



2018

[헌법교육을 위한 교원연수]

(심화과정)

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며,
행복을 추구할 권리를 가진다. 〈헌법 제10조 중〉



헌법재판소
헌법재판연구원



서울특별시교육청

CONTENTS

01	기본권의 이해 1	1
02	기본권의 이해 2	23
03	기본권의 이해 3	61
04	헌법재판론 I (위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판) ...	93
05	헌법재판론 II (권리구제형 헌법소원심판)	121
06	탄핵·정당해산·권한쟁의 심판의 이해	151
07	헌법재판소 주요결정의 이해	177
	- 2017년 결정 중심 -	

01. 기본권의 이해 1



01

기본권의 이해 1

I. 인권과 기본권, 법률상 권리

버지니아 권리장전(Virginia Bill of Rights, 1776)

제1조 모든 인간은 날 때부터 동등하게 자유로우며 독립적이다. 재산을 획득하고 소유하며 행복과 안전을 추구하는 것을 비롯하여 삶과 자유를 향유하는 천부적인 권리는, 인간이 어떤 사회의 구성원이 된 경우 그 후손으로부터 어떤 계약으로도 빼앗거나 박탈할 수 없다(사회계약에 의해서도 폐지될 수 없다).

프랑스 인권선언(인간과 시민의 권리선언, Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789)

제1조 인간은 날 때부터 자유롭고 평등하다. 사회적 차별은 공공의 이익을 근거로 해서만 가능하다.

제2조 모든 정치적 단체의 목적은 자연적이고 소멸될 수 없는 인간의 권리를 보장하는 데 있다. 이 권리는 자유권, 재산권, 안전권, 압제에 대한 저항권이다.

세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)

제1조 모든 인간은 태어날 때부터 자유로우며, 누구에게나 동등한 존엄성과 권리가 있다. 인간은 타고난 이성과 양심을 지니고 있으며, 형제애의 정신에 따라서 서로를 대하여야 한다.

독일 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)

제1조 (1) 인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

(2) 이에 모든 독일 국민은 불가침이고 불가양인 인권을 세계의 모든 인류공동체와 평화 및 정의의 기초로서 인정한다.

(3) 이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서, 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

대한민국헌법

제2장 국민의 권리와 의무

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.
국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

헌법재판소법

제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

인간이라면 누구나 누릴 수 있는 권리를 말하는 ‘인권’의 개념은 우리에게 매우 친숙하다. 이러한 현대적 의미에서의 인권을 최초로 선언한 것은 1776년의 버지니아 권리장전이라고 할 수 있다. 18세기 유럽에서 전개된 계몽주의의 결실인 버지니아 권리장전을 통해, 귀족이나 특정한 계급만이 아닌 보통 사람 개개인이 권리의 주체로 인정되었다.

이후 1789년 이루어진 프랑스의 ‘인간과 시민의 권리선언’은 버지니아 권리장전과 마찬가지로 천부인권, 자연권을 인정하였으며, 중요한 인권들을 구체화하여 많은 현대 헌법의 기초가 되었다.

우리가 흔히 사용하는 ‘기본권’이라는 말은 이러한 인권사상의 발전에 따라 중요한 인권규정이 헌법에 수용되고, 헌법적 효력을 가지게 되면서 탄생한 것이다. 사실 우리 헌법에는 ‘기본권’이라는 표현이 등장하지 않는다. 인간의 존엄을 규정한 헌법 제10조는 ‘기본적 인권’이라는 말을 사용하고 있고, 헌법 제2장에서 규정하는 국민의 권리는 ‘자유’와 ‘권리’로 표현되고 있다. ‘기본권’이라는 표현은 헌법소원심판의 요건과 대상을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항에 비로소 등장한다.

그렇다면 기본권은 무엇이고, 인권과는 어떤 개념적인 차이가 있는 것일까?

그에 대한 대답은 독일 기본법의 규정을 보면 비교적 쉽게 찾을 수 있다. 독일 기본법 제1조는 인간이라면 누구나 향유할 수 있는 권리이자 국가 이전에 존재하는, 국가가 마음대로 처분할 수 없는 권리인 인권을 보장하는 한편, 국가권력을 직접 구속하는 ‘법’으로서 기본권을 규정하고 있다. 즉, 기본권은 실정 헌법에 의하여 보장되는 개인의 권리일 뿐만 아니라, 국가질서를 형성하는 기준 또는 지침

의 성격을 가진다.

결국 인권과 기본권의 개념은 유사하지만 완전히 일치하는 것은 아니다. 헌법이 직접적으로 효력을 보장하는 권리에는 인권의 성격을 가진 권리도 있고, 선거권과 같이 국가의 존재를 전제로 하는 권리도 있다. 또 시대의 변화에 따라 새로이 보장의 필요성이 생긴 인간의 권리 가운데는 헌법적 효력이 인정되지 않는 권리도 존재한다. 다만 이것이 기본권은 헌법에 열거되어 있는 권리에 국한된다거나, 그에 따라 인권과 기본권의 경계가 확정적으로 정해져 있다는 의미는 아니다. 우리 헌법은 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하고 있으며,¹⁾ 헌법에 기초하여 보장되고 관철되어야 할 필요성이 있는 권리가 기본권으로 새롭게 인정될 가능성은 열려 있다.

한편 기본권과 법률상 권리는 모두 우리 법질서 내에서 효력+을 발휘하는 법적 권리라든 점에서 공통점이 있지만, 그 보장 수준에는 차이가 있다. 법률은 본질적으로 헌법을 실현하는 수단이므로, 법률에는 헌법에서 정하는 내용을 확인하고 구체화하는 내용이 있는가 하면, 헌법에 반하지는 않지만 법률의 수준에서 국회와 같은 입법자가 새로이 형성하거나 창설하는 내용도 있다. 따라서 형식적으로 법률에 규정되어 있으나 실질적으로 헌법 확인적인 내용을 담고 있는 권리는 기본권이기 때문에 입법자가 마음대로 이를 부정하지 못하는 반면, 입법창설적 내용에 해당하는 권리는 입법자가 폐지할 수도 있고 변경할 수도 있다.

특히, 기본권과 법률상의 권리를 구분하는 것은 헌법재판과 관련하여 의미가 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 ‘기본권’을 침해 받은 자만 청구할 수 있으므로, 오로지 법률상 권리의 성격만 가지는 권리가 침해된 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

예를 들어, 지방자치법은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 지방자치단체의 장이 주민투표에 부

1) 예컨대, 헌법재판소는 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”이라고 하여 헌법에 열거되지 아니한 권리라고 하여도 기본권성을 인정하고 있다.

칠 수 있도록 규정하고 있다(지방자치법 제14조 제1항). 그에 따라 지방자치단체의 주민은 주민투표권을 가지는데, 이러한 권리는 헌법상 보장되는 기본권일까? 아니면 단지 법률상 인정되는 권리일까?

헌법재판소는 이에 관해, 우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권, 공무담임권을, 직접적인 참정권으로 국민투표권을 규정하고 있을 뿐, 주민투표권을 기본권으로 규정하지 않았고, 우리 헌법상 제도적으로 보장되는 지방자치의 내용은 자치단체의 설치와 존속, 자치기능 및 자치사무와 같은 지방자치단체의 자치권의 본질적 사항에 관한 것이므로, 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐이지 헌법상 보장되는 기본권 또는 헌법 제37조 제1항의 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 하나로 보기 어렵다고 판단하였다.²⁾

II. 기본권의 분류

기본권은 그 성격에 따라서, 또는 주체나 작용방식, 헌법에 명시되어 있는지 여부 등을 기준으로 다양하게 분류될 수 있다. 여기서는 국가와 개인이 맺는 관계의 성격을 기준으로 나누어 살펴본다.

1. 자유권

대한민국헌법

제12조 ① 모든 국민은 신체의 **자유를 가진다**. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

제13조 ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 **소**

2) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마530

추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.

제14조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

제20조 ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.

제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

제22조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.

제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

자유권은 국가 이전에 존재하는 개인의 자유영역을 국가로부터 보호하는 권리이다. 개인의 자유를 실현하는 데는 원칙적으로 입법활동과 같은 국가의 적극적인 조치, 개입이 필요하지 않다. 다만 국가의 강제와 간섭으로부터의 자유, 즉 국가에 부당한 침해행위를 하지 말 것을 요구함으로써 개인의 자유는 보장된다. 이를 들어 ‘대국가적 방어권(對國家的 防禦權)’, ‘국가에 대한 부작위 청구권(不作爲 請求權)’의 성격이 있다고 표현한다. 헌법은 제12조 내지 제23조에서 개별 자유권을 규정하고 있는데, 위와 같은 자유권의 특성을 반영하여 ‘……자유를 가진다.’ 또는 ‘……침해받지 아니한다.’와 같은 표현을 사용하고 있다.

자유권의 특성상, 자유권 보장과 관련해서 주로 제기되는 헌법적 문제는 국가행위가 자유권에 의하여 보호되는 개인의 자유영역을 과도하게 침해하였는지(부당한 침해행위를 하였는지) 여부가 된다. 헌법재판소는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정한 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 과잉금지원칙을 적용하여 자유권 침해 여부를 심사하고 있다.

2. 평등권

대한민국헌법

- 제11조** ① 모든 국민은 **법 앞에 평등**하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 **차별을 받지 아니한다**.
- ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.
- ③ 훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.

평등권은 특정한 생활영역, 개인의 행위나 법익을 직접적으로 보호하려는 것이 아니다. 다만 국가의 행위 지침으로서 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’ 취급할 것을 요구하는 것으로, 국가의 침해적 행위뿐만 아니라 이익이나 혜택을 주는 시혜적·급부적 행위에도 적용된다. 그러한 점에서 가장 널리 적용되는 기본권 중 하나이며, 자주 헌법적 문제가 제기되는 권리이기도 하다.

자유권과 달리, 평등권은 국가작용 그 자체를 제한하지 않는다. 단순히 평등의 관점에서 본다면, 평등권은 국가가 혜택을 부여할 때에는 누구에게나 평등한 혜택을 부여할 것을, 부담을 부과할 때에는 누구에게나 평등한 부담을 부과할 것을 요구할 뿐, 국가의 행위 자체를 하지 말 것을 요구할 수 있는 권리가 아니다.

헌법 제11조는 ‘법 앞의 평등’을 규정하고 있으며, 이는 자유의 평등이자 기회의 평등을 요구하는 것이고, 단순한 ‘법 적용의 평등’을 넘어서 법률 그 자체가 평등 원칙에 부합해야 한다는 ‘법 제정의 평등(법 내용상의 평등)’을 의미한다.

평등권 침해의 문제는 자유권과 같이 국가작용의 과잉에 핵심이 있는 것이 아니라 국가작용의 차별성에 있으며, 헌법재판소는 차별취급이 헌법적으로 정당성을 가지는지 여부를 입법자의 입법형성권의 범위에 따라 자의금지원칙이나 비례원칙을 적용하여 심사한다.

3. 참정권

대한민국헌법

제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

제25조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.

제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

국민은 국가의사 형성에 참여할 권리가 있다. 이를 참정권(參政權)이라 한다. 국민에 의한 국가권력의 행사는 대의제 또는 직접민주주의 제도를 통하여 이루어진다. 국민은 선거를 통하여 장래 국가가 나아갈 방향을 정하고, 과거에 이루어진 정치적 활동에 대한 책임을 묻는다. 이를 위하여 헌법은 국민의 선거권을 보장한다(헌법 제24조). 또한 직접 공무를 담당하는 기회를 가질 수 있도록, 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하는 공무담임권을 보장한다(헌법 제25조). 헌법은 대통령이 국민투표부의권을 행사하는 경우 인정되는 임의적 국민투표(헌법 제72조)의 가능성과 헌법개정에 관한 필수적 국민투표(헌법 제130조)의 가능성을 인정하고 있으며, 이러한 국민투표권 역시 참정권에 속한다. 그 밖에 국민의 탄원 내지 비상적 구조요청을 포함하여 국가에 대하여 청원할 수 있는 권리인 청원권(헌법 제26조)도 연혁적 차원에서나 개인적 차원에서 권리구제 청구권의 성격을 가지는 외에 국가공동체의 정치적 의사형성에 영향을 미칠 수 있는 권리라는 점에서 참정권의 성격 역시 가지고 있다고 볼 수 있다.

국민이 선거권 등 참정권을 행사하기 위해서는 ‘누가’ ‘어떻게’ 권리를 행사할 것인지에 관하여 구체적인 제도의 형성이 필요하다. 헌법도 참정권의 규정형식으로 “법률이 정하는 바에 의하여”라는 표현을 사용함으로써, 자유권과는 달리 입법자에 의한 구체적 형성을 필요로 한다는 것을 명시적으로 밝히고 있다. 이러한 참

정권의 특성상, 참정권의 침해 여부와 관련해서는 입법형성권의 행사가 제대로 이루어졌는가, 민주주의 원리를 존중하여 선거권 등 기본권을 구체화하였는가의 문제가 주로 다뤄진다.

4. 청구권적 기본권

대한민국헌법

제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 **청원할 권리**를 가진다.

제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 **재판을 받을 권리**를 가진다.

제28조 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 **국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.**

제29조 ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 **국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다.** 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

제30조 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 **국가로부터 구조**를 받을 수 있다.

국민은 자신의 권리와 보장을 위하여 국가에 대하여 일정한 행위를 적극적으로 청구할 수 있는 권리가 있다. 이러한 기본권을 청구권적 기본권 또는 권리구제를 위한 기본권이라 한다. 청구권이 법적으로 관철될 수 있기 위해서는 무엇을 청구할 수 있는지 그 내용과 범위가 확정되어야 하고, 따라서 입법자에 의한 구체적 형성이 필요하다. 이 때 입법자의 형성권은 무제한적인 것이 아니다. 입법자는 청구권적 기본권을 보장하는 헌법정신에 구속을 받는다.

헌법은 제26조 내지 제30조에서 국가에 청원할 권리(청원권), 재판을 받을 권리(재판청구권), 억울하게 구금된 형사피의자가 국가로부터 정당한 보상을 청구할 수 있는 권리(형사보상청구권), 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 입은 국민이 국가로부터 정당한 배상을 청구할 수 있는 권리(국가배상청구권) 등 청구권적 기본권

을 규정하고 있다. 다만 헌법 제30조가 규정하는 범죄피해자 구조청구권은 공권력의 권리 침해에 대한 구제가 아니라 범죄피해에 대한 국가구조를 제공하는 것이어서 다른 청구권과는 다소 성격이 다르다.

국가의 행위나 조력을 필요로 하는 청구권적 기본권과 관련하여 주로 제기되는 헌법적 쟁점은 입법자가 헌법상 보장된 청구권적 기본권의 기본정신을 고려하여 입법형성권을 제대로 행사하였는지 여부에 관한 것이다.

5. 사회적 기본권

대한민국헌법

제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 **교육을 받을 권리**를 가진다.

⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 **법률로 정한다**.

제32조 ① 모든 국민은 **근로의 권리**를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 **최저임금제**를 시행하여야 한다.

③ 근로조건에의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 **법률로 정한다**.

제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 **단결권·단체교섭권 및 단체행동권**을 가진다.

제34조 ① 모든 국민은 **인간다운 생활을 할 권리**를 가진다.

② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 **노력할 의무**를 진다.

⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 **법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호**를 받는다.

제35조 ① 모든 국민은 건강하고 **쾌적한 환경에서 생활할 권리**를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 **법률로 정한다**.

제36조 ① **혼인과 가족생활**은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 **보장**한다.

③ 모든 국민은 **보건에 관하여 국가의 보호**를 받는다.

헌법이 자유권을 보장한다고 하더라도, 그러한 자유를 실제로 행사할 수 있는 사실상의 가능성을 가지지 못한 개인에게는 그러한 보장이 무의미한 것일 수 있다. 자유 행사의 실질적 기회균등이 없는 상태에서 인간은 진정 자유롭다고 할 수 없다. 오늘날 국민 다수의 실질적 자유는 국가의 적극적 활동에 의존하고 있으며, 국가는 자유 실현의 사실적·사회적 토대를 마련할 책임이 있다. 오늘날 헌법은 개인이 자유를 행사할 수 있는 실질적인 조건을 충족시켜 줄 것을 국가에 요구할 수 있도록 하는데, 이러한 기본권을 사회적 기본권 또는 생존권적 기본권이라고 한다. 이는 사회국가 혹은 복지국가를 실현하기 위한 국가의 과제나 의무를 이행할 것을 요구하는 권리이지만, 그 자체로 특정한 혜택이나 구체적 급부를 요구할 수 있는 권리는 아니다. 사회적 기본권은 국가의 혜택 제공, 급부의 조건과 범위를 규율하고 그에 필요한 재정을 확보하는 법률에 의한 구체화와 형성을 필요로 한다.

헌법은 제31조 내지 제36조에서 사회적 기본권을 규정하고 있는데, 이 중에는 사회적 기본권의 성격뿐만 아니라 자유권의 성격도 함께 포함하고 있는 기본권(제33조의 근로3권, 제36조의 혼인과 가족생활)도 있다.

헌법재판소는 입법자가 사회적 기본권을 실현해야 할 의무를 제대로 이행하였는지 여부를 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 다하였는지 여부, 즉 과소보호금지 원칙에 따라 판단하고 있다.

Ⅲ. 기본권의 주체

Q. 외국인 근로자는 우리나라 근로자와 동등한 일할 환경에 관한 권리를 가질까?



누가 기본권을 가지는가? 이는 아주 단순해 보이지만, 실제 헌법재판에서는 종종 쟁점이 된다. 국민에 한정되는가? 태아(胎兒)나 죽은 사람(死者)은 어떠한가? 개인 이외에 법인 등 단체는 어떠한가? 등과 같은 여러 의문이 제기될 수 있다.

헌법의 기본권 보장 규정은 “모든 국민은……자유(권리)를 가진다.”, “모든 국민은……할 수 있다.”와 같은 형태를 취하고 있는데, 이는 국민, 즉 ‘대한민국의 국적을 가진 모든 사람’이 기본권의 주체가 될 수 있음을 밝히고 있는 것이다. 19세기 독일 등에서는 일반 국민과 공무원, 학생, 수형자, 군인 등 특별한 지위에 있는 국민들을 구분하여 국가에 기본권을 주장할 수 있는 국민과 기본권의 보호를 받을 수 없는 국민을 나눌 수 있다고 보는 견해(특별권력관계 이론)가 제시되기도 하였지만, 이러한 이론은 이미 오래 전에 폐기되었다. 오늘날에는 국가와 어떤 특정한 관계를 맺고 있는 국민이라고 해서 기본권 보호에서 배제되지 않는다. 일정한 신분관계는 단지 국가의 기본권 제한의 헌법적 정당성을 검토할 때 고려될 수 있을 뿐이다.

나아가 인권의 성격을 가지는 기본권의 경우에는 국민이 아닌 경우에도, 즉 외국인에게도 인정된다. 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 일할 환경에

관한 권리, 평등권 등 기본권은 외국인이라고 하여 부인할 수 없다. 헌법재판소는, 외국인 산업연수생에게 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요 사항을 적용하지 않도록 한 행정규칙은 외국인인 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.³⁾

국민 개개인은 태어나서 죽을 때까지 기본권의 주체가 된다. 또한 헌법재판소는 사실상 독립적으로 기본권을 행사하거나 주장할 수 없는 상태에 있는 태아의 생명권이나 죽은 사람의 인격권 역시 헌법적으로 보호할 필요성이 있으며, 이러한 권리에 대해서 한정된 범위에서 기본권 주체성을 인정하였다.⁴⁾

한편 생명권이나 신체의 자유 등과 같이 개인의 존재를 전제로 하는 기본권이 아니고, 단체가 누릴 수 있는 성질의 기본권이라면 법인이나 단체 역시 그러한 기본권의 주체가 될 수 있다.

IV. 기본권의 경합과 충돌

1. 기본권의 경합

국민이 자신의 삶을 형성해 나가는 순간순간은 복합적인 성격을 가지고 있고, 여기에 부당하게 간섭·개입하거나 기본권 행사에 필요한 적절한 조치를 취하지 않는 국가에 대해 국민은 단지 하나의 자유, 기본권만을 주장할 수 있는 것이 아니라, 여러 기본권을 동시에 행사하고 주장할 수 있다.

예를 들어, 병역의무자로서 입영통지서를 받은 사람이 자신이 믿고 있는 종교의

3) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670

4) “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81)

“헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함되는데,……조사대상자가 사자인 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야 하고……”(헌재 2010. 10. 28. 2007헌가23)

교리에 비추어 사람을 살상하기 위한 군사훈련 등을 받을 수 없다는 이유로 입영을 거부하는 경우, 말하자면 흔히 우리가 ‘양심적 병역거부’라고 부르는 사안의 경우, 병역거부자의 행위는 종교적 신앙에 근거한 것이면서 동시에 양심상의 결정에 의한 것이므로 병역거부자는 국가에 대해 여러 기본권을 동시에 주장하고 이를 침해하지 말 것을 요구할 수 있다.

이와 같이 한 기본권 주체가 국가공권력에 의해 여러 가지 기본권이 침해당했다고 주장하는 것을 ‘기본권의 경합’이라고 부르는데, 기본권의 경합은 거의 대부분의 헌법소송에서 발생한다. 다만 기본권의 효력에는 우열이 인정되지 않고, 어느 기본권 침해 여부를 쟁점으로 삼느냐에 따라 심사의 결과가 달라지는 것은 아니므로, 헌법재판소는 침해되었다고 주장하는 기본권 중에서 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 기본권을 중심으로 판단하고 있다.⁵⁾

2. 기본권의 충돌

Q. PC방에 흡연구역을 설치하고 싶은 PC방 운영자, 흡연자와 비흡연자가 만나면?



국가생활공동체 안에서 어울려 살아가는 국민 사이에서 이익과 권리가 충돌하는 경우는 흔하게 발생한다. 모든 국민은 기본권의 주체이므로 서로의 이익이나 권리 행사가 저해되는 상황에서 각자 국가에 대해 자신의 기본권을 보호해 줄 것

5) 예를 들어 헌법재판소는 양심적 병역거부가 문제된 사안에서 “종교적 신앙에 의한 행위라도 개인의 주관적·윤리적 판단을 동반하는 것인 한 양심의 자유에 포함시켜 고찰할 수 있으므로, 양심의 자유를 중심으로 기본권 침해 여부를 판단하면 족하다.”고 판단하였다(헌재 2011. 8. 30. 2008헌가 22등).

을 요구할 수 있다. 이를 ‘기본권의 충돌’이라 한다. 예를 들어, 언론사가 개인의 사생활에 관한 보도를 하는 경우 언론사의 언론의 자유와 개인의 명예, 사생활의 비밀 등 기본권이 충돌하며, 두 기본권 주체는 국가에게 서로 자신의 기본권을 보호해 줄 것을 요청할 수 있다.

이러한 기본권 충돌의 문제는 일차적으로 ‘입법과정’에서 발생하며, 입법자는 서로 충돌하는 기본권을 고려하여 이익을 조정하게 된다. 예를 들어, PC방에서 담배를 피우고 싶은 사람의 흡연의 자유, 영업의 이익을 위해 PC방에 흡연구역을 설치하고 싶은 PC방 운영자의 직업수행의 자유와 담배연기를 마시고 싶지 않은 비흡연자의 건강에 관한 권리가 충돌하는 상황에서, 입법자는 청소년을 비롯한 비흡연자의 흡연권 보장, 건강 증진을 위해 PC방을 금연구역으로 정하는 조정조치를 취할 수 있다. 그러한 입법의 결과 어느 일방의 기본권 제한의 문제가 발생하는 경우 입법자의 기본권 제한이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 헌법재판에서 다시 다투어질 수 있다. 헌법재판소는, PC방을 금연구역으로 지정한 법률조항은 PC방 운영자의 직업수행의 자유를 과잉금지원칙에 위배하여 침해하지 않는다고 판단하였다.⁶⁾

V. 인간의 존엄과 가치와 기본권 보호의무

대한민국 헌법

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

6) 헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315

1. 인간의 존엄과 가치

헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심으로, 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 것이다. 따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권 제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 기본권 형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다. 인간의 존엄과 가치는 모든 인간을 그 자체로서 목적으로 존중할 것을 요구하고, 인간을 다른 목적을 위한 단순한 수단으로 취급하는 것을 허용하지 않는다.

Q. 구치소 내 과밀수용행위는 인간의 존엄과 가치를 침해할까?



인간의 존엄과 가치는 특히 국가의 형벌권 행사에 있어 매우 중요한 의미를 가진다. 국가의 형벌권 행사는 공동체의 질서를 유지함으로써 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위한 것이기도 하지만, 동시에 그 대상이 되는 피의자·피고인·수형자의 인간의 존엄과 가치에 대한 위협이 될 수도 있기 때문이다. 인간의 존엄과 가치는 국가가 형벌권을 행사함에 있어서 피의자·피고인·수형자를 다른 모든 사람과 마

찬가지로 존엄과 가치를 가지는 인간으로 대우할 것을 요구한다.

헌법재판소는, 인간으로서의 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진 구치소 수용행위(면적 8.96㎡, 관물대와 개수대 제외면적 6.38㎡, 정원 6명)는 수용된 사람의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.⁷⁾

2. 기본권 보호의무

국민의 자유와 권리는 국가에 의해 침해될 수도 있지만, 그렇지 않은 경우도 존재한다. 국가가 스스로 개인의 자유에 간섭하거나 개입하지 않는 것만으로는 개인의 자유와 권리가 충분히 보장되지 않을 수 있으며, 국가는 제3자가 개인의 자유와 권리를 위협하는 경우 그러한 위협에 적극적으로 대처하여 개인의 자유를 보장해야 한다. 보호의무의 이행은 일차적으로 광범위한 형성권을 가지고 있는 입법자의 과제이다. 만약 국가가 전혀 보호의무를 이행하지 않거나, 국가가 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백히 부적합하거나 불충분한 경우에는 보호의무 위반이 인정될 수 있다.

Q. 위안부 피해자의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 국가의 의무가 있을까?



7) 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142

헌법재판소는, 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다고 보고, 일제강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 판단하였다. 이에 위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권이 한일협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 해석상 분쟁을 한일협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니한 외교통상부장관의 부작위가 헌법에 위반됨을 천명하였다.⁸⁾

VI. 기본권 제한과 헌법적 정당성

대한민국 헌법

제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

기본권은 헌법에 의하여 보장되는 권리이고, 기본권의 제한 역시 헌법에 의해 정당화되는 방식으로만 가능하다. 헌법 제37조 제2항은 공동체의 이익을 위하여 개인의 기본권을 ‘법률로써’ 제한할 수 있는 가능성을 규정하면서, 한편으로는 ‘필요한 경우에 한하여’ 제한을 허용함으로써 기본권 제한의 한계를 설정하고 있다. 이는 국가의 침해행위로부터 방어권적 성격이 강한 자유권에 있어 특히 중요한 의미가 있다.

8) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788

Q. 자동차를 이용하여 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 경우 운전면허를 취소하도록 한 것은 헌법적으로 정당화될 수 있을까?

2시간 40분 동안
여자를 감금해서 운전했다.



1. “법률로써” : 법률유보의 원칙

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 …법률로써 제한할 수 있으며”라고 규정한다. 이것은 ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여’ 기본권을 제한할 수 있다는 것으로, 법률로 결정할 여지를 둔다는 의미에서 ‘법률유보의 원칙’이라고 한다. 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다(의회유보). 다만 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 정할 수는 없는 것이기 때문에 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것이 허용된다(헌법 제75조). 이때 대통령령 등 하위법령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다(포괄위임금지). 그리고 행정작용이나 사법작

용 등 국민의 기본권을 제한하는 국가작용은 모두 법률에 근거를 두고 이루어져야 한다.

헌법재판소는 운전면허를 받은 사람이 자동차를 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 한 도로교통법 조항에 대하여, 입법자가 본질적인 사항을 정하고 면허취소사유인 범죄행위에 대하여 예측가능한 기준을 제시한 이상 법률유보원칙에 반하는 것은 아니라고 판단하였다.⁹⁾

2. “필요한 경우에 한하여” : 과잉금지원칙

헌법 제37조 제2항은 “국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 …… 제한할 수 있으며”라고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 경우에 지켜야 할 기본원칙(과잉금지원칙)을 천명하고 있다. 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적은 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 채택한 방법이 목적 달성에 기여하는 적절한 수단이어야 하며(수단의 적합성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하고(침해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성).¹⁰⁾

헌법재판소는 운전면허를 받은 사람이 자동차를 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 도로교통법 조항에 대하여, ① 안전하고 원활한 교통을 확보함과 동시에 차량을 이용한 범죄의 발생을 막고자 하는 것으로서 입법목적이 정당하고, ② 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 자동차등을 이용한 범죄행위의 재발을 일정 기간 방지하는 데 기여할 수 있으므로 수단이 적합하지만, ③ 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있

9) 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6

10) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95

도록 하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 있으며, 심판대상조항 중 ‘자동차 등을 이용하여’ 부분은 포섭될 수 있는 행위 태양이 지나치게 넓을 뿐만 아니라, 하위법령에서 규정될 대상범죄에 심판대상조항의 입법목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 있는 범죄행위가 아닌 경우까지 포함될 우려가 있어 침해의 최소성 원칙에 위배되고, ④ (경우에 따라) 달성되는 공익에 비하여 지나치게 운전을 생업으로 하는 자의 생계 지장이나, 운전을 업으로 하지 않는 자의 일상생활에 심대한 불편을 초래할 수 있어 법익의 균형성 원칙에도 위배되므로 일반적 행동의 자유 및 직업의 자유를 침해한다고 판단하였다.¹¹⁾

11) 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6

02. 기본권의 이해 2



02

기본권의 이해 2

I. 자유권

헌법은 제12조부터 제23조까지 여러 자유권들을 명시적으로 규정하고 있다. 헌법이 명시적으로 규정한 자유권으로는 신체의 자유(제12조), 거주·이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판 및 집회·결사의 자유(제21조), 학문의 자유(제22조), 예술의 자유(제22조), 재산권(제23조) 등이 있다. 또한 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는데(제37조 ①), 헌법에 명시적으로 규정되어 있지 않지만 기본권으로는 인정되는 것으로는 대표적으로 생명권을 들 수 있다. 이하에서는 생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 집회의 자유, 재산권을 중심으로 개별 자유권의 보장내용을 설명하기로 한다.

1. 생명권

“인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 … 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.” 헌법재판소 결정 중에서 (헌재 1996. 11. 28. 95헌바1)

가. 기본권 중의 기본권인 생명권

모든 사람의 생명은 그 자체로 고귀하고 이 세상의 무엇과도 바꿀 수 없이 값

진 것이다. 헌법에서 나의 몸과 생각, 그리고 재산 등을 기본권으로 보호해 주고 있어도, 정작 내가 이 세상에 살아 있지 않으면 전혀 의미가 없다. 생명이 있어야 비로소 나의 다른 기본권도 온전히 의미를 가질 수 있기 때문에 생명권은 기본권 중의 기본권으로서 중요한 의미를 갖는다.

그리고 생명권은 국가가 만들어 주는 권리가 아니라, 우리가 태어나면서부터 당연히 갖는 권리이다. 따라서 생명권은 우리나라 헌법처럼 헌법에 명시적으로 규정되어 있지 않지만 당연히 보장되는 기본권이다. 헌법재판소도 헌법에 규정되어 있는지와 상관없이 생명권이 보장된다는 점을 분명히 밝혔다.

나. 생명권의 보장과 사형

생명권이 보장된다는 것은 국가가 함부로 국민 개개인의 생명을 빼앗아서는 안 된다는 의미이다. 그런데 형법은 국민의 생명을 보호해야 할 국가가 도리어 국민의 생명을 빼앗는 사형을 형벌의 한 종류로서 두고 있다.¹⁾ 이렇게 생명권을 보장하는 국가에서 사람의 생명을 빼앗는 형벌이 존재한다는 것은 언뜻 보면 서로 모순되는 것처럼 보이기 때문에 동서고금을 막론하고 사형제도에 대한 찬반 논의가 끊이지 않는 것이다.

다. 사형제도에 대한 찬반 논쟁

먼저 사형제도를 찬성하는 견해를 보기로 한다.

(1) 찬성론

흉악범이 아무런 이유도 없이 사람을 극악한 방법으로 살해해서 사형선고를 받은 경우에 일반 시민들은 흉악범이 사형당하는 것은 당연하다고 생각할 것이다.

사형제도에 찬성하는 사람들은 범죄자를 사형에 처하지 않으면, 범죄가 늘어나고 흉포화 되어 사회의 안전이 위협해지기 때문에 사형제도가 필요하다고 한다. 아무리 흉악한 범죄자라도 자기 목숨이 귀한 줄은 알기 때문에 범죄를 자제하게 될 것이므로, 형벌을 부과함으로써 범죄를 저지르지 못하도록 하는 효과는 사형만

1) 형의 종류: 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수(형법 제41조)

큼 강력한 것이 없다고 한다.²⁾

또한 흉악한 범죄자를 사회로부터 영원히 격리시켜 선량한 시민을 보호하는 효과도 있다고 한다. 흉악한 범죄자를 교화를 통해 선량한 시민으로 변화시키는 것은 애초에 불가능하기 때문에, 범죄로부터 선량한 시민을 보호하고 사회 안전을 유지하기 위해서는 그런 범죄자를 사회로부터 영원히 격리시켜야 한다는 것이다.³⁾

그리고 사형제도에 찬성하는 입장에서는 흉악한 범죄자를 사형에 처해 죄값을 치르게 할 필요가 있다고 한다. 형벌이 범죄자를 강력하게 응징하고 피해자의 복수심을 만족시켜주는 역할을 한다고 이해하는 것이다.⁴⁾ 사람들을 아무런 이유 없이 처참하게 살해한 사람이 사형 대신에 징역형을 선고받고, 심지어 일정 기간 후에는 가석방으로 다시 자유를 찾을 수 있다면, 피해자의 가족들은 이 세상에 정의가 없다고 느낄 것이다.

(2) 반대론

이에 반해 사형제도에 반대하는 사람들은 사형이 흉포한 범죄를 억제하는 효과가 실제로는 크지 않고, 오히려 이로 인해 자포자기의 심정으로 더욱 범죄가 잔혹해진다고 한다. 그리고 치밀하게 범죄를 계획하거나 반대로 우발적으로 범죄를 저지르는 경우에는 사형으로도 범죄예방의 효과가 전혀 없다고 주장한다. 반사회적인 성격장애 때문에 사람을 생명을 빼앗는 행위는 나중에 사형에 처해질 수 있다는 경고를 하더라도 사전에 예방될 수 없기 때문이다.

나아가 권력에 저항하는 사람들을 제거하는 방법으로 사형제도가 잘못 이용된 사례를 보면 사형제도에 대해 더욱 경각심을 갖게 한다. 실제 우리의 역사에서도 그러한 사례가 있었고, 오랜 시간이 지난 후 그들에 대한 사형판결이 잘못된 것임이 밝혀져 판결이 고쳐지기도 하였다.

또한 사형제도에 반대하는 입장에서는 흉악한 범죄자를 사형에 처하면 피해를

2) 일반예방주의: 잠재적인 범죄자로서 일반시민에게 범죄를 저지르면 형벌이 가해진다는 것을 법을 통해 경고함으로써 범죄로 나아가지 않도록 한다는 데 형벌의 목적이 있다는 입장.

3) 종신형: 수형자를 죽을 때까지 교도소에 가두는 형벌. 무기형이라고도 한다. 종신형에는 가석방의 가능성이 전혀 없는 ‘절대적 종신형’과 가석방의 가능성이 있는 ‘상대적 종신형’이 있다. 사형제가 폐지된 나라에서는 주로 절대적 종신형을 두어 범죄자를 사회로부터 격리시키고 있다. 우리나라에는 가석방이 가능한 상대적 무기형을 두고 있다.

4) 응보주의: 형벌의 본질이 범죄에 대한 정당한 응징이라고 이해하는 입장.

당한 가족들의 복수심을 대리로 충족시켜 줄 수는 있지만, 범죄자가 진심으로 죄를 뉘우치고 선량한 시민으로 돌아갈 수 있도록 도와줄 수는 없다고 한다. 형벌의 목적이 사전에 형벌을 경고하여 범죄를 예방하거나 범죄자에게 피해자가 당한 만큼 보복을 하는 것에만 있지 않고, 교도소 등 교정시설에서의 교화를 통해 자신의 죄를 뉘우치고 건강한 시민으로 사회에 복귀하게 한다는 측면도 있다고 한다면, 사형은 이와 같은 역할을 전혀 할 수 없다는 것이다.⁵⁾

그리고 사람을 죽인 행위가 이 사회에서 영원히 격리시켜야 할 정도로 위험하다면 교도소에서 평생을 지내게 하면 될 것이고, 그 정도가 아니라면 범죄에 상응하는 형벌을 통한 응보와 함께 교화를 통한 건강한 시민으로의 사회 복귀가 사회 전체로는 유익하다는 것이다. 국가가 범죄자를 죽이는 방법으로 안전한 사회를 만들려고 하는 것은 바람직하지 않다는 것이다.

나아가 사형제도에 반대하는 사람들은 만의 하나라도 법관이 잘못 판단해서 선량한 시민을 죽게 한다면, 돌이킬 수 없는 문제가 발생한다고 한다. 억울한 누명을 쓰고 사형을 당한 경우에는 영원히 우리 곁에 돌아올 수 없다. 법원에서 형벌을 선고받은 후에 진범이 잡히는 경우는 과학수사가 일반화된 지금도 여전히 나타나고 있다.

○ 사례: 사형제도와 생명권

〈사례1〉 서울에 사는 유광기씨는 자신의 요구가 거절되는 것을 참지 못하는 반사회적 인격장애를 가지고 있었다. 이런 성격으로 인해 그는 자주 교도소를 드나들게 되었고 결국 아내와도 헤어지게 되었다. 그 후 그는 세상을 떠들썩하게 하는 살인마가 되었다. 특히, 헤어진 아내를 연상시키는 윤락여성들을 연쇄적으로 죽였고, 시신을 토막내 주먹가 인근의 야산에 유기하였다. 그는 경찰의 추적으로 체포되었고, 재판 결과 사형을 선고받았다.

〈사례2〉 어느 날 새벽, 중견기업을 운영하는 도민주씨는 영문도 모른 채 경찰관으로 보이는 사람에 의해 어디론가 끌려갔다. 그는 신분을 밝히지 않은 여러 사람들로부터 북한의 사주를 받은 간첩임을 자백하라는 추궁을 받았고, 그 과정에서 고문도 받았다.

5) 특별예방주의: 형벌의 목적이 범인에게 형벌을 부과함으로써 사회일반을 범죄로부터 예방하려는 것이 아니고, 그 범인이 다시 범죄에 빠지지 않고 사회에 복귀할 수 있도록 하는데 있다고 생각하는 입장.

그는 고문에 못 이겨 무슨 내용인지도 모를 서류에 서명하였고, 그들이 불러주는 대로 진술서도 작성하였다. 얼마 후 그는 내란의 수괴라는 혐의로 법정에서 고문을 인정되어 사형을 선고 받았다. 그리고 만 하루도 지나지 않아 사형이 집행되었다. 오랜 시간이 지난 후 도민주씨의 유족들은 법원에 이 사건에 대한 재심을 청구하였고, 법원은 당시의 판결이 잘못된 증거에 기초한 것임을 인정하여 무죄를 선고하였다.



사형제도는 사형수의 생명권을 침해하여 헌법에 위반되는 형벌인가? 먼저 사형제도가 헌법에 위반되는지의 문제는 사형을 폐지할 것인지의 문제와 구별하여야 한다. 사형제도가 헌법에 위반되는지의 문제는 헌법재판소가 최종적으로 결정을 하지만, 사형을 존치시킬지 폐지할지 여부는 국회가 결정할 입법정책적인 문제이다. 헌법재판소는 두 번에 걸쳐 형벌로서 사형이 범인의 생명권을 침해하지 않는다고 판단하였다.⁶⁾ 사형제도에 관한 찬반논쟁과 마찬가지로 헌법재판소의 판단에서도 사형제도가 생명권을 침해하여 위헌이라는 의견이 제시되었지만, 최종적으로는 합헌이라고 결정을 내렸다. 그러나 헌법재판소가 사형제도에 대해 합헌결정을 내렸다고 해서 우리 사회에서 사형제도를 둘러싼 논란이 모두 정리된 것은 결코 아니다. 사람의 생명을 빼앗는 형벌이 우리 사회에 꼭 필요한 것인지는 여전히 진지하게 생각해 볼 문제이다. 비록 사형제도가 합헌이라고 하더라도 어떤 범죄에 대한 형벌로서 사형이 꼭 필요한 것인지는 법률을 개정하는 과정에서 충분히 검토하여야 하며, 사형의 선고나 집행 역시 엄격한 기준을 가지고 행해져야 할 것이다.

6) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23

2. 신체의 자유

헌법 제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

가. 신체의 자유의 중요성

아무리 표현의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등과 같은 기본권들을 충분히 누릴 수 있다고 하더라도, 내 몸을 마음대로 움직일 수 없다면 행복한 삶이 되지 않을 것이다. 그래서 신체의 자유는 사람의 가장 기본적인 권리이면서 다른 기본권을 행사하기 위한 전제가 되는 매우 중요한 기본권이다.

나. 신체의 자유의 의미와 내용

헌법은 신체활동을 마음대로 할 수 있는 자유를 ‘신체의 자유’로 보장하고 있다. 역사적으로 신체의 자유는 범죄를 수사하거나 범죄자를 처벌하는 과정에서 주로 문제가 되었기 때문에 우리 헌법에서도 수사, 재판, 형벌의 집행 등 형사절차에서 신체의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 상세히 규정하고 있다.

우선, 헌법 제12조 제1항을 보면 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 반드시 법률에 의하여 적법한 절차에 따라서만 신체의 자유를 제한할 수 있음을 분명히 하고 있다.

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정한다. 이 규정은 고문을 받지 않을 권리와 불리한 진술을 거부할 권리를 보장한 것이다.

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염

려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정한다. 이 규정은 법관이 발부한 영장이 없으면 수사기관이 신체의 자유를 구속할 수 없다는 영장주의 원칙을 규정한 것이다.

○ 영장주의

영장주의란 체포·구속·압수·수색 등의 강제처분을 하는 경우 법관이 발부한 영장에 의하도록 하는 원칙이다. 공정하고 독립적인 지위를 가진 사법기관이 체포·구속의 필요성 여부를 판단하게 함으로써 수사기관에 의한 권한남용을 방지하는데 의의가 있다.

○ 체포 및 구속기간

체포는 48시간 동안만 효력이 있기 때문에, 48시간이 넘으면 체포된 사람은 풀려난다. 만약 수사기관이 더 신체를 구속할 필요가 있다고 판단한다면, 체포의 효력이 사라지기 전에 체포보다 장기간 신체를 구속할 수 있는 ‘구속영장’을 법원에 청구하여야 한다.⁷⁾ 구속영장이 발부되면 경찰에서는 10일, 검찰에서는 20일 동안만 구속할 수 있다.⁸⁾ 그 이상의 기간을 구속하고 싶다고 하더라도 기간을 연장할 수 없다. 그래서 경찰 수사단계부터 계속 구속이 된다고 하더라도 법원에 기소되기 전까지의 구속기간은 30일을 넘지 못한다.

헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”고 규정한다. 이 규정은 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 것이다.

또한 헌법 제12조 제5항은 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.”고 규정한다. 이 규정은 체포나 구속을 당할 때 미란다원칙으로 널리 알려진 구속의 이유 등을 고지받을 권리를 보장하고 그 사실을 가족 등에게 통지할 의무를 규정한 것이다. 만약 이러한 절차를 제대로 지키지 않으면 적법한 체포가 아니기 때문에 국민이 이에 따르지 않고 저항을 해도 공무

7) 형사소송법 제200조의2 제5항

8) 형사소송법 제202조, 제203조, 205조

집행방해죄로 처벌받지 않는다.⁹⁾

헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 규정한다. 이것은 체포·구속 적부심사청구권을 보장한 것이다.

○ 구속적부심사제

구속적부심사제란 피구속자 또는 관계인의 청구가 있을 경우, 법관이 즉시 구속의 적부를 밝히도록 하고, 구속의 이유가 부당하거나 적법한 것이 아닐 때에는 법관이 직권으로 피구속자를 석방하는 제도를 말한다.

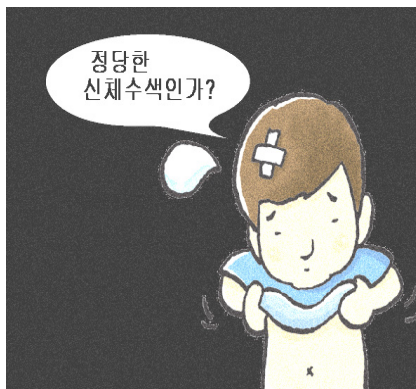
헌법 제12조 제7항은 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다”고 규정하고 있다. 이것은 수사기관이 불법적인 방법으로 자백을 받아낸 경우 자백의 증거능력을 제한하여 피고인을 보호하기 위한 것이다.

○ 사례: 신체에 대한 수색과 신체의 자유

한성질씨는 고등학교 동창들과 술을 마시다 옆 테이블의 사람들과 시비가 붙어 싸우게 되었다. 이 일로 현장에서 경찰관에게 붙잡혀 이틀 동안 조사를 받은 다음 경찰서 유치장에 수감되었다. 그런데 유치장에 수감된 후에 억울한 일을 겪게 되었다. 처음 유치장에 갇힐 때에는 옷을 입은 상태에서 경찰관이 손으로 몸을 더듬는 식으로 간단히 신체수색을 받았다. 하지만 다음 날 변호사를 만나고 다시 유치장으로 돌아올 때에는 참을 수 없을 정도로 불쾌하게 신체수색을 하였다. 먼저 경찰관은 유치장으로 반입이 금지되는 마약 등 위험한 물건을 옷속이나 몸속에 숨겨서 들여오는 사람이 있기 때문에 신체수색을 한다고 설명했다. 그리고는 한씨에게 윗옷을 모두 겨드랑이까지 올리고 바지와 속옷까지 모두 무릎까지 내리도록 하였다. 그리고 나서 그 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하였다. 한씨는 왜 이렇게 하는지 설명을 듣긴 했지만 이렇게 까지 할 것은 아니라고 생각했다. 특히 자신이 싸움을 했다는 이유로 수사를 받고

9) 대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 참조.
10) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327 참조.

있긴 하지만, 아직 죄가 확정된 것도 아닌데 이런 취급을 당하는 것은 문제가 있다고 생각한다.



현행법으로 체포된 사람을 경찰서 유치장에 수용하는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금 지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여, 위 사례와 같은 방식으로 정밀신체수색을 하는 것은 수용자의 신체의 자유를 침해하는가?

헌법재판소는 위험물을 몸속에 숨길 가능성이 극히 낮은 상황에서 정밀신체수색을 하는 것은 필요한 범위를 넘어서 과도하게 행한 것으로서 수감자의 신체의 자유와 인격권을 침해한 다고

결정하였다.¹⁰⁾

경찰관이 유치장에 수용되는 자에게 실시하는 신체수색은 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다. 그러나 이러한 신체수색이 항상 정당화되는 것은 아니다. 필요한 범위를 넘어서 지나치게 제한한다면, 그것은 신체수색을 받는 사람의 신체의 자유를 제한하는 것을 넘어 침해하는 결과가 된다.

만약 수용자의 죄질이 중대하지 않으며 다른 사람을 위해하거나 자해할 우려가 없고, 현행법으로 체포되어 처음 유치장으로 들어갈 때 신체수색을 하여 위험한 물건을 소지하고 있지 않음을 확인하였고, 변호사를 만났을 때에도 경찰관이 입회하여 위험한 물건이나 금지된 물건을 주고받는지 여부를 확인할 수 있는 상태였다면, 변호사를 만난 후 다시 유치장에 수용될 당시 위험한 물건을 몸속에 숨길 가능성이 극히 낮은 상황이다. 이러한 경우에도 속옷까지 모두 내린 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 신체수색을 하는 것은 수감자의 인격권과 신체의 자유를 침해한다.

3. 직업의 자유

헌법 제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

가. 직업의 자유의 중요성

누구나 어느 정도의 나이를 지나면 독립된 경제생활의 주체로서 경제활동을 하게 된다. 그러한 경제활동은 일반적으로 직업활동으로 나타나게 되는데, 직업을 통해 사람들은 입는 것, 먹는 것, 사는 것 등 삶에 필요한 기본적 수요를 마련하기도 하고 또한 이를 통해 인간으로서의 만족과 보람도 느끼게 된다. 따라서 개인의 경제적 자유와 창의를 존중하는 자본주의 경제질서에서 직업을 선택하고 선택한 직업을 수행하는 것을 내용으로 하는 직업의 자유는 매우 중요한 기본권이다.

나. 직업의 자유에 의해 보장되는 직업

직업의 자유에 의해 보장되는 직업이란 사람이 살아가는 데 필요한 생활의 기본적인 정신적·물질적 수요를 충족하기 위해 행해지는 어느 정도 계속하여 종사하는 일을 말한다(생활수단성). 즉 직업은 생활의 수단으로서 소득활동을 한다는 성격이 있다. 따라서 단순한 여가활동이나 취미활동은 생활수단을 충족하는 것에 본질이 있는 것이 아니어서 직업에 해당하지 않지만, 의사가 대학병원의 교수를 겸직하거나 가수가 부업으로 식당을 운영하는 것은 생활의 수요를 충족하기 위한 소득활동으로 볼 수 있으므로 직업에 해당한다.

한편 이와 같은 생활수단적인 소득활동이 영구적일 필요는 없지만 어느 정도 계속적으로 행해질 것이 요구된다(계속성). 즉 계속성의 성격이다. 입시학원에서 대학생이 하는 일회적인 강사활동은 직업으로 보기 어렵지만, 방학이나 휴학기간 동안의 강사활동은 직업으로 보호할 필요성이 있다.

다. 직업의 자유의 내용

직업의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’와 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 행사하는 ‘직업행사의 자유’를 포함한다. 비록 우리 헌법이 제15조에서 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 하여 ‘직업선택의 자유’만을 규정하고 있지만, 거기에는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택할 자유뿐만 아니라 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 행사할 수 있는 자유도 당연히 포함되어 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 선택한 직업의 자유로운 행사를 보장하지 않는다면 그러한 직업의 선택 역시 무의

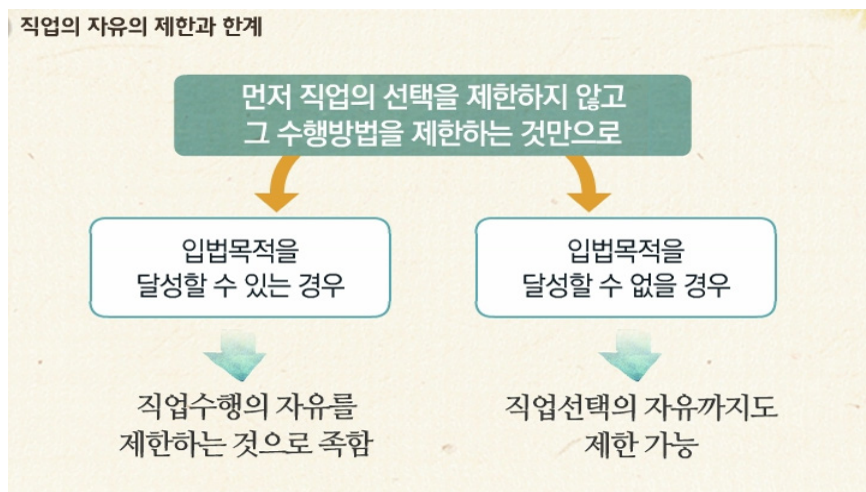
미하기 때문이다.

라. 직업의 자유에 대한 제한의 구조와 특수성

직업의 자유 역시 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보장되는 것은 아니기 때문에 다른 사람의 자유와 공익의 보호를 위해 필요한 최소한의 범위에서 법률로써 제한할 수 있다. 한편으로 개인은 직업활동을 통해 다른 사람과 접촉하고 사회적인 관계를 만들어 나가기 때문에 이러한 측면에서 보자면 직업의 선택 및 행사를 제한할 가능성과 필요성이 더욱 크다고 할 것이다. 그러나 다른 한편으로는 직업의 선택 및 행사를 통해 인격적 주체로서 삶의 보람과 만족을 함께 느끼게 되므로 불가피하게 제한을 하는 경우에도 개인의 인격적 영역이 심각하게 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.

먼저 영업허가취소와 같이 직업의 선택을 제한하지 않더라도 영업시간이나 장소제한 같은 그 행사방법의 범위를 제한하는 것만으로도 입법목적은 달성할 수 있을 때에는 직업행사의 자유를 제한하는 것으로 충분하고 직업 선택의 자유까지 제한해서는 안된다. 그리고 직업행사방법을 제한하는 것만으로는 입법목적은 달성할 수 없을 때에 비로소 특정 직업의 선택 자체를 제한할 수 있도록 하여야 한다.

헌법재판소 역시 위와 같은 취지에서 직업행사의 자유를 제한하는 경우보다, 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 더욱 엄격한 기준으로 심사를 하고 있다.



○ 사례: 학원강사 자격제한과 직업의 자유

나재학씨는 ○○대학교에 재학중인 학생으로서 여름방학을 이용하여 고등학생을 가르치는 입시학원의 강사로 일하여 학비와 생활비를 마련하고 싶었다. 그런데 대학 졸업 이상의 학력을 갖추지 못하면 일반학원 강사를 할 수 없도록 한 학원법규정으로 인해서 학원강사가 될 수 없었다. 나재학씨는 이러한 학원법상 학력자격요건이 자신의 직업의 자유를 침해하는 것으로 부당하다고 생각한다.

일반학원에서 자질 미달의 강사가 부실교육을 하는 것을 막기 위해 대학 졸업 이상의 학력을 학원강사의 자격요건으로 둔 것이 대학 재학생의 직업의 자유를 침해하는가? 헌법재판소는 이러한 학원강사의 자격요건은 대학 재학생의 직업의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다.¹¹⁾

직업의 자유에서 ‘직업’은 ‘생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동’을 의미한다. 대학생의 본업은 학업수행이더라도 방학기간을 이용하여 또는 휴학중에 학비를 벌기 위해 학원강사로서 일하는 행위는 어느 정도 계속성을 띤 소득활동으로서 직업의 자유에 의해 보호된다. 그런데 학원강사를 하기 위해 대학 졸업 이상의 학력자격요건을 둔 것은 학원에게 강사를 하려고 하는 대학 재학생의 직업선택의 자유를 제한한다. 문제는 그것이 과도하여 직업선택의 자유를 침해하는지 여부이다.

학원에서 교습을 담당하는 강사의 자질은 학원의 교육환경과 교육의 질을 결정하는 중요한 요소이다. 자질과 능력을 갖춘 강사를 확보하여 학원교육의 질을 높이거나 유지하는 방법으로는 학력자격요건을 일률적으로 두어 통제하는 방식 이외에도 누구나 자격제한 없이 학원강사가 될 수 있도록 하되 개별적으로 자질과 능력을 검증하여 한량 미달자를 퇴출하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 그러나 그와 같은 방법은 매우 번잡한 절차가 필요하고 운영의 투명성을 유지하기도 어려워 자격기준을 정하는 것만큼 효과를 거두기 어렵다. 또한 대학 재학생이 학원강사라는 직업을 선택할 수 없어서 입는 불이익은, 학력자격요건을 통해서 학원교육의 질적 수준을 보장하여 교육소비자를 보호하고 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체이익을 능가할 정도로 심각하다고 보기 어렵다. 따라서 대학졸업 이상의 학력을 학원강사의 자격요건으로 둔다고 해서 대학 재학생의 직업선택의 자유를 침해하는 것은 아니다.

11) 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519; 이 결정 이후 학원강사의 자격기준이 완화되었다. 현재는 학교교과교습학원의 경우 전문대학 졸업자 이상의 학력으로, 평생직업교육학원의 경우 고등학교졸업자 이상의 학력이 요구된다. 학원강사의 자격기준이 완화된 이후인 2013. 10. 24.에도 학교교과교습학원 학원강사의 자격기준에 대해 헌법소원심판(2012헌마448)이 청구되었으나 선례와 동일한 이유로 기각되었다. 이 사건에서 청구인은 대학교 3학년의 교육과정을 이수하여 전문대학 졸업자와

4. 사생활의 비밀과 자유

헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해 받지 아니한다.

가. 사생활의 비밀과 자유의 의미

사생활의 비밀은 국가가 개인의 사생활을 들여다보는 것으로부터 사생활의 영역을 지키고 공개당하지 않을 자유를 말한다. 사생활의 비밀에는 개인이 다른 사람에게 알리고 싶지 않은 생각이나 양심, 취향 등과 같은 개인의 내면영역에 해당하는 비밀뿐만 아니라 이름, 주소, 모습, 목소리, 건강상태 등 개인의 사적 정보를 모두 포함한다. 또한 사생활의 자유는 자신의 뜻대로 사생활의 영역을 만들어 가는 것을 방해받지 않을 자유를 말한다.

사생활의 비밀과 자유가 보호하는 내용에는 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 성적 영역 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계를 존중 받을 권리, 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리가 포함된다.

나. 국가에 의한 개인정보수집·공개

국가가 국민의 생활을 감시하면 사생활의 내용이 공개될 뿐만 아니라 국가가 감시를 한다는 사실 자체만으로 사람들의 행동이 위축되어 자유로운 사생활의 형성이 불가능해진다. 따라서 국가의 불법적인 감시와 정보의 수집은 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있다.

○ 국가의 불법정보수집 사례

과거 국군의 보안부대에서 정치인, 법조인, 언론인, 종교인, 교수, 재야인사 등 민간인들을 대상으로 인적사항, 가족사항, 학력 및 경력, 자격 및 면허, 해외여행, 정당

동등한 학력을 갖추고 있는 자로서 학교교과교습학원 사업을 하기 위하여 학원을 설립하였다. 청구인은 학원강사의 학력자격기준이 청구인의 직업의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원 심판을 청구하였다. 선례에서 청구인은 학원강사가 되고자 하는 사람으로서 직업선택의 자유가 문제되었으나 이 사건에서 청구인은 학원운영자로서 직업수행의 자유가 문제된다는 점에서 차이가 있었다.

및 사회활동, 대인관계, 집회 또는 시위의 참가·활동 내역 등을 감시하고 정보를 수집하여 문제가 된 적이 있었다. 당시 감시의 대상이 되었던 사람들은 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고, 대법원은 국가가 함부로 개인의 사생활의 자유와 비밀을 침해하였다는 이유로 국가의 손해배상책임을 인정하였다.¹²⁾

또한 개인의 이름, 주소, 모습 등과 같은 사적 정보를 공개하는 것도 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있다. 자신에 관한 정보가 여러 사람에게 공개된다면 그 정보가 어떻게 활용될지 알 수 없어 불안할 뿐만 아니라, 자유롭게 자신만의 사생활을 영위해 나가는 것도 불가능하게 된다.

○ 사례: 고위공무원의 병역면제사유 공개와 사생활의 비밀

입영을 위한 신체검사에 즈음하여 질병이 없음에도 가짜 진단서를 제출하여 입대를 면제받는 등 병역비리가 성행하여 사회문제가 되었다. 이에 국회는 4급 이상의 모든 공직자에게 질병명을 비롯하여 본인과 그 아들의 병역에 관한 사항을 모두 신고하도록 하고, 이를 인터넷과 관보를 통해 국민에게 공개하도록 하는 법을 제정하였다. 항문질환이 심해 몇 번의 수술 끝에 병역을 면제받은 4급 공무원 나미안씨는 이 법이 시행됨으로 인해 숨기고 싶었던 자신의 질병이 인터넷과 관보를 통해 공개되게 되었다.

병역비리를 근절하기 위해 병역사항을 신고하게 하고 적절한 방법으로 이를 공개할 필요가 있다고 하여, 고위공무원의 병역면제사유인 질병명을 예외 없이 공개하도록 할 수 있을까? 헌법재판소는 4급 이상 공직자의 모든 질병명을 아무런 예외없이 공개하도록 한 법은 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 결정했다.¹³⁾

병역부정과 비리가 사회문제가 되고 있는 상황에서 병역의무의 기피를 차단하기 위해 고위공무원의 병역면제 사유인 질병명을 공개하는 것이 불가피한 측면이 있다. 그러나 사람의 건강에 대한 정보는 사생활의 비밀과 관련한 중요한 개인정보이기 때문에 함부로 외부에 공개되어서는 안되고 이를 제한하는 국가의 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 행해져야 한다. 그런데 질병명을 예외 없이 모두 공개하도록 하는 것은 사생활 보호의 헌법적 의미를 충분히 고려하지 않은 것이다. 특히 에이즈, 정신분열장애, 인공항문 등과 같이 외부로 공개하는 경우 개인의 인격이나 사생활의 비밀에 심각한 침해를 줄 수 있는 질병마저도 예외 없이 모두 공개하는 것은 공무원의 사생활 보

12) 대법원 1998. 7. 24. 96다42789 판결.

13) 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139

호의 헌법적 요청을 현저히 무시한 것으로서 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하는 것이다.

The infographic is set against a light beige background. At the top, a green rounded rectangle contains the text '사람의 건강에 대한 정보 -> 사생활의 비밀과 관련된 중요한 개인정보'. Below this, a speech bubble icon is followed by the text '병역의무의 기피를 차단하기 위해 고위공무원의 병역면제사유인 질병명 공개 원칙적 가능'. To the right, a dark grey arrow points left with the text '예외 없는 질병명 공개? 사생활 침해'. At the bottom, a teal rounded rectangle contains the text '개인의 인격이나 사생활의 비밀에 심각한 침해를 줄 수 있는 질병명의 공개는 배제해야 함'.

5. 양심의 자유

헌법 제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

헌법 제19조는 개인의 양심의 자유를 보장하고 있다. 그런데 개인이 양심의 자유를 주장하면서 다수에 의해 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면 국가의 법질서와 개인의 양심 사이에는 항상 충돌이 발생하게 된다.

가. 양심의 의미와 진지한 도덕적 결정

양심은 옳고 그름의 판단을 내리는 도덕적·윤리적인 결정을 말한다. 사람마다 생각이 다르듯이 양심상의 결정 역시 사람마다 다르다. 우리가 가지고 있는 양심은 각자의 도덕적·윤리적 기준에 따라 다를 수 있기 때문이다.

헌법이 양심의 자유를 보호하지만, 양심에 따른 것이라고 해서 내가 표현하고 행동하는 모든 것들이 언제나 양심의 자유로써 보호되지는 않는다. 헌법에서 보호하는 양심은 선악에 관한 진지한 도덕적 결정이고 단순한 비판이나 불만은 양심

에 해당하지 않는다.

○ 음주측정 거부와 양심의 자유

교통사고 현장에 출동한 경찰관으로부터 음주측정을 요구받은 상황에서 측정에 응할 것인지, 거부해야 할 것인지를 두고 개인적인 고민에 빠질 수는 있다. 그러나 이러한 고민은 무엇이 선이고 악인지에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수는 없다. 그리고 음주측정에 응할 것을 요구하는 법에 따라 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 만들어진 양심상의 결정이 왜곡·굴절되었다고 말할 수도 없을 것이다.

나. 양심의 자유의 내용

우리는 스스로 생각하고 결정을 내릴 자유를 가지는데, 이러한 내심적 자유를 ‘양심 형성 및 결정의 자유’라고 한다. 그리고 이렇게 우리의 내심에서 만들어진 양심을 밖으로 나타내고 자신의 삶을 이루어가는 자유는 ‘양심 실현의 자유’라고 부른다.

우리는 마음대로 양심을 형성하거나 양심적 결정을 할 수 있고, 이를 적극적으로 표현하거나 이에 따라 행동할 수도 있다. 이를 각각 양심 형성 및 결정의 자유, 양심 실현의 자유라고 한다. 도덕적으로 옳다고 생각하는 양심이 혼자만의 생각 속에 있을 때에는 누구로부터도, 어떤 이유로도 제한될 수 없다. 외부로 양심이 드러나지 않는 한 다른 사람의 권리나 공공의 이익과 양심이 충돌하지 않기 때문이다.

하지만 양심을 표현하거나 실현하려고 할 때에는 다른 사람의 권리나 공공과 충돌하는 경우가 있기 때문에 국회는 법률로써 양심의 표현이나 실현을 필요한 범위에서 제한하고 있다.

○ 사례: 양심적 병역거부와 양심의 자유

전평화씨는 모든 형태의 전쟁을 반대하는 평화주의자이다. 그렇지만 그도 대한민국 남성으로서 헌법과 병역법에 따라 병역의 의무를 져야만 했다. 현역입영통지서를 받은 전씨는 자신의 평소 신념대로 입영을 거부하고 처벌을 받을 것인지 여부를 심각하게 고민하다가 부모님의 간절한 설득에 따라 결국 입대를 하였다. 그렇지만 그는 군복무

기간 내내 자신의 선택을 후회하며 하루하루를 힘들게 보냈다. 제대 후 그는 이라크 등 국가의 전쟁피해아동을 지원하는 사회단체에서 일을 하였는데, 어느 날 향토예비군 훈련을 위해 입소하라는 훈련소집통지서를 받게 되었다. 소신에 반하는 선택으로 인해 복무기간 동안 큰 고통을 받았던 전씨는 훈련을 거부하기로 결정하였고 끝내 훈련에 불참하였다. 이 일로 전씨는 향토예비군설치법이 정하는 예비군훈련불응죄로 법원에서 재판을 받고 있다.

전쟁을 반대하는 평화주의적 신념이나 종교적 양심에 따라 입영이나 예비군훈련을 거부하는 자는 양심의 자유를 이유로 처벌을 면할 수 있을까? 전쟁준비행위에 협력하지 않겠다고 결심한 것은 어떤 것이 도덕적으로 옳은 것인지를 생각하는 가운데 양심으로 형성된 것이고, 따라서 평화주의적 신념이나 종교적 양심에 따라 입영을 거부하는 결심은 헌법이 보호하는 양심에 해당할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 양심의 자유가 병역의무를 거부할 권리나 예비군훈련을 거부할 권리를 보장하지는 않는다고 결정했다.¹⁴⁾



양심상의 이유로 병역이나 군사훈련을 거부한 사람의 양심의 자유를 보장하면서도, 현재와 같은 수준의 국방력을 확보하고 유지하는 방안을 찾을 수 없기 때문에 병역거부자나 군사훈련을 거부한 자를 처벌하는 것은 정당하다고 보았다. 이런 입장은 남북이 대치하고 있는 우리 사회의 안보현실을 고려한 것으로 이해할 수 있다. 병역거부를 인정하면 다른 사람이 추가적인 의무를 부담하게 되고 국가안전보장이라는 공익에 부담을 가져오니까 이런 공익을 개인의 양심실현의 자유보다 우선시 한 것이라 볼 수 있다.

14) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22

6. 종교의 자유

헌법 제20조 ① 모든 국민은 **종교의 자유**를 가진다.

② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

헌법은 제20조에 종교의 자유를 명시하고 있다. 종교의 자유는 양심의 자유와 함께 인권 보장의 역사에서 가장 오래된 기본권 중 하나로 알려져 있다. 종교는 오랜 기간 국가정치에 영향을 미쳤지만 유럽에서 종교개혁과 종교전쟁을 거치면서 비로소 종교가 점차 국가의 정치문제로부터 분리되었고, 이후에 종교의 자유는 개인의 인권으로 인정받게 된다.

가. 종교의 의미

종교란 특정한 믿음을 공유하는 사람들로 이루어진 신앙공동체와 그들이 가진 신앙의 체계를 말한다. 종교인들은 주로 신을 비롯한 초월적인 대상의 존재 또는 세계에 대한 궁극의 진실, 인간이 지켜야 할 도덕이 무엇인가에 대하여 각자의 믿음을 가지고 있다.

나. 종교의 자유의 내용

헌법은 인간의 내면적인 정신영역에서의 자유 중 하나로 종교의 자유를 보장하고 있다. 종교의 자유는 자유로운 종교생활을 보호대상으로 한다.

종교의 자유는 구체적으로 신앙의 자유와 신앙을 실현하는 자유로 나눌 수 있는데, 신앙의 자유로는 신앙을 선택·변경하거나 포기하는 자유를 들 수 있고, 신앙을 가지지 않을 자유도 신앙의 자유를 통해 보호를 받는다. 그리고 종교의식,¹⁵⁾ 종교선전,¹⁶⁾ 종교교육¹⁷⁾ 및 종교적 집회·결사의 자유¹⁸⁾는 신앙실현의 자유에 의하여 보장되며, 그 누구도 자신의 종교적인 확신에 어긋나는 행위를 하거나 하지 않

15) 종교상의 예배, 독경, 예불, 기도, 예배행진, 헌금모금, 성찬식, 교회의 종울림, 사찰의 타종 등과 같이 종교상의 의식과 축전 등의 행사를 할 수 있는 자유

16) 자신의 종교적인 확신을 남에게 선전하고 전파함으로써 신앙을 실현하는 자유

17) 가정과 학교에서 종교의 교리에 입각한 교육을 실시할 수 있는 자유

18) 같은 신앙을 가진 사람끼리 종교적 목적의 단체를 조직하고 종교행사를 위해서 모임을 가질 수 있는 자유

을 것을 강요당하지 아니한다.

이러한 종교의 자유를 보장하기 위해서는 서로의 종교를 존중하고 종교 간에 평화로운 공존의 관계를 유지할 필요가 있다. 따라서 종교의 자유 역시 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 개인의 신앙을 자유롭게 외부로 표현하는 신앙실행의 자유는 다른 사람들의 기본권이나 사회공동체의 질서와 조화를 이루는 범위 내에서 인정된다.

다. 정교분리 원칙

개인의 종교의 자유를 보장하기 위해서는 여러 종교가 서로 경쟁하면서도 평화적으로 공존하는 종교적 다양성을 널리 인정할 필요가 있다. 그리고 이를 위해선 우선적으로 국가의 종교에 대한 중립적인 자세와 사회의 다른 종교에 대한 관용적인 태도가 요청된다. 우리 헌법은 “국교는 인정되지 아니하며, 정치와 종교는 분리된다.”(헌법 제20조 제2항)고 하여 국교를 부인한다는 것과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.

국가는 정교분리 원칙에 따라 특정 종교를 금지하거나 강요할 수 없고, 나아가 특정 종교를 차별하거나 우대해서도 아니 된다. 예를 들면 공직취임 여부가 종교에 따라 결정되어서는 안 된다. 또한 특정한 종교적 상징물을 국기나 화폐 등에 사용할 수 없고, 국공립학교에서는 특정 종교를 위한 종교행사나 종교교육을 실시할 수도 없다.¹⁹⁾

○ 사례: 사립학교의 종교교육과 종교의 자유

강무교군은 종교를 갖고 있지 않다. 고등학교 진학을 앞두고 강군은 컴퓨터배정을 통해 집에서 가장 가까운 진리고등학교를 배정받았는데, 진리고등학교는 기독교 정신을 건학이념으로 설립·운영되는 학교였다. 진리고등학교는 기독교 정신을 실천하기 위해 종교교육을 실시하고 있었다. 매일 아침 모든 학생들은 수업시간 전에 담임교사의 입회 아래 5분 정도 찬송과 기도를 한다. 수요일마다 정규교과목으로 강당에서 찬송과 교목의 설교, 기도 등을 하는 예배시간이 있다. 그리고 학생들이 예배시간에 참석

19) 한편, 국립대학과는 달리 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 만들 수 있다(대법원 1998. 11. 10. 96다37268).

하지 않으면 결석으로 처리하는 등 불이익이 주어진다. 강무교군은 종교교육 자체를 반대하지는 않지만, 학생 개인의 동의를 얻거나 의견을 묻지도 않고 예배나 찬송을 하게 하고, 참석하지 않으면 불이익을 주는 학교의 교칙은 부당하다고 생각한다.

종교재단에서 세운 사립중·고등학교에서 학생 개인의 동의를 얻거나 의견을 묻지 않고 종교행사에 참여하게 하고 참여하지 않으면 불이익을 주는 것은 학생의 종교의 자유를 침해하는가? 종교재단에서 세운 사립중고등학교는 종교의 자유의 일환으로 종교행사를 할 수 있지만, 학생들에게 종교행사를 강요한다면 거꾸로 학생들의 종교의 자유가 침해될 수 있으므로, 이러한 사립학교의 종교의 자유 역시 제한될 수 있다. 특히 추첨에 의해 중고등학교가 배정되는 제도하에서 학교가 아무리 종교이념에 입각해 설립된 사립학교라고 하더라도 교육과 관련해서는 이미 공교육의 체계에 편입되었다고 보아야 한다. 따라서 학교는 원칙적으로 학생들의 종교의 자유와 교육을 받을 권리 등을 고려하여 종교가 없거나 다른 종교를 믿는 학생들을 위한 대안활동을 마련할 의무가 있다.²⁰⁾ 사립·중고등학교가 이러한 대안활동을 마련하지 않고 학생을 종교행사에 강제로 참여하게 한다면 학생의 종교의 자유는 침해된다.

7. 언론·출판의 자유

헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

헌법 제21조 제1항은 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 이러한 자유를 표현의 자유라고도 하는데, 이 표현의 자유는 민주사회에서 없어서는 안 되는 매우 중요한 기본권이다. 또한 표현의 자유는 인간이 그 생활 속에서 고민하고 생각한 결과를 자유롭게 밖으로 표현하고 다른 사람들과 소통함으로써 자신의 인격을 드러내고 사회구성원으로서 의견을 만들어가는 효과적이고도 직접적인 수단이다.

20) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 판결 참조

가. 언론·출판의 자유의 의의

민주주의가 실현되려면 먼저 국민 모두가 자유롭게 자신의 생각을 말하고 표현하며 들을 수 있는 분위기가 조성되어야 한다. 그리고 자신의 생각에 확신을 가지고 적당하게 표현할 수 있으려면, 그에 관한 지식과 정보도 자유롭게 얻을 수 있어야 한다. 더 나아가 이렇게 표현되는 사람들의 생각은 ‘여론’을 형성하고 이것이 정부의 정책이나 중요한 의사결정에 영향을 미친다. 이렇게 언론·출판의 자유는 민주주의의 실현에서 중요한 역할을 한다.

나. 언론·출판의 자유의 내용

언론·출판의 자유는 자신의 생각을 표현하는 의사표현의 자유, 그 생각을 형성하는데 기반이 되는 알 권리, 신문이나 방송 같은 언론기관의 자유를 보장하고 있다.

의사표현의 자유는 그 형태나 매개체가 어떠한 것이든 상관없이 보호된다. 따라서 담화나 연설, 토론, 연극, 방송, 음악, 가요 등의 형태로 표현을 하든, 문서나 소설, 시와 같은 글로 표현을 하든, 노래, 그림, 사진, 조각 등 모든 형태의 의사표현이 보호된다.

알 권리 역시 언론·출판의 자유에 의하여 보호된다. 자유롭게 자신의 생각을 자신 있게 말하려면 먼저 그에 대해 알아야 한다. 다양한 정보에 자유롭게 접근하고 수집하여 습득한 정보를 자신의 뜻에 따라 처리할 수 있는 자유인 ‘알 권리’는 언론·출판의 자유의 중요한 내용이 된다.²¹⁾

다. 언론·출판의 자유의 한계

헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 말이나 글은 다른 사람들에게 피해가 될 수도 있기 때문에 일정한 한계를 가진다. 즉, 표현

21) 헌법재판소는 검찰청이 청구인의 형사확정기록 등사신청을 거부한 사례에서, 알 권리는 헌법에서 정한 언론·출판의 자유에 의해 직접적으로 보장되고 있는 권리로서 관련 규정이 없다는 이유로 별도의 검토 없이 청구인의 복사신청 접수조차 받지 않는 검찰청의 행위는 청구인의 알 권리를 침해한 것으로 헌법에 위반된다고 결정하였다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133 결정).

행위에 의해 다른 사람의 명예나 권리 또는 일반 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수도 있기 때문에 그 범위 내에서 표현의 자유가 제한될 수 있다. 예컨대 표현의 자유를 주장하면서 인터넷에 다른 사람을 거짓으로 비방하는 글을 올리는 일은 다른 사람의 명예를 보호하기 위해 제한될 수 있다. 또한 일반식품을 마치 의약품처럼 치유 효능이 있다고 과장되게 표현하고 부작용을 숨겨 광고하는 것은 국민건강 보호를 위하여 규제될 수 있다.

라. 언론·출판에 대한 허가·검열 금지

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다.”고 명시하고 있다. 여기서 검열이란 어떤 형식으로든 실질적으로 정부가 그 주체가 되어서, 사전에 먼저 표현물의 내용을 심사·선별하고, 발표를 금지하거나 허가된 것만 발표될 수 있도록 통제하는 것이다. 검열은 권력자의 입맛에 맞는 표현물만 유통시키는 수단이 될 수 있기 때문에 자유민주주의 국가에서 용납될 수 없다. 더구나 다른 사람들이 보기도 전에 국가가 먼저 그 표현을 차단하는 것은 표현자의 자유와 창의를 짓밟는 일이다. 그래서 우리 헌법은 언론·출판에 대한 허가나 검열을 엄격히 금지하고 있다.

검열

어떤 형식으로든 실질적으로 정부가 그 주체가 되어서, 사전에 먼저 표현물의 내용을 심사·선별하고, 발표를 금지하거나 허가된 것만 발표될 수 있도록 통제하는 것

○ 사례: 영화등급분류보류제도와 언론·출판의 자유

영화제작·배급회사 ‘멋진 작품들’의 대표 공영상씨는 양화 [둘 하나]를 자신이 직접 감독을 맡아 제작하였다. 그리고 이를 상영하려고 영상물등급위원회(이하, 영등위)에 상영등급분류신청을 하였다. 그런데 영등위는 이 영화의 내용이 선정적일 뿐만 아니라 또래 집단 간의 폭력, 약물사용 등 청소년들에게 부정적인 영향을 미치는 장면을 다수

포함하고 있다고 판단하고 2개월 간 상영등급분류를 보류한다는 결정을 내렸다.

공감독은 영등위의 결정이 터무니없다고 생각했지만, 영화를 개봉하려면 아직 시간이 더 필요할 것 같아서 일단 두 달이라는 보류기간을 기다렸다가 다시 영등위에 상영등급분류신청을 했다. 그런데 영등위는 다시 공감독의 영화에 대해 3개월 동안 등급분류를 보류한다는 결정을 하였다. 공감독은 영등위가 영화의 특정 부분을 삭제하라거나 수정을 지시하지는 않았지만 등급분류를 보류함으로써 영화를 상영하지 못하게 되었으므로 사실상 검열이나 다름없다고 생각한다.



영화등급분류보류제도는 영상물등급위원회가 영화의 상영등급을 분류할 때 미풍양속을 해하는 등 일정한 사유가 있는 경우 그 상영등급의 분류를 보류할 수 있도록 한 제도이다. 이러한 영화등급분류보류제도는 언론·출판의 자유를 보장하기 위해 헌법에서 금지하고 있는 검열에 해당하여 위헌인가? 헌법재판소는 영화진흥법상 영화등급분류보류제도는 언론·출판의 자유를 보장하기 위해 헌법에서 금지하고 있는 검열에 해당하기 때문에 헌법에 위반된다고 결정했다.²²⁾

우선 영화 상영등급 분류결정을 하는 영상물등급위원회가 검열기관에 해당하는지 여부가 문제된다. 영화진흥법상 영상물등급위원회의 위원은 대통령이 위촉하고, 그 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 국가에 산으로 그 운영에 필요한 경비의 보조를 받고 있다. 이와 같이 본다면 상영등급 분류

22) 헌재 2008. 10. 30. 2004헌가18

보류절차는 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하는 것이다.

또한 영상물등급위원회는 영화의 상영에 앞서 영화를 제출 받아 그 심의 및 상영등급분류를 하는데, 등급분류를 받지 않은 영화는 상영이 금지된다. 만약 등급분류를 받지 않고 영화를 상영한 경우에는 과태료, 상영금지명령에 이어 형벌까지 부과할 수 있다. 그리고 등급분류보류의 횟수제한이 없어서 영상물등급위원회의 허가를 받지 않는 한 영화를 통한 의사표현이 실질적으로 무한정 금지될 수 있기 때문에, 영화등급분류보류제도는 언론출판의 자유를 보장하기 위해 헌법에서 금지하고 있는 검열에 해당되어 위헌이다.

8. 집회의 자유

헌법 제21조 모든 국민은 언론·출판의 자유와 **집회·결사의 자유**를 가진다.

가. 집회의 의미와 집회의 자유의 의의

집회란 여러 사람이 같은 목적을 달성하기 위해 함께 모이는 것을 말한다. 자신의 생각이나 의사를 다른 사람에게 표현하거나 전달하는 것은 매우 다양한 방법으로 할 수 있지만, 뜻을 같이 하는 사람들이 한 곳에 모여 집단적으로 생각이나 의사를 표현하게 되면 더욱 더 효과적으로 생각이나 의사를 다른 사람들에게 전달할 수 있고, 그것이 국가정책과 관련된 문제라면 정책결정의 과정에 더 큰 영향력을 미칠 수도 있다.

집회와 같은 집단적인 의사표현의 보장은 민주국가에서 국민이 직접 국정에 참여하는 기회를 제공한다. 또한 정치적으로 소외된 사람들이나 집회 외에는 자신의 목소리를 내기 어려운 소수자에게 참여의 기회를 보장함으로써 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다. 결국 집회의 자유는 우리 사회가 구성원들의 다양한 의견을 받아들이고 이를 정책결정에 적극적으로 반영하는 ‘열린 사회’로 나아가는 데에 적극적인 역할을 담당한다.

○ 집회의 의미에 해당하지 않는 행위

집회란 여러 사람이 같은 목적을 달성하기 위해 함께 모이는 것을 말한다. 따라서 단순히 많은 사람이 지하철역에 모여 있는 것은 함께 이루고자 하는 같은 목적 없이 모여 있는 것이기 때문에 집회가 되지 않는다. 또 혼자서 피켓을 들고 1인 시위를 하는 것은 여러 사람이 모여서 하는 것이 아니기 때문에 집회가 되지 않는다.

나. 집회의 자유의 내용

사람들이 모여서 한 목소리를 낼 수 있는 집회의 자유는 집회를 조직하고 준비하는 행위, 집회에 참가하는 행위 등 집회가 가능하기 위하여 필요한 모든 과정을 보호한다. 따라서 어떤 목적을 위해 집회를 할 것인지, 언제 어디서 어떤 방법으로 집회를 할 것인지를 정할 수 있는 자유도 포함된다. 밤에 집회를 하든 낮에 집회를 하든, 실내에서 집회를 하든 실외에서 집회를 하든, 정치적인 이유로 집회를 하든 학문적인 이유로 집회를 하든 원칙적으로 모든 형태의 집회는 집회의 자유에 의해서 보장된다. 다만, 공익이나 다른 사람의 권리를 보장하기 위해 집회의 자유가 제한될 수 있다. 예컨대 국회의사당이나 법원으로부터 1백미터 이내에서 옥외집회 또는 시위는 금지되는데, 그렇다고 하더라도 이는 국회의 기능이나 법원의 기능이라는 보호법익과의 충돌상황을 사전에 방지하기 하기 위한 것이기 때문에 집회의 자유를 침해하지 않는다.²³⁾

○ 사례: 야간 옥외집회 금지

2008년 5월부터 수 개월간 서울의 광화문 일대에서 정부의 미국산 쇠고기 수입허용을 반대하는 일부 시민들의 야간촛불집회가 연일 계속되었다. 회사원인 나반대씨는 저녁 7시 30분에 직장에서 퇴근한 후 곧바로 광화문에서 열린 촛불집회에 참여하였다. 군중에서 촛불을 들고 구호를 외치던 나씨는 경찰의 채증카메라에 찍혔다. 며칠 후 나씨는 검찰로부터 야간옥외집회에 참석하였다는 이유로 기소되었다는 통지를 받았다.

집회를 제한할 이유가 있다고 해서 야간에 옥외집회를 원칙적으로 못하도록 법률로써 제한하는 것은 집회의 자유를 침해하는가? 헌법재판소는 야간 옥외집회를 원칙적으로

23) 헌재 2009. 12. 29. 2006헌바20; 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가17.

못하도록 제한하는 것은 과도한 제한으로서 집회의 자유를 침해한다고 결정하였다.²⁴⁾

옥외집회는 그 속성상 공공질서와 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크며, 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대이다. 따라서 안전과 평온을 유지하기 위해 야간옥외집회를 제한하는 것은 가능하다.

그러나 아무리 안전과 평온을 유지하기 위해 야간집회를 제한할 필요성이 있다고 하더라도, 해가 지고 나서 해가 뜨기 전까지 어두워진 시간을 전부 제한하는 것은 집회의 자유를 헌법이 허용하는 한계를 넘어 지나치게 제한하는 것이다. 깊은 밤 시간에 만 집회를 못하게 해도 충분히 안전하고, 어두워진 시간을 전부 집회를 못하게 한다면, 밤이 긴 겨울에는 직장인이나 학생들은 평일에 사실상 집회를 할 수 없게 된다. 야간이라고 하더라도 관할경찰관서장이 일정한 조건하에 집회를 허용할 수 있도록 하고 있으나, 그 허용 여부를 행정청의 판단에 맡기고 있는 이상 과도한 제한을 적절히 완화하는 것으로 보기 어렵다. 따라서 법률로써 야간 옥외집회를 원칙적으로 못하도록 제한하는 것은 과도한 제한으로서 집회의 자유를 침해한다.



24) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25

9. 재산권

헌법 제23조 ① 모든 국민의 **재산권**은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
 ② **재산권**의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
 ③ 공공필요에 의한 **재산권**의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

가. 재산권의 중요성

재산권은, 국민이 스스로의 생활을 자기 책임 아래에서 자주적으로 만들어 나가는데 필요한 경제적 조건을 보장한다. 즉 재산권은 국민 개인이 자유를 실현하는데 필요한 물질적 터전을 마련해주는 자유보장적 기능을 하는 중요한 기본권이다. 또한 재산권은 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서 사유재산제를 보장하는 등 개인의 경제활동의 자유를 보장함으로써 국가가 개인의 경제활동을 지나치게 간섭하지 못하게 하는 기능도 한다.

나. 재산권의 의미

헌법이 보장하는 재산권이란 사적 유용성이 있고 원칙적으로 처분할 수 있는 재산적 가치가 있는 구체적인 권리를 말한다. 재산권의 범위에는 소유권, 점유권 등 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 금요청구권 등 재산적 가치 있는 모든 사법상의 채권과 광업권, 어업권과 같은 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리가 포함된다. 그러나 구체적 권리가 아닌 영리획득을 할 수 있는 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건과 같은 단순한 재산상 이익의 기대, 반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 헌법이 보장하는 재산권에 속하지 않는다.

다. 재산권행사의 공공복리 적합성

헌법은 제23조 제2항에서 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 하여 공공의 이익을 위해서는 재산권 행사가 제한될 수 있음을 규정하고 있

다. 헌법이 재산권을 보호하는 이유는 사람들의 경제활동의 자유를 보장함으로써 모두가 행복한 삶을 누릴 수 있도록 하기 위한 것인데, 무분별한 재산권의 행사가 지 재산권으로 보장한다면 오히려 혼란과 갈등만 가져올 수 있기 때문이다.

라. 공공필요에 의한 재산권의 수용 등

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 수용이란 공공필요에 의하여 재산권을 강제로 박탈하는 것을 의미한다. 수용이 적법하기 위해서는 ① 공익적 필요성이 있을 것 ② 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 근거할 것 ③ 정당한 보상을 지급할 것과 같은 요건을 갖추어야 한다.

○ 사례 : 개발제한구역 지정과 재산권

최부자씨는 평소 한적한 시골마을에 3층집을 짓고 사는 것이 꿈이었는데, 20년 동안 열심히 일한 끝에 경치 좋은 곳에 집을 짓기 위해 대지를 샀다. 그 후 1년 동안 건축사에게 설계를 의뢰하고 건축업자를 물색하는 등 집을 지을 준비를 하다가 동네주민들로부터 자신이 산 대지가 개발제한구역으로 지정되었다는 소문을 듣고 확인을 해보니 사실이었고, 개발제한구역으로 지정된 이후부터는 새로 주택을 건축하는 행위는 금지된다고 한다. 최부자씨는 낙심하여 지금이라도 땅을 팔고 다른 곳에서 꿈을 이루고 싶었지만, 개발제한구역 지정으로 인해 땅값이 떨어져 그러지도 못하게 되었다. 최부자씨는 개발제한구역 지정으로 인해 열심히 일해서 산 자신의 대지에 집을 지을 수 없게 되었으므로, 정부의 개발제한구역 지정은 사실상 국가가 자신의 땅을 보상 없이 빼앗은 것과 마찬가지라고 생각한다.

개발제한구역 지정으로 사실상 토지에 대한 재산권의 행사가 불가능하게 되는 경우에 토지소유자의 재산권이 침해되는가? 헌법재판소는 개발제한구역 지정으로 사실상 토지에 대한 재산권행사가 불가능하게 되는 경우에도 보상을 해 주지 않으면 토지소유자에게는 가혹한 부담이 발생하기 때문에 재산권이 침해된다고 결정했다.²⁵⁾

개발제한구역의 지정은 도시의 무분별한 확산을 막고 자연환경을 보호하기 위하여 일정한 지역에 대하여 건축물의 건축 등 개발행위를 제한하는 것이다. 비록 개발제한

25) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 참조.

구역으로 각종 개발행위가 금지되어 재산상의 손해를 보게 되더라도, 전체적으로 보면 그 땅에서 살아가는 모든 국민들이 쾌적하고 깨끗한 환경에서 살 수 있도록 해준다. 재산권이라고 하여 항상 마음대로 할 수 있는 것이 아니라 공공복리를 위하여 행사되어야 하기 때문에 개발제한구역을 지정하여 개발행위가 제한되고 이로 인하여 땅값이 떨어진다고 하더라도 사회의 구성원으로 마땅히 감수하여야 한다.

그러나 개발제한구역 지정으로 인해 개발제한구역이 지정되기 전의 상태로도 토지를 이용할 수 없거나 땅이 오염되어 실질적으로 전혀 땅을 사용할 방법이 없는 경우까지 그 손해를 모두 토지 소유자가 부담하라는 것은 재산권을 지나치게 제한하는 것이다. 따라서 개발제한구역의 지정 자체는 재산권을 침해하는 것이 아니라고 하더라도 종전의 용도대로 토지를 사용하지 못하거나 실질적으로 사용할 방법이 없는 경우에 국가는 보상을 해주어야 한다. 예컨대 농지 소유자는 개발제한구역이 지정된 이후에도 계속 농사를 지을 수 있기 때문에 종전의 용도대로 토지를 이용할 수 있다. 그러나 건축을 할 수 있는 대지의 소유자는 개발제한구역이 지정된 이후에는 건축을 할 수 없기 때문에 종전의 용도대로 토지를 사용할 수 없게 된다. 이렇게 개발제한구역 지정으로 종전의 용도대로 토지를 이용할 수 없게 되어 사실상 토지에 대한 재산권행사가 불가능하게 되는 경우에도 보상을 해 주지 않으면 토지소유자의 재산권이 침해된다.



II. 평등권

1. 평등권의 의미와 내용

헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다.

가. 의미

평등원칙은 불평등한 대우를 금지하는 원칙이고, 평등권은 평등한 대우를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 평등원칙에 따르면 국가는 본질적으로 같은 것은 같게 취급하고, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급해야 한다. 국가가 본질적으로 같이 취급해야 할 집단들을 아무런 이유도 없이 다르게 취급하면 이것은 평등원칙에 위반하는 것이고, 차별받은 집단의 평등권은 침해된다.

나. ‘법 앞의 평등’

(1) ‘법’의 의미

우리 헌법은 모든 국민은 평등하다고 규정하면서 단서를 붙이고 있다. ‘법 앞에’서 평등하다고 한다. 여기서 ‘법’은 대한민국에 적용되는 모든 법규범을 의미한다. 헌법, 법률, 명령, 조례, 규칙 등 모든 법규범을 의미한다.

(2) ‘법 앞에’의 의미

‘법 앞에 평등’하다는 말은 원래 법을 적용할 때에는 누구에게나 공평하게 집행해야 하는 것을 말했다(법적용의 평등). 그러나 오늘날에는 법을 집행하는 것뿐만 아니라, 법을 제정할 때도 아무런 이유 없이 사람(집단)을 차별해서는 안 되는 것으로 받아들여지고 있다(법내용의 평등). 따라서 법을 집행하고 판단하는 행정부와 사법부만 평등권을 보장하여야 할 뿐만 아니라 법을 제정하는 입법부 까지도 평등권을 보장하는 법률을 제정하여야 한다.

(3) ‘평등’의 의미

1) 절대적 평등과 상대적 평등

평등은 일체의 차별적 대우를 인정하지 않는 절대적 평등이 아니라, 법을 만들고 적용함에 있어 정당한 근거가 없는 차별을 인정하지 않는 상대적 평등을 말한다. 상대적 평등은 모든 인간이 인간으로서 존엄과 가치를 가진다는 점에서 평등하되, 각자 처해진 구체적 상황에 따라 서로 다른 대우를 할 수 있음을 의미한다. 따라서 상대적 평등은 구체적인 조건과 상황에 비추어 두 사람(집단)을 비교하여 동일한 것으로 평가되면 같은 대우를 하고, 서로 다른 것으로 평가되면 다른 대우를 하게 된다는 것을 의미한다.

2) 형식적 평등과 실질적 평등

형식적 평등은 기회의 평등을 말한다. 누구든지 기회만 동일하게 주면 평등하다고 보는 것이다. 그러나 오랫동안 차별로 인해서 출발선이 뒤쳐진 사람들에게 기회만 동일하게 준다고 평등하다고 할 수 있을 까? 실질적 평등은 결과의 평등을 말한다. 종래 사회에서 차별받아온 사람들에게 그 동안의 불이익을 보상하기 위한 조치를 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)이라고 한다. 이렇게 차별로 인해서 출발선이 뒤쳐진 사람들에게 적극적으로 평등을 실현시켜 주기 위해 혜택을 주는 것은 바로 실질적 평등을 보장해 주기 위해서 그런 것이다.

2. 평등권 침해 여부의 심사 단계

평등권이 침해되는지 여부는 ① ‘차별취급의 존재확인’과 ② ‘차별취급의 헌법적 정당성’ 이라는 2단계로 심사를 한다.

가. 차별취급의 존재 확인

먼저 차별취급이 있어야 한다. 평등권 침해를 심사하려면 먼저 ‘법적으로 의미 있는 차별’이 있어야한다. 차별이라는 말은 다른 집단과 비교를 전제로 하는 말이기 때문에 차별이 있다고 하려면 반드시 비교할 수 있는 두 개 집단이 있어야 한

다. 여기서 아무런 연관이 없는 두 개의 집단은 비교의 대상이 될 수 없고 반드시 어떤 연관을 갖고 있어야 한다. 어떤 공통점을 고려하면 같이 취급해야 할 것 같은데 왜 달리 취급했을 까 하는 문제가 되는 집단들을 비교해야 한다. 이런 차별을 법적으로 의미 있는 차별이라고 한다.

나. 차별취급의 헌법적 정당성

그 다음단계에는 차별취급이 정당한 이유가 있는지 여부를 검토해야 한다. 앞에서 살펴보았듯이 헌법상 평등은 절대적 평등이 아니라 상대적 평등이다. 따라서 차별취급이 있다고 해서 곧바로 평등권을 침해하는 것이 아니라, 차별취급이 헌법적으로 정당성을 갖지 못하는 경우에 평등권을 침해한다. 차별취급이 헌법적으로 정당성을 갖는지 여부에 대한 기준은 자의금지원칙(합리성원칙)과 비례성원칙 두 가지가 있다.

3. 자의금지원칙에 따른 차별의 정당성 심사

자의금지원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하는 것을 금지한다. ‘자의적이다’, ‘임의적이다’라는 말은 합리적인 이유가 없다는 말이다. 이성적으로 봤을 때 아무런 합리적 이유 없이 다르게 취급을 했다면 자의적인 차별이므로 평등권을 침해하는 것이다. 그래서 자의금지원칙에서는 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부를 검토한다. 자의금지는 이성적으로 봤을 때 도저히 합리적인 이유가 없는 차별을 금지하는 것이기 때문에 국가권력의 자의적인 행사로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한, 즉 최소한의 정의를 보장하는 수단으로서 중요한 의미를 갖고 있다. 그러나 자의금지는 엄격한 심사기준이 아니기 때문에 국가가 평등권을 충분히 보호하지 못하게 된다는 비판을 받기도 했다.

○ 사례: 남성에 대한 병역의무부과와 평등권

대학생이 된 영수씨는 여자친구 때문에 병역의무가 늘 마음에 걸렸다. 하지만 어차피 가야 할 군대라면 친구들과 시기를 맞춰 가는 것이 좋을 거라 생각하고 2학년을

마치고 입대하였다. 그리고 2년간의 복무를 마치고 얼마 전에 제대를 하였다. 하지만 제대하고 몇 달이 지나지 않은 어느 날 여자친구는 이별을 통보해 왔다. 영수씨가 군 복무를 하는 동안 여자친구는 졸업 후 취업하여 사회생활을 하고 있는 반면, 영수씨는 갓 제대해 복학준비를 하고 있던 탓에 서로의 환경과 생각이 너무나도 달랐기 때문이었다. 그런데 영수씨는 대학교에 복학해서 헌법수업을 듣던 중에 헌법이 모든 국민은 국방의 의무를 진다고 규정하고 있지만, 병역법에서 남자에게만 병역의무를 부과하고 있기 때문에 실제로 군대에 징집되는 것은 남자뿐이라는 것을 알게 되었다. 그래서 영수씨는 모든 국민은 국방의 의무를 진다고 헌법에서 정하고 있는데, 실제로는 남자만이 징집되어 병역의무를 부담하는 것은 부당하다고 생각하게 되었다.

남자에 한해서 병역의무를 부과하는 것은 남성의 평등권을 침해하는 것일까? 헌법재판소는 남자에게만 병역의무를 부과하는 것은 헌법이 특별히 평등을 요청하는 영역이라고 보지 않았기 때문에 평등원칙의 기본적인 심사기준인 자의금지원칙을 적용했다. 그리고 남자만 군대를 가도록 하는 것이 합리적인 이유가 있는지에 대해서 합리적인 이유가 있기 때문에 남자의 평등권을 침해하지 않는다고 결정했다.²⁶⁾

일반적으로 ‘집단’으로서 남성은 여성에 비하여 전투에 더욱 적합한 신체적 능력을 갖추고 있기 때문이다. 물론 ‘집단’으로서의 남성과 여성이 아니라 ‘개인’을 대상으로 판단하는 경우, 평균적인 남성에 비해 신체적 능력이 월등한 여성도 있을 수 있다. 그러나 구체적으로 개개인의 신체적 능력을 수치화해서 비교하는 것은 어려움이 있다. 또한 여성이 전투에 적합한 신체적 능력을 가지고 있다고 하더라도 임신·출산 등 생애적 특성과 출산 후 일정 기간의 수유 및 양육의 부담으로 인해서 군사훈련을 하기 어렵다. 또한 공익근무요원 같은 보충역 같은 경우 평시에 신체적 능력이 크게 요구되지 않기 때문에 이정도 업무는 여성들도 할 수 있는 신체적 능력은 되지 않을까 생각할 수 있다. 그러나 보충역도 국가비상사태시 병력자원으로 소집되어 전투를 할 수 있기 때문에 그렇게 간단히 생각할 수는 없다. 따라서 남성과 여성의 신체적 특성의 차이에 기초하여 입법자가 최적의 전투력 확보를 위해 성별을 기준으로 남성만을 병역의무자로 정한 것은 합리적인 이유가 있는 것으로 남성의 평등권을 침해하지 않는다.

26) 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마460



4. 비례성원칙에 따른 차별의 정당성 심사

차별의 정당성을 심사하는 기준 중 엄격한 심사기준으로 등장한 것이 바로 비례성원칙이다. 1988년 헌법재판소가 출범한 이후로 계속해서 완화된 심사기준인 자의금지원칙에 따라 평등권심사를 해오다가 1999년에 이르러서 평등권심사를 더욱 엄격하게 해서 평등권을 더욱 강하게 보호해야 한다는 요청에 부응하여 비례성원칙에 따라 평등권침해 여부를 심사하게 되었다.

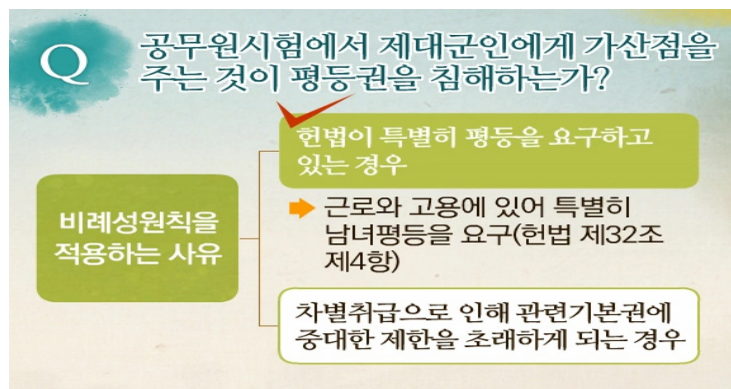
헌법재판소는 ① 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, ② 차별취급으로 인해 관련 기본권에 중대한 초래하게 되는 경우에 평등권심사에서 비례성원칙을 적용한다. 비례성원칙은 차별취급이 정당화되는지를 판단하기 위해서 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계를 심사한다. 단순히 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부를 확인하는데 그치지 않고, 차별취급이 당사자에게 미치는 효과에 비춰서 차별취급을 정당화할 정도로 비중이 있는 중대한 이유가 있는지를 판단한다.

○ 사례: 제대군인 가산점과 평등권

영희씨는 대학을 졸업하고 안정된 직업인 공무원이 되기로 마음을 먹고 몇 년에 걸쳐 동안 7급 공무원시험을 치렀으나, 번번이 근소한 점수 차이로 합격의 문턱에서 좌

절하게 되었다. 그런데 함께 시험을 치른 대학동기 철수는 필기시험점수가 자신 보다 낮았지만 군복무를 마쳤다는 이유로 각 과목별 만점의 5%의 가산점을 받아서 공무원 시험에 합격했다는 사실을 알게 되었다. 영희씨는 대다수의 여성은 군복무를 하지 않는 상황에서 군복무를 마친 대다수의 남성에게만 공무원시험에서 가산점을 받는 것은 부당한 특혜라고 생각했다. 설령 제대군인에게 가산점을 주더라도 영점 몇 점 차이로 합격여부가 결정되는 공무원 시험에서 각 과목별 만점의 5%를 가산점으로 주는 것은 지나치다고 생각했다.

제대군인에게 공무원시험을 볼 때 과목별 만점의 5%(2년이상 복무자) 또는 3%(2년 미만복무자)의 가산점을 주는 것이 여성이나 신체장애자 등의 평등권을 침해하는가? 먼저 헌법재판소는 제대군인에게 가산점을 부여하는 제도(가산점제도)는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 “근로” 내지 “고용”의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다고 보았다. 그리고 위와 같은 가산점제도는 비례성원칙에 위반되기 때문에 여성 및 장애인 등의 평등권을 침해한다고 결정했다.²⁷⁾



제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 안 된다. 그런데 위와 같은 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침 없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자

27) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363

들의 희생을 초래하므로 정책수단으로서의 적합성을 상실한 것이다. 또한 공무원채용 시험의 경쟁률이 매우 치열하고 합격선도 평균 80점을 훨씬 상회하고 있으며 그 결과 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 이 가산점제도는 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산함으로써 합격여부에 결정적 영향을 미쳐 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래한다. 또한 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런 제한없이 부여함으로써 한 사람의 제대군인을 위하여 몇 사람의 비(非) 제대군인의 기회가 박탈당할 수 있게 하고 있다. 이는 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심한 것으로 차별취급의 비례성을 상실한 것이다. 따라서 위와 같은 가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위반하여 여성 및 장애인 등의 평등권을 침해한다.

03. 기본권의 이해 3



03

기본권의 이해 3

I. 참정권

우리 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정하고 있다. 주권자인 국민은 선거를 통하여 직접적으로는 국가기관의 구성원을 선출하고 국민투표를 통해 국가의사결정에도 참여한다.

헌법은 제24조에서 ‘선거권’을, 제25조에서 ‘공무담임권’을, 그리고 제72조 및 제130조 제2항에서 국가안위에 관한 중요정책과 헌법개정에 대한 ‘국민투표권’을 참정권으로 보장하고 있다.

1. 선거권

가. 선거권의 의의와 기능

헌법은 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하고 있고, 구체적으로는 대통령선거권(제67조 제1항), 국회의원선거권(제41조 제1항), 지방의회의원선거권(제118조 제2항) 등에 대하여 규정하고 있다.

선거권은 국민이 국가기관의 구성원을 선출하는 권리로서, 오늘날 민주주의 국가에서 가장 중요한 참정권 중의 하나라고 할 것이다. 선거권은 국민이 직접 정치의사 형성에 참여할 수 있는 중요한 제도일 뿐만 아니라 국정 of 담당자를 결정하는 주권의 행사수단이기도 하기 때문이다. 선거를 통해 국민은 간접적으로 국정에 참여할 수 있게 되는데, 모든 권력의 근원인 국민이 선거를 통해 국가권력의 담당자를 선출함으로써 국가권력 행사의 정당성이 확보될 수 있다.

나. 선거의 기본원칙

국가권력 행사의 정당성은 어떤 선거이든 선거라는 이름으로 치러지기만 하면 인정되는 것은 아니고, 민주적 선거의 원칙에 따른 공정한 선거를 통해서만 확보될 수 있다. 그렇기 때문에 우리 헌법은 민주적 선거의 기본원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 명시적으로 규정하고 있다(제41조 제1항, 제67조 제1항). 민주적 선거는 선거의 준비에서 당선이 확정되기까지 전체과정에서 모든 구체적 사항이 이 원칙들에 부합될 때 실현된다.

- ① 보통선거의 원칙이란, 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로, 이러한 요건뿐만 아니라 그 밖에 사회적 신분, 인종, 성별, 종교, 교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다.
- ② 평등선거의 원칙이란, 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서, 투표의 수적 평등, 즉 1인 1표 원칙(one man, one vote)과 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 한다. 그뿐만 아니라, 자의적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다.

※ 선거구획정과 투표가치의 평등



선거를 통해 선출된 국회의원은 국민의 대표로서 국정에 임하게 되고 국회의원으로 서 국정을 수행함에 있어 득표수와 관계없이 동일한 권한을 수행하게 된다. 만일 한 명의 국회의원을 선출하는 선거권자의 수가 차이나게 되면 선거권자가 많은 선거구에 거주하는 선거권자의 투표가치는 그만큼 줄어들게 되므로 가급적 그 편차를 줄이는 것이 헌법적 요청에 부합한다. 그런데 인구편차 상하 50%의 기준을 적용하게 되면 1인의 투표가치가 다른 1인의 투표가치에 비하여 세 배의 가치를 가지는 경우도 발생하는데, 이는 지나친 투표가치의 불평등이다. 더구나, 우리나라가 택하고 있는 단원제 및 소선거구제에서는 사표가 많이 발생할 수 있는데, 인구편차 상하 50%의 기준을 따를 경우 인구가 적은 지역구에서 당선된 국회의원이 획득한 투표수보다 인구가 많은 지역구에서 낙선된 후보자가 획득한 투표수가 많은 경우가 발생할 가능성도 있는바, 이는 대의민주주의의 관점에서도 결코 바람직하지 아니하다(헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668, 683).

- ③ 직접선거의 원칙이란, 선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙을 말한다. 국회의원선거와 관련하여 보면, 국회의원의 선출이나 정당의 의석획득이 중간선거인이나 정당 등에 의하여 이루어지지 않고 선거권자의 의사에 따라 직접 이루어져야 함을 의미한다.
- ④ 비밀선거의 원칙이란, 선거인이 누구를 선택하였는지 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것으로, 투표의 비밀이 보장되는 원칙을 말한다.
- ⑤ 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에서 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유, 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. 헌법상 이에 관한 명시적 규정은 없으나, 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서 당연히 인정된다.
- ⑥ 공정한 선거제도 역시 선거권 보장을 위해 필수적이다. 선거를 준비하는 과정, 선거당일 투표 진행과정, 선거결과를 산정하고 발표하는 과정 등 선거의 모든 과정이 공정하게 이루어져야 공정한 선거라고 말할 수 있고, 이를 위해서는 먼저 이 모든 과정을 공정하게 규율하는 절차조항이 입법에 의하여 마련되어야 한다.

※ 공정한 개표절차의 요구

선거권은 유권자가 자유롭게 후보자를 투표할 뿐 아니라, 투표를 통해 표출된 국민의 의사가 공정한 개표절차에 의해 정확한 선거결과로 반영될 때에만 제대로 보장된다. 이처럼 공정한 개표절차가 진행되기 위해서는 개표절차에 대한 관리·감독이 제대로 이루어져야 한다. 따라서 이 사건 개표 조항에 의하여 개표절차가 공정하게 진행되지 아니할 경우 선거권이 제한될 수 있다.

다만, 선거권은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 것으로서 선거법의 제정에 따라 비로소 구체화된다. 그런데 개표절차에 이 사건 투표지분류기 등과 같은 기계장치 및 전산조직을 이용할 것인지의 문제는 기본적으로 입법자가 국민의 의식수준, 선거풍토, 개표를 위한 기술적 수준, 개표환경 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이다. 결국 이 사건 투표지분류기 등 이용 문제는 선거권 자체의 제한이라기보다, 선거권 행사를 위해 요구되는 개표절차를 입법을 통해 형성하는 것으로서 입법정책에 속하는 문제다. 따라서 입법권이 자의적으로 행사되어 현저하게 불합리하고 불공정한 입법이 되었다고 인정되지 않는 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2016. 3. 31. 2015헌마1056등, 판례집 28-1상, 556, 563-564).

다. 선거권의 제한

선거권도 필요하다고 인정되는 경우에는 그 행사가 법률로써 제한될 수 있다. 그러나 선거권에 대한 제한은, 민주사회 실현에 있어서 선거제도가 가지는 의의 및 비중, 그리고 국민의 선거권보장이 가지는 중요성을 고려하여 매우 엄격한 요건에 따라 한정된 범위에서만 인정되어야 할 것이다.

우리 헌법은 대통령에 입후보할 수 있는 사람의 연령을 40세 이상으로 직접 제한하고 있다(제67조 제4항). 한편, 우리 헌법은 선거권을 행사 가능한 연령에 대하여 따로 명시하고 있지 않고 있고, 따라서 선거연령은 입법자가 법률로써 정하고 있다. 공직선거법은 19세에 도달한 국민에 대하여 선거권을 부여하고 있다(제15조).

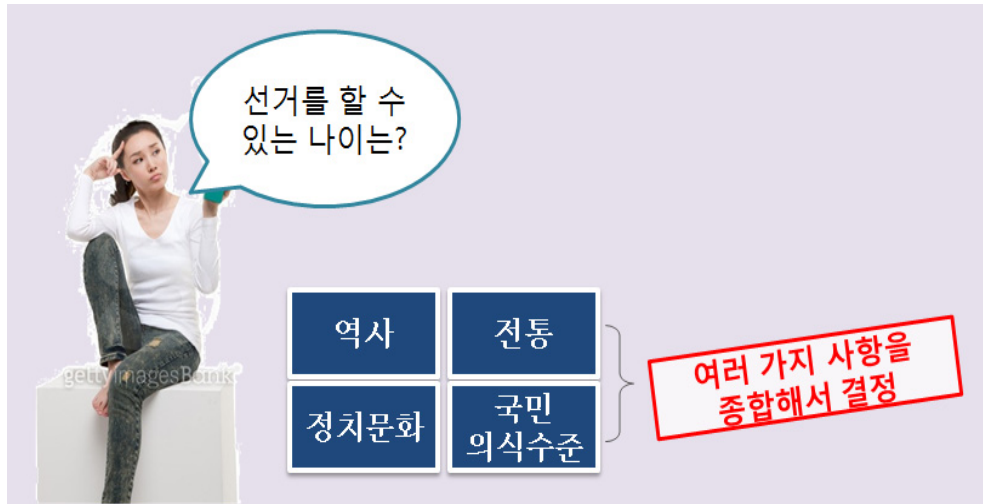
보통선거제도를 채용하고 있는 모든 국가들은 연령에 의한 선거권의 제한을 인정하고 있다. 이와 같이 연령에 의하여 선거권을 제한할 수밖에 없는 것은, 국정 참여수단으로서의 선거권행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

※ 사례: 선거권 행사 연령의 제한



19세인 김주권군은 갓 학교에 입학한 새내기 대학생으로, 새로운 친구들과 사귀고 대학생활에 적응하느라 정신이 없습니다. 대학에 입학한지 얼마 안 되어 4월에 국회의원선거가 실시되었습니다. 대학 입학동기들 중 몇몇은 이번에 투표를 한다고 자랑했지만 주권군은 이번 선거에서 투표권을 행사할 수 없었습니다. 공직선거법에는 만 19세가 되어야 선거권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는데, 주권군의 생일은 10월로, 선거일 당시 선거연령인 19세에 이르지 못했기 때문입니다. 국회의원 선거권은 국민이 국회의원을 뽑을 수 있는 권리로서 주권자인 국민이라면 누구나 행사할 수 있는 헌법상의 권리임에도, 19세에 이르지 못했다고 하여 일률적으로 선거권을 주지 않는 것은 문제가 있다고 주권군은 생각합니다. 그렇다면, 공직선거법이 선거연령을 19세로 제한한 것은 김주권군의 선거권을 침해하는 것일까요?

보통선거원칙이란 재산, 인종, 성별, 종교 또는 전과의 유무 등 사회적 신분을 이유로 선거권의 행사를 제한할 수 없다는 원칙을 말합니다. 그러나 보통선거원칙이 일체의 선거권 제한을 허용하지 않는 의미는 아니며, 선거라는 행위의 의미를 인식하고 정치적 판단능력을 갖출 것을 전제로 하여 합리적인 이유 없이 선거권을 제한해서는 안 된다는 것으로 이해하여야 할 것입니다.



선거를 할 수 있는 나이를 몇 살로 정할 것인지는 나라마다 정치적·법적으로 문제될 수 있는바, 이는 그 나라의 역사와 전통, 정치문화, 국민의 의식수준 등 여러 가지 사항을 종합해서 결정해야 할 것입니다. 우리나라의 과거 공직선거법은 선거를 할 수 있는 나이를 20세 이상으로 규정한 적이 있습니다. 이것이 위헌이라는 주장에 대하여 헌법재판소는 우리의 정치문화와 국민의 의식수준, 성년을 20세로 정하고 있는 당시의 민법규정 등을 고려할 때 보통선거원칙에 어긋나지 않는다고 판단하였습니다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89).

사례에서 김주권군은 선거연령을 19세로 제한하는 것이 부당하다고 생각하지만, 선거연령에 관한 헌법재판소의 판단내용이나 국민의 정치수준 등을 고려하여 국회가 선거연령을 단계적으로 낮추고 있는 현실을 감안하면, 19세로 선거연령을 정한 것이 보통선거의 원칙에 위반된다고 단정하기는 어렵다고 할 것입니다(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174 결정).

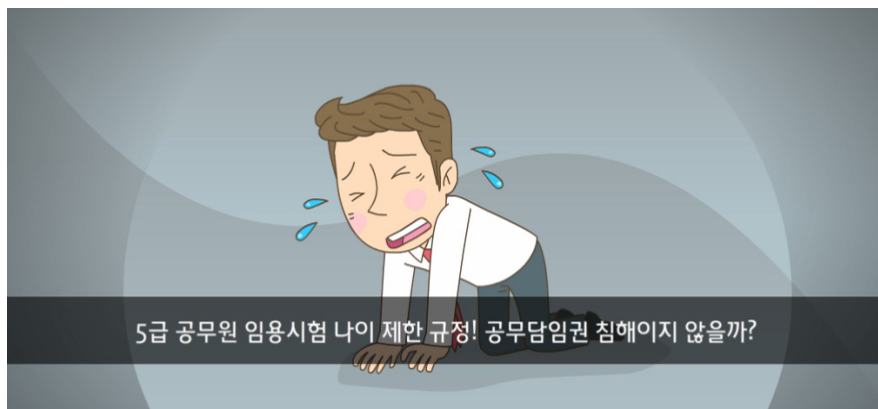
2. 공무담임권

공무담임권이란 공직에 취임하여 공무를 담당할 수 있는 권리로, 입법부·행정부·사법부는 물론 지방자치단체의 구성원으로서 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다.

그런데 헌법에서 모든 국민에게 공무담임권을 보장한다고 하여 모든 국민이 이 규정에 근거하여 곧바로 공직에 취임하여 공무를 담당할 수 있다는 의미는 아니다. 공무담임권은 국민이 원하는 경우에 실제로 공직을 맡을 수 있는 현실적 권리를 보장하는 것이 아니라, 공무담임의 기회를 보장하는 권리의 성격을 갖는 것으로서 국민이 공직을 담당하기를 원한다면 공무담임과 관련하여 차별적이지 않고 균등한 기회를 보장받을 수 있다는 의미이다. 즉, 법에서 정하는 선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 요건을 충족하는 경우에만 공직에 취임할 권리가 보장되는 것이다.

공무담임권은 ① 각종 선거에 입후보하여 공직에 당선될 수 있는 피선거권과 ② 시험 등에 합격하여 공직에 임명될 수 있는 공직취임권으로 나누어볼 수 있다. 특히 공직취임권과 관련해서 공무원을 어떻게 뽑을 것인지가 문제되는데, 시험 등 공직자 선발절차를 통하여 자의적이고 정실적인 인선을 피하고 능력에 따라 선발하는 것(능력주의)을 기본원칙으로 삼아야 한다. 우리 헌법은 이에 관하여 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 정하고 있으며, 국회는 그 헌법 조항에 근거하여 국가공무원법이나 지방공무원법 등 관계 법률을 두고 있다. 이들 법률에서는 공무원의 임용은 시험성적·근무성적 기타 능력의 실증에 따라 행한다고 규정하고 있다. 결국 공직취임권은, 모든 국민에게 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장하는 권리로 이해될 수 있다.

※ 사례: 공무담임권 연령 제한



올해 나이가 서른여섯인 오공직씨는 유능한 은행원이었지만, 공무원이 되기 위해 다니던 직장을 그만두고 5급 공무원 임용시험을 준비하기로 마음먹었습니다. 은행원 경험을 바탕으로 공무원이 되면 지금보다 더 안정적인 것이라고 생각되었기 때문입니다. 그런데 시험에 대한 정보를 찾다 보니, 관련 법률에 따라 시험에 응시할 수 있는 나이가 만 32세로 제한되어 있음을 알게 되었습니다. 나이 제한 때문에 오공직씨는 5급 공무원으로 공직에 취임할 수 있는 기회를 갖지 못하게 된 것이죠. 그렇다면, 5급 공무원 임용시험에 관한 나이 제한 규정은 오공직씨의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 있을까요?

공직에 취임하기 위해서는 선거에서 당선되거나 공무원 임용시험에 합격할 것이 요구될 수 있는데, 선거 또는 시험응시와 관련하여 일정한 조건이 부과될 수 있습니다. 사례와 같이 공무원 임용시험에 응시할 수 있는 나이를 정하는 것이 그 예입니다.

공무원 임용시험 응시연령을 제한하는 것은 공직취임의 기회를 박탈하는 것이므로, 그러한 제한은 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙에 부합되어야 합니다.

응시연령 제한 → 공직취임 기회 박탈

공무담임권의 증대한 제한

→ 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 부합해야 함

헌법재판소는 앞서 9급 공무원시험의 응시연령을 28세까지로 정한 것은 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 바 있습니다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11 결정).

그런데, 사례와 같이 5급 공무원 임용시험의 응시연령을 32세까지로 제한하는 법규정에 대하여, 헌법재판소는 32세까지는 5급 공무원의 직무수행에 필요한 최소한도의 자격요건을 갖추고, 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고는 보기 어렵다고 하

였습니다. 5급 국가공무원을 특별채용할 경우에는 연령의 상한을 제한하지 않았을 뿐만 아니라, 6급 및 7급 공무원 공채시험의 응시연령 상한은 35세까지로 규정되어 있어 그 상급자인 5급 공무원의 채용연령을 32세까지로 제한하는 것을 합리적이라고 볼 수 없기 때문입니다.

이와 같은 이유로, 헌법재판소는 5급 공무원 임용시험 응시연령의 상한을 '32세까지'로 제한하는 것은 기본권 제한을 최소한도에 그치도록 요구하는 헌법 제37조 제2항에 부합된다고 보기 어렵다고 하였습니다(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1105 결정).

이러한 헌법재판소의 결정에 따라 2008년 이후 공무원 임용시험에 응시할 수 있는 나이의 상한을 제한하는 규정이 대부분 폐지되었습니다.

공무원 응시연령제한 '폐지' 확정(2008.10.17.)

국가공무원 응시가능 연령

시험		현행	2009년 이후
5급	행정기술고시	20세 이상~32세이하	20세 이상
	외무고시	20세 이상~29세이하	20세 이상
	입법고시	20세 이상~32세이하	20세 이상
	법원행시	20세 이상~35세이하	20세 이상
7급		20세 이상~35세이하	20세 이상
8급(국회)		18세 이상~32세이하	18세 이상
9급		18세 이상~32세이하	18세 이상



3. 국민투표권

국민투표권이란 직접적인 참정권으로, 특정의 국정사안에 대하여 국민이 직접 그 정책결정에 참가함으로써 주권을 행사할 수 있는 권리를 말한다.

국민투표제도는 국민의 의사를 직접 묻는다는 점에서 외관상 국민주권사상에 가장 충실한 제도로 보일 수 있지만, 실제에 있어서는 '국민적 정당성'을 표방한

독재정치의 수단으로 이용될 수 있는 위험성 또한 적지 않다. 이러한 제도 악용의 우려 때문에 국민투표제도는 헌법 개정이나 중요한 정책 결정과 같이 직접적인 국민 의사의 확인이 필요한 경우에 한하여 예외적으로 인정되고 있다.

우리 헌법은 대의제도에 기초한 간접민주주의를 원칙으로 하면서도, 제한적으로 국민투표제도를 도입함으로써 국민이 직접 주권을 행사할 수 있는 기회를 부여하고 있다. 현행 헌법은 ① 대통령이 필요하다고 인정하는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 결정하는 경우(제72조)와 ② 헌법개정안을 확정하는 경우(제130조 제2항)에 국민투표권을 인정한다.

II. 청구권

1. 청구권

가. 의미

청구권 또는 청구권적 기본권은 국민이 국가에 대하여 권리보호의 요청과 같은 일정한 행위를 청구할 수 있는 절차적 권리를 말한다. 청구권은 다른 기본권의 보호를 위한 기본권이기 때문에 ‘기본권을 보장하기 위한 기본권’, ‘권리구제를 위한 기본권’ 등으로 불리기도 한다.

우리 헌법은 청구권으로 청원권(제26조), 재판청구권(제27조), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조), 범죄피해자구조청구권(제30조), 구속적부심사청구권(제12조 제6항), 손실보상청구권(제23조 제3항) 및 헌법소원심판청구권(제111조 제1항 제5호) 등을 규정하고 있다.

나. 법적 성격

청구권은 국민이 국가에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 구체적인 권리로서의 성격을 가지는 한편, 실정법상 절차를 통하여 실제적 기본권의 보호를 실

현하고자 하는 객관적 제도로서의 성격도 가지고 있다.

청구권은 실체적 기본권을 전제로 하여 그 실질적 보장을 위해 마련된 것이기 때문에 실체적 기본권의 침해 및 침해의 위험을 전제로 하는 것이 일반적이다. 예를 들어 재판청구권은 구체적 법적 권리의 침해를 전제로 하며, 국가배상청구권은 공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해의 배상을 전제로 하고 있다.

다. 주체

청구권을 가지며 행사할 수 있는 자, 즉 청구권의 주체는 일반적으로 대한민국 국민이다. 그러나 재판청구권처럼 개별 청구권의 성격에 따라 외국인도 자신의 실체적 기본권의 실현을 위하여 주체로 인정될 수 있다.

또한 회사와 같은 법인도 기본권의 성질상 적용이 가능한 경우에는 그 주체가 될 수 있다. 하지만, 형사보상청구권은 신체의 구금을 전제로 하여 법인에게 적용될 수 없는 기본권이므로 법인이 그 주체가 될 수 없다.

라. 청구권의 제한과 그 한계

청구권 역시 다른 기본권과 마찬가지로 기본권 제한의 일반원리에 따라 헌법 제37조 제2항에 근거하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 청구권은 법률에 따라 보장되는 권리이지만 헌법이 명시적으로 보호하는 기본권이기 때문에 그 본질적 내용을 배제하는 것은 인정될 수 없다.

한편, 헌법규정에 의하여 청구권이 직접 제한되는 경우도 있다. 예를 들어 헌법 제29조 제2항에는 국가배상청구권을 인정하면서 군인, 군무원, 경찰공무원 등 특수지위관계에 있는 자에 대하여 헌법상 직접 배상청구를 제한하는 규정이 있으며, 재판을 받을 권리에 관해서도 일정한 경우의 군사재판과 관련하여 헌법상 직접적인 제한 규정이 있다.

2. 청원권

가. 의미

헌법 제26조는 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다”라고 규정하고, 제2항에서 “국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다”라고 규정하고 있다. 청원권은 국민이 공권력과 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계 또는 국정에 관해서 국가기관·지방자치단체와 그 소속기관·행정권을 갖는 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에 의견이나 희망을 진술할 수 있는 권리이다. 우리 헌법은 문서로 청원하도록 한 것 이외에는 청원의 형식을 제한하지 않으며, 대리인이나 중개인 등 제3자를 통한 청원도 금지되지 않는다.

나. 내용

청원권에는 국가기관이 청원을 수리하고 심사할 뿐만 아니라, 청원자에게 그 처리결과를 통지할 것을 요구할 권리도 포함된다. 하지만, 청원 사항의 처리결과에 심판서나 재결서에 준할 정도의 이유를 명시할 것까지 요구할 권리는 포함되지 않는다. 왜냐하면 국민 누구나 제기할 수 있는 민중적 청원제도는, 엄격한 절차와 형식을 요구하는 재판절차나 다른 준사법적 구제절차와는 성질이 다르기 때문이다.

그러므로 청원을 담당하는 관공서는 청원법이 정하는 절차와 범위 내에서 청원 사항을 성실·공정·신속하게 심사하고, 청원인에게 그 청원을 어떻게 처리하였는지, 또는 어떻게 처리하려 하는지를 알 수 있는 정도로 결과를 통지하는 것으로 충분하며, 처리결과의 이유를 구체적으로 상세하게 기재할 의무는 없다.

다. 청원권의 제한과 그 한계

청원권의 구체적 내용은 국회에서 법률을 제정하는 것과 같은 입법활동에 의해 형성되고 이러한 입법에는 폭넓은 재량이 인정된다. 하지만, 법률로써 청원권을 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 준수되어야 한다.

※ 사례: 청원을 위한 국회의원의 소개

청구인은 국가를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다가 청구기각의 판결을 받았는데, 소액사건이라는 이유로 판결문에 이유가 기재되어 있지 않았습니다. 청구인은 소액사건의 판결문에도 판결이유를 기재하여야 한다는 취지의 입법청원을 하려고 하였으나, 국회법에는 국회에 청원하는 경우 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 한다고 되어 있어, 위 국회법조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하게 되었습니다.

이 사건에서 헌법재판소는 “청원권의 구체적 내용은 입법활동에 의하여 형성되며, 입법형성에는 폭넓은 재량권이 있으므로 입법자는 청원의 내용과 절차는 물론 청원의 심사·처리를 공정하고 효율적으로 행할 수 있게 하는 합리적인 수단을 선택할 수 있는바, 의회에 대한 청원에 국회의원의 소개를 얻도록 한 것은 청원 심사의 효율성을 확보하기 위한 적절한 수단이다.”라고 하고, 또한 “청원은 일반의안과 같이 처리되므로 청원서 제출단계부터 의원의 관여가 필요하고, 의원의 소개가 없는 민원의 경우에는 진정으로 접수하여 처리하고 있으며, 청원의 소개의원은 1인으로 족한 점 등을 감안할 때, 국회에 청원을 하려는 자의 청원권을 침해한다고 볼 수 없다.”라고 하였습니다(헌재 2012. 11. 29. 2012헌마330 결정).

3. 재판청구권

가. 의미

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고, 제2항은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

재판청구권, 또는 재판을 받을 권리는 법치국가의 실현을 위한 가장 필수적인 기본권이다. 예를 들어 어떤 사람이 다른 사람에게 돈을 빌려줘서 정해진 시기에 이자를 갚을 것을 요구할 권리가 있다고 하더라도, 돈을 빌린 사람이 스스로 돈을 갚지 않을 때에는 그러한 권리를 구체적으로 실현해 줄 절차를 밟을 권리가 필요하기 때

문이다. 우리 국민은 법이 보장하는 권리가 침해되었을 때에는 헌법상 재판청구권을 행사함으로써 법원의 재판절차를 통해서 권리를 실현하고 침해된 권리를 구제받을 수 있다. 이러한 이유에서 재판청구권은 법치국가의 꽃에 비유되기도 한다.

재판을 받을 권리에서 말하는 ‘재판’이란 분쟁의 대상이 되는 사실관계를 확정하고, 확정된 사실관계에 법률을 해석하여 적용하는 것을 본질로 한다. 따라서 재판청구권은 법관으로부터 사실적 측면과 법률적 측면에서 적어도 한 차례의 판단 기회를 보장받는 것을 핵심적인 내용으로 한다. 만일 이러한 기회가 제대로 보장되지 않는다면, 재판청구권의 본질적 내용이 침해된다. 하지만 법관에 의한 사실적 측면과 법률적 측면에서의 판단 기회가 주어졌다고 해서 그것만으로 충분한 것은 아니다.

나. 내용

(1) 법관에 의한 재판

우리 헌법은 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판’을 기본권으로 보장하고 있다.

여기에서 ‘법관’은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의해 임명되고 신분이 독립된 법관이어야 한다. 만약, 법관이 사건의 당사자 중 한쪽과 친분이 있다면, 그 법관은 독립적이며 중립적인 법관으로서 판단을 내리지 못할 가능성이 높기 때문에 다른 쪽 당사자가 해당 법관을 교체해 줄 것을 요구할 수 있어야 한다.

(2) 법률에 근거한 재판

재판은 법관의 개인적인 상식이나 감정에 근거한 것이 아니라 헌법과 법률에 의한 재판이어야 한다. 이때 ‘법률’은 헌법에 합치하는 것이어야 하기 때문에, 사건에 적용하고자 하는 법률이 헌법에 위반된다는 합리적인 의심이 들면 법관은 헌법재판소에 위헌 여부를 물어 그에 따라 재판을 해야 한다.

(3) 신속하고 공개적인 재판

나아가 국민은 신속하고 공개적인 재판을 받을 수 있어야 한다. 지연된 재판은 이기더라도 시급한 조치를 필요로 하는 당사자에게 아무런 소용이 없는 경우가 있을 수 있고, 재판의 공개는 공정한 재판을 보장하는 전제가 되기 때문이다.

공개재판의 원칙은 변론, 증거조사, 판결 등 소송의 심리 및 재판을 일반인이

방청하도록 허용하는 것으로, 헌법상 재판의 공정성을 확보하고 사법권에 대한 국민의 신뢰를 높이는 것을 목적으로 한다.

다만, 재판의 신속 내지 효율성만을 강조하여 재판의 공정 내지 적정을 훼손하는 일이 있어서는 아니 될 것이므로, 헌법 제27조 제3항의 “신속한 재판”은 공정하고 적정한 재판을 하는 데 필요한 기간을 넘어 부당하게 지연됨이 없는 재판을 말한다.

※ 배심재판

재물손괴 및 공무집행방해죄로 형사재판을 받던 피고인이 합의부 관할사건이 아니라는 이유로 국민참여재판을 받지 못하자, 헌법소원심판을 청구하였습니다. 청구인은 어떤 기본권의 침해를 주장할 수 있을까요?



여러분은 미국의 법정 영화에서, 직업법관이 아닌 일반 국민이 배심원으로 재판에 참여하는 장면을 보신 적이 있으신가요? 우리나라에서도 2008년부터 일반국민이 배심원단으로 형사재판에 참여하는 국민참여재판 제도가 시행되고 있죠. 다만, 우리나라의 국민참여재판은 배심원의 유무죄 평결에 재판부가 구속되지는 않습니다.

일반 국민이 배심원으로 재판에 참여해 유무죄 여부를 가리게 되는 배심재판에 관하여, 우리 헌법은 아무런 규정을 두고 있지 않습니다.

헌법재판소는 법관에 의한 재판을 받을 권리를 신분이 보장되는 직업 법관에 의한 재판을 받을 권리로 이해하고, ‘국민참여재판을 받을 권리’는 헌법 제27조 제1항의 재판을 받을 권리에 의해 보호되지는 않는다고 했습니다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌바447

결정 등). 다만, 국민참여재판은 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높인다는 취지에서, 직업법관에 의한 형사재판 중 일부에 일반국민도 배심원으로서 참여할 수 있도록 ‘법률’로 마련한 것입니다.

따라서 재물손괴 및 공무집행방해죄로 형사재판을 받던 피고인이 합의부 관할사건이 아니라는 이유로 국민참여재판을 받지 못하자, 헌법소원심판을 청구한 사건에서, 헌법재판소는 재판청구권이 아닌 평등권 침해 여부를 심사하였고, “국민의 사법참여제도를 어느 형태로든 실시해온 국가들을 보면 국가의 역사와 전통, 문화, 국민의 법감정 및 공감대, 정치상황, 관습 등에 따라 사법참여제도가 오랜 시간에 걸쳐 발전되고 정착되어 왔는데, 그 역사가 7년 정도로 짧은 우리나라의 입장에서 성급하게 특정한 틀로 확정하는 것보다는, 여러 형태의 장단점과 특징을 충분히 비교·분석하여 우리 실정에 맞는 제도로 정착시켜야 한다. 국민참여재판 대상사건의 범위를 결정함에 있어서도 실제 법원에서 충실하게 심리 가능한 사건의 규모를 예상하여 대상사건의 범위를 정하지 아니하고서는, 향후 우리나라 실정에 맞는 국민의 사법참여제도의 정착을 위한 의미있는 경험을 축적하지 못하며, 사건처리에 압도되어 국민의 사법참여를 실질적으로 보장하지 못하는 명목상 제도에 그치게 될 우려가 있다.”는 이유로 합헌결정을 하였습니다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌바447 결정).

다. 재판청구권의 구체적 형성과 그 한계

(1) 입법재량 및 그 한계

헌법 제27조 제1항에 따른 “법률에 의한” 재판을 받을 권리를 보장하기 위해서는 소송절차에 관한 법률에서 그 내용을 구체적으로 형성할 수밖에 없고, 여기에는 입법자의 폭넓은 재량이 인정된다.

다만, 재판을 받을 권리에 관한 구체적 입법에는, 완화된 의미에서라도 헌법 제37조 제2항이 정하는 비례의 원칙이 준수되어야 하며, 특히 이러한 입법은 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되고, 상당한 정도로 권리 구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다.

(2) 심급제도와 대법원의 재판을 받을 권리

심급제이란 심사의 급수가 다른 법원에서 여러 번 재판을 받을 수 있도록 하는

제도로써, 소송절차를 신중하게 하여 재판의 공정성을 확보하고 판사의 오판을 막기 위한 것이다. 이러한 심급제도는 하급심 법원의 판단을 상급심 법원의 판단으로써 교정할 수 있는 기회를 부여하며, 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위한 수단이 된다.

따라서 심급제도는 사법이라는 한정된 국가자원을 어떻게 효율적으로 활용하고 합리적으로 분배할 것인지를 관점에서 ‘신중하고 타당한 판단의 이익’과 ‘신속하고 종국적인 판단의 이익’이라는 서로 반대되는 법익을 고려하여 사건의 성질과 경중에 따라 입법자가 구체적으로 정하여야 한다.

헌법 제101조 제2항은 대법원을 최고법원으로 규정하고 있지만, 이것이 곧 대법원이 모든 사건을 상고심으로 관할하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 헌법 제102조 제3항에 따라 법률로 정할 “대법원과 각급 법원의 조직”에는 그 관할에 관한 사항도 포함되며, 따라서 대법원이 어떤 사건을 제1심, 또는 상고심으로 관할할 것인지는 입법자가 법률로써 정할 수 있기 때문이다.

※ 사례: 대법원의 재판을 받을 권리

김구제 씨는 직장 상사와의 의견 충돌 뒤 회사를 그만두게 되었습니다. 김구제씨는 자신이 다녔던 회사를 상대로 300만 원 가량의 퇴직금을 지급해줄 것을 청구하는 소를 제기하였는데요. 김구제씨는 제1심에서는 승소 판결을 받았으나 제2심에서 패소하였기 때문에 제3심인 대법원의 판단을 받고자 하였습니다. 그러나 김구제씨의 사건은 소액사건심판법에 따라 대법원에 상고할 수 없는 경우에 해당되었습니다. 결국 김구제씨는 제2심의 패소 판결에 따라 회사로부터 퇴직금을 받을 수 없게 되었습니다.



김구제씨는 자신에게도 제2심 판결을 바로잡을 수 있는 기회가 주어져야 하는데, 소송금액이 적다는 이유로 대법원에 상고할 기회를 제한 받음으로써 헌법상 재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장합니다. 여러분은 어떻게 생각하시나요?

헌법재판소는 상고제도가 산만하게 이용되기보다 좀 더 크고 국민의 법률생활의 중요한 영역의 문제를 해결하는데 집중적으로 투입 활용되어야 할 공익상의 요청과 신속·간편·저렴하게 처리되어야 할 소액사건절차 특유의 요청 등을 고려할 때 위와 같은 상고제한이 헌법에 위반되는 것은 아니라고 판단하였습니다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌마161 결정 등).

4. 형사보상청구권

가. 의미

헌법 제28조는 “형사피의자나 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

국가는 범죄를 규명하고 형사소추의 과제를 이행하는 과정에서 소추기관의 귀책사유의 여부와 관계없이, 형사책임을 추궁당할 이유가 없는 자를 구금하는 과오를 범할 수 있다. 형사보상청구권은, 범인이 아닌 사람이 범죄혐의자나 범죄인으로 취급되어 구금을 당한 경우에 이로 인하여 입은 물질적·정신적 피해에 대한 보상을 국가에 청구할 수 있는 권리이다.

나. 입법재량의 한계

형사보상청구의 구체적 절차에 관한 입법은, 단지 형사보상을 청구할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되고, 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다.

따라서 형사보상청구에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가의 문제는 원

칙적으로 입법권자인 국회의 재량에 맡겨져 있는 것이지만, 그 기간이 지나치게 단기간이거나 불합리하여 무죄재판이 확정된 형사피고인이 형사보상을 청구하는 것을 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다면, 입법재량의 한계를 넘어 헌법상 형사보상청구권을 침해하는 것이다.

헌법재판소는 형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 규정하고 있던 형사보상법 제7조가 헌법 제28조에 위반된다고 보아 헌법불합치결정을 선고하였고(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가4 결정), 지금은 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에서 보상청구의 기간을 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하도록 규정하고 있다.

5. 국가배상청구권

헌법 제29조 제1항은, “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고, “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 공무원의 직무상 불법행위에 대해 공무원 개인의 책임 이외에 국가 또는 공공단체의 책임을 인정하는 것은 법치주의의 실현이라는 측면에서 중요한 의미를 갖는다. 즉, 국가배상책임을 인정하는 것은, 한편으로 불법적인 국가 활동에 의한 국민의 기본권 침해를 구제하고, 다른 한편으로는 국가가 불법적인 국가활동을 방지하기 위한 적극적 노력을 도외시킬 수 없도록 한다는 점에 의미가 있다.

Ⅲ. 사회적 기본권

1. 사회적 기본권

가. 의미

개인이 누리는 진정한 자유는 살아가는데 필요한 일정 수준 이상의 삶의 질이 보장되지 않고는 사실상 불가능하다. 우리 헌법은 국가에 대하여 생활이 어려운 국민이 적어도 최소한의 “인간다운 생활”을 꾸려갈 수 있도록 일정한 조치를 취할 것을 명하고 있는데 이렇게 기본적인 생존이나 일정한 삶의 질을 보장받기 위하여 물질적 급부 등 국가의 적극적 조치를 요구할 수 있는 국민의 권리를 사회적 기본권이라고 한다. 즉 사회적 기본권은 기초적이면서도 생존의 실질적 전제로서의 기본권이라 할 수 있는데, 오늘날 사회문제의 해결에 있어서 국가의 적극적인 개입과 역할이 요청되면서, 사회적 기본권의 중요성도 같이 커지고 있다.

나. 특징

첫째로 사회적 기본권은 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 예를 들어 언론·출판의 자유나 양심의 자유와 같은 자유권적 기본권은 국가권력의 침해에 대한 소극적인 방어를 통해 보호될 수 있지만, 사회적 기본권은 국가가 복지정책을 적극적으로 추진할 때 비로소 실현될 수 있다. 둘째, 사회적 기본권은 그 내용과 절차가 법률로 뒷받침되어야 한다. 헌법은 사회적 기본권의 내용이나 절차에 대하여 구체적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 사회적 기본권은 입법을 통해서 구체화되는 기본권이라고 할 것이다. 셋째로 사회적 기본권은 국가의 재정적 지원을 필요로 하는 기본권이다. 다시 말해서, 이 기본권은 국가의 경제적 여건과 재정적 능력에 따라서 그 실현 여부와 정도가 결정된다.

2. 인간다운 생활을 할 권리

가. 의미

우리 헌법 제34조는 제1항에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 여기서 인간다운 생활을 할 권리란, 국민이 국가에 대하여 자신의 생존에 필요한 최소한의 물질적 급부를 청구할 수 있는 권리를 말한다.

인간이 인간답게 살고, 실제로 헌법에서 보장된 자유를 누리며 살기 위해서는 기본 전제로 최소한의 물질적인 조건이 갖추어져야 한다. 인간다운 생활을 할 권리는, 국가가 모든 국민에게 물질적인 최저생활을 보장해 줌으로써 모든 국민이 자율적으로 생활을 꾸려나갈 수 있는 밑바탕을 마련해 준다는데 그 존재의의가 있다.

국가가 국민 개인에 대하여 어느 정도의 삶을 보장해야 헌법상 인간다운 생활을 할 권리가 실현되었다고 볼 수 있는지에 대하여는 사람마다 의견이 다를 수 있다. 우리 헌법이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리로서 현 단계에서 그 이상의 문화적 생활까지 보장하는 것으로 보기는 어렵다. 그러나 국가재정이 뒷받침된다면, 국가가 문화적 생활까지 보장하는 것은 가능하다고 할 것이다.

나. 사회국가와 사회보장제도

헌법 제34조 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정하고 있다. 사회보장제도는 모든 국민이 다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 개인의 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것을 기본이념으로 하고 있다.

오늘날 국가는 우리 사회에서 절대빈곤 상태에 있는 소외된 사람들의 생존을 도모하고 생존의 기초가 마련된 사람의 경제적 자립을 지원할 의무를 부담한다. 이는 우리 사회의 통합을 촉진하고 모두가 더불어 사는 공동체를 만들기 위해 요청되는 국가의 역할이기도 하다. 이러한 역할을 수행하는 국가를 ‘사회국가’라고

부른다.

헌법재판소는 ‘사회국가’를 “사회정의의 이념을 헌법으로 수용한 국가, 사회현상에 대해 방관하는 국가가 아니라 정의로운 사회질서를 만들기 위해 사회현상에 관여하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로 국민 개개인이 실제로 자유를 행사할 수 있도록 그 조건을 마련할 의무가 있는 국가”라고 정의하고 있다.

사회국가의 과제 중 핵심은 바로 사회보장 및 사회복지의 증진을 통한 ‘사회적 안전망’의 확보이다. 국가는 질병, 사고, 노령, 실업 등의 사유로 국민 개개인에게 발생하는 위험에 대하여 사회보장제도를 통한 사회적 안전망을 제공할 의무를 부담한다.

3. 교육을 받을 권리

가. 교육의 의미와 가치

헌법은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 하여 ‘교육을 받을 권리’를 규정하고 있다. 교육이란 사람이 살아가기 위하여 필요한 지식이나 기술 등을 가르치고 배우는 활동으로, 국민이 사회공동체 구성원으로서 행복한 삶을 영위하는 전제가 된다. 교육은 인간이 배움을 통하여 보다 나은 생활을 꾸리는 데 도움을 준다.

나. 교육을 받을 권리의 내용

교육을 받을 권리란 교육을 받을 수 있도록 국가의 적극적인 행위를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 이는 국가에 의한 교육여건의 개선정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요구할 수 있는 권리이다.

교육을 받을 권리는 우선 ‘능력’에 따라 ‘균등’하게 ‘교육’을 받을 권리를 그 내용으로 하고 이를 실현하기 위하여 교육을 받게 할 의무, 무상 의무교육, 국가의 평생교육 진흥의무 등을 그 내용으로 규정하고 있다.

‘능력’에 따라 교육을 받을 권리란 개인적 성향·능력 및 정신적·신체적 발달상황을 고려하여, 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것을 의미한다.

그리고 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다고 할 때 ‘균등’이란 우선 능력에 따른 차별 이외에 성별·종교·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별받지 않는다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 소극적 차별금지에 그치지 않고, 더 나아가 국가가 모든 국민이 균등한 교육을 받을 수 있도록 각종 교육 시설을 설치·운영하고 특히 능력은 있으나 경제적 사정이 어려운 사람들이 실질적인 평등교육을 받을 수 있도록 장학정책 등을 적극적으로 시행해야 한다는 것을 말한다.

마지막으로 교육을 받을 권리의 대상이 되는 ‘교육’은 가정교육, 학교교육, 사회교육 등을 포함하는 매우 넓은 의미의 교육을 뜻하지만, 이 중에서도 교육체계가 제도적으로 구비된 학교교육이 가장 중요하다.

다. 의무교육

헌법 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”고 하여 의무교육을 규정하고, 같은 조 제3항은 “의무교육은 무상으로 한다.”고 하여 무상 의무교육을 규정하고 있다.

헌법재판소는 무상의 범위와 관련하여, “헌법 제31조 제3항에 규정된 의무교육 무상의 원칙에 있어서 무상의 범위는 헌법상 교육의 기회균등을 실현하기 위해 꼭 필요한 비용, 즉 모든 학생이 의무교육을 받음에 있어서 경제적인 차별 없이 수학하는 데 반드시 필요한 비용에 한하며, 수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 기반 및 그 기반을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원마련 및 의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 반드시 필요한 비용은 무상의 범위에 포함된다.”고 판시하였다.

※ 사례: 학교운영지원비 납부와 의무교육 무상원칙



무상 의무교육에 관한 사례를 살펴보겠습니다. 중학생 1학년 아들을 두고 있는 나기본씨는 아들이 다니는 공립 중학교인 청솔 중학교에 학교운영지원비를 정기적으로 냈는데요. 나기본씨는 이러한 학교운영지원비 납부는 의무교육 무상원칙에 반하는 것이 아닐까 하는 생각이 들었습니다.

헌법재판소는 학교운영지원비는 그 운영상 교원연구비와 같은 교사의 인건비 일부와 학교회계직원의 인건비 일부 등 의무교육과정의 인적기반을 유지하기 위한 비용을 충당하는데 사용되고 있다는 점, 학교회계의 세입상 현재 의무교육기관에서는 국고지원을 받고 있는 입학금, 수업료와 함께 같은 항에 속하여 분류되고 있음에도 불구하고 학교운영지원비에 대해서만 학생과 학부모의 부담으로 남아있다는 점, 학교운영지원비는 기본적으로 학부모의 자율적 협찬금의 외양을 갖고 있음에도 그 조성이나 징수의 자율성이 완전히 보장되지 않아 기본적인 학교 교육에 필요한 비용에 가깝게 운영되고 있다는 점 등을 고려해보면, 이는 의무교육 무상원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.”고 하였습니다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220 결정).

4. 근로의 권리

가. 의미

우리 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.”고 규정하고 있다.

모든 국민은 헌법 제32조에 따라 ‘근로의 권리’를 가진다. 근로의 권리란, 국가의 개입간섭을 받지 않고 자유로이 근로를 할 자유와, 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하는 정책을 수립해 줄 것을 요구할 수 있는 권리 등을 기본적 내용으로 하며, 이는 ‘일할 자리에 관한 권리’와 ‘일할 환경에 관한 권리’를 포함한다.

근로의 권리가 갖는 의미는 단순히 인간의 생활수단을 확보하는데 그치지 않는다. 왜냐하면 개인은 노동을 통해 생활에 필요한 소득을 얻을 뿐만 아니라, 인격을 자유롭게 발현하고 존엄성을 가진 인간으로서 생활할 수 있기 때문이다.

※ 근로의 권리와 해고예고제도



해고예고제도의 적용대상 등을 결정하는 것이 입법정책에 관한 문제로 입법자에게 입법형성권이 있다 하더라도, 근로의 권리를 보호하여야 하는 입법자로서는 해고예고제도를 마련함에 있어 사용자와 근로자의 이익을 고려하여 조화와 균형을 유지하여야

한다. 사용자에게 해고예고 의무를 부담하도록 하는 것은 절차적 측면에서 해고를 규율하는 것일 뿐 해고 자체를 금지하는 것은 아니고, 예고기간이 30일에 불과하고 해고 예고수당으로 대체할 수도 있는 점 등에 비추어 보면 지나친 제한이라 보기 어렵다. 반면, 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 경우 해고예고제도 적용대상에서 제외되면 전형적 상용근로자임에도 불구하고 단지 근무기간이 6개월이 되지 아니하였다는 이유만으로 아무런 예고 없이 직장을 상실하게 될 수 있다.

그렇다면 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고제도의 적용대상에서 배제하고 있는 심판대상조항은, 입법자가 근로자에 대한 보호의무에서 요구되는 최소한의 절차적 규율마저 하지 아니한 것으로 입법재량권의 행사에 있어 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것이라고 보아야 한다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553, 557-558).

나. 내용

근로의 권리의 구체적인 내용은 아래와 같다.

첫째, 국가의 고용증진의무이다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진을 위하여 노력할 의무가 있다. 예를 들어 국가가 노동시장정책 운용에 있어서 적극적으로 청년의 고용증진 방안을 연구·개발하는 이유는 이러한 헌법상 의무에 근거한 것이다.

둘째로, 적정임금의 보장과 최저임금제의 시행이다. 적정한 임금의 보장은 근로자에게 있어서 무엇보다도 중요하다. 그런데 어느 정도의 임금수준을 적정하다고 할 것인지가 문제된다. 임금의 적정성은 경제적 여건에 따라 다를 수밖에 없기 때문에 획일적으로 정할 수는 없다.

다만, 적정임금이란 일반적으로 근로자와 그 가족이 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 영위하는 데 필요한 정도의 임금수준을 말한다고 할 수 있을 것이다.

헌법 제32조 제1항 제2문 후단은 “최저임금제를 시행하여야 한다.”고 규정하고 있다. 최저임금제란, 국가가 임금의 최저한도를 정하고 사용자는 그 이하의 임금으로 근로자를 고용하지 못하도록 함으로써 근로자의 물질적인 최저한의 생활을 보장하려는 제도를 말한다.

셋째는 근로조건의 기준에 대한 법정주의이다. 우리 헌법 제32조는 제3항에서 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 근대 자본주의시대에는 근로조건에 대한 결정을 규제 없이 사용자와 근로자의 자율에 맡김으로써 사용자와 근로자 간에 임금, 근로시간, 후생, 해고 등 근로조건에 관하여 자유롭게 계약을 체결하였다. 그 결과로 우월한 지위에 있는 사용자에 의한 임금착취, 열악한 근로환경에서의 장시간 노동의 강요, 그리고 임의적 해고와 같은 부작용이 발생하였다.

이러한 피해를 시정하고 근로자의 권익을 보호하고자 헌법 제32조 제3항은 근로조건의 기준을 ‘인간의 존엄성을 보장하도록’ 법률로써 정할 것을 명하고 있는데, 이에 따라 제정된 대표적인 법률로는 근로기준법이 있다.

넷째는 여성근로자의 보호와 차별대우의 금지이다. 헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 관련 법률에서는 생리휴가, 임신부 근로의 보호, 출산휴가 및 육아휴직 등 여러 제도들을 규정하고 있다.

한편, 헌법 제32조 제5항은 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.”고 규정하여 연소자의 근로를 특별히 보호하고 있으며, 같은 조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정하고 있다.

5. 근로3권

가. 의미

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있다. 근로3권이란 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 자주적으로 단체를 결성하고, 그 단결체를 통하여 사용자와 교섭하며, 교섭이 원활하게 이루어지지 않을 경우 단체행동을 할 수 있는 권리를 말한다.

나. 기능

근로3권의 보장은 무엇보다도 근로자에게 사용자와 대등한 지위에서 임금 등 근로조건에 관하여 교섭할 수 있게 함으로써 근로자의 권익을 보호해 준다는데 그 의의가 있다. 노동력이 생활의 수단인 근로자에게 근로3권의 보장은 곧 근로자가 인간다운 생활을 할 수 있는 제도적 기초로서의 의미를 갖는다.

다. 내용

근로3권은 단결권, 단체교섭권, 그리고 단체행동권으로 구성되어 있다.

단결권은 근로자들이 근로조건의 유지·개선을 위하여 사용자와 대등한 교섭력을 가질 목적으로 단체를 결성하고 이에 가입할 권리를 말한다. 단체교섭권은 근로자들이 단결체의 이름으로 사용자나 사용자단체와 근로조건에 관하여 자주적으로 교섭할 수 있는 권리를 말한다.

단체교섭권은 근로자들이 단결체의 이름으로 사용자나 사용자단체와 근로조건에 관하여 자주적으로 교섭할 수 있는 권리를 말한다.

단체행동권이란, 노동쟁의가 발생한 경우 쟁의행위를 할 수 있는 쟁의권을 말한다. 이는 근로자가 그 주장을 관철하기 위하여 파업과 같이 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리라고 할 수 있다.

라. 헌법상 제한

헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 하여 공무원의 근로3권을 제한하고 있다. 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 공무원의 근로3권을 법률로써 제한하는 것이다.

그리고 헌법 제33조 제3항은 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 규정하여 특정 산업영역에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하고 있다.

6. 환경권

우리 헌법 제35조는 제1항에서 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 여기서 환경권은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로 양호한 환경을 향유할 권리, 생명, 신체의 자유를 보호하는 토대로서 궁극적으로 삶의 질 확보를 목표로 하는 권리를 말한다.

환경권의 보호를 받는 대상이 되는 ‘환경’에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다. 생활환경에는 소음, 진동 등 사람의 일상생활에서 발생하는 소음도 포함되는데, 선거운동에서 후보자들이 확성장치를 사용하면서 내는 소음을 그 예로 들 수 있다. 즉, 일상생활에서 소음을 제거, 방지하여 평온한 환경에서 생활할 권리도 환경권에 포함된다.

7. 혼인과 가족에 관한 권리

헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고, 제2항에서는 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다.

헌법재판소는 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.”고 하였다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정).

8. 보건에 관한 권리

헌법 제36조는 제3항에서 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있다.

이에 따라 국민은 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가의 급부를 요구할 수 있다. 즉, 국가는 국민의 건강을 침해해서는 아니 될 의무를 부담하고, 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행할 의무를 부담한다.

04. 헌법재판론 I

(위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판)



04

헌법재판론 I

(위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판)

대한민국 헌법

제107조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판
3. 정당의 해산 심판
4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

헌법재판소법

제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.

I. 법원의 제청에 의한 위헌법률심판절차

1. 위헌법률심판절차의 의미

가. 정의

법원은 각종 재판에서 판단을 내려 분쟁을 해결하는 역할을 하는데, 무엇에 따라 판단을 하게 되는가? 민사상 분쟁이 생겼을 때, 형사상 범죄행위를 하였는지가 문제될 때, 행정관청이 국민에게 한 어떤 조치가 법에 위반되는지 여부가 문제될 때, 법원은 헌법과 법률에 의한 재판으로써 문제를 해결한다. 헌법은 국내법에서 최고의 효력을 가지는 규범이므로 법률도 그 내용이 헌법에 반해서는 안 된다.

그런데 구체적인 소송사건에서 법원이 재판에 적용하는 법률 그 자체가 헌법에 위반되는 경우, 어떤 절차에 따라 이 문제를 해결해야 할까?

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라고 규정하고 있다. 또 헌법 제111조 제1항 제1호는 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판”을 헌법재판소의 관장사항으로 정하고 있다.

위헌법률심판은 이와 같이 헌법재판소가 법원의 제청에 따라 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심판하는 절차를 말한다. 헌법재판소는 이러한 유형의 심판절차에 대하여 ‘**헌가**’의 사건번호를 부여하고 있다.

나. 규범통제제도의 종류

위헌법률심판은 의회가 제정한 규범을 헌법에 의해 통제한다는 의미를 가진다. 이러한 의미에서 위헌법률심판을 규범통제제도라고 부르기도 하는데, 규범통제제도는 그 구조와 절차에 따라 구체적 규범통제제도와 추상적 규범통제제도로 나누어진다.

구체적 규범통제제도는 어떤 법률이 일반법원에서 심리되는 소송사건의 **재판의 전제가 되는 경우** 그 법률이 헌법에 위반되는지를 심판하는 제도이다.

추상적 규범통제제도는 어떤 법률이 일반법원에서 심리되는 소송사건의 **재판의**

전제가 되지 않는 경우에도 그 법률이 헌법에 위반되는지를 심판하는 제도이다.

우리 헌법과 헌법재판소법에 규정된 위헌법률심판은 구체적 규범통제제도에 해당한다. 구체적 규범통제제도에서는 심판대상이 되는 규범의 위헌 여부 판단에 들어가기 위한 적법요건으로서 **재판의 전제성**이 인정되어야 한다.

여기에서는 위헌법률심판의 구체적인 절차, 그 심판대상이 되는 규범의 범위, 그리고 구체적 규범통제제도의 적법요건인 재판의 전제성에 대하여 차례로 살펴 보고자 한다.

2. 위헌법률심판의 절차

가. 법원의 제청

위헌법률심판절차는 법원에서 심리되는 구체적인 소송사건을 전제로 하여, 그 사건을 담당하는 법원이, 문제되는 법률조항이 위헌인지 여부에 대한 심판을 헌법 재판소에 제청함으로써 개시된다.

나. 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정

헌법재판소법 제41조에 따르면, 법원은 **직권**으로, 즉 당사자의 별도의 신청이 없더라도 스스로 위헌법률심판을 제청할 수 있다.

또 법원에서 심리되는 소송사건의 **당사자**는 그 사건을 담당하는 법원에 대하여 위헌법률심판의 제청을 **신청**할 수 있고, 법원은 이러한 신청에 대한 **결정**으로써 위헌법률심판을 제청할 수도 있다.

한편, 당사자는 법원에 대한 신청 없이 직접 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수는 없다.

다. 위헌법률심판제청결정과 당해 사건 재판의 절차

법률 또는 법률조항의 위헌 여부가 **재판의 전제**가 되는 경우, 그 법률 또는 법률조항이 **위헌**이라는 **합리적 의심**이 있으면, 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을

제청하는 결정을 한다.

법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는, 헌법재판소법 제 42조 제1항에 따라 원칙적으로 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소에서 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다.

3. 위헌법률심판의 심판대상

가. 법률 및 법률과 동일한 효력을 가진 규범

헌법과 헌법재판소법은 위헌법률심판의 대상이 되는 규범은 ‘**법률**’임을 규정하고 있다. 여기서의 법률은 국회의 의결을 거쳐서 공포되고 시행된 ‘형식적 의미’의 법률을 의미한다.

헌법재판소는 이러한 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 그와 동일한 효력을 가지는 규범, 예컨대 국회의 동의를 얻어 체결된 **조약**이나 대통령의 **긴급명령** 등도 위헌법률심판의 대상이 된다고 보고 있다.¹⁾

나. 대통령령, 부령 등의 경우

이에 반해 대통령령, 부령이나 대법원규칙, 조례와 같이 그 효력이 법률보다 아래에 있는 규범은 법원의 제청에 의한 위헌법률심판의 대상이 되지 못한다. 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고 있다.

따라서 법원이 법률과 시행령에 대하여 함께 위헌심판을 제청한 경우, 명령이나 규칙이 헌법에 위반되는지 여부는 법원 스스로 판단할 수 있으므로, 시행령 부분에 대한 위헌제청은 부적법하게 된다.²⁾

1) 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3; 헌재 1999. 4. 29. 97헌가4; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌바20 참조.

2) 헌재 1996. 10. 5. 96헌가6 참조.

다. 입법부작위의 경우

제정 또는 개정되어 공포되고 시행된 법률뿐만 아니라, 국회가 어떤 내용의 법률을 제정 또는 개정하지 아니한 것도 위헌법률심판의 대상이 되는지가 문제될 수 있다. 이 경우는 두 가지로 나누어서 살펴볼 수 있다.

우선, 국회, 즉 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 법률을 제정하지 아니한 경우가 있다. 이를 ‘**진정입법부작위**’라고 하는데, 구체적 규범통제제도인 위헌법률심판은 구체적인 법률이나 법률조항의 위헌 여부가 소송사건의 재판의 전제가 되는 경우에 진행되는 것이므로, 진정입법부작위는 위헌법률심판의 대상이 될 수 없다.

반면, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법을 하였으나, 그 내용, 범위, 절차 등이 해당 사항을 불완전하거나 불충분하게 규율함으로써 입법에 결함이 있는 경우가 있다. 이를 ‘**부진정입법부작위**’라고 하는데, 부진정입법부작위의 위헌 여부가 문제되는 경우 법원은 문제되는 불완전한 법률조항 그 자체의 위헌 여부 심판을 제청해야 하며, 이때에는 그 법률조항이 위헌법률심판의 대상이 된다.

4. 재판의 전제성

가. 의미

위헌법률심판이 적법하기 위해서는 심판대상이 되는 법률 또는 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부가 당해 법원의 소송사건의 재판의 전제가 되어야 한다. 이러한 ‘재판의 전제성’은 위헌법률심판의 구체적 규범통제제도로서의 본질에 따른 **적법요건**으로서, 재판의 전제성이 인정되지 아니하면, 헌법재판소는 **각하결정**을 하게 된다.

나. 판단

재판의 전제성이 인정되기 위해서는, ① **구체적인 사건이 법원에 계속 중**이어야 하고, ② 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 **적용**되는 것이어

야 하며, ③ 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 **다른 내용의 재판**을 하게 되는 경우이어야 한다.

여기서 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’는, (가) 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 **결론**이나 **주문**에 어떤 영향을 주는 경우뿐만 아니라, (나) 심판대상인 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 **내용과 효력**에 관한 **법률적 의미**가 달라지는 경우도 포함된다.

예를 들어, (가) 어떤 행위에 대한 처벌조항이 위헌법률심판의 대상이 된 경우 형사재판을 하는 당해 사건 법원은 그 조항이 위헌이라면 무죄판결을, 합헌이라면 유죄판결을 선고하게 되는데, 이는 심판대상인 법률조항의 위헌 여부가 당해 소송 사건 재판의 주문에 영향을 미치는 경우로서 재판의 전제성이 인정된다.

(나) 한편, 과거 형사소송법에는 구속피고인에 대하여 무죄판결이 선고되면, 구속영장의 효력이 상실되도록 하면서도, 검사가 사형, 무기, 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 의견을 진술한 경우에는 예외로 하는 단서 규정이 있었다. 이 단서 규정이 위헌 무효가 되더라도, 피고인이 유죄인지 또는 무죄인지의 결론에 영향을 미칠 수는 없다. 하지만, 법원이 무죄판결을 선고할 경우, 해당 규정의 위헌 여부에 따라 구속영장의 효력이 상실되어 피고인이 석방되는지 여부는 달라진다. 이처럼 당해 사건의 결론이나 주문 자체에 영향을 주는 것은 아니더라도, 그 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우, 재판의 전제성은 인정된다.³⁾

다. 재판의 전제성과 헌법적 해명의 필요성

위헌법률심판의 목적에는 개인의 권리구제뿐만 아니라 헌법질서의 수호와 유지도 포함된다. 이에 따라 헌법재판소는 재판의 전제성이 소멸하여 심판대상이 되는 법률의 위헌 여부가 당해 사건 재판에 영향이 없는 경우에도, **헌법적 해명**이 긴요하게 필요한 사안인 경우에는 예외적으로 심판대상인 법률조항의 위헌 여부 판단을 할 수 있다.⁴⁾

3) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8 등 참조.

4) 현재 2000. 7. 20. 99헌가7 참조.

II. 위헌심사형 헌법소원심판절차

1. 위헌심사형 헌법소원제도의 의미

앞서 살펴본 바와 같이 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 위헌 법률심판을 제정할 수 있다. 그런데 소송사건의 당사자가 그 담당 법원에 당해 사건 재판의 전제가 되는 법률의 위헌 여부 심판을 제청하여줄 것을 신청하였음에도, 법원이 그 신청을 각하 또는 기각함으로써 위헌법률심판을 제청하지 아니한 경우, 당사자는 어떻게 대응할 수 있을까?

헌법재판소법 제68조 제2항에서는, 이러한 경우 위헌법률심판제청을 신청한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 헌법소원심판절차로 규정되어 있지만, 실질적으로 위헌법률심판과 같은 구체적 규범통제제도의 성격을 가지므로, ‘**위헌심사형 헌법소원제도**’ 또는 ‘**규범통제형 헌법소원제도**’라고 부르기도 한다.

한편, 헌법재판소법 제68조 제1항에서는, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하는 헌법소원심판에 대하여 규정하고 있는데, 이를 ‘**권리구제형 헌법소원제도**’라고 부르기도 한다.

헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판 사건에는 ‘**헌마**’의 사건번호를, 제2항에 의한 헌법소원심판 사건에는 ‘**헌바**’의 사건번호를 부여하고 있다.

위헌심사형 헌법소원제도는 그 실질이 위헌법률심판과 같지만, 국민이 헌법재판소에 청구하는 헌법소원심판으로서의 절차적인 성격도 있다.

여기에서는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 적법요건을 살펴보고, 그 절차적인 특성을, 앞서 살펴본 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 비교하고자 한다.

2. 위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건

가. 심판대상과 재판의 전제성

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 되는 규범은 법원의 제청에 의한 위헌법률심판의 대상과 같으며, 그 적법요건으로 재판의 전제성이 요청되는 점도 두 절차가 같다.

※ 심판대상조항이 당해 사건에 적용되지 않는다고 본 사례⁵⁾

- 당해 사건이 청구인에 대한 퇴거불응죄의 성립 여부에 관한 형사재판인 사건에서, 청구인이 심판대상조항으로 삼은 형사소송법 제211조 제1항(범죄의 실행 중이거나 실행의 즉후인 자를 현행범인이라 한다), 제212조(현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다)는 위 형사재판에 적용되는 법률조항이라고 할 수 없으므로, 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 할 수도 없으므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 보았다.

※ 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 경우 재판의 전제성 존부(소극)

- 헌법재판소법 제75조 제7항은 ‘제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.’고 규정하면서 같은 조 제8항에서 위 조항에 따른 재심에서 형사사건에 대하여는 형사소송법을 준용하도록 하고 있다. 그런데 형사소송법 제420조, 제421조는 ‘유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’, ‘항소 또는 상고의 기각판결에 대하여는 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’ 재심을 청구할 수 있다고 각 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌

5) 헌재 2012. 5. 31. 2011헌바135 참조.

확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없어, 청구인에 대한 무죄판결을 종국적으로 다룰 수 없게 된다.

- 헌법재판소는 청구인에게 무죄판결이 확정된 이상, 그 무죄판결은 종국적으로 다룰 수 없게 되므로 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지는 경우에 해당하지 않는다고 보아 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 보았다.⁶⁾

나. 법원의 위헌제청신청 기각 또는 각하결정

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은, 구체적인 소송사건의 당사자가 법원에 위헌법률심판의 제청을 신청하고, 그 신청이 법원에 의하여 기각된 때에 비로소 그 심판을 청구할 수 있다. 여기서 법원이 기각결정이 아닌 각하결정으로써 당사자의 위헌제청신청을 배척한 경우에도, 그 신청한 당사자는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁷⁾

그러나 청구인이 당해 사건 법원에 위헌 여부 심판의 제청신청을 하지 않았고, 그에 따라 법원의 기각결정도 없었던 경우에는, 그에 대한 심판청구는 부적법하게 된다.⁸⁾

다만, 예외적으로 위헌제청신청을 기각 또는 각하한 법원이 당해 법률조항에 대하여 실질적으로 판단하였거나, 그 조항이 명시적으로 위헌제청신청을 한 조항과 필연적 연관관계를 맺고 있어서 법원도 그에 대해 묵시적으로 판단한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 이러한 법률조항에 대한 심판청구도 적법하게 될 수 있다.⁹⁾

한편, 당사자의 **위헌제청신청이 부적법한 경우에는** 그러한 신청이 각하 또는 기각된 후에 헌법소원심판청구를 하더라도 그 청구가 부적법하게 된다. 위헌제청신청이 부적법한 예로서, 헌법재판소법 제68조 제2항 후문에서는, “당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.”라고 하고 있다.

6) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등; 2015. 9. 24. 2014헌바258 참조.

7) 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등 참조.

8) 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221 참조.

9) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12 참조.

다. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제2항에 의하면, 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각 또는 각하하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다. 당사자가 통지받은 날이므로 법원의 위헌심판제청신청 기각일 또는 각하일과 다를 수 있다.

3. 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과의 비교

가. 같은 점

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은, 그 실질이 구체적 규범통제 제도라는 점이 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 같다.

따라서 심판대상이 되는 규범의 범위, 적법요건으로서 재판의 전제성이 있어야 한다는 점 등이 위헌법률심판과 동일하다. 또 종국결정의 유형과 효력도 전체적으로 위헌법률심판과 같은데, 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴본다.

나. 다른 점

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은, 절차적으로 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 다른 점도 있다.

예를 들어 위헌제청신청을 했던 당사자가 헌법소원심판을 청구하기 위한 기간이 별도로 규정되어 있고, 위헌 여부가 문제되는 법률이 적용되는 당해 소송사건이 정지되지 않는다는 점 등이 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 다르다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 법률이 헌법에 위반된다고 판단되는 경우에도 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정되는 상황이 생길 수 있는데, 헌법재판소법 제75조 제7항은 이러한 경우 당사자가 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

III. 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판의 결정 유형과 그 효력

1. 종국결정의 유형과 범위

헌법재판소가 심리를 끝내면 최종적으로 결정을 하게 되는데, 이를 **종국결정**이라고 한다. 헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조에 따라 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리하고, 위헌법률심판 및 헌법소원심판의 경우 **법률의 위헌결정과 헌법소원의 인용결정은 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다**.

위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서의 종국결정의 유형과 범위에 대하여 알아본다.

가. 우선, 헌법재판소는 각 심판절차의 적법요건이 갖추어져 있지 않아 심판대상이 되는 규범의 위헌 여부 판단에 나아가지 않는 경우에는 **‘각하결정’**을 하게 된다.

또 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서는 청구인이 심판청구를 취하하는 등의 이유로 **‘심판절차를 종료하는 선언’**을 하는 경우도 있다.

나. 헌법재판소가 심판대상이 되는 규범의 위헌 여부에 관하여 실질적으로 판단하고 그에 관한 종국결정을 하는 경우, 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제제도로서의 실질적 성격이 같으므로, 결정의 유형도 동일하다.

- ① 심판대상이 되는 규범이 헌법에 위반되지 아니한 경우에는 **‘합헌결정’**을 한다.
- ② 심판대상이 되는 규범이 헌법에 위반되는 경우에는 **‘위헌결정’**을 한다.
- ③ 헌법재판소는 단순위헌결정뿐만 아니라, 심판대상조항을 특정한 방법으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 결정하는 **‘한정위헌결정’**, 심판대상조항이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 해당 조항을 개정할 때까지 심판대상조항의 **잠정적용** 또는 **적용중지**를 명하는 **‘헌법불합치결정’**을 하는 경우도 있다.

다. 헌법재판소가 위헌결정을 하는 규범의 범위는 심판대상과 일치하는 것이 원칙이다. 다만, 헌법재판소는 헌법재판소법 제45조 단서에 따라 법률조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수도 있다.

2. 위헌결정의 효력

헌법재판소법은 제47조에서 위헌법률심판에서의 법률에 대한 위헌결정의 효력에 관하여 규정하고 있다. 이 규정은 헌법재판소법 제75조 제6항에 따라 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에도 준용된다.

가. 위헌결정의 기속력

법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다. 즉, 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체는 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에 따라야 하므로, 해당 법률을 적용하여 재판하거나 처분을 할 수 없다.

나. 위헌결정의 시간적 효력

원칙적으로 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여, 즉, 그 결정이 있는 날 이전의 사안에 대해서도 그 효력을 상실한다.

그러나 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 헌법재판소에서 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다. 즉, 이 경우에는 종전의 합헌결정일 다음 날 이후에 관련된 경우부터 해당 법률조항의 효력이 없게 된다.

형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 헌법재판소의 위헌결정에 따라 소급하여 효력을 상실하게 되는 경우, 위헌인 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다. 이 경우의 재심에 대하여는 형사소송법이 준용된다.

[위헌법률심판의 절차 흐름]



IV. 사례 보기

여기에서는 몇 가지 사례를 통해 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원심판이 실제로 어떻게 이루어지는지 살펴보기로 한다.¹⁰⁾

1. 야간시위 금지와 집회의 자유

헌법재판소는 2014년 3월 27일 재판관 6대 3의 의견으로, 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 시위를 하여서는 아니 된다고 규정한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조 본문 부분과 이를 위반하여 시위에 참가한 자를 처벌하는 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제23조 제3호 부분은 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위’에 적용하는 한 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 이 결정에는 재판관 3명의 전부 위헌의견이 있었다. (헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2등)

10) 이하에서 살펴보는 각각의 헌법재판소 결정의 내용은 교육용으로 요약한 것으로서, 세부적인 쟁점들의 일부는 생략되어 있을 수 있으며, 자세한 내용은 헌법재판소 홈페이지에서 검색되는 결정문 전문을 참조하기 바람.

※ 심판대상조항

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

제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

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

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

가. 사건 개요

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

※ ‘시위’와 집회의 자유

‘집회 및 시위에 관한 법률’상의 ‘시위’는 다수인이 공동목적을 가지고 ① 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이通行할 수 있는 장소를 행진함으로써 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 ② 위력 또는 기세를 보여 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다.

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 집회의 자유를 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 집회의 자유에는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함한다. 따라서 이를 내용으로 하는 시위의 자유 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호되는 기본권이다.

나. 결정 내용

이 사건에서 헌법재판소는 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’의 시위를 예외 없이 절대적으로 금지하는 것이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지를 판단하였다.

우선, 시위는 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크고, 야간은 시민들의 평온이 강하게 요청되는 시간대이므로, 야간의 시위 금지는 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다고 하였다. 그러나 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우, 직장인이나 학생은 사실상 시위를 주최하거나 참가할 수 없게 되는 등 집회의 자유가 실질적으로 박탈될 수 있고, 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대는 ‘야간’의 특징이나 차별성이 명백하다고 보기 어려움에도 일률적으로 야간시위를 금지하는 것은 침해최소성 원칙 및 법익균형성 원칙에 반하므로, 과잉금지원칙에 반하여 집회의 자유를 침해한다고 하였다.

다만, 야간시위를 금지하는 조항 전부의 적용이 중지될 경우, 일반적인 옥외집회나 시위에 비하여 높은 수준의 규제가 불가피한 경우에도 대응하기 어려운 문제가 발생할 수 있으므로, 시간을 기준으로 한 규율의 측면에서 규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지하여 위헌성이 명백한 부분에 한하여 위헌결정을 하였으며, 이에 따라 심판대상조항들은 이미 보편화된 야간의 일상적인 생활의 범주에 속하는 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위’에 적용하는 한 헌법에 위반된다고 하였다.

이에 대하여 재판관 3명은, 헌법재판소가 직접 위헌적인 부분을 일정한 시간대만을 기준으로 명확하게 구분하여 특정하는 것은 바람직하지 아니하므로, 전부위헌결정을 하여야 한다는 의견을 표시하였다.

2. 정신질환자 강제입원 사건

헌법재판소는 2016년 9월 29일 재판관 전원 일치 의견으로, 보호의무자 2인의

동의와 정신건강의학과 전문의 1인의 진단이 있으면 보호입원이 가능하도록 한 정신보건법 제24조 제1항, 제2항은 헌법에 합치되지 아니하고, 위 조항들은 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9).

※ 심판대상조항

정신보건법(2011. 8. 4. 법률 제11005호로 개정된 것)

제24조(보호의무자에 의한 입원) ① 정신의료기관등의 장은 정신질환자의 보호의무자 2인의 동의(보호의무자가 1인인 경우에는 1인의 동의로 한다)가 있고 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 판단한 경우에 한하여 당해 정신질환자를 입원등을 시킬 수 있으며, 입원등을 할 때 당해 보호의무자로부터 보건복지부령으로 정하는 입원등의 동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 받아야 한다.

② 정신건강의학과전문의는 정신질환자가 입원등이 필요하다고 진단한 때에는 제1항에 따른 입원등의 동의서에 당해 정신질환자가 다음 각 호의 어느 하나에 정한 경우에 해당된다고 판단한다는 의견을 기재한 입원등의 권고서를 첨부하여야 한다.

1. 환자가 정신의료기관등에서 입원등 치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환에 걸려 있는 경우
2. 환자 자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전을 위하여 입원등을 할 필요가 있는 경우

가. 사건 개요

제청신청인은 2013년 11월경 정신보건법 제24조에 따라 자녀 2인의 동의와 정신건강의학과 전문의(이하 ‘정신과전문의’라 한다)의 입원 진단에 의하여 정신의료기관에 강제입원되었다. 제청신청인은 정신의료기관에서 입원치료를 받을 만한 정도의 정신질환에 걸려 있지 않았음에도 보호의무자의 동의로 강제입원되었다고 주장하면서, 서울중앙지방법원에 인신보호법 제3조에 따른 구제청구를 하였다. 제청신청인은 인신보호사건의 심리 계속 중, 정신질환자등의 강제입원 여부를 오로지 보호의무자의 동의와 정신과전문의 1인의 판단에 맡기고 있는 정신보건법 제24조가 신체의 자유, 자기결정권 등을 침해한다고 주장하면서 위헌법률심판제청을 신청하였고, 서울중앙지방법원은 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

※ 신체의 자유

헌법 제12조 제1항 전문은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있는데, 신체의 자유는 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말한다.

나. 결정 내용

이 사건에서 헌법재판소는, 심판대상조항이 정신질환자의 보호의무자 2인의 동의와 정신전문의 1인의 진단만 있으면 정신질환자를 본인의 의사에 반하여 6개월까지 정신의료기관에 입원시킬 수 있도록 하고 있으므로, 정신질환자의 신체의 자유를 제한한다고 보고, 과잉금지원칙에 따라 그 침해 여부를 판단하였다.

우선, 심판대상조항은 정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 보호의무자 2인의 동의 및 정신과전문의 1인의 진단을 요건으로 정신질환자를 정신의료기관에 보호입원시켜 치료받도록 하는 것은 위 목적을 달성하는 데 어느 정도 기여할 수 있다고 하였다. 그러나 심판대상조항은 다음과 같이 정신질환자의 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 방안을 충분히 마련하지 않고 있어, 침해의 최소성 요건을 충족하고 있지 못하다고 보았다: ① 정신보건법은 입원치료·요양을 받을 정도의 정신질환이 어떤 것인지에 대해서는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있어, 정신과 전문의의 정신질환 소견만 있으면 누구나 보호입원될 가능성이 있다. 또한 ‘자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전’이라는 요건 또한 매우 추상적일 뿐만 아니라 이를 판단할 수 있는 구체적인 기준도 마련되어 있지 않다. ② 보호의무자 중에는 부양의무의 면탈이나 정신질환자의 재산탈취와 같은 목적으로 보호입원을 악용하는 사람도 있을 수 있으므로, 이러한 경우에는 그 보호의무자의 동의권은 제한되거나 부정되어야 한다. 그러나 현행 정신보건법은 정신질환자의 이익을 저해하는 보호입원을 방지할 수 있는 제도를 충분히 마련하고 있지 않다. ③ 심판대상조항은 입원치료·요양을 받을 만한 정신질환을 앓고 있는지 또는 환자 자신의 건강·안전이나 타인의 안전을 위하여 입원이 필요한지 여부에 대한 판단권한을 정신과

전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써, 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있다. ④ 보호입원은 입원기간도 최초부터 6개월이라는 장기로 정해져 있고, 보호의무자와 의료기관 사이의 이해만 맞으면 얼마든지 정신질환자의 의사나 이익에 반하는 장기입원이 가능하다. ⑤ 심판대상조항은 입원을 결정함에 있어 정신질환자 모두에 대해 판단능력 내지 입원에 대한 동의능력이 전혀 없는 것으로 간주하여 이들의 의사를 고려하고 있지 아니하다. 보호의무자나 정신의료기관장이 외부와의 접촉이나 퇴원을 원하는 피보호입원자의 입원을 장기화할 목적으로 이를 악용할 경우, 피보호입원자는 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄성마저 침해당할 수 있다. 법원에 인신보호법 제3조에 따라 구제를 청구하는 것도 피보호입원자를 위법·부당한 보호입원으로부터 충분한 보호방법이 되기 어렵다. 나아가 심판대상조항이 정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 도모한다는 공익을 위한 것임은 인정되나, 단지 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 판단만으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 하면서 정신질환자의 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 적절한 방안을 마련하지 아니함으로써 지나치게 기본권을 제한하고 있으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다고 보았다.

또한 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면, 보호입원의 법률적 근거가 사라져 보호입원의 필요성이 인정되는 경우에도 보호입원이 불가능한 법적 공백 상태가 발생하게 된다고 보고, 심판대상조항에 대한 헌법불합치결정을 선고하면서, 입법자가 심판대상조항의 위헌성을 제거하여 합헌적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 심판대상조항이 계속 적용되도록 할 필요가 있다고 판시하였다.

3. 간통죄와 성적 자기결정권

헌법재판소는 2015년 2월 26일 재판관 7대 2의 의견으로 배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법 제241조가 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 이 결정에는 간통행위를 처벌하는 것이

헌법에 위반되지 않는다는 재판관 2명의 반대의견이 있었고, 재판관 1명의 다수의 견에 대한 보충의견이 있었다. (헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등)

※ 심판대상조항

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

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

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

가. 사건 개요

이 사건은 위헌심사형 헌법소원심판과 위헌법률심판이 병합된 사건이다. 위헌심사형 헌법소원심판의 청구인들은 간통 내지 상간하였다는 범죄사실로 기소되어 당해사건 계속 중 형법 제241조가 위헌이라며 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 헌법소원심판을 청구하였다. 병합된 위헌법률심판의 당해사건 피고인들은 간통죄로 기소되어 1심에서 유죄판결을 선고받고 항소하였는데, 각각의 항소심 법원은 직권으로 형법 제241조에 대하여, 또는 피고인의 신청에 따라 형법 제241조 제1항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

※ 성적 자기결정권

헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 인격권과 행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 전제로 한다. 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다.

나. 결정 내용

이 사건에서 재판관 5명은, 간통행위 및 상간행위를 처벌하는 것은 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것으로서 선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 입법목적

은 정당하나, 사회 인식의 변화, 형사정책상 간통죄 처벌로 얻어지는 일반예방 및 특별예방의 효과, 간통죄의 악용 사례 등을 종합해볼 때 수단의 적절성과 침해최소성 및 법익균형성을 갖추지 못하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.

그리고 재판관 1명은 비난가능성 내지 반사회성이 없거나, 미혼인 상간자 등 윤리적·도덕적 비난에 그쳐야 할 유형의 행위가 있음에도 일률적으로 모든 간통행위자 및 상간자를 처벌하도록 규정한 것은 국가형벌권의 과잉행사로서 헌법에 위반된다고 하였다.

또 재판관 1명은 간통죄로 고소하여 소추하도록 할 수 없는 요건인 ‘종용’이나 ‘유서’의 개념이 명확성 원칙에 반하고, 간통행위에 대하여 징역형만 부과하도록 한 것은 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위반되어 헌법에 위반된다고 하였다.

이에 대하여 재판관 2명은, 간통 및 상간행위는 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위라는 점에서 개인의 성적 자기결정권의 보호영역에 포함되지 않고, 심판대상조항으로 인한 행위 규제는 특정한 관계에서의 성행위 제한에 불과하여 과잉금지 원칙에 위반되지 않는다는 반대의견을 표시하였다.

한편, 재판관 1명은 다수의견에 대한 보충의견으로서, 재산형이나 명예형은 간통죄에 유효하고 적절한 수단이라고 보기 어렵고, 부부 일방의 부정행위로 인한 민사, 가사 문제들의 해결수단을 간통죄를 유지시켜 형사사건에서 찾을 것도 아니라고 하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 간통 및 상간행위를 처벌하는 형법 제241조에 대하여 4차례 합헌결정을 선고한 선례를 변경하였다. 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 따라 심판대상조항인 형법 제241조는 마지막 합헌결정인 2007헌가17등 결정이 선고된 2008년 10월 30일의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하게 되었다.

4. 학교정화구역 내 PC방 금지와 직업의 자유

헌법재판소는 2010년 11월 25일 재판관 7대 2의 의견으로 학교환경위생 상대정화구역 내 PC방 영업행위 및 시설 제한의 근거가 되는 구 학교보건법 제6조 제1

항 제15호는 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 이 결정에는 재판관 2명의 헌법불합치 의견이 있었다. 한편, 함께 청구된 이 법률의 시행령조항에 대한 심판청구는 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하하였다. (헌재 2010. 11. 25. 2009헌바105등)

※ 심판대상조항

구 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8578호로 개정되기 전의 것)

제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ① 누구든지 학교환경위생정화구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제2호의2, 제4호, 제8호, 제10호 내지 제13호 및 제15호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

15. 기타 제1호·제2호·제2호의2·제2호의3·제3호 내지 제14호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설

구 학교보건법 시행령(2006. 10. 27. 대통령령 제19717호로 개정되고, 2008. 8. 4. 대통령령 제20949호로 개정되기 전의 것)

제4조의2 (정화구역 안에서의 기타 금지시설) 법 제6조 제1항 제15호의 규정에 의하여 대통령령으로 정하는 시설은 다음 각 호와 같다. 다만, 유아교육법 제2조 제2호의 규정에 의한 유치원과 고등교육법 제2조 각 호의 규정에 의한 학교의 학교환경위생정화구역의 경우에는 제1호·제3호 및 제5호 내지 제7호의 시설을 제외한다.

1. ‘게임산업진흥에 관한 법률’ 제2조 제6호에 따른 게임제공업 시설 및 동조 제7호에 따른 인터넷컴퓨터게임시설제공업 시설

가. 사건 개요

청구인들은 학교환경위생 상대정화구역 내에서 PC방 영업을 하고 있거나, 하려는 사람들로 소관 교육청 교육장에게 PC방 영업을 위한 학교환경위생정화구역 내 금지행위 및 시설의 해제신청을 하였으나 거부처분을 받았다. 이에 청구인들은,

교육장을 상대로 거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 그 소송계속 중 거부처분의 근거가 된 법률조항과 시행령조항은 청구인들의 직업의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였지만 기각되자, 헌법소원심판을 청구하였다.

※ **헌법 제37조 ②** 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 **필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며**, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

※ **헌법 제75조** 대통령은 **법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항**과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

나. 결정 내용

이 사건에서 헌법재판소는, 우선 시행령조항은 위헌심사형 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없으므로 청구인들의 시행령조항에 대한 청구는 부적법하다는 이유로 각하하였다.

헌법재판소는 심판대상조항이 대통령령에 위임하고 있는 부분은, 법률에서 구체적으로 규정하고 있는 행위 및 시설과 유사한 행위 및 시설로서 학교의 보건위생과 학습환경에 나쁜 영향을 주는 시설을 의미하고, ‘미풍양속을 해하는 행위 및 시설’ 부분도 건전한 상식을 갖춘 통상인이 대통령령에서 금지대상으로 규정될 수 있는 범위를 예측할 수 없다고 보기 어려우므로, 헌법 제75조에 위반된다고 볼 수 없다고 하였다.

이어 학교환경위생 상대정화구역 내에서 일정한 영업행위 및 시설을 제한하고 있는 구 학교보건법 제6조 제1항 제15호는 해당 영업자체를 금지하는 것이 아니라, 특정한 구역에서의 영업을 금지하는 것이기 때문에 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하기보다는 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 보고, 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다.

헌법재판소는, 심판대상조항의 입법목적은 학교 주변의 유해환경을 제거하여 청소년들이 학습에 전념할 수 있는 분위기를 갖추어 주기 위한 것으로 정당하며, 학교의 보건위생과 학습환경에 나쁜 영향을 주는 행위 및 시설을 학교정화구역 안

에서 금지하는 것은 입법목적을 달성하기 위하여 효과적이고 적절한 방법의 하나라고 하였다. 또한, 학교경계선으로부터 200미터 이내의 학교정화구역 안에서의 영업을 제한할 뿐이므로 기본권 제한의 정도가 그다지 크지 않고, 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정되는 행위 및 시설은 일정한 요건 하에 허용될 수 있음을 고려할 때 직업수행의 자유의 제한이 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법에 위반되지 않는다고 보았다.

이에 대해 재판관 2명은, 심판대상조항 중 하위 법령에 위임한 ‘미풍양속을 해하는 행위 및 시설’ 부분은, 그 판단기준으로 삼을 만한 아무런 규정도 없으므로 헌법 제37조 제2항 및 제75조가 정하는 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반되지만, 단순위헌으로 선언하는 경우에는 법적 안정성이 훼손될 우려가 크므로, 헌법불합치 선언을 하는 것이 바람직하다는 반대의견을 표시하였다.

5. 성폭력범죄자 신상정보 공개와 개인정보 자기결정권

헌법재판소는 2013년 10월 24일 재판관 7대 2의 의견으로, 법원이 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자의 신상정보를 정보통신망을 통하여 공개하도록 하는 명령을 할 수 있도록 한 구 ‘아동·청소년의 성 보호에 관한 법률’ 제38조 제1항 본문 제1호가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 이 결정에 대하여는 재판관 2명의 위헌의견이 있었다. (헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106)

※ 심판대상조항

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것)

제38조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “공개대상자”라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년 대상 성범죄 사건

에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자

가. 사건 개요

청구인들은 13세 미만의 미성년자를 간음한 혐의 등으로 기소되어, 유죄판결과 함께 신상정보 공개명령을 선고받았다. 청구인들은 위 판결에 불복하여 항소하면서 재판에 적용된 신상정보 공개명령의 근거조항이 청구인들의 개인정보 자기결정권 등을 침해한다고 주장하며 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

※ 개인정보 자기결정권

개인정보란 개인의 신체적 건강상태, 정치적·종교적 신념, 사회적 지위나 신분 등과 같이 개인의 인격을 특징짓는 사항으로서 그 개인이 누구인지 식별할 수 있게 하는 정보를 말한다. 그리고 개인정보자기결정권이란 이러한 개인정보를 언제 누구에게 어느 범위까지 알리고 또한 이용하도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다.

개인정보자기결정권은 헌법에 명문의 규정은 없다. 그렇지만 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다는 헌법 제10조와 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다는 헌법 제17조에서 개인정보자기결정권의 뿌리를 찾을 수 있다.

나. 결정 내용

이 사건에서 헌법재판소는, 심판대상조항에 따라 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보가 공개되면, 공개대상자의 사회적 평가가 침해되어 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권이 제한되며, 본인의 동의 없이 신상정보를 대중에게 공개하도록 하는 것은 공개대상자의 개인정보 자기결정권도 제한한다고 보고, 과잉금지원칙에 따라 그 침해 여부를 판단하였다.

이에 따라 성폭력범죄자의 신상정보 공개는 아동·청소년의 성을 보호하고 사회방위를 도모하기 위한 것으로서, 신상정보 공개대상이나 공개기간이 제한적이고, 법관이 ‘특별한 사정’ 등을 고려하여 공개 여부를 판단하도록 되어 있으며, 달성되는 공익이 매우 중요한 점 등을 고려할 때 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 인격권, 개인정보 자기결정권을 침해하지 않는다고 하였다.

그리고 아동·청소년 대상 ‘일반범죄’를 저지른 사람은 신상정보 공개대상자가 아니지만, 이러한 범죄의 처벌은 성폭력범죄와 달리 청소년의 생명이나 신체의 완전성, 재산권을 보호하는 데 목적이 있으므로, 양자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 보기 어렵고, 아동·청소년을 대상으로 ‘성폭력범죄가 아닌 성범죄’를 저지른 사람도 신상정보 공개대상자가 아니지만, 이에 따른 차별은 행위불법성의 차이와 입법 당시의 사회적 상황, 일반 국민의 법감정 등을 종합적으로 고려한 결과이므로 자의적이고 비합리적인 차별이라고 보기 어려워, 평등원칙을 위반한 것으로 볼 수 없다고 하였다.

이에 대하여 재판관 2명은, 신상정보 공개제도가 범죄 억지 효과가 있다고 단정하기 어렵고, 공개대상자의 정상적인 사회복귀를 원천 봉쇄할 위험이 크며, 죄 없는 가족들까지 함께 고통을 겪게 할 수 있고, 공개 여부의 심사기준이 세분화되어 있지 않은 점 등에서 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해하므로 헌법에 위반된다는 반대의견을 표시하였다.

05. 헌법재판론 II

(권리구제형 헌법소원심판)



05

헌법재판론 II

(권리구제형 헌법소원심판)

헌법재판소법

제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다. <1997·12·14 헌법재판소의 한정위헌결정으로 본항 본문의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도에서 효력 상실>

제69조(청구기간) ① 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

I. 권리구제형 헌법소원심판의 청구권자와 심판대상

1. 권리구제형 헌법소원의 의미

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. 개인의 기본권이 침해되었을 때, 국가는 법원의 재판절차를 포함한 여러 구제절차를 마련하여야 할 것이고, 실제로 우리의

법제도상 많은 구제절차가 마련되어 있다.

기본권 보장의 최후의 보루인 헌법재판소는 이에 관하여 어떤 심판절차를 두고 있을까? 우리 헌법 제111조 제1항 제5호는 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 헌법재판소의 관장사항 중 하나로 규정하고 있으며, 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 ‘권리구제형 헌법소원’이라고 하기도 한다. 이는 구체적 규범통제제도의 성격을 가지는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 ‘규범통제형 헌법소원’ 또는 ‘위헌심사형 헌법소원’이라고 하는 것에 대비된다. 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차에 대하여 ‘헌마’의 사건번호를 부여하고 있다.

여기에서는 권리구제형 헌법소원심판이 적법하게 심리되기 위한 여러 요건들에 대하여 살펴본다.

2. 청구권자: 기본권의 주체

권리구제형 헌법소원심판의 청구권자는 헌법상 기본권을 가지며 행사할 수 있는 자, 즉 기본권의 주체가 될 수 있는 자이어야 한다.

가. 자연인

자연인, 즉 생명과 신체를 가지고 있는 사람은 헌법상 보장된 기본권의 주체로서 권리구제형 헌법소원심판의 청구권자가 된다. 태아의 경우도 헌법상 생명권의 주체가 된다.¹⁾

대한민국 국민은 청구권자가 될 수 있으며, 외국인 또는 무국적자도 보편적 인권의 성질을 가지는 기본권들에 관하여는 그 주체가 될 수 있고, 이 경우 권리구

1) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 참조.

제형 헌법소원심판을 청구할 수도 있다.

나. 사법인(私法人)과 그 밖의 사적 결사

회사와 같은 사법인과 그 밖의 사적 결사의 경우, **성질상 기본권의 주체가 될 수 있는 범위**에서 권리구제형 헌법소원심판의 청구권자가 될 수 있다.

다만, **단체 자신의 기본권**을 직접 침해당한 경우에만 단체의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수는 없다.

다. 공법인(公法人) 등

공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은, 기본권의 주체라기보다는 국민의 기본권을 보호하고 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지고 있으므로, 원칙적으로 기본권 구제를 위한 헌법소원심판을 청구할 수 없다.²⁾

그러나 국·공립대학이나 공영방송국과 같이 국가에 대해 독립성을 가지고 있는 독자적인 기구로서 해당 기본권 영역에서 개인들의 기본권 실현에도 이바지하는 경우에는 예외적으로 기본권의 주체가 될 수 있으며, 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있다.³⁾

3. 심판대상: 공권력의 행사 또는 불행사

가. 입법작용, 행정작용, 사법작용

권리구제형 헌법소원심판의 심판대상은 **공권력의 행사 또는 불행사**이다. 개인 사이의 계약 등 민사상 행위나 국가조직의 내부 작용에 불과한 경우는 권리구제형 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

2) 현재 2006. 2. 23. 2004헌바50 참조.

3) 현재 1992. 10. 1. 92헌마68 참조.

권리구제형 헌법소원심판의 심판대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사는 입법작용과 행정작용, 그리고 사법작용으로 나누어 볼 수 있다.

- ① **입법작용**에는 국회가 제정하는 **법률**, 그리고 한일어업협정처럼 국내법과 같은 효력을 가지는 **조약**⁴⁾ 등이 포함된다.
- ② **행정작용**에는 대통령령과 같은 행정입법, 권력적 사실행위 등이 포함된다.
- ③ **사법작용**에 관하여, 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 **법원의 재판**을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다. 다만, **예외적으로** 헌법재판소는, **헌법재판소가 위헌으로 결정하여 효력이 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판**의 경우는 헌법소원심판의 대상이 된다고 보고 있다.⁵⁾

나. 문제되는 경우의 예

권리구제형 헌법소원심판의 심판대상으로 문제되는 경우의 예를 몇 가지 살펴본다.⁶⁾

- ① **입법부작위** 중, 헌법에서 기본권 보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 또는 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우, 이러한 ‘**진정입법부작위**’의 위헌확인을 구하는 권리구제형 헌법소원이 허용된다.⁷⁾ 한편, 입법의 내용, 범위, 절차 등이 불완전하거나 불충분한 ‘**부진정입법부작위**’의 경우에는, 그러한 입법규정 그 자체를 대상으로 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
- ② **대통령령, 총리령, 부령**도 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 권리구제형 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.⁸⁾
- ③ 지방의회가 제정한 **조례**도 자치입법권이라는 공권력의 행사이므로, 조례 그

4) 현재 2001. 3. 21. 99헌마139 참조.

5) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172등 참조.

6) 특히, 진정입법부작위, 대통령령, 총리령, 부령, 조례 등의 경우 위헌법률심판 또는 위헌심사형 헌법소원심판의 대상이 되지 않는 것과 대비된다.

7) 현재 1994. 12. 29. 89헌마2 등 참조.

8) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363; 현재 1997. 3.27. 93헌마159; 현재 1993. 5.13. 92헌마80 참조.

자체로 직접 기본권을 침해하는 경우 권리구제형 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.⁹⁾

- ④ ‘권력적 사실행위’는 국가기관의 법적 행위는 아니지만, 사실상 국가기관이 그 우월적 지위에 기초하여 국민에게 공권력을 행사하는 행위를 말하며, 권리구제형 헌법소원심판의 대상이 된다. 예를 들어 구치소장이 미결수용자로 하여금 수사 및 재판을 받을 때에 재소자용 의류를 입게 한 행위, 유치장 관리자가 현행범인으로 체포된 피의자에게 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 한 행위 등이 이에 해당한다.¹⁰⁾
- ⑤ **검사의 처분** 중에서 공소제기나 형사소송법상 고소인의 재정신청 대상이 되는 불기소처분에 대해서는 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 그러나 **피의자가 자의적인 기소유예처분으로 인하여 평등권과 행복추구권을 침해받은 경우에는**, 이에 대하여 현행법상 재정신청이나 검찰항고 등의 구제절차가 없으므로, 권리구제형 헌법소원심판으로 그 취소를 구할 수 있다.

II. 기본권 침해의 가능성과 법적 관련성

1. 기본권 침해의 가능성

헌법소원심판을 청구할 수 있으려면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 **기본권 침해의 가능성** 또는 위험성이 있어야 한다.

공권력의 행사가 있다고 하더라도, 헌법소원심판을 청구하고자 하는 사람의 법적 지위에 아무런 영향이 없다면, 기본권 침해의 가능성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원심판을 청구하는 것이 허용되지 않는다.¹¹⁾

예를 들어 한국정부와 중국정부 사이에 합의된 중국산 마늘에 대한 수입제한조

9) 현재 2009. 10. 29. 2008헌마635 등 참조.

10) 현재 1997. 5. 27. 97헌마137등; 현재 2001. 7. 19. 2000헌마546등 참조.

11) 현재 1999. 5. 27. 97헌마368; 현재 1999. 6. 24. 97헌마315 참조.

치에 관한 사례가 있다. 헌법재판소는, 이러한 수입제한조치는 한시적으로 마늘재배농가를 보호하기 위한 것일 뿐이고, 마늘재배의 기회가 기본권으로서 보장되는 것은 아니기 때문에, 수입제한조치를 연장하지 않았다고 하더라도, 이로 인해 마늘재배농가의 기본권이 침해될 가능성을 인정하기 어렵다고 하였다.¹²⁾

2. 법적 관련성

권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있으려면, 청구인 ‘자신’의 기본권이 ‘현재’, ‘직접적’으로 침해되는 경우이어야 한다. 이러한 적법요건을 각각 자기관련성, 현재성 및 직접성이라고 하며, 이를 합쳐서 ‘**법적 관련성**’이라고 한다.

가. 자기관련성

자기관련성은 헌법소원심판을 청구하려면 **청구인 자신**의 기본권이 침해되어야 한다는 의미이다. 즉, 다른 사람의 기본권이 침해되었다는 이유로 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수는 없다.

다만, **공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 경우에도 공권력 작용이 그의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는** 예외적으로 자기관련성이 인정될 수 있다.

예를 들어, 법학전문대학원의 총 입학정원이 한정되어 있는 상태에서 여성만이 진학할 수 있는 법학전문대학원 설치를 인가한 경우, 인가처분의 직접적인 상대방은 해당 학교법인이지만, 이로 인해 남성들이 진학할 수 있는 법학전문대학원의 정원에 영향을 미치므로, 법학전문대학원 입학에 준비 중인 남성들은 자기관련성이 인정된다.¹³⁾

나. 현재성

기본권침해의 현재성은, 헌법소원심판을 청구하려면 청구인이 ‘**현재**’ 기본권을

12) 현재 2004. 12. 16. 2002헌마579 참조.

13) 현재 2013. 5. 30. 2009헌마514 참조.

침해당하고 있어야 한다는 요건이다.

다만, 기본권 침해가 **장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면** 기본권 구제의 실효성을 위하여 현재성이 인정된다.

예를 들어, 부재자투표의 시기가 되지 않은 시점에서 부재자투표 기간을 제한하고 있는 법률조항에 대해 제기한 헌법소원에 대하여, 헌법재판소는 청구인의 경우 비록 장래의 선거에 관해 아직 부재자투표 여부가 확정되지 않았다고 하더라도 주기적으로 반복되는 선거의 특성과 기본권 구제의 실효성 측면을 고려할 때, 기본권 침해의 현재성을 갖춘 것으로 보았다.¹⁴⁾

다. 직접성

법령 또는 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 그 법령 또는 법령조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다. 여기서 **기본권침해의 직접성**이란 **집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우**를 뜻한다.¹⁵⁾

다만, 집행행위가 존재하는 경우라 하더라도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 **권리구제의 기대가능성이 없고**, 기본권 침해를 당한 청구인에게 **불필요한 우회절차를 강요**하는 것밖에 되지 않는 경우에는 당해 법령을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.¹⁶⁾

그리고 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도, 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 **국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태**라면 그 법규범으로 인한 기본권 침해의 직접성이 인정된다.¹⁷⁾

14) 헌재 2010. 4. 29. 2008헌마438 참조.

15) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192 참조.

16) 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48 참조.

17) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38 참조.

Ⅲ. 보충성 원칙, 청구기간, 권리보호이익, 일사부재리 등

1. 보충성의 원칙

가. 보충성의 원칙의 의미

국민의 권리구제절차에서 권리구제형 헌법소원심판은 예비적이고 보충적인 성격을 가진다. 헌법재판소법 제68조 제1항 단서는, “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”라고 하여, ‘보충성의 원칙’을 규정하고 있다.

보충성의 원칙은 특히, 행정처분에 의한 기본권 침해의 경우에 문제된다. 행정처분에 대해서는 원칙적으로 행정소송이 가능하므로, 청구인이 행정소송의 구제절차를 거치지 않고 헌법소원심판을 청구하면, 보충성의 원칙에 위배되어 그 청구는 부적법하게 된다.

이 경우 다른 구제절차는 ‘적법하게’ 거칠 것이 요구되며, 여기서의 사전구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하므로, 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상 청구는 이에 해당하지 않는다.¹⁸⁾

나. 보충성 원칙의 예외

보충성의 원칙은 국가의 권리구제체계를 정상적으로 작동시키고, 해당 처분기관 등이 스스로 시정할 수 있는 기회를 갖도록 하기 위한 것이므로, 일정한 예외가 인정된다.

우선, 사전에 구제절차를 거칠 것을 기대하기 곤란한 경우가 있다. 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우에는 보충성의 예외로 바로 헌법소원을 제기할 수 있다.¹⁹⁾ 이에 해당하는 예로는,

18) 헌재 1989. 4. 17. 88헌마3; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707 참조.

19) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80 참조.

교도소장의 미결수용자의 서신에 대한 검열·지연발송·지연교부행위와 같은 **권력적 사실행위** 등이 있다.²⁰⁾

한편, 다른 법률에 구제절차가 없는 경우에도 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 법령 자체로 인한 직접적 기본권 침해가 문제되는 경우가 이에 해당한다.

2. 청구기간

가. 청구기간의 의미와 계산

헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 일정한 청구기간을 준수하여야 한다. 청구기간제도는 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 효과를 불확정인 상태로 둠으로써 발생할 수 있는 권리의무관계의 불안정을 제거하고, 국가질서의 안정성을 확보하기 위한 것이다.

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판은 원칙적으로 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 즉, 기본권침해가 있음을 안 날부터 90일이 지났거나, 그 사유가 있는 날부터 1년이 지났으면, 둘 중 어느 하나의 기간이 지난 후의 심판청구는 부적법하게 된다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 경우에는 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

여기서 기본권 침해의 사유가 ‘있는 날’은 공권력의 행사에 의해서 기본권 침해가 발생한 날을 말한다. 그리고 사유가 있음을 ‘안 날’은 적어도 공권력의 행사에 의한 기본권 침해의 사실관계를 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하여 심판청구가 가능해진 경우를 말하며, 헌법소원심판의 대상이 됨을 안 날을 뜻하는 것은 아니다.

청구기간이 준수되었는지 여부는, 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 헌법재판소에 심판청구서가 접수된 날을 기준으로 판단된다. 헌법재판소법 제70조 제4항에 의하면, 청구인이 국선대리인 선임신청을 하였는데 헌법재판소가 국선대리인

20) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144 참조.

을 선정하지 아니한다는 결정을 통지한 경우에는, 그 선임신청을 한 날부터 그 통지를 받은 날까지의 기간은 청구기간에 산입하지 않는다.

나. 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간

특히, 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간은 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

- ① 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.
- ② 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는, 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다.

다. 공권력의 불행사의 경우

한편, 공권력의 불행사로 인한 기본권 침해에 대해서는 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약 없이 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

그러나 법령의 제정 또는 개정이 불완전하거나 불충분하게 된, 이른바 ‘부진정 입법부작위’의 경우에는 해당 법령 자체에 대한 심판청구의 기간으로서 헌법재판소법 제69조 제1항이 그대로 적용된다.

3. 권리보호이익

권리구제형 헌법소원심판은 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 제도이므로, 청구인이 더 이상 기본권을 침해받지 않게 된 때에는 원칙적으로 권리보호이익이 없어 심판청구가 부적법해진다.²¹⁾

다만, 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해

21) 현재 1993. 11. 25. 92헌마169 참조.

명이 긴요한 사항인 경우에는 예외적으로 심판의 이익이 인정된다.²²⁾

예를 들어, 헌법재판소는 유치장 내에서 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 강제한 행위를 대상으로 한 헌법소원심판에서, 청구인들에 대한 침해행위는 이미 종료되었다 하더라도, 전국의 다수 유치장 화장실의 구조와 사용실태가 유사하여 같은 종류의 조치로 인한 기본권 침해가 여러 사람에 대하여 반복하여 일어날 위험이 있으므로, 심판청구의 이익을 인정한 바 있고,²³⁾ 마약류 관련 수형자에 대하여 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 행위를 대상으로 한 헌법소원심판에서, 청구인이 출소하여 소변채취의 침해행위가 종료되었다고 하더라도, 마약류 수형자에 대한 정기적 소변채취는 현재 및 앞으로 계속하여 반복하여 행하여질 것이므로, 심판청구의 이익을 인정한 바 있다.²⁴⁾

4. 일사부재리와 재심

헌법재판소법 제39조에 따라, 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다. 따라서 헌법소원심판청구가 부적법 각하된 경우, 그 각하결정에서 갖추어지지 않았다고 판시한 적법요건을 보정하여 다시 청구하는 것은 가능하지만, 이러한 보완을 하지 않은 채로 같은 내용의 청구를 되풀이 하는 것은 허용되지 않는다.²⁵⁾

한편, 헌법재판소법은 헌법재판소의 결정에 대한 재심의 허용 여부에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 않다. 다만, 헌법재판소는, 법령소원을 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 경우, 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 재심을 허용하고 있으며, “판단유탈”도 이 경우의 재심사유로 인정하였다.²⁶⁾

22) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마782등 참조.

23) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 참조.

24) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277 참조.

25) 헌재 1995. 2. 23. 94헌마105 참조.

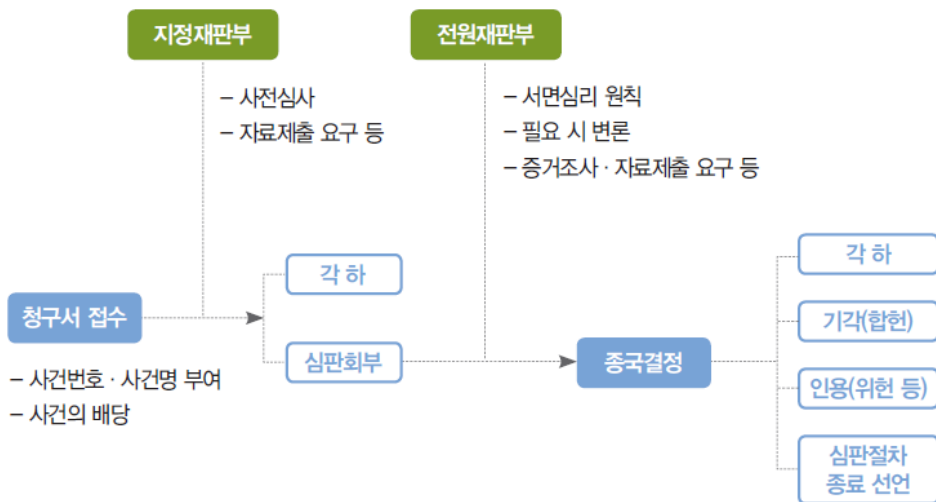
26) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3 참조.

5. 변호사 대리와 국선대리인 제도

헌법재판소법 제25조 제3항에 따라 청구인이 사인(私人)이고 변호사 자격이 없는 경우에는 **변호사를 대리인으로 선임**하지 않으면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 헌법재판소법 제70조는 헌법소원심판의 청구인이 자력(資力)이 없거나 공익상 필요한 경우 **국선대리인**을 선임할 수 있도록 규정한다.

변호사 대리의 강제와 국선대리인 제도, 재판관 3명으로 구성된 지정재판부의 사전심사절차는, 헌법재판소법 제68조 제1항 및 제2항의 헌법소원심판절차 모두에 적용된다.

[헌법소원심판의 절차 흐름]



IV. 사례 보기

여기에서는 몇 가지 사례를 통해 권리구제형 헌법소원심판이 실제로 어떻게 이루어지는지 살펴보기로 한다.²⁷⁾

27) 이하에서 살펴보는 각각의 헌법재판소 결정의 내용은 교육용으로 요약한 것으로서, 세부적인 쟁

1. 서울광장 통행제지와 일반적 행동자유권

헌법재판소는 2011년 6월 30일 재판관 7대 2의 의견으로, 경찰청장이 서울광장을 차벽으로 둘러싸 시민인 청구인들이 2009. 6. 3. 서울광장에 출입하려는 것을 제지한 행위가 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다는 결정을 선고하였다. 이 결정에는 재판관 2명의 보충의견과 재판관 2명의 반대 의견이 있었다. (헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406)

가. 사건 개요

경찰청장은 노무현 전 대통령이 서거한 2009년 5월 23일경 고인을 조문하고자 덕수궁 대한문 앞 시민분향소를 찾은 사람들이 그 건너편에 있는 서울광장에서 불법·폭력 집회나 시위를 개최하는 것을 막기 위하여 경찰버스들로 서울광장을 둘러싸 서울광장에 출입하는 것을 제지하였다. 청구인들은 2009년 6월 3일 서울광장을 가로질러 통행하려고 하다가 서울광장을 둘러싼 차벽에 의하여 통행하지 못하게 되자 일반적 행동자유권 등 기본권의 침해를 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

※ 일반적 행동자유권

헌법 제10조 전문의 행복추구권에는 그 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권이 포함되는바, 이는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유도 포함되는 권리로서, 포괄적인 의미의 자유권이라는 성격을 갖는다.

일반 공중에게 개방된 장소인 서울광장을 개별적으로 통행하거나 서울광장에서 여가활동이나 문화활동을 하는 것은 일반적 행동자유권의 내용으로 보장된다.

※ 거주·이전의 자유는 거주지나 체류지라고 볼 만한 정도로 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소를 선택하고 변경하는 행위를 보호하는 기본권이다. 이 사건에서 서울광

점들의 일부는 생략되어 있을 수 있으며, 자세한 내용은 헌법재판소 홈페이지에서 검색되는 결정문 전문을 참조하기 바람.

장이 청구인들의 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지에 해당한다고 할 수 없고, 서울광장에 출입하고 통행하는 행위가 그 장소를 중심으로 생활을 형성해 나가는 행위에 속한다고 볼 수도 없으므로, 청구인들의 거주·이전의 자유가 제한되었다고 할 수 없다.

나. 결정 내용

헌법재판소는, 경찰청장의 통행제지행위의 기본권 침해가능성을 인정하였으며, 이는 권력적 사실행위로서 청구인들의 통행이 제지된 다음 날 중지되었는데, 그에 대해 행정쟁송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 높아 보충성이 인정되는 한편, 이 사건 심판청구가 청구인들의 권리구제에는 도움이 되지 않더라도 같은 유형의 행위가 반복될 가능성이 있고 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대한 것이므로 심판의 이익이 있다고 보았다.

그리하여 불법·폭력 집회나 시위가 개최될 가능성이 있다고 하더라도 이를 방지하기 위한 조치는 개별적·구체적인 상황에 따라 필요최소한의 범위에서 행해져야 하는 것인데, 서울광장에서의 일체의 집회는 물론 일반인의 통행까지 막은 것은 당시 상황에 비추어 볼 때 필요한 최소한의 조치였다고 보기 어렵고, 그 필요성이 있다고 가정하더라도 몇 군데 통로를 개설하거나 또는 집회의 가능성이 적거나 출근 등의 왕래가 빈번한 시간대에는 통행을 허용하는 등 덜 침해적인 수단을 취할 수 있었음에도 모든 시민의 통행을 전면적으로 통제하는 것은 침해를 최소화한 수단이라고 할 수 없으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 기본권을 침해하였다고 판단하였다.

재판관 2명은, 이 사건 통행제지행위는 경찰관직무집행법 제5조 제2항, 제6조 제1항의 요건을 충족하지 못하고, 경찰권 발동 요건을 자세히 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권 발동을 허용하려는 입법자의 의도와 달리 경찰법 제3조나 경찰관직무집행법 제2조를 경찰권 발동의 일반적 수권조항으로 볼 수도 없으므로, 이 사건 통행제지행위는 법률적 근거를 갖추지 못하여 법률유보원칙에도 어긋난다는 보충의견을 표시하였다.

이에 대하여 재판관 2명은, 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조가 법률적

근거로 될 수 있다는 전제 아래, 이 사건 통행제지행위는 서울광장이라는 한정된 곳에 관하여 일시적으로만 일반이용을 제한한 것으로서 과도하다고 볼 수 없고, 다수의견이 제시하는 덜 침해적인 대체수단들은 당시의 위험에 비추어 현실성 있는 대안이라고 할 수 없으며, 일시적 통행이라는 사익에 비하여 불법·폭력 집회로부터 시민의 생명·신체와 재산을 보호한다는 공익이 우월하므로 위 통행제지행위가 과잉금지원칙을 위반한 것이라고 할 수 없다는 반대의견을 표시하였다.

※ 관련 조항

경찰법(2006. 7. 19. 법률 제7968호로 개정된 것) 제3조(국가경찰의 임무) 국가경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

경찰관직무집행법(1981. 4. 13. 법률 제3427호로 개정된 것) 제2조(직무의 범위) 경찰관은 다음 각 호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

제5조(위험발생의 방지) ② 경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

제6조(범죄의 예방과 제지) ① 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

2. 집행유예자 및 수형자의 선거권

헌법재판소는 2014년 1월 28일 집행유예자와 수형자의 선거권을 제한하는 공직

선거법 제18조 제1항 제2호와 형법 제43조 제2항 중 ‘집행유예자’에 관한 부분은 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 반하여 집행유예자와 수형자를 차별취급하는 것이므로 평등의 원칙에도 어긋나 헌법에 위반되며, 위 조항 중 ‘수형자’에 관한 부분은 수형자에게 선거권을 부여하는 구체적인 방안이 입법형성의 범위 내에 있다는 점을 고려하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

이에 대하여 재판관 1명은 집행유예자에 관한 부분이 위헌이라는 다수의견의 결론에 찬성하지만 그 이유가 다르고 수형자에 관한 부분도 위헌이라는 의견을, 또 다른 재판관 1명은 집행유예자에 관한 부분은 위헌이지만 수형자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않는다는 의견을 표시하였다. (헌재 2014. 1. 28. 2014헌마409등)

※ 심판대상조항

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

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

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

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

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

※ 관련 조항: 형법 제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

2. 공법상의 선거권과 피선거권

※ 결정 주문

1. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행유예기간 중인 자’에 관한 부분, 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 유기징역 또는 유기

금고의 판결을 받아 그 형의 집행유예기간 중인 자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

2. 공직선거법 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 관한 부분, 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받아 그 형의 집행이 종료되지 아니한 자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

위 각 법률조항 부분은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

※ 개정된 법률조항

공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것)(2016. 1. 1. 시행)

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

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

형법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정된 것)

제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 따른다.

가. 사건 개요

청구인들은 징역형의 집행유예를 선고받고 그 판결이 확정되거나, 징역형을 선고받고 그 판결이 확정되어 교도소에 수용 중이다. 청구인들은 각각 2012년 4월 11일 실시된 제19대 국회의원선거 또는 2012년 12월 19일 실시된 제18대 대통령선거에 선거권을 행사하지 못하자, 심판대상조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정 내용

헌법재판소는, 선거권을 제한하는 입법은 선거의 결과로 선출된 입법자들이 스스로 자신들을 선출하는 주권자의 범위를 제한하는 것이므로 신중해야 하며, 범죄자에게 형벌의 내용으로 선거권을 제한하는 경우에도 선거권 제한 여부 및 적용 범위의 타당성에 관하여는 보통선거원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 비례심사를 해야 한다고 하였다.

심판대상조항은 집행유예자와 수형자에 대하여 전면적·획일적으로 선거권을 제한하였다. 이에 대해 헌법재판소는 형사적 제재의 연장으로서의 응보적 기능 및 법치주의에 대한 존중의식 제고 등의 입법목적에 비추어 보더라도, 구체적인 범죄의 종류나 내용 및 불법성의 정도 등과 관계없이 일률적으로 선거권을 제한하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵고, 범죄자가 저지른 범죄의 경중을 전혀 고려하지 않고 수형자와 집행유예자 모두의 선거권을 제한하는 것은 침해의 최소성 원칙에 어긋나며, 특히 집행유예자는 집행유예 선고가 실효되거나 취소되지 않는 한 교정시설에 구금되지 않고 일반인과 동일한 사회생활을 하고 있으므로, 그들의 선거권을 제한해야 할 필요성이 크지 않다고 하였다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 집행유예자와 수형자를 차별 취급하는 것이므로 평등원칙에도 어긋난다고 판단하였다.

다만, 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분의 위헌성은 지나치게 전면적·획일적으로 수형자의 선거권을 제한한다는 데 있는데, 그 위헌성을 제거하고 수형자에게 헌법합치적으로 선거권을 부여하는 것은 입법자의 형성재량에 속한다고 보아 해당 부분에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하였다.

이에 대하여 재판관 1명은, 범죄를 저지른 대가로 유죄의 확정판결을 받은 사람들에게 대한 사회적 제재라는 입법목적은 정당하지 않고, 수형자와 집행유예자의 선거권을 제한하는 것이 준법의식을 강화한다고 볼 수 없어 그 수단의 적합성을 인정하기 어렵다고 하면서, 심판대상조항 전체에 대하여 단순위헌을 선언하여야 한다는 의견을 표시하였다.

그리고 재판관 1명은, 집행유예자와 달리, 수형자는 그 범행의 불법성이 크고 공동체로부터 격리되어 정상적인 사회생활이 불가능해진 경우로서, 그들에 대해 격리된 기간 동안 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성과 공동체의 나아갈

방향을 결정짓는 선거권을 정지시키는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것으로 보이지 않으므로, 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않는다는 의견을 표시하였다.

이 결정으로 집행유예자들은 바로 선거권을 행사할 수 있게 되었고, 수형자에 대한 선거권 제한은 헌법불합치결정으로 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용되었는데, 2015. 8. 13. 공직선거법 제18조 제1항 제2호가 개정되고 2016. 1. 1.부터 시행됨으로써 집행유예기간 중에 있는 사람은 선거권이 명시적으로 인정되었으며, 수형자는 1년 이상의 징역 또는 금고형을 선고받은 경우에만 선거권이 제한되도록 변경되었다.

3. 선거운동기간의 확성기 소음과 환경권

헌법재판소는 2008년 7월 31일, 심리에 참여한 8명의 재판관 중 재판관 4대 4의 의견으로, 선거운동 중 확성기장치 사용을 허용하면서 확성기장치의 출력수 등 소음 허용 기준을 규정하지 않은 공직선거법 조항들은 청구인의 환경권을 침해하지 않는다는 이유로 청구를 기각하는 결정을 선고하였다. (헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711)

※ 심판대상조항

공직선거법

제79조(공개장소에서의 연설·대담) ③ 후보자 등과 사회자는 공개장소에서의 연설·대담을 위하여 다음 각 호의 구분에 따라 자동차와 이에 부착된 확성장치 및 휴대용 확성장치를 각각 사용할 수 있다.

1. 대통령선거

후보자와 시·도 및 구·시·군 선거연락소마다 각 1대·각 1조

2. 시·도지사선거

후보자와 구·시·군 선거연락소마다 각 1대·각 1조

3. 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거

후보자마다 1대·1조

제216조(4개 이상 선거의 동시실시에 관한 특례) ① 4개 이상 동시선거에 있어 지역구 자치구·시·군의원선거의 후보자는 제79조(공개장소에서의 연설·대담)의 연설·대담을 위하여 자동차 1대와 휴대용 확성장치 1조를 사용할 수 있다.

가. 사건 개요

청구인은 2006년 5월 31일 실시된 전국 동시지방선거 선거운동기간 동안 후보자들이 확성기장치를 사용하여 소음을 유발함에 따라 정신적·육체적 고통을 입는 등 환경권을 침해당했다고 주장하였다. 이에 청구인은 공직선거법이 확성기장치를 사용한 선거운동을 허용하면서 소음 허용 기준을 규정하지 않은 부분의 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

※ 환경권

헌법 제35조 제1항은 환경권을 보장하고, 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 환경권의 보호대상이 되는 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다. 따라서 일상생활에서 소음을 제거·방지하여 고요하고 평온한 환경에서 생활할 권리도 환경권의 한 내용을 이루고 있다.

나. 결정 내용

헌법재판소는, 공직선거법이 확성장치에 의해 발생하는 선거운동 소음을 규제하는 입법을 전혀 하지 않았다고 할 수 없고, 다만 소음제한 입법이 확성장치의 출력수 등 소음 제한에 관한 기준을 설정하지 않는 등 불완전·불충분한 것인지가 문제될 따름이므로, 이 사건 심판청구는 부진정입법부작위를 다투는 것에 해당한다고 보았다.

재판관 3명은, 공직선거법이 선거운동을 위해 사용할 수 있는 확성기 장치의 수량, 사용방법, 사용시간에 관하여 일정한 제한을 두고 있는 이상 고요하고 평온한 환경에서 생활할 환경권을 보호해야 할 입법자의 의무를 게을리 하였거나 과소보호하고 있다고 인정하기 어렵다고 보았다.

한편, 재판관 1명은 확성기 장치의 수량, 사용방법 등 제한에 의해 이미 소음의 정도가 저절로 한계 지어지는 점 등을 고려할 때, 과잉금지원칙을 적용하더라도 환경권을 침해하는 것은 아니라고 보았다.

이에 대하여 4명의 재판관은, 공직선거법이 확성기 장치의 출력수를 합리적으로 제한하는 허용기준을 정하지 않고, 구체적인 사용장소 제한 규정도 두고 있지 않은 것은 환경권을 과소하게 보호하는 것으로 청구인이 누려야 할 고요하고 평온한 환경에서 생활할 권리를 침해한다고 보았다. 그에 따라 입법자가 개선입법을 할 수 있도록 헌법불합치결정을 선고하여야 한다는 반대의견을 표시하였다.

이 사건의 경우, 재판관 8명이 출석한 가운데 심리가 종결되었고, 헌법불합치의 견을 표시한 재판관이 4명으로서 헌법 제113조 제1항이 정한 심판정족수를 채우지 못했기 때문에 기각결정을 선고하였다.

4. 학원 심야교습금지 조례와 학부모의 자녀교육권

헌법재판소는 2016년 5월 26일, 심리에 참여한 8명의 재판관 중, 재판관 5대 3의 의견으로, 학원과 교습소의 심야교습을 제한하는 서울특별시 등의 조례는 학부모의 자녀교육권이나 학생의 인격의 자유로운 발현권, 학원운영자의 직업수행의 자유 등을 침해하지 않는다는 이유로 청구기각결정을 선고하였다. 그리고 이러한 조례의 근거가 되는 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 없다는 이유로 각하하였다. (헌재 2016. 5. 26. 2014헌마374)

※ 심판대상조항(발췌)

서울특별시 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 조례(2012. 3. 8. 서울특별시조례 제 5253호로 개정된 것)

제8조(학교교과교습학원 등의 교습시간) 법 제16조 제2항에 따른 학교교과교습학원과 교습소의 교습시간은 05:00부터 22:00까지로 한다. 다만, 독서실은 관할 교육장의 승인을 받아 연장할 수 있다.

인천광역시 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 조례(2011. 10. 17. 인천광역시조례 제4962호로 개정된 것)

제4조의2(학교교과교습학원 등의 교습시간) ① 법 제16조 제2항에 따른 학교교과교습학원 및 교습소의 교습시간은 초등학교 교과를 교습하는 학원 등의 **교습시간은 05:00부터 21:00까지**, 중학교 교과를 교습하는 학원 등의 **교습시간은 05:00부터 22:00까지**, 고등학교 교과를 교습하는 학원 등의 **교습시간은 05:00부터 23:00까지로 한다.**

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8711호로 개정된 것)

제16조(지도·감독 등) ② 교육감은 학교의 수업과 학생의 건강 등에 미치는 영향을 고려하여 시·도의 조례로 정하는 범위에서 학교교과교습학원 및 교습소의 교습시간을 정할 수 있다. 이 경우 교육감은 학부모 및 관련 단체 등의 의견을 들어야 한다.

가. 사건 개요

이 사건의 청구인들은 고등학교에 재학중인 학생들과 그들의 부모, 학교 교과교습학원을 운영 중인 학원운영자들이다. 청구인들은, 서울특별시, 경기도, 대구광역시, 인천광역시가 조례를 통해 학원의 심야교습을 금지한 것이 학부모의 자녀교육권, 학생의 자유로운 인격발현권, 학원운영자의 직업수행의 자유 등을 침해한다고 주장하면서, 해당 조례의 조항들과 이러한 심야교습금지의 근거가 되는 ‘학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률’ 제16조 제2항 전문에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

※ 학원의 심야교습을 금지하면, 학원운영자는 심야에 학원을 운영할 수 없게 되고, 학생들은 심야에 학원에서 공부할 수 없게 되므로 **학원 운영자의 직업수행의 자유**나, 심야에 공부하기를 원하는 **학생의 인격의 자유로운 발현권** 침해 여부가 문제될 수 있다.

또한, 헌법재판소는 ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 보장에 관한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권으로, 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모

의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무라고 본다. 따라서 학원의 심야교습을 금지하는 것은 자녀교육에 대한 결정권을 제약하기 때문에 **학부모의 자녀교육권** 침해 여부 역시 문제된다.

나. 결정 내용

헌법재판소는 우선, 청구인들이 주장하는 기본권 침해의 법률효과는 조례 또는 교육감의 교습시간 지정행위에 의하여 비로소 발생하는 것이지, ‘학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률’ 제16조 제2항 전문에 의하여 곧바로 발생하는 것이 아니므로, 이러한 법률조항에 대한 심판청구의 경우, 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다고 하였다.

그리고 학원의 심야교습을 금지하는 지방자치단체의 조례는 학생들의 건강과 안전을 지키고, 학교 교육을 정상화하며, 학부모의 경제적 부담과 사교육 기회의 차별을 최소화하기 위한 것으로서, 원칙적으로 학원 교습은 보장하면서 심야에 한하여 제한하고 있을 뿐이므로, 과잉금지원칙에 위배하여 학생의 인격의 자유로운 발현권, 학부모의 자녀교육권, 학원운영자의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

이에 대하여 재판관 3명은, 학원심야교습 금지는 학생과 부모의 자율이 보장되어야 하는 영역에 공권력이 지나치게 후견적으로 개입하는 것이고, 오히려 교습료 상승이나, 고액 개인과외교습을 유발할 우려가 있다는 점 등에서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 기본권을 침해하므로 헌법에 위반된다는 의견을 표시하였다.

한편, 헌법재판소는 심판대상인 조례가 시행되는 지방자치단체 주민과 다른 지방자치단체 주민과의 차별에 대해서는 지방자치단체의 자치입법권을 인정함에 따라 예상되는 것이라는 점에서, 학원운영자와 교육방송 운영자, 개인과외교습자, 인터넷 통신강좌 운영자 등 다른 사교육 주체와의 차별, 그리고 고등학생과 재수생, 재수생 학부모와의 차별에 대해서는 운영자의 영리성 여부, 사교육의 사회적 폐해와 영향력 등에서 차이가 있다는 등의 이유로 각각 청구인들의 평등권이 침해된 것으로 볼 수 없다고 하였다.

이에 반하여 위헌의견을 표시한 재판관 3명은 위 각각의 경우 청구인들의 평등

권도 침해된다고 하였다.

5. 초·중등학교 한자교육과 부모의 자녀교육권 등

헌법재판소는 2016년 11월 24일 재판관 5:4의 의견으로, 초·중등학교에서 한자 교육을 선택적으로 받도록 한 ‘초·중등학교 교육과정’(교육과학기술부 고시)의 ‘Ⅱ 학교 급별 교육과정 편성과 운영’ 중 한자교육 및 한문 관련 부분은 헌법에 위반 되지 않는다고 판단하였다. 이에 대하여는, 중학교 이상의 학생들에 대하여 한자 내지 한문을 필수과목으로 가르치지 않는 것은 위헌이라는 취지의 재판관 4명의 반대의견이 있다.

※ 심판대상조항(발췌)

○ 초·중등학교 교육과정(교육과학기술부 고시 제2012-3호)

Ⅱ 학교 급별 교육과정 편성과 운영

1. 초등학교

나. 편제와 시간 배당

(1) 편제

(가) 초등학교 교육과정은 교과(군)와 창의적 체험활동으로 편성한다.

- ① 교과(군)는 국어, 사회/도덕, 수학, 과학/실과, 체육, 예술(음악/미술), 영어로 한다. 다만, 초등학교 1, 2학년의 교과는 국어, 수학, 바른 생활, 슬기로운 생활, 즐거운 생활로 한다.

다. 초등학교 교육과정 편성·운영의 중점

- (6) 정보통신활용교육, 보건교육, 한자교육 등은 관련 교과(군)와 창의적 체험활동 시간을 활용하여 체계적인 지도가 이루어질 수 있도록 한다.

2. 중학교

나. 편제와 시간 배당 기준

(1) 편제

(가) 중학교 교육과정은 교과(군)와 창의적 체험활동으로 편성한다.

- ① 교과(군)는 국어, 사회(역사 포함)/도덕, 수학, 과학/기술·가정, 체육, 예술

(음악/미술), 영어, 선택으로 한다. 선택은 한문, 정보, 환경과 녹색성장, 생활 외국어(독일어, 프랑스어, 스페인어, 중국어, 일본어, 러시아어, 아랍어, 베트남어), 보건, 진로와 직업 등 선택 과목으로 한다.

3. 고등학교

나. 편제와 단위 배당 기준

(1) 편제

(나) 교과는 보통 교과와 전문 교과로 한다.

- ① 보통 교과는 기본 과목과 일반 과목, 심화 과목으로 구분한다. 보통 교과 영역은 기초, 탐구, 체육·예술, 생활·교양으로 구성하며, 교과(군)는 국어, 수학, 영어, 사회(역사/도덕 포함), 과학, 체육, 예술(음악/미술), 기술·가정/제2외국어/한문/교양으로 한다.

가. 사건개요

청구인들은 초·중등학교 재학생과 그 부모, 교과서집필자, 공무원 등이다.

청구인들은 우리말의 정확한 이해와 사용을 위해서는 한자 사용이 필수적임에도, ‘초·중등학교 교육과정’(교육과학기술부 고시) 중 “학교 급별 교육과정 편성과 운영” 부분(이하 ‘이 사건 한자 관련 고시’라 한다) 등이 초·중등학교 교육과정에서 한자교육을 선택적으로 받도록 함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정 내용

헌법재판소는 다음과 같은 내용으로 이 사건 한자 관련 고시가 **학생들의 자유로운 인격발현권 및 부모의 자녀교육권을 침해하지 않는다**고 보았다:

국어교육은 우리말과 우리글을 어법과 문법에 맞게 사용하고 이해하는 능력을 기르기 위한 것으로, 한국인으로서의 정체성을 형성하고 공동체의 구성원으로 성장하는 데 가장 기초적인 교육이며, 다른 모든 과목에서의 지식 습득과 효과적인 학습을 위한 전제가 된다고 보. 따라서 현재 우리나라의 어문정책과 문자생활의 흐름에 맞추어 그에 맞는 교육목표와 방향을 설정하고, 학생들의 연령과 발달수준

을 고려하여 국어 능력 향상에 도움이 될 수 있는 적절한 국어교육의 내용과 방법을 정할 필요가 있다.

낱말이 한자로 어떻게 표기되는지를 아는 것이 어휘능력 향상에 결정적인 요소가 된다고 보기 어렵고, 한자지식이라는 하나의 요소가 학생들의 독해력 향상에 큰 영향을 미치는 것은 아니다. 특히 요즘에는 인터넷이 상용화되어 한글만을 사용하더라도 지식과 정보 습득에 아무런 문제가 없고, 한자지식이 부족하더라도 검색 등을 통해 충분히 그 부족함을 보충할 수 있으므로, 한자교육이 필수적이라고 보기 어렵다.

공교육제도 하에서 학생과 학부모가 원하는 모든 것을 그들이 원하는 방식대로 다 가르칠 수는 없으며, 공교육의 목적을 달성하기 위하여 필요한 과목을 우선적으로 정하고 각 과목의 목표와 교육내용, 다른 과목과의 균형, 학생들의 수학 능력과 학습 부담 등을 고려하여 교과목의 편제와 수업시수 등을 적절히 배분하여야 한다.

현재 우리의 문자생활에서 한자가 차지하는 비중, 한자지식이 학생들의 어휘력이나 독해력 향상에 미치는 영향, 다른 과목과의 균형이나 학생들의 학습부담 등을 고려할 때, 한자를 필수과목이 아닌 선택과목으로 편제하고 각 학교별로 학생들의 수준이나 학부모의 요구, 학교의 여건 등에 맞추어 재량에 따라 가르치도록 하겠다고 하여 이러한 교육부의 판단이 명백히 불합리하다고 보기는 어렵다. 이 사건 한자 관련 고시가 초중등교육과정에서 한자를 국어과목의 일환으로 가르치지 않고, 한자 내지 한문을 필수과목으로 하지 않았다고 하여 학생들의 자유로운 인격발현권 및 부모의 자녀교육권을 침해한다고 볼 수 없다.

이에 대하여 재판관 4명은 다음과 같은 **반대의견**을 제시하였다.

한자는 수천 년 동안 우리말을 표현하는 수단으로 사용되어 오면서 우리 민족의 역사와 전통, 문화와 사상을 담아내는 도구로서 자리 잡아 왔다. 또한 우리말은 한자어와 고유어로 구성되어 있고, 이 중 한자어가 약 70%를 차지하며, 추상어, 개념어, 학술어, 전문어 등 주요 어휘들은 상당부분 한자어이다. 함축된 뜻을 담고 있는 한자어를 한글로만 이해하는 것과 한자를 통하여 이해하는 것은 그 언어에 담긴 정확한 의미와 어감(語感)을 이해하고 표현함에 있어서 차이가 있다. 그러므로 한자어를 고유어로 대체하는 것이 한계가 있고 우리말에서 한자어를 모두

제거할 수 없는 한, 우리말의 정확한 이해와 사용을 위하여 한자에 대한 기본지식을 갖추는 필요가 있다. 우리나라에서 한자교육은 외국 글자를 하나 더 알기 위한 학습이 아니라, 우리말을 더욱 완벽하게 구사하고 우리의 역사와 문화를 이해하기 위한 교육의 하나라는 점을 인식해야 한다. 특히 언어와 이를 표현하는 글자는 사람 사이의 의미 전달만을 목적으로 하는 것이 아니라 인간 내면에서 사고의 도구로 쓰이므로, 도구의 다양성과 정교함은 사고의 폭과 깊이를 넓히기 위한 중요한 바탕이 된다. 나아가 한자는 동아시아 문화권 국가들의 이해를 촉진하는 공통의 문화코드이며, 상호협력과 교류에 있어서 중요한 연결고리가 될 수 있다. 한국인의 문화적 정체성 확립과 우리 전통에 대한 이해, 더 풍부하고 정확하며 바람직한 언어생활, 사고력·응용력 및 창의력 계발, 동아시아에서의 문화적 연대와 국제 경쟁력 확보 등을 위해서는 공교육과정에서의 한자 내지 한문교육이 반드시 필요하다고 할 것이다. 다만 초등학교 단계에서는 모국어의 기초 낱말에 대한 감수성을 키우고 우리글의 기본과 언어 예절, 대화 방법 등 기초적인 언어학습을 해야 하는 시기이므로 한자교육을 한글교육과 동시에 하는 것이 반드시 바람직하다고 보기는 어려울 수 있다. 그러나 중고등학생은 우리말과 글에 대한 이해와 사용능력이 어느 정도 갖추어진 상태로, 한자교육이 한글학습이나 기초적인 언어습관 형성에 혼란을 초래한다고 보기 어렵다. 최소한 중고등학교에서부터 기본적인 한자지식을 갖추게 하고 이를 바탕으로 대학에서는 보다 심화된 내용의 한자 학습과 학문적 연구 등을 할 수 있도록 교육의 토대를 마련할 필요가 있다. 따라서 국가는 적어도 중학교 이상의 학생들에 대하여는 한문을 필수교과로 편제하여 모든 학교에서 반드시 일정 시간 이상 가르치도록 함으로써, 공교육을 받은 학생이라면 누구나 일상생활에 필요한 기본적인 한자지식을 갖추 수 있도록 한자교육을 제공하여야 한다. 이 사건 한자 관련 고시는 최소한 중학교 이상의 학생들에 대하여는 한문을 필수과목으로 가르칠 필요가 있음에도 이를 선택과목으로 편제함으로써 학생들의 자유로운 인격발현권 및 부모의 자녀교육권을 침해한다고 할 것이다.

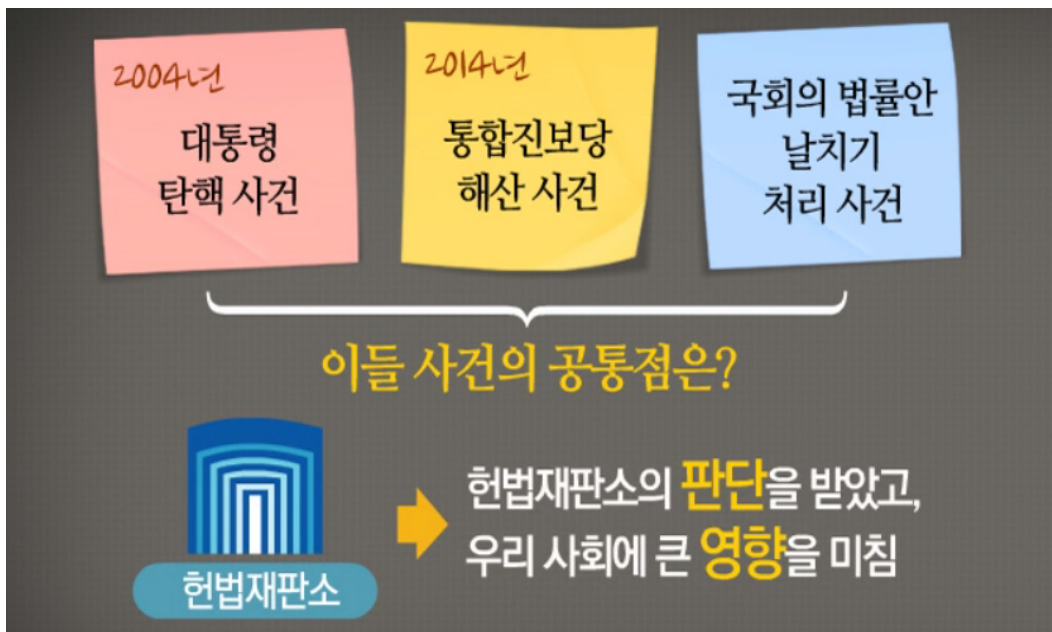
06. 탄핵·정당해산·권한쟁의 심판의 이해



06

탄핵·정당해산·권한쟁의 심판의 이해

〈헌법재판의 성격〉



I. 탄핵심판

1. 의의

탄핵이란, 보통의 사법절차나 징계절차로는 처벌하기 곤란한 정부 고위직 또는 특수직 공무원의 법이나 법률 위반 행위에 대한 민주적 파면제도를 말한다. 헌법 제65조 제1항은 대통령, 국무총리 등 헌법과 법률이 정한 공무원, 즉 고위공직자가 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를

의결할 수 있다고 규정하고 있다.

헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609

□ 헌법 제65조의 탄핵심판절차의 본질

헌법 제65조는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이 바로 탄핵심판절차의 목적과 기능인 것이다.

2. 탄핵의 대상 및 사유

헌법 제65조 제1항은, 공무원이 "그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때"를 탄핵소추의 사유로 규정하고 있다. 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소 재판관, 법관, 중앙선거관리위원회 위원, 감사원장, 감사위원, 그리고 그 밖에 법률이 정하는 공무원이 탄핵의 대상이 된다.

탄핵소추의 사유는 헌법이나 법률을 위배한 때에 한하여 인정되기 때문에, 법률위반이 아닌 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직무수행의 성실성 여부는 탄핵소추의 사유가 되지 아니한다.

헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 공보 245, 1

□ 불성실한 직책수행이 탄핵심판절차의 판단대상이 되는지 여부

대통령의 '직책을 성실히 수행할 의무'는 헌법적 의무에 해당하지만, '헌법을 수호해야 할 의무'와는 달리 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 되기는 어렵다. 세월호 참사 당일 피청구인이 직책을 성실히 수행하였는지 여부는 그 자체로 소추사유가 될 수 없어, 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 아니한다.

[재판관 김이수, 재판관 이진성의 보충의견]

대통령의 성실의무 위반을 일반적 파면사유로 볼 경우 사소한 성실의무 위반도 파면사유가 될 수 있다. 대통령이 국민으로부터 부여받은 민주적 정당성과 헌정질서의 막중함을 고려하면, 대통령의 성실의무 위반을 파면사유로 삼기 위하여는 그 위반이 당해 상황에 적용되는 행위의무를 규정한 구체적 법률을 위반하였거나 직무를 의식적으로 방임하거나 포기한 경우와 같은 중대한 성실의무 위반으로 한정함이 상당하다. 이 사건에서 피청구인은 국가공무원법 상의 성실의무를 위반하였으나 당해 상황에 적용되는 행위의무를 규정한 구체적 법률을 위반하였음을 인정할 자료가 없고, 위에서 살핀 것처럼 성실의무를 현저하게 위반하였지만 직무를 의식적으로 방임하거나 포기한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

헌법재판소법 제53조는 제1항에서 “탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있다. 여기서 탄핵심판의 청구가 이유 있는 때란, 직무행위로 인하여 사소한 범위반이 발생하는 모든 경우를 포함하는 것이 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반이 발생하는 경우에 한정된다.

헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 공보 245, 1

□ 탄핵의 요건

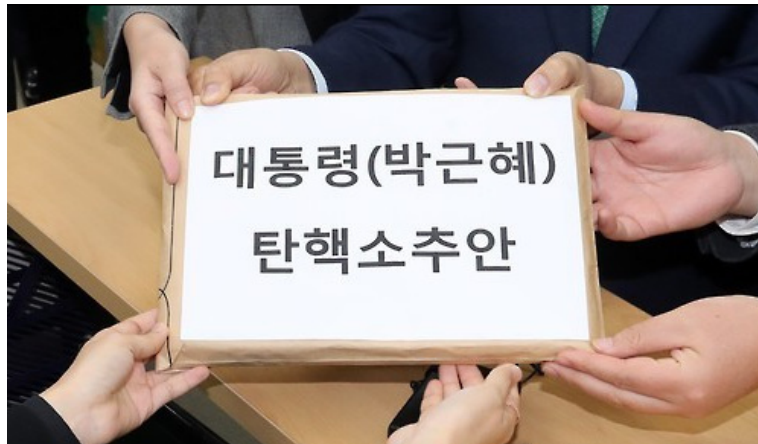
헌법 제65조는 대통령이 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’를 탄핵사유로 규정하고 있다. 여기에서 ‘직무’란 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무와 사회통념상 이와 관련된 업무를 말하고, 법령에 근거한 행위뿐만 아니라 대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위를 포괄하는 개념이다. 또 ‘헌법’에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 따라 형성되어 확립된 불문헌법도 포함되고, ‘법률’에는 형식적 의미의 법률과 이와 동등한 효력을 가지는 국제조약 및 일반적으로 승인된 국제법규 등이 포함된다.

헌법재판소법 제53조 제1항은 ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’ 피청구인을 파면하는 결정을 선고하도록 규정하고 있다. 대통령을 탄핵하기 위해서는 대통령의 법 위배 행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 해악이 중대하여 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법 수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 커야 한

다. 즉, ‘탄핵심판청구가 이유 있는 경우’란 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위배가 있는 때를 말한다.

대통령의 파면을 정당화할 수 있는 헌법이나 법률 위배의 중대성을 판단하는 기준은 탄핵심판절차가 헌법을 수호하기 위한 제도라는 관점과 파면결정이 대통령에게 부여한 국민의 신임을 박탈한다는 관점에서 찾을 수 있다. 탄핵심판절차가 궁극적으로 헌법의 수호에 기여하는 절차라는 관점에서 보면, 파면결정을 통하여 손상된 헌법질서를 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 법 위배 행위가 헌법 수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화된다. 또 대통령이 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 관점에서 보면, 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 박탈하여야 할 정도로 대통령이 법 위배행위를 통하여 국민의 신임을 배반한 경우에 한하여 대통령에 대한 탄핵사유가 존재한다고 보아야 한다.

현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 공보 245, 1



□ 최서원의 국정개입을 허용하고 권한을 남용한 행위가 공익실현의무에 위배되는지 여부(적극)

피청구인은 최서원이 추천한 인사를 다수 공직에 임명하였고 이렇게 임명된 일부 공직자는 최서원의 이권 추구를 돕는 역할을 하였다. 피청구인은 사기업으로부터 재원을 마련하여 재단법인 미르와 재단법인 케이스포츠를 설립하도록 지시하였고, 대통령의 지위와 권한을 이용하여 기업들에게 출연을 요구하였다. 이어 최서원이 추천하는

사람들을 미르와 케이스포츠의 임원진이 되도록 하여 최서원이 두 재단을 실질적으로 장악할 수 있도록 해 주었다. 그 결과 최서원은 자신이 실질적으로 운영하는 주식회사 플레이그라운드커뮤니케이션즈와 주식회사 더블루케이를 통해 위 재단을 이권 창출의 수단으로 활용할 수 있었다. 피청구인은 기업에 대하여 특정인을 채용하도록 요구하고 특정 회사와 계약을 체결하도록 요청하는 등 대통령의 지위와 권한을 이용하여 사기업 경영에 관여하였다. 그 밖에도 피청구인은 스포츠클럽 개편과 같은 최서원의 이권과 관련된 정책 수립을 지시하였고, 롯데그룹으로 하여금 5대 거점 체육인재 육성사업을 위한 시설 건립과 관련하여 케이스포츠에 거액의 자금을 출연하도록 하였다.

피청구인의 이러한 일련의 행위는 최서원 등의 이익을 위해 대통령으로서의 지위와 권한을 남용한 것으로서 공정한 직무수행이라 할 수 없다. 피청구인은 헌법 제7조 제1항, 국가공무원법 제59조, 공직자윤리법 제2조의2 제3항, 부패방지권익위법 제2조 제4호 가목, 제7조를 위반하였다.

□ 최서원의 국정개입을 허용하고 권한을 남용한 행위가 기업의 자유와 재산권을 침해하는지 여부(적극)

피청구인은 직접 또는 경제수석비서관을 통하여 대기업 임원 등에게 미르와 케이스포츠에 출연할 것을 요구하였다. 대통령의 재정·경제 분야에 대한 광범위한 권한과 영향력, 비정상적 재단 설립 과정과 운영 상황 등을 종합하여 보면, 피청구인의 요구는 단순한 의견제시나 권고가 아니라 사실상 구속력 있는 행위라고 보아야 한다. 대통령의 지위를 이용하여 기업으로 하여금 재단법인에 출연하도록 한 피청구인의 행위는 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해한다.

피청구인은 롯데그룹에 최서원의 이권 사업과 관련 있는 하남시 체육시설 건립 사업 지원을 요구하였고, 안중범으로 하여금 사업 진행 상황을 수시로 점검하도록 하였다. 피청구인은 현대자동차그룹에 최서원의 지인이 경영하는 회사와 납품계약을 체결하도록 요구하였고, 주식회사 케이티에는 최서원과 관계있는 인물의 채용과 보직 변경을 요구하였다. 피청구인의 이와 같은 일련의 행위들은 단순한 의견제시나 권고가 아니라 구속적 성격을 지닌 것으로 평가된다. 아무런 법적 근거 없이 대통령의 지위를 이용하여 기업의 사적 자치 영역에 간섭한 피청구인의 행위는 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유를 침해한 것이다.

□ 최서원의 국정개입을 허용하고 권한을 남용한 행위가 비밀엄수의무에 위배되는지 여부(적극)

피청구인의 지시와 묵인에 따라 최서원에게 많은 문건이 유출되었고, 여기에는 대통

령의 일정·외교·인사·정책 등에 관한 내용이 포함되어 있다. 이런 정보는 대통령의 직무와 관련된 것으로, 일반에 알려질 경우 행정 목적을 해할 우려가 있고 실질적으로 비밀로 보호할 가치가 있으므로 직무상 비밀에 해당한다. 피청구인이 최서원에게 위와 같은 문건이 유출되도록 지시 또는 방치한 행위는 국가공무원법 제60조의 비밀엄수의무를 위반한 것이다.

□ 피청구인을 파면할 것인지 여부(적극)

피청구인은 최서원에게 공무상 비밀이 포함된 국정에 관한 문건을 전달했고, 공직자가 아닌 최서원의 의견을 비밀리에 국정 운영에 반영하였다. 피청구인의 이러한 위법행위는 피청구인이 대통령으로 취임한 때부터 3년 이상 지속되었다. 피청구인은 국민으로부터 위임받은 권한을 사적 용도로 남용하여 적극적·반복적으로 최서원의 사익추구를 도와주었고, 그 과정에서 대통령의 지위를 이용하거나 국가의 기관과 조직을 동원하였다는 점에서 법 위반의 정도가 매우 중하다. 대통령은 공무 수행을 투명하게 공개하여 국민의 평가를 받아야 한다. 그런데 피청구인은 최서원의 국정 개입을 허용하면서 이 사실을 철저히 비밀에 부쳤고, 그에 관한 의혹이 제기될 때마다 이를 부인하며 의혹 제기 행위만을 비난하였다. 따라서 권력분립원리에 따른 국회 등 헌법기관에 의한 견제나 언론 등 민간에 의한 감시 장치가 제대로 작동될 수 없었다. 이와 같은 피청구인의 일련의 행위는 대의민주제의 원리와 법치주의의 정신을 훼손한 것으로서 대통령으로서의 공익실현의무를 중대하게 위반한 것이다.

피청구인은 최서원의 국정 개입 등이 문제로 대두되자 2016. 10. 25. 제1차 대국민 담화를 발표하면서 국민에게 사과하였으나, 그 내용 중 최서원이 국정에 개입한 기간과 내용 등은 객관적 사실과 일치하지 않는 것으로 진정성이 부족하였다. 이어진 제2차 대국민 담화에서 피청구인은 제기된 의혹과 관련하여 진상 규명에 최대한 협조하겠다고 하고 검찰 조사나 특별검사에 의한 수사도 수용하겠다고 발표하였다. 그러나 검찰이나 특별검사의 조사에 응하지 않았고 청와대에 대한 압수수색도 거부하여 피청구인에 대한 조사는 이루어지지 않았다.

위와 같이 피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게 한 약속도 지키지 않았다. 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.

결국 피청구인의 이 사건 헌법과 법률 위배행위는 국민의 신임을 배반한 행위로서 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없는 중대한 법 위배행위라고 보아야 한다. 그렇다면

피청구인의 법 위배행위가 헌법질서에 미치게 된 부정적 영향과 파급 효과가 중대하므로, 피청구인을 파면함으로써 얻는 헌법수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 크다고 인정된다.

cf. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609

□ 대통령(노무현)의 구체적인 법위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없는 이 사건의 경우 파면결정을 할 것인지 여부(소극)

이 사건에서 인정되는 대통령의 법위반(※ 기자회견에서 특정정당지지, 선거법 폄하, 재신임 국민투표 제안)이 헌법질서에 미치는 효과를 종합하여 본다면, 대통령의 구체적인 법위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없으므로, 자유민주적 기본질서에 대한 위협으로 평가될 수 없다.

따라서 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로, 대통령의 법위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가진다고 볼 수 없고, 또한 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당한다고도 볼 수 없으므로, 대통령에 대한 파면결정을 정당화하는 사유가 존재하지 않는다.

3. 탄핵소추 의결과 소추절차

탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법 제65조 제2항).

탄핵소추의 의결이 있는 때에는 국회의장은 지체 없이 소추의결서의 정본을 소추의원인 법제사법위원회장에게 송달하고 그 등본을 헌법재판소, 소추된 공무원(피소추자)과 그 소속기관의 장에게 송달하여야 한다.

국회에서 탄핵소추가 의결되어 탄핵의결서가 송달된 때에는 피소추자, 즉 탄핵

소추의 의결을 받은 자는 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한 행사가 정지된다(헌법재판소법 제50조). 권한행사가 정지되는 시점은 국회의 탄핵소추가 의결되는 때가 아니라 소추의결서가 피소추자에게 송달된 때이다.

헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 공보 245, 1

□ 피청구인(대통령 박근혜)에 대한 국회 탄핵소추의결 절차가 위법한지 여부(소극)

국회의 의사절차에 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아니면 국회의 의사절차의 자율권은 권력분립의 원칙상 존중되어야 하고, 국회법 제130조 제1항은 탄핵소추의 발의가 있을 때 그 사유 등에 대한 조사 여부를 국회의 재량으로 규정하고 있으므로, 국회가 탄핵소추사유에 대하여 별도의 조사를 하지 않았거나 국정조사결과나 특별검사의 수사결과를 기다리지 않고 탄핵소추안을 의결하였다고 하여 그 의결이 헌법이나 법률을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

국회법에 탄핵소추안에 대하여 표결 전에 반드시 토론을 거쳐야 한다는 명문 규정은 없다. 또 이 사건 소추의결 당시 토론을 희망한 의원이 없었기 때문에 탄핵소추안에 대한 제안 설명만 듣고 토론 없이 표결이 이루어졌을 뿐, 의장이 토론을 희망하는 의원이 있었는데도 토론을 못하게 하거나 방해한 사실은 없다.

탄핵소추안을 각 소추사유별로 나누어 발의할 것인지, 아니면 여러 소추사유를 포함하여 하나의 안으로 발의할 것인지는 소추안을 발의하는 의원들의 자유로운 의사에 달린 것이고, 표결방법에 관한 어떠한 명문규정도 없다.

탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 따라 사인으로서 대통령 개인의 기본권이 침해되는 것이 아니다. 국가기관이 국민에 대하여 공권력을 행사할 때 준수하여야 하는 법원칙으로 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에 직접 적용할 수 없다.

4. 탄핵심판의 절차 및 결정의 효력

헌법재판소는 탄핵의 심판을 구두변론에 의하여 심리한다(헌법재판소법 제30조 제1항). 그리고 재판관 6인 이상의 찬성으로, 탄핵심판 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 탄핵심판의 대상인 공무원을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다(헌법재판소법 제53조 제1항).

탄핵결정의 선고에 의하여 탄핵의 대상인 공무원은 공직에서 파면된다. 그러나 이로써 민형사상의 책임까지 면제되는 것은 아니다. 그리고 탄핵결정에 의하여 파면된 사람은 결정 선고가 있는 날부터 5년이 지나지 아니하면 공무원이 될 수 없다(헌법재판소법 제54조).

II. 정당해산심판

1. 의의

헌법 제8조 제4항은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.”고 규정하고 있다.

오늘날 민주주의 체제는 기본적으로 대의제를 채택하고 있으며, 여기서 정당의 의의와 기능은 매우 특별하다. 정당은 국민과 국가의 중개자로서의 기능을 수행하는데, 이렇게 국민의 정치의사형성을 매개하는 정당은 오늘날 민주주의에 있어서 반드시 필요한 요소이다. 그러나, 정당이 민주주의의 근본적인 이념을 부정하고 전체주의적인 통치를 추구할 경우에는 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 수 있다.

정당해산심판제도는 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때 헌법재판소의 심판을 통하여 위헌 정당을 해산하는 제도를 말한다. 정당해산심판권한을 헌법재판소에 부여한 것은, 헌법보장기능을 수행한다는 의미가 있는 한편, 정부의 자의적 판단으로부터 정당을 보호한다는 의미도 있다.

2. 정당해산심판의 사유 및 절차

정당이 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의

심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.

여기서 말하는 “민주적 기본질서”는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서 모든 폭력적자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말한다. 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력 분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.

정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제45조). 헌법재판소장은 정당해산심판의 청구가 있는 때에 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하여야 한다(헌법재판소법 제58조 제1항). 정당해산심판의 심리는 구두변론에 의하는데, 당사자는 정부가 청구인이 되고 제소된 정당이 피청구인이 된다.

현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1



□ 대통령의 해외 순방 중 국무총리가 주재한 국무회의에서 이루어진 정당해산심판청구서 제출안에 대한 의결이 위법한지 여부(소극)

이 사건 기록에 의하면, 대통령이 직무상 해외 순방 중이던 2013. 11. 5. 국무총리가 주재한 국무회의에서 피청구인에 대한 정당해산심판청구서 제출안이 의결되었고, 위

의안에 대하여는 차관회의의 사전 심의를 거치지 않은 사실이 인정된다.

정부조직법 제12조에 의하면, 대통령은 국무회의의 의장으로서 회의를 소집하고 이를 주재하지만 대통령이 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 국무총리가 그 직무를 대행한다. 대통령이 해외 순방 중인 경우는 일시적으로 직무를 수행할 수 없는 경우로서 ‘사고’에 해당된다고 할 것이므로(직무대리규정 제2조 제4호 참조), 위 국무회의의 의결이 위법하다고 볼 수 없다.

또한 국무회의 규정 제5조 제1항에 의하면 국무회의에 제출되는 의안은 긴급한 의안이 아닌 한 차관회의의 심의를 거쳐야 한다고 규정하고 있으나, 의안의 긴급성에 관한 판단에는 원칙적으로 정부의 재량이 있다고 할 것이고, 피청구인 소속 국회의원 등이 연루된 내란관련 사건이 발생한 상황에서 제출된 피청구인 해산심판청구에 대한 의안이 긴급한 의안에 해당한다고 본 정부의 판단에 재량의 일탈이나 남용의 위법이 있다고 단정하기 어렵다.

마찬가지 이유로, 위와 같은 상황에서 제기된 이 사건 정당해산심판 청구가 형평에 반하는 것으로서 청구권 남용에 해당한다고 보기도 어렵다.

결국 이 사건 정당해산심판청구는 관련 법령에 따라 적법하게 이루어진 것으로 그 절차에 하자가 없고, 이를 다투는 피청구인의 주장은 모두 이유 없다.

□ “민주적 기본질서”의 의미

헌법 제8조 제4항이 의미하는 ‘민주적 기본질서’는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립 제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.

□ 정당활동의 한계

어떤 정당이 앞서 본 민주적이고 자율적인 정치적 과정 자체를 거부하면서 민주주의의 근본적인 이념을 부정하는 등 폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 전체주의적인 통치를 추구할 경우에는 이러한 정당이 권력을 장악하여 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 수 있다. 정당은 여타 단체들과 달리 정치권력을 장악하는 것을 목적으로 하며, 국정 운영의 주도권을 쥐고 자신의 정치적 계획을

현실 속에서 실현하고자 하는 속성을 가지는 법이다. 따라서 그들이 이 민주주의 체제를 공격함으로써 이를 폐지하거나 혹은 심각하게 훼손시켜 그것이 유명무실해지도록 만드는 것을 사전에 방지할 제도적 장치로서 정당해산심판제도의 필요성 역시 인정된다.

□ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 “위배될 때”의 의미

헌법 제8조 제4항은 정당해산심판의 사유를 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때”로 규정하고 있는데, 여기서 말하는 민주적 기본질서의 ‘위배’란, 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니라, 민주사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다.

□ 정당해산의 헌법적 정당화 사유로서 ‘비례원칙’의 준수

강제적 정당해산은 헌법상 핵심적인 정치적 기본권인 정당활동의 자유에 대한 근본적 제한이므로, 헌법재판소는 이에 관한 결정을 할 때 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 비례원칙을 준수해야만 한다. 따라서 헌법 제8조 제4항의 명문규정상 요건이 구비된 경우에도 해당 정당의 위헌적 문제성을 해결할 수 있는 다른 대안적 수단이 없고, 정당해산결정을 통하여 얻을 수 있는 사회적 이익이 정당해산결정으로 인해 초래되는 정당활동 자유 제한으로 인한 불이익과 민주주의 사회에 대한 중대한 제약이라는 사회적 불이익을 초과할 수 있을 정도로 큰 경우에 한하여 정당해산결정이 헌법적으로 정당화될 수 있다.

□ 피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부(적극)

경기동부연합 등 피청구인 주도세력은 우리 사회를 외세에 예속된, 천민적 자본주의 또는 식민지반자본주의사회로 보고, 이러한 모순이 국가의 주권을 말살하고 민중들의 삶을 궁핍에 빠뜨리고 있다고 주장하면서 사회주의로 이행하기 위한 과도기 단계로서 ‘진보적 민주주의 체제’를 제시하고 있다.

피청구인 주도세력은 진보적 민주주의 실현방안으로 선거에 의한 집권과 저항권에 의한 집권을 설정하면서, 필요한 때에는 폭력을 행사하여 기존의 우리 자유민주주의 체제를 전복하고 새로운 진보적 민주주의 체제를 구축하여 집권할 수 있다고 한다.

피청구인 소속 국회의원 이○기를 비롯한 ○○연합의 주요 구성원들은 2013. 5. 10.

및 5. 12., 당시 정세를 전쟁 국면으로 인식하고 그 수장인 이○기의 주도 하에 전쟁 발발시 북한에 동조하여 대한민국 내 국가기간시설의 파괴, 무기 제조 및 탈취, 통신 교란 등 폭력을 실행하고자 내란관련 회합들을 개최하였는데, 위 회합들의 개최 경위, 참석자들의 피청구인 당내 지위, 이 사건에 대한 피청구인의 옹호 태도 등을 종합할 때, 위 회합들은 피청구인의 활동으로 귀속된다. 또한 비례대표 부정경선, 중앙위원회 폭력 사건 및 관악을 지역구 여론조작 사건은 당내 민주적 의사형성을 왜곡하고 선거 제도를 형해화하여 민주주의 원리를 훼손하는 것이다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 피청구인의 진정한 목적과 활동은 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 최종적으로는 북한식 사회주의를 실현하는 것으로 판단된다.

피청구인이 추구하는 북한식 사회주의 체제는 조선노동당이 제시하는 정치 노선을 절대적인 선으로 받아들이고 1인 독재를 통치의 본질로 추구하는 점에서 민주적 기본 질서와 근본적으로 충돌한다. 내란관련 사건, 비례대표 부정경선 사건, 중앙위원회 폭력 사건 및 관악을 지역구 여론조작 사건 등 피청구인의 활동들은 내용적 측면에서는 국가의 존립, 의회제도, 법치주의 등을 부정하는 것이고, 수단이나 성격의 측면에서는 자신의 의사를 관철하기 위해 폭력 등을 적극적으로 사용하여 민주주의 이념에 반하는 것이다.

내란관련 사건 등 앞서 본 피청구인의 여러 활동들은 그 경위, 양상, 피청구인 주도 세력의 성향, 구성원의 활동에 대한 피청구인의 태도 등에 비추어 보면, 피청구인의 진정한 목적에 기초하여 일으킨 것으로서, 향후 유사상황에서 반복될 가능성이 크다. 더욱이 피청구인이 폭력에 의한 집권 가능성을 인정하고 있는 점에 비추어 피청구인의 여러 활동들은 민주적 기본질서에 대해 실질적인 해악을 끼칠 구체적 위험성이 발현된 것으로 보인다.

결국 피청구인의 위와 같은 진정한 목적이나 그에 기초한 활동은 우리 사회의 민주적 기본질서에 대해 실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하였다고 판단되므로, 민주적 기본질서에 위배된다.

[재판관 김이수의 반대의견]

피청구인이 주장하는 ‘진보적 민주주의’는 민주노동당 시기 강령에 도입된 것인데, 민주노동당이 제시한 ‘대중투쟁을 동력으로 한 선거승리’나 ‘원내외 통합전략’은 궁극적으로 선거에 의한 집권 추구, 군소정당의 한계를 극복하기 위한 전략적 선택으로서,

폭력 사용을 용인한 것이라거나 북한의 대남혁명전략의 수단인 통일전선전술을 편 것이라고 볼 수 없다.

민주노동당 내 자주파의 대북정책이나 입장이 우리 사회의 다수 인식과 동떨어진 측면이 있었다고 하더라도, 자주파의 노선 자체가 주체사상에 기초한 북한식 사회주의 추구나 북한에 대한 무조건적 추종에 기초하였다고 보기 어렵고, 피청구인 구성원 가운데 반국가단체인 민족민주혁명당 조직원이나 하부 조직원 또는 관계자였던 것으로 인정할 수 있는 사람은 직접 유죄판결을 받았거나 판결에서 조직원으로 언급된 단지 몇 명에 불과하고, 그 중 이○기와 그 지지자들이 이념적 통일성을 가진 조직을 형성하여 피청구인을 장악하고 있다고 평가하기 어렵다. 그 밖에 피청구인과 북한의 직접적인 연계는 전혀 입증되지 아니하였다.

피청구인이 대안체제의수립이나 구조적이고 급진적인 변혁을 추구한다고 하더라도, 피청구인이 폭력적 수단이나 그 밖에 민주주의 원칙에 반하는 수단으로 변혁을 추구하거나 민주적 기본질서의 전복을 추구하려 한다는 점이 구체적으로 입증되지 아니하는 한 피청구인의 목적이 민주적 기본질서에 위배된다고 볼 수 없다.

피청구인의 지역조직인 경기도당이 주최한 2013. 5. 10. 및 5. 12. 각 모임과 그 모임들에서 이루어진 이○기 등의 발언은 단순히 언사에 그친 것이 아니라 민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험이 있다고 할 것이나, 그와 같은 활동은 피청구인 전체의 기본노선에 반하여 이루어진 것이고, 피청구인이 그러한 활동을 적극적으로 옹호하거나 그러한 활동으로부터 기본노선에 영향을 받고 있다고 인정하기 부족하므로 이를 피청구인 정당 전체의 책임으로 볼 수 없다.

한편 비례대표 부정경선 사건이나 중앙위원회 폭력 사건, 야권단일화 여론조작 사건과 같은 피청구인의 일부 구성원의 개별 활동이 당내 민주주의를 훼손하거나, 민주적 의사결정원리를 존중하지 않았거나, 실정법을 위반한 사실은 인정된다. 그러나 피청구인 전체가 조직적, 지속적으로 위와 같은 활동을 한 것은 아니고, 위와 같은 활동들을 제외하면 피청구인은 다른 정당들과 마찬가지로 일상적인 정당활동을 영위하여 온 점, 그간 우리 사회가 산발적인 선거부정 행위나 정당 관계자의 범죄에 대하여는 행위자에 대한 형사처벌과 당해 정당의 정치적 책임의 문제로 이를 해결하여 온 점 등을 고려하면, 위와 같은 활동들이 민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험이 있다고 보기에는 부족하다.

따라서 피청구인의 활동은 민주적 기본질서에 위배되지 아니한다.

□ 피청구인에 대한 해산결정이 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

북한식 사회주의를 실현하고자 하는 피청구인의 목적과 활동에 내포된 중대한 위험성, 대한민국 체제를 파괴하려는 북한과 대치하고 있는 특수한 상황, 피청구인 구성원에 대한 개별적인 형사처벌로는 정당 자체의 위험성이 제거되지 않는 등 해산 결정 외에는 피청구인의 고유한 위험성을 제거할 수 있는 다른 대안이 없는 점, 그리고 민주적 기본질서의 수호와 민주주의의 다원성 보장이라는 사회적 이익이 정당해산결정으로 인한 피청구인의 정당활동의 자유에 대한 근본적 제약이나 다원적 민주주의에 대한 일부 제한이라는 불이익에 비하여 월등히 크고 중요하다는 점을 고려하면, 피청구인에 대한 해산결정은 민주적 기본질서에 가해지는 위험성을 실효적으로 제거하기 위한 부득이한 해법으로서 비례원칙에 위배되지 아니한다.

[재판관 김이수의 반대의견]

피청구인 소속 당원들 중 대한민국의 민주적 기본질서를 전복하려는 세력이 있다면 형사처벌 등을 통해 그러한 세력을 피청구인의 정책결정과정으로부터 배제할 수 있는 점, 정당해산 여부는 원칙적으로 정치적 공론의 장에 맡기는 것이 적절한데 지방선거 등 우리 사회의 정치적 공론 영역에서 이미 피청구인에 대한 실효적인 비판과 논박이 이루어지고 있는 점, 피청구인에 대한 해산결정이 피청구인의 대다수 일반 당원들에게 가하게 될 사회적 낙인 효과, 그리고 현격한 국력차를 비롯한 오늘날 남북한의 변화된 현실 등을 고려할 때, 피청구인에 대한 해산결정은 비례원칙에 위배된다.

3. 정당해산심판의 결정과 효력

헌법재판소는 정당해산심판청구가 이유 있는 때에는 재판관 6인 이상의 찬성으로 정당의 해산을 명하는 결정을 선고하며 이 때 해당 정당은 해산된다(헌법재판소법 제59조). 정당이 헌법재판소의 결정으로 해산된 때에는, 해산된 정당의 강령 또는 기본정책과 동일하거나 유사한 것으로 정당을 창당하지 못하며, 해산된 정당의 명칭과 같은 명칭은 정당의 명칭으로 다시 사용하지 못한다. 그리고 해산된 정당의 잔여재산은 국고에 귀속된다.

헌법재판소의 해산결정으로 정당이 해산되는 경우에 그 정당 소속 국회의원이

의원직을 상실하는지의 문제가 있다. 이에 대한 별도의 법규정은 없으나, 해산정당 소속 국회의원의 의원직을 상실시키지 않는 경우 정당해산결정의 실효성을 확보할 수 없다는 점을 고려할 때 그 정당 소속 국회의원의 의원직은 모두 상실되어야 할 것이다. 헌법재판소도 이와 같은 취지에서 통합진보당의 해산결정을 하면서 그 소속 국회의원의 의원직 상실도 같이 명하였다.

헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1

□ 정당해산결정이 선고되는 경우 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지 여부 (적극)

헌법재판소의 해산결정으로 정당이 해산되는 경우에 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지에 대하여 명문의 규정은 없으나, 정당해산심판제도의 본질은 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 국민을 보호하는데 있는데 해산정당 소속 국회의원의 의원직을 상실시키지 않는 경우 정당해산결정의 실효성을 확보할 수 없게 되므로, 이러한 정당해산제도의 취지 등에 비추어 볼 때 헌법재판소의 정당해산결정이 있는 경우 그 정당 소속 국회의원의 의원직은 당선 방식을 불문하고 모두 상실되어야 한다.

Ⅲ. 권한쟁의심판

1. 의의

헌법 제111조 제1항은 제4호에서, ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 헌법재판소가 관장한다고 규정하고 있다. 권한쟁의심판은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 또는 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 발생한 경우 헌법재판소가 이를 심판하는 것을 말한다. 권한쟁의심판은 국가기능의 수행을 원활히 하고, 수평적 및 수직적 권력 상호 간의 견제와 균형을 유지하려는 데 그 제도적 의의가 있다.

2. 권한쟁의심판의 종류

권한쟁의심판의 종류에는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판이 있다.

가. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 구가기관으로 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회”만을 규정하고 있으나, 이 규정은 예시적인 조항으로 해석하여야 한다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163).

권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위를 살펴보면, 우선 국회의 경우, 전체기관으로서의 국회뿐만 아니라, 국회의장 및 국회부의장, 국회의원, 국회의 각 위원회, 그리고 국회 원내교섭단체 등이 독립한 헌법기관으로서 권한쟁의심판의 당사자인 ‘국가기관’에 포함될 수



있다. 정부의 경우, 전체로서의 정부뿐 아니라 대통령, 국무총리, 행정각부의 장 등이 독립한 헌법기관으로서 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.

다만 정부 내의 기관들 간의 권한분쟁은, 위계적 행정조직의 상명하복 관계에 따라 상급기관에 의해 조정되거나 최종적으로 국무회의 또는 대통령에 의해 자체적으로 해결될 수 있을 것이기 때문에, 이러한 경우에는 권한쟁의심판을 별도로 제기하는 것이 인정되지 않는다.

헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154

□ 국회의원과 국회의장이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는지 여부

헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

☞ 국회의원과 국회의장 사이에 위와 같은 각자 권한의 존부 및 범위와 행사를 둘러싸고 언제나 다툼이 생길 수 있고, 이와 같은 분쟁은 단순히 국회의 구성원인 국회의원과 국회의장간의 국가기관 내부의 분쟁이 아니라 각각 별개의 헌법상의 국가기관으로서의 권한을 둘러싸고 발생하는 분쟁이라고 할 것인데, 이와 같은 분쟁을 행정소송법상의 기관소송으로 해결할 수 없고 권한쟁의심판이외에 달리 해결할 적당한 기관이나 방법이 없으므로(행정소송법 제3조 제4호 단서는 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송을 기관소송의 대상에서 제외하고 있으며, 같은 법 제45조는 기관소송을 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 규정하고 있다) 국회의원과 국회의장은 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

나. 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판

헌법은 권한쟁의의 한 종류로서 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의를 들고 있다. 그것은 국가와 지방자치단체 간의 수직적 권력분립관계에서 헌법상 제도적으로 보장되는 지방자치권을 보장한다는 측면 이외에 국가사무의 통일적 수행에 있어서 국가기관과 지방자치단체 간의 권한의 분배에 관한 다툼을 조정하는 의미를 갖는다. 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호는 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의를 “정부와 특별시·광역시 또는 특별자치도 상호 간의 권한쟁의심판, 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(“자치구”) 간의 권한쟁의심판”으로 규정하고 있다.

위 유형의 권한쟁의심판에서 법은 일방 당사자가 되는 ‘국가기관’을 ‘정부’라고만 규정하고 있는데, 여기서도 ‘정부’로 규정한 것은 예시적인 것으로 보는 것이 타당하다.

다. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판

지방자치가 활성화되면 이는 지방자치단체간의 이해의 상충 또는 경쟁관계의 확대를 초래하며, 이로 인하여 지방자치단체 상호간의 갈등과 분쟁이 증가하는 것은 피하기 어렵게 된다. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 이러한 분쟁과 갈등을 사법적·유권적 판단을 통하여 해결하고 분쟁을 끝냄으로써 지방자치의 원활

한 실현을 도와주는 기능을 한다. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로는 특별시·광역시·도 또는 특별자치도 상호간의 권한쟁의심판, 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, 그리고 특별시·광역시·도 또는 특별자치도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판이 있다(헌법재판소법 제62조 제1항 제3호).

헌법은 ‘국가기관’과 달리 ‘지방자치단체’의 경우 그 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있고(헌법 제117조 제2항), 지방자치법은 위임에 따라 지방자치단체의 종류를 정하고 있으며(지방자치법 제2조 제1항), 헌법재판소법은 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 종류를 감안하여 권한쟁의심판의 종류를 정하고 있으므로, ‘지방자치단체’를 예시적으로 해석할 필요성 및 법적 근거가 없다(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596, 602).

3. 권한쟁의심판의 청구요건

가. 당사자

권한쟁의심판을 청구하기 위해서는 당사자능력과 적격을 갖추어야 하는데, 권한쟁의의 당사자능력에 관하여는 앞서 권한쟁의심판의 종류에서 설명하였다.

당사자적격과 관련하여, ‘헌법과 법률에 의하여 부여받은 권한’을 가진 자만이 그 권한의 침해를 다투며 권한쟁의심판을 청구할 수 있고, 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 피청구인적격을 가지므로 심판청구는 이들 기관을 상대로 하여야 한다.

나. 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재

헌법재판소법 제61조 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 ‘처분’은 법적 중요성을 지녀야 하고, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 처분이라고 할 수 없다.

예컨대, 헌법재판소는 정부의 법률안 제출행위, 행정자치부장관이 지방자치단체

에 한 단순한 업무협조 요청, 업무연락, 견해표명은 ‘처분’이라고 할 수 없으나, 건설교통부장관의 고속철도역 명칭 결정행위는 ‘처분’에 해당한다고 하였다. 장래처분을 대상으로 하는 심판청구는 원칙적으로 허용되지 않으나, 장래처분이 확실히 예정되어 있고, 장래처분에 의해 권한이 침해될 위험성이 있어서 사전에 보호해주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에는 장래처분에 대해서도 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

‘부작위’는 단순한 사실상의 부작위가 아니고 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 있음에도 불구하고 이를 행하지 아니하는 것을 말한다.

‘권한의 침해’란 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해가 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 경우를 말하며, ‘현저한 침해의 위험성’이란 아직 침해라고는 할 수 없으나 침해될 개연성이 상당히 높은 상황을 뜻한다.

4. 심판절차

권한쟁의심판의 청구서에는 청구인, 피청구인, 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위, 청구의 이유, 기타 필요한 사항을 기재할 것이 요구된다(헌법재판소법 제64조).

헌법재판소법 제63조 제1항은 권한쟁의심판의 청구기간을 규정하고 있는데, 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제63조). 헌법재판소는 권한쟁의사건의 심리에 있어서 반드시 구두변론을 거쳐야 한다(헌법재판소법 제30조).

5. 결정의 내용 및 효과

헌법재판소는 권한쟁의심판사건을 9인의 재판관으로 구성되는 재판부에서 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하며, 재판부는 종국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 권한쟁의심판사건에 관한 결정을 한다(헌법재판소법 제23조 제2항).

헌법재판소법 제66조는 결정의 내용을 규정하고 있는데, 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다. 이 때 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고(헌법재판소법 제66조 제2항), 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따른 처분을 하여야 한다(헌법재판소법 제66조 제2항).

그리고 헌법재판소법 제67조는 결정의 효력을 규정하고 있는데, 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 그러나 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(헌법재판소법 제67조 제2항).

사례: 법률안 날치기 처리 사건(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8등, 판례집 21-2하, 14)



- 질의·토론 절차를 생략한 피청구인의 의사진행이 위법하여 국회의원의 심의·표결권을 침해하였는지 여부(적극)

※ 재판관 6인(위법): 재판관 3인(적법)

- 표결 절차에서, 표결의 자유와 공정성이 현저히 저해되고 그로 인하여 표결 결과의

정당성에 영향을 미쳤을 개연성이 있는지 여부 및 다수결의 원칙에 위배되어 국회의원의 표결권을 침해하였는지 여부(적극)

※ 재판관 5인(위법): 재판관 4인(적법)

[재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 위법의견]

헌법 제49조가 천명한 다수결의 원칙은 국회의 의사결정 과정의 합리성 내지 정당성이 확보될 것을 전제로 한 것이고, 국회의원의 법률안 표결권은 국회의 구성원으로서 자신과 다른 국회의원의 표결권이 모두 정당하게 행사되고 확인되는 과정을 거쳐 국회의 최종 의사로 확정되는 국회입법권의 근본적인 구성요소이다. 따라서 법률안에 대한 표결의 자유와 공정이 현저히 저해되고 이로 인하여 표결 결과의 정당성에 영향을 미칠 개연성이 인정되는 경우라면, 그러한 표결 절차는 헌법 제49조 및 국회법 제109조가 규정한 다수결 원칙의 대전제에 반하는 것으로서 국회의원의 법률안 표결권을 침해한다.

신문법 수정안 표결 전후의 무질서하였던 회의장 상황 및 현행 전자투표 방식의 맹점 등을 고려할 때, 피청구인(※ 국회부의장이 국회의장의 직무를 대리한 것을 의미한다)으로서 표결과정에서 요구되는 최소한의 질서를 확보하고 위법한 투표행위나 투표 방해행위를 제지하는 등의 조치를 취하였어야 함에도 그러지 못한 결과, 신문법 수정안에 대한 표결 과정에 권한 없는 자에 의한 임의의 투표행위, 위법한 무권 또는 대리투표행위로 의심받을 만한 여러 행위, 투표방해 또는 반대 투표행위 등 정상적인 절차에서 나타날 수 없는 투표행위가 다수 확인되는바, 신문법 수정안에 대한 표결 절차는 자유와 공정이 현저히 저해되었다.

신문법 수정안 표결 전후 상황, 위법의 의심이 있는 투표행위의 횟수 및 정도 등을 종합하면, 신문법 수정안의 표결 결과는 극도로 무질서한 상황에서 발생한 위법한 투표행위, 정당한 표결권 행사에 의한 것인지를 객관적으로 가릴 수 없는 다수의 투표행위들이 그대로 반영된 것으로서, 표결과정의 현저한 무질서와 불합리 내지 불공정이 표결 결과의 정당성에 영향을 미쳤을 개연성이 있다.

결국, 피청구인의 신문법안 가결선포행위는 헌법 제49조 및 국회법 제109조의 다수결 원칙에 위배되어 청구인들의 표결권을 침해한 것이다.

[재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 적법의견]

피청구인의 신문법안 가결선포행위가 국회의원인 청구인들의 표결권을 침해하였다

고 하기 위하여는, 신문법안 표결이 극도의 혼란 속에서 이루어졌고 그 과정에서 비전형적인 투표행위가 있었다고 하더라도, 그것이 실제 표결 결과에 영향을 미쳐 청구인들의 투표가치를 훼손하였다고 인정할 수 있어야 한다. 그러나 이 사건 증거만으로는 이러한 점을 인정하기에 부족하므로, 청구인들의 표결권이 침해되었다고 볼 수 없다.

[재판관 김종대의 적법 의견]

국회의 자율권을 존중하여야 하는 헌법재판소로서는 국회의장의 법률안 가결선포행위와 관련된 의사진행 절차상의 제반 사실을 인정함에 있어서도 특별한 사정이 없는 한 국회본회의 회의록의 기재 내용에 의존할 수밖에 없다. 따라서 청구인들이 주장하는 무권 또는 대리투표 등이 국회본회의 회의록에 명기되어 있지 아니한 이 사건의 경우 특별한 사정이 없는 한 국회의 의사진행 절차가 적법하게 이루어졌다고 볼 수밖에 없다.

□ 신문법안 가결선포행위에 대한 무효확인 청구의 인용 여부(소극)

※ 재판관 6인(기각): 재판관 3인(인용)

[재판관 민형기, 재판관 목영준의 기각 의견]

앞서 본 바와 같이 신문법안 가결선포행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것으로 볼 수는 없으므로, 위 가결선포행위가 청구인들의 심의·표결권을 침해함을 전제로 구하는 무효확인 청구는 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

[재판관 이강국, 재판관 이공현의 기각 의견]

권한쟁의심판 결과 드러난 위헌·위법 상태를 제거함에 있어 헌법재판소는 피청구인의 정치적 형성권을 가급적 존중하여야 하므로, 재량적 판단에 의한 무효확인 또는 취소로 처분의 효력을 직접 결정하는 것은 권한질서의 회복을 위하여 헌법적으로 요청되는 예외적인 경우에 한정되어야 한다.

이 사건에 있어서도 국회의 입법에 관한 자율권을 존중하는 의미에서 헌법재판소는 처분의 권한 침해만을 확인하고, 권한 침해로 인하여 야기된 위헌·위법상태의 시정은 피청구인에게 맡겨 두는 것이 바람직하다.

[재판관 김종대의 기각 의견]

피청구인의 가결선포행위가, 무효나 취소소송의 대상이 될 수 있는 행정처분의 성격

을 갖는 경우가 아닌 한, 국회의 법률제정과정에서 비롯된 국회의원과 국회의장 사이의 이 사건 권한쟁의심판사건에 있어서 헌법재판소의 권한쟁의심판권은 피청구인이 청구인들의 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 확인하는 것에 그치고, 그 후 법률안 가결선포행위의 효력에 대한 사후의 조치는 오직 국회의 자율적 의사결정에 의하여 해결할 영역에 속한다.

[재판관 이동흡의 기각 의견]

이 사건 각 법률안 가결선포행위의 무효 여부는 그것이 입법 절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는지 여부에 의하여 가려져야 한다.

이 사건 신문법안은 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 중 압도적 다수의 찬성으로 의결되었는바, 위 법률안 의결과정에서 피청구인의 질의·토론에 관한 의사진행이 국회법 제93조에서 규정한 절차를 위반하였다 하더라도, 다수결의 원칙(헌법 제49조), 회의공개의 원칙(헌법 제50조)등 헌법의 규정을 명백히 위반한 경우에 해당하지 아니하므로 무효라고 할 수 없다.

[재판관 조대현, 재판관 송 두 환의 인용의견]

신문법안은 위원회의 심사를 거치지 아니하여 국회 본회의에서 질의·토론을 생략할 수 없음에도 불구하고 제안취지 설명이나 질의·토론 절차를 거치지 아니한 채 표결된 것이므로, 국회의 의결을 국민의 의사로 간주하는 대의효과를 부여하기 위한 실질적 요건을 갖추지 못하였다. 따라서 신문법안에 대한 국회의 의결은 국민의 의사로 간주될 수 없으므로 무효라고 봄이 상당하다. 더구나 신문법안의 경우 질의·토론 절차가 생략된 점 외에도, 표결 절차의 공정성, 표결 결과의 진정성을 의심하지 않을 수 없는바, 위의 사유들은 중첩적으로 결합하여 중대한 무효사유를 구성한다.

[재판관 김희옥의 인용의견]

권한쟁의심판제도는 국가권력의 통제를 통한 권력분립의 실현과 소수의 보호를 통한 민주주의의 실질화, 객관적 헌법질서 유지 및 관련 국가기관의 주관적 권한의 보호를 목적으로 한다. 헌법재판소법 제61조 제2항, 제66조 제1, 2항도 권한쟁의심판이 객관적 쟁송과 주관적 쟁송의 성격을 동시에 지니고 있음을 나타낸다. 따라서 신문법안의 가결을 선포한 피청구인의 행위가 헌법과 국회법에 위배되는 것으로 인정한 이상 무효확인 청구를 인용함이 상당하다.

07. 헌법재판소 주요결정의 이해

—2017년 결정 중심—



07

헌법재판소 주요결정의 이해

-2017년 결정 중심-

1. 자동차등을 훔친 경우와 운전면허의 필요적 취소 사건

[2016헌가6 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 5월 25일 재판관 7:1의 의견으로, 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우에 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 중 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’ 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌]

이에 대하여 운전면허의 필요적 취소가 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 김창종의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 경기도지방법경찰청장은, 제청신청인이 2012. 1. 9. 22:00경 화성시에 있는 ○○ 공장에 주차되어 있던 화물차량을 절취하였다는 이유로, 2014. 3. 24. 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호를 적용하여 제청신청인의 제1종 대형 자동차 운전면허 및 제1종 보통 자동차운전면허를 2014. 4. 29.자로 취소하였다.
- 제청신청인은 수원지방법원에 경기도지방법경찰청장을 상대로 위 취소처분의 취소를 구하는 소(2015구단31194)를 제기하였고, 그 항소심(서울고등법원 2015누50780) 계속 중 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2015아1344)을 하였다. 제청법원이 이를 받아들여 2016. 2. 2. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

□ 심판대상

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

[심판대상조항]

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

제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호부터 제9호까지(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제12호, 제14호, 제16호부터 제18호까지의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.

12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 경우

□ 결정주문

- 구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제12호 중 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’ 부분은 헌법에 위반된다.

□ 이유의 요지

- 심판대상조항은 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하여 자동차등의 운행과정에서 야기될 수 있는 교통상의 위험과 장애를 방지함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것으로서 입법 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다. 그러나 자동차등의 절도 범죄

로 야기되는 교통상의 위험과 장애를 방지하기 위하여 그에 대한 행정적 제재를 강화할 필요가 있다 하더라도, 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 심판대상조항은 이에 그치지 아니하고 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 배제하고 있다. 절도 범행으로 취득한 자동차등의 운행과정에서 교통의 안전과 원활에 장애를 초래하거나 인적·물적 피해를 일으키거나 다른 범죄의 도구나 수단으로 이용하여 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기하는 경우와 같이 운전면허를 취소하여야 할 경우도 있지만, 그 밖에도 자동차등의 절도에 포섭될 수 있는 행위 태양은 다양하므로 심판대상조항의 입법목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 없는 범죄행위까지 이에 포함될 우려가 있는 것이다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 심판대상조항은 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것으로서 이는 우리 사회의 중요한 공익이지만, 자동차 절취 행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 전혀 두지 아니한 채 자동차등을 훔치는 범죄행위에 해당하는 모든 경우에 필요적으로 운전면허를 취소하도록 함으로써 그것이 달성하려는 공익의 비중에도 불구하고 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하고 있어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 그러므로 심판대상조항은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.

□ 반대의견(재판관 김창중)

- 운전면허 취소사유와 그 취소 후 면허결격기간 등 운전면허제도의 구체적 내용은 각각 나라마다 교통량, 교통사고발생률, 준법정신, 교통질서에 대한 시민의 의식수준이나 문화풍토 등에 따라 그 규정상 의무이행의 확보 수단과 그 규제의 강도에 있어서 차이를 보이고 있다. 이 사건과 같이 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위를 한 경우에 그에 대한 행정적 제재조치로 어떤 수단을 택할 것인가의 문제 역시 입법자가 자동차등의 절도 행위의 행태

나 그 위험성 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 결정할 입법정책의 문제로서(외국의 입법례를 보더라도 심판대상조항과 같이 필요적 취소사유로 규정한 예도 있고, 임의적 취소사유로 규정하거나 아무런 규정을 두지 않은 예도 있다), 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 분야이다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바91; 헌재 2007. 12. 27. 2005헌바95 등 참조).

운전면허 취득자는 자동차등을 운행할 수 있는 권리를 부여받음과 동시에 도로교통법상의 목적에 맞게 운전을 해야 할 의무도 부담하게 되는데, 운전면허를 본래의 목적에 배치되는 용도로 사용하는 경우에는 일정한 제재로서 운전면허를 취소할 필요성이 있다. 특히 자동차등을 대상으로 절도 범행을 저지르는 경우에는 범죄로 취득한 자동차등의 운행과정에서 교통의 안전과 원활에 장애를 초래하여 인적·물적 피해를 일으킬 우려가 크고, 이를 다시 다른 범죄의 도구나 수단으로 이용함으로써 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기할 수도 있다. 이와 같이 다른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 자동차등을 운행할 기본적인 자격을 갖추지 못하였다고 볼 수 있으므로, 자동차등의 절도 범죄를 저지른 경우에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 하여 교통의 안전과 원활을 확보할 필요성이 있다. 심판대상조항에 해당하여 운전면허가 취소되더라도, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있다. 입법자는 준법정신, 시민의 의식수준이나 운전문화풍토 등이 변화함에 따라 다른 사람의 자동차등을 훔친 행위에 대한 행정적 제재조치의 내용을 변경할 수 있으므로, 심판대상조항 시행 이전의 구 도로교통법에서 이를 운전면허의 임의적 취소·정지 사유로 규정하고 있었다는 사정만으로는 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다. 따라서 심판대상조항이 다른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자에 대하여 반드시 운전면허를 취소하도록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 아니한다. 나아가 자동차등을 훔친 범죄행위로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 지나치다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 아니한다. 결국 심판대상조항은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 결정의 의의

- 이번 결정은 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’를 필요적 운전면허 취소사유로 규정한 도로교통법 조항이 운전면허 소지자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하여 위헌임을 최초로 확인함으로써, 향후 자동차등을 훔친 경위, 행위의 태양, 범죄의 경중 등 제반사정을 고려하여 구체적 사안의 개별성과 특수성에 맞게 운전면허 취소 여부를 결정할 수 있는 길을 열었다.

2. 이동통신단말장치 지원금 상한제에 관한 사건

[2014헌마844 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 5월 25일 재판관 전원 일치 의견으로, 방송통신위원회가 이동통신단말장치 지원금에 대한 기준 및 한도를 정하여 고시하도록 하고, 이동통신사업자, 대리점 및 판매점은 법률 및 위 고시에서 정하고 있는 상한의 범위 내에서만 구매자들에게 지원금을 지급할 수 있도록 정하고 있는 ‘이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률’(2014. 5. 28. 법률 제 12679호로 제정된 것) 제4조 제1항, 제2항 본문 및 제5항이 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 청구인들의 계약의 자유를 침해하지 아니한다는 결론을 선고하였다. [기각]

□ 사건개요

- 청구인들은 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점(이하 ‘이동통신사업자 등’이라 한다)을 통하여 이동통신단말장치를 구입하고, 이동통신서비스의 이용에 관한 계약을 체결하고자 하는 사람들(이하에서는 위와 같은 계약을 체결하고자 하는 사람 및 계약을 이미 체결한 사람을 모두 ‘이용자’라 한다)이다.
- ‘이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률’(이하 ‘단말기유통법’이라 한다)이 2014. 10. 1. 시행되어, 청구인들이 이동통신사업자 등으로부터 이동통신단말장치를 구입하는 경우 이동통신단말장치 구매 지원금 상한제(이하 ‘지원금 상한제’라 한다)의 적용을 받게 되자, 청구인들은 지원금 상한제에 대하여 정하고 있는 단말기유통법 제4조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항이 헌법 제 119조 제1항 소정의 자유시장 경제질서 및 법률유보원칙에 위배되고, 이동통신단말장치를 구입하고자 하는 청구인들의 계약의 자유 및 평등권을 침해한

다고 주장하면서, 2014. 10. 4. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ‘이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률’(2014. 5. 28. 법률 제12679호로 제정된 것) 제4조 제1항, 제2항 본문 및 제5항(이하 ‘지원금 상한 조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률(2014. 5. 28. 법률 제12679호로 제정된 것)

제4조(지원금의 과다 지급 제한 및 공시) ① 방송통신위원회는 가입자 평균 예상 이익, 이동통신단말장치 판매 현황, 통신시장의 경쟁 상황 등을 고려하여 이동통신단말장치 구매 지원 상한액에 대한 기준 및 한도를 정하여 고시한다.

② 이동통신사업자는 제1항에 따라 방송통신위원회가 정하여 고시하는 상한액을 초과하여 지원금을 지급하여서는 아니 된다. (단서 생략)

⑤ 대리점 또는 판매점은 제3항에 따라 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급할 수 있다.

□ 결정주문

- 이 사건 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

● 포괄위임금지원칙 위배 여부(소극)

- 지원금의 과다지급으로 인한 부작용을 최소화하면서 이용자의 권익을 저해하지 않는 수준의 상한액의 기준 및 한도가 어느 정도인지에 대한 구체적인 판단은 전문적이고 기술적일 수밖에 없으므로, 전문적인 지식을 갖춘 방송통

신위원회가 이에 대해 정하도록 하는 것이 보다 합리적이고 효율적인바, 위임의 필요성이 인정된다.

- 지원금 상한 조항은 지원금 상한액의 기준 및 한도를 정할 때 기준이 되는 본질적인 사항들을 직접 규정하면서 다만 상한액의 구체적인 기준 및 한도만을 방송통신위원회가 정하도록 위임하고 있으며, 이동통신사업자 등과 이용자들은 단말기유통법의 관련 규정 및 지원금 상한제의 도입취지에 비추어 방송통신위원회가 정하여 고시할 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있으므로, 예측가능성도 인정된다.
- 따라서 지원금 상한 조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

● 계약의 자유 침해 여부(소극)

- 지원금 상한 조항은 과도한 지원금 지급 경쟁을 막고, 나아가 이동통신단말 장치의 공정하고 투명한 유통질서를 확립하여 이동통신 산업의 건전한 발전과 이용자의 권익을 보호함으로써 공공복리의 증진에 이바지하기 위한 목적에서 마련된 조항으로, 입법목적의 정당성이 인정된다.
- 지원금 상한제는 이용자들에 대한 차별과 이로 인해 발생하는 소비자간 후생배분의 왜곡을 해결하는 데 도움이 되며, 단말기유통법 제4조 제3항의 공시제도와 결합하여 지원금의 지급경로를 투명하게 함으로써 이동통신단말 장치의 공정하고 투명한 유통 질서 확립에도 기여하므로, 수단의 적절성이 인정된다.
- 지원금 상한제는 단말기유통법의 다른 규제수단들이 유기적이고 실효적으로 기능하도록 하는 전제가 되는 중심적 장치이며, 단말기유통법의 다른 장치들만으로는 이동통신서비스 시장에서 발생하고 있는 과도한 지원금 지급 경쟁을 막는데 한계가 있다. 또한, 지원금 상한 조항은 이동통신사업자 등이 자율적인 판단에 따라 이용자에게 지원금을 지급할 것인지 여부를 정할 수 있도록 하면서 다만 지원금 상한액의 기준 및 한도만을 제한하고 있을 뿐이고, 지원금 상한 조항으로 시행으로 인한 기본권 제한을 최소화하기 위한 제도적 장치들 역시 충분히 마련되어 있으므로, 지원금 상한 조항은 침해의 최소성을 갖추었다고 볼 것이다.
- 지원금 상한 조항으로 인하여 일부 이용자들이 종전보다 적은 액수의 지원

금을 지급받게 될 가능성이 있다고 할지라도, 이러한 불이익에 비해 이동통신단말장치의 공정하고 투명한 유통 질서를 확립하여 이동통신 산업의 건전한 발전과 이용자의 권익을 보호한다는 공익이 매우 중대하다고 할 것이므로, 지원금 상한 조항은 법익의 균형성도 갖춘 것이다.

- 따라서 지원금 상한 조항은 청구인들의 계약의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 근속기간 3월 미만의 일용근로자 해고예고 적용제외 규정 위헌 확인 사건

[2016헌마640 기본권 침해 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 5월 25일 재판관 전원 일치 의견으로, 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자를 해고예고제도의 적용예외 사유로 규정한 근로기준법 제35조 제1호가 청구인의 근로의 권리를 침해하지 아니한다는 결정을 선고하였다.[기각]

□ 사건개요

- 청구인은 2016. 6. 9. 주식회사 ○○과, 2016. 6. 9.부터 2016. 7. 8.까지 기간 동안 주방조리 보조업무를 하고 일급 7만원을 받기로 하는 내용의 일용직근로계약을 체결하고, 근로를 제공한 후, 2016. 7. 8. 다시 위 회사와 2016. 7. 12. 까지 추가로 근무하는 데 합의하였으나, 2016. 7. 9. 해고되어, 2016. 7. 9. 까지만 출근을 하였다.
- 청구인은, 해고예고제도의 적용예외 사유로서 “일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자”를 규정하고 있는 근로기준법 제35조 제1호에 의해서 위 법 제26조가 정하는 해고수당을 받을 수 없게 되자, 위 법 제35조 제1호가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2016. 8. 1. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

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

[심판대상조항]**근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것)**

제35조(예고해고의 적용 예외) 제26조는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자

□ 결정주문

- 이 사건 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

- 근로의 권리에는 일할 자리에 관한 권리 뿐 아니라 일할 환경에 관한 권리도 포함되고, 일할 환경에 관한 권리는 인간의 존엄성에 대한 침해를 막기 위한 것으로 건강한 작업환경, 정당한 보수, 합리적 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리까지 이에 포함된다. 해고예고제도는 근로관계 종료 전 사용자에게 근로자에 대한 해고예고를 하게 하는 것이어서 근로조건을 이루는 중요한 사항에 해당하고 근로의 권리의 내용에 포함된다. 그런데 근로조건의 결정은 근로조건 개선을 위한 법제의 정비 등 국가의 적극적인 급부와 배려를 통하여 비로소 이루어지는 것이어서 해고예고제도의 구체적 내용인 적용대상 근로자의 범위, 예고기간의 장단 등에 대해서는 입법형성의 재량이 인정된다.
- 근로제공이 일시적이거나 계약기간이 짧은 경우에는 계속하여 근로를 제공할 수 있다는 기대나 신뢰가 존재한다고 볼 수 없으므로, 해고예고는 본질상 일정기간 이상을 계속하여 사용자에게 고용되어 근로제공을 하는 것을 전제로 한다.
- 일용근로자는 계약한 1일 단위의 근로기간이 종료되면 해고의 절차를 거칠 것도 없이 근로관계가 종료되는 것이 원칙이므로, 그 성질상 해고예고의 예외를 인정한 것이 상당한 이유가 있다. 다만 3개월 이상 근무하는 경우에는 임시로 고용관계를 유지하고 있다고 보기 어렵고, 소득세법이나 산업재해보상보험법의 적용과 관련하여서도 상용근로자와 동일한 취급을 받게 되므로,

근로계약의 형식 여하에 불구하고 일용근로자를 상용근로자와 동일하게 취급하기 위한 최소한의 기간으로 3개월이라는 기준을 설정한 것이 입법재량의 범위를 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다. 게다가 현재 해고예고제도는 30일 전에 예고를 하거나 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하도록 하고 있는 바, 일용근로계약을 체결한 후 근속기간이 3개월이 안 된 근로자를 해고할 때에도 이를 적용하도록 한다면 사용자에게 지나치게 불리하다는 점에서도 심판대상조항이 입법재량의 범위를 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다.

- 심판대상조항이 근로의 권리를 침해한다고 보기 어렵다.

4. 세월호피해지원법 사건

[2015헌마654 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 제6조 제3항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 6월 29일 재판관 전원 일치 의견으로, ‘4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’ 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항, 제2항, 제18조에 대한 심판청구를 각하하고, 제16조에 대한 심판청구를 기각한다는 결정을 선고하였다. [각하, 기각]

또한, 재판관 6:2의 의견으로, 배상금 등을 지급받으려는 신청인은 ‘세월호 참사에 관하여 일체의 이의를 제기하지 않을 것을 서약한다’는 취지가 기재된 동의서를 제출하도록 규정하고 있는 ‘4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’ 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의 제기를 금지한 부분이 법률유보원칙에 위반하여 청구인들의 일반적 행동의 자유를 침해하므로, 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌]

이에 대하여, 위 시행령조항은 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로, 이에 대한 심판청구는 부적법 각하하여야 한다는 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인들은 2014. 4. 16. 전남 진도군 조도면 병풍도 북방 1.8해리 해상에서 전복된 선박 ‘세월호’에 승선하고 있다가 사망한 사람들의 부모다. 청구인들은 세월호 참사 피해자에 대한 신속한 피해구제 등을 목적으로 제정·시행된 ‘4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’(2015. 1. 28. 법률 제 13115호로 제정된 것, 다음부터 ‘세월호피해지원법’이라 한다) 중 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항 및 제2항, 제16조, 제18조와 그 시행령 제15조

및 별지 제15호 서식이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2015. 6. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 세월호피해지원법 시행령 제15조와 별지 제15호 서식을 심판대상조항으로 삼아 헌법소원심판을 청구하는 부분은 배상금·위로지원금 및 보상금(다음부터 ‘배상금 등’이라 한다) 등의 지급을 신청하는 경우 세월호 참사와 관련하여 일체의 이의를 제기하지 않겠다는 내용의 동의서를 제출하도록 규정한 것이 위헌이라는 취지이므로, 이 부분 심판대상조항은 위 시행령 제15조에 의한 별지 제15호 서식 중 이의제기에 관한 부분으로 한정한다.
- 이 사건 심판대상은 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항, 제2항, 제16조, 제18조, 그 시행령(2015. 3. 27. 대통령령 제26163호로 제정된 것, 다음부터 ‘세월호피해지원법 시행령’이라 한다) 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

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

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

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

1. 제6조 및 제7조에 따른 배상 및 보상 등에 관한 사항
2. 제17조에 따른 임시지급에 관한 사항

3. 그 밖에 심의위원회가 필요하다고 인정하는 사항

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

1. 법관 중에서 법원행정처장이 추천한 사람
 2. 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 「변호사법」 제78조에 따른 대한변호사협회의 장이 추천한 사람
 3. 기획재정부, 교육부, 법무부, 행정자치부, 보건복지부, 해양수산부 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 또는 검사
 4. 배상 및 보상업무 등 관련 분야에 관하여 학식과 경험이 풍부한 사람
- ③ 위원장은 위원 중에서 국무총리가 임명한다.

④ 심의위원회에는 제1항에 따른 심의·의결에 필요한 사실관계 확인, 관련 자료의 수집과 검토 등을 위한 지원조직을 둘 수 있다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에 규정된 사항 외에 심의위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

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

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

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

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

□ 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령(2015. 3. 27.

대통령령 제26163호로 제정된 것)

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

■ 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령 [별지 제15호서식]

[] 배 상 금 등

[] 배상금 임시지급금

동의 및 청구서

※ 색상이 어두운 난은 신청인이 적지 않습니다.

접수번호:	접수일:	처리기간:	30일
<div>1. 신청인은 「4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법」 ([]제12조 []제17조)에 따라 ([]배상금등 지급결정 []배상금 임시지급 결정)에 동의하고, ([]배상금등 []배상금 임시지급금)을 받고자 합니다.</div> <div>2. 신청인은 배상금등 또는 배상금 임시지급금의 지급액 한도에서 국가 외의 자에 대한 손해배상 청구권 및 그 담보에 관한 권리를 국가가 대위 행사하는데 동의합니다(「민법」 제480조제2항, 제450조에 따른 통지권한의 위임을 포함합니다).</div> <div>3. 신청인은 배상금등을 받았을 때에는 4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고, 4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이익을 제기하지 않을 것임을 서약합니다.</div>			
결정번호	제	호	결정일:
결정주문			
승선자 (희생자 또는 구조된 승선자) * 해당되는 경우 작성	성명:	생년월일:	
	주소:		
신청인 (신청인대표자)	성명:	생년월일:	
	주소:		
	승선자와의 관계:	의	전화번호: 휴대전화번호:
대리인 (선임한 경우)	성명:	생년월일:	
	연락처	전화번호: 휴대전화번호:	
지급계좌	예금주:	은행명:	
	계좌번호:	청구금액:	
<div>신청인<div>년 월 일</div><div>(서명 또는 인)</div></div> <div>4·16세월호참사 배상 및 보상 심의위원회 귀중</div>			
첨부서류	1. 신청인(신청인대표자)의 인감증명서 또는 본인서명사실확인서(동의 및 청구서에 서명한 경우에 한정합니다) 1부 2. 신청인(신청인대표자)의 배상금등 입금계좌통장 사본 1부		
210mm×297mm[백상지 80g/㎡]			

□ 결정주문

1. 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령(2015. 3. 27. 대통령령 제26163호로 제정된 것) 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.’라는 부분은 헌법에 위반된다.
2. 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것) 제16조에 대한 심판청구를 기각한다.
3. 청구인들의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

□ 이유의 요지

● 적법요건에 관한 판단

가. 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제2항에 대한 심판청구(소극)

- 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문과 제8조는 심의위원회의 배상금 등 지급결정이라는 집행행위를 예정하고 있고, 세월호피해지원법 제15조 제2항은 대통령령 제정이라는 집행행위를 예정하고 있으므로, 위 조항들은 그 자체에서 직접 청구인들의 자유를 제한하거나 의무를 부과한다고 볼 수 없다.
- 따라서 이 부분 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 세월호피해지원법 제15조 제1항, 제18조에 대한 심판청구(소극)

- 세월호피해지원법 제15조 제1항은 피해자들이 세월호피해지원법에 따라 국가배상청구권을 정당하게 행사하는 절차의 일부를 규정하고 있는 것에 불과하므로, 청구인들의 명예에 관련한 법적 지위에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.
- 세월호피해지원법 제18조는 신속한 피해구제를 위하여 국가로 하여금 피해자에게 먼저 손해배상금 지급의무를 부담시킨 다음, 국가에게 신청인의 손해배상청구권을 대위하도록 규정한 것이므로, 국가의 세월호 참사에 대한 책임을 면제하는 의미라고 볼 수 없다.

- 따라서 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

● 본안에 관한 판단

가. 세월호피해지원법 제16조: 재판청구권 침해 여부(소극)

- 세월호피해지원법 제16조(다음부터 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 신청인이 배상금 등 지급결정에 동의한 경우 재판상 화해와 같은 효력을 부여함으로써, 지급절차를 신속히 종결하여 세월호 참사로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위한 규정으로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.
- 세월호피해지원법에 따라 배상금 등을 지급받고도 또 다시 소송으로 다룰 수 있도록 한다면, 신속한 피해구제와 분쟁의 조기종결 등 세월호피해지원법의 입법목적은 달성할 수 없게 된다. 세월호피해지원법 규정에 의하면, 심의위원회의 제3자성, 중립성 및 독립성이 보장되어 있다고 인정되고, 그 심의절차에 공정성과 신중성을 제고하기 위한 장치도 마련되어 있다. 세월호피해지원법은 소송절차에 준하여 피해에 상응하는 충분한 배상과 보상이 이루어질 수 있도록 관련 규정을 마련하고 있다. 신청인에게 지급결정 동의를 법적 효과를 안내하는 절차를 마련하고 있으며, 신청인은 배상금 등 지급에 대한 동의에 관하여 충분히 생각하고 검토할 시간이 보장되어 있고, 배상금 등 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있다. 따라서 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의한 때 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다.
- 이 사건 법률조항이 지급결정에 재판상 효력을 인정함으로써 확보되는 배상금 등 지급을 둘러싼 분쟁의 조속한 종결과 이를 통해 확보되는 피해구제의 신속성 등의 공익은, 그로 인한 신청인의 불이익에 비하여 작다고 보기는 어려우므로, 법익의 균형성도 갖추고 있다.
- 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것이라고 보기 어렵다.

나. 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분: 법률유보원칙 위반 여부(적극)

- 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 배상금 등을

받은 경우 재판상 화해와 같은 효력이 있음에 동의한다는 표현을 넘어서 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.’라는 부분(다음부터 ‘이의제기금지조항’이라 한다)은, 세월호피해지원법에는 전혀 없는 표현을 시행령에서 임의로 추가한 것으로, 이로 인한 위축효과도 상당 부분 실재한다고 보여지며, 이 부분 기재 내용을 제한적으로 해석하더라도 최소한 청구인의 일반적 행동의 자유가 제한되는 것은 부인할 수 없으므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 보아야 한다.

- 세월호피해지원법은 배상금 등의 지급 이후 효과나 의무에 관한 일반규정을 두거나 이에 관하여 범위를 정하여 하위 법규에 위임한 바가 없다. 세월호피해지원법 제15조 제2항의 위임에 따라 시행령으로 규정할 수 있는 사항은 지급신청시 동의서를 첨부해야 한다는 점과 이와 같은 수준의 사항, 즉 지급 신청이나 지급에 관한 기술적이고 절차적인 사항일 뿐이다. 신청인에게 지급 결정에 대한 동의의 의사표시 전에 숙고의 기회를 보장하고, 그 법적 의미와 효력에 관하여 안내해 줄 필요성이 인정된다 하더라도, 세월호피해지원법 제16조에서 규정하는 동의의 효력 범위를 초과하여 세월호 참사 전반에 관한 일체의 이의 제기를 금지시킬 수 있는 권한을 부여받았다고 볼 수는 없다.
- 따라서 이의제기금지조항은 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반하여 법률의 근거 없이 대통령령으로 청구인들에게 세월호 참사와 관련된 일체의 이의 제기 금지 의무를 부담시킴으로써 일반적 행동의 자유를 침해한 것이다.

□ 반대의견(재판관 김창중, 재판관 조용호)

- 신청인이 심의위원회의 지급결정에 동의하고, 배상금 등을 지급받아 재판상 화해가 성립된다고 하더라도, 그 효력이 미치는 범위는 ‘세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해’에 한정되는 것이지, 더 나아가 세월호 참사의 진상규명이나 책임자 처벌 요구를 하지 못하게 된다거나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 권리 등을 잃게 되는 효과가 발생하는 것이 아님은 명백하다.
- 세월호피해지원법 시행령 제15조의 별지 제15호 ‘배상금 등 동의 및 청구서’ 서식에서 ‘신청인은 배상금 등을 받았을 때 세월호 참사로 인한 손해·손실

등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고’라는 문언 다음에 곧바로 이어서 이의제기금지 취지의 기재가 추가되어 있으므로, 그 내용은 전단의 문언과 연관 지어 합리적으로 해석하여야지 이와 분리하여 독자적인 의미를 가지는 것으로 해석해서는 아니되는 점, 국가는 신청인에게 재판상 화해의 의미와 효력을 다시 한 번 확인시켜주고, 신청인이 지급결정에 대한 동의서를 제출할 때 충분히 숙고하여 신중을 기하도록 할 필요가 있는 점 등에 의하면, 이의제기금지조항은 실질적으로 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규정한 것에 불과하고, 이로 인하여 청구인들의 일반적 행동의 자유를 새롭게 제한하는 효과가 생기는 것은 아니다.

- 따라서 이의제기금지조항은 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로, 이에 대한 심판청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소가 이 사건에서 이의제기금지조항에 대하여 위헌 결정을 선고함에 따라, 이의제기금지조항에 근거하여 동의서를 제출하였다고 하더라도, 그 효과는 ‘세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해’에 한정되는 것이지, 이로 인하여 세월호 참사의 진상규명이나 책임자 처벌 요구 등의 의사를 표현하는 것이나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함하여 일체의 문제제기가 금지되는 것이 아님을 명백히 하였다.

5. 표본조사대상 가구에 대한 방문 면접조사 사건

[2015헌마1094 2015년 인구주택총조사 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 7월 27일 재판관 전원 일치 의견으로, 피청구인 통계청장이 2015. 11. 1.부터 2015. 11. 15.까지 2015 인구주택총조사의 방문 면접조사를 실시하면서, 담당 조사원을 통해 청구인에게 피청구인이 작성한 2015 인구주택총조사 조사표의 조사항목들에 응답할 것을 요구한 행위가 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다는 결정을 선고하였다. [기각]

□ 사건개요

- 피청구인 통계청장(이하 ‘피청구인’이라 한다)은 2015. 10. 19. 통계법 제17조 제1항에 의한 지정통계 제10101호(인구총조사) 및 제10102호(주택총조사)와 인구주택총조사 규칙(기획재정부령 제501호)에 따라, 『① 조사기준 시점: 2015. 11. 1. 0시 현재, ② 조사실시기간: 2015. 11. 1.부터 2015. 11. 15.까지 15일간[인터넷조사: 2015. 10. 24.~10. 31.(8일간)] 방문 면접조사 실시 전 8일 동안 인터넷조사를 우선 실시하고, 인터넷조사로 응답하지 않은 가구에 한하여 방문 면접조사 실시, ③ 조사방법: 인터넷조사, 방문 면접조사, ④ 조사대상: 조사기준 시점 현재 대한민국 영토 내에 상주하는 모든 내·외국인과 이들이 살고 있는 거처, ⑤ 조사사항: 전수 12개, 표본 52개 항목』을 내용으로 하는 ‘2015 인구주택총조사 실시공고’를 하였다.
- 피청구인은 위 공고에 따라 심층조사가 필요한 표본 52개 항목에 대해 전국 가구의 20%를 표본으로 선정하여 2015. 10. 24.부터 2015. 10. 31.까지 8일간 인터넷조사를 우선 실시하고, 인터넷조사로 응답하지 않은 가구에 한하여 2015. 11. 1.부터 2015. 11. 15.까지 15일간 방문 면접조사를 실시하였다. 청구인의 가구는 2015 인구주택총조사의 표본조사 대상으로 선정되었는데, 청구

인이 인터넷으로 조사에 응답하지 않자 담당 조사원이 2015. 11. 1.부터 2015. 11. 15.까지 사이에 수차례 청구인의 주거에 방문하여 면접조사를 실시하고자 하였다. 그러나 청구인은 끝내 방문 면접조사에도 응하지 아니하였다.

- 청구인은, 조사원이 야간 등 시간에 제한 없이 개인의 주거에 방문하여 성명, 생년월일, 종교 등 개인정보의 제공을 요구하고, 이를 위반할 경우 과태료를 부과할 수 있도록 하여 사실상 개인정보의 제출을 강요하는 ‘2015 인구주택총조사’가 법률유보원칙, 포괄위임금지원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유, 종교의 자유, 평등권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2015. 11. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 피청구인이 2015. 11. 1.부터 2015. 11. 15.까지 2015 인구주택총조사의 방문 면접조사를 실시하면서, 담당 조사원을 통해 청구인에게 피청구인이 작성한 2015 인구주택총조사 조사표의 조사항목들에 응답할 것을 요구한 행위(이하 ‘심판대상행위’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

□ 결정주문

- 이 사건 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

- [심판대상행위의 근거조항이 법률유보원칙에 위배되는지 여부] 인구주택총조사의 조사항목은 시의성을 가지고 시대와 상황에 따라 변경될 수 있는 사항이므로, 법률에서 직접 정해야 하는 불변의 본질적인 사항이라고 보기 어렵다. 따라서 인구주택총조사의 모든 조사항목을 입법자가 반드시 법률로 규율하여야 한다고 볼 수 없다. 나아가 심판대상행위는 통계법 제5조의3에 근거하여 이루어졌으므로, 법률유보원칙에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.

- **[심판대상행위의 근거조항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부]** 인구주택 총조사의 조사항목은 사회·경제 변화상의 반영, 국제비교, 시계열 유지, 조사 가능성, 응답자 편의 등 여러 가지 요소를 고려하여 선정하여야 하므로, 그 사항을 탄력성이 있는 행정입법에 개방적으로 위임하는 것이 불가피하다. 그리고 관련 법조항, 인구주택총조사가 추구하는 목적 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 결국 통계법 제5조의3 제2항에 의하여 하위법령에 규정될 인구주택총조사의 조사사항은, 개인정보에 속하는 것들로서 ‘인구 특성, 인구이동, 경제활동, 가구 특성, 주택 특성 등에 관한 사항으로 해당 인구주택총조사 실시 당시 인구 및 주택의 실태를 파악하기 위하여 필요한 사항’이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 이처럼 통계법 제5조의3 제2항은 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 반하지 아니하므로, 심판대상행위는 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.
- **[심판대상행위가 과잉금지원칙을 위반하는지 여부]** 심판대상행위는 행정자료로 파악하기 곤란한 항목들을 방문 면접을 통해 조사하여 그 결과를 사회현안에 대한 심층 분석과 각종 정책수립, 통계작성의 기초자료 또는 사회·경제현상의 연구·분석 등에 활용하도록 하고자 한 것이므로 그 목적이 정당하고, 15일이라는 짧은 방문 면접조사 기간 등 현실적 여건을 감안하면 인근주민을 조사원으로 채용하여 방문면접 조사를 실시한 것은 수단의 적정성도 인정된다. 2015 인구주택총조사 조사표의 조사항목들은 당시 우리 사회를 진단하고 미래를 대비하기 위하여 필요한 항목들로 구성되어 있다. 저출산, 고령화, 변화하는 가구, 사회의 다양화와 통합, 주거복지 관련 실태를 파악하고자 자녀 출산 시기, 일상생활 및 사회 활동 제약, 결혼 전 취업 여부, 경력단절 항목 등을 신규로 추가하였고, 기존의 조사항목 중 불필요한 항목들(수도 및 식수 사용 형태, 정보통신기기 보유 및 이용현황, 교통수단 보유 및 이용현황)은 폐지하였으며, 나머지 항목들은 시계열 축적을 통해 통계자료로서의 효율성을 높이하고자 유지하였다. 또 조사항목 52개 가운데 성명, 성별, 나이 등 38개 항목은 UN통계처의 조사권고 항목을 그대로 반영한 것이어서 범세계적 조사항목에 속한다. 한편, 1인 가구 및 맞벌이 부부의 증가로 낮 시간에는 응답자가 부재중인 경우가 빈번하고, 오늘날 직장인이나 학생들의 근

무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하면, 출근 시간 직전인 오전 7시 30분경 및 퇴근 직후인 오후 8시 45분경이 방문 면접조사를 실시하기에 불합리할 정도로 이르거나 늦은 시간이라고 단정하기 어렵다. 나아가 관련 법령이나 실제 운용상 표본조사 대상 가구의 개인정보 남용을 방지할 수 있는 여러 제도적 장치도 충분히 마련되어 있다. 심판 대상행위에 의하여 제한되는 사익은 청구인의 개인정보를 피청구인에게 제공하여야 하는 불이익인 반면 심판대상행위로 달성하려는 공익은 그 조사결과를 정부정책의 수립·평가 또는 경제·사회현상의 연구·분석 등에 활용하여 사회발전에 기여하고자 하는 것으로서, 청구인의 사익 제한보다 훨씬 크고 중요하다. 따라서 심판대상행위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

6. 공무원 초과근무수당 산정 규정 위헌확인 사건

[2016헌마404 공무원수당 등에 관한 규정 제15조 제2항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 8월 31일 재판관 전원의 일치된 의견으로, 공무원의 시간외·야간·휴일근무수당 산정방법을 규정하고 있는 공무원수당 등에 관한 규정 제15조 제2항, 제5항, 제16조 제2항 및 제17조 제1항, 제2항이 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다는 결정을 선고하였다. [기각]

□ 사건개요

- 청구인은 2016. 3. 1. 경찰공무원으로 임용된 자로서 ‘국가공무원 복무규정’ 제12조에 따른 현업공무원이다.
- 청구인은 2016. 4. 20.과 5. 20. 처음으로 ‘공무원수당 등에 관한 규정’ 제15조 제2항, 제5항에 따라 시간외근무수당을, 제16조 제2항에 따라 야간근무수당을, 제17조 제1항 및 제2항에 따라 휴일근무수당을 지급받았다.
- 청구인은 위 규정에 따라 산정된 공무원의 시간외·야간·휴일근무수당이 근로기준법에 따라 산정된 일반 근로자의 초과근무수당과 비교하였을 때 그 액수가 지나치게 적어 청구인의 기본권이 침해된다고 주장하면서, 2016. 5. 23. 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 청구인은 ‘공무원수당 등에 관한 규정’ 제15조 제5항 전체를 심판대상으로 구하고 있으나, 청구인은 현업공무원으로서 위 조항 중 제1호의 적용을 받는 자이므로 심판대상을 한정한다.
- 따라서 이 사건 심판대상은 구 ‘공무원수당 등에 관한 규정’(2013. 12. 11. 대통령령 제24918호로 개정되고, 2016. 6. 24. 대통령령 제27258호로 개정되기

전의 것) 제15조 제2항, ‘공무원수당 등에 관한 규정’(2012. 8. 22. 대통령령 제24048호로 개정된 것) 제15조 제5항 제1호와 제17조 제1항, ‘공무원수당 등에 관한 규정’(2012. 1. 6. 대통령령 제23499호로 개정된 것) 제16조 제2항과 제17조 제2항(이하 이를 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 공무원수당 등에 관한 규정(2013. 12. 11. 대통령령 제24918호로 개정되고, 2016. 6. 24. 대통령령 제27258호로 개정되기 전의 것)

제15조(시간외근무수당) ② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 해당 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 55퍼센트(공무원보수규정 별표 33의 일반임기제공무원 중 연봉등급 5호부터 10호까지 해당자의 경우에는 해당 공무원에 상당하는 경력직 또는 별정직공무원의 상당계급 기준호봉 봉급액의 55퍼센트, 전문임기제공무원의 경우에는 해당 공무원의 연봉월액의 84퍼센트 해당 금액의 42퍼센트, 대위 이하 군인의 경우에는 해당 군인에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 65퍼센트를 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 209분의 1의 150퍼센트를 지급한다.

공무원수당 등에 관한 규정(2012. 8. 22. 대통령령 제24048호로 개정된 것)

제15조(시간외근무수당) ⑤ 시간외근무명령에 따라 근무한 시간(이하 “시간외 근무시간”이라 한다)은 월별로 다음 각호의 구분에 따른 방식으로 산정한다. 이 경우 1일 시간외근무시간은 분 단위까지 더하여 월별 시간외근무시간을 산정한 후 1시간 미만은 버린다.

1. 현업공무원등: 해당 월의 총 근무한 시간에서 국가공무원 복무규정 제9조 제1항에 따른 근무시간과 근무 중 식사·수면·휴식 시간 및 휴일 근무수당을 지급받은 시간을 뺀 시간. 다만, 식사·수면·휴식 시간이 업무상 지휘·감독 아래 있었다고 소속 장관이 인정하는 경우에는 빼지 아니한다.

제17조(현업공무원등에 대한 휴일근무수당) ① 현업공무원등으로서 휴일에 9시부터 18시까지 근무하는 사람에게는 예산의 범위에서 휴일근무수당을

지급한다. 이 경우 제15조 제1항 단서를 준용한다.

공무원수당 등에 관한 규정(2012. 1. 6. 대통령령 제23499호로 개정된 것)

제16조(현업공무원등에 대한 야간근무수당) ② 야간근무는 1일 8시간을 기준으로 하되, 매 시간에 대하여 제15조 제2항에 따른 봉급기준액의 209분 1의 50퍼센트를 지급한다.

제17조(현업공무원등에 대한 휴일근무수당) ② 휴일근무수당은 1일에 대하여 제15조 제2항에 따른 봉급기준액의 26분의 1의 150퍼센트를 지급한다.

☐ **결정주문**

- 이 사건 심판청구를 기각한다.

☐ **이유의 요지**

● **평등권 침해여부(소극)**

- 공무원은 통상적인 근로자의 성격을 갖지만, 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있는 자로서 일반 근로자와 달리 특별한 근무관계에 있다. 따라서 공무원의 근무조건은 공무원 근로관계의 특수성과 예산상 한계를 고려하여 독자적인 법률 및 하위법령으로 규율하고 있으며, 이는 근로기준법보다 우선적으로 적용된다.
- 심판대상조항들은 공무원의 초과근무에 대한 금전적 보상에 관하여 정하고 있으나, 이 역시 예산이 허용하는 범위 내에서 지급될 수밖에 없다. 예산의 범위를 초과하여 수당을 지급하는 것은 예산을 추가로 책정하지 않는 이상 가능하지 않고, 그렇다고 일반 근로자와 같은 수준으로 수당을 지급하면서 예산으로 보상할 수 있는 시간 동안만 초과근무를 하도록 한다면 업무상 공백이 발생할 우려가 있기 때문에, 공무원에 대한 수당 지급이 근로기준법보다 불리하다 하더라도 이는 불가피한 측면이 있다.
- 근로기준법에서 예외 없이 통상임금의 50% 이상을 가산하여 초과근무수당을 지급하도록 한 것은 사용자로 하여금 초과근무에 대하여 더 많은 금전적 보상을 하도록 함으로써 될 수 있는 한 초과근무를 억제하기 위한 것이다. 그런데 공무원의 경우 이와 같은 목적에서 수당을 산정하고 있지 않으므로, 근

로기준법보다 적은 액수의 수당을 지급한다 하여 이를 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

- 따라서 심판대상조항들이 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

7. 청원경찰 근로3권 전면 제한 사건

[2015헌마653 청원경찰법 제5조 제4항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 9월 28일 재판관 전원 일치 의견으로, 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용하여 노동운동을 금지하는 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’부분을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니하고, 위 법률조항은 2018. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다는 결정을 선고하였다. [계속적용 헌법불합치]

□ 사건개요

- 청구인들은 한국○○○○○ 주식회사의 청원경찰로 근무하고 있는 사람들이다. [별지 1] 기재 청구인들은 2014. 6. 30. 청원경찰로 임용되었고, [별지 2] 기재 청구인들은 2013. 9. 2. 이전에 청원경찰로 임용되었다.
- 청구인들은 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용함으로써 노동운동을 금지하는 청원경찰법 제5조 제4항 등이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2015. 6. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분을 준용하는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것)

제5조(청원경찰의 임용 등) ④ 청원경찰의 복무에 관하여는 「국가공무원법」 제57조, 제58조 제1항, 제60조, 제66조 제1항 및 「경찰공무원법」 제18조를 준용한다.

[관련조항]

국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것)

제66조(집단 행위의 금지) ① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

□ 결정주문

1. 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2018. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.
2. [별지 2] 기재 청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

□ 이유의 요지

● **적법요건에 대한 판단**

- [별지 2] 기재 청구인들은 모두 이 사건 심판청구일로부터 1년 전에 청원경찰로 임용되었다. 이들의 심판청구는 각각의 기본권침해사유가 발생한 날로부터 1년이 경과한 후에 제기된 것이므로, 청구기간을 도과하였다.

● **근로3권 침해 여부(적극)**

1. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

- 심판대상조항은 청원경찰의 근로3권을 제한함으로써 청원경찰이 관리하는 중요시설의 안전을 도모하려는 것이므로 목적의 정당성이 인정되고, 근로3권의 제한은 위와 같은 목적달성에 기여할 수 있으므로 수단의 적합성도 인정된다.

2. 침해의 최소성

- 청원경찰은 청원주와의 고용계약에 의한 근로자일 뿐, 국민 전체에 대한 봉

사자로서 국민에 대하여 책임을 지며 그 신분과 정치적 중립성이 법률에 의해 보장되는 공무원 신분이 아니므로, 기본적으로 헌법 제33조 제1항에 따라 근로3권을 보장받아야 한다.

- 청원경찰 업무의 공공성은 근로3권을 제한하는 근거가 될 수 있지만, 그 제한은 필요한 최소한의 범위 안에서 이루어져야 한다. 청원경찰은 경찰 등과 달리 제한된 구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관의 직무를 수행할 뿐이다. 또한, 청원주가 청원경찰의 배치를 폐지하거나 인원을 감축할 경우 당연히 퇴직하게 되는 등 청원경찰의 신분보장은 공무원에 비해 취약하다.
- 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있으므로, 이들에 대해서는 근로3권이 허용되어야 할 필요성이 더욱 크다. 이들이 청원주와 실질적으로 동등한 지위에서 근로조건을 결정하기 위해서는, 근로3권이 일률적으로 부정되어서는 아니 된다.
- 청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 시설의 안전 유지라는 입법목적 달성에 지장이 된다고 단정할 수 없다. 헌법 제33조 제3항은 주요방위산업체 근로자들의 경우에도 단결권과 단체교섭권에는 아무런 제한을 가하지 아니하고 단체행동권만을 제한하고 있다. 청원경찰과 같이 무기를 휴대하고 국가중요시설의 경비 업무를 수행하는 특수경비원의 경우에도, 쟁의행위가 금지될 뿐 단결권과 단체교섭권은 제한되지 않는다(경비업법 제15조 제3항). 교원과 일부 공무원도 단결권과 단체교섭권을 인정받고 있는 상황에서 일반근로자인 청원경찰의 근로3권을 모두 제한하는 것은 사회의 변화에도 맞지 않는다.
- 군인과 경찰은 청원경찰과 유사한 업무를 담당하고 있지만, 이들은 공무원으로서 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위를 가질 뿐만 아니라, 국가안전과 국민의 생명 및 안전보호 등 중요한 국가기능을 수행한다. 이에 군인과 경찰의 노동운동 등 집단행위는 금지되고 있다(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제31조 제1항 제1호, 경찰공무원법 제31조 제4항). 그런데 청원경찰은 특

정 경비구역에서 근무하며 그 구역의 경비에 필요한 한정된 권한만을 행사하므로, 청원경찰의 업무가 가지는 공공성이나 사회적 파급력은 군인이나 경찰의 그것과는 비교하여 견주기 어렵다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 군인이나 경찰과 마찬가지로 모든 청원경찰의 근로3권을 획일적으로 제한하고 있다.

- 이상을 종합하여 보면, 심판대상조항이 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어선 것으로서 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

3. 법익의 균형성

- 심판대상조항을 통해 청원경찰이 경비하는 중요시설의 안전을 도모할 수 있음은 분명하나, 이로 인해 받는 불이익은 모든 청원경찰에 대한 근로3권의 전면적 박탈이라는 점에서, 심판대상조항은 법익의 균형성도 인정되지 아니한다.

4. 소결

- 심판대상조항은 [별지 1] 기재 청구인들의 근로3권을 침해한다.

● 헌법불합치 결정과 잠정적용명령

- 심판대상조항의 위헌성은 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한하는 점에 있으며, 입법자는 청원경찰의 구체적 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등을 고려하여 심판대상조항의 위헌성을 제거할 재량을 가진다. 그런데 만약 심판대상조항에 대해 단순위헌결정을 하여 즉시 효력을 상실시킨다면, 청원경찰의 근로3권 행사를 제한할 근거규정이 모두 사라지게 되고, 이로 말미암아 근로3권의 제한이 필요한 청원경찰까지 근로3권 모두를 행사하게 되는 혼란이 발생할 우려가 있다.
- 그러므로 심판대상조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하기로 한다. 입법자는 늦어도 2018. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2019. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.

□ 결정의 의의

- 종래 헌법재판소는 국가공무원법 제66조 제1항을 위반하여 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 한 청원경찰을 형사처벌하도록 규정한 청원경찰법 제11조가 헌법에 위배되지 않는다고 판단한 바 있으나(2008. 7. 31. 헌재 2004헌바9), 이 사건에서는 심판대상조항이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 청구인들의 근로3권을 침해하였다고 보아 선례를 변경하였다.
- 이 사건 결정은 청원경찰의 근로3권에 대한 제한 자체가 위헌이라고 본 것이 아니라, 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한한 점에 위헌성이 있다고 본 것이다. 국회는 청원경찰의 구체적 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등 여러 요소들을 고려하여 심판대상조항의 위헌성을 제거하여야 한다.

8. 소위 ‘황제노역’과 관련하여 노역장유치기간의 하한을 정하면서 개정 전 범죄행위에 대하여도 소급적용하도록 한 형법 조항 사건

[2015헌바239 형법 부칙 제2조 제1항 위헌소원, 2016헌바177[병합] 형법 제70조 제2항 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 10월 26일 재판관 전원 일치 의견으로, ① 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 정한 형법 제70조 제2항은 헌법에 위반되지 아니하고, ② 위 형법 제70조 제2항을 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙 제2조 제1항은 헌법에 위반된다고 판단하였다. [합헌, 위헌]

① 형법 부칙 제2조 제1항에 대하여는 형벌불소급원칙이 아닌 소급입법금지원칙에 위반되어 헌법에 위반된다는 재판관 강일원, 재판관 조용호의 별개 의견이 있고, ② 형법 제70조 제2항에 대하여는 고액 벌금형의 필요적 병과 규정과 결합하여 과도한 제재가 될 수 있으므로 관련 법률의 정비가 필요하다는 재판관 안창호의 보충의견이 있다.

□ 사건개요

● 2015헌바239 사건

- 청구인은 ‘2012. 7. 25. 및 2013. 1. 25.경 허위의 세금계산서합계표를 제출하였다’는 범죄사실로 2014. 6. 26. 공소제기되어 ‘청구인을 징역 1년 6월 및 벌금 20억 원에 처하고 벌금을 납입하지 아니하는 경우 400만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다.
- 청구인은 위 재판 계속 중 5억 원 이상 50억 원 미만의 벌금형을 선고하는 경우 500일 이상의 노역장유치기간을 정하도록 한 형법 제70조 제2항을 위 조항의 시행일인 2014. 5. 14. 이후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하

도록 한 형법 부칙 제2조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 2016헌바177 사건

- 청구인은 ‘2006. 10. 25., 2007. 1. 25., 2007. 4. 25. 허위의 매입처별세금계산서합계표 등을 작성하여 정부에 제출하는 등 조세를 포탈하였다’는 범죄사실로 2015. 6. 11. 공소제기되어 ‘청구인을 징역 2년 및 벌금 120억 원에 처하고 벌금을 납입하지 아니하는 경우 1,200만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다.
- 청구인은 위 재판 계속 중 ① 50억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 1,000일 이상의 노역장유치기간을 정하도록 한 형법 제70조 제2항과 ② 위 조항을 시행일 이후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙 제2조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ① 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항(이하 ‘노역장유치조항’이라 한다), ② 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 ‘부칙조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조(노역장유치) ② 선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.

형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조(적용례 및 경과조치) ① 제70조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용한다.

□ 결정주문

1. 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항은 헌법에 위반된다.
2. 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 노역장유치조항의 위헌 여부(소극)

- 노역장유치조항은 노역장유치가 고액 벌금의 납입을 회피하는 수단으로 이용되는 것을 막고 1일 환형유치금액에 대한 형평성을 제고하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.
- 벌금에 비해 노역장유치기간이 지나치게 짧게 정해지면 경제적 자력이 충분함에도 고액의 벌금 납입을 회피할 목적으로 복역하는 자들이 있을 수 있으므로, 고액의 벌금 납입을 심리적으로 강제할 수 있는 최소한의 노역장유치기간을 정할 필요가 있다. 또한 고액 벌금에 대한 유치기간의 하한을 법률로 정해두면 1일 환형유치금액 간에 발생하는 불균형을 최소화할 수 있다.

노역장유치조항은 주로 특별형법상 ‘범죄이익의 일정 배수 이상’을 벌금의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄나 식품·보건·환경범죄 등에 적용되는데, 이러한 범죄들은 대체로 경제적 이익을 목적으로 하고 불법성이 중하다는 특징이 있으므로 범죄수익의 박탈과 함께 막대한 경제적 손실을 가하지 않으면 그 범죄 발생을 막기 어렵다.

노역장유치조항은 벌금 액수에 따라 단계별로 유치기간의 하한이 증가하도록 하고 있어 범죄의 경중이나 죄질에 따른 형평성을 도모하고 있고, 노역장유치기간의 상한이 3년인 점과 선고되는 벌금 액수를 고려하면 그 하한이 지나치게 장기라고 보기 어렵다. 또한 노역장유치조항은 선고되는 벌금액에 따라 노역장유치기간의 하한을 정하고 있을 뿐이므로, 법관은 그 범위 내에서 다양한 양형요소들을 고려하여 1일 환형유치금액과 노역장유치기간을 정할 수 있다.

이러한 점들을 종합하면 노역장유치조항은 침해의 최소성을 충족한다.

- 노역장유치는 벌금 납입시에는 집행될 여지가 없고 노역장유치로 벌금형이 대체된다는 점에서 그로 인한 불이익이 노역장유치제도의 공정성과 형평성 제고라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 법익 균형성을 충족한다.
- 그러므로 노역장유치조항은 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

● 부칙조항의 위헌 여부(적극)

- 형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 단지 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않으며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 법적 안정성, 예측 가능성 및 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다.
- 노역장유치는 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분으로서, 그 실질은 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로, 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다. 따라서 법률 개정으로 동일한 벌금형을 선고받은 사람에게 노역장유치기간이 장기화되는 등 불이익이 가중된 때에는, 범죄행위시의 법률에 따라 유치기간을 정하여 선고하여야 한다.
- 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금을 선고받는 자에 대하여 유치기간의 하한을 중하게 변경시킨 것이므로, 이 조항 시행 전에 행한 범죄행위에 대해서는 범죄행위 당시에 존재하였던 법률을 적용하여야 한다. 그런데 부칙조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행해진 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있으므로, 이는 범죄행위 당시 보다 불이익한 법률을 소급 적용하도록 하는 것으로서 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다.

□ 부칙조항에 대한 별개의견(재판관 강일원, 재판관 조용호)

- 노역장유치란 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행 방법이며, 벌금형에 대한 환형처분이라는 점에서 형벌과는 구별된다. 따라서 개정 형법이 금액별 노역장유치기간의 하한을 정하면서 적용 대상을 법 시행 후 발생한 사건이 아니라 법 시행 후 공소가 제기되는 사건부터로 설정하였다고 하더라도 이는 벌금형을 대체하는 집행방법을 강화한 것에 불과하

며 여기에 형벌불소급의 문제가 발생한다고 보기는 어렵다.

- 부칙조항은 이미 종료된 범죄행위에 대하여도 사후에 개정된 법률조항을 적용할 수 있게 하였다는 점에서 소급입법에 해당하는바, 이러한 진정소급입법은 공익적 필요가 심히 중대한 반면 개인의 신뢰 보호의 필요는 정당화될 수 없는 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용된다.
- 노역장유치는 형벌 그 자체는 아니나, 실질이 자유형과 다름없기 때문에 동일한 벌금액수에 대해 이전보다 노역장유치기간이 늘어날 경우 중대한 기본권 침해의 결과를 초래할 수 있다. 따라서 벌금 미납시 어느 정도의 기간 동안 노역장에 유치될 수 있는지, 유치기간의 상한이나 하한이 존재하는지 등에 대한 종전 법질서에 대한 신뢰는 보호의 필요성이 크다. 청구인들의 경우 범죄행위 당시에는 벌금 액수와 상관없이 노역장유치조항에서 정한 기간보다 짧은 기간 동안 노역장유치를 선고받을 수 있다는 신뢰가 구축되어 있었고, 법원의 실무관행도 그러하였다. 그런데 부칙조항은 구법질서를 신뢰하여 법적 지위를 형성한 청구인들에게 노역장유치기간이 종전보다 불리하게 개정된 노역장유치조항을 적용하도록 함으로써 청구인들의 신뢰이익을 침해하고 있다.
- 반면, 노역장유치조항을 소급적용함으로써 달성할 수 있는 공익은 그리 크다고 볼 수 없다. 강화된 제재에 대한 경고 기능이 작동되지 않은 상태에서 행한 행위에 대해 사후입법으로 무겁게 책임을 묻는 것은, 기존 법질서에 대한 신뢰보호와 법적 안정성을 위해 소급입법을 금지하는 정신에 부합하지 않으며, 오히려 법질서 전체에 대한 불신만 키울 위험이 있다.
- 따라서 부칙조항은 헌법상 소급입법금지원칙에 위반된다.

□ 노역장유치조항에 대한 보충의견(재판관 안창호)

- 노역장유치조항은 주로 고액 벌금형의 필요적 병과를 규정한 특별형법상 범죄에 대하여 적용된다. 그런데 고액 벌금형의 필요적 병과는, 범죄행위로 얻은 금전적 이익에 대하여 몰수·추징이 예정되어 있는 경우 범죄자에게 이중으로 경제적 고통을 안겨줄 수 있고, 경제적 수익이 없거나 경미한 공범에 대하여는 과중한 형벌이 될 수 있다. 이러한 고액 벌금형의 병과 규정과 노

역장유치조항이 결합할 경우 실질적으로 과중한 자유형이 선고된 것과 같을 수 있고, 경제적으로 어려운 사람일수록 이러한 가능성이 커진다. 그 결과 고액의 벌금형을 선고받은 경제적 약자로 하여금 선고받은 징역형 이외에 추가로 상당기간 교도소에 복역하게 함으로써 책임주의에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.

- 노역장유치조항에 의하면 징역형에 대해 집행유예를 선고하는 경우에도 벌금 액수에 따라 일정 기간 이상의 노역장유치를 선고하여야 한다. 그러나 여러 양형 사유를 이유로 징역형에 대해 집행유예를 선고하면서 병과되는 벌금을 미납하였다고 하여 상당기간 노역장에 유치하는 것은 적절하지 않다는 비판이 있다. 또한 단기의 실형이 선고되는 경우라도 징역형이 벌금형보다 무거운 형인데, 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분인 노역장유치기간이 징역형보다 장기화되는 것은 타당하지 않다는 비판도 있다. 한편, 벌금형의 집행유예는 500만 원 이하의 벌금형에 대하여만 가능한 것과 달리, 집행유예보다 형이 가벼운 경우에 하는 선고유예는 벌금 액수의 제한 없이 모든 벌금형에 대하여 할 수 있다는 점에서 형벌체계상 정당하지 아니하다는 비판도 제기될 수 있다.
- 그렇다면 비록 노역장유치조항이 과잉금지원칙에 위반되는 것은 아니라고 하더라도, 고액 벌금형의 필요적 병과규정과 결합하여 위와 같은 다양한 비판이 있을 수 있으므로, 새로이 벌금형을 필요적으로 병과하는 규정은 신중하게 입법하여야 하고 벌금형의 필요적 병과를 규정한 기존의 특별형법 조항에 대하여도 입법개선의 노력을 기울여야 할 것이다.

□ 결정의 의의

- 이 사건 결정은 소위 ‘황제노역’과 관련하여 노역장유치조항의 하한을 정한 형법 조항이 노역장유치제도의 공정성과 형평성 제고를 위한 것으로 합헌임을 확인하였다.
- 또한 이 사건 결정은, 형식적 의미의 형벌이 아니더라도 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 법적 안정성, 예

측 가능성 및 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 형벌불소급원칙이 적용된다는 점을 명확히 하였다. 나아가 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 가중되거나 부수효과가 불이익하게 변경되는 경우에도 행위시법을 적용함이 바람직하다고 판시함으로써, 불이익하게 개정된 사후 입법의 소급적용에 신중을 기하도록 하였다.

9. 부당한 공동행위에 관한 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 과징금 감면 사건

[2017헌바58 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2 제3항 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 10월 26일 재판관 전원 일치 의견으로, 부당한 공동행위에 관하여 자진신고 또는 조사협조한 자에 대한 과징금 감면의 범위와 그 기준 등을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 구 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제22조의2 제3항 중 ‘제1항의 규정에 의하여 과징금이 감경 또는 면제되는 자의 범위와 과징금의 감경 또는 면제의 기준·정도 등을 대통령령으로 정하도록 한 부분’이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. [합헌]

□ 사건개요

- ◇◇◇◇◇◇공사가 2009. 12. 21. 공고한 ‘☆☆ ☆☆☆☆☆ 에너지시설 설치 사업 공사’(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)에 대하여 청구인과 청구외 □□□ □□□ 주식회사, 청구외 △△△△ 주식회사는 공동수급체를 구성하여 2010. 3. 29. 실시된 이 사건 공사의 입찰에 참여하였다. 청구인 및 청구외 회사들은 건설업을 영위하는 회사들로서 모두 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제2조 제1호에 규정된 ‘사업자’에 해당한다.
- 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)는 2011. 9. 1. ○○○○ 설치공사 입찰 담합 혐의에 대한 현장조사 결과 청구인 등 3개사가 이 사건 공사 입찰에 앞서 투찰가격을 합의하여 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제19조 제1항 제8호에 해당하는 부당한 공동행위(이하 ‘이 사건 부당한 공동행위’라 한다)를 하였다는 이유로 조사를 진행하였는데, 청구외 □□□□□□ 주식회사는 2011. 10. 19. 이 사건 부당한 공동행위에 대하여 1순위 조사협조자로서

감면신청을 하였고, 청구인은 2014. 9. 26. 2순위 조사협조자로서 감면신청을 하였다.

- 공정위는 2015. 3. 6. 이 사건 부당한 공동행위와 관련하여 청구인에 대한 시정명령 및 과징금납부명령을 하였고, 같은 날 ‘청구인은 1순위 조사협조자의 감면신청으로부터 2년이 지난 후에 감면신청을 하였으므로 2016. 9. 29. 대통령령 제27529호로 개정되기 전의 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제1항 제6호 나목(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)에 따라 과징금 감면대상에서 제외된다’는 이유로 청구인의 과징금 감면신청을 기각하였다(이하 ‘이 사건 감면신청 기각처분’이라 한다). 이후 공정위는 2015. 5. 13. 청구인에 대한 종전 과징금 일부를 감액하는 재결을 하였다(이하 위 재결로 감액되고 남은 부분에 관한 과징금납부명령을 ‘이 사건 과징금납부명령’이라 한다).
- 청구인은 공정위를 상대로 이 사건 과징금납부명령 및 이 사건 감면신청 기각처분의 취소를 구하는 소를 제기하고, 그 소송 계속 중 이 사건 시행령조항의 모법조항인 구 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제22조의2 제3항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 2016. 12. 14. 위헌법률심판 제청신청에 대한 기각결정이 되자 2017. 1. 20. 위 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건의 심판대상은 구 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되고, 2016. 3. 29. 법률 제14137호로 개정되기 전의 것) 제22조의2 제3항 중 ‘제1항의 규정에 의하여 과징금이 감경 또는 면제되는 자의 범위와 과징금의 감경 또는 면제의 기준·정도 등을 대통령령으로 정하도록 한 부분’이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되고, 2016. 3. 29. 법률 제14137호로 개정되기 전의 것)

제22조의2(자진신고자 등에 대한 감면 등) ③ 제1항의 규정에 의하여 감경 또는 면제되는 자의 범위와 감경 또는 면제의 기준·정도 등과 제2항에 따른 정보 및 자료의 제공·누설 금지에 관한 세부사항은 대통령령으로 정한다.

□ 결정주문

- 구 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되고, 2016. 3. 29. 법률 제14137호로 개정되기 전의 것) 제22조의2 제3항 중 ‘제1항의 규정에 의하여 과징금이 감경 또는 면제되는 자의 범위와 과징금의 감경 또는 면제의 기준·정도 등을 대통령령으로 정하도록 한 부분’은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 법률유보원칙 위반 여부 - 소극

- ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 연혁과 관계없이 ‘공정거래법’이라 한다) 제22조 및 제22조의2는 부당한 공동행위에 관하여 공정거래법령이 정한 과징금 산정 기준에 따른 과징금의 액수가 산정된 상황에서 자진신고 또는 조사협조에 관한 별도의 요건을 충족하는 경우 과징금을 감면할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 법률 규정에 비추어 볼 때, 사업자가 과징금을 감면받았을 경우 얻을 수 있었던 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하더라도, 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함된다고 볼 수 없다.

공정거래법 제22조의2 제1항은 과징금 감면의 대상을 ‘부당한 공동행위 사실을 자진신고한 자’와 ‘증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자’로 명시하고 있고, 과징금의 ‘감면’은 제22조에 따라 산정된 과징금의 전부 또는 일부를 감액할 수 있다는 의미이므로, 이미 과징금 감면의 대상과 범위에 관한 본질적인 부분이 국회에서 정한 법률로 입법되어 있다. 과징금의 감면을 위한 자진신고 또는 조사협조의 구체적인 요건·절차 및 그에 따른 과징금의 감경 비율은 세부적·기술적 사항으로 입법자가 반드시 스스로 결정하여야 하는 본질적 사항이라기보다는 행정입법이 충분히 규율할 수 있는 사항이다.

이러한 점들을 종합하면, 심판대상조항이 법률유보원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

● 포괄위임금지원칙 위반 여부 - 소극

- 부당한 공동행위에 대한 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 제재 감면 제도의 세부적인 내용을 정함에 있어서는 부당한 공동행위에 대한 규제 및 예방 효과를 극대화할 수 있도록 전문적·기술적 능력과 정책적 고려가 요구되고, 변화하는 경제상황에 신속하게 대응하여야 할 필요가 있으므로, 이를 전문성이 있는 행정부가 탄력적으로 규율할 수 있도록 대통령령에 위임할 필요성이 인정된다.

한편, 공정거래법 제22조의2 제1항의 규정 내용, 부당한 공동행위를 효과적으로 적발 및 예방하기 위한 이 사건 감면제도의 입법취지 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 심판대상조항의 위임에 의하여 대통령령에 규정될 과징금 감면의 대상인 자진신고자 또는 조사협조자의 범위는 공정위가 부당한 공동행위를 효과적으로 적발 및 예방할 수 있도록 관련 정보 및 증거를 자발적으로 제공하여 공정위의 조사에 기여한 사업자로, 과징금의 감면 여부 및 그 정도는 사업자가 공정위의 조사에 기여한 정도에 따라 다르게 규정될 것임을 충분히 예측할 수 있다.

따라서 심판대상조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

10. 검정고시 출신의 수시모집 지원을 제한하는 교육대학교 수시모집 입시요강 사건

[2016헌마694 서울교육대학교 등 2017학년도 수시모집 입시요강 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017. 12. 28. 재판관 전원일치 의견으로, ○○교육대학교 등 11개 대학교의 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’이 검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 것은 교육을 받을 권리를 침해한다고 결정하였다. [인용(위헌확인)]

이 결정에서는 위 입시요강에 대하여 엄격한 심사기준에 따라 판단하여야 한다는 재판관 안창호, 재판관 이선애의 보충의견이 있었다.

□ 사건개요

- 청구인들은 2016년도 제2회 고등학교 졸업학력 검정고시에 합격하여 고등학교 졸업학력을 취득하였다.
- 피청구인들은 초등학교 교원을 양성하기 위하여 설립된 국립대학의 총장 또는 종합교원양성을 목적으로 설립된 국립대학의 총장이다. 피청구인들은 2016. 5.경 ‘2017학년도 수시모집 신입생 모집요강’을 공표하였는데, 위 모집요강에 따르면 장애인, 기초생활수급자 또는 차상위계층 등을 대상으로 하는 일부 특별전형은 제외하고 대부분의 전형에서 고등학교 졸업자 또는 졸업예정자로 지원자격이 한정되었고, 이에 따라 검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람(이하 ‘검정고시 출신자’라 한다)은, 일부 특별전형의 대상에 해당되지 않는 이상, 피청구인들 대학의 수시모집에 지원할 수 없게 되었다.
- 청구인들은 이러한 피청구인들의 ‘2017학년도 수시모집 신입생 모집요강’이 검정고시 출신자로서 피청구인들 대학에 진학하여 초등학교 교사가 되고자 하는 청구인들의 교육받을 권리 등을 침해하고 있다고 주장하면서 헌법소원

심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 피청구인들이 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’에서 결정문 [별지3] 목록과 같이 지원자격을 정함으로써 검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 것(이하 ‘이 사건 수시모집요강’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

□ 결정주문

- 피청구인들이 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’에서 [별지3] 목록 기재와 같이 지원자격을 정함으로써 검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 것은 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌임을 확인한다.

□ 이유의 요지

- 헌법 제31조 제1항의 평등권으로서 교육을 받을 권리는 ‘취학의 기회균등’, 즉 각자의 능력에 상응하는 교육을 받을 수 있도록 학교 입학에 있어서 자의적 차별이 금지되어야 한다는 차별금지원칙을 의미한다. 한편, 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유와 헌법 제31조 제4항에서 보장하고 있는 대학의 자율성에 따라 대학이 학생의 선발 및 전형 등 대학입시제도를 자율적으로 마련할 수 있다 하더라도, 이러한 대학의 자율적 학생 선발권을 내세워 국민의 ‘균등하게 교육을 받을 권리’를 침해할 수 없으며, 이를 위해 대학의 자율권은 일정부분 제약을 받을 수 있다.
- 현행 대입입시제도 중 수시모집은 대학수학능력시험 점수를 기준으로 획일적으로 학생을 선발하는 것을 지양하고, 각 대학별로 다양한 전형방법을 통하여 대학의 독자적 특성이나 목표 등에 맞추어 다양한 경력과 소질 등이 있는 자를 선발하고자 하는 것이다. 수시모집은 과거 정시모집의 예외로서 그 비중이 그리 크지 않았으나 점차 그 비중이 확대되어, 정시모집과 같거나

오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있다. 이러한 상황에서는 수시모집의 경우라 하더라도 응시자들에게 동등한 입학 기회가 주어질 필요가 있다.

- 그런데 이 사건 수시모집요강은 기초생활수급자 및 차상위계층, 장애인 등을 대상으로 하는 일부 특별전형에만 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있을 뿐 수시모집에서의 검정고시 출신자의 지원을 일률적으로 제한하여 실질적으로 검정고시 출신자의 대학입학 기회의 박탈이라는 결과를 초래하고 있다. 수시모집의 학생선발방법이 정시모집과 동일할 수는 없으나, 이는 수시모집에서 응시자의 수학능력이나 그 정도를 평가하는 방법이 정시모집과 다른 것을 의미할 뿐, 수학능력이 있는 자들에게 동등한 기회를 주고 합리적인 선발 기준에 따라 학생을 선발하여야 한다는 점은 정시모집과 다르지 않다. 따라서 수시모집에서 검정고시 출신자에게 수학능력이 있는지 여부를 평가할 수 있는 기회를 부여하지 아니하고 이를 박탈한다는 것은 수학능력에 따른 합리적인 차별이라고 보기 어렵다.
- 피청구인들은 검정고시 출신자들에게는 정규 고등학교의 학교생활기록부가 없어 초등교사로서의 품성과 자질 등을 다방면에서 평가할 자료가 없다는 이유로 그들에 대하여 수시모집에 응시할 수 있는 기회를 부여하지 않은 것이라고 한다. 그러나 대학은 학교생활기록부가 없더라도 자기의견서, 추천서, 교직적성·인성검사, 심층면접 등 학교생활기록부를 대신할 다른 평가방법을 개발함으로써 응시자들에 대한 교사로서의 품성과 자질 등을 평가할 수 있는 것이므로, 정규 고등학교 학교생활기록부가 없다는 이유로 검정고시 출신자의 수시모집을 제한하는 것은 불합리하다.
- 피청구인들은 또한, 수시모집에서 검정고시 출신자의 지원을 제한하는 것은 공교육을 정상화하기 위한 조치라는 취지로 주장한다. 그러나 학교라는 공교육 과정과는 별도로 동일한 학력을 인정하는 검정고시제도를 둔 이상, 공교육에서 이탈한 학생들을 수시모집에서 제외하는 방식으로 공교육의 정상화를 달성하려는 것은 바람직한 방법이라고 보기 어렵다.
- 또한 피청구인들은 검정고시 출신자의 경우 비교내신으로 학교생활기록부 점수를 환산함으로 인하여 오히려 성실히 고등학교 과정을 이수한 일반 학

생들이 상대적으로 불이익을 당하게 되고, 이로 인하여 많은 학생들이 고등학교 자퇴 후 검정고시를 선택하는 상황에 이르게 될 수 있다고 주장한다. 그러나 이러한 비교내신에 관한 문제는 검정고시 출신자의 수시모집 지원 때문이 아니라 비교내신의 산출방식에서 초래되는 것이므로, 대학으로서는 검정고시 출신자가 고등학교를 자퇴시 그 때까지의 학교생활기록부를 반영하거나, 비교내신을 잘 받기 위하여 검정고시를 여러 번 치른 경우 해당 성적을 모두 반영하도록 하는 등의 다양한 방안을 강구하여 그 형평성을 제고할 수 있다.

- 이상과 같은 점들을 종합하면, 이 사건 수시모집요강은 검정고시 출신자인 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별하여 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다. 따라서 이 사건 수시모집요강은 헌법에 위반되므로 취소하여야 하나, 이 사건 수시모집요강에 따른 2017년도 신입생 합격자 발표가 이미 종료되었으므로 선언적 의미에서 이에 대한 위헌확인을 한다.

□ 재판관 안창호, 재판관 이선애의 보충의견

- 헌법 제31조 제1항에 규정된 교육을 받을 권리는 기본적으로 교육영역에서 평등원칙을 구체화하는 것으로서, ‘국민이 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리’와 ‘국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리’를 포함한다. 전자는 자유권적 기본권의 성격이, 후자는 사회권적 기본권의 성격을 가진다.
- 검정고시 출신자인 청구인들이 피청구인들 대학에게 수시모집 지원자격의 부여를 요구하는 것은 교육조건이나 교육환경의 새로운, 혹은 심화된 조성을 적극적으로 요구하는 것이 아니라, 기존의 교육자원에 대한 접근, 기존의 제도 및 시설에서 교육을 받을 지위를 확보해 달라는 것이다. 이는 기존의 교육자원 및 시설에서 국가로부터 차별이나 간섭을 받지 아니하고 각자의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있게 해 달라는 것으로 자유권적 성격을 가진다. 따라서 청구인들과 같은 검정고시 출신자로 하여금 자신의 수학능력과는 무관하게, 그리고 수시모집에서 자신의 수학능력을 증명할 기회도

부여받지 못한 채 수시모집 지원에서 배제되게 하는 이 사건 수시모집요강은 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 제한한다. 그렇다면 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부는 비례성 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 심사되어야 한다.

- 이 사건 수시모집요강은 차별취급에 합리적인 이유가 없으므로, 합리성 심사
에 따라 평등권으로서 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부를 판단하더라도
헌법에 위반된다. 다만 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받
을 권리를 제한하는 이상, 그 기본권을 침해하는지 여부는 보다 엄격한 심사
기준에 따라 판단하는 것이 타당함을 지적해 둔다.

11. 어린이집 CCTV 설치 의무조항 등 위헌확인 사건

[2015헌마994 영유아보육법 제15조의4 제1항 제1호 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2017년 12월 28일 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로, 어린이집에 폐쇄회로 텔레비전(CCTV) 설치를 원칙적으로 의무화하고, 보호자의 CCTV 영상정보 열람 요청 및 어린이집 참관에 대해 정한 영유아보육법 조항들이 어린이집 원장이나 보육교사 등의 기본권을 침해하지 아니한다는 결정을 선고하였다. 다만 제재조항 등에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성 등이 인정되지 않아 부적법하다고 판단하였다.[일부 각하, 일부 기각]

□ 사건개요

- 2015. 5. 18. 법률 제13321호로 개정되어 2015. 9. 19.부터 시행된 영유아보육법은 어린이집에서의 아동학대 근절을 위한 대책으로 어린이집에 폐쇄회로 텔레비전(Closed Circuit Television, 이하 ‘CCTV’라 한다)의 설치를 원칙적으로 의무화하고, 보호자로 하여금 그 영상정보를 열람할 수 있도록 하는 제도를 도입하였다. 그 외에 개정 영유아보육법은 보호자의 어린이집 참관 허용, 아동학대행위가 발생한 어린이집 폐쇄명령, 어린이집 종사자가 아동학대관련 범죄로 형사처벌을 받는 경우 자격취소, 결격기간 등을 정하고 있다.
- 청구인들은 어린이집 대표자, 어린이집 원장 및 보육교사, 어린이집에 재원 중인 영유아 및 그 보호자로서 이러한 사항을 정한 영유아보육법 조항들이 청구인들의 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해한다고 주장하면서, 2015. 10. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 영유아보육법(2015. 5. 18. 법률 제13321호로 개정된 것,

이하 ‘법’이라 한다)에 규정된 다음의 조항들이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

- (1) 어린이집 설치·운영자로 하여금 어린이집에 CCTV를 원칙적으로 설치하도록 하면서 설치 반대에 보호자 전원의 동의를 받는 경우에만 설치의무를 면할 수 있도록 정한 법 제15조의4 제1항 제1호 및 어린이집 설치·운영자가 CCTV에 영상정보를 저장함에 있어 녹음기능 사용을 금지하는 내용의 법 제15조의5 제2항 제2호 중 “녹음기능을 사용하거나” 부분(이하 ‘CCTV 설치 조항’이라 한다)
- (2) 보호자의 CCTV의 영상정보 열람 요청에 어린이집 원장이 원칙적으로 응하도록 정한 법 제15조의5 제1항 제1호(이하 ‘CCTV 열람 조항’이라 한다)
- (3) 보호자의 어린이집 참관에 관한 법 제25조의3 제1항(이하 ‘보호자 참관 조항’이라 한다)
- (4) 아동복지법 제3조 제7호의2에 따른 아동학대관련범죄를 저지르고 금고 이상의 실형 내지 집행유예를 선고받은 경우 어린이집에 20년 동안 근무할 수 없도록 결격기간을 정한 법 제16조 제5호 괄호 및 제16조 제6호 단서, 같은 범죄로 벌금형을 선고받은 경우 10년을 결격기간으로 정한 법 제16조 제8호 후단, 어린이집 폐쇄명령을 받은 경우 5년을 결격기간으로 정한 법 제16조 제7호, 어린이집 원장이나 보육교사가 아동학대관련범죄로 형사처벌을 받은 경우 그 자격취소에 관한 법 제48조 제1항 제3호(이하 이들 조항을 합하여 ‘결격기간 및 자격취소 조항’이라 한다)
- (5) 어린이집에서의 아동학대행위를 이유로 행정관청이 어린이집 운영정지나 폐쇄명령의 조치를 하기에 앞서 아동복지법 제45조에 따른 아동보호전문기관 등 관계기관과 협의하여 정하도록 한 법 제45조 제4항 중 제1항 제4호(이하 ‘아동보호전문기관과 협의 조항’이라 한다)
- (6) CCTV 설치 의무 위반 시 과태료를 부과하도록 한 법 제56조 제2항 제4호 중 해당 부분, CCTV 영상정보 저장에 녹음기능을 사용하는 경우 형사처벌하도록 한 법 제54조 제2항 제3호 중 해당 부분, CCTV 영상정보 열람 요청 거절 시 과태료를 부과하도록 한 법 제56조 제2항 제5호(이하 모두 합하여 ‘이 사건 제재조항’이라 한다)

□ 결정주문

- 영유아보육법(2015. 5. 18. 법률 제13321호로 개정된 것) 제15조의4 제1항 제1호, 제15조의5 제1항 제1호, 제15조의5 제2항 제2호 중 “녹음기능을 사용하거나” 부분 및 제25조의3 제1항에 대한 심판청구를 기각한다.
- 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

□ 이유의 요지

○ 적법 요건의 판단

가. 아동보호전문기관과 협의 조항(소극)

행정관청이 아동학대행위가 발생한 어린이집에 대해 폐쇄명령이라는 중대한 행정처분을 하기에 앞서 아동보호전문기관과 협의절차를 거치도록 한 것은 행정관청 독단으로 이루어지는 위법·부당한 조치를 방지하기 위한 것으로, 이로써 청구인들의 기본권이 침해되거나 침해 위험이 있다고 볼 수 없으므로 기본권 침해가능성이 인정되지 않는다.

나. 이 사건 제재조항에 대한 판단(소극)

청구인들은 제재조항 자체의 고유한 위헌성을 다투지 아니하므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

다. 결격기간 및 자격취소 조항에 대한 판단(소극)

청구인들이 아동학대관련범죄로 수사 내지 재판 중에 있지 않고, 단지 어린이집에 근무하고 있다는 사실만으로 이 조항들로 인한 침해가 확실히 예상되거나 그 위헌 여부에 대해 관련되어 있다고 보기 어려우므로, 자기관련성 및 현재성이 인정되지 않는다.

○ CCTV 설치 조항, CCTV 열람 조항 및 보호자 참관 조항에 대한 판단

가. CCTV 설치 조항

- 법 제15조의4 제1항 제1호는 보호자 전원이 반대하지 않는 한 어린이집에 CCTV 설치를 의무화하므로, 어린이집 설치·운영자의 직업수행의 자유, 어린이집 보육교사(원장 포함) 및 영유아의 사생활의 비밀과 자유, 부모의 자녀교육권을 제한한다.

- 이는 어린이집 안전사고와 보육교사 등에 의한 아동학대를 방지하기 위한 것으로, CCTV 설치 그 자체만으로도 안전사고 예방이나 아동학대 방지 효과가 있으므로 입법목적이 정당하고 수단의 적합성이 인정된다.
- 어린이집 보육대상은 0세부터 6세 미만의 영유아로 어린이집에서의 아동학대 방지 및 적발을 위해서 CCTV 설치를 대체할 만한 수단은 상정하기 어렵다. 법은 관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여 CCTV 외에 영상정보가 실시간 전송 가능한 네트워크 카메라의 설치 원칙적으로 금지하고 있으며, 영상정보 저장 시 녹음기능 사용금지(법 제15조의5 제2항 제2호 중 “녹음기능을 사용하거나” 부분)도 보육교사 등의 사생활 침해를 최소화하기 위한 조치 중 하나이다. 무엇보다 보호자 전원이 CCTV 설치 반대에 동의하는 경우에는 CCTV를 설치하지 않을 수 있는 가능성을 열어두고 있으므로 이 조항은 침해의 최소성에 반하지 아니한다.
- 여성의 사회참여 확대와 핵가족화로 보육 위탁 수요가 계속 급증하고 있어, 영유아 보육을 위탁받아 행하는 어린이집에서의 아동학대근절과 보육환경의 안전성 확보는 단순히 보호자의 불안을 해소하는 차원을 넘어 사회적·국가적 차원에서도 보호할 필요가 있는 중대한 공익이다. 이 조항으로 보육교사 등의 기본권에 제약이 가해지는 것은 사실이나, 관련 기본권 침해가 최소화되도록 여러 조치가 마련되어 있는 등 CCTV 설치 조항으로 침해되는 사익이 이러한 공익에 비하여 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성도 인정된다.
- 따라서 CCTV 설치 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다.

나. CCTV 열람 조항

- 법 제15조의5 제1항 제1호에 의하면, CCTV 설치·관리자인 어린이집 원장은 원칙적으로 보호자의 CCTV 영상정보 열람청구에 원칙적으로 응하여야 하므로 CCTV 열람 조항은 어린이집 보육교사 등의 개인정보 자기결정권 및 어린이집 원장의 직업수행의 자유를 제한한다.

- 이 조항은 CCTV 설치 조항과 함께 어린이집 안전사고 내지 아동학대 적발 및 방지를 위한 것으로, 아동학대 등이 의심되는 경우 보호자의 열람을 허용하는 것은 당연하고 이는 어린이집에 CCTV 설치를 의무화하는 이유이기도 하다.
- 법은 CCTV 열람의 활용 목적을 어린이집 안전사고 내지 아동학대 여부를 확인하기 위한 것으로 제한하고 있고, 어린이집 원장은 정당한 사유가 없는 경우 열람 거부, 열람시간 지정 등을 통해 보육활동에 지장이 없도록 보호자의 열람 요청에 적절히 대응할 수 있으므로, 이로써 어린이집 원장이나 보육교사 등의 기본권이 필요 이상으로 과도하게 제한된다고 볼 수 없다.
- 이 조항을 통해 달성할 수 있는 보호자와 어린이집 사이의 신뢰회복 및 어린이집 아동학대 근절이라는 공익의 중대함에 반하여, 제한되는 사익이 크다고 보기 어렵다.
- 그러므로 CCTV 열람 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다.

다. 보호자 참관 조항

- 법 제25조의3 제1항은 보호자가 영유아의 보육환경·보육내용 등 어린이집의 운영실태를 확인하기 위하여 어린이집 원장에게 어린이집 참관을 요구할 수 있고, 이 경우 어린이집 원장은 “특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.”고 정하고 있으므로, 어린이집 원장의 직업수행의 자유를 제한한다.
- 보호자가 어린이집의 환경, 보육실태를 직접 참관하여 확인할 수 있으면 어린이집 운영의 투명성 제고 및 보호자와 어린이집 사이의 신뢰회복에 기여할 수 있다. 어린이집 원장은 참관 방법이나 시간 등을 보호자와 협의하여 정함으로써 보육활동에 대한 실질적인 제약을 피할 수 있으므로 과도한 제한이라고 보기 어렵고, 어린이집 운영의 투명성 제고 내지 보호자와 어린이집 사이의 신뢰회복이라는 공익의 중대성을 고려할 때 법익의 균형성도 인정된다.
- 그러므로 보호자 참관 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 어린이집 원장

인 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

□ 결정의 의의

- 이 사건 심판대상조항들은 최근 어린이집에서 보육교사에 의한 영유아 폭행, 보육방임 등 아동학대 사례가 잇따라 발생하여 보호자들의 불안이 가중되는 상황에서, 어린이집에서의 아동학대행위를 근절하고 어린이집 교사와 부모 등 보호자의 신뢰를 회복하기 위한 유력한 대책으로 2015. 5. 18. 법률 제 13321호 영유아보육법 개정 시 도입된 제도들이다.
- 헌법재판소는 이번 결정을 통해 이상의 제도들로 인해 어린이집 보육교사 등 관계자들의 사생활의 비밀과 자유, 직업수행의 자유 등 기본권에 제약이 가해지는 것은 사실이나, 어린이집에서의 아동학대 근절 및 안전사고 방지라는 공익의 중대함을 고려할 때 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다.