법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

변호사시험의 자격시험을 위한
헌법 표준판례연구

〈 표준판례 334선 〉

본 과제는 법학전문대학원협의회에서
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라
“한국공법학회”에 의뢰하여 23개교 법학전문대학원 교수가 참여하여
개발된 연구결과물입니다.

목 차

제 1 편 헌법총론

제 1 장 헌법의 개념 ····· 3
제 2 장 헌법의 기본원리 ····· 7
제 1 절 민주주의 원리 ····· 7
제 2 절 법치국가원리 ····· 18
제 3 절 사회국가 원리 ····· 28
제 3 장 국민, 영토, 통일, 국제평화주의 ····· 30

제 2 편 기본권

제 1 장 기본권 총론 ····· 47
제 1 절 기본권의 개념 ····· 47
제 2 절 기본권의 본질적 내용 ····· 48
제 3 절 기본권의 주체 ····· 48
제 4 절 기본권의 성격 ····· 54
제 5 절 기본권의 효력 ····· 55
제 6 절 기본권의 제한 ····· 56
제 2 장 개별 기본권 ····· 70
제 1 절 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 ····· 70
제 2 절 평등 ····· 89
제 3 절 신체의 자유 ····· 97
제 4 절 사생활의 비밀과 자유 ····· 109
제 5 절 양심의 자유, 종교의 자유, 학문과 예술의 자유 ····· 124
제 6 절 표현의 자유, 집회 · 결사의 자유 ····· 133
제 7 절 직업의 자유, 재산권, 거주이전의 자유 ····· 162
제 8 절 선거권, 공무원담임임권, 청원군 ····· 178
제 9 절 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권 ····· 191
제 10 절 교육의 권리, 근로의 권리, 근로3권 ····· 201
제 11 절 인간다운 생활을 할 권리, 혼인과 가족 보호, 보건권, 환경권 ····· 209

제 3 편 국가조직

제 1 장 입법부 ····· 225
제 2 장 행정부 ····· 234
제 3 장 사법부 ····· 246
제 4 장 헌법재판소 ····· 259
제 1 절 일반심판절차 ····· 259
제 2 절 위헌법률심판 ····· 263
제 3 절 탄핵심판 ····· 265
제 4 절 정당해산심판 ····· 265
제 5 절 권한쟁의심판 ····· 266
제 6 절 헌법소원심판 ····· 278

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

(헌재 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

(헌재 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 권력분립과 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(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113)

〈선정이유〉

합헌적 법률해석의 개념과 한계를 명확하게 밝힌 결정이다.

3. 헌법 개별규정의 헌법소원심판 대상성 및 헌법규정 간의 우열관계

(헌재 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(헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38)

〈선정이유〉

헌법 개별규정은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 대상이 되지 않는다고 하면서 헌법 개별규정 사이의 논리적 우열관계와 효력상 차등을 인정하지 않은 결정이다.

4. 헌법의 최고규범성

(헌재 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

(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6)

〈쟁점〉

헌법해석의 기준과 내용

〈결정요지〉

헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주에 입각한 입헌민주헌법의 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. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아니면 헌법 적용의 방향 제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다.

〈선정이유〉

헌법해석의 기준과 내용을 명시적으로 밝힌 결정이다.

6. 헌법조항의 승계

(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등)

〈쟁점〉

헌법조항의 승계 문제

〈결정요지〉

1980년 헌법 부칙 제6조 제3항은 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다.”라고 규정한다. 그런데 이 규정은 1980년 헌법의 기본권 보장 규정과도 모순·충돌되는 것이었던 만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화 요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이어서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성 유무를 따질 수 있다.

〈선정이유〉

1980년 헌법 부칙 제6조 제3항의 승계를 인정하지 않은 결정이다.

7. 입법과정 하자의 저항권 행사 대상성

(헌재 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

8. 방어적 민주주의와 정당해산제도

(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)

〈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 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 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, 민주사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다.

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 도입경위, 현재 피청구인을 주도하고 있는 세력의 이에 대한 인식 및 이념적 지향점이 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다.

피청구인은 민주노동당과 국민참여당, 그리고 진보신당에서 탈당한 당원들로 구성된 '새로운 진보정당 건설을 위한 통합연대'가 통합하여 창당되었는데, '민주주의민족통일전국연합' 내 지역조직이었던 경기동부연합, 부산울산연합, 광주전남연합 등을 대표하는 이른바 자주파 계열의 사람들이

진보적 민주주의 도입을 주장하거나 지지하였고, 피청구인 창당도 주도하였다. 진보적 민주주의의 실현을 추구하는 경기동부연합과 광주전남연합, 부산울산연합의 주요 구성원 및 이들과 이념적 지향점을 같이하는 당원들(이하 '피청구인 주도세력'이라 한다)은 국민참여당계 등 자신들을 견제하던 세력들이 비례대표 부정경선 사건 및 중앙위원회 폭력 사건 등을 원인으로 탈당한 후 그들의 방침대로 당직자 결정 등 주요 사안을 결정하면서 당을 주도하여 왔는데, 과거 민족민주혁명당, 남북공동선언실천연대, 일심회 등에서 주체사상을 지도이념으로 하여 활동한 사람들을 주축으로 한 피청구인 주도세력의 형성과정, 대북자세, 활동경력, 이념적 동일성 등을 종합해 볼 때, 피청구인 주도세력은 북한을 추종하고 있다.

피청구인 주도세력이 피청구인의 강령상 '진보적 민주주의'를 어떻게 인식하고 이해하고 있는지를 살펴보건대, 피청구인 주도세력은 우리 사회를 외세에 예속된, 천민적 자본주의 또는 식민지반자본주의사회로 보고, 이러한 모순이 국가의 주권을 말살하고 민중들의 삶을 궁핍에 빠뜨리고 있다고 주장하면서 새로운 대안체제이자 사회주의로 이행하기 위한 과도기 단계로서 '진보적 민주주의 체제'를 제시하고 있다. 피청구인 주도세력은 강령적 과제로 민족자주(자주), 민주주의(민주), 민족화해(통일)를 제시하면서, 최종적인 강령적 과제인 연방제 통일을 통한 사회주의 실현을 위해서는 먼저 남한에서 민중민주주의변혁이 이루어져야 하고, 이러한 '통일'과 '민주'라는 과제를 달성하기 위해서는 '자주'를 선차적으로 달성해야 한다고 인식하고 있다. 그리고 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 통일을 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 옹호 태도 등을 종합할 때, 위 회합들은 피청구인의 활동으로 귀속된다.

또한 비례대표 부정경선, 중앙위원회 폭력 사건 및 관악을 지역구 여론조작 사건은 피청구인의 당원들이 토론과 표결에 기반하지 않고 폭력적 수단으로 자신들이 지지하는 후보의 당선을 관철시키려 한 것으로서 당내 민주적 의사형성을 왜곡하고 선거제도를 형해화하여 민주주의 원리를 훼손하는 것이다.

다. 앞서 본 바와 같이, 피청구인 주도세력은 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 이를 기초로 통일을 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 입장을 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 활동은 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고 최종적으로는 북한식 사회주의를 실현하는 것으로 판단된다.

라. 피청구인이 추구하는 북한식 사회주의 체제는 조선노동당이 제시하는 정치 노선을 절대적인 선으로 받아들이고 그 정당의 특정한 계급노선과 결부된 인민민주주의 독재방식과 수령론에 기초한 1인 독재를 통치의 본질로 추구하는 점에서 민주적 기본질서와 근본적으로 충돌한다. 또한 피청구인은 진보적 민주주의를 실현하기 위해서는 전민항쟁 등 폭력을 행사하여 자유민주주의체제를 전복할 수 있다고 하는데 이 역시 민주적 기본질서에 정면으로 저촉된다. 한편 내란관련 사건, 비례대표 부정경선 사건, 중앙위원회 폭력 사건 및 관악을 지역구 여론조작 사건 등 피청구인의 활동들은 내용적 측면에서는 국가의 존립, 의회제도, 법치주의 등을 부정하는 것이고, 수단이나 성격의 측면에서는 자신의 의사를 관철하기 위해 폭력 등을 적극적으로 사용하여 민주주의 이념에 반하는 것이다.

내란관련 사건 등 앞서 본 피청구인의 여러 활동들은 그 경위, 양상, 피청구인 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.

9. 선거운동 개념 및 사전선거운동금지

(헌재 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 가벌적 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 위배된다고 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 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

〈참고판례〉

헌재 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.

〈선정이유〉

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

10. 국회의원 지역선거구별 인구편차

(헌재 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 33⅓%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 33⅓%를 넘어서지 않는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 심판대상 선거구구역표 중 인구편차 상하 33⅓%의 기준을 넘어서는 선거구에 관한 부분은 위 선거구가 속한 지역에 주민등록을 마친 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

〈참고판례〉

헌재 2018. 6. 28. 2014헌마166: 자치구·시·군의원은 주로 지역적 사안을 다루는 지방의회의 특성상 지역대표성도 겸하고 있고, 우리나라는 도시와 농어촌 간의 인구격차가 크고 각 분야에 있어서의 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 33⅓%, 인구비례 2:1로 변경한 결정이다.

11. 비례대표의석배분방식으로서 1인 1표제의 위헌성

(헌재 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 현행제도는 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 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되는바, 이는 합리적 이유없이 무소속후보자에게 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 결

정으로서, 현행 1인 2표제 도입의 기초를 마련한 결정이다.

12. 언론인의 선거운동금지

(헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1)

〈쟁점〉

1. 언론인의 선거운동을 금지한 구 공직선거법 제60조 제1항 제5호 중 '제53조 제1항 제8호에 해당하는 자' 부분(이하 '금지조항'이라 한다)이 포괄위임금지원칙을 위반하는지 여부(적극)

2. 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 달성에 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 입법목적은, 일정 범위의 언론인을 대상으로 언론매체를 통한 활동의 측면에서 발생 가능한 문제점을 규제하는 것으로 충분히 달성될 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 대하여는 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. 선기비용 반환

(헌재 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

(헌재 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 특정지역

의 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

(헌재 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 입법목적의 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 정당설립의 자유를 침해한다는 결정이다.

16. 공무원의 정당가입금지

(헌재 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〉

헌재 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.

헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551: 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지하는 국가공무원법조항은 '그 밖의 정치단체'라는 불명확한 개념을 사용하여 수범자에 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. 법률유보원칙: KBS 방송수신료 사례

(헌재 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〉

헌재 2008. 2. 28. 2006헌바70; 헌재 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.

18. 신뢰보호원칙(1): 대학입시제도 변경 사례

(헌재 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 왔을 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 공헌하는 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〉

헌재 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.

19. 신뢰보호원칙(2): 징집면제연령 상향조정 사례

(헌재 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 입법행위를 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 우선된다고 볼 여지가 있다. … 일반적으로 신뢰보호의 구체적 실현수단으로 사용되는 경과규정에는 ① 기존 법률이 적용되던 사람들에게 신법 대신 구법을 적용하도록 하는 방식과, ② 적응보조규정을 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.

20. 신뢰보호원칙(3): 판사임용자격 요건 변경 사례

(헌재 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 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 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 관

점에서 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 신뢰보호원칙에 반한다고 할 것이다.

〈참고판례〉

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

〈선정이유〉

법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에 대해서도 개정법에 따라 추가적인 법조경력을 요구하는 것은 신뢰보호원칙에 어긋난다고 판단한 결정이다. 이는 위 법 개정 당시 사법시험에 합격하였으나 사법연수원에 입소하지는 않았던 사람들의 경우에는 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다고 판단한 사례(헌재 2014. 5. 29. 2013헌마12)와 비교된다.

21. 형벌불소급원칙(1): 노역장유치조항 사례

(헌재 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 형벌불소급원칙

이 적용되며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 가중되거나 부수효과가 불이익하게 변경되는 경우에도 행위시법이 적용된다는 점을 명확히 한 결정이다.

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

(헌재 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 형벌불소급의 원칙에 위배되는지 여부

〈결정요지〉

전자장치부착법상 전자장치 부착명령은 제도의 목적, 요건, 보호관찰 부가 등 관련 규정의 내용에 비추어 형벌과 구별되므로, 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당한다고 보아야 한다. … 보안처분은 형벌과는 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 형벌불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안 된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형벌적 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 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다. … 따라서 이 사건 부칙조항에 따른 전자장치 부착명령은 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니하므로 전자장치부착법 시행 당시 대상자에 포함되지 않았던 사람들까지 부착명령의 대상자로 포함시켰다고 하여 소급효금지원칙에 위배되는 것은 아니다.

〈참고판례〉

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

〈선정이유〉

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

23. 소급입법금지원칙(1): 공소시효 정지 사례

(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등)

〈쟁점〉

1. 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조(이하 '이 법률조항'이라 한다)가 형벌불소급의 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. 형벌불소급의 원칙은 "행위의 가벌성" 즉 형사소추가 "언제부터 어떠한 조건하에서" 가능한가의 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 형벌불소급의 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 당사자

의 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〉

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

〈선정이유〉

과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률에 대해서는 형벌불소급원칙이 아니라 일반적 소급입법금지원칙이 적용된다고 판시한 결정이다. 나아가 일반적 소급입법금지원칙의 경우 원칙적으로 진정소급입법은 금지되나 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다는 선례(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18; 헌재 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.

24. 소급입법금지원칙(2): 친일재산 국가귀속법 사례

(헌재 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〉

헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등 5.18민주화운동등에관한특별법 제2조 제1항 등 위헌제청; 헌재 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(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등)를 재확인하고 우리 헌법이론상 친일재산의 국가귀속이 정당화될 수 있음을 인정하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다. 이 결정의 논지는 헌재 2013. 7. 25. 2012헌가1 결정에서도 승계되고 있다.

25. 소급입법금지원칙(3): 사립학교교직원 연금 감액 사례

(헌재 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 사후적

으로 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, 제재의 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〉

헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42 공무원연금법 제43조의2 위헌소원; 헌재 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 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42 결정, 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바259 결정 등과 비교된다.

26. 형벌비례의 원칙: 법정형의 적정성

(헌재 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 기본이념

으로 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 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 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 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 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 형벌체계상의 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, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다.

〈선정이유〉

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

제3절 사회국가 원리

27. 저상버스 도입의무

(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52)

〈쟁점〉

1. 헌법 제34조 제5항의 ‘신체장애자’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), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므

로, 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〉

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

28. 운행자에 대한 무과실책임

(헌재 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 과실유무를 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 비하여 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 무과실

책임을 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.

제 3 장 국민, 영토, 통일, 국제평화주의

29. 국적제도 평등원칙

(헌재 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 위하여는 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 흠없이 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〉

헌재 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.

30. 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 해외공민증을 발급받은 자가 대한민국 국민인지 여부

〈결정요지〉

조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에관한임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 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〉

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

〈선정이유〉

북한 주민이 대한민국 국민이라는 점을 확인한 판례이다.

31. 재외동포: 재외동포에 대한 차별적 대우

(헌재 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 없으며, 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〉

헌재 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.

32. 영토권

(헌재 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 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다고 보아야 한다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 판례집 4, 51면 참조). 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 것인바, 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 위하여서는, 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. 가. 이 사건 협정은 전술한 바와 같은 협상경위를 거쳐 성립·발효된 것으로서, 한일 양국의 어업에 관한 잠정적인 합의를 담고 있는 것이다. 협상이라는 것이 본래 일방의 주장만을 일방적으로 수용 또는 채택한다고 하기보다는 대개는 서로 대립하는 이해관계를 타협·절충하는 성격을 지니는 것이 일반적이라고 하겠다. 특히 이 사건 협정이나 배타적경제수역의 경계획정과 같이 양국의 이해관계가 첨예하게 대립하는 협상의 경우에는 양측의 주장을 모두 충족시키는 결과를 도출해낸다는 것은 대단히 어려운 일이라고 할 것이다.

나. 이 사건 협정의 협상에 임하는 한일 양국의 기본적인 입장은 적지 아니한 차이가 있었다고 보여진다. 이러한 입장으로부터, 일본은 65년 협정의 종료를 위하여 적지아니 한 외교적 부담을 무릅쓰고서도 1998. 1. 23.에 65년협정의 파기 (종료) 를 일방적으로 통고하여 왔으며, 동 협정 제10조 제2항에 의하여 동 협정은 1999. 1. 22.에 종료하게 되었던 것이다. 그러나, 한일 양국은 무협정상태로 인한 혼란만은 피하여야 한다는 데 인식을 같이 하고, 배타적경제수역의 경계획정문

제와는 별도로 어업에 관한 사항만을 우선 잠정적으로 합의한 것이 이 사건 협정이라고 할 수 있다.

다. 이 같은 배경과 체결과정을 거쳐 성립·발효한 이 사건 협정이 영해 및 배타적 경제수역에 대한 국민의 주권과 영토권을 침해하고, 독도를 한일 중간수역에 포함시킨 것이 우리나라 영토의 일부인 독도의 영유권을 포기한 것이기 때문에 헌법상 보장된 영토에 관한 권리를 침해한 것인지의 여부를 살펴보기로 한다.

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 부속서Ⅰ 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 (부속서Ⅰ 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 현저히 균형을 잃은 설정으로는 보이지 않는다(우리나라의 배타적경제수역법 제5조 제2항 및 일본의 배타적경제수역및대륙붕에관한법률 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 배타적경제수역및대륙붕에관한법률 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.

라. 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 적극적

으로 수용하고 있는 결정이다.

33. 영토조항과 북한

(헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114)

〈쟁점〉

북한의 주민이나 단체가 외국환거래법 제15조 제3항에서 말하는 "거주자"나 "비거주자"에 해당하는지에 관한 판단이 헌법 제3조의 영토조항과 관련이 있는 헌법적 문제인지 여부

〈결정요지〉

남한과 북한의 주민(법인, 단체 포함) 사이의 투자 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 우선적으로 남북교류법과 동법시행령 및 위 외국환관리지침이 적용되며, 관련 범위 내에서 외국환거래법이 준용된다. 즉, '남한과 북한의 주민'이라는 행위 주체 사이에 '투자 기타 경제에 관한 협력사업'이라는 행위를 할 경우에는 남북교류법이 다른 법률보다 우선적으로 적용되고, 필요한 범위 내에서 외국환거래법 등이 준용되는 것이다.

그 결과 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.

〈참고판례〉

헌재 2006. 11. 30. 2006헌마679 북한 한의사 자격불인정 위헌확인

〈선정이유〉

북한 주민과 외국환 거래를 할 경우 남북교류법의 적용에 대한 결정이다.

34. 북한의 법적 지위

(헌재 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(그 법률 제1조) 제정된 법률이고 남북교류협력에관한법률은 남한과 북한과의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여(그 법률 제1조) 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(현행 국가보안법 제6조 제1항, 당재판소 1990.4.2 선고, 89헌가113 결정 각 참조) 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(위 법률 제3조 참조) 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 엄연한 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 국가보안법(1991.5.31. 개정의 전후를 막론하고)과 남북교류협력에관한법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고 있으며 따라서 구 국가보안법 제6조 제1항 소정의 잠입·탈출죄와 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호 소정의 죄(같은 조문 제1항 제1호 전단 소정의 죄도 같다)는 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〉

헌재 2000. 7. 20. 98헌바63

대법원 2003. 5. 13. 2003도604 판결

〈선정이유〉

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

35. 평화통일주의

(헌재 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(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 60-61 참조).

나. 그런데 이 법은 앞서 본 바와 같이 기본적으로 북한을 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하면서 남북대결을 지양하고, 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 타 법률에 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 목적달성이나 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"하다고 판시하였고(헌재 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〉

헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등

대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결

〈선정이유〉

남북교류법과 국가보안법의 관계에 관한 내용을 설시한 결정이다.

36. 국제법존중주의

(헌재 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 달성하여야할 공통의 기준"으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426).

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 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다."하여 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 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 필

요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-429; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 257-258 참조).

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(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259 참조).

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(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 대법원 1993. 12. 24. 선고 93도1711 판결 참조).

그렇다면, 법 제66조 제1항이 국제법규에 위반됨을 이유로 한 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

〈참고판례〉

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

〈선정이유〉

국제규범의 국내법적 효력에 관한 결정이다.

37. 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 우리 나라의 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, 외

국의 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(sovereign immunity)가 인정되어도 국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것은 아니라는 점을 확인한 판례이다.

38. 평화적 생존권

(헌재 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 기본권으로 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 권리내용(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 "침략전쟁에 대한 것"에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 "침략전쟁이나 방어전쟁을 불문하고 전쟁이 없는 평화"란 자국의 노력만으로 이룰 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 자제할 대상으로 보아야 할 경우가 대부분일 것이다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814 판례집 16-1, 601, 607 참조).

또한, 평상 시의 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〉

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

〈선정이유〉

한반도를 둘러싼 군사적 긴장관계에서 한미연합군사훈련이 평화적 생존권이라는 기본권을 침해

한다는 주장에 관하여 헌법재판소가 이를 인정한 기존의 판례를 변경한 사건이다.

39. 국제평화주의

(헌재 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 신중히 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 해결

을 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 타당하[다].

〈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

40. 헌법상 보장된 기본권의 의미

(헌재 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〉

헌재 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

41. 기본권의 본질적 내용 침해 판단

(헌재 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〉

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

〈선정이유〉

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

제3절 기본권의 주체

42. 초기배아의 기본권 주체성

(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346)

〈쟁점〉

초기배아의 기본권 주체성 여부

〈결정요지〉

출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성

이 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 터 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〉

헌재 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.

43. 태아의 기본권 주체성

(헌재 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 선험적이고 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 입법형성권의 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 됨을 최초로 판시하였다는 점에서 의의가 있다.

44. 외국인의 기본권 주체성

(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367)

〈쟁점〉

근로의 권리에 대한 외국인의 기본권 주체성 여부

〈결정요지〉

외국인의 기본권 주체성 여부는 기본권의 성질에 좌우되는데, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권과 같은 '인간의 권리'로서의 성격을 갖는 기본권들이 외국인에게 인정된다. 근로의 권리 중 인간의 존엄성 보장에 필요한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 '일할 환경에 관한 권리'는 외국인에게 보장되고, 고용허가를 받아 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서 지위를 부여받은 외국인들의 직장선택의 자유도 인간의 권리로서 보장된다. 따라서 국내 기업에 취업함을 목적으로 외국인고용법상 고용허가를 받아 입국하여 우리 사회에서 정당한 노동인력으로 그 지위를 인정받은 외국인의 경우, 선택한 직업분야에서 취득한 임금이나 퇴직금 등의 채권을 지급 받을 권리는 기본권으로 보호될 수 있다. 임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품으로 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 됨과 동시에 인간 생존의 기초가 된다는 점에서 이를 지급받을 권리는 인간의 권리로서 보호된다. 헌법 제32조가 보장하는 근로의 권리는 '일할 자리에 관한 권리'와 '일할 환경에 관한 권리'도 보장한다. 그런데 '일할 환경에 관한 권리'는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 권리로서 외국인에게도 인정되며, 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다. 여기서의 근로조건은 임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 데 관한 조건들이고, 퇴직금의 성질을 갖는 출국만기보험금의 지급시기에 관한 것은 근로조건의 문제이므로 외국인에게도 기본권 주체성이 인정된다.

〈참고판례〉

헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670; 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351; 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670

〈선정이유〉

인간의 생존과 관련된 영역에서 외국인의 기본권 주체성을 예외적으로 인정해 온 헌법재판소의 판시내용 중 근로의 권리와 관련된 구체적인 내용을 다루고 있는 명확한 결정이다.

45. 공직자의 기본권 주체성

(헌재 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〉

헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480

〈선정이유〉

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

46. 법인의 기본권 주체성

(헌재 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 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격도 부인할 수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다.

〈참고판례〉

헌재 1991. 6. 3. 90헌마56

〈선정이유〉

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

47. 지방자치단체의 기본권 주체성

(헌재 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〉

헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170; 헌재 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.

48. 정당의 기본권 주체성

(헌재 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 위하거나 이들을 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

〈참고판례〉

헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91

〈선정이유〉

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

49. 노동조합의 기본권 주체성

(헌재 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

50. 기본권의 양면성

(헌재 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 구성요소이기도 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〉

헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155

〈선정이유〉

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

제5절 기본권의 효력

51. 국가의 기본권 보호의무

(헌재 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〉

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

〈선정이유〉

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

52. 기본권 충돌

(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42)

〈쟁점〉

상충하는 기본권 간의 조화 모색

〈결정요지〉

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.

〈참고판례〉

헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 528-529; 헌재 2020. 11. 26. 2016헌마275 등, 공보 제290호, 1518

〈선정이유〉

기본권 제한에 대한 위헌성 심사를 위한 과잉금지원칙의 적용에 있어서, 기본권 충돌의 경우 심사과정에 중시해야 하는 '비례의 적정성'에 관한 결정내용이다.

제6절 기본권의 제한

53. 일발적 법률유보조항, 기본권 제한입법의 수권 규정, 기본권 제한입법의 한계 규정

(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95)

〈쟁점〉

법 제37조 제2항의 의미

〈결정요지〉

일반적 법률유보조항(一般的 法律留保條項)으로 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 수권(授權) 규정이지만, 그것은 동시에 기본권 제한입법의 한계(限界) 규정이기도 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〉

헌재 1989. 12. 22. 88헌가13; 헌재 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.

54. 법률유보원칙의 적용영역

(헌재 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.

55. 기본권형성적 법률유보

(헌재 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〉

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

〈선정이유〉

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

56. 법률의 명확성원칙(1)

(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83)

〈쟁점〉

일반적 법률의 명확성원칙 위배 여부 판단의 기준

〈결정요지〉

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 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.

57. 법률의 명확성원칙(2)

(헌재 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〉

헌재 1989. 12. 22. 88헌가13

〈선정이유〉

법률의 명확성원칙의 의미가 최소한의 명확성을 요구하는 것이라는 것을 판시한 결정이다.

58. 법률의 명확성원칙(3)

(헌재 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 형벌법규인 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 수범자가 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.

59. 처벌법규의 명확성

(헌재 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 형벌법규인 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 권력분립의 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 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.

〈참고판례〉

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

〈선정이유〉

처벌법규의 명확성원칙 판단기준에 대해서 판시한 결정이다.

60. 위임입법에 있어서 법률의 명확성원칙

(헌재 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 중할수록, 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〉

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

〈선정이유〉

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

61. 국가안전보장

(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104)

〈쟁점〉

국가안전보장의 개념

〈결정요지〉

헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."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 설시한 결정이다.

62. 공공복리

(헌재 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.

63. 공공복리와 공공필요의 관계

(헌재 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 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 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.

64. 과잉금지원칙의 의의와 근거

(헌재 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〉

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

〈선정이유〉

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

65. 과잉금지원칙의 적용영역

(헌재 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.

〈선정이유〉

과잉금지원칙은 기본권침해를 심사하는데 적용되는데 사용되는 원칙임을 선언한 결정이다.

66. 목적의 정당성

(헌재 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.

67. 수단의 적합성

(헌재 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 것이다. 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 목적달성에 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.

68. 기본권 제한 수단 선택의 한계

(헌재 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 준칙주의를 택하지 아니하고 인가주의를 택하고 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 달성할 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.

69. 수단의 적합성 심사의 완화

(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456)

〈쟁점〉

수단의 적합성에 대한 심사강도를 완화하는 경우

〈결정요지〉

지구당 폐지는 위 입법목적을 달성하는데 효과적이고 적절한 수단일 뿐만 아니라, 지구당을 강

화할 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.

70. 피해의 최소성(1)

(헌재 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 실현할 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.

71. 피해의 최소성(2)

(헌재 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〉

헌재 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.

72. 피해의 최소성(3): 심사의 완화

(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등)

〈쟁점〉

피해의 최소성심사의 강도를 완화하는 경우

〈결정요지〉

직업선택의 자유는 개인의 인격발현과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 그 제한은 개인의 개성신장의 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 생명권과 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 완

화하여 명백성통제를 한다는 결정이다.

73. 일반적 의미의 기본권의 본질적 내용

(헌재 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 형해화된다고 단정할 수는 없다고 판단된다.

〈참고판례〉

본질적 내용에 관한 절대설을 취한 결정: 헌재 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: 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1(생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 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

74. 헌법 제10조의 의미

(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216)

〈쟁점〉

국가 등의 양로시설 등에 입소하는 국가유공자에게 부가연금, 생활조정수당 등의 지급을 정지하도록 한 국가유공자등예우및지원에관한법률 제20조 제2항 및 동시행령 제31조 제2항이 국가 등의 양로시설에 입소한 국가유공자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있다.

헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심으로, 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 조항이다. 따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면, 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 할 것이다. 이 사건 규정은 앞에서 보았듯이 국가유공자에 대한 보상금지급과 관련하여 기본권을 형성하는 성질을 가지고 있으나, 그 내용상 최소한의 기본적 보상이나 사회보장을 하지 않아 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손할 정도에 이른다고는 볼 수 없으므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 할 수 없다.

헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다. 그런데 이 사건 규정은 보상금수급권에 대한 일정 요건하의 지급정지를 규정하고 있는 것으로 자유권이나 자유권의 제한영역에 관한 규정이 아니므로, 이 사건 규정이 행복추구권을 침해한다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

헌법 제10조에서 보장되는 인간존엄의 헌법상 의의와 행복추구권의 법적 성격을 밝힌 결정이다.

75. 일본군위안부 피해자의 배상청구권 관련 부작위

(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

〈쟁점〉

청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 위헌인지 여부

〈결정요지〉

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하게 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다.

우리 헌법은 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 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.

〈선정이유〉

헌법 제10조에서 보장되는 인간존엄이 자유권이며 제3자로부터 국가의 보호할 의무가 있음을 인정한 결정이다.

76. 원폭피해자의 배상청구권 관련 부작위

(헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648)

〈쟁점〉

청구인들이 일본국에 대하여 가지는 원폭피해자로서의 배상청구권이 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정' 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 위헌인지 여부

〈결정요지〉

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 징병과 징용으로 일제에 의해 강제이주 당하여 전쟁수행의 도구로 활용되다가 원폭피해를 당한 상태에서 장기간 방치됨으로써 심각하게 훼손된 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.

불법적인 강제징용 및 징병에 이어 피폭을 당한 후 방치되어 몸과 마음이 극도로 피폐해진 채 비참한 삶을 영위하게 된 한국인 원폭피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 불법적인 일본의 침략전쟁 수행과정에서 도구화되고 피폭 후에도 인간 이하의 극심한 차별을 받음으로써 침해된 인간으로서의 존엄과 가치를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 침해되는 기본권이 매우 중대하다. 또한, 원폭피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 원폭피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되고, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

원폭피해자인 국민이 배상을 받지 못하는 것은 헌법 제10조에서 보장되는 인간존엄을 침해하여 위헌이라는 결정이다.

77. 구치소 내 과밀수용

(헌재 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 사람을 국가행위의 단순한 객체로 취급하거나 비인간적이고 잔혹한 형벌을 부과하는 것을 금지하

고, 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 훼손할 수 없다.

수형자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에 수용되어 인간의 존엄과 가치를 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용면적뿐만 아니라 수형자 수와 수용거실 현황 등 수용시설 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㎡, 6일 5시간 동안에는 1.27㎡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.

78. 한센병 환자의 국가배상청구

(대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결)

〈쟁점〉

한센병 환자의 국가배상 청구사건에서 인간존엄 침해 여부

〈결정요지〉

환자는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유한다. 따라서 수술과 같이 신체를 침해하는 의료행위를 하는 경우 환자로부터 의료행위에 대한 동의 내지 승낙을 받아야 하고, 동의 등의 전제로서 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자가 필요성이나 위

험성을 충분히 비교해 보고 의료행위를 받을 것인지를 선택할 수 있도록 하여야 한다. 만일 의료행위 주체가 위와 같은 설명의무를 소홀히 하여 환자로 하여금 자기결정권을 실질적으로 행사할 수 없게 하였다면 그 자체만으로도 불법행위가 성립할 수 있다.

국가가 한센병 환자의 치료 및 격리수용을 위하여 운영·통제해 온 ○○ ○○○병원 등에 소속된 의사나 간호사 또는 의료보조원 등이 한센인들에게 시행한 정관절제수술과 임신중절수술은 신체에 대한 직접적인 침해행위로서 그에 관한 동의 내지 승낙을 받지 아니하였다면 헌법상 신체를 훼손당하지 아니할 권리와 태아의 생명권 등을 침해하는 행위이다. 또한 한센인들의 임신과 출산을 사실상 금지함으로써 자손을 낳고 단란한 가정을 이루어 행복을 추구할 권리는 물론이거니와 인간으로서의 존엄과 가치, 인격권 및 자기결정권, 내밀한 사생활의 비밀 등을 침해하거나 제한하는 행위임이 분명하다. 더욱이 위와 같은 침해행위가 정부의 정책에 따른 정당한 공권력의 행사라고 인정받으려면 법률에 그에 관한 명시적인 근거가 있어야 하고, 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하여야 하며, 침해행위의 상대방인 한센인들로부터 '사전에 이루어진 설명에 기한 동의(prior informed consent)'가 있어야 한다. 만일 국가가 위와 같은 요건을 갖추지 아니한 채 한센인들을 상대로 정관절제수술이나 임신중절수술을 시행하였다면 설령 이러한 조치가 정부의 보건정책이나 산아제한정책을 수행하기 위한 것이었다고 하더라도 이는 위법한 공권력의 행사로서 민사상 불법행위가 성립한다.

〈선정이유〉

국가가 한센병 환자의 치료 및 격리수용을 위하여 운영·통제해 온 병원 등에서 행해진 수술로 인하여 한센병 환자의 인간존엄 등이 침해되었음을 인정한 판결이다.

79. 친생부인의 소 제척기간 사건

(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14)

〈쟁점〉

친생부인의 소의 제소기간을 '그 출생을 안 날로부터 1년내'로 규정하고 있는 민법 제847조가 헌법상 기본권을 침해하여 위헌인지 여부

〈결정요지〉

주문은 "민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 최종개정된 것) 제847조 제1항 중 '그 출생을 안 날로부터 1년내'부분은 헌법에 합치되지 아니한다"이다.
첫째, 이 조항은 제척기간에 관한 입법재량의 한계를 넘어서서 위헌이다. 친생부인의 소에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가의 문제는 부(父)뿐만 아니라 자(子)와 모(母) 및 가족들의 법적 지위와 관계되므로 법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 부(父)의 이익과 친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자(子)의 이익을 어떻게 그 사회의 실정과 전통적 관념에 맞게 조화시킬 것인가에 관한 문제는 이해관계인들의 기본권적 지위와 혼인 및 가족생활에 관한 헌법적 결단을 고려하여 결정할 문제로서 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨져 있다. 그런데 민법 제844조에 의하여 인정되는 친생자 추정의 효력은 법률에서 인정하는 다른 추정에 비하여 대

단히 강력한 것이어서 친생자로 추정되는 한 생부가 혼인외의 출생자로서 인지를 하는 것이나 자(子)가 생부를 상대로 인지를 청구하는 것 모두 허용되지 않으며, 일단 제소기간이 경과된 경우에는 나중에 그 추정이 진실에 반하는 것임이 명백하여졌다고 하더라도 그 추정을 번복하는 것은 허용되지 않는다. 그 결과 친자관계를 더 이상 다툴 수 없게 된 부(父)로서는 진실에 반하는 친자관계를 그 의사에 반하여 강요당하게 된다는 점에서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 보장한 헌법 제10조나 혼인과 가족생활의 보호를 규정한 헌법 제36조에 위반할 소지가 있는 것이다. 그러므로 친생부인의 소에 대한 제소기간을 어느 정도로 할 것인가는 중요한 문제이며 원칙적으로 그것이 입법재량에 속한다 하더라도 그 제소기간 자체가 지나치게 단기간이거나 불합리하여 부(父)가 자(子)의 친생자 여부에 대한 확신을 가지기도 전에 그 제척기간이 경과하여 버림으로써 친생을 부인하고자 하는 부(父)로 하여금 제소를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하는 것이라면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이라 아니할 수 없다. 일반적으로 친자관계의 존부에 관하여는 특별한 사정이나 어떤 계기가 없으면 친자관계가 존재하지 않음을 알기 어렵거나 의심하지 않는 것이 통례임에도 불구하고 친생부인의 소의 제척기간을 정함에 있어 부(父)가 자(子)와의 사이에 친생자관계가 존재하지 않음을 알았는지의 여부를 전혀 고려하지 않고 오직 '출생을 안 날로부터'라고만 규정하여 부(父)에게 매우 불리한 규정이라고 할 것이다. 나아가서 "1년"이라는 제척기간 그 자체도 여러 사정에 비추어 볼 때 현저히 짧은 것이다. 친생자관계의 존부는 특별한 경우가 아니면 쉽게 알기 어려운 속성에 비추어 보통의 경우 자(子)의 출생을 안 날로부터 1년이란 단기간의 숙려기간은 너무 짧아서 실질적으로 제소의 기회마저 주지 않는 것이나 다름없다. 이러한 심판대상조항은 혼인기간 중에는 정절이 지켜진다는 전통관념을 배경으로 한 규정이지만 현대 사회는 여성의 사회적 활동의 증가와 가치관념의 혼돈 및 윤리의식의 이완으로 전통관념에 많은 변화가 생겼고 또 출산과정도 병원 등 전문기관에서 많은 아이들이 반복적으로 출산되고 있어 서로 뒤바뀔 가능성도 배제할 수 없는 점 등 사회현실 여건도 달라져서 진정한 친자관계가 존재하지 않을 가능성이 많아지고 있어서 부(父)에게 친생부인권을 부여할 필요성은 오히려 증가하는 반면, 우리나라는 어느 나라보다 혈통을 중요시하고 혈연에 각별한 애착을 가지는 전통관습을 유지하고 있는 점 등을 종합고려하면 제소할 수 있는 기간을 자의 출생을 안 날로부터 1년으로 규정한 것은 지나치게 짧다고 할 것이다. 결과적으로 친생을 부인하고자 하는 부(父)로 하여금 제소를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하고 그로 인하여 진실한 혈연관계에 반하는 부자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하고 있는 것이어서 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 다음과 같은 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 할 것이다.

둘째, 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권을 침해한다. 헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고 있다. 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 자(子)의 출생을 안 날로부터 1년으로 규정함으로써 부(父)가 자(子)의 친생자 여부에 대한 의심도 가지기 전에 그 제척기간이 경과하여 버려 결과적으로 부(父)로 하여금 혈연관계가 없는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하고 또 자(子)의 출생 후 1년이 지나서 비로소 그의 자(子)가 아님을 알게 된 부(父)로 하여금 당사자의 의사에 반하면서까지 친생부인권을 상실하게 하는 것이다. 이는 인간이 가지는 보편적 감정에도 반할 뿐만 아니라 자유로운 의사에 따라 친자관계를 부인하고자 하는 부(父)의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해하고 있는 것이다.

〈선정이유〉

이 결정은 김진우 재판관의 별개의견과 조승형 재판관의 반대의견이 있는 외에는, 나머지 재판관의 의견일치에 의한 것이다. 주목할 점은 이 사건 헌법불합치결정은 친생부인의 소에 제척기간을 설정한 것 자체가 잘못이라는 것은 아니고 단지 기간을 정함에 있어 부(父)가 자(子)와의 사이에 친생자관계가 존재하지 않음을 알았는지의 여부에 관계없이 일률적으로 '그 출생을 안 날로부터 1년 내'라고 규정함으로써, 친생부인권의 행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 박탈하는 것과 같은 결과를 초래하는 것이 잘못이고 헌법에 위반된다는 취지라는 점이다.

80. 군검찰관의 기소유예처분 사건

(헌재 1989. 10. 27. 98헌마56)

〈쟁점〉

군검찰관의 기소유예처분이 피의자인 청구인의 기본권을 침해해 위헌인지 여부

〈결정요지〉

주문은 "육군 보병 제2사단 보통군사법원 검찰부 1988년 형제 52호 사건에 있어서 검찰관이 1988년 9월 30일에 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다."이다.

첫째, 이 사안은 청구인에 대해 항명죄의 혐의를 인정해서는 안 되는 사안이다. 육군참모총장의 명령으로 육군 예하 부대에 하달된 구타근절 종합대책의 일환인 구타직전 보고제도, 육군 일반명령 제37호 구타행위 엄금 수정내용 및 얼차려 수정 보완 내용과 육군 본부에서 초급장교용으로 만들어진 얼차려 시행에 관한 육군 본부 팜플렛 850-71 '구타 지침서' 등을 종합하면 얼차려 교육은 "법적 제재조치 이전에 정신적, 육체적 특수훈련을 가하여 해이되고 이완된 군인정신을 바로 잡아 잘못을 스스로 깨우치게 하는데" 그 목적을 두고 있어 총검술교육 훈련 목적과는 그 목적을 달리하고 있고, 그 구체적 방침으로 집행권자를 명확히 임명해 집행하며 얼차려의 방법을 변형하여 악용하는 것을 금지하고 얼차려에 규정된 종목 이외의 변칙적용은 구타 및 가혹행위로 간주한다고 되어 있다. 이에 따른 세부지침으로 중대장급 이상의 지휘관 및 대위급 이상 장교만이 결재없이 얼차려 교육을 시행할 수 있고 모든 소대장 이하 분대장등이 병사에 대하여 얼차려를 실시하려면 반드시 얼차려의 실시시간 및 장소, 방법 등에 관하여 결재권자의 승인 후에 실시하도록 되어 있으며, 집행시기도 일과시간 내의 개인 자유시간이나 일과시간 외의 개인 자유시간으로 제한되어 있다. 우선, 이러한 얼차려 규정에 의하면 얼차려 실시권이 하사관에게 당연히 귀속되는 권한도 아니고 반드시 그 실시기간 및 장소, 방법에 관하여 결재권자의 승인을 요하게 되어 있는데 하사 배○열에게 총검술교육 실시에 관한 권한을 위임했던 하사 정○철, 조○오가 얼차려 실시에 관하여 미리 결재권자의 승인을 받아두었다는 특단의 사정도 발견되지 않으므로 배○열의 명령권은 위임받은 총검술 실시의 범위내에 한정될 수밖에 없을 것이고, 얼차려 교육 권한까지 확대될 성질이 될 수 없다. 따라서 하사 배○열이 결재권자의 승인을 받지 않은 채, 더구나 총검술교육 실시를 하던 일과시간으로서 개인 자유시간이 아닌 때에 청구인에 대하여 얼차려 명령을 하였다면 이는 적법절차를 무시한 명령으로서 결코 상관의 정당한 명령이 될 수 없다. 다음으로, 이 사건 얼차려 명령의

내용을 검토해 보자. 얼차려교육으로는 위의 관련 규정들에 규정된 방법만이 허용되므로 여기서는 오직 구보만이 허용되어 있다 하겠고, 또한 필히 지휘자가 선두에 서야 할 뿐만 아니라 선착순 구보는 비효과적인 것임을 위의 규정들이 이미 밝히고 있다. 그렇다면 이 사건에서 하사 배○열이 위 총검술교육 중 동작이 일치하지 않는다는 이유로 소대원을 상대로 손등을 지면에 대고 팔굽혀펴기, 그리고 속칭 한강철교 등의 얼차려에 규정되지 않은 제재행위를 약 5분내지 10분정도 시킨 다음 약 사오십미터 정도 떨어진 곳을 왕복하게 하는 이른바 선착순 구보를 2회에 걸쳐 명하고 자신이 선두에 섰다고 인정할 자료가 없는 사안이라면 전체적으로 볼 때 그 내용에 있어서 정당한 얼차려가 아닌 가혹행위에 해당된다고 볼 것이다. 또한 그 중 마지막 선착순 구보만을 떼어내어 정당한 얼차려 교육의 범주에 든다고 할 수도 없다. 그러므로 위 배○열의 이 사건 얼차려 명령은 상관으로서 권한내의 명령이 아닐 뿐더러, 적법절차를 무시한 무권한의 것이며, 그 내용에 있어서도 가혹한 행위에 해당되어 항명죄의 객체인 상관의 정당한 명령이 될 수 없음이 명백하여 청구인에 대해 어느 모로 보아도 항명죄의 혐의를 인정해서는 안 될 사안이라고 할 것이다.

둘째, 군검찰관의 기소유예처분은 피의자인 청구인의 행복추구권과 평등권을 침해한다. 헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정하고 있고, 대통령령인 군인복무규율 제34조, 제35조에 의하면 군인은 직권을 남용하거나 사적 제재를 가하여서는 안 되도록 하고 있다. 이와 같은 기본적 인권보장의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정에 입각하여 군인의 기본적 인권을 존중하고 군의 특수사정만 내세워 합리화해 오던 전근대적 구타의 폐습을 지양함으로써 군을 민주화 내지 근대화하여 국민의 신뢰를 받는 군의 새로운 위상정립의 의지로서 일찍이 구타 및 가혹행위를 근절하기위한 육군 일반 명령 제37호가 발하여 졌고, 1985년에도 육군참모총장이 구타근절 종합대책을 세우고 육군 일반명령 제37호 구타행위 엄금 수정 보완 내용 및 얼차려 수정 보완 내용의 규정을 만들어 이를 준수할 것을 예하 부대에 명령하고 1985년과 1987년에는 위 내용을 구타지침서라는 팜플렛에 담아 초급장교용으로 각 예하부대에 하달하여 거듭 이를 준수토록 한 것이다. 그렇다면 인간으로서의 존엄과 가치존중의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정은 차치하고라도, 구타와 가혹행위 근절을 통한 군의 민주화를 위한 군내부의 훈령이라고 볼 위 관계규정에 비추어 보아도, 본 얼차려명령은 군기율을 근본적으로 어긴 위법한 무권한의 명령이고 실질적인 가혹행위를 검찰관이 단순히 군상사의 명령이라는 이유만으로 항명죄의 객체인 정당한 명령으로 단정한 끝에 항명죄까지 성립한다고 보고 이 사건 처분에 이르렀으니, 적어도 자의금지의 원칙을 위배한 처분으로 말미암아 청구인에 대한 평등권이 침해되었음에 틀림없으며 이에 의하여 부당하게 청구인의 행복추구권도 침해되었다고 할 것이다.

〈선정이유〉

제1기 헌법재판소가 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의해, 무권한의 정당치 못한 상관의 명령에 따르지 않은 피의자의 행위에 항명죄의 혐의를 인정한 군검찰관의 자의적인 기소유예처분이 피의자인 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해해 위헌이라 보면서 그러한 기소유예처분을 취소한 결정이다. 이처럼, '기소유예처분'이 헌법재판소에 의해 위헌선언을 받은 이유는 '피의자'의 평등권과 행복추구권 침해에 있지만, 다른 사건들에서 검사 등의 '불기소처분'이 위헌선언을 받은 이유는 '고소인(피해자)'의 평등권과 재판절차진술권 침해에 있었음을 구분할 줄 알아야 한다.

81. 표준어 규정 사건

(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마618)

〈쟁점〉

"교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말"을 표준어로 규정하고 있는 표준어 규정 제1부 제1장 제1항, 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 한 구 국어기본법 제14조 제1항, 교육인적자원부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 표준어 규정을 준수하도록 한 구 국어기본법 제18조 등이 청구인들의 행복추구권, 평등권 및 교육권 등을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

국어기본법 제14조 제1항, 제18조는 행복추구권을 침해하지 않아 합헌이다. 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 들어서기 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 규율하는 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 있다는 점에서 필요불가결한 규율이다. 또한, 이 사건 법률조항들 중 교과용 도서에 관하여 규율하는 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.

82. 화재보험 가입강제 사건

(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204)

〈쟁점〉

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

〈결정요지〉

주문은 "화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조의 '특수건물' 부분에 동법 제2조 제3호 가목 소정의 '4층 이상의 건물'을 포함시키는 것은 헌법에 위반된다."이다.

헌법 제10조 전문은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 여기의 행복추구권 속에 함축된 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 하는 것이라고 볼 것이다. 일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로, 법률행위의 영역에 있어서는 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 자유, 즉 원치 않는 계약의 체결은 법이나 국가에 의하여 강제받지 않을 자유인 이른바 계약자유의 원칙도, 여기의 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다. 이는 곧 헌법 제119조 제1항의 개인의 경제상의 자유의 일종이기도 하다. 그렇다면 특수건물의 소유자에게 특약부 화재보험계약체결의 강제는 계약자유의 원칙에 대한 제약인 동시에 헌법상의 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유의 제한이 된다고 할 것이다.

보험가입강제는 첫째 특수건물의 소유자에게 법적 차별이라고 할 무거운 배상책임을 지우면서 이에 대하여 그 이행확보의 방법으로 채택한 예외적 법적 조치인 것이며, 둘째 보험계약의 체결강제를 위한 간접강제의 방법으로 벌금 이외에 특수건물 소유자가 개인적으로 가진 인·허가의 취소 등을 택함으로써 직업선택의 자유 등에 제약을 주고 인간다운 생활에 큰 위협이 되게 하였고, 셋째 영리추구를 목적으로 하는 보험회사와의 사적인 보험계약체결의 강제이어서 보험가입자의 재산권보장에 침해요소가 포함되어 있으며, 넷째 주된 목적과 달리 화재보험만 완벽하게 된 체계부조화

의 강제보험제로 되어 국민의 일반행동자유권 내지 경제활동의 자유를 제한하고 있다. 이처럼 특약부 화재보험의 가입강제가 평등권, 직업선택의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 국민의 재산권 나아가 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유 등 국민의 기본권 제한임에 틀림없는 것이라면, 우선 이 사건 본안 문제인 위 법률 제2조 제3호 가목 소정 4층 이상의 건물도 무조건 가입강제의 특수건물에 포함시킨 입법이 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 제한이라고 할 수 있는지를 검토해보자.

위 법률 제2조 제3호 가목에서는 단순히 "4층 이상의 건물"로서만 규정하고 있을 뿐 그 용도나 연면적, 입주가구수나 인원 등의 표준을 세워 그 규모를 한정하고 있지 않다. 따라서 화재가 발생하여도 대량재해의 염려가 없는 소규모의 하잘 것 없는 4층 건물이라도 보험가입이 강제된다. 한편 4층 이상의 건물이면 가입강제가 되는 것이고 다수인이 출입 또는 근무하거나 거주하는 건물일 것을 요하지 않는다. 따라서 다수인이 출입·근무·거주하지 않는 건물 예를 들면 단독주택용이나 창고용이나 차고용 등의 건물이라도 4층 이상의 건물이면 보험가입이 강제된다. 이러한 건물을 좁은 토지의 효율적 이용을 위하여 오늘날과 같이 토지이용의 입체화가 강조되는 시대에 있어서는 얼마든지 상정할 수 있는 것이다. 보험가입강제의 주된 취의가 건물화재로 인하여 타인에게 재해를 입힌 경우 특히 타인이 사망 또는 부상한 경우에 대인적 배상책임의 이행이라는 공공복리에 있는 것이라면 응당 타인에 재해를 입히기에 적합한 건물에 대해 책임보험에의 가입강제 정도로 그쳐야 할 것인데 이에 나아가 책임보험과 무관한 건물화재보험까지로 강제되는 보험의 범위를 넓히고 오히려 화재보험제도를 더 완벽하게 정립하였다. 게다가 위 제2조 제3호 가목에서는 단순히 4층 이상의 건물이라는 이유만으로 가입을 강제함으로써 다수인이 출입하지 않고 화재가 나도 대인적 손해가 크게 문제되지 않을 경우까지 포함되게 가입강제 대상을 더 확장시켰다.

그렇다면 위 가목에 관한 한 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호할 수 있는 합리적이고 실효성이 있는 사회보장책으로 배려된 입법으로 단정하기도, 국민의 일반행동자유권 내지 경제활동의 자유의 제약에도 불구하고 헌법 제34조 제6항에 의하여 정당화할 제도로도 보기가 어렵다고 할 것으로, 결국 국민의 기본권을 제한하여도 공공복리를 위해 필요한 경우에 한하게 되어 있는 기본권 제한에 관한 과잉금지원칙에 반하는 것이라고 하겠다.

〈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.

83. 채권자취소권 사건

(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96)

〈쟁점〉

신용보증기금의 사해행위취소권 행사의 법률상의 근거인 민법 제406조 제1항의 "이익을 받은 자"부분의 위헌 여부

〈결정요지〉

채권자가 일정한 경우 채무자와 수익자 사이에 이루어진 법률행위를 취소할 수 있도록 규정하고 있는 민법 제406조 제1항 중 '이익을 받은 자'에 관한 부분은 헌법에 위반되지 않는다.

이 사건 법률조항에서 인정하고 있는 채권자취소권이 행사되면 채권자의 재산권인 채권의 실효성은 확보될 수 있는 반면, 채무자와 수익자간의 법률행위가 취소되고 수익자가 취득한 재산이 채무자의 책임재산으로 회복되게 됨으로써 채무자 및 수익자의 일반적 행동의 자유 내지 계약의 자유와 수익자의 재산권이 제한되는 결과를 가져오게 된다. 이와 같이 채무자의 책임재산을 둘러싸고 채권자의 재산권과 채무자와 수익자의 일반적 행동의 자유 내지 계약의 자유 및 수익자의 재산권이 서로 충돌하게 되는 경우, 기본권의 서열이나 법익의 형량을 통해 어느 한 쪽의 기본권을 우선시키고 다른 쪽의 기본권을 후퇴시킬 수는 없으므로, 이러한 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위해 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되, 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 할 것이다.

채권자취소권 제도는 채권자 보호라는 법의 정적 안정성과 관념적 권리인 채권의 실효성을 확보하려는데 그 목적이 있고, 이는 로마법 이래 대륙법계 및 영미법계 국가들 대부분이 채택한 제도로서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다. 이 사건 법률조항은 채권자취소의 대상이 되는 법률행위를 채무자가 한 모든 법률행위가 아니라 그 중 재산권을 목적으로 한 법률행위로 한정하고 있고, 그 중에서도 채권자를 해하는 법률행위, 즉 사해행위만을 그 대상으로 하며, 주관적 요건으로 채무자의 사해의사 및 수익자의 악의를 요하고 있다. 또한 채권자취소의 범위도 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위 내로 한정되고, 그 취소의 효과도 절대적인 것이 아니라 악의의 수익자 또는 전득자에 대한 관계에서만 상대적으로 취소하는 것이므로, 채권자취소로 인하여 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 그리고 사해행위 취소의 상대방인 수익자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되지만, 채무자에 대한 부당이득반환청구 또는 담보책임의 추궁에 의해 손해의 전보를 받을 수 있으며, 민법 제406조 제2항이 채권자취소권의 행사기간도 다른 나라의 입법례나 일반 법률행위의 취소권 행사기간 보다 훨씬 단기간으로 정함으로써 법률관계의 조속한 확정을 도모하고 있다.

입증책임규범은 사실의 존부불명의 경우에 법관으로 하여금 재판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 입법자가 입증책임 분배의 기본원칙에 따라 정할 수 있는 입법형성의 영역이라고 보아야 할 것이다. 따라서 입법자가 이 사건 법률조항에서 수익자의 악의를 채권자취소권의 장애사유로 정했고, 이에 따라 대법원이 수익자의 악의에 대한 입증책임을 채권자가 아니라 수익자에게 있다고 해석하고 있는 것은, 직접 거래의 당사자가 아닌 채권자가 수익자의 악의를 입증하게 하는 것보다는 직접적인 거래의 당사자인 수익자가 스스로의 선의를 입증하는 것이 훨씬 용이한 위치에 있다는 점을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 전체적으로 상충되는 기본권들 사이에 합리적인 조화를 이루고 있고, 그 제한에 있어서도 적정한 비례관계를 유지하고 있다고 보여지므로, 이 사건 법률조항이 채무자 및 수익자의 일반적 행동 자유권이나 수익자의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

본 결정에서는 '일반적 행동자유권'의 헌법적 근거에 대해 자세히 언급되어 있지 않지만, 헌법재

판소는 다른 결정들을 통해 '일반적 행동자유권'이 헌법 제10조에서 도출되는 행복추구권의 한 세부적 권리임을 여러 번 천명한 바 있음을 유념할 필요가 있다.

84. 간통죄 사건

(헌재 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 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다. 또한 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 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 선

고하였으나(89헌마82, 90헌가70, 2000헌바60, 2007헌가17등), 2015년에 선고된 이 결정에서 판례 입장을 변경하여 재판관 7대 2의 의견으로 위헌결정을 내렸다.

85. 낙태죄 사건

(헌재 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 여성이 자신의 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 여성이 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 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다. 임신한 여성의 안위는 태아의 안위와 깊은 관계가 있고, 태아의 생명 보호를 위해 임신한 여성의 협력이 필요하다는 점을 고려하면, 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임신한 여성의 신체적·사회적 보호를 포함할 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 보호를 위한 실효성 있는 수단이 될 수 있다. 낙태갈등 상황에서 형벌의 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 전면적·일률적으로 범죄행위로 규율됨으로 인하여 낙태에 관한 상담이나 교육이 불가능하고, 낙태에 대한 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 괴롭힘의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되기도 한다. 모자보건법상의 정당화사유에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황이 전혀 포섭되지 않는다. 예컨대, 학업이나 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 아이를 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. 자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있다. 따라서 자기낙태죄 조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법익균형성의 원칙도 위반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위반하여 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 상황

을 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 함에 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

(헌재 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 과잉금지원칙

에 위배되어서는 안되므로 동 기본권제한에 대한 위헌성을 판단함에 있어서도 엄격한 비례심사가 이루어져야 한다. 이 사건 법률조항의 경우 우선 형벌규정을 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 있다기 보다는 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 법익 못지않게 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 종류의 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 형벌로서의 처단기능이 약화되었다. 아울러 여성의 사회적·경제적 활동이 활발하여짐에 따라 여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성이 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 여성을 사회적 약자로 보아 여성을 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 판례 입장을 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 여성이 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

(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등)

〈쟁점〉

동성동본인 혈종 사이의 혼인은 금하는 민법 제809조 제1항에 대한 위헌 여부

〈결정요지〉

주문은 “1. 민법 제809조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 1998. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1999. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”이다.

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. 탁주 공급구역제한제도 사건

(헌재 1999. 7. 22. 98헌가5)

〈쟁점〉

탁주의 공급구역을 탁주제조장이 소재하는 시·군의 행정구역으로 제한하고 있는 주세법 제5조 제3항의 위헌 여부

〈결정요지〉

주문은 “주세법 제5조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.”이다.

이 사건 심판대상 조항은 행복추구권에서 파생되는 소비자의 자기결정권을 침해하지도 않는다.

이 사건 공급구역제한제도로 인하여 소비자는 타 지역에서 제조되는 탁주를 선택하여 소비할 수 없기 때문에 소비자의 탁주선택권이 제한된다고 볼 여지가 있으나, 공급구역제한제도의 폐지로 영세한 탁주제조업체가 도산하게 될 경우 그 지역의 주민은 탁주를 원활하게 공급받지 못하게 될 가능성이 충분히 있고, 나아가 기존의 대형주류제조업체가 시장에 참가하여 전국적인 독과점을 형성하게 되면 사실상 소비자결정권이 형해화되는 결과가 초래될 수도 있다는 점을 고려할 때, 이 사건 공급구역제한제도로 인하여 부득이 발생하는 다소간의 소비자선택권의 제한을 두고 헌법에 위반되는 것이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

헌법재판소가 1996년 12월 26일의 96헌가18 결정에서 자도소주 구입명령제에 대해서는 소주판매업자의 직업의 자유 및 평등권과 소비자의 자기결정권을 침해한다는 이유로 위헌선언을 한 것과 크게 대비된다. 탁주는 소주에 비해 유통 중 변질가능성이 크다는 점이 이러한 차이를 낳은 주된 요인으로 보인다.

제2절 평등

89. 평등권의 법적 성격

(헌재 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 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"라고 규정하고 있다. 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 이해

될 수 있다는 것을 밝히고 있다. 강학상 전자를 절대적 평등이라 하고 후자를 상대적 평등이라 하는데, 헌재가 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

(헌재 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 헌재는 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 방어적 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

(헌재 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〉

헌재는 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

(헌재 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.

〈선정이유〉

차별이 존재한다는 점이 확인되었을 때, 그 차별이 정당화되지 아니하면 평등권을 침해하는 것으로 판단된다. 그런데, 헌재는 정당화 심사 기준을 이원화하여 운용하고 있다. 엄격한 심사와 완화된 심사가 그것이다. 헌재는 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(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)과 헌법 제36조 제1항(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82)뿐이다. 헌법 제11조 제1항 후문에 게기된 사유도 여기에 포함되지 않는다.

후자에 관하여, 헌재는 문제되는 기본권이 어떤 것인가를 불문하고 기본권 제한의 정도가 심대하면 엄격한 심사 기준을 적용하여야 한다는 것이 주류이다. 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56 결정은 비교적 이 점을 잘 드러내고 있다.

판례는 "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 있는가를 심사"(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25)하는 것을 엄격 심사로 본다.

94. 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격

(헌재 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 헌재의 판례인데, 헌법 제11조 제1항 후문에 열거되어 있는 성별, 종교, 사회적 신분에 기한 차별을 헌법이 특별히 금지하고 있다고 보아야 하는 것인지가 문제된다. 헌재는 그렇게 보지 않는다. 사회적 신분(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)과 성별(헌재 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

(헌재 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 해당(판례집 13-1, 1431, 1439-1440 참조)하는 것이라고 판시한 바 있으며, 나아가 헌재 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." (공보 111, 154-155 참조)

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 다툴 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

(헌재 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(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등 ; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등 일정한

집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 '게리맨더링'에 대한 부정을 의미하기도 한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등).

〈선정이유〉

헌재는 평등선거가 투표가치의 평등과 게리멘더링 금지를 포함한다고 본다. 국회의원 선거의 경우는 인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1(헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192), 지방의회 의원의 경우에는 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1(헌재 2018. 6. 28. 2014헌마189)을 허용한계로 삼고 있다. 선거구구역표의 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 선거구구역표 전체가 위헌이라는 것이 헌재의 판례다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224).

97. 단계적 제도개선과 평등

(헌재 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

(헌재 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 해당한다 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.

〈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

(헌재 2015. 3. 26. 2014헌바156)

〈쟁점〉

평등권 침해 여부를 판단함에 있어서 시혜적 법률은 침익적 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 권한이 있고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되었다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수는 없다(헌재 2007. 7. 26. 2004헌마914등 참조).

〈선정이유〉

법률의 내용이 시혜적인 것이라면 입법자에게 보다 광범위한 재량이 인정되어서 그 내용이 '현

저히 합리성이 결여'된 것이 아니라면 위헌이 아니라는 취지의 결정이다. 침익적 법률과 시혜적 법률에 대한 평등권 심사 내용이 다르다는 점을 밝혔다는 점에서 의의가 있다.

제3절 신체의 자유

100. 징계처분으로서의 영창처분의 과잉금지원칙 위반

(헌재 2020. 9. 24. 2017헌바157등)

〈쟁점〉

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

〈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·의결과 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〉

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

〈선정이유〉

징계처분으로서의 군인사법의 영창제도가 과잉금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 한 결정이다.

101. 정신보건법 보호입원제도의 신체의 자유 침해 여부

(헌재 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

〈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·남용가능성을 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.

102. 무죄판결을 받은 피고인을 석방절차를 이유로 교도소로 강제연행한 교도관의 행위의 신체의 자유 침해 여부

(헌재 1997. 12. 24. 95헌마247)

〈쟁점〉

무죄 등 판결 선고 후 석방대상 피고인을 그의 의사에 반하여 교도소로 연행할 수 있는지 여부

〈결정요지〉

형사소송법 제331조에 의하여 구속영장의 효력이 상실된 경우, 교도관은 석방대상 피고인에 대하여 포승·수갑 등 계구 사용을 금하고, 교도소에 임의 동행하되 자유인으로서 처우한다. 공판관여 검사는 법정에서 선고내용을 확인하고, 재판장으로부터 석방대상자에 대한 판결문 또는 판결초고 사본이나 재판결과통지 또는 석방대상자 명단을 교부받아 석방지휘서를 작성하여 즉석에서 교도관에게 교부한다. 교도소에 석방자 명단 또는 석방지휘서를 유선으로 알려주거나 팩스로 보내어 석방에 따르는 행정처리절차를 진행하도록 하고, 석방대상 피고인이 교도소 도착후 지체없이 탈의·영치품 반환 등 필요한 절차를 마친 다음 귀가할 수 있도록 한다. 교도소에 임의로 동행하는 석방대상 피고인에 대하여 실질적인 불이익이 없도록 만전을 기한다. 재판장은 판결 선고직후 석방대상 피고인의 재판결과통지 등을 공판관여 검사에게 교부하여 주도록 법원과 긴밀히 협조한다.

이러한 일련의 사실에 의하여 생각건대, 무죄 등 판결 선고 후 석방대상 피고인이 교도소에서 지급한 각종 지급품의 회수, 수용시의 휴대금품 또는 수용 중 영치된 금품의 반환 내지 환급문제 때문에 임의로 교도관과 교도소에 동행하는 것은 무방하지만, 피고인의 동의를 얻지 않고 의사에 반하여 교도소로 연행하는 것은 헌법 제12조의 규정에 비추어 도저히 허용될 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

무죄판결을 받은 피고인을 즉시 석방하지 않고 석방절차를 이유로 피고인의 의사에 반하여 교도소로 강제연행하는 행위가 위헌이라는 결정이다.

103. 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료명령제도와 신체의 자유

(헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9)

〈쟁점〉

'성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률'의 치료명령조항이 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부

〈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. 필요적 보호감호제도의 위헌여부

(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등)

〈쟁점〉

재범의 위험성 유무에 상관없이 부과되는 필요적 보호감호제도의 위헌여부

〈결정요지〉

행위자의 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, "누구든지 …… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 … 보안처분 … 을 받지 아니한다"라는 헌법 제12조 제1항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 "재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다"는 뜻을 내포한다.

보안처분은 사회방위를 도모하고자 하는 공공의 필요에서 그 대상자의 기본권을 제한하는 국가공권력의 행사이고, 한편, 국민의 기본권의 제한은 공공의 필요와 기본권제한 사이의 비례, 균형이 이루어져야 한다는 것이 헌법 제37조 제2항에 규정된 헌법상의 요청이다. 특히, 대상자에 대한 수용처분을 내용으로 하는 보호감호의 경우에는 보안처분은 바로 대상자의 입장에서 보면 신체의 자유를 박탈당하는 고통이요 해악이기 때문에 보안처분의 본질인 재범의 위험성은 보안처분으로 인한 신체의 자유박탈이라는 인권제한과의 비례(균형)원칙상 단순한 재범의 가능성만으로는 부족하고 상당한 개연성을 요구하며, 그 판단은 전과 이외에도 범행의 의의와 행위자의 연령·성격·가족관계·교육정도·직업·환경·당해 범행 이전의 행적·범행의 동기·수단·범행후의 정황과 개전의 정 등을 총

체적으로 평가하여 인정되어야 하는 것이다.

구 사회보호법 제5조 제1항은 동 조항에 정한 전과나 감호처분을 선고받은 사실 등 법정의 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하여 법관의 판단재량을 박탈하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 구 사회보호법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반됨은 물론 헌법 제37조 제2항에 정한 과잉금지원칙에 위반된다고 할 것이며, 나아가 법원의 판단재량의 기능을 형해화시켜 헌법 제27조 제1항에 정한 국민의 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 것이다.

〈선정이유〉

보안처분의 핵심은 행위자에 재범의 위험성에 있다는 점에서 법정의 요건에 해당되면 재범의 위험성이 없더라도 반드시 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하는 필요적 보호감호제도는 적법절차원칙과 과잉금지원칙에 위반됨을 인정한 결정이다.

105. 외국판결의 집행을 형의 임의적 감경 또는 면제의 사유로 정한 것

(헌재 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
2. 형법 제7조가 신체의 자유를 침해하는지 여부

〈결정요지〉

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

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

106. 군사법경찰관에 의한 구속기간 연장제도와 신체의 자유

(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193)

〈쟁점〉

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

〈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 사건 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〉

헌재 1992. 4. 14. 90헌마82(국가보안법 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대한 구속기간을 연장할 수 있도록 규정한 국가보안법 제19조는 국가형벌권과 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.

107. 변호인의 조력을 받을 권리(1)

(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111)

〈쟁점〉

변호인과 구속된 자의 접견이 변호인 이외의 자의 접견과 함께 이루어진 경우의 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 보장 여부

〈결정요지〉

신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 충분한 조력을 받게 하기 위하여서는 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람이 변호인과 충분한 상담을 할 수 있도록 해 주어야만 할 것이다. 이를 위해서는 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되어야 하고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견이 가능하여야 하고, 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능할 것이다. 만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면 변호인의 이러한 활동은 방해될 수밖에 없고 이는 변호인의 조력을 받을 권리나 진술거부권을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일이다.

변호인과의 접견이 구속된 자의 배우자와의 접견과 동시에 이루어진 경우에도 구속된 사람과 변호인과의 대화내용에 비밀이 보장되어야 하는 이상, 변호인과의 대화내용이 청취 당하여서는 아니 되는 것이므로 그 경우에도 관계공무원의 참여는 허용될 수 없는 것이며, 구속된 자와 변호인 이외의 자와의 접견에 관계공무원의 참여가 꼭 필요한 경우라면 수사기관이나 교도소는 변호인 접견과 변호인 이외의 자와의 접견을 분리하여 실시하면 되는 것이다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 청구인으로 하여금 그의 변호인 및 그의 배우자와 동시에 접견을 시키면서 소속직원을 접견에 참여시켜 대화내용을 듣거나 기록하게 하였으니 이는 위헌임을 면할 수 없으며, 이로 인하여 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.

〈참고판례〉

헌재 1992. 1. 28. 91헌마111: 교도관 등 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리(가청거리)에 있어서는 아니 되며, 계호나 그 밖의 구실아래 대화장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니 된다.

헌재 2016. 4. 28. 2015헌마243: 대화내용을 녹음하지 않으면서 대화장면만 CCTV로 촬영하는 것은 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

구속된 자와 변호인간의 대화내용의 비밀과 자유로운 접견을 보장하기 위해서는 변호인과 구속된 자의 접견이 변호인 이외의 자와 함께 이루어진 경우에도 관계공무원의 참여는 허용될 수 없음을 확인한 결정이다.

108. 변호인의 조력을 받을 권리(2)

(헌재 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

〈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·외국인청장의 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호청구의 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(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)을 변경하였음.

〈선정이유〉

행정절차에서 구금을 당한 사람에게도 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 결정이다.

109. 변호인의 조력을 받을 권리(3)

(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144)

〈쟁점〉

미결수용자와 변호인 사이의 서신을 검열한 행위가 미결수용자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는지 여부

〈결정요지〉

헌법 제12조 제4항 본문은 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는바, 이를 위하여서는 신체구속을 당한 사람에게 변호인과 사이의 충분한 접견교통을 허용함은 물론 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다.

다만 미결수용자와 변호인 사이의 서신으로서 그 비밀을 보장받기 위해서는, 첫째, 교도소측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 둘째, 서신을 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 도모한다든가 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아니어야 한다.

이 사건의 경우 미결수용자와 변호인과의 사이의 서신교환이라는 사실이 확인되었고, 소지금지품의 포함 또는 불법내용의 기재 등이 있다고 의심할 만한 사정이 없음에도 피청구인(교도소장)이 이를 검열한 것이므로, 이는 헌법상 보장된 청구인들의 통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리와 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라 할 것이다.

〈참고판례〉

헌재 1997. 3. 27. 92헌마273(변호인접견실의 변호인석과 재소자석을 차단하는 칸막이설치 위헌확인)

〈선정이유〉

미결수용자와 변호인 사이의 서신에 대한 교도소장의 검열행위가 정당화될 수 있는 조건을 밝힌 결정이다.

110. 변호인의 구속된 피의자와의 접견교통권

(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474)

〈쟁점〉

구속적부심 사건에서 피의자의 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정이 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 맡은 변호인으로서는 피구속자에 대한 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람하여 그 내용을 제대로 파악하지 못한다면 피구속자가 무슨 혐의로 고소인의 공격을 받고 있는 것인지 그리고 이와 관련하여 피구속자가 수사기관에서 무엇이라고 진술하였는지 그리고 어느 점에서 수사기관 등이 구속사유가 있다고 보았는지 등을 제대로 파악할 수 없게 되고 그 결과 구속적부심절차에서 피구속자를 충분히 조력할 수 없음이 사리상 명백하므로 위 서류들의 열람은 피구속자를 충분히 조력하기 위하여 변호인에게 반드시 보장되지 않으면 안 되는 핵심적 권리이다.

이 사건에서는 고소사실이 사인 사이의 금전수수와 관련된 사기에 관한 것이고 증거자료를 별첨하고 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한 고소장이나 피의자신문조서를 변호인에게 열람시켜도 이로 인하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 위험을 가져올 우려라든지 또는 사생활침해를 초래할 우려가 있다고 인정할 아무런 자료가 없다. 그렇다면 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.

〈참고판례〉

헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503(검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위는 변호인의 변호권을 침해하는 것임).

헌재 2019. 2. 28. 2015헌마1204('변호인이 되려는 자'의 피의자 접견신청을 허용하기 위한 조치를 취하지 않은 검사의 행위가 헌법상 기본권인 변호인이 되려는 청구인의 피의자접견교통권을 침해하는 것임).

〈선정이유〉

구속된 피의자의 '변호인'의 피의자접견교통권 내지 피의자를 조력할 권리를 헌법이 보장하는 기본권으로 인정한 결정이다.

111. 적법절차원칙과 공정한 재판을 받을 권리와의 관계

(헌재 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

〈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〉

헌재 1996. 12. 26. 94헌바1; 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바351; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바403

〈선정이유〉

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

112. 헌법 제12조 제6항의 구속적부심사청구권자의 범위

(헌재 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 위헌이다.

〈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.

113. 형사소급입법금지원칙과 보안처분

(헌재 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 노출

될 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〉

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

114. 자동차 좌석안전띠

(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518)

〈쟁점〉

자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고, 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 것이 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부

〈결정요지〉

일반 교통에 사용되고 있는 도로는 국가와 지방자치단체가 그 관리책임을 맡고 있는 영역이며, 수많은 다른 운전자 및 보행자 등의 법익 또는 공동체의 이익과 관련된 영역으로, 그 위에서 자동차를 운전하는 행위는 더 이상 개인적인 내밀한 영역에서의 행위가 아니며, 자동차를 도로에서 운전하는 중에 좌석안전띠를 착용할 것인가 여부의 생활관계가 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 '사생활의 기본조건'이라거나 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과 관련된다고 보기 어려워 더 이상 사생활영역의 문제가 아니므로, 운전할 때 운전자가 좌석안전띠를 착용할 의무는 청

구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

〈참고판례〉

헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등

〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 공적인 영역의 활동은 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 아니라고 결정하였다. 운전할 때 좌석안전띠를 착용하는 문제는 더 이상 사생활영역의 문제가 아니어서 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어난 행위라고 보아 이에 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 하는 것은 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다.

115. 변호사의 수임사건 건수 및 수임액 보고

(헌재 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〉

헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518

〈선정이유〉

헌법재판소는 이 결정에서 공적인 영역의 활동은 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 아니라고 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.

116. 접견 녹음 및 녹음파일 송부

(헌재 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 보호가치가 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〉

헌재 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.

117. 독거실내 폐쇄회로 텔레비전 설치

(헌재 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 위하여는 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〉

헌재 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(헌재 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.

118. 금연구역 지정

(헌재 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 하위기본권이 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〉

헌재 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 흡여행위를 제한하는 것은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

119. 열 손가락 지문과 개인정보자기결정권

(헌재 2015. 5. 28. 2011헌마731)

〈쟁점〉

주민등록증 발급신청서에 열 손가락 지문을 찍도록 규정한 구 주민등록법 시행령 제36조 제2항

에 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 위하여 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 있는바, 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 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

〈참고판례〉

헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등

〈선정이유〉

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

120. 주민등록번호 변경

(헌재 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 크므

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

〈참고판례〉

헌재 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.

121. 어린이집의 폐쇄회로 텔레비전 설치

(헌재 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 사용하거나" 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〉

헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등; 헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등

〈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.

122. 성범죄자의 신상정보 등록과 보존·관리

(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등)

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

2. 성범죄의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 법무부장관이 등록대상자의 재범 위험성이 상존하는 20년 동안 그의 신상정보를 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 그런데 재범의 위험성은 등록대상 성범죄의 종류, 등록대상자의 특성에 따라 다르게 나타날 수 있고, 입법자는 이에 따라 등록기간을 차등화함으로써 등록대상자의 개인정보자기결정권에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직함에도, 이 사건 관리조항은 모든 등록대상 성범죄자에 대하여 일률적으로 20년의 등록기간을 적용하고 있으며, 이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 정해지고 나면, 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위해 심사를 받을 수 있는 여지도 없으므로 지나치게 가혹하다. 그리고 이 사건 관리조항이 추구하는 공익이 중요하더라도, 모든 등록대상자에게 20년 동안 신상정보를 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〉

헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106등; 헌재 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.

123. 형제자매에 의한 증명서 발급

(헌재 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, 형제자매는 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〉

헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등; 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 헌재 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.

124. 가정폭력 가해자에 의한 가족관계증명서 등 발급

(헌재 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 가해자에 대한 별도의 제한 없이 직계혈족이기만 하면 사실상 자유롭게 그 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구하여 발급받을 수 있도록 함으로써, 그로 인하여 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보가 가정폭력 가해자인 전 배우자에게 무단으로 유출될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 따라서 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

〈참고판례〉

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

〈선정이유〉

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

125. 건강보험 요양급여내역 제공 요청 및 제공 행위

(헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368)

〈쟁점〉

1. 서울용산경찰서장이 국민건강보험공단에게 청구인들의 요양급여내역의 제공을 요청한 행위(이하 '이 사건 사실조회행위'라 한다)의 공권력 행사성이 인정되는지 여부
2. 국민건강보험공단이 서울용산경찰서장에게 청구인들의 요양급여내역을 제공한 행위가 영장주의에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부
3. 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 영

장주의에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 국민건강보험공단은 이 사건 정보제공조항, '개인정보 보호법' 제23조 제1항 제2호, '경찰관직무집행법 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〉

헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등

〈선정이유〉

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

126. 교육정보시스템을 통한 개인정보수집

(헌재 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 헤아려야 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 달성에 필요한 최소한의 정보만을 보유하는 것이라 할 수 있고, 공공기관의개인정보보호에관한법률에 규정된 개인정보 보호를 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〉

헌재 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.

127. 디엔에이신원확인정보의 관리

(헌재 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 어

려워 법익균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 삭제조항이 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

〈참고판례〉

헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등

〈선정이유〉

헌법재판소는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인사건(헌재 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.

128. 재산등록의무

(헌재 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 중대하므로 법익균형성도 충족하고 있다. 따라서 이 사건 재산등록 조항은 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

〈참고판례〉

헌재 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.

129. 공직자의 질병명(병역면제사유) 공개

(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139)

〈쟁점〉

1. 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치에 대한 위헌심사기준
2. 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 공개토록 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 처방을 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 가진

다고는 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〉

헌재 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

130. 대체복무와 양심의 자유

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

131. 사죄광고와 양심의 자유

(헌재 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 포괄한다고 할 것이다.

사죄강제의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 겉과 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(헌재 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 가능

성이 있는 조문에 대하여 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합의적(合意的) 의미를 천명한 점에서 법리적으로도 헌법공부를 위한 논쟁적 측면이 포함된 결정이다.

132. 준법서약제와 양심의 자유

(헌재 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 건드리는 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 이행강제나 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.

〈참고판례〉

민법 제764조(사죄광고) 위헌여부에 관한 헌법소원(헌재 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 헌

법적 쟁점을 내포하고 있다.

133. 종립사립고교 종교교육과 종교의 자유

(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

종교의 자유의 내용, 인권의 대사인적 효력, 종교의 자유가 상호충돌하는 경우의 해법 등

〈판결요지〉

종교의 자유에는 신앙에 대한 침묵을 뜻하는 소극적인 신앙고백의 자유와 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 아니하는 소극적인 종교행위의 자유 및 종교교육의 자유 등이 포함된다.

헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 인권 규정에 적합하게 규율되어야 한다.

평준화정책이 합헌이고 학생들이 강제로 배정되었다는 이유로 종교교육을 제한하는 것은 ○○학교의 종교교육의 자유나 운영의 자유를 중대하게 침해하는 것이라고 볼 수 있으며, … ○○학교가 종파교육 형태의 종교교육을 실시한다고 하여 그 자체만으로 바로 강제로 배정된 학생들에 대한 ○○학교법인의 종교교육의 자유나 사학의 자유의 한계를 넘은 것이라고 단정할 수는 없을 것이다.

(하지만) 학생의 소극적 종교행위의 자유 및 소극적 신앙고백의 자유도 외부로 표현되는 실현 과정에서 다른 법익과 충돌한다면 제한이 수반될 수 있으므로,학생 또한 피교육자의 입장에서 올바른 인성을 함양하고 민주 시민으로서 필요한 자질을 기르기 위하여 앞서 본 한계 내에서 실시되는 종교교육을 용인하여야 한다.

○○학교가 실시한 종교과목 수업은 기독교 교리에 입각한 종파교육이라고 할 것인데 ○○학교가 이 사건 교육부고시와는 달리 대체과목을 개설하지 아니함으로써 학생들에게 선택의 기회를 부여하지 않았고 실질적인 참가의 자율성도 보장하지 아니하였으며 사전 동의조차 얻지 아니하였다는 점에서 위와 같은 종교과목 수업 진행이 종파교육을 실시함에 있어 원고의 종교의 자유라는 인권으로 말미암아 생기는 한계를 고려하여 이루어진 조치라고 보기는 어렵다.

〈참고판례〉

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제45조 제1항(미결수형자 종교행사 참석불허) 위헌확인(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 위헌)
2010학년도 법학적성시험 시행일자 공고(일요일 시행) 등 위헌확인(헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399, 기각)

〈선정이유〉

종교의 자유의 내용, 인권의 대사인적 효력, 인권상호간의 충돌 발생 시 실제적 조화의 원칙에

의거한 나름의 해법을 제시한 판결이다.

134. 사법고시 시행일자와 종교의 자유

(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159)

〈쟁점〉

매년 반복하여 시행되는 사법시험의 시행일을 일요일로 정하는 것이 청구인의 일요일에 예배행사에 참석할 종교적 행위의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있는지 여부

〈결정요지〉

종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니라 질서유지, 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있는 것으로서 사법시험 제1차시험과 같은 대규모 응시생들이 응시하는 시험의 경우 그 시험장소는 중·고등학교 건물을 임차하는 것 이외에 특별한 방법이 없고 또한 시험관리를 위한 2,000여 명의 공무원이 동원되어야 하며 일요일 아닌 평일에 시험이 있을 경우 직장인 또는 학생 신분인 사람들은 결근, 결석을 하여야 하고 그밖에 시험당일의 원활한 시험관리에도 상당한 지장이 있는 사정이 있는바, 이러한 사정을 참작한다면 피청구인이 사법시험 제1차 시험 시행일을 일요일로 정하여 공고한 것은 국가공무원법 제35조에 의하여 다수 국민의 편의를 위한 것이므로 이로 인하여 청구인의 종교의 자유가 어느 정도 제한된다 하더라도 이는 공공복리를 위한 부득이한 제한으로 보아야 할 것이고 그 정도를 보더라도 비례의 원칙에 벗어난 것으로 볼 수 없고 청구인의 종교의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수도 없다.

또한 기독교 문화를 사회적 배경으로 하고 있는 구미 제국과 달리 우리나라에서는 일요일은 특별한 종교의 종교의식일이 아니라 일반적인 공휴일로 보아야 할 것이고 앞서 본 여러 사정을 참작한다면 사법시험 제1차 시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 이 사건 공고가 청구인이 신봉하는 종교를 다른 종교에 비하여 불합리하게 차별대우하는 것으로 볼 수도 없다.

〈참고판례〉

1999년도 공무원채용시험시행계획 위헌확인(헌재 2000. 1. 27. 99헌마123)
미결수용자 및 미지정수형자 종교집회 참석제한(헌재 2014. 6. 26. 2012헌마782)
미결수용자의 종교행사 참석 불허(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527)

〈선정이유〉

다수 국민의 편의를 위하여 시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 이 사건 공고가 종교의 자유를 침해하여 특별히 청구인의 자격시험 응시 기회를 차단한다고 볼 수 없다고 본 결정

135. 군정장교의 종교비판과 종교의 자유

(대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다87903 판결)

〈쟁점〉

1. 군종장교가 가지는 종교의 자유의 내용 및 군종장교가 종교활동을 수행하면서 소속 종단의 종교를 선전하거나 다른 종교를 비판한 것만으로 종교적 중립 준수 의무를 위반한 직무상의 위법이 있는지 여부

2. 종교적 표현의 자유의 내용 및 종교적 비판에 의한 명예훼손행위의 위법성 판단 기준

〈결정요지〉

1. 군대 내에서 군종장교는 국가공무원인 참모장교로서의 신분뿐 아니라 성직자로서의 신분을 함께 가지고 소속 종단으로부터 부여된 권한에 따라 설교·강론 또는 설법을 행하거나 종교의식 및 성례를 할 수 있는 종교의 자유를 가지는 것이므로, 군종장교가 최소한 성직자의 신분에서 주재하는 종교활동을 수행함에 있어 소속종단의 종교를 선전하거나 다른 종교를 비판하였다고 할지라도 그것만으로 종교적 중립을 준수할 의무를 위반한 직무상의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고, 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함되는바, 종교적 선전과 타 종교에 대한 비판 등은 동시에 표현의 자유의 보호대상이 되는 것이나, 그 경우 종교의 자유에 관한 헌법 제20조 제1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 대하여 특별규정의 성격을 갖는다 할 것이므로 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 고도의 보장을 받게 되고, 특히 그 언론·출판의 목적이 다른 종교나 종교집단에 대한 신앙교리 논쟁으로서 같은 종파에 속하는 신자들에게 비판하고자 하는 내용을 알리고 아울러 다른 종파에 속하는 사람들에게도 자신의 신앙교리 내용과 반대종파에 대한 비판의 내용을 알리기 위한 것이라면 그와 같은 비판할 권리는 최대한 보장받아야 할 것인바, 그로 인하여 타인의 명예 등 인격권을 침해하는 경우에 종교의 자유 보장과 개인의 명예 보호라는 두 법익을 어떻게 조정할 것인지는 그 비판행위로 얻어지는 이익, 가치와 공표가 이루어진 범위의 광협, 그 표현방법 등 그 비판행위 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 비판에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도를 비교 고려하여 결정하여야 한다.

〈참고판례〉

대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246, 19253 판결(공1996하, 2983)

〈선정이유〉

종교적 표현 자유의 내용 및 종교적 비판에 의한 명예훼손행위의 위법성 판단 기준 제시

136. 한국사회의 이해와 학문의 자유

(대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도4278 판결)

〈쟁점〉

학문의 자유 내지 표현의 자유의 내재적 한계

〈결정요지〉

피고인이 경상대학교 교수들로 다른 교수들과 함께 사회과학분야의 일반교양 과목의 하나로 '한국사회의 이해'라는 강좌를 개설하여 경상대학교 대학생들을 상대로 공동으로 강의를 하여 오던 중 교수들의 강의안 등을 모아 이 사건 서적을 발간하였고, 그 주된 내용이 한국사회의 부정적 측면을 비판한 것이기는 하나 이와 함께 한국사회의 긍정적 경험과 발전의 잠재력도 언급하고 있으며, 명시적으로 사회주의혁명을 주장하는 내용은 없고, 특히 피고인들이 자신들의 학문연구 결과를 발표하는 일환으로 제작 반포한 것으로서 학문의 자유 내지 표현의 자유의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

이 사건 서적은 비록 그 전체적인 내용이 학문의 중립성을 포기한 채 편향적 시각인 소회 사회과학의 한 방법론으로서의 마르크스주의 관점을 수용하고 이에 입각하여 나름대로 한국사회의 현실을 분석하고… 이를 해결하기 위하여 노동자 농민이 중심이 된 사회운동의 강화, 개혁의 중요성을 강조하는 취지이기는 하여도… 대한민국의 안전 존립과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 내용이 없는 이상 이 사건 서적을 국가보안법 제7조 제5항 소정의 이적표현물이라고 할 수 없고, 나아가 이 사건 서적과 같은 내용의 강의를 한 것을 가지고 반국가단체인 북한의 활동에 동조하였다고 볼 수는 없다.

〈참고판례〉

국가보안법(찬양 고무 등)(대법원 2007. 5. 31. 선고 2004도254 판결)

교육공무원법 제24조 제4항(대학자치의 주체) 등 위헌확인(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047 판결)

〈선정이유〉

학문의 자유의 보호영역에 대한 선례를 남긴 판례임.

137. 위원회에 의한 국립대총장선출과 대학의 자치

(헌재 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 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 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 허가) 위헌소원(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63)

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

〈선정이유〉

국립대학의 교수나 교수회가 대학의 자치의 주체라고 본 결정

138. 청소년 이용음란물과 예술의 자유

(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27)

〈쟁점〉

이 사건 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(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)

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

〈선정이유〉

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

139. 시설요건과 예술의 자유

(헌재 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 허가제)나 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 허가제의 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(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17)

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

〈선정이유〉

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

140. 사전심의제와 예술표현의 자유

(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13)

〈쟁점〉

1. 영화예술의 제작과 상영에 대한 헌법상 보장
2. 공연윤리위원회에 의한 심의의 위헌여부

〈결정요지〉

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.

헌법 제21조 제2항의 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. 그러므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다.

헌법 제21조 제1항이 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 법률로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다.

검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고 청소년 등에 대한 상영이 부적절한 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다.

〈참고판례〉

영화진흥법 제21조 제4항(등급분류보류)위헌(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9)
영화진흥법 제21조 제3항 제5호(제한상영)등 위헌제청(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4)
방송법 제32조 제2항(TV 등 광고사전심의) 등 위헌확인(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506)
음반 및 비디오에 관한 법률 제16조(음반사전심의)위헌제청(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6)

〈선정이유〉

예술표현의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 한 결정

제6절 표현의 자유, 집회·결사의 자유

141. 검열금지의 원칙(1) - 검열의 의미와 판단기준

(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등: 1차 영화검열 사건)

〈쟁점〉

1. 영화는 의사표현으로서 헌법 제21조의 보호를 받는 표현인가? [그렇다]

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? [아니다]

6. 영화 상연 전에 공연윤리위원회의 심의를 받게 하고 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대해 심의필 결정을 못하게 하는 영화법상의 사전심의제도는 검열금지의 원칙에 위반하는가? [그렇다]

7. 민간인으로 구성된 공연윤리위원회도 행정기관으로서의 검열기관인가? [그렇다]

〈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 법률로써도 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 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 종국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 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 내용

은 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〉

1. 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 (2차 영화검열 사건; 영화 등급분류보류 사건) [7(위헌) : 1(합헌) : 1(합헌)]

2. 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4 (3차 영화검열 사건; 영화등급분류 제한상영가 사건) [6(헌법불합치) : 1(위헌) : 2(합헌)]

〈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.

142. 검열금지의 원칙(2) - 상업광고에 대한 적용

(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8등)

〈쟁점〉

1. 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙은 광고 표현에 대해서도 동일하게 적용되는가? [그렇다]

2. 건강기능식품의 광고에 대한 사전심의를 민간기구인 한국건강기능식품협회가 담당하는 경우에도 '행정권이 주체가 된 사전심사절차'라고 볼 것인가? [그렇다]

〈결정요지〉

1. 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 제1항

의 표현의 자유의 보호 대상이 됨과 동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다.

2. 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〉

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

143. 신문의 자유에 대한 구조적 규제의 위헌 여부

(헌재 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? [아니다 - 6(합헌) : 3(위헌)]

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? [아니다 - - 6(합헌) : 3(위헌)]

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? [그렇다 - 4(계속적용명령의 헌법불합치) : 3(위헌) : 2(합헌)]

5. 일간신문의 지배주주가 뉴스통신 법인의 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득 또는 소유할 수 없도록 금지하는 것은 신문의 자유를 침해하여 위헌인가? [아니다 - 6(합헌) : 3(위헌)]

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? [아니다 - 6(합헌) : 3(위헌)]

7. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 신문사업자를 일반사업자에 비해 더 쉽게 시장지배적 사업자로 추정하는 것은 신문사업자의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 위헌인가? [그렇다 - 7(위헌) : 2(합헌)]

8. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 시장지배적 신문사업자를 신문발전기금의 지원대상에서 제외하는 것은 평등원칙에 위배되는가? [그렇다 - 9(위헌) : 0]

〈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 검열을 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 방송채널사용사업이나 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 필요한 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 사기업에 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 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 하고 있는 점 등이 모두 불합리하다. 따라서 신문법 제17조는 신문사업자의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 헌법에 위반

된다.

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 소급적용하도록 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 없으며, 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 권고나 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 목적에서 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.

144. 인터넷신문 발행요건과 신문발행의 자유

(헌재 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? [아니다 - 7(합헌) : 0]

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? [아니다 - 7(합헌) : 0]

4. 위 상시고용 요건은 과잉금지의 원칙을 위반하여 언론의 자유(신문발행의 자유)를 침해하는 것인가? [그렇다 - 7(위헌) : 2(합헌)]

〈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 보도로 인한 폐해를 규제할 필요가 있다고 하더라도 다른 덜 제약적인 방법들이 신문법, 언론중재법 등에 이미 충분히 존재한다. 그런데 상시고용 요건에 따라 소규모 인터넷신문이 신문법 적용대상에

서 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 잃고 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.

145. 음란과 저속의 구별기준 및 성표현물 출판금지의 위헌 여부

(헌재 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 것인지가 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? [아니다]

5. 저속한 간행물을 출판했다는 이유로 출판사 등록을 취소시키는 것은 과잉금지의 원칙에 반하는가? [그렇다]

〈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 인간존엄 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 수범자와 법집행자에게 적정

한 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. 헌법의 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〉

헌재 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.

146. 인터넷상 불온통신에 대한 사후심의의 위헌성

(헌재 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 온라인서비스사업자에게 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? [그렇다]

2. 위 전기통신사업법 제53조 제1항은 과잉금지원칙에 위배되는가? [그렇다]

3. 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등을 대통령령으로 정하도록 한 전기통신사업법 제53조 제2항은 포괄위임금지의 원칙에 위배되는가? [그렇다]

〈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 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 이처럼, "공공의 안녕

질서", "미풍양속"은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 "공공의 안녕질서"나 "미풍양속"을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 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"의 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"의 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 못지않게 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.

147. 익명표현의 자유 - 인터넷게시판 본인확인제의 위헌성

(헌재 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 것인가? [게시판이용자의 익명표현의 자유·개인정보자기결정권, 정보통신서비스제공자의 언론의 자유]

2. 인터넷게시판 본인확인제는 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌인가? [그렇다]

〈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 의사를 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 달성에 기여하는 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, 목적달성에 필요한 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 이루어지

는 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〉

헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 (선거게시판 실명제 사건) [7(합헌) : 2(위헌)]

〈선정이유〉

인터넷에서 익명표현의 자유가 가지는 가치의 중요성을 적극적으로 인정한 결정이다.

148. 광고표현의 자유 - 상업광고의 규제에 대한 위헌심사의 기준

(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3)

〈쟁점〉

1. 상업광고의 규제에 대한 위헌심사의 기준은 일반적인 표현규제에 비해 완화된 기준이 적용되는가? [그렇다]

2. 누구든지 특정의료기관이나 특정의료인의 기능이나 진료방법에 관한 광고를 하지 못하도록 금지하는 것(의료법 제46조 제3항)은 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌인가? [그렇다 - 6(위헌) : 3(합헌)]

〈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 달성에 필요한 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·광고의공정화에관한법률, 소비자보호법, 독점규제및공정거래에관한법률, 옥외광고물등관리법 등에 의하여 "의료인의 기능이나 진료방법"에 관한 허위·기만·과장광고를 통제할 수 있다. 그러므로 이 사건 조항이 의료인의 기능과 진료방법에 대한 광고를 금지하고 이에 대하

여 벌금형에 처하도록 한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이므로, 피해의 최소성 원칙에 위반된다.

③ 한편 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 공익의 달성 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 직업수행의 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.

149. 정치적 의사표현의 자유 - 정당후원회 금지의 위헌성

(헌재 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? [그렇다 - 8(헌법불합치) : 1(합헌)]

〈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·지급하는 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. 헌재 1999. 11. 25. 95헌마154 (노동조합 정치자금기부금지 사건) [9(위헌) : 0]
2. 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89 (단체의 정치자금기부금지 사건) [4(합헌) : 1(합헌) : 3(헌법불합치) : 1(위헌)]

〈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.

150. 선거운동의 자유 - 인터넷 선거운동 제한의 위헌성

(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등)

〈쟁점〉

1. 선거운동의 자유를 '원칙 금지 예외 허용'의 방식으로 제한하는 것은 헌법적으로 용인되는가? [아니다]
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 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하

거나 전자우편을 전송하는 방법'(이하 '인터넷'이라고만 한다)이 포함된다고 해석한다면, 과잉금지의 원칙에 반하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하는 것인가? [그렇다 - 6(한정위헌) : 2(합헌)]

〈결정요지〉

1. 헌법 제21조 제1항에서 규정하고 있는 언론·출판의 자유는 자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며, 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 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, 일반유권자도 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 법률규정은 이미 도입되어 있고 모두 이 사건 법률조항보다 법정형이 높으므로, 결국 허위사실, 비방 등이 포함되지 아니한 정치적 표현만 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 수

용하게 되며, 선거과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라는 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 의사표현을 금지하는 것은 일반국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임정치의 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 허위사실 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〉

헌재 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.

151. 언론·출판의 자유와 국가안보 사이의 긴장 – 찬양고무죄의 질적 일부위헌성

(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113)

〈쟁점〉

1. 합헌적 법률해석의 의미와 기능은 무엇인가?

2. 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 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 헌법적 문제를 안고 있는가?

3. 위 법률조항은 그 다의성 때문에 전면 위헌으로 선언되어야 할 규정인가? 합헌적 부분이 존재하는가?

4. 위 법률조항에서 합헌적으로 살려야 할 부분은 어디까지인가?

5. 위 법률조항에서 위헌적인 부분을 제거하고 합헌적인 부분을 살리기 위한 주문의 내용은 무엇인가?

6. 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 본지일 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 언동 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"의 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 위태롭게 하거나 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 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없을 것으로, 다만 위헌적 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.

152. 정보공개청구권의 기본권성과 헌법적 근거

(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22)

〈쟁점〉

1. 청구인이 자신의 부동산에 대한 소유권 회복을 위하여 그 입증자료로 사용하고자 군수가 관리하고 있는 일제시대 작성의 임야조사서와 토지조사부의 열람·복사를 청구하였으나 군수가 이에 불응한 경우 이로 인해 청구인의 어떤 기본권이 제한되는가?

2. 군수의 부작위는 청구인의 정보공개청구권으로서의 알 권리를 침해하여 위헌인가?

〈결정요지〉

1. 헌법 제21조가 보장하는 언론출판의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미한다. 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 "알 권리"는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다.

"알 권리"는 민주국가에 있어서 국정의 공개와도 밀접한 관련이 있는데 우리 헌법은 행정의 공개에 관하여서는 명문규정을 두고 있지 않으나, "알 권리"의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 또한 자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것이라고 봐야 할 것이다.

청구인의 자기에게 정당한 이해관계가 있는 정부 보유 정보의 개시(開示) 요구에 대하여 행정청이 아무런 검토 없이 불응하였다면 이는 청구인이 갖는 헌법 제21조에 규정된 언론·출판의 자유 또는 표현의 자유의 한 내용인 "알 권리"를 침해[제한]한 것이라 할 수 있다.

2. ① "알 권리"도 헌법유보(제21조 제4항)와 일반적 법률유보(제37조 제2항)에 의하여 제한될 수 있다. 알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 공익에 장해가 되지 않는다면 널리 인정해야 할 것으로 생각하며, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여서는 의무적으로 공개하여야 한다는 점에 대하여서는 이론의 여지가 없을 것으로 사료된다.

② 이 사건 임야조사서와 토지조사부는 비밀 또는 대외비로 분류되어 있다거나 그 공개로 타인의 사생활의 비밀(프라이버시)이 침해된다거나 하는 사정을 발견할 수 없고, 아울러 이를 금지해야 할 법령상의 근거도 물론 찾아볼 수 없으므로, 본건 문서 자체에는 공개제한 요인이 없음을 알 수 있다.

③ 청구인은 선조의 묘소·묘비의 존재 등 임야조사서나 토지조사부의 열람·복사에 직접적으로 정당한 이익이 있음을 주장하고 있는 터이므로, 피청구인은 이에 대하여 청구인이 과연 이해관계인인지의 여부 및 동 서류의 공개로 특히 다른 사람의 사생활상의 비밀이나 기밀 등 공익이 침해될 소지가 있는지의 여부에 대하여 충분한 검토를 한 연후에 이에 상응하는 조처를 강구하는 것이 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 본분이라고 할 것임에도 불구하고, 법령상 하등의 근거를 명시하고 있지 않는 상부의 유권해석(질의에 대한 회신)이 있음을 이유로 하여 그러한 검토없이 무조건 묵살 또는 방치하는 방법으로 불응한 피청구인의 본건 부작위는 헌법 제21조에 의하여 보장되

고 있는 청구인의 “알 권리”를 침해한 것이므로 그 행위는 위헌임을 확인한다.

〈참고판례〉

헌재 2019. 7. 25. 2017헌마1329 (변호사시험 성적공개 청구기간 사건) [6(위헌) : 3(합헌)]
헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769 (변호사시험 성적 비공개 사건) [7(위헌) : 2(합헌)]

〈선정이유〉

이 결정은 행정기관이 보유하고 있는 정보에 대해 공개를 요구할 수 있는 정보공개청구권으로서의 알 권리를 처음으로 인정한 결정이다.

153. 야간 집회 및 시위 금지의 한정적 위헌성

(헌재 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? [아니다 – 9(합헌) : 0]
2. 야간의 옥외집회 또는 시위를 금지하고 그에 참가한 자를 형사처벌하는 법률조항은 집회의 자유를 과도하게 제한하여 위헌인가? [그렇다 – 9(위헌) : 0]
3. 위 법률조항은 전부 위헌인가? [아니다 - 6(한정위헌) : 3(전부위헌)]

〈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 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’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 법익균형성 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〉

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

헌재 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 한정위헌결정을 내렸다.

154. 미신고 집회·시위에 대한 형사처벌의 헌법적 한계

(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바174등)

〈쟁점〉

1. 신고제를 사실상 허가제처럼 운용하는 것은 집회의 자유를 침해하는 것으로서 위헌인가? [그렇다 - 9(위헌) : 0]

2. 집회·시위에 앞서 48시간 전에 신고를 할 의무를 부과하고 이 의무를 위반한 미신고 집회·시위를 금지하는 것은 위헌인가? [아니다 - 5(합헌) : 4(위헌)]

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? [없다 - 9인 전원]

〈결정요지〉

1. 집회의 자유가 가지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 선언한 헌법정신, 신고제도의 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 다름없어 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 경우도 있을 수 있다. 그리고 이는 구체적 사안을 전제로 헌법상 보장되는 집회의 자유의 내용과 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익을 구체적으로 비교형량하여 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 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, 법익 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 처벌조항을 적용해서 처벌하는 것은 헌법상 허용되지 않는다는 법리에 대해서는 9인 재판관 전원의 의견이 일치하였다.

155. 결사의 자유 - 교원의 정치단체 가입 금지의 위헌성

(헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551)

〈쟁점〉

1. 초·중등 교원이 정당의 당원이 되거나 정당의 결성에 관여하는 것을 금지하는 법률조항(정당법 및 국가공무원법)은 정당가입의 자유를 침해하여 위헌인가? [아니다 - 6(합헌) : 3(위헌)]

2. 초·중등 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지하는 법률조항(국가공무원법)은 교원의 결사의 자유를 침해하여 위헌인가? [그렇다 - 6(위헌) : 3(합헌)]

〈결정요지〉

1. 선례(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710; 2014. 3. 27. 2011헌바42)에 따라, 공무원인 교원이 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 사익에 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. 국가공무원법조항은 가입 등이 금지되는 대상을 '정당이나 그 밖의 정치단체'로 규정하고 있으므로, 문언

상 '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 크므로, 위 조항은 법익의 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 법률조항, 형벌의 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〉

헌재 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

156. 셔틀버스 이용금지에 따른 백화점 등의 경영자들의 영업의 자유 제한

(헌재 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

〈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 한계조항인 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 업태가 '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〉

헌재 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.

157. 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한과 심사척도

(헌재 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

〈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 상관없는 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[1]만을 영위하도록 하는 것은 영세한 경비업체의 난립을 방치하는 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 반

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(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 425).

대의 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 법익의 균형성을 상실하고 있다.

〈참고판례〉

헌재 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 겸영금지의 방법의 적절성(수단의 적합성) 관점에서 먼저 헌법에 위반됨을 밝히고 피해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추고 있지 않음을 판시한 결정이다.

158. 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유

(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677)

〈쟁점〉

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

판대상조문이 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 달성할 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.

159. 시각장애인의 안마사 자격

(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등)

〈쟁점〉

시각장애인에 대하여만 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는 이른바 비맹제외기준을 설정하고 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

〈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 시각장애인이 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 시각장애인이 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 법익 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.

160. 방송광고 판매대행 제한과 직업의 자유

(헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352)

〈쟁점〉

한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 규정하고 있는 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것, 이하 법 및 시행령 규정을 합하여 '심판대상규정'이라 한다)이 방송광고판매대행업자인 청구인의 직업수행의 자유와 평등권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

1. 지상파 방송광고가 전체 방송광고 시장의 대부분을 차지하고 있는 우리나라 광고시장의 현실을 감안할 때, 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사만 하도록 하는 것은 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있다. 이와 같이 직업수행의 자유에 대한 제한이지만 그 실질이 직업수행의 자유를 형해화시키는 경우에는 그것이 직업선택이 아닌 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.

2. 심판대상규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있으나 아직까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없어 여전히 한국방송광고공사

의 독점체제가 유지되고 있는바, 이는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 볼 수 없다. 또한 입법자는 지상파 방송광고 판매대행사업을 일정한 요건을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지 하는 등의 방법으로 이 사건 규정의 입법목적을 달성하면서도 기본권 침해를 최소화시킬 수 있으나 입법자는 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있을 뿐이다. 결국 이 사건 규정은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

심판대상규정이 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 보았으나 직업수행의 자유에 대한 제한의 실질적 효과를 고려하여 헌법재판소가 엄격한 심사기준을 적용한 결정이다.

161. 재산권의 보호영역 또는 보호내용(1)

(헌재 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 헌법조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

〈선정이유〉

헌법 제23조 제1항 및 제13조 제2항에 의해 보장되는 헌법상 재산권의 보호 내용 내지 영역에 대하여 결정하였다.

162. 재산권의 보호영역 또는 보호내용(2)

(헌재 1999. 11. 25. 98헌마456)

〈쟁점〉

1. 해수로 포락된 토지(이하 "자연해몰지"라 한다)를 법률로써 재산권으로 보호하고 있지 않은 것이 재산권보장정신에 반하는 것인지 여부

2. 산업입지및개발에관한법률에 의한 공업단지개발사업의 시행자가 사업지구로 편입된 자연해몰지에 대하여 보상을 하여야 하거나 국가가 자연해몰지에 대한 공공개발사업을 시행하면서 그에 대한 보상입법을 하여야 할 헌법상의 의무가 있는지 여부

〈결정요지〉

1. 자연해몰지가 일정한 이용가능성과 그에 따른 지배가능성을 가지는 경우를 전혀 배제할 수는 없다 할지라도 자연해몰지에 대한 그러한 사실상의 이용가능성 및 지배가능성을 재산권으로 인정하여 보호할 것인가는 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 달라질 수 있고, 자연해몰지를 사유재산권으로 인정할 경우에도 자연해몰지의 특성상 그 시기, 범위 및 보호정도에 관하여 입법자는 광범위한 선택·결정의 재량권을 가지는바, 우리나라 현행 법체계상 자연해몰지를 재산권으로 법률로써 보장하고 있지 않는데, 이는 입법자가 해면의 공공성, 해면에 대한 경제적 이용가능성, 바다와 육지의 기술적 구분가능성 등 여러 가지 자연적·사회적·경제적 사정을 고려하여 결정한 것으로서, 헌법 제23조 제1항의 재산권보장정신이나 사유재산제에 반하는 것이라 할 수 없다.

2. 포락토지는 자연해몰지로서 현행법상 재산권의 객체가 되지 못하고 해상(海床)으로서 해수와 일체를 이루어 바다를 구성하여 자연의 상태 그대로 일반공용에 제공되는 것이므로, 이에 대하여는 수용등의 처분이 있을 수 없고, 국가가 이를 공공사업지구로 편입, 매립하여 사용한다 하더라도 이는 옛 소유자들에 불과한 청구인들의 배타적 지배를 박탈하는 것이 아니라 새로이 매립된 토지에 대한 소유권을 원시적으로 취득하여 국가 자신의 소유권을 행사하는 것일 뿐이므로, 따라서 피청구인이 포락토지에 대하여 공공사업을 시행하였다 하더라도 청구인들에 대하여 보상조치를 취하거나 보상입법을 하여야 할 의무는 헌법 제23조 제1항, 제3항 등 헌법규정이나 헌법해석상 도출할 수 없으며 달리 그러한 의무를 구체적으로 발생시킨다고 볼 만한 법률상의 근거도 없다.

〈선정이유〉

헌법 제23조 제1항 및 제13조 제2항에 의해 보장되는 헌법상 재산권의 보호 내용 내지 영역과 자연해몰지에 대한 공공개발사업시행에 따른 보상입법의무 여부에 대하여 결정하였다.

163. 재산권의 사회적 제약과 조정적 보상

(헌재 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 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 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 갈음하거나 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.

164. 환매권

(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등)

〈쟁점〉

1. 「토지수용법」제 71조 소정의 환매권이 헌법상 재산권 보장규정으로부터 직접 도출되는 권리인지 여부

2 「공공용지의취득및손실보상에관한특례법」 제9조 제11항 소정의 환매권이 헌법상 재산권 보장규정의 내용에 포함되는 권리인지 여부

〈결정요지〉

1. 공용수용은 일단 공용수용의 요건을 갖추어 수용절차가 종료되었다고 하더라도 그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 또는 수용된 재산이 당해 공공사업에 필요 없게 되거나 이용되지 아니하게 되었다면 수용의 헌법상 정당성과 공공사업자에 의한 재산권 취득의 근거가 장래를 향하여 소멸한다고 보아야 한다. 따라서「토지수용법」(1962. 1. 15. 법률 제965호 제정, 1991. 12. 31. 법률 제4483호 최종 개정) 제71조 소정의 환매권은 헌법상의 재산권 보장규정으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리이며, 피수용자가 손실보상을 받고 소유권의 박탈을 수인할 의무는 그 재산권의 목적물이 공공사업에 이용(利用)되는 것을 전제로 하기 때문에 위 헌법상 권리는 피수용자이 수용 당시 이미 정당한 손실보상을 받았다는 사실로 말미암아 부인되지 않는다.

2. 「공공용지의취득및손실보상에관한특례법」 (1975. 12. 31. 법률 제2847호 제정, 1991. 12. 31. 법률 제4484호 최종 개정)에 의한 협의취득은 비록 법형식에 있어서는 사법상의 매매계약의 형태를 취하고 있으나, 동법의 목적에 규정된 "공공사업"과「토지수용법」에 규정(規定)된 "공익사업"은 그 내용과 범위가 동일하여 위 특례법에 의하여 협의취득될 수 있는 재산권은 바로「토지수용법」에 의하여 수용될 수 있고, 양 법률에 있어서의 손실보상에 관한 전체적인 원리와 기본정신이 동일한 기조 위에 서 있다. 위 특례법상의 협의취득의 과정에는 여러 가지 공법적 규제가 있는 점 등을 고려하면, 「토지수용법」에 의한 강제취득방법이 사실상의 후속조치로 남아 있어 토지(土地) 등의 소유자로서는 협의에 불응하면 바로 수용을 당하게 된다는 심리적강박감으로 인하여 실제로는 그 의사에 반하여 협의에 응하는 경우가 많기 때문에, 위 특례법은 실질적으로는 토지수용법과 비슷한 공법적 기능을 수행하고 있다 할 것이다. 또한 국민의 재산권 보장이라는 헌법이념의 관점에서 위 협의취득은 이를 헌법 제23조 제3항 소정의 "재산권의 수용"과 동일한 것으로 보아 다루는

것이 보다 여러 가지 반위법적 사례가 생기는 것을 막을 수 있는 건전한 헌법해석이라 할 것이다. 따라서 위 특례법 제9조의 환매권도「토지수용법」제71조 소정의 환매권과 마찬가지로 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 할 것이다.

〈선정이유〉

환매권은 공공사업 및 공익사업과 관련된 중요한 재산권 보호수단이라는 점에서 재산권적 성격과 그 헌법적 의미를 헌법재판소가 분명하게 밝힌 결정이다.

165. 입법적 수용

(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12)

〈쟁점〉

1. 제외지(堤外地)를 국유화한 것이 국민의 재산권을 침해하고 제외지의 소유자를 불평등하게 취급하는 것인지 여부

2. 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 소위 "입법적" 수용이 헌법에 위반되는지 여부

3. 제외지에 대한 보상법률인 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배되는지 여부

〈결정요지〉

1. 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 입법형성에 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 객

관적인 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.

166. 산재보험수급권

(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52)

〈쟁점〉

1. 산재보험수급권의 법적 성격
2. 재해근로자의 평균임금이 높은 경우 보험급여를 제한하기 위하여 최고보상기준금액을 규정한 「산업재해보상보험법」(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제38조 제6항(최고보상기준금액 부분에 한하여)과 장의비의 최고금액을 규정한 제45조(최고금액 부분에 한하여, 이하 위 두 조항을 "심판대상조항"이라 한다)가 재산권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

1. 산재보험제도는 보험가입자(사업주)가 납부하는 보험료와 국고부담을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도이므로 이 제도에 따른 산재보험수급권은 사회보장수급권의 하나에 속한다. 한편 산업재해보상보험법상의 보험급여가 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가진다(산재보험은 보험급여의 지급에 대응하여 사용자의 보상책임을 면제한다)는 점에서 산재보험수급권은, 적어도 이 사건에서와 같이 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인에게 있어서는 재산권의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다.

2. 당해사건의 재해근로자는 최고보상제도가 시행된 이후에 업무상재해를 입었으므로 그가 가지는 산재보험수급권은 최고보상기준금액을 한계로 확정된다. 따라서 재해근로자로서는 심판대상조항에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하게 되므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않으며, 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인 역시 재산권의 침해를 주장할 지위에 있지 않다고 보아야 할 것이므로 심판대상조항은 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

〈선정이유〉

사회보장수급권의 법적 성격 및 제한에 대한 헌법적 심사기준에 대하여 헌법재판소가 판단한 결정이다.

167. 매도청구권

(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18)

〈쟁점〉

1. 중소기업의구조개선과재래시장활성화를위한특별조치법(2002. 1. 26. 법률 제6639호로 제정되어 2004. 10. 22. 법률 제7235호로 폐지되기 전의 것, 이하 '이 사건 법률'이라 한다) 제16조 제5항에 의하여 준용되는 집합건물의소유및관리에관한법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제48조 제4항에 따른 매도청구권을 실질적으로 헌법 제23조 제3항의 '공용수용'으로 볼 수 있는지 여부

2. 재래시장 재건축사업에 있어서 행사요건을 완화하여 위 매도청구권을 인정하는 것이 위헌이라는 청구인 주장의 의미와 이에 대한 위헌심사 방법

3. 이 사건 법률 제16조 제1항 중 '시장재건축에 관한 부분' 및 같은 법 제16조 제5항 중 '집합건물법 제48조 제4항을 준용하는 부분'(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법상 재산권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

1. 심판대상조항에 따른 매도청구권을 헌법 제23조 제1항·제2항의 재산권의 제한으로 볼 것인지, 아니면 헌법 제23조 제3항의 공용수용으로 볼 것인지 문제되나, 위 매도청구권의 행사로 재건축불참자는 그 의사에 반하여 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 실질적으로 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수 있고, 이 경우 헌법 제23조 제3항에 따라 보상적조치가 있어야 비로소 허용되는 범주 내에 있게 되는바, 심판대상조항은 매도청구권행사에 의하여 시가에 따른 매매계약체결의 효과를 주고 있어 일응 정당한 보상요건은 갖춘 것으로 볼 수 있으므로 이러한 점에서는 특별히 위헌의 의심은 없다.

2. 청구인은 시장재건축에 있어서 다소 완화된 요건 하에서 부여되는 매도청구권 자체의 위헌성을 묻고 있으므로 이는 헌법 제23조 제3항 공용수용의 요건 중 '공공의 필요성'을 갖추었는지에 대한 의문이라고 볼 수 있고, 이에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 이루어져야 할 것이다.

3. 시장재건축불참자에 대하여 그 토지 등을 시가로 매도할 것을 청구하는 내용의 매도청구권은 시장재건축을 가능하게 하기 위한 최소한의 필요조건으로서 사업시행자가 협의에 의하여 토지를 취득하는 경우보다도 훨씬 더 원활하게 시장재건축사업이 이루어지게 하고, 시장재건축제도 자체의 필요성을 인정할 수 있는 이상 위 매도청구권의 행사범위에 사업시행지역 내의 모든 토지와 건물이 포함될 수 있는 것이며, 위 매도청구권은 위와 같은 시장재건축제도의 입법목적에 봉사하는 제도로서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다. 또한 재래시장재건축은 단순히 그 시장 내의 이해관계를 넘어서는 것으로서 통상의 집합건물보다는 그 동의요건을 완화하여야 할 필요성이 충분히 인정되므로 시장재건축에서의 매도청구권의 행사요건으로 소유자 등의 3/5 이상의 동의를 요건으로 하는 것은 합리적인 이유가 있어 위 매도청구권은 위와 같은 입법목적 달성에 매우 효과적인 수단으로서 방법의 적정성도 인정할 수 있다. 시장재건축절차에 있어서의 매도청구권은 시장재개발절차에서의 수용제도 보다는 좀 더 완화된 소유권박탈제도라고 볼 수 있고, 그 매도청구권 행사에 있어서도 여러 가지 제한을 가함으로써 비참가자의 이익도 충분히 보장하고 있는 것이므로 피해의 최소성 요건을 갖추었으며, 그리고 이 사건 법률 규정으로써 보호되는 재래시장활성화나 그 사업추

진의 원활화 등의 공익이 이 사건 법률조항으로 제한을 받게 되는 비참가자의 재산권이라는 이익을 능가한다고 할 수 있으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 법률조항은 시장재건축사업지역 내의 재건축불참자의 재산권을 본질적인 내용까지 침해한다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

공익사업 또는 공공사업 등에서 인정되는 매수청구권이 헌법 제23조 제3항의 '공용수용'적 성격을 가지고 있다는 점과 이러한 권리의 행사요건을 변경하는 것은 헌법 제23조 제3항의 '공공의 필요성'에 대한 판단이며 이는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 비추어 판단할 사안이라는 점을 판시한 결정이다.

168. 소급입법금지원칙과 신뢰보호원칙에 의한 재산권 보장

(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20등)

〈쟁점〉

1. 2000. 7. 1.부터 시행되는 최고보상제도[산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '산재법'이라 한다.) 제38조 제6항]를 2000. 7. 1. 전에 장해사유가 발생하여 장해보상연금을 수령하고 있던 수급권자에게도 2년6월의 유예기간 후 2003. 1. 1.부터 적용하는 산재법 부칙(법률 제6100호, 1999. 12. 31.) 제7조 중 "2002. 12. 31.까지는"부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배하여 재산권을 침해하는지 여부

2. 심판대상조항이 신뢰보호원칙에 위배하여 재산권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

1. 심판대상조항은 청구인들과 같은 기존의 장해보상연금 수급권자에 대하여 이미 발생하여 이행기가 도래한 장해연금 수급권의 내용을 변경하지는 아니하고, 산재법 제38조 제6항 시행 이후의 법률관계, 즉 장래 이행기가 도래하는 장해연금 수급권의 내용을 변경하는 것에 불과하므로, 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정 소급입법에는 해당하지 아니한다.

2. 가. 신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가 원리로부터 파생되는 것으로, 법률이 개정되는 경우 기존의 법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당한 반면, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성코자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰가 파괴되는 것을 정당화할 수 없는 경우, 그러한 새 입법은 허용될 수 없다는 것이다. 이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해되는 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등과 또 다른 한편으로는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 형량해야 한다.

나. 심판대상조항은 실제 평균임금이 노동부장관이 고시하는 한도금액 이상일 경우 그 한도금액을 실제임금으로 의제하는 최고보상제도를 2003. 1. 1.부터 기존 피재근로자인 청구인들에도 적용

함으로써, 평균임금에 대한 청구인들의 정당한 법적 신뢰를 심각하고 예상하지 못한 방법으로 제약하여 청구인들에게 불이익을 초래하였다.

다. 심판대상조항이 달성하려는 공익은 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자와 그 유족들에게 적정한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하여 소득재분배의 기능을 수행하는 데 있는 것으로 보인다.

라. 장해급여제도는 본질적으로 소득재분배를 위한 제도가 아니고, 손해배상 내지 손실보상 성격의 급부인 점에 그 본질이 있는 것으로, 산업재해보상보험이 갖는 두 가지 성격 중 사회보장적 급부로서의 성격은 상대적으로 약하고 재산권적인 보호의 필요성은 보다 강하다고 볼 수 있어 다른 사회보험수급권에 비하여 보다 엄격한 보호가 필요하다. 장해급여제도에 사회보장 수급권으로서의 성격도 있는 이상 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 자금마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체는 입법자의 결단으로서 형성적 재량권의 범위 내에 있다고 보더라도, 그러한 입법자의 결단은 최고보상제도 시행 이후에 산재를 입는 근로자들부터 적용될 수 있을 뿐, 제도 시행 이전에 이미 재해를 입고 산재보상수급권이 확정적으로 발생한 청구인들에 대하여 그 수급권의 내용을 일시에 급격히 변경하여 가면서까지 적용할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서 심판대상조항은 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

〈선정이유〉

헌법 제23조 및 제13조 제2항에 의해 보장되는 재산권 보장에 있어서 소급입법금지원칙과 신뢰보호원칙에 의한 헌법적 보호수준에 대한 내용을 판단한 결정이다.

169. 민간기업에 의한 공용수용

(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114)

〈쟁점〉

1. 민간기업을 수용의 주체로 규정한 '산업입지 및 개발에 관한 법률'(2001. 1. 29. 법률 제6406호로 개정된 것, 이하 '산업입지법'이라 한다) 제22조 제1항의 "사업시행자" 부분 중 "제16조 제1항 제3호"에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법 제23조 제3항에 위반되는지 여부

2. 민간기업에게 산업단지개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 심판대상조항이 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 위반되는지 여부

3. 심판대상조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

1. 헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정하에 민간기업이 수용의 주체

가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다. 오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한 경우 산업단지개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며, 나아가 심판대상조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다.

2. 심판대상조항은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하고, 나아가 산업의 적정한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다. 산업입지가 원활히 공급된다면 산업단지의 건설이 용이해 질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전 내지 성장을 기대할 수 있다. 나아가 산업단지의 개발로 인한 경제적 발전은, 그간 우리 사회의 사회문화적 발전에서도 큰 초석이 되어왔다. 그와 같은 경제의 발전이 해당 국가공동체에서 영위되는 삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력이 되어 왔다는 점에서, 산업단지 개발의 사회적 중요성을 확인할 수 있다. 또한, 산업입지법상 규정들은 산업단지개발사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적을 해태하지 않도록 규율하고 있다는 점도 함께 고려한다면, 심판대상조항은 헌법 제23조 제3항의 '공공필요성'을 갖추고 있다고 보인다.

3. 이 사건 수용조항의 입법목적은 앞서 이 사건 수용조항의 공공필요성을 검토하면서 확인한 바와 같고, 이 사건 수용조항을 통하여 사업시행자는 협의에 응하지 않는 사람들의 토지를 시가에 따라 적절히 매수할 수 있으며, 이에 따라 사업을 원활하게 진행할 수 있을 것이므로 위 수용조항은 위와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다. 산업입지법상 사업시행자에게도 여전히 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어지고, 산업단지로 지정된 토지가 사후에 산업단지에서 제외되거나 아니면 산업단지로서의 효용을 상실하게 되면 환매권이 발생하는 점, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하는 점, 산업입지법상 수용에 이르기까지의 과정이 적법절차원칙에 따라 진행되도록 보장되는 점, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점, 수용대상의 범위도 필요한 범위를 넘는다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피수용자의 재산권을 필요 이상으로 과도하게 제한한다고 할 수 없고, 국민 경제의 건전한 발전 및 산업의 지방분산 촉진, 지역경제의 활성화 등의 공익적 중대성을 감안한다면 이 사건 수용조항이 공익과 사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다.

〈선정이유〉

헌법 제23조 제3항이 규정하고 있는 공용침해 중 공용수용에 대한 권한을 민간기업에게 부여한 것의 헌법 제23조 제3항 위반여부에 대해 헌법재판소가 판단한 결정이다.

170. 복수국적자의 국적이탈의 자유 제한

(헌재 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

〈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 가능성이 있다. 현실적으로 이러한 제한이 존재하는 경우, 특정 직업의 선택이나 업무 담당이 제한되는 데 따르는 사익 침해를 가볍게 볼 수 없다.

심판대상 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해한다.

〈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.

171. 여권의 사용제한 등에 관한 고시 위헌확인

(헌재 2008. 6. 26. 2007헌마1366)

〈쟁점〉

아프가니스탄 등 전쟁 또는 테러위험이 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

〈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 없으며, 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 테러위험이 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

172. 수형자 등의 선거권 제한

(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등)

〈쟁점〉

집행유예기간 중인 자와 수형자의 선거권 제한이 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 평등원칙에 어긋나는지 여부

〈결정요지〉

심판대상조항은 집행유예자와 수형자에 대하여 전면적·획일적으로 선거권을 제한하고 있다. 심판대상조항의 입법목적에 비추어 보더라도, 구체적인 범죄의 종류나 내용 및 불법성의 정도 등과 관

계없이 일률적으로 선거권을 제한하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 범죄자가 저지른 범죄의 경중을 전혀 고려하지 않고 수형자와 집행유예자 모두의 선거권을 제한하는 것은 침해의 최소성원칙에 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.

173. 기탁금의 위헌 여부(1)

(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등)

〈쟁점〉

국회의원 후보자등록 시 2천만 원의 기탁금을 납부토록 하는 것과 기탁금의 반환 및 국고귀속의 기준의 위헌여부

〈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.

174. 기탁금의 위헌 여부(2)

(헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509등)

〈쟁점〉

비례대표 국회의원 선거에서 기탁금 액수와 기탁금 반환 조건이 헌법에 위배되는지 여부와 선거운동 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 제한

이라 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 헌법불합치결정을 하고 그 적용을 중지한다.

〈선정이유〉

이 사건은 비례대표국회의원후보자의 등록신청을 하는 정당에 대하여 후보자 1명마다 1천500만원의 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 등을 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.

176. 재외국민 선거권 제한

(헌재 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

〈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 효과

가 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 거소신고제도, 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 '주민등록이 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 대

해 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 얼마든지 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 국민투표법 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 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정, 위 법 제37조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등 결정, 위 법 제38조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 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.

176. 국회의원 선거구 입법부작위 사건

(헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177등)

〈쟁점〉

헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 국회가 입법개선시한까지 개선입법을 하지 아니하여 국회의원의 선거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우 국회에 국

회의원의 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 다가왔음에도 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.

177. 지방자치단체의 장 선거권의 기본권성

(헌재 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 것이다.

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 따르는 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 달성에 필요한 범위를 넘은 과도한 제한이라 할 수 없으므로 심판대상조항은 청구인의 선거권을 침해하지 않는다.

〈선정이유〉

헌법재판소가 처음으로 지방자치단체의 장 선거권을 기본권으로 인정한 결정이다.

178. 공무원에 대한 선거운동 기획 행위 등의 금지

(헌재 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

〈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.

179. 지방자치단체의 장 직무정지 사건

(헌재 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

〈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 수단을 택하였다 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 불구속상태에 있는 이상 자치단체장이 직무를 수행하는 데는 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 전

이라도 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, 법익균형성 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 보기에 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 선고받

을 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 승리하였다는 이유만으로 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〉

헌재 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.

180. 지방자치단체장의 입후보 제한 사건

(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214)

〈쟁점〉

지방자치단체장이 임기 중 공직선거에의 입후보를 금지하고 있는 것이 지방자치단체장의 공무담임권을 침해하는지 여부

〈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 여러가지 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 필요한 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, 피

선거권의 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 공직선거및선거부정방지법 규정에 대하여 위 규정이 지방자치단체장의 공무담임권을 침해한다고 하여 위헌결정을 하였다.

181. 국회 청원 사건

(헌재 2012. 11. 29. 2012헌마330)

〈쟁점〉

국회에 청원을 하기 위해서는 국회의원의 소개가 있어야 하는 것이 청원권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

의회에 대한 청원에 의원의 소개를 얻도록 한 목적은 무책임한 청원서의 제출과 남용을 예방하여 청원 심사의 실효성을 확보하려는 것으로서, 청원은 일반의안과 같은 심사절차를 거치므로 청원서 제출단계에서부터 의원의 관여가 필요하며, 청원의 소개의원이 되려는 의원이 단 한 명도 없는 경우에까지 청원서를 제출할 수 있도록 하여 이를 심사할 실익은 없다 할 것이다. 또한 국회는 의원의 소개를 얻지 못한 민원들을 진정으로 접수하여 처리하는 점, 청원의 소개의원은 1인으로 족한 점 등을 감안할 때, 국회법 조항이 입법형성의 재량의 범위를 넘었다고 볼 수 없으므로, 청구인의 청원권을 침해하지 아니한다.

국회법 조항은 입법청원의 절차에 있어 의원의 소개를 요건으로 할 뿐, 의원과 사적 친분이 있는 자를 그렇지 않은 자에 비하여 차별하려는 의도로 만들어진 것이 아니며, 설사 의원의 소개를 얻은 자만이 국회에 청원을 할 수 있고 그렇지 않은 자는 청원을 할 수 없다는 점에서 사실상의 차별이 있다 하더라도, 의원의 소개를 통하여 무책임한 청원을 억제함으로써 효율적인 심사를 제고할 수 있는 점, 의원의 소개를 얻지 못한 민원의 경우에도 국회가 '진정'으로 접수하여 처리하고 있는 점 등에 비추어 이를 자의적이라거나 합리성이 없다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

국회에 청원을 하려고 하는 자는 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하여야 한다고 규정한 국회법이 청원권을 침해하지 않는다고 결정하였다.

제9절 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권

182. 특허쟁송과 법관에 의한 재판을 받을 권리

(헌재 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 법률)의 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.

183. 심리불속행 제도와 대법원의 재판을 받을 권리

(헌재 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〉

헌재 2002. 5. 30. 2001헌마781; 헌재 2006. 7. 27. 2006헌마466; 헌재 2007. 7. 26. 2006헌마551; 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1408; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마625; 헌재 2012. 8. 23. 2012헌마367

〈선정이유〉

상고를 제한하고 있는 심리불속행 제도가 헌법에 위반되지 않는다고 본 결정이다.

184. 반국가행위자처벌과 공정한 재판을 받을 권리

(헌재 1996. 1. 25. 95헌가5)

〈쟁점〉

1. 궐석재판을 규정한 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법(이하 "특조법"이라 한다) 제7조 제5항이 헌법에 위반되는지 여부

2. 궐석한 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 궐석재판을 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 입법목적의 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 궐석재판을 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〉

헌재 1994. 4. 28. 93헌바26; 헌재 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.

185. 범죄인인도 심사관할과 재판청구권 제한

(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95)

〈쟁점〉

법원의 범죄인인도심사를 서울고등법원의 전속관할로 하고 그 심사결정에 대한 불복절차를 인정하지 않은 것이 재판청구권 등을 침해한 것인지 여부(소극)

〈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 요청을 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 권리는 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 입법재량의 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.

186. 군사법원제도와 재판청구권 제한

(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25)

〈쟁점〉

군사법원을 군부대 등에 설치하도록 한 구 군사법원법 제6조, 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 한 같은 법 제7조, 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 한 같은 법 제23조, 제24조, 제25조의 위헌여부

〈결정요지〉

가. 구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

나. 헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고, 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없고, 또한 같은 법 제7조, 제23조, 제24조, 제25조가 일반법원의 조직이나 재판부구성 및 법관의 자격과 달리 군사법원에 관할관을 두고 군검찰관에 대한 임명, 지휘, 감독권을 가지고 있는 관할관이 심판관의 임명권 및 재판관의 지정권을 가지며 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정하였다고 하여 바로 위 조항들 자체가 군사법원의 헌법적 한계를 일탈하여 사법권의 독립과 재판의 독립을 침해하고 죄형법정주의에 반하거나 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 및 정신적 자유를 본질적으로 침해하는 것이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것 등이 헌법에 위반되지 않는다고 본 결정이다.

187. 차단시설설치장소에서의 변호사 접견과 재판청구권 제한

(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122)

〈쟁점〉

변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 심판대상조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)

〈결정요지〉

심판대상조항에 따르면 수용자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 처우에 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.

188. 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 손해배상책임유무(=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 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 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.

189. 군인·공무원 등의 국가배상청구권 제한

(헌재 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 이루

고 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 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

〈참고판례〉

헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38; 헌재 2005. 5. 26. 2005헌바28; 헌재 2018. 5. 31. 2013헌바22등

〈선정이유〉

군인·공무원 등의 국가배상청구권을 제한하는 국가배상법 규정이 헌법 제29조에 직접 근거하고 실질적으로 그 내용을 같이 하는 것이므로 헌법에 위반되지 않는다고 본 결정이다.

190. 국가배상청구권의 제한: 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 대한 구상권

(헌재 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 이유없이 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 제23

조 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.

191. 과거사 국가배상청구와 소멸시효

(헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등)

〈쟁점〉

1. 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 손해배상청구에 관한 소멸시효 기산점과 시효기간을 정하고 있는 것이 국가배상청구권을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

2. 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 이중변제 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〉

헌재 1997. 2. 20. 96헌바24; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90; 헌재 2008. 11. 27. 2004헌바54; 헌재 2011. 9. 29. 2010헌바116; 헌재 2012. 4. 24. 2011헌바31; 헌재 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

192. 대학교 수시모집 지원 제한

(헌재 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 지양하고, 각 대학별로 다양한 전형방법을 통하여 대학의 독자적 특성이나 목표 등에 맞추어 다양한 경력과 소질 등이 있는 자를 선발하고자 하는 것이다. 수시모집은 과거 정시모집의 예외로서 그 비중이 그리 크지 않았으나 점차 그 비중이 확대되어, 정시모집과 같거나 오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있다. 이러한 상황에서는 수시모집의 경우라 하더라도 응시자들에게 동등한 입학 기회가 주어질 필요가 있다. 그런데 이 사건 수시모집요강은 기초생활수급자·차상위계층, 장애인 등을 대상으로 하는 일부 특별전형에만 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있을 뿐 수시모집에서의 검정고시 출신자의 지원을 일률적으로 제한함으로써 실질적으로 검정고시 출신자의 대학입학 기회의 박탈이라는 결과를 초래하고 있다. 수시모집의 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 합리적인 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.

193. 자율형 사립고등학교 중복지원 금지

(헌재 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

194. 학교용지부담금의 위헌 여부

(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20)

〈쟁점〉

학교용지확보를 위하여 공동주택 수분양자들에게 학교용지부담 금을 부과할 수 있도록 하고 있는 구 학교용지확보에관한특례법 제2조 제2호, 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 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 견제 및 기존의 다른 부담금제도를 재검토하게 하는 계기를 제공한 의미가 있음.

195. 과외의 원칙적 금지

(헌재 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 입법목적달성의 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 빈곤하게 만들며, 국가간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빈곤은 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 법익의 균형성을 갖추지 못하고 있다.

〈선정이유〉

부모의 자녀교육권과 국가의 교육책임과의 관계를 과외교습금지를 통하여 헌법적 문제해결방향을 제시하고 있음.

196. 재임용탈락 교수의 재심청구 제한

(헌재 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. 헌법재판소는 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 다툴 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 연혁만 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 버금가는 효과를 가진다고 보아야 하므로 이에 대하여는 마땅히 교육인

적자원부 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 사례임.

197. 외국인산업기술연수생의 근로의 권리

(헌재 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 수당 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 의하

여만 하는바, 이를 행정규칙에서 규정하고 있으므로 위 법률유보의 원칙에도 위배된다. 그렇다면, 이 사건 노동부 예규는 청구인의 평등권을 침해한다고 할 것이다

〈선정이유〉

헌법상으로 명문의 규정이 없는 외국인 근로자의 기본권(근로의 권리) 주체성을 인정하였다는 점에 헌법적 의의가 있는 판례임.

198. 퇴직금전액의 우선변제

(헌재 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 사례임

199. 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위에 관한 조례제정의무

(헌재 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 사례임

200. 대학교원의 노동조합설립 불허

(헌재 2018. 8. 30. 2015헌가38)

〈쟁점〉

'교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'의 적용대상을 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원이라고 규정함으로써, 고등교육법에서 규율하는 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 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 있음.

201. 청원경찰의 근로3권

(헌재 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 안전유지에 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 골려하지 않은 근로3권의 획일적 제한에 변화를 제시한 판례임.

제11절 인간다운 생활을 할 권리, 혼인과 가족 보호, 보건권, 환경권

202. 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격과 효력

(헌재 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"의 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〉

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216; 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90; 헌재 2006. 11. 30. 2005헌바25; 헌재 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.

203. 평균임금결정·고시부작위

(헌재 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(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20등)

〈결정요지〉

노동부장관의 평균임금결정고시 부작위가 산업재해보상보험법에 따른 정당한 유족급여 및 장의비를 받게 될 재산권 및 인간다운 생활을 침해한다고 본 결정이다.

204. 기초생활보장법상 소득인정액 산정과 기초연금수급액

(헌재 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 권리와 평등권를 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 기초생활보상법상의 급여를 제공하도록 한 것

이 그 자체로 입법재량을 일탈하였다고 보기는 어려운 점, 기초연금을 기초생활보장법상 이전소득에서 제외할 경우 상당한 재정적 부담이 따를 것으로 보이는 점, 국가는 수급자를 대상으로 개인균등할 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.

205. 경과실 범죄행위에 대한 의료보험수급권 제한

(헌재 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 있는 가입자가 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 법익균형의 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(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092)

〈선정이유〉

경과실 범죄행위로 인한 보험사고에 대한 의료보험수급권 제한이 재산권에 대한 과도한 제한이며, 사회보험으로서 의료보험제도의 본질을 침해하여 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

206. 이자소득 및 배당소득의 분리과세

(헌재 2006. 11. 30. 2006헌마489)

〈쟁점〉

이자소득과 배당소의 합계금액이 4천만 원 이하인 경우에는 종합소득과세표준에 합산되지 않고 분리과세만 되도록 한 것이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부

〈쟁점〉

헌법은 국민 각자가 자신의 생활을 스스로 경제적으로 형성한다는 것을 전제로 하고 있으므로, 국가는 납세자가 자신과 가족의 기본적인 생계유지를 위하여 꼭 필요로 하는 소득을 제외한 잉여소득 부분에 대해서만 납세의무를 부과할 수 있다. 따라서 소득에 대한 과세는 원칙적으로 최저생계비를 초과하는 소득에 대해서만 가능하다. 이는 국민에게 인간다운 생활을 할 최소한의 조건을 마련해 주어야 한다는 사회국가원리의 관점에서 요청되는 것이다. 그러나 법률이 최저생계비는 과세되어서는 아니 된다는 헌법적 요청에 대한 예외를 설정하고 있다고 할지라도 이를 정당화할 수 있는 합리적 사유가 있는 경우에는 그로 인하여 저소득층의 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 보기 어렵다.

최저생계를 고려하는 방법으로서는 공제제도가 가장 보편적·일반적이고 또 효과적인 방법이기는 하나, 유일한 방법은 아니다. 공제제도 등 최저생계를 고려할 수 있는 여러 방법들 중 어떠한 방법을 택할 것인지 하는 것은 입법자가 소득의 성질, 사회적으로 인정되는 생활의 최저수요의 수준과 범위, 최저생활을 보장하는데 기여하는 정도, 납세자의 소득 및 자산, 제도 운영상의 장애나 어려움, 국가의 재정 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 정하여야 하는데 이에는 광범위한 입법재량이 인정된다.

이자소득 등의 경우에는 최저생계를 고려하는 공제제도를 두지 않는 대신 세금우대저축제도 등 다른 방법으로 최저생계를 보장하고 있고, 또 과세관청이 전체 납세자를 대상으로 이자소득 등과 다른 소득을 종합적으로 파악하여 소득의 합계가 최저생계비에 미치지 못하는지 여부를 파악하고서 그러한 납세자에 대하여 원천징수된 소득세를 환급하도록 하는 것은 납세자에게 돌아가는 실익에 비하여 과도한 행정적 부담을 지우는 것이라 할 수 있으므로, 이 사건 법률규정이 비록 최저생계비는 과세되어서는 아니 된다는 헌법적 요청에 대한 예외를 설정하고 있다고 할지라도 위와 같이 이를 정당화할 수 있는 합리적 사유가 있는 만큼 그로 인하여 저소득층의 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

인간다운 생활을 할 권리를 과세권의 헌법적 한계로 인정한 결정이다. 배당소득과 이자소득의 분리과세로 인한 종합소득공제 배제가 인간다운 생활을 할 권리, 평등권 등을 침해한 것이 아니라고 본 점과 그 논거에 대해서는 비판이 있다.

207. 동서동본금혼

(헌재 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 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 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.

208. 부성(父姓主義)의 원칙

(헌재 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 아니나 부성주의를 강요하는 것이 부당한 경우에 대해서도 예외를 규정하지 않은 것이 헌법에 위반된다고 본 결정이다.

209. 호주제

(헌재 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 불편

과 고통을 겪고 있다. 숭조(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 뿌리박은 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.

210. 혼인종료 후 300일 내 출생자의 '전남편 친생자' 추정

(헌재 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 번복될 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.

211. 종합부동산세 세대별 합산과세

(헌재 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(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82)

〈선정이유〉

종합부동산세 세대별 합산과세가 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙

에 반하여 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 본 결정이다.

212. 수용자 대한 국민기초생활보장법상 의료급여 등 정지

(헌재 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.

213. 의료급여 1종 수급권자에 대한 본인부담금제 및 선택병의원제

(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734)

〈쟁점〉

의료급여 1종 수급권자에 대한 본인부담금제 및 선택병의원제가 1종 수급권자의 인간다운 생활을 할 권리, 보건권, 평등권 등을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

의료급여 1종 수급권자에 대한 본인부담금제 및 선택병의원제를 규정한 이 사건 개정법령으로 인해 그 개정 전보다 청구인들의 의료급여 수급권에 다소의 제한이 초래된다 하더라도 이로 인하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 보기 어렵다 할 것이어서, 위 조항들로 인해 1종 수급권자인

청구인들의 인간다운 생활을 할 권리, 보건권이 침해되었다거나 국가가 사회보장, 사회복지증진의무, 생활무능력자 보호의무 등을 위반하였다고 볼 수 없다.

의료급여수급자와 건강보험가입자는 사회보장의 한 형태인 의료보장의 대상인 점에서만 공통점이 있다고 할 수 있을 뿐 그 선정방법, 법적지위, 재원조달방식, 자기기여 여부 등에서는 명확이 구분된다. 따라서 의료급여수급자와 건강보험가입자는 본질적으로 동일한 비교집단이라 보기 어렵고 의료급여수급자를 대상으로 선택병의원제 및 비급여 항목 등을 달리 규정하고 있는 것을 두고, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있다고 볼 수는 없으므로 이 사건 개정법령의 규정이 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

〈참고판례〉

재직 중 사유로 퇴직급여(퇴직연금) 감액(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가15)

〈선정이유〉

의료급여수급권과 의료보험수급권의 성격과 구체적인 내용의 차이를 명시한 결정이다.

214. 외래 혈액투석 정액수가제

(헌재 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 것인지조차 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. 반대의견도 설득력이 있다.

215. 인조테이프 요실금수술시 요류역학검사의무화

(헌재 2013. 9. 26. 2010헌마204등)

〈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 한걸음 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 보기는 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 보기는 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 보기는 어려우므로, 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하여 요실금 환자인 청구인들의 보건권을 침해한다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

보건권의 성격과 보호범위에 관하여 판시하고 있는 결정이다.

216. 선거운동과정의 소음과 환경권

(헌재 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〉

헌재 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

217. 자유위임원칙(1)

(헌재 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 실제적으로 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.

218. 자유위임원칙(2)

(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1)

〈쟁점〉

법안에 대한 신속처리대상안건 지정에 반대하겠다는 의사를 표명하였다는 이유로 이루어진 상임위원 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.

219. 다수결원칙(1)

(헌재 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 흠에 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 흠이 있는지 여부에 의하여 가려져야 할 것이다. 그러므로 나아가 이 사건 기록과 변론에 나타난 자료를 토대로 이 사건 법률안의 의결절차에 과연 위 헌법규정을 명백히 위반한 흠이 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 흠이 있다고는 볼 수 없다.

〈선정이유〉

국회 입법과정에서 소수파의 토론 참여가 없더라도 헌법이 정한 의사정족수와 의결정족수를 충족하였다면 다수결원칙은 준수된 것이라고 본 사례이다.

220. 다수결원칙(2)

(헌재 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.

221. 일사부재의원칙

(헌재 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 흠결의 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.

222. 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 대상

이 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 면책특권의대상이 되는 직무부수행위에 해당한다.

〈선정이유〉

국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다고 본 사례이다.

223. 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 행위

는 면책특권의 범위에 포함되지 않는다고 본 사례이다.

224. 면책특권(3)

(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다57752 판결)

〈쟁점〉

국회의원의 직무상 발언이 허위인 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 부여된 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.

225. 수정동의의 범위

(헌재 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 국회의원이 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.

226. 무제한토론

(헌재 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.

227. 국회 인사청문회 견해와 해임건의의 효력

(헌재 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 수용하지 않음으로써 국회의 권한을 침해하거나 헌법상 권력분립원칙에 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 권력분립질서와도 조화될 수 없다.

〈선정이유〉

대통령이 국회인사청문회의 결정이나 국회의 해임건의를 수용할 것인지의 문제는 대의기관인 국회의 결정을 정치적으로 존중할 것인지의 문제이지 법적인 문제가 아니라고 본 사례이다.

228. 국회 탄핵소추사유(1)

(헌재 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 어떻

게 해석할 것인지의 문제가 발생한다. 헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석할 수 있으나, 이러한 해석에 의하면 피청구인의 법위반행위가 확인되는 경우 법위반의 경중을 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 해악을 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.

229. 국회 탄핵소추사유(2)

(헌재 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.

230. 국회자율권의 범위와 한계

(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2)

〈쟁점〉

국회의장이 국회의원의 헌법상 권한을 침해하였다는 이유로 국회의원이 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 것이 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제인지 여부

〈결정요지〉

국회는 국민의 대표기관, 입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있고, 그 자율권은 권력분립의 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 흠이 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

231. 대통령의 불기소특권과 공소시효의 정지

(헌재 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), 특수계급제도의 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 제84조의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법이나 형사소송법 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〉

헌재 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.

232. 대통령의 중요정책 국민투표 부의권의 성격

(헌재 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 없으며, 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 능동적으로 참여할 수 있는 기회를 제공하는 레퍼렌덤(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 권위주의 통치체제에서 국민투표가 대통령의 정치권력을 강화하는 수단으로 악용되었던 사례가 재발하지 않도록 국민투표제도의 헌법적 의미를 분명히 확정한 것이다.

233. 소위 통치행위에 대한 사법심사

(헌재 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 규범의 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 지나치게 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〉

헌재 1996. 2. 29. 93헌마186

〈선정이유〉

금융실명제를 도입한 대통령의 긴급재정경제명령과 같은 소위 통치행위도 사법심사의 대상이 될 수 있다는 헌법재판소의 판단에 이어, 이 결정은 "법률"의 형식을 갖지 아니한 긴급조치 또한 법률적 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.

234. 소위 통치행위에 대한 사법심사

(헌재 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〉

헌재 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.

235. 국가의 외교행위에 대한 사법심사

(헌재 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 범위 내로 제한될 수밖에 없다.

〈참고판례〉

헌재 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 침해하

는 결과를 야기한 것은 비록 외교행위가 폭넓은 재량이 허용되는 영역에 속한다 하더라도 국가기관의 기본권 기속성에 따라 그 위헌여부를 헌법재판소가 판단할 수 있음을 명확히 하였다.

236. 법률안거부권의 헌법적 성격

(헌재 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 권한이 있다는 점에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 조례안에 대한 교육감의 재의요구 권한은 조례안의 완성에 대한 조건부의 정지적인 권한에 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 권한으로 재의요구를 한 것이므로 이를 철회할 권한이 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 헌재의 이 결정은 전자의 입장에서 재의요구를 철회할 수 있음을 선언하고 과거의 사례를 들어 그 실제적인 근거를 밝히고 있다.

237. 위임입법에 의한 기본권제한과 법률유보의 원칙

(헌재 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 '법

률에 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〉

헌재 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.

238. 의회유보의 의미

(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70)

제1편 제2장 제2절 법치국가원리 편 참조.

239. 규율대상의 성격에 따른 포괄위임입법금지의 원칙의 적용

(헌재 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〉

헌재 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 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 보았다(91헌가4).

240. 위임입법에 대한 예측가능성

(헌재 1998. 7. 16. 96헌바52)

〈쟁점〉

과세요건을 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 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 법치주의의 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〉

헌재 1998. 2. 27. 97헌마64

〈선정이유〉

헌법 제75조는 입법위임은 "구체적으로 범위를 정하여" 이루어질 것을 요구하고 있는 바, 이 결

정은 그 규정의 의미를 예측가능성에서 찾고 있다(참고판례). 이 결정은 '예측가능성의 공식'을 내용적으로 정의하고 그 적용방법을 구체적으로 밝히고 있다.

241. 권력분립의 의미

(헌재 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〉

헌재 2019. 2. 28. 2017헌바196

〈선정이유〉

이 결정은 헌법의 기본원칙인 권력분립의 원칙이 국가권력의 기계적인 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라 권력 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 권력분립의 원칙을 실현하는 것임을 선언하였다.

242. 국무총리의 헌법상의 지위

(헌재 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 헌법에 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〉

헌재 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.

243. 국가인권위원회의 진정에 대한 결정의 성격

(헌재 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〉

헌재 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.

244. 위임입법의 형식

(헌재 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〉

헌재 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 허

용하면서 그 한계를 정리하였다.

245. 입법위임에서의 법률우위의 원칙

(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2)

〈쟁점〉

시행령이 위헌일 경우 그 모법의 위임규정도 위헌이 되는가의 여부

〈결정요지〉

위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률인 이 사건 심판대상까지도 위헌으로 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

이 결정은 위임입법에 있어서의 법률우위의 원칙을 정리한 것으로 모법의 위헌 여부는 시행령의 위헌여부와 별도로 그 법률 자체로 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 것인지의 여부로 판단하여야 한다고 보았다.

246. 사면권의 개념과 헌법적 성격

(헌재 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 권력분립의 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, 권력분립의 원칙과의 관계 등 제반사항

을 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 서법부

247. 법관의 지위와 신분보장(1)

(헌재 1992. 11. 12. 91헌가2)

〈쟁점〉

1980년 국가보위비상대책위원회에서 추진한 정화계획에 의하여 의사에 반하여 해직된 공무원들에 대한 보상 대상자에서 제외된 '차관급 상당 이상의 보수를 받는 자'에 법관을 포함시키는 것이 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

사법권의 독립은 재판상의 독립 즉 법관이 재판을 함에 있어서 오직 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 할 뿐 어떠한 외부적인 압력이나 간섭도 받지 않는다는 것뿐만 아니라 그 수단으로서 법관의 신분보장도 차질없이 이루어져야 함을 의미한다. 특히 신분보장은 법관의 재판상의 독립을 보장하는데 있어서 필수적인 전제로서 정당한 법절차에 따르지 않은 법관의 파면이나 면직처분 내지 불이익처분의 금지를 의미한다. 법관이 다른 국가기관 특히 행정부에 의하여 함부로 그 지위가 박탈될 수 있다거나 기타 불이익한 처분을 받을 수 있게 된다면 법관은 행정부의 압력을 배제하기 어려울 것이며 실질적으로 행정부에 예속하게 되어 소신있는 재판업무의 수행이 불가능하게 된다. 따라서 법관의 신분보장은 그의 직무인 재판상의 독립을 유지하는데 있어서 필수불가결의 조건으로서 사법권의 독립을 보장하는 중요한 구성요소라고 하지 않을 수 없다. 모든 직업공무원의 신분은 보장되어야 하지만 그 중에서도 시비선악을 가리는 판관인 법관은 더욱 두텁게 그 신분이 보장되어야 하는 것이며 그것이 헌법이 법관에 대하여 일반적인 공무원 신분보장규정과는 별도로 제헌헌법 당시부터 그 신분보장규정을 두고 있는 이유이다. 만일 법관의 위 비적용대상에 포함된다면 법관의 신분을 직접 가중적으로 보장하고 있는 헌법의 규정취지에 정면으로 배치되게 될 것이며, 직업공무원으로서 그 신분이 보장되고 있는 일반직 공무원과 비교하더라도 그 처우가 차별되고 있는 것이라 할 수 있는 것이어서 평등권의 보장규정에도 저촉된다고 할 것이다.

〈선정이유〉

재판의 독립과 법관의 신분보장을 위반한 규정에 대한 위헌결정임.

248. 법관의 지위와 신분보장(2)

(헌재 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 위헌성판단은 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 입법재량을 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.

249. 법관의 지위와 신분보장(3)

(헌재 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.

250. 법관의 지위와 신분보장(4)

(헌재 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 것이므로, 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.

251. 군사법원의 관할과 재판청구권

(헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162)

〈쟁점〉

현역병의 군대 입대 전 범죄에 대한 군사법원의 재판권을 규정하고 있는 군사법원법 규정이 재판청구권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

군대는 각종 훈련 및 작전수행 등으로 인해 근무시간이 정해져 있지 않고 집단적 병영(兵營) 생활 및 작전위수(衛戍)구역으로 인한 생활공간적인 제약 등, 군대의 특수성으로 인하여 일단 군인신분을 취득한 군인이 군대 외부의 일반법원에서 재판을 받는 것은 군대 조직의 효율적인 운영을 저해하고, 현실적으로도 군인이 수감 중인 상태에서 일반법원의 재판을 받기 위해서는 상당한 비용·인력 및 시간이 소요되므로 이러한 군의 특수성 및 전문성을 고려할 때 군인신분 취득 전에 범한 죄에 대하여 군사법원에서 재판을 받도록 하는 것은 합리적인 이유가 있다. 또한, 형사재판에 있어 범죄사실의 확정과 책임은 행위 시를 기준으로 하지만, 재판권 유무는 원칙적으로 재판 시점을 기준으로 해야 하며, 형사재판은 유죄인정과 양형이 복합되어 있는데 양형은 일반적으로 재판받을 당시, 즉 선고시점의 피고인의 군인신분을 주요 고려 요소로 해 군의 특수성을 반영할 수 있어야 하므로, 이러한 양형은 군사법원에서 담당하도록 하는 것이 타당하다. 나아가 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하고 군사법원에 관한 내부규율을 정함에 있어서도 대법원이 종국적인 관여를 하고 있으므로 이 사건 법률조항이 군사법원의 재판권과 군인의 재판청구권을 형성함에 있어 그 재량의 헌법적 한계를 벗어났다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

군인신분을 취득한 군인이 군인신분 취득 전에 범한 죄에 대하여 군사법원에서 재판을 받도록 한 것이 군사법원의 재판권과 군인의 재판청구권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 결정한 사례

252. 사법권과 사법보좌관제

(헌재 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 사법보좌관에 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 달성에 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

253. 권력분립원칙과 사법권

(헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468)

〈쟁점〉

대법원장으로 하여금 특별검사 후보자 2인을 추천하고 대통령은 그 추천후보자 중에서 1인을 특별검사로 임명하도록 한 것이 권력분립원칙에 위배하는지 여부

〈결정요지〉

헌법상 권력분립의 원칙이란 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라,

권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것이다. 따라서 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 원리에 따라 우리 헌법은 대통령이 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장을 임명할 때에 국회의 동의를 얻도록 하고 있고(헌법 제86조 제1항, 제104조 제1항, 제111조 제4항), 헌법재판소와 중앙선거관리위원회의 구성에 대통령, 국회 및 대법원장이 공동으로 관여하도록 하고 있는 것이다(헌법 제111조 제3항, 제114조 제2항). 앞에서 본 바와 같이 특별검사제도는 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 제도적 견제장치로서 권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건에서 대통령이나 정치권력으로부터 독립된 특별검사에 의하여 수사 및 공소제기·공소유지가 되게 함으로써 법의 공정성 및 사법적 정의를 확보하기 위한 것이다. 이처럼 본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고, 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 한편 정치적 중립성을 엄격하게 지켜야 할 대법원장의 지위에 비추어 볼 때, 정치적 사건을 담당하게 될 특별검사의 임명에 대법원장을 관여시키는 것이 과연 바람직한 것인지에 대하여 논란이 있을 수 있으나, 그렇다고 국회의 이러한 정치적·정책적 판단이 헌법상 권력분립의 원칙에 어긋난다거나 입법재량의 범위에 속하지 않는다고는 할 수 없다. 결국 이 사건 법률 제3조는 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되지 않으므로 청구인들의 위 주장은 이유 없다.

〈선정이유〉

특별검사의 임명에 사법부가 관여하는 것이 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되지 않는다고 결정한 사례

254. 행정심판전치주의와 사법권(1)

(헌재 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 3권분립주의의 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 구속

하지도 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 점에서 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

255. 행정심판전치주의와 사법권(2)

(헌재 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〉

헌재 2002. 2. 28. 2001헌가18

〈선정이유〉

법무부변호사징계위원회를 사실확정에 관한 한 사실상 최종심으로 기능하게 하는 것은 사법권을 침해하는 것이라고 결정한 사례

256. 행정심판전치주의와 사법권(3)

(헌재 2000. 6. 1. 98헌바8)

〈쟁점〉

산업재해보상보험법상의 보험급여결정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여 심사청구·재심사청구의 행정심판을 거치도록 한 것이 행정심판에 관한 헌법 제107조 제3항에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

헌법 제107조 제3항은 행정심판절차의 구체적 형성을 입법자에게 맡기고 있지만, 행정심판은 어디까지나 재판의 전심절차로서만 기능하여야 한다는 점과 행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다는 점은 헌법이 직접 요구하고 있으므로 여기에 입법적 형성의 한계가 있다. 따라서 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다 할 것이다. 반면 어떤 행정심판절차에 사법절차가 준용되지 않는다 하더라도 임의적 전치제도로 규정함에 그치고 있다면 위 헌법조항에 위반된다 할 수 없다. 그러한 행정심판을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기할 수 있는 선택권이 보장되어 있기 때문이다.

산업재해보상보험법이 규정하고 있는 심사청구·재심사청구의 절차와 여기에 보완적으로 적용되는 행정심판법의 심리절차까지 고려하여 살펴보면, 심사청구·재심사청구의 절차는 전체적으로 대심주의 구조에 가깝도록 배려되어 있다고 할 수 있고, 증거조사신청권 등 당사자의 절차적 권리가 상당히 보장되어 있으며, 재결의 절차와 방식, 재결의 효력 등의 면에서도 사법절차를 준용하고 있다. 재결기관의 독립성·공정성에 관하여 보건대, 재심사청구의 재결기관인 산업재해보상보험심사위원회는 그 구성과 운영에 있어서 심의·재결의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있을만 하고, 심사청구의 경우에도 근로복지공단이 그 재결기관으로 되어 있다는 점만으로 심의·재결의 독립성과 공정성이 본질적으로 배제되어 있다고 하기 어려우며 심사청구에 관한 결정에 불복이 있는 자는 재심사청구의 기회가 보장되어 있다. 그렇다면 전체적으로 볼 때 위 법에서 규정한 심사청구·재심사청구제도는 헌법 제107조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

산업재해보상소법법상의 보험금여결정에 대한 행정심판제도가 헌법상의 행정심판규정의 취지에 부합하는 것으로 결정한 사례

257. 심급제도와 상고심 제한(1)

(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25)

〈쟁점〉

소액사건에 관하여 일반사건에 비하여 상고 및 재항고를 제한하고 있는 소액사건심판법 규정이

헌법에 위반되는지 여부

〈결정요지〉

재판이란 사실확정과 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 없으며, 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

258. 심급제도와 상고심 제한(2)

(헌재 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 두가지의 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 판단에 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

259. 심급제도와 특별항고

(헌재 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

260. 형사보상청구와 단심제

(헌재 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

261. 법원의 규칙제정권

(헌재 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(헌재 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(헌재 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

262. 재판권과 관할배분(1)

(헌재 2007. 10. 25. 2006헌바39)

〈쟁점〉

부동산에 대한 강제집행을 부동산 소재지 지방법원의 전속관할로 규정한 민사집행법 규정이 재판청구권을 침해하는지 여부

〈결정요지〉

관할을 배분하는 문제, 즉 여러 법원 사이에 재판권을 어떻게 나누어 행사시킬 것인지는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법자가 사법정책을 고려하여 결정할 사항이다. 다만 정해진 관할에 따라 당사자의 재판수행의 용이성이나 재판의 효율 등이 달라질 수 있으므로 입법자는 국민의 권리를 효율적으로 보호하고 재판제도를 적정하고 합리적으로 운영할 수 있도록 관할을 배분·확정하여야 한다. 부동산 강제경매절차에 참가하는 다양한 이해관계인들의 집행절차에의 참가기회를 보장하고 집행절차의 적정·신속·효율 등 공익을 위하여 부동산 소재지 지방법원에 배타적으로 부동산 강제경매의 관할을 인정할 필요성이 있는 점 및 법원이 부동산의 합리적 이용관계 등을 고려하여 관할이 다른 여러 부동산에 대한 일괄매각을 결정할 수 있는 점 등을 고려하면, 부동산에 대한 강제집행을 부동산 소재지 지방법원의 전속관할로 규정한 민사집행법 제21조 및 제79조 제1항은 입법형성권의 한계를 벗어나 국민의 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

재판관의 관할 배분에 대한 입법형성권을 인정하여 부동산 강제집행에 대한 전속관할 지정이 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 사례

263. 재판권과 관할배분(2)

(헌재 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 고려하면서, 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, 우리나라는 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

264. 일사부재리 효력의 범위(1)

(헌재 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.

265. 일사부재리 효력의 범위(2)

(헌재 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〉

헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48

〈선정이유〉

헌재 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 헌재 2006. 5. 25. 2003헌바115등 결정에서도 다수의견은 '설령 선행사건과 후행사건이 청구인과 심판대상조항이 모두 동일하더라도, 당해사건이 서로 다르다면 일사부재리의 효력이 미치지 않는다'는 취지로 명시적으로 판시함으로써 기존 입장을 재확인하였다.

266. 재심규정의 준용(1)

(헌재 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 헌재 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, 형벌에 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.

267. 재심규정의 준용(2)

(헌재 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〉

헌재 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〉

개별·구체적인 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.

268. 가처분조항의 준용

(헌재 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

269. 위헌법률심판제청에서 재판의 전제와 합리적 의심의 정도

(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2)

〈쟁점〉

법원은 법률의 위헌여부가 당해 소송의 재판의 전제가 되고 또 합리적 위헌의 의심이 있는 때에 위헌제청하여야 하는데 위 법률의 위헌성에 대한 의심의 정도에 관하여 논란이 있다.

〈결정요지〉

헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조, 제43조 등의 각 규정의 취지는, 법원은 문제되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적견해에 의하여 단순한 의심을 넘어선 합리적인 위헌의 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청하라는 취지이지…합리적으로 의심의 여지가 없을 만큼 명백한 경우 위헌심판제청을 할 수 있다는 의미는 아니다.

〈참고판례〉

법원의 합헌판단권의 근거와 관련하여 헌법재판소는 명시적인 입장을 밝히고 있지는 않고, 단지 헌재법 제68조 제2항이 법원의 합헌판단권의 근거가 될 수 없다고 판시하고 있다(헌재 1993. 7. 29. 90헌바35).

〈선정이유〉

우리나라 헌법재판소는 '단순한 의심'과 독일연방헌법재판소의 판례가 요구하는 위헌에 대한 '확신' 사이의 중간적인 입장을 취하고 있는 것으로 보여지는바, 합리적 의심의 정도에 관하여 나름의 기준을 제시하고 있다는 점에서 의미있는 결정이다.

270. 위헌심판제청 후의 사정변경과 재판의 전제성

(헌재 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(헌재 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.

271. 위헌법률심판의 심사기준

(헌재 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

272. 탄핵소추사유

제3편 국가조직(입법부) 참조

273. 탄핵소추와 적법절차

(헌재 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 탄핵소추절차에는 직접 적용할 수 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

탄핵소추절차에서 적법절차원칙의 적용 여부를 판단한 결정이다.

제4절 정당해산심판

274. 정당해산심판의 의의와 기능, 정당해산 사유

제1편 헌법총론(헌법의 기본원리) 참조

275. 정당해산심판에서 가처분의 허용와 정당활동의 자유

(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7)

〈쟁점〉

정당해산심판에서 가처분을 허용하는 헌법재판소법 제57조가 정당활동의 자유를 침해하는지 여부

〈결정요지〉

가처분조항은 정당해산심판이 갖는 헌법보호라는 측면에 비추어 그 필요성이 인정되므로 입법목적의 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.

276. 정당해산심판절차에서 민사소송법의 준용

(헌재 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

277. 권한쟁의심판의 당사자능력(1)

(헌재 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 얽매여 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.

278. 권한쟁의심판의 당사자능력(2)

(헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6)

〈쟁점〉

법률에 의해 설치된 국가기관인 국가인권위원회에게 '국가기관 상호 간의 권한쟁의심판'의 당사자능력이 인정되는지 여부

〈결정요지〉

헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 '국가기관 상호 간'의 권한쟁의심판에서 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 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려해야 할 것이다. 국가인권위원회는 국가인권위원회법에 의하여 비로소 설립되고 국회의 입법행위에 의하여 그 존폐 및 권한범위 등이 좌우될 수 있는 국가기관이라는 점에서, '헌법에 설치근거를 둔 국가기관'에 해당하지 않는다. '국가기관 상호 간의 권한쟁의심판'의 당사자능력은 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 한정하여 인정함이 타당하므로, 결국 국가인권위원회에게는 이러한 권한쟁의심판의 당사자능력이 부정되어야 한다.

〈선정이유〉

국가인권위원회와 같이 오로지 법률에 설치근거를 둔 국가기관은 '국가기관 상호 간의' 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다고 판시한 결정이다.

279. 권한쟁의심판의 당사자능력(3)

(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11)

〈쟁점〉

지방의회 의원과 지방의회 의장 사이의 권한분쟁에 관한 권한쟁의심판청구의 적법 여부

〈결정요지〉

헌법 제111조 제1항 제4호는 '지방자치단체 상호 간'의 권한쟁의심판을 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 지방자

치단체에게 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.

280. 권한쟁의심판의 당사자능력(4)

(헌재 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〉

헌재 1999. 7. 22. 98헌라4

〈선정이유〉

선례인 헌재 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 것이었다.

여기에 소개된 판례는 이러한 선례의 입장을 재확인하여, 지방자치단체의 장이 국가위임사무를 처리하여 일종의 국가기관의 지위에 있다고 볼 수 있는 한에서 '지방자치단체와 국가기관 간의 권

한쟁의심판'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.

281. 권한쟁의심판의 대상적격(1)

(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4)

〈쟁점〉

국회의 법률제정행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 '처분'에 해당하는지 여부

〈결정요지〉

헌법재판소법 제61조 제2항에 따라 권한쟁의심판을 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. 권한쟁의심판의 '처분'을 이와 같이 이해한다면, 이 사건의 경우와 같이 법률에 대한 권한쟁의심판도 허용된다고 봄이 일반적이다. 다만 권한쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 '법률 그 자체'가 아니라, '법률의 제정행위'를 그 심판대상으로 해야 할 것이다.

〈선정이유〉

권한쟁의심판의 대상으로서의 '처분' 개념은 행정처분뿐만 아니라 입법·사법·행정작용을 포함한 광의의 '공권력처분'을 가리키는바, '법률의 제정행위'도 그런 의미의 '처분'에 해당하므로, 권한쟁의심판의 대상적격을 가진다고 본 결정이다.

282. 권한쟁의심판의 대상적격(2)

(헌재 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 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다."고 규정하고 있지만, 제2

항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 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.

283. 권한쟁의심판의 대상적격(3)

(헌재 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 허용되지 않는다. 따라서 단순한 업무협조 요청이나 견해의 표명, 상호 협력 차원에서 조언·권고한 것은 법적 구속력이 없으므로 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 허락하는 한 이 사건 정비지침에 따라 선정된 지방자치단체 사업을 정비하는 것이 좋겠다는 보건복지부의 업무협조 요청에 불과하다. 따라서 청구인들은 이 사건 통보행위로 인하여 헌법상·법

률상 보장된 권한들이 박탈되거나 권한행사에 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 권한침해가능성이 없어 권한쟁의심판의 대상적격이 없다고 본 결정이다.

284. 권한쟁의심판의 대상적격(4)

(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1)

〈쟁점〉

국회의장이 국회의원을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위(이하 '이 사건 사·보임행위')가 권한쟁의심판의 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 권한쟁의심판이 청구된 사건이므로, 피청구인의 이 사건 사보임행위는 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제라고 할 수 없다. 따라서 청구인의 상임위원 신분의 변경을 가져온 피청구인의 이 사건 사보임 결재행위는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이라고 할 것이다.

〈선정이유〉

국회의장이 개별 국회의원의 의사에 반하여 특정한 상임위원회에 사보임한 행위는 권한쟁의심판의 대상적격을 가진다고 본 결정이다.

285. 권한쟁의심판의 대상적격(5)

(헌재 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 허가하지 아니한 것이므로, 피청구인(대한민국 정부)은 수익자로서 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 권한이 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 권한을 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.

286. 권한쟁의심판의 당사자적격(1)

(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8)

〈쟁점〉

국회의 구성원인 국회의원이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에 있어서 이른바 '제3자 소송담당'이 허용되는지 여부 및 국회의원의 심의·표결 권한이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부

〈결정요지〉

국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게

권한쟁의심판을 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 권한쟁의심판을 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 권한침해의 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 권한쟁의심판의 대상적격을 가진다고 할 것이다. 다만, 이 경우에 국회 자신이 아니라 국회의원이 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 다시 말해 국회의원이 그 조약의 체결·비준을 다툴 청구인적격을 가지는지가 문제된다. 이에 대해 헌법재판소는 두 가지 점에서 국회의원의 청구인적격이 부정되어야 한다고 보았다. 우선, 단지 국회의 부분기관에 불과한 국회의원이 국회의 권한이 침해되었음을 이유로 권한쟁의심판을 청구하는 것은 일종의 '제3자 소송담당'에 해당한다고 할 수 있는데, 현행법상으로는 권한쟁의심판에 있어 '제3자 소송담당'을 허용하는 법률규정이 없으므로, 이를 허용할 수 없다는 것이다. 다음으로, 국회의원의 자신의 심의·표결권이 침해되었음을 들어 권한쟁의심판을 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 행사되고 침해될 수 있을 뿐인 '국회의원의 심의·표결권'은 아니므로, 그런 점에서도 국회의원은 이 경우 권한쟁의심판을 청구할 만한 지위에 있지 않다고 보았다.

287. 권한쟁의심판의 당사자적격(2)

(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2)

〈쟁점〉

지방자치단체가 기관위임사무에 속하는 권한이 침해되었음을 들어 권한쟁의심판을 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 권한쟁의심판을 청구하기 위해서는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한 즉, 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 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 권한분쟁을 이유로 기관위임사무를 집행하는 국가기관 또는 다른 지방자치단체의 장을 상대로 권한쟁의심판청구를 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 권한쟁의심판의 청구인적격이 없다고 본 결정이다.

288. 권한쟁의심판의 당사자적격(3)

(헌재 2012. 7. 26. 2010헌라3)

〈쟁점〉

교육과학기술부장관의 '2011학년도 대학 및 산업대학 학생정원 조정계획'에 대하여 개별 지방자치단체가 권한쟁의심판을 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 학생정원에 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 지방자치단

체의 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.

289. 권한쟁의심판의 당사자적격(4)

(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8등)

〈쟁점〉

국회의장의 직무를 대리하여 법률안 가결선포행위를 한 국회부의장을 상대로 국회의원이 자신의 법률안 심의·표결권 침해를 이유로 권한쟁의심판을 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.

290. 권한쟁의심판의 당사자적격(5)

(헌재 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 청구할 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 권한을 침해하였으므로, 국회의장도 피청구인적격이 있다고 주장한다.

그러나 국회 상임위원회가 그 소관에 속하는 의안, 청원 등을 심사할 권한은, 국회의장이 안건을 상임위원회에 회부함으로써 부여되는 것이 아니라, 법률상 부여된 상임위원회의 고유한 권한이다(국회법 제36조, 제37조 참조). 따라서 상임위원회 위원장이 위원회를 대표해서 의안을 심사하는 권한이 국회의장으로부터 위임된 것임을 전제로 한 국회의장에 대한 이 사건 심판청구는 피청구인적격이 없는 자를 상대로 한 청구로서 부적법하다.

다음으로, 부작위에 의해 권한이 침해당하였다고 주장하는 권한쟁의심판청구는 피청구인에게 헌법상 또는 법률상 유래하는 작위의무가 있음에도 불구하고 피청구인이 그러한 의무를 다하지 아니한 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.

291. 권한쟁의심판의 권리보호이익(심판의 이익)

(헌재 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 일반적으로도 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 권한의 침해여부에 관한 헌법적 해명이 필요한 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 한 결정이다.

제6절 헌법소원심판

Ⅰ. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판

292. 헌법소원심판의 본질

(헌재 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.

293. 헌법재판소법 제68조 제1항과 같은 조 제2항 헌법소원심판의 법적 성격 및 관계

(헌재 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.

294. 헌법재판소법 제68조 제1항과 같은 조 제2항 헌법소원심판의 병합가능성

(헌재 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 살펴볼 때, 양 청구를 함께 병합하여 제기함이 가능하다고 할 것이다.

〈선정이유〉

양 청구 간의 병합청구가 가능함을 명시적으로 확인한 결정이다.

295. 헌법소원심판의 청구인능력

(헌재 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 '수범자(Adressat)'이지 기본권의 주체로서 그 '소지자(Trager)'가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 '책임'과 '의무'를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이다.

296. 태아의 청구인능력

(헌재 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 선험적이고 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.

297. 외국인의 청구인능력

(헌재 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(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480) 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.

〈선정이유〉

외국인에게 헌법소원심판의 청구인능력을 인정한 결정이다.

298. 법인의 청구인능력

(헌재 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.

299. 공법인의 청구인능력

(헌재 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.

300. 국립대학의 청구인능력 인정

(헌재 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.

301. 공권력의 행사 또는 불행사

(헌재 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.

302. 법률의 공권력성

(헌재 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.

303. 조약의 공권력성

(헌재 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.

304. 입법부작위의 공권력성

(헌재 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 입법부

작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다.

305. 통치행위의 공권력성

(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186)

제3편 제2장 행정부 편 참조

306. 법규명령의 공권력성

(헌재 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.

307. 행정규칙의 공권력성

(헌재 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.

308. 조례의 공권력성

(헌재 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.

309. 행정부작위의 공권력성

(헌재 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 헌

법에서 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.

310. 행정입법부작위의 공권력성

(헌재 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 위하여는 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다.

311. 행정계획의 대상적격

(헌재 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 뒷받침할 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 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이다.

312. 행정지도의 대상적격

(헌재 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.

313. 공고의 대상적격

(헌재 2000. 1. 27. 99헌마123)

〈쟁점〉

공고의 헌법소원 대상성

〈결정요지〉

공고는 특정의 사실을 불특정 다수에게 알리는 행위이다. 공고가 어떠한 법률효과를 가지는지에 대해서는 일률적으로 말할 수 없고 개별 공고의 내용과 관련 법령의 규정에 따라 구체적으로 판단하여야 한다. 지방공무원법 제35조 제1항 및 지방공무원임용령 제62조는 지방공무원의 공개경쟁시험에 있어서 시험실시기관은 응시자격·선발예정인원 등을 시험실시일 20일 전에 신문 또는 방송 기타 효과적인 방법에 의하여 공고하도록 하고 있으며, 피청구인의 이 사건 공고에는 1999년도 제

5회 지방고등고시의 시험일정·시험과목·응시연령 등과 직렬·지역별 모집인원 및 응시연령의 기준일 등이 포함되어 있다. 그중 시험과목·응시연령 등은 지방공무원임용령, 행정자치부의 지방공무원인사규칙과 각 지방자치단체의 지방공무원인사규칙(이하 "인사규칙"이라 한다)에 확정적으로 규정되어 있는 것을 단순히 알리는 데에 지나지 않으나, 직렬 및 지역별 모집인원과 응시연령의 기준일(최종시험시행일) 등은 시험실시기관인 피청구인이 구체적으로 결정하여 알리는 것으로, 이 공고에 따라 해당 시험의 모집인원과 응시자격의 상한연령 및 하한연령의 세부적인 범위 등이 비로소 확정되고, 이에 따라 응시자의 자격을 제한하는 등의 구체적 효과가 발생하므로 이는 바로 공권력의 행사에 해당하는 것이다.

314. 권력적 사실행위의 대상적격

(헌재 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.

315. 원행정처분의 대상적격

(헌재 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 단서

에 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.

316. 법원 재판의 대상적격

(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등)

〈쟁점〉

법원 재판의 헌법소원 대상성

〈결정요지〉

헌법재판소가 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 법원의 재판은 헌법재판소 위헌결정의 기속력에 반하는 재판임이 분명하므로 이에 대한 헌법소원은 허용된다.

317. 기본권침해의 가능성 요건

(헌재 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 설시한 결정이다.

318. 자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성

(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133)

〈쟁점〉

자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성 판단기준

〈결정요지〉

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 이 때 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 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 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

〈선정이유〉

자기관련성 요건의 의미와 제3자의 자기관련성을 인정하기 위한 판단기준을 설시한 결정이다.

319. 현재성 요건의 의미

(헌재 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 대

하여 헌법소원심판을 청구한 것에 불과하다면 본인의 관련성과 권리침해의 현재성이 없는 경우에 해당하여 부적법하다.

320. 현재성 요건의 예외

(헌재 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 신입생선발에도 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 사유와 취지를 설시한 결정이다.

321. 직접성 요건의 의의

(헌재 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.

322. 직접성 요건의 예외

(헌재 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 설시한 결정이다.

323. 보충성 요건의 의의

(헌재 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 헌재법 제68조 제1항 후단의 보충성 요건의 의미를 설시한 결정이다.

324. 보충성 요건의 예외

(헌재 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 전심절차이천의 기대가능성이 없을 때에는 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 전심절차이천요건은 배제된다.

〈선정이유〉

보충성 요건을 갖추지 않아도 되는 예외사유를 설시한 결정이다.

325. 청구기간의 의의

(헌재 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 설시한 결정이다.

326. 법령에 대한 헌법소원심판의 청구기간

(헌재 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 설시한 결정이다.

327. 법령시행의 유예기간과 청구기간의 기산점

(헌재 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.

328. 권리보호이익의 의의

(헌재 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.

329. 예외적인 심판이익의 인정 사유

(헌재 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.

330. 부수적 규범통제

(헌재 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

331. 법적 성격

(헌재 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.

332. 제청신청 및 기각결정이 대상이 아닌 법률조항에 대한 헌법소원심판청구

(헌재 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.

333. 당해사건의 소송절차에 동일한 사유를 이유로 한 위헌제청신청의 제한

(헌재 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 있는바, 이때 당해 사건의 소송절차란 당해 사건의 상소심 소송절차를 포함한다 할 것이다.

334. 한정위헌청구의 적법성

(헌재 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 적법하다고 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.

판 례 색 인

헌법재판소

(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1) ····· 284
(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등) ····· 89, 90
(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등) ····· 4, 100
(헌재 1989. 7. 21. 89헌마12) ····· 291
(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38) ····· 5
(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22) ····· 156, 294
(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6) ····· 5
(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13) ····· 283
(헌재 1989. 10. 27. 98헌마56) ····· 76
(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등) ····· 6
(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13) ····· 65
(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113) ····· 153
(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107) ····· 95
(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95) ····· 56, 63
(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178) ····· 285
(헌재 1991. 1. 8. 90헌마210) ····· 295
(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160) ····· 125
(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204) ····· 79
(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56) ····· 282
(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163) ····· 286
(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111) ····· 103, 278, 297
(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104) ····· 61
(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82) ····· 293
(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27) ····· 60
(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25) ····· 253
(헌재 1992. 6. 26. 90헌아1) ····· 260
(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등) ····· 287, 292
(헌재 1992. 11. 12. 91헌가2) ····· 246
(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17) ····· 132
(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31) ····· 289
(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48) ····· 35
(헌재 1993. 12. 23. 92헌마247) ····· 293
(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2) ····· 263
(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등) ····· 170
(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221) ····· 242, 279
(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120) ····· 280

(헌재 1994. 12. 29. 93헌바21) ····· 198
(헌재 1995. 1. 20. 90헌바1) ····· 254
(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246) ····· 234
(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264) ····· 286
(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29) ····· 69
(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144) ····· 105
(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정) ····· 209
(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등) ····· 192
(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등) ····· 240
(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3) ····· 4, 197
(헌재 1996. 1. 25. 93헌바5등) ····· 48
(헌재 1996. 1. 25. 95헌가5) ····· 193
(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등) ····· 24, 95
(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186) ····· 237, 285
(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47) ····· 66
(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2) ····· 245
(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113) ····· 54
(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13) ····· 133
(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등: 1차 영화검열 사건) ····· 133
(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25) ····· 195
(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18) ····· 62, 91
(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등) ····· 55
(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14) ····· 74
(헌재 1997. 6. 26. 96헌가8등) ····· 259
(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등) ····· 87, 214
(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2) ····· 226, 234, 267
(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38) ····· 19
(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19) ····· 206
(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133) ····· 291
(헌재 1997. 9. 25. 97헌가4) ····· 6
(헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등) ····· 168
(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10) ····· 171
(헌재 1997. 12. 24. 95헌마247) ····· 99
(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등) ····· 289, 290
(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12) ····· 171
(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345) ····· 282
(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16) ····· 59, 142
(헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등) ····· 29
(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5) ····· 67
(헌재 1998. 5. 28. 96헌가12) ····· 67
(헌재 1998. 6. 25. 94헌라1) ····· 272
(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246) ····· 287

(헌재 1998. 7. 16. 96헌바52) ····· 241
(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등) ····· 168
(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368) ····· 290
(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214) ····· 190
(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70) ····· 18, 240
(헌재 1999. 7. 22. 98헌가5) ····· 88
(헌재 1999. 11. 25. 98헌마456) ····· 167
(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363) ····· 64, 92
(헌재 2000. 1. 27. 99헌마123) ····· 288
(헌재 2000. 2. 24. 98헌바37) ····· 59
(헌재 2000. 2. 24. 99헌바17등) ····· 251
(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등) ····· 203
(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74) ····· 245
(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216) ····· 70
(헌재 2000. 6. 1. 98헌바8) ····· 253
(헌재 2000. 6. 1. 99헌마553) ····· 51
(헌재 2000. 6. 29. 99헌가9) ····· 252
(헌재 2000. 7. 20. 98헌바63) ····· 36
(헌재 2000. 7. 20. 99헌가7등) ····· 263
(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12) ····· 30
(헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471) ····· 262
(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등) ····· 33, 47, 283, 284
(헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132) ····· 162
(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등) ····· 13, 179
(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159) ····· 128
(헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152) ····· 294, 296
(헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3) ····· 261
(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494) ····· 32, 281
(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425) ····· 126
(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27) ····· 131
(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614) ····· 163
(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480) ····· 145
(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707) ····· 210
(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605) ····· 285
(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등) ····· 68
(헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557) ····· 247
(헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5) ····· 27
(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45) ····· 20
(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111) ····· 292
(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52) ····· 28
(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95) ····· 194
(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474) ····· 105

(헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98) ····· 298
(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337등) ····· 288
(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677) ····· 164
(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82) ····· 61
(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533) ····· 57
(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1) ····· 225, 272, 278
(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518) ····· 109
(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193) ····· 102
(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593등) ····· 264
(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1) ····· 212
(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등) ····· 204
(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104) ····· 107
(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814) ····· 43
(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1) ····· 232, 233, 235, 265
(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457) ····· 113
(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2) ····· 274
(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등) ····· 3
(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91) ····· 244
(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52) ····· 172
(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456) ····· 66
(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등) ····· 215
(헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289) ····· 239
(헌재 2005. 2. 24. 2004헌바24) ····· 299
(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20) ····· 202
(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83) ····· 58
(헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114) ····· 35
(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등) ····· 120
(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3) ····· 149
(헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등) ····· 215
(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3) ····· 270
(헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50) ····· 52
(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246) ····· 15
(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047) ····· 130
(헌재 2006. 5. 25. 2003헌바115등) ····· 259
(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4) ····· 270
(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등) ····· 136
(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18) ····· 173
(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1) ····· 269
(헌재 2006. 11. 30. 2006헌마489) ····· 213
(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139) ····· 123
(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등) ····· 181
(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8) ····· 273

(헌재 2007. 7. 26. 2006헌바40) ····· 299
(헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등) ····· 39
(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670) ····· 205
(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96) ····· 80
(헌재 2007. 10. 25. 2006헌바39) ····· 257
(헌재 2007. 11. 29. 2005헌바12) ····· 255
(헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468) ····· 242, 250
(헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096) ····· 186
(헌재 2008. 6. 26. 2007헌마1366) ····· 177
(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81) ····· 49, 281
(헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32) ····· 11
(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등) ····· 165
(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등) ····· 217
(헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352) ····· 166
(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등) ····· 53
(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8등) ····· 249
(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바27) ····· 53
(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마72) ····· 94
(헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843) ····· 51
(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20등) ····· 174
(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마618) ····· 78
(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369) ····· 41
(헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358) ····· 207
(헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162) ····· 249
(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114) ····· 175
(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마667) ····· 110
(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8등) ····· 227, 276
(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734) ····· 218
(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58) ····· 85
(헌재 2010. 2. 25. 2008헌바160) ····· 57
(헌재 2010. 3. 25. 2007헌마933) ····· 280
(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11) ····· 268
(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346) ····· 48
(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마491) ····· 15
(헌재 2010. 9. 30. 2010헌마418) ····· 187
(헌재 2010. 10. 28. 2007헌라4) ····· 64
(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마514등) ····· 256
(헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6) ····· 267
(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27) ····· 93
(헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7등) ····· 277
(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등) ····· 25, 92
(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788) ····· 71, 238

(헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648) ····· 71
(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42) ····· 55
(헌재 2011. 9. 29. 2010헌마413) ····· 112
(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등) ····· 151
(헌재 2012. 2. 23. 2009헌바34) ····· 247
(헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123) ····· 218
(헌재 2012. 7. 26. 2010헌라3) ····· 275
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등) ····· 146
(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786등) ····· 21
(헌재 2012. 11. 29. 2012헌마330) ····· 191
(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등) ····· 23
(헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153) ····· 111
(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117) ····· 299
(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132등) ····· 236
(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122) ····· 196
(헌재 2013. 9. 26. 2010헌마204등) ····· 220
(헌재 2013. 9. 26. 2012헌라1) ····· 239
(헌재 2013. 9. 26. 2013헌바170) ····· 26
(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바174등) ····· 158
(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등) ····· 178
(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431등) ····· 16
(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7) ····· 265, 266
(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42) ····· 17
(헌재 2014. 4. 24. 2011헌가29) ····· 157
(헌재 2014. 6. 26. 2012헌마331) ····· 122
(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172등) ····· 63
(헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등) ····· 12
(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1) ····· 7
(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17) ····· 82
(헌재 2015. 3. 26. 2013헌마214등) ····· 243
(헌재 2015. 3. 26. 2014헌바156) ····· 96
(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623) ····· 216
(헌재 2015. 5. 28. 2011헌마731) ····· 113
(헌재 2015. 5. 28. 2013헌바129) ····· 101
(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등) ····· 116
(헌재 2015. 9. 24. 2015헌바35) ····· 108
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9) ····· 99
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바68등) ····· 114
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168) ····· 150
(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마1149) ····· 283
(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367) ····· 50
(헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177등) ····· 183

(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1) ····· 227
(헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1) ····· 14
(헌재 2016. 6. 30. 2013헌바370등) ····· 256
(헌재 2016. 6. 30. 2015헌마924) ····· 117
(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9) ····· 98
(헌재 2016. 9. 29. 2015헌바331) ····· 248
(헌재 2016. 10. 27. 2014헌마797) ····· 184
(헌재 2016. 10. 27. 2015헌마1206등) ····· 140
(헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142) ····· 72
(헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509등) ····· 180
(헌재 2016. 12. 29. 2015헌바63) ····· 258
(헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653) ····· 208
(헌재 2017. 10. 26. 2015헌바239등) ····· 22
(헌재 2017. 12. 28. 2015헌마994) ····· 115
(헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649) ····· 201
(헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346) ····· 104
(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379) ····· 124
(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8등) ····· 135
(헌재 2018. 7. 26. 2015헌라4) ····· 271
(헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368) ····· 119
(헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등) ····· 199
(헌재 2018. 8. 30. 2015헌가38) ····· 208
(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마344등) ····· 106, 121
(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127) ····· 83
(헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221) ····· 202
(헌재 2019. 12. 27. 2017헌마1299) ····· 211
(헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730) ····· 221
(헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103) ····· 219
(헌재 2020. 4. 23. 2017헌마479) ····· 295
(헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551) ····· 160
(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1) ····· 225
(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라6등) ····· 230, 231
(헌재 2020. 8. 28. 2018헌마927) ····· 118
(헌재 2020. 9. 24. 2016헌마889) ····· 177
(헌재 2020. 9. 24. 2017헌바157등) ····· 97

대법원

(대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결) ····· 228
(대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결) ····· 196
(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결) ····· 31
(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결) ····· 40
(대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도4278 판결) ····· 129
(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다57752 판결) ····· 230
(대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다87903 판결) ····· 128
(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결) ····· 127
(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결) ····· 90
(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도14442 판결) ····· 229
(대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결) ····· 73