

제 1 편

# 헌법총론



제 1 장 헌법의 개념

제 2 장 헌법의 기본원리

제 3 장 국민, 영토, 통일, 국제평화주의



## 제 1 편 헌법총론

### 제 1 장 헌법의 개념

1.

#### 관습헌법

(현재 2004. 10. 21. 2004헌마554등)

##### 〈쟁점〉

관습헌법의 인정 가능성

##### 〈결정요지〉

성문헌법이라도 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율할 수 없고, 국가의 기본법인 헌법은 간결성과 함축성을 추구하므로 형식적 헌법에 기재되지 아니한 사항을 불문헌법이나 관습헌법으로 인정할 수 있다. 엄격한 요건을 충족한 관습법만 관습헌법으로서 성문헌법과 같은 효력이 있다. 주권자인 국민은 최고의 헌법제정권력자로서 성문헌법 제·개정에 참여할 뿐 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습 형태로 직접 형성할 수 있다. 반드시 헌법으로 규율되어 법률에 대해서 효력상 우위가 있어야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항에 관해서만 관습헌법이 성립할 수 있다. 즉 관습헌법은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률로 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다. ① 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행이나 관례가 존재하고, ② 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), ③ 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), ④ 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 하며(명료성), ⑤ 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인이나 확신 또는 폭넓은 공감대를 얻어 국민이 강제력이 있다고 믿고 있어야(국민적 합의) 관습헌법이 성립한다. 헌법기관의 소재지, 특히 대통령과 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나로서 핵심적 헌법사항에 속한다. 서울이 수도라는 점은 1948년 헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다. 관습헌법도 헌법 일부로서 성문헌법과 같은 효력이 있으므로, 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 따른 헌법개정 방법을 통해서만 개정될 수 있다. 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법의 법적 효력도 상실된다.

##### 〈선정이유〉

관습헌법의 성립 가능성을 인정하고 그 성립 요건, 효력, 개정 방법을 명확하게 밝힌 결정이다.

## 2. 합헌적 법률해석

(현재 1989. 7. 14. 88헌가5등)

### 〈쟁점〉

합헌적 법률해석의 가능성

### 〈결정요지〉

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있으면 위헌으로 판단하여서는 아니 된다는 것을 뜻하는 것으로서 권리분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 둔다. 따라서 법률이나 법률 조항은 원칙적으로 가능한 범위 안에서 합헌적으로 해석하여야 하나, 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉 법률의 조항 문구가 간직한 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질하지 아니하는 범위 안이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률을 제정하여 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적에 따른 한계가 있다. 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 실질적 의미에서 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다.

### 〈참고판례〉

국가보안법 제7조에 관한 위헌심판(현재 1990. 4. 2. 89헌가113)

### 〈선정이유〉

합헌적 법률해석의 개념과 한계를 명확하게 밝힌 결정이다.

## 3. 헌법 개별규정의 헌법소원심판 대상성 및 헌법규정 간의 우열관계

(현재 1995. 12. 28. 95헌바3)

### 〈쟁점〉

헌법 개별규정의 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 대상성과 헌법 개별규정 사이의 논리적 우열관계

### 〈결정요지〉

헌법 제111조 제1항 제1호와 헌법재판소법 제41조 제1항은 위헌법률심판 대상이, 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항은 헌법소원심판 대상이 법률이라고 명시한다. 여기서 위헌심사 대상이 되는 법률이 국회 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 뜻한다. 따라서 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원의 위헌심사 대상이 아니다.

헌법은 전문과 단순한 개별조항의 상호관련성이 없는 집합에 지나지 않는 것이 아니고 하나의

통일된 가치체계를 이룬다. 그러므로 헌법의 전문과 각 개별규정은 서로 밀접한 관련을 맺어서 헌법의 모든 규정 가운데는 헌법의 근본가치를 더 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 더 구체적으로 표현한 것도 있어서 이념적·논리적으로는 규범 상호 간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실이다. 그러나 이때 인정되는 규범 상호 간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에서는 유용하지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면 부인할 수 있는 정도의 개별적 헌법규정 상호 간에 효력상 차등을 뜻하는 것은 아니다.

### 〈참고판례〉

국가배상법 제2조 제1항 단서 등 위헌소원(현재 2001. 2. 22. 2000헌바38)

### 〈선정이유〉

헌법 개별규정은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 대상이 되지 않는다고 하면서, 헌법 개별규정 사이의 논리적 우열관계는 인정하지만 효력상 차등은 인정하지 않은 결정이다.

## 4. 헌법의 최고규범성

(현재 1989. 7. 21. 89헌마38)

### 〈쟁점〉

헌법의 최고규범성

### 〈결정요지〉

일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌해석을 하여야 한다. 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 따라서 지배되는 통일체를 형성한다. 그러한 통일체 안에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다.

### 〈선정이유〉

헌법의 최고규범성을 명시적으로 밝힌 결정이다.

## 5. 헌법해석의 기준과 내용

(현재 1989. 9. 8. 88헌가6)

### 〈쟁점〉

헌법해석의 기준과 내용

### 〈결정요지〉

헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주에 입각한 입헌 민주헌법의 본질적 기본원리에 기초한다. 그 밖에 헌법상 모든 원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다. 헌법은 국민적 합의로 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하므로 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다. 헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적·사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞은 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다.

### 〈선정이유〉

헌법해석의 기준과 내용을 명시적으로 밝힌 결정이다.

## 6. 입법과정 하자의 저항권 행사 대상성

(현재 1997. 9. 25. 97헌가4)

### 〈쟁점〉

입법과정 하자의 저항권 행사 대상성

### 〈결정요지〉

저항권은 국가권력이 헌법의 기본원리를 중대하게 침해하고 그 침해가 헌법 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위해서 실력으로 저항하는 권리이다. 따라서 저항권이 헌법이나 실정법에 규정이 있는지를 가려볼 필요도 없이 국회법 소정의 협의 없는 개의시간의 변경과 회의일시를 통지하지 아니한 입법과정의 하자는 저항권 행사의 대상이 아니다.

### 〈선정이유〉

저항권의 개념을 명확하게 밝힌 결정이다.

## 제 2 장 헌법의 기본원리

### 제1절 민주주의 원리

#### 7. 방어적 민주주의와 정당해산제도

(현재 2014. 12. 19. 2013현다1)

##### 〈쟁점〉

1. 정당해산심판제도의 의의
2. 정당해산의 사유
  - 가. “정당의 목적이나 활동”의 의미
  - 나. “민주적 기본질서”의 의미
  - 다. 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 “위배될 때”의 의미
  - 라. 정당해산의 헌법적 정당화 사유로서 ‘비례원칙’의 준수
3. 피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부(적극)
4. 피청구인에 대한 해산결정이 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)
5. 정당해산결정이 선고되는 경우 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지 여부(적극)

##### 〈결정요지〉

1. 정당해산심판제도는 정부의 일방적인 행정처분에 의해 진보적 야당이 등록취소되어 사라지고 말았던 우리 현대사에 대한 반성의 산물로서 제3차 헌법개정을 통해 헌법에 도입된 것이다. 우리나라의 경우 이 제도는 발생사적 측면에서 정당을 보호하기 위한 절차로서의 성격이 부각된다. 따라서 모든 정당의 존립과 활동은 최대한 보장되며, 설령 어떤 정당이 민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 공격하는 것으로 보인다 하더라도 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 정당으로서 존재하는 한 헌법에 의해 최대한 두텁게 보호되므로, 단순히 행정부의 통상적인 처분에 의해서는 해산될 수 없고, 오직 헌법재판소가 그 정당의 위헌성을 확인하고 해산의 필요성을 인정한 경우에만 정당정치의 영역에서 배제된다. 그러나 한편 이 제도로 인해서, 정당활동의 자유가 인정된다 하더라도 민주적 기본질서를 침해해서는 안 된다는 헌법적 한계 역시 설정된다.

2. 가. ‘정당의 목적’이란, 어떤 정당이 추구하는 정치적 방향이나 지향점 혹은 현실 속에서 구현하고자 하는 정치적 계획 등을 통칭한다. 이는 주로 정당의 공식적인 강령이나 당헌의 내용을 통해 드러나겠지만, 그밖에 정당대표나 주요 당직자 등의 공식적 발언, 정당의 기관지나 선전자료와 같은 간행물, 정당의 의사결정과정에서 일정한 영향력을 가지거나 정당의 이념으로부터 영향을 받은 당원들의 행위 등도 정당의 목적을 파악하는 데에 도움이 될 수 있다. 만약 정당의 진정한 목적이 숨겨진 상태라면 이 경우에는 강령 이외의 자료를 통해 진정한 목적을 파악해야 한다.

한편 ‘정당의 활동’이란, 정당 기관의 행위나 주요 정당관계자, 당원 등의 행위로서 그 정당에게 귀속시킬 수 있는 활동 일반을 의미한다.

나. 헌법 제8조 제4항이 의미하는 ‘민주적 기본질서’는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로

서, 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, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.

다. 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, 민주사회에 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.

라. 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.

3. 가. 피청구인이 추구하는 가치 내지 이념적 지향점은 ‘진보적 민주주의’다. 그런데 ‘진보적 민주주의’의 개념은 시대적 상황 등에 따라 다양하게 해석되어 왔고, 정당이 추구하는 바는 사실상 정당을 주도적으로 이끄는 세력의 이념적 성향 및 지향점과 상통할 수밖에 없으므로, 피청구인이 추구하는 ‘진보적 민주주의’의 진정한 의미를 파악하기 위해서는 강령 등의 문언적 의미 외에 그 도입 경위, 현재 피청구인을 주도하고 있는 세력의 이에 대한 인식 및 이념적 지향점이 무엇인지 를 살펴볼 필요가 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. 이를 종합하면, 피청구인 주도세력의 강령상 목표는 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, 이를 기초로 통하여 최종적으로는 사회주의를 실현하는 것이다.

나. 한편 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 응호 태도 등을 종합할 때, 위 회합들은 피청구인의 활동으로 귀속된다.

다. 앞서 본 바와 같이, 피청구인 주도세력은 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 이를 기초로 통하여 최종적으로 사회주의를 실현한다는 목적을 가지고 있다. 피청구인 주도세력은 북한을 추종하고 있고, 그들이 주장하는 진보적 민주주의는 북한의 대남혁명전략과 거의 모든 점에서 전체적으로 같거나 매우 유사하다. 한편 피청구인 주도세력은 민중민주주의 변혁론에 따라 혁명을 추구하면서 북한의 입장은 옹호하고 대한민국의 정통성을 부정하고 있는데, 이러한 경향은 위와 같은 내란관련 사건에서 극명하게 드러났다.

위와 같은 사정과 피청구인 주도세력이 피청구인을 장악하고 있음에 비추어 그들의 목적과 활동은 피청구인의 목적과 활동으로 귀속되는 점 등을 종합하여 보면, 피청구인의 진정한 목적과 활동

은 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 최종적으로는 북한식 사회주의를 실현하는 것으로 판단된다.

라. 내란관련 사건 등 앞서 본 피청구인의 여러 활동들은 그 경위, 양상, 피청구인 주도세력의 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. 특히 내란관련 사건에서 피청구인 주도세력이 북한에 동조하여 대한민국의 존립에 위해를 가할 수 있는 방안을 구체적으로 논의한 것은 피청구인의 진정한 목적을 단적으로 드러낸 것으로서, 표현의 자유의 한계를 넘어 민주적 기본질서에 대한 구체적 위험성을 배가한 것이다.

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.

4. 북한식 사회주의를 실현하고자 하는 피청구인의 목적과 활동에 내포된 중대한 위헌성, 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.

5. 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 보호하는 데에 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.

### 〈선정이유〉

방어적 민주주의의 대표적 내용인 정당해산심판의 유일한 사례이다. 정당해산의 의의와 사유를 설명하고 있고, 이 내용을 토대로 피청구인의 목적이나 활동이 해산사유를 충족하는지를 검토하고 있으며, 특히 정당해산결정을 선고할 때 그 소속 국회의원의 의원직 상실여부에 대한 판단을 담고 있다.

## 8. 선거권의 제한

(현재 2022. 3. 31. 2019헌마986)

### 〈쟁점〉

1. 공직선거법 제256조 제1항 제5호 중 제108조 제11항 제2호의 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 선거권이 없다고 규정한 공직선거법 제18조 제1항 제3호 중 제256조 제1항 제5호 가운데 제108조 제11항 제2호의 선거범죄를 범한 자로서 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자에 관한 부분(이하 ‘선거권제한조항’이라 한다)이 청구인들의 선거권을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 지방의회의원의 직에서 퇴직한다고 규정한 공직선거법 제266조 제1항 제1호 중 제256조 제1항 제5호 가운데 제108조 제11항 제2호의 죄를 범함으로 인하여 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 지방의회의원의 직에서 퇴직되도록 한 부분(이하 ‘퇴직조항’이라 한다)이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 선거권제한조항은 공정한 선거를 보장하고 선거법에 대하여 사회적 재래를 부과하며 일반국민에 대하여 선거의 공정성에 대한 의식을 제고하려는 목적을 달성하는 데 적합한 수단이다. 공직선거법 제256조 제1항 제5호 중 제108조 제11항 제2호의 선거범죄는 선거에 관한 여론조사의 결과에 영향을 미치게 하기 위하여 둘 이상의 전화번호를 착신전환 등의 조치를 하여 같은 사람이 두 차례 이상 응답하는 행위 또는 이를 지시·권유·유도하는 행위를 구성요건으로 하는 범죄로서 이러한 방식으로 여론조사가 시행되면 여론조사 결과에 진정한 유권자의 의사를 반영하지 못하여 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다. 선거의 공정성을 담보하기 위해서는 착신전환 등을 통한 중복 응답 등 범죄를 한 사람에 대한 선거권 제한이 필요하다. 선거권제한조항은 착신전환 등을 통한 중복 응답 등 범죄로 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 형이 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 경우에 선거권을 제한하여 그 대상과 기간이 제한적이다. 법원이 벌금 100만 원 이상의 형을 선고한다면, 여기에는 피고인의 행위가 선거의 공정을 침해할 우려가 높다는 판단과 함께 피고인의 선거권을 일정 기간 박탈하겠다는 판단이 포함되어 있다고 보아야 한다. 선거권 제한을 통하여 달성하려는 선거의 공정성 확보라는 공익이 선거권을 행사하지 못함으로써 침해되는 개인의 사익보다 크다. 따라서 선거권제한조항은 선거권을 침해하지 아니한다.

2. 선거에 있어 국민 또는 주민의 의사를 고의로 왜곡하는 행위를 하여 공직선거법 제256조 제1항 제5호 중 제108조 제11항 제2호의 선거범죄로 형사처벌을 받은 사람이라면, 그가 지방의회의원으로서 주민을 대표하여 지방자치행정을 민주적이고 공정하게 수행할 것이라고 기대하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 지방의회의원의 직을 그대로 유지시킨다면, 이는 공직 전체에 대한 신뢰 훼손으로 이어질 가능성도 있다. 이를 고려하여 심판대상조항은 지방의회의원이 공직선거법 제256조 제1항 제5호 중 제108조 제11항 제2호의 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우 그 직에서 퇴직되도록 한다.

선거의 공정성을 담보하고 공직에 대한 신뢰를 제고하기 위해서는 공직선거법 제256조 제1항 제5호 중 제108조 제11항 제2호의 선거범죄를 범하여 선거의 공정성을 직접 해친 바 있는 사람을 퇴직시킬 필요가 있는 점, 당연퇴직의 기준이 제한되어 있는 점, 그 밖에 퇴직조항만큼 입법목적을 달성하면서도 공무담임권을 덜 제한하는 입법대안을 찾기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 퇴직조항은 침해의 최소성을 위반하였다고 할 수 없다.

### 〈참고판례〉

- 현재 2005. 10. 27. 2004헌바41  
 현재 2011. 12. 29. 2009헌마476  
 현재 2018. 1. 25. 2015헌마821등

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 선거범죄로 100만원 이상의 별금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년이 경과하지 않은 자에 대해서는 선거권을 인정하지 않고 있으며, 당선이 되어도 그 직에서 퇴직하도록 정하고 있는 공직선거법에 대하여 일관되게 합헌으로 결정해 오고 있다.

## 9. 선거운동 개념 및 사전선거운동금지

(현재 2008. 10. 30. 2005헌바32)

### 〈쟁점〉

1. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제254조 제3항의 ‘선거운동’, ‘제2항에 규정된 방법 외의 방법’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 선거운동기간을 제한하여 그 기간 외의 선거운동을 처벌하는 것이 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다.

‘선거운동’을 위와 같이 풀이한다면 법집행자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있으므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다 고 할 수 없다.

2. 기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다. 선거운동의 기간제한은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 협약화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

1. 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509등: 호별방문금지조항은 선거의 공정 및 유권자의 사생활의 평온 등을 보장하기 위한 것으로서 지나친 제한이라 할 수 없어 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니한다.
2. 공직선거법 제58조 제1항 본문 등 위헌소원사건(현재 2022. 11. 24. 2021헌바301)

### 〈선정이유〉

오늘날 선거는 민주주의의 근간을 이루는데, 선거와 관련하여 선거운동의 개념이 명확성 원칙에 위반되는지, 사전선거운동금지가 선거운동의 자유를 침해하는지를 판단한 결정이다.

## 10. 국회의원 지역선거구별 인구편차

(현재 2014. 10. 30. 2012헌마192등)

### 〈쟁점〉

국회의원 지역선거구들 사이에 허용되는 인구편차의 범위 및 이 범위를 벗어날 경우 유권자의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

인구편차 상하 33 $\frac{1}{3}$ %를 넘어 인구편차를 완화하는 것은 지나친 투표가치의 불평등을 야기하는 것으로, 이는 대의민주주의의 관점에서 바람직하지 아니하고, 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다. 특히, 현재는 지방자치제도가 정착되어 지역대표성을 이유로 헌법상 원칙인 투표가치의 평등을 현저히 완화할 필요성이 예전에 비해 크지 아니하다.

또한, 인구편차의 허용기준을 완화하면 할수록 과대대표되는 지역과 과소대표되는 지역이 생길 가능성 또한 높아지는데, 이는 지역정당구조를 심화시키는 부작용을 야기할 수 있다. 같은 농·어촌 지역 사이에서도 나타날 수 있는 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역의 합리적인 변화를 저해할 수 있으며, 국토의 균형발전에도 도움이 되지 아니한다.

나아가, 인구편차의 허용기준을 점차로 엄격하게 하는 것이 외국의 판례와 입법추세임을 고려할 때, 우리도 인구편차의 허용기준을 엄격하게 하는 일을 더 이상 미룰 수 없다.

이러한 사정들을 고려할 때, 현재의 시점에서 헌법이 허용하는 인구편차의 기준을 인구편차 상하 33 $\frac{1}{3}$ %를 넘어서지 않는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 심판대상 선거구구역표 중 인구편차 상하 33 $\frac{1}{3}$ %의 기준을 넘어서는 선거구에 관한 부분은 위 선거구가 속한 지역에 주민등록을 마친 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2018. 6. 28. 2014헌마166: 자치구·시·군의원은 주로 지역적 사안을 다루는 지방의회의 특성상 지역대표성도 겹하고 있고, 우리나라는 도시와 농어촌 간의 인구격차가 크고 각 분야에 있

어서의 개발불균형이 현저하므로, 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서는 행정구역, 지역대표성 등 2차적 요소도 인구비례의 원칙 못지않게 함께 고려해야 할 필요성이 크다. 자치구·시·군의회의원선거구획정에서는 헌법이 허용하는 인구편차의 기준을 인구편차 상하 50%(인구비례 3:1)로 보는 것이 타당하다.

### 〈선정이유〉

종래 국회의원지역선거구 획정에서 기준으로 삼았던 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1의 기준을 인구편차 상하 33 $\frac{1}{3}$ %, 인구비례 2:1로 변경한 결정이다.

## 11. 비례대표의석배분방식으로서 1인 1표제의 위헌성

(현재 2001. 7. 19. 2000헌마91등)

### 〈쟁점〉

비례대표국회의원의석의 배분방식 및 1인1표제의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

가. 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”)은 이른바 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 유권자에게 별도의 정당투표를 인정하지 않고 있으며, 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분토록 하고 있는바(제189조 제1항), 이러한 비례대표제 방식에 의하면, 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에나 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되는바, 이는 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 부합하지 않는다.

나. 비례대표제를 채택하는 경우 직접선거의 원칙은 의원의 선출뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는바, 비례대표의원의 선거는 지역구의원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 협행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다.

다. 현행 1인1표제하에서의 비례대표의석배분방식에서, 지역구후보자에 대한 투표는 지역구의원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속후보자에 대한 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하는바, 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로

서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되는바, 이는 합리적 이유없이 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다.

라. 공선법 제189조 제1항은 위와 같은 이유로 헌법에 위반되며, 공선법 제146조 제2항 중 “1인1표로 한다” 부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다 할 것인바, 그로 인하여 유권자인 국민들의 비례대표국회의원에 대한 선거권, 무소속후보자에 대하여 투표하는 유권자들의 평등권 등의 기본권이 침해된다.

### 〈선정이유〉

비례대표의석배분방식으로서 1인 1표제가 직접선거 원칙, 평등선거 원칙 등에 위반됨을 밝힌 결정으로서, 현행 1인 2표제 도입의 기초를 마련한 결정이다.

## 12. 언론인의 선거운동금지

(현재 2016. 6. 30. 2013헌가1)

### 〈쟁점〉

- 언론인의 선거운동을 금지한 구 공직선거법 제60조 제1항 제5호 중 ‘제53조 제1항 제8호에 해당하는 자’ 부분(이하 ‘금지조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙을 위반하는지 여부(적극)
- 금지조항 및 그 위반 시 처벌하도록 규정한 구 공직선거법 제255조 제1항 제2호 가운데 제60조 제1항 제5호 중 ‘제53조 제1항 제8호에 해당하는 자’ 부분(이하 ‘처벌조항’이라 하고, 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 금지조항은 ‘대통령령으로 정하는 언론인’이라고만 하여 ‘언론인’이라는 단어 외에 대통령령에서 정할 내용의 한계를 설정하지 않았다. 관련조항들을 종합하여 보아도 방송, 신문, 뉴스통신 등과 같이 다양한 언론매체 중에서 어느 범위로 한정될지, 어떤 업무에 어느 정도 관여하는 자까지 언론인에 포함될 것인지 등을 예측하기 어렵다. 그러므로 금지조항은 포괄위임금지원칙을 위반한다.

2. 심판대상조항들은 언론이 공직선거에 미치는 영향력과 언론인이 가져야 할 고도의 공익성과 사회적 책임성에 근거하여 언론인의 선거 개입 내지 편향된 영향력 행사를 금지하여, 궁극적으로 선거의 공정성·형평성을 확보하기 위한 것으로 목적의 정당성을 인정할 수 있다. 그리고 일정 범위의 언론인에 대하여 일괄적으로 선거운동을 금지하는 것은 위와 같은 목적 달성을 적합한 수단이다.

그러나 언론인의 선거 개입으로 인한 문제는 언론매체를 통한 활동의 측면에서 즉, 언론인으로서의 지위를 이용하거나 그 지위에 기초한 활동으로 인해 발생 가능한 것이므로, 언론매체를 이용하지 아니한 언론인 개인의 선거운동까지 전면적으로 금지할 필요는 없다. 심판대상조항들의 입법 목적은, 일정 범위의 언론인을 대상으로 언론매체를 통한 활동의 측면에서 발생 가능한 문제점을 규제하는 것으로 충분히 달성을 수 있다. 그런데 인터넷신문을 포함한 언론매체가 대폭 증가하고,

시민이 언론에 적극 참여하는 것이 보편화된 오늘날 심판대상조항들에 해당하는 언론인의 범위는 지나치게 광범위하다. 또한, 구 공직선거법은 언론기관에 대하여 공정보도의무를 부과하고, 언론매체를 통한 활동의 측면에서 선거의 공정성을 해할 수 있는 행위에 대하여 언론매체를 이용한 보도·논평, 언론 내부 구성원에 대한 행위, 외부의 특정후보자에 대한 행위 등 다양한 관점에서 이미 충분히 규제하고 있다. 따라서 심판대상조항들은 선거운동의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

언론인은 정치적 중립성이 요구되지 않고 정당 가입이 허용되므로, 언론매체를 이용하지 않은 선거운동을 전면적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다는 결정이다.

## 13. 선거비용 반환

(현재 2010. 5. 27. 2008헌마491)

### 〈쟁점〉

지역구국회의원선거에서 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때에는 후보자가 지출한 선거비용의 전액을, 100분의 10 이상 100분의 15 미만인 때에는 후보자가 지출한 선거비용의 반액을 각 보전하도록 규정하고 있는 공직선거법 제122조의2 제1항 제1호 중 “지역구국회의원선거”부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

국가예산의 효율적 집행을 도모하고 후보자 난립 등으로 인한 부작용을 방지하기 위하여 일정 득표율을 기준으로 일정 선거비용만을 보전하여 주도록 하는 것은 그 목적이 정당하고 수단 역시 적정하다고 할 것이다. 또한, 득표율을 기준으로 보전 여부를 결정하는 것이 가장 합리적이고, 득표율이 10% 미만인 자는 당선가능성이 거의 없는 자이며, 지난 18대 지역구국회의원 선거에서 절반에 이르는 후보자가 선거비용을 보전 받았을 뿐 아니라 국가가 후보자들이 개인적으로 부담하는 선거비용 외에도 상당한 부분의 선거비용을 부담하고 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 입법재량권의 한계를 일탈하여 자의적으로 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

선거비용의 보전은 선거공영제의 주요한 내용으로서 국민의 참정권 보장을 위해서도 매우 중요하다. 헌법재판소는 이 결정에서 선거비용을 반환받기 위한 기준을 정하고 있는 공직선거법 조항의 위헌 여부를 판단했다.

## 14. 정당등록요건

(현재 2006. 3. 30. 2004헌마246)

### 〈쟁점〉

정당의 등록요건으로 “5 이상의 시·도당과 각 시·도당 1,000명 이상의 당원”을 요구하는 구 정당법 제25조 및 제27조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 정당설립의 자유를 침해하여 위헌인지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

가. 이 사건 법률조항 중 제25조의 규정은 이른바 “지역정당”을 배제하려는 취지로 볼 수 있고, 제27조의 규정은 이른바 “군소정당”을 배제하려는 취지로 볼 수 있다. 우선 우리 헌법의 대의민주적 기본질서가 제기능을 수행하기 위해서는 의회 내의 안정된 다수세력의 확보를 필요로 한다는 점에서, 군소정당의 배제는 그 목적의 정당성이 인정될 수 있다. 또한 지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토가 우리의 정치현실에서 자주 문제시되고 있다는 점에서 볼 때, 단지 특정지역의 정치적 의사만을 반영하려는 지역정당을 배제하려는 취지가 헌법에 어긋난 입법목적이라고 단정하기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당한 것이라고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항은 “5 이상의 시·도당”과 “각 시·도당 1,000명 이상의 당원”이라는 두 가지 상수(常數)를 정당등록의 기준으로 하고 있는바, 이는 앞에서 본 바와 같이 지역정당 및 군소정당을 배제하려는 취지이며, 이와 같은 규정내용은 특정 지역에만 조직이 형성되는 것을 막고, 5개 이상의 시·도에 각 조직이 구성되고 그 조직 내에 일정 수 이상의 당원이 활동할 것을 요구함으로써 선거단체 및 소규모 지역정치단체들이 무분별하게 정당에 편입되는 것을 억제하기에 적합한 수단이라고 할 것이다. 또한, 이 사건 법률조항은 헌법 제8조 제2항이 규정하고 있는 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직” 요건을 구체화함에 있어서 5개 이상의 시·도당 및 각 시·도당마다 1,000명 이상의 당원을 갖추도록 규정하고 있는바, 이와 같이 전국 정당으로서의 기능 및 위상을 충실히 하기 위해서 5개의 시·도당을 구성하는 것이 필요하다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 볼 수 없고, 각 시·도당 내에 1,000명 이상의 당원을 요구하는 것도 우리나라 전체 및 각 시·도의 인구를 고려해 볼 때, 청구인과 같은 군소정당 또는 신생정당이라 하더라도 과도한 부담이라고 할 수 없다.

다. 따라서 이 사건 법률조항이 비록 정당으로 등록되기에 필요한 요건으로서 5개 이상의 시·도당 및 각 시·도당마다 1,000명 이상의 당원을 갖출 것을 요구하고 있기 때문에 국민의 정당설립의 자유에 어느 정도 제한을 가하는 점이 있는 것은 사실이나, 이러한 제한은 “상당한 기간 또는 계속해서”, “상당한 지역에서” 국민의 정치적 의사형성 과정에 참여해야 한다는 헌법상 정당의 개념표지를 구현하기 위한 합리적인 제한이라고 할 것이므로, 그러한 제한은 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

정당의 등록요건을 엄격히 규정하면 할수록 정당설립이 어려워지므로, 그 같은 등록요건의 내용은 정당설립의 자유와 밀접히 연관된다. 이 결정에서 헌법재판소는 “5 이상의 시·도당과 각 시·도당 1,000명 이상의 당원”을 요구하는 것이 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 보았다.

## 15. 정당등록취소

(현재 2014. 1. 28. 2012헌마431등)

### 〈쟁점〉

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

### 〈결정요지〉

1. 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 오늘날 대의민주주의에서 차지하는 정당의 이러한 의의와 기능을 고려하여, 헌법 제8조 제1항은 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 기본권으로 보장함과 아울러 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다. 따라서 입법자는 정당설립의 자유를 최대한 보장하는 방향으로 입법하여야 하고, 헌법재판소는 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 심사할 때에 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 비례심사를 하여야 한다.
2. 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 능력이 없는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 정당제 민주주의 발전에 기여하고자 하는 한도에서 정당등록취소조항의 입법 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다. 그러나 정당등록의 취소는 정당의 존속 자체를 박탈하여 모든 형태의 정당활동을 불가능하게 하므로, 그에 대한 입법은 필요최소한의 범위에서 엄격한 기준에 따라 이루어져야 한다. 그런데 일정기간 동안 공직선거에 참여할 기회를 수 회 부여하고 그 결과에 따라 등록취소 여부를 결정하는 등 덜 기본권 제한적인 방법을 상정할 수 있고, 정당법에서 법정의 등록요건을 갖추지 못하게 된 정당이나 일정 기간 국회의원선거 등에 참여하지 아니한 정당의 등록을 취소하도록 하는 등 현재의 법체계 아래에서도 입법목적을 실현할 수 있는 다른 장치가 마련되어 있으므로, 정당등록취소조항은 침해의 최소성 요건을 갖추지 못하였다. 나아가, 정당등록취소조항은 어느 정당이 대통령선거나 지방자치선거에서 아무리 좋은 성과를 올리더라도 국회의원선거에서 일정 수준의 지지를 얻는 데 실패하면 등록이 취소될 수밖에 없어 불합리하고, 신생·군소정당으로 하여금 국회의원선거에의 참여 자체를 포기하게 할 우려도 있어 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 정당등록취소조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 정당설립의 자유를 침해한다.
3. 정당명칭사용금지조항은 정당등록취소조항을 전제로 하고 있으므로, 위와 같은 이유에서 정당설립의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

국회의원 선거에서 일정 수준의 득표에 실패하였다는 이유로 정당의 등록을 취소하는 것이 정당 설립의 자유를 침해한다는 결정이다.

## 16. 공무원의 정당가입금지

(현재 2014. 3. 27. 2011헌바42)

### 〈쟁점〉

공무원의 정당가입을 금지하는 구 정당법 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 국가공무원법 제2조에 규정된 공무원’ 부분, 구 국가공무원법 제84조 중 ‘제65조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분(이하 합하여 ‘정당가입 금지조항’이라 한다)이 공무원인 청구인들의 정당가입의 자유를 침해하고, 정당가입이 허용되는 대학교원과 비교할 때 평등원칙에 어긋나는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

정당가입 금지조항은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 초·중등학교 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 입법목적의 정당성이 인정되고, 정당에의 가입을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다. 공무원은 정당의 당원이 될 수 없을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 투표권을 행사하는 등의 활동은 허용되므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원이 제한받는 불이익에 비하여 크므로 법익균형성도 인정된다. 또한 초·중등학교 교원에 대하여는 정당가입을 금지하면서 대학교원에게는 허용하는 것은, 기초적인 지식전달, 연구기능 등 직무의 본질이 서로 다른 점을 고려한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 4. 24. 2012헌마287: 국회의원 선거권이 있는 자만이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 규정한 정당법 조항은 미성년자의 정신적·신체적 자율성이 불충분하고 가치중립적인 교육을 받아야 한다는 점 등에 비추어 19세 미만인 사람의 정당의 자유를 침해하지 않는다.

현재 2020. 4. 23. 2018헌마551: 1. 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 규정한 정당법조항 및 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 결정에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법은 청구인들의 정당가입의 자유 등을 침해하지 않는다. 2. 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지하는 국가공무원법조항 중 ‘교원은 그 밖의 정치단체에 가입할 수 없다는 부분’은 불명확한 개념을 사용하여 수반자에 대한 위축효과와 법 집행 공무원의 자의적 판단 위험을 야기하고 있으므로 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

공무원의 정당가입 금지는 위헌성이 지속적으로 지적되어 온 문제였는데, 헌법재판소는 이를 합헌으로 결정했다.

## 제2절 법치국가원리

### 17. 신뢰보호원칙(1) : 대학입시제도 변경 사례

(현재 1997. 7. 16. 97헌마38)

#### 〈쟁점〉

종합생활기록부에 의하여 절대평가와 상대평가를 병행, 활용하도록 한 교육부장관 지침이 교육개혁위원회의 교육개혁방안에 따라 절대평가가 이루어질 것으로 믿고 특수목적고등학교에 입학한 학생들의 신뢰이익을 침해하는 것인지 여부

#### 〈결정요지〉

헌법상의 법치국가원리의 파생원칙인 신뢰보호의 원칙은 국민이 법률적 규율이나 제도가 장래에도 지속할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응하여 개인의 법적 지위를 형성해 뒀을 때에는 국가로 하여금 그와 같은 국민의 신뢰를 되도록 보호할 것을 요구한다. 따라서 법규나 제도의 존속에 대한 개개인의 신뢰가 그 법규나 제도의 개정으로 침해되는 경우에 상실된 신뢰의 근거 및 종류와 신뢰이익의 상실로 인한 손해의 정도 등과 개정규정이 공현하는 공공복리의 중요성을 비교교량하여 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 우선되어야 한다고 인정될 때에는 규범정립자는 지속적 또는 과도적으로 그 신뢰보호에 필요한 조치를 취하여야 할 의무가 있다. 이 원칙은 법률이나 그 하위법규뿐만 아니라 국가관리의 입시제도와 같이 국·공립대학의 입시전형을 구속하여 국민의 권리에 직접 영향을 미치는 제도운영지침의 개폐에도 적용되는 것이다. … 청구인들이 이른바 특수목적고등학교인 외국어고등학교에 입학하기 위하여 원서를 제출할 당시 시행되었던 종합생활기록부 제도는 처음부터 절대평가와 상대평가를 예정하고 있었고, 대학입학전형에 있어서 학생부를 절대평가방법으로 활용할 것인가 상대평가방법으로 활용할 것인가 등 그 반영방법도 대학의 자율에 일임되어 있었다. 따라서 그 이후 공표된 이 사건 제도개선보완시행지침은 1999학년도까지 대입전형자료로 절대평가와 상대평가를 병행하도록 하고 다만 종전 종합생활기록부제도의 문제점을 보완하기 위하여 과목별 석차의 기록방법 등 세부적인 사항을 개선, 변경한 데 불과하므로 이로 인하여 청구인들의 헌법상 보호할 가치가 있는 신뢰가 침해되었다고 볼 수 없다.

#### 〈참고판례〉

현재 1992. 10. 1. 92헌마68 1994학년도 신입생선발입시안에 대한 헌법소원

#### 〈선정이유〉

신뢰보호원칙의 헌법적 의의와 한계, 위배 여부의 판단기준 등에 관한 일반적 법리를 판시하고, 특히 신뢰보호원칙이 국가의 대학입시제도 운영에 관한 지침의 개폐에도 적용됨을 밝힌 결정이다.

## 18. 신뢰보호원칙(2) : 징집면제연령 상향조정 사례

(현재 2002. 11. 28. 2002헌바45)

### 〈쟁점〉

의무사관후보생의 병적에서 제외된 사람의 징집면제연령을 31세에서 36세로 상향조정한 구 병역법 제71조 제1항 단서가 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단하기 위해서는, 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단하여야 한다. … 한편, 국가가 입법 행위를 통하여 개인에게 신뢰의 근거를 제공한 경우, 입법자가 자신의 종전 입법행위에 의하여 어느 정도로 구속을 받는지 여부, 다시 말하면 법률의 존속에 대한 개인의 신뢰가 어느 정도로 보호되는지 여부에 대한 주요한 판단기준으로 다음과 같은 2가지 요소를 거시할 수 있다. … 먼저, 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는지, 혹은 예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다. … 다음으로, 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 ① 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, ② 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다. 만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법률이 반사적으로 부여하는 기회의 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법률개정이익에 우선된다 고 볼 여지가 있다. … 일반적으로 신뢰보호의 구체적 실현수단으로 사용되는 경과규정에는 ① 기존 법률이 적용되던 사람들에게 신법 대신 구법을 적용하도록 하는 방식과, ② 적용보조규정을 두는 방식 등이 있다. … 청구인과 같이 종전 법률의 적용을 받던 개인의 신뢰이익의 보호가치, 그 신뢰이익의 침해정도, 신뢰이익의 보호를 고려한 경과조치의 존재, 법률 개정을 통하여 실현하고자 하는 공익목적의 중요성 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 법률조항은 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

법률의 제정이나 개정과 관련하여 신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단하기 위한 방법론과 판단기준을 제시하면서, 구체적 고려 요소로서 법령개정의 예측성, 유인된 신뢰의 행사 여부, 경과규정 등을 예시한 결정이다.

## 19. 신뢰보호원칙(3) : 판사임용자격 요건 변경 사례

(현재 2012. 11. 29. 2011헌마786등)

### 〈쟁점〉

법원조직법이 종전에는 사법연수원 수료만으로 판사임용자격을 부여하였던 것을 판사임용에 단계적으로 3년, 5년, 7년, 10년 이상의 법조경력을 요하는 것으로 개정하면서, 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에 대해서도 이 개정법을 적용하도록 한 것이 종전 규정에 대한 청구인들의 신뢰를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

신뢰보호원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상 원칙으로서, 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 법률의 개정시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화 할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그런데 사회 환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 비추어 종전 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호될 필요성이 있다고 인정되어야 한다. 즉, 신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단함에 있어서는, 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다.

판사임용자격에 관한 법원조직법 규정이 지난 40여 년 동안 유지되어 오면서, 국가는 입법행위를 통하여 사법시험에 합격한 후 사법연수원을 수료한 즉시 판사임용자격을 취득할 수 있다는 신뢰의 근거를 제공하였다고 보아야 하며, 수년간 상당한 노력과 시간을 들인 끝에 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 지위까지 획득한 청구인들의 경우 사법연수원 수료로써 판사임용자격을 취득할 수 있으리라는 신뢰이익은 보호가치가 있다고 할 것이다. 이 사건에서 청구인들의 신뢰이익에 대비되는 공익이 중대하고 장기적 관점에서 필요한 것이라 하더라도, 이 사건 심판대상조항을 이 사건 법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게도 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴요하다고는 보기 어렵고, 종전 규정의 적용을 받게 된 사법연수원 2년차들과 개정 규정의 적용을 받게 된 사법연수원 1년차들인 청구인들 사이에 위 공익의 실현 관점에서 이들을 달리 볼 만한 합리적인 이유를 찾기도 어려우므로, 이 사건 심판대상 조항이 개정 법 제42조 제2항을 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게 적용되도록 한 것은 신뢰 보호원칙에 반한다고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 5. 29. 2013헌마127등 법원조직법 부칙 제1조 단서 등 위헌확인 등

### 〈선정이유〉

법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에 대해서도 개정법에 따라 추가적인 법

조경력을 요구하는 것은 신뢰보호원칙에 어긋난다고 판단한 결정이다. 이는 위 법 개정 당시 사법 시험에 합격하였으나 사법연수원에 입소하지는 않았던 사람들의 경우에는 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다고 판단한 사례(현재 2014. 5. 29. 2013헌마12)와 비교된다.

## 20. 형벌불소급원칙(1) : 노역장유치조항 사례

(현재 2017. 10. 26. 2015헌바239등)

### 〈쟁점〉

노역장유치조항을 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 ‘부칙조항’이라 한다)이 형벌불소급원칙에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 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 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다. 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.

노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 자에 대하여 유치기간의 하한을 중하게 변경시킨 것이므로, 이 조항 시행 전에 행한 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 당시보다 불이익한 법률을 소급 적용하도록 하는 것으로서 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다.

### 〈선정이유〉

소위 ‘황제노역’과 관련하여 노역장유치의 하한을 정한 형법조항이 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다고 판단한 사례이다. 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용되며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 가중되거나 부수효과가 불이익하게 변경되는 경우에도 행위시법이 적용된다는 점을 명확히 한 결정이다.

## 21. 형벌불소급원칙(2) : 전자장치 부착을 통한 위치추적 감시제도 사례

(현재 2012. 12. 27. 2010헌가82등)

### 〈쟁점〉

전자장치 부착을 통한 위치추적 감시제도가 처음 시행될 때 부착명령 대상에서 제외되었던

2008. 9. 1. 이전에 제1심판결을 선고받은 사람들 중 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 시행 당시 징역형 등의 집행 중이거나 집행이 종료, 가종료·가출소·가석방 또는 면제된 후 3년이 경과하지 아니한 자에 대하여도 위치추적 전자장치를 부착할 수 있도록 규정하고 있는 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 부칙 제2조 제1항(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 형별불소급의 원칙에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

전자장치부착법상 전자장치 부착명령은 제도의 목적, 요건, 보호관찰 부가 등 관련 규정의 내용에 비추어 형별과 구별되므로, 형별과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당한다고 보아야 한다. … 보안처분은 형별과는 달리 행위자의 장래 재범위험성에 근거하는 것으로서, 행위시가 아닌 재판시의 재범위험성 여부에 대한 판단에 따라 보안처분 선고를 결정하므로 원칙적으로 재판 당시 현행법을 소급적용할 수 있다고 보는 것이 타당하고 합리적이다. 그러나 보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급효금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않다고 단정해서는 안 되고, 보안처분이라는 우회적인 방법으로 형별불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안 된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형별적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급효금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다. … 전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 이 사건 부칙조항이 적용되었을 때 처벌적인 효과를 나타낸다고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 부착명령은 범죄행위를 한 사람에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형별과 구별되는 비형별적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다. … 따라서 이 사건 부칙조항에 따른 전자장치 부착명령은 비형별적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니하므로 전자장치부착법 시행 당시 대상자에 포함되지 않았던 사람들까지 부착명령의 대상자로 포함시켰다고 하여 소급효금지원칙에 위배되는 것은 아니다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 8. 28. 2011헌마28등 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인; 현재 2016. 3. 31. 2013헌마585등 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제44조 제1항 등 위헌확인 등

### 〈선정이유〉

전자장치 부착명령은 비형별적 보안처분에 해당하므로 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다고 판단한 결정이다. 다만 보안처분이라 하더라도 형별적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급효금지원칙이 적용됨을 분명히 하였다 는 점에 유의할 필요가 있다. 형별적 성격의 보안처분에 대해서는 형별불소급원칙의 적용이 가능하다는 것은 이미 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 결정에서도 인정된 바 있다.

## 22. 진정소급입법과 부진정소급입법

(현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)

### 〈쟁점〉

친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하도록 규정한 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 한다)이 진정소급입법으로서 헌법 제13조 제2항에 반하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는데, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다.

이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만 소급입법을 예상할 수 있었던 예외적인 사안이고 진정소급입법을 통해 침해되는 법적 신뢰는 심각하다고 볼 수 없는 데 반해 이를 통해 달성되는 공익적 중대성은 압도적이라고 할 수 있으므로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당한다. 그러므로 이 사건 귀속조항이 진정소급입법이라는 이유만으로 위헌이라 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

진정소급입법과 부진정소급입법의 인정여부에 관한 원칙과 예외를 설명하고 있는 헌법재판소의 결정이다.

## 23. 부진정소급입법과 신뢰보호원칙

(현재 2015. 12. 23. 2013헌바259)

### 〈쟁점〉

공무원의 퇴직연금 지급개시연령을 제한한 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항 제1호 및 공무원연금법 부칙(2000. 12. 30. 법률 제6328호) 제10조 제2항 제6호(이하 위 두 조항을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)가 소급입법에 해당되거나 신뢰보호원칙에 위배되어 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

헌법 제13조 제2항은, “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.”고 규정하고 있다. ‘소급입법’은 신법이 이미 종료된 사실관계나 법률관계에 적용되는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계에 적용되는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용되는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 입법형성권에 일정한 제한을 가하게 된다는 데에 차이가 있다(현재 2008. 2. 28. 2005헌마872등 참조). 그런데 이 사건 법률조항들은 현재 공무원으로 재직하고 있는 자가 퇴직연금에 대한 기여금을 납입하고 퇴직하는 경우에 장차 받게 될 퇴직연금의 지급시기를 변경한 것인바, 이러한 퇴직연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리이다. 따라서 이 사건 법률조항들은 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 ‘부진정소급입법’에 해당되는 것이어서 원칙적으로 허용된다(현재 2003. 9. 25. 2001헌마93등 참조). 결국 이 사건 법률조항들에 있어서는 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제될 여지가 없고, 다만 청구인이 지니고 있는 기존의 법적인 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부가 문제될 뿐이다.

이 사건 법률조항들이 입법목적으로 달성하고자 하는 공익이 우월하다고 할 것이어서, 퇴직연금 지급개시연령에 제한을 둔 이 사건 법률조항들이 신뢰보호원칙에 위반된다고 볼 수도 없다(현재 2003. 9. 25. 2001헌마93등 참조).

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 부진정소급입법의 경우 원칙적으로 허용하면서도 법치국가적 관점에서 신뢰를 보호해주어야 하는지 그 여부가 문제된다고 일관되게 결정해오고 있다.

## 24. 소급입법금지원칙(1) : 공소시효 정지 사례

(현재 1996. 2. 16. 96헌가2등)

### 〈쟁점〉

1. 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조(이하 ‘이 법률조항’이라 한다)가 형별불소급의 원칙에 위반되는지 여부
2. 이 법률조항이 부진정소급효를 갖는 경우 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙을 포함하는 법치주의 정신에 위반되는지 여부
3. 이 법률조항이 진정소급효를 갖는 경우 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙을 포함하는 법치주의 정신에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 형별불소급의 원칙은 “행위의 가별성” 즉 형사소추가 “언제부터 어떠한 조건하에서” 가능한가

의 문제에 관한 것이고, “얼마동안” 가능한가의 문제에 관한 것은 아니므로, 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형별불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다.

2. 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 위 법률조항은 단지 진행 중인 공소시효를 연장하는 법률로서 이른바 부진정소급효를 갖게 되나, 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공시시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 소급효를 갖는 법률도 헌법상 정당화될 수 있다. 위 법률조항의 경우에는 왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익이 있는 반면, 공소시효는 행위자의 의사와 관계없이 정지될 수도 있는 것이어서 아직 공소시효가 완성되지 않은 이상 예상된 시기에 이르러 반드시 시효가 완성되리라는 것에 대한 보장이 없는 불확실한 기대일 뿐이므로 공소시효에 대하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익은 상대적으로 미약하여 위 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. … 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다. … 이 사건 반란행위 및 내란행위자들은 우리 헌법질서의 근간을 이루고 있는 자유민주적 기본질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 그 생명과 신체가 침해되었으며, 전국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대하여 공소시효의 완성으로 인한 이익은 단순한 법률적 차원의 이익이고, 헌법상 보장된 기본권적 법익에 속하지 않는 반면, 집권과정에서 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여 왜곡된 우리 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 할 뿐만 아니라, 앞으로는 우리 헌정사에 다시는 그와 같은 불행한 사태가 반복되지 않도록 자유민주적 기본질서의 확립을 위한 헌정사적 이정표를 마련하여야 할 공익적 필요는 매우 중대한 반면, 이 사건 반란행위자들 및 내란행위자들의 군사반란죄나 내란죄의 공소시효완성으로 인한 법적 지위에 대한 신뢰이익이 보호받을 가치가 별로 크지 않다는 점에서, 이 법률조항은 위 행위자들의 신뢰이익이나 법적 안정성을 물리치고도 남을 만큼 월등히 중대한 공익을 추구하고 있다고 평가할 수 있어, 이 법률조항이 위 행위자들의 공소시효완성에 따르는 법적 지위를 소급적으로 박탈하고, 그들에 대한 형사소추를 가능하게 하는 결과를 초래하여 그 합헌성 인정에 있어서 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 하더라도, 이 법률조항은 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 1989. 3. 17. 88헌마1 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원; 현재 1989. 12. 18. 89헌마32·33등 국가보위입법회의법 등의 위헌 여부에 관한 헌법소원

### 〈선정이유〉

과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률에 대해서는 형별불소급원칙이 아니라 일반적 소급입법금지원칙이 적용된다고 판시한 결정이다. 나아가 일반적 소급입법금지원칙의 경우 원칙적으로 진정소급입법은 금지되나 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다는 선례(현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18; 현재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 355)를 재확인하고 있다. 특히 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우를 구체적으로 예시하면서 이 법률조항이 그 예외적 사유에 해당함을 밝힌 법정의견의 논지는 법치국가원리와 관련하여 중요한 의미를 가진다.

## 25. 소급입법금지원칙(2) : 친일재산 국가귀속법 사례

(현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)

### 〈쟁점〉

친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하도록 규정한 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 한다)이 진정소급입법으로서 헌법 제13조 제2항에 반하는지 여부

### 〈결정요지〉

진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다.

이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 허용될 수 있다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다. 따라서 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다.

### 〈참고판례〉

현재 1996. 2. 16. 96헌가2등 5.18민주화운동등에관한특별법 제2조 제1항 등 위헌제청; 현재 2013. 7. 25. 2012헌가1 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 제1호 나목 등 위헌제청

### 〈선정이유〉

친일반민족행위의 대가로 취득한 재산을 국가에 귀속하는 법률 조항이 진정소급입법에 해당하지만 헌법 제13조 제2항에 위반되지는 않는다고 판단한 결정이다. 진정소급입법이라도 예외적으로 허용될 수 있는 경우가 있다는 선례(현재 1996. 2. 16. 96헌가2등)를 재확인하고 우리 헌법이론상 친일재산의 국가귀속이 정당화될 수 있음을 인정하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다. 이 결정의 논지는 현재 2013. 7. 25. 2012헌가1 결정에서도 승계되고 있다.

## 26. 소급입법금지원칙(3) : 사립학교교직원 연금 감액 사례

(현재 2013. 9. 26. 2013헌바170)

### 〈쟁점〉

2009. 12. 31. 개정된 이 사건 감액조항을 2009. 1. 1.까지 소급하여 적용하도록 규정한 사립학교교직원 연금법 부칙 제1조 단서 중 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 부분(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 부칙조항은 이미 이행기가 도래하여 청구인이 퇴직연금을 모두 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 의하여 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 소급입법에 해당한다. … 헌법재판소가 구 공무원연금법조항에 대하여 헌법불합치결정을 함에 따라 개선입법이 이루어질 것이 미리 예정되어 있기는 하였으나 … 국회에서 개선입법이 이루어지지 아니하였다. 그에 따라 청구인이 2009. 4.부터 2009. 12. 31.까지 퇴직연금을 전부 지급받았는데 이는 전적으로 또는 상당 부분 국회가 개선입법을 하지 않은 것에 기인한 것이다. 그럼에도 이미 받은 퇴직연금 등을 환수하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한 법집행의 책임을 퇴직교원들에게 전가시키는 것이며, 퇴직급여를 소급적으로 환수당하지 않을 것에 대한 청구인의 신뢰이익이 적다고 할 수도 없다. 이 사건 부칙조항으로 달성하려는 교원범죄의 예방, 교원의 성실 근무 유도, 교원에 대한 국민의 신뢰 제고, 재재의 실효성 확보 등은 범죄를 저지른 교원을 당연퇴직시키거나, 장래 지급될 퇴직연금을 감액하는 방법으로 충분히 달성할 수 있고, 이 사건 부칙조항으로 보전되는 사립학교교직원연금의 재정규모도 그리 크지 않을 것으로 보이는 반면, 헌법불합치결정에 대한 입법자의 입법개선의무의 준수, 신속한 입법절차를 통한 법률관계의 안정 등은 중요한 공익상의 사유라고 볼 수 있다. 또한 이 점에 대한 신뢰는 사법기관과 입법기관 전체에 대한 객관적인 신뢰라는 면에서, 신뢰보호의 요청이 공익상의 사유에 우선한다고 볼 수 있다. … 따라서 이 사건 부칙조항은 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 소급입법에 해당하며 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에도 해당하지 아니하므로, 소급입법금지원칙에 위반하여 청구인의 재산권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 6. 30. 2004헌바42 공무원연금법 제43조의2 위헌소원; 현재 2015. 12. 23. 2013헌바259 구 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 등 위헌소원

### 〈선정이유〉

이 사건 부칙조항은 진정소급입법을 예외적으로 정당화할 수 있는 사유가 없어 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 판단한 결정이다. 이는 공무원 퇴직연금 개혁을 위한 조항들이 소급입법에 해당하지 않고 다만 신뢰보호원칙만 문제된다고 본 현재 2005. 6. 30. 2004헌바42 결정, 현재 2015. 12. 23. 2013헌바259 결정 등과 비교된다.

## 27. 형벌비례의 원칙 : 법정형의 적정성

(현재 2002. 11. 28. 2002헌가5)

### 〈쟁점〉

반국가적 범죄를 반복하여 저지른 자에 대한 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 국가보안법 제13조 중 다시 범한 죄가 찬양·고무등죄인 경우에도 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 부분이 비례의 원칙에 반하는지 여부

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다. 입법자가 형별이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형별이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형별이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다. 법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만, 국회의 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형별 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형별개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형별이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. … 단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형별체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 위와 같은 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형별이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다.

### 〈선정이유〉

비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형별체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이므로 실질적 법치국가의 이념에 반한다는 점을 분명히 한 결정이다.

## 제3절 사회국가 원리

### 28. 저상버스 도입의무

(현재 2002. 12. 18. 2002헌마52)

#### 〈쟁점〉

1. 헌법 제34조 제5항의 ‘신체장애인’에 대한 국가보호의무의 헌법적 의미
2. 장애인을 위한 ‘저상버스’를 도입해야 할 국가의 구체적 의무가 헌법으로부터 도출되는지의 여부(소극)

#### 〈결정요지〉

1. 헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 “인간다운 생활을 할 권리”를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 “인간다운 생활을 할 권리”의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다. 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애인(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 점을 강조하고자 하는 것이다.

2. 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 ‘장애인을 위한 저상버스의 도입’과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.

#### 〈선정이유〉

신체장애인에 대한 국가보호의무의 의미를 밝히고, 이 의무로부터 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 도출되는지 여부에 관하여 판단한 결정이다.

### 29. 운행자에 대한 무과실책임

(현재 1998. 5. 28. 96헌가4등)

#### 〈쟁점〉

1. 승객이 사망하거나 부상한 경우에는 승객이 아닌 자의 경우와는 달리 운행자에게 무과실책임을 지우고 있는 자동차손해배상보장법(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것) 제3조 단서 제2호가 자유시장 경제질서에 위반되는지 여부(소극)

2. 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 과실책임의 원리를 기본원칙으로 하면서 이 사건 법률조항과 같은 특수한 불법행위책임에 관하여 위험책임의 원리를 수용하는 것은 입법정책에 관한 사항으로서 입법자의 재량에 속한다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 위험책임의 원리에 기하여 무과실책임을 지운 것만으로 자유시장 경제질서에 위반된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항이 자동차의 운행을 지배하고 그 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 위험권 안에 받아들인 운행자로 하여금 그 과실 유무를 묻지 않고 무상·호의동승자를 포함한 모든 승객의 손해를 배상하도록 한 것은 운행자의 재산권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고, 사회국가원리를 수용한 헌법이념에 따라 공공복리를 위하여 필요한 최소한도의 합리적인 제한이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 운행자의 재산권을 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

3. 승객은 자동차에 동승함으로써 자동차의 위험과 일체화되어 승객이 아닌 자에 대하여 그 위험이 더 크다는 점에서 본질적 차이가 있고, 과실 있는 운행자나 과실 없는 운행자는 다 같이 위험원인 자동차를 지배한다는 점에서는 본질적으로 차이가 없으므로, 이 사건 법률조항이 승객을 승객이 아닌 자와 차별하고 과실 있는 운행자와 과실 없는 운행자에게 다 같이 승객에 대한 무과실책임을 지게 한 데에는 합리적인 이유가 있고, 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있음을 밝힌 결정이다.

## 30. 사회국가원리 위헌심사기준

(현재 1997. 5. 29. 94헌마33)

### 〈쟁점〉

보건복지부장관이 고시한 생활보호사업지침상의 “94년 생계보호기준”이 헌법상의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것인지의 여부

### 〈결정이유〉

모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 하여금 인간다운 생활을

영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

국가가 행하는 생계보호의 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지의 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부는 생활보호법에 의한 생계보호급여만을 가지고 판단하여서는 아니되고 그외의 법령에 의거하여 국가가 생계보호를 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면등을 총괄한 수준을 가지고 판단하여야 하는바, 1994년도를 기준으로 생활보호대상자에 대한 생계보호급여와 그 밖의 각종 급여 및 각종 부담감면의 액수를 고려할 때, 이 사건 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저 생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 사회적 기본권을 행위규범과 통제규범으로서의 성격으로 구분하고, 사법적 심사대상이 된 때에는 사회적 기본권의 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부를 심사한다.

## 제 3 장 국민, 영토, 통일, 국제평화주의

### 31. 국적제도 평등원칙

(현재 2000. 8. 31. 97헌가12)

#### 〈쟁점〉

1. 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. “구법”) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)가 헌법상 평등의 원칙에 위배되는지 여부

2. 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정인 신 국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법을 전문개정된 것. “신법”) 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)의 헌법불합치 및 잠정적용명령

#### 〈결정요지〉

1. 가. 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중

신법이 경과규정에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌 여부에 대한 판단이 전제가 된다.

나. 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다.

한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흡수로 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다.

모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된다. 그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

2. 부칙조항은 신법이 구법상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정으로서, 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세가 되는지 여부는 헌법상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로, 부칙조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

### 〈참조판례〉

현재 2015. 11. 26. 2014헌바211 구 국적법 부칙 제7조 제1항 위헌소원 (모계출생자의 국적취득 특례기간 제한 사건)

### 〈선정이유〉

국적취득에서 부계혈통주의를 취한 구법의 위헌성을 시정하고자 국회에서 부모양계혈통주의로 국적법을 개정하였으나 개정된 국적법의 소급적용기간을 국적법 시행 전 10년 동안으로 한정하는 경과규정이 평등원칙 위반이므로 이 경과규정의 개선을 요구한 헌법불합치결정이다.

## 32. 북한 주민의 지위 : 북한 주민이 대한민국 국민인지 여부

(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결)

### 〈쟁점〉

조선국적 취득 후 북한법에 의하여 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관에서 해외공민증

을 발급받은 자가 대한민국 국민인지 여부

### 〈결정요지〉

조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과 도정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외 공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 6. 30. 2003헌바114 구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등 위헌소원

### 〈선정이유〉

북한 주민이 대한민국 국민이라는 점을 확인한 판례이다.

## 33. 재외동포 : 재외동포에 대한 차별적 대우

(현재 2001. 11. 29. 99헌마494)

### 〈쟁점〉

재외동포법의 적용대상에서 정부수립이전이주동포, 즉 대부분의 중국동포와 구 소련동포 등을 제외한 것이 평등원칙에 위반되는 것인지 여부

### 〈결정요지〉

재외동포법은 외국국적동포등에게 광범한 혜택을 부여하고 있는바, 이 사건 심판대상규정은 대한민국 정부수립 이전에 국외로 이주한 동포와 그 이후 국외로 이주한 동포를 구분하여 후자에게는 위와 같은 혜택을 부여하고 있고, 전자는 그 적용대상에서 제외하고 있다.

그런데, 정부수립이후이주동포와 정부수립이전이주동포는 이미 대한민국을 떠나 그들이 거주하고 있는 외국의 국적을 취득한 우리의 동포라는 점에서 같고, 국외로 이주한 시기가 대한민국 정부수립 이전인가 이후인가는 결정적인 기준이 될 수 없는데도, 정부수립이후이주동포(주로 재미동포, 그 중에서도 시민권을 취득한 재미동포 1세)의 요망사항은 재외동포법에 의하여 거의 완전히 해결된 반면, 정부수립이전이주동포(주로 중국동포 및 구 소련동포)는 재외동포법의 적용대상에서 제외됨으로써 그들이 절실히 필요로 하는 출입국기회와 대한민국 내에서의 취업기회를 차단당하였고, 사회경제적 또는 안보적 이유로 거론하는 우려도, 당초 재외동포법의 적용범위에 정부수립이전이주동포도 포함시키려 하였다가 제외시킨 입법과정에 비추어 보면 엄밀한 검증을 거친 것이라고 볼 수 있으며, 또한 재외동포법상 외국국적동포에 대한 정의규정에는 일응 중립적인 과거국적주의를 표방하고, 시행령으로 일제시대 독립운동을 위하여 또는 일제의 강제징용이나 수탈을 피하기 위해

조국을 떠날 수밖에 없었던 중국동포나 구 소련동포가 대부분인 대한민국 정부수립 이전에 이주한 자들에게 외국국적 취득 이전에 대한민국의 국적을 명시적으로 확인받은 사실을 입증하도록 요구함으로써 이들을 재외동포법의 수혜대상에서 제외한 것은 정당성을 인정받기 어렵다.

요컨대, 이 사건 심판대상규정이 청구인들과 같은 정부수립이전이주동포를 재외동포법의 적용대상에서 제외한 것은 합리적 이유 없이 정부수립이전이주동포를 차별하는 자의적인 입법이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배된다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 4. 24. 2012헌바412 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제3조 등 위헌소원 (재외동포체류자격의 취득 요건 등에 관한 사건)

### 〈선정이유〉

재외동포법의 적용대상을 차별적으로 규정한 것이 헌법상 평등원칙에 위배되는 것임을 확인한 결정이다.

## 34. 영토권

(현재 2001. 3. 21. 99헌마139등)

### 〈쟁점〉

1. 영토권이 헌법소원의 대상인 기본권에 해당하는지 여부
2. 독도 등을 중간수역으로 정한 것이 영해 및 배타적경제수역에 대한 국민의 주권 및 영토권을 침해하였는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하여, 대한민국의 주권이 미치는 공간적 범위를 명백히 선언하고 있다. 이러한 영토조항의 헌법적 의미가 무엇인가에 대해서는 여러 가지 견해가 존재하지만, 이러한 영토조항이 국민 개개인의 주관적 권리인 기본권을 보장하는 것으로 해석하는 견해는 거의 존재하지 않는 것으로 보인다. 이는 기본권이라는 것이 국민의 국가에 대한 주관적인 헌법상의 권리인데 대하여, 영토조항은 국가공동체를 구성하는 본질적인 요소에 대한 규정임을 고려하여 볼 때 쉽게 납득할 수 있을 것이다. 그러나 모든 국가적 권능의 정당성근거인 동시에 국가권력의 목적인 국민의 기본권을 가장 실질적으로 보장해주는 대표적인 헌법재판제도로서의 헌법소원심판의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다고 보아야 한다. 국민의 개별적인 주관적 기본권을 실질적으로 보장하기 위해서는 경우에 따라서는 객관적인 헌법질서의 보장이 전제되지 않으면 안 되는 상황을 상정해 볼 수 있다. 그 예로서, 헌법 제3조의 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인 바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 살펴본다면, 국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서

는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다 할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다.

2. 먼저, 이 사건 협정과 배타적경제수역과의 관계를 살펴보면, 이 사건 협정의 명칭과 본문 및 부속서의 각 조항의 내용으로부터 알 수 있듯이 이 사건 협정은 ‘어업에 관한’ 협정이라는 점이다. 따라서 배타적경제수역의 경계획정문제와는 직접적인 관련을 가지지 아니하며, 이 점은 부속서 I 제1항이 “양 체약국은 배타적경제수역의 조속한 경계획정을 위하여 성의를 가지고 계속 교섭한다.”고 규정하고 있는 점으로부터서도 확인할 수 있다. 또한, 이 사건 협정이 채택하는 배타적경제수역으로 간주되는 수역과 이른바 중간수역과의 구별은, 전자가 연안국에 인접해있고 200해리 배타적경제수역을 채택한다하더라도 한일 양국간에 문제가 발생할 여지가 없는 수역을 정하여, 그 수역에서는 연안국이 어업에 관한 주권적 권리를 행사하는 배타적경제수역으로 간주한다는 것이며(제7조 제1항 참조), 후자는 한일 양국의 200해리 배타적경제수역의 외측 한계선이 서로 중첩되거나 200해리 측정을 위한 영해기선을 정하는 것이 용이하지 아니해서 일정한 수역을 정하여 일단 어업에 관해서는 양국의 국민과 어선들이 그곳에서 조업가능하도록 타방 체약국의 국민 및 어선에 대하여 어업에 관한 자국의 관계법령을 적용하지 아니하도록 한 것이다(부속서 I 제2항 가호 참조). 이러한 중간수역은 동해와 제주도 남부 동중국해 일대의 2개소에 걸쳐 존재한다(제9조 참조). 이들 중간수역은 한일 양국이 배타적경제수역에 관한 합의가 없으면 각기 채택하도록 되어 있는 각자의 중간선보다 양국이 각각 자국측 배타적경제수역쪽으로 서로 양보하여 설정한 것으로서 중간수역의 설정에 있어서 어느 일국의 일방적인 양보로는 보이지 않고, 또한 상호간에 협저히 균형을 잃은 설정으로는 보이지 않는다(우리나라의 배타적경제수역법 제5조 제2항 및 일본의 배타적경제수역 및 대륙붕에 관한 법률 제1조 제2항 참조).

다음으로, 이 사건 협정과 영해와의 관계를 살펴보면, 해양법협약에서는 배타적경제수역을 영해 밖에 인접한 수역으로서 영해기선으로부터 200해리를 넘을 수 없도록 규정하고 있고(제55·57조 참조), 이에 따라서 한일 양국의 국내법에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다(우리나라의 배타적경제수역법 제2조 제1항 및 일본의 배타적경제수역 및 대륙붕에 관한 법률 제1조 제2항 참조). 따라서 이 사건 협정은 배타적경제수역을 직접 규정한 것이 아닐 뿐만 아니라 배타적경제수역이 설정된다 하더라도 영해를 제외한 수역을 의미하며, 이러한 점들은 이 사건 협정에서의 이른바 중간수역에 대해서도 동일하다고 할 것이므로 독도가 중간수역에 속해있다 할지라도 독도의 영유권문제나 영해문제와는 직접적인 관련을 가지지 아니한 것임은 명백하다 할 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 협정으로 인하여 독도의 영해와 배타적경제수역에 대한 영토권이 침해되었다는 청구인들의 주장은 이유 없다.

### 〈참고판례〉

헌재 2010. 10. 28. 2010헌마111 집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제4호 가목위헌확인

### 〈선정이유〉

영토에 관한 권리를 기본권으로 구성하여 헌법소원심판을 청구한 데 대해 영토권 주장을 적극적으로 수용하고 있는 결정이다.

## 35. 북한의 법적 지위

(현재 1993. 7. 29. 92헌바48)

### 〈쟁점〉

구 국가보안법 제6조 제1항과 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호가 동일한 행위를 대상으로 한 것으로서 형법 제1조 제2항의 적용을 받는 구법과 신법의 관계에 있는지의 여부

### 〈결정요지〉

국가보안법은 국가의 안정을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하여 제정된 법률이고 남북교류협력에관한법률은 남한과 북한과의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 법률로서 상호 그 입법취지와 규제대상을 달리하고 있을 뿐만 아니라, 구 국가보안법 제6조 제1항의 잠입·탈출죄는 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 “잠입”하거나 그 지역으로 “탈출”하는 경우에 성립한다고 해석되고 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호의 죄는 재외국민이 재외공관의 장에게 신고하지 아니하고 외국에서 북한을 “왕래”한 경우에 성립하며 여기서 말하는 “왕래”라 함은 남한과 북한간의 상호교류 및 협력을 목적으로 하는 왕래에 한한다고 해석되므로 양자는 그 구성요건을 달리한다.

이는 현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 염연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.

이와 같이 국가보안법과 남북교류협력에관한법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고 있으며 따라서 구 국가보안법 제6조 제1항 소정의 잠입·탈출죄와 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호 소정의 죄는 각기 그 구성요건을 달리하고 있는 것이므로 위 두 법률조항에 관하여 형법 제1조 제2항이 적용될 수 없고, 청구인에 대한 공소장기재의 공소사실을 보면 청구인의 행위에 관하여는 남북교류협력에관한법률은 적용될 여지가 없다고 할 것이므로 그 법률 제3조의 위헌 여부가 당해 형사사건에 관한 재판의 전제가 된 경우라고 할 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 1997. 1. 16. 92헌바6등

현재 2000. 7. 20. 98헌바63

대법원 2003. 5. 13. 2003도604 판결

현재 2005. 6. 30. 2003헌바114. 1. 우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내

지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결 참조). 2. 당해 사건과 같이 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류법 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 즉, 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 그러므로, 당해 사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 위에서 본 바와 같은 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없는 것이다.

### 〈선정이유〉

남북교류및협력에관한법률이 시행되면서도 북한을 적대적으로 인식하는 국가보안법이 시행되고 있어 이 두 법률 사이의 충돌적 상황을 어떻게 조화롭게 수용할 것인가가 헌법 제3조 영토조항과 제4조 평화통일조항을 둘러싸고 문제된다.

## 36. 평화통일주의

(현재 2000. 7. 20. 98헌바63)

### 〈쟁점〉

남북교류협력에관한법률이 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는지 여부 및 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항이 평화통일을 선언한 헌법전문, 헌법 제4조, 헌법 제66조 제3항 및 기타 헌법상의 통일조항에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

가. 우리 헌법은 그 전문에서 “……우리 대한국민은……평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고……”라고 규정하고 있고, 제4조에서는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있으며, 제66조 제3항에서는 “대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”고 규정하고 있다.

위와 같은 헌법상 통일관련 규정들은 통일의 달성이 우리의 국민적·국가적 과제요 사명임을 밝힘과 동시에 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 원칙을 천명하고 있는 것이다. 따라서 우리 헌법에서 지향하는 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것이 아니고, 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라 그것에 바탕을 둔 통일인 것이다. 그러나 평화적 통일을 위하여서는 북한과 적대관계를 지속하면서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 상호 접촉하고 대화하면서 협력과 교류의 길로 나아가는 것이 평화적 통일을 위한 초석이 되는 것이며, 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주고 일정한 범위 내에서

경제적, 기술적 지원과 협조를 도모하여 단일민족으로서의 공감대를 형성하는 것이야말로 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 방편으로서 헌법정신에 합치되는 것이다.

나. 기본적으로 북한을 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하면서 남북대결을 자양하고, 자유왕래를 위한 문호개방의 단계로 나아가기 위하여 종전에 원칙적으로 금지되었던 대북한 접촉을 허용하며, 이를 법률적으로 지원하기 위하여 제정된 것으로서, 그 입법목적은 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는 것이다. 이 법이 없다면 남북한간의 교류, 협력행위는 국가보안법에 의하여 처벌될 수 있으나, 이 법에서 남북관계에 관한 기본적 용어정리, 통신·왕래·교역·협력사업 등에 관한 포괄적 규정(제9조 내지 제23조)과 타법률에 대한 우선적용(제3조) 등을 규정하고 있는 관계로 그 적용범위 내에서 국가보안법의 적용이 배제된다는 점에서, 이 법은 평화적 통일을 지향하기 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.

다. 그러나 북한과의 접촉이나 교류가 일정한 원칙이나 제한 없이 방만하게 이루어진다면, 국가의 안전보장과 자유민주적 기본질서의 유지에 어려움을 가져올 수 있을 뿐만 아니라, 평화적 통일을 이루어 나가는 데에 지장을 초래할 수 있으며, 한편으로 북한주민과 접촉·교류하는 개개 당사자들의 목적달성이거나 안전에도 장애를 가져올 수 있다. 따라서 정부가 남북한간의 접촉과 대화, 교류·협력의 기본방향을 정하고, 그에 따라 각 분야에서 필요한 민간부문의 교류·협력을 지속적으로 지원하고 보장하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 대하여 일정한 조정과 규제를 하는 것은 헌법상의 평화통일의 원칙과 국가안전보장 및 자유민주주의질서의 유지, 그리고 국민의 기본권보장이라는 원리들을 조화롭게 실현하기 위한 방편이 될 것이다.

라. 이 사건 법률조항은 남한의 주민이 북한의 주민 등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 받도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

북한주민 등과의 접촉은 대체로 남북한간의 교류를 촉진시키고 민족의 동질성을 회복하여 평화통일의 길로 나아가는 데에 기여하겠지만, 때로는 접촉과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 원만한 협력관계에 나쁜 영향을 미칠 수도 있을 것으로 보인다. 뿐만 아니라 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등을 정부에서 전혀 파악하지 못하고 있다면 접촉 당사자의 안위에 관계되는 일이 발생하였을 때 시의적절하게 대처하기 힘들고, 또한 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없다.

따라서 통일부장관이 북한주민 등과의 접촉을 원하는 자로부터 승인신청을 받아 그 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하다고 할 것이다. 그렇다면 국가의 안전과 자유민주적 기본질서를 보장하고 국민의 안전을 확보하는 가운데 평화적 통일을 이루기 위한 기반을 조성하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 관하여 남북관계의 전문기관인 통일부장관에게 그 승인권을 준 이 사건 법률조항은 평화통일의 사명을 천명한 헌법 전문이나 평화통일원칙을 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화통일의무에 관하여 규정한 헌법 제66조 제3항의 규정 및 기타 헌법상의 통일관련조항에 위반된다고 볼 수 없다.

마. 청구인은 또 이 사건 법률조항이 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하여 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 일찍이 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하

다고 판시하였고(현재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23), 대법원도 “남북합의서는 ……남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”고 판시하여(대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결), 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.

따라서 설사 이 사건 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 1997. 1. 16. 92헌바6등

대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결

### 〈선정이유〉

남북교류법과 국가보안법의 관계에 관한 내용을 설정한 결정이다.

## 37. 국제법존중주의

(현재 2007. 8. 30. 2003헌바51등)

### 〈쟁점〉

노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 금지하면서, 사실상 노무에 종사하는 공무원 중 대통령령 등이 정하는 자에 한하여 노동3권을 인정하는 국가공무원법 제66조 제1항이 국제법규에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 물론 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 하고 있으므로(헌법 전문 및 제6조 제1항 참조), 국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청됨은 당연하다. 그러나 그 현실적 적용과 관련한 우리 헌법의 해석과 운용에 있어서 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루도록 노력을 기울여야 한다는 것 또한 당연한 요청이다.

먼저, “세계인권선언”에 관하여 보면, 이는 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수의 촉진을 위하여 …… 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 시민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선

언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다.

다만 실천적 의미를 갖는 것은 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’이다. ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’은 제4조에서 “…… 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공 복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.” 하여 일반적 유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정하고 있다.

다음으로 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’의 제22조 제1항에도 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.”고 규정하고 있으나 같은 조 제2항은 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인하는 유보조항을 두고 있을 뿐 아니라, 특히 위 제22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다.

따라서 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다.

청구인이 드는 국제노동기구의 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상규정에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다.

한편, 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 국제연합의 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’ 및 경제협력개발기구(OECD)의 ‘노동조합자문위원회’ 등의 국제기구들이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 노동3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이를 위 법률조항의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다.

### 〈참고판례〉

현재 1991. 7. 22. 89헌가106 사립학교법 제55조등에 관한 위헌심판

### 〈선정이유〉

국제규범의 국내법적 효력에 관한 결정이다.

## 38. 국제법존중주의 : 주권적 면제

(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

외국국가에 대한 재판권에 관한 국제관습법

우리나라 법원의 외국국가에 대한 재판권의 유무 및 그 범위

### 〈결정요지〉

국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 이와 견해를 달리한 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정은 이를 변경하기로 한다.

### 〈참고판례〉

대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결[추심금]

### 〈선정이유〉

주권적 면제(soveteign immunity)가 인정되어도 국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것은 아니라는 점을 확인한 판례이다.

## 39. 평화적 생존권

(현재 2009. 5. 28. 2007헌마369)

### 〈쟁점〉

평화적 생존권이 헌법상 보장된 기본권인지 여부

### 〈결정요지〉

가. 우리 헌법은 전문에서 “조국의 평화적 통일”, “항구적인 세계평화”를 추구할 이념 내지 목적으로 규정하고 있고, 제1장 총강에서 평화적 통일정책에 관하여(제4조), 국제평화 유지의 노력과 침략전쟁의 부인에 관하여(제5조 제1항), 국제법규 존중에 관하여(제6조 제1항) 각 규정하고 있을 뿐, 제2장 국민의 권리와 의무에서 “평화적 생존권”이란 기본권을 따로 규정하고 있지는 않다. 따라서 “평화적 생존권”이 헌법상 보장된 기본권인지 여부는 이를 헌법상 열거되지 아니한 기본권으

로 인정할 것인지 여부의 문제이다.

나. 헌법 전문 및 제1장 총강에 나타난 “평화”에 관한 규정에 의하면, 우리 헌법은 침략적 전쟁을 부인하고 조국의 평화적 통일을 지향하며 항구적인 세계평화의 유지에 노력하여야 함을 이념 내지 목적으로 삼고 있음은 분명하다. 따라서 국가는 국민이 전쟁과 테러 등 무력행위로부터 자유로운 평화 속에서 생활을 영위하면서 인간의 존엄과 가치를 지키고 헌법상 보장된 기본권을 최대한 누릴 수 있도록 노력하여야 할 책무가 있음은 부인할 수 없다. 그러나 평화주의가 헌법적 이념 또는 목적이라고 하여 이것으로부터 국민 개인의 평화적 생존권이 바로 도출될 수 있는 것은 아니다. 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리 내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다.

그런데 평화적 생존권을 구체적 기본권으로 인정한다고 가정할 때, 그 권리내용이란 우선 “침략 전쟁에 대한 것”에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 “침략전쟁이나 방어전쟁을 불문하고 전쟁이 없는 평화”란 자국의 노력만으로 이를 수 있는 것이 아니라 세계 각국이 함께 노력하여 형성하는 평화로운 국제질서의 확립에 의해 달성할 수 있는 것일 뿐만 아니라 우리 헌법이 세계평화의 원칙을 규정하면서도 침략전쟁만을 부인하고 있기 때문이다. 따라서 평화적 생존권의 권리내용으로서 상정할 수 있는 것은 “침략전쟁에 강제로 동원되지 아니할 권리”, “침략전쟁을 위한 군사연습, 군사기지 건설, 살상무기의 제조·수입 등 전쟁준비 행위가 국민에게 중대한 공포를 초래할 경우 관련 공권력 행사의 정지를 구할 권리” 등일 것이다. 그러나 침략전쟁과 방어전쟁의 구별이 불분명할 뿐만 아니라 전시나 전시에 준한 국가비상 상황에서의 전쟁준비나 선전포고 등 행위가 침략전쟁에 해당하는지 여부에 관한 판단은 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자체할 대상으로 보아야 할 경우가 대부분일 것이다. 또한, 평상시의 군사연습, 군사기지 건설, 무기의 제조·수입 등 군비확충 등의 행위가 “침략적” 전쟁준비에 해당한다고 볼 수 있는 경우란 거의 없거나 “침략적 성격”·“중대한 공포” 등에 관한 규명이 사실상 곤란하므로, 이에 대하여 평화적 생존권이라는 이름으로 관련 공권력 행사를 중지시키려는 것은 실효적으로 보호받을 가능성을 긍정하기 쉽지 않다.

이러한 사정을 종합적으로 고려해 보면, 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다 할 것이다.

다. 한편 평화적 생존권이란 개념의 연원은 일본 헌법 전문 2단의 “평화 속에 생존할 권리”라는 표현이 계기가 되어 일본의 일부 학계와 하급심 법원이 이를 기본권으로 인정한 데에 있다 할 것이다. 그런데 일본 최고재판소는 일본 헌법이 위와 같은 헌법 전문의 “평화 속에 생존할 권리”라는 문구 외에 제9조에서 전쟁을 포기하고 전력 및 교전권을 부인하는 규정까지 두고 있음에도 평화적 생존권으로 주장된 “평화”란 이념 내지 목적으로서의 추상적 개념이고, 그 자체가 독립된 권리가 될 수 없다고 하여 구체적 기본권성을 부정하였다.

우리 헌법은 일본 헌법과 같이 평화적 생존권을 직접적으로 도출할 표현을 두고 있지 아니하고, 다만 전문이나 총강에서 “평화적 통일”, “세계평화”, “국제평화”, “침략전쟁의 부인” 등의 규정을 갖고 있을 뿐이다. 앞서 본 바와 같이 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 평화적 생존권이 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려운 이상, 우리 헌법 전문이나 총강에 나타난 평화에 관한 몇몇 규정에 기초하여 헌법 제10조 및 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권으로 쉽사리 인정할 수는 없다고 할

것이다. 우리 헌법보다 더 강한 평화에 관한 규정을 기본법에 두고 있는 독일의 경우 평화적 생존권에 관한 논의가 학계나 실무에서 이루어지지 않은 것도 같은 이유일 것이다.

라. 결국 청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 개인의 구체적 권리로서 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 요청할 수 있는 효력 등을 지닌 것이라고 볼 수 없다. 따라서 평화적 생존권은 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 수는 없다 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2006. 2. 23. 2005헌마268 대한민국과 미합중국간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인

### 〈선정이유〉

한반도를 둘러싼 군사적 긴장관계에서 한미연합군사훈련이 평화적 생존권이라는 기본권을 침해한다는 주장에 관하여 헌법재판소가 이를 인정한 기준의 판례를 변경한 사건이다.

## 40. 국제평화주의

(현재 2004. 4. 29. 2003헌마814)

### 〈쟁점〉

외국에의 국군의 파견결정과 같이 성격상 외교 및 국방에 관련된 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안에 대한 국민의 대의기관의 결정이 사법심사의 대상이 되는지 여부

‘대통령이 2003. 10. 18. 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정’(이하 ‘이 사건 파견결정’이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부에 대한 판단을 헌법재판소가 하여야 하는지 여부

그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 이 사건 파견결정이 사법심사의 대상이 되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법은 대통령에게 다른 나라와의 외교관계에 대한 권한과 함께 선전포고와 강화를 할 수 있는 권한을 부여하고 있고(제73조) 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 국군을 통수하는 권한을 부여하면서도(제74조 제1항) 선전포고 및 국군의 외국에의 파견의 경우 국회의 동의를 받도록 하여(제60조 제2항) 대통령의 국군통수권 행사에 신중을 기하게 함으로써 자의적인 전쟁수행이나 해외파병을 방지하도록 하고 있다.

이 사건과 같은 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 향후 우리나라의 바람직한 위치, 앞으로 나아가야 할 방향 등 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중

히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다.

따라서 이 사건과 같은 파견결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 세계평화와 인류공영에 이바지하는 것인지 여부, 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로운 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다.

기록에 의하면 이 사건 파병은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 그리고 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다.

살피건대, 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다. 그렇다면 이 사건 파견결정에 대한 사법적 판단을 자제함이 타당하다.

### 〈선정이유〉

군대의 외국 파견과 같은 고도의 정치적 판단이 필요한 사안에 관하여 헌법재판소가 사법적 판단을 자제하는 것이 타당하다고 판단한 결정이다.



제2편

# 기본권



---

제 1 장 기본권 총론

제 2 장 개별 기본권



## 제 2 편 기본권

### 제 1 장 기본권 총론

#### 제1절 기본권의 개념

##### 41. 헌법상 보장된 기본권의 의미

(현재 2001. 3. 21. 99헌마139등)

#### 〈쟁점〉

‘헌법전문에 기재된 3.1정신’과 영토권이 헌법상 보장된 기본권에 해당하는지 여부

#### 〈결정요지〉

헌법상 보장된 기본권이 구체적으로 무엇을 의미하는지 반드시 명확하지는 않다. 우리 헌법 제2장 국민의 권리와 의무 가운데에서 의무를 제외한 부분이 원칙적으로 기본권에 해당함은 인정할 수 있으나, 그에 한정할 것인지 또는 헌법상의 위 규정들 이외에서도 기본권성을 인정할 수 있는지, 나아가서 헌법의 명문의 규정이 없다하더라도 인정되는 기본권이 존재하는지, 존재한다면 구체적으로 어떠한 것인지에 대하여는 반드시 명확하다고만은 할 수 없다. 따라서 이 문제는 결국 개별적·구체적인 헌법해석에 의하여 해결하는 수밖에 없으나, 그것에 내재하는 의미를 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 파악할 수 있다. “헌법전문에 기재된 3.1정신”은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만, 그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해낼 수는 없다. 반면에 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져올 뿐만 아니라 국가 법질서에도 변화를 가져옴으로써 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치는 것이므로, 국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위해 영토조항만을 근거로 하여 영토에 관한 권리를 영토권으로 구성하여, 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능하다.

#### 〈참고판례〉

현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52

#### 〈선정이유〉

헌법상 보장된 기본권의 구체적인 의미가 무엇인지, 헌법전에 명문으로 규정되지 않은 권리이지만 기본권으로 인정할 수 있는 권리가 무엇인지에 대하여 판시한 중요한 결정이다.

## 제2절 기본권의 본질적 내용

### 42. 기본권의 본질적 내용 침해 판단

(현재 1996. 1. 25. 93헌바5등)

#### 〈쟁점〉

재산권의 본질적 내용의 침해 여부

#### 〈결정요지〉

기본권을 국가안전보장, 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있으나 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하여지는 경우에 그 본질적인 요소를 말하는 것으로서, 이는 개별 기본권마다 다를 수 있을 것이다. 이처럼 기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하게 되는 기본권의 근본요소를 의미하는 것이므로, 정리채권은 회사에 대한 재산상의 청구권으로서 그 내용에 따른 만족을 궁극의 목적으로 하는 것이므로 만약 심판대상조항부분에 의하여 정리채권이 유명무실해지고 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이른다면 기본권제한입법의 한계를 넘는 위헌입법이라고 할 수 있을 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245; 현재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499

#### 〈선정이유〉

기본권 제한입법의 위헌성을 심사하는 경우, 당해 제한이 기본권의 본질적 내용에 대한 침해인 가를 판단하는 구체적인 심사내용을 판시하고 있는 기본적인 결정이다.

## 제3절 기본권의 주체

### 43. 초기배아의 기본권 주체성

(현재 2010. 5. 27. 2005헌마346)

#### 〈쟁점〉

초기배아의 기본권 주체성 여부

### 〈결정요지〉

출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 더 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.

### 〈참고판례〉

(현재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101)

### 〈선정이유〉

헌법재판소가 생명윤리 관련 법률에 대해 최초의 헌법적 평가를 내린 결정으로, 이 사건에서 헌법재판소는 수정된 후 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태 초기배아에 대해서 기본권 주체성이 부정됨을 명시적으로 선언하였다.

## 44. 태아의 기본권 주체성

(현재 2008. 7. 31. 2004헌바81)

### 〈쟁점〉

태아의 생명권 주체성 여부와 보호범위

### 〈결정요지〉

존엄한 인간 존재의 근원인 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다. 하지만 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이

출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없고, 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 따라서 권리능력의 존재 여부를 출생 시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형 성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기 어렵고 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 국가가 사인 상호간의 사법(私法) 질서 형성에 있어서도 국가의 기본권보호의무가 있음을 천명함과 동시에 형성 중의 생명인 태아도 헌법상 생명권의 주체가 될 것을 최초로 판시하였다 는 점에서 의의가 있다.

## 45. 외국인의 기본권 주체성

(현재 2011. 9. 29. 2009헌마351)

### 〈결정요지〉

우리 재판소는, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권의 주체이어야만 청구할 수 있다고 한 다음, ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하였다. 즉, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등과 같이 단순히 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다고 하여 인간의 권리에 대하여는 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다.

직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 권리의 성질상 참정권, 사회권적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권 주체성을 전면적으로 부정할 수는 없고, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 한편 기본권 주체성의 인정문제와 기본권제한의 정도는 별개의 문제이므로, 외국인에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정한다는 것이 곧바로 이들에게 우리 국민과 동일한 수준의 직장 선택의 자유가 보장된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2007. 8. 30. 2004헌마670. 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에 까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

권리의 성질상 참정권, 사회권적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권 주체성을 전면적으로 부정할 수는 없고, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 인정한 결정이다.

## 46. 공직자의 기본권 주체성

(현재 2009. 3. 26. 2007헌마843)

### 〈쟁점〉

공직자의 기본권 주체성 여부

### 〈결정요지〉

국가 및 그 기관 또는 조직의 일부나 공법인은 원칙적으로는 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 주체가 되지 못하고, 다만 국민의 기본권을 보호 내지 실현하여야 할 책임과 의무를 지니는 데 그칠 뿐이므로, 공직자가 국가기관의 지위에서 순수한 직무상의 권한행사와 관련하여 기본권 침해를 주장하는 경우에는 기본권의 주체성을 인정하기 어렵다 할 것이나, 그 외의 사적인 영역에 있어서는 기본권의 주체가 될 수 있다. 선출직 공무원인 자가 해당 법률조항으로 인하여 공무담임권 등이 침해된다고 주장하는 것은, 순수하게 직무상의 권한행사와 관련된 것이라기보다는 공직의 상실이라는 개인적인 불이익과 연관된 공무담임권을 다투는 것이라고 볼 수 있으므로, 기본권 주체성이 인정된다 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 1. 17. 2007헌마700. 원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 ‘소지자’인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이므로, 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다. 그러나 국가기관의 직무를 담당하는 자연인이 제기한 헌법소원이 언제나 부적법하다고 볼 수는 없다. 만일 심판대상 조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것 이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 지방자치단체장에 대한 주민소환절차와 그 요건이 선출직 지방공무원인 지방자치단체장의 공무담임권이나 평등권의 기본권 주체성을 인정하고, 해당 기본권을 침해한 것인지에 관하여 판시한 최초의 결정이다.

## 47. 법인의 기본권 주체성

(현재 2000. 6. 1. 99헌마553)

### 〈쟁점〉

법인의 결사의 자유의 주체성과 공법인의 기본권 주체성 여부

### 〈결정요지〉

법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지고 있어 결사의 자유의 주체가 된다고 봄이 상당하므로, 축협중앙회는 그 회원조합들과 별도로 결사의 자유의 주체가 된다. 그런데 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다. 축협중앙회의 경우는 지역별·업종별 축협과 비교할 때 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없는 반면, 그 존립목적 및 설립 형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격도 부인할 수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1991. 6. 3. 90헌마56

### 〈선정이유〉

법인의 기본권 주체성 인정범위에 대한 제한적 긍정을 기본으로 하면서, 공법인과 사법인의 경 우를 구분하여 기본권주체성 여부를 인정할 수 있음을 보여준 결정이다.

## 48. 지방자치단체의 기본권 주체성

(현재 2006. 2. 23. 2004헌바50)

### 〈쟁점〉

지방자치단체가 재산권 등의 주체가 될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 …… 권리를 가진다”고 규정하고 있으므로 이러한 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민만이 기본권의 주체라 할 것이다. 따라서 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니고, 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이다. 그러므로 지방자치단체는 헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권의 주체가 될 수 없다. 하지만 지방자치단체의 자치권

중의 하나인 지방재정권은 지방자치단체가 재산을 관리하며 재산을 형성하고 유지할 권한을 의미하므로, 법령에 의한 지방재정권에 대한 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170; 현재 2009. 5. 28. 2007헌바80등, 판례집 21-1하, 645

#### 〈선정이유〉

공권력의 행사자인 지방자치단체 등의 기본권 주체성이 인정될 수 없다는 것을 확인하고, 지방자치단체의 자치권의 한 내용인 지방재정권에 대한 제한 여부로 다루어야 한다는 것을 판시한 결정이다.

### 49. 정당의 기본권 주체성

(현재 2008. 12. 26. 2008헌마419등)

#### 〈쟁점〉

권리능력 없는 단체인 정당의 기본권 주체성 여부

#### 〈결정요지〉

정당인 진보신당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직으로 성격상 권리능력 없는 단체에 속하지만, 구성원과는 독립하여 그 자체로서 기본권의 주체가 될 수 있고, 그 조직 자체의 기본권이 직접 침해당한 경우 자신의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 이 사건에서 정당인 진보신당이 침해된다고 주장하는 기본권은 생명·신체의 안전에 관한 것으로서 성질상 자연인에게만 인정되는 것이므로, 이와 관련하여 진보신당과 같은 권리능력 없는 단체는 기본권의 행사에 있어 그 주체가 될 수 없다. 또한 진보신당이 그 정당원이나 일반 국민의 기본권이 침해됨을 이유로 이들을 위하여 이들을 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

#### 〈참고판례〉

현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91

#### 〈선정이유〉

권리능력 없는 단체인 정당의 독립된 자체로서의 기본권 주체성을 인정하되 그 인정범위에 대해서 정리한 판시내용을 보여준 결정이다.

## 50. 노동조합의 기본권 주체성

(현재 2009. 2. 26. 2007헌바27)

### 〈쟁점〉

노동조합과 근로의 권리, 근로3권의 주체성 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제32조 제1항은 국가의 개입·간섭을 받지 않고 자유로이 근로를 할 자유와, 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하는 정책을 수립해 줄 것을 요구할 수 있는 권리 등을 기본적인 내용으로 하고 있다. 이러한 근로의 권리는 근로자를 개인의 차원에서 보호하기 위한 권리로서 개인인 근로자가 근로의 권리의 주체가 되는 것이고, 노동조합은 그 주체가 될 수 없는 것으로 이해해야 한다. 한편 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 근로자의 근로 3권은 근로자들의 집단적 활동을 보장하기 위한 권리로서, 개인인 근로자뿐 아니라 단결체인 노동조합도 근로 3권의 주체가 된다. 근로 3권의 법적 성격은 자유권적 기본권으로서의 성격과 사회권적 기본권으로서의 성격을 모두 포함하는 것이며, 근로 3권의 실질적 보장을 위하여 국가의 적극적인 활동 즉 적정한 입법조치를 할 의무가 있는 것으로 해석되어야 한다.

### 〈선정이유〉

헌법상의 근로의 권리와 근로3권의 주체와 관련하여 노동조합의 기본권 주체성을 구분한 결정이다.

## 제4절 기본권의 성격

## 51. 기본권의 양면성

(현재 1996. 8. 29. 94헌마113)

### 〈쟁점〉

직업의 자유의 주관적 공권성과 객관적 법질서성

### 〈결정요지〉

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다. 그런데 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기

도 하다. 따라서 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 공동체의 동화적 통합을 촉진시키기 위하여 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 제한을 가할 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1995. 6. 29. 93헌바45. 국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.

### 〈선정이유〉

기본권이 국가권력에 대한 주관적 공권성 뿐만 아니라 객관적 법질서성이라는 다른 성격도 동시에 가진다는 것을 설명해준 결정내용이다.

## 제5절 기본권의 효력

### 52. 국가의 기본권 보호의무

(현재 1997. 1. 16. 90헌마110등)

### 〈쟁점〉

국가의 기본권 보호의무 위반 여부 판단 기준

### 〈결정요지〉

국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이라고 보았다. 즉 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 결국 헌법재판소로서는 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다고 보았다.

### 〈참고판례〉

현재 2016. 10. 27. 2015헌바358, 판례집 28-2상, 609; 현재 2015. 10. 21. 2012헌마89등, 판례집 27-2하, 84

### 〈선정이유〉

국가권력에 의한 기본권 제한에 대한 위헌성 심사기준이 과잉금지원칙이라면, 국가의 기본권보호 의무 이행 여부 및 정도에 대한 위헌성 심사기준은 과소보호금지원칙이라는 것을 정리한 첫 결정이다.

## 53. 기본권 경합

(현재 1998. 4. 30. 95헌가16)

### 〈쟁점〉

기본권 경합의 해결

### 〈결정요지〉

하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 제청신청인과 제청법원의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 10. 27. 2004헌바41. 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니는바, 이 사건에서 공무담임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 그 침해 여부를 판단하는 이상 행복추구권 침해 여부를 별도로 판단하여야 하는 것은 아니다. 다음으로, 직업의 자유 침해 여부에 관하여 보건대, 침해한 기본권 주체의 행위에 적용될 수 있는 여러 기본권들 중의 하나가 다른 기본권에 대하여 특별법적 지위에 있는 경우에는 기본권의 경합은 성립되지 않고 특별법적 지위에 있는 기본권이 우선적으로 적용되고 다른 기본권은 배제되는바, 공무원직은 그 자체가 다른 사적인 직업들과는 달라서 그 수가 한정되어 있을 뿐만 아니라 일정한 자격요건을 갖추어야 하기 때문에 처음부터 주관적 및 객관적 사유에 의한 제한이 전제되어 있다. 따라서 공무원직의 선택 내지는 제한에 있어서는 공무담임권에 관한 헌법규정이 직업의 자유에 대한 특별규정으로서 우선적으로 적용되어야 하며 직업의 자유의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이므로, 위 부분에 대하여도 별도 판단을 하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

문제되는 기본권이 경합하는 경우 해결방안에 관한 헌법재판소의 결정이다.

## 54. 기본권 충돌

(현재 2005. 11. 24. 2002헌바95등)

### 〈쟁점〉

상충하는 기본권 간의 조화 모색

### 〈결정요지〉

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다. 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(=규범조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다. 예컨대, 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인 사건에서 흡연권과 혐연권의 관계처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있다고 보아서 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정된다고 판단한 바 있다. 또, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항 등 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 동법 소정의 정보보도청구권(반론권)과 보도기관의 언론의 자유가 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 한다고 보고, 결국은 정보보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 관점에서 심사를 한 바 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1991. 9. 16. 89헌마165

현재 2020. 11. 26. 2016헌마275등

현재 2011. 8. 30. 2009헌바42. 위법하게 취득한 타인간의 대화내용이 민주국가에서 여론의 형성 등 공익을 위해 일반에게 공개할 필요가 있는 것이라 하더라도 그 대화내용의 공개를 금지하는 것은, 이를 공개하려고 하거나 공개한 자는 표현의 자유를 제한한다. 따라서 대화자의 통신의 비밀과 공개자의 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 되는 것이다. 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 하므로, 과잉금지원칙에 따라서 제한하는 법률조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 대화의 비밀을 보호하는 정도 사이에 적정한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다.

### 〈선정이유〉

두 기본권이 충돌하는 경우 이를 해결하는 방안에 관한 그 동안의 헌법재판소의 결정내용을 정리한 것이다.

## 제6절 기본권의 제한

55.

### 일반적 법률유보조항, 기본권 제한입법의 수권 규정, 기본권 제한입법의 한계 규정

(현재 1990. 9. 3. 89헌가95)

#### 〈쟁점〉

법 제37조 제2항의 의미

#### 〈결정요지〉

일반적 법률유보조항으로 헌법 제37조 제2항에서 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."고 규정하고 있다. … 헌법 제37조 제2항의 규정은 기본권 제한입법의 수권규정이지만, 그것은 동시에 기본권 제한입법의 한계규정이기도 하기 때문에, 입법부도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며, 사유재산권을 제한하는 입법을 함에 있어서도 그 본질적인 내용의 침해가 있거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 입법을 할 수 없음은 자명한 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 1989. 12. 22. 88헌가13; 현재 1992. 2. 25. 89헌가104

#### 〈선정이유〉

일반적 법률유보조항, 기본권 제한입법의 수권 규정 그리고 기본권 제한입법의 한계 규정으로서 헌법 제37조 제2항의 성격 내지 의미를 종합적으로 명확히 한 초기의 결정이다.

56.

### 법률유보의 원칙

(현재 2005. 3. 31. 2003헌마87)

#### 〈쟁점〉

법률유보의 내용

#### 〈결정요지〉

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이와 같이 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, 법률유보의

원칙은 ‘법률에 의한 규율’만을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없는 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2011. 12. 29. 2010헌바205등. 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’만을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 모두 법률의 형식일 필요는 없다.

### 〈선정이유〉

법률유보의 내용으로 반드시 법률의 형식이 아닌 법률에 근거한 기본권의 제한을 요청한다는 법률유보의 핵심적 내용에 관한 헌법재판소의 결정이다.

## 57. 법률유보원칙의 적용영역

(현재 2010. 2. 25. 2008헌바160)

### 〈쟁점〉

법률유보원칙이 기본권규범과 관련 없는 영역에서의 행정권 행사에도 적용되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법상 법치주의의 한 내용인 법률유보의 원칙은 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서 국가 행정권의 행사에 관하여 적용되는 것이지, 기본권규범과 관련 없는 경우에까지 준수되도록 요청되는 것은 아니라 할 것인데, 청원경찰은 근무의 공공성 때문에 일정한 경우에 공무원과 유사한 대우를 받고 있는 등으로 일반 근로자와 공무원의 복합적 성질을 가지고 있지만, 그 임면주체는 국가 행정권이 아니라 청원경찰법상의 청원주로서 그 근로관계의 창설과 존속 등이 본질적으로 사법상 고용계약의 성질을 가지는바, 청원경찰의 징계로 인하여 사적 고용계약상의 문제인 근로관계의 존속에 영향을 받을 수 있다 하더라도 이는 국가 행정주체와 관련되고 기본권의 보호가 문제되는 것이 아니어서 여기에 법률유보의 원칙이 적용될 여지가 없으므로, 그 징계에 관한 사항을 법률에 정하지 않았다고 하여 법률유보의 원칙에 위반된다 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

법률유보원칙은 기본권 실현과 관련된 영역에서 있어서 국가 행정권의 행사에 관하여 적용되는 원칙임을 선언한 결정이다.

## 58. 의회유보원칙 : KBS 방송수신료 사례

(현재 1999. 5. 27. 98헌바70)

### 〈쟁점〉

텔레비전방송수신료의 금액에 대하여 국회가 스스로 결정하거나 결정에 관여함이 없이 한국방송공사로 하여금 결정하도록 한 한국방송공사법 제36조 제1항이 법률유보원칙에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 2. 28. 2006헌바70; 현재 2008. 2. 28. 2006헌바70; 2004. 3. 25. 2001헌마882

### 〈선정이유〉

법률유보원칙은 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서 그 본질적 사항만큼은 국민의 대표자인 입법자가 스스로 결정할 것을 요구한다는 점을 밝힌 결정이다. 참고판례(2001헌마882)는 “규율대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익간 조정의 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구정도는 그만큼 더 증대되는 것으로 보아야 한다”고 하여 그 구체적인 적용기준을 제시한다.

## 59. 기본권형성적 법률유보

(현재 2003. 9. 25. 2002헌마533)

### 〈쟁점〉

기본권형성적 법률유보의 개념과 위헌심사강도

### 〈결정요지〉

헌법 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적

기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 따라서 헌법이 보장하는 형사피해자의 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1993. 7. 29. 92헌바20(재산권); 현재 2004. 3. 25. 2002헌마411(선거권)

### 〈선정이유〉

기본권형성적 법률유보의 개념에 대해서는 이미 현재 1993. 3. 11. 92헌마48 결정에서 재산권과 관련하여 판시한 바 있으나, 이 결정에서는 개념 설시와 함께 기본권형성적 법률에 대한 위헌 심사강도가 명백성통제라는 점을 밝히고 있다.

## 60. 법률의 명확성원칙(1)

(현재 2005. 6. 30. 2002헌바83)

### 〈쟁점〉

일반적 법률의 명확성원칙 위배 여부 판단의 기준

### 〈결정요지〉

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수법자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

### 〈선정이유〉

일반적 법률의 명확성원칙 위배 여부 판단 기준으로서 법규범의 예측가능성과 자의적 법해석 내지 집행의 배제 여부를 제시하고 있는 결정이다.

## 61. 법률의 명확성원칙(2)

(현재 1998. 4. 30. 95헌가16)

### 〈쟁점〉

법률의 명확성의 원칙의 요구정도

### 〈결정요지〉

모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것이다. 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 1989. 12. 22. 88헌가13

### 〈선정이유〉

법률의 명확성원칙의 의미가 최소한의 명확성을 요구하는 것이라는 것을 판시한 결정이다.

## 62. 법률의 명확성원칙(3)

(현재 2000. 2. 24. 98헌바37)

### 〈쟁점〉

법률의 명확성원칙의 적용영역

### 〈결정요지〉

“법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 법률이 형별법규인 때에는 더욱 그러하다”. 이러한 명확성에 대한 요구는 법치국가원리의 요청이며 기본권을 제한하는 모든 입법에서 요구되는 것이다. 즉, “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수법자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다”. 또한 이러한 법률의 명확성

에 대한 요구는 적법절차나 죄형법정주의가 적용되는 영역에서는 그 밖의 일반적인 경우보다도 더욱 엄격하게 요구되는 것이다.

### 〈선정이유〉

기존의 결정에서 판시한 법률의 명확성원칙의 의미와 내용에 대해서 체계적으로 정리하여 판시하고 있는 결정이다.

## 63. 처벌법규의 명확성

(현재 1992. 4. 28. 90헌바27)

### 〈쟁점〉

처벌법규에서 법률의 명확성원칙 위배여부 판단기준

### 〈결정요지〉

법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 법률이 형별법규인 때에는 더욱 그러하다. 왜냐하면 법률이 규정한 용어나 기준이 불명확하여 그 적용대상자가 누구인지 어떠한 행위가 금지되는지의 여부를 보통의 지성을 갖춘 사람이 보통의 이해력과 관행에 따라 판단할 수 없는 경우에도 처벌된다면, 그 적용대상자에게 가혹하고 불공정한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는 가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권리분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.

그러나 일반적으로 법률은 그 규율대상이 복잡 다양하며 변화가 많은 반면 그 문장은 되도록 간결하게 표현하여야 한다는 요청이 따르기 때문에 법률의 구성요건은 필연적으로 일반적·포괄적으로 규정될 수밖에 없다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그것만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면, 처벌법규의 구성요건의 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 보통의 상식을 갖춘 사람이라면 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하는 것이다. 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 사건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.

### 〈참고판례〉

현재 1989. 12. 22. 88헌가13; 현재 1994. 7. 29. 93헌가4등; 현재 1999. 5. 27. 98헌바70

### 〈선정이유〉

처벌법규의 명확성원칙 판단기준에 대해서 판시한 결정이다.

## 64. 위임입법에 있어서 법률의 명확성원칙

(현재 2003. 7. 24. 2002헌바82)

### 〈쟁점〉

위임입법에 있어서 법률의 명확성의 의미와 위임입법과 법률의 명확성의 관계

### 〈결정요지〉

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 입법권의 위임은 “구체적으로 범위를 정하여” 하도록 하여 입법위임의 명확성을 요구하고 있다. 헌법 제75조는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다. 법률의 명확성원칙은 ‘법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 것을 의미한다.

수권법률의 명확성의 정도에 대한 요구는 일반적으로 확정될 수 있는 성질의 것이 아니라, ‘규율하고자 하는 생활영역이 입법자로 하여금 어느 정도로 상세하고 명확하게 규정하는 것을 가능하게 하는가’ 하는 규율대상의 특수성 및 수권법률이 당사자에 미치는 규율효과에 따라 다르다.

다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없다. 한편, 법률에 의한 기본권제한의 효과가 증할수록, 법률의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요구를 해야 한다. 따라서 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구되며, 침해적 행정입법에 대한 수권의 경우에는 급부적 행정입법에 대한 수권의 경우보다 그 수권이 보다 명확해야 한다.

### 〈참고판례〉

현재 1991. 2. 11. 90헌가27; 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등

### 〈선정이유〉

위임입법에 있어서 법률의 명확성의 의미와 포괄위임금지원칙과 법률의 명확성원칙의 관계를 판시한 결정이다.

## 65. 포괄위임입법금지원칙의 일반론과 심사강도

(현재 2013. 7. 25. 2012헌바54)

### 〈쟁점〉

포괄위임입법금지원칙의 심사기준으로서 위임의 필요성과 예측가능성

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 그런데 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성, 명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 저별법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화된다.

### 〈참고판례〉

현재 2013. 6. 27. 2011헌바386. 부동산매매업의 범위는 경제활동의 복잡·다양성 및 가변성, 부동산 정책의 방향, 관련 법규의 변경 등에 대응하여 탄력적·유동적으로 규율할 필요가 있으므로 이를 대통령령에 위임할 필요성이 인정되고, 이 사건 법률조항의 문언, 입법취지, 다른 관련 법조항과의 유기적 해석 등을 통하여 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 포괄위임입법금지원칙의 구체적 심사기준으로 위임의 필요성과 예측가능성을 심사하고 있다.

## 66. 국가안전보장

(현재 1992. 2. 25. 89헌가104)

### 〈쟁점〉

국가안전보장의 개념

### 〈결정요지〉

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 하는 이른바 일반적 법률유보조항을 두고 있는바, 국가의 안전보장은 헌법상 중요한 국가적 법익의 하나로서 위의 규정 외에도 헌법 제5조 제2항, 제39조 제1항, 제66조 제2항, 제69조 등이 국가의 안전보장과 관련이 있는 것이다. 헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 근거로 제시하고 있는 국가의 안전보장의 개념은 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등의 의미로 이해될 수 있을 것이다.

### 〈선정이유〉

기본권 제한의 목적으로서 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장의 개념을 설정한 결정이다.

## 67. 공공복리

(현재 1996. 12. 26. 96헌가18)

### 〈쟁점〉

공공복리와 경제적 기본권의 제한을 정당화하는 공익의 관계

### 〈결정요지〉

헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 “균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등”의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 “공익”을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 “공공복리”를 구체화하고 있다. 그러나 경제적 기본권의 제한을 정당화하는 공익이 헌법에 명시적으로 규정된 목표에만 제한되는 것은 아니고, 헌법은 단지 국가가 실현하려고 의도하는 전형적인 경제목표를 예시적으로 구체화하고 있을 뿐이므로 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 모든 공익을 아울러 고려하여 법률의 합헌성 여부를 심사하여야 한다.

### 〈선정이유〉

헌법 제119조 이하 경제의 장에서 규정하고 있는 공익은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 구체화하고 있는 예시적인 것이므로 기본권 제한에는 이를 정당화할 수 있는 모든 공익을 고려하여야 한다는 결정이다.

## 68. 공공복리와 공공필요의 관계

(현재 2014. 10. 30. 2011헌바172등)

### 〈쟁점〉

헌법 제23조 제3항의 공공필요의 의미와 헌법 제37조 제2항의 공공복리와의 관계

### 〈결정요지〉

헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는바, ‘공익성’의 정도를 판단함에 있어서는 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공용수용을 협용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다. 그리고 ‘필요성’이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.

### 〈선정이유〉

헌법 제23조 제3항의 공공필요의 의미와 헌법 제37조 제2항의 공공복리와의 관계를 판시하고 있는 결정이다.

## 69. 과잉금지원칙의 의의와 근거

(현재 1990. 9. 3. 89헌가95)

### 〈쟁점〉

과잉금지원칙의 헌법적 의의와 근거

### 〈결정요지〉

과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권 침해)의 조치가 입법목

적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다(헌법재판소 위 결정 참조). 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 1989. 3. 17. 88헌마1(과잉금지원칙을 최초로 언급한 결정); 현재 1989. 12. 22. 88헌가13(과잉금지원칙의 의미를 실시하고 있는 결정)

#### 〈선정이유〉

과잉금지원칙의 요소별 내용을 자세하게 언급하고 그 헌법적 근거까지 설명하고 있는 결정이다.

## 70. 과잉금지원칙의 적용영역

(현재 2010. 10. 28. 2007헌라4)

#### 〈쟁점〉

기본권 침해가 아닌 지방자치권 침해에 대해서 과잉금지원칙을 적용할 수 있는지 여부

#### 〈결정요지〉

헌법 제117조 제1항에 의해 지방자치단체에게 보장된 지방자치권은 절대적인 것이 아니고 법령에 의하여 형성되는 것이므로, 입법자는 지방자치에 관한 사항을 형성하면서 지방자치단체의 지방자치권을 제한할 수 있다. 그러나 법령에 의하여 지방자치단체의 지방자치권을 제한하는 것이 가능하다고 하더라도, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 제한이 불합리하여 지방자치권의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니 된다. 따라서 국회의 입법에 의하여 지방자치권이 침해되었는지 여부를 심사함에 있어서는 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부만을 심사하면 족하고, 기본권침해를 심사하는 데 적용되는 과잉금지원칙이나 평등원칙 등을 적용할 것은 아니다.

#### 〈참고판례〉

현재 2003. 12. 18. 2002헌바49. 형성법률에 대한 위헌성 판단은 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라, 그러한 형성법률이 그 재량의 한계인 자유민주주의 등 헌법상의 기본원리를 지키면서 방송의 자유의 실질적 보장에 기여하는지 여부에 따라 판단된다.

### 〈선정이유〉

과잉금지원칙은 기본권침해를 심사하는데 적용되는데 사용되는 원칙임을 선언한 결정이다.

## 71. 목적의 정당성

(현재 1999. 12. 23. 98헌마363)

### 〈쟁점〉

단순한 입법정책적 목적도 정당한 목적에 해당하는지 여부

### 〈결정요지〉

가산점제도의 주된 목적은 군복무 중에는 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회를 상실하게 되므로 이러한 불이익을 보전해 줌으로써 제대군인이 군복무를 마친 후 빠른 기간내에 일반사회로 복귀할 수 있도록 해 주는 데에 있다. 인생의 황금기에 해당하는 20대 초·중반의 소중한 시간을 사회와 격리된 채 통제된 환경에서 자기개발의 여지없이 군복무 수행에 바침으로써 국가·사회에 기여하였고, 그 결과 공무원채용시험 응시 등 취업준비에 있어 제대군인이 아닌 사람에 비하여 상대적으로 불리한 처지에 놓이게 된 제대군인의 사회복귀를 지원한다는 것은 입법정책적으로 얼마든지 가능하고 또 매우 필요하다고 할 수 있으므로 이 입법목적은 정당하다. … 그러나 가산점제도로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도높게 보호하고자 하는 고용상의 남녀평등, 장애인에 대한 차별금지라는 헌법적 가치이다. 그러므로 법익의 일반적, 추상적 비교의 차원에서 보거나, 차별취급 및 이로 인한 부작용의 결과가 위와 같이 심각한 점을 보거나 가산점제도는 법익균형성을 현저히 상실한 제도라는 결론에 이르지 아니할 수 없다.

### 〈선정이유〉

헌법 제37조 제2항에 제시된 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 외에 단순한 입법정책적 목적도 정당한 목적이 될 수 있다는 결정이다. 그러나 이 목적은 통상 법익의 균형성 심사에서 헌법에 위반된다는 것으로 평가될 수 있다.

## 72. 수단의 적합성

(현재 1989. 12. 22. 88헌가13)

### 〈쟁점〉

수단의 적합성의 의미

### 〈결정요지〉

국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이

다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과 하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성을 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다. 물론 여러 가지의 조치나 수단을 병행하는 경우에도 그 모두가 목적에 적합하고 필요한 정도내의 것이어야 함은 말할 필요조차 없다. 그렇다면 토지의 투기적거래 억제라는 목적달성을 위하여서도 한 가지 또는 여러 가지의 조치나 수단을 취할 수 있다고 할 것이고, 그 방법의 선택은 현실의 토지의 상태, 투기적 거래의 상황, 정도 등 여러 요인들에 의해서 결정될 성질의 것이며, 이는 입법권자의 입법재량의 범위에 속하는 문제라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

적합한 수단은 유일무이한 수단일 필요가 없고, 복수의 수단을 사용할 수 있고 그 판단은 입법부에 맡겨져 있다는 결정이다.

## 73. 기본권 제한 수단 선택의 한계

(현재 1996. 4. 25. 92헌바47)

### 〈쟁점〉

기본권 제한 수단의 선택에 있어서 헌법적 한계

### 〈결정요지〉

입법목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단들 가운데 구체적으로 어느 것을 선택할 것인가의 문제가 기본적으로 입법재량에 속하는 것이기는 하다. 그러나 위 입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이며 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할지라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 할 것인바, 이 사건의 경우 앞서 본 입법목적은 조합의 설립요건을 강화한다든가(축협법은 조합의 설립에 관하여 자유설립주의나 준칙주의를택하지 아니하고 인가주의를택하고 있으므로 설립요건의 강화에 의하여도 조합의 난립을 어느 정도 방지할 수 있다), 조합에 대한 국가의 지원과 감독권의 적절한 행사나 그 밖에 협동조합의 본질에 반하지 않는 수단들을 통하여서도 달성을 할 수 있을 것임에도, 앞서 살펴 본 바와 같이 결사의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 해하는 복수조합설립금지라는 수단을 선택한 것은 현저하게 불합리하고 불공정한 것이므로 이는 위헌임이 명백하다.

### 〈선정이유〉

기본권 제한 수단은 기본권의 본질적 내용을 침해하는 수단이어서는 안 된다는 결정이다.

## 74. 수단의 적합성 심사의 완화

(현재 2004. 12. 16. 2004헌마456)

### 〈쟁점〉

수단의 적합성에 대한 심사강도를 완화하는 경우

### 〈결정요지〉

지구당 폐지는 위 입법목적을 달성하는데 효과적이고 적절한 수단일 뿐만 아니라, 지구당을 강화할 것인가 여부에 관한 선택은 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한 입법자가 합목적적으로 판단할 당·부당의 문제에 그치고 합헌·위헌의 문제로까지 되는 것은 아니어서 지구당을 폐지한 것에 수단의 적정성이 있는가 하는 것은 상대적으로 완화된 심사기준에 의하여 판단하여야 하므로, 수단의 적정성을 인정할 수 있으며, …

### 〈선정이유〉

수단의 선택이 입법자가 합목적적으로 선택할 수 있는 문제인 경우는 수단의 적합성 심사는 완화하여 심사한다는 결정이다.

## 75. 피해의 최소성(1)

(현재 1998. 5. 28. 96헌가5)

### 〈쟁점〉

기본권행사의 방법에 관한 규정과 기본권행사의 여부에 관한 규정의 선택 문제

### 〈결정요지〉

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규정과 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제로써 공익을 실현 할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다.

### 〈선정이유〉

기본권행사의 방법과 여부에 대한 규제 중 방법에 대한 제한이 보다 덜 침해적인 수단이라는 결정이다.

## 76. 피해의 최소성(2)

(현재 1998. 5. 28. 96헌가12)

### 〈쟁점〉

임의적 규정으로 목적을 실현할 수 있는 경우 필요적 규정을 두는 것이 피해의 최소성을 침해한 것인지 여부

### 〈결정요지〉

입법자가 필요적 규정이 아닌 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면, 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘최소침해성의 원칙’에 위배된다.

### 〈참고판례〉

현재 1995. 2. 23. 93헌가1(이) 결정에서는 최소침해성의 원칙이라는 용어는 사용하고 있지 않다).

### 〈선정이유〉

임의적 규정으로도 목적 실현이 가능한 경우에 필요적 규정을 두는 것은 피해의 최소성을 위반이라는 결정이다.

## 77. 피해의 최소성(3) : 심사의 완화

(현재 2002. 10. 31. 99헌바76등)

### 〈쟁점〉

피해의 최소성심사의 강도를 완화하는 경우

### 〈결정요지〉

직업선택의 자유는 개인의 인격발현과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 그 제한은 개인의 개성 신장의 길을 처음부터 막는 것을 의미하고, 이로써 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해를 의미하지만, 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 경우에는 개성신장에 대한 침해의 정도가 상대적으로 적어 핵심적 자유영역에 대한 침해로 볼 것은 아니다.

뿐만 아니라 직업활동이 사회전반에 대하여 가지는 의미에 따라 직업의 자유에 대한 제한이 허용되는 정도가 달라진다. 이는 개인의 직업활동 또는 사회적·경제적 활동 등이 타인의 자유영역과 접촉하고 충돌할수록 입법자가 타인과 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한하는 것을 보다 수인해야 함을 의미한다.

이 사건의 경우, 의료인은 의료공급자로서의 기능을 담당하고 있고, 의료소비자인 전국민의 생명

권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관의 의료행위에 의존하고 있으므로, '의료행위'의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매우 크다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때, '국가가 계약지정제를 택하더라도 입법목적을 똑같이 효율적으로 달성할 수 있기 때문에 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 반하는가'에 대한 판단은 '입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가'하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다고 본다.

### 〈선정이유〉

기본권 제한이 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중이 큰 경우 피해의 최소성 심사는 이를 완화하여 명백성통제를 한다는 결정이다.

## 78. 일반적 의미의 기본권의 본질적 내용

(현재 1995. 4. 20. 92헌바29)

### 〈쟁점〉

일반적 의미의 기본권의 본질적 내용

### 〈결정요지〉

기본권을 국가안전보장, 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있으나 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하여지는 경우에 그 본질적인 요소를 말하는 것으로서, 이는 개별 기본권마다 다를 수 있을 것이다.

… 모든 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 광고 등의 제작·배부라고 하는 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하여 이러한 방법 이외의 방법은 자유롭게 선택될 수 있는 여지를 남겨두고 있으므로 이로써 선거운동의 자유 내지 이를 한 태양으로 하는 의사표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다 고 단정할 수는 없다고 판단된다.

### 〈참고판례〉

본질적 내용에 관한 절대설을 취한 결정: 현재 1989. 12. 22. 88헌가13(재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.)

본질적 내용에 관한 상대설을 취한 결정: 현재 1996. 11. 28. 95헌바1(생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사행이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.)

### 〈선정이유〉

기본권의 본질적 내용에 대한 일반적 의미를 선언한 결정이다.

## 제 2 장 개별 기본권

### 제1절 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권

#### 79. 헌법 제10조의 의미

(현재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

### 〈쟁점〉

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 규정의 법적 성격

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리 를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이 때 인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하며, 그리하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 안게 됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다.

우리 헌법은 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있는 바, 비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 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 할 것이다.

위와 같은 헌법 규정들 및 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현할 수 있도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2000. 6. 1. 98헌마216. 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심

으로, 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 조항이다. 따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해 한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면, 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 할 것이다.

현재 1997. 3. 27. 95헌가14등. 헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고 있는바, 이로써 모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지는 것이다. 그런데 이 사건의 경우 친생부인의 소의 제척기간을 일률적으로 자의 출생을 안 날로부터 1년으로 규정함으로써 부가 자의 친생자 여부에 대한 의심도 가지기 전에 그 제척기간이 경과하여 벼려 결과적으로 부로 하여금 혈연관계가 없는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하고 또 자의 출생 후 1년이 지나서 비로소 그의 자가 아님을 알게 된 부로 하여금 당사자의 의사에 반하면서까지 친생부인권을 상실하게 하는 것이다. 이는 인간이 가지는 보편적 감정에도 반할 뿐 아니라 자유로운 의사에 따라 친자관계를 부인하고자 하는 부의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해하고 있는 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법 제10조의 법적 성격을 밝힌 결정으로 제10조에서 보장되는 인간존엄이 자유권이며 제3자로부터 국가의 보호할 의무가 있음을 인정한 결정이다.

## 80. 구치소 내 과밀수용

(현재 2016. 12. 29. 2013헌마142)

### 〈쟁점〉

1. 인간의 존엄과 가치에서 비롯하는 국가형벌권 행사의 한계
2. 구치소 내 과밀수용행위가 수형자인 청구인의 인간의 존엄과 가치를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

인간의 존엄과 가치는 모든 인간을 그 자체로서 목적으로 존중할 것을 요구하고, 인간을 다른 목적을 위한 단순한 수단으로 취급하는 것을 허용하지 아니하는바, 이는 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 마찬가지로 존엄과 가치를 가지는 인간으로 대우할 것을 요구한다. 그러므로 인간의 존엄과 가치는 국가가 형벌권을 행사함에 있어 사

람을 국가행위의 단순한 객체로 취급하거나 비인간적이고 잔혹한 형벌을 부과하는 것을 금지하고, 행형(行刑)에 있어 인간 생존의 기본조건이 박탈된 시설에 사람을 수용하는 것을 금지한다. 특히 수형자의 경우 형벌의 집행을 위하여 교정시설에 격리된 채 강제적인 공동생활을 하게 되는바, 그 과정에서 구금의 목적 달성을 위하여 필요최소한의 범위 내에서는 수형자의 기본권에 대한 제한이 불가피하다 하더라도, 국가는 인간의 존엄과 가치에서 비롯되는 위와 같은 국가형벌권 행사의 한계를 준수하여야 하고, 어떠한 경우에도 수형자가 인간으로서 가지는 존엄과 가치를 해손할 수 없다.

수형자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에 수용되어 인간의 존엄과 가치를 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용면적뿐만 아니라 수형자 수와 수용거실 현황 등 수용 시설 전반의 운영 실태와 수용기간, 국가 예산의 문제 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있다. 그러나 교정시설의 1인당 수용면적이 수형자의 인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소하다면, 이는 그 자체로 국가형벌권 행사의 한계를 넘어 수형자의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 이 사건의 경우, 성인 남성인 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간 동안 1인당 실제 개인사용가능면적은, 2일 16시간 동안에는  $1.06\text{m}^2$ , 6일 5시간 동안에는  $1.27\text{m}^2$ 였다. 이러한 1인당 수용면적은 우리나라 성인 남성의 평균 신장인 사람이 팔다리를 마음껏 뻗기 어렵고, 모로 누워 '칼잠'을 자야 할 정도로 매우 협소한 것이다. 그렇다면 청구인이 이 사건 방실에 수용된 기간, 접견 및 운동으로 이 사건 방실 밖에서 보낸 시간 등 제반 사정을 참작하여 보더라도, 청구인은 이 사건 방실에서 신체적·정신적 건강이 악화되거나 인격체로서의 기본 활동에 필요한 조건을 박탈당하는 등 극심한 고통을 경험하였을 가능성이 크다. 따라서 청구인이 인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진 이 사건 수용행위는 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 인간의 존엄과 가치에서 비롯하는 국가형벌권 행사의 한계와 구치소 내 과밀수용행위가 인간존엄에 반하여 위헌임을 확인하였다.

## 81. 일반적 인격권

(현재 2005. 12. 22. 2003헌가5등)

### 〈쟁점〉

헌법 제10조로부터 도출되는 인격권

### 〈결정요지〉

헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다.”고 규정하여 모든 국민이 자신의 존엄한 인격권을 바탕으로 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 보장하고 있는데 성명은 개인의 정체성과 개별성을 나타내는 인격의 상징으로서 개인이 사회 속에서 자신의 생활영역을 형성하고 발현하는 기초가 되는 것이라 할 것이므로 자유로운 성의 사용 역시 헌법상 인격권으로부터 보호된다고 할 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 10. 27. 2002헌마425. 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함될 수 있으나, ‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함되지 않는다.

현재 2014. 3. 27. 2012헌마652. 사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리를 가지고 있으므로, 촬영허용행위는 헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한한다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 인간의 존엄성으로부터 일반적 인격권이 도출된다고 결정하면서, 인격권의 내용으로 명예권, 초상권, 성명권 등을 예시하고 있는데, 그러한 결정 중의 하나이다.

## 82. 표준어 규정 사건

(현재 2009. 5. 28. 2006헌마618)

### 〈쟁점〉

행복추구권의 내용과 표준어 규정을 준수하도록 하는 것이 행복추구권을 침해하는지의 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제10조 전문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하여 행복추구권을 보장하고, 이러한 행복추구권은 그 구체적인 표현으로 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 언어는 의사소통 수단으로서 다른 동물과 인간을 구별하는 하나의 주요한 특징으로 인식되고, 모든 언어는 지역, 세대, 계층에 따라 각기 상이한 방언을 가지고 있는바, 이들 방언은 이를 공유하는 사람들의 의사소통에 중요한 역할을 담당하며, 방언 가운데 특히 지역 방언은 각 지방의 고유한 역사와 문화 등 정서적 요소를 그 배경으로 하기 때문에 같은 지역주민들 간의 원활한 의사소통 및 정서교류의 기초가 되므로, 이와 같은 지역 방언을 자신의 언어로 선택하여 공적 또는 사적인 의사소통과 교육의 수단으로 사용하는 것은 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 내지 개성의 자유로운 발현의 한 내용이 된다 할 것이다.

이 사건 법률조항에 의하여 강제되는 표준어 규정의 범위는 공문서의 작성과 교과서의 제작이라고 하는 공적 언어생활의 최소한의 범위를 규율하는 것이다. 따라서 개인적인 차원에서 사용하는 표현으로서 일상생활의 사적인 언어생활은 아무런 제한을 받지 않는다. 표준어를 정립하는 가장 효과적인 방법은 표준어에 기초한 광범위한 공교육을 통해 이를 체계적으로 형성하고, 공적 언어인 법률과 행정언어를 표준어에 의해 통일하는 것이다. 공적 언어의 기준으로 표준어를 형성하기 위하여 국가가 법률 등의 공권력을 통해 이에 개입할 필요가 있는지 또는 그와 같이 개입하는 것이 바람직한지가 문제가 된다. 과거 중국의 강력한 문화적 영향력 아래 있던 우리나라는 근대사회에 들

어서기 직전까지도 주로 한문으로 문어생활을 영위하였고, 그 후 일제 강점 과정에서도 모든 공교육과 행정언어를 일본어에 의하도록 강요받는 등, 표준어의 형성에 있어 역사적으로 독특한 진행 과정을 보여 왔다. 우리의 역사와 현실 속에서 표준어를 확립하는 것은 단순히 지방방언 등을 표준어와 구별하는 것만이 아니라 우리의 국어 및 문화의 정체성을 지켜내는 의미를 갖게 되었던 것이다.

이 사건 법률조항들 중 공문서의 작성에 관하여 규정하는 부분에 관해 보면, 국민들은 공공기관이 작성하는 공문서에 사용되는 언어의 통일성에 대하여 일정한 신뢰를 가지고 있다 할 것이고, 이는 공문서에 사용되는 국어가 표준어로 통일되지 않는 경우 의사소통상 혼란을 가져올 수 있다 는 점에서 필요불가결한 규율이다. 또한, 이 사건 법률조항들 중 교과용 도서에 관하여 규정하는 부분에 관해 보면, 교과용 도서의 경우 각기 다른 지방의 교과서를 각기 다른 지역의 방언으로 제작할 경우 각 지역의 방언을 사용하는 학생들은 표준어를 체계적으로 배울 기회를 상실하게 되고, 이는 국가 공동체 구성원의 원활한 의사소통에 적지 않은 영향을 미칠 것이라는 점에서 공익을 위해 필요불가결한 규율이다. 이 사건 법률조항들은 이 사건 표준어 규정에 따른 표준어의 범위를 그 규율 내용으로 하고 있다. 서울의 역사성, 문화적 선도성, 사용인구의 최다성 및 지리적 중앙성 등 다양한 요인에 비추어 볼 때, 서울말을 표준어의 원칙으로 삼는 것이 기본권을 침해하는 것이라 하기 어렵다. 또한 서울말에도 다양한 형태가 존재하므로 교양 있는 사람들이 사용하는 말을 기준으로 삼는 것은 합리적인 기준이라 할 수 있다.

이 사건 표준어 규정은 1970년대부터 1988년에 이르기까지 국어심의회 등을 통한 다양한 국어학 전문가들의 의견수렴과 공동노력에 의하여 성안되었다. 이와 같이 형성된 이 사건 표준어 규정의 구체적 내용에 관한 사법적인 심사는 가급적 신중을 기할 필요가 있다. 결국, 이 사건 심판대상인 국어기본법 제14조 제1항, 제18조가 과잉금지원칙에 위배하여 행복추구권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 표준어 규정 제1조 제1항 등에 대한 위헌확인 사건 중 표준어 규정 제1부 제1장 제1항 부분은 만장일치로 심판청구를 각하하고, 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 한 구 국어기본법 제14조 제1항과 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 표준어 규정을 준수하도록 하고 있는 구 국어기본법 제18조 부분은 7대 2로 합헌결정을 내렸다. 표준어 규정의 준수 강요가 행복추구권에 대한 과잉한 제한인지를 다루고 있는 사건이라는 점에 주목을 요한다.

## 83. 화재보험 가입강제 사건

(현재 1991. 6. 3. 89헌마204)

### 〈쟁점〉

청구인에게 위 신체손해배상 특약부화재보험의 가입의무를 부과하고 있는 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

이른바 계약자유의 원칙이란 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라, 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하여, 이는 헌법상의 행복추구권속에 함축된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다.

화재보험계약체결의 강제가 체계부조화의 문제점이 있고 또 기본권 침해의 요소가 없지 않은 제도라면, 이는 어디까지나 예외적인 것이어야 하며 엄격한 요건 아래서만 인정되어야 할 것이다. 즉, 목적달성을 위하여 최소한의 범위로 국한시켜야 하며 다른 합법적인 대체수단이 없는 필요부득이한 제한이어야 한다.

화재로인한재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조의 특수건물 부분에 동법 제2조 제3항 가목 소정의 4층 이상의 건물을 포함시켜 보험가입을 강제하는 것은 개인의 경제상의 자유와 창의의 존중을 기본으로 하는 경제질서와 과잉금지의 원칙에 합치되지 아니하여 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

현재 2001. 2. 22. 99헌마365. 우리 헌법 제10조는 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있으며 행복추구권을 가진다고 규정하고 있고, 행복추구권은 그 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하며 또한 일반적인 행동자유권에는 당사자 자신이 자유롭게 계약을 체결할 수 있고 원하지 않는 계약을 체결하지 않을 자유인 이른바 계약자유의 원칙이 포함되므로 개인의 의사를 묻지 않고 강제 가입과 연금보험료의 강제징수를 전제로 한 국민연금제도는 국민연금에 가입하지 않고 자신 스스로 사회적 위험에 대처하고자 하는 개인들의 행복추구권을 침해한다고 볼 수도 있다. 그러나 국민의 기본권도 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는 한 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있는 바 국민연금제도는 국민의 노령·폐질 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활안정과 복지증진에 기여할 것을 그 목적으로 하고 있고(국민연금법 제1조), 이러한 국민연금제도의 목적은 국민들의 일반적 생존권 보장 규정인 헌법 제34조 제1항과 국가의 사회보장증진 의무를 규정한 헌법 제34조 제2항에서 직접 비롯된 것으로 그 입법목적은 정당성이 있다 할 것이며, 국민들에게 노령·폐질 또는 사망과 같은 사태가 발생한 때에 그 부담을 국가적인 보험기술을 통하여 대량적으로 분산시킴으로써 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종으로서 그 방법 또한 적정하다 할 것이다. 또한 국민연금법은 그 강제가입 대상을 단계적으로 확대해 왔으며 연금보험료의 납부에 있어서도 소득상한선을 360만원을 최고소득으로 간주하여(국민연금법시행령 제5조와 별표 1 참조) 이에 대하여만 보험료를 부과하고 있으므로 고소득자들의 경우 위 소득을 넘는 부분에 대하여는 국민연금법상 아무런 보험료 부과 없이 각자의 자율적인 선택에 맡겨져 있어 필요한 최소한도로 그 선택권이 제한된다고 볼 것이며, 한편 국민연금제도를 통하여 달성하려고 하는 공익은, 기본적으로 전체 국민을 모두 포괄한다는 사회보험의 원칙에 따라 국민 개개인의 사회적 위험을 국민 전체 또는 사회전반으로 분산시켜 국민연금제도가 진정으로 노후소득보장을 위한 사회안전망의 역할을 하도록 하는 것으로서, 청구인들이 침해되었다고 주장하는 개별적인 내용의 저축에 대한 선택권이라는 개인적 사익보다 월등히 크다고 보아야 할 것이다. 결국 강제가입과 강제징수를 전제로 한 국민연금제도는 그 입법목적이 정당하고 그 기본권제한의 방법 내지 수단에 있어서도 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인들의 위 행복추구권 침해가 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

계약자유의 원칙을 행복추구권의 하나인 일반적 행동자유권으로부터 도출하고 있는 점, 여기서 자세히 소개하지는 못했지만 반대의견에서 재산적·경제적 권리에 관한 합헌성의 판단기준으로서의 ‘이중기준의 원칙’에 대해 정의를 내리고 있는 점에 주목할 필요가 있다.

## 84. | 간통죄 사건

(현재 2015. 2. 26. 2009헌바17)

### 〈쟁점〉

형법 제241조 간통죄 규정의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

주문은 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조는 헌법에 위반된다.”이다. 7인 재판관의 위헌의견에는 박한철, 이진성, 김창종, 서기석, 조용호 재판관의 5인 위헌의견, 이기수 재판관의 위헌의견, 강일원 재판관의 위헌의견이 있었다. 이 중 박한철, 이진성, 김창종, 서기석, 조용호 재판관의 5인 위헌의견의 요지는 다음과 같다.

심판대상 조항은 선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 것으로서, 헌법상 보장되는 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한한다. 그런데 사회구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식이 확산됨에 따라, 간통행위에 대하여 이를 국가가 형별로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다. 또한 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세이고, 이에 따라 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다. 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이다.

현재 간통행위가 처벌되는 비율, 간통행위에 대한 사회적 비난의 정도에 비추어 보아 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기는 어렵게 되었다. 부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구(민법 제840조 제1호), 손해배상청구(민법 제843조, 제806조), 자(子)의 양육, 면접교섭권의 제한·배제 등의 결정에서의 불이익 부여(민법 제837조, 837조의2), 재산분할청구(민법 제839조의2) 등에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있다. 오히려 간통죄가 유책의 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 활용되거나 일시 탈선한 가정주부 등을 공갈하는 수단으로 악용되고 있기도 하다. 이를 종합해 보면, 심판대상 조항은 그 수단의 적절성과 침해최소성을 갖추지 못하였다. 또한 위와 같이 혼인제도 및 부부 간 정조의무 보호라는 공익이 더 이상 심판대상조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 심판대상조항은 국민의 성적 자기결정권 등의 기본권을 지나치게 제한하고 있으므로 법익균형성도 상실하였다. 결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 간통 및 상간행위를 처벌하는 형법 제241조에 대하여 과거 4차례 합헌결정을 선고하였으나(89헌마82, 90헌가70, 2000헌바60, 2007헌가17등), 2015년에 선고된 이 결정에서 판례 입장을 변경하여 재판관 7대 2의 의견으로 위헌결정을 내렸다.

## 85. 낙태죄 사건

(현재 2019. 4. 11. 2017헌바127)

### 〈쟁점〉

낙태에 관한 형법 제269조 제1항과 제270조 제1항의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

주문은 “형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항, 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”이다.

첫째, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반된다. 헌법 제10조 제1문이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 일반적 인격권이 보장되고, 여기서 개인의 자기결정권이 파생된다. 자기결정권은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단으로서 인간이 자신의 생활영역에서 인격의 발현과 삶의 방식에 관한 근본적인 결정을 자율적으로 내릴 수 있는 권리다. 자기결정권에는 여성이 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리가 포함되고, 여기에는 임신한 여성의 신체를 임신상태로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정할 수 있는 권리가 포함되어 있다. 자기낙태죄 조항은 모자보건법이 정한 일정한 예외를 제외하고는 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있다. 이에 과잉금지원칙을 적용해보면, 우선, 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성은 충족한다. 태아는 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로, 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무가 있다. 자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임신한 여성의 낙태를 형사처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하는 데 적합한 수단이다. 침해의 최소성 및 법익의 균형성은 충족하지 못한다. 임신·출산·육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이므로, 임신한 여성의 임신을 유지 또는 종결할 것인지를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정이다. 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다. 산부인과 학계에 의하면 현 시점에서 최선의 의료기술과 의료인력이 뒷받침될 경우 태아는 마지막 생리기간의 첫날부터 기산하여 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 한다. 이처럼 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존을 할 수 있는 경우에는, 그렇지 않은 경우와 비교할 때 훨씬 인간에 근접한 상태에

도달하였다고 볼 수 있다. 한편 자기결정권이 보장되려면 임신한 여성이 임신 유지와 출산 여부에 관하여 전인적 결정을 하고 그 결정을 실행함에 있어서 충분한 시간이 확보되어야 한다. 즉, 여성 이 임신 사실을 인지하고, 자신을 둘러싼 사회적·경제적 상황 및 그 변경 가능 여부를 파악하며, 국가의 임신·출산·육아 지원정책에 관한 정보를 수집하고, 주변의 상담과 조언을 얻어 숙고한 끝에, 만약 낙태하겠다고 결정한 경우 낙태 수술을 할 수 있는 병원을 찾아 검사를 거쳐 실제로 수술을 완료하기까지 필요한 기간이 충분히 보장되어야 한다. 이러한 점들을 고려하면, 태아가 모체 를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태 에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다. 임신한 여성 의 안위는 태아의 안위와 깊은 관계가 있고, 태아의 생명 보호를 위해 임신한 여성의 협력이 필요 하다는 점을 고려하면, 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임신한 여성의 신체적·사회적 보호를 포 함할 때 실질적인 의미를 가질 수 있다. 원치 않는 임신을 예방하고 낙태를 감소시킬 수 있는 사회적·제도적 여건을 마련하는 등 사전적·사후적 조치를 종합적으로 투입하는 것이 태아의 생명 보 호를 위한 실효성 있는 수단이 될 수 있다. 낙태갈등 상황에서 형별의 위하가 임신한 여성의 임신 종결 여부 결정에 미치는 영향이 제한적이라는 사정과 실제로 형사처벌되는 사례도 매우 드물다는 현실에 비추어 보면, 자기낙태죄 조항이 낙태갈등 상황에서 태아의 생명 보호를 실효적으로 하지 못하고 있다고 볼 수 있다. 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하지 않으면 모든 낙태가 전면 적·일률적으로 범죄행위로 규율됨으로 인하여 낙태에 관한 상담이나 교육이 불가능하고, 낙태에 대 한 정확한 정보가 충분히 제공될 수 없다. 낙태 수술과정에서 의료 사고나 후유증 등이 발생해도 법적 구제를 받기가 어려우며, 비싼 수술비를 감당하여야 하므로 미성년자나 저소득층 여성들이 적절한 시기에 수술을 받기 쉽지 않다. 또한 자기낙태죄 조항은 헤어진 상대 남성의 복수나 괴롭힘 의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되기도 한다. 모자보건법상의 정당화사유에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황이 전혀 포함되지 않는다. 예컨대, 학업 이나 직장생활 등 사회활동에 지장이 있을 것에 대한 우려, 소득이 충분하지 않거나 불안정한 경우, 자녀가 이미 있어서 더 이상의 자녀를 감당할 여력이 되지 않는 경우, 부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황이어서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우, 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, 상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, 다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이 를 임신한 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, 아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등이 이에 해당할 수 있다. 자기낙태죄 조항으로 인해 임신한 여성은 임신 유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제당할 뿐 아니라 이에 더하여 다양하고 광범위한 사회적·경제적 고통까지도 겪을 것을 강제당하는 결과에 이르게 된다. 자기낙태 죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적 으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있다. 따라서 자기낙태죄 조 항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한 하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법의균형성의 원칙도 위반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위 반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이다.

둘째, 의사낙태죄 조항도 헌법에 위반된다. 자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면, 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌한다는 점에서 위헌이므로, 동일한 목표를 실현하기 위하여 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 의사를 처벌하는 의사낙태죄 조항도 같은 이유에서 위헌이라고 보아야 한다.

셋째, 주문형식으로는 헌법불합치 및 입법촉구결정을 채택한다. 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 각각 단순위헌 결정을 할 경우, 임신 기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되기 때문이다. 다만 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속적용을 명하는 것이 타당하다. 입법자는 늦어도 2020년 12월 31일까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 조항들은 2021년 1월 1일부터 효력을 상실한다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 재판관 4(헌법불합치) : 3(단순위헌) : 2(합헌)의 의견으로, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니하며, 위 조항들은 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다. 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항이 헌법에 위반된다는 단순위헌의견이 3인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 헌법불합치의견이 4인이므로, 단순위헌의견에 헌법불합치의견을 합산하면 법률의 위헌결정을 함께 필요한 심판정족수에 이르게 되기 때문이다.

이 결정으로 헌법재판소는 종전의 판례 입장을 변경하였다. 헌법재판소는 2012년 8월 23일에 선고한 2010헌마402 결정에서 재판관 4(합헌) 대 4(위헌)의 의견으로, 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하지 않고, 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다는 합헌결정 내린 바 있었기 때문이다.

## 86. 형법상의 혼인빙자간음죄 사건

(현재 2009. 11. 26. 2008헌바58)

### 〈쟁점〉

형법 제304조의 혼인빙자간음죄의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

형법 제304조 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.

우선 이 사건 법률조항은 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한한다. 남성의

성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유 역시 헌법 제37조 제2항에 따라 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있겠지만 그 제한이 한계를 넘어 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 과잉금지원칙에 위배되어서는 안되므로 동 기본권제한에 대한 위헌성을 판단함에 있어서도 엄격한 비례심사가 이루어져야 한다. 이 사건 법률조항의 경우 우선 형별규정을 통하여 추구하고자 하는 목적에는 그 정당성이 인정되지 않는다. 남성이 해악적 문제를 수반하지 않는 방법으로 여성을 유혹하는 성적 행위에 대해서 국가가 개입하는 것은 억제되어야 한다. 남성의 여성에 대한 유혹의 방법은 남성의 내밀한 성적자기결정권의 영역에 속하는 것이며, 또한 애정행위는 그 속성상 과장이 수반되게 마련이다. 이러한 관점에서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있는 이상, 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌하여서는 안 되는 것이다. 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위이다.

또한 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 고전적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 되고 만다. 이는 결국 이 사건 법률조항의 보호법익이 여성의 주체적 기본권으로서 성적자기결정권에 있다기보다는 현재 또는 장래의 경건하고 정숙한 혼인생활이라는 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 입각한 것임을 보여준다. 이 점에 관해서는 여성인권의 책임을 지고 있는 여성부에서조차 이 사건 법률조항이 여성을 비하한다는 이유로 그 위헌성을 인정하고 있다.

결국 이 사건 법률조항은 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 헌법 제36조의 제1항의 국가의 헌법적 의무에 반하는 것이자, 여성을 유아시함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 결국 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.

형법상의 혼인빙자간음죄 규정은 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 수단의 적절성, 피해최소성, 법익균형성에도 반하는 과잉제한으로 위헌이다. 가사 이 사건 법률조항에 혼인을 빙자한 남성을 형사처벌함으로써 사회적 약자인 여성의 성적자기결정권을 보호하고자 하는 입법목적의 정당성을 인정해 준다고 하더라도, 아래의 점들을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것은 수단의 적절성과 피해최소성을 갖추지 못하였다. 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 다른 생활영역과는 달리 사생활, 특히 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 하는 것이다. 최근의 우리 사회는 급속한 개인주의적·성개방적인 사고의 확산에 따라 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제라는 인식이 커져가고 있으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법의 뜻지않게 성적자기결정권의 자유로운 행사라는 개인적 법익이 더 한층 중요시되는 사회로 변해가고 있다. 이처럼 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사 법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 혼전 성행위를 유발하는 빙자의 방법과 관련하여 혼인빙자에 의한 간음으로부터만 여성을 보호하고자 하는 것은 더 이상 국가의 과제가 아니다. 성인 부녀자의 성적인 의사결정에 폭행·협박·위력의 강압적 요인이 개입하는 등 사회적 해악을 초래할 때에만 가해자를 강간죄 또는 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등으로 처벌받게 하면 족할 것이다. 성인이 어떤 종류

의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하다. 개개인의 행위가 비록 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이다. 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없다.

과거에 비하여 혼인빙자간음행위가 적발되고 또 처벌까지 되는 비율이 매우 낮아졌고, 고소 이후에도 수사나 재판 과정에서 고소취소되어 공소권없음 또는 공소기각으로 종결되는 사건이 상당수에 이름으로써 혼인빙자간음죄는 행위규제규범으로서의 기능을 잃어가고 국가 형별로서의 처단기능이 약화되었다. 아울러 여성의 사회적·경제적 활동이 활발하여짐에 따라 여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성의 사회적·경제적 약자라는 전제가 모든 남녀관계에 적용되지는 않게 되었고, 여성도 혼인과 상관없이 성적자기결정을 하는 분위기가 널리 확산되었다. 그럼에도 국가가 나서서 그 상대방인 남자만을 처벌한다는 것은 그 자체가 아직도 여성은 사회적 약자로 보아 여성은 비하하는 것이 된다. 혼인빙자간음죄는 친고죄로서 자기결정에 의하여 자기책임 하에서 스스로 정조를 포기한 여성의 고소취소 여부에 따라 검사의 소추 여부 및 법원의 공소기각 여부가 결정된다. 따라서 이 사건 법률조항이 여성의 성적자기결정권 보호라는 목적과는 달리 혼인빙자간음 고소 및 그 취소가 남성을 협박하거나 그로부터 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 폐해도 종종 발생한다. 이는 국가의 공형벌권이 정당하게 행사되고 있다고는 볼 수 없는 것이다.

이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 상실하였다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 헌법재판소가 7년 전인 2002. 10. 31. 99헌바40등 사건에서, 같은 조항에 대해 성적자기결정권에 대한 필요 최소한의 제한이고 그 본질적인 부분을 침해하는 것도 아니므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되지 않는다는 등의 이유로 합헌결정을 내린 것에서 판례입장을 변경한 것이라는 점에 의의가 있다. 성에 대한 사회적 인식의 변화를 반영한 점, 보호대상을 ‘음행의 상습없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 고전적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요했던 조항이라는 점, 여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성의 사회적·경제적 약자라는 전제가 모든 남녀관계에 적용되지는 않게 되었다는 점, 여성의 성적자기결정권 보호라는 원래 입법목적과는 달리 친고죄임을 이용한 혼인빙자간음 고소 및 그 취소가 남성을 협박하거나 그로부터 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 폐해도 종종 발생했다는 점 등이 위헌의 현실적 근거들로 고려되었다는 점에 주목을 요한다.

## 87. 동성동본금혼사건

(현재 1997. 7. 16. 95헌가6등)

### 〈쟁점〉

동성동본인 혈종 사이의 혼인은 금하는 민법 제809조 제1항에 대한 위헌 여부

### 〈결정요지〉

동성동본혼 금지제도는 헌법 제10조의 “인간의 존엄과 가치 및 행복추구권”에 위배된다. 인격권과 행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 전제로 하고 자기운명결정권은 다시 성적 상대방의 결정권, 나아가 배우자결정권을 포함한다. 이 제도는 헌법 36조 1항의 혼인과 가족생활에 있어서의 개인의 존엄 및 양성의 평등에도 위배되고, 합리적 이유 없이 남계만을 중심으로 한 혼인금지를 내용으로 하므로 헌법 제11조의 평등권조항에도 배치되며, 입법목적이 “질서유지”나 “공공복리”에 해당할 수 없으므로 헌법 37조 2항의 기본권제한규정에도 위배된다. 동성동본혼이 우생학적으로도 좋지 않다는 유림측의 주장은 그 과학적 근거가 없고 동성동본간 혼인의 허용이 한국의 미풍양속과 전통문화에 배치된다는 유림측 주장도 미풍양속이나 전통도 그 시대와 사회에서 보편적 적합성과 유용성을 가질 때에만 헌법 9조에 의해 보호받을 수 있다는 점에서 옳지 않다. 따라서 민법 제809조 제2항은 위헌이다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소 재판관들의 의견이 5인의 위헌의견, 2인의 헌법불합치의견, 2인의 위헌의견으로 첨예하게 갈리면서 민법상의 동성동본금혼규정에 대해 헌법불합치 및 입법촉구결정, 적용중지결정이 내려진 사건이다. 동성동본금혼이라는 우리 사회의 오랜 관습을 국회가 아닌 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 폐지시킨 실로 ‘혁명적 결정’이라 평가된다. 위헌의견에서 여러 위헌의 근거들 중 하나로 배우자결정권 침해를 들면서, 배우자결정권을 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치 및 행복추구조항’으로부터 나오는 자기운명결정권에서 도출하고 있다는 점에도 유의할 필요가 있다.

## 88. 소비자의 자기결정권과 자도소주구입명령제도

(현재 1996. 12. 26. 96헌가18)

### 〈쟁점〉

자도소주구입명령제도가 행복추구권에서 나오는 자기결정권을 침해하는지의 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 소주판매업자에게 자도소주의 구입의무를 부과함으로써, 어떤 소주제조업자로부터 얼마만큼의 소주를 구입하는가를 결정하는 직업활동의 방법에 관한 자유를 제한하는 것이므로 소주판매업자의 “직업행사의 자유”를 제한하는 규정이다. 또한 구입명령제도는 비록 직접적으로는 소주판매업자에게만 구입의무를 부과하고 있으나 실질적으로는 구입명령제도가 능력경쟁을 통한 시장의 자유를 억제함으로써 소주제조업자의 “기업의 자유” 및 “경쟁의 자유”를 제한하고, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 것을 제약함으로써 소비자의 행복추구권에서 파생되는 “자기결정권”도 제한하고 있다.

이 사건 법률조항은 소주판매업자의 직업의 자유는 물론 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유, 즉 직업의 자유와 소비자의 행복추구권에서 파생된 자기결정권을 지나치게 침해하는 위헌적인 규정이라 아니할 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 1999. 7. 22. 98헌가5. 택주의 공급구역제한제도에 의한 택주제조업자와 다른 상품 제조업자간의 차별은 택주의 특성 및 중소기업을 보호하고 지역경제를 육성한다는 헌법상의 경제목표를 고려한 합리적 차별로서 평등원칙에 위반되지 아니하고, 택주의 공급구역제한제도로 인하여 부득이 다소간의 소비자선택권의 제한이 발생한다고 하더라도 이를 두고 행복추구권에서 파생되는 소비자의 자기결정권을 정당한 이유없이 제한하고 있다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소가 1996년 12월 26일의 96헌가18 결정에서 자도소주 구입명령제에 대해서는 소주판매업자의 직업의 자유 및 평등권과 소비자의 자기결정권을 침해한다는 이유로 위헌선언을 하였으나, 이는 1999년 7월 22일 98헌가5결정에서 택주의 공급구역제한제도에 대해서는 합헌결정을 한 것과 크게 대비된다. 택주는 소주에 비해 유통 중 변질가능성이 크다는 점이 이러한 차이를 낳은 주된 요인으로 보인다.

## 제2절 평등

### 89. 평등권의 법적 성격

(현재 1989. 5. 24. 89헌가37등)

### 〈쟁점〉

평등이 일체의 차별적 처우를 부정하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하고 있고, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있으며, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리 는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 헌법의 위 각 규정을 풀이하면, 헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도

아니 된다는 것이다.

### 〈선정이유〉

평등권에 관한 기장 기초적인 설시를 하고 있다. 차별이 있다고 하여 바로 평등권을 침해하는 것으로 판단될 수 없고, 그 차별이 정당화 심사를 통과하지 못 하는 경우에만 평등권 침해로 이해될 수 있다는 것을 밝히고 있다. 강학상 전자를 절대적 평등이라 하고 후자를 상대적 평등이라 하는데, 현재가 전자를 부정하고 후자를 채택하였다는데 의의가 있다. 평등 조항이 입법자를 구속하는가, 어떠한 상태를 차별이라고 할 것인가, 정당화 심사를 어떻게 할 것인가에 관하여서는 다른 결정을 통하여 살펴본다.

## 90. 평등의 입법자 구속 여부

(현재 1989. 5. 24. 89헌가37등)

### 〈쟁점〉

평등조항이 법집행자 뿐만 아니라 입법자도 구속하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다는 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법 제11조 제1항 전문은 “법 앞에”라는 한정구를 두고, ‘모든 국민은 평등하다’고 선언하고 있다. 그래서 헌법 제11조 제1항 전문이 입법자를 구속하지 않는다는 주장이 있다. 그러나 현재는 위 문언에도 불구하고 입법자를 구속하는 효력이 있다고 본다.

## 91. 평등의 대사인효

(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결)

### 〈쟁점〉

헌법상의 평등조항이 사인 간에도 효력을 가지는지 여부

### 〈판결요지〉

헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방

어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다. 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여 평등의 원칙을 선언함과 동시에 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있다. 따라서 사적 단체를 포함하여 사회공동체 내에서 개인이 성별에 따른 불합리한 차별을 받지 아니하고 자신의 희망과 소양에 따라 다양한 사회적·경제적 활동을 영위하는 것은 그 인격권 실현의 본질적 부분에 해당하므로 평등권이라는 기본권의 침해도 민법 제750조의 일반규정을 통하여 사법상 보호되는 인격적 법익침해의 형태로 구체화되어 논하여질 수 있고, 그 위법성 인정을 위하여 반드시 사인간의 평등권 보호에 관한 별개의 입법이 있어야만 하는 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 헌법상의 평등권 조항이 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 도관을 통하여 사인 간에도 효력을 가진다고 본다. 유의할 점은 헌법상의 평등 조항이 직접 사인 간에 적용되는 것은 아니라는 것이다. 법원은 어떤 사인의 행위가 헌법 제11조 제1항에 위반되는 것이어서 위법하다고 판단할 수는 없고, 헌법 제11조 제1항의 취지가 용해되어 있는 민법 제2조 등에 위반되어 위법하다고 판단할 수 있을 뿐이다.

## 92. 비교되는 사실관계의 동일성 판단기준

(현재 1996. 12. 26. 96헌가18)

### 〈쟁점〉

비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하는 기준

### 〈결정요지〉

평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다.

### 〈선정이유〉

현재는 본질적으로 같은 것을 다르게 처우하거나, 본질적으로 다른 것을 같게 처우하는 것을 차별이라고 본다. 이 차별이 정당화되지 아니하면 평등권을 침해하는 것으로 판단된다. 그러므로 평등권 심사는 두 개의 사실관계가 본질적으로 같은 것인가, 다른 것인가를 판단하는 것으로부터 시작된다. ‘당해 법률조항의 의미와 목적’이 위 판단의 기준으로 된다는 점을 판시하였다는 점에서 의의가 있다.

## 93. 평등의 심사 기준

(현재 1999. 12. 23. 98헌마363)

### 〈쟁점〉

차별에 대한 정당화 심사 기준이 단일한지 여부

### 〈결정요지〉

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2001. 2. 22. 2000헌마25. 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는지를 심사한다.

현재 1999. 12. 23. 98헌마363. 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.

### 〈선정이유〉

차별이 존재한다는 점이 확인되었을 때, 그 차별이 정당화되지 아니하면 평등권을 침해하는 것으로 판단된다. 그런데, 현재는 정당화 심사 기준을 이원화하여 운용하고 있다. 엄격한 심사와 완

화된 심사가 그것이다. 현재는 원칙적으로 완화된 심사 기준을 적용한다고 하면서, 두 가지 경우에 엄격한 심사 기준을 적용한다. 하나는 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’이고, 다른 하나는 ‘관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’이다. 전자에 해당하는 것은 헌법 제32조 제4항(현재 1999. 12. 23. 98헌마363)과 헌법 제36조 제1항(현재 2002. 8. 29. 2001헌바82)뿐이다. 헌법 제11조 제1항 후문에 게기된 사유도 여기에 포함되지 않는다. 후자에 관하여, 현재는 문제되는 기본권이 어떤 것인가를 불문하고 기본권 제한의 정도가 심대하면 엄격한 심사 기준을 적용하여야 한다는 것이 주류이다. 현재 2011. 2. 24. 2008헌바56 결정은 비교적 이 점을 잘 드러내고 있다.

## 94. 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격

(현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)

### 〈쟁점〉

헌법 제11조 제1항 후문에 열거된 사유에 기한 차별에 대해서는 엄격한 심사 기준을 적용하여야 하는지 여부

### 〈결정요지〉

사회적 신분에 대한 차별금지는 헌법 제11조 제1항 후문에서 예시된 것인데, 헌법 제11조 제1항 후문의 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있는 것으로서, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. 그렇다면 친일반민족행위자의 후손이라는 점이 헌법 제11조 제1항 후문의 사회적 신분에 해당한다 할지라도 이것만으로는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없고, 아래와 같이 친일재산의 국가귀속은 연좌제금지원칙이 적용되는 경우라고 볼 수도 없으며 그 외 달리 친일반민족행위자의 후손을 특별히 평등하게 취급하도록 규정한 헌법 규정이 없는 이상, 친일반민족 행위자의 후손에 대한 차별은 평등권 침해 여부의 심사에서 엄격한 기준을 적용해야 하는 경우라 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

헌법이 특별히 평등을 명령하는 경우라면 엄격한 심사 기준을 적용하여야 한다는 것이 현재의 판례인데, 헌법 제11조 제1항 후문에 열거되어 있는 성별, 종교, 사회적 신분에 기한 차별을 헌법이 특별히 금지하고 있다고 보아야 하는 것인지가 문제된다. 현재는 그렇게 보지 않는다. 사회적 신분(현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)과 성별(현재 2010. 11. 25. 2006헌마328)에 대해서 헌법이 특별히 평등을 명령한 경우, 즉 엄격한 심사 기준을 적용해야 하는 차별 요소가 아니라고 보았다. 아직 종교에 관한 판례는 없다.

## 95. 실체적 권리와 평등

(현재 2010. 11. 25. 2009헌바27)

### 〈쟁점〉

헌법상의 실체법적 권리가 인정되는 경우에만 평등권 침해 주장을 할 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이므로 ‘헌법상 보장된 기본권침해’가 문제되어야 한다.

헌법재판소는 이미 2001. 6. 28. 선고된 2000헌마735 결정에서 지방자치법 제13조의2에 의한 주민투표권은 그 성질상 선거권이나 공무담임권, 국민투표권과는 다른 것으로 헌법이 보장하는 참정권이 아니라 법률이 보장하는 참정권에 해당하는 것이라고 판시한 바 있으며, 나아가 현재 2005. 12. 22. 2004헌마530 결정에서 다음과 같은 취지로 판시한 바 있다.

“우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권과 공무담임권을, 직접적인 참정권으로 국민투표권을 규정하고 있을 뿐 주민투표권을 기본권으로 규정한 바가 없고, 지방자치를 제도적으로 보장하고 있으나 그 보장내용은 자치단체의 설치와 존속, 그 자치기능 및 자치사무로서 지방자치단체의 자치권의 본질적 사항에 관한 것이므로, 자치사무의 처리에 주민들이 직접 참여하는 것을 의미하는 주민투표권을 헌법상 보장되는 기본권이라고 하거나 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’의 하나로 보기는 어렵다. 지방자치법은 주민에게 주민투표권, 조례의 제정 및 개폐청구권, 감사청구권 등을 부여하고 있으나 이러한 제도는 어디까지나 입법에 의하여 채택된 것일 뿐 헌법에 의하여 이러한 제도의 도입이 보장되고 있는 것은 아니다. 그렇다면 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐이지 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다.”

따라서 주민투표권은 헌법상의 열거되지 아니한 권리 등 그 명칭의 여하를 불문하고 헌법상의 기본권성이 부정된다는 것이 우리 재판소의 일관된 입장이라 할 것인데, 이 사건에서 그와 달리 보아야 할 아무런 근거를 발견할 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 통해 그 침해 여부를 다룰 수 있는 기본권을 대상으로 하고 있는 것이 아니므로 그러한 한에서 이유 없다. 하지만 주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

주민투표권은 헌법상의 권리, 즉 기본권으로 인정되지 않지만, 주민투표권의 부여에 차별이 존재하면 그것을 평등권 침해 문제로 다룰 수는 있다는 결정이다. 즉, 평등권이 헌법상의 권리의 배분에 있어서의 차별만을 대상으로 하지 않는다는 것을 판시하였다는 점에서 의의가 있다.

## 96. 평등선거의 내용

(현재 2009. 3. 26. 2006헌마72)

### 〈쟁점〉

평등선거가 수적 평등 외에 성과가치(成果價値)의 평등까지 포함하는지 여부

### 〈결정요지〉

우리 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고, 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하며, 제41조 제1항은 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.”고 규정함으로써 평등선거의 원칙을 선언하고 있다. 이러한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치(成果價値)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 있도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다(현재 2001. 10. 25. 2000헌마92등).

### 〈선정이유〉

현재는 평등선거가 투표가치의 평등과 게리맨더링 금지를 포함한다고 본다. 국회의원 선거의 경우는 인구편차 상하 33%, 인구비례 2:1(현재 2014. 10. 30. 2012헌마192), 지방의회 의원의 경우에는 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1(현재 2018. 6. 28. 2014헌마189)을 허용한계로 삼고 있다. 선거구구역표의 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 선거구구역표 전체가 위헌이라는 것이 현재의 판례다(현재 1995. 12. 27. 95헌마224).

## 97. 단계적 제도개선과 평등

(현재 1990. 6. 25. 89헌마107)

### 〈쟁점〉

차별이 존재하더라도 단계적 개선을 전제로 한 것이라면 정당화되어질 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적인 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다.

### 〈선정이유〉

제도 개선의 과정에서 일시적으로 존재할 수 있는 차별이라면 정당화될 수 있다, 즉 평등권을 침해하는 차별이라 볼 수 없다는 취지의 결정으로서 가치가 있다.

## 98. 〔개별사건법률금지의 원칙과 평등〕

(현재 1996. 2. 16. 96헌가2등)

### 〈쟁점〉

개별사건을 규율하는 법률이라는 것이 평등권 침해의 충분한 근거로 되는지 여부

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 개별사건법률에 대한 정의를 하고 있지 않음은 물론 개별사건법률의 입법을 금하는 명문의 규정도 없다. 개별사건법률금지의 원칙은 ‘법률은 일반적으로 적용되어야지 어떤 개별사건에만 적용되어서는 아니 된다’는 법 원칙으로서 헌법상의 평등원칙에 근거하고 있는 것으로 풀이되고, 그 기본정신은 입법자에 대하여 기본권을 침해하는 법률은 일반적 성격을 가져야 한다는 형식을 요구함으로써 평등원칙위반의 위험성을 입법과정에서 미리 제거하려는데 있다 할 것이다. 개별사건법률은 개별사건에만 적용되는 것이므로 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적인 규정이라는 강한 의심을 불러일으킨다. 그러나 개별사건법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에, 특정규범이 개별사건법률에 해당한다고 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니다. 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 따라서 개별사건법률의 위헌 여부는, 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라, 나아가 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 1. 10. 2007헌마1468. 우리 헌법은 처분적 법률로서의 개인대상법률 또는 개별사건법률의 정의를 따로 두고 있지 않음은 물론, 이러한 처분적 법률의 제정을 금하는 명문의 규정도 두고 있지 않으므로 특정한 규범이 개인대상 또는 개별사건법률에 해당한다고 하여 그것만으로 바로 헌법에 위반되는 것은 아니다. 다만 이러한 법률이 일반국민을 그 규율대상으로 하지 아니하고 특정 개인이나 사건만을 대상으로 함으로써 차별이 발생하는바, 그 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화되는 경우에는 허용된다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

법의 일반성을 충족시키지 못하는 법률, 즉 개별사건법률이라 하더라도 이것이 평등권 침해라는 결론에 이르는 충분한 이유로 되는 것은 아니고, 합리적인 이유가 없다고 판단되는 경우에만 위헌이라 판단될 수 있다는 점을 판시한 결정이다.

## 99. 시혜적인 법률과 평등

(현재 2015. 3. 26. 2014헌바156)

### 〈쟁점〉

평등권 침해 여부를 판단함에 있어서 시혜적 법률은 침의적 법률에 비해 심사기준이 완화될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적인 평등을 뜻하는 것이므로, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등원칙에 반할 뿐이다. 그런데 시혜적인 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권리가 있고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되었다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수는 없다(현재 2007. 7. 26. 2004헌마914등 참조).

### 〈선정이유〉

법률의 내용이 시혜적인 것이라면 입법자에게 보다 광범위한 재량이 인정되어서 그 내용이 ‘현저히 합리성이 결여’된 것이 아니라면 위헌이 아니라는 취지의 결정이다. 침의적 법률과 시혜적 법률에 대한 평등권 심사 내용이 다르다는 점을 밝혔다는 점에서 의의가 있다.

## 100. 적극적 평등실현조치

(현재 2009. 5. 28. 2006헌마285)

### 〈쟁점〉

적극적 평등실현조치의 의미

### 〈결정요지〉

2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 공직선거법에서는 시각장애인을 위하여 후보자가 점자형 선거공보·소형인쇄물을 작성하여 제출할 수 있도록 하고, 이 경우 관할선거관리위원회는 후보자가 제출할 수 있는 점자형 선거공보·소형인쇄물의 수량을 공고하여야 하며, 청각장애인을 위하여 방송광고, 방송연설, 경력방송 및 대담·토론회의 방송에는 수화 또는 자막방송을 할 수 있도록 하는 규정을 두었는바, 심판대상조항 중 제70조 제6항, 제72조 제2항은 이때에 청각장애인을 위하여 신설된 규정이다. 한편 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 공직선거법에서는 공영방송 주관 텔레비전 대담·토론회에 청각장애인을 위하여 수화 또는 자막방송을 할 수 있다는 규정(제82

조의2 제8항)을 신설하였고, 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 공직선거법에서는 방송을 이용한 대담·토론회의 공정한 진행을 위하여 각급 선거관리위원회에 선거방송토론페이지가 설치됨에 따라 공영방송주관 텔레비전 대담·토론회 대신에 선거방송토론페이지 주관 대담·토론회에 관한 규정과 각급 선거방송토론페이지는 대담·토론회를 개최하는 때에는 청각장애인을 위하여 자막방송 또는 수화통역을 할 수 있다는 규정(제82조의2 제10항)을 두었으며, 위 규정이 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법에서 심판대상조항 중 제82조의2 제12항으로 개정된 것이다. 이와 같이 심판대상조항은 청각장애인을 위한 의도에서, 청각장애인의 장애를 고려하여 공직선거영역에 있어서의 평등실현을 위한 적극적 조치의 일환으로 마련된 것이라 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2013. 5. 30. 2009헌마514. 이 사건 인가처분은 남성에 대한 차별이나 여성에 대한 적극적 평등 실현의 목적으로 이루어진 것이 아니며, 이 사건 인가처분으로 인하여 청구인 엄○모는 이화여자대학교 법학전문대학원에 입학하는 것이 제한될 뿐이지 그 이외의 법학전문대학원에 입학하는 것이 제한되는 것은 아니고, 결국 그로 인한 불이익은 남성이 여성에 비하여 전체 법학전문대학원에 입학할 가능성이 줄어든다는 것이어서, 이에 대한 판단은 청구인 엄○모의 직업선택의 자유가 침해되는 지 여부에 대한 판단과 중복된다.

현재 2014. 8. 28. 2013헌마553(5인 위원의견). 적극적 평등실현조치는 대체로 ‘일정한 혜택을 통하여 종래 차별을 받아온 소수집단에게 사회의 각 영역에서 보다 많은 참여의 기회를 부여하려는 제반 조치’를 의미한다. 미국에서 인종차별의 관행을 철폐하기 위하여 시행되어 온 소수인종집단에 대한 우대정책 등이 그 대표적인 예이다. 우리 헌법재판소는 제대군인가산점제도 사건에서 ‘잠정적 우대조치’라는 표현을 사용하면서, “잠정적 우대조치라 함은, 종래 사회로부터 차별을 받아온 일정집단에 대해 그동안의 불이익을 보상하여 주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 이유로 취업이나 입학 등의 영역에서 직·간접적으로 이익을 부여하는 조치를 말한다.”라고 설시한 바 있다(현재 1999. 12. 23. 98헌마363). 위와 같이 적극적 평등실현조치는 과거부터 가해진 차별의 결과로 현재 불리한 처지에 있는 집단을 다른 집단과 동등한 처지에까지 끌어 올려 실질적 평등을 달성하고자 한다는 점에서 그 정당성의 근거를 찾을 수 있다. 즉, 역사적으로 소외된 일정한 집단의 불평등한 상황을 바로 잡거나 완화될 수 있도록 공권력이 더 유리한 특별취급을 하는 것은 헌법적으로 금지되는 것이 아니며, 차별취급에 해당하지 아니한다. 그런데 적극적 평등실현조치의 혜택을 받는 집단에 속하지 않는 사람들은 그 조치로 인하여 상대적으로 불이익을 받게 되므로, 실질적 평등을 실현하기 위한 위 조치가 오히려 평등원칙에 위배되는 차별(이른바 ‘역차별’)이 아닌지 문제된다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 적극적 평등실현조치에 관한 다수의 결정을 하고 있으나, 적극적 평등실현조치의 헌법적 의의에 관해서는 반대의견에서 그 내용을 자세히 밝히고 있다.

### 제3절 신체의 자유

#### 101. 징계처분으로서의 영창처분의 과잉금지원칙 위반

(현재 2020. 9. 24. 2017헌바157등)

##### 〈쟁점〉

구 군인사법 제57조 제2항의 병에 대한 징계처분으로 일정기간 구금장소에 감금하는 영창처분이 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

##### 〈결정요지〉

심판대상조항은 병의 복무규율 준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하기 위하여 제정된 것으로 군의 지휘명령체계의 확립과 전투력 제고를 목적으로 하는바, 그 입법목적은 정당하고, 심판대상조항은 병에 대하여 강력한 위하력을 발휘하므로 수단의 적합성도 인정된다.

그런데 심판대상조항에 의한 영창처분은 징계처분임에도 불구하고 신분상 불이익 외에 신체의 자유를 박탈하는 것까지 그 내용으로 삼고 있어 징계의 한계를 초과한 점, 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 실질이 구류형의 집행과 유사하게 운영되므로 극히 제한된 범위에서 형사상 절차에 준하는 방식으로 이루어져야 하는데, 영창처분이 가능한 징계사유는 지나치게 포괄적이고 기준이 불명확하여 영창처분의 보충성이 담보되고 있지 아니한 점, 심판대상조항은 징계위원회의 심의·의 결과 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거치지만, 모두 징계권자의 부대 또는 기관에 설치되거나 소속된 것으로 형사절차에 견줄만한 중립적이고 객관적인 절차라고 보기 어려운 점, 심판대상조항으로 달성하고자 하는 목적은 인신구금과 같이 징계를 중하게 하는 것으로 달성되는 데 한계가 있고, 병의 비위행위를 개선하고 행동을 교정할 수 있도록 적절한 교육과 훈련을 제공하는 것 등으로 가능한 점, 이와 같은 점은 일본, 독일, 미국 등 외국의 입법례를 살펴보더라도 그러한 점 등에 비추어 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다. 또한 군대 내 지휘명령체계를 확립하고 전투력을 제고한다는 공익은 매우 중요한 공익이나, 심판대상조항으로 과도하게 제한되는 병의 신체의 자유가 위 공익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없어, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

이와 같은 점을 종합할 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

##### 〈참고판례〉

현재 2016. 3. 31. 2013헌바190(전투경찰대설치법에 따른 징계처분으로서의 영창제도에 대하여 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단한 결정)

##### 〈선정이유〉

징계처분으로서의 군인사법의 영창제도가 과잉금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 한 결정이다.

## 102. 정신보건법 보호입원제도의 신체의 자유 침해 여부

(현재 2016. 9. 29. 2014헌가9)

### 〈쟁점〉

보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과 전문의(이하 ‘정신과전문의’라 한다) 1인의 진단으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 한 정신보건법 제24조 제1항 및 제2항이 과잉금지원칙에 위배하여 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

심판대상조항은 정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것으로서 그 목적이 정당하다. 보호의무자 2인의 동의 및 정신과전문의 1인의 진단을 요건으로 정신질환자를 정신의료기관에 보호입원시켜 치료를 받도록 하는 것은 입법목적을 달성하는 데 어느 정도 기여할 수 있으므로 수단의 적절성도 인정된다.

그런데 보호입원은 정신질환자의 신체의 자유를 인신구속에 버금가는 수준으로 제한하므로 그 과정에서 신체의 자유 침해를 최소화하고 악용·남용 가능성을 방지하며, 정신질환자를 사회로부터 일방적으로 격리하거나 배제하는 수단으로 이용되지 않도록 해야 한다. 그러나 현행 보호입원 제도가 입원치료·요양을 받을 정도의 정신질환이 어떤 것인지에 대해서는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있는 점, 보호의무자 2인의 동의를 보호입원의 요건으로 하면서 보호의무자와 정신질환자 사이의 이해충돌을 적절히 예방하지 못하고 있는 점, 입원의 필요성이 인정되는지 여부에 대한 판단권한을 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있는 점, 보호의무자 2인이 정신과전문의와 공모하거나, 그로부터 방조·용인을 받는 경우 보호입원 제도가 남용될 위험성은 더욱 커지는 점, 보호입원 제도로 말미암아 사설 응급이송단에 의한 정신질환자의 불법적 이송, 감금 또는 폭행과 같은 문제도 빈번하게 발생하고 있는 점, 보호입원 기간도 6개월이라는 장기로 정해져 있고, 이 또한 계속적인 연장이 가능하여 보호입원이 치료의 목적보다는 격리의 목적으로 이용될 우려도 큰 점, 보호입원 절차에서 정신질환자의 권리를 보호할 수 있는 절차들을 마련하고 있지 않은 점, 기초정신보건심의회의 심사나 인신보호법상 구제청구만으로는 위법·부당한 보호입원에 대한 충분한 보호가 이루어지고 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 그리고 심판대상조항이 정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 도모한다는 공익을 위한 것임은 인정되나, 정신질환자의 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 적절한 방안을 마련하지 아니함으로써 지나치게 기본권을 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

정신보건법 제24조 제1항의 보호입원제도가 과잉금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 판단하면서도 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정이다.

## 103. 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료명령제도와 신체의 자유

(현재 2015. 12. 23. 2013헌가9)

### 〈쟁점〉

‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’의 치료명령조항이 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

검사의 청구에 따라 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 재범의 위험성이 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 법원이 15년의 범위에서 치료명령을 선고할 수 있도록 한 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’의 심판대상조항들(검사의 청구조항과 법원의 치료명령조항)은 성폭력 범죄를 저지른 성도착증 환자의 동종 재범을 방지하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 성충동 약물치료는 성도착증 환자의 성적 환상이 충동 또는 실행으로 옮겨지는 과정의 핵심에 있는 남성호르몬의 생성 및 작용을 억제하는 것으로서 수단의 적절성이 인정된다. 또한 성충동 약물치료는 전문의의 감정을 거쳐 성도착증 환자로 인정되는 사람을 대상으로 청구되고, 한정된 기간 동안 의사의 진단과 처방에 의하여 이루어지며, 부작용 검사 및 치료가 함께 이루어지고, 치료가 불필요한 경우의 가해제제도가 있으며, 치료 중단시 남성호르몬의 생성과 작용의 회복이 가능하다는 점을 고려할 때, 심판대상조항들은 원칙적으로 침해의 최소성 및 법익균형성이 충족된다.

다만 치료명령대상 성폭력범죄에 대해 징역형을 선고하는 것과 동시에 치료명령을 선고하면서 성폭력범죄에 대해 장기의 징역형이 선고되는 경우 치료명령의 선고시점과 집행시점 사이에 상당한 시간적 간극이 있어 집행시점에서 발생할 수 있는 불필요한 치료와 관련한 부분에 대해서는 침해의 최소성과 법익균형성을 인정하기 어렵다. 따라서 청구조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하나, 명령조항은 집행 시점에서 불필요한 치료를 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않은 점으로 인하여 과잉금지원칙에 위배되어 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’의 약물치료명령제도가 원칙적으로 과잉금지원칙에 위배되지 않지만 치료명령의 집행시점에 치료가 불필요한 경우 불필요한 치료를 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 아니함을 이유로 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다고 하면서 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정이다.

## 104. 외국판결의 집행을 형의 임의적 감경 또는 면제의 사유로 정한 것

(현재 2015. 5. 28. 2013헌바129)

### 〈쟁점〉

1. 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 형법 제7조가 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

## 2. 형법 제7조가 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

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

2. 입법자는 외국에서 형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 혜택을 줄 것인지를 위하여 일정 부분 재량권을 가지고 있으나, 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이므로 최대한 보장되어야 하는바, 외국에서 실제로 형의 집행을 받았음에도 불구하고 우리 형법에 의한 처벌 시 이를 전혀 고려하지 않는다면 신체의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있으므로 그와 같은 사정은 어느 범위에서든 반드시 반영되어야 하고, 이러한 점에서 입법자의 입법형성권의 범위는 다소 축소될 수 있다.

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

### 〈선정이유〉

외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 임의적으로 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 형법 제7조가 이중처벌금지원칙에 위배되는 것은 아니지만, 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해함을 인정하면서 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정이다.

## 105. 군사법경찰관에 의한 구속기간 연장제도와 신체의 자유

(현재 2003. 11. 27. 2002헌마193)

### 〈쟁점〉

군사법경찰관에 의한 구속의 기간을 연장할 수 있도록 하는 군사법원법규정이 과잉금지의 원칙을 위반하여 신체의 자유 등을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

군사법원법 제239조가 규정하고 있는 군사법경찰관에 의한 10일간의 구속기간은 그 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외에 해당하고, 경찰단계에서는 구속기간의 연장을 허용하지 아니하는 형사소송법의 태도를 고려할 때 군사법경찰관에 의한 구속의 기간연장을 허용하는 이 사건 법률규정은 예외에 대하여 다시 특례를 설정하고 있다는 점에서 이 사

건 법률규정이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서는 그 제한되는 기본권의 중요성이나 기본권제한 방식의 중첩적·가중적 성격에 비추어 엄격한 기준에 의할 것이 요구된다.

군사법경찰관의 구속기간을 일반 사건에 비하여 특히 장기간으로 하여야 할 사정은 이를 찾아보기가 쉽지 않고, 수사를 위하여 구속기간의 연장이 필요한 경우가 있음을 인정한다고 하더라도, 군사법원법의 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 군수사기관의 구속기간을 연장할 수 있도록 하는 것은 그 과도한 광범성으로 인하여 과잉금지원칙에 어긋난다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 국가안보와 직결되는 사건과 같이 수사를 위하여 구속기간의 연장이 정당화될 정도의 중요사건이라면 더 높은 법률적 소양이 제도적으로 보장된 군검찰관이 이를 수사하고 필요한 경우 그 구속기간의 연장을 허용하는 것이 더 적절하기 때문에, 군사법경찰관의 구속기간을 연장까지 하면서 이러한 목적을 달성하려는 것은 부적절한 방식에 의한 과도한 기본권의 제한으로서, 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

#### 〈참고판례〉

(현재 1992. 4. 14. 90헌마82(국가보안법 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대한 구속기간을 연장할 수 있도록 규정한 국가보안법 제19조는 국가형별권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유 등을 침해한 것이라고 판시하였다.)

#### 〈선정이유〉

군사법원법의 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 군사법경찰관에 의한 구속의 기간 연장을 허용하는 군사법원법규정이 과잉금지의 원칙을 위반하여 신체의 자유 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하고 있음을 인정한 결정이다.

### 106. 변호인의 조력을 받을 권리

(현재 2018. 5. 31. 2014헌마346)

#### 〈쟁점〉

난민인정심사불회부결정을 받은 채, 약 5개월 째 송환대기실에 수용되어 있는 외국인의 변호인의 접견신청을 인천공항출입국·외국인청장이 거부한 것이 청구인에게 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(적극)

#### 〈결정요지〉

인천국제공항 송환대기실은 그 출입문은 철문으로 되어 있는 폐쇄된 공간이고, 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되기 때문에 송환대기실 밖 환승구역으로 나갈 수 없었으며, 공중전화 외에는 외부와의 소통 수단이 없는 곳이다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불회부 결정을 받은 채, 약 5개월 째 송환대기실에 수용되어 있었고, 적어도 난민인정심사불회부 결정에 대한 취소소송이 종료될 때까지는 임의로 송환대기실 밖으로 나갈 것을 기대할 수 없다. 청구인은 이 사건 인천공항출입국·외국인청

장의 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호 청구의 소를 제기해 둔 상태였으므로 자신의 의사에 따라 송환대기실에 머무르고 있었다고 볼 수도 없다. 따라서 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속” 상태였다. 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 보장된다. 청구인은 변호인의 조력을 받을 권리를 가지고 있다.

청구인의 변호인 접견신청에 대한 피청구인(인천공항출입국·외국인청장)의 거부는 현행법상 아무런 법률상 근거가 없이 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 제한한 것이므로, 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다. 송환대기실에 머무르고 있는 청구인에게 변호인 접견신청을 허용하면서 필요한 최소한의 범위 내에서 접견 장소 등을 제한하는 방법을 취한다면 국가안전보장이나 환승구역의 질서유지 등에 별다른 지장을 주지 않으면서도 청구인의 변호인 접견권을 제대로 보장할 수 있다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부는 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위해 필요한 기본권 제한 조치로 볼 수도 없다.

#### 〈참고판례〉

변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서의 구속에는 인정하지 아니하던 종전 헌법재판소 결정(현재 2012. 8. 23. 2008헌마430)을 변경하였다.

#### 〈선정이유〉

행정절차에서 구금을 당한 사람에게도 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 결정이다.

### 107. 소송사건의 대리인인 변호사와 수형자의 접견 제한 사건

(현재 2021. 10. 28. 2018헌마60)

#### 〈쟁점〉

소송사건의 대리인인 변호사가 수형자를 접견하고자 하는 경우 소송계속 사실을 소명할 수 있는 자료를 제출하도록 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙’ 제29조의2 제1항 제2호 중 ‘수형자 접견’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 변호사인 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(적극)

#### 〈결정요지〉

심판대상조항이 소송계속 사실 소명자료를 제출하도록 규정하고 있어 변호사가 접견권을 남용하여 소를 제기하지도 아니한 채 수형자와 접견하는 것이 방지되는 것은 사실이다. 그러나 이른바 집사 변호사나 집사 변호사를 고용하는 수형자는 소 제기 여부를 진지하게 고민할 필요가 없으므로 불필요한 소송을 제기하고 손쉽게 변호사접견을 이용할 수 있는 반면, 진지하게 소 제기 여부 및 변론 방향을 고민해야 하는 변호사와 수형자라면 접견이 충분하지 않고 소송의 승패가 불확실하여 수형자가 변호사를 신뢰하고 소송절차를 진행하기가 부담스러울 수밖에 없다.

접견에 아무런 시간 및 횟수의 제한이 없는 미결수용자에 대한 변호인접견과 달리, 수형자에 대

한 변호사접견은 그 시간이 60분, 그 횟수가 월 4회로 이미 한정되어 있고(구 형집행법 시행령 제59조의2 제1항, 제2항), 그동안 사회적으로 접사 변호사가 문제된 것은 주로 미선임 접견의 경우인데, 변호사접견은 미결수용자에 대한 변호인접견과 달리, 소송사건의 대리인으로 선임된 변호사에게만 허용되고 미선임 접견은 불가능하므로, 접사 변호사가 영리를 목적으로 이를 이용하고자 하더라도 한계가 있다. 변호사접견을 이용한 접견권 남용 문제가 발생한다 하더라도 사후적으로 이를 제재함으로써 충분히 방지할 수 있다. 형집행법 제41조 제1항, 제42조 등은 수형자의 교화 등을 해칠 우려가 있거나, 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때 접견을 제한하거나 중지할 수 있도록 사후적 제재에 필요한 법적 근거를 이미 마련해 두고 있다.

심판대상조항은 소송사건의 대리인인 변호사라 하더라도 변호사접견을 하기 위해서는 소송계속 사실 소명자료를 제출하도록 규정함으로써 이를 제출하지 못하는 변호사는 일반접견을 이용할 수 밖에 없게 되었다. 일반접견은 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서 10분 내외 짧게 이루어지므로 그 시간은 변호사접견의 1/6 수준에 그친다. 또한 그 대화 내용은 청취·기록·녹음·녹화의 대상이 되므로 교정시설에서 부당한 처우를 당했다는 등의 사정이 있는 수형자는 위축된 나머지 법적 구제를 단념할 가능성마저 배제할 수 없다. 심판대상조항은 소 제기 전 단계에서 충실향한 소송준비를 하기 어렵게 하여 변호사의 직무수행에 큰 장애를 초래하고, 변호사의 도움이 가장 필요한 시기에 접견에 대한 제한의 정도가 위와 같이 크다는 점에서 수형자의 재판청구권 역시 심각하게 제한될 수밖에 없고, 이로 인해 법치국가원리로 추구되는 정의에 반하는 결과를 낳을 수도 있다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 변호사인 청구인의 직업수행의 자유를 침해 한다.

### 〈참고판례〉

현재 2015. 11. 26. 2012헌마858;

헌법재판소는 변호인 선임을 위하여 피의자·피고인(이하 ‘피의자 등’이라 한다)이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권은 헌법상 기본권으로 보호되어야 하고, ‘변호인이 되려는 자’의 접견 교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리를 공고히 하기 위한 것으로서, 그것이 보장되지 않으면 피의자 등이 변호인 선임을 통하여 변호인으로부터 충분한 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 될 수밖에 없다. 이와 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서, 피의자 등이 가지는 헌법상의 기본권인 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권과 표리의 관계에 있다. 따라서 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다고 하였다(현재 2019. 2. 28. 2015헌마1204).

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 2015. 11. 26. 2012헌마858 결정에서 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수에 대한 별도의 규정을 두지 않고 일반접견에 포함시켜 이를 제한하는 것은 수형자의 재판청구권을 침해한다는 이유로 그러한 내용의 형집행법 시행령조항에 대하여 헌법불합치결정을 하였고, 이후 구 형집행법 시행령(2016. 6. 28. 대통령령 제27262호로 개정되고 2019. 10. 22. 대통령령 제30134호로 개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항, 제2항으로 변호사접견이 도입되면서 소송사건의 대리인인 변호사는 위 시행령조항에 따라 별도의 접견 시간 및 횟수를 이용할 수 있게 되었다.

그러나 심판대상조항이 만들어지면서 소송사건의 대리인인 변호사라 하더라도 변호사접견을 하기 위해서는 소송계속 사실 소명자료를 제출해야만 하였고, 아직 소를 제기하지 않았다는 등의 사정으로 이를 제출하지 못하는 변호사는 다시 일반접견을 이용할 수밖에 없었다.

헌법재판소가 심판대상조항에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 추후 소송사건의 대리인인 변호사가 소를 제기하지 아니한 단계에서도 수형자와 충분한 접견 시간을 가질 수 있게 되었고, 그 결과 수형자의 재판청구권 행사가 충실히 보장받을 수 있을 것으로 기대된다.

## 108. 적법절차원칙과 공정한 재판을 받을 권리와의 관계

(현재 2018. 8. 30. 2016헌마344등)

### 〈쟁점〉

디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 채취대상자에게 자신의 의견을 밝히거나 영장 발부 후 불복할 수 있는 절차 등에 관하여 규정하지 아니한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’ 제8조가 청구인들의 재판청구권을 침해하는 동시에 적법절차원칙에 위반되는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

이 사건 영장절차 조항은 디엔에이감식시료를 채취하기에 앞서 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 하고, 동의를 받지 못한 경우에는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 하고 있다. 그런데 영장 발부 여부를 검사가 제출한 자료만으로 판단하도록 할 뿐, 채취대상자로 하여금 이러한 영장절차에서 의견을 진술하고 소명자료를 제출할 기회를 부여하는 규정은 두고 있지 않으며, 구속영장 청구 시에는 판사가 직접 피의자를 심문하는 것과는 달리, 디엔에이감식시료 채취영장 청구 시에는 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않아 디엔에이감식시료 채취에 대한 법관의 사법적 통제가 유명무실하게 될 우려가 있으며, 채취대상자로서는 특별한 사정이 없는 한 사망 시까지 자신의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에서 삭제할 것을 청구할 방법이 없음에도 불구하고 디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우에는 그에 대하여 불복할 수 있는 규정이 마련되어 있지 않아 채취대상자의 재판청구권은 형해화되고 채취대상자는 범죄수사 내지 예방의 객체로만 취급받게 하고 있다는 점에서 이 사건 영장절차 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다.

다만 헌법재판소는 “형사소송절차에서의 적법절차원리는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 하므로, 결국 포괄적, 절차적 기본권으로 파악되고 있는 재판청구권의 보호영역과 사실상 중복되는 것이어서, 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부에 대한 판단 속에는 적법절차원리 위반 여부에 대한 판단까지 포함되어 있다. 따라서 이 사건 영장절차 조항이 적법절차원리에 위반되는지 여부는 별도로 살펴보지 아니하고 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1996. 12. 26. 94헌바1; 현재 2011. 3. 31. 2009헌바351; 현재 2012. 5. 31. 2010헌바

### 〈선정이유〉

형사소송절차에서의 적법절차원리는 재판청구권의 보호영역과 사실상 중복됨을 이유로 심판대상 규정이 적법절차원리에 위반되는지 여부는 별도로 검토하지 아니한 결정이다.

## 109. 헌법 제12조 제6항의 구속적부심사청구권자의 범위

(현재 2004. 3. 25. 2002헌바104)

### 〈쟁점〉

구속적부심사청구권을 피의자에게만 인정하는 구 형사소송법 제214조의2 제1항이 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정한 헌법 제12조 제6항에 합치되는지 여부

### 〈결정요지〉

현행 헌법 제12조 제6항의 본질적 내용은 당사자가 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단절차와는 별도로 체포·구속 자체에 대한 적부 여부를 법원에 심사 청구할 수 있는 절차를 헌법적 차원에서 보장하는 규정으로 봄이 상당하다. 그런데 우리 형사소송법상 구속적부심사의 청구인적격을 피의자 등으로 한정하고 있어서 청구인이 구속적부심사청구권을 행사한 다음 검사가 법원의 결정이 있기 전에 기소하는 경우(이른바 전격기소), 영장에 근거한 구속의 헌법적 정당성에 대하여 법원이 실질적인 판단을 하지 못하고 그 청구를 기각할 수밖에 없다. 그러나 구속된 피의자가 적부심사청구권을 행사한 경우 검사는 그 적부심사절차에서 피구속자와 대립하는 반대 당사자의 지위만을 가지게 됨에도 불구하고 헌법상 독립된 법관으로부터 심사를 받고자 하는 청구인의 ‘절차적 기회’가 반대 당사자의 ‘전격기소’라고 하는 일방적 행위에 의하여 제한되어야 할 합리적인 이유가 없고, 검사가 전격기소를 한 이후 피고인에게 인정되는 ‘구속취소’라는 후속절차가 보장되어 있다고 하더라도 그에 따르는 적지 않은 시간적, 정신적, 경제적인 부담을 청구인에게 지워야 할 이유도 없으며, 기소이전단계에서 이미 행사된 적부심사청구권의 당부에 대하여 법원으로부터 실질적인 심사를 받을 수 있는 청구인의 절차적 기회를 완전히 박탈하여야 하는 합리적인 근거도 없기 때문에, 입법자는 그 한도 내에서 적부심사청구권의 본질적 내용을 제대로 구현하지 아니하였기 때문에 위현이다.

### 〈선정이유〉

구속적부심사의 청구권자를 ‘피의자’로 국한하고 있는 형사소송법규정은 검사의 전격기소의 경우 체포·구속 자체에 대한 적부 여부를 법원으로부터 심사를 받을 수 있는 절차적 기회를 박탈하기 때문에 헌법 제12조 제6항에 위반된다고 판단하면서도 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정이다.

## 110. 형사소급입법금지원칙과 보안처분

(현재 2015. 9. 24. 2015헌바35)

### 〈쟁점〉

1. 위치추적 전자장치 부착명령조항이 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부
2. 범죄행위 당시에 없었던 위치추적 전자장치 부착명령을 출소예정자에게 소급 적용할 수 있도록 한 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 부칙규정이 소급처벌금지원칙에 위배되는지 여부
3. 소급적용할 수 있도록 한 부칙규정이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 전자장치 부착은 과거의 불법에 대한 응보가 아닌 장래의 재범 위험성을 방지하기 위한 보안처분에 해당되므로, 형벌 부과외에 전자장치를 부착할 수 있도록 하는 부착명령청구조항은 헌법 제13조 제1항 후단의 이중처벌금지원칙에 위배되지 아니한다.
2. 전자장치 부착은 전통적 의미의 형벌이 아니며, 이를 통하여 피부착자의 위치만 국가에 노출될 뿐 그 행동 자체를 통제하지 않는다는 점에서 비형벌적 보안처분에 해당되므로, 이를 소급적용하도록 한 부칙경과조항은 헌법 제13조 제1항 전단의 소급처벌금지원칙에 위배되지 아니한다.
3. 전자장치 부착명령의 소급적용은 성폭력범죄의 재범 방지 및 사회 보호에 있어 실질적인 효과를 나타내고 있는 점, 장래의 재범 위험성으로 인한 보안처분의 판단시기는 범죄의 행위시가 아닌 재판시가 될 수밖에 없으므로 부착명령 청구 당시 형 집행 종료일까지 6개월 이상 남은 출소예정자가 자신이 부착명령 대상자가 아니라는 기대를 가졌더라도 그 신뢰의 보호가치는 크지 아니한 점, 피부착자의 기본권 제한을 최소화하기 위하여 법률은 피부착자에 대한 수신자료의 열람·조회를 엄격히 제한하고 부착명령의 탄력적 집행을 위한 가해제 제도를 운영하고 있는 점 등을 고려할 때, 부칙경과조항은 과잉금지원칙에 반하여 피부착자의 인격권 등을 침해하지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 8. 28. 2011헌마28등(디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항에 따른 디엔에이감식시료 채취).

현재 2016. 12. 29. 2015헌바196등(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙 제7조 제1항에 따른 신상정보공개).

### 〈선정이유〉

위치추적 전자장치 부착의 법적 성격이 보안처분임을 이유로 형벌외에 위치추적 전자장치를 부착하도록 하는 것이 이중처벌금지원칙에 위배되지 아니하며, 범죄행위 당시에 없었던 전자장치 부착명령조항을 근거로 출소예정자에게 소급 적용하더라도 형사소급입법금지원칙에 위배되지 아니한다고 본 결정이다.

## 제4절 사생활의 비밀과 자유

### 111. 변호사의 수임사건 건수 및 수임액 보고

(현재 2009. 10. 29. 2007헌마667)

#### 〈쟁점〉

변호사에게 전년도에 처리한 수임사건의 건수 및 수임액을 소속 지방변호사회에 보고하도록 규정하고 있는 구 변호사법 제28조의2가 청구인들의 사생활의 비밀을 침해하는지 여부

#### 〈결정요지〉

일반적으로 경제적 내지 직업적 활동은 복합적인 사회적 관계를 전제로 하여 다수 주체 간의 상호작용을 통하여 이루어지는 것이고, 특히 변호사의 업무는 다른 어느 직업적 활동보다도 강한 공공성을 내포한다는 점 등을 감안하여 볼 때, 변호사의 업무와 관련된 수임사건의 건수 및 수임액이 변호사의 내밀한 개인적 영역에 속하는 것이라고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

#### 〈참고판례〉

현재 2003. 10. 30. 2002헌마518

#### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 공적인 영역의 활동은 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 아니라 고 결정하였다. 다른 직업적 활동보다 강한 공공성을 내포하는 변호사의 업무와 관련된 수임사건의 건수 및 수임액은 변호사의 내밀한 개인적 영역에 속하는 것이라고 보기 어렵기 때문에 수임사건의 건수 및 수임액을 소속 지방변호사회에 보고하도록 하는 것은 변호사의 사생활의 자유와 비밀을 침해하지 않는다.

### 112. 접견 녹음 및 녹음파일 송부

(현재 2012. 12. 27. 2010헌마153)

#### 〈쟁점〉

1. 구치소장이 청구인과 배우자의 접견을 녹음한 행위가 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부
2. 구치소장이 검사의 요청에 따라 청구인과 배우자의 접견녹음파일을 제공한 행위가 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 녹음행위는 교정시설 내의 안전과 질서유지에 기여하기 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단이 적절하다. 또한, 소장은 미리 접견내용의 녹음 사실 등을 고지하며, 접견기록물의 엄격한 관리를 위한 제도적 장치도 마련되어 있는 점 등을 고려할 때 침해의 최소성 요건도 갖추었고, 이 사건 녹음행위는 미리 고지되어 청구인의 접견내용은 사생활의 비밀로서의 보호가 치가 그리 크지 않다고 할 것이므로 법익의 불균형을 인정하기도 어려워, 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 제공행위에 의하여 제공된 접견녹음파일로 특정개인을 식별할 수 있고, 그 대화내용 등은 인격주체성을 특징짓는 사항으로 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보이므로, 정보주체인 청구인의 동의 없이 접견녹음파일을 관계기관에 제공하는 것은 청구인의 개인정보자기결정권을 제한하는 것이다. 그런데 이 사건 제공행위는 형사사법의 실체적 진실을 발견하고 이를 통해 형사사법의 적정한 수행을 도모하기 위한 것으로 그 목적이 정당하고, 수단 역시 적합하다. 또한, 접견기록물의 제공은 제한적으로 이루어지고, 제공된 접견내용은 수사와 공소제기 등에 필요한 범위 내에서만 사용하도록 제도적 장치가 마련되어 있으며, 사적 대화내용을 분리하여 제공하는 것은 그 구분이 실질적으로 불가능하고, 범죄와 관련 있는 대화내용을 쉽게 파악하기 어려워 전체제공이 불가피한 점 등을 고려할 때 침해의 최소성 요건도 갖추고 있다. 나아가 접견내용이 기록된다는 사실이 미리 고지되어 그에 대한 보호가치가 그리 크다고 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 법익의 불균형을 인정하기도 어려우므로, 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2003. 10. 30. 2002헌마518

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 미결수용자가 배우자와 접견할 때 구치소장이 그 대화내용을 녹음한 것은 미결수용자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하고, 녹음파일을 검사의 요청에 따라 제공하는 것은 개인정보자기결정권을 제한한다고 보았으나, 대화내용의 녹음과 녹음파일의 제공행위가 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권은 침해하지 않는다고 결정하였다.

## 113. 독거실내 폐쇄회로 텔레비전 설치

(현재 2011. 9. 29. 2010헌마413)

### 〈쟁점〉

구치소장이 수용자의 거실에 폐쇄회로 텔레비전('CCTV')을 설치하여 계호한 행위가 과잉금지원칙에 위배하여 수용자의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 CCTV 계호행위는 청구인의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 교도관의 시선에 의한 감시만으로는 자살·자해 등의 교정사고 발생을 막는 데 시간적·공간적 공백이 있으므로 이를 메우기 위하여 CCTV를 설치하여 수형자를 상시적으로 관찰하는 것은 위 목적 달성에 적합한 수단이라 할 것이며, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 및 동법 시행규칙은 CCTV 계호행위로 인하여 수용자가 입게 되는 피해를 최소화하기 위하여 CCTV의 설치·운용에 관한 여러 가지 규정을 하고 있고, 이에 따라 피청구인은 청구인의 사생활의 비밀 및 자유에 대한 제한을 최소화하기 위한 조치를 취하고 있는 점, 상시적으로 청구인을 시선계호할 인력을 확보하는 것이 불가능한 현실에서 자살이 시도되는 경우 신속하게 이를 파악하여 응급조치를 실행하기 위하여 CCTV를 설치하여 청구인의 행동을 지속적으로 관찰하는 방법 외에 더 효과적인 다른 방법을 찾기 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 CCTV 계호행위는 피해의 최소성 요건을 갖추었다 할 것이고, 이로 인하여 청구인의 사생활에 상당한 제약이 가하여진다고 하더라도, 청구인의 행동을 상시적으로 관찰함으로써 그의 생명·신체를 보호하고 교정시설 내의 안전과 질서를 보호하려는 공익 또한 그보다 결코 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 CCTV 계호행위가 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고는 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 5. 29. 2005헌마137

### 〈선정이유〉

CCTV 계호행위의 법률적 근거가 마련되지 않고 있던 중 2005. 2. 2. 이에 관한 헌법소원심판이 청구되었다(2005헌마137). 이 사건에서 재판관 5인의 다수의견은 법률의 근거 없이 CCTV 계호행위가 이루어지고 있는 것은 법률유보원칙에 반하여 위헌이라고 판단하였으나, 위헌의결 정족수에 이르지 못하여 2008. 5. 29. 합헌결정이 이루어졌다(현재 2008. 5. 29. 2005헌마137). 현행 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(형집행법) 제94조에서는 전자장비를 이용한 계호에 관하여 규정하고 있다. 제1항에서 교도관은 자살 등 수용자의 생명·신체를 해하거나 시설의 안전 또는 질서를 해하는 행위를 방지하기 위하여 필요한 범위에서 전자장비를 이용하여 수용자 또는 시설을 계호할 수 있도록 규정하고 있다. 다만, 전자영상장비로 거실에 있는 수용자를 계호하는 것은 자살 등의 우려가 큰 때에만 할 수 있도록 규정한다.

### 114. 금연구역 지정

(현재 2004. 8. 26. 2003헌마457)

### 〈쟁점〉

흡연권의 헌법적 근거, 제한가능성 및 과잉금지원칙 위배여부

### 〈결정요지〉

1. 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다.
2. 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위 기본권이 제한될 수 있으므로, 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.
3. 흡연은 국민의 건강을 해치고 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 국민 공동의 공공복리에 관계되므로, 공공복리를 위하여 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항에 따라 흡연행위를 법률로써 제한할 수 있다.
4. 금연구역의 지정에 관하여 규정하고 있는 국민건강증진법시행규칙 제7조는 국민의 건강을 보호하기 위한 것으로서 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 일정한 내용의 금연구역을 설정하는 방법의 적정성도 인정할 수 있으며, 달성하려는 공익이 제한되는 사익보다 커 법익균형성도 인정되고, 금연구역 지정의 대상과 요건을 고려할 때 최소침해성도 인정되므로, 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2001. 8. 30. 99헌바92

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 흡연권은 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조에 근거를 두고 있고, 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 하였다. 헌법재판소는 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다고 하였으며, 국민의 건강을 보호하기 위하여 금연구역을 지정함으로써 흡연행위를 제한하는 것은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

## 115. 열 손가락 지문과 개인정보자기결정권

(현재 2015. 5. 28. 2011헌마731)

### 〈쟁점〉

주민등록증 발급신청서에 열 손가락 지문을 찍도록 규정한 구 주민등록법 시행령 제36조 제2항에 의한 별지 제30호 서식 중 열 손가락의 지문을 찍도록 한 부분이 법률유보원칙에 위배되는지 여부 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 구 주민등록법 제24조 제2항은 주민등록증의 수록사항 중 하나로 지문을 규정하고 있을 뿐 ‘오른손 엄지손가락 지문’으로 특정한 바 없고, 이 사건 시행령조항은 구 주민등록법 제24조 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증 발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인을 위하

여 열 손가락의 지문을 날인하도록 규정한 것이므로, 법률유보원칙에 위배되지 않는다. 다만, 국가는 개인정보자기결정권을 제한함에 있어 개인정보의 수집·보관·이용 등의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률에 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 보다 명확히 하는 것이 바람직하므로, 지문정보의 수집·보관·활용에 있어서도 그 목적과 대상, 범위, 기한 등의 요건을 구체적으로 규정하는 입법개선의 노력이 필요하다.

2. 이 사건 시행령조항은 신원확인기능의 효율적 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위하여 열 손가락 지문전부를 주민등록증 발급신청서에 날인하도록 규정하고 있는 바, 지문정보가 유전자, 홍채, 치아 등 다른 신원확인수단에 비하여 간편하고 효율적이며, 일정한 범위의 범죄자나 손가락 일부의 지문정보를 수집하는 것만으로는 열 손가락 지문을 대조하는 것과 그 정확성 면에서 비교하기 어렵다는 점 등을 고려하면, 이 사건 시행령조항이 과도하게 개인정보 자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

#### 〈참고판례〉

현재 2005. 5. 26. 99헌마513등

#### 〈선정이유〉

헌법재판소는 현재 2005. 5. 26. 99헌마513등 사건에서 지문날인제도가 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 결정하였고, 이 결정에서도 선례를 변경할 특별한 사정이 없다는 이유로 종례의 결정을 그대로 원용하고 있다.

### 116. 주민등록번호 변경

(현재 2015. 12. 23. 2013헌바68등)

#### 〈쟁점〉

개인별로 주민등록번호를 부여하면서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 주민등록법 제7조가 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

#### 〈결정요지〉

주민등록번호는 표준식별번호로 기능함으로써 개인정보를 통합하는 연결자로 사용되고 있어, 불법 유출 또는 오·남용될 경우 개인의 사생활뿐만 아니라 생명·신체·재산까지 침해될 소지가 크므로 이를 관리하는 국가는 이러한 사례가 발생하지 않도록 철저히 관리하여야 하고, 이러한 문제가 발생한 경우 그로 인한 피해가 최소화되도록 제도를 정비하고 보완하여야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 주민등록번호 유출 또는 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 주민등록번호 변경을 일체 허용하지 않는 것은 그 자체로 개인정보자기결정권에 대한 과도한 침해가 될 수 있다. 비록 국가가 개인정보보호법 등으로 정보보호를 위한 조치를 취하고 있더라도, 여전히 주민등록번호를 처리하거나 수집·이용할 수 있는 경우가 적지 아니하며, 이미 유출되어 발생된 피해에 대해서는 뚜렷한 해결책을 제시해 주지 못하므로, 국민의 개인정보를 충분히 보호하고 있다고 보기 어렵다. 한편, 개별적인 주민등록번호 변경을 허용하더라도 변경 전 주민등

록번호와의 연계 시스템을 구축하여 활용한다면 개인식별기능 및 본인 동일성 증명기능에 혼란이 발생할 가능성이 없고, 일정한 요건 하에 객관성과 공정성을 갖춘 기관의 심사를 거쳐 변경할 수 있도록 한다면 주민등록번호 변경절차를 악용하려는 시도를 차단할 수 있으며, 사회적으로 큰 혼란을 불러일으키지도 않을 것이다. 따라서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 심판대 상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 5. 26. 99헌마513등

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 국가가 주민등록번호를 부여·관리·이용하면서 그 변경에 관한 규정을 두지 않음으로써 주민등록번호 불법 유출 등을 원인으로 자신의 주민등록번호를 변경하고자 하는 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 결정하였다.

## 117. 어린이집의 폐쇄회로 텔레비전 설치

(현재 2017. 12. 28. 2015헌마994)

### 〈쟁점〉

1. 어린이집에 폐쇄회로 텔레비전('CCTV')을 원칙적으로 설치하도록 하는 것이 어린이집 보육교사의 사생활의 비밀과 자유 등을 침해하는지 여부
2. 보호자가 자녀 또는 보호아동의 안전을 확인할 목적으로 CCTV 영상정보 열람을 할 수 있도록 하는 것이 어린이집 보육교사의 개인정보자기결정권 등을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 법 제15조의4 제1항 제1호는 보호자 전원이 반대하지 않는 한 어린이집에 의무적으로 CCTV 설치하도록 정하고 있으므로, 어린이집 설치·운영자의 직업수행의 자유, 어린이집 보육교사(원장 포함) 및 영유아의 사생활의 비밀과 자유, 부모의 자녀교육권을 제한한다. 이는 어린이집 안전사고와 보육교사등에 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 CCTV 외에 네트워크 카메라 설치는 원칙적으로 금지하고, 녹음기능 사용금지 등으로 관련 기본권 침해를 최소화하기 위한 조치를 마련하고 있으며, 보호자 전원이 CCTV 설치에 반대하는 경우에는 CCTV를 설치하지 않을 수 있는 가능성을 열어두고 있으므로 이 조항은 침해의 최소성에 반하지 아니한다. 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 가해지는 제약이 위와 같은 공익에 비하여 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 법 제15조의4 제1항 제1호 및 제15조의5 제2항 제2호 중 “녹음기능을 사

용하거나” 부분은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다.

2. 법 제15조의5 제1항 제1호는 어린이집 안전사고 내지 아동학대 적발 및 방지를 위한 것으로, 아동학대 등이 의심되는 경우 보호자가 영상정보 열람을 통해 이를 확인할 수 있도록 하는 것은 어린이집에 CCTV 설치를 의무화하는 이유이다. 법은 CCTV 열람의 활용 목적을 제한하고 있고, 어린이집 원장은 열람시간 지정 등을 통해 보육활동에 지장이 없도록 보호자의 열람 요청에 적절히 대응할 수 있으므로 이 조항으로 어린이집 원장이나 보육교사 등의 기본권이 필요 이상으로 과도하게 제한된다고 볼 수 없다. 또한 이를 통해 달성할 수 있는 보호자와 어린이집 사이의 신뢰회복 및 어린이집 아동학대 근절이라는 공익의 중대함에 반하여, 제한되는 사익이 크다고 보기 어렵다. 따라서 법 제15조의5 제1항 제1호는 과잉금지원칙을 위반하여 어린이집 보육교사 등의 개인정보자기결정권 및 어린이집 원장의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

### 〈참고판례〉

(현재 2012. 12. 27. 2010현가82등; 현재 2015. 7. 30. 2014현마340등)

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 어린이집 CCTV ‘설치 조항’은 어린이집 보육교사와 영유아의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, CCTV ‘열람조항’은 보육교사 등의 개인정보자기결정권을 제한하는 규정이지만, CCTV 설치조항과 열람조항이 그들의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 결정하였다.

## 118. 성범죄자의 신상정보 등록과 보존·관리

(현재 2015. 7. 30. 2014현마340등)

### 〈쟁점〉

1. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영, 카메라등이용촬영미수)죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 것이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부
2. 법무부장관은 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하여야 한다고 규정한 성폭력특례법 제45조 제1항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 성범죄자의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 일정한 성범죄를 저지른 자로부터 신상정보를 제출받아 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 처벌범위 확대, 법정형 강화만으로 카메라등이용촬영범죄를 억제하기에 한계가 있으므로 위 범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가가 관리하는 것은 재범을 방지하는 유효하고 현실적인 방법이 될 수 있다. 카메라등이용촬영죄의 행위 태양, 불법성의 경중은 다양할 수 있으나, 결국 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 침해하는 성범죄로서의 본질은 같으므로 입법자가 개별 카메라등이용촬영죄의 행위 태양, 불법성을 구별하지 않은 것이 지나친 제한이라고 볼 수 없

고, 신상정보 등록대상자가 된다고 하여 그 자체로 사회복귀가 저해되거나 전과자라는 사회적 낙인이 찍히는 것은 아니므로 침해되는 사익은 크지 않은 반면 이 사건 등록조항을 통해 달성되는 공익은 매우 중요하다. 따라서 이 사건 등록조항은 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.

2. 성범죄의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 법무부장관이 등록대상자의 재범 위험성이 상존하는 20년 동안 그의 신상정보를 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 그런데 재범의 위험성은 등록대상 성범죄의 종류, 등록대상자의 특성에 따라 다르게 나타날 수 있고, 입법자는 이에 따라 등록기간을 차등화함으로써 등록대상자의 개인정보자기결정권에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직함에도, 이 사건 관리조항은 모든 등록대상 성범죄자에 대하여 일률적으로 20년의 등록기간을 적용하고 있으며, 이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 정해지고 나면, 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위해 심사를 받을 수 있는 여지도 없으므로 지나치게 가혹하다. 그리고 이 사건 관리조항이 추구하는 공익이 중요하더라도, 모든 등록대상자에게 20년 동안 신상정보를 등록하게 하고 위 기간 동안 각종 의무를 부과하는 것은 비교적 경미한 등록대상 성범죄를 저지르고 재범의 위험성도 많지 않은 자들에 대해서는 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이의 불균형이 발생할 수 있으므로 이 사건 관리조항은 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

(현재 2013. 10. 24. 2011헌바106등; 현재 2014. 7. 24. 2013헌마423등)

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 성폭력특례법상의 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정하도록 하는 ‘등록조항’은 등록대상자의 개인정보자기결정권을 침해하지 않지만, 법무부장관으로 하여금 신상정보 등록대상자의 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하게 하는 ‘관리조항’에 대해서는 개인정보자기결정권을 침해한다고 결정하였다.

## 119. 형제자매에 의한 증명서 발급

(현재 2016. 6. 30. 2015헌마924)

### 〈쟁점〉

형제자매에게 가족관계등록부 등의 기록사항에 관한 증명서 교부청구권을 부여하는 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문 중 ‘형제자매’ 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 법률조항은 본인이 스스로 증명서를 발급받기 어려운 경우 형제자매를 통해 증명서를 간편하게 발급받게 하고, 친족·상속 등과 관련된 자료를 수집하려는 형제자매가 본인에 대한 증명서를 편리하게 발급받을 수 있도록 하기 위한 것으로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그러나 가족관계등록법상 각종 증명서에 기재된 개인정보가 유출되거나 오남용될 경우 정보의 주체에게 가해지는 타격은 크므로 증명서 교부청구권자의 범위는 가능한 한 축소하여야 하는데, 형

제자매는 언제나 이해관계를 같이 하는 것은 아니므로 형제자매가 본인에 대한 개인정보를 오남용 또는 유출할 가능성은 얼마든지 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 증명서 발급에 있어 형제자매에게 정보주체인 본인과 거의 같은 지위를 부여하고 있으므로, 이는 증명서 교부청구권자의 범위를 필요한 최소한도로 한정한 것이라고 볼 수 없다. 본인은 인터넷을 이용하거나 위임을 통해 각종 증명서를 발급받을 수 있으며, 가족관계등록법 제14조 제1항 단서 각 호에서 일정한 경우에는 제3자도 각종 증명서의 교부를 청구할 수 있으므로 형제자매는 이를 통해 각종 증명서를 발급받을 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성에 위배된다. 또한, 이 사건 법률조항을 통해 달성하려는 공익에 비해 초래되는 기본권 제한의 정도가 중대하므로 법익의 균형성도 인정하기 어려워, 이 사건 법률조항은 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 2. 3. 2001헌가9등; 현재 2005. 5. 26. 99헌마513; 현재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 현재 2009. 9. 24. 2007헌마1092

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 사건 법률조항에 의하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유가 침해된다는 청구인의 주장에 대하여, 이러한 기본권들은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것으로서 청구인의 개인정보에 대한 공개와 이용이 문제되는 이 사건에서는 별도로 판단하지 않았으며, 개인정보자기결정권 침해 여부에 관하여만 판단하였다.

## 120. 가정폭력 피해자에 의한 가족관계증명서 등 발급

(현재 2020. 8. 28. 2018헌마927)

### 〈쟁점〉

‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문 중 ‘직계혈족이 제15조에 규정된 증명서 가운데 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구’하는 부분이 불완전·불충분하게 규정되어 있어 가정폭력 피해자의 개인정보를 보호하기 위한 구체적 방안을 마련하지 아니한 것이 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 법률조항은 가정폭력 피해자에 대한 별도의 제한 없이 직계혈족이기만 하면 사실상 자 유롭게 그 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구하여 발급받을 수 있도록 함으로써, 그로 인하여 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보가 가정폭력 피해자인 전 배우자에게 무단으로 유출될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 따라서 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 2. 3. 2001헌가9등; 현재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 현재 2009. 9. 24. 2007헌마1092; 현재 2016. 6. 30. 2015헌마924

한편 헌법재판소는 정보주체의 배우자나 직계혈족이 정보주체의 위임 없이도 정보주체의 가족관계 상세증명서의 교부 청구를 할 수 있도록 하는 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문 중 ‘배우자, 직계혈족은 제15조 제1항 제1호에 규정된 가족관계증명서에 대한 상세증명서의 교부를 청구할 수 있다.’ 부분은 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 하였다(현재 2022. 11. 24. 2021헌마130).

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 불완전·불충분하게 규정되어, 직계혈족이 가정폭력의 피해자로 판명된 경우 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 제한하는 등의 가정폭력 피해자의 개인정보를 보호하기 위한 구체적 방안을 마련하지 아니한 부진정입법부작위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다고 결정하였다.

## 121. 건강보험 요양급여내역 제공 요청 및 제공 행위

(현재 2018. 8. 30. 2014헌마368)

### 〈쟁점〉

- 서울용산경찰서장이 국민건강보험공단에게 청구인들의 요양급여내역의 제공을 요청한 행위(이하 ‘이 사건 사실조회행위’라 한다)의 공권력 행사성이 인정되는지 여부
- 국민건강보험공단이 서울용산경찰서장에게 청구인들의 요양급여내역을 제공한 행위가 영장주의에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부
- 이 사건 정보제공행위가 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 사실조회행위의 근거조항인 이 사건 사실조회조항은 수사기관에 공사단체 등에 대한 사실조회의 권한을 부여하고 있을 뿐이고, 국민건강보험공단은 서울용산경찰서장의 사실조회에 응하거나 협조하여야 할 의무를 부담하지 않는다. 따라서 이 사건 사실조회행위만으로는 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵고, 국민건강보험공단의 자발적인 협조가 있어야만 비로소 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한된다. 그러므로 이 사건 사실조회행위는 공권력 행사성이 인정되지 않는다.

2. 이 사건 사실조회행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하므로, 이에 응하여 이루어진 이 사건 정보제공행위에도 영장주의가 적용되지 않는다. 그러므로 이 사건 정보제공행위가 영장주의에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 국민건강보험공단은 이 사건 정보제공조항, ‘개인정보 보호법’ 제23조 제1항 제2호, ‘경찰관

직무집행법 시행령' 제8조 등에 따라 범죄의 수사를 위하여 불가피한 경우 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고 민감정보를 서울용산경찰서장에게 제공할 수 있다. 서울용산경찰서장은 청구인들을 검거하기 위해서 국민건강보험공단에게 청구인들의 요양급여내역을 요청한 것인데, 서울용산경찰서장은 그와 같은 요청을 할 당시 전기통신사업자로부터 위치추적자료를 제공받는 등으로 청구인들의 위치를 확인하였거나 확인할 수 있는 상태였다. 따라서 서울용산경찰서장이 청구인들을 검거하기 위하여 청구인들의 약 2년 또는 3년이라는 장기간의 요양급여내역을 제공받는 것이 불가피하였다고 보기 어렵다. 한편 급여일자와 요양기관명은 피의자의 현재 위치를 곧바로 파악할 수 있는 정보는 아니므로, 이 사건 정보제공행위로 얻을 수 있는 수사상의 이익은 없었거나 미약한 정도였다. 반면 서울용산경찰서장에게 제공된 요양기관명에는 전문의의 병원도 포함되어 있어 청구인들의 질병의 종류를 예측할 수 있는 점, 2년 내지 3년 동안의 요양급여정보는 청구인들의 건강 상태에 대한 총체적인 정보를 구성할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 정보제공행위로 인한 청구인들의 개인정보자기결정권에 대한 침해는 매우 중대하다. 그렇다면 이 사건 정보제공행위는 이 사건 정보제공조항 등이 정한 요건을 충족한 것으로 볼 수 없고, 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다.

#### 〈참고판례〉

(현재 2012. 2. 23. 2008헌마500; 현재 2014. 8. 28. 2011헌마28등)

#### 〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 국민건강보험공단이 서울용산경찰서장에게 청구인들의 요양급여내역을 제공한 행위가 영장주의에는 위배되지 않지만, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 결정하였다.

### 122. 교육정보시스템을 통한 개인정보수집

(현재 2005. 7. 21. 2003헌마282등)

#### 〈쟁점〉

서울특별시 교육감 등이 졸업생의 성명, 생년월일 및 졸업일자 정보를 교육정보시스템(NEIS)에 보유하는 행위가 그 정보주체의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

#### 〈결정요지〉

개인정보의 종류 및 성격, 수집목적, 이용형태, 정보처리방식 등에 따라 개인정보자기결정권의 제한이 인격권 또는 사생활의 자유에 미치는 영향이나 침해의 정도는 달라지므로 개인정보자기결정권의 제한이 정당한지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 요소들과 추구하는 공익의 중요성을 해아려야 하는바, 피청구인들이 졸업증명서 발급업무에 관한 민원인의 편의 도모, 행정효율성의 제고를 위하여 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어려운 성명, 생년월일, 졸업일자 정보만을 NEIS에 보유하고 있는 것은 목적의 달성을 위한 최소한의 정보만을 보유하는 것이라 할 수 있고, 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 규정된 개인정보 보호

를 위한 법규정들의 적용을 받을 뿐만 아니라 피청구인들이 보유목적을 벗어나 개인정보를 무단 사용하였다는 점을 인정할 만한 자료가 없는 한 NEIS라는 자동화된 전산시스템으로 그 정보를 보유하고 있다는 점만으로 피청구인들의 적법한 보유행위 자체의 정당성마저 부인하기는 어렵다.

### 〈참고판례〉

현재 2005. 5. 26. 99헌마513등

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다고 결정하였다.

## 123. 디엔에이신원확인정보의 관리

(현재 2018. 8. 30. 2016헌마344등)

### 〈쟁점〉

채취대상자가 사망할 때까지 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록, 관리할 수 있도록 규정한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’ 제13조 제3항 중 수형인등에 관한 부분(이하 ‘이 사건 삭제 조항’이라 한다)이 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 헌법재판소는 2014. 8. 28. 2011헌마28등 결정에서 이 사건 삭제 조항이 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다고 판단하였는바, 이 사건에서 이와 달리 판단해야 할 아무런 사정변경이 없으므로, 이를 그대로 유지하기로 한다.

※ 2014. 8. 28. 2011헌마28등 결정의 요지

재범의 위험성이 높은 범죄를 범한 수형인 등은 생존하는 동안 재범의 가능성이 있으므로, 디엔에이신원확인정보를 수형인등이 사망할 때까지 관리하여 범죄 수사 및 예방에 이바지하고자 하는 이 사건 삭제조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 디엔에이신원확인정보는 개인식별을 위한 최소한의 정보인 단순한 숫자에 불과하여 이로부터 개인의 유전정보를 확인할 수 없는 것이어서 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고, 디엔에이신원확인정보의 수록 후 디엔에이감식시료와 디엔에이의 즉시 폐기, 무죄 등의 판결이 확정된 경우 디엔에이신원확인정보의 삭제, 디엔에이인적관리자와 디엔에이신원확인정보담당자의 분리, 디엔에이신원확인정보데이터베이스관리위원회의 설치, 업무목적 외 디엔에이신원확인정보의 사용·제공·누설 금지 및 위반시 처벌, 데이터베이스 보안장치 등 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있으므로 이 사건 삭제조항은 침해최소성 원칙에 위배되지 않는다. 디엔에이신원확인정보를 범죄수사 등에 이용함으로써 달성할 수 있는 공익의 중요성에 비하여 청구인의 불이익이 크다고 보기 어려워 법익균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 삭제조항이 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 8. 28. 2011헌마28등

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인사건(현재 2014. 8. 28. 2011헌마28등)에서 이 사건 삭제 조항이 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다고 판단하였으며, 위 결정에서 2011헌마28등 사건과 달리 판단해야 할 아무런 사정변경이 없으므로 과거의 결정내용을 그대로 유지하고 있다.

## 124. 재산등록의무

(현재 2014. 6. 26. 2012헌마331)

### 〈쟁점〉

금융감독원의 4급 이상 직원에 대하여 공직자윤리법상 재산등록의무를 부과하는 공직자윤리법 제3조 제1항 제13호 중 공직자윤리법 시행령 제3조 제4항 제15호에 관한 부분이 금융감독원의 4급 직원인 청구인들의 사생활의 비밀의 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 재산등록 조항은 금융감독원 직원의 비리유혹을 억제하고 업무 집행의 투명성 및 청렴성을 확보하기 위한 것으로 입법목적이 정당하고, 금융기관의 업무 및 재산상황에 대한 검사 및 감독과 그에 따른 제재를 업무로 하는 금융감독원의 특성상 소속 직원의 금융기관에 대한 실질적인 영향력 및 비리 개연성이 클 수 있다는 점을 고려할 때 일정 직급 이상의 금융감독원 직원에게 재산등록의무를 부과하는 것은 적절한 수단이다. 재산등록제도는 재산공개제도와 구별되는 것이고, 재산등록사항의 누설 및 목적 외 사용 금지 등 재산등록사항이 외부에 알려지지 않도록 보호하는 조치가 마련되어 있다. 재산등록대상에 본인 외에 배우자와 직계존비속도 포함되나 이는 등록의무자의 재산은닉을 방지하기 위하여 불가피한 것이며, 고지거부제도 운용 및 혼인한 직계비속인 여자, 외조부모 등을 대상에서 제외함으로써 피해를 최소화하고 있다. 또한 이 사건 재산등록 조항에 의하여 제한되는 사생활 영역은 재산관계에 한정됨에 비하여 이를 통해 달성할 수 있는 공익은 금융감독원 업무의 투명성 및 책임성 확보 등으로 종대하므로 법익균형성도 충족하고 있다. 따라서 이 사건 재산등록 조항은 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2010. 10. 28. 2009헌마544

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 공직자윤리법상의 재산등록 조항은 금융기관의 업무에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 금융감독원의 4급 이상 직원에 대하여 재산등록의무를 부과함으로써, 재산상태의 감시를

통해 부정한 재산증식을 사전에 방지하고 그 결과 금융감독원에 대한 국민의 신뢰를 제고하여 공적 업무에 종사하는 금융감독원 직원의 책임성을 확보하고자 하는 것이므로 그 입법목적이 정당하고 보았으며, 등록대상자의 기본권을 최소화하는 다른 수단을 마련하고 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.

## 125. (공직자의 질병명(병역면제사유) 공개)

(현재 2007. 5. 31. 2005헌마1139)

### 〈쟁점〉

- 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치에 대한 위헌심사기준
- 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

1. ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니 된다.

2. 가. 병역부담평등에 대한 사회적 요구가 대단히 강한 우리 사회에서, ‘부정한 병역면탈의 방지’와 ‘병역의무의 자진이행에 기여’라는 입법목적을 달성하기 위해서는 병역사항을 신고하게 하고 적정한 방법으로 이를 공개하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 한편, 질병은 병역처분에 있어 고려되는 본질적 요소이므로 병역공개제도의 실현을 위해 질병명에 대한 신고와 그 적정한 공개 자체는 필요하다 할 수 있다.

나. 이 사건 법률조항은 사생활 보호의 헌법적 요청을 거의 고려하지 않은 채 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 질병명과 그렇지 않은 것을 가리지 않고 무차별적으로 공개도록 하고 있으며, 일정한 질병에 대한 비공개요구권도 인정하고 있지 않다. 그리하여 그 공개 시 인격이나 사생활의 심각한 침해를 초래할 수 있는 질병이나 심신장애내용까지도 예외 없이 공개함으로써 신고의무자인 공무원의 사생활의 비밀을 심각하게 침해하고 있다.

다. 우리 현실에 비추어 질병명 공개와 같은 쳐방을 통한 병역풍토의 쇄신이 필요하다 하더라도 특별한 책임과 희생을 추궁할 수 있는 소수 사회지도층에 국한하여야 할 것이다. 4급 공무원이면 주로 과장급 또는 계장급 공무원에 해당하여 주요 정책이나 기획의 직접적·최종적 결정권을 가진다고는 할 수 없고, 사회의 일반적 관념에 비추어 보면 평범한 직업인의 하나에 불과한 경우도 많을 것이다. 이런 점에서 이들의 병역정보가 설사 공적 관심의 대상이 된다 할지라도 그 정도는 비교적 약하다고 하지 않을 수 없고, 그렇다면 공무원 개인을 위한 정보 보호의 요청을 쉽사리 낮추어서는 아니 되며 그 정보가 질병명과 같이 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 것일 때는 더욱

그러하다.

라. 이 사건 법률조항이 공적 관심의 정도가 약한 4급 이상의 공무원들까지 대상으로 삼아 모든 질병명을 아무런 예외 없이 공개토록 한 것은 입법목적 실현에 치중한 나머지 사생활 보호의 헌법적 요청을 현저히 무시한 것이고, 이로 인하여 청구인들을 비롯한 해당 공무원들의 헌법 제17조가 보장하는 기본권인 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 2003. 10. 30. 2002헌마518

#### 〈선정이유〉

헌법재판소는 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치에 대한 위헌심사기준으로 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행해져야 한다고 결정하였다.

### 제5절 양심의 자유, 종교의 자유, 학문과 예술의 자유

#### 126. 대체복무와 양심의 자유

(현재 2018. 6. 28. 2011헌바379)

#### 〈쟁점〉

양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항이 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는지 여부

#### 〈결정요지〉

병역종류조항이 추구하는 ‘국가안보’ 및 ‘병역의무의 공평한 부담’이라는 공익은 대단히 중요하나, 병역종류조항에 대체복무제를 도입한다고 하더라도 위와 같은 공익은 충분히 달성할 수 있다고 판단된다. 반면, 병역종류조항이 대체복무제를 규정하지 아니함으로 인하여 양심적 병역거부자들은 최소 1년 6월 이상의 징역형과 그에 따른 막대한 유·무형의 불이익을 감수하여야 한다. 양심적 병역거부자들에게 공익 관련 업무에 종사하도록 한다면, 이들을 처벌하여 교도소에 수용하고 있는 것 보다는 넓은 의미의 안보와 공익실현에 더 유익한 효과를 거둘 수 있을 것이다. 따라서 병역종류조항은 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하였다.

그렇다면 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다.

#### 〈참고판례〉

병역법 제88조 제1항 제1호(양심적 병역거부)위헌제청(현재 2011. 8. 30. 2008헌가22)

병역법 제88조 제1항 제1호(양심적 병역거부)위헌제청(현재 2004. 8. 26. 2002헌가1)

### 〈선정이유〉

병역종류조항에 대체복무제가 마련되지 아니한 상황에서, 양심상의 결정에 따라 입영을 거부하거나 소집에 불응하는 이 사건 청구인 등이 대법원 판례에 따라 처벌조항에 의하여 형벌을 부과받음으로써 양심에 반하는 행동을 강요받고 있는바, 이 사건 법률조항은 ‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉, ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 침해한다고 본 결정이다.

## 127. 사죄광고와 양심의 자유

(현재 1991. 4. 1. 89헌마160)

### 〈쟁점〉

민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”이란 주로 사죄광고를 뜻하는데, 법원이 판결로서 사죄광고를 명하고 이를 강제집행하도록 하는 것이 양심의 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포함한다고 할 것이다.

사죄강제의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며, 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다)이라고 보지 않을 수 없다.

민법 제764조가 동조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것이라면 동 규정은 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

준법서약제 등 위헌확인(현재 2002. 4. 25. 98헌마425)

### 〈선정이유〉

양심의 자유의 내용을 가치적 윤리적 판단까지도 포함한다고 본 결정이다. 한편 법인의 경우도 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 될 수 있다고 보았다는 점, 다의적 해석 가능성이 있는 조문에 대하여 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합의적(合意的) 의미를 천명한 점에서 법리적으로도 헌법공부를 위한 논쟁적 측면이 포함된 결정이다.

## 128. 준법서약제와 양심의 자유

(현재 2002. 4. 25. 98헌마425)

### 〈쟁점〉

국가보안법위반 및 집회및시위에관한법률위반 수형자의 가석방 결정시 준법서약서를 제출하도록 한 가석방심사등에관한규칙 제14조가 준법서약의 내용상 서약자의 양심의 영역을 침범하는 것인지 여부

### 〈결정요지〉

내용상 단순히 국법질서나 헌법체제를 준수하겠다는 취지의 서약을 할 것을 요구하는 이 사건 준법서약은 국민이 부담하는 일반적 의무를 장래를 향하여 확인하는 것에 불과하며, 어떠한 가정적 혹은 실제적 상황하에서 특정의 사유(思惟)를 하거나 특별한 행동을 할 것을 새로이 요구하는 것이 아니다. 따라서 이 사건 준법서약은 어떤 구체적이거나 적극적인 내용을 담지 않은 채 단순한 헌법적 의무의 확인·서약에 불과하다 할 것이어서 양심의 영역을 칸드리는 것이 아니다.

양심의 자유는 내심에서 우러나오는 윤리적 확신과 이에 반하는 외부적 법질서의 요구가 서로 회피할 수 없는 상태로 충돌할 때에만 침해될 수 있다. 그러므로 당해 실정법이 특정의 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고내지 허용하고 있는 데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다 할 수 없다.

이 사건의 경우, 가석방심사등에관한규칙 제14조에 의하여 준법서약서의 제출이 반드시 법적으로 강제되어 있는 것이 아니다. 당해 수형자는 가석방심사위원회의 판단에 따라 준법서약서의 제출을 요구받았다고 하더라도 자신의 의사에 의하여 준법서약서의 제출을 거부할 수 있다.

이와 같이 위 규칙조항은 내용상 당해 수형자에게 하등의 법적 의무를 부과하는 것이 아니며 이 행강제나 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.

### 〈참고판례〉

민법 제764조(사죄광고) 위현여부에 관한 헌법소원(현재 1991. 4. 1. 89헌마160)

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 우리 헌법이 사상 혹은 이데올로기의 자유에 관한 명문의 보호규정을 두고 있지 않은 점을 감안하고, 민주주의의 정신적 기초로서의 양심의 자유의 중요성에 비추어 이를 폭넓게 인정하여 왔으나 이 사건의 다수의견은 이러한 우리 재판소의 위 선례를 고려하지 않고 오히려 양심의 범위를 도덕적 양심, 즉 개인의 윤리적 정체성에 관한 절박하고 구체적인 양심에 한정시키면서 이 사건을 판단함으로서 종래의 판례취지를 축소 내지 변경하는 것이라고 할 수 있는지 등 헌법적 쟁점을 내포하고 있다.

## 129. 학교폭력 가해학생에 대한 서면사과 조치 등 사건

(현재 2023. 2. 23. 2019헌바93등)

### 〈쟁점〉

1. 학교폭력대책자치위원회의 설치·운영 등에 관한 사항과 자치위원회의 구성·운영 등에 관한 사항을 대통령령에 위임하도록 규정한 구 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’ 제12조 제4항, 제13조 제1항, 제4항(이하 ‘이 사건 자치위원회 위임규정’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 가해학생에 대한 조치별 적용 기준을 대통령령에 위임하도록 규정한 구 학교폭력예방법 제17조 제1항 본문 후단(이하 ‘이 사건 조치별 적용기준 위임규정’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 가해학생에 대한 조치로 피해학생에 대한 서면사과를 규정한 구 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 서면사과조항’이라 한다)가 가해학생의 양심의 자유와 인격권을 침해하는지 여부(소극)
4. 가해학생에 대한 조치로 피해학생 및 신고·고발한 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지를 규정한 구 학교폭력예방법 제17조 제1항 제2호(이하 ‘이 사건 접촉 등 금지조항’이라 한다)가 가해학생의 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)
5. 가해학생에 대한 조치로 학급교체를 규정한 구 학교폭력예방법 제17조 제1항 제7호(이하 ‘이 사건 학급교체조항’이라 한다)가 가해학생의 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)
6. 학부모대표가 전체위원의 과반수를 구성하고 있는 자치위원회에서 일정한 요건을 갖춘 경우 반드시 회의를 소집하여 가해학생에 대한 조치의 내용을 결정하게 하고 학교의 장이 이에 구속되도록 규정한 구 학교폭력예방법 제13조 제1항, 제2항, 제17조 제1항, 제6항(이하 ‘이 사건 의무화 규정’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 가해학생의 양심의 자유, 인격권 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 학교폭력의 원인은 다양하고, 자치위원회는 개별 학교에 설치되는 기구이므로, 구체적인 학교 현실과 교육적인 측면의 정책적 판단이 반영될 수 있도록 자치위원회의 설치·운영·구성 등에 관한 사항을 대통령령에 위임할 필요성이 인정된다. 또한, 구 학교폭력예방법에서는 자치위원회의 설치 장소, 위원의 구성, 회의 개최 시기, 소집 요건 등 기본적인 사항을 직접 규정하고 있으므로, 이 사건 자치위원회 위임규정에 따라 대통령령에 규정될 내용이 위원장 및 위원의 자격요건이나 선출 또는 위촉방법, 회의의 구체적인 소집절차나 심의방법 등 자치위원회의 설치·운영 등에 관하여 필요한 구체적인 사항이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 따라서 이 사건 자치위원회 위임규정은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.
2. 가해학생에 대한 각 조치별 적용기준을 학교폭력의 태양이나 심각성, 피해학생의 피해 정도나 가해학생에 미치는 교육적 효과 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 정하는 것이 피해학생의 보호와 가해학생의 선도 및 교육에 보다 효과적인 방법이 될 수 있으므로, 대통령령에 위임할 필요성이 인정된다. 또한, 구 학교폭력예방법 제17조는 가해학생에 대한 조치의 경중 및 각 조치

의 병과 여부 등 조치별 적용 기준의 기본적인 내용을 법률에서 직접 규정하고 있으므로, 이 사건 조치별 적용기준 위임규정에 따라 대통령령에 규정될 내용은 자치위원회가 가해학생에 대한 조치의 내용을 정함에 있어 고려해야 할 학교폭력의 태양이나 정도, 피해학생의 피해 정도나 피해 회복 여부, 가해학생의 태도 등 세부적인 기준에 관한 내용이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 따라서 이 사건 조치별 적용기준 위임규정은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 서면사과조항은 가해학생에게 반성과 성찰의 기회를 제공하고 피해학생의 피해 회복과 정상적인 학교생활로의 복귀를 돋기 위한 것이다. 학교폭력은 여러 복합적인 원인으로 발생하고, 가해학생도 학교와 사회가 건전한 사회구성원으로 교육해야 할 책임이 있는 아직 성장과정에 있는 학생이므로, 학교폭력 문제를 온전히 응보적인 관점에서만 접근할 수는 없고 가해학생의 선도와 교육이라는 관점도 함께 고려하여야 한다.

학교폭력의 가해학생과 피해학생은 모두 학교라는 동일한 공간에서 생활하므로, 가해학생의 반성과 사과 없이는 피해학생의 진정한 피해회복과 학교폭력의 재발방지를 기대하기 어렵다. 서면사과조치는 단순히 의사에 반한 사과명령의 강제나 강요가 아니라, 학교폭력 이후 피해학생의 피해회복과 정상적인 교우관계회복을 위한 특별한 교육적 조치로 볼 수 있다. 가해학생은 서면사과를 통해 자신의 잘못된 행위에 대하여 책임을 지는 방법과 피해학생의 피해를 회복하는 방법을 배우고, 이를 통해 건전한 사회구성원으로 성장해나갈 수 있다.

서면사과 조치는 내용에 대한 강제 없이 자신의 행동에 대한 반성과 사과의 기회를 제공하는 교육적 조치로 마련된 것이고, 가해학생에게 의견진술 등 적정한 절차적 기회를 제공한 뒤에 학교폭력 사실이 인정되는 것을 전제로 내려지는 조치이며, 이를 불이행하더라도 추가적인 조치나 불이익이 없다. 또한 이러한 서면사과의 교육적 효과는 가해학생에 대한 주의나 경고 또는 권고적인 조치만으로는 달성하기 어렵다.

따라서 이 사건 서면사과조항이 가해학생의 양심의 자유와 인격권을 과도하게 침해한다고 보기 어렵다.

4. 가해학생의 접촉, 협박이나 보복행위를 금지하는 것은 피해학생과 신고·고발한 학생의 안전한 학교생활을 위한 불가결한 조치이다. 이 사건 접촉 등 금지조항은 가해학생의 의도적인 접촉 등만을 금지하고 통상적인 학교 교육활동 과정에서 의도하지 않은 접촉까지 모두 금지하는 것은 아니며, 학교폭력의 지속성과 은닉성, 가해학생의 접촉, 협박 및 보복행위 가능성, 피해학생의 피해 정도 등을 종합적으로 고려하여 이루어지는 것이므로, 가해학생의 일반적 행동자유권을 침해한다고 보기 어렵다.

5. 이 사건 학급교체조항은 학교폭력의 심각성, 가해학생의 반성 정도, 피해학생의 피해 정도 등을 고려하여 가해학생과 피해학생의 격리가 필요한 경우에 행해지는 조치로서 가해학생은 학급만 교체될 뿐 기존에 받았던 교육 내용이 변경되는 것은 아니다. 피해학생이 가해학생과 동일한 학급 내에 있으면서 지속적으로 학교폭력의 위험에 노출된다면 심대한 정신적, 신체적 피해를 입을 수 있으므로, 이 사건 학급교체조항이 가해학생의 일반적 행동자유권을 과도하게 침해한다고 보기 어렵다.

6. 이 사건 의무화 규정은 학교폭력의 축소·은폐를 방지하고 피해학생의 보호 및 가해학생의 선도 교육을 위하여, 학부모들의 자치위원회 참여를 확대 보장하고 자치위원회의 회의소집과 가해학생에 대한 조치 요청, 학교의 장의 가해학생에 대한 조치를 모두 의무화한 것이다. 학부모들의 참여는 학교폭력의 부당한 축소·은폐를 방지하고 안전한 교육환경 조성에 기여할 수 있으며, 학부모 대표의 공정성 확보나 부족한 전문성을 보완할 수 있는 제도도 마련되어 있다. 또한 자치위원회의

가해학생에 대한 조치 요청이나 학교장의 조치는 모두 학교폭력 사실이 인정되는 것을 전제로 의무화된 것이고, 의무화 규정 도입 당시 학교 측의 불합리한 처리나 은폐가능성을 차단하고 학교폭력에 대한 교사와 학교의 책임을 강화하려는 사회적 요청이 있었으며, 가해학생 측에 의견진술 등 적정한 절차가 보장되고, 가해학생 측이 이에 불복하는 경우 민사소송이나 행정소송 등을 통하여 다툴 수 있다는 점 등을 고려하면, 이 사건 의무화 규정이 가해학생의 양심의 자유와 인격권, 일반적 행동자유권을 침해한다고 보기 어렵다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 사죄광고나 사과문 게재를 명하는 조항에 대하여 양심의 자유와 인격권 침해를 인정하여 왔으나(현재 1991. 4. 1. 89헌마160, 현재 2012. 8. 23. 2009헌가27, 현재 2015. 7. 30. 2013헌가8), 이 사건에서는 가해학생의 선도와 피해학생의 피해회복 및 정상적인 교육관계회복을 위한 특별한 교육적 조치로 보아 피해학생에 대한 서면사과 조치가 가해학생의 양심의 자유와 인격권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

이 사건에서는 가해학생에 대한 서면사과조치 외에도 피해학생과 신고·고발한 학생에 대한 접촉 등 금지 조항, 학급교체 조항 등에 대해서도 판단되었는데, 모두 피해학생 등을 보호하기 위하여 필요한 조치로서 가해학생의 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다고 보았다.

학교폭력예방법은 2019. 8. 20. 법률 제16441호로 개정되면서 개별 학교에 두었던 자치위원회를 폐지하고 교육지원청에 학교폭력대책심의위원회를 설치하는 것으로 변경되었고, 경미한 사안으로서 피해학생 및 그 보호자가 심의위원회의 개최를 원하지 않는 경우 학교의 장이 자체적으로 해결할 수 있는 제도도 도입하였다. 그러나 헌법재판소는 이 사건 의무화 규정을 도입할 당시의 사회적 요청 등을 고려하여 이 사건 의무화 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

## 130. 위원회에 의한 국립대총장선출과 대학의 자치

(현재 2006. 4. 27. 2005헌마1047)

### 〈쟁점〉

1. 국립대학 교수나 교수회가 대학의 자율과 관련한 기본권 주체성이 있는지 여부(적극)
2. 교수나 교수회에게 헌법 제31조 제4항의 대학의 자율의 보장내용에 포함되는 헌법상의 기본권인 국립대학의 장 후보자 선정에 참여할 권리가 있는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상의 기본권으로 보고 있다. 그러나 대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

나아가 전통적으로 대학자치는 학문활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 현행법상 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리가 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다.

그러나 교육공무원법 제24조 제4항이 대학에게 총장 후보자 선출에 있어서 새로운 제한을 추가하거나 가중한 것이라고 볼 수 없으므로 위 규정이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

사립학교법 제28조 제1항 본문(의무부담시 관할청 혀가) 위헌소원(현재 2001. 1. 18. 99헌바 63)

법학전문대학원 설치 인가주의(현재 2009. 2. 26. 2008헌마370)

### 〈선정이유〉

국립대학의 교수나 교수회가 대학의 자치의 주체라고 본 결정

## 131. 청소년 이용음란물과 예술의 자유

(현재 2002. 4. 25. 2001헌가27)

### 〈쟁점〉

청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 예술 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 언론·출판 등 표현의 자유가 다소 제한된다 하더라도 청소년의 성을 보호한다는 입법목적과 청소년이용음란물의 성격과 그 제작행위 등 범죄의 죄질과 그 제작 유통에 따른 파급효과, 법정형 등을 감안하면 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 반하지 아니하여 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없을 뿐 아니라 그 본질적인 내용을 침해한다고 볼 수도 없다.

이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 일반 음란물에 대한 동종의 행위보다 다소 무겁게 처벌하는 것은 합리적 근거에 의한 것으로서 그 처벌의 정도가 지나치게 가혹하다고 할 수 없으므로, 이로 인하여 신체의 자유나 행복추구권 등 헌법상 기본권이 침해되거나 평등의 원칙에 위반된다고 말할 수 없다.

### 〈참고판례〉

출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의2 제5호(음란 또는 저속 간행물) 등 위헌제청(현재 1998. 4. 30. 95헌가16)

정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌사건(현재 2009. 5. 28. 2006헌바109)

### 〈선정이유〉

청소년이용 음란물을 규제하는 것은 (예술)표현의 자유를 침해할 수 없다고 본 결정

## 132. 시설요건과 예술의 자유

(현재 1993. 5. 13. 91헌바17)

### 〈쟁점〉

음반제작자에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록할 것을 요구하는 구 음반에 관한 법률 제3조 제1항이 (예술)표현의 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

구 음반에 관한 법률(1967. 3. 30. 법률 제1944호, 최종개정 1989. 12. 30. 법률 제4183호, 폐지 1991. 3. 8.) 제3조 제1항이 비디오물을 포함하는 음반제작자에 대하여 일정한 시설을 갖추어 문화공보부에 등록할 것을 명하는 것은 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 폐해방지 등의 공공복리목적을 위한 것으로서 헌법상 금지된 협약이나 검열제와는 다른 차원의 규정이고, 예술의 자유나 언론·출판의 자유를 본질적으로 침해하였다거나 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 위 법률 제3조 제1항 각호에 규정한 시설은 임차 또는 리스 등에 의하여도 갖출 수 있으므로, 동항 및 동법 제13조 제1항 제1호는 동법 제3조 제1항 각호에 규정한 시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한, 헌법상 금지된 협약의 수단으로 남용될 우려가 있으므로 예술의 자유, 언론·출판의 자유, 평등권을 침해할 수 있게 되고, 죄형법정주의에 반하는 결과가 된다.

### 〈참고판례〉

음반에 관한 법률 제3조 등에 대한 헌법소원(현재 1993. 5. 13. 91헌바17)

학교보건법 제6조 제1항 제2호(위생정화구역안 극장설치금지) 위헌제청(현재 2004. 5. 27. 2003헌가1)

### 〈선정이유〉

음반제작자 등록제도가 실제에 있어 협약과 다름없이 운용될 가능성이 있는 경우 예술의 자유에 위반될 여지가 있는지에 대한 쟁점을 포함한 결정

## 제6절 표현의 자유, 집회·결사의 자유

### 133. 검열금지의 원칙(1) - 검열의 의미와 판단기준

(현재 1996. 10. 4. 93헌가13등: 1차 영화검열 사건)

#### 〈쟁점〉

1. 영화는 의사표현으로서 헌법 제21조의 보호를 받는 표현인가?(적극)
2. 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열의 의미는 무엇이며, 왜 검열을 금지하는가? [행정권이 주체가 되어 표현내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 것]
3. 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열에 해당하기 위한 요건은 무엇인가? [4가지 요건]
4. 검열의 요건을 충족하는 사전제한은 절대적 금지인가? 공익을 이유로 한 예외가 허용되지 않는 것인가? [그렇다]
5. 헌법 제21조 제2항은 모든 형태의 사전제한을 금지하는 것인가?(소극)
6. 영화 상연 전에 공연윤리위원회의 심의를 받게 하고 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대해 심의필 결정을 못하게 하는 영화법상의 사전심의제도는 검열금지의 원칙에 위반하는가?(적극)
7. 민간인으로 구성된 공연윤리위원회도 행정기관으로서의 검열기관인가?(적극)

#### 〈결정요지〉

1. 영화도 의사표현의 한 수단이므로 영화의 제작 및 상영은 다른 의사표현수단과 마찬가지로 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받음은 물론, 영화는 학문적 연구결과를 발표하는 수단이 되기도 하고 예술표현의 수단이 되기도 하므로 그 제작 및 상영은 학문·예술의 자유에 의하여도 보장을 받는다.
2. 헌법이 금지하는 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 이러한 검열제가 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다.
3. 헌법이 금지하는 검열에 해당하기 위해서는 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무를 요구하고, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재하며, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지하며, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재해야 한다. 이러한 요건을 모두 갖춘 경우에만 금지하는 검열에 해당한다.
4. 헌법 제21조가 언론·출판에 대한 검열금지를 규정한 것은 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다.
5. 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하며, 또한 정신작품의

발표 이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적 규제를 금지하지 않는다. 따라서 심의기관에서 허가 절차를 통하여 영화의 상영 여부를 종국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성은 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다.

6. 영화법 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항이 규정하고 있는 영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공연윤리위원회가 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 헌법 제21조 제1항이 금지한 사전검열 제도를 채택한 것이다.

7. 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열 절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 그러므로 공연윤리위원회가 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 할지라도 영화법에서 영화에 대한 사전허가제도를 채택하고, 공연법에 의하여 공연윤리위원회를 설치토록 하여 행정권이 공연윤리위원회의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공연윤리위원회는 검열기관으로 볼 수밖에 없다.

### 〈참고판례〉

영화진흥법 제21조 제4항(등급분류보류)위헌(현재 2001. 8. 30. 2000헌가9)

영화진흥법 제21조 제3항 제5호(제한상영)등 위헌제청(현재 2008. 7. 31. 2007헌가4)

방송법 제32조 제2항(TV 등 광고사전심의) 등 위헌확인(현재 2008. 6. 26. 2005헌마506)

음반 및 비디오에 관한 법률 제16조(음반사전심의)위헌제청(현재 1996. 10. 31. 94헌가6)

### 〈선정이유〉

이 결정은 한국 헌정사에서 처음으로 검열금지의 원칙을 적용하여 영화검열에 대해 위헌결정을 내린 선도적인 결정으로서, 그 이전까지 문화예술표현을 일상적으로 검열해 왔던 규제체제를 일거에 무너뜨리고 언론출판의 자유의 서막을 연 역사적인 결정이다. 이 결정에서 밝힌 검열금지의 법리와 판단기준은 2020년 8월 28일의 결정(2017헌가35등)에 이르기까지 기본적인 변경 없이 지속되고 있다.

## 134. | 검열금지의 원칙(2) - 상업광고에 대한 적용

(현재 2018. 6. 28. 2016헌가8등)

### 〈쟁점〉

1. 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙은 광고 표현에 대해서도 동일하게 적용되는가?(적극)
2. 건강기능식품의 광고에 대한 사전심의를 민간기구인 한국건강기능식품협회가 담당하는 경우에도 ‘행정권이 주체가 된 사전심사절차’라고 볼 것인가?(적극)

### 〈결정요지〉

- 현행 헌법상 사전검열은 표현의 자유 보호대상이면 예외 없이 금지된다. 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기능성 등에 관한 정보를 널리 알려 해당 건강기능식품의 소비를 촉진시키기 위한 상업광고이지만, 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 됨과 동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다.
- 광고의 심의기관이 행정기관인지 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 하고, 행정기관의 자의로 개입할 가능성이 열려 있다면 개입 가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다. 건강기능식품법상 기능성 광고의 심의는 식약처장으로부터 위탁받은 한국건강기능식품협회에서 수행하고 있지만, 법상 심의주체는 행정기관인 식약처장이며, 언제든지 그 위탁을 철회할 수 있고, 심의위원회의 구성에 관하여도 법령을 통해 행정권이 개입하고 지속적으로 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장되어 있다고 볼 수 없다. 식약처장이 심의기준 등의 제정과 개정을 통해 심의 내용과 절차에 영향을 줄 수 있고, 식약처장이 재심의를 권하면 심의기관이 이를 따라야 하며, 분기별로 식약처장에게 보고가 이루어진다는 점에서도 그 심의업무의 독립성과 자율성이 있다고 어렵다. 따라서 이 사건 건강기능식품 기능성광고 사전심의는 그 검열이 행정권에 의하여 행하여진다 볼 수 있고, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

- 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506 (방송광고 사전심의 사건) [7(위헌) : 1(헌법불합치)]
- 현재 2010. 7. 29. 2006헌바75 (건강기능식품 광고 사전심의 사건) [4(합헌) : 2(합헌) : 1(합헌) : 2(위헌)]
- 현재 2015. 12. 23. 2015헌바75 (의료광고 사전심의 사건) [8(위헌) : 1(합헌)]
- 현재 2020. 8. 28. 2017헌가35등 (의료기기 광고 사전심의 사건) [8(위헌) : 1(합헌)]

### 〈선정이유〉

광고표현에도 검열금지의 원칙이 적용되는지 여부가 앞선 선례에서 재판관 사이에 꽤 논란이 되었다. 2010년의 건강기능식품 광고 사전심의 결정(2006헌바75)에서 4인의 재판관과 1인의 재판관은 상업광고에는 검열금지의 원칙이 적용되지 않는다는 입장이었기 때문에 결과적으로 합헌으로 결정되었다. 이후 재판부가 변경되면서 2018년의 이번 결정에서 8인의 재판관이 검열금지의 원칙은 광고표현에도 적용된다는 입장을 취하였고 위헌결정을 내리면서 2010년의 선례를 변경하였다. 그러나 여전히 1인의 재판관(조용호)은 건강기능식품의 기능성 광고와 같이 규제 필요성이 큰 표현에 대해서는 검열금지의 원칙이 적용되지 않는다는 입장을 고수하였다. 2020년 현 재판부에서는 9인 모두가 광고표현에도 검열금지의 원칙이 적용되어야 한다는 입장을 취하고 있다(현재 2020. 8. 28. 2017헌가35등 참조).

### 135. 신문의 자유에 대한 구조적 규제의 위헌 여부

(현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등)

### 〈쟁점 - 신문법 관련〉

1. 헌법이 보장하는 신문의 자유의 보장내용은 무엇이며, 헌법 제21조 제3항의 신문기능 법정주의에서 말하는 ‘신문의 기능’의 구체적인 의미는 무엇인가?
2. 신문의 다양성 보장을 명분으로 국가가 신문사의 소유규제나 겸영규제 등의 방식으로 직접 개입하는 것은 그 자체로 신문의 자유 침해인가?(소극)
3. 여론의 다양성을 보장하기 위해 일간신문사가 뉴스통신이나 방송(종합편성 및 보도전문편성에 한함) 사업을 겸영하지 못하도록 금지하는 신문법 제15조 제2항은 신문사업자인 청구인들(동아일보사·조선일보사)의 신문의 자유를 침해하는가?(소극)
4. 일간신문의 지배주주(주식 또는 지분의 2분의1 이상을 소유하는 자)가 다른 일간신문을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득 또는 소유할 수 없도록 금지하는 것은 신문의 자유를 침해하여 위헌인가?(적극)
5. 일간신문의 지배주주가 뉴스통신 법인의 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득 또는 소유할 수 없도록 금지하는 것은 신문의 자유를 침해하여 위헌인가?(소극)
6. 신문시장의 투명성을 제고하고 겸영금지·소유제한 규제의 실효성을 담보하기 위하여 신문의 발행부수와 판매부수, 구독수입과 광고수입 등 신문사업의 내역을 신문발전위원회에 신고·공개하도록 요구하는 것은 신문의 자유를 침해하여 위헌인가?(소극)
7. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 신문사업자를 일반사업자에 비해 더 쉽게 시장지배적 사업자로 추정하는 것은 신문사업자의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 위헌인가?(적극)
8. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 시장지배적 신문사업자를 신문발전기금의 지원대상에서 제외하는 것은 평등원칙에 위배되는가?(적극)

### 〈결정요지 - 신문법 관련〉

1. 신문의 자유는 개인의 주관적 기본권으로서 보호될 뿐만 아니라, ‘자유 신문’이라는 객관적 제도로서도 보장되고 있다. 객관적 제도로서의 ‘자유 신문’은 신문의 사경제적·사법적(私法的) 조직과 존립의 보장 및 그 논조와 경향(傾向), 정치적 색채 또는 세계관에 있어 국가권력의 간섭과 겹열을 받지 않는 자유롭고 독립적인 신문의 보장을 내용으로 하는 한편, 자유롭고 다양한 의사형성을 위한 상호 경쟁적인 다수 신문의 존재는 다원주의를 본질로 하는 민주주의사회에서 필수불가결한 요소가 된다. 이와 같이 신문은 본질적으로 자유로워야 하지만, 공정하고 객관적인 보도를 통하여 민주적 여론형성에 기여하고 국민의 알 권리를 충족시켜야 한다는 점에서 자유에 상응하는 공적 기능을 아울러 수행하게 된다. 이러한 신문의 공적 기능에 대한 헌법적 요청은 특히 헌법 제21조 제3항에서 두드러지게 나타난다. 헌법이 신문기능 법정주의를 정한 것은 우리 헌법이 방송뿐만 아니라 신문에 대하여도 그 공적 기능의 보장을 위한 입법형성, 즉 입법적 규율의 가능성을 예정하고 있음을 의미한다. 여기서 “신문의 기능”이란 주로 민주적 의사형성에 있고, 그것은 다원주의를 본질로 하는 민주주의사회에서 언론의 다양성 보장을 불가결의 전제로 하는 것이므로, “신문의 기능을 보장하기 위하여”란 결국 ‘신문의 다양성을 유지하기 위하여’란 의미도 포함하고 있다고 할 것이다.

2. 청구인들은 방송과 달리 신문의 경우에 다양성 보장은 국가의 간섭으로부터 자유로운 다수의 신문들이 그 논조와 경향으로써 자유로이 경쟁하는 가운데 저절로 보장되는 것이므로, 신문의 다양성 보장을 명분으로 국가가 개입하는 것 자체가 위헌이라고 주장한다. 그러나 신문의 다양성을 보장하기 위한 국가의 적절한 규율은 경향보호와 모순된다기보다는 상호보완적인 것이라고 보아야

한다. 따라서 신문의 공적 기능과 책임, 신문의 다양성 보장에 관련된 입법규율들이 그 자체로 경향보호에 위배된다는 청구인들의 주장은 받아들일 수 없다.

3. 일간신문이 뉴스통신이나 방송사업과 같은 이종 미디어를 겸영하는 것을 어떻게 규율할 것인가 하는 것은 고도의 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서, 겸영금지의 규제정책을 지속할 것인지, 지속한다면 어느 정도로 규제할 것인지의 문제는 입법자의 미디어정책적 판단에 맡겨져 있다. [내용규제와 달리 구조적 규제에 대한 위헌심사의 기준을 완화함] 신문법 제15조 제2항은 신문의 다양성을 보장하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 규제의 대상과 정도를 선별하여 제한적으로 규제하고 있다고 볼 수 있다. 규제 대상을 일간신문으로 한정하고 있고, 겸영에 해당하지 않는 행위, 즉 하나의 일간신문법인이 복수의 일간신문을 발행하는 것 등은 허용되며, 종합편성이나 보도전문편성이 아니어서 신문의 기능과 중복될 염려가 없는 방송채널사업이나 종합유선방송사업, 위성방송사업 등을 겸영하는 것도 가능하다. 그러므로 신문법 제15조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 제15조 제3항은 일간신문 지배주주에 의한 신문의 복수소유를 함께 규제하고 있는데, 신문의 다양성을 보장하기 위하여 신문의 복수소유를 제한하는 것 자체가 헌법에 위반된다고 할 수 없지만, 신문의 복수소유가 언론의 다양성을 저해하지 않거나 오히려 이에 기여하는 경우도 있을 수 있는 바, 이 조항은 신문의 복수소유를 일률적으로 금지하고 있어서 필요 이상으로 신문의 자유를 제약하고 있다.

5. 이종 미디어 간의 교차소유를 어떻게 규율할 것인지의 문제는 고도의 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서 입법자의 미디어정책적 판단이 존중되어야 한다. 따라서 신문법 제15조 제3항에서 일간신문의 지배주주가 뉴스통신 법인의 주식 또는 지분의 2분의1 이상을 취득 또는 소유하지 못하도록 함으로써 이종 미디어간의 결합을 규제하는 부분은, 언론의 다양성을 보장하기 위한 필요 한 한도 내의 제한이라고 할 것이어서, 신문의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

6. 신문법 제16조가 신문기업 자료의 신고·공개 제도를 둔 것은 신문시장의 투명성을 제고하고, 신문법 제15조의 겸영금지 및 소유제한 규정의 실효성을 담보함으로써 신문의 다양성이라는 헌법적 요청을 구현하기 위해서다. 신문기업은 일반기업에 비하여 공적 기능과 사회적 책임이 크기 때문에 그 소유구조는 물론 경영활동에 관한 자료를 신고·공개하도록 함으로써 그 투명성을 높이고 신문시장의 경쟁질서를 정상화할 필요성이 더욱 크다. 신문법 제16조에서 신고·공개하도록 규정하고 있는 사항 중 상당부분은 상법 등 다른 법률에 의해 이미 공시 또는 공개되고 있는 것들이고, 그 밖에 전체 발행부수, 유가 판매부수, 구독수입과 광고수입과 같은 사항을 추가적으로 신고·공개하도록 하고 있지만, 이는 신문 특유의 기능보장을 위하여 필요한 범위 내의 것이다. 따라서 이 조항들이 신문의 자유를 지나치게 침해한다거나, 일반 사업에 비하여 평등원칙에 반하는 차별을 가하는 위헌규정이라 할 수 없다.

7. 신문법 제17조는 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 규정하고 있는데, 이러한 규제는 신문의 다양성 보장이라는 입법목적 달성을 위한 합리적이고도 적정한 수단이 되지 못한다. 첫째, 발행부수만을 기준으로 신문시장의 점유율을 평가하고 있는 점, 둘째, 신문시장의 시장지배력을 평가함에 있어 서로 다른 경향을 가진 신문들에 대한 개별적인 선호도를 합쳐 이들을 하나의 시장으로 묶고 있는 점, 셋째, 그 취급분야와 독자층이 완연히 다른 일반일간신문과 특수일간신문 사이에 시장의 동질성을 인정하고 있는 점, 넷째, 신문의 시장지배적 지위는 결국 독자의 개별적, 정신적 선택에 의하여 형성되는 것인 만큼 그것이 불공정행위의 산물이라고 보거나 불공정행위를 초래할 위험성이 특별히 크다고 볼만한 사정이 없는데도 불구하고 신

문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 하고 있는 점 등이 모두 불합리하다. 따라서 신문법 제17조는 신문사업자의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.

8. 제17조의 시장지배적사업자를 신문발전기금의 지원대상에서 배제하는 것은 시장지배적사업자와 그렇지 아니한 신문사업자 사이에 차별을 가하는 것이다. 그런데, 시장점유율이 높다는 이유만으로, 즉 독자의 선호도가 높아서 발행부수가 많다는 점을 이유로 신문사업자를 차별하는 것, 그것도 시장점유율 등을 고려하여 신문발전기금 지원의 범위와 정도에 있어 합리적 차등을 두는 것이 아니라 기금 지원의 대상에서 아예 배제하는 것은 합리적이 아니다. 발행부수가 많은 신문사업자를 시장지배적사업자제도를 이용하여 규제하려고 한다면 먼저 그 지배력의 남용 유무를 조사하여 그 남용이 인정될 때에만 기금 지원의 배제라는 추가적 제재를 가하는 것이 시장지배적사업자제도의 취지에 맞다. 따라서 이 조항은 합리적인 이유 없이 발행부수가 많은 신문사업자를 차별하는 것이므로 평등원칙에 위배된다.

### 〈쟁점 – 언론중재법 관련〉

1. 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 않아 피해를 입은 자에게 신문사의 고의·과실이나 위법성이 없더라도 정정보도를 요구할 수 있는 권리(=정정보도청구권)를 인정하는 것은 신문사의 편집의 자유를 침해하여 위헌인가? [아니다 - 9(합헌) : 0]

2. 정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가처분절차에 의하여 재판하도록 함으로써 보도의 진실 여부에 대한 사실인정을 증명이 아닌 소명만으로도 할 수 있게 하는 것은 신문사의 공정한 재판을 받을 권리 및 보도의 자유를 침해하여 위헌인가? [그렇다 - 6(위헌) : 3(합헌)]

3. 정정보도청구권을 인정하는 규정과 정정보도청구소송의 심리절차를 정하는 규정을 언론중재법의 시행 전에 행하여진 언론보도에 대해서 소급 적용하도록 한 부칙조항은 허용될 수 없는 진정 소급입법에 해당하여 위헌인가? [그렇다 - 8(위헌) : 1(합헌)]

4. 신문사의 사내에 언론피해의 예방 및 구제를 위한 고충처리인을 두도록 강제하는 것은 신문사의 신문의 자유를 침해하여 위헌인가? [아니다 - 7(합헌) : 2(위헌)]

### 〈결정요지 – 언론중재법 관련〉

1. 언론중재법 제14조에서 규정하고 있는 정정보도청구권은 반론보도청구권이나 민법상 불법행위에 기한 청구권과는 전혀 다른 새로운 성격의 청구권이다. 허위의 신문보도로 피해를 입었을 때 피해자는 기존의 민·형사상 구제제도로 보호를 받을 수도 있지만, 신문사 측에 고의·과실이 없거나 위법성조각사유가 인정되는 등의 이유로 민사상의 불법행위책임이나 형사책임을 추궁할 수 없는 경우도 있다. 이러한 경우 피해자에 대한 적합한 구제책은 신문사나 신문기자 개인에 대한 책임추궁이 아니라, 문제의 보도가 허위임을 동일한 매체를 통하여 동일한 비중으로 신속히 보도·전파하도록 하는 것이다. 물론 신문이 공공의 이익에 관련되는 중요한 사안에 관하여 위축되지 않고 신속히 보도하는 것은 매우 중요하지만, 언론보도가 진실하지 않아 타인의 권리를 계속해서 침해하고 있는데도 이를 정정하지 않은 채로 그대로 내버려 두는 것은 정의에 반한다. 더욱이 정정보도청구권은 그 내용이나 행사방법에 있어 필요 이상으로 신문의 자유를 제한하고 있지 않다. 일정한 경우 정정보도를 거부할 수 있는 사유도 인정하고 있고, 제소기간도 단기간으로 제한하고 있으며, 정정보도의 방법도 동일 지면에 동일 크기로 보도문을 내도록 하여 원래의 보도 이상의 부담을 지우고 있지도 않다. 따라서 언론중재법 제14조 제2항이 신문의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없으

며, 언론중재법 제31조 후문은 그 위치에도 불구하고 제14조 제2항과 동일한 내용을 명예훼손에 관하여 재확인하는 규정으로 보아야 할 것이므로 역시 헌법에 위반되지 않는다.

2. 언론중재법 제26조 제6항 본문 전단은 정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가처분절차에 의하여 재판하도록 규정하고 있다. 그 결과 정정보도청구의 소에서는 그 청구원인을 구성하는 사실의 인정을 ‘증명’ 대신 ‘소명’으로 할 수 있게 되었다. 그런데 언론중재법상의 정정보도청구소송은 통상의 가처분과는 달리 그 자체가 본안소송이다. 이러한 정정보도청구의 소에서, 승패의 관건인 ‘사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함’이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증명을 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것인데 이것은 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 정정보도청구를 가처분절차에 따라 소명만으로 인용할 수 있게 하는 것은 나아가 언론의 자유를 매우 위축시킨다. 진실에 부합하지 않을 개연성이 있다는 소명만으로 정정보도 책임을 지게 되므로 언론사로서는 사후의 분쟁에 대비하여 진실임을 확신할 수 있는 증거를 수집·확보하지 못하는 한, 사실주장에 관한 보도를 주저하게 될 것이다. 이러한 언론의 위축효과는 중요한 사회적 관심사에 대한 신속한 보도를 자제하는 결과를 초래하고 그로 인한 피해는 민주주의의 기초인 자유언론의 공적 기능이 저하된다는 것이다. 이와 같이 피해자의 보호만을 우선하여 언론의 자유를 합리적인 이유 없이 지나치게 제한하는 것은 위헌이다.

3. 언론중재법 부칙 제2조 본문은 언론중재법의 시행 전에 행하여진 언론보도에 대하여도 동법을 적용하도록 규정하고 있다. 이에 따라 정정보도청구권의 성립요건과 정정보도청구소송의 심리절차에 관하여 언론중재법이 소급하여 적용됨으로써 언론사의 종전의 법적 지위가 새로이 변경되었다. 이것은 이미 종결된 과거의 법률관계를 소급하여 새로이 규율하는 것이기 때문에 소위 진정 소급입법에 해당한다. 진정 소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이고 이를 예외적으로 허용할 특단의 사정도 이 부칙조항에 대해 인정되지 않으므로 헌법에 위반된다.

4. 언론중재법 제6조에 의하여 신문사에게 강제되는 것은 고충처리인을 두어야 한다는 것과 고충처리인에 관한 사항을 공표하여야 한다는 것뿐이고, 그 이외의 고충처리인 제도의 운영에 관한 사항은 전적으로 신문사업자의 자율에 맡겨져 있다. 뿐만 아니라 고충처리인제도의 직무권한은 권리나 자문에 불과하여 실질적으로 신문사를 구속하는 효과도 적다. 이에 비해, 고충처리인제도가 원활하게 기능할 경우 달성되는 공익은 매우 크다. 고충처리인제도는 언론피해의 예방, 피해발생시의 신속한 구제 및 분쟁해결에 있어서 적은 비용으로 큰 효과를 나타낼 수 있다. 그러므로 언론중재법 제6조 제1항, 제4항, 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 소수 거대신문의 여론독점 현상을 해소할 목적으로 신문의 공적 기능(정보전달기능 및 민주적 여론형성기능)과 사회적 책임을 높이기 위해 취해진 구조적 규제에 대해 신문의 자유의 관점에서 헌법적 평가를 내린 최초의 결정이다. 헌법재판소는 신문의 다양성 보장을 위해 마련된 소유규제 및 공정거래규제에 대해 신문의 자유의 관점에서 일부 위헌적 평가를 내렸으며, 한편으로 정정보도청구권을 헌법적으로 용인하면서도 정정보도청구의 소를 가처분절차에 의하도록 한 부분과 소급적용을 시킨 부분에 대해서는 위헌결정을 내렸다.

## 136. 인터넷신문 발행요건과 신문발행의 자유

(현재 2016. 10. 27. 2015헌마1206등)

### 〈쟁점〉

1. 인터넷신문을 발행하기 위한 등록요건으로 취재 인력 3명 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 5명 이상을 상시 고용하도록 요구하는 것('상시고용 요건')은 인터넷신문을 발행하려는 자의 어떤 기본권을 제한하는 것인가? [7인-언론의 자유(신문발행의 자유); 2인-직업수행의 자유]
2. 위 상시고용 요건은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 '허가'에 해당하는가?(소극)
3. 법률(신문법)은 인터넷신문이 "독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령이 정하는 기준"을 충족하도록 규정하고 있고, 이에 따라 대통령령에서 그 기준의 하나로 위 상시고용 요건을 규정한 경우, 대통령령은 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반되는가?(소극)
4. 위 상시고용 요건은 과잉금지의 원칙을 위반하여 언론의 자유(신문발행의 자유)를 침해하는 것인가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 언론의 자유에 의하여 보호되는 것은 정보의 획득에서부터 뉴스와 의견의 전파에 이르기까지 언론의 기능과 본질적으로 관련되는 모든 활동이다. 이런 측면에서 상시고용 요건은 인터넷신문의 발행을 제한하는 효과를 가지고 있으므로 언론의 자유를 제한하는 규정에 해당한다. 청구인들은 고용조항으로 인하여 언론의 자유 이외에 직업수행의 자유도 침해된다고 주장한다. 그런데 고용조항의 입법목적이 인터넷신문의 신뢰성 제고이고, 신문법 규정들은 언론사로서의 인터넷신문의 규율 및 보호를 위한 규정들이다. 따라서 상시고용 요건으로 인하여 청구인들의 직업수행의 자유보다는 언론의 자유가 보다 직접적으로 제한된다.

2. 헌법 제21조 제2항은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 전에 예방적 조치로 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 금지하고 있다. 여기에서 사전허가금지의 대상은 어디까지나 언론·출판 자유의 내재적 본질인 표현의 내용을 보장하는 것을 말하는 것이지, 언론·출판을 위해 필요한 물적 시설이나 언론기업의 주체인 기업인으로서의 활동까지 포함되는 것으로 볼 수는 없다. 즉, 언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지는 정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용 규제 그 자체가 아니거나 내용 규제 효과를 초래하는 것이 아니라면 헌법이 금지하는 '허가'에는 해당되지 않는다. 상시고용 요건은 인터넷신문의 내용을 심사·선별하여 사전에 통제하기 위한 규정이 아님이 명백하다.

3. 법률(신문법)은 인터넷신문이 충족하여야 할 '독자적 기사 생산에 관한 기준'을 대통령령에 위임하고 있고, 대통령령은 이 위임에 따라 독자적 기사 생산을 위한 요건으로 상시 고용 인원을 규정하고 있다. 신문법상 인터넷신문의 사회적 책임에 관한 규정과 물적 시설 요건이 필요하지 않은 인터넷신문의 특성 등에 비추어 볼 때, 인터넷신문이 갖추어야 할 인적 요건에 대해 정하고 있는 상시고용조항은 법률의 위임 범위 안에 있다고 인정된다.

4. 상시고용 요건은 취재 및 편집 역량을 갖춘 인터넷신문만 등록할 수 있도록 함으로써 인터넷신문의 언론으로서의 신뢰성 및 사회적 책임을 제고하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그러나 침해의 최소성이 인정되지 않는다. ① 인터넷신문의 부정확한 보

도로 인한 폐해를 구제할 필요가 있다고 하더라도 다른 덜 제약적인 방법들이 신문법, 언론중재법 등에 이미 충분히 존재한다. 그런데 상시고용 요건에 따라 소규모 인터넷신문이 신문법 적용대상에서 제외되면 신문법상 언론사의 의무를 전혀 부담하지 않게 될 뿐만 아니라, 언론중재법에 따른 구제절차 대상에서도 제외된다. 또 소규모 인터넷신문의 대표자나 임직원은 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’상 공직자등에도 포함되지 않게 되어, 소규모 인터넷신문의 언론활동으로 인한 폐해를 예방하거나 이를 구제하는 법률의 테두리에서 완전히 벗어나는 결과를 초래한다. ② 인터넷신문이 거짓 보도나 부실한 보도 또는 공중도덕이나 사회윤리에 어긋나는 보도를 한다면 결국 독자로부터 외면 받아 퇴출될 수밖에 없다. 인터넷의 특성상 독자들은 수동적으로 인터넷신문을 받아 읽는 데 그치지 아니하고 적극적으로 기사를 선택하여 읽고 판단하며 반응한다. 부정확한 보도로 인한 폐해를 막기 위하여 이미 마련되어 있는 여러 법적 장치 이외에 인터넷신문만을 위한 별도의 추가 장치를 마련할 필요성은 찾아보기 어렵다. 인터넷신문 독자를 다른 언론매체 독자보다 더 보호하여야 할 당위성도 찾기 어렵다. ③ 인터넷신문 기사의 품질 저하 및 그로 인한 폐해가 인터넷신문의 취재 및 편집 인력이 부족하여 발생하는 문제라고 단정하기 어렵다. 오히려 이런 폐해는 주요 포털사이트의 검색에 의존하는 인터넷신문의 유통구조로 인한 것이므로, 인터넷신문이 포털사이트에 의존하지 않고 독자적으로 유통될 수 있는 방안을 마련하는 것이 이런 문제를 해결하기 위한 더 근원적인 방법이다. ④ 급변하는 인터넷 환경과 기술 발전, 매체의 다양화 및 신규 또는 대안 매체의 수요 등을 감안하더라도, 취재 및 편집 인력을 상시 일정 인원 이상 고용하도록 강제하는 것이 인터넷신문의 언론으로서의 신뢰성을 제고하기 위해 반드시 필요하다고 보기도 어렵다. 또한, 상시고용 요건은 소규모 인터넷신문이 언론으로서 활동할 수 있는 기회 자체를 원천적으로 봉쇄할 수 있음에 비하여, 인터넷신문의 신뢰도 제고라는 입법목적의 효과는 불확실하다는 점에서 법익의 균형성도 잊고 있다. 따라서 상시고용 요건은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 언론의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

인터넷신문의 기능(독자적 기사 생산과 지속적인 발행)을 확보하기 위하여 취재 및 편집기자 5인 이상을 반드시 고용하도록 법으로 요구하는 것은 신문발행의 자유를 침해하여 위헌이라고 선언한 결정이다. 규제의 필요성이 없고 공익도 크지 않다는 취지이다. 또한 이 결정은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 ‘허가’의 의미를 밝히고 있다.

## 137. 음란과 저속의 구별기준 및 성표현물 출판금지의 위헌 여부

(현재 1998. 4. 30. 95헌가16)

### 〈쟁점〉

출판사가 “음란 또는 저속한 간행물을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에, 등록청(서초구청장)이 당해 “출판사의 등록을 취소할 수” 있도록 규정한 법률조항(출판사등록법)은 출판사를 운영하는 자의 언론·출판의 자유를 위헌적으로 침해하는 것인지를 기본쟁점이다. 헌법재판소는 음란 부분은 합헌이고, 저속 부분은 위헌이라고 판단하였다. 구체적인 쟁점은 다음의 5가지이다.

1. 출판사 등록을 취소하는 공권력 행사로 인해 그 출판사 운영자의 어떤 기본권이 제한을 받는 것인가? [언론·출판의 자유, 직업선택의 자유, 상호권]
2. 음란 또는 저속한 성표현은 헌법 제21조 제1항이 보호하는 ‘언론·출판’에 해당하는가? 즉, 음란 또는 저속한 성표현도 헌법의 보호를 받는가? [엄격한 의미의 음란은 헌법의 보호대상이 아니다]
3. 등록취소의 기준인 ‘음란 또는 저속’이라는 개념이 너무 불명확하고 모호해서 명확성의 원칙에 위반되는가? [음란은 위반이라고 볼 수 없지만, 저속은 명확성 원칙에 위반된다]
4. 음란한 간행물을 출판했다는 이유로 출판사 등록을 취소시키는 것은 과잉금지의 원칙에 반하는가?(소극)
5. 저속한 간행물을 출판했다는 이유로 출판사 등록을 취소시키는 것은 과잉금지의 원칙에 반하는가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 법률조항은 공중도덕이나 사회윤리를 보호하기 위해서 등록한 모든 출판사에 대하여 음란 또는 저속한 간행물의 출판을 금지시키고(1차 규제) 이를 위반한 경우에 당해 출판사의 등록을 취소하는(2차 규제) 수단을 채택하고 있다. 여기서 1차 규제내용인 ‘음란 또는 저속한 출판의 금지’는 일정한 내용의 표현을 금지시키는 것이어서 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유를 제약하는 것으로 볼 수 있다. 한편, 등록이 취소되면 당해 출판사는 음란·저속한 간행물뿐만 아니라 합헌일 수도 있는 모든 간행물을 동일한 출판사의 이름으로는 출판할 수 없게 된다. 따라서 등록취소라는 2차 규제는 당해 출판사의 합헌적인 표현에 대한 언론·출판의 자유를 제약할 뿐만 아니라 당해 출판사에 대해 재등록에 소요되는 일정기간 동안 출판업을 못하게 함으로써 직업선택의 자유를 제약하고, 또 그 출판사의 상호를 사용할 수 없게 함으로써 상호권이라는 재산권을 제약한다고 하겠다.

2. 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다. 그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다. 이 사건 법률조항이 규율하는 음란 또는 저속한 표현 중 ‘음란’이란 인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다. 그러나 ‘저속’은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있다.

3. 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수

있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 적어도 수법자와 법집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 그러나 ‘저속’의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다. 이 ‘저속’의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다.

4. 현법의 보호를 받지 못하는 엄격한 의미의 음란물로부터 사회의 성도덕을 보호하기 위하여 음란출판을 금지시킬 필요성은 분명 존재한다. 이 사건 법률조항은 과거 행위에 대한 제재의 의미보다는 출판사등록 자체를 취소시켜 전면적으로 출판활동을 못하게 함으로써 차후에 계속될 수도 있는 음란물의 출판을 금지시키고 나아가 이미 발간된 음란물의 유통을 억제하려는 데에 그 주된 의도가 있다. ① 엄격한 의미의 음란물의 출판금지 및 유통억제의 목적은 정당하고 등록취소의 수단은 이러한 목적을 위하여 적합한 수단이다. ② 등록취소의 수단은 그 불가피성이 인정된다. 현행 법제상 이미 발간된 음란출판물의 유통을 신속히 차단시키는 방법이 마련되어 있지 않다. 형법 제243조(음화반포등) 및 제244조(음화제조등)에 관련된 수사단계에서 전국에 유통되고 있는 음란물을 압수수색영장만으로 전면 수거한다는 것은 법이론상 및 실제상 곤란한 일이다. 또한 민사절차상의 가처분제도는 원칙적으로 공익목적에 공하기 위한 것이 아니어서 행정청이 음란물차단이라는 공익을 위하여 가처분을 신청하는 것 또한 현행 법제상 불가능하다. 그렇다면 음란한 간행물을 발간한 출판사의 등록을 취소시키고 이러한 사실을 유통업자에게 통지함으로써 음란물의 유통을 간접적으로 억제하는 방법은 현행 법제상 불가피하다고 하지 않을 수 없다. ③ 음란출판물은 일반적인 출판물과 같은 정상적인 유통경로를 거치지 않고, 은밀하고 파행적이며 변칙적인 경로를 통하여 배포·판매될 뿐만 아니라 출간되는 즉시 전국 유통망을 통해 신속하게 유통되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 인간성을 왜곡하는 음란출판으로부터 사회의 성도덕을 보호하고 특히 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위한 공익은 현저히 크다고 하지 않을 수 없다.

5. 저속한 표현은 음란표현과는 달리 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하는 표현이며 일정한 사회적 가치를 지니고 있다. 물론 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해서 퇴폐적인 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 표현 등을 규제할 필요성은 분명 존재한다. 그러나 저속한 표현을 규제하더라도 그 보호대상은 청소년에게 한정되어야 하고, 규제수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 한다. 예컨대, 청소년이 보아서는 안 되는 저속한 표현물에 대해 등급표시를 하거나, 판매시 청소년의 접근을 차단시키기 위하여 별도의 코너를 마련하는 등의 규제조치를 고려할 수 있을 것이다. 그리고 은밀하고 변칙적인 유통경로를 통하여 청소년에게 유해한 저속간행물을 계속적으로 유통시키는 경우에는 그에 대한 행정적 제재로서 과징금을 부과하거나 일정 기간 영업을 정지시키거나 또는 필요한 경우 형사적 제재수단을 마련할 수도 있을 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 저속한 간행물의 출판을 전면 금지시키고 나아가 출판사의 등록을 취소시킬 수 있도록 하고 있는 바, 이는 지나치게 과도한 수단을 선택하고 있다고 하지 않을 수 없다. 더 나아가 청소년보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알권리를 명백히

침해한다고 하지 않을 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 (정보통신망음란죄 사건) [6(합헌) : 3(합헌)]

### 〈선정이유〉

이 결정에서 헌법재판소는 우리 헌법질서에서 성인도 볼 수 없는 성표현물이 어떤 것인지 그 헌법적 기준을 처음으로 제시하였다. 인간존엄 혹은 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 아무런 가치를 지니지 않은 것, 즉 엄격한 의미의 음란은 헌법상 언론자유의 보호대상에 속하지 않는다는 점을 분명히 하였다. 그러나 이 결정의 법리는 11년 후인 2009년의 정보통신망음란죄 결정(2006헌바109등)에서 6인의 다수의견에 의하여 명시적으로 깨어지게 된다. 6인의 다수의견은 ‘엄격한 의미의 음란’ 개념은 그대로 수용하면서도, 이런 수준의 음란표현도 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하고, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라는 입장을 취하였다.

## 138. 인터넷상 불온통신에 대한 사후심의의 위헌성

(현재 2002. 6. 27. 99헌마480)

### 〈쟁점〉

인터넷 등 온라인서비스를 이용하는 이용자에게 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신”(불온통신)을 금지시키고 이를 위반하는 통신에 대해서는 행정청(정보통신부장관)이 온라인 서비스사업자에게 그 통신에 대한 취급을 거부·정지 또는 제한하는 명령을 내릴 수 있게 한 법률규정(전기통신사업법)이 온라인이용자의 표현의 자유를 위헌적으로 침해하는 것인지 여부가 기본쟁점이다.

1. 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 금하는 전기통신사업법 제53조 제1항은 명확성의 원칙에 위배되는가?(적극)
2. 위 전기통신사업법 제53조 제1항은 과잉금지원칙에 위배되는가?(적극)
3. 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등을 대통령령으로 정하도록 한 전기통신사업법 제53조 제2항은 포괄위임금지의 원칙에 위배되는가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다. 그런데, “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다. 여기서의 “공공의 안녕질서”는 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와, “미풍양속”은 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비

교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 이처럼, “공공의 안녕질서”, “미풍양속”은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다.

2. 전기통신사업법 제53조는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 즉, 헌법재판소가 명시적으로 보호받는 표현으로 분류한 바 있는 ‘저속한’ 표현이나, 이른바 ‘청소년유해매체물’ 중 음란물에 이르지 아니하여 성인에 의한 표현과 접근까지 금지할 이유가 없는 선정적인 표현물도 ‘미풍양속’에 반한다 하여 규제될 수 있고, 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들이 “미풍양속”을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들이 “공공의 안녕질서”를 해하는 것으로 규제될 가능성이 있어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다.

3. 전기통신사업법 제53조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있는바 이는 포괄위임입법금지원칙에 위배된다. 왜냐하면, 위에서 본 바와 같이 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”的 개념은 대단히 추상적이고 불명확하여, 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수도 없게 되어 있고, 행정입법자에게도 적정한 지침을 제공하지 못함으로써 그로 인한 행정입법을 제대로 통제하는 기능을 수행하지 못한다. 그리하여 행정입법자는 다분히 자신이 판단하는 또는 원하는 “안녕질서”, “미풍양속”的 관념에 따라 헌법적으로 보호받아야 할 표현까지 얼마든지 규제대상으로 삼을 수 있게 되어 있다. 이는 위 조항의 위임에 의하여 제정된 전기통신사업법시행령 제16조 제2호와 제3호가 위 전기통신사업법 제53조 제1항에 봇지않게 불명확하고 광범위하게 통신을 규제하고 있는 점에서 더욱 명백하게 드러난다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 인터넷에서 표현의 자유가 갖는 중요성을 인정한 결정이다. 헌법재판소는 인터넷이 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로서 방송의 규제논리가 적용될 수 없는 영역이라는 점을 분명히 하였다. 헌법재판소는, 인터넷은 방송과 달리 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 갖고 있기 때문에, 오늘날 주요한 표현매체의 하나로 발전해가고 있는 인터넷에서 질서위주의 사고로 규제하려고 하는 것은 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래한다는 점을 강조하였다.

## 139. 익명표현의 자유 - 인터넷게시판 본인확인제의 위헌성

(현재 2012. 8. 23. 2010헌마47등)

### 〈쟁점〉

1. 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판에 글이나 영상 등의 정보를 게시하고자 하는 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제(정보통신망법 규정)는 누구의 어떤 기본권을 제한하는 것인

가? [게시판이용자의 익명표현의 자유·개인정보자기결정권, 정보통신서비스제공자의 언론의 자유]

## 2. 인터넷게시판 본인확인제는 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌인가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 그러한 의사의 '자유로운' 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 포함된다. 그리고 표현의 자유에 있어 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없는바, 인터넷게시판은 인터넷에서 의사의 형성·전파하는 매체로서의 역할을 담당하고 있으므로 의사의 표현·전파 형식의 하나로서 인정된다.

이 사건 본인확인제는 게시판 이용자가 게시판에 정보를 게시함에 있어 본인 확인을 위하여 자신의 정보를 게시판 운영자에게 밝히지 않을 수 없도록 함으로써 표현의 자유 중 게시판 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에, 그러한 게시판 이용자의 표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다. 그 밖에 본인확인제는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 보관할 의무를 지우고 있는데, 본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다.

2. ① 본인확인제는 인터넷상의 언어폭력, 명예훼손, 불법정보의 유통 등을 방지하기 위하여 게시판 이용자가 그와 같은 정보를 게시할 경우에는 향후 신원 확인을 통하여 형사처벌 또는 손해배상책임을 부담할 수도 있다는 점을 인식하게 하여 표현내용에 신중을 기하고 불법정보 등의 게시를 자제하도록 함과 아울러, 게시판 이용자의 위와 같은 행위로 실제로 피해가 발생한 경우에는 피해자 구제를 위하여 가해자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 게시판을 보다 책임 있는 공론의 장이 되도록 유도하여 건전한 인터넷 문화를 조성하기 위한 것이므로 정당한 목적 달성을 위하여 적합한 수단임이 인정된다.

② 그러나 위의 입법목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다. 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은, 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고, 목적달성을 위한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있으므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

③ 또한 이 사건 법령조항들은 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있고, 나아가 본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없다.

반면 본인확인제에 의한 익명표현의 자유의 제한은 매우 중대하다. 익명이나 가명으로 이루어지는 표현은, 외부의 명시적·묵시적 압력에 굴복하지 아니하고 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적·사회적 약자의 의사 역시 국가의 정책결정에 반영될 가능성을 열어 준다는 점에서 표현의 자유의 내용에서 빼놓을 수 없는 것이다. 그리고 인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다. 그런데 이 사건 본인확인제는 기간 제한 없이, 표현의 내용을 불문하고 주요 인터넷 사이트의 대부분의 게시판 이용과 관련하여 본인확인을 요구하고 있다. 이는 정보 등을 게시하고자 하는 자가 무엇이 금지되는 표현인지 확신하기 어려운 상태에서 본인의 이름, 주민등록번호 등의 노출에 따른 규제나 처벌 등 불이익을 염려하여 표현 자체를 포기하게 만들 가능성이 높고, 인터넷을 악용하는 소수의 사람들이 존재하고 있다는 이유로 대다수 시민의 정당한 의사표현을 제한하는 것으로서 익명표현의 자유에 대한 과도한 제한이라 할 것이다.

나아가 현재 주로 이용되고 있는 신용정보회사에 의한 게시판 이용자의 이름, 주민등록번호 일치 여부를 확인하는 방법에 의한 본인확인은, 주민등록번호를 부여받을 수 없는 외국인이나 주민등록번호가 없는 재외국민에 대하여 게시판에의 정보 게시를 봉쇄함으로써 그들의 표현의 자유를 사실상 박탈하는 결과에 이르고 있다.

한편 인터넷 기술의 발달에 따른 인터넷 환경의 변화로 인터넷 이용자들이 일반 게시판보다는 본인확인제의 적용을 받지 않는 모바일 게시판, 소셜 네트워크 서비스(Social Network Service) 등도 많이 이용하게 되었다. 그 결과 본인확인제는 건전한 인터넷 문화 조성이라는 공익을 인터넷 공간의 아주 제한된 범위에서만 실현하는 반면에, 위와 같이 새롭게 등장한 정보통신망상의 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게는 업무상 불리한 제한을 가하게 되었으며, 그로 말미암아 인터넷을 통한 여론의 형성·전파라는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 역시 심대하게 제한받고 있다 하지 않을 수 없다.

그 밖에 정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인정보 보관의무 부과로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가함에 따라 게시판 이용자가 입는 불이익 및 수사기관 등이 정보통신서비스 제공자에게 이용자의 개인정보 제출을 요청(전기통신사업법 제83조 제3항)하는 경우 발생할 수 있는 본인확인정보의 보관목적외 사용 우려에 비추어 보면, 개인정보자기결정권의 제한 역시 중대함을 부인할 수 없다. 따라서 법익의 균형성도 인정되지 않는다.

### 〈참고판례〉

현재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 (선거게시판 실명제 사건) [7(합헌) : 2(위헌)]; 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456

### 〈선정이유〉

인터넷에서 익명표현의 자유가 가지는 가치의 중요성을 적극적으로 인정한 결정이다.

## 140. 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명확인 사건

(현재 2021. 1. 28. 2018헌마456)

### 〈쟁점〉

- 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 홈페이지 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대 등의 정보를 게시하는 경우 실명을 확인받는 기술적 조치를 하도록 정한 공직선거법 조항 중 “인터넷언론사” 및 “지지·반대” 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 위 실명확인 조항을 비롯하여, 행정안전부장관 및 신용정보업자는 실명인증자료를 관리하고 중앙 선거관리위원회가 요구하는 경우 자체 없이 그 자료를 제출해야 하며, 실명확인을 위한 기술적 조치를 하지 아니하거나 실명인증의 표시가 없는 정보를 삭제하지 않는 경우 과태료를 부과하도록 정한 공직선거법 조항이 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유 및 개인정보자기결정권과 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

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

2. 심판대상조항의 입법목적은 정당이나 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전으로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이고, 익명표현이 허용될 경우 발생할 수 있는 부정적 효과를 막기 위하여 그 규제의 필요성을 인정할 수는 있다.

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

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

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

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

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

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

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2010. 2. 25. 2008헌마324등; 현재 2012. 8. 23. 2010헌마47등; 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등

### 〈선정이유〉

인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항은 헌법에 위반되지 않는다고 하였으나, 본 사건에서 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유 및 개인정보자기결정권과 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 하였다.

이와 별도로 공공기관 등으로 하여금 정보통신망 상에 게시판을 설치·운영하려면 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 하도록 규정한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 규정은 익명표현의 자유를 침해하지 않는다고 하였다(현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등).

## 141. 보안관찰처분대상자에 대한 신고의무 부과 사건

(현재 2021. 6. 24. 2017헌바479)

### 〈쟁점〉

1. 보안관찰처분대상자가 교도소 등에서 출소한 후 7일 이내에 출소사실을 신고하도록 정한 구

보안관찰법 제6조 제1항 전문 중 출소 후 신고의무에 관한 부분 및 이를 위반할 경우 처벌하도록 정한 보안관찰법 제27조 제2항 중 구 보안관찰법 제6조 제1항 전문 가운데 출소 후 신고의무에 관한 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 한다)이 과잉금지 원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

2. 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 보안관찰처분대상자가 교도소 등에서 출소한 후 기존에 보안관찰법 제6조 제1항에 따라 신고한 거주예정지 등 정보에 변동이 생길 때마다 7일 이내에 이를 신고하도록 정한 보안관찰법 제6조 제2항 전문(이하 ‘변동신고조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 변동신고조항 및 이를 위반할 경우 처벌하도록 정한 보안관찰법 제27조 제2항 중 제6조 제2항 전문에 관한 부분(이하 변동신고조항과 합하여 ‘변동신고조항 및 위반 시 처벌조항’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
5. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대하여 위헌의견이 4인, 헌법불합치의견이 2인인 경우 주문의 표시 및 헌법불합치결정을 선고하면서 계속 적용을 명한 사례

### 〈결정요지〉

1. 출소 후 출소사실을 신고하여야 하는 신고의무 내용에 비추어 보안관찰처분대상자(이하 ‘대상자’라 한다)의 불편이 크다거나 7일의 신고기간이 지나치게 짧다고 할 수 없다. 보안관찰해당범죄는 민주주의체제의 수호와 사회질서의 유지, 국민의 생존 및 자유에 중대한 영향을 미치는 범죄인 점, 보안관찰법은 대상자를 파악하고 재범의 위험성 등 보안관찰처분의 필요성 유무의 판단 자료를 확보하기 위하여 위와 같은 신고의무를 규정하고 있다는 점 등에 비추어 출소 후 신고의무 위반에 대한 제재수단으로 형벌을 택한 것이 과도하다거나 법정형이 다른 법률들에 비하여 각별히 과중하다고 볼 수도 없다.

따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.

2. 대상자와 피보안관찰자에 맞게 각각에 대하여 신고의무를 부과하는 것 자체가 불합리하다고 볼 수 없고, 각 신고의무 모두 그 이행을 통한 관련 자료 확보의 필요성이 있다는 점 등에 비추어, 각자에게 ‘신고의무’를 부과하고 그 위반에 대해 동일한 법정형을 정한 것이 곧바로 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 또한 보안관찰과 치료감호·보호관찰이 신고의무 부과 및 제재에 있어 다른 이유는 각 제도의 목적과 취지, 법적 성질, 대상자의 지위와 처분의 내용에 차이가 있기 때문이다. 따라서 출소후신고조항 및 위반 시 처벌조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

3. 사회적 변화에 대응하기 위해 대상자가 신고해야 할 구체적 사항을 하위법령에 위임할 필요성이 인정된다. 보안관찰법 제6조 제1항에서 위임한 신고사항에는 대상자의 생활환경, 성행 등을 파악하는 데 필요한 직업, 재산, 가족 및 교우관계 등 재범의 위험성을 판단하기 위한 정보가 포함될 것임을 충분히 예측할 수 있다. 따라서 위 제6조 제1항에 의한 신고사항에 변동이 있을 경우 신고하도록 정한 변동신고조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

4. (1) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 위헌의견

변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 아직 재범의 위험성 판단이 이루어지지 아니한 대상자에게, 재범의 위험성이 인정되어 보안관찰처분을 받은 사람과 유사한 신고의무 및 그 위반 시 동일한 형사처벌을 규정하고 있다. 이는 재범의 위험성이 없으면 보안처분을 부과할 수 없다는 보안처

분에 대한 죄형법정주의적 요청에 위배되고, 입법목적 달성에 필요하지 않은 제한까지 부과하는 것이다. 피보안관찰자의 경우 2년마다 그 시점을 기준으로 재범의 위험성을 심사하여 갱신 여부를 결정하도록 하고 있는데, 대상자의 경우에는 정기적 심사도 없이 무기한의 신고의무를 부담하게 된다. 이 때문에 종국결정이라 할 수 있는 보안관찰처분이 없음에도 보안관찰처분이 있는 것과 유사한 효과를 선취하는 불합리한 결과를 초래하고 있다.

따라서 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다.

#### (2)재판관 유남석, 재판관 이은애의 헌법불합치의견

변동신고조항은 출소 후 기존에 신고한 거주예정지 등 정보에 변동이 생기기만 하면 신고의무를 부과하는바, 의무기간의 상한이 정해져 있지 아니하여, 대상자로서는 보안관찰처분을 받은 자가 아님에도 무기한의 신고의무를 부담한다. 대상자는 보안관찰처분을 할 권리가 있는 행정청이 어느 시점에 처분을 할지 모르는 불안정한 상태에 항상 놓여 있게 되는바, 이는 행정청이 대상자의 재범 위험성에 대하여 판단을 하지 아니함에 따른 부담을 오히려 대상자에게 전가한다는 문제도 있다. 대상자가 면제결정을 받으면 신고의무에서 벗어날 수 있으나, 이러한 예외적인 구제절차가 존재한다는 사정만으로는 기간의 상한 없는 변동신고의무의 위헌성을 근본적으로 치유하기에는 부족하다. 그렇다면 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항은 대상자에게 보안관찰처분의 개시 여부를 결정하기 위함이라는 공익을 위하여 지나치게 장기간 형사처벌의 부담이 있는 신고의무를 지도록 하므로, 이는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항의 위헌성은 대상자가 무기한의 변동신고의무를 부담하게 된다는 데에 있다. 이에 대해 단순위헌결정을 할 경우 대상자에 대하여 변동사항 신고의무를 부과함이 정당한 경우에도 그러한 의무가 즉시 사라지게 되어 법적 공백이 발생한다. 따라서 위 조항들에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하는 것이 타당하다.

5. 변동신고조항 및 위반 시 처벌조항에 대하여는 4인의 위헌의견에 2인의 헌법불합치의견을 가산하면 위헌 정족수를 충족하게 된다. 따라서 위 조항들은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2023. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용하되, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 이는 2023. 7. 1.부터 그 효력을 상실한다.

#### 〈선정이유〉

보안관찰처분대상자가 교도소 등에서 출소한 후 기존에 보안관찰법 제6조 제1항에 따라 신고한 거주예정지 등 정보에 변동이 생길 때마다 7일 이내에 이를 신고하도록 정한 보안관찰법 제6조 제2항 전문 및 이를 위반할 경우 처벌하도록 정한 제27조 제2항 중 제6조 제2항 전문에 관한 부분에 대하여 4인의 위헌의견에 2인의 헌법불합치의견을 가산하면 위헌 정족수를 충족하게 된다. 따라서 위 조항들은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2023. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용하되, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 이는 2023. 7. 1.부터 그 효력을 상실한다.

#### 142. 광고표현의 자유 - 상업광고의 규제에 대한 위헌심사의 기준

(현재 2005. 10. 27. 2003헌가3)

### 〈쟁점〉

1. 상업광고의 규제에 대한 위헌심사의 기준은 일반적인 표현규제에 비해 완화된 기준이 적용되는가?(적극)
2. 누구든지 특정의료기관이나 특정의료인의 기능이나 진료방법에 관한 광고를 하지 못하도록 금지하는 것(의료법 제46조 제3항)은 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌인가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.

2. ① 의료광고를 규제하는 이유는 소비자(환자)의 보호, 공정거래의 확보, 의료행위의 숭고함의 유지라고 할 수 있다. 의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하므로 일반 상품이나 용역과는 차이가 있으며 국민의 건강에 직결되는 것이므로 소비자를 보호하고 의료인 간의 불공정한 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하다.

② 그런데 이 사건 조항이 의료인의 기능(技能), 즉 의료행위를 할 수 있는 기술적인 능력이나 재능 및 진료방법, 즉 진찰과 치료방법에 대한 광고를 일률적으로 금지하고 있는 것은 그러한 목적을 달성하기 위한 필요한 범위를 넘어선 것이다.

의료인의 기능이나 진료방법에 대한 광고가 소비자들을 기만하는 것이거나, 소비자들에게 정당화되지 않은 의학적 기대를 초래 또는 오인하게 할 우려가 있거나, 공정한 경쟁을 저해하는 것이라면, 국민의 보건과 건전한 의료경쟁 질서를 위하여 규제가 필요하다. 그러나 객관적인 사실에 기인한 것으로서 소비자에게 해당 의료인의 의료기술이나 진료방법을 과장함이 없이 알려주는 의료광고라면 이는 의료행위에 관한 중요한 정보에 관한 것으로서 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고 의료인들 간에 공정한 경쟁을 촉진하므로 오히려 공익을 증진시킬 수 있다. 비록 의료광고가 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이고, 일반 국민들이 그 가치를 판단하기 어려운 측면이 있다 하더라도, 소비자로 하여금 과연 특정의료인이 어떤 기술이나 기량을 지니고 있는지, 어떻게 진단하고 치료하는지를 알 수 없게 한다면, 이는 소비자를 중요한 특정 의료정보로부터 차단시킴으로써 정보의 효율적 유통을 방해하는 것이며, 표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성을 위한 한도 내에서 섬세하게 재단(裁斷)된 것이라 할 수 없다.

또한 이 사건 법률조항이 아니더라도 의료업무에 관하여 허위 또는 과대 광고를 금지하는 의료법 제46조 제1항, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 소비자보호법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 옥외광고물 등 관리법 등에 의하여 “의료인의 기능이나 진료방법”에 관한 허위·기만·과장광고를 통제할 수 있다. 그러므로 이 사건 조항이 의료인의 기능과 진료방법에 대한 광고를 금지하고 이에 대하여 벌금형에 처하도록 한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이므로, 피해의 최소성 원칙에 위반된다.

③ 한편 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 공익의 달성을 여부는 불분명한 것인 반면, 이 사건 조항은 의료인에게 자신의 기능과 진료방법에 관한 광고와 선전을 할 기회를 박탈함으로써 표현의 자유를 제한하고, 다른 의료인과의 영업상 경쟁을 효율적으로 수행하는 것을 방해함으로써 직업수

행의 자유를 제한하고 있고, 소비자의 의료정보에 대한 알 권리를 제약하게 된다. 따라서 보호하고자 하는 공익보다 제한되는 사익이 더 중하다고 볼 것이므로 이 사건 조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 결국 이 사건 조항은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위배하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

### 〈선정이유〉

상업광고의 규제에 대한 위헌심사의 기준은 일반적인 표현규제에 비해 약간 완화된 기준이 적용된다고 판시한 결정이다.

## 143. 정치적 의사표현의 자유 - 정당후원회 금지의 위헌성

(현재 2015. 12. 23. 2013헌바168)

### 〈쟁점〉

1. 정당이 개인이나 단체로부터 정치자금을 받을 수 있는 후원회를 지정할 수 없도록 금지하는 법률조항(정치자금법 제6조)은 누구의 어떤 기본권을 제한하는가? [정치자금을 기부하고자 하는 자의 정치적 의사표현의 자유; 정당활동의 자유]
2. 정당의 후원회 지정을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌인가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 법률조항은 국민이 정당에 대한 재정적 후원을 통해 정당의 정책과 후보자를 지지하는 것을 금지함으로써 국민의 정치적 의사표현의 자유를 제한한다. 정당에 대한 정치자금 기부는 국민이 자신의 정치적 견해를 표명하는 매우 효과적인 수단일 뿐만 아니라, 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나가 된다. 또한 이 사건 법률조항은 정당이 목적에 따른 활동에 필요한 비용을 마련하기 위해 후원회를 지정·운영하는 것을 금지함으로써 헌법 제8조가 보장하는 정당활동의 자유를 제한한다. 정당이 후원자들로부터 정당의 목적에 따른 활동에 필요한 정치자금을 모금하는 것은 정당의 조직과 기능을 원활하게 수행하는 필수적인 요소이자 정당활동의 자유를 보장하기 위한 필수불가결한 전제로서, 정당활동의 자유의 내용에 당연히 포함된다.

2. ① 이 사건 법률조항은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성은 인정된다.

② 그러나 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없고, 기부 및 모금한도액의 제한, 기부내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 충분히 확보할 수 있다.

정치자금 중 당비는 반드시 당원으로 가입해야만 납부할 수 있어 일반 국민으로서 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 하기 위해 반드시 당원이 되어야 하므로, 정당법상 정당 가입이 금지되는 공무원 등의 경우에는 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 할 수 있는 방법이 없다. 그리고 현행 기탁금 제도는 중앙선거관리위원회가 국고보조금의 배분비율에 따라 각 정당에 배분·지급

하는 일반기탁금제도로서, 기부자가 자신이 지지하는 특정 정당에 재정적 후원을 하는 것과는 전혀 다른 제도이므로 이로써 정당 후원회를 대체할 수 있다고 보기도 어렵다.

③ 나아가 정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자 하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 매우 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

### 〈참고판례〉

1. 현재 1999. 11. 25. 95헌마154 (노동조합 정치자금기부금지 사건) [9(위헌) : 0]
2. 현재 2010. 12. 28. 2008헌바89 (단체의 정치자금기부금지 사건) [4(합헌) : 1(합헌) : 3(헌법불합치) : 1(위헌)]
3. 헌법재판소는 국회의원을 후원회지정권자로 정하면서 지방의회의원을 후원회지정권자에서 제외하고 있는 정치자금법 조항은 평등권을 침해한다고 하였고(현재 2022. 11. 24. 2019헌마528 등), 광역자치단체의 장선거의 예비후보자를 후원회지정권자에 제외하는 것은 평등권을 침해하지만 자치구의 지역구의회의원 선거의 예비후보자를 후원회지정권자에서 제외하는 것은 평등권을 침해하지 않는다고 하였다(현재 2019. 12. 27. 2018헌마301등).

그 후 정치자금법을 개정하여 현재는 지역구지방의회의원선거의 후보자 및 예비후보자와 지방자치단체의 장선거의 후보자 및 예비후보자 모두 후원회를 지정할 수 있도록 하고 있다.

### 〈선정이유〉

정당에 정치자금을 기부하는 행위는 정치적 의사표현의 자유로서 헌법이 보장하는 중요한 기본권이라는 점을 재확인한 결정이다. 헌법재판소는 1999년의 노동조합 정치자금 기부 금지 사건(95헌마154)에서 정치자금 기부를 정치적 의사표현의 자유로 인정하면서 기부 금지를 위헌으로 결정하였으나, 2002년 불법 대선자금 사건의 여파로 정치자금법이 개정되어 단체의 정치자금 기부가 전면 금지되었고, 헌법재판소는 2010년의 결정(2008헌바89)에서 이를 합헌으로 승인한 바 있다. 이번 결정으로 정치자금 기부가 갖는 헌법적 의의가 다시 확인되었다.

## 144. 선거운동의 자유 - 인터넷 선거운동 제한의 위헌성

(현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등)

### 〈쟁점〉

1. 선거운동의 자유를 ‘원칙 금지 예외 허용’의 방식으로 제한하는 것은 헌법적으로 용인되는가?(소극)
2. 선거운동의 자유의 실현에 있어 인터넷이 갖는 의의
3. 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 제93조 제1항을 인터넷에서의 선거운동에까지 적용한다면 제93조 제1항은 위헌인가? 즉, 공직선거법 제93조 제1항의 적용대상에 ‘정보통

신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'(이하 '인터넷'이라고만 한다)이 포함된다고 해석한다면, 과잉금지의 원칙에 반하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하는 것인가?(적극)

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제21조 제1항에서 규정하고 있는 언론·출판의 자유는 자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며, 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수 불가결한 기본권이다. 또한, 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 정치적 표현의 자유는 국민이 선거과정에서 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장 규정에 의한 보호를 받는다. 이와 같은 정치적 표현의 자유의 헌법상 지위, 선거운동의 자유의 성격과 중요성에 비추어 볼 때, 정치적 표현 및 선거운동에 대하여는 '자유를 원칙으로, 금지를 예외로' 하여야 하고, '금지를 원칙으로, 허용을 예외로' 해서는 안 된다는 점은 자명하다. 따라서 입법자는 선거의 공정성을 보장하고 탈법·금권적 혼탁선거를 방지하기 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현 자유와 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도, 입법목적 달성과의 관련성이 구체적이고 명백한 범위 내에서 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하지 않으면 안 된다 할 것이다.

2. 인터넷은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체이다. 즉, 인터넷은 저렴한 비용으로 누구나 손쉽게 접근이 가능하고 가장 참여적인 매체로서, 표현의 쌍방향성이 보장되고, 정보의 제공을 통한 의사표현 뿐 아니라 정보의 수령, 취득에 있어서도 좀 더 능동적이고 의도적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로, 일반 유권자도 인터넷 상에서 정치적 의사표현이나 선거운동을 하고자 할 개연성이 높고, 경제력 차이에 따른 선거의 공정성 훼손이라는 폐해가 나타날 가능성이 현저히 낮으며, 매체 자체에서 잘못된 정보에 대한 반론과 토론, 교정이 이루어질 수 있고, 국가의 개입이 없이 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 있다는 점에서 확연히 대비된다. 그리고 이러한 특성으로 인하여, 인터넷은 국민주권의 실현 및 민주주의의 강화에 유용한 수단인 동시에 '기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고'라는 선거운동 규제의 목적 달성에도 기여할 수 있는 매체로 평가받고 있다.

3. ① 이 사건 법률조항은 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하다.

② 그러나 이 사건 법률조항은 목적달성을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다. 인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 '기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고'라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고도 볼 수 있는 점, 후보자에 대한 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방 등을 직접적으로 금지하고 처벌하는 법규정은 이미 도입되어 있고 모두 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 점, 인터넷의 경우에는 정보를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 이를 수용하게 되는 것이 아니고 자발적·적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하

게 되며, 선거과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라 는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현 및 선거운동을 금지하고 처벌하는 것은 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 및 흑색선전을 통한 부당한 경쟁을 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 입법목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다.

③ 또한, 대통령 선거, 국회의원 선거, 지방선거가 순차적으로 맞물려 돌아가는 현실에 비추어 보면, 기본권 제한의 기간이 지나치게 길고, 그 기간 ‘통상적 정당활동’은 선거운동에서 제외됨으로써 정당의 정보제공 및 홍보는 계속되는 가운데, 정당의 정강·정책 등에 대한 지지, 반대 등 의사 표현을 금지하는 것은 일반국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임 정치의 구현이라는 대의제도의 이념적 기반을 약화시킬 우려가 있다는 점, 사이버선거부정감시단의 상시적 운영, 선거관리위원회의 공직선거법 위반 정보 삭제요청 등 인터넷 상에서 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방이나 혐오사실 공표의 확산을 막기 위한 사전적 조치는 이미 별도로 입법화되어 있고, 선거관리의 주체인 중앙선거관리위원회도 인터넷 상 선거운동의 상시화 방안을 지속적으로 제시해오고 있는 점, 일정한 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 일정한 기간 이를 일률적·전면적으로 금지하고 처벌하는 것은 과도하다고 볼 수밖에 없는 점 등을 감안하면, 최소침해성의 요건도 충족하지 못한다.

④ 한편, 이 사건 법률조항에 대한 법익균형성 판단에는 국민의 선거참여를 통한 민주주의의 발전 및 민주적 정당성의 제고라는 공익 또한 감안하여야 할 것인데, 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동을 금지함으로써 얻어지는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 인터넷을 이용한 의사소통이 보편화되고 각종 선거가 빈번한 현실에서 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 인터넷 상 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 전면적으로 제한함으로써 생기는 불이익 내지 피해는 매우 크다 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 법익균형성의 요건도 갖추지 못하였다고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2009. 7. 30. 2007헌마718 (UCC 선거운동 금지 사건) [3(합헌) : 4(위헌) : 1(위헌)]

### 〈선정이유〉

이 결정에서 헌법재판소는 선거운동의 자유의 헌법적 가치를 높이 평가하고, 선거운동의 자유의 실현에 있어 인터넷이 갖는 중요한 의의를 인정하였다. 그리하여 헌법재판소는 동일한 심판대상에 대하여 2009년에 합헌으로 선고했던 결정(2007헌마718)을 변경하였다. 이 결정으로 유권자들은 선거를 앞두고 자신들이 지지하거나 반대하는 후보자 또는 정당에 대해 UCC(이용자제작콘텐츠) 등에 지지·추천·반대 등의 내용을 담아 이를 각종 포털사이트 또는 미니 홈페이지, 블로그 등 인터넷상에 게시할 수 있게 되었다.

## 145. 공직선거법상 선거운동기간 제한 및 처벌조항 사건

(현재 2022. 2. 24. 2018헌바146)

### 〈쟁점〉

1. 공직선거법 제254조 제2항 중 ‘그 밖의 집회, 그 밖의 방법’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 구 공직선거법 제59조(이하 ‘이 사건 선거운동기간조항’이라 한다) 중 선거운동기간 전에 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동에 관한 부분 및 이 사건 처벌조항(이하 이 사건 선거운동조항과 이 사건 처벌조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다) 중 ‘그 밖의 방법’에 관한 부분 가운데 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동을 한 자에 관한 부분이 과잉금지원칙에 반하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 처벌조항은 선거운동 과정에서 통상 문제되는 전형적인 집회의 유형을 예정하되 그 외 발생할 수 있는 처벌의 공백을 방지하기 위하여 다소 포괄적인 용어로 ‘그 밖의 집회’를 규정하고 있으므로, 문제된 집회를 선거운동으로 볼 수 있는지 여부가 그 판단지침이 된다. 그러므로 이 사건 처벌조항의 ‘그 밖의 집회’란 목적성, 객관적 인식가능성, 능동성, 계획성 등 선거운동의 개념표지를 갖춘 모든 유형의 집회를 의미한다. ‘그 밖의 방법’ 또한 불확정적인 개념이기는 하나, 이 사건 처벌조항이 예로 들고 있는 방법은 모두 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 활용되는 선거운동의 유형에 해당하므로, ‘그 밖의 방법’이 선거운동의 개념표지를 갖춘 모든 방법을 뜻하는 것임을 충분히 알 수 있다. 따라서 이 사건 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

2. 기간 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우 후보자 간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵고, 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생길 우려가 있다. 또한 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거운동방법도 존재하므로, 후보자가 선거권자에게 정보를 자유롭게 전달하거나 선거권자가 후보자의 인물·정견·신념을 파악하는 데 현재의 선거운동기간이 부족하다고 보기 어렵다. 그러므로 선거운동기간을 제한하는 것 자체가 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한한다고 보기 어렵다.

그러나 선거운동을 어느 정도 규제하는 것에 불가피한 측면이 있더라도, 그 제한의 정도는 정치·사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도 등을 종합하여 합리적으로 결정해야 한다. 오늘날, 일부 미흡한 측면이 있더라도 공정한 선거제도가 확립되고 국민의 정치의식이 높아지고 있으며, 입법자도 선거운동의 자유를 최대한 보장할 필요가 있다는 반성적 고려 하에 2020. 12. 29. 공직선거법 개정을 통해 선거과열 등 부작용을 초래할 위험성이 적은 선거운동 방법에 대한 선거운동기간 규제를 완화한 상황이다. 그럼에도 심판대상조항은 입법목적을 달성하는 데 지장이 없는 선거운동방법, 즉 돈이 들지 않는 방법으로서 ‘후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 문제’나 ‘사회·경제적 손실을 초래할 위험성’이 낮은, 개별적으로 대면하여 말로 지지를 호소하는 선거운동까지 금지하고 처벌함으로써, 과잉금지원칙에 반하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있다. 결국 이 사건 선거운동기간조항 중 선거운동기간 전에 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동에 관한 부분, 이 사건 처벌조항 중 ‘그 밖의 방법’에 관한 부분 가운데 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동을 한 자에 관한 부분은 과잉금지원칙에 반하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2016. 6. 30. 2014헌바253

### 〈선정이유〉

선거운동기간을 제한하고 이를 위반한 경우 형사처벌하도록 규정한 공직선거법 조항은, 선거의 과열경쟁으로 인해 사회·경제적 손실이 발생하는 것을 방지하고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장하기 위해서 도입된 것이다. 그러나 심판대상조항은 위와 같은 입법목적을 달성하는데 지장이 없는 선거운동방법까지 포괄적으로 금지함으로써, 돈이 들지 않는 방법으로서 후보자 간 경제력 차이에 따른 선거운동기회의 불균형 문제나 선거의 과열경쟁으로 인한 사회·경제적 손실이 초래될 위험성이 낮은 ‘개별적으로 대면하여 말로 지지를 호소하는 방법의 선거운동’까지 금지하고 처벌한다는 문제점이 발생하였다.

입법부도 이러한 문제점에 대한 반성적 고려의 차원에서 2020. 12. 29. 공직선거법 개정을 통해, ‘선거일이 아닌 때에 전화(송·수화자 간 직접 통화하는 방식에 한정하며, 컴퓨터를 이용한 자동 송신장치를 설치한 전화는 제외한다)를 이용하거나 말(확성장치를 사용하거나 옥외집회에서 다중을 대상으로 하는 경우를 제외한다)로 선거운동을 하는 경우’ 선거운동기간의 제한을 받지 않는 규정을 신설하였다(공직선거법 제59조 단서 제4호).

위와 같은 문제의식을 바탕으로 헌법재판소가 심판대상조항 중 일부를 주문과 같이 위헌으로 결정함에 따라, 심판대상조항 중 그 일부(개별적으로 대면하여 말로 지지를 호소하는 방법의 선거운동에 대한 선거운동기간 제한과 처벌)에 대한 효력은 종전의 합헌결정(현재 2016. 6. 30. 2014헌바253)이 있었던 날의 다음 날인 2016. 7. 1.로 소급하여 효력을 상실하게 되었다.

146.

### 문화예술계 블랙리스트의 작성 등과 지원사업 배제 지시에 관한 위헌소원 사건

(현재 2020. 12. 23. 2017헌마416)

### 〈쟁점〉

- 합헌적 법률해석의 의미와 기능은 무엇인가?
- 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 하는 행위 및 이 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 행위를 금지하고 처벌하는 법률조항(국가보안법 제7조 제1항 및 제5항)은 그 적용범위가 지나치게 광범위한 것인가? 그로 인해 어떤 학제적 문제를 안고 있는가?
- 위 법률조항은 그 다의성 때문에 전면 위헌으로 선언되어야 할 규정인가? 합헌적 부분이 존재하는가?
- 위 법률조항에서 합헌적으로 살려야 할 부분은 어디까지인가?
- 위 법률조항에서 위헌적인 부분을 제거하고 합헌적인 부분을 살리기 위한 주문의 내용은 무엇인가?
- 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다는 것의 의미는 무엇인가?

## 7. 자유민주적 기본질서에 위해(危害)를 준다는 것의 의미는 무엇인가?

### 〈결정요지〉

1. 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. 이러한 합헌적 제한해석과 주문례는 헌법재판제도가 정착된 여러 나라에 있어서 널리 활용되는 통례인 것으로서 법률에 일부 합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다.

2. 제7조 제1항의 찬양·고무죄는 “구성원”, “활동”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게 한” 등 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다. 그러나 이와 같은 문언해석 그대로의 내용이 국가보안법 제7조 제1항의 제도 본자일 것으로는 결코 보여지지 않으며, 문언을 그대로 해석·운영한다면 다음과 같은 문제가 생긴다: ① 첫째, 만일 문리 그대로 해석·운영한다면 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있다. 국가의 안전보장의 희생 위에 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유가 보장될 수는 없지만, 국가안전보장과 관계없는 경우에는 그것이 북한 집단이나 그 구성원인 주민에 관한 것이라 하여도 그와 같은 자유를 보장하는 것이 헌법이다. 국가는 헌법이 수호하려는 최고의 가치인 자유민주적 기본질서(헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항)를 전복하려는 연동 등에 대하여는 단호히 대처를 할 수 밖에 없지만, 그와 무관한 경우에는 개인이 갖는 기본적 인권을 최대한 보장할 의무를 지는 것이다. ② 둘째, 문리 그대로 적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되면 법운영 당국에 의한 자의적(恣意的) 집행을 허용할 소지가 생길 것이다. 국가권력과 통치자에 대한 비판이 우연히 북한집단의 주장과 맥을 같이 하는 바가 있으면 여기의 찬양·고무죄의 적용범위에 포함될 수 있으며 정부의 정책 비판이라도 북한 측이 원용하여 선전수단으로 삼을 수 있다는 인식만 있었다면 이적죄의 고리에 걸 수 있는 포괄성이 있기 때문에 정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지를 안고 있다. ③ 셋째, 문언 그대로 해석한다면 헌법전문의 “평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”的 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다. 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주는 일, 체제문제와 관계없이 협력하는 일은 단일민족으로서의 공감대형성이며, 이는 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 소위인 것으로서 헌법정신에 합치되는 것일 수도 있다.

3. 찬양·고무죄 조항이 갖는 문제의 소재는 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있으며 이 때문에 국가존립·안전을 위태롭게하거나 자유민주적 기본질서에 해악을 줄 구체적인 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대될 위헌적 요소가 생기게 되어 있는 점이다. 그러나 제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북 간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전 폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다. 분명히 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡하다. 따라서 제7조 제1항은 이와 별도로 그 존재의의가 있다고 할 것이며 또 침략행위나 민주체제전복을 부추기는 내용의 연동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보

호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없을 것으로, 다만 위 헌적 요소가 있어서 정비되어야 할 불완전한 것일 뿐이다.

4. 국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양·고무·동조 그리고 이롭게 하는 행위 모두가 곧바로 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 것이 아니므로 그 행위일체를 어의대로 해석하여 모두 처벌한다면 합헌적인 행위까지도 처벌하게 되어 위헌이 되게 된다는 것은 앞서 본 바이다. 그렇다면 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이라 하겠다.

5. [주문] 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

6. 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협·침해하고 영토를 침략하며 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴·마비시키는 것으로 외형적인 적화공작(赤化工作) 등을 일컫는다.

7. 자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 한정합헌이라는 합헌적 법률해석의 기법을 사용하여 언론·출판의 자유와 국가안보 사이의 긴장을 조화시킨 최초의 결정이다.

## 147. 정치자금법상 회계보고된 자료의 열람기간에 관한 사건

(현재 2021. 5. 27. 2018헌마1168)

### 〈쟁점〉

정치자금법에 따라 회계보고된 자료의 열람기간을 3월간으로 제한한 정치자금법 제42조 제2항 본문 중 ‘3월간’ 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 알권리를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

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

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

정치자금의 수입과 지출명세서 등에 대한 사본교부 신청이 허용된다고 하더라도, 검증자료에 해당하는 영수증, 예금통장을 직접 열람함으로써 정치자금 수입·지출의 문제점을 발견할 수 있다는 점에서 이에 대한 접근이 보장되어야 한다. 영수증, 예금통장은 현행법령 하에서 사본교부가 되지 않아 열람을 통해 확인할 수밖에 없음에도 열람 중 필사가 허용되지 않고 열람기간마저 3월간으로 짧아 그 내용을 파악하고 분석하기 쉽지 않다. 또한 열람기간이 공직선거법상의 단기 공소시효조차 완성되지 아니한, 공고일부터 3개월 후에 만료된다는 점에서도 지나치게 짧게 설정되어 있다. 한편 선거관리위원회는 데이터 생성·저장 기술의 발전을 이용해 자료 보관, 열람 등의 업무부담을 상당 부분 줄여왔고, 앞으로도 그 부담이 과도해지지 않도록 할 수 있을 것으로 보인다. 이를 종합하면 정치자금을 둘러싼 분쟁 등의 장기화 방지 및 행정부담의 경감을 위해 열람기간의 제한 자체는 들 수 있다고 하더라도, 현행 기간이 지나치게 짧다는 점은 명확하다.

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

그렇다면 이 사건 열람기간제한 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 알권리를 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2010. 12. 28. 2009헌마466

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 2010. 12. 28. 2009헌마466 결정에서 이 사건 열람기간제한 조항과 동일한 내용의 구 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제42조 제2항 본문 중 ‘제1항의 규정에 의한 공고일부터 3월간’ 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였으나, 이 사건에서 정치자금의 투명성 강화 및 부정부패 근절에 대한 국민적 요구가 커지고 선거관리위원회가 데이터 생성·저장·유통 기술 발전을 이용해 업무부담을 줄일 수 있다는 점 등을 고려해 위 선례를 변경하고 이 사건 열람기간제한 조항에 대하여 위헌 결정을 하였다. 이번 결정으로 국민들의 정치자금 자료에 대한 접근권이 보다 강하게 보장될 것으로 예상되고, 궁극적으로는 정치자금의 투명성을 강화하고 부정부패를 근절하는 데 일조할 것으로 기대된다.

### 148. 정보위원회 회의를 비공개하도록 규정한 국회법 조항에 관한 사건

(현재 2022. 1. 27. 2018헌마1162등)

### 〈쟁점〉

1. 헌법 제50조 제1항의 의사공개원칙의 의미
2. 정보위원회 회의는 공개하지 아니한다고 정하고 있는 국회법 제54조의2 제1항 본문이 의사공개원칙에 위배되어 청구인들의 알 권리를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제50조 제1항은 본문에서 국회의 회의를 공개한다는 원칙을 규정하면서, 단서에서 ‘출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’에는 이를 공개하지 아니할 수 있다는 예외를 두고 있다. 이러한 헌법 제50조 제1항의 구조에 비추어 볼 때, 헌법상 의사공개원칙은 모든 국회의 회의를 항상 공개하여야 하는 것은 아니나 이를 공개하지 아니할 경우에는 헌법에서 정하고 있는 일정한 요건을 갖추어야 함을 의미한다. 또한 헌법 제50조 제1항 단서가 정하고 있는 회의의 비공개를 위한 절차나 사유는 그 문언이 매우 구체적이어서, 이에 대한 예외는 엄격하게 인정되어야 한다.

이러한 점에 비추어 보면 헌법 제50조 제1항으로부터 일체의 공개를 불허하는 절대적인 비공개가 허용된다고 볼 수는 없는바, 특정한 내용의 국회의 회의나 특정 위원회의 회의를 일률적으로 비공개한다고 정하면서 공개의 여지를 차단하는 것은 헌법 제50조 제1항에 부합하지 아니한다.

2. 심판대상조항은 정보위원회의 회의 일체를 비공개 하도록 정함으로써 정보위원회 활동에 대한 국민의 감시와 견제를 사실상 불가능하게 하고 있다. 또한 헌법 제50조 제1항 단서에서 정하고 있는 비공개사유는 각 회의마다 충족되어야 하는 요건으로 입법과정에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결되었다는 사실만으로 헌법 제50조 제1항 단서의 ‘출석의원 과반수의 찬성’이라는 요건이 충족되었다고 볼 수도 없다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제50조 제1항에 위배되는 것으로 과잉금지원칙 위배 여부에 대해서는 더 나아가 판단할 필요 없이 청구인들의 알 권리를 침해한다.

### 〈선정이유〉

이 사건을 통해 헌법재판소는 국회의 회의의 공개를 원천적으로 차단하는 것은 의사공개원칙을 선언하고 있는 헌법 제50조 제1항에 정면으로 반하는 것으로 알권리를 침해한다고 하였다.

## 149. 야간 집회 및 시위 금지의 한정적 위헌성

(현재 2014. 4. 24. 2011헌가29)

### 〈쟁점〉

1. 야간집회(일몰시간 후부터 일출시간 전까지의 옥외집회)를 원칙적으로 금지하되 다만 예외적으로 ‘집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우’에는 관할경찰관서장이 허용할 수 있도록 한 법률조항(집시법)이 헌법 제21조 제2항이 금지하는 허가제에 해당하여 위헌인가?(소극)

2. 야간의 옥외집회 또는 시위를 금지하고 그에 참가한 자를 형사처벌하는 법률조항은 집회의

자유를 과도하게 제한하여 위헌인가?(적극)

3. 위 법률조항은 전부 위헌인가?(소극)(한정위헌 6 : 전부위헌 3)

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정하여 헌법 자체에서 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 더불어 집회에 대한 허가금지를 명시함으로써, 집회의 자유에 있어서는 다른 기본권 조항들과는 달리, ‘허가’의 방식에 의한 제한을 허용하지 않겠다는 헌법적 결단을 분명히 하고 있다. 한편, 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’는 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전 허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가 금지’에 해당하지 않는다. 입법자는 법률로써 옥외집회에 대하여 일반적으로 시간적, 장소적 및 방법적인 제한을 할 수 있다. 이러한 법률적 제한이 실질적으로는 행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것이라면 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당되지만, 그에 이르지 않는 한 헌법 제21조 제2항에 반하는 것이 아니라, 위 법률적 제한이 헌법 제37조 제2항에 위반하여 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부만이 문제된다.

이 사건 집회조항 단서의 규정은 본문에 의한 제한을 완화시키려는 것이므로, 본문에 의한 시간적 제한이 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부는 별론으로 하고, 단서의 ‘관할경찰관서장의 허용’이 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고는 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 그러나 ‘일출시간 전, 일몰시간 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하는 것이어서 최소침해성 및 법의균형성 원칙에 반한다.

3. 헌법재판소는, 2010헌가2 결정으로 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 중 ‘시위’ 부분 등에 대하여 한정위헌결정을 한 바 있고, 이 사건에 있어서 가능한 한 심판대상조항들 중 위헌인 부분을 가려내야 할 필요성은 2010헌가2 결정에서와 마찬가지로 인정되므로, 심판대상조항은 ‘일몰시간 후부터 같은 날 24시까지의 옥외집회 또는 시위’에 적용되는 한 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

현재 2014. 3. 27. 2010헌가2등 (야간시위금지 사건) [6(한정위헌) : 3(전부위헌)]

현재 2009. 9. 24. 2008헌가25 (야간집회금지 사건) [5(위헌) : 2(계속적용명령의 헌법불합치) : 2(합헌)]

### 〈선정이유〉

이 결정에서 헌법재판소는 9인 전원일치로, 2009년의 야간집회금지 사건(2008헌가25)에서 5인의 다수의견이 제시했던 판시(경찰서장에 의한 예외적인 야간집회 허용은 헌법이 금지하는 사전허가제에 해당한다)를 깨고 대신 2인의 헌법불합치 의견(경찰서장의 예외적 허용은 사전허가제가 아니다)을 받아들이면서, 야간 집회와 시위 모두에 대해 일몰 후 24시까지는 허용된다는 한정위헌 결정을 내렸다.

## 150. 미신고 집회·시위에 대한 형사처벌의 헌법적 한계

(현재 2014. 1. 28. 2011헌바174등)

### 〈쟁점〉

1. 신고제를 사실상 허가제처럼 운용하는 것은 집회의 자유를 침해하는 것으로서 위헌인가?(적극)
2. 집회·시위에 앞서 48시간 전에 신고를 할 의무를 부과하고 이 의무를 위반한 미신고 집회·시위를 금지하는 것은 위헌인가?(소극)
3. 미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회 즉 긴급집회의 경우에, 신고 가능한 즉시 신고를 했거나, 또는 신고를 하지 않았지만 신고를 할 수 없는 긴급한 사정이 있고 옥외집회나 시위가 평화롭게 진행되어 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래되지 않았다면, 미신고 위반을 이유로 처벌할 수 있는가?(소극)

### 〈결정요지〉

1. 집회의 자유가 가지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 선언한 헌법정신, 신고 제도의 취지 등을 종합하여 보면, 신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데에 그 의의가 있는 것이지 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 그 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개최가 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다(대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결 참조). 전혀 불필요한 것을 신고사항으로 하거나 신고불가능한 시간에 신고하도록 하여 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화할 정도에 이른다면, 이는 최소침해성 원칙에 위반될 것이다. 또한 신고를 하지 아니하고 옥외집회 또는 시위를 개최하였다는 이유만으로 처벌한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼 운용하는 것이나 다름 없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다.

2, 3. [5인 합헌의견] ① 미신고 집회·시위 금지는 옥외집회·시위 개최자와 제3자, 일반 공중 사이의 이익을 조정하여 상호간의 이익충돌을 사전에 예방하고 옥외집회·시위가 평화롭게 구현되도록 하여 공공의 안녕질서를 보호하고 그 위험을 최소화하고자 것으로 입법목적이 정당하고 수단의 적합성이 인정된다. ② 심판대상조항은 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화하지 아니한다. 신고사항은 이익충돌을 조정하기 위하여 필요한 사항들이다. 또한 ‘48시간 전’의 신고시간이 지나치게 길다고 볼 수 없다. 한편, 심판대상조항은 예외 없이 모든 옥외집회에 대하여 신고의무를 부과하고 있으나, 미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회, 즉 긴급집회의 경우에는 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하는 것으로 해석된다. 따라서 신고 가능한 즉시 신고한 긴급집회의 경우에까지 심판대상조항을 적용하여 처벌할 수는 없다. 그러나 그러한 신고조차 하지 아니하는 경우에는 일응 심판대상조항의 구성요건해당성이 충족되는 것으로 보아야 한다. 다만, 이 경우에도 48시간 이내에 신고를 할 수 없는 긴급한 사정이 있고, 옥외집회나 시위가 평화롭게 진행되어 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 바가 없다면, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 수 있고, 나아가 사안에 따라서는 적법행위에 대한 기대가능성이 없어 책임이 조각되는 경

우도 있을 수 있다. 그리고 이는 구체적 사안을 전제로 헌법상 보장되는 집회의 자유의 내용과 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익을 구체적으로 비교형량하여 법원이 판단하여야 할 개별사건에 서의 법률의 해석·적용에 관한 문제이다. 따라서 심판대상조항은 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화하지 아니하므로 최소침해성 원칙에 위배되지 아니한다. ③ 사전신고를 의무화함으로써 옥외집회·시위 개최자가 겪어야 하는 불편함이나 번거로움은, 신고로 인해 보호되는 집회의 자유 보장, 공공의 안녕질서와 비교해 볼 때 결코 중대하다고 할 수 없으므로, 법의 균형성의 요건도 충족한다.

#### [4인 위헌의견]

다수의견의 논리에 따른다면 심판대상조항은 신고가능성이 존재하는 즉시 신고한 긴급집회의 경우에도 적용되는 한 위헌이라고 한정위헌결정을 하여야 하지, 다수의견과 같이 단순합헌결정을 하여서는 아니 된다. 또한 다수의견은 긴급한 사정이 있었는지 등은 구체적 사안에서 위법성조각사유 내지 책임조각사유로서 고려될 수 있다고 하나, 이는 재판과정에서 사후적인 결과로서 고려되는 것에 불과하고, 긴급집회를 개최할 자유를 보장하여 주지 못한다. 긴급집회에는 집회 계획 시부터 집회 개최 시까지 48시간이 남지 않아 심판대상조항의 신고시간을 지킬 수가 없어서 신고하지 않은 경우와 긴급한 사정으로 인하여 신고조차 할 수 없었던 경우도 포함되는데, 이러한 경우에도 구성 요건해당성이 인정된다면, 집회의 자유를 보장하는 헌법의 정신에 부합하지 않는다. 따라서 심판대상조항이 긴급집회에 대해 어떠한 예외도 규정하지 않고 모든 옥외집회에 대해 사전신고를 의무화하는 것은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 집회의 자유를 침해하므로, 심판대상조항 중 긴급집회 주최자에게 48시간 전에 신고서를 제출하도록 하는 부분에 대하여 위헌을 선언하여야 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

이 결정에서 헌법재판소는 미신고 집회·시위를 형사처벌하는 집시법조항에 대해 5(합헌) : 4(위헌)로 합헌 결론을 내렸지만, 48시간 전에 신고를 할 수 없는 긴급집회의 경우에까지 미신고 처벌 조항을 적용해서 처벌하는 것은 헌법상 허용되지 않는다는 법리에 대해서는 9인 재판관 전원의 의견이 일치하였다.

### 151. 결사의 자유 - 교원의 정치단체 가입 금지의 위헌성

(현재 2020. 4. 23. 2018헌마551)

#### 〈쟁점〉

- 초·중등 교원이 정당의 당원이 되거나 정당의 결성에 관여하는 것을 금지하는 법률조항(정당법 및 국가공무원법)은 정당가입의 자유를 침해하여 위헌인가?(소극)
- 초·중등 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지하는 법률조항(국가공무원법)은 교원의 결사의 자유를 침해하여 위헌인가?(적극)

#### 〈결정요지〉

- 선례(현재 2004. 3. 25. 2001헌마710; 2014. 3. 27. 2011헌바42)에 따라, 공무원인 교원

이 정당의 당원이 되거나 정당의 결성에 관여할 수 없도록 하는 것은 정당가입의 자유를 과도하게 제한하는 것이 아니다. 정당가입금지는 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보하기 위한 것이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미치므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로는 입법목적을 달성하기 어렵다. 또한 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당관련 활동은 공무원에게도 허용되므로 이 사건 정당가입 금지조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원들이 제한받는 사이에 비해 중대하므로 법익의 균형성 또한 인정된다.

2. [3인의 위헌의견-명확성 원칙 및 과잉금지의 원칙 위반] ① 민주주의 국가에서 국가 구성원의 모든 사회적 활동은 ‘정치’와 관련된다. 특히 단체는 국가 정책에 찬성·반대하거나, 특정 정당이나 후보자의 주장과 우연히 일치하기만 하여도 정치적인 성격을 가진다고 볼 여지가 있다. 국가공무원 법조항은 가입 등이 금지되는 대상을 ‘정당이나 그 밖의 정치단체’로 규정하고 있으므로, 문언상 ‘정당’에 준하는 정치단체만을 의미하는 것이라고 해석하기도 어렵다. 단체의 목적이나 활동에 관한 어떠한 제한도 없는 상태에서는 ‘정치단체’와 ‘비정치단체’를 구별할 수 있는 기준을 도출할 수 없다. 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성의 보장이라는 위 조항의 입법목적을 고려하더라도, ‘정치적 중립성’ 자체가 다원적인 해석이 가능한 추상적인 개념이기 때문에, 이에 대하여 우리 사회의 구성원들이 일치된 이해를 가지고 있다고 보기 어렵다. 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이다. 그렇다면 위 조항은 명확성원칙에 위배되어 교원인 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

② ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 보장하기 위한 것이므로, 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 그러나 위 조항은 위와 같은 입법목적과 아무런 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위까지 금지한다는 점에서 수단의 적합성 및 침해의 최소성이 인정되지 않는다. 또한 위 조항은 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원(이하 ‘교원’이라 한다)의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위까지 전면적으로 금지한다는 점에서도 수단의 적합성 및 침해의 최소성을 인정할 수 없다. 공무원의 정치적 중립성은 국민 전체에 대한 봉사자의 지위에서 공직을 수행하는 영역에 한하여 요구되는 것이고, 교원으로부터 정치적으로 중립적인 교육을 받을 기회가 보장되는 이상, 교원이 기본권 주체로서 정치적 자유권을 행사한다고 하여 교육을 받을 권리가 침해된다거나 교육의 정치적 중립성이 훼손된다고 볼 수 없다. 교원이 사인의 지위에서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다는 논리적 혹은 경험적 근거는 존재하지 않는다. 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰는 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정치적 중립성을 훼손하는 행위를 방지하기 위한 감시와 통제 장치를 마련함으로써 충분히 담보될 수 있다. 위 조항이 교원에 대하여 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 전면적으로 금지함으로써 달성할 수 있는 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 그로 인하여 교원이 받게 되는 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해는 매우 크므

로, 위 조항은 법의 균형성도 갖추지 못하였다. 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

#### [다른 3인의 위헌의견-명확성 원칙 위반]

국가공무원법 제65조 제1항 중 ‘교원은 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다’고 규정한 조항에서 ‘그 밖의 정치단체’라는 문언은 불명확하여 표현의 자유를 규제하는 법률 조항, 형별의 구성요건을 규정하는 법률조항에 대하여 헌법이 요구하는 명확성원칙의 엄격한 기준을 충족하지 못하였다. 이에 대하여는, 위 재판관 3인의 위헌의견 중 ‘명확성원칙 위배 여부’ 부분과 의견을 모두 같이 한다. 덧붙여, 금지조항은 어떤 단체에 가입하는가에 관한 집단적 형태의 ‘표현의 내용’에 근거한 규제이므로, 더욱 규제되는 표현의 개념을 명확하게 규정할 것이 요구된다. 그럼에도 위 조항은 ‘그 밖의 정치단체’라는 불명확한 개념을 사용하여, 수범자에 대한 위축효과와 법 집행 공무원의 자의적 판단 위험을 야기하고 있다. 이처럼 명확성 원칙에 위배되어 청구인들의 정치적 표현의 자유, 결상의 자유를 침해하여 헌법에 위반되는 점이 분명한 이상, 과잉금지원칙 위배 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 않는다.

#### 〈참고판례〉

(현재 2008. 10. 30. 2006헌가15 (대한안마사협회 회원가입 강제 사건) [4(합헌) : 5(위헌)])

#### 〈선정이유〉

헌법재판소는 초·중등 교원의 정당 가입 금지에 대해서는 여러 차례의 선례를 따라 합헌 결정을 했지만, 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지하는 국가공무원법조항에 대해서 처음으로 6:3의 의견으로 위헌 결정을 내렸다.

## 제7절 직업의 자유, 재산권, 거주이전의 자유

### 152. 셔틀버스 이용금지에 따른 백화점 등의 경영자들의 영업의 자유 제한

(현재 2001. 6. 28. 2001헌마132)

#### 〈쟁점〉

「여객자동차운수사업법」(이하 “법”이라 한다)제73조의 2 등의 법률조항(이하 “심판대상조항”이라 한다)에 의해 백화점 또는 대형 할인매장(이하 “백화점 등”이라 한다)에서 운영하는 자가용자동차(셔틀버스)를 금지하는 것이 헌법상 정당한 범위를 넘어 백화점 등의 경영자인 청구인들의 영업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

#### 〈결정요지〉

1. 심판대상조항은 「유통산업발전법」(1997. 4. 10. 법률 제5337호로 개정된 것) 제2조제3호에 해당하는 백화점 등에서 운영하는 법 제2조제2호의 “여객자동차운수사업용자동외의 자동차인 자가용자동차인 셔틀버스운행을 원칙적으로 금지시키고 있다. 직업의 자유는 기본권 제한입법의 한계조

항인 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있으며 그 제한의 정도는 직업의 자유의 보호영역에 따라 판단해야 한다. 이미 헌법재판소는 선결례에서 좁은 의미의 직업선택의 자유보다 직업행사의 자유에 대해서는 상대적으로 더욱 더 폭 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 판시한 바 있으며 심판대상조항에 대한 결정에서도 이러한 관점에 따라 직업행사의 자유로 볼 수 있는 영업의 자유에 대한 제한의 문제로 심판대상조항을 판단하였다.

2. 법은 여객운송사업의 공공성으로 인해 여객자동차운송사업자에게 여러 가지 제한조치를 규정하고 있다. 이에 비해 청구인들인 백화점 등은 그 기본적인 형태가 ‘상품의 판매’이지 ‘고객의 운송’이 아니며 청구인들의 무분별한 셔틀버스의 운행으로 인해 건전한 여객운송질서의 확립에 장애를 불러왔을 뿐만 아니라 셔틀버스의 운행횟수·노선수·운행거리 등의 제한을 내용으로 하는 자율감축노력은 대도시와 중소도시의 교통환경의 차이, 백화점 등 상호간 또는 기타 유통업체간의 무한경쟁의 특성상 성공하지 못하였다. 또한 법 제73조 및 제73조의2 제1항 제2호 그리고 제24조 제1항 등의 규정을 두어 소비자의 불편을 최소화하는 장치를 마련하고 있다. 요컨대, 심판대상조항은 그 목적의 정당성과 방법의 적합성을 인정할 수 있고, 나아가 피해의 최소성과 법익의 균형성을 갖춘 것이므로, 비록 이로 말미암아 청구인들의 영업의 자유에 제약을 가한 점이 있다 하더라도 그 제약은 헌법상 정당한 범위 내의 제한이라고 할 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1998. 3. 26. 97헌마194 관세법 제186조 제1항 위헌확인

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 심판대상조항을 직업수행 내지 행사의 자유에 대한 제한하는 입법행위로 보았고 영업방식 또는 형태에 대한 원칙적인 금지 형태의 기본권 제한을 내용으로 하는 입법임에도 불구하고 비례의 원칙에 위반되는 직업수행(행사)의 자유에 대한 제한으로 보지 않았다.

## 153. 〔객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한과 심사척도〕

(현재 2002. 4. 25. 2001헌마614)

### 〈쟁점〉

경비업을 경영하고 있는 자들이나 다른 업종을 경영하면서 새로이 경비업에 진출하고자 하는 자들로 하여금, 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 않는 한 경비업과 그 밖의 업종을 겸영하지 못하도록 금지하고 있는 「경비업법」(2001. 4. 7. 법률 제6467호호 전문개정된 것. 이하 “법”이라 한다) 제7조 제8항, 제19조 제1항 제3호, 부칙 제4조(이하 “심판대상조항”이라 한다)가 직업의 자유의 제한에 대한 헌법적 한계인 과잉금지원칙을 준수하지 못하여 위헌인지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 심판대상조항은 경비업을 경영하고 있는 자들이나 다른 업종을 경영하면서 새로이 경비업에 진출하고자 하는 자들로 하여금 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 않는 한 경비업과 그 밖의 업종간에 택일하도록 법으로 강제하고 있다. 이와 같이 당사자의 능력이나 자격과 상

관없는 객관적 사유에 의한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있고, 따라서 헌법재판소가 이 사건을 심사함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는바 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다.

2. 심판대상조항은 비전문적인 영세경비업체의 난립을 막고 전문경비업체를 양성하며, 경비원의 자질을 높이고 무자격자를 차단하여 불법적인 노사분규 개입을 막고자 하는 입법목적 자체는 정당하다고 보인다. 그러나 방법의 적절성의 관점에서 살펴볼 때 ‘경지업체의 전문화’라는 측면에서 현대의 경비업은 경비장비의 제조·설비·판매업이나 네트워크를 통한 정보산업, 시설물 유지관리, 나아가 경비원교육업 등을 포함하는 ‘토탈서비스(total service)’를 절실히 요구하고 있는 추세이고 법에서 규정하고 있는 좁은 의미의 경비업<sup>1)</sup>만을 영위하도록 하는 것은 영세한 경비업체의 난립을 방지하는 효과를 가진다는 점과 ‘경비원의 자질을 높이고 무자격자를 차단하여 불법적인 노사분규 개입을 방지하는 것’도 경비원교육의 강화·자격요건이나 보수 등의 근무여건의 향상을 통해 그 목적을 효과적이고 적절하게 달성할 수 있다는 점에서 방법의 적절성을 갖추지 못했다. 방법의 적절성에 제시된 바와 같이 입법자가 선택한 제한의 수단이 적절하지 못하고 오히려 제한의 목적과 반대의 효과가 발생하며 심판대상조항이 아니더라도 법의 다른 조항에 의해 입법목적을 달성할 수 있는바 경비업자의 겸영을 일체 금지하는 접근은 기본권 침해의 최소성 원칙에 어긋나는 과도하고 무리한 방법이다. 심판대상조항으로 인해 달성하고자 하는 공익인 경비업체의 전문화, 경비원의 불법적인 노사분규 개입 방지 등은 그 실현 여부가 분명하지 않은데 반하여, 경비업자인 청구인들이나 새로이 경비업에 진출하고자 하는 자들이 짊어져야 할 직업의 자유에 대한 기본권침해의 강도는 지나치게 크다고 할 수 있으므로, 심판대상조항은 보호하려는 공익과 기본권 침해간의 현저한 불균형으로 법의 균형성을 상실하고 있다.

### 〈참고판례〉

(현재 2016. 3. 31. 2014헌마1046 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제22조 위헌확인)

### 〈선정이유〉

‘객관적 사유’에 의한 직업선택의 자유 제한과 그 제한에 대한 헌법적 한계를 다룬 결정으로서 헌법재판소는 동 결정으로 통해서 엄격한 비례원칙을 적용한 결정이다. 특히 일률적인 과잉금지의 방법의 적절성(수단의 적합성) 관점에서 먼저 헌법에 위반됨을 밝히고 피해의 최소성과 법의 균형성을 갖추고 있지 않음을 판시한 결정이다.

## 154. 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유

(현재 2003. 6. 26. 2002헌마677)

### 〈쟁점〉

제1종 운전면허의 취득요건으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 요구하는 「도로교통법」

1) 법 제2조 참조. 동 규정에 따르면 경비업에는 시설경비·호송경비·신변호보·기계경비·특수경비업무만이 포함되며 경비업과 전혀 관련이 없는 사업의 겸영 및 경비업과 간접적으로 관련이 있는 사업도 마찬가지로 겸영이 금지된다(현재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 425).

시행령」(2002. 6. 29. 대통령령 제17650호로 일부 개정된 것) 제45조 제1항 제1호 가목 부분(이하 ‘심판대상조문’이라고 한다)이 좁은 의미의 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 심판대상조문에서 정한 시력기준에 미달하는 자는 제1종 운전면허를 요구하는 직업에 종사할 수 없게 되어 좁은 의미의 직업선택의 자유에 제한을 받게 된다. 그러나 심판대상조문이 낮은 시력으로 인한 교통상의 위험을 방지하여 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 안전하고 원활한 도로교통을 확보함을 입법목적으로 하고 있고, 「도로교통법」이 자동차의 운전에 운전면허의 취득을 그 요건으로 하고 있어 운전면허의 취득단계에서 이를 규제하는 것이 위 입법목적의 달성을 효과적이고 적절하다. 운전면허는 운전업무종사자에 대한 일정한 자격을 설정한 것으로 볼 수 있는데, 자격요건의 설정은 원칙적으로 입법형성의 자유에 속하는 것이고, 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 기본권 침해 등의 문제가 생길 수 있다. 한쪽 눈의 시력(교정시력 포함)이 0.5 미만인 경우에는 일반적으로 시야, 원근감, 입체감, 깊이 감각 등의 상실이 발생하고 우발적인 상황에서의 시기능 상실 상태를 초래할 수 있으므로 심판대상조문상의 기준이 입법형성의 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 설정된 것이라고 할 수 없고, 또한 심판대상조문이 추구하는 질서유지 및 공공복리의 증진이라는 공익은 이로써 제한되는 좁은 의미의 직업선택의 자유라는 사익보다 훨씬 더 크다. 따라서 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였으므로 심판대상조문은 좁은 의미의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

2. 심판대상조문에서 정한 시력기준에 미달하는 자는 제1종 운전면허 대상 차량을 자신이 직접 운전하는 방법으로는 자신의 영업에 제공할 수 없게 되어 직업수행의 자유에도 일정한 제한을 받게 된다. 그러나 이러한 경우에는 제1종 운전면허를 가진 사람을 고용하여 자동차를 운전하게 하는 등의 방법으로 소기의 목적을 달성을 수 있으므로 비록 운전자의 고용 등에 추가적인 경제적 부담이 수반된다 하더라도 이로써 제한되는 직업수행의 자유의 정도는 그리 크지 않은 반면, 이 사건 조문이 추구하는 질서유지 및 공공복리의 증진이라는 공익은 그보다 훨씬 더 크다고 할 것이어서 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였으므로 이 사건 조문은 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

하나의 기본권 제한 입법으로 인해 동시에 발생할 수 있는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 직업수행의 자유에 대한 제한이 위헌성 여부를 판시한 결정이다. 특히 전자의 경우 주관적 요건에 의한 좁은 의미의 직업선택의 자유 제한으로 보았다.

## 155. 시각장애인의 안마사 자격

(현재 2008. 10. 30. 2006현마1098등)

### 〈쟁점〉

시각장애인에 대하여만 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는 이른바 비맹제외기준을 설정하

고 있는 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 부분 및 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제82조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 부분(이하 위 두 조항을 합쳐 '심판대상조항'이라 한다)이 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 심판대상조항과 같이 시각장애인에 대한 우대처우로 인하여 비시각장애인의 직업선택의 자유 등 기본권이 제한받는 경우 직업선택의 자유에 대한 과잉제한 여부와 평등권 침해 여부가 동시에 문제되는데, 그러한 경우에는 직업선택의 자유 침해 여부와 평등권 침해 여부를 따로 분리하여 심사할 것이 아니라 하나로 묶어 판단함이 상당하다.

2. 심판대상조항은 시각장애인에게 삶의 보람을 얻게 하고 인간다운 생활을 할 권리를 실현시키려는 데에 그 목적이 있으므로 입법목적이 정당하고, 다른 직종에 비해 공간이동과 기동성을 거의 요구하지 않을 뿐더러 촉각이 발달한 시각장애인의 영위하기에 용이한 안마업의 특성 등에 비추어 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 심판대상조항의 경우 이러한 입법목적을 달성하는 데 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 나아가 시각장애인에 대한 복지정책이 미흡한 현실에서 안마사가 시각장애인의 선택할 수 있는 거의 유일한 직업이라는 점, 안마사 직역을 비시각장애인에게 허용할 경우 시각장애인의 생계를 보장하기 위한 다른 대안이 충분하지 않다는 점, 시각장애인은 역사적으로 교육, 고용 등 일상생활에서 차별을 받아온 소수자로서 실질적인 평등을 구현하기 위해서 이들을 우대하는 조치를 취할 필요가 있는 점 등에 비추어 최소 침해성 원칙에 반하지 아니하고, 심판대상조항으로 인해 얻게 되는 시각장애인의 생존권 등 공익과 그로 인해 잃게 되는 일반국민의 직업선택의 자유 등 사익을 비교해 보더라도, 공익과 사익 사이에 법의 불균형이 발생한다고 단정할 수도 없다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권제한입법의 한계를 벗어나서 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해하거나 평등권을 침해한다고 볼 수는 없다.

### 〈선정이유〉

헌법에서 인정하고 있는 유리한 차별적 처우로 인해 그러한 처우로부터 제외되는 자들의 기본권 제한이 이루어지는 경우 평등권과 더불어 직업선택의 자유에 대한 제한이 동시에 나타날 수 있다. 이러한 경우 직업선택의 자유에 대한 제한이라는 관점에서 비례의 원칙에 입각하여 헌법재판소가 판단한 결정이다.

## 156. 안경사가 아닌 자의 안경업소 개설 등 금지 사건

(현재 2021. 6. 24. 2017헌가31)

### 〈쟁점〉

안경사 면허를 가진 자연인에게만 안경업소의 개설 등을 할 수 있도록 한 구 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항 및 의료기사 등에 관한 법률 제12조 제1항과, 그 위반 시 처벌하도록 정한

구 의료기사 등에 관한 법률 제30조 제1항 제6호 등이 과잉금지원칙에 반하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

#### 합헌의견(재판관 4인)

국민의 눈 건강과 관련된 국민보건의 중요성, 안경사 업무의 전문성, 안경사로 하여금 자신의 책임임하에 고객과의 신뢰를 쌓으면서 안경사 업무를 수행하게 할 필요성 등을 고려할 때, 안경업소 개설은 그 업무를 담당할 자연인 안경사로 한정할 것이 요청된다.

법인 안경업소가 허용되면 영리추구 극대화를 위해 무면허자로 하여금 안경 조제·판매를 하게 하는 등의 문제가 발생할 가능성이 높아지고, 안경 조제·판매 서비스의 질이 하락할 우려가 있다. 또한 대규모 자본을 가진 비안경사들이 법인의 형태로 안경시장을 장악하여 개인 안경업소들이 폐업하면 안경사와 소비자 간 신뢰관계 형성이 어려워지고, 독과점으로 인해 안경 구매비용이 상승할 수 있다. 반면 현행법에 의하더라도 안경사들은 협동조합, 가맹점 가입, 동업 등의 방법으로 법인의 안경업소 개설과 같은 조직화, 대형화 효과를 어느 정도 누릴 수 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 아니하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

#### 헌법불합치의견(재판관 5인)

심판대상조항은 안경사 자격을 가진 자연인에게만 안경업소 개설을 허용하고 법인 형태의 안경업소 개설을 일체 허용하고 있지 않은데, 이를 허용할 경우 우려되는 지나친 영리추구로 인한 폐해나 무면허자에 의한 안경 조제·판매와 같은 부정적 효과들은 안경업소의 개설 주체가 법인인지 자연인인지에 따라 달라지는 문제라기보다는 안경의 조제·판매에 있어 전문성과 책임성을 갖춘 안경사의 의사결정권한이 유지되고 있는지 아닌지에 달려 있는 문제로 봄이 합리적이다. 심판대상조항이 안경사들로만 구성된 법인 형태의 안경업소 개설까지 허용하지 않는 것은 직업의 자유에 대한 필요 이상의 제한으로 그 침해의 정도도 상당하므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반한다. 심판대상조항 중 안경사가 아닌 자연인의 안경업소 개설에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않으나, 심판대상조항 중 법인의 안경업소 개설에 관한 부분은 안경사들로 구성된 법인의 안경업소 개설까지 포함하여 전면적이고 일률적으로 법인의 안경업소 개설을 금지하는 데에 그 위헌성이 있다. 따라서 심판대상조항 중 ‘법인에 관한 부분’에 한하여 그 효력을 즉시 상실시키는 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고함이 타당하다.

### 〈참고판례〉

현재 2002. 9. 19. 2000헌바84

### 〈선정이유〉

이 사건에서 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치의견을 표시하여 헌법불합치의견이 다수이나, 위헌결정의 정족수에는 이르지 못하였으므로 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. 헌법불합치의견은 안경사들로 구성된 법인의 안경업소 개설까지 포함하여 전면적이고 일률적으로 법인의 안경업소 개설을 금지하는 것에 위헌성이 있다고 보았다.

그러나 헌법재판소는 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정에서 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을

개설할 수 없다.”고 규정한 약사법 제16조 제1항은 법인을 구성하여 약국을 개설·운영하려고 하는 약사들 및 이들 약사들로 구성된 법인의 직업선택의 자유와 결사의 자유를 침해한다고 하였다는 결정을 하였는데, 이와 비교되는 결정이라 할 수 있다.

### 157. 변호사 광고의 내용, 방법 등을 규제하는 대한변호사협회의 변호사 광고에 관한 규정 사건

(현재 2022. 5. 26. 2021헌마619)

#### 〈쟁점〉

- 변호사법 제23조 제2항 제7호의 위임을 받아 변호사 광고에 관한 구체적인 규제 사항 등을 정한 대한변호사협회의 ‘변호사 광고에 관한 규정’(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)
- 이 사건 규정의 직접적인 수법자의 상대방으로서 법률서비스 온라인 플랫폼을 운영하며 변호사의 광고 등에 관한 영업행위를 하고 있는 업체(이하 ‘청구인 회사’라고 한다)가 제기한 심판청구가 자기관련성 요건을 갖추었는지 여부(적극)
- 이 사건 규정 제4조 제14호 중 ‘협회의 유권해석에 반하는 내용의 광고’ 부분, 제8조 제2항 제4호 중 ‘협회의 유권해석에 위반되는 행위를 목적 또는 수단으로 하여 행하는 경우’ 부분(이하 ‘유권해석위반 광고금지규정’이라 한다)이 법률유보원칙에 위반되어 청구인들의 표현의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(적극)
- 이 사건 규정 제5조 제2항 제1호 중 ‘변호사등과 소비자를 연결’ 부분과 제8조 제2항 제2호(이하 ‘대가수수 직접 연결 금지규정’이라 한다)의 규율대상
- 이 사건 규정 제5조 제2항 제1호 중 ‘변호사등을 광고·홍보·소개하는 행위’ 부분(이하 ‘대가수수 광고금지규정’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 표현의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(적극)

#### 〈결정요지〉

- 변협은 변호사법 제23조 제2항 제7호에서 명시적으로 위임받은 변호사 광고에 관한 규제를 설정함에 있어 공법인으로서 공권력 행사의 주체가 된다. 나아가, 변협의 구성원인 변호사등은 위 규정을 준수하여야 할 의무가 있고, 이를 위반하게 되면 변호사법 등 관련 규정에 따라 징계를 받게 되는바, 이 사건 규정이 단순히 변협 내부 기준이라거나 사법적인 성질을 지니는 것이라 보기 어렵고, 수권법률인 변호사법과 결합하여 대외적 구속력을 가진다. 따라서 변협이 변호사 광고에 관한 규제와 관련하여 정립한 규범인 이 사건 규정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

- 법률서비스 온라인 플랫폼을 운영하며 변호사등의 광고·홍보·소개 등에 관한 영업행위를 하고 있는 청구인 회사는 이 사건 규정의 직접적인 수법자인 변호사의 상대방으로서 변호사가 준수해야 하는 광고방법, 내용 등의 제약을 그대로 이어받게 된다. 이는 실질적으로는 변호사등과 거래하는 위와 같은 사업자의 광고 수주 활동을 제한하거나 해당 부문 영업을 금지하는 것과 다르지

않은 점, 이 사건 규정 개정 목적의 가장 주요한 것이 청구인 회사가 운영하는 것과 같은 온라인 플랫폼을 규제하는 것이었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규정은 청구인 회사의 영업의 자유 내지 법적 이익에 불리한 영향을 주는 것이므로, 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 있다.

3. 유권해석위반 광고금지규정은 변호사가 변협의 유권해석에 위반되는 광고를 할 수 없도록 금지하고 있다. 위 규정은 ‘협회의 유권해석에 위반되는’이라는 표지만을 두고 그에 따라 금지되는 광고의 내용 또는 방법 등을 한정하지 않고 있고, 이에 해당하는 내용이 무엇인지 변호사법이나 관련 회규를 살펴보더라도 알기 어렵다. 유권해석위반 광고금지규정 위반이 징계사유가 될 수 있음을 고려하면 적어도 수변자인 변호사는 유권해석을 통해 금지될 수 있는 내용들의 대강을 알 수 있어야 함에도, 규율의 예측가능성이 현저히 떨어지고 법집행기관의 자의적인 해석을 배제할 수 없는 문제가 있다.

따라서 위 규정은 수권법률로부터 위임된 범위 내에서 명확하게 규율 범위를 정하고 있다고 보기 어려우므로, 법률유보원칙에 위반되어 청구인들의 표현의 자유, 직업의 자유를 침해한다.

4. 대가수수 직접 연결 금지규정은 법률상담이나 사건에서 변호사와 소비자를 직접 이어주는 것과 관련하여 경제적 이익을 지급하는 형태의 광고를 금지하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 단순히 변호사와 소비자가 연결될 수 있는 장을 제공하는 것만으로 변호사와 소비자를 직접 연결하는 행위로 평가하기는 어려울 것이고, 일정한 경제적 이익의 수수가 있으나 그것이 직접적인 연결 행위의 대가로 볼 수 없는 경우도 직접 연결을 전제로 한 위 규정의 규율대상에 포함된다고 보기 어렵다.

5. 대가수수 광고금지규정의 규율 대상은 이 사건 규정의 수변자인 변호사이고, 규제 대상이 되는 상대방의 행위는 ‘변호사 또는 소비자로부터 대가를 받고 법률상담 또는 사건 등을 소개·알선·유인하기 위하여 변호사등을 광고·홍보·소개하는 행위’이다. 위 규정이 규제하는 광고·홍보·소개행위의 목적으로 소개·알선·유인을 정하면서도 그 대상을 특정 변호사로 제한하고 있지 아니한 점과 광고·홍보·소개행위의 목적이 소비자를 설득하여 구매를 유도하는 데 있는 점을 고려하면, 대가수수 광고금지규정이 단순히 변호사법이 금지하는 소개·알선·유인행위를 다시 한 번 규제하는 것에 불과하다고 보기 어렵다. 즉, 법률상담 또는 사건 등을 소개하거나 유인할 목적으로 불특정 다수의 변호사를 동시에 광고·홍보·소개하는 행위도 위 규정에 따라 금지되는 범위에 포함된다고 해석된다.

변호사광고에 대한 합리적 규제는 필요하지만, 광고표현이 지난 기본권적 성질을 고려할 때 광고의 내용이나 방법적 측면에서 꼭 필요한 한계 외에는 폭넓게 광고를 허용하는 것이 바람직하다. 각종 매체를 통한 변호사 광고를 원칙적으로 허용하는 변호사법 제23조 제1항의 취지에 비추어 볼 때, 변호사등이 다양한 매체의 광고업자에게 광고비를 지급하고 광고하는 것은 허용된다고 할 것인데, 이러한 행위를 일률적으로 금지하는 위 규정은 수단의 적합성을 인정하기 어렵다.

대가수수 광고금지규정이 아니더라도 변호사법이나 다른 규정들에 의하여 입법목적을 달성할 수 있고, 공정한 수입질서를 해치거나 소비자에게 피해를 줄 수 있는 내용의 광고를 특정하여 제한하는 등 완화된 수단에 의해서도 입법목적을 같은 정도로 달성할 수 있다. 나아가, 위 규정으로 입법 목적이 달성될 수 있을지 불분명한 반면, 변호사들이 광고업자에게 유상으로 광고를 의뢰하는 것이 사실상 금지되어 청구인들의 표현의 자유, 직업의 자유에 중대한 제한을 받게 되므로, 위 규정은 침해의 최소성 및 법의 균형성도 갖추지 못하였다.

따라서 대가수수 광고금지규정은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 표현의 자유와 직업의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

- 이 사건은 변호사법의 위임을 받아 변호사 광고에 관한 규제를 설정한 대한변호사협회의 ‘변호사 광고에 관한 규정’에 대하여 헌법재판소에서 그 위헌성을 판단한 사건이다.
- 헌법재판소는, 변협의 유권해석에 위반되는 광고를 금지한 규정이 법률유보원칙에 위반되어, 대가를 지급하고 광고를 금지한 규정이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 표현의 자유, 직업의 자유를 침해한다고 판단하였고, 나머지 조항들은 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다.
- 이 결정은 ‘변호사 광고에 관한 규정’의 위헌성에 대하여 최초로 판단한 사건으로, 변호사 광고에 대한 규제에 있어 변협이 변호사법으로부터 위임된 범위 안에서 명확하게 규율 범위를 정하여야 한다는 점, 기술의 발전에 따라 등장하는 새로운 매체 대하여도 광고표현의 기본권적 성질을 고려하여 규율 범위를 정하여야 한다는 점 등을 판단하였다는 데 그 의의가 있다.

## 158. 재산권의 보호영역 또는 보호내용

(현재 1997. 11. 27. 97헌바10)

### 〈쟁점〉

구 약사법상 약사에게 인정된 한약조제권이 재산권인지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제23조 제1항 및 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권 보장의 대상이 아니라 할 것인바, 약사는 단순히 의약품의 판매뿐만 아니라 의약품의 분석, 관리 등의 업무를 다루며, 약사면허 그 자체는 양도·양수할 수 없고 상속의 대상도 되지 아니하며, 또한 약사의 한약조제권이란 그것이 타인에 의하여 침해되었을 때 방해를 배제하거나 원상회복 내지 손해배상을 청구할 수 있는 권리가 아니라 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하고, 더욱이 의약품을 판매하여 얻게 되는 이익 역시 장래의 불확실한 기대이익에 불과한 것이므로, 구 약사법상 약사에게 인정된 한약조제권은 위 헌법 조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

헌법 제23조 제1항 및 제13조 제2항에 의해 보장되는 헌법상 재산권의 보호 내용 내지 영역에 대하여 결정하였다.

## 159. 재산권의 사회적 제약과 조정적 보상

(현재 1998. 12. 24. 89헌마214등)

## 〈쟁점〉

1. 토지재산권의 사회적 제약 또는 의무성
2. 개발제한구역(그린벨트) 지정으로 인한 토지재산권 제한의 성격과 한계
3. 토지재산권의 사회적 제약의 한계를 정하는 기준
4. 토지를 종전의 용도대로 사용할 수 있는 경우에 개발제한구역 지정으로 인한 지가의 하락이 토지 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주 내에 속하는지 여부
5. 도시계획법 제21조의 위헌 여부
6. 사회적 제약의 범주를 넘어서는 과도한 재산권 제한에 대한 보상입법의 의미 및 법적 성격

## 〈결정요지〉

1. 헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.
2. 개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 수 없도록 하고 있는 「도시계획법」제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인바, 토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니된다.
3. 개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.
4. 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다.
5. 「도시계획법」제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.
6. 입법자가 「도시계획법」 제21조를 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화

하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합리적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권 제도와 같이 금전보상에 갈등하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.

### 〈선정이유〉

헌법상 재산권으로서 보호로 받을 수 있는 ‘토지’재산권에 대한 사회적 제약의 범위와 그 헌법적 한계에 대해서 판단한 결정이다. 특히 헌법 제23조 제1항과 제2항의 사회적 제약의 범주를 벗어난 과도한 침해가 있을 경우 이러한 재산권 침해에 대한 보상입법의 의미와 법적 성격을 판시한 결정이다.

## 160. 환매권

(현재 2020. 11. 26. 2019헌바131)

### 〈쟁점〉

환매권의 발생기간을 제한하고 있는 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제91조 제1항 중 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에’ 부분이 재산권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

토지수용 등 절차를 종료하였다고 하더라도 공익사업에 해당 토지가 필요 없게 된 경우에는 토지수용 등의 헌법상 정당성이 장래를 향하여 소멸한 것이므로, 이러한 경우 종전 토지소유자가 소유권을 회복할 수 있는 권리인 환매권은 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리이다. 환매권의 발생기간을 제한한 것은 사업시행자의 지위나 이해관계인들의 토지이용에 관한 법률관계 안정, 토지의 사회경제적 이용 효율 제고, 사회일반에 돌아가야 할 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 불합리 방지 등을 위한 것인데, 그 입법목적은 정당하고 이와 같은 제한은 입법목적 달성을 위한 유효적절한 방법이라 할 수 있다.

그러나 2000년대 이후 다양한 공익사업이 출현하면서 공익사업 간 중복·상충 사례가 발생하였고, 산업구조 변화, 비용 대비 편익에 대한 지속적 재검토, 인근 주민들의 반대 등에 직면하여 공익사업이 지연되다가 폐지되는 사례가 다수 발생하고 있다. 이와 같은 상황에서 이 사건 법률조항의 환매권 발생기간 ‘10년’을 예외 없이 유지하게 되면 토지수용 등의 원인이 된 공익사업의 폐지 등으로 공공필요가 소멸하였음에도 단지 10년이 경과하였다는 사정만으로 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있다. 다른 나라의 입법례에 비추어 보아도 발생기간을 제한하지 않거나 더 길게 규정하면서 행사기간 제한 또는 토지에 현저한 변경이 있을 때 환매거절권을 부여하는 등 보다 덜 침해적인 방법으로 입법목적을 달성하고 있다. 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

이 사건 법률조항으로 제한되는 사익은 헌법상 재산권인 환매권의 발생 제한이고, 이 사건 법률조항으로 환매권이 발생하지 않는 경우에는 환매권 통지의무도 발생하지 않기 때문에 환매권 상실에 따른 손해배상도 받지 못하게 되므로, 사익 제한 정도가 상당히 크다. 그런데 10년 전후로 토지가 필요 없게 되는 것은 취득한 토지가 공익목적으로 실제 사용되지 못한 경우가 대부분이고, 토지보상법은 부동산등기부상 협의취득이나 토지수용의 등기원인 기재가 있는 경우 환매권의 대항력을 인정하고 있어 공익사업에 참여하는 이해관계인들은 환매권이 발생할 수 있음을 충분히 알 수 있다. 토지보상법은 이미 환매대금증감소송을 인정하여 당해 공익사업에 따른 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 것을 차단하고 있다. 이 사건 법률조항이 추구하고자 하는 공익은 원소유자의 사익침해 정도를 정당화할 정도로 크다고 보기 어려우므로, 법익의 균형성을 충족하지 못한다.

결국 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 반하여 재산권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

환매권은 헌법재판소가 1994. 2. 24. 92헌가15등 사건에서 헌법상 재산권 보장규정으로부터 직접 도출되는 권리라고 인정하였다. 그 후 헌법재판소는 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 구 ‘공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법’ 및 구 토지수용법 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였으나(현재 1994. 2. 24. 92헌가15등) 판례를 변경하여 토지보상법상 환매권의 발생기간을 일률적으로 10년으로 제한한 것이 국민의 재산권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다고 한 결정이다. 입법자는 이 결정의 취지에 따라 최대한 빠른 시일 내에 개선입법을 하여 위헌적 상태를 제거하여야 한다.

## 161. 입법적 수용

(현재 1998. 3. 26. 93헌바12)

### 〈쟁점〉

- 제외지(堤外地)를 국유화한 것이 국민의 재산권을 침해하고 제외지의 소유자를 불평등하게 취급하는 것인지 여부
- 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 소위 “입법적” 수용이 헌법에 위반되는지 여부
- 제외지에 대한 보상법률인 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배되는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

- 하천관리의 공익목적을 달성하기 위하여 국가가 제외지를 유수형적토지와 일체화하여 일률적으로 관리할 필요성이 인정되고, 이를 위해 국가가 택할 수 있는 방법에는 제외지를 국유화하는 방안 또는 제외지를 일률적으로 국유화하지 아니하고 하천의 관리 등을 위하여 필요한 토지를 개별적으로 수용한다든가 하천관리상의 필요에 대응하여 사소유권의 이용·처분에 제한을 가하는 것에 그치는 방안이 있을 수 있다. 이들 방안 중 어떤 것을 선택지에 대해서는 입법자가 효율적인 하천관리라는 공익적 필요성의 정도와 이를 위해 국민의 재산권이 희생되고 제한되는 정도를 조화롭게 비교형량하여 결정할 문제이다. 이에 관한 사실의 평가와 가치판단은 일차적으로 입법자의 입

법형성에 속하는 것으로 현저히 자의적이거나 비례성을 벗어나지 않는 한 이를 존중하여야 한다. 근대적 수리법체계에서 국가의 하천관리의 중요성 증대와 하천이라는 자연현상을 대상으로 하는 하천법은 합목적성과 기술성의 요청에 민감한 점 및 제외지가 가진 특성을 고려할 때, 국민의 재산권에 대한 제약의 정도가 큰 국유화의 방법을 채택하였다 하더라도 하천의 보다 효율적 관리 및 이용이라는 중대한 공익목적에 비추어 볼 때 적정한 보상이 수반되는 한 이를 두고 현저히 자의적이라거나 비례성을 벗어난 것으로서 위헌이라고 할 수 없다.

2. “입법적” 수용은 법률에 근거하여 일련의 절차를 거쳐 별도의 행정처분에 의하여 이루어지는 소위 “행정적” 수용과 달리 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 것이므로 “법률”에 의하여 수용하라는 헌법적 요청을 충족한다.

3. 헌법 제23조 제3항에 규정된 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 완전보상을 의미하며 토지의 경우에는 그 특성상 인근유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 통해 객관적인 가치를 평가해야 한다. 제외지에 대한 보상법률의 여러 가지 규정들은 보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정하고 있고 그 규정들의 내용을 종합적으로 고려하여 볼 때, 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법상 정당한 보상의 원리에 위배된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

법률상 입법목적을 추구하기 위한 재산권 제한 수단에 있어서 입법자의 입법형성권의 범위와 입법적 수용의 가능여부 및 토지재산권에 있어서 정당보상의 의미를 판단한 결정이다.

## 162. 민간기업에 의한 공용수용

(현재 2014. 10. 30. 2011현바172등)

### 〈쟁점〉

행정기관이 개발촉진지구 지역개발사업으로 실시계획을 승인하고 이를 고시하기만 하면 고급골 프장 사업과 같이 공익성이 낮은 사업에 대해서까지도 시행자인 민간개발자에게 수용권한을 부여하는 구 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률’(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항의 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제23조 제3항에 위배되는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는바, ‘공익성’의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다. 그리고 ‘필요성’이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침

해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.

그런데 이 사건에서 문제된 지구개발사업의 하나인 ‘관광휴양지 조성사업’ 중에는 고급골프장, 고급리조트 등(이하 ‘고급골프장 등’이라 한다)의 사업과 같이 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라, 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다. 또한 고급골프장 등 사업은 그 특성상 사업 운영 과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용 당하는 주민들의 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 공익적 필요성이 인정되기 어려운 민간개발자의 지구개발사업을 위해서까지 공공수용이 허용될 수 있는 가능성을 열어두고 있어 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

#### 〈참조판례〉

현재 2009. 9. 24. 2007헌바114

#### 〈선정이유〉

헌법 제23조 제3항이 규정하고 있는 공용침해 중 공용수용에 대한 권한을 민간기업에게 부여한 것의 헌법 제23조 제3항 위반되지는 않으나, 고급골프장 사업과 같이 공익성이 낮은 사업에 대해서까지도 시행자인 민간개발자에게 수용권한을 부여하는 것은 헌법에 위반된다는 것이다.

### 163. | 지방의회의원에 대한 퇴직연금의 지급을 정지하는 공무원연금법 조항에 관한 위헌소원 사건

(현재 2022. 1. 27. 2019헌바161)

#### 〈쟁점〉

선출직 공무원으로서 받게 되는 보수가 기존의 연금에 미치지 못하는 경우에도 연금 전액의 지급을 정지하도록 정한 구 공무원연금법 제47조 제1항 제2호 중 ‘지방의회의원’에 관한 부분 및 공무원연금법 부칙 제12조 제1항 단서 중 ‘제47조 제1항 제2호의 지방의회의원’에 관한 부분과 공무원연금법 제50조 제1항 제2호 중 ‘지방의회의원’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해하는지 여부(적극)

#### 〈결정요지〉

심판대상조항은 악화된 연금재정을 개선하여 공무원연금제도의 건실한 유지·존속을 도모하고 연금과 보수의 이중수혜를 방지하기 위한 것이다. 퇴직공무원의 적정한 생계 보장이라는 공무원연금제도의 취지에 비추어, 연금 지급을 정지하기 위해서는 ‘연금을 대체할 만한 소득’이 전제되어야 한다. 지방의회의원이 받는 의정비 중 의정활동비는 의정활동 경비 보전을 위한 것이므로, 연금을 대체할 만한 소득이 있는지 여부는 월정수당을 기준으로 판단하여야 하는데, 월정수당은 지방자치

단체에 따라 편차가 크고 안정성이 낮음에도 불구하고 심판대상조항은 연금을 대체할 만한 적정한 소득이 있다고 할 수 없는 경우에도 일률적으로 연금전액의 지급을 정지하여 지급정지제도의 본질 및 취지와 어긋나는 결과를 초래한다. 심판대상조항과 같이 재취업소득액에 대한 고려 없이 퇴직연금 전액의 지급을 정지할 경우 재취업 유인을 제공하지 못하여 정책목적 달성을 실패할 가능성이 크다. 연금과 보수 중 일부를 감액하는 방식으로 선출직에 취임하여 보수를 받는 것이 생활보장에 더 유리하도록 하는 등 기본권을 덜 제한하면서 입법목적을 달성할 수 있는 다양한 방법이 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

(현재 2017. 7. 27. 2015헌마1052)

### 〈선정이유〉

이 사건은 지방의회의원으로서 받게 되는 보수가 연금에 미치지 못하는 경우에도 연금 전액의 지급을 정지하는 것이 재산권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다고 한 결정이다. 종래 이와 견해를 달리하여 이 사건 구법 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌법재판소 결정(현재 2017. 7. 27. 2015헌마1052)은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 이를 변경하였다.

## 164. 개성공단 전면중단 조치에 관한 위헌소원 사건

(현재 2022. 1. 27. 2016헌마364)

### 〈쟁점〉

1. 피청구인 대통령이 2016. 2. 10.경 개성공단의 운영을 즉시 전면 중단하기로 결정하고, 피청구인 통일부장관은 피청구인 대통령의 지시에 따라 철수계획을 마련하여 관련 기업인들에게 통보한 다음 개성공단 전면중단 성명을 발표하고, 이에 대응한 북한의 조치에 따라 개성공단에 체류 중인 국민들 전원을 대한민국 영토 내로 귀환하도록 한 일련의 행위로 이루어진 개성공단 전면중단 조치가 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부(적극)
2. 개성공단 전면중단 조치가 헌법과 법률에 근거한 조치인지 여부(적극)
3. 개성공단 전면중단 조치가 적법절차원칙을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하는지 여부(소극)
4. 개성공단 전면중단 조치가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하는지 여부(소극)
5. 개성공단 전면중단 조치가 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하는지 여부(소극)
6. 개성공단 전면중단 조치가 헌법 제23조 제3항을 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 개성공단 전면중단 조치가 고도의 정치적 결단을 요하는 문제이기는 하나, 조치 결과 개성공단 투자기업인 청구인들에게 기본권 제한이 발생하였고, 국민의 기본권 제한과 직접 관련된 공권력의 행사는 고도의 정치적 고려가 필요한 행위라도 헌법과 법률에 따라 결정하고 집행하도록 견제하는 것이 헌법재판소 본연의 임무이므로, 그 한도에서 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.
2. 개성공단 전면중단 조치는 국제평화를 위협하는 북한의 핵무기 개발을 경제적 제재조치를 통해 저지하려는 국제적 합의에 이바지하기 위한 조치로서, 통일부장관의 조정명령에 관한 ‘남북교류 협력에 관한 법률’ 제18조 제1항 제2호, 대통령의 국가의 계속성 보장 책무, 행정에 대한 지휘·감독권 등을 규정한 헌법 제66조, 정부조직법 제11조 등이 근거가 될 수 있으므로, 헌법과 법률에 근거한 조치로 보아야 한다.
3. 개성공단 전면중단 조치는 국가안보와 관련된 조치로서, 현지 체류 국민들의 신변안전을 위해 최대한 기밀로 유지하면서 신속하게 처리할 필요가 있었다. 위 조치과정에서 국가안보에 관한 필수 기관이 참여하는 국가안전보장회의 상임위원회의 협의를 거쳤고, ‘남북교류협력에 관한 법률’이 규정하는 조정명령이 국무회의를 사전 절차로 요구하지 않으며, 관련 기업인들과의 간담회가 개최되기도 하였으므로, 조치의 특성, 절차 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성 등의 형량에 따른 필수적 절차는 거친 것으로 보아야 한다. 따라서 국무회의 심의, 이해관계자에 대한 의견청취절차 등을 거치지 않았더라도 개성공단 전면중단 조치가 적법절차원칙을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.
4. 개성공단의 운영 중단은 북한의 핵개발에 대응하는 국제사회의 제재 방식에 부합하고, 철수조치를 통해 북한의 보복에 노출되는 국민의 수를 최소화할 수 있으므로, 개성공단 전면중단 조치는 국제평화 등을 위한 국제적 합의에 이바지하면서, 동시에 국민의 신변안전을 확보하기 위한 적합한 수단이 된다. 개성공단에서의 협력사업과 투자자산에 대한 보호는 지역적 특수성과 여건에 따른 한계가 있고, 개성공단의 운영 중단 후 관련 법령에 따라 상당 부분 피해지원도 이루어졌다. 개성공단 전면중단 조치로 개성공단에 투자한 청구인들이 입은 피해가 적지 않지만 그럼에도 불구하고 북한의 핵개발에 맞서 개성공단의 운영 중단을 통해 대한민국의 존립과 안전 등을 보장할 필요가 있다는 피청구인 대통령의 결정은 헌법이 대통령에게 부여한 권한 범위 내에서 정치적 책임을 지고 한 판단과 선택이며, 그 판단이 현저히 합리성을 결여한 것이거나 명백히 잘못된 것이라고 평가하기 어렵다. 따라서 개성공단 전면중단 조치는 과잉금지원칙을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하지 아니한다.
5. ‘개성공단의 정상화를 위한 합의서’에는 국내법과 동일한 법적 구속력을 인정하기 어렵고, 과거 사례 등에 비추어 개성공단의 중단 가능성은 충분히 예상할 수 있었으므로, 개성공단 전면중단 조치는 신뢰보호원칙을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하지 아니한다.
6. 개성공단 전면중단 조치는 공익 목적을 위하여 개별적, 구체적으로 형성된 구체적인 재산권의 이용을 제한하는 공용 제한이 아니므로, 이에 대한 정당한 보상이 지급되지 않았다고 하더라도, 그 조치가 헌법 제23조 제3항을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 재산권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

### 〈참고판례〉

헌법재판소는 대통령의 긴급배정경제명령은 통치행위에 해당하지만 헌법재판소법 제68조 제1항

에 따른 헌법소원심판의 대상이 된다고 하였으나(현재 1996.2.29. 93헌마186), ‘대통령이 2003. 10. 18. 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정’은 통치행위에 행아하여 각하한다고하여(현재 2004. 4. 29. 2003헌마814) 본 결정과 비교될 수 있는 결정이다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 2016년 2월의 개성공단 운영 전면중단 조치가 적법절차원칙, 과잉금지원칙, 신뢰보호원칙 등을 위반하지 아니하며, 개성공단 투자기업인 청구인들의 영업의 자유와 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

또한 대통령의 고도의 정치적 결단에 따른 조치라도 국민의 기본권 제한과 관련된 이상 헌법소원심판의 대상이 되고 반드시 헌법과 법률에 근거하여야 함을 확인하면서, 개성공단 운영 전면중단 조치는 헌법과 법률에 근거한 조치로 보아야 한다고 판단하였다.

이 사건은 고도의 정치적 결단에 기초한 정책 결정과 같이 정치적 판단 재량이 인정되는 사안에서 기본권침해 여부를 심사함에 있어서는, 정책 판단이 명백하게 재량의 한계를 유월하거나 선택된 정책이 현저히 합리성을 결여한 것인지를 살피는 완화된 심사기준을 적용하여야 함을 제시한 점에서 의의가 있다.

## 165. 복수국적자의 국적이탈의 자유 제한

(현재 2020. 9. 24. 2016헌마889)

### 〈쟁점〉

복수국적자가 병역준비역에 편입된 때부터 3개월이 지난 경우 병역의무 해소 전에는 대한민국 국적에서 이탈할 수 없도록 제한하는 국적법 조항은 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

국적법 조항의 입법목적은 병역준비역에 편입된 사람이 병역의무를 면탈하기 위한 수단으로 국적을 이탈하는 것을 제한하여 병역의무 이행의 공평을 확보하려는 것이다. 복수국적자의 주된 생활근거지나 대한민국에서의 체류 또는 거주 경험 등 구체적 사정에 따라서는 사회통념상 심판대상 법률조항이 정하는 기간 내에 국적이탈 신고를 할 것으로 기대하기 어려운 사유가 인정될 여지가 있다. 주무관청이 구체적 심사를 통하여, 주된 생활근거를 국내에 두고 상당한 기간 대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 병역의무를 이행하여야 할 시기에 근접하여 국적을 이탈하려는 복수국적자를 배제하고 병역의무 이행의 공평성이 훼손되지 않는다고 볼 수 있는 경우에만 예외적으로 국적선택 기간이 경과한 후에도 국적이탈을 허가하는 방식으로 제도를 운용한다면, 병역의무 이행의 공평성이 훼손될 수 있다는 우려는 불식될 수 있다.

병역준비역에 편입된 복수국적자의 국적선택 기간이 지났다고 하더라도, 그 기간 내에 국적이탈 신고를 하지 못한 데 대하여 사회통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사정 즉, 정당한 사유가 존재하고, 병역의무 이행의 공평성 확보라는 입법목적을 훼손하지 않음이 객관적으로 인정되는 경우라면, 병역준비역에 편입된 복수국적자에게 국적선택 기간이 경과하였다고 하여 일률적으로 국적이탈을 할 수 없다고 할 것이 아니라, 예외적으로 국적이탈을 허가하는 방안을 마련할 여지가 있다.

국적법 조항의 존재로 인하여 복수국적을 유지하게 됨으로써 대상자가 겪어야 하는 실질적 불이익은 구체적 사정에 따라 상당히 클 수 있다. 국가에 따라서는 복수국적자가 공직 또는 국가안보와 직결되는 업무나 다른 국적국과 이익충돌 여지가 있는 업무를 담당하는 것이 제한될 가능성성이 있다. 현실적으로 이러한 제한이 존재하는 경우, 특정 직업의 선택이나 업무 담당이 제한되는 데 따르는 사의 침해를 가볍게 볼 수 없다.

심판대상 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해한다.

### 〈참고판례〉

헌법재판소는 2023. 2. 23. 2019헌바462 결정에서 직계존속이 외국에서 영주(永住)할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자는 병역의무를 해소한 경우에만 국적이탈을 신고할 수 있도록 하는 국적법 조항은 명확성원칙에 위배되지 않고 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다고 하였다(현재 2023. 2. 23. 2019헌바462).

### 〈선정이유〉

복수국적자가 병역준비역에 편입된 때부터 3개월이 지난 경우 병역의무 해소 전에는 대한민국 국적에서 이탈할 수 없도록 제한하는 국적법 조항이 복수국적자의 국적이탈의 자유를 침해한다고 본 결정이다.

## 166. 여권의 사용제한 등에 관한 고시 위헌확인

(현재 2008. 6. 26. 2007헌마1366)

### 〈쟁점〉

아프가니스탄 등 전쟁 또는 테러위협이 있는 해외 위난지역에서 여권사용을 제한하거나 방문 또는 체류를 금지한 외교통상부 고시가 청구인들의 거주·이전의 자유를 침해하는 것인지의 여부와 종교의 자유 및 평등권을 침해하는 것인지의 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 외교통상부가 해외 위난지역에서의 국민을 보호하고자 특정 해외 위난지역에서의 여권사용, 방문 또는 체류를 금지한 이 사건 고시는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되며, 대상지역을 당시 전쟁이 계속 중이던 이라크와 소말리아, 그리고 실제로 한국인에 대한 테러 가능성이 높았던 아프가니스탄 등 3곳으로 한정하고, 그 기간도 1년으로 하여 그다지 장기간으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 부득이한 경우 예외적으로 외교통상부장관의 허가를 받아 여권의 사용 및 방문·체류가 가능하도록 함으로써 국민의 거주·이전의 자유에 대한 제한을 최소화하고 법익의 균형성도 갖추었다.

2. 종교(선교활동)의 자유는 국민에게 그가 선택한 임의의 장소에서 자유롭게 행사할 수 있는 권리까지 보장한다고 할 수 있으며, 그 임의의 장소가 대한민국의 주권이 미치지 아니하는 지역 나아가 국가에 의한 국민의 생명·신체 및 재산의 보호가 강력히 요구되는 해외 위난지역인 경우에는 더욱 그러하다.

3. 청구인들이 목적하는 바인 지역 주민을 위한 질병 진료나 언청이 수술 등 일반 의료·봉사활동 및 컴퓨터 교육과 기독교 선교활동을 여권사용제한 등 조치의 예외사유에 포함시키지 않은 것을 합리적 이유 없이 차별대우하는 것으로 볼 수 없다.

#### 〈선정이유〉

아프가니스탄 등 전쟁 또는 테러위협이 있는 해외 위난지역에서 여권사용을 제한하거나 방문 또는 체류를 금지한 외교통상부 고시는 거주이전의 자유와 평등권을 침해하지 않고 종교의 자유를 제한하는 것이 아니라고 결정하였다.

### 제8절 선거권, 공무담임임권, 청원권

#### 167. 수형자 등의 선거권 제한

(현재 2014. 1. 28. 2012헌마409등)

#### 〈쟁점〉

집행유예기간 중인 자와 수형자의 선거권 제한이 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 평등원칙에 어긋나는지 여부(적극)

#### 〈결정요지〉

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

#### 〈선정이유〉

집행유예자와 수형자의 선거권에 대한 전면적 제한이 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

#### 168. 기탁금의 위현 여부(1)

(현재 2001. 7. 19. 2000헌마91등)

### 〈쟁점〉

국회의원 후보자등록 시 2천만 원의 기탁금을 납부토록 하는 것과 기탁금의 반환 및 국고귀속의 기준의 위헌여부(적극)

### 〈결정요지〉

기탁금의 액수는 불성실한 입후보를 차단하는데 필요한 최소한으로 정하여야지, 진지한 자세로 입후보하려는 국민의 피선거권을 제한하는 정도여서는 아니 될 것인바, 공선법 제56조 제1항 제2호는 국회의원 후보자등록을 신청하는 후보자로 하여금 2천만 원을 기탁금으로 납부하도록 하고 있는데, 이 금액은 평균적인 일반국민의 경제력으로는 피선거권 행사를 위하여 손쉽게 조달할 수 있는 금액이라고 할 수 없으며, 이와 같이 과도한 기탁금은 기탁금을 마련할 자력이 없으면 아무리 훌륭한 자질을 지니고 있다 할지라도 국회의원 입후보를 사실상 봉쇄당하게 하며, 그로 말미암아 서민층과 젊은 세대를 대표할 자가 국민의 대표기관인 국회에 진출하지 못하게 하는 반면, 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달·활용할 수 있는 사람들에게는 아무런 입후보 난립방지의 효과를 갖지 못하여 결국 후보자의 난립 방지라는 목적을 공평하고 적절히 달성하지도 못하면서, 진실된 입후보의 의사를 가진 많은 국민들로 하여금 입후보 등록을 포기하지 않을 수 없게 하고 있으므로 이들의 평등권과 피선거권, 이들을 뽑으려는 유권자들의 선택의 자유를 침해하는 것이다.

선거는 그 과정을 통하여 국민의 다양한 정치적 의사가 표출되는 장으로서 낙선한 후보자라고 하여 결과적으로 ‘난립후보’라고 보아 제재를 가하여서는 아니 되므로 기탁금 반환의 기준으로 득표율을 사용하고자 한다면 그 기준득표율은 유효투표총수의 미미한 수준에 머물러야 할 것인바, 공선법 제57조 제1항, 제2항은 지역구국회의원선거에 있어 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20이상인 때에 해당하지 않으면 기탁금을 반환하지 아니하고 국고에 귀속시키도록 하고 있는데, 이러한 기준은 과도하게 높아 진지한 입후보희망자의 입후보를 가로막고 있으며, 또한 일단 입후보한 자로서 진지하게 당선을 위한 노력을 다한 입후보자에게 선거결과에 따라 부당한 제재를 가하는 것이 되고, 특히 2, 3개의 거대정당이 존재하는 경우 군소정당이나 신생정당 후보자로서는 위 기준을 충족하기가 힘들게 될 것이므로 결국 이들의 정치참여 기회를 제약하는 효과를 낳게 된다 할 것이므로 위 조항은 국민의 피선거권을 침해하는 것이다.

### 〈선정이유〉

국회의원 후보자등록시 2천만원의 기탁금을 납부토록 하는 것은 평등권과 선거권 등을 침해하고, 기탁금 반환 요건은 너무 엄격하여 피선거권을 침해한다고 한 결정이다.

## 169. 기탁금의 위헌 여부(2)

(현재 2016. 12. 29. 2015헌마509등)

### 〈쟁점〉

비례대표 국회의원 선거에서 기탁금 액수와 기탁금 반환 조건이 헌법에 위배되는지 여부와 선거

## 운동 제한의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

1. 비례대표 기탁금조항은 정당이 후보자 등록신청을 함에 있어서의 진지성을 확보하여 선거관리업무 및 비용의 증가를 방지하고, 선거과정에서 발생하는 불법행위에 대한 과태료 및 행정대집행비용을 사전 확보하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그런데 정당에 대한 선거로서의 성격을 가지는 비례대표국회의원선거는 인물에 대한 선거로서의 성격을 가지는 지역구국회의원선거와 근본적으로 그 성격이 다르고, 공직선거법상 허용된 선거운동을 통하여 선거의 혼탁이나 과열을 초래할 여지가 지역구국회의원선거보다 훨씬 적다고 볼 수 있다. 또한 비례대표국회의원선거에서 실제 정당에게 부과된 전체 과태료 및 행정대집행비용의 액수는 후보자 1명에 대한 기탁금액인 1,500만 원에도 현저히 미치지 못하는데, 후보자 수에 비례하여 기탁금을 증액하는 것은 지나치게 과다한 기탁금을 요구하는 것이다. 나아가 이러한 고액의 기탁금은 거대정당에게 일방적으로 유리하고, 다양해진 국민의 목소리를 제대로 대표하지 못하여 사표를 양산하는 다수대표제의 단점을 보완하기 위하여 도입된 비례대표제의 취지에도 반하는 것이다. 따라서 비례대표 기탁금조항은 침해의 최소성 원칙에 위반되며, 위 조항을 통해 달성하고자 하는 공익보다 제한되는 정당활동의 자유 등의 불이익이 크므로 법익의 균형성 원칙에도 위반된다. 그러므로 비례대표 기탁금조항은 과잉금지원칙을 위반하여 정당활동의 자유 등을 침해한다.
2. 비례대표국회의원선거에 더 적합한 선거운동 방법을 공직선거법이 정당에 허용하고 있으므로, 비례대표국회의원후보자가 공개장소에서 연설·대담하는 것을 허용하지 아니한 연설 등 금지조항은 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니한다.
3. 공직선거법에서 허용된 방법 이외의 선거운동을 위한 문서·인쇄물의 배부·게시행위를 금지하는 것은 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 자유와 공정을 달성하기 위한 것이어서 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니한다.
4. 호별방문금지조항은 선거의 공정 및 유권자의 사생활의 평온 등을 보장하기 위한 것으로서, 불법선거, 금권선거 등이 잔존하는 선거역사 및 정치현실, 호별방문 방법 자체에 내재된 선거 공정을 깨뜨릴 우려, 선거 특성에 적합한 다른 선거운동방법의 존재 등을 고려할 때 이를 지나친 제한이라 할 수 없고, 선거의 공정과 사생활의 평온이라는 공익보다 선거운동의 자유 등 제한되는 사익이 크다고 할 수 없다. 따라서 호별방문금지조항은 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니한다.
5. 비례대표 기탁금조항은 기탁금 액수가 지나치게 과다하여 정당활동의 자유 등을 침해하여 위헌이나, 그 적정한 액수는 비례대표국회의원선거의 성격, 방식, 이에 관한 선거관리업무와 비용의 정도 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 정함이 바람직하므로 위 조항에 대하여 헌법 불합치결정을 하고 그 적용을 중지한다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 비례대표국회의원후보자의 등록신청을 하는 정당에 대하여 후보자 1명마다 1천500만 원의 기탁금을 납부하도록 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제2호 중 ‘비례대표국회의원선거’에 관한 부분이 공무담임권 등을 침해하므로 헌법에 합치되지 아니하고, 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담에 의한 선거운동을 금지하고 있는 같은 법 제79조 제1항 중 ‘비례대표국회의원후보자’에 관한 부분이 청구인들의 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니하며, 호별방문에 의한 선거운동을 금지하고 있는 같은 법 제106조 제1항·제3항이 청구인들의 선거운동의 자유 등

을 침해하지 아니하고, 지역구국회의원선거에서 후보자 1명마다 1천500만 원의 기탁금을 납부하도록 규정한 같은 법 제56조 제1항 제2호 중 ‘지역구국회의원선거’에 관한 부분, 일정한 득표율에 따라 기탁금을 반환하도록 규정한 같은 법 제57조 제1항 제1호 ‘지역구국회의원선거’에 관한 부분 중 가목 가운데 ‘유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우’에 관한 부분 및 나목, 공직선거법에서 허용된 방법 외의 방법으로 문서·인쇄물을 통한 선거운동을 금지하고 있는 같은 법 제93조 제1항 본문 중 ‘문서’ 및 ‘인쇄물’에 관한 부분이 모두 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다고 결정한 사안이다.

## 170. 재외국민 선거권 제한

(현재 2007. 6. 28. 2004헌마644등)

### 〈쟁점〉

주민등록을 요건으로 재외국민의 국정선거권을 제한하는 것이 재외국민의 선거권, 평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부와 국내거주자에게만 부재자신고를 허용하는 것이 국외거주자의 선거권·평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부 및 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회의원선거권을 침해하는지 여부, 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해하는지 여부, 주민등록을 요건으로 재외국민의 국민투표권을 제한하는 국민투표법 조항이 국민투표권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 심판청구는 2005. 8. 4. 개정되기 전의 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 조항들에 대해 제기되었으나, 주기적으로 반복되는 선거의 경우 매번 새로운 후보자들이 입후보하고 매번 새로운 범위의 선거권자들에 의해 투표가 행해질 뿐만 아니라 선거의 효과도 차기 선거에 의한 효과가 발생할 때까지로 한정되므로, 매선거는 새로운 선거에 해당한다는 점, 청구인들의 진정한 취지는 장래 실시될 선거에서 발생할 수 있는 기본권침해를 문제 삼고 있는 것으로 볼 수 있다는 점을 고려하면 이 사건 심판청구는 향후 실시될 각종 선거에서 청구인들이 선거에 참여하지 못함으로써 입게 되는 기본권침해, 즉 장래 그 도래가 확실히 예측되는 기본권침해를 미리 앞당겨 다투는 것으로 볼 수 있다.

2. 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.

3. 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위험이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고 제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수 있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 견련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

4. 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적을 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

5. 국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록’이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않으며, 또한 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리에 불과한 ‘영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인’의 지방선거 선거권에 못 미치는 부당한 결과가 초래되고 있다는 점에서, 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거 선거권을 전면적·획일적으로 박탈하는 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.

6. ‘외국의 영주권을 취득한 재외국민’과 같이 주민등록을 하는 것이 법령의 규정상 아예 불가능한 자들이라도 지방자치단체의 주민으로서 오랜 기간 생활해 오면서 그 지방자치단체의 사무와 열마든지 밀접한 이해관계를 형성할 수 있고, 주민등록이 아니더라도 그와 같은 거주 사실을 공적으로 확인할 수 있는 방법은 존재한다는 점, 나아가 법 제16조 제2항이 국회의원 선거에 있어서는 주민등록 여부와 관계없이 25세 이상의 국민이라면 누구든지 피선거권을 가지는 것으로 규정함으로써 국내거주 여부를 불문하고 재외국민도 국회의원 선거의 피선거권을 가진다는 사실에 비추어, 주민등록만을 기준으로 함으로써 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 지방선거 피선거권을 부인하는 법 제16조 제3항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.

7. 국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 국민투

표법 제14조 제1항은 앞서 본 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다.

8. 재외국민에 대해 원칙적으로의 참정권을 인정하는 것이 헌법적 요청이라 하더라도, 선거기술적 측면과 선거의 공정성 확보 측면에서 충분히 검토하고 준비할 시간이 필요하고, 또한 법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들이 즉시 효력을 상실하면 향후 선거를 실시할 수 없는 법적 혼란 상태를 초래할 것이므로, 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다.

9. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제16조 제3항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 현재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정, 위 법 제37조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 현재 1999. 1. 28. 97헌마253등 결정, 위 법 제38조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 현재 1999. 3. 25. 97헌마99 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 각 변경한다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 대통령 및 국회의원 선거권, 지방선거 선거권과 피선거권, 국민투표권 행사를 위한 요건으로 주민등록을 요구함으로써, 또한 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대하여만 부재자신고를 할 수 있도록 함으로써, 주민등록을 할 수 없는 재외국민 또는 국외거주자로 하여금 참정권을 행사할 수 없도록 하는 법률조항들에 대해 헌법불합치 결정이 내려진 사안이다.

## 171. **공직선거법 제218조의16 제3항 부진정입법부작위 위헌확인 사건**

(현재 2022. 1. 27. 2020헌마895)

### 〈쟁점〉

공직선거법 제218조의16 제3항 중 ‘재외투표기간 개시일 전에 귀국한 재외선거인등’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 불완전·불충분하게 규정되어 있어 재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인 및 국외부재자신고인(이하 ‘재외선거인등’이라 한다)이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 아니한 것이 청구인의 선거권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

심판대상조항은 형식적으로 재외선거인등의 선거권 자체를 부정하지는 아니하지만, 일정한 경우에는 사실상 재외선거인등의 선거권을 부정하는 것과 다름없는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 심판대상조항이 재외선거인등의 선거권을 침해하는지 여부는 과잉금지원칙에 따라 심사한다.

심판대상조항과 달리 재외투표기간이 종료된 후 선거일이 도래하기 전까지의 기간 내에 재외투표관리관이 재외선거인등 중 실제로 재외투표를 한 사람들의 명단을 중앙선거관리위원회에 보내거나 중앙선거관리위원회를 경유하여 관할 구·시·군선거관리위원회에 보내어 선거일 전까지 투표 여부에 관한 정보를 확인하는 방법을 상정할 수 있으며, 현재의 기술 수준으로도 이와 같은 방법이

충분히 실현가능한 것으로 보인다. 이로 인해 관계 공무원 등의 업무부담이 가중될 수 있을 것이나, 이는 인력 확충 및 효율적인 관리 등 국가의 노력으로 극복할 수 있는 어려움에 해당한다.

심판대상조항을 통해 달성하고자 하는 선거의 공정성은 매우 중요한 가치이다. 그러나 선거의 공정성도 결국에는 선거인의 선거권이 실질적으로 보장될 때 비로소 의미를 가진다. 심판대상조항의 불충분·불완전한 입법으로 인한 청구인의 선거권 제한을 결코 가볍다고 볼 수 없으며, 이는 심판대상조항으로 인해 달성되는 공익에 비해 작지 않다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 선거권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는, 중복투표를 방지할 수 있는 다른 대안이 있음에도 불구하고, 재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서도 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인등이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 아니한 심판대상조항의 위헌성을 지적하고 심판대상조항에 대하여 헌법불합치를 선언함으로써, 입법자에게 개선입법을 요구하였다는 점에서 의의가 있다.

## 172. 국회의원 선거구 입법부작위 사건

(현재 2016. 4. 28. 2015헌마1177등)

### 〈쟁점〉

헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 국회가 입법개선시한까지 개선입법을 하지 아니하여 국회의원의 선거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우 국회에 국회의원의 선거구를 입법할 헌법상 의무가 존재하는지 여부 및 국회가 헌법에서 위임한 선거구에 관한 입법의무를 상당한 기간을 넘어 정당한 사유 없이 지체하였는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제41조 제3항은 국회의원선거에 있어 필수적인 요소라고 할 수 있는 선거구에 관하여 직접 법률로 정하도록 규정하고 있으므로, 피청구인에게는 국회의원의 선거구를 입법할 명시적인 헌법상 입법의무가 존재한다. 나아가 헌법이 국민주권의 실현 방법으로 대의민주주의를 채택하고 있고 선거구는 이를 구현하기 위한 기초가 된다는 점에 비추어 보면, 헌법 해석상으로도 피청구인에게 국회의원의 선거구를 입법할 의무가 인정된다. 따라서 헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 국회가 입법개선시한까지 개선입법을 하지 아니하여 국회의원의 선거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우, 국회는 이를 입법 하여야 할 헌법상 의무가 있다.

2. 헌법재판소는 구 선거구구역표에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 피청구인에게 1년 2개월 동안 개선입법을 할 수 있는 기간을 부여하였는데, 이는 선거구 획정을 진지하게 논의하고 그에 따른 입법을 하기에 불충분한 시간이었다고 볼 수 없는 점, 그럼에도 불구하고 피청구인은 입법개선시한을 도과하여 선거구 공백 상태를 초래하여 국회의원선거에 출마하고자 하는 사람 등의 선거운동의 자유가 온전히 보장되지 못하고 선거권자의 선거정보 취득이 어렵게 되었던 점, 이러한 선거구 공백 상태가 2달여의 기간 동안 계속되어 제20대 국회의원선거가 불과 40여 일 앞으로 다가온 점 등을 고려하여 1년 2개월의 개선기간을 부여한 것으로 보인다.

왔음에도 불구하고 피청구인은 여전히 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 입법부작위는 합리적인 기간 내의 입법지체라고 볼 수 없고, 이러한 지체를 정당화할 다른 특별한 사유를 발견할 수 없다. 그렇다면 피청구인은 선거구에 관한 법률을 제정하여야 할 헌법상 입법의무의 이행을 지체하였다.

3. 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 존재해야 하는데, 2016. 3. 2. 피청구인이 선거구를 획정함으로써 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니하고 있던 피청구인의 입법부작위 상태는 해소되었고, 획정된 선거구에서 국회의원후보자로 출마하거나 선거권자로서 투표하고자 하였던 청구인들의 주관적 목적이 달성되었으므로, 청구인들의 이 사건 입법부작위에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없어 부적법하다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 입법개선시한을 지나도록 국회의원의 선거구에 관한 법률을 제정하지 아니한 국회의 입법부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구에 대하여, 국회에게는 선거구를 입법할 헌법상 입법의무가 명백히 존재하고 이러한 헌법상 의무를 정당한 사유 없이 지체하였지만, 결정 선고 전에 국회가 선거구를 획정함으로써, 획정된 선거구에서 출마하거나 투표하고자 하였던 청구인들의 주관적 목적이 달성되어 권리보호이익이 소멸하였으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다고 결정한 사안이다.

## 173. 지방자치단체의 장 선거권의 기본권성

(현재 2016. 10. 27. 2014헌마797)

### 〈쟁점〉

지방자치단체의 장 선거권이 헌법상 보장되는 기본권인지 여부와 지방자치단체의 장 선거에서 후보자 등록 마감시간까지 후보자 1인만이 등록한 경우 투표를 실시하지 않고 그 후보자를 당선인으로 결정하도록 하는 것이 선거권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법에서 지방자치제를 제도적으로 보장하고 있고, 지방자치는 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것을 의미한다는 점에서 지방자치단체의 대표인 단체장은 지방의회의원과 마찬가지로 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거를 통해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질에서 당연히 도출되는 원리이다. 이에 따라 공직선거 관련법상 지방자치단체의 장 선임방법은 ‘선거’로 규정되어 왔고, 우리 지방자치제의 역사에 비추어 볼 때 지방자치단체의 장에 대한 주민직선제 이외의 다른 선출방법을 허용할 수 없다는 국민적 인식이 존재한다고 볼 수 있다. 주민자치제를 본질로 하는 민주적 지방자치제도가 안정적으로 뿌리내린 현 시점에서 지방자치단체의 장 선거권을 지방의회의원 선거권, 더 나아가 국회의원 선거권 및 대통령 선거권과 구별하여 하나는 법률상의 권리로, 나머지는 헌법상의 권리로 이원화하는 것은 무의미한 것으로 보인다. 그러므로 지방자치단체의 장 선거권 역시 다른 선거권과 마찬가지로 헌법 제24조에 의해 보호되는 헌법상의 권리로 인정하여야 할 것

이다.

지방자치단체의 장 선거에서 후보자 등록 마감시간까지 후보자 1인만이 등록한 경우 투표를 실시하지 않고 그 후보자를 당선인으로 결정하도록 하는 입법목적은 선거에 소요되는 여러 가지 절차를 간소화하여 행정적 편의를 도모하고 선거비용을 절감하는 등 선거제도의 효율성을 제고하기 위한 것으로 그 정당성을 인정할 수 있으며, 후보자등록기한까지 후보자가 1인일 경우 투표를 생략하고 해당 후보자를 당선자로 결정하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라 할 수 있다.

지방자치단체의 장 선거에 있어서는 “유효투표의 다수”를 얻은 자가 당선인으로 결정되는 것이 원칙이므로 후보자가 1인일 경우에는 단 1표를 얻더라도 출마한 후보가 당선인이 된다. 다만 후보자가 1명일 경우에도 투표를 실시하여 일정비율 이상의 득표를 할 경우에만 당선자로 인정하는 방법도 있겠으나, 당선자의 결정방식은 사회적, 경제적, 기술적 여건 등 여러 가지 요건을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로 입법형성의 자유가 인정되는 부분이며, 당선인이 반드시 일정비율 이상의 득표를 해야 민주적 정당성이나 대표성을 획득한다고 볼 수도 없다.

후보자가 1인일 경우에도 투표를 실시하도록 하면 당선자가 없어 재선거를 하게 되는 경우도 발생할 수 있는데 이 경우 재선거 실시에 따른 새로운 후보자 확보 가능성의 문제, 행정적인 번거로움과 시간·비용의 낭비는 물론이고 지방자치단체의 장 업무의 공백 역시 필연적으로 뒤따르게 된다. 입법자가 위와 같은 사정을 고려하여 후보자가 1인일 경우 투표를 실시하지 않고 해당 후보자를 지방자치단체의 장 당선자로 정하도록 결단한 것은 입법목적 달성을 위한 범위를 넘은 과도한 제한이라 할 수 없으므로 심판대상조항은 청구인의 선거권을 침해하지 않는다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소가 처음으로 지방자치단체의 장 선거권을 기본권으로 인정한 결정이다.

## 174. 공무원에 대한 선거운동 기획 행위 등의 금지

(현재 2008. 5. 29. 2006헌마1096)

### 〈쟁점〉

모든 공무원에 대해 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’를 금지하는 것이 정치적 표현의 자유와 평등권을 침해하는 것인지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 공직선거법 제86조 제1항 제2호가 규정하고 있는 “선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위”란 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 행위를 말하며, 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 알 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 그 조문에 “선거운동”, “기획”, “참여”, “관여”라는 약간의 불명확성을 지닌 구성요건을 사용하고 있다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고

볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위(이하 ‘선거운동의 기획행위’라 한다)를 전적으로 금지하고 있다. 그런데 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로도 충분하다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항은 수단의 적정성과 피해의 최소성 원칙에 반한다. 한편, 공무원의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권을 중대하게 제한하는 반면, 그러한 금지가 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다는 점에서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 충족하고 있지 못하다.

따라서 이 사건 법률조항은 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하나, 다만 위와 같은 위헌성은 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위 외에 사적인 지위에서 하는 선거운동의 기획행위까지 포괄적으로 금지하는 것에서 비롯된 것이므로, 이 사건 법률조항은 공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에까지 적용하는 한 헌법에 위반된다.

3. 공무원이 그 지위를 이용하여 한 선거운동의 기획행위를 금지하는 것은 선거의 공정성을 보장하기 위한 것인바, 이로써 공무원인 입후보자와 공무원이 아닌 다른 입후보자, 지방자치단체의 장과 국회의원과 그 보좌관, 비서관, 비서 및 지방의회의원을 차별하는 것은 합리적 이유가 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 공무원이 그 지위를 이용하지 않고 사적인 지위에서 선거운동의 기획행위를 하는 것까지 금지하는 것은 선거의 공정성을 보장하려는 입법목적을 달성하기 위한 합리적인 차별취급이라고 볼 수 없으므로 평등권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 공무원의 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’를 금지하는 공직선거법 제86조 제1항 제2호에 대해, 공무원이 그 지위를 이용하지 않는 경우에도 위 규정을 적용하는 것은 정치적 표현의 자유와 평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 결정하였다.

## 175. 지방자치단체의 장 직무정지 사건

(현재 2010. 9. 2. 2010헌마418)

### 〈쟁점〉

지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 조항이 자치단체의 장의 공무담임권 등 기본권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 가. 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 위헌의견

(1) 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 선언함으로써, 공소가 제기된 피고인이 비록 1심이나 2심에서 유죄판결을 선고받았더라도 그 유죄판결이 확정되기 전까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급해야 함은 물론, 유죄임을 전제로 하여 해당 피고인에 대하여 유형·무형의 일체의 불이익을 가하지 못하도록 하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형이 선고되었다.’는 사실 자체에 주민의 신뢰가 훼손되고 자치단체장으로서 직무의 전념성이 해쳐질 것이라는 부정적 의미를 부여한 후, 그러한 판결이 선고되었다는 사실만을 유일한 요건으로 하여, 형이 확정될 때까지의 불확정한 기간동안 자치단체장으로서의 직무를 정지시키는 불이익을 가하고 있으며, 그와 같이 불이익을 가함에 있어 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정하지도 않았으므로, 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(2) 자치단체장직에 대한 공직기강을 확립하고 주민의 복리와 자치단체행정의 원활한 운영에 초래될 수 있는 위험을 예방하기 위한 입법목적을 달성하기 위하여 자치단체장을 직무에서 배제하는 수단을택하였다 하더라도, 금고 이상의 형을 선고받은 자치단체장을 다른 추가적 요건없이 직무에서 배제하는 것이 위 입법목적을 달성하기 위한 최선의 방안이라고 단정하기는 어렵고. 특히 이 사건 청구인의 경우처럼, 금고 이상의 형의 선고를 받은 이후 선거에 의하여 자치단체장으로 선출된 경우에는 ‘자치단체행정에 대한 주민의 신뢰유지’라는 입법목적은 자치단체장의 공무담임권을 제한할 적정한 논거가 되기 어렵다.

또한, 금고 이상의 형을 선고받았더라도 불구하고상태에 있는 이상 자치단체장이 직무를 수행하는데는 아무런 지장이 없으므로 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행시킬 직접적 필요가 없다는 점, 혹시 그러한 직무정지의 필요성이 인정된다 하더라도, 형이 확정될 때까지 기다리게 되면 자치단체행정의 원활한 운영에 상당한 위험이 초래될 것으로 명백히 예상된다거나 회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 제한적인 경우로 한정되어야 한다는 점, 금고 이상의 형을 선고받은 범죄가 해당 자치단체장에 선출되는 과정에서 또는 선출된 이후 자치단체장의 직무에 관련하여 발생하였는지 여부, 고의범인지 과실범인지 여부 등 해당 범죄의 유형과 죄질에 비추어 형이 확정되기 전이라도 미리 직무를 정지시켜야 할 이유가 명백한 범죄를 저질렀을 경우로만 한정할 필요도 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 필요최소한의 범위를 넘어선 기본권제한에 해당할 뿐 아니라, 이 사건 법률조항으로 인하여 해당 자치단체장은 불확정한 기간 동안 직무를 정지당함은 물론 주민들에게 유죄가 확정된 범죄자라는 선입견까지 주게 되고, 더욱이 장차 무죄판결을 선고받게 되면 이미 침해된 공무담임권은 회복될 수도 없는 등의 심대한 불이익을 입게 되므로, 법의균형성 요건 또한 갖추지 못하였다.

따라서 이 사건 법률조항은 자치단체장인 청구인의 공무담임권을 침해한다.

(3) 선거직 공무원으로서 선거과정이나 그 직무수행의 과정에서 요구되는 공직의 윤리성이나 신뢰성 측면에서는 국회의원의 경우도 자치단체장의 경우와 본질적으로 동일한 지위에 있다고 할 수 있는 데, 국회의원에게는 금고 이상의 형을 선고받은 후 그 형이 확정되기도 전에 직무를 정지시키는 제도가 없으므로, 자치단체장인 청구인의 평등권을 침해한다.

나. 재판관 조대현의 헌법불합치의견

선거에 의하여 주권자인 국민으로부터 직접 공무담임권을 위임받는 자치단체장의 경우, 그와 같이 공무담임권을 위임한 선출의 정당성이 무너지거나 공무담임권 위임의 본지를 배반하는 직무상 범죄를 저질렀다면, 이러한 경우에도 계속 공무를 담당하게 하는 것은 공무담임권 위임의 본지에

부합된다고 보기 어렵다. 그러므로, 위 두 사유에 해당하는 범죄로 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받은 경우라면, 그 형이 확정되기 전에 해당 자치단체장의 직무를 정지시키더라도 무죄추정의 원칙에 직접적으로 위배된다고 보기 어렵고, 과잉금지의 원칙도 위반하였다고 볼 수 없으나, 위 두 가지 경우 이외에는 금고 이상의 형의 선고를 받았다는 이유로 형이 확정되기 전에 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 무죄추정의 원칙과 과잉금지의 원칙에 위배된다.

따라서 이 사건 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있고, 위헌부분에 의하여 청구인의 기본권이 침해되고 있는바, 이를 가려내는 일은 국회의 입법형성권에 맡기는 것이 바람직하므로, 헌법불합치결정을 할 필요성이 있다.

#### 다. 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 합헌의견

(1) 이 사건 법률조항은 고위 공직자인 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받음으로써 주민의 신뢰를 훼손시키고 직무전념성을 해쳐 자치단체행정의 원활하고 효율적인 운영에 초래될 수 있는 위험을 미연에 방지하려는 데에 그 주된 입법목적이 있고, 형이 확정되기 이전에 위와 같은 위험을 배제할 방법으로는 해당 자치단체장을 직무에서 배제시키는 것이 절실하고 또한 유일하다 할 것이므로 수단의 적합성 또한 인정된다.

법원이 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 ‘금고 이상의 형’을 선고하였다면, 그 시점에 주민의 복리와 자치단체행정의 원활한 운영에 대한 구체적인 위험은 이미 발생하였다고 보기에도 충분하므로, ‘구체적 위험이 있는 경우’ 또는 ‘회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 경우’라는 등의 추가적 요건은 설정할 필요가 없다는 점, 어느 정도의 범죄 유형이 특별한 추가요건 없이 당연히 직무정지의 필요성이 인정되는 것인지 명확히 그 경계를 정하기는 힘든 점, 이 사건 법률조항에 의한 직무정지는 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결’ 이후 상급심에서 그 미만의 형이나 무죄가 선고되면 해제되므로 잠정적인 제재에 불과하고, 그 경우에도 단체장으로서의 신분은 계속 유지되므로, 그 불이익이 최소한에 그치고 있다는 점, 선거직 공무원에 대하여 직무정지의 필요성에 관한 소명의 기회를 부여하는 절차를 마련하는 것이 용이하지 않다는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 최소침해성 요건을 충족하였을 뿐 아니라, 이 사건 법률조항으로 인한 자치단체장이 입는 불이익은 필요최소한에 그치고 있는 반면, 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받을 경우 직무수행에 대한 신뢰가 훼손됨으로써 주민의 복리와 자치단체행정의 원활하고 효율적인 운영에 생길 수 있는 위험을 예방한다는 공익은 그보다 훨씬 크다고 할 것이므로, 법익균형성 요건도 충족하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 자치단체장의 공무담임권을 제한함에 있어 과잉금지의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없고, 외국의 입법례 중에서도 자치단체장이 일정한 법정형 이상에 처할 수 있는 범죄로 하급심에서 유죄판결을 선고받을 경우 특별한 추가적 요건없이 자동으로 직무를 정지시키는 법제를 다수 발견할 수 있다.

(2) 무죄추정의 원칙은 “유죄의 확정판결이 있기까지 그 유죄인정을 전제로 하는 불이익을 입혀서는 안 되며 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것”을 의미하므로, 여하한 형태의 불이익이 존재하기만 하면 모두 무죄추정의 원칙에 반하는 것이 아니라, 그 불이익이 비례의 원칙을 존중한 것으로서 필요최소한도에 그친다면 예외적으로 무죄추정의 원칙에 저촉되지 않는다고 보아야 한다. 이 사건 법률조항이 가하고 있는 직무정지라는 제재는 형사피고인의 지위에 있는 청구인의 공무담임권을 제한하는 것으로서, 개념상으로는 당사자에게 불이익한 효과를 가져오는 처분에 해당한다고 할 수 있겠지만, 직무정지를 부과하는 목적이 유죄판결에 대한 비난이나 제재에 있는 것이 아니라 그로 말미암아 자치단체행정의 원활한

운영에 생길 수 있는 위험을 제거하는 데 있고, 위에서 본 바와 같이 그 불이익의 정도도 필요최소한의 범위에 그치고 있으므로, 비례의 원칙을 준수하였다고 할 것이어서, 위 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다.

(3) 국회의원은, 국회라는 합의체기관의 구성원이므로 독임제 행정기관의 장인 자치단체장과 다르고, 국회의원직에 대한 권한대행을 상정하기 어렵다는 점에서 직무의 성격 역시 다르다. 게다가 이러한 직무의 차이로 말미암아 이들의 직무수행이 정지될 경우 해당 업무의 원활한 운영에 미치는 영향도 다를 수밖에 없다. 따라서 국회의원과는 달리 자치단체장에게만 이 사건 법률조항과 같은 제한을 부과하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이므로, 평등원칙이 금지하는 자의적인 차별에 해당하지 않는다.

(4) 지방자치제도의 발전을 위하여 아무리 중요한 공직이라 하더라도 선거에서 승리하였다든 이 유만으로 일체의 법적 구속으로부터 자유로울 수는 없는 것이 법치주의원리상 당연하므로, 이 사건 법률조항이 선거에 나타난 지역주민의 의사에 반한다는 볼 수는 없다. 또한 금고 이상의 형을 선고한 법원의 판결에 이 사건 법률조항의 입법자가 부여한 의미, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려고 하는 입법목적이라는 관점에서 보면, 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받은 후 선거에서 당선되었건 당선된 후 그러한 형을 선고받았건 간에, 직무정지의 필요성이 달리 판단될 수는 없다고 할 것이므로, 금고 이상의 형을 선고받은 후 선거에 당선되었다 하여 이 사건 법률조항의 합헌성 판단에 차이가 있을 수도 없다.

2. 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 1인이므로 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 따라 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 아울러, 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여 이 사건 법률조항에 해당하는 구 지방자치법 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 자치단체장의 공무담임권을 제한하는 것이 아니고 무죄추정의 원칙에도 저촉되지 않는다고 판시하였던 2005. 5. 26. 2002헌마699등 결정은, 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경한다.

### 〈참고판례〉

현재 2011. 4. 28. 2010헌마474: 지방자치단체의 장이 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우’ 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 제111조 제1항 제2호는 지방자치단체의 장인 청구인의 공무담임권을 침해하지 않고, 무죄추정의 원칙에도 위반되지 않는다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 제111조 제1항 제3호가 무죄추정의 원칙 및 과잉금지의 원칙을 위반하여 공무담임권을 침해하고 평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반되지만, 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 공존하여 이를 2011. 12. 31.까지 입법자가 가려서 개정할 것을 명하고 그 때까지는 위 조항의 적용을 중지한 사안이다.

## 176. 지방자치단체장의 입후보 제한 사건

(현재 1999. 5. 27. 98헌마214)

### 〈쟁점〉

지방자치단체장이 임기 중 공직선거에의 입후보를 금지하고 있는 것이 지방자치단체장의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

지방자치단체의 장이 임기중에 공직선거에 입후보할 수 있는 경우 어느 정도로 지방행정의 혼란이 우려되는가를 살펴보면, 지방자치단체의 장이 임기중에 사퇴함으로써 발생하는 행정의 혼란은 그 정도에 있어서 심각하다고 할 수 없고, 직무대리나 보궐선거의 방법으로 대처할 수 있다고 판단된다.

공선법은 선거의 공정성을 실현하기 위하여 이미 여러 가지 다양한 조치를 취하고 있으며, 특히 공선법 제53조 제1항의 ‘선거전 공직사퇴조항’을 통하여 충분히 선거의 공정성을 확보하고 있다고 판단되므로, 이를 넘어서 포괄적인 입후보금지규정을 두는 것은, 입법목적을 달성하기 위하여 필요 한 조치를 넘어 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것이다.

반면에, 이 사건 조항으로 인하여 발생하는 피선거권 제한의 효과, 특히 ‘민주주의의 실현’에 미치는 부정적인 효과는 매우 크다. 원칙적으로 국민 누구나가 입후보할 수 있고 이로써 다수의 후보자와 다수의 정책방향 중에서 자유로이 선택할 수 있는 가능성이 유권자에게 주어진 경우에만 그 선거는 국민의 정치적 의사를 제대로 반영할 수 있고 이로써 민주적 정당성을 확보할 수 있는 것이다. 뿐만 아니라 유권자가 후보자를 자유로이 선택할 수 있는 기회가 크게 제한된 상태에서 실시되는 선거는 사실상 국민의 선거권에 대한 현저한 제한으로서 경우에 따라서는 선거권이 형해화될 수도 있다.

결론적으로, 이 사건 조항에 의한 피선거권의 제한이 민주주의의 실현에 미치는 불리한 효과는 매우 큰 반면에, 이 사건 조항을 통하여 달성하려는 공익적 효과는 상당히 작다고 판단되므로, 피선거권의 제한을 정당화하는 합리적인 이유를 인정할 수 없다고 하겠다. 따라서 이 사건 조항은 보통선거원칙에 위반되어 청구인들의 피선거권을 침해하는 위헌적인 규정이다

### 〈선정이유〉

이 사건은 지방자치단체장의 임기중 공직선거에의 입후보를 금지하고 있는 공직선거및선거부정 방지법 규정에 대하여 위 규정이 지방자치단체장의 공무담임권을 침해한다고 하여 위헌결정을 하였다.

177.

## 아동·청소년이용음란물소지죄로 형이 확정된 자에 대한 공무원 결격사유 사건

(현재 2023. 6. 29. 2020헌마1605)

### 〈쟁점〉

국가공무원법 제33조 제6호의4 나목 중 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제11조 제5항 가운데 ‘아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 죄로 형을 선고받아 그 형이 확정된 사람

은 국가공무원법 제2조 제2항 제1호의 일반직공무원으로 임용될 수 없도록 한 것’에 관한 부분 및 지방공무원법 제31조 제6호의4 나목 중 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제11조 제5항 가운데 ‘아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 죄로 형을 선고받아 그 형이 확정된 사람은 지방공무원법 제2조 제2항 제1호의 일반직공무원으로 임용될 수 없도록 한 것’에 관한 부분이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

심판대상조항은 아동·청소년과 관련이 없는 직무를 포함하여 모든 일반직공무원에 임용될 수 없도록 하므로, 제한의 범위가 지나치게 넓고 포괄적이다. 또한, 심판대상조항은 영구적으로 임용을 제한하고, 결격사유가 해소될 수 있는 어떠한 가능성도 인정하지 않는다. 그런데 아동·청소년이용음란물소지죄로 형을 선고받은 경우라고 하여도 범죄의 종류, 죄질 등은 다양하므로, 개별 범죄의 비난가능성 및 재범 위험성 등을 고려하여 상당한 기간 동안 임용을 제한하는 덜 침해적인 방법으로도 입법목적을 충분히 달성할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 2022. 11. 24. 2020헌마1181

- \* 피성년후견인인 국가공무원은 당연퇴직한다고 정한 국가공무원법 규정은 공무담임권 침해(현재 2022. 12. 22. 2020헌가8)
- \* 지방공무원(현재 2002. 8. 29. 2001헌마788등), 직업군인(현재 2003. 9. 25. 2003헌마293등), 국가공무원(현재 2003. 10. 30. 2002헌마684등), 경찰공무원(현재 2004. 9. 23. 2004헌가12), 향토예비군 지휘관(현재 2005. 12. 22. 2004헌마947), 군무원(현재 2007. 6. 28. 2007헌가3), 청원경찰(현재 2018. 1. 25. 2017헌가26) 등이 선고유예를 받은 경우 당연히 그 직을 상실하도록 규정한 조항들은 공무담임권 침해

### 〈선정이유〉

이 사건 결정은 현재 2022. 11. 24. 2020헌마1181 결정과 같은 취지의 것으로서 범죄의 종류, 죄질 등은 다양하므로, 개별 범죄의 비난가능성 및 재범 위험성 등을 고려하여 상당한 기간 동안 임용을 제한하는 덜 침해적인 방법으로도 입법목적을 충분히 달성할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 하였다.

## 178. 국회 청원 사건

(현재 2023. 3. 23. 2018헌마460등)

### 〈쟁점〉

1. 국회에 청원하는 방법으로 국회의원(이하 ‘의원’이라 한다)의 소개를 받도록 정한 구 국회법 제123조 제1항 중 ‘의원의 소개를 얻어’ 부분(이하 ‘구 의원소개조항’이라 한다)과 국회법 제123조

제1항 중 ‘의원의 소개를 받거나’ 부분(이하 ‘현 의원소개조항’이라 하고, 구 의원소개조항과 합하여 ‘의원소개조항’이라 한다)이 청원권을 침해하는지 여부(소극)

2. 국회에 청원하는 방법으로 일정한 기간 동안 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받도록 정한 국회법 제123조 제1항 중 ‘국회규칙으로 정하는 기간 동안 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아’ 부분(이하 ‘국민동의조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위반되어 청원권을 침해하는지 여부(소극)

3. 국민동의조항과 그 위임을 받아 청원서를 제출하기 위한 구체적인 절차로서 국민의 찬성·동의를 받는 기간과 그 인원수 등을 규정한 국회청원심사규칙 제2조의2 제2항 중 ‘등록일부터 30일 이내에 100명 이상의 찬성을 받고’ 부분 및 구 국회청원심사규칙 제2조의2 제3항(이하 위 세 조항들을 합하여 ‘국민동의법령조항들’이라 한다)이 청원권을 침해하는지 여부(소극)

### 〈결정요지〉

1. 헌법재판소는 구 의원소개조항의 목적이 무책임한 청원서의 제출을 예방하여 청원 심사의 실효성을 확보하려는 데에 있는 점, 입법자는 청원권의 구체적 입법형성에 있어 광범위한 재량권을 가지고 있는 점, 청원의 소개의원은 1인으로 족한 점 등을 감안할 때, 위 조항이 입법형성의 재량의 범위를 넘어 청원권을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단한 바 있다(현재 2006. 6. 29. 2005헌마604; 현재 2012. 11. 29. 2012헌마330).

구 의원소개조항이 이후 개정되면서 국회에 대한 청원방법으로 국민의 동의를 받는 방식이 추가되었다. 그러나 이 사건에서 문제되는, 의원소개를 받아 하는 청원방법에 근본적인 변화가 있었던 것은 아니며, 또한 구 의원소개조항의 실질적인 내용은 현 의원소개조항과 동일하므로, 위 선례의 판단은 구 의원소개조항 및 현 의원소개조항 모두에 대해서 그대로 타당하고, 이를 변경할 만한 사정변경이 없다. 따라서 의원소개조항이 청원권을 침해한다고 보기 어렵다.

2. 국민의 의견을 효과적으로 반영하여 청원제도의 목적을 높은 수준으로 달성하기 위해서는 국회가 국회의 한정된 자원과 심의역량 등을 고려하여 국민동의기간이나 인원 등 국민동의 요건을 탄력적으로 정할 필요가 있으므로, 그 구체적인 내용을 하위법령에 위임할 필요성이 인정된다. 아울러 국회규칙에서는 국회가 처리할 수 있는 범위 내에서 국민의 의견을 취합하여 국민 다수가 동의하는 의제가 효과적으로 국회의 논의 대상이 될 수 있도록 적정한 수준으로 구체적인 국민동의 요건과 절차가 설정될 것임을 예측할 수 있다. 따라서 국민동의조항은 포괄위임금지원칙에 위반되어 청원권을 침해하지 않는다.

3. 국민동의법령조항들은 의원소개조항에 더하여 추가적으로 국민의 동의를 받는 방식으로 국회에 청원하는 방법을 허용하면서 그 구체적인 요건과 절차를 규정하고 있는 것으로, 청원권의 구체적인 입법형성에 해당한다. 국민동의법령조항들이 청원서의 일반인에 대한 공개를 위해 30일 이내에 100명 이상의 찬성을 받도록 한 것은 일종의 사전동의제도로서, 중복게시물을 방지하고 비방, 욕설, 혐오표현, 명예훼손 등 부적절한 청원을 줄이며 국민의 목소리를 효율적으로 담아내고자 함에 그 취지가 있다. 다음으로, 청원서가 일반인에게 공개되면 그로부터 30일 이내에 10만 명 이상의 동의를 받도록 한 것은 국회의 한정된 심의 역량과 자원의 효율적 배분을 고려함과 동시에, 일정 수준 이상의 인원에 해당하는 국민 다수가 관심을 갖고 동의하는 의제가 논의 대상이 되도록 하기 위한 것이다. 국회에 대한 청원은 법률안 등과 같이 의안에 준하여 위원회 심사를 거쳐 처리되고, 다른 행정부 등 국가기관과 달리 국회는 합의제 기관이라는 점에서 청원 심사의 실효성을 확보할 필요성 또한 크다. 이와 같은 점에서 국민동의법령조항들이 설정하고 있는 청원찬성·동의를

구하는 기간 및 그 인원수는 불합리하다고 보기 어렵다. 따라서 국민동의법령조항들은 입법재량을 일탈하여 청원권을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

국회에 청원을 하려고 하는 자는 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 한다고 규정한 국회 법이 청원권을 침해하지 않는다고 결정하였다.

## 제9절 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권

### 179. 특허쟁송과 법관에 의한 재판을 받을 권리

(현재 1995. 9. 28. 92헌가11등)

### 〈쟁점〉

1. 재판청구권의 의미
2. 특허쟁송절차와 법관에 의한 재판을 받을 권리

### 〈결정요지〉

1. 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고, 그와 같은 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 아니된다고 할 것이며, 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다.

2. 특허청의 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 이를 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판이라고 볼 수 없으므로 특허법 제186조 제1항은 법관에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 “법관에 의한” 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 위헌규정이다.

### 〈선정이유〉

특허청의 항고심판절차에 의한 항고심결 또는 보정각하결정에 대하여 법령위반을 이유로 하는 경우에만 대법원에 상고할 수 있도록 한 것은 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다고 한 결정이다.

### 180. 심리불속행 제도와 대법원의 재판을 받을 권리

(현재 1997. 10. 30. 97헌바37등)

### 〈쟁점〉

심리불속행 제도를 규정하고 있는 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항 및 제3항과 제5조 제1항 및 제2항의 위헌 여부(소극)

### 〈결정요지〉

헌법이 대법원을 최고법원으로 규정하였다고 하여 대법원이 곧바로 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니며, “헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리를 의미한다거나 또는 상고심 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 할 수는 없다.

또한 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관한 한정된 법 발견 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 그러므로 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항 및 제3항과 제5조 제1항 및 제2항은 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 위 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2002. 5. 30. 2001헌마781; 현재 2006. 7. 27. 2006헌마466; 현재 2007. 7. 26. 2006헌마551; 현재 2008. 5. 29. 2007헌마1408; 현재 2012. 5. 31. 2010헌마625; 현재 2012. 8. 23. 2012헌마367

### 〈선정이유〉

상고를 제한하고 있는 심리불속행 제도가 헌법에 위반되지 않는다고 본 결정이다.

## 181. 반국가행위자처벌과 공정한 재판을 받을 권리

(현재 1996. 1. 25. 95헌가5)

### 〈쟁점〉

1. 궤석재판을 규정한 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법(이하 “특조법”이라 한다) 제7조 제5항이 헌법에 위반되는지 여부
2. 궤석한 피고인은 변호인 또는 보조인도 공판절차에 출석시킬 수 없고, 법원은 최초의 공판기일에 공소사실의 요지와 검사의 의견만을 듣고 증거조사도 없이 결심하여 피고인에 대한 형을 선고하도록 한 특조법 제7조 제6항, 제7항 본문이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 특조법 제7조 제5항은 검사의 청구에 의하여 법원으로 하여금 처음부터 의무적으로 절석재판을 행하도록 하고 있으며, 재판의 연기도 전혀 허용하지 않고 있어, 중형에 해당하는 사건에 대하여 피고인의 방어권이 일절 행사될 수 없는 상태에서 재판이 진행되도록 규정한 것이므로 그 입법 목적의 달성에 필요한 최소한의 범위를 넘어서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해한 것이다.

또한 중형에 해당되는 사건에 대하여 피고인에게 출석 기회조차 주지 아니하여 답변과 입증 및 반증 등 공격·방어의 기회를 부여하지 않고, 피고인에게 불출석에 대한 개인적 책임을 전혀 물을 수 없는 경우까지 절석재판을 행할 수 있다는 것은 절차의 내용이 심히 적정하지 못하여 적법절차의 원칙에도 반한다.

2. 중형에 해당되는 사건에서 피고인이 자신을 방어하기 위해 변호인도 출석시킬 수 없고, 증거 조사도 없이 실형을 선고받는 것은 공격·방어의 기회를 원천적으로 봉쇄당하는 것이므로 적법절차의 원칙에 반하고, 특조법의 입법목적 달성에 필요한 최소한도의 범위 이상으로 재판청구권을 침해하는 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 1994. 4. 28. 93헌바26; 현재 1998. 7. 16. 97헌바22

### 〈선정이유〉

반국가행위자의처벌에 관한 특별조치법이 헌법상 적법절차원칙과 재판청구권을 침해하여 위헌이라고 본 결정이며, 재판청구권에 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 포함된다는 점을 명확히 하고 있다.

## 182. 반대신문권과 공정한 재판을 받을 권리

(현재 2021. 12. 23. 2018헌바524)

### 〈쟁점〉

영상물에 수록된 ‘19세 미만 성폭력범죄 피해자’(이하 ‘미성년 피해자’라 한다)의 진술에 관하여 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 내지 진술조력인의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 정한 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

심판대상조항은 미성년 피해자가 증언과정 등에서 받을 수 있는 2차 피해를 막기 위한 것이다.

미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것은, 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 포기할 수 없는 중요한 가치이나 그 과정에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리도 보장되어야 한다. 성폭력범죄의 특성상 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술이 사건의 핵심 증거인 경우가 적지 않음에도 심판대상조항은 진술증거의 오류를 탄핵할 수 있는 효과적인 방법인 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있다. 심판대상조항은 영상물로 그 증거방법을 한정하고 신뢰관계인 등에 대한 신문 기회를 보장하고 있기는 하나 위 증거의 특성 및 형성과정을 고려할 때 이로써 원진술자에 대한 반대신문의 기능을 대체하기는 어렵다. 그 결과 피고인은 사건의 핵심 진술증거에 관하여 충분히 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 유죄 판결을 받을 수 있는바, 그로 인한 방어권 제한의 정도는 매우 중대하다. 반면 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하지 않더라도, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시하거나, 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문 등 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도를 적극 활용함으로써 위 조항의 목적을 달성할 수 있다. 피고인 측이 정당한 방어권의 범위를 넘어 피해자를 위협하고 괴롭히는 등의 반대신문은 금지되며, 재판장은 구체적 신문 과정에서 증인을 보호하기 위해 소송지휘권을 행사할 수 있다.

우리 사회에서 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것이 중요한 공익에 해당함에는 의문의 여지가 없다. 그러나 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 때, 심판대상조항이 달성하려는 공익이 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다고 쉽게 단정하기는 어렵다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

### 〈선정이유〉

미성년 피해자가 증언과정 등에서 입을 수 있는 2차 피해를 막는 것은 중요한 공익이지만, 그로 인해 피고인의 방어권이 과도하게 제한되어서는 안 된다고 본 결정이다. 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하면서도 피고인의 반대신문권을 효과적으로 보장할 수 있는 다양한 조화적인 방식이 존재하지만, 심판대상조항이 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하고 있어 과잉금지원칙에 위반되어 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 판단하였다.

## 183. 범죄인인도 심사관할과 재판청구권 제한

(현재 2003. 1. 30. 2001헌바95)

### 〈쟁점〉

법원의 범죄인인도심사를 서울고등법원의 전속관할로 하고 그 심사결정에 대한 불복절차를 인정하지 않은 것이 재판청구권 등을 침해한 것인지 여부

### 〈결정요지〉

법원의 범죄인인도결정은 신체의 자유에 밀접하게 관련된 문제이므로 범죄인인도심사에 있어서 적법절차가 준수되어야 한다. 그런데 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견, 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청

을 어떻게 조화시키느냐의 문제이므로 기본적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 한편 법원에 의한 범죄인인도심사는 국가형벌권의 확정을 목적으로 하는 형사절차와 같은 전형적인 사법절차의 대상에 해당되는 것은 아니며, 법률(범죄인인도법)에 의하여 인정된 특별한 절차라 볼 것이다.

헌법 제27조의 재판을 받을 권리라는 모든 사건에 대해 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수 없는 것이며, 상소할 수 있는지, 상소이유를 어떻게 규정하는지는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제로 보아야 한다는 것이 헌법재판소의 판례이다.

이 사건에서 설사 범죄인인도를 형사처벌과 유사한 것이라 본다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 적어도 법관과 법률에 의한 한 번의 재판을 보장하고 있고, 그에 대한 상소를 불허한 것이 적법절차원칙이 요구하는 합리성과 정당성을 벗어난 것이 아닌 이상, 그러한 상소 불허 입법이 입법 재량의 범위를 벗어난 것으로서 재판청구권을 과잉 제한하는 것이라고 보기는 어렵다.

### 〈선정이유〉

범죄인인도심사를 서울고등법원의 전속관할로 하고 그 심사결정에 대한 불복절차를 인정하지 않은 것이 재판청구권을 침해하지 않는다고 본 결정이다.

## 184. 차단시설설치장소에서의 변호사 접견과 재판청구권 제한

(현재 2013. 8. 29. 2011헌마122)

### 〈쟁점〉

변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 심판대상조항이 재판청구권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

심판대상조항에 따르면 수용자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 쳐우에 대하여 국가 등을 상대로 소송을 하는 경우에는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하게 되어 무기대등의 원칙이 훼손될 수 있다. 변호사 직무의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임성은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약 등 금지물품 반입 시도 등의 우려를 최소화시킬 수 있으며, 변호사접견이라 하더라도 교정시설의 질서 등을 해할 우려가 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 두도록 한다면 악용될 가능성도 방지할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재판청구권을 지나치게 제한하고 있으므로, 헌법에 위반된다.

### 〈선정이유〉

수용자가 변호사와 접견하는 경우에도 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 한 것은 재판청구권을 침해한다고 본 결정이다.

## 185. 국가배상책임의 본질과 공무원의 배상책임유무

(대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

1. 국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법 취지
2. 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우, 공무원 개인의 손해배상책임 유무(=제한적 긍정설)

### 〈판결요지〉

#### 1. [다수의견]

국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법 취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상 책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흄이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다.

#### 2. [다수의견]

공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다.

### 〈선정이유〉

국가배상책임의 본질과 관련하여 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 기관행위로서의 품격을 가지지 못하므로 국가 등이 대위책임을 지는 것으로 보아야 하나, 경과실에 의한 경우에는 국가 등의 자기책임으로 보아야 한다(절충설)고 하였으며, 또한 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우 고의·중과실이 있는 경우에만 가해공무원의 민사상 책임을 인정한다고 한 판결이다.

## 186. 군인·공무원 등의 국가배상청구권 제한

(현재 1995. 12. 28. 95헌바3)

### 〈쟁점〉

1. 헌법의 개별규정이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부
2. 헌법의 개별규정간의 논리적 우열관계와 효력성의 차등문제
3. 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항은 위헌법률심판의 대상에 관하여, 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항은 헌법소원심판의 대상에 관하여 그것이 법률임을 명문으로 규정하고 있으며, 여기서 위헌심사의 대상이 되는 법률이 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것에 아무런 의문이 있을 수 없으므로, 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다.
2. 헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치 체계를 이루고 있는 것으로서, 헌법의 제규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있으므로 이념적·논리적으로는 규범상호간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실이다. 그러나 이때 인정되는 규범상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다.
3. 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것 이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

### 〈참고판례〉

현재 2001. 2. 22. 2000헌바38; 현재 2005. 5. 26. 2005헌바28; 현재 2018. 5. 31. 2013헌바22등

### 〈선정이유〉

군인·공무원 등의 국가배상청구권을 제한하는 국가배상법 규정이 헌법 제29조에 직접 근거하고 실질적으로 그 내용을 같이 하는 것므로 헌법에 위반되지 않는다고 본 결정이다.

## 187.

### 국가배상청구권의 제한 : 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 대한 구상권

(현재 1994. 12. 29. 93헌바21)

### 〈쟁점〉

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 “군인…이 … 직무집행과 관련하여 … 공상을 입은 경우에 본인 또는 그 유족이 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다”는 부분의 위헌 여부

### 〈결정요지〉

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가에 대한 구상권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다.

### 〈참고판례〉

대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결

### 〈선정이유〉

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

## 188. 과거사 국가배상청구와 소멸시효

(현재 2018. 8. 30. 2014헌바148등)

### 〈쟁점〉

- 민법 제166조 제1항, 제766조, 국가재정법 제96조 제2항, 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부개정되어, 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항(이하 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 일반적인 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민의 손해배상 청구에 관한 소멸시효 기산점과 시효기간을 정하고 있는 것이 국가배상청구권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

- 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’(2005. 5.

31. 법률 제7542호로 제정된 것, 이하 ‘과거사정리법’이라 한다) 제2조 제1항 제3호의 ‘민간인 집단 희생사건’, 제4호의 ‘중대한 인권침해사건·조작의혹사건’에 적용되는 부분이 국가배상청구권을 침해하여 위헌인지 여부(적극)

### 〈결정요지〉

1. 국가배상법 제8조에 따라, 심판대상조항들은 국가배상청구권의 소멸시효 기산점을 피해자나 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날(주관적 기산점, 민법 제766조 제1항) 및 불법행위를 한 날(객관적 기산점, 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항)로 정하되, 그 시효기간을 주관적 기산점으로부터 3년(단기소멸시효기간, 민법 제766조 제1항) 및 객관적 기산점으로부터 5년(장기소멸시효기간, 국가재정법 제96조 제2항, 구 예산회계법 제96조 제2항)으로 정하고 있다.

민법상 소멸시효제도의 일반적인 존재이유는 ‘법적 안정성의 보호, 채무자의 이증변제 방지, 채권자의 권리불행사에 대한 제재 및 채무자의 정당한 신뢰 보호’에 있다. 이와 같은 민법상 소멸시효제도의 존재 이유는 국가배상청구권의 경우에도 일반적으로 타당하고, 특히 국가의 채무관계를 조기에 확정하여 예산수립의 불안정성을 제거하기 위해서는 국가채무에 대해 단기소멸시효를 정할 필요성도 있다. 그러므로 심판대상조항들이 일반적인 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민의 국가배상청구권에 관한 소멸시효 기산점과 시효기간을 정하고 있는 것은 합리적인 이유가 있다.

2. 그러나 일반적인 국가배상청구권에 적용되는 소멸시효 기산점과 시효기간에 합리적 이유가 인정된다 하더라도, 과거사정리법 제2조 제1항 제3호에 규정된 ‘민간인 집단희생사건’, 제4호에 규정된 ‘중대한 인권침해·조작의혹사건’의 특수성을 고려하지 아니한 채 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 ‘객관적 기산점’이 그대로 적용되도록 규정하는 것은 국가배상청구권에 관한 입법형성의 한계를 일탈한 것이다.

민간인 집단희생사건과 중대한 인권침해·조작의혹사건은 국가기관이 국민에게 누명을 씌워 불법행위를 자행하고, 소속 공무원들이 조직적으로 관여하였으며, 사후에도 조작·은폐함으로써 오랜 기간 진실규명이 불가능한 경우가 많아 일반적인 소멸시효 법리로 타당한 결론을 도출하기 어려운 문제들이 발생하였다. 이에 2005년 여·야의 합의로 과거사정리법이 제정되었고, 그 제정 경위 및 취지에 비추어볼 때 위와 같은 사건들은 사인간 불법행위 내지 일반적인 국가배상 사건과 근본적 다른 유형에 해당됨을 알 수 있다.

… 불법행위의 피해자가 ‘손해 및 가해자를 인식하게 된 때’로부터 3년 이내에 손해배상을 청구하도록 하는 것은 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하기 위한 것이므로, 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제766조 제1항의 ‘주관적 기산점’이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정된다. 그러나 국가가 소속 공무원들의 조직적 관여를 통해 불법적으로 민간인을 집단 희생시키거나 장기간의 불법구금·고문 등에 의한 허위자백으로 유죄판결을 하고 사후에도 조작·은폐를 통해 진상규명을 저해하였음에도 불구하고, 그 불법행위 시점을 소멸시효의 기산점으로 삼는 것은 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하는 것으로 보기 어렵고, 발생한 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 지도원리에도 부합하지 않는다. 그러므로 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 ‘객관적 기산점’이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정되지 않는다.

결국, 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효

제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 위 사건 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 입법형성의 한계를 일탈하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해한다.

### 〈참고판례〉

현재 1997. 2. 20. 96헌바24; 현재 2005. 5. 26. 2004헌바90; 현재 2008. 11. 27. 2004헌바54; 현재 2011. 9. 29. 2010헌바116; 현재 2012. 4. 24. 2011헌바31; 현재 2018. 2. 22. 2016헌바470

### 〈선정이유〉

일반적인 국가배상청구권에 적용되는 소멸시효의 기산점과 시효기간의 기준 자체에는 합리적 이유가 인정될지라도, 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 소멸시효의 객관적 기산점을 적용하도록 규정하는 것은 입법형성의 한계를 일탈하여 국가배상청구권을 침해한다고 본 결정이다.

## 제10절 교육의 권리, 근로의 권리, 근로3권

### 189. 대학교 수시모집 지원 제한

(현재 2017. 12. 28. 2016헌마649)

### 〈쟁점〉

검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 내용의 피청구인 국립교육대학교 등의 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’이 청구인들의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부

### 〈결정이유〉

현행 대입입시제도 중 수시모집은 대학수학능력시험 점수를 기준으로 획일적으로 학생을 선발하는 것을 지향하고, 각 대학별로 다양한 전형방법을 통하여 대학의 독자적 특성이나 목표 등에 맞추어 다양한 경력과 소질 등이 있는 자를 선발하고자 하는 것이다. 수시모집은 과거 정시모집의 예외로서 그 비중이 그리 크지 않았으나 점차 그 비중이 확대되어, 정시모집과 같거나 오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있다. 이러한 상황에서는 수시모집의 경우라 하더라도 응시자들에게 동등한 입학 기회가 주어질 필요가 있다. 그런데 이 사건 수시모집요강은 기초생활수급자·차상위계층, 장애인 등을 대상으로 하는 일부 특별전형에만 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있을 뿐 수시모집에서의 검정고시 출신자의 지원을 일률적으로 제한함으로써 실질적으로 검정고시 출신자의 대학입학 기회의 박탈이라는 결과를 초래하고 있다. 수시모집의 학생선발 방법이 정시모집과 동일할 수는 없으나, 이는 수시모집에서 응시자의 수학능력이나 그 정도를 평가하는 방법이 정시모집과 다른 것을 의미할 뿐, 수학능력이 있는 자들에게 동등한 기회를 주고 합

리적인 선발 기준에 따라 학생을 선발하여야 한다는 점은 정시모집과 다르지 않다. 따라서 수시모집에서 검정고시 출신자에게 수학능력이 있는지 여부를 평가받을 기회를 부여하지 아니하고 이를 박탈한다는 것은 수학능력에 따른 합리적인 차별이라고 보기 어렵다. 피청구인들은 정규 고등학교 학교생활기록부가 있는지 여부, 공교육 정상화, 비교내신 문제 등을 차별의 이유로 제시하고 있으나 이러한 사유가 차별취급에 대한 합리적인 이유가 된다고 보기 어렵다.

그렇다면 이 사건 수시모집요강은 검정고시 출신자인 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 청구인들의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해한다.

### 〈선정이유〉

이 사건 결정은 균등하게 교육을 받을 권리에 관한 대표적인 판례로서 헌법재판소가 수시모집요강에서 검정고시 출신자의 수시모집 지원을 제한하는 것은 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다고 판단한 사례

## 190. 자율형 사립고등학교 중복지원 금지

(현재 2019. 4. 11. 2018헌마221)

### 〈쟁점〉

자율형 사립고등학교(이하 ‘자사고’라 한다)를 후기학교로 정하여 신입생을 일반고와 동시에 선발하도록 한 초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제80조 제1항(이하 ‘이 사건 동시선발조항’이라 한다)과 자사고를 지원한 학생에게 평준화지역 후기학교에 중복지원하는 것을 금지한 시행령 제81조 제5항 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분(이하 ‘이 사건 중복지원금지 조항’이라 하고 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인 학생 및 학부모의 평등권을 침해하는지 여부

### 〈결정이유〉

자사고와 평준화지역 후기학교의 입학전형 실시권자가 달라 자사고 불합격자에 대한 평준화지역 후기학교 배정에 어려움이 있다면 이를 해결할 다른 제도를 마련하였어야 함에도, 이 사건 중복지원금지 조항은 중복지원금지 원칙만을 규정하고 자사고 불합격자에 대하여 아무런 고등학교 진학 대책을 마련하지 않았다. 결국 이 사건 중복지원금지 조항은 고등학교 진학 기회에 있어서 자사고 지원자들에 대한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 차별 목적과 차별 정도 간에 비례성을 갖춘 것이라고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

이 사건 결정은 재판관 전원이 학생들의 고교진학 기회를 희생시켜서는 아니 된다는 데에는 결론을 같이한 결정이며, 평등권 침해 여부를 판단하면서 자의금지원칙 아닌 엄격심사기준을 채택하였기에 의미가 있는 결정임

## 191. 학교용지부담금의 위헌 여부

(현재 2005. 3. 31. 2003헌가20)

### 〈쟁점〉

학교용지확보를 위하여 공동주택 수분양자들에게 학교용지부담 금을 부과할 수 있도록 하고 있는 구 학교용지확보에관한특별법 제2조 제2호, 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진 법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서 …… 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분이 헌법상 의무교육의 무상원칙에 반하는지 여부 즉, 의무교육에 필요한 학교용지의 부담금을 개발사업지역내 토지 또는 주택의 수분양자에게 부과 징수하는 것이 의무교육의 무상원칙에 위배되는지 여부

### 〈결정이유〉

헌법은, 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 지고(헌법 제31조 제2항), 의무교육은 무상으로 한다(헌법 제31조 제3항)고 규정하고 있다. 이러한 의무교육제도는 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다. 의무교육에 필요한 학교시설은 국가의 일반적 과제이고, 학교용지는 의무교육을 시행하기 위한 물적 기반으로서 필수조건임은 말할 필요도 없으므로 이를 달성하기 위한 비용은 국가의 일반재정으로 충당하여야 한다. 따라서 적어도 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다.

### 〈선정이유〉

헌법상 무상의 의무교육에 대한 국가의 책임에 대하여, 부담금부과의 방식으로 의무교육비용을 충당하는 것이 원천적으로 불가능하다고 판단한 사건으로, 이 사건 결정은 부과징수의 편리성, 운용의 용이성 등으로 널리 활용되던 부담금제도에 관하여 헌법상 한계 및 일정한 기준을 제시함으로써 부담금제도의 남용에 대한 경계 및 기존의 다른 부담금제도를 재검토하게 하는 계기를 제공한 의미가 있다.

## 192. 과외의 원칙적 금지

(현재 2000. 4. 27. 98헌가16등)

### 〈쟁점〉

과외교습을 금지하는 것이 비례의 원칙을 준수하였는가의 여부

### 〈결정이유〉

1. 과외교습을 금지하는 법 제3조에 의하여 제기되는 헌법적 문제는 교육의 영역에서의 자녀의 인격발현권·부모의 교육권과 국가의 교육책임의 경계설정에 관한 문제이고, 이로써 국가가 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권을 어느 정도로 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 학교교육에 관한 한, 국가는 교육제도의 형성에 관한 폭넓은 권한을 가지고 있지만, 과외교습과 같은 사적으로 이루어지는 교육을 제한하는 경우에는 특히 자녀인격의 자유로운 발현권과 부모의 교육권을 존중해야 한다는 것에 국가에 의한 규율의 한계가 있으므로, 법치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

2. 법 제3조는 원칙적으로 허용되고 기본권적으로 보장되는 행위에 대하여 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 방식의 ‘원칙과 예외’가 전도된 규율형식을 취한데다가, 그 내용상으로도 규제의 편의성만을 강조하여 입법목적달성을 측면에서 보더라도 금지범위에 포함시킬 불가피성이 없는 행위의 유형을 광범위하게 포함시키고 있다는 점에서, 입법자가 선택한 규제수단은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다.

3. 법 제3조와 같은 형태의 사교육에 대한 규율은, 사적인 교육의 영역에서 부모와 자녀의 기본권에 대한 중대한 침해라는 개인적인 차원을 넘어서 국가를 문화적으로 빙곤하게 만들며, 국가간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빙곤은 궁극적으로는 사회적·경제적인 후진성으로 이어질 수밖에 없다. 따라서 법 제3조가 실현하려는 입법목적의 실현효과에 대하여 의문의 여지가 있고, 반면에 법 제3조에 의하여 발생하는 기본권제한의 효과 및 문화국가실현에 대한 불리한 효과가 현저하므로, 법 제3조는 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하여 법의 균형성을 갖추지 못하고 있다.

### 〈선정이유〉

부모의 자녀교육권과 국가의 교육책임과의 관계를 과외교습금지를 통하여 헌법적 문제해결방향을 제시하고 있다.

## 193. 재임용탈락 교수의 재심청구 제한

(현재 2003. 12. 18. 2002헌바14등)

### 〈쟁점〉

1. 대학교육기관의 교원은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면할 수 있다고 규정한 구 사립학교법 제53조의2 제3항 전문이 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반되는지 여부

2. 임용기간이 만료한 대학교원에 대한 재임용거부를 재심청구의 대상으로 명시하지 않은 교원지위향상을위한특별법 제9조 제1항 전문이 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반되는지 여부

### 〈결정이유〉

1. 현법재판소는 2003. 2. 27. 이 사건 사립학교법조항과 실질적으로 같은 내용인 구 사립학교법 제53조의2 제3항(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)을 대상으로 선고한 2000헌바26 사건에서, “객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없으며, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다퉄 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 위 조항은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 헌법 제31조 제6항에서 정하고 있는 교원지위법정주의에 위반된다고 볼 수밖에 없다.”는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다. 그런데, 2000헌바26 사건에서 헌법불합치결정의 대상이 되었던 조항과 이 사건의 사립학교법조항과는 혁명만 다를 뿐, 그 규정내용이 똑같다. 다만, 이 사건 사립학교법조항은 그 후문으로 “이 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용한다.”라는 내용이 추가되어 사립대학 교수의 임용에 있어 국·공립대학 교수에게 적용되는 임용기간을 준용함으로써 사립대학 교수의 지위를 국·공립대학 교수와 같이 보장하고 있으나 ‘기간임용제’의 본질은 달라진 바가 없다. 따라서 이 사건에 있어서도 위 2000헌바26 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성은 인정되지 아니한다.

2. 임기만료 교원에 대한 재임용거부는 이 사건 교원지위법조항 소정의 “징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분”에 벼금가는 효과를 가진다고 보아야 하므로 이에 대하여는 마땅히 교육인적자원부 교원징계재심위원회의 재심사유, 나아가 법원에 의한 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 교원지위법조항은 이에 대하여 아무런 규정을 하고 있지 아니하므로, 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적 사항에는 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함되어야 한다는 헌법 제31조 제6항 소정의 교원지위법정주의에 위반된다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법상 교원지위법정주의 위반에 관한 대표적인 사례로, 임용기간이 만료된 대학교수의 재임용거부를 교원징계재심위원회의 재심청구의 대상에서 제외하는 교원지위법 제9조 제1항이 교원지위법정주의에 위배된다고 본 사례이다.

## 194. 외국인산업기술연수생의 근로의 권리

(현재 2007. 8. 30. 2004헌마670)

### 〈쟁점〉

1. 근로의 권리에 관한 외국인의 기본권 주체성은 인정되는가 여부
2. 외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’제4조, 제8조 제1항 및 제17조(이하 ‘이 사건 노동부 예규’라 한다)가 청구인의 평등권을 침해하는지 여부

### 〈결정이유〉

1. 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.

2. 산업연수생이 연수라는 명목하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 해당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 이 사건 중소기업청 고시에 의하여 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어진 업체만이 연수업체로 선정될 수 있으므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

근로기준법 제5조와 ‘국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’ 제4조에 따라 ‘동등한 가치의 노동에 대하여 동등한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여만 하는바, 이를 행정규칙에서 규정하고 있으므로 위 법률유보의 원칙에도 위배된다. 그렇다면, 이 사건 노동부 예규는 청구인의 평등권을 침해한다고 할 것이다

### 〈선정이유〉

현법상으로 명문의 규정이 없는 외국인 근로자의 기본권(근로의 권리) 주체성을 인정하였다는 점에 현법적 의의가 있는 판례이다.

## 195. 퇴직금전액의 우선변제

(현재 1997. 8. 21. 94헌바19)

### 〈쟁점〉

근로자에게 그 퇴직금 전액에 대하여 질권자나 저당권자에 우선하는 변제수령권을 인정하는 내용인 구 근로기준법 제30조의2 제2항 및 근로기준법 제37조 제2항 중 각 “퇴직금”부분이 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 어긋나는지 여부

### 〈결정이유〉

1. 가. 이 사건 법률조항이 근로자에게 그 퇴직금 전액에 대하여 질권자나 저당권자에 우선하는 변제수령권을 인정함으로써 결과적으로 질권자나 저당권자가 그 권리의 목적물로부터 거의 또는

전혀 변제를 받지 못하게 되는 경우에는, 그 질권이나 저당권의 본질적 내용을 이루는 우선변제수령권이 형해화하게 되므로 이 사건 법률조항 중 “퇴직금”부분은 질권이나 저당권의 본질적 내용을 침해할 소지가 생기게 되는 것이다.

나. 이 사건 법률조항은 임금과는 달리 “퇴직금”에 관하여는 아무런 범위나 한도의 제한없이 질권이나 저당권에 우선하여 그 변제를 받을 수 있다고 규정하고 있으므로, 도산위기에 있는 기업일수록, 즉 자금의 융통이 꼭 필요한 기업일수록, 금융기관 등 자금주는 자금회수의 예측불가능성으로 말미암아 그 기업에 자금을 제공하는 것을 꺼리게 된다. 그 결과 이러한 기업은 담보할 목적물이 있다고 하더라도 자금의 융통을 받지 못하여 그 경영위기를 넘기지 못하고 도산을 하게 되며 그로 인하여 결국 근로자는 직장을 잃게 되므로 궁극적으로는 근로자의 생활보장이나 복지에도 좋은 결과를 낳지 못한다. 또한 근로자의 퇴직후의 생활보장 내지 사회보장을 위하여서는, 기업금융제도를 훼손하지 아니하고 기업금융을 훨씬 원활하게 할 수 있으며 오히려 어떤 의미에서는 새로운 기업금융제도를 창출할 수 있는, 종업원 퇴직보험제도의 개선, 기업연금제도의 도입 등 사회보험제도를 도입, 개선, 활용하는 것이 보다 적절할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 근로자의 생활보장이라는 입법목적의 정당성만을 앞세워 담보물권제도의 근간을 흔들고 기업금융의 길을 폐쇄하면서까지 퇴직금의 우선변제를 확보하자는 것으로서 부당하다고 아니할 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 근로자의 생활보장 내지 복지증진이라는 공공복리를 위하여 담보권자의 담보권을 제한함에 있어서 그 방법의 적정성을 그르친 것이며 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요청에도 저촉되는 것이므로 과잉금지의 원칙에도 위배된다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

퇴직금채권 전액에 대하여 아무런 제한없이 담보물권에 앞선 우선변제적 효력을 인정함으로써 기업을 둘러싼 거래에 있어서의 합리적인 예측가능성을 부정하고, 기업재산의 교환가치를 객관적으로 적정하게 파악하여 그 우선적 지배력을 확보하려는 담보물권으로서의 저당권 등의 본질적 내용을 형해화하는 것으로 판단한 사례이다.

## 196. 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위에 관한 조례제정의무

(현재 2009. 7. 30. 2006헌마358)

### 〈쟁점〉

지방자치단체인 피청구인들이 지방공무원법 제58조 제2항의 위임에 따라 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 정하는 조례를 제정하지 아니한 부작위에 의하여 청구인들의 근로3권을 침해하는지 여부

### 〈결정이유〉

1. ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(이하 ‘공무원노조법’이라 한다)에 의하면, 지방공무원 중 기능직공무원과 고용직공무원은 모두 공무원노동조합에 가입할 수 있고, 단결권과 단체교섭권을 가진다. 그런데 만일 지방공무원법 제58조 제2항에 따라 제정된 조례가 기능직공무원을 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 범위에 포함시킨다면 기능직공무원들은 공무원노조법의

적용대상에서 제외되어 단결권과 단체교섭권은 물론 단체행동권까지 가질 수 있게 되는바, 해당 조례가 어떻게 제정되는지에 따라 기능직공무원인 청구인들이 향유할 수 있는 근로3권의 범위가 달라지게 된다. 따라서 이 사건 부작위에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 있으며 아울러 청구인들은 이 사건 심판청구에 관한 자기관련성도 인정된다.

2. 헌법 제33조 제2항과 지방공무원법 제58조 제1항 단서 및 제2항에 의하면 조례에 의하여 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 규정되는 지방공무원만이 단체행동권을 보장받게 되므로 조례가 아예 제정되지 아니하면 지방공무원 중 누구도 단체행동권을 보장받을 수 없게 된다. 따라서 이 사건 부작위는 청구인들이 단체행동권을 향유할 가능성조차 봉쇄하여 버리는 것으로 청구인들의 기본권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

피청구인들이 지방공무원법 제58조 제2항에 따라 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 정하는 조례를 제정하도록 위임받았음에도 불구하고, 이를 정당한 사유 없이 제정하지 아니한 이 사건 부작위는 헌법상 의무를 위반하여 청구인들이 노동3권을 부여받을 기회 자체를 사전에 차단하거나 박탈하였다고 할 것이므로, 청구인들의 이 사건 심판청구를 받아들여 위와 같은 조례입법부작위가 위헌임을 확인한 사례이다.

## 197. 대학교원의 노동조합설립 불허

(현재 2018. 8. 30. 2015헌가38)

### 〈쟁점〉

‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’의 적용대상을 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원이라고 규정함으로써, 고등교육법에서 규정하는 대학 교원들의 단결권을 인정하지 않는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제2조 본문이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정이유〉

대학 교원을 교육공무원 아닌 대학 교원과 교육공무원인 대학 교원으로 나누어, 각각의 단결권 침해가 헌법에 위배되는지 여부에 관하여 본다.

먼저, 심판대상조항으로 인하여 교육공무원 아닌 대학 교원들이 향유하지 못하는 단결권은 헌법이 보장하고 있는 근로3권의 핵심적이고 본질적인 권리이다. 심판대상조항의 입법목적이 재직 중인 초·중등교원에 대하여 교원노조를 인정해 줌으로써 교원노조의 자주성과 주체성을 확보한다는 측면에서는 그 정당성을 인정할 수 있을 것이나, 교원노조를 설립하거나 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등교원으로 한정함으로써 교육공무원이 아닌 대학 교원에 대해서는 근로기본권의 핵심인 단결권조차 전면적으로 부정한 측면에 대해서는 그 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵고, 수단의 적합성 역시 인정할 수 없다. 설령 일반 근로자 및 초·중등교원과 구별되는 대학 교원의 특수성을 인정하더라도, 대학 교원에게도 단결권을 인정하면서 다만 해당 노동조합이 행사할 수 있는 권리를 다른 노동조합과 달리 강한 제약 아래 두는 방법도 얼마든지 가능하므로, 단결권을 전면적으로 부정하는 것은 필요 최소한의 제한이라고 보기 어렵다. 또 최근 들어 대학 사회가 다층적으로

로 변화하면서 대학 교원의 사회·경제적 지위의 향상을 위한 요구가 높아지고 있는 상황에서 단결권을 행사하지 못한 채 개별적으로만 근로조건의 향상을 도모해야 하는 불이익은 중대한 것이므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

다음으로 교육공무원인 대학 교원에 대하여 보더라도, 교육공무원의 직무수행의 특성과 헌법 제33조 제1항 및 제2항의 정신을 종합해 볼 때, 교육공무원에게 근로3권을 일체 허용하지 않고 전면적으로 부정하는 것은 합리성을 상실한 과도한 것으로서 입법형성권의 범위를 벗어나 헌법에 위반된다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 교육공무원인 대학 교원과 공무원 아닌 대학 교원에 대하여 다른 심사기준을 적용하여 보더라도, 이들에 대하여 일체의 단결권을 인정하지 않는 것은 헌법에 위반된다고 판단한 것으로 대학 교원의 단결권에 관하여 처음 판단한 결정으로서 의미가 있다.

## 198. 청원경찰의 근로3권

(현재 2017. 9. 28. 2015헌마653)

### 〈쟁점〉

청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용함으로써 노동운동을 금지하는 청원경찰법 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분을 준용하는 부분이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 청구인들의 근로3권을 침해하는지 여부

### 〈결정이유〉

청원경찰은 일반근로자일 뿐 공무원이 아니므로 원칙적으로 헌법 제33조 제1항에 따라 근로3권이 보장되어야 한다. 청원경찰은 제한된 구역의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관의 직무를 수행할 뿐이며, 그 신분보장은 공무원에 비해 취약하다. 또한 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있으므로, 이들에 대해서는 근로3권이 허용되어야 할 필요성이 크다.

청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 시설의 안전 유지에 지장이 된다고 단정할 수 없다. 헌법은 주요방위산업체 근로자들의 경우에도 단체행동권만을 제한하고 있고, 경비업법은 무기를 휴대하고 국가중요시설의 경비 업무를 수행하는 특수경비원의 경우에도 쟁의행위를 금지할 뿐이다.

청원경찰은 특정 경비구역에서 근무하며 그 구역의 경비에 필요한 한정된 권한만을 행사하므로, 청원경찰의 업무가 가지는 공공성이나 사회적 파급력은 군인이나 경찰의 그것과는 비교하여 견주기 어렵다. 그럼에도 심판대상조항은 군인이나 경찰과 마찬가지로 모든 청원경찰의 근로3권을 획일적으로 제한하고 있다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항이 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은

과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 근로3권을 침해하는 것이다.

#### 〈선정이유〉

모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한하는 점에 대해 과잉금지원칙위반을 인정한 사례로서, 앞으로 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등을 고려하지 않은 근로3권의 획일적 제한에 변화를 제시한 판례이다.

### 제11절 인간다운 생활을 할 권리, 혼인과 가족 보호, 보건권, 환경권

#### 199. 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격과 효력

(현재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정)

#### 〈쟁점〉

인간다운 생활을 할 권리가 구체화 입법 이전에도 직접적인 효력을 갖는지 여부

#### 〈결정요지〉

‘인간다운 생활을 할 권리’로부터는, 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”的 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

#### 〈참고판례〉

현재 1998. 2. 27. 97헌가10등; 현재 2000. 6. 1. 98헌마216; 현재 2003. 5. 15. 2002헌마90; 현재 2006. 11. 30. 2005헌바25; 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254 결정

#### 〈선정이유〉

인간다운 생활을 할 권리는 구체화 입법 이전에는 원칙적으로 직접적인 효력이 없으나, 구체화 입법 이전이라 하더라도 예외적으로 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부청구권은 인정될 수 있다고 본 결정이다.

#### 200. 평균임금결정·고시부작위

(현재 2002. 7. 18. 2000헌마707)

### 〈쟁점〉

노동부장관이 평균임금을 정하여 고시하지 아니하는 부작위가 산업재해보상보험법에 따른 정당한 유족급여 및 장의비를 받게 될 재산권 및 인간다운 생활을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

청구인들은 업무상 재해로 인하여 사망한 것으로 추정되는 위 실종자들의 유족으로서 모두 산업재해보상보험법에 의한 유족급여 및 장의비의 최선순위 수급권자들이다. 그리고 그 유족급여 및 장의비는 모두 위 실종자들의 평균임금을 기초로 하여 산정된다. 그런데 위 실종자들은 모두 위 어선에 처음으로 승선하여 임금을 한 번도 받아보지 못한 채 실종되어 근로기준법의 관계규정에 의하여 위 실종자들의 평균임금을 산정하기가 곤란한 경우에 해당하므로 피청구인이 정하여 고시하는 바에 따라 이를 산정할 수 밖에 없음에도 불구하고 그에 관한 피청구인의 정함이나 고시가 아직 없는 것이다. 즉 산업재해보상보험법 제4조 제2호 단서에 관한 입법자의 의사는 청구인들과 같은 경우에는 피청구인의 정함이나 고시를 적용받아 구체적인 권리구제를 받을 수 있도록 한 것인데도, 그 부존재로 말미암아 그러한 권리를 침해당하고 있는 것이다. 물론 청구인들이 행정소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는 것이고 피청구인의 정함이나 고시를 대신할 수 있는 대법원 판례가 형성되어 있지만, 그와 같은 간접적·보충적·사후적 권리구제 방법이 존재하고 피청구인의 정함이나 고시를 대신할 재판규범이 마련되어 있다는 점만으로는 청구인들의 기본권 침해가 부정된다고 할 수 없다. 왜냐하면 청구인들로서는 피청구인의 정함이나 고시가 부존재함으로 인하여 이를 직접 적용받아 권리구제를 받을 기회를 원천적으로 박탈당하였고, 그 대신 근로복지공단의 처분 또는 이에 대한 법원의 재판 등 그 처분에 대한 불복방법에 의하여 우회적이고 비경제적인 권리구제 방법을 택하지 않을 수 없게 되었기 때문이다. 결국 청구인들은 피청구인의 위와 같은 부작위로 말미암아 산업재해보상보험법에 따른 정당한 유족급여 및 장의비를 받게될 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해당하고 있는 것이다.

### 〈참고판례〉

산재 최고보상제도 소급입법(현재 2009. 5. 28. 2005헌바20등)

### 〈결정요지〉

노동부장관의 평균임금결정고시 부작위가 산업재해보상보험법에 따른 정당한 유족급여 및 장의비를 받게 될 재산권 및 인간다운 생활을 침해한다고 본 결정이다.

## 201. 기초생활보장법상 소득인정액 산정과 기초연금수급액

(현재 2019. 12. 27. 2017헌마1299)

### 〈쟁점〉

기초연금 수급액을 ‘국민기초생활 보장법’상 이전소득에 포함시킨 것이 기초연금을 함께 수급하고 있거나 장차 수급하려는 ‘국민기초생활 보장법’상 수급자인 노인들의 인간다운 생활을 할 권리

와 평등권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

기초생활보장제도는 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장함과 동시에 그 자활을 조성함에 목적이 있는 것으로, 개인의 경제적 능력은 물론 사회보험을 비롯한 다른 사회보장제도 적용 이후에도 빈곤이 지속되는 경우에 작동하는 최후의 사회안전망으로서의 성격을 갖고 있는 점, 이 사건 시행령조항에도 불구하고 현금급여 등의 측면에서 청구인들의 삶의 질이 기초연금 수급 이전보다 불리해지는 것은 아니라는 점, 국가는 질병 등으로 인한 비용이 상대적으로 많이 발생할 수 있는 노인의 특성을 고려하여, 노인장기요양보험법에 따른 장기요양보험제도, 노인복지법에 기초한 노인일자리사업 및 노인주거복지시설제도 등 노인복지를 위한 다양한 제도를 실시하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 시행령조항으로 인하여 기초연금 수급액이 ‘국민기초생활 보장법’상 이전소득에 포함된다는 사정만으로, 국가가 노인가구의 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 시행령조항은 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다.

공적 노후소득보장에 있어 국민기초생활보장제도와 기초연금제도가 담당하는 역할 및 전체 체계를 고려할 때, 소득 하위 70% 노인에게 기초연금을 지급하여 국민연금의 사각지대 해소 및 노인 전반의 소득 수준 향상을 도모하고, 기초연금 지급 후에도 여전히 기초생활보장법상의 최저생활 기준을 충족시키지 못하는 노인에 한하여 추가적으로 기초생활보장법상의 급여를 제공하도록 한 것이 그 자체로 입법재량을 일탈하였다고 보기는 어려운 점, 기초연금을 기초생활보장법상 이전소득에서 제외할 경우 상당한 재정적 부담이 따를 것으로 보이는 점, 국가는 수급자를 대상으로 개인 균등할 주민세 비과세, 에너지바우처 지원 등 다양한 감면제도를 운영하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 시행령조항이 청구인들과 같이 기초연금 수급으로 인하여 기초생활보장급여 수급액이 감소하거나 수급권을 일부 또는 전부 상실하는 노인을 자의적으로 차별하고 있다고 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 시행령조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

### 〈선정이유〉

기초연금 수급액이 ‘국민기초생활 보장법’상 이전소득에 포함시킨 것이 인간다운 생활을 할 권리 및 평등권을 침해하지 않는 것으로 본 결정이다.

## 202. 경과실 범죄행위에 대한 의료보험수급권 제한

(현재 2003. 12. 18. 2002헌바1)

### 〈쟁점〉

경과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 제한하는 것이 재산권에 대한 과도한 제한이며, 사회적 기본권으로서의 의료보험수급권의 본질을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

법률에 의하여 구체적으로 형성된 의료보험수급권에 대하여 헌법재판소는 이를 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리로서 헌법상의 사회적 기본권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있다고 보므로, 보험급여를 받을 수 있는가입자가 만일 이 사건 법률조항의 급여제한 규정에 의하여 보험급여를 받을 수 없게 된다면 이것은 헌법상의 재산권과 사회적 기본권에 대한 제한이 된다.

이 사건 법률조항은 보험급여의 제한 사유인 ‘범죄행위’에 고의나 중과실에 의한 것 이외에 경과실에 의한 것까지 포함하고 있는바, 고의·중과실을 제외한 경과실범의 경우에는 그 비난가능성이 상대적으로 낮으며 우연히 발생한 경과실에 의한 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하는 것이 의료보험의 공공성에 위반된다고 보기 어렵다. 보험재정의 공공성을 유지하기 위하여 범죄행위에 기인한 보험사고에 대하여 보험급여를 하지 않는 것은 고의범과 중과실범의 경우로 한정하면 충분하므로, 여기에서 더 나아가 경과실범에 의한 보험사고의 경우에까지 의료보험수급권을 부정하는 것은 기본권 제한에 있어서의 최소침해의 원칙에 어긋나며, 나아가 보호되는 공익에 비하여 침해되는 사익이 현저히 커서 법의균형의 원칙에도 어긋나므로 이는 재산권에 대한 과도한 제한으로서 헌법에 위반된다.

경과실의 범죄로 인한 사고는 개념상 우연한 사고의 범위를 벗어나지 않으므로 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 부정하는 것은 우연한 사고로 인한 위험으로부터 다수의 국민을 보호하고자 하는 사회보장제도로서의 의료보험의 본질을 침해하여 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

의료급여수급권의 재산권성 여부(현재 2009. 9. 24. 2007헌마1092)

### 〈선정이유〉

경과실 범죄행위로 인한 보험사고에 대한 의료보험수급권 제한이 재산권에 대한 과도한 제한이며, 사회보험으로서 의료보험제도의 본질을 침해하여 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

## 203. 동성동본금혼

(현재 1997. 7. 16. 95헌가6등)

### 〈쟁점〉

동성동본인 혈족 사이의 혼인을 금하는 것이 자기운명결정권과 혼인과 가족생활의 보호 및 평등권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써 모든 기본권의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있고 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의

인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 이러한 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 이 자기운명결정권에는 성적(性的)자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다

또 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있는데, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법 원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이라 볼 수 있다. 따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것이다.

이 사건 법률조항은 금혼규정으로서의 사회적 타당성 내지 합리성을 상실하고 있음과 아울러 “인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권”을 규정한 헌법이념 및 규정과 “개인의 존엄과 양성의 평등”에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법규정에 정면으로 배치된다 할 것이고, 또 그 금혼의 범위를 동성동본인 혈족, 즉 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 하고 있는데 이를 시인할만한 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로 헌법상의 평등의 원칙에도 위반되는 것이다.

### 〈선정이유〉

동성동본인 혈족 사이의 혼인을 금지하는 것이 혼인의 자유(헌법 제10조, 제36조 제1항), 평등권을 침해하여 위헌이라고 본 결정이다.

## 204. 8촌 이내 혈족 사이의 금혼

(현재 2022. 10. 27. 2018헌바115)

### 〈쟁점〉

1. 8촌 이내의 혈족 사이에서는 혼인할 수 없도록 하는 민법 제809조 제1항(이하 ‘이 사건 금혼 조항’이라 한다)이 혼인의 자유를 침해하는지 여부
2. 이 사건 금혼조항을 위반한 혼인을 무효로 하는 민법 제815조 제2호(이하 ‘이 사건 무효조항’이라 한다)가 혼인의 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 이 사건 금혼조항은 근친혼으로 인하여 가까운 혈족 사이의 상호관계 및 역할, 지위와 관련하여 발생할 수 있는 혼란을 방지하고 가족제도의 기능을 유지하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 이 사건 금혼조항은, 촌수를 불문하고 부계혈족 간의 혼인을 금지한 구 민법상 동성동본금혼 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 취지를 존중하는 한편, 우리 사회에서 통용되는 친족의 범위 및 양성평등에 기초한 가족관계 형성에 관한 인식과 합의에 기초하여 혼인이 금지되는 근친의 범위를 한정한 것이므로 그 합리성이 인정되며, 입법 목적 달성에 불필요하거나 과도한 제한을 가하는 것이라고는 볼 수 없으므로 침해의 최소성에 반한다고 할 수 없다. 나아가 이 사건 금혼조항으로 인하여 법률상의 배우자 선택이 제한되는 범위

는 친족관계 내에서도 8촌 이내의 혈족으로, 넓다고 보기 어렵다. 그에 비하여 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 금지함으로써 가족질서를 보호하고 유지한다는 공익은 매우 중요하므로 이 사건 금혼조항은 법익균형성에 위반되지 아니한다. 그렇다면 이 사건 금혼조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해하지 않는다.

2. 이 사건 무효조항은 이 사건 금혼조항의 실효성을 보장하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 다만, 이미 근친혼이 이루어져 당사자 사이에 부부간의 권리와 의무의 이행이 이루어지고 있고, 자녀를 출산하거나 가족 내 신뢰와 협력에 대한 기대가 발생하였다고 볼 사정이 있는 때에 일률적으로 그 효력을 소급하여 상실시킨다면, 이는 가족제도의 기능 유지라는 본래의 입법목적에 반하는 결과를 초래할 가능성이 있다. 이 사건 무효조항의 입법목적은 근친혼이 가까운 혈족 사이의 신분관계 등에 혼란을 초래하고 가족제도의 기능을 심각하게 해손하는 경우에 한정하여 무효로 하더라도 충분히 달성을 가능하고, 위와 같은 경우에 해당하는지 여부가 명백하지 않다면 혼인의 취소를 통해 장래를 향하여 혼인을 해소할 수 있도록 규정함으로써 가족의 기능을 보호하는 것이 가능하므로, 이 사건 무효조항은 입법목적 달성을 필요한 범위를 넘는 과도한 제한으로서 침해의 최소성을 충족하지 못한다. 나아가 이 사건 무효조항을 통하여 달성되는 공익은 결코 적지 아니하나, 이 사건 무효조항으로 인하여 제한되는 사익 역시 중대함을 고려하면, 이 사건 무효조항은 법익균형성을 충족하지 못한다. 그렇다면, 이 사건 무효조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.

### 〈선정이유〉

이 사건 금혼조항은 앞서 본 동성동본금혼조항에 대한 헌법불합치결정(현재 1997. 7. 16. 95헌가6등)에 따라 근친혼을 제한하기 위해 도입되었는데, 헌법재판소는 이 조항을 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하지 않았다. 그러나 헌법재판소는 이 사건 금혼조항에 위반되는 혼인을 일률적으로 무효로 하는 이 사건 무효조항은 헌법에 위반된다고 결정하였다. 동성동본금혼제도의 폐지 이후 우리 사회가 개인의 혼인의 자유를 어디까지 제한할 수 있는가에 관한 판단을 담고 있는 결정이다.

## 205. 부성(父姓主義)의 원칙

(현재 2005. 12. 22. 2003헌가5등)

### 〈쟁점〉

자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르도록 한 것이 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 보호를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼인외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등과 같은 사례에 있어서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다.

### 〈선정이유〉

부성주의의 원칙 자체는 위헌이 아니라 부성주의를 강요하는 것이 부당한 경우에 대해서도 예외를 규정하지 않은 것이 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

## 206. 호주제

(현재 2005. 2. 3. 2001헌가9등)

### 〈쟁점〉

호주제가 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 한 혼인과 가족제도에 반하여 위헌인지 여부

### 〈결정요지〉

호주제는 “호주를 정점으로 가(家)라는 관념적 집합체를 구성하고, 이러한 가를 직계비속남자를 통하여 승계시키는 제도”, 달리 말하면 남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는데 필요한 여러 법적 장치로서, 단순히 집안의 대표자를 정하여 이를 호주라는 명칭으로 부르고 호주를 기준으로 호적을 편제하는 제도는 아니다.

호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별로서, 호주승계 순위, 혼인 시 신분관계 형성, 자녀의 신분관계 형성에 있어서 정당한 이유없이 남녀를 차별하는 제도이고, 이로 인하여 많은 가족들이 현실적 가족생활과 가족의 복리에 맞는 법률적 가족관계를 형성하지 못하여 여러모로 불편과 고통을 겪고 있다. 승조(崇祖)사상, 경로효친, 가족화합과 같은 전통사상이나 미풍양속은 문화와 윤리의 측면에서 얼마든지 계승, 발전시킬 수 있으므로 이를 근거로 호주제의 명백한 남녀차별성을 정당화하기 어렵다.

호주제는 당사자의 의사나 복리와 무관하게 남계혈통 중심의 가의 유지와 계승이라는 관념에 뿐 리박은 특정한 가족관계의 형태를 일방적으로 규정·강요함으로써 개인을 가족 내에서 존엄한 인격체로 존중하는 것이 아니라 가의 유지와 계승을 위한 도구적 존재로 취급하고 있는데, 이는 혼인·가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 헌법 제36조 제1항에 부합하지 않는다.

### 〈선정이유〉

호주제가 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인과 가족제도에 반하여 위헌이라고 본 결정이다.

## 207. 혼인종료 후 300일 내 출생자의 ‘전남편 친생자’ 추정

(현재 2015. 4. 30. 2013헌마623)

### 〈쟁점〉

혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 것이 모(母)의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

오늘날 이혼 및 재혼이 크게 증가하였고, 여성의 재혼금지기간이 2005년 민법개정으로 삭제되었으며, 이혼숙려기간 및 조정전치주의가 도입됨에 따라 혼인 파탄으로부터 법률상 이혼까지의 시간 간격이 크게 늘어나게 됨에 따라, 여성이 전남편 아닌 생부의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자를 출산할 가능성이 과거에 비하여 크게 증가하게 되었으며, 유전자검사 기술의 발달로 부자관계를 의학적으로 확인하는 것이 쉽게 되었다.

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

이와 같이 민법 제정 이후의 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자가 출생하고 생부가 출생한 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 하는 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.

### 〈선정이유〉

혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 것이 진실된 혈연관계에 따라 가족관계를 이루고자 하는 모(母)의 인격권과 행복추구권 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

## 208. 종합부동산세 세대별 합산과세

(현재 2008. 11. 13. 2006헌바112등)

### 〈쟁점〉

종합부동산세의 과세방법을 ‘인별 합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 한 것이 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 불합리하게 차별하는 것인지 여부

### 〈결정요지〉

특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것인데, 이 사건 세대별 합산규정은 생활실태에 부합하는 과세를 실현하고 조세회피를 방지하고자 하는 것으로 그 입법목적의 정당성은 수긍할 수 있으나, 가족 간의 증여를 통하여 재산의 소유 형태를 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있었다고 단정할 수 없고, 정당한 증여의 의사에 따라 가족 간에 소유권을 이전하는 것도 국민의 권리에 속하는 것이며, 우리 민법은 부부별산제를 채택하고 있고 배우자를 제외한 가족의 재산까지 공유로 추정할 근거규정이 없고, 공유재산이라고 하여 세대별로 합산하여 과세할 당위성도 없으며, 부동산 가격의 앙등은 여러 가지 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아니며, 이미 헌법재판소는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세에 대하여 위헌 선언한 바 있으므로 적절한 차별취급이라 할 수 없다.

또한 부동산실명법상의 명의신탁 무효 조항이나 과징금 부과 조항, 상속세 및 증여세법상의 증여 추정규정 등에 의해서도 조세회피의 방지라는 입법목적을 충분히 달성할 수 있어 반드시 필요한 수단이라고 볼 수 없다.

이 사건 세대별 합산규정으로 인한 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크고, 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 입법정책상의 법익인데 반해 혼인과 가족생활의 보호는 헌법적 가치라는 것을 고려할 때 법익균형성도 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다

### 〈참고판례〉

부부자산소득합산과세(현재 2002. 8. 29. 2001헌바82)

### 〈선정이유〉

종합부동산세 세대별 합산과세가 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 본 결정이다.

## 209. 수용자 대한 국민기초생활보장법상 의료급여 등 정지

(현재 2012. 2. 23. 2011헌마123)

### 〈쟁점〉

교도소·구치소에 수용 중인 자를 '국민기초생활 보장법'상 급여의 지급대상에서 제외시킨 것이 인간다운 생활을 할 권리와 보건권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

생활이 어려운 국민에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하기 위해 제정된 ‘국민기초생활 보장법’은 부양의무자에 의한 부양과 다른 법령에 의한 보호가 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지도록 하는 보충급여의 원칙을 채택하고 있는바, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 및 치료감호법에 의한 구치소·치료감호시설에 수용 중인 자는 당해 법률에 의하여 생계유지의 보호와 의료적 처우를 받고 있으므로 이러한 구치소·치료감호시설에 수용 중인 자에 대하여 ‘국민기초생활 보장법’에 의한 중복적인 보장을 피하기 위하여 개별가구에서 제외하기로 한 입법자의 판단이 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 일탈하여 인간다운 생활을 할 권리와 보건권을 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

수용자를 ‘국민기초생활 보장법’상 급여의 지급대상에서 제외시킨 것은 기초생활보장법상의 급여와 수용자에 대한 생계유지의 보호 및 의료적 처우의 중복보장을 피하기 위한 것이므로 수용자의 인간다운 생활을 할 권리와 보건권을 침해하지 않는 것으로 본 결정이다.

## 210. 외래 혈액투석 정액수가제

(현재 2020. 4. 23. 2017헌마103)

### 〈쟁점〉

만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가의 기준을 정액수가로 한 것이 의료급여수급권자의 인간다운 생활을 할 권리 내지 보건권과 의료행위선택권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

#### [법정의견]

심판대상조항은 의료급여의 수준이 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나, 국가가 국민의 보건권 등을 보호하는 데 적절하고 효율적인 최소한의 조치를 취하지 아니하였다고 볼 수 없다. 심판대상조항은 수급권자인 청구인의 인간다운 생활을 할 권리 내지 보건권을 침해하지 않는다.

#### [재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 반대의견]

의료급여 수급권자도 진료계약의 당사자로서 진료계약에 따른 유효적절한 의료서비스를 제공받을 권리가 있고, 인격권과 행복추구권에서 도출되는 자기결정권의 하나로서 의료행위선택권을 가진다. 그런데 현행 정액수가제는 재정의 한계를 이유로 외래 혈액투석진료를 받는 수급권자에 대하여 정액수가를 벗어나는 의료서비스를 선택할 수 있는 가능성을 완전히 차단하고 있다. 이에 따라 수급권자로서는 의료급여의 범위 내에서 진료를 받을 것인지, 아니면 본인이 일부 또는 전부의 비용을 부담하여 추가적인 진료를 받을 것인지 조차 선택할 수 없다. 심판대상조항은 수급권자에 대하여 정액수가를 벗어나는 최소한의 선택권조차 보장하지 아니함으로써 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하였다. 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 수급권자인 청구인의 의료행위선택권

을 침해한다.

### 〈선정이유〉

만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가의 기준을 정액수가로 한 것이 의료급여수급권자의 인간다운 생활을 할 권리 내지 보건권과 의료행위선택권을 침해하지 않는다고 본 결정이다.

## 211. 인조테이프 요실금수술시 요류역학검사의무화

(현재 2013. 9. 26. 2010현마204등)

### 〈쟁점〉

인조테이프 요실금수술의 국민건강보험 요양급여 시 요류역학검사 의무화하는 것이 인간다운 생활을 할 권리 및 보건권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한결음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다

이 사건 심판대상조항은 국민의 보건을 위하여 질병인 요실금의 치료방법인 인조테이프를 이용한 요실금수술에 대한 보험급여를 실시함에 있어서 요양급여 대상 인정기준을 정한 것이므로, 국민의 보건권을 제한하는 것이라고 보기 어렵다. 다만 그 내용이 보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하였는지가 문제된다.

그러나 이미 앞서 본 것처럼 이 사건 심판대상조항이 정한 요양급여 인정기준이 요실금 환자의 건강 보호에 필요한 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어났다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 심판대상조항이 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하여 요실금 환자인 청구인들의 보건권을 침해한다고 볼 수도 없다.

이 사건 심판대상조항이 정한 요양급여 인정기준이 요실금 환자의 건강 보호에 필요한 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어났다고 보기 어렵우므로, 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하여 요실금 환자인 청구인들의 보건권을 침해한다고 볼 수도 없다.

### 〈선정이유〉

보건권의 성격과 보호범위에 관하여 판시하고 있는 결정이다.

## 212. 선거운동과정의 소음과 환경권

(현재 2019. 12. 27. 2018헌마730)

### 〈쟁점〉

공직선거에서 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준을 두고 있지 않은 입법부작위가 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

심판대상조항이 선거운동의 자유를 감안하여 선거운동을 위한 확성장치를 허용할 공익적 필요성이 인정된다고 하더라도 정온한 생활환경이 보장되어야 할 주거지역에서 출근 또는 등교 이전 및 퇴근 또는 하교 이후 시간대에 확성장치의 최고출력 내지 소음을 제한하는 등 사용시간과 사용지역에 따른 수인한도 내에서 확성장치의 최고출력 내지 소음 규제기준에 관한 규정을 두지 아니한 것은, 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 주거환경을 위하여 노력하여야 할 국가의 의무를 부과한 헌법 제35조 제3항에 비추어 보면, 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 아니하여 국가의 기본권 보호의무를 과소하게 이행한 것으로서, 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 7. 31. 2006헌마711

### 〈선정이유〉

공직선거에서 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준을 두고 있지 않은 입법부작위가 헌법 제35조의 환경권, 특히 헌법 제35조 제3항의 쾌적한 주거환경의 권리에 대한 침해를 인정한 결정이다.

### 제3편

## 국가조직



제 1 장 입법부

제 2 장 행정부

제 3 장 사법부

제 4 장 헌법재판소



## 제 3 편 국가조직

### 제 1 장 입법부

#### 213. 자유위임원칙(1)

(현재 2003. 10. 30. 2002헌라1)

##### 〈쟁점〉

당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로 전임(사·보임)하는 조치가 자유위임원칙에 위배되는지 여부

##### 〈결정요지〉

현대의 민주주의가 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당국가적 민주주의의 경향으로 변화하고 있음은 주지하는 바와 같다. 다만, 국회의원의 국민대표성보다는 오늘날 복수정당제하에서 실제로 정당에 의하여 국회가 운영되고 있는 점을 강조하려는 견해와, 반대로 대의제 민주주의 원리를 중시하고 정당국가적 현실은 기본적으로 국회의원의 전체국민대표성을 침해하지 않는 범위내에서 인정하려는 입장이 서로 맞서고 있다. 국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서도 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면, 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 헌법상 용인될 수 있는 “정당내부의 사실상 강제”의 범위 내에 해당한다고 할 것이다.

##### 〈선정이유〉

자유위임 하에서도 특정 정당에 소속된 국회의원이 당론에 위반하는 정치활동을 한 경우, 해당 국회의원의 신분을 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 본 사례이다.

#### 214. 자유위임원칙(2)

(현재 2020. 5. 27. 2019헌라1)

### 〈쟁점〉

법안에 대한 신속처리대상안건 지정에 반대하겠다는 의사를 표명하였다는 이유로 이루어진 상임 위원 개선행위가 자유위임원칙에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법은 국회가 다수결원리에 따라 헌법상 권한을 행사하도록 규정하고 있다. 국회의 의사절차와 내부조직을 정할 때, 국회 내 다수형성의 가능성을 높이고 의사결정의 능률성을 보장하는 것은 국회에 관한 헌법 규정들에서 도출되는 중대한 헌법적 이익이다. 자유위임원칙은 헌법이 추구하는 가치를 보장하고 실현하기 위한 통치구조의 구성원리 중 하나이므로, 다른 헌법적 이익에 언제나 우선하는 것은 아니고, 국회의 기능 수행을 위해서 필요한 범위 내에서 제한될 수 있다. 이 사건 개선행위의 자유위임원칙 위배 여부는 국회의 기능 수행을 위하여 필요한 정도와 자유위임원칙을 제한하는 정도를 비교형량하여 판단하여야 한다. … 이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위하여 국회가 자율권을 행사한 것으로서, 이 사건 개선행위로 인하여 자유위임원칙이 제한되는 정도가 위와 같은 헌법적 이익을 명백히 넘어선다고 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임원칙에 위배되지 않는다.

### 〈선정이유〉

자유위임원칙은 다른 헌법적 이익에 언제나 우선하는 것은 아니고, 국회의 기능 수행을 위해서 필요한 범위 내에서 제한될 수 있다고 본 사례이다.

## 215. **다수결원칙(1)**

(현재 1997. 7. 16. 96헌라2)

### 〈쟁점〉

국회의장이 야당의원들에게 개의일시를 통지하지 않음으로써 출석의 기회를 박탈한 채 본회의를 개의하여 법률안을 가결처리한 것이 다수결원칙에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흐름에 해당하는 것이 아니라면 그 법률안의 가결선포행위를 무효로 볼 것은 아니라고 할 것인바, 우리 헌법은 국회의 의사절차에 관한 기본원칙으로 제49조에서 ‘다수결의 원칙’을, 제50조에서 ‘회의공개의 원칙’을 각 선언하고 있으므로, 이 사건 법률안의 가결선포행위의 효력 유무는 결국 그 절차상에 위 헌법규정을 명백히 위반한 흐름이 있는지 여부에 의하여 가려져야 할 것이다. 그러므로 나아가 이 사건 기록과 변론에 나타난 자료를 토대로 이 사건 법률안의 의결절차에 과연 위 헌법규정을 명백히 위반한 흐름이 있는지에 관하여 보건대, 이 사건 법률안은 재적의원의 과반수인 국회의원 155인이 출석한 가운데 개의된 본회의에서 출석의원 전원의 찬성으로(결국 재적의원 과반수의 찬성으로) 의결처리되었고, 그 본회의에 관하여 일반국민의

방청이나 언론의 취재를 금지하는 조치가 취하여지지도 않았음이 분명하므로, 그 의결절차에 위 헌법규정을 명백히 위반한 흡이 있다고는 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

국회 입법과정에서 소수파의 토론 참여가 없더라도 헌법이 정한 의사정족수와 의결정족수를 충족하였다면 다수결원칙은 준수된 것이라고 본 사례이다.

## 216. 다수결원칙(2)

(현재 2016. 5. 26. 2015헌라1)

### 〈쟁점〉

가중다수결은 그 결정의 의미와 중요성이 특별히 엄중한 경우에만 요구되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제49조 전문은 “국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.”라고 규정하여, 의회민주주의의 기본원리인 다수결의 원리를 선언하고 있다. 이러한 다수결의 원리를 실현하는 국회의 의결방식은 헌법이나 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성을 요하는 일반정족수를 기본으로 한다. 일반정족수는 국회의 의결이 유효하기 위한 최소한의 출석의원 또는 찬성의원의 수를 의미하므로, 의결대상 사안의 중요성과 의미에 따라 헌법이나 법률에 의결의 요건을 달리 규정할 수 있다. 즉 일반정족수는 다수결의 원리를 실현하는 국회의 의결방식 중 하나로서 국회의 의사결정시 합의에 도달하기 위한 최소한의 기준일 뿐 이를 헌법상 절대적 원칙이라고 보기는 어렵다. 헌법 제49조에 따라 어떠한 사항을 일반정족수가 아닌 특별정족수에 따라 의결할 것인지 여부는 국회 스스로 판단하여 법률에 정할 사항이다. 국회법 제109조도 “의사는 헌법 또는 이 법에 특별한 규정이 없는 한, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.”라고 규정하여 국회법에 의결의 요건을 달리 규정할 수 있음을 밝히고 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 가중다수결은 헌법 제53조 제4항, 제64조 제3항, 제65조 제2항, 제130조 제1항과 같이 그 결정의 의미와 중요성이 특별히 엄중한 경우에만 요구된다는 인용의견은, 헌법 제49조의 문언의 의미를 벗어난 것이라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법 제49조에 따라 어떠한 사항을 일반정족수가 아닌 특별정족수에 따라 의결할 것인지 여부는 국회 스스로 판단하여 법률에 정할 사항이라고 본 사례이다.

## 217. 일사부재의원칙

(현재 2009. 10. 29. 2009헌라8등)

### 〈쟁점〉

재적의원 과반수의 출석수에 미달한 의결을 부결된 경우로 보아 일사부재의원칙의 적용대상이 된다고 볼 것인지, 아니면 의결의 성립 내지 효력요건을 갖추지 못한 것으로 보아 일사부재의원칙의 적용대상이 아니라고 볼 것인지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제49조 및 국회법 제109조에서는 의결정족수에 관하여 “… 재적의원 과반수의 출석과 출석의원의 과반수의 찬성으로 의결한다.”라고 규정하여, 일부 다른 입법례와는 달리(독일과 일본 등은 의결을 위한 출석정족수와 찬성을 위한 정족수를 단계적으로 규정하고 있다), 의결을 위한 출석정족수와 찬성정족수를 병렬적으로 규정하고 있다. 나아가 ‘재적의원 과반수의 출석’과 ‘출석의원의 과반수의 찬성’이라는 규정의 성격이나 흡결의 효력을 별도로 구분하여 규정하고 있지도 아니한다. 따라서 표결이 종료되어 ‘재적의원 과반수의 출석’에 미달하였다는 결과가 확인된 이상, ‘출석의원 과반수의 찬성’에 미달한 경우와 마찬가지로 국회의 의사는 부결로 확정되었다고 보아야 한다. … 결국 이 사건에서 방송법안에 대한 투표가 종료되어 재적의원 과반수의 출석에 미달되었음이 확인된 이상, 방송법안에 대한 국회의 의사는 부결로 확정되었다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 피청구인이 이미 존재하는 국회의 방송법안에 대한 확정된 부결의사를 무시하고 재표결을 실시하여 그 표결 결과에 따라 방송법안의 가결을 선포한 것은 일사부재의원칙에 위배하여 청구인들의 표결권을 침해하였다고 봄이 상당하다.

### 〈선정이유〉

‘재적의원 과반수의 출석’이 없거나 ‘출석의원의 과반수의 찬성’이 없는 경우 모두를 부결로 보아 이에 대한 재투표는 “부결된 안건은 같은 회기 중에 다시 발의 또는 제출하지 못한다.”는 국회법 제92조에 위반된다고 본 사례이다.

## 218. 의사공개원칙

(현재 2022. 1. 27. 2018헌마1162등)

### 〈쟁점〉

헌법 제50조 제1항의 의사공개원칙의 의미

### 〈결정요지〉

헌법 제50조 제1항은 본문에서 국회의 회의를 공개한다는 원칙을 규정하면서, 단서에서 ‘출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’에는 이를 공개하지 아니할 수 있다는 예외를 두고 있다. 이러한 헌법 제50조 제1항의 구조에 비추어 볼 때, 헌법상 의사공개원칙은 모든 국회의 회의를 항상 공개하여야 하는 것은 아니나 이를 공개하지 아니할 경우에는 헌법에서 정하고 있는 일정한 요건을 갖추어야 함을 의미한다. 또한 헌법 제50조 제1항 단서가 정하고 있는 회의의 비공개를 위한 절차나 사유는 그 문언이 매우 구체적이어서, 이

에 대한 예외는 엄격하게 인정되어야 한다.

이러한 점에 비추어 보면 헌법 제50조 제1항으로부터 일체의 공개를 불허하는 절대적인 비공개가 허용된다고 볼 수는 없는바, 특정한 내용의 국회의 회의나 특정 위원회의 회의를 일률적으로 비공개한다고 정하면서 공개의 여지를 차단하는 것은 헌법 제50조 제1항에 부합하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

헌법 제50조 제1항이 규정한 의사공개원칙의 의미를 설명한 결정이다. 헌법 제50조 제1항은 의사공개를 원칙으로 하면서도 예외적 비공개의 가능성을 인정하고 있는데, 헌법재판소는 위 결정을 통해 이러한 비공개의 예외는 엄격히 인정되어야 함을 밝혔다.

## 219. 면책특권(1)

(대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결)

### 〈쟁점〉

국회의원이 국회본회의에서 질문할 원고를 사전에 배포한 행위가 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당되는지 여부

### 〈판결요지〉

국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하고, 그와 같은 부수행위인지 여부는 결국 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 원고의 내용이 공개회의에서 행할 발언내용이고(회의의 공개성), 원고의 배포시기가 당초 발언하기로 예정된 회의 시작 30분 전으로 근접되어 있으며(시간적 근접성), 원고 배포의 장소 및 대상이 국회의사당 내에 위치한 기자실에서 국회출입기자들만을 상대로 한정적으로 이루어지고(장소 및 대상의 한정성), 원고 배포의 목적이 보도의 편의를 위한 것(목적의 정당성)이라면, 국회의원이 국회본회의에서 질문할 원고를 사전에 배포한 행위는 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당한다.

### 〈선정이유〉

국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다고 본 사례이다.

## 220. 면책특권(2)

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도14442 판결)

### 〈쟁점〉

국회의원이 구 국가안전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음한 자료를 입수한 후 그 대화내용과, 위 대기업으로부터 이른바 떡값 명목의 금품을 수수하였다는 검사들의 실명이 게재된 보도자료를 작성하여 자신의 인터넷 홈페이지에 게재한 행위가 국회의원 면책특권의 대상이 되는지 여부

### 〈판결요지〉

피고인이 검찰의 수사를 촉구할 목적으로 이 사건 보도자료를 자신의 인터넷 홈페이지에 게재하였다고는 하나, 이미 언론매체를 통하여 그 전모가 공개된 데다가 국회의원이라는 피고인의 지위에 기하여 수사기관에 대한 수사의 촉구 등을 통하여 그 취지를 전달함에 어려움이 없었음에도 굳이 전파성이 강한 인터넷 매체를 이용하여 불법 녹음된 대화의 상세한 내용과 관련 당사자의 실명을 그대로 공개한 행위는 그 방법의 상당성을 결여한 것으로 보아야 할 것이다. 나아가 피고인의 이 사건 공개행위가 재계와 검찰의 유착관계를 고발하고 이에 대한 수사를 촉구한다는 점에서 공익적인 측면을 갖고 있다고 하더라도, 이러한 공익적 효과는 이미 언론의 보도를 통하여 상당 부분 달성된 바로서, 위 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공익에 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우라고 보기 어려운 터에 굳이 인터넷 홈페이지 게재라고 하는 새로운 방식의 공개를 통하여 위 대화의 직접 당사자나 위 대화에 등장하는 관련자들에게 그로 인한 추가적인 불이익의 감수까지 요구할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 사정에 앞서 본 이 사건 공개행위의 목적과 방법 등 모든 사정을 종합하여 보면, 이 사건 공개행위에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치를 초월한다고 볼 수 없다. 그렇다면 설사 피고인이 이 사건 도청자료를 취득하는 과정에 위법한 점이 없었다고 하더라도 이를 내용으로 하는 이 사건 보도자료를 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 통신비밀을 공개한 행위는 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

검사들의 실명이 게재된 보도자료를 작성하여 이를 국회의원의 인터넷 홈페이지에 게재한 행위는 면책특권의 범위에 포함되지 않는다고 본 사례이다.

## 221. 면책특권(3)

(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다57752 판결)

### 〈쟁점〉

국회의원의 직무상 발언이 혀위인 경우에도 면책특권이 적용될 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

헌법 제45조에서 규정하는 국회의원의 면책특권은 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정통제 등 헌법에 의하여 부

여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는 데 그 취지가 있다. 이러한 면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 될 수는 없지만, 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다.

### 〈선정이유〉

국회의원의 발언 내용이 허위이더라도 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어졌다면 이는 면책특권의 대상이 된다고 본 사례이다.

## 222. 수정동의의 범위

(현재 2020. 5. 27. 2019헌라6등)

### 〈쟁점〉

국회법 제95조에서 수정동의의 요건으로 규정한 “원안의 취지 및 내용과의 직접 관련성”의 의미

### 〈결정요지〉

국회법 제95조가 본회의에서 수정동의를 제출할 수 있도록 한 취지는 일정한 범위 내에서 국회 의원이 본회의에 상정된 의안에 대한 수정의 의사를 위원회의 심사절차를 거치지 아니하고 곧바로 본회의의 심의과정에서 표시할 수 있도록 허용함으로써 의안 심의의 효율성을 제고하기 위한 것이다. 그런데 수정동의를 지나치게 넓은 범위에서 인정할 경우 국회가 의안 심의에 관한 국회운영의 원리로 채택하고 있는 위원회 중심주의를 저해할 우려가 있다. 국회법 제95조 제5항의 입법취지는 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 심사가 이루어질 여지가 없는 경우에는 수정동의의 제출을 제한함으로써 위원회 중심주의를 공고히 하는 것이다. 국회법 제95조 제5항 본문의 문언, 입법취지, 입법경과를 종합적으로 고려하면, 위원회의 심사를 거쳐 본회의에 부의된 법률안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지 여부는 ‘원안에서 개정하고자 하는 조문에 관한 추가, 삭제 또는 변경으로서, 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부’를 기준으로 판단하는 것이 타당하다.

### 〈선정이유〉

위원회 중심주의를 실현하는 관점에서 국회법 제95조의 수정동의의 범위를 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부로 해석한 사례이다.

## 223. 무제한토론

(현재 2020. 5. 27. 2019헌라6등)

### 〈쟁점〉

‘회기결정의 건’이 무제한토론의 대상이 될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 실시되는 경우, 무제한토론을 할 의원이 더 이상 없거나 무제한토론의 종결동의가 가결되지 않으면, 국회가 해당 회기를 정하지 못하게 된다. 국회법 제106조의2 제8항은 무제한토론을 실시하는 중에 해당 회기가 끝나는 경우 해당 안건은 바로 다음 회기에서 지체 없이 표결하도록 규정하고 있으나, 이미 헌법 제47조 제2항에 의하여 종료된 해당 회기를 그 다음 회기에 이르러 결정할 여지는 없다. 결국 ‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 실시되면, 무제한토론이 ‘회기결정의 건’의 처리 자체를 봉쇄하는 결과가 초래된다. 이는 당초 특정 안건에 대한 처리 자체를 불가능하게 하는 것이 아니라 처리를 지연시키는 수단으로 도입된 무제한토론제도의 취지에 반할 뿐만 아니라, 국회법 제7조에도 정면으로 위반된다. 국회가 집회할 때마다 ‘해당 회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 개시되어 헌법 제47조 제2항에 따라 폐회될 때까지 무제한토론이 실시되면, 국회는 다른 안건은 전혀 심의·표결할 수 없게 되므로, 의정활동이 사실상 마비된다. 이와 같은 결과를 피하기 위해서는 국회가 매 회기에 회기를 정하는 것을 포기할 수밖에 없다. 회기를 정하지 못한 채 국회가 비정상적으로 운영되도록 하는 것이 의회정치의 정상화를 도모하고자 도입된 무제한토론제도가 의도한 바라고 볼 수는 없다.

### 〈선정이유〉

‘회기결정의 건’은 그 본질상 국회법 제106조의2에 따른 무제한토론의 대상이 되지 않는다고 본 사례이다.

## 224. 국회 인사청문회 견해와 해임건의의 효력

(현재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

### 〈쟁점〉

대통령이 국회 인사청문회가 공직후보자에 대해 부적격 판정을 한 경우나 국무총리나 국무위원의 해임을 건의한 경우에 이를 수용해야 하는지 여부

### 〈결정요지〉

대통령은 그의 지휘·감독을 받는 행정부 구성원을 임명하고 해임할 권한(헌법 제78조)을 가지고 있으므로, 국가정보원장의 임명행위는 헌법상 대통령의 고유권한으로서 법적으로 국회 인사청문회의 견해를 수용해야 할 의무를 지지는 않는다. 따라서 대통령은 국회 인사청문회의 판정을 수용하

지 않음으로써 국회의 권한을 침해하거나 헌법상 권리분립원칙에 위배되는 등 헌법에 위반한 바가 없다.

국회는 국무총리나 국무위원의 해임을 건의할 수 있으나(헌법 제63조), 국회의 해임건의는 대통령을 기속하는 해임결의권이 아니라, 아무런 법적 구속력이 없는 단순한 해임건의에 불과하다. 우리 헌법 내에서 ‘해임건의권’의 의미는, 임기 중 아무런 정치적 책임을 물을 수 없는 대통령 대신에 그를 보좌하는 국무총리·국무위원에 대하여 정치적 책임을 추궁함으로써 대통령을 간접적이나마 견제하고자 하는 것에 지나지 않는다. 헌법 제63조의 해임건의권을 법적 구속력 있는 해임결의권으로 해석하는 것은 법문과 부합할 수 없을 뿐만 아니라, 대통령에게 국회해산권을 부여하고 있지 않는 현행 헌법상의 권리분립질서와도 조화될 수 없다.

### 〈선정이유〉

대통령이 국회인사청문회의 결정이나 국회의 해임건의를 수용할 것인지의 문제는 대의기관인 국회의 결정을 정치적으로 존중할 것인지의 문제이지 법적인 문제가 아니라고 본 사례이다.

## 225. 국회 탄핵소추사유(1)

(현재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

### 〈쟁점〉

대통령 탄핵소추사유로서의 “헌법이나 법률을 위배한 때”의 의미

### 〈결정요지〉

#### 가. 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석

헌법은 제65조 제4항에서 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다.”고 규정하고, 헌법재판소법은 제53조 제1항에서 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 어떻게 해석할 것인지의 문제가 발생한다. 헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석 할 수 있으나, 이러한 해석에 의하면 피청구인의 법위반행위가 확인되는 경우 법위반의 경증을 가리지 아니하고 헌법재판소가 파면결정을 해야 하는바, 직무행위로 인한 모든 사소한 법위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다. 따라서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 법위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 법위반의 경우를 말한다.

#### 나. ‘법위반의 중대성’에 관한 판단 기준

(1) ‘법위반이 중대한지’ 또는 ‘파면이 정당화되는지’의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, 결국 파면결정을 할 것인지의 여부는 공직자의 ‘법위반 행위의 중대성’과 ‘파면결정으로 인한 효과’ 사이의 법익형량을 통하여 결정된다고 할 것이다. 그런데 탄핵심판절차가 헌법의 수호와 유지를 그 본질로 하고 있다는 점에서, ‘법위반의 중대성’이란 ‘헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성’을 의미하는 것이다. 따라서 한편으로는 ‘법위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해

악을 미치는지의 관점'과 다른 한편으로는 '피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과'를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 한다.

### 〈선정이유〉

헌법이나 법률을 위배한 모든 행위가 탄핵소추사유는 될 수 있으나, 실제 파면을 하기 위해서는 이를 정당화하는 '중대한' 법위반이 있어야 한다고 본 사례이다.

## 226. 국회 탄핵소추사유(2)

(현재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

### 〈쟁점〉

헌법상 대통령의 성실한 직책수행의무가 국회 탄핵소추사유가 될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제69조는 대통령의 취임선서의무를 규정하면서, 대통령으로서 '직책을 성실히 수행할 의무'를 언급하고 있다. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의 의무만을 규정한 것이 아니라, 선서의 내용을 명시적으로 밝힘으로써 동시에 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 의하여 대통령의 직무에 부과되는 헌법적 의무를 다시 한번 강조하고 그 내용을 구체화하는 규정이라는 점은 앞서 언급한 바와 같다.

비록 대통령의 '성실한 직책수행의무'는 헌법적 의무에 해당하나, '헌법을 수호해야 할 의무'와는 달리, 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로, 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 할 것이다. 대통령이 임기 중 성실하게 의무를 이행했는지의 여부는 주기적으로 돌아오는 다음 선거에서 국민의 심판의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 대통령 단임제를 채택한 현행 헌법 하에서는 대통령은 법적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 국민에 대하여 직접적으로는 책임을 질 방법이 없고, 다만 대통령의 성실한 직책수행의 여부가 간접적으로 그가 소속된 여당에 대하여 정치적인 반사적 이익 또는 불이익을 가져다 줄 수 있을 뿐이다.

### 〈선정이유〉

정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없어 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 않는다고 본 사례이다.

## 227. 국회자율권의 범위와 한계

(현재 1997. 7. 16. 96헌라2)

### 〈쟁점〉

국회의장이 국회의원의 헌법상 권한을 침해하였다는 이유로 국회의원이 국회의장을 상대로 권한

쟁의심판을 청구한 것이 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제인지 여부

### 〈결정요지〉

국회는 국민의 대표기관, 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있고, 그 자율권은 권리분립의 원칙이나 국회의 지위, 기능에 비추어 존중되어야 하는 것이지만, 한편 법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위내에서 허용되어야 하고 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흡이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다. 헌법 제64조도 국회의 자율권에 관하여 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 의원의 자격심사·징계·제명에 관하여 자율적 결정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 사건은 국회의장이 국회의원의 헌법상 권한을 침해하였다는 이유로 국회의원인 청구인들이 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 사건이므로 이 사건 심판대상은 국회의 자율권이 허용되는 사항이라고 볼 수 없고, 따라서 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제라고 할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

법치주의의 원리상 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 한다고 본 사례이다.

## 제 2 장 행정부

### 228. 대통령의 불기소특권과 공소시효의 정지

(현재 1995. 1. 20. 94헌마246)

### 〈쟁점〉

대통령에 주어진 불소추특권으로 인하여 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지되지 않는 것으로 봄으로써 대통령의 재직기간보다 공소시효의 기간이 짧은 대통령의 범죄행위에 대하여 실질적으로 형사상의 책임을 면제해 주는 결과가 되는 해석이 가능한지 여부

### 〈결정요지〉

우리 헌법이 채택하고 있는 국민주권주의(제1조 제2항)와 법 앞의 평등(제11조 제1항), 특수계급 제도의 부인(제11조 제2항), 영전에 따른 특권의 부인(제11조 제3항) 등의 기본적 이념에 비추어 볼 때, 대통령의 불소추특권에 관한 헌법의 규정이, 대통령이라는 특수한 신분에 따라 일반국민과는 달리 대통령 개인에게 특권을 부여한 것으로 볼 것이 아니라, 단지 국가의 원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고, 그 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하여야 할 실제상의 필요 때문에 대통령으로 재직중인 동안만 형사상 특권을 부여하고 있음에 지나지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 헌법 제84조

의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법이나 형사 소송법 등의 법률에 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지된다고 명백히 규정되어 있지는 않다고 하더라도, 위 헌법규정은 바로 공소시효진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다.

### 〈참고판례〉

현재 1993. 9. 27. 92헌마284

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 전두환 전대통령에 대한 반란목적군용물탈취 및 일반이적죄 등에 대한 검사의 혐의없음 및 기소유예처분에 대한 헌법소원을 기각하면서, 대통령의 불소추특권은 대통령이라는 특수한 신분에서 연유하는 특권이 아니라 그 직무 수행의 필요상 인정되는 형사상의 특권에 불과한 만큼, 공소시효의 진행을 방해하는 것은 아니라고 선언하였다. 국가원수로서의 대통령의 지위는 신분이 아니라 대통령에 주어진 직책 중의 하나임을 명확히 한 것이다.

## 229. 대통령의 중요정책 국민투표 부의권의 성격

(현재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

### 〈쟁점〉

대통령이 국가의 중요정책에 관한 국민투표의 형식으로 자신에 대한 재신임을 묻고자 한 행위는 대통령의 헌법수호의무를 위반한 것인가의 여부

### 〈결정요지〉

국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단으로서 ‘사안에 대한 결정’ 즉, 특정한 국가정책이나 법안을 그 대상으로 한다. 따라서 국민투표의 본질상 ‘대표자에 대한 신임’은 국민투표의 대상이 될 수 있으며, 우리 헌법에서 대표자의 선출과 그에 대한 신임은 단지 선거의 형태로써 이루어져야 한다. 대통령이 자신에 대한 재신임을 국민투표의 형태로 묻고자 하는 것은 헌법 제72조에 의하여 부여받은 국민투표부의권을 위헌적으로 행사하는 경우에 해당하는 것으로, 국민투표제도를 자신의 정치적 입지를 강화하기 위한 정치적 도구로 남용해서는 안 된다는 헌법적 의무를 위반한 것이다. 물론, 대통령이 위헌적인 재신임 국민투표를 단지 제안만 하였을 뿐 강행하지는 않았으나, 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 국민들에게 제안한 것은 그 자체로서 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법을 실현하고 수호해야 할 대통령의 의무를 위반한 것이다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 중요정책에 관한 대통령의 국민투표부의권의 성격을 분명히 한 것으로 헌법 제72조는 대의제민주주의를 보충하는 직접민주제의 한 형태로서 국민이 국가의 중요정책 결정과정에 능동적

으로 참여할 수 있는 기회를 제공하는 레퍼렌дум(referendum)을 정한 것일 뿐, 그 권한을 이용하여 대통령이 국민의 신임을 재확인하고 이를 통해 자신의 정치적 입지를 강화하는 일종의 플레비시트(plebiscite)를 허용한 것은 결코 아님을 명확히 하였다. 과거 권리주의 통치체제에서 국민투표가 대통령의 정치권력을 강화하는 수단으로 악용되었던 사례가 재발하지 않도록 국민투표제도의 헌법적 의미를 분명히 확정한 것이다.

## 230. 소위 통치행위에 대한 사법심사

(현재 2013. 3. 21. 2010헌바132등)

### 〈쟁점〉

1. 유신헌법 제53조에 의한 긴급조치는 위헌법률심판 또는 위헌법률심판형 헌법소원심판의 대상이 되는 “법률”인지의 여부와 그 심사권한은 헌법재판소에 전속되는지의 여부
2. 구 헌법에 의한 대통령의 긴급조치들에 대한 위헌 심사의 준거규범은 당시 헌법인지 아니면 현행헌법인지의 판단

### 〈결정요지〉

1. 헌법 제107조 제1항, 제2항은 법원의 재판에 적용되는 규범의 위헌 여부를 심사할 때, ‘법률’의 위헌 여부는 헌법재판소가, 법률의 하위 규범인 ‘명령·규칙 또는 처분’ 등의 위헌 또는 위법 여부는 대법원이 그 심사권한을 갖는 것으로 권한을 분배하고 있다. 이 조항에 규정된 ‘법률’인지 여부는 그 제정 형식이나 명칭이 아니라 규법의 효력을 기준으로 판단하여야 하고, ‘법률’에는 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 ‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’을 갖는 규범들도 모두 포함된다. 따라서 최소한 법률과 동일한 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부 심사권한도 헌법재판소에 전속한다.

2. 유신헌법 일부 조항과 긴급조치 등이 기본권을 침해하고 자유민주적 기본질서를 훼손하였다는 반성에 따른 헌법 개정사, 국민의 기본권의 강화·확대라는 헌법의 역사성, 헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업인 점에 비추어, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 현행헌법이다. 또, 긴급조치에 대한 사법심사 배제조항을 둔 유신헌법 제53조 제4항은 입헌주의에 대한 중대한 예외일 뿐 아니라, 현행헌법이 반성적 견지에서 사법심사배제조항을 승계하지 아니하였으므로, 현행헌법에 따라 이 사건 긴급조치들의 위헌성을 다툴 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 1996. 2. 29. 93헌마186

### 〈선정이유〉

금융실명제를 도입한 대통령의 긴급재정경제명령과 같은 소위 통치행위도 사법심사의 대상이 될 수 있다는 헌법재판소의 판단에 이어, 이 결정은 “법률”的 형식을 갖지 아니한 긴급조치 또한 법률

적 효력을 가지는 것인 만큼 그에 대한 위헌법률심판이 가능하며 그 심판기관은 헌법재판소임을 명확히 하였다. 아울러 위헌법률심판의 대상이 과거에 구 헌법에 따라 이루어진 긴급조치라 하더라도 그 위헌여부의 판단은 당시의 구 헌법이 아니라 현재 유효하게 규범적 효력을 발하고 있는 현행헌법이어야 하며 헌법재판소는 현행헌법에 구속되는 것임을 밝히고 있다.

## 231. ( 소위 통치행위에 대한 사법심사

(현재 1996. 2. 29. 93헌마186)

### 〈쟁점〉

대통령이 고도의 정치적 결단에 따라 한 소위 통치행위에 대해서도 사법심사가 가능한지의 여부와 그 심사에 과잉금지의 원칙을 적용하여야 하는지의 여부

### 〈결정요지〉

대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다.

아울러 긴급재정경제명령이 헌법 제76조 소정의 요건과 한계에 부합하는 것이라면 그 자체로 기본권제한의 한계로서의 과잉금지원칙을 준수하는 것이 된다.

### 〈참고판례〉

현재 1992. 12. 24. 90헌마174

### 〈선정이유〉

대통령의 긴급재정명령 발포행위는 고도의 정치적 결단에 의하여 이루어지는 만큼 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 통치행위론을 거부하고, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 헌법과 법률의 테두리내에서 이루어져야 할 것임을 선언한 결정으로, 소위 통치행위에 대한 헌법재판의 가능성과 심사기준을 정립하였다.

## 232. ( 국가의 외교행위에 대한 사법심사

(현재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

### 〈쟁점〉

소위 통치행위에 속하는 것으로 이해되는 외교행위에 대한 헌법재판의 가능성 여부

### 〈결정요지〉

외교행위는 가치와 법률을 공유하는 하나의 국가 내에 존재하는 국가와 국민과의 관계를 넘어 가치와 법률을 서로 달리하는 국제환경에서 국가와 국가 간의 관계를 다루는 것이므로, 정부가 분쟁의 상황과 성질, 국내외 정세, 국제법과 보편적으로 통용되는 관행 등을 감안하여 정책결정을 함에 있어 폭넓은 재량이 허용되는 영역임을 부인할 수 없다.

그러나, 헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실효적으로 보장될 수 있도록 행사되어야 하고, 외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다. 특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위에 있어서, 앞서 본 바와 같이 법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 한다. 결국 피청구인의 재량은 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위험의 절박성, 기본권의 구제가능성, 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 범위내로 제한될 수밖에 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2000. 3. 30. 98헌마206

### 〈선정이유〉

이 결정은 일본군위안부 문제의 해결을 위한 외교적 노력을 소홀히 한 정부의 부작위가 위헌임을 선언한 것으로, 특정한 외교적 해결방식(한일협정에 따른 중재요청)을 취하지 않은 부작위를 합헌이라 한 참고판례와 달리, 정부가 광범위한 외교상의 경로를 통한 해결을 도모하여야 할 의무를 정한 한일협정 관련 조항에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않음으로써 국민의 기본권을 침해하는 결과를 야기한 것은 비록 외교행위가 폭넓은 재량이 허용되는 영역에 속한다 하더라도 국가기관의 기본권 기속성에 따라 그 위헌여부를 헌법재판소가 판단할 수 있음을 명확히 하였다.

## 233. 법률안거부권의 헌법적 성격

(현재 2013. 9. 26. 2012헌라1)

### 〈쟁점〉

교육감이 지방의회가 의결한 조례안에 대하여 재의를 요구하였다가 지방의회의 재의결 전에 이 재의요구를 철회할 수 있는지의 여부

### 〈결정요지〉

‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항은 교육감에게 시·도의회 등의 의결에 대한 재의요구

권한이 있다는 점만 규정하고 있고 재의요구를 철회할 권리가 있다는 점에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 조례안에 대한 교육감의 재의요구 권리은 조례안의 완성에 대한 조건부의 정치적인 권리에 지나지 않으므로, 시·도의회의 재의결 전에는 언제든지 재의요구를 철회할 수 있다고 보아야 한다. 이런 법리에 따라 대통령이 1956. 10. 15. 귀속재산처리특별회계법에 대한 재의요구를 철회하고, 1964. 12. 31. 탄핵심판법에 대한 재의요구를 철회한 전례도 있다. 이 사건에서도 서울특별시교육감은 자신의 독자적인 권리으로 재의요구를 한 것이므로 이를 철회할 권리가 있다고 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

이 사건은 지방자치단체장과 지방의회 간의 상호 견제와 균형을 위한 장치인 지방의회의 의결에 대한 자치단체장의 재의요구권을 다루고 있으나 그 구조는 대통령과 국회의 관계에서 대통령이 법률안에 대한 재의요구를 하는 경우와 크게 다름이 없다. 그동안 이 법률안거부권 내지는 재의요구권의 성격에 대하여 정지조건설과 해제조건설 등이 대립되어 왔으나 현재의 이 결정은 전자의 입장에서 재의요구를 철회할 수 있음을 선언하고 과거의 사례를 들어 그 실제적인 근거를 밝히고 있다.

## 234. 위임입법에 의한 기본권제한과 법률유보의 원칙

(현재 2005. 2. 24. 2003헌마289)

### 〈쟁점〉

위임입법에 의한 기본권 제한의 경우에도 법률유보의 원칙이 적용되어야 하는지의 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제37조 제2항에 의한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다 할 것이다.

무엇보다 어떤 입법사항을 대통령령에 위임하는 법률조항은 위임의 뜻과 범위를 구체적으로 명시하는 것이 원칙으로서, 그것이 헌법 제75조의 취지라고 할 것인 바, 관련 법률 내지 모법에서 어떠한 기본권 제한과 관련한 입법사항이 단지 언급되었다거나 일부 규정되어 있다고 하여 그것이 곧 입법위임의 근거로 될 수는 없는 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2003. 11. 27. 2002헌마193

### 〈선정이유〉

법률유보의 원칙은 입법위임에 있어 최우선적인 근거이자 한계를 이루고 있는 바, 이 결정은 이

원칙을 “법률에 근거한 규율”로 규정하면서 그 의미는 법률로써 그 위임의 뜻과 범위를 구체적으로 명시함에 있음을 명확히 하고 있다.

## 235. 의회유보의 의미

(현재 1999. 5. 27. 98헌바70)

제1편 제2장 제2절 법치국가원리 편 참조.

## 236. 규율대상의 성격에 따른 포괄위임입법금지의 원칙의 적용

(현재 1995. 11. 30. 94헌바40등)

### 〈쟁점〉

입법위임의 구체성·명확성의 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라지는지의 여부

### 〈결정요지〉

위임입법에 관한 헌법 제75조가 특히 위임입법의 기준과 한계를 명시하고 있는 취지는 단순히 소극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규로서는 법률이 위임하지 아니한 사항을 정할 수 없음을 밝히고 있는 것에 그치는 것이 아니고, 더 나아가 적극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 반드시 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 않는다는 것까지 밝히고 있는 것이다. 따라서, 입법의 위임은 법률로써 구체적인 범위를 정하여 이루어져야 하는 것이지만, 그 위임범위의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 수밖에 없는 것으로서, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건은 완화되는 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 1997. 12. 24. 95헌마390; 1991. 7. 8. 91헌가4

### 〈선정이유〉

위임입법에 있어서 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 참고판례는 이를 더욱 명확히 하여 급부행정 영역에서는 기본권침해 영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화될 수 있으며, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화된다고 보았다(95헌마390). 역으로 법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 하는 것으로, 법률에서 범죄

의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형별의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 보았다(91헌가4).

## 237. | 위임입법에 대한 예측가능성

(현재 1998. 7. 16. 96헌바52)

### 〈쟁점〉

과세요건을 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임법금지원칙에 어긋나는 것이 아닌지의 여부

### 〈결정요지〉

입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.

### 〈참고판례〉

현재 1998. 2. 27. 97헌마64

### 〈선정이유〉

헌법 제75조는 입법위임은 “구체적으로 범위를 정하여” 이루어질 것을 요구하고 있는 바, 이 결정은 그 규정의 의미를 예측가능성에서 찾고 있다(참고판례). 이 결정은 ‘예측가능성의 공식’을 내용적으로 정의하고 그 적용방법을 구체적으로 밝히고 있다.

## 238. | 권력분립의 의미

(현재 2008. 1. 10. 2007헌마1468)

### 〈쟁점〉

특별검사의 임명과정에서 대법원장이 추천한 자 중 1인을 대통령이 임명할 수밖에 없도록 한 것은 행정영역에 대한 사법권의 개입으로 권력분립의 원칙에 반하는 것인지의 여부

### 〈결정요지〉

특검법에서 대법원장이 2인의 특별검사후보자를 대통령에게 추천하고 대통령이 그 중에서 특별검사를 임명하도록 한 것을 두고 소추기관과 심판기관이 분리되지 않았다거나, 자기 자신의 사건을 스스로 심판하는 구조라고 볼 수는 없으며, 따라서 이러한 임명절차가 소추기관과 심판기관의 분리라는 근대 형사법의 대원칙이나 적법절차원칙 등을 위반하였다고 볼 수 없다.

본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 국회의 이러한 정치적·정책적 판단이 헌법상 권력분립원칙에 어긋난다거나 입법재량의 범위에 속하지 않는다고는 할 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2019. 2. 28. 2017헌바196

### 〈선정이유〉

이 결정은 헌법의 기본원칙인 권리분립의 원칙이 국가권력의 기계적인 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라 권리 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것임을 분명히 하고, 이런 의미에서 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 되려 권리분립의 원칙을 실현하는 것임을 선언하였다.

## 239. 국무총리의 헌법상의 지위

(현재 1994. 4. 28. 89헌마221)

### 〈쟁점〉

행정기관으로서 국무총리 통할에 속하는 행정각부에 속하지 아니하고 대통령의 소속하에 있는 국가안전기획부를 설치한 정부조직법 규정이 정부조직에 관한 헌법규정을 위반한 것인지의 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제86조 제2항은 그 위치와 내용으로 보아 국무총리의 헌법상 주된 지위가 대통령의 보좌기관이라는 것과 그 보좌기관인 지위에서 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할할 수 있다는 것을 규정한 것일 뿐, 국가의 공권력을 집행하는 행정부의 조직은 헌법상 예외적으로 열거되어 있거나 그 성질상 대통령의 직속기관으로 설치할 수 있는 것을 제외하고는 모두 국무총리의 통할을 받아야 하며, 그 통할을 받지 않은 행정기관은 법률에 의하더라도 이를 설치할 수 없음을 의미한다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라, 헌법 제94조, 제95조 등의 규정취지에 비추어 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 모든 중앙정부기관이 곧 헌법 제86조 제2항 소정의 “행정각부”라고 볼 수도 없다. 다만 대통령이 이러한 직속기관을 설치하는 경우에도 자유민주적 통치구조의 기본이념과 원리에 부합되어야 할 것인데 그 최소한의 기준으로서 ㄱ) 우선 그 설치·조직·직무범위 등에 관하여 법률의 형식에 의하여야 하고 ㄴ) 그 내용에 있어서도 목적·기능 등이 현

법에 적합하여야 하며 ㄷ) 모든 권한이 기본권적 가치실현을 위하여 행사되도록 제도화하는 한편  
ㄹ) 권한의 남용 내지 악용이 최대 억제되도록 합리적이고 효율적인 통제장치가 있어야 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2021. 1. 28. 2020헌마264등

### 〈선정이유〉

이 결정은 행정기관의 의미를 명확히 하고 헌법상 “행정각부”에 어떤 행정기관이 포함되는지는 입법자의 재량에 달려 있음을 선언하였다. 입법권자는 헌법 제96조에 따라 행정기관을 설치하는 법률을 정함에 있어 그 기관이 관장하는 사무의 성질에 따라 국무총리 하에 소속시킬 것인지 대통령이 직접 통할하는 기관으로 할 것인지를 결정할 수 있는 권한이 있다고 본 것이다.

## 240. 국가인권위원회의 진정에 대한 결정의 성격

(현재 2015. 3. 26. 2013헌마214등)

### 〈쟁점〉

행정심판이나 행정소송 등의 사전구제절차를 거치지 아니하고 청구한 국가인권위원회의 진정에 대한 각하 또는 기각결정의 취소를 구하는 헌법소원심판이 보충성 요건을 충족하는지 여부

### 〈결정요지〉

국가인권위원회는 법률상의 독립된 국가기관이고, 피해자인 진정인에게는 국가인권위원회법이 정하고 있는 구제조치를 신청할 법률상 신청권이 있는데 국가인권위원회가 진정을 각하 및 기각결정을 할 경우 피해자인 진정인으로서는 자신의 인격권 등을 침해하는 인권침해 또는 차별행위 등이 시정되고 그에 따른 구제조치를 받을 권리를 박탈당하게 되므로, 진정에 대한 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하므로, 그에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2011. 3. 31. 2010헌마13

### 〈선정이유〉

이 결정은 국가인권위원회가 진정사건에 대한 각하 또는 기각의 결정을 한 경우 그 결정의 성격을 행정처분으로 규정하고 그에 대한 불복은 행송쟁송의 절차에 의하여 처리되어야 함을 확인한 것이다. 이는 동일한 사안에 대하여 보충성 요건을 충족하였다고 보고 본안판단으로 나아갔던 참고판례를 변경한 것이다.

## 241. 위임입법의 형식

(현재 2004. 10. 28. 99헌바91)

### 〈쟁점〉

법률이 입법위임을 할 때 고시와 같은 행정규칙의 형식으로도 할 수 있는지의 여부

### 〈결정요지〉

오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.

### 〈참고판례〉

현재 2008. 11. 27. 2005헌마161등

### 〈선정이유〉

입법수요가 급증함에 따라 전문기술적인 사항이나 경미한 사항으로 업무의 성질상 행정규칙의 형식으로 위임하는 것이 요구되는 경우도 적지 않은바, 이 결정은 행정규칙 형식의 입법위임을 허용하면서 그 한계를 정리하였다.

## 242. 사면권의 개념과 헌법적 성격

(현재 2000. 6. 1. 97헌바74)

### 〈쟁점〉

특별사면을 하면서 동일사건으로 특정인에게 선고된 모든 형의 집행을 면제시키지 않고 특정형의 집행만 면제할 수 있도록 사면권자에게 재량권을 부여한 것은 헌법에 반하는지의 여부

### 〈결정요지〉

사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권리분립의 원리에 대한 예외가 된다. 사면권은 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다. 현대에 이르러서는 법 이념과 다른 이념과의 갈등을 조정하고, 법의 이념인 정의와 합목적성을 조화시키기 위한 제도로도 파악되고 있다. 우리 헌법 제79조는 사면의 구체적 내용과 방법 등을 법률에 위임하고 있어, 사면의 종류, 대상, 범위, 절차, 효과 등은 범죄의 죄질과 보호법익, 일반국민의 가치관 내지 법감정, 국가이익과 국민화합의 필요성, 권리분립의 원칙과의 관계 등 제반사항을 종합하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 부여되어 있다.

### 〈선정이유〉

이 결정은 사면권의 의미와 존재목적을 분명히 하고 그 내용을 결정함에 있어 입법자에 광범위한 입법재량 및 입법형성의 자유가 인정됨을 선언한 것이다.

## 제 3 장 사법부

### 243. 법관의 지위와 신분보장(1)

(현재 2002. 10. 31. 2001헌마557)

### 〈쟁점〉

법관의 정년을 규정하고 있는 법원조직법 규정이 헌법상의 법관 신분보장 규정에 위배되는지 여부

### 〈결정요지〉

법관은 국가의 통치권인 입법·행정·사법의 주요 3권 중 사법권을 담당하고 그 권한을 행사하는 국가기관이고, 다른 국가기관이나 그 종사자와는 달리 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 기관으로서, 법관 하나 하나가 법을 선언·판단하는 독립된 기관이며, 그에 따라 사법권의 독립을 위하여 헌법에 의하여 그 신분을 고도로 보장받고 있다. 따라서 법관의 정년을 설정함에 있어서, 입법자는 위와 같은 헌법상 설정된 법관의 성격과 그 업무의 특수성에 합치되도록 하여야 할 것이다.

헌법규정 사이의 우열관계, 헌법규정에 대한 위현성판단은 인정되지 아니하므로, 그에 따라 헌법 제106조 법관의 신분보장 규정은 헌법 제105조 제4항 법관정년제 규정과 병렬적 관계에 있는 것으로 보아 조화롭게 해석하여야 할 것이고, 따라서 정년제를 전제로 그 재직 중인 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직, 감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다고 해석하여야 하고, 그러한 해석하에서는 헌법 제105조 제4항에 따라 입법자가 법관의 정년을 결정한 이 사건 법률조항은 그것이 입법자의 입법재

량을 벗어나지 않고 기본권을 침해하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 그 입법 자체가 평등권, 직업선택의 자유나 공무담임권 등 기본권을 침해하였다고 볼 수 없어, 결국 신분보장 규정에도 위배된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

법관이 정년을 설정한 법원조직법 규정이 헌법상의 법관의 신분보장 규정에 위반되지 않는다고 결정한 사례임.

## 244. 법관의 지위와 신분보장(2)

(현재 2012. 2. 23. 2009헌바34)

### 〈쟁점〉

법관에 대한 징계사유로 ‘법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우’를 규정한 법관징계법 규정이 명확성의 원칙에 위반되거나 법관의 표현의 자유를 과도하게 제한하였는지 여부

### 〈결정요지〉

‘법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우’란 ‘법관이 주권자인 국민으로부터 수임받은 사법권을 행사함에 손색이 없는 인품에 어울리지 않는 행위를 하거나 법원의 위엄을 훼손하는 행위를 함으로써 법원 및 법관에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨릴 우려가 있는 경우’로 해석할 수 있고, 위 법률조항의 수범자인 평균적인 법관은 구체적으로 어떠한 행위가 여기에 해당하는지를 충분히 예측할 수 있으므로, 법관징계법 제2조 제2호는 명확성원칙에 위배되지 아니한다. 또한 법관징계법 제2조 제2호가 ‘품위 손상’, ‘위신 실추’와 같은 추상적인 용어를 사용하고 있기는 하나, 수범자인 법관이 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지를 충분히 예측할 수 없을 정도로 그 적용범위가 모호하다거나 불분명하다고 할 수 없고, 법관이 사법부 내부 혁신 등을 위한 표현행위를 하였다는 것 자체가 위 법률조항의 징계사유가 되는 것이 아니라, 표현행위가 이루어진 시기와 장소, 표현의 내용 및 방법, 행위의 상대방 등 제반 사정을 종합하여 볼 때 법관으로서의 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 행위에 해당하는 경우에 한하여 징계사유가 되는 것이므로, 구 법관징계법 제2조 제2호는 그 적용범위가 지나치게 광범위하거나 포괄적이어서 법관의 표현의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없어 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

‘품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우’ 법관을 징계하도록 한 것이 법관의 지위에 비추어 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 사례임.

## 245. 법관의 지위와 신분보장(3)

(현재 2016. 9. 29. 2015헌바331)

### 〈쟁점〉

근무성적이 현저히 불량하여 판사로서 정상적인 직무를 수행할 수 없는 경우에 연임발령을 하지 않도록 한 법원조직법 규정이 사법의 독립을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 연임결격조항은 직무를 제대로 수행하지 못하는 판사를 그 직에서 배제하여 사법부 조직의 효율성을 유지하기 위한 것으로 그 정당성이 인정된다. 판사의 근무성적은 공정한 기준에 따를 경우 판사의 사법운영능력을 판단함에 있어 다른 요소에 비하여 보다 객관적인 기준으로 작용할 수 있고, 이를 통해 국민의 재판청구권의 실질적 보장에도 기여할 수 있다. 나아가 연임심사에 반영되는 판사의 근무성적에 대한 평가는 10년이라는 장기간 동안 반복적으로 실시되어 누적된 것으로, 특정 가치관을 가진 판사를 연임에서 배제하는 수단으로 남용될 가능성이 크다고 볼 수 없다. 근무성적평정을 실제로 운용함에 있어서는 재판의 독립성을 해칠 우려가 있는 사항을 평정사항에서 제외하는 등 평정사항을 한정하고 있으며, 연임 심사과정에서 해당 판사에게 의견진술권 및 자료제출권이 보장되고, 연임하지 않기로 한 결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있는 점 등을 고려할 때, 판사의 신분보장과 관련한 예측가능성이나 절차상의 보장이 현저히 미흡하다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 연임결격조항은 사법의 독립을 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

법원조직법이 판사의 근무성적에 따라 연임발령을 하지 않도록 한 것이 재판의 독립성을 해치고 사법의 독립을 침해하지 않는다고 결정한 사례임.

## 246. 사법권과 사법보좌관제

(현재 2009. 2. 26. 2007헌바8등)

### 〈쟁점〉

사법보좌관에 의한 소송비용액 확정결정절차를 규정한 법원조직법 규정이 재판청구권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

법원조직법에서 사법보좌관제도를 도입한 취지는 사법 인력을 보다 효율적으로 운용하기 위한 것으로서 법원의 업무 중 상대적으로 쟁송성이 없거나 희박한 비송적·형식적 절차 업무를 법관이 아닌 자로서 법원일반직 공무원 중 일정한 자격을 갖춘 사법보좌관에게 맡기는 것이 법관의 업무를 경감시킴과 아울러 전체적인 사법 서비스를 향상시킬 수 있다는 측면에서 바람직하므로 사법보

좌관에 의하여 소송비용액 확정결정절차를 처리하게 하는 이 사건 조항은 그 입법목적이 정당하다. 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 보장과 관련하여 최소한 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리를 보장할 것이 요구되므로 사법보좌관의 처분에 대한 이의절차가 중요하다. 법원조직법 제54조 제3항 등에서는 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청을 허용함으로써 동일 심급 내에서 법관으로부터 다시 재판받을 수 있는 권리를 보장하고 있는데, 이 사건 조항에 의한 소송비용액 확정결정절차의 경우에도 이러한 이의절차에 의하여 법관에 의한 판단을 거치도록 함으로써 법관에 의한 사실확정과 법률해석의 기회를 보장하고 있다. 이와 같이 이 사건 조항에 의한 사법보좌관제도는 이의절차 등에 의하여 법관이 사법보좌관의 소송비용액 확정결정절차를 처리할 수 있는 장치를 마련함으로써 적정한 업무처리를 도모함과 아울러 사법보좌관의 처분에 대하여 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회를 보장하고 있는바, 이는 한정된 사법 인력을 실질적 쟁송에 집중하도록 하면서 궁극적으로 국민의 재판받을 권리를 실질적으로 보장한다는 입법목적 달성을 기여하는 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 따라서 사법보좌관에게 소송비용액 확정결정절차를 처리하도록 한 이 사건 조항이 그 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

사법보좌관에 의한 재판이 재판청구권을 침해하여 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 결정한 사례

## 247. 행정심판전치주의와 사법권(1)

(현재 2000. 2. 24. 99헌바17등)

### 〈쟁점〉

국가배상법상의 손해배상청구에 대하여 배상결정전치주의를 규정한 국가배상법 규정이 사법권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 규정하고 있고 헌법 제107조 제3항 제1문은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법이 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 자유와 권리를 확보하기 위한 기본원리로서 채택한 3권 분립주의의 구체적 표현으로서 일체의 법률적 쟁송을 심리 재판하는 작용인 사법작용은 헌법 그 자체에 의한 유보가 없는 한 오로지 대법원을 최고법원으로 하는(헌법 제101조 제2항) 법원만이 담당할 수 있고 또 행정심판은 어디까지나 법원에 의한 재판의 전심절차로서만 기능하여야 함을 의미한다. 배상위원회의 배상결정은 배상신청인의 동의 없이는 효력을 발생하지 않는 것으로서 배상신청인을 구속하지도 않고, 지방자치단체를 상대로 하는 배상사건에 있어서 지방자치단체를 구속하지도 않는다(국가배상법 제15조 참조). 이와 같은 배상결정의 효력에 초점을 맞추어 보면 배상심의 및 배상결정의 성격을 사법작용이라고는 할 수 없고, 행정심판과도 다르다. 배상심의회가 법무부장관의 지휘를 받는 등(국가배상법 제10조 제3항) 결정주체의 제3자성이나 독립성이 부족한 점

에서 일반적인 민사분쟁조정제도와는 차이가 있지만 결정의 효력에 있어서는 이와 유사하므로 배상결정제도는 민사분쟁조정제도에 가까운 일종의 소송외 분쟁해결제도라고 말할 수 있다. 또, 배상결정이 법에 의한 배상사건에 대한 법원의 재판을 배제하는 것이 아니다. 그렇다면, 이 사건 법률조항이 사법국가주의를 표명하고 있는 헌법 제101조 제1항에 위배된다고는 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

국가배상법상의 배상결정전치주의는 사법권을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 결정한 사례

## 248. 행정심판전치주의와 사법권(2)

(현재 2000. 6. 29. 99헌가9)

### 〈쟁점〉

대한변호사협회징계위원회에서 징계를 받은 변호사는 법무부변호사징계위원회에서의 이의절차를 밟은 후 곧바로 대법원에 즉시항고토록 하고 있는 변호사법 규정이 사법권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

법무부변호사징계위원회의 징계결정이나 기각결정은 그 판단주체 및 기능으로 보아 행정심판에 불과함이 분명하고, 이러한 행정심판에 대하여는 법원에 의한 사실적 측면과 법률적 측면의 심사가 가능하여야만 비로소 변호사징계사건에 대한 사법권 내지는 재판권이 법원에 속한다고 할 수 있을 것인바, 이 사건 법률조항은 이러한 행정심판에 대한 법원의 사실적 측면과 법률적 측면에 대한 심사를 배제하고, 대법원으로 하여금 변호사징계사건의 최종심 및 법률심으로서 단지 법률적 측면의 심사만을 할 수 있도록 하고, 재판의 전심절차로서만 기능해야 할 법무부변호사징계위원회를 사실확정에 관한 한 사실상 최종심으로 기능하게 하고 있는 것은, 앞에서 본 바와 같이 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판기능을 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 속하도록 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항 및 제107조 제3항에 위반된다고 하지 아니할 수 없다.

### 〈참고판례〉

현재 2002. 2. 28. 2001헌가18

### 〈선정이유〉

법무부변호사징계위원회를 사실확정에 관한 한 사실상 최종심으로 기능하게 하는 것은 사법권을 침해하는 것이라고 결정한 사례

## 249. 심급제도와 상고심 제한(1)

(현재 1992. 6. 26. 90헌바25)

### 〈쟁점〉

소액사건에 관하여 일반사건에 비하여 상고 및 재항고를 제한하고 있는 소액사건심판법 규정이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

재판이란 사실확인과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안 된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대해 똑같이 세 차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다. 국가에 따라서는 국민에게 상고심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 예도 있다. 그러나 그와 같은 명문규정이 없고 상고문제가 일반 법률에 맡겨진 것이 우리 법제라면 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상고법원의 구성법관에 의한, 상고심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 획일적으로 상고할 수 있게 하느냐 않느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 할 것으로, 결국 재판을 받을 권리의 침해라는 논지는 받아들일 수 없다.

상고제도라고 한다면 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 현행 소액사건상고제한 제도가 결코 위헌적인 차별대우라 할 수 있으며, 이는 대법원에 상고할 수 있는 기회를 제한하는 것이지 근본적으로 박탈하고 있는 것이 아니므로 헌법에 위반되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

소액사건에 대한 상고제한제도가 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 사례

## 250. | 심급제도와 상고심 제한(2)

(현재 1995. 1. 20. 90헌바1)

### 〈쟁점〉

상고이유 제한 및 상고허가제를 규정한 소송촉진등에관한특례법 규정이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로 기본적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 그리고 상고허용 여부의 객관적 기준은 상고제도를 어떠한 목적으로 운용할 것인가에 따라 달라지게 된다. 상고제도의 목적을 법질서의 통일과 법발전 또는 법창조에 관한 공익의 추구에 둘 것인지, 아니면 구체적 사건의 적정한 판단

에 의한 당사자의 권리구제에 둘 것인지, 아니면 양자를 다 같이 고려할 것인지는 역시 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 그 중 어느 하나를 더 우위에 두었다 하여 헌법에 위반되는 것은 아니다. 위와 같은 관점에서 개정 전 특례법 제11조 및 제12조 소정의 상고제한제도를 볼 때 이는 합리성을 인정할 수 있으므로 헌법에 어긋나는 것이라고 할 수 없다. 권리상고에 관한 개정 전 특례법 제11조는 그 권리상고의 이유로서 제1항 제1호 및 제2호에서 헌법위반 및 헌법해석의 부당과 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부를 규정하여 헌법 제107조 제2항의 취지에 부합하고 있으며, 제1항 제3호에서는 법률·명령·규칙 또는 처분의 해석에 대한 대법원 판례와의 저촉을 규정함으로써 상고제도에 의한 법질서의 통일을 도모하고 제2항에서 그 경우에도 종전의 대법원판례를 변경하여 원심판결을 유지함이 상당하다고 인정할 때에는 상고를 기각하도록 하여 법의 발전이나 구체적 사건에서의 권리구제와도 조화를 이루도록 하고 있는 것이다. 위 특례법 제11조 및 제12조는 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 다른 한편, 대법원의 민사소송사건에 있어서 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준으로서 법질서의 통일 및 법의 발전을 구체적 사건에서의 적정한 판단에 의한 당사자의 권리구제보다 더 우위에 둔 규정으로서 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

상고허가제가 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 사례

## 251. | 심급제도와 특별항고

(현재 2007. 11. 29. 2005헌바12)

### 〈쟁점〉

특별항고사유를 한정하고 있는 민사소송법 규정이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

특별항고제도는 통상의 방법에 의해서는 불복할 수 없어 확정된 결정 또는 명령에 대하여 법이 정하는 특별한 이유가 있는 경우에 대법원에 불복을 신청할 수 있도록 마련된 비상적인 불복수단으로서, 비록 통상의 불복방법이 없어 확정된 결정 또는 명령이라고 하여도 위헌성 여부의 판단을 위해 필요한 경우에는 예외적으로 대법원에 불복할 수 있도록 하려는 데 그 취지가 있다. 어떤 사유를 특별항고사유로 정하여 특별항고를 허용할 것인가는 기본적으로 입법자가 법적 안정성과 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 할 것인바, 민사소송법 제449조 제1항에서 특별항고사유를 일정 범위로 한정하고 있기는 하지만, 이는 확정된 결정이나 명령의 법적 안정성을 유지하고, 소송의 지연 등을 목적으로 하는 불필요한 특별항고를 방지함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 그 제한 범위도 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보이고, 달리 입법자가 자의적으로 입법재량권을 행사하였다고 볼 만한 사정도 없다.

### 〈선정이유〉

특별항고사유를 제한하는 것이 재판청구권을 침해하지 않는다고 결정한 사례

## 252. 형사보상청구와 단심제

(현재 2010. 10. 28. 2008헌마514등)

### 〈쟁점〉

형사보상의 청구에 대하여 한 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없도록 하여 형사보상의 결정을 단심재판으로 규정한 형사보상법 규정이 형사보상청구권을 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 불복금지조항은 형사보상의 청구에 대하여 한 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없도록 하여 형사보상의 결정을 단심재판으로 규정하고 있다. 이는 형사보상인용결정의 안정성을 유지하고, 신속한 형사보상절차의 확립을 통해 형사보상에 관한 국가예산수립의 안정성을 확보하며, 나아가 상급법원의 부담을 경감하고자 하는 데 그 목적이 있다고 할 수 있다. 그러나 국가의 형사사법작용에 의하여 신체의 자유가 침해된 국민에게 있어서는 적정하고 합리적인 보상금을 지급받는 것이 매우 중요한 가치라 할 수 있는바, 보상액의 산정에 기초되는 사실인정이나 보상액에 관한 판단에서 오류나 불합리성이 발견되는 경우에도 그 시정을 구하는 불복신청을 할 수 없도록 하는 것은 형사보상청구권 및 그 실현을 위한 기본권으로서의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 것이고, 나아가 법적 안정성만을 지나치게 강조함으로써 재판의 적정성과 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니하는 것이라 할 것이다. 한편, 보상의 청구를 기각한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있는바(형사보상법 제19조 제2항), 보상의 결정에 대하여 위 보상기각 결정의 경우와 같은 불복방법을 허용하더라도 즉시항고기간은 결정선고일로부터 3일에 불과하여(형사소송법 제405조) 절차가 신속히 진행될 수 있고, 지난 10년간 형사보상의 인용건수는 연간 최대 257건에 불과하고 그 재판 내용도 비교적 단순하므로, 불복을 허용한다고 하여 상급심에 과도한 부담을 줄 가능성은 별로 없다고 할 것인 반면, 사실관계 인정 및 보상액 산정의 판단에 오류가 있을 경우 그로 인하여 침해되는 보상청구인의 기본권은 보다 중대하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 불복금지조항은 추구하고자 하는 공익에 비하여 훨씬 중대한 국민의 기본권을 침해하는 것이라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

형사보상의 청구에 대하여 한 보상 결정에 대하여 불복을 신청할 수 없도록 한 것은 헌법이 보장하는 형사보상청구권 등 기본권을 침해하는 것이라 결정한 사례

## 253. 법원의 규칙제정권

(현재 2016. 6. 30. 2013헌바370등)

### 〈쟁점〉

소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다고 한 민사소송법 규정이 대법원규칙 제정에 관한 헌법규정을 위반하였는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제108조는 “대법원은 법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 위 조항에서 열거하고 있는 사항에 대해서는 대법원이 법률에 저촉되지 않는 한 법률에 의한 명시적인 수권이 없이도 이를 규칙으로 정할 수 있다는 의미이다(현재 1995. 12. 28. 91헌마114 참조). 한편, 헌법상 입법권에 관하여는 특별한 제한이 없으므로 국회가 입법권을 행사함에 있어서 그 내용은 물론 그 규율의 형식 또한 선택할 수 있는데, 헌법이 위임입법의 형태로 제75조와 제95조에서 열거하고 있는 대통령령, 총리령 또는 부령 등의 행정입법은 예시적인 것으로 보아야 한다(현재 2004. 10. 28. 99헌바91). 따라서 법률은 헌법 제108조에서 열거하고 있는 사항은 물론, 위 조항에서 열거하고 있지 않은 사항에 대해서도 이를 대법원규칙에서 정하도록 위임할 수 있으므로, 소송비용에 관한 사항이 소송에 관한 절차에 관련된 사항인지 여부와 관계없이 심판대상조항이 이를 대법원규칙에 위임하였다 하여 이것이 헌법 제108조에 위반된다고 볼 수는 없다.

### 〈선정이유〉

소송비용에 관한 사항을 대법원규칙으로 위임한 것이 헌법 제108조에 위반되지 않는다고 결정한 사례

## 254. 재판권과 관할배분

(현재 2016. 12. 29. 2015헌바63)

### 〈쟁점〉

국민참여재판 대상을 합의부관할 사건으로 정한 것이 헌법에 위반되는지 여부

### 〈결정요지〉

여러 법원 사이에 재판권을 어떻게 나누어 행사시킬 것인지, 단독판사와 합의부의 관할을 어떻게 나누어 행사할 것인지 등에 관한 문제는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법자가 사법정책을 고려하여 결정할 사항이므로, 입법자는 국민의 권리가 효율적으로 보호되고 재판제도가 적정하게 운용되도록 관할이나 그 관할구역 안의 법원조직에 따른 재판사무 범위를 배분·확정하여야 한다). 개정 전 국민참여재판법은 살인, 강도, 강간과 같이 법정형이 중한 강력범죄를 중심으로 대상사건을 규정하였다. 그러나 국민참여재판법 제정 이후 저조한 신청율과 높은 철회·배제율로 인하여 국민참여재판이 유명무실해지는 것을 방지하기 위하여 그 대상사건의 범위를 어떻게 조정하여야 하는가에 대하여 논의가 있었고, 그 결과 국민참여재판의 취지에 부합하고 현실적인 사정을 고려하면

서, 법원의 재판에 대한 국민의 건전한 상식과 사법신뢰의 향상을 위하여 심판대상조항은 국민참여재판의 대상사건을 합의부 관할사건으로 확대하였다. 국민참여재판의 원활한 진행을 위하여는, 배심원의 확보, 재판진행을 위한 인적·물적 자원의 확보, 다양한 상황을 해결하기 위한 충분한 경험의 축적 등이 필수적이고, 합의부 관할사건이 일반적으로 단독판사 관할사건보다 사회적 파급력이 크거나 중한 범죄를 다루고 있는 점, 우리나라에는 플리바기닝(plea bargaining), 항소의 제한 등과 같이 외국에서 시행하고 있는 형사제도의 효율적, 경제적 운용을 위한 제도가 마련되어 있지 아니하고, 배심원 평결에 기속력도 없는 점 등을 고려하여 보면, 심판대상조항이 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 합의부 관할사건만을 국민참여재판의 대상사건이 되도록 함에 따라 단독판사 관할사건으로 재판받는 피고인이 합의부 관할사건으로 재판받는 피고인과 다르게 취급되는 것은 합리적인 이유가 있다고 인정된다.

#### 〈선정이유〉

국민참여재판 대상을 합의부관할 사건으로 정한 것이 합리적인 이유가 있어 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 결정한 사례

## 제 4 장 헌법재판소

### 제1절 일반심판절차

#### 255. 일사부재리 효력의 범위(1)

(현재 1997. 6. 26. 96헌가8등)

#### 〈쟁점〉

선행사건과 후행사건의 심판유형이 서로 다른 경우 일사부재리의 효력이 미치는지 여부

#### 〈결정요지〉

법무부장관 및 서울지방검찰청 검사장은, ‘이 사건은 헌법재판소가 1992. 4. 14. 결정을 선고한 90헌마82 사건과 동일한 사건이므로 일사부재리의 원칙(헌법재판소법 제39조)에 따라 각하되어야 한다’고 주장한다. 살피건대, 이 사건 심판대상 법률조항은 구법 제19조 중 신·구법 제3조·제5조·제8조·제9조의 죄에 관한 구속기간 연장 부분이고, 위 90헌마82사건의 심판대상 법률조항은 신법 제19조(구법 제19조와 같다) 전부로서 양자의 심판대상 법률조항이 일부 중복되기는 하나, 90헌마82 사건은 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구사건이고, 이 사건은 같은 법 제41조 제1항에 의한 위헌법률심판제청사건으로서, 심판청구의 유형이 상이하므로, 위 두 사건이 동일한 사건이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구를 동일한 사건의 중복청구로 보아 ‘헌법재판소법 제39조의 일사부재리에 위반된다’는 위 주장은 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소법 제39조는 ‘이미 심판을 거친 동일한 사건에 대해 다시 심판하지 못 한다’고 규정하고 있는데, 이를 일사부재리라고 한다. 이러한 일사부재리의 효력이 미친다고 하기 위해서는 선행사건과 후행사건이 ‘동일한 사건’임이 인정되어야 한다. 통상적으로 소송의 주체(소송당사자)가 동일할 뿐만 아니라, 소송의 객체(소송상 청구)가 동일할 때, ‘동일한 사건’이라고 보게 된다. 그런데 이 결정은 여기서 더 나아가 ‘선행사건의 심판유형과 후행사건의 심판유형이 동일할 것’까지 요구하고 있다. 그래서 만약 선행사건은 ‘(권리구제형) 헌법소원심판’인 데 반하여, 후행사건은 ‘위헌법률심판’이라 한다면, 일사부재리의 효력이 미치지 않는다고 한다.

## 256. 일사부재리 효력의 범위(2)

(현재 2006. 5. 25. 2003헌바115등)

### 〈쟁점〉

선행사건과 후행사건이 모두 위헌심사형 헌법소원심판이었는데, 청구인과 심판대상조항이 모두 동일하고 다만 헌법소원의 계기가 된 당해 소송사건만 상이한 경우 일사부재리의 효력이 미치는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소는 종전 사건(99헌바81등, 2002헌바17등)에서 이 사건 보상규정이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였으나, 청구인 정○택(2002헌바17등 사건의 청구인 정○택과 동일인이다)을 제외하고는, 종전 사건의 당사자들과 이 사건의 당사자들이 다르므로 동일사건이라고 할 수 없다. 그리고 청구인 정○택의 경우 종전 사건(2002헌바17등 사건)의 당해 사건은 충북 ○○읍 소재 ○○저수지에 대한 양식어업면허기간 연장 불허가에 관한 손실보상청구사건이고, 이 사건의 당해 사건은 충주호에 대한 양식어업면허기간 연장 불허가에 관한 손실보상청구사건이어서, 당해 사건의 내용이 다르므로 헌법재판소법 제39조의 동일사건이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 보상규정에 대한 심판청구는 헌법재판소법 제39조의 일사부재리의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2001. 6. 28. 2000헌바48

### 〈선정이유〉

현재 2001. 6. 28. 2000헌바48 결정에서 재판관 3인의 소수의견은 ‘선행사건과 후행사건이 청구인과 심판대상조항에 있어서 동일하고 다만 당해사건만 상이한 경우 일사부재리의 효력이 미치는 것으로 보아야 한다’는 입장이었지만, 당시 다수의견은 일사부재리에 관한 명시적 판단 없이 본안판단을 함으로써 사실상 위 소수의견의 견해에 동의하지 않았다. 여기에 소개된 현재 2006. 5. 25. 2003헌바115등 결정에서도 다수의견은 ‘설령 선행사건과 후행사건이 청구인과 심판대상조항이 모두 동일하더라도, 당해사건이 서로 다르다면 일사부재리의 효력이 미치지 않는다’는 취지로

명시적으로 판시함으로써 기준 입장을 재확인하였다.

## 257. 재심규정의 준용(1)

(현재 1992. 6. 26. 90헌아1)

### 〈쟁점〉

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구사건에서 선고된 헌법재판소 결정에 대하여 재심이 허용되는지 여부

### 〈결정요지〉

만약 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구사건에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여 재심에 의한 불복방법이 허용된다면, 종전에 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 또는 법률조항이 재심절차에 의하여 새로이 합헌결정되어 그 효력이 되살아나거나, 종래의 합헌결정이 후일 재심절차에 의하여 취소되고 새로이 위헌결정이 선고될 수 있다 할 것이다. 그러나 이러한 결과는 그 문제된 법률 또는 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 이루 말할 수 없는 커다란 혼란을 초래하거나 그 법적 생활에 대한 불안을 가져오게 할 수도 있다. 결국 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 않음으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소법은 헌법재판소의 심판절차에 대한 재심의 허용 여부에 대해 별도의 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만, 헌법재판소법 제40조 제1항 제1문에서는 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있으므로, 이를 매개로 민사소송법상의 재심에 관한 규정이 헌법소원심판절차에도 준용될 수 있는지가 문제된다. 여기에 소개된 현재 1992. 6. 26. 90헌아1 결정에서는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 경우 민사소송법상 재심규정이 준용될 수 있는지가 문제되었다. 이 유형의 헌법소원심판의 경우 심판대상인 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌결정이 있으면, 이는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하고, 그 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있은 날부터(단, 형별에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여) 그 효력을 상실한다(헌법재판소법 제75조 제6항, 제47조). 이에 비추어볼 때, 이 유형의 헌법소원심판에 대해 재심을 허용할 경우 그 파장은 통상적인 민사소송에 비해 훨씬 크리라는 것은 자명하다. 헌법재판소는 이러한 점을 고려해 ‘헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 경우에는 민사소송법상 재심규정이 준용될 수 없다’고 판단하였다.

## 258. 재심규정의 준용(2)

(현재 2001. 9. 27. 2001헌아3)

### 〈쟁점〉

(개별·구체적인) 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원심판절차에서 ‘판단유탈’을 이유로 한 재심이 허용되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 (개별·구체적인) 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원절차에서는, 그 결정의 효력이 원칙적으로 당사자에게만 미치기 때문에, 법령에 대한 헌법소원과는 달리, 일반법원의 재판과 같이 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심을 허용함이 상당하다고 할 것이다. 종래 헌법재판소는 ‘판단유탈’을 이유로 한 재심은 권리구제형 헌법소원의 성질에 반하여 허용되지 않는다고 판시한 바 있다. 그러나 만약 이러한 ‘판단유탈’이 재심사유로 허용되지 않는다고 본다면 중대한 사항에 대한 판단을 유탈함으로써 결정에 영향을 미쳤다고 하더라도 이 잘못은 영원히 시정할 길이 없게 된다. 더욱이 헌법재판소법 제71조 제1항 제4호에 따르면 같은 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 심판청구서에는 반드시 청구이유를 기재하도록 되어 있는데, 그 취지는 청구인의 청구이유에 대해 유탈함이 없이 판단할 것을 요구함에 있다 할 것이다. 이러한 점들을 고려할 때, (개별·구체적인) 공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원심판절차에서 ‘헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중대한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때’를 재심사유로 허용하는 것이 헌법재판의 성질에 반한다고 볼 수는 없다. 결국 이 유형의 헌법소원심판에는 민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 ‘판단유탈’을 이유로 한 재심을 허용할 수 있다고 하겠다.

### 〈참고판례〉

현재 2016. 5. 26. 2015헌아20(정당해산결정에 대한 재심 허용): 정당해산심판은 원칙적으로 해당 정당에게만 그 효력이 미치며, 정당해산결정은 대체정당이나 유사정당의 설립까지 금지하는 효력을 가지므로 오류가 드러난 결정을 바로잡지 못한다면 장래 세대의 정치적 의사결정에까지 부당한 제약을 초래할 수 있다. 따라서 정당해산심판절차에서는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익보다 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익이 더 크므로 재심을 허용하여야 한다. 한편, 이 재심절차에서는 원칙적으로 민사소송법의 재심에 관한 규정이 준용된다.

### 〈선정이유〉

개별구체적인 공권력작용에 대한 이른바 권리구제형 헌법소원의 경우에는, 법령에 대한 헌법소원과는 달리, 민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 ‘판단유탈’을 이유로 한 재심을 허용할 수 있다고 본 결정이다.

## 259. 가처분조항의 준용

(현재 2000. 12. 8. 2000헌사471)

### 〈쟁점〉

헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판에서 가처분이 허용되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정(같은 법 제57조 및 제65조)을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에 있어서도 가처분이 허용되는가에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위 두 심판절차 이외에 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에 있어서도 가처분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가처분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 위 헌법소원심판청구사건에서도 가처분이 허용된다고 할 것이다. 그러므로 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사소송법 제714조의 가처분규정에 비추어 볼 때, 이와 같은 가처분결정은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가처분을 인용할 수 있는 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법소원심판 사건과 관련하여 민사소송법상 가처분 규정 내지 행정소송법상 집행정지에 관한 규정을 준용하여 가처분을 할 수 있다고 본 결정이다.

## 제2절 위헌법률심판

## 260. 위헌법률심판의 대상으로서 관습법

(현재 2013. 2. 28. 2009헌바129)

### 〈쟁점〉

호주가 사망한 경우 딸에게 분재청구권을 인정하지 아니한 구 관습법이 위헌법률심판의 대상이 되는지 여부

### 〈결정요지〉

법률과 동일한 효력을 갖는 조약 등을 위헌법률심판의 대상으로 삼는 것은 헌법을 최고규범으로

하는 법질서의 통일성과 법적 안정성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 합헌적인 법률에 의한 재판을 가능하게 하여 궁극적으로는 국민의 기본권 보장에 기여할 수 있다. 그런데 이 사건 관습법은 민법 시행 이전에 상속을 규율하는 법률이 없는 상황에서 재산상속에 관하여 적용된 규범으로서 비록 형식적 의미의 법률은 아니지만 실질적으로는 법률과 같은 효력을 갖는 것이므로 위헌법률심판의 대상이 된다.

### 〈참고판례〉

현재 2020. 10. 29. 2017헌바208: 분묘기지권에 관한 관습법 중 “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있다.”는 부분 및 “분묘기지권의 존속기간에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다.”는 부분이 헌법소원심판의 대상에 해당한다고 본 결정이다.

반면, 대법원은 관습법이 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상에 해당하지 않는다는 입장이다(대법원 2009. 5. 28.자 2007카기134 결정).

### 〈선정이유〉

관습법이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 된다고 본 결정인데, 이러한 판단은 위헌법률심판에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 이는 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 실질적으로 법률과 같은 효력을 갖는 규범도 위헌법률심판의 대상이 된다는 종래 헌법재판소의 판단과 같은 맥락에 있다.

## 261. [ 위헌심판제청 후의 사정변경과 재판의 전제성 ]

(현재 2000. 7. 20. 99헌가7등)

### 〈쟁점〉

당해 소송의 당사자가 소취하 등으로 당해 소송절차를 종료시키거나 소의 이익이 소멸되어 당해 소송이 각하될 수밖에 없는 경우에는 재판의 전제성을 요건으로 하는 구체적 규범통제의 본질상 위헌법률심판절차는 무의미해지므로, 헌법재판소는 위헌제청에 대해서 부적법 각하결정하여야 하지만 예외적으로 위헌심판 본안판단에 나아가는 경우는 전혀 존재하지 않는 것인지가 문제된다.

### 〈결정요지〉

헌법재판소는 「심리기간중 사태진행으로 소의 이익이 소멸되었더라도 헌법재판소로서는 제청당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 위헌여부에 대한 판단을 할 수 있다」고 판시하고 있는 것이다. 다만 이 경우에 심판청구가 적법하려면 위헌법률심판제청 당시 재판의 전제성을 갖춘 경우이어야 한다.

### 〈참고판례〉

사정변경과 재판의 전제성(현재 2006. 11. 30. 2005헌바55)

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 재판의 전제성이 제청 이후의 사정변경으로 소멸한 경우에도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 그 위헌제청의 적법성을 인정할 수 있다고 보았다는 점에서 일응 타당하고 의미 있는 결정이다.

## 262. 위헌법률심판의 심사기준

(현재 2003. 12. 18. 2002헌마593등)

### 〈쟁점〉

위헌법률심판절차는 법률(법률조항)이 헌법에 위반되는지 여부가 문제되는 객관소송의 헌법의 모든 규정이 법률의 합헌성 심사의 기준이 될 수 있다고 할 것인데 여기에 헌법의 기본원리나 기본원칙, 관습헌법 등도 포함되는 것인지가 문제된다.

### 〈결정요지〉

헌법재판소는 「일반적으로 헌법상 명문규정 뿐만 아니라 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 헌법원칙과 관습헌법의 경우도 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다」고 일관되게 판시하고 있다.

### 〈선정이유〉

당해 소송의 당사자들에게 주관적 공권으로서의 기본권을 보장하는 헌법규정에 그 심사기준이 국한되지 아니한다. 그리고 여기서 말하는 '헌법'은 헌법전에 포함된 개별규정들만을 의미하는 것이 아니라 개별 규정들의 근저에 있는 헌법의 일반 원칙·원리나 근본결단을 포함하는 개념이라는 점을 선언한 판례라는 점에서 의미있는 결정이다.

## 제3절 탄핵심판

## 263. 탄핵소추사유

제3편 국가조직(입법부) 참조

## 264. 탄핵소추와 적법절차

(현재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

### 〈쟁점〉

탄핵소추절차에서 적법절차원칙의 적용 여부

### 〈결정요지〉

국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 의하여 사인으로서의 대통령의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것이다. 따라서 국가기관이 국민과의 관계에서 공권력을 행사함에 있어서 준수해야 할 법원칙으로서 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추 절차에는 직접 적용할 수 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

탄핵소추절차에서 적법절차원칙의 적용 여부를 판단한 결정이다.

## 265. 탄핵소추된 법관의 임기만료 효과

(현재 2021. 10. 28. 2021헌나1)

### 〈쟁점〉

헌법재판소의 탄핵심판 계속 중 피청구인이 임기만료로 퇴직한 경우, 탄핵심판청구가 적법한지 여부

### 〈결정요지〉

#### 1. 탄핵심판의 이익 인정 여부

(1) 탄핵심판에서 파면결정을 할 권한이 헌법재판소에 부여되어 있지만, 이 권한은 헌법과 법률이 정한 요건과 절차에 따라 법적 책임을 추궁하는 것이므로, 그 요건과 절차를 벗어날 수 없다. 피청구인에 대한 파면결정을 통해 법치주의를 수호하는 것은 탄핵심판의 목적원리이지만, 이를 추구함에 있어 헌법과 법률이 정해놓은 요건과 절차를 준수하여 탄핵심판절차의 안정성을 확보하고 피청구인의 방어권을 보장해야 한다는 ‘법치주의의 절차적·도구적 견제’로부터 자유로울 수 없다. 헌법 제65조 제4항 전문은 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다.”라고 규정하고, 헌법재판소법 제53조 제1항도 “피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”라고 규정함으로써, 탄핵심판이 피청구인을 해당 공직에서 파면할 것인지 여부를 판단하는 절차임을 명확히 하고 있다. 탄핵심판의 이익이란 탄핵심판청구가 이유 있는 경우에 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고할 수 있는 가능성을 상정하여 탄핵심판의 본안심리에 들어가 그 심리를 계속할 이익이다. 이것은 본안판단에 나아가는 것이 탄핵심판절차의 목적에 기여할 수 있는지 여부에 관한 문제이다. 이를 통해 무익한 탄핵심판절차의 진행이 통제되고, 탄핵심판권 행사의 범위와 한계가 설정된다.

탄핵심판절차는 파면결정을 선고함으로써 헌법의 규범력을 확보하기 위한 수단이므로, 파면을 할 수 없어 목적 달성이 불가능하면 심판의 이익은 소멸한다.

(2) 탄핵심판의 이익이 있는지 여부의 판단은 헌법 및 헌법재판소법의 명문의 규정에 부합하여야 하고, 파면결정을 통하여 공직을 박탈함으로써 손상된 헌법질서를 회복하고, 피청구인에게 그 임기 동안 부여된 민주적 정당성을 임기 중에 박탈함으로써 헌법을 수호하고자 하는 탄핵심판절차의 목적과 기능의 관점에도 부합하여야 한다. 탄핵심판은 헌법의 규범력을 확보하기 위한 것이므로, 심판이익의 준부에 대한 판단까지 포함하여 그 결정의 내용이 기본권 보장이나 권리분립의 측면에서도 헌법질서에 부합할 것을 요구받는다.

(3) 헌법 제65조 제4항 전문과 헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법재판소가 탄핵결정을 선고할 때 피청구인이 ‘해당 공직’에 있음을 전제로 하고 있다. 헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제48조는 해당 공직의 범위를 한정적으로 나열하고 있는데, 이는 전직이 아닌 ‘현직’을 의미한다. 국회 법 제134조 제2항은 ‘탄핵소추의결서 송달 이후 사직이나 해임을 통한 탄핵심판 면탈을 방지’하고 있는데, 이 역시 해당 공직 보유가 탄핵심판에 따른 파면결정의 선결조건임을 방증한다. “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다.”라고 규정한 헌법 제65조 제4항 전문은 1948년 제정헌법 제47조로부터 현재까지 같은 내용으로 유지되어 왔다. 1948년 제헌 당시의 국회속기록에 따르면, 헌법 제정권자는 ‘대통령 등 일정한 고위공직자는 그 직을 유지한 채 민·형사재판을 받기 어렵고, 그 직을 유지한 채 징계하는 것도 부적절하기 때문’에 해당 공직에서 물러나게 하느냐 또는 마느냐를 결정하는 것이 탄핵제도의 본질이라고 인식하고 있었다.

(4) 헌법 제65조는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법·법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 방지하는 기능을 하며, 국민으로부터 국가권력을 위임받은 국가기관이 권한을 남용하여 헌법을 위반하는 경우 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 이러한 공직박탈은 국회의 탄핵소추절차와 헌법재판소의 탄핵심판절차를 통해 단계적으로 구현된다. 탄핵소추절차는 국가기관 사이의 권리분립원칙에 따른 견제의 성격을 가진다. 반면 탄핵심판절차는 ‘사법절차’에 의하여 ‘법치주의’에 따라 파면하는 결정을 선고하는 ‘규범적 심판절차’이다.

(5) 모든 국가기관은 국민으로부터 직·간접적으로 민주적 정당성을 부여받아 구성되어야 하고, 이러한 민주적 정당성은 국가기관의 권한 행사의 원천이 된다. 국가기관에 임기를 두는 것은 민주주의원리를 구현하기 위해 민주적 정당성을 부여하는 데에 일정한 주기를 둠과 동시에 그 임기 동안 대의제에 따른 독자적 직무수행을 보장하는 기능을 한다. 헌법에서 법관에 대하여 임기를 둔 취지도 같다. 법관 임기제에 관한 현행 헌법은 1948년 제정헌법에서 유래하였다. 1948년 제헌 당시 국회속기록에 따르면, 헌법제정권자는 ‘법관은 임기 10년 동안 신분을 보장받음’과 동시에, ‘그 10년이 지나면 임기만료와 연임제도를 통해 사법의 책임을 달성함’으로써, 법관 임기제를 통해 “일종의 청신한 민주주의의 공기를 불어넣어보려고 한 것”임을 확인할 수 있다. 즉, 법관 임기제는 사법의 독립성과 책임성의 조화를 위해 법관의 민주적 정당성을 소멸시키는 ‘일상적 수단’이다. 반면, 법치주의의 특별한 보장자로서 국회와 헌법재판소가 역할을 분담하는 탄핵제도는 고위공직자에게 부여된 민주적 정당성을 박탈함으로써 헌법을 수호하는 ‘비상적 수단’이다.

(6) 앞서 본 바와 같이 헌법과 헌법재판소법 등에 의하면, 탄핵심판의 이익을 인정하기 위해서는 탄핵결정 선고 당시까지 피청구인이 ‘해당 공직을 보유하는 것’이 필요하다. 그런데, 이 사건에서, 국회는 2021. 2. 4. 피청구인에 대한 탄핵소추를 의결한 후 같은 날 헌법재판소에 탄핵심판청구를 하였고, 피청구인은 2021. 2. 28. 임기만료로 2021. 3. 1. 법관의 직에서 퇴직하여 더 이상 해당 공직을 보유하지 않게 되었다. 피청구인이 임기만료 퇴직으로 법관직을 상실함에 따라 본안심리를

마친다 해도 파면결정이 불가능해졌으므로, 공직 박탈의 관점에서 심판의 이익을 인정할 수 없다. 임기만료라는 일상적 수단으로 민주적 정당성이 상실되었으므로, 민주적 정당성의 박탈의 관점에서 도, 탄핵이라는 비상적인 수단의 역할 관점에서도 심판의 이익을 인정할 수 없다. 결국 이 사건 심판청구는 탄핵심판의 이익이 인정되지 아니하여 부적법하므로 각하해야 한다.

## 2. 탄핵심판이익에 관한 청구인의 주장에 대한 판단

(1) 헌법재판소법 제54조 제2항이 파면결정의 효력으로 5년간 공직 취임 제한을 규정하고 있으므로, 임기만료 퇴직의 경우에도 공직 취임 제한의 효력을 미치기 위해 탄핵심판의 이익을 인정해야 한다고 주장한다. 탄핵결정에 의한 파면의 부수적 효력인 공직 취임 제한은 헌법이 아닌 법률에 규정되어 왔고, 그 내용에도 몇 차례 변화가 있었던 점을 종합하면, 이 효력은 헌법상 탄핵제도의 본질에서 당연히 도출되는 것이 아니다. 파면결정에 따른 공직 취임 제한은 공무담임권을 제한하므로 소급입법에 의한 참정권 제한을 금지하는 헌법 제13조 제2항의 적용영역에 있고, 그 제재의 내용은 형법상 자격정지의 형벌에 준하는 의미를 가지고 있으므로, 엄격히 해석·적용되어야 한다. 헌법재판소법 제53조 제1항에서 정한 ‘해당 공직에서 파면하는 결정’을 ‘임기만료로 퇴직하여 해당 공직에 있지 않은 사람’에 대하여도 할 수 있도록 유추해석하거나, 헌법재판소법 제54조 제2항에서 정한 ‘탄핵결정으로 파면된 사람에 대한 공직 취임 제한’을 ‘임기만료로 퇴직한 사람에게 파면사유가 있었던 것으로 확인되는 경우’에까지 적용되도록 유추해석하는 것은, 그 문언해석의 한계를 넘어 공무담임권을 부당하게 박탈하는 것이므로, 이 부분 청구인의 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 파면되었을 때 심판청구를 기각하여야 한다는 헌법재판소법 제53조 제2항을 고려할 때, 피청구인이 해당 공직에 있지 않은 것은 탄핵심판청구를 부적법하게 하지 않는다고 주장한다. 임기만료 퇴직은 법적으로 당연히 이루어지므로, 징계처분에 의한 파면과 같은 공무원 신분의 박탈과 다르다. 헌법 제106조 제1항, 법원조직법 제46조 제1항, 법관징계법 제3조 제1항에 의하면 법관이 징계처분에 의하여 파면될 가능성은 없다. 따라서, 헌법재판소의 결정 선고 전 법관이 임기만료로 퇴직한 경우에는 헌법재판소법 제53조 제2항이 적용되지 않으므로, 이 사건에 적용되지 않는 위 조항에 대한 해석을 바탕으로 한 이 부분 청구인의 주장은 이유 없다.

(3) 탄핵심판 계속 중 피청구인이 임기만료로 퇴직한 경우에도 탄핵사유의 유무를 객관적으로 확인하기 위해 탄핵심판의 이익을 인정해야 한다고 주장한다.

기속력은 헌법재판이 지니는 헌법수호라는 객관적 목적의 실현을 보장하기 위해 소송당사자에게 미치는 실질적 확정력을 넘어 법원을 포함하여 모든 국가기관에까지 그 구속력을 확장한 것이다. 헌법재판소는 ‘위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판’의 경우 재판의 전제성이나 주관적 권리보호이익이 없는 경우 또는 권한침해 상태가 종료된 이후에도 예외적으로 헌법질서의 수호·유지를 위해 심판의 이익을 인정하여 본안판단에 나아간다. 이것은 위 절차들의 일정한 결정에 헌법재판소법 규정에 의한 ‘기속력’이 인정되기 때문이다(헌법재판소법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항, 제6항). 기속력 있는 인용결정의 가능성을 상정하여 본안판단에 앞서 심판의 이익을 인정하는 것이므로, 본안심리 결과 기각결정이 선고될 수 있다는 이유로 기속력과 심판의 이익의 관련성을 부정할 수 없다. 반면, ‘탄핵심판절차’는 헌법질서나 법질서의 객관적·합일적 확정을 목적으로 하는 것이 아니라 피청구인에 관한 국회의 파면 요구에 대하여 개별적으로 판단하는 절차로서 그 구속력을 확장할 것이 필연적으로 요구되지 않는다. 이에 헌법재판소법은 탄핵심판의 결정에 기속력을 부여하고 있지 않고 있다. 기속력과 심판의 이익의 관련성에서 볼 때, 파면결정을 통한 해당 공직 박탈이 불가능한 상황에서 예외적 심판의 이익을 인정하여 탄핵사유의 유무만을 확인하는 결

정을 상정하기 어렵다.

개인의 위법행위에 대하여 법적 제재를 부과하여 책임을 묻는 절차에서는 그 행위의 법 위반 여부와 상관없이 행위 주체에게 책임을 물을 수 없는 사유가 인정될 경우 행위의 법 위반 여부만을 별도로 확인하는 심판을 하지 않는 것이 일반적이다. 형사소송법에 규정된 면소판결 및 공소기각의 판결과 결정이 그러하다. 특히 헌법재판소는 대통령에 대한 2건의 탄핵심판 선례에서, 두 사건 모두 피청구인에게 직무집행상 위헌·위법행위가 있었음을 인정하면서도, ‘심판청구기각’ 또는 ‘파면’ 이란 단일주문을 선고하였을 뿐, 위헌·위법확인 여부만을 독립적으로 선고하지 않았다. 만일 헌법재판소가 ‘파면 여부’와 상관없이 오로지 탄핵사유의 유무에 대한 객관적 해명만을 목적으로 ‘직무집행상 중대한 위헌·위법이 있는지 여부’를 심리하여 그에 대한 위헌·위법 확인결정을 한다면, 이는 실질적으로 국회의 탄핵소추의결이 그 실체적 요건을 갖추었는지에 대하여 판단하여 결정하는 것이 되어버린다. 즉, 국회의 의결로써 피청구인의 권한 행사를 정지한 것이 적법하였는지에 대해서만 판단하는 것이 되어버려 권한쟁의심판과 같은 내용이 되는데, 이것은 현행 헌법과 헌법재판소법의 체계상 허용된다고 보기 어렵다.

이러한 점을 종합할 때, 파면 여부와 상관없이 오로지 탄핵사유의 유무를 확인하기 위한 심판의 이익은 인정되지 않으므로, 이 부분 청구인의 주장도 이유 없다.

### 〈선정이유〉

헌정사상 최초로 법관이 탄핵소추된 사건이었다. 다만, 법관이 임기만료로 퇴직한 상황에서, 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 본안 판단으로 나아갈 것인가가 문제로 제기되었는데, 다른 심판사건과는 달리, 탄핵 사건에서는 심판의 이익을 인정하는 데 소극적인 모습을 보인 결정이다.

## 제4절 정당해산심판

### 266. 정당해산심판의 의의와 기능, 정당해산 사유

제1편 헌법총론(헌법의 기본원리) 참조

### 267. 정당해산심판에서 가처분의 허용과 정당활동의 자유

(현재 2014. 2. 27. 2014헌마7)

### 〈쟁점〉

정당해산심판에서 가처분을 허용하는 헌법재판소법 제57조가 정당활동의 자유를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

가처분조항은 정당해산심판이 갖는 헌법보호라는 측면에 비추어 그 필요성이 인정되므로 입법목

적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다. 또한 가처분 결정이 인용되려면 인용요건이 충족되어야 하고, 그 인용범위도 종국결정의 실효성을 확보하고 헌법질서를 보호하기 위해 필요한 범위 내로 한정되며, 인용 시 종국결정 선고 시까지만 정당의 활동을 정지시키므로 기본권 제한 범위가 광범위하다고 볼 수 없다. 나아가 가처분과 동등하거나 유사한 효과가 있는 보다 덜 침해적인 사후적 수단이 존재한다고 볼 수도 없으므로 침해최소성의 요건도 충족한다. 아울러 정당해산심판의 실효성 확보 및 헌법질서의 유지 및 수호라는 공익은 정당해산심판의 종국결정 시까지 잠정적으로 제한되는 정당활동의 자유에 비하여 결코 작다고 볼 수 없으므로 법익균형성요건도 충족하였다. 따라서 가처분조항은 정당활동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

정당해산심판에 앞서 정당활동을 제약하는 가처분결정이 정당해산제도의 취지에 반하여 정당활동의 자유를 침해하는지 여부에 관하여 설시한 결정이다.

## 268. 정당해산심판절차에서 민사소송법의 준용

(현재 2014. 2. 27. 2014헌마7)

### 〈쟁점〉

정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부

### 〈결정요지〉

준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행규정을 보완하고 원활한 심판절차진행을 도모하기 위한 조항으로, 그 절차보완적 기능에 비추어 볼 때 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 또한 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하여 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단할 수 있으므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

형사재판과 유사한 정당해산심판절차의 특수성에 비추어 탄핵심판절차와 같이 형사소송법을 함께 준용하는 것이 필요하다는 지적에 대한 헌법재판소의 판단이다.

## 제5절 권한쟁의심판

### 269. 권한쟁의심판의 당사자능력(1)

(현재 1997. 7. 16. 96헌라2)

#### 〈쟁점〉

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관들을 한정적으로 열거한 규정인지 아니면 예시한 규정인지 여부

#### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에서 비록 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판을 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호 간의 권한쟁의심판’이라고 규정하고 있다고 할지라도, 이 조항의 문언에 얹매여 이들 기관 외에는 ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수는 없다. ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’은 헌법상의 국가기관들 간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고, 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우 헌법재판소가 헌법해석을 통해 그 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력 간의 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도이다. 따라서 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’에서 말하는 ‘국가기관’에 해당하는지를 판별함에 있어서는 ① 해당 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고, 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, ② 헌법에 의해 설치된 국가기관 상호 간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 청구인인 국회의원은 헌법 제41조 제1항에 따라 선거에 의하여 선출하도록 되어 있는 점에서 헌법상의 국가기관에 해당하고, 헌법과 법률에 의해 법률안 제출권, 법률안 심의·표결권 등 여러 가지 독자적 권한을 부여받고 있으며, 피청구인인 국회의장도 헌법 제48조에 따라 국회에서 선출되는 헌법상 국가기관으로서, 헌법과 법률에 의하여 국회를 대표하고 의사 정리, 질서 유지 및 사무 감독 등의 권한을 행사하게 되어 있다. 따라서 국회의원과 국회의장 사이에 권한의 존부 및 범위와 행사를 둘러싸고 생긴 분쟁은, 서로 별개인 헌법상 국가기관들 사이에서의 권한 분쟁이라 할 것인데, 이러한 분쟁은 행정소송법상의 기관소송으로는 해결할 수 없고, 권한쟁의심판 이외에 달리 해결할 적당한 기관이나 방법도 없으므로, 국회의원과 국회의장은 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’의 당사자가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’의 당사자가 될 수 있는 국가기관을 예시한 규정에 불과하다는 것과, 이 유형의 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로 인정되기 위한 요건들에 관해 판시하고, 국회의원과 국회의장이 이 요건들을 충족하여 ‘국가기관 상호 간의 권한쟁의심판’의 당사자능력을 가진다고 본 결정이다.

## 270. 권리쟁의심판의 당사자능력(2)

(현재 2010. 10. 28. 2009헌라6)

### 〈쟁점〉

법률에 의해 설치된 국가기관인 국가인권위원회에게 ‘국가기관 상호 간의 권리쟁의심판’의 당사자능력이 인정되는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관 상호 간’의 권리쟁의심판에서 당사자가 될 수 있는 국가기관인지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고, 헌법과 법률에 의해 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호 간의 권리쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다. 국가인권위원회는 국가인권위원회법에 의하여 비로소 설립되고 국회의 입법행위에 의하여 그 존폐 및 권한 범위 등이 좌우될 수 있는 국가기관이라는 점에서, ‘헌법에 설치근거를 둔 국가기관’에 해당하지 않는다. ‘국가기관 상호 간의 권리쟁의심판’의 당사자능력은 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 한정하여 인정함이 타당하므로, 결국 국가인권위원회에게는 이러한 권리쟁의심판의 당사자능력이 부정되어야 한다.

### 〈참고판례〉

유사한 논리로 ‘국가기관 상호 간의 권리쟁의심판’의 당사자능력이 부정된 기관으로는, 교섭단체(현재 2020. 5. 27. 2019헌라6등), 국회의 소위원회 및 그 위원장(현재 2020. 5. 27. 2019헌라4), 국가경찰위원회(현재 2022. 12. 22. 2022헌라5) 등이 있다.

### 〈선정이유〉

국가인권위원회와 같이 오로지 법률에 설치근거를 둔 국가기관은 ‘국가기관 상호 간의’ 권리쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다고 판시한 결정이다.

## 271. 권리쟁의심판의 당사자능력(3)

(현재 2010. 4. 29. 2009헌라11)

### 〈쟁점〉

지방의회 의원과 지방의회 의장 사이의 권리분쟁에 관한 권리쟁의심판청구의 적법 여부

### 〈결정요지〉

헌법 제111조 제1항 제4호는 ‘지방자치단체 상호 간’의 권리쟁의심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 이를 구체화하여 헌법재판소가 관장하는

지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판의 종류를, ① 특별시·광역시 또는 도 상호 간의 권한쟁의심판, ② 시·군 또는 자치구 상호 간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판 등으로 구체화하고 있으며, 이들 규정에서 ‘상호 간’은 ‘서로 상이한 권리주체 간’을 의미한다고 할 것이다. 그러므로 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법 및 헌법재판소법에 의하여 헌법재판소가 관장하는 ‘지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판’의 범위에 속한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

‘지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판’에서 당사자능력은 ‘서로 상이한 권리주체’로서의 지방자치단체에게 있는 것이지, 그 내부 기관에 불과한 지방의회 의원이나 지방의회 의장에게 있지 아니하다. 그런 견지에서 이 결정은 지방의회 의원이 지방의회 의장을 상대로 제기한 권한쟁의심판청구가 부적법하다고 보았다.

## 272. 권한쟁의심판의 당사자능력(4)

(현재 2006. 8. 31. 2003헌라1)

### 〈쟁점〉

지방자치단체의 장이 국가위임 사무를 처리하는 지위에 있다면, 그러한 한에서 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

권한쟁의심판을 청구할 수 있는 자에 대하여는 헌법과 헌법재판소법이 정하고 있는바, 헌법 제111조 제1항 제4호는 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판에 관하여 정하고 있으며, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판 종류로 가. 특별시·광역시 또는 도 상호 간의 권한쟁의심판, 나. 시·군 또는 자치구 상호 간의 권한쟁의심판, 다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판만을 정하고 있다. 따라서 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다. 다만 ○○ 주식회사에 대한 피청구인 순천시장의 과세처분이 국가위임 사무에 해당하고 피청구인 순천시장이 국가기관의 지위에서 이 사건 세금에 대한 부과처분을 한 것이라면, 이것은 지방자치단체와 국가기관 사이에 발생한 권한의 다툼으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 피청구인 순천시장의 ○○ 주식회사에 대한 세금 부과는 아래에서 보는 바와 같이 국가사무가 아닌 지방자치단체의 권한에 속하는 사항으로, 피청구인 순천시장은 지방자치법 제92조와 제94조에 따라 지방자치단체사무의 집행기관으로서 위 부과처분을 한 것에 불과하므로 지방자치단체 기관의 권한쟁의 심판청구를 허용하고 있지 않은 현행법 하에서는 당사자능력이 없다.

### 〈참고판례〉

현재 1999. 7. 22. 98헌라4

### 〈선정이유〉

선례인 현재 1999. 7. 22. 98헌라4 결정은, 경기도지사가 재결청으로서 행정심판법 제37조 제2항에 따른 직접처분을 한 데 대하여, 성남시가 그로 인해 자신의 권한이 침해되었다며 권한쟁의심판을 청구한 사건에 관한 것이었다. 헌법재판소는 그 적법성을 인정하였는데, 그 근거는 경기도지사가 ‘재결청으로서 사무를 처리한 한에서 일종의 국가기관’의 지위에 있다고 할 수 있고, 따라서 성남시가 경기도지사를 상대로 청구한 권한쟁의심판은 ‘지방자치단체와 국가기관 간의 권한쟁의심판’으로 볼 수 있다는 것이다.

여기에서 소개된 판례는 이러한 선례의 입장을 재확인하여, 지방자치단체의 장이 국가위임사무를 처리하여 일종의 국가기관의 지위에 있다고 볼 수 있는 한에서 ‘지방자치단체와 국가기관 간의 권한쟁의심판’의 당사자능력이 인정될 수 있다고 하였다. 다만, 실제 사실관계는 지방자치단체의 장(순천시장)이 국가사무가 아니라, 원래 지방자치단체의 권한에 속하는 사항을 처리한 데 불과한 경우였다. 그래서 해당 지방자치단체의 장(순천시장)이 일종의 국가기관의 지위에 있는 것으로 간주될 수 없었고, 따라서 권한쟁의심판의 당사자능력도 부정되기에 이른 것이다.

## 273. 권리쟁의심판의 대상적격(1)

(현재 2006. 5. 25. 2005헌라4)

### 〈쟁점〉

국회의 법률제정행위가 권리쟁의심판의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제61조 제2항에 따라 권리쟁의심판을 청구하려면, 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다. 여기서의 처분은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 권리쟁의심판의 ‘처분’을 이와 같이 이해한다면, 이 사건의 경우와 같이 법률에 대한 권리쟁의심판도 허용된다고 봄이 일반적이다. 다만 권리쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권리쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

권리쟁의심판의 대상으로서의 ‘처분’ 개념은 행정처분뿐만 아니라 입법·사법·행정작용을 포함한 광의의 ‘공권력처분’을 가리키는바, ‘법률의 제정행위’도 그런 의미의 ‘처분’에 해당하므로, 권리쟁의심판의 대상적격을 가진다고 본 결정이다.

## 274. 권한쟁의심판의 대상적격(2)

(현재 2005. 12. 22. 2004헌라3)

### 〈쟁점〉

정부의 법률안 제출행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제61조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가 기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 제2 항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청 구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로 권한쟁의심판을 청구하려면 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다. 여기서 ‘처분’이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 ‘처분’이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 허용되지 않는다. 정부가 법률안을 제출하였다 하더라도 그것이 법률로 성립되기 위해서는 국회의 많은 절차를 거쳐야 하고, 법률안을 받아들일지 여부는 전적으로 헌법상 입법권을 독점하고 있는 의회의 권한이다. 따라서 정부가 법률안을 제출하는 행위는 입법을 위한 하나의 사전 준비행위에 불과하고, 권한쟁의심판의 독자적 대상이 되기 위한 법적 중요성을 지닌 행위로 볼 수 없다. 그렇다면 피청구인 정부가 2004. 11. 12. 자치법안과 교부금법안을 제250회 국회(정기회)에 제출한 행위를 다투는 심판청구 부분은 부적법하다.

### 〈선정이유〉

권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 ‘처분’이란 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 있는(다시 말해, 권한쟁의심판의 당사자능력이 있는 주체의 권한에 대한 침해가능성이 있는) 그런 법적 중요성이 있는 행위를 말하는데, ‘정부의 법률안 제출’은 국회의 입법을 위한 일종의 사전 준비행위에 불과할 뿐, 이와 같은 의미의 ‘처분’에 해당한다고는 볼 수 없으므로 권한쟁의심판의 대상적격이 인정되지 않는다고 본 결정이다.

## 275. 권한쟁의심판의 대상적격(3)

(현재 2018. 7. 26. 2015헌라4)

### 〈쟁점〉

단순한 업무협조 요청이나 견해의 표명, 상호 협력 차원에서 조언·권고한 것이 권한쟁의심판의 대상적격을 가지는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제61조 제2항에 따라 권한쟁의심판을 청구하려면 먼저 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 위험이 있는 피청구인의 ‘처분’ 또는 ‘부작위’가 존재하여야 한다. 여기서 ‘처분’은 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 ‘처분’이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 협용되지 않는다. 따라서 단순한 업무협조 요청이나 견해의 표명, 상호 협력 차원에서 조언·권고한 것은 법적 구속력이 있으므로 권한쟁의심판의 대상이 되는 ‘처분’이라 할 수 없다. 보건복지부장관이 광역지방자치단체의 장에게 ‘지방자치단체 유사·중복 사회보장사업 정비지침’에 따라 정비를 추진하고 정비계획(실적) 등을 제출해 주기 바란다는 취지의 통보를 한 행위는, 유사·중복 사회보장사업 정비라는 행정목적 달성을 위해 지방자치단체의 임의적·자발적 협력을 기대하고 한 행위로서, 각 지방자치단체의 실정이나 여건이 혀락하는 한 이 사건 정비지침에 따라 선정된 지방자치단체 사업을 정비하는 것이 좋겠다는 보건복지부의 업무협조 요청에 불과하다. 따라서 청구인들은 이 사건 통보행위로 인하여 헌법상·법률상 보장된 권리들이 박탈되거나 권리행사에 제약을 받는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 통보행위는 권한쟁의심판의 대상이 되는 ‘처분’이라고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

법적 구속력이 없는 단순한 업무협조 요청이나 견해의 표명, 상호 협력 차원에서 한 조언·권고 등은 권리침해가능성이 없어 권리행사의 대상적격이 없다고 본 결정이다.

## 276. 권리행사의 대상적격(4)

(현재 2003. 10. 30. 2002헌라1)

### 〈쟁점〉

국회의장이 국회의원을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위(이하 ‘이 사건 사·보임행위’)가 권리행사의 대상이 되는지 여부

### 〈결정요지〉

국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있다. 그러나 이 사건은 국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인의 헌법 및 법률상 보장된 법률안 심의·표결권을 침해하였다는 이유로 권리행사의 대상이 되는지 여부에 대한 문제라고 할 수 없다. 따라서 청구인의 상임위원 신분의 변경을 가져온 피청구인의 이 사건 사·보임 결재행위는 권리행사의 대상이 되는 처분이라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

국회의장이 개별 국회의원의 의사에 반하여 특정한 상임위원회에 사·보임한 행위는 권리행사의 대상적격을 가진다고 본 결정이다.

## 277. 권한쟁의심판의 대상적격(5)

(현재 1998. 6. 25. 94헌라1)

### 〈쟁점〉

단순한 채권채무관계에서 채무를 이행하지 아니한 부작위가 권한쟁의심판의 대상적격이 있는지 여부

### 〈결정요지〉

지방자치단체인 청구인이 국가기관인 피청구인을 상대로 권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호 간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어야 하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 한다. 이 사건 권한쟁의심판 청구의 요지는 ‘청구인은 국가기관인 포항지방해운항만청장의 요청에 따라 선박의 항행, 포항항광역개발사업 등에 필요하다는 사유로 이 사건 어업면허의 유효기간연장을 혀가하지 아니한 것이므로, 피청구인(대한민국 정부)은 수의자로서 불허가에 따른 손실보상금을 지급할 의무가 있을 뿐만 아니라, 불허가를 요청한 행정관청으로서 그 손실보상금을 지급할 의무가 있는데, 피청구인이 이를 다투면서 그 의무를 이행하지 않고 있고, 만일 피청구인이 그 의무를 이행하지 아니하여 청구인이 이를 부담하게 된다면 재정파탄에 이르게 되므로 그 손실보상금의 지급사무에 관한 권리가 청구인과 피청구인 중 누구에게 속하는가를 확정해 달라’는 것이다. 그런데 이 사건 분쟁의 본질은 이 사건 어업면허 유효기간연장 불허가 처분으로 인한 어업권자에 대한 손실보상금채무를 청구인이 부담하여야 하는가 아니면 기간연장에 동의하지 아니한 피청구인이 부담해야 하는가의 문제로서, 청구인이 주장하는 바와 같이 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라(손실보상금 지급권한이 처분을 행한 행정관청인 청구인에게 있음은 구 수산업법 제81조 제1항에 의하여 명백하다), 그 손실보상금채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과한 것으로 보인다. 그리고 가사 피청구인이 이 사건 불허가 처분으로 인한 손실보상금채무의 채무자로서 그 채무를 이행하지 않고 있다고 하더라도 피청구인이 그 채무를 이행하지 않는 것과 청구인이 그 채무를 이행하는 것과는 법률상 전혀 별개의 문제로 직접적인 관련이 있다고 할 수 없으므로, 청구인이 주장하는 피청구인의 부작위인 채무불이행이 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권리(권한)를 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에 해당한다고 할 수도 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 청구인이 피청구인을 상대로 권한쟁의 심판을 청구할 수 있는 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다.

### 〈선정이유〉

단순한 채권채무관계에서 채무를 이행하지 아니한 부작위는 권한침해가능성이 없어 권한쟁의심판의 대상적격이 인정되지 않는다고 본 결정이다.

## 278. 권한쟁의심판의 당사자적격(1)

(현재 2007. 7. 26. 2005헌라8)

### 〈쟁점〉

국회의 구성원인 국회의원이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하는 권리분쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권리분쟁의심판에 있어서 이른바 ‘제3자 소송담당’이 허용되는지 여부 및 국회의원의 심의·표결권이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게 권리분쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있으므로, 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’을 명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서는 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권리분쟁의심판을 청구할 수 없다. 한편, 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐, 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원들 상호 간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있을 뿐이고, 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권리분쟁의 침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. 따라서 피청구인인 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의원인 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다.

### 〈선정이유〉

대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준한 행위는 적어도 국회의 권한을 침해했을 가능성이 있는 점에서 권리분쟁의심판의 대상적격을 가진다고 할 것이다. 다만, 이 경우에 국회 자신이 아니라 국회의원이 권리분쟁의심판을 청구할 수 있는지, 다시 말해 국회의원이 그 조약의 체결·비준을 다투는 청구인적격을 가지는지가 문제된다. 이에 대해 헌법재판소는 두 가지 점에서 국회의원의 청구인적격이 부정되어야 한다고 보았다. 우선, 단지 국회의 부분기관에 불과한 국회의원이 국회의 권한이 침해되었음을 이유로 권리분쟁의심판을 청구하는 것은 일종의 ‘제3자 소송담당’에 해당한다고 할 수 있는데, 현행법상으로는 권리분쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’을 허용하는 법률규정이 없으므로, 이를 허용할 수 없다는 것이다. 다음으로, 국회의원의 자신의 심의·표결권이 침해되었음을 들어 권리분쟁의심판을 청구할 수 있는 것이 아닌가 하는 점에 대해서는, 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준한 행위로 인하여 직접적으로 침해되는 것은 ‘국회의 동의권’이지, 국회의 대내적인 관계에서 행사를하고 침해될 수 있을 뿐인 ‘국회의원의 심의·표결권’은 아니므로, 그런 점에서도 국회의원은 이 경우 권리분쟁의심판을 청구할 만한 지위에 있지 않다고 보았다.

## 279. 권리쟁의심판의 당사자적격(2)

(현재 2004. 9. 23. 2000헌라2)

### 〈쟁점〉

지방자치단체가 기관위임사무에 속하는 권한이 침해되었음을 들어 권리쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

지방자치법 제9조 제1항은 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.”고 규정하였다. 즉, 지방자치단체의 사무는 자치사무(고유사무)와 법령에 의하여 그 단체에 소속된 위임사무이다. 위임사무에는 단체위임사무와 기관위임사무가 있는 바, 기관위임사무란 국가 등이 지방자치단체의 장 기타의 기관에 대하여 위임한 사무이다. 기관위임사무는 국가의 사무가 지방자치단체의 장 등에게 위임된 것이므로 그 처리의 효과가 국가에 귀속되는 국가의 사무이다. 지방자치단체의 장 기타의 기관은 기관위임사무를 처리하는 범위 안에서는 지방자치단체의 기관이 아니고, 그 사무를 위임한 국가 등의 기관의 지위에 서게 된다. 지방자치단체가 권리쟁의심판을 청구하기 위해서는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한 즉, 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권리쟁의심판을 청구할 수 있다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 기관위임사무는 지방자치단체의 사무라고 할 수 없고, 지방자치단체의 장은 기관위임사무의 집행권한과 관련된 범위에서는 그 사무를 위임한 국가기관의 지위에 서게 될 뿐 지방자치단체의 기관이 아니다. 따라서 지방자치단체는 기관위임사무의 집행에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 권리분쟁을 이유로 기관위임사무를 집행하는 국가기관 또는 다른 지방자치단체의장을 상대로 권리쟁의심판청구를 할 수 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

기관위임사무는 지방자치단체 자신의 권한 범위에는 속하지 않는바, 설령 기관위임사무에 속하는 권한의 침해가 문제된다고 하더라도, 지방자치단체 자신의 권한의 침해와는 무관하므로, 해당 지방자치단체는 이를 다투기 위한 권리쟁의심판의 청구인적격이 없다고 본 결정이다.

## 280. 권리쟁의심판의 당사자적격(3)

(현재 2012. 7. 26. 2010헌라3)

### 〈쟁점〉

교육과학기술부장관의 ‘2011학년도 대학 및 산업대학 학생정원 조정계획’에 대하여 개별 지방자치단체가 권리쟁의심판을 청구할 수 있는 청구인적격을 가지는지 여부

### 〈결정요지〉

헌법은 제31조 제6항에서는 교육제도법률주의를 규정하고 있고, 그 중 사립대학의 설립, 운영 및 지도 등에 관한 사항은 고등교육법 및 동법 시행령, 사립학교법에서 자세히 규정하고 있는바, 위 각 법령에 의하면, 국가 외의 자가 학교를 설립하고자 하는 경우에는 교육과학기술부장관의 인가를 받도록 하고 있고(구 고등교육법 제4조 제2항), 공립학교나 사립학교의 설립자·경영자가 학교를 폐지하거나 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 교육과학기술부장관의 인가를 받도록 하고 있으며(구 고등교육법 제4조 제3항), 위와 같이 설립된 학교는 교육과학기술부장관의 지도·감독을 받아야 하고(구 고등교육법 제5조 제1항, 사립학교법 제4조 제3항), 대학의 학생 정원에 관한 사항은 대통령령이 정하는 범위 안에서 학칙으로 정하되(구 고등교육법 제32조), 학칙으로 모집단위별 입학정원을 정함에 있어서는 교육과학기술부장관이 정하는 사항을 따라야 하는데, 그 사항 중의 하나로 ‘수도권정비계획법 제18조 제3항의 규정에 의하여 총량규제가 적용되는 학교의 정원’이 포함되어 있다(고등교육법 시행령 제28조 제3항 제3호). 또한 지방자치법은 제9조에서 지방자치단체의 교육 관련 사무범위에 관하여 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면, ‘유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도’에 대해서는 이를 지방자치단체의 교육에 관한 자치사무로 정하면서도, ‘대학의 설치·운영·지도’에 관한 사항은 자치사무로 정하고 있지 아니하다(지방자치법 제9조 제1항, 제2항 제5호 가목). 위 각 법령규정의 내용을 종합하면, 청구인(경기도)의 학교 설치, 운영 및 지도에 관한 사무는 지역적 특성에 따라 달리 다루어야 할 필요성이 있는 사무로서 유아원부터 고등학교 및 이에 준하는 학교에 관한 사무에 한하여 이를 자치사무로 보아야 할 것이고, 대학의 설립 및 대학생정원 증원 등 운영에 관한 사무는 국가적 이익에 관한 것으로서 전국적인 통일을 기할 필요성이 있는 국가사무로 보아야 할 것이다. 그렇다면 사립대학의 신설이나 학생정원 증원은 국가사무이고 지방자치단체의 사무가 아니므로, 이 사건 수도권 사립대학 정원규제는 청구인(경기도)의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

고등교육법 및 같은 법 시행령, 사립학교법, 지방자치법의 관련 규정을 종합하면, 대학의 설립 및 대학생정원 증원 등 운영에 관한 사무는 국가적 이익에 관한 것으로서 전국적인 통일을 기할 필요성이 있는 국가사무라 할 것인바, 지방자치단체는 교육과학기술부장관의 ‘대학 및 산업대학 학생정원 조정계획’으로 인해 자신의 권한이 침해될 여지가 없으므로, 권한쟁의심판을 청구할 청구인 적격이 없다고 본 결정이다.

## 281. 권리쟁의심판의 당사자적격(4)

(현재 2009. 10. 29. 2009헌라8등)

### 〈쟁점〉

국회의장의 직무를 대리하여 법률안 가결선포행위를 한 국회부의장을 상대로 국회의원이 자신의 법률안 심의·표결권 침해를 이유로 권리쟁의심판을 청구한 경우 피청구인적격이 인정되는지 여부

### 〈결정요지〉

권한쟁의심판에 있어서는 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만 피청구인 적격을 가지므로, 권한쟁의심판청구는 이들 기관을 상대로 제기하여야 한다. 그런데 피청구인 국회의장은 헌법 제48조에 따라 국회에서 선출되는 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독할 지위에 있고, 이러한 지위에서 의안의 상정, 의안의 가결선포 등의 권한(국회법 제10조, 제110조, 제113조 등 참조)을 가지는 주체이므로 피청구인적격이 인정된다. 이와 달리, 피청구인 국회부의장은 국회의장의 위임에 따라 그 직무를 대리하여 법률안 가결선포행위를 할 수 있을 뿐(국회법 제12조 제1항 참조), 법률안 가결선포행위에 따른 법적 책임을 지는 주체가 될 수 없으므로 권한쟁의심판청구의 피청구인적격이 인정되지 아니한다. 따라서 피청구인 국회부의장에 대한 이 사건 심판청구는 피청구인적격이 인정되지 아니하는 자를 상대로 제기된 것으로 부적법하다.

### 〈선정이유〉

피청구인적격은 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관에게 인정되는바, 국회부의장은 국회의장과는 달리 그런 법적 책임을 지는 주체에 해당하지 않아 피청구인적격이 부정된다고 본 결정이다.

## 282. 권한쟁의심판의 당사자적격(5)

(현재 2010. 12. 28. 2008헌라7등)

### 〈쟁점〉

개별 상임위원회에서 일부 소속 상임위원들이 배제된 상태에서 상임위원회 전체회의를 개의하고 안건을 상정, 소위원회로 안건심사 회부를 한 것과 관련해 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구 할 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

청구인들은 ① 상임위원회 위원장이 위원회를 대표해서 의안을 심의하는 권한은 국회의장의 권한을 위임받은 것이고, ② 국회의장은 이 사건 당일 폭력사태에 대응하여 상임위원회 회의의 원만한 진행을 위한 질서유지조치를 취하지 아니한 부작위로도 청구인들의 권리침해하였으므로, 국회의장도 피청구인적격이 있다고 주장한다.

그러나 국회 상임위원회가 그 소관에 속하는 의안, 청원 등을 심사할 권리은, 국회의장이 안건을 상임위원회에 회부함으로써 부여되는 것이 아니라, 법률상 부여된 상임위원회의 고유한 권리이다(국회법 제36조, 제37조 참조). 따라서 상임위원회 위원장이 위원회를 대표해서 의안을 심사하는 권리이 국회의장으로부터 위임된 것임을 전제로 한 국회의장에 대한 이 사건 심판청구는 피청구인적격이 없는 자를 상대로 한 청구로서 부적법하다.

다음으로, 부작위에 의해 권리이 침해당하였다고 주장하는 권리쟁의심판청구는 피청구인에게 헌법상 또는 법률상 유래하는 작위의무가 있음에도 불구하고 피청구인이 그러한 의무를 다하지 아니

한 경우에 허용된다. 그런데 이 사건 당일 오전의 국회 외교통상통일위원회(이하 ‘외통위’) 폭력사태는 급작스럽게 벌어진 상황으로서, 당시 국회의장이 사태를 인식하고 그에 대처하여 외통위 차원을 넘어 국회 차원의 특별한 질서유지조치를 취할 것이 요구되는 상황이었다고는 인정하기 어렵다. 그러므로 이 사건 당시 국회의장에게 특별한 질서유지조치를 하여야 할 구체적 작위의무가 있었다는 것을 전제로 하여 국회의장의 피청구인적격이 있다는 주장은 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

개별 상임위원회 소속 상임위원들 중 일부가 그 상임위원회 회의장에 아직 입실하지 못한 상태에서 그 위원장이 회의장 주변의 소요사태를 이유로 회의장 출입문을 폐쇄하고 회의를 개의하는 등의 조치를 한 것과 관련하여, 국회의장은 그 조치를 다투기 위한 권한쟁의심판에 있어서 피청구인적격이 없다고 본 결정이다.

한편, 이 판례에서 청구인은 국회의장이 상임위원회 회의의 원만한 진행을 위한 질서유지조치를 취하지 않은 부작위도 문제 삼았는데, 헌법재판소는 당시의 정황에 비추어볼 때 국회의장이 어떤 헌법상 또는 법률상 유래하는 작위의무를 다하지 않은 부작위를 범한 것으로는 볼 수 없다고 판단하였다. 다만, 헌법재판소는 마치 이러한 부작위에 관해서도 국회의장의 피청구인적격이 인정되지 않는다는 취지로 판시한 듯 보이나, 내용적으로는 대상적격을 부정했어야 할 사안으로 생각된다.

## 283. 권한쟁의심판의 당사자적격(6)

(현재 2023. 3. 23. 2022헌라4)

### 〈쟁점〉

국회가 검사의 수사권 및 소추권을 조정·배분하는 내용으로 검찰청법과 형사소송법을 개정한 행위(이하 ‘이 사건 법률개정행위’라 한다)에 대한 권한쟁의심판에서, 법무부장관의 청구인적격 인정 여부

### 〈결정요지〉

법무부장관은 헌법상 소관 사무에 관하여 부령을 발할 수 있고 정부조직법상 법무에 관한 사무를 관장하지만, 이 사건 법률개정행위는 이와 같은 법무부장관의 권한을 제한하지 아니한다. 물론 법무부장관은 일반적으로 검사를 지휘·감독하고 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독할 권한이 있으나, 이 사건 법률개정행위가 이와 같은 법무부장관의 지휘·감독 권한을 제한하는 것은 아니다. 따라서 법무부장관은 이 사건 법률개정행위에 대해 권한쟁의심판을 청구할 적절한 관련성이 인정되지 아니하므로, 청구인적격이 인정되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

검사의 수사권을 제한하는 법률개정행위에 대한 권한쟁의심판 사건에서 법무부장관은 당사자적격이 없다고 본 결정으로서, 해당 입법행위와 법무부장관의 권한 간의 관계를 밝힌 결정이다. 일반적으로 검사를 지휘·감독하고 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독할 권한을 가진 법무부장관은 검사의 수사권 제한 입법으로 자신의 권한을 직접적으로 제한받는다고 보기 어렵다는

취지이다.

## 284. 권한쟁의심판의 권리침해가능성

(현재 2023. 3. 23. 2022헌라4)

### 〈쟁점〉

국회가 검사의 수사권 및 소추권을 조정·배분하는 내용으로 검찰청법과 형사소송법을 개정한 행위(이하 ‘이 사건 법률개정행위’라 한다)로 인한 검사의 ‘권한침해가능성’ 인정 여부

### 〈결정요지〉

이 사건 법률개정행위는 검사의 수사권 및 소추권을 조정·배분하는 내용을 담고 있으므로, 해당 수사권 및 소추권이 검사의 ‘헌법상 권리’인지 아니면 ‘법률상 권리’인지 문제 된다. 수사 및 소추는 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무이므로, 특별한 사정이 없는 한 ‘대통령을 수반으로 하는 행정부’(헌법 제66조 제4항)에 부여된 ‘헌법상 권리’이다. 그러나 수사권 및 소추권이 행정부 중 어느 ‘특정 국가기관’에 전속적으로 부여된 것으로 해석할 헌법상 근거는 없다. 이에 헌법재판소는, 행정부 내에서 수사권 및 소추권의 구체적인 조정·배분은 헌법사항이 아닌 ‘입법사항’이므로, 헌법이 수사권 및 소추권을 행정부 내의 특정 국가기관에 독점적·배타적으로 부여한 것이 아님을 반복적으로 확인한 바 있다(94헌바2, 2007헌마1468, 2017헌바196, 2020헌마264등). 같은 맥락에서 입법자는 검사·수사처검사·경찰·해양경찰·군검사·군사경찰·특별검사와 같은 ‘대통령을 수반으로 하는 행정부’ 내의 국가기관들에, 수사권 및 소추권을 구체적으로 조정·배분하고 있다.

헌법 제12조 제3항, 제16조는 검사의 영장신청권을 규정한다. 이에 헌법재판소는, 헌법상 영장신청권 조항은 수사과정에서 남용될 수 있는 다른 수사기관의 강제수사를 ‘법률전문가인 검사’가 합리적으로 ‘통제’하기 위한 취지에서 도입된 것임을 확인한 바 있다(96헌바28등). 물론 헌법은 검사의 수사권에 대해 침묵하므로, 입법자로서는 영장신청권자인 검사에게 직접 수사권을 부여하는 방향으로 입법형성을 하여 영장신청의 신속성·효율성을 증진시킬 수 있다. 그러나 형사절차가 규문주의에서 탄핵주의로 이행되어 온 과정을 고려할 때, 수사기관이 자신의 수사대상에 대한 영장신청 여부를 스스로 결정하도록 하는 것은 객관성을 담보하기 어려운 구조라는 점도 부인하기 어렵다. 이에 영장신청의 신속성·효율성 측면이 아니라, 법률전문가이자 인권옹호기관인 검사로 하여금 제3자의 입장에서 수사기관의 강제수사 남용을 통제하는 취지에서 영장신청권이 헌법에 도입된 것으로 해석되므로, 헌법상 검사의 영장신청권 조항에서 ‘헌법상 검사의 수사권’까지 도출된다고 보기 어렵다.

결국 이 사건 법률개정행위는 검사의 ‘헌법상 권리’(영장신청권)을 제한하지 아니하고, 국회의 입법행위로 그 내용과 범위가 형성된 검사의 ‘법률상 권리’(수사권·소추권)이 법률개정행위로 침해될 가능성이 있다고 볼 수 없으므로, 권리침해가능성이 인정되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

검사 수사권과 소추권의 법적 성격을 규명한 결정이다. 헌법재판소는 헌법에 규정되어 있는 검사의 영장신청권을 헌법상 권리으로 평가하면서도, 검사의 수사권과 소추권을 헌법상 권리가 아닌

법률상 권한으로 보고 이 같은 법률상 권한이 입법행위로 제한될 수 없음을 명확히 하였다.

## 285. 권리보호이익(심판의 이익)

(현재 2003. 10. 30. 2002헌라1)

### 〈쟁점〉

권한침해 상태가 이미 종료되었더라도 헌법적 해명의 필요성이 있을 경우 심판의 이익을 인정할 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

상임위원회 위원의 임기는 2년이다(국회법 제40조). 그리고 현재의 제16대 국회는 2000. 4. 13. 실시된 총선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성되어 4년 임기중 전반기를 이미 마쳤고, 후반기 들어 2002. 7.경 새로이 각 상임위원회의 위원배정이 이루어졌다. 국회사무처에서 보내온 2002. 9. 30.자 '상임위원회 위원명단'을 보면, 청구인은 다시 보건복지위원회에 배정되어 현재까지 동 위원회에서 활동하고 있다. 그러므로 청구인이 이 사건 권한쟁의심판청구에 의하여 달성하고자 하는 목적은 이미 이루어져 청구인이 주장하는 권리보호이익이 소멸하였다. 그러나 헌법소원심판과 마찬가지로 권한쟁의심판도 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 청구인에 대한 권한침해 상태가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없어졌다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 할 것이다. 이 사건과 같이 상임위원회 위원의 개선, 즉 사보임행위는 국회법 규정의 근거 하에 국회관행상 빈번하게 행해지고 있고 그 과정에서 당해 위원의 의사에 반하는 사보임이 이루어지는 경우도 얼마든지 예상할 수 있으므로 청구인에게뿐만 아니라 일반적으로 다시 반복될 수 있는 사안이어서 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 이 사건은 심판의 이익이 있다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

권한침해 상태가 이미 종료되어 청구인에게 있어서는 주관적인 권리보호이익이 소멸하였더라도, 해당 권리의 침해여부에 관한 헌법적 해명이 필요한 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 한 결정이다.

## 286. 해상경계 확정에 관한 권리보호이익

(현재 2015. 7. 30. 2010헌라2)

### 〈쟁점〉

공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 및 그 기준

### 〈결정요지〉

지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘종전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법의 개정연혁에 비추어 보면 위 ‘종전’이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항 까지 순차 거슬러 올라가게 되므로 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다. 그런데 지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한 바 없으므로, 공유수면에 대한 행정구역 경계가 불문법상으로 존재한다면 그에 따라야 한다. 그리고 만약 해상경계에 관한 불문법도 존재하지 않으면, 주민, 구역과 자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것을 상정할 수 없으므로, 헌법재판소가 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무 처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정할 수밖에 없다.

### 〈참고판례〉

(현재) 2021. 2. 25. 2015헌라7: 형평의 원칙에 따라 경계를 판단한 위 결정과 달리, 그간의 관할권 행사에 비추어 불문법상의 해상경계가 존재함을 인정하고 그에 따라야 한다고 판단한 결정이다.

### 〈선정이유〉

종래 헌법재판소는 해상경계를 획정할 때 국가기본도상의 해상경계선을 기준으로 판단해 왔으나, 이 결정을 통해 그 판단방식과 기준을 변경하였다. 해상경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 있다면 그에 따라야 하고, 그러한 규정이 없다면 불문법상 경계를 따라야 하며, 그러한 경계도 존재하지 않는다면 형평의 원칙에 따라야 한다는 것이다.

## 287. 자치사무에 대한 감사와 지방자치권

(현재) 2009. 5. 28. 2006헌라6)

### 〈쟁점〉

1. 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사 요건 및 범위
2. 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니한 채 개시한 행정안전부장관 등의 합동감사가 구 지방자치법 제158조 단서 규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못하여 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 지방자치권을 침해한 것인지 여부

### 〈결정요지〉

1. 중앙행정기관이 구 지방자치법 제158조 단서 규정상의 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우어야 하고, 또한 그 감사대상을 특정해야 한다. 따라서 전반기 또는 후반기 감사와 같은 포괄적·

사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 모두 허용될 수 없다.

2. 행정안전부장관 등이 감사실시를 통보한 사무는 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 있어 사실상 피감사대상이 특정되지 아니하였고 행정안전부장관 등은 합동감사 실시계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니하였는바, 그렇다면 행정안전부장관 등의 합동감사는 구 지방자치법 제158조 단서 규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못하였다 할 것이므로 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 서울특별시의 지방자치권을 침해한 것이다.

### 〈참고판례〉

현재 2022. 8. 31. 2021헌라1: 경기도가 남양주시에 통보한 종합감사 실시계획에 따른 자료제출요구 중 자치사무에 관한 부분은 합법성 감사로 제한되는 자치사무에 대한 감사의 한계를 벗어난 것으로서 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 남양주시의 지방자치권을 침해한다는 결정

### 〈선정이유〉

지방자치단체의 자치사무에 대한 감사 요건 및 범위를 밝힌 결정이며, 권한쟁의심판이 수평적 권력분립 뿐만 아니라, 수직적 권력분립 즉 중앙정부와 지방정부 간의 권리분립도 보장하는 수단임을 보여준 사안이다.

## 제6절 헌법소원심판

### I. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판

#### 288. 헌법소원심판의 본질

(현재 1992. 1. 28. 91헌마111)

### 〈쟁점〉

헌법소원심판의 대상이 된 침해행위의 종료와 심판청구의 이익 유무

### 〈결정요지〉

헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 아니된다. 따라서 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법소원심판의 본질과 기본권침해행위 종료 후 심판청구의 이익이 인정되는 사유에 관해 설시한 결정이다.

289.

### 헌법재판소법 제68조 제1항과 같은 조 제2항 헌법소원심판의 법적 성격 및 관계

(현재 1994. 4. 28. 89헌마221)

### 〈쟁점〉

헌재법 제68조 제1항 헌법소원과 같은 조 제2항 헌법소원의 법적 성격과 관계

### 〈결정요지〉

헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관적 권리구제의 헌법소원으로서, 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있고 이 경우 헌재법 제75조 제2항 및 제5항에 의한 부수적 위헌심판청구도 할 수 있음에 대하여, 헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 헌재법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌 여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 바, 그렇다면 헌재법 제68조 제1항과 같은 조 제2항에 규정된 헌법소원심판청구들은 그 심판청구의 요건과 그 대상이 각기 다른 것임이 명백하다.

### 〈선정이유〉

헌재법 제68조 제1항 및 같은 조 제2항 헌법소원의 법적 성격과 관계를 판단한 결정이다.

290.

### 헌법재판소법 제68조 제1항과 같은 조 제2항 헌법소원심판의 병합가능성

(현재 2010. 3. 25. 2007헌마933)

### 〈쟁점〉

하나의 심판청구로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구와 동조 제2항에 의한 헌법소원심판청구를 병합하여 제기할 수 있는지 여부

### 〈결정요지〉

헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 비록 그 요건과 대상은 다르다고 하더라도 헌법재판소라는 동일한 기관에서 재판을 받고, 개인에 의한 심판청구라는 헌법소원의 측면에서는 그 성질이 동일한 점, 헌법재판소 판례 중에는 양 청구 간의

청구의 변경을 허용한 예가 있는 점, 양 청구의 사건번호 부여는 편의적인 것에 불과한 점, 이를 허용하지 않을 경우 별도로 헌법소원을 제기하여야 하는데, 이는 소송경제에 반하는 점 등을 살펴 볼 때, 양 청구를 함께 병합하여 제기함이 가능하다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

양 청구 간의 병합청구가 가능함을 명시적으로 확인한 결정이다.

## 291. 헌법소원심판의 청구인능력

(현재 1994. 12. 29. 93헌마120)

### 〈쟁점〉

헌법소원심판에서 청구인능력의 일반적 설시

### 〈결정요지〉

헌재법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 ……권리를 가진다”고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다. 한편 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수령자(Addressee)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Trager)’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이다.

## 292. 태아의 청구인능력

(현재 2008. 7. 31. 2004헌바81)

### 〈쟁점〉

생명권침해를 다투는 헌법소원심판에서 태아의 기본권능력

### 〈결정요지〉

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인

태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 된다.

### 〈선정이유〉

생명권침해에 대한 태아의 헌법소원심판 청구인능력을 인정한 결정이다.

## 293. 외국인의 청구인능력

(현재 2001. 11. 29. 99헌마494)

### 〈쟁점〉

외국인에게 헌법소원심판의 청구인능력

### 〈결정요지〉

우리 재판소는, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있고, 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다고 한 다음, ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다 판시하여(현재 1994. 12. 29. 93헌마120) 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.

### 〈참고판례〉

헌법재판소가 외국인에게도 인정되는 소위 ‘인간의 권리’로 본 것들로는, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권(현재 2001. 11. 29. 99헌마494), 근로의 권리 중 자유권적 기본권의 성격을 가지는 부분(현재 2007. 8. 30. 2004헌마670), 신체의 자유, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권(현재 2012. 8. 23. 2008헌마430), 직장선택의 자유(현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등; 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359; 현재 2021. 12. 23. 2020헌마395)가 있다.

### 〈선정이유〉

외국인에게 헌법소원심판의 청구인능력을 인정한 결정이다.

## 294. 법인의 청구인능력

(현재 1991. 6. 3. 90헌마56)

### 〈쟁점〉

법인의 청구인능력

### 〈결정요지〉

우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 또한, 법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민사소송법 제48조 참조).

### 〈선정이유〉

법인의 기본권능력과 그 요건을 설시한 결정이다.

## 295. 공법인의 청구인능력

(현재 1998. 3. 26. 96헌마345)

### 〈쟁점〉

공법인의 청구인능력

### 〈결정요지〉

헌재법 제68조 제1항이 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다”고 규정한 것은 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미한다 할 것인데, 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자(Träger)’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다고 할 것이다.

## 296. 국립대학의 청구인능력 인정

(현재 2015. 12. 23. 2014헌마1149)

**〈쟁점〉**

공법상 영조물인 국립대학의 청구인능력

**〈결정요지〉**

헌법 제31조 제4항이 규정하는 교육의 자주성 및 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하는 학문의 자유의 확실한 보장을 위해 꼭 필요한 것으로서 대학에 부여된 헌법상 기본권인 대학의 자율권이므로, 국립대학인 청구인도 이러한 대학의 자율권의 주체로서 헌법소원심판의 청구인능력이 인정된다.

**〈선정이유〉**

국립대학인 강원대학교의 청구인능력을 인정한 결정이다.

**297. 공권력의 행사 또는 불행사**

(현재 2001. 3. 21. 99헌마139등)

**〈쟁점〉**

헌법소원심판의 대상으로 공권력

**〈결정요지〉**

헌법소원심판의 대상이 되는 것은 헌법에 위반된 “공권력의 행사 또는 불행사”이다. 여기서 ‘공권력’이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용이라고 할 수 있다.

**298. 법률의 공권력성**

(현재 1989. 9. 29. 89헌마13)

**〈쟁점〉**

법률 또는 법률조항의 헌법소원 대상성

**〈결정요지〉**

헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 공권력의 행사에는 입법권자의 입법행위도 포함된다 할 것이므로, 국민이 어떤 법률 또는 법률조항 자체에 의하여 직접 자신의 기본적 권리를 현재 침해받고 있는 경우에는 그 법률 또는 법률조항에 대하여 바로 헌법재판소법이 정한 절차에 따라 그 권리구제를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

## 299. 조약의 공권력성

(현재 2001. 3. 21. 99헌마139등)

### 〈쟁점〉

조약의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

헌법소원심판의 대상이 되는 것은 헌법에 위반된 “공권력의 행사 또는 불행사”이다. 여기서 ‘공권력’이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체등의 고권적 작용이라고 할 수 있는바, 이 사건 협정은 우리나라 정부가 일본 정부와의 사이에서 어업에 관해 체결·공포한 조약(조약 제1477호)으로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지므로, 그 체결행위는 고권적 행위로서 ‘공권력의 행사’에 해당한다.

## 300. 입법부작위의 공권력성

(현재 1989. 3. 17. 88헌마1)

### 〈쟁점〉

입법부작위의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 갈음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다. 따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인바, 생각건대 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다.

## 301. 통치행위의 공권력성

(현재 1996. 2. 29. 93헌마186)

제3편 제2장 행정부 편 참조

**302. 법규명령의 공권력성**

(현재 1990. 10. 15. 89헌마178)

**<쟁점>**

법규명령의 헌법소원 대상성

**<결정요지>**

헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원의 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판청구사건에 있어서 법률의 하위법규인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것이라고는 볼 수 없다. 그러므로 법률의 경우와 마찬가지로 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법 규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 “공권력”이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.

**303. 행정규칙의 공권력성**

(현재 2002. 7. 18. 2001헌마605)

**<쟁점>**

행정규칙의 헌법소원 대상성

**<결정요지>**

일반적으로 행정규칙은 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니어서 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 아니한다. 그러나 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력을 가지게 되는 바, 이러한 경우에는 헌법소원의

대상이 될 수도 있고, 또한 법령의 직접적 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인바, 헌법소원의 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면 이에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다.

## 304. 조례의 공권력성

(현재 1995. 4. 20. 92헌마264)

### 〈쟁점〉

조례의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다. 다만 이 경우에 그 적법요건으로서 조례가 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해하는 것이어야 함을 요한다.

## 305. 행정부작위의 공권력성

(현재 1991. 9. 16. 89헌마163)

### 〈쟁점〉

행정부작위의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정한 바와 같이 공권력의 불행사에 대하여서도 그 대상으로 할 수 있지만, 행정권력의 부작위에 대한 소원의 경우에 있어서는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며, 따라서 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적인 주장만으로는 족하지 않다고 할 것으로 기본권의 침해없이 행정행위의 단순한 부작위의 경우는 헌법소원으로서는 부적법하다고 할 것이다.

## 306. 행정입법부작위의 공권력성

(현재 1998. 7. 16. 96헌마246)

### 〈쟁점〉

행정입법부작위의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되고, 특히 행정명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위하여 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다.

## 307. 행정계획의 대상적격

(현재 1992. 10. 1. 92헌마68등)

### 〈쟁점〉

행정계획의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

서울대학교의 “94학년도 대학입학고사 주요요강”은 교육부가 마련한 대학입시제도 개선안에 따른 것으로서 대학입학방법을 규정한 교육법시행령 제71조의2의 규정이 교육부의 개선안을 뒷받침 할 수 있는 내용으로 개정될 것을 전제로 하여 제정된 것이고 위 시행령이 아직 개정되지 아니한 현 시점에서는 법적 효력이 없는 행정계획안이어서 이를 제정한 것은 사실상의 준비행위에 불과하고 이를 발표한 행위는 앞으로 그와 같이 시행될 것이니 미리 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하므로 위와 같은 사실상의 준비행위나 사전안내는 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없다. 그러나 이러한 사실상의 준비행위나 사전안내라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상은 될 수 있다고 보아야 하고 서울대학교의 “94학년도 대학입학고사 주요요강”은 교육법시행령 제71조의2의 규정이 개정되어 그대로 시행될 수 있을 것이, 그것을 제정하여 발표하게 된 경위에 비추어 틀림없을 것으로 예상되므로 이를 제정·발표한 행위는 헌법 소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이다.

## 308. 행정지도의 대상적격

(현재 2003. 6. 26. 2002헌마337등)

### 〈쟁점〉

행정지도의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

교육인적자원부장관의 국립대학 총장에 대한 학칙시정요구의 법적 성격에 대하여는 그 자체로 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 것이 아니고, 다만 대학총장의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 사실행위로서 일종의 행정지도라고 할 수 있다. 그러나 행정지도라 하더라도 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우에는 사실상 상대방에게 그에 따를 의무를 부과하는 것과 다를 바 없는 것인데, 학칙시정요구의 경우 대학총장들이 그에 따르지 않을 경우 행·재정상 불이익이 따를 것이라고 경고하고 있어, 학교의 장으로서는 장관의 학칙시정요구에 따를 수밖에 없는 사실상의 강제를 받게 되므로, 이러한 시정요구는 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적·유도적인 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다 할 것이다.

## 309. 공고의 대상적격

(현재 2019. 5. 30. 2018헌마1208등)

### 〈쟁점〉

공고의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

공고 등의 형식으로 이루어지는 공권력의 작용들은 그것이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지를 일률적으로 말할 수 없고, 개별적인 내용과 관련 법령의 규정에 따라 구체적으로 판단하여야 한다. 즉 공고 등이 법령에 근거하여 법령의 내용을 구체적으로 보충하거나 세부적인 사항을 확정하는 것일 때에는 이는 공권력의 행사에 해당하지만, 그것이 법령에 정해지거나 이미 다른 공권력 행사를 통하여 결정된 사항을 단순히 알리는 것 또는 대외적 구속력이 없는 행정 관청 내부의 해석지침에 불과한 것인 때에는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다

## 310. 권리적 사실행위의 대상적격

(현재 1993. 7. 29. 89헌마31)

### 〈쟁점〉

권력적 사실행위의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 국제그룹의 해체준비착수지시와 언론발표 지시는 상급관청의 하급관청에 대한 지시가 아님은 물론 동 은행에 대한 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어선 것이고, 이와 같은 공권력의 개입은 주거래 은행으로 하여금 공권력에 순응하여 제3자 인수식의 국제그룹 해체라는 결과를 사실상 실현시키는 행위라고 할 것으로, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래 은행의 행위였다는 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 점에서 일종의 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

## 311. 원행정처분의 대상적격

(현재 1997. 12. 24. 96헌마172등)

### 〈쟁점〉

원행정처분의 헌법소원 대상성

### 〈결정요지〉

원래 공권력의 행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 원칙적으로 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이므로(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문), 행정처분에 대하여도 헌법소원심판을 청구할 수 있음이 원칙이라고 하겠다. 다만, 행정소송의 대상이 되는 행정처분의 경우에는, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하여 헌법소원심판을 청구하기에 앞서 행정소송절차를 거치도록 되어 있고, 이러한 경우 행정소송절차에서 선고되어 확정된 판결과 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 선고하게 될 인용결정의 기속력과의 관계, 법원의 재판을 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 입법취지 등에 비추어 그에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 문제되었던 것이다. 그러나 이 사건의 경우와 같이 법원의 판결에 대한 헌법소원이 예외적으로 허용되는 경우에는 달리 그 판결의 대상이 된 행정처분에 대한 헌법소원심판의 청구가 허용되지 아니한다고 볼 여지가 없다고 하겠다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기판력이 제거되지 아니하는 한, 행정처분의 위법성을 주장하는 것은 확정판결의 기판력에 어긋나므로, 원행정처분을 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없다는 입장이다(현재 1998. 5. 28. 91헌마98등). 그러나 위 결정은 법원의 판결에 대한 헌법소원

이 예외적으로 허용되는 경우에는 원행정처분도 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다고 보았다.

## 312. 법원 재판의 대상적격

(현재 2022. 6. 30. 2014헌마760등)

### 〈쟁점〉

1. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판’ 부분(이하 ‘이 사건 재판소원금지조항’이라 한다) 가운데 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부
2. 재판에 적용된 법률조항에 대하여 이 사건 한정위헌결정이 이루어지기 전에 확정된 청구인들에 대한 유죄판결이 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부

### 〈결정요지〉

1. 헌법은 제107조 및 제111조에서 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여하고 있다. 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 헌법재판소가 법률의 위헌성 심사를 하면서 합헌적 법률해석을 하고 그 결과로서 이루어지는 한정위헌결정은 일부위헌결정으로서, 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정에 해당한다. 따라서 법률에 대한 위헌결정의 기속력을 부인하는 법원의 재판은 그 자체로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것일 뿐만 아니라 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단에 정면으로 위배된다. 헌법의 최고규범성을 수호하고 헌법이 헌법재판소에 부여한 법률에 대한 위헌심사권을 회복하기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’의 범위에서 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분을 명시적으로 제외하는 위헌결정을 하고, 위와 같은 법원의 재판에 대해서 예외적으로 헌법소원심판을 허용할 필요가 있다.

헌법재판소는 현재 2016. 4. 28. 2016헌마33 사건에서 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판’ 가운데 ‘헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판’ 부분에 대하여 위헌결정을 한 바 있으나, 이 사건 재판소원금지조항의 적용 영역에서 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분을 모두 제외하기 위해 이 사건 재판소원금지조항 가운데 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 한다.

2. 형별 조항은 위헌결정으로 소급하여 그 효력을 상실하지만, 위헌결정이 있기 이전의 단계에서 그 법률을 판사가 적용하는 것은 제도적으로 정당성이 보장되므로 아직 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 바가 없는 법률이 적용된 재판을 그 뒤에 위헌결정이 선고되었다는 이유로 위법한 공권력의 행사라고 하여 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수는 없다. 따라서 이 사건 한정위헌결정 이전에 확정된 청구인들에 대한 유죄판결은 법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판이라고 볼 수 없으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

### 〈선정이유〉

종래 헌법재판소는 이 사건 재판소원금지조항이 ‘헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판’에 대해서는 적용되지 않는다고 결정하였다(현재 1997. 12. 24. 96헌마172등 등). 헌법재판소는 이번 결정을 통해 위헌으로 결정한 법령을 직접 적용한 재판을 포함해, 어떤 형식으로든 법령에 대한 위헌결정에 따르지 않는 재판이라면 위 재판소원금지조항의 적용범위에서 제외된다고 하여 이 사건 재판소원금지조항의 적용 예외 범위를 확대하였다.

## 313. 기본권침해의 가능성 요건

(현재 1999. 5. 27. 97헌마368)

### 〈쟁점〉

기본권침해의 가능성 요건의 내용

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는……헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 “침해”당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다. 그렇다면 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다 할 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법소원심판의 적법요건으로 기본권침해의 가능성 요건의 내용을 설정한 결정이다.

## 314. 자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성

(현재 1997. 9. 25. 96헌마133)

### 〈쟁점〉

자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성 판단기준

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은자가 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 이 때 공권력의 행사 또는 불행사로 인하

여 기본권의 침해를 받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하므로 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계에 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다. 법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이고 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다. 어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 입법의 목적, 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법 소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

### 〈선정이유〉

자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성을 인정하기 위한 판단기준을 설정한 결정이다.

## 315. 현재성 요건의 의미

(현재 1989. 7. 21. 89헌마12)

### 〈쟁점〉

현재성 요건의 의미

### 〈결정요지〉

법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 할 뿐만 아니라 당해 규정에 의해 현재 권리침해를 받아야 한다는 것을 요건으로 하는바, 청구인이 고소 또는 고발을 한 사실은 없고 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수 있는 권리침해의 우려에 대하여 헌법소원심판을 청구한 것에 불과하다면 본인의 관련성과 권리침해의 현재성이 없는 경우에 해당하여 부적법하다.

## 316. 현재성 요건의 예외

(현재 1992. 10. 1. 92헌마68등)

### 〈쟁점〉

기본권 침해가 현재 확실히 예측되는 경우 현재성 요건의 인정

### 〈결정요지〉

서울대학교가 “94학년도 대학입학고사주요요강”을 작성하여 발표하게 된 경위에 비추어 볼 때 그 요강은 1994학년도 서울대학교 신입생선발부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 1995학년도 신입

생선발에도 적용될 가능성을 충분히 예측할 수 있다. 그리고 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 청구인들은 서울대학교 대학별 고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 입시요강으로 인하여 그들이 94학년도 또는 94학년도에 서울대학교 일반계열 입학을 지원할 경우 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하여 헌법소원심판청구의 이익을 인정하는 것이 옳을 것이다. 기본권 침해가 눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 헌법소원을 하라고 요구한다면 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없기 때문이다.

#### 〈선정이유〉

현재성 요건의 예외를 인정하는 자유와 취지를 설시한 결정이다.

### 317. | 직접성 요건의 의의

(현재 2002. 12. 18. 2001헌마111)

#### 〈쟁점〉

직접성 요건의 의미와 취지

#### 〈결정요지〉

법률 또는 법률 조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률 조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다고 할 것이다. 이와 같이 법령에 대한 헌법소원에 있어서 기본권 침해의 직접성을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제 절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 그리고 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위 규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법령 규정의 직접성은 부인된다고 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

기본권 침해의 직접성 요건의 의미와 취지를 설시한 결정이다.

### 318. | 직접성 요건의 예외

(현재 1992. 4. 14. 90헌마82)

### 〈쟁점〉

기본권 침해의 직접성을 예외적으로 인정하는 사유

### 〈결정요지〉

헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 법률은 그 법률에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법률이라야 한다(직접성)는 것은 헌법재판소가 일찍이 확립한 원칙이다. 그런데 국가보안법 제19조는 그 규정자체에 의하여 직접 구속기간이 연장되는 것이 아니라 수사기관의 연장허가신청에 의한 지방법원판사의 연장허가라는 별도의 구체적 처분이 있어야 하기 때문에 법률자체에 대한 헌법소원심판청구요건으로서의 직접성이 결여된 것임에는 틀림없다. 그러나 구체적 집행행위가 존재한 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니다. 예외적으로 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해 법률에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 헌법소원의 직접 대상으로 삼을 수 있다 할 것이다.

### 〈선정이유〉

집행행위가 존재하는 경우라도 기본권 침해의 직접성 요건을 인정하는 예외적 사유와 취지를 설정한 결정이다.

## 319. 보충성 요건의 의의

(현재 1993. 12. 23. 92헌마247)

### 〈쟁점〉

보충성 요건의 의미

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 뜻은 헌법소원이 그 본질상 헌법상 보장된 기본권침해에 대한 예비적이고 보충적인 구제수단이므로 공권력 작용으로 말미암아 기본권의 침해가 있는 경우에는 먼저 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 수단을 다하였음에도 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것을 밝힌 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법소원심판의 적법요건으로 현재법 제68조 제1항 후단의 보충성 요건의 의미를 설정한 결정이다.

## 320. 보충성 요건의 예외

(현재 1989. 9. 4. 88헌마22)

### 〈쟁점〉

다른 법률에서 정한 구제절차를 그치지 않아도 되는 보충성 원칙의 예외사유

### 〈결정요지〉

헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이전의 기대가능성이 없을 때에는 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 전심절차이전요건은 배제된다.

### 〈선정이유〉

보충성 요건을 갖추지 않아도 되는 예외사유를 설정한 결정이다.

## 321. 청구기간의 의의

(현재 2001. 9. 27. 2001헌마152)

### 〈쟁점〉

청구기간 요건의 취지와 재판청구권 침해 여부

### 〈결정이유〉

공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해받은 경우에 제기하는 헌법소원의 심판에서는, 공권력의 행사로 인한 법률관계가 직접 공익과 밀접하게 관련되어 있어서 이를 오랫동안 불확정상태에 둘 수 없고, 따라서 이로 인한 법률관계를 조속히 안정시키기 위하여 헌법소원심판을 되도록 빠른 기간 내에 제기하도록 할 필요가 있다. 따라서 법 제69조 제1항이 공권력의 작용에 대한 헌법소원심판청구에 관한 청구기간을 정하고 있는 것은 이러한 필요에 응한 것으로 그 정당성과 합리성을 인정할 수 있다. 다만, 그 청구기간 자체가 지나치게 단기간이거나 기산점을 불합리하게 책정하여 권리구제를 요구하는 국민의 재판청구권의 행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 권리구제의 기회를 극단적으로 제한한다면 그것은 재판청구권의 본질을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없을 것이다.

### 〈선정이유〉

헌법소원심판에서 청구기간 요건의 취지와 청구기간으로 인해 재판청구권이 침해되는지 여부를 설정한 결정이다.

## 322. 청구기간 도과의 정당한 사유

(현재 2022. 7. 21. 2016헌마388등)

### 〈쟁점〉

1. 청구기간 도과의 정당한 사유의 의미
2. 수사기관 등이 전기통신사업자에게 이용자의 성명 등 통신자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있도록 한 전기통신사업법 제83조 제3항 중 ‘검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장을 포함한다), 정보수사기관의 장의 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해 방지를 위한 정보수집을 위한 통신자료 제공요청’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대한 헌법소원심판 청구에서 청구기간 도과의 정당한 사유 인정 여부

### 〈결정이유〉

1. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 기본권의 침해사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항). 다만 심판청구가 비록 청구기간을 도과한 것이라고 하더라도 청구기간 도과에 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 허용하는 것이 헌법소원제도의 취지와 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제20조 제2항 단서에 부합하는 해석이다. 여기서 정당한 사유라 함은 청구기간 도과의 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 의미하는 것으로, 천재지변 기타 피할 수 없는 사정과 같은 객관적 불능의 사유와 이에 준할 수 있는 사유뿐만 아니라 일반적 주의를 다하여도 그 기간을 준수할 수 없는 사유를 포함한다고 할 것이다.

2. 이 사건 법률조항에 의한 기본권침해의 사유가 구체적으로 발생한 것은 수사기관 등이 전기통신사업자로부터 청구인들의 통신자료를 취득한 시점이라고 할 것이고, 전기통신사업자가 청구인들에게 통신자료 제공내역 결과 통지서를 제공한 시점에 이로 인한 기본권침해의 사유를 알았다고 할 것이다.

그런데 전기통신사업법은 전기통신사업자가 수사기관 등에 통신자료를 제공한 경우에 이를 이용자에게 통지하는 절차를 마련하고 있지 아니하여, 이용자들은 ‘개인정보 보호법’ 제35조 제1항에 따라 전기통신사업자에게 자신의 개인정보를 제3자에게 제공한 현황에 대한 열람·제공을 요청하기 전에는 자신의 통신자료가 수사기관 등에게 제공되었는지를 알 수 있는 방법이 전혀 없다.

이 사건에서 일부 청구인들은 수사기관 등이 통신자료를 취득한 시점으로부터 1년이 도과된 이후에 이 사건 심판청구를 하였으나, 전기통신사업법에 사후통지를 받을 수 있는 방법이 마련되어 있지 않았으므로, 청구인들이 기본권침해의 사유가 발생하였음을 인지하지 못한 데에 과실이나 책임이 있다고 할 수 없다. 따라서 일부 청구인들이 기본권침해의 사유가 발생한 날부터 1년이 도과한 이후에 심판청구를 하였다 하더라도 이에는 정당한 사유가 인정된다고 보아야 한다.

### 〈참고판례〉

현재 1993. 7. 29. 89헌마31(국제그룹해체를 위하여 한 일련의 공권력의 행사가 위헌임을 확인한 결정); 현재 2001. 12. 20. 2001헌마39(검사가 기소유예처분을 함에 있어 피의자로부터 반성문도 징구하지 아니하고 피의자에게 그 취지도 통지하지 않은 사정은 행정소송법 제20조 제2항 소

정의 정당한 사유에 해당한다고 인정한 결정).

### 〈선정이유〉

헌법재판소는 청구기간이 도과한 심판청구라 하더라도 그에 관한 정당한 사유가 있다면 청구기간을 준수한 것으로 판단해 왔는데, 이 결정은 그와 같은 법리를 다시금 확인하고 해당 사안에 적용한 결정이다.

## 323. 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간

(현재 1991. 1. 8. 90헌마210)

### 〈쟁점〉

법령에 대한 헌법소원심판에서 청구기간 기산점

### 〈결정요지〉

법률에 대한 헌법소원의 심판청구기간은 원칙적으로 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 할 것이나, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

### 〈선정이유〉

일반성·추상성을 본질로 하는 법령조항에 대한 헌법소원심판에서 청구기간의 기산점을 설정한 결정이다.

## 324. 법령시행의 유예기간과 청구기간의 기산점

(현재 2020. 4. 23. 2017헌마479)

### 〈쟁점〉

법령조항의 시행에 유예기간을 둔 경우 청구기간의 기산점과 관련한 판례변경

### 〈결정요지〉

시행유예기간을 둔 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간에 관한 헌법재판소의 선례에 따르면, 도로교통법 제53조 제3항의 개정규정의 시행일인 2015. 1. 29.에 이미 시행유예기간이 지나면 청구인들의 기본권이 침해될 것임이 분명하게 되었으므로, 법령의 시행과 동시에 기본권 침해가 발생한 것으로 인정하여 시행일을 청구기간의 기산점으로 보게 되어 이 사건 보호자동승조항에 대한

청구기간이 도과하였다는 결론에 이른다. 그러나 시행유예기간 동안에는 청구인들은 기본권 행사에 있어 어떠한 구체적, 현실적 제약도 받지 않으므로 위와 같은 해석은 지나치게 관념적일 뿐 아니라, 시행유예기간을 두지 않은 법령의 경우 기본권 행사에 구체적이고 현실적인 제약을 받는 시점이 청구기간의 기산점이 되는 것과 차별이 생긴다. 나아가 시행유예기간이 아니라 시행일을 청구기간의 기산점으로 본다면 시행유예기간이 경과하여 정작 기본권 침해가 실제로 발생한 때에는 이미 청구기간이 지나버려 위헌성을 다툴 기회가 부여되지 않는 불합리한 결과가 초래될 위험이 있는 점, 일반국민에 대해 법규정의 개폐에 적시에 대처할 것을 기대하기가 사실상 어렵고, 헌법소원의 본질은 국민의 기본권을 충실히 보장하는 데에 있으므로 법적 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 청구기간에 관한 규정을 기본권보장이 강화되는 방향으로 해석하는 것이 바람직한 점을 종합해 보면, 시행유예기간의 적용 대상인 청구인들에 대해서도 청구기간의 기산점은 시행일인 것으로 해석하는 것은 헌법소원심판청구권을 보장하는 취지에 어긋난다. 뿐만 아니라, 시행유예기간 경과일을 청구기간의 기산점으로 보더라도 청구기간이 무한히 확장되는 것이 아니라 시행유예기간 경과일로부터 1년이 지나면 헌법소원심판을 청구할 수 없으므로 법적안정성을 확보할 수 있는 점, 시행유예기간 동안에도 현재성 요건의 예외에 따라 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 이와 같이 시행유예기간 동안에 헌법소원심판청구를 허용하더라도 아직까지 법령의 효력이 발생하기 전인 이상 그로 인하여 헌법소원심판청구의 대상이 된 법령의 법적안정성이 곧바로 저해되지는 않는 점을 아울러 고려하면, 시행유예기간 경과일을 청구기간의 기산점으로 해석함으로써 헌법소원심판청구권 보장과 법적안정성 확보 사이의 균형을 달성할 수 있다.

### 〈선정이유〉

법령조항의 시행에 유예기간을 둔 경우 청구기간의 기산점과 관련하여 종전의 판례를 변경한 결정이다.

## 325. 권리보호이익의 의의

(현재 2001. 9. 27. 2001헌마152)

### 〈쟁점〉

헌법소원심판의 적법요건으로 권리보호이익의 의미와 취지

### 〈결정요지〉

권리보호이익은 국가적·공익적 입장에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 입장에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로, ‘이익 없으면 소 없다’라는 법언이 지적하듯이 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이다. 따라서 권리보호이익이라는 헌법소원심판의 적법요건은 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법 규정들에 대한 해석상 인정되는 일반적인 소송원리이지 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘기본권의 침해를 받은’이라는 부분의 해석에서 직접 도출되는 것은 아니다. 권리보호이익은 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청으로 헌법소원제도의 목적상 필수적인 요건이라고 할 것이어서 이로 인하여 본안판단을 받지 못한다고 하여도 재판을 받을 권리의 본질적인 부분에 대한 침해가

있다고 보기 어렵다.

### 〈선정이유〉

권리보호이익의 의미와 취지를 설시한 결정이다.

## 326. 예외적인 심판이익의 인정 사유

(현재 1992. 1. 28. 91헌마111)

### 〈쟁점〉

권리보호이익이 없지만 심판이익을 인정할 수 있는 사유

### 〈결정요지〉

헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 아니된다. 따라서 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다.

### 〈선정이유〉

권리보호이익이 없음에도 심판청구의 이익을 인정하여 본안판단을 하는 사유를 설시한 결정이다.

## 327. 부수적 규범통제

(현재 1992. 1. 28. 91헌마111)

### 〈쟁점〉

헌법재판소법 제75조 제5항의 부수적 위헌선언

### 〈결정요지〉

결국 청구인의 기본권(변호인의 조력을 받을 권리)을 침해한 피청구인의 위헌적인 공권력행사는 취소되어야 할 것이나 취소되어야 할 공권력행사는 이미 종료되었으니 이를 취소하는 대신, 위헌적인 공권력행사가 또 다시 반복될 수 있는 위험성을 제거하기 위하여, 그리고 헌법 제12조 제4항에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리와 내용(변호인과의 자유로운 접견을 포함한다는 것)을 명백히 하기 위하여 피청구인의 공권력행사가 위헌인 것임을 선언적 의미에서 확인하고, 나아가서 행형법

제18조 제3항에는 “수형자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다.”라고 규정되어 있는데 같은 법 제62조는 “미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다.”라고 규정하여 미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 하였는바 이는 앞에서 설명한 바와 같이 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반되는 법률이고 피청구인의 위헌적인 공권력행사는 바로 위와 같은 위헌법률에 기인한 것이라고 인정되므로 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 행형법 제62조의 준용규정 중 행형법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분에 대하여 위헌선언하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

### 〈선정이유〉

헌법재판소법 제75조 제5항에서 규정하고 있는 부수적 위헌선언제도를 통해 위헌인 공권력 행사의 근거 법률조항에 대해 함께 위헌결정을 한 사례이다.

## II. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판

### 328. 법적 성격

(현재 2003. 5. 15. 2001헌바98)

### 〈쟁점〉

헌재법 제68조 제2항 헌법소원심판의 법적 성격

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 그 형식에도 불구하고 실질은 위헌법률심판제도이다. 따라서 위 조항에 의한 헌법소원은 구체적인 사건에 적용될 법률의 위헌여부가 ‘재판의 전제’가 되면 제소요건을 충족하고(동법 제41조 제1항) 그 외에 따로 동법 제68조 제1항의 헌법소원에서 요구되는 기본권침해나 제소요건(자기관련성, 현재성, 직접성, 청구기간)을 갖출 것을 요하지 않는다.

### 329. 제청신청 및 기각결정이 대상이 아닌 법률조항에 대한 헌법소원심판청구

(현재 2005. 2. 24. 2004헌바24)

### 〈쟁점〉

청구인이 위헌제청신청 대상으로 삼지 않았고, 법원의 기각결정 대상도 아니지만 적법한 심판청구의 대상이 되는 사유

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있는 것이므로, 청구인이 특정 법률조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 않았고 따라서 법원의 기각결정도 없었다면 그 부분 심판청구는 심판청구요건을 갖추지 못하여 부적법한 것이다. 다만, 우리 재판소는 당사자가 위헌법률심판 제청신청의 대상으로 삼지 않았고 또한 법원이 기각 또는 각하결정의 대상으로도 삼지 않았음이 명백한 법률조항이라 하더라도 예외적으로 위헌제청신청을 기각 또는 각하한 법원이 위 조항을 실질적으로 판단하였거나 위 조항이 명시적으로 위헌제청신청을 한 조항과 필연적 연관관계를 맺고 있어서 법원이 위 조항을 묵시적으로나마 위헌제청신청으로 판단을 하였을 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원으로서 적법한 것이다.

## 330. 당해사건의 소송절차에 동일한 사유를 이유로 한 위헌제청신청의 제한

(현재 2007. 7. 26. 2006헌바40)

### 〈쟁점〉

헌재법 제68조 제2항 제2문의 의미와 범위

### 〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제2항은 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 다만 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다고 규정하고 있는 바, 이때 당해 사건의 소송절차란 당해 사건의 상소심 소송절차를 포함한다 할 것이다.

## 331. 한정위헌청구의 적법성

(현재 2012. 12. 27. 2011헌바117)

### 〈쟁점〉

법률해석의 위헌성을 다투는 한정위헌청구의 적법성

### 〈결정요지〉

법률의 의미는 결국 개별·구체화된 법률해석에 의해 확인되는 것이므로 법률과 법률의 해석을 구분할 수는 없고, 재판의 전제가 된 법률에 대한 규범통제는 해석에 의해 구체화된 법률의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제로서 헌법재판소의 고유권한이며, 헌법합치적 법률해석의 원칙상 법률조항 중 위헌성이 있는 부분에 한정하여 위헌결정을 하는 것은 입법권에 대한 자제와 존중으로서 당연하고 불가피한 결론이므로, 이러한 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하

다고 보아야 한다. 다만, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다투거나, 의미있는 헌법문제에 대한 주장없이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다.

### 〈선정이유〉

법률해석의 위헌성을 다투는 한정위헌청구를 원칙적으로 부적절하고 일정한 경우 적법한 청구로 본 종래의 판례를 변경하여 법률해석을 다투는 한정위헌청구를 원칙적으로 적법하다고 본 결정이다.