운동기간 전에 결정·공시한다는 점이다. 공직선거법 제8조의5 제1항에서는 인터넷언론사의 정의를 규정하고, 중앙선거관리위원회는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에

게재된 선고보도의 공정성을 심의하기 위하여 인터넷선거보도심의위원회를 설치·운영하여야 한다고 규정한다. 이 규정에서 정의하는 인터넷언론사는 “「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의) 제4호에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자를 말한다.”이다. 또한 공직선거법은 인터넷선거보도심의위원회로 하여금 인터넷선거보도의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 권리구제 기타 선거보도의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항을 정하여 이를 공표하도록 하며(제8조의5 제6항), 인터넷선거보도심의위원회의 구성·운영, 위원 및 상임위원의 대우, 사무국의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정하도록 규정한다(제8조의5 제9항).

‘인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙’ 제17조에 따른 ‘인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정’(2019. 12. 30. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제12호로 개정된 것) 제10조는 제1항에서 인터넷선거보도심의위원회로 하여금 전문분야에 관한 순수한 학술 및 정보의 제공·교환을 목적으로 운영하는 인터넷홈페이지는 심의대상으로 결정하지 않을 수 있도록 하면서, 같은 조 제2항에서 인터넷선거보도심의위원회는 매 반기 말일 기준으로 그 다음 반기 첫 달의 10일까지, 임기만료에 따른 선거(대통령의 궐위로 인한 선거 및 재선거를 포함한다)를 실시하는 때마다 후보자등록기간개시일이 속하는 달의 전달 말일을 기준으로 후보자등록기간개시일 전 10일까지 각 심의대상 인터넷언론사를

결정하도록 하고, 같은 조 제6항에서 심의대상 인터넷언론사로 결정된 경우 이를 인터넷선거보도심의위원회의 홈페이지에 공개하도록 하고 있다.

이처럼 공직선거법 및 관련 법령이 구체적으로 “인터넷언론사”의 범위에 관하여 규정하고 있고, 독립된 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 심의대상인 인터넷언론사를 결정하여 실명확인 조항의 적용을 받게 되는 선거운동기간 전에 이를 인터넷선거보도심의위원회 홈페이지에 공개하는 점 등을 종합하여 보면, 특정 인터넷언론사가 자신이 실명확인 조항에 따른 실명확인 조치의무를 지는지 여부에 관하여 확신이 없는 상태에 빠지는 경우는 없다고 할 것이다. 나아가 실명확인 조항은 인터넷언론사의 “당해 인터넷홈페이지”의 게시판·대화방 등으로 적용범위를 한정하고 있으므로 “당해 인터넷홈페이지”에 해당하지 않는 공간, 예컨대 개인의 카페, 블로그 등은 실명확인 조항에 따른 실명확인 조치의 범위에 포함되지 않음이 명백하다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 참조).

## (2) “지지·반대” 부분의 명확성원칙 위배 여부

실명확인 조항에서 실명확인 조치를 취하여야 하는 대상이 되는 것은 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보인데, 공직선거법은 여기서 “지지·반대”의 의미를 특별히 구체화하고 있지는 않다.

그러나 사전적으로 “지지”는 ‘어떤 사람이나 단체 따위의 주의·정책·의견 따위에 찬동하여 이를 위하여 힘을 쓰거나 이를 원조하는 것’을 뜻하고, “반대”는 ‘어떤 행동이나 견해, 제안 따위에

따르지 아니하고 맞서 거스름'을 뜻한다. 공직선거법상 “선거운동”의 정의규정과 그에 대한 헌법재판소의 해석, 앞서 언급한 심판대상조항의 입법목적 또는 입법취지, 공직선거법상 관련 조항의 규율 내용<sup>7)</sup>을 모두 종합하여 보았을 때 심판대상조항의 규율대상인 정당·후보자에 대한 “지지·반대”의 정보 등을 게시하는 행위는 공직선거법상 선거운동에 해당하는 행위를 포함하면서, 설령 그 행위가 선거운동과 같이 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사나 능동적, 계획적 행위에 이르지 않더라도 정당·후보자의 정책이나 의견 따위에 찬동하여 이를 원조하거나 이에 맞서서 거스르는 행위까지도 포함되는 것으로 충분히 해석할 수 있으며, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이면 자신의 글이 실명확인 조항의 규율 대상인 정당·후보자에 대한 “지지·반대”의 정보등을 게시하는 행위인지를 충분히 알 수 있다고 할 것이다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 참조).

### 3. 과잉금지원칙 위반 여부

#### 가. 제한되는 기본권 및 심사기준

(1) 정치적 익명표현의 자유 및 인터넷 언론사의 언론의 자유

(가) 정치적 ‘익명표현’의 자유

헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유는, 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존

7) 헌법재판소는 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하여 하는 투표참여 권유행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 공직선거법(2014. 5. 14. 법률 제12583호로 개정된 것) 제58조의2 단서 제3호 및 제256조 제3항 제3호 중 제58조의2 단서 제3호에 관한 부분이 최형법정주의의 명확성원칙에 반하지 않는다고 판시하였다(헌재 2018. 7. 26. 2017헌가9, 판례집 30-2, 1, 5-8 참조).

업과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유이다. 이러한 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 그 보호영역에 포함된다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등; 2010헌마47).

표현의 자유가 보호하고자 하는 핵심가치가 자유롭게 자신의 의사나 의견을 외부에 표명하는 데에 있다고 한다면, 그것이 실명으로 표현되든 익명으로 표현되든 그 표현방식이나 표현방법은 의사표현자의 선택의 문제이다.<sup>8)</sup> 즉 표현의 자유가 보호하고자 하는 것은 그 표현방식이나 표현방법에서의 제한이 부과되지 않은 ‘자유로운’ 상태에서 자신의 의사나 의견을 외부에 표명할 수 있도록 하는 데에 있다고 할 것으로, 표현의 자유에 있어서의 ‘익명성’이라는 요소는 표현의 자유가 보장되기 위한 필요적 조건이라고 할 수도 있다. 그리고 이러한 익명표현의 자유는 그것이 오프라인이든 온라인이든 그 매체의 종류에 불문하고 인정된다고 보아야 하며, 오프라인에서 인정되는 익명표현의 자유가 인터넷을 이용하는 온라인에서 부인되어야 할 특별한 이유는 보이지 않는다. 인터넷의 구조적·태생적 특성들 중의 하나가 익명성이라는 점을 염두에 둘 때, 오히려 오프라인보다는 온라인에서 익명표현의 자유가 보다 더 강조되어야 할 것이다.<sup>9)</sup>

8) 한편, ‘익명표현의 자유’란 표현행위자가 익명의 상태로 표현행위를 할 자유를 의미하는 것으로서 표현방법이 아닌 표현행위자의 상태가 개념의 핵심이라고 보는 견해도 있다. 김송욱, 인터넷실명제에 대한 헌법적 평가와 전망-제한적 본인확인제 사건에 관한 판례평석을 겸하여-, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비공법학회, 169.

9) 황성기, “인터넷 실명제: 누구를 위한 추가삼간 태우기?”(2005. 11. 1. 국회 토론회),

정치적 표현의 자유는 표현의 자유 중 핵심영역이고, 이는 대의 민주주의의 실현과 관련하여 국민의 의사가 국가의 정책결정에 반영되도록 하는 참여민주주의의 실현을 위해서도 고도로 보장되어야 하는 것임에 이르지 않는다. 나아가 정치적 표현의 자유는 익명으로 자신의 정치적 의견을 밝히는 정치적 비판의 자유가 핵심인데 이는 익명표현의 자유가 인정되어야 비로소 완전해 질 수 있는 것으로 평가된다.<sup>10)</sup>

헌법재판소는 앞서 본 정보통신망법상 본인확인제 위헌결정에서는 다음과 같이 인터넷 공간에서 익명표현의 자유의 보호 필요성에 대하여 판시하였다. “인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다.”(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590, 606).

10) 익명표현의 자유는 억압적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 정치적 표현영역에서 그 빛을 발하게 된다. 특히 사회적 약자나 소수자에게 있어서 익명표현의 자유는 중요한 의미를 지닌다. 자신의 신원이 밝혀져 보복이나 괴롭힘 또는 차별에 대한 두려움 없이 소수자로서 또는 새로운 사상가로서 일반대중에게 익숙하지 않은 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파할 수 있을 때에 다수가 강요하는 부당한 진리와 사상이 교정될 수 있는 가능성이 열리는 것이다. 또한 온라인 익명은 흔히 오프라인 세계에서 엘리트연사가 담론을 지배하는 것을 가능하게 해주는 여러 신분징표들, 예컨대 인종, 계층, 성, 출신민족, 그리고 나이 등을 숨길 수 있도록 하여 줌으로써 누구나 사회적 담론을 주도할 수 있는 가능성을 열어 준다. Lyriisa Barnett Lidsky, "Silencing John Doe: Defamation and Discourse in Cyberspace", 49 Duke L. J. 855, 896 (Feb. 2000). 최용호, "공직선거법 제82조의6제1항 등 위헌확인", 결정해설집 9집, 헌법재판소, 2010, 57면에서 재인용.



(나) 정치적 익명표현의 자유 및 인터넷언론사의 언론의 자유 제한  
 실명확인 조항은 선거운동기간 중 인터넷언론사 인터넷홈페이지의 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보등을 게시하려는 경우 실명확인을 위하여 자신의 실명확인정보를 행정안전부장관이나 구 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 따른 신용정보업자 또는 현행 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 따른 ‘개인신용평가회사’(이하 통칭하여 ‘신용정보업자’라 한다)에게 밝히지 않을 수 없도록 하고, 이와 같은 실명인증을 받지 않은 채 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보등을 게시한 경우 인터넷언론사에 의하여 그 정보등이 삭제되도록 함으로써 표현의 자유 중 게시판 등의 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 않은 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에 게시판 등 이용자의 표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 등 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 인터넷언론사의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다.

한편, 실명확인 조항은 인터넷언론사에게 인터넷홈페이지 게시판 등을 운영함에 있어서 선거운동기간 중 이용자의 실명확인 조치의무, 실명인증표시 조치의무 및 실명인증표시가 없는 게시물에 대한 삭제의무를 부과하여 인터넷언론사의 직업의 자유도 제한하고, 과태료 조항은 인터넷언론사가 실명확인 조치의무나 실명인증표시가 없는 게시물에 대한 삭제의무를 이행하지 않는 경우 그에 대하여 과태료를 부과하는 것을 그 내용으로 하므로 인터넷언론사의 직업의 자유를 제한한다. 그러나 인터넷언론사의 기본권 가운데 이 사건과 가장 밀접한 관계에 있으며 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권은 실명확인 조항에 의하여 제한되는 언론의 자유라

고 할 것이므로 직업의 자유 제한의 정당성 여부에 관하여는 따로 판단하지 않았다. 또한 인터넷언론사의 언론의 자유 제한은 게시판 등 이용자의 정치적 익명표현의 자유의 제한에 수반되는 결과라고 할 수 있으므로 이 결정에서는 게시판 등 이용자의 정치적 익명표현의 자유 침해 여부를 중심으로 하여 인터넷언론사의 언론의 자유 등 침해 여부를 함께 판단하였다.

#### (다) 심사기준

표현의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이므로(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 775 참조) 선거에 있어서도 그 공정성을 해치지 않는 한도 내에서 원칙적으로 정치적 표현의 자유가 한껏 보장되어야 하고, 선거의 공정성을 위해 불가피하게 이러한 자유를 제한하는 경우에 있어서도 헌법 제 37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙이 준수되어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 29; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 17 참조).

또한 헌법재판소는 정치적 표현의 자유에 대하여, “오늘날 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있고, 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우에는 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않게 될 것이므로, 이를 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 심사기준을 적용하여야 할 것이다.”라고 판단한 바 있다(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 판례집 23-2하, 739, 756-757).

그러므로 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 의사표시가 선거운동에 해당한다고 하더라도 현행 공직선거법상의 각종 선거운동 규제 장치들 이외에 추가적으로 선거운동기간 실명확인제를 적용하는 것이 ‘정치적 익명표현의 자유’를 과도하게 제한하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

## (2) 개인정보자기결정권 제한

실명확인 조항에 의하여 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 ‘실명인증’의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 하고(공직선거법 제82조의6 제6항), 또한 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 위 규정에 따른 정보등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다(같은 조 제7항).

그리고 행정안전부장관 및 신용정보업자는 실명확인조항에 따라 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다(공직선거법 제82조의6 제3항). 다만 중앙선거관리위원회의 실명확인 조치 실무에 따르면 위와 같은 실명인증자료는 “선거일로부터 6개월까지” 보관된다.<sup>11)</sup>

11) 중앙선거관리위원회/행정자치부, 2016. 4. 13. 실시 제20대 국회의원선거 실명확인서비스 이용매뉴얼, 11에 따르면 행정안전부가 실명인증결과를 보관하는 기간은 “선거일 후 6개월까지”로 안내되어 있다. 이러한 문구는 제7회 전국동시지방선거 선거실명확인서비스 이용매뉴얼(9쪽), 제19대 대통령선거 실명확인서비스 이용매뉴얼(9쪽)에도 동일하게 포함되어 있다. 이와 같은 “선거일 후 6개월까지” 실명인증결과를 보관하도록 하는 실무례는 공직선거법에 규정한 죄의 공소시효가 당해 선거일 후 6개월이라는 점(공직선거법 제268조 제1항)과 어느 정도 연관성이 있는 것으로 추측된다. 다만 이러한 “선거일 후 6개월까지” 실명인증결과로 보관하도록 한 근거는 공직선거법에 명문으

실명인증자료에 속하는 정보는 게시판 등 이용자의 성명과 주민등록번호를 포함하는 것으로서 개인의 동일성을 식별할 수 있는 정보에 해당하므로 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당한다. 이러한 실명인증자료가 실명인증자료 관리조항에 따라 수집·관리된다는 점에서 실명인증자료 관리조항은 게시판 등 이용자의 개인정보자기결정권도 아울러 제한한다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등 참조).<sup>12)</sup>

#### 나. 과잉금지원칙 위배 여부

이 결정에서는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유와 인터넷언론사의 언론의 자유, 그리고 게시판 등 이용자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부에 관하여 판단하였는데, 선거의 공정성을 확보하고자 하는 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정하였으나, 침해의 최소성 및 법익의 균형성은 인정되지 않는다고 판단하였다.

---

로 규율되어 있지, 오히려 위 메뉴얼에도 별다른 근거가 적시되어 있지 않다(이 점은 일정한 자료를 “선거일 후 6개월까지 보관”하여야 한다고 규정한 같은 법 제 108조 제6항, 같은 법 제108조의3 제3항과 구별된다).

- 12) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 결정에서는 실명인증자료의 관리 및 제출에 관한 공직선거법 제82조의6 제3항이 심판대상에 포함된 조항이 아니며 개인정보를 수집할 목적으로 규정된 조항이 아니라는 점을 근거로 개인정보자기결정권을 제한하지 않는다고 보았다. 그런데 2010헌마47등 결정에서 본인확인제는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 보관할 의무를 지우고 있는데, 본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다고 하였고(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663, 판례집 22-1하, 323, 333 참조), 이후 2015. 7. 30. 2012헌마734등 결정에서는 공직선거법상 실명확인제에 관하여 개인정보자기결정권 제한을 인정하였다.

## (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협받을 가능성이 있기 때문에 그로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이다. 선거범죄의 혐의가 인정되거나 정보통신망을 이용한 행위로서 공직선거법에 위반되는 행위를 한 혐의가 인정되는 등의 경우에는 실명인증자료를 통하여 그와 같은 행위를 한 사람을 특정할 수 있게 된다는 점에서도 심판대상조항은 궁극적으로 선거의 공정성을 확보하기 위한 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

심판대상조항이 인터넷언론사 홈페이지의 게시판 등 이용자에게 실명확인을 거치도록 하고, 행정안전부장관 및 신용정보업자로 하여금 그 실명인증자료를 보관·관리하도록 함으로써 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있다.<sup>13)</sup> 한편 실명확인 조치를 하지 않거나 실명인증 표시가 없는 정보등을 삭제하지 않은 인터넷언론사로 하여금 과태료를 부과받을 수 있도록 함으로써 실명확인 조치를 어느 정도 강제할 수도 있다. 이러한

13) 현재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 결정의 반대의견에서는 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등에서 이루어지는 실명확인제가 흑색선전을 막기 위한 실효성 있는 수단이라고 볼 수 있을지도 의문이라고 실시하였다. 『선거후보자에 대한 흑색선전은 단순한 후보자 비판의 문제가 아니라, 치밀한 사전계획에 입각하여 조직적으로 이루어지는 것이 일반적이므로 인터넷 실명제를 실시한다고 하여도 방지되기 어려운 활동이다. 즉, 해악적인 의사표현은 사회적 상황의 여러 조건들이 변수로 작용하여 나타나는 것이지, 익명표현을 허용함에 따라 필연적으로 발생하는 문제라 볼 수 없다. 정당한 익명표현과 해악적 익명표현을 구분하기 위해 해악의 범위를 가늠할 수 있는 명확한 사회적 합의도 도출하기 어려운 상황에서, 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 추상적인 가능성만으로 해악적 익명표현뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적이고 포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 된다고 할 것이다.』(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 367)

수단을 통하여 앞서 본 선거의 공정성을 확보하는 데 기여할 수 있으므로 심판대상조항은 수단의 적합성도 인정된다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 참조).

## (2) 침해의 최소성

### (가) 사전적·포괄적 차단의 문제

심판대상조항의 문제는 익명표현으로 인한 부정적 효과뿐만 아니라 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단하게 된다는 데에 있다. 인터넷홈페이지의 게시판 등에서 이루어지는 정치적 익명표현을 규제할 경우 정치적 보복의 우려 때문에 일반 국민은 자기 검열 아래 비판적 표현을 자제하게 되고, 설령 그러한 우려를 극복하고 익명으로 비판적 표현을 한 경우에도 심판대상조항에 따른 실명확인을 거치지 않았다는 이유만으로 그 표현이 삭제될 수 있기 때문이다. 이는 인터넷이 형성한 ‘사상의 자유시장’에서의 다양한 의견 교환을 억제하는 것이다.<sup>14)</sup> 이로써 국민의 의사표현 자체가 위축될 수 있으며, 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성이 방해될 수 있다.<sup>15)</sup>

선거운동기간 중 정치적 익명표현의 부정적 효과는 익명성 외에도 해당 익명표현의 내용과 함께 정치적 표현행위를 규제하는

14) 인터넷상 의견표시에 대해서는 다른 의견을 가진 네티즌들의 즉각적인 대응이 가능하므로 인터넷 게시판은 ‘사상의 자유시장이론’에 입각한 자율적 정화가 바람직한 영역이라는 견해도 있다. 김송옥, 앞의 글, 188; 김종철, 공직선거법상 인터넷언론 규제에 대한 비판적 고찰, 언론과 법 8권 2호, 2009, 22; 한상희, 정보사회에서의 선거와 민주주의: 인터넷 선거운동에 대한 헌법적 고찰을 중심으로, 선거관리 49호, 2003. 12., 50(김종철과 한상희의 글은 김송옥, 188에서 재인용).

15) 현행 헌법상 대의제 하에서 평소 실명확인을 요구하지 않던 인터넷언론사의 게시판 등에서 선거운동기간 중 실명확인을 하도록 하는 것은 공동체의 갈등을 공론의 장에 상정하여 토론함으로써 그 갈등을 조정하는 장으로서의 인터넷 게시판의 기능을 상당히 위축시킬 수 있다는 견해로, 정필운, “사이버공간에서 표현의 자유의 제한과 그 한계 -헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47, 252(병합) 결정과 후속 논의에 대한 비판적 검토-”, 연세대학교 법학연구, 2013. 12., 18, 19.

관련 제도, 정치적·사회적 상황의 여러 조건들이 아울러 작용하여 발생한다. 즉, 그 부정적 효과가 익명표현을 허용함에 따라 필연적으로 문제라고 볼 수는 없다. 그럼에도 사전에 특정 익명표현으로 인해 부정적 효과가 발생할 것인지 혹은 그 해악의 범위를 가늠할 수 있는 명확한 합의를 도출하기 어렵고, 이를 구분할 수 있는 명확한 기준을 세우는 것은 거의 불가능한 상황에서, 추상적인 가능성만으로 사전적이고 포괄적으로 규제하는 것은 지나친 제한이라고 볼 수밖에 없다.

반면 실명인증자료 관리조항은 모든 익명표현에 대해 행정안전부장관 및 신용정보업자로 하여금 실명인증자료를 수집·관리하고, 중앙선거관리위원회의 요구에 따라 지체 없이 이를 제출하도록 정하고 있다. 이는 익명표현의 부정적 효과가 익명성 때문에 발생하는 것만은 아니라는 점을 간과하고, 모든 익명표현을 규제할 경우 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 추상적 가능성에 의존하여 모든 익명표현을 사전적·포괄적으로 규율하려는 것이다. 선거관리위원회가 애초 선거의 공정한 관리를 위하여 설치되는 기관이라는 점(헌법 제114조 제1항, 선거관리위원회법 제1조 참조)을 고려하면, 심판대상조항은 표현의 자유보다 행정편의와 단속편의를 우선하고 있다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등, 판례집 27-2상, 308, 327의 재판관 4인의 반대의견 참조).

#### (나) 선거운동기간 중 정치적 익명표현의 자유 제한의 문제점

공직선거법은 선거의 공정성을 위하여 선거운동기간을 정하고 그 기간 외에는 선거운동을 원칙적으로 금지함으로써, 예비후보자나 후보자에 대하여 예외적으로 일정한 경우 사전선거운동을 허용하

기는 하나(공직선거법 제59조), 전체적으로는 일반 국민의 선거운동의 자유를 광범위하게 제한하고 있다. 그렇다면 적어도 선거운동기간 동안만은 국민의 정치적 의사표현의 자유를 최대한 보장해 줄 필요가 있는데도, 심판대상조항은 정치적 의사표현을 자유롭게 할 수 있는 핵심적인 기간이라 볼 수 있는 선거운동기간 중에 익명표현의 자유를 제한하고 있어, 사실상 선거와 관련한 익명의 의사표현을 불가능하게 하고 있다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 판례집 27-2상, 308, 327의 재판관 4인의 반대의견 참조).<sup>16)</sup>

또한 선거운동기간 중 허위사실이나 흑색선전이 유포될 경우 이를 치유하기가 사실상 불가능하여 선거결과를 왜곡할 우려가 있다고 하나, 선거범죄로 인한 그와 같은 문제점은 현행 선거법이 선거운동기간을 지나치게 짧게 규정함에 따른 문제이지, 익명성에 의해 필연적으로 발생하는 구체적 위험으로 볼 수 없다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 판례집 27-2상, 308, 327의 재판관 4인의 반대의견 참조).

#### (다) 다른 수단의 사용 가능성

1) 각급선거관리위원회 또는 후보자는 공직선거법에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 일정한 조치를 취할 수 있다. 우선, 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되

16) 비록 적용기간이 선거운동기간으로 짧다고 하더라도, 우리나라 선거규제의 특성상 선거기간 동안에 후보자 지지반대의 목소리가 집중적으로 터져 나올 수밖에 없다는 점에서 그 기간에 제약되는 표현의 자유의 양이 결코 적다고 볼 수 없어 과잉금지원칙에 반한다는 의견으로, 박경신, 익명성 규제에 대한 헌법적 평가 및 2015년 선거법 공선법실명확인제, 선거연구 7호, 2016. 12., 123.



는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있고, 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자 등이 후보자의 요청에 따르지 아니하는 때에는 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있으며, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 이 법의 규정에 위반된다고 인정되는 때에는 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자에게 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다(공직선거법 제82조의4 제3항). 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 등은 지체 없이 이에 따라야 하고, 선거관리위원회로부터 2회 이상 요청을 받고 이행하지 않은 경우에는 형사처벌될 수 있다(공직선거법 제82조의4 제4항, 제256조 제3항 제1호 마목). 또한 공직선거법뿐만 아니라, 정보통신망법상의 수단을 이용할 수도 있다. 즉, 정보통신망법상 정보통신망을 통하여 일반에 공개된 정보로 인해 사생활 침해나 명예훼손 등의 침해를 받은 사람에게 인정되는 삭제요청 등의 수단이나 임시조치 등이 활용될 수 있다(정보통신망법 제44조의2, 제44조의3).

2) 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않고도 허위정보로 인한 여론 왜곡을 방지하여 선거의 공정성을 확보하는 새로운 수단을 도입할 수 있다. 예를 들어, 첫째, 게시판 등 이용자가 자발적으로 허위사실이나 흑색선전을 중앙선거관리위원회 등에 신고하는 방식을 고려할 수 있다. 실제로 행정안전부와 중앙선거관리위원회는 제7회 전국동시지방선거 실시 전에 후보자 등에 대한 비방 또는 흑색선전을 신고할 수 있도록 하는 신고 전용 인터넷홈페이지를 개설하고 이를 홍보함으로써 이

러한 자발적인 신고를 독려하였다. 둘째, 영화의 등급분류 심사처럼 표현의 자유는 보장하되 이용자로 하여금 실명확인이 된 글과 익명의 글에 대해 구분하여 접근할 수 있게 하는 방안을 생각할 수 있다. 가령 인터넷 게시판을 실명방과 비실명방으로 구분하는 방법은 수신자가 게시글을 읽기 전에 그 게시물이 실명글인지 익명글인지 미리 알 수 있도록 함으로써 글에 대한 신뢰감을 스스로 판단할 수 있도록 하고, 만약 자신의 게시물의 영향력을 높이고자 하는 사람이 있다면 실명확인을 거쳐 실명 게시판에 게시물을 게재할 수 있을 것이다. 셋째, 영국의 사례에서 볼 수 있듯이 비실명 게시판에는 진지성과 신빙성이 부족하여 유권자에게 거짓 정보를 제공할 가능성이 있다는 취지의 경고문을 게시하는 방법을 고려하여 볼 수도 있다.

3) 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자 비방죄 등 여러 사후적 제재수단이 이미 마련되어 있다. 현재 기술 수준에서도 인터넷 프로토콜(IP) 통신에 필요한 고유한 주소를 추적하는 등의 방법으로 사후적으로 게시물 표현자의 신원을 확인하는 방법이 불가능한 것도 아니다. 중앙선거관리위원회도 선거 게시판 감시활동을 통하여 불법게시물에 대한 검색과 그에 대한 대응활동을 하고 있고, 각급선거관리위원회에서도 선거범죄의 혐의가 있다고 인정되는 등의 경우에 해당 선거범죄가 저질러진 장소에 출입하여 관계인에 대한 질문·조사 및 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며(공직선거법 제272조의2 제1항 참조), 선거의 자유와 공정을 현저히 해할 우려가 있는 행위가 행하여지고 있거나 행하여질 것이 명백한 경우에는 현장에서 그 행위의 중단 또는 예방에 필요한 조치를 할 수도 있다(같은 조 제5항 참조).

또한 공직선거법 제272조의3은 각급선거관리위원회가 정보통신망을 이용한 공직선거법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 정보통신서비스제공자에게 요청할 수 있는 자료를 규정하고 있다(제1항, 제3항). 법원의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 정보통신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호 포함)·주민등록번호·주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료 포함)·이용기간·이용요금에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있고, 법원의 승인 없이도 인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 문자메시지를 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 전송통수의 열람이나 제출을 요청할 수 있다(공직선거법 제272조의3 제1항, 제3항 참조).<sup>17)</sup> 이러한 수단을 통하여서도 선거범죄를 저지른 자 또는 정보통신망을 이용한 행위로서 공직선거법에 위반되는 행위를 한 사람의 인적사항을 특정하고, 궁극적으로 선거의 공정성을 충분히 확보할 수 있다.

이와 같은 사후적인 규제수단이 마련되어 있음에도 불구하고 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 사전적·예방적 규제를 통하여 모든 익명표현을 사전적·포괄적으로 제한하는 것은 필요한 정도를 넘어 익명표현을 제한하고, 익명표현을 하려는 대다수의 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것이다.

17) 실무상 선거관리위원회에서는 신고가 들어왔을 때(예: 문자메시지 수신자의 신고) 신속하게 전송자의 성명 등 인적사항 및 전송통수를 파악하기 위해 우선 공직선거법 제272조의3 제3항에 따라 성명 등 자료를 제공받고 있다. 다만 실명이 아닌 경우 이용자 특정이 어려워 이 때는 같은 조 제1항에 따라 법원의 승인 절차를 밟아 성명(이용자를 식별하기 위한 부호 포함), 주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료 포함) 등을 제공받고 있다.

### (3) 법익의 균형성

선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판 등에서 발생 가능한 후보자 등에 대한 인신공격과 흑색선전을 막아 선거의 공정성을 확보하려는 공익이 대의민주제를 채택한 민주국가에서 중요하다라는 점을 부인할 수는 없다.

그러나 인터넷이 제공한 ‘사상의 자유시장’에서 익명표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 원활하게 한다는 점에서 최대한 보장되어야 하고, 따라서 익명적 의사표현을 통한 여론 형성 과정을 규제하는 입법의 경우에는 그 입법이 채택한 수단이 민주사회에서 여론 형성을 위한 다양한 의견과 정보의 자유로운 교환을 지나치게 억제하는 것은 아닌지 주의 깊게 살필 필요가 있다.

심판대상조항은 규제의 적용기간을 선거운동기간 중으로 한정하고 규제대상이나 범위도 제한적으로 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글에만 적용하고 있다. 그러나 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 기간이고, ‘정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의견’에 해당하는지 여부에 대한 검토의 부담으로 인하여 실제로 인터넷언론사는 글의 내용과 상관 없이 모두 실명인증을 거치도록 요구하게 된다. 이는 가장 긴요한 정치적 표현의 자유의 행사 기간에 본인의 이름, 주민등록번호 등의 노출에 따른 규제나 처벌 등 불이익을 염려하여 정치적 표현 자체를 포기하게 만들 가능성이 높다. 이 점에서 심판대상조항은 정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단하므로 익명표현의 자유와 언론의 자유에 대한 지나친 제약에 해당

한다. 더군다나 심판대상조항이 익명표현의 부정적 효과를 방지하기 위하여 모든 익명표현을 규제함으로써 대다수 국민의 개인정보자기결정권도 광범위하게 제한하고 있다는 점에서 이와 같은 불이익은 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 과소평가될 수는 없다.

#### (4) 소결

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 익명표현의 자유와 언론의 자유, 그리고 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 4. 결정의 의의

이 결정은 헌법재판소가 정보통신망법상 인터넷 게시판 본인확인제 위헌 결정에서, 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다고 결정(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등)한 이래, 공직선거법상 실명확인제에 대하여도, 위 정보통신망법상 본인확인제와 그 제도의 목적(선거의 공정성 확보)과 규율대상(선거운동기간 중 인터넷언론사 실명인증 요구)은 다르지만, 인터넷 공간에서의 정치적 익명표현의 자유 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 과도하게 제한해서는 안 된다는 취지에서 위헌으로 결정한 첫 번째 사례이다.

### 3. 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인

- ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’이  
청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 -  
(헌재 2021. 1. 28. 2020헌마264등, 판례집 33-1, 72)

류 지 현\*

#### 【판시사항】

1. ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’(2020. 1. 14. 법률 제16863호로 제정된 것, 이하 ‘공수처법’이라 한다) 제 24조 제1항에 대한 심판청구의 적법 여부(소극)
2. 구 ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’(2020. 1. 14. 법률 제16863호로 제정되고, 2020. 12. 15. 법률 제 17646호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공수처법’이라 한다) 제2 조 및 공수처법 제3조 제1항이 권력분립원칙을 위반하여 청구인 들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)
3. 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 공수처법 제8조 제4항이 영장주의원칙을 위반하여 청구인들 의 신체의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

---

\* 선임헌법연구관

## 【심판대상】

청구인들은 구 공수처법을 포함한 공수처법 전체에 대한 심판을 구하였으나, 각 조항별로 기본권침해 여부를 구체적으로 다투지 않았다. 이에 심판청구서의 취지에 따라 청구인들이 기본권을 침해받았다고 다투는 것으로 볼 수 있는 조항으로 심판대상을 한정하였다.

이 사건 심판대상은 고위공직자범죄수사처(이하 ‘수사처’라 한다)의 설치와 직무범위 및 수사처의 수사 또는 기소의 대상 등을 정한 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항, 공수처법 중 수사처장의 자격과 임명절차를 정한 제5조 제1항, 고위공직자범죄수사처장후보추천위원회(이하 ‘추천위원회’라 한다)의 위원 구성방법을 정한 제6조 제4항, 차장의 자격과 임명절차를 정한 제7조 제1항과 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력을 수사처검사의 자격 요건으로 규정하고 수사처 구성에 있어 검사의 직에 있었던 사람의 정원을 제한한 구 공수처법(이하 현행법이 아닌 경우 연혁과 상관없이 모두 ‘구 공수처법’이라 한다) 제8조 제1항, 공수처법 중 수사처검사의 영장청구와 관련하여 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무를 수행할 수 있도록 정한 제8조 제4항, 인사위원회의 구성과 운영에 필요한 사항을 수사처규칙으로 정할 수 있도록 한 제9조 제6항, 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력을 수사처수사관의 자격 요건으로 규정한 제10조 제1항 제3호, 검찰수사관을 파견받은 경우 수사처수사관의 정원에 포함하도록 한 제10조 제2항 단서, 검사가 수사처장과 차장이 되고자 하는 경우 퇴직 후 일정기간이 경과하여야 한다고 정한 제13조 제2항, 수사처장과 차장, 수사처검사는 퇴직 후 일정기간이 경과하여야 검사로 임용될 수

있다고 정한 제16조 제2항, 수사처와 다른 수사기관의 관계에 있어 수사처장이 다른 수사기관에 이첩을 요청할 수 있도록 하고, 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 인지한 경우 수사처에 통보하여야 한다고 정한 제24조 제1항 및 제2항, 수사처의 조직 및 운영에 필요한 사항을 수사처규칙으로 정하도록 한 제45조가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

2020헌마264 사건의 청구인들은 청구 당시 제20대 국회의원들로, 공수처법이 권력분립원칙에 위반되고 국민의 생명권, 신체의 자유 및 검사의 영장신청권 등을 침해한다고 주장하며 2020. 2. 19. 위 법 전체의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2020헌마681 사건의 청구인은 제21대 국회의원으로, 공수처법이 권력분립원칙에 위반되고 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 평등권 등을 침해한다고 주장하며 2020. 5. 11. 위 법 전체의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 당사자들의 주장 요지

#### 가. 2020헌마264

(1) 공수처법에 의하면 수사처는 수사 및 공소권을 행사할 수 있는 권력기관임에도 입법·행정·사법 중 어디에도 속하지 않는 독립기관으로 설치되어 권력분립원칙에 위반된다.

(2) 공수처법이 대통령, 국회의장, 국회교섭단체가 추천한 사람



이 수사처장의 임명에 관여하도록 하는 것은 수사처의 정치적 중립성을 침해한다.

(3) 공수처법이 수사처검사로 하여금 영장을 청구할 수 있도록 한 것은 그 자체로 위헌으로 국민의 신체의 자유 등 기본권과 검사의 영장신청권을 침해한다.

(4) 정치적 중립성이 확보되지 않은 수사처에 의한 수사는 수사대상자인 고위공직자에게 유리하게 작용할 것이므로 수사처의 수사대상이 아닌 사람들의 평등권을 침해한다. 또한 수사처에 의해 형벌이 부과될 경우 청구인들의 생명권, 재산권 등이 침해된다.

(5) 수사처에 수사권과 공소권을 모두 부여하는 것은 검·경 수사권 조정 방향과 모순되고, 수사처의 설치로 수사권이 이원화되어 고위공직자에 대한 수사가 제대로 이루어지지 못할 우려가 있으며, 검찰과 수사권을 두고 분쟁이 발생할 경우 규정상 이를 해결하기 어렵다.

#### 나. 2020헌마681

(1) 수사처는 입법·행정·사법 중 어디에도 속하지 아니한 독립기관으로 대통령이나 국회로부터 어떠한 통제나 감독도 받지 아니하는바, 이는 헌법상 국가기관 구성의 기본원리인 권력분립원칙에 위반된다. 또한 수사처는 헌법과 정부조직법에 설치 근거가 없으며, 수사처의 설치는 자유민주적 통치구조의 기본이념과 원리에 부합하지 아니하고 헌법상 체계정당성의 원리에도 반한다. 공수처법상 수사처를 검찰보다 상위의 기관으로 예정하고 있음에도 수사처에 대한 국회의 견제가 사실상 불가능하고, 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않은 규칙 제정권을 수사처에 부여하여 법체계에 부합하지 않으며, 판사를 수사처의 수사 또는 기소의 대상으로 하

여 사법권의 독립을 침해한다. 이와 같이 공수처법은 권력분립원칙 등을 위반하여 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다.

(2) 공수처법은 수사처의 수사대상이 되는 사람과 수사대상이 되지 않는 사람을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다. 또한 공수처법은 법 시행 전에 퇴직한 고위공직자도 수사처의 수사대상으로 하여 신뢰보호원칙에 반한다.

(3) 공수처법에 의하면 고위공직자의 가족도 수사처의 수사대상이 되는데, 이는 자기책임의 원리에 위반되고 평등권을 침해하며, 헌법 제36조 제1항 등에 근거한 혼인과 가족생활에 관한 기본권 등을 침해하고, 나아가 헌법상 연좌제금지에 반한다.

(4) 공수처법은 수사처검사와 수사처수사관의 임명, 정원 제한 등에서 검사의 직에 있던 사람과 검찰수사관을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권, 직업의 자유 및 공무담임권을 침해한다. 공수처법은 헌법상 규칙제정권을 부여받지 못한 수사처에 포괄적인 규칙제정권을 백지위임하고 있다.

(5) 공수처법에서 수사처장으로 하여금 다른 수사기관에 대하여 사건의 이첩을 요청할 수 있도록 하고 다른 수사기관은 수사처에 대하여 통보의 의무가 있다고 규정함으로써 수사처장이 검찰총장을 지휘하는 법체계의 모순이 발생한다.

(6) 수사처검사는 검사와 동일하다고 보기 어려우므로 수사처검사에게 영장신청권을 부여하는 것은 청구인의 신체의 자유 등을 침해한다.

### **【결정요지】**

1. 청구인들은 국회의원 등 고위공직자로 재직 중이거나 재직

하였던 사람들로서 고위공직자범죄등을 범한 경우 수사처의 수사 대상이 된다. 청구인들이 고위공직자범죄등을 범한 경우 수사처의 수사 또는 기소의 대상이 될 수 있다는 점은 현재 확실히 예측되고, 유효적절한 권리구제를 위하여 미리 기본권침해 여부를 판단할 필요도 인정된다. 따라서 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항으로 인한 기본권침해가능성 내지 기본권침해의 자기관련성, 현재성은 인정되고, 위 조항들에 대한 심판청구는 적법하다.

그러나 공수처법 제24조 제1항을 비롯한 다른 조항들의 경우 기본권침해가능성 내지 기본권침해의 자기관련성이 인정되지 아니하므로, 이들에 대한 심판청구는 부적법하다.

2. 수사처는 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속되고 그 관할권의 범위가 전국에 미치는 중앙행정기관이다. 공수처법이 수사처의 소속을 명시적으로 규정하지 않은 것은 수사처의 업무의 특성을 고려하여 정치적 중립성과 직무상 독립성을 보장하기 위한 것이다. 수사처에 대하여는 행정부 내부에서만 아니라 외부에서도 다양한 방법으로 통제를 하고 있으며, 수사처가 다른 국가기관에 대하여 일방적 우위를 점하고 있다고 보기도 어렵다. 따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 권력분립원칙에 반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하지 않는다.

3. 고위공직자는 권력형 부정 사건을 범할 가능성이 높고 범죄로 인한 부정적인 파급효과가 크며 높은 수준의 청렴성이 요구된다. 가족의 경우 고위공직자와 생활공동체를 형성하는 밀접·긴밀한 관계에 있다. 따라서 고위공직자나 그 가족 등에 한하여 수사처의 수사나 기소의 대상으로 하고 그 대상이 되는 범죄를 한정하여 규정한 것에는 합리적인 이유가 있다. 수사처에 의한 수사

등의 대상에 퇴직한 사람을 포함시킨 것도 범죄에 연루된 현직 고위공직자가 사직을 통해 수사처의 수사 등을 회피하는 행태를 방지하고 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성 제고라는 수사처의 설치 목적에 기여하기 위한 것이다. 수사처에 의한 수사 등에 적용되는 절차나 내용, 방법 등은 일반 형사소송절차와 같으므로, 수사처의 수사 등의 대상이 된다고 하여 대상자에게 실질적인 불이익이 발생한다거나 대상자의 법적 지위가 불안정해진다고 볼 수 없다. 수사처가 고위공직자에 대한 수사 등의 주체가 됨으로써 부실·축소 수사 또는 표적수사가 이루어지거나 무리한 기소가 있을 수 있다는 우려를 뒷받침할 객관적·실증적인 근거도 없다. 따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 검사는 검찰권을 행사하는 국가기관인 검사로서 공익의 대표자이자 수사단계에서의 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사만을 지칭하는 것으로 보기 어렵다. 수사처검사는 공익의 대표자로서 다른 수사기관인 수사처수사관을 지휘·감독하고, 피고인의 이익도 함께 고려하는 인권옹호기관으로서의 역할을 한다. 수사처검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명되므로 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖추었다. 따라서 공수처법 제8조 제4항은 영장주의원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유 등을 침해하지 않는다.

### 재판관 이선애의 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항에 대한 심판청구의 적법요건에 관한 반대 의견

헌법소원심판의 청구인은 공권력 작용과 현재 관련이 있어야 하며, 장래 어느 때인가 관련될 수 있다는 것만으로 헌법소원을 제기할 수는 없다. 다만, 기본권침해가 장래에 발생하더라도 예외적으로 침해의 현재성이 인정될 수 있는데, 이를 위해서는 기본권 침해사유의 발생이 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측될 수 있어야 하며, 기본권침해가 구체화·현실화된 이후에는 실효적인 권리구제가 매우 어려워지는 사정이 있어 그 전에 기본권침해 여부를 판단할 필요성이 인정되어야 한다.

그런데 청구인들에 대한 평등권 또는 신체의 자유 등의 침해사유는 단순히 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하고 현재 그 사유의 발생을 확실하게 예측할 수 없다. 그리고 청구인들 각자에 대한 수사가 개시되지도 않았고, 구체적으로 어떤 내용과 절차의 수사가 이루어질 것인지도 명확하지 않은 현재 시점에서, 실효적인 권리구제를 위하여 기본권침해 여부를 판단할 필요성도 인정되지 않는다. 따라서 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항에 대한 심판청구는 기본권침해의 현재성을 충족하지 못하여 부적법하다.

### 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제24조 제1항의 권력분립원칙 위반 및 공수처법 제24조 제1항의 적법절차원칙 위반에 관한 반대 의견

가. 공수처법 제24조 제1항은 수사처장이 이첩 요청을 하면 다른 수사기관이 수사를 하고 있는 경우라도 해당 수사기관은 그에

응하여야 할 의무를 부과하여, 수사권 및 공소권의 주체가 달라지므로, 평등권, 신체의 자유 등 기본권이 침해될 가능성이 있다. 고위공직자범죄등을 범할 경우 수사처의 수사 또는 공소권 행사의 대상이 될 수 있다는 점은 현재 확실히 예측된다. 따라서 위조항에 대한 심판청구도 적법하다.

나. 검사가 가지는 수사권과 공소권은 국가의 행정 목적 달성을 위하여 일원적인 권력행사가 이루어져야 하는 시원적(始原的) 행정행위로서 전통적이고 기본적인 행정영역이다. 그럼에도 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 법무부 소속의 검사에게 귀속되어 있던 권한과 기능 중 가장 중요한 수사권과 공소권의 일부를 분리하여 행정각부에 소속되지 않은 수사처에 부여하고 있는데, 이는 전형적인 행정업무는 헌법에서 따로 규정하고 있지 않는 한 행정각부에 속하도록 하는 헌법 제66조 제4항에 위반된다.

공수처법 제24조 제1항은 고위공직자범죄등의 수사와 관련하여 수사처장에게 일방적으로 이첩을 요청할 권한을 부여하고, 상대 수사기관은 이에 따르도록 의무를 부과하고 있다. 이로써 수사처는 다른 수사기관보다 일방적 우위를 차지하게 되고, 이는 검사의 수사권 및 공소권 행사에 관한 권한과 기능을 침해하는 것이다.

추천위원회의 구성, 수사처 인사위원회의 구성, 수사처검사의 임기 등을 보면 수사처가 정치적 중립성 및 직무상 독립성을 충분히 보장받고 있다고 보기 어렵다. 수사처는 행정부 소속임에도 대통령, 법무부장관 등의 통제에서 벗어나 있고, 국회는 수사처장에 대한 해임건의를 할 수 없으며, 고소·고발 사건에 대한 재정신청 외에는 수사처의 수사 등을 통제할 방안이 없는 등 권한에 상응하는 책임도 부담하지 않는다.

따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항, 제24조 제1항은 권력분립원칙에 따른 헌법적 기준과 한계에 반하여 청구인들의 신체의 자유 등을 침해한다.

다. 공수처법 제24조 제1항은 ‘수사의 진행 정도 및 공정성 논란’을 이첩 요청 사유로 규정하고 있으나, 그 문언이 추상적이고 명확하지 않으며, 향후 제정될 수사처규칙으로 일응의 기준을 정한다고 하더라도 결국 수사처장의 자의적 판단에 따라 사건의 이첩 여부가 결정될 가능성이 있다. 또한, 수사처로 사건이 이첩될 때 피의자 등은 별도의 통지를 받지 못하므로 그에 대하여 의견을 진술할 기회를 부여받지 못하고, 피의자의 신체의 자유 등에 대한 제한을 최소화하기 위한 인신구속에 관한 사항조차 명시적으로 규정되어 있지 않다.

따라서 공수처법 제24조 제1항은 그 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추지 못한 것이므로 적법절차원칙에 위반되어 청구인들의 신체의 자유 등을 침해한다.

### **재판관 이종석, 재판관 이영진의 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항의 사법권 독립 침해 및 평등권 침해에 관한 반대의견**

가. 수사처의 수사에는 내사가 포함되고, 내사는 전적으로 수사처의 재량에 달려 있다고 할 것인데, 수사처가 수사권과 공소권을 행사하는 고위공직자범죄 중에는 형법상 직권남용, 직무유기와 같은 법관의 재판 업무 자체에 직접 적용될 수 있는 범죄도 포함되어 있어, 자칫 수사처검사의 자의적 판단에 따라 법관의 재판 자체에 대하여 내사를 포함한 수사 등이 이루어질 가능성이 있다. 그러한 내사가 이루어지는 것만으로 사법권 및 법관의 독립 등은 심각하게 훼손되는 것이고, 재판 당사자의 재판청구권을 침해하는

결과까지 초래할 수 있다.

수사처가 직접 공소제기 및 유지까지 하는 사건을 담당하는 법관은 일반 사건과 달리 재판이 진행되는 동안 자신과 가족이 내사의 대상이 될 수 있다는 심리적 압박을 받게 된다. 법관이 심리적 위축으로 인하여 당해 재판을 독립적이고 공정하게 수행하지 못할 수 있다는 외관이 형성될 수 있고, 수사처가 직접 공소제기 및 유지하는 사건이라는 사실 자체가 담당 법관의 판단에 영향을 미칠 수도 있다는 피고인의 의심은 법관의 독립에 대하여 피고인이 갖는 신뢰를 떨어뜨리는 것이며, 이로써 해당 재판의 독립 및 공정성은 훼손된다.

그렇다면 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 사법권의 독립을 침해하여 권력분립원칙에 위반되고, 수사처의 수사대상인 청구인들의 재판청구권을 침해한다.

나. 공수처법이 고위공직자와 그 가족을 수사대상으로 하고, 판사 및 검사 등에 대한 공소권을 행사하여 비고위공직자와 차별취급하는 것은 사회적으로 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 사회적 신분에 의한 차별에 해당한다.

고위공직자 등 부패범죄의 비율이 비고위공직자의 범죄에 비하여, 그리고 판사 및 검사 등의 부패범죄의 비율이 그 밖의 고위공직자범죄에 비하여 현저히 높다거나, 고위공직자범죄에 대한 검찰과 경찰의 권한행사가 공정하지 못하였다는 실증적인 자료는 확인되지 않는다. 수사처검사가 검사에 비해 정치적 중립성 및 직무상 독립성이 우월하다고 할 수 없고, 수사처 수사에 대한 통제를 위한 별도의 규정을 두고 있지 아니한 점 등을 종합하면, 공수처법이 수사처로 하여금 판사 및 검사 등에 대하여만 공소권을 행사하도록 규정함에 따른 차별취급은, 통일적으로 공소권을 행사함으



로써 공평한 소추를 담보하도록 하는 데 증대한 지장을 초래할 수 있다. 대통령, 국무총리, 그 밖의 정무직 공무원 등이나 검사나 경무관 이상의 경찰공무원 등은 인적·재정적·정치적 관계로 말미암아 경찰이나 검찰 등과 이해충돌 상황에 있다고 할 것이나, 판사 등은 그러한 이해충돌 상황에 있다고 할 수 없음에도 판사 등을 검사 또는 경무관 이상의 경찰공무원과 동일하게 취급하는 것은 합리적이라 할 수 없다.

공수처법이 퇴직고위공직자에 대한 경과규정을 두지 않은 것과, 원칙적으로 서울중앙지방법원에서 재판받을 수 있도록 하는 것 역시 피고인의 방어권 행사에 관한 이익 등을 전혀 고려하지 않고 수사처의 편익만 고려한 것이므로 합리적이라고 할 수 없다.

따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항에 의한 차별취급은 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정하다고 보기 어려워 합리적 이유에 의한 것이라고 할 수 없고, 청구인들의 평등권을 침해한다.

### **재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 법정의견에 대한 보충의견**

가. 법률에 설치근거를 둔 행정기관들 사이에 직무범위를 어떻게 나누고 권한을 어떻게 배분할 것인지를 헌법상 권력분립원칙의 문제로 보기 어려우므로, 수사처장의 이첩요청권한으로 말미암아 수사처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도 이는 입법정책의 문제에 불과하다. 독립된 위치에서 고위공직자등의 범죄를 수사할 수 있도록 수사처를 설치한 취지를 고려하여 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 수사처장의 이첩요청권한을 인정한 공수처법 제24조 제1

항은 수사 사무의 배분에 관한 입법형성의 재량을 일탈하거나 권력분립원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나. 수사처와 다른 수사기관과의 관계에서 수사처장이 다른 수사기관에 대하여 사건의 이첩을 요청할 수 있는 사유와 그 요청에 따른 효과에 관한 사항은 입법자가 재량으로 결정할 사항으로, 이에 관한 입법자의 판단은 명백히 자의적이거나 현저히 불합리하지 않는 한 존중되어야 할 것인데, 공수처법 제24조 제1항에서 정한 이첩요청 사유가 명백히 자의적이거나 현저히 불합리하다고 보기 어려우므로, 위 조항이 입법재량을 현저히 일탈하여 합리성과 정당성을 갖추지 못하여 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

수사처검사와 수사처수사관은 그 직무를 수행함에 있어 검사 및 사법경찰관과 동일한 직무권한을 행사하므로, 수사처의 이첩요청에 따라 피의자 등이 검사·사법경찰관이 아닌 수사처검사·수사처수사관에 의해 수사를 받는다고 하여 실질적인 불이익이 있다고 볼 수 없고, 수사의 밀행성과 신속성을 고려할 때 수사처의 수사대상이 되었다는 사실만으로 피의자 등에게 의견진술의 기회가 반드시 부여되어야 하는 것으로 보기 어렵다. 따라서 공수처법 제24조 제1항이 사건을 수사처로 이첩할 때 수사대상자에게 통지를 하고 그 의견을 진술할 기회를 부여하는 규정을 두고 있지 않은 점을 들어 적법절차원칙에 반한다고 보기 어렵다.

다. 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항에 따라 수사처의 수사권과 공소권 대상에 판사가 포함된다는 것이 수사처가 판사의 재판에 관한 직무수행에 관여할 수 있음을 의미하는 것이 아니므로, 이로써 헌법 제103조의 ‘재판상 독립’이 침해된다고 볼 수 없다. 판사도 범죄를 저지르면 형사처벌을 받을 수 있고 범죄

혐의가 인정되면 수사기관의 수사 및 공소제기의 대상이 되는 것은 당연하다. 고위공직자범죄등을 범한 판사에 대한 수사권 및 공소권이 수사처에 부여되더라도, 이는 판사에 대한 수사 및 공소제기의 주체가 수사처로 변경된 것일 뿐 피의자로서 판사가 받게 될 실질적인 불이익의 차이는 존재하지 아니하므로, 그로 인해 사법권의 독립이 침해되었다고 할 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 이 사건에서는 우선 심판청구의 적법 여부가 문제 되었다. 법정의견은 심판대상조항들 중 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항에 대한 심판청구만 적법하다고 보았고, 재판관 이선애의 반대의견은 위 조항들에 대한 심판청구 역시 부적법하다고 보았으며, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견은 위 조항들뿐만 아니라 공수처법 제24조 제1항에 대한 심판청구 역시 적법하다고 보았다.

나. 본안과 관련하여서는 ① 수사처의 법적 지위, ② 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 권력분립원칙을 위반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하는지 여부, ③ 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하는지 여부, ④ 공수처법 제8조 제4항이 영장주의원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유 등을 침해하는지 여부가 문제 되었다.

이에 대하여 법정의견 및 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견 모두 ① 수사처는 행정기관에 해당한다는 점, ④ 공수처법 제8조 제4항이 영장주의원칙을 위반하여 청구인

들의 신체의 자유 등을 침해하지 않는다는 점에는 일치하였다. 그러나 ②에 대하여 법정의견은 법률로써 행정각부에 속하지 않는 독립된 형태로 수사처를 설치하는 것이 허용된다는 전제하에 위 조항들이 권력분립원칙에 반하지 않는다고 보았으나, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견은 수사처가 행정각부에 속하지 아니한 채 행정업무를 하는 것 자체가 헌법 제66조 제4항에 위반된다면서 위 조항들이 권력분립원칙을 위반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해한다고 보았고, 나아가 공수처법 제24조 제1항 역시 권력분립원칙 및 적법절차원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유 등을 침해한다고 보았다. ③에 대하여도 법정의견은 평등권 침해가 아니라고 보았으나, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견은 사법권의 독립 및 평등권 침해라고 보았다. 법정의견에 대하여는 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 보충의견이 있었다.

## 2. 적법요건에 대한 판단

가. 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제8조 제4항에 대한 심판청구

### (1) 법정의견

위 조항들에 대한 심판청구는 기본권침해가능성 내지 자기관련성, 현재성 모두 인정되어 적법하다고 보았다.

청구인들은 국회의원 등 고위공직자로 재직 중이거나 재직하였던 사람들로서 고위공직자범죄등을 범한 경우 수사처의 수사대상이 되고, 경우에 따라 수사처에 의한 기소대상도 되므로, 이로 인하여 평등권과 신체의 자유, 주거의 자유, 재산권, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권이 침해될 가능성이 있고, 기본권침해의 자기관

련성도 인정된다고 보았다. 또한 다양하고 비정형적인 방법으로 비밀리에 이루어질 수 있는 수사의 성격상 청구인들에 대한 기본권침해가 수사처에 의한 수사로 구체화·현실화되는 시점에서는 적시에 권리구제를 기대하는 것이 언제나 가능하다고 단언하기 어려우므로 유효적절한 권리구제를 위하여 그 전에 기본권침해 여부를 판단할 필요가 있고, 청구인들이 고위공직자범죄등을 범한 경우 수사처의 수사 또는 기소의 대상이 될 수 있다는 점은 현재 확실히 예측되므로, 위 조항들로 인한 기본권침해의 현재성도 인정된다고 보았다.

## (2) 재판관 이선애의 반대의견

위 조항들로 인하여 청구인들에게 발생할 수 있는 기본권침해의 사유가 현재 확실히 예측되지 않을 뿐만 아니라, 청구인들의 기본권침해가 구체화·현실화되기 전에 그 침해 여부를 판단할 필요성도 인정되지 않으므로, 위 조항들에 대한 심판청구는 기본권침해의 현재성을 충족하지 못하여 부적법하다고 보았다.

(가) 우선 위 조항들에 의한 기본권침해사유의 발생이 현재 확실히 예측되는지 여부에 대하여 살펴보면, ① 권력분립원칙, 영장주의원칙 및 검사의 영장신청권에 관한 헌법규정 위반 여부에 대해서는 청구인들이 수사처의 수사 또는 기소 대상이 되어 구체적인 기본권이 침해되는 상황과 관련될 경우에만 본안 판단을 할 수 있고, ② 청구인들이 수사처의 수사 또는 기소의 대상이 됨으로써 발생할 수 있는 평등권의 침해 사유는 단순히 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하여 현재 그 사유의 발생을 확실하게 예측할 수 없으며, ③ 강제수사에 따른 신체의 자유 등의 제한도, 개별적인 수사 절차상 여러 유형의 처분에 따른 것으로,

수사가 개시되지 않은 시점에서는 수사절차상 강제처분을 받게 될 것인지, 그로 인해 구체적으로 어떤 기본권이 어떤 방식으로 어느 정도 침해될 것인지 예측할 수 없고, 설령 청구인들이 정치적 중립성을 잃은 표적수사 등의 대상이 될 우려가 있다고 하더라도, 청구인들 각자가 구체적인 범죄의 혐의로 고소 또는 고발되거나 그 혐의가 인지됨으로써 수사가 개시된 것도 아니고, 수사가 개시될지 여부도 알 수 없는 현재 시점에서 그러한 사유가 발생할 것이 틀림없다고 예측할 수 있는 것은 아니라고 보았다.

(나) 나아가 청구인들에 대한 기본권침해가 수사처의 수사로 구체화·현실화되는 시점에서 해당 기본권 영역에서 돌이킬 수 없는 손해가 발생하지 않도록 적시에 권리구제를 할 수 있는지는, 구체적인 사안에서 수사 절차와 방법, 법적으로 예정된 불복수단 등을 살펴서 판단할 문제라는 전제하에, 청구인들 각자에 대한 수사가 개시되지도 않았고, 구체적으로 어떤 내용과 절차의 수사가 이루어질 것인지도 명확하지 않은 현재의 시점에서는, 실효적인 권리구제를 위하여 기본권침해 여부를 판단할 필요성이 인정되지 않는다고 보았다.

## 나. 공수처법 제24조 제1항, 제2항에 대한 심판청구

### (1) 법정의견

공수처법 제24조 제1항, 제2항은 수사처와 다른 수사기관과의 관계(수사처장의 이첩요청, 다른 수사기관의 통보 등)에 관하여 규정하고 있는데, 법정의견에서는 위 조항들은 수사처와 검찰 등 다른 수사기관 사이의 권한 배분에 관한 사항을 규정한 것으로서 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없으므로, 기본권침해가능성이 인정되지 않는다고 보았다.

## (2) 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

공수처법 제24조 제1항에 따르면 수사처장이 이첩을 요청하는 경우 다른 수사기관은 이에 응하여야 하는바, 결국 수사처장의 요청에 의하여 수사권 및 공소권의 주체가 달라지게 되고, 이로써 수사처의 수사 및 공소의 대상이 되는 청구인들의 신체의 자유 등 기본권침해가능성이 인정된다고 보았다. 또한, 고위공직자범죄 등을 범한 경우 수사처의 수사 및 공소의 대상이 될 수 있다는 점은 공수처법이 시행되고 있는 현재 확실히 예측되므로 청구인들에 대한 기본권침해의 우려를 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하다고 볼 수 없어 기본권침해의 현재성 역시 인정된다고 보았다. 따라서 공수처법 제24조 제1항에 대한 심판 청구는 적법하다고 보았다.

### 다. 나머지 조항들에 대한 심판청구

(1) 나머지 조항들 중 공수처법 제5조 제1항, 제6조 제4항, 제7조 제1항, 제9조 제6항, 제45조는 수사처의 구성에 관한 사항이나 수사처의 규칙제정권에 관한 사항(공수처법 제9조 제6항, 제45조)을 규정한 것들로서, 이러한 조항들이 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없으므로, 위 조항들로 인한 기본권침해가능성이 인정되지 않는다고 보았다.

(2) 나머지 조항들 중 구 공수처법 제8조 제1항은 수사처검사의 자격과 임명절차, 공수처법 제10조 제1항 제3호는 수사처수사관의 자격, 공수처법 제13조 제2항은 수사처장과 차장의 결격사유, 공수처법 제10조 제2항 단서 및 제16조 제2항은 수사처수사관의 정원과 공식임용 제한 등에 대하여 규정한 조항들인데, 청구인들은 위 조항들로 인해 기본권을 침해받았다는 점에 관하여 구체

적으로 다투지 않고 있거나 청구인들이 수사처장이나 차장, 수사처검사 또는 수사처수사관이 되고자 하는 사정이 확인되지 않으므로, 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다고 보았다.

### 3. 수사처의 법적 지위

수사처는 공수처법에 따라 고위공직자범죄등에 대한 수사과 특정 고위공직자의 고위공직자범죄등에 대한 공소제기 및 그 유지에 필요한 직무를 수행한다. 수사와 공소제기 및 그 유지는 형사절차의 핵심으로, 많은 국가에서 행정부가 수사와 공소제기 및 그 유지에 관한 사무를 수행하고, 우리나라 역시 중앙행정기관의 하나인 법무부의 장관이 수사와 공소제기 및 그 유지에 관한 검찰 사무를 관장하며, 이를 위해 그 소속으로 검찰청을 두고 있다(정부조직법 제32조 제1항, 제2항). 공수처법은 이러한 검찰권 중 일부를 수사처에 분산한 것으로, 수사처는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무를 수행한다고 할 것이다.

한편, 공수처법에 의하면, 수사처장은 추천위원회에서 추천한 2명 중 1명을 대통령이 지명한 후 인사청문회를 거쳐 임명하고, 차장은 수사처장의 제청으로 대통령이 임명하며, 수사처검사는 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다(제5조 제1항, 제7조 제1항, 제8조 제1항). 또한 수사처검사뿐만 아니라 수사처장과 차장도 징계처분의 대상이 되고(제14조), 징계처분 중 견책은 수사처장이 하지만 해임·면직·정직·감봉은 수사처장의 제청으로 대통령이 한다(제42조 제1항). 이처럼 대통령은 수사처장과 차장, 수사처검사의 임명권과 해임권 모두를 보유하고 있다. 또한 공수처법 제17조 제3항에 의하면 수사처장은 소관 사무와 관련된 안전이 상정될 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있는 한편, 그



소관 사무에 관하여 독자적으로 의안을 제출할 권한이 있는 것이 아니라 법무부장관에게 의안의 제출을 건의할 수 있다. 이상의 점들에 비추어 보면, 수사처는 대통령을 수반으로 하는 행정부에 소속된 행정기관이라 할 것이다.

#### 4. 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 권력분립 원칙을 위반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하는지 여부

##### 가. 법정의견

법정의견은 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 권력분립원칙에 반하여 청구인들의 평등권, 신체의 자유 등을 침해하지 않는다고 보았다.

##### (1) 독립행정기관의 허용 여부

법정의견은 공수처법이라는 법률에 근거하여, 직제상 대통령 또는 국무총리 직속기관 내지 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않는 형태로 ‘수사처’라는 행정기관을 설치하는 것 자체가 헌법상 금지되는 것은 아니라면서, 다음과 같은 취지로 판시하였다.

『헌법 제66조 제4항은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”고 규정하고 있는바, 헌법은 제4장에서 ‘정부’라는 표제 하에 대통령(제1절)과 행정부(제2절)를 통합하여 규정하고 있고, 헌법 제66조 제4항이 헌법 제40조(입법권) 및 제101조 제1항(사법권)과 함께 헌법상의 권력분립원칙의 직접적인 표현인 점을 고려할 때, 헌법 제66조 제4항에서의 ‘정부’란 입법부와 사법부에 대응하는, 넓은 개념으로서의 집행부를 일컫는다 할 것이다. 나아가 헌법은 대통령의 명을 받은 국무총리가 행정각부를 통할

하도록 규정하고 있으나(제86조 제2항), 대통령과 행정부, 국무총리에 관한 헌법 규정의 해석상 국무총리는 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못하고 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기관으로서의 지위만을 가지며 행정권 행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령으로 보아야 할 것이므로, 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’에 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없다. 다시 말해 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 반드시 국무총리의 통할을 받는 ‘행정각부’의 형태로 설치하거나 ‘행정각부’에 속하는 기관으로 두어야 하는 것이 헌법상 강제되는 것은 아니라 할 것이므로, 법률로써 ‘행정각부’에 속하지 않는 독립된 형태의 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지된다고 할 수 없다.』

## (2) 권력분립원칙 위반 여부

(가) 청구인들은, 수사권 및 공소권을 가진 수사처가 어느 행정부서에도 소속되지 않고 어느 곳에서도 통제받지 않는 형태로 설치되는 것은 권력분립원칙에 반한다고 주장한다.

이에 대하여 법정의견은, 수사처가 중앙행정기관임에도 불구하고 대통령을 비롯하여 기존의 행정조직에 소속되지 않고 이들로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않는 형태로 설치된 것은 수사처 업무의 특수성에서 기인한 것이라고 보았다. 즉, 수사처를 대통령 등 기존의 행정조직에서 독립된 형태로 설치한 것은 수사처로 하여금 행정부의 통제로부터 가능한 벗어나 독립적이고 중립적으로 그 과제를 완수하도록 하고, 정치적 환경의 변화에도 불구하고 조직적 지속성을 보장받도록 하기 위한 것이므로, 수사처가 기존의 행정조직에 소속되어 있지 않다는 사정만으로 공수처법상

수사처의 설치가 권력분립원칙에 반한다고 보기 어렵다는 것이다.

(나) 물론 수사처가 강력한 독립성만을 부여받고 입법부나 사법부에 의한 통제도 받지 않는다면 이 역시 국민의 기본권보장에 위협이 되고 결과적으로 권력 상호간의 견제와 균형을 요체로 하는 권력분립원칙에 반한다 할 것이다.

이에 대하여 법정의견은, 수사처의 권한 행사에 대하여는 여러 기관으로부터의 통제가 충실히 이루어질 수 있으므로, 단순히 수사처가 독립된 형태로 설치되었다는 이유만으로 권력분립원칙에 반한다고 볼 수 없다면서, 다음과 같은 취지로 판시하였다.

『1) 수사처는 공수처법이라는 입법을 통해 도입되었다. 수사처의 설치 및 존속 여부와 그 권한 범위, 구성 방식 등에 관한 사항은 법률에 규정되어 있는바, 국회는 이러한 법률의 개폐를 통하여 시원적인 통제권을 갖는다.

수사처를 구성함에 있어서도 공수처법은 입법부와 행정부, 사법부를 비롯하여 다양한 기관들이 그 권한을 나누어 가져 기관 간에 견제와 균형이 이루어지도록 하였다. 특히 추천위원회의 구성과 관련하여 공수처법 제6조 제4항은 비정치적·중립적이라고 평가될 수 있는 법원행정처장과 대한변호사협회장을 당연직 위원으로 정하고 있고, 정부·여당과 다른 의견을 가질 수 있는 대통령이 소속되거나 소속되었던 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2인을 추천직 위원으로 정하고 있는데, 이러한 구성방식은 수사처장 후보자의 추천 과정에서 정치권의 이해관계가 강조되거나 대통령의 영향력이 강하게 작용할 경우 이를 적절히 견제할 수 있는 권한을 비정치인인 당연직 위원(2인)과 야당이 추천한 추천직 위원(2인)에게 부여한 것으로 볼 수 있다. 인사위원회에 야당이 추천한 추천직 위원(2인)이 포함되는 것도 위와 같은 의미가 있다고 할

것이다. 이러한 점을 종합하여 보면, 공수처법은 수사처가 대통령을 비롯하여 이른바 집권세력에 의해 일방적으로 구성되지 못하도록 이들의 정치적 영향력을 적절히 차단하고 있다 할 것이다.

2) 입법부와와의 관계에서 볼 때, 국회는 수사처에 대하여 다음과 같은 통제수단을 행사할 수 있다.

수사처장은 국회의 인사청문회를 거쳐 임명되고(공수처법 제5조 제1항), 국회는 수사처장에 대하여 탄핵소추를 의결할 수 있다(공수처법 제14조). 국회는 수사처장에 대하여 국회 출석 및 답변을 요구할 수 있고, 수사처장은 수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한 국회에 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다(공수처법 제17조 제2항). 국회는 다른 중앙행정기관과 마찬가지로 수사처의 예산안에 대한 심의·확정권을 갖는다.

3) 수사처에 대한 사법적 통제수단을 보면, 법원은 수사처의 명령·규칙·처분에 대한 위헌·위법심사권(헌법 제107조 제2항)의 행사를 통하여, 헌법재판소는 수사처의 공권력의 행사 등으로 인한 기본권의 침해가 발생하였을 때 헌법소원심판권의 행사를 통하여 각각 수사처를 통제할 수 있다. 수사처검사가 불기소처분을 한 경우 고소·고발인은 재정신청을 하여(공수처법 제29조 제1항), 수사결과에 대하여 다시 판단을 받을 수 있다.

4) 행정부의 내부적 통제의 측면에서 보면, 공수처법은 수사처장으로 하여금 국무회의에 출석하여 발언할 수 있도록 규정하여(제17조 제3항) 수사처 사무가 국무회의의 토론 과정을 통해 조정될 수 있는 장치를 마련해두었다. 수사처는 감사원의 감찰 대상도 된다(감사원법 제24조 제1항 제1호). 수사처검사와 수사처수사관이 공수처법에 따른 직무와 권한 등을 행사할 때에도 임의로 이를 행사할 수 없고 검찰청법과 형사소송법에 따라야 한다(공수

처법 제47조 참조). 수사처장이 수사처검사의 범죄 혐의를 발견한 경우에는 관련 자료와 함께 이를 대검찰청에 통보하도록 하여(공수처법 제25조 제1항) 수사처검사의 범죄에 대한 통제절차도 마련되어 있다. 특히 대통령은 수사처장과 차장, 수사처검사의 임명권과 해임권 모두를 보유하고 있으므로, 대통령의 수사처 구성원에 대한 임명은 형식적 절차에 그치는 것이 아니고, 대외적으로는 수사처의 구성원을 임명한 대통령이 정치적 책임을 부담한다 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221 참조).』

(다) 청구인들은, 수사와 기소로 이루어지는 형사제재 영역은 국민의 기본권에 대한 침해 정도가 중하므로 기존의 행정조직에서 단일하게 권한을 행사하여야 하고, 새로이 독립된 형태로 설치된 기관에서 그 일부를 담당하게 하는 것은 권력분립원칙에 반한다는 취지로 주장한다.

이에 대하여 법정의견은, 앞서 본 바와 같이 공수처법이라는 법률에 근거하여 수사처라는 행정기관을 설치하는 것이 헌법상 금지되지 않고, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의를 견제할 별도의 수사기관을 설치할지 여부는 국민을 대표하는 국회가 결정할 문제로서, 그 판단에는 본질적으로 국회의 폭넓은 재량이 인정되며, 헌법원칙으로서의 권력분립원칙은 구체적인 헌법질서와 분리하여 파악될 수 없는 것으로 권력분립원칙의 구체적 내용은 헌법으로부터 나오며, 어떠한 국가행위가 권력분립원칙에 위배되는지 여부는 구체적인 헌법규범을 토대로 판단되어야 한다는 전제하에, 설령 수사처의 설치로 말미암아 수사처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도, 동일하게 행정부 소속인 수사처와 다른 수사기관 사이의 권한 배분의 문제는 우리 헌법상의 권력분립원칙의 문제라고 볼 수 없고 입법정책의 문제일 뿐이라

고 보았다.

(라) 청구인들은, 수사처가 판사에 대하여 수사권 및 공소권을 행사하는 것이 사법권의 독립을 침해하여 권력분립원칙에 반한다는 취지로 주장한다.

이에 대하여 법정의견은, 판사에 대하여 수사를 하고 공소제기 및 유지를 하는 것은 판사의 직무 수행에 어떠한 관여를 하기 위한 것이 아니라 형사법적 절차에 따라 판사가 범한 고위공직자범죄등을 처리하는 것에 불과하므로, 이를 두고 헌법에서 정하고 있는 법관의 독립이나 법관의 신분보장에 대한 침해라고 볼 수는 없고, 수사처의 권한 행사에 대해서는 여러 국가기관에 의하여 충실한 통제가 이루어지고 있으므로, 수사처가 법원이나 다른 국가기관에 대하여 일방적으로 우위를 차지하고 있다고 보기 어렵다고 하였다.

**나. 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 위 조항들 및 공수처법 제24조 제1항의 권력분립원칙 위반에 관한 반대 의견**

앞서 보았듯이 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 공수처법 제24조 제1항에 대한 심판청구도 적법하다고 보아 본안 판단으로 나아갔고, 구 공수처법 제2조, 공수처법 제3조 제1항, 제24조 제1항이 권력분립원칙에 위반되어 청구인들의 신체의 자유 등을 침해한다고 보았다.

**(1) 권력분립원칙의 의의**

반대의견에서는 다음과 같은 취지로, 기능적 권력분립원칙을 강

조하면서 독립행정기관 설치의 헌법적 기준과 한계를 실시하였다.

『(가) 권력분립의 원칙은 국가권력의 분리와 합리적 제약을 통하여 권력의 남용을 방지하고, 이로써 국민의 자유와 권리를 보장하려는 것으로, 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라, 권력 상호 간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것이다.

(나) 오늘날 현대 민주국가에서의 정치적 상황은 ① 정당국가의 발달에 따른 집권 정당에 의한 입법권과 행정권의 통합 현상, ② 국가의 국민에 대한 적극적 생존배려 및 급부 기능이 확대됨에 따른 행정국가 현상, ③ 다원적 민주주의 발전에 따른 각종 시민·사회단체의 출현과 정치적 영향력의 확대 현상 등과 같이 근본적으로 변화하고 있다. 이에 따라 국가권력을 입법, 행정, 사법으로 나누어 상호 견제와 균형을 이루게 함으로써 국민의 기본권을 보장하려는 고전적 권력분립의 원칙 못지않게, 권력을 행사하는 국가기관 사이에 권한과 기능의 실질적인 분산과 상호 간의 조화를 도모하는 기능적 권력분립의 원칙이 중요한 헌법상 원리로 자리 잡게 되었다. 오늘날 이러한 기능적 권력분립원칙은 ‘행정과 의회를 장악한 집권당인 여당과 반대당인 야당 사이의 견제와 균형’, ‘국가기관 내부 조직 사이의 협력과 통제’, ‘중앙정부와 지방자치단체 간의 수직적 권력분할’, ‘헌법재판제도에 의한 권력통제’ 등의 형태로 구현되고 있다.

(다) 현대 민주국가에서는 정치·사회·경제 발전에 따른 행정의 역할과 기능이 점차로 증대되어 감에 따라, 종래 전통적인 행정체계에서는 포섭될 수 없는 영역을 규율하기 위하여 행정각부에는 소속되지 않고 별도의 독립적인 임무와 자율권을 부여받은 독립행정기관들이 등장하고 있다.

독립행정기관은 행정부에 해당하지만, 헌법 제66조 제4항에 따른 정부에 속하지 않은 독립기관이라는 점에서 헌법상 권력분립 원칙과의 관계가 문제된다. 오늘날 권력분립의 원칙이 국민의 기본권 보장과 함께 효율적인 국가작용의 원리로도 기능한다는 점을 고려하면, 행정의 비대화를 방지하고 국가작용의 전문성과 효율성을 달성하기 위하여 법률로써 설치된 독립행정기관은 그 자체가 곧바로 권력분립원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 독립행정기관을 창설하는 입법도 헌법이 규율하는 국가형태 및 기능에 관한 기본적 원칙과 체계를 준수하여야 하므로, 다음과 같은 권력분립원칙에 따른 헌법적 기준과 한계를 가진다고 할 것이다.

① 헌법 제66조 제4항은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”고 규정하고 있는데, 그렇다면 적어도 행정권의 핵심영역이나 전통적으로 행정부의 영역에 해당하는 전형적 행정업무는 헌법에서 따로 규정하고 있지 않는 한 ‘대통령을 수반으로 하는 정부인 행정각부’에 속하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 국회가 법률을 제정하여 독립행정기관을 설치하더라도 해당 독립행정기관에게 행정권의 핵심영역 또는 전통적인 행정부의 영역으로 인정되는 행정업무의 전부 또는 일부를 취급하도록 허용하는 것은 헌법 제66조 제4항에 위반된다.

② 국회가 법률로써 독립행정기관을 설치하고 새로운 기술적·전문적 영역이나 행정부 내부의 이해관계 충돌이 있는 영역에서 비전형적 업무에 관한 권한을 부여한다고 하여도, 그 권한행사는 행정부 내부의 다른 조직 및 다른 국가기관과 상호 협력적 견제를 유지하도록 하여야 한다. 만약 독립행정기관 설치 법률이 해당 독립행정기관에게 일방적 우위의 지위를 부여하고 다른 국가기관의 핵심적 기능을 침해하는 권한을 행사하도록 하고 있다면 이는 권력분립원칙에 위반된다.

③ 독립행정기관이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 독립행정기관의



조직, 운영 및 권한 등에 있어서 독립성이 충분히 보장되어야 한다.

④ 독립행정기관은 법률에 의해 독립적 권한을 보장받아야 하지만, 다른 한편으로는 이에 상응하는 책임도 함께 부담하여야 한다. 따라서 국회가 법률로써 독립행정기관을 구체적으로 형성할 때는 그 권한행사 과정에서 절차적인 공정성을 확보하도록 하여야 하고, 행정부 내부의 협력과 통제는 물론 입법부와 사법부에 의한 적절한 견제가 함께 이루어지도록 하여야 한다. 특히 독립행정기관에 대한 민주적 정당성 및 책임성을 구현하기 위해서는 입법자인 국회에 의한 견제와 감독은 매우 중요하다.』

## (2) 권력분립원칙 위반 여부

반대의견은, 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항에 따라 설치된 수사처는 헌법상 권력분립원칙에 위반되고, 공수처법 제24조 제1항 또한 수사처와 다른 수사기관 사이의 수사 관할 배분을 수사처장의 일방적 결정에 일임하는 결과를 초래하므로 권력분립원칙에 위반된다면서, 다음과 같은 취지로 판시하였다.

『(가) 검사가 가지는 범죄에 대한 수사권과 공소권은 형사사법 절차의 핵심영역이고, 국가의 행정 목적 달성을 위하여 일원적인 권력행사가 이루어져야 하는 시원적(始原的) 행정행위로서 전통적이고 기본적인 행정영역인데, 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 법무부 소속의 검사에게 귀속되어 있던 권한과 기능 중 가장 중요한 수사권과 공소권의 일부를 분리하여 행정각부에 소속되지 않은 수사처에 부여하고 있는바, 이는 독립행정기관으로서의 성격상 매우 부적절할 뿐 아니라, 헌법 제66조 제4항에 위반된다.

(나) 다른 행정기관과의 상호 협력적 견제관계 측면에서 보아도 수사처는 공수처법 제24조 제1항 등에 따른 수사처장의 일방적인

이첩 요청 권한을 통하여 실질적으로 행정부 내 수사기관 사이에서 우위를 차지함으로써 상호 협력적 견제관계를 훼손하고 있다. 수사처장이 이첩을 요청한 이상 다른 수사기관은 이를 거부할 수 없고, 수사처장의 이첩 요청에 대한 재량권을 사전 또는 사후에 통제할 수 있는 장치가 전혀 마련되어 있지 않다는 점에서 볼 때 공수처법 제24조 제1항은 권력의 남용을 방지하기 위한 수사기관 사이의 견제와 균형의 원칙에 위반된다고 할 것이다. 이는 수사처가 헌법과 법률에 의한 검사보다 우위의 입장에서 검사의 수사권 및 공소권 행사 업무에 관한 권한과 기능을 침해하는 것이라고 볼 수 있고, 경우에 따라서는 피의자의 신체의 자유 등을 침해할 우려가 있다. 또한, 수사처와 검사 사이의 수사권 및 공소권에 관한 관할의 중첩으로 인하여 예상되는 충돌과 혼란을 해결할 수 있는 구체적 방안도 마련해 놓고 있지 않아 수사권 및 공소권 행사의 효율성과 통일성을 저해할 우려도 크다.

(다) 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려하면, 수사처가 수사 및 공소제기 등의 업무를 담당하는 준사법기관이면서도 필수적으로 요구되는 정치적 중립성과 직무상 독립성을 충분히 보장받지 못하고 있다.

① 수사처장후보추천 단계부터 국회 교섭단체가 추천한 위원이 4명이나 포함됨으로써 필연적으로 수사처장 선출이 정치적 영향을 받을 수밖에 없다.

② 수사처검사의 경우에도 인사위원회가 처장, 차장, 처장이 위촉한 1명 등 3인, 여당 및 야당 소속 각 교섭단체가 2명씩 추천한 4명 등 총 7명으로 구성되어 있고, 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 함으로써 수사처검사의 인사 역시 정치적 영향을 받을 수 있다.

③ 공수처법 제8조 제3항은 수사처검사의 임기를 3년으로 정하고 3회

에 한정하여 연임이 가능하도록 하고 있는바, 이처럼 공수처법이 수사처 검사로 하여금 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무를 수행할 수 있도록 하면서도(제8조 제4항), 판사나 검사와 달리 임용기간을 지나치게 단기로 규정한 것은 그 자체로 수사처검사의 신분보장을 매우 취약하게 만들어서 정치적 중립성에 부정적 영향을 미치고, 입법형성의 한계를 일탈하여 헌법 제7조에서 정한 공무원제도를 사실상 형해화하고 있다.

(라) 한편, 수사처는 고위공직자범죄등에 대한 수사권과 공소권이라는 막강한 권한을 부여받고 있지만 그 권한에 상응하는 책임을 부담하지는 않는다.

수사처는 행정부 소속이지만 대통령이나 법무부장관으로부터 아무런 통제를 받지 않는다. 수사처장은 국회의 청문회를 거치는 하지만 국회의 동의가 없어도 대통령이 일방적으로 임명할 수 있고, 수사처장은 국회의 요구가 있을 때에만 국회에 출석하여 보고나 답변할 의무가 있으며, 국무위원이 아닌 수사처장에 대하여 국회가 대통령에게 그 해임을 건의할 수도 없다. 공수처법상 수사처가 수사를 축소하거나 은폐를 할 위험성에 대한 통제방안이 재정신청(제29조) 외에는 없다. 고위공직자범죄등에 대하여 공소권을 가지는 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 수사처검사에 대한 보완수사요구권이나 재수사요청권 등과 같은 통제권한도 별도로 부여하고 있지 않다.』

#### 다. 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 공수처법 제 24조 제1항의 적법절차원칙 위반에 관한 반대의견

반대의견은, 공수처법 제24조 제1항이 적법절차원칙에 위반되어 청구인들의 신체의 자유 등을 침해한다면서, 다음과 같은 취지로 판시하였다.

『(1) 공수처법 제24조 제1항에서 규정하고 있는 수사처장의 이첩 요청 사유인 ‘수사의 진행 정도 및 공정성 논란’은 추상적이어서 명확하지 아니하며, 위 사유에 해당하는지 여부를 객관적으로 판단할 수 있는 명확한 기준이 전혀 마련되어 있지 않아 수사처장의 일방적이고 자의적인 판단에 맡겨져 있다고 볼 수밖에 없다.

(2) 공수처법 제24조 제1항은 고위공직자범죄등의 사건의 이첩에 관하여 수사처가 다른 수사기관보다 일방적으로 우위에 있는 것으로 규정하고 있다. 수사처장의 요청에 ‘정당한 사유’가 있는지 또는 다른 수사기관이 수사처장의 이첩요청을 거부하거나, 이첩하지 아니하여야 할 ‘특별한 사정’이 있는지를 불문하고, 해당 수사기관이 수사를 종결할 단계에 이르렀거나, 이미 피의자를 구속하고 있던 경우라도 다른 수사기관으로 하여금 수사처장의 이첩 요청에 응하도록 하는 것은 적정하다고 할 수 없다(구속기간 계산에 대하여도 아무런 규정이 없다). 이첩 여부를 결정하기 전에 수사처장과 다른 수사기관이 수사 관할을 협의·조정할 수 있는 절차도 마련되어 있지 않다.

(3) 수사처의 수사대상이 되는 피의자와 고소·고발인 등 사건 관계인은 사건이 수사처로 이첩될 때 별도의 통지를 받지 못하고, 따라서 이에 대하여 자신의 의견을 진술할 기회를 부여받지 못할 뿐 아니라, 나아가 피의자가 적절한 방어권의 행사나 입증자료의 제출 또는 주장의 기회를 상실할 수도 있다.』

### 라. 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 공수처법 제 24조 제1항에 대한 법정의견에 대한 보충의견

재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 설령 공수처법 제24조 제1항에 대한 심판청구가 적법하더라도 위 조항은 권력분

립원칙과 적법절차원칙에 위반되지 아니한다면서, 다음과 같은 취지로 보충의견을 밝혔다.

### 『(1) 권력분립원칙 위반 여부』

법률에 설치근거를 둔 행정기관들 사이에 직무범위를 어떻게 나누고 권한을 어떻게 배분할 것인지를 헌법상 권력분립원칙의 문제로 보기 어렵다. 수사처장의 이첩요청권한으로 말미암아 수사처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도 이는 입법정책의 문제에 불과하다. 입법자는 수사처의 독립설치 취지를 고려하여 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 수사처장의 이첩요청권한을 인정함으로써 수사처의 수사대상에 해당하는 범죄에 대하여 수사처가 우선적인 수사 관할권을 가지도록 규정한 것으로 이해된다. 따라서 공수처법 제24조 제1항은 수사 사무의 배분에 관한 입법형성의 재량을 일탈하거나 권력분립원칙에 반한다고 보기 어렵다.

### 『(2) 적법절차원칙 위반 여부』

수사처와 다른 수사기관과의 관계에서 수사처장이 이첩을 요청할 수 있는 사유와 그 효과에 관한 사항은 입법자가 재량으로 결정할 사항으로, 이에 관한 입법자의 판단은 명백히 자의적이거나 현저히 불합리하지 않는 한 존중되어야 할 것이다. 공수처법 제24조 제1항이 정한 이첩요청 사유가 명백히 자의적이거나 현저히 불합리하다고 보기 어렵고 구체적인 사건에서 이첩요청 사유에 해당하는지 여부는 법률해석을 통해 해결할 수 있으므로, 위 조항이 입법재량을 현저히 일탈하여 합리성과 정당성을 갖추지 못하여 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나아가 수사처의 이첩요청으로 수사처의 수사대상이 된 사람을 기준으로 적법절차원칙 위반 여부를 보아도, 이첩으로 인해 수사

처의 수사대상이 됨으로써 발생할 수 있는 시간과 비용상의 불이익은 법률상 불이익이 아닌 사실상의 불이익에 불과하고, 피의자 등이 검사·사법경찰관이 아닌 수사처검사·수사처수사관에 의해 수사를 받는다고 하여 실질적인 불이익이 있다고 볼 수 없으며, 수사의 밀행성과 신속성을 고려할 때 수사처의 구체적인 수사대상이 되었다는 사실만으로 피의자 등에게 의견진술의 기회가 반드시 부여되어야 하는 것으로 보기도 어렵다. 필요한 경우 공수처법 제45조에 따라 수사처규칙으로 이첩에 관한 구체적인 절차를 규정할 수도 있다. 그렇다면 공수처법 제24조 제1항이 수사처로 이첩할 때 수사대상자에게 통지를 하고 그 의견을 진술할 기회를 부여하는 규정을 두고 있지 않았다는 이유만으로 적법절차원칙에 반한다고 보기는 어렵다.』

## 5. 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 청구인들을 비고위공직자와 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하는지 여부

### 가. 법정의견

(1) 심사기준의 경우, 위 조항들에 따라 고위공직자범죄등에 대한 수사 등은 경찰이나 검찰이 아닌 수사처에서 수행할 수 있게 되는데, 수사처의 수사 등에 적용되는 절차나 내용, 방법 등이 일반 형사소송절차와 다르지 않는 이상 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 영역에 관한 것이거나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하지 않으므로, 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부를 심사하여 판단하면 족하다고 보았다.

(2) 법정의견은, 위 조항들이 합리적 재량범위를 벗어나 고위공직자를 비고위공직자에 비하여 차별취급하고 있다고 볼 수 없으

므로, 위 조항들은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다면서 다음과 같이 판시하였다(법정의견은, 퇴직한 고위공직자도 수사처의 수사를 받는 것이 신뢰보호원칙에 반한다는 주장과, 고위공직자의 가족이 수사처의 수사를 받는 것이 자기책임의 원리, 연좌제 금지 등에 반한다는 주장도 여기에서 함께 살펴보았다).

『우리 헌법은 수사나 공소제기의 주체, 방법, 절차 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않으므로, 입법자는 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정 등을 고려하여 수사 및 공소제기의 주체를 누구로 할 것인지, 어떠한 절차나 형식에 따라 수사를 진행하고 공소를 제기할 것인지를 결정할 수 있다. 기존의 행정조직에 소속되지 않은 독립된 위치에서 고위공직자 등의 범죄에 대한 수사과 공소제기 및 그 유지에 관한 사무를 수행할 기관을 설치·운영할 것인지 여부를 포함하여 해당 기관에 의한 수사나 기소의 대상을 어느 범위로 정할 것인지는 독립된 기관의 설치 필요성, 고위공직자범죄의 척결 및 공직사회의 신뢰성 제고에 대한 국민적 관심과 요구 등 모든 사정을 고려하여 결정할 문제라 할 것이므로, 이에 대한 입법자의 결정은 명백히 자의적이거나 현저히 부당하다고 볼 수 없는 한 존중되어야 한다.

공수처법은 부패 방지와 근절이라는 국가의 책임을 이행하기 위해 수사처라는 독립적인 기관에서 고위공직자에 대한 수사를 엄정히 하도록 함으로써 권력형 부정 사건이나 정치적 성격이 강한 사건에서 법의 공정성과 법적 정의를 확보하고자 제정된 것으로서, 고위공직자는 권력형 부정 사건을 범할 가능성이 비고위공직자에 비하여 높고 그 범죄로 인한 부정적인 파급효과가 크므로, 고위공직자를 수사처의 수사나 기소의 대상으로 하고 수사나 기소의 대상이 되는 범죄를 한정하여 규정한 것에는 충분히 합리

적인 이유가 있다. 수사처에 의한 수사 등의 대상이 된다 하더라도 적용되는 절차나 내용, 방법 등은 일반 형사소송절차와 같고, 수사 등의 주체만을 수사처로 달리할 뿐인데, 수사 등의 주체가 달라진다 하여 그 대상자에게 실질적인 불이익이 발생한다거나 대상자의 법적 지위가 불안정해질 것이라고 볼 수는 없다.

수사처에 의한 수사 등의 대상에 고위공직자의 가족도 포함되나(공수처법 제2조 제2호), 가족의 경우 고위공직자와 생활공동체를 형성하는 밀접·긴밀한 관계에 있으므로, 공수처법의 입법 목적을 달성하기 위해 고위공직자의 직무와 관련하여 가족이 고위공직자범죄를 범한 경우에 한하여 수사처의 수사 등을 받도록 한 것이 고위공직자나 그 가족에 대한 불합리한 차별에 해당한다고 볼 수 없다. 퇴직한 고위공직자를 수사처 수사 등의 대상에 포함시킨 것도 범죄에 연루된 현직 고위공직자가 사직을 통해 수사처의 수사 등을 회피하는 행태를 방지하고, 퇴직 후에도 재직 당시의 범죄행위에 대한 책임을 물을 수 있게 함으로써 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성 제고라는 수사처의 설치 목적 실현에 기여하기 위한 것이므로 합리적인 이유가 있다.』

#### 나. 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

반대의견은 위 조항들이 사법권의 독립을 침해함으로써 권력분립원칙에 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해하고, 합리적 이유 없이 고위공직자 등을 차별취급함으로써 평등권도 침해한다면서 다음과 같은 취지로 판시하였다.

##### 『(1) 사법권 독립의 침해

수사처가 수사하고 기소한 사건에서 피고인들이, 자신의 재판을



담당하는 법관이 수사처의 수사권 및 공소권 행사의 대상이 되고, 그 법관이 수사처를 의식하여 심리적으로 위축된 나머지 독립되고 공정하지 못한 재판할 수도 있다고 의심하게 되고, 그러한 의심이 합리적인 것으로 인정되는 경우라면, 사법권의 독립은 훼손된 것이고, 이로써 피고인이 가지는 헌법상의 기본권인 재판 청구권도 침해된다.

① 수사처의 수사에는 내사가 포함되고, 내사는 전적으로 수사처의 재량에 달려 있다고 할 것인데, 고위공직자범죄 중에는 형법상 직권남용, 직무유기와 같은 법관의 재판 업무 자체에 직접 적용될 수 있는 범죄도 포함되어 있어, 자칫 수사처검사의 자의적 판단에 따라 법관의 재판 자체에 대하여 내사를 포함한 수사 등이 이루어질 수도 있는바, 그러한 내사가 이루어지는 것만으로 사법권 및 법관의 독립 등은 심각하게 훼손된다.

② 수사처의 한정된 수사 인력, 판사와 검사에 대한 고소·고발이 많은 우리나라의 현실, 수사처장의 이첩요청이 있으면 다른 수사기관으로서 이에 응할 수밖에 없는 등 수사처가 다른 수사기관과의 관계에서 고위공직자범죄등에 대하여 우선적으로 수사권과 공소권을 가지는 점, 현행 공수처법의 규정만으로는 수사처의 정치적 중립성과 직무상 독립성 보장이 취약한 점, 고위공직자범죄의 정치적·권력적 성격, 수사처의 지위 및 업무 성격에 내재하는 실적주의 등을 종합하여 보면, 경우에 따라서는 수사처에 의해 선별 수사나 표적 수사가 현실화할 우려가 있음을 부정하기 어렵다.

③ 수사처 사건의 재판을 담당하는 법관으로써는 자신과 가족이 언제든지 수사처의 수사와 공소제기의 대상이 될 수 있다는 심리적 압박 또는 압력을 받을 우려가 있고, 그 결과 법관이 당해 재판을 독립적이고 공정하게 수행하지 못할 수도 있다는 외관

이 형성될 수 있으며, 이는 법관의 독립에 대하여 피고인들이 갖는 신뢰를 떨어뜨리는 것이고, 이로써 해당 재판의 독립 및 공정성은 훼손된다.

따라서 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항은 사법권의 독립을 침해하여 헌법상 권력분립원칙에 위반되고, 청구인들의 헌법상 재판청구권을 침해한다.

## (2) 평등권 침해

### (가) 차별취급의 존재

구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항으로 인하여 고위공직자와 비고위공직자 사이에 차별취급이 발생하고, 판사 및 검사 등과 그 밖의 고위공직자 사이에서도 추가적인 차별취급이 발생하며, 재판관할에 관한 특례규정과 퇴직한 고위공직자에 대한 경과규정의 불비 등으로 인하여 수사처의 판사 및 검사 등에 대한 공소권 행사 등에서의 차별취급이 더욱 심화된다.

### (나) 합리적 재량범위에 있는 차별인지 여부

1) 우선 심사기준의 경우, 공수처법은 특정범위의 국민에게만 적용되는 처분적 법률이라고 할 수 있는바, 처분적 법률 중 개별인에 대한 법률은 개별사건에 대한 법률의 경우보다 더욱 엄격한 심사척도에 의하여 차별적 규율의 합리적 정당성 여부를 판단하여야 할 것이고, 여기서 차별적 규율이 합리적인지 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 한다.

2) 그리고 위 조항들에 의한 차별취급은 고위공직자의 부패범죄 척결 등의 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정하다고 보기 어려워 합리적 이유에 근거한 것이라고 할 수 없으므로,

위 조항들은 청구인들의 평등권을 침해한다.

검찰이나 경찰 또는 수사처 중 어느 기관에서 수사를 받고, 어느 기관이 공소를 제기하고 유지하는지에 따라 동일한 범죄를 저질렀음에도 다르게 처우되는 고위공직자와 그 가족에 대한 차별 취급이 단지 수사의 주체 또는 공소제기의 주체만 달리하는 정도라거나 수사처의 운영과정에 따른 사실상의 문제라고 단정할 수 없는바, 수사처의 특별한 지위, 수사의 대상이 되면서 겪게 되는 심대한 기본권 제한의 정도, 수사권이라는 공권력의 적극적 성격, 수사처 구성에 대한 정치적 영향력 차단을 위한 제도적 보완장치의 미비 등의 사정까지 종합하여 보면, 앞서 본 차별취급의 문제는 수사처의 운영에 의한 사실상의 문제에 그치지 않고, 차별취급을 받는 고위공직자와 그 가족에게 실제적인 불이익을 가할 정도의 것이다.

기소편의주의와 기소독점주의를 채택하고 있는 우리나라에서 검찰이 정치적 중립성을 유지하기 어려울 수 있다는 문제의식에 따라 정치적 중립성과 직무상 독립성이 보장된 수사처가 새로 도입되었으나, 수사처검사도 대통령이 임명하는 수사처장의 지휘·감독하에 있고, 수사처검사의 공소권 행사에도 여전히 기소편의주의가 적용되며, 공수처법에 기소편의주의에 의한 소추재량의 남용을 실효적으로 통제할 제도적 장치가 마련되어 있다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 수사처에 대하여 공소권을 부여하여 형사소송법이 규정한 기소독점주의의 중대한 예외를 인정할만한 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다.

공수처법이 모든 퇴직한 고위공직자를 현재 재직 중인 자와 동일하게 취급하여 일률적으로 수사권과 공소권의 대상으로 규정한 것은, 퇴직시기, 퇴직 후 경과한 기간, 퇴직한 고위공직자와 공직

사회의 관계 등 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않고 고위공직자로 재직하였다는 과거의 사실에만 근거하여 퇴직 후에도 재직 중인 고위공직자와 동일하게 취급하는 것으로서, 차별취급의 기간이 지나치게 길고, 형식적인 논리로 차별취급을 확대하는 것이므로 이 역시 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다.』

#### 다. 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 사법권의 독립 침해 여부에 대한 법정의견에 대한 보충의견

재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항이 사법권의 독립을 침해하지 아니한다면서, 다음과 같이 보충의견을 밝혔다.

『수사처의 수사권 및 공소권 대상에 판사가 포함된다는 것이 수사처가 판사의 재판에 관한 직무수행에 관여할 수 있음을 의미하는 것이 아니므로, 이를 두고 헌법 제103조의 ‘재판상 독립’이 침해된다고 볼 수 없다. 판사에게 면책특권 또는 불소추특권이 부여되어 있지 않는 이상 판사도 범죄를 저지르면 일반 국민과 마찬가지로 형사처벌을 받을 수 있고 범죄 혐의가 인정되면 수사기관의 수사 및 공소제기의 대상이 되는 것은 법 앞의 평등과 법치주의를 채택하고 있는 우리 헌법에서 당연한 결론이므로, 이를 두고 헌법 제106조의 ‘신분상 독립’이 침해된다고 볼 수도 없다. 판사가 고위공직자범죄등에 해당하지 않는 범죄를 저지를 경우에는 일반 수사기관인 경찰·검찰의 수사 및 기소의 대상이 되는데 이를 두고 사법권 독립이 침해된다고 말할 수 없고, 수사처검사와 수사처수사관은 검사 및 사법경찰관과 동일한 직무권한을 행사할 뿐이다.

사법권 독립 침해에 관한 반대의견은 향후 수사처의 수사실무에서 발생할 수 있는 수사권 및 공소권 남용의 문제들로 인하여

사법권의 독립이 침해될 수 있다는 우려로 이해되나, 그러한 우려는 기존 수사기관의 수사실무에서도 발생할 수 있고 수사의 주체가 수사처로 바뀌었다고 하여 새로 발생하는 것이 아니다. 그리고 법정의견에서 상세히 본 바와 같이 수사처의 권한 행사에 대한 내부적·외부적 통제장치가 제도적으로 보장되어 있으므로, 그러한 우려는 공수처법의 규정에서 비롯된 규범적인 것이 아닌 사실상의 우려에 불과한 것으로 볼 것이다.』

## 6. 공수처법 제8조 제4항에 대한 판단

헌법재판소는 공수처법 제8조 제4항은 영장주의원칙에 위반되지 않으므로, 신체의 자유 등 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다면서, 다음과 같은 취지로 판시하였다.

『가. 영장주의란 적법절차원칙에서 도출되는 원리로서 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때에는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 것이고, 우리 헌법이 영장주의를 실현하는 과정에서 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정하는 것은 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고, 반드시 법률전문가인 검사를 거치도록 함으로써 다른 수사기관의 무분별한 영장신청을 막아 기본권침해가능성을 줄이는 데에 그 목적이 있다면서, 헌법에 규정된 영장신청권자로서의 ‘검사’는 ‘검찰권을 행사하는 국가기관’인 검사로서 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 자를 의미하는 것이지, 검찰청법상 검사에 한정된다고 할 수 없다.

나. 수사처검사는 직무를 수행함에 있어 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행

할 수 있는데, 검찰청법 제4조 제1항은 검사가 ‘공익의 대표자’로서 직무를 수행한다는 점을 명시하고 있는 점, 수사처검사는 변호사 자격을 일정 기간 보유한 사람 중에서 임명하도록 되어 있으므로, 법률전문가로서의 자격도 충분히 갖춘 점 등을 종합하여 볼 때 수사처검사는 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서 법률전문가의 자격을 갖추었으므로 수사처검사의 영장신청권 행사가 영장주의원칙에 위반된다고 할 수 없다.』

## 7. 결정의 의의

이 결정은 2020. 7. 15.부터 시행된 공수처법의 위헌성에 대하여 최초로 판단한 사건으로, 수사처의 법적 지위, 수사처 직무의 독립성과 책임성 확보, 수사처검사의 직무와 권한 등에 대하여 판단하였다는 점에서 그 의의가 있다.

결론적으로 헌법재판소는, 수사처의 설치와 직무범위 및 수사·기소 대상 등을 정한 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항, 수사처검사의 영장청구와 관련하여 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무를 수행할 수 있도록 정한 공수처법 제8조 제4항이 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였고, 나머지 심판청구는 부적법하다고 판단하여 각하하였다. 이에 대하여는 이 사건 심판청구가 모두 부적법하다는 의견(재판관 1인), 법정의견이 부적법하다고 본 구 공수처법 제24조 제1항에 대한 심판청구도 적법하다는 의견(재판관 3인), 법정의견과 달리 구 공수처법 제2조 및 공수처법 제3조 제1항, 제24조 제1항이 청구인들의 기본권을 침해한다는 의견(재판관 3인)이 있었다.

## 4. 경상남도 등과 전라남도 등 간의 권한쟁의

- 경상남도 등과 전라남도 등 사이의 해상경계 획정에 관한 사건 -  
(헌재 2021. 2. 25. 2015헌라7, 판례집 33-1, 169)

서 세 인\*

### 【판시사항】

1. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정 원리
2. 불문법상 해상경계의 성립 기준
3. 불문법상 해상경계의 성립을 인정한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 이 사건에서 쟁송의 대상이 된 해역에 관한 자치권한이 청구인들에게 속하는지 여부 및 ② 피청구인들이 쟁송의 대상이 된 해역에 대해 행사할 장래처분이 청구인들의 자치권한을 침해할 위험성이 있는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 경상남도과 남해군, 피청구인 전라남도과 여수시는 모두 남해안을 해안선으로 하여 동서로 위치하고 있는 지방자치

---

\* 헌법연구관

단체들이다.

나. 청구인들과 피청구인들 사이의 남해상 공유수면에서는 피청구인 전라남도의 키조개 육성수면 지정과 청구인들의 해제 요청, 경상남도수산자원연구소장의 연구·교습어업 실시 공고 및 피청구인들의 취소 요청 등 청구인들과 피청구인들 사이의 관할권한 행사와 관련하여 지속적인 분쟁이 있어 왔다.

다. 이후로도 경상남도 해역에서 어업을 할 수 있도록 허가를 받은 청구인들 소속 어업인들에 대한 단속 및 형사처벌이 이루어지는 등 청구인들과 피청구인들 사이의 공유수면 상의 해상경계에 관한 분쟁이 계속되자, 청구인들은 2015. 12. 24. 피청구인들의 장래처분이 청구인들의 자치권한을 침해할 위험성이 있다고 주장하면서 청구인들과 피청구인들 사이의 공유수면 중 특정 부분에 관한 관할권한이 청구인들에게 있음의 확인을 구하는 취지의 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

라. 이후 청구인들은 2020. 1. 17.자 ‘청구취지 및 청구원인 변경신청서’ 및 ‘청구취지 및 청구원인 변경신청서 정정서’, 2020. 7. 15.자 ‘청구취지 및 청구원인 변경신청서’를 통해 최종적으로 주위적으로는 청구인들 측 세존도를 기준으로 하여 등거리 중간선 원칙에 의하여 확인되는 해상경계선의 우측 부분에 대한 관할권한이 청구인들에게 있음의 확인을 구하고, 제1 예비적으로는 청구인들 측 갈도를 기준으로 하여 등거리 중간선 원칙에 의하여 확인되는 해상경계선의 우측 부분에 대한 관할권한이, 제2 예비적으로는 청구인들 측 두미도, 노대도, 욱지도를 기준으로 하여 등거리 중간선 원칙에 의하여 확인되는 해상경계선의 우측 부분에 대한 관할권한이 각 청구인들에게 있음의 확인을 구하는 것으로 청구취지를 변경하였다(이하에서는 청구인들이 주장하는



해상경계선이 세존도를 기준으로 한 것이든, 갈도를 기준으로 한 것이든, 두미도, 노대도, 옥지도를 기준으로 한 것이든 청구인들이 청구인 경상남도와 피청구인 전라남도 사이의 해상경계라고 주장하는 선 사이의 해역, 즉 청구인들이 주위적 또는 예비적으로 자신들의 관할이라고 주장하고 있는 해역을 통칭하여 ‘이 사건 쟁송해역’이라 한다).

## 2. 청구인들 및 피청구인들의 주장<sup>1)</sup>

### 가. 청구인들의 주장

헌법재판소는 2010헌라2 결정에서 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면에 대한 불문법상 행정구역의 경계로 인정해 온 종전의 결정을 변경하였다. 따라서 이 사건에서 1973년 발행된 국가기본도상의 해상경계선은 청구인 경상남도와 피청구인 전라남도 사이의 불문법상 해상경계가 될 수 없고 달리 불문법상 해상경계선이 존재한다는 사정도 없으므로, 형평의 원칙에 따라 청구인들과 피청구인들 사이의 해상경계선을 획정하여야 한다.

### 나. 피청구인들의 주장

헌법재판소는 2010헌라2 결정을 통해 국가기본도상 해상경계선 자체를 불문법상 해상경계로 곧바로 인정해 온 종전 결정을 변경하였을 뿐이지 조선총독부 육지측량부가 간행한 지형도를 기준으로 한 행정관행이 축적되고, 이것이 1948. 8. 15. 이후에도 지속된 경우애조차 지형도 내지 국가기본도에 표시된 해상경계선에 법적 효력을 인정할 수 없다고 본 것은 아니다. 조선총독부

1) 이 사건 결정에서 고려되지 아니한 형평의 원칙에 따른 해상경계선 획정에 관한 청구인들 및 피청구인들의 주장은 언급하지 아니하기로 한다.

육지측량부가 간행한 지형도 내지 국토지리정보원이 작성한 국가 기본도에 표시된 선에 따라 1948. 8. 15. 이전부터 현재까지 지속적으로 행정작용이 이루어졌고, 이에 대해 각 지방자치단체 및 소속 어업인들 사이에 법적 확신이 존재하여 왔음에도 불구하고 이를 근거로 한 불문법상 해상경계선의 성립을 일률적으로 부정하게 되면 인근 주민들의 생활에 큰 혼란이 야기될 수 있다. 나아가 많은 지방자치단체들이 등거리 중간선에 따른 새로운 해상경계선의 획선을 요청하는 등 지방자치단체 간의 분쟁이 증가하고 비효율적인 행정이 반복될 우려도 있다. 따라서 국가기본도상의 해상경계선을 기준으로 한 장기간 반복된 관행 및 관련 지방자치단체와 주민들의 법적 확신이 인정될 경우, 이는 불문법상 해상경계 성립의 유의미한 근거로 존중받아야 한다.

### 【결정요지】

1. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정은 명시적인 법령상의 규정이 존재한다면 그에 따르고, 명시적인 법령상의 규정이 존재하지 않는다면 불문법상 해상경계에 따라야 한다. 불문법상 해상경계마저 존재하지 않는다면, 주민·구역·자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없으므로, 권한쟁의심판권을 가지고 있는 헌법재판소가 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정하여야 한다.

2. 지방자치단체 사이의 불문법상 해상경계가 성립하기 위해서는 관계 지방자치단체·주민들 사이에 해상경계에 관한 일정한 관행이 존재하고, 그 해상경계에 관한 관행이 장기간 반복되어야 하며, 그 해상경계에 관한 관행을 법규범이라고 인식하는 관계 지방

자치단체·주민들의 법적 확신이 있어야 한다.

국가기본도에 표시된 해상경계선은 그 자체로 불문법상 해상경계선으로 인정되는 것은 아니나, 관할 행정청이 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 하여 과거부터 현재에 이르기까지 반복적으로 처분을 내리고, 지방자치단체가 허가, 면허 및 단속 등의 업무를 지속적으로 수행하여 왔다면 국가기본도상의 해상경계선은 여전히 지방자치단체 관할 경계에 관하여 불문법으로서 그 기준이 될 수 있다.

3. 쟁송해역에 대하여 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불문법상 해상경계를 확인할 수 있는 주요한 근거가 되는 조선총독부 육지측량부 간행의 1918년 지형도에 표시된 경계선은 국립지리원 발행의 1956년 국가기본도를 거쳐 1973년 국가기본도에 이르기까지 대체로 일관되게 표시되어 있고, 피청구인들은 1973년 국가기본도상 해상경계선을 기준으로 관할권한을 행사하여 왔으며, 해양수산부장관 역시 피청구인들의 관할권한 행사를 승인하여 왔다. 또한 수산업법 위반행위에 대한 단속 역시 1973년 국가기본도상 해상경계선을 기준으로 이루어졌음이 인정되는바, 이 사건 쟁송해역이 피청구인들의 관할구역에 속한다는 점을 전제로 장기간 반복된 관행이 존재하는 것으로 보이고, 그에 대한 각 지방자치단체와 주민들의 법적 확신이 존재한다는 점 역시 인정된다. 이상의 사정들을 종합하여 보면 쟁송해역에 대한 관할권한이 청구인들에게 귀속된다고 볼 수 없고, 따라서 피청구인들이 이 사건 쟁송해역에서 행사할 장래처분으로 인하여 헌법상 및 법률상 부여받은 청구인들의 자치권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 장래처분에 대한 권한쟁의심판청구의 적법여부

가. 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

따라서 권한쟁의심판을 청구하려면 당사자능력 및 적격이 있어야 하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 하며, 이로 인한 권한의 침해 또는 현저한 침해 위험의 가능성이 인정되어야 한다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54, 64; 헌재 2019. 4. 11. 2016헌라8등, 판례집 31-1, 329, 337 참조). 헌법재판소법 제61조 제1항에 의한 권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하지 아니하는 경우에는 이를 허용하지 않는 것이 원칙이라고 할 것이나, 피청구인의 장래처분이 확실하게 예정되어 있고, 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에는 피청구인의 장래처분에 대해서도 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 할 것이다(헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등, 판례집 22-1하, 374, 398; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3, 판례집 23-2상, 513, 522 참조).

나. 이 사건에서 청구인들과 피청구인들은 지방자치단체들로서 권한쟁의심판의 당사자능력이 있고, 이 사건 쟁송해역에 대한 관

할권한이 자신들에게 있다고 주장하는 청구인들에게는 청구인적격이, 그 관할이 자신들에게 있다고 주장하는 피청구인들에게는 피청구인적격이 인정됨은 분명하다. 다만 청구인들은 피청구인들이 이 사건 쟁송해역에 대해 행사할 장래처분이 청구인들의 자치권한을 침해할 위험성이 있다고 주장하고 있으므로, 장래처분에 대한 이 사건 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부에 대한 검토가 필요하다.

이에 대해 헌법재판소는 ① 피청구인 전라남도가 해양수산부 장관의 승인을 얻어 이 사건 쟁송해역 내에 지정한 키조개 육성수면과 관련하여 청구인들과 피청구인들 사이에 지속적인 다툼이 있었다는 점, ② 청구인 경상남도 산하 경상남도수산자원연구소장이 이 사건 쟁송해역 중 일부에서 연구·교습어업을 실시할 것임을 공고하였고, 이와 관련하여 청구인들과 피청구인들 사이에 지속적인 분쟁이 있었다는 점, ③ 피청구인들이 지금까지 이 사건 쟁송해역에서 수산업법 제8조 제1항의 면허어업에 관한 면허처분 및 수산업법 제41조 제2항의 연안어업에 관한 허가와 같은 행정권한을 행사하여 왔으며, 별다른 사정이 없는 한 앞으로도 그 행정권한을 행사할 가능성이 높다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 권한쟁의심판청구는 청구인들의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에 해당하여 그 청구가 적법하다고 판단하였다.

## 2. 본안에서의 쟁점의 정리

이 사건에서의 핵심 쟁점은 이 사건 쟁송해역에 대한 관할권한이 청구인들에게 귀속되는지 여부이며, 이는 결국 청구인들과 피청구인들 사이의 공유수면에서의 해상경계를 어떻게 확인 내지

획정할 것인지의 문제로 귀결된다.

헌법재판소는 2000헌라2 결정에서 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한을 최초로 인정한 이후(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 428<sup>2)</sup>), 국토지리정보원 작성의 국가기본도상의 해상경계선이 각 지방자치단체 사이의 해상경계를 확인함에 있어 중요한 기준이 된다고 보아 왔다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 437; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 335; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 판례집 21-2상, 116, 144; 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등, 판례집 22-1하, 374, 403-404 참조, 이하 위 결정들을 통칭하여 ‘종전 결정들’이라 한다). 이후 헌법재판소는 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정에서 국가기본도상의 해상경계선을 불문법상의 해상경계선의 기초로 이해해 온 종전 결정들을 변경하면서 불문법상 해상경계선이 인정되지 아니하는 경우에는 이른바 형평의 원칙에 따라 해상경계선을 획정하여야 한다고 결정하였고, 2019. 4. 11. 2016헌라8등 결정에서도 위 2010헌라2 결정의 판시를 계승하여 형평의 원칙에 따라 해상경계선을 획정하였다.

이하에서는 먼저 공유수면에서의 해상경계 획정에 관한 종전 결정들의 논증 및 선례를 변경한 2010헌라2 결정의 취지를 살펴본 후, 이를 바탕으로 이 사건 쟁송해역에서 청구인들과 피청구인들 사이의 해상경계를 살펴보기로 한다.

2) 『지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 428).』

### 3. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정 원리

#### 가. 종전 결정들에 대한 검토

2000헌라2 결정에서 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권을 최초로 인정한 이후, 헌법재판소는 공유수면에서의 지방자치단체 사이의 해상경계 획정의 기준과 관련하여 ① 지방자치법 제4조 제1항은 “지방자치단체의 행정구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있고, ② 여기서의 ‘종전과 같이’라는 것은 결국 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 됨을 의미하는 것으로 이에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한다면 그에 따르고, 명시적인 법령상의 규정이 존재하지 않는다면 불문법에 따라야 하는데, ③ 지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한 바가 없으므로 이에 대한 불문법상 경계가 존재하는지를 살펴보아야 한다는 법리를 확립하였다(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 33-333; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 140-142; 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등, 판례집 22-1하, 374, 403-403 참조).

그리고 몇 차례의 결정을 통해 조선총독부 육지측량부 제작의 지형도 또는 국토지리정보원 작성의 국가기본도<sup>3)</sup>가 “1948. 8.

3) 조선총독부 육지측량부는 일반도측량실시규정[조선총독부 임시토지조사국 훈령 제1호, 대정3년(1914년) 1월 12일 제정] 제239조 및 제240조에 의거하여 도와 군 사이를 구분하는 해상경계선이 표시된 지형도를 제작하여 왔다. 이후 국립지리원이 신설되어 1961. 12. 31. 법률 제938호로 제정된 측량법 제21조 및 제23조에 따라 지형도(국가기본도)를 작성하였으며, 국립지리원은 2003. 7. 26. 대통령령 제18067호로 개정된 ‘건설교통부와 그 소속기관 직제’에 의하여 국토지리정보원으로 명칭이 변경되었다.

이하에서는 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도와 국립지리원 또는 국토지리정

15. 당시 존재하던 불문법상의 관할구역의 경계”를 판단하는 기준이 된다고 실시하였다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 436; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 331; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 142; 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등, 판례집 22-1하, 374, 404 참조). 각 결정의 구체적 내용은 다음과 같다.

<p>2000헌라2</p>	<p>당진군과 평택시 사이의 해상경계 확정 에 관한 사건</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국토지리정보원이 작성한 국가기본도상 도서의 소속을 표시하는 해상경계선은 법적 구속력을 가지고, 지형도상 도서를 제외한 해상에 표시된 경계선은 법적 구속력을 가지지 못함.</li> <li>• 다만, 국립지리원(현 국토지리정보원)이 간행한 지형도 중 도서를 제외한 해상에 표시된 해상경계선은 행정관습법 및 행정판례법상 해상경계선으로 인정되므로, 지방자치법 제4조 제1항에서 규정하는 종전의 구역경계는 국립지리원(현 국토지리정보원)이 간행한 지형도상의 해상경계선에 의하여 확인될 수 있음. 45)</li> </ul>
<p>2003헌라1</p>	<p>광양시와 순천시 사이의 해상경계(매립지경계) 확정 에 관한 사건</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 특별한 사정이 없는 이상 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 함.</li> <li>• 조선총독부 육지측량부 제작의 지형도는 해방 이후 국토지리정보원이 발행한 국가기본도에서도 대부분 그대로 표시되었으므로, 특별한 사정이 없는 이상 국토지리정보원에서 간행한 국가기본도가 해상경계선 확정의 중요한 기준이 됨. 다만 이 경우에도 법률 또는 대통령령의 개폐, 행정관습법의 성립 등으로 해상경계선이 적법하게 변경되지 아니한 이상 1948. 8. 15. 당시의 해상경계선에 저촉되는 부분은 이에 부합하도록 수정될 필요가 있음.</li> </ul>

보원이 작성한 지형도 내지 국가기본도를 명확하게 구분하기 위해서, 전자를 ‘조선총독부 육지측량부 제작의 지형도’ 또는 ‘지형도’, 후자를 기관의 명칭이 변경된 2003. 7. 26. 전후를 불문하고 일관되게 현행 규정에 따라 ‘국토지리정보원 작성의 국가기본도’ 또는 ‘국가기본도’라고 표시하기로 한다. 헌법재판소 결정 중 이와 다르게 표기된 부분은 위 기준에 따라 수정하여 표시하기로 한다.



2005헌라2	용진군과 태안군 등 사이의 해상경계 획정에 관한 사건	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1948. 8. 15. 당시 존재하던 경계를 확인하는 것은 사실인정의 문제.</li> <li>• 특별한 사정이 없는 이상 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 함.</li> <li>• 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 상에 해상경계선이 명확하게 표시되어 있지 아니한 경우에는 국토지리정보원이 발행한 국가기본도(지형도) 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 함.</li> </ul>
2005헌라9등	경상남도·진해시와 부산광역시·강서구 사이의 해상경계(매립지경계) 획정에 관한 사건	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 특별한 사정이 없는 이상 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 하며, 그 표시가 불명확한 경우에는 국토지리정보원이 발행한 국가기본도(지형도) 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 함.</li> <li>• 1948. 8. 15.에 가장 근접한 국가기본도상의 해상경계선이 식별 불가능하거나, 그 표시가 관할구역 획정의 기준이 되기에 부족한 경우에는 시기적으로 다소 떨어져 있더라도 가장 적절한 국가기본도에 표시된 경계선을 기준으로 해상경계를 판단할 수 있다고 설시.</li> </ul>

- 4) 수산업법이 1953. 9. 9. 법률 제295호로 제정된 이후로 수산업법에 의한 어업행정에서 지형도상 해상경계선이 사용되어 온 점, 공유수면관리법이 1961. 12. 19. 법률 제848호로 제정된 이후로 공유수면관리법에 의한 공유수면 관리행정에서 지형도상 해상경계선이 사용되어 왔다는 점을 주된 논거로 하여 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 행정관습법상의 경계선으로 인정하였다.
- 5) 위 결정에 대해서는 ① 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계는 해방 이후 1961년에서야 비로소 국방부, 내무부, 문교부가 합동으로 우리나라 전역에 대한 지명정비를 할 때 도서의 행정구역을 구별하기 위하여 획선된 것이고, ② 국립지리원의 지형도는 1963년에 최초로 간행되었으므로 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계가 '1948. 8. 15.' 당시 존재하던 경계가 될 수 없고, ③ 지방지차법 제4조 제1항에서 규정하는 '종전의 행정구역을 확인함에 있어 '조선총독부가 간행한 지형도'를 제외한 것은 위 결정의 다른 부분과도 부합되지 않는다는 비판이 있다(민선홍, 1948. 8. 15. 당시 지방자치단체 해상경계의 재구성 -헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 등 해상경계에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로-, 저스티스 170-1호, 제9면 참조).

즉 종전 결정들은 ① 지방자치단체 간의 해상경계를 획정함에 있어서는 ‘1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계’가 원천적인 기준이 되는데, ② 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도에는 도와 군 사이를 구분하는 해상경계선(당시의 행정구역의 경계)이 표시되어 있고, 지방자치단체의 관할구역은 해방 당시 존재하였던 지방행정구역이 그대로 유지되었으므로 특별한 사정이 없는 한 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것이 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계를 확인할 수 있는 일차적인 기준이 되며, ③ 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도상의 도·군 경계에 대한 해상경계선은 해방 이후 국가기본도에 대부분 그대로 표시되었으므로, 국토지리정보원 작성의 국가기본도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것이 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계를 확인할 수 있는 이차적인 기준이 된다는 단계적 논리를 통해 국토지리정보원에서 발행한 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 “1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계”를 확인할 수 있다고 보았고, 이러한 단계적 논리를 통하여 국가기본도상 해상경계선에 규범적 효력을 인정하여 왔다.

#### 나. 종전 결정들의 변경

(1) 헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54

홍성군과 태안군 등 사이의 해상경계 획정이 문제가 된 2010헌라2 결정에서 헌법재판소는 해상경계선 획정의 원천적인 기준은 여전히 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계이며, 지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한 바가 없으므로 불문법상 해상경

계가 존재하는지를 결정하여야 한다는 점에 대해서는 종전 결정들의 입장을 따랐다.

다만, 국가기본도상의 해상경계선을 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불문법상 해상경계로 인정해 온 종전 결정들을 변경하였는데 그 이유의 요지는 다음과 같다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54, 69-70 참조).

- ① ‘지형도 도식 적용규정’(2013. 8. 1. 국토지리정보원 고시 제2013-1266호) 제54조 및 제55조에 의하면, 국가기본도상의 해상경계선은 국토지리정보원이 국가기본도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 표시해 놓은 것에 불과한 것으로, 국가기본도의 제작을 담당하는 국토지리정보원 역시 해상경계선이 행정구역과 관련하여 섬의 소속을 인지하기 위한 것으로서 실지측량 없이 적당한 곳에 표시한 것에 불과하다는 견해를 밝힌 바 있다.
- ② 같은 해역을 대상으로 상이한 시기에 작성된 각 국가기본도상의 해상경계선이 작성된 시기별로 서로 다른 모습으로 그려져 있기도 하고, 그 결과 동일한 해역을 대상으로 한 각 시기별 국가기본도상의 해상경계선 중 서로 완전히 일치하는 해상경계선을 찾아보기 힘들어 과연 이들 중 어느 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면의 해상경계 기준으로 결정해야 하는지 불분명하다.
- ③ 1948. 8. 15.에 가장 근접한 시기에 제작된 국가기본도상의 해상경계선에 한하여 규범적 효력을 인정한다면, 어차피 모두 임의적 표기에 불과하다는 동일한 조건에도 불구하고 어떤 특정 시점의 임의적 표기가 다른 시기의 임의적 표기에 비해 더 우월한 효력이나 진리 가치를 가진다는 점이 입증되어야 하는데, 이를 입증하는 것은 매우 어렵다.

나아가 헌법재판소는 해상경계에 관한 불문법이 확인되지 아니하는 경우에는 헌법재판소가 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무 처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정하여야 한다는 이른바 ‘형평의 원칙’을 공유수면에서 해상경계 획정의 새로운 기준으로 제시하였

다. 그리고 형평의 원칙에 따라 해상경계선을 획정함에 있어 고려해야 할 구체적인 요소들로 등거리 중간선 원칙, 공유수면의 지리적 특성상 일정한 도서들의 존재, 쟁송해역에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 사무 처리의 실상, 주민들의 편익이라는 네 가지 요소를 제시하였다.

(2) 헌재 2019. 4. 11. 2016헌라8등, 판례집 31-1, 329

고창군과 부안군 사이의 해상경계 획정이 문제된 2016헌라8등 결정에서 헌법재판소는 기존 선례의 법리를 변경한 2010헌라2 결정의 판시를 계승하면서, 불문법상 해상경계가 존재하는지 여부를 판단하는 기준을 보다 구체화하였다. 즉 2016헌라8등 결정은 지방자치단체 사이의 불문법상 해상경계가 성립하기 위해서는 ① 관계 지방자치단체·주민들 사이에 해상경계에 관한 일정한 관행이 존재하고, ② 그 해상경계에 관한 관행이 장기간 반복되어야 하며, ③ 그 해상경계에 관한 관행을 법규범이라고 인식하는 관계 지방자치단체·주민들의 법적 확신이 있어야 한다고 판시하였다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌라8등, 판례집 31-1, 329, 341 참조).

(3) 2010헌라2 결정 및 2016헌라8등 결정의 의미

2010헌라2 결정은 종전에는 특별한 사정이 없는 한 국가기본도상의 해상경계선이 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불문법상 해상경계선으로 인정되었으나, 앞으로는 이를 기준으로 한 행정관행이나 법적 확신이 존재하였는지에 대한 별도의 검토 없이는 불문법상 해상경계선으로 인정될 수 없다는 것<sup>6)</sup>을 확인하면서 종전 결

---

6) 남북현, “권한쟁의심판에 있어 결정의견 변경이 지닌 법적 효과와 적용사례 분석-헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정을 중심으로-”, 『법과 정책연구』16권 2호, 한국법정책학회(2016. 6.), 109면.

정들을 변경하였다는 점에서 의미를 가진다. 그러나 이 결정이 국토지리정보원이 작성한 국가기본도상의 해상경계선을 기준으로 한 행정관행이나 법적 확신 등이 존재하는 경우에도 국가기본도를 기준으로 불문법상 해상경계를 인정할 수 있는 가능성마저 부정하는 것은 아니다. 국토지리정보원이 작성한 국가기본도상의 해상경계선이 더 이상 공유수면에서의 해상경계를 확인함에 있어 그 자체로 규범적 효력을 가지지는 아니하지만, 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 하여 과거부터 현재에 이르기까지 관할 행정청이 반복적으로 처분을 내리고, 지방자치단체가 허가, 면허 및 단속 등의 업무를 지속적으로 수행해 왔으며, 법원 역시 이를 근거로 상당 기간 반복적으로 판결을 선고해왔다면 2010헌라2 결정에도 불구하고 헌법재판소는 여전히 국가기본도에 표시된 해상경계를 불문법 성립 여부를 판단하는 한 가지 요소로 고려할 수 있는 것이다.

이러한 점은 2016헌라8등 결정의 구체적인 실시 내용을 살펴보면 보다 명확해진다. 2016헌라8등 결정에서 헌법재판소는 불문법상 해상경계가 존재하는지 여부를 판단하면서 1976년 국가기본도를 바탕으로 한 행정작용[연안관리지역계획(안) 및 산업통상자원부의 사업실시계획승인]이 존재한다는 점은 인정되나, 위 1973년 국가기본도에 이미 관할이 변경된 섬인 ‘위도’가 반영되지 아니하였고, 1976년 국가기본도에는 ‘위도’의 관할변경은 반영되었으나 해역의 표시가 사실과 명백히 다르다는 사실 및 국토지리정보원이 이에 대한 사실조회에서 “1973년 발행된 국가기본도의 경우 위도의 행정구역 변경이 반영되지 않고 잘못 표기되었음이 확인된다.”라는 취지로 회신한 사실 등을 근거로 불문법상 해상경계가 성립하였다고 볼 수 없다고 판시하였다(헌재 2019.

4. 11. 2016헌라8등, 판례집 31-1, 329, 343 참조). 이러한 설시는 ① 쟁송해역에서 법령에 의한 관할변경이 존재하지 아니하고, ② 식별가능하고 일관된 국가기본도가 오랜 기간 동안 행정작용의 기초로 사용되어 왔으며, ③ 국가기본도에 표시된 경계선을 각 지방자치단체의 관할구역을 나누는 해상경계로 볼 수 없는 명백한 오류 등이 존재하지 아니하는 경우에는 이를 불문법상 해상경계를 인정하는 하나의 근거로 사용할 수 있다는 점을 전제하고 있는 것으로 해석될 수 있다.

#### 4. 이 사건에서 불문법상 해상경계가 인정되는지 여부

##### 가. 2010헌라2 결정, 2016헌라8등 결정과 이 사건의 차이점

2010헌라2 결정, 2016헌라8등 결정과 이 사건은 사실관계에 있어 다음과 같은 차이점을 가진다.

2010헌라2	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 피청구인(태안군)이 1988. 12. 31. 신설된 지방자치단체임.</li> <li>• 1989. 1. 1. 쟁송해역에 있는 죽도리의 관할구역이 피청구인에서 청구인으로 변경[시·군·자치구의 관할구역 변경에 관한 규정(1988. 12. 22. 대통령령 제12557호로 제정된 것) 제7조 제5항, 제6항]</li> </ul>
2016헌라8등	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 피청구인이 1976년도 국가기본도의 표시를 기준으로 한 불문법상 해상경계선이 존재한다는 취지로 주장하였으나, 국가기본도에 행정구역의 변경이 반영되지 아니하는 등의 명백한 오류가 발견되었고, 국토지리정보원 역시 사실조회 회신을 통해 이러한 오류를 인정하였음.</li> </ul>
2015헌라7 (이 사건)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 청구인에 남해군, 피청구인에 여수시가 포함되어 있기는 하나, 기본적으로 '경상남도'와 '전라남도' 사이, 즉 도 간 해상경계선의 획정이 문제되는 사안임.</li> <li>• 사건기록 등을 통해 유의미한 도서의 관할변경 등의 사정을 발견할 수 없음.</li> <li>• 1918년 조선총독부 육지측량부 간행의 지형도, 1956년 이후, 1973년 이후, 1988년 이후의 국가기본도에 이르기까지 해상경계선의 표시가 대체로 일치함.</li> </ul>

## 나. 판단

이 사건에서 헌법재판소는 2010헌라2 결정 및 2016헌라8등 결정에서 제시된 공유수면에서의 해상경계획정 기준을 그대로 따르면서도, 1973년 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 이 사건 쟁송해역에서의 청구인들과 피청구인들 사이의 불문법상 해상경계를 확인할 수 있다고 보았다.

그 첫 번째 논거로 헌법재판소는 이 사건은 기본적으로 도(道)와 도(道) 사이의 해상경계 획정에 관한 사건이라는 특수성을 가지고 있어, 조선총독부 육지측량부가 간행한 지형도가 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불문법상 해상경계를 확인할 수 있는 주요한 근거가 되는데, 1918년 지형도에서 국립지리원 발행의 1973년 국가기본도에 이르기까지 이 지역 해역에 대한 경계의 표시는 일관성을 유지하고 있다는 점을 들고 있다. 그 구체적인 실시 내용은 다음과 같다.

『이 사건의 당사자에 청구인 남해군과 피청구인 여수시가 포함되어 있기는 하나, 이 사건은 기본적으로 청구인 경상남도와 피청구인 전라남도 사이의 해상경계, 즉 도(道)와 도(道) 사이의 해상경계 획정에 관한 사건이다.

그런데 한반도 남해안을 관할하는 행정구역은 대한제국부터 현재까지 동일한 도(道)로 유지되고 있고, ‘어업령 시행규칙’(1911. 6. 3. 조선총독부령 제67호로 제정된 것), ‘조선어업령 시행규칙’(1929. 12. 10. 조선총독부령 제107호로 제정된 것), ‘항만기타 공공의 용에 제공한 수면과 그 부지의 취체에 관한 건’(1914. 4. 27. 조선총독부령 제47호로 제정된 것) 등 일제 강점기 시절의 법령을 살펴보면 제주도를 제외한 각 도의 도지사는 1911. 6. 3. 조선총독부령 제67호로 제정된 ‘어업령 시행규칙’이

시행된 1912. 4. 1.경부터 1948. 8. 15.까지 어업면허권, 공유수면 점용 허가권 등을 행사하는 등 공유수면에 관할권한이 있음을 전제로 행정작용을 하여 왔음이 인정된다. 그리고 조선총독부 육지측량부가 ‘일반도측량실시규정’[조선총독부 임시토지조사국 훈령 제1호, 대정3년(1914) 1월 12일 제정] 제239조 및 제240조에 따라 간행한 지형도에 표시된 해상경계는 당시 각 도지사의 관할권한 행사기준이었으므로, 이는 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불법문법상 해상경계를 확인할 수 있는 주요한 근거가 된다.

살피건대, 이 사건 쟁송해역에 관하여 조선총독부 육지측량부가 1918년 간행한 지형도에는 청구인 경상남도과 피청구인 전라남도 사이를 구분하는 경계선이 점선으로 표시되어 있고, 위 점선은 청구인 경상남도과 피청구인 전라남도의 내륙에서 시작하여 세존도 인근 해역까지 연결되어 있다(을 제12호증의 1 및 2). 조선총독부 육지측량부가 1918년 간행한 지형도에 표시된 경계선은 국립지리원 발행의 1956년 국가기본도에 짧은 실선으로 큰 변화 없이 표시되었다가(갑 제7호증의 1) 국립지리원 발행의 1973년 국가기본도에서 청구인 남해군과 피청구인 여수시 사이의 해역에서 시작되어 세존도 인근 해역까지 연결된 선으로 표시되었는데(을 제14호증의 2), 이는 조선총독부 육지측량부 간행의 1918년 지형도상의 표시와 대체로 일치하는 것으로, 1918년 지형도에서 국립지리원 발행의 1973년 국가기본도에 이르기까지 이 지역 해역에 대한 경계의 표시는 일관성을 유지하고 있다고 볼 수 있다.』

다음으로 헌법재판소는 2010헌라2 결정을 통해 국가기본도상의 해상경계선을 불법문법상 해상경계의 기초로 이해해 온 종전의 결정(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌



라1 등)을 변경한 이상(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54, 70 참조), 국가기본도상의 해상경계선은 더 이상 불문법상 해상경계선이 존재하는지 여부를 판단함에 있어 고려되어서는 아니 된다는 취지의 청구인들의 주장을 다음과 같은 이유로 배척하였다.

『위 2010헌라2 결정은 국가기본도에 표시된 해상경계선을 그 자체로 불문법상 해상경계선으로 인정하지 않는다는 것일 뿐, 관할 행정청이 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 하여 과거부터 현재에 이르기까지 반복적으로 처분을 내리고, 지방자치단체가 허가, 면허 및 단속 등의 업무를 지속적으로 수행하여 왔다면 국가기본도상의 해상경계선은 여전히 지방자치단체 관할 경계에 관하여 불문법으로서 그 기준이 될 수 있다. 특히 “도”간의 경계는 군계 등과는 달리 이 사건 쟁송해역에서뿐만 아니라 다른 해역에서도 조선총독부 육지측량부가 간행한 지형도와 국토지리정보원이 작성한 국가기본도에 표시된 경계선이 대체로 일관되는 경우를 드물지 않게 발견할 수 있는바, 국가기본도상 “도”간의 해상경계선 표시는 1948. 8. 15. 당시 존재하던 불문법상 해상경계선을 확인할 수 있는 유의미한 자료가 될 수 있다.』

마지막으로 헌법재판소는 이 사건 기록을 통하여 확인할 수 있는 ① 피청구인 전라남도는 직접 또는 위임을 통해 이 사건 쟁송해역에 대한 연안어업 허가에 관한 권한을 행사하고 있으며, 이러한 권한의 행사는 이 사건 쟁송해역의 관할권한이 피청구인들에게 속함을 전제로 비교적 일관되게 이루어져 왔던 점, ② 오래 전부터 각 지방자치단체가 어장의 이용개발계획을 수립하고 경계수역을 조정하는 기준으로 사용되어 왔던 어장연락도에 표시된 청구인 경상남도과 피청구인 전라남도 사이의 도 경계선이 1973

년 국가기본도상 해상경계선과 대체로 일치하며, 이는 피청구인들이 이 사건 쟁송해역에 대한 관할권한이 자신들에게 있음을 전제로 어장의 이용계획 등을 수립하여 왔음을 보여준다는 점, ③ 청구인 경상남도가 수립한 제3차 경상남도종합계획(2012-2020)에 첨부된「경상남도 하천현황」에는 오히려 청구인 경상남도과 피청구인 전라남도 간 공유수면 부분에 국가기본도상 경계선과 대체로 일치하는 선이 표시되어 있기도 하는 등 청구인들이 이 사건 쟁송해역에 대한 관할권한이 자신들에게 속함을 전제로 각종 계획을 수립하고 자치권한을 행사하여 왔다고 보기 어려운 점, ④ 이 사건 쟁송해역 내에서 피청구인 전라남도가 한 키조개 육성수면 지정 등은 주무관청인 해양수산부장관의 승인을 얻어 이루어진 것이라는 점, ⑤ 도의 관할구역 내지 경계를 기준으로 하여 이루어지는 수산업법 위반행위에 대한 단속이나 처벌 역시 1973년 국가기본도를 기준으로 이루어져 온 점, ⑥ 어업허가 등과 관련된 여러 관련 규정들을 살펴보면 청구인들이 청구인 경상남도과 피청구인 전라남도 사이의 도계라고 주장하는 ‘남해도 이리산 정부터 작도고정을 바라보는 선’은 도계가 아닌 조업구역을 정하기 위한 별도의 경계로 보이는 점 등을 종합하여, 청구인들과 피청구인들 사이의 공유수면에 1973년 국가기본도상의 해상경계를 기준으로 한 장기간의 반복된 관행과 그에 대한 각 지방자치단체와 주민들의 법적 확신이 존재한다고 판단하였다.

그리고 이러한 판단을 전제로 이 사건 쟁송해역의 관할권한은 청구인들이 아닌 피청구인들에게 속하고, 따라서 이 사건 쟁송해역에서 피청구인들이 행사할 장래처분으로 인하여 헌법상 및 법률상 부여받은 청구인들의 자치권한이 침해될 위험성도 인정되지 아니한다는 이유로 청구인들의 권한쟁의심판청구를 기각하였다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

국가기본도상 해상경계선의 규범적 효력을 인정하였던 종전 결정들을 변경한 2010헌라2 결정과 그 판시를 계승한 2016헌라8 등 결정은 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없다는 이유로 권한쟁의심판권을 가지고 있는 헌법재판소가 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정하여야 한다고 실시하였으며, 구체적인 사실인정 단계에서 쟁송해역에서의 불문법상 해상경계가 인정되지 아니한다고 판단한 후 형평의 원칙에 따라 해상경계를 획정하였다. 그런데 형평의 원칙에 따른 해상경계선의 획정에 대해서는 공유수면에 이미 존재하여 왔던 해상경계를 확인할 수 없는 경우 이를 새롭게 형성하는 것은 헌법재판소가 아닌 입법자의 역할이라는 비판이 있고,<sup>7)</sup> 헌법재판소가 이미 존재하는 불문법상 해상경계선의 유무를 판단하기 위한 노력을 소홀히 한 채 손쉽게 형평의 원칙으로의 도피를 선택할 경우에는 헌법재판소가 사실인정에 있어 측량소의 역할을 담당할 뿐이라는 비판도 가능하다. 이 사건 결정은 2010헌라2 결정을 통해 국가기본도상 해상경계선의 규범적 효력을 부정한 이후, 최초로 지방자치단체 사이의 불문법상 해상경계선의 존재를 인정한 결정으로, 불문법상 해상경계선이 여전히 2010헌라2 결정에서 제시된 형평의 원칙에 따른 해상경계선을 획정에 비해 우선된다는 것을 확인하였다는 데 매우 큰 의미가 있다.

나아가 이 사건 결정을 통해 헌법재판소는 종전 결정들을 변경

7) 남복현, 전계논문(주19), 110면. 공유수면의 관할결정은 그에 관한 실체적 내용을 규율하고 있는 법률에 의하는 것이 바람직하다는 견해로는 조재현, “법률의 개정과 권한쟁의심판 결정의 기속력-공유수면의 경계와 매립지의 관할결정에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로-”, 『헌법재판연구』 제3권 제1호, 헌법재판소(2016. 6.), 50면.

한 2010헌라2 결정은 국가기본도에 표시된 해상경계선을 그 자체로 불문법상 해상경계선으로 인정하지 않는다는 것일 뿐이고 이를 기준으로 한 행정관행 및 법적 확신이 존재하는 경우에는 국가기본도상의 해상경계선은 여전히 지방자치단체 관할 경계에 관하여 불문법으로서 그 기준이 될 수 있음을 명시함으로써 2010헌라2 결정의 의미를 명확히 하였다는 점에서도 그 의미를 찾을 수 있다.

## 5. 형법 제307조 제1항 위헌확인 등

- ‘사실 적시 명예훼손죄’가 표현의 자유를 침해하는지 여부 -  
(헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113등, 판례집 33-1, 261)

승 이 도\*

### 【판시사항】

공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 규정한 형법 제307조 제1항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제307조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 표현의 자유를 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 2017헌마1113

청구인 이○○은 2017. 8. 27. 반려견의 치료를 받았는데, 당시 부당한 진료를 받아 반려견이 불필요한 수술을 하고 실명 위기까지 겪게 되었다고 생각하여 반려견의 치료를 담당하였던 수의사의 실명과 잘못된 진료행위 등을 구체적으로 적시하고자 하

---

\* 헌법연구관 (이 글은 2021. 10. 한국형사판례연구회에서 발표하여 형사판례연구에 수록된 내용을 정리한 것임)

였다. 그런데 위 청구인은 이를 공연히 적시할 경우 형사처벌을 받게 됨을 알게 되자, 심판대상조항으로 인하여 표현의 자유가 침해된다고 주장하면서 2017. 10. 6. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 2018헌바330

청구인 김○○은 2016. 2. 14.경 공연히 사실을 적시하여 김□□의 명예를 훼손하였다는 이유로 기소되어, 2018. 1. 26. 부산지방법원에서 명예훼손죄로 벌금 50만원을 선고 받았다. 위 청구인은 상고하여 대법원에서 재판 계속 중 심판대상조항에 대해 위헌불심판제청을 신청하였으나 기각되자, 위 법률조항이 표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 2018. 7. 30. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

오늘날 매체가 매우 다양해짐에 따라 명예훼손적 표현의 전파속도와 파급효과는 광범위해지고 있으며, 일단 훼손되면 완전한 회복이 어렵다는 외적 명예의 특성상, 명예훼손적 표현행위를 제한해야 할 필요성은 더 커지게 되었다. 형법 제307조 제1항은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 자를 형사처벌하도록 규정함으로써 개인의 명예, 즉 인격권을 보호하고 있다. 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건이므로 표현의 자유와 인격권의 우열은 쉽게 단정할 성질의 것이 아니며, ‘징벌적 손해배상’이 인정되는 입법례와 달리 우리나라의 민사적 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방효과를 확보하기 어려우므로 입법목적은 동일하게 달성하면서도 덜 침입적인 수단이 있다고

보기 어렵다. 형법 제310조는 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 처벌하지 아니’하도록 정하고 있고, 헌법재판소와 대법원은 형법 제310조의 적용범위를 넓게 해석함으로써 형법 제307조 제1항으로 인한 표현의 자유 제한을 최소화함과 동시에 명예훼손죄가 공적인물과 국가기관에 대한 비판을 억압하는 수단으로 남용되지 않도록 하고 있다.

만약 표현의 자유에 대한 위축효과를 고려하여 형법 제307조 제1항을 전부위헌으로 결정한다면 외적 명예가 침해되는 것을 방지하게 되고, 진실에 부합하더라도 개인이 숨기고 싶은 병력·성적 지향·가정사 등 사생활의 비밀이 침해될 수 있다. 형법 제307조 제1항의 ‘사실’을 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’로 한정하는 방향으로 일부위헌 결정을 할 경우에도, ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’과 ‘그렇지 않은 사실’ 사이의 불명확성으로 인해 또 다른 위축효과가 발생할 가능성은 여전히 존재한다. 헌법 제21조가 표현의 자유를 보장하면서도 타인의 명예와 권리를 그 한계로 선언하는 점, 타인으로부터 부당한 피해를 받았다고 생각하는 사람이 법률상 허용된 민·형사상 절차에 따르지 아니한 채 사적 제재 수단으로 명예훼손을 악용하는 것을 규제할 필요성이 있는 점, 공익성이 인정되지 않음에도 불구하고 단순히 타인의 명예가 허명임을 드러내기 위해 개인의 약점과 허물을 공연히 적시하는 것은 자유로운 논쟁과 의견의 경합을 통해 민주적 의사형성에 기여한다는 표현의 자유의 목적에도 부합하지 않는 점 등을 종합적으로 고려하면, 형법 제307조 제1항은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

## 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 반대의견 요지

다양한 사상과 의견의 교환을 보장하고 국민의 알권리에 기여하는 표현의 자유는 우리 헌법상 민주주의의 근간이 되는 핵심적 기본권이므로, 표현의 자유에 대한 제한이 불가피하더라도 그 제한은 최소한으로 이루어져야 한다. 헌법 제21조 제4항 전문은 ‘타인의 명예’를 표현의 자유의 한계로 선언하고 있으나 같은 항 후문에서 명예훼손의 구제수단으로 민사상 손해배상을 명시할 뿐이므로, 헌법이 명예훼손에 대한 구제수단으로 형사처벌을 당연히 예정하고 있다고 보기 어렵다. 표현의 자유의 중요한 가치는 공직자에 대한 감시와 비판인데, 감시와 비판의 객체가 되어야 할 공직자가 진실한 사실 적시 표현행위에 대한 형사처벌의 주체가 될 경우 국민의 감시와 비판은 위축될 수밖에 없다. 형사처벌이 정당화되기 위해서는 행위반가치와 결과반가치가 있어야 하는데, 진실한 사실을 적시하는 것은 행위반가치와 결과반가치를 인정하기 어렵다. 사실 적시 표현행위로부터 외적 명예를 보호할 필요성이 있더라도, 피해자는 형사처벌이 아니더라도 정정보도와 반론보도 청구, 손해배상 청구와 명예회복에 적당한 처분을 통해 구제받을 수 있다. 형법 제307조 제1항은 친고죄가 아닌 반의사불벌죄이므로, 제3자가 이 점을 이용하여 공적인물·공적사안에 대한 감시·비판을 봉쇄할 목적으로 고발을 남용함으로써 진실한 사실 적시 표현에 대해서도 형사절차가 개시되도록 하는 ‘전략적 봉쇄소송’마저 가능하게 되었다. 향후 재판절차에서 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당된다는 판단을 받을 가능성이 있겠지만, 일단 형법 제307조 제1항의 구성요건에 해당되는 것이 확실한 이상, 자신의 표현행위로 수사·재판절차에 회부될 수 있다는 사실만으로



위축효과는 발생할 수 있으며, 이후 수사·재판절차에서 마주하게 될 공익성 입증의 불확실성까지 고려한다면 표현의 자유에 대한 위축효과는 더욱 커지게 된다. 진실한 사실이 가려진 채 형성된 허위·과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서 까지 보호해야 할 법익이라고 보기 어려운 점을 고려하면, 형법 제307조 제1항은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해한다.

진실한 사실은 공동체의 자유로운 의사형성과 진실발견의 전제가 되므로, ‘적시된 사실이 진실인 경우’에는 허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다. 헌법 제17조가 선언한 사생활의 비밀의 보호 필요성을 고려할 때, ‘적시된 사실이 사생활의 비밀에 관한 것이 아닌 경우’에는 허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다. 법률조항 중 위헌성 있는 부분에 한하여 위헌선언하는 것이 입법권에 대한 자제와 존중에 부합하는 점을 종합적으로 고려하면, 형법 제307조 제1항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

## 【해설】

### 1. 서설

헌법 제21조는 제1항에서 언론·출판에 관한 표현의 자유를 보장하면서도, 제4항 전문에서 타인의 명예를 침해하여서는 아니된다고 규정함으로써 표현의 자유의 한계를 규정한다. 다만 제4항 후문에서 언론·출판이 타인의 명예를 침해한 때에 피해자는 배상을 청구할 수 있다고 규정함으로써 명예 침해의 구제수단으로 민사배상을 명시할 뿐, 형사처벌을 명시하고 있지 아니한다.

헌법제·개정권자가 표현의 자유를 국민의 기본권으로서 보장하도록 헌법에 규정한 것은, 표현의 자유는 민주주의의 근간이기 때문이다. (허위가 아닌) 진실한 사실의 적시에 관한 표현의 자유 행사는 알 권리의 전제가 되고, 이러한 진실한 사실을 토대로 속의와 토론을 통해 공동체가 자유롭게 의사와 여론을 형성하는 것은 민주주의의 실현에 필수적 요소라는 점을 고려하면, 진실한 사실 적시 표현행위도 형사처벌하도록 규정한 형법 제307조 제1항은 위헌적인 법률조항일 수 있다. 하지만, 다른 한편으로 형법 제310조는 진실한 사실 적시 표현행위에 공익성이 인정되는 경우 위법성이 조각될 수 있도록 규정하고 있으므로, 이러한 위법성 조각사유에도 불구하고 처벌되는 행위는 ‘공익성이 인정되지 아니함에도 타인의 약점과 허물을 드러내는 행위’로서 표현의 자유를 기본권으로 인정한 취지와 무관하게 타인의 인격권과 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래할 수 있으므로, 이를 처벌하도록 규정한 형법 제307조 제1항은 합헌적인 법률조항일 수도 있다.

헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 결정(이하 ‘대상결정’이라 함)은 형법 제307조 제1항의 위헌 여부를 판단한 최초의 결정이다. 이 사건에서 헌법재판소는, 재판관 5대 4의 의견으로 형법 제307조 제1항을 합헌으로 결정하면서, 사실 적시 명예훼손죄와 표현의 자유에 관한 다양한 쟁점들에 대한 헌법재판소의 고민과 결론을 압축적으로 기재하였다.

이하에서는 대상결정의 내용을 바탕으로, ①형법 제307조 제1항에 관한 국회 입법 논의를 소개하고, ②형법 제310조의 의미·기능·한계와 ③청구인·법무부장관·참고인의 변론주장을 살펴본 다음, ④헌법재판소의 법정의견·반대의견의 논리구조를 분석하도록 한다.

## 2. 형법 제307조 제1항에 관한 국회 입법 논의

### 가. 명예훼손죄에 관한 입법론적 논의

명예훼손 범죄와 관련된 입법론은 크게 3가지로 구분할 수 있다. 그 하나는 표현의 자유 보장의 관점에서, 명예훼손 행위는 원칙적으로 민사상 불법행위 책임 등으로 규율하는 것으로 충분하며, 특히 ‘사실 적시 명예훼손 행위’의 경우에는 이를 형사처벌 영역에서 배제해야 한다는 논의이다(비범죄화 논의). 나머지 둘은 절충적 관점에서, 명예훼손 행위에 대한 형사처벌을 유지하더라도 이를 반의사불벌죄가 아닌 친고죄로 규정함으로써 피해자의 고소가 있기 전에는 수사기관의 개입을 배제하고 당사자 사이의 사적인 분쟁해결을 존중해야 한다는 논의(친고죄 논의)와, 명예훼손죄의 처벌범위를 축소하고 법정형을 낮춰야 한다는 논의(구성요건 축소 및 형벌 완화 논의)이다.

이하에서는 제19대 국회(2012-2016)와 제20대 국회(2016-2020)에서 논의된 명예훼손죄에 관한 주요 개정안의 내용을 살펴보도록 한다.

### 나. 2012. 6. 22.자 형법 일부개정법률안

(1) 박영선 의원 등 11인은 2012. 6. 22. 형법 일부개정법률안(의안번호 1900286)을 국회법제사법위원회에 제출하였다. 그 주요 내용은 기존의 사실 적시 명예훼손죄 및 출판물 등에 의한 사실 적시 명예훼손죄 처벌조항(안 제307조 제1항, 제309조 제1항)을 삭제하고, 남아 있는 허위사실 적시 명예훼손죄의 경우에도 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 개정하는 것이다(안 제312조). 그 구체적인 제안이유를 인용하면 다음과 같다.

「헌법이 규정하고 있는 언론·출판의 자유가 보장되기 위해서는 ‘타인이 듣기 좋은 말을 할 자유’만을 보호하는 것이 아니라 ‘타

인이 듣기 싫어하는 말도 할 수 있는 자유'를 보장하는 것이 핵심이고 또한 진실이 누군가에게 불리하거나 불편하다고 하여 그 사실의 공개를 금지한다면 민주주의 근간을 이루는 언론출판의 자유 및 알권리를 실질적으로 보장하기 어렵다고 할 것임. 형사상 명예훼손을 처벌하는 규정은 정치적으로 악용되는 사례가 많고, 권력자에 대한 비판이 사라지면 그 사회는 더 부패한다는 부패와 언론의 자유가 반비례 관계에 있음은 매년 국제기구들의 조사에서 재확인되고 있는 바, 부패를 방지하고 사회의 투명성 제고를 위해서도 최소한 진실과 허위를 구분하지 않고 명예훼손 행위를 형사 처벌하는 우리 형법은 개정되어야 함. ... 이에 사실을 적시한 경우의 명예훼손죄를 삭제하여 가처분 또는 손해배상 등 민사책임은 별론으로 하더라도 형사처벌은 받지 않도록 함으로써 헌법 제21조가 보호하는 언론·출판의 자유를 실질적으로 보호하고자 함. ... 검찰이 자의적으로 수사를 착수하는 등 정치적으로 악용되지 않도록 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 친고죄로 개정함」<sup>1)</sup>

(2) 대한변호사협회는 2012. 7. 20. 위 법률안에 대한 의견을 밝히면서, 형법 제307조 제1항 및 제309조 제1항에 규정된 사실적시 명예훼손죄의 삭제를 반대하고, 형법 제312조의 반의사불벌죄를 친고죄로 개정하는 것에 반대하였는데, 그 구체적인 검토의견을 인용하면 다음과 같다.

「명예훼손죄에서의 명예란 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가인 '외적 명예'를 의미하는 것으로서, 명예주체의 악행, 추업 등 적시되는 사실이 진실한 것이라

1) 국회, 형법 일부개정법률안(박영선 의원 대표발의), 의안번호 286, 2012. 6. 22., 제안이유 1-4면.

고 하여도 그것이 공연히 적시되면 명예주체의 외적 명예는 손상되는 것이므로 이를 보호할 필요가 있다고 할 것입니다. 나아가, 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위는 표현의 자유를 남용한 경우에 해당하므로 위법성조각사유, 책임조각사유가 없는 한 처벌하는 것이 타당하다고 할 것입니다. … 형법 제307조와 제309조의 명예훼손죄는 반의사불벌죄로 규정하는 것이 적절하다고 사료됩니다.»<sup>2)</sup>

(3) 위 법률안은 2012. 7. 9. 법제사법위원회에 회부되었다. 위 법률안에 대해서는 2012. 9.경 법제사법위원회 수석전문위원의 검토보고서가 제출되었는데, 이 보고서에서는 사실 적시 명예훼손죄의 비범죄화 및 명예훼손죄의 친고죄화 여부는 여러 사정을 감안하여 입법정책적으로 결정할 사안이라고 평가하였다.<sup>3)</sup>

(4) 위 법률안은 2012. 9. 19. 국회 법제사법위원회에 상정되었다. 2012. 9. 19. 법제사법위원회 회의에서 수석전문위원은 “제14항 박영선 의원의 대표발의하신 개정 내용에 있어서 사실 적시 명예훼손죄 삭제는 입법정책적 판단이 요망됩니다. … 명예에 관한 죄를 친고죄로 변경하는 것은 입법정책적 판단이 요망됩니다.”라고 검토보고를 하였다.<sup>4)</sup>

이후 2012. 11. 14. 법제사법위원회 회의에서 위 법률안은 법안심사제1소위원회에 회부되었고,<sup>5)</sup> 2015. 12. 4. 법제사법위원회 법안심사제1소위원회 회의에서 법무부 차관은 “지금 기존에 있는

2) 대한변호사협회, 형법 일부개정법률안(박영선 의원 대표발의)에 대한 의견서, 2012. 7. 20. [대한변호사협회 홈페이지 ⇒ 자료실 ⇒ 법률안 의견서 ⇒ 제목: 형법 일부개정법률안(박영선 의원 대표발의, 의안번호 286호).]

3) 국회, 형법 일부개정법률안(박영선 의원 대표발의) 검토보고, 법제사법위원회 수석전문위원 이한규, 2012. 9., 8-9면, 13-14면.

4) 국회, 제311회 국회(정기회) 제5차 법제사법위원회회의록, 2012. 9. 19., 17면(이한규 발언 부분).

5) 국회, 제311회 국회(정기회) 제12차 법제사법위원회회의록, 2012. 11. 14., 8면.

명예훼손죄를 삭제, 사실 적시 명예훼손죄를 삭제하는 부분에 대해서는 개인 명예나 인격권에 큰 침해가 발생할 소지가 있어서 신중 검토 의견입니다. 더구나 우리나라의 경우 지금 인터넷 또는 소셜 미디어의 급속한 발달로 정보의 전파, 파급력, 신속성 측면에서 개인의 사생활 침해 정도가 매우 심각한데 사후 수습이 거의 불가능한 정도에 이르는 사례가 많이 있습니다. 따라서 사실 적시 명예훼손을 삭제할 경우에 개인 명예권을 보호하는 데 심각한 공백이 발생할 우려가 있다는 말씀을 드리겠습니다. … 그리고 명예훼손이나 모욕죄를 폐지하는 것도 대륙법계의 대부분 국가에서 명예훼손이나 모욕죄는 형사처벌하는 것으로 규정이 운영되고 있고 우리나라에서도 형법 제정 당시부터 지금까지 쭉 운영도 오고 있는 것이어서 지금 현재 폐지하는 데 대해서는 신중 검토 의견입니다. 그리고 친고죄화 하는 부분에 대해서도 모두 다 신중 검토 의견입니다.”라는 의견을 밝혔다.<sup>6)</sup> 법원행정처차장도 같은 날, “일단 사실 적시 명예훼손이나 사실 적시 출판물에 의한 명예훼손 삭제에 대해서는 공적 관련성이 없음에도 타인의 허물을 들추는 행위가 급증될 우려가 있고 … 인터넷이나 SNS를 통한 개인의 프라이버시 침해가 지금 점증하고 있는 사회현실을 고려할 때 신중 검토 그리고 우리나라 국민들은 법감정상 명예를 중시하기 때문에 더더욱이 그렇지 않나 생각이 듭니다. … 그 다음에 친고죄로 변경하는 것도 신중 검토하는 것이 좋겠다라는 생각을 하고 있습니다.”라는 의견을 밝혔다.<sup>7)</sup>

이후 위 법률안은 제19대 국회가 임기만료됨에 따라 2016.

6) 국회, 제337회 국회(정기회) 제7차 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), 2015. 12. 4., 22-23면(김주현 발언 부분).

7) 국회, 제337회 국회(정기회) 제7차 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), 2015. 12. 4., 23면(임종현 발언 부분).

## 5. 29. 폐기되었다.

**다. 2016. 7. 22.자 형법 일부개정법률안**

(1) 이찬열 의원 등 10인은 2016. 7. 22. 형법 일부개정법률안(의안번호 2001090)을 국회법제사법위원회에 제출하였다. 그 주요 내용은 기존의 사실 적시 명예훼손죄의 처벌대상을 '사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자'로 축소하고 명예훼손죄의 징역형을 폐지하며(안 제307조 제1항), 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 개정하는 것이었는데(안 제 312조), 구체적인 제안이유를 인용하면 다음과 같다.

「현행법은 허위사실 뿐 아니라 사실을 공연히 적시하여 사람의 명예를 훼손한 사람을 처벌할 수 있도록 하고, 다만 적시된 사실이 진실한 사실로 오로지 공공의 이익에 관한 때에만 처벌하지 않도록 규정하고 있음. 이에 최근 명예훼손으로 기소된 인원수가 증가하였고, 정치적·사회적으로 악용된 사례도 발생하고 있어 민주주의의 근간을 이루는 언론·출판의 자유와 알권리가 침해되고 있다는 우려가 있음. 따라서 헌법에서 보장하고 있는 표현의 자유를 보다 실질적으로 보장하기 위하여 사실 적시 명예훼손죄를 사생활의 비밀을 침해하는 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자로 대상을 축소하고, 명예훼손죄의 징역형을 폐지하며, 고소가 있어야만 공소를 제기할 수 있도록 하며, 모욕죄를 삭제하려는 것임.」<sup>8)</sup>

(2) 위 법률안은 2016. 7. 25. 법제사법위원회에 회부되었다. 위 법률안에 대해서는 2016. 11.경 법제사법위원회 수석전문위원

8) 국회, 형법 일부개정법률안(이찬열 의원 대표발의), 의안번호 1090, 2016. 7. 22., 제안이유 1면.

의 검토보고서가 제출되었는데, 이 보고서에서는 개정안이 사실적시 명예훼손죄의 구성요건 중 적시 대상을 '사생활의 비밀을 침해하는 사실로 축소'함으로써 사인의 인격권·명예권과 표현의 자유의 조화를 도모한 것으로 이해되나, '사생활의 비밀을 침해하는 사실'과 그 외의 사실을 명확히 구분할 수 있을지가 명확하지 않아 신중 검토가 필요하며, 명예훼손죄의 법정형에서 자유형을 삭제하되 벌금형만 존치시키는 것은 사회적 공감대 형성이 전제되어야 할 것으로 보이고, 명예훼손죄의 친고죄 전환 여부는 범죄 피해의 사회적 해악성과 피해자 의사 존중 필요성을 형량하여 결정해야 할 사항으로 평가하였다.<sup>9)</sup>

(3) 위 법률안은 2016. 11. 8. 국회 법제사법위원회에 상정되었다. 같은 날 법제사법위원회 회의에서 수석전문위원은 위 검토 보고를 속기사에게 주어 회의록에 게재하는 방식으로 보고하고, 위 법률안은 법안심사제1소위원회에 회부되었다.<sup>10)</sup>

이후 2017. 11. 29. 법제사법위원회 법안심사제1소위원회 회의에서 수석전문위원은 “이 부분<sup>11)</sup>과 관련해서는 명예훼손죄나 모욕죄에 대한 존치·폐지론이 있다는 점과 함께 다른 명예훼손죄에 미치는 영향 또는 비교 부분을 하실 필요가 있다고 보이고 …, 이 개정안<sup>12)</sup>과 관련해서는 반의사불벌죄와 친고죄의 성격을 고려하시고 아울러서 해당 범죄 피해의 사회적 해악성과 피해자 의사의 존중 필요성 등을 비교형량하셔서 위원님들께서 입법정책적으로 결정할 사항으로 보입니다.”라는 의견을 밝혔다.<sup>13)</sup>

9) 국회, 형법 일부개정법률안(이찬열 의원 대표발의) 검토보고, 법제사법위원회 수석전문위원 남궁석, 2016. 11., 검토의견 5-12면.

10) 국회, 제346회 국회(정기회) 제5차 법제사법위원회회의록, 2016. 11. 8., 22면(남궁석 발언 부분).

11) 명예훼손죄 구성요건 축소와 법정형 변경을 의미함.

12) 친고죄 변경을 의미함.



한편, 같은 회의에서 법무부차관은 “결론부터 말씀드리면 의원님들의 입법 취지에는 공감합니다만 세 분 의원님께서 발의한 여러 가지 개정 부분에 대해서 모두 다 신중검토 의견입니다. 간단히 말씀드리면 최근 인터넷, SNS 발달 등으로 인해서 명예훼손이나 모욕으로 인한 피해가 더욱 확산되는 그런 추세에 있습니다. 그리고 사실 적시 명예훼손이나 모욕죄를 폐지할 것인지 여부에 대해서 논의가 있습니다만 결국 이것을 폐지할 경우에 표현의 자유도 중요합니다만 피해자 보호에 공백이 생길 수 있기 때문에, 특히 인터넷 SNS를 생각하면요, 외국의 입법례, 헌법재판소 결정 등을 종합적으로 고려해서 신중히 검토할 필요가 있다고 보이고요. 또한 우리 형법 자체가 표현의 자유와 개인의 명예 보호라는 두 가치를 조화할 수 있도록 적시된 사실이 진실이고 공익을 위한 경우 처벌하지 않는 점도 고려할 필요가 있다고 생각을 합니다.”라는 의견을 밝혔다.<sup>14)</sup> 같은 날 법원행정처차장도 “저희도 이제 오랫동안 유지되어 온 법이고 기본적인 범죄들인데 이걸 이렇게 변경하는 것에 대해서 신중한 검토가 필요하다고 생각합니다.”라는 의견을 밝혔다.<sup>15)</sup>

위 법률안은 2018. 9. 13. 법제사법위원회 법안심사제1소위원회 회의에 상정되었으나,<sup>16)</sup> 이후 제20대 국회가 임기만료됨에 따라 2020. 5. 29. 폐기되었다.

13) 국회, 제354회 국회(정기회) 제5차 법제사법위원회회의의록(법안심사제1소위원회), 2017. 11. 29., 14면(박수철 발언 부분).

14) 국회, 제354회 국회(정기회) 제5차 법제사법위원회회의의록(법안심사제1소위원회), 2017. 11. 29., 14면(이금로 발언 부분).

15) 국회, 제354회 국회(정기회) 제5차 법제사법위원회회의의록(법안심사제1소위원회), 2017. 11. 29., 14면(김창보 발언 부분).

16) 국회, 제364회 국회(정기회) 제1차 법제사법위원회회의의록(법안심사제1소위원회), 2018. 9. 13., 5면.

### 3. 형법 제310조의 의미, 기능, 한계

#### 가. 형법 제310조의 의미

(1) 형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 규정함으로써, 사실 적시 명예훼손죄에 관한 위법성 조각사유를 정하고 있다.

(2) 여기서 ‘진실한 사실’이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서, 세부에 있어 진실과 약간 차이가 있거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다는 것이 통설 및 판례이다.<sup>17)</sup>

이와 관련하여 대법원은 “자유로운 견해의 개진과 공개된 토론 과정에서 다소 잘못되거나 과장된 표현은 피할 수 없다. 무릇 표현의 자유에는 그것이 생존함에 필요한 숨 쉴 공간이 있어야 하므로<sup>18)</sup> 진실에의 부합 여부는 표현의 전체적인 취지가 중시되어야 하는 것이고 세부적인 문제에 있어서까지 완전히 객관적 진실과 일치할 것이 요구되어서는 안된다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524등 판결).

헌법재판소도 “중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위 보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다. 시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은, 사상과 의견에 대한 아무런 제한없는 자유로운 표현을 보장하는데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실확인에 필요한 것이므로 함

17) 편집대표 김대휘·김신, 주석 형법: 형법각칙(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 551면(심담 집필부분).

18) 미국 연방대법원의 New York Times v. Sullivan 결정(1964)의 “it must be protected if the freedoms of expression are to have the breathing space that they need to survive”와 같은 취지의 내용으로 보임.

께 보호되어야 하기 때문이다. 그러나 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도에 대하여는 면책을 주장할 수 없다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정).<sup>19)</sup>

한편, 형법 제310조가 진실한 사실의 경우로 한정하여 위법성이 조각된다고 규정하고 있음에도 불구하고, 판례는 더 나아가, 진실한 사실이 아니거나 진실한 사실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 판시하는데, 이를 ‘상당성의 법리’라 한다.<sup>20)</sup> 대법원은 적시된 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는가의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성, 표현방법 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시한다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결).

(3) 형법 제310조의 ‘공공의 이익’이란, 문언상으로 국가나 사회의 다수 사람의 이익을 의미하겠지만, 판례는 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다고 판시한다. 예컨대 특정 종교단체의 구성원들, 아파트 입주민들, 개인택시운송조합의 조합원들, 특정 교육기관의 교직원 학생 학부모 전체도 여기에 해당할 수 있는 것이다.<sup>21)</sup>

한편, 형법 제310조는 사실 적시가 ‘오로지’ 공공의 이익에 관한 것으로 규정하나, 통설은 ‘오로지’가 유일하다는 의미가 아니라 ‘주로’라는 의미로 해석하고, 판례도 주요한 동기 내지 목적이 공

19) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(1999) 제11권 1집, 1999, 768-769면.

20) 편집대표 김대휘·김신, 주석 형법: 형법각칙(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 552면(십담 집필부분).

21) 편집대표 김대휘·김신, 주석 형법: 형법각칙(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 568면(십담 집필부분).

공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다고 보고 있다.<sup>22)</sup>

(4) 법원은 형법 제310조의 위법성 조각사유는 피고인(표현행위자)이 증명하는 것으로 판단하고 있다(대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결, 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결).

#### 나. 사실 적시 명예훼손죄에서 위법성 조각사유의 기능과 한계

(1) ‘외적 명예’를 보호법익으로 하는 우리 형법상 명예훼손죄는, 적시된 사실이 진실인 경우에도 명예훼손죄의 구성요건에 포함되도록 정하고 있다. 즉, 형법은 사실 적시로 인해 타인의 외적 명예가 훼손될 추상적 위험성이 있는 경우 이를 모두 제307조 제1항의 구성요건에 포함시키고 있기에 표현의 자유는 상당부분 제한될 수밖에 없는바, 국회는 이를 완화하기 위한 수단으로 형법 제310조의 위법성 조각사유를 도입한 것이다.

이에 법원은, ㉠ 형법 제310조의 ‘진실한 사실’이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로 세부에 있어 진실과 약간 차이가 있거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하며, ㉡ 가사 진실한 사실이 아니거나 진실한 사실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각되며, ㉢ 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 무방하다는 취지로 ‘오로지’를 넓게 해석함으로써, 형법 제307조 제1항으로

22) 편집대표 김대휘·김신, 주석 형법: 형법각칙(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, 569면(십담 집필부분).

인한 표현의 자유 제한을 완화하기 위해 노력하고 있음은, 앞서 살펴본 바와 같다.

(2) 그럼에도 불구하고, 어떤 특정한 사실 적시 표현행위가 형법 제310조의 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에 사후적으로 포함될 것인지 여부는 여전히 불확실하다. 특히 형법 제307조 제1항은 사실 적시 명예훼손죄의 구성요건을 폭넓게 설정하고 있음에 반하여 제310조의 위법성 조각사유는 추상적이기 때문에, 어떠한 사실을 적시하려는 사람으로서는 일단 형법 제307조 제1항의 처벌대상에 포함될 것임을 인식하고 이후의 재판절차에서 자신의 행위가 제310조의 위법성 조각사유에 해당됨을 입증해야 할 부담을 안게 될 수밖에 없다.

그 결과, 법리상으로 형법 제310조를 통해 표현자가 최종적으로 구제받을 가능성이 있더라도, 사후적인 재판절차에서 자신의 표현행위가 공익에 부합함을 입증하고 평가받아야 할 부담과 그 결과의 예측불가능성으로 인하여 필연적으로 자기검열(self-censorship)과 위축효과(chilling effect)가 발생할 수밖에 없다. 이러한 리스크로 인하여, 자신의 표현행위에 따라오게 될 비용과 편익을 고려하여 의사결정을 하는 합리적인 인간이라면, ‘진실한 사실로서 공공의 이익에 부합하는 사실’에 대한 표현행위마저도 포기하게 될 위험성이 있다.

이러한 사정을 고려한다면, ㉠ 일단 명예훼손죄의 구성요건을 넓게 설정한 뒤(제307조 제1항) 위법성 조각사유의 평가를 통해 사후적으로 처벌을 면할 수 있도록 하는 접근방식(제310조)보다는, ㉡ 처음부터 구성요건을 최소한으로 설정함으로써 일반적으로 허용되는 표현의 자유의 폭을 넓혀주는 접근방식이 보다 합리적일 수 있다는 문제제기도 충분히 가능하다.

### 다. 형법 제310조가 문제된 실제 사례

형법 제307조 제1항의 명예훼손죄로 법원에서 2017년부터 2019년까지 유죄판결을 받은 사례 중, 해당 표현행위가 형법 제310조의 위법성 조각사유에 해당되지 않음이 판시된 주요 사례의 요지를 정리하면 아래 표와 같다. 범죄사실만 읽으면 해당 사건이 형법 제310조의 위법성 조각사유에 해당될 것인지 법률전문가로서도 예측하기 어려운 사안도 있기에, 이를 입증해야 할 피고인(표현행위자)과 판단해야 할 법원에 상당한 부담이 되고 있을 것으로 보인다.

사건	제307조 제1항 범죄사실	법원의 제310조 판단
① 수원지법 2019. 3. 12. 선고 2019고 정8 판결	피고인과 김○영은 교회의 교인이고, 피해자는 김○영의之母. 피해자는 김○영과 종교적 문제로 갈등을 겪으면서 위 교회에 찾아가 딸을 찾겠다고 항의함. 피고인은 위 교회가 있는 이마트 1층 엘리베이터 앞에서, “니 딸이라고 머리채를 잡고 후드려 패고 그래?”, “애를 두드려 팬 걸 안 뺐다고 하느냐, 애를 머리채 후려잡고 두드려 패고.”라고 큰소리로 말함으로써, 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.	피고인이 적시한 사실은 피해자가 자신의 딸을 폭행하였다는 취지로서 그 표현행위의 상대방인 불특정 다수의 사람들에게 대한 관계에서 객관적으로 공공의 이익에 관한 것이라고 보기 어려우므로, 형법 제310조로 위법성이 조각되어야 한다는 피해자의 주장을 받아들이지 아니함.
② 부산지법 동부지원 2019. 2. 20. 선고 2018고 정673 판결	피고인은 아파트 재활용 집하장에서 작업 중이던 입주자대표 회장인 피해자와 시비가 되어, 다른 주민이 있는 가운데 피해자에게 “너 왜 관리비로 주유 기름 넣었어. 토요일 일요일 공휴일 차 운행하고. 차량 관리비 관리비에서 기름 넣고. 토요일 일요일 왜 운행하느냐 이말이야. 공적인 일도 없는데.”라고 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.	피고인과 피해자의 평소 관계, 이 사건 발원 전후의 사정, 발원의 계기·장소·내용, 피해자와 주민의 관계 등에 비춰보면, 형법 제310조에 따라 위법성이 없다는 주장을 인정하기 어려움.

사건	제307조 제1항 범죄사실	법원의 제310조 판단
<p>③ 의정부지법 2019. 1. 24. 선고 2018고정1023 판결</p>	<p>피고인들은 ○○치과의 원무부장·경리실장이고, 피해자는 과거 ○○○치과의 직원으로 근무한 자로서 ○○치과 앞에서 부당해고에 따른 복직을 요구하는 1인 시위를 하는 자임. 피고인들은 ○○치과 앞에서 피해자가 1인 시위를 하고 있는 것을 발견하고, “현재 업무방해 및 명예훼손으로 형사고소 중입니다. 중앙노동위원회의 판결은 현재 행정소송중이며 추후 재판부의 현명한 판결이 있을 겁니다. ○○치과 앞 1인시위하는 자는 절도(횡령)으로 형사고소되었고 현재 포천경찰서에서 수사중입니다.”라고 적힌 글을 ○○치과 외벽에 게시하는 방법으로, 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.</p>	<p>이 사건 게시물과 현수막에 기재된 내용 중 ‘피해자가 절도(횡령)로 형사고소되었다’는 내용은 피해자의 1인 시위 내용과 직접적인 관련이 없는 점, 위 현수막은 ○○치과 앞을 지나가는 불특정 다수가 볼 수 있는 위치에 게시된 점, 그 밖에 이 사건 당시 피고인들과 피해자의 관계 등을 고려하면, 이 사건 각 공소사실 기재 행위가 형법 제310조에 따라 위법성이 조각되거나 정당행위에 해당한다고 보기 어려움.</p>
<p>④ 대구지법 포항지원 2019. 1. 9. 선고 2018고정106 판결</p>	<p>피고인은 ○○종합특수강 포항공장 파견직원임. 피고인은 위 회사 사무실에서 “○○종합특수강의 공익을 위해 회사 자산의 임의 집행과 횡령 정황에 관한 자료를 첨부드립니다”라는 내용을 적은 후, ‘바에서 이용한 술값을 외주 프로젝트 예산으로 지급했다’는 피해자의 메시지 대화내용을 첨부하여, 이를 회사 직원 320명에게 이메일로 전송함. 이로써 피고인은 공연히 사실을 적시하여 피해자들의 명예를 훼손함.</p>	<p>피고인은 회사의 공익을 위한 것이므로 위법성이 조각된다고 주장하나, 피고인은 2년의 계약기간이 종료되어 퇴사하게 되었는데 자신의 계약이 연장되지 못한 것이 피해자 때문이라 생각하였고, 퇴사하기 직전에 무단으로 피해자의 메시지 대화내용을 촬영한 후 회사 인원 전체에게 이메일을 보내는 방식으로 피해자의 비위 사실을 폭로한 점, 피고인이 폭로한 시점은 위 회사를 퇴사하는 시점이었는데 피고인이 특별히 회사의 이익을 위해 행동할만한 다른 사정을 찾기 어려운 점(오히려 근로계약을 갱신하지 않은 회사에 나쁜 감정을 가졌을 가능성이 더 컸을 것으로 보임) 등에 비추어 보면, 당시 피고인의 주된 취지는 회사의 이익을 위한 것이 아니라 피해자에 대한 복수심이 주된 것으로 보이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없음.</p>

사건	제307조 제1항 범죄사실	법원의 제310조 판단
<p>⑤ 대구지법 2018. 10. 26. 선고 2017고 정2043 판결</p>	<p>피고인은 피해자가 운영하는 ○○병원 앞 도로에서 “천만원이 넘는 카디스팀 수술을 받았습니다. 3개월이면 낫는다는 말만 믿고, 일년이 넘게 지냈습니다. 그러나 여전히 심분 이상을 걸을 수도 계단을 오르내릴 수도 통증 때문에 잠을 잘 수도 없습니다. 심지어 대학병원에서는 이런 수술을 왜 했냐고까지 합니다. 기가 찰 노릇입니다. 그런데 또 이런 불만을 표했다고 형사고소까지 당했습니다. 너무 분하고 억울합니다.”라는 내용의 배너 1개를 걸어 놓고 1인 시위를 함으로써, 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.</p>	<p>피고인과 피해자의 관계, 피고인의 범행 동기, 이 사건 배너에 피고인이 사용한 문구와 그 내용 등을 종합해보면, 피고인의 이 사건 행위는 피해자의 잘못된 시술을 일반 국민들에게 알리기 위한 공공의 이익을 위한 것이라기보다는 피고인의 수술 경과가 제대로 되지 않은 것에 대하여 피해자에게 피해보상과 사과를 요구하였으나 적절한 조치가 취해지지 않자 주로 피해자를 비난하거나 피해보상을 받기 위한 목적에 기인한 것으로 보이므로, 형법 제310조가 정한 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 볼 수 없음.</p>
<p>⑥ 부산지법 2017. 8. 9. 선고 2017고 정1117 판결</p>	<p>피고인은 ○○그린빌 ○○호 앞 벽면에, 당시 관리비를 체납하고 있던 피해자들로부터 관리비를 납부받기 위해, “□□호, △△호 오○○, 신○○은 관리비 미납금을 납부하라”는 내용의 현수막을 부착하는 방법으로, 공연히 사실을 적시하여 피해자들의 명예를 훼손함.</p>	<p>피고인은 피해자들이 관리비를 납부하지 않자 이 납부를 독촉하기 위한 방법의 하나로 도로가를 향하여 위 ○○그린빌 벽면에 피해자들의 이름을 매우 크게 기재한 이 사건 현수막을 건 사실이 인정되는바, 이와 같은 피고인의 행위 동기 및 목적, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등에 비추어 볼 때, 피고인의 판시 행위를 공공의 이익을 위한 것으로 볼 수 없음.</p>



사건	제307조 제1항 범죄사실	법원의 제310조 판단
<p>⑦ 수원지법 2017. 4. 13. 선고 016고정 2617 판결</p>	<p>이○○은 피해자가 운영하는 피부과 병원에서 3차례에 걸쳐 피해자로부터 페이스리프팅 시술을 받은 후 안면마비 증세를 호소하게 되었음. 이○○의 딸들과 그 남자친구인 피고인들은 피해자를 찾아가 치료비 등의 보상을 요구하였으나, 피해자는 피고인들이 예상하는 보상금보다 적은 200만원을 지급하겠다고 함. 이에 피고인들은 피해자의 시술로 인한 부작용이 발생하였으며, 치료비 보상 등에 성의 없는 태도를 보였다는 취지로 기재된 피켓을 들고 1인시위를 함으로써, 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.</p>	<p>피고인들의 이 사건 행위는, 피해자의 잘못된 시술을 일반 국민들에게 알리기 위한 공공의 이익을 위한 것이라기보다는, 이○○에게 안면마비의 증세가 발생한 것에 대하여 피해자에게 피해보상과 사과를 요구하였으나 적절한 조치가 취해지지 않자 주로 피해자를 비난하기 위한 목적에 기한 것으로 보이므로, 형법 제310조가 정한 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 볼 수 없음.</p>
<p>⑧ 대구지법 2017. 1. 25. 선고 2016고 정1650 판결</p>	<p>피고인은 노인회 회장이고, 피해자는 직전 노인회 회장임. 피고인은 “직전 회장인 피해자가 피고인에게 노인회 업무 인수인계를 하면서 공금 276만원 중 일부인 88만원만 경로당 통장에 입금시키고, 나머지 잔금 188만원 상당을 돌려주지 않고 있다.”는 내용이 기재된 ‘동민에게 드리는 진정서’를 작성한 후, 이를 경로회 회원들과 마을주민의 집 우편함에 가져다 놓음. 또한 피고인은 피해자가 경로회 공금을 횡령하였다는 내용의 부정부패사례집을 발간하여 경로당에 비치하였음. 이로써 피고인은 공연히 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손함.</p>	<p>이 사건 진정서의 내용은 전체적으로 피해자가 장부를 제대로 작성하지 않았을 뿐만 아니라 기재된 내용도 조작하여 부족금이 발생하였다는 취지이고, 이 사건 사례집도 결국 피해자가 공금을 횡령했다고 간주한다는 취지여서 이를 읽은 사람들로서는 피해자가 공금을 횡령하였다고 이해할 수밖에 없는 점, 피해자가 노인회 회장으로서 전체적인 업무를 총괄하는 지위에 있었기는 하나 실제로 금전출납부를 작성하는 것은 총무이고, 실제 전 총무인 윤○○은 금전출납부 중 일부를 사후에 수정하였음을 인정하면서 88만원을 입금하였음에도 피고인은 피해자만 특정하여 회계부정 의혹을 제기한 점, 피고인은 진정서 및 사례집을 노인회 회원이 아닌 사람들에게도 배포한 점 등을 종합하면, 이 사건 진정서 및 사례집의 내용은 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것이라거나 피고인이 공공의 이익을 위하여 적시한 것이라고 볼 수 없음.</p>

#### 4. 청구인, 이해관계인, 참고인의 변론주장

##### 가. 변론 준비

헌법재판소는 2017헌마1113 사건에 대한 변론을 2020. 9. 10. 14:00 대심판정에서 열기로 결정하고, 청구인과 이해관계인 법무부장관에게 변론예정 사실을 2020. 6. 30. 통지하면서, 해당 쟁점에 대한 전문적 견해를 진술할 참고인에 대한 추천서를 각 제출하도록 하였다.

이에 청구인(국선대리인 변호사 김병철)은 충북대학교 법학전문대학원의 김재중 교수를 청구인측 참고인으로 추천하였고, 이해관계인 법무부장관(대리인 정부법무공단)은 고려대학교 법학전문대학원의 홍영기 교수를 이해관계인측 참고인으로 추천하였다.

##### 나. 청구인, 청구인측 참고인의 변론 요지

(1) 헌법의 존재이유는 기본권 보장을 위한 국가사회의 동화적 통합에 있고 진실한 사실의 적시는 이에 기여한다. 표현의 자유의 핵심은 진실을 말할 수 있는 자유이고 이는 원칙적으로 현재 또는 미래 세대의 인류를 위한 공공의 이익에 부합한다. 표현의 자유를 중시하는 자유민주적 기본질서에서는 진실을 말하는 것 자체는 죄가 되어서는 아니 된다.

만약 적시된 사실이 진실이라면, 공공의 이익에 부합하는 것으로 법률상 추정되어 원칙적으로 범죄를 구성하지 아니해야 한다. 다만, 그 사실의 적시가 공공의 이익과 무관하게 오로지 피해자의 명예를 훼손할 목적이라는 점이 검사의 엄격한 증명에 의해 입증된다면 형사처벌될 수 있다.

그런데 형법 제307조 제1항은 진실한 사실을 적시한 경우에도 원칙적으로 명예훼손죄의 구성요건에 포함시킴으로써, 수사개시와

형사처벌의 위험성에 따르는 위축효과로 표현의 자유를 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다.<sup>23)</sup>

(2) 형사처벌이 정당화되기 위해서는 행위반가치와 결과반가치가 있어야 하는데, 진실한 사실의 표현행위는 결과반가치가 약할 뿐만 아니라 행위반가치는 없다. 이에 형법은 공연성 요건을 구성 요건에 추가하나, 대법원은 전파가능성 이론을 채택하여 이를 확대하고 있고, 그 해석 또한 명확하지 않은 상황이다.

기본적으로 민주국가에서는 진실을 말하는 데 제한을 두어서는 아니 된다. 만약 진실이 가려진 채 형성된 외적 명예, 즉 평판이나 세평이 있다면 이는 많은 사람들이 진실을 몰라서 얻게 된 허명(虛名)에 불과하다. 진실한 사실의 적시로 손상되는 것은 잘못되거나 과장되어 있는 허명으로서 진실에 의하여 바뀌어져야 할 대상일 뿐이다. 그로 인해 외적 명예가 손상된다고 하여 이를 형사처벌한다면, 이는 보호필요성 없는 허명을 보호하기 위해 진실의 입을 막는 것에 불과하다.

형법 제310조는 명예훼손죄의 위법성 조각사유를 규정하고 있으나, 어떤 사실의 적시가 공공의 이익에 해당하는지는 예측하기 어렵기 때문에 검사·판사와 같은 법률전문가들 사이에서도 유·무죄 판단이 어려운 상황이며, 일반 국민은 말할 것도 없다. 결국 일반 국민으로서 어떤 표현행위가 형사처벌에서 제외될 수 있는지 예측하기 어려워, 진실한 사실의 적시를 스스로 자제할 수밖에 없다. 그런데 허명을 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서 서까지 보호해야 할 법익으로 보기는 어렵다.

가사 과장된 명예, 잘못된 세평을 바로잡기 위해 진실한 사실을

23) 청구인의 2020. 7. 20.자 변론요지서, 헌법재판소의 2020. 9. 10.자 변론조서 (청구인 국선대리인의 진술 부분) 참조.

적시하는 행위에 대한 규제의 필요성이 있다 하더라도, 이를 형사 처벌로 의율하는 것은 과잉금지원칙에 반한다. 명예훼손의 피해를 호소하는 사람은 민사상 손해배상을 청구하거나, 언론관계법상 반론 및 정정보도청구 등을 통하여 이를 바로잡을 수 있다.<sup>24)</sup>

#### 다. 이해관계인 법무부장관, 이해관계인측 참고인의 변론 요지

(1) 형법상 명예에 관한 죄의 보호범익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외적 명예이므로, 비록 진실한 사실의 적시라도 그로 인해 외적 명예의 치명적 훼손이 가능하다. 공표된 사실이 객관적 진실에 부합하더라도 개인이 숨기고 싶은 병력, 성적 지향, 가정사 등 사생활인 경우, 이를 공표하는 것은 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 공익 관련성이 없음에도 불구하고 단순히 타인의 명예가 허명(虛名)임을 드러내기 위해 감추고 싶은 약점과 허물을 공개하는 것은 표현의 자유에 포함되지 아니한다.

사실 적시 명예훼손행위를 비범죄화할 것인지 여부는 표현의 자유뿐만 아니라 피해자 보호에 공백이 생기는지 여부를 종합적으로 고려해야 한다. 명예훼손죄는 피해자의 사생활 보호의 기능을 하고 있으며, 형법은 표현의 자유와 개인의 명예보호라는 가치가 조화될 수 있도록 적시된 사실이 진실이고 공익을 위한 경우 처벌하지 않도록 함으로써(형법 제310조) 표현의 자유 제한을 최소화하고 있다. 동물병원에서 황당한 체험을 했다는 비방 내용을 인터넷 카페에 게시하여 정보통신망법 제70조 제1항의 명예훼손죄로 기소되었으나 무죄 취지로 판시된 사례와, 성형시술 결과가 만족스럽지 못하다

24) 청구인측 참고인의 2020. 8. 4.자 의견서, 헌법재판소의 2020. 9. 10.자 참고인 진술조서 참조.

는 주관적 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 인터넷 포털 사이트의 지식검색 질문·답변 게시판에 게시하여 역시 구 정보통신망법 제61조 제1항의 명예훼손죄로 기소되었으나 무죄 취지로 판시된 사례 등이 그 예이다.

민사상 손해배상과 같은 사후적 구제방안은 형벌과 같은 예방 효과가 없으며, 헌법 제21조 제4항이 타인의 명예나 권리를 표현의 자유의 한계로 규정하고 있음을 고려할 때, 형법 제307조 제1항은 표현의 자유를 침해하지 아니한다.<sup>25)</sup>

(2) 오늘날 명예는 대화의 장에서 소외되지 않도록 우리의 실존을 지켜주는 핵심적 권리라 할 것인바, 사실 적시 명예훼손죄가 형법전에서 사라진다면 그와 같은 삶의 근본적 조건은 불안정해질 것이다.

사실 적시 명예훼손죄에 대한 비범죄화 논의의 이론적 근거는 표현의 자유와 알 권리 보장이다. 그런데 표현의 자유는 참여와 대화를 할 수 있다는 허용을 통해 보장되는 것이므로, 누군가를 대화마당에서 소외되게 만드는 표현의 자유는 인정되기 어렵다. 어느 개인의 명예를 안중에 두지 않고 특정한 정보를 불특정·다수에게 전달하여 그 개인을 대화의 장으로부터 축출하려는 시도는 금지할 필요성이 있다. 또한 알권리는 의사소통에 참여하기 위한 전제로 보장되는 것인바, 특정 정보전달을 통해 의사소통에 관여할 수 없음에도 이를 알고자 하는 사람이 있다면, 이러한 관심은 알 권리가 아니라 단순한 호기심에 불과한 것이므로 보호의 필요성이 없다.

어떤 피해를 당한 일반 시민은 민사소송 또는 형사고소와 같은

25) 이해관계인(법무부장관)의 2020. 8. 13.자 변론요지서, 헌법재판소 2020. 9. 10.자 변론조서(법무부장관 대리인의 진술 부분) 참조.

민·형사상 절차에 따라야 할 것인데, 그러한 법적 절차의 높은 벽을 실감한 일반인은 자신에게 피해를 가한 사람의 악행을 널리 알림으로써 그를 사회에서 매장시키는 방법으로 문제를 해결하기 쉽다. 그러나 사실을 적시한 사람이 겪었던 피해의 정도나, 그 사실 적시의 대상이 된 사람이 져야 할 책임의 정도에 비추어 볼 때, 이와 같은 결과는 비례적이지 않다. 어느 누군가를 의사소통의 장으로부터 절연시켜 쫓아버리는 사적 제재수단이 이용되는 상황을 국가가 용인해서는 안 된다.

민사상 손해배상만으로 명예훼손 행위에 대해 충분히 제재할 수 있다는 의견이 있으나, 명예훼손 행위에 형사처벌 이외의 조치를 취하는 것은 그만큼의 일반예방효과를 거두기 힘들다. 징벌적 손해배상이 대안으로 논의되고 있으나, 이 역시 명예훼손 행위에 대해 어떠한 예방도 할 수 없다는 점에서 형사제재와 민사제재의 단점만 공유하는 것에 불과하다.<sup>26)27)</sup>

## 5. 대상결정의 법정의견과 반대의견 논리구조 분석

### 가. 이 사건의 쟁점

#### (1) 헌법재판소의 판단

「헌법 제21조 제4항 전문은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정한다. 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정일 뿐, 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 대한 한계를 설정한 것이라

26) 이혜관계인측 참고인의 2020. 8. 18.자 의견서, 헌법재판소 2020. 9. 10.자 참고인 진술조서 참조.

27) 홍영기, “형법이 보호하는 명예: 사실적시 명예훼손죄 비범죄화논의와 관련하여”, 헌법재판연구 7-2, 헌법재판연구원, 2020, 171면 이하 참조.

고 볼 수는 없으므로, 공연한 사실의 적시를 통한 명예훼손적 표현 역시 표현의 자유의 보호영역에 해당한다. 그런데 심판대상조항은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 규정함으로써 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.»<sup>28)</sup>

## (2) 검토

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하여 표현의 자유를 보장한다. 형법 제307조 제1항은 공연한 사실 적시에 의한 명예훼손적 표현행위를 한 경우 2년 이하의 징역·금고 또는 500만원 이하의 벌금으로 처벌하도록 규정하고 있으므로, 헌법이 보장하는 표현의 자유를 제한한다.

이때 형법 제307조 제1항이 규제하려는 ‘타인의 명예를 훼손하는 표현행위’마저도 헌법이 보장하는 표현의 자유의 보호영역에 포함되는 것인지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 해당 표현의 내용이나 수준(質)에 상관없이 표현의 자유의 보호범위에 포함된다는 것이 헌법재판소의 선례이다. 만일 표현의 내용과 수준에 따라 기본권의 보호범위 단계에서 배제한다면, 표현의 자유 제한에 관한 헌법상 기본원칙(검열금지원칙, 본질적 내용 침해 금지원칙, 명확성원칙, 과잉금지원칙 등)이 적용되지 못하는 결과, 해당 표현행위에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 크기 때문이다. 이에 헌법재판소는 1998년 결정에서, ‘음란’이란 인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서

28) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 266면.

오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적·예술적·과학적·정치적 가치를 지니지 않은 것으로서 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 표현의 자유에 의해 보호되지 않는 반면, ‘저속’은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있다고 판시한 바 있으나(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 결정),<sup>29)</sup> 이후 2009년 결정에서 위결정을 변경함으로써(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 결정),<sup>30)</sup> 저속한 표현뿐만 아니라 음란한 표현도 일단 표현의 자유의 보호영역에 포함되는 것이나, 다만 그 표현의 제한이 헌법적으로 정당화되는지 여부는 다르게 판단될 수 있음을 선언한 바 있다.

또한, 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리...를 침해하여서는 아니된다.”라고 규정하는바, 이는 표현의 자유에 대한 제한이 타인의 명예와 권리 보호를 위하여 일정 범위에서 정당화될 수 있음을 규정한 것일 뿐, 헌법상 표현의 자유의 보호영역의 한계를 설정한 것으로 볼 수 없다. 즉 헌법 제21조 제4항은 표현의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있는 구체적인 법익을 제시함으로써 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보를 구체화하는 것으로 보아야 한다.

한편, 헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가과 검열...은 인정되지 아니한다.”라고 함으로써, 사상·의견 등이 발표되기 이전에 국가기관이 이를 제출받아 그 내용을 심사·선별하여 해당 표현을 사전에 억제하는 것을 금지하고 있다. 그러나 형법 제307조 제1항은 해당 표현행위를 국가기관이 사전에 심사·선별하여

29) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(1998) 제10권 1집, 1998, 327면 이하.

30) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2009) 제21권 1집(하), 2009, 545면 이하.



그 허용 여부를 개별적으로 결정하는 것이 아니라, 표현행위가 이루어진 후에 비로소 형사처벌하는 사후적인 규제에 해당되므로, 헌법 제21조 제2항의 규제대상에 해당되지 아니한다. 그러므로 다른 기본권에 대한 제한과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부가 문제된다.

재판소가 ‘형법 제307조 제1항이 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부’로 이 사건의 쟁점을 정리한 것은 이러한 맥락에서 이해된다.

## 나. 목적의 정당성, 수단의 적합성

### (1) 헌법재판소의 판단

「명예훼손적 표현이 표현의 자유의 한 내용으로 인정된다고 하더라도, 명예를 훼손할 수 있는 사실의 적시가 공연히 이루어진다면 그 사람의 가치에 대한 사회적 평가로서 외적 명예는 훼손되고, 그로 인해 상대방의 인격권이 침해될 수 있다. 특히 현대사회에서 개인의 외적 명예는 의사소통에 참여할 수 있게 만들어주는 최소한의 자격으로 작용하는 측면이 있기 때문에, 사회적 대화의장에서 소외되지 않도록 우리의 실존을 지켜주는 핵심적 권리로 이해할 수 있다. 오늘날 사실 적시의 매체가 매우 다양해짐에 따라 명예훼손적 표현의 전파속도와 파급효과는 광범위해지고 있으며, 일단 훼손되면 그 완전한 회복이 쉽지 않다는 외적 명예의 특성에 따라 명예훼손적 표현행위를 제한해야 할 필요성은 더 커지게 되었다. 심판대상조항은 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 금지함으로써 개인의 명예, 즉 인격권을 보호하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한 위와 같은 금지의무를 위반한 경우 형사처벌하는 것은 그러한 명예훼손

손적 표현행위에 대해 상당한 억지효과를 가질 것이므로 수단의 적합성도 인정된다.»<sup>31)</sup>

## (2) 검토

기본권을 제한하는 법률조항에 대해 위헌심사를 할 때, 그 출발점은 해당 조항의 입법목적을 확인하고 그것을 위해 기본권을 제한하는 것이 정당한가를 확인하는 것이다. 헌법 제21조 제4항은 표현의 자유의 한계로서 ‘타인의 명예나 권리’를 명시적으로 선언하고 있고, 사람의 명예는 인격권의 한 내용으로 인정되는 것이므로, 입법자가 이를 위하여 명예훼손적 표현행위를 제한하는 것은 목적의 정당성이 어렵지 않게 인정될 수 있다.

한편 입법자가 선택한 수단은 그 정당한 입법목적을 달성하는데 적합해야 한다. 이때 수단의 적합성은, 수단이 목적을 달성하기에 가장 적합한 수단인지를 심사하는 것이 아니라, 그 수단이 해당 목적 달성에 일정 정도 기여할 수 있는지를 평가하는 것이다. 사실 적시 표현행위로 타인의 명예를 훼손한 경우 2년 이하의 징역·금고 또는 500만원 이하의 벌금으로 형사처벌하는 것은 그에 따르는 억지효과를 통하여 타인의 명예 보호에 기여할 것임은 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 수단의 적합성도 인정된다.

목적의 정당성과 수단의 적합성 단계에서 법률조항이 위헌결정을 받는 사례는 극히 드물다. 대상결정의 법정의견과 반대의견 모두 이를 인정한 것은 이러한 맥락에서 이해된다.

31) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 266-267면.

## 다. 피해의 최소성

### (1) 쟁점

입법목적 달성에 적합한 수단이 복수인 경우, 입법자는 그로 인한 기본권 제한이 최소화되는 수단을 선택해야 한다(less restrictive alternative). 입법목적을 동등하게 달성할 수 있는 대안이 해당 법률조항보다 기본권을 덜 제한하는 경우, 해당 법률조항은 피해의 최소성을 충족하지 아니한다.

대상결정에서 법정의견과 반대의견은 형법 제307조 제1항의 피해의 최소성 충족 여부에서 견해를 달리하였는데, 그와 같이 다른 결론에 이르게 된 주요 쟁점은 ① 형사처벌의 헌법적 정당화 여부, ② 형사처벌 이외의 대안 존재 여부, ③ 형법 제310조를 통한 기본권 제한 최소화 여부이다.

### (2) 형사처벌의 헌법적 정당화 여부

먼저, 타인의 명예를 보호하기 위해 사실 적시에 관한 표현의 자유 행사를 형사처벌하는 것이 헌법적으로 정당화되는지 문제된다.

(가) 먼저 법정의견은, 외적 명예에 관한 인격권 보호 필요성, 한번 훼손되면 완전한 회복이 어렵다는 보호법익의 특성, 명예를 중시하는 우리 사회의 특수성, 명예훼손죄 비범죄화에 대한 국민적 공감대 부족을 고려하여, 사실 적시 명예훼손행위를 형사처벌하는 것 그 자체가 과도한 제한이라고 단언하기 어렵다고 판단하였다.

「**법정의견**」 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건이므로, 명예의 보호는 인격의 자유로운 발전과 인간의 존엄성 보호뿐만 아니라 민주주의의 실현에 기여한다. 명예의 보호

가 제대로 이루어지지 않는 경우에는 개인이 다수 의견과 다른 견해를 공적으로 표명하는 것에 큰 부담을 느끼게 되어 오히려 표현의 자유가 위축될 수도 있기 때문이다. 그러므로 표현의 자유와 인격권의 우열은 쉽게 단정할 성질의 것이 아니다. / 개인의 외적 명예는 일단 훼손되면 완전한 회복이 어렵다는 특징이 있으므로, 사실을 적시하였더라도 그러한 명예훼손적 표현행위가 공연히 이루어지는 이상 개인의 인격을 형해화시키고 회복불능의 상황으로 몰아갈 위험성이 있다. 더욱이 명예와 체면을 중시하는 우리 사회에서는 명예훼손적 표현행위로 피해를 입은 개인이 자살과 같은 극단적 선택을 하는 사례도 발생하는 등, 그 사회적 피해가 매우 심각한 상황이다. 그러므로 한편으로는 표현의 자유의 보장 필요성을 인정하더라도, 다른 한편으로는 ... 타인의 명예를 훼손하는 표현행위를 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성을 포기할 수 없다. / 사실 적시 명예훼손죄를 비범죄화하기 위해서는 개개인이 표현의 자유의 무게를 충분히 인식하고, ... 형사처벌이라는 수단을 활용하지 아니하여도 개인의 명예 보호라는 가치가 희생되지 아니할 것이라는 국민적 공감대가 형성되어야 한다. 그러나 명예훼손죄로 기소되어 처벌되는 사례는 점차 증가하고, 명예훼손적 표현이 유통되는 경로도 다양해짐에 따라 그 피해가 더 커지고 있는 상황에서, 사실 적시 명예훼손죄를 형사처벌하지 아니하여야 한다는 점에 국민적 합의나 공감대가 형성되어 있다고 보기 어렵다.»<sup>32)</sup>

(나) 한편 반대의견은, 사실 적시 표현행위의 표현의 자유와 알권리에 대한 기여, 헌법 제21조 제4항 전문과 후문의 구조 차이, 형사처벌로 인한 국가·공직자에 대한 감시·비판의 위축, 진실한

32) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 267-268면.

사실 적시 표현행위에 행위반가치·결과반가치의 부존재를 근거로, 사실 적시 명예훼손행위를 형사처벌하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다고 판단하였다.

「**반대의견**」 다양한 사상과 의견의 교환을 보장하고 국민의 알 권리에 기여하는 표현의 자유는 우리 헌법상 민주주의의 근간이 되는 핵심적 기본권이므로, 명예의 보호를 위해 표현의 자유에 대한 제한이 불가피한 경우라도 최소한의 제한이 이루어져야 할 것이다. / 헌법 제21조 제4항 전문은 … ‘타인의 명예’를 표현의 자유의 한계로 선언하고 있다. 그런데 헌법 제21조 제4항 후문은 … 명예훼손의 구제수단으로 민사상 손해배상을 명시하고 있을 뿐 형사처벌을 그 구제수단으로 제시하지 않고 있다. 그러므로 헌법 제21조 제4항이 타인의 명예에 대한 침해를 표현의 자유의 헌법적 한계로 명시하고 있다고 하여, 명예훼손에 대한 구제수단으로 형사처벌을 당연히 예정하고 있다고 보기 어렵다. / … 표현의 자유의 중요한 가치는 강제력을 독점하는 국가 및 그 국가를 운영하는 공직자들에 대한 감시와 비판이라 할 수 있는데, 이처럼 감시와 비판의 객체가 되어야 할 국가·공직자가 국민의 진실한 사실 적시 표현행위에 대한 형사처벌의 주체가 될 경우, 국가·공직자에 대한 건전한 감시와 비판은 위축될 수밖에 없다. … / … 허위가 아닌 진실한 사실을 적시하는 것이 일반적으로 법질서에 의해 부정적으로 평가되는 행위로 보기 어렵다는 점에서, 진실한 사실 적시 표현행위에 대한 행위반가치를 인정하기 어렵다. 또한 … 진실한 사실의 적시로 손상되는 것은 잘못되거나 과장되어 있는 허명으로서 진실에 의하여 바뀌어져야 할 대상일 수 있다는 점에서, 진실한 사실 적시 표현행위에 대한 결과반가치도 인정하기 어렵다. 허명을 보호하기 위해 진실한 사실을 적시하는 표현행

위를 형사처벌하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어려운 것이다.]<sup>33)</sup>

### (3) 형사처벌 이외의 대안 존재 여부

다음으로, 형사처벌 이외에 입법목적을 동등하게 달성할 수 있는 대안이 존재하는지 문제된다.

(가) 반대의견은, 어떠한 표현행위에 대해서는 다른 표현행위로 이에 대응할 수 있는 기회를 보장하는 것이 가장 바람직한 점, 대응하는 표현행위로 명예훼손의 결과가 제거되기 어려운 경우를 대비하여 민법상 구제방법이 마련되어 있는 점, 이러한 대안에도 불구하고 형법 제307조 제1항이 명예훼손적 표현행위에 대해 형사처벌하도록 규정하는 것은 명예 보호에 필요한 한도를 넘어 표현의 자유에 대한 지나친 위축효과를 야기하는 점, 반의사불벌죄인 사실 적시 명예훼손죄로 인하여 공적 감시와 비판이 봉쇄될 수 있는 점을 지적하였다.

「**반대의견**」 공연한 사실 적시 표현행위로 훼손될 수 있는 개인의 ‘외적 명예’를 보호할 필요성이 있더라도, 형사처벌 이외에 덜 제약적인 대안이 현실적으로 존재한다. / 원칙적으로 어떤 표현행위에 대해서는 다른 표현행위로 이에 대응할 수 있는 기회를 보장하는 것이 가장 바람직하다. 오늘날 표현행위의 매체는 다양해지고 정보통신망을 통한 정보의 유통은 활발해지고 있는데, 이러한 매체와 정보통신망은 개방성과 상호작용성을 그 특징으로 하고 있으므로, 피해자는 동일한 매체·정보통신망에 직접 반박문을 게재하는 등의 방법으로 자신에 대한 사실 적시 표현행위에 대해 적극적으로 대응할 수 있다. 또한, 자신에 대한 사실 적시 표현행위가 언론사 등의 보도 등에 의하여 이루어진 경우, 피해자는 그

33) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 273-274면.

언론보도 등의 내용에 관한 정정보도나 반론보도 등을 청구함으로써 이에 대응하는 방법도 있다(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제14조 내지 제17조의2). / 만약, 어떠한 사실 적시 표현행위로 발생한 명예훼손의 결과가 이에 대응하는 다른 표현행위로 충분히 제거될 수 없는 경우, 피해자는 민법 제751조의 불법행위에 기한 손해배상청구를 통해 금전으로 그 손해를 배상받을 수 있다. 또한, 민법은 제764조에서 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”라는 특칙도 마련하고 있으므로, 이를 통해 피해자는 가처분 등 명예회복에 적당한 처분을 구할 수도 있다. / 명예훼손에 대해 이처럼 덜 제약적인 구제수단이 존재함에도 불구하고 심판대상조항을 통해 형사처벌하는 것은, 명예 보호를 위해 필요한 범위를 넘어 표현의 자유에 대한 지나친 위축효과를 발생시킬 수 있다. 가령 어떠한 공적인물이나 공적사안에 대해 감시·비판하기 위한 글이나 기사를 작성하는 경우, 그 내용에 감시와 비판의 근거가 된 진실한 사실이 적시될 수 있다. 그런데 형법은 심판대상조항의 명예훼손죄를 친고죄도 아닌 반의사불벌죄로 정하고 있으므로(제312조 제2항), 피해자의 고소뿐만 아니라 일반 국민의 고발에 의해서도 명예훼손죄에 관한 수사가 개시될 수 있다. 그 결과, 피해자가 명예훼손에 대한 피해를 회복하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 공적인물과 공적사안에 대한 감시와 비판적 보도를 봉쇄하기 위한 목적으로 제3자의 고발에 따라 진실한 사실 적시 표현행위에 대해서도 형사절차가 개시되도록 하는 ‘전략적 봉쇄소송’(strategic lawsuit against public participation)마저 가능하게 되었고, 이를 통해 심판대상조항의 명예훼손죄로 형사절차에

휘말릴 가능성이 더욱 커짐에 따라 진실한 사실 적시에 관한 표현의 자유는 심대하게 위축되게 되었다.<sup>34)</sup>

(나) 한편 법정의견은, 최근 매체의 다양화로 인해 피해자가 명예훼손적 표현행위에 대해 일일이 대응하기에는 현실적 어려움이 존재하는 점, 민사 절차에 따를 경우 피해 구제까지 상당한 기간과 비용의 부담이 피해자에게 요구되는 점, 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 이상 민사상 구제방법으로는 형벌과 동등한 예방효과를 달성하기 어려운 점을 근거로, 형사처벌 이외에 대안이 존재하지 않는다고 판단하였다.

「**법정의견**」 공연히 사실을 적시한 명예훼손 행위의 피해자는 민사상 손해배상을 청구할 수 있고(민법 제751조 제1항), 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다(민법 제764조). 그러나 징벌적 손해배상(punitive damages)이 인정됨에 따라 민사상 손해배상을 통해 형벌을 대체하는 예방이나 위하효과를 달성할 수 있는 입법례와 달리, 우리나라의 민사적인 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방이나 위하효과를 확보하기 어렵다. 또한, 민사상 구제수단의 경우 소송비용의 부담이 있고, 소송기간이 장기화될 수 있어, 비록 민사소송에서 승소하더라도 그 사이 실추된 명예 및 그로 인한 손해를 회복하는 것은 쉽지 않다. / 최근에는 명예훼손적 표현이 유통되는 경로가 단순히 언어, 문서, 도화나 출판물 등에 국한되지 않고 정보통신망을 통하여서도 광범위하게 이루어지고 있다. 정보통신망에서의 정보는 신속하고 광범위하게 반복·재생산되기 때문에 피해자가 명예훼손적 표현을 모두 찾아내어

34) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 275-276면.



반박하거나 일일이 그 삭제를 요구하는 것은 사실상 불가능하므로, 가처분 등을 명예훼손에 대한 실효적 구제방법으로 보기 어렵다. 나아가 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’ 제14조 내지 제17조의2가 정하고 있는 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구 등의 구제수단 역시 언론사 등이 아닌 일반 개인이 행한 명예훼손적 표현에 대하여는 적합한 구제수단이 될 수 없다. / 이처럼 명예훼손적 표현행위에 대한 실효적인 구제방법이 마련되어 있지 않은 상황에서, 피해자로서는 그 행위의 즉각적인 중단, 출판물 등의 자발적 폐기, 정보통신망 게시물의 자발적 삭제 등을 유도하기 위한 수단으로 형법상 명예훼손죄에 의지할 수밖에 없는 것이 오늘날의 현실이다. / 이러한 사정을 고려하면, 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하도록 한 심판대상조항을 대체하여, 입법 목적을 동일하게 달성하면서도 덜 침익적인 다른 수단이 있다고 보기도 어렵다.’<sup>35)</sup>

#### (4) 형법 제310조를 통한 기본권 제한의 최소화 여부

형법이 제307조 제1항을 통해 사실 적시 명예훼손 표현행위를 형사처벌하도록 규정함으로써 표현의 자유를 제한하고 있음에도 불구하고, 제310조의 위법성 조각사유를 통해 그 제한을 최소화하고 있는지 문제된다.

(가) 법정의견은, 헌법재판소와 대법원의 판례를 통해 형법 제310조의 위법성 조각사유의 적용범위가 폭넓게 해석되고 있고, 이를 통해 공적인물과 공적관심사항에 대한 감시·비판이 위축되지 않도록 적절히 운영되고 있다고 판단하였다.

35) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 268-269면.

**「법정의견」** 형법 제310조는 심판대상조항이 금지하는 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니하도록 규정한다. / 이와 관련하여 헌법재판소는 … 형법 제310조의 탄력적 적용을 통해 표현의 자유에 대한 위축을 최소화하여야 함을 선언하고 있다. 대법원도, “형법 제310조의 ‘진실한 사실’이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서 세부에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하고, ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인데, 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.”라고 판시함으로써(대법원 2007. 12. 14. 선고 2006도 2074 판결), 형법 제310조의 적용범위를 넓게 해석하여 심판대상조항으로 인한 표현의 자유 제한을 최소화하고 있다. / 또한, 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 행위를 형사처벌하는 것이 자칫 공적인물이나 국가기관에 대한 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 남용될 가능성을 우려하여, 헌법재판소는 심판대상조항과 형법 제310조에 관한 해석·적용론을 통해 그 위험성을 최소화하고 있는데 그 구체적 기준은 다음과 같다. 즉, 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심

사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위협을 자초한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있다. 공적인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 공적인물의 공적활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다. 공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265; 헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747 참조). 대법원도 ... 사실 적시 명예훼손죄가 공적인물이나 국가기관에 대한 비판을 억압하는 수단으로 남용되지 않도록 해석하고 있다.<sup>36)</sup>

(나) 한편 반대의견은, 일단 제307조 제1항의 구성요건에 해당되는 이상 표현행위를 하는 경우 수사 및 재판절차에 회부될 위험성이 있고, 제310조의 공익성 입증에 성공할 것인지에 대한 불확실성으로 인해 표현의 자유에 대한 위축효과는 여전히 발생할 수 있으며, 법무부장관이 합헌의 근거로 제시한 법원 사례도 실질적으로는 공익성 입증의 불확실성에 대한 반박논거로 사용될 수 있음을 지적하였다.

36) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 269-271면.

**「반대의견」** 형법 제310조는 … 심판대상조항에 관한 위법성 조각사유를 규정하고, 헌법재판소와 대법원은 이러한 위법성 조각사유를 가능한 넓게 해석함으로써, 명예훼손죄로 인한 표현의 자유 제한이 일정 범위에서 경감되고 있는 것은 사실이다. 그러나 어떤 사람이 공공의 이익에 관한 진실한 사실을 밝히려는 경우에도 그것이 타인의 외적 명예를 훼손할 만한 사실이면 그러한 행위는 심판대상조항에 따라 일단 명예훼손죄의 구성요건에 해당되므로, 고소·고발이 있거나 수사기관의 직권에 의해 수사를 받거나 형사재판에 소추될 위험성에 놓이게 된다. 그러므로 향후 재판절차에서 그러한 표현행위가 형법 제310조의 위법성 조각사유에 해당된다는 판단을 받을 가능성이 있다 하더라도, 자신의 표현행위로 인해 수사 및 재판절차에 회부될 수 있다는 사실만으로도 표현의 자유에 대한 위축효과는 발생할 수 있다. 나아가 형법 제310조는 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에 처벌하지 않는다고 규정하는데, 수사 및 형사재판 절차에서 마주하게 될 공익성 입증의 불확실성까지 고려한다면, 표현의 자유에 대한 위축효과가 발생할 가능성은 더욱 커지게 된다. / 이와 관련하여, 이해관계인 법무부장관은 형법 제310조를 통해 사실 적시 명예훼손죄가 표현의 자유에 대한 위축효과로 이어지지 않는다고 주장하면서, 이를 뒷받침하는 대표적 사례로 ① 동물병원에서 황당한 체험을 했다는 비방 내용을 인터넷 카페에 게시하여 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항의 명예훼손죄로 기소되었으나 무죄 취지로 판시된 사건과, ② 성형기술 결과가 만족스럽지 못하다는 주관적 평가를 주된 내용으로 하는 한 줄의 댓글을 인터넷 포털사이트의 지식검색 질문·답변 게시판에 게시하여 역시 구 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에

관한 법률’ 제61조 제1항의 명예훼손죄로 기소되었으나 무죄 취지로 판시된 사건을 제시하였다. / 두 사건 모두 대법원이 무죄 취지로 판시한 사건은 맞다. 그러나 관련 자료에 의하면, 두 사건 모두 검사가 위 법률의 명예훼손죄가 성립하는 것으로 판단하여 기소하였고, 원심법원도 공공의 이익을 위한 사실 적시가 아닌 ‘비방의 목적’이 있었던 것으로 판단하여 위 법률의 명예훼손죄를 인정하였으나(① 서울동부지방법원 2010. 6. 11. 선고 2009노 1721 판결; ② 서울중앙지방법원 2008. 9. 11. 선고 2008노 1719 판결), 대법원에서 ‘공공의 이익’을 위한 것임을 인정하여 무죄 취지로 파기환송하였던 사실이 확인된다(① 대법원 2012. 1. 26. 선고 2010도8143 판결; ② 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결). / 이러한 사례들은, 법률전문가인 검사와 판사 사이에서도, 법원의 심급 사이에서도, 명예훼손죄의 유무죄 판단 즉 ‘공공의 이익’ 판단이 매우 어렵다는 것을 방증하는바, 하물며 일반 국민으로서는 자신의 표현행위가 형법 제310조의 ‘공공의 이익’에 포함될 것인지 여부를 정확히 예측할 수 없을 것이다. 그렇다면 진실한 사실의 적시도 일단 심판대상조항의 구성요건에 포함시킨 다음, 사후에 형법 제310조의 ‘공공의 이익’에 해당되는지 여부를 따져 예외적으로 위법성을 조각시킬 수 있도록 한 현행 형법의 구조는, 일반 국민으로 하여금 어떤 표현행위가 형사처벌될지 예측하기 어렵게 함으로써 정당한 표현행위마저도 위축시킨다는 문제점을 내포하고 있다. 이처럼 심판대상조항의 명예훼손죄가 ‘원칙적 금지, 예외적 허용’의 구조로 형성되어 있고 그 예외적 허용마저 불명확하게 규정되어 있는 상황에서, ‘합리적인 인간’이라면 수사 및 재판절차에 회부될 위험과 고통을 회피하기 위하여 자신이 알고 있는 사실을 표현하지 않게 될 것인바, 그로

인하여 공익에 관한 진실한 사실마저도 공적 토론의 장에서 사라지게 될 우려가 있음을 지적하지 않을 수 없다.<sup>37)</sup>

## 라. 법익의 균형성

### (1) 검토

법익의 균형성은 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요한 수단이 초래하는 기본권 제한의 정도가 적절한 비례관계에 놓여야 한다는 요청이다. 이처럼 심판대상조항이 추구하는 공익과 그로 인한 사익(기본권) 제한을 법익형량하는 것은 비례원칙의 핵심이다. 다만 목적의 정당성과 수단의 적합성 단계에서 추구하는 공익의 무게를 이미 검토하였고, 피해의 최소성 단계에서 그로 인해 제한되는 사익의 무게를 실질적으로 검토하였으므로, 이를 저울에 올려놓고 그 비례관계를 형량하는 법익의 균형성 단계는 다소 형식적인 검토가 될 수 있다.

법정의견은, 명예의 보호를 표현의 자유의 한계로 규정한 헌법 제21조 제4항, 형법 제307조 제1항의 인격권 보호 기능, 사실적시 표현행위를 모두 허용할 경우 사적 제재로 악용될 위험성, 형법 제310조의 공익성이 인정되지 않는 사적 제재를 허용하는 것은 헌법이 제21조 제1항에서 표현의 자유를 보장하고 있는 취지에 부합하지 않는 점을 근거로, 법익의 균형성이 인정된다고 판단하였다.

한편 반대의견은, 공적인물·공적관심사항에 관한 진실한 사실적시 표현행위도 형사처벌의 구성요건에 포함시키면 표현의 자유와 알권리가 침해될 위험성, 진실한 사실적시 표현행위는 공동체의 의사형성에 기여하는 점, 허위·과장된 외적 명예가 진실한

37) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 276-277면.

사실 적시에 관한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 법익으로 보기 어려운 점, 헌법 제21조 제4항의 구조와 형법 제310조의 불확실성을 근거로, 법익의 균형성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

## (2) 헌법재판소의 판단

〔법정의견〕 헌법 제21조는 제1항에서 표현의 자유를 보장하면서도, 제4항에서 ‘타인의 명예나 권리를 침해하여서는 아니된다’고 규정함으로써 표현의 자유의 한계로서 타인의 명예와 권리를 선언하고 있다. 진실한 사실은 건전한 토론과 논의의 토대가 되므로 사회구성원 상호 간에 자유로운 표현이 보장되어야 할 것이나, 진실한 사실이라는 이유만으로 특정인에 대한 명예훼손적 표현행위가 무분별하게 허용된다면 개인의 명예와 인격은 제대로 보호받기 어려울 것이다. 타인으로부터 어떤 부당한 피해를 받았다고 생각하는 사람은 손해배상청구 또는 형사고소와 같은 민·형사상 절차에 따라 이를 해결하는 것이 바람직하다. 이러한 법적 절차를 거치지 아니한 채 공연히 사실을 적시하여 가해자의 명예를 훼손하려는 것은 가해자가 져야 할 책임에 부합하지 아니하는 사적 제재수단으로 악용될 수 있으므로, 심판대상조항을 통해 그러한 악용 가능성을 규제할 필요성이 있다. 형법 제310조의 공익성이 인정되지 않음에도 불구하고 단순히 타인의 명예가 허명(虛名)임을 드러내기 위해 감추고 싶은 개인의 약점과 허물을 공연히 적시하는 것은, 자유로운 논쟁과 의견의 경합을 통해 민주적 의사형성에 기여한다는 표현의 자유의 목적에도 부합하지 않는 측면이 있다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이, 형법 제310조의 위법성 조각사유와 그에 관한 헌법재판소와 대법원의 해석을 통해 심판

대상조항으로 인한 표현의 자유 제한은 최소화되고 있다. 이러한 사정을 고려하면, 심판대상조항이 개인의 명예를 보호하기 위해 표현의 자유를 지나치게 제한함으로써 법익의 균형을 상실하였다고 보기 어렵다.]<sup>38)</sup>

「**반대의견**」 사실 적시 표현행위가 타인에 대한 사적 제재수단으로 이용되어서는 안 된다는 취지에 공감하지만, 이 점만을 지나치게 강조하여 공적인물·공적사안에 있어서도 진실한 사실 적시 표현행위를 명예훼손죄의 구성요건에 포함시키면 국민의 표현의 자유와 알권리가 침해될 수 있다. 진실한 사실을 토대로 토론과 숙의를 통해 공동체가 자유롭게 의사와 여론을 형성하는 것이 민주주의의 근간인데, 진실한 사실 적시 표현행위를 명예훼손죄로 처벌하는 것은 이러한 민주주의의 원리와 표현의 자유 보장에 반할 수 있다. 진실한 사실은 사람의 사회적 평가를 형성하는 데 기초가 되는 사실이므로 그 적시로 인해 외적 명예가 저해되는 것을 부당한 결과로 보기 어려우며, 진실한 사실이 가려진 채 형성된 허위·과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 법익이라고 보기 어렵다. 헌법 제21조 제4항은 표현의 자유의 한계로 타인의 명예를 규정하나 그에 대한 구제수단으로 민사배상을 명시할 뿐 형사처벌까지 명시하고 있지 아니하고, 형법 제310조가 정한 위법성 조각사유의 불명확성으로 인해 표현의 자유는 여전히 위축되고 있다. 이러한 사정을 고려하면, 심판대상조항이 법익의 균형을 충족하고 있다고 보기 어렵다.]<sup>39)</sup>

38) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 272-273면.

39) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 277-278면.



## 마. 일부위헌 결정 여부

### (1) 검토

법정의견은 형법 제307조 제1항이 표현의 자유를 제한하는 점을 인정하나 그것이 전부위헌으로 결정될 경우 타인의 외적 명예가 침해될 수 있고, 특히 진실한 사실 적시 표현행위를 모두 허용한다면 사생활의 비밀과 자유가 침해될 수 있음을 우려한다. 한편 반대의견은 형법 제307조 제1항이 피해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 반한다고 판단하나, 사실 적시 표현행위를 제한 없이 허용하도록 전부위헌으로 결정해야 한다는 입장은 아니다.

결국 법정의견은 형법 제307조 제1항에 관한 전부위헌론을 비판하고, 반대의견은 그 대안으로 ‘진실한 사실로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시 표현행위를 허용하는 일부위헌론을 제시한다.<sup>40)</sup> 이에 법정의견은 일부위헌론이 제시하는 사생활의 비밀의 불명확성으로 인해 새로운 위축효과가 발생할 수 있음을 지적하고, 반대의견은 일부위헌론이 구성요건 단계에서 명예훼손죄의 범위를 축소함으로써 표현의 자유에 대한 위축효과는 현재의 상태보다 줄어든 것이라고 반박한다.

### (2) 헌법재판소의 판단

「**법정의견의 전부위헌론 비판**」 만약 표현의 자유에 대한 위축효과를 우려하여 심판대상조항을 전부위헌으로 결정한다면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외적 명예가 침해되는 것을 방지하게 된다. 특히 어떠한 사실이 진실에 부합하더라도 그것이 개인

40) 반대의견의 취지에 따라 일부위헌론 주문을 구성하면 다음과 같음: “형법 제307조 제1항 중 진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”

이 숨기고 싶은 병력·성적 지향(性的 志向)·가정사 등 사생활에 해당되는 경우, 이를 공연히 적시하는 것은 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있기에, 심판대상조항을 전부위헌으로 결정하는 것은 위헌성이 매우 크다.<sup>41)</sup>

「**반대의견의 일부위헌론 제시**」 헌법은 제21조 제1항에서 ‘모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다.’라고 규정하여 표현의 자유의 보장을 선언하지만, 같은 조 제4항 본문에서 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리를 침해하여서는 아니된다.’라고 규정함으로써 타인의 명예와 권리를 표현의 자유의 한계로 명시하고 있다. 따라서 표현의 자유를 보장함과 동시에 그것이 타인의 명예·권리라는 한계와 조화를 이루는 방안을 모색해야 한다. / 적시된 사실이 객관적 진실에 부합하더라도 개인이 숨기고 싶은 병력, 성적 지향, 가정사 등 사생활의 비밀에 관한 내용인 경우, 이를 적시하는 것은 헌법 제17조가 선언한 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 특히 그것이 공익과 무관한 단순한 개인의 사생활의 비밀인 경우, 이를 공개하는 것은 토론과 숙의를 통한 공동체의 합리적인 의사결정과 공적사안에 대한 건전한 비판·개선을 위함이라는 표현의 자유 보장의 본래 취지에도 부합하지 않을 수 있으므로, 심판대상조항이 표현의 자유를 침해하더라도 그 위헌선언의 범위를 최소화할 필요성이 있다. / ... 진실한 사실은 공동체의 자유로운 의사형성과 진실발견의 전제가 되므로, ‘적시된 사실이 진실인 경우’에는 허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 진실한 사실에 관한 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다. 또한 공동체의 자유로운 의사형성과 민주주의의 발전을 위하여, ‘적시된 사실이 사생활의 비밀에 관한 것이 아닌 경우’에는

41) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 271면.

허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 진실한 사실에 관한 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다.»<sup>42)</sup>

「**법정의견의 일부위헌론 반박**」 이러한 일부위헌론은, 형법 제310조의 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’가 지나치게 포괄적이고 모호하기 때문에, 사실을 적시하려는 개인으로서는 자신의 표현행위가 그 위법성 조각사유에 해당할 것인지 여부를 미리 예측하기 어렵다는 점에 주목한다. … 일부위헌론은 이러한 위법성 단계에서의 예측불가능성 문제를 해소하기 위해서는 구성요건 단계에서 ‘사생활의 비밀에 해당하지 아니한 사실 적시’를 제외해야 한다고 본다. / 그러나 개인의 행위를 사적 영역과 공적 영역으로 명백히 구분하기 어려운 경우가 많기 때문에, ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’이 무엇인가에 대해서도 명확히 판단하기 어려운 측면이 있다. 일부위헌론에 따르더라도 처벌되어야 할 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’의 적시와 처벌되지 않아야 할 ‘사생활의 비밀에 해당하지 아니하는 사실’의 적시 사이의 불명확성에 따르는 위축효과가 발생할 가능성은 여전히 존재한다.»<sup>43)</sup>

「**반대의견의 일부위헌론 재반박**」 물론 ‘사생활의 비밀’이란 용어가 다소 추상적이라고 볼 수 있으나, ‘사생활의 비밀’은 헌법 제17조에 명시되어 있는 헌법상 기본권이다. 현재 … 등 다수 법률에서도 ‘사생활의 비밀’을 법률용어로 사용하고 있다. 이에 따라 헌법 및 개별 법률의 실무 영역에서 이에 대한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있으므로, 그 용어로 인해 표현의 자유가 위축된다고 보기는 어렵다. / 만약 일부위헌을 통해 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시가 심판대

42) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 278-279면.

43) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 271-272면.

상조항의 구성요건에서 제외된다면, 어떠한 진실한 사실 적시에 대한 고소·고발이 있더라도 수사단계에서 그 사실 적시가 ‘사생활의 비밀’에 해당하는지 검토될 것이고, 사생활의 비밀에 해당되지 않는 경우에는 범죄가 성립하기 위한 첫 단계인 구성요건해당성부터 인정되지 않아 수사가 더 진행되지 않거나 기소되지 않는 사례가 많아질 것이다. 그러므로, 일부위헌 결정을 통해 표현의 자유에 대한 위축효과는 분명히 현재의 상황보다 감소하게 된다. / 결국, ... 종합적으로 고려하면, 심판대상조항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 할 것이다.’<sup>44)</sup>

## 6. 대상결정의 의의

가. 표현의 자유와 알권리 보장을 위해 사실 적시 표현행위를 폭넓게 허용하면서 동시에 개인의 명예와 사생활의 비밀을 충분히 보호하는, 모두에게 이로운 결정이 있으면 더할 나위 없이 좋겠지만, 그와 같은 결정은 현실에서 구현되기 어렵다. 표현의 자유와 알권리 보장을 위해 명예훼손죄를 위헌으로 결정하면 개인의 명예와 사생활의 비밀 보호의 정도는 줄어들게 되고, 그렇다고 개인의 명예와 사생활의 비밀 보호를 위해 이를 합헌으로 결정하면 표현의 자유와 알권리는 제한받기 때문이다.

지금까지 살펴본 국회의 입법 논의, 형법 제310조의 의미와 한계에 관한 해석론, 헌법소원심판 청구인·법무부장관·참고인의 변론주장에 기초한 고민을 바탕으로, 대상결정의 법정 의견(합헌 의견)과 반대의견(일부위헌 의견)이 서로에 대한 공방을 통해 개별 쟁점에 관한 법리(reasoning)와 결론(ruling)을 구성하였음을 알

44) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 279-280면.

수 있다.

나. 헌법재판소에는 2020년말까지 형법 제307조 제1항에 대한 이 사건 헌법소원심판·위헌소원심판 사건 이외에도, 형법 제307조 제2항에 대한 위헌소원심판 사건(2016헌바84), ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하 ‘정보통신망법’이라 함) 제70조 제2항에 대한 위헌소원심판 사건(2015헌바438, 2018헌바475, 2019헌마116), 정보통신망법 제70조 제3항에 대한 위헌소원심판 사건(2018헌바113)이 접수되어 모두 미결인 상태로 계속되고 있었다.

이는 명예훼손죄에 관한 기본적 구성요건조항인 형법 제307조 제1항의 위헌 여부에 관한 재판부의 의견이 정해진 이후에야, 가중적 구성요건조항인 형법 제307조 제2항, 정보통신망법 제70조 제2항과 관련조항인 정보통신망법 제70조 제3항에 대한 의견이 정리될 수 있었기 때문이었다.

실제로 헌법재판소는 2021. 2. 25. 대상결정을 통해 형법 제307조 제1항의 위헌 여부를 결정하면서, 같은 날 형법 제307조 제2항의 위헌 여부를 결정한 다음(헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정, 전원일치 합헌),<sup>45)</sup> 그 다음 달 정보통신망법 제70조 제2항의 위헌 여부를 결정하고[헌재 2021. 3. 25. 2015헌바438, 2018헌바475, 2019헌마116(병합), 전원일치 합헌/기각],<sup>46)</sup> 다시 그 다음 달 정보통신망법 제70조 제3항의 위헌 여부를 결정함으로써(헌재 2021. 4. 29. 2018헌바113 결정, 전원일치 합헌),<sup>47)</sup> 명예훼손죄와 관련조항에 관한 헌법재판소의 판단을 모두 정리하게 되었다. (참고로 정보통신망법 제70조 제1항의 위헌 여부는 헌재

45) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 203면 이하.

46) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 292면 이하.

47) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2021) 제33권 1집, 2021, 420면 이하.

2016. 2. 25. 2013헌바105등 결정에서 재판관 7대2의 의견으로 합헌으로 결정된 바 있다.)<sup>48)</sup>

다. 형법 제307조 제1항은 1995. 12. 29. 개정되었다. 한편, 헌법재판소는 형법 제307조 제1항의 위헌 여부를 대상결정 이전에 판단한 바 없다. 그러므로, 만약 대상결정에서 형법 제307조 제1항이 위헌으로 결정되었다면, 형법 제307조 제1항은 그 개정 시점인 1995. 12. 29.자로 소급하여 실효되었을 것이고(헌법재판소법 제47조 제3항 본문), 그렇다면 1995. 12. 29. 이후 약 25년 동안 형법 제307조 제1항에 근거한 유죄 확정판결은 모두 재심의 대상이 되므로(헌법재판소법 제47조 제4항), 그로 인해 상당한 법적 혼란이 초래될 수 있는 상황이었다.<sup>49)</sup>

만약 향후의 사건에서 헌법재판소가 법정의견을 변경하여 형법 제307조 제1항을 위헌으로 결정한다면 대상결정이 이루어진 2021. 2. 25.의 다음 날로 소급하여 그 효력이 상실될 것이므로(헌법재판소법 제47조 제3항 단서), 그로 인한 법적 안정성의 영향은 제한적일 것으로 보인다. 앞으로 헌법재판소 7기 또는 8기 재판부에서 형법 제307조 제1항에 대한 판단이 어떻게 이루어질 것인지 기대하며 글을 마무리한다.

---

48) 헌법재판소, 헌법재판소판례집(2016) 제28권 1집(상), 2016, 26면 이하.

49) 대상결정은 헌법소원심판(헌마)와 위헌소원심판(헌바)의 병합사건이므로, 심판대상조항이 위헌으로 결정될 경우 헌법재판소법 제75조 제6항에 따라 제47조가 준용됨.

## 6. 공직선거법 제57조의6 제1항 등 위헌제청

- 광주광역시 광산구 시설관리공단 상근직원의 경선운동을 금지·처벌하는 공직선거법 조항이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부 -  
(헌재 2021. 4. 29. 2019헌가11, 판례집 33-1, 397)

민 선 흥\*

### 【판시사항】

당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하는 당내경선에서 광주광역시 광산구 시설관리공단의 상근직원이 경선운동을 할 수 없도록 금지·처벌하는 공직선거법 제57조의6 제1항 본문의 ‘제60조 제1항 제5호 중 제53조 제1항 제6호 가운데 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공단인 광주광역시광산구시설관리공단의 상근직원’에 관한 부분 및 같은 법 제255조 제1항 제1호 중 위 해당부분이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조의6 제1항 본문의 ‘제60조 제1항 제5호 중 제53조 제1항 제6호 가운데 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공단인 광주광역시 광산구 시설관리공단의 상근직원’에 관한 부분

\* 헌법연구관

(이하 ‘이 사건 금지조항’이라 한다) 및 같은 법 제255조 제1항 제1호 중 위 해당부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인 김○○는 2014. 8.부터 2017. 7. 28.까지 지방공단인 광주광역시 광산구 시설관리공단(이하 ‘이 사건 공단’이라 한다)의 임원인 ▽▽이었고, 2018. 6. 13. 실시된 제7회 전국동시지방선거(이하 ‘이 사건 지방선거’라 한다)에서 ○○당의 당내경선 과정을 통해 광주광역시 광산구청장 후보로 출마하여 당선된 사람이다. 제청신청인 김□□는 2014. 10. 13.부터 이 사건 공단의 직원인 ○○팀장으로, 제청신청인 유○○은 2014. 10. 1.부터 이 사건 공단의 직원인 △△팀장으로, 제청신청인 최○○은 2014. 7. 1.부터 이 사건 공단의 ○○팀 직원으로 근무했던 사람이다.

나. 제청신청인 김□□, 유○○, 최○○은 이 사건 공단의 상근 직원으로서 당내경선운동을 할 수 없음에도, 제청신청인 김○○, 이 사건 공단 직원들 등과 공모하여, 2017. 7.경부터 2017. 10.경까지 ○○당 광주광역시 광산구청장 당내경선에 출마하려는 제청신청인 김○○를 위하여 권리당원 4,116명을 모집하면서 사회관계망서비스(SNS) 전파용 홍보물을 배포하는 등의 방법으로 공직선거법상 금지된 당내경선운동을 하였다는 공소사실 등으로 기소되어 유죄판결을 선고받았다(광주지방법원 2018고합135).

다. 제청신청인들은 항소하여 그 항소심(광주고등법원 2018노428) 계속 중 공직선거법 제57조의6 제1항, 제60조 제1항 제5



호 중 제53조 제1항 제6호 상근직원 부분 및 같은 법 제255조 제1항 제1호 중 위 해당부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은 2019. 3. 26. 공직선거법 제57조의6 제1항, 제60조 제1항 제5호 중 제53조 제1항 제6호 가운데 광주광역시 광산구 시설관리공단의 상근직원 부분 및 같은 법 제255조 제1항 제1호 중 위 해당부분에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

이 사건 공단의 상근직원의 지위와 권한에 비추어 볼 때 경선 운동을 하더라도 부작용이나 폐해가 크다고 보기 어렵다. 공직선거법은 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선의 형평성과 공정성을 해할 수 있는 행위를 금지하고 있다. 그 직을 유지한 채 공직선거에 입후보할 수 있고, 정당의 당원이 될 수 있는 이 사건 공단의 상근직원에 대하여 경선운동을 금지하는 것은 과도한 제한이다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 선거운동 등의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

### 【결정요지】

당내경선의 형평성과 공정성을 확보하기 위한 심판대상조항의 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그러나 이 사건 공단의 상근직원은 이 사건 공단의 경영에 관여하거나 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 권한을 가지고 있지 아니하므로, 경선운동을 한다고 하여 그로 인한 부작용과 폐해가 크다고 보기 어렵다. 또한 공직선거법은 이미 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에 직·간접적으로 영향력을 행사하는 행위들을 금지·처벌하는 규정들을 마련하고 있다. 이 사건 공단의 상근직원이 그 지위를 이용

하여 경선운동을 하는 행위를 금지·처벌하는 규정을 두는 것은 별론으로 하고, 이 사건 공단의 상근직원의 경선운동을 일률적으로 금지·처벌하는 것은 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이다. 정치적 표현의 자유의 증대한 제한에 비하여, 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에서 공무원에 준하는 영향력이 있다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면 심판대상조항이 당내경선의 형평성과 공정성의 확보라는 공익에 기여하는 바가 크다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다.

### 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

이 사건 공단은 지방공기업법에 따라 설립된 지방공단으로서, 그 사업의 공공적 성격이 강하고, 조직·운영 등에도 공법적 특수성이 인정된다. 이 사건 공단의 상근직원은 형법상 뇌물죄와 관련하여 공무원으로 간주되는 등 그 직무의 공공성이 인정되고, 당내경선에서 경선운동을 할 경우 관련 업무의 집행에 부당한 영향력을 행사할 가능성이 있다. 따라서 심판대상조항이 상근직원 모두에 대하여 경선운동을 금지하는 것이 과도하다고 보기 어렵다. 현행 공직선거법 규정들만으로는 당내경선의 형평성과 공정성을 충분히 확보할 수 있는지 불분명하고, 이 사건 공단의 상근직원은 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서는 경선운동을 할 수 있는 점, 경선운동에 이르지 아니하는 통상적인 정당활동 등을 할 수 있는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 이 사건 공단의 상근직원으로 하여금 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 경선운동을 할 수 없도록 금지하고, 이를 위반한 자를 처벌하는 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 이 사건 공단의 상근직원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부이다.

### 2. 지방공단의 임직원과 공직선거법상 규제

#### 가. 지방공단의 의의

(1) 지방공기업은 지방자치의 발전과 주민복리의 증진을 위하여 지방자치단체가 직접 설치·경영하거나, 법인을 설립하여 경영하는 기업으로(지방공기업법 제1조), 지방자치단체가 직·간접적으로 경영한다는 점에서 국가공기업과 구분되고, 특정 공공수요를 개개인에게 충족시키고 수익자 부담원리에 의해 비용을 부담시키며 비권력적인 서비스행정을 목적으로 한다는 점에서 일반 행정과 구분된다. 일반적으로 지방공기업은 공공복리의 증진이라는 ‘공공성’과 이윤추구라는 ‘기업성’, 그리고 활동범위가 지역에 한정되어 있다는 ‘지역성’의 세 가지 요소를 그 특성으로 하고 있다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마333등, 판례집 16-2하, 515, 533 참조).

(2) 지방공단은 지방공기업의 한 종류로서(제3조 제1항), 지방자치단체가 수도사업, 궤도사업, 자동차운송사업, 지방도로사업, 주택사업, 토지개발사업 등의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우, 그 설립, 업무 및 운영에 관한 기본적인 사항을 조례로 정하고, 자본금 전액을 출자하여 설립하는 법인이다(지방공

기업법 제76조 제1항, 제2조, 제76조 제2항, 제49조 제2항, 제51조, 제53조 제1항).

지방공단은 정관을 변경하려는 경우 지방자치단체의 장의 인가를 받아야 한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제56조 제3항). 지방자치단체의 장은 사장, 감사, 비상임이사를 임면하고, 임직원에게 징계 등을 요청할 수 있으며, 인사운영의 적정 여부를 감사할 수 있다(지방공기업법 제76조 제2항, 제58조 제2항, 제7항, 제63조의6 제4항, 제63조의8 제1항).

지방공단은 예산이 성립되거나 변경되었을 때에는 지방자치단체의 장에게 보고하여야 하고, 결산 완료 후에는 결산서를 작성하여 지방자치단체의 장에게 보고하여 승인을 받아야 하며, 사채 발행 및 차관 시 지방자치단체의 장의 승인을 받아야 한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제65조 제3항, 제66조 제2항, 제68조 제1항).

지방공단의 사장은 사업연도마다 두 번 이상 지방공단의 업무 상황을 설명하는 서류를 지방자치단체의 장에게 제출하여야 하고, 지방자치단체의 장은 이를 공표하여야 하며, 지방공단의 사장은 결산서, 재무제표, 연도별 경영목표, 경영실적 평가 결과, 그 밖에 경영에 관한 중요 사항을 지역주민에게 공시하여야 한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제75조의2, 제46조).

지방자치단체의 장은 지방공단의 설립·운영 등 지방공단의 업무를 관리·감독하고, 행정안전부장관은 지방공단의 업무, 회계 및 재산에 관한 사항을 검사할 수 있으며, 지방공단에 필요한 보고를 명할 수 있다(지방공기업법 제76조 제2항, 제73조). 지방자치단체의 장은 지방공단이 수행하는 사업을 지원하기 위하여 필요한 경우에는 그 소속 공무원을 지방공단에 파견하거나 겸임하게 할 수

있다(지방공기업법 제76조 제2항, 제75조의3).

이러한 지방공기업법의 관련 규정들의 내용에 비추어 볼 때, 지방공단은 지방직영기업처럼 지방의회의 직접적 통제(지방공기업법 제8조, 제26조, 제27조, 제35조, 제40조 등)를 받지 않는 않지만, 사기업에 비하여 그 사업 내용이나 목적의 공공적 성격이 강하고, 그 조직·운영 등에도 공법적 특수성이 인정된다.

#### 나. 지방공단 상근 임직원의 지위

(1) 지방공단의 임원은 사장을 포함한 이사(상임이사와 비상임이사로 구분한다) 및 감사이다. 사장과 감사는 지방공기업의 경영에 관한 전문적인 식견과 능력이 있는 사람 중에서 지방자치단체의 장이 임면하고, 상임이사는 사장이 임면하며, 비상임이사는 지방자치단체의 장이 임면한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제58조 제1항, 제2항, 제7항).

(2) 지방공단의 직원은 시험성적, 근무성적, 그 밖의 능력의 실증에 따라 사장이 임면한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제63조).

(3) 지방공단의 임직원은 그 직무 외에 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 임원은 지방자치단체의 장의 허가 없이, 직원은 사장의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없다. 다만, 상근(常勤)이 아닌 임원은 그러하지 아니하다(지방공기업법 제76조 제2항, 제61조). 지방공단의 임직원은 형법 제129조부터 제132조까지의 뇌물 관련 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다(지방공기업법 제83조).

### 다. 이 사건 공단

(1) 이 사건 공단은 2014년 지방공기업법 제76조, ‘광주광역시 광산구 시설관리공단 설립 및 운영 조례’(이하 ‘이 사건 조례’라 한다)에 따라 광주광역시 광산구청장(이하 ‘구청장’이라 한다)이 지정하는 시설을 효율적으로 관리·운영함으로써 구민의 편익도모와 복리증진에 이바지하기 위하여 설립된 지방공단이다[이 사건 조례 제1조, 광주광역시광산구시설관리공단 정관(이하 ‘이 사건 정관’이라 한다) 제1조].

(2) 이 사건 공단의 자본금 2억 원은 광주광역시 광산구가 전액 출자하였다(이 사건 조례 제4조 제1항, 이 사건 정관 제4조 제1항). 이 사건 공단은 그 설립 목적의 달성을 위하여 종량제봉투 및 음식물류 폐기물 납부필증 판매, 광산CC 운영, 유개승강장 관리, 종목별 동네 체육시설 관리, 생활폐기물 수집·운반, 공영주차장 관리, 현수막계시대 관리, 벽보판계시대 관리, 가로등현수기 관리, 광산농악전수교육관 관리 등을 수행한다(이 사건 조례 제19조, 이 사건 정관 제7조). 사업 운영으로 발생하는 수입금은 구 수익으로 하고, 공단의 운영에 필요한 각종 비용은 구에서의 전입금, 위탁자의 사업 대행 수수료 등으로 충당하며, 매 사업연도 종료 후 정산 결과 미지급금, 예산이월금 등을 제외한 불용액은 구 회계에 반납하여야 한다(이 사건 조례 제24조).

(3) 이 사건 공단의 임원은 이사장을 포함한 9인 이내의 이사와 1인의 감사이다. 이사와 감사는 비상임으로 하되, 당연직 이사는 구의 청소행정 소관 국장, 생활체육 소관 국장으로 하며, 당연직 감사는 기획관리실장으로 한다(이 사건 정관 제10조). 이 사건 공단의 직원은 일반직 24명, 환경직 171명, 공무직 22명으로 총 217명이다(이 사건 정관 제14조 [별표 2]).

(4) 구청장은 지방공기업법상 권한 외에, 예산이 법령에 위반되거나 현저하게 부당하다고 인정되는 경우에는 그 시정을 명할 수 있고, 결산서에 부당하다고 인정하는 사항이 있을 때에는 그 시정을 요구할 수 있으며, 공단의 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 검사할 수 있고 필요한 보고를 명할 수 있다. 공단은 기구 및 정원, 인사규정, 임직원의 보수규정 및 퇴직금규정 등 중요한 규정의 제정·개정 및 폐지, 그 밖에 구청장이 필요하다고 인정하는 사항에 대하여는 구청장의 승인을 얻어야 한다(이 사건 조례 제23조 제4항, 제25조 제3항, 제27조 제2항, 제28조).

#### 라. 지방공단의 임직원에 대한 공직선거법의 규정

##### (1) 입후보 제한

지방공단의 상근 '임원'으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다(제53조 제1항 제6호). 지방공단의 상근직원은 위와 같은 입후보 제한을 받지 않는다.

##### (2) 선거운동 금지

(가) 지방공단의 상근 임직원은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다(제60조 제1항 제5호).

(나) 지방공단, 그 대표자와 임직원 또는 구성원은 그 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다(제87조 제1항 제2호).

##### (3) 선거에 영향을 미치는 행위 금지

지방공단의 상근 임직원은 ① 소속직원 또는 선거구민에게 교육

기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 같다)의 업적을 홍보하는 행위, ② 지위를 이용하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위, ③ 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위, ④ 선거기간 중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업 중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위, ⑤ 선거기간 중 정상적 업무 외의 출장을 하는 행위, ⑥ 선거기간 중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위를 하여서는 아니된다(제86조 제1항).

#### (4) 당내경선운동 금지

지방공단의 상근 임직원은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다(제57조의6).

### 3. 당내경선제도

#### 가. 당내경선의 의의 및 도입

(1) 공직선거법상 당내경선은 정당이 추천하는 공직선거후보자를 선출하는 절차이다(제57조의2 제1항 및 제2항).<sup>1)</sup>

1) '당내경선'이란 공직선거법 제57조의2 내지 제57조의5의 규정을 종합하여 볼 때 정당이 공직선거에 추천할 후보자를 선출하기 위하여 실시하는 선거를 말하며, 공직선거법 제57조의2 제2항에 의하여 당내경선후보자로 등재된 자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자 간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다고 할 것이나, 정당이 선거나 이를 대체하는 여론조사가 아닌 방법으로 공직선거에 추천할 후보자를 결정하는 것은 당내경선에 포함되지 아니한다(대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도6503 판결).



정당의 공직선거후보자 선출은 기본적으로 자발적인 조직 내부의 의사결정에 해당하지만(헌재 2007. 10. 30. 2007헌마1128, 공보 제133호, 1134, 1135 참조), 정당은 후보자 추천단계부터 국민의 의사를 존중·반영할 목적으로 당내경선을 실시하는 점(헌재 2009. 12. 29. 2007헌마1412, 판례집 21-2하, 846, 857 참조), 공직선거후보자 선정은 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 정당의 본질적 기능에 해당하는 점, 정당제 민주주의에서 정당의 규모와 역할이 증대됨에 따라 당내경선이 활발해지고 그 결과가 본선거의 결과로 그대로 이어지는 경우가 많은 점 등을 고려하면, 당내경선은 공직선거에 있어 중요한 부분을 차지한다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등, 판례집 31-1, 391, 400 참조).

이러한 정당제 민주주의에서 당내경선의 의미에 비추어 볼 때, 당내경선 과정에서의 공정성은 반드시 관철되어야 하고, 혼탁한 당내경선이나 과열된 경선운동으로 인한 부작용을 최소화할 필요가 있다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등, 판례집 31-1, 391, 400 참조).

(2) 종래에는 당내경선에 관하여 정당법에서 규율하고 있었다. 1962. 12. 31. 법률 제1246호로 제정된 정당법은 '정당의 공직선거후보자 추천은 민주적이어야 하며 그 절차는 당헌으로 정한다.'라고 규정하고 있었다(제31조). 정당법이 2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정되면서, '정당의 당원으로서 당헌에서 정한 바에 따라 당비를 납부하거나 무급으로 각급 당부에서 자원봉사를 한 자에 한하여 당해 정당의 공직선거후보자 또는 당직자의 선거권이 있다.'라는 규정이 신설되었으나(제31조 제3항), 2004. 3. 12. 법률 제7190호로 개정되면서 위 제3항은 삭제되고, 정당은 '공직선거후보자를 추천하기 위하여 당내경선을 실시할 수 있으며 그

구체적 절차는 당헌으로 정한다.’라고 규정하였다(제31조 제2항).

이후 정당법이 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정되면서 당대표경선사무의 위탁, 당대표경선 등과 관련된 벌칙 규정을 제외한 대부분의 당내경선 관련 규정은 정당법에서 삭제되고, 공직선거법에 신설되었다.

이는 정당제 민주주의에서 당내경선에서도 선거의 공정을 기할 필요가 더욱 커졌기 때문에, 이를 정당 내의 절차로 간주하여 정당법에 두기보다는 선거과정의 일부라는 관점에서 공직선거법으로 옮기는 것이 낫다는 판단에 따른 것으로 보인다.<sup>2)</sup>

#### 나. 당내경선 관련 규제

경선운동은 선거운동으로 변질되어 실질적으로 사전선거운동금지규정 등을 회피하는 탈법적 수단으로 악용될 우려가 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결 등 참조).

또한 당내경선은 ‘당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는’ 방식으로 실시되기 때문에, 당내경선이 실시되는 특정 정당 소속 후보자에게는 사실상 선거운동기간 이전에도 선거구민을 상대로 자신을 홍보할 기회가 주어지게 된다는 점에서 정당 소속 후보자와 무소속 후보자 간의 불평등의 문제가 발생할 수 있다.

공직선거법은 이러한 문제점을 최소화하기 위해서 원칙적으로 경선운동을 금지하고 제한된 범위 내에서만 경선운동을 허용하고 있다(헌

2) 박선아, ‘공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 소고’, 국제법무 제2권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010, 95면 참조.

※ 국가공무원법 제65조 제2항은 “공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지하거나 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는데, 법원은 당내경선도 위 조항에서 금지하는 ‘선거’의 범위에 포함된다고 본다(대법원 2018. 5. 11 선고 2018도4075 판결).

재 2019. 4. 11. 2016헌바458등, 판례집 31-1, 391, 400 참조).

(1) 선거인

정당법 제22조에 따라 당원이 될 수 없는 자는 당내경선의 선거인이 될 수 없다(제57조의2 제3항).

공직선거법 제57조의3 제1항은 ‘당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.’라고 규정하여, 제한적으로나마 당내경선 과정에서 당원뿐만 아니라 경선선거인단으로 등록될 가능성이 있는 당원 아닌 일반 유권자를 상대로 한 경선운동을 허용하고 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012도12172 판결 참조).

(2) 당내경선의 방법

정당은 당원 등에게 투표권을 부여하여 선거를 실시하거나, 경선후보자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자 간의 서면합의에 따라 당내경선을 대체하는 여론조사를 실시하여 공직선거후보자를 선출할 수 있다(제57조의2 제1항 및 제2항).

정치자금법 제27조에 따라 보조금의 배분대상이 되는 정당은 당내경선사무 중 경선운동, 투표 및 개표에 관한 사무의 관리를 당해 선거의 관할선거구선거관리위원회에 위탁할 수 있다. 관할선거구선거관리위원회가 당내경선의 투표 및 개표에 관한 사무를 수탁관리하는 경우 투표 및 개표참관인의 수당 외의 비용은 국가가 부담한다(제57조의4).

국회에 의석을 가진 정당은 당내경선의 경선선거인이 되려는 사람을 모집하거나 당내경선을 위한 여론조사를 실시하는 경우 관할 선거

관리위원회를 경유하여 이동통신사업자에게 이용자의 이동전화번호가 노출되지 아니하도록 생성한 번호(휴대전화 가상번호)를 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다(제57조의8 제1항).

### (3) 당내경선의 공정성을 위한 규제

#### (가) 경선운동방법

정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 ① 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 방법, ② 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 방법, ③ 정당이 경선후보자가 작성한 1종의 홍보물을 1회에 한하여 발송하는 방법, ④ 정당이 합동연설회 또는 합동토론회를 옥내에서 개최하는 방법으로만 경선운동을 할 수 있고, 이를 위반한 자는 형사처벌된다(공직선거법 제57조의3, 제255조 제2항 제3호).<sup>3)</sup>

#### (나) 당원 등 매수금지

누구든지 당내경선에 있어 후보자로 선출되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적 또는 후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 경선선거인 또는 그의 배우자나 직계존·비속에게 명목여하를 불문하고 금품 그 밖의 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하는 등의 행위를 할 수 없고, 이를 위반한 자는 형사처벌된다. 또한 후보자로 선출되거나 되게 하거나 되지 못하게 하거나, 경선선거인으로 하여금 투표를 하게 하거나 하지 아니하게 할 목적으로 경선후보자·경선운동관계자·경

3) 선례는 위 경선운동방법 제한조항이 경선운동방법을 한정적으로 열거한 것으로 보면서, 위 조항이 명확성원칙에 위배되지 않고, 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등, 판례집31-1, 291).

선선거인 또는 참관인에게 금품·향응 그 밖의 재산상의 이익이나 공사의 직을 제공하는 등의 행위를 한 자 역시 형사처벌된다(공직선거법 제57조의5, 제230조 제7항, 제8항 참조).

#### (다) 공무원 등의 당내경선운동 금지

공직선거법 제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다. 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다(제57조의6 제1항, 제255조 제1항 제1호). 공무원은 그 지위를 이용하여 당내경선에서 경선운동을 할 수 없고, 이를 위반한 자는 5년 이하의 징역에 처한다(제57조의6 제2항, 제255조 제3항 제1호).

#### (라) 기타

누구든지 당내경선을 위한 여론조사의 결과에 영향을 미치게 하기 위하여 다수의 선거구민을 대상으로 성별·연령 등을 거짓으로 응답하도록 지시·권유·유도하는 행위를 하여서는 아니 되고, 이를 위반한 자는 형사처벌된다(공직선거법 제108조 제11항, 제256조 제1항 제5호).

당내경선과 관련하여 ① 경선후보자(경선후보자가 되고자 하는 자를 포함한다) 또는 후보자로 선출된 자를 폭행·협박 또는 유인하거나 체포·감금한 자, ② 경선운동 또는 교통을 방해하거나 위계·사술 그 밖의 부정한 방법으로 당내경선의 자유를 방해한 자, ③ 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·지휘·감독을 받는 자에게 특정 경선후보자를 지지·추천하거나 반대하도록 강

요한 자, ④ 다수인이 경선운동을 위한 시설·장소 등에서 위험한 물건을 던지거나 경선후보자를 폭행한 자는 형사처벌된다(공직선거법 제237조 제5항, 제6항).

당내경선과 관련하여 허위의 사실을 공표하는 등의 행위도 형사처벌된다(공직선거법 제250조 제3항).

#### (4) 당내경선의 효력

정당이 당내경선을 실시한 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다(제57조의2 제2항).

### 다. 경선운동

#### (1) 선거운동과의 구별

공직선거법 제58조 제1항 본문은 ‘선거운동’을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 규정하고 있다. 이와는 별도로 제57조의3 제1항 본문에서 ‘경선운동’을 규정하고 있으나, 그 의미를 정의하고 있지는 않다.

대법원은 ‘공직선거법 제2조, 제58조 제1항, 제57조의2의 규정들 및 그 내용에 비추어 볼 때, 선거운동은 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 말하고, 공직선거에 출마할 정당 추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위는 원칙적으로 선거운동에 해당하지 아니하나, 다만 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위라는 구실로 실질적으로는 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위를 하는 것으로 평가할

수 있는 예외적인 경우에 한하여 그 범위 내에서 선거운동으로 볼 수 있다.’라고 판시함으로써(대법원 2003. 7. 8. 선고 2003도 305 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도17437 판결 등 참조), 선거운동과 경선운동의 개념을 구별하고 있다.

나아가 대법원은 ‘공직선거법 제57조의3 제1항이 당내경선 과정에서 당원뿐만 아니라 경선선거인으로 등록될 가능성이 있는 당원 아닌 일반 유권자를 상대로 한 경선운동을 허용하고 있는 점을 고려하면, 당내경선에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위에 부수적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하고자 하는 의사가 포함되어 있다는 사정만으로 그와 같은 행위가 선거운동에 해당하는 것으로 선불리 단정할 수 없다.’고 보고 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012도12172 판결).

## (2) 통상적인 정당활동과의 구별

통상적인 정당활동은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 당원의 모집, 정책의 개발·보급, 당원교육 등 선거시기에 관계 없이 정당이 존속하는 한 지속적으로 추진하여야 하는 정당 본연의 활동으로서, 우리 헌법상의 정당제 민주주의의 관련 조항과 정당의 중요한 공적 기능에 비추어 볼 때 원칙적으로 자유로이 허용되는 것이다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 538 참조).<sup>4)</sup>

공직선거법 제58조 제1항에서 정한 ‘선거운동’이란 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적이 객관적으로 인정

4) 공직선거법 역시 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 않는다고 규정하고 있다(제58조 제1항 제4호).

될 수 있는 능동적·계획적인 행동을 말하는 것으로서, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 하고, 이러한 기준은 어떠한 행위가 공직선거법 제57조의3 제1항 소정의 ‘경선운동’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 마찬가지로 적용된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결 참조).<sup>5)</sup>

#### 4. 심판대상조항의 연혁 및 내용

##### 가. 지방공단 상근직원의 선거운동 금지 연혁

공직선거법은 선거운동을 할 수 있는 자를 포괄적으로 제한하는 방식을 취한 구 대통령선거법이나 구 국회의원선거법과 달리, 개별적 제한·금지방식으로 전환하여 원칙적으로 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 선거운동 주체의 폭을 넓히면서 다만 공무원 등 선거운동이 금지되는 사람들을 구체적·제한적으로 열거하고 있다(공직선거법 제58조 제2항, 제60조 제1항, 현재

- 
- 5) 그밖에 당내경선 실시 여부가 확정될 것을 요하지 않는다는 다음과 같은 판례가 있다.
- 공직선거법이 이와 같이 당내경선운동방법을 제한하는 취지는 당내경선운동의 과열을 막아 질서 있는 경선을 도모함과 아울러 당내경선운동이 선거운동으로 변질되어 실질적으로 사전선거운동금지규정 등을 회피하는 탈법적 수단으로 악용되는 것을 막기 위한 것이므로, 위와 같은 당내경선의 실시 여부가 확정되지 아니하였다거나 예비후보자로 등록하기 이전이라 할지라도, 당내경선에 참여하려고 하는 사람이 당내경선에 대비하여 공직선거법이 허용하는 범위를 넘어서 경선운동을 한 경우에는 당내경선운동 위반행위에 해당한다고 봄이 상당하다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결).
  - 당내경선의 실시 여부 및 당내경선의 방식이 확정되지 않은 상태였고 실제로 그 후에 당내경선이 실시되지 않았다고 하더라도, 당내경선에 참여하려고 하는 사람이 장차 있을지 모를 당내경선에 대비하여 특정 후보자를 지지할 당원을 모집하는 행위는 경선운동에 해당한다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1836 판결).



2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 548 참조).

1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 ‘지방공기업법 제2조(適用範圍)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임·직원’이 후보자가 되고자 하는 경우에는 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두도록 하면서(제53조 제1항 제6호), 선거운동을 할 수 없도록 규정하였다(제60조 제1항 제5호).<sup>6)</sup>

위 규정들이 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되면서, 지방공사·지방공단의 상근 ‘직원’의 입후보 제한은 삭제되었으나(제53조 제1항 제6호),<sup>7)</sup> 선거운동은 여전히 금지되었다(제60조 제1항 제5호). 상근 ‘임원’에 대한 입후보 제한 및 선거운동 금지는 그대로 유지되었다.

그 후 지방공사·지방공단의 상근 임직원에 대한 선거운동 금지조항은 내용상 변화 없이 현재까지 유지되고 있다.

#### 나. 심판대상조항의 연혁

공직선거법이 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되면서, 제57조의6 제1항은 “제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만

6) 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 제60조 제1항 단서가 신설되면서, ‘국회의원선거에 있어서 후보자의 배우자인 경우’에는 선거운동을 할 수 있도록 하였다. 위 단서에 의하여 예외적으로 선거운동을 할 수 있는 경우는 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정되면서 모든 공직선거에 있어서 ‘후보자의 배우자’로, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되면서 ‘예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우’로 확대되었다.

7) 현재 1995. 6. 12. 95헌마172(판례집 7-1, 847)은 “공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제4호 소정의 ‘정부투자기관의 상근 임·직원’ 중 ‘직원’ 부분에, ‘정부투자기관관리기본법시행령(제정(1984.3.20. 대통령령 제11395호) 제13조 제1항에서 정하는 집행간부’가 아닌 직원이 지방의회의원선거에 입후보하는 경우를 포함시킨 것은 헌법에 위반된다.”라는 한정위헌 결정을 선고하였고, 이에 따라 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정된 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제4호는 ‘상근 직원’의 공직선거 입후보를 허용하였다.

을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선 운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고, 제255조 제1항 제1호는 이를 위반한 자를 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 후, 현재에 이르고 있다.

위 조항들은 법무부 개정 의견에 따라 신설된 것으로, 지방자치단체의 장이 당내경선에 자체 공무원들 또는 하부조직을 동원하여 입당원서를 모아 내는 방법으로 당선되는 경우가 있었는데, 이를 규제하는 규정이 없어서 처벌하지 못하였으므로, 공무원 등의 선거운동뿐만 아니라 경선운동도 금지·처벌함으로써 공정한 선거풍토를 조성하고 선거범죄를 엄정히 처벌하는 것이 그 입법목적이다.<sup>8)</sup>

#### 다. 심판대상조항의 내용

(1) 심판대상조항은 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에서 경선운동을 할 수 없도록 금지하고, 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

(2) 공직선거법 제57조의6 제1항 단서는 제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람이더라도, ‘소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선’에서 ‘당원이 될 수 있는 사람’이라면 예외적으로 경선운동을 할 수 있도록 허용하고 있다.

(가) 대법원은 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 경선후보자 중 누가 선거의 후보자가 되어야 하는지에 관한 선택의 의사를 표시하게 하는 당내경선은 ‘당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선’에 해당하고, 그 투표권을 행사하는

8) 제284회국회(정기회), 2009. 12. 4. 정치개혁특별위원회회의록(공직선거관계법심사소위원회) 제5호 8, 11면, 제284회국회(정기회), 2009. 12. 9. 정치개혁특별위원회회의록(공직선거관계법심사소위원회) 제6호 70면, 제285회국회(임시회), 2009. 12. 29. 정치개혁특별위원회회의록 제6호 20면, 제285회국회(임시회), 2009. 12. 30. 국회본회의회의록 제2호 제28면 참조.

방식은 반드시 투표용지에 기표하는 방법으로 제한되지 않으며, 특별한 사정이 없는 한 여론조사 방식을 통하여 위와 같은 선택의 의사표시를 하도록 하는 방법도 포함한다고 판시하였다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도8815 판결).<sup>9)</sup>

이 사건 1심 판결도 ‘소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선이란 당원만이 참여하는 당내경선을 의미하므로 본건과 같이 권리당원 50%, 일반인 여론조사 50%로 행하여진 당내경선은 이에 해당하지 않는다.’라고 판단하였다(광주지방법원 2018. 10. 1. 선고 2018고합135 판결).

(나) 정당법 제22조 제1항은 원칙적으로 ‘국회의원 선거권이 있는 자’는 정당의 당원이 될 수 있으나, ① 국가공무원법 제2조 또는 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원,<sup>10)</sup> ② 고등교육법 제14

9) 『공직선거법은 투표나 여론조사에 관한 정의규정을 두고 있지 않다. 투표의 사전적 정의는 어떤 사항에 대한 구성원의 찬성이나 반대의 의사표시 또는 투표용지에 의사를 표시하여 일정한 곳에 내는 일 등이다. 공직선거법이 공직선거에 관하여는 투표의 방법을 투표용지에 기표하는 방법으로 하고 투표소를 설치하여야 하며 투표용지와 투표함에 관한 규정을 두고 제한하고 있으나(제146조 제1항, 제147조, 제150조, 제151조, 제159조), 당내경선에 관하여는 투표 방법을 제한하고 있지 않다. 따라서 당내경선의 투표 방식이 반드시 투표용지에 기표를 하는 방법이어야 할 필요는 없고, 경선후보자 중 특정인이 후보자가 되어야 한다는 의사를 표시하는 방법으로 충분하다.

공직선거법은 여론조사에 관하여도 별도의 정의규정 등을 두지 않고, 일정한 제한 아래 모의투표나 인기투표에 의한 여론조사, 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용한 여론조사도 허용함으로써 투표를 여론조사와 대립하는 개념으로 상정하고 있지 않다(제108조 제1항, 제2항). 또한 여론조사로 당내경선을 대체하는 것이 가능하고 일정한 경우 그러한 것도 당내경선에 포함된다고 규정하고 있다(제57조의2 제2항).

위와 같은 규정들의 내용과 당내경선운동방법을 제한하는 입법 취지 등을 종합하여 보면, 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 경선후보자 중 누가 선거의 후보자가 되어야 하는지에 관한 선택의 의사를 표시하게 하는 당내경선은 공직선거법 제57조의3 제1항에서 정한 “당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선”에 해당하고, 그 투표권을 행사하는 방식은 반드시 투표용지에 기표하는 방법으로 제한되지 않으며, 특별한 사정이 없는 한 여론조사 방식을 통하여 위와 같은 선택의 의사표시를 하도록 하는 방법도 포함한다고 보아야 한다.』(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도8815 판결)

10) 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임

조 제1항·제2항에 따른 교원을 제외한 사립학교의 교원, ③ 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자는 당원이 될 수 없도록 규정하고 있다.

이 사건 공단의 상근직원은 위 조항에 의하여 당원이 될 수 없는 자에 해당하지 않는다. 따라서 ‘소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선’에서는 경선운동을 할 수 있다.<sup>11)</sup>

(3) 이 사건 공단의 상근직원은 상근임원과 달리, 후보자가 되기 위해서 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 하는 입후보 제한을 받지 않으므로(제53조 제1항 제6호), 그 직을 유지한 채로 예비후보자나 후보자가 되어 자신을 위한 선거운동을 할 수 있다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124, 판례집 30-1상, 216, 230).<sup>12)</sup> 다만 공직선거법 제60조 제1항 제5호에 의하여 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우가 아닌 한, 타인을 위한 선거운동은 할 수 없다.

(4) 이 사건 공단의 상근직원은 그 직을 유지한 채로 당내경선의 경선후보자가 될 수 있다. 이 경우 자신을 위한 경선운동을

---

하는 지방자치단체의 장, 국회 부의장의 수석비서관·비서관·비서·행정정보조요원, 국회 상임위원회·예산결산특별위원회·윤리특별위원회 위원장의 행정정보조요원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체대표의원의 행정비서관, 국회 교섭단체의 정책연구위원·행정정보조요원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분) 제1항·제2항에 따른 교원은 제외한다.

11) 지방공기업 임직원의 정치활동 관련 질의에 대한 부산광역시선거관리위원회의 2017. 3. 28.자 답변 참조.

12) 공직선거법 제60조 제1항의 규정상으로는 지방공단의 상근직원이 예비후보자나 후보자가 되었을 때 자신을 위하여 선거운동을 할 수 있도록 명시적으로 허용하는 내용이 없으나, 한국철도공사의 상근직원에 관한 선례는 후보자가 되었을 때 자신을 위해서는 선거운동을 할 수 있다고 보았다. 『공직선거법 제53조 제1항 제4호에 의하여 그 직을 유지한 채 공직선거에 입후보할 수 없는 상근임원과 달리, 한국철도공사의 상근직원은 그 직을 유지한 채 공직선거에 입후보하여 자신을 위한 선거운동을 할 수 있다. 선거의 공정성과 형평성의 확보라는 입법목적에 비추어 볼 때, 자신을 위한 선거운동이 허용됨에도 타인을 위한 선거운동이 전면적으로 금지되는 것은 과도한 제한이다.』(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124, 판례집 30-1상, 216, 230)

허용하는 명시적인 규정은 없으나, 위 2015헌바124 선례처럼 허용된다고 해석할 가능성은 있다.

## 5. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 심사기준

법정의견과 반대의견 모두 과잉금지원칙을 적용하여 심판대상조항의 위헌 여부를 판단하였다.

『당내경선은 정당이 추천하는 공직선거후보자를 선출하는 절차로서(공직선거법 제57조의2 제1항 및 제2항), 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 정당의 중요한 활동 중 하나이고, 정당의 규모와 역할이 증대됨에 따라, 당내경선이 공직선거에 있어 중요한 부분을 차지하게 된 점은 부인하기 어렵다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등 참조).』

그러나 당내경선은 공직선거 자체와는 구별되는 정당 내부의 자발적인 의사결정에 해당하고(헌재 2007. 10. 30. 2007헌마1128 참조), 경선운동은 원칙적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위인 선거운동에 해당하지 않는다(대법원 2003. 7. 8. 선고 2003도305 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도17437 판결 등 참조). 따라서 당내경선의 형평성과 공정성을 담보하기 위해서 국가가 개입하여야 하는 정도가 공직선거와 동등하다고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부를 판단할 때에는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.』

### 나. 판단 및 해설

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

(가) 법정의견은 심판대상조항의 입법목적은 ‘당내경선의 형평

성과 공정성 확보'로 보고, 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정하였다.

『당원뿐만 아니라 ‘당원이 아닌 자’에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 사실상 선거운동기간 이전에도 선거구민을 상대로 특정 정당 소속 경선후보자를 홍보할 기회가 주어지므로, 사전선거운동금지규정 등을 회피하는 탈법적 수단으로 악용될 우려가 있다. 따라서 경선운동을 제한된 범위 내에서만 허용함으로써 위와 같은 문제점을 최소화할 필요가 있다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등 참조).

심판대상조항이 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 이 사건 공단의 상근직원에 대하여 경선운동을 금지하는 것은 당내경선의 형평성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고 이를 위반하는 경우 처벌하는 것은 위와 같은 목적 달성을 위한 적합한 수단이다.』

(나) 반대의견도 같은 입법목적을 인정하였으나, 이 사건 공단의 공법적 특수성을 강조하였다.

『이 사건 공단은 구청장이 지정하는 시설을 효율적으로 관리·운영함으로써 구민의 편익도모와 복리증진에 이바지하기 위하여 지방공기업법 제76조 및 광주광역시 광산구 시설관리공단 설립 및 운영 조례(이하 ‘이 사건 조례’라 한다)에 따라 설립된 지방공단이다. 이 사건 공단의 자본금 2억 원은 광주광역시 광산구가 전액 출자하였고(지방공기업법 제76조 제2항, 제53조 제1항, 이 사건 조례 제4조 제1항), 이 사건 공단의 정관(이하 ‘이 사건 정관’이라 한다)을 변경하려는 경우에는 구청장의 인가를 받아야 한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제56조 제3항). 구청장은 이 사건 공단의 이사장, 비상임이사와 감사를 임면하고, 이 사건 공단

의 설립·운영 등 지방공단의 업무를 관리·감독한다(지방공기업법 제76조 제2항, 제58조 제2항, 제73조, 이 사건 조례 제9조 제1항, 제10조 제2항, 제11조 제1항, 이 사건 정관 제10조 제4항). 이와 같은 관련 규정들에 비추어 볼 때, 이 사건 공단은 사기업에 비하여 그 사업 내용이나 목적의 공공적 성격이 강하고, 그 조직·운영 등에도 공법적 특수성이 인정된다.

한편, 정당의 규모와 역할이 증대됨에 따라 당내경선이 활발해지고 그 결과가 본선거의 결과로 그대로 이어지는 경우가 많은 점 등을 고려하면, 당내경선 과정에서의 공정성은 반드시 관철되어야 하고, 혼탁한 당내경선이나 과열된 경선운동으로 인한 부작용을 최소화할 필요가 있다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등 참조). 특히 ‘당원이 아닌 자’에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 사실상 선거운동기간 이전에 선거구민을 상대로 특정 정당 소속 경선후보자를 홍보할 기회가 주어지므로, 과열된 경선운동은 정당 소속 후보자와 무소속 후보자 간의 불평등의 문제를 야기할 수 있고, 경선운동이 사전선거운동금지 등 각종 선거운동 관련 규제를 회피하기 위한 탈법적인 수단으로 변질될 우려도 있다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌바458등 참조).

심판대상조항이 이 사건 공단의 상근직원에 대하여 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 경선운동을 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 것은 이 사건 공단의 공법적 특수성을 고려하여 당내경선의 형평성과 공정성을 확보하기 위한 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.』

## (2) 침해의 최소성

(가) 법정의견은 이 사건 공단의 상근직원의 지위와 권한에 비추어 볼 때, 모든 상근직원의 경선운동을 일률적으로 금지·처벌하는 것은 과도하다고 판단하였다.

『(가) 구청장이 임면하는 이 사건 공단의 상근임원인 이사장은 이 사건 공단의 대표자로서 그 업무를 총괄하며 경영성과에 대하여 책임을 지고, 이 사건 공단의 업무에 관한 중요 사항을 심의·의결하는 이사회(이하 '이사회')의 구성원이 된다(지방공기업법 제76조 제2항, 제58조 제2항, 제58조의2, 제62조 제1항, 제2항, 광주광역시 광산구 시설관리공단 설립 및 운영 조례 제9조 제1항, 제2항, 제10조 제1항, 제15조 제1항, 제2항 등 참조).

반면, 이 사건 공단의 상근직원은 시험성적, 근무성적, 그 밖의 능력의 실증에 따라 이사장이 임면하고(지방공기업법 제76조 제2항, 제63조 참조), 이 사건 공단의 경영에 관여하거나 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 권한을 가지고 있지 아니하다.

위와 같은 이 사건 공단의 상근직원의 지위와 권한에 비추어 볼 때, 이 사건 공단의 상근직원이 특정 경선후보자의 당선 또는 낙선을 위한 경선운동을 한다고 하여 그로 인한 부작용과 폐해가 일반 사기업 직원의 경우보다 크다고 보기 어렵다. 공직선거법 제53조 제1항 제6호가 지방공단의 상근임원과 달리 상근직원은 그 직을 유지한 채 공직선거에 입후보할 수 있도록 규정한 것도 상근직원의 영향력이 상근임원보다 적다는 점을 고려한 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 공단의 상근임원의 경선운동을 금지하는 데 더하여 상근직원에게까지 경선운동을 금지하는 것은 당내 경선의 형평성과 공정성을 확보한다는 입법목적에 비추어 보았을 때 과도한 제한이다.



물론 당원만이 아니라 당원이 아닌 자를 상대로도 경선운동을 하게 된다는 점에서 그 지위를 이용하는 경우 경선의 당락에 영향을 미칠 수 있다는 의심이 있을 수 있으므로 일정 범위 내에서 이 사건 공단의 상근직원의 경선운동을 제한할 필요성이 있을 수 있으나, 직급에 따른 업무의 내용과 수행하는 개별 구체적인 직무의 성격에 대한 검토 없이 모든 상근직원에게 경선운동을 금지하고 이에 위반한 경우 처벌하는 것은 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것이다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124 참조).

(나) 공직선거법은 이미 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에 직·간접적으로 영향력을 행사하는 행위들을 금지·처벌하는 규정들을 아래와 같이 마련하고 있고, 이와 같은 규정들만으로도 당내 경선의 형평성과 공정성을 확보할 수 있다.

당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 ① 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 방법, ② 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 방법, ③ 정당이 경선후보자가 작성한 1종의 홍보물을 1회에 한하여 발송하는 방법, ④ 정당이 합동연설회 또는 합동토론회를 옥내에서 개최하는 방법만으로 경선운동을 할 수 있고, 이를 위반한 자는 형사처벌된다(공직선거법 제57조의3, 제255조 제2항 제3호 참조).

누구든지 당내경선에 있어 후보자로 선출되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적 또는 후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 경선선거인 또는 그의 배우자나 직계존·비속에게 명목여하를 불문하고 금품 그 밖의 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하는 등의 행위를 할 수 없고, 이를 위반한 자는 형사처벌된다. 또한 후보자로 선출되거나 되게 하

거나 되지 못하게 하거나, 경선선거인으로 하여금 투표를 하게 하거나 하지 아니하게 할 목적으로 경선후보자·경선운동관계자·경선선거인 또는 참관인에게 금품·향응 그 밖의 재산상의 이익이나 공사의 직을 제공하는 등의 행위를 한 자 역시 형사처벌된다(공직선거법 제57조의5, 제230조 제7항, 제8항 참조).

당내경선과 관련하여 경선운동 또는 교통을 방해하거나 위계·사술 그 밖의 부정한 방법으로 당내경선의 자유를 방해한 자, 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·지휘·감독을 받는 자에게 특정 경선후보자를 지지·추천하거나 반대하도록 강요한 자는 형사처벌된다(공직선거법 제237조 제5항 제2호, 제3호 참조).

그 밖에 이 사건 공단의 상근직원의 경선운동이 선거운동에 이르거나 선거에 영향을 미치는 행위에 해당하는 경우 공직선거법상 관련 규정이 적용된다.

설령 위와 같은 공직선거법 규정들만으로 당내경선의 형평성과 공정성을 확보하기 부족하더라도, 이 사건 공단의 상근직원이 그 지위를 이용하여 경선운동을 하는 행위를 금지·처벌하는 규정을 두는 것은 별론으로 하고, 당내경선에서 이 사건 공단의 상근직원의 경선운동을 일률적으로 금지·처벌하는 것은 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이다.

(다) 그러므로 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.』

(나) 반대의견은 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에서 행사할 수 있는 영향력이 매우 크므로, 공직선거법상 다른 규정 혹은 지위를 이용한 경선운동만을 금지하는 방법만으로 당내경선의 형평성과 공정성을 충분히 확보할 수 있는지 불분명하며, 선거전문가인 입법부의 판단을 존중할 필요가 있다는 이유로 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다고 보았다.

『(1) 이 사건 공단의 상근직원은 그 직무 외에 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 이사장의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없고(지방공기업법 제76조 제2항, 제61조), 형법 제129조부터 제132조까지의 뇌물 관련 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다(지방공기업법 제83조). 구청장은 이 사건 공단이 수행하는 사업을 지원하기 위하여 필요한 경우에는 그 소속 공무원을 지방공단에 파견하거나 겸임하게 할 수 있고(지방공기업법 제76조 제2항, 제75조의3), 이 사건 공단의 당연직 이사는 구의 청소행정 소관 국장, 생활체육 소관 국장으로 하며, 당연직 감사는 기획관리실장이다(이 사건 정관 제10조 제3항).

또한 이 사건 공단은 종목별 동네 체육시설 관리, 생활폐기물 수집·운반, 공영주차장 관리 등 광산구민의 복리증진을 위한 사업을 수행한다(이 사건 조례 제19조, 이 사건 정관 제7조). 또한 이 사건 공단의 직원은 일반직 24명, 환경직 171명, 공무직 22명으로 총 217명인데(이 사건 정관 제14조 [별표 2]), 광주광역시 광산구의 인구는 약 40만 명에 불과하다. 따라서 이 사건 공단의 상근직원이 당내경선에서 행사할 수 있는 영향력은 매우 크다고 볼 수 있다.

이와 같은 점을 고려할 때, 사업 내용이나 목적의 공공적 성격이 강하고, 그 조직·운영 등에도 공법적 특수성이 인정되는 기관의 구성원으로서 이 사건 공단의 상근직원이 그 직을 그대로 유지한 채 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 경선운동을 할 경우, 특정 집단의 이익만을 도모하는 방향으로 업무를 수행하거나 관련 업무의 집행에 부당한 영향력을 행사할 가능성이 있는 등 당내경선의 형평성과 공정성에 미칠 수 있는 영향력이 일반 사기업 직원보다 크지 않다고 단정하기 어렵다.

공익목적성이 강한 이 사건 공단의 상근직원이 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 특정 경선후보자를 위한 당선 내지 낙선 운동을 하게 되면 그 지위의 특수성으로 인하여 당내경선의 형평성과 공정성을 해치게 될 것이다.

또한 이 사건 공단의 상근직원이 수행하는 직무는 다양하고, 집행간부가 부하직원을 동원하는 등의 부정선거 형태가 통상의 모습이었던 과거와 달리, 오늘날에는 당해 사건의 범죄사실에서 보듯이 오히려 문자메시지 등을 통한 선거 개입이 일반화되고 있으므로, 직급이 높고 집행간부의 지위에 있다고 하여 당내경선에 미치는 영향력이 크고 반대로 직급이 낮다고 하여 당내경선에 미치는 영향력이 낮다고 단정할 수 없다.

결국 이 사건 공단의 임원은 물론 상근직원 모두에 대하여 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 경선운동을 금지하는 것은 앞서 본 입법목적과 현실을 종합적으로 고려한 것이므로 과도하다고 보기 어렵다. 앞으로 선거문화가 향상되고 당내경선의 공정성에 대한 보편적 가치기준이 확립되는 등 상황이 변화되면 이와 같은 금지 또는 금지범위에 관한 규율 내용 역시 상황변화에 맞게 개선될 수 있을 것이나, 현재의 상황에서 이 사건 공단의 상근직원 경선운동 금지가 과도한 제한이라고 볼 수는 없다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124 재판관 김창종, 재판관 조용호의 반대의견 참조).

(2) 물론 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 이 사건 공단의 상근직원에 대하여 그 지위를 이용한 경선운동만을 금지하는 방법처럼 기본권을 보다 덜 제한하는 방법을 상정할 수 있다. 그러나 그와 같은 제한요건을 부가할 경우 어느 것이 ‘지위를 이용한’ 경선운동이고 어느 것이 그렇지 않은

경선운동인지의 경계 획정이 매우 곤란하여, 금지되는 경선운동의 범위가 일의적으로 특정되기 어려울 것이기 때문에 실제 법 적용에 있어 선거관련기관의 유권해석이나 법원의 판단을 구해야 되는 등으로 인하여, 금지조항으로서의 실효성 또는 규범력이 약화될 우려가 있다.

공직선거법이 과거 우리나라 선거 역사를 얼룩지게 한 관권, 금권, 폭력 등에 의한 불법·타락선거로부터 선거의 공정성을 지키기 위하여 제정된 경위에 비추어 볼 때 경선운동의 주체·방법 등을 어떻게 규율할 것인지는 선거전문가들의 집단이라고 볼 수 있는 입법부의 판단을 존중하여야 한다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견 참조).

(3) 공직선거법은 이 사건 공단의 상근직원이 선거에 영향을 미칠 수 있는 전형적인 유형의 행위들을 특정하여 금지·처벌하고 있고(제86조 제1항, 제255조 제1항 제10호), 경선운동의 방법을 제한하고 이를 위반한 자를 처벌하고 있으며(제57조의3, 제255조 제2항 제3호), 당원의 매수 등을 금지·처벌하고(제57조의5, 제230조 제7항, 제8항), 당내경선의 자유를 방해하는 행위 등을 처벌하고 있으나(제237조 제5항 제2호, 제3호), 그러한 규정들만으로 심판대상조항이 추구하는 당내경선의 형평성과 공정성을 충분히 확보할 수 있는지는 불분명하다.

나아가 이 사건 공단의 상근직원은 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서는 경선운동을 할 수 있다(공직선거법 제57조의6 제1항 단서). 또한 ‘경선운동’이란 특정 경선후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적이 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행동을 의미하므로(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008

도6232 판결 참조), 이에 이르지 아니하는 통상적인 정당활동 등은 이 사건 공단의 상근직원도 할 수 있다. 따라서 심판대상조항으로 인하여 이 사건 공단의 상근직원의 정치적 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 그 실질적 의미가 상실된다고 보기 어렵다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견 참조).

(4) 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.』

### (3) 법익의 균형성

(가) 법정의견은 심판대상조항이 당내경선의 형평성과 공정성이라는 공익에 기여하는 정도에 비하여 정치적 표현의 자유를 제한하는 정도가 중대하다고 보았다.

『심판대상조항이 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 이 사건 공단의 상근직원 모두에 대하여 일률적으로 경선운동을 금지하는 것은 정치적 표현의 자유를 중대하게 제한하는 것이다. 반면, 이 사건 공단의 상근직원이 수행하는 직무는 공단에 부여된 업무에 국한된다는 점에 비추어 볼 때 당내경선에서 공무원에 준하는 영향력이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 영향력이 있다고 하더라도 그 지위를 이용한 경선운동을 금지하는 것만으로 당내경선의 형평성과 공정성을 확보할 수 있다는 점을 고려하면, 심판대상조항이 당내경선의 형평성과 공정성의 확보라는 공익에 기여하는 바가 크다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 법익의 균형성을 충족하지 못하였다.』

(나) 반대의견은 심판대상조항에 의하여 보호되는 당내경선의 형평성과 공정성의 확보라는 공익이 이 사건 공단의 상근직원의

정치적 표현의 자유가 제한되는 정도보다 증대하다고 보았다.

『심판대상조항에 의하여 보호되는 당내경선의 형평성과 공정성의 확보라는 공공의 이익은 본 선거의 형평성 및 공정성과도 밀접 불가분의 관계에 있으므로 본 선거의 준비 단계라고 할 수 있는 당내경선에서부터 확보되어야 할 필요성이 큰 만큼 높은 가치를 지니는 것인 반면, 심판대상조항이 이 사건 공단의 상근직원의 정치적 표현의 자유를 제한하는 정도는 크다고 보기 어려우므로, 법익의 균형성 원칙에 위배되지 않는다.』

## 6. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 2004. 4. 29. 국민건강보험공단 상근직원의 선거운동을 금지·처벌하는 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2003. 2. 4 법률 제6854호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 제9호가 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 선거운동의 자유를 침해하지 않는다는 이유로 헌법소원심판청구를 기각하였다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467).

나. 이후 헌법재판소는 한국철도공사 상근직원의 선거운동을 금지·처벌하는 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조 제1항 제5호 중 제53조 제1항 제4호 가운데 한국철도공사의 상근직원 부분 및 같은 법 제255조 제1항 제2호 중 위 해당부분이 과잉금지원칙에 반하여 선거운동의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124).

다. 이 사건 심판대상은 경선운동의 주체를 제한하는 점에서, 선거운동의 주체를 제한하는 위 두 선례의 심판대상과는 차이가 있다. 또한 상근직원이 소속된 조직의 규모, 업무 내용 등에 있어

서도 위 두 선례와는 차이가 있으나, 상근직원의 지위와 권한에 비추어 볼 때 경선운동에 미칠 수 있는 영향력이 크지 않다고 본 점에서는 위 헌재 2018. 2. 22. 2015헌바124 결정과 유사한 취지로 판단한 것으로 볼 수 있다.



## 7. 정치자금법 제27조 제1항 등 위헌확인

- 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 것이  
알권리를 침해하는지 여부 -

(현재 2021. 5. 27. 2018헌마1168, 판례집 33-1, 579)

남 상 규\*

### 【판시사항】

1. 청구인 ○○당의 정치자금법 제27조 제1항 내지 제3항에 대한 심판청구, 청구인 하○○의 정치자금법 제42조 제2항 본문 중 ‘3월간’ 부분에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)
2. 청구인 신○○, 하○○의 정치자금법 제42조 제3항 중 ‘(제2호 및 제3호의 서류를 제외한다)’ 부분에 대한 심판청구가 기본권 침해의 직접성을 갖추었는지 여부(소극)
3. 정치자금법에 따라 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 정치자금법 제42조 제2항 본문 중 ‘3월간’ 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 신○○의 알권리를 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부개정된 것) 제27조 제1항 내지 제3항(이하 ‘이 사건 보조금

---

\* 헌법연구관

배분 조항'이라 한다)이 청구인 ○○당의 기본권을 침해하는지, 그리고 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제42조 제2항 본문 중 '3월간' 부분(이하 '이 사건 열람기간제한 조항'이라 한다), 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부 개정된 것) 제42조 제3항 중 '(제2호 및 제3호의 서류를 제외한다)' 부분(이하 '이 사건 사본교부제한 조항'이라 한다)이 청구인 신○○, 청구인 하○○의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 ○○당은 2012. 10. 22. 중앙선거관리위원회에 등록된 정당으로, 정치자금법 제27조에서 정한 보조금 배분기준을 충족하지 못하여 창당 이래 위 조항에 따라 정당에게 지급되는 보조금을 지급받은 적이 없다.

나. 청구인 하○○는 2018. 11. 28. 세종특별시 선거관리위원회에 이○○ 의원의 후원회 회계보고서, 국회의원 회계보고서, 첨부서류의 정보공개를 청구하였으나, 위 선거관리위원회는 2018. 12. 11. 정치자금법 제42조 제3항에 따라 첨부서류 중 통장사본 및 영수증에 대해 비공개결정을 하고 나머지 자료는 공개하였다.

청구인 신○○는 앞으로 정치자금법 제42조 제2항 및 제3항에 따라 관할 선거관리위원회에 보고된 정치자금의 수입·지출 상세내역, 첨부서류 등을 열람하고, 이에 대한 사본교부를 신청하려고 하는 자이다.

다. 청구인 ○○당은 정당에 대한 보조금의 배분기준을 정한 정치자금법 제27조 제1항 내지 제3항에 대해서, 청구인 신○○, 청구인 하○○는 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한

정치자금법 제42조 제2항, 정치자금을 수입·지출한 영수증 그 밖의 증빙서류 사본(이하 '영수증'이라 한다), 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본(이하 '예금통장'이라 한다)을 사본교부 대상에서 제외한 정치자금법 제42조 제3항 괄호 부분에 대해서 2018. 12. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장

가. 이 사건 보조금배분 조항은 득표수가 아니라 교섭단체 구성 여부 및 의석수를 중점적인 기준으로 하여 정당에게 보조금을 배분하도록 정하고 있어 그 배분기준이 자의적이므로 청구인 ○○당의 평등권, 정당활동의 자유를 침해한다.

나. 이 사건 열람기간제한 조항 및 이 사건 사본교부제한 조항으로 인해 회계보고된 자료의 열람기간이 3월간으로 제한되고 영수증, 예금통장에 대해서는 사본교부가 금지된다. 국가로부터 보조금을 받고 있는 정당의 정치자금 관련 서류는 다른 정보보다 더 투명하게 공개되어야 하므로 위 조항들의 목적의 정당성을 인정하기 어렵다. 또한 영수증, 예금통장은 그 자료의 양이 많고 충분한 시간을 갖고 분석할 필요가 있음에도, 사본교부가 되지 않아 열람을 통해서만 확인할 수 있고 그 기간도 3월간으로 매우 짧다. 이로 인해 정치자금의 투명성·책임성 확보라는 공익이 현저히 저해되고 청구인 신○○, 하○○의 알 권리 또한 침해된다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 보조금배분 조항은 2005. 8. 4. 시행되었고, 청구인 ○○당은 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원선거 등에 참여하였으나 보조금을 지급받지 못하였다. 따라서 청구인 ○○당은

늦어도 제20대 국회의원선거가 실시된 후 처음으로 경상보조금이 지급된 2016. 5.경에는 위 조항에 해당하는 사유가 발생하여 기본권침해를 받게 되었다고 봄이 상당하므로, 그로부터 1년이 경과한 후 제기된 청구인 ○○당의 심판청구는 청구기간을 도과하였다.

한편, 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 정치자금법 제42조 제2항은 2010. 1. 25. 개정되면서 단서의 내용만 바뀌었을 뿐 본문의 내용, 즉 청구인 하○○가 기본권을 침해당하고 있다고 주장하는 심판대상 부분에는 전혀 변화가 없다. 따라서 청구기간의 기산은 개정 전 구 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제 7682호로 전부개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제42조 제2항을 기준으로 하여야 한다. 위 구 정치자금법 조항은 2005. 8. 4. 시행되었고, 청구인 하○○은 2009. 5. 18. 중앙선거관리위원회에 □□당의 2007, 2008년도 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류의 열람을 신청하였으나 열람기간이 경과되었다는 이유로 거부당한 바 있다. 청구인 하○○은 위 열람을 신청한 2009. 5. 18.경에는 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권을 침해받게 된 경우에 해당하므로, 그로부터 1년이 훨씬 지난 후 제기된 청구인 하○○의 이 사건 열람기간제한 조항에 대한 심판청구는 청구기간을 도과하였다.

2. 이 사건 사본교부제한 조항은 영수증 및 예금통장을 사본교부 대상에서 제외하고 있으나, 구체적으로 어떠한 서류에 대하여 사본교부를 청구할 수 있는지 여부는 이 사건 사본교부제한 조항에 의하여 미리 결정되는 것이 아니다. 청구인 신○○, 하○○에 대한 기본권 제한의 효과는 관할 선거관리위원회가 사본교부를 거부하는 집행행위를 하는 때에 비로소 발생하는 것이고, 이 사건

사본교부제한 조항으로 인하여 직접 발생하는 것이 아니다. 따라서 위 청구인들의 이 사건 사본교부제한 조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

3. 이 사건 열람기간제한 조항이 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 것은, 정치자금을 둘러싼 법률관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고, 선거관리위원회가 방대한 양의 자료를 보관하면서 열람을 허용하는 데 따르는 업무부담을 줄이기 위한 것으로 입법목적이 정당하며, 위 입법목적에 달성하는 데 기여하는 적합한 수단이다.

국민의 정치자금 자료에 대한 자유로운 접근을 허용하고 국민 스스로 정치자금의 투명성을 살필 수 있도록 하는 것은 정치자금법의 입법목적 및 기본원칙에 부합하고, 이는 정치자금의 투명성 강화 및 부정부패 근절이 시대정신이 된 지금에 와서는 더욱 그러하다. 또한 정치자금의 지출 내역 등은 정치인이 어떻게 활동하는지 보여주는 핵심적 지표로서 유력한 평가자료가 되므로 국민들이 필요로 하는 만큼의 자료를 제공할 필요가 있다. 따라서 국민의 정치자금 자료에 대한 접근 제한은 필요 최소한으로 이루어져야 한다.

정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청이 허용된다고 하더라도, 검증자료에 해당하는 영수증, 예금통장을 직접 열람함으로써 정치자금 수입·지출의 문제점을 발견할 수 있다는 점에서 이에 대한 접근이 보장되어야 한다. 영수증, 예금통장은 현행법령 하에서 사본교부가 되지 않아 열람을 통해 확인할 수밖에 없음에도 열람 중 필사가 허용되지 않고 열람기간마저 3월간으로 짧아 그 내용을 파악하고 분석하기 쉽지 않다. 또한 정치자금법에 단기 공소시효의 특칙을 두고 있지 않음에도 불구하고

고 열람기간이 공직선거법상의 단기 공소시효조차 완성되지 아니한, 공고일부터 3개월 후에 만료된다는 점에서도 지나치게 짧게 설정되어 있다. 한편 선거관리위원회는 데이터 생성·저장 기술의 발전을 이용해 자료 보관, 열람 등의 업무부담을 상당 부분 줄여왔고, 앞으로도 그 부담이 과도해지지 않도록 할 수 있을 것으로 보인다. 이를 종합하면 정치자금을 둘러싼 분쟁 등의 장기화 방지 및 행정부담의 경감을 위해 열람기간의 제한 자체는 둘 수 있다고 하더라도, 현행 기간이 지나치게 짧다는 점은 명확하다.

짧은 열람기간으로 인해 청구인 신○○는 회계보고된 자료를 충분히 살펴 분석하거나, 문제를 발견할 실질적 기회를 갖지 못하게 되는바, 달성되는 공익과 비교할 때 이러한 사익의 제한은 정치자금의 투명한 공개가 민주주의 발전에 가지는 의미에 비추어 중대하다.

그렇다면 이 사건 열람기간제한 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 신○○의 알권리를 침해한다.

### **재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 이 사건 열람기간제한 조항에 대한 반대의견**

회계보고된 자료의 열람기간을 어느 정도로 설정할 것인지는 기본적으로 입법자의 입법형성 영역에 속하는 것이다.

국민들은 영수증, 예금통장에 대해서는 사본교부를 신청할 수 없어 열람을 통해서만 확인이 가능하지만, 수입·지출의 일자·금액과 수입을 제공한 자·지출을 받은 자 등이 기재된 정치자금의 수입과 지출명세서 등은 사본교부를 받을 수 있거나 일정기간 선거관리위원회 인터넷 홈페이지에 공개되므로, 이를 통해 정치자금의 수입과 지출이 어떻게 이루어졌는지 상세히 파악할 수 있다. 또한 정치자

금법은 헌법상 독립기관인 선거관리위원회에 정치자금에 대한 회계보고를 받고 이에 대하여 조사·확인할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 영수증, 예금통장 등을 제출하지 아니하거나 이를 허위로 제출한 자, 영수증을 허위기재·위조 또는 변조한 자 등을 형사처벌하도록 하는 등 정치자금의 수입과 지출 내역이 사실대로 정확하게 보고되도록 하고 있다. 이처럼 정치자금의 수입과 지출명세서 등의 사본교부 또는 인터넷 열람을 통해 정치자금의 지출 내역을 상세히 파악할 수 있고, 허위의 영수증, 예금통장이 제출되지 않도록 하는 제도적 장치가 마련되어 있다는 점을 고려하면, 열람기간을 3월간으로 제한한 것이 국민들의 회계자료에 대한 접근권을 본질적으로 침해한다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 열람기간제한 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 청구인 신○○의 알권리를 침해하지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건에서 청구인 ○○당은 이 사건 보조금배분 조항, 청구인 신○○, 청구인 하○○는 각각 이 사건 열람기간제한 조항 및 이 사건 사본교부제한 조항에 대하여 헌법소원심판청구를 하였다. 헌법재판소는 청구인 ○○당의 심판청구를 늦어도 제20대 국회의원 선거가 실시된 후 처음으로 경상보조금이 지급되었을 때 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였다고 보고 청구기간 도과를 이유로 각하하였다. 청구인 하○○의 이 사건 열람기간제한 조항에 대한 심판청구는 이 사건 열람기간제한 조항이 2010년 개정되었지만 그 실질적 내용이 동일하여 청구기간의 기산을 구법 조항을 기준으로 하고, 위 청구인이 2009년 중앙선거관리위원회에 □□당의

정치자금 수입·지출내역 등의 열람을 신청하였다가 열람기간 경과를 이유로 거부당하였는데 위 열람을 신청하였을 때 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였다고 보고 청구기간 도과를 이유로 각하하였다. 또한 청구인 신○○, 청구인 하○○의 이 사건 사본교부제한 조항에 대한 심판청구는 청구인들에 대한 기본권 제한이 선거관리위원회의 사본교부 거부 행위에 의하여 발생한다고 보고 직접성 흠결을 이유로 각하하였다.

결국 청구인 신○○의 이 사건 열람기간제한 조항에 관한 심판청구에 대해서만 본안판단에 나아갔는데, 이하에서는 이 사건 열람기간제한 조항이 위 청구인의 알권리를 침해하는지 여부에 대해 살핀다.

## 2. 정치자금의 회계 및 보고·공개 제도

### 가. 연혁

#### (1) 선거비용에 관한 회계 및 보고·공개 제도

구 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정)은 제정 시부터 선거비용에 관한 회계 및 보고·공개 제도를 두고 있었다. 정당 또는 후보자는 후보자등록을 신청하는 때 등에 회계책임자 1인을 선임하여 선거관리위원회에 신고하여야 하며, 회계책임자는 회계장부를 비치하고, 선거비용의 모든 수입과 지출내역, 선거비용의 수입·지출연월일과 수입·지출금액 및 수입을 제공한 자 또는 지출을 받은 자의 성명·주소·주민등록번호·전화번호를 기재하도록 하였다(제123조, 제129조). 회계책임자는 선거비용의 수입과 지출을 위해 개설·신고한 예금계좌의 거래내역서, 선거비용의 수입과 지출명세서(수입·지출연월일과 수입·지출금액 및 수입을 제공한 자 또는 지출을 받은 자의 성명·주소·주민등록번호·전화번호 기



재), 영수증 기타 증빙서류의 사본을 첨부하여 선거비용의 수입과 지출보고서를 선거일 후 30일까지 관할 선거관리위원회에 제출하여야 했다(제132조 제1항). 이와 같이 선거비용의 수입과 지출보고서를 받은 선거관리위원회는 수입과 지출보고서 사본을 그 제출마감일로부터 7일 이내에 공고하며(제132조 제3항), 수입과 지출보고서, 수입과 지출명세서, 영수증 기타 증빙서류의 사본을 당해 선거관리위원회 사무소에 비치하고 공고일부터 3월간 누구나 열람할 수 있도록 하였다(제133조 제1항). 수입과 지출보고서의 내용에 관하여 이의가 있는 자는 증빙서류를 첨부하여 열람기간 중에 관할 선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있었다(제133조 제2항). 열람인은 열람기간 중 관할 선거관리위원회에 선거비용에 관한 수입과 지출보고서 및 그 명세서의 사본교부를 신청할 수 있었으며, 사본교부에 필요한 비용은 이를 신청한 자가 부담하도록 하였다(제133조 제5항, 제6항).

이러한 구 공직선거및선거부정방지법상의 규정들은 위 법률이 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되면서 삭제되었고(법률명 또한 공직선거법으로 변경), 대신 위 규정의 내용들이 정치자금법 제7장 정치자금의 회계 및 보고·공개 부분(제34조~제44조)에 편입되었다. 이로써 정치자금법에서 선거비용과 선거비용 외의 정치자금을 통일적으로 규율하게 되었다.

## (2) 선거비용 외의 정치자금에 관한 회계 및 보고·공개 제도

선거비용 외의 정치자금에 관한 회계 및 보고·공개 제도는 구 정치자금에 관한 법률이 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 개정되면서 처음 도입되었다. 정당 또는 후원회의 회계책임자는 회계장부를 비치하고, 모든 수입의 일시·금액·건수 및 당비납입자의 성

명·주소 기타 명세, 지출의 일시·금액·목적 및 지출을 받은 자의 성명·주소·직업을 기재하여야 했으며(제22조), 매년 12. 31.까지의 재산 및 정치자금의 수입·지출에 관한 명세와 결산내역을 다음 해 2. 15.까지 관할 선거관리위원회에 보고하도록 하였다(제24조). 중앙선거관리위원회는 위와 같은 회계보고를 받은 때 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 그 뜻을 공고하도록 하였다(제26조).

구 정치자금에관한법률이 1994. 3. 16. 법률 제4740호로 개정되면서, 회계보고 시 재산상황, 정치자금의 수입·지출에 관한 명세 및 결산내역 외에, 영수증 기타 증빙서류의 사본 또한 첨부하도록 하였다(제24조 제3항). 나아가 관할선거관리위원회는 회계보고된 재산상황, 정치자금의 수입금액과 정치자금의 지출에 관한 내역 및 결산내역, 첨부서류를 그 사무소에 비치하고 공고일부터 3월간 누구든지 볼 수 있게 하며, 위 회계보고된 내용에 관하여 이의가 있는 자는 증빙서류를 갖추어 열람기간 중 관할 선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있도록 하는 조항을 신설하였다(제24조의2).

구 정치자금에관한법률이 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되면서, 회계보고 시 재산상황, 정치자금의 수입금액과 그 내역, 정치자금의 지출금액·내역 및 결산내역, 영수증 그 밖의 증빙서류 외에, 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본 또한 첨부하도록 하였다(제24조 제1항). 나아가 누구든지 회계보고된 보고서와 그 첨부서류에 대한 사본교부를 관할 선거관리위원회에 신청할 수 있고, 그 비용은 이를 신청한 자가 부담하도록 하는 조항을 신설하였는데(제24조의2 제6항), 회계보고된 서류 중 사본교부의 대상이 되는 서류에 제한을 두지 않았다.

구 정치자금에관한법률이 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부 개정되면서 법률명이 정치자금법으로 변경되었으며, 앞서 살핀 바와 같이 종전에 공직선거법에 규율하고 있던 선거비용에 관한 회계 및 보고·공개 제도가 정치자금법 제7장(제34조~제44조)에 편입되어 정치자금법에서 선거비용 및 선거비용 외의 정치자금에 대해서 모두 규율하게 되었다. 다만, 기존의 구 정치자금에관한법률에서는 회계보고된 서류 중 사본교부를 신청할 수 있는 서류에 제한을 두지 않았지만, 위 개정으로 첨부서류 중 영수증 그 밖의 증빙서류 사본, 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본은 사본교부 대상에서 제외되었다(제42조 제3항).

정치자금법은 그 뒤에도 여러 차례 개정되었지만, 정치자금에 관한 회계 및 보고·공개 제도의 전체적인 틀은 2005. 8. 4. 전부 개정된 정치자금법의 내용이 현재까지 이어져 내려오고 있다. 현행 정치자금법상의 정치자금에 관한 회계 및 보고·공개 규정 내용은 아래에서 자세히 살핀다.

#### 나. 현행 정치자금의 회계 및 보고·공개 제도의 내용

##### (1) 회계책임자 선임 및 회계장부의 비치·기재

정당의 대표자, 후원회의 대표자, 후원회를 둔 국회의원, 대통령선거경선후보자, 당대표경선후보자등, 공직선거의 후보자·예비후보자(선거사무소 및 선거연락소의 회계책임자를 선임하는 경우를 말함) 등은 정치자금의 수입과 지출을 담당하는 회계책임자 1인을 선임한 후 지체 없이 관할 선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다(정치자금법 제34조 제1항).

회계책임자를 신고하는 때에 정치자금의 수입 및 지출을 위한 예금계좌 또한 관할 선거관리위원회에 신고하여야 하며, 정치자금

의 수입·지출은 회계책임자가 관할 선거관리위원회에 신고된 예금계좌를 통해서만 하여야 하고,<sup>1)</sup> 정치자금의 지출을 위한 예금계좌는 1개만을 사용하여야 한다(정치자금법 제34조 제4항, 제36조 제1항 및 제2항).

회계책임자는 회계장부를 비치하고 모든 정치자금의 수입의 상세내역(수입의 일자·금액과 제공한 자의 성명·생년월일·주소·직업 및 전화번호 그 밖의 명세)과 지출의 상세내역(지출의 일자·금액·목적과 지출을 받은 자의 성명·생년월일·주소·직업 및 전화번호)을 기재하여야 하며, 보조금과 보조금 이외의 정치자금, 선거비용과 선거비용 이외의 정치자금을 각각 별도의 계정으로 설정하여 구분·경리하여야 한다(정치자금법 제37조).

## (2) 회계보고의 시기

회계책임자는 아래의 기한까지 관할 선거관리위원회에 정치자금의 수입과 지출에 관한 회계보고를 하여야 한다.

정당의 회계책임자는 ① 공직선거에 참여하지 않는 해에는, 매년 1. 1.부터 12. 31.까지의 회계내역을 다음 연도 2. 15.까지, ② 전국을 단위로 실시하는 공직선거에 참여하는 해에는, 매년 1. 1.부터 선거일 후 20일까지의 회계내역을 당해 선거일 후 30일까지, 선거일 후 21일부터 12. 31.까지의 회계내역은 다음 연도 2. 15.까지, 후원회를 두고 있는 국회의원의 회계책임자는 ① 공직선거에 참여하지 않는 해에는, 매년 1. 1.부터 12. 31.까지의 회계내역을 다음 연도 1. 31.까지, ② 공직선거에 참여한 해에는, 매년 1. 1.부

1) 다만, ① 회계책임자로부터 지출의 대강의 내역을 알 수 있는 정도의 지출의 목적과 금액의 범위를 정하여 서면으로 위임받은 회계사무보조자가 지출할 수 있고, ② 회계책임자의 관리·통제 아래 관할 선거관리위원회에 신고된 정치자금 지출을 위한 예금계좌를 결제계좌로 하는 신용카드·체크카드, 그 밖에 이에 준하는 것으로 지출할 수도 있음(정치자금법 제36조 제1항 단서).

터 선거일 후 20일까지의 회계내역을 선거일 후 30일까지, 선거일 후 21일부터 12. 31.까지의 회계내역은 다음 연도 1. 31.까지, 중앙당 후원회 및 국회의원후원회의 회계책임자는 ① 연간 모금한도액을 모금할 수 있는 해에는, 매년 1. 1.부터 6. 30.까지의 회계내역은 7. 31.까지, 7. 1.부터 12. 31.까지의 회계내역은 다음 연도 1. 31.까지, ② 연간 모금한도액의 2배를 모금할 수 있는 해에는, 매년 1. 1.부터 선거일 후 20일까지의 회계내역은 선거일 후 30일까지, 선거일 후 21일부터 12. 31.까지의 회계내역은 다음 연도 1. 31.까지, 대통령선거경선후보자나 당대표경선후보자등 및 그 후원회의 회계책임자는 당해 정당의 경선일 후 20일까지의 회계내역을 경선일 후 30일까지, 공직선거의 후보자, 예비후보자 및 그 후원회의 회계책임자는 선거일 후 20일까지의 회계내역을 선거일 후 30일까지 각각 관할 선거관리위원회에 회계보고를 하여야 한다(정치자금법 제40조 제1항).

### (3) 회계보고의 내용 및 방법

정당 및 후원회의 회계책임자는 ① 재산상황, ② 정치자금의 수입내역(1회 30만 원 초과 또는 연간 300만 원을 초과하여 수입을 제공한 자의 경우에는 성명, 생년월일, 주소, 직업, 전화번호와 수입일자 및 그 금액을, 그 이하 금액의 수입을 제공한 자의 경우에는 일자별로 그 건수와 총금액), ③ 회계장부에 기재하는 지출의 상세내역을 회계보고하여야 한다. 후원회지정권자, 대통령선거경선후보자, 당대표경선후보자등, 공직선거의 후보자·예비후보자의 회계책임자는 ① 후원금 및 소속 정당의 지원금으로 구입·취득한 재산상황, ② 회계장부에 기재하는 수입과 지출의 상세내역을 회계보고하여야 한다(정치자금법 제40조 제3항).

위와 같이 회계보고를 할 때에는 ① 정치자금의 수입과 지출명세서, ② 정치자금을 수입·지출하는 영수증 그 밖의 증빙서류 사본, ③ 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본, ④ 자체 감사기관의 감사의견서와 대의기관·예산결산위원회의 심사의결서 사본, ⑤ 공인회계사의 감사의견서(중앙당과 그 후원회에 한함), ⑥ 잔여재산의 인계·인수서(인계의무자에 한함), ⑦ 예비후보자의 선거비용 지출내역서 사본을 첨부하여야 한다(정치자금법 제40조 제4항).

여기서 말하는 영수증 그 밖의 증빙서류란 ① 부가가치세법에 따라 세금계산서를 교부하여야 하는 사업자, 소득세법에 따라 계산서 또는 영수증을 교부하여야 하는 사업자 또는 법인세법에 따라 계산서를 교부하여야 하는 사업자로부터 재화 또는 용역을 공급받고 그 대가를 지출하는 경우 해당 사업자가 발급하여야 하는 세금계산서, 계산서 또는 영수증, ② 그 외의 자에게 지출하는 경우에는 수령인이 금액과 그 내역·영수일자 및 수령인의 성명·생년월일·주소 등을 기재하고 날인한 영수증, ③ 회계사무보조자가 또는 신용카드 등으로 정치자금을 지출하거나 공직선거의 후보자·예비후보자가 선거비용을 지출한 경우에는 그들로부터 제출받은 정산서 및 영수증 그 밖의 증빙서류를 의미한다(정치자금사무관리 규칙 제39조 제1항).<sup>2)</sup>

정당 또는 후원회의 회계책임자가 회계보고를 하는 때에는 대의기관 또는 예산결산위원회의 심사·의결을 거쳐야 하며, 그 의결서 사본과 자체 감사기관의 감사의견서를 각각 첨부하여야 한다.

2) 다만, ① 지출금액이 20만원 이하로서 봉사로 등 사회통념상 영수증을 받을 수 없는 경우, ② 택시·버스 등 대중교통수단이나 무인판매기 이용의 경우 등 법령의 규정에 의하여 영수증을 발행하지 아니하는 경우, 또는 ③ 영수증 그 밖의 증빙서류를 구비할 수 없는 불가피한 사유가 있는 경우에 회계책임자는 영수증 그 밖의 증빙서류를 구비하지 아니할 수 있음(정치자금법 제39조, 정치자금사무관리 규칙 제39조 제3항).

또한 정당의 중앙당과 그 후원회는 해당 정당의 당원이 아닌 공인회계사의 감사의견서를 함께 첨부하여야 한다(정치자금법 제41조 제1항).

회계책임자는 회계보고를 마치면 지체 없이 선임권자에게 회계장부, 당비영수증원부, 정치자금영수증 원부, 정치자금의 수입·지출에 관한 명세서, 영수증 그 밖의 증빙서류, 예금통장, 지출결의서 및 구입·지급품의서를 인계하여야 하며, 선임권자는 회계책임자가 회계보고를 마친 날부터 3년간 이를 보존하여야 한다(정치자금법 제44조 제1항).

#### (4) 회계보고서 등 열람 및 사본교부

회계보고를 받은 관할 선거관리위원회는 회계보고 마감일로부터 7일 이내에 회계보고 사실과 열람·사본교부기간 및 사본교부에 필요한 비용 등을 공고하여야 한다. 관할 선거관리위원회는 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출 내역 및 첨부서류를 그 사무소에 비치하고, 공고일로부터 3월간 누구든지 볼 수 있게 하여야 한다. 다만, 관할 선거관리위원회는 정치자금법 제42조 제2항 단서에 따라 선거비용에 한하여 열람대상 서류 중 정치자금의 수입·지출명세서를 인터넷 홈페이지에 공개하고 있다(정치자금법 제41조 제1항 및 제2항).

누구든지 열람기간 중 또는 열람기간 후에도 관할 선거관리위원회에 회계보고서, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류에 대한 사본교부를 서면으로 신청할 수 있으나, 첨부서류 중 영수증 그 밖의 증빙서류 사본, 예금통장 사본에 대한 사본교부 신청은 허용되지 않는다(정치자금법 제42조 제3항). 또한 선거비용에 관한 회계보고서, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류는 열람기

간에만 사본교부 신청이 허용되고 열람기간이 아닌 때에는 사본교부 신청이 허용되지 않는다(정치자금법 제42조 제2항 단서).<sup>3)</sup> 후원회에 연간 300만 원 이하를 기부한 자의 인적 사항과 금액은 공개하지 않으므로, 열람 및 사본교부 신청의 대상에서 제외된다(정치자금법 제42조 제4항).

회계보고된 서류를 열람하거나 이에 대하여 사본교부를 받고자 하는 자는 신청서를 관할 선거관리위원회에 제출하여야 하며, 사본교부에 소요되는 비용은 사본교부를 신청한 자가 부담한다(정치자금법 제42조 제3항 및 제9항, 정치자금사무관리 규칙 제41조 제2항 및 제3항). 관할 선거관리위원회는 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다는 이유로 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조 제1항 제6호4)에 의하여 개인의 성명(姓名)

3) 정치자금법 제42조 제2항 단서의 문구만 놓고 보면 선거비용에 관한 서류라 하더라도 열람기간 후에 사본교부를 신청할 수 있다고 해석할 여지가 없는 것은 아니지만, 하급심 법원(대구지방법원 2017. 8. 30. 선고 2017구합20783 판결) 및 중앙선거관리위원회는 정치자금법 제42조 제2항 단서가 선거비용에 관하여 회계보고된 서류에 대해 열람기간 종료 후 열람, 사본교부를 통한 공개를 허용하지 않는 것으로 해석하고 있음.

정치자금법 제42조(회계보고서 등의 열람 및 사본교부) ② 관할 선거관리위원회는 제40조 제3항 및 제4항의 규정에 의하여 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류를 그 사무소에 비치하고 제1항의 규정에 의한 공고일부터 3월간(이하 "열람기간"이라 한다) 누구든지 볼 수 있게 하여야 한다. 다만, 선거비용에 한하여 열람대상 서류 중 제40조(회계보고) 제4항 제1호의 수입과 지출명세서를 선거관리위원회의 인터넷 홈페이지를 통하여 공개할 수 있되, 열람기간이 아닌 때에는 이를 공개하여서는 아니된다.

4) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 「개인정보 보호법」 제2조제1호에 따른 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 사항은 제외한다.

가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보  
 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보  
 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보



중 명 부분, 생년월일, 주소, 전화번호에 대해 비공개처리를 하고 있다.

정리하면, 회계보고된 모든 서류는 3월간 관할 선거관리위원회에서 열람이 가능하다. 영수증 그 밖의 증빙서류 사본 및 예금통장 사본에 대해서는 사본교부 신청이 전혀 허용되지 않고, 그 밖의 회계보고된 서류에 대해서는 선거비용에 관한 것은 열람기간 중(3월간)에만, 선거비용 외 정치자금에 관한 것은 기간의 제한 없이 사본교부 신청이 가능하다. 회계보고된 다른 서류들과 달리, 영수증 그 밖의 증빙서류 사본 및 예금통장 사본은 열람만 가능하고 사본교부 신청은 허용되지 않는다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

		열람 기간	사본교부 대상	사본교부 신청기간
선거비용	재산상황, 정치자금의 수입·지출내역, 영수증 그 밖의 증빙서류 사본 및 예금통장 사본 을 제외한 첨부서류	3월간	○	열람기간 중(3월간)
	영수증 그 밖의 증빙서류, 예금통장 사본	3월간	X	X
선거비용외 정치자금	재산상황, 정치자금의 수입·지출내역, 영수증 그 밖의 증빙서류 사본 및 예금통장 사본 을 제외한 첨부서류	3월간	○	법률상 제한 없음
	영수증 그 밖의 증빙서류, 예금통장 사본	3월간	X	X

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

### (5) 이의신청

관할 선거관리위원회에 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출 내역 및 첨부서류에 관하여 이의가 있는 자는 이의와 관련된 증빙서류를 첨부하여 열람기간 중에 관할 선거관리위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다. 관할 선거관리위원회는 이의신청을 받은 날부터 60일 이내에 이의신청사항을 조사·확인하고 그 결과를 신청인에게 통보하여야 한다(정치자금법 제42조 제6항 및 제7항). 선거비용에 관하여 이의신청을 받은 관할 선거관리위원회는 회계책임자 그 밖의 관계인에게 이의사실에 대한 소명자료를 제출하도록 통지하여야 하며, 회계책임자 그 밖의 관계인은 통지를 받은 날부터 7일 이내에 소명자료를 제출하여야 한다. 관할 선거관리위원회는 그 소명자료를 제출받은 때에는 그 이의신청내용과 소명내용을, 그 소명자료 제출이 없는 때에는 이의신청내용과 소명이 없음을 공고하고 지체없이 그 사실을 당해 이의신청인에게 통지하여야 한다(정치자금법 제42조 제8항).

### (6) 벌칙

정치자금법 제37조 제1항 또는 제40조 제1항 내지 제4항의 규정을 위반하여 회계장부를 비치하지 아니하거나 허위로 기재한 자 또는 회계보고를 하지 아니하거나 재산상황, 정치자금의 수입·지출금액과 그 내역, 수입·지출에 관한 명세서, 영수증 그 밖의 증빙서류, 예금통장 사본을 제출하지 아니하거나 이를 허위로 제출한 자 또는 수입·지출에 관한 영수증 그 밖의 증빙서류를 허위기재·위조 또는 변조한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다(정치자금법 제46조 제5호).

회계책임자가 정당한 사유 없이 선거비용에 대하여 정치자금법

제40조 제1항·제2항의 규정에 의한 회계보고를 하지 아니하거나 허위기재·위조·변조 또는 누락한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(정치자금법 제49조 제1항).

선거비용과 관련하여 정치자금법 제37조 제1항의 규정을 위반하여 회계장부를 비치·기재하지 아니하거나 허위기재·위조·변조한 자, 정치자금법 제39조 본문의 규정에 의한 영수증 그 밖의 증빙서류를 허위기재·위조·변조한 자, 정치자금법 제40조 제4항 제3호의 규정을 위반하여 예금통장 사본을 제출하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다(정치자금법 제49조 제2항 제5호 내지 제7호).

**다. 외국의 입법례**

	독일	미국	일본
영수증, 예금통장이 회계보고 시 첨부되어야 하는지 여부	회계보고 시 영수증, 예금통장을 첨부하여야 한다는 규정 없음	회계보고 시 영수증, 예금통장을 첨부하여야 한다는 규정 없음	영수증을 첨부하여야 함. 예금통장에 대한 규정 없음.
영수증, 예금통장의 사본교부가 제한되는지 여부			3년간 영수증에 대해 사본교부 청구 가능
회계보고된 자료의 열람기간	열람기간을 제한하는 규정 없음	열람기간을 제한하는 규정 없음	3년

**3. 이 사건 열람기간제한 조항이 알권리를 침해하는지 여부**

**가. 법정의견**

재판관 6인은 이 사건 열람기간제한 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인 신○○의 알권리를 침해한다고 판단하였으며, 그 내용은 다음과 같다.

## 『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성』

이 사건 열람기간제한 조항이 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 것은, 정치자금을 둘러싼 법률관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고, 선거관리위원회가 방대한 양의 자료를 보관하면서 열람을 허용하는 데 따르는 업무부담을 줄이기 위한 것으로 입법목적이 정당하다. 또한 위와 같이 열람기간을 제한한 것은 위 입법목적을 달성하는 데 기여하는 적합한 수단이다.

## (2) 침해의 최소성

(가) 정치자금법은 제1조에서 “정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함”을 입법목적으로 천명하고, 제2조 제2항에서 “정치자금은 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하게 운용되어야 하고, 그 회계는 공개되어야 한다.”고 규정함으로써 ‘정치자금의 공개’를 기본원칙으로 하고 있다. 이는 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되고 경제인에 대한 정치인의 보복사태가 있었다는 반성에서 정치자금의 수수를 양성화하고 그 금액과 사용용도를 투명하게 하기 위한 것이다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌바25 참조). 따라서 국민의 정치자금 자료에 대한 자유로운 접근을 가능하게 하고 국민 스스로 정치자금의 투명성을 살필 수 있도록 하는 것은 정치자금법의 입법목적 및 기본원칙에 부합하며, 이는 정치자금의 투명성을 강화하고 부정부패를 근절하는 것이 시대정신이 된 지금에 와서는 더욱 그러하다.

한편, 일반 국민은 정치자금의 투명성 확보 외에도 다른 각도에서 정치자금의 지출 내역 등을 살필 필요가 있다. 국민들은 정치자금 자료의 열람 등을 통해 자신의 대표 내지 공직선거의 후보

자가 어떠한 문제에 관심을 갖고 어떠한 활동을 하고 있는지 등을 파악할 수 있고 이를 바탕으로 누구를 지지하여야 할지 결정할 수 있다. 민주주의가 상시적으로 작동하고 국민들이 선거에서 자신의 입장을 대변할 수 있는 대표를 선출할 수 있도록 하기 위해서는 활동 내역에 대한 정보가 필요하며, 정치자금의 지출 내역 등은 이들이 어떻게 활동하는지를 보여주는 핵심적 지표로서 유력한 평가 자료가 되므로 국민들이 필요로 하는 만큼의 충분한 자료를 제공할 필요가 있다. 나아가 정치자금 자료에 대한 자유로운 접근을 보장하는 것은, 국민의 정치에 대한 신뢰를 높임으로써 정치자금의 기부, 투표 등에 보다 적극적으로 참여하도록 유도하여 궁극적으로는 국민의 정치참여를 높일 수 있다.

따라서 국민의 정치자금 자료에 대한 접근 제한은 필요 최소한으로 이루어져야 한다.

(나) 다만 정치자금을 둘러싼 법률관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고 선거관리위원회의 업무부담을 줄이기 위해 열람기간의 제한을 둘 필요성 자체는 인정될 수 있다. 그러나 정치자금법의 목적달성을 위한 핵심 장치로서 열람제도의 의의를 고려한다면, ‘예외’로서 인정되는 열람기간의 제한이 열람제도의 목적 달성을 저해할 정도가 되어서는 안 된다는 제도적 한계가 있다. 비록 정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청이 허용된다고 하더라도, 검증자료에 해당하는 영수증, 예금통장을 직접 열람함으로써 정치자금 수입·지출의 문제점을 발견할 수 있다는 점에서 이에 대한 접근이 보장되어야 정치자금의 수입·지출 내역에 대한 관찰이 원활할 것이다.

정치자금법상의 회계보고는 공직선거에 참여하였는지 여부에 따라 1년에 한 번 내지 두 번 이루어지므로, 한 번에 보고되는

자료의 양이 적지 않다. 특히 영수증, 예금통장은 그 자료의 양이 많음에도 사본교부가 되지 않는 현행법령 하에서는 열람을 통해 확인할 수밖에 없는데, 열람 중 원칙적으로 필사가 허용되지 않고 열람기간마저 3월간으로 짧아 그 내용을 정확히 파악하고 분석하기 쉽지 않다. 회계보고된 자료에 관하여 이의가 있는 자는 열람기간 중에 증빙자료를 첨부하여 이의신청을 하여야 하는데 3개월 안에 영수증, 예금통장에 대한 열람을 통해 증빙자료를 확보한다는 것은 매우 어려운 일이다. 이에 비추어 보면, 이 사건 열람기간제한 조항이 규정하는 3월간의 기간은 열람제도의 목적 달성을 현저히 어렵게 하고 있다는 점에서 지나치게 짧다. 선거관리위원회에 정치자금에 대한 회계보고를 받고 이에 대하여 조사·확인할 수 있는 권한을 부여하고 있다 하더라도 그 권한 행사에 현실적 제약이 있다는 점에서 열람기간의 지나친 제한을 정당화하기에는 부족하다.

(다) 한편 공직선거법은 선거로 인한 법적 불안정 상태를 신속히 해소하기 위해 공직선거법상 선거범죄에 대해서 ‘당해 선거일 후 6개월’의 단기 공소시효의 특칙을 규정하고 있는 반면(공직선거법 제268조 제1항), 정치자금법 등에서는 정치자금법 위반행위에 대해 공직선거법과 같은 단기 공소시효의 특칙을 두고 있지 않다(헌재 2015. 2. 26. 2013헌바176 참조). 정치자금을 둘러싼 분쟁 등을 조기에 안정시킬 필요성을 인정하더라도 열람기간이 공직선거법상의 단기 공소시효조차 완성되지 아니한, 공고일부터 3개월 후에 만료된다는 점에서 국민들의 정보에 대한 접근을 본질적으로 침해할 정도로 지나치게 짧게 설정되어 있고, 나아가 정치자금법 위반행위에 대해 단기 공소시효의 특칙이 없다는 점을 고려하면 회계보고된 자료에 대한 열람기간을 늘릴 필요가 있다.

(라) 또한 열람기간을 연장한다고 하여 입법목적 달성이 어렵다고 단정할 수 없다. 1994년 열람제도 도입 당시 열람기간을 3년으로 하는 법률안이 제출되어 있었음에도, 열람기간에 관한 구체적인 논의 없이 '3월간'의 열람기간이 채택되었으며, 선거관리위원회의 업무부담의 정도에 관하여 실질적 검토가 이루어졌다고 보기 어렵다. 열람기간을 늘리는 경우 선거관리위원회의 업무부담이 현재보다 늘어날 수 있으나, 이를 인원 충원이나 기술적 조치를 통해 해소할 수 있는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 선거관리위원회는 데이터 생성·저장·유통 기술의 괄목할 만한 성취에 기반하여 이미 회계보고된 자료의 상당 부분을 전자파일로 변환하여 보관하는 등 전산기술을 통하여 자료 보관, 열람 및 사본교부 등의 업무부담을 상당 부분 줄여 왔으므로, 열람기간을 늘린다 하더라도 전자파일로 변환하는 자료의 범위를 보다 넓히는 등의 조치를 취함으로써 업무부담이 과도해지지 않도록 할 수 있을 것으로 보인다. 그럼에도 막연한 업무부담 증가를 이유로 열람기간을 지나치게 제한한다면, 이는 국민의 기본권보다는 행정편의를 우선하는 셈이 된다.

(마) 이를 종합하면, 정치자금을 둘러싼 분쟁 등의 장기화 방지 및 행정부담의 경감을 위해 기간의 제한 자체는 둘 수 있다고 하더라도, 현행 열람기간이 지나치게 짧다는 점은 명확하다. 입법자로서는 선거관리위원회의 실질적 업무부담의 정도, 정치자금을 둘러싼 분쟁의 현황, 선거의 주기 등을 참조하여 입법목적 달성이 가능한 범위에서 보다 장기간 열람이 허용될 수 있도록 제도를 형성할 필요가 있다.

### (3) 법익의 균형성

이 사건 열람기간제한 조항으로 인하여 정치자금을 둘러싼 법

를관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고 선거관리위원회의 업무부담을 경감시킬 수 있다는 점은 인정된다. 그러나 이 사건 열람기간제한 조항이 '3월간'의 지나치게 짧은 열람기간을 둠에 따라 청구인 신○○는 열람을 원하는 회계보고된 자료를 충분히 살펴 분석하거나, 문제를 발견할 실질적 기회를 갖지 못하게 되었다. 정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청이 가능하다고 하더라도 영수증, 예금통장의 열람 과정에서 문제 발견의 기회를 가질 필요가 소멸된다고 볼 수 없다. 이러한 사익의 제한은 정치자금의 투명한 공개가 민주주의 발전에 가지는 의미에 비추어 중대하다고 볼 수 있다. 결국 이 사건 열람기간제한 조항은 이로 인하여 달성되는 공익에 비해 침해되는 사익이 중대하여 법익의 균형성 원칙에 위반된다.

#### (4) 소결

이 사건 열람기간제한 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 신○○의 알권리를 침해한다.』

### 나. 반대의견

재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 이 사건 열람기간제한 조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않으므로 청구인 신○○의 알권리를 침해하지 않는다는 반대의견을 표시하였으며, 그 내용은 다음과 같다.

#### 『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 열람기간제한 조항의 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다는 점은 법정의견과 같다.

#### (2) 침해의 최소성

(가) 정치자금법은 정치자금의 수입과 지출에 있어 투명성을 확



보하고 정치자금과 관련한 부정을 방지하기 위하여, 정당, 후원회를 둔 국회의원 등으로 하여금 회계책임자를 두고, 회계책임자는 회계장부에 정치자금의 수입·지출의 상세내역을 기재하며 이러한 상세내역을 영수증, 예금통장 등과 함께 관할 선거관리위원회에 보고하도록 하고 있다. 누구든지 관할 선거관리위원회에 회계보고된 자료를 3월간 열람할 수 있으며, 영수증, 예금통장을 제외하고는 선거비용에 관한 것은 3월간의 열람기간 중에, 선거비용 외 정치자금에 관한 것은 기간의 제한 없이 사본교부를 신청할 수 있다.

나아가 관할 선거관리위원회는 열람기간 중 이의신청이 있으면 이에 대하여 조사·확인한 후 조사결과 회계장부, 회계보고서에 허위사실의 기재·불법지출 그 밖에 법 위반 사실이 있다고 인정되는 때에는 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰 등의 조치를 취한다(정치자금법 제42조 제6항 내지 8항, 제43조). 회계책임자가 회계장부를 비치하지 아니하거나 허위로 기재한 경우, 회계책임자가 회계보고를 하지 아니하거나 정치자금 수입·지출의 상세내역, 영수증, 예금통장 등을 제출하지 아니하거나 이를 허위로 제출한 경우, 누구든지 영수증을 허위기재·위조 또는 변조한 경우 등에는 징역형 또는 벌금형에 처한다(정치자금법 제46조 제5호, 제49조 제1항 및 제2항 제5호 내지 제7호).

선거관리위원회는 정치자금에 대한 회계보고를 받고 이를 확인·조사하는 기관으로서, 회계보고를 할 의무가 있는 자가 이를 이행하지 않는 경우 법률에 규정된 자료를 제출할 것을 요구할 수 있고, 보고된 수입·지출의 상세내역과 영수증, 예금통장 등에 불일치가 있는 경우 자료의 보완을 요구하거나 이에 대하여 조사·확인할 수 있으며, 영수증, 예금통장 등을 제출하지 아니하거

나 이를 허위로 제출한 자, 영수증을 허위기재·위조 또는 변조한 자 등을 수사기관에 고발할 수 있다.

(나) 회계보고된 자료의 열람기간을 어느 정도로 설정할 것인지는 기본적으로 입법자의 입법형성 영역에 속하는 것으로서, 열람기간이 지나치게 짧게 설정되어 국민들의 정보에 대한 접근을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 경우가 아니라면 필요 이상으로 알권리를 제한한 것이라고 단정하기 어렵다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌마466 참조).

앞서 살핀 바와 같이 일반 국민은 영수증, 예금통장에 대해서는 사본교부를 신청할 수 없어 열람을 통해서만 확인이 가능하지만, 그 밖의 회계보고된 자료, 즉 수입·지출의 일자·금액과 수입을 제공한 자·지출을 받은 자 등이 기재된 정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대해, 선거비용 외 정치자금의 경우에는 언제든지 사본교부를 신청할 수 있고, 선거비용의 경우에는 열람기간 동안 사본교부 신청이 가능하며 수입과 지출명세서는 그 기간 동안 선거관리위원회 인터넷 홈페이지를 통해 일반에 공개되므로, 이를 통해 정치자금의 수입과 지출이 어떻게 이루어졌는지 상세히 파악할 수 있다. 또한 정치자금법은 헌법상 독립기관인 선거관리위원회에 정치자금에 대한 회계보고를 받고 이에 대하여 조사·확인할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 영수증, 예금통장 등을 제출하지 아니하거나 이를 허위로 제출한 자, 영수증을 허위기재·위조 또는 변조한 자 등을 형사처벌 하도록 하는 등 허위의 영수증, 예금통장이 제출되지 않도록 함으로써 정치자금의 수입과 지출내역이 사실대로 정확하게 보고되도록 하고 있다. 이처럼 정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청 또는 인터넷 열람을 통해 정치자금의 지출 내역을 상세히 파악할 수 있고, 허

위의 영수증, 예금통장이 제출되지 않도록 하는 제도적 장치가 마련되어 있다는 점을 고려하면, 회계보고된 자료에 대한 열람기간을 3월간으로 제한하더라도 국민들의 정보에 대한 접근권을 본질적으로 침해한다고 보기 어렵다.

(다) 결국 이 사건 열람기간제한 조항은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 않는다.

### (3) 법익의 균형성

열람기간을 3월간으로 제한함으로써 정치자금을 둘러싼 법률관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고 선거관리위원회의 업무부담을 경감시킬 수 있으므로 이로 인해 달성되는 공익이 크다. 반면 일반 국민은 수입·지출의 상세내역이 기재된 정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청을 할 수 있고 열람기간 동안은 영수증, 예금통장 등 회계보고된 자료 모두를 자유롭게 열람할 수 있는데다, 허위의 영수증, 예금통장이 제출되지 않도록 하는 제도들이 마련되어 있다는 점을 고려하면 열람기간의 제한으로 인한 기본권 제한이 감수할 수 없을 정도로 크다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 열람기간제한 조항으로 인하여 제한되는 사익이 달성되는 공익보다 크다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성 원칙도 충족한다.

### (4) 소결

그렇다면 이 사건 열람기간제한 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 청구인 신○○의 알권리를 침해하지 않는다.』

## 4. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 2010. 12. 28. 2009헌마466 결정에서 이 사건 열람기간제한 조항과 동일한 내용의 구 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부개정되고 2010. 1. 25. 법률 제

9975호로 개정되기 전의 것) 제42조 제2항 본문 중 ‘제1항의 규정에 의한 공고일부터 3월간’ 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있는데, 이는 이 사건 결정과 저촉되므로 그 범위 내에서 위 2009헌마466 결정을 변경하였다.

나. 반대의견은 수입·지출의 일자·금액과 수입을 제공한 자·지출을 받은 자 등이 기재된 정치자금의 수입과 지출명세서가, 선거비용 외 정치자금의 경우 언제든지 사본교부가 가능하고, 선거비용의 경우 열람기간인 3개월 동안 인터넷에 공개되고 사본교부 또한 가능하다는 점, 정치자금의 수입과 지출 내역이 사실대로 정확하게 보고되도록 하는 제도적 장치가 마련되어 있다는 점 등을 고려해 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한하더라도 국민의 알권리를 침해하지 않는다고 판단하였다. 이에 반하여 법정의견은 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부가 가능하거나 인터넷 공개가 된다 하더라도, 검증자료에 해당하는 영수증, 예금통장을 직접 열람함으로써 정치자금의 수입·지출의 문제점을 발견할 수 있으므로 이에 대한 접근이 보장되어야 하고, 정치자금법에 단기 공소시효의 특칙을 두고 있지 않음에도 불구하고 열람기간이 공직선거법상의 단기 공소시효조차 완성되지 않은 시점에 만료된다는 점에서 그 기간이 지나치게 짧으며, 열람기간을 늘리더라도 데이터 생성·저장·유통 기술의 획기적 발전으로 자료 보관, 열람 및 사본교부 등의 업무부담을 상당 부분 줄일 수 있게 되었다는 등의 이유로 열람기간을 3개월로 제한한 것은 국민의 알권리를 침해하는 것이라고 판단한 것이다.

다. 헌법재판소는 이 사건에서 정치자금을 둘러싼 법률관계 또는 분쟁을 조기에 안정시키고 선거관리위원회의 업무부담을 줄이기 위해 열람기간의 제한을 둘 필요성 자체는 인정하면서, 다만 그

기간이 너무 짧다는 이유로 심판대상을 정치자금법 제42조 제2항 본문 중 ‘3월간’ 부분으로 한정하고 인용(위헌) 결정을 하였다. 따라서 입법자는 정치자금을 둘러싼 분쟁의 현황, 선거관리위원회의 실질적 업무부담의 정도, 선거의 주기 등을 고려해 입법목적을 달성할 수 있는 범위에서 보다 장기간 열람이 허용될 수 있도록 열람기간을 정하는 입법을 할 수 있으나, 이 사건 결정 이후 1년이 넘게 지난 2022. 8. 1. 현재까지도 국회가 열람기간을 정하는 입법을 하지 않아 열람기간 제한이 없는 상태이다.

## 8. 형의 실효 등에 관한 법률 제8조의2 위헌제청

- 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한  
수사경력자료의 보존기간 및 삭제에 관하여 규정하지 않은  
형실효법 조항이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2021. 6. 24. 2018헌가2, 판례집 33-1, 638)

정 현 주\*

### 【판시사항】

1. 소년에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정하면서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대하여 규정하지 않은 구 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 및 제3항, ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 및 제3항이 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하면서 구법 조항 적용 중지, 현행법 조항 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 보존기간 및 삭제에 관하여 규정하지 않은

---

\* 전주지방검찰청 군산지청 부장검사

구 ‘형의 실효 등에 관한 법률’(2010. 3. 31. 법률 제10211호로 개정되고, 2021. 3. 16. 법률 제17937호로 개정되기 전의 것, 이하 연혁에 상관없이 ‘형의 실효 등에 관한 법률’을 ‘형실효법’이라 한다) 제8조의2 제1항 및 제3항(이하 ‘구법 조항’이라 한다) 및 형실효법(2021. 3. 16. 법률 제17937호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 및 제3항(이하 ‘현행법 조항’이라 하고, 구법 조항과 통칭하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해사건 원고는 폭력행위등처벌에관한법률위반 혐의로 입건되어 2001. 1. 29. 창원지방법검찰청 검사로부터 소년부송치 처분을 받았고, 창원지방법원은 2002. 3. 26. 위 소년보호사건을 심리한 후 불처분결정을 하였다.

나. 당해사건 원고는 2016. 4. 18. 경남지방경찰청에 신청하여 수령한 ‘범죄·수사경력 회보서’의 수사경력자료에 위 소년부송치 사실이 기록된 것을 확인하고 2016. 5. 4. 경찰청장에게 위 내용의 삭제를 신청하였으나, 경찰청장은 2016. 5. 18. 형실효법에 검사의 소년부송치 처분에 대한 수사경력자료의 삭제 규정이 없다는 이유로 신청을 거부하였다.

다. 이에 당해사건 원고는 경찰청장을 상대로 위 거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기(서울행정법원 2017구합66527)하였고, 제청법원은 형실효법 제8조의2가 수사경력자료의 삭제 및 보존기간에 대하여 규정하면서 검사의 소년부송치 처분의 경우에 대하여는 규정하지 않은 것이 당해사건 재판의 전제가 되고 헌법에 위반된다고 의심할 상당한 이유가 있다며 2018. 1. 12. 직권

으로 위 조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

소년부송치 처분의 수사경력자료를 보존하는 것의 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다. 하지만 소년의 특수성과 소년법의 목적을 고려할 때, 소년부송치된 사건에 대한 법원의 종국결정이 무엇인지, 소년부송치 처분 이후 시간의 경과 여부 등 여러 사정에 대한 고려 없이 일률적으로 관련 수사경력자료를 영구보존토록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되거나 그로 인해 침해되는 사익이 공익보다 큰 경우가 있을 수 있다. 또한 형실효법 제8조의2가 검찰에서 기소유예의 불기소처분을 받은 경우 처분일로부터 3년간 수사경력자료를 보존하고 삭제하도록 규정한 것에 비추어 보면, 소년부송치 처분 후 심리불개시결정이나 불처분결정이 된 사건의 자료에 대하여 보존기간을 정하지 않아 영구히 보존토록 한 것은 합리적 이유가 없다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 소년에 대한 수사경력자료의 삭제 및 보존기간에 대하여 규정하면서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대하여는 규정하지 않아 수사경력자료에 기록된 개인정보가 당사자의 사망 시까지 보존된다. 이러한 수사경력자료의 보존은 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되나, 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 통해 소년이 우리 사회의 건전한 구성원으로 성장할 수 있도록, 죄를 범한 소년에 대하여 형사재판이 아닌 보호사건으로 심리하여 보호처분을 할 수 있는 절차를 마련한 소년법의 취지에 비추어, 법원에서 소년부송치된 사건을



심리하여 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없다고 인정하여 불처분결정을 하는 경우 소년부송치 및 불처분결정된 사실이 소년의 장래 신상에 불이익한 영향을 미치지 않는 것이 마땅하다.

또한 어떤 범죄가 행해진 후 시간이 흐를수록 수사의 단서로서나 상습성 판단자료, 양형자료로서의 가치는 감소하므로, 모든 소년부송치 사건의 수사경력자료를 해당 사건의 경중이나 결정 이후 경과한 시간 등에 대한 고려 없이 일률적으로 당사자가 사망할 때까지 보존할 필요가 있다고 보기는 어렵고, 불처분결정된 소년부송치 사건의 수사경력자료가 조회 및 회보되는 경우에도 이를 통해 추구하는 실체적 진실발견과 형사사법의 정의 구현이라는 공익에 비해, 당사자가 입을 수 있는 실질적 또는 심리적 불이익과 그로 인한 재사회화 및 사회복귀의 어려움이 더 크다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 소년부송치 후 불처분결정을 받은 자의 개인정보자기결정권을 침해한다.

2. 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 경우 수사경력자료의 삭제 및 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간에 대한 근거규정이 사라지게 되는 불합리한 결과가 발생하고, 심판대상조항의 위헌성을 제거하는 방식에 대하여는 입법자의 재량이 인정된다. 따라서 구법 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 계속적용을 명한다면 위헌선언의 효력이 당해사건에 미치지 못할 우려가 있으므로 그 적용을 중지하고, 현행법 조항에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 2023. 6. 30.을 시한으로 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

본안에 들어가기에 앞서, 제청법원은 구 형실효법(2010. 3. 31. 법률 제10211호로 개정되고, 2021. 3. 16. 법률 제17937호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 전부에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나 당해사건에서 문제가 된 소년에 대한 수사경력자료의 삭제에 관한 규정으로 심판대상을 한정할 것인지와 현행법조항도 심판대상에 포함시킬 것인지가 문제된다.

본안에서는 심판대상조항이 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제 및 보존기간에 대하여 규정하지 아니하여 수사경력자료에 기록된 개인정보가 당사자의 사망 시까지 보존되면서 이용되는 것이 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해하고 있는지가 문제된다.

### 2. 심판대상의 결정

제청법원은 구 형실효법(2010. 3. 31. 법률 제10211호로 개정되고, 2021. 3. 16. 법률 제17937호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 전부에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나 당해사건에서 문제가 된 수사경력자료는 ‘창원지방검찰청의 2001. 1. 29.자 소년부송치’로 소년법 제2조에 따른 소년에 대한 수사경력자료이므로, 수사경력자료의 삭제에 관한 규정인 구 형실효법 제8조의2 제1항과 소년법 제2조에 따른 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간에 관한 규정인 같은 조 제3항으로 심판대상을 한정하였고, 당해사건 원고는 소년부송치된 사건에 대하여 법원에서 불처분결정을 받았으므로 구 형실효법 제8조의2 제1항 및 제3항이 법원

에서 불처분결정된 소년부송치 사건의 수사경력자료의 보존기간과 삭제에 대하여 규정하지 않은 것으로 심판대상을 한정하였다.

또한, 구 형실효법 제8조의2는 2021. 3. 16. 법률 제17937호로 개정되었으나, 이는 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 부여하는 내용 등으로 형사소송법이 개정됨에 따라 수사경력자료의 삭제 사유에 ‘사법경찰관의 불송치결정’을 추가한 것으로, ‘법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정을 두지 않은 것’에는 변함이 없어 현행법 조항 또한 위헌 여부에 관하여 구법 조항과 결론을 같이 할 것이 명백하므로, ‘법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정하지 않은’ 현행법 조항이 헌법에 위반되는지 여부도 심판대상에 포함시켜 판단하였다.

### 3. 형실효법 개요 및 심판대상조항의 연혁

#### 가. 형실효법 개요

형실효법은 전과기록 및 수사경력자료의 관리와 형의 실효에 관한 기준을 정함으로써 전과자의 정상적인 사회복귀를 보장하기 위하여 1980. 12. 18. 법률 제3281호로 제정되었고, ‘전과기록 및 수사경력자료의 관리’와 ‘형의 실효에 관한 기준’ 등 두 가지 영역에 대하여 정하고 있으며, 심판대상조항은 그 중 ‘전과기록 및 수사경력자료의 관리’ 부분에 포함되어 있다.

형실효법은 수사 및 재판 등 형사사건에 관한 자료를 ‘범죄경력자료’와 ‘수사경력자료’로 나누고, 위 두 자료를 합하여 ‘수사자료표’라고 한다. ‘범죄경력자료’는 수사자료표 중 벌금 이상의 형의 선고, 면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰, 선고유예의 실효, 집행유예의 취소, 벌금 이상의 형과 함께 부과된 몰수,

추징, 사회봉사명령, 수강명령 등의 선고 또는 처분에 해당하는 사항에 관한 자료이고(형실효법 제2조 제5호), ‘수사경력자료’는 수사자료표 중 벌금 미만의 형의 선고와 사법경찰관의 불송치결정<sup>1)</sup> 및 검사의 불기소처분에 관한 자료 등 범죄경력자료를 제외한 나머지 자료(형실효법 제2조 제6호)를 의미한다.

<p><b>&lt; 수사자료표 &gt;</b> 수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적사항과 죄명 등을 기재한 표로서 경찰청에서 관리하는 것</p>	<p><b>범죄경력자료</b></p> <p>벌금 이상의 형의 선고, 면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰, 선고유예의 실효, 집행유예의 취소, 벌금 이상의 형과 함께 부과된 몰수, 추징, 사회봉사명령, 수강명령 등의 선고 또는 처분에 해당하는 사항에 관한 자료</p>
	<p><b>수사경력자료</b></p> <p>벌금 미만의 형의 선고와 사법경찰관의 불송치결정 및 검사의 불기소처분에 관한 자료 등 범죄경력자료를 제외한 나머지 자료</p>

그리고 형실효법은 ‘범죄경력자료’와 ‘수형인명부’ 및 ‘수형인명표’를 ‘전과기록’으로 규정한다(형실효법 제2조 제7호).

<p><b>&lt; 전과기록 &gt;</b></p>	<p><b>범죄경력자료</b></p> <p>벌금 이상의 형의 선고, 면제 및 선고유예, 보호감호, 치료감호, 보호관찰, 선고유예의 실효, 집행유예의 취소, 벌금 이상의 형과 함께 부과된 몰수, 추징, 사회봉사명령, 수강명령 등의 선고 또는 처분에 해당하는 사항에 관한 자료</p>
	<p><b>수형인명부</b></p> <p>자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명부로서 검찰청 및 군검찰부에서 관리하는 것</p>
	<p><b>수형인명표</b></p> <p>자격정지 이상의 형을 받은 수형인을 기재한 명표로서 수형인의 등록기준지 시·구·읍·면 사무소에서 관리하는 것</p>

1) 사법경찰관의 불송치결정은 2021. 3. 16. 법률 제17937호 개정으로 추가되었다.

### 나. 수사경력자료 보존기간 및 삭제 규정의 연혁

1980. 12. 18. 법률 제3281호로 제정된 형실효법은 즉결심판 대상자를 제외한 모든 피의자에 대하여 수사자료표<sup>2)</sup>를 작성하여 전과기록으로 관리하도록 규정하면서 수사자료표의 삭제에 관하여는 규정하지 않았고, 1993. 8. 5. 법률 제4569호로 개정된 법에서도 수사자료표의 삭제에 관하여는 여전히 아무런 규정을 두지 않아 수사자료표는 계속 보존되었다.

그 후 전과기록의 일종인 수형인명부와 수형인명표는 일정 기간이 경과하면 삭제 또는 폐기되는 데 반하여 수사자료표는 삭제 또는 폐기 규정이 없어 전과자를 양산하고, 국민의 인권을 침해한다는 비판이 제기되자<sup>3)</sup> 2002. 12. 5. 법률 제6747호로 개정된 형실효법 제2조 및 제8조 제2항은 수사자료표를 범죄경력자료와 수사경력자료로 구분하고, 전과기록에서 수사경력자료를 제외하며, 수사경력자료 중 검사의 기소유예·혐의없음·공소권없음·죄가 안됨의 불기소처분이 있는 경우와 법원의 무죄·면소·공소기각 판결이 확정된 경우 및 공소기각 결정이 확정된 경우에는 그 처분·결정이 있거나 판결이 선고된 날부터 5년이 경과한 때에 그 자료를 삭제하도록 하였다. 그리고 2005. 7. 29. 법률 제7624호로 개정된 형실효법은 수사경력자료의 보존기간을 해당 범죄사실의 법정형에 따라 10년, 5년, 즉시삭제로 세분화하는 내용으로 제8조의2를 신설하였다.

이 후 소년에 대한 불기소처분 등 수사경력자료는 전과가 아님에도 국민들에게 전과로 잘못 인식되어 소년의 정상적인 사회복귀에 장애요소로 작용하므로 소년에 대한 수사경력자료의 보존기

2) 현행 제도와 같이 범죄경력자료와 수사경력자료를 구분하지 아니함

3) 2002. 12. 5. 법률 제6747호로 개정된 형실효법의 개정사유

간을 성인과 구분하여 기간을 단축할 필요가 있다는 지적에 따라<sup>4)</sup> 2008. 3. 14. 법률 제8891호로 개정된 형실효법은 수사경력자료의 보존기간에 대한 소년특례규정인 제8조의2 제3항을 신설하여 소년에 대하여는 법정형에 관계없이 검사의 기소유예 불기소처분의 경우는 처분일로부터 3년, 혐의없음·공소권없음·죄가안됨 불기소처분의 경우는 처분 시까지, 법원의 무죄·면소·공소기각 판결이나 공소기각 결정의 경우는 그 판결 또는 결정의 확정 시까지 보존 후 즉시 삭제하도록 하였다.

2010. 3. 31. 법률 제10211호로 형실효법이 개정되면서 소년특례규정인 제8조의2 제3항이 개정되었으나 그 내용은 기존의 제2호의 내용을 제2호와 제3호로 구분한 것에 불과하고 구체적인 내용은 이전과 동일하다.

종전에 검사에게만 부여되었던 수사종결권을 사법경찰관에게도 부여하는 내용의 개정 형사소송법(2020. 2. 4. 법률 제16924호)이 도입됨에 따라, 2021. 3. 16. 법률 제17937호 개정으로 제8조의2 제1항과 제3항에 ‘사법경찰관의 혐의없음, 공소권없음 또는 죄가안됨의 불송치결정’이 있는 경우에 대한 삭제 규정과 소년에 대하여는 사법경찰관의 불송치결정일부 4개월간 수사경력자료를 보존하는 내용이 추가되었다.

---

4) 2008. 3. 14. 법률 제8891호로 개정된 형실효법의 개정사유

#### 4. 소년법상 소년부송치와 수사경력자료

##### 가. 소년법상 소년부송치 및 법원의 결정

소년부송치란 경찰서장, 검사 또는 법원이 소년사건을 소년부에 보내 보호사건으로 처리하게 하는 것으로(소년법 제4조 제2항, 제49조 제1항, 제50조), 소년법에 따라 소년이 가정법원 또는 지방법원 소년부에 송치되는 경우에는 세 가지가 있다. ① 촉범소년이나 우범소년을 경찰서장이 직접 관할 가정법원 또는 지방법원 소년부에 송치하는 경우(소년법 제4조 제2항), ② 검사가 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하여 송치하는 경우(소년법 제49조 제1항), 그리고 ③ 법원이 기소된 소년에 대한 피고사건을 심리한 결과 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정하여 결정으로 사건을 관할 소년부에 송치하는 경우(소년법 제50조)이다.

소년부송치된 사건에 대하여 법원이 할 수 있는 결정은 ㉠ 심리불개시결정(소년법 제19조 제1항 전문), ㉡ 불처분결정(소년법 제29조 제1항 전단), ㉢ 검사에의 송치결정(소년법 제7조, 제49조 제2항), ㉣ 법원으로서의 이송결정(소년법 제51조), ㉤ 보호처분결정(소년법 제32조 제1항)의 다섯 가지이고<sup>5)</sup>, 이 중 이 사건의 쟁점이 되는 불처분결정의 사유는 다음과 같다.

소년부 판사는 소년 사건에 대한 심리를 한 결과 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없다고 인정하면 처분을 하지 아니한다는 결정을 하여야 하는데(소년법 제29조 제1항 전단), 이를 ‘불처분결정’이라고 한다. 불처분결정은 심리개시 후 혐의의 보호처분을 하지 않고 사건을 종결시키는 것으로, ① 보호처분을 할 수 없어 불처분을 하는 경우와 ② 보호처분을 할 수는 있으나 할 필

5) 「법원실무제요 소년」, 법원행정처(2014), 283면

요가 없어 불처분을 하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 법률상 또는 사실상 보호처분을 할 수 없는 경우에는 심리불개시의 경우와 마찬가지로 ㉠ 비행이 없거나 ㉡ 소년의 소재가 불명한 경우가 있는데, 비행이 없는 경우는 비행사실의 존재에 관하여 개연성은 있으나 그러한 심증에 이르지 않는 경우이고, 소재가 불명한 경우는 심리 개시 이후 심리단계에서 소재불명 사유가 발생하거나 판명된 경우를 의미한다. 그리고 심리한 결과 보호처분을 할 정도의 보호의 필요성이 인정되지 않아 불처분결정을 하는 경우로는, ㉢ 별건보호로 충분하거나 ㉣ 사안이 경미하여 보호처분을 할 필요가 없는 경우를 들 수 있다<sup>6)</sup>.

〈 소년부송치 사건에 대한 소년부의 결정 〉

<p><b>심리불개시결정</b> (소년법 제19조 제1항 전문)</p>	<p>송치서와 조사관의 조사보고에 따라</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 사건의 심리를 개시할 수 없거나</li> <li>• 개시할 필요가 없는 경우</li> </ul>
<p><b>불처분결정</b> (소년법 제29조 제1항 전문)</p>	<p>심리 결과</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호처분을 할 수 없거나</li> <li>• 할 필요가 없는 경우</li> </ul>
<p><b>검사에의 송치결정</b> (소년법 제7조, 제49조 제2항)</p>	<p>사건을 관할 지방법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 소년을 조사 또는 심리한 결과 금고 이상의 형에 해당하는 범죄 사실이 발견되고, 그 동기와 죄질이 형사처분을 할 필요가 있는 경우</li> <li>• 사건 본인이 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우</li> </ul>
<p><b>법원으로의 이송결정</b> (소년법 제51조)</p>	<p>법원으로부터 소년부송치받은 사건을 조사 또는 심리한 결과</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 사건 본인이 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우 결정으로 사건을 송치한 법원에 다시 이송</li> </ul>

6) 「법원실무제요 소년」, 법원행정처(2014), 305-306면



<p style="text-align: center;"><b>보호처분결정</b> (소년법 제32조 제1항)</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁</li> <li>2. 수강명령(12세 이상 소년만 가능)</li> <li>3. 사회봉사명령(14세 이상의 소년만 가능)</li> <li>4. 보호관찰관의 단기 보호관찰</li> <li>5. 보호관찰관의 장기 보호관찰</li> <li>6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년 보호시설에 감호 위탁</li> <li>7. 병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 소년의료보호시설에 위탁</li> <li>8. 1개월 이내의 소년원 송치</li> <li>9. 단기 소년원 송치</li> <li>10. 장기 소년원 송치(12세 이상 소년만 가능)</li> </ol>
---------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

#### 나. 소년부송치와 수사경력자료의 기재

소년법상 소년부로 사건이 송치되는 세 가지(경찰서장, 검사, 법원) 경우 중, 경찰서장의 소년부송치는 촉법소년과 우범소년을 대상으로 하므로 원칙적으로 소년이 범죄 피의자로 입건되지 않아 수사경력자료에 ‘소년부송치’ 전력이 남지 않는 반면, 형사사건으로 입건된 사건을 검사가 소년부송치 처분하는 경우와 법원이 소년부송치 결정을 하는 경우는 수사경력자료에 ‘소년보호사건’으로 소년부송치 사실이 기재된다<sup>7)</sup>.

검사와 법원이 소년부송치하여 수사경력자료에 소년부송치된 사실이 기재된 경우, 이후 법원에서 소년보호사건을 조사·심리하여 내리는 다섯 가지 결정 중 심리불개시결정, 불처분결정, 보호처분결정에 대하여는 법원에서 결정 사실과 내용을 검찰·경찰 등 수사기관에 통지하지 않고, 기록도 법원에서 보관하므로 수사기관

7) 법원의 소년부송치 결정의 경우, 검사가 사건을 기소하였을 때 수사경력자료에 ‘재판 중’으로 기소된 사실이 기재되고, 이후 형사법원에서 사건을 소년부송치 결정하고 그 사실을 검찰청에 ‘재판결과통보’하면 검찰청에서 경찰청에 그 사실을 송부하여 경찰청에서 수사경력자료 기재를 ‘소년보호사건’으로 변경하게 된다.

에서는 법원의 결정 내용을 알 수 없고<sup>8)</sup>, 수사경력자료는 기존에 기록된 대로 ‘소년보호사건’으로 유지된다.

## 5. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 제한되는 기본권

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 이와 같이 개인정보의 공개와 이용에 관하여 정보주체 스스로가 결정할 권리인 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2020. 8. 28. 2018헌마927, 판례집 32-2, 196, 202).

이 사건 심판대상조항은 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정하지 않아 해당 수사경력자료는 당사자의 사망 시까지 보존되고<sup>10)</sup>, 수

8) 반면, 법원에서 소년보호사건을 심리한 후 내리는 결정 중 ‘검사에의 송치결정’은 사건을 관할 지방법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치하므로, ‘법원으로서의 이송결정’은 이송받을 법원에 대응하는 검찰청 검사에게 이송결정등본을 송부해 그 결정을 통지하므로(소년심판규칙 제40조) 검찰에서 법원의 결정을 알 수 있다.

9) 수사기관에서는 피의자의 상습성 등에 대한 수사를 위해 수사경력자료에 기재된 소년부송치 사건에 대하여 법원에 공문으로 결정 내용을 요청하여 확인한다.

10) 형실효법 시행령 제9조(수사자료표의 폐기) ① 경찰청장은 수사자료표에 등재된 사람이 사망한 때에는 그 수사자료표를 폐기할 수 있다.

사경력자료에는 지문정보와 인적사항, 죄명, 입건관서, 입건일자, 처분결과 등의 정보가 기록된다.

그러므로 심판대상조항이 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제 및 보존기간에 대하여 규정하지 아니하여 수사경력자료에 기록된 개인정보가 당사자의 사망 시까지 보존되면서 이용되는 것은 당사자의 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부가 문제된다.

이 사건 심판대상조항으로 인하여 소년부송치 후 불처분결정을 받은 소년이 다른 처분이나 판결을 받은 소년에 비해 불리한 차별을 받게 되어 평등원칙에 위배되는지 여부도 문제될 수 있으나 이 부분은 결국 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부의 논의에 포함되므로 이에 대하여는 따로 판단하지 아니한다.

#### 나. 개인정보자기결정권 침해 여부

##### (1) 입법목적의 정당성, 수단의 적합성

법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료는 불처분결정의 효력을 뒤집고 다시 형사처벌을 할 필요성이 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우 재수사에 대비한 기초자료 또는 소년이 이후 다른 사건으로 수사나 재판을 받는 경우 기초여부의 판단자료나 양형에 필요한 자료가 된다. 따라서 이러한 자료를 보존하는 것은 실제적 진실 발견을 도모하고 사법정의를 실현하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 구법조항이 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제 규정을 두지 않아 당사자의 사망 시까지 그 자료를 보존하게 한 것은 그 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다.

## (2) 침해의 최소성

소년은 성인에 비하여 개선가능성이 크고 사회의 비행으로부터 보호해야 할 필요가 있기 때문에 특별히 소년법으로 규율하고 있고, 소년법은 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 통해 소년이 우리 사회의 건전한 구성원으로 성장할 수 있도록, 죄를 범한 소년에 대하여 형사재판이 아닌 보호사건으로 심리하여 보호처분을 할 수 있는 절차를 마련하고 있다.

이와 같은 제도의 취지에 따라 소년법 제32조 제6항은 ‘법원의 보호처분이 소년의 장래 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.’고 명시하였는데, 법원이 불처분결정을 하는 경우에 대하여는 위와 같은 규정을 두지 않았지만 소년법의 취지에 비추어 법원에서 소년부송치된 사건을 심리한 후 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없다고 인정하여 불처분결정을 하는 경우에도 소년부송치 및 불처분결정된 사실이 소년의 장래 신상에 불이익한 영향을 미치지 않는 것이 마땅하다.

재수사의 기초자료나 다른 사건에 양형자료 등으로 이용할 것에 대비하여 수사경력자료를 보존할 필요가 있다 하더라도, 어떤 범죄가 행해진 후 시간이 흐를수록 수사의 단서로서나 상습성 판단자료, 양형자료로서의 가치는 감소하므로, 모든 소년부송치 사건의 수사경력자료를 해당 사건의 경중이나 결정 이후 경과한 시간 등에 대한 고려 없이 일률적으로 당사자가 사망할 때까지 보존할 필요가 있다고 보기는 어렵다.

검사의 기소유예 처분은 검사가 범죄혐의가 인정되는 것으로 판단하였으나 그 경위나 정상 등을 참작하여 기소하지 않고 사건을 종결하는 것으로, 별건으로 보호처분이 부과되었거나 사안이 경미하여 보호처분을 할 필요가 없어 소년부송치 사건에 대하여

법원이 불처분결정을 하는 경우와 유사한 점이 있음에도, 기소유예 처분에 대하여는 그 처분일로부터 3년간 수사경력자료를 보존하고 이후 삭제하도록 하고 있음에 반해, 이 사건 구법 조항은 불처분결정된 소년부송치 사건에 대해서는 수사경력자료 삭제 및 보존기간을 규정하지 않고 있다. 또한, 소년에 대한 검사의 혐의 없음 처분이나 법원의 무죄 선고는, 비행사실이 인정되지 않아 보호처분을 할 수 없어 소년부송치 사건에 대하여 법원이 불처분결정을 하는 경우와 유사한 점이 있음에도, 혐의없음 처분이나 무죄 확정 판결에 대하여는 그 처분 시 또는 무죄 확정 시까지만 수사경력자료를 보존하도록 하고 있음에 반해, 이 사건 구법 조항은 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료 삭제 및 보존기간을 규정하지 않아 이를 당사자의 사망 시까지 보존하게 하고 있다.

이와 같은 점에서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료를 범죄의 종류와 경중, 결정 이후 시간의 경과 등 일체의 사정에 대한 고려 없이 일률적으로 당사자의 사망 시까지 보존하는 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것으로 침해의 최소성에 위배된다.

### (3) 법익의 균형성

이 사건 구법 조항으로 인해 당사자의 사망 시까지 보존되는, 불처분결정된 소년부송치 사건의 수사경력자료가 조회 및 회보되는 경우는, 불처분결정의 효력을 뒤집고 당사자를 다시 수사할 특별한 사정이 생긴 경우와 형실효법 제6조 제1항 및 형실효법 시행령 제7조, 제7조의2에 따라, 범죄수사 또는 재판을 위해 필요한 경우, 형의 집행 등을 위하여 필요한 경우와 보호감호 등 보

호처분 또는 보안관찰업무의 수행을 위하여 필요한 경우 및 각군 사관생도의 입학 및 장교·준사관·부사관·군무원의 임용과 그 후보자의 선발에 필요한 경우 등이다.

이 중 불처분결정된 사건을 다시 수사하는 것은 예외적인 경우이고, 범죄수사나 재판, 형의 집행 등을 위해 필요한 경우는 기간의 제한 없이 모든 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 조회 및 회보가 가능한데, 범행 전력은 범행 이후 시간이 경과하면서 상습성의 판단자료나 양형자료로서의 가치가 감소하므로 기간의 제한이 없는 수사경력자료의 조회 및 회보가 실제적 진실발견과 형사사법의 정의구현에 기여하는 정도나 그 필요성보다, 그로 인해 당사자가 입을 수 있는 실질적 또는 심리적 불이익과 그로 인한 재사회화 및 사회복귀의 어려움이 더 크다.

군 사관생도의 입학이나 장교 등의 임용과 관련한 회보는 그 범위가 소년부송치일로부터 3년이 경과하지 않은 자료로 제한되지만, 회보되는 내용이 당사자인 소년이 소년부송치되었다는 사실 뿐, 그 후 법원에서 사안이 경미하여 보호처분의 필요가 없거나 비행사실이 인정되지 않는 등의 사유로 불처분결정된 내용은 회보되지 않기 때문에 불충분한 정보로 인해 당사자가 임용 과정에서 실질적으로 불이익을 받거나, 적어도 심리적으로 위축되는 불이익에 대한 우려가 더 크다.

따라서 이 사건 구법 조항이 추구하는 공익에 비해 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건의 수사경력자료가 삭제되지 않고 당사자의 사망 시까지 보존됨으로 인하여 당사자가 입게 되는 불이익이 더 크다.

#### (4) 소결론

따라서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 보존기간과 삭제에 대한 규정을 두지 않은 이 사건 구법 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 소년부송치 후 불처분결정을 받은 자의 개인정보자기결정권을 침해한다.

#### 다. 주문 형태 헌법불합치결정

재판관들은 일치하여 이 사건 구법 조항은 과잉금지원칙에 위반되어 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 단순위헌결정을 하는 경우 수사경력자료의 삭제 및 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간에 대한 근거규정이 사라지게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되고, 위헌성을 제거하는 방식에 대하여는 입법자의 재량이 인정된다는 이유로 이 사건 구법 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 하기로 하였다.

그리고 이 사건 구법 조항은 이미 개정되어 향후 적용될 여지가 없지만 당해사건과 관련하여서는 여전히 적용되고 있으므로, 계속적용을 명하는 경우에는 이에 대한 위헌선언의 효력이 당해사건에 미치지 못할 우려가 있어, 이 사건 구법 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되 그 적용을 중지하였다. 한편, 아래와 같은 이유로 이 사건 현행법 조항에 대하여도 계속적용을 명하는 헌법불합치 결정을 선고하므로, 당해사건에는 이 사건 현행법 조항이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하도록 결정하였다.

한편, 이 사건 현행법 조항은 종전 검사에게만 수사종결권을 부여하였으나 사법경찰관에게도 1차적 수사종결권을 부여하는 등의 내용으로 형사소송법이 개정(법률 제16924호, 2020. 2. 4. 공포, 2021. 1. 1. 시행)됨에 따라 전산입력된 수사경력자료의 해당 사

항을 삭제하는 사유에 검사의 불기소처분에 대응하는 사법경찰관의 불송치결정을 추가한 것으로, 이 사건에서 문제되는 법원이 불처분결정한 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정하지 않은 것에는 변함이 없으므로, 현행법 하에서도 여전히 법원이 불처분결정한 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료는 당사자의 사망 시까지 삭제되지 않고 보존되는 문제가 그대로 발생하고 있다.

이에 재판관들은 이 사건 구법 조항에 대하여 위헌을 선언하면서 이 사건 현행법 조항의 효력을 그대로 유지한다면 위헌적인 상태를 방치하는 것과 같은 결과가 되므로 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 이 사건 현행법 조항에 대해서도 위헌을 선언하되, 이 사건 현행법 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 경우 법적 공백으로 인하여 수사경력자료의 삭제 및 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간에 대한 근거규정이 사라지게 되는 불합리한 결과가 발생하므로 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속적용을 명하기로 하였다. 입법자는 2023. 6. 30.까지 개선입법을 이행하여야 하고, 개선입법시 당해사건 원고의 구제를 위하여 소급적용할 수 있도록 경과규정을 함께 입법할 것을 권고하였다.

## 6. 이 사건 결정의 의의

형실효법은 제8조의2 제1항에 수사경력자료의 삭제에 관한 내용을, 제2항에 수사경력자료의 보존기간에 관한 내용을, 제3항에 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간을 성인의 경우보다 단축하는 내용을 규정하면서도 소년이 소년부송치된 경우의 수사경력자료의 삭제와 보존기간을 규정하지 않아, 법원에서 불처분결정된 소년부



송치 사건에 대한 수사경력자료가 당사자의 사망시까지 보존되면서 형실효법과 시행령이 정한 일정한 경우 그 자료가 이용된다.

이 사건 결정은 심판대상조항이 법원에서 불처분결정된 소년부 송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 관하여 규정하지 않아 당사자의 사망시까지 소년부송치되었다는 내용의 수사경력자료가 보존되는 것은 당사자의 개인정보자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다는 점을 확인하면서, 단순위헌결정을 하는 경우 수사경력자료의 삭제 및 소년에 대한 수사경력자료의 보존기간에 대한 근거규정이 사라지게 되고, 입법자에게 위헌성 제거 방식에 관한 재량이 인정된다는 점을 고려하여 심판대상조항에 대하여 헌법불합치 결정을 하였다.

또한 이 사건 구법 조항은 이미 개정되었지만, 당해사건에는 여전히 적용되므로 당해사건 원고의 구제를 위해 그 적용을 중지하고, 이 사건 현행법 조항은 계속 적용을 명하되, 입법자에게 늦어도 2023. 6. 30.까지 개선입법을 하도록 하였다.

## 9. 보안관찰법 제2조 등 위헌소원

- 보안관찰처분대상자에게 출소사실 및 거주지변동 등의 신고의무를 부과하고, 신고하지 않은 경우 이를 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2021. 6. 24. 2017헌바479, 판례집 33-1, 650)

김 지 현(金智賢)\*

### 【판시사항】

1. 보안관찰처분대상자가 교도소 등에서 출소한 후 7일 이내에 출소사실을 신고하도록 정한 구 보안관찰법 제6조 제1항 전문 중 출소 후 신고의무에 관한 부분 및 이를 위반할 경우 처벌하도록 정한 보안관찰법 제27조 제2항 중 구 보안관찰법 제6조 제1항 전문 가운데 출소 후 신고의무에 관한 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 한다)이 과잉 금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

2. 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 보안관찰처분대상자가 교도소 등에서 출소한 후 기존에 보안관찰법 제6조 제1항에 따라 신고한 거주예정지 등 정보에 변동이 생길 때마다 7일 이내에 이를 신고하도록 정한 보안관찰법 제6조 제2항 전문(이하 ‘변동신고조항’이라 한다)이 포괄위임금지원

---

\* 헌법연구관

칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 변동신고조항 및 이를 위반할 경우 처벌하도록 정한 보안관찰법 제27조 제2항 중 제6조 제2항 전문에 관한 부분(이하 변동신고조항과 합하여 ‘변동신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)

5. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대하여 위헌의견이 4인, 헌법불합치의견이 2인인 경우 주문의 표시 및 헌법불합치결정을 선고하면서 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

구 보안관찰법(1989. 6. 16. 법률 제4132호로 전부개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 전문 중 출소 후 신고의무에 관한 부분(이하 ‘출소후신고조항’이라 한다), 보안관찰법(1989. 6. 16. 법률 제4132호로 전부개정된 것) 제27조 제2항 중 구 보안관찰법(1989. 6. 16. 법률 제4132호로 전부개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 전문 가운데 출소 후 신고의무에 관한 부분(이하 ‘출소후신고의무위반에 대한 처벌조항’이라 하고, 출소후신고조항과 합하여 ‘출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 한다), 보안관찰법(1989. 6. 16. 법률 제4132호로 전부개정된 것) 제6조 제2항 전문(이하 ‘변동신고조항’이라 한다), 제27조 제2항 중 제6조 제2항 전문에 관한 부분(이하 ‘변동신고의무위반에 대한 처벌조항’이라 하고, 변동신고조항과 합하여 ‘변동신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 하며, 위 조항들을 모두 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부

### 【사건의 개요】

청구인은 국가보안법위반(국가기밀 탐지·수집)죄 등으로 2013. 7. 26. 징역 5년 및 자격정지 5년 형을 선고받고, 2016. 7. 17. 형집행을 종료한 자이다.

청구인은 보안관찰법상 보안관찰처분대상자에 해당하여 보안관찰법 제6조에 따라 출소 후 출소사실 및 과거 신고한 사항에 변동이 발생한 주거지 변동사실에 관하여 신고의무가 있음에도, 정당한 이유 없이 이를 신고하지 아니하여 보안관찰법위반죄로 기소되었다.

청구인은 제1심 계속 중 보안관찰법 제2조, 제3조, 제6조 제1항, 제2항, 제27조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 그 신청이 기각되고 벌금 100만 원을 선고받자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 출소 후 출소사실을 신고하여야 하는 신고의무 내용에 비추어 보안관찰처분대상자(이하 ‘대상자’라 한다)의 불편이 크다거나 7일의 신고기간이 지나치게 짧다고 할 수 없다. 보안관찰해당범죄는 민주주의체제의 수호와 사회질서의 유지, 국민의 생존 및 자유에 중대한 영향을 미치는 범죄인 점, 보안관찰법은 대상자를 파악하고 재범의 위험성 등 보안관찰처분의 필요성 유무의 판단 자료를 확보하기 위하여 위와 같은 신고의무를 규정하고 있다는 점 등에 비추어 출소 후 신고의무 위반에 대한 제재수단으로 형벌을 택한 것이 과도하다거나 법정형이 다른 법률들에 비하여 각별히 과중하다고 볼 수도 없다.

따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을

위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.

### 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 반대 의견

출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 대상자라는 이유만으로 재범의 위험성이 인정되지 않은 사람들에게 신고의무를 부과하고 그 위반 시 형사처벌하도록 정하여, 보안처분에 대한 죄형법정주의적 요청에 위배된다.

발생통고, 출소 전 신고의무 및 통보, 출소 시 통보 등을 통해 대상자의 거주예정지 및 도착예정일시 등을 포함한 충분한 정보가 관할경찰서장에게 여러 차례 송부된다. 일선 경찰서에 대상자 신규발생이 그리 많지 않고 시행령에 동태보고도 규정되어 있어 이미 확보한 자료를 토대로 대상자의 실거주 여부 확인이 어렵지 않다. 또한 보다 완화된 방법으로도 입법목적은 충분히 달성할 수 있다.

따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다.

2. 대상자와 보안관찰처분을 받은 자(이하 ‘피보안관찰자’라 한다)에 맞게 각각에 대하여 신고의무를 부과하는 것 자체가 불합리하다고 볼 수 없고, 각 신고의무 모두 그 이행을 통한 관련 자료 확보의 필요성이 있다는 점 등에 비추어, 각각에게 ‘신고의무’를 부과하고 그 위반에 대해 동일한 법정형을 정한 것이 곧바로 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 또한 보안관찰과 치료감호·보호관찰이 신고의무 부과 및 제재에 있어 다른 이유는 각 제도의 목적과 취지, 법적 성질, 대상자의 지위와 처분의 내용에 차이가

있기 때문이다.

따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

3. 사회적 변화에 대응하기 위해 대상자가 신고해야 할 구체적 사항을 하위법령에 위임할 필요성이 인정된다. 보안관찰법 제6조 제1항에서 위임한 신고사항에는 대상자의 생활환경, 성행 등을 파악하는 데 필요한 직업, 재산, 가족 및 교우관계 등 재범의 위험성을 판단하기 위한 정보가 포함될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 따라서 위 제6조 제1항에 의한 신고사항에 변동이 있을 경우 신고하도록 정한 변동신고조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

#### **4. 가. 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 위헌의견**

변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 아직 재범의 위험성 판단이 이루어지지 아니한 대상자에게, 재범의 위험성이 인정되어 보안관찰처분을 받은 사람과 유사한 신고의무 및 그 위반 시 동일한 형사처벌을 규정하고 있다. 이는 재범의 위험성이 없으면 보안처분을 부과할 수 없다는 보안처분에 대한 죄형법정주의적 요청에 위배되고, 입법목적 달성에 필요하지 않은 제한까지 부과하는 것이다.

피보안관찰자의 경우 2년마다 그 시점을 기준으로 재범의 위험성을 심사하여 갱신 여부를 결정하도록 하고 있는데, 대상자의 경우에는 정기적 심사도 없이 무기한의 신고의무를 부담하게 된다. 이 때문에 중국결정이라 할 수 있는 보안관찰처분이 없음에도 보안관찰처분이 있는 것과 유사한 효과를 선취하는 불합리한 결과를 초래하고 있다.

따라서 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다.

#### 나. 재판관 유남석, 재판관 이은애의 헌법불합치 의견

변동신고조항은 출소 후 기존에 신고한 거주예정지 등 정보에 변동이 생기기만 하면 신고의무를 부과하는바, 의무기간의 상한이 정해져 있지 아니하여, 대상자로서는 보안관찰처분을 받은 자가 아님에도 무기한의 신고의무를 부담한다. 대상자는 보안관찰처분을 할 권한이 있는 행정청이 어느 시점에 처분을 할지 모르는 불안정한 상태에 항상 놓여 있게 되는바, 이는 행정청이 대상자의 재범 위험성에 대하여 판단을 하지 아니함에 따른 부담을 오히려 대상자에게 전가한다는 문제도 있다.

대상자가 면제결정을 받으면 신고의무에서 벗어날 수 있으나, 이러한 예외적인 구제절차가 존재한다는 사정만으로는 기간의 상한 없는 변동신고의무의 위헌성을 근본적으로 치유하기에는 부족하다.

그렇다면 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 대상자에게 보안관찰처분의 개시 여부를 결정하기 위함이라는 공익을 위하여 지나치게 장기간 형사처벌의 부담이 있는 신고의무를 지도록 하므로, 이는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다.

변동신고조항 및 위반 시 처벌조항의 위헌성은 대상자가 무기한의 변동신고의무를 부담하게 된다는 데에 있다. 이에 대해 단순 위헌결정을 할 경우 대상자에 대하여 변동사항 신고의무를 부과함이 정당한 경우에도 그러한 의무가 즉시 사라지게 되어 법적 공백이 발생한다. 따라서 위 조항들에 대하여 헌법불합치결정을

선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하는 것이 타당하다.

**다. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대한 재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견**

보안관찰해당범죄는 민주주의체제의 수호와 사회질서의 유지, 국민의 생존 및 자유에 중대한 영향을 미치므로 재범 억제에 특별히 중요하다. 대상자가 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 따라 부담하는 신고의무는 기존에 신고한 적이 있는 내용에 대한 변동사항에 국한되므로, 이는 과도한 부담이 아니다.

대상자의 재범 가능성을 효과적으로 관리·억제하기 위해서는 대상자로부터 변동신고조항에 따른 변동사항 신고의무의 이행을 확보해야 한다. 보안관찰해당범죄는 장기간의 계획 수립 하에 이루어질 수 있는바, 신고의무기간에 일률적인 상한을 두어서는 입법목적 달성이 어렵다. 한편, 대상자로서는 준법정신이 확립되어 있고, 기타 일정한 요건을 충족할 경우 면제결정을 받을 수 있다.

따라서 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.

5. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대하여는 4인의 위헌의견에 2인의 헌법불합치의견을 가산하면 위헌 정족수를 충족하게 된다. 따라서 위 조항들은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2023. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용한다.



## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 심판대상조항은 대상자의 출소사실, 거주예정지 변동 등 개인의 사적 영역에 관한 정보에 대하여 신고의무를 부과하고 이를 이행하지 않는 경우 2년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금으로 형사처벌하도록 정하고 있고, 이와 같이 수집된 개인정보는 교도소의 장 등에 의해 관할경찰서장에게 통보되거나 향후 보안관찰처분의 청구 및 결정 시에 이용된다.

나. 심판대상조항은 치료감호, 보호관찰의 경우와 달리 아직 보안관찰처분을 받지 아니한 단계에 있는 대상자에 대하여도 신고의무를 부과하고, 그 위반 시 피보안관찰자의 경우와 마찬가지로 형사제재를 받도록 규정하고 있다.

다. 이하에서는 보안관찰대상자와 보안관찰처분을 받은 자 각각에 대한 제도를 살펴본 다음, 이어 본안에 대한 판단을 하고자 한다.

라. 한편, 변동신고조항에 대해서는 선례가 없지만, 출소 후 신고조항 및 위반시 이를 처벌하는 조항에 대해서는 2차례 합헌결정된 바 있다. 신고의무부과 및 처벌조항에 대해서는 이러한 선례를 변경할 사정이 있는지 여부를 중심으로 살펴본다.

### 2. 보안관찰처분대상자의 신고 관련 제도 및 실태

#### 가. 대상자의 신고사항

“보안관찰처분대상자”는 형법·군형법·국가보안법상 간첩, 내란·이적죄 등 보안관찰해당범죄<sup>1)</sup> 또는 이와 경합된 범죄로 금고 이

1) 보안관찰법 제2조에서 종류를 자세히 규정하고 있다.

1. 형법 제88조·제89조(제87조의 미수범을 제외한다)·제90조(제87조에 해당하는 죄

상의 형의 선고를 받고 그 형기 합계가 3년 이상인 자로서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 사실이 있는 자를 말한다(보안관찰법 제3조).

(1) 출소 전 신고

대상자는 그 형의 집행을 받고 있는 교도소 등에서 출소 전에<sup>2)</sup> 거주예정지 기타 대통령령으로 정하는 사항을 교도소등의 장을 경유하여 거주예정지 관할경찰서장에게 신고하여야 한다(보안관찰법 제6조 제1항 전문, 이하 보안관찰법 및 그 시행령을 각각 ‘법’, ‘시행령’이라고만 함).

이때 대통령령이 정하는 사항이란 1. 원적·본적·주거(실제로 생활하는 거처. 이하 같다)·성명·생년월일·성별·주민등록번호, 2. 가족 및 교우관계, 3. 입소전의 직업·본인 및 가족의 재산상황, 4. 학력·경력, 5. 종교 및 가입한 단체, 6. 병역관계, 7. 출소에 정일, 8. 출소후의 거주예정지 및 그 도착예정일, 9. 보안관찰해당범죄사실의 요지·판결법원·판결연월일·죄명·적용법조·형명·형기, 10. 보안관찰해당범죄 외의 전과관계, 11. 법 제20조 제3항에 해당하는 경우에는 거소제공 결정일자와 제공된 사회복지시설 등의 명칭 및 그 소재지를 지칭하며, 신고서 5부를 작성하여 교도소등의 장에게 제출해야 한다(시행령 제6조 제1항).

---

를 제외한다)·제92조 내지 제98조·제100조(제99조의 미수범을 제외한다) 및 제101조(제99조에 해당하는 죄를 제외한다)

2. 균형법 제5조 내지 제8조·제9조제2항 및 제11조 내지 제16조

3. 국가보안법 제4조, 제5조(제1항 중 제4조 제1항 제6호에 해당하는 행위를 제외한다), 제6조, 제9조 제1항·제3항(제2항의 미수범을 제외한다)·제4항

2) 법률에는 기한이 명시되지 않았으나, 관련 시행령 조항에 따르면 해당 신고기한은 출소에정일 2개월 전이다.

보안관찰법 시행규칙 제5조 제3항(교도소등의 장은 제2항 및 영 제6조 제2항의 규정에 의하여 신고서를 송부하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 보안관찰처분대상자의 출소에정일 2월전까지 이를 송부하여야 한다.)

### (2) 출소 후 신고(출소사실 신고)

대상자는 출소 후 7일 이내에 그 거주예정지 관할경찰서장에게 출소사실을 신고하여야 한다(법 제6조 제1항 후문). 법 제6조 제1항의 출소사실의 구체적인 사항은 시행령이 정하고 있는데, 출소일·출소교도소·출소사유 기타 필요한 사항이며, 신고서에는 2인 이상의 신원보증인이 서명·날인하여야 한다. 신원보증인이 없는 때에는 그 사유를 명기하여야 한다(시행령 제9조 제1항).

### (3) 출소 후 변동사항 신고

대상자는 교도소등에서 출소한 후 제1항의 신고사항에 변동이 있을 때에는 변동이 있는 날부터 7일 이내에 그 변동된 사항을 관할경찰서장에게 신고하여야 한다. 다만, 제20조 제3항에 의하여 거소 제공을 받은 자가 주거지를 이전하고자 할 때에는 미리 관할경찰서장에게 제18조 제4항 단서에 의한 신고를 하여야 한다(법 제6조 제2항).

이에 대해서는, 이미 출소 전 신고한 사항과 내용상 중복되고, 경찰의 행정작용으로 얼마든지 확보할 수 있는 내용으로(이미 경찰서장이 교도소장으로부터 출소 통보를 받기 때문에), 불필요한 의무부과이며, 이는 보안관찰처분대상자를 길들이기 위한 것으로 의심된다는 비판이 존재한다(국가인권위원회 2002년 용역보고서).<sup>3)</sup>

## 나. 교도소장의 관할경찰서장 발생통고 및 출소통보

관할경찰서장은, ① 출소 전에 교도소 등의 장으로부터, 보안관찰처분대상자 발생통고를 받게 된다(법 제6조 제3항, 시행령 제

3) 보안관찰대상자 인권침해 실태조사, 2002년 국가인권위원회 인권상황 실태조사(민주화실천가족운동협의회가 수행, 2003. 1. 30.자 제출), 27-28면

10조 제1항).

② 출소예정일 2월 전에 교도소 등의 장을 경유하여 위 대상자로부터, 출소 전 신고(법 제6조 제1항 전문 전단, 시행령 제6조, 시행규칙 제5조)를 받고, 교도소 등의 장이 첨부한 보안관찰해당범죄에 대한 판결문사본·행형성적 기타 필요한 서류도 함께 받는다.

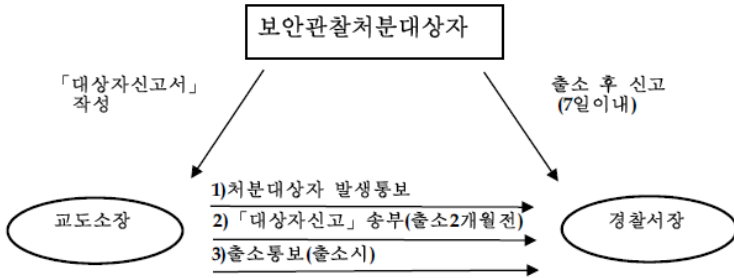
③ 위 대상자의 출소 직후 교도소 등의 장으로부터 출소통보를 받게 된다(시행령 제8조).

각각의 통고, 신고 내지 통보에 기재될 사항은 다음 표와 같다.

**[표] 발생통고·출소 전 신고·출소통보의 내용 비교**

발생통고	출소 전 신고	출소통보
1. 원적·본적·성명·생년월일·성별·주민등록번호	1. (좌동)	1. (좌동)
2. 출소예정일	2. (좌동)	2. (좌동)
3. 거주예정지 및 도착예정일시	3. (좌동)	3. (좌동)
4. 보안관찰 해당범죄사실의 요지·판결법원·판결연월일·죄명·적용법조·형명·형기	4. (좌동)	4. 재소 중 행장의 양부
5. 학력·경력	5. (좌동)	5. 건강상태
6. 입소 전의 직업·본인 및 가족의 재산상황	6. (좌동)	6. 사상의전향
7. 가족 및 교우관계(학력·재산 포함)	7. (좌동)	
8. 종교 및 가입한 단체	8. (좌동)	
9. 주요동태	9. 보안관찰해당범죄 외의 전과관계	
	10. 병역관계	

그림: 대상자의 신고 및 교도소장의 통보 흐름도



### 다. 보안관찰처분의 개시와 면제

#### (1) 보안관찰처분의 개시절차

보안관찰법 제3조에 해당하는 자 중 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범의 방지를 위한 관찰이 필요한 자에 대하여는 보안관찰처분을 한다(법 제4조 제1항). 보안관찰처분 청구는 검사가 보안관찰처분청구서(이하 “처분청구서”라 한다)를 법무부장관에게 제출함으로써 행한다(법 제8조 제1항). 법무부장관은 처분청구서와 자료에 의하여 청구된 사안을 심사한다(법 제10조 제1항).

보안관찰처분에 관한 사안을 심의·의결하기 위하여 법무부에 보안관찰처분심의회위원회를 둔다(법 제12조 제1항). 위원장은 법무부차관이 되고, 위원은 학식과 덕망이 있는 자로 하되, 그 과반수는 변호사의 자격이 있는 자이어야 한다(법 제12조 제3항). 보안관찰처분에 관한 결정은 위원회의 의결을 거쳐 법무부장관이 행한다(법 제14조 제1항).

보안관찰처분의 개시 시점에 대해 보안관찰법에서는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 처분대상자에서 처분자료의 지위 변경

이 언제 결정되는지는 정해지지 않았다. 실제 50여건의 보안관찰 처분(대상자) 조사결과, 대부분 출소 후 6개월 이내에 보안관찰 처분을 받았으나, 이례적으로 처분대상자가 된 지 3년이 지나 처분 결정이 내려진 경우도 있었다.<sup>4)</sup>

이러한 보안관찰처분은 법원의 판단절차 없이 처분 집행담당기관인 법무부장관이 처분 여부를 결정하는데, 이는 현존하는 보안 처분제도들 중 굉장히 예외적인 구조이다.<sup>5)</sup>

**〈표〉 대상자와 피보안관찰자에 대한 통계 (2013. 8. 기준)**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013. 8.
대상자	3,184	2,962	2,773	2,593	2,383	2,256
피보안관찰자	50	45	43	41	45	43

(2) 보안관찰처분의 면제와 면제취소

법무부장관은 보안관찰처분대상자 중 1. 준법정신이 확립되어 있을 것, 2. 일정한 주거와 생업이 있을 것, 3. 대통령이 정하는 신원보증인 있을 것이라는 요건을 충족한 경우 보안관찰처분을 하지 아니하는 결정(이하 “면제결정”이라 한다)을 할 수 있다 (법 제11조 제1항).

보안관찰처분의 면제결정을 받은 자는 그때부터 이 법에 의한

4) 보안관찰대상자 인권침해 실태조사, 2002년 국가인권위원회 인권상황 실태조사(민주화실천가족운동협의회가 수행, 2003. 1. 30.자 제출), 17면

5) 보안관찰제도 폐지를 주장하는 측과 국가인권위원회도 법원 아닌 법무부 산하 위원회가 보안관찰처분의 개시를 결정하는 구조를 가장 문제삼고 있다. 실제로 국가보안법·보안관찰법 폐지·양심수 석방을 주장하였다거나, 수감 중 태도, 자서전 발간 등 재범의 위험성과는 무관한 요소에 의한 처분 사례들이 존재하는 것으로 조사되었다. 보안관찰대상자 인권침해 실태조사, 2002년 국가인권위원회 인권상황 실태조사(민주화실천가족운동협의회가 수행, 2003. 1. 30.자 제출) 참조

보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자로서의 의무를 면한다(법 제11조 제6항).

종래에는 보안관찰 처분 면제를 신청할 때 의무적으로 준법서약서를 제출하도록 되어 있었으나, 보안관찰법 제정 30년 만인 2019. 10. 8. 이를 폐지하고(보안관찰법 시행령·시행규칙 개정), 객관적 사실 자료를 통해 보안관찰처분 면제 여부를 판단하도록 하였다.<sup>6)</sup>

면제결정을 받은 자가 그 면제결정요건에 해당하지 아니하게 된 때에는 검사의 청구에 의하여 법무부장관은 면제결정을 취소할 수 있다(법 제11조 제4항). 면제결정과 면제결정청구, 면제결정취소청구 및 그 결정에 대하여는 보안관찰처분청구 및 심사결정에 관한 규정을 준용한다(법 제11조 제6항).

면제결정 청구 현황을 살펴보면, 2010년도부터 매년 1건~4건 청구되어(10년간 총 21건), 1건을 제외하고는 최근 10년간 모두 인용(면제)결정되었다. 면제결정을 받는 데 소요된 기간은 최단 1년 10월, 최장 28년이다.

### (3) 보안관찰처분의 집행

검사 및 사법경찰관리는 피보안관찰자의 재범을 방지하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여 1. 피보안관찰자와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경등을 관찰하는 것, 2. 피보안관찰자에 대하여 신고사항을 이행함에 적절한 지시를 하는 것, 3. 기타 피보안관찰자가 사회의 선량한 일원이 되는 데 필요한 조치를 취하는 것의 지도를 할 수 있다(법 제19조 제1항).

검사 및 사법경찰관리는 피보안관찰자가 의무를 위반하였거나

6) 법제처 제공 보안관찰법 시행령 개정이유 및 주요내용

위반할 위험성이 있다고 의심할 상당한 이유가 있는 때에는 그 이행을 촉구하고 형사처벌등 불이익한 처분을 받을 수 있음을 경고할 수 있다(법 제22조).

#### 라. 소결

보안관찰처분대상자 제도가 재범방지를 목적으로 하는 보안관찰처분의 예비적 절차로 기능하면서도, 대상자를 선정함에 있어 재범의 위험성 여부를 별도로 심사하지 않고 법률상 요건 충족 시 당연히 해당되도록 한 구조는 현행법상 존재하는 각종 보안처분제도 중에서 성폭력범죄자의 신상정보등록제도(헌재 2019. 11. 28. 2017헌마399, 판례집 31-2상, 543, 551 참조)만 발견될 정도로 상당히 이례적이다.

### 3. 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대한 판단

#### 가. 제한되는 기본권

심판대상조항은 출소한 사실, 거주예정지의 변동 등 개인의 사적 영역에 관한 정보에 관하여 신고의무를 부과하고 이를 위반하면 형사처벌하므로 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, 수집된 개인정보는 교도소의 장 등이 관할경찰서장에 통보 하거나 향후 보안관찰처분의 청구 및 결정 시에 이용되므로 개인정보자기결정권도 제한한다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

##### (1) 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2001. 7. 19. 2000헌바22 결정에서 출소후신고



조항 및 위반 시 처벌조항과 동일한 취지의 법 제6조 제1항 전문 중 해당 부분 및 제27조 제2항 중 해당 부분에 대하여 과잉금지 원칙 등에 위배되지 아니한다는 이유로 합헌 결정하였다. 선례의 요지는 다음과 같다.

『우리 헌법이 보안처분을 수용하여 이에 관한 규정을 두고 있고, 법이 대상자의 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위해 보안관찰처분에 대해 규정하고 있는 점 등에 비추어 각 법률조항들의 입법목적의 정당성이 인정된다.』<sup>7)</sup>

위 조항들에 따른 신고는 교도소 등의 장에 의한 법 제6조 제3항의 대상자 발생통고 및 시행령 제8조에 의한 출소통보와 대상자에 의한 법 제6조 제1항 전문 전단의 출소 전 신고와는 형식적인 측면에서 주체와 시기, 방법, 목적이 서로 다르고 실질적인 측면에서도 위 ‘출소 후 신고’는 보안관찰처분 여부의 시발점이 된다고 할 수 있을 만큼 중요한 절차이며 이를 인정하지 않을 경우 법의 입법 목적을 수행하기 위하여 대상자 또는 그 가족에 대한 관계에서 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있는 소지가 있다는 점 등에서 법의 입법 목적 달성을 위하여 적합한 수단이다.

7) 한편, 입법목적 자체에 대하여 매우 비판적인 입장도 존재한다.

- 형법상 보안처분제도가 각국에 도입 실시된 이래, 1930년 이태리 형법(파시스트 시대 형법) 및 1936년 일본 형법(군국주의 시대 형법) 등 보안처분의 형태로 이른바 사상범에 대한 감시관찰제도로 한 때 시행되었다가 정치적 목적에 의한 남용가능성으로 인하여 폐지되었고, 현재 문명국가에서 그런제도는 존재하지 않는다.
- 독일은 우리의 보안관찰과 유사한 처분으로 추측되는 경찰관찰(Polizeiaufsicht)이 있었다. 그러나 이 제도는 법치국가원리에 비추어 의문점이 제기되었고 범죄대책에 적합하지 않다고 판단되어 실무에서는 거의 적용되지 않았다고 한다. 따라서 제1차 세계대전 이후 모든 초안들에서 자취를 감추었다. 그 대신 1911년 초안부터 소위 보호관찰제도(Schutzaufsicht)가 제안되었는데, 이는 경찰이 배제되고 특정 범죄인의 석방 초기에 개인적으로 집중적인 원호를 위해 고안되었다고 한다. 이러한 제도들은 현재 형법상 보안처분으로서 독일 형법 제68조 이하 보호관찰제도가 되었으며, 제2차 세계대전 후 우리의 보안관찰법과 같은 법률은 그 유례를 찾아 보기 힘들다. 송문호, 보안관찰법 폐지론, 인권과 정의 341호(2005), 188면

출소 후 신고의무의 내용에 비추어 대상자의 불편이 결코 크다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 7일의 신고기간은 지나치게 단기간으로 정한 것이라고는 할 수 없다. 보안관찰해당범죄는 민주주의체제의 수호와 사회질서의 유지, 그리고 국민의 생존 및 자유에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 범죄인 점, 법은 바로 이러한 범죄로 인하여 금고 이상의 형기 합계 3년 이상의 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 대상자를 파악하고 재범의 위험성 등 보안관찰처분의 필요성 유무의 판단 자료를 확보하기 위하여 위와 같은 신고의무를 규정하고 있다는 점, 법의 궁극적 입법목적은 국가의 안전과 사회의 안녕에 있다는 점 등에 비추어, 이 사건 법상의 처벌 내용과 다른 법률에서의 처벌 내용을 그대로 비교할 수 없고, 위 제27조 제2항 부분은 징역형과 벌금형을 선택적으로 규정하고 있으며, 형의 내용 역시 '2년 이하'로 규정되어 있어 단기형의 선고가 가능하다는 점에서, 위 법정형이 다른 법률들에 비하여 각별히 과중하다고 볼 수도 없어 침해의 최소성 및 법익균형의 원칙에도 위배된다고 할 수 없다. 따라서 위 각 법률조항은 과잉금지의 원칙 등에 위반되지 아니한다.』

## (2) 선례 변경의 필요성 여부

위와 같은 선례를 여전히 유지할지 여부에 대하여는 다음과 같이 재판관들 사이에 의견이 나뉘었다.

### (가) 법정의견

법정의견은 이 사건에서도 위 선례를 그대로 유지하기로 하되, 선례에서 쟁점이 되지 않았던 ① 위 의무를 부과함에 있어 재범의 위험성을 요건으로 하지 않은 점이 침해의 최소성에 위배되는지 여부 및 ② 처벌조항이 제재수단으로 행정질서벌을 채택하지

않은 점이 과도한지 여부에 대하여 추가로 판단하였다.

즉, 법정의견은 ① 국가적 법익을 침해하는 죄를 저지른 자들을 대상으로 하여 이들 중 재범의 위험성이 있다고 판단되는 자에 대하여 보안관찰처분을 하기 위한 관리의 기초를 마련하는 데에 그 취지가 있으며, 대상자에 해당하기 위해서는 보안관찰처분해당 범죄 또는 이와 경합된 범죄로 금고 이상의 형기 합계 3년 이상의 형을 선고받고 형의 집행을 종료한 자여야 하므로 범위가 제한적인 반면 출소후신고조항은 대상자에 대한 정보의 정확성을 담보하는 차원에서 출소사실을 신고하도록 하는 것일 뿐이어서 그로 인한 기본권의 제한 효과가 중대하지도 아니하므로, 위 의무를 부과함에 있어 재범의 위험성을 요건으로 하지 않았다는 이유만으로 침해의 최소성에 위배되는 것은 아니라고 보았다.

② 신고의무 위반에 대한 제재수단이 행정질서벌 아닌 형벌인 것과 관련해서는 보안관찰처분해당범죄는 대부분 중범죄로 이루어져 있는 점,<sup>8)</sup> 국가의 안전보장 및 질서유지를 해하는 죄는 그 특성상 은밀히 이루어지므로 재범 발생 방지를 위해서는 출소 후에도 해당 범죄자에 대한 관리가 필요하며, 그 기초자료를 획득하기 위한 조치로서 대상자의 신고의무 이행을 확보하는 것이 중요한 점 등에 비추어 신고의무 위반을 행정질서벌로 제재하는 방안은 충분치 않고, 신고의무의 미이행을 적발하기 위해 강제수사조치를 동원할 수 없다는 점에서도 그 실효성을 기대하기 어렵다 할 것이므로 출소후신고의무위반에 대한 처벌조항이 제재의 수단으로 형벌을 택한 것이 과도하다고도 할 수 없다고 보았다.

8) 법정형의 하한선이 3년을 넘는 중범죄가 대부분이다.

금품수수죄가 7년 이하의 징역(제5조 제2항), 단순 잠입·탈출죄가 10년 이하의 징역(제6조 제1항), 선동·선전죄 및 허위사실날조·유포죄가 2년 이상의 징역에 해당하고(제4조 제1항 제6호), 그 밖에 각종 예비·음모죄가 '2년 이상' 또는 '10년 이하'의 법정형을 가지고 있는 정도이다.

(나) 재판관 4인(이석태, 김기영, 문형배, 이미선)의 반대 의견

① 재범의 위험성 요건을 요구하지 않고 일률적으로 대상자에게 신고의무를 부과하는 출소후신고조항은 재범의 위험성이 없으면 보안처분을 부과할 수 없다는 보안처분에 대한 죄형법정주의적 요청에 위배되고, 입법목적 달성에 필요하지 않은 제한까지 부과하는 결과가 되어 침해의 최소성에 반한다고 보았다.

② 처벌조항은 대상자에게 부과하는 신고의무가 일종의 행정상 협력의무에 불과함에도 위반한 자를 2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금으로 처벌하는 것은 책임에 비하여 지나치게 과한 형벌을 부과하는 것이므로, 침해의 최소성에 반한다고 보았다.

따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다고 보았다.

#### 다. 평등원칙 위반 여부

출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항이 각각 (1) 보안관찰을 받은 자, (2) 치료감호 내지 보호감호를 받은 자와 비교하였을 때 대상자를 합리적 이유 없이 차별함으로써 평등원칙을 위반하는지 여부에 대해서는 이를 위반하지 않는다는 점에 대한 재판관들의 의견이 일치하였다. 주요내용은 다음과 같다.

##### (1) 피보안관찰자와의 차별

대상자에 대하여는 재범 방지를 위한 보안관찰처분의 기초자료를 확보할 목적으로 대상자 개인의 인적 사항 및 재범의 위험성<sup>9)</sup>을 판단하는 데에 필요한 사항을 신고할 것을 요구하는 반면, 이

9) 재범의 위험성의 구체적 판단기준은 법상 존재하지 않고, 헌법재판소는 재범의 위험성의 구체적 기준을 미리 규정하는 것은 입법 기술상 불가능하다고 하였다(헌재 2001. 3. 21. 99헌바7, 판례집 13-1, 525, 526)

미 재범의 위험성이 있다고 판단되어 보안관찰처분을 받은 피보안관찰자에 대하여는 재범에 이르지 않도록 지도·감독하는 데에 필요한 사항을 신고할 의무를 부과하고 있다. 이처럼 대상자와 피보안관찰자 간에는 성질상 차이가 있고, 법은 이와 같은 점을 고려하여 신고의무의 내용에도 다소 차이를 두고 있다.

법은 대상자와 피보안관찰자에 맞게 각각에 대하여 신고의무를 부과하고 있다는 점에서 이러한 신고의무 부과 자체가 불합리하다고 볼 수는 없는 점, 대상자와 피보안관찰자의 지위가 다르다고 하여 대상자에 대하여는 전혀 다른 내용의 신고의무를 규정해야 한다는 점이 필연적으로 도출되는 것도 아닌 점, 대상자의 신고의무와 피보안관찰자의 신고의무 모두 행정청이 신고를 통해 관련 자료를 확보할 필요성이 있다는 측면에 있어서는 다르다고 보기 어려운 점 등을 고려해 보았을 때, 대상자와 피보안관찰자 모두에게 ‘신고의무’를 부과하고 그 위반 시 동일한 법정형에 처하도록 한 것 자체가 평등원칙에 위배된다고 보기는 어렵다.

## (2) 치료감호, 보호관찰과의 차별

치료감호는 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 약물중독 상태, 정신성적 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 치료감호시설에서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 하고(치료감호법 제1조, 제2조, 제16조 등 참조), 보호관찰법상 보호관찰은 형벌, 특히 자유형에 대한 대체집행 수단인 보호관찰을 실시하는 것으로 유죄가 인정된 범죄인이나 비행소년에 대하여 교도소·소년원 등 교정시설에 구금하는 대신 일정한 기간 동안 사회 내에서 정상적이고

자유로운 생활을 하게 하면서도 보호관찰관의 지도·감독을 받게 하는 제도(보호관찰법 제1조, 제3조, 제33조 등 참조)인 반면, 보안관찰 및 대상자 제도는 국가적 법익을 침해하는 죄인 간첩, 내란·이적죄 등으로 민주주의 체제의 수호와 사회질서의 유지를 범한 자의 재범을 예방하고, 건전한 사회복귀를 촉진하는 데에 목적을 두고 있어, 그 목적과 취지를 서로 달리한다.

이와 같이 보안관찰과 치료감호·보호관찰 사이의 신고의무 부과 대상자의 범위와 요건, 위반 시 제재가 각기 다른 이유는, 각 제도의 목적과 취지, 법적 성질, 대상자의 지위와 처분의 내용이 다르기 때문이므로, 그 차별 취급에는 합리적 이유가 있다.

#### **4. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대한 판단**

##### **가. 변동신고조항의 포괄위임금지원칙 위배 여부**

변동신고조항은 출소후신고사항의 변동이 생겼을 때 신고를 하도록 되어 있고, 출소후신고사항은 거주예정지 외에 나머지 사항에 대해 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 재판관들은 전원 일치 의견으로 변동신고조항이 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

변동신고조항 및 법 제6조 제1항(출소후신고사항)에서 정한 신고의무사항은 대상자에게 재범의 위험성이 있는지 판단하기 위한 정보일 것이므로, 법 제6조 제1항에서 대통령령으로 정하도록 위임한 신고사항에는 대상자의 생활환경, 성행 등을 파악하는 데 필요한 직업, 재산, 가족 및 교우관계 등에 관한 정보도 포함될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 한편 법 제18조 제1항은 피보안관찰자가 신고해야 할 사항으로 ‘대상자의 가족과 교우관계, 직업, 본인 및 가족의 재산상황, 종교 및 가입한 단체 등’을 정하고 있

는데 보안관찰처분이 대상자 중에서 재범의 위험성이 인정되는 자를 대상으로 정해진다는 점을 고려할 때, 이 조항을 통해서도 대상자가 이행해야 할 신고사항의 내용을 예상할 수 있다는 이유에서 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

#### 나. 변동신고조항 및 위반시 처벌조항의 과잉금지원칙 위반 여부

이에 대해서는 재판관 4인의 위헌의견, 재판관 2인의 헌법불합치의견, 재판관 3인의 합헌 의견으로 나누었고, 각각의 이유는 다음과 같다.

(1) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 위헌의견

출소후신고조항 및 위반시 처벌조항이 위헌이라는 입장을 취하였던 재판관 4인은 변동신고조항에 대해서도 거의 동일하게, 변동신고조항에 대해서도 재범의 위험성을 요구하지 않는 점과 제재수단이 행정질서벌 아닌 형벌인 점은 과도하다는 이유로 과잉금지원칙 위반이라고 보았다.

더욱이, 보안관찰처분의 기간은 2년이고 법무부장관은 검사의 청구가 있는 때에 보안관찰처분심의위원회 의결을 거쳐 그 기간을 갱신할 수 있는 반면(법 제5조) 대상자 지위는 준법정신 확립 등의 요건을 충족하여 보안관찰처분 면제결정(법 제11조 제1항)을 받지 아니하는 이상 기간의 제한 없이 유지된다. 보안관찰처분을 받아 피보안관찰자가 되었다가 보안관찰처분이 갱신되지 않거나 갱신처분이 법원에 의하여 취소된 경우에도 별도로 위 면제결정을 받지 아니하는 이상 다시 대상자가 되어 여전히 법 제6조 제2항에서 정한 신고의무를 부담하게 된다. 실무상 위 면제결정이 원활하게 활용되지는 못하고 있고 면제결정이 있었다고 하더라도 법무부장관은 검사의

청구에 의하여 면제결정을 취소할 수 있다(법 제11조 제3항, 제4항). 그리고 실제 검사의 청구에 의하여 보안관찰처분에 이르는 경우보다 재범의 위험성 판단이 유보된 채 대상자의 지위가 기간의 제한 없이 유지되는 경우가 훨씬 많다는 점을 들어 변동신고조항이 과잉금지원칙을 위반한다고 보았다.

(2) 재판관 유남석, 재판관 이은애의 헌법불합치 의견

출소후신고조항 및 위반시 처벌조항은 합헌이라고 보았으나, 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 비록 변동신고의무를 부과할 필요성이 인정된다 하더라도, 대상자에게 변동사항의 신고의무를 아무런 기간의 상한 없이 부과한 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 지나치게 장기간 대상자를 불안정한 지위에 놓이게 한다는 점에서 침해의 최소성에 위배된다고 보았다.

다만, 위 조항들의 위헌성은 대상자가 무기한 신고의무를 부담하게 된다는 데에 있을 뿐, 신고의무 자체는 정당한 경우이므로 즉시 효력을 상실시켜 법적 공백을 초래하는 단순위헌결정 대신 신고의무기간의 상한을 입법자가 규정할 수 있도록 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 보았다.

(3) 재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대(합헌) 의견

대상자에게는 변동이 생길 때마다 변동사항을 신고해야 하는 번거로움이 있지만 대상자의 기본권 제한의 정도가 과도하다고 할 수 없고, 보안관찰처분을 함으로써 대상자의 재범 가능성을 효과적으로 관리·억제하기 위해서는 대상자로부터 변동신고조항에 따른 변동사항 신고의무의 이행을 확보하여 대상자의 실제 주거



지 등에 관한 정보를 갱신하는 등, 대상자에 대한 지속적인 관리를 하는 것이 필수적이라고 보았다.

게다가 형법·군형법·국가보안법상 간첩, 내란·이적, 기밀수집·탐지 등 국가적 법익을 침해하는 보안관찰해당범죄는 장기간의 계획 수립 하에 이루어질 수 있는 범죄라는 특성상, 변동신고조항에 따른 신고의무의 부과기간은 일반적으로 장기간일 필요가 있고, 그 의무기간에 일률적인 상한을 두어서는 입법목적을 달성하기 어려울 우려가 있다고 보았다.

한편, 대상자가 변동신고조항에 의해 부담하는 신고의무는 면제 결정을 받는 시점까지라고 할 수 있어 상한이 존재하는 것으로 볼 수 있고, 재범의 위험성을 요건으로 하지 아니하였다거나 변동신고의무 위반에 대한 제재방법으로 형벌을 선택한 것이 곧바로 침해의 최소성의 위배로 귀결된다고 할 수 없고, 변동신고의무위반에 대한 처벌조항의 법정형이 과중하다고 할 수도 없다고 보았다.

따라서 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하지 않는다고 보았다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 대상자에게 법 제6조 제1항에 따라 기존에 신고 하였던 원적·본적·주거, 가족 및 교우관계, 재산상황, 학력·경력, 종교 및 가입한 단체, 보안관찰해당범죄사실의 요지, 전과관계 등에 변동이 생길 때마다 변동사항을 신고하도록 하고 위반 시 처벌하도록 한 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대하여 이번 결정으로써 최초로 본안판단을 하였다.

헌법재판소는 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대해서는 합헌의견 5인, 위헌의견 4인으로 선례와 마찬가지로 헌법에 위반되지

않는다는 판단을 하였으나, 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대해서는 위헌의견 4인, 헌법불합치의견 2인, 합헌의견 3인으로 위헌정족수를 충족하여 헌법불합치 결정을 선고하고, 개선입법시한을 결정시로부터 약 2년 뒤인 2023. 6. 30.으로 부여하였다.

헌법재판소는 이 사건을 통하여 아직 남북대치상황에서 국가보안법 등 국가안보를 위협하는 범죄에 대한 보안처분인 보안관찰제도와 그 전초가 되는 판단자료의 수집제도를 큰 틀에서 유지하되, 세부적으로 변동신고기한의 상한 미비와 같이 부분적으로 불합리한 점이 나타난 사항에 대해서는 개선할 것을 주문하였다고 볼 수 있다.

앞으로는 헌법불합치결정된 변동신고조항을 개선입법하면서 입법자가 신고기한을 어느 정도로 설정할지 귀추가 주목된다.

또한 이번 사건을 통하여 대상자에 대한 보안관찰처분 면제결정제도의 이용이 저조함이 지적되었는데,<sup>10)</sup> 대상자제도를 보다 합헌적으로 운영하기 위해서는 앞으로 면제결정제도가 더욱 활발히 이용되어야 할 것이다.

---

10) 특히 보안관찰처분이 실무상 드물게 내려진다는 점을 고려하면, 면제결정을 함으로써 대상자의 불안정한 법적 지위를 조속히 확정해줄 필요가 있어 보인다.

## 10. 여객자동차 운수사업법 제34조 제2항 제1호 바목 위헌확인

- 여객자동차 운수사업법 제34조 제2항 제1호 바목 부분이  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2021. 6. 24. 2020헌마651, 판례집 33-1, 763)

정 한 별\*

### 【판시사항】

1. 자동차대여사업자가 자동차 임차인에게 예외적으로 운전자  
알선을 할 수 있는 승합자동차 대여 요건을 규정한 ‘여객자동차  
운수사업법’ 제34조 제2항 단서 제1호 바목 전문 중 ‘관광을 목  
적으로’ 부분 및 후문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)에 대하여 자  
동차대여사업자 소속의 직원, 위 대여서비스의 운전자 및 이용자  
가 자기관련성을 갖는지 여부(소극)

2. 임차인이 승차정원 11인승 이상 15인승 이하인 승합자동차  
를, 관광 목적으로, 대여시간이 6시간 이상이거나, 대여 또는 반  
납 장소가 공항 또는 항만인 경우에 한하여 자동차대여사업자로  
하여금 운전자를 알선할 수 있도록 한 심판대상조항 중 ‘관광을  
목적으로’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부  
(소극)

3. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되어 자동차대여사업자  
의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

4. 심판대상조항이 신뢰보호원칙에 위반되어 기존에 운전자 알선을 포함하는 승합자동차 대여서비스를 하던 자동차대여사업자의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘여객자동차 운수사업법’(2020. 4. 7. 법률 제17234호로 개정된 것) 제34조 제2항 단서 제1호 바목 전문 중 ‘관광을 목적으로’ 부분 및 후문(이하 이들을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 주식회사 ○○는 자동차렌트업, 카셰어링 및 관련 중개업 등을 목적으로 설립된 회사이고(이하 ‘청구인 ○○’라 한다), 청구인 □□ 주식회사는 소프트웨어 개발, 데이터베이스 검색, 개발 및 판매, 콘텐츠 제작 및 개발 등을 목적으로 설립된 회사이다(이하 ‘청구인 □□’라 하고, 이들을 합하여 ‘청구인 회사들’이라 한다). 청구인 ○○는 2018. 5.경 청구인 □□의 지분 100%를 인수하였고, 청구인 □□는 2018. 10.경 청구인 ○○ 소유의 11인승 카니발 승합차의 임차와 운전자의 알선을 결합하는 △△ 애플리케이션을 개발하여 이를 이용자에게 실시간 호출 서비스로 제공하는 모빌리티 서비스 사업인 ‘△△ 베이직’ 서비스(이하 ‘△△ 서비스’라 한다)를 개시하였다.

나. 청구인 □□ 소속 직원인 청구인 한□□은 △△ 서비스 기획을 총괄하는 매니저이며, 청구인 ○○ 소속 직원인 청구인 김□

□는 △△ 서비스 관련 데이터그룹 부서의 그룹장이고(이하 이들을 합하여 ‘청구인 직원들’이라 한다), 청구인 전○○, 최○○은 △△ 서비스 운전자들이며(이하 이들을 합하여 ‘청구인 운전자들’이라 한다), 청구인 천○○, 김○○, 한○○, 서○○은 △△ 서비스를 이용하던 이용자들이다(이하 이들을 합하여 ‘청구인 이용자들’이라 한다).

다. ‘여객자동차 운수사업법’ 제34조 제2항이 2020. 4. 7. 개정되면서 자동차대여사업자의 운전자 알선 허용 요건에 ‘관광을 목적으로’ 및 대여시간, 대여 또는 반납 장소에 대한 요건이 추가되자, 청구인들은 이러한 개정내용이 청구인들의 직업의 자유 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 2020. 5. 1. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장

가. 심판대상조항은 ‘관광을 목적으로’의 의미가 불분명하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

나. 청구인 회사들은 주무관청과 논의를 거치고 기존의 법 상태를 신뢰하여 △△ 서비스를 개시하였으나, 그로부터 불과 1년 6개월 가량 지난 시점에 심판대상조항에 운전자 알선을 위한 요건이 규정됨으로써 서비스 중단 등 재산상 손실을 입게 되었으므로, 심판대상조항은 신뢰보호원칙에 위반되어 청구인 회사들의 재산권을 침해한다.

다. 심판대상조항은 사실상 택시업계의 기득권을 보호하기 위한 것으로 승합자동차에 대한 운전자 알선 요건을 부당하게 설정하였고, 이로 인하여 차량공유 기반으로 기존 택시운송사업과 차별화된 서비스를 제공하던 청구인 회사들이 더 이상 영업을 계속할

수 없도록 하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반되어 청구인 회사들의 직업의 자유를 침해한다.

라. 심판대상조항으로 인하여 청구인 직원들은 △△ 서비스가 아닌 다른 업무를 배정받았고, 청구인 운전자들은 더 이상 위 서비스의 운전기사로 근무할 수 없게 되었으므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인 직원들 및 청구인 운전자들의 직업의 자유를 침해한다.

마. 심판대상조항은 관광 목적 외에는 청구인 이용자들이 더 이상 △△ 서비스를 선택할 수 없도록 하므로 행복추구권에서 비롯된 소비자의 자기결정권을 침해하고, ‘여객자동차 운수사업법’ 제 34조 제2항 단서 제1호에 규정된 다른 알선 허용 사유들과 달리 합리적 이유 없이 대여의 목적과 기간, 장소를 제한하고 있으므로 청구인 이용자들의 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항으로 인하여 운전자 알선을 포함하는 승합자동차 대여서비스를 하는 자동차대여사업자의 직원 및 운전자의 경우, 담당하는 업무영역이 달라지거나, 위 대여서비스의 운전자로 근무하지 못하게 되었으며, 이용자의 경우 더 이상 위 서비스를 이용하지 못하게 되었으나, 이는 심판대상조항이 자동차대여사업자의 영업 방식을 규율하는 과정에서 발생한 간접적이고 사실적인 불이익에 해당하므로, 심판대상조항에 대한 위 직원 및 운전자, 이용자의 자기관련성은 인정하기 어렵다.

2. ‘관광’의 사전적 의미 및 ‘관광진흥법’에서의 용례 등에 비추어 보면, 업무나 학업 등을 위한 이동 행위가 관광의 범위에서 제외될 것임은 충분히 파악할 수 있고, 심판대상조항이 위 관광의

목적 외에 대여시간과 대여 또는 반납 장소에 관한 제한을 추가하여 위 부분의 의미를 구체화하고 있으므로, 심판대상조항 중 ‘관광을 목적으로’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

3. 심판대상조항은 공정한 여객운송질서 확립과 여객자동차운수사업의 종합적인 발달을 도모함과 동시에 중소기업 관광객들의 편의 증진을 위하여 자동차대여사업자가 운전자 알선을 할 수 있는 대여의 목적과 시간, 대여 또는 반납 장소에 관한 제한을 규정하였다.

자동차대여사업은 본래 여객의 운송이 아니라 임차인이 운전할 것을 전제로 자동차를 대여하여 일정 기간 사용하고 사업자에게 반환하는 구조를 띠는데, 자동차대여사업이 운전자 알선과 결합하는 경우 여객을 운송하는 택시운송사업과 사실상 유사하게 운영될 우려가 있으므로 ‘여객자동차 운수사업법’은 이들 사업의 목적과 기능 등을 고려하여 그 허용요건과 규제를 달리하고 있다. 심판대상조항은 본래의 관광 목적에 부합하는 운전자 알선 요건을 명확히 하고, 신설된 여객자동차운송플랫폼사업 체계와도 부합할 수 있도록 자동차대여사업의 기능과 범위를 조정한 것으로, 대여시간이나 대여 또는 반납의 장소에 대한 제한이 과도하다고 보기도 어려우며, 유예기간의 설정을 통해 법적 여건의 변화로 인한 피해를 최소화하고 있다. 심판대상조항을 통하여 추구하는 여객자동차운수사업의 종합적인 발전과 적절한 교통 서비스의 제공이라는 공익은 심판대상조항으로 인하여 자동차대여사업자가 입는 직업의 자유에 대한 제한보다 중대하다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 자동차대여사업자의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

4. ‘여객자동차 운수사업법’의 입법취지 및 자동차대여사업자의 승합자동차 임차인에 대한 운전자 알선을 예외적으로 허용하는 입법취지, 하위법령에 위임하는 등의 규율방식, 참여한 업계 간 갈등 등 여러 사정을 종합하여 살펴보면, 면허제도를 통해 여객운송수단의 공공성 등을 추구하던 기존의 택시운송사업 제도를 우회하여 그와 같은 규제는 받지 않으면서 실질적으로 같은 사업을 운영할 수 있는 여지를 준 자동차대여사업자에 대한 운전자 알선의 예외적 허용 조항이 향후에도 지속될 것이라는 신뢰는 보호받기 어렵다. 경과규정을 두어 법적 여건의 변화로 인한 피해를 최소화하고자 한 점 등을 고려할 때, 심판대상조항은 신뢰보호원칙에 위반되어 기존에 운전자 알선을 포함하는 승합자동차 대여서비스를 하던 자동차대여사업자의 직업의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 심판대상조항 중 ‘관광을 목적으로’ 부분의 의미가 불명확하다고 주장하고 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

나. 심판대상조항이 자동차대여사업자의 운전자 알선 범위를 지나치게 엄격하게 설정하여 과잉금지원칙에 위반하여 청구인 회사들의 직업의 자유를 침해하는지 문제된다.

다. 심판대상조항이 자동차대여사업자의 운전자 알선 범위를 개정 전 법률조항보다 엄격하게 설정함으로써 신뢰보호원칙에 위반하여 이미 자동차 임차 및 운전자 알선 영업을 하던 청구인 회사들의 직업의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.<sup>1)</sup>



라. 한편, 심판대상조항으로 인하여 초단기 자동차 대여와 운전자 알선이 결합된 사업을 할 수 있는 여건이 축소되었다고 하더라도 개정 전 법률조항에 따른 법적 환경은 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건을 구성하는 것에 불과하고, 차량 매각, 퇴직금 지급, 투자계약상 손실전보 등의 재산상 손해는 청구인 회사들이 심판대상조항에 따른 법적·사실적 여건을 고려하여 심판대상조항이 시행되기 전인 2020. 4. 11.경 영업을 스스로 중단한 것에 기인한 것이므로<sup>2)</sup> 이는 자신의 사적 위험 부담과 책임하에 법제도가 부여하는 반사적 기회를 활용한 결과일 뿐이다. 따라서 청구인들이 주장하는 손실 내용은 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 범위에 포함된다고 볼 수 없다.<sup>3)</sup>

## 2. 심판대상의 한정 여부

이 사건 심판대상은 ‘여객자동차 운수사업법’(2020. 4. 7. 법률 제17234호로 개정된 것, 2021. 10. 8. 시행 예정) 제34조 제2항 단서 제1호 바목 전문 중 ‘관광을 목적으로’ 부분 및 후문이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항에서 ‘11인승 이상 15인승 이하의 승합자동차를 대상으로’ 운전자 알선을

- 
- 1) ‘신뢰보호원칙 위반에 의한 기본권 침해가 문제되는 사안에서 과잉금지원칙 위반 주장도 존재하는 경우에 두 원칙 사이의 관계’와 관련하여 헌법재판소는 ① 신뢰보호의 요소를 과잉금지원칙의 판단요소로 판단하는 입장(97헌바10, 99헌마452, 99헌마574, 2005헌마424, 2007헌마233), ② 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙을 별도의 독자적 심사기준으로 판단하는 입장(94헌마119, 2000헌마96, 2003헌마428, 2003헌마947, 2004헌마597, 2010헌마482) 모두를 취한 바 있다. 여기서는 법령 개정에 의한 기본권 제한에 있어 신뢰보호원칙과 과잉금지원칙은 근거, 보호대상, 심사내용, 법익형량의 대상 면에서 차이가 있다는 점에 방점을 두어 이들을 별도로 심사하였다.
  - 2) △△ 서비스와 유사하게 렌터카 기반 모빌리티 서비스인 ‘◇◇ 모빌리티’의 경우 2019년부터 운송서비스를 지속적으로 제공하고 있었다(◇◇ 모빌리티 홈페이지 참조).
  - 3) 현재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 151-152 참조.

허용하는 부분은 제외하였는데, 이는 청구인들이 위 부분을 심판 대상에 포함시키지 않았을 뿐 아니라 실제로 위 부분이 이 사건에서 문제되지 않고 있기 때문이다.

### 3. 운전자 알선 금지 조항과 예외 조항의 연혁, 취지 및 신설된 제도의 내용

#### 가. 연혁과 취지

##### (1) 1997년 운전자 알선 금지 조항의 부재

1997. 12. 13. 전부개정된 ‘여객자동차 운수사업법’(이하 ‘여객자동차법’이라 한다)에서는 “자동차대여사업자의 사업용자동차를 임차한 자는 당해 자동차를 유상으로 운송에 사용하거나 전대하여서는 아니 된다.”고 규정하여 임차인에 의한 유상 여객운송과 전대를 금지하였지만(제35조, 현행 제34조 제1항 내용에 해당), 운전자 알선은 금지되지 않았다.

##### (2) 2000년 운전자 알선 금지 조항 및 예외 조항(제35조 제2항)의 신설

여객자동차법은 종래 허용하던 운전자 포함 렌터카 사업이 유사택시영업으로 변질된다는 논란에 휩싸이자 2000. 1. 28. 법률 제 6240호로 개정되면서 운전자 알선 금지 조항(제35조 제2항 본문 “자동차대여사업자는 자동차 임차인에게 운전자를 알선하여서는 아니 된다.”)을 신설하였다. 다만 같은 항 단서에 예외를 규정해서 외국인, 장애인 등 대통령령이 정하는 경우에는 운전자를 알선할 수 있도록 하였고, 구체적으로 2000. 8. 2. 대통령령 제 16934호로 개정된 시행령에서 ① 외국인, ② 장애인, ③ 65세 이상인 사람, ④ 국가 또는 지방자치단체, 또는 ⑤ 자동차를 6개

월 이상 장기간 임차하는 법인에 대해 알선을 허용할 수 있도록 규정하였다(제14조의2). 이때 승차정원 11인승 이상 15인승 이하 승합자동차는 위 예외 사유에 해당되지 않았다.

(3) 2008년 조문 위치의 변경 및 2014년 시행령의 개정: 예외 사유의 확대

여객자동차법이 2008. 3. 21. 법률 제8980호로 전부개정되면서 운전자 알선 금지 조항이 자리를 옮겨 제34조 제2항에 규정되었고, 같은 법 시행령 제14조의2는 2008. 10. 8. 전부개정되면서 제18조로 위치가 변경되었지만 내용은 기존과 동일하게 유지되었다.

이후 같은 법 시행령은 2014. 10. 15. 대통령령 제25660호로 개정되면서 자동차 임차인의 편의 증진을 위하여 승차정원 11인승 이상 15인승 이하인 승합자동차를 임차하는 사람(제18조 제6호) 및 본인의 결혼식 및 그 부대행사에 이용하는 경우로서 본인이 직접 승차할 목적으로 배기량 3,000cc 이상인 승용자동차를 임차하는 사람(같은 조 제7호)를 추가하였다.<sup>4)</sup> 다만, 개정예 앞선 2014. 8. 29.자 국토교통부의 ‘입법예고’<sup>5)</sup>에서는 『중·소규모 단체관광을 위한 임차 또는 결혼식 및 그 부대행사에 사용되는 웨딩카 등 임차 시 임차인이 직접 운전이 곤란하여 이용자의 불편이 초래되고 있는바, 자동차 임차인의 편의 증진 및 관광산업 등 활성화를 위해 자동차대여사업자가 운전자를 알선할 수 있는 범위를 확대하고자 하는 것임.』으로 그 취지를 밝힌 바 있다. 2019. 12. 9.자 국토교통부의 보도설명자료 <자동차 대여사업 알

4) 국가법령정보 제·개정이유 참조.

5) 2014. 8. 29.자 국토교통부 공고 제2014-1092호.

선 허용 규정과 관련하여 국민 편익은 높이고, 사회적 갈등은 최소화 해 나가겠습니다.)에 따르면, 국토교통부는 2012년 관광·장거리 운행, 운전 미숙자 등 다양한 대여 수요에 부응하여 자동차 대여사업을 활성화하기 위해 자동차 임차인에 대한 운전자 알선을 원칙적으로 허용하는 여객자동차 운수사업법 개정안을 입법예고하고 2013년에 발의한 바 있으나, 당시 국회 상임위원회 논의 과정에서 법률 개정 대신 시행령에서 운전자 알선 예외조항을 확대하는 방안을 검토하는 것으로 조정되었으며, 이에 따라 소비자의 선택권 확대와 업역 간 영향 측면을 모두 고려하여 2014년 시행령 개정을 통해 관광활성화를 위해 11인승 이상 15인승 이하 승합자동차의 임차인과 결혼식 목적의 대형승용차 임차인에 대해서도 운전자 알선을 허용하게 된 것이라고 입법과정을 설명하고 있다.<sup>6)</sup>

#### (4) 2015년 운전자 알선 금지의 주체 확대: ‘누구든지’

2015년 우버의 등장과 함께 유사택시영업에 대한 갈등이 심화되었고, 2015. 6. 22. 여객자동차법이 개정되면서 ‘자동차대여사업자’만 사업용 자동차에 대해 운전자 알선을 하지 못하도록 금지하던 것을 ‘누구든지’ 알선을 못하는 것으로 개정하였다.<sup>7)</sup>

여객자동차법 시행령 제18조도 2015. 11. 30. 대통령령 제26685호로 개정되면서 전문개정되었는데, 기존의 제1호부터 제7호까지의 사유가 제1호 가목부터 사목까지로 바뀌고, 대리운전용

6) 2019. 12. 9.자 국토교통부의 보도설명자료(자동차 대여사업 알선 허용 규정과 관련하여 국민 편익은 높이고, 사회적 갈등은 최소화 해 나가겠습니다.) 1면 참조.

7) 여객자동차법은 ‘자동차대여사업자의 택시영업 등 렌터카 이용 불법 유상여객운송 행위의 근절’을 제안이유로 하여 2007. 7. 13. 법률 제8511호로 개정되면서 자동차대여사업자에 대하여 일반적인 유상운송 금지의무를 명시적으로 부과하는 제35조 제3항(현행 제34조 제3항 해당) 및 벌칙 조항(제81조 제6의2호)을 신설하였다.

역을 제공하는 자를 알선하는 자가 자동차 임차인에게 운전자를 알선하는 경우에 관한 제2호가 추가되었을 뿐, 자동차대여사업자의 운전자 알선 범위에는 실질적인 변동이 없었다.

(5) 2020년 심판대상조항으로의 개정: 예외사유의 축소

당초 운전자 알선 예외조항의 개정취지와 기대효과와 달리 해당 규정으로 인해 불법 유상운송 논란이 발생하고 사회적 갈등이 확산되자,<sup>8)</sup> 여객자동차법은 2020. 4. 7. 법률 제17234호로 개정되면서 그 동안 대통령령에서 정하고 있던 대여자동차의 운전자를 알선할 수 있는 경우를 법률로 상향 규정하고, 이 경우 ‘관광을 목적으로’ 하여야 하며, ‘대여시간이 6시간 이상’이거나 ‘대여 또는 반납 장소가 공항 또는 항만’이어야 한다는 알선 요건을 추가하였다. 이는 IT 기술의 발달로 여객자동차 운수사업자와 소비자를 연결해주는 플랫폼사업이 활성화되고 있는 상황에서 △△ 서비스 등이 사실상 기존 택시운송사업과 중복되는 서비스를 제공하면서도 제도는 동등하게 적용되지 않고, 주로 현행법상 예외 규정들을 활용한 사업을 추진함에 따라 기존 택시운송사업자들과의 갈등이 심각한 상황임을 고려하며, 기존 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려 한 것이다.<sup>9)</sup> 국토교통부의 2019. 12. 9.자 보도설명자료에 따르면, 이런 입법의 추진배경에는 당초 법령 취지에 따라 관광 목적으로 명확히 하여 불법 유상운송 관련 논란을 해소하고, 기존에 관광 목적으로 영업을 하던 업체들은 그대로 영업을 하도록 함과 동시에, 관광 목적이 아닌 경우에는 신설되는 플랫폼사업의 허가를 받아 계속 영위할 수 있도록 하기

8) 한국경제, 2019. 10. 23.자 기사 『△△ ‘호소’에도... 택시업계 “△△, 전면 금지해야”』 참조.

9) 국가법령정보센터 제·개정이유; 2020. 3. 제안된 국토교통위원회 대안 참조.

위함이라고 설명하고 있다.<sup>10)</sup>

이에 따라 여객자동차법은 개정 전 법 조항의 예외규정을 활용한 사업 추진을 제한하는 동시에 운송플랫폼을 활용하던 기존 방식은 새로운 여객자동차플랫폼운송사업으로 편입시키는 방향으로 개정되었다.

#### 나. 신설된 여객자동차운송플랫폼사업 제도의 내용

##### (1) 여객자동차운송플랫폼사업의 의의 및 취지

2020. 4. 7. 법률 제17234호로 개정된 ‘여객자동차 운수사업법’ (이하 ‘개정된 여객자동차법’이라 한다)은 ‘여객자동차운수사업’에서 ‘여객자동차운송가맹사업’ 대신 ‘여객자동차운송플랫폼사업’(이하 ‘운송플랫폼사업’이라 한다)을 추가하여(개정된 여객자동차법 제2조 제2호) 운송플랫폼사업을 신설하였다. 운송플랫폼사업은 청구인 회사들의 직업에 대하여 개정 전 법 조항 대신 법적 근거를 제공할 수 있는 제도가 될 수 있기에 살펴볼 필요가 있다.

‘여객자동차운송플랫폼사업’이란 여객의 운송과 관련한 다른 사람의 수요에 응하여 이동통신단말장치, 인터넷 홈페이지 등에서 사용되는 응용프로그램(이하 “운송플랫폼”이라 한다)을 제공하는 사업을 말한다(개정된 여객자동차법 제2조 제7호). 그 종류에는 ① 운송플랫폼과 자동차를 확보<sup>11)</sup>하여 다른 사람의 수요에 응하

10) 각주 6) 보도설명자료 2면 참조.

11) ‘확보’의 내용에 대여사업용 자동차를 임차한 경우가 포함되는지 여부에 대해 논란이 있을 것을 우려하여 국토교통부에서는 △△와 같은 ‘임차’의 경우가 포함된다고 명시적으로 법률에 포함시켰다. 이에 따르면 △△는 향후 제49조의2 제1호에 따라 제49조의3에 정해진 ‘국토교통부장관의 허가’를 받아 영업을 계속할 수 있다(2020. 3. 4.자 제376회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록 제2호 참조). 한편, 이와 같이 법이 개정된 경위에 대하여 법제사법위원회에서는 국토교통부에서 △△ 서비스의 적법 여부에 관한 법원의 제1심 무죄 판결을 반영하여 최초 개정안과 달리 ‘확보’에 자동차를 ‘대여’하는 경우도 명문으로 포함하게 되었는데, ‘확보’의 의미 변경에는 △△ 서비스에 대한 국토교통부 입장의 본질적 차이

여 유상으로 여객을 운송하거나 운송에 부가되는 서비스를 제공하는 사업인 ‘여객자동차플랫폼운송사업’, ② 운송플랫폼을 확보하여 다른 사람의 수요에 응하여 제49조의11에 따른 소속 여객자동차플랫폼운송가맹점에 의뢰하여 여객을 운송하게 하거나 운송에 부가되는 서비스를 제공하는 사업인 ‘여객자동차플랫폼운송가맹사업’, ③ 다른 사람의 수요에 응하여 운송플랫폼을 통하여 자동차를 사용한 여객운송을 중개하는 사업인 ‘여객자동차플랫폼운송중개사업’ 세 가지가 있다.

운송플랫폼사업 제도의 취지는 택시 외 운송수단으로 제도권 밖에 있던 플랫폼 사업자를 제도권 안으로 끌어들이어 다양한 혁신적 서비스를 사업화하고 사회적 기여를 통해 택시와 상생할 수 있는 체계를 구축하고(①항 사업에 대응), 법인·개인택시가 쉽게 가맹사업에 진출하면서 플랫폼과 결합하여 특색있는 서비스를 제공할 수 있도록 규제완화 등 제도적 지원을 하는 것이며(②항 사업에 대응), 승객과 택시를 연결하는 중개 앱 플랫폼 사업을 제도화(신고제)하는 것이다(③항 사업에 대응).<sup>12)</sup>

이 중 ① 여객자동차플랫폼운송사업(이하 ‘플랫폼운송사업’이라 한다)의 경우 사업자가 차량을 소유하지 않더라도 자동차대여사업자의 사업용 자동차, 즉 렌터카를 통한 여객자동차플랫폼운송사업이 가능하므로(개정된 여객자동차법 제49조의2 제1호), △△ 서비스와 같은 방식도 이 플랫폼운송사업으로 전환될 수 있다.<sup>13)</sup> 이 경우 11인승 이하 차량을 포함한 승용·승합 자동차를 모두 활용할 수 있게 되어 사업자의 차종 선택의 폭이 넓어진다.<sup>14)</sup>

---

가 반영된 것이므로 이러한 개정안 심사는 법제사법위원회의 체계·자구 범위 밖이라는 소수의견이 존재하였다.

12) 혁신성장과 상생발전을 위한 택시제도 개편방안의 5-7면 참조

13) 2021. 2. 18.자 국토교통부장관 보충의견서 10면 참조.

이 제도는 공포 1년 후인 2021. 4. 8.부터 시행된다.

(2) 플랫폼운송사업의 허가제, 기간 및 조건 등 규율방식

플랫폼운송사업을 하려면 국토교통부장관의 허가를 받아야 하는 데(개정된 여객자동차법 제49조의3 제1항), 허가기간은 30년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간으로 정할 수 있고, 플랫폼운송사업의 질서를 확립하기 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다(개정된 여객자동차법 제49조의3 제2항). 허가를 받으려면 다른 여객운송사업과 마찬가지로 사업계획이 수송 수요와 택시 총량 등을 고려한 수송력 공급에 적합해야 하고, 사업계획이 새로운 운송수요를 창출할 수 있어야 하며, 대통령령으로 정하는 여객자동차운송사업과 차별화된 서비스를 제공할 수 있는 내용을 포함하고 있어야 하고, 최저 허가기준 대수, 차고지 등 운송시설, 보험가입, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 기준에 적합하여야 한다(개정된 여객자동차법 제49조의3 제3항). 국토교통부장관은 여객 수요, '택시운송사업의 발전에 관한 법률'에 따른 택시 감차(減車)의 실적 추이, 국민 편의 등을 고려하여 플랫폼운송사업의 총 허가대수를 관리할 수 있으며, 필요한 경우 허가대수를 배분하는 방식으로 허가할 수 있다(개정된 여객자동차법 제49조의3 제5항).<sup>14)</sup> 여객자동차플랫폼운송사업자는 결격사유나 플랫폼운송약관, 명의이용 금지, 사업의 양도·양수 및 법인의 합병, 사업의 휴업·폐업, 사고 시의 조치, 플랫폼운송사업자의 준수사항, 과징금의 부과 등과 관련하여 여객자동차운송사업자에 대해 적용되는 규정이 대부분 준용되고 있다(개정된 여객자동차법 제49조의9 참조).

14) 2020. 11. 3.자 국토교통부장관 의견서 참조.

15) 김재윤, 여객자동차 운수사업법 입법 사례로 본 기술규제의 현실과 과제, 한국법경제학회, 법경제학연구, 제17권 제1호, 2020. 4., 162면 참조.



이러한 플랫폼운송사업 제도는 여객자동차운송사업자에 대한 것과 유사하거나 동등한 정도의 규제를 받게 되었다고 평가된다.<sup>16)</sup>

### (3) 플랫폼운송사업자의 기여금

플랫폼운송사업자는 허가대수 또는 운행횟수 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 여객자동차운송시장안정기여금(이하 ‘기여금’이라 한다)을 국토교통부장관에게 납부하여야 하고(개정된 여객자동차법 제49조의5 제1항), 국토교통부장관은 기여금을 ‘택시운송사업의 발전에 관한 법률’에 따른 택시 감차, 택시운수종사자의 근로조건 개선 등의 목적으로 사용할 수 있다(개정된 여객자동차법 제49조의5 제2항). 기여금 납부를 게을리하는 플랫폼운송사업자에게는 허가 취소나 사업정지의 제재가 내려질 수 있다(개정된 여객자동차법 제49조의5 제5항). 다만, 기여금의 금액이나 납부 주기, 납부 방법 및 그 밖에 기여금의 납부에 필요한 사항은 하위규정인 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(개정된 여객자동차법 제49조의5 제6항). 이 사건 검토 당시 개정된 여객자동차법의 시행을 위한 ‘여객자동차법 시행령 개정안’이 2020. 11. 20.부터 40일 동안 입법예고 되었는데, 이에 따르면 기여금은 매출액의 5%를 기본으로 하되, 사업자가 희망하는 경우 운행횟수 당 800원, 허가대수 당 월 40만 원을 매 분기별로 합산한 금액으로도 납부할 수 있다(안 제20조의9 제1항). 또한 허가대수가 300대 미만인 플랫폼운송사업자 중 사업 개시 후 7년 이내인 창업 중소기업의 경우 허가 대수에 따라 기여금을 차등화하고(같은 조 제2

16) 이윤정, 개정 여객자동차법에 신설된 플랫폼 운송사업에 대한 규제의 법적 쟁점, 서울시립대학교 법학연구소, 서울법학 제28권 제2호, 2020, 165면 참조.

항), 허가 대수 100대 미만인 경우 2년 간 징수유예도 가능하도록 하였다(같은 조 제3항). 기여금에 이의가 있을 경우 이의신청이 가능하고(안 제20조의12), 자연재해·범죄피해 등 특수한 사정이 있을 경우 납부 연기를 신청할 수 있다(안 제20조의13). 기여금에 대하여는 2021. 1. 1. 기준으로 3년 주기로 규제를 재검토하도록 하였다(안 제48조).<sup>17)</sup>

#### (4) 플랫폼운송사업의 운수종사자 요건

플랫폼운송사업자에 고용되어 실제 운행을 담당하는 플랫폼운수종사자는 법 제24조에 따른 여객자동차운송사업의 운전업무 종사자격(택시의 운전종사자격)을 취득하여야 한다(개정된 여객자동차법 제49조의8 제2항).

### 4. △△ 서비스 개관

#### 가. △△ 서비스의 출시과정 및 경과

(1) 청구인 회사들은 2018. 10. 8. △△ 서비스 개시에 앞서 같은 해 9. 1.부터 2019. 9. 20.까지 국토교통부 ○○과 국·과장, 사무관, 주무관 등 담당공무원들과 수시로 회의, 전화, 이메일, 카카오톡 문자메시지 등을 통하여 △△ 서비스 출시, 운영, 현황 등에 관하여 논의한 것으로 보이고, 그 과정에서 특별한 불법성 지적은 발견되지 아니한다.<sup>18)</sup>

17) 2020. 11. 20. 국토교통부에 입법 예고된 시행령 개정안 참조.

18) 그 내용을 살펴보면, ① 2018. 9. 1. ○○과 과장으로부터 “렌트사업자가 11인승 차량으로 기사를 포함시키는 △△ 모델은 불법이 아니다. 다만, 예약의 형태로 운영되지 않으면 택시 영업을 하는 것으로 시비가 걸릴 수 있는데, △△ 서비스는 사전에 △△ 앱에 가입한 회원들이 앱상으로 기사알선포함 승합자동차 임대 계약 등을 체결하는 형태로 서비스를 제공하는 것이었으므로 특별한 문제가 없다.”는 취지의 답변, ② 2018. 10.경 담당 사무관으로부터 “△△ 서비스 모델은 위법성이 없어 보인다”, “서비스 운영 과정에서 이슈가 있다면 국토부에 미리 언

(2) 그러나 이러한 플랫폼 운송사업의 등장이 규제의 형평성에 어긋나고 이미 공급과잉 상태에서 시장잠식을 초래해 생존권을 위협한다는 택시업계의 반발이 격화되자, 국토교통부는 정부, 국회, 관련 업계가 갈등해소를 위한 택시-카풀 사회적 대타협기구를 구성하여 2019. 3. 7. 규제혁신형 플랫폼 택시의 출시에 관한 합의를 도출하는 한편, 2019. 6. 26. 개정 여객자동차법 입안에 착수한 사실을 ‘모빌리티 업계 간담회’에서 업계에 공유하였으며, 2019. 7. 17. 「혁신성장과 상생발전을 위한 택시제도 개편방안」을 발표하여, 정부가 기존택시를 포함한 운송서비스의 과잉공급 방지와 국민 편익을 위해 이용자 수요, 택시 감차추이 등을 고려하여 운영가능대수를 정하여 일정한 요건 아래 플랫폼 운송사업을 허가·관리하도록 하는 플랫폼 운송사업에 대한 구체적 안을 마련하였다.<sup>19)</sup>

---

질해주면 좋겠다. Too much info도 좋다. 국토부가 적극 도와줄 것이다. 공동 홍보도 가능하다. 언론에 잘못 나가지 않도록 최대한 많은 자료를 공유해달라”, “현재 △△ 서비스 사용 후 제공하는 영수증에는 차량 대여 요금과 운전용역 요금을 별도로 표시하고 있는데, 둘을 합해서 한 번에 표시하면 좋겠다.”는 권고와 그 권고에 따라 실제로 영수증 기재방식을 단일요금 표시로 변경한 것, ③ 청구인 □□의 대표인 박○○이 김○○ 사무관에게 보낸 지금의 모델에 문제가 없는지 한 번 더 확인할 수 있는 유익한 시간이었다는 이메일과 이에 담당 사무관이 “오늘 말씀 들어보니 큰 문제 없는 것 같아 다행이다”는 내용으로 회신한 이메일 내용이 있다.

국토교통부는 △△ 서비스 후 제3자의 △△ 서비스 합법성 관련 민원회신에서 “렌터카 계약상 운전자를 알선받았다는 내용이 포함된 계약이라면 적법한 계약을 체결한 것이다”(2018. 12. 27. 답변 2AA-1811-530334), “대여영업 종료 후 차고지로 회귀하는 중 새로운 대여계약을 체결하는 행위, 대여차량이 차고지로 회귀하지 않고 일정지역에 대기하는 행위, 대여계약 요금을 사후적, 비정기적으로 정하는 행위 등에 대하여 여객자동차법령 등에 위배되지 않는다”(2019. 1. 29. 답변 2AA-1812-528885)는 취지로 각각 답변한 바 있고, △△ 서비스에 대한 어떠한 행정처분을 한 바가 없으며, 서울특별시도 △△ 서비스 관련 민원에 대하여 국토교통부의 불법성 판단이 있기 전에는 단속, 행정처분 등의 제재를 할 수 없다는 취지로 답변(2019. 1. 7. 시행 택시물류과-577)하였다(△△ 서비스가 불법 유상여객운송수단인지가 쟁점이었던 서울중앙지방법원 2019고단7006 사건의 판결문의 ‘판단’ 부분 중 14면 참조).

19) 2021. 2. 18.자 국토교통부장관 보충의견서 20면 참조.

(3) 이후 국토교통부는 2019. 8. 29. 및 2019. 9. 26. 두 차례 실무논의기구를 통하여 위 개편방안에 대해 업계와 논의하였고, 각 실무논의기구 전인 2019. 8. 22. 및 2019. 9. 24. 택시를 비롯한 모빌리티 업계와의 간담회 형식으로 법안의 내용을 공유하였다. 이 과정에서 청구인 회사들은 개편방안에 대한 부정적 의견을 이메일로 국토교통부에 전달하기도 하였다..

(4) 국토교통부는 △△ 서비스의 출시 당시 그 위법성을 지적하기보다는 오히려 IT 산업 육성 기조와 맞물려 이를 장려하는 분위기도 있었던 것으로 보이나, 이후 여객자동차법의 해석과 운용상 비판이 제기되고 택시업계와의 마찰이 격화되자 간담회 등을 통해 업계의 의견을 수렴하고 택시와 유사한 기능을 수행하는 신종 서비스를 체계화하여 종합적이고 제도적인 대책 마련을 강구하려 했던 것으로 보인다.

## 나. 서비스 운영방식

청구인 회사들과 그 대표자들에 대한 여객자동차법 제34조 위반 관련한 형사사건의 제1심 판결문(2019고단7006)에 따른 서비스 운영방식은 다음과 같다.

(1) △△ 이용자는 △△ 앱을 통해 기사알선포함 승합자동차 대여서비스 이용약관에 동의하고 예약사항(출발지, 도착지 등)을 입력, 확인하는 절차를 거침으로써 청구인 ○○와 기사포함 렌터카 서비스 이용계약을 체결한다. 청구인 □□ 주식회사는 청구인 ○○가 알선한 △△ 드라이버와 △△ 이용자간 운전용역계약의 체결을 대행한다.<sup>20)</sup>

20) △△의 '기사알선포함 승합자동차 대여서비스 이용약관'(2020. 2. 10. 시행) 제4조 제1호: 대여약관 동의 등의 절차를 거쳐 제휴사의 모바일 앱에 회원 등록을 마친 입차인이 청구인 □□의 모바일 앱을 통해 계약사항을 입력 및 확인하여

(2) 청구인 ○○는 임차인 알선 및 운전용역제공 계약을 체결한 용역업체로부터 제공받은 △△ 드라이버를 △△ 이용자에게 연결하고,<sup>21)</sup> 이동한 거리와 시간을 결합한 요금체계에 따라 △△ 승합차 대여료와 운전용역대금(기사 사용료) 및 중개 수수료 등을 정산한다. 여기서 결제는 앱에 미리 등록한 신용카드로 된다.

(3) 청구인 ○○가 △△ 드라이버 운전의 △△ 승합차를 인공지능(AI) 알고리즘으로 수요도가 높게 추정되는 대기지역 등에 배차시키면 △△ 이용자가 △△ 앱으로 목적지와 10분 단위로 시간을 예약하고 호출한 장소에서 인수한 △△ 승합차에 승차한 후 목적지에서 하차함으로써 사용을 마친다.

(4) 청구인 ○○는 렌터카인 △△ 승합차에 관하여 자동차손해배상보장법에 따른 책임보험과 자동차종합보험(대인배상, 대물배상, 자기신체사고) 및 자동차‘상해’보험에 가입함으로써 △△ 이용자로 하여금 자동차대여표준약관 및 사회통념상 피보험자동차에 대한 지배가 있다고 볼 수 있는 ‘승낙피보험자’가 되도록 하고, 보험사고 발생의 경우 대인배상Ⅱ 면책을 대비하여 자동차상해특별약관으로 커버되도록 하였다.<sup>22)</sup>

---

배차를 요청하고 청구인 ○○가 이를 승낙하면 청구인 ○○와 임차인 간의 계약이 체결된다. 청구인 □□는 대여 당일 계약 사항에 맞춰 청구인 ○○가 알선한 기사와 임차인 사이의 운전용역계약 사이의 체결을 대행하고 해당 정보를 미리 기사에게 제공하여 대여 차량을 운전하도록 배차하며, 계약이 취소되지 아니하는 한 배차된 차량정보, 기사정보, 이용약관에 관한 사항 등을 포함하여 계약사항이 명시된 계약서 및 영수증을 대여 및 반납이 종료된 뒤 임차인이 등록한 이메일 또는 임차인이 선택한 방식으로 발송한다[위 약관 제2조 제4호 참조].

21) 기사 알선이 허용되는 주체가 ‘자동차대여사업자’이고, 청구인 □□는 청구인 ○○가 용역업체를 통해 제공받은 기사와 임차인 사이의 운전용역계약 체결을 대행한다는 점에서 청구인 ○○가 △△ 드라이버를 △△ 이용자에게 연결한다고 이해한 것으로 보인다.

22) © 기사알선포함 승합자동차 대여서비스 이용약관(2020. 2. 10. 시행)  
제8조(보험가입 및 사고처리 등) 1. 회사는 임차인에게 자동차손해배상보장법 및 보험사와의 계약에 따라 책임보험과 자동차종합보험에 가입된 렌터카를 대여합니다. 이 경우 임차인은 자동차보험약관상 승낙피보험자가 됩니다.

**다. △△ 서비스의 종료**

심판대상조항의 시행일은 2021. 10. 8.로 법 개정으로부터 1년 6개월 뒤였으나(부칙 제1조), 청구인 회사들은 기존 서비스의 허용범위가 축소되고, 플랫폼운송사업으로 전환할 경우 허가될 면허의 총량이나 기여금의 규모를 전혀 예측하기 어려워 미래의 성장가능성을 담보할 수 없다는 이유로 법 시행에 앞선 2020. 4. 11.경 △△ 서비스를 중단하였다.

**라. 택시운송사업과의 비교**

(1) 면허제

(가) 택시운송사업(일반택시, 개인택시)을 경영하려는 자는 사업계획을 작성하여 국토교통부령이 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 면허를 받아야 한다(여객자동차법 제4조).

(나) 일반택시운송사업은 운행계통을 정하지 아니하고 특별시·광역시 또는 시·군 단위로 정하는 사업구역에서 1개의 운송계약에 따라 국토교통부령으로 정하는 자동차를 사용하여 여객을 운송하는 사업으로, 경형·소형·중형·대형·모범형·고급형으로 구분한다(여객자동차법 시행령 제3조 제2호 다목, 같은 법 시행규칙 제10조 제1항). 일반택시 운송사업면허는 인적·물적요건인 주관적 요건 외에 수요공급기준으로서 지침으로 정해진 택시총량제에 따라 그 대수가 제한되는 객관적 요건의 심사를 거쳐 면허를 발급하게 되며(여객자동차법 제5조, 제6조 참조), 이때의 면허는 특허로서 관할관청이 재량으로 면허발급의 가부를 결정하게 된다.<sup>23)</sup>

항목	배상한도
대인배상	무한
대물배상	3억원

23) 면허에 대한 인적 기준으로 법 제6조에서 정한 결격사유가 없을 것을 요하는데,

(다) 개인택시 운송사업이란 구역여객자동차 운송사업의 하나로 (여객자동차법 제3조 제1항 제2호), 운행계통을 정하지 아니하고 국토교통부령으로 정하는 사업구역에서 1개의 운송계약에 따라 국토교통부령으로 정하는 자동차 1대를 사업자가 직접 운전하여 여객을 운송하는 사업이다. 일반택시운송사업과 마찬가지로 경형·소형·중형·대형·모범형 및 고급형 등으로 구분한다(같은 법 시행령 제3조 제2호 라목). 개인택시 운송사업 면허는 행정청이 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 설권적 행정행위인 특허로서의 성격을 가지고, 법령에 특별한 규정이 없는 한 이를 부여하는 것은 재량행위에 해당한다.<sup>24)</sup> 개인택시운송사업자의 면허의 양도는 국토교통부장관 또는 시·도지사의 인가 대상으로 하여 다른 운송사업의 신고제보다 더 강하게 규정하고 있었는데, 여객자동차법이 2009. 5. 27. 법률 제9733호로 개정되면서 2009. 11. 28. 이후 면허를 취득한 개인택시운송사업자에 대해서는 양도 및 상속을 허용하지 않도록 개정되었다(제14조 제3항, 제15조 제1항 단서, 같은 법 부칙 제3항, 같은 법 시행령 제10조의2). 개인택시의 면허를 발급받기 위해서는 수송 수요와 수송력 공급에 관한 기준과 일정한 시설기준, 그리고 운전 경력, 교통사고 유무, 거주지 등에 관한 요건을 충족시켜야 하고(여객자동차법 제5조), 피성년후견인, 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자에 해당하는 등 결격사유

---

이는 공익적 성질을 가지는 허가 등 사업을 경영하는 데 적격인 최저한의 요건으로서 결격사유에 해당하는 사람을 배제하려는 것이다. 물적기준으로 지역별 기준 최소 대수는 특별시 50대 이상·부산광역시 50대 이상 그 외 광역시 30대 이상, 시 30대 이상, 군 10대 이상을 요구하고 있다. 일정한 주차장 규모도 확보해야 하며, 운송 부대시설도 갖추어야 한다(여객자동차법 시행규칙 제14조 제1항 [별표 2] 여객자동차운송사업의 면허기준 참조). 김정임, 여객자동차 운송사업에 대한 공법적 연구 -진입규제와 운송요금규제를 중심으로-, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 150면 참조.

24) 대법원 1996. 10. 11. 선고 96누6172 판결; 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001두8414 판결 참조.

에도 해당하지 않아야 한다(같은 법 제6조). 관할관청은 지역실정을 고려하여 개인택시운송사업의 면허기준 외에 면허신청 공고일 이전 2년 이내의 해당지역 거주기간, 면허발급요건 또는 우선순위 등이 포함된 면허기준을 따로 정하여 면허할 수 있다(같은 법 시행규칙 제19조 6항).

(2) 택시운수종사자의 운전자격 취득요건<sup>25)</sup>

택시운전자격을 취득하기 위해서는 운전적성정밀검사에서 적합판정을 받아야 하고, 택시운전 자격시험에 합격하여야 하며, 일정한 강력범죄경력이 없을 것 등 결격사유가 없어야 한다(여객자동차법 제24조). 이는 사업자가 직접 운전하는 폐쇄된 운송형태를 고려하여 승객의 보호를 위한 것으로 볼 수 있다.<sup>26)</sup>

(3) 택시 사업용 자동차의 승차정원 기준

사업용 자동차 요건은 ‘승용자동차’(2000년 이전 6인승 이하, 2001년 이후 10인승 이하)에서 2016. 2. 23. ‘승용자동차’ 또는 ‘배기량이 2,000cc 이상이고 승차정원이 13인승 이하인 승합자동차’로 범위가 넓어졌다(여객자동차법 시행규칙 제7조, [별표 1] 제3호).

---

25) 전국택시운송사업조합연합회의 ‘택시운전 자격검정’ 홈페이지 내 ‘택시운전자격안내’, ‘자격취득절차’ 부분 참조(최종방문일 2020. 10. 10.).

26) 김정임, 여객자동차 운송사업에 대한 공법적 연구 -진입규제와 운송요금규제를 중심으로-, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012년 8월, 172면 참조.



#### (4) 택시 관련 준수 의무

택시 운수종사자는 운전업무를 시작하기 전에 여객자동차 운수사업 관계 법령 및 도로교통 관계 법령, 서비스의 자세 및 운송질서의 확립, 교통안전수칙, 응급처치의 방법, 차량화재 발생 시 대응방법, 경제운전, 그 밖에 운전업무에 필요한 사항에 관한 교육을 받아야 하고(여객자동차법 제25조 제1항), 일정한 장소에 오랜 시간 정차하여 여객을 유치하여서는 아니 되며(같은 법 제26조 제1항 제3호), 문을 완전히 닫지 아니한 상태에서 자동차를 출발시키거나 운행하여서는 아니 되는(같은 항 제5호) 등 일정한 준수 사항을 지켜야 하고, 그 밖에 안전운행과 여객의 편의를 위하여 운수종사자가 지키도록 국토교통부령으로 정하는 사항을 위반하여서는 아니 된다(같은 항 제9호). 택시운수종사자는 정당한 사유 없이 여객의 승차를 거부하거나 여객을 중도에서 내리게 하는 행위, 부당한 운임 또는 요금을 받는 행위, 여객을 합승하도록 하는 행위, 여객의 요구에도 불구하고 영수증 발급 또는 신용카드결제에 응하지 아니하는 행위를 하여서는 아니 된다(택시운송사업의 발전에 관한 법률 제16조 제1항). 국토교통부장관은 택시운수종사자가 제1항 각 호의 사항을 위반하면 여객자동차법 제24조 제1항 제3호에 따른 운전업무 종사자격을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 자격의 효력을 정지시킬 수 있다(같은 조 제2항).

#### (5) 요금신고제<sup>27)</sup> 및 택시총량제

여객자동차운송사업의 면허를 받은 자는 국토교통부장관 또는 시·도지사가 정하는 기준과 요율의 범위에서 운임이나 요금을 정

27) 과거 인가제에서 신고제로 변경되었는데, 독점적 지위에서 요금을 지나치게 인상시킬 수는 없다는 제한이 있는 것은 신고제에서도 마찬가지이다.

하여 신고하여야 하고(여객자동차법 제8조 제1항), 일반·개인택시 중 대형(승합자동차 한정) 또는 고급형의 경우 운임이나 요금을 정하거나 변경하는 때에 시·도지사에게 신고하여야 한다(같은 조 제2항). 택시 운송사업 면허는 운송사업자가 갖추어야 할 인적·물적 요건 외에도 수요공급 기준으로서 면허의 총량을 지침으로 제한하는 택시총량제에 따라 객관적 요건의 심사를 거쳐 면허가 발급된다. 이것은 사업구역별 수송수요에 부합하는 적정 공급량을 산정한 후 이를 초과하지 않는 범위 내에서 택시 공급규모를 안정적으로 유지하기 위한 제도로서 5년에 한 번씩 산정된다(여객자동차법 제5조 및 시행령 제6조). 전국의 택시감차실적을 살펴보면, 2017년 916대, 2018년 897대, 2019년 690대 감차되었다.<sup>28)</sup>

## 5. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부

‘관광(觀光)’은 사전적으로 ‘다른 지방이나 다른 나라의 풍속, 풍광을 유람하는 일’을 의미한다.<sup>29)</sup> 또한 관광진흥법에서는 ‘관광’을 직접적으로 정의하고 있지 않으나, ‘관광사업’을 ‘관광객을 위하여 운송·숙박·음식·운동·오락·휴양 또는 용역을 제공하거나 그 밖에 관광에 딸린 시설을 갖추어 이를 이용하게 하는 업’으로 규정하고 있고, ‘관광지’를 ‘자연적 또는 문화적 관광자원을 갖추고 관광객을 위한 기본적인 편의시설을 설치하는 지역으로서 이 법에 따라 지정된 곳’으로, ‘관광단지’를 ‘관광객의 다양한 관광 및 휴양을 위하여 각종 관광시설을 종합적으로 개발하는 관광 거

28) 2020. 11.3.자 국토교통부 사실조회 회신 3면 참조.

29) 한국민족문화대백과 참조. 표준국어대사전에서는 ‘과거(過去)를 보러 갑’이라고 정의되어 있다.

점 지역으로서 이 법에 따라 지정된 곳'으로 규정하고 있다(제2조). 이러한 내용들을 보면, 법률에서도 '관광'이라는 용어가 사전적 의미와 크게 다르지 않는 범위 내에서 사용되고 있는 것을 알 수 있다. 더불어 '관광'이라는 용어는 일반인이 일상적으로 사용하는 용어로서 그 용례 또한 위와 같은 사전적 의미에서 크게 벗어나지 않고 있어, 특별한 경우를 제외하고는 법관의 보충적인 해석 없이도 일반인들이 그 의미를 쉽게 파악하고 이해할 수 있는 표현이다. 따라서 관광의 목적이 아닌 업무나 학업 등을 위해 이동하는 행위가 관광의 범위에서 제외된다는 것은 일반적이고 평균적인 사람들도 충분히 파악할 수 있다. 이에 더하여 심판대상조항은 관광의 목적 외에도 대여시간과 대여 또는 반납 장소에 관한 추가적인 제한을 규정하고 있다.

따라서 승합자동차를 임차하려는 사람으로서는 자신의 일상생활에서 벗어나 자연적 또는 문화적 자원을 경험하고자 오락, 휴양 등을 하기 위해 6시간 이상 자동차를 대여하거나, 자동차의 대여 또는 반납을 공항 또는 항만에서 하는 경우에 관광을 목적으로 자동차를 임차하는 경우에 해당할 것임을 충분히 판단할 수 있다. 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

##### (1) 제한되는 기본권의 설정: 직업의 자유

△△ 서비스는 청구인 ○○와 임차인 사이에 자동차 임대차계약이 체결되고, 청구인 □□는 청구인 ○○가 알선한 운전자와 임차인 사이의 운전용역계약 사이의 체결을 대행하는 방식으로 운영되어 자동차대여사업과 알선업이 결합된 구조를 취하고 있었다.<sup>30)</sup> 심판대상조항으로 인하여 자동차대여사업자는 알선의 허용

범위가 줄어들더라도 자동차대여사업 자체는 계속할 수 있으므로 심판대상조항은 자동차대여업 또는 자동차대여업자가 영위하는 알선업에 조건을 부과한 것으로서 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다.

그런데 △△ 서비스는 사실상 모든 자동차대여행위를 운전자 알선행위와 결합하고 있으므로 청구인 회사들의 직업을 운전자 알선행위를 결합한 초단기 자동차대여사업으로 볼 경우, 일상적 이동수단을 표방하는 청구인 회사들의 사업방침상 장기 임차가 차지하는 계약 비중이 거의 없거나 미미할 것으로 보이므로 심판대상조항은 청구인 회사들의 영업을 실질적으로 중단하게 하는 결과를 초래한다고 볼 여지도 있다. 이러한 관점에서는 심판대상조항은 회사들의 알선업, 나아가 자동차대여사업에 관한 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다.

이 사건 결정에서는 제한되는 기본권을 포괄적으로 ‘직업의 자유’로 설정하여 판단하였다.<sup>31)</sup>

## (2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 ‘여객자동차운송플랫폼사업’이 신설되면서 자동차대여사업자의 운전자 알선이 ‘여객자동차운송플랫폼사업’을 잠

30) 독일연방헌법재판소는 직업의 자유를 제한하는 법규정의 시행시점에 제한의 대상이 되는 활동이 독자적인 직업(selbständiger Beruf)으로서 존재하고 있는가의 여부에 따라 판단하고 있다. 즉, 그 활동이 독자적인 직업으로 인정되지 않으면 그 활동에 대한 제한은 직업선택의 자유에 대한 제한이 아니라 직업수행의 자유에 대한 제한이라는 것이다. 연방헌법재판소는 독자적인 직업인지를 판단하는 기준에 관하여 “그 활동이 어느 직업의 구성부분에 지나지 않거나 또는 다른 직업의 확장으로서 수행되는 것으로서 그 활동에 관한 규제가 삶을 영위하기 위한 기초로서의 직업활동의 고유성에는 영향을 미치지 않는 경우”에는 그 활동은 독자적인 직업으로 볼 수 없다고 하고 있다 (BVerfGE 68, 272(281); 정영훈, 직업의 자유 침해 여부에 대한 심사기준, 헌법재판연구원, 2014, 14면에서 재인용).

31) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바429, 판례집 28-2하, 560, 567 참조.

탈 또는 회피하는 수단으로 악용되지 않도록 하면서도 중소기업 관광객들의 편의를 증진시키기 위하여 운전자를 알선할 수 있는 자동차 대여의 목적과 시간, 대여 또는 반납 장소의 제한을 추가한 것이다. 따라서 심판대상조항은 공정한 운송질서와 여객자동차 운수사업의 종합적인 발전을 도모하면서도 중소기업 관광객들의 편의를 증진시키기 위한 것이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

### (3) 침해의 최소성

자동차대여사업은 여객자동차법의 체계상 여객자동차운송사업과 별도의 장으로 규정되어 있고, 본래 여객의 운송이 아니라 임차인이 운전할 것을 전제로 자동차를 대여하여 일정 기간 사용하고 사업자에게 반환하는 구조를 띤다. 그런데 자동차대여사업은 운전자 알선과 결합하는 경우 운행계통을 정하지 아니하고 사업구역에서 1개의 운송계약에 따라 자동차를 사용하여 여객을 운송하는 택시운송사업과 사실상 유사하게 운영될 우려가 있다. 따라서 여객자동차법은 운송질서를 확립하고 여객자동차운수사업의 종합적인 발전을 위하여 자동차대여사업과 택시운송사업의 목적과 기능 등을 고려하여 그 허용 요건과 규제를 달리 한다.

구체적으로 살펴보면, 택시운송사업자는 국토교통부장관의 면허를 받을 것을 요하는데(여객자동차법 제4조 제1항), 이는 택시의 공공성을 확보하고 과당경쟁을 막아 국민에게 적절한 교통서비스를 제공할 수 있도록 하는 것이며, 면허를 받은 이후에도 운송사업자와 운수종사자는 자격요건을 갖추고 각종 교육의무와 운행상 준수사항을 지켜야 하고(여객자동차법 제6조, 제21조, 제24조, 제25조, 제26조), 이를 위반하면 일정한 제재를 받도록 엄격히 관리된

다(여객자동차법 제91조, 제94조). 택시운수종사자는 실제 택시운전을 통해 이용자를 직접 대면하고 그 안전과 생명을 담보하기에 해당 차량에 대한 운전면허는 기본이고, 음주운전, 성범죄 등 안전운행을 저해할 만한 요소가 있는 범죄전력이 없을 것을 요하며, 운전 시에도 승차거부나 승객의 중도하차 금지 등 의무를 부담하게 되는 것이다. 특히 개인택시운전면허를 취득하기 위해서는 상당 기간 동안의 무사고이력 등 운전경력이 요구된다.<sup>32)</sup> 또한 공급 과잉 문제를 타개하기 위해 지역별로 택시의 적정량을 산정한 후 택시 대수가 해당 지역의 적정량에 미치지 못하게 되면 그 차이만큼 택시 공급을 보충하여 지역별 적정 운영 대수를 유지하도록 하는 택시총량제가 실시되고 있으며, 택시운송사업에 대한 면허기준의 하나로 '사업계획이 해당 사업구역의 수송수요와 수송력 공급에 적합할 것'이 요구되는 것도 이런 이유에서이다(여객자동차법 제5조 제1항 제1호).<sup>33)</sup> 개인택시면허를 2009. 11. 28. 이후 취득한 사람은 면허의 상속과 양도 또한 제한되는바(여객자동차법 제14조 제3항 본문, 제15조 제4항 본문),<sup>34)</sup> 이런 과잉공급과 과당경쟁을 우려하는 상황에서 운전자격이나 대수 제한 등 규제가 없는 자동차대여업으로 우회하여 운전자 알선을 결합하는 형태로 사실상 여객운송기능을 수행하는 것은 전체적인 여객자동차법의 입법취지에 배치된다 할 수 있다.

자동차대여사업자는 시·도지사에 대한 등록을 요하고, 예외적으

32) 권오성·김민정, '타다' 서비스의 여객자동차운수사업법 위반 무죄 판결의 문제점 - 대상판결: 서울중앙지방법원 2020. 2. 19. 선고 2019고단7006 판결-, 노동법포럼 제 30권(2020. 7.), 63면 참조.

33) 현재 2012. 3. 29. 2010헌마443등, 판례집 24-1상, 591, 607 참조.

34) 여객자동차법(2009. 5. 27. 법률 제9733호로 개정된 것) 제14조 제3항(양도 금지 규정), 제15조 제1항 단서(상속 금지 규정), 여객자동차법 시행령(2009. 11. 27. 대통령령 제21854호로 개정된 것) 제10조의2(운송사업의 양도·상속의 제한)에서는 개인택시면허의 양도 및 상속도 금지하고 있다.

로 자동차 임차인에게 허용되는 운전자 알선에 있어 요구되는 운전자의 자격요건은 해당 차량에 적합한 운전면허 보유가 전부이며, 어떠한 준수 의무도 법에 규정되어 있지 아니하다. 이는 자동차대여사업이 일상적으로 승객의 위험을 담보하는 업을 하도록 고안된 것이 아님을 간접적으로 보여준다. 그런데 예외규정을 활용한 영업방식이 예외가 아니라 이를 하나의 사업방식으로 택하여 대규모로 그리고 전격적으로 행하게 되면 규제의 불균형 현상이 일어날 수밖에 없고, 상대적으로 규제를 덜 받는 자동차대여업의 공급비용이 낮은 만큼 가격경쟁력을 확보할 수 있게 되어 기존 사업자들의 시장을 잠식하게 되며, 오히려 역차별적 규제로 인한 형평성 문제가 발생하게 된다. 따라서 심판대상조항은 여객자동차운송사업과 자동차대여사업 사이의 규제의 불균형이 초래되는 것을 방지하고 본래의 관광 목적에 부합하는 자동차대여사업자의 운전자 알선 요건을 명확히 한 것이다.

입법자가 본래의 관광 목적에 부합하는 운전자 알선 요건을 설정하면서, 관광 목적의 수요가 많은 항만 또는 공항에서 자동차를 대여하거나 반납하는 경우에는 시간의 제한 없이 허용하고, 그 밖의 장소에서 자동차를 임차할 때에는 하루의 4분의 1에 해당하는 6시간 정도 소요될 때 관광을 위해 운전자 알선이 필요하다고 본 것은 필요한 범위를 넘은 과도한 제한이라고 보기 어렵다. 또한 현존하는 자동차대여사업과 택시운송사업 간의 갈등을 고려하여 업무 중첩이나 불필요한 갈등의 재확산 방지를 위해 법규정을 통한 사전적 규제방식을 택한 것 또한 충분히 그 합리성을 인정할 수 있고 과도하다고 보기 어렵다.

나아가 여객자동차법은 2020. 4. 7. 개정을 통해 심판대상조항을 통한 자동차대여사업의 역할 조정뿐 아니라 IT발달에 따른 운

송플랫폼사업이 활성화되는 현상을 반영하여 종합적이고 체계적인 여객운송 제도를 구축하였고, 자동차 임차인에 대한 운송플랫폼을 통한 운전자 알선행위를 플랫폼운송사업에 편입될 가능성을 열어 줌으로써 청구인 회사들과 같은 사업자에게 1년 6개월 동안 기존의 사업을 계속하면서 새로운 제도적 여건에 적응할 수 있는 기간과 대비할 시간 및 사업적 완충지대를 제공함으로써 사업환경의 변화로 인한 침해를 최소화하려 노력하였다. 플랫폼운송으로 전환할 경우 청구인 회사들로서는 승차정원의 제한이 사라지고 원하는 차종을 자유롭게 선택할 수 있다.<sup>35)</sup>

한편, 청구인 회사들은 △△ 서비스가 운송플랫폼 앱을 사용하고 택시와는 완전히 다른 형식의 차량공유 경제를 추구하고 있으므로 심판대상조항과 같이 운전자 알선의 예외조항을 좁게 규정할 이유가 없다고 주장한다.

그러나 청구인 회사들의 서비스 본질을 살펴보면 임차인들은 노선의 기점과 종점에 대한 운행계통에 대한 의사를 표시하여 차량호출을 하고 11인승 카니발 차량 중 자신의 출발지와 가까운 차고지에 있는 차량을 매칭받아 수동적으로 배차받는 것이다. 통상 자동차 임차계약을 할 때 자동차 대여기간을 표시하는 것과 달리 △△ 서비스에서는 목적지로의 도착이라는 일의 완성에 대한 의사만 존재한다. △△ 서비스 이용자의 입장에서는 목적지를 정하여 △△ 서비스의 이용을 신청하면 △△ 서비스가 자동차라는 수단을 이용해 ‘목적지’로 인도하는 택시를 이용하는 것과 사실상을 바가 없는 것이다.<sup>36)</sup> 따라서 △△ 서비스는 개정 전 법 조

35) 2020. 11. 3.자 국토교통부장관 사실조회 회신 참조.

36) 독일 프랑크푸르트 법원도 2019. 12. 19. 우버회사가 여객운송업을 수행했는지 여부를 판단하면서 회사의 특성을 판단하기 위해 중요한 요소 중 하나로 고객의 관점에서 봤을 때 누가 그 서비스를 제공하는가를 실시한 바 있다. 즉, 계약의 형성과 서비스의 제공 측면에서 볼 때 우버가 여객운송업무의 제공자로 판단되고, 광고나



항에 따라 적법하게 운행했는지 여부는 논외로 하더라도 여객운송사업과의 기능 중첩을 부정하기 어렵고 여객운송사업의 종합적 발전과 운송플랫폼사업과의 조율이 불가피하였던 것이다. 2020. 11. 20. 입법예고된 여객자동차법 시행령 개정안에 따르면, 플랫폼운송사업자가 부담할 기여금을 총 매출액의 5% 또는 매 분기별로 운행횟수 당 800원을 합산한 금액 또는 허가대수 당 월 40만 원을 매 분기별로 합산한 금액으로 선택적으로 납부할 수 있도록 하거나, 100대 미만 사업자의 경우 2년 간 납부 유예도 가능하게 하는 등(제20조의9) 비교적 유연하고 차등적인 규율을 하고 있으므로 신규사업자의 플랫폼운송사업에 대한 진입장벽이 지나치게 높게 설정되어 있다고 단정하기도 어렵다.

또한 청구인 회사들이 주장하는 애완전 이동 수단, 다량의 짐 운반 수단이라는 영역은 기존의 여객자동차운송사업이나 화물자동차 운송사업에 의해서도 충분히 이용 가능한 영역이어서 기존에 없던 운송영역이 새로이 창출되었거나 청구인 회사들만의 독자적 사업영역으로 보기 어렵고, 택시에서 발생하는 불편한 운송환경의 개선도 △△ 서비스의 고유한 차별적 특성이라 여기기 어렵다.

운전자 알선 예외사유로 규정된 장애인, 외국인, 65세 이상인 사람, 국가 또는 지방자치단체의 경우 실제로 신체적 장애나 노령, 운전면허 미보유 등으로 인하여 운전하기에 어려움이 있는 사람을 대상으로 하고 있다. 이와의 균형상 승합자동차에 대해서도 사유 불문이 아니라 실제로 운전자 알선이 필요한 사례로 본래 취지에 맞게 한정함이 타당하다.

---

앱의 정보 등을 살펴볼 때 고객의 관점에서는 운송업무를 담당하는 것이 우버로 보인다. 인다는 것이다.

외국의 입법례를 보더라도, 일본은 사업자가 허가를 받아 자동차의 유상대여를 할 수 있으나, 그 대여의 형태가 여객자동차운송사업의 영역과 유사한 경우에는 행할 수 없도록 자동차의 대여에 수반한 운전자의 노무제공금지를 조건으로 하고 있다. 일본의 경제산업성과 국토교통성도 자동차를 임차한 자에게 운전자를 소개하는 사업자가 존재하는 경우, 운전자와 렌터카가 실질적으로 일체로 제공된다고 평가되는 경우 도로운송법상 여객자동차운송사업에 해당되어 위법하다는 해석을 하고 있다. 미국은 기성 택시업계와 신생 승차 공유 서비스업계 간 갈등을 조율하면서 우버와 같은 기업을 여객운송업이 아닌 네트워크 기반의 교통회사(TNC)로서 ‘온라인 플랫폼 상에서 비상업용 개인 자동차를 사용하여 운전자와 승객을 연결하는 기업’을 별도의 제도권 내에서 관리·규제하도록 하였다. 캘리포니아 공공 유틸리티 위원회(CPUC)는 TNC의 영업조건으로, TNC 운전자는 CPUC로부터 면허를 얻을 것, 범죄경력조치를 거칠 것, 운전자 교육 프로그램을 구축할 것, 운전자의 약물과 알코올 문제에 관하여 무관용주의를 택할 것, 의무 책임보험에 가입하고, 차량검수를 실시할 것으로 규정했다. 캘리포니아주에 이어 2019. 1. 기준으로 미국 전체 50개 주 중에서 오리건 주를 제외한 49개 주에서 주법으로 이를 합법화하였다. 또한 플랫폼 운송사업 제도화로 택시업계에 발생할 수 있는 부정적 영향을 최소화하고 제도를 원활하게 정착시키기 위해 샌프란시스코에서는 운행 건당 3.25%, 뉴욕에서는 건당 약 8.8%의 기여금을 납부하도록 하고 있다.<sup>37)</sup> 이와 같이 우버를 합법화한 미국에서도 운전자에 대한 범죄경력조치나 면허보유기간, 기여금 납부 등 별도의 규제를 추가하고 있다는 점 등을 고려하면, 새로

37) 2021. 2. 18.자 국토교통부장관 보충의견서 6면 참조

등장한 플랫폼 사업자에 대하여 기존 여객운송업과의 형평을 고려하여 규율체계를 마련하는 것은 안전하고 원활한 여객 운송과 여객자동차운수사업의 종합적인 발전에 기여한다고 할 것이다.

이상의 점을 종합하면, 심판대상조항이 여객자동차운송플랫폼사업을 제도화하면서 자동차대여사업자의 운전자알선 범위를 관광목적으로 한정하고 요건을 부과한 것이 지나치게 과도한 제한이라고 보기 어렵다. 심판대상조항은 침해의 최소성 요건을 갖추었다.

#### (4) 법익의 균형성

여객자동차운수사업은 생활권의 확대에 따른 이동 수단의 편의성과 필요성이 크게 요청되는 오늘날의 사회에서 국민들의 생활과 안전에 미치는 영향이 지대하고 도로라는 공물을 이용한다는 점에서 공익적 요소가 매우 큰 사업이라고 할 것이다. 국가는 공공성이 큰 여객자동차운수사업의 원활한 수행과 종합적인 발전, 적절한 교통서비스 제공을 위하여 여객자동차운송사업이나 여객자동차운송플랫폼사업을 잠탈 또는 회피하는 수단으로 악용될 위험이 큰 자동차대여사업자의 운전자 알선 범위를 적정하게 규제할 필요가 있다. 반면, 이 사건 청구인 회사들과 운전자들은 심판대상조항에 따른 자동차대여사업과 운전자 알선, 운전용역제공이 가능하고, 초단기 자동차대여와 운전자 알선을 결합한 플랫폼운송사업이나 운전용역제공을 원하는 경우에는 여객자동차플랫폼운송사업을 하거나 그러한 사업에서 운전용역을 제공하는 것이 가능하다. 따라서 심판대상조항에 의하여 달성하고자 하는 공익보다 제한받는 사익이 더 크다고 보기 어렵다. 심판대상조항은 법익균형성 요건을 갖추었다.

(5) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인 회사들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

**다. 신뢰보호원칙 위반 여부**

(1) 보호가치 있는 합리적 신뢰인지 여부

청구인 회사들은 개정 전 법 조항이 11인승 이상 15인승 이하라는 승차정원 요건만 갖추면 임차인에게 운전자 알선을 할 수 있음을 신뢰한 상태에서 2018. 10.경부터 △△ 앱 서비스를 개시하였다. 청구인 회사들은 위 대여업의 적법성을 검토하기 위해 2018. 9. 1.부터 2019. 9. 20.까지 국토교통부 ○○과의 담당공무원들과 서비스 출시, 운영, 현황 등에 관하여 논의하는 과정에서 △△ 서비스의 위법성에 대해 부정적인 논의나 행정지도 등을 받은 적이 없었으므로, 이러한 법 상태가 일정 기간 지속될 것이라는 신뢰를 가지고 있었다고 볼 여지도 있다.

그렇지만 청구인 회사들의 구법상태에 대한 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 가치가 있는 합리적 신뢰였는지는 단정하기 어렵다.

먼저, 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 개정될 수 있으므로, 법률이 개정될 일반적인 가능성은 항시 존재한다. 구 여객자동차법 제34조 제2항 단서는 ‘대통령령’으로 위임하는 형식을 취하고 있었으므로 사회적, 경제적 사정 변경에 따라 변화가 생길 수 있음을 예측할 수 있다.<sup>38)</sup> 여객자동차법이 기사알선을 예외적으로만 허용한 취지 역시 원칙적으로 자동차대여사업의 주된 기능이 여객의 이동이나 운송이 아닌 자동차의 대여에 초점이 있었기 때문으로 보인다. 택시운전에 비해 자동차대여 시

38) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마400, 판례집 20-2상, 304, 315-316 참조

알선할 수 있는 운전자의 자격요건이나 준수 의무, 사업자의 주의 의무 등이 덜 규율되었던 것도 이러한 맥락으로 이해할 수 있다. 또한 청구인 회사들이 개정 전 법에 따라 운전자 알선 허용 범위를 신뢰한 기간은 2014. 10. 15. 여객자동차법 시행령 개정 이후 약 6년으로 매우 길다고 보기 어렵다.<sup>39)</sup> △△ 서비스가 개시된 직후에는 △△가 사실상 유상여객운송서비스에 해당한다고 주장하는 택시업계의 반발이 매우 거세었고, 2019. 1.경 또다른 새로운 플랫폼 이동서비스인 ◇◇ 카풀서비스도 불법택시로 운행될 수 있다는 우려 속에 약 2개월 간의 시범서비스 끝에 중단되었으며, 2019. 3.경 국토교통부에서 사회적 대타협기구 합의안을, 2019. 7.경 국토교통부에서 택시와 플랫폼사업의 상생안을 발표하는 등 전반적으로 플랫폼업계와 택시업계 간 참여한 대립과 갈등이 양산되던 시기였다.

더욱이 예외적으로 11인승 이상 15인승 이하 승합차에 대한 운전자 알선을 허용하는 본래 취지는 중소기업 단위의 관광객에 대한 편의 도모에 있었으므로, 청구인 회사들로서는 자신들의 행위가 위와 같은 허용 취지에 배치될 수 있고, 나아가 이를 시정하는 방향으로 법이 개정될 가능성을 알았거나 적어도 충분히 예측할 수 있었다고 볼 수 있다.

청구인 회사들이 비록 청구인 회사들이 국토교통부 부서와 질의회신을 하는 등 사업의 적법 여부를 타진하였다고 하더라도, 그것이 예외적인 허용 상태에 대한 향후 정책까지 보장한다고 보기는 어렵다. △△ 서비스는 차량의 승차정원은 11인승이었으나 실

39) 위 2006헌마400, 판례집 20-2상, 304, 316 참조. 여기서 헌법재판소는 “청구인들이 신뢰한 구 산림법 조항에 따른 대형 또는 수탁 방식에 의한 사업수행 가능성에 대한 청구인들의 신뢰는 5년 남짓한 기간에 불과하여 그 신뢰형성의 기간이 그다지 길지 않았”다고 판시하였다.

제 탑승객의 수를 제한하지는 않았기에 태생적으로 13인승 이하 자동차를 이용할 수 있는 택시와 같은 기능을 수행하여 갈등의 촉발 유인을 가지고 있었고, 청구인 회사들도 이를 의식하였거나 충분히 인식할 수 있었다.

결국, 청구인 회사들이 면허제도를 통해 여객운송수단의 공공성과 안전성을 추구하던 기존의 제도를 우회하여 그러한 규제를 받지 않으면서 실질적으로 동일한 기능을 수행할 수 있는 예외적 운전자 알선 허용 조항이 향후 변함없이 지속될 것이고 이에 터잡아 계속하여 사업을 운영해나갈 수 있으리라는 신뢰는 헌법적으로 보호가치 있는 것으로 보기 어렵다.

## (2) 유예기간의 설정

심판대상조항은 개정과 동시에 시행하지 않고 시행할 때까지 1년 6개월이라는 기간을 준비기간으로 부여하고 있다. 청구인 회사들로서는 이 기간 동안 종전의 사업을 최대한 덜 손해가 가도록 정리할 수도 있고, 반대로 새로운 플랫폼운송사업자로서 허가를 받아 기존의 서비스 형태를 유지할 수도 있다. 1년 6개월이라는 기간이 지나치게 짧다고 할 수 없으므로 청구인 회사들의 직업선택의 자유가 합리적인 신뢰에 반하여 침해되었다고 보기 어렵다.

## (3) 사익과 공익 사이의 형량

심판대상조항은 중소기업 관광을 위한 승합자동차 임차인에 대한 편의를 도모하는 한편, 허가제 등 엄격한 관리와 규율을 받는 여객운송업과의 업무 차이를 명확히 하여 여객운송질서를 확립할 수 있도록 하며, 청구인 회사들과 같이 플랫폼을 통해 운전자 알선을 해 오던 자동차대여사업자에 대해서는 새로이 도입되는 운

송플랫폼사업에 편입시킴으로써 종합적인 규율을 통한 법 적용의 통일성과 안정성을 확보하고, 궁극적으로는 여객의 안전하고 원활한 운송과 여객자동차운송사업의 종합적인 발달을 확보하려는 것이다. 심판대상조항이 추구하는 공익은 심판대상조항으로 인해 청구인 회사들이 입는 영업상 불이익보다 중요하고 긴절하다.

(4) 심판대상조항은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인 회사들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

## 6. 이 사건 결정의 의의

이 사건은 기존에 자동차대여사업자가 11인승 이상 15인승 이하 승합자동차를 임차하는 사람에게 별다른 제한 없이 운전자를 알선할 수 있도록 하였던 ‘여객자동차 운수사업법’ 조항에 ‘관광의 목적’과 대여시간이나 대여 또는 반납 장소에 관한 요건을 추가한 심판대상조항에 대하여 헌법재판소에서 위헌성을 판단한 것이다.

헌법재판소는 승합자동차 임차인에 대한 운전자 알선을 가능케 하는 입법취지 및 새로이 도입된 여객자동차운송플랫폼사업을 비롯한 종합적인 여객자동차운수사업의 체계, 각 사업의 목적과 기능, 유예기간 등을 고려하여 심판대상조항이 자동차대여사업자의 직업의 자유를 침해하지 아니한다고 결정하였다.

## 11. 구 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌제청

- 안경사 면허를 가진 자연인에게만 안경업소를 개설할 수 있다고 규정하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하는 의료기사법 조항들이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2021. 6. 24. 2017헌가31, 판례집 33-1, 620)

김 지 현(金智賢)\*

### 【판시사항】

안경사 면허를 가진 자연인에게만 안경업소의 개설 등을 할 수 있도록 한 구 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항 및 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항과, 그 위반 시 처벌하도록 정한 구 의료기사 등에 관한 법률 제30조 제1항 제6호 등이 과잉금지 원칙에 반하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 ‘의료기사 등에 관한 법률’(이하 범명을 약칭하여 ‘의료기사법’이라 한다) 제12조 제1항(이하 ‘이 사건 금지조항’이라 한다),<sup>1)</sup> 제30조 제1항 제6호 제30조 제1항 제6호

\* 헌법연구관

1) 의료기사법이 당해사건의 공소대상 행위 시점 전후로 안경업소 외에 콘택트렌즈까지 포함하는 내용으로 개정된 바 있어, 보다 정확한 연혁은 구 ‘의료기사 등에 관한 법률’(1995. 1. 5. 법률 제4912호로 전부개정되고, 2011. 11. 22. 법률 제



(이하 ‘이 사건 처별조항’이라 하고, 이 사건 금지조항과 이 사건 처별조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

안경사가 대표이사로 있는 법인은 안경사 면허 있는 자연인의 명의로 안경업소를 개설하되 실제 영업은 법인이 담당하기로 하는 수익분배약정을 맺는 방식으로 9개의 안경업소를 개설하였다. 법인과 그 대표이사가 의료기사법 위반죄로 기소된 사건에서, 1심 법원은 안경사인 대표이사에게는 징역 6월에 집행유예 2년 및 사회봉사명령 160시간, 법인에게는 벌금 2천만원의 유죄판결을 선고하였다.<sup>2)</sup>

피고인들은 항소하였고, 항소심 계속 중 안경사 면허 있는 자외의 안경업소 개설을 금지하는 조항인 의료기사법 제12조에 대하여 위헌제청신청을 하였고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다. 한편, 법인의 주주구성은 계속 변동되어 처음 설립 당시에는 안경사 자연인들이 지분을 100% 가지고 있었으므로 안경사들로만 구성된 법인이었으나, 법원의 위헌제청 이후에는 유상증자 및

---

11102호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항, ‘의료기사 등에 관한 법률’(2011. 11. 22. 법률 제11102호로 개정된 것) 제12조 제1항, 구 ‘의료기사 등에 관한 법률’(2011. 4. 28. 법률 제10608호로 개정되고, 2011. 11. 22. 법률 제11102호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 제6호, 구 ‘의료기사 등에 관한 법률’(2011. 11. 22. 법률 제11102호로 개정되고, 2016. 12. 2. 법률 제14331호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 제6호가 될 것이나, 해설의 편의를 위하여 연혁은 본문에서 별도로 표기하지 않는다.

2) 집행유예이므로 안경사 결격사유에는 해당되지 않는다.  
[결격사유: 의료기사법 위반으로 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행 중에 있는 자(의료기사법 제5조 제4호)]

주식 양도로 안경사 아닌 자의 지분이 상당 부분을 차지하여,<sup>3)</sup> 안경사들로만 구성된 법인은 아니게 되었다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

국민의 시력보호를 위해 안경사만 안경의 조제, 판매를 담당하도록 한 것이라면 실제 안경업소를 관리하며 안경을 취급하는 사람이 안경사이면 되는 것이지 안경업소의 개설과 경영 자체를 반드시 자연인 안경사에게만 허용하여야 할 합리적 이유가 도출되지 않는다. 심판대상조항은 안경사들로만 구성된 법인과 안경사 개인의 안경업소 개설 및 경영이라는 직업수행의 자유를 침해하고, 이들의 단체 결성 및 단체 활동의 자유를 제한한다는 점에서 결사의 자유도 침해한다.

국민건강과 관련된 공익성이 더 큰 병원 역시 의료법이 의료법인에 의한 의료기관 개설을 허용하고 있고, 변호사, 변리사, 공인회계사, 세무사, 건축사, 법무사, 공인노무사와 같은 다른 직종 역시 법인을 설립하여 업무를 수행할 수 있다. 이와 비교할 때, 심판대상조항은 안경사들로만 구성된 법인 및 안경사 개인의 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

**재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이미선의 합헌의견**

국민의 눈 건강과 관련된 국민보건의 중요성, 안경사 업무의 전문성, 안경사로 하여금 자신의 책임 하에 고객과의 신뢰를 쌓으면

---

3) 사모펀드 주식회사가 약 32%의 지분을 갖고 있었다.

서 안경사 업무를 수행하게 할 필요성 등을 고려할 때, 안경업소 개설은 그 업무를 담당할 자연인 안경사로 한정할 것이 요청된다.

법인 안경업소가 허용되면 영리추구 극대화를 위해 무면허자로 하여금 안경 조제·판매를 하게 하는 등의 문제가 발생할 가능성이 높아지고, 안경 조제·판매 서비스의 질이 하락할 우려가 있다. 또한 대규모 자본을 가진 비안경사들이 법인의 형태로 안경시장을 장악하여 개인 안경업소들이 폐업하면 안경사와 소비자 간 신뢰관계 형성이 어려워지고, 독과점으로 인해 안경 구매비용이 상승할 수 있다. 반면 현행법에 의하더라도 안경사들은 협동조합, 가맹점 가입, 동업등의 방법으로 법인의 안경업소 개설과 같은 조직화, 대형화 효과를 어느 정도 누릴 수 있다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 아니하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

### **재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 이영진, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 헌법불합치의견**

심판대상조항은 안경사 자격을 가진 자연인에게만 안경업소 개설을 허용하고 법인 형태의 안경업소 개설을 일체 허용하고 있지 않은데, 이를 허용할 경우 우려되는 지나친 영리추구로 인한 폐해나 무면허자에 의한 안경 조제·판매와 같은 부정적 효과들은 안경업소의 개설 주체가 법인인지 자연인인지에 따라 달라지는 문제라기보다는 안경의 조제·판매에 있어 전문성과 책임성을 갖춘 안경사의 의사결정권한이 유지되고 있는지 아닌지에 달려 있는 문제로 봄이 합리적이다. 심판대상조항이 안경사들로만 구성된 법인 형태의 안경업소 개설까지 허용하지 않는 것은 직업의 자유에

대한 필요 이상의 제한으로 그 침해의 정도도 상당하므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반한다.

심판대상조항 중 안경사가 아닌 자연인의 안경업소 개설에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않으나, 심판대상조항 중 법인의 안경업소 개설에 관한 부분은 안경사들로 구성된 법인의 안경업소 개설까지 포함하여 전면적이고 일률적으로 법인의 안경업소 개설을 금지하는 데에 그 위헌성이 있다. 따라서 심판대상조항 중 ‘법인에 관한 부분’에 한하여 그 효력을 즉시 상실시키는 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고함이 타당하다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

심판대상조항은 자연인 안경사 아닌 자의 안경업소 개설을 금지하고 처벌하는데, 그렇다면 안경사들이 모여 법인을 세운 경우에도 안경업소 개설을 불허하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지, 그러한 법인의 기본권을 침해하는지 여부가 문제된다.

이하에서는 안경사 제도와 법인의 안경업소 개설 허용 추진 실태, 외국 입법례와 판례, 제한되는 기본권의 확정, 구체적인 분안 판단 순서로 살펴본다.

### 2. 안경사 제도와 법인 안경업소 허용 추진 실태

#### 가. 안경사제도의 도입과 안경업소 개설주체의 제한

1987. 11. 28. 법률 제3949호로서 의료기사법에 제13조의3 제1항, 제2항(안경사제도)이 신설되기 전까지는 안경이나 콘택트 렌즈는 약사법(제2조 제9항)상 의료용구(의료기기)의 일종으로 취

급되어 일정한 시설을 갖추는 경우 누구든지 등록하기만 하면 안경업소를 개설할 수 있었다. 그러나 위 개정된 의료기사법은 안경사제도를 새로이 도입하여 그 자격, 면허 등을 규정하면서 안경사의 업무범위를 시력보정용 안경의 조제 및 판매업과 콘택트렌즈의 판매업으로 한정하였고(의료기사법 제13조의3 제2항, 제11조 제1항 참조), 시설을 갖추고 등록하기만 하면 의료용구 판매업을 영위할 수 있도록 한 약사법 제42조를 준용하지 않도록 하였다.

즉 안경사제도는 자격 없는 자가 함부로 안경이나 콘택트렌즈를 조제·판매한다면 국민의 안(眼) 건강에 해를 끼칠 수 있다는 반성적 고려에서 국민보건 향상을 위하여 신설된 제도로서 안경이나 콘택트렌즈의 판매업은 다른 의료용구 등 판매업과는 달리 법 소정의 자격 있는 안경사만이 행할 수 있게 하였다(헌재 1993. 11. 25. 92헌마87, 판례집 5-2, 468, 476).

안경사제도가 신설된 다음인 1989. 12. 30. 법률 제4180호로 개정된 의료기사법에서 안경사 이외의 자가 안경업소를 개설하는 것을 금지한 이래로(제13조의4 제1항) 지금까지 내용의 실질적 변동 없이 유지되어 왔다. 1995. 1. 5. 법률 제4912호로 개정된 의료기사법(법률명을 '의료기사 등에 관한 법률'로 변경)부터는 안경사라 하더라도 1개의 안경업소만 개설할 수 있도록 하여(제12조 제2항) 안경업소의 운영에 충실을 기하도록 하였다.

#### 나. 안경사의 업무범위

우리나라의 안경사 업무영역은 안경테와 안경렌즈 상담과 추천, 안경테와 렌즈를 얼굴과 눈에 맞게 맞추는 피팅(fitting)업무가 주가 되는 안경조제사(dispensing optician)에 국한된다. 그 외에 광학중심점과 난시축의 수평 정도를 조절해 안경렌즈를 깎는 업

무는 종래 수제 작업이었으나 옥습기의 등장으로 기계화되었다. 도수 있는 안경 조제를 위한 시력검사 방법도 자동굴절검사기기를 사용하는 타각적 시력검사만 허용된다.<sup>4)</sup>

미국은 안경사(optician)와 분리된 별도 직역인 검안사(optometrist)가 따로 존재하여 약제사용 방법의 시력검사 및 자동굴절검사기기를 사용하지 않는 타각적 굴절검사 및 안압측정, 시력장애, 일부 안과질환 진단을 하고 있다.

#### 다. 법인 안경업소 개설허용안 무산

보건복지부는 2005. 8. 24.부터 9. 13.까지 불필요한 규제 완화 취지에서 안경법인도 안경업소 개설이 가능하도록 법률개정안을 입법예고하였다. 안경법인 도입은 자본조달이 용이하고, 경영의 투명성 제고 및 안정성 유지 등으로 국민에게 제공하는 안(眼)보건서비스의 질을 한 단계 높이는 계기가 될 것이라 밝혔다(입법예고안 보도자료). 개정안의 내용은 안경사 또는 안경법인은 1개소의 안경업소만을 개설할 수 있고, 안경법인의 구성원을 안경사들로만 제한하며, 구성원 전원이 무한책임을 지는 합명회사에 관한 규정을 준용하는 것이었다. 안경법인의 구성원은 다른 안경법인의 구성원이 되지 못하고, 자기 또는 제3자의 계산으로 안경사의 업무를 하지 못하도록 하였다. 이러한 개정법률안은 통과되지 못하였다.

4) 약제를 사용하는 시력검사 및 자동굴절검사기기를 사용하지 아니하는 타각적(他覺的) 굴절검사는 제외하도록 제한하고 있다(구 의료기사법 시행령 제2조 제1항 제8호). 따라서 검영기, 세극등 현미경, 검안경, 안압계, 시야계를 이용한 타각적 굴절검사로 안저검사나 안압측정, 시야검사를 수행하거나, 진단약물 사용, 치료약물을 사용하는 방식은 안경사에게는 허용되지 않는다.

### 3. 외국 입법례 및 판례

#### 가. 미국

뉴욕주의 경우 회사, 유통법인은 의사, 검안사, 안경사(안경조제사)가 직접 판매한다는 조건 하에 안경렌즈나 콘택트렌즈를 판매할 수 있다(뉴욕주 교육법 143조 제7106절).

코네티컷(Connecticut)주에서 안경사는 안경업소에서 업무를 수행하기 위해서는 판매허가(selling permit)를 받아야 한다. 이 판매허가(permit)은 1개 이상의 복수 영업장을 대상으로도 발행될 수 있다. 대신 매 판매허가증마다 그의 이름, 안경사 면허 번호(license number), 영업장 이름과 장소가 기재되어 있어야 하며, 영업장에서 발생한 안경사와 그의 감독을 받는 직원의 행위나 부작위, 안경사법과 규제를 준수할 책임 등은 판매허가(permit)을 받은 안경사의 책임으로 귀속된다(Regulations of Connecticut state agencies, Section 20-141-20). 코네티컷 주 안경업소 개설등록신청서를 보면, 소유자의 법적 형태로 선택할 수 있는 것은 (1) 개인 (2) LLP (3) LP (4) 영리법인 (5) 기타이고, 그 업소의 책임 안경사 면허번호를 기재하도록 되어 있다.

#### 나. 일본

안경은 일반의약기기이고, 콘택트렌즈는 고도관리의료기기로 분류된다(의약품, 의료기기 등의 품질, 유효성 및 안정성의 확보 등에 관한 법률). 안경사라는 제도가 법률로 정해져 있지는 않고, 실제로는 (재) 일본안경연맹, (사) 일본 안경기술자협회, (사) 안경공정거래협회 등 단체에서 안경기술자 자격을 자율적으로 두어 운영하고 있다(‘인정안경사제도’). 일반 의료기기인 안경을 판매할 때에는 따로 신고나 허가가 필요 없으므로 법인도 안경을 판매할

수 있다. 콘택트렌즈를 판매할 때에는 그보다는 요건이 엄격하여 영업장마다 후생노동성령에서 정한 기준(관련업에 1년 이상 종사, 국가가 제공하는 기초강습 수료)에 해당하는 관리사를 두어야 하고 사전에 인허가를 받아야 하는데, 이 때 법인도 콘택트렌즈 판매허가를 신청할 수 있도록 신청란에 기재되어 있다(약사법률 시행규칙 제160조 제2항).

#### 다. 독일

안경사(Augenoptikergeselle, Augenoptikermeister)를 보건 관련 직종이 아닌 허가를 요하는 수공업자로 분류하므로 수공업법에서 관련 규율을 하고 있다.) 자연인과 법인(주식회사, 유한회사, 유한회사를 무한책임사원으로 하는 독일법상 합자회사), 인적회사(민법상 회사, 합명회사, 합자회사)가 독립적인 사업장을 설립할 수 있다(수공업법 제1조 제1항, 별지 A의 33번).

수공예업무의 수행은 자격자가 전담해야 하는 것을 조건으로 수공업을 담당하는 개개의 업소는 자연인 또는 법인, 인적회사가 소유할 수 있다(수공업법 제7조 제1항 1문). 안경의 조제업무를 안경사(Augenoptikermeister)가 전담하기만 하면 안경업소의 개설자는 법인이나 인적회사여도 된다.

#### 라. 영국

법인은 안경을 조제하고 판매하는 업무를 수행할 수 있다(the Opticians Act 1989, 제9조). 법인의 안경업소 개설시 갖추어야 할 요건에 제한을 두고 있는 것이 특징인데, 안경사가 지분의 51% 이상을 보유하거나, 이사들 중 다수가 등록된 검안사 또는 안경사이거나, 검안사(Optometrlist/Ophthalmologist)나 안경조제



사(안경사, Optician)가 시력측정업무를 대부분 관리하여야 한다.

### 마. 프랑스

2005년의 공중보건법(Code de la santé publique) L4362-9 조에 따르면 안경업을 목적으로 하는 영업점은 안경사만이 운영 또는 경영할 수 있다고 규정하였다. 안경사는 1개소 이상을 운영할 수 있다. 매 안경업소마다 안경사가 상주해야 한다.) EC(European Commission, 유럽연합 집행위원회)는 유럽사법재판소의 Commissions v. Greece 판결을 예시하며 안경업소 개설요건 제한은 EC조약(유럽공동체설립조약) 상의 기업설립의 자유와 서비스의 자유이동 조항에 위반된다며 2008. 9. 법을 개정할 것을 제안하였다. 2014년 법 개정으로 위 판결 취지를 반영하여 안경업소 개설주체를 안경사로 더 이상 제한하지 않는 대신, 안경사만이 (안경의) 굴절 교정렌즈와 시력 교정용 콘택트렌즈를 교부할 수 있다고 규정하였다.

### 바. 유럽사법재판소<sup>5)</sup> 판결

그리스는 당초 안경사만 안경업소를 개설하도록 제한하였으나, 법을 개정하여 법인도 안경업소를 개설할 수는 있되 안경사의 지분이 최소 자본금 50% 이상이고 공동 또는 유한파트너십(우리의 합명회사, 유한책임조합)으로 제한하였다.

유럽사법재판소(ECJ) 제2재판부는 2005. 4. 21.자 EC Commission v. Greece 판결에서 그리스의 개정법 내용인 안경업소 개설제

5) ECJ는 사법재판소(Court of Justice), 1심 담당 일반법원(General Court)로 구성되며, 룩셈부르크에 소재한다. 유럽법원이라고도 명명된다. 프랑스 스트라스부르에 위치한 유럽인권재판소(ECHR)와는 별개의 재판기능을 담당하는 다른 법원이다. ECJ 법원은 공동통상정책이 펼쳐질 수 있도록 투자와 통상, 무역 부문에서 각국의 차별철폐 위주로 심사하는 것을 주된 임무로 하고 있다.

한 규정 두 가지 모두가 유럽(경제)공동체 설립조약(EC 조약, European Community Treaty) 제43조, 제48조(회사설립의 자유, 서비스의 자유이동)를 준수하지 않았다고 판단하였다(Case C-140/03). 위 법률들의 입법목적인 공중보건은 안경업소마다 안경사가 상주해야 하거나, 민사상 손해배상규정을 도입하거나, 직업적 배상책임보험 가입을 요구하는 방법으로도 달성할 수 있다고 실시하였다.

#### 4. 심판대상조항의 위헌 여부

##### 가. 제한되는 기본권

##### (1) 평등권 제한 여부

제청법원은 심판대상조항에 대한 위헌법률심판 제청이유로 평등권도 침해된다고 주장하였으나, 안경사와 다른 직종간의 비교, 예컨대 의사와 변호사, 법무사, 변리사, 공인회계사, 세무사, 건축사, 공인노무사, 관세사, 약사, 의약품 제조업자·수입자·도매상은 업무의 특성이나 분업·협업의 필요성에서 차이가 있어서, 안경사와 이들 직종을 법인에 의한 영업소 개설에 관한 차별취급이 문제되는 평등 심사에서 서로 비교대상이 되는 집단이라고 보기 어렵다는 이유로, 평등권 침해 여부에 대하여는 판단하지 않았다.

이처럼 직업의 자유 침해 여부가 문제될 때에는 해당 직종이 법률상 받는 규제 특성을 고려하지 않고 그러한 규제가 적용되지 않는 다른 직종을 사례로 들어 평등권 침해를 주장하는 경우가 많으나, 헌법재판소는 다른 직업군과의 비교는 해당 직업에 대한 법률상 규제 측면에서 유의미하게 밀접한 관련이 있지 않는 한 평등원칙 심사를 하는데 소극적인 경향을 보인다. 이는 다른 직종과의 평등권 침해를 인정한다 하여 청구인이 그 다른 직종에

종사할 가능성이 별로 없고, 그 다른 직종과 청구인 간의 관련성이 낮다는 점에서 타당하다고 보인다.

한편 비교집단을 의료기사법상 다른 직종으로 삼을 수 있는지 검토해보더라도, 의료기사인 ‘임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과위생사’ 및 ‘의무기록사’는 의사의 업무를 보조하는 업무를 수행하기 때문에 단독으로 업소를 개설하지 않고 주로 병원이나 개인의원에 소속되어 취업하는 형태이다. 따라서 안경사와 이들 직종을 비교집단으로 삼기 어렵다.

또한, 의료기사법상 안경사 외에 유일하게 단독으로 업소를 개설할 것을 예정하고 있는 직종인 치과기공사 역시 법인에 의한 치과기공소 개설이 금지되고 있다(의료기사법 제11조의2 제1항). 그러나 안경사와 치과기공사가 수행하는 업무의 특성이나 업소 개설현실이 다르다. 치과기공사는 일반 소비자들을 대상으로 판매하는 것이 아니라 치과의 주문을 받아 보철물을 제작하여 공급하는 것이 일반적이므로 법인을 설립하여 치과기공소를 개설할 유인이 낮다. 치과기공사에게도 치과기공소 개설을 치과의사와 치과기공사로만 제한한 규정이 있다고 하여 안경사와의 평등권 침해를 논할 수 있는 비교집단이라 보기 어렵다.

## (2) 결사의 자유 제한 여부

이 사건에서 헌법재판소는 결사의 자유가 제한되기는 하지만, 사안과 가장 밀접한 기본권은 아니라는 이유로 결사의 자유 침해 여부는 별도로 판단하지 않았다.

헌법재판소는 법인약국 개설 금지 사건(헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268)에서 결사의 자유 역시 제한되는 기본권이라 판단한 적이 있다. 한편, 결사의 자유의 보호영역

에 대해서는 근래에 영리단체를 결사의 자유 보호영역에서 제외하는 것이 타당하다는 유력한 반론이 있다. 어차피 영리단체는 재산권 내지 직업의 자유라는 기본권을 향유하기 때문이다.<sup>6)</sup>

### (3) 직업의 자유 제한 여부와 그 주체

이 사건 금지조항은 자연인 안경사에 대해서는 자신이 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 영업의 자유 내지 직업수행의 자유를 제한한다. 또한, 이 사건 금지조항은 안경사들로만 구성된 법인의 직업의 자유를 제한한다.

다만, 안경사가 구성원임을 기본으로 하되 비안경사의 투자와 구성원 참여를 인정하는 법인(이른바 ‘안경사가 구성원으로 참여한 법인’)도 제한되는 기본권의 주체인지 여부가 문제될 수 있는데, 헌법재판소는 위헌제청법원 및 위헌제청신청인들이 이를 별도로 주장하지 않았다는 점에서 그러한 법인의 기본권 침해 여부는 판단하지 않았다.

## 나. 과잉금지원칙 위반 여부

심판대상조항이 안경사인 자연인 및 안경사들로만 구성된 법인의 직업의 자유를 제한함에 있어 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부에 대해서는 다음과 같이 재판관들의 의견이 나뉘었다.

### (1) 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.

6) “결사의 자유에 관한 유럽안보협력기구(OSCE)/민주제도 및 인권사무소(ODIHR)와 베니스위원회 공동지침”에서도 “결사의 자유는 비영리단체에게 실질적 의미가 있으며, 민주주의를 보장하기 위한 기본권으로 보는 견해에서는 결사란 대체로 ‘비영리단체’를 전제한다.”라고 하고 있다.

## (가) 입법목적의 정당성

심판대상조항은 무면허자에 의한 안경 조제와 판매행위를 방지하고, 안경사로 하여금 자신의 명의로 개설한 안경업소에서 자신의 책임하에 안경의 조제 및 판매 업무에 충실을 기하게 함으로써 눈과 관련된 국민보건 향상을 도모하려는 목적을 갖고 있으므로 정당하다.

## (나) 수단의 적합성

안경사로 하여금 자신이 개설한 업소에서 자신의 책임하에 안경 조제와 판매 업무를 수행하게 하면, 안경업소에서의 부정확한 안경 조제나 소비자에게 불리한 형태의 안경 판매를 방지하고, 피해 발생 시 책임 소재를 명확히 할 수 있는 측면 외에도, 안경사로 하여금 자신의 책임하에 해당 업무에 만전을 기하게 함으로써 안경사의 자율성·책임성 및 윤리성을 보장하는 효과가 있다.

## (다) 침해의 최소성

법인 안경업소가 허용되면 영리추구를 극대화하기 위해 나타날 폐해가 우려되고, 개인의 전문성과 신뢰를 바탕으로 이루어지는 안경 조제 및 구매 환경의 선택 면에서 불리해지며, 영리 위주의 안경 판매로 인한 국민보건상의 부작용 및 소비자 후생 감소라는 측면이 있으므로, 안경업소 개설 자체를 그 업무를 담당할 자연인 안경사로 한정하여 전문가로서 자신의 책임하에 안경사 업무를 수행하도록 하는 것은 국민의 눈 건강과 관련된 국민보건 향상을 위해 요청된다고 하여, 침해의 최소성도 인정된다.

## (라) 법익의 균형성

법인 안경업소 개설을 허용하면, 법인과 구성원 사이의 법적 분리에서 따른 법률관계의 명확화, 기업형 경영으로의 전환, 법인 고유의 자산축적이 가능해짐에 따른 설비 투자, 조직화·대형화·전문화의 달성, 소득세에서 법인세로의 전환 등 세무상 이익이라는 장점을 누릴 수는 있다. 그런데 현행 의료기사법에 따르더라도 안경사들은 협동조합 또는 가맹점에 가입하여 각 가맹점주의 권한과 책임하에 안경업소를 개설하고 운영하면서 이들로부터 영업전략을 전수받고 물류비용 등을 절감하는 한편, 브랜드의 인지도 효과를 이용하여 광고비를 절약할 수 있다.<sup>7)</sup> 또한 자연인 안경사들이 동업하여 공동의 명의로 안경업소를 개설함으로써 필요한 자본을 조달하는 방법이 있으므로, 이 사건 금지조항에 의하더라도 어느 정도는 법인의 안경업소 개설과 같은 조직화, 대형화 효과를 누릴 수 있다. 따라서 심판대상조항으로 인하여 사익이 제한되는 정도는 한정되어 있다.

이에 반해 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익인 사람의 눈과 관련된 국민건강보건 및 소비자 후생은 매우 중대하며, 부작용

7) 이른바 프랜차이즈 안경점을 일컫는다. 가맹점(프랜차이즈) 방식으로 안경업소를 개설하여 운영하는 것은 현행 의료기사법상으로도 허용된다. 가맹점주인 안경사가 개설주체이고, 안경업소의 수익과 손해도 안경사 개인에게 귀속되기 때문이다. 가맹점주는 가맹본부에 일정 비용(매월 몇백만원 선)을 지불하고 운영관리시스템을 지원받는다. 이처럼 여전히 자연인인 안경사가 개설주체가 되므로 법인으로 운영하였을 때의 장점인 법률관계 간명, 세금 혜택이나 비용 처리방식을 누리지 못한다. 그럼에도 불구하고 프랜차이즈 안경업소는 나날이 증가하고 있는데, 안경업소 경영경험이 부족한 안경사라도 창업하여 경영노하우를 전수받을 수 있고, 기존 브랜드 인지도를 활용하고 다수의 가맹점이 공동으로 비용을 들여 광고비가 절감되며, 유행 등 시장변화에 빠르게 대처할 수 있기 때문이다. 그 외에도 안경제품 수급이 원활하고, 공동구매, 가맹본부가 유통하는 PB(Private Brand) 제품 등 비 프랜차이즈 안경업소에 비해 다양한 제품을 구비할 수 있고 대량구매에 따른 가격절감이 가능하며, 브랜드와 대형매장을 선호하는 소비자들에게 인지도가 있는 브랜드로 가입하여 매출이 증대되는 장점이 있다. 다비치안경, 글라스스토리, 룩윅틱스 등 브랜드 가맹점은 2,531개로 전국 안경업소의 약 29.5%를 차지한다(통계청 작성 2015년 기준 통계).

이 일단 발생하면 그 피해는 회복하기 어렵다. 법인 안경업소의 개설을 허용함으로써 영리 추구 극대화로 인한 각종 탈법행위의 증가, 고용된 안경사의 책임 감소와 그에 따른 안경 조제 서비스의 질 저하, 영세한 개인 안경업소의 도산으로 인한 소비자들의 안경업소 접근성 약화와 안경 구매비용 상승 등 국민보건에 미칠 직·간접적인 부작용의 심각성을 고려하면, 제한되는 사익에 비하여 달성되는 공익이 더 크다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

## (2) 재판관 5인의 반대의견

5인의 재판관(재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 이영진, 재판관 김기영, 재판관 문형배)은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 충족하였음은 법정의견과 의견을 같이하였다. 그러나 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 침해의 최소성에 위반되고 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 판시하였다.

### (가) 침해의 최소성

심판대상조항은 무면허자의 개입가능성을 제한하고자 하나, 안경사들로만 구성되어 운영되는 법인의 경우에는 무면허자의 개입가능성이 없으므로 이러한 경우까지 규제할 근거로는 부족하다. 안경업소가 법인 형태로 운영되면 전반적으로 안경 조제·판매 서비스 질이 저하될 것이라거나 피해 및 분쟁 발생 시 책임 소재가 불분명해질 것이라는 우려는 타당하지 않다.

부수적이기는 하지만 법인 형태의 안경업소 개설을 허용하는 경우 안경 조제 및 구매 환경의 선택 면에서 소비자에게 불리해질 것이라는 우려 역시 타당하지 않다.<sup>8)</sup>

8) 오히려, 한국규제학회, 경쟁제한적 제도의 타당성 검토 및 합리적 개선을 위한 연

안경사들로만 구성된 법인 형태의 안경업소 개설을 허용하는 것과 같은 방법이 있음을 이유로 침해의 최소성에 위반된다.

#### (나) 법익의 균형성

안경업소를 개설할 자력이나 여건이 되지 않는 안경사들 입장에서<sup>9)</sup> 안경사에 고용되거나 설립비용을 개인이 전적으로 부담하면서 안경업소를 개설해야 하는 위험부담이 있고, 조합 형태의 동업이 파기되거나 이탈자가 생기는 경우 투자금액의 환수가 어렵고 세무상으로도 법인에 비하여 불리하여 직업의 자유에 가해지는 제약 효과가 적지 않다.

안경사들로만 구성되는 법인 형태의 안경업소에서도 안경사들이 무면허자에 종속되지 않고 책임성, 자율성 등을 유지하며 업무를 수행할 수 있어, 지나친 영리추구 확대로 인한 국민보건상 부작용이나 불법 면허대여 횡행, 시장 독과점으로 인한 소비자 후생면에서의 불리한 부수적 효과 등은 현실화되기 어렵다. 따라서 법익의 균형성도 충족하지 못한다.

---

구(2003). 공정거래위원회 용역 보고서, 43면에서는 법인안경업소 개설 금지가 소비자보호가 아니라 생산자보호를 위한 규제로 변질되었으므로 즉시 개혁하여야 한다고 서술하고 있다.

한국개발연구원(KDI) 보고서, '서비스경제 발전전략 수립을 위한 실태조사 및 정책과제 제언, 서비스산업의 규제 개선'(2016. 12. 31.), 166면에서도 법인 안경업소 개설 금지가 기존 소규모 안경업자들의 지대를 보장하는 목적으로 악용되지 않도록 진입규제를 폐지하여 경쟁을 촉진할 필요가 있다고 서술하고 있다.

- 9) 출산 내지 육아 등으로 경력이 단절된 여성 안경사의 접근을 높일 수 있는 근무환경 여건을 조성하여 안경사 수급의 안정적 발전을 이룰 수 있고, 파트타임 제도가 필요하다는 의견으로, 이완석, 예기훈, '전국 안경업소 및 안경사 현황을 통한 인력수급에 관한 연구', 한국안광학회지 22권 4호(2017), 289면 참조.

또한, 안경점을 열거나 개인 안경업소에 취업하지 못하는 안경사들은 안과 병의원에 취직하여 안경사에게 허용되지 않은 시력검사나 안압측정 등의 검사업무를 하거나, 안경업소의 개설명의만 안경사로 하여 그의 명의를 타인에게 빌려주는 방식의 탈법적 운영도 나타나고 있다고 한다.



## 5. 이 사건 결정의 의의

이 사건에서 헌법재판소는 변론을 열어 안경업소를 개설하여 실제로 운영하고 있는 안경사, 헌법 교수, 위헌제청신청인의 대리인, 보건복지부로부터 다양한 의견을 청취하였다.

심판대상조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치의견을 표시하여 비록 헌법불합치의견이<sup>10)</sup> 다수이긴 하나 위헌결정의 정족수(6인)에는 이르지 못하여 합헌 결정이 선고되었다.

헌법재판소는 법인 약국의 개설을 금지한 약사법에 대해서는 헌법불합치 결정을 선고한 반면(헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268),<sup>11)</sup> 이 사건에서 안경사의 안경업소 개설에 대해서는 합헌 결정을 선고하였다. 이는 약사의 약 조제 및 복약지도 행위에 비하여 안경사의 시력검사 및 안경조제 행위가 비단 단순 상행위가 아니라 도급의 성격을 겸하고 있다는 점도 고려한 것으로 보인다. 게다가 안경사들로만 구성된 법인은 외부자본의 참여형태가 제한적일 수밖에 없기 때문에<sup>12)</sup> 그러한 법인에 대하여 안경업소 개설을 허용한다 한들 실제로는 이용이 저조할 것이므로 이를 허용할 실익이 적다는 관측도 있다.

한편, 시대의 변화에 따라 기존에 구축된 경쟁질서와 영업형태의 규율질서를 벗어난 새로운 경영방식과 사업형태가 출현하고

10) 헌법불합치결정은 형벌 영역에서는 가급적 자제되어 왔음에도, 안경업소 개설주체인 '안경사'라는 문언을 합헌인 '자연인'과 위헌인 '법인' 부분으로 나눌 수 있는지가 불확실하고, 비단 '안경사들로만 구성된 법인'뿐 아니라 범위를 더 확대하여 '안경사가 구성원으로 참여한 법인'의 안경업소 개설을 위해서는 입법적 구현이 선행되어야 한다는 점에서 반대의견은 주문을 일부위헌 아닌 '헌법불합치'로 설정한 것으로 보인다.

11) 해당 결정에서는 입법시한을 주문에서 실시하지 않았고, 2022. 8.까지도 개선입법이 마련되지 않은 상태이다.

12) 위헌제청신청인 법인 역시 지금은 안경사들로만 구성된 법인에 해당하지 않는다.

있는 것은 비단 안경업소만의 현상은 아니다.<sup>13)</sup> 기존의 법이 그러한 질서를 구축하게 된 배경과 목적을 살펴 이를 새로운 방식의 사업형태에도 그대로 관철할지 여부는 일차적으로 입법자의 갈등조정자로서의 역할에 맡겨져 있어서, 사법부는 그에 대하여 입법자의 위치에 서서 적극적인 이익형량 심사를 할 수는 없다는 한계가 있고, 이 사건에서 헌법재판소 역시 그러한 한계를 염두에 둔 것으로 볼 수 있다.

---

13) 대표적으로 ‘타다’ 서비스와 같이 여객자동차 운수사업법 상의 규제와 충돌하는 형태의 모빌리티 서비스 사업이 있었고, 이와 같은 형태의 운수사업은 자동차대여사업자의 운전자 알선이라 보아 이를 관광목적이 아닌 한 금지하는 여객자동차 운수사업법 조항에 대하여 헌법재판소는 합헌 판단한 바 있다(헌재 2021. 6. 24. 2020헌마651, 판례집 33-1, 763).

## 12. 세무사법 제3조 등 위헌확인 등

- 변호사의 자격이 있는 자에게 더 이상 세무사 자격을 자동으로 부여하지 않는 구 세무사법 제3조 등이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2021. 7. 15. 2018헌마279등, 판례집 33-2, 43)

채 혜 미\*

### 【판시사항】

1. 변호사의 자격이 있는 자에게 더 이상 세무사 자격을 부여하지 않는 구 세무사법 제3조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 시행일 이후 변호사 자격을 취득한 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항의 시행일과 시행일 당시 종전 규정에 따라 세무사의 자격이 있던 변호사는 개정 규정에도 불구하고 세무사 자격이 있는 것으로 변호사의 세무사 자격에 관한 경과조치를 정하고 있는 세무사법 부칙(2017. 12. 26. 법률 제15288호) 제1조 중 세무사법 제3조에 관한 부분 및 제2조(이하 '이 사건 부칙조항'이라 한다)가 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 부칙조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 구 세무사법(2017. 12. 26. 법률 제 15288호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17339호로 개정되기 전의 것) 제3조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다), 세무사법 부칙(2017. 12. 26. 법률 제15288호) 제1조 중 세무사법 제3조에 관한 부분 및 제2조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 하고, 이 사건 법률조항과 이 사건 부칙조항을 통칭하여 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

2018헌마279 사건의 청구인들은 2018. 1. 31. 사법연수원을 47기로 수료하여 변호사 자격을 취득하였고, 2018헌마344 사건의 청구인은 이 사건 심판청구 직후인 2018. 4. 20. 제7회 변호사시험에 합격하여 변호사 자격을 취득하였으며, 2020헌마961 사건의 청구인들은 2020. 4. 24. 제9회 변호사시험에 합격하여 변호사 자격을 취득하였다.

1961. 9. 9. 세무사법 제정 이후 50년 이상 변호사는 세무사법 제3조에 의하여 세무사 자격을 부여받아 왔다. 그러나 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정된 세무사법은 세무사 자격시험에 합격한 사람 이외에 세무사의 자격을 인정(이하 ‘세무사 자격 자동부여’라 한다)하는 대상 중 변호사를 열거하고 있던 제3조 제3호를 삭제하면서, 세무사법 부칙(2017. 12. 26. 법률 제15288호) 제1조를 통해 위 법의 시행일을 2018. 1. 1.로 정하고, 위 부칙 제2조를 통해 위 법 시행 당시 종전의 제3조 제3호의 규정에 따라 세무사의 자격이 있던 사람은 개정규정에도 불구하고 세무사 자격이 있는 것으로 본다는 경과조치를 마련하였다. 그 결과

개정 세무사법의 시행일인 2018. 1. 1. 후에 비로소 변호사 자격을 취득한 사람은 더 이상 세무사 자격을 자동으로 부여받지는 못하게 되었다.

이에 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득한 청구인들은 위와 같은 개정 세무사법 제3조, 부칙 제1조, 제2조가 청구인들의 평등권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 세무사 자격시험에 합격한 사람 이외에 변호사 자격 소지자에 대하여 세무사 자격을 인정(이하 ‘세무사 자격 자동부여’라 한다)하는 것과 관련된 특혜시비를 없애고 세무사시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모함과 동시에 세무분야의 전문성을 제고하여 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공하고자 마련된 조항이다. 이와 같은 입법목적은 정당하고, 변호사에 대한 세무사 자격 자동부여 제도의 폐지는 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

변호사가 세무나 회계 등과 관련한 법률사무를 처리할 수 있다고 하여 변호사에게 반드시 세무사의 자격이 부여되어야 하는 것은 아니고 변호사에 대하여 세무사 자격을 부여할 것인지 여부는 국가가 입법 정책적으로 결정할 사안이라는 점, 세무사법은 세무사 제도가 정착되고 세무대리시장의 수급이 안정됨에 따라 세무사 자격 자동부여 대상을 점차 축소하는 방향으로 개정되어 왔다는 점, 변호사에게 세무사의 자격을 부여하면서도 현행법상 실무교육에 더하여 세무대리업무에 특화된 추가교육을 이수하도록 하는 등의 대안을 통해서도 세무사 자격 자동부여와 관련된 특혜시

비를 없애고 일반 국민과의 형평을 도모한다는 입법목적은 달성할 수 없는 점, 변호사의 자격을 가진 사람은 세무사 자격이 없더라도 세무사법 제2조 각호에 열거되어 있는 세무사의 직무 중 변호사의 직무로서 할 수 있는 세무대리를 수행할 수 있고 현행 법상 조세소송대리는 변호사만이 독점적으로 수행할 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 피해의 최소성 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나아가, 청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 변호사의 직무로서 세무대리를 하는 것 외에는 세무대리를 할 수 없게 되어 업무의 범위가 축소되는 불이익을 입었으나, 이러한 불이익이 위조항으로 달성하고자 하는 공익보다 크다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항의 공익적 목적을 달성하기 위하여 그 시행일을 2018. 1. 1.로 정하고 변호사의 세무사 자격에 관한 경과조치를 규정한 것이다. 청구인들의 신뢰는 입법자에 의하여 꾸준히 축소되어 온 세무사 자격 자동부여 제도에 관한 것으로서 그 보호의 필요성이 크다고 보기 어렵다. 나아가 설령 그것이 보호가치가 있는 신뢰라고 하더라도 변호사인 청구인들은 변호사법 제3조에 따라 변호사의 직무로서 세무대리를 할 수 있으므로 신뢰이익을 침해 받는 정도가 이 사건 부칙조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 부칙조항은 신뢰보호원칙을 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.

3. 이 사건 부칙조항이 2017. 12. 26. 개정된 이 사건 법률조항의 시행일을 2018. 1. 1.로 정한 것은 이 사건 법률조항의 입

법목적을 가급적 빨리 달성하기 위한 고려에서 내려진 입법적 결단으로 인정할 수 있다. 또한, 이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항의 시행일인 2018. 1. 1.을 기준으로 이미 변호사 자격을 취득한 사람과 그렇지 않은 사람을 달리 취급하고 있다. 위 두 집단은 사법연수원 입소 당시 또는 법학전문대학원 입학 당시 장차 변호사 자격을 취득하면 세무사 자격도 자동으로 부여받을 수 있으리라는 기대를 갖고 있었다는 점에 있어서는 동일하다고 할 수 있다. 그러나 전자는 2018. 1. 1. 당시 이미 변호사 자격을 취득함으로써 개정 전 세무사법에 따를 경우 세무사 자격을 자동으로 부여받을 수 있는 요건을 현실적으로 구비하고 있었던 반면, 후자는 2018. 1. 1. 당시 그와 같은 요건을 현실적으로 구비하고 있지 않은 채 장차 변호사 자격을 취득하면 세무사 자격까지 자동으로 부여받을 수 있으리라는 기대만을 갖고 있었던 것에 그친다. 후자의 경우 본인 및 주위 여건에 따라 사법연수원 과정이나 법학전문대학원 과정을 마치지 못할 가능성 내지 법학전문대학원 졸업 후 변호사시험에 합격하지 못할 가능성 역시 배제할 수는 없다는 점에서도 전자와는 분명한 차이가 있다.

이러한 점을 고려하면, 이 사건 부칙조항이 2018. 1. 1.을 기준으로 이미 변호사 자격을 취득한 사람과 그렇지 않은 사람을 달리 취급하는 것에는 합리적인 이유가 있으므로, 위 조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

### **재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견**

이 사건 법률조항은 표면적으로 제시된 입법목적과 달리, 세무사 자격시험 합격자가 세무서비스 시장에서 가지는 지배력을 강화하

고 나아가 법학전문대학원 교육이념의 취지에 부합하는 법조인을 양성하기 위한 국가의 협력의무 이행을 저해하는 것으로서, 정당한 입법목적은 추구하는 것이라고 보기 힘들다. 설령 입법목적은 ‘세무분야의 전문성 제고’라고 파악하여 그 정당성을 인정하더라도, 변호사에게는 세무사로서 수행할 수 있는 세무대리업무 전반에 관해 전문성이 인정되므로 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

자격제도의 속성상 이미 전문성을 갖추고 있는 사람뿐만 아니라 어느 정도의 교육만 받으면 실제 업무수행이 가능하다고 판단되는 사람을 포함하여, 실질적으로 당해 직업의 업무를 원활히 수행하는 데 필요한 능력과 지식 등을 갖춘 것으로 인정되는 사람이라면 모두에게 자격을 부여하여야 함이 원칙이다. 이러한 점에서 변호사에게 세무사 자격은 부여하되 추가 교육 이수 등의 대안을 마련함으로써도, 입법목적은 동일한 정도로 달성할 수 있다. 그럼에도 변호사에게 세무사 자격 자체를 부여하지 않는 이 사건 법률조항은, 피해의 최소성 원칙을 충족하지 못한다.

이 사건 법률조항으로 인해 청구인들은 세무대리업무에 관한 능력이나 전문성을 갖춘 경우라고 하더라도 세무사로서 세무대리 업무를 일체 할 수 없게 되므로, 제한받는 사익은 중대하다. 반면, 소비자의 세무서비스 선택 폭이 좁아지고 특히 기장업무부터 행정소송까지 일관된 서비스를 원스톱으로 제공받을 가능성이 봉쇄되는바, 이 사건 법률조항으로 세무분야의 전문성 제고라는 공익이 얼마나 달성될 수 있을지는 의문이다. 따라서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성 원칙도 충족하지 못한다.

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해한다.



**재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진,  
재판관 김기영의 이 사건 부칙조항에 대한 헌법불합치 의견**

변호사에 대한 세무사 자격 부여제도는 1961년 세무사법 제정이래 50년 이상 출공 시행되어 왔으며, 단시일 내에 폐지 또는 변경되리라고 예상될 만한 사정은 없었다. 이 사건 법률조항으로 개정되면서, 세무사 자격시험의 일부 면제나 유예기간 조항 등도 마련되지 않았다. 따라서 이 사건 부칙조항으로 인한 신뢰이익의 침해 정도는 중대하다. 반면, 세무분야의 전문성 제고라는 공익의 실현이 장기적 관점에서 필요한 것이라고 하더라도, 이미 변호사 자격 취득을 위한 단계에 진입한 사람에게까지 시급히 적용해야 할 정도로 긴급하다고 보기는 어렵다. 이 사건 부칙조항은 신뢰보호 원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해한다.

다만, 단순위헌을 선고할 경우 이 사건 부칙조항에 의하여 세무사 자격을 취득할 수 있는 사람들마저 그 근거규정이 사라져버리게 되므로, 헌법불합치를 선고할 필요가 있다. 아울러 이 사건 부칙조항을 개정함에 있어서는, ‘2018. 1. 1. 이전에 사법시험에 합격한 사람 또는 2018. 1. 1. 이전에 공고된 법학전문대학원 입학 전형에 지원하여 입학자로 선발된 사람으로서, 각 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득하는 사람’에게 세무사 자격이 부여될 수 있도록 입법적 배려를 해야 함을 밝힌다.

**【해 설】**

**1. 사안의 쟁점**

**가. 이 사건 법률조항**

이 사건 법률조항은 구 세무사법 제3조 제3호를 삭제함으로써

종전과 달리 청구인들과 같은 변호사에게 세무사 자격을 당연히 부여하지는 않고 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

### 나. 이 사건 부칙조항

이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항의 시행일인 2018. 1. 1. 당시 종전 규정의 자격부여요건(변호사 자격 소지)을 충족하여 세무사의 자격이 있던 변호사는 이 사건 법률조항에도 불구하고 세무사 자격이 있는 것으로 규정하고 있다. 따라서 위 기준일 현재 자격부여요건을 충족하지 못한 청구인들에게는 세무사 자격이 부여될 여지가 없게 되었는데, 청구인들에 대하여 세무사 자격 자동 부여를 배제하는 이 사건 부칙조항이 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

또한, 이 사건 부칙조항은 2018. 1. 1. 이전에 변호사 자격을 취득한 사람과 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득한 사람을 달리 취급하고 있는바, 이와 같은 취급이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

## 2. 세무사 자격 조항의 개정 경과 등

가. 1961. 9. 9. 법률 제712호로 제정된 세무사법은 ① 변호사, ② 계리사, ③ 세무사고시에 합격한 사람, ④ 상법·재정학·회계학 또는 경영경제학에 의하여 박사 또는 석사학위를 받은 사람, ⑤ 교수자격인정령에 의한 자격을 가진 전임강사 이상의 교원으로서 상법·회계학·재정학·조세론 또는 경영경제학을 1년 이상 교수한 사람, ⑥ 상법·회계학·재정학 중 1과목 이상을 선택하여 고등고시에 합격한 사람, ⑦ 고등학교 이상의 졸업자로서 국세 또는 지

방세에 관한 행정사무에 통산 10년 이상 근무한 사람에게 세무사의 자격을 부여하였다.

그 뒤 경제 발전에 따라 조세 관련 법령이 복잡해지고 세무사 자격 소지자가 늘어나자 1972. 12. 8. 법률 제2358호로 개정된 세무사법은 세무사 자격 인정 범위를 줄여 ① 세무사시험에 합격한 사람, ② 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 사람으로서 그 중 일반직 3급 이상 공무원으로 5년 이상 재직한 사람, ③ 공인회계사, ④ 변호사에게만 세무사의 자격을 부여하였다.

이후 1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 세무사법은 국세 관련 경력공무원에게 세무사 자격을 부여하던 규정을, 2012. 1. 26. 법률 제11209호로 개정된 세무사법은 공인회계사에게 세무사 자격을 부여하던 규정을 각각 삭제하였다. 그 결과 이 사건에서 문제되는 세무사법 개정 전까지 세무사 자격 자동부여 대상으로 변호사만이 마지막으로 남게 되었다.

그런데 앞서 살펴본 것처럼 세무사법이 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되면서 변호사에게 세무사의 자격을 자동으로 부여하도록 규정하고 있었던 제3조 제3호가 삭제되었다(이 사건 법률조항). 또한, 이 사건 부칙조항은 위와 같은 개정규정의 시행일을 2018. 1. 1.로 정하면서(제1조), 위 개정법 시행 당시 종전 제3조 제3호에 의하여 세무사의 자격이 있던 사람은 이 사건 법률조항에도 불구하고 세무사 자격을 유지하는 경과조치를 마련하였다(제2조). 이에 따라 위 개정법 시행일인 2018. 1. 1. 후에 변호사의 자격을 취득하는 사람은 세무사의 자격을 자동으로 부여받지 못하게 되었다.

나. 위와 같이 세무사법은 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되기 전까지 변호사에게 세무사 자격을 부여하고 있었다. 그

런데 세무사법이 2003. 12. 31. 법률 제7032호로 개정되면서 세무사 자격을 가진 사람 중 세무사 자격시험에 합격한 사람만이 세무사등록부에 등록하여 세무대리를 할 수 있게 되었다(제6조 제1항, 제20조 제1항 본문). 그 결과 위 개정법의 시행일인 2003. 12. 31.부터 변호사에 대한 세무사 자격 자동부여제도를 폐지한 이 사건 법률조항의 시행일 전인 2017. 12. 31.까지 사이에 변호사의 자격을 취득한 사람 중 2003. 12. 31. 당시 사법시험에 합격하였거나 사법연수생이었던 사람을 제외한 사람은 세무사의 자격이 인정됨에도 불구하고 세무사등록부에 등록을 할 수 없어 ‘세무사로서’ 세무대리를 할 수 없게 되었다.

이에 대하여 헌법재판소는 2018. 4. 26. 선고한 2015헌가19 결정에서, 위 2003. 12. 31.자로 개정된 세무사법 제6조 제1항과 제20조 제1항 본문 중 변호사에 관한 부분이 세무사의 자격을 보유한 변호사에 대하여 세무사로서의 세무대리를 일체 할 수 없도록 전면 금지하는 것은 세무사 자격 부여의 의미를 상실시키는 것일 뿐만 아니라 자격제도를 규율하고 있는 법 전체의 체계상으로도 모순되고, 세무사 자격을 보유한 변호사의 세무사 자격에 기한 직업선택의 자유를 지나치게 제한한다는 이유로 헌법불합치결정을 하였다.

### 3. 이 사건 법률조항에 대한 판단

#### 가. 제한되는 기본권

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정하여 개인이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘좁은 의미의 직업선택의 자유’와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하고 있다(헌

재 2016. 3. 31. 2013헌마585등 참조). 이 사건 법률조항은 종전과 달리 변호사의 자격이 있는 사람으로 하여금 ‘세무사로서’ 세무대리업무를 수행하기 위해서는 별도로 세무사 자격시험에 합격할 것을 요구하여 세무사라는 직업을 선택할 수 있는 자유를 제한한다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

##### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

변호사 자격 소지자에 대한 세무사 자격 자동부여와 관련된 특혜시비를 없애고 세무사시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모함과 동시에 세무분야의 전문성을 제고함으로써 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공하고자 마련된 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다. 또한 이 사건 법률조항이 변호사에 대한 세무사 자격 자동부여제도를 폐지한 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

##### (2) 피해의 최소화

(가) 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하고, 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있음을 그 내용으로 하는 것이지, 특정인에게 배타적·우월적인 직업선택권이나 독점적인 직업활동의 자유까지 보장하는 것은 아니다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152 참조). 또한 입법자는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 입법자가 마련한 자격제도의 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 않는 한 원칙적으로 입법자의 정책판단은 존중되어야 한다(헌재 2019.

8. 29. 2016헌가16 참조). 따라서 변호사에 대하여 세무사 자격을 부여할 것인지 여부는 국가가 입법정책적으로 결정할 사안이다.

(나) 적정한 세무제도의 운영은 근대적 경제성장을 이룩하기 위한 제도적 토대로서 법과 규정을 완비하는 것뿐만 아니라 세무에 관한 전문지식을 이해하고 적용할 수 있는 전문 인력이 확보됨으로써 실현 가능해진다. 이에 국가는 세무사라는 자격제도를 창설하여 이들 전문 인력을 질적·양적 측면에서 관리해 왔다. 앞서 살펴본 것처럼 세무사법은 세무사제도의 신설 당시에는 전문 인력의 수급문제를 해결하기 위해 변호사, 계리사 외에도 관련 분야의 석·박사, 교수 등에게 세무사 자격을 자동으로 부여하였지만, 세무사 자격시험 합격자가 매해 꾸준히 배출되어 다른 자격사에 대한 세무사 자격 자동부여 없이도 원활한 세무서비스의 공급이 가능해지는 등 세무사제도가 정착되고 세무대리시장의 수급이 안정됨에 따라 세무사 자격 자동부여제도는 그 범위를 점차 축소하는 방향으로 개정되어 왔다.

(다) 우리나라는 변호사 이외에도 법률문제를 다루는 법무사, 노무사, 관세사, 감정평가사, 공인중개사 등 전문자격제도를 오랜 기간 시행하여 옴으로써 각 고유의 업무영역을 확보하여 왔다. 이와 같은 법률 관련 전문자격사의 업무는 변호사의 직무와 중첩되는 경우가 많지만, 위 전문자격제도에 관한 개별 법률에서 변호사에게 해당 자격을 자동으로 부여하고 있지는 않다. 세무사로서 세무대리업무를 적정하게 수행하기 위해서는 세법 및 이를 해석·적용하는 과정에 수반되는 관련 법령에 대한 전문적인 지식이 요구되므로 법률전문가인 변호사에게 세무사로서 세무대리업무를 수행할 전문성이 인정된다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 변호사가

세무나 회계 등과 관련한 법률사무를 처리할 수 있다고 하여 변호사에게 반드시 세무사의 자격이 부여되어야 하는 것은 아니다. 전문자격제도를 창설하면서 변호사에게 그 전문자격을 부여할지 여부는 그 분야의 전문가에 대한 수요와 해당 전문자격사의 공급 사이의 균형 등 제반 사정을 고려하여 입법자가 정책적으로 판단하여 정할 수 있는 문제인 것이다.

또한 세무분야의 전문성을 제고함으로써 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공한다는 입법목적은 변호사에게 세무사의 자격을 부여하면서도 현행법상의 실무교육에 더하여 세무대리업무에 특화된 추가교육을 이수하도록 하거나 수행가능한 세무대리업무의 범위를 차등화하는 등의 대안을 통해서도 달성할 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 위와 같은 방법은 세무사 자격 자동부여와 관련된 특혜시비를 없애고 세무사시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모한다는 입법 목적을 달성하는 방법이 될 수는 없다.

(라) 한편 세무사법 제20조 제1항은 세무사등록부에 등록을 하지 않은 사람의 세무대리를 금지하면서도 변호사법 제3조에 따라 변호사의 직무로서 행하는 경우에는 세무대리를 할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이에 따라 변호사의 자격을 가진 사람은 세무사 자격이 없더라도 세무사법 제2조 각호에 열거되어 있는 세무사의 직무 중 조세에 관한 신고·신청·청구 등의 대리, 조세에 관한 상담 또는 자문, 세무관서의 조사 또는 처분 등과 관련된 납세자 의견진술의 대리, '부동산 가격공시에 관한 법률'에 따른 개별공시지가 및 단독주택가격·공동주택가격의 공시에 관한 이의신청의 대리 등 변호사의 직무로서 할 수 있는 세무대리를 수행할 수 있다. 또한 현행법상 조세소송대리는 변호사만이 독점적으로

수행할 수 있다.

(마) 이상의 사정을 종합하여 보면, 세무사 자격시험에 합격한 사람에게 대하여만 세무사 자격을 부여하는 이 사건 법률조항이 피해의 최소성 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

### (3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 달성하려는 공익은 변호사 자격 소지자와 세무사시험에 응시하는 일반 국민 사이의 형평을 도모함과 동시에 세무분야의 전문성을 제고하여 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공하고자 하는 것이다. 반면 청구인들은 변호사 자격을 취득함으로써 세무사 자격도 자동으로 취득하여 업무의 범위를 ‘세무사로서’ 할 수 있는 세무대리업무까지 넓히고자 하였으나, 이 사건 법률조항으로 인하여 변호사의 직무로서 세무대리를 하는 외에는 세무대리를 할 수 없게 되어 업무의 범위가 축소되는 불이익을 입었는데, 이러한 불이익이 이 사건 법률조항으로 달성하고자 하는 공익보다 크다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 충족한다.

### (4) 소결론

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## 4. 이 사건 부칙조항에 대한 판단

가. 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 기각의견

(1) 신뢰보호원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해하는지 여부



## (가) 보호가치 있는 신뢰이익의 존재 여부

1) 일반적으로 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 법치국가의 원칙에 따라 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다. 따라서 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 허용될 수 없다. 그런데 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 비추어 종전 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호될 필요성이 인정되어야 한다. 그러므로 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익 목적을 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다(헌재 2007. 2. 22. 2003헌마428등; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786등 참조).

2) 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있었는지, 또는 예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45 참조). 이 사건의 경우 청구인들이 세무사법이 2017. 12.

26. 법률 제15288호로 개정되기 전까지는 변호사 자격을 취득함으로써 자동으로 세무사 자격까지 부여받을 수 있다는 신뢰를 가지고 있었다는 점은 일응 인정할 수 있다. 그러나 세무사제도가 정착되고 세무대리시장의 수급이 안정됨에 따라 세무사 자격 자동부여제도는 그 범위를 점차 축소하는 방향으로 꾸준히 개정되어 왔고, 그 결과 세무사법이 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되기 전에는 세무사 자격 자동부여 대상으로 변호사만이 마지막으로 남아있었을 뿐인데, 이와 같은 시대적 추세에 비추어 볼 때 법조인이 되고자 하는 청구인들이 가지고 있던 신뢰, 즉 변호사 자격을 취득하기만 하면 세무사 자격 역시 자동으로 취득할 수 있다는 신뢰가 강도 높게 보호할 필요가 있는 신뢰라고 보기는 어렵다.

#### (나) 공익의 중대성

이 사건 부칙조항은 전문가격이 세분화되는 시대상황에 발맞추어 변호사 자격 소지자에 대한 특혜시비를 없애고 세무사 자격시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모함과 동시에 세무분야의 전문성을 제고함으로써 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공한다는 이 사건 법률조항의 공익적 목적에 맞추어 경과조치를 규정한 것이다.

앞서 본 바와 같이 청구인들의 신뢰는 입법자에 의하여 꾸준히 축소되어 온 세무사 자격 자동부여제도에 관한 것으로서 그 보호의 필요성이 크다고 보기 어렵고, 설령 그것이 보호가치가 있는 신뢰라고 하더라도 변호사의 자격을 가진 청구인들은 변호사법 제3조에 따라 변호사의 직무로서 세무대리를 할 수 있는 점을 고려하면 신뢰이익을 침해받는 정도가 이 사건 부칙조항이 달성하

고자 하는 세무분야의 전문성 제고 및 소비자에 대한 고품질의 세무서비스 제공이라는 공익에 비하여 크다고 보기도 어렵다.

(다) 소결론

따라서 이 사건 부칙조항은 신뢰보호원칙을 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.

(2) 평등권을 침해하는지 여부

이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항의 시행일인 2018. 1. 1. 을 기준으로 이미 변호사 자격을 취득한 사람과 그렇지 않은 사람을 달리 취급하고 있다.

그런데 개정법률의 시행일을 정하는 것은 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨진 사항으로서 그에 대하여는 입법형성권이 인정된다. 앞서 본 것과 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은 변호사 자격 소지자에 대한 특혜시비를 없애고 세무사 자격시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모함과 동시에 세무분야의 전문성을 제고함으로써 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공하려는 데에 있으므로, 개정일이 2017. 12. 26.인 이 사건 법률조항의 시행일을 2018. 1. 1.로 정한 것은 이와 같은 입법 목적을 가급적 빨리 달성하기 위한 고려에서 내려진 입법적 결단으로 인정할 수 있다.

한편, 이 사건 법률조항의 시행일인 2018. 1. 1. 당시 변호사 자격을 취득한 사람과 2018. 1. 1. 당시에는 사법연수원 과정 중에 있거나 법학전문대학원에 재학 중 또는 법학전문대학원을 졸업하였다가 그 후에 비로소 변호사 자격을 취득한 사람은, 사법연수원 입소 당시 또는 법학전문대학원 입학 당시 장차 변호사 자

격을 취득하면 세무사 자격도 자동으로 부여받을 수 있으리라는 기대를 갖고 있었다는 점에 있어서는 동일하다고 할 수 있다. 그러나 전자는 2018. 1. 1. 당시 이미 변호사 자격을 취득함으로써 개정 전 세무사법에 따를 경우 세무사 자격을 자동으로 부여받을 수 있는 요건을 현실적으로 구비하고 있었던 상태에서 이 사건 법률조항이 예외 없이 적용되면 그와 같은 세무사 자격 자동부여에 관한 권리를 박탈당하는 반면, 후자는 당시 사법연수원 과정 중에 있거나 법학전문대학원에 재학 중 또는 법학전문대학원을 졸업한 후 변호사시험 응시를 앞두고 있는 상태에서 장차 변호사 자격을 취득하면 세무사 자격까지 자동으로 부여받을 수 있으리라는 기대만을 갖고 있었던 것에 그친다. 후자의 경우 본인 및 주위 여건에 따라 사법연수원 과정이나 법학전문대학원 과정을 마치지 못할 가능성 내지 법학전문대학원 졸업 후 변호사시험에 합격하지 못할 가능성 역시 배제할 수는 없다는 점에서도 전자와는 분명한 차이가 있다.

이러한 점을 고려하면, 이 사건 부칙조항이 2018. 1. 1.을 기준으로 이미 변호사 자격을 취득한 사람과 그렇지 않은 사람을 달리 취급하는 것에는 합리적인 이유가 있는 것이므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

#### 나. 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진, 재판관 김기영의 헌법불합치의견

##### (1) 문제되는 신뢰이익의 범위

(가) 이 사건 부칙조항은, 이 사건 법률조항으로의 개정에 관한 경과조치로 2018. 1. 1. 이전에 변호사 자격을 취득한 사람에 대해서만 세무사 자격을 인정하고 있다.

(나) ‘사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마친 자’ 또는 ‘변호사시험에 합격한 자’에게는 변호사 자격이 부여되며(변호사법 제4조 참조), 변호사시험에 응시하기 위해서는 법학전문대학원의 석사학위를 취득하거나 3개월 이내에 취득할 예정이어야 한다(변호사시험법 제5조 제1항 및 제2항 참조). 따라서 이 사건 부칙조항과 관련하여서는 우선, 세무사 자격 부여제도를 신뢰한 채 상당한 시간과 노력을 들임으로써 ‘2018. 1. 1. 이전에 사법연수원에 입소한 사람 또는 2018. 1. 1. 이전에 법학전문대학원에 입학한 사람으로서, 각 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득하는 사람’의 신뢰이익이 문제된다.

(다) 그런데 사법연수원에 입소하기 위해서는 사법시험에 합격할 것이, 법학전문대학원에 입학하기 위해서는 법학전문대학원 입학전형에 지원하여 입학자로 선발될 것이 각각 요구되며, 변호사 자격 취득의 관점에서 보면 사법연수원 과정이나 법학전문대학원 과정 못지않게 사법시험 합격 과정과 법학전문대학원 입학자 선발 과정에도 상당한 시간과 노력이 들어가게 된다. 또한 사법시험에 합격하거나 법학전문대학원 입학자로 선발되면 특별한 사정이 없는 한 사법연수원에 입소하거나 법학전문대학원에 입학하게 되므로, ‘사법시험 합격’과 ‘사법연수원 입소’, ‘법학전문대학원 입학자 선발’과 ‘법학전문대학원 입학’은 각각 불가분적인 일련의 절차를 이룬다고 봄이 타당하다.

특히 이 사건 부칙조항에서 문제되는 2018. 1. 1.이라는 시점은, 2017년 시행된 제59회 사법시험 및 2018학년도 법학전문대학원 입학전형에 따라 각각 최종합격자 발표가 있는 직후의 시점이자, 위와 같이 합격한 사람들이 사법연수원에 입소하거나 법학전문대학원에 입학하기 직전의 시점이다. 2018. 1. 1. 이전에 세

무사 자격 부여제도를 신뢰한 채 상당한 시간과 노력을 들여 사법시험에 합격하거나 법학전문대학원 입학자로 선발됨으로써 이제 추가적인 시간이나 노력 투입 없이 사법연수원 입소 및 법학전문대학원 입학할 수 있게 된 상황에서 갑작스레 이 사건 법률조항을 적용받게 된 사람의 신뢰이익은, 2018. 1. 1. 이전에 이미 사법연수원에 입소하였거나 법학전문대학원에 입학한 사람의 신뢰이익에 못지않다고 하겠다.

(라) 따라서 이하에서는, 이 사건 부칙조항이 청구인들을 포함하여 ‘2018. 1. 1. 이전에 사법시험에 합격한 사람 또는 2018. 1. 1. 이전에 공고된 법학전문대학원 입학전형에 지원하여 입학자로 선발된 사람으로서, 각 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득하는 사람’의 신뢰이익을 침해하는 것인지 여부를 살핀다.

## (2) 신뢰이익의 보호가치 및 침해정도

(가) 구 세무사법(2009. 1. 30. 법률 제9348호로 개정되고, 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정되기 전의 것) 제3조 제3호는, 변호사에게 당연히, 즉 별도의 인·허가나 세무사 자격시험을 거치지 않고도 곧바로 세무사 자격이 부여되는 것으로 규정하고 있었다. 이처럼 세무사 자격 부여에 대한 기대는 국가가 제정한 법률의 규정에 의해 형성된 것으로서, 단순한 가능성이 아닌 확정적인 법률효과에 바탕을 둔 것이다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152 참조).

변호사에 대한 세무사 자격 부여제도는 1961년 세무사법 제정으로 세무사제도가 도입된 이래 50년 이상 동안 줄곧 시행되어 오면서 제도 자체의 합리성과 합목적성이 폭넓게 인정되어 왔다. 또한 이러한 제도가 단시일 내에 폐지 또는 변경되리라고 예상될

만한 별다른 사정도 없었다. 가령, 위 제도를 폐지하려는 세무사법 개정안은 2003년부터 발의되어 왔으나 번번이 실제 개정으로 이어지지 못하고 있었다. 이에 더하여, 2015년에는 변호사로 하여금 세무사등록부에 등록을 할 수 없게 하여 세무사로서 세무대리업무를 수행할 수 없도록 한 조항에 대해 법원의 위헌법률심판 제청이 있었고(서울행정법원 2015. 5. 18.자 2015아1080 결정), 이후 헌법불합치결정이 선고되었다(헌재 2018. 4. 26. 2015헌가19).

따라서 위와 같은 세무사 자격 부여에 대한 신뢰는, 단순한 기대의 수준을 넘어서 강도 높게 보호할 필요성이 있는 합리적이고도 정당한 신뢰에 해당한다.

(나) 그런데 이 사건 법률조항 및 이 사건 부칙조항으로 말미암아, 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득하게 되는 사람은 세무사 자격시험을 거치지 않는 한 세무사 자격을 부여받지 못하게 되었다. 이미 세무사 자격 취득에 대한 기대를 가진 채 상당한 노력과 시간을 들여 변호사 자격 취득을 위한 단계에 진입하였음에도, 이제 세무사 자격을 취득하기 위해서는 종전과 달리 변호사 자격 취득만으로는 부족하고 반드시 세무사 자격시험에 합격하여야만 하게 된 것이다.

국세경력공무원에 대한 세무사 자격 부여제도가 폐지될 때에는 이들에 대해 세무사 자격시험의 상당부분을 면제하는 조치가 있었으나(세무사법 제5조의2 제1항 및 제2항 참조), 이 사건 법률조항으로의 개정에 있어서는 변호사에게 세무사 자격시험의 일부를 면제한다든지, 유예기간을 둠으로써 더 이상 세무사 자격이 부여되지 않는다는 사실을 충분히 인지하고서 변호사 자격 취득을 준비하기 시작한 사람부터 이 사건 법률조항을 적용한다든지 하는 등의 일체의 조치가 행해진 바도 없다.

위와 같은 점들을 고려하면, 이 사건 부칙조항으로 인한 신뢰이익의 침해정도는 중대하다.

### (3) 공익과의 비교형량

세무사 자격시험 합격자들에게만 세무사 자격을 부여함으로써 세무분야의 전문성을 제고하려는 공익이 중대한 것이고 이러한 공익의 실현이 장기적 관점에서 필요하고 타당한 것이라고 하더라도, 이 사건 법률조항의 개정 당시 이미 변호사 자격 취득을 위한 단계에 진입한 사람에게까지 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴급하다고 보기는 어렵다.

나아가 2018. 1. 1.을 기준으로 변호사 자격 요건과 관련하여 특별히 변화된 사정은 존재하지 않으므로, 위와 같은 공익 실현의 관점에서 보더라도 2018. 1. 1. 이전에 변호사 자격을 취득한 사람과 그 후에 변호사 자격을 취득하게 되는 사람을 달리 취급할 만한 합리적인 이유를 찾기도 어렵다.

따라서 이 사건 부칙조항이 이 사건 법률조항으로의 개정에 관한 경과조치로 2018. 1. 1. 이전에 변호사 자격을 취득한 사람에 대해서만 세무사 자격을 인정한 것은, 신뢰보호원칙에 반한다.

### (4) 소결론

이상과 같이, 이 사건 부칙조항은 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.

다만, 이 사건 부칙조항에 대하여 단순위헌을 선고하게 되면 그나마 이 사건 부칙조항에 의하여 세무사 자격을 취득할 수 있는 사람들마저 그 근거규정이 사라져버리는 법적 공백이 초래된다. 따라서 이 사건 부칙조항에 대하여는 헌법불합치를 선고하되, 입



법자에게 조속한 시일 내에 헌법에 합치하는 내용으로 개정하도록 명하고, 그 개정 시까지 이 사건 부칙조항을 계속 적용하도록 함이 상당하다. 아울러 입법자가 이 사건 부칙조항을 개정하는 경우에는, 앞서 살펴본 것처럼 ‘2018. 1. 1. 이전에 사법시험에 합격한 사람 또는 2018. 1. 1. 이전에 공고된 법학전문대학원 입학전형에 지원하여 입학자로 선발된 사람으로서, 각 2018. 1. 1. 후에 변호사 자격을 취득하는 사람’에 대하여 세무사 자격이 부여될 수 있도록 규정함으로써 그들의 신뢰이익을 보호하는 입법적 배려를 해야 함을 밝힌다.

### 5. 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 판단하므로, 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

#### 가. 목적의 정당성

(1) 기본권을 제한하는 법률조항이 정당한 목적을 추구하는 것인지 여부는, 해당 법률조항의 제·개정에 관한 국회회의록 등 입법자료, 입법동기 및 사회적 배경 등 입법경위, 연관된 법률조항이나 다른 법률과의 체계적 관계 등을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하여야 하며, 반드시 입법자가 제시한 표면적인 입법 목적에 구속되어 판단할 것은 아니다.

(2) 이 사건 법률조항의 표면적인 입법목적은 ‘변호사에 대한 세무사 자격 부여와 관련된 특혜 시비를 없앴과 동시에, 세무분야의 전문성을 제고함으로써 소비자들에게 고품질의 세무서비스를

제공'한다는 것이다. 그러나 이 사건 법률조항에 관한 입법자료 및 입법경위 등을 살펴보면, 실질적으로는 세무사 자격시험 합격자가 세무서비스 시장에서 가지는 지배력을 강화하려는 목적이 있었던 것은 아닌지 의심하지 않을 수 없다.

1961년 세무사법이 제정될 당시만 하더라도 세무사 자격시험 합격자 이외에 변호사를 비롯하여 총 6개 군의 세무사 자격 부여 대상자가 존재하였으나, 수차례의 법률개정을 통해 그 대상자의 범위는 점차 축소되어 왔다. 변호사의 경우에도 2003년 세무사 자격은 부여하되 세무사등록부에 등록을 할 수 없게 하여 세무사로서 세무대리업무를 할 수 없도록 하는 법률개정(세무사법 제6조 제1항, 제20조 제1항 본문 및 제2항 참조)이 있었다. 이 사건 법률조항은 위와 같은 법률개정의 연장선상에서 변호사에 대해서조차 세무사 자격을 부여하지 않음으로써, 이제 오로지 세무사 자격시험 합격자만이 세무사 자격을 보유하도록 만든 것이다.

이 사건 법률조항으로 개정될 당시 국회회의록을 살펴보면, '변호사가 세무사등록을 할 수 없는 현 상황을 단지 유지하는 것'으로서 '조문을 정리하는 수준'이라거나 '단순한 규정 정비'에 불과하다는 발언이 중요하게 작용하였음을 알 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항으로 개정된 이후, 헌법재판소는 변호사로 하여금 세무사등록부에 등록을 할 수 없게 하여 세무사로서 세무대리업무를 할 수 없도록 한 것은 직업선택의 자유를 침해한다는 결정을 선고한 바 있다(헌재 2018. 4. 26. 2015헌가19 참조). 이 사건 법률조항이 위와 같이 개정 전 상황을 확인하는 의미를 가지는 것이라면, 이는 오히려 위헌이라고 판단된 법률조항의 내용을 유지시키는 것이라 할 수 있다.

(3) 한편, 2009년 도입된 법학전문대학원 제도는 학부에서의

전공분야와 법학을 접목시킴으로써 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 능력을 지닌 법조인을 양성하여 적재적소에 배치하고자 함에 그 목적이 있다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌마370등; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마1046 참조). 이에 따라 전국의 25개 대학에 특성화 분야를 갖춘 법학전문대학원이 설립되어 매년 약 2천 여 명이 입학하고 있으며, 그 중 ‘조세관련’을 특성화 분야로 하고 있는 경우도 존재한다.

‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’에서도 법학전문대학원의 교육이념은 ‘국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여, 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성’에 있다고 규정하면서(제2조 참조), 국가, 대학, 그 밖에 법조인의 양성과 관련된 기관 또는 단체에게 ‘위 교육이념의 취지에 부합하는 법조인을 양성하기 위하여 상호 협력’할 의무를 지우고 있다(제3조 제1항 참조).

국가가 위와 같은 협력의무를 이행하기 위해서는, 법학전문대학원 제도 도입의 취지에 걸맞은 활동공간을 변호사에게 제공해 주어야 할 것이다. 법학 이외의 다양한 전공을 가지고 있는 변호사가 대량으로 배출되는 상황에서 변호사가 진출할 수 있는 시장이 일정 규모 이상으로 확보되지 않는다면, 법학전문대학원의 도입목적 및 교육이념은 달성되기 어렵기 때문이다. 그런데 이 사건 법률조항은 세무서비스 시장에 변호사가 진출할 수 없게 만듦으로써, 위와 같은 국가의 협력의무를 저버리고 있다.

(4) 이상과 같이, 이 사건 법률조항은 표면적으로 제시된 입법목적과 달리, 세무사 자격시험 합격자가 세무서비스 시장에서 가지는 지배력을 강화하고 나아가 법학전문대학원 교육이념의 취지에 부합하는 법조

인을 양성하기 위한 국가의 협력의무 이행을 저해하는 것으로서, 정당한 입법목적은 추구하는 것이라고 보기 힘들다.

설령 이 사건 법률조항의 표면적 입법목적에 따르더라도 '세무분야의 전문성을 제고한다'는 목적만 그 정당성을 인정할 수 있을 뿐, 지금까지 살펴본 바에 비추어 볼 때 변호사에 대한 세무사 자격 부여가 특혜라고 할 수는 없으므로 '변호사와 관련된 특혜 시비를 없앤다'는 목적은 그 정당성을 인정하기 어렵다.

#### 나. 수단의 적합성

(1) 이 사건 법률조항의 입법목적은 세무분야의 전문성 제고라고 파악하여 그 정당성을 인정하더라도, 변호사는 다음과 같이 세무사로서 수행할 수 있는 세무대리업무에 전문성이 떨어진다고 볼 수 없으므로, 수단의 적합성을 인정하기 어렵다.

(2) 세무사로서 수행할 수 있는 세무대리업무는 세무사법 제2조 각호에 열거되어 있다. 그 중 조세에 관한 신고·신청·청구 등의 대리(제1호), 세무조정계산서와 그 밖의 세무 관련 서류의 작성(제2호, 이하 '세무조정업무'라 한다), 조세에 관한 상담 또는 자문(제4호, 이하 '자문업무'라 한다), 세무관서의 조사 또는 처분 등과 관련된 납세자 의견진술의 대리(제5호, 이하 '의견진술업무'라 한다), '부동산 가격공시에 관한 법률'에 따른 개별공시지가 및 단독주택가격·공동주택가격의 공시에 관한 이의신청의 대리(제6호), 해당 세무사가 작성한 조세에 관한 신고서류의 확인(제7호) 등의 업무를 적정하게 수행하기 위해서는, 세법 및 이를 해석·적용하는 과정에 수반되는 헌법과 민법, 상법 등 관련 법령에 대한 전문적인 지식과 법률에 대한 체계적인 해석·적용능력이 필수적으로 요구되므로, 변호사에게 전문성이 인정된다(헌재 2018. 4.

26. 2015헌가19; 현재 2018. 4. 26. 2016헌마116 참조).

(3) 그 밖에, 조세에 관한 신고를 위한 장부 작성의 대행(세무사법 제2조 제3호, 이하 ‘장부작성업무’라 한다) 및 소득세법 또는 법인세법에 따른 성실신고에 관한 확인(같은 조 제8호, 이하 ‘성실신고확인업무’라 한다) 업무는, 세무조정계산서의 기초가 되는 장부를 작성하거나 검수하는 것과 관계된 업무라는 점에서 세무조정업무와 분리할 수 없는 업무이자, 결국 세법의 해석·적용을 통해 과세표준 및 세액을 계산하기 위한 과정의 일환이라는 점에서 자문업무, 의견진술업무 등 다른 세무대리업무에 부수한 업무이다. 또한 향후 전개될 수 있는 행정심판, 행정소송 등의 기초가 되는 업무라고도 할 수 있다. 그렇다면 위와 같은 다른 업무들을 수행하는 데 전문성이 인정되는 변호사가, 위 두 업무에 관해서만 전문성이 결여되어 있다고 보기는 힘들다.

이에 더하여, 세무대리를 시작하려면 6개월 이상의 실무교육을 받아야 하고(세무사법 제12조의6 제1항 참조) 그 이후에도 전문성을 높이기 위하여 매년 8시간 이상의 보수교육을 받아야 하는바(같은 조 제2항 참조), 여기서 회계장부작성 대행, 성실신고확인 등의 구체적인 실무교육이 이루어지게 되므로, 위 교육과정을 거쳐 실제로 위 두 업무를 수행하게 되는 시점에는 변호사가 세무사 자격시험 합격자에 비하여 이에 관한 전문성이 떨어진다고 볼 수는 없다.

(4) 이상과 같이, 세무사로서 수행할 수 있는 세무대리업무 전반에 관해 전문성이 인정되는 변호사에게 세무사 자격을 부여하지 않는 이 사건 법률조항은, 세무분야의 전문성 제고라는 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다.

#### 다. 피해의 최소화

(1) 설령 변호사가 세무사 자격시험 합격자에 비하여 장부작성 업무 및 성실신고확인업무 등 일부 세무대리업무에 관한 전문성이 부족할 수 있다고 가정하더라도, 변호사에게 세무사 자격은 부여하되 일부 세무대리업무의 전문성을 제고하는 다양한 대안을 마련함으로써 입법목적을 동일한 정도로 달성할 수 있다고 하겠다.

(2) 자격이란 직무수행에 필요한 지식·기술·소양 등의 습득정도가 일정한 기준과 절차에 따라 평가 또는 인정된 것으로서(자격기본법 제2조 제1호 참조), 어떤 직무를 수행할 수 있다고 인정된 ‘능력’을 의미한다. 하나의 자격제도에 하나의 직업만이 대응되는 것은 아니며, 시험 또는 검정만이 이러한 능력의 구비를 평가·인정할 수 있는 유일한 방법이 되는 것도 아니다(헌재 2001. 1. 18. 2000헌마364 참조). 자격제도의 속성상, 입법자로서는 이미 해당 업무에 관한 전문성을 갖추고 있는 사람뿐만 아니라 어느 정도의 교육만 받으면 실제 업무수행이 가능하다고 판단되는 사람을 포함하여, 실질적으로 당해 직업의 업무를 원활히 수행하는데 충분한 능력과 지식 등을 갖춘 것으로 인정되는 사람이면 모두에게 자격을 부여하여야 하는 것이 원칙이라 하겠다(헌재 2000. 4. 27. 97헌바88; 헌재 2012. 4. 24. 2010헌마649 참조).

(3) 세무사법은 세무사제도의 목적을 ‘세무행정의 원활한 수행과 납세의무의 적정한 이행을 도모’하는 것으로(제1조 참조), 세무사의 사명을 ‘납세자의 권익을 보호하고 납세의무의 성실한 이행에 이바지’하는 것으로 규정하고 있다(제1조의2 참조). 이에 비추어 볼 때, 조세법률관계에서 과세관청에 비하여 전문지식이 부족한 납세자의 위임을 받아 납세자의 권리를 충분히 보호하고 의

무를 적정히 이행해 줄 수 있는 자라면, 세무사로서 기본적인 능력을 갖추었다고 인정할 수 있을 것이다. 이는 결국 세법 영역에 있어서 구체화된 법률사무와 이에 부수한 업무를 다룰 능력이 있다면 세무사 자격을 부여함이 타당하다는 것을 의미하며, 법률사무 전반을 다루는 대표적인 직역인 변호사는 당연히게도 바로 이러한 능력을 가지고 있다. 세무대리업무의 대부분이 변호사법상 변호사가 수행가능한 법률사무와 중복되는 점, 1961년 세무사법 제정 당시부터 이 사건 법률조항으로 개정되기 전까지 변호사에게 세무사 자격을 지속적으로 부여해 온 점, 이 사건 부칙조항에 따라 2018. 1. 1. 이전에 변호사 자격을 취득한 사람에게는 여전히 세무사 자격이 유지되는 점 등으로부터도, 변호사에게는 세무사로서의 기본적인 능력이 있음을 인정할 수 있다.

(4) 따라서 위와 같이 세무사로서 직무수행능력이 인정되는 변호사에게 세무사 자격 자체를 부여하지 않는 방법은, 입법목적을 달성할 수 있는 다른 대안이 전혀 존재하지 않을 때에만 택해질 수 있는 것이라 하겠다. 그러나 변호사에게 세무사 자격을 부여하더라도 입법목적은 달성할 수 있는 대안은 얼마든지 다양하게 존재한다.

예컨대, 변호사로 하여금 일부 세무대리업무, 특히 장부작성업무 및 성실신고확인업무를 개시하기에 앞서서 현행법상의 실무교육에 더하여 위 업무들에 특화된 추가교육을 이수하도록 하는 방안이 있을 수 있다. 또는 세무사별로 수행할 수 있는 세무대리업무의 범위를 차등화하는 방안도 있을 것이다. 가령, 변호사로서 세무사 자격을 가지는 자는 기본적으로 장부작성업무 및 성실신고확인업무를 제외한 나머지 세무대리업무만 가능하되, 대학이나 법학전문대학원에서 회계학이나 세법학 관련 과목을 수강하여 일정

한 학점을 취득한 자, 사법시험 또는 변호사시험에서 조세법을 선택과목으로 선택한 자, 대한변호사협회에 조세법, 국제조세 등 세무와 관련된 전문분야등록을 한 자 등의 경우에는 모든 세무대리업무를 할 수 있도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

(5) 이상과 같이, 세무대리업무와 관련하여 변호사의 전문성을 높일 수 있도록 하는 등의 대안이 있음에도 이러한 방법을 취하지 않고 변호사에게 세무사 자격 자체를 부여하지 않는 이 사건 법률조항은 피해의 최소성 원칙을 충족하지 못한다.

#### 라. 법익의 균형성

(1) 이 사건 법률조항으로 인해 청구인들은 세무대리업무에 관한 능력이나 전문성을 갖춘 경우라고 하더라도 세무사로서 세무대리업무를 일체 할 수 없게 된다. 법률사무에 해당하는 세무대리업무는 변호사로서 여전히 수행할 수 있다고 하나(세무사법 제20조 제1항 단서, 변호사법 제3조 참조), 세무사법 제2조 각호에 규정된 세무대리업무 중 어느 것까지 이에 포함되는지 해석이 혼란스러울 뿐만 아니라 세무사 자격이 없는 자가 세무대리업무를 수행하면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하는 형사처벌 조항까지 존재하는 상황에서(세무사법 제22조 제1항 제1호), 청구인들은 변호사로서 할 수 있는 세무대리업무조차 단념하게 될 가능성이 크다.

이상과 같이, 이 사건 법률조항으로 인해 청구인들이 제한받는 사익은 중대하다.

(2) 반면, 이 사건 법률조항으로 달성되는 공익의 정도는 크다고 보기 어렵다. 소비자주권의 사고가 바탕을 이루는 자유시장경제에서는 경쟁이 강화되면 될수록 소비자는 그의 욕구를 보다 유



리하게 시장에서 충족시킬 수 있고 자신의 구매결정을 통하여 경쟁과정에 영향을 미칠 수 있기 때문에, 경쟁은 소비자보호의 포기할 수 없는 중요 구성부분이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 참조). 그런데 이 사건 법률조항으로 인해 세무대리업무를 수행할 수 있는 자의 범위가 한정되면 세무서비스 공급자간 경쟁을 약화시키고, 그 결과 소비자는 원하는 품질의 세무서비스 선택에 있어서 자기결정권을 현저히 제한받는 불이익을 입을 수 있다.

특히 오늘날 세무분야에서 발생하는 문제들은 복잡다양하고 향후 소송으로까지 진행될 여지가 상존하고 있다는 점에서, 소비자로 하여금 소송대리까지 가능한 변호사를 세무대리인으로 선택함으로써 장부작성업무나 세무조정업무와 같은 세무관청을 상대로 한 실무업무에서부터 행정심판이나 행정소송에 이르기까지 일관된 서비스를 원스톱(one-stop)으로 제공받을 수 있게 할 필요성도 있다. 이러한 가능성을 봉쇄하고 있는 이 사건 법률조항을 통해, 소비자들에게 고품질의 세무서비스를 제공한다는 공익이 얼마나 달성될 수 있을지는 의문이다.

(3) 이상과 같이, 이 사건 법률조항으로 달성되는 공익의 정도는 불분명한 반면 제한되는 사익의 정도는 매우 중대하므로, 법익의 균형성 원칙도 충족하지 못한다.

#### 마. 소결론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.

### 6. 이 사건 결정의 의의

가. 대상결정에서 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 청구인들의

직업선택의 자유를 침해하지 않고, 이 사건 부칙조항 역시 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하거나 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

나. 심판대상조항 중 이 사건 부칙조항에 대하여 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 합헌의견이고, 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진, 재판관 김기영은 헌법불합치의견으로, 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수였지만 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 위헌결정의 정족수에는 이르지 못하여 이 사건 부칙조항에 대한 심판청구 역시 기각되었다.

다. 헌법재판소는 2018. 4. 26. 2015헌가19 결정(판례집 30-1상, 530)에서 세무사 자격시험에 합격하여 세무사의 자격이 있는 사람만 세무사등록부에 등록할 수 있도록 한 세무사법 제6조 제1항 및 위 조항에 따라 등록을 한 사람이 아니면 세무대리를 할 수 없도록 한 세무사법 제20조 제1항 본문 중 변호사에 관한 부분에 관하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 다만, 위 선례에서는 세무사의 자격을 이미 보유한 변호사로 하여금 세무사등록부에 등록을 하지 못하도록 하여 세무사로서 그 직무에 해당하는 세무대리를 일체 할 수 없게 하였던 세무사법 조항의 위헌 여부가 쟁점이었던 데 반해, 이 사건의 경우에는 변호사에게 세무사 자격을 더 이상 자동으로 부여하지 않고 있는 이 사건 법률조항의 위헌 여부 등이 문제된다는 점에서 위 선례와는 쟁점이 다르다.

## 13. 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조의 분쟁해결 부작위 위헌확인

- 한국인 전범의 대일청구권 소멸에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 해결하지 아니하고 있는 부작위에 대한 헌법소원심판 사건 -  
(헌재 2021. 8. 31. 2014헌마888, 판례집 33-2, 152)

곽 원 석\*

### 【판시사항】

한국인 BC급 전범들의 대일청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호, 1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효) 제2조 제1항에 의하여 소멸하였는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 의하여 해결할 피청구인의 작위의무가 인정되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은, 한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호, 이하 ‘이 사

\* 선임헌법연구관

건 협정'이라 한다) 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 일제강점기 태평양전쟁이 발발하자 일제에 의하여 연합군 포로들을 감시하는 포로감시원으로 강제동원되어 동남아시아 각국에 위치한 연합군 포로수용소에서 근무하다가 종전 후 연합국인 영국, 네덜란드, 호주 등에서 이루어진 국제전범재판에 회부되어 비씨(BC)급 전범으로 처벌받은 사람(이하 '한국인 BC급 전범'이라 한다) 내지 그 유족들이다.

피청구인은 외교, 외국과의 통상교섭 및 그에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장하는 행정부 소속의 국가기관이다.

나. 대한민국(이하 '한국'이라 한다)은 1965. 6. 22. 일본국(이하 '일본'이라 한다)과의 사이에 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(조약 제172호)을 체결하였다.

다. 청구인들은, 자신들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권이 위 협정에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 이미 소멸되었다고 보는 일본 정부와 소멸되지 않았다고 보는 한국 정부 간에는 위 청구권에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인은 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를

취할 의무가 있는데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2014. 10. 14. 피청구인의 부작위가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 재산권 등과 같은 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장요지

가. 일제강점기 태평양 전쟁이 한창이던 1942. 5.경 일본 육군성은 한국인을 포로감시원으로 강제동원하였다. 한국인 포로감시원은 일본군에 의하여 연합군 포로를 감시하는 역할로 이용당하다가 일제의 패배로 종전이 된 후 1945. 10.부터 1951. 4.까지 연합국에 의한 전범재판을 통해 억울하게 BC급 전범으로 처벌받았다.

나. 일본 정부는 이 사건 협정 체결 이후 한국인 BC급 전범들에 대한 모든 배상청구권이 “완전히 그리고 최종적으로 소멸”되었다고 주장하고 있는 반면에, 한국 정부는 한국인 BC급 전범들의 피해와 관련하여 일본의 책임이 이 사건 협정에 의하여 소멸하지 않고 그대로 남아 있다는 사실을 인정하여, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상의 분쟁이 존재한다.

다. 이 사건 협정 제3조는 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국 간의 분쟁이 있을 경우 외교상 경로나 중재절차에 의한 해결방법을 규정함으로써 계약국에게 위 협정의 해석과 관련한 분쟁해결의무를 부담시키고 있으므로, 한국 정부에게는 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁의 해결을 위한 작위의무가 있다.

라. 한국 정부로서는 인간의 존엄과 가치 및 국가의 기본적 인권 보장 의무를 선언하고 있는 헌법 제10조 등에 입각한 작위의무가 있음에도, 청구인들의 기본권을 실효적으로 보장할 수 있는 외

교적 보호조치나 분쟁해결수단의 선택 등 구체적인 조치를 취하지 아니하고 있는바, 이러한 행정 권력의 부작위는 헌법에 위배되는 것이다.

### **【결정요지】**

#### **재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 문형배의 각하의견**

국제전범재판에 관한 국제법적 원칙, 우리 헌법 전문, 제5조 제1항, 제6조의 문언 등을 종합하면, 국내의 모든 국가기관은 헌법과 법률에 근거하여 국제전범재판소의 국제법적 지위와 판결의 효력을 존중하여야 한다. 따라서 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판에 따른 처벌로 입은 피해와 관련하여 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가야 할 구체적 작위의무가 인정된다고 보기 어렵다.

한국인 BC급 전범들이 일제의 강제동원으로 인하여 입은 피해의 경우에는 일본의 책임과 관련하여 이 사건 협정의 해석에 관한 한·일 양국 간의 분쟁이 현실적으로 존재하는지 여부가 분명하지 않으므로, 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차로 나아갈 작위의무가 인정된다고 보기 어렵다. 설령 한국과 일본 사이에 이 사건 협정의 해석상의 분쟁이 존재한다고 보더라도, 피청구인이 그동안 외교적 경로를 통하여 한국인 BC급 전범 문제에 관한 전반적인 해결 및 보상 등을 일본 측에 지속적으로 요구하여 온 이상, 피청구인은 이 사건 협정 제3조에 따른 자신의 작위의무를 불이행하였다고 보기 어렵다.

### **재판관 이종석의 각하의견**

헌법 제10조, 제2조 제2항의 규정이나 헌법 전문으로부터 우리 정부가 청구인들에 대하여 부담하는 작위의무가 도출된다고 볼 수 없다. 또한 이 사건 협정으로부터도 청구인들을 위하여 협정상 분쟁해결절차로 나아가야 할 작위의무가 도출되지 않는다. 나아가 이 사건 협정 제3조의 내용에 따라 어떠한 의무성이 있다고 본다 하더라도 이는 일반적·추상적 의무를 의미할 뿐, 피청구인이 외교상의 경로를 통하여 한국인 BC급 전범 문제를 해결하여야 하는 구체적 작위의무가 도출된다고 볼 수 없다.

### **재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 일제의 강제동원으로 인한 피해 부분 청구에 관한 반대의견**

일제의 불법적인 강제동원으로 인하여 한국인 BC급 전범들이 입은 피해에 대한 청구권의 실현을 가로막는 것은 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다. 더 이상 시간을 지체할 경우 한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로 세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해 질 수 있다. 청구인들이 피청구인의 작위의무의 이행을 적극적으로 요구하고 있고, 한국인 BC급 전범들이 일제의 불법적인 강제동원으로 인하여 피해를 입게 된 역사적 배경 등을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니 된다. 피청구인의 작위의무 이행을 통하여 일본으로 하여금 법적 책임을 다하도록 하는 것이 중요한 국익에 부합하는 것이고, 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해는 국제전범재판과는 관련이 없으므로 피청구인

이 작위의무를 이행한다고 하여 국제전범재판의 판결에 배치되는 것도 아니다.

이상과 같은 사정을 종합하면, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가지 아니한 부작용은 청구인들의 중대한 헌법상 기본권인 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다.

## 【해설】

### 1. 쟁점의 정리

#### 가. 행정부작위에 대한 헌법소원에서의 작위의무

법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용된다. ‘공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어’가 의미하는 바는, 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄한다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788).

과거 일본군위안부 피해자 사건(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)과 원폭 피해자 사건(헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648)에서는 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아갈 우리 정부의 작위의무가 인정되었는데, 이 사건에서도 그와 같은 작위의무가 인정될 수 있는지 여부가 문제되었다.



## 나. 한국인 BC급 전범의 역사적 성격과 피해의 범위

(1) 한국인 BC급 전범들은, 일제강점기 일제가 연합군을 상대로 태평양전쟁을 벌일 당시 일본 군부가 연합군 전쟁포로들을 감시하는 포로감시원으로 이용할 목적으로 협박과 폭력 등을 사용하여 강제동원한 한국인이라는 점에서 일본군위안부 피해자나 원폭 피해자의 경우와 동일하다고 할 수 있지만, 한편으로는 한국인 BC급 전범들은 종전 무렵 전쟁의 승자인 연합국에 의하여 이루어진 국제전범재판에 회부되어 일본군의 포로감시원으로 활동하면서 연합군포로들을 학대한 전범이라는 이유로 형사처벌을 받았다는 점에서 - 일본군위안부 피해자나 원폭 피해자와는 다른 - 커다란 차이점과 고유의 특수성을 가진다(자세한 내용은 후술하는 한국인 BC급 전범에 관한 역사적 배경 참조).

(2) 헌법재판소는 위와 같은 한국인 BC급 전범들이 가지는 역사적 성격을 고려하여, 한국인 BC급 전범들이 입은 피해를 ① 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판에 따른 처벌로 입은 피해 부분(이하 ‘국제전범재판에 따른 처벌로 인한 피해’라 한다)과 ② 그 밖의 일제의 강제동원에서 일제에 의한 반인도적이고 불법적인 행위로 인하여 입은 피해 부분(이하 ‘일제의 강제동원으로 인한 피해’라 한다)으로 나누었고, 각 피해와 관련하여 피청구인인 우리 정부의 작위의무를 인정할지 여부가 이 사건의 쟁점이 되었다.

## 2. 한국인 BC급 전범에 관한 역사적 배경

가. 일제의 한반도 강점기 당시 제2차 세계대전 중 일본 군부의 연합군을 상대로 한 태평양전쟁 수행 과정에서 약 30만 명 내외의 영국·네덜란드·호주·미국 등 연합군 병사들이 일본군에 의해 포로가 되었다. 일본 군부는 대규모로 발생한 연합군 포로들을

수용·관리하기 위하여 1941. 12. 육군성에 ‘포로정보국’을 설치하여 이듬해 5월부터 한반도에서 한국인을 포로감시원으로 강제 모집하였다.

나. 그 결과 약 3,000여 명의 한국인들이 포로감시원으로 강제 동원되었고, 이들은 군무원의 신분임에도 부산에 있는 노구치(野口) 부대에 수용되어 2개월간 사격과 총검술 등의 혹독한 군사훈련을 받고 인도네시아·필리핀·미얀마·태국 등 동남아시아 각국에 산재되어 있던 연합군 포로수용소에 배치되었다. 한국인 포로감시원은 하급 군무원으로 일하면서 상관인 일본군 장교와 부사관의 명령에 따라서 연합군 포로들을 감시·통제하였다.

다. 제2차 세계대전이 연합군의 승리로 끝나갈 무렵인 1943. 10. 모스크바에서 연합국 대표들이 모여 전쟁이 끝난 다음 주요 전쟁범죄자들을 처벌하기로 결정하는 ‘독일의 잔학행위에 관한 선언’을 발표하는 등 패전국인 독일과 일본 전범(戰犯)의 처리에 관한 논의가 시작되었고, 1945. 7. 26. 미국·영국·중국 등의 정상이 모여서 발표한 ‘포츠담선언’을 통하여 패전국에 대한 전범 처벌 문제가 본격적으로 논의되었다. 이어서 미국·영국·프랑스·구소련 4개국 회의가 런던에서 열려 1945. 8. 8. ‘중대 전쟁범죄인의 소추 및 처벌에 관한 협정’이 공포(公布)되었는데, 이 협정에 부속된 국제군사재판소 헌장이 실제 뉘른베르크 전범재판에서 독일의 전범 소추와 처벌의 법적 근거가 되었다.

한편 미국 합동참모본부는 연합군 최고사령부에 일본 전범 용의자에 대한 기소와 재판소 설치에 관한 지시를 하달하였고, 이 지시에 따라 극동연합군최고사령부는 사령부 일반명령으로 극동국제군사재판소 헌장을 공포하였으며, 이 헌장에 따라 1946. 5. 3. 일본 전범을 처벌하기 위한 극동국제군사재판정(International

Military Tribunal for the Far East, 이른바 ‘도쿄 전범재판’) 이 도쿄에서 개정(開廷)되었다.

라. 연합국이 제정한 국제군사재판소 헌장 제6조 및 극동국제군사재판소 헌장 제5조는 전쟁 범죄의 형태를 ‘A항 : 평화에 반하는 죄’, ‘B항 : 통상의 전쟁 범죄’, ‘C항 : 인도에 반하는 죄’의 3가지 형태로 구분하였고, 이 중 침략전쟁을 일으킨 국가 지도자 등이 평화에 반하는 죄를 범한 경우 ‘A급 전범’, 그 외 B항과 C항의 죄를 범한 자를 ‘BC급 전범’이라고 부르게 되었다. 또한 극동국제군사재판소 헌장 제6조에서는 이들 범죄와 관련하여 피고인이 공무상의 지위, 혹은 피고인이 자신의 정부 기관 또는 상사의 명령에 따라 행위를 하였다는 사실은 면책사유가 될 수 없고 다만 형의 감경사유가 될 수 있다고 규정하고 있었다. 제2차 세계대전이 끝난 후, A급 전범은 독일의 뉘른베르크 전범재판 및 일본의 도쿄 전범재판을 통하여 처벌받은 반면에, BC급 전범은 연합국인 미국, 영국, 네덜란드, 호주, 중국 등 해당 전범 피해자의 국가에서 이루어진 전범재판을 통하여 처벌되었다.

마. BC급 전범으로 처벌된 한국인 명단을 확인할 수 있는 자료로는 일본 후생성 인양원호국(厚生省 引揚援護局)에서 1955. 12. 1. 생산한 ‘한국, 대만출신전쟁재판수형자명부(韓國, 臺灣出身戰爭裁判受刑者名簿)’가 있다. 이 자료에 따르면 종전 이후 연합국에 의한 국제전범재판에 회부되어 연합군 포로들을 학대하였다는 등의 이유로 전범으로 인정되어 처벌받은 한국인은 총 148명이었는데, 그 중 129명의 한국인 포로감시원들 가운데 14명이 사형되었고, 115명이 유기징역형에 처해졌다.

바. 제2차 세계대전 종전 무렵 전범재판을 한 각국의 형무소에 수감되어 있던 한국인 BC급 전범들은 1950년 일본의 스가모(巢

鴨) 형무소로 이송되어 남은 형기까지 수감되거나 가석방되었다. 스가모 형무소를 출소한 한국인 BC급 전범들은 1955. 4. 1. ‘동진회’라는 모임을 결성하여 일본 정부를 상대로 ‘기본적 인권 및 생활권 확보’ 및 자신들이 입은 피해에 대한 국가보상 등을 받아내기 위한 지속적인 투쟁을 벌여 왔고, 일본 정부로부터 약간의 지원을 받아내기도 하였지만, 이후 보상책임을 부정하는 일본 정부의 완강한 태도로 인하여 별다른 성과를 이루지 못하였다. 오히려 1965. 6. 22. 이 사건 협정이 체결된 이후에는 일본 정부의 내각총리대신 고이즈미 준이치로가 후쿠시마 미즈호 참의원 의원이 제기한 ‘한국·조선인 BC급 전범자들에 대한 인도적 조치에 관한 질문 주의서’에 대한 2006. 6. 20.자 답변서를 통해 이 사건 협정 제2조 제1항 및 제3항을 언급하였고, 내각총리대신 아베 신조 역시 아리타 요시후 참의원 의원이 제기한 ‘한국인 BC급 전범자 문제에 관한 질문 주의서’에 대한 2014. 2. 4.자 답변서에서 이 사건 협정 제2조 제1항을 언급하는 등 한국인 BC급 전범이 입은 피해에 대한 일본의 책임이 이 사건 협정으로 소멸되었다고 인식하고 있는 것으로 보인다.

사. 한편 한국은 2004. 3. 5. 일제강점하 강제동원피해의 진상을 규명하여 역사의 진실을 밝히는 것을 목적으로 ‘일제강점하 강제동원피해 진상규명 등에 관한 특별법’(이하 ‘진상규명법’이라 한다)을 제정하였다. 위 법률과 그 시행령에 따라서 일제강점하 강제동원피해진상규명위원회(이하 ‘진상규명위원회’라 한다)가 설치되어 ‘일제강점하 강제동원 피해’에 대한 조사가 전면적으로 이루어졌고, 그 결과 한국인 BC급 전범들이 ‘강제동원의 피해자 또는 희생자’로 인정되었다. 이후 이 사건 협정과 관련하여 국가가 태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자와 그 유족 등에게 인도적 차

원에서 위로금 등을 지원하기 위하여 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률’(이하 ‘태평양전쟁 희생자지원법’이라 한다)이 2007. 12. 10. 제정되었고, 이에 따라서 청구인들 중 강○○, 박○○, 변○○, 박□□, 정○○는 유족으로서 위로금을 지급받았다. 한편 2010. 3. 22. 진상규명법과 태평양전쟁 희생자지원법을 폐지하는 대신 두 법을 합친 ‘대일항쟁기 강제동원피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법’이 제정되었다.

아. 현재까지 한국 정부는 한국인 BC급 전범들에 대한 피해 보상 문제는 이 사건 협정과는 관련이 없고, 일본이 책임을 지고 주도적으로 해결하여야 하는 문제라는 입장이고, 2010년경부터 외교적 경로를 통하여 일본에서 주도적으로 한국인 BC급 전범들 보상에 관한 입법 등을 하여 해결해 줄 것을 지속적으로 요구하여 왔다.

### 3. 피청구인의 작위의무 인정 여부

일제강점기 한국인 BC급 전범이 입은 피해 중 국제전범재판에 따른 처벌로 인한 피해와 관련하여, 재판관 전원은 피청구인인 한국정부가 피해 문제의 해결을 위하여 이 사건 협정 제3조에 따른 일본과의 분쟁해결절차에 나아가야 할 작위의무가 인정되지 않는다고 보았다. 반면에 한국인 BC급 전범이 입은 피해 중 일제의 강제동원으로 인한 피해와 관련한 피청구인의 작위의무 인정 여부에 대해서는 재판관들의 의견이 나누어졌다. 이처럼 한국인 BC급 전범이 입은 각 피해와 관련한 피청구인의 작위의무에 대한 재판관들의 입장에 대하여 자세히 살펴보도록 한다.

한편 재판관 이종석은 한국인 BC급 전범이 입은 피해와는 상

관없이 헌법규정과 이 사건 협정의 성격 및 내용 등에 비추어 볼 때 피청구인의 작위의무가 처음부터 인정되지 않는다고 보았는데, 이에 대하여는 별도로 살펴보기로 한다.

### 가. 국제전범재판에 따른 처벌로 인한 피해 부분 - 이종석 재판관을 제외한 나머지 재판관들의 일치된 작위의무 불인정 의견 요지

(1) 한국인 BC급 전범들은 일제강점기 태평양전쟁에 강제동원되어 동남아 지역에 산재해 있던 연합군 포로수용소에 배치되어 일본군의 명령에 따라서 연합군 포로를 감시·감독하는 포로감시원으로 일하였다. 이후 제2차 세계대전이 종료될 무렵에 승전국인 미국, 영국, 프랑스, 구소련의 주도로 설립된 국제전범재판소에 회부되어 포로감시원으로서 연합군 포로들을 폭행하거나 학대하였다는 등의 이유로 BC급 전범으로 인정되어 처벌을 받았다.

(2) 독일의 나치 전범을 처벌한 뉘른베르크 재판과 일제(日帝) 전범을 처벌한 도쿄 재판 등을 통하여 ‘침략에 대한 범죄’, ‘반인도적 범죄’, ‘전쟁범죄’ 등을 범하였을 경우 국제전범재판을 통하여 처벌하여야 한다는 국제법적 원칙이 성립되었다. 이러한 국제전범재판에 관한 국제법적 원칙은 1946년 유엔 총회에서 ‘뉘른베르크 헌장에 의하여 승인된 국제법의 원칙들과 동 재판소의 판결을 확인하기 위한 결의’를 만장일치로 채택함으로써 국제관습법으로 확립되었다. 이를 계기로 1948년 유엔 총회에서 ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’이 채택되었으며, 유엔이 1998. 6. 15. 개최한 ‘국제형사재판소 설립에 관한 유엔 전권외교회의’에서 채택된 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’에 근거하여 집단살해범죄, 반인도적 범죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등을 다루는 국제형사재판소(ICC)가 설치되었다.

이와 같은 국제적 상황에 비추어 볼 때, 독립된 주권을 가진 국가라고 하여도 국제사회의 구성원으로서 개인 전범에 관한 국제전범재판소 판결의 권위와 효력을 존중하는 것이 오늘날 국제사회에서 통용되는 규범적 질서라고 할 것이다.

(3) 우리 헌법 전문은 “밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써”라고 명시하여 국제평화주의를 천명하고 있고, 제5조 제1항에서 ‘침략 전쟁의 금지’라는 국제법상의 원칙을 헌법에 수용하고 있으며, 제6조에서 국제법질서의 존중을 명시하고 있다.

앞서 본 바와 같이, 국제사회에서 개인이 행한 침략에 대한 범죄, 반인도적 범죄, 전쟁범죄 등에 대하여 국제전범재판을 통하여 처벌하는 것은 확립된 국제관습법으로서 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하여 국내법과 같은 효력을 가진다. 나아가 우리나라는 국제사회의 구성원으로서 개인이 저지른 침략범죄, 반인도적 범죄 및 전쟁범죄 등에 대하여 국제사회의 재판을 통하여 처벌하여야 한다는 국제관습법에 관한 조약을 국회의 동의를 거쳐 적극적으로 수용하고, 별도의 법 제정을 통하여 이를 국내법체계로 편입하였다. 따라서 국내의 모든 국가기관은 헌법과 법률에 근거하여 국제전범재판소의 국제법적 지위와 판결의 효력을 존중하여야 할 의무가 있다고 할 것이다.

(4) 일본군위안부 피해자나 원폭피해자의 경우와는 달리, 한국인 BC급 전범들에게는 국제전범재판소의 재판을 통하여 BC급 전범으로 인정되어 처벌을 받은 특별한 피해가 존재한다. 그리고 이러한 국제전범재판소의 판결은 국제법적으로 유효하며 피청구인을 비롯한 국내의 국가기관이 존중하여야 함은 앞서 본 바와 같다.

따라서 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판소의 판결에 따른 처벌로 입은 피해에 대한 보상 문제를 일본군위안부 피해자나 원폭피해자 등이 가지는 일제의 반인도적 불법행위로 인한 배상청구권의 문제와 동일한 범주로 다루기는 어렵다.

(5) 위와 같은 사정을 이 사건 협정 체결의 경위 및 내용에 비추어 종합적으로 고려하면, 국제법적으로나 국내법적으로 유효하게 승인되는 국제전범재판소의 판결에 따른 처벌을 받아서 생긴 한국인 BC급 전범 피해 보상 문제는 처음부터 이 사건 협정의 대상이 된다고 보기 어렵고, 결론적으로 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판소의 판결에 따른 처벌로 인하여 입은 피해에 대한 보상 문제는 이 사건 협정과는 관련이 없으므로, 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가야 할 구체적 작위의무가 인정된다고 보기 어렵다.

#### 나. 일제의 강제동원으로 인한 피해 부분

한국인 BC급 전범들에 대한 일제의 반인도적이고 불법적인 강제동원으로 인한 피해와 관련하여, 재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 문형배는 한국인 BC급 전범들의 위 피해문제에 관한 분쟁을 해결하기 위해 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아갈 피청구인의 작위의무가 인정되지 않거나 설령 작위의무가 인정된다고 보아도 그 작위의무를 이행하였다고 본 반면에, 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 반대의견에서 피청구인의 작위의무가 인정되고, 나아가 피청구인의 이러한 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라고 판단하였다.

(1) 재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 문형



## 배의 각하의견 요지

(가) 분쟁의 미성숙으로 인한 피청구인의 작위의무 불인정

1) 일제의 강제동원으로 인한 피해 문제와 관련하여 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아갈 작위의무가 부여되기 위해서는, 그 전제로서 일제의 강제동원으로 인한 피해에 대한 일본의 책임과 관련하여 한국과 일본 사이에 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁이 성숙하여 현실적으로 존재하여야 한다.

2) 이 사건 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

첫째, 청구인들은 한국인 BC급 전범 문제와 관련하여 국제전범재판에서 BC급 전범으로 인정되어 받은 처벌로 인한 피해문제에 집중하여 온 것으로 보이고, 국내의 한국인 BC급 전범에 관한 논의도 이들이 국제전범재판소에서 전범으로 인정되어 처벌받은 문제를 주로 다루고 있었던 것으로 보인다.

둘째, 일본에 거주하는 한국인 BC급 전범들로 구성된「동진회」단체도 일본 정부를 상대로 자신들이 국제전범재판소에서 BC급 전범으로 인정되어 처벌받은 피해에 대하여 보상하여 줄 것을 요구하였고, 일본 정부는 이러한 동진회의 요구를 일부 수용하여 국제전범재판소 판결로 처벌을 받은 한국인 BC급 전범에게 보상차원에서 일부 지원한 적이 있다. 그러나 이 사건 협정이 체결된 이후에는 한국인 BC급 전범이 입은 피해에 대한 일본의 책임을 부정하는 듯한 태도를 보이기도 하였다.

셋째, 한국 정부는 원칙적으로 국제전범재판에 의한 처벌로 피해를 입은 한국인 BC급 전범 문제는 이 사건 협정과는 무관하게 일본이 주도적으로 책임을 져야 할 문제라는 태도를 취하면서, 2010년경부터 일본 측에 외교적 경로를 통하여 입법 등을 통한

해결을 지속적으로 촉구하여 왔다.

3) 위와 같은 사정을 종합하면, 한국인 BC급 전범 당사자는 물론 한국 정부와 일본 정부 모두 한국인 BC급 전범이 국제전범재판소에서 처벌을 받아서 입은 피해를 중심으로 문제의식을 공유하고 있었고, 그와 관련한 일본의 책임과 관련하여 한국과 일본 사이의 의견 대립이 있었던 사실은 인정된다. 그러나 그 외 일제의 강제동원으로 인한 피해 책임까지 한국과 일본이 상호 인식하고 있었고, 이러한 피해에 대한 일본의 책임과 관련하여 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 양국 간의 분쟁이 존재하는지 여부는 여전히 불투명하다.

4) 그렇다면, 적어도 청구인들의 피상속인들을 비롯한 한국인 BC급 전범들에 대한 일제의 강제동원으로 인한 피해에 관한 일본의 책임과 관련하여 한국과 일본 사이에 이 사건 협정 해석 및 실시상의 분쟁이 성숙하여 현실적으로 존재한다고 결론을 내리기 어렵다. 따라서 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가야 할 작위의무가 인정된다고 보기 어렵다.

#### (나) 공권력의 불행사 여부

1) 설령 한국인 BC급 전범 문제와 관련하여 그동안 피해당사자인 한국인 BC급 전범들뿐만 아니라 한국 정부와 일본 정부가 국제전범재판소의 처벌로 야기된 피해와 함께 일제의 강제동원으로 인한 피해 문제까지 인식하고 있었고, 이에 대한 일본의 책임과 관련하여 한국과 일본 사이의 이 사건 협정 해석 및 실시에 관한 분쟁이 실제로 존재하여 피청구인의 작위의무가 있다고 보더라도, 피청구인이 한국인 BC급 전범을 위하여 외교적 조치를 이행하였으므로 그 작위의무를 불이행하였다고 볼 수는 없다. 그

이유는 다음과 같다.

2) 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차를 언제, 어떻게 이행할 것인가에 관해서는, 국가마다 가치와 법률을 서로 달리한 국제환경에서 국가와 국가 간의 관계를 다루는 외교행위의 특성과 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항이 모두 외교행위를 필요로 한다는 점을 고려할 때, 피청구인에게 상당한 재량이 인정된다(헌재 2019. 12. 27. 2012헌마939 참조).

3) 한국은 진상규명법에 따라서 설치된 진상규명위원회의 조사를 통하여 한국인 BC급 전범을 ‘강제동원 피해자 또는 희생자’로 인정하였고, 이 사건 협정과 관련하여 ‘태평양전쟁 희생자지원법’을 제정하여(제1조 참조), 일부 청구인들에게 위로금을 지급하였다. 아울러 피청구인은 외교적 경로를 통하여 한국인 BC급 전범에 대한 보상 입법 등을 통한 해결을 지속적으로 촉구하여 왔다(이하 ‘외교적 조치’라 한다).

4) 그렇다면, 피청구인의 광범위한 재량을 고려할 때, 넓은 의미에서, 일제의 강제동원으로 인한 피해에 대한 일본의 책임과 관련하여 존재할 수도 있는 한국과 일본 사이의 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 이 사건 협정 제3조에 따라서 외교적으로 해결하려고 노력한 것으로 볼 수 있다. 비록 피청구인이 청구인들의 기대만큼 한국인 BC급 전범 문제에 관한 신속하고 적극적인 외교적 조치를 취하지 않았다고 하여도, 피청구인이 이 사건 협정 제3조상 분쟁해결절차 이행에 관한 작위의무를 이행하지 않은 부작위상태에 있다고 보기 어렵다.

(다) 소결론

일제의 강제동원으로 인한 피해 부분과 관련하여, 한국과 일본 사이에 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁이 현실적으로 존재한다고 보기 어려우므로 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차로 나아갈 작위의무가 있다고 보기 어렵고, 설령 한국과 일본 사이에 이 사건 협정 해석상의 분쟁이 존재한다고 하여도 피청구인은 외교적 조치를 통하여 그 작위의무를 이행하였다고 볼 수 있다.

(2) 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 반대의견 요지

(가) 일제의 강제동원으로 인한 피해의 성격

일제강점기 한국인 BC급 전범들은 태평양 전쟁 당시 포로감시원으로서 반인도적이고 불법적인 방법으로 강제동원되어 동남아시아 지역에 있던 일본군의 연합군 포로수용소에서 근무하면서 연합군 포로들을 감시하고 통제하는 임무를 수행하는 과정에서 많은 정신적·육체적 피해를 입었다. 한국인 BC급 전범들은 진상규명위원회에 의하여 '강제동원 피해자 또는 희생자'로 인정되었다. 따라서 한국인 BC급 전범들은 일본에 대하여 일제에 의한 불법적인 강제동원으로 입은 피해에 대한 청구권을 가진다고 할 것이고, 이는 일본군위안부 피해자와 일제강제동원 피해자들이 일제강점기에 일제의 반인도적 불법행위로 인하여 입은 피해에 대한 청구권과 그 성격이 본질적으로 다르다고 볼 수 없다.

(나) 적법요건에 관한 판단

1) 피청구인의 작위의무

이 사건 기록을 살펴보면, 일본 정부는 이 사건 협정에 의하여 한국인 BC급 전범들이 가지는 모든 청구권이 소멸되었다는 의사를 분명히 표시하고 있는 반면에, 한국 정부의 태도를 보면 한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 청구권은 이 사건 협정과 관계가 없이 그대로 남아있고 일본이 한국인 BC급 전범에 관한 문제를 주도적으로 해결하여야 한다는 원론적인 입장이므로, 결국 한국인 BC급 전범들이 일본에게 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권과 관련한 이 사건 협정의 해석에 대하여 한·일 양국 간에 분쟁이 발생한 상태라고 보는 것이 타당하다.

비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 일제강점기에 일본군을 위한 포로감시원으로 강제동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 한국인 BC급 전범 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조).

우리 헌법 제10조, 우리 헌법 전문 및 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 한국인 BC급 전범들이 일본에게 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권과 관련하여 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

## 2) 공권력의 불행사

이 사건 기록에 의하면, 피청구인은 한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권이 이 사건 협정에 의하여 소멸된 것인지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상의 분쟁을 해결하기 위하여 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차로서의 조치를 특별히 취한 바 없는 것으로 보인다.

피청구인은 이에 대하여 지속적으로 외교적 조치를 취하여 왔으므로 공권력의 불행사가 아니라고 주장한다. 그런데 이 사건에서 문제되는 공권력의 불행사는 이 사건 협정에 의하여 한국인 BC급 전범들이 일본 정부에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위하여 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아갈 의무의 불이행을 가리키는 것이므로, 위와 같이 이 사건 협정과 무관하게 이루어진 외교적 조치는 피청구인의 작위의무 이행에 포함되지 않는다.

## 3) 소결

그렇다면 피청구인은 한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권과 관련하여 헌법에서 유래하는 작위의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하여 청구인들의 기본권을 침해하였을 가능성이 있다. 따라서, 이하에서는 본안에 나아가 피청구인이 위와 같은 작위의무의 이행을 거부 또는 해태하고 있는 것이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(다) 본안에 관한 판단

1) 침해되는 기본권의 중대성

한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권의 실현은 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 그 청구권의 실현을 가로막는 것은 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조).

2) 기본권침해 구제의 절박성

이 사건 심판 중 청구인 이○○가 사망함으로써 현재 한국인 BC급 전범들이 이미 사망한 사정을 고려하면, 더 이상 시간을 지체할 경우 한국인 BC급 전범이 일본에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로 세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조).

3) 기본권의 구제 가능성

앞서 살펴 본 한국인 BC급 전범들이 일제의 불법적인 강제동원으로 인하여 피해를 입게 된 역사적 배경, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 한국인 BC급 전범들을 위하여 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄·배상을 추구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임, 그리고 한국인 BC급 전범들이 강제동원 피해자 또는 희생자로 공식 인정받은 이상 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해는 한국인 BC급 전범이 아닌 다른 강제동원 피해

자들이 입은 피해와 별다른 차이점을 발견할 수 없는 점 등을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조).

#### 4) 진정으로 중요한 국익에 반하는지 여부

과거의 역사적 사실 인식의 공유를 향한 노력을 통해 일본 정부로 하여금 피해자에 대한 법적 책임을 다하도록 함으로써 한·일 양국 및 양 국민의 상호이해와 상호신뢰가 깊어지게 하고, 이를 역사적 교훈으로 삼아 다시는 그와 같은 비극적 상황이 연출되지 않도록 하는 것이 진정한 한·일관계의 미래를 다지는 방향인 동시에, 진정으로 중요한 국익에 부합하는 것이라고 할 것이다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조).

아울러 한국인 BC급 전범들이 입은 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해는 국제전범재판과는 관계가 없으므로 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아간다고 하여 그것이 헌법 제6조 제1항에 규정한 국제법 존중 원칙 및 국제전범재판소의 판결과 배치되는 것도 아니다.

#### 5) 소결

한국인 BC급 전범들이 일본에게 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권과 관련하여 한국과 일본의 이 사건 협정의 해석상 분쟁이 존재함에도 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가지 아니한 부작위는 청구인들의 중대한 헌법상 기본권을 침해하고 있다고 할 것이다.



(라) 소결론

한국인 BC급 전범들이 일본에 대하여 가지는 일제의 불법적인 강제동원으로 인한 피해에 대한 청구권과 관련하여, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라 할 것이고, 인간으로서의 존엄과 가치 등 기본권의 중대한 침해가능성, 구제의 절박성과 가능성 등을 널리 고려할 때, 피청구인에게 이러한 작위의무를 이행하지 않을 재량이 있다고 할 수 없으며, 피청구인이 현재까지 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차를 이행할 작위의무를 이행하였다고 볼 수 없다.

결국, 피청구인의 이러한 부작위는 헌법에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이다.

**다. 재판관 이종석의 피청구인의 작위의무 전면 부정 의견(각하)**

(1) 피청구인에게 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하여야 할 헌법상 작위의무가 인정되는지 여부

우선, 헌법 제10조, 제2조 제2항, 전문의 규정 자체 또는 그 해석에 의하여 ‘헌법에서 유래하는 구체적 작위의무’가 도출될 수 있는지를 본다.

헌법 제10조 및 헌법 제2조 제2항은 국가가 국민에 대하여 기본권 보장 및 보호의무를 부담한다는 국가의 일반적·추상적 의무를 규정한 것일 뿐 그 조항 자체로부터 국민을 위한 어떠한 구체적인 행위를 해야 할 국가의 작위의무가 도출되지 않는다. ‘3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’한다는 헌법 전문(前文)의 문구로부터도 국민을 위한 어떠한 구체적인 행위를 해야 할 국가의 작위의무가 도출되지 않는다(헌재 1998. 5. 28.

97헌마282; 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859 등 참조). 따라서 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문만으로는 청구인들에 대하여 국가가 어떤 행위를 하여야 할 구체적인 작위의무를 도출해 낼 수는 없다(헌재 2019. 12. 27. 2012헌마939 재판관 이종석의 별개의견 참조).

(2) 다음으로, 이 사건 협정 제3조에 규정된 분쟁해결절차에 관한 조항이 위에서 말하는 ‘법령에 구체적으로 작위의무가 규정되어 있는’ 경우에 해당하여 ‘헌법에서 유래하는 작위의무’가 도출될 수 있는지에 관하여 본다.

(가) 이 사건 협정과 같은 조약 기타 외교문서에서, 일정한 의무사항이 기재되어 있다 하더라도 체약국 당사자가 상대방 국가에 대하여 요구할 수 있을 뿐이다. 따라서 ‘조약에 근거하여 자국이 상대방 국가에 대하여 취할 수 있는 조약상 권리의무를 이행하라’고 자국 정부에 요구할 수 있기 위해서는, ‘그러한 요구를 할 수 있는 권리를 자국 국민에게 부여하는 내용’의 구체적 문구가 해당 조약에 기재되어 있어야 할 것이다.

이 사건 협정이 관련국 국민에게 이 사건 협정 제3조상의 분쟁해결 절차에 나아갈 것을 요구할 수 있는 권리를 부여하고 있지 않은 이상, 개별 국민에게 위 협정상 분쟁해결절차를 이행하라고 자국 정부에 대하여 요구할 구체적 권리가 인정될 수는 없다.

따라서 이 사건 협정 내용을 근거로 국가의 국민에 대한 구체적 작위의무를 도출해 낼 수는 없고, 이는 이 사건 협정과 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문을 종합하여 보더라도 마찬가지이다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견; 헌재 2019. 12. 27. 2012헌마939 재판관 이종석의 별개의견 참조).

(나) 다음으로, 이 사건 협정 제3조가 규정하고 있는 내용 자체에 비추어 볼 때 ‘이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 제3조의 규정에 따른 외교행위를 할 작위의무’라는 것이 ‘구체적인’ 행위를 해야 하는 ‘의무’라고 볼 수도 없다.

1) 이 사건 협정 제3조 어느 조항에도, 분쟁이 있으면 ‘반드시’ 외교적 해결절차로 나아가야 한다거나 외교적 해결이 교착상태에 빠질 경우 ‘반드시’ 중재절차를 신청해야 한다는 ‘의무적’ 내용은 기재되어 있지 않다.

결국 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항 어디에서도 외교상 해결절차로 나아가야 할 ‘의무’, 외교상 해결이 안 되면 중재절차로 나아가야 할 ‘의무’가 있다고 해석해 낼 수는 없다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견; 헌재 2019. 12. 27. 2012헌마939 재판관 이종석의 별개의견 참조).

2) 나아가 이 사건 협정 제3조가 규정하고 있는 ‘외교적 해결’, ‘중재절차회부’에 어떤 의무성이 있다고 본다 하더라도, 그것이 ‘구체적인’ 작위를 내용으로 하는 것이라고 보기도 어렵다.

이 사건 협정으로부터 ‘외교상의 경로를 통하여 해결할 의무’가 도출된다고 하여도, 이는 일반적·추상적 의무 수준에 불과할 뿐이다. 이러한 국가의 일반적·추상적 의무는 그 자체가 ‘구체적인’, 즉 ‘어떠한 특정한 내용’의 작위의무가 아니므로, 비록 헌법에 명시적인 문구로 기재되어 있다 하더라도 국민이 국가에 대하여 그 의무의 이행을 직접 구할 수 있는 ‘구체적인’ 작위의무로 탈바꿈되지 않는다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견; 헌재 2019. 12. 27. 2012헌마939 재판관 이종석의 별개의견 참조).

### (3) 소결론

이상과 같이 피청구인에게 청구인들이 주장하는 바와 같은 헌법상 작위의무를 인정할 수 없으므로, 청구인들이 다투는 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 불행사’라고 할 수 없다. 이를 대상으로 한 이 사건 심판청구는 모두 부적법하다.

## 4. 이 사건 결정의 결론(각하)

가. 한국인 BC급 전범의 국제전범재판에 따른 처벌로 인하여 입은 피해와 관련하여, 재판관 이종석을 제외한 나머지 재판관들의 일치된 의견으로, 헌법 및 국내법상 일반적으로 승인된 국제법규로서의 ‘국제전범재판의 지위와 효력’을 모든 국가기관이 인정하고 존중하여야 하는 이상 국제전범재판에 따른 처벌로 인하여 입은 피해에 대한 보상 문제는 이 사건 협정과 관련이 없고, 그 결과 이 사건 협정 제3조에 따라서 분쟁해결절차에 나아가야 할 피청구인의 작위의무가 인정되지 않는다고 판시하였다(각하).

나. 한국인 BC급 전범의 일제의 강제동원으로 인하여 입은 피해와 관련하여, 재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 문형배는 한국과 일본 사이에 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁이 현실적으로 존재한다고 보기 어려우므로 피청구인에게 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차로 나아갈 작위의무가 있다고 보기 어렵고, 설령 한국과 일본 사이에 이 사건 협정 해석상의 분쟁이 존재한다고 하여도 피청구인은 외교적 조치를 통하여 그 작위의무를 이행하였다고 볼 수 있으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다고 판시하였다(각하).

반면에 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절

차로 나아가갈 의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라 할 것이고, 피청구인이 현재까지 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차를 이행할 작위의무를 이행하였다고 볼 수 없으며, 결국, 피청구인의 이러한 부작위는 헌법에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 판시하였다(일부 위헌).

다. 재판관 이종석은 피청구인에게 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하여야 할 헌법 규정 및 이 사건 협정의 내용상 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따른 분쟁해결절차에 나아가야할 작위의무 자체가 인정되지 않는다고 다른 이유를 들어서 각하로 판시하였다(각하).

라. 결국, 재판관 4인은 한국인 BC급 전범의 모든 피해와 관련하여 피청구인의 작위의무가 인정되지 않거나 피청구인이 작위의무를 이행하였으므로 각하라고 판시하였고, 재판관 1인은 어느 경우에도 피청구인의 작위의무가 전면적으로 인정되지 않는다고 판시하여, 결론적으로 그 이유구성을 달리하지만 재판관 5인이 각하라는 의견을 제시하여 이 사건의 결정은 각하의 주문으로 나갔다. 나머지 재판관 4인은 반대의견에서 한국인 BC급 전범의 일제의 강제동원으로 인한 피해에 관해서만 일부 위헌으로 판단하였다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

가. 일제강점기 한국인 BC급 전범들이 일본군부에 의하여 연합군 포로감시원으로 이용될 목적으로 반인도적이고 불법적인 방법으로 억울하게 강제동원된 피해자라는 점은 일본군위안부 피해자 및 원폭 피해자와 크게 다르지 않다. 헌법재판소는 이러한 사실을

충분히 인식하고 있었다.

나. 그러나 한편으로는 한국인 BC급 전범들은 포로감시원으로 일하면서 연합군 포로들을 학대하였다는 이유 등으로 국제전범재판에 회부되어 BC급 전범으로 인정받아서 처벌을 받았다는 특수한 사정이 있었다. 물론 한국인 BC급 전범들이 일제에 의하여 강제로 동원되어 일본군 상관의 강압적 명령에 따라서 어쩔 수 없이 그러한 행위를 하였고, 국제전범재판 과정에서 자신들의 절차적 기본권을 충분히 보장받지 못하였다는 점에서 그 정상(情狀)을 참작할 사정은 존재하였다.

다. 그럼에도 결과적으로 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판에서 전범으로 인정되어 처벌을 받은 사실이 인정되는 이상, 헌법재판소는 ① 오늘날 집단살해범죄, 전쟁범죄, 반인도적범죄 등을 저지른 개인은 국제전범재판을 통하여 처벌을 하는 것이 국제사회에서 일반적으로 승인된 국제법규라는 점, ② 우리 헌법 제6조 및 국내 법률 등에 따라서 모든 국내기관은 국제전범재판의 지위와 효력을 존중하여야 한다는 국제평화주의 및 법치주의원칙의 측면, 그리고 ③ 이 사건 협정이 체결된 전후 경위와 그 이후 한국과 일본 양국의 태도 등을 종합적으로 고려하여 살펴 본 결과, 부득이하게 한국인 BC급 전범들이 국제전범재판에 따른 처벌로 인하여 입은 피해에 대하여는 이 사건 협정과의 관계를 인정하기가 어렵다는 결론에 이르렀다.

라. 다만, 한국인 BC급 전범들이 일제의 강제동원으로 인하여 입은 피해에 대하여는, 이 역시 피청구인의 작위의무를 인정하기에는 증거가 부족하거나 설령 작위의무가 있어도 피청구인이 그 작위의무를 이행하였다고 보는 재판관 4인과 이 부분 피해는 일본군위안부 피해자나 원폭피해자의 경우와 다르지 않으므로 과거

헌법재판소 선례(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)와 같이 피청구인의 부작위를 인정하고 본안으로 나아가 위헌으로 판단한 재판관 4인의 의견이 팽팽하게 맞섰다.

마. 한편 이종석 재판관은 헌법 규정 및 이 사건 협정의 내용 등에 비추어 볼 때 처음부터 피청구인의 작위의무를 인정할 수 없다는 고유의 견해를 취한 점이 눈에 띈다.

## 14. 근로기준법 제63조 제2호 위헌확인

- 축산업 종사 근로자에 대하여 근로기준법에서 정한 근로시간 및 휴일 규정의 적용을 제외하도록 한 조항이 청구인의 근로의 권리 등을 침해하는지 여부 -

(헌재 2021. 8. 31. 2018헌마563, 판례집 33-2, 187)

전 은 주\*

### 【판시사항】

1. 청구인의 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(적극)
2. 동물의 사육 사업 근로자에 대하여 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일 규정의 적용을 제외하도록 한 구 근로기준법 제63조 제2호 중 ‘동물의 사육’ 가운데 ‘제4장에서 정한 근로시간, 휴일에 관한 규정’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 근로의 권리를 침해하는지 여부(소극)
3. 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 기각의견 1인, 헌법불합치의견 5인, 각하의견 3인으로 재판관의 의견이 나뉜 경우 주문(기각)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제 8372호로 전부개정되고, 2021. 1. 5. 법률 제17862호로 개정되기 전의 것) 제63조 제2호 중 ‘동물의 사육’ 가운데 ‘제4장에서

---

\* 헌법연구관



정한 근로시간, 휴일에 관한 규정'에 관한 부분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

청구인은 2017. 8. 25.부터 같은 해 10. 14.까지 ○○한우영농조합법인이 운영하는 '○○한우농장'(이하 '이 사건 사용자'라 한다)에서 소들의 관리, 사료 제공, 분뇨 정리 등의 업무를 맡아 이 사건 사용자가 제공하는 농장 숙소에서 생활하며 근로하던 근로자이다. 청구인은 토요일과 공휴일을 포함하여 계속 근로를 제공하였음에도 자신이 예상한 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금을 지급받지 못하게 되자, 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로기준법 제4장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게, 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 구 근로기준법 제63조 제2호가 인간의 존엄성을 보장받을 권리 및 평등권을 침해한다고 주장하면서, 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하고(2018헌사123), 2018. 6. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 청구인은 2017. 10. 1.부터 2017. 10. 9.까지의 근로에 대하여 2017. 11. 10. 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 인식하였고, 같은 달 14.에 근로감독관으로부터 심판대상 조항으로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없음을 알게 되었다고 주장하고 있고, 이와 달리 청구인이 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 볼 만한 명백한 자료가 발견되지 않고 있으므로, 2017. 11. 14. 경으로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

### 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 각하의견

이 사건 기록에 의하면, 청구인은 근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무시작일인 2017. 8. 25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 정식직원으로 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10.에 심판대상조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과하였음이 역수상 명백한 2018. 1. 29. 이 사건 심판청구를 위한 국선대리인 선임신청을 하였다. 따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정한 청구기간을 초과하여 제기한 것으로서 부적법하므로, 이를 각하해야 한다.

### 2. 가. 재판관 이영진의 기각의견

축산업은 가축의 양육 및 출하에 있어 기후 및 계절의 영향을 강하게 받으므로, 근로시간 및 근로내용에 있어 일관성을 담보하기 어렵고, 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되며, 사용자와 근로자 사이의 근로시간 및 휴일에 관한 사적 합의는 심판대상조항에 의한 제한을 받지 않는다. 현재 우리나라 축산업의 상황을 고려할 때, 축산업 근로자들에게 근로기준법을 전면적으로 적용할 경우, 인건비 상승으로 인한 경제적 부작용이 초래될 위험이 있다. 위 점들을 종합하여 볼 때, 심판대상조항이 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려우므로, 심판대상조항은 청구인의 근로의 권리를 침해하지 않는다.

**나. 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배,  
재판관 이미선의 헌법불합치의견**

축산업은 주로 근로자의 육체 노동력에 의존하고, 일단 근로에 임하게 되면 장시간 근로가 불가피하다. 현재 우리나라 축산업은 지위가 불안정한 일용직 내지 임시직 근로자가 다수를 차지하는 구조를 가지고 있어, 사적 합의를 통하여 합리적인 근로조건을 정하기 어려운 상황이다. 위와 같은 점에서 축산업 근로자들에게 육체적·정신적 휴식을 보장하고 장시간 노동에 대한 경제적 보상을 해야 할 필요성이 요청됨에도 불구하고, 심판대상조항은 축산 사업장을 근로기준법 적용 제한의 기준으로 삼고 있어 축산업 근로자들의 근로 환경 개선과 산업의 발전을 저해하고 있다. 따라서 이 조항은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건 마련에 미흡하여 청구인의 근로의 권리를 침해한다.

**3. 가. 재판관 이영진의 기각의견**

근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항이 전제하고 있는 공장직 또는 사무직 근로자의 경우와 달리, 축산업 근로자의 경우 계절과 기후의 영향을 크게 받는다는 특성이 뚜렷하다. 일본, 유럽연합, 스위스 등 많은 국가들과 국제노동기구(ILO)에서도 축산업 근로자에 대하여는 근로시간 및 휴일에 관한 법령의 전면적 또는 부분적 적용 제외를 인정하고 있다. 따라서 심판대상조항이 '사업'을 기준으로 축산업 근로자를 근로기준법상 근로시간 및 휴일 조항의 적용을 받는 근로자와 달리 취급하는 것의 합리성을 인정할 수 있으므로, 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

**나. 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배,  
재판관 이미선의 헌법불합치의견**

심판대상조항은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별이 불합리해진 상황을 고려하지 않고, 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정의 적용대상에서 축산업에 종사하는 근로자들을 제외함으로써, 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하고 있으므로, 청구인의 평등권을 침해한다.

이 사건 심판청구에 대하여 단순위헌결정을 할 경우, 축산업의 특수성이 반영되지 않은 채 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 규정이 전부 적용되게 되어 법적 혼란을 초래할 수 있으므로, 헌법불합치결정을 함으로써 입법형성권의 범위 내에서 개선입법을 하도록 함이 타당하다.

4. 기각의견이 1인, 헌법불합치의견이 5인, 각하의견이 3인으로 재판관의 의견이 나뉜 경우, 비록 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수이지만, 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용 결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하였으므로, 심판청구를 기각한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우, 본안 판단을 하기에 앞서 청구인이 청구기간을 준수하였는지 여부가 문제된다. 이 사건에서 청구인은 2017. 8. 25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’로부터 1년의 청구기간은 준수하였으나, ‘사유가 발생하였음을 안 날’로부터 90일의 청구기

간을 준수하였는지 여부에 관하여는 검토를 요한다.

본안 판단을 함에 있어서, 심판대상조항이 입법자의 입법재량의 범위를 명백히 일탈하여 청구인의 근로의 권리를 침해하는지 여부가 문제된다. 또한 심판대상조항이 축산업 근로자의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

## 2. 청구기간의 준수 여부

이에 대하여 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 이영진, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 청구인이 청구기간을 준수하였다고 본 반면, 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석은 청구인이 청구기간을 준수하지 못하였다고 보았다.

### 가. 청구기간 준수설

청구기간 준수설을 취한 재판관 6인은 다음과 같은 이유로 청구인이 청구기간을 준수하였다고 판단하였다.

『청구기간 산정의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 ‘법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날’을 가리킨다 할 것이고, 나아가 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다(헌재 2012. 6. 27. 2010헌마716 참조).

청구인은 2017. 8. 25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’로부

터 1년의 청구기간을 준수하였다. 또한 청구인은 2017. 10. 1.부터 2017. 10. 9.까지의 근로에 대하여 2017. 11. 10. 임금(903,220원)을 수령하면서 기대하였던 상여금이 지급되지 않음에 따라 급여상세내역을 파악하는 과정에서 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 인식하였고, 같은 달 14.에 근로감독관으로부터 심판대상조항으로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없음을 알게 되었다고 주장하고 있으며, 이와 달리 청구인이 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 볼 만한 명백한 자료가 발견되지 않고 있다. 따라서 청구인은 2017. 11. 14. 경 심판대상조항으로 인하여 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 할 것이므로, 그때로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.』

#### 나. 청구기간 불준수설

청구기간 불준수설을 취한 재판관 3인은 다음과 같은 이유로 청구인이 청구기간을 준수하지 못하였다고 판단하여 각하의견을 냈다.

『이 사건 기록에 따르면, 청구인은 ‘근무를 시작한 2017. 8. 25.부터 퇴사일인 같은 해 10. 14.까지 오전 6시부터 오후 18시까지 하루의 휴무도 없이 일을 하였다’고 주장하고 있으므로, 청구인이 근무를 시작한 날인 2017. 8. 25.부터는 1일 8시간의 소정근로시간의 제한이 없는 ‘근로시간에 관한 근로조건’을, 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.부터는 1주에 평균 1회 이상 유급휴일의 보장이 없다는 ‘주휴일에 관한 근로조건’을 알았다고 봄이 상당하다.

이 사건 기록에 따르면, 청구인은 정식사원으로서 첫 번째로 급

여를 수령한 2017. 10. 10.에 근무기간 9월(9/1 ~ 9/30) 한 달 분에 상응하는 월 급여 200만 원을 수령하면서 그 지급 내역이 급여 1,700,000원, 식대 100,000원, 차량유지비 200,000원으로 기재된 급여명세서도 함께 받은 점, 청구인은 근무를 시작한 2017년 8월 25일부터 퇴사일인 2017년 10월 14일까지 오전 6시부터 오후 18시까지 하루의 휴무도 없이 일을 했으나 급여명세서에 적시된 금액만을 수령하였을 뿐이고, 급여명세서상의 금액에는 휴일추가근로수당이 일체 배제된 상태였다고 주장하고 있는 점이 인정되므로, 청구인이 정식사원으로 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10. 연장근로나 휴일근로에 대한 경제적 보상에 해당하는 가산임금의 지급이 없다는 ‘가산임금에 관한 근로조건’을 알았다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 청구인은 근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작일인 2017. 8. 25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 정식직원으로 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10.에 심판대상조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과하였음이 역수상 명백한 2018. 1. 29. 이 사건 심판청구를 위한 국선대리인 선임신청(2018헌사 123)을 하였다. 따라서, 청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정한 청구기간을 초과하여 제기한 것으로서 부적법하다 할 것이므로, 이를 각하함이 타당하다.』

#### 다. 해설

청구기간 준수설은 기록에 의하여 청구인이 기본권 침해 사실을 확실히 알았다고 주장한 시점, 즉 10월분 임금을 수령하고 사

용자에게 미납액 지급에 대하여 문의한 뒤 고용노동부에 진정서를 제출한 날을 청구기간의 주관적 기산점으로 보고 있다. 이는 근로관계에서의 근로조건에 관한 차등대우를 구체적으로 인지하고 사용자 등에 확인한 시점 혹은 유관기관에 진정 등 질의한 시점 등을 ‘기본권침해의 사유가 발생하였음을 안 날’로 보는 관점에 입각한 것이다.

반면, 청구기간 경과설은 근로시간 제한에 대하여는 처음 초과근로를 한 시점, 휴일에 대하여는 처음 휴일근로를 한 시점, 가산임금에 대하여는 첫 임금을 수령한 시점을 각 청구기간의 주관적 기산점으로 보고 있는바, 이는 근로관계에서의 근로조건에 관한 차등대우에 있어 기본권침해의 사유가 발생하였음을 안 날을 첫 임금 수령 등 ‘기본권침해의 사실관계가 처음으로 발생한 날’로 보는 입장에 따른 것이다. 결국 이 사건 심판청구의 청구기간 준수여부에 대한 판단은 청구인이 기본권 침해 사실을 ‘구체적·현실적으로 인식한 시점’을 언제로 볼 것인지에 따른 관점에 달려 있다고 볼 수 있다.

청구기간 준수설과 불준수설 모두 다음과 같은 단점을 가지고 있다. 준수설에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 심판대상조항에 대한 청구기간의 기산점은 언제나 확정짓기 어렵게 되어, 청구인이 주장하는 바에 따라 청구기간을 기산할 수밖에 없고, 따라서 헌법소원심판 청구에서 청구기간을 둔 의미가 없어지게 되는 문제가 있다. 그 결과, 준수설에 따라 이 사건 심판청구에 대하여 헌법재판소가 본안판단을 하더라도 모든 동물의 사육사업 종사 근로자들은 ‘사실상 언제나’ 심판대상조항이 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구할 수 있게 되어, 동일한 내용의 심판청구가 되풀이될 수 있다. 불준수설에 따른다고 하더라도 심판



대상조항에 대하여 다른 청구인들이 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 완전히 막고 있는 것은 아니라는 점에서 볼 때, 법적 안정성의 측면에서는 수당 또는 임금 지급과 관련한 선례에서 첫 임금수령일을 주관적 기산점으로 삼았던 예에 비추어 청구기간을 엄격하게 적용하는 것이 타당할 수 있다.

청구기간 불준수설을 따르게 될 경우, 청구기간의 기산점을 지나치게 앞으로 당겨놓게 되는 결과, 정식 근로자로서 근로를 개시한 첫 날부터 연장근로를 수행한 청구인의 경우 사실상 근로개시와 동시에 청구기간이 개시된다고 보아야 한다. 그러나 이 사건 청구인의 경우 근로계약을 작성한 바 없고, 포괄임금 조건으로 근로계약을 체결하는 등 기본권 침해의 사실관계를 인식하기에 불리한 지위에 놓여 있어, 청구인이 객관적 청구기간을 명백히 준수한 상황에서 청구인의 일관된 주장에도 불구하고 주관적 청구기간을 엄격하게 기산하는 것은 청구인에게 지나치게 가혹할 수 있다.

이 사건의 경우, 6인 이상의 재판관이 청구인은 객관적 청구기간을 명백하게 준수하였고, 심판청구일로부터 90일 이내인 2017. 11. 14. 근로감독관으로부터 심판대상조항으로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없음을 알게 되었다고 주장하고 있으며, 이와 달리 인정할 사정이 발견되지 않는 이상, 청구인은 청구기간을 준수하였다고 보아야 한다고 판단하였고, 이에 따라 이 사건에 관한 본안판단에 나아가게 되었다.

### 3. 농림수축산 사업 종사자에 대한 근로기준법 적용 제외

#### 가. 입법취지 및 연혁

근로기준법은 특정한 사업이나 업무에 종사하는 근로자에 대해

서는 그 성격상 근로시간 규율을 다른 근로자들과 같이 규제하기에 곤란한 점이 있다고 하여, 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 하고 있다. 이 가운데 근로기준법 제63조 제1호는 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업에 대하여, 제2호는 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업에 대하여 근로기준법 적용 제한을 규정하고 있다. 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 관한 입법 당시의 구체적인 논의는 남아 있지 않으나, 사업의 특성상 기상·기후 등 자연조건에 크게 영향을 받으므로 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용할 수 없다는 정책적 판단에 따라 규정된 것으로 보인다.<sup>1)</sup> 1953년 우리 근로기준법을 제정할 당시 1947년 일본 노동기준법을 상당히 참고한 것으로 보이고, 특히 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호는 일본 노동기준법 제41조와 유사한 구조와 내용을 담고 있다.<sup>2)</sup>

근로기준법 제63조 제1호 및 제2호는 근로기준법이 1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정될 당시부터 도입되어 제49조에 규정되었고,<sup>3)</sup> 1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정된 근로기준법에서도<sup>4)</sup> 문구나 주무관청의 명칭만 변경되었을 뿐 실질적으로 동일한

1) 2013. 1. 8. 근로개선정책과-234, 고용노동부, 근로기준법 질의회신집(2000. 4. - 2018. 3.), 653면.

2) 전윤구, “외국인고용 농축산업에서 근로시간규정 적용제외의 위헌성”, 노동법논총 제33권, 한국비교노동법학회, 2015, 341-342면.

3) 구 근로기준법(1953. 5. 10. 법률 제286호 제정)

제49조(적용의 제외) 본장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 1에 해당하는 근로자에 대하여서는 적용하지 아니한다.

1. 토지의 경작, 개간, 식물의 재식, 재배, 채취사업 기타의 농림사업
2. 동물의 사육, 수산동식물의 채포, 양식사업 기타의 축산, 양잠, 수산사업
3. 감시 또는 단속적으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 사회부의 인가를 받은 자
4. 대통령령으로써 정한 사업에 종사하는 근로자

4) 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정된 근로기준법이 국회의결절차에 관하여 유·무효 논란이 있게 되자, 1997. 3. 13. 법률 제5305호로 기존 근로기준법을 폐지하

내용이 제61조에 규정되었다.<sup>5)</sup> 그 이후 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호는 근로기준법이 2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되면서 제63조로 조문의 위치가 변경되는 등 몇 차례 개정이 있었지만, 실질적인 내용의 변경 없이 현재까지 그대로 유지되고 있다.

### 나. 적용 제외 대상

근로기준법 제63조 제1호 및 제2호는 규정의 적용 제외 대상을 사업에 따라 분류하는 방식을 취하고 있다. 적용 제외의 범위를 사업 단위로 한 것은 우리나라 농림수축산 사업의 대부분이 영세성을 벗어나지 못해 업무의 분업화에 한계가 있어, 생산업무에 종사하지 않는 농림수축산 사업 근로자라고 해도 시기적 필요성에 따라 생산 작업에도 대체투입되는 일이 빈번하게 일어날 수 있다는 점이 고려된 것으로 보인다.<sup>6)</sup> 해당 사업 안에서 일부 근로자들이 주된 사업내용과 구분되는 다른 업종 또는 직종에 종사하고 있더라도 그 일부 근로자들이 적용 제외 대상에서 배제되는 것은 아니다.<sup>7)</sup> 가령 농림수축산 사업장에서 주로 내근직을 수행하는 직원(예컨대 경리직원)도 직접 생산에 종사하는 근로자와 마

---

고, 같은 날 5309호로 근로기준법을 새로 제정한 것이다(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지된 근로기준법 폐지이유 참조).

- 5) 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호 제정) 제61조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각호의 1에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취사업 기타의 농림사업
  2. 동물의 사육, 수산동식물의 채포·양식사업, 기타의 추산, 양잠, 수산사업
  3. 감시 또는 단속적으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 노동부장관의 승인을 얻은 자
  4. 대통령령이 정한 업무에 종사하는 근로자
- 6) 박지순 외, 「농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구」, 노동부 학술연구용역과제 2009. 7., 14면.
- 7) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 제2판, 제3권, 박영사, 2020, 351면.

찬가지로 근로시간 등의 적용이 제외된다고 해석해야 한다.<sup>8)</sup> 반대로 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 명시된 사업에 해당하지 않는 사업을 하는 사업장에서 일부 근로자가 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에서 정한 사업에 해당하는 업종 또는 직종에 종사하더라도 이들에 대해서만 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정의 적용을 배제할 수 없다.<sup>9)</sup>

고용노동부 행정해석에 따르면, 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 의한 사업에 해당하는지 여부는 당해 사업의 목적과 주된 생산활동이 무엇인지에 따라 판단하여야 하며, 주요 생산품, 매출액, 생산과정·기술적 특성, 근로자의 직종별 분포 등을 종합적으로 고려하여야 한다.<sup>10)</sup> 하나의 사업 내에 여러 업종이 있는 경우에는 근로자수, 임금총액, 매출액 순으로 주된 사업을 판단한다.<sup>11)</sup> 고용노동부는 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호의 사업에 해당하는지 판단하기 위한 1차적인 자료로서 한국표준산업분류를 활용하고 있다. 다만 이 방법이 가진 원칙적 타당성에도 불구하고 한국표준산업분류에 따른 사업과 실질적인 근로형태 사이에 괴리가 발생하는 경우가 빈번하여, 일선 근로감독실무에서 혼란이 야기되는 측면이 있다.<sup>12)</sup>

8) 박지순 외, 「농업 등 근로기준법상의 업종 분류 등에 관한 연구」, 노동부 학술연구용역과제, 2009. 7., 14면.

9) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 제2판, 제3권, 박영사, 2020, 351면.

10) 2013. 1. 25. 근로개선정책과-797, 고용노동부, 「근로기준법 질의회시집(2000. 4. - 2018. 3.)」, 655면 등.

11) 2016. 3. 24. 근로기준정책과-2096, 고용노동부, 「근로기준법 질의회시집(2000. 4. - 2018. 3.)」, 644면.

12) 가령 고용노동부에서는 경마장에 속한 말 사육장의 마필관리사의 경우 경마장에서 경주마를 사육·관리하는 경우에는 한국표준산업분류에 의하여 경기 및 오락서비스업으로 분류되므로 동물의 사육 사업에 해당한다고 볼 수 없다고 회신하였으나(2002. 5. 21. 근로기준과 68207-2012), 반면 시설원에 생산과 판매를 하는 사업장이 근로기준법 제63조 제1항의 농림사업에 해당한다고 판단하면서, '한국표준산업분류에 의하면 특정시설 내에서 화훼작물 등의 각종 농작물을 재배하여 생산하

### 다. 적용 제외 범위

근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 따라 근로자는 근로기준법 제4장에서 정한 ‘근로시간, 휴게 및 휴일에 관한 규정’의 적용을 받지 않는다. 1일 8시간, 1주 40시간의 소정근로시간의 제한(제50조), 연장근로 제한(제53조) 등의 적용을 받지 않으므로 연장근로라는 개념 자체를 상정하기 어렵다. 또한 휴일 규정 역시 적용되지 않아 1주에 평균 1회 이상 유급휴일을 보장하여야 한다는 주휴일 규정(제55조 제1항)이나 2018. 3. 20. 신설된 제55조 제2항에 따른 공휴일 규정도 적용되지 않게 되므로 휴일근로라는 개념도 상정하기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 적용되는 근로자에게는 연장근로나 휴일근로에 대한 경제적 보상에 해당하는 가산임금에 관한 규정(제56조)도 적용될 여지가 없다.

근로기준법 제63조 제1호 및 제2호는 일반근로자뿐만 아니라, 제5장(여성과 소년)의 근로시간, 휴게, 휴일 규정의 적용도 배제하고 있다. 이에 따라 연소자의 법정근로시간(제69조), 여성 근로자에 대한 근로시간 제한 규정(제70조), 여성의 연장근로 제한(제71조)에 관한 규정의 적용도 배제하고 있다.

이와 같은 적용 제외는 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정에 한한다. 따라서 근로기준법 제4장과 제5장에 규정된 내용 중 야간근로수당(제56조 가산임금 규정 중 야간근로 부분) 및 연차휴가(제60조), 생리휴가(제73조), 출산휴가 또는 유사산휴가(제74조 제1항 내지 제3항) 등 휴가 관련 규정과 태아검진시간(제74조의2), 육아시간(제75조)은 적용 제외 대상이 아니다.<sup>13)</sup> 근로자의 날과

는 업은 농업으로 분류되고 있으므로 시설 내에서 화훼작물 생산 작업이 기후·기상 등의 자연적인 조건에 크게 영향을 받지 않고, 생산작업을 하는 근로자들이 동일 사업장 내 일부 직종의 근로자들과 동일하게 이루어지고 있다 하더라도 근로기준법 제63조 제1호의 사업에 해당한다고 보아야 한다.’고 회신하였다(2010. 8. 20. 근로기준과-576).

같은 근로기준법이 아닌 다른 법령(근로자의 날 제정에 관한 법률)에서 정하는 휴일 규정과 산업안전보건법상의 근로시간 규정(제132조 제4항 및 제139조) 역시 적용 제외 대상이 아니라고 본다.<sup>14)</sup>

또한 위 조항들은 근로시간, 휴게 및 휴일에 관하여 근로기준법의 규정을 적용하지 않는다는 의미일 뿐, 사용자가 별도 취업규칙에서 근로시간, 휴게 및 휴일에 관한 내용을 규정하고 가산임금을 지급하는 것까지 금지하는 것은 아니다.

#### 라. 외국의 입법례

우리나라 근로기준법 제63조의 모델인 일본의 사례를 비롯하여, 대부분의 국가에서 계절과 기후에 민감한 농림수축산 사업의 특성을 근로시간법제에 반영하고 있고, 사업장 내 개별 업무 특성이나 개별 근로자의 업무 내용을 반영하여 적용 제외의 범위를 달리하는 등의 차이는 있으나 사무직 등 다른 근로자와 동일한 근로시간, 휴일, 휴게 규정을 적용하는 경우는 찾아보기 어렵다. ILO 협약의 경우에는 아예 협약 규율 대상에서 농림수축산 사업을 배제하고 있다.

다만 농림수축산 사업에 대하여 일괄적으로 근로시간, 휴게, 휴식에 관한 근로기준법 규정 전체를 배제하고 있는 우리나라나 일본과는 달리, 많은 국가들은 적용 제한의 대상을 사업장의 특성에 따라 세밀하게 구별하거나, 적용 제외의 요건으로 당사자의 합의나 근로감독관의 허가 등을 규정하거나, 대체휴일 부여 등 적용

13) 김형배·박지순, 노동법강의, 제6판, 신조사, 2017, 204면; 노동법실무연구회, 근로기준법 주해, 제2판, 제3권, 박영사, 2020, 356면; 임종률, 노동법, 제17판, 박영사, 2019, 485면 등.

14) 2007. 11. 13. 임금근로시간정책팀-3356.

제외에 따른 보상제도를 마련하는 입법태도를 취하고 있다.

특히 독일<sup>15)</sup>의 경우, 농업 및 축산업 근로자의 근로시간 등에 대한 적용 배제를 정하지 않고 있는 대신, 순수한 생산적 산업행위에 국한하여 단체협약 또는 단체협약에 의거한 사업장협정에 따른 적용특례의 형태로 법적 기준을 마련하고 있다. 이에 따라 가령 농업과 관련하여, 독일 근로시간법(Arbeitszeitsgesetz)은 ‘농업분야에서 근로시간, 휴식시간 및 야간근로의 규정을 경작준비기간 또는 수확기간 및 기상의 영향으로 인한 기간에 맞춰 조정하는’ 경우, ‘근로자의 건강에 대한 보호에 상응하는 시간적 보상이 허용되는 한, 단체협약 또는 단체협약으로 위임된 사업장협정 내지 개별계약으로 법률과 다른 내용을 정할 수 있다’고 규정하고 있다. 이 때 적용특례의 대상이 되는 농업 및 축산업의 범주는 1차적인 생산물과의 연관성에 의하여 판단된다. 즉 모든 단계에서 예외의 적용을 인정하는 것이 아니라 1) 경작준비기간, 2) 수확기간, 3) 기상영향을 받는 기간의 활동으로 국한하여, 자연적인 방법으로 경작을 준비하고 생산물을 수확하는 것을 적용특례의 대상이 되는 근로라고 본다. 나아가 ‘시간적 보상’이란 금전이나 그 밖의 다른 대가가 아닌 시간으로 보상받는 것을 의미하므로, 시간적 보상이 없는 단체협약상의 연장근로 운영은 근로시간법에 위반하여 무효가 된다.

일본과 독일을 포함한 주요국의 입법례를 표로 정리하면 아래와 같다.

---

15) 독일의 입법례에 관하여는 오상호, “근로시간 적용제외규정에 관한 비교법적 연구 - 독일 근로시간법을 중심으로-”, 노동법논총 제42권, 한국비교노동법학회, 2018. 4. 참조.

[표] 근로시간 등 적용제외제도

국가명	적용제외대상	적용 제외 또는 탄력근무제도	적용요건	적용 제외의 내용	별칙 유무	기타
일본	제1호	있음 (적용제외)	없음	근로시간과 휴게·휴일 규정의 적용 제외	없음	
	제2호					
유럽 연합	제1호	있음 (적용제외)	근로자 동의, 보상휴식시간 부여	휴게·휴일	없음	
	제2호			최대근로시간 연장, 휴게·휴일		
독일	제1호	있음 (탄력근무)	합의	적용특례로서 근로시간과 휴식, 휴일 변경	있음(보상 휴식시간 미지급시)	
	제2호					
스위스	제1호	있음 (적용제외)	없음	근로시간, 휴일, 휴게	없음	주정부 단위의 표준근로계약서
	제2호					
오스트리아	제1호	있음 (별개 법률로 규율)	단체협약 또는 취업규칙	근로시간, 휴일, 휴게 적용특례	없음	목장 근로, 추수, 교대근무 등 적용 제한 대상이 되는 경우 상술
	제2호					
프랑스	제1호	있음(계절적 근로)	국가위원회 명령에 따른 사업장에 한하여 근로감독관 승인 또는 단체협약	근로시간·휴일	없음 (민사소송可)	
	제2호					
미국	제1호	있음 (적용제외)	소규모, 가족경영 등	초과근로수당 미적용	없음	
	제2호		소규모, 가족경영, 축산업 종사자			
ILO	제1호	있음(협약 적용대상에서 제외)	없음	근로시간·휴식·휴게 규정 없음	없음	
	제2호					



#### 4. 심판대상조항의 위헌 여부

##### 가. 근로의 권리를 침해하는지 여부

이 사건 결정의 재판부는 헌법 제32조 제3항이 근로의 권리를 담보하기 위하여 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 하여 근로조건 법정주의를 규정하고 있고, 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정은 육체적 정신적 긴장과 노동력의 과도한 소모로부터 근로자들을 보호하고 근로자들의 건강하고 문화적인 생활을 향유할 수 있는 여가를 보장하기 위하여 적정한 근로시간과 휴일에 관해 정한 것으로 근로의 권리의 내용에 포함된다고 보아, 심판대상조항은 근로의 권리를 제한한다고 보았다.

##### (1) 근로의 권리의 내용 및 심사기준

이 사건 결정에서 근로의 권리의 내용 및 심사기준에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『헌법 제32조 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 근로조건이라 함은 임금과 그 지불방법, 근로시간과 휴식시간, 휴일, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 것에 관한 조건들로서, 근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미이다. 이처럼 헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에게 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 입법자가 이를 민주적으로 조정할 필요가

있으며, 경제적·사회적 상황의 변화에 따라 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건에 관한 기준을 탄력적으로 구체화하기 위함이다. 따라서 인간의 존엄에 상응하는 근로조건의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이므로, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하고 있는지 여부에 달려있다(헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408 참조).』

## (2) 판단

(가) 재판관 이영진은 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하지 않는다고 판단하였다. 기각의견의 요지는 다음과 같다.

『심판대상조항의 적용대상이 되는 ‘사업’의 해당 여부는 당해 사업의 목적과 주된 생산활동이 무엇인지에 따라 주요 생산품, 매출액, 생산과정·기술적 특성, 근로자의 직종별 분포 등을 종합적으로 고려하여 판단되므로, 그 적용 범위는 제한적이다. 축산업의 경우, 가축의 양육 및 출하에 있어 기후 및 계절의 영향을 강하게 받기 때문에 농번기와 농한기에 따라 근로시간 및 임금 등의 근로조건이 크게 달라질 수밖에 없다. 근로기준법상 근로시간이나 휴일에 관한 규정들은 1일이나 주 1회 등을 기준으로 하여 일정한 근로시간 제한이나 고정적인 휴일 보장 등을 내용으로 하고 있어, 시기 및 계절에 따라 근로조건이 크게 좌우되고 근로시간 및 근로내용에 있어 일관성을 담보하기 어려운 축산업에 종사하는 근로자들에게는 적용하기가 적절하지 않다. 이에 심판대상조항은 강한 계절성을 특징으로 하는 축산업이 가지는 특수한 근로환경을 고려하여 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적

용하지 않도록 한 것으로, 충분히 그 합리성을 인정할 수 있다.

나아가 심판대상조항으로 인하여 축산업에 종사하는 근로자들에게 건강한 작업환경, 정당한 보수, 합리적 근로조건외의 보장과 관련된 근로기준법의 내용 전부가 적용에서 배제되지 않는다. 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 근로기준법상 오후 10시부터 다음날 6시까지의 야간근로 및 야간근로수당에 관한 규정이나 연차유급휴가 등 휴가에 관한 규정은 여전히 적용된다(제56조 제3항, 제60조 등 참조). 이들 조항에 의하여 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 매년 일정 기간 유급으로 근로의 의무를 면할 수 있는 육체적·정신적 휴양의 기회가 주어지므로, 인간의 존엄을 보장할 수 있는 근로조건에 관한 규정이 전혀 적용되지 않는다고 볼 수 없다.

뿐만 아니라 심판대상조항은 축산업에 적용하기 곤란한 근로시간 및 휴일에 관한 규정만을 적용하지 않도록 규정하고 있을 뿐이고, 사용자와 근로자 사이의 사적 합의마저 금지하고 있는 것이 아니다. 심판대상조항은 축산업 특성상 근로기준법상의 근로시간과 휴일에 관한 기준을 강제하는 것이 적절하지 않다는 점을 고려하여 근로시간 및 휴일에 관한 근로조건을 법으로 일괄적으로 정하는 대신 사용자와 근로자가 사적 합의에 의하여 축산업의 특성에 부합하는 근로조건을 정할 수 있도록 하고 있는 것이다.

한편 입법자는 근로조건외의 구체적인 내용을 형성함에 있어 고용노동시장의 상황을 포함한 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 함께 고려할 필요가 있다. 현재 우리나라의 축산업은 대부분이 영세하여 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법을 전부 적용하는 경우 인건비 상승에 따른 생산비 증가가 우려되고, 그에 따른 상당한 경영 부담도 예상된다. 이에 더하여 축산업에 있어 수입육의

비중 증가나 경기불황 등의 문제까지 더해진다면 자칫 영세 농가의 도산이나 폐업으로 이어져 직접적인 농가에 대한 피해뿐만 아니라 지역 경제 전반에 악영향을 미치게 될 위험도 존재한다. 따라서 축산업에 종사하는 근로자들에게 근로기준법상의 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 전면적으로 적용하도록 하는 것이 반드시 해당 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어렵고, 오히려 국내 외국인 근로자들의 불안정한 지위를 악용한 편법적인 근로계약이 성행하거나, 근로자의 권리를 제대로 주장하기 어려운 불법채류자들을 고용하는 부작용이 초래될 가능성이 있다.

결국 심판대상조항은 근로기준법상의 근로시간이나 휴일에 관한 규정을 획일적으로 적용하도록 하는 대신 축산업의 계절적 특성 등을 고려하여 사용자와 근로자가 사업특성에 맞는 근로조건을 자율적으로 정하도록 한 것이므로, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 청구인의 근로의 권리를 침해하지 않는다.』

(나) 이러한 기각의견에 대하여, 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 심판대상조항이 다음과 같은 이유로 청구인의 근로의 권리를 침해한다는 의견(헌법불합치의견)을 개진하였다.

『근로기준법에 마련된 근로시간 제한 및 휴일은 근로조건 of 핵심적인 부분으로 근로자의 육체적·정신적 건강 유지·회복 및 자유시간 부여에 목적이 있으며, 가산임금제도는 사용자에게 금전적 부담을 가함으로써 법정근로시간 및 휴일 준수를 강제하면서 법정근로시간을 초과한 연장근로를 제공하거나 휴일근로를 제공한 근로자에 대하여 경제적 보상을 제공하기 위한 것이다. 따라서 근

로기준법상 명시된 근로시간 제한, 휴일, 가산임금을 적용하지 않는 경우는 통상적인 근로자의 일과에 따른 근로시간 제한 및 휴일의 부여가 적절하지 않은 경우와 법정근로시간을 초과하는 근로 또는 휴일 근로로 인한 피로를 해소할 수 있는 휴식이 보장된 경우로 한정되어야 한다.

헌법 제32조 제3항이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 입법자에게 특별히 위임한 이유는 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열위에 있는 개별 근로자들의 인간존엄성 실현에 매우 중요한 사항이기 때문이다. 근로시간 제한, 휴일, 가산임금제도의 적용대상을 결정하는 것은 입법정책에 관한 문제로 입법자의 입법형성권이 인정된다. 동시에 근로의 권리를 보호할 의무가 있는 입법자는 사용자와 근로자 사이의 이익의 조화와 균형을 추구하는 과정에서도 취약한 상황에 놓인 근로자들의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 근로조건의 기준을 마련할 의무가 있다.

심판대상조항이 1953년 도입될 당시에는 축산업의 근로환경이 자연조건의 영향을 강하게 받기 때문에 다른 여타의 근로자들과 동일하게 근로시간 등을 규율하기 곤란하다는 점이 고려되었다. 그런데 심판대상조항이 도입된 이후 과학기술의 발달로 자연적 영향을 상대적으로 적게 받을 수 있는 영농기술이 출현하고, 사업장 내에서 경영, 회계 등의 업무만을 전문적으로 수행하는 근로자가 등장하는 등 축산업의 특성 및 근로 여건에 있어서도 변화가 진행되고 있다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 이러한 사정을 전혀 반영하지 않은 채, 심판대상조항의 사업에 해당하면 직종 또는 업무의 내용과 관계없이 전 근로자에 대하여 근로시간과 휴일에 관한 근로기준법상의 규정들이 일률적으로 적용되지 않도록

하고 있다. 이로 인하여 축산업 사업장 내에서 저임금·장시간 노동을 조장하고, 축산업 환경의 변화에 따른 근로 환경의 개선과 산업의 발전마저도 저해하고 있다.

현재 축산업은 지위가 불안정한 일용직 근로자 내지 임시직 근로자가 다수를 차지하는 구조를 가지고 있다. 농림수축산 사업 전반에서 이렇듯 일용직 근로자 내지 임시직 근로자 고용이 정착됨에 따라, 업무량이 많은 특정 시기에만 일시적으로 고용되는 형태가 일반화되어 고용 노동력의 계절 진폭 자체가 커지는 결과가 나타나고 있다. 위와 같은 상황에서 법적·사회적 지위가 불안정한 일용직 근로자 내지 임시직 근로자가 사적 합의에 의하여 유리한 근로조건을 정할 수 있다고 기대하기는 어렵다. 따라서 입법자는 이러한 사용자와 근로자 사이의 힘의 불균형이라는 현실을 고려하여 취약한 상황에 놓여 있는 축산업 근로자들을 보호하기 위한 근로조건을 마련하였어야 함에도 불구하고, 근로기준법 제정 이래로 심판대상조항을 그대로 유지하도록 함으로써 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간과 휴일에 관한 최소한의 보호마저도 배제하고 있다.

축산업은 주로 근로자의 육체 노동력에 의존하여 이루어지고, 근로자들의 장시간 근로가 불가피하므로, 근로자들에게 육체적·정신적 휴식을 보장해 줄 필요가 요청된다. 또한, 저임금·장시간 근로가 만연한 축산업의 현실을 고려할 때, 장시간 근로에 대한 경제적 보상의 필요성 또한 적지 않다. 그런데 심판대상조항은 근로시간 제한 및 휴일에 관한 규정과 그에 따른 가산임금 지급에 관한 규정을 전면적으로 제외하고 있을 뿐만 아니라, 축산업에 종사하는 근로자의 근로조건에 관하여 달리 규율하고 있는 관계법령 역시 존재하지 않는다. 이로 인하여 축산업에 종사하는 근로자들

은 육체적·정신적 휴식에 관한 최소한의 법률적 보장도 받지 못한 채 저임금·장시간 근로에 무방비로 노출되어 있으며 이에 대한 경제적 보상도 전혀 받지 못하고 있는 상황이다.

위와 같은 점들을 종합하여 볼 때, 심판대상조항이 축산업에 종사하는 근로자들 전부에 대하여 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 것은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 규정하지 않은 것이므로 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다.』

### (3) 해설

기각의견과 헌법불합치의견은 모두 인간의 존엄에 상응하는 근로조건 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 보면서도, 입법자에게 허용되는 재량의 정도를 각각 달리 보고 있다. 즉 기각의견은 입법자의 재량의 한계는 ‘인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건’을 마련하였는지 여부를 판단하는 것으로 족하고, 이에 더하여 입법 재량의 한계 준수 여부를 판단함에 있어 입법자가 ‘근로조건 기준의 구체적인 내용을 형성함에 있어 고용노동시장의 상황을 포함한 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 함께 고려할 필요가 있다’는 점을 생각해야 한다는 입장으로 볼 수 있다. 반면, 헌법불합치의견은 ‘인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보는 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열위에 있는 개별 근로자들의 인간존엄성 실현에 매우 중요한 사항’이므로, ‘근로시간 제한, 휴일, 가산임금제도의 적용대상을 결정하는 것은 입법정책에 관한 문제로 입법자의 입법형성권이 인정되나, 근로의 권리를 보호할

의무가 있는 입법자는 사용자와 근로자 사이의 이익의 조화와 균형을 추구하는 과정에서도 취약한 상황에 놓인 근로자들의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 근로조건을 마련할 의무'가 있다고 보고 있다. 위 관점에서 헌법불합치의견은 '근로기준법상 명시된 근로시간 제한, 휴일, 가산임금을 적용하지 않는 경우는 통상적인 근로자의 일과에 따른 근로시간 제한 및 휴일의 부여가 적절하지 않은 경우와 법정근로시간을 초과하는 근로 또는 휴일 근로로 인한 피로를 해소할 수 있는 휴식이 보장된 경우로 한정되어야 한다.'는 입장을 취하고 있다.

입법자의 입법재량의 한계에 대한 기각의견과 헌법불합치의견의 관점의 차이는, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부에 대하여 상반된 결론을 도출하는 것으로 이어진다. 기각의견은 강한 계절성을 특징으로 하는 축산업이 가지는 특수한 근로환경을 고려할 때, 심판대상조항의 내용은 충분히 그 합리성을 인정할 수 있고, 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 근로기준법상 야간근로 및 야간근로수당에 관한 규정이나 연차유급휴가 등 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되고, 심판대상조항과 관계없이 사용자와 근로자가 사적 합의에 의하여 축산업의 특성에 부합하는 근로조건을 정할 수 있으므로, 심판대상조항으로 인하여 인간의 존엄을 보장할 수 있는 근로조건이 박탈되었다고 볼 수 없다고 판단하고 있다. 나아가 기각의견은 현재 축산업의 영세성을 고려할 때 축산업에 종사하는 근로자들에 대하여 근로기준법을 전면적으로 적용하도록 하는 것이 반드시 해당 근로자들의 근로조건 개선에 기여한다고 단정하기 어렵다는 점을 지적하면서, 결국 심판대상조항이 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어렵



다는 결론을 도출하였다.

반면 헌법불합치의견은 심판대상조항이 도입된 이후 과학기술과 축산업 내 업무 분화로 인하여 축산업 근로자의 근로 여건에 있어서도 변화가 진행되고 있음에도 불구하고, 심판대상조항이 이러한 사정을 전혀 반영하지 않고 있다고 보았다. 나아가 헌법불합치의견은 축산업은 주로 근로자의 육체 노동력에 의존하여 이루어지고, 근로자들의 장시간 근로가 불가피하며, 저임금·장시간 근로가 만연하다는 특성이 있고, 이를 고려한다면 오히려 입법자에게 축산업 근로자의 육체적·정신적 휴식을 보장하고 장시간 근로에 대한 경제적 보상을 제공할 필요가 요청된다는 점을 지적하였다. 결국 헌법불합치의견은 위와 같은 사정에도 불구하고, 심판대상조항은 근로시간 제한 및 휴일에 관한 규정과 그에 따른 가산 임금 지급에 관한 규정을 전면적으로 제외하고 있을 뿐만 아니라, 축산업에 종사하는 근로자의 근로조건에 관하여 달리 규율하고 있는 관계법령 역시 존재하지 않으므로, 이는 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다고 판시하였다.

## 나. 심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부

### (1) 평등권의 심사기준

이 사건 결정은 평등권의 심사기준에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『특정 산업에 대하여 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 해당 산업의 특성, 근로실태, 근로자보호의 필요성 및 사용자의 법 준수능력뿐만 아니라 근로기준법을 적용하는 경우 관련 산업의 운용 및 고용에 미칠 전반적인 영향에 대한 장래예측도 수

반되는 전문적인 경제·노동정책의 문제이므로 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정된다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310; 헌재 2019. 4. 11. 2017헌마820 참조). 따라서 심판대상조항의 평등권 침해 여부에 대한 판단에는 합리성 심사기준이 적용된다.』

## (2) 판단

(가) 재판관 이영진은 다음과 같은 이유로 심판대상조항의 차별의 합리성을 인정할 수 있어, 청구인의 평등권이 침해된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

『근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항은 근로시간과 내용이 일정하게 유지될 수 있는 공장직 또는 사무직 근로자(이하 ‘일반 근로자’라고 한다)를 전제하고 있다. 그런데 축산업은 계절과 기후의 영향을 크게 받고, 가축의 수정, 분만, 양육, 출하에 이르기까지 근로내용이 상이하다는 특성이 매우 뚜렷하여, 축산업에 종사하는 근로자가 제공하는 노무의 성격 및 특성상 근로기준법상 근로자에 대한 보호규정을 그대로 적용하는 것이 합당하지 않은 점이 있다. 반면 그 밖의 일반 근로자의 경우에는 비록 근로조건 및 내용이 불규칙한 사업장이 있더라도 이는 사업장의 개별적 특성에서 기인한 것이지 해당 사업 자체의 특성으로 보기는 어렵다. 심판대상조항은 이러한 점을 고려하여 적용제외대상 여부를 ‘사업’을 기준으로 결정한 것이다. 일본, 유럽연합, 스위스를 비롯하여 축산업 등 농림수축산 사업 근로자에 관한 입법을 두고 있는 대부분의 국가들 역시 일반 근로자와 농림수축산 사업에 종사하는 근로자를 달리 취급하여 근로시간 및 휴일에 관하여는 전면적 또는 부분적 적용 제외를 인정하고 있다. 국제노동기구(ILO)에서도 농림수축산 사업 근로자의 근로시간, 휴일, 휴게 등의 제

한을 정하는 협약을 별도로 두지 않는 방식으로 협약의 규율대상에서 제외함으로써 해당 사업의 특수성을 인정하고 있다.

특히 우리나라의 축산업의 경우 타 사업과 달리 근로자뿐만 아니라 사용자의 경제적 지위 역시 매우 열악하다는 특징이 있다. 우리나라의 경우 아직까지 축산업은 중소농 중심이며, 축산물 생산비는 지속적으로 상승하는 반면 순수익은 적자를 면하지 못하고 있는 실정이다. 이러한 사용자의 영세성을 고려하였을 때 근로기준법상 근로시간 및 휴일을 보장하고 가산임금의 지급을 일률적으로 강제하도록 하는 것은 사용자의 사업운영에 감당하기 어려운 경제적 부담을 지울 우려가 있다.

한편 축산업에 종사하는 근로자는 농번기와 농한기의 근로조건을 근로개시 이전에도 충분히 예측할 수 있으므로, 사용자와 합의하여 구체적인 상황이나 사정에 맞는 근로계약을 체결할 수도 있다.

결국 심판대상조항은 위와 같은 축산업의 특성을 고려하여 획일적으로 근로기준법상의 기준을 강요하는 대신 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것이므로, 차별취급의 합리성을 인정할 수 있다.

따라서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.』

(나) 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해한다고 판시하였다.

『근로조건 중 특히 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정들은 근로자의 적정 근로시간 준수와 충분한 휴식이 인간의 존엄성 보장의 기본전제가 됨을 인정하고, 이를 차별 없이 보장하고자 함에 있다. 그런데 심판대상조항은 축산업 환경의 변화에 따라 근로자들의 근로시간 및 휴일에 대한 일정한 근로조건을 규율하는

것이 불가능한 상황이 아님에도, 1953년 근로기준법이 제정된 이래 축산업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 근로기준법상의 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용대상에서 제외하여 왔다. 또한 축산업 근로자들이 모두 계절과 기후의 영향을 크게 받는 업무에만 종사한다고 단정할 수 없음에도 불구하고, 심판대상조항은 ‘사업’을 적용제외대상의 기준으로 채택하여 개별 근로자들의 구체적인 업무도 전혀 고려하지 않고 있다.

근로기준법에서는 확실적인 근로시간과 휴일에 관한 규정이 어려운 운송업 등에 대하여는 근로시간 및 휴게시간의 특례(제59조)를 두거나, 탄력적 근로시간제(제51조) 또는 선택적 근로시간제(제52조) 등의 규정을 두어 근로내용의 특수성을 고려하면서도 인간다운 근로조건을 보장하기 위한 제도들을 마련하고 있고, 일반 근로자들의 근로조건 개선을 위한 법 개정도 지속적으로 이루어져 왔다. 그런데 축산업에 종사하는 근로자들은 근로기준법 제정 이래 근로기준법 개정에 따른 근로조건 개선의 혜택을 전혀 받지 못하고 있으며, 오히려 심판대상조항으로 인해 일반 근로자들과의 격차만 점점 더 벌어지고 있는 상황이다. 적정 근로시간 및 휴식에 대한 개념이 점차 변화해옴에 따라 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건 기준 또한 현격하게 높아졌음에도 불구하고, 심판대상조항은 축산업에 종사하는 근로자들에 대하여는 여전히 근로기준법 제정 당시의 근로조건 기준만을 고수하고 있는 것이다.

결국 심판대상조항은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별 취급이 오히려 불합리한 경우를 고려하지 않은 채 축산업에 종사하는 근로자들 전부를 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에

관한 규정의 적용대상에서 제외하고 있고, 이는 근로시간 및 휴식 시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다.』

### (3) 해설

기각의견은, 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항은 근로시간과 내용이 일정하게 유지될 수 있는 공장직 또는 사무직 근로자를 전제하고 있다는 점을 지적하면서, 축산업에 종사하는 근로자가 제공하는 노무의 성격 및 특성상 근로기준법상 근로자에 대한 보호규정을 그대로 적용하는 것이 합당하지 않으므로, 결국 심판대상조항은 위와 같은 축산업의 특성을 고려하여 획일적으로 근로기준법상의 기준을 강요하는 대신 사적 합의에 따라 사업의 특성에 맞는 근로조건을 결정할 수 있도록 한 것으로서 차별취급의 합리성을 인정할 수 있고, 따라서 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

반면 헌법불합치의견은, 근로기준법에서 획일적인 근로시간과 휴일에 관한 규정이 어려운 운송업 등에 대하여는 근로내용의 특수성을 고려하면서도 인간다운 근로조건을 보장하기 위한 제도들을 마련하고 있고, 일반 근로자들의 근로조건 개선을 위한 법 개정도 지속적으로 이루어진 반면, 심판대상조항은 근로기준법 제정이래 변화 없이 유지되어 왔고, 이에 따라 축산업 근로자와 일반 근로자들과의 격차만 점점 더 벌어지고 있음을 지적했다. 이에 따라 헌법불합치의견은 심판대상조항은 일반 근로자와의 차별 취급이 오히려 불합리한 경우를 고려하지 않은 채 축산업에 종사하는 근로자들 전부를 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에

관한 규정의 적용대상에서 제외하고 있고, 이는 근로시간 및 휴식 시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 판시하였다.

## 5. 주문

앞서 살펴본 바와 같이, 심판대상조항에 대하여 재판관 이영진은 기각의견이고, 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 헌법불합치의견이며 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석은 각하의견으로, 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수이지만, 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 이 사건 심판청구는 기각되었다.

## 6. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 축산업 종사자에 대하여 근로시간, 휴일 및 가산임금에 대한 근로기준법 규정의 적용을 제외하고 있는 구 근로기준법 제63조 제2호 중 ‘동물의 사육’ 가운데 ‘제4장에서 정한 근로시간, 휴일에 관한 규정’에 관한 부분에 대하여 헌법재판소가 최초로 본안판단을 한 사건이라는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 또한 헌법 제32조 제3항에서 정하고 있는 근로조건 법정주의의 내용에 근로기준법 제4장에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정이 포함되어 있음을 확인하였다는 점에서도 그 의의를 찾을 수 있다.

기각의견은 축산업이라는 사업의 특성 및 근로 환경의 특성과

영세 농가 중심의 축산업 생태계를 고려하여 심판대상조항이 청구인의 근로의 권리 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다는 결론으로 나아간 반면, 헌법불합치의견은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화와 적정 근로시간 및 휴식에 대한 개념의 변화, 축산업 근로자의 열악한 근로 환경을 고려한 보호의 필요성 등을 고려하여 심판대상조항이 청구인의 근로의 권리 및 평등권을 침해한다는 결론을 도출하였다. 각하의견은 주관적 청구기간을 엄격하게 기산해야 한다는 입장에 서서, 청구인이 청구기간을 준수하지 못하였으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다고 판단하였다.

한편, 헌법불합치의견은 개선입법의 방향을 구체적으로 제시하였다. 헌법불합치의견은 “입법자는 우리나라의 축산업의 특성과 현실, 사업장의 특수성, 입법개선에 따른 경제적 파급효과 등을 종합적으로 고려하여 충분한 사회적 합의를 거쳐 우리나라 축산업의 현실과 특성을 반영하면서도 심판대상조항이 가지고 있는 위헌성을 시정해나갈 수 있는 방법을 모색할 수 있다.”라고 지적하면서, ① 기계화·산업화 등의 진전 상황에 따라 적용제외의 대상이 되는 축산업의 범위를 축소하는 방안, ② 축산업 내부에 존재하는 다양한 업무의 내용을 분류하여 실내작업이나 제조·서비스·사무 등 계절과 무관하게 수행 가능한 작업에 대하여는 타 사업 종사자와 동일하게 근로기준법의 관련 규정을 적용하는 방안, ③ 축산업의 특성을 고려한 탄력적인 근로시간 및 휴일에 관한 보완규정을 마련하는 방안, ④ 근로기준법 제63조 제3호의 감시·단속적 근로자의 경우와 마찬가지로 고용노동부 장관의 승인을 요건으로 하는 방안, ⑤ 독일과 오스트리아의 입법례와 같이 원칙적으로는 근로기준법을 전면적용하되, 근로시간 및 휴일에 관한

규정을 법이 정하는 하한선 내에서 단축하여 적용하려는 경우 그 내용과 범위를 단체협약 또는 취업규칙으로 정하도록 하는 방안 등을 제시하였다.



## 15. 공직자윤리법 부칙 제2조 위헌제청

- 혼인한 여성 재산 등록의무자의 등록대상재산 범위에 관한 사건 -  
(헌재 2021. 9. 30. 2019헌가3, 판례집 33-2, 223)

서 세 인\*

### 【판시사항】

혼인한 등록의무자 모두 배우자가 아닌 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호가 개정되었음에도 불구하고, 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자는 종전과 동일하게 계속해서 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조가 평등원칙에 위배되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 제청신청에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 2004. 2. 18. 법관으로 임용되어, 공직자윤리법 제3조 제1항 제5호에 따라 재산등록의무를 부담하는 혼인한 여성 등록의무자이다. 제청신청인은 2004. 4.경 등록의무자가 된 날의 재산을 최초로 등록하면서 구 공직자윤리법(1994. 12. 31. 법률 제4853호로 개정되고 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항 제3호에 따라 배우자의 직계존속의 재산을 등록한 후 2016. 2.경 2015. 1. 1.부터 2015. 12. 31.까지의 재산 변동사항을 신고할 때까지 계속하여 배우자의 직계존속의 재산을 등록하였으나, 2017. 2.경 2016. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지의 재산 변동사항을 신고하면서 배우자의 직계존속의 재산을 등록대상재산 목록에서 삭제하고 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정된 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호에 따라 본인의 직계존속의 재산을 등록하였다.

나. 대법원 공직자윤리위원회는 2017. 12. 28. 제청신청인은 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조에 따라 배우자의 직계존속의 재산을 등록하여야 함에도 배우자의 모(母)의 재산등록을 누락하였다는 이유로 구 공직자윤리법(2015. 12. 29. 법률 제13695호로 개정되고, 2019. 12. 3. 법률 제16671호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제1항 제1호에 따라 주의촉구(경고)처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

다. 이에 제청신청인은 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(서울행정법원 2018구합58721), 소송 계속 중 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은 2019. 1. 3. 위 부칙 조항에

대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정된 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호에 따라 혼인한 남성 등록의무자와 여성 등록의무자 모두 배우자가 아닌 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하게 되었음에도 불구하고, 이 사건 부칙조항은 종전의 규정에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자에게 여전히 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정하고 있다. 이는 공직을 이용한 재산취득 및 부정한 재산증식을 방지하여 공무집행의 공정성을 확보하고자 하는 공직자 재산등록제도의 목적을 달성하기 위한 적합한 수단에 해당하지 아니한다. 또한 등록의무자의 부담이나 행정비용의 증가 등은 양성평등에 반하는 제도 개선의 적용을 배제하는 정당한 이유가 될 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 평등원칙에 위배된다.

### 【결정요지】

이 사건 부칙조항은 혼인한 남성 등록의무자와 이미 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 구 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자를 달리 취급하고 있는바, 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위배되는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 하여야 한다.

이 사건 부칙조항은 혼인한 여성 등록의무자에게 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정하고 있던 개정 전의 구 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호가 혼인관계에서 남성과 여성에 대한

차별적 인식에 기인한 것이라는 반성적 고려에 따라 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되었음에도 불구하고, 일부 혼인한 여성 등록의무자에게 이미 개정 전의 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 하였다는 이유만으로 남녀차별적인 인식에 기인하였던 종전의 규정을 따를 것을 요구하고 있다. 그런데 혼인한 남성 등록의무자와 달리 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 본인이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는 것은 여성의 사회적 지위에 대한 그릇된 인식을 양산하고, 가족관계에 있어 시가와 친정이라는 이분법적 차별구조를 정착시킬 수 있으며, 이것이 사회적 관계로 확장될 경우에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성하게 될 우려가 있다. 이는 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배되는 것으로 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 평등원칙에 위배된다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건에서는 본안 판단으로 나아가기 전에 먼저 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호의 개정과 관련하여 심판대상을 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조 전체로 삼을 것인지 아니면 일부만으로 한정할 것인지가 문제된다.

본안 판단을 함에 있어서는 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이다. 평등원칙 위배 여부를 판단하기 위해서는 먼저 비교집단을 설정하여야 하는데 이 사건에서는 비교집단을 어떻게 설정하는지에 따라 평등원칙 위배 여부를 판단하기 위한 심사기준이 달라질 수 있기 때문에 비교집단에 관한 검토가

먼저 이루어져야 한다.

이하에서는 공직자재산등록 제도, 공직자윤리법 제4조 제1항의 개정연혁 및 이 사건부칙조항의 의미에 관해 개괄적으로 살펴보고, 심판대상을 한정할 필요성이 있는지에 관하여 논한 후 헌법재판소가 본안에서 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위배되는지 여부에 관하여 어떠한 판단을 하였는지를 검토하기로 한다.

## 2. 공직자재산등록 제도 개관 및 이 사건 부칙조항의 의미

### 가. 공직자 재산등록제도 제·개정 연혁

(1) 공직자 재산등록제도는 공직후보자의 재산등록 및 등록재산 공개, 재산형성과정 소명과 공직을 이용한 재산취득의 규제 등을 통하여 공직자의 부정한 재산 증식을 방지하고 공무집행의 공정성을 확보하는 등 공익과 사익의 이해충돌을 방지하여 국민에 대한 봉사자로서 가져야 할 공직자의 윤리를 확립함을 목적으로 하는 제도이다(공직자윤리법 제1조). 공직자윤리법은 공직자는 자신이 수행하는 직무가 자신의 재산상 이해와 관련되어 공정한 직무수행이 어려운 상황이 일어나지 아니하도록 직무수행의 적정성을 확보하여 공익을 우선으로 성실하게 직무를 수행하여야 하고, 공직을 이용하여 사적 이익을 추구하거나 개인이나 기관·단체에 부정한 특혜를 주어서는 아니되며, 재직 중 취득한 정보를 부당하게 사적으로 이용하거나 타인으로 하여금 부당하게 사용하게 하여서는 아니된다고 정하면서(공직자윤리법 제2조의2 제2항 및 제3항), 이러한 의무 이행의 실효성을 확보하기 위하여 공직자윤리법 제3조 제1항 각 호에서 정하고 있는 공직자에게 재산을 등록할 의무를 부과하고, 매년 그 변동사항을 신고하도록 정하고 있다(공직자윤리법 제5조 및 제6조).

(2) 공직자 재산등록제도는 1981. 12. 31. 법률 제3520호로 제정된 공직자윤리법을 통해 최초로 시행되었는데, 공직자윤리법 제정 당시부터 등록의무자, 등록대상재산 및 등록재산 공개의 범위 등에 관한 논의가 계속되었으며,<sup>1)</sup> 몇 차례의 개정을 거치면서 그 범위가 지속적으로 확대되어 왔다.

최초로 제정된 공직자윤리법에서는 등록의무자의 범위를 정무직공무원, 3급 이상의 공무원, 법관 및 검사, 장관급 장교, 교육공무원 중 총장·부총장·학장 및 교육감, 총경 이상의 경찰공무원과 소방감 또는 지방소방감이상의 소방공무원, 시장·군수·구청장 및 경찰서장, 5급 이상의 관세청 및 국세청 소속 공무원, 공직유관단체의 임원으로 정하였으며, 등록재산은 비공개를 원칙으로 하되, 대통령령이 정하는 바에 따라 공개제도를 도입할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

공직자 재산등록제도가 현재와 같은 틀을 갖춘 것은 1993. 6. 11. 법률 제4566호로 공직자윤리법이 개정되면서부터이다. 1993. 6. 11. 법률 제4566호로 개정된 공직자윤리법은 재산등록의무자를 4급 이상 공무원, 대령 이상 장교, 지방의회의원 등으로 대폭 확대하고 일부 분야에 대해서는 시행령에서 6급 공무원으로까지 등록의무자의 범위를 확대하였다. 또한 재산공개제도를 도입하여 정무직 및 1급 이상 공무원, 고등법원 부장판사, 검사장급 이상의 검사, 중장 이상의 장교, 치안감 이상 경찰공무원, 지방경찰청장, 지방국세청장, 자치단체장, 지방의회의원, 공직선거후보자 등의 재산을 등록기간 종료 후 1개월 이내에 관보나 공보를 통하

1) 제정 당시 공직자윤리법안에 대한 제안설명에서 총무처장관은 “등록재산은 사유재산에 속하므로 비공개를 원칙으로 하되 대통령령이 정하는 등록의무자의 등록사항은 공개할 수 있는 근거를 두었고, 등록재산의 내용은 그 비밀을 철저히 보장해 주도록 하였습니다.”라고 언급하였다[제107회 국회 내무위원회 회의록 제2호(1981. 5. 14.), 제39면 참조].

여 공개하도록 하였다. 등록재산은 공직자윤리위원회에서 심사하도록 하고, 공개대상자에 한하여 특정 점포에서 금융조회가 가능하도록 하였으며, 재산등록 거부죄 등에 대한 처벌규정을 강화하였다.

이후 공직자윤리법이 몇 차례의 개정을 거치면서 등록의무자의 범위는 계속 확대되었으며, 재산등록의무자 전체에 대한 금융조회 실시, 고의에 의한 누락뿐만 아니라 중대한 과실에 의한 누락, 오기에 대한 처벌규정, 공직자윤리위원회의 심사권한 강화, 주식 백지신탁제도의 도입, 등록의무자들의 편의 증진을 위한 금융자료 사전조회 제공제도 도입, 재산형성과정에 대한 소명자료 제출의무 신설 등이 신설되었다.

#### 나. 현행 공직자 재산등록제도의 주요 내용

(1) 공직자윤리법 제3조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 공직자는 등록의무자가 된 날부터 2개월이 되는 날이 속하는 달의 말일까지 등록의무자가 된 날 현재의 재산을 등록기관에 등록하여야 한다(공직자윤리법 제3조 및 제5조 제1항). 등록의무자는 본인뿐만 아니라 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다), 본인의 직계존·비속(혼인한 직계비속인 여성과 외증조부모, 외조부모, 외손자녀 및 외증손자녀는 제외한다)이 소유하고 있는 재산을 등록하여야 한다(공직자윤리법 제4조 제1항). 이처럼 본인뿐만 아니라 배우자나 본인 또는 배우자의 직계존·비속의 재산까지 등록하도록 한 것은 사실상 경제공동체를 이루고 있는 사람이 소유하고 있는 재산 역시 등록대상재산에 포함시킴으로써 공직자 재산등록제도의 실효성을 확보하기 위한 것이다. 다만 직계존·비속 중 피부양자가 아닌 사람은 관할 공직자윤리위원회의 허가를

받아 자신의 재산신고사항의 고지를 거부할 수 있다(공직자윤리법 제12조 제4항).

등록의무자는 ① 부동산에 관한 소유권·지상권 및 전세권, ② 광업권·어업권·양식업권, 그 밖에 부동산에 관한 규정이 준용되는 권리, ③ 법률이 정하고 있는 동산·증권·채권·채무 및 지식재산권, ④ 합명회사·합자회사 및 유한회사의 출자지분, ⑤ 주식매수선택권을 신고하여야 한다(공직자윤리법 제4조 제2항).

(2) 등록의무자는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지의 재산 변동사항을 다음 해 2월 말일까지 등록기관에 신고하여야 한다. 다만, 최초의 등록 후 또는 제5조 제1항 단서에 따른 신고 후 최초의 변동사항 신고의 경우에는 등록의무자가 된 날부터 그 해 12월 31일까지의 재산 변동사항을 등록기관에 신고하여야 한다(공직자윤리법 제6조 제1항). 퇴직한 등록의무자는 퇴직일부터 2개월이 되는 날이 속하는 달의 말일까지 그 해 1월 1일(1월 1일 이후에 등록의무자가 된 경우에는 등록의무자가 된 날)부터 퇴직일까지의 재산 변동사항을 퇴직 당시의 등록기관에 신고하여야 한다. 다만, 퇴직일부터 2개월이 되는 날이 속하는 달의 말일까지 다시 등록의무자가 된 경우에는 제1항에 따른 변동사항 신고만으로 신고를 갈음할 수 있다(공직자윤리법 제6조 제2항).

(3) 국회·대법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회·정부·지방자치단체 및 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도교육청은 각각 재산등록사항의 심사와 그 결과의 처리에 관한 사항 등을 심사·결정하기 위한 합의체 기관인 공직자윤리위원회를 둔다(공직자윤리법 제9조 제1항). 각 기관의 공직자윤리위원회는 등록된 사항을 심사한 후(공직자윤리법 제8조 제1항), ① 등록대상재산을 거짓으로 기재한 경우, ② 등록대상재산을 중대한 과실로 빠트리거



나 잘못 기재하는 경우, ③ 허위의 자료를 제출하거나 거짓으로 소명하는 등 불성실하게 재산등록을 하거나 심사에 응한 경우, ④ 직무상 알게 된 비밀을 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 사실이 인정된 경우에는 경고 및 시정조치, 제30조에 따른 과태료 부과, 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표, 해임 또는 징계의결 요구를 할 수 있다(공직자윤리법 제8조의2 제1항 및 제2항).

등록의무자는 공직자윤리법 제4조에서 규정하는 등록대상재산과 그 가액, 취득일자, 취득경위, 소득원 등을 재산등록 서류에 거짓으로 기재하여서는 아니되며(공직자윤리법 제12조 제1항), 공직자윤리위원회의 등록사항에 대한 심사에 성실하게 응하여야 한다(공직자윤리법 제12조 제2항). 등록의무자의 배우자 및 직계존·비속 역시 등록의무자의 재산등록이나 공직자윤리위원회 등의 등록사항의 심사에 성실하게 응하여야 한다(공직자윤리법 제12조 제3항).

(4) 공직자윤리위원회는 공직자윤리법 제10조 제1항 제1호 내지 제13호에 해당하는 공직자 본인과 배우자 및 본인의 직계존속·비속의 재산에 관한 등록사항과 변동사항 신고내용을 등록기간 또는 신고기간 만료 후 1개월 이내에 관보 또는 공보에 게재하여 공개하여야 한다(공직자윤리법 제10조 제1항).

(5) 공직자 재산등록, 변동사항 신고 또는 등록사항의 심사와 관련하여 등록의무자가 제출한 자료는 그 등록의무자가 퇴직한 날부터 10년까지 보존한다(공직자윤리법 시행령 제36조의3).

#### 다. 공직자윤리법 제4조 제1항의 개정연혁 및 이 사건 부칙조항의 의미

공직자윤리법은 제정 당시 등록의무자가 등록하여야 하는 재산

을 “① 본인, ② 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다), ③ 본인의 직계존·비속. 다만, 출가한 여를 제외하며, 등록의무자가 혼인으로 부 또는 처의 가에 입적한 때에는 그 배우자의 직계존·비속에 해당하는 자의 재산”으로 규정하고 있었다. 공직자윤리법이 1994. 12. 31. 법률 제4853호로 개정되면서 출가한 여(女)뿐만 아니라 “외조부모 및 외손자녀”의 재산 역시 등록대상재산에서 명시적으로 제외되었으며, 이러한 내용은 2007. 5. 17. 공직자윤리법이 법률 제8435호로 개정될 때까지 개정 없이 유지되었다. 위 조항은 혼인으로 부 또는 처의 가에 입적한 때에 각자 그 배우자의 직계존·비속에 해당하는 자의 재산을 등록대상재산으로 하도록 정하고 있어 문언 자체만으로는 성별 중립적인 것처럼 보일 수 있으나, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 민법 제826조 제3항은 “처는 부의 가에 입적한다. 그러나 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적할 수 있다.”라고 규정하고 있었기 때문에,<sup>2)</sup> 사실상 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는 반면, 혼인한 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 했다.

2005. 2. 3. 헌법재판소가 호주제에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하자(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1), 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 민법이 개정되어 호주에 관한 규정 및 호주제를 전제로 한 입적·복적·일가창립·분가 등에 관한

2) 구 민법 제778조와 제779조 및 기타 관련 조항에 의하면 가(家)란 원칙적으로 “일가(一家)의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자”인 호주와, “호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 민법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자”인 가족으로 구성된다. 자(子)는 부가(父家)에 입적하고(구 민법 제781조 제1항 본문 후단) 처(妻)는 부(夫)의 가에 입적한다(민법 제826조 제3항 본문). 이러한 조항들을 통하여 호주와 가족으로 이루어지는 가의 기본형이 구성된다. 모든 국민은 호주 또는 가족으로서 반드시 어떤 가에 속하게 된다.

규정들이 모두 삭제되었으며[개정조항들은 민법 부칙(2005. 3. 31. 법률 제7427호) 제1조에 따라 2008. 1. 1.부터 시행되었다], 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(이하 ‘가족관계등록법’이라 한다)이 제정되어 2008. 1. 1.부터 시행되었다. 이러한 민법의 개정 및 가족관계등록법의 제정에 따라 2007. 5. 17. 공직자윤리법 역시 법률 제8435호로 개정되어 제4조 제1항 제3호의 내용이 “본인의 직계존·비속. 다만 출가한 여와 외조부모 및 외손자녀를 제외하며, 등록의무자가 혼인한 때에는 그 배우자의 직계존·비속”으로 개정되었다.<sup>3)</sup> 그런데 이와 같이 개정된 조항은 문리적으로는 혼인하지 아니한 등록의무자는 남성과 여성 모두 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는데 비해, 혼인한 등록의무자는 남성과 여성 모두 본인의 직계존·비속이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는 것으로 해석될 여지가 있었다. 이에 당시 행정자치부는 2007. 12. 경 “2008년 공직윤리업무 지침”을 마련하여 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호를 개정한 것은 민법의 개정 및 가족관계등록법의 제정으로 “입적” 개념이 폐지됨에 따른 단순 조문 변경을 위한 것이므로 2008년 재산등록 및 변동 신고에 대해 당분간 기존의 예에 따라 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의 재산을, 혼인한 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하였다.

이후 법문의 의미를 명확히 하고 개정전 공직자윤리법 조항의

3) 당시의 제·개정문은 제정·개정이유에 타법(가족관계등록법)의 제정이유를 인용하고 있을 뿐 제4조 제1항 제3호의 개정이유에 대해서 구체적으로 언급하고 있지 아니하며, 달리 그 개정이유를 언급하고 있는 의안원문도 발견되지 아니한다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 당시의 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호의 개정은 단순히 호주제의 폐지와 가족관계등록법의 제정으로 인해 입적에 관한 민법규정이 삭제된 내용을 반영하기 위한 것으로 보이고, 혼인한 여성 등록의무자와 남성 등록의무자 사이의 차별에 대한 구체적 고민이 반영되지는 아니한 것으로 보인다.

남녀차별적인 요소를 제거하기 위해 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호를 개정하여 혼인한 남성 등록의무자와 여성 등록의무자 모두 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하면서,<sup>4)</sup> 부칙 제2조에서 법률 개정 이전에 이미 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자의 경우에는 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 종전과 동일하게 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정하였다. 이는 혼인한 여성 등록의무자가 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하였음에도 불구하고 다시 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 할 경우 배우자의 직계존·비속의 과거의 재산과 본인의 직계존·비속의 현재의 재산을 모두 등록하게 되어 등록의무자에게 새로운 부담을 지우게 될 뿐만 아니라<sup>5)</sup> 사생활의 비밀과 자유가 과도하게 제한될 여지가 있는 점,<sup>6)</sup> 재산등록 및 변동사항

- 4) 2008. 8. 1. ‘공직자윤리법 일부개정법률안’(나경원의원 대표발의, 의안번호 1800511), 2008. 11. 28. 정부 제출 ‘공직자윤리법 일부개정법률안’(의안번호 2312) 및 2009. 1. 12.자 ‘공직자윤리법 일부개정법률안’(대안)(행정안전위원회장 발의, 의안번호 1803495) 참조.
- 5) 2008. 12. 4.자 제278회 국회(정기회) 제15차 행정안전위원회회의록에 행정안전부장관이 “기왕에 여기 부칙에 여성들이 시부모 재산을, 왜냐하면 남편 재산 하면서 시부모 재산을 했잖아요? 한 것을 이것을 다시 친정 부모로 바꾸는 것 자체는 기왕 신고한 사람들에 있어서는 문제기 때문에 그것은 그냥 그대로 가자는 그런 것이지.”라고 언급한 내용이 기재되어 있다.
- 6) 정부는 ‘공직자윤리법 일부개정법률안’(의안번호 2312)을 제출하기 전인 2008. 7. 25.~2008. 7. 29.까지 중앙부처와 지방자치단체에서 근무하는 여성 등록의무자 6,141명(응답자 628명)을 대상으로 하여 설문조사를 실시하였다. 당시 설문조사에 응한 여성 등록의무자들은,  
 ① 대체로 여성 등록의무자에 한해 배우자의 직계존속의 재산을 등록하도록 정하고 있던 개정전 공직자윤리법 조항을 남녀차별 규정으로 인식하였다.  
 [차별규정이므로 법 개정 필요(53%)> 현행유지(23%)> 차별규정 아님(16%)> 잘 모르겠음(8%)]  
 ② 남성과 여성 등록의무자 모두 동일하게 ‘본인의 직계존속’의 재산을 등록하도록 개정하여야 한다는 원칙에는 대체로 공감하였다.  
 [긍정적(78%)>부정적(7%)> 잘 모르겠음(15%)]  
 ③ 다만, 이미 재산등록을 하고 있는 혼인한 여성 등록의무자의 경우에는 제도 개선의 필요성과 별개로 이미 재산등록을 한 사람에 대해서는 46%가 현행 유지,

신고 내역의 연속성이 유지되지 아니하여 변동사항에 대한 정기적인 심사를 통해 공직자의 부정한 재산증식을 방지하고자 하는 공직자윤리법의 취지를 달성하기 어려워진다는 점을 고려한 것으로 보인다.

2011. 7. 29. 법률 제10982호로 공직자윤리법이 개정되면서 “혼인한 직계비속인 여자”가 “혼인한 직계비속인 여성”으로 자구가 개정된 것을 제외하고는 현재까지 그 내용이 유지되고 있다.

### 3. 심판대상의 한정 필요성 여부

공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조는 “이법 시행 당시 종전의 규정에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자는 제4조 제1항 제3호의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.”라고 정하고 있다. 여기서 종전 규정은 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호(이하 ‘개정전 공직자윤리법 조항’<sup>7)</sup>이라 한다)를 의미하는데, 개정전 공직자윤리법 조항과 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정된 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호(이하 ‘개정 공직자윤리법 조항’이라 한다)에 따른 등록대상재산의 범위는 각각 다음과 같다.

---

38%가 본인의 직계존속의 재산 등록, 16%가 본인 및 배우자의 직계존속의 재산 모두 등록을 선호한다고 답변하였다.

- 7) 다만 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정되고 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호는 문리적으로는 혼인한 남성 및 여성 등록의무자가 모두 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는 것처럼 읽히나, 당시 행정자치부는 법률의 불명확성을 개선하기 위한 입법이 필요하다고 하면서 위 조항을 종전과 같이 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의, 혼인한 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하는 것으로 해석한 바 있다. 따라서 여기서 ‘개정전 공직자윤리법 조항’이라 함은 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의, 혼인한 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정하고 있던 **종전의 규정을 통칭**하는 것으로 한다.

개정전 공직자윤리법 조항	개정 공직자윤리법 조항
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 본인의 직계존·비속의 재산</li> <li>• 등록의무자가 혼인한 때에는 그 배우자의 직계존·비속의 재산</li> <li>• [제외] 출가한 여, 외조부모, 외손자녀의 재산</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 본인의 직계존·비속의 재산</li> <li>• [제외] 혼인한 직계비속인 여자, 외조부모, 외손자녀, 외증조부모, 외증손자녀의 재산</li> </ul>

개정전 및 개정 공직자윤리법 조항 중 차이가 있는 부분은 ① 등록의무자가 혼인한 때에는 그 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는 부분(개정 전)과 ② 외증조부모 및 외증손자녀의 재산이 등록대상재산에서 명시적으로 제외된 부분(개정 후)이다. 그런데 ②와 관련하여서는 개정 전에도 외증조부모와 외증손자녀의 재산은 등록 대상에서 제외되어 왔으므로 개정 공직자윤리법 조항은 이를 명확히 한 것에 불과할 뿐이고 개정 전후로 실제 등록대상재산의 범위가 달라진 것은 아니다. 결국 개정전 및 개정 공직자윤리법 조항의 적용에 있어서 실제 등록대상재산의 범위가 달라진 것은 등록의무자가 혼인한 경우 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하는 부분뿐이다. 다만 문언상으로는 남성과 여성을 구분하지 아니하고 등록의무자가 혼인한 때 그 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 것으로 보일 수 있는 구 공직자윤리법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항 제3호에 대해 당시 행정자치부는 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의 재산을, 혼인한 여성 등록의무자는 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 것으로 해석하였고 앞서 살펴본 바와 같이 실제 2008년도 재산신고 및 재산등록도 이를 전제로 이루어졌으므로, 결국 개정전 및 개정 공직자윤리법 조항

이 실제 적용에 있어서 달라진 부분은 혼인한 여성 등록의무자가 배우자의 직계존·비속과 본인의 직계존·비속의 재산 중 어느 것을 등록하는지뿐이다.

따라서 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조 중 ‘제4조 제1항 제3호의 개정규정도 불구하고 종전의 규정에 따른다’에서 ‘종전 규정’은 혼인한 여성 등록의무자가 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하였던 부분을 의미하는 것이고, 공직자윤리법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9402호) 제2조는 그 자체로 종전 규정에 따라 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하였던 혼인한 여성 등록의무자만을 규율대상으로 하는바, 심판대상을 별도로 한정할 실익이 없다.

#### 4. 이 사건 부칙조항의 위헌 여부에 관한 판단 및 해설

##### 가. 비교집단의 설정 및 심사기준

혼인한 남성등록의무자는 개정전 공직자윤리법 조항 및 개정 공직자윤리법 조항에 의해 모두 동일하게 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하는 반면, 혼인한 여성 등록의무자는 개정 공직자윤리법 조항에 따라 비로소 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하게 되었다. 그런데 이 사건 부칙조항은 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 재산등록을 한 사실이 있는 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 예외를 두어 개정 공직자윤리법 조항의 시행에도 불구하고 계속 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정하고 있다. 이와 관련하여 혼인한 남성 등록의무자와 혼인한 여성 등록의무자 사이의 차별취급의 문제는 이 사건 부칙조항이 아닌 개정전 공직자윤리법 조항에 의해 발생한 것이므로 이 사건 부칙조항에 의해 혼인한 남성 등록의무자와 혼인한 여성 등록의무자 사이에

차별취급이 발생하는 것은 아니라는 견해가 있을 수 있다. 비교집단을 위와 같이 설정하게 되면 이 사건 부칙조항에 의해 성별에 의한 차별취급의 문제가 발생하는 것이 아니며 달리 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래된다고 볼 수도 없으므로, 평등원칙 위배 여부에 대해서는 자의금지원칙에 의한 심사를 하면 충분하다.

그러나 이 부분에 대해서 재판관들은 일치된 의견으로 다음과 같은 이유로 혼인한 여성 등록의무자 중 개정 공직자윤리법 조항 시행 이후에 등록의무자가 되었거나 혼인한 여성 등록의무자, 혼인하지 아니한 남성 및 여성 등록의무자뿐만 아니라 혼인한 남성 등록의무자 역시 이미 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자와의 관계에서 평등원칙 위배 여부를 판단함에 있어 비교집단이 될 수 있다고 판단하였다.

『혼인한 남성 등록의무자는 종전부터 본인의 직계존·비속의 재산을 등록해 온 반면 혼인한 여성 등록의무자는 개정 공직자윤리법 조항의 시행으로 인해 비로소 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하게 되었다. 그런데 이 사건 부칙조항은 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 재산등록을 한 사실이 있는 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 예외를 두어 개정 공직자윤리법 조항의 시행에도 불구하고 여전히 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 정함으로써, 혼인한 남성 등록의무자와 이미 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자를 달리 취급하고 있다.』

이처럼 혼인한 남성 등록의무자와 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 재산등록을 한 바 있는 혼인한 여성 등록의무자를 비교집단으로 삼아 평등원칙 위배 여부를 판단함에 따라 다음과 같은 이유로 자의금지원칙이 아닌 엄격한 심사기준인 비례성 원칙



에 따른 심사기준이 적용되었다.

『헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 성별에 의한 차별을 금지하고 있고, 나아가 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하여 혼인과 가족생활에 있어서 특별히 양성의 평등대우를 명하고 있다. 그런데 이 사건 부칙조항으로 인해 혼인한 남성 등록의무자와 일부 혼인한 여성 등록의무자 간에 등록대상재산의 범위에 차이가 발생하게 되었으므로, 이에 대해서는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 행하여야 할 것이다.』

#### 나. 평등원칙 위배 여부

재판관들은 전원 일치 의견으로 다음과 같이 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위반된다고 판단하였다.

『2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정되기 전의 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호는 여성이 혼인을 하게 되면 본인의 부(父)가 호주인 가에서 배우자의 부(父)가 호주인 가로 전입하는 이른바 ‘호주제’를 전제로 한 것이다. 그런데 헌법재판소는 이미 호주제는 남계혈통을 중심으로 인위적 가족집단인 가(家)를 구성하고 이를 승계한다는 것이 그 본질인데, 이는 남녀를 차별하는 것으로 이러한 차별을 정당화할만한 사유가 없으며 처의 입적이라는 법률적 제도는 처의 부에 대한 수동적·종속적 지위를 강제하는 것으로 양성평등원칙에 위반된다는 이유로 이에 대해 헌법불합치 결정을 선고한 바 있다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 참조). 입

법자는 위와 같은 헌법재판소의 결정 취지에 따라 혼인 시 신분 관계 형성에 있어 정당한 이유 없이 남성과 여성을 차별하여 왔던 호주제에 근간을 둔 제도를 정비함으로써 혼인관계에 있어서의 남녀차별을 바로잡고 양성평등을 도모하고자, 2007. 5. 17. 법률 제8435호로 공직자윤리법 제4조 제1항 제3호를 개정하고, 이후 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 재차 이를 개정하여 법문언을 바로 잡았다.

이 사건 부칙조항은 개정전 공직자윤리법 조항이 혼인관계에서 남성과 여성에 대한 차별적 인식에 기인한 것이라는 반성적 고려에 따라 개정 공직자윤리법 조항이 시행되었음에도 불구하고, 일부 혼인한 여성 등록의무자에게 이미 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 재산등록을 하였다는 이유만으로 남녀차별적인 인식에 기인하였던 종전의 규정을 따를 것을 요구하고 있다. 이 사건 부칙조항의 적용을 받는 혼인한 여성 등록의무자는 개정전 공직자윤리법 조항에 담긴 차별적 요소를 수인한 채 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하여야 하며, 이에 따르지 아니할 경우에는 등록대상재산을 거짓으로 기재하였다거나 또는 등록대상재산을 중대한 과실로 빠트리거나 잘못 기재하였다는 이유로 경고 및 시정 조치, 과태료 부과, 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표, 해임 또는 징계의결 요구를 받게 된다(공직자윤리법 제8조의 2 제1항 제1호, 제2호 및 제2항). 특히 등록의무자는 매해 재산 변동사항을 등록기관에 신고하여야 하는바(공직자윤리법 제6조 제1항), 이 사건 부칙조항의 적용을 받는 혼인한 여성 등록의무자에게는 매해 개정전 공직자윤리법 조항에 내재된 남녀차별적인 가족관계를 소극적으로나마 수인할 것이 강제된다.

혼인한 남성 등록의무자와 달리 혼인한 여성 등록의무자의 경우

에만 본인의 직계존·비속이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는 것은 여성의 사회적 지위에 대한 그릇된 인식을 양산하고, 가족관계에 있어 시가와 친정이라는 이분법적 차별구조를 정착시킬 수 있으며, 이것이 사회적 관계로 확장될 경우에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성하게 될 우려가 있는바, 혼인한 남성 등록의무자와 혼인한 여성 등록의무자의 등록대상재산의 범위를 다르게 정하는 것을 정당화할 수 있는 목적을 발견하기 어렵다. 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자에게 본인의 직계존·비속의 재산을 다시 등록하도록 하는 것이 등록의무자와 등록기관에게 다소 간의 부담을 야기할 수는 있을 것이나, 절차적 편의의 도모가 혼인한 여성 등록의무자에게 남녀차별적 제도의 수용을 강제할 근거가 될 수는 없다.

이처럼 혼인한 남성 등록의무자는 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하면서, 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 이미 재산등록을 한 혼인한 여성 등록의무자에게만 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 예외를 규정한 이 사건 부칙조항은 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성의 평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배되는 것으로 그 목적의 정당성을 발견할 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 더 나아가 살필 필요 없이 평등원칙에 위배된다.』

위와 같은 설시에 이어, 평등원칙 위배 여부를 판단함에 있어 비례성 심사라는 엄격한 심사기준에 따라 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위배된다고 판단한 이상, 다른 비교집단과의 차별취급이 평등원칙에 위배되는지 여부에 대해서는 더 이상 판단한 필요 없이 이 사건 부칙조항이 평등원칙에 위배됨이 명백하므로 이 부분에 대해서는 더 나아가 판단하지 아니한다고 실시하였다.

## 다. 해설

헌법재판소는 이 사건 결정에서 혼인한 남성 등록의무자는 예외 없이 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하면서 개정전 공직자윤리법에 의하여 재산등록을 한 바 있는 혼인한 여성 등록의무자에게만 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 한 것은 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배된다고 선언하였다. 이 사건 부칙조항은 입법목적의 정당성부터 인정될 수 없음을 명시한 것이다. 비례성 원칙에 따른 심사를 행함에 있어 ‘목적의 정당성’은 입법을 통해 달성하고자 하는 당위적인 목적이 그 자체로 정당한지 여부를 판단하는 것으로, 목적의 정당성이 부정되는 경우는 많지 않다. 그럼에도 불구하고, 헌법재판소가 이 사건 부칙조항의 목적의 정당성을 부정한 것은 혼인한 남성 등록의무자와 혼인한 여성 등록의무자를 달리 취급하는 이 사건 부칙조항은 목적 자체에서조차 그 어떤 정당성이나 당위성을 발견할 수 없다는 것으로 그 위헌성이 매우 중대하다는 것을 지적한 것이다.

나아가 헌법재판소는 이 사건 부칙조항에 대하여 헌법불합치 결정이 아닌 단순 위헌 결정을 선고하였다. 이는 혼인한 여성 등록의무자에게 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 한 개정전 공직자윤리법 조항은 이미 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 선고한 호주제에 근간을 둔 것으로 절차적 편의의 도모를 이유로 일부 혼인한 여성 등록의무자에 한해 개정전 공직자윤리법 조항을 적용하도록 한 이 사건 부칙조항을 잠정적 또는 선택적으로 존속시켜야 할 필요성이 크지 않다는 점을 고려한 것이다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 개정 공직자윤리법 조항 시행 이전에 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자에게만 계속해서 본인이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는 것이 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성평등의 평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배된다는 점을 명시하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

이 사건 결정의 선고로 인해 이 사건 부칙조항은 즉시 그 효력을 상실하였고, 이후 공직자재산등록을 함에 있어 이미 개정전 공직자윤리법 조항에 따라 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자 역시 개정 공직자윤리법 조항의 적용을 받게 되었다.

## 16. 행정부작위 위헌확인

- 과거사정리법에 따른 작위의무를 이행하지 아니한  
행정부작위의 위헌확인을 구한 사건 -

(헌재 2021. 9. 30. 2016헌마1034, 판례집 33-2, 278)

서 세 인\*

### 【판시사항】

1. ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’에 따른 진실규명사건의 피해자인 청구인이 심판절차 계속 중 사망하여, 청구인의 심판청구 중 관련 기본권의 성질상 승계되거나 상속될 수 없는 부분에 대하여 심판절차종료선언을 한 사례

2. 행정안전부장관, 법무부장관(이하 ‘피청구인들’이라 한다)이 진실규명사건의 피해자 및 그 가족인 청구인들의 피해를 회복하기 위해 국가배상법에 의한 배상이나 형사보상법에 의한 보상과는 별개로 금전적 배상·보상이나 위로금을 지급하지 아니한 부작위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사인지 여부(소극)

3. 피청구인들이 진실규명사건 피해자의 명예를 회복하고 피해자와 가해자 간의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무를 부담하는지 여부(적극) 및 이러한 작위의무의 인적 범위

4. 피청구인들이 진실규명사건 피해자의 유가족인 청구인들의 명예를 회복하기 위한 조치를 취하지 아니한 부작위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사인지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

5. 피청구인들이 진실규명사건 피해자의 유족인 청구인들과 가해자 간의 화해를 적극 권유하지 아니한 부작위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사인지 여부 및 화해권유 부작위가 피해자의 유족인 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부

6. 재판관 4인이 각하의견, 재판관 4인이 위헌의견인 경우, 심판청구를 각하한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 피청구인들이 진실규명사건의 피해자 및 그 가족인 청구인들의 피해를 회복하기 위해 국가배상법에 의한 배상이나 형사보상법에 의한 보상과는 별개로 금전적 배상·보상이나 위로금을 지급하지 아니한 부작위(이하 ‘배상조치 부작위’라 한다), ② 청구인들의 명예를 회복하기 위한 조치를 취하지 아니한 부작위(이하 ‘명예회복 부작위’라 한다) 및 ③ 청구인들과 가해자 간의 화해를 적극 권유하지 아니한 부작위(이하 ‘화해권유 부작위’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 정○○은 1973. 3. 30. 강간치사죄로 무기징역을 선고받고(춘천지방법원 72고합131, 이하 ‘춘천강간살인 사건’이라 한다) 그 판결이 확정된 사람이며, 청구인 겸 망 정○○의 소송수계인 이○○은 그의 배우자, 청구인 겸 망 정○○의 소송수계인 정△△, 정▽▽, 정××, 정◎◎은 그의 자녀, 청구인 정□□은 그의 형제이다(이하 ‘청구인 겸 망 정○○의 소송수계인’을 ‘청구인’

으로 표시하고, 청구인 정○○을 제외한 나머지 청구인들을 ‘청구인 이○○ 등’이라 한다).

나. 청구인 정○○은 2005. 12. 9. ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’(이하 ‘과거사정리법’이라 한다) 제19조에 따라 춘천강간살인 사건에 관하여 ‘진실·화해를 위한 과거사정리위원회’(이하 ‘과거사위원회’라 한다)에 진실규명신청을 하였고, 과거사위원회는 2007. 11. 20. 청구인 정○○에게 가혹행위를 가하여 자백을 받고 증거를 조작한 경찰과 수사상의 위법을 제대로 살피지 못하여 청구인 정○○으로 하여금 무고하게 무기징역을 선고받고 15년 동안 복역하도록 한 검찰과 법원은 청구인 정○○의 피해 및 명예를 회복할 수 있도록 노력해야 할 책임이 있다는 취지로 결정한 후, “국가는 가혹행위 등 인권침해에 대해 피해자와 가족에게 사과하고 화해를 이루는 등 적절한 조치를 취하는 것이 필요하다. 국가는 위법한 확정판결에 대하여 피해자와 가족의 피해를 구제하고 명예를 회복시키기 위해 형사소송법에서 정한 바에 따라 재심조치를 하는 것이 필요하다.”라고 권고하였다.

다. 위 진실규명결정 이후 청구인 정○○은 2008. 2. 12. 법원에 재심을 청구하여 2008. 11. 28. 무죄판결을 선고받았고(춘천지방법원 2008재고합1), 위 판결은 항소(서울고등법원 2008노3293) 및 상고(대법원 2009도1603)를 거쳐 2011. 10. 27. 확정되었다. 이후 법원의 2012. 5. 8.자 형사보상결정에 따라(춘천지방법원 2011코169) 청구인 정○○은 2012. 10. 19.까지 총 960,249,600원의 형사보상금을 지급받았고, ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다) 제25조 제1항 전문에 따라 위 형사보상결정이 2012. 5. 23.자 관보 제17768호에 게재되어 청구인 정○○에 대해 무죄판결이 확정되어 형사보상청



구권이 발생한 사실이 공시되었다.

라. 청구인들은 위 형사보상결정의 확정일로부터 6개월이 지난 2012. 11. 28. 서울중앙지방법원에 수사기관 등의 불법행위를 이유로 한 국가배상청구소송을 제기하여 2013. 7. 15. 일부 승소 판결을 받았으나(서울중앙지방법원 2012가합540547), 항소심 법원은 2014. 1. 23. 소멸시효 완성을 이유로 제1심 판결 중 대한민국 패소부분을 취소하고 그에 해당하는 청구인들의 청구를 기각하는 취지의 판결을 선고하였고(서울고등법원 2013나2015072), 위 판결은 상고기각(대법원 2014다205539)으로 2014. 6. 2. 확정되었다.

마. 이후 청구인들은 과거사위원회의 진실규명결정 및 권고에도 불구하고 국가가 청구인들의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하지 아니하고 있다며, 2016. 12. 2. 피청구인들이 과거사정리법 제36조 제1항 및 제39조 등에 따라 진실규명사건의 피해자와 그 가족인 청구인들의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하지 아니하고, 가해자와 청구인들 간의 화해를 적극 권유하지 아니한 부작위 및 피청구인들이 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’(이하 ‘고문방지협약’이라 한다) 제14조에 따라 고문행위의 피해자와 그 가족인 청구인들이 구제를 받고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장하지 아니한 부작위의 위헌확인을 구하는 취지의 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

바. 한편, 청구인 정○○은 2021. 3. 29. 사망하였고, 그 상속인이자 공동 청구인인 청구인 이○○, 정△△, 정▽▽, 정××, 정◎◎은 2021. 5. 18. 소송절차 수계신청서를 제출하였다.

## 2. 청구인들의 주장

과거사정리법의 목적, 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항 및 고문방지협약 제14조에 비추어 볼 때, 피청구인들은 적절한 금전적 배상이나 보상을 통해 청구인들의 피해를 회복 또는 구제하여야 할 작위의무를 부담한다. 또한 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항 및 제39조로부터 피청구인들이 청구인들의 명예를 회복시키기 위한 조치를 취하고, 가해자와 청구인들 간의 화해를 적극 권유하여야 할 구체적인 작위의무가 도출된다.

그럼에도 불구하고 피청구인들은 청구인들에게 금전적인 배상·보상을 행하거나 위로금을 지급하지 아니하고 청구인들의 명예를 회복시키기 위한 조치를 취하거나 가해자와 청구인들 사이에 화해를 적극 권유하지 아니하고 있는바, 청구인들은 피청구인들의 이와 같은 부작위로 인해 인간으로서의 존엄과 가치, 재산권 및 국가배상청구권을 침해받고 있다.

### 【결정요지】

1. 청구인 정○○은 이 사건 헌법소원심판절차가 계속 중이던 2021. 3. 29. 사망하였으므로, 청구인 정○○의 심판청구 중 관련 기본권의 성질상 승계가 허용되는 배상조치 부작위 부분의 심판절차는 그 배우자 및 자녀로서 수계를 신청한 상속인이자 공동 청구인인 청구인들이 수계하고, 관련 기본권이 그 성질상 일신전속적인 것이어서 승계가 허용되지 아니하는 명예회복 부작위 및 화해권유 부작위 부분의 심판절차는 종료되었다.

2. 헌법이나 헌법해석상으로 피청구인들이 진실규명사건의 피해자인 청구인 정○○ 및 피해자의 배우자, 자녀, 형제인 청구인 이○○ 등에게 국가배상법에 의한 배상이나 형사보상법에 의한 보

상과는 별개로 배상·보상을 하거나 위로금을 지급하여야 할 작위의무가 도출되지 아니한다. 또한 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항이나 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’ 제14조로부터도 피청구인들이 청구인들에게 직접 금전적인 피해의 배상이나 보상, 위로금을 지급하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무가 도출된다고 볼 수 없다.

따라서 배상조치 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당하지 아니한다.

3. 가. 국가의 조직적이고 적극적인 불법행위로 인해 기본권을 유린당하고 인간의 존엄과 가치를 훼손당한 피해자의 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속하며, 과거사정리법은 국가에 대하여 진실규명사건 피해자의 훼손되었던 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무를 부과한 것이다.

과거사정리법 제36조 제1항 및 제39조가 정부와 국가의 의무 내용을 다소 포괄적으로 규정하고 있다고 할지라도 이는 과거사 전반에 관한 광범위한 사안에서 명예회복이나 화해권유 등의 조치를 취하기 위해서는 정부의 각 기관이 서로 협조하여 일련의 조치들을 취하여야 한다는 점에 기인한 것일 뿐, 이를 이유로 과거사정리법이 정하고 있는 의무가 추상적인 것에 불과하다고 볼 수는 없다.

과거사정리법의 제정 경위 및 입법 목적, 과거사정리법의 제 규정 등을 종합적으로 살펴볼 때, 과거사정리법 제36조 제1항과 제39조는 ‘진실규명결정에 따라 규명된 진실에 따라 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관은 피해자의 명예회복을 위해 적절한 조치를 취하고, 가해자와 피해자 사이의 화해를 적극 권유하기

위하여 필요한 조치를 취하여야 할 구체적 작위의무'를 규정하고 있는 조항으로 볼 것이고, 이러한 피해자에 대한 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

나. 과거사정리법 제36조 제1항의 '유가족'과 제39조의 '유족'이라는 문언상의 차이를 고려할 때, 명예회복과 관련하여 피청구인들은 피해자의 사망 여부와 무관하게 피해자뿐만 아니라 피해자의 가족 및 유족 모두의 명예회복을 위해 적절한 조치를 취하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이나, 화해권유와 관련하여서는 피해자의 생존 당시에는 피해자와 가해자 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 의무만을 부담하고, 이러한 의무가 이행되지 아니한 채로 피해자가 사망한 이후에야 비로소 그 유족들에게 이러한 의무를 부담한다고 해석된다.

4. 오랜 기간 동안 범죄자의 가족이라는 부정적인 사회적 평가와 명예의 훼손을 감당하여 온 청구인 이○○ 등의 명예를 회복하기 위한 가장 적절한 조치는 다른 아님 피해자 청구인 정○○의 명예를 회복하는 것이다. 그런데 피해자인 청구인 정○○이 재심을 청구하여 무죄판결이 선고되었고, 법원의 형사보상결정에 따라 청구인 정○○에게 형사보상금이 지급되었으며, 형사보상결정이 관보에 게재되어 청구인 정○○의 명예를 회복시키기 위한 조치가 이행된 이상, 피청구인들이 청구인 정○○의 유가족인 청구인 이○○ 등의 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 이행하였음이 인정된다.

따라서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 존재한다고 볼 수 없다.

## 5. 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 각하의견

피청구인들이 청구인 정○○에게 직접 사과하거나, 무고하게 청구인 정○○이 무기징역을 선고받고 복역한 사건에 대해 명시적으로 대국민 사과를 하지 아니한 것은 사실이다. 그러나 피청구인들은 진실규명결정이 이루어진 사건의 일괄 처리를 위한 이행계획을 수립하거나, 포괄적인 국가사과 등을 계획한 후 이를 추진하고 있으며, 가해자들에게도 진실규명결정통지서를 송달하였다. 물론 이러한 조치가 청구인 정○○의 기대에 미치지 못할 수는 있으나, 외부에서 강제할 수 없는 화해의 성격을 고려할 때, 피청구인들이 자신들이 독자적으로 이행할 수 있는 한도 내에서 가해자가 스스로 반성하고 피해자가 용서의 마음을 가질 수 있도록 하기 위해 필요한 조치를 이행하였다면, 가해자와 피해자인 청구인 정○○ 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 이행한 것으로 보아야 한다.

그리고 피해자인 청구인 정○○에게 이러한 의무를 이행한 이후 청구인 정○○이 사망한 이상, 피청구인들이 그 유족인 청구인이○○ 등에 대해서 재차 이러한 작위의무를 부담하는 것은 아니므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있었다고 할 수 없다.

## 재판관 유남석, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 위헌의견

피청구인들이 청구인 정○○이 진실규명결정에 명시된 가해자들과 화해할 수 있는 최소한의 기회를 제공하였다고 보기 어렵고, 경찰조직을 대표하는 경찰청장, 경찰청이 속해 있는 행정안전부장

관, 검찰사무의 최고 감독자인 법무부장관 모두 청구인 정○○에게 직접 사과하거나 이에 관해 명시적인 대국민 사과를 한 사실이 없다. 이처럼 피청구인들이 청구인 정○○과 가해자 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무를 이행하지 아니한 상태에서 청구인 정○○이 사망하였다면, 피청구인들로서는 그 유족인 청구인 이○○ 등에게 사과하거나 청구인 이○○ 등과 가해자 사이의 화해를 적극 권유하기 위한 적절한 조치를 취하여야 할 것임에도 불구하고, 피청구인들은 이러한 의무를 여전히 이행하지 아니하고 있으며, 이러한 의무이행의 해태에는 정당한 이유도 인정되지 아니한다.

따라서 피청구인들의 화해권유 부작위는 청구인 이○○ 등의 인간으로서의 존엄성을 침해한다.

6. 소송요건의 선순위성은 소송법의 확고한 원칙으로 헌법소원 심판에서 본안판단으로 나아가기 위해서는 적법요건이 충족되었다는 점에 대한 재판관 과반수의 찬성이 있어야 한다. 따라서 청구인 이○○ 등의 화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구가 적법성을 충족한 것인지에 대해 어떠한 견해도 과반수에 이르지 아니한 이상, 헌법재판소는 심판청구를 각하하여야 한다.

### **청구인 이○○ 등의 심판청구 중 명예회복 부작위 부분에 관한 재판관 김기영, 재판관 이미선의 반대의견**

과거사정리법 제36조 제1항에 따라 피청구인들이 부담하는 명예회복을 위해 적절한 조치를 취하여야 할 의무는 통상적인 형사소송절차를 통한 구제가 아니라 별도의 적극적인 조치를 취하여야 할 의무를 의미한다. 그러므로 재심절차나 형사보상절차가 이루어졌다는 이유만으로 명예를 회복하여야 할 헌법에서 유래하는

작위의무를 이행하였다고 볼 수는 없으며, 이러한 의무이행의 해태에 정당한 이유가 있다고 볼 수도 없다. 따라서 피청구인들의 명예회복 부작위는 청구인 이○○ 등의 인격권을 침해한다.

**청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 관한 위헌의견에 대한 재판관 유남석, 재판관 문형배의 보충의견**

과거사위원회의 구체적인 권고사항이 피청구인들이 헌법에서 유래하는 작위의무를 이행하였는지 여부를 판단하는 일차적인 기준이 되어야 하며, 이러한 기준에 의할 경우 명예회복 부작위와 화해권유 부작위에 있어 작위의무 이행여부에 대한 판단이 달라지게 된다. 즉, 명예회복과 관련하여서는 과거사위원회의 권고사항인 재심조치가 이행되었으므로 피청구인들이 작위의무를 이행하였다고 볼 수 있으나, 화해권유와 관련하여서는 과거사위원회가 “가혹행위 등 인권침해에 대해 피해자와 가족에게 사과”할 것을 명시적으로 권고하고 있음에도 불구하고, 청구인 정○○과 그 유족인 청구인 이○○ 등에게 직접 사과하지 아니하고 있으므로 피청구인들이 작위의무를 이행하였다고 볼 수 없다.

**청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 관한 재판관 유남석, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 주문표시에 대한 반대의견**

헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 비추어 볼 때, 적법요건 충족 여부에 대한 중국적인 판단인 각하결정을 하기 위해서는 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성이 필요하다. 그런데 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 관한 각하의견이 재판관 4인으로 중국심리에 관여한

재판관의 과반수에 이르지 아니하였으므로, 헌법재판소는 이 부분 심판청구를 각하할 수 없다.

또한 화해권유 부작위가 청구인 이○○ 등의 인간으로서의 존엄성을 침해한다는 의견이 재판관 4인으로 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 규정된 헌법소원에 관한 인용결정의 정족수에 미달하였으므로, 헌법재판소는 인용결정도 할 수 없다.

따라서 헌법재판소로서는 이 부분 심판청구를 기각할 수밖에 없다.

## 【해 설】

### 1. 심판계속 중 청구인의 사망과 소송절차의 수계

가. 헌법소원심판청구 계속 중 청구인이 사망한 경우에는 원칙적으로 심판절차가 종료되므로 헌법재판소는 심판절차 종료선언을 하여야 한다(헌재 1992. 11. 12. 90헌마33, 판례집 4, 782, 784 참조). 다만, 상속인 등 수계적격자에 의한 수계신청이 있고, 그 권리가 일신전속적인 사항이 아닌 경우에는 심판절차의 수계가 인정된다(헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758등, 판례집 18-2, 190, 194; 헌재 2010. 6. 24. 2007헌마1256, 판례집 22-1하, 560, 562 참조).

나. 이 사건에서 청구인 정○○은 심판계속 중이던 2021. 3. 29. 사망하여 그 상속인이자 공동 청구인인 청구인 이○○, 정△△, 정▽▽, 정××, 정◎◎은 2021. 5. 18. 청구인 정○○의 심판청구에 대한 소송절차 수계신청서를 제출하였다.

먼저 배상조치 부작위와 관련하여서는 재산권 침해 여부가 문제되는데 재산권은 상대적으로 일신전속적인 성격이 약한 권리가



고, 국가와 정부에게 피해의 배상이나 보상을 구하는 권리는 상속이 가능하다고 할 것이므로 이 부분 심판청구는 수계가 허용된다. 반면, 명예회복 부작위와 관련하여서는 인격권, 화해권유 부작위와 관련하여서는 인간으로서의 존엄성이 문제되는데, 인격권 및 인간으로서의 존엄성은 기본적으로 일신전속적인 권리로 수계가 허용되는 권리라고 보기 어렵다. 또한 심판절차 종료선언도 종국결정의 한 유형인 이상 소송물을 구분하여 주문을 선고하는 것도 가능하므로,<sup>1)</sup> 헌법재판소는 심판대상과 관련된 권리의 일신전속성 여부에 따라 일부 심판대상에 대해서는 수계를 허용하고 일부 심판대상에 대해서는 심판절차 종료선언을 할 수도 있다.

이 사건에서 헌법재판소는 청구인 정○○이 배상조치 부작위로 인해 침해받았다고 주장하는 재산권 및 국가배상청구권은 그 성질상 승계가 허용된다고 할 것이므로, 소송수계 의사를 밝힌 청구인 정○○이 이 부분 심판청구를 수계하고, 명예회복 부작위와 화해권유 부작위와 관련된 인격권이나 인간으로서의 존엄성은 그 성질상 일신전속적인 것으로서 당사자가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니므로, 이 부분 심판청구는 상속인들의 수계 의사에도 불구하고 청구인 정○○의 사망으로 그 심판절차가 종료되었다고 판단하였다.

## 2. 행정부작위에 대한 헌법소원심판청구의 적법성

가. 청구인들은 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항 및 고문방지협약 제14조에 근거하여 피청구인들이 피해자 및 그 가족인 청

1) 예컨대 가사소송의 경우에는 나류 가사소송사건인 재판상 이혼청구와 다류 가사소송사건인 위자료청구가 병합된 경우 재판상 이혼청구사건은 당사자의 사망으로 종료되지만(대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결), 위자료 부분의 소송절차는 종료되지 아니하고 중단되어 상속인이 절차를 수계한다.

구인들의 피해회복 또는 구제를 위하여 청구인들에게 금전적인 배상 내지 보상을 하거나 위로금을 지급하지 아니한 부작위의 위헌확인을 구하고, 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항, 제39조에 따라 청구인들의 명예를 회복하고 가해자와 청구인들 사이에 화해를 적극 권유하는 등 명예회복 및 화해를 위한 조치를 취하지 아니한 것의 위헌확인을 구하고 있다.

과거사정리법 제34조, 제36조 제1항, 제39조 및 고문방지협약 제14조의 내용은 구체적으로 다음과 같다.

**진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(2005. 5. 31. 법률 제7542호로 제정된 것)**

**제34조(국가의 의무)** 국가는 진실규명사건 피해자의 피해 및 명예의 회복을 위하여 노력하여야 하고, 가해자에 대하여 적절한 법적·정치적 화해조치를 취하여야 하며, 국민 화해와 통합을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

**제36조(피해 및 명예회복)** ① 정부는 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.

**제39조(가해자와 피해자·유족과의 화해)** 위원회와 정부는 가해자의 참회와 피해자·유족의 용서가 이루어질 수 있도록 가해자와 피해자·유족간의 화해를 적극 권유하여야 한다.

**고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(조약 제1272호, 1995. 2. 8. 발효)**

**제14조 1.** 당사국은 자기나라의 법체계 안에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장한다. 고

문행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 배상 받을 권리를 가진다.

2. 이 조의 어떠한 규정도 피해자나 그 밖의 개인들이 국내법에 따라 배상을 받을 수 있는 권리에 영향을 미치지 아니한다.

나. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용된다. 여기에서 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마 788, 판례집 23-2상, 366, 382; 헌재 2016. 5. 26. 2014헌마 1002, 공보 236, 957, 958 참조).

이하에서는 배상조치 부작위, 명예회복 부작위, 화해권유 부작위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당하는지, 이에 해당한다면 이것이 위헌적인 공권력의 불행사로서 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 각각의 부작위 별로 순차적으로 살펴보기로 한다.

### 3. 배상조치 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구

가. 헌법이 명문으로 ‘피청구인들이 과거사정리법에 따른 진실 규명사건의 피해자 및 그 가족에게 배상·보상을 하거나 위로금을

지급하여야 할 작위의무'를 규정하고 있지 아니하다는 점은 명백하다. 또한 인간으로서의 존엄과 가치를 정하고 있는 헌법 제10조로부터 피청구인들이 진실규명사건의 피해자 및 가족인 청구인들의 피해회복을 위하여 배상·보상이나 위로금의 지급이라는 구체적인 행위를 해야 할 작위의무가 직접 도출된다고 보기도 어렵다. 나아가 국민의 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항이나 국가배상청구권을 보장하고 있는 헌법 제29조 제1항이 행정청인 피청구인들에게 별도 법령의 매개 없이 청구인들의 피해를 보상하거나 손해를 배상하여야 할 의무를 부과한다고 볼 수도 없으므로, 헌법이나 헌법 해석상으로 피청구인들이 진실규명사건의 피해자 및 가족인 청구인들에게 배상·보상을 하거나 위로금을 지급하여야 할 작위의무가 직접 도출된다고 보기 어렵다.

나. 배상조치와 관련된 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는지를 살펴보면, 과거사정리법은 단순히 역사적 사실의 진상을 규명하는 것에서 더 나아가 개별 피해자를 특정하여 피해 경위 등을 밝히고 그에 대한 피해회복까지를 목적으로 하고 있는 법률이므로, 국가가 과거사정리법 제34조와 제36조 제1항에 의해 피해자들이 입은 피해를 회복하기 위한 조치를 취하여야 할 의무를 부담하고, 정부나 국회는 금전지급 방법에 의한 피해회복을 위하여 후속 입법 등을 통해 그 지급대상이나 기준을 정하는 등 구체적인 방안을 마련하는 것이 바람직한 것은 사실이다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 판결 참조).

그러나 별도의 입법조치가 마련되지 아니하고, 과거사정리법 자체에서도 금전적 보상 또는 배상 기준, 절차, 지급액 산정 방식 등에 관한 구체적 규정을 전혀 마련하고 있지 아니한 이상, 피해자 및 그 가족의 피해에 대한 보상이나 배상은 국가배상청구나

민법상 불법행위에 기한 손해배상청구와 같이 사법적인 구제방법이나 형사보상법 제2조에 의한 형사보상청구를 통할 수밖에 없고 과거사정리법 제34조나 제36조 제1항의 규정만으로 피청구인들에게 청구인들의 피해를 직접 금전으로 배상 또는 보상하여야 하는 구체적인 작위의무가 발생한다고 볼 수는 없다.

다. 고문방지협약은 국회의 비준동의를 거친 가입을 통해 1995. 2. 8.부터 대한민국에서 발효된 다자간 조약으로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지기는 한다. 그러나 고문방지협약 제14조 제1항의 내용이 국내에서의 별도의 입법절차를 요하지 아니할 정도로 명확하게 규정되어 있다고 보기 어려운 점, 고문방지협약 제1조 제2항은 이 조항은 적용범위가 더 광범위하거나 광범위할 수 있는 여하한 국제법규 또는 국내입법을 침해하지 않는다고 규정하고 있는 점, 고문방지협약 제14조 제2항 역시 이 조의 어떠한 규정도 피해자나 그 밖의 개인들이 국내법에 따라 배상을 받을 수 있는 권리에 영향을 미치지 아니한다고 규정함으로써 당사국의 법체계에 부합하는 법률을 통해 피해의 구제가 이루어져야 함을 전제하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 고문방지협약 제14조로부터 별도의 입법 없이도 피청구인들이 청구인들에게 적절한 배상이나 보상을 행하여야 할 구체적인 의무가 발생한다고 보기도 어렵다.

따라서 헌법, 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항이나 고문방지협약 제14조로부터 피청구인들이 청구인들에게 직접 금전적인 피해의 배상이나 보상, 위로금을 지급하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무가 도출된다고 보기 어렵다.

라. 헌법재판소 역시 배상조치 부작위와 관련하여서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 작위의무가 도출되지 아니한다고 보아,

이 부분 심판청구를 각하하였다.

#### 4. 명예회복 부작위 및 화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구

##### 가. 진실규명사건의 피해자인 청구인 정○○에 대한 작위의무

헌법재판소는 종래에 행정청의 작위의무를 다소 엄격한 요건 하에서 인정하여 왔다. 이러한 선례들의 경향에 비추어 보면, 과거사정리법 제34조, 제36조 제1항이나 제39조를 단순히 정책목적이나 방향을 선언적으로 정하고 있는 규정으로 해석하거나 이들 조항으로부터 추상적인 의무를 넘어서 국가가 특정한 조치를 이행하여야 할 구체적 의무가 도출된다고 볼 수는 없다고 보아 명예회복 및 화해권유와 관련된 작위의무를 부정하여야 한다는 견해의 입론도 가능할 수 있다.

그러나 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 국가나 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관이 피해자인 청구인 정○○의 명예를 회복하고 청구인 정○○과 가해자들 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무를 부담한다고 판단하였다.

『(1) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있다. 이는 인간의 존엄성이 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 부담하고, 나아가 국가는 국민의 기본권을 침해하지 않고 이를 최대한 보호해야 할 의무가 있고 만약 국가가 불법적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우 그러한 기본권을 보호해 주어야 할 행위 의무가 있음을 의미한다(헌재

2003. 5. 15. 2000헌마192등; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마 648 참조).

한편 과거사정리법은 항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적으로 제정되었다. 과거사정리법은 과거사위원회를 설치하여 진실규명 업무를 수행하도록 하고 있으며, 제34조에서 “국가는 진실규명사건 피해자의 피해 및 명예의 회복을 위하여 노력하여야 하고, 가해자에 대하여 적절한 법적·정치적 화해조치를 취하여야 하며, 국민 화해와 통합을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 규정하여 왜곡되고 은폐된 진실의 규명이 피해자에 대한 실효적인 구제 및 국민화해와 통합으로 이어져야 함을 선언한 후, 제34조의 내용을 보다 구체화하여 제36조 제1항에서 “정부는 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하고, 제39조에서 “위원회와 정부는 가해자의 참회와 피해자·유족의 용서가 이루어질 수 있도록 가해자와 피해자·유족간의 화해를 적극 권유하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 과거사정리법 제32조는 제2항에서 위원회는 활동이 최종 종료될 경우 6월 이내에 활동 전체를 내용으로 하는 종합보고서를 작성하여 대통령과 국회에 보고하여야 한다고 정하면서, 제4항에서 종합보고서에는 ‘진실규명사건 피해자, 희생자의 피해와 명예를 회복하기 위하여 국가가 하여야 할 조치(제1호)’, ‘진실규명사건의 가해자에 대한 법적·정치적 화해조치에 관한 사항(제5호)’에 대한 권고를 포함하여야 한다고 규정함으로써, 이러한 조치들을 이행할 수 있는 방안도 일

부 마련하고 있다.

앞서 본 헌법 제10조의 의의와 내용에 비추어 볼 때, 국가의 조직적이고 적극적인 불법행위로 인해 기본권을 유린당하고 인간의 존엄과 가치를 훼손당한 피해자의 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다. 과거사정리법은 특히 국가의 반민주적 또는 반인권적 공권력 행사가 국민의 인권을 유린하고 인간의 존엄과 가치를 훼손한 진실을 규명하며 국가로 하여금 진실 규명사건 피해자의 명예회복을 위한 조치를 취하고 가해자와 피해자 간의 화해를 적극 권유할 의무를 부과하고 있는바, 이는 국가에 대하여 이러한 진실규명사건 피해자의 훼손되었던 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무의 일환으로서 위와 같은 명예회복 조치 등의 법률상 의무를 부과한 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 1. 16. 선고 2010두22856 판결 참조).

(2) 과거사정리법 제36조 제1항과 제39조가 정부의 의무를 다소 포괄적으로 규정한 것과 관련하여 본다.

앞서 본 것과 같이 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 게을리하는 경우에 허용된다. 여기서 작위의무가 구체적으로 규정되어 있다는 의미는 관련 헌법 규정이나 법령의 규정이 국가의 정치적 책임 내지 정책방향을 선언하는 것에 그치는 것이 아니라 공권력 주체로 하여금 일정한 행위를 하여야 할 의무를 부과함을 말하는 것으로, 공권력 주체에게 작위의무를 부과하는 법령 등의 내용이 반드시 특정되어 있어야 할 것까지 요구하는 것은 아니라고 볼 것이다. 즉 공



권력 주체의 작위의무를 인정하기 위해 요구되는 규정의 구체성의 정도는 모든 사안에서 동일할 수는 없으며, 개별 사안의 특성상 작위의무를 구체적으로 특정하기 어려운 경우에는 구체성의 요구가 완화될 수밖에 없으므로, 법령의 내용이 다소 포괄적으로 되어 있어 공권력 주체가 그 작위의무를 이행하기 위한 구체적인 방법을 선택할 재량을 갖고 있다고 하여 작위의무가 부정되는 것은 아니라고 할 것이다. 이와 같이 작위의무를 부과하는 법령 등의 내용이 포괄적이어서 공권력 주체가 그 이행방법에 관한 재량을 갖는 경우에 공권력 주체가 전혀 아무런 조치도 취하지 않거나 취한 조치가 작위의무를 부과한 취지에 명백하게 부합하지 아니하는 경우 그 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 것으로 봄이 타당하다. 문제되는 법령 등이 단순히 국가의 정치적 책임 내지 정책의 방향을 선언한 것인지, 아니면 공권력 주체에 대하여 작위의무를 부과한 것인지는 해당 법령 등의 입법 배경과 입법 취지, 규정 내용, 규율 대상인 사실관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

과거사정리법은 제2조 제1항 제1호 내지 제6호에서 진실규명의 대상을 매우 광범위하게 규정하고 있다. 따라서 각 사건별로 가해자와 피해의 내용이 모두 달라 이를 모두 포괄할 수 있는 구체적인 명예회복이나 화해권유의 방법을 일일이 법문에서 특정하는 것이 사실상 불가능하다. 위 조항들이 정부와 국가의 의무 내용을 다소 포괄적으로 규정하고 있거나, 과거사정리법 제36조 제1항 및 제39조가 의무를 부담하는 공권력의 주체를 구체적으로 특정하지 아니한 채 ‘정부’로 규정한 것은 이와 같이 광범위한 사안에서 명예회복이나 화해권유 등의 조치를 취하기 위해서는 정부의 각 기관이 서로 협조하여 일련의 조치들을 취해야 한다는

점을 고려한 것일 뿐인바, 이러한 사정과 함께 과거사정리법의 입법 취지와 과거사정리법 제36조 제1항 및 제39조가 국가의 반민주적·반인권적 불법행위로 인권유린 등의 피해를 입은 국민을 대상으로 하는 점 등을 종합하여 보면, 과거사정리법 제36조 제1항 및 제39조는 단순히 정책방향 내지 추상적인 의무를 선언한 규정이 아니라 정부에 대하여 일정한 행위를 할 것을 명하는 작위의무를 부과한 것으로 보아야 한다.

과거사정리법이나 2008. 1. 8. 대통령령 제20532호로 제정된 ‘과거사 관련 권고사항 처리 등에 관한 규정’(이하 ‘권고규정’이라 한다) 등에서 가해자와 피해자가 자발적으로 화해하지 아니하였을 때 화해를 강제할 수 있는 수단을 전혀 규정하지 아니한 것은 외부로부터 강제하기에 적합하지 아니한 화해의 성질에 기인한 것이므로(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 참조), 법령에서 화해를 적극 권유하여야 한다고 정하고 있다는 이유만으로 과거사정리법 제39조를 구체적인 작위의무의 근거조항으로 볼 수 없는 것은 아니다.

(3) 이와 같이 과거사정리법의 제정 경위 및 입법 목적, 과거사정리법의 제규정과 권고규정의 내용 등을 종합적으로 살펴볼 때, 과거사정리법 제36조 제1항과 제39조는 ‘진실규명결정에 따라 규명된 진실에 따라 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관은 피해자의 명예회복을 위해 적절한 조치를 취하고, 가해자와 피해자 사이의 화해를 적극 권유하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 할 구체적 작위의무’를 규정하고 있는 조항으로 볼 것이고, 이러한 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.』

즉 헌법재판소는 문제되는 법령 등이 단순히 국가의 정치적 책

임 내지 정책의 방향을 선언한 것인지, 아니면 공권력 주체에 대하여 작위의무를 부과한 것인지는 해당 법령 등의 입법 배경과 입법 취지, 규정 내용, 규율 대상인 사실관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인데, 과거사정리법의 입법배경이나 국가의 조직적이고 적극적인 불법행위로 인해 기본권을 유린당하고 인간의 존엄과 가치를 훼손당한 피해자의 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다는 점 등을 고려할 때, 과거사정리법 제 36조 제1항과 제39조는 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관에게 구체적인 작위의무를 부담시키고 있는 조항으로 새기는 것이 타당하다고 본 것이다. 이러한 논증의 과정에서 헌법재판소가 작위의무를 이행하여야 할 공권력의 주체가 명시적으로 특정되지 아니하거나 작위의무를 이행하는 방법을 구체적으로 규정하고 있지 아니하여 행정청이 그 방법을 선택할 수 있는 어느 정도의 재량이 부여되어 있는 경우에도 이를 헌법에서 유래하는 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 것으로 해석할 수 있음을 인정한 것은 행정부작위의 헌법소원 대상성과 관련하여 다소 엄격한 입장을 취하였던 종전의 결정들과 비교해 볼 때, 주목할만하다.

## 나. 피해자의 유가족인 청구인 이○○ 등에 대한 작위의무

### (1) 작위의무의 인적 범위

앞서 살펴본 바와 같이 국가나 정부의 각 기관이 청구인 정○○의 명예를 회복하고 청구인 정○○과 가해자 사이의 화해를 권유하여야 할 작위의무를 부담함은 인정되나, 청구인 정○○은 헌법소원 심판 계속 중에 사망하여 이 부분은 심판 절차가 종료되었다. 따라

서 다음 단계로 국가나 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관이 청구인 정○○의 배우자, 자녀, 형제인 청구인 이○○ 등에게도 이들의 명예를 회복하고 이들과 가해자 사이의 화해를 권유하여야 할 의무를 부담하는지를 살펴보아야 한다. 그리고 이를 위해서는 먼저 명예회복과 화해권유를 하여야 할 작위의무의 인적 범위를 명확하게 할 필요가 있다.

(2) 과거사정리법상 “유족” 및 “유가족”의 의미

(가) 개별법 중에는 입법취지를 고려하여 희생자, 피해자, 유족 등의 의미와 범위를 명시적으로 정하고 있는 경우가 있다. 예컨대 ‘제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법’ 제2조 제2호는 “희생자”를 사망 또는 행방불명된 자, 후유장애가 남은 자(생존자), 수형인(사망, 생존 불문)으로 정의하여 입법 당시 생존한 경우를 포함시키고 있고, 2)3) ‘4·16 세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’ 제2조 제3호4)는 “피해자”의 범위에 사망한 희생자

- 
- 2) 제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법 제2조(정의) 이법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
    - 2. “희생자”란 제주4·3사건으로 인하여 사망하거나 행방불명된 사람, 후유장애가 남은 사람 또는 수형인(受刑人)으로서 제5조제2항제2호에 따라 제주4·3사건의 희생자로 결정된 사람을 말한다.
  - 3) 이외에 ‘노근리사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법’ 제2조 제2호 역시 “희생자”에 생존자를 포함시키고 있다.
 

노근리사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

    - 2. “희생자”라 함은 노근리사건으로 인한 사망자·행방불명자 또는 부상자로서 제3조의 규정에 의한 노근리사건희생자심사및명예회복위원회에 의하여 노근리사건의 희생자로 결정된 자를 말한다.
  - 4) 4·16 세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
    - 3. “피해자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.
      - 가. 4·16세월호참사 당시 세월호에 승선한 사람 중 희생자 외의 사람(세월호의 선원으로서 여객의 구조에 필요한 조치를 하지 아니하고 탈출한 사람은 제외한다)

및 생존자의 가족을 모두 포함시키고 있다. ‘5·18 민주화운동 진상 규명을 위한 특별법’ 제2조 역시 “희생자”를 5·18 민주화운동과 관련된 시기에 사망하거나 행방불명된 사람으로(제2호) 정의하면서, “피해자”를 5·18 민주화운동과 관련된 시기에 구속 등으로 고통 받았던 사람 중 희생자(사망이나 행방불명자) 이외의 사람, 희생자의 가족 및 생존자의 가족으로(제3호) 광범위하게 정의하고 있다.<sup>5)</sup> ‘6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률’ 제10조 제2항은 유가족의 의미를 괄호 안에서 “「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제5조 제1항에 따른 유족 또는 가족을 말한다. 이 경우 ‘국가유공자’는 “전사자”로 본다”고 설명하고 있는데,<sup>6)</sup> 이는 전사자의 유가족을 의미하는 것이어서 당연히 본인의 사망을 전제로 한다. ‘6·25 전쟁 무공훈장 수여 등에 관한 법률’ 제2조 제3호<sup>7)</sup>가 유가족을 “공

나. 희생자의 배우자·직계존비속·형제자매

다. 가목에 해당하는 사람의 배우자·직계존비속·형제자매

라. 그 밖에 4·16세월호참사와 관련하여 희생자 또는 가목에 해당하는 사람과 나목·다목에 준하는 관계가 있는 경우 등 제5조에 따른 4·16세월호참사 배상 및 보상 심의위원회에서 인정한 사람

- 5) 5·18 민주화운동 진상규명을 위한 특별법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
2. “희생자”란 5·18민주화운동과 관련한 시기에 사망하거나 행방불명된 사람을 말한다.
  3. “피해자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.
    - 가. 5·18민주화운동과 관련한 시기에 구속, 구금, 부상, 가혹행위와 그 후유증으로 고통받았던 사람 중 희생자 외의 사람
    - 나. 희생자의 배우자·직계존비속·형제자매
    - 다. 가목에 해당하는 사람의 배우자·직계존비속·형제자매
- 6) 6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률 제10조(전사자유해의 신원확인 및 유해·유품의 보존 등) ② 제1항에 따른 신원확인을 거친 전사자유해는 다음 각 호의 구분에 따라 조치한다.
1. 유가족이 확인된 전사자유해: 유가족(「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제5조 제1항에 따른 유족 또는 가족을 말한다. 이 경우 “국가유공자”는 “전사자”로 본다. 이하 같다)의 의견에 따라 본가로 봉송하거나 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률」로 정하는 바에 따라 국립묘지에 안장한다.
- 7) 6·25전쟁 무공훈장 수여 등에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

로자의 유족 또는 가족”이라고 정의하고 있는데 위 법 전체를 살펴 보면 여기서도 유가족이 당연히 공로자의 사망을 전제로 하여 인정 되는 개념임을 알 수 있다. 유족의 범위 역시 개별법마다 달리 정하고 있는데, 크게 민법상 재산상속인으로 정하고 있는 법률과 민법상 재산상속인과 그 범위를 달리 정하고 있는 법률로 구분할 수 있다.<sup>8)</sup>

반면 과거사정리법은 “희생자”, “피해자”, “유족”, “유가족”에 대해 별도의 정의규정을 마련하지 아니한 채, 법문에서 각각의 용어를 사용하고 있다. 입법자료에서도 “유족”과 “유가족”의 의미를

3. “유가족”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공로자의 유족 또는 가족으로서 제5조에 따라 국방부장관이 인정하는 사람을 말한다.

- 가. 배우자
- 나. 자녀
- 다. 부모

8) 유족의 범위를 법문에서 구체적으로 정하고 있는 개별법의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 민법상 재산상속인으로 정하고 있는 법률
  - ‘5·18 민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률’ 제2조
  - ‘1959년 12월 31일 이전에 퇴직한 군인의 퇴직급여금지급에 관한 특별법’ 제2조
  - ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’ 제3조 제1항
- ② 민법상 재산상속인과 달리 정하고 있는 법률
 

입법자가 개별법의 입법취지 등을 고려하여 유족의 범위를 민법상 재산상속인과 다르게 정하는 경우도 있는데, 구체적 범위는 개별법에 따라 다소 차이가 있다.

  - 배우자 및 직계존비속으로 한정하고 있는 법률
    - ‘6·25전쟁 전후 적 지역에서 활동한 비정규군 공로자 보상에 관한 법률’ 제2조 제4호
  - 배우자, 자녀, 부모, 손자녀, 조부모 또는 형제자매로 한정하고 있는 법률
    - ‘가습기살균제 피해구제를 위한 특별법’ 제2조 제7호
  - 배우자, 자녀, 부모, 손자녀, 형제자매로 한정하고 있는 법률
    - ‘대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법’ 제3조 제1항
  - 사망 당시 부양하고 있던 자 중에 일정범위의 친족으로 제한하고 있는 법률
    - ‘공무원 재해보상법’ 제3조 제1항 제5호
  - 배우자, 직계존비속 ⇨ 부재시 형제자매 ⇨ 부재시 4촌 이내의 방계혈족으로서 희생자의 제사를 치르거나 무덤을 관리하는 사람 중에서 위원회에서 유족으로 결정한 사람
    - ‘제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법’ 제3조 제3호

확인할 만한 내용을 찾을 수 없다. 따라서 명예회복 부작위와 화해권유 부작위와 관련된 피청구인들의 작위의무의 범위와 관련하여서는 과거사정리법 전체의 취지와 법률 조항들의 유기적인 관계 등을 고려하여, 과거사정리법 제36조의 “유가족”과 제39조의 “유족”의 구체적인 의미를 파악하여야 한다.

(나) 먼저 과거사정리법의 “유족”은 희생자 및 사망한 혐의의 피해자<sup>9)</sup>의 남겨진 가족을 의미한다고 봄이 타당하다. 과거사정리법 제19조 제1항에서 “희생자, 피해자 및 그 유족”을 신청권자로 정하고 있는데 유족의 의미를 희생자의 남겨진 가족으로 좁게 해석하면, 혐의의 피해자가 사망한 경우 남겨진 가족은 진실규명을 신청할 수 없다는 다소 불합리한 결론에 이르기 때문이다.

과거사정리법 제36조에서 단 한 차례 사용되고 있는 “유가족”이 희생자나 사망한 혐의의 피해자의 남겨진 가족인 유족과 동일한 의미로 사용된 것인지, 아니면 유족과 생존한 피해자의 가족을 모두 포함하는 개념으로 사용된 것인지는 다소 논란이 있을 수 있다. 그러나 입법자가 과거사정리법 제36조에서만 “유가족”이라는 용어를 사용한 것은 이를 “유족”과 구분하겠다는 결단이 담긴 것으로 봄이 타당하고, 입법기술상 “유·가족” 혹은 “유족 또는 가족”을 “유가족”이라고 간략하게 기재한 것으로 해석하는 것이 법률 전체의 취지를 고려한 합리적인 해석으로 보이는바, 과거사정리법상의 “유족”은 희생자, 사망한 혐의의 피해자의 남은 가족, “유가족”은 유족과 생존한 피해자의 가족을 모두 의미하는 것으로 구별하여 해석함이 타당하다.

9) 과거사정리법은 희생자와 피해자의 의미 역시 명확하게 정의하고 있지 아니하나, 그 의미를 “진실규명대상이 된 사건이 직접적인 원인이 되어 사망한 사람”으로, 혐의의 피해자를 “진실규명대상 사건으로 인해 피해를 입은 당사자 중 희생자 이외의 사람”, 광의의 피해자를 “혐의의 피해자와 희생자를 합한 사람”으로 정리하기로 한다.

유족과 유가족의 의미를 어떻게 파악하는지는 정부의 작위의무의 범위 확정과 연결된다. 유족과 유가족의 의미를 앞서 본 바와 같이 구별하여 파악하게 되면, 정부는 “유족 및 가족” 모두의 명예회복을 위해 적절한 조치를 취하여야 할 의무를 부담하는 반면, 화해권유와 관련해서는 피해자와 “유족”에게만 적절한 조치를 취할 의무만을 부담한다. 즉 입법자는 화해권유의 대상을 “가해자와 피해자·유족”으로 규정함으로써 피해자가 생존한 경우에는 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관에게 우선적으로 가해자와 피해자 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 의무를 부과하고, 피해자가 가해자와 화해하지 못하고 사망한 경우에 비로소 가해자와 사망한 피해자의 유족 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 의무를 부과한 것인바, 화해가 기본적으로 당사자 사이에 이루어지는 것임을 고려할 때 이러한 해석은 어느 정도 합리성을 가진다.

이에 따라 명예회복 부작위 및 화해권유 부작위와 관련된 작위의무의 성립 여부를 살펴보면 다음과 같다.

내용	유족 및 가족에 대한 명예회복 부작위 관련, 작위의무 인정 여부	유족 및 가족에 대한 화해권유 부작위 관련, 작위의무 인정 여부	
·유가족≠유족 ·유가족=유족+생존 피해자의 가족	청구인 정○○ 생존·사망 불문 모두 작위의무 有	청구인 정○○생존시	작위의무 無
		청구인 정○○사망시	청구인 정○○에 대한 화해 권유의 작위의무 이행 후 사망 ⇒ 작위의무 無 청구인 정○○에 대한 화해권유의 작위의무가 이행되지 아니한 채 사망 ⇒ 작위의무 有



헌법재판소 역시 과거사정리법의 “유족”과 “유가족”을 다음과 같이 구분되는 개념으로 이해하였다.

『입법자가 과거사정리법 제36조 제1항과 제39조에서 유가족과 유족을 구별하여 사용하고 있는 것은 유가족과 유족의 범위를 다르게 정하고자 하는 입법자의 의도가 담긴 것이다. 따라서 과거사정리법 제36조 제1항의 유가족은 유족과 가족을 포함하는 것, 즉 ‘희생자, 사망한 피해자의 남겨진 가족과 생존한 피해자의 가족’을 의미하는 것으로, 제39조의 유족은 ‘희생자, 사망한 피해자의 남겨진 가족’만을 의미하는 것으로 봄이 상당하다. 진실규명사건으로 인해 피해자뿐만 아니라 피해자의 가족 역시 부정적인 사회적 평가와 명예의 훼손을 감당하여 왔다는 점에서 피해자의 사망 여부를 불문하고 그 가족의 명예를 회복하기 위해 적절한 조치를 취하여야 할 필요성이 인정되는 반면, 화해는 기본적으로 당사자 사이에 이루어지는 것이어서 피해자가 생존한 경우에는 우선적으로 가해자와 피해자 사이에 화해를 이루도록 하되 피해자가 가해자와 화해하지 못하고 사망한 경우에 보충적으로 가해자와 사망한 피해자의 유족 사이의 화해를 도모하는 것이 바람직하다는 점에서도 과거사정리법 제36조 제1항과 제39조의 유가족과 유족의 의미를 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.』

나아가 헌법재판소는 이를 전제로 청구인 정○○의 사망 여부와 무관하게 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관은 청구인 이○○ 등의 명예를 회복하기 위해 적절한 조치를 취하여야 할 작위의무를 부담하는 반면, 화해권유와 관련하여서는 피해자인 청구인 정○○의 생존 당시에는 가해자와 청구인 정○○ 사이의 화해를 권유하기 위해 필요한 조치를 취하여야 할 의무만을 부담할 뿐 청구인 이○○ 등에 대해서는 이러한 작위의무를 부담하지

아니하다가, 가해자와 청구인 정○○ 간의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무가 이행되지 아니한 상태에서 청구인 정○○이 사망한 이후에야 비로소 가해자와 피해자의 유족인 청구인 이○○ 등 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무를 부담하게 된다고 판단하였다. 그리고 이를 전제로 다음 단계의 판단, 즉 ① 명예회복과 관련하여서는 국가와 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관이 피해자의 유가족인 청구인 이○○ 등의 명예를 회복하기 위하여 필요한 조치를 이행하였는지 여부, ② 화해권유와 관련하여서는 피해자인 청구인 정○○의 생존 당시에 청구인 정○○과 가해자들 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 의무를 이행하였는지, 이러한 의무를 이행하지 아니한 채 청구인 정○○이 사망하였다면 그 유족인 청구인 이○○등에게 이러한 의무를 이행하였는지 여부 등에 대한 판단으로 나아갔다.

#### 다. 명예회복 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구에 대한 판단

명예회복 부작위와 관련하여 법정의견은 ① 진실규명결정의 피해자인 청구인 정○○의 배우자, 자녀, 형제인 청구인 이○○ 등의 명예를 회복할 수 있는 가장 적절하고 직접적인 방법은 바로 피해자인 청구인 정○○에 대한 재심을 통해 무죄판결을 선고하여 청구인 정○○의 무고함을 밝히고, 형사보상을 통해 그릇된 형의 집행에 대해 보상하고 그 취지를 공시하는 것인데 이미 이러한 조치가 완료되었다는 점, ② 이외에도 과거사위원회가 2007. 12. 4. 보도자료를 배포하여 춘천강간살인 사건이 ‘강간치사 사건의 범인을 검거하지 못할 경우 관계기관을 문책하겠다’는 시한부 검거령이 떨어지자, 청구인 정○○을 범인으로 검거해 고문에 의한 허위 자백 및 증거조작으로 피해자의 인권을 침해한 사건’임을

공식적으로 알린 점, ③ 피청구인 행정안전부장관이 과거사관련업 무지원단 홈페이지에 춘천강간살인 사건을 포함하여 과거사위원회가 발간한 조사보고서를 빠짐없이 공개하고 있는 점 등을 고려할 때, 피청구인들을 포함한 정부와 과거사위원회가 청구인 정○○의 명예를 회복시키고 아울러 이를 통해 청구인 정○○의 유가족인 청구인 이○○ 등의 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하였음이 인정되므로 헌법에서 유래하는 작위의무를 해태하였다고 볼 수 없고, 따라서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 존재하지 아니하므로 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 명예회복 부작위의 위헌확인을 구하는 부분은 부적법하다고 판단하였다.

이에 대해 재판관 김기영, 재판관 이미선은 과거사정리법 제36조 제1항에 따라 피청구인들이 부담하는 작위의무는 통상적인 형사소송절차를 통한 구제가 아니라 별도의 적극적인 조치를 취하여야 할 의무를 의미하는데, 재심청구와 무죄판결의 선고, 형사보상결정 및 보상결정의 관보 공시 등은 공무원들이 불법적으로 야기한 부당한 상태를 바로잡은 것에 불과한 것이어서 이것만으로 청구인 이○○ 등의 명예회복을 위한 능동적이고 적극적인 조치가 이루어진 것으로 보기 어렵고 그 외에 청구인 이○○ 등의 명예를 회복하기 위한 실효적인 조치가 이루어졌다고 볼 수도 없으므로 피청구인들이 청구인 이○○ 등의 명예를 회복하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 이행하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 과거사위원회의 진실규명결정이 이루어진 후 상당한 시간이 도과하였고, 명예회복을 위한 적절한 조치를 취함에 있어 객관적 장애사유도 존재하지 아니하므로 피청구인들이 이러한 작위의무를 해태한 데에 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다며 피청

구인들의 명예회복 부작위가 청구인 이○○ 등의 인격권을 침해한다는 반대의견을 제시하였다.

#### 라. 화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구에 대한 판단

화해권유와 관련하여 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 다음과 같이 여러 가지 사정을 종합적으로 고려할 때 피청구인들이 가해자와 피해자인 청구인 정○○ 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 이미 이행하였으며, 청구인 이○○ 등에게는 더 이상 가해자와의 화해를 적극 권유하여 할 작위의무를 부담하지 아니한다고 판단하였다.

『피청구인 행정안전부장은 2010. 12. 31. 제1기 과거사위원회의 활동이 종료되었음에도 불구하고, 그 후속 업무를 원활하게 처리하기 위하여 피청구인 행정안전부장관 소속으로 ‘과거사 관련 권고사항 등 처리심의위원회’(이하 ‘심의위원회’라 한다)를 마련하고, 직접 심의위원회의 위원장이 되어 위원회로 하여금 과거사정리법 제32조 제4항에 따른 권고의 이행계획, 이행상황의 점검·관리와 그 밖에 권고의 이행을 위하여 필요한 사항을 심의·의결하도록 하는 등(권고규정 제3조 제1항 제1호, 제2항), 국가기관의 사과나 화해권유를 위한 각종 조치가 적절하게 이행되고 있는지를 지속적으로 살펴보고 있다. 또한 이 사건에 국한된 것은 아니나 역사기록을 정정하거나 평화인권교육을 실시하는 등의 방법으로 과거사정리법에 의해 진실규명된 사건의 가해자가 전반적으로 자신들의 과오를 스스로 뉘우칠 수 있는 사회적 공감대를 형성해 나가기 위한 조치들을 취함으로써 간접적으로나마 국민 화해와 통합을 위해 필요한 조치들을 수행해 왔으며, 이는 피해자인 청구

인 정○○이 사망한 2021. 3. 29.까지 계속되었다.

다만 구성원들의 불법행위가 드러났음에도 불구하고 경찰청장이 이 사건과 관련하여 청구인 정○○에게 직접 사과한 사실이 없고(2020. 5. 1.자 경찰청장의 사실조회 회신 참조), 검찰총장 역시 2019. 6. 25. 과거사 관련 대국민사과를 하면서 춘천강간살인 사건을 포함시키지 아니하는 등 청구인 정○○에 대한 직접적인 사과가 이루어지지 아니한 것은 사실이다. 그러나 피청구인 법무부장관은 과거사위원회가 진실규명결정을 한 모든 인권침해사건 등에 대하여 범정부차원에서 일괄 처리하기로 하는 이행계획을 수립하여 제출한 바 있고, 피청구인 행정안전부장관은 국민적 화해와 통합을 위한 사과 메시지를 극대화하기 위해 전국 단위 화해·위령시설 조성사업과 연계한 포괄적인 국가사과 처리를 계획한 후 추진 중이다. 또한 과거사위원회는 사건의 경위, 피해 내용 등이 구체적으로 적시된 진실규명결정통지서를 청구인 정○○뿐만 아니라 청구인 정○○에게 직접 가혹행위를 하고 증거를 조작한 경찰, 수사과정에서의 위법을 발견하지 못한 채 청구인 정○○을 기소한 검사 등을 포함한 참고인 16명에게 모두 등기우편으로 송달함으로써 가해자가 규명된 진실의 내용을 인식하고 이를 바탕으로 자발적으로 참회의 마음을 가지고 피해자인 청구인 정○○에게 용서를 구하기 위해 필요한 조치를 이행하였다.

물론 이러한 조치들이 청구인 정○○의 기대에 다소 미흡할 수는 있다. 그러나 화해에 이르기 위해서는 가해자의 내심의 영역에서 이루어지는 자발적인 반성적 성찰이 전제되어야 하는데 이는 본질적으로 마음으로부터 우리나라는 자발적인 것이어서 외부에서 강제할 수 없고(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 참조), 피청구인들이 독자적인 의사와 판단만으로는 이를 실행하는 것이 불가능

하다. 따라서 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관과 과거사위원회가 포괄적인 국가사과를 계획하고, 진실규명결정통지서를 가해자들에게 송달하는 등 자신들이 독자적으로 이행할 수 있는 한도 내에서 가해자가 스스로 반성하고 피해자가 용서의 마음을 가질 수 있도록 하기 위해 필요한 조치를 이행하였다면, 이러한 조치가 청구인 정○○의 기대에 미치지 못한다는 이유만으로 헌법에서 유래하는 작위의무를 불이행한 것이라고 볼 수는 없다.

이러한 점들을 고려하면, 피청구인들은 가해자와 피해자인 청구인 정○○ 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 해태하였다고 볼 수 없다. 나아가 피청구인들이 가해자와 청구인 정○○ 사이의 화해를 적극 권유하여야 할 작위의무를 이행한 이후 청구인 정○○이 사망한 이상, 피청구인들이 청구인 정○○의 유족인 청구인 이○○ 등에 대하여 가해자와의 화해를 적극 권유하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 재차 부담하는 것은 아니므로, 이러한 작위의무가 인정됨을 전제로 한 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 부분은 부적법하다.』

이에 대해 재판관 유남석, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 ① 피청구인들을 포함한 각 국가기관 등의 사실조회회신 등을 포함하여 이 사건 기록을 모두 살펴보아도 피청구인들이 청구인 정○○이 가해자와 화해할 수 있는 최소한의 기회조차 제공하였다고 볼만한 사정이 발견되지 아니하는 점, ② 경찰청장이 국가경찰 조직 전체를 대표하여 춘천강간살인과 관련한 사과를 한 사실이 없는 점, ③ 검찰총장은 과거사 관련 대국민사과를 하였으나 당시 춘천강간살인 사건에 대해서도 직접 사과를 했다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피청구인 행정안전부장관이 위령시

설 준공 시점등에 과거사와 관련하여 일괄 사과를 계획하고 있다고는 하나 이 역시 내부적인 것에 불과하다는 점 등을 고려하면, 피청구인들은 가해자와 청구인 정○○ 간의 화해를 적극 권유하기 위한 필요한 조치를 이행하지 아니하였다고 봄이 상당하다고 판단하였다. 나아가 청구인 정○○이 사망한 이후에도 피청구인들을 포함한 정부의 각 기관이 청구인 정○○의 유족인 청구인 이○○ 등에게 사과하였다는 사정이 발견되지 아니하고, 달리 청구인 이○○ 등이 가해자 개개인은 물론 소속 공무원들의 조직적 불법행위를 묵인한 국가를 용서할 수 있도록 적절한 조치를 취한 사실도 인정되지 아니하는 등, 피청구인들이 가해자와 청구인 이○○ 간의 화해를 적극 권유하여야 할 의무를 이행하지 아니하였다고 결론 내렸다.

또한 이미 피청구인들이 가해자와 피해자인 청구인 정○○, 유족인 청구인 이○○ 등 사이의 화해를 적극 권유하기 위해 필요한 조치를 시행하기에 충분한 시간이 경과하였고, 예산이나 인력 부족 역시 피청구인들이 이러한 작위의무를 이행하는 데 객관적인 장애사유가 된다고 볼 수도 없는 이상, 피청구인들이 가해자와 피해자의 유족인 청구인 이○○ 등 사이의 화해를 적극 권유하기 위해 적절한 조치를 취하지 아니한 데에는 정당한 이유도 없으며, 피청구인들의 화해권유 부작위는 피해자 청구인 정○○의 유족인 청구인 이○○ 등의 인간으로서의 존엄성을 침해하는 위헌적인 공권력의 불행사에 해당한다는 위헌의견을 제시하였다.

특히 재판관 유남석, 재판관 문형배는 각 사건의 경위와 특성, 피해자가 입은 피해의 범위를 가장 잘 파악하고 있는 과거사위원회가 구체적 사건에서 특정한 구제수단의 이행 여부가 피청구인들을 포함한 정부가 작위의무를 이행하였는지 여부를 판단하는

일차적인 기준이 되어야 하는데, ① 명예회복과 관련하여서는 과거사위원회가 권고한 바와 같이 형사소송법이 정한 바에 따른 재심조치가 이루어졌으나, ② 화해권유와 관련하여서는 과거사위원회가 직접적으로 국가가 피해자인 청구인 정○○과 유가족인 청구인 이○○ 등에게 사과하고 화해를 이룰 것을 권고하고 있음에도 불구하고 피청구인 법무부장관은 물론 경찰청장도 청구인 정○○이나 청구인 이○○ 등에게 직접 사과한 사실이 없고, 검찰총장 역시 과거사 관련 대국민사과를 하면서 춘천강간살인 사건을 포함시키지 아니하였으므로 명예회복 부작위와 화해권유 부작위에 대한 심판청구에서 작위의무 이행 여부를 각기 달리 판단하게 되었음을 밝히는 보충의견을 제시하였다.

## 5. 재판관 4인이 각하의견, 재판관 4인이 인용의견인 경우 주문형태

### 가. 이 사건에서의 쟁점

청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대하여 4인의 재판관이 각하의견을, 4인의 재판관이 인용의견을 제시하였는바, 이 때의 주문형태가 문제된다.

### 나. 선례의 검토

(1) 이 사건 이전에 ‘각하의견 4인, 위헌(인용)의견 4인’ 또는 ‘각하의견 4인, 합헌(기각)의견 4인’ 동수로 양자 모두 과반수에 이르지 못한 경우에 대한 선례는 존재하지 아니였다.

(2) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구 사건에서 인용의견 5인, 각하의견 4인인 경우에는 기각결정(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등,<sup>10)</sup> 판례집 12-1, 252)을, 헌법재판소

10) 주위적 청구에 대해 재판관 5인이 인용의견, 재판관 4인이 각하 의견이었던 이



법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구 사건에서 위헌의견(헌법불합치 의견 포함) 5인, 각하의견 4인인 경우에는 위헌불선언 결정<sup>11)</sup>(헌재 1993. 5. 13. 90헌바22등,<sup>12)</sup> 판례집 5-1, 253; 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23,<sup>13)</sup> 판례집 6-1, 592) 또는 합헌결정(헌재 2003. 4. 24. 99헌바110등,<sup>14)</sup> 판례집 15-1, 371)을 선고하였다.

이후 신체장애인인 청구인에게 운전면허 취득이 허용된 신체장애 정도에 적합하게 제작·승인된 기능시험용 이륜자동차를 제공하지 아니한 부작위의 위헌 여부가 문제된 2016헌마86 사건에서 5인의 재판관이 위헌의견을, 4인의 재판관이 각하의견을 제시하였고, 당시 인용의견 5인, 각하의견 4인인 경우의 주문 결정에

---

사건에서 헌법재판소는「4. 결론」 “청구인 백○숙의 주위적 심판청구에 관하여는 재판관 과반수의 의견이 이유 있으므로 이를 인용하여야 한다는 것이나, 재판관 4인의 의견은 이 또한 부적법하므로 각하하여야 한다는 것이어서 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 헌법소원 인용결정의 정족수에 미달하므로 위 청구인의 주위적 청구를 기각할 수밖에 없어 주문과 같이 결정한다.”고 판시한 후, 주위적 청구를 기각하였다.

- 11) 위헌불선언 결정은 재판관 5인이 위헌의견을 제시하고 4인이 합헌의견을 제시한 경우에 우리 헌법재판소가 채택한 바 있는 독특한 결정형식이었다. 위헌결정에 찬성하는 재판관이 과반수이면서도 위헌결정정족수 6인에 미달하므로 위헌결정을 선고할 수 없어 “헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.”라는 주문을 선고함으로써 단순합헌과 구별하려고 하였으나 결과적으로 위헌불선언 결정은 합헌결정의 일종으로 단순합헌과 차이가 없기 때문에 88헌가13, 90헌바22 등, 92헌바23 사건 결정 이후로는 위헌불선언결정의 형식을 택하지 않고 단순합헌결정의 형식을 택하고 있다.
- 12) 5인의 재판관이 위헌의견을, 4인의 재판관이 각하의견을 제시하였으나, 위헌의견을 개진한 재판관이 과반수임에도 위헌결정의 정족수인 6인에 미달하여 위헌결정을 선고할 수 없으므로 부득이 “헌법에 위배된다고 선언할 수 없다”며, 위헌불선언 결정을 하였다.
- 13) 5인의 재판관이 위헌의견을, 4인의 재판관이 각하의견을 냈으나, “이 사건 심판대상규정이 헌법에 위반된다는 의견이 과반수이나 헌법재판소법 소정의 위헌결정의 정족수 미달이어서 이 사건에서는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없는 것이다”라며 위헌불선언 결정을 하였다.
- 14) 4인의 재판관이 각하의견을, 4인의 재판관이 헌법불합치 의견을, 1인의 재판관이 위헌의견을 제시하였으나 법률의 위헌결정에 필요한 정족수 6인에 미달하여 합헌결정을 선고한 바 있다.

대해 재차 논의가 이루어졌으며, 헌법재판소는 위 2016헌마86 결정문의「6. 결론」부분에서 “이 사건 심판청구는 적법하고 이 사건 부작위는 청구인의 평등권을 침해한다는 것이 재판관 5인의 의견이나, 이는 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 규정된 헌법소원에 관한 인용결정의 정족수에 미달하므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다(헌재 2020. 10. 29. 2016헌마86, 공보 289, 1423, 1431 참조).”고 실시한 후, 심판청구를 기각하였다.

(3) 결론적으로 각하의견 4인, 인용이나 위헌의견 4인인 경우의 주문에 관한 헌법재판소의 선례는 존재하지 아니하고, 이외에 본안에 관한 의견 및 각하의견이 분립하는 경우 중 헌법재판소 선례의 입장이 확고하게 존재하는 경우를 정리하면 다음과 같다.

각하 5인: 기각 또는 인용 4인 <sup>15)</sup>	주문: 각하 - 헌법재판소법 제25조 제2항 본문에 따라 각하
각하 4인: 기각 5인 <sup>16)</sup>	주문: 기각 - 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 따라 기각
각하 4인: 인용 5인 <sup>17)</sup>	주문: 기각 ① 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호는 인용결정의 경우 6인의 정족수를 요구하므로, 인용결정을 하지 못함. ② 적법요건이 충족되어 본안판단으로 나아가야 한다는 의견이 과반수를 이루고 있으므로 각하결정도 불가능. ③ 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 의하면 각하결정을 위해서는 과반수의 찬성이 필요한데 이를 충족하지 못하였으므로 이러한 관점에서도 각하결정은 불가능.

15) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구 사건에서 재판의 전제성이 충족되지 아니하였다는 각하의견 5인, 위헌의견 3인, 합헌의견 1인이었고, 헌법재판소는 각하결정을 선고하였다(헌재 2010. 9. 30. 2009헌가23등, 공보 168, 1591 참조).

16) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구 사건에서 각하의견 4인, 합헌의견 5인이었고 헌법재판소는 합헌결정을 선고하였다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48, 공보 58, 658 참조).

17) 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252 등 참조.

### 다. 주문형태에 대한 검토

(1) 평의 결과 적법요건 충족 여부에 대한 재판관들의 의견이 양설로 분립되고, 각각 동수[각하의견 4인: 기각(합헌)의견 4인 또는 각하의견 4인: 인용(위헌)의견 4인]로 모두 과반수를 이루지 못한 경우 어떠한 결정 주문을 낼 것인지에 관해 법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하다.<sup>18)</sup> 각하의견과 인용의견이 각 4인으로 동수로 결정된 경우 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 의해 명확한 것은 인용결정을 위한 가중정족수(6인)에 이르지 못하였으므로 인용결정이 불가능하다는 것뿐이다.

이 경우 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 우선 법원조직법 제66조 제2항의 ‘합의에 관한 규정’의 준용을 검토해 볼 수 있을 것이다.<sup>19)</sup>

**법원조직법 제66조(합의의 방법) ②** 합의에 관한 의견이 3개 이상의 설로 나뉘어 각각 과반수에 이르지 못할 때에는 다음 각 호의 의견에 따른다.

1. 액수의 경우: 과반수에 이르기까지 최다액의 의견의 수에 차례로 소액의 의견의 수를 더하여 그 중 최소액의 의견
2. 형사의 경우: 과반수에 이르기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견

그런데 ① 법원조직법 제66조 제2항은 “3개 이상의 설로 나누어 각각 과반수에 이르지 못한 경우”의 합의 방법에 관해 정하고 있는 조항으로 재판부의 의견이 양설로 나누어 동수인 경우 법원조직법 제66조를 준용하기 어렵고, ② 헌법재판소 역시 본안판단

18) 이에 대해 재판관들의 의견이 가부동수로 나뉘거나 3설 이상으로 복잡하게 분립되거나 기타 어떤 의견도 결정정족수에 달하지 못해 법정의견을 결정하기 어려운 경우 그때그때 편의적으로 법정의견을 선택하는 것은 법치국가적 관점에서 바람직하지 아니하므로 평결방식의 개선을 비롯한 입법적 보완이 필요하다는 지적이 있다[주석 헌법재판소법(2015), 제295면; 김하열, 헌법소송법(제2판, 박영사), 제220면 참조].

19) 헌법재판 실무제요 제2개정판, 제71면.

에 나아간 재판관이 6인 이상으로 본안에 관해서 의견이 분립하는 경우에는 법원조직법 제66조를 준용하고 있는 것으로 보이나(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427, 463 등 참조), 본안판단에 나아간 재판관이 6인에 미치지 못한 상황에서 본안판단 의견과 각하의견이 분립하는 경우에는 위 조항을 준용하지 아니하는 것으로 보인다(헌재 2003. 4. 24. 99헌바110등, 판례집 15-1, 371, 404 참조). 따라서 법원조직법 제66조 제2항의 준용을 통해서도 이러한 경우를 해결할 수 없다.

(2) 이처럼 명시적인 법문언이나 준용 가능한 규정이 존재하지 아니하는 이상, 어떤 주문을 채택할 것인가는 헌법재판소법 제23조 제2항의 취지, 평결방식과의 정합성, 종전 선례의 입장 등을 고려하여 결정되어야 할 문제로 보인다. 여기까지의 논의를 전제로 4인의 재판관이 각하의견, 4인의 재판관이 인용의견인 경우 주문형태를 검토해 보면, 다음과 같이 ‘기각설’<sup>20)</sup>과 ‘각하설’을 상정해볼 수 있다.

### (3) 가능한 주문형태 검토

#### (가) 기각설

기각설의 논거는 다음과 같다.

① 헌법재판소법 제23조 제2항은 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원의 인용결정을 내리는 경우 등에 한하여 재판관 6명 이상의 찬성이라는 가중정족수에 따라 최종 주문을 결정하고, 이에 열거되지 아니한 결정, 예컨대 적법요건 충족 여부에 대한 판단인 ‘각하결정’ 등은 중국심리에 관여한 재

20) 2016헌마1034 사건 해결을 위한 논의이므로, 합헌결정이 아닌 ‘기각결정’을 전제로 논의하기로 한다.

판관 과반수의 찬성으로 주문을 결정하도록 규정하고 있다. 다만, 선례에 비추어 볼 때 ‘과반수 찬성에 따른 주문 결정’의 예외가 바로 ‘합헌결정’과 ‘기각결정’이다(헌재 2018. 7. 26. 2017헌가 11, 판례집 30-2, 12, 21; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마260, 판례집 30-2, 98, 112; 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마843, 판례집 30-2, 404, 422 등 참조).<sup>21)</sup>

각하의견 4인, 인용의견 4인인 경우 인용의견이 6명이 이르지 아니하므로 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 따라 인용 결정을 할 수 없고, 각하의견이 과반수인 5명에 이르지 아니하였으므로 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 따라 각하결정도 할 수 없으므로, 심판청구를 기각하는 결정을 하는 수밖에 없다.

② 심판청구를 기각하는 것은 결국 이 사건 심판청구를 받아들일 수 없다는 것인데, 이 사건에서 “청구인의 기본권이 침해된다고 확인할 수는 없다”라는 결론 부분에 한하여는 각하결정과 기각(합헌)결정이 그 취지를 같이 한다고 볼 여지가 있으므로(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 341 참조), 4인의 각하의견과 4인의 인용의견이 제시된 사건에서 기각 주문을 채택하는 것이 주문별 평결방식의 취지에 완전히 어긋나는 것도 아니다.

③ 법원조직법 제66조 제3항은 “제7조 제1항2)에 따른 과반수

21) 헌법재판소가 4인의 합헌의견, 5인의 위헌의견 등 합헌의견이 과반에 이르지 아니한 사건에서, 위헌결정의 정족수에 이르지 못하였음을 이유로 합헌결정을 선고하고 있는 것이 그 예이다. 즉 합헌결정이나 기각결정의 경우에는 그 의견을 택한 재판관이 과반수를 이루지 못한 경우에도 이를 주문으로 선택할 수 있다.

22) **법원조직법 제7조(심판권의 행사)** ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 다음 각 호의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반된다고 인정하는 경우
2. 명령 또는 규칙이 법률에 위반된다고 인정하는 경우

결정사항에 관하여 의견이 2개의 설로 나누어 각 설이 과반수에 이르지 못할 때에는 원심재판을 변경할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이는 어떠한 의견도 과반수에 이르지 못한 경우에는 적극적인 판단을 자제한 채 상고를 기각하도록 정하고 있는 것이다. 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 법원조직법 제66조 제3항을 준용할 여지가 있고, 이에 의하면 어느 견해도 과반수에 이르지 아니한 경우에는 적법요건과 본안 모두에 대해 아무런 적극적인 결정을 하지 아니한 채 심판청구를 기각해야 한다고 볼 수도 있다.

기각설에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다.

① 주문별 평결방식은 사건의 결론에 초점을 맞추어 전체적으로 표결하여 주문을 결정하는 방식을 의미하는데, 이러한 평결방식을 채택하여 결론에 대해 표결을 한 후 어떤 재판관도 선택하지 않은 견해를 주문으로 결정하는 것은 적절하지 아니하다.

② 헌법재판소가 위헌정족수에 이르지 못했다는 이유로 기각 또는 합헌(위헌불선언) 결정을 선고한 97헌마13등, 99헌바22등, 92헌바23, 99헌바110등 사건은 모두 본안으로 나아가야 한다는 의견이 과반수를 넘은 경우이다. 적법요건은 본안판단의 선결요건이므로, 적법요건을 충족하여 본안판단에 나아가야 한다는 견해가 과반수에 이르지 못한 이상 헌법재판소가 본안판단을 하는 것은 소송법의 기본원칙에 부합하지 아니한다.

#### (나) 각하설

각하설의 논거는 다음과 같다.

① 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 본문의

- 
3. 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우
  4. 부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우

법문, 위 92헌바23 결정 등에 비추어 볼 때 적법요건의 “충족”을 인정하는 결정, 즉 기각결정에는 일반정족수(과반수 이상의 동의)가 적용된다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592, 612-613). 위에서 검토한 97헌마13등, 99헌바22등, 92헌바23, 99헌바110등 사건에서 합헌(위헌불선언) 또는 기각결정을 선고한 것 역시 모두 적법요건에 관한 한 과반수의 재판관이 적법요건이 충족된 것으로 보았기 때문에 가능한 것이다.

그런데 이 사건에서는 각하의견과 인용의견을 개진한 재판관의 수가 각각 4인으로 동수를 이루어 각하 내지 인용의견 어디에서도 종국심의에 관여한 재판관의 과반수가 형성되지 못하였다. 소송절차의 본질상 심판청구의 적법여부는 본안판단을 하기 위한 선결요건이므로 법리상 청구의 적법요건이 충족되지 못하면 본안판단에 들어갈 수 없는바, 헌법재판소로서는 심판청구를 각하할 수밖에 없다.

② 각하결정이 선고된 경우 그 흠결이 보정할 수 있는 것이라면 이를 보정하여 다시 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 기각결정이 선고된 경우에는 헌법재판소가 공권력행사 등이 기본권을 침해하지 아니한다는 점을 확인한 것으로 특별한 사정 변경이 없는 한 헌법재판소법 제39조에 의해 동일한 심판청구를 할 수 없다. 따라서 관점에 따라서는 각하결정이 기각결정보다 청구인에게 유리하다고 볼 여지도 있다. 그러므로 인용의견이 6인의 가중정족수를 충족하지 못하였고, 각하의견과 인용의견이 4인 동수로 모두 과반수에 이르지 못하였다면 헌법재판소로서는 인용의견을 제외한 나머지 4인의 재판관의 의견대로 심판청구를 각하하여야 할 것이지 어떠한 재판관도 제시하지 아니한 기각의견을 주문으로 결정할 수는 없다.

③ 헌법재판소 선례가 합헌 또는 기각 의견을 제시한 재판관이 과반수에 이르지 아니한 경우(예컨대 합헌 4명, 위헌 5명)에도 합헌 또는 기각결정을 선고한 것은 헌법재판소법 제23조 제2항이 일반정족수와 가중정족수를 동시에 규정하고 있고, 본안판단에 나아간 재판관이 과반수를 넘은 경우 법원조직법 제66조 제2항을 준용함으로 인해 발생한 특유한 결과일 뿐이지, 헌법재판소법 제23조 제2항 자체에서 합헌 또는 기각결정에 대해서만 정족수의 예외를 마련하고 있는 것으로 볼 수는 없다.

각하결정이 4인인 경우에 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 따라 각하결정을 선고할 수 없다면, 이와 동일하게 기각결정이 4인인 경우에도 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 따라 기각결정을 선고할 수 없다. 법문에 따라 어떠한 결정도 할 수 없다면, ‘적법요건은 본안판단을 하기 위한 선결요건’이라는 소송법의 기본원칙으로 돌아와 적법요건 충족 여부에 대해 먼저 판단한 후, 충족되었음이 인정되는 경우에 한해 본안판단으로 나아가야 하며, 적법요건이 충족되었다는 의견이 정족수에 이르지 못한 경우에는 본안판단을 위한 선결요건이 갖추어지지 아니한 것이므로 심판청구를 각하하여야 한다.

각하설에 대해서는 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 의할 때 각하결정을 위해서는 과반수의 찬성이 필요함이 문언상 명백한데, 각하의견을 제시한 재판관이 과반수에 이르지 못하였음에도 불구하고 심판청구를 각하하는 것은 법문언에 반한다고 볼 여지가 있다는 비판이 가능하다.

#### (다) 선고불능설

이에 대해서는 일부 학자들은 재판관 4인이 합헌(또는 헌법소원 등



기각)의견이고, 4인이 각하의견이라면 과반수를 형성하는 의견이 없으므로 어떠한 결정도 할 수 없다는 의견을 제시하기도 한다.<sup>23)</sup>

선고불능설의 논거는 다음과 같다.

① 인용의견은 4인으로 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호의 가중정족수에 이르지 못하였고, 각하의견 역시 4인으로 헌법재판소법 제23조 제2항 본문의 일반정족수에도 미치지 못하였다. 따라서 헌법재판소법 제23조 제2항에 따라 인용결정과 각하결정을 모두 할 수 없다.

② 5인의 인용의견과 4인의 각하의견이었던 90헌바22 결정 등과 달리 ‘적법요건은 충족되었으므로 본안판단으로 나아가야 한다’는 의견 역시 과반수에 이르지 아니하였으므로 본안판단으로 나아갔음을 전제로 기각결정을 할 수도 없다.

③ 헌법재판소법 제36조 제1항은 “재판부가 심리를 마쳤을 때” 종국결정을 하도록 정하고 있는데, 이처럼 인용, 각하, 기각결정이 모두 불가능한 상태는 심리를 마친 것이라고 볼 수 없다. 따라서 재판부가 이 상태에서 결정을 선고하는 것은 불가능하며, 선고가 가능한 상태가 될 때까지 심리를 계속 진행하여야 한다.

다만 실무상으로는 헌법재판소가 판단유보나 선고불능을 선택할 수 있는 방법이 존재하지 아니하는데, 각하의견 4인, 인용의견 4인인 상태를 선고불능 상태로 보게 되면, 선고를 위해 심리에 관여한 재판관 중 일부가 의견을 바꾸거나 재판부의 구성이 변경될 때까지 사건을 종결하지 아니한 채 심리를 계속해야 하는 결과가 초래된다. 이는 심리 관여 재판관의 의견 변경을 사실상 강요하거나 청구인들에게 선고의 지연을 감수할 것을 요구하는 것

23) 김하열, 헌법소송법(제2판, 박영사), 제218면; 주석 헌법재판소법(2015), 제294면(정태호 교수 작성 부분).

으로 실무에 부합하지 아니한다.

#### (4) 이 사건에서 헌법재판소의 판단

각하의견 4인, 인용의견 4인으로 의견이 분립된 최초의 사건인 이 사건 결정에서 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대해서 각하의견을 밝힌 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진 뿐만 아니라 인용의견을 밝힌 재판관 이미선 역시 다음과 같은 이유로 이 경우 주문은 각하로 표시되어야 한다는 의견을 제시하였다.

『헌법재판소법 제23조 제2항은 “재판부는 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다.”고 정하면서, 단서에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원의 인용결정을 하는 경우 등에 한하여 재판관 6명 이상의 찬성이라는 가중정족수를 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법 제23조 제2항 단서의 규정상 6인 이상의 찬성을 필요로 하는 경우 이외의 사항, 즉 헌법소원의 적법성 충족 여부에 관한 사항 등은 재판관 과반수의 찬성으로 결정되어야 한다는 것이 규정상 분명하다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23 참조). 특히 소송요건은 본안심리 및 본안판결의 요건이다. 본안에 관해 심리하기 위해서는 소송요건이 충족되어야 한다는 이른바 ‘소송요건의 선순위성’은 소송법의 확고한 원칙으로, 이는 헌법재판에 있어서도 동일하게 적용된다. 그러므로 헌법소원심판에서 본안판단으로 나아가기 위해서는 적법요건이 충족되었다는 점에 대한 재판관 과반수의 찬성이 있어야 하며, 이에 이르지 못한 경우 헌법재판소로서는 본안판단에 나아갈 수 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다.

나아가 심판청구가 각하된 경우에는 적법요건의 흠결이 보정할

수 있는 것이라면 이를 보정하여 다시 헌법소원심판을 청구할 수 있으나(헌재 2001. 12. 20. 2001헌마484 참조), 심판청구가 기각된 경우에는 특별한 사정 변경이 없는 한 헌법재판소법 제39조에 의해 동일한 심판청구를 할 수 없다는 점에서, 심판청구를 각하하는 것이 청구인에게 더 유리하기도 하다.

따라서 화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구가 적법성을 충족한 것인지에 대해 어떠한 견해도 과반수에 이르지 아니한 이상, 헌법재판소는 심판청구를 각하함이 마땅하다.』

반면 재판관 유남석, 재판관 김기영, 재판관 문형배는 이 부분 심판청구를 기각하여야 한다는 의견을 제시하였는데 그 논거는 다음과 같다.

『가. 헌법 제113조 제1항은 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다고 정하고 있고, 헌법재판소법 제23조 제2항 본문은 이에 열거되지 아니한 결정의 경우에는 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 결정하도록 정하고 있다. 따라서 적법요건 충족 여부에 대한 중국적인 판단인 각하결정을 하기 위해서는 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성이 필요하다.

청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분 대한 각하의견은 “재판부는 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 하여야 한다.”고 정하고 있는 헌법재판소법 제23조 제2항 본문의 해석상 이 사건에서 기각결정을 선고하기 위해서는 과반수의 찬성이 필요하다고 한다. 그러나 헌법재판소법 제23조 제2항 본문의 ‘사건에 관한 결정’은 중국결정을 의미하는 것으로 본안판단에 나아가기 위한 전제로서 적법요건이

충족되었다는 결정은 헌법재판소법 제23조 제2항 본문의 ‘사건에 관한 결정’에 포함되지 아니한다.

나. 일반적으로 본안판단조차 받지 못한 것보다는 본안판단의 기회는 가졌다는 점에서 기각결정이 각하결정에 비해 청구인에게 유리하다. 이론상 적법요건의 흠결이 보정가능한 것일 경우에는 이를 보정한 후 심판청구를 다시 할 수 있다고는 하나 실무상 이러한 예를 발견하기 어렵기 때문에 이를 근거로 각하결정이 기각결정에 비해 당사자에게 유리하다고 볼 수는 없다. 특히 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대한 각하의견은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 존재하지 아니함을 각하의 이유로 들고 있는바, 이러한 적법요건의 흠결은 보정할 수 있는 성격의 것도 아니다.

또한 심판청구가 적법요건을 갖추지 못한 것이라는 의견과 적법요건을 갖춘 것이라는 의견이 동수로 어느 것도 과반수에 이르지 못한 경우에 헌법재판소가 각하결정을 선고하게 되면, 헌법소원심판을 통해 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부나 법률의 위헌 여부에 대해 판단을 받아보고자 하는 당사자의 헌법소원심판 청구를 제약하는 결과를 야기하는바, 이는 당사자의 권리구제의 측면에서도 타당하지 아니하다.

다. 결국 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대해서는, 각하의견이 재판관 4인으로 헌법재판소법 제23조 제2항 본문에 규정된 중국심리에 관여한 재판관의 과반수에 이르지 아니하였으므로 각하결정을 할 수 없고, 화해권유 부작위가 청구인 이○○ 등의 인간으로서의 존엄성을 침해한다는 의견이 재판관 4인으로 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 규정된 헌법소원에 관한 인용결정의 정족수에 미달

하여 인용결정도 할 수 없으므로, 헌법재판소로서는 각하의견 4인, 위헌의견 5인으로 위헌의견이 다수이나 인용결정의 정족수에 미달한 경우와 동일하게(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등; 헌재 2020. 10. 29. 2016헌마86 참조), 이 부분 심판청구를 기각할 수밖에 없다.』

## 6. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 이 사건에서 과거사정리법 제36조 제1항, 제39조가 정하고 있는 피해자 및 유가족의 명예를 회복시켜야 할 의무, 가해자와 피해자·유족 간의 화해를 적극 권유하여야 할 의무가 선언적인 명목상의 의무가 아니라, 헌법에서 유래하는 작위의무임을 인정하였다. 특히 작위의무 이행여부에 대한 재판부의 판단은 엇갈렸으나, 국가가 피해자 등의 명예를 회복하고 가해자와 피해자의 화해를 적극 권유하기 위해 적절한 조치를 취하여야 할 구체적 작위의무를 부담한다는 점에 대해서는 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었다는 점에서 큰 의미가 있다.

나. 이 사건에서는 1인의 재판관이 과거 이 사건과 관련한 재판에 관여한 바가 있다는 이유로 회피하였다. 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대한 종국결정에 관여한 8인의 재판관 중 4인의 재판관이 각하의견을, 4인의 재판관이 위헌의견을 제시하였고, 이 경우 주문을 어떻게 표시하여야 할 것인지와 관련하여 재판관 5인이 각하의견, 재판관 3인이 기각의견을 제시하여 최종 주문이 각하로 결정되었다. 심판청구가 적법하다는 의견과 부적법하다는 의견 중 어느 것도 과반수에 이르지 못한 경우 심판청구를 각하한 최초의 선례라는 점에서 헌법소송법적으로도 의미가 있다.

## 17. 근로자퇴직급여 보장법 제4조 제1항 단서 위헌소원

- 초단시간근로자의 퇴직급여 지급 제한 사건 -  
(헌재 2021. 11. 25. 2015헌바334등, 판례집 33-2, 547)

이 미 래\*

### 【판시사항】

1. 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자, 즉 이른바 ‘초단시간근로자’를 퇴직급여제도의 적용대상에서 제외하고 있는 ‘근로자퇴직급여 보장법’ 제4조 제1항 단서 중 ‘4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 한 헌법 제32조 제3항에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 근로자퇴직급여 보장법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 제정된 것) 제4조 제1항 단서 중 ‘4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 2015헌바334

청구인 천○○는 한국마사회의 경마개최 업무를 보조하는 시간제 경마직 직원으로 한국마사회와 근로계약을 체결하고 근무하다 2010. 10. 27. 퇴직 후 한국마사회를 상대로 퇴직금의 지급을 구하는 소를 제기하였으나 위 청구인의 1주당 소정근로시간이 15시간에 미달하여 ‘근로자퇴직급여 보장법’(이하 ‘퇴직급여법’이라 한다) 제4조 제1항 단서에 따라 퇴직금 지급대상에 해당하지 아니한다는 이유로 기각되고, 이에 항소하여 재판 계속 중 퇴직급여법 제4조 제1항 단서 중 “4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.” 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 2015. 8. 19. 위 항소가 기각됨과 동시에 위 신청이 기각되자 2015. 9. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 2018헌바42

청구인 민□□은 학교법인 △△학원과 매 학기 각 근로계약을 체결하고, 위 법인에서 설립·운영하는 ◇◇학교 및 ▽▽대학교에서 철학 담당 시간강사로 근무하다 2013. 6. 21. 퇴직 후 위 법인을 상대로 퇴직금의 지급을 구하는 소를 제기하였으나 위 청구인의 1주당 소정근로시간이 15시간에 미달하여 퇴직급여법 제4조 제1항 단서에 따라 퇴직금 지급대상에 해당하지 아니한다는 이유로 기각되고, 이에 항소하여 재판 계속 중 퇴직급여법 제4조 제1항 단서 중 “4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.” 부분에 대하여 위헌법률심판

제청을 신청하였으나 2017. 12. 13. 위 신청이 기각되고 2017. 12. 15. 위 항소가 기각되자 2018. 1. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건에의 보장은 근로자를 두텁게 보호하는 것뿐만 아니라 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면과 조화를 이룰 때 달성 가능하고, 이것이 헌법 제32조 제3항이 근로조건에의 기준을 법률로 정하도록 한 취지이다. 사용자가 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급의무를 부담하는 것은 근로자의 노후 생계보장이라는 목적을 달성하지도 못한 채 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다. 퇴직급여제도는 사회보장적 급여의 성격과 근로자의 장기간 복무 및 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있으므로, 해당 사업 또는 사업장에서의 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 사용자의 부담이 요구되는 퇴직급여 지급대상에서 배제한 것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 볼 수는 없다. 소정근로시간이 1주간 15시간 미만인 이른바 ‘초단시간근로’는 일반적으로 임시적이고 일시적인 근로에 불과하여, 해당 사업 또는 사업장에 대한 기여를 전제로 하는 퇴직급여제도의 본질에 부합한다고 보기 어렵다. 소정근로시간이 짧은 경우에는 고용이 단기간만 지속되는 현실에 비추어 볼 때에도, ‘소정근로시간’을 기준으로 해당 사업 또는 사업장에 대한 전속성이나 기여도를 판단하도록 규정한 것 역시 합리성을 상실하였다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제32조 제3



항에 위배되는 것으로 볼 수 없다.

2. 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 퇴직급여제도의 설정에 있어 초단시간근로자를 그 적용대상에서 배제함으로써 초단시간근로자를 통상의 근로자 또는 그 외 단시간근로자와 달리 취급한 것에는 합리적 이유가 있다. 퇴직급여제도가 적용되는 범위가 확대되고 있는 등 근로자를 보호하기 위한 입법개선 노력이 있어 왔고, 입법자가 법적 가치의 상향적 구현을 단계적으로 추구하는 과정에서 사용자와의 이해관계를 조정하기 위한 그 나름의 합리적 이유를 확인할 수 있으므로, 이를 입법재량을 벗어난 자의적인 재량권 행사라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

### 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 반대 의견

1. 현행법상 퇴직급여는 사업에 대한 공로의 유무나 다과에 관계 없이 지급되고 퇴직자가 안정된 수입원을 갖고 있는지 여부와 관계없이 지급된다는 점에서 본질적으로 후불임금의 성질을 지닌 것으로, 초단시간근로자 역시 해당 사업이나 사업장에 근로를 제공한 근로자임에도 불구하고 그 반대급부인 임금의 성격을 갖는 퇴직급여의 지급대상에서 이들을 배제하는 것은 그 정당성을 인정하기 어렵다. 또한, 퇴직급여제도는 노후생활보장 및 실업보험 기능을 목적으로 도입된 것으로 초단시간근로자라고 하여 이러한 보호가 필요하지 않다고 볼 수 없음은 명백하다. 퇴직급여제도의 공로보상적 성격을 일부 인정한다 하더라도 ‘소정근로시간’은 사업 또는 사업장에 대한 전속성이나 기여도를 평가할 수 있는 합리적이고 단일한 기준이라고 평가하기 어려워서 이것만을 기준으로 그 공로를 가늠하는 것은 합리적인 기준이라고 보기 어렵다. 실제 근로시간이

아닌 ‘소정근로시간’을 기준으로 퇴직급여의 지급대상에서 배제하는 것은 근로관계의 실체를 도외시하는 것이고, ‘근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간’이라는 규정방식은 사용자 주도성이 매우 강해 일자리 쪼개기 등의 편법적 행태를 방지할 수 없다. 초단시간근로자라 하더라도 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 퇴직급여액을 결정하는 방법으로 퇴직급여액에 대한 비례성을 담보할 수 있으므로 초단시간근로자를 퇴직급여제도의 적용대상에 포함시킨다 하더라도 사용자에게 심대한 수준의 영향을 미친다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준을 갖추지 못한 것으로서 헌법 제32조 제3항에 위배되어 근로의 권리를 침해한다.

2. 퇴직급여의 후불임금적 성격, 사회보장적 기능에 비추어 볼 때 퇴직급여제도의 적용 여부에 있어 소정근로시간에 따른 본질적 차이가 있다고 보기 어렵고, 퇴직급여의 공로보상적 성격에 비추어 보더라도 소정근로시간이 그 합리적 기준이 될 수 없다. 특히 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’에서는 통상근로자와 단시간근로자 사이의 차별적 처우를 금지하고 있고(제8조 제2항 참조), 근로기준법 제18조 제1항은 단시간근로자의 근로조건에 대하여 비례 보호의 원칙을 규정하고 있는데, 소정근로시간만을 기준으로 단시간근로자들 간에 퇴직급여 적용 여부에 차별을 두는 데에 합리적 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 퇴직급여제도의 적용 여부에 있어 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자와 15시간 이상인 근로자를 합리적 근거 없이 차별 취급하고 있으므로, 평등권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사건의 쟁점

이 사건 법률조항은 사용자로 하여금 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도를 설정하도록 규정하면서 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자, 이른바 ‘초단시간근로자’를 그 적용대상에서 배제하고 있다. 한편 헌법 제32조 제3항은 “근로조건에 관한 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다.

퇴직급여법에 마련된 퇴직급여제도는 근로관계가 종료된 이후 사용자로 하여금 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하도록 하는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로조건을 이루는 중요한 사항에 해당한다. 따라서 이 사건 법률조항이 퇴직급여제도의 적용대상에서 초단시간근로자를 배제한 것이 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준을 갖추지 못한 것으로서 헌법 제32조 제3항에 위배되는 것은 아닌지가 먼저 문제된다.

또한, 이 사건 법률조항은 퇴직급여 지급에 있어 초단시간근로자를 다른 통상의 근로자나 초단시간근로자가 아닌 단시간근로자 [1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 ‘단시간근로자’라 하는바(근로기준법 제2조 제1항 제9호), 이하 단시간근로자 중 1주간의 소정근로시간이 15시간 이상인 단시간근로자를 ‘초단시간근로자’와 구별하여 ‘그 외 단시간근로자’라 한다]와 달리 취급하고 있는바, 평등원칙에 위배되는지에 관하여도 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 퇴직급여제도

### 가. 퇴직급여제도의 연혁

근로기준법은 1953. 8. 9. 법률 제286호로 제정·시행되었는데, 당시부터 퇴직금제도에 관한 규정이 있었던 것은 아니다.<sup>1)</sup>

1961. 12. 4. 법률 제791호로 근로기준법이 개정되면서 현행 퇴직금제도와 유사한 규정이 신설되었고, 퇴직하는 근로자 모두에 대하여 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 지급하도록 하여(제28조),<sup>2)</sup> 현행 퇴직금제도의 기초가 되었다. 그 후 같은 법 시행령의 순차적 개정에 의해 1962. 9. 25.부터는 30인 이상 사업장, 1975. 4. 28.부터는 16인 이상 사업장, 1987. 12. 31.부터는 10인 이상 사업장으로 그 적용범위가 확대되었으며, 1989. 3. 29.부터는 5인 이상 사업장에 대해서 퇴직금에 관한 근로기준법 규정이 확대 적용되기 시작하였다.

퇴직금제도 도입 후 40여 년이 경과하면서, 급속한 인구고령화와 노동시장의 여건 변화, 기업 도산시 근로자의 수급권보장의 미흡, 상대적으로 보호 필요성이 큰 취약근로자에 대한 적용제외, 근로자 퇴직시 기업의 일시금 부담의 가중 등으로 일시금으로 지급하는 퇴직금제도의 문제점이 부각되었다. 2005. 12. 1.부터는 퇴직금제도를 근로기준법에서 분리하고, 퇴직연금제도를 새로 도입하여 퇴직금제도 및 퇴직연금제도를 모두 포괄하여 새로 제정된 퇴직급여법에서 규율하게 되었다.

---

1) “사용자가 근로자를 해고하고자 할 경우에는 30일분 이상의 평균임금을 근로자에게 지급하여야 한다.”는 제28조 제1항의 규정과 “2년 이상 계속 근로한 근로자에 대하여는 계속근로연수 1년에 대하여 30일씩을, 계속근로연수 10년 이상인 때에는 10년을 넘는 1년에 대하여 60일씩을 전항 일수에 가산하여야 한다.”는 같은 조 제2항의 규정 등 해고수당에 관한 규정만 있었을 뿐이다.

2) 제28조(퇴직금제도) 사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다. 단 근로연수가 1년 미만인 경우에는 예외로 한다.

## 나. 퇴직금제도의 내용

### (1) 퇴직금 설정

사용자는 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 하고, 사용자가 퇴직급여제도를 설정하지 아니한 경우에는 퇴직금제도를 설정한 것으로 간주된다(퇴직급여법 제4조 제1항, 제11조).

퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다(퇴직급여법 제8조 제1항). 이는 근로자보호를 위하여 퇴직금의 하한선(1년에 평균임금 30일분 이상)을 규정한 것이므로, 이 하한선 이상의 퇴직금을 합의하는 것은 가능하다.

### (2) 퇴직금 지급 요건

퇴직금의 지급 요건은 ① 근로자가 1년 이상 계속 근로하여 4주년을 평균하여 1주간의 소정 근로시간이 15시간 이상일 것(퇴직급여법 제4조 제1항 단서), ② 근로자가 퇴직할 것이다.

여기서 말하는 ‘근로자’란 개별적 근로관계의 당사자로서 근로기준법상의 근로자 개념과 일치한다. 따라서 노사간에 형식적으로 명백하게 근로계약을 체결한 사실이 없더라도 사실상 근로관계에 편입되어 근로를 제공하다가 퇴직한 근로자의 경우에도 퇴직금을 청구할 수 있고, 고용기간이 일정기간 동안으로 정하여진 임시직·비정규직·일용 근로자라 할지라도 계속적으로 근로를 제공한 이상 퇴직금을 청구할 수 있다.

‘퇴직’이란 근로관계가 종료하는 모든 경우를 의미하고, 근로자가 스스로 사직하는 경우, 근로기간이 만료되거나 정년에 이르게 된 경우, 근로자가 사망한 경우, 사용자에 의하여 해고된 경우 등

퇴직의 원인을 묻지 아니한다.

근로자가 퇴직한 경우 사용자는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 퇴직금을 지급해야 하며(퇴직급여법 제9조),<sup>3)</sup> 근로자가 퇴직금을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸된다(퇴직급여법 제10조).

(3) 퇴직금 산정방법

‘근로자퇴직급여 보장법’ 제8조 제1항에 의하여 사용자가 퇴직근로자에게 지급하여야 할 최소한의 법정 퇴직금은 계속근로년수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금이다. 이때 평균임금은 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제6호). 따라서 일반적인 퇴직금 산정의 기준이 되는 요소는 ‘계속근로년수’, ‘평균임금’, ‘퇴직금지급률’의 3가지로 구성된다. 그리고 이러한 3가지 산정요소는 모두 퇴직 당시를 기준으로 한다.

법정퇴직금산정 공식	$(X년 + Y개월/12월 + Z일/365일) \times 30일 \times 1일\ 평균임금$
---------------	-------------------------------------------------------

다. 퇴직연금제도

‘퇴직연금제도’란 기업이 근로자의 노후소득보장과 생활안정을 위하여 근로자 재직기간 중 퇴직금 지급재원을 외부의 금융기관에 적립하고 이를 사용자 또는 근로자의 지시에 따라 운용하여 근로자 퇴직시에 연금 또는 일시금으로 지급하도록 하는 기업복

3) 이를 위반하였을 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(퇴직급여법 제44조 제1호).

지제도이다. 사용자는 근로자대표의 동의를 얻어 퇴직연금규약을 작성하여 고용노동부장관에게 신고한 후 퇴직연금제도를 설정할 수 있다. 퇴직연금제도는 확정급여형과 확정기여형이란 2가지 제도로 나뉜다.

‘확정급여형(Defined Benefit) 퇴직연금’은 사용자가 매년 부담금을 금융기관에 사외적립하여 운용하며 근로자는 퇴직시에 퇴직금과 동일한 확정된 급여수준 만큼의 연금 또는 일시금을 수령하는 방식으로(퇴직급여법 제13조 이하), 근로자의 퇴직급여액이 사전에 확정되는 대신 사용자는 기금운용손익에 따른 위험을 부담한다.

‘확정기여형(Defined Contribution) 퇴직연금’은 사용자가 금융기관에 개설한 근로자 개별계좌에 확정된 부담금(연간 임금총액의 1/12)을 납부하고 근로자는 자기 책임 하에 적립금을 운용하여 퇴직시에 그 운용성과에 따른 연금 또는 일시금을 수령하는 방식으로서(퇴직급여법 제19조 이하), 사용자의 보험료 부담액이 사전에 확정되는 대신 근로자는 기금운용손익의 위험을 부담하여 최종적으로 수령하는 퇴직급여액이 달라진다.

위 퇴직연금제도는 각각 입장일단이 있으므로, 사업장별로 노사가 협의하여 확정급여형 또는 확정기여형을 선택할 수 있도록 하고 있다.

#### 라. 퇴직급여제도의 설정

사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 앞에서 설명된 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다. 다만, 계속근로기간이 1년 미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다(퇴직급여법 제4조 제1항). ‘하나 이상’의 제도를 설정하

여야 하도록 규정하고 있으므로, 퇴직금 또는 퇴직연금 중 하나의 제도만 선택하여 시행할 수도 있고, 두 제도를 병행하여 시행할 수도 있다. 근속연수의 일부에 대해서는 퇴직금제도를, 나머지는 퇴직연금제도를 설정할 수도 있다.

사용자가 퇴직급여제도가나 개인형퇴직연금제도(상시 10명 미만의 근로자를 사용하는 사업의 경우)를 설정하지 아니한 경우에는 퇴직금제도를 설정한 것으로 본다(퇴직급여법 제11조).

### 3. 단시간근로자와 초단시간근로자

#### 가. 근로기준법과 퇴직급여법에서의 정의 및 적용

‘단시간근로자’의 정의조항은 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 근로기준법이 개정되면서 신설되었다.<sup>4)</sup> 단시간근로자는 다른 근로자들과 마찬가지로 모든 조건에서 균등한 처우를 받아야 하지만, 근로시간에 따라 보호의 형태를 달리할 수 있으므로 그 근로조건은 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 함을 규정하였다(제22조의2 제1항, 이른바 ‘비례보호의 원칙’, ‘근로시간 비례의 원칙’).<sup>5)</sup> 동시에 1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간 근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 근로기준법의 일부 규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있도록 단시간근로자의 근로조건에 대한 예외를 인정할 수 있는 근거를 마련하였다(제22조의2 제3항)<sup>6)</sup>

4) 제19조의3(단시간근로자의 정의) 이 법에서 “단시간근로자”라 함은 1주간의 소정 근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다.

5) 제22조의2(단시간근로자의 근로조건) ① 단시간근로자의 근로조건은 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.



그런데 1996. 12. 31. 법률 제5245호 근로기준법 개정안의 국회 의결 절차에 대하여 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해하였다는 헌재 결정이 선고되는 등 무효 논란이 끊이지 않자 1997. 3. 13. 법률 제5305호로 근로기준법이 폐지되고 같은 날 법률 제5309호로 근로기준법이 새로이 제정되었는데, 이 때도 종전과 같은 내용의 퇴직금제도(제34조)<sup>7)</sup>와 단시간근로자의 근로조건(제25조)<sup>8)</sup>에 관한 규정이 마련되었다.

그 후 1997. 3. 27. 대통령령 제15320호로 폐지제정된 동법 시행령에 이르러서야 위 “1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자”라 함은 4주(4주간 미만)으로 근로하는 경우에는 그 주간)를 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자를 말한다고 하여, 근로조건에 예외를 인정할 수 있는 대상으로 ‘초단시간근로자’를 규정하였고(제9조 제2항), 이 초단시간근로자에 대하여는 법 제34조(퇴직금제도), 법 제54조(휴일), 법 제57조(월차유급휴가) 및 법 제59조(연차유급휴가)를 적용하지 않도록 규정하였다(제9조 제3항).

2005. 1. 27. 법률 제7379호로 퇴직급여법이 제정되면서 퇴직

- 
- 6) 제22조의2 (단시간근로자의 근로조건) ③ 1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 대통령령이 정하는 단시간근로자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용하지 아니할 수 있다.
- 7) 제34조(퇴직금제도) ①사용자는 계속근로년수 1년에 대하여 30일분이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다. 다만, 근로년수가 1년 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.
- 8) 제25조 (단시간근로자의 근로조건) ① 단시간근로자의 근로조건은 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 근로조건을 결정함에 있어서 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 이 법의 일부규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있다.

금제도는 퇴직급여법이 규율하도록 하였는바, 그 적용대상은 모든 퇴직하는 근로자이되, ‘계속근로기간이 1년 미만인 근로자’와 이른바 ‘초단시간근로자’는 그 대상에서 제외됨을 법률에서 직접 규정하였다(제4조 제1항 단서).

한편, 근로기준법에서도 2008. 3. 21. 법률 제8960호 개정 시 위 대통령령에서 규정된 바와 같은 초단시간근로자의 요건과 적용배제 조항을 법률로 규정하여(제18조 제3항)<sup>9)</sup> 현행에 이르고 있다.<sup>10)</sup>

#### 나. 1997년 근로기준법 및 시행령 제정 당시 초단시간 근로자를 유급주휴일, 연월차유급휴가, 퇴직금제도 적용대상에서 제외한 이유

앞서 살펴본 바와 같이 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정된 근로기준법과 1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정된 근로기준법은 1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 근로기준법의 일부 규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있도록 예외규정을 마련하고, 이에 따라 1997. 3. 27. 대통령령 제15320호로 폐지제정된 동법 시행령은 근로조건의 예외를 인정할 수 있는 대상으로 ‘초단시간근로자’를 규정하였으며(제9조 제2항), 초단시간근로자에 대하여는 법 제34조(퇴직금제도), 법 제54조(휴일), 법 제57조(월차유급휴가) 및 법 제59조(연차유급휴가)를 적용하지 않도록 규정하여(제9조 제3항) 초단시간근로자에 대한 근로조건의 배

9) 제18조(단시간근로자의 근로조건) ③ 4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 제55조와 제60조를 적용하지 아니한다.

10) 대통령령에 규정된 사항을 법률로 규정하여 위임근거를 명시한 것으로 별다른 문제점이 없다는 검토보고서가 있음(정부제출 근로기준법 일부개정법률안에 대한 2007. 11. 환경노동위원회 전문위원 검토보고서 참조)

제를 최초로 규정하였다.

위 각 법령 개정 및 제정 당시에 초단시간근로자에 대하여 퇴직금 등의 근로조건을 적용하지 않도록 규정한 이유에 대한 명시적인 입법자료는 찾아보기 어렵다.<sup>11)</sup> 근로기준법 개정 이전에는 1992년 당시 노동부 지침을 통해 단시간근로를 규율하였는데, 이 지침에서는 시간제근로의 정의를 ‘통상근로자의 소정 근로시간에 비해 3할 이상 짧은 자’로 정의하고, “시간 근로자의 근로조건이 근로시간에 비례하여 통상 근로자와 형평이 이루어지도록 노력하여야 하며, 법정기준을 하회하지 않는 범위 내에서 당사자의 자율적인 의사가 최대한 존중되어야 한다.”고 규정하였다. 지침의 이와 같은 내용 대부분이 위와 같이 개정 및 제정된 법령으로 옮겨간 것이나 이 지침에도 초단시간근로자에 대한 법적 보호의 배제를 규정한 것은 아니어서 그 취지를 범제상 파악하기 어렵다.

다만, 이에 대하여, 계산상의 번거로움에 비하여 소정근로시간에 비례하는 보호를 할 의미가 적기 때문이라거나,<sup>12)</sup> 초단시간근로자의 근로시간이 매우 짧아 공로보상성격을 갖는 퇴직금을 적용할 필요성이 상대적으로 적기 때문에<sup>13)</sup> 혹은 통상 근로자를 전제로 한 근로기준법 규정을 단시간근로자에게 그대로 적용할 때에는 사용자에게 가혹한 경우가 생길 수 있어 단시간근로자에서 더 나아가 소정근로시간이 현저하게 짧은 단시간근로자에게는 법조항 중 일부를 적용하지 않을 수 있게 한 것<sup>14)</sup>이라는 설명 등이

11) 1996년 근로기준법 개정안은 정부안이었는데, ‘통상의 근로자에 비하여 짧은 시간을 근로하는 단시간근로자의 보호를 위하여 단시간근로자의 근로조건은 동종업종에 종사하는 통상근로자의 근로시간에 비례하여 결정하도록 함’이라는 제안이 유만이 제시되어 있을 뿐이고(150401 의안원문 참조), 그 이후 이어진 본회의 회의록에서도 특별한 제안이유나 설명을 찾아볼 수 없다.

12) 임종률, 노동법, 박영사, 2021, 648면

13) 하갑래, 근로기준법, (주) 중앙경제, 2020, 729면

14) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해(제2판), 박영사, 2020, 47면(이정환, 김진 집

있다.

한편, 법 개정 직후 1997년 외환위기를 겪으면서 기업은 노동 유연성을 추구하기 위하여 정규직 형태의 고용을 비정규직 형태로 대체하기 시작하였고,<sup>15)</sup> 기존의 조직구조 및 사업구조의 효율을 높이기 위한 구조조정을 실시하였으며.<sup>16)</sup> 외환위기 이후 두 번째로 찾아온 2008년 금융위기는 이러한 현상들을 더욱 가속하였다. 즉 정부는 고용률 제고를 위해 ‘시간제근로’ 촉진정책을 사용하였는바, 초단시간근로자에 대한 근로조건 제외의 법제 조치는 기존의 노동시장에 배제되었던 인력들을 노동시장으로 유입시키는 데 가장 효과적인 정책으로서 기능하였을 것으로 보인다.

‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조 제1항 제6호 및 동법 시행령 제3조 제3항 제6호는 초단시간근로자에 대하여 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 인정하고 있는데, 이에 대하여 고용노동부는 초단시간근로자의 경우 인력운영의 탄력성을 위해 통상 고용하기 때문에 2년을 초과하여 근무하였음을 이유로 무기계약직으로 전환하는 것은 적절하지 않아 기간제한의 예외에 포함시켰다는 취지로 설명하였다.<sup>17)</sup>

#### 다. 단시간근로자에 대한 퇴직금 지급

근로기준법은 1953. 8. 9. 법률 제286호 제정 당시에는 모든 근로자가 아니라 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로관계가 단절되는 해고를 당하는 근로자에게만 금품을 지급하도록 하였을

필부분) 참조

15) 박수근, 변형된 분리직구제와 노동법의 적용, 노동법연구 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 261면

16) 박수근·김근주, 자발적 단시간근로 확대를 위한 법제도적 개선방안, 법학논총 제31집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 708면

17) 고용노동부, 기간제법 업무매뉴얼, 2011, 38면

뿐이고, 현재와 같은 퇴직금제도의 근간이 마련된 것은 그 후 1961. 12. 4. 법률 제791호 개정 시이다. 이 때는 퇴직하는 근로자 모두에 대하여 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 지급하도록 하되, 계속근로연수 1년 미만인 경우는 예외로 하도록 규정하였는바(제28조), 계속근로연수 1년 이상인 모든 근로자는 단시간근로자 여부를 불문하고 퇴직금의 지급대상이 된다고 해석할 수 있다. 즉 근로자인 이상 1년 이상 계속 근로한 자이면 임시직·잡급직·축탁직,<sup>18)</sup> 일용직, 도급계약 근로자,<sup>19)</sup> 수련의 등 전문직<sup>20)</sup>도 퇴직금 청구권을 가진다. 따라서 1961. 12. 4. 법률 제791호로 개정된 근로기준법부터는 계속근로연수 1년 이상인 모든 근로자는 단시간근로자라 하더라도 퇴직금 지급이 인정되었고, 다만, 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정된 근로기준법에 근로시간 비례의 원칙이 신설되었는바, 이 때부터는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 퇴직금제도가 적용되었다.

그 후 근로기준법이 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되면서 앞서 살펴본 바와 같이 대통령령이 정하는 바에 따라 초단시간 근로자에 대하여 퇴직금제도 등 근로조건의 예외를 인정할 수 있도록 근거규정을 마련하고(제25조 제3항), 이에 따라 제정된 동법 시행령은 초단시간근로자의 퇴직금제도의 적용 제외를 인정하였는바(제9조 제2항, 제3항), 이에 따라 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 초단시간근로자는 퇴직금제도의 적용이 제외되지만, 그 외 단시간근로자는 여전히 퇴직금제도의 적용대상이었다.

18) 대법원 1973. 9. 25. 선고 71다1078 판결

19) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다24250 판결, 대법원 1991. 10. 25. 선고 91도1685 판결

20) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다27730 판결

다만, 근로기준법상 퇴직금제도의 적용을 받는 사업장의 범위는 아래 표와 같이 차등적으로 확대되어 왔다.

관련법령 공포일	사업규모	적용기간
1962. 3. 4. (영)	30인 이상	1962. 3. 4. - 1975. 4. 27.
1975. 4. 28. (영)	16인 이상	1975. 4. 28. - 1987. 12. 30.
1987. 12. 31. (영)	10인 이상	1987. 12. 31. - 1989. 3. 28.
1989. 3. 29. (법)	5인 이상	1989. 3. 29. - 2005. 11. 30.
2005. 1. 27. (퇴직급여법)	5인 이상	2005. 12. 1. - 2010. 11. 30.
2011. 7. 5. (퇴직급여법)	1인 이상	2010. 12. 1. -

즉 근로기준법이 1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전에는 사업장 규모만을 기준으로 퇴직금제도의 적용 여부가 결정되었으나, 1996. 12. 31. 법률 제5245호 개정 이후에는 사업장 규모와 더불어 근로시간을 기준으로 퇴직금제도의 적용 여부 및 지급비율이 결정되었다.

#### 4. 각국 입법례

##### 가. 일본

일본 법률에서 단시간근로자와 초단시간근로자를 구별하여 규정하고 있는 바는 없으며, 사실상 현재도 장시간노동과 경직된 취업형태로 특징되는 고전적인 일본의 고용상황은 크게 변화하지 않았다.

1993년 단시간노동자의 보호에 관한 법률이 제정되어 통상의 근로자보다 짧은 시간 근로하는 자를 보호하는 사회적인 제도가 마련되고, 그 보호의 범위가 계속적으로 확대되는 방향으로 개정되고 있으나,<sup>21)</sup> 이 또한 한 주의 소정 노동시간이 20시간 이상일

21) 2020년 국민연금법 등 일부를 개정하는 법률에 의하여 단시간노동자를 피용자보

것을 전제하고 있다. 고용보험 및 후생연금보험(퇴직연금) 등에서 주당 근로시간이 20시간 미만인 자를 그 적용대상으로부터 제외하고 있다.

## 나. 독일

독일 사회법에 따르면 이른바 ‘미니잡’은 근로소득이 매월 450 유로를 초과하지 않은 경우 내지는 1년의 범위에서 최장 3개월 또는 70일을 초과하지 않는 근로를 의미한다. 미니잡은 근로자에 대한 사회보험이 면제되는데, 사회보험 면제는 경미한 고용에 대한 유인책으로 작용한다. 2013. 1. 1.부터 미니잡 근로자도 공적연금 가입의무가 있으며, 사용자는 미니잡 중앙센터에 연금보험 및 의료보험을 위한 일괄 비용을 지불한다. 연금보험에 대해 근로자 역시 경미한 본인 부담금을 부담하며, 이로써 연금보험에 대한 완전한 청구권을 가진다. 다만, 근로자 신청 시 이를 면제받을 수 있다.

단시간근로에 대해서는 법에 따라 통상근로자보다 불리한 대우를 받아서는 안 되고, 임금 등 금전적 가치가 있는 급부는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 비례하여 지급하도록 하는 등 차별대우가 금지된다. 이 법은 미니잡 근로자도 단시간 근로자에 해당한다고 규정하며, 미니잡 근로자도 객관적 사유로 인하여 상이한 처우가 정당화되지 않는 한 차별대우가 금지된다. 유럽사법재판소가 1995년 미니잡 근로자를 연금보험에서 배제하는 것이 성별을 이유로 한 차별과 객관적으로 연관되지 않는다고 판단한 이래, 연방노동법원은 미니잡 근로자를 공공부문 보충연금에서 제외

---

험의 가입대상으로 하는 사업소의 기업규모요건이 단계적으로 확대되는 것으로 개정됨(현행 종업원 수 501인 이상 사업장→ 2022년 10월부터 101인 이상→ 2024년 10월부터 51인 이상 사업장)

하는 것에는 객관적 사유가 존재한다고 판단하였다. 1999. 4. 1. 부터 미니잡 근로자의 사용자가 일괄비용으로 의료보험료와 연금 보험료를 지불하는 것으로 법이 개정되었고, 이에 따라 사회보험에서의 배제는 더 이상 객관적으로 정당화된 차별로 인정될 수 없다. 유럽사법재판소는 통상근로자와의 동일임금을 인정하고 있으며, 휴일근로수당, 야간수당, 휴가비 등이 인정되고, 유급 연차 휴가, 근로면제에 있어서 동일하게 처우하여야 한다.

#### 다. ILO, 유럽사법재판소 결정례

(1) 명시적으로 ‘초단시간근로자’를 별도 언급한 ILO 협약은 없으나 ILO는 여러 연구 및 정책자료를 통해 우리나라의 초단시간 근로에 상응할 수 있는 개념으로 ‘주변적인 시간제근로(marginal part-time)’를 언급하고 있다. 주변적인 시간제근로는 주당 15시간 또는 20시간 미만 근무나 대기근로, 영(零)시간 근로계약(zero-hours contracts) 등과 같이 매우 단시간의 근로를 의미하며, 각국의 정의에 따라 월 급여가 상대적으로 적은 수준의 근로를 의미하기도 한다.

초단시간근로도 ILO 제175호 협약이 정의하고 있는 ‘비교대상이 되는 통상근로자에 비하여 통상적인 근로시간이 짧은 단기근로’의 한 유형에 해당한다. 단시간근로자도 고용 및 직업면에서 정규근로자와 차별 없이 동일한 보호를 받아야 한다고 규정하고 있는 제175호 협약은 단시간근로자의 근로시간이 일정한 기준을 하회하는 경우에는 휴일, 휴가, 사회보장제도의 적용 등을 배제할 가능성을 남겨두고 있으나 임금(퇴직금 포함)에 대해서는 그러한 여지를 두고 있지 않다.



(2) 유럽연합에서도 ‘주변적인 시간제근로’ 개념을 인정하고 있다. 공식적인 지침이나 규칙은 없지만 유럽연합은 주당 20시간 미만 근로를 주변적인 시간제근로로 보고 있으며, 2016년 기준 유럽의 근로자 중 약 9%가 이에 해당하는 것으로 파악된다. 단시간근로자의 임금관련 균등처우에 관한 대표적인 유럽사법재판소 판례 중 퇴직금(severance pay)에 관한 것으로는 *Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* 사건이 있다. 이 판결은 직접적으로 근로시간의 장단 또는 근로형태의 상이함을 이유로 단시간근로자에 대한 불이익취급금지원칙이 검토되기보다는 단시간근로자의 경우 여성의 비중이 높다는 점을 인정하여 인권보장 관점에서 ‘동일(가치)노동·동일임금원칙’을 우선함으로써 남녀차별금지의 접근법에 의한 구제가 중심적으로 검토된 것이다.

## 5. 초단시간 근로실태<sup>22)</sup>

2002년부터 2015년까지 초단시간근로자의 규모는 19만명에서 59만명으로 연평균 9.2% 증가하였고, 2000년대 초중반을 제외하고는 계속 증가 추세이다. 특히, 2008년 금융위기 이후 높은 증가율을 보였는데, 이는 전일제근로자가 1-2%대 증가율을 보인 것과

22) 이하, 근로실태는 국가인권위원회, 초단시간 근로자 인권상황 실태조사, 2016년도 인권상황실태조사 연구용역보고서(2016. 10. 20.)를 주로 참고하고, 통계청 통계개발원, 한국의 사회동향, 2020, 172-207면; 통계청 통계개발원, 한국의 사회동향, 2017, 138-165면을 보충적으로 참고함. 시간제 또는 단시간근로에 대한 연구는 근로실태 등의 연구성과가 축적되어 있는데 비해, 초단시간근로자의 종합적인 근로실태에 관하여 통계, 설문작업 등을 수행한 연구는 거의 전무하였다가 국가인권위원회의 위 조사보고서가 거의 유일하고, 그 이후로도 위 연구를 재생산하는 것에 그치고 있음. 고용노동부의 2015년 학술연구용역사업의 일환으로 연구된 한국노동연구원, 근로기준제도 선진화 방안 연구(2015. 12.)가 있으나, 국가인권위원회의 위 조사보고서와 유사한 범위의 통계자료가 수록되어 있고, 그 외 차별되는 통계자료는 찾아보기 어려움. 한편, 통계청 통계개발원에서 매년 발간되는 ‘한국의 사회동향’은 각 영역별 주요동향을 살펴보는 주요한 자료로 제공되는바, 이를 보충적으로 사용하였음.

대비된다. 2000년대 초반에는 단시간근자의 증가율이 높은 반면, 2008년 이후에는 초단시간근로자의 증가율이 두드러지며, 2009-2010년에는 초단시간근로의 증가가 급격한 양상을 보인다. 2002-2015 연평균 증가율이 초단시간근로(9.2%)>단시간근로(7.6%)>전일제근로(2.2%) 순으로 높아 이 기간 동안 초단시간 일자리가 가장 빠른 속도로 확산되었다고 볼 수 있다. 노동시간별 노동자 분포를 보면, 장기간 노동자 비율 역시 감소 추세를 알 수 있다. 2010년에는 주당 54시간 이상 일하는 노동자 비율이 27.3%에 이르렀으나 2019년에는 14.5%로 줄었고, 반대로 주당 1-17시간 일하는 노동자가 차지하는 비중은 2010년 4.4%에서 2020년 3분기에는 7.5%로 증가하였다.

	초단시간근로자	일반단시간근로자	전일제근로자
2002	186,543	620,256	12,821,635
2003	170,907 (-8.4)	757,996 (22.2)	13,219,895 (3.1)
2004	200,731 (17.5)	871,187 (14.9)	13,512,182 (2.2)
2005	185,777 (-7.4)	858,458 (-1.5)	13,924,005 (3.0)
2006	255,015 (37.3)	880,033 (2.5)	14,215,700 (2.1)
2007	262,314 (2.9)	939,111 (6.7)	14,681,425 (3.3)
2008	272,079 (3.7)	956,544 (1.9)	14,873,170 (1.3)
2009	312,766 (15.0)	1,112,133 (16.3)	15,052,088 (1.2)
2010	389,392 (24.5)	1,230,878 (10.7)	15,427,851 (2.5)
2011	456,275 (17.2)	1,238,574 (0.6)	15,807,840 (2.5)
2012	460,888 (1.0)	1,365,464 (10.2)	15,907,414 (0.6)
2013	497,536 (8.0)	1,385,810 (1.5)	16,356,544 (2.8)
2014	520,352 (4.6)	1,491,055 (7.6)	16,744,618 (2.4)
2015	585,453 (12.5)	1,612,148 (8.1)	17,076,541 (2.0)

23) ( ) 안은 전년 대비 증가율

노동시간별 노동자 분포, 2010-2020. 3/4 (%)						
	1-17시간	18-35시간	36-44시간	45-53시간	54시간 이상	일시 휴직자
2010	4.4	10.7	30.3	25.7	27.3	1.6
2012	4.4	10.2	32.7	25.9	25.1	1.7
2014	4.5	10.9	34.9	25.3	22.8	1.6
2016	4.8	12.2	35.8	25.3	20.3	1.6
2018	5.7	13.8	39.5	23.2	16.4	1.5
2019	6.7	13.2	41.5	22.6	14.5	1.5
2020 1분기	6.6	12.7	42.9	21.5	12.8	3.5
2분기	6.8	19.2	40.3	18.1	11.6	4.0
3분기	7.5	14.3	44.0	19.4	11.9	2.9

2015년 기준 초단시간근로자의 산업별 분포 중 가장 높은 비율을 차지하는 것은 보건사회서비스업(26.5%)이었고, 그 뒤로 공공행정국방(15.8%), 교육서비스업(13.8%), 숙박음식업(13.0%), 도소매업(12.0%) 순이었다. 초단시간근로자는 특히 사회서비스 분야의 근로 비율이 높은 특징을 보이는데, 사회서비스 분야(공공행정국방, 교육서비스업, 보건사회서비스업, 예술스포츠여가업, 개인서비스업)가 전체의 63.3%를 차지하였다. 이는 비정규직의 산업별 분포가 숙박음식업(13.6%), 도소매업(13.5%), 제조업(10.6%), 시설관리업(10.5%), 건설업(10.4%)의 순인 점, 피고용자의 산업별 분포가 제조업(20.7%), 도소매업(11.6%), 보건사회서비스업(8.8%), 교육서비스업(7.6%), 숙박음식업(7.4%)의 순인 점과 구별되는 지점이다. 산업전체 초단시간근로자는 사회서비스분야에서 2015년 37만명에서 2022년 69만명으로 증가할 것으로 예상된다.

초단시간근로자의 산업별 분포(명, %)

산업	초단시간근로자수(명)	초단시간 내 비율(%)	비정규직 수(명)	비정규직 내 비율(%)	피고용자 전체	피고용자 내 비율(%)
농업임업어업	3,397	0.6	109,980	1.3	125,358	0.6
제조업	17,277	3.0	911,437	10.6	4,005,886	20.7
전기가스수도업	1,037	0.2	14,095	0.2	90,917	0.5
건설업	5,945	1.0	895,219	10.4	1,388,334	7.2
도소매업	70,221	12.0	1,166,374	13.5	2,235,299	11.6
운수업	880	0.2	238,812	2.8	783,012	4.1
숙박음식업	76,333	13.0	1,169,570	13.6	1,426,077	7.4
출판영상방송업	3,713	0.6	155,160	1.8	714,463	3.7
금융보험업	3,158	0.5	300,957	3.5	750,637	3.9
부동산임대업	10,384	1.8	233,802	2.7	363,430	1.9
전문과학서비스업	3,442	0.6	186,170	2.2	909,663	4.7
시설관리업	12,443	2.1	902,490	10.5	1,166,217	6.0
공공행정국방	92,657	15.8	276,180	3.2	950,328	4.9
교육서비스업	80,941	13.8	634,689	7.4	1,458,214	7.6
보건사회서비스업	155,045	26.5	710,175	8.2	1,694,536	8.8
예술스포츠여가업	12,127	2.1	189,851	2.2	289,345	1.5
개인서비스업	29,640	5.1	439,500	5.1	780,883	4.0
자가소비생산활동	6,822	1.2	63,750	0.7	63,750	0.3
국제 및 외국기관	0	0.0	2,837	0.0	19,222	0.1

단시간근로자와 초단시간근로자 모두 항상 여성이 남성보다 더 많았고, 증가속도도 대체로 여성이 더 빠르다. 초단시간근로자는 2002년 여성(120,279명)이 남성(66,264명)보다 약 1.8배 많았는데, 2015년에는 여성 411,307명(70.3%), 남성 174,146명(29.7%)으로 약 2.4배까지 격차가 벌어지게 된다. 2015년은 2002년보다 여성은 3.4배, 남성 2.6배만큼 규모가 커졌고, 연평균

증가율도 여성이 9.9%로 남성 7.7%보다 더 높았다. 즉 초단시간 노동자 규모 증가추세는 여성 초단시간근로자 증가가 주도해왔다고 할 수 있는데, 그런 점에서 단시간근로자의 여성화와 여성 비정규직의 초단시간화가 동시에 진행되었다고 볼 수 있다. 서비스산업 팽창 추세 속에서 여성 중심의 초단시간근로자들이 함께 확대되면서 일자리 양극화의 하위 축을 견지할 것으로 전망된다.

초단시간근로자가 어떠한 인구학적 특성의 집단에서 증가하고 있는지를 살피기 위해, 연령집단을 청년층(15-34세), 중장년층(35-59세), 고령층(60세 이상)으로 구분하고, 학력집단을 저학력집단과 고학력집단으로 구분한 뒤 이를 교차하여 6개 집단으로 하위 집단을 구분한 결과, 남성 초단시간근로자는 2009년부터 저학력자 중에서도 고령층이 청년층을 추월하여 그 수가 가장 많았고 2013년을 제외하고는 이 추세를 이어갔다 여성은 특히 2008년부터 저학력 고령층의 초단시간근로자가 급증하였다. 즉 초단시간근로는 저학력 계층을 중심으로 확산되고 있으며, 고령자의 비율이 높다. 이는 특히 여성 초단시간 노동시장에서 두드러진다.

2015년을 기준으로 초단시간근로자나 단시간근로자, 전일제근로자 모두 고용계약기간을 정한 비율이 정하지 않은 비율보다 더 높았는데, 초단시간근로자는 6개월 이상 1년 미만 계약한 경우가 80%에 육박할 정도로 높았고(77.5%), 1개월 이상 6개월 미만 계약자도 두 번째로 많아(15.0%), 고용이 단기간만 지속되는 점을 확인할 수 있고, 2년을 초과하여 근로계약을 맺은 경우가 약 0%인바, 대부분 2년 후 고용상태에 대해 예측가능성이 없음을 확인할 수 있다.

초단시간근로자의 한 사업장에서의 근속기간에 대한 통계는 찾아보기 어렵다.

초단시간근로자의 임금은 2002년부터 2015년까지 소비자 물가가 반영된 실질임금을 살펴본 결과 하락하는 양상을 보였고, 이는 매년 대체로 꾸준히 임금이 상승해 온 전일제근로자와 구별된다. 모든 연령층에서 저학력 초단시간근로자는 고학력 초단시간근로자보다 임금이 낮았는데, 저학력자 중에서도 고령층<청년층<중장년층 순으로 임금이 낮았다. 고령층 초단시간근로자는 다른 연령층에 비해 저학력자와 고학력자 간 임금 격차가 작기 때문에 상대적으로 임금에 미치는 학력의 영향이 작다고 볼 수 있다. 이와 더불어 우리나라 최저임금은 2016년 기준 임금근로자 평균임금(시간당 임금)의 44.8% 수준인데, 최저임금 미만율(전체 임금근로자 중 최저임금 미만의 임금을 받는 근로자의 비율)은 13.6% 수준이다. 이러한 가운데 정규직근로자의 최저임금 미만율은 7.1%이지만 기간제를 포함한 비정규직 근로자의 경우 26.9%의 최저임금 미만율을 보이고 있고, 특히 단시간근로자는 41.2%가 최저임금 미만의 임금을 받고 있다.<sup>24)</sup>

초단시간근로자는 법에 의하여 주휴수당과 연차수당(혹은 유급휴가), 퇴직금을 받지 못하고, 산재보험을 제외한 4대 보험에서도 제외되며, 2년 이상 근로하더라도 기간의 정함이 없는 근로자의 지위로 이동하지 못하는바, 이와 같은 법적 규율로 인하여 노동집약적인 서비스업종에서 값싼 노동력인 저학력계층을 전일제근로자나 단시간근로자 대비 더 저렴한 초단시간근로자로 사용할 수 있게 된다.

초단시간근로형태가 고용시장에서 확대된 데에는 노동시장 취약 집단은 취업에 어려움을 겪으면서도 당장 소득이 필요한데, 사용업체는 저렴하게 사용할 수 있는 노동력을 찾고 있어 양자의 이해관

24) 통계청 통계개발원, 한국의 사회동향, 2017, 150면

계가 상응하며 호혜관계가 수립되었다는 점을 하나의 이유로 볼 수 있다. 노동시장 취약집단을 중심으로 초단시간 노동시장의 저임금 평형이 형성된 것이다. 초단시간근로자에 대한 합법적 차별처우로 인해 초단시간근로는 열악한 노동조건을 벗어나기 어렵고, 이로 인해 초단시간 노동시장은 자신의 생애주기 혹은 육아·가사 또는 학업, 취업 준비와의 병행 등 특별한 사정을 위해 자율적이고 자발적인 형태로 선택하는 것보다 당장 수입이 필요하지만 보다 나은 일자리를 구하기 어려운 노인, 여성, 청년, 저학력자 등의 노동시장 취약집단이 선택하게 되는 경향이 강하게 된다. 그 결과 사용자들은 합법적 차별처우에 기초하여 저임금 등 상대적으로 열악한 근로조건으로도 일자리를 채울 수 있게 되어 저임금 평형이 재생산되고 있다.

종합하면, 우리나라 초단시간 노동시장은 민간 주도 사회서비스업의 성장이라는 수요 측 요인과 빈곤 고령층의 증가라는 공급 측 요인, 그리고 근로자 법적보호의 사각지대를 만든 예외조항 등 제도적 요인이 맞물린 결과 급성장해온 것으로 보인다.

## 6. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 헌법 제32조 제3항에 위반되는지 여부

(1) 다수의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『인간의 존엄에 상응하는 근로조건'의 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 입법자의 형성의 자유에 속하는 것으로, 퇴직급여제도의 적용대상에서 초단시간근로자를 배제한 심판대상조항이 헌법 제32조 제3항에 위배되는지 여부는 입법자가 퇴직급여제도를 형성함에 있어 근로자 보호의 필요성, 사용자의 부담능력, 목적달

성에 소요되는 경제적·사회적 비용, 각종 사회보험제도의 활용이나 그러한 제도에 의한 대체나 보완가능성 등 제반사정을 고려하여 근로자 퇴직급여제도를 설정함에 있어 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부에 달려 있다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310 등 참조).

... 살피건대, 근로조건의 보장은 기본적으로 근로자의 생활보장 및 인간의 존엄성을 보장해주는 기초적인 근로의 권리의 내용이지만, 이는 일방적으로 근로자를 두텁게 보호하는 것만으로 달성되는 것이 아니라, 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면과 조화를 이룰 때 달성이 가능하고, 이것이 헌법 제32조 제3항이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 취지이다. 그런데 퇴직급여법은 사용자로 하여금 퇴직하는 근로자에게 퇴직급여를 지급하도록 규정하면서 그 중 퇴직금의 경우 사용자가 전액을 부담하고, 퇴직연금의 경우에도 일부 확정기여형 연금의 경우를 제외하고 원칙적으로 사용자가 납부하는 기금으로 운영되도록 규정하고 있다. 게다가 퇴직급여법은 동거하는 친족만을 사용하는 사업 및 가구 내 고용활동을 제외하고는 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 전면 적용되고 있다(제3조). 이러한 현실에서 사용자로 하여금 근로자가 일시적이거나 임시적으로 근로를 제공하는지에 관계없이 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급의무를 부담하게 하는 것은 지나치게 과중한 부담이 될 수 있으며, 근로자의 노후생계보장이라는 소기의 목적을 달성하지도 못한 채 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다(헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408 참조).

한편, 퇴직급여가 후불임금적 성격을 가지고는 있지만, 퇴직급여



법의 제정은 근로자의 안정적인 노후생활 보장에 이바지하기 위한 것으로(제1조) 퇴직급여법에서 규정하고 있는 퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하다. 나아가 퇴직급여법상 퇴직급여액은 근로자의 근무경력이 길어질수록 누진적으로 퇴직급여도 많아지도록 설계하고 있는 점에 비추어 보더라도 퇴직급여제도는 근로자의 장기간 복무와 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있다(헌재 2008. 11. 27. 2007헌바36; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408 참조).

이와 같은 퇴직급여의 성격 및 기능에 비추어 볼 때 근로자의 해당 사업 또는 사업장예의 전속성이나 기여도가 퇴직급여제도 성립의 전제가 된다 할 것이므로, 사용자의 부담이 요구되는 퇴직급여제도를 입법하는 데 있어 해당 사업 또는 사업장예의 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 그 지급대상에서 배제한 것을 두고 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 볼 수는 없다.』

(2) 위와 같이 다수의견은 이 사건 법률조항이 입법형성권의 한계를 일탈하지 않았다고 판시하면서, 퇴직급여가 사회보장적 급여로서의 성격이 강하여 근로자의 전속성이나 기여도를 전제로 한다고 보았고 초단시간근로는 해당 사업 또는 사업장예 하루 평균 2, 3시간 정도의 근로를 제공한다는 의미로 일반적으로 임시적이고 일시적인 근로에 불과하여 초단시간근로자에 대한 퇴직급여 지급이 사용자의 부담을 용인할 수 있을 정도의 기여를 전제로 하는 퇴직급여제도의 본질에 부합한다고 보기 어렵다고 하였다. 근로실적이나 근로성과 등의 지표는 객관적인 평가나 측정에 어려움이 있고, 초단시간근로의 경우 대체로 근속기간이 길지 않은 현실에 비추어 소정근로시간을 일응의 기준으로 삼은 것이 현저히 불합리하

다고 평가할 수 없다고 판시하면서 편법적 행태 시도에 대한 법원의 판단, 퇴직 후 생활보장을 보완해 줄 다른 사회안전망 제도의 존재, 국제노동기구(ILO) 제175호 「단시간근로 협약」(1944) 제8조 등의 내용이 주는 시사점 등을 종합하여 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항에 위배되지 않는다고 판단하였다.

(3) 이에 대하여 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 퇴직급여제도가 연혁적으로 공로보상에서 출발하였더라도, 현행법상 퇴직급여가 본질적으로 근로제공의 대가인 후불적 임금의 성질을 지니고 있으므로, 초단시간근로자를 배제하는 것은 퇴직급여제도의 입법취지에 반하여 정당성이 인정될 수 없다고 하면서, 아래와 같은 이유를 들어 이 사건 법률조항이 근로의 권리를 침해한다는 반대의견을 밝혔다.

『또한 퇴직급여제도는 ‘정년퇴직하는 근로자의 노후생활 보장’ 및 ‘중간퇴직하는 근로자의 실업보험’ 기능을 목적으로 도입되었는데(헌재 2013. 9. 26. 2012헌바186 참조), 초단시간근로자라고 하여 이러한 보호가 필요하지 않다고 볼 수 없음은 명백하다. 오히려 초단시간근로자의 경우 임금수준이 열악할 뿐만 아니라, 고용보험법, 국민연금법, 국민건강보험법은 일부 예외를 두고 있기는 하지만 1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자를 그 적용대상에서 제외하여 대부분의 초단시간근로자들이 고용보험, 국민연금, 국민건강보험(직장보험) 등 사회보장제도에서 소외되어 있는데, 여기에 더해 퇴직급여제도에서까지 초단시간근로자를 배제하는 것은 결과적으로 사회안전망의 사각지대를 발생시키는 것이고, 이러한 우려는 이미 현실화되고 있다.

... ‘소정근로시간’은 사업 또는 사업장에 근로하는 형태를 드러내는 하나의 지표에 불과할 뿐 이것이 사업 또는 사업장에 대한

전속성이나 기여도를 평가할 수 있는 합리적이고 단일한 기준이라고 평가하기 어렵다. ‘소정근로시간’은 짧지만 ‘근속기간’이 긴 경우(가령, 1주 소정근로시간이 15시간인 근로자가 10년을 근무하고 퇴직하는 경우)와 ‘소정근로시간’은 상대적으로 길지만 ‘근속기간’이 짧은 경우(가령, 1주 소정근로시간이 20시간인 근로자가 2년을 근무하고 퇴직하는 경우), 전자의 기여도가 후자보다 적다고 단정할 수 없다는 점을 살펴보더라도 그러하다. ...초단시간근로는 지속적인 증가 추세로 2021년 초단시간근로자의 수가 2003년 초단시간근로자의 수에 비하여 약 915% 증가한 규모이고 각 산업에서 초단시간근로자가 차지하는 비율도 늘고 있으며, 초단시간근로자의 근속기간이 1년을 초과하는 등 초단시간근로가 일시적이거나 일시적이어서 해당 사업장에서의 기여도가 일률적으로 적거나 없다고 단정하기 어렵게 되었다.

(5) 한편, ‘소정근로시간’은 법으로 정하는 기준근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 약정한 근로시간으로(근로기준법 제2조 제1항 제8호), 이는 ‘실제 근로시간’과 구별된다. 그런데 근로관계에 대한 법적 규제는 근로관계의 형식이 아닌 실재를 중심으로 이루어지는 것이 통상적이다. 형식상 일용직·임시직 등으로 되어 있다 하더라도 근로관계가 중단되지 않고 계속된 경우에는 실제 근로한 기간 모두를 계속근로기간으로 하여 퇴직금을 산정하거나, 임시직 등으로 채용되어 근무하다가 중간에 정규직으로 채용되어 중단 없이 계속하여 근무한 경우에도 근로기간 모두를 합산하여 퇴직금을 산정하는 등(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다 26168 전원합의체판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다 29736 판결 등 참조) 근로관계의 형식보다 실재를 기준으로 근로조건 적용을 인정하고 있다. 그런데 초단시간근로자의 경우

실제 근로한 시간이 아닌 '소정근로시간'을 기준으로 퇴직급여제도의 적용대상에서 배제하는 것은 근로관계의 실재를 도외시하는 것으로 근로조건에 보호 여부를 결정짓는 합리적 기준이라 보기 어렵다. 특히 '근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간'이라는 규정방식은 사용자 주도성이 매우 강하기 때문에 실제 근로시간이 소정근로시간을 초과되는 식으로 운영되거나 일자리 쪼개기가 이루어지는 등으로 퇴직급여법의 적용을 회피하려는 편법적 행태를 방지할 수 없고, 실제 적지 않은 경우 초단시간근로관계는 퇴직급여 지급이나 사회보험 가입 등의 노동관계법령상의 부담을 피하기 위하여 형성되는 경향이 있음을 부정할 수 없다.

(6) 이에 대하여 초단시간근로자까지 퇴직급여제도의 적용을 받게 될 경우 사용자에게 경제적 부담이 과도하게 가해질 수 있다는 우려가 제기될 수 있다. 그러나 근로기준법 제18조 제1항은 “단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.”고 하여 비례 보호의 원칙을 규정하고 있으므로, 초단시간근로자의 경우에도 그 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 퇴직급여액을 결정하는 방법으로 퇴직급여액에 대한 비례성을 담보할 수 있어 초단시간근로자를 퇴직급여제도의 적용대상에 포함시킨다 하더라도 사용자에게 심대한 수준의 영향을 미친다고 보기는 어렵다.

(7) 이상의 점을 종합하면, 심판대상조항이 실제 근로형태나 근로내용을 전혀 고려하지 않고 소정근로시간만을 이유로 초단시간근로자를 퇴직급여제도의 적용대상에서 배제한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 기준을 갖추지 못한 것으로서 헌법 제32조 제3항에 위배되어 근로의 권리를 침해한다.』

### 나. 평등원칙 위배 여부

(1) 다수의견은 퇴직급여제도의 설정에 있어 초단시간근로자를 그 적용대상에서 배제함으로써 초단시간근로자를 통상의 근로자 또는 그 외 단시간근로자와 달리 취급한 것에는 합리적 이유가 있다는 점에 아래와 같은 이유를 덧붙여 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

『퇴직급여법은 퇴직하는 근로자의 안정적인 노후생활 보장에 이바지할 목적으로 제정된 것이므로(제1조), 원칙적으로 퇴직하는 모든 근로자에게 적용되는 것이 바람직하다고 할 수 있고, 장기적으로는 초단시간근로가 열악한 고용환경을 벗어나 양질의 근로형태로서 자발적으로 선택될 수 있는 근로형태의 하나로 자리 잡기 위한 측면에서도 퇴직급여제도의 적용대상에서 초단시간근로자를 배제하지 않는 것이 바람직하다. 그러나 국가는 합리적인 수준에서 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있다(헌재 2011. 6. 30. 2008헌마 715등 참조). 실제로도 퇴직급여제도가 적용되는 사업장의 범위는 30인 이상 사업장, 16인 이상 사업장, 10인 이상 사업장, 5인 이상 사업장으로 확대되어 오다 현재는 상시 4인 이하 사업장까지 그 적용대상이 확대되었고, 또한, 종전에는 퇴직금만 퇴직급여의 종류로 인정하다 현재는 퇴직연금 등으로 그 종류가 확대되는 등 퇴직급여제도의 적용범위나 내용을 확대하여 근로자를 보호하기 위한 입법개선 노력이 지속적으로 있어왔다. 따라서 입법자가 퇴직급여제도를 설정함에 있어 초단시간근로자를 그 지급대상에서 배제함으로써 차별취급이 발생하였다고 하더라도 이는 입법자가 근로자에 대한 퇴직급여제도의 보편적 적용이라는 법적 가치의 상향적 구현을 단계적으로 추구하는 과정에서 발생한 결과로 사용자와

의 이해관계를 조정하기 위한 그 나름의 합리적 이유를 확인할 수 있으므로 이를 입법재량을 벗어난 자의적인 재량권 행사라고 보기는 어렵다.』

(2) 이에 대하여 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 반대 의견을 통해, ‘퇴직급여가 본질적으로 근로제공의 대가인 후불적 임금의 성질을 지닌 것으로 보아야 하는 이상 소정근로시간에 따라 그 지급 여부에 차이를 둘 합리적 이유를 찾기 어렵고, 퇴직급여의 사회보장적 기능에 따른 지급 필요성 역시 퇴직하는 근로자의 소정근로시간에 따라 본질적 차이가 있다고 보기 어려우며, 심판대상조항이 퇴직급여의 공로보상적 성격에 기인한 것이라 하더라도 소정근로시간은 그 합리적 기준이 될 수 없다고 하였다. 특히 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’에서는 통상근로자와 단시간근로자 사이의 차별적 처우를 금지하고 있고(제8조 제2항 참조), 근로기준법 제18조 제1항은 단시간근로자의 근로조건에 대하여 비례 보호의 원칙을 규정하고 있는데, 소정근로시간만을 기준으로 단시간근로자들 간에 퇴직급여 적용 여부에 차별을 두는 데에 합리적 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 퇴직급여제도의 적용 여부에 있어 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자와 15시간 이상인 근로자를 합리적 근거 없이 차별 취급하고 있으므로, 평등권을 침해한다는 의견을 밝혔다.

## 7. 이 사건 결정의 의의

이 결정은 이른바 ‘초단시간근로자’의 근로조건 형성에 관한 규율에 대하여 헌법재판소에서 처음 판단한 사건이다.

## 18. 도로교통법 제148조의2 제1항 위헌소원 등

- 음주운전 금지규정 2회 이상 위반자에 대한 가중처벌조항이  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446등, 판례집 33-2, 587)

이 현 주\*

### 【판시사항】

1. 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

---

\* 서울중앙지방법원 판사

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2019헌바446

청구인 정○○는 도로교통법위반(음주운전)죄로 4회 처벌받은 전력이 있는데, 2019. 8. 17. 혈중알코올농도 0.065%의 술에 취한 상태로 승용차를 운전함으로써 도로교통법 제44조 제1항을 2회 이상 위반하였다는 등의 공소사실로 기소되었다. 그리고 그 재판 계속 중 2회 이상 음주운전을 가중처벌하는 구 도로교통법 제148조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 각하 및 기각되자,<sup>1)</sup> 2019. 11. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 2020헌가17

당해사건의 피고인은 도로교통법위반(음주운전)죄로 1회 처벌받은 전력이 있는데, 2019. 11. 28. 혈중알코올농도 0.08%의 술에 취한 상태로 승용차를 운전함으로써 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반하였다는 공소사실로 기소되었다. 위 사건을 담당한 법원은 재판 계속 중 직권으로 구 도로교통법 제148조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

#### 다. 2021헌바77

청구인 강○○은 도로교통법위반(음주운전)죄로 3회 처벌받은 전력이 있는 상태에서 2019. 11. 7. 혈중알코올농도 0.040%의 술에 취한 상태로 승용차를 운전하였다는 공소사실로 기소되었고,

1) 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 '제44조 제2항' 부분은 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하되고 나머지 부분은 기각되었다.



그 재판 계속 중 구 도로교통법 제148조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2021. 3. 29. 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 제청법원의 위헌제청이유

### 가. 청구인들의 주장

#### (1) 2019헌바446

심판대상조항을 ‘음주운전 금지의무 2회 이상 위반’이라는 행위 요소를 포괄일죄로 규정한 것으로 해석하면 일사부재리원칙에 위반되고, 특별한 시간적 제약 없이 가중처벌하게 되어 죄형법정주의의 적정성원칙 및 과잉금지원칙에 위반된다. 이를 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람이라는 신분만 규정한 것으로 해석하면 죄의 성립에 관한 구성요건을 누락한 것이 되고, ‘2회째 이상 음주운전 행위 시 그 최후의 음주운전행위’에 적용하면 유추해석이 되므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 법률주의와 명확성원칙에 위반된다.

#### (2) 2021헌바77

심판대상조항은 가중처벌을 규정함에도 단지 ‘2회 위반’이라고만 규정하여 그 의미를 명확히 알 수 없으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되고, 과거 위반행위에 대한 시적 제한 없이 다른 제한 요소도 두지 않은 채 가중처벌하므로 비례성원칙에 위반되며, 다른 범죄와 비교하여 굳이 2회 위반을 가중요건으로 규정한 것은 평등원칙에 위반된다.

### 나. 제청법원의 위헌제청이유(2020헌가17)

(1) 심판대상조항이 정하고 있는 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에서 ‘위반’이 제44조 제1항 위반으로 기소되어 무죄판결을 받은 경우 등을 위반 전력으로 포함하는지 불분명하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

(2) 심판대상조항은 과거 음주운전 금지규정 위반 전력만 있으면 위반행위 사이의 시간적 간격, 운전한 차량의 종류, 혈중알코올농도 수준 등에 관계없이, 상습성이 없음이 명백한 경우까지 무차별적으로 음주운전 행위자를 가중처벌하도록 하고 있어 과잉금지원칙에 위반된다.

(3) 심판대상조항은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다)상 위험운전치상죄, ‘교통사고처리 특례법’(이하 ‘교통사고처리법’이라 한다)위반죄, 특정범죄가중법위반 도주치상죄, 도로교통법위반 사고후미조치죄 보다 단기 법정형을 높게 규정하여 법익침해의 위험을 실제 법익침해보다 중하게 처벌하도록 하고 있으므로, 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다.

#### 【결정요지】

1. 심판대상조항의 문언, 입법목적과 연혁, 관련 규정과의 관계 및 법원의 해석 등을 종합하여 볼 때, 위 법률조항에서 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’이란 ‘2006. 6. 1. 이후 도로교통법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하였던 사실이 인정되는 사람으로서, 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전한 사람’을 의미함을 충분히 알 수 있으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

2. 심판대상조항은 음주운전 금지규정을 반복하여 위반하는 사람에 대한 처벌을 강화하기 위한 규정인데, 가중요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않고 있다. 그런데 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면 재범 음주운전이 준법정신이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 행위라거나 교통안전 등을 '반복적으로' 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 가중처벌할 필요가 있다고 보기 어렵다. 범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 가중된 행위책임을 인정할 수 있다고 하더라도, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하는 예는 찾기 어렵고, 공소시효나 형의 실효를 인정하는 취지에도 부합하지 않는다. 또한 심판대상조항은 과거 위반 전력, 혈중알코올농도 수준 등에 비추어, 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위도 일률적으로 그 법정형의 하한인 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금을 기준으로 처벌하도록 하고 있다. 따라서 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

### 재판관 이선애, 재판관 문형배의 반대의견

우리나라에서 발생하는 음주운전 교통사고의 40% 가량은 재범에 의한 교통사고이다. 심판대상조항은 이른바 '윤○○ 사건'을 계기로, 재범 음주운전 범죄를 엄히 처벌하고 예방하고자 입법화된 규정이고, 반복되는 음주운전은 비난가능성이 매우 크다. 과거 위반 전력이 10년 전의 행위라도 만취 음주운전으로 사망사고를 유발한 경우와 같이 죄질이 매우 불량한 경우가 있을 수 있고, 그러한 전력을 가진 운전자가 다시 음주운전하여 교통안전을 해하고 무고한 국민 일반의 생명, 신체 등을 위협한 경우를 초범

음주운전자와 동일한 기준으로 처벌하는 것이 부당하다는 입법자의 평가가 재량 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다. 심판대상조항에는 벌금형이 선택형으로 규정되어 있고, 구체적 사건에서 집행유예나 선고유예를 하는 것도 가능하므로, 법정형의 하한을 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금으로 정한 것이 위헌으로 선언될 정도로 비례성을 일탈하고 있다고 할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건에서는 심판대상조항이 죄형법정주의의 한 원칙인 명확성원칙에 위반되는지 여부가 중요한 쟁점이 되었다. 심판대상조항을 ‘음주운전 금지의무 2회 이상 위반’이라는 행위요소를 포괄일죄로 규정한 것 또는 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람이라는 신분만 규정한 것으로 해석할 수 있다는 2019헌바446 사건 청구인의 주장이나, 음주운전으로 기소되었으나 무죄판결을 받은 경우 등이 ‘위반’의 전력에 포함되는지 불분명하다는 제청법원 및 2021헌바77 사건 청구인의 주장은 모두 심판대상조항이 규정하고 있는 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’의 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 주장을 하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 심판대상조항이 일사부재리원칙이나 유추해석금지의 원칙에 등에 위반된다는 2019헌바446 사건 청구인의 주장 역시 명확성원칙 위반 여부와 관련하여 함께 살펴볼 수 있다.

심판대상조항은 과거 음주운전 금지규정 위반전력을 기초로 재범에 해당하는 음주운전자를 가중처벌하도록 하면서 그 형을 2년

이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금으로 정하고 있다. 청구인들과 제청법원은 위 조항이 수십 년 전의 위반행위를 위반전력으로 삼아 혈중알코올농도 수준, 상습성의 유무 등과 무관하게 무차별적으로 과도한 형벌을 음주운전자에게 부과하고 있다는 점을 주된 위헌사유로 주장하였다. 따라서 이 사건에서는 위 조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부도 중요한 쟁점이 되었다.

또한 심판대상조항이 음주운전으로 실제 교통사고의 결과가 발생한 경우를 처벌하는 특정범죄가중법위반(위험운전치상)죄 등 보다 하한을 높게 정하고 있어 형벌체계 정당성과 균형성을 상실한 것이 아닌지, 다른 범죄와 달리 음주운전 범행만을 2회 이상 위반이라는 이유로 차별하고 있는 것은 아닌지 등도 평등원칙과 관련하여 문제로 되었다.

이하에서는 심판대상조항이 처벌하는 음주운전의 현황과 대응 정책, 처벌규정의 입법연혁, 입법례 등을 먼저 확인해 보고, 이를 토대로 본안의 쟁점에 관한 판단과 의의에 대하여 순서대로 살펴본다.

## 2. 음주운전에 대한 규제

### 가. 음주운전의 현황과 대응 정책

(1) 알코올은 인간의 안구운동에 영향을 주어 동체시력을 저하시키거나 대뇌에 영향을 주어 주의집중력과 정보처리능력을 저하시키며, 돌발상황에 대한 반응시간을 떨어뜨린다. 따라서 자동차 운전자가 술에 취하면 판단력과 주시력이 저하되고 운전조작능력도 둔화되어 안전운전이 곤란해지고 교통사고의 위험을 증가시키게 된다.

(2) 우리나라의 경우 2011년부터 2020년까지 10년간 음주운전 교통사고로 인한 사망자가 5,298명, 부상자가 391,606명에 이르고, 사회·경제적으로도 막대한 손실을 초래하고 있는 것으로 추정된다. 경찰청 교통사고 통계를 기초로 2015년부터 2020년 사이 발생한 음주운전 교통사고 현황과, 전체 교통사고 중 음주운전 사고 발생 건수 및 사상자 수가 차지하는 비율을 분석해 보면 다음과 같다.2)

[표1] 2015~2020년 음주운전 교통사고 현황

	기준년도	2015	2016	2017	2018	2019	2020
전체 교통사고	사고건수	232,035	220,917	216,335	217,148	229,600	209,654
	사망자수	4,621	4,292	4,185	3,781	3,349	3,081
	부상자수	350,400	331,720	322,829	323,037	341,721	306,194
음주운전* 교통사고	사고건수	24,399	19,769	19,517	19,381	15,708	17,247
	(%)**	10.5	8.9	9.0	8.9	6.8	8.2
	사망자수	583	481	439	346	295	287
	(%)	12.6	11.2	10.5	9.2	8.8	9.3
	부상자수	42,880	34,423	33,364	32,952	25,961	28,063
	(%)	12.2	10.4	10.3	10.2	7.6	9.2
* 음주측정 불응 건수 포함 ** (%)는 전체 교통사고 중 음주운전 사고건수 또는 사상자수 비율							

그리고 2015년부터 2017년 사이에 발생한 63,685건의 음주운전 교통사고 중 44%에 달하는 28,009건이 과거에 음주운전으로 단속된 경력이 있는 사람이 낸 재범에 의한 교통사고로 분류된다.3)

2) 통계자료는 도로교통공단 TAAS 교통사고분석시스템 교통사고상세통계(경찰DB) 참조  
 3) 구효송, 음주운전 예방에 관한 논의, 한국융합과학회지 Vol. 8 No. 1, 2019, 134면; 최미경, 음주운전 처벌에 관한 국제비교·분석 및 시사점, NARS 현안분석 vol. 28, 2018, 국회입법조사처(www.nars.go.kr), 1면

[표2] 2015~2017년 초·재범 음주운전 교통사고

기준년도	위반횟수	음주운전 교통사고 건수
2015	1회	12,932
	2회	6,543
	3회 이상	4,924
	소계	24,399
2016	1회	11,641
	2회	5,072
	3회 이상	3,056
	소계	19,769
2017	1회	11,103
	2회	4,954
	3회 이상	3,460
	소계	19,517
합 계		63,685

(3) 우리나라는 도로교통법과 특정범죄가중법 등을 근거로 음주운전자에 대한 행정적, 형사적 제재를 가하고 있으며, 경찰을 위시한 정부기관과 지방자치단체 및 민간단체에서 음주운전 예방을 위한 다양한 정책들을 시행하고 있다.

음주운전에 대한 형사적 제재는 억제이론과 형벌의 일반 예방적 효과이론을 바탕으로 공식적인 처벌의 예고와 집행을 통해 음주운전을 줄일 수 있다는 정책적 판단에 근거한다. 억제정책의 효과에 대해서는 엇갈린 평가가 이어지고 있는데, 일반적으로 억제정책이 가장 효과를 발휘할 수 있을 것으로 기대되는 범죄유형이 바로 음주운전이라는 견해도 있다. 음주운전은 사회 일반에 보편적으로 나타날 수 있는 행위로서 다른 범죄에 비해 적발될 가능성이 크고, 처벌로 인해 사회적 망신(stigma)과 상실을 동시에 경험하기 때문이라는 것이다.<sup>4)</sup> 음주운전에 대한 형벌의 효과와 관

련하여, 벌금형의 강화는 억제효과가 없으나 구금형은 음주운전의 억제효과가 있고,<sup>5)</sup> 실형을 선고하였을 때 보다 집행유예를 선고하였을 때 재범 억제효과가 더 높은 것으로 나타난다는 연구 결과,<sup>6)</sup> 처벌의 확실성이 음주운전을 억제하는 유일한 변수이고 처벌의 엄격성과 신속성은 독립적으로 음주운전의 억제요인으로 유의미하지 않으므로, 음주운전 단속전략은 엄격성과 신속성보다는 음주운전을 하면 반드시 적발되고 처벌받게 된다는 확실성을 제고하는 방향으로 수립되어야 하고 그에 따른 법 집행활동이 요구된다는 연구 결과<sup>7)</sup> 등이 국내에서 보고된 바 있다.

(4) 2회 이상 음주운전 금지의무 위반자가 다시 음주운전한 경우 가중처벌하는 내용의 2011. 6. 8. 개정 도로교통법 시행이 음주운전 금지규정 2회 위반자에 미친 영향을 분석한 연구도 있다. 이 연구에 의하면 2010년부터 2015년까지 3회 음주운전자로 진입하는 비율이 지속적으로 하락하고, 특히 법 시행초기에 효과가 집중적으로 발생하였으며, 음주운전 금지규정 2회 위반자의 준수기간은 법 시행 이후 연장되어 음주운전이 억제되는 결과를 확인할 수 있었으나 2013년 이후 전반적으로 준수기간 연장효과가 둔화되어 억제효과가 일시적인 측면을 보였다.<sup>8)</sup>

한편 위 표2를 보면, 2016년 대비 2017년 전체 음주운전 교통사고는 19,769건에서 19,517건으로 1.3% 감소하였으나 3회

4) 박용수, 상습음주운전자 가중처벌이 교통사고 억제효과에 미치는 영향, 한국경찰연구 16권 3호, 2017, 145면 참조

5) 정철우·정진성, 형벌의 음주운전 억제효과에 관한 실증적 연구, 경찰법연구 10권 2호, 2012, 111-120면

6) 정철우·윤성철, 음주운전자에 대한 집행유예의 재범 억제효과, 경찰법연구 11권 1호, 2013, 96-97면

7) 김영오, 음주운전억제 방안에 관한 실증적 연구: 경찰활동을 중심으로, 치안정책연구 26권 2호, 2012, 223-225면

8) 박용수, 앞의 논문 140-145면



이상 재범에 의한 음주운전 사고는 2016년 3,056건에서 3,460건으로 13.2%가 증가한 것으로 나타나, 음주운전에 의한 사고가 전체적으로 감소추세에 있음에도 불구하고 재범에 의한 음주운전 사고는 오히려 증가하기도 하였음을 확인할 수 있다.<sup>9)</sup>

(5) 반복적 상습 음주운전의 예방을 위해서 형사처벌 외에 보다 직접적인 처분으로 차량의 번호판을 압류하거나 해당 차량을 몰수하는 방법을 고려해 볼 수 있는데, 이에 대해서는 개인의 재산권에 대한 과도한 침해가 될 수 있다는 우려가 있다. 새로운 음주운전 억제수단으로 음주운전을 차단하는 전자기술장치인 시동잠금장치(Breath Alcohol Ignition Interlock Device)를 음주운전자의 차량에 부착하도록 하는 방법도 있다. 상습 음주운전자의 경우 음주운전 습관을 교정하기 위한 교육 강화가 논의되기도 한다. 교육은 도로교통공단의 특별교통 안전교육과 보호관찰소에서 이루어지는 준법운전교육 간의 연계를 통한 체계적인 교육과 개인별 맞춤교육으로 이루어질 필요가 있으며, 기존의 강의 위주의 방식에서 벗어나 음주운전 억제에 보다 효과적이라고 알려진 체험식, 토론식 교육으로 전환하는 것이 요구된다.<sup>10)</sup>

#### 나. 음주운전 처벌규정의 입법 연혁

(1) 술에 취한 상태에서의 운전을 금지하고 위반 시 처벌하는 내용은 1961. 12. 31. 도로교통법 제정 당시부터 규정되어 있었고, 수차례 도로교통법이 개정되면서 주취 중 운전이 금지되는 차량의 종류가 확대되고 형량이 상향 조정되었다. 2005. 5. 31. 법률 제7545호(2006. 6. 1. 시행)로 도로교통법이 전부 개정되면서

9) 구효송, 앞의 논문 134면

10) 박용수, 앞의 논문 146면 참조

술에 취한 상태에서의 운전금지에 관한 사항이 현행법과 같이 제 44조 제1항에 규정되었고, 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준도 혈중알코올농도 0.05퍼센트 이상으로 법률에 직접 규정되었다(같은 조 제4항).

(2) 음주운전 금지의무를 위반한 경우 혈중알코올농도 수준이나 위반 횟수에 따라 구분하여 처벌하는 내용은 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정된 도로교통법에서 처음 규정되었다. 위 개정 도로교통법은 제44조 제1항을 위반한 음주운전행위에 대하여 2회 위반까지는 혈중알코올농도 수준에 따라 차등 처벌하고(제148조의2 제2항), 3회 위반부터는 '제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람'에 대한 처벌조항을 신설하여 '1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금'으로 가중처벌하도록 하였다(제148조의2 제1항 제1호).

(3) 2018. 3. 27. 법률 제15530호로 도로교통법이 개정되면서 음주운전금지 및 처벌 대상 차량에 노면전차가 추가되었고, 도로교통법이 2018. 12. 24. 법률 제16037호로 다시 개정되면서, 제 148조의2 제1항은 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 가중처벌대상을 확대하고 법정형의 상한 및 하한을 모두 상향 조정하였으며(심판대상조항), 같은 조 제3항도 처벌되는 음주운전의 혈중알코올농도 하한을 0.03%로 낮추고, 가중된 구성요건으로 처벌되는 구간을 넓히면서 법정형의 상한을 상향 조정하였다. 이후 도로교통법이 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 다시 개정되면서 제148조의2 제1항은 음주운전(음주측정거부 포함)이 금지되는 자동차등에서 개인형 이동

장치를 제외하였다.

#### 다. 심판대상조항의 입법 배경

(1) 우리나라는 음주운전자를 형사처벌하고 운전면허를 정지하거나 취소하는 등의 행정제재를 가하는 방법으로 음주운전을 규제해 왔으나 음주운전 교통사고는 크게 줄지 않았고, 그러한 상황에서 2018. 9. 25. 고려대학교 학생이던 윤○○가 군 복무 중 휴가를 나와 부산 해운대구에서 횡단보도를 건너기 위해 보도에 서 있다가 혈중알코올농도 0.181%의 만취 상태 운전자가 운전하던 차량에 치어 사망하는 사고가 발생하였다(이른바 ‘윤○○ 사건’).<sup>11)</sup> 위 사건은 우리 사회에 음주운전 교통사고에 대한 경각심과 함께 공분을 일으켰고, 윤○○의 친구들은 청와대 국민청원 등을 통해 ‘도로위 살인행위’인 음주운전을 강력하게 처벌하는 법을 만들어 달라고 호소하였다.

(2) 이 같은 사회적, 국민적 요구에 부응하여 국회에서는 음주운전 사망사고를 강력하게 처벌하기 위해 음주 등의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 사람의 법정형을 치사의 경우 ‘10년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금’에서 ‘1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금’으로, 치사의 경우 ‘1년 이상의 유기징역’에서 ‘무기 또는 3년 이상의 징역’으로 상향조정된 특정범죄가중법 개정안을 마련하였다. 위 특정범죄가중법 개정안은 2018. 11. 29. 국회 본회의를 통과

11) 이 사건 가해자는 특정범죄가중법위반(위험운전치사)죄 등으로 기소되어 징역 6년의 실형을 선고받았고(부산지방법원 동부지원 2018고단2199), 이에 대해 검사와 피고인이 각 양행부당을 이유로 항소하였으나 항소가 모두 기각되었으며, 피고인이 상고 후 상고를 취하여 1심 선고형이 그대로 확정되었다.

하여 2018. 12. 18.부터 법률 제15981호로 시행되었다.

(3) 음주운전 자체에 대한 처벌과 행정제재를 강화하기 위한 입법도 추진되어, 음주상태의 혈중알코올농도 기준, 법정형, 운전면허 취소 등 행정처분 수위를 높이고 운전면허 취소 시 재취득이 제한되는 기간을 연장하는 내용의 도로교통법 개정안(기존 발의되어 있던 10개의 도로교통법 개정 법률안을 통합·조정한 개정안)이 제안되었고, 위 도로교통법 개정안은 2018. 12. 7. 국회 본회의를 통과하여 2018. 12. 24. 법률 제16037호로 공포되고 2019. 6. 25.부터 시행되었다. 이러한 2018. 12. 24. 도로교통법 개정으로 위 입법 연혁에서 본 바와 같이 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 경우 2년 이상 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 반복 음주운전의 처벌을 강화하는 내용으로 심판대상조항이 개정되게 되었다.

(4) 2018년 도로교통법 개정을 위한 법안 심사과정에서, 음주운전 금지의무 위반자 등에 대해서 음주운전 방지장치가 설치된 자동차만을 운전하도록 하고 위반 시 운전면허 취소나 정지 등의 행정처분이나 벌칙의 제재를 가하는 방안, 음주운전 금지의무 위반자에 대해 특수문자 등이 추가된 특수번호판을 부착하도록 하고 위반 시 벌금에 처하도록 하는 방안 등도 같이 검토되었는데, 음주운전 방지장치에 대해서는 제도 도입 전에 세부사항에 대한 연구와 공론화가 더 필요하다는 의견이, 특수번호판에 대해서는 우리나라 여건상 차량을 개인적으로 사용하기보다 가족들 공동으로 사용하는 경우가 많고, 타인 명의로 차량을 리스하거나 렌트할 수 있는 부자들의 경우 회피할 방법이 많아 가난한 사람들에게만 주홍글씨를 새기는 역효과가 날 수도 있으므로 신중하게 접근해야 한다는 의견 등이 제시됨에 따라 각각 보류하는 것으로 결정

되어 개정 내용에 반영되지 않았다.<sup>12)</sup>

### 라. 음주운전 규제에 관한 입법례<sup>13)</sup>

#### (1) 음주운전의 법적 기준

대부분의 나라는 음주운전을 금지하고, 법적 기준을 초과하는 음주상태의 운전행위에 대해 형사처벌과 함께 행정적 제재를 가하고 있다. 나라별로 헝가리, 체코, 루마니아 등은 음주운전을 허용하지 않아 한 방울이라도 술을 마시고 운전하면 처벌받게 되고, 스웨덴, 폴란드 등은 혈중알코올농도 0.02%의 엄격한 처벌 기준을 적용한다. 일본 역시 2002년부터 법적 기준을 강화하여 0.03% 이상부터 음주운전으로 처벌하고, 독일, 프랑스 등은 처벌을 위한 수치로 0.05%를 적용하고 있으며, 미국, 영국 등은 이보다 관대한 0.08%를 단속 기준으로 삼고 있다.

#### (2) 형사처벌

##### (가) 음주운전 초범

미국(뉴욕주)의 형법상 처벌기준은 혈중알코올농도 0.08%이상으로, ① 0.08~0.18%미만 음주운전(Driving While Intoxicated; DWI), ② 0.18% 이상 음주운전(Aggravated DWI)으로 구분하여 처벌하는데, 초범은 경범죄(misdemeanor)로, 일정 기간 내 2회 이상 위반하는 경우부터는 중범죄로 처벌한다. 형법상 처벌기준에 미치지 못하는 혈중알코올농도 0.05~0.08%미만인 운전자에 대하여도 운전능력손상(Driving While Ability- Impaired: DWAI)으로 구분하여

12) 국회 의안정보시스템 제공 국회회의록\_20대 364회\_행정안전소위 제3차(2018년 11월 20일) 참조

13) 최미경, 음주운전 처벌에 관한 국제비교·분석 및 시사점, NARS 현안분석 vol. 28, 2018, 국회입법조사처 참조

도로교통위반행위로 처벌하고 있다. 각 기준에 따른 초범 음주운전자의 최대 법정 형량은 아래 표3 기재와 같다.

독일은 혈중알코올농도 0.05~0.11%미만의 초범자는 도로교통법에 따른 질서위반행위로 징역형 없이 범칙금(€500)으로 규제하고 0.11%이상 초범자는 형법으로 징역형(최대 1년) 또는 벌금형에 처한다.

프랑스는 혈중알코올농도 0.05~0.79%까지는 징역형 없이 벌금형(€135)으로만 규제하고, 0.08%부터는 최대 2년의 징역형 또는 최대 €4,500 벌금형을 부과할 수 있다.

호주 역시 혈중알코올농도가 0.05~0.08%미만이면 징역형 없이 벌금형(A\$ 1,000)으로만 규제하고, 0.15%이상이면 최대 18개월의 징역 또는 A\$ 3,300의 벌금형이 가능하다.

[표3] 초범 음주운전자에 대한 최대 법정 형량

	혈중알코올농도(%)		최대 형량	
			벌금·범칙금	징역
미국 (뉴욕주)	도로교통위반(DWAI)		US\$ 500	15일
	형법	DWI		
		Aggravated DWI	0.18이상	US\$ 2,500
독일	도로교통법		500€	-
	형법		법원판결	1년
프랑스	0.05~0.079		135€	-
	0.08이상		4,500€	2년
호주	0.05~0.08미만		A\$ 1,000	-
	0.08~0.15미만		A\$ 2,200	9개월
	0.15이상		A\$ 3,300	18개월

(나) 음주운전 재범

미국 뉴욕주는 0.05~0.08%미만(DWAI) 위반자가 10년 내 3회 이상 반복하여 적발되는 경우 도로교통위반이 아닌 형사상 경범죄로 처벌하고, 0.08%이상으로 10년 내 2회 이상 위반하는 경우 중범죄자(felon)로 처벌하는데, 구체적으로 0.08~0.18%미만으로 10년 내 2회 또는 3회 이상 적발되면 형사상 E급 또는 D급 중범죄로, 0.18%이상으로 10년 내 2회 또는 3회 이상 적발되면 형사상 E급 또는 D급 중범죄로 처벌하며 그 형량은 다음과 같다.

[표4] 미국(뉴욕주) 재범 음주운전자에 대한 처벌형량

구분		혈중알코올농도 (%)	위반횟수	형량	
				벌금(US\$)	징역(최대)
도로교통위반 (DWAI)		0.05~0.08미만	5년내 2회	500~750	30일
			10년내 3회 (경범죄)	750~1,500	180일
형법	DWI	0.08~0.18미만	10년내 2회 (E급 중범죄)	1,000~5,000	4년
			10년내 3회 (D급 중범죄)	2,000~10,000	7년
	Aggravated DWI	0.18이상	10년내 2회 (E급 중범죄)	1,000~5,000	4년
			10년내 3회 (D급 중범죄)	2,000~10,000	7년

독일은 혈중알코올농도가 0.05~0.11%미만으로 적발되면 도로교통법에 따른 질서위반행위로 처벌하는데 2, 3회 위반횟수가 증가할 때마다 범칙금을 상향(2회 1,000€, 3회 1,500€)하며 징역형은 따로 없다. 0.11%이상이면 절대운전불능으로 간주하여 형법에 따른 음주운전죄로 처벌하되, 초범, 재범에 대한 특별한 구별은 없는 것으로 보이고, 법원 판결로서 징역 또는 벌금형(일수벌금)이 결정된다. 프랑스는 5년 이내 0.08%이상으로 2회 이상 위반하는 경우를 재범으로 처벌하고, 재범에 대한 최대 형량은 4년 징역형 또는 9,000€ 벌금형이다. 호주는 2회 적발되는 경우부터 재범으로 구분하고, 혈중알코올농도 수치에 따라 재범에 대한 법정형량(0.05~0.08%미만이면 징역형 없이 최대 벌금 A\$ 2,200, 0.08~0.15%미만이면 최대 징역 12개월 또는 벌금 A\$ 3,300, 0.15% 이상이면 최대 징역 2년 또는 벌금 A\$ 5,500)도 차등을 두어 처벌한다.

### (3) 기타 규제

#### (가) 면허취소, 재취득 제한

미국 뉴욕주는 D급 중범죄에 해당하는 음주운전에 대하여 최소 18개월 동안 운전면허를 취소하고 여러 건의 음주운전 유죄판결을 받거나 사고를 일으킨 사람에 대하여 면허발급을 5년간 또는 영구적으로 거부할 수 있다. 독일은 6개월~5년까지의 면허박탈 형이 부과되며, 경우에 따라서는 신규취득이 영구적으로 금지되기도 한다. 혈중알코올농도 0.16% 이상인 경우 의료심리학적 감정대상으로 면허취소 후 재취득하기 위해서는 의료심리학적 감정서를 제출하여야 한다. 프랑스는 음주운전으로 단속되면 최대 3년까지 면허가 취소되고, 음주운전으로 인명피해가 발생하면 최대 10년간 면허가 취소된다. 호주의 경우도 혈중알코올농도 0.15%



이상 음주운전자는 면허자격이 최소 12개월(초범) 또는 2년(재범)에서 최대 영구적으로 박탈될 수 있다.

#### (나) 시동잠금장치

미국, 독일, 프랑스, 영국, 호주 등 대다수의 나라가 음주운전 금지의무 위반자에 대한 시동잠금장치 설치제도를 운영하고 있는데, 그 운영방식은 사법적 규제와 행정적 규제로 구분된다. 사법적 규제는 법원이 재량에 따라 음주운전자에 대한 면허 취소기간 중에 보호관찰이나 면허 취소기간이 종료된 후 면허재발급의 조건으로 시동잠금장치 장착을 강제 명령하는 방식이고, 행정적 규제는 행정기관인 면허발급기관이 일정한 조건 하에 면허정지 또는 취소의 기간을 완화하는 대신 운전자의 시동잠금장치설치를 명령하거나 선택할 수 있도록 하는 방식이다.

### 3. 심판대상의 한정

이 사건에서 헌법소원심판과 위헌법률심판이 청구, 제청된 법률 조항은 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 전체인데, 이 조항은 ‘제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람’을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 따라서 이 조항은 ① 제44조 제1항(음주운전금지)을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 경우, ② 제44조 제2항(음주측정의무)을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 경우, ③ 제44조 제1항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 경우, ④ 제44조 제2항을 1회

이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 경우의 네 가지 행위 유형을 포괄하여 규율하고 있는 반면, 이 사건 청구인들과 위헌법률심판 당해사건의 피고인(이하 통칭할 때는 ‘청구인 등’이라 한다)은 모두 음주측정 의무위반(음주측정거부) 전력 없이 음주운전 금지규정을 위반한 전력만 있는 상태에서 다시 음주운전을 하여, 즉 위 ① 유형의 위반행위를 하여 위 법조항의 적용 대상이 된 경우이다.

따라서 이 사건에서는 본안의 쟁점 판단에 앞서 심판대상항정에 관한 검토가 먼저 이루어졌는데, 헌법재판소는 심판대상을 청구인 등에게 적용되는 ① 유형의 위반행위에 관한 부분인 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에 관한 부분으로 한정하여 그 위헌여부를 판단하였다.<sup>14)</sup>

14) 이 사건 청구인 등은 각 2019. 8. 17.(2019헌바446), 2019. 11. 28.(2020헌가17), 2019. 11. 7.(2021헌바77) 2회째 이상 위반에 해당하는 음주운전을 하였으므로 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 중 음주운전 관련 부분이 심판대상으로 되었다. 이 조항이 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되면서 음주운전 등이 금지되는 자동차등에서 개인형 이동장치가 제외되었음은 위 입법 연혁에서 본 바와 같으며, 2020. 6. 9. 개정된 도로교통법 제148조의2 제1항의 그 외 구성요건과 범정형은 이 사건에서 심판대상이 된 위 구법조항과 동일하다. 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정된 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제1항 또는 제2항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제1항을 위반한 사람’에 관한 부분(①, ② 유형의 위반행위 부분)과, 위 구법조항 및 2020. 6. 9. 개정 도로교통법 제148조의2 제1항 중 각 ‘제44조 제1항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분(③ 유형의 위반행위 부분)에 대해서는 이 사건 결정과 동일한 취지로 2022. 5. 26. 헌법재판소의 위헌결정이 있었다[헌재 2021헌가30, 31, 2022헌가9(병합) 결정 및 헌재 2021헌가32, 2022헌가3, 2022헌가5(병합) 결정 참조].

#### 4. 심판대상조항의 위헌 여부

##### 가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

###### (1) 헌법재판소의 판단

심판대상조항은 ‘제44조 제2항을 2회 이상 위반한 사람’을 별한다고 간결하게 규정하여 문언에 대한 다양한 해석이 가능하다는 견해가 있을 수 있고, 이 사건의 청구인들과 제청법원 모두 해당 조항이 처벌규정임을 들어 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성원칙에 위반된다고 주장하였으나, 헌법재판소에서는 재판관 전원이 일치된 의견으로 다음과 같이 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

(가) 심판대상조항은 술에 취한 상태에서의 운전을 금지하는 도로교통법 제44조 제1항을 반복적으로 위반하는 음주운전자를 가중처벌하여 교통과 관련된 안전을 확보하고 국민의 생명·신체와 재산을 보호하기 위하여 입법되었다.

도로교통법은 2011. 6. 8. 개정 전까지 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준을 혈중알코올농도 0.05퍼센트 이상으로 정하면서 그 금지의무를 위반한 경우 혈중알코올농도 수준이나 위반 횟수에 따른 세부적 구분 없이 정해진 법정형의 범위 내에서 처벌하도록 하고 있었으나, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되면서 제44조 제1항을 위반한 음주운전행위에 대하여 2회 위반까지는 혈중알코올농도 수준에 따라 구분하여 처벌하고(제148조의2 제2항), 3회 위반부터는 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’으로서 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람’에 대한 처벌조항을 신설하여 ‘1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금’으로 가중 처벌하도록 하였다(제148조의2 제1항 제1호). 그럼에도 음주운전

사고는 크게 감소하지 않았고 음주운전 제벌에 의한 교통사고가 전체 음주운전 교통사고의 44%에 이르고 있는 상황에서 앞서 본 바와 같은 ‘윤○○ 사건’이 발생하자 반복 음주운전에 대해서 2회 위반까지 초범에 준하는 형량으로 처벌하는 것이 부당하다는 반성이 일었다. 이를 계기로 제44조 제1항을 위반한 음주운전행위를 2회째부터 강력하게 처벌하기 위해 심판대상조항과 같은 내용으로 음주운전 처벌조항이 개정된 것이다.

그리고 도로교통법 제148조의2 제3항은 도로교통법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전한 사람을 혈중알코올농도 수준에 따라 같은 항 각 호에 정한 형량으로 처벌하도록 하고 있으므로, 도로교통법 제44조 제1항의 최초 위반에 해당하는 음주운전을 하면 도로교통법 제148조의2 제3항 각 호의 구성요건이, 그 후 다시 위반, 즉 2회째 이상 위반에 해당하는 음주운전을 하면 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’이 되어 그 다시 위반한 음주운전행위마다 심판대상조항의 구성요건이 각 충족된다.

이러한 해석에 따라 실제 다수의 하급심 법원은 도로교통법 제44조 제1항의 위반 전력이 있는 사람이 다시 같은 규정을 위반한 경우, 후자의 위반행위에 대해 심판대상조항을 적용하여 유죄판결을 선고하고 있고, 대법원도 심판대상조항이 포함된 2018. 12. 24. 개정 도로교통법 제148조의2 제1항의 ‘도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반’한 행위에 위 법조항 시행 전 구 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항을 위반한 전과가 포함되고 그러한 위반전과가 있는 사람이 위 법조항 시행 후 음주측정을 거부하여 도로교통법 제44조 제2항을 위반한 경우 2018. 12. 24. 개정 도로교통법 제148조의2 제1항을 적용할 수 있다는

취지로 판단하여, 위와 같은 해석을 뒷받침하고 있다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2020도7154 판결 참조).

결국 심판대상조항의 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’은 법원의 통상적인 해석 작용을 통하여 ‘제44조 제1항을 위반한 전력이 있는 사람으로서, 다시 제44조 제1항을 위반한 사람’의 의미로 확인될 수 있으며, 앞서 본 심판대상조항의 입법목적과 연혁, 관련 규정의 내용, 형식 및 대법원의 해석 등에 비추어 볼 때 법을 해석·적용하는 기관의 자의에 따라 심판대상조항의 해석이 좌우될 가능성이 있다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 도로교통법 제44조 제1항의 2회째 이상 위반에 해당하는 최종 위반행위를 가중처벌하는 규정임이 분명하고, 위반 횟수를 정하는 데 고려되는 과거 제44조 제1항 위반 전력은 최종 위반행위를 가중처벌하기 위한 가중요건일 뿐 그 자체가 심판대상조항에 의해 처벌대상이 되는 것이 아니다. 그러므로 심판대상조항은 과거 위반행위를 다시 처벌하는 규정이 아니어서 일사부재리원칙에 위반되지 아니하고, 나아가 죄의 성립에 관한 구성요건을 누락하고 있는 것도 아니므로 죄형법정주의의 법률주의원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

(나) 심판대상조항에서 가중요건이 되는 제44조 제1항을 위반한 전력에 있어서 ‘위반’의 사전적 의미는 ‘법률, 명령, 약속 따위를 지키지 않고 어김’이므로, 가중요건으로서의 제44조 제1항을 위반한 행위는 ‘술에 취한 상태에서의 운전 금지의무를 정한 제44조 제1항을 지키지 않고 어긴 행위’를 의미한다.

그리고 심판대상조항은 반복된 음주운전으로 인한 교통상 위험과 장애를 제거하고 국민의 생명·신체에 대한 위험을 예방하기 위한 규정으로 단순히 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반’한 사람을 처

별한다고 규정하므로, 심판대상조항에 포함되는 ‘제44조 제1항을 위반’한 전력은 제44조 제1항을 위반하여 음주운전을 하였던 사실이 인정되는 전력을 의미하는 것이고, 그 위반 전력에 대하여 형의 선고나 유죄의 확정판결이 있어야 하는 것은 아니다.

대법원은 3회째 이상 음주운전 금지규정 위반행위자를 가중처벌하는 구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되고, 2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항 제1호에서 가중요건으로 정하고 있는 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’에서의 ‘위반’의 의미에 관하여 동일한 취지의 판단을 하였고(대법원 2018. 11. 15. 선고 2018도11378 판결 참조), 제44조 제1항 위반사건이 소년보호처분으로 종결된 경우나(대법원 2018. 12. 27. 선고 2018도6870 판결 참조), 유죄판결 확정 후 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항 각 호에 따라 형이 실효되었거나 사면법 제5조 제1항 제1호에 따라 형선고의 효력이 상실된 경우(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10269 판결 참조)에도 해당 위반행위는 가중요건이 되는 위반 전력에 포함된다고 판단한 바 있다. 심판대상조항 역시 위 구 도로교통법 제148조의2 제1항 제1호와 같은 취지에서 ‘제44조 제1항을 위반’한 전력을 가중요건으로 삼고 있으므로, 위 구법 규정의 가중요건에 관하여 축적된 판례의 해석방법을 기초로 하여 합리적인 해석기준을 얻을 수 있다.

한편 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 도로교통법이 개정되기 전에는 주취 중 운전 금지의무가 제41조 제1항에 규정되어 있었으므로, 심판대상조항에서 가중요건이 되는 제44조 제1항을 위반한 전력은 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 개정된 도로교통법이 시행된 2006. 6. 1. 이후 도로교통법 제44조 제1항을 위반한 전력만을

의미하는 것으로 해석된다.

(다) 이와 같이 심판대상조항의 문언, 입법목적과 연혁, 관련 규정과의 관계 및 법원의 해석 등을 종합하여 볼 때, 심판대상조항에서 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’이란 ‘2006. 6. 1. 이후 도로교통법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하였던 사실이 인정되는 사람으로서, 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전한 사람’을 의미함을 충분히 알 수 있으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

## (2) 해설

헌법재판소는 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 심사함에 있어서 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다고 여러 차례 밝힌 바 있다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집22-2하, 368, 377-378; 헌재 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73, 판례집 27-1상, 103, 109; 헌재 2018. 4. 26. 선고 2016헌마226, 판례집 30-1하, 58, 63-64 등 참조). 이 사건에서도 같은 기준에 따라 법 문언, 입법 목적과 연혁, 관련 규정과의 관계를 종합적으로 고려하는 해석방법에 의할 때, 심판대상조항에 대한 합리적 해석기준이 도출될 수 있다고 보았으며, 관련 규정에 대한 법원의 축척된 해석방법에 비추어 볼 때, 법 집행기관의 자의에 따라 심판대상조항의 해석이

좌우될 가능성이 있다고 보기 어렵다는 사정까지 고려하여 심판 대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단한 것으로 볼 수 있다.

## 나. 책임과 형벌 간의 비례원칙 위반 여부

### (1) 법정의견(위헌론)

법정의견은 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다고 판단하였는데, 그 요지는 다음과 같다.

(가) 심판대상조항은 그 구성요건을 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반’한 경우로 규정함으로써 가중요건이 되는 과거 음주운전 금지규정 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전 금지규정 위반행위 사이에 아무런 시간적 제한이 없고, 과거 위반행위가 형의 선고나 유죄의 확정판결을 받은 전과일 것을 요구하지도 않는다. 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면, 처벌대상이 되는 음주운전이 재범에 해당된다고 하더라도 그것이 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 반규범적 행위라거나 사회구성원에 대한 생명·신체 등을 ‘반복적으로’ 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 일반적 음주운전 금지규정 위반행위와 구별하여 가중처벌할 필요성이 있다고 보기 어렵다.

범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 재범인 후범에 대하여 강화된 범죄추진력에 따른 가중된 행위책임을 인정할 수 있고, 이는 누범(형법 제35조)이나, 절도·강도 등 특정범죄의 전력을 가진 사람이 다시 동종의 범죄를 범한 경우(특정범죄가중법 제5조의4 제5항, 제5조의5, 폭력행위 등의 처벌에 관한 특례법 제2조 제3항)를 가중처벌할 수 있는 근거를 제공한다. 그러나 어느 경우이든



전범에 대한 형의 ‘집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내’ 또는 ‘누범(累犯)으로 처벌하는 경우’ 등과 같이 정하여 가중요건이 되는 전범으로부터 일정 기간 내에 행해진 후범만을 가중처벌할 뿐, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하지는 않는다. 또한 범죄를 범한 경우에도 공소시효 기간이 경과하면 범죄에 대한 사회적 감정 또는 범인의 범죄적 성격이 소멸한 것으로 보아 국가형벌권 행사가 제한되고(형사소송법 제249조 제1항), 범죄로 기소되어 형을 받은 경우에도 형의 집행이 종료된 후 자격정지 이상의 형을 받지 아니하고 2년에서 10년의 기간이 경과하면 그 형이 실효되어(‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항) 형을 받은 사람이 장래 그 전과로 인한 법률상 불이익을 받지 않게 되며, 그 결과 위와 같이 전범을 이유로 후범을 가중처벌하는 특별법에 의한 전과에도 해당하지 않게 된다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도8021 판결, 대법원 2016. 6. 23. 선고 2016도5032 판결 등 참조).

그런데 심판대상조항은 음주운전 금지규정 위반 전력을 가중요건으로 삼으면서 해당 전력과 관련하여 형의 선고나 유죄의 확정 판결을 받을 것을 요구하지 않는데다 아무런 시간적 제한도 두지 않은 채 재범에 해당하는 음주운전행위를 가중처벌하도록 하고 있어, 예컨대 10년 이상의 세월이 지난 과거 위반행위를 근거로 재범으로 분류되는 음주운전 행위자에 대해서는 책임에 비해 과도한 형벌을 규정하고 있다고 하지 않을 수 없다.

(나) 도로교통법 제44조 제1항, 제4항은 술에 취한 상태를 인정하는 기준을 운전자의 혈중알코올농도 0.03% 이상이라는 획일적인 수치로 규정하고 이를 초과하는 경우 음주운전으로 금지시키고 있는바, 음주 정도가 운전 미치는 영향은 사람마다 차이가 있을

수 있으며 특히 최저 기준치인 0.03%를 약간 상회하는 정도의 혈중알코올농도 수준에서 운전하는 경우 음주운전으로 인한 교통안전의 위험성은 상대적으로 낮다고 할 수 있다. 나아가 심판대상조항은 원동기장치자전거를 2회 음주운전한 경우나, 앞서 본 바와 같이 과거 위반행위로부터 오랜 세월이 지나 다시 음주운전을 하여 재범으로 가중처벌할 필요성이 의문시 되는 음주운전행위도 적용 대상에 포함시키고 있다. 이와 같이 도로교통법 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 경우라고 하더라도 죄질을 일률적으로 평가할 수 없고 다양한 행위 유형을 포함하며 그 경중의 폭이 넓으므로, 형사상 책임주의원칙에 따라 그에 대한 법정형의 폭도 법관이 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고할 수 있도록 설정되어 있어야 한다.

그러나 심판대상조항은 교통의 안전이나 사람의 생명·신체·재산 등 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위, 예컨대 10년 이상이 지난 과거에 단 1회 음주운전 금지의무를 위반한 전력이 있는 사람이 다시 0.03%의 혈중알코올농도 상태에서 운전한 경우도 법정형의 하한인 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금을 기준으로 처벌하도록 하고 있다. 법관이 작량감경을 한다고 하더라도 1년 이상의 징역 또는 500만 원 이상의 벌금이어서 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고함에는 한계가 있을 수밖에 없고, 집행유예를 선고하는 경우에도 유예되는 형이 피고인의 책임 정도에 비례하지 않을 수 있으며, 집행유예가 실효되는 경우 피고인은 자신의 책임을 초과하는 형벌을 감수하여야 한다. 그리고 집행유예나 선고유예 결격사유에 해당하는 경우에는 이를 선고할 수도 없다.

따라서 심판대상조항이 구성요건과 관련하여 아무런 제한도 두지 않은 채 법정형의 하한을 징역 2년, 벌금 1천만 원으로 정한

것은, 음주운전 금지의무 위반 전력이나 혈중알코올농도 수준 등을 고려할 때 비난가능성이 상대적으로 낮은 음주운전 재범행위까지 가중처벌 대상으로 하면서 법정형의 하한을 과도하게 높게 책정하여 죄질이 비교적 가벼운 행위까지 지나치게 엄히 처벌하도록 한 것이므로, 책임과 형벌 사이의 비례성을 인정하기 어렵다.

(다) 형사정책면에서 중한 형벌이 일시적으로 범죄 억지력을 발휘할 수 있으나 결국에는 중벌에 대한 면역성과 무감각이 생기게 되어, 범죄예방과 범질서 수호가 아니라 법의 권위를 실추시키고 범질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 수 있다. 특히 음주운전의 경우 적발되거나 사고가 나지 않을 것이라고 전망하는 음주운전자에게 형벌 강화는 효과가 없고 그러한 낙관을 교정할 확실한 단속이나 교정수단이 더 중요하며, 형벌의 강화는 최후의 수단이 되어야 한다. 반복적 음주운전에 대해서는 음주치료와 교육프로그램을 강화하고 혈중알코올농도가 일정 수치 이상이 되면 시동 자체가 걸리지 않도록 하는 음주운전 방지장치를 차량에 부착하게 하는 등의 방안도 형벌 강화에 대한 대안으로 충분히 고려할 수 있고, 형벌의 강화에 앞서 일차적으로 검토되어야 할 수단이다. 위와 같은 비형벌적인 반복 음주운전 방지 수단에 대한 충분한 고려 없이, 가중처벌의 요건이 되는 과거 음주운전 금지규정 위반 전력 등과 관련하여 아무런 제한을 두지 않음으로써 가중처벌할 필요가 없거나 죄질이 비교적 가벼운 유형의 재범 음주운전 행위에 대해서까지 일률적으로 가중처벌하도록 한 심판대상조항은 형벌 본래의 기능에 필요한 정도를 현저히 일탈하는 과도한 법정형을 정하고 있다. 그러므로 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

## (2) 반대의견(합헌론)

재판관 이선애, 재판관 문형배는 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 아니한다는 의견을 밝혔으며, 그 요지는 다음과 같다.

(가) 우리나라에서는 매년 음주운전 교통사고로 막대한 인명, 재산 피해가 발생하고 있고 그 중 40% 가량은 음주운전 단속 경력이 있는 재범에 의한 교통사고로 분류된다. 자동차 등 차량이 필수적 이동 수단이 된 현대사회에서 반복되는 음주운전은 교통안전을 위협하면서 사회구성원의 생명·신체·재산을 거둬 위협에 빠뜨리는 무분별한 행위이고 비난가능성이 매우 크다. 심판대상조항은 ‘윤○ ○ 사건’을 계기로 우리 사회에 환기된 음주운전에 대한 경각심을 배경으로 하고 있으며, 음주운전 교통사고 자체는 전반적으로 감소하지만 재범에 의한 사고는 줄지 않고 오히려 증가하기도 하는 음주운전 교통사고 실태를 감안하여, 재범 음주운전자를 엄히 처벌하도록 함으로써 음주운전 전력자들이 다시 음주운전으로 나아가는 범죄를 예방하고 근절하고자 하는 형사정책적 고려에 따라 입법화된 규정이다.

따라서 심판대상조항에 의한 재범 음주운전 금지규정 위반자의 가중처벌은 합리적 이유가 있다.

(나) 심판대상조항에 의해 처벌되는 음주운전 금지규정 위반행위는, 과거 위반행위의 횟수, 위반행위 사이의 시간적 간격, 위반행위 당시 혈중알코올농도 수준, 운전한 차량의 종류 등에 따라 불법성이 다를 수 있다. 그러나 어떤 처벌조항이 다소 다양한 유형의 범죄행위들을 동일한 범죄로 보고 동일한 법정형을 규정하고 있다고 하더라도, 전체 형벌체계에 비추어 최소한의 구별기준을 상회하고 법정형의 범위가 충분히 넓어 법관이 같은 범죄로 규정된 범죄

의 개별 행위태양과 그에 따른 죄질의 경중을 고려하여 개별 사건 간의 형평을 맞출 수 있다면, 이를 책임과 형벌 사이의 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

심판대상조항이 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 경우를 가중처벌하는 것은 앞서 본 바와 같이 반복적 음주운전에 따른 사회적, 개인적 위험 증가 때문이므로, 이 경우 행위반가치의 중점은 ‘2회 이상 위반’이라는 요건에 내재된 반복 음주운전 부분에 있다. 따라서 과거 음주운전의 횟수와 시간적 간격, 위반행위 당시 혈중알코올농도, 운전한 차량의 종류 등에 따라 그 불법에 차이가 있다고 하더라도 모두 반복된 음주운전 금지규정 위반이라는 중요한 행위반가치 지표에 의해 다른 범죄들과 합리적으로 구별되는 동질의 범죄행위로 볼 수 있으므로, 심판대상조항이 위에서 들고 있는 개별 행위태양 등 구성요소에 의해 더 세분화하여 규정하지 않고 있다고 하더라도 헌법이 요구하는 형벌체계 기준에 어긋난다거나 입법재량의 범위를 일탈한 것이라고 보기는 어렵다.

(다) 법정의견은 과거 위반행위가 10년 이상 전에 발생한 것이라면 이를 근거로 재범 음주운전을 가중처벌할 필요성이 없다고 설시하고 있으나, 10년 전의 음주운전 전력이라도 만취 음주운전으로 사망사고를 유발한 경우와 같이 죄질이 매우 불량한 경우가 있을 수 있고, 그러한 전력을 가진 운전자가 다시 음주운전하여 교통 안전을 해하고 무고한 국민 일반의 생명, 신체, 재산을 위협한 경우를 초범 음주운전자와 동일한 기준으로 처벌하는 것은 부당하다는 입법자의 평가가 수긍할 수 없을 정도로 재량범위를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다. 모든 음주운전을 단속할 수 없는 현실에서 적발되지 않아 드러나지 않은 음주운전도 상당수 있을 수밖에 없으므로, 과거 10년 전 음주운전 전력만 확인된다고 하여 그 사이

에는 아무런 음주운전이 없었다고 단언할 수 없는 것이 음주운전 범행의 특성이다. 이에 더하여 재범에 의한 음주운전 교통사고가 오히려 증가하는 추세까지 보이는 상황이라면 시적 제한을 두지 않고 과거 적발된 경력을 가진 음주운전 전력자가 다시 음주상태에서 운전석에 오르는 것을 미연에 방지하여 음주운전으로 인한 불필요한 사회적, 개인적 위험과 비용을 줄일 수 있는 특단의 조치를 강구할 필요가 있다는 입법자의 판단은 형사정책면에서 충분히 수긍할 수 있다.

(라) 심판대상조항에 의한 처벌대상에 과거 음주운전의 횟수와 시간적 간격, 혈중알코올농도 수준, 운전한 차량의 종류 등에 비추어 상대적으로 죄질이 가벼운 유형의 재범 음주운전 금지규정 위반행위가 포함될 수 있다. 그러나 심판대상조항은 징역형 외에 벌금형을 선택적으로 규정하고 있으므로 개별적 재범 음주운전행위에 심판대상조항을 적용함에 있어서는 위와 같은 사정을 포함한 여러 양형요소를 고려하여 적절한 형종을 선택할 수 있으며, 비교적 죄질이 가벼운 재범 음주운전에 대하여 벌금형을 선택한 경우는 작량감경을 통하여, 징역형을 선택한 경우는 작량감경을 하지 않고도 집행유예를 선고할 수 있음은 물론 음주운전 위반 전력이 벌금형 이하의 전과라면 법률상 '선고유예'를 하는 것도 가능하다. 구체적인 사건에서 재범 음주운전자에게 다른 범죄의 전과 등이 있어 집행유예나 선고유예를 선고할 수 없는 경우가 있을 수 있으나 이는 그 다른 범죄와 집행유예, 선고유예조항의 규정내용 때문이지 심판대상조항이 법정형의 하한을 너무 높게 정한 때문은 아니다. 심판대상조항과 같이 책임과 형벌의 비례원칙 위반이 문제되는 처벌조항에 대하여 선택형으로 벌금형이 규정되어 있어 형의 선고를 유예할 수 있는 경우 헌법재판소에서 과도한 형벌을 규정

하고 있다는 이유로 위헌결정을 한 예를 찾아보기도 어렵다.

따라서 상대적으로 비난가능성이 크지 않은 유형의 재범 음주운전 금지규정 위반행위가 심판대상조항에 포섭되고 그러한 유형의 위반행위가 다른 위험한 반복적 음주운전행위와 불법성에 있어 차이가 있다고 하더라도, 그 차이 정도는 법관의 양형으로 충분히 극복될 수 있는 범위 내의 것이므로, 심판대상조항의 법정형, 특히 그 하한을 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금으로 정한 것이 위헌으로 선언될 정도로 비례성을 일탈하고 있다거나 법관의 양형재량을 과도하게 제한하고 있다고 볼 수 없다.

(마) 재범 음주운전을 방지하기 위해 음주치료와 교육프로그램을 강화하거나 다른 추가적 행정 제재를 도입하는 것이 필요할 수 있으나, 우리 사회에서 음주운전으로 인한 피해와 재범 음주운전의 실태에 비추어 그러한 비형벌적 수단이 반드시 형벌강화에 앞서 선행적으로 도입되고 실행되어 그 효과 없음이 확인된 후에야 형벌을 강화하는 조치를 취하는 것이 타당하다는 전제에는 동의하기 어렵다. 형벌의 위하적 효과와 그로 인한 순기능을 부정할 수 없는 이상 시대적 상황 등에 비추어 비형벌적 수단의 강화 내지 도입을 위한 인적, 물적 설비와 시스템을 갖추어 가면서 그와 병행하여 형벌강화를 통해 재범 음주운전을 엄격히 차단하는 것이 필요할 수 있으며, 그러한 제반 사정을 고려하여 형벌의 강화를 선택한 입법자의 결단은 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야인 법정형의 결정에 있어서 충분히 존중되어야 한다.

### (3) 해설

법정의견은 심판대상조항이 구성요건에 대한 아무런 제한을 두지 않은 채 2회 이상 음주운전에 해당하기만 하면 가중처벌하도록

정하고 있어, 반복적인 반규범적 행위라고 보기 어렵거나 음주 정도 등에 비추어 교통안전에 미치는 위험성이 낮은 재범 음주운전 행위도 일률적으로 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금형으로 된 하한을 기준으로 처벌하도록 하므로, 형사처벌에 관한 법정형을 정함에 있어서 준수하여야 할 비례원칙을 위반한 것이라고 판단하였다.

이에 비하여 반대의견은 법정형의 종류와 범위는 범죄의 죄질과 보호법익뿐만 아니라 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 법감정, 범죄 예방을 위한 형사정책적 요소까지 고려하여 결정할 수 있으며, 심판대상조항의 경우 법정형에 벌금형이 선택적으로 규정되어 있어 죄질이 비교적 가벼운 재범 음주운전행위에 대해서는 법관의 양형에 의해 선고형 조정이 가능하므로 심판대상조항의 법정형이 위헌으로 선언될 정도로 비례성을 일탈하고 있다고는 볼 수 없다고 하였다.

법정의견이나 반대의견 모두 심판대상조항이 가중요건과 처벌대상이 되는 음주운전 사이에 시간적 제한을 두지 않고 2회 이상 위반만을 구성요건을 규정하여 비교적 비난가능성이 낮은 유형의 재범 음주운전행위가 심판대상조항에 의해 가중처벌될 수 있음을 인정하고 있으나, 법정의견의 경우 그러한 가벼운 유형의 재범 음주운전행위에 대한 가중처벌이 책임을 초과하고 비례성을 유지하지 못하고 있음을 엄격하게 심사한 반면, 반대의견은 음주운전 방지를 위한 형사정책적 요청과 법정형 범위 설정에 있어서의 입법 재량 등을 중요하게 고려하여 심판대상조항을 위헌으로 볼 수 없다는 입장을 취한 것으로 보인다.

헌법재판소는 법정형의 종류와 범위에 대한 입법자의 광범위한 입법재량을 존중하고, 일정한 범위로 주어지는 법정형의 범위에서



법관의 양형을 거쳐 선고형이 결정되는 점을 고려하여 법정형 자체의 위헌성을 인정함에 신중한 태도를 견지해 왔다. 이 사건 결정만으로 그러한 기본 입장에 변화가 있다는 등의 평가를 할 수는 없을 것이나, 법정의견이 비형벌적 수단에 의한 대체 가능성까지 지적하며 심판대상조항이 형벌 본래의 기능에 필요한 정도를 일탈하는 과도한 법정형을 정하고 있다고 판단한 만큼 책임과 형벌 간의 비례원칙 위반 여부 심사에 있어서 이 같은 강화된 엄격한 심사 경향이 앞으로 계속 이어질지는 지켜볼 필요가 있겠다.

#### 다. 평등원칙 위반 여부

##### (1) 헌법재판소의 판단

심판대상조항이 책임과 형벌간의 비례원칙에 위반되어 위헌이라는 법정의견을 낸 재판관들은 이 부분에 대하여 별도의 의견을 밝히지 않았고, 책임과 형벌간의 비례원칙 위반 여부에 관하여 반대 의견을 낸 재판관 이선애, 재판관 문형배는 이 조항이 평등원칙에도 위반되지 않는다는 합헌의견을 밝혔는데 그 요지는 다음과 같다.

##### (가) 형벌체계 균형성 상실 여부

1) 심판대상조항은 반복 음주운전으로 인한 교통상의 위험을 제거, 예방함으로써 교통의 안전을 확보하고 부수적으로 음주운전 교통사고로부터 국민의 생명, 신체, 재산을 보호하고자 하는 위헌법 처벌규정이다. 그런데 그 법정형이 2년 이상 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금으로 되어 있어, 음주의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 운전하여 사람을 상해에 이르게 하는 결과가 발생한 경우 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한

특정범죄가중범위반(위험운전치상)죄보다 징역형의 하한을 높게 정하고 있다.

그러나 특정범죄가중범위반(위험운전치상)죄는 형법 제268조의 업무상과실치상죄의 특례를 규정하여 가중처벌함으로써 피해자의 생명, 신체의 안전이라는 개인적 법익을 보호하고자 하는 것이어서 주된 보호법익에 있어 심판대상조항과 차이가 있다. 또한 심판대상조항의 경우 고의에 의한 반복 음주운전이라는 반규범적 속성에 대한 비난가능성이 매우 크고 이를 사전에 예방하기 위해서는 법정형의 하한을 높여 형벌의 경고적 기능을 제고하는 것이 타당하다는 형사정책적 판단에 따라 법정형의 하한, 특히 징역형의 하한을 높게 정한 것이다. 반면 특정범죄가중범위반(위험운전치상)죄는 기본적으로 과실범인 업무상과실치상죄의 가중처벌규정이므로 상해의 결과가 경미한 경우 고의에 의한 반복적 음주운전으로 음주운전 재범이 된 경우에 비해 불법이 가벼울 수 있으며, 상해의 정도가 중하여 그 결과불법이 고의에 의한 반복 음주운전자의 반규범적 속성과 음주운전의 위험에 따른 불법을 초과하는 경우는 심판대상조항보다 훨씬 높은 징역 15년까지 처벌할 수 있도록 정하고 있다. 따라서 심판대상조항이 징역형의 하한을 특정범죄가중범위반(위험운전치상)죄보다 높이고 상한을 낮게 하며 벌금형을 특정범죄가중범위반(위험운전치상)죄의 하한 구간 일부에 상응하도록 규정한 것은, 위와 같은 보호법익과 죄질의 차이 및 형사정책적 측면을 고려한 입법자의 결단으로 수긍할만한 합리적인 이유에 근거한 것으로 볼 수 있다.

2) 심판대상조항은 자동차 등의 교통으로 업무상과실치상 또는 중과실치상죄를 범한 후 구호조치를 하지 아니하고 도주하여 피해자를 상해에 이르게 한 경우 1년 이상의 유기징역 또는 500만

원 이상 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 한 특정범죄가중법 제5조의3 제1항 제2호보다 법정형의 하한을 높게 규정하고 있으며, 교통사고 발생 시 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하지 아니한 경우 5년 이하의 징역이나 1천500만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 한 도로교통법 제148조보다도 법정형을 중하게 규정하고 있다.

특정범죄가중법 제5조의3 제1항 제2호의 도주치상죄와 도로교통법 제148조 위반죄는 교통안전이라는 공공의 이익과 함께 교통사고로 사상을 당한 피해자의 생명, 안전을 보호하기 위한 것으로 보호법익에 있어 심판대상조항과 유사하다고 볼 수 있으나, 심판대상조항이 규율대상으로 하는 재범 음주운전행위와는 행위태양과 죄질이 다른 별개의 범죄이므로 그 법정형을 평면적으로 비교하여 형벌체계의 균형성 상실 여부를 판단하는 것은 타당하지 않다. 설령 법정형을 비교해 본다고 하더라도, 고의·과실 혹은 유책·위법의 유무에 관계없이 부과되는 의무를 이행하지 않은 경우는 고의에 의한 반복 음주운전 보다 불법이나 비난가능성이 낮은 것으로 평가할 수 있으므로, 심판대상조항이 도로교통법 제148조보다 더 중한 형벌을 정한 데는 합리적 이유가 있다. 구체적인 사안에서 심판대상조항의 음주운전행위가 특정범죄가중법 제5조의3 제1항 제2호 도주치상죄의 법정형의 하한 구간에 포섭되는 범죄행위와 비교 시 불법성이 같거나 낮다고 평가되는 경우도 있을 수 있으나, 그러한 사정은 법관이 양형사유로 감안하여 형을 감경하거나 집행유예, 선고유예를 선고하는 등의 방법으로 양형에 반영할 수 있다. 따라서 심판대상조항의 법정형의 하한이 위헌에 이를 정도로 높게 규정된 것이라고 보기는 어렵다.

3) 제청법원은 심판대상조항이 교통안전을 확보하기 위한 위협

범 처벌규정임에도, 교통사고를 일으켜 사람을 사상에 이르게 함으로써 보호법익에 대한 침해의 결과가 발생한 경우를 처벌하는 교통사고처리법 제3조 제1항보다 중한 형벌을 규정하여 형벌체계의 균형에 반한다는 주장도 한다. 그런데 교통사고처리법 제3조 제1항은 차량운행에 수반되는 위험성에 비추어 운전자에게 고도의 주의의무를 강조하기 위한 과실범 처벌규정으로 피해자의 생명과 신체를 보호하고자 하는 규정이고, 처벌대상 행위도 운전상의 주의의무를 게을리 한 행위로서 음주운전과는 구별된다.

따라서 교통사고처리법 제3조 제1항 위반죄는 심판대상조항이 규율대상으로 하는 반복적 음주운전행위와는 행위태양과 죄질이 다른 별개의 범죄이고 보호법익도 차이가 있으므로, 이러한 범죄들을 동일 선상에 놓고 그 중 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순히 평면적인 비교를 함으로써 다른 범죄의 법정형이 과중하다고 판정할 수 없다.

4) 그러므로 심판대상조항이 형벌체계의 균형성을 상실하여 평등 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

#### (나) 일반 범죄의 재범자와의 차별 여부

법정형의 종류와 범위의 선택에는 범죄의 죄질과 보호법익, 역사와 문화, 형사정책 등 여러 요소를 고려한 광범위한 입법재량이 인정되므로, 입법자는 범죄행위 유형과 보호법익의 특성을 바탕으로 입법 당시의 사회적 상황, 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 요청 등을 종합적으로 고려하여 일정 유형의 범죄의 재범만을 선택하여 가중처벌하도록 정할 수 있다.

심판대상조항은 음주운전 교통사고의 40% 이상이 과거 음주운전 전력이 있는 운전자에 의해 발생하여 그에 대한 중점적 대책

마련이 요구되는 상황에서 입법화된 것으로, 2회 이상 음주운전을 한 음주운전 재범자를 가중처벌하도록 한 것이 특별히 자의적이라거나 다른 법규위반 재범자와의 관계에서 합리성 없는 차별이라고 보기 어렵다.

## (2) 해설

법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 요소는 범죄의 보호법익과 죄질로서, 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없으므로, 보호법익과 죄질이 다른 범죄들의 법정형을 단순 비교하여 법정형의 과중을 논할 수 없다. 이 사건에서도 비교대상이 된 특정범죄가중법 제5조의3 제1항 제2호의 도주치상죄, 도로교통법 제148조 위반죄, 교통사고처리법 제3조 제1항 위반죄는 심판대상조항이 규율대상으로 하는 반복적 음주운전죄와 보호법익과 죄질이 다른 별개의 범죄이므로, 반대의견을 낸 2인의 재판관은 이들 범죄와의 법정형을 비교하여 심판대상조항의 형벌체계 균형성을 논할 수 없다는 판단을 한 것이다.

반대의견에서는 특정범죄가중법위반(위험운전치상)죄는 보호법익과 죄질 면에서 심판대상조항의 반복 음주운전죄와 비교대상이 될 수 있으나, 반복적 고의범에 대한 비난가능성과 음주운전 예방을 위한 형사정책적 요청 등을 고려하여 볼 때, 심판대상조항의 법정형의 하한을 특정범죄가중법(위험운전치상)죄의 하한보다 높게 규정하였더라도 위헌에 이를 정도는 아니라는 판단도 한 것으로 보인다. 그런데 책임과 형벌 간의 비례원칙 위반 여부에 관하여 법정의견은 형사정책적 요청 등을 감안하더라도 심판대상조항

의 법정형이 비례원칙에 위반된다고 판단하였으므로, 법정의견에 따를 경우 심판대상조항이 특정범죄가중법(위험운전치상)죄와의 관계에서 형벌체계 균형성을 상실한 것으로 판단되었을 가능성도 배제하기는 어려운 것으로 보인다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 이 사건에서 반복적인 음주운전 금지규정 위반행위에 대한 가중처벌을 규정하는 도로교통법 조항에 대한 위헌 여부를 최초로 판단하였다.

나. 이 사건 결정은 처벌규정의 구성요건이 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 한다고 하더라도, 법 문언에 더하여 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다는 점을 다시 한 번 확인한 점에서 의의가 있다.

다. 이 사건 결정에서는 반복적인 음주운전을 이유로 형을 가중하여 처벌하는 경우에도 책임과 형벌 간의 비례성이 유지되어야 하는데, 과거 위반 전력 등과 관련하여 아무런 제한을 두지 않고 죄질이 비교적 가벼운 재범 음주운전행위까지 일률적으로 법정형의 하한인 징역 2년, 벌금 1천만 원을 기준으로 가중처벌하도록 하는 것은 죄질이 가벼운 행위까지 지나치게 엄히 처벌하는 것이 되어 책임과 형벌간의 비례원칙에 위반된다는 점도 분명히 하였다.

라. 특히 이 사건 결정은 형벌법규의 법정형의 범위를 정함에 있어서 입법자에게 인정되는 형성의 자유가 무한할 수 없고, 입법

당시의 시대적 상황이나 국민일반의 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책 요소 등을 함께 고려할 수 있다고 하더라도 기본적으로 범죄의 구성요건에 따른 불법과 비난가능성에 근거한 책임주의에 구속되는 한계가 있으며, 형벌의 강화는 최후의 수단이 되어야 하므로 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 필요한 정도를 넘어서는 과도한 형벌은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반됨을 분명히 한 점에서 의의가 있다.

## 19. 정부의 가상통화 관련 긴급대책 등 위헌확인

- ‘금융위원회의 시중 은행들에 대한, 가상통화 거래 목적 비실명 가상계좌 신규 제공 중단 조치 및 가상통화 거래 실명제 조치’가 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부 -  
(헌재 2021. 11. 25. 2017헌마1384등, 판례집 33-2, 643)

배 상 준\*

### 【판시사항】

‘금융위원회가 2017. 12. 28. 시중 은행들을 상대로 가상통화 거래를 위한 가상계좌의 신규 제공을 중단하도록 한 조치’(이하 ‘이 사건 중단 조치’라 한다) 및 ‘금융위원회가 2018. 1. 23. 가상통화 거래 실명제를 2018. 1. 30.부터 시행하도록 한 조치’(이하 ‘이 사건 실명제 조치’라 하고, ‘이 사건 중단 조치’와 합하여 이를 ‘이 사건 조치’라 한다)가 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘금융위원회가 2017. 12. 28. 시중 은행들을 상대로 가상통화 거래를 위한 가상계좌의 신규 제공을 중단하도록 한 조치’(이하 ‘이 사건 중단 조치’라 한다) 및 ‘금융위원회가 2018. 1. 23. 가상통화 거래 실명제를 2018. 1. 30.부터 시

\* 헌법연구관



행하도록 한 조치’(이하 ‘이 사건 실명제 조치’라 하고, ‘이 사건 중단 조치’와 합하여 이를 ‘이 사건 조치’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

가. 청구인 정○○은 □□이라는 가상통화 거래소에 회원가입을 하여 일회용 가상계좌를 발급받아 비트코인(Bitcoin) 가상통화를 구매할 것이며, 나머지 청구인들은 □□이라는 가상통화 거래소에 회원으로 가입한 뒤 가상통화 거래를 하려는 국민들이다.

나. 가상통화 투자 과열 및 가상통화를 이용한 범죄행위, 불법 자금 유입 의혹 등으로 사회적 불안감이 높아지자, 대한민국 정부는 2017. 12. 13. 국무조정실장 주재로 관계부처 차관회의를 개최하여 가상통화 관련 긴급 대책 수립에 관하여 논의하였고, 2017. 12. 28. 10:00 재차 국무조정실장 주재 관계부처 차관회의를 개최하여 가상통화 거래 실명제 실시 등을 비롯한 각 대책들에 관하여 논의하였다. 이에 따라 금융위원회는 같은 날 14:00 금융위원회 부위원장 주재로 ‘가상통화 관련 금융권 점검회의’를 개최하여, 은행권 및 가상통화 거래소에 가상계좌 서비스를 제공 중인 은행들의 부행장 등에게 가상통화 거래소에 대한 현행 가상계좌 서비스의 신규 제공을 중단해 줄 것 등을 요청하였다.

다. 금융위원회는 2018. 1. 23. ‘가상통화 투기근절을 위한 특별대책(‘17. 12. 28.) 중 금융부문 대책 시행’을 발표하면서, ① 가상통화 거래와 관련한 금융거래에 본인확인 가능한 실명거래를 정착시키기 위한 ‘실명확인 입출금계정 서비스’ 시스템(이하 ‘실명확인 가상계좌’라 한다)이 2018. 1. 30.부터 시행될 예정이고, ② 금융위원회 소속 금융정보분석원에서 금융회사가 가상통화 관련

업무 수행 시 자금세탁을 효과적으로 방지하기 위한 사항들을 규정한 ‘가상통화 관련 자금세탁방지 가이드라인’을 마련하였으며, ③ 2018. 1. 23. 금융위원회 의결을 거친 뒤 2018. 1. 23.부터 2018. 1. 29.까지 의견 청취 기간을 거쳐 2018. 1. 30.부터 이를 시행한다고 밝혔다.

라. 청구인들은 금융위원회가 시중 은행들을 상대로 □□과 같은 가상통화 거래소에 대한 가상계좌 신규 제공을 중단하도록 함에 따라 가상통화 거래를 하지 못하게 되었고, 이로 인하여 가상통화의 교환가치가 떨어져 재산권, 행복추구권, 평등권 등이 침해되었으며, 다양한 측면에서 청구인들의 기본권을 제한하는 ‘가상통화 거래 실명제 실시’는 국회 입법과정을 통해서만 도입되어야 함에도 그러한 과정 없이 도입되어 법률유보원칙 등에 위반된다는 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

이 사건 조치는, ‘특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’ 등에 따라 자금세탁 방지 의무 등을 부담하고 있는 금융기관에 대하여, 종전 가상계좌가 목적 외 용도로 남용되는 과정에서 자금세탁 우려가 상당하다는 점을 주지시키면서 그 우려를 불식시킬 수 있는 감시·감독체계와 새로운 거래체계, 소위 ‘실명확인 가상계좌 시스템’이 정착되도록, 금융기관에 방향을 제시하고 자발적 호응을 유도하려는 일종의 ‘단계적 가이드라인’에 불과하다. 은행들이 이에 응하지 아니하더라도 행정상, 재정상 불이익이 따를 것이라는 내용은 확인할 수 없는 점, 이 사건 조치 이전부터 금융기관들이 상당수 거래소에는 자발적으로 비실명가상계좌를 제공하지 아니하여 왔고 이를 제공해오던 거래소라 하더라도 위

협성이 노정되면 자발적으로 제공을 중단해 왔던 점, 이 사건 조치 이전부터 ‘국제자금세탁방지기구’를 중심으로 가상통화 거래에 관한 자금세탁 방지규제가 계속 강화되어 왔는데 금융기관들이 이를 고려하지 않을 수 없었던 점, 다른 나라에 비견하여 특히 가상통화의 거래가액이 이례적으로 높고 급등과 급락을 거듭해 왔던 대한민국의 현실까지 살핀다면, 가상통화 거래의 위험성을 줄여 제도화하기 위한 전제로 이루어지는 단계적 가이드라인의 일환인 이 사건 조치를 금융기관들이 존중하지 아니할 이유를 달리 확인하기 어렵다. 이 사건 조치는 당국의 우월적인 지위에 따라 일방적으로 강제된 것으로 볼 수 없으므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당된다고 볼 수 없다.

### 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대이견

가. 이 사건 조치의 내용을 살피면 정부당국이 ‘가상통화 거래 실명제 실시’를 염두에 두고 ‘신규 비실명가상계좌 발급을 통한 가상통화 거래 제한’이라는 특정 법적 효과 발생을 실질적인 목적으로 삼았고, 금융회사등이 이에 불응하면 ‘자금세탁행위나 공중협박자금조달행위 등을 효율적으로 방지하기 위한 금융회사등의 조치의무’ 위반과 같은 추상적 의무위반사항을 상정하고 시정명령, 영업 정지 요구, 과태료 등의 제재조치를 가할 가능성을 배제할 수 없다. 일부 은행들은 일부 가상통화 거래소에 비실명가상계좌를 제공해 오면서 수수료 등 상당 수익을 얻던 중에 이 사건 중단 조치로 비로소 그 제공을 중단했고, 은행들은 가상통화 취급업소와 실명확인 입출금계정 서비스 관련 계약체결 대상을 선정함에 관한 자율성이 있을 뿐 가상통화 거래 실명제 시행 그 자체

는 다른 예외나 선택의 여지없이 이 사건 실명제 조치로 강제되었다. 이를 종합하면, 이 사건 조치는 비권력적·유도적 권고·조언·가이드라인 등 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.

나. 이 사건 조치는 가상통화의 위험성을 지나치게 우려한 나머지 가상통화 거래에 대한 일반국민의 수요를 단기적으로 억제하는 것을 목적으로 포함하고 있음을 부인할 수 없다. 불확실성과 가능성을 동시에 배태한 새로운 기술이나 재화에 대한 규제를 입안하려는 경우, 특히 이 사건 조치와 같이 개개인의 기본권에 다층적인 제한을 가하게 될 것이 충분히 예견되었고, 거래에 참여하는 국민들의 개인정보를 금융당국이 손쉽게 확인할 수 있도록 하면서, 통상적인 금융실명거래의 범주를 넘어 ‘가상통화 거래’라는 특정 거래내역만을 금융당국이 전방위적으로 살필 수 있도록 하는 규제는 공론장인 국회를 통하여 해당 내용을 구체적으로 규율하는, 규율밀도가 증대된 법률조항의 형태로 규율되었어야 한다. 구 ‘특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’ 등 관계 법령들은 추상적으로 금융당국의 금융회사등에 대한 일반적 감독 권한을 규정한 것이거나 자금세탁방지 등과 관련된 금융회사등의 일반적 의무 및 그에 관련된 금융당국의 조치 등을 규정한 것에 불과하고, 가상통화 거래에 대하여 실명확인 가상계좌 사용이라는 특정방식을 강제하도록 규정한 것이거나 ‘가상통화의 거래에 관한 것으로 특정된’ 사인의 개인정보 등의 제공을 규정한 것도 아니어서 이 사건 조치로 야기되는 기본권 제한과 관련된 본질적 내용에 관하여 규정한 것으로 볼 수 없다. 규율대상과 내용의 기본권적 중요성에 상응하는 규율밀도를 갖춘 법률조항들로 구성된

구체적인 법적 근거 없이 이루어진 이 사건 조치는 법률유보원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 심판 대상인 ‘금융위원회가 2017. 12. 28. 시중 은행들을 상대로 가상통화 거래를 위한 가상계좌의 신규 제공을 중단하도록 한 조치’(‘이 사건 중단 조치’) 및 ‘금융위원회가 2018. 1. 23. 가상통화 거래 실명제를 2018. 1. 30.부터 시행하도록 한 조치’(‘이 사건 실명제 조치’, 이를 합한 ‘이 사건 조치’)가 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부가 핵심적인 쟁점이다.

일응 헌법소원 대상성을 인정한다면, 본안에서는 이 사건 조치가 법률유보원칙에 위반되어 이 사건 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 주요 쟁점이 될 것이다.

이하에서는, 이 사건 조치가 공권력의 행사에 해당하는지 살피는 과정에서 법정의견과 반대의견이 서로 달리 판단한 지점들을 구체적으로 조망하여 그 함의를 되짚어보고, 반대의견이 제시한 법률유보원칙 위반론을 중심으로 본안에서 위헌론의 가능성을 살펴보고자 한다.

### 2. 이 사건 조치의 공권력 행사성

#### 가. 공권력 행사성 일반론 및 검토

##### (1) 공권력 행사성 일반론

『헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로

인하여 기본권을 침해받은 자'가 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 여기에서 '공권력'이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하며(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등 참조), 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700 등 참조).

한편 행정상의 사실행위는 경고(警告), 권고(勸告), 시사(示唆)와 같은 정보제공행위나 단순한 지식표시행위인 행정지도(行政指導)와 같이 대외적 구속력이 없는 '비권력적 사실행위'와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 '권력적 사실행위'로 나눌 수 있고, 그 중 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는데(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754 참조), 일반적으로 어떤 행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도 및 태도, 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단한다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2018. 4. 26. 2016헌마46 참조).』

## (2) 검토

법정의견과 반대의견은 위와 같은 공권력 행사성 일반론에는 모두 찬동하였다. 결국 그에 관한 판단이 나뉘게 된 것은, 이 사건 조치가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부에 관하여 일반론에서 제시하는 각 기준들, 즉 당해 행정주체와 상대방과의 관계,

그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정에 관한 판단을 달리하였기 때문이다.

법정의견은 크게 세 가지 지점에 주목하였다.

우선, ① 이 사건 조치의 구체적인 내용을 제시한 관계기관 자료들의 문언에 주목하였다. 특히 가상통화 거래소에 대한 신규 가상계좌 제공 중단을 요청 받은 은행들이 당국의 요청에 따르지 아닐 경우 은행들에 행정상·재정상 불이익이 따를 것이라는 내용을 이 사건 조치에서 달리 확인할 수 없었다는 점에 주목하였다.

나아가, ② 이 사건 조치 전·후로 이루어져왔던, 금융기관들의 각 가상통화 거래소에 대한 자발적 조치들에 주목하였다.

특히 가상통화 거래소의 태생적 위험성과 고객계정 해킹가능성 등 기술적 위험성을 금융기관들이 일찍부터 자체적으로 인지하고, 소수 대형 거래소를 제외한 상당수의 거래소에는 자발적으로 비실명가상계좌를 제공하지 아니하여 왔으며, 이를 제공해 왔던 대형 거래소라 하더라도 그 운영과정에서 위와 같은 위험성이 노정되면 그 제공을 중단하였던 점, 나아가 이 사건 조치 이후로 가상통화 거래소에 금융기관들이 실명확인 가상계좌를 제공할 수 있게 되었고 그로 인한 수익을 도모할 수 있게 되었음에도, 잔존하는 가상통화 거래소의 위험성 등을 고려하여 이를 제공하지 아니한 점에 주목하였다.

마지막으로, ③ 세계적인 흐름에 비추어, 금융당국이 자발적으로 이 사건 조치에 호응했을 가능성에 주목하였다.

가상통화나 그 거래중개기관의 위험요소를 인지하고 특정 금융서비스 제공을 제한하거나 관련 규제를 입안하려는 움직임은 국

제적으로도 활발하게 이루어져 왔는데, 특히 가상통화나 그 취급업자를 통로 삼아 자금을 세탁하거나 테러자금을 조달하려는 시도가 상당할 것으로 예견됨에 따라 이를 봉쇄하기 위한 국제공조의 필요성이 ‘국제자금세탁방지기구’(FATF)를 중심으로 일찍부터 논의되어 왔고, 2015. 6. 지침(Guidance)이 공포된 이래 시간이 경과되며 보다 강화된 규제방안이나 기준들이 연달아 발표되어 왔으며, 이를 반영하여 세계 각 국별 자체규제도 강화되어 왔다는 점에 주목한 법정의견은, 해외 금융망 접근 등에 관한 분명한 이해관계를 갖는 금융기관들이 세계적 흐름에 맞추어 비실명가상계좌를 통한 자금세탁위험 및 고객확인 의무 강화방안을 제시한 이 사건 조치에 자발적으로 호응할 유인이 충분하다는 점을 강조하고 있다.

반대의견은, ‘이 사건 조치의 실제적인 의도’를 거론하면서, 법정의견이 주목했던 세 가지 지점에 대해 ‘우리나라에서 금융규제 당국과 금융기관 간 관계의 특수성’이라는 맥락에 주목하여 이를 반박한다.

먼저, 반대의견은 ① 정부당국이 ‘가상통화 거래 실명제 실시’를 염두에 두고, 청구인들과 같은 사인들의 ‘신규 가상계좌(비실명) 발급을 통한 가상통화 거래의 제한’이라는 특정 법적 효과의 발생을 이 사건 조치의 실질적인 목적으로 삼았던 점은 부인할 수 없는 것으로 판단하였다. 즉, 자금세탁방지 등을 넘어, 과열된 가상통화 거래를 제한하려는 것 그 자체에 이 사건 조치에 실질적인 목적이 있었다고 본 것이다.

나아가 반대의견은 ② 금융위원회는 금융기관 감독 및 검사·제재에 관한 사항 등을 소관 사무로 두었고, 앞서 본 구 특정금융정보법 조항들에 따라 금융정보분석원장은 금융회사등의 업무를



감독하고 감독에 필요한 명령·지시 등을 할 수 있으며, 이 사건 조치의 실질적 목적(반대의견에 따르면, 과열된 가상통화 거래를 제한하는 것)을 구현하려는 과정에서 금융회사등이 이 사건 조치에 직·간접적으로 불응하면 ‘자금세탁행위나 공중협박자금조달행위 등을 효율적으로 방지하기 위한 금융회사등의 조치의무’ 위반 등과 같은 추상적 의무위반사항을 상정한 뒤 금융당국이 시정명령, 영업 정지 요구, 과태료의 제재조치를 할 가능성을 배제할 수 없다는 점을 제시하였다. 이에 덧붙여, 그와 같은 제재조치가 발령된다면 해당 금융회사등이 금융정보분석원장을 상대로 해당 제재조치의 위법성 또는 위 법률조항들이 해당 제재조치의 직접적 근거가 되는지 여부 등을 적극적으로 다툴 것을 쉽사리 상정하기는 어렵다고 판단하였다.

즉, 금융기관들이 이 사건 조치에 따르지 아니하였을 경우, 금융규제당국이 추상적인 제재조항들을 근거로 실제로 그 불응을 제재할 가능성이 열려 있는데, 가사 그러한 제재가 이루어진다고 하더라도 소위 ‘을’의 지위에 있는 금융기관들이 규제당국을 대상으로 그 당부를 다투기는 현실적으로 어렵다고 보면서, 과연 이 사건 조치에 따른 금융기관들의 행위가 자율적인 것이었는지 의문을 제기하고 있는 것이다.

마지막으로 반대의견은, ③ 이 사건 조치가 있기 직전까지 일부 은행들은 일부 가상통화 거래소에 비실명가상계좌를 제공해 왔고 수수료 등 상당 수익을 얻어 왔으나 이 사건 중단 조치로 비로소 그 제공을 중단했다는 점을 강조하면서, 이 사건 중단 조치를 단지 시중 은행들의 임의적인 협력을 구하면서 자발적 순응에 기대어 사실상의 효과를 발생시키기 위한 것, 즉 ‘가이드라인’에 불과한 것으로만 보기는 어렵다는 점을 강조한다. 이 사건 실명제 조치가

표방한 ‘금융기관의 자율성’ 또한 가상통화 거래 실명제 자체를 채택할 것인지 여부에 관한 자율성은 아니라는 점을 지적한다.

결국 반대의견은, 법정의견이 일관되게 표방하는 ‘금융기관의 자율성’이 실제로는 ‘포장된 자율성’이나 ‘위장된 자율성’에 불과할 가능성을 제시하면서, 결국 그 법적 제재 가능성 등을 고려할 때 이를 비권력적 사실행위로 볼 수는 없다는 점을 역설한다.

#### 나. 판단의 의의

특정 사실행위가 헌법소원의 대상이 되는 ‘권력적 사실행위’에 해당하는지 여부를 살피는 과정에는 불가피하게 사실인정이 수반되는데, ‘당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정’이라는 것은, 검토 대상인 사실관계(관련자료, 확인된 실무례 등) 중 보다 무게중심을 두는 지점에 따라, 혹은 해당 사실관계를 바라보는 관점에 따라 앞서 살펴본 바와 같이 양론이 가능하다. 그런데, 이 사건과 유사한 유형의 사건들에서 심판대상이 된 사실행위가 ‘공권력의 행사에 해당하는지’ 여부는, 그 표면적 의미보다는 결국 그 판단으로 해당 사안이 헌법적 통제(본안판단)가 필요한 사안인지 여부가 결정된다는 데 더 큰 의의가 있을 것인데, 이 사건에서 본안판단까지 나아갔던 반대의견의 본안판단 내용을 살펴보면, 더 구체적으로 본 결정의 의미내용이 조망될 수 있다.

### 3. 이 사건 조치가 법률유보원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부

가. 법률유보원칙 중 의회유보원칙 일반론 및 이 사건의 특수성  
반대의견은 법률유보원칙 중 특히 의회유보원칙에 따른 판단을 하였는데, 반대의견이 제시한 그 일반론은 아래와 같다.

『법치주의의 핵심적 내용으로서 법률유보원칙은 의회유보원칙을 내포한다(헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6 참조). 말하자면, 적어도 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책 형성 기능만큼은 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 수행해야 하지, 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 안 된다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바14 참조). 국회의 입법절차는 국민의 대표로 구성된 다원적 인적 구성의 합의체에서 공개적 토론을 통하여 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량하여 공동체의 중요한 의사결정을 하는 과정으로서 일반국민 등의 비판을 허용하고 그들의 참여가능성을 개방하고 있다는 점에서 전문관료들에 의하여 이루어지는 행정입법절차나 행정작용절차와 달리 공익의 발견과 상충하는 이익 간의 정당한 조정에 보다 적합한 민주적 과정이기 때문이다. 이러한 관점에서, 규율대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회가 제정하는 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구 정도는 그만큼 더 증대되는 것으로 보아야 한다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882 참조).』

반대의견이 이 같이 의회유보원칙에 방점을 두고 위헌론을 개진하게 된 것은, 심판대상인 ‘이 사건 조치’가 규율하는 대상 또

는 영역의 특수성에 주목한 결과인데, 특히 반대의견은 이 사건 조치가 ① 금융기관들(혹은, 이를 포괄한 금융시스템)에 대한 소위 ‘금융규제’인 점, ② 궁극적으로는 새로운 기술(가상통화)에 관한 규제인 점에 각 방점을 두고, 이 사건 조치가 규율하려는 영역의 성격을 분설하면서 그에 대해 법률유보원칙 위반 여부를 판단함에 있어 이를 보다 엄격하게 살필 필요성(특히 ‘규율밀도’에 관하여)을 함께 제시하고 있다. 크게는 ①에 관하여, ①과 ②의 교집합에 관하여, ②에 관하여 각기 목차를 나누어 상세히 제시하고 있는데, 구체적인 내용은 다음과 같다.

#### (1) 현대 사회에서 금융 시스템의 성격

『현대 사회에서 금융시스템은 ‘금전의 유통’이라는 고전적인 목적을 넘어 다양한 목적에서 금융서비스 제공자들과 그 이용자들 간 상호작용을 매개해 왔는데, 광범위하게 제공되는 금융서비스 목록들에 이용자들의 주체적인 판단에 따른 사용내역과 개인정보들이 더해지고 이를 토대로 이용자들이 다양한 생활기반을 형성해 나가면서 국민들의 접근과 사용이 반드시 필요한 일종의 공공재로 자리매김하게 되었으며, 국민 개개인이 기본적인 생활을 영위하는 데 필요불가결한 터전이 되어 왔다. 이를 통해 제공되는 금융서비스의 내용과 그 변동이 야기하는 사회적인 파급력에 관하여는 달리 상론을 요하지 아니한데, 금융서비스의 변동은 경우에 따라서는 금융시스템을 활용하며 업(業)을 영위해 오던 특정기업 혹은 특정 산업군의 부침(浮沈)에 심대한 영향을 미칠 수도 있다.

우리나라에서 금융시스템은 특히 주요 개인정보들의 보고(寶庫)라는 측면에서도 중요하다. 금융실명제가 실시된 이래로 우리나라에서 금융서비스를 받기 위해서 기본적으로 제공해야 하는 개인

정보의 내용이나 금융시스템을 이용하는 과정에서 기록되는 각 개인의 이용내역은 상당한 정도에 이르고 있다. 여기에 주민등록번호 등 개인별로 부여된 개인식별정보에 각 개인의 금융시스템 이용내역 등을 묶어 특정하기 용이한 사정까지 고려하면, 금융시스템을 통하여 수집되고 축적되는 정보들이 제대로 관리되지 못할 경우에는 피해를 끼칠 수 있는 위험성이 적지 아니하다.

이와 같이 다양한 측면에서 금융시스템이 갖는 중요성과 영향력 및 위험성을 고려하여, 금융업에 관하여는 인적·물적 측면에서 국가가 제시한 엄격한 규제요건들을 충족한 소수의 사업자들에게 의하여 금융시스템이 유지되어 왔고 그러한 기반 하에 국민들을 대상으로 금융서비스가 제공되어 왔다.』

위와 같이 반대의견은, ① 금융시스템 일반론(산업의 ‘땃줄’같은 기능을 수행한다는 점)에 더하여 특히 ② 한국사회에서 금융시스템이 갖는 특성[개인정보의 보고(寶庫)라는 점]에 주목하면서, 그에 관한 규제, 즉 금융규제의 특수성 및 그에 해당하는 이 사건 조치가 궁극적으로 규율하는 대상인 ‘가상화폐’에 대한 규제가 갖는 특수성에 관하여 아래와 같이 추가적으로 살피고 있다.

(2) 금융규제, 그 중에서도 새로운 기술 또는 재화에 관한 금융규제에 관하여

『우리 헌법 제119조 제2항은 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 정하고 있다.

따라서 국가는 사인인 서비스 제공자의 직업의 자유 등을 보장하면서 서비스 이용자인 국민의 기본권이 침해되는 결과가 발생

하지 않도록 지향점을 제시하고 조정할 수 있으나, 그와 같은 규제가 헌법상 정당화 될 수 있으려면 헌법 제37조 제2항의 한계를 준수하여야 한다. 과잉금지원칙에 반하여 서비스 제공자 또는 이용자인 국민의 기본권이 침해되는 결과가 발생하지 않아야 하며, 앞서 살핀 것과 같이 법률유보원칙에 따라 공익의 발견과 상충하는 이익 간에 정당한 조정이 매개될 수 있도록 하여야 한다.

이는 금융업에 관하여도 예외가 아니다. 특히 금융규제 중에서도 그 궁극적인 규제목적이나 대상, 내용이 기술발전에 따른 가능성과 불확실성을 동시에 배태하고 있는 새로운 기술 또는 재화에 관한 규제의 경우, 일단(一端)의 규제로도 그 경로의존성에 따라 규제를 받는 자들의 기본권에 다층적이고도 심대한 제한을 가할 수 있다는 점에서 법률에 의한 규율 필요성이 증대된다. 또한 해당 금융규제가 금융시스템에 연결되어 있는 국민들의 개인정보의 제공 및 그 정보의 취급에 관한 것으로서 이전보다 두텁게 기본권을 제한하는 것이라거나, 규제대상영역에 관하여 이미 상당수 국민이 이해당사자가 되어 이해관계를 형성한 상황에서 규제가 입안되는 경우라면, 그에 관하여는 새로운 분야에 관한 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량해야 할 필요성이나 수집된 개인정보들을 매개로 한 국가의 과도한 통제를 견제해야 할 필요성이 크다. 따라서 국민의 대표 및 민간전문가의 참여 가능성을 개방함으로써 오판(誤判)이나 정책불응의 가능성을 낮출 필요성이 더욱 증대되므로, 국회에서 제·개정하는 법률로 그러한 금융규제의 주요 내용을 직접 규율할 필요성이 더 크다. 이 경우 해당 규제의 기본권적 중요성을 고려하여, 전문 관료들을 통해 이루어지는 행정입법이나 행정작용에 과도한 형성여지를 부여하는 고도로 추상화된 법률조항이 아닌, 그 본질적 내용들을 세련되고 세밀하

게 규율하는, 말하자면 규율밀도가 증대된 법률조항의 형태로 입법이 이루어져야 함은 물론이다.』

이 같이 이 사건 조치가 규율하려는 영역 혹은 규율대상(가상화폐 거래)의 특수성을 고려하여, 반대의견은 그와 같은 대상에 대한 규제는 응당 국회에서 법률로 이루어져야 하며, 그 중에서도 규율밀도가 증대된 법률조항으로 이루어져야 한다는 점을 역설하는데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

『이 사건 조치의 각 세부내용들이 담긴 정부당국의 공식 자료들을 면밀히 살펴보면, 그 규제목적으로 순수한 자금세탁방지를 도모하기 위한 것 외에 가상통화와 그 거래에 대한 일반국민의 수요를 단기적으로 억제하는 것 또한 포함하고 있음을 부인할 수 없다. 이는 이 사건 조치가 이루어질 당시 그 궁극적 규제대상인 가상통화의 거래가액이 가상통화의 실제 가치와는 현저하게 괴리된 것이라는 인식 또는 가상통화의 본질적인 성격이 투기적인 것이라는 정부당국의 선제적인 판단이 내재되어 있었던 것으로 보인다. 이 사건 조치가 이루어졌던 당시 가상통화 거래가액의 급등 현상 등을 고려하면, 정부당국의 우려를 근거 없는 것으로 볼 수는 없다.

그러나 이 사건 조치가 이루어졌을 당시, 가상통화가 갖는 기술적 특성(예컨대, 소위 ‘분산원장’ 기술 등)과 가상통화에 배태된 여러 가능성, 특히 다른 재화들을 거래하는 과정에서 수단으로 활용될 가능성 등에 힘입어 이를 선제적으로 제도화하자는 논의도 우리 사회에 상당했던 것으로 보인다. 그 가능성에 주목한 상당수 일반국민들은 금융시스템을 통하여 가상통화 거래소 등을 매개로 가상통화 거래에 참여하면서 직·간접적으로 이해관계를 형성해 왔는데, 이 사건 조치 이후 4년 가까이 경과된 현 시점에서 주요

가상통화들의 세계적인 거래가액 추이를 살펴보면, 앞서 주목받았던 가상통화의 가능성들이 전혀 터무니없다거나 그 당시 가상통화의 거래가액들이 전적으로 투기적인 수요에 따라 형성된 것으로 단정할 수만은 없다.

그렇다면, 그와 같이 불확실성과 가능성을 동시에 배태하고 있는 새로운 기술이나 그에 관한 새로운 재화의 성격을 갖는 영역에 관하여는, 설령 그 제도화 과정에서 그 거래 등에 관한 규제가 요구될 수 있다 하더라도 그러한 규제가 입안되는 과정에서 국민들의 다양한 견해와 이익이 인식되고 충분히 교량되어야 한다. 특히, 국민의 대표인 국회의원과 민간전문가가 참여하여 그 가능성과 위험성 등에 관하여 공개적인 토론을 거치며 결과적으로 기본권 제한을 최소화할 수 있는 적절한 규제의 양태가 도출되도록 국회에서 법률로 직접 규율되어야 할 필요성이 상당하다.

가상통화의 위험성을 지나치게 우려한 나머지 그 수요를 단기적으로 억제하려는 목적이 포함된 이 사건 조치가 그로 인하여 직·간접으로 규제를 받는 자들에게 상당한 충격을 주면서 개인의 기본권에 다층적 제한을 가하게 될 것이 충분히 예견되었고, 나아가 그 규제수단으로 거래에 참여하는 국민들의 개인정보를 금융당국이 손쉽게 확인할 수 있도록 하는 방안을 이 사건 조치가 포함하고 있었다는 점을 고려한다면, 이 사건 조치와 같은 내용의 규제는 공론장인 국회를 통하여 응당 법률로 규율되었어야 할 당위성과 필요성이 더욱 분명하다.』

결국 반대의견은, ‘불확실성이 내포된 첨단기술 분야’에 관하여는 위험성과 성장가능성이 공존하는 만큼 그 규제 양태와 범위, 내용 등을 정하는 과정에서 다양한 의견들이 교차하며 검증될 필요가 다분하고, 이를 가능케 하는 공론장, 즉 국회의 입법과정이



요구된다는 점을 제시하면서, 규제 분야나 대상에 따라 법률유보 원칙(의회유보원칙) 위반 여부를 판단하는 데 있어 보다 엄격한 심사가 이루어질 수 있는 가능성을 제시한다.

#### 나. 법률유보원칙에 위반 여부를 판단함에 있어, 기본권적 중요성

헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판사건에서, 그 판단대상은 ‘청구인의 기본권을 침해하는지 여부’이다. 이 사건 조치로 인한 법률유보원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 이 사건 조치가 규율하는 영역에 대한 특수성뿐만 아니라, 그로 인하여 제한되고 침해되는 청구인들의 기본권의 양태나 정도가 어떠한지 여부도 판단의 핵심 요소가 되는데, 이 사건 조치로 인하여 제한되는 청구인들 기본권의 특수성에 관하여도 반대의견은 아래와 같이 그 판단을 개진하고 있다.

『이 사건 조치로 인하여 은행과 주요 가상통화 거래소들 사이에, 그리고 거래소와 사인 간에 이루어져왔던 가상통화 거래 관련 이용계약의 내용들이 반드시 ‘실명확인이 강제된’ 방식으로 국한되게 되었다. 그로 인해 실명확인 가상계좌를 사용하게 되면서 ‘전적으로 가상통화 거래에 관한 것으로 특정된’ 개인정보의 내역들을 사인이 제공하고 금융당국이 손쉽게 확인할 수 있게 되었다. 즉, 주요 거래소들을 통해 가상통화를 거래하려는 사인의 신원, 나아가 거래 일시와 내역, 금액 등을 금융당국이 손쉽게 확인할 수 있는 교두보가 마련된 것이다. 이는 통상적인 금융실명거래의 범주를 넘어 ‘가상통화의 거래’라는 특정거래내역만을 금융당국이 전방위적으로 살필 수 있는 길을 확보하여 특정한 성격과 내용의 개인정보에 대한 국가의 통제를 강화한 것으로 볼 수 있다(가상통화 거래 과세 등을 위한 선제조치가 될 수도 있다). 이

와 같은 제한은 계약의 자유, 개인정보의 자기결정권 등 주요한 기본권에 대해 그 범위와 깊이에 있어 중대한 제한을 수반하므로 이 사건 조치와 같은 사항들은 법률로 규율되어야 함은 물론이거니와 해당 내용을 구체적으로 규율하는, 즉 규율밀도가 증대된 법률조항의 형태로 규율되어야 할 것이다.』

기본권이 제한되는 구체적인 국면이나 양상을 살펴보면, ① 가상통화 거래 방식이 제한될 뿐만 아니라, ② 그 과정에서 거래 당사자들의 개인정보 제공 등이 확인되며, 이는 곧 계약의 자유, 개인정보자기결정권 등 ‘중요한 기본권’에 대한 ‘중대한 제한’이 됨을 반대의견은 제시하고 있는데, 결국 앞서 살펴본 바와 같이 공론장을 통한 보다 세련되고 세밀한 입법이 요구되는 영역이라는 논증을 기본권적 측면에서 재차 보강하면서, 이에서 더 나아가 국회를 통한 입법을 하더라도, 규율밀도가 증대된 법률조항의 형태로 입법이 이루어져야 한다는 점을 제시하고 있다. 즉, 보다 엄격한 심사가 요구된다는 점을 재차 제시하고 있다.

이 사건 조치의 근거법률로 상정해 볼 수 있는(혹은 금융위원회가 그 근거법률로 제시했던) 여타의 법률조항들이 실제로 근거법률로 기능할 수 있겠는지에 관한 반대의견의 종국적 판단(아래 목차 참조)에서 반대의견이 지속적으로 강조해 왔던 바가 무엇인지 보다 분명하게 확인되는데, 반대의견의 본안판단내용은 다음과 같다.

#### **다. 반대의견의 본안판단 내용(법률유보원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해)**

이 사건 조치가 규율하는 영역 또는 대상의 특수성과, 그로 인해 제한되는 기본권의 특수성, 그리고 보다 더 엄격한 심사가 이루어질 수 있는 당위성이나 개연성을 고루 살핀 뒤, 반대의견은

아래와 같이 이 사건 조치가 청구인들의 기본권을 침해한다고 판단하고 있다.

『앞서 살핀 것과 같이, 금융위원회는 은행법 제52조 제4항, 구 특정금융정보법 제11조 제1항, 금융위원회법 제17조 제2호에 근거하여 시중 은행들에 대해 신규 가상계좌 제공 중단을 요청한 것으로 보인다.

그런데, 금융위원회가 이 사건 조치의 근거로 제시했던 위 법률조항들의 문언, 입법취지 및 개정내역 등을 면밀히 살펴보더라도, 이는 추상적으로 금융당국의 금융회사등에 대한 일반적 감독권한을 규정한 것이거나 자금세탁방지 등과 관련된 금융회사등의 일반적 의무 및 그에 관련된 금융당국의 조치 등을 규정한 것에 불과하고, 이 사건 조치로 야기되는 기본권 제한과 관련된 본질적 내용에 관하여 규정한 것으로 볼 수는 없다. 즉, 위 법률조항들은 가상통화 거래를 위한 전제가 되는 개별 계약에 대하여 실명확인 가상계좌 사용이라는 특정방식을 강제하도록 규정한 것이 아니고, ‘가상통화의 거래에 관한 것으로 특정된’ 사인의 개인정보 등의 제공에 관하여 규정한 것도 아니다. 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 조치가 규율하려는 대상과 내용의 기본권적 중요성에 비추어 볼 때 증대된 규율밀도를 가진 법률조항 형태를 갖춘 입법이 요구된다는 점까지 고려하여 위 법률조항들을 살펴본다면, 위와 같은 판단은 더욱 타당하다.』

즉, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 조치의 내용적, 기본권적 중요성에 비추어 요구되는 규율형식과 규율밀도에 비추어 보건대, 이 사건 조치의 근거법률로 금융위원회가 제시했던 법률조항들은 이 사건 조치의 근거법률이 될 수 없고, 그 외에도 달리 근거법률로 기능할 수 있는 여타 법률조항들을 확인할 수 없다는 점을

분명히 하고 있다.

한편 이 사건 조치와 사실상 동일한 내용의 규제가 특정금융정보법 개정(2020. 3. 24.)으로 결국 입법되게 되는데, 반대의견은 판단 말미에 이러한 경과를 덧붙이면서, 이 사건 조치는 국회의 입법으로, 나아가 보다 증대된 규율밀도를 갖는 법률조항으로 규율되는 것이 불가피한 내용을 담고 있었음을 재차 강조한다.

『한편, 이 사건 조치가 있는 뒤로 2년여의 시간이 경과된 2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정된 특정금융정보법은, 가상통화거래소 등을 ‘가상자산사업자’로 정의한 뒤 ‘금융회사등’의 범주에 포함시키고(법 제2조 제1호 하목), 종전의 ‘금융거래’에 가상자산거래를 포함하여 새로이 ‘금융거래등’으로 정의하였으며(법 제2조 제2호 라목), 경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자증표를 가상자산으로 정의하였다(법 제2조 제3호).

나아가 제3장에서는 가상자산사업자에 대한 특례규정을 두었는데, 가상자산사업자에 대하여는 전신송금 시 정보제공에 관하여 그 정보제공의 대상, 기준, 절차, 방법과 그 밖에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하였고(법 제6조 제3항), 법 제7조에서는 가상자산사업자의 신고의무를 정하였는데, 특히 실명확인 가능 입출금 계정의 개념을 구체적으로 실시하되 이를 통하여 금융거래등을 하지 아니하는 가상자산사업자에 관하여는 금융정보분석원장이 그 신고를 수리하지 아니할 수 있도록 하였으며(법 제7조 제3항 제2호), 실명확인이 가능한 입출금 계정을 개시하는 기준, 조건 및 절차에 관한 법적 근거를 두되 그에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다(법 제7조 제9항). 이 외에도 금융회사등의 고객 확인의무에 해당 고객이 가상자산사업자인 경우

를 추가로 규율하였고(법 제5조의2 제1항 제3호, 제4항 제2호), 기타 벌칙조항에 관하여도 가상자산사업자에 대한 부분을 각 추가함으로써, 이 사건 조치를 포함한 일련의 조치들에 관한 구체적 내용들을 입법하며 법적 근거를 비로소 마련하였다.

그 법적 근거가 마련되게 된 경우, 새로 입법된 주요 법률조항들의 규율내용과 그 규율밀도를 살펴보면, 결국 거래 및 계약내용 형성, 개인정보 제공 등 기본권적 측면에서 중요성을 갖는 내용들을 규제하려 할 경우 이를 구체적으로 규율하는 법률조항들을 두는 것이 불가피하고, 그 기본권적 중요성에 상응하는 규율밀도를 갖춘 법률조항으로 규율되는 한에서만 해당 규제가 우리 헌법질서 하에서 정당화될 수 있다는 점에 관한 고려가 있었던 것으로 보인다.

그렇다면, 앞서 살펴본 바와 같이 규율대상과 내용의 기본권적 중요성에 상응하는 규율밀도를 갖춘 법률조항들로 구성된 구체적 법적 근거가 요구됨에도 불구하고, 그러한 법적 근거 없이 이루어진 이 사건 조치는 법률유보원칙에 위반된다 할 것이다. 이 사건 조치로 인하여 제한되는 기본권의 중요성에 더하여, 금융회사등을 매개로 하는 이러한 조치들의 남용위험성과 금융시스템 및 금융서비스의 공공재적 성격까지 고려한다면, 이 사건 조치가 이루어졌을 당시의 정부당국의 판단대로 긴급한 필요가 있었다거나 사후적인 후속입법이 이루어졌다 하더라도 이러한 사정만으로는 위 판단이 달라질 수 없다.』

#### 4. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 표면적으로는 금융위원회가 2017. 12. 28. 시중 은행들을 상대로 가상통화 거래를 위한 가상계좌의 신규 제공을 중단하도록 한 조치(‘이 사건 중단 조치’) 및 ‘금융위원회가 2018. 1. 23. 가상통화 거래 실명제를 2018. 1. 30.부터 시행하도록 한 조치’(‘이 사건 실명제 조치’, 이를 합한 ‘이 사건 조치’)가 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부를 밝힌 것에 그 일차적 의미를 찾을 수 있다.

나. 그러나, 이 사건 결정은, 이 사건 조치와 유사한 성격의 국가 정책수단에 관하여 전면적으로 헌법적 통제를 할 것인지에 관한 6기 재판부의 첫 판단이라는 측면에서도 의미를 갖는다. 이 사건 조치와 같이, 금융기관을 매개로 한 각종 정책들이 소위 ‘금융기관에 대한 행정지도’라는 형태로 최근까지 적잖이 이루어져 왔기 때문이다.

가상화폐 거래가액 양등, 부동산 가격 폭등, covid-19 확산 등과 같이 긴급한 정부 개입이 요구될 수 있는 여러 상황을 폭넓게 상정해 본다면, 그러한 상황에서 일응 활용될 가능성이 있는 행정 지도를 매개로 한 정책수단들은, 국가에 큰 정책 재량을 부여한다는 점에서는 유용한 도구가 될 수 있겠으나, 그 발령절차나 내용 등이 사전에 적절하게 통제되기 어렵고, 경우에 따라서는 그 직·간접적 수범자들이 그에 따른 기본권 제한을 감내하게 될 수도 있다.

그러한 점에서, 법정의견인 재판관 5인의 공권력 행사성 부정론(각하론)과 비교하여 재판관 4인의 공권력 행사성 인정론 및 본안 판단론(법률유보원칙 위반, 위헌)을 살펴보면, 긴급한 상황의 도래 등 소위 ‘상황론’ 만으로는 이 같은 손쉬운(그러나, 경우에 따라서는 국민의 기본권 침해 개연성이 상당할 수 있는) 정책수단을 국가

가 활용하는 것을 언제나 헌법적으로 정당화해 줄 수는 없다는 점이 확인된다. 이 사건과 유사한 사실행위가 심판대상이 되는 앞으로의 사건들에서 헌법재판소의 판단을 주목해 볼 필요가 있다.

## 20. 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원

- 영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자 진술에 관한  
증거능력 특례규정의 위헌 여부 -  
(헌재 2021. 12. 23. 2018헌바524, 판례집 33-2, 760)

김 병 욱\*

### 【판시사항】

영상물에 수록된 ‘19세 미만 성폭력범죄 피해자’(이하 ‘미성년 피해자’라 한다) 진술의 증거능력에 관한 특례를 규정한 ‘성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

---

\* 헌법연구관



## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2010년부터 2011년 사이에 위력으로 13세 미만 미성년자인 피해자를 수차례 추행하였다는 등의 범죄사실로 1심에서 2018. 2. 2. 징역 6년 및 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간을 선고받았다. 한편, 청구인은 위 1심 공판에서 각 영상녹화CD에 수록된 19세 미만인 위 성폭력범죄 피해자의 진술에 관하여 증거부동의 하였다. 그러나 1심 법원은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람들의 법정진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 공소사실에 관한 증거로 채택·조사한 후, 이를 청구인에 대한 유죄판결의 증거로 사용하였다. 다만, 그 과정에서 위 증거의 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않았다.

나. 청구인은 위 1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 항소심은 2018. 9. 5. 위 1심 판결과 동일한 범죄사실에 관하여 재차 유죄판결을 선고하였다.<sup>1)</sup> 항소심 법원 역시 1심 법원과 마찬가지로 위

각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 유죄 판결의 증거로 하였는데, 그 과정에서 피해자를 증인으로 소환하여 신문하지는 않았다.

다. 청구인은 위 항소심 판결에 불복하여 상고를 제기하였고, 위 상고심 계속 중 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 연혁에 관계 없이 ‘성폭력처벌법’이라고만 한다) 제30조 제6항 등에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대법원은 2018. 11. 29. 위 상고 및 신청을 모두 기각하였고, 이에 청구인은 2018. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장

청구인은 미성년 피해자에 대한 반대신문권을 전혀 행사하지 못하였음에도, 심판대상조항으로 인하여 신뢰관계인 등의 성립인정 진술에 따라 미성년 피해자 진술의 증거능력이 인정되었고, 법원은 이를 유죄판결의 결정적인 증거로 사용하였다. 이처럼 심판대상조항은 피고인의 반대신문권을 박탈하고 있으므로 헌법에 위반된다.

### 【결정요지】

심판대상조항은 미성년 피해자가 증언과정 등에서 받을 수 있는 2차 피해를 막기 위한 것이다. 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것은, 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 포기할 수 없는 중요한 가치이나 그 과정에서 피고인의 공정한 재

1) 다만, 항소심은 아동·청소년 관련기관 등에 관한 취업제한 기간을 정하기 위하여 1심 유죄 부분을 파기하고 징역 6년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간 및 위 관련기관 등 취업제한 5년을 선고하였다.

판을 받을 권리도 보장되어야 한다. 성폭력범죄의 특성상 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술이 사건의 핵심 증거인 경우가 적지 않음에도 심판대상조항은 진술증거의 오류를 탄핵할 수 있는 효과적인 방법인 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있다. 심판대상조항은 영상물로 그 증거방법을 한정하고 신뢰관계인 등에 대한 신문 기회를 보장하고 있기는 하나 위 증거의 특성 및 형성 과정을 고려할 때 이로써 원진술자에 대한 반대신문의 기능을 대체하기는 어렵다. 그 결과 피고인은 사건의 핵심 진술증거에 관하여 충분히 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 유죄 판결을 받을 수 있는바, 그로 인한 방어권 제한의 정도는 매우 중대하다. 반면 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하지 않더라도, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시하거나, 비디오 등 증계장치에 의한 증인신문 등 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도를 적극 활용함으로써 위 조항의 목적을 달성할 수 있다. 피고인 측이 정당한 방어권의 범위를 넘어 피해자를 위협하고 괴롭히는 등의 반대신문은 금지되며, 재판장은 구체적 신문 과정에서 증인을 보호하기 위해 소송지휘권을 행사할 수 있다.

우리 사회에서 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것이 중요한 공익에 해당함에는 의문의 여지가 없다. 그러나 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 때, 심판대상조항이 달성하려는 공익이 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다고 쉽게 단정하기는 어렵다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

### 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 이미선의 반대 의견

헌법상 재판절차진술권의 주체인 형사피해자가 그의 기본권 보장을 위한 형사소송절차 진행 도중 오히려 2차 피해를 입는 현상에 대한 대응은 최근에서야 비로소 주목받고 있다. 심판대상조항은 성폭력범죄의 미성년 피해자가 법정 진술과정에서 받을 수 있는 심리적·정서적 충격 등 새로운 추가피해를 방지하기 위해 미성년 피해자의 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한다. 피고인이 반대신문을 하는 경우, 법정에서 성폭력 피해를 복기하고 격렬한 탄핵의 과정을 거치게 되는데, 미성년 피해자는 증언 시 스스로 감당할 수 없는 심각한 심리적·정서적 충격이나 그로 인한 후유 장애를 입을 개연성이 있으므로, 미성년 피해자를 특별히 보호해야 할 필요성이 인정된다. 심판대상조항은 피고인의 형사절차상 권리의 보장과 미성년 피해자의 보호 사이의 조화를 도모하고 있을 뿐, 미성년 피해자에 대한 반대신문을 전적으로 금지하거나 피고인을 단순한 처벌의 대상으로 만들지 않는다. 피고인은 영상물의 적법성 및 영상물에 담긴 미성년 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하거나 조사 과정에 동석했던 신뢰관계인에 대한 신문문을 통해 자신을 방어할 수 있다. 영상물에 담긴 진술의 증명력이 부인될 수 있고, 법원의 판단에 따라 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 부여받고 있다. 증거보전절차는 반복진술로 인한 2차 피해를 줄이는 효과가 없고, 교호신문제도에 의한 증인신문 방식이 그대로 적용되어 진술 탄핵을 본질로 하고 유도신문이 허용되는 반대신문의 속성에서 비롯되는 2차 피해를 방지하지 못하여 심판대상조항과 동일한 정도로 입법목적에 기여할 수 없다. 심판대상조항이 보호하려는 공익의 중대성을 고려할 때, 심판대상조항이 전문법칙의 예외를 정하고 있다는 사정만으로 미성년 피해

자의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 무력화하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 들어가며

심판대상조항은 미성년인 성폭력범죄 피해자가 법정에서 출석하여 증언함으로써 입을 수 있는 2차 피해를 방지하기 위해 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인(이하 ‘신뢰관계인 등’이라 한다)의 성립진정의 진술만으로 적법하게 촬영된 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 인정하여 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 그로 인하여, 원진술자의 법정출석을 전제로 하여서만 보장될 수 있는 피고인의 반대신문권 행사가 제한될 수 있으므로, 위 조항으로 인한 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부가 이 사건의 주된 쟁점이 된다.

이하에서는 심판대상조항의 내용 등에 관하여 간략히 살핀 후, 법정의견과 반대의견의 세부적인 설시를 중심으로 심판대상조항의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 판단에 대하여 살펴기로 한다.

### 2. 심판대상조항 개관

#### 가. 심판대상조항의 의의 및 연혁

##### (1) 심판대상조항의 의의

형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진

술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 이는 공개된 법정에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고, 직접심리주의와 공판중심주의를 철저히 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다.

그런데 성폭력처벌법 제30조 제1항은 미성년 피해자의 진술내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하도록 정하고 있다.<sup>2)</sup> 그리고 심판대상조항은 위 조항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 증거능력이 부여되도록 하여, 원진술자인 미성년 피해자의 법정진술 없이도 전문증거인 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술을 성폭력범죄의 ‘본증’으로 사용될 수 있도록 정하고 있다.<sup>3)</sup> 이는 원진술자의 법정출석을 전제로 하여서만 보장될 수 있는 피고인의 반대신문권 행사를 실질적으로 제한하는 의미를 갖는다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108, 판례집 25-2하, 621, 628-629 참조).

- 2) 성폭력처벌법에 의하면, 수사기관은 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 성폭력범죄 피해자(성폭력처벌법 제30조 제1항)의 진술내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. 위 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다(성폭력처벌법 제30조 제2항).
- 3) 형사소송법 제221조 제1항은 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고, 이 경우 그의 동의를 받아 영상녹화할 수 있다고 규정하고 있다. 형사소송법에 따르면 원칙적으로 수사기관에서 피해자 진술을 녹화한 영상녹화물은 본증으로 사용할 수 없고 진술조서의 실질적 진정성립 인정자료(제312조 제4항) 및 기억환기용 자료(제318조의2 제2항) 등으로만 사용할 수 있다.

## (2) 심판대상조항의 입법목적 및 연혁

(가) 심판대상조항은, 성폭력범죄로 피해를 입은 미성년 피해자가 재판에 출석하여 증언하는 경우 발생할 수 있는 심리적, 정서적 충격으로 인한 ‘2차 피해’를 최소화하고자 하는 데 그 입법목적이 있다. 즉, 성에 관한 인식과 자아관념이 형성되는 과정에 있고 방어력이 취약한 미성년 피해자가 재판 과정에서 끔찍한 기억에 대한 반복적인 회상을 강요당하거나 가해자를 다시 대면하게 됨으로써 정신적 상처로부터의 회복이 방해되는 것을 방지하고, 미성년 피해자의 신상 및 사생활에 관한 사항이 노출되거나 공개된 법정에서 자신의 진술의 신빙성을 공격받게 됨으로써 올 수 있는 심리적·정서적 충격으로부터 미성년 피해자를 보호하고자 하는 것이다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108, 판례집 25-2하, 621, 628 참조).

(나) 성폭력범죄의 미성년 피해자 진술이 수록된 영상물의 증거능력에 관한 특례 규정은 2003. 12. 11. 법률 제6995호 개정으로 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제21조의2 제3항에서 처음 도입되었다(시행일 2004. 3. 12.). 위 조항은 증거능력 특례의 적용대상을 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 성폭력범죄 피해자로 정하고 있었다. 위 조항은 2006. 10. 27. 법률 제8059호 개정으로, 대상 피해자의 연령기준이 13세 미만에서 16세 미만으로 상향되고, 조문의 위치가 제21조의3 제4항으로 변경되었다. 위 증거능력 특례규정은 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 성폭력처벌법이 새로이 제정됨에 따라 성폭력처벌법 제26조 제4항으로 위치를 옮겨 동일한 내용이 규정되었다.<sup>4)</sup> 그 후 위 증거능력 특례규정은 2012. 12. 18. 법률 제

11556호로 전부개정되어(2013. 6. 19. 시행), 대상 피해자의 연령기준이 16세 미만에서 19세 미만으로 재차 상향되고, 진술조력인이 그 진정성립의 인정주체로 추가되어, 현재에 이르고 있다.

(3) 심판대상조항에 따라 영상물에 수록된 피해자 진술을 본증으로 사용하기 위한 요건<sup>5)</sup>

(가) 대상

영상물은 미성년 피해자의 진술내용과 조사과정을 녹화한 것이어야 한다.

(나) 적법한 절차에 따라 녹화된 것일 것

1) 영상물은 조사 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화한 것이어야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명·날인 또는 서명하게 해야 한다(성폭력처벌법 제30조 제3항). 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다(성폭력처벌법 제30조 제4항).

2) 영상녹화 전 과정에 신뢰관계인이 동석해야 하나(의무사항) 신뢰관계인이 피해자에게 불리하거나 피해자가 원하지 않는 경우

---

4) '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률'이 2010. 4. 15. 법률 제 10258호로 '성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률'로 개정되면서, 위 개정법에는 피해자보호에 관한 조항만이 남게 되었고(나머지는 삭제), 증거능력 특례규정(제21조의3 제4항)을 비롯한 성폭력범죄처벌 관련 규정은 같은 날(2010. 4. 15.) 제정된 위 성폭력처벌법에서 규율하게 되었다.

5) 홍진영·법선윤, 성범죄사건의 실무적 쟁점 - 영상녹화물 증거 제도와 전문심리위원 제도를 중심으로, 사법(31호), 2015, 81-82면 참조



동석을 불허해야 하고 다른 신뢰관계인을 동석시켜야 한다. 이 때, 피해자와 동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 사람은 피해자의 배우자, 직계친족, 형제자매, 가족, 동거인, 고용주, 변호사, 그 밖에 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 사람을 말한다(형사소송규칙 제84조의3 제1항). 성폭력처벌법이 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되며 진술조력인 제도가 도입됨에 따라 진술조력인이 선임된 경우 영상물 녹화 과정에 동석할 수 있게 되었다.<sup>6)</sup>

(다) 피해자 또는 신뢰관계인 등의 진정성립에 관한 진술이 있을 것

재판절차에서 영상물에 수록된 피해자의 진술은 피고인이 동의하면 증거로 채택되고, 피고인이 부동의하면 피해자 본인, 조사에 동석하였던 신뢰관계인 등이 법정에서 출석하여 진정성립을 인정하는 증언을 해야 증거능력이 부여된다. 이러한 진정성립 여부에 관한 진술을 할 때에는 이들로 하여금 영상물을 재생하여 시청하는 방법으로 녹화된 내용이 진술한 대로 되어 있는지를 확인하도록 한 다음 이에 관한 진술을 하도록 해야 한다.

6) 진술조력인이란 '13세 미만 아동이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 성폭력범죄의 피해자에 대한 형사사법절차에서 조력하는 자'로, 법원, 검사 또는 사법경찰관은 직권이나 피해자, 그 법정대리인 또는 변호사의 신청에 따라 진술조력인으로 하여금 재판과정 내지 조사과정에 참여하여 의사소통을 증대하거나 보조하게 할 수 있다(성폭력처벌법 제35조 제1항, 제36조, 제37조 참조). 진술조력인은 정신건강의학, 심리학, 사회복지학, 교육학 등 아동·장애인의 권리나 의사소통 관련 전문지식이 있거나 관련 분야에서 상당 기간 종사한 사람으로 법무부장관이 정하는 교육을 이수하여야 하며(성폭력처벌법 제35조 제2항), 수사 및 재판 과정에 참여함에 있어 '중립적인 지위'에서 상호간의 진술이 왜곡 없이 전달될 수 있도록 노력하여야 한다(같은 법 제38조 제1항).

## 나. 미성년 피해자의 2차 피해 및 그 방지를 위한 제도들

### (1) 미성년 피해자의 2차 피해

(가) 다른 범죄의 피해자들도 심각한 2차 피해를 경험할 수 있지만 성폭력범죄 피해자는 여기에 더해 성과 관련한 모욕을 받거나 사생활을 침해당하고 가해자에게 도리어 무고로 고소까지 당하는 경우도 발생하는 등 그 피해가 더욱 심각할 수 있다.<sup>7)</sup> 이는 성폭력 사건에서 피해자의 진술이 유일하거나 주된 증거로 되는 경우가 많아 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 피해자의 진술의 신빙성이 수사와 재판에서 핵심적인 쟁점이 되고, 심리와 탄핵(검증)이 진술의 신빙성에 집중되기 때문으로 보인다.<sup>8)</sup>

(나) 성에 관한 인식과 자아관념이 형성되는 과정에 있고 방어력이 취약한 아동 내지 청소년은 성폭력으로 인하여 지적, 정서적, 사회적, 성적 발달에 보다 더 치명적이고 장기적인 영향을 받게 될 뿐 아니라, 형사사법절차상의 2차 피해에도 보다 쉽게 노출되고 더 큰 후유증을 초래할 수 있다.<sup>9)</sup> 미성년 피해자 중 청소년의 경우에도 성폭력범죄로 인한 2차 피해의 정도가 성인보다 중할 수 있다는 점이 지적된다.<sup>10)</sup>

### (다) 일반적으로 성폭력범죄 피해자가 수사 및 재판 과정에서 입

7) 장응혁, 성폭력범죄와 피해자조사(고려대학교 박사학위논문), 2015, 45면 참조

8) 홍진영·범선운, 전계논문, 77면 참조

9) 황만성, 형사절차상 성범죄 피해아동의 보호방안, 한국형사정책연구원, 2004, 49-50면은 ‘형사사법제도는 아동들이 필요로 하는 것을 제공할 수 있도록 설계되어 있지 않고, 경찰관·검사·변호사·법관 등의 형사사법종사자들 역시 아동을 다루는 데에 익숙하지 않다. 이러한 상태에서 이루어지는 장기간의 소송 절차는 아동의 심리적 발달에 중대한 영향을 미칠 수 있고, 반복되는 신문의 고통, 가해자와의 대면·보복의 위협으로 생기는 공포감 등 수사, 공판 절차에서 느끼게 되는 압박감은 성인 피해자와 비교할 수 없을 만큼 클 수 있다. 결국, 아동은 그로 인한 피해의 극복이 어렵게 되어 아동성폭력 피해자의 정신적·사회적 손상은 더 악화되는 등 2차 피해자화 되는 경향이 있다’고 한다.

10) 한국청소년상담복지개발원, 성폭력 피해 청소년 개입매뉴얼 개발: 1차년도, 2014, 1-2면 참조

게 되는 2차 피해는, 충격적인 기억에 관한 반복적인 회상 및 진술의 강요, 전문성 없는 수사관 등에 의한 수사 및 재판과정에서의 비인격적 대우, 범죄와 무관하거나 부적절한 사항에 대한 신문, 주변사람들의 반응과 호기심, 양비론적 비난, 피해사실과 신상의 공개로 인한 사생활의 침해, 수사 및 재판 과정에서 가해자를 대면하고, 자신의 진술의 신빙성을 공격받게 됨으로써 오게 되는 심리적·정서적 스트레스 등의 요인에 의하여 초래될 수 있다.<sup>11)</sup>

## (2) 미성년 피해자의 2차 피해 방지를 위한 제도들

미성년 피해자가 법정증언 과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지하기 위한 제도로는, 심판대상조항과 같은 증거능력 특례조항, 증거보전절차에 관한 특례 조항, 피고인과의 대면이나 법정에서 직접 증언하는 데서 발생할 수 있는 2차 피해를 막기 위한 비디오 등 증계장치 등에 의한 증인신문제도, 부적절한 반대신문으로부터 미성년 피해자를 보호하기 위한 재판장의 소송지휘권에 관한 규정 등을 비롯하여 다양한 제도들이 존재한다. 이에 관하여는 법정외견에서 상세히 소개하고 있는바 구체적인 내용은 해당 부분과 같다.

11) 아동(청소년)의 법정증언의 경우에는 성인과 비교하여 보다 특수한 문제들이 있다. ① 법정에서의 증언은 통상 사건 발생일로부터 수개월 이후에 이루어지게 되는데 증언의 지연은 그 자체가 아동에게 스트레스 요인일 뿐 아니라 성폭력으로 인한 심리적, 정신적 외상(trauma)의 치유에 장애가 되며, 아동의 기억능력의 한계로 말미암아 진술의 정확도에도 부정적 영향을 주게 된다(증언의 지연과 반복). ② 또한, 높은 곳에 위치한 법대, 격리된 증인석, 법복의 착용, 다수의 방청객 등 공식적이고 권위적으로 설계된 법정 환경은 그 자체가 아동에게 두려움을 주게 된다(법정환경). ③ 공판의 대심적 구조에 따라 요구되는 피고인과의 직접적인(혹은 간접적인) 대면은 아동에게 정서적, 심리적 충격을 가져올 수 있으며, 그 때문에 오히려 실제적 진실의 발견에서도 역효과를 가져올 수 있다(피고인과의 대면). ④ 신문절차의 형식성(formality), 사용되는 어휘나 문법적 구조의 생소함, 공격적 성격의 반대신문은 아동에게는 그 이전에 경험해 보지 못한 낯설고 위협적인 것이 될 수 있다(정진수, 아동증언에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 19-30면; 황만성, 전개논문, 56-59면; 채현숙, 성폭력 피해아동·청소년이 2차 피해로 인지한 경험 연구, 한국사회복지학(제68권 제1호), 2016, 130-135 등 참조).

## 다. 외국의 입법례

(1) 미국, 캐나다, 영국, 독일은 성폭력범죄 피해자의 진술을 녹화한 영상물로 피해자의 법정 증언을 대체할 수 있는 절차를 마련하고 있다. 다만, 위 영상물에 담긴 증언을 당해 형사사건에서 증거로 사용하기 위해서는, 공통적으로 성폭력범죄 피해자 진술의 녹화과정에서 피고인 내지 그 변호인의 반대신문권 및 참여권이 보장되거나 공판절차에서 원진술자인 피해자에 대한 반대신문의 기회가 보장될 것을 요구하고 있다. 위 국가들에서 심판대상조항과 같이 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 법정진술만으로 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 일률적으로 인정할 수 있도록 하는 입법례는 발견되지 않는다.

(2) 미국은 헌법에서 명문으로 (증인)대면권을 보장하고 있고,<sup>12)</sup> 회원국에 대하여 구속력을 갖는 유럽인권협약 역시 반대신문권을 보장하는 명문의 규정을 두고 있다.<sup>13)</sup>

(3) 참고로 유럽인권재판소는 2007년 *W. v. Finland* 사건에서, 수사기관부터 재판절차에 이르기까지 피고인의 피해자에 대한 반대신문권 행사의 기회가 보장되지 않았음을 이유로, 비디오에 녹화된 성폭력범죄 피해자인 7세와 9세 남매의 진술을 기초로 하여

12) 수정헌법 제6조 - 신속한 재판을 받을 권리 및 증인대면권

모든 형사절차에서 피고인은 죄를 범한 주와 특별구의 공평한 배심원단에 의한 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리를 향유한다. 이 경우 특별구는 법에 의하여 미리 인정받아야 한다. 또한, 피고인은 공소의 성질과 이유를 통지받을 권리, 자신에게 불리한 증인을 대면할 권리, 자신에게 유리한 증인을 확보할 강제절차를 보장받을 권리 및 자신의 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 향유한다.

13) 유럽인권협약 제6조. 공정한 재판을 받을 권리

3. 형사 범죄의 혐의로 소추된 모든 사람은 다음과 같은 최소한의 권리를 가진다:  
(d) 자신에게 불리한 증인에 대하여 신문하거나 할 수 있었을 것, 그리고 자신에게 불리한 증인에 대한 것과 동일한 조건으로 자신에게 유리한 증인의 출석과 신문을 확보할 것

내려진 핀란드 법원의 유죄판결이 유럽인권협약 제6조에 위반된 것이라고 판시한 바 있다.<sup>14)</sup>

### 3. 심판대상조항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가. 판단 및 해설

법정의견은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보았으나, 반대의견은 심판대상조항이 공정한 재판을 받을 권리를 제한한다고 보면서도 과잉금지원칙에는 반하지 않는다고 판단하였다. 법정의견과 반대의견이 가장 첨예하게 대립하는 지점은, 심판대상조항에 의한 반대신문권 제한의 내용과 그로 인한 피고인의 방어권 제한의 정도 및 미성년 피해자의 보호와 피고인의 반대신문권 보장을 조화할 수 있는 대안이 존재하는지 여부라 생각된다. 그러나 이와 같이 헌법재판소의 견해가 갈리는 이유에 관하여 살피기 위해서는 그 논리구조 전반에 관한 이해가 필요하다 할 것이므로, 이하에서는 법정의견과 반대의견의 주요 부분을 순차적으로 살피기로 한다.

#### 나. 법정의견

##### (1) 심판대상조항의 의의 및 제한되는 기본권

(가) 법정의견은, 심판대상조항은 전문법칙에 관한 예외를 규정한 조항으로, 피고인의 반대신문권을 제한하는 의미를 갖는다고 보았는데, 그 구체적인 내용은 앞서 2. 가. (1)항 부분에서 살핀 바와 같다. 위 내용에 더하여, 법정의견은 다음과 같이 심판대상조항은 형사소송법 제314조, 제315조에 규정된 전문법칙의 예외

---

14) W. v. Finland(case no. 14151/02, July 24. 2007).

와는 별개의 헌법적 문제를 야기한다고 실시하고 있다.

『형사소송법은 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’를 규정한 제315조와 원진술자의 사망, 질병, 외국거주 등으로 인한 ‘증거능력에 대한 예외’를 규정한 제314조에서도 원진술자에 대한 반대신문의 기회 부여 없이 전문증거의 증거능력을 인정하고 있다. 전자는 공무상 또는 업무상 기계적·반복적으로 작성되거나 고도의 신용성의 정황적 보장이 있어 굳이 반대신문을 거칠 필요가 없다는 점에서, 후자는 반대신문을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하여 반대신문을 할 수 없는 경우라는 점에서 전문법칙의 예외를 인정하는 것이다. 그러나 심판대상조항은 문제되는 전문증거인 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술이 위와 같은 요건에 해당하지 않는 경우에도, 미성년 피해자의 2차 피해 방지라는 적극적인 목적을 위하여 피고인의 반대신문권을 제한하고 있다는 점에서 위 조항들과 구별되는 고유한 헌법적 문제를 야기한다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조).』

(나) 법정의견은 피고인의 반대신문권은 공정한 재판을 받을 권리를 형사절차에서 구현한 것이므로, 이를 제한하는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가 문제된다고 보았다.

『(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”, 같은 조 제3항은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여, 형사피고인에게 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관 면전에서 모든 증거자료가

조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자에게 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다. 이에 더하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제27조 제4항을 종합하면, 형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서, 검사에 대하여 ‘무기대등의 원칙’이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바403 참조).

(2) 헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하고 있지는 않다. 그러나 형사소송법은 제161조의2에서 상대 당사자의 반대신문을 전제로 한 교호신문제도를 규정하고 있고, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니하는 내용을 규정하고 있으며, 제312조 제4항, 제5항에서 피고인 또는 변호인이 공판준비 내지 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정하도록 규정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 인정하고 있는바, 이는 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송절차에서 구현하고자 한 것이다(헌재 1998. 9. 30. 97헌바51; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조).

(3) 위에서 본 바와 같이 심판대상조항은 (중략) 반대신문권 행사를 제한하고 있다. 이는 헌법 제27조에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리를 제한하는 것이므로, 이러한 제한이 헌법적 한계를 벗어난 것인지 여부가 문제된다.』

## (2) 판단

### (가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하기 위해 법정에서의 조사 등을 최소화할 수 있도록 한 규정이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다고 보았다.

### (나) 피해의 최소화

법정의견은, 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하면서도 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장할 수 있는 조화적인 대안이 요구됨을 전제로, 진술증거의 오류 가능성에 대한 검증 필요성과 절차적 정의 등을 고려할 때 피고인의 반대신문권을 배제하는 심판대상조항은 피고인의 방어권 보장에 중대한 제한을 야기한다고 보았다. 그리고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 위해 반대신문권을 보장하면서도, 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 대안을 상정할 수 있으므로 심판대상조항은 피해의 최소화성 요건을 갖추지 못하였다고 판단하였다. 각 부분의 보다 자세한 내용은 다음과 같다.

#### 1) 미성년 피해자 보호와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 조화 필요성

법정의견 역시 성폭력범죄 사건에 있어서 미성년 피해자 보호가 포기할 수 없는 중요한 가치임을 강조하고 있다. 다만, (자신의 범죄사실을 다투는) 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 역시 보장되어야 하므로, 양자가 조화될 수 있는 대안이 필요함을 강조하고 있다.

『미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는



중요한 가치라 할 것이다. 그러나 그 과정에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 역시 헌법상 보장되어야 하며, 미성년 피해자를 보호하는 것과 피고인에게 적절한 방어권을 보장하는 것이 상호 모순적이거나 양립불가능한 관계에 있다고 볼 수도 없다. 결국, 형사절차에서 미성년 피해자 보호를 위한 규정을 마련함에 있어서는, 피고인에게 공격·방어 방법을 적절히 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에만 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합할 수 있을 것이다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대이의견 참조).』

## 2) 공정한 재판을 받을 권리와 반대신문권 보장의 의의

법정의견은 다음과 같이 진술증거의 불완전성과 절차적 정의의 측면에서 피고인의 반대신문권이 공정한 재판을 받을 권리 보장에 핵심적인 기능을 하고 있다고 보았다.

『자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장은 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는 것이다. 이처럼 반대신문권의 보장이 강조되는 것은, 전문증거의 내용이 되는 ‘진술증거’는 불완전한 인간의 지각과 기억에 기초한 것일 뿐 아니라 그 표현과 전달에 잘못이 있을 수 있고 신문자의 신문방식에 의해서도 진술자의 원래 의사나 기억과 다른 내용이 전달될 가능성이 커서 본질적으로 오류가 개입할 가능성이 큰 증거방법이기 때문이다. 그러므로 반대신문에 의한 검증의 기회가 배제된 전문증거는 실체적 진실 발견에 중대한 지장을 초래할 우려가 있고, 같은 이유에서 사건의 실체적 진실은 증거를 배제할 때보다 질문을 배제하는 경우에 더

욱 손상되기 쉬워지는 것이다.

나아가, 절차적 정의의 측면에서도, 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 원진술자를 반대신문할 기회를 가질 경우, 이는 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장받게 된다는 점에서, 그 불리한 진술을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조).』

### 3) 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성

법정의견은, 성폭력범죄의 특성상 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술이 사건의 핵심 증거인 경우가 적지 않고, 이러한 진술증거에 대한 탄핵의 필요성이 여전히 인정됨에도 심판대상조항은 그러한 주요 증거의 왜곡이나 오류를 탄핵할 수 있는 효과적인 방법인 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있으며, 이를 대체할 만한 수단도 마련하고 있지 못하다고 보았다. 그 결과 피고인은 사건의 핵심적인 진술증거에 관하여 (수사단계 및 재판단계를 통틀어) 충분히 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 유죄 판결을 받을 위협에 놓이게 되므로, 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 정도는 매우 중대하다고 보았다.

『1) 성폭력범죄는 은밀하게 이루어지는 범죄의 특성상 범죄를 경험하였다는 피해자의 진술이 사실상 유일하거나 가장 유력한 증거인 경우가 적지 않고, 이를 탄핵할 수 있는 별개의 독립적 증거가 존재하지 않는 경우가 많다. 따라서 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술에 대한 피고인의 반대신문권 행사를 대체하거나 이를 보완할 수 있는 방안이 충분히 보장되지 않을 경우, 피고인은 핵심적인 진술증거에 대하여 제대로 탄핵할 기회를 부여받지

못할 위험에 놓이게 된다.』

『가) 예외가 인정되는 증거방법을 영상물로 한정하는 것

영상물에 수록된 미성년 피해자 진술은, 범죄 현장, 범행 과정이 그대로 촬영된 영상증거가 아니라, 사후적인 ‘조사 과정’에서 ‘피의자, 피고인 또는 그 변호인의 참여 없이’, 수사기관 등의 질문에 대하여 미성년 피해자가 자신의 기억에 따라 답변하는 내용을 녹화한 ‘진술증거’이다. 위와 같은 형성과정상의 한계와 ‘진술증거’가 내포하는 오류 가능성, 영상물이 가지는 기계적·시각적 재현이라는 특성이 왜곡 가능성을 은폐할 수 있다는 점 등을 고려할 때, 영상물이 반대신문에 의한 검증과 탄핵의 필요성이 상대적으로 적은 증거방법이라고 볼 수 있는지는 의문이다.』.

『물론, 영상물이 ‘조사 과정’에서 나타나는 피해자의 진술 내용과 진술 태도 자체를 보존하고 재생하여 보여 줄 수 있는 효율적인 수단으로 기능할 여지는 있다. 그러나 그 조사 과정은 수사기관이 원하는 질문을 하면서 피해자의 진술을 이끌어내는 경우가 많은바, 이를 다루는 피고인의 관점에서 사건을 구성할 수 있는 질문이나 답변이 녹화되어 있는 것이 아니다. 또한, 진술의 신빙성 판단을 위해서는 피해자 인식의 불명확성, 기억의 오류나 왜곡을 지적하는 탄핵적 질문에 대한 답변과정에서 나타나는 태도증거가 유의미할 수 있는데, 심판대상조항에 의한 영상물증거는 그 형성과정을 고려할 때 위와 같은 내용을 충분히 담기 어렵다. 따라서 이러한 영상물 증거의 내용을 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 과학적 기법에 의하여 분석하게 한다고 하더라도 이는 원증거가 제공하는 제한적인 정보로 인하여 반대신문을 대체할 수 있는 방법으로는 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.

나) 신뢰관계인 등에 대한 반대신문권 보장의 한계

(중략) 미성년 피해자와 동석한 신뢰관계인 등은 탄핵 또는 검 증의 대상이 되는 진술의 원진술자가 아닐 뿐 아니라 그 신뢰관 계인 등이 사건을 직접 경험하거나 목격한 사람도 아니므로, 신뢰 관계인 등에 대한 증인신문은 영상물의 원진술자인 미성년 피해자 에 대한 반대신문을 대체하는 수단으로서 제대로 기능할 수 없다.

3) 한편, 심판대상조항에도 불구하고 피고인은 여전히 미성년 피해자를 증인으로 신청할 수 있고, 법원이 피고인의 방어권과 미 성년 피해자 보호의 이익을 형량하고 제반 사정을 고려하여 위 신청에 따라 또는 직권으로 미성년 피해자를 증인으로 채택할 수 있으므로, 심판대상조항으로 인하여 언제나 피고인이 미성년 피해자를 반대신문하지 못하는 결과에 이르는 것은 아니다. 그러나 미 성년 피해자에 대한 피고인의 증인신청이 반드시 받아들여진다거 나 이미 자신의 진술에 증거능력을 부여받은 미성년 피해자가 법 정에 반드시 출석하리라는 보장이 없으므로, 피고인은 여전히 자 신이 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 영상물에 수록된 미성년 피해 자의 진술에 의하여 유죄를 선고받을 수 있는 위험에 놓이게 된 다. 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 반대신문권 의 보장은, 반대신문을 기대할 수 있는 단순한 가능성의 부여가 아니라 반대신문을 위한 충분하고도 적절한 기회의 부여를 의미 하는 것이며, 여기에는 그 행사의 전제가 되는 원진술자의 법정 출석이 제도적으로 보장될 것이 전제되는 것이다. 즉, 법원의 재 량에 의하여 비로소 부여되는 권리는 ‘보장’되고 있는 것이 아니 다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조).

나아가, 심판대상조항에 의하여 (중략) 위 진술의 증거능력이 인 정된다고 해서 곧바로 유죄의 증거로 사용되는 것이 아님은 물론 이다. 그러나 형사재판에서 증거로서의 자격을 갖추었는지 여부와

피고인에게 그 증거의 신빙성을 탄핵할 기회가 있는지 또는 그 증거의 증명력이 인정되어 유죄의 근거로 사용되는 결과에 이르렀는지 여부는 전혀 별개의 문제라 할 것이다. 따라서 후자의 기회가 남아 있다는 것이 전자에서 보장되어야 할 방어권인 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하는 것을 정당화할 수는 없다.』

#### 4) 미성년 피해자 보호를 위한 조화적인 대안의 존재

법정의견은 심판대상조항과 같이 피고인의 방어권을 증대하게 제한하지 않으면서도, 미성년 피해자의 2차 피해 보호라는 목적을 달성할 수 있는 조화적인 대안들이 있다고 보았다. 즉, 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 크게 4가지 유형으로 나누어 살펴며, 증거보전절차 및 (법정 외에서 마련된 증언실에서 이루어지는) 비디오 등 증계장치에 의한 증인신문제도와 같은 증인지원 절차들, 반대신문과정에서의 재판장의 소송지휘권 등을 각각의 대안으로 제시하고 있다. 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해의 종류가 다양한 만큼 위 피해자 보호를 위한 제도들을 종합적으로 활용하여 그러한 피해들을 방지할 필요가 있고, 법정의견 역시 특히 증거보전절차와 비디오 등 증계장치에 의한 증인신문과 같이 미성년 피해자의 반복진술 위험을 조기에 차단하거나 피고인과의 대면 가능성 내지 법정에 직접 출석하는 것을 방지하기 위한 제도를 적극적으로 활용하고 관련기관의 역량을 강화할 필요가 있음을 강조하는 것으로 이해된다.

『2) 우선, 미성년 피해자는 증언과정에서 고통스러운 범죄 경험에 대한 반복적 회상과 진술로 인하여 2차 피해를 받을 수 있는데, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시함으로써 피고인에게 반대신문 기회를 부여하면서

도 미성년 피해자의 반복진술로 인한 2차 피해를 적절히 방지할 수 있다.

가) 형사소송법은, 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 증인신문 등을 청구할 수 있다고 정하고 있다(제184조 제1항). 그리고 성폭력범죄 피해자의 경우 공판절차에서 뒤늦게 이루어지는 증인신문과정에서 2차 피해가 발생할 수 있음을 고려하여, 성폭력처벌법 등은 추후 공판기일에서의 증언이 현저히 곤란한 사정이 있는 미성년 피해자 등이 사건 초기 1회 또는 최소한의 진술만으로 범죄규명에 필요한 진술을 적법하게 제공할 수 있도록 증거보전의 특례를 두고 있다. 즉, 성폭력처벌법은, 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 성폭력처벌법 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 형사소송법 제184조 제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있고, 이 경우 피해자가 16세 미만인 경우 등에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다고 규정하여(제41조 제1항), 성폭력범죄 사건에 있어 형사소송법상 증거보전의 요건을 완화하고 있다. 또한, 대법원은 재판예규로 ‘성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 예규(재형 2013-2)’를 마련하여, 검사로부터 19세 미만의 성폭력범죄 피해자 등을 증인으로 하는 증거보전의 청구가 있을 경우 원칙적으로 그 증인을 신문하도록 정하고 있다(제3조 제1항).

나) 미성년 피해자에 대하여 증거보전절차를 적극적으로 청구·

실시할 경우, 미성년 피해자는 자신의 피해사실과 피의자(피고인) 측의 반대신문 등에 관하여 사건 초기에 ‘증언’함으로써 법원의 판단에 필요한 증거를 충분히 제공할 수 있고, 그 과정에서 피의자 내지 피고인 역시 자신의 반대신문 기회를 부여받을 수 있다. 이를 통해, 미성년 피해자는 공판단계에서 증거능력이나 피고인의 탄핵에 대한 답변 등을 위해 갑작스레 증인으로 소환되어 반복진술해야 하는 불필요한 위험을 피할 수 있고, 수사단계에서도 피의자(피고인)의 주장을 확인하기 위하여 자칫 반복적인 조사를 받게 되는 어려움을 최소화할 수 있다.

다) 한편, 증거보전사건을 담당하는 판사는 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있으므로(형사소송법 제184조 제2항), 공소 제기 후 수소법원이 행하는 증인신문에 관한 규정이 증거보전절차에도 준용되고, 아래 3)항에서 살피는 성폭력범죄 사건에서 증인 보호를 위하여 마련한 조치 역시 동일하게 지켜져야 할 것이다. 또한, 증거보전 담당 판사는 검사 또는 피고인, 피의자, 변호인의 신청에 따라 또는 직권으로 증인신문과정을 영상녹화장치를 사용하여 녹화하도록 명할 수 있고(형사소송법 제56조의2 제1항), 그 결과인 영상녹화물은 소송기록에 첨부하거나 전자적 형태로 보관하여 조서의 일부로 할 수 있는바(형사소송규칙 제29조 제1항), 본안 재판부는 이 영상을 통해 피해자 증언 과정, 개별 답변의 뉘앙스, 태도 등을 확인할 수 있다.

3) 앞서 살핀 반복진술로 인한 고통 외에, (중략) 입법자는 다음에서 살피는 바와 같이 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 고려하여, 피고인의 반대신문 기회를 보장하면서도 이러한 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도들을 마련하고 있다.

### 가) 신상정보나 사생활 노출 위험 방지 수단

성폭력처벌법은 공개 법정에서의 증언으로 인한 피해자의 신상정보 노출 위험을 방지하고 피해자의 사생활을 보호하기 위해 성폭력범죄에 대한 심리를 결정으로써 공개하지 아니할 수 있도록 하고, 증인으로 소환받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 증인신문의 비공개를 신청할 수 있도록 하고 있다(제31조 제1항, 제2항). 또한, 재판에 관여하는 공무원이나 진술조력인 등은 피해자의 인적사항과 사진, 사생활에 관한 비밀 등을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니되고, 그 외 누구든지 피해자의 인적사항, 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 실거나 방송법 제2조 제1호에 따른 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하지 못하도록 하고 있다(성폭력처벌법 제24조, 제38조 제2항). 그리고 이 같은 의무를 위반한 경우 형사처벌을 하도록 하여 피해자의 신상정보 공개나 사생활 비밀 누설로 인한 피해를 차단하기 위한 엄격한 규정을 마련하고 있다(성폭력처벌법 제50조 제2항).

### 나) 법정 환경 및 피고인 대면 등으로 인한 충격을 방지하기 위한 수단

성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 법원은 직권으로 또는 피해자 등의 신청에 따라 피고인을 퇴정시키고 증언하도록 할 수 있다(성폭력처벌법 제23조, 특정범죄신고자 등 보호법 제11조 제5항, 제6항). 아울러, 증인으로 법원에 출석하는 피해자가 재판 전후에 피고인이나 그 가족과 마주치지 아니하도록 하고, 보호와 지원을 받을 수 있는 증인지원시설을 법원 내에 설치하여야 하며, 증인지원관을 두어 재판의 진행절차 등을 안내하고, 증인신문 전후 증인의 심리적 안정을 위한 상담을 하도록 하고



있다(성폭력처벌법 제32조, 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제15조 제1항).

나아가, 법원은 성폭력처벌법 제3조 내지 제15조에서 정한 범죄의 피해자 등 일정한 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 증계장치에 의한 증계시설 등을 통하여 신문하도록 할 수 있다(성폭력처벌법 제40조, 형사소송법 제165조의2). 비디오 등 증계장치를 이용한 증인신문의 경우, 피해자가 법정 외에 마련된 증언실에 출석하여 증언하게 되므로 나이 어린 피해자가 법정에 출석함에 따른 스트레스를 경험하지 않게 되고, 피해자가 피고인과 직접 대면할 필요도 없게 된다. 증계장치를 통하여 증인이 피고인을 대면하거나 피고인이 증인을 대면하는 것이 증인의 보호를 위하여 상당하지 않다고 인정되는 경우 재판장은 검사, 변호인의 의견을 들어 증인 또는 피고인이 상대방을 영상으로 인식할 수 있는 장치의 작동을 중지시킬 수 있다(형사소송규칙 제84조의9 제2항 등 참조). 그리고 증인은 비디오 등 증계장치 등에 의한 증언을 하는 동안 담요, 장난감, 인형 등 자신이 선택하는 물품을 소지할 수도 있다(형사소송규칙 제84조의8 제2항).

다) 피해자가 반대신문 과정 등에서 받을 수 있는 고통을 줄이기 위한 수단

성폭력처벌법 등은 피해자가 증언과정에서 심리적 안정을 얻을 수 있도록 일정한 요건 하에 피해자와 부모, 가족 등 신뢰관계 있는 사람을 동석하게 할 수 있는 규정을 마련하고 있으며(성폭력처벌법 제34조 제1항, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제28조 제1항, 형사소송법 제163조의2), 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만의 아동인 경우 진술조력인에 의해 의사소통 등에 관한 조력

을 받을 수 있도록 하고 있다(성폭력처벌법 제37조).』

『또한, 성폭력범죄 피해자는 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장받기 위해 변호사를 선임할 수 있고, 피해자에게 변호사가 없는 경우 검사는 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있도록 하고 있다(성폭력처벌법 제27조 제1항, 제6항).

나아가, 반대신문 과정에서 정당한 방어권 행사의 범위를 넘어서 증인인 미성년 피해자를 위협하고 괴롭히거나 인격적으로 모욕하고 명예를 해하는 신문은 허용되지 않는다(형사소송규칙 제74조 제2항 제1호, 제77조 제2항 단서). 이와 같은 법적 제한에도 불구하고 사실상 재판과정에서 위와 같은 무분별한 질문을 내용으로 하는 반대신문이 진행될 가능성이 있다면 주신문 후 반대신문 진행에 앞서 신문사항을 제출하도록 하고 소송참여자인 검사, 변호인, 진술조력인 등의 의견을 들어 미성년 피해자에게 2차 피해를 야기할 수 있는 질문에 대해서는 이를 제한하거나 수정하여 질문하게 하는 등으로 재판장의 소송지휘권 행사를 통해 증인을 보호할 수 있다. 이를 강제하거나 일률적으로 시행하기 위한 근거가 필요하다면 피고인의 정당한 방어권 행사를 보장하면서 증인인 미성년 피해자가 불필요하게 경험할 수 있는 심리적, 정신적 고통을 차단할 수 있는 법적, 제도적 수단을 보완할 수도 있다.

4) 끝으로, 반대신문권의 보장은 실체적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데 그 의의가 있는 것임은 앞서 본 바와 같다. 따라서 심판대상조항처럼 피고인의 원진술자에 대한 반대신문권 행사 자체를 배제하는 방식으로 미성년 피해자를

보호하는 것은 그 재판결과를 피고인에게 설득할 수 없을 뿐만 아니라, 실제적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없다. 이러한 점을 고려할 때, 피고인의 반대신문권 배제로 인한 문제에서 자유로울 수 없는 심판대상조항에 안주하기보다는, 가급적 수사 초기에 피고인 측의 참여가 보장된 증거보전절차에서 진술증거를 확보함으로써 반복 진술의 위험을 최소화하고, 증인신문과정에서 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문제도 등 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 각종 증인보호제도를 적극 활용하며, 나아가 그 과정에서 법원·수사기관 등 담당기관의 역량을 강화해 나가는 것이 피고인은 물론 미성년 피해자에 대한 공백 없는 보호를 위해서도 더 나은 대안이 될 수 있다.』

#### (다) 법익의 균형성

법정의견은, 우리 사회에서 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것이 중요한 공익에 해당함에는 의문의 여지가 없으나, 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 때, 심판대상조항이 달성하려는 공익이 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다고 쉽게 단정하기는 어렵다고 보아, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 갖추지 못했다고 판단하였다.

#### (3) 소결

이상과 같은 이유로 법정의견은, 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 판단하였다.

## 다. 반대의견

### (1) 제한되는 기본권

반대의견 역시 심판대상조항에 의하여 공정한 재판을 받을 권리가 제한된다고 보았다. 다만, ① 피고인의 반대신문권은 형사소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리를 구현한 것으로서, 전문법칙의 중요한 근거가 되나, 그 자체가 제한이 불가능한 절대적 기본권으로 인정되는 것은 아닌 점, ② 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제라는 점, ③ 입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시하거나 헌법 제37조 제2항에 위반되는 내용의 절차를 형성하지 아니하는 한, 여전히 재판절차를 합리적으로 형성할 수 있는 입법형성권을 가진다는 점 등을 강조하고 있다. 나아가 법정의견과 달리 심판대상조항에서 정하고 있는 전문법칙에 대한 예외 역시 형사소송법 제314조, 315조의 경우와 궤를 같이 한다고 보았다.

『(2) (중략) 예외없이 전문법칙을 관철하려는 경우, 법관의 면전에서 진술할 수 없는 자의 진술을 기다리다가 재판의 지연을 초래하여 신속한 재판이 저해될 수 있다. 또한 증명력 있는 증거들을 이용하지 못하여 실제적 진실발견이 저해됨에 따라 재판의 최대과제인 공정한 재판과 사법정의실현에 지장을 초래할 수 있다. 즉 헌법상 요구되는 신속한 재판의 내실화 및 실제적 진실을 통한 공정한 재판의 실현과 긴장 내지 괴리를 발생시킬 수 있다. 이런 점에서 소송경제와 실제적 진실발견을 위하여, 전문증거도 일정한 제한 하에 증거능력을 예외적으로 부여할 필요가 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26 참조). 형사소송법은 전문증거라고

하더라도 신용성이 보장되어 있거나 특별히 필요하다고 평가되는 경우 등에는 소송경제와 실체적 진실발견 등의 관점에서 전문법칙의 예외를 인정하고 있다(형사소송법 제311조 내지 제316조).』

『심판대상조항은, 원진술자의 사망, 질병, 외국거주 등으로 인한 ‘증거능력에 대한 예외’를 규정한 형사소송법 제314조나 일정한 공문서 등 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서의 증거능력을 인정한 형사소송법 제315조와 형식적으로 구분되는 요건 하에서 증거능력을 인정하고 있다. 그러나 아래 나.항에서 구체적으로 살피는 것과 같이, 심판대상조항은, 미성년 피해자의 증언 시 스스로 감당할 수 없는 심각한 심리적·정서적 충격이나 그로 인한 후유 장애를 입을 개연성이 있는 등 공판준비 또는 공판기일에 진술할 수 없는 예외적인 사유가 인정될 수 있다는 점 및 성폭력처벌법에 따라 촬영된 영상물에 수록된 진술의 신용할 만한 정황을 고려한 것이라는 점에서 형사소송법상 인정되고 있는 전문법칙의 예외와 궤를 같이 한다.

(3) 피고인의 반대신문권은 적법절차를 규정한 헌법 제12조 제1항, 재판청구권 및 신속한 공개 재판을 받을 권리를 규정한 헌법 제27조 제1항, 제3항, 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항에 근거하여 형사소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리를 구현한 것이고(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바221 참조), 전문법칙의 중요한 근거가 되나 그 자체가 제한이 불가능한 절대적 기본권으로 인정되는 것은 아니다.

형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하고, 검사에 대하여 무기대응의 원칙이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 갖지만, 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으

로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제이다 (헌재 1996. 12. 26. 94헌바1 참조). 또한 그 결과 형성된 형사피고인에게 유리한 모든 절차적 권리에 대한 수정이 불가능한 것도 아니다. 입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시하거나 헌법 제37조 제2항에 위반되는 내용의 절차를 형성하지 아니하는 한, 여전히 재판절차를 합리적으로 형성할 수 있는 입법형성권을 가진다(헌재 1998. 12. 24. 94헌바46; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57 참조).

(4) 심판대상조항은 형사소송절차에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 구현하는 전문법칙에 대한 예외를 규정한 조항으로서, 헌법 제27조가 정한 재판청구권, 그중에서도 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 제한하고 있는 것이므로 그 제한이 헌법적 한계를 벗어난 것인지 여부가 문제된다.』

## (2) 판단

### (가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

반대의견은 법정의견과 같이 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다고 보았는데, 그에 더하여 국가형벌권 행사의 목적과 형사절차에서의 피해자 보호의 중요성을 강조하고 있다.

『형법이 형벌권의 발생요건을 규정하는 법률이라면, 형사소송법은 형벌권을 실현하기 위한 절차를 규정한 법률이다. 국가형벌권의 실현은 결과적으로 범죄자의 기본권 제한을 예정하므로, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 보장이 중요하다. 그러나 국가형벌권 행사의 목적이라는 측면에서 보면, 실제적 진실의 발견과 이를 통한 국민의 기본권 보호 역시 중요하다. 이러한 형사소송의

지도적 이념들은 때에 따라 충돌하기도 하지만, 대체로 상호 보완적으로 작용하여 사법정의를 실현한다.

다만 종래 형사소송절차의 형성과 관련해서는 실체적 진실의 발견과 피고인의 권리 보장이라는 목적에 가려져, 피해자의 지위는 크게 주목받지 못하였다. 피고인이 형사절차에서 소송의 주체로서 역할하는 것과 달리 피해자는 단순한 소송의 객체로서 심리의 대상이 되었다. 헌법에는 피해자의 재판절차진술권이 보장되고(헌법 제27조 제5항), 타인의 범죄행위로 생명·신체에 대한 피해를 입은 국민에 대한 국가의 구조가 인정되고 있으나(헌법 제30조), 피해자가 사법절차에서 새로운 위협에 노출되는 현상에 대한 대응은 최근에 들어서야 비로소 주목받고 있다. 국가형벌권 행사의 목적을 고려한다면, 형사소송절차에서 피해자 보호는 경시되어서는 안 될 가치이다.』

#### (나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

1) 미성년 피해자를 재판절차 등에서 특별히 보호해야 할 필요성이 인정됨

반대의견은 다음과 같이 미성년 피해자를 대상으로 한 성폭력 범죄 사건의 특성, 미성년 피해자의 특수성 및 반대신문의 성격 등을 고려할 때 미성년 피해자에 대한 특별한 보호의 필요성이 존재함을 강조하고 있다. 특히, 법정의견은 여러 증인지원절차를 통해 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있다고 보았으나, 반대의견은 법정의견이 제시하는 대안들만으로는 2차 피해를 막기에 부족하므로, 일정한 요건 하에 미성년 피해자의 법정증언을 최소화할 수 있는 정책적 조치가 필요하다고 보고 있다.

『(가) 2019년을 기준으로, 지난 10년 동안 아동과 청소년 대상

성폭력범죄는 14.3% 증가하였으며, 상대적으로 13세 미만 연령층 대상 성폭력범죄 증가폭은 더 크다. 미성년 피해자에 대한 성폭력범죄는 주거지나 노상에서 발생하는 경우가 많고(13세 미만의 경우 주거지 37.7%, 노상 17.5%, 청소년의 경우 주거지 24.4%, 노상 14.1%), 범죄의 30% 이상은 친족, 이웃, 지인, 친구 등 피해자와 일정한 관계가 있는 사람 사이에서 발생하며, 특히 13세 미만 피해자의 경우 친족 등 밀접한 관계에 있는 사람이 가해자인 비율이 높다. 성폭력범죄의 파괴적 영향 및 미성년 피해자에 대한 범죄의 특성으로 인하여 미성년 피해자의 상당수는 외상후 스트레스 장애나 후유 장애를 겪고, 각종 사회부적응 현상을 겪는 등 범죄행위로 인한 피해의 회복에 어려움을 겪고 있다.

그런데 성폭력범죄의 경우, 범행 당시 특별한 물적 증거가 남지 않거나 목격자가 없는 경우가 많고 피해자 진술의 신빙성이 중요한 사건이 다수여서, 피고인이 범행을 부인하는 때에는 피해자의 법정 증언 시 진술의 신빙성에 대한 격렬한 탄핵이 이루어지게 된다. 피고인의 반대신문은 법관이 피해자의 진술태도를 눈으로 보는 가운데 주신문 속에 숨어 있거나 은폐된 정황과 동기를 이끌어낼 수 있고, 실제적 진실을 발견하는 유력한 수단이 되지만, 법정에서 성폭력 피해를 복기하고 격렬한 탄핵의 과정을 거치는 것은 범죄행위만큼이나 피해자에게 강한 정신적 충격과 모멸감을 줄 수 있다. 특히 피해자 진술의 약점을 지적하여야 할 반대신문이 피해자에 대한 공격의 방식으로 이루어지는 경우, 예컨대 피해자의 성품이나 평소 행동에 대한 편견을 조장하는 경우에는 반대신문에 기대하는 기능과 달리 피해자에게 수치심, 곤혹, 공포 기타 심리적 압박과 정신적 고통 등 2차 피해만을 발생시킬 수도 있다.』



『반대신문권의 남용은 법관의 소송상 신문지휘권을 통해 억제될 수 있지만, 위협적이고 모욕적인 신문의 금지 등 추상적 제한(형사소송규칙 제74조 제2항) 외에는 규범적으로 신문사항에 대한 구체적 제한이 없고, 반대신문사항의 경우 사전에 미리 제출을 명할 법률적 근거가 없어 질문이 진행되는 짧은 순간에 즉시 판단하여 제한하는 데는 어려움이 있으므로 반대신문의 제한에 관한 실무례가 충분히 축적되어 있다고 보기 어려운 것이 현실이다.

미성년 피해자의 경우는 연령에 따라 편차가 있기는 하지만, 발달 및 진술 특성에 따라 성년 피해자에 비하여 법정 진술로 인하여 2차 피해를 입을 우려는 훨씬 큰 반면, 실제진실의 발견에 대한 기여는 적을 수 있다. 아동·청소년의 경우, 기억과 인지능력의 한계로 말미암아 유도신문과 암시적 질문 등 부적절한 신문방법에 의하여 그 기억과 진술이 왜곡될 가능성이 성인에 비하여 크고, 질문의 사회적·법적 의미를 이해하여 이를 표현해 내는 능력 또한 성인에 비하여 떨어지는 것이 일반적이다. 아동의 특성이나 성폭력범죄에 관한 전문성이 없는 피고인 또는 변호인에 의하여 진술의 일부 부정확함이나 세부적 사항의 일관성에 대한 집요하고 날선 공격이 이루어질 경우, 실제적 진실 발견과 무관하게 미성년 피해자에게 심리적·정신적 충격을 줄 가능성이 크다. 또한 피고인과 미성년 피해자가 가까운 관계에 있는 많은 사안의 경우, 미성년 피해자의 피고인에 대한 이중적인 감정이나 주변인의 계속되는 회유와 압박 등으로 인하여 법정에서 진술하는 미성년 피해자가 추가 피해를 입을 위험성이 더 크다.

한편, 성폭력처벌법은 수사 및 재판절차에서 발생하는 2차 피해를 방지하기 위하여 심리를 비공개할 수 있도록 하고(제31조),

각급 법원에 피해자가 재판 전후에 피고인 등과 마주치지 아니하고 보호와 지원을 받을 수 있는 증인지원시설을 설치하도록 하며(제32조), 증인신문 시 신뢰관계인을 동석하게 하고(제34조), 진술조력인이 증인신문에 참여하여 증개하거나 보조하게 할 수 있도록 하며(제37조), 비디오 등 증계장치에 의한 증계를 통한 신문이 가능하도록 하는(제40조) 등의 규정들을 두고 있다. 이러한 제도들은 가해자와의 직접적인 대면으로 인한 미성년 피해자의 충격과 공포감을 완화시키는 데 다소 도움이 될 수 있지만, 이는 모두 미성년 피해자의 증언을 전제로 한 것이다. 피고인의 이익을 위하여 증인의 진술이 거짓임을 탄핵하는 것을 본질적인 목적으로 하는 반대신문의 거친 공격 앞에 미성년 피해자를 노출하는 위험은 피할 수 없고, 이를 통해 미성년 피해자가 과거의 끔찍한 피해경험에 대한 반복적인 회상을 강요받게 되는 것을 막을 수는 없으므로 미성년 피해자에게 발생하는 2차 피해를 방지하는 데 한계가 있다.

이를 종합하면, 성폭력범죄의 미성년 피해자는 증언 시 스스로 감당할 수 없는 심각한 심리적·정서적 충격이나 그로 인한 후유장애를 입을 개연성이 있으므로 미성년 피해자의 법정 증언을 일정한 요건 하에 최소화하는 등 미성년 피해자를 사법절차의 남용으로부터 특별히 보호할 필요성과 그에 따른 조치를 취할 정책적 필요성이 충분히 인정된다.』

2) 성폭력처벌법에 따라 촬영된 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술은 신용할 만한 정황이 인정되고, 이에 관한 심판대상조항은 피고인의 형사절차상 권리의 보장과 미성년 피해자의 보호사이의 조화를 도모하는 규정에 해당함

법정의견은 심판대상조항이 증거능력의 특례가 인정되는 증거

방법을 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술로 한정하는 점, 신뢰 관계인 등에 대해 반대신문 할 기회가 부여된다는 점, 법원의 판단에 따라 미성년 피해자를 증인으로 소환할 수 있다거나 증명력 판단은 별도로 가능하다는 점 등만으로는 피고인의 반대신문권 행사를 통한 방어권 보장을 대체할 수 없다고 보았다. 그러나 반대의견은 심판대상조항에 따른 증거방법에 수록된 진술은 신용할 만한 정황이 있고, 일률적인 반대신문 기회를 규정하지 않았다는 것만으로 피고인의 방어권 행사에 지나친 제한이 발생한다고 볼 수는 없다는 입장으로 이해된다.

『(나) (중략) 심판대상조항은 위 규정에 따라 미성년 피해자의 진술 내용 및 조사 과정이 적법하게 촬영·보존된 영상물이 법원에 증거로 제출된 경우에 한하여 원진술자의 법정진술 없이도 그 증거능력이 인정될 수 있도록 한다. 즉, 심판대상조항에 의하여 전문법칙의 예외가 인정되는 것은 일반적인 진술조서나 진술서가 아닌 진술의 전체 과정이 고스란히 담긴 영상물에 수록된 진술에 한정된다. 이러한 영상물은 진술이 이루어지는 당시의 시각적 장면과 음성을 기술적으로 거의 완전하게 재생할 수 있고, 진술의 취득과정 전체와 이른바 ‘태도증거’에 해당하는 진술자의 표정, 어조, 진술태도 및 언어의 미묘한 차이 등을 실제 눈앞에서 보는 것과 같이 드러낸다. 이를 통해 법원 및 피고인 등은 질문자의 부적절한 암시나 잘못된 정보제공·반복적인 질문을 통한 유도신문, 진술의 강요나 회유 등이 있었는지 여부 등을 구체적으로 확인할 수 있다. 또 법원은 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 피해자의 정신·심리 상태에 대한 진단 소견 및 피해자의 진술 내용에 관한 의견을 조회할 수 있다(성폭력처벌법 제33조 제1항). 전문심리위원은 영상물에 수록

된 미성년 피해자 진술을 확인하거나 피해자를 직접 면담하는 등의 방법으로 피해자 진술을 지득하여 그 신빙성을 전문적·과학적으로 검토하여 의견을 제출하고, 이는 반대신문과 유사한 효과를 거두고 있다.

즉, 심판대상조항에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술은 사건 내지 수사 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술로서, 녹화·보존의 방법 및 영상물이 갖는 증거방법의 특성상, 진술에 허위개입의 여지가 적고 진술내용의 임의성에 대한 판단이 용이하여 신용성이 정황적으로 보장된다고 볼 수 있다. 그러므로 다른 증거방법에 의한 통상의 전문증거에 비하여 반대신문에 의한 검증의 필요성이 상대적으로 적을 뿐만 아니라 그 자체로 미성년 피해자 진술의 신빙성 판단에 필요한 요소를 충분히 갖추고 있다고 볼 수 있다.

(다) 심판대상조항은 전문법칙을 분별없이 적용하여 일률적으로 원진술자인 미성년 피해자를 법정에서 출석시켜 진술하도록 하는 것을 방지함으로써, 피고인의 형사소송절차상 권리의 보장과 성폭력범죄 미성년 피해자의 보호 사이의 조화를 도모한 규정일 뿐, 피고인의 미성년 피해자에 대한 반대신문을 전적으로 금지하거나 피고인을 단순한 처벌의 대상으로 전락시키는 규정이 아니다.

심판대상조항에 의하여 영상물에 수록된 진술의 증거능력이 인정되기 위해서는 최소한 조사 과정에 동석한 신뢰관계인 등이 성립인정에 관한 진술을 하도록 되어 있다. 따라서 원진술자인 미성년 피해자가 증인으로 출석하지 않는 경우에도 피고인은 그 신뢰관계인 등에 대한 증인신문을 통하여 영상녹화 당시의 미성년 피해자의 진술 태도, 진술의 경위와 내용, 왜곡 가능성 등 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력 및 증명력 판단에 필요한

사정들을 1차적으로 탄핵할 수 있다.

나아가 심판대상조항에 의하여 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력이 인정된다 하더라도, 이는 피고인의 참여 없이 수사기관에 의하여 작성된 미성년 피해자의 진술이라는 한계 내에서만 증거능력을 갖는다. 법원은 위와 같은 사정을 포함하여 논리와 경험의 법칙에 따라 미성년 피해자 진술의 증명력을 판단하게 된다. 그로 인하여, 심판대상조항에도 불구하고 법원은 미성년 피해자 진술의 신빙성이나 구체성, 사건의 내용 등을 통한 심증의 형성 가부, 피고인 주장의 합리성이나 구체성을 비롯한 반대신문의 필요성, 그 밖에 피해자의 연령과 출석의지 등 실제적 진실발견과 미성년 피해자의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여 그 필요성이 인정되는 경우, 형사소송법 제294조, 제295조에 따라 원진술자인 미성년 피해자를 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있다. 이 경우 피고인 및 그 변호인은 형사소송법 제161조의2, 제163조에 따라 증인신문에의 참여권과 반대신문권 등을 보장받음은 물론이다.

그리고 위와 같이 피해자에 대한 신문 필요성이 인정되어 법원이 증인채택결정을 하였음에도 불구하고 미성년 피해자가 법정에서 출석하지 아니하여 반대신문권이 행사되지 못하였다면, 법원은 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증명력 판단에서 그러한 사정을 적절히 고려할 수 있으며, 그 결과 미성년 피해자 진술의 증명력이 부인될 수도 있다. 범죄사실을 합리적인 의심이 없는 정도로 증명해야 할 책임은 여전히 검사에게 있고, 미성년 피해자의 진술의 증거능력이 인정된다고 해서 곧바로 유죄의 증거로 사용되는 것이 아니다.』

3) 증거보전절차의 한계(이 제도가 조화적 대안이 될 수 있다는 법정의견에 대한 반론)

법정의견은 증거보전절차가 미성년 피해자의 반복진술로 인한 2차 피해를 최소화할 수 있고, 각종 증인지원제도와 함께 활용될 수 있으므로 조화적인 대안이 된다고 보았다. 이에 대해 반대의견은, 반복 진술로 인한 피해를 줄이는 효과가 크지 않고, 피고인의 증거부동의 여부가 정해지기 전에 이루어지므로 미성년 피해자에게 더 큰 부담이 될 수 있으며, 반대신문의 속성 자체에서 비롯되는 2차 피해를 막기엔 부족하므로, 위 제도가 심판대상조항의 대안이 되기는 어렵다고 보았다.

『(라) (중략) 성폭력처벌법상 증거보전의 특례는 증거보전청구 신청권을 피해자 측에 부여한다는 점에서 피해자 보호 내지 피해자의 재판절차진술권 보장을 위한 제도로 설계되었다고 봄이 상당하다.

성폭력범죄의 미성년 피해자에 대하여 증거보전절차에 의한 증인신문이 적극적으로 활용될 경우, 미성년 피해자는 형사절차에서 반복하여 피해경험을 진술함에 따른 심리적·정서적 고통을 조기(早期)에 덜게 되는 측면이 있으나, 이 경우에도 최소한 수사기관의 조사에 따른 진술 이후에 다시 법정에서 출석하여 진술할 수밖에 없으므로, 반복진술로 인한 2차 피해를 줄이는 효과가 심판대상조항의 내용을 대체할 수 있을 정도라고 보기는 어렵다.

미성년 피해자에 대한 피고인의 반대신문권 보장 여부는 실질적으로 피고인이 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술에 관하여 증거부동의를 하는 경우에 문제되는 것인데, 증거보전절차를 확대 적용할 경우 사건 초기에 피의자 또는 피고인의 반대신문에 미성년 피해자를 일률적으로 노출시켜 미성년 피해자에 더 큰 부

답이 될 수도 있다.

또한, 증거보전절차에서도 교호신문제도에 의하는 증인신문 방식은 공판절차와 다르지 않으므로, 피의자 또는 피고인의 이익을 위하여 주신문에 따른 피해자의 증언을 탄핵하는 것을 본질적 목적으로 하고, 원칙적으로 유도신문이 허용되는 반대신문의 속성(형사소송규칙 제76조 참조)에서 비롯되는 2차 피해를 방지하지는 못한다.

심판대상조항에 의하여 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술에 증거능력이 인정될 수 있도록 한 것은, 공판절차 또는 증거보전절차의 증인신문에서 성폭력처벌법상 피해자 보호를 위한 각종 제도가 활용될 수 있음에도 불구하고, 이러한 제도만으로는 미성년 피해자에 대한 2차 피해의 방지가 불충분하였다는 현실 인식에 기초한 것인데, 이러한 입법자의 판단을 가볍게 여기기는 어렵다.

따라서 미성년 피해자의 증인신문을 위한 증거보전절차의 활용을 심판대상조항과 동일한 정도로 그 입법목적에 기여하는 대안으로 보기는 어렵다.』

#### 4) 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익의 중대성

끝으로, 반대의견은, 헌법상 재판절차진술권의 주체인 형사피해자가 궁극적으로 그의 기본권 보장을 위한 형사소송절차 진행도 중 오히려 2차 피해를 입는 현상을 방지하여야 할 공익 또한 매우 중대함을 전제로, 앞서 살핀 사정들을 종합하여 볼 때 심판대상조항이 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 갖추었다고 판단하였다.

『(바) (중략) 형사소송절차에서 피고인의 반대신문권 보장이 공정한 재판을 받을 권리를 구현하는 데 중요한 요소임은 부인할

수 없다. 그러나 헌법상 재판절차진술권의 주체인 형사피해자가 궁극적으로 그의 기본권 보장을 위한 형사소송절차 진행 도중 오히려 2차 피해를 입는 현상을 방지하여야 할 공익 또한 매우 중대하다. 이러한 공익의 중요성이 형사소송절차가 발전하여 온 과정에서 최근에서야 비로소 주목받게 되었음을 고려하면, 성폭력범죄에 관한 형사재판의 경우 피고인의 반대신문 절차에서 발생할 수 있는 2차 피해로부터 미성년 피해자를 보호하기 위하여 입법자가 마련한 장치가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하는 내용인지에 대해서는 보다 신중하게 판단할 필요가 있다.

피고인의 반대신문권은 공정한 재판과 재판의 결과적 정확성을 보장하는 도구적 의미를 가지며 공정한 재판의 절대적 기준이 되는 것은 아니다. 전문진술이라 하더라도 강한 신빙성을 가진 것으로 그에 관한 진실성 여부가 시험되고 평가될 수 있어 피고인의 권리가 적절한 조치에 의하여 보장될 수 있는 상황이라면 그 전문진술이 유죄판결의 증거가 될 수 있다는 이유로 재판을 불공정하다고 볼 수 없다.

앞서 살핀 것과 같이, 피고인은 미성년 피해자에 대한 반대신문이 아니더라도 조사 과정이 그대로 녹화된 영상물을 활용하여 그 적법성 및 미성년 피해자 진술의 신빙성을 구체적으로 탄핵하거나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등에 대한 신문 등을 통하여 자신을 방어할 수 있다. 나아가, 심판대상조항에 의하여 증거능력이 인정된다 하더라도 그 증명력이 부인될 수 있음은 물론이며, 구체적인 사건에서 미성년 피해자의 보호와 실제적 진실발견 등 제반 요소를 고려한 법원의 개별적 판단에 따라 미성년 피해자에 대한 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 여전히 부여받



고 있다. 이러한 사정들과 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익의 증대성에 비추어 볼 때, 심판대상조항이 전문법칙의 예외를 정하고 있다는 사정만으로 미성년 피해자의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 사실상 무력화하고 있다고 볼 수는 없는바, 위 조항은 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 갖추었다.』

### (3) 소결

『따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.』

## 4. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 영상물에 수록된 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 진술의 경우, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 내지 진술조력인의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 그 증거능력이 인정될 수 있도록 규정하여, 원진술자에 대한 피고인의 반대신문권을 제한하는 특례를 규정한 성폭력처벌법조항에 관한 것이다.

나. 헌법재판소는, 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는 중요한 가치라 할 것이나, 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 성폭력범죄의 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화적인 방법을 상정할 수 있음에도, 심판대상조항이 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술에 있어 원진술자에 대한 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 것은 과잉금지원칙에 반한다고 보아, 위헌 결정을 하였다(법정의견).<sup>15)</sup>

15) 헌법재판소는 현재 2013. 12. 26. 2011헌바108(판례집 25-2하, 621) 결정에

다. 다만, 이 사건의 심판대상은 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술에 관하여 신뢰관계인 등의 성립인정 진술에 의하여 증거능력이 인정될 수 있도록 한 부분에 한정되므로, 피고인이 위 진술에 관하여 증거동의한 경우에는 여전히 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술을 본증으로 사용할 수 있을 것이다. 나아가 헌법재판소는 증거보전절차나 법정 외 증언실에서 실시할 수 있는 비디오 등 증거장치 등에 의한 신문제도, 재판장의 소송지휘권 등 미성년 피해자의 반복진술을 최소화하고 그 법정출석 및 피고인과의 직접 대면을 방지하며 반대신문이 남용되는 것을 막기 위하여 마련된 여러 제도들이 수사 및 재판 등에서 적극적으로 활용되어야 함을 강조하고 있는바, 조화적인 대안의 의미 역시 이러한 맥락에서 이해될 필요가 있다.

---

서, 동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 피해아동의 진술이 수록된 영상 녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률'(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 판단하였으나(합헌의견: 6인, 위헌의견: 3인), 성폭력처벌법 조항이 문제된 이 사건에서는 위헌 6인, 합헌 3인으로 위원결정을 선고하였다.

## 21. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제1항 등 위헌확인

- 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제1항이  
직장선택의 자유, 평등권을 침해하는지 여부 등 -  
(헌재 2021. 12. 23. 2020헌마395, 판례집 33-2, 912)

유 경 민\*

### 【판시사항】

1. 외국인근로자의 사업장 변경 횟수를 제한하는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’(이하 ‘외국인고용법’이라 한다) 제25조 제4항에 대한 심판청구가 기본권침해의 현재성이 없어 부적법하다고 본 사례
2. 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하는 외국인고용법 제25조 제1항이 고용허가제에 따른 외국인근로자인 청구인들의 직장선택의 자유, 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장 변경 사유 중 근로조건 위반과 부당한 처우 등을 규정한 구 ‘외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유’(이하 ‘이 사건 고시’라 한다) 제4조, 제5조가 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’(2019.

---

\* 헌법연구관

1. 15. 법률 제16274호로 개정된 것) 제25조 제1항(이하 ‘이 사건 사유제한조항’이라 한다), ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’(2014. 1. 28. 법률 제12371호로 개정된 것) 제25조 제4항(이하 ‘이 사건 횡수제한조항’이라 한다), 구 ‘외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유’(2019. 7. 16. 고용노동부고시 제2019-39호로 개정되고, 2021. 4. 1. 고용노동부고시 제2021-30호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제5조(이하 ‘이 사건 고시조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’(이하 ‘외국인고용법’이라 한다)에 의한 고용허가를 받아 현재 대한민국에서 일하고 있는 외국인근로자들이다.

청구인 호○○는 캄보디아 국적의 외국인으로서 2019. 12. 18. 대한민국에 입국하여 같은 달 23.부터 ○○시 소재 ○○에서 근무하고 있다. 청구인 호○○는 사용자가 근무시간을 일방적으로 변경하여 연장근로수당 없이 연장근로를 시키고 있고, 기숙사비를 추가로 공제하여 근로계약서상 통상임금보다 적은 월급을 지급하였다고 주장한다.

청구인 추○○는 몽골 국적의 외국인으로서 2018. 12. 26. 대한민국에 입국하여 2019. 1. 22.부터 안성시 소재 ○○ 주식회사에서 근무하고 있다. 청구인 추○○는 사용자가 건설기계조종사면허가 없는 청구인에게 무면허 건설기계(지게차) 조종을 강요하였고, 협박성 발언을 일삼는 등 부당한 대우를 하였다고 주장한다.

청구인 트○○는 베트남 국적의 외국인으로서 2016. 4. 12. 대

한민국에 입국하여 ○○시 소재 ○○에서 근무하고 있다. 청구인 트○○는 취업활동 기간 연장을 위해서는 사용자의 재고용 허가 요청이 필요했기 때문에 사용자의 요구로 근로계약 불이행 위약금 명목으로 300만 원을 사용자에게 예치하였고,<sup>1)</sup> 이후 근로감독관의 시정지시를 통해 위 금액을 돌려받을 수 있었다고 주장한다.

청구인 나○○은 우즈베키스탄 국적의 외국인으로서 2013. 12. 24.경 대한민국에 입국하여 ○○시 소재 ○○에서 근무하였다가, 2018. 12. 19. 성실 외국인근로자로 재입국하여 같은 사업장에서 자동차 부품 화학처리 도금업무를 하고 있다. 청구인 나○○은 사용자가 보호장구를 지급해 주지 않아서 인체에 유해한 유기용제에 지속적으로 노출되고 있다고 주장한다.

청구인 미○○은 미얀마 국적의 외국인으로서 2013년경 ○○시 소재 주식회사 ○○에 입사한 뒤 성실 외국인근로자로 재입국하여 현재 같은 사업장에서 근무하고 있다. 청구인 미○○은 2020. 1. 31. 위 공장에서 10명이 사상한 산재 사고를 목격한 후 사용자에게 사업장 변경을 요청하였으나 사용자가 이를 거절하였다고 주장한다.

청구인들은 2020. 3. 15. 자신들이 처한 위 각 상황이 외국인고용법 제25조 제1항, 제25조 제4항, 이 사건 고시 제4조, 제5조, 제5조의2가 규정한 사업장 변경 사유에 해당하지 않아 사업장을 변경하지 못한 채 근로를 계속하여야 하므로 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

---

1) 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다(근로기준법 제20조).

## 2. 청구인들의 주장

심판대상조항들은 외국인근로자의 '사업 또는 사업장 변경'(이하 '사업장 변경'이라 한다) '사유'와 '횟수'를 제한함으로써 체류 기간 동안 사실상 하나의 사업장에서 계속 근무하도록 강제하고 있다. 이는 강제근로 금지를 위반함으로써 인간의 존엄과 가치와 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(제12조 제1항), 직업선택의 자유(제15조) 및 근로의 권리(제32조)를 침해하며, 사업장 변경 사유나 횟수에 제한이 없는 외국국적동포 등 다른 외국인근로자와 비교하여 평등권(제11조)을 침해한다.

이 사건 사유제한조항은 구체적 범위를 정하지 않고 사업장 변경 사유를 하위법령에 위임하고 있어 포괄위임금지원칙에도 위반된다.

이 사건 고시조항은 근로조건 위반으로 형사처벌이 가능한 경우에도 사업장 변경 사유에 포함시키지 않거나, 부당한 처우가 발생한 경우에도 긴급성이나 계속 근로 불가능성을 요구하는 등 과도하게 사유를 제한하고 있어 청구인들의 기본권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 청구인들은 3회 이상 사업장 변경을 시도하지 않았으므로, 이 사건 횟수제한조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 횟수제한조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

2. 가. 이 사건 사유제한조항의 문언상 의미와 입법취지 및 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 고려하면, 이 사건 사유제한조항의 위임을 받아 고용노동부고시에 규정될 '사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우'에는, 근로관계의 지속을 어

렵게 할 정도에 이르는 중대한 근로조건 위반 또는 부당한 처우가 포함될 것으로 예측할 수 있으므로, 이 사건 사유제한조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절하고 자유롭게 사업장 변경을 신청할 수 있도록 한다면, 사용자는 인력의 안정적 확보와 원활한 사업장 운영에 큰 어려움을 겪을 수밖에 없다. 최근 불법체류자가 급격히 늘어나는 상황에서 외국인근로자의 효율적인 관리 차원에서도 사업장의 잦은 변경을 억제하고 취업활동 기간 내에서는 장기 근무를 유도할 필요가 있다. 외국인고용법이 채택한 고용허가제는 사용자에 대한 규율을 중심으로 하는 제도이기 때문에, 외국인근로자에 대한 입국에서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성을 가지며, 외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절할 때 자유로운 사업장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피하다. 따라서 이 사건 사유제한조항이 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청권을 인정하지 않는 것은 고용허가제를 취지에 맞게 존속시키기 위해 필요한 제한으로 볼 수 있다.

이 사건 사유제한조항은 포괄위임금지원칙에 위반되거나 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 외국국적동포 여부, 체류자격 요건, 취업활동 범위, 도입 취지, 취업절차 등에 있어 차이가 있다. 따라서 외국인고용법이 방문취업 외국인근로자에 대해서는 사업장 변경 사유를 제한하지 않으면서도, 이와 달리 이 사건 사유제한조항이 청구인들에 대해서는 엄격한 사유를 요구하는 것은 합리적 이유가 있다. 이 사건 사유제한조항

은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

3. 이 사건 고시조항은 외국인근로자들이 사업장 현장에서 경험하는 근로조건 위반 및 부당한 처우를 반영하여 종합한 것이라고 볼 수 있다. 종래 추상적인 용어를 객관적이고 구체적인 기준으로 개정하여 사유의 불명확성이 상당 부분 해소되었고, 변화하는 상황에 대응하여 지속적으로 사업장 변경 사유를 추가하고 있다. 또한 사업장 변경 사유에 대한 입증이 부족하거나 사업장 변경 사유에 준하는 사유가 있는 경우에는 외국인근로자 권익보호 협의회를 통해 사업장 변경을 허용할 수 있는 제도가 갖추어져 있다. 따라서 이 사건 고시조항은 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다.

### **재판관 이석태, 재판관 김기영의 이 사건 사유제한조항 및 이 사건 고시조항의 직장선택의 자유 침해 여부에 관한 반대의견**

2. 우리나라에서 외국인근로자는 내국인근로자와 경쟁 관계라기 보다는 내국인근로자를 대체하거나 보완하고 있는 관계이므로, 외국인근로자의 사업장 변경을 제한함으로써 내국인의 고용을 보호한다는 것은 합리성이 없다. 사업장 변경 사유를 과도하게 제한하는 것은 외국인근로자에 대한 효율적인 관리감독에 도움이 되지 않으며, 오히려 불법체류자를 양산하는 결과를 초래하여 고용허가제의 안정적인 운영을 위협할 수 있다. 외국인고용법은 이 사건 사유제한조항 외에도 사업장 변경을 억제하고 장기 근무를 유도하기 위해 여러 가지 제도를 두고 있다. 이 사건 사유제한조항이 원칙적으로 외국인근로자의 의사에 따른 사업장 변경을 금지하고 예외적 사유가 있는 경우에만 허용하는 것은 입법재량의 범위를



벗어나 명백히 불합리하여 청구인들의 직장선택의 자유를 침해한다.

3. 내국인근로자가 스스로의 안전과 건강 등을 지키기 위해 직장을 이탈할 수 있는 것처럼 외국인근로자도 열악한 환경의 사업장에서 이탈할 필요가 있다. 이 사건 고시조항은 더럽거나 위험한 작업환경, 높은 노동강도, 사용자의 반복적인 부당한 업무지시 등 사업장 변경의 합리적인 이유로 삼을만한 것을 거의 포함하지 않고 있다. 이 사건 고시조항이 사업장 변경 사유로 정하고 있는 근로조건 위반이나 부당한 처우만으로는 청구인들의 직장선택의 자유를 보장하기에 현저히 부족하므로, 이 사건 고시조항은 청구인들의 직장선택의 자유를 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 적법요건 검토

#### 가. 외국인의 기본권 주체성

##### (1) 판단

헌법재판소는 외국인 그 중에서도 특히 외국인근로자의 기본권 주체성에 관해 다음과 같이 판시하였다.

『외국인의 기본권 주체성 여부는 기본권의 성질에 좌우되는데, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 같은 ‘인간의 권리’로서의 성격을 갖는 기본권들이 외국인에게 인정된다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 참조). 고용허가를 받아 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서 지위를 부여받은 외국인들의 직장선택의 자유는 인간의 권리로서 보장되고(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351 참조), 근로의 권리 중 인간의 존엄

성 보장에 필요한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 ‘일할 환경에 관한 권리’ 역시 외국인에게 보장된다(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367 참조). 평등권도 인간의 권리로서 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정할 수 있고, 다만 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마 494 참조).

청구인들은 국내 기업에 취업을 목적으로 외국인고용법상 고용허가를 받고 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성·유지하며 살아오고 있는바, 직장선택의 자유 및 근로의 권리 가운데 일할 환경에 관한 권리의 주체가 된다. 또한 청구인들은 외국인근로자들 사이의 차별취급을 문제 삼고 있어 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 적용될 여지가 없으므로, 평등권 주체성을 인정할 수 있다. 그밖에 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유에 관해서도 기본권 주체성이 인정됨에 의문이 없다.』

## (2) 해설

헌법재판소는 대상결정에서 외국인의 기본권 주체성 여부는 기본권의 성질에 좌우되고, ‘인간의 권리’로서의 성격을 갖는 기본권들은 외국인도 주체가 될 수 있다는, 이른바 ‘권리성질설’<sup>2)</sup>을 다시 확인하면서 그 범위를 명확히 하고 있는 것이다. 또한, 헌법재판소는 종래 이 사건 횡수제한조항의 구법 조항에 관한 결정에서, 우선 청구인과 관련된 기본권으로 근로의 권리를 배척하고 직

2) 유진오가 1954년 ‘신고 헌법해의’ 58면에서 이 설을 취한 이래로 국내의 통설의 지위를 점하고 있다고 한다. 정태호, ‘외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰’, 헌법실무연구회 제13권, 2012, 402, 405면 각주7) 참조.

업선택의 자유를 확정된 후, 직업선택의 자유에 관해서만 외국인의 기본권 주체성을 판단하는 방식을 취하였는데(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등, 판례집 23-2상, 623, 638-639). 대상결정에서는 우선 청구인이 주장하는 모든 기본권에 관해 기본권 주체성을 판단한 후 다시 기본권과 청구인들과의 관련성을 심사하는 방식을 취하였다. 위 2007헌마1083등 결정은 엄밀히 보면 ‘기본권 주체성’ 부분에서 ‘기본권침해가능성’의 문제 또는 ‘기본권 경합’의 문제를 선취한 것이므로, 대상결정과 같이 판단하는 것이 논리상 자연스럽다고 볼 수 있다.

## 나. 이 사건 횡수조항에 관한 판단

### (1) 판단

헌법재판소는 이 사건 횡수제한조항이 사업장 변경 횡수를 취업활동기간 동안 3회, 취업활동 연장기간 동안 2회로 제한하고 있는데, 청구인들은 3회 이상 사업장 변경을 시도하지 않았음을 자인하고 있으므로, 현재로서는 청구인들이 허용되는 사업장 변경 횡수를 모두 소진할지가 불분명하여 이 사건 횡수제한조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없다고 하면서, 이 사건 횡수제한조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 현재성이 없어 부적법하다고 하였다.

### (2) 해설

위 판시는 변호사시험에 응시할 기회가 남아있는 청구인들이 변호사시험 응시 기회를 5회로 제한하는 조항에 대하여 헌법소원 심판을 청구한 것은 기본권 침해의 현재성을 결여하여 부적법하다고 본 결정과 같은 취지다(헌재 2020. 9. 24. 2018헌마739등,

공보 288, 1306, 1309 참조). 참고로 이 사건 횡수제한조항의 구법 조항이 심판대상이 되었던 선례는 세 명의 청구인들 모두 사업장을 3회 변경하여 더는 사업장 변경 신청이 불가능한 상황에서 본안 판단에 나아간 바 있다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마 1083등, 판례집 23-2상, 623, 631-633면 참조).

## 2. 심판대상조항의 연혁과 내용

### 가. 이 사건 사유제한조항

#### (1) 연혁

외국인근로자가 사업장을 변경하기 위해서는 일정한 사유가 있어야 하는데, 이는 사업자와 외국인근로자 모두에게 중요한 관심사 중 하나였고 각각의 입장을 반영하여 크게 2차례 법이 개정되었다.

우선 외국인고용법은 2003년 제정 시부터, 사업장 변경 사유로서 사용자가 근로계약을 해지하거나 근로계약 만료 후 갱신을 거절하는 경우(제1호), 휴업·폐업 그 밖에 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우(제2호), 외국인 고용허가의 취소 또는 고용제한 조치가 행하여진 경우(제3호) 및 그 밖에 대통령령이 정하는 사유가 발생한 경우(제4호)를 요구하였고, 이러한 사유가 발생하여 그 사업 또는 사업장에서 ‘정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때’ 외국인근로자가 사업장 변경을 신청할 수 있도록 하였다(제25조 제1항).

이에 대하여 외국인근로자의 입장에서는 부당한 처우와 인권침해가 발생하여도 사업장 변경이 불가능하므로, 법 개정이 필요하다는 비판이 있었다.<sup>3)</sup> 이를 반영하여 2009년 개정 시 새로운 사

업장 변경 사유로 “사업장의 근로조건이 근로계약조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우”가 신설되었다(제4호).

2012년의 두 번째 개정에서는 위 제2호, 제3호 및 제4호를 하나로 묶어 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 정리하였고, 그 구체적인 내용은 고용노동부장관이 고시로 정하도록 위임하였다. 또한 본문에서 그 사업 또는 사업장에서 ‘정상적인 근로관계를 지속하기 곤란한 때’ 부분을 삭제하고 각호의 사유가 발생한 때로 규정하였다.

이후 이 사건 사유제한조항은 2019. 1. 15. 법률 제16274호 개정 시 제2호의 외국인근로자의 책임이 아닌 사유에 ‘외국인고용법 제22조를 위반한 기숙사의 제공’을 추가하여 현재에 이르고 있다.

## (2) 내용

이 사건 사유제한조항은 외국인근로자가 다른 사업장으로의 변경을 신청하려면 다음 중 하나의 사유가 있어야 한다고 규정하고 있다.

(가) 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우(외국인고용법 제25조 제1항 제1호)

(나) 휴업, 폐업, 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 제22조의2를 위반한 기숙사의 제공, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의

3) 박용근, ‘외국인고용법상 사업장변경제한에 대한 헌법과 국제법상의 문제점 및 법적 개선방안’, 동북아법연구 제5권 제3호, 2012, 233, 234-236면; 손윤석, ‘이주노동자의 고용허가제 개선방안’, 법학연구 제49호, 한국법학회, 2013, 1, 7-12면.

책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우(제25조 제1항 제2호)

(다) 상해 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서의 근무는 가능하다고 인정되는 경우(제25조 제1항 제3호 및 같은 법 시행령 제30조 제1항)

이처럼 외국인근로자의 사업장 변경 사유는 사용자의 의사에 따른 경우(제1호)와 사용자의 의사와는 상관없으나 외국인근로자의 책임이 아닌 사유 등(제2호 및 제3호)으로 구분할 수 있으며, 법정 사유에 해당하지 않는 사유, 예컨대 외국인근로자의 근로계약 해지나 갱신 거절, 위험한 작업환경, 근무강도 등을 이유로 한 사업장 변경은 원칙적으로 인정되지 않고 있다.

#### 나. 이 사건 고시조항

이 사건 고시는 이 사건 사유제한조항이 ‘외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하는 경우’를 고용노동부장관 고시로 위임하면서 2012. 7. 2. 제정되었다.

제정 당시 이 사건 고시조항에는 모든 사유에 ‘더 이상 근로관계 유지가 어렵다고 인정되는 경우’라는 이른바 ‘계속근로 가능’ 요건이 부가되어 있었으나, 2019. 1. 11. 고용노동부고시 제 2019-7호로 전부개정 시 해당 문구를 모두 삭제하였다. 이는 ‘사업장 변경사유 요건 중 재량적 판단 기준을 삭제하여 일정 요건 충족 시 사업장 변경을 허용하도록 기준을 구체화’한 것으로서, 이 부분 변경은 아래 연혁 소개에서 다루지 않는다.

또한 사업장 변경 사유 자체를 확대한 것은 아니지만, 사업주와 외국인근로자 간 주장의 불일치, 입증자료 부족 등으로 사업장변경 가부를 판단하기 곤란한 경우(제6조 제1항, 2016. 1. 20. 도입) 및 사업장 변경 사유에 준하는 사유에 해당되어 외국인근로자가 더 이상 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우(제6조 제2항, 2019. 1. 11. 개정 시 도입)에도 외국인근로자 권익보호협의회(소위원회)에서 사업장 변경 허용을 인정할 수 있도록 한 것도 주요한 개정 사례이다.

이 사건 고시조항은 근로조건 위반(제4조)과 부당한 처우(제5조)로 인한 사업장 변경 사유를 규정하고 있으므로, 양자를 나누어 내용과 연혁을 살펴본다.

#### (1) 근로조건 위반

##### (가) 임금체불 및 지급지연(제4조 제1호)

외국인근로자는 사용자가 (a) 월 임금의 30 퍼센트 이상의 금액을 2개월 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우, (b) 월 임금의 10 퍼센트 이상의 금액을 4개월 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우, (c) 최저임금법에 따른 최저임금액에 미달하여 지급한 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다. 이 경우 임금체불 또는 지급 지연 중이거나, 임금체불 또는 지급 지연이 종료된 날부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청하여야 하며, 사용자의 단순 계산착오로 인한 경우는 제외한다.

이 사건 고시 제정 당시 임금체불 사유는 (a) 2개월분 이상의 임금을 전액 지급받지 못한 경우, (b) 임금의 30 퍼센트 이상을 지급받지 못한 것이 1년 동안 2개월 이상인 경우 (c) 그 밖에 임금체불 또는 지급 지연이 상습적으로 반복되는 경우였는데, 이후

2016. 1. 20. 고용노동부 고시 2016-4호 개정으로 ‘최저임금법 위반’이 추가되었다.

2017. 12. 26. 고용노동부 고시 2017-73호 개정으로 금액이나 횟수에 상관없이 임금 일부라도 체불이 있으면 (근로관계 유지가 어렵다는 전제하에) 사업장 변경이 가능해졌으나, 2019. 1. 11. 고용노동부 고시 2019-7호로 전부개정 시 현행과 같이 임금 체불과 지급지연의 금액과 기간을 명시하기에 이르렀다.

한편, 위 조항은 이 사건 심판청구 후인 2021. 4. 1. 개정되었다. 개정조항은 “2개월 이상”을 “2개월이 지나도록”으로 바꾸고, ‘월 임금의 30 퍼센트 이상의 금액을 2회 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우’(나목) 및 ‘월 임금의 10 퍼센트 이상의 금액을 4회 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우’(라목)를 새로운 사유로 추가하였다.

#### (나) 근로조건 저하(제4조 제2호)

외국인근로자는 사용자가 채용할 때 제시하였거나, 채용한 후에 일반적으로 적용하던 임금 또는 근로시간을 20 퍼센트 이상 감축한 기간이 사업장 변경 신청일 이전 1년 동안 2개월 이상인 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다. 이 경우 해당 임금 또는 근로시간이 감축되고 있는 중이거나, 해당 임금 또는 근로시간 감축이 종료된 날부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청하여야 한다.

위 사유는 제정 당시부터 현행 조항까지 내용상의 큰 변경 없이 유지되고 있다.



(다) 근로시간대 변경(제4조 제3호)

외국인근로자는 사용자가 채용할 때 제시하였거나, 채용한 후에 일반적으로 적용하던 근로시간대를 외국인근로자의 동의 없이 2시간 이상 앞당기거나 늦춘 사실이 사업장 변경 신청일 이전 1년 동안 1개월 이상 지속된 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다.

근로시간대 임의변경은 제정 시부터 사업장 변경 사유였으나, 2019. 1. 11. 고용노동부 고시 2019-7호로 전부개정 시 '2시간 이상'으로 변경시간을 명확히 하였고, '농축산업, 어업 등 사업의 특성을 충분히 고려하여 판단'하도록 한 종래 단서 규정을 삭제하여 현재에 이르고 있다.

(라) 산재 후 미조치(제4조 제4호)

외국인근로자는 사용자의 산업안전보건법 위반으로 외국인근로자가 3일 이상의 휴업이 필요한 부상 또는 질병이 발생한 경우에 사용자가 해당 부상 또는 질병 발생일부터 1개월이 경과하는 시점까지 산업안전보건법에 따른 안전·보건상의 조치를 하지 아니한 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다.

산재 후 미조치 사유는 2016. 1. 20. 고용노동부 고시 2016-4호 개정 시 새롭게 도입되었다.

한편, 위 조항은 이 사건 심판청구 후인 2021. 4. 1. 개정되었다. 개정조항은 사용자의 산업안전보건법 위반으로 인해 (a) 산업안전보건법 제2조의 중대재해가 발생한 경우(이 경우 외국인 중대재해가 발생한 날로부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청하여야 한다.) (b) 외국인근로자가 3개월 이상의 요양이 필요한 신체적·정신적 부상이나 질병이 발생한 경우(이 경우 근로자가 사업장에 복귀한 날로부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을

신청하여야 한다.) (c) 외국인근로자가 3개월 미만의 휴업이 필요한 부상 또는 질병이 발생한 경우에 사용자가 해당 부상 또는 질병 발생일로부터 1개월이 경과하는 시점까지 산업안전보건법에 따른 안전·보건상의 조치를 하지 아니한 경우로 사업장 변경 사유를 세분화하였다.

## (2) 부당한 처우

(가) 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등(제5조 제1호, 제2호, 제3호)

외국인근로자가 사용자로부터(제2호) 또는 사업장 등 사용자의 관리가 미치는 범위 내에서 직장 동료, 사업주의 배우자 또는 직계존비속으로부터(제3호) 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등을 당하여 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다. 외국인근로자가 사용자로부터의 성폭행 피해를 이유로 사업장 변경을 신청한 경우로서 긴급하게 사업장 변경이 필요하다고 인정되는 경우에도 사업장 변경 사유가 된다(제1호).

종래 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언의 주체는 사용자에게 한정되었으나, 2019. 1. 11. 고용노동부 고시 2019-7호로 전부개정 시 가해자 범위를 사용자 외에 직장동료 및 사업주의 직계존비속 등으로 확대하였고, 사용자의 성폭행에 대해서는 근로관계 유지 여부에 대한 판단 없이 긴급 사업장 변경을 허용하였다.

한편, 제5조 제1호는 이 사건 심판청구 후인 2021. 4. 1. 개정되었다. 개정조항은 사용자뿐만 아니라 직장동료, 사업주의 배우자(사실혼 관계에 있는 사람을 포함한다) 또는 직계존비속으로부터의 성폭행 피해가 있는 경우에도 긴급 사업장 변경을 허용하고 있다.

(나) 차별 대우(제5조 제4호)

외국인근로자가 사용자로부터 국적, 종교, 성별, 신체장애 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받음으로써 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우 사업장 변경을 신청할 수 있다.

차별대우는 이 사건 고시 제정 당시부터 사업장 변경 사유로 규정되었고, 내용상의 변경 없이 현재에 이르고 있다.

(다) 숙소 제공(제5조 제5호)

사용자가 외국인근로자에게 비닐하우스를 숙소로 제공한 것을 이유로 직업안정기관의 장으로부터 자율개선명령을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 자율개선 기간 내에 이행하지 아니한 경우 사업장 변경 사유가 된다.

비닐하우스 숙소 제공에 관한 사업장 변경 사유는 2018. 3. 30. 고용노동부 고시 제2018-26호 개정 시 ‘주거시설 위반’이라는 항목으로 도입되었고, 2019. 1. 11. 전부개정 시 내용의 변경 없이 부당한 처우 등 항목으로 이동하여 규정되었다.

한편, 위 조항은 이 사건 심판청구 후인 2021. 4. 1. 개정되었다. 직업안정기관의 장의 자율개선명령이나 그에 대한 불이행을 요건으로 하지 않고, 비닐하우스 또는 건축법 제20조, 농지법 제34조 등을 위반한 가설 건축물을 숙소로 제공하면 곧바로 부당한 처우에 해당하여 사업장 변경을 신청할 수 있도록 하였다.

### 3. 제한되는 기본권

#### 가. 판단

헌법재판소는 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하고 있

는 이 사건 사유제한조항 및 이 사건 고시조항(이하 ‘본안 심판대상조항들’이라 한다)이 청구인들의 직업선택의 자유 중 직장선택의 자유 및 평등권을 제한한다고 본 반면, 근로의 권리 및 신체의 자유 등 기본권의 침해 여부는 문제되지 않는다고 판시하였다.

『외국인근로자는 본안 심판대상조항들로 인하여 일단 형성된 근로관계를 포기하고 직장을 이탈하는 데 있어 제한을 받게 되므로 이는 직업선택의 자유 중 직장선택의 자유를 제한하고 있다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 참조).

본안 심판대상조항들은 방문취업(H-2) 외국인근로자와 달리 비전문취업(E-9) 외국인근로자인 청구인들의 사업장 변경 사유를 제한하고 있으므로, 평등권 침해 여부가 문제된다.

청구인들은 본안 심판대상조항들이 근로의 권리를 침해한다고 주장하나, 근로의 권리를 구체화한 근로기준법이나 산업안전보건법 등 법령은 외국인근로자에게도 모두 적용되고, 사용자가 의무를 위반한 경우 외국인근로자가 그에 따른 법정 구제절차를 이용하는 데 아무런 제한이 없다. 나아가 헌법상 근로의 권리에, 열악한 근로환경을 갖춘 사업장을 이탈하여 다른 사업장으로 이직함으로써 사적(私的)으로 근로환경을 개선하거나 해결하는 방법을 보장하는 것까지 포함된다고 볼 수는 없다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 참조). 따라서 본안 심판대상조항들은 근로의 권리를 제한하지 않는다.

청구인들은 신체의 자유와 강제노역 금지를 규정한 헌법 제12조 제1항 및 직업선택의 자유를 규정한 제15조에서 강제노동 금지 원칙이 도출되므로, 그 위반 여부를 심사하여야 한다는 취지로 주장한다. 국제노동기구(ILO)는 1957년 강제노동철폐협약(제105호)을 채택하였으나 우리나라는 현재 위 협약을 비준하지 않았고,

설령 본안 심판대상조항들이 외국인근로자들의 사업장 변경을 제한하는 것이 위 협약에서 말하는 '강제노동'에 해당할지라도 그것만으로 곧바로 위헌이라고 볼 수도 없다. 따라서 본안 심판대상조항들이 헌법상 신체의 자유를 제한하는지 여부를 살펴본다.

신체의 자유는 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말한다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9). 이에 따르면 직장 변경을 제한하거나 특정한 직장에서 계속 근로를 강제하는 것이 곧바로 신체의 안전성을 침해한다거나 신체의 자유로운 이동과 활동을 제한하는 것이라고 볼 수는 없다. 또한 청구인들은 본안 심판대상조항들의 사업장 변경 제한이 법률과 적법한 절차에 따르지 않은 것이라 볼 만한 주장도 하지 않고 있다. 따라서 본안 심판대상조항들은 신체의 자유를 제한하지 아니한다.』

#### 나. 해설

사용자가 근로기준법이나 산업안전법 등 법령을 위반하거나 외국인근로자를 부당하게 처우하는 경우 그에 따른 별도의 구제절차가 있다 하더라도, 본안 심판대상조항에서 정한 사유에 해당하지 않는 경우에는 그 사업장에서 계속 근로를 제공함으로써 열악한 근로환경을 수인하여야 한다는 사실에는 변함이 없다는 점에 주목하여, 학계에서는 본안 심판대상조항이 근로의 권리를 제한하고 있다는 견해가 일부 제기되었다.<sup>4)</sup> 그러나 대상결정은 헌법상

4) 김남진, '외국인근로자 인권보장을 위한 사업장변경의 자유', 법학연구 제16권 제2호, 한국법학회, 2016, 47, 64면; 김지혜, '외국인근로자의 사업장 변경제한과 강제노동금지의 원칙', 공법연구 제44집 제3호, 한국공법학회, 2016, 151, 167면; 노호창, '외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점', 노동법학 제70호, 한국노동법학회, 2019, 179, 202면; 박용근, '외국인고용법상 사업장변경제한에

근로의 권리에, 열악한 근로환경을 갖춘 사업장을 이탈하여 다른 사업장으로 이직함으로써 사적(私的)으로 근로환경을 개선하거나 해결하는 방법을 보장하는 것까지 포함된다고 볼 수는 없다고 판시하였다. 이에 따르면 근로의 권리는 주로 사용자가 준수하여야 할 근로조건 및 근로환경을 직접 규율하는 법령에 의하여 구체화되고, 근로자의 사업장 변경 사유나 횟수를 제한하는 것은 직장선택의 자유를 제한하는 것은 별론으로 하고 근로의 권리를 제한한다고 볼 수는 없다. 또한, 대상결정은 법률이 대한민국이 비준하지 않은 국제협약에 위반된다는 사정만으로 곧바로 위헌이라고 볼 수 없다고 하였고, 사업장 변경의 제한이 신체의 자유를 제한하는 것도 아니라고 보았다.

#### 4. 이 사건 사유제한조항에 관한 판단

##### 가. 직장선택의 자유 침해 여부

###### (1) 판단

헌법재판소는 우선 심사기준과 관련하여, 이 사건 사유제한조항의 내용이 합리적 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 직장선택의 자유를 침해한다고 하였다.

『외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 광범위한 입법재량이 인정되고, 외국인근로자의 직장선택의 자유는 입법자가 정책적 판단에 따라 법률로써 그 제도의 내용을 구체적으로 규정할 때 비로소 구체화된다. 따라서 외국인근로자의 사업장 변경사유를 제한하고 있는 이 사건 사유제한조항은 그 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수

대한 헌법과 국제법상의 문제점 및 법적 개선방안', 동북아법연구 제5권 제3호, 2012, 233, 240-241면; 표명환, '외국인근로자 고용제도에 관한 법적 고찰', 법학연구 제41호, 한국법학회, 2011, 45, 51-52면.

있다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등 참조).』

다음으로 법정의견은, 이 사건 사유제한조항은 원칙적으로 외국인근로자의 의사에 따른 사업장 변경을 금지하고 예외적 사유가 있는 경우에만 허용함으로써 중소기업 등이 안정적으로 노동력을 확보할 수 있도록 하고, 내국인근로자의 고용기회나 근로조건을 교란하는 것을 방지하며, 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리를 도모하기 위한 것으로서 입법자의 재량 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없다고 하였다.

『우선 이 사건 사유제한조항은 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경을 억제함으로써 고용허가를 받은 사용자가 노동력을 안정적으로 확보할 수 있도록 한다. 현재 비전문취업의 외국인력을 도입하는 업종은 제조업, 건설업, 농축산어업 및 건설폐기물처리업 등 일부 서비스업이며, 제조업의 경우 상시근로자 300명 미만 또는 자본금 80억 원 이하의 기업으로 제한되어 있다. 이들은 국민경제에 중요한 역할을 담당하지만 업종의 특성상 내국인근로자를 구하기 어렵고 대체로 규모가 영세한 사업장으로서 노동력의 안정적 확보가 절실한 상황에 있다.

그런데 외국인근로자를 고용하고 있는 다수의 사업장이 외국인근로자 고용 시 애로사항으로 ‘잡은 사업장 변경’을 언급하고 있고, 특히 비전문취업 외국인근로자는 내국인근로자는 물론 외국국적동포에 비해서도 의사소통이 어렵고 문화적 차이가 있어 근무기간이 짧은 경우 노동생산성이 낮은 것으로 나타나고 있다. 따라서 외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절하고 자유롭게 사업장 변경을 신청할 수 있도록 한다면, 사용자로서는 인력의 안정적 확보와 원활한 사업장 운영에 큰 어려움을 겪을 수밖에 없다.

최근 불법체류자가 급격히 늘어나는 상황에서 외국인근로자의 효율적인 관리 차원에서도 사업장의 잦은 변경을 억제하고 취업 활동 기간 내에서는 장기 근무를 유도할 필요가 있다. 특히 우리 외국인고용법이 채택한 고용허가제는 사용자에게 대한 규율을 중심으로 하는 제도이기 때문에, 입국하는 외국인근로자 본인에 대한 검증은 상대적으로 약할 수밖에 없다. 따라서 국가는 입국에 있어서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성을 가지며, 외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절할 때 자유로운 사업장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피한 측면이 있다.

이 사건 사유제한조항은 외국인근로자의 자유로운 의사에 따른 근로관계 해소를 사업장 변경 사유로 인정하고 있지 않지만, 외국인근로자의 책임 없는 사유에 따른 사업장 변경을 비교적 폭넓게 인정하고 있다. 또한 부상 또는 질병 등으로 외국인근로자가 해당 사업 또는 사업장에서 계속 근무하기는 부적합하나 다른 사업 또는 사업장에서 근무하는 것은 가능하다고 인정되는 경우에도 사업장 변경을 허용하고 있다. 이처럼 이 사건 사유제한조항을 전체적으로 살펴보면, 고용허가제에 따른 사업장 이동 제한 원칙을 견지하면서도 외국인근로자에게 필요한 경우 사업장 변경을 허용하고 있으므로, 그 제한에는 합리적 이유가 있다고 볼 수 있다.

세계 각국은 고용허가제와 노동허가제 가운데 자국의 실정에 맞는 제도를 도입하여 운영하고 있고, 우리 입법자 역시 노동허가제와 고용허가제 등 외국인고용제도를 자유롭게 선택할 입법재량을 가진다. 외국인고용법이 채택한 고용허가제에 따라 입국한 외국인근로자는 사용자에게 의해 선정되어 특정 사업장에 배치되어 근무를 시작하고, 취업기간 동안 사업장 변경 사유와 횟수가 제한



되는 등 사업장 변경이 억제된다. 따라서 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청을 허용하는 것은 고용허가제의 취지와 맞지 않고 자칫 외국인고용법의 근간을 흔드는 것이 될 수 있으므로, 이 사건 사유제한조항이 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청권을 인정하지 않는 것은 고용허가제를 취지에 맞게 존속시키기 위해 필요한 제한으로 볼 수 있다.

물론 외국인근로자의 사업장 변경에 엄격한 사유를 요구함으로써 제한되는 사익은 결코 작지 않다. 외국인근로자 역시 객관적으로 열악하거나 본인에게 부적합한 근로환경에서 벗어나 사업장을 옮길 필요가 있고, 변경된 사업장에서 더 높은 노동생산성을 발휘함으로써 결과적으로 국민경제에 더욱 이바지할 가능성도 있다. 그러나 고용허가제를 통해 입국하는 외국인근로자들은 입국 당시부터 취업할 수 있는 사업장이 제한되어 있고, 향후 사업장 변경을 함에 있어서도 사유와 횟수에 제한이 있다는 사실을 인지·감수하고 입국한 것으로 볼 수 있으므로, 상대적으로 제한이 용이하다고 볼 수 있다. 반면, 사용자의 근로계약 해지 또는 갱신거절이 없었음에도 외국인근로자가 자유롭게 사업장 변경을 할 수 있도록 허용하는 것은 현행 고용허가제의 목적과 체계에 반하고, 외국인근로자를 사용하는 사업장의 현실적 상황을 무시하는 것이 될 수 있다.

따라서 이 사건 사유제한조항은 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다.』

한편, 재판관 이석태, 재판관 김기영의 반대의견은 이 사건 사유제한조항이 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하여 청구인들의 직장선택의 자유를 침해한다고 보았다. 내국인근로자 구인

노력에도 불구하고 내국인근로자를 채용할 수 없는 사업장에 한하여 외국인근로자를 채용할 수 있으므로 이 사건 사유제한조항이 내국인 고용 보호라는 입법목적에 사실상 기여하는 바가 없고, 사업장 변경 사유를 과도하게 제한하는 것은 오히려 불법체류 외국인근로자를 양산하는 결과를 초래하여 외국인근로자에 대한 효율적인 고용관리를 저해할 우려가 있다는 것이다. 물론 이 사건 사유제한조항이 중소기업의 안정적 노동력 확보에 일부 기여하고 있는 것은 사실이지만, 국민경제의 균형 있는 발전에 부합하는 것이라 보기 어렵다고 보았다. 또한, 외국인고용법은 이 사건 사유제한조항 외에도 사업장 변경을 억제하고 장기 근무를 유도하기 위하여 여러 가지 제도를 두고 있어, 외국인근로자에게 직장선택의 자유를 보다 폭넓게 인정하더라도 고용허가제의 취지와 목적을 해할 정도로 잦은 사업장 변경의 우려가 현실화될 것이라고 단정하기 어렵다고 보았다.

## (2) 해설

헌법재판소는 이 사건 횡수제한조항의 구법 조항에 관한 결정에서, 외국인력 도입에 관한 제도를 마련함에 있어서는 광범위한 입법재량이 인정된다는 이유로 자의금지원칙에 따라 직업선택의 자유 침해 여부를 심사하였다(헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등, 판례집 23-2상, 623, 642). 이에 대하여 헌법 제37조 제2항에 따라 일반적 과잉금지심사의 틀을 따르는 것이 타당하고, 정책적 판단의 필요성은 침해최소성 또는 법익균형성에서 기본권 제한을 정당화하는 중대한 공익으로 고려하면 충분하다는 취지의 비판이 일부 있으나,<sup>5)</sup> 대상결정은 선례의 심사기준을 유지하였다.

5) 이 사건 횡수제한조항에 관한 선례(2007헌마1083등)에 대한 평석에서 외국인의

외국인근로자의 도입 여부나 도입 규모를 결정하는 문제뿐만 아니라 이미 도입된 외국인근로자에게 적용되는 사업장 변경 사유와 횟수를 설정하는 문제 역시 고도의 정책적 판단과 입법자의 광범위한 재량이 허용되는 영역이라는 점을 분명히 한 것으로 볼 수 있으며, 여기에 대해서는 법정의견과 반대의견에 차이가 없다.

법정의견은 외국인근로자가 자유롭게 사업장 변경을 할 수 있도록 허용하는 것은 현행 고용허가제의 목적과 체계에 반하고, 외국인근로자를 사용하는 사업장의 현실적 상황을 무시하는 것이 될 수 있다고 보았다. 고용허가제는 외국인근로자의 사업장 변경의 제한이 수반되는 것을 전제로 전체 제도가 유기적으로 설계되어 있어 그 중 일부 제한이 폐지되는 경우 고용허가제 전체의 목적과 취지를 달성하기 어려울 수 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 이와 관련하여 우리나라와 같이 고용허가제를 채택하고 있는 대만의 경우 한국과 유사하거나 더욱 엄격한 사업장 변경 사유를 요구하고 있는 점도 참고할 수 있다.

## 나. 평등권 침해 여부

### (1) 판단

헌법재판소는 이 사건 사유제한조항이 비전문취업 외국인근로자와 방문취업 외국인근로자를 사업장 변경에 있어 차별취급하고 있으나, 여기에는 합리적 이유가 있다고 판시하였다.

---

기본권 제한 역시 헌법 제37조 제2항에 따라 비례원칙으로 심사했어야 한다고 비판하는 견해로, 이부하, '외국인근로자의 직장선택의 자유', 세계헌법연구 제17권 제3호, 국제헌법학회 한국학회, 2011, 55, 70-71면; 김지혜, '외국인근로자의 사업장 변경제한과 강제노동금지 원칙', 공법연구 제44집 제3호, 한국공법학회, 2016, 151, 168면 참조. 외국인의 직업의 자유에 대하여 어느 정도 완화된 심사를 할 수는 있으나 과잉금지원칙을 적용하여야 한다는 취지의 주장으로는, 김진곤, '외국인의 기본권 주체성과 노동3권', 유럽헌법연구 제30호, 2019, 137, 163면 참조.

『‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’(이하 ‘재외동포법’이라 한다)상 외국국적동포에 해당하고 일정한 요건을 갖춘 18세 이상인 사람의 경우 방문취업(H-2) 체류자격을 받을 수 있고, 방문취업 체류자격을 받으면 사증 유효기간의 범위 내에서는 자유로운 출입국이 가능하며, 비전문취업 외국인근로자에 비해 비교적 넓은 분야(현재 46개 업종)에서 취업활동이 허용된다.

방문취업제도는 대한민국 수립 이전에 해외로 이주한 중국 및 구 소련 지역 동포에 대한 차별을 해소하고 이들을 포용할 목적으로 2007년 도입되었다. 방문취업 외국인근로자는 외국인고용법이 정한 절차에 따라 취업교육을 받은 후 구직신청을 하여 취업알선을 받거나(외국인고용법 제12조 제2항), 특례고용가능확인을 받은 사업장에 자율적으로 취업할 수 있다(같은 법 제12조 제1항).

이처럼 방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 외국국적동포 여부, 체류자격 요건, 취업활동 범위, 도입 취지, 취업절차 등에 있어 차이가 있다. 따라서 외국인고용법이 방문취업 외국인근로자에 대해서는 사업장 변경 사유를 제한하지 않으면서도, 이와 달리 이 사건 사유제한조항이 청구인들에 대해서는 엄격한 사유를 요구하는 것은 합리적 이유가 있다. 이 사건 사유제한조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.』

## (2) 해설

역사적으로 볼 때 대한민국의 건국은 제국주의 일본의 식민 지배를 극복하는 과정이었고, 그 과정에서 많은 국민들은 비자발적으로 고국을 떠나 타국에서 삶을 일구어야만 했다. 재외동포법이 규정하고 있는 외국국적동포에 대한 우대조치가, 우리 헌법 제2조 제2항이 규정한 ‘재외국민 보호의무’에 근거한 것으로 볼 수

있는지 그렇지 않으면 온전히 입법정책적인 것인지는 논의의 여지가 있으나, 위와 같은 역사적 맥락을 고려하여 외국국적동포에 대해서 일련의 우대정책을 펴는 것은 헌법적으로 용인되며, 그 구체적 내용은 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

따라서 외국인고용법이 외국국적동포인 방문취업 외국인근로자에 대해서 사업장 변경의 자유를 전면적으로 인정하면서도 청구인들에게는 엄격한 사유를 요구하는 것은 재외동포법의 체계와 역사적 맥락에 부합하는 것으로서 합리적 이유가 있다고 봄이 타당하다.<sup>6)</sup> 여기에 대해서는 법정의견과 반대의견이 입장을 같이 하였다.

## 5. 이 사건 고시조항에 관한 판단

### 가. 직장선택의 자유 침해 여부

#### (1) 판단

대상결정의 법정의견은 이 사건 고시조항이 외국인근로자들이 사업장 현장에서 경험하는 불합리한 대우를 반영하여 종합하고 있고, 외국인 고용 실무에서 발견되는 문제점을 그때그때 반영하여 사업장 변경 사유를 조정·확대하고 있다는 등의 이유를 들어 직장선택의 자유를 침해하지 않는다고 보았다.

『근로조건 위반의 경우 임금체불 및 지급지연, 근로조건 저하, 근로시간대 변경, 산재 후 미조치가 사업장 변경 사유가 됨을 규정하고 있고(이 사건 고시 제4조, 이하 고시명 생략), 부당한 처우에 관해서는 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언, 차별 대우, 비

6) 특례고용허가제가 합헌이라는 입장으로는, 조성혜, ‘외국인고용법에 대한 비판적 검토 -규제와 보호를 중심으로-’, 서울법학 제27권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 233, 271면; 표명환, ‘외국인근로자 고용제도에 관한 법적 고찰’, 법학연구 제41호, 한국법학회, 2011, 45, 60면 등이 있다.

닐하우스 숙소 제공 등을 명시하고 있다(제5조). 이는 외국인근로자들이 사업장 현장에서 경험하는 불합리한 대우를 반영하여 종합한 것이라고 볼 수 있다.

변화하는 상황에 대응하여 이 사건 고시조항에 지속적으로 사유가 추가되고 구체화되고 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 이 사건 심판청구 이후에도…… 사업장 변경 사유를 신설하는 등 외국인 고용 실무에서 발견되는 문제점을 그때그때 반영하여 사업장 변경 사유를 조정·확대함으로써 외국인근로자의 권익을 보장하려고 하고 있다.

사업장 변경 사유에 대한 입증이 부족하거나 사업장 변경 사유에 해당하지 않는 경우에도 그에 준하는 사유가 있는 경우에는 외국인근로자 권익보호협의회를 통해 사업장 변경을 허용할 수 있는 제도가 갖추어져 있으므로, 외국인근로자의 직장선택의 자유는 비교적 두텁게 보호되고 있다.

이 사건 고시조항이 외국인근로자의 책임 없는 사유로 인한 사업장 변경을 비교적 중대한 근로조건 위반과 부당한 처우로 한정하고 있어, 그에 해당하지 않거나 미치지 못하는 경우 외국인근로자는 사업장 변경을 할 수 없는 현실적인 문제는 있다. 그러나 사업장 변경을 무분별하게 허용할 경우 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 불법체류 또는 정주화를 방지하고, 나아가 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하려는 고용허가제의 취지를 달성하지 못하게 될 수 있다. 이 사건 고시조항은 사업장 변경을 합리적인 범위 내에서 제한함으로써 고용허가제의 도입 취지를 달성하면서도 외국인근로자에 대한 중대한 근로조건 위반과 부당한 처우를 억제하고 있다.

따라서 이 사건 고시조항은 입법재량의 범위를 벗어나 명백히

불합리하다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다.』

이에 대하여 재판관 이석태, 재판관 김기영의 반대의견은, 이 사건 고시조항은 더럽거나 위험한 작업환경, 높은 노동강도, 사용자의 반복적인 부당한 업무지시 등 외국인근로자가 사업장 변경의 합리적인 이유로 삼을만한 것을 거의 포함하지 않고 있어 청구인들의 직장선택의 자유를 보장하기에 현저히 부족하다고 하였다.

『이 사건 고시조항 중 제4조 제1호부터 제3호까지 근로조건 위반으로 열거한 사유들을 살펴보면, 그 내용을 임금 체불과 근로시간 감축 또는 변경으로 한정하고 있으며, 그마저 일정 정도를 초과한 위반이 일정 기간 이상 지속될 것을 요구하고 있다. 이는 근로기준법이 규정한 여러 가지 근로조건외의 극히 일부에 불과할 뿐만 아니라, 그 기준이 현저히 자의적이고 그 조건을 충족하기 쉽지 않다.

이 사건 고시조항이 누락한 사유 가운데 대표적인 것은 위험한 작업환경의 문제이다. 외국인근로자가 안전이 보장되지 않는 사업장에서 이탈하여 다른 사업장으로 옮길 수 없도록 제한하는 것은 직장선택의 자유를 침해하는 것을 넘어서 생명과 신체를 위협할 우려마저 있다.

이 사건 고시조항 중 제5조는 사업장 변경 사유가 되는 사용자 등의 부당한 처우를 규정하고 있으나, 사용자가 무면허 건설기계 운전을 강요하는 등 외국인근로자의 생명과 신체의 안전을 위협하거나 사회통념상 근로를 계속하기 어려운 정도의 부당한 업무지시를 반복하는 것은 포함되어 있지 않다.

이 사건 고시는 사업장 변경 사유를 입증할 자료가 부족하거나 사업장 변경 사유에 준하는 사유가 있는 경우에도 외국인근로자

권익보호협의회가 사업장 변경을 허용할 수 있는 제도를 두고 있지만, 사업장 변경 사유에 ‘준하는 사유’가 무엇인지 불명확하여 외국인근로자에게 신뢰할 만한 해결책이 된다고 보기 어렵고, 그 이용률도 저조한 편이다.

위와 같은 점을 종합하면, 이 사건 고시조항이 열거하고 있는 사업장 변경 사유는 지나치게 제한적이어서 외국인근로자의 직장선택의 자유를 보장하기에 현저히 부족하다. 이 사건 고시조항은 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하여 청구인들의 직장선택의 자유를 침해한다.』

## (2) 해설

대상결정은 이 사건 사유제한조항과 마찬가지로 이 사건 고시조항에 관해서도 광범위한 입법형성권을 인정하여, 그 내용이 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 직장선택의 자유를 침해한다고 하였다.

법정의견은 이 사건 고시조항이 수차례 개정을 통해 객관적이고 구체적인 기준을 사용하여 불명확성을 해소하고 있으며, 내용적으로도 외국인근로자의 권익 보호를 확대하고 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 실제로 이 사건 심판청구 이후에도 임금체불과 지급지연 사유를 추가하고(제4조 제1호), 사용자의 산업안전보건법 위반으로 인하여 사업장에 중대재해가 발생하거나 외국인근로자가 3개월 이상의 요양이 필요한 재해를 입은 경우 사업장 변경을 신청할 수 있도록 하였다(제4조 제4호). 외국인근로자가 사용자가 아닌 직장동료 등으로부터 성폭행 피해를 입은 경우에도 긴급사업장 변경이 가능하도록 하였고(제5조 제1호), 비닐하우스 숙소 제공의 경우 직업안정기관의 장의 자율개선명령이나 그에



대한 불이행을 요건에서 삭제하였다(제5조 제5호). 나아가 외국인 근로자의 근로제공 거부(제5조 제6호)나 고용 관련 보험 미가입 또는 체납이 있는 경우(제5조 제7호)도 사업장 변경 사유로 신설되었다.

또한 이 사건 고시 제6조가 외국인근로자 권익보호협의회를 통한 사업장 변경 제도를 두고 있고, 비록 그 사례가 많지는 않으나, 실제로 이 사건 고시조항이 정한 사업장 변경 사유에 해당하지 않는 다양한 사유로 구제되고 있다는 점도 중요하게 고려된 것으로 보인다.

#### 나. 평등권 침해 여부

앞서 이 사건 사유제한조항의 평등권 침해 여부에서 살펴본 것처럼 방문취업 외국인근로자는 비전문취업 외국인근로자와 외국국적동포 여부, 체류자격 요건, 취업활동 범위, 도입 취지 등에 있어 차이가 있으므로, 이 사건 고시조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 보았다.

### 6. 이 사건 결정의 의의

가. 이 결정은, 외국인근로자의 사업장 변경 사유를, ‘사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우’로 제한한 외국인고용법 조항 및 그 사유를 구체화한 고용노동부고시의 위헌 여부를 판단한 최초의 사례다.

나. 이 사건 결정은 외국인근로자의 사업장 변경 제한에 따라 제한되는 기본권의 종류와 내용을 명확히 하였다. 또한 외국인근

로자에게 적용되는 사업장 변경 사유와 횟수를 설정하는 문제 역시 고도의 정책적 판단과 입법자의 광범위한 재량이 허용되는 영역이라는 점을 다시 확인하였다.

다. 법정의견은, 외국인 고용허가를 받은 사용자가 노동력을 안정적으로 확보하고 외국인근로자를 효율적으로 관리하며 고용허가제의 취지에 맞게 제도를 운영하기 위해서, 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하는 것은 명백히 불합리하다고 볼 수 없다고 하였다. 구체적인 사유를 정한 고시에 관해서도, 종래의 불명확성이 상당 부분 해소되었고 사유가 계속 추가되고 있으며, 사업장 변경 사유에 미치지 못한 경우에도 권익보호협의회를 통한 사업장 변경이 가능한 이상 기본권을 침해한다고 볼 수 없다는 것이다. 반면, 반대의견은 현행 법령이 사업장 변경 사유로 정하고 있는 사유만으로는 청구인들의 직장선택의 자유를 보장하기에 현저히 부족하다고 보았다.

라. 최근 코로나19로 잠시 외국노동인력 교류가 위축되기는 하였으나, 앞으로도 외국인근로자에 대한 잠재적 수요는 계속 늘어날 것으로 보인다. 이에 따라 외국인근로자의 사업장 변경을 비롯한 고용허가제의 여러 문제들은 꾸준히 헌법재판소의 문을 두드릴 가능성이 높다. 향후 헌법재판소가 어떠한 심사기준과 헌법적 관점을 가지고 법익을 형량할 것인지에 관해 이 사건 결정은 중요한 선례 가운데 하나가 될 수 있을 것으로 보인다.

## 결정색인(2021년)

### 선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

현재	2021. 1. 28.	2018헌바88, 판례집 33-1, 20	1
현재	2021. 1. 28.	2018헌마456등, 판례집 33-1, 32	20
현재	2021. 1. 28.	2020헌마264등, 판례집 33-1, 72	56
현재	2021. 2. 25.	2015헌라7, 판례집 33-1, 169	97
현재	2021. 2. 25.	2017헌마1113등, 판례집 33-1, 261	119
현재	2021. 4. 29.	2019헌가11, 판례집 33-1, 397	169
현재	2021. 5. 27.	2018헌마1168, 판례집 33-1, 579	203
현재	2021. 6. 24.	2018헌가2, 판례집 33-1, 638	232
현재	2021. 6. 24.	2017헌바479, 판례집 33-1, 650	252
현재	2021. 6. 24.	2020헌마651, 판례집 33-1, 763	277
현재	2021. 6. 24.	2017헌가31, 판례집 33-1, 620	314
현재	2021. 7. 15.	2018헌마279등, 판례집 33-2, 43	333
현재	2021. 8. 31.	2014헌마888, 판례집 33-2, 152	365
현재	2021. 8. 31.	2018헌마563, 판례집 33-2, 187	394
현재	2021. 9. 30.	2019헌가3, 판례집 33-2, 223	427
현재	2021. 9. 30.	2016헌마1034, 판례집 33-2, 278	448
현재	2021. 11. 25.	2015헌바334등, 판례집 33-2, 547	496
현재	2021. 11. 25.	2019헌바446등, 판례집 33-2, 587	529
현재	2021. 11. 25.	2017헌마1384등, 판례집 33-2, 643	570
현재	2021. 12. 23.	2018헌바524, 판례집 33-2, 760	594
현재	2021. 12. 23.	2020헌마395, 판례집 33-2, 912	637



## 헌법재판소결정해설집 (2021)

---

2022年 9月 印刷

2022年 9月 發行

發行處 · 憲法裁判所

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷 : 경성문화사 02)786-2999

---

(非賣品)

