

헌법재판소공보

제334호

2024년 8월 20일(화요일)

헌법재판소사무처 (1)

— 목 차 —

규 칙

헌법재판소보안관리대 설치 및 운영에 관한 규칙(헌법재판소규칙 제471호)	1200
헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙 일부개정규칙(헌법재판소규칙 제472호)	1202
헌법재판소 공무원 규칙 일부개정규칙(헌법재판소규칙 제473호)	1202

인 사	1205
-----------	------

공지사항

주요업무일지	1206
심판사건통계표	1208
등록도서현황	1210
주요신착도서	1210
- 2024년도 7월 구입도서	1210
- 2024년도 7월 교환도서	1212
헌법재판소장 동정	1213

국선대리인제도 안내	1214
------------------	------

판 려	1215
-----------	------

규 칙

○ 헌법재판소보안관리대 설치 및 운영에 관한 규칙

(헌법재판소규칙 제471호)
2024. 7. 1.

제1조(목적) 이 규칙은 헌법재판소보안관리대의 조직, 업무 및 그 밖에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(설치) 헌법재판소보안관리대는 헌법재판소 사무처에 설치한다.

제3조(조직) ① 헌법재판소보안관리대는 헌법재판소보안관리 총괄책임관(이하 “총괄책임관”이라 한다)과 헌법재판소보안관리대원(이하 “보안관리대원”이라 한다)으로 구성한다.

② 총괄책임관은 「헌법재판소 사무기구에 관한 규칙」에 따른 헌법재판소보안관리대 담당 부서장으로 하며, 헌법재판소사무처장(이하 “사무처장”이라 한다)의 지휘를 받아 헌법재판소보안관리대를 운영한다.

③ 보안관리대원은 헌법재판소 본관청사, 별관청사(이하 “청사”라 한다) 및 헌법재판소장 공관(이하 “공관”이라 한다)에서 근무하는 보안직 공무원 및 청원경찰로 한다.

④ 사무처장은 총괄책임관의 업무를 보조하기 위하여 보안관리대원 중에서 보안관리대장 등 현장 관리자를 지정할 수 있다.

제4조(담당업무) ① 보안관리대원은 청사 및 공관의 안전과 질서유지를 위하여 총괄책임관의 지휘·감독 하에 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 청사 또는 공관에 출입하려는 인원 및 차량의 방문 목적 확인
2. 주민등록증 또는 그 밖의 신분을 확인할 수 있는 자료에 의한 청사출입자의 신분확인, 출입증의 교부 및 청사 내에서의 출입증 패용여부 확인
3. 사무처장이 정하는 흉기나 그 밖의 위험한 물건 또는 청사 안의 질서유지에 방해되는 물건(이하 “위험물 등”이라 한다)의 소지 여부를 확인하기 위한 청사출입자 또는 청사출입차량의 검색
4. 청사출입자가 소지한 위험물 등의 임시보관,

청사 외부로의 반출 또는 관할경찰관서에 신고 또는 협조요청

5. 다음 각 목에 해당하는 사람에 대한 청사 출입제한이나 퇴거조치를 할 수 있다.

- 가. 위험물 등을 소지한 경우
- 나. 사람의 생명·신체·재산 등에 위해를 주었거나 주려는 경우
- 다. 재판관 및 헌법재판소 공무원의 업무를 방해하였거나 방해하려는 경우
- 라. 청사의 안녕과 평온을 방해하는 행위를 하였거나 하려는 경우
- 마. 기타 보안대원의 협조요청이나 조치에 반복적으로 불응하여 청사 출입제한이나 퇴거조치의 필요성이 인정되는 경우

6. 청사 또는 공관 부지 안에서의 주차통제

7. 청사 또는 공관 부지 안에서의 순찰 또는 CCTV 관제 등을 통한 위해요소 점검

8. 그 밖에 사무처장이 정하는 업무

② 보안관리대원은 제1항의 업무수행 과정에서 제지에 필요한 최소한의 물리력을 행사하거나 가스분사기, 휴대용 영상기록 장비 등을 사용할 수 있다.

③ 보안관리대원(보안관리대장 등 현장 관리자가 지정된 경우에는 현장 관리자)은 사람의 생명·신체·재산 등의 보호 또는 그 밖의 질서유지를 위하여 긴급한 상황에서는 총괄책임관의 지시를 기다리지 아니하고 가스분사기, 휴대용 영상기록 장비사용 등 필요한 조치를 취할 수 있다. 이 경우 보안관리대원은 지체없이 그 사항을 총괄책임관에게 보고하여야 한다.

④ 보안관리대원은 제1항, 제2항 및 제3항의 업무수행 과정에서 청사출입자의 인격과 명예가 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

제5조(의무) ① 보안관리대원은 법령을 준수하고 총괄책임관 및 현장 관리자의 지시에 따라 성실히 업무를 수행하여야 한다.

② 보안관리대원은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 폭행, 인격모욕적 언행 또는 성차별·성희롱성 언행 등 보안관리대원의 품위를 손상하는 행위
2. 총괄책임관 또는 현장 관리자의 허가 없이 근무지를 이탈하는 행위
3. 근무 중의 음주, 수면 등 성실한 근무를 저



해하는 행위

- 4. 규정에 위반되는 복장을 착용하는 행위
- 5. 그 밖에 법령 위반 또는 사무처장이 정하는 사항에 위배되는 행위

③ 사무처장은 총괄책임관 및 현장 관리자로 하여금 보안관리대원의 근무와 복무를 감독하게 하고, 보안관리대원의 의무위반행위가 있으면 적절한 조치가 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

제6조(위임규정) 헌법재판소보안관리대의 조직, 운영 및 근무 등에 관한 사항으로서 이 규칙에 규정되지 않은 사항은 사무처장이 정한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(다른 규칙의 개정) ① 헌법재판소 공무원 규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

제90조의2를 다음과 같이 신설한다.

제90조의2(현업공무원의 지정 등) ① 사무처장은 직무의 성질상 상시근무 체제를 유지할 필요가 있거나 토요일 또는 공휴일에도 정상근무를 할 필요가 있는 공무원을 현업공무원으로 지정할 수 있고, 그 필요성이 소멸된 경우에는 현업공무원 지정을 해제할 수 있다.

② 현업공무원의 근무시간, 근무일, 복무관리 및 초과근무수당 등에 관련된 사항은 사무처장이 정한다.

② 헌법재판소 보안업무 규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 「헌법재판소 보안업무 규칙」을 「헌법재판소 비밀관리업무 규칙」으로 변경한다.

제1조의 중 “보안업무”를 “비밀관리업무”로 한다.

제3조의 제목 “(보안책임)”을 “(비밀관리책임)”으로 하고, 본문 중 “보안책임”을 “비밀관리책임”으로 한다.

제7조제4항제1호 중 “보안사고”를 “비밀사고”로, “보안업무”를 “비밀관리업무”로 한다.

제13조제2항제2호 전단 중 “보안유지를 위하여”를 “비밀관리유지를 위하여”로 한다.

제21조제1항 단서 중 “보안담당관(이하 “보안담당관”이라 한다)”을 “비밀관리담당관(이하 “비밀관리담당관”이라 한다)”으로 한다.

제21조제3항제2호 중 “행정관리국 총무과 비상계

획담당관”을 “행정관리국 총무과 비상대비담당(전문경력관)”으로 한다.

제21조제4항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제21조제7항 중 “보안사고”를 “비밀사고”로 한다.

제22조제4항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제24조제2항 및 같은 조 제3항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제24조제4항 중 “보안조치”를 “비밀보호조치”로 한다.

제24조제5항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제27조제1항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제27조제3항 중 “보안대책”을 “비밀관리대책”으로 한다.

제29조제1항 같은 조 제2항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제32조제1항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제37조제4항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제37조제5항 중 “보안대책”을 “비밀관리대책”으로 한다.

제38조의 제목 “(보안사고 조사)”를 “(비밀사고 조사)”로 한다.

제38조제1항 중 “보호구역”을 “보호지역”으로 한다.

제38조제2항 본문 중 “보안사고”를 “비밀사고”로 하고 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제38조제3항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제39조의 제목 “(보안감사)”를 “(정기감사)”로 한다.

제39조제1항 중 “보안관리상태”를 “비밀관리상태”로 한다.

제39조제2항, 제3항, 제4항 및 제5항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제39조의2제2항 및 같은 조 제3항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제40조의 제목 “(보안담당관)”을 “(비밀관리담당

관)으로 한다.

제40조제1항 중 “보안업무”를 “비밀관리업무”로 하고, “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 한다.

제40조제2항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 하고, 같은 항 제1호 중 “보안업무”를 “비밀관리업무”로 하며, 같은 항 제2호 “보안교육”을 “비밀관리교육”으로 한다.

제41조의 제목 (“보안교육”)을 (“비밀관리교육”)으로 한다.

제41조제1항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 하고, “보안교육”을 “비밀관리교육”으로, “보안조치”를 “비밀보호조치”로 한다.

제41조제2항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 하고, “보안유지책”을 “비밀관리유지책”으로 한다.

제41조제3항 중 “보안담당관”을 “비밀관리담당관”으로 하고, “보안교육”을 “비밀관리교육”으로 한다.

별지 제10호서식 중 “보안담당관 귀하”를 “비밀관리담당관 귀하”로 한다.

별지 제15호서식 중 “6. 보안대책”을 “6. 관리대책”으로 한다.

별지 제24호서식 중 “2. 본인은 보안 관련 규정”을 “2. 본인은 비밀 관련 규정”으로 한다.

별지 제26호서식 중 3. 비밀취급 인가 신규 신청자 비인가 사유별 현황 표 중 “보안관리 취약”을 “비밀관리 취약”으로 하고, 4. 기존 비밀취급 인가자 해제 현황 표 중 “보안사고·규정위반”을 “비밀사고·규정위반”으로 한다.

◇ 제정이유

헌법재판소보안관리대의 조직, 업무, 그 밖에 필요한 사항을 규정하고, 질서유지에 필요한 조치 등을 행할 수 있는 근거를 마련하려는 것임

◇ 주요내용

- 가. 헌법재판소보안관리대는 헌법재판소사무처에 설치함(제2조)
- 나. 헌법재판소보안관리대 담당 부서장이 헌법

재판소보안관리대 총괄 책임관이 되며, 사무처장은 헌법재판소보안관리대의 운영에 관하여 헌법재판소보안관리대 총괄책임관을 지휘하며 현장관리자를 지정할 수 있음(제3조)

다. 헌법재판소보안관리대원이 헌법재판소 청사 및 공관의 질서유지를 위하여 수행하여야 할 업무와 의무를 정하고, 청사 또는 공관 출입자에게 질서유지에 필요한 일정한 조치(신분확인, 보안검색, 퇴거조치 등)를 시행할 수 있는 근거를 마련함(제4조 및 제5조)

○ 헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙 일부 개정규칙

(헌법재판소규칙 제472호) 2024. 7. 16.

헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

제3조제3항 중 “재판관 7명 이상의 출석”을 “재판관 전원의 3분의 2를 초과하는 인원의 출석”으로 한다.

부 칙

이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.

◇ 개정이유 및 주요내용

헌법재판소법의 재판관회의 의결정족수가 ‘재판관 7명 이상의 출석’에서 ‘재판관 전원의 3분의 2를 초과하는 인원의 출석’으로 개정됨에 따라, 관련 조문을 정비하려는 것임(제3조제3항)

○ 헌법재판소 공무원 규칙 일부개정규칙

(헌법재판소규칙 제473호) 2024. 7. 26.

헌법재판소 공무원 규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2조제3항 중 “제43조부터 제45조까지”를 “제43조, 제44조, 제45조”로 한다.



제21조제3호부터 제7호까지를 각각 제2호부터 제6호까지로 한다.

제29조의3제5항 중 “마다”를 “에는 연도별로 합산하여”로, “100분의 40”을 “100분의 50”으로 하고, 같은 조 제6항을 다음과 같이 한다.

⑥ 임용권자는 제1항 및 제2항에 따른 6급 공무원으로의 근속승진 임용을 위한 심사를 할 때 인사의 원활한 운용을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 7급 공무원의 재직기간별로 승진후보자 명부를 구분하여 근속승진 임용을 위한 심사를 할 수 있다.

제44조 중 “있고, 임기제공무원은 다른 직위로 전보할 수 없다.”를 “있다.”로 한다.

제44조의2를 다음과 같이 신설한다.

제44조의2(임기제공무원의 예외적 전보) 임용권자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 임기제공무원을 해당 직위에서 다른 직위에 전보할 수 있다. 이 경우 제1호에 해당할 때에는 임기제공무원의 근무기간, 연봉등급 등에 관하여는 종전의 임용요건에 따라 임용된 것으로 본다.

1. 기구의 개편, 직제 또는 정원의 개정 또는 폐지 등의 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우

가. 정원이 다른 기관 등으로 이체(移替)되어 해당 임기제공무원을 직급 및 직무분야의 변경 없이 근무기간 동안 계속 임용하는 경우

나. 해당 분야 업무 경험자를 임용할 필요가 있거나 근무예정지역을 달리하여 임용할 필요가 있는 경우로서 임용권자가 같은 기관 내에서 임기제공무원을 직급과 직무분야가 같거나 유사한 다른 임기제공무원의 직위에 계속 임용하는 경우

2. 임기제공무원이 아닌 경력직공무원을 임기제공무원으로 임용한 후 임기제공무원이 아닌 경력직공무원 직위로 재전보하는 경우

3. 임기제공무원을 실·국 또는 이에 상당하는 보조기관·보좌기관이나 소속 기관 내에서 직급과 직무분야가 같거나 유사한 다른 임기제공무원의 직위로 전보하는 경우

제45조의4제1항 중 “제43조제1항에”를 “제43조제1항 및 제2항에”로 한다.

제45조의4제2항을 다음과 같이 하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

② 사무처장은 소속 공무원에게 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조제1호에 따른 재난

이나 「자연재해대책법」 제2조제1호에 따른 재해에 대응하기 위하여 출장 또는 파견 중인 공무원의 업무를 대행하도록 명할 수 있다.

③ 사무처장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원에게는 예산의 범위에서 「공무원수당 등에 관한 규정」에서 정하는 바에 따라 수당을 지급할 수 있다.

1. 제1항에 따라 병가, 출산휴가, 유산휴가, 사산휴가, 육아휴직 또는 공무상질병휴직 중인 공무원의 업무를 대행하는 공무원

2. 시간선택제전환공무원의 근무시간 외의 업무를 대행하는 공무원

3. 제2항에 따라 출장 또는 파견 중인 공무원의 업무를 대행하는 공무원

제45조의5제1항 중 “대통령령 등으로 정한”을 “대통령령등으로 정하는”으로, “5년”을 “3년”으로 하고, 같은 조 제2항 중 “10년”을 “6년”으로 한다. 제92조제1항의 표를 다음과 같이 한다.

재직기간	연가 일수
1개월 이상 1년 미만	11
1년 이상 3년 미만	15
3년 이상 4년 미만	16
4년 이상 5년 미만	17
5년 이상 6년 미만	20
6년 이상	21

제93조의3제2항을 삭제하고, 같은 조 제3항 중 “제2항에 따라 소멸된 저축연가”를 “제1항에 따라 이월·저축한 연가(이하 “저축연가”라 한다)”로 한다.

제97조제2항 각 호 외의 부분 본문 중 “소속기관의 장은 임신 중인 공무원에게”를 “임신 중인 공무원은”으로, “승인하되”를 “사용할 수 있되”로 하고, 같은 항 각 호 외의 부분 단서 중 “소속기관의 장은 임신 중인 공무원이”를 “임신 중인 공무원은”으로, “있도록 하여야 한다”를 “있다”로 하며, 같은 조 제3항 전단 및 같은 조 제4항 전단 중 “받을”을 각각 “사용할”로 하고, 같은 조 제5항 전단 중 “5세”를 “8세 이하 또는 초등학교 2학년”으로, “24개월”을 “36개월”로, “받을”을 “사용할”로 하며, 같은 조 제10항 각 호

외의 부분 중 “소속기관의 장은 임신 중인 공무원이 유산 또는 사산한 경우 그 공무원이 신청하면”을 “유산하거나 사산한 여성공무원은”으로, “주어야 한다”를 “사용할 수 있다”로 하고, 같은 조 제11항 중 “소속기관의 장은 소속 남성공무원의 배우자가 유산하거나 사산한 경우 그 공무원이 신청하면”을 “남성공무원은 배우자가 유산하거나 사산한 경우”로, “주어야 한다”를 “사용할 수 있다”로 하며, 같은 조 제12항 각 호 외의 부분 및 같은 조 제14항 각 호 외의 부분 중 “받을”을 각각 “사용할”로 하고, 같은 조 제15항 중 “연간 2일(자녀가 2명 이상이거나 장애인인 경우 또는 해당 공무원이 「한부모가족지원법」 제4조제1호의 모 또는 부에 해당하는 경우에는 3일)까지 유급으로 한다”를 “해당 공무원의 자녀(제14항제1호에 따른 어린이집등에 재학 중이거나 미성년인 자녀 또는 장애인인 자녀를 말한다) 수에 1을 더한 일수까지를 연간 유급휴가 일수로 한다”로 하며, 같은 항에 단서를 다음과 같이 신설하고, 같은 조 제16항 중 “받을”을 “사용할”로 한다.

다만, 장애인인 자녀가 있는 공무원 또는 「한부모가족지원법」 제4조제1호의 모 또는 부에 해당하는 공무원의 경우에는 본문에 따른 연간 유급휴가 일수에 1일을 더한 일수까지 연간 유급휴가 일수로 한다.

별표 7의 제목 중 “제21조제4호”를 “제21조제3호”로 한다.

별표 14의 사망의 본인 및 배우자의 형제자매의 일수란을 다음과 같이 한다.

3

별표 15 제4호가목 전단 중 “받을”을 “사용할”로 하고, 같은 호 나목 전단 중 “5세”를 “8세 이하 또는 초등학교 2학년”으로, “24개월”을 “36개월”로, “받을”을 “사용할”로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.
 제2조(이월·저축한 연가의 사용에 관한 적용례) 제93조의3제2항 및 제3항의 개정규정은 이 규칙 시행 전에 이월·저축한 연가에 대해서도 적용한다.

제3조(육아시간 사용 범위에 관한 적용례) 제97조 제5항 전단 및 별표 15 제4호나목 전단의 개정규정은 이 규칙 시행 전에 종전의 규정에 따라 육아시간을 사용한 공무원 또는 시간선택제공무원등에 대해서는 이 규칙 시행일을 기준으로 종전에 사용한 일수를 공제하고 적용한다.

제4조(경조사 휴가에 관한 적용례) 별표 14의 개정규정은 이 규칙 시행 이후 경조사가 있는 경우부터 적용한다.

◇ 개정이유

헌법재판소 공무원의 사기를 진작시키고, 유연하고 육아 친화적인 조직문화를 조성하기 위해 「공무원임용령」, 「국가공무원 복무규정」의 개정사항을 반영하여 근속승진, 자기개발휴직, 휴가 등 관련 규정을 보완하려는 것임

◇ 주요내용

- 가. 근속승진 범위 확대 및 심사 횟수 제한 폐지 (제29조의3제5항 및 제6항)
 매년 6급 공무원으로 근속승진 임용할 수 있는 공무원의 범위를 근속승진 후보자의 100분의 40에서 100분의 50으로 확대하고, 6급 공무원 근속승진 임용을 위한 심사 횟수 제한을 폐지
- 나. 임기제공무원의 예외적 전보 근거 규정 신설 (제44조의2 신설)
 기구의 개편, 직제 또는 정원의 개정 등의 경우 임기제공무원의 전보가 가능하도록 함
- 다. 재난·재해 대응을 위한 출장 또는 파견에 대한 업무대행 도입(제45조의4)
 공무원이 재난·재해에 대응하기 위하여 출장 또는 파견 중인 경우 사무처장이 다른 공무원에게 해당 공무원의 업무 대행을 명할 수 있도록 하고, 이에 따라 업무를 대행하는 공무원에게 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있도록 함
- 라. 자기개발휴직을 하기 위한 재직기간 요건 완화(제45조5제1항 및 제2항)
 자기개발휴직을 하기 위한 재직기간 요건을 5년 이상에서 3년 이상으로, 자기개발휴직 후 복직한 공무원이 다시 자기개발휴직을



하기 위한 재직기간 요건을 10년 이상에서 6년 이상으로 각각 완화

마. 저연차 공무원 연가 일수 확대(제92조제1항) 재직기간 1년 이상 4년 미만의 공무원의 연가 일수 확대(재직기간 1년 이상 3년 미만 15일, 3년 이상 4년 미만 16일 부여)

바. 저축연가 소멸시효(10년)폐지(제93조의3) 저축한 연가는 소멸시효 없이 언제든지 사용할 수 있도록 함

사. 육아시간 대상 및 기간 확대(제97조제5항) 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀가 있는 공무원은 36개월의 범위에서 육아시간을 사용할 수 있도록 함

아. 가족돌봄휴가 유급일수 확대(제97조제15항) 자녀 1명당 1일씩을 추가하는 등 가족돌봄휴가 유급일수를 확대함

인 사

○ 헌법재판소사무처 행정심판위원회

- 2024. 7. 1.

前 기획조정실장 김 용 호
 면 헌법재판소사무처 행정심판위원회 위원
 행정관리국장 정 영 주
 명 헌법재판소사무처 행정심판위원회 위원
 기획조정실장 하 정 수
 명 헌법재판소사무처 행정심판위원회 위원장
 직무대행

○ 성희룡·성폭력 고충심의위원회

- 2024. 7. 5.

前 행정관리국장 이 형 주
 재정기획과장 박 재 은
 면 성희룡·성폭력 고충심의위원회 위원
 행정관리국장 정 영 주
 AACC지원과장 윤 정 경
 명 성희룡·성폭력 고충심의위원회 위원
 (2024. 7. 5. ~ 2025. 7. 4.)

○ 헌법 및 헌법재판제도 연구위원회

- 2024. 7. 8.

기획조정실장 하 정 수
 면 헌법 및 헌법재판제도 연구위원회 위원
 심판지원실장 이 형 주
 명 헌법 및 헌법재판제도 연구위원회 위원
 (2024. 7. 8. ~ 2026. 7. 7.)

○ 정책연구용역 심의위원회

- 2024. 7. 8.

前 기획조정실장 김 용 호
 면 정책연구용역 심의위원회 위원
 기획조정실장 하 정 수
 명 정책연구용역 심의위원회 위원
 (2024. 7. 8. ~ 2026. 7. 7.)

○ 신규채용

- 2024. 7. 15.

송 영 진
 임 행정사무관(일반임기제)
 명 헌법재판연구원 연구교수부 기본권연구팀
 (2024. 7. 15. ~ 2026. 7. 14.)

신 원 주
 임 조사관(전문임기제공무원 다급)
 명 기획조정실 국제협력국 국제과
 (2024. 7. 15. ~ 2026. 7. 14.)

- 2024. 8. 1.

김 동 옥
 김 유 문
 이 상 혁
 이 영 호
 임 헌법연구원

(2024. 8. 1. ~ 2034. 7. 31.)

○ 승 진

- 2024. 8. 1.

헌법연구원보 문 숙 현
 임 헌법연구원
 (2024. 8. 1. ~ 2034. 7. 31.)

○ 전 보

- 2024. 7. 31.
 심판지원실 심판사무과
 행정주사 허 제 연
 명 헌법재판소사무처
 명 심판지원실 심판사무과 지원근무

○ 파 견

- 2024. 7. 11.
 헌법연구관 박 혜 연
 명 미국 캘리포니아 대학교 어바인 캠퍼스
 로스쿨 한국법센터 국외장기연수 파견근무
 (2024. 7. 11. ~ 2025. 7. 10.)
 선임헌법연구관 김 인 숙
 명 영국 퀸메리 대학 로스쿨 커머셜로 연구센터
 국외전문화연수 파견근무
 (2024. 7. 12. ~ 2025. 1. 11.)

- 2024. 7. 18.
 국회사무처
 이사관 곽 현 준
 명 헌법재판소사무처 입법협력관 근무기간
 연장
 (2024. 7. 18. ~ 2024. 8. 17.)

- 2024. 7. 22.
 국회사무처
 이사관 곽 현 준
 명 헌법재판소사무처 입법협력관
 국회사무처
 이사관 박 혜 진
 명 헌법재판소사무처 입법협력관
 (2024. 7. 22. ~ 2025. 7. 21.)

○ 휴 직

- 2024. 8. 1.
 행정관리국 총무과(청사보안 및 비상대비 등)
 헌법재판소보안관리대
 보안서기 권 민 수
 명 헌법재판소사무처
 명 육아휴직
 (2024. 8. 1. ~ 2024. 11. 30.)

○ 복 직

- 2024. 7. 30.
 기획조정실 국제협력국 AACCC지원과
 시간선택제전문임기제 다급 유 정 민
 명 육아휴직 복직
 - 2024. 7. 31.
 헌법재판소사무처
 행정주사보 박 신 영
 명 육아휴직 복직
 명 심판지원실 심판사무과

○ 교육훈련

- 2024. 7. 22.
 행정관리국 청사관리과
 기계주사 김 영 철
 명 국토교통인재개발원 '건설안전점검' 교육
 입교
 (2024. 7. 22. ~ 2024. 7. 26.)

공 지 사 항

○ 주요업무일지

<2024년 7월>

7. 1. 「법학전문대학원 실무수습 제3기 / 제4기」 실시
 - 교육기간: 2024. 7. 1.(월) ~ 7. 12.(금) (3기)
 2024. 7. 15.(월) ~ 7. 26.(금) (4기)
 - 교육대상: 법학전문대학원생 총 101명
 - 교육내용: 헌법재판실무 교육, 청구서 및 연구보고서 작성, 토론 등
7. 8. 「법학전문대학원생 교육실무연수」 실시
 - 연수기간: '24. 7. ~ '24. 8.
 - 연수대상: 박현성 등 3명
 - 연수내용: 헌법 재판 관련 연구 조사, 지도연구관 부여 연구과제 수행



성명	소속	기간	지도연구원
박현성	서울대 법학전문대학원	7.8.~7.12. 7.22.~8.9.	김태호 책임연구원
김수만	연세대 법학전문대학원	7.26.~8.26.	박주영 책임연구원
이소곤	서울대 법학전문대학원	7.22.~8.23.	신호은 책임연구원

「해외 로스쿨생 교육실무연수」 실시

- 연수기간: '24. 6. ~ '24. 8.
- 연수대상: 강정훈 등 4명
- 연수내용: 헌법재판 관련 외국사례 조사 등 지도연구원 부여 연구과제 수행

성명	소속	기간	지도연구원
강정훈	University College London	6.17.~8.30.	김태호 책임연구원
백소영	George Washington University Law School	7.8.~8.16.	임기영 책임연구원
Elisa Wax	Sorbonne Law School	7.22.~8.30.	김지영 책임연구원
서재인	Indiana University Maurer School of Law	8.5.~8.30.	박주영 책임연구원

중·고등학교 헌법교육(원격) 실시

- 대구 청구고등학교 [7. 8.(월)]
 - 교육인원: 11명
- 대전 서일고등학교 [7. 9.(화)]
 - 교육인원: 19명
- 부산 경남여자고등학교 [7. 15.(월)]
 - 교육인원: 40명

7. 9. 변론

- 사건: 2022헌라1 경상남도 남해군과 경상남도 통영시 간의 권한쟁의

7. 11. 재판관회의 개최

- 안건: 헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙 일부개정규칙안

7. 16. 국가기관 및 공공기관 등 원외출강 실시

- 국회사무처 의정연수원 [7. 16.(화)]
 - 교육대상: 8급 신규임용자 29명
 - 교육내용: 법제를 위한 헌법

7. 18. 선고결과: '2022헌가6 주식회사 등의 외부 감사에 관한 법률 제39조 제1항 위헌 제청' 등 총 47건

- 위헌1, 헌법불합치 1, 합헌 19, 기각 15, 각하 6, 인용 5

2024년도 상반기 연구성과평가위원회 개최

- 일시: 7. 18.(목) 10:00
- 장소: 헌법재판연구원 5층 대회의실
- 참석: 연구원장, 연구교수부장, 각 팀장, 외부위원 4인
- 안건: 상반기 연구보고서 11건 평가

7. 19. 재판관회의 개최

- 안건: 헌법연구원 임용안
헌법재판소 공무원 규칙 일부 개정규칙안

7. 26. 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제4호(통권 제67호) 발간

- 발간일: 7. 26.(금)
- 내 용: '세계헌법재판 조사연구 제67호 뉴스레터(2024. 6. 발송)' 내용을 인쇄물로 발간하여 재판소, 국회 등 유관기관과 연구·조사 성과물 공유

7. 1. ~ 7. 31.

- 홈페이지 운영현황
- 접속건수: 569,552건
(누적통계: 7,352,760건)

○ 심판사건통계표

심판사건총괄표																	
2024. 7. 31. 현재																	
구분	접수			처리											미제		
	합계	전달(년)미제	이달(년)접수	합계	결정									취하			
					계	위헌	헌법불합치	한정위헌	한정합헌	인용	합헌	기각	각하			기타	
7월계	합계	1,502	1,274	228	231	228<2>	1<1>	1<1>			5	19	15	187(181)	3	1,271	
	위헌법률	40	38	2	1	1<1>	1<1>									39	
	탄핵	2	2													2	
	정당해산																
	권한쟁의	10	9	1												10	
	헌법소원	계	1,450	1,225	225	230	227<1>	1<1>			5	19	15	187(181)	3	1,220	
		\$68①	902	744	158	145	143<1>	1<1>			5		15	122(118)	2	757	
	\$68②	548	481	67	85	84					19		65(63)	1	463		
금년누계	합계	3,032	1,604	1,428	1,761	1,731<17>	47<11>	13<6>		29	188	293	1,159(1,092)	2	30	1,271	
	위헌법률	65	53	12	26	26<11>	14<6>	5<5>			5		2			39	
	탄핵	3	3		1	1						1				2	
	정당해산																
	권한쟁의	12	9	3	2	2							1	1		10	
	헌법소원	계	2,952	1,539	1,413	1,732	1,702<6>	33<5>	8<1>		29	183	292	1,156(1,092)	1	30	1,220
		\$68①	1,954	956	998	1,197	1,175<4>	5<3>	2<1>		29	7	292	840(797)		22	757
	\$68②	998	583	415	535	527<2>	28<2>	6			176		316(295)	1	8	463	

※ 주

1. 결정관의 < >는 심판대상법률조항의 숫자임.
2. 헌법소원심판사건 중 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.
3. 법령에 대한 \$68①의 헌법소원심판사건이 인용된 경우는 그 내용에 따라 위헌, 헌법불합치, 한정위헌 등으로 분류하였음.



심판사건누계표

1988. 9. 1. - 2024. 7. 31. 현재

구분	접수	처 리											미 제		
		합 계	결 정									취 하			
			위 헌	헌 법 불 합 치	한 정 위 헌	한 정 합 헌	인 용	합 헌	기 각	각 하	기 타				
합 계	51,290	50,019	48,804 <855>	781 <528>	323 <245>	70 <53>	28 <29>	949	3,490	8,957	34,194 (31,767)	12	1,215	1,271	
위헌법률	1,126	1,087	957 <410>	356 <302>	104 <81>	18 <13>	7 <14>		391		81		130	39	
탄핵	7	5	5					1		3	1			2	
정당해산	2	2	2					1			1				
권한쟁의	135	125	106					22		31	52	1	19	10	
헌법소원	계	50,020	48,800	47,734 <445>	425 <226>	219 <164>	52 <40>	21 <15>	925	3,099	8,923	34,059 (31,767)	11	1,066	1,220
	§68①	39,530	38,773	37,871 <212>	132 <120>	94 <76>	20 <16>		925	18	8,923	27,751 (25,930)	8	902	757
	§68②	10,490	10,027	9,863 <233>	293 <106>	125 <88>	32 <24>	21 <15>		3,081		6,308 (5,837)	3	164	463

※ 주

1. 결정란의 < >는 심판대상법률조항의 숫자임.
2. 헌법소원심판사건 중 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.
3. 법령에 대한 §68①의 헌법소원심판사건이 인용된 경우는 그 내용에 따라 위헌, 헌법불합치, 한정위헌 등으로 분류 하였음.

○ 등록도서 현황

(2024. 7. 31. 현재, 단위: 권)

구 분		합 계	국 내	국 외		
				소 계	동 양	서 양
2023년 말 누계		186,433	86,871	99,562	37,840	61,722
2024년	전월 말 누계	2,870	1,262	1,608	346	1,262
	7월	500	26	474	153	321
	소 계	3,370	1,288	2,082	499	1,583
총 계		189,803	88,159	101,644	38,339	63,305

○ 주요신착도서

- 2024년도 7월 구입도서

【국 내】

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• 노동법강의	김 형 배 , 박 지 순	신 조 사	2024
• 노동법	임 중 룰 , 김 홍 영	박 영 사	2024
• 장애인의 권리에 관한 연구	법 무 법 인 (유 한) 태 평 양 (공 동 편 집) , 재 단 법 인 동 천 (공 동 편 집)	경 인 문 화 사	2024
• 세법강의 22판	이 창 희	박 영 사	2024

【독 일】

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• DHG I Dienstnehmerhaftpflichtgesetz : 1. Auflage Kurzkommentar	Thomas Pfalz	Linde Verlag Ges.m.b.H	2023
• Strafrecht Allgemeiner Teil I : Grundlagen und Lehre von der Straftat	Helmut Fuchs; Ingeborg Zerbes	Verlag Österreich	2024
• Unterhaltsrecht für die Soziale Arbeit 1. Auflage	Gabriele Janlewing	Kohlhammer	2023

【영 미】

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• A Critical Introduction to Intellectual Property Law : Texts, Cases and Materials	Patrick R. Goold	Cambridge University Press	2024



서명	저자명	출판사	출판연도
• Benched Justice : How Judges Decide Asylum Claims and Asylum Rights of Unaccompanied Minors	Claire Braaten; Daniel Braaten	Lexington Books	2023
• Global Governance, Human Rights and International Law : Combating the Tragic Flaw	Errol P. Mendes	Routledge	2024
• Human Dignity, Judicial Reasoning, and the Law : Comparative Perspectives on a Key Constitutional Concept	Brett G. Scharffs (Editor); Andrea Pin(Editor); Dmytro Vovk (Editor)	Routledge	2024
• Markets, Constitutions, and Inequality	Anna Chadwick (Editor); Eleonora Lozano-Rodríguez (Editor); Andrés Palacios-Lleras (Editor); Javier Solana(Editor)	Routledge	2024
• Research Methods in Human Rights : A Handbook: Second Edition	Bård A. Andreassen (Editor); Claire Methven O'Brien(Editor); Hans-Otto Sano (Editor)	Edward Elgar Publishing	2024

【일 본】

서명	저자명	출판사	출판연도
• 브레스트텡프憲法 第4版	駒村 圭吾 (編集)	弘 文 堂	2024
• 로봇법 : AI와 인간의 공생에むけて	平 野 晋	弘 文 堂	2024
• 個人データ保護のグローバル・マップ : 憲法と立法過程・深層からみるプライバシーのゆくえ	山本龍彦 (編集); 小川有希子 (編集); 尾崎愛美 (編集); 徳島大介 (編集); 山本健人 (編集)	弘 文 堂	2024
• 同性婚のこれから : 「婚姻の自由・平等」のために法と政治ができること	ジェンダー法 政策研究所 (編集)	花 伝 社	2024
• 災害行政法 <第2版>	村 中 洋 介	信 山 社	2024
• 學生生活の法學入門 第2版	山下純司; 深町晋也; 高橋 信行	弘 文 堂	2024
• 環境リスクと行政の不作爲	清 水 晶 紀	信 山 社	2024

【프랑스】

서명	저자명	출판사	출판연도
• Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de la loi	Laurence Gay (Rédacteur adjoint); CATERINA SEVERINO (Rédacteur adjoint)	Bruylant	2024
• Les sociétés face aux défis climatiques	Sandrine Maljean-Dubois (Auteur); Stéphanie Vermeersch (Auteur); Agnès Deboulet (Auteur)	CNRS éditions	2024

- 2024년도 7월 교환도서

- 교환처: 일본 와세다(早稻田)대학교
- 교환일자: 2024. 7. 9.

서명	저자명	출판사	출판연도
• 法研論集 vol.189	早稻田大學法學大學院 法學研究科	早稻田大學法學大學院 法學研究科	2024

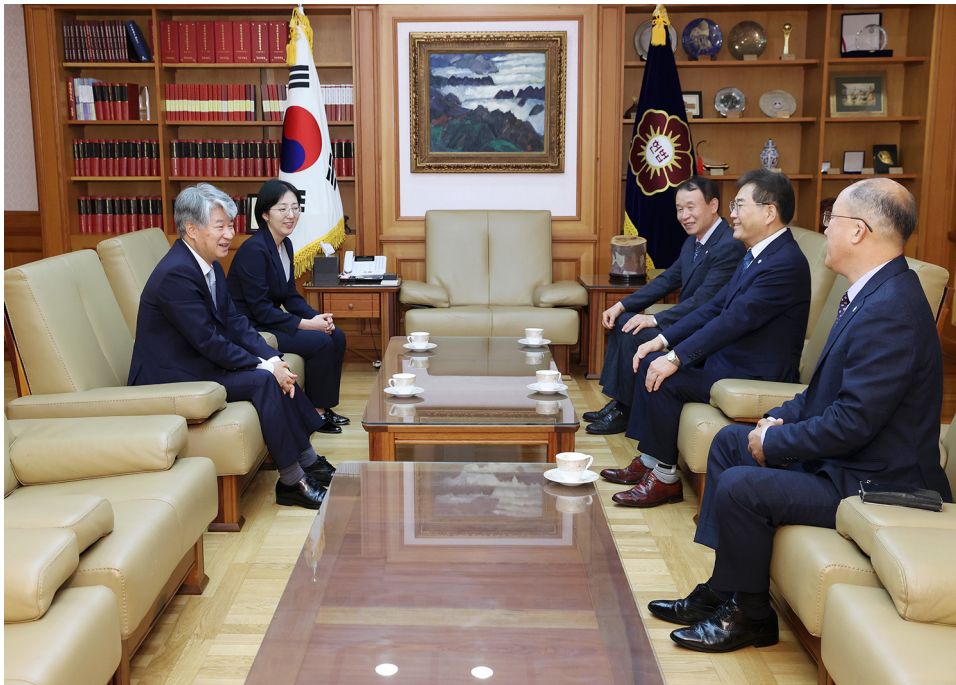
- 교환처: 일본 오사카(大阪)대학교
- 교환일자: 2024. 7. 9.

서명	저자명	출판사	출판연도
• 阪大法學 vol.74 no.1	大阪大學大學院 法學研究科	大阪大學大學院 法學研究科	2024



○ 헌법재판소장 동정

연 월 일	내 용
2024. 7. 17.(수)	제76주년 제헌절 경축식 참석(국회의사당 중앙홀)
2024. 7. 24.(수)	이강천 대한법무사협회장 등 접견(헌법재판소장 접견실)



이강천 대한법무사협회장 등 접견(2024. 7. 24.)



헌법재판소

국선대리인제도 안내

헌법소원 청구 시
변호사를 선임할 자력이 없는 국민을 위하여
국선대리인제도가 마련되어 있습니다.

신청방법

헌법재판소를 방문하시거나 우편으로 국선대리인 선임신청서를 제출하실 수 있으며,
전자헌법재판센터를 통해 전자제출도 가능합니다.

국선대리인 선임기준

- 월평균 수입 300만원 미만
- 국민기초생활보장법 수급자 및 차상위계층
- 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 의한 국가유공자와 그 유족 또는 가족
- 한부모가족지원법 지원대상자
- 기초연금법 수급자
- 장애인연금법 수급자
- 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 보호대상자
- 기타 변호사 선임이 어려운 경우



국선대리인 신청문의: 심판민원과 02-708-3460



判 例

이곳에 게재된 판시사항, 결정요지, 심판대상조문, 참조조문 및 참조판례 등은 독자의 편의를 위하여 작성한 것으로서 헌법재판소결정 원문의 일부가 아님을 밝힙니다.

약어 사용례

- 판례집 9-1, 611 헌법재판소판례집 제9권1집 611쪽
• 판례집 9-1, 90, 96-98 헌법재판소판례집 제9권1집 90쪽부터 시작되는 판례의 96~98쪽
• 공보 23, 602 헌법재판소공보 제23호 602쪽

【자료편찬과 ☎ 02-708-3865】

1. 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 제39조 제1항 위헌제청 1217

[2024. 7. 18. 2022헌가6]

가. 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서 작성죄에 대하여 배수벌금을 규정하면서도, '그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우'에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 '주식회사 등의 외부감사에 관한 법률' 제39조 제1항 중 '그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금'에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(적극)

다. 헌법불합치결정을 선고한 사례

2. 구 소득세법 제94조 제1항 제5호 등 위헌 소원 1226

[2024. 7. 18. 2020헌바487·528·541(병합)]

가. 당해사건에 적용되지 않는 법률조항에 대하여 재판의 전제성을 부인한 사례

나. 해외 파생상품 거래에 대한 양도소득의 범위를 규정 한 구 소득세법 제118조의2 제4호 중 '대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득' 부분(이하 '국외 자산 양도소득 조항'이라 한다)이 포괄위임금 지원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 해외 파생상품의 범위에 대하여 규정한 '자본시장과 금융투자업에 관한 법률' (이하

'자본시장법'이라 한다) 제5조 제2항 제2호 중 '파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장' 부분(이하 '해외 파생상품 조항'이라 한다)이 과세요건명확주의에 위반되는지 여부(소극)

3. 민사소송법 제268조 제2항 등 위헌소원 1233

[2024. 7. 18. 2022헌바4]

전자문서 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 보는 '민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률'(이하 '민소전자문서법'이라 한다) 제11조 제4항 단서(이하 '심판대상조항'이라 한다)가 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

4. 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호 위헌소원 1238

[2024. 7. 18. 2023헌바375]

가. '마약류 관리에 관한 법률'(이하 '마약류 관리법'이라 한다) 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품(이하 '가목 향정신성의약품'이라 한다)의 수취행위를 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하는 마약류관리법 제58조 제1항 제3호 가운데 '수수' 중 수취에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

5. 형법 제298조 위헌소원 1242

[2024. 7. 18. 2024헌바71]

폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자를 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 형법 제298조 (이하 '심판대상조항'이라 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

6. 민간임대주택에 관한 특별법 제44조 등 위헌확인 1245

[2024. 7. 18. 2020헌마1434]

가. 100세대 이상 민간임대주택단지 임대사업자(이하 '100세대 이상 민간임대사업자'라고 한다)가 증액할 수 있는 임대료 증액 비율의 상한을 법령에서 정하고 있는 산식에 따라 산출된 비율로 정하도록 하고, 그 상한의 최고한도는 5퍼센트를 넘지 않도록 규정하고 있는 '민간임대주택에 관한 특별법 시행령' 제34조의2 제1호(이하 '심판대상조항'이라 한다)가 법률유보원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

다. 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

7. 검찰청법 제10조 제1항 위헌확인 1252

[2024. 7. 18. 2021헌마248]

검사의 불기소처분에 대한 항고권자를 고소인·고발인으로 한정 한 검찰청법 제10조 제1항 전문(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 고소하지 않은 범죄피해자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

8. 법원조직법 제43조 제1항 제5호 위헌확인 ... 1255

[2024. 7. 18. 2021헌마460]

과거 3년 이내의 당원 경력을 법관 임용 결정사유로 정한 법원조직법 제43조 제1항 제5호 중 '당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람'에 관한 부분(이하 '심판

대상조항'이라 한다)이 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

9. 어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목 위헌확인 1263

[2024. 7. 18. 2021헌마533]

가. 대형트롤어업의 허가를 할 때 동경 128도 이동수역에서 조업하여서는 아니 된다는 조건을 붙이도록 한 구 '어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙' 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 법률유보원칙에 반하여 대형트롤어업 허가를 받은 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

10. 기소유예처분취소 1270

[2024. 7. 18. 2022헌마761]

청구인들의 출장이 정액 출장 여비 지급 요건을 충족하지 못하였다고 단정할 수 없고 청구인 류○○에게 시간외근무수당에 대한 부당수령의 고의가 인정된다고 단정할 수 없음에도, 청구인들에게 '보조금 관리에 관한 법률' 위반 혐의를 인정 한 피청구인의 기소유예처분이 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

11. 기소유예처분취소 1273

[2024. 7. 18. 2023헌마1273]

청구인이 관할 관청의 승인을 받지 않고 튜닝된 자동차라는 사실을 알고 운행하였다고 인정할 증거가 없음에도 불구하고 청구인의 자동차관리법위반 혐의를 인정 한 피청구인의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례



1. 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률 제39조 제1항 위헌제청

[2024. 7. 18. 2022헌가6]

【판시사항】

가. 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄에 대하여 배수벌금을 규정하면서도, ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’ 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(적극)

다. 헌법불합치결정을 선고한 사례

【결정요지】

가. 심판대상조항에서 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’, ‘회피’, ‘손실액’ 등의 개념 자체는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수범자라면 손쉽게 그 의미를 파악할 수 있다. ‘위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 주체는 구성요건이나 규정취지상 해석이 명확하며, 그 범위는 총수입 또는 회피 손실 총액에서 각 비용을 공제한 것을 말하므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

나. 심판대상조항은 허위재무제표작성죄 및 허위감사보고서작성죄에 대하여 배수벌금형을 규정하면서도, ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 벌금 상한액을 규정하고 있지 않기 때문에, 그와 같은 경우 법원이 죄질과 책임에 상응하는 벌금형을 선고할 수 없도록 하여 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다.

다. 심판대상조항 중 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분을 단순위헌으로 선언하고 그 효력을 소급하여 상실시키면 처벌의 법적 공백이 발생하고, 심판대상조항의 개선임무는 1차적으로 입법형성권을 가진 입법자에게 있으므로, 심판대상조항에 대하여 2025. 12. 31.을 입법개정 시한으로 하는 적용중지 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다.

재판관 이은애의 일부위헌 의견 국가형벌권의 자의적 행사를 방지하기 위하여 마련된 헌법 제12조, 제13조, 제27조 및 형벌조항에 대한 위헌 결정의 소급효와 재심에 관하여 규정한 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항 등의 취지에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 위헌으로 판단하는 경우에는 단순위헌으로 결정함으로써 그 효력을 소급하여 상실시키고, 당사자의 권리를 구제하는 것이 바람직하며, 부득이 헌법불합치결정을 고려할 때에는 그 이유에 대하여 보다 엄격한 잣대로 신중하게 검토하여야 한다.

이 사건에서 단순위헌 결정을 하더라도, 허위재무제표작성이나 허위감사보고서작성행위는 공인회계사법이나 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 등에 따라 처벌할 수 있고, 단순위헌 결정을 하면서 입법개선을 촉구하는 것이 더 현실적이고 실효적일 수 있으며, 이 결정 취지에 따른 개선입법이 당사자에게 항상 유리하게 작용할 것이라고 단언하기 어렵기 때문에 오히려 헌법재판소의 헌법불합치결정이 헌법 제13조 제1항 전단에 따른 행위시범주의에 위반될 가능성이 있는 점 등을 고려하면, 심판대상조항 중 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분’에 대하여 단순위헌으로 결정함이 타당하다.

【심판대상조문】

‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것) 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’에 관한 부분

【참조조문】

- 헌법 제12조, 제13조, 제27조
- 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항
- 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것) 제5조, 제48조
- 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2021. 1. 5. 법률 제17879호로 개정된 것) 제443조 제1항
- 금융거래지표의 관리에 관한 법률(2019. 11. 26. 법률 제16650호로 제정된 것) 제18조 제1항
- 공공주택특별법(2023. 10. 24. 법률 제19763호로 개정된 것) 제57조 제1항
- 도시개발법(2021. 4. 1. 법률 제17987호로 개정된 것) 제79조의2 제1항

【참조판례】

가. 헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343, 판례집 27-2하, 174, 179-180

헌재 2023. 10. 26. 2019헌가30, 판례집 35-2, 442, 454-455
 헌재 2003. 9. 25. 2002헌바69등, 판례집 15-2상, 273, 285
 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결
 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결
 나. 헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13, 판례집 19-2, 535, 540-541
 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바230, 판례집 32-2, 622, 631-633

【당사자】

제청법원 인천지방법원
 당해사건 인천지방법원 2021고단986 주식회사등의
 외부감사에관한법률위반등

【주 문】

1. 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것) 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’ 가운데 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.
 2. 입법자는 위 법률조항 부분을 2025. 12. 31.까지 개정하여야 한다.

【이 유】

1. 사건개요

당해사건 피고인은 인천 계양구에 소재한 ○○에 소속된 공인회계사로서 2012 회계연도부터 2019 회계연도까지 주식회사 ○○(이하 ‘○○’라 한다)에 대한 외부감사에 주무 회계사로서 참여하였다.

당해사건 피고인은 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사로서 감사보고서에 기재할 사항을 거짓으로 기재하는 동시에 공인회계사로서 직무를 행할 때 고의로 진실을 감추거나 허위보고를 하였다는 이유로 기소되었다(인천지방법원 2021고단986).

제청법원은 당해사건 계속 중 ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것, 이하 ‘외부감사법’이라 한다) 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금에 처한다’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다는 이유로 2022. 2. 23. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 심판대상

가. 외부감사법 제39조 제1항은 ‘상법 제401조의2 제1항 및 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제5조의 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표를 작성·공시한 경우’(이하 ‘허위재무제표작성죄’라 한다)와 ‘감사인 또는 그에 소속된 공인회계사가 감사보고서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 않거나 거짓으로 기재한 경우’(이하 ‘허

위감사보고서작성죄’라 한다)라는 행위주체와 행위태양이 다른 두 개의 구성요건을 함께 규정하고 있는데, 당해사건은 그 중 허위감사보고서작성죄에 관한 것이므로 심판대상도 이에 관한 부분으로 한정할 수 있다.

나. 그러나 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄는 모두 사문서의 무형위조를 처벌하는 회계부정범죄이면서 보호법익이 동일하고, 허위감사보고서작성죄는 허위재무제표작성죄의 실행을 용이하게 만드는 방조범으로서의 성격을 가지는 점 등을 고려하면 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄는 체계적으로 밀접한 관련성을 가진다. 이와 함께 외부감사법 제39조 제1항은 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄를 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있으므로, 외부감사법 제39조 제1항 중 벌금형에 관한 위헌심사와 관련하여서는 위 두 죄에 동일한 심사척도가 적용되는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 법질서의 통일성 및 소송경제 등의 관점에서 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄를 구별하지 않고 외부감사법 제39조 제1항 중 벌금형에 관한 부분으로 심판대상을 확장하기로 한다.

다. 그러므로 이 사건 심판대상은 ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것) 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

주식회사 등의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것)

제39조(벌칙) ① 「상법」 제401조의2 제1항 및 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제5조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표를 작성·공시하거나 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사가 감사보고서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금에 처한다.

3. 제청법원의 위헌제청이유 요지

가. 심판대상조항은 벌금액의 산정과 관련하여 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 주체가 기재되어 있지 않아서 그 주체가 감사 대상 회사인지, 그 감사를 실시한 감사인 등인지 명확히 구분되지 않



는다.

나. 심판대상조항은 벌금형의 범위를 정액으로 정하지 않고 행위주체의 위반행위에 따른 이익액 또는 손실액을 기준으로 하고 있어, 이에 대한 심리가 필요하다. 그런데 외부감사인 등이 허위로 감사보고서를 작성함에 따라 회사가 얻은 부당한 이익이나 회피한 손실액을 산정할 수 없는 경우가 있을 수 있는데 이에 대한 규정이 없다. 심판대상조항과 유사한 형식을 가진 현행 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제443조 제1항은 ‘그 위반행위로 인한 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에는 벌금의 상한액을 5억 원으로 한다’고 따로 정하고 있다.

다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다.

4. 외부감사법 제39조 제1항의 의의

외부감사법 제39조 제1항은 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄에 대하여 ‘10년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’에 처하도록 하여, 법정형으로 징역형 또는 배수벌금형을 규정하고 있다.

외부감사법 제39조 제1항에서 허위재무제표작성죄를 처벌하는 입법목적은 외부감사 대상 회사의 재무제표에 대한 신뢰 확보를 통하여 이해관계인을 보호하고 회사의 경영건전성을 확보하려는 것이다. 그리고 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사의 감사보고서 허위작성 행위를 처벌하는 입법목적은 외부감사 대상 회사의 재무제표가 제5조에 따른 회계처리기준에 맞추어서 작성되었는지를 감사하는 감사보고서의 진실성 확보를 통하여 궁극적으로 재무제표의 신뢰성을 확보하려는 것이다. 따라서 외부감사법 제39조 제1항 소정의 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄의 보호법익은 모두 ‘회사의 재무제표에 대한 사회의 신뢰 및 회사의 경영건전성’이라고 할 것이다.

허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄는 모두 사문서의 무형위조를 처벌하는 대표적 회계부정범죄라는 공통점을 가지고 있고, 허위감사보고서작성죄는 회사의 재무제표를 감사하는 감사보고서의 진실성 확보를 통하여 궁극적으로 재무제표에 대한 신뢰를 확보하려는 목적이 강조되므로, 허위감사보고서작성죄는 허위재무제표작성죄의 방조범적 성격을 가진다고 할 수 있다.

5. 심판대상조항의 위헌 여부

가. 쟁점 정리

(1) 제정법원은 심판대상조항에 대하여 죄형법정주

의의 명확성원칙에 위배된다고 주장하면서 그 이유로, ① 심판대상조항이 배수벌금형의 산정 기준으

로 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 주체를 명확히 하고 있지 않은 점과 ② 심판대상조항이 ‘그 위반행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액’이 없거나 산정하기 곤란한 경우가 발생함에도 이에 관한 벌금 상한액을 별도로 규정하고 있지 않은 점을 들고 있다.

(2) 그 중 ② 주장은 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 산정하기 어려운 경우를 대비하여 벌금 상한액을 따로 정하지 아니한 심판대상조항의 불완전·불충분한 입법부작위로 인하여 법원이 사실상 피고인의 죄질과 책임에 상응하는 벌금형을 선고할 수 없는 양형의 문제를 지적한 것이므로, 실질적으로 심판대상조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다는 주장으로 볼 수 있다.

(3) 따라서 이하에서는 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부와 심판대상조항이 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부를 각각 살펴보기로 한다. 한편, 제정법원은 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제443조 제1항과의 비교를 하고 있는데, 이에 대해서는 책임과 형벌 간의 비례원칙 부분에서 함께 판단하기로 한다.

나. 죄형법정주의의 명확성원칙 위헌 여부

(1) 헌법은 제12조 제1항 제2문 후단에서 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 하여 죄형법정주의 원칙을 천명하고 있다. 죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념이 실현될 수 없기 때문이다(헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343). 그러나 구성요건이 다소 광범위하여 법

판의 보충적인 해석이 필요하다라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 적용대상자와 금지되는 행위를 충분히 알 수 있도록 규정하고 있다면 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2023. 10. 26. 2019헌가30).

(2) 심판대상조항은 허위재무제표작성죄 및 허위감사보고서작성죄에 대한 벌금형으로 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 ‘2배 이상 5배 이하의 벌금’이라는 배수벌금형을 규정하고 있다.

심판대상조항에서 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’, ‘회피’, ‘손실액’ 등의 개념 자체는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수법자라면 누구라도 손쉽게 그 의미를 파악할 수 있다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌바69 등 참조).

(3) 한편 심판대상조항은 배수벌금형의 산정 기준으로 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’을 규정하면서도 그러한 이익 또는 회피한 손실액이 누구의 것을 의미하는지 그 주체를 명시하지 않고 있다.

이와 관련하여 허위재무제표작성죄의 경우 그 구성요건에 비추어 심판대상조항을 살펴보면, 허위로 재무제표를 작성한 행위자, 즉 ‘상법 제401조의2 제1항 및 제635조 제1항에 규정된 외부감사 대상 회사의 대표자 등이나 그 밖에 회사의 회계업무 담당자 또는 그들이 기관으로 속한 외부감사 대상 회사’가 허위재무제표작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 의미한다고 명확히 해석된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 참조).

나아가 감사보고서의 작성 목적은 외부감사 대상 회사의 재무제표의 신뢰성을 확보하기 위한 것이다. 감사보고서를 허위로 작성하게 되면 결과적으로 재무제표를 허위로 작성한 것과 같은 ‘거래 신용의 훼손과 회사의 부정한 이익취득’이라는 부정적 효과가 발생하게 된다. 이와 같은 사정을 감안하면, ‘허위감사보고서 작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’이란 ‘외부감사 대상 회사가 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사의 허위감사보고서 작성행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’을 의미한다고 충분히 해석할 수 있다.

(4) 아울러 심판대상조항의 ‘위반행위로 얻은 이익’이란 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 총수입에서 총비용을 공제한 차액을 말하고, ‘회피한 손실액’이란 그 반대개념으로서 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 회피한 손실액 총액에서 비용을 공제한 금액을 말한다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결 참조).

(5) 이상에서 살펴본 내용을 종합하면, ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 2배 이상 5배 이하의 벌금형’을 규정한 심판대상조항은 애매모호하거나 추상적이어서 법관의 자의적인 해석이 가능하다고 볼 수 없어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

다. 책임과 형벌 간의 비례원칙 위배 여부

(1) 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24).

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(헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13).

(2) 심판대상조항은 허위재무제표작성죄 및 허위감사보고서작성죄와 관련하여 각 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 기준으로 산정하도록 하는 배수벌금형을 규정하면서, 그와 같은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 대비한 벌금 상한액을 별도로 규정하지 않고 있다. 이러한 심판대상조항의 입법적 불비(不備) 때문에 벌금형이 법정형으로 규정되어 있음에도 불구하고, 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란하다고 법원이 판단하는 경우에는 벌금액을 확정할 수 없어 그 위반 정도와 책임에 상응하는 벌금형을 선고할 수 없게 되는 결과가 초래된다.

그 결과 법원이 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액이 없어서 그 죄질이 가벼워 벌금형이 적당하다고 판단하여도, 심판대상조항으로 인하여 징역형을 선고할 수밖에 없기 때문에 해당 피고인은 자신의 책임을 초과하는 형벌을 감수하여야 한다.

(3) 징역형에 대한 선고유예가 가능하다고 하지만 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에게는 선고유예를 할 수 없다. 선고유예는 범행의 가담 정도가 극히 경미하거나 실질적 피해가 거의 없는 경우 등과 같이 유죄임에도 형의 선고를 유예할 만한 특별한 사



정이 있는 경우 예외적으로 이루어지므로, 법원이 비록 이득액을 구체적으로 산정하기 곤란하지만 고액의 벌금형을 선고하는 것이 적절하다고 판단하는 사안에서 죄질이나 불법성, 피해의 정도가 경미하다고 보아 징역형의 선고유예를 결정하는 것은 실무상 쉽지 않다(헌재 2020. 12. 23. 2018헌바230 중 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이영진의 반대이견 참조).

따라서 배수벌금형을 규정하면서도 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 규정하고 있지 아니한 심판대상조항의 입법적 부작위와 관련하여, 징역형에 대한 선고유예가 가능하다는 사정만으로는 법원이 개별 사건의 특수성이나 다양한 양형요소들을 모두 고려하여 적절한 양형을 할 수 있도록 되어 있다고 보기 어렵다.

(4) 아울러 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 규정하고 있지 않은 심판대상조항 때문에, 법원은 그와 같은 경우에 벌금형을 선고하지 못하고 징역형을 선고할 수밖에 없다. 이는 법원이 외부감사법 제39조 제1항에 따라서 징역에 처할 때 벌금을 필요적으로 병과하도록 규정한 외부감사법 제48조를 위반하여 형을 선고하도록 만드는 불합리한 상황을 초래한다.

(5) 참고로 심판대상조항처럼 배수벌금형을 규정하면서도, 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우를 대비하여 벌금 상한액을 별도로 규정하여 법원이 죄질과 책임에 상응하는 벌금형을 선고할 수 있도록 하는 법률이 다수 존재한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항, 금융거래지표의 관리에 관한 법률 제18조 제1항, 공중주택특별법 제57조 제1항, 도시개발법 제79조의2 제1항 등 참조).

(6) 이상에서 살펴본 내용을 종합하면, 배수벌금형을 규정하면서도 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익이나 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 심판대상조항은, 허위재무제표작성죄나 허위감사보고서작성죄에서 그와 같이 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정이 곤란한 경우에 법원으로 하여금 그 죄질과 책임에 비례하는 벌금형을 선고할 수 없도록 하여 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다고 할 것이다.

라. 소결론
따라서 심판대상조항 가운데 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

6. 헌법불합치결정의 필요성
앞서 본 바와 같이, 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 배수벌금을 법정형으로 규정한 심판대상조항 자체가 헌법에 위반되는 것이 아니라, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 것이 헌법에 위반된다.

그런데 심판대상조항 가운데 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분을 단순위헌으로 선언하고 그 효력을 소급하여 상실시킨다면, 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위가 있어도 그러한 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에는 처벌할 수 없게 되는 법적 공백이 발생하고(헌법재판소법 제75조 제6항 및 제47조 제3항 및 제4항 참조), 이는 이 사건 결정의 취지에도 명백히 반하게 된다. 아울러 심판대상조항 가운데 허위재무제표작성 행위 또는 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 도입하여 심판대상조항을 헌법에 합치되도록 개선하는 임무는 1차적으로 입법형성권을 가진 입법자에게 있다.

따라서 심판대상조항 가운데 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분에 대하여 헌법불합치결정을 하되, 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 그 적용을 중지하여야 한다.

7. 결론
그렇다면 심판대상조항 가운데 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니하므로 헌법불합치결정을 하고, 입법자는 2025. 12. 31.까지 이를 개정하여야 한다. 이 결정은 재판관 이은애의 아래 8.과 같은 일부위헌의 의견이 있는 외에 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

8. 재판관 이은애의 일부위헌 의견

나는 심판대상조항과 관련하여 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 벌금 상한액을 규정하지 아니한 것이 헌법에 위반된다는 법정의견에 동의하지만, 그 주문으로 “주식회사 등의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것) 제39조 제1항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분이 헌법에 위반된다.”라는 일부 위헌결정을 하여야 한다는 점에서 법정의견의 헌법불합치결정과 견해를 달리하므로, 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 형벌에 관한 헌법 규정 및 단순위헌결정의 중요성

(1) 형벌은 국가와 사회 공동생활의 질서를 현저히 위반하는 일정한 범죄 행위에 대하여 국가가 그 행위자에게 부과하는 제재를 말한다. 이러한 형벌은 국가 공동체를 유지하고 공익을 보호하기 위하여 필수불가결한 수단이라는 하지만, 동시에 그 자체로 국민의 기본권을 심각하게 훼손시킬 수 있는 국가의 행위이기도 하다. 이 때문에 우리 헌법은 제12조에서 죄형법정주의 원칙, 적법절차원리, 진술거부권, 영장제도, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포·구속적부심사제도, 자백배제 원칙 등을, 제13조에서 행위시법주의 및 이중처벌금지 원칙을, 제27조에서 무죄추정원칙 등을 각 규정하여 국가형벌권의 자의적이고 과도한 행사로부터 국민의 기본권을 보호하기 위한 여러 방안들을 특별히 마련하고 있다.

또한 헌법재판소법은 제47조 제2항에서 헌법재판소의 비형벌조항에 대한 위헌결정의 장래효를 규정하여 법적 안정성의 이념을 우선한 반면에, 같은 조 제3항에서는 형벌조항에 대한 헌법재판소 위헌결정의 예외적 소급효를, 같은 조 제4항에서 위헌으로 결정된 형벌조항에 근거하여 유죄의 확정판결을 받은 당사자가 재심을 청구할 수 있도록 각 규정하여, 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 위헌으로 결정하는 경우에는 법적 안정성의 이념보다 국민의 권리구제 및 기본권 보호의 요청을 우선하도록 하였다(헌재 2016. 4. 28. 2015헌바 216 참조).

위와 같은 헌법 및 헌법재판소법의 각 규정 및 그 취지에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 위헌으로 판단하는 경우에는 단순위헌으로 결정함으로써 그 효력을 소급하여 상실시키고, 당사자의 권리를 구제하는 것이 바람직하다.

(2) 헌법재판소는 단순위헌결정으로 인한 법적 공백

및 혼란을 방지하고 입법자의 입법적 개선을 통하여 법질서의 위헌성을 제거하고 합리적 상태로 회복시켜야 할 필요가 있는 경우에는, 형벌조항이라고 하여도 단순위헌 대신에 헌법불합치결정을 선언하여 해당 형벌조항의 효력을 형식적으로 존속하게 하고 입법자의 개선입법을 통하여 그 위헌성을 치유하도록 하고 있다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25; 헌재 2018. 5. 31. 2013헌바322등; 헌재 2023. 3. 23. 2021헌가1; 헌재 2023. 6. 29. 2023헌가12 등 참조).

그러나 이와 같은 헌법재판소의 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 대하여, ① 피고인의 범죄행위종류 후 개정된 개선입법의 소급적용을 전제로 하므로 헌법 제12조 제1항에 따른 죄형법정주의원칙과 제13조 제1항에 따른 행위시법주의에 위반되고, ② 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효를 명시하고 있는 헌법재판소법 제47조 제3항과 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 유죄확정판결에 대하여 재심을 허용하는 같은 조 제4항에도 정면으로 위반된다는 등의 지적이 있다. 이러한 이유로 대법원은 헌법재판소가 형벌조항에 대하여 헌법불합치결정을 하여도 이를 위헌결정으로 보고 당해사건을 처리하고 있다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2004도7111 판결; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도 7562 전원합의체 판결 등 참조).

물론 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 특성상 형벌조항이라고 하여도 헌법불합치결정을 하여야 할 불가피한 이유가 있을 수 있다. 예컨대 헌법재판소의 단순위헌결정으로 인하여 심각한 법적 공백이나 혼란이 발생할 우려가 매우 높아서 법적 안정성의 관점이 구체적 타당성의 요구를 훨씬 능가하거나, 선거범죄를 처벌하는 형벌조항이나 행정형벌을 부과하는 조항처럼 그 위헌성이 국민의 법감정 또는 사회적·윤리적 가치의 변화 등과 같은 후발적인 사유에서 비롯되었기 때문에 이를 치유함에 있어 입법자의 입법형성권을 우선적으로 존중할 필요가 있는 경우 등에는 예외적으로 형벌조항이라도 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 2022. 7. 21. 2017헌가4; 헌재 2022. 12. 22. 2018헌바48등; 헌재 2023. 3. 23. 2021헌가1; 헌재 2023. 3. 23. 2023헌가4 등 참조).

(3) 그러나 헌법이 특별히 국가의 자의적이고 과도한 형벌권행사를 방지하고 국민의 기본권을 보호하기 위하여 여러 규정을 두고 있는 점, 이러한 헌법의 태도를 이어받아 헌법재판소법 제47조 제3항 및 제4항에서 예외적으로 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효 및 재심을 규정하여 법적 안정성보다는 국민의 기본권



보호를 더 우선하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 헌법재판소는 형벌조항에 대하여 위헌으로 판단하게 되면 가급적 단순위헌으로 결정하여 그 위헌성을 소급적으로 제거하고 당사자의 권리를 구제하는 것을 원칙으로 하고, 부득이 헌법불합치결정을 고려할 때에는 그 이유에 대하여 보다 엄격한 잣대로 신중하게 검토하여야 한다.

나. 이 사건에서의 단순위헌결정의 당위성

(1) 이 사건 법정외결정은 헌법불합치결정을 하는 이유로, ① 심판대상조항 가운데 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분을 단순위헌으로 결정하고 그 효력을 소급하여 상실시킨다면, 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위가 있어도 그러한 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에는 처벌할 수 없게 되는 법적 공백이 발생하고, ② 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 도입하여 심판대상조항을 헌법에 합치되도록 개선하는 임무는 1차적으로 입법형성권을 가진 입법자에게 있다는 것을 들고 있다.

(2) 법적 공백 발생 여부

헌법재판소가 외부감사법 제39조 제1항 중 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분(이하 ‘일부위헌부분’이라 한다)을 단순위헌으로 결정한다면, 위와 같은 경우 외부감사법 제39조 제1항에 근거하여 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위를 처벌할 수는 없게 된다.

그렇더라도 허위감사보고서작성 행위의 경우, 이는 외부감사법상 감사인 소속 공인회계사에 의하여 행하여지고, 공인회계사법 제55조 제2항 제1호, 제15조 제3항에 의하여 공인회계사가 회계에 관한 감사 등의 직무를 수행할 때 고의로 허위보고를 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있으므로(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도2797 판결 참조), 위 외부감사법 조항 중 일부위헌부분에 대하여 단순위헌결정을 하더라도 법적 공백이 발생할 우려는 없다. 한편 허위재무제표작성 행위의 경우, 허위로 재무제표를 작성·공시한 후 그 재무제표를 사용하여 금융투자상품의 사기적 부정거래를 하였다면 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(이하 ‘자본시장법’이라 한다)에 의하여 처벌할 수 있고(제443조 제1항 제8호,

제178조 제1항 제1호 및 제2호 참조), 허위로 재무제표를 작성·공시한 후 그 내용에 따라서 자본시장법상 금융위원회 등에 제출하는 증권신고서·사업보고서 등 공시서류 중 중요사항을 허위로 작성한 경우에도 자본시장법에 의하여 처벌할 수 있으므로(제444조 제13호, 제119조, 제159조 참조), 허위재무제표작성 행위의 경우도 위 외부감사법 조항 중 일부위헌부분에 대하여 단순위헌결정을 하더라도 법적 공백이 발생할 우려가 크지 않다.

나아가, 설령 헌법재판소가 외부감사법 제39조 제1항 중 ‘그 위반 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우’에 관한 부분을 단순위헌으로 결정함으로써 불가피하게 처벌의 공백이 발생할 수 있다 하더라도, 심판대상조항의 위헌성은 전적으로 위와 같은 경우에 대비한 벌금 상한액을 별도로 규정하지 아니한 입법적 불비(不備)에서 비롯된 것임에 비추어 보면, 오히려 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우까지 허위재무제표작성 행위자 또는 허위감사보고서작성 행위자를 처벌하는 것이 입법자의 잘못을 행위자에게 전가하는 것으로 더 부당하고 불합리하다.

(3) 입법형성권의 존중 여부

허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 도입하는 것은 입법자의 입법형성권의 영역이라고 하여도, 이 때문에 헌법재판소가 형벌조항에 대한 헌법불합치결정을 하여야 할 필요가 있는지 의문이다. 오히려 헌법재판소가 입법자의 입법적 불비 부분에 대하여 단순위헌결정을 하면서 이유에서 입법개선을 촉구하는 것이 입법자로 하여금 자신의 과오를 시정하게 하는 데 있어 더 현실적이고 실효성 있는 방안이 될 수 있다. 또한 외부감사법 제39조 제1항에 따른 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄는 형법의 허위공문서작성죄(제227조)나 허위진단서작성죄(제233조)처럼 문서내용의 허위를 처벌하는 전통적인 무형위조죄의 유형에 속하기 때문에, 이러한 범죄의 법정형에 관한 위헌성이 국민의 법감정 또는 사회적·윤리적 가치의 변화 등과 같은 후발적인 사유에서 비롯되었다고 보기도 어렵다.

(4) 헌법상 행위시범주의 위반 가능성

헌법 제13조 제1항 전단은 범죄의 성립과 처벌을 행위 시의 법률에 의하도록 하는 ‘행위시범주의’를 규정하고 있다. 다만, 형벌규정에 관한 행위시범주의는

소급적으로 범죄를 구성하거나 처벌하는 것을 금지하는 것일 뿐, 소급적인 형벌규정이 당사자에게 유리하게 작용하는 경우에는 소급적용이 가능하다(형법 제1조 제2항 및 제3항 참조). 그런데 이 사건에서 헌법재판소가 심판대상조항 가운데 일부위헌부분에 대하여 헌법불합치결정을 하고, 이후 입법자가 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지에 따라서 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 관한 벌금 상한액을 도입한 개선입법을 마련하여 소급적용하는 경우, 그러한 개선입법이 당사자에게 항상 유리하게 작용할 것이라고 단언하기 어렵다. 왜냐하면, 위와 같은 벌금 상한액이 도입됨으로써 당사자는 허위재무제표작성 행위나 허위감사보고서작성 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우에 기존의 징역형 대신 벌금형을 선고받을 수 있게 되지만, 한편으로는 외부감사법 제48조에 따라서 징역형과 벌금형을 필요적으로 병과 받게 되는 불리한 경우도 발생할 수 있기 때문이다.

따라서 헌법재판소로서는 헌법불합치결정 대신 단순 위헌결정을 함으로써 헌법 제13조 제1항 전단에 따른 행위시법주의에 위반될 가능성을 처음부터 방지하는 것이 바람직하다.

다. 결론

위와 같은 사정을 종합하면, 헌법재판소가 허위재무제표작성죄와 허위감사보고서작성죄를 처벌하는 형벌조항인 외부감사법 제39조 제1항과 관련하여 헌법불합치결정을 하여야 할 합리적이고 타당한 이유를 찾기 어렵다. 따라서 헌법재판소법 제47조 제3항 및 제4항에 따라서 외부감사법 제39조 제1항 중에서 일부위헌부분에 대하여 단순위헌으로 결정함으로써 그 효력을 소급하여 상실시키고, 재심을 통하여 당사자의 권리를 구제하는 것이 타당하다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

[별지] 관련조항

주식회사 등의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부개정된 것)

제5조(회계처리기준) ① 금융위원회는 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따른 증권선물위원회(이하 “증권선물위원회”라 한다)의 심의를 거쳐 회사의 회계처리기준을 다음 각 호와 같이 구분하여 정한다.

1. 국제회계기준위원회의 국제회계기준을 채택하여 정한 회계처리기준

2. 그 밖에 이 법에 따라 정한 회계처리기준

② 제1항에 따른 회계처리기준은 회사의 회계처리와 감사인의 회계감사에 통일성과 객관성이 확보될 수 있도록 하여야 한다.

③ 회사는 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 회계처리기준에 따라 재무제표를 작성하여야 한다. 이 경우 제1항 제1호의 회계처리기준을 적용하여야 하는 회사의 범위와 회계처리기준의 적용 방법은 대통령령으로 정한다.

④ 금융위원회는 제1항에 따른 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문성을 갖춘 민간 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.

⑤ 금융위원회는 이해관계인의 보호, 국제적 회계처리기준과의 합치 등을 위하여 필요하다고 인정되면 증권선물위원회의 심의를 거쳐 제4항에 따라 업무를 위탁받은 민간 법인 또는 단체(이하 “회계기준제정기관”이라 한다)에 회계처리기준의 내용을 수정할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 회계기준제정기관은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

⑥ 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따라 설립된 금융감독원(이하 “금융감독원”이라 한다)은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제442조 제1항에 따라 금융감독원이 징수하는 분담금의 100분의 8을 초과하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 회계기준제정기관에 지원할 수 있다.

⑦ 회계기준제정기관은 사업연도마다 총수입과 총지출을 예산으로 편성하여 해당 사업연도가 시작되기 1개월 전까지 금융위원회에 보고하여야 한다.

제48조(징역과 벌금의 병과) 제39조 제1항에 따라 징역에 처하는 경우에는 같은 항에 따른 벌금을 병과한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2021. 1. 5. 법률 제17879호로 개정된 것)

제443조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상의 유기징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 5배에 해당하는 금액이 5억 원 이하인 경우에는 벌금의 상한액을 5억 원으로 한다.

1. 제174조 제1항을 위반하여 상장법인의 업무 등



- 과 관련된 미공개중요정보를 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 한 자
2. 제174조 제2항을 위반하여 주식등에 대한 공개매수의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 한 자
 3. 제174조 제3항을 위반하여 주식등의 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 한 자
 4. 제176조 제1항을 위반하여 상장증권 또는 장내파생상품의 매매에 관하여 그 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나, 그 밖에 타인에게 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자
 5. 제176조 제2항을 위반하여 상장증권 또는 장내파생상품의 매매를 유인할 목적으로 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자
 6. 제176조 제3항을 위반하여 상장증권 또는 장내파생상품의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 그 증권 또는 장내파생상품에 관한 일련의 매매 또는 그 위탁이나 수탁을 한 자
 7. 증권 또는 파생상품에 관한 매매등과 관련하여 제176조 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자
 8. 금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자
 9. 제178조 제2항을 위반하여 금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박을 한 자
 10. 제180조를 위반하여 상장증권에 대하여 허용하지 아니하는 방법으로 공매도를 하거나 그 위탁 또는 수탁을 한 자

금융거래지표의 관리에 관한 법률(2019. 11. 26. 법률 제16650호로 제정된 것)

제18조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 금액의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻

은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 5배에 해당하는 금액이 3억 원 이하인 경우에는 벌금의 상한액을 3억 원으로 한다.

1. 제5조 제1항에 따른 중요지표산출기관 지정 또는 제7조 제3항 제2호에 따른 조치를 받지 아니하고 중요지표 산출업무를 수행한 자
2. 거짓이나 부정한 방법으로 제5조 제1항에 따른 중요지표산출기관 지정을 받은 자
3. 제10조 제1항을 위반하여 왜곡, 조작 또는 그 밖의 부정한 방법을 사용하여 제출업무 또는 산출업무를 수행한 자

공공주택특별법(2023. 10. 24. 법률 제19763호로 개정된 것)

제57조(벌칙) ① 제9조 제2항 또는 제4항을 위반하여(제40조의17에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 주택지구의 지정 또는 지정 제한과 관련한 미공개정보를 부동산 등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 제공 또는 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 재산상의 이익 또는 회피한 손실액의 3배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 재산상의 이익 또는 회피한 손실액의 5배에 해당하는 금액이 10억 원 이하인 경우에는 벌금의 상한액을 10억 원으로 한다.

도시개발법(2021. 4. 1. 법률 제17987호로 개정된 것)

제79조의2(벌칙) ① 제10조의2 제2항 또는 제3항을 위반하여 미공개정보를 목적 외로 이용하거나 타인에게 제공 또는 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 재산상 이익 또는 회피한 손실액의 3배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 다만, 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 재산상 이익의 5배에 해당하는 금액이 10억 원 이하인 경우에는 벌금의 상한액을 10억 원으로 한다.

2. 구 소득세법 제94조 제1항 제5호 등 위헌소원

[2024. 7. 18. 2020헌바487·528·541(병합)]

【판시사항】

가. 당해사건에 적용되지 않는 법률조항에 대하여 재판의 전제성을 부인한 사례

나. 해외 파생상품 거래에 대한 양도소득의 범위를 규정한 구 소득세법 제118조의2 제4호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분(이하 ‘국외자산 양도소득 조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

다. 해외 파생상품의 범위에 대하여 규정한 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ (이하 ‘자본시장법’이라 한다) 제5조 제2항 제2호 중 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’ 부분(이하 ‘해외 파생상품 조항’이라 한다)이 과세요건명확주의에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 소득세법 제94조 제1항 제5호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분은 국내 파생상품시장에서 거래되는 파생상품 등에 대한 양도소득세 과세의 근거 조항으로서, 해외 파생상품시장 거래에 대한 과세가 문제되는 당해 사건에 적용되는 법률조항이라고 볼 수 없어 재판의 전제성이 인정되지 않으므로, 위 조항에 대한 청구는 부적법하다.

나. 파생상품은 기초자산의 종류, 계약의 형태, 계약으로 취득하는 권리의 내용 등에 따라 그 응용기법이 다양하고, 새로운 경제현상에 따라 새로운 상품이 끊임없이 개발되는 등 다양한 형태로 존재할 수 있다. 이와 같은 새로운 파생상품의 발생과 그에 대한 규율의 필요성 및 금융환경의 급격한 변화 등에 맞추어 탄력적이고 효과적으로 대처하기 위해서는 과세대상이 되는 파생상품의 범위를 하위법규에 위임할 필요성이 있다. 또한 금융상품 간 과세형평을 위하여 파생상품 거래도 과세 대상으로 규정하면서 국내 파생상품 거래에 대하여 뿐만 아니라 해외 파생상품 거래에 대하여도 과세가 이루어진 입법취지 및 국외자산 양도소득의 범위를 정하고 있는 구 소득세법 제118조의2의 각 호의 규정과 국외자산 양도소득 조항의 관계 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 하위법령에 규정될 해외 파생상품의 범위에 관한 대강의

기준을 충분히 예측할 수 있으므로, 국외자산 양도 소득 조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

다. 자본시장법 제3조 제2항은 금융투자상품을 ‘증권’과 ‘파생상품’으로 나누고 파생상품을 다시 ‘장내파생상품’과 ‘장외파생상품’으로 구분하여 규정하고 있고, 이어 자본시장법 제5조는 파생상품과 장내파생상품이 무엇인지에 관한 상세한 내용을 규정하고 있으며, 자본시장법 제8조의2 제4항 제2호는 ‘파생상품시장’을 장내파생상품의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장으로 규정하고 있다. 이처럼 자본시장법은 파생상품과 장내파생상품, 파생상품시장에 관하여 상세한 규정을 두고 있고 관련 조항과 해외 파생상품 조항의 문언을 체계적으로 해석하면, ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’이란 ‘해외에서 파생상품이 매매되는 시장’이라고 충분히 파악할 수 있고, 여기서 ‘해외’ 또는 ‘유사한 시장’이라는 용어 또한 일반인의 관점에서 위 규정에 해당하는 시장을 무엇인지 판단하기 어려울 정도로 불확정적이라고 보기 어렵다. 따라서 해외 파생상품 조항은 과세요건명확주의에 위반되지 않는다.

【심판대상조항】

소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17757호로 개정되기 전의 것) 제94조 제1항 제5호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분

구 소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2017. 12. 19. 법률 제15225호로 개정되기 전의 것) 제118조의2 제4호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분

‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것, 이하 연혁에 관계없이 ‘자본시장법’이라 한다) 제5조 제2항 제2호 중 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’ 부분

【참조조문】

헌법 제38조, 제59조, 제75조

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것) 제3조, 제5조, 제8조의2

구 소득세법 시행령(2015. 2. 3. 대통령령 제26067호로 개정되고, 2017. 2. 3. 대통령령 제27829호로 개정되기 전의 것) 제159조의2 제1항

구 소득세법 시행령(2015. 2. 3. 대통령령 제26067호로 개정되고, 2018. 2. 13. 대통령령 제28637호로 개정되기 전의 것) 제178조의2 제3항



【참조판례】

- 가. 헌재 2024. 4. 25. 2020헌바476등, 공보불게재
- 나. 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바13, 판례집 14-1, 36, 44
- 다. 헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466, 474
- 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바76, 판례집 18-1하, 299, 311
- 헌재 2011. 12. 29. 2010헌바191, 판례집 23-2하, 620, 624
- 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바114, 판례집 28-2상, 293, 298-299
- 헌재 2024. 2. 28. 2021헌바208, 공보 329, 361, 363

【당사자】

- 청 구 인 1. 고○○(2020헌바487)
- 2. 전○○(2020헌바528)
- 3. 김○○(2020헌바541)
- 청구인들의 대리인 변호사 김용욱
- 당 해 사 건 1. 서울고등법원 2019누63395 양도소득세
경정거부처분취소(2020헌바487)
- 2. 대구고등법원 2019누5718 양도소득세
경정거부처분취소(2020헌바528)
- 3. 광주고등법원 2019누12325 양도소득세
경정거부처분취소(2020헌바541)

【주 문】

- 1. 구 소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2017. 12. 19. 법률 제15225호로 개정되기 전의 것) 제118조의2 제4호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것) 제5조 제2항 제2호 중 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’ 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.
- 2. 청구인들의 나머지 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 2020헌바487 사건

청구인 고○○는 개인투자자로서 주간에는 한국거래소 파생상품시장에서 코스피200옵션을 거래하였고, 정규시장이 종료된 후 야간에는 유럽파생상품거래소(이하 ‘유렉스’라 한다) 연계 코스피200옵션 선물을 거래하였다.

위 청구인은 2017. 5. 24. 2016년 국내 파생상품시장에서의 거래를 통한 양도소득금액을 -248,106,950원(산출세액 0원)으로, 유렉스 연계 선물거래를 통한 양도소득금액을 192,906,610원(산출세액 9,520,330원)으로 각 신고하였으나, 이에 대한 양도소득세를 납부하지 않았다. 이에 서대문세무서장은 2017. 7. 11. 위 청구인에게 2016년 귀속 양도소득세 9,637,430원을 납세

고지하였고, 위 청구인은 2017. 7.

31. 위 양도소득세를 납부하였다.

위 청구인은 2018. 1. 19. ‘위 거

래결과를 종합하면 순소득보다 순손실이 더 많음에도 이에 대하여 양도소득세를 부과하는 것은 조세법률주의에 위반된다’라는 등의 이유로 서대문세무서장에게 위 양도소득세 납세고지의 취소를 구하는 취지의 경정청구를 하였으나, 서대문세무서장은 2018. 3. 14. 위 경정청구를 거부하였다.

위 청구인은 이에 불복하여 조세심판원의 심판을 거친 뒤 위 경정거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2019. 11. 1. 청구가 기각되었고(서울행정법원 2018구합89107), 이에 항소하여 그 항소심 계속 중 소득세법 제94조 제1항 제5호, 제118조의2 제4호 및 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제5조 제2항 제2호에 관하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2020. 8. 19. 항소(서울고등법원 2019누63395) 및 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2020아1207)이 모두 기각되자, 2020. 9. 21. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 2020헌바528 사건

청구인 전○○는 개인투자자로서 주간에는 한국거래소 파생상품시장에서 코스피200옵션을 거래하고, 정규시장이 종료된 후 야간에는 유렉스 연계 코스피200옵션 선물을 거래하였다.

위 청구인은 2017. 5. 30. 유렉스 선물거래를 통한 양도소득금액을 274,653,760원, 산출세액을 13,607,688원으로 2016년 귀속 양도소득세를 신고한 후 이를 납부하지 않았다. 이에 서대구세무서장은 2017. 7. 17. 위 청구인에게 2016년도 귀속 양도소득세 13,775,060원을 납세고지하였고, 위 청구인은 2017. 7. 18. 위 양도소득세를 납부하였다.

위 청구인은 2017. 8. 7. ‘국내 및 국외 파생상품시장에서의 거래로 인한 수익과 손실을 합산하면 납부할 세액이 없다’라는 취지로 위와 같이 납부한 양도소득세의 환급을 구하는 경정청구를 하였으나, 서대구세무서장은 2018. 8. 24. 위 경정청구를 거부하였다.

위 청구인은 이에 불복하여 조세심판원의 심판을 거친 뒤 위 경정거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2019. 11. 28. 청구가 기각되었고(대구지방법원 2018구합25556), 이에 항소하여 그 항소심 계속 중 소득세법 제94조 제1항 제5호, 제118조의2 제4호 및 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제5조 제2항 제2호에 관하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2020. 9. 25. 항소(대구고등법원 2019누5718) 및 위헌법률심

판제청신청(대구고등법원 2020아131)이 모두 기각되자, 2020. 10. 23. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

다. 2020헌바541 사건

청구인 김○○은 개인투자자로서 주간에는 한국거래소 파생상품시장에서 코스피200옵션·미니 코스피200 선물을 거래하였고, 정규시장이 종료된 후 야간에는 유렉스 연계 코스피200옵션 선물을 거래하였다.

위 청구인은 2017. 5. 27. 목포세무서장에게 2016년 국내 파생상품시장에서의 거래를 통한 양도소득금액을 -68,764,348원(산출세액 0원)으로, 해외 파생상품시장에서의 거래를 통한 양도소득금액을 29,810,471원(산출세액 1,365,523원)으로 각 신고하고, 해외 파생상품시장에서의 거래에 대한 양도소득세 1,365,523원을 납부하였다.

위 청구인은 2018. 3. 15. 목포세무서장에게 위 양도소득세에 대한 경정청구를 하였으나 목포세무서장은 2018. 4. 30. 위 경정청구를 거부하였다.

위 청구인은 이에 불복하여 조세심판원의 심판을 거친 뒤 위 경정거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2019. 9. 19. 청구가 기각되었고(광주지방법원 2018구합13858), 이에 항소하여 그 항소심 계속 중 소득세법 제94조 제1항 제5호, 제118조의2 제4호 및 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제5조 제2항 제2호에 관하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2020. 10. 16. 항소가 기각되고(광주고등법원 2019누12325) 위헌법률심판제청신청에 대해서는 일부 각하 및 기각 결정(광주고등법원 2020아1000)을 받아, 2020. 11. 3. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 심판대상

청구인들은, 소득세법 제94조 제1항 제5호 및 구 소득세법 제118조의2 제4호가 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’이라고만 규정하여 대통령령에 규정될 파생상품의 범위를 예측할 수 없으므로 포괄위임금지원칙에 위반된다고 주장하고, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제5조 제2항 제2호가 해외 파생상품시장에서 거래되는 파생상품을 장내파생상품으로 정하면서 해외 파생상품시장의 하나로 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’이라고 정한 것이 조세법률주의의 명확성원칙에 위반된다고 주장하므로, 심판대상을 이와 관련된 부분으로 한정한다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17757호로 개정되기 전의 것) 제94조 제1항 제5호

중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분(이하 ‘양도소득 조항’이라 한다), 구 소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2017. 12. 19. 법률 제15225호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 소득세법’이라 한다) 제118조의2 제4호 중 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 부분(이하 ‘국외자산 양도소득 조항’이라 한다), ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것, 이하 연혁에 관계없이 ‘자본시장법’이라 한다) 제5조 제2항 제2호 중 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’ 부분(이하 ‘해외 파생상품 조항’이라 하고, 위 조항들을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17757호로 개정되기 전의 것)

제94조(양도소득의 범위) ① 양도소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

5. 대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득(제16조 제1항 제13호 및 제17조 제1항 제10호에 따른 파생상품의 거래 또는 행위로부터의 이익은 제외한다)

구 소득세법(2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정되고, 2017. 12. 19. 법률 제15225호로 개정되기 전의 것)

제118조의2(양도소득의 범위) 거주자(해당 자산의 양도일까지 계속 5년 이상 국내에 주소 또는 거소를 둔 자만 해당한다)의 국외에 있는 자산의 양도에 대한 양도소득은 해당 과세기간에 국외에 있는 자산을 양도함으로써 발생하는 다음 각 호의 소득으로 한다. 다만, 다음 각 호에 따른 소득이 국외에서 외화를 차입하여 취득한 자산을 양도하여 발생하는 소득으로서 환율변동으로 인하여 외화차입금으로부터 발생하는 환차익을 포함하고 있는 경우에는 해당 환차익을 양도소득의 범위에서 제외한다.

4. 대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득(제16조 제1항 제13호 및 제17조 제1항 제10호에 따른 파생상품의 거래 또는 행위로부터의 이익은 제외한다)

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것)

제5조(파생상품) ② 이 법에서 “장내파생상품”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.



2. 해외 파생상품시장(파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장과 대통령령으로 정하는 해외 파생상품거래가 이루어지는 시장을 말한다)에서 거래되는 파생상품

3. 청구인들의 주장

양도소득 조항 및 국외자산 양도소득 조항은 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’을 양도소득의 범위로 규정하고 있는바, 이는 과세의 범위를 온전히 대통령령으로 위임한 것이고 위 조항들만으로는 세금부과의 산정 기준 또한 예측할 수 없으므로, 위 조항은 포괄위임금지원칙에 위반된다.

해외 파생상품 조항이 규정한 ‘파생상품시장과 유사한 시장’으로서 해외에 있는 시장’에 유렉스가 해당되는지 여부가 불명확하여 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로, 해외 파생상품 조항은 조세법률주의의 명확성원칙에 위반된다.

4. 양도소득 조항에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 이때 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률이 당해사건에 적용할 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 2024. 4. 25. 2020헌바476등 참조).

관할 세무서장들은 청구인들의 ‘유렉스 연계 선물거래’에 대하여 양도소득세를 과세하였다. 그렇다면 해외 파생상품시장 거래에 대한 과세의 법적 근거는 국외자산 양도소득 조항, 해외 파생상품 조항 등이 될 것이고, 해당 과세와 관련된 경정거부처분의 당부를 다투는 당해사건에서 적용되는 범조항 또한 위와 같다.

따라서 해외 파생상품시장에서 거래되는 파생상품이 아닌, 국내 파생상품시장에서 거래되는 파생상품 또는 그 밖에 금융투자상품시장에서 거래되는 파생상품에 대한 양도소득세 과세 근거 조항인 양도소득 조항은 당해사건에 적용되는 법률조항이라고 볼 수 없으므로, 청구인들의 심판청구 중 양도소득 조항에 대한 부분은 재판의 전제성을 인정할 수 없어 부적법하다.

5. 국외자산 양도소득 조항 및 해외 파생상품 조항에 대한 판단

가. 쟁점

청구인들은 ① 국외자산 양도소득 조항은 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하

는 소득’이라고만 규정하여 대통령령에 규정될 파생상품의 범위를 예측할 수 없으므로 포괄위임금지원칙에 위반되고, ② 해외 파생상품 조항이 ‘파생상품시장과 유사한 시장’으로서 해외에 있는 시장’이라고만 규정하여 유렉스에서의 선물거래가 해외 파생상품시장에서의 거래에 해당하는지 여부가 불분명하여 조세법률주의의 명확성원칙에 위반된다고 주장하므로, 위 각 주장에 대하여 판단한다.

나. 국외자산 양도소득 조항에 대한 판단

(1) 조세법률주의와 위임입법과의 관계

조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡 다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세 회피행위에 대처하기 위해서는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 즉응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있다.

그리고 위임입법의 경우 그 한계는 예측가능성인바, 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여 법률조항과 법률의 입법 취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다(이상 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바13 참조).

(2) 포괄위임금지원칙 위반 여부

구 소득세법 제118조의2는 양도소득세의 과세대상인 국외자산의 양도소득의 범위에 관하여 규정하고 있는데, 그중 하나로 제4호에서 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’을 규정하고 있다(‘국외자산 양도소득 조항’).

파생상품은 통화·주식·채권 등 기초자산의 가격 또는 그 지수 등으로부터 경제적 가치가 파생되도록

만들어진 상품으로서, 기초자산의 종류, 계약의 형태, 계약으로 취득하는 권리의 내용 등에 따라 그 응용방법이 다양하고, 새로운 경제현상에 따라 새로운 상품이 끊임없이 개발되기 때문에 다양한 형태로 존재할 수 있다. 또한 일반적인 현물시장의 거래와 달리 거래시점과 이익·손실이 발생하는 시점이 달라 기존의 조세제도를 그대로 적용하기 어려운 경우가 있을 수 있으므로, 이에 대한 과세제도 역시 신축적인 대응이 가능하여야 한다. 따라서 이와 같은 새로운 파생상품의 발생 가능성과 그에 대한 규율의 필요성 및 금융환경의 변화 등에 탄력적이고 효과적으로 대처하기 위해서는 과세대상이 되는 파생상품의 범위를 하위법규인 대통령령에 위임할 필요성이 있다.

실제로 금융상품 간 과세형평을 제고하기 위하여 2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정된 소득세법에서 파생상품의 거래로 발생하는 소득에 대해서도 양도소득세를 부과하기로 하여 2016년 거래분에 대하여 처음으로 양도소득세 부과가 이루어질 당시, 과세대상 파생상품은 코스피200을 기초자산으로 하는 시장지수형 장내파생상품과 자본시장법 제5조 제2항 제2호에 따른 장내파생상품에 한정되어 있었으나, 2019. 2. 12. 대통령령 제29523호로 소득세법 시행령 제159조의2를 개정하면서 모든 주가지수 관련 장내파생상품과 경제적 실질이 장내파생상품과 동일한 장외파생상품으로까지 그 과세범위를 확대하는 방향으로 바뀌는 등 여러 차례 개정되어 왔다. 이러한 점에 비추어 보면, 과세대상이 되는 파생상품의 범위는 과세에 따른 금융시장의 변화, 파생상품 거래 현황의 변화, 과세포착을 위한 행정비용 소요 정도, 과세형평에 대한 요구 등 다양한 과세환경 변화에 맞추어 탄력적으로 대응하여 왔음을 알 수 있다.

한편, 국외자산 양도소득 조항을 포함하고 있는 구 소득세법 제118조의2 자체가 양도소득세의 과세대상인 ‘국외에 있는 자산의 양도소득의 범위’를 규정하고 있는 조항으로서, 과세대상이 되는 양도소득의 범위에 이 사건에서 문제되고 있는 ‘대통령령으로 정하는 파생상품 등의 거래 또는 행위로 발생하는 소득’ 이외에도 ‘토지 또는 건물의 양도로 발생하는 소득’(제1호), ‘대통령령으로 정하는 부동산에 관한 권리의 양도로 발생하는 소득’(제2호), ‘주식 등으로서 대통령령으로 정하는 것의 양도로 발생하는 소득’(제3호), ‘그 밖에 대통령령으로 정하는 자산의 양도로 발생하는 소득’(제5호) 등을 아울러 규정하고 있고, 후술하는 바와 같이 자본시장법 제5조 제1항은 파생상품의 내용을

상세히 규정하고 있다.

이처럼 금융상품 간 과세형평을 위하여 파생상품 거래도 과세대상으로 하면서 국내 파생상품 거래에 대하여 뿐만 아니라 해외 파생상품 거래에 대하여도 과세가 이루어진 입법취지, 관련 법률이 명확히 규정하고 있는 파생상품의 구체적인 내용 및 양도소득세의 과세대상인 ‘국외에 있는 자산의 양도소득의 범위’를 정하고 있는 구 소득세법 제118조의2 각 호 규정과 국외자산 양도소득 조항의 관계 등을 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보면, 하위법령에 규정될 파생상품의 범위에 관한 대강의 기준을 충분히 예측할 수 있고, 이에 관하여 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있다고 보기 어렵다.

따라서 국외자산 양도소득 조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

다. 해외 파생상품 조항에 대한 판단

(1) 조세법률주의와 과세요건명확주의

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 규정하는 한편, 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는, 조세부과 행위가 국민의 재산권 제한을 수반하게 되므로 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 이를 규정하여야 한다는 과세요건법정주의와 아울러 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 과세요건명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 결국 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 핵심내용으로 하는 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있다. 이처럼 과세요건명확주의 내지 명확성원칙은, 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것을 말한다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌바114 참조).

다만, 법률은 일반성과 추상성이라는 본질적 특성을 가지고 있으므로 그 법률규정에 관한 해석이 수반될 수밖에 없는데, 조세법규가 당해 조세법의 일반이론이



나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 과세요건명확주의에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 수는 없다(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바191; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바114 참조).

(2) 과세요건명확주의 위반 여부

법규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 행정청과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우 즉, 자의를 허용하지 않는 통상의 합리적 해석방법에 의하여 그 의미내용을 알 수 있는 경우는 명확성원칙에 반하지 아니한다. 법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 '종합적'으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다. 그러므로 법률조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 법률조항의 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다. 또한 과세요건명확주의의 문제는 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지를 예견할 수 있는지, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는지 등의 기준에 따른 종합적인 판단을 요한다(헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바76; 헌재 2024. 2. 28. 2021헌바208 참조).

살피건대, 자본시장법 제3조는 제1항에서 '금융투자상품'이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 '금전 등'이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험이 있는 것이라고 규정한다. 제2항에서 금융투자상품을 '증권'과 '파생상품'으로 나누고 파생상품을 다시 '장내파생상품'과 '장외파생상품'으로 구분하고 있다.

이어 자본시장법 제5조는 '파생상품'의 개념 등을 규정하고 있는데, 제1항에서 '파생상품'이란 '기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약'(제1호), '당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는

거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약'(제2호), '장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 교환할 것을 약정하는 계약'(제3호), '제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 계약과 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 계약'(제4호) 중 어느 하나에 해당하는 계약상의 권리를 말한다'고 규정하고 있다. 그리고 제2항에서는 '장내파생상품'을 '파생상품시장에서 거래되는 파생상품'(제1호), '해외 파생상품시장(파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장과 대통령령으로 정하는 해외 파생상품거래가 이루어지는 시장을 말한다)에서 거래되는 파생상품'(제2호), '그 밖에 금융투자상품시장을 개설하여 운영하는 자가 정하는 기준과 방법에 따라 금융투자상품시장에서 거래되는 파생상품'(제3호)으로 구분하고 있다.

또한 자본시장법 제8조의2 제4항 제2호는 '파생상품시장'을 장내파생상품의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장으로 규정하고 있다.

이와 같이 자본시장법은 파생상품과 장내파생상품, 파생상품시장의 내용에 관하여 상세한 규정을 두고 있는바, 관련 조항과 해외 파생상품 조항의 문언을 체계적으로 해석하면, '파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장'이란 '해외에서 파생상품이 매매되는 시장'이라고 충분히 파악할 수 있다. 여기서 '해외' 또는 '유사한 시장'이라는 용어 또한 일반인의 관점에서 위 규정에 해당하는 시장을 무엇인지 판단하기 어려울 정도로 불확정적이라고 보기 어렵고, 위 규정의 문언이 불명확하여 과세관청의 자의적 적용 가능성의 여지가 있다고 보기도 어렵다.

무엇보다 청구인들이 거래한 유럽파생상품거래소 즉, 유렉스는 유럽에서 가장 대표적이고 큰 파생상품거래소 중 하나이고, 유렉스 연계 코스피200옵션 선물은 계약의 체결뿐만 아니라 청산과 결제가 모두 유렉스에서 행하여지며, 그 과정에 유렉스 규정이 적용되어 왔던 점 등을 종합하여 보면, 해외 파생상품 조항이 지나치게 추상적이고 불명확하여 청구인들의 유렉스에서의 거래가 과세의 대상이 되는 거래인지 예견할 수 없었다고 보기 어렵다.

여기에 파생상품의 거래로 발생하는 소득에 대한 과세 여부와 관련하여 오랜 논의가 이루어진 끝에 2014. 12. 23. 법률 제12852호로 개정된 소득세법에서 양도소득세를 부과하기로 하면서 과세형평을 위하여

국내 파생상품 거래에 대하여 뿐만 아니라 해외 파생상품 거래에 대하여도 과세가 이루어지도록 한 입법취지까지 고려하면, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 해외 파생상품 조항에서 말하는 ‘파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장’이 무엇인지 예측하는 것이 곤란하다고 보기 어렵고, 이를 법 집행기관의 자의적인 해석이나 적용 가능성이 있는 불명확한 개념이라고 보기도 어렵다.

따라서 해외 파생상품 조항은 과세요건명확주의에 위반되지 아니한다.

6. 결론

그렇다면 국외자산 양도소득 조항 및 해외 파생상품 조항은 모두 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인들의 나머지 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

[별지] 관련조항

구 소득세법 시행령(2015. 2. 3. 대통령령 제26067호로 개정되고, 2017. 2. 3. 대통령령 제27829호로 개정되기 전의 것)

제159조의2(파생상품 등의 범위) ① 법 제94조 제1항 제5호에서 “대통령령으로 정하는 파생상품 등”이란 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제5조 제2항 제1호 및 제3호에 따른 장내파생상품 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 코스피200선물
2. 코스피200옵션
3. 제1호 및 제2호와 유사한 파생상품(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제176조의9 제1항에 따른 유가증권시장을 대표하는 종목을 기준으로 산출된 지수를 기초자산으로 하는 것으로 한정한다)으로서 기획재정부장관이 금융위원회와 협의하여 기획재정부령으로 정하는 것

제178조의2(부동산에 관한 권리 등의 범위) ③ 법 제118조의2 제4호에서 “대통령령으로 정하는 파생상품 등”이란 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제5조 제2항 제2호에 따른 장내파생상품을 말한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정된 것)

제3조(금융투자상품) ① 이 법에서 “금융투자상품”이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정(特定) 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 “금전 등”이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 “투자성”이라 한다)이 있는 것을 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한다.

1. 원화로 표시된 양도성 예금증서
2. 「신탁법」 제78조 제1항에 따른 수익증권발행신탁이 아닌 신탁으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 신탁(제103조 제1항 제1호의 재산을 신탁받는 경우는 제외하고 수탁자가 「신탁법」 제46조부터 제48조까지의 규정에 따라 처분 권한을 행사하는 경우는 포함한다. 이하 “관리형신탁”이라 한다)의 수익권
 - 가. 위탁자(신탁계약에 따라 처분권한을 가지고 있는 수익자를 포함한다)의 지시에 따라서만 신탁재산의 처분이 이루어지는 신탁
 - 나. 신탁계약에 따라 신탁재산에 대하여 보존행위 또는 그 신탁재산의 성질을 변경하지 아니하는 범위에서 이용·개량 행위만을 하는 신탁
3. 그 밖에 해당 금융투자상품의 특성 등을 고려하여 금융투자상품에서 제외하더라도 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없으므로 대통령령으로 정하는 금융투자상품

② 제1항의 금융투자상품은 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 증권
2. 파생상품
 - 가. 장내파생상품
 - 나. 장외파생상품

제5조(파생상품) ① 이 법에서 “파생상품”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약상의 권리를 말한다. 다만, 해당 금융투자상품의 유통 가능성, 계약당사자, 발행사유 등을 고려하여 증권으로 규제하는 것이 타당한 것으로서 대통령령으로 정하는 금융투자상품은 그러하지 아니하다.

1. 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·



단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약

2. 당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약
3. 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 교환할 것을 약정하는 계약
4. 제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 계약과 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 계약

② 이 법에서 “장내파생상품”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 파생상품시장에서 거래되는 파생상품
2. (생략)
3. 그 밖에 금융투자상품시장을 개설하여 운영하는 자가 정하는 기준과 방법에 따라 금융투자상품시장에서 거래되는 파생상품

③ 이 법에서 “장의파생상품”이란 파생상품으로서 장내파생상품이 아닌 것을 말한다.

제8조의2(금융투자상품시장 등) ① 이 법에서 “금융투자상품시장”이란 증권 또는 장내파생상품의 매매를 하는 시장을 말한다.

② 이 법에서 “거래소”란 증권 및 장내파생상품의 공정한 가격 형성과 그 매매, 그 밖의 거래의 안정성 및 효율성을 도모하기 위하여 제373조의2에 따른 금융위원회의 허가를 받아 금융투자상품시장을 개설하는 자를 말한다.

③ 이 법에서 “거래소시장”이란 거래소가 개설하는 금융투자상품시장을 말한다.

④ 거래소시장은 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 증권시장: 증권의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장
2. 파생상품시장: 장내파생상품의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장

3. 민사소송법 제268조 제2항 등 위헌소원

[2024. 7. 18. 2022헌바4]

【판시사항】

전자문서 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 보는 ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’(이하 ‘민소전자문서법’이라 한다) 제11조 제4항 단서(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

심판대상조항은 소송지연을 방지함과 동시에 민사소송 등에서의 전자문서 이용을 활성화함으로써 소송당사자의 편의 증진 및 권리 실현에 이바지하고자 하는 것이다. 소송당사자가 전자소송 진행에 대한 동의를 하여야 전자적 송달제도가 사용되는 점, 현대사회에서는 컴퓨터와 휴대전화의 이용이 보편화되었다는 점, 전자송달 간주 조항을 두지 않을 경우 소송당사자의 의지에 따라 재판이 지연될 우려가 있다는 점, 민소전자문서법 등은 소송당사자가 전자적 송달을 받을 수 없는 경우에 대한 규정을 충분히 마련하고 있다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 입법자의 형성적 재량을 일탈한 것이라고 보기 어려우므로 재판청구권을 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것) 제11조 제4항 단서

전자금융거래법(2013. 5. 22. 법률 제11814호로 개정된 것) 제8조 제2항, 제3항

여신전문금융업법(2012. 3. 21. 법률 제11410호로 개정된 것) 제18조

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것) 제1조, 제11조 제1항, 제3항, 제5항, 제12조 제1항 제3호

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙(2011. 3. 28. 대법원규칙 제2332호로 제정된 것) 제10조 제2항, 제24조 제1항 제1호, 제26조 제1항, 제3항, 제29조 제1항 제2호

【참조판례】

헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481
헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8등, 판례집 21-1상, 45, 53
대법원 2013. 4. 26. 선고 2013마4003 판결

【당사자】

청 구 인 최○○
국선대리인 변호사 신미용
당 해 사 건 서울중앙지방법원 2019나55943 손해
배상(기)

【주 문】

1. 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것) 제11조 제4항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 주식회사 ○○은행(이하 ‘○○은행’이라 한다)으로부터 2011. 7. 12.경 ○○은행 ○○카드(이하 ‘○○카드’라고 한다)를 발급받고, 2012. 12.경 □□결제카드(이하 ‘□□카드’라고 한다)를 발급받아 사용하였다.

나. 청구인은 카드 발급 과정에서 ○○은행으로부터 ○○카드와 □□카드에 관한 결제방식 및 수수료의 내용에 대한 설명을 듣지 못하였고, ○○은행의 콜센터 상담원에게 전화하여 카드대금의 변제충당을 지정하였는데 ○○은행이 청구인의 지정 변제충당에 응하지 아니하고 카드대금에 대한 안내를 누락하였으며, 청구인의 카드대금 연체를 이유로 청구인을 채무불이행자로 등록하는 등의 잘못을 저질렀다고 주장하면서, ○○은행을 상대로 손해배상과 ○○카드 혹은 □□카드 사용으로 인한 카드대금 채무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였으나, 2018. 4. 26. 청구인의 청구는 모두 기각되었다(인천지방법원 2015가단216313).

다. 청구인은 이에 불복하여 2018. 5. 12. 인천지방법원에 항소하였고(인천지방법원 2018나60154), 위 법원은 청구인의 기일변경신청에 따라 2019. 5. 27. 제1회 변론기일을 2019. 7. 25.로 변경하였다. 위 법원의 제1회 변론기일변경에 따른 변경기일통지서는 2019. 5. 27. 전자정보처리시스템에 등재되었고, 같은 날 등재사실의 통지가 청구인이 전자소송시스템에 입력한 전자우편주소와 휴대전화번호로 전자우편과 문자메시지를 통하여 각각 발송되었다.

라. 청구인이 위 제1회 변론기일에 출석하지 않고 출석한 상대방은 변론하지 않자(1회 불출석), 위 법원

은 제2회 변론기일을 2019. 8. 29.로 정하였다. 청구인과 상대방은 2019. 8. 29. 제2회 변론기일에 출석하였고, 인천지방법원은 같은 날 이 사건을 서울중앙지방법원으로 이송하는 결정을 하였다.

마. 서울중앙지방법원은 청구인의 기일변경신청에 따라 2021. 4. 20. 제3회 변론기일을 2021. 6. 2.로 변경하였다. 위 법원의 제3회 변론기일변경에 따른 변경기일통지서는 2021. 4. 20. 전자정보처리시스템에 등재되었고, 같은 날 등재사실의 통지가 청구인이 전자소송시스템에 입력한 전자우편주소와 휴대전화번호로 전자우편과 문자메시지를 통하여 각각 발송되었다.

바. 청구인은 2021. 6. 2. 제3회 변론기일에 출석하지 않았고, 출석한 상대방은 변론하지 아니하였으며(2회 불출석), 그 후 청구인은 제3회 변론기일로부터 1월 이내인 2021. 7. 2.까지 기일지정신청을 하지 아니하였다.

사. 청구인은 2021. 10. 12. 문자, 이메일을 통한 변론기일 통지가 누락되어 변론에 불출석한 것이라고 주장하면서, 민사소송법 제267조 제2항, 제268조 제2항, 제4항, ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항 및 당해 사건의 본안에 관한 전자금융거래법 제2조 제1호, 제8조, 제51조 제2항 제1호, 제51조 제3항 제2호, 여신전문금융업법 제18조, ‘채권의 공정한 추심에 관한 법률’ 제17조 제2항 제3호, 제4호, ‘대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 시행령’ 제9조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다.

아. 서울중앙지방법원은 2021. 12. 8. 상소 취하간주로 인한 소송종료를 선언하면서, 청구인의 위헌법률심판제청신청에 대하여 전자금융거래법 제8조, 여신전문금융업법 제18조 등에 관한 부분은 각하하였고, ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항 등에 관한 부분은 기각하였다(서울중앙지방법원 2019나55943, 서울중앙지방법원 2021카기52752). 청구인은 위 소송종료선언 판결에 대하여 상고하였고, 현재 상고심 계속 중이다(대법원 2022다207493).

자. 청구인은 2022. 1. 7. 위 법률조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구하면서 국선대리인선임신청을 하였고, 그 후 선정된 국선대리인은 2022. 5. 17. ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항, 전자금융거래법 제8조 제2항, 제3항, 여신전문금융업법 제18조가 헌법에 위반된다며 보충서를 제출하였다.

2. 심판대상



청구인의 국선대리인은 청구인이 이 사건 헌법소원 심판청구 당시 위헌이라고 주장한 법률조항들 중 ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항, 전자금융거래법 제8조 제2항, 제3항, 여신전문금융업법 제18조만이 위헌이라고 주장하고 있을 뿐, 달리 청구인이 한 나머지 심판청구나 주장을 묵시적으로라도 추인하였다고 볼 사정이 없으므로, 국선대리인이 추인하지 아니한 청구인의 그 전의 심판청구의 내용은 심판대상이 되지 아니한다(헌재 2016. 7. 28. 2016헌마109 참조). 한편, ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항과 관련하여, 청구인은 소송당사자가 전자문서를 확인하지 아니한 경우에도 송달된 것으로 간주하는 것이 위헌이라고 주장하고 있으므로, 이 부분 심판대상은 ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제11조 제4항 단서로 한정하는 것이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 ① ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것, 이하 연혁과 관계없이 ‘민소 전자문서법’이라 한다) 제11조 제4항 단서(이하, ‘전자송달 간주 조항’이라 한다), ② 전자금융거래법(2013. 5. 22. 법률 제11814호로 개정된 것) 제8조 제2항, 제3항(이하, 위 두 조항을 합하여 ‘전자금융거래법 조항’이라 한다), 여신전문금융업법(2012. 3. 21. 법률 제11410호로 개정된 것) 제18조(이하, ‘여신전문금융업법 조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항과 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것)

제11조(전자적 송달 또는 통지) ④ 제3항의 경우 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 본다. 다만, 그 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 본다.

전자금융거래법(2013. 5. 22. 법률 제11814호로 개정된 것)

제8조(오류의 정정 등) ② 금융회사 또는 전자금융업자는 제1항의 규정에 따른 오류의 정정요구를 받은 때에는 이를 즉시 조사하여 처리한 후 정정요구를 받은 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다.

③ 금융회사 또는 전자금융업자는 스스로 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 이를 즉시 조사하여

처리한 후 오류가 있음을 안 날부터 2주 이내에 오류의 원인과 처리 결과를 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다.

여신전문금융업법(2012. 3. 21. 법률 제11410호로 개정된 것)

제18조(거래조건의 주지의무) 신용카드업자는 다음 각 호의 사항을 총리령으로 정하는 방법에 따라 신용카드회원등과 신용카드가맹점에 알려야 한다.

1. 신용카드업자가 정하는 이자율·할인율·연체료율·가맹점수수료율 등 각종 요율(料率)
2. 신용카드·직불카드 이용금액의 결제방법
3. 제16조에 따른 신용카드회원등에 대한 책임
4. 제17조와 제19조에 따른 신용카드가맹점에 대한 책임과 신용카드가맹점의 준수 사항
5. 그 밖에 총리령으로 정하는 사항

[관련조항]

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(2010. 3. 24. 법률 제10183호로 제정된 것)

제11조(전자적 송달 또는 통지) ① 법원사무관등은 송달이나 통지를 받을 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전산정보처리시스템에 의하여 전자적으로 송달하거나 통지할 수 있다.

③ 제1항에 따른 송달은 법원사무관등이 송달할 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 한다.

전자금융거래법(2013. 5. 22. 법률 제11814호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “전자금융거래”라 함은 금융회사 또는 전자금융업자가 전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스를 제공(이하 “전자금융업무”라 한다)하고, 이용자가 금융회사 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래를 말한다.

제8조(오류의 정정 등) ① 이용자는 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 그 금융회사 또는 전자금융업자에게 이에 대한 정정을 요구할 수 있다.

3. 청구인의 주장

가. 전자송달 간주 조항

전자송달 간주 조항은 법원사무관 등의 과실에 의한 통지 미도달로 인한 예외규정을 두지 않고, 당사자에게 통지가 도달하지 않은 경우에도 그 통지의 발송

사실만을 기준으로 문서가 송달된 것으로 간주하고 있다. 이로 인해 청구인은 법원이 발송한 변론기일변경에 관한 전자우편과 문자메시지를 실제로 송달받지 못하였음에도 불구하고 송달된 것으로 간주되어 재판이 진행되었으므로, 전자송달 간주 조항은 청구인의 재판청구권을 침해한다.

나. 전자금융거래법 조항

전자금융거래법 조항은 전자금융거래에서 발생하는 오류의 정정을 이용자에게 알리는 방법에 관하여 구체적으로 범위를 정하거나 최소한의 기준을 제시하지 않고 대통령령에 위임하고 있는바, 이는 헌법상 포괄위임금지원칙에 위배된다.

다. 여신전문금융업법 조항

여신전문금융업법 조항은 신용카드업자가 정하는 이자율·할인율·연체료율·가맹점수수료율 등 각종 요율 등을 신용카드회원 등에게 알리는 방법을 아무런 기준 없이 총리령에게 위임하였는바, 이는 헌법상 포괄위임금지원칙에 위배된다.

4. 전자금융거래법 조항, 여신전문금융업법 조항에 대한 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하면, 법률에 대한 위헌심판제청신청이 법원에서 기각된 경우에 한하여 그에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그런데 위헌심판제청신청이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원에 의한 사실관계의 판단과 법률의 해석·적용의 부당함을 주장하는 등 사실상 법원의 재판을 다투는 것일 때에는 원칙적으로 부적법하여 이에 기한 헌법소원심판청구가 허용되지 않는다(헌재 2023. 8. 31. 2021헌바306 참조).

나. 청구인은 형식상으로는 포괄위임금지원칙 위반을 이유로 전자금융거래법 조항과 여신전문금융업법 조항의 위헌 여부에 대한 결정을 구하고 있다. 그러나 청구서 등 청구인이 제출한 관련 자료를 종합하면 그 실질적인 주장 내용은 ○○은행이 전자금융거래법 조항, 여신전문금융업법 조항을 위반하였으므로 청구인은 ○○은행에 대하여 더 이상 채무를 부담하지 아니하고, ○○은행은 청구인에 대하여 손해배상책임을 부담함에도 불구하고 법원은 이를 모두 인정하지 아니하여 부당하다는 것이다. 이는 전자금융거래법 조항, 여신전문금융업법 조항 자체를 다투는 것이기보다는 ○○은행이 위 조항들을 위반한 사실을 인정하지 아니하여 청구인의 소를 기각한 당해 사건의 제1심 법원의 판단을 문제 삼는 것이다.

그렇다면 전자금융거래법 조항, 여신전문금융업법 조

항에 대한 심판청구는 위 조항들 자체의 위헌 여부를 다투는 것이 아니라 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 위 조항들의 포섭·적용에 관한 법원의 재판결과를 다투는 것에 불과하여 허용될 수 없다.

다. 따라서 전자금융거래법 조항 및 여신전문금융업법 조항에 대한 심판청구는 모두 부적법하다.

5. 전자송달 간주 조항에 대한 판단

가. 제한되는 기본권

전자송달 간주 조항은 송달받을 자가 전산정보처리시스템에 등재된 전자문서를 확인하지 않더라도 그 등재 사실을 통지한 날부터 1주가 지나면 송달된 것으로 본다. 이에 따라 상소가 취하된 것으로 간주되어 상소심 절차가 종결되고, 원판결이 그대로 확정되는 효과가 발생할 수 있으므로, 전자송달 간주 조항은 소송당사자의 재판을 받을 권리를 제한한다. 따라서 전자송달 간주 조항이 헌법 제27조 제1항이 보장하는 재판청구권을 침해하는지 여부가 문제된다.

나. 심사기준

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 ‘법률에 의한’ 재판을 받을 권리를 가진다고 함은 절차법이 정한 절차에 따라 실제법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장한다는 취지이다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40 참조). 나아가 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로, 입법자에게는 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정된다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8 참조). 따라서 전자송달 간주 조항이 민사소송절차를 형성함에 있어 합리적인 입법형성의 범위 내에 있는 한 위헌이라고 볼 수 없다.

다. 재판청구권 침해 여부

(1) 전자송달 간주 조항은 소송당사자 또는 그 대리인(이하 ‘소송당사자’라 한다)이 전산정보처리시스템에 등재된 전자문서를 등재사실이 통지된 날부터 1주일 이내에 확인하지 않는 경우 위 전자문서가 송달되었다고 간주함으로써 소송지연을 방지함과 동시에 민사소송 등에서의 전자문서 이용을 활성화함으로써 궁극적으로는 소송당사자의 편의 증진 및 권리 실현에 이바지하고자 하는 것이다(민소전자문서법 제1조 참조).

(2) 전자송달 간주 조항이 재판청구권을 침해할 정도로 입법형성권을 일탈하였는지 살펴본다.

(가) 민소전자문서법은 민사소송 등에서 전자적 송



달제도를 도입하면서도 소송당사자로 하여금 개별사건을 전자소송으로 진행할지 여부를 결정하도록 하고 있다. 그리고 ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙’(이하 ‘민소전자문서규칙’이라 한다)에 따르면 개별사건에서 소송당사자가 문서를 전자적으로 제출하고 송달받는 것은 소송당사자가 해당 사건을 전자소송으로 진행하겠다는 의사로 전자소송시스템에 전자우편주소와 휴대전화번호를 입력하여 사용자등록을 하고 개별 사건에 관하여 전자소송 동의를 한 경우에만 가능하다(민소전자문서규칙 제24조 제1항 제1호 참조). 즉, 소송 진행 과정에서 전자적으로 문서를 송달받는 것은 어디까지나 소송당사자의 의사에 따른 것이다. 위 동의는 당사자의 소송절차 참여권의 보장을 위해 ‘개별사건에서의 법원에 대한 동의’로 한정하고 있으며, 소송당사자는 재판장 등의 허가를 받아 전자소송 동의를 철회할 수 있다(민소전자문서규칙 제10조 제2항).

이와 같이 전자적 송달제도는 소송당사자의 전자소송 진행에 대한 동의와 전자소송에 관한 통지를 수신할 전자우편주소·휴대전화번호의 사전 입력을 전제로 한다. 따라서 전자적 송달의 주체인 법원으로서 전자문서 등재사실의 통지 후 상당한 기간 내에 소송당사자가 그 전자문서를 확인할 것이라고 기대할 수 있고, 소송당사자로서도 자신이 입력한 전자우편주소 및 휴대전화번호로 전자문서 등재사실의 통지가 올 것임을 당연히 예측할 수 있다.

(나) 전자문서의 송달은 법원사무관 등이 전산정보처리시스템에 해당 전자문서를 등재하고 그 등재사실을 소송당사자에게 통지하면, 소송당사자가 해당 전자문서를 확인하는 방식으로 이루어진다. 이 때 전자문서 등재사실의 통지는 소송당사자가 전자소송시스템에 입력한 전자우편주소로 전자우편을 보내고, 휴대전화번호로 문자메시지를 보내는 방법으로 한다(민소전자문서규칙 제26조 제1항). 전자적 송달은 법원의 소송경제에 기여하는 측면도 있지만, 컴퓨터와 휴대전화의 이용이 보편화된 현대사회에서 소송당사자의 편의를 반영하기 위한 제도이기도 하다.

(다) 전자적 송달의 효력은 원칙적으로 소송당사자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 발생하는데, 다만 전자송달 간주 조항에 따라 그 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달의 효력이 발생한다. 법원은 소송당사자가 휴대전화로의 통지를 거부하지 않는 한, 전자우편과 휴대전화에 대한 통지가 모두 이루어져야 송달의 효력이 발생한다고 본다(대법원

2013. 4. 26. 선고 2013마4003 판결 참조).

그런데 전자송달 간주 조항을 두지 않는다면, 소송당사자가 재판진행을 지연시키려는 의도에서 일부러 등재된 전자문서를 확인하지 않는 경우 전자적으로 송달된 문서를 확인할 소송당사자의 의지에 따라 재판이 한없이 지연될 우려가 있다. 따라서 소송당사자의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하면서도 다른 한편 신속한 재판의 전제로서 원활하고 신속한 송달을 위해 전자적 송달의 효력발생시기에 대한 예외를 제한적으로 인정할 필요가 있다. 민사소송법 제1조는 법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하고, 소송당사자는 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다고 규정하고 있다. 전자송달 간주 조항은 민사소송절차에 있어 소송당사자로 인한 불필요한 지연을 방지하고, 전자소송에 적극적으로 참여할 것을 유도하고 있으므로, 이는 결국 소송경제의 실현과 소송당사자의 편의 증진을 위한 민사소송의 기본적인 이념에도 부합하는 것이다.

아울러 전자송달 간주의 효과는 법원사무관 등이 송달할 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 통지한 즉시 발생하는 것이 아니라 통지한 날부터 1주가 지난 날에 발생한다. 전자적 송달이 이루어진 전자문서의 확인은 전자소송시스템에 접속하여 로그인하는 간편한 절차를 통해서 이루어진다는 점을 고려할 때, 전자송달 간주 조항에서 정하는 ‘1주’라는 기간이 지나치게 짧다고 보기 어려울 것이다.

(라) 청구인은 전자송달 간주 조항이 법원사무관 등의 과실로 인한 통지 미도달과 같이 청구인의 귀책사유가 아닌 경우에도 전자문서의 송달 간주 효과를 발생시키는 것이 위헌이라고 주장한다. 그러나 민소전자문서법 등은 소송당사자가 전자적 송달을 받을 수 없는 경우에 대한 규정을 충분히 마련함으로써 소송당사자가 책임질 수 없는 이유로 송달에 관한 불이익을 받지 않도록 하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 소송당사자가 책임질 수 없는 사유로 전자소송시스템에 등재된 전자문서를 전자송달 간주 조항에서 정한 기간 안에 확인하지 못한 경우에는 민사소송법 제173조에 따른 소송행위의 추후보완이 가능하다(민소전자문서규칙 제26조 제3항). 또한 법원사무관 등은, 소송당사자가 전자소송 진행에 동의하였더라도 전산정보처리시스템의 장애가 있거나 송달받을 자가 책임질 수 없는 사유로 전자소송시스템에 등재된 전자문서를 확인할 수 없다는 점을 소명하여 출력서면의 송달을 신청한 경우

에는 등재된 전자문서를 출력하여 그 출력한 서면을 민사소송법에 따라 송달하여야 하며(민소전자문서법 제12조 제1항 제3호, 민소전자문서규칙 제29조 제1항 제2호), 전산정보처리시스템의 장애로 인하여 송달받을 자가 전자문서를 확인할 수 없는 경우, 그 전자문서를 확인할 수 없는 기간은 전자송달 간주 조항에서 정하는 기간에 산입하지 않도록 규정하고 있다(민소전자문서법 제11조 제5항).

(마) 결국, 전자적 송달제도는 소송당사자가 소송진행의 편의를 위해 전자소송 진행에 대한 동의를 하고, 전자소송에 관한 통지를 수신할 전자우편주소·휴대전화번호를 사전에 입력하였음을 전제로 한 것이고, 전자송달 간주 조항을 통해 소송지연을 방지하는 한편 소송당사자의 적극적인 재판 절차 참여를 유도하여 신속하고 적절한 심리를 구현할 수 있다는 점을 고려할 때, 전자송달 간주 조항은 신속하고 공정한 재판의 실현이라는 헌법적 요청에도 부합한다.

(3) 따라서 전자송달 간주 조항은 전자소송 진행을 위한 송달과 관련된 입법자의 형성적 재량을 일탈한 것이라고 보기 어려우므로 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해한 것이라 할 수 없다.

6. 결론

그렇다면 전자송달 간주 조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인의 나머지 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

4. 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호 위헌소원

[2024. 7. 18. 2023헌바375]

【판시사항】

가. ‘마약류 관리에 관한 법률’(이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품(이하 ‘가목 향정신성의약품’이라 한다)의 수취행위를 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하는 마약류관리법 제58조 제1항 제3호 가운데 ‘수수’ 중 수취에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 가목 향정신성의약품의 수취행위는 교부행위와 짝을 이루어 향정신성의약품의 확산을 촉진할 뿐만 아니라, 추가적인 판매·교부 및 매수·수취 등의 행위로 이어질 가능성을 내포하여 향정신성의약품의 유통에 기여하므로, 죄질과 책임이 가법다고 볼 수 없다. 심판대상조항은 법정형의 하한이 징역 5년이어서 법률상 감경이나 정상참작감경을 하게 되면 집행유예가 가능하므로, 죄질이 경미하고 비난가능성이 적은 구체적인 사안의 경우 법관의 양형 단계에서 그 책임에 상응하는 형벌이 부과될 수 있다. 따라서 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 않는다.

나. 가목 향정신성의약품의 수취를 ‘제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부’와 동일하게 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 엄중한 법정형으로 처벌하는 것은, 유통될 경우 사회에 끼치는 해악의 정도가 크다는 점에 기인한 것으로 가목 향정신성의약품 자체 및 그 수취행위가 가지는 위험성의 정도를 법정형에 반영한 것이다. 따라서 심판대상조항에서 가목 향정신성의약품의 수취행위를 제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부행위와 동일하게 처벌하더라도 이것이 현저히 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

심판대상조항은 가목 향정신성의약품이 사회에 유통·확산될 경우 국민보건과 건전한 사회질서에 미치는 폐해의 정도가 크다는 점을 중하게 평가하여 이에 대한 접근 및 유통을 원천적으로 차단하기 위해 가목 향정신성의약품의 수취를 그 ‘소지·소유·사용·관리’에 비하여 무거운 법정형으로 처벌하는 것이다. 따라서 심판대상조항에서 가목 향정신성의약품의 수취행위를 소지·소유·사용·관리행위보다 중한 법정형으로 처벌하더라도 이것이 현저히 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

마약류 관리에 관한 법률(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것) 제58조 제1항 제3호 가운데 ‘수수’ 중 수취에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항



마약류 관리에 관한 법률(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것) 제2조 제3호 가목, 제59조 제1항 제5호
마약류 관리에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것) 제3조 제5호

【참조판례】

- 가. 헌재 2019. 2. 28. 2017헌바229, 판례집 31-1, 61, 66-67
- 나. 헌재 2019. 2. 28. 2017헌바229, 판례집 31-1, 61, 68
- 헌재 2021. 10. 28. 2019헌바414, 공보 301, 1337, 1340
- 헌재 2022. 3. 31. 2019헌바242, 판례집 34-1, 267, 274

【당사자】

청 구 인 강○○
 대리인 변호사 김형연
 당 해 사 건 서울고등법원 2023노1961 마약류관리에 관한법률위반(향정)등

【주 문】

마약류 관리에 관한 법률(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것) 제58조 제1항 제3호 가운데 ‘수수’ 중 수취에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 마약류관리에관한법률위반(향정)의 점, 마약류관리에관한법률위반(대마)의 점, 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)의 점으로 기소되었고, 제1심 법원은 2023. 6. 8. 위 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 청구인에게 대마 매매로 인한 마약류 관리에관한법률위반(대마)죄에 대하여 징역 3개월, 나머지 각 죄에 대하여 징역 3년 등을 선고하였다[인천지방법원 2022고합1124, 2023고합278(병합)].

나. 청구인은 위 판결에 불복하여 항소하였고, 항소심 법원은 2023. 11. 17. 제1심 판결을 파기하면서 청구인을 대마 매매로 인한 마약류관리에관한법률위반(대마)죄에 대하여 징역 3개월에, 나머지 각 죄에 대하여 징역 2년 6개월에 각 처하는 판결을 선고하였다(당해 사건). 이에 청구인이 상고하였으나, 대법원은 2024. 2. 29. 상고를 기각하였다(대법원 2023도17891).

다. 청구인은 당해 사건 계속 중 ‘마약류 관리에 관한 법률’ 제58조 제1항 제3호 가운데 ‘수수’ 중 수취 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2023. 11. 17. 기각되자(서울고등법원 2023초기432), 2023. 12. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 ‘마약류 관리에 관한 법률’(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것, 이하 연혁에 관계없이 ‘마약류관리법’이라 한다) 제58조 제1항 제3호 가

운데 ‘수수’ 중 수취에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

마약류 관리에 관한 법률(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것)

제58조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

- 3. 제3조 제5호를 위반하여 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 수수하거나 그러할 목적으로 소지·소유한 자

[관련조항]

마약류 관리에 관한 법률(2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 3. “향정신성의약품”이란 인간의 중추신경계에 작용하는 것으로서 이를 오용하거나 남용할 경우 인체에 심각한 위해가 있다고 인정되는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

가. 오용하거나 남용할 우려가 심하고 의료용으로 쓰이지 아니하며 안전성이 결여되어 있는 것으로서 이를 오용하거나 남용할 경우 심한 신체적 또는 정신적 의존성을 일으키는 약물 또는 이를 함유하는 물질

제59조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

- 5. 제3조 제5호를 위반하여 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 소지·소유·사용·관리한 자

마약류 관리에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것)

제3조(일반 행위의 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

- 5. 제2조 제3호 가목의 향정신성의약품 또는 이를 함유하는 향정신성의약품을 소지, 소유, 사용, 관리, 수출입, 제조, 매매, 매매의 알선 또는 수수하는 행위. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장의 승인을 받은 경우는

제외한다.

3. 청구인의 주장

마약류관리법 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품(이하 ‘가목 향정신성의약품’이라 한다)의 수취는 수요 측면의 행위로서 교부 또는 매수 등과 달리 위 향정신성의약품을 확산시키거나 유통을 촉진시키는 성격이 없음에도 불구하고, 교부 또는 매수와 동일하게 과중한 법정형을 규정하여 죄질과 행위자 책임 사이에 비례관계를 준수하지 못하는바, 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

심판대상조항의 수취 행위는 수요 관련 범죄로서 ‘제조·수출입·매매·매매의 알선’ 행위의 수단적 행위이고, ‘소지·소유·사용·관리’ 행위의 전단계로 그 실행의 착수 단계에 불과하다고 할 것인데, 심판대상조항은 가목 향정신성의약품의 수취를 공급 관련 범죄로서 그보다 불법성의 정도가 큰 ‘제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부’와 동일한 법정형으로 규정하거나 ‘소지·소유·사용·관리’에 비하여 무거운 법정형으로 정하고 있는바, 이는 형벌체계상의 균형을 현저히 상실한 것이므로 평등원칙에도 위반된다. 이러한 형벌체계상의 불균형으로 말미암아 검사는 ‘소지·소유·사용·관리’ 행위의 미수에 불과한 행위를 법정형이 중한 ‘수수 중 수취행위’의 기수에 이르렀다고 보거나, ‘제조·수출입·매매·매매의 알선’의 미수단계에 있는 범인을 ‘수수 중 수취행위’의 기수범으로 보아 자의적으로 기소할 여지가 있다.

4. 판단

가. 이 사건의 쟁점

심판대상조항이 가목 향정신성의약품을 수취하는 경우에도 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’으로 법정형을 정한 것이 죄질과 책임에 비해 형벌이 지나치게 무거워 비례원칙에 반하는지 여부에 대하여 살펴본다. 심판대상조항은 가목 향정신성의약품의 수취를 ‘제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부’와 동일한 법정형으로 규정하는 한편 ‘소지·소유·사용·관리’에 비하여 무거운 법정형을 정하고 있는바, 심판대상조항이 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부를 살펴본다.

청구인은 심판대상조항이 형벌체계상의 균형을 상실하여 검사의 자의적인 기소를 가능하게 한다는 취지의 주장도 하고 있으나, 이는 위 평등원칙 위반 문제를 다른 측면에서 주장하고 있는 것에 지나지 않으므로 따로 판단하지 아니한다.

나. 책임과 형벌 간의 비례원칙 위반 여부

(1) 법정형의 종류와 범위의 선택의 문제는 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 범감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고, 이로 인하여 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니다. 즉, 법정형에 다소 불합리한 점이 존재한다는 이유만으로 반드시 위헌이 되는 것은 아니고, 법관의 양형이라는 절차를 통하여 불법과 책임을 일치시킬 수 있으면 법정형이 내포하고 있는 약간의 불합리성은 극복될 수 있는 것이다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌바229 참조).

(2) 마약류는 종류에 따라 정도의 차이는 있으나 그 자체가 신체적·정신적 의존성을 유발하는 물질이어서 마약류를 오남용하는 경우 국민 개개인에 미치는 정신적·육체적 해악이 심대할 뿐만 아니라, 마약류의 약리작용으로 인한 비정상적인 정신 상태에서의 범죄 및 마약류의 구입과 관련한 범죄 등 많은 범죄를 유발하고, 마약류 오남용으로 인한 질병을 확산시키는 등 국민보건과 건전한 사회질서에 미치는 폐해가 심각하다. 더욱이 심판대상조항에서 문제되는 가목 향정신성의약품은 인간의 중추신경계에 작용하여, 이를 오용 또는 남용할 경우 인체에 현저한 위해가 있다고 인정되는 약물로서 그 폐해가 더욱 크다. 그러므로 이를 수수하는 행위를 근절하여 국민 건강에 미치는 악영향을 방지하고 국민보건을 향상시키며 향정신성의약품 유통과 관련된 사회적 위험을 예방하기 위하여 중한 법정형으로 처벌할 필요성이 인정된다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌바229 참조).

가목 향정신성의약품의 수취행위는 교부행위와 짝을 이루어 향정신성의약품의 확산을 촉진할 뿐만 아니라, 수취행위 그 자체만 놓고 보더라도 사용행위와 달리 수취된 향정신성의약품이 수취 단계에서 모두 소진되는 것이 아니고 추가적인 판매·교부 및 매수·수취 등의 행위로 이어질 가능성을 내포하고 있는바, 일반



적인 사용범죄와 달리 향정신성의약품의 유통에 기여한다. 특히 유통 중간책으로서 향정신성의약품을 수취하는 행위는 다음 단계의 공급행위로 연결되는 과정에 해당하여 향정신성의약품의 유통 및 확산에 기여하므로, 죄질과 책임이 가볍다고 볼 수 없다.

(3) 심판대상조항은 법정형의 하한이 징역 5년이어서 법률상 감경이나 정상참작감경을 하게 되면 집행유예가 가능하므로, 죄질이 경미하고 비난가능성이 적은 구체적인 사안의 경우 법관의 양형 단계에서 그 책임에 상응하는 형벌이 부과될 수 있다.

(4) 그러므로 심판대상조항이 가목 향정신성의약품의 '수수' 가운데 수취행위까지도 무기 또는 5년 이상의 징역형으로 처벌하도록 한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다고 할 수 없다.

다. 평등원칙 위반 여부

(1) 특정 범죄에 대한 형벌이 그 자체로는 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 않더라도, 죄질과 보호법익이 유사한 범죄에 대한 형벌과 비교할 때 현저히 형벌체계의 균형성을 잃은 것이 명백한 경우에는, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위반될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반하여 위헌이라 할 수 있다. 그러나 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서, 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없다. 그러므로 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일 선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여부를 판정하여서는 아니 된다(헌재 2021. 10. 28. 2019헌바414 참조).

(2) 가목 향정신성의약품의 수취를 '제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부'와 동일한 법정형으로 규정한 것에 대하여 살펴본다.

가목 향정신성의약품은 오남용 가능성과 의존성이 매우 높다는 통상적인 중독성 약물이 갖는 위험성을 가지고 있음은 물론, 의료용으로 전혀 사용할 수 없고 공중 보건에 미치는 해악이 심각한바, 이에 대한 접근을 원천적으로 차단하기 위해서는 제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 수수 등 그 정도를 불문하고 유통과 관련된 행위를 엄격하게 취급·관리하여야 할 필요성이 높다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌바229 참조). 가목 향정신성의약품 수취행위는 수요측면과 밀접한 관

련성을 가지고 있음과 동시에 교부행위와 대항범 관계로서, 수취된 가목 향정신성의약품이 수취 단계에서 모두 소진되는 것이 아니고 추가적인 판매·교부 및 매수·수취 행위로 이어질 가능성이 있는바, 일반적인 사용범죄와 달리 향정신성의약품의 유통 및 확산에 기여하는 행위라는 점에서 죄질과 책임이 가볍다고 단정할 수 없다. 따라서 가목 향정신성의약품의 수취를 '제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부'와 동일하게 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 엄중한 법정형으로 처벌하는 것은, 유통될 경우 사회에 끼치는 해악의 정도가 크다는 점에 기인한 것으로 가목 향정신성의약품 자체 및 그 수취행위가 가지는 위험성의 정도를 법정형에 반영한 것이라 볼 수 있다.

한편, 마약류관리법은 가목 향정신성의약품과 관련하여 행위유형이 가지는 불법성, 영리목적 또는 상습성 유무 등에 따라 경중이 다른 법정형을 적용하도록 하는 규율체계를 두고 있다(제58조, 제59조, 제60조 등 참조). 심판대상조항은 이와 같은 마약류관리법의 규율체계 안에서 가목 향정신성의약품의 수취 등 일정한 행위유형을 분류하여 동일한 법정형을 규정한 것으로, 그 범위 설정에 관한 입법자의 판단을 놓고 현저히 형벌체계상의 균형성을 잃은 것이라고 할 수는 없다.

이러한 점들을 종합하면, 심판대상조항에서 가목 향정신성의약품의 수취행위를 제조·수출입·매매·매매의 알선 또는 교부행위와 동일하게 처벌하더라도 이것이 현저히 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 가목 향정신성의약품의 수취를 '소지·소유·사용·관리'에 비하여 무거운 법정형으로 규정한 것에 대하여 살펴본다.

마약류 금지행위의 유형 가운데 '유통'에 관련된 행위는 일반적으로 불특정 다수를 범죄행위에 끌어들여 범죄자를 양산할 뿐만 아니라 마약류의 오남용을 부추긴다는 점에서 자신이 범죄 행위의 대상이 되는 '사용'에 관련된 행위에 비해 엄벌할 필요가 있다(헌재 2022. 3. 31. 2019헌바242 참조). 앞서 살핀 바와 같이 가목 향정신성의약품의 수취행위는 교부행위와 짝을 이루어 향정신성의약품의 유통 및 확산에 기여하므로, 인체에 심각한 위해를 일으키는 가목 향정신성의약품의 유통을 근절하여 국민 건강에 미치는 악영향을 방지하고, 유통과 관련된 사회적 위험 발생의 예방을 도모하기 위하여 가목 향정신성의약품의 수취행위를 중한 법정형으로 처벌할 필요성이 인정된다.

위와 같이 마약류의 ‘유통’과 ‘사용’은 마약류 확산에 기여도 및 보호법익에 대한 위협의 정도라는 관점에서 뚜렷이 구별되므로, 마약류의 유통 및 확산에 기여하는 행위와 그렇지 않은 행위를 구별하여 책임에 따라 비례적으로 처벌할 필요성이 있다. 이에 심판대상조항은 가목 향정신성의약품이 사회에 유통·확산될 경우 국민보건과 건전한 사회질서에 미치는 피해의 정도가 크다는 점을 중하게 평가하여 이에 대한 접근 및 유통을 원천적으로 차단하기 위해 가목 향정신성의약품의 수취를 그 ‘소지·소유·사용·관리’에 비하여 무거운 법정형으로 처벌하는 것이다.

이러한 점들을 종합해 볼 때, 심판대상조항에서 가목 향정신성의약품의 수취행위를 소지·소유·사용·관리행위보다 중한 법정형으로 처벌하더라도 이것이 현저히 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

5. 형법 제298조 위헌소원

[2024. 7. 18. 2024헌바71]

【판시사항】

폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자를 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 형법 제298조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소는 2020. 6. 25. 2019헌바121 결정 등에서, 심판대상조항의 문언, 입법목적이나 취지 및 관련 법규범의 체계 등을 종합하여 보았을 때, 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 어떠한 행위가 강제추행죄 구성요건에 해당하는지 합리적으로 파악할 수 있으므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니하고, 강제추행죄는 그 죄질이 나쁘고 피해를 돌이키기 어려우며 가해자에 대한 비난 가능성 또한 상당히

높은 점에 비춰볼 때, 심판대상조항이 과잉금지원칙에도 위반되지 아니한다고 판단한 바 있다. 이후 대법원은 ‘폭행 또는 협박’의 의미에 관한 종전 견해를 일부 변경하였으나(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결), 이는 문언의 통상적인 의미나 입법취지, 법질서 전체 및 다른 조항과의 관계 등에 비추어 예측 가능한 범위 내에 있으므로, 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다. 따라서 선례를 변경할 사정변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하고, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제298조

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제37조 제2항

구 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제306조

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제260조 제1항, 제3항

【참조판례】

헌재 2011. 9. 29. 2010헌바66, 판례집 23-2상, 583, 589-592
헌재 2017. 11. 30. 2015헌바300, 판례집 29-2하, 123, 127-131
헌재 2020. 6. 25. 2019헌바121, 공보 285, 992, 993-994
헌재 2021. 4. 29. 2018헌바113, 판례집 33-1, 420, 425
대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결

【당사자】

청 구 인 조○○

국선대리인 변호사 손용근

당 해 사 건 대법원 2023도18473 강제추행

【주 문】

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제 298조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 성착취 영상물 제작 및 배포를 목적으로 하는 텔레그램 ‘○○’ 조직의 총괄 책임자로, 2021. 6. 1. 범죄단체조직죄 등으로 징역 42년을 선고받고[서울고등법원 2020노2178, 2021노236(병합)], 2021. 10. 14. 위 판결이 확정되었다(대법원 2021도7444).

나. 그 후 청구인은 2022. 11. 24. 강제추행죄로 징역 4월을 추가로 선고받았다(서울중앙지방법원 2021고단2584). 그 범죄사실의 요지는 다음과 같다.

『청구인과 강○○은 피해자들을 협박하여 전신이



노출되는 등의 촬영물을 전송받아 이를 ○○에 반포하기로 공모하였다. 위와 같은 공모에 따라, 청구인은 인터넷 SNS를 통하여 피해자에게 접근하여 ‘조건만남’을 해 주겠다고 속인 후 면접을 방자하여 피해자로부터 신분증과 얼굴 사진을 전송받고, 이를 기화로 피해자에게 나체 사진을 보내지 않으면 피해자가 조건만남을 하려고 한 사실을 피해자의 지인들에게 알리겠다고 협박하여, 이에 겁을 먹은 피해자로 하여금 나체사진 등을 촬영하게 한 후 이를 전송받고, 강○○은 ○○을 관리 및 홍보하고, 피해자들을 유인하기 위해 SNS에 스폰서 아르바이트 광고 등을 게시하고, 유료방 가입비로 받은 금원을 청구인에게 전달하였다. 이로써 청구인과 강○○은 공모하여 피해자를 강제로 추행하였다.』

이에 청구인과 검사가 항소하였으나 2023. 12. 7. 모두 기각되었고(서울중앙지방법원 2022노3132), 청구인이 상고하였으나 2024. 2. 13. 기각되었다(당해사건).

다. 청구인은 당해사건 계속 중 형법 제298조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2024. 2. 13. 기각되자(대법원 2024초기25), 2024. 3. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제298조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 청구인의 주장 요지

심판대상조항은 ‘폭행 또는 협박’, ‘추행’이라는 불확정개념을 사용하고 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다. 또한 심판대상조항은 처벌의 범위가 지나치게 넓고 친고죄 혹은 반의사불벌죄로 규정되지 아니하여 피해자의 의사에 반하는 처벌이 이뤄질 수 있으므로 과잉금지원칙에 위반되고, 반의사불벌죄로 규정된 폭행죄와의 균형에 비춰보면 평등원칙에도 위반된다.

4. 판단

가. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2011. 9. 29. 2010헌바66 결정, 2017. 11. 30. 2015헌바300 결정 및 2020. 6. 25. 2019헌바121 결정에서 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

그 이유의 요지는 다음과 같다.

『(1) 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

(가) 심판대상조항은 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행한 자를 강제추행죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 일반적으로 폭행이라 함은 거칠고 사나운 행동으로서 유형력의 행사를 의미하고, 협박은 타인에게 겁을 주는 등 해악을 고지하는 것을 일컫는다. 이러한 폭행 또는 협박의 의미와 더불어 강제추행죄는 형법상 대표적인 성범죄의 하나라는 점을 고려하면, 추행은 타인의 의사에 반하여 그 사람의 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 침해하는 행위 일체를 뜻하는 것으로 파악할 수 있다.

(나) 대법원은 상대방에게 폭행 또는 협박을 가하여 추행하는 경우 강제추행죄가 성립하려면 그 폭행 또는 협박이 항거를 곤란하게 할 정도일 것을 요한다고 하는 한편, 폭행 또는 협박으로 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 강제추행죄에 포함되며 이때의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 필요로 하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 판시함으로써, 심판대상조항에서 말하는 폭행 또는 협박의 형태와 정도를 추행의 유형에 따라 구체화하고 있다. 또 심판대상조항의 ‘추행’이라 함은 객관적으로 일반인에 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것인데, 이에 해당하는지는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위 대양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다고 하는 등, 강제추행죄와 관련한 판단 기준을 마련하여 구체적 타당성을 도모하고 있다.

(다) 이와 같이 심판대상조항의 문언이 가진 뜻, 입법목적이나 취지, 성범죄와 관련한 범규범의 체계 등을 종합하여 보았을 때, 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 어떠한 행위가 강제추행죄 구성요건에 해당하는지 합리적으로 파악할 수 있다. 또한 심판대상조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용으로써 충분히 보완될 수 있다. 그러므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 강제추행죄는 상대방의 의사에 반하여 폭행 또

는 협박으로 추행함으로써 성립하는 범죄로 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 직접적으로 침해한다. 성적 자기결정권은 개인의 인격과 긴밀히 연결되어 있으므로 강제추행의 피해자는 심각한 정신적·정서적 장애를 경험하거나 그 후유증으로 말미암아 사회생활에 큰 지장을 받을 수 있다. 게다가 추행행위는 다양한 장소에서 언제든지 예상치 못하게 일어날 수 있어 이를 방어하기 어려울 뿐만 아니라, 피해자의 일상생활 영역 내에서 발생할 수도 있어 그 피해가 더욱 치명적일 수 있다. 이처럼 강제추행죄는 그 죄질이 나쁘고 피해를 돌이키기 어려우며 가해자에 대한 비난 가능성 또한 상당히 높다. 심판대상조항은 개인의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정되고, 강제추행행위를 저지른 사람을 처벌하는 것은 그와 같은 목적 달성에 이바지하는 적합한 수단이다.

(나) 심판대상조항이 폭행행위 자체가 추행행위에 해당하는 경우까지 처벌 대상으로 삼고 있다 하더라도, 그것이 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것임을 전제로 하는 이상, 단지 이를 가지고 곧 입법목적의 달성에 필요한 범위를 넘는다고 할 수는 없다.

(다) 심판대상조항은 법정형의 상한을 비교적 높게 설정하고 있으나 경우에 따라서는 행위 태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질 등에 비추어 무거운 처벌이 필요할 수 있고, 더구나 그 형의 하한에는 제한을 두지 아니하고 있어 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 선고될 수 있도록 하고 있다. 또한 심판대상조항에 의해서 형사처벌을 받게 되는 사람의 불이익이 심판대상조항을 통해 달성하고자 하는 공익보다 우월하다고 할 수도 없다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.』

나. 선례 변경의 필요성 여부

(1) 앞서 살펴본 헌재 2020. 6. 25. 2019헌바121 결정 이후 대법원은, 『폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 유형(이른바 폭행·협박 선행형)의 강제추행죄에서의 ‘폭행 또는 협박’은, 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다.』라고 판시하여, ‘폭행 또는 협박’의 의미에 관한 종전 견해를 일부 변경

하였다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결 참조).

위 대법원 판결은 강제추행죄의 범죄구성요건과 보호법익, 종래의 판례 법리의 문제점, 성폭력범죄에 대한 사회적 인식, 판례 법리와 재판 실무의 변화에 따라 해석 기준을 명확히 할 필요성 등을 고려한 것으로서(대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결 참조), 이러한 해석은 문언의 통상적인 의미나 입법취지, 법질서 전체 및 다른 조항과의 관계 등에 비추어 예측 가능한 범위 내에 있다. 따라서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 어떠한 행위가 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’에 해당하는지를 알 수 있을 것이므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 청구인은 심판대상조항이 친고죄 혹은 반의사불벌죄로 규정되지 아니하여 피해자의 의사에 반하는 처벌이 이뤄질 수 있으므로 과잉금지원칙에 반한다고 주장한다.

어떤 범죄를 친고죄로 정하고 어떤 범죄를 반의사불벌죄로 정할 것인지는 공동체의 역사·문화와 시대적 상황, 특정한 범죄에 대한 국민 일반의 가치관과 법감정, 그 범죄 피해의 중대성과 사회적 해악성 등을 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 문제로서 입법부에 광범위한 형성의 자유가 인정되는 영역이다(헌재 2021. 4. 29. 2018헌바113 참조).

형법은 제정 당시 강제추행죄를 친고죄로 규정하였으나(제306조), 성폭력범죄에 대한 처벌이 제대로 이뤄지지 못하고 합의의 종용·강요로 피해자의 2차 피해가 빈발하고 있다는 비판이 제기되자, 입법자는 2012. 12. 18. 형법을 개정하여 위 친고죄 규정을 삭제하였다. 위와 같은 입법연혁과 개정취지에 비추어 보면, 심판대상조항에 따른 강제추행죄를 친고죄나 반의사불벌죄로 정하지 아니한 입법자의 판단이 현저히 불합리하다고 볼 수 없으므로, 청구인의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

한편, 청구인은 반의사불벌죄로 규정된 폭행죄(형법 제260조 제1항, 제3항)와의 균형에 비추어보면 심판대상조항이 평등원칙에 위반된다고 주장하나, 이러한 주장은 결국 과잉금지원칙을 위반하였다는 주장과 다를 바 없으므로 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(3) 이상에서 살펴본 내용을 종합하면, 위 헌법재판소 선례를 변경할 사정변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의



의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

6. 민간임대주택에 관한 특별법 제44조 등 위헌확인

[2024. 7. 18. 2020헌마1434]

【판시사항】

가. 100세대 이상 민간임대주택단지 임대사업자(이하 ‘100세대 이상 민간임대사업자’라고 한다)가 증액할 수 있는 임대료 증액 비율의 상한을 법령에서 정하고 있는 산식에 따라 산출된 비율로 정하도록 하고, 그 상한의 최고한도는 5퍼센트를 넘지 않도록 규정하고 있는 ‘민간임대주택에 관한 특별법 시행령’ 제34조의2 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 법률유보원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

다. 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 심판대상조항 중 ‘소비자물가지수’는 각 가정이 생활을 위해 구입하는 상품과 서비스 가격변동을 알아보기 위해 통계청장이 통계법 및 관련 법령에 따라 고시하는 통계로서 그 의미가 명확하고, 통계청장이 고시하는 위 지수의 내용을 심판대상조항이 규정하고 있는 산식에 대입하면 임대료 증액 비율의 상한이 도출될 것이라는 점이 해석상 분명하다. 따라서 심판대상조항은 위임 범위 내에서 그 내용을 명확하게 정하고 있다고 볼 수 있으므로, 법률유보원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 심판대상조항은 민간임대주택을 과도한 영리 목적에 이용하는 것을 방지하고, 이를 통하여 민간

임대주택에 거주하는 국민의 주거생활을 안정시키고자 하는 것이다. 100세대 이상 민간임대주택단지의 임대료 증액은 해당 단지뿐만 아니라 인근 지역의 임대료 시세에 영향력을 미칠 수 있어 그 파급 효과가 매우 큰 점, 100세대 이상 민간임대사업자에게는 토지 수용·사용 및 건물 용적률 등 관련 공적 지원 및 각종 세제 혜택이 주어지는 점, 심판대상조항은 임대료 증액 비율 산출에 있어 주거비 관련 물가변동을 고려하도록 하고 있으므로 지역에 따라 주변의 임대료 상승률을 과소 반영하게 된다거나 모법에 의한 상한인 5퍼센트에 비하여 다소 낮아진다고 하더라도 이를 지나치다고 볼 수 없는 점 등을 종합할 때, 심판대상조항이 침해의 최소성을 갖추지 못하였다고 보기 어렵다. 나아가 민간임대주택에 거주하는 국민의 주거생활을 안정시킨다는 공익은 매우 중대한 반면, 제한되는 사익은 각종 혜택에 의하여 어느 정도 전보될 수 있으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

다. 주택임대차보호법, 민간임대주택에 관한 특별법 및 공공주택 특별법은 규율하는 주택의 종류 및 임대인의 성격이 상이하므로, 임대료에 대한 규정 또한 위와 같은 특성을 반영할 필요가 있고, 심판대상조항은 100세대 이상 민간임대사업자들이 국민의 주거생활을 안정시키는 데에 미치는 영향력을 고려하여, 이들에게 더욱 엄격한 증액 비율이 적용되도록 하고 위반 시 과태료 부과 등의 제재를 함으로써 공공성을 확보하려는 것으로 이해할 수 있으므로, 이는 자의적인 차별 취급이라고 할 수 없다. 더불어 주택임대차보호법과 공공주택 특별법 또한 임대료 증액 비율의 상한을 정하고 있고, 임대료와 관련하여 각종 규제를 두고 있으므로, 심판대상조항이 이들 법률들의 규정에 비하여 100세대 이상 민간임대사업자에게 합리적인 이유 없이 심한 부담을 부과하고 있다고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

재판관 이영진의 보충의견

심판대상조항은 청구인의 기본권을 침해하지는 아니하나, 수범자인 100세대 이상 민간임대사업자 및 임대료 증액에 있어 이해관계를 가지는 임차인으로서 심

판대상조항의 내용만으로는 그 의미를 쉽게 알기 어렵고, 각종 관련 고시 및 게시물의 내용까지 종합하여 그 의미를 해석해야만 정확한 임대료 증액 비율의 상한이 도출할 수 있다. 따라서 입법자로서는 심판대상조항의 의미가 쉽게 이해될 수 있도록 일부 조세법령의 예에 의거하여 수식의 형태로 심판대상조항을 규정하고, 심판대상조항의 의미를 이해하기 위해 필요한 최소 개념들의 내용을 심판대상조항에서 밝혀 규정하는 방법을 고려할 필요가 있다.

【심판대상조문】

민간임대주택에 관한 특별법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29550호로 개정된 것) 제34조의2 제1호

【참조조문】

헌법 제10조, 제15조

민간임대주택에 관한 특별법(2020. 8. 18. 법률 제17482호로 개정된 것) 제44조 제1항, 제2항

민간임대주택에 관한 특별법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29550호로 개정된 것) 제34조의2 제2호

공공주택 특별법(2015. 8. 28. 법률 제13498호로 개정된 것) 제49조 제1항, 제2항, 제4항

공공주택 특별법 시행령(2020. 9. 8. 대통령령 제31005호로 개정된 것) 제44조 제1항

주택임대차보호법(2020. 7. 31. 법률 제17470호로 개정된 것) 제7조

【참조판례】

- 가. 헌재 2022. 9. 29. 2019헌마1352, 공보 312, 1235, 1241
- 헌재 2022. 5. 26. 2021헌마619, 판례집 34-1, 501, 517
- 나. 헌재 2019. 7. 25. 2018헌마349, 공보 274, 885, 889

【당사자】

청 구 인 주식회사 ○○
 대표이사 최○○, 이○○, 김○○,
 이□□, 서○○
 대리인 법무법인(유한) 클라스한결
 담당변호사 이강국 외 2인
 법무법인(유한) 바른
 담당변호사 박성호
 법무법인 안세
 담당변호사 이성환 외 3인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 100세대 이상의 민간임대주택단지를 임대하는 임대사업자로서, 2015. 6. 16. 하남시 (주소

생략) 소재 ○○아파트 1,104세대(이하 ‘이 사건 임대주택’이라 한다)에 대하여 이를 임대주택으로 건설하는 내용의 사업계획승인을 받고, 임대시작일 2016. 11. 21., 임대무기간 5년의 임대주택(민간)으로 등록하여 임대업을 영위하여 왔다.

나. 청구인은 ‘민간임대주택에 관한 특별법’(이하 연혁에 상관없이 ‘민간임대주택법’이라 한다) 제44조 제2항 및 같은 법 시행령 제34조의2가 임대료의 증액 청구 시 고려사유로 주거비 물가지수, 인근 지역의 임대료 변동률, 임대주택 세대 수 등만을 규정하고 있을 뿐이어서, 위 법령조항에 따르면 청구인의 조세 부담이 증가하였다는 사유로는 임대료를 증액할 수 없어 자신의 기본권이 침해된다고 주장하면서, 2020. 10. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 이후 청구인은 2024. 4. 19. 민간임대주택법 제44조 제2항 및 같은 법 시행령 제34조의2 제2호에 대한 심판청구를 취하하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 ‘민간임대주택에 관한 특별법 시행령’(2019. 2. 12. 대통령령 제29550호로 개정된 것) 제34조의2 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

민간임대주택에 관한 특별법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29550호로 개정된 것)

제34조의2(임대료) 법 제44조 제2항 본문에서 “대통령령으로 정하는 증액 비율”이란 다음 각 호의 구분에 따른 비율을 말한다.

1. 100세대 이상 민간임대주택단지: 「통계법」에 따라 통계청장이 고시하는 지출목적별 소비자물가지수 항목 중 해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료, 주거시설 유지·보수 및 기타 주거 관련 서비스 지수를 가중 평균한 값의 변동률. 다만, 임대료의 5퍼센트 범위에서 시·군·자치구의 조례로 해당 시·군·자치구에서 적용하는 비율을 정하고 있는 경우에는 그에 따른다.

3. 청구인의 주장

가. 심판대상조항은 ‘통계법에 따라 통계청장이 고시하는 지출목적별 소비자물가지수 항목 중 해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료, 주거시설 유지·보수 및 기타 주거관련 서비스 지수를 가중 평균한 값의 변동률’(이



하 ‘이 사건 변동률’이라 한다)을 초과하여 임대료 증액을 청구하지 못하도록 규정하고 있으나, 해당 조항만으로는 이 사건 변동률에 대한 계산식을 전혀 예측할 수 없어 명확성원칙에 위반된다.

나. 심판대상조항에서 정한 임대료 증액 비율의 상한 산정 방식은 조세 부담을 임대료에 반영하지 못하여 임대료 증액을 과도하게 규제하고, 특히 서울특별시나 경기도와 같이 그 관할지역이 광범위하고 동일관할 내이더라도 임대주택이 소재하는 최소 행정구역 단위 지역별로 부동산 시장의 상황이 상이하여 임대료 수준이 다른 경우에도 그러한 시장 사정은 전혀 고려하지 않은 채 일률적으로 발표되는 이 사건 변동률을 임대료 증액 비율의 상한으로 정하고 있는바, 이는 임대사업자에게 지나치게 부담을 지우며, 위 조항에 따라 실제 산정되는 임대료 증액 비율 상한은 약 1퍼센트 정도에 불과하여 임대인의 임대료 증액 청구권을 형해화함에 따라, 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해한다.

다. ‘공공주택 특별법’에 따른 공공임대사업자(이하 ‘공공임대사업자’라고 한다)나 주택임대차보호법의 적용을 받는 임대사업자 등록을 하지 않은 임대인(이하 ‘일반주택임대인’이라 한다)은 청구인과 마찬가지로 주택임대업을 영위하고 있어 본질적으로 동일한 집단이다. 그러나 공공임대사업자는 주거비 물가지수 등을 고려하여 ‘임대료의 100분의 5 이내’의 범위에서 증액할 수 있도록 규정하고 있고, 일반주택임대인의 경우 임대료 증액 시 임대인이 부담하는 조세 부담이나 공과금을 고려할 수 있도록 하는 반면, 민간임대주택법상 임대사업자(이하 ‘민간임대사업자’라고 한다) 중 심판대상조항의 적용을 받는 100세대 이상 민간임대주택단지 임대사업자(이하 ‘100세대 이상 민간임대사업자’라고 한다)의 경우, 심판대상조항에서 이 사건 변동률을 초과하여 임대료를 증액하지 못하도록 하고, 위반 시 과태료를 부과하고 있으므로, 이는 청구인의 평등권을 침해한다.

라. 심판대상조항은 임대료 증액 비율 산정 시 고려할 사항을 정하면서 모범인 민간임대주택법 제44조 제2항에서 규정한 ‘인근 지역의 임대료 변동률’을 누락하고 있는바, 이는 정당한 이유가 인정되지 아니하는 부진행정입법부작위에 해당하므로 수권조항에 반한다.

4. 판단

가. 쟁점

(1) 심판대상조항은 100세대 이상 민간임대주택단에 해당하는 이 사건 임대주택에 대하여 5퍼센트를 상

한으로 하여 이 사건 변동률을 초과하여 임대료를 증액할 수 없도록 정하고 있으며, 이에 따라 임대료 증액 비율을 정함에 있어 세액의 증가를 고려할 수도 없다. 따라서 심판대상조항은 100세대 이상 민간임대사업자인 청구인의 계약의 자유를 제한함과 아울러 직업수행의 자유를 제한한다. 또한 심판대상조항은 100세대 이상의 민간임대주택단지에 대하여 임대료 증액 비율의 상한을 달리 정하고 있으므로, 평등권 침해 여부도 문제된다.

(2) 청구인은 심판대상조항이 명확성원칙에 위반된다고 주장하나, 이는 심판대상조항이 모법에서 위임한 내용을 구체화하여 이를 명확히 알 수 있도록 규정하고 있지 않다는 취지인바, 법률유보원칙 위반 여부와 관련하여 심판대상조항이 수권법률에서 위임한 범위 내에서 그 의미와 내용을 명확하게 정하고 있는지를 살펴본다(헌재 2022. 5. 26. 2021헌마619 참조).

(3) 한편, 청구인은 심판대상조항이 임대료 증액 비율의 상한을 정함에 있어 고려 요소로 ‘인근 지역의 임대료 변동률’을 규정하지 아니하여 수권조항에 반한다고 주장하나, 심판대상조항은 소비자물가지수 항목 중 해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료 등의 변동률을 고려하도록 하고 있고, 이러한 주장은 결국 심판대상조항이 정한 임대료 증액 비율의 상한이 과도하게 낮다는 것이므로, 심판대상조항의 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하는 이상 이 부분 주장을 별도로 판단하지 아니한다.

(4) 따라서 아래에서는 심판대상조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부, 평등권을 침해하는지 여부를 차례로 살펴본다.

나. 계약의 자유 및 직업수행의 자유 침해 여부

(1) 법률유보원칙 위반 여부

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하바, 여기서 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다. 모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반되는바(헌재 2022. 9. 29. 2019헌마1352 참조), 하위법령의 내용은 위임 범위 내

일 것을 요한다.

그러므로 심판대상조항이 수권법률로부터 위임된 범위 안에서 그 의미와 내용을 명확하게 정하고 있는지를 살펴본다.

심판대상조항의 수권법률인 민간임대주택법 제44조 제2항은 임대료의 5퍼센트의 범위 내에서 주거비 물가지수, 인근 지역의 임대료 변동률, 임대주택 세대 수 등을 고려하여 임대료 증액 비율의 상한을 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 심판대상조항은 그러한 위임을 받아 100세대 이상 민간임대주택단지의 임대료 증액 비율의 상한을 ‘통계법에 따라 통계청장이 고시하는 지출목적별 소비자물가지수 항목 중 해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료, 주거시설 유지·보수 및 기타 주거관련 서비스 지수를 가중 평균한 값의 변동률’로 규정하고 있다. 이 중 ‘소비자물가지수’는 각 가정이 생활을 위해 구입하는 상품과 서비스 가격 변동을 알아보기 위해 통계청장이 통계법 및 관련 법령에 따라 고시하는 통계로서(통계법 제17조 제1항) 그 의미가 명확하고, 심판대상조항에서는 통계청장이 고시하는 지출목적별 소비자물가지수 항목 중 ‘해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료, 주거시설 유지·보수 및 기타 주거관련 서비스 지수를 가중 평균한 값의 변동률’을 대통령령이 정하는 증액 비율의 상한으로 명시하고 있으므로, 통계청장이 고시하는 위 지수들을 심판대상조항에서 명시하고 있는 산식에 대입하면 임대료 증액 비율의 상한이 도출될 것이라는 점이 해석상 분명하다. 결국 민간임대주택법 및 관련 법령의 내용 등에 비추어 보면, 심판대상조항은 위임 범위 내에서 그 내용을 명확하게 정하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 심판대상조항은 법률유보원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 100세대 이상 민간임대사업자가 소비자물가지수나 주변 임대료 시세 등 경제 여건을 고려하지 않고 무분별하게 모범에서 정하고 있는 임대료 증액 비율의 상한 한도인 5퍼센트로 임대료를 증액하여 민간임대주택을 과도한 영리 목적에 이용하는 것을 방지하고, 이를 통하여 민간임대주택에 거주하는 국민의 주거생활을 안정시키고자 하는 것이므로(민간임대주택법 제1조), 입법목적의 정당성이 인정된다.

나아가 이를 위하여 100세대 이상 민간임대사업자가 임대기간 동안 임대료를 증액하여 신규 임대차계약을 체결하거나 종전 임대차계약을 갱신하는 경우 이 사건 변동률을 초과하여 계약하는 것을 금지하고 있으므로, 수단의 적합성 또한 인정된다.

(나) 침해의 최소성

1) 민간임대주택법 시행 전에도 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호로 전부개정되기 전의 것) 제20조 제2항에서 임대료 증액에 관하여는 임대사업자가 주거비 물가지수 등 경제 여건을 고려하도록 규정을 두고 있었고, 2015. 8. 28. 법률 제13499호로 민간임대주택법으로 전부개정됨에 따라 종전 임대사업자에게 적용된 규제들을 폐지하면서도 임대료 증액 제한에 관한 규정은 유지하였다. 그러나 대규모의 민간임대주택 단지를 임대하는 임대사업자들이 임대료를 증액함에 있어 주거비 물가지수, 인근 지역의 임대료 변동률 등을 고려하지 않고 일률적으로 당시 시행 중이던 구 민간임대주택법(2018. 8. 14. 법률 제15730호로 개정되기 전의 것)에서 허용하는 한도인 연 5퍼센트 비율로 증액하는 등 규제의 실효성이 담보되지 못하였다. 이에 심판대상조항에서 100세대 이상 민간임대사업자에 대하여는 임대료 증액을 청구할 수 있는 한도를 보다 세밀하게 정한 것이다. 이와 같은 사정에 비추어 볼 때, 심판대상조항은 임대료 증액의 적정성을 유지함으로써 국민의 주거생활 안정을 도모하기 위한 것으로, 그 제한이 과도하다고 볼 수 없다.

2) 특히 100세대 이상 민간임대사업자는 해당 단지 뿐만 아니라 인근 지역의 임대료 시세에 영향력을 미칠 수 있으므로, 중·소규모의 임대주택을 운영하는 임대사업자에 비하여 국민의 주거생활의 안정에 미치는 파급 효과가 매우 크다. 따라서 100세대 이상 민간임대사업자가 소비자물가지수나 인근 지역 임대료 시세에 대한 고려 없이 일률적으로 민간임대주택법에서 정하고 있는 상한 한도인 5퍼센트까지 임대료를 증액할 경우, 이는 주변 중·소규모 민간임대주택이나 일반 주택의 임대료 시세를 상승시키는 원인이 될 수 있다. 따라서 100세대 이상 민간임대사업자에 대하여 더욱 엄격한 기준을 적용한 것은 납득할 만하다.

3) 민간임대주택법은 민간임대사업자에 대하여 종전 임대주택법에 따라 적용되던 임차인 자격 제한, 최초 임대료 제한, 분양전환의무, 담보권 설정 제한 등의 규제를 폐지하였다. 또한 청구인과 같은 법인임대사업자는 임대주택 등록 시점에 따라 혜택의 내용에 차이는 있으나 법인세, 종합부동산세 등의 세제혜택을 받을



수 있다(종합부동산세법 제8조 제2항 제1호, 종합부동산세법 시행령 제3조 제1항 제1호 다목, 제2호 다목, 조세특례제한법 제96조 제1항, 조세특례제한법 시행령 제96조 제2항 제4호, 법인세법 제55조의2 제1항 제2호, 법인세법 시행령 제92조의2 제2항). 특히 전용면적 85제곱미터 이하의 민간임대주택을 100세대 이상의 범위에서 대통령령으로 정하는 호수 이상 건설하는 일정한 경우에는 해당 민간임대사업자에게 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’상 토지 수용권 및 사용권이 부여되고 있고(민간임대주택법 제20조), 민간임대주택법이 2018. 1. 16. 법률 제15356호로 개정되기 전까지는 8년 이상 임대할 목적으로 100세대 이상의 민간임대주택단지를 임대하는지 여부를 기준으로 이를 상회하는 민간임대사업자(이른바 ‘기업형 임대사업자’)에 한하여 용적률·건폐율·층수 제한 완화, 판매시설·업무시설 허용 등의 혜택을 부여해왔다[구 민간임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호로 전부개정되고, 2018. 1. 16. 법률 제15356호로 개정되기 전의 것) 제21조, 제35조 참조]. 그럼에도 불구하고, 100세대 이상 민간임대사업자들은 국민의 주거생활을 안정시키는 데에 충분한 공적 역할을 수행하지 못하였다(현재 2019. 7. 25. 2018헌마349 참조). 이에 심판대상조항은 위와 같은 공적 지원 및 영향력에 상응하는 공공성을 확보하기 위하여 마련된 것으로 볼 수 있다.

4) 한편, 이 사건 변동물의 산출 기준이 되는 소비자물가지수는 각 시·도별로 매월 발표되고 있으며, 이 사건 변동물에서는 소비자물가지수 항목 중 ‘주택임차료’, ‘주거시설 유지·보수’, ‘기타 주거관련 서비스’ 지수를 사용하고 공공요금 성격인 수도·전기·연료 항목은 제외된다. 또한 소비자물가지수에 품목별·시도별 가중치를 적용함으로써 대상 임대주택단지 인근 지역의 시세와 지역별로 주거비용에 따른 상대적 중요도, 지출에서 차지하는 비중을 반영하고, 위와 같은 가중치는 0, 2, 5, 7자로 끝나는 연도를 기준으로 개편된다. 결국 이 사건 변동물은 해당 지역에서의 주거비 관련 물가변동물을 고려하도록 함으로써, 임차인 보호를 도모하는 한편 민간임대사업자의 계약의 자유나 직업수행의 자유에 대한 제한을 최소한으로 하고 있다.

청구인은 심판대상조항에서 이 사건 변동물을 정함에 있어 소비자물가지수나 인근 지역의 임대료만을 고려하고 조세 부담을 고려하지 않은 것이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하나, 민간임대주택의 공적 성격에 비추어 볼 때 임차인이 부담하는 주택임차료 등

주거비용이 임대료 증액을 결정함에 있어 우선적으로 고려되어야 할 것이고, 앞서 살펴본 바와 같이 민간임대사업자에게는 세제 혜택을 지원함으로써 조세 부담을 경감시킬 수 있는 방법이 마련되어 있으므로, 이 사건 변동물에 민간임대사업자의 조세 부담을 반영하지 않은 것은 수긍할 수 있다.

5) 청구인은 이 사건 변동물 산출의 기준이 되는 시·도의 관찰지역이 지나치게 광범위하다고 주장한다. 그러나 이 사건 변동물 산출방식은 통계청장이 고시하는 소비자물가지수를 전제로 하는바, 청구인이 주장하는 바와 같이 최소 행정구역 단위 지역을 기준으로 하려면 해당 행정구역 단위별 소비자물가지수 및 가중치에 대한 통계청의 조사가 선행되어야 하므로 많은 행정력이 투입되어야 한다. 따라서 적정한 행정력 투입을 통해 효율적으로 이 사건 변동물을 산출하기 위하여 현재 소비자물가지수의 지역별 산출단위인 시·도 등의 행정구역을 기준으로 하는 것은 납득할 수 있다. 나아가 이 사건 변동물은 종전 임대료 대비 증액 비율을 정한 것이어서 임대료의 편차가 아닌 임대료 상승률의 편차가 고려 대상이 되는데, 시·도 내 지역 간 편차가 주변 지역 임대료 상승률의 실질을 반영하지 못할 정도로 크다고 보기 어렵다. 또한, 일부 투기과열지역의 임대료 상승률이 다른 지역에 비해 현저히 높다고 하더라도 국민의 주거생활 안정을 목적으로 하는 민간임대주택제도의 취지를 고려하면, 일부 지역의 과도한 상승률까지 반영하여 민간임대사업자의 이익을 보호해야 할 필요성을 인정하기 어렵다.

6) 청구인은 심판대상조항으로 인하여 임대료를 증액할 수 있는 비율이 모법의 상한인 5퍼센트에 비하여 크게 낮아져 막대한 손해를 입는다고 주장한다. 실제 청구인은 이 사건 임대주택에 관하여 임대차계약기간 및 임대차보증금 및 차임(임대료) 조정 주기를 1년으로 정하여 매년 모든 임차인에 대하여 10. 31.을 기준으로 하여 증액 내지 동결하여 왔으며, 이에 따라 2020. 10. 31. 1.3퍼센트, 2021. 10. 31. 2.8퍼센트 각 증액하였다는 자료를 제출한 바 있다.

살피건대 임대 시점과 증액 시점 및 해당 지역 등에 따라 이 사건 변동물에 따른 임대료 증액 비율의 상한은 달리 산출되므로, 임대료를 증액할 수 있는 비율이 모법의 상한인 5퍼센트에 비하여 낮아질 가능성도 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 심판대상조항은 해당 지역에서의 주거비 관련 물가변동물을 고려하도록 함으로써, 임차인 보호를 도모하는 한편 민간임대

사업자의 계약의 자유나 직업수행의 자유에 대한 제한을 최소한으로 하고자 하는 것이므로, 이 사건 변동률에 따른 임대료 증액 비율의 상한이 다소 낮아진다 하더라도 이를 지나치다고 볼 수 없다.

7) 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성을 갖추지 못하였다고 보기 어렵다.

(다) 법익의 균형성

주거의 안정은 인간다운 생활을 하기 위한 필수불가결한 요소이며, 국가는 경제적 약자인 임차인을 보호하고 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다(헌법 제34조 제1항, 제2항, 헌재 1998. 2. 27. 97헌바20 참조). 이와 같은 점에서 볼 때 민간임대주택에 거주하는 국민의 주거생활을 안정시킨다는 공익은 그 중대성을 인정할 수 있으며, 특히 100세대 이상 민간임대사업자의 경우, 해당 임대주택이 지역 임대료 등에 미칠 파급력 등을 고려할 때 임대료 증액 비율의 상한을 더욱 세밀하게 규정해야 할 필요성이 크다. 반면 심판대상조항으로 인하여 100세대 이상 민간임대사업자의 임대료 증액 청구권의 행사가 그 증액 비율에 있어 제한을 받게 되나, 이로 인한 부담은 100세대 이상 민간임대사업자에게 주어지는 각종 혜택에 의하여 어느 정도 전보될 수 있으므로, 심판대상조항으로 인하여 침해되는 사익은 위 공익에 비하여 크지 않다.

따라서 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

(라) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 계약의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 청구인은 ‘공공주택 특별법’의 적용을 받는 공공임대사업자나 주택임대차보호법의 적용을 받는 일반주택임대인은 100세대 이상 민간임대사업자와 마찬가지로 주택임대업을 영위하고 있어 본질적으로 동일한 집단임에도, ‘공공주택 특별법’에서는 공공임대사업자가 주거비 물가지수 등을 고려하여 ‘임대료의 100분의 5 이내’의 범위에서 증액할 수 있도록 규정하고 있고, 주택임대차보호법의 경우 임대료 증액 시 임대인이 부담하는 조세 부담이나 공과금을 고려할 수 있도록 하는 반면, 심판대상조항에서는 주거비 물가지수 변동률을 초과하여 임대료를 증액하지 못하도록 하고, 위반 시 과태료를 부과하는 등 임대료 증액에 대하여는 더 가혹한 기준을 적용하여 청구인의 평등권이 침해된다고 주장한다.

(2) 앞서 본 바와 같이, 국가는 임대주택에 거주하는 국민의 주거생활의 안정을 위하여 노력하여야 하는

데, 주택임대차보호법, 민간임대주택법 및 ‘공공주택 특별법’ 모두 위와 같은 국가의 의무를 실현하기 위한 법률들이라고 볼 수 있다. 그러나 주택임대차보호법, 민간임대주택법 및 ‘공공주택 특별법’은 규율대상 및 내용에서 그 성격을 달리한다. 주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차를 규율하는 법률로서, 민법에 대한 특례를 규정한 것이고(주택임대차보호법 제1조, 제2조), ‘공공주택 특별법’은 공공주택의 원활한 건설과 효과적인 운영을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 공적 자금의 지원을 통해 공공주택사업자가 공급하는 임대주택을 규율하고 있다(공공주택 특별법 제1조). 반면 민간임대주택법은 주거용 건물 중 민간인이 임대 또는 임대 후 분양전환을 목적으로 건설 또는 매입된 민간임대주택의 건설·공급 및 관리를 규율할 뿐만 아니라 주택임대사업자 육성 등에 관한 사항도 함께 정하고 있다(민간임대주택법 제1조). 따라서 위 각 법률들이 규율하는 주택의 종류 및 임대인의 성격이 상이하므로, 임대료에 대한 규정 또한 위와 같은 특성을 반영할 필요가 있다.

(3) 특히 심판대상조항은 100세대 이상 민간임대사업자를 규율하고 있는데, 이들은 해당 단지뿐만 아니라 인근 지역의 임대료 시세에 영향력을 미칠 수 있으므로, 국민의 주거생활의 안정에 미치는 영향력이 중·소규모의 임대주택을 운영하는 임대사업자에 비하여 매우 큼에도 불구하고, 그동안 100세대 이상 민간임대사업자들이 이에 대한 고려 없이 임대료를 증액하여 국민의 주거생활을 안정시키는 데 부족함이 있었다는 판단에서, 이들에게 더욱 엄격한 증액 비율이 적용되도록 하고 위반 시 과태료 부과 등의 제재를 함으로써 공공성을 확보하려는 것으로 이해할 수 있으므로, 이는 자의적인 차별 취급이라고 할 수 없다.

(4) 나아가 공공임대사업자 또는 일반주택임대인에 대해서도 100세대 이상 민간임대사업자와 마찬가지로 임대료 증액 비율에 있어 상한이 정해져 있고(공공주택 특별법 제49조 제2항 전문, 주택임대차보호법 제7조 제2항), 임대료 증액이 있은 후 1년 이내에는 증액하지 못하도록 하고 있다(공공주택 특별법 제49조 제2항 후문, 주택임대차보호법 제7조 제1항 후문). 특히 공공임대사업자의 경우 임대료 증액 상한을 정함에 있어 주거비 물가지수 및 인근 지역의 임대료 변동률을 고려하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 최초 임대료는 국토교통부장관이 정하여 고시하는 표준 임대료를 초과할 수 없고(공공주택 특별법 제49조 제1항, 같은 법 시행령 제44조 제1항), 임대료를 정하는 경우 임차인



의 소득수준을 고려하여 차등적으로 정할 수 있도록 하고 있다(공공주택 특별법 제49조 제4항). 위와 같은 사정 등을 종합하면, 100세대 이상 민간임대사업자가 공공임대사업자 또는 일반주택임대인에 비해 합리적인 이유 없이 심한 부담을 받는다고 단정하기도 어렵다.

(5) 따라서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다. 이는 아래 6.과 같은 재판관 이영진의 보충의견이 있는 외에는 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 이영진의 보충의견

나는 심판대상조항이 청구인의 기본권을 침해하지 않는다는 법정의견에는 동의하지만, 심판대상조항의 입법형식에 관하여는 개선이 필요하다고 생각하므로, 다음과 같은 의견을 보충하여 밝혀두고자 한다.

법치국가원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 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. 따라서 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적 이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있어야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480; 헌재 2015. 10. 21. 2012헌바415 등 참조).

심판대상조항은 이 사건 변동률을 ‘통계법에 따라 통계청장이 고시하는 지출목적별 소비자물가지수 항목 중 해당 임대주택이 소재한 특별시, 광역시, 특별자치시, 도 또는 특별자치도의 주택임차료, 주거시설 유지·보수 및 기타 주거관련 서비스 지수(이하 ‘시·도별 주거비물가지수’라고 한다)를 가중 평균한 값의 변동률’로 정하고 있다. 그러나 수범자인 100세대 이상 민간임대사업자 및 임대료 증액에 있어 이해관계를 가지는 입차인으로서 위 내용만으로는 ‘가중 평균한 값’을 도출하기 위하여 통계청장이 별도로 고시하는 품목별· 시도별 가중치가 필요하다는 사실이나 위 가중치를 적용하여 ‘시·도별 주거비물가지수를 가중 평균한 값’을 어떻게 구할 수 있는지 파악하기 어렵다.

나아가 ‘이 사건 변동률’이란, 임대료를 증액하고자

하는 월의 해당 임대주택 소재 최신 주거비물가지수를 가중 평균한 값(이하 ‘비교지수’라고 한다)에서 임대차계약이 체결된 월의 해당 임대주택 소재 주거비물가지수를 가중 평균한 값(이하 ‘기준지수’라고 한다)을 제한 값을 기준지수로 나눈 값에 100을 곱하여 산출된 값을 의미한다. 그런데 수범자 등의 입장에서 심판대상조항의 내용만으로는 기준지수, 비교지수 및 위 계산 방법을 쉽게 도출하는 것은 용이하지 않다. 결국 수범자 등으로서는 통계청장이 고시하는 품목별· 시도별 가중치가 있음을 인지하고 국가통계포털(KOSIS) 등을 통해 이를 파악하는 작업이 선행되어야 하는 것은 물론, 이 사건 변동률의 정확한 의미를 파악하기 위하여 국토교통부 등록민간임대주택 임대등록시스템(www.renthome.go.kr)에 게시된 이 사건 변동률의 내용을 정리한 수식과 이 사건 변동률을 적용하여 임대료 증액 비율 상한을 산출한 예시에 의존할 수밖에 없다.

수범자 등의 입장에서 볼 때, 위와 같은 심판대상조항의 형식은 민간임대주택법상 관련규정에서 더 나아가 각종 관련 고시 및 게시물의 내용까지 종합하여 그 의미를 해석해야만 정확한 임대료 증액 비율의 상한이 도출될 수 있다는 것에 다름 아니고, 이는 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것(헌재 2012. 3. 29. 2010헌바432 등 참조)임을 감안하더라도 가혹한 측면이 있다. 특히 100세대 이상 민간임대사업자의 경우, 심판대상조항의 임대료 증액 비율 상한을 초과하여 임대료를 증액할 경우 3천만 원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있고(민간임대주택법 제67조 제1항 제4호), 각종 세제혜택에서도 배제되는 등 불이익을 받게 되므로, 심판대상조항의 의미를 보다 알기 쉽게 규정할 필요가 있다.

따라서 입법자로서는 심판대상조항의 의미가 쉽게 이해될 수 있도록 일부 조세법령의 예에 의거하여 수식의 형태로 이 사건 변동률을 규정할 수 있을 것이다. 또한 이 사건 변동률의 의미를 이해하기 위해 필요한 최소 개념인 ‘품목별· 시도별 가중치’, ‘기준지수’ 및 ‘비교지수’의 내용을 심판대상조항에서 밝혀 규정하는 방법 또한 고려할 필요가 있다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선 김형두 정정미 정형식

[별지] 관련조항

민간임대주택에 관한 특별법(2020. 8. 18. 법률 제 17482호로 개정된 것)

제44조(임대료) ① 임대사업자가 민간임대주택을 임대하는 경우에 최초 임대료(임대보증금과 월임대료를 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 임대료와 같다.

1. 공공지원민간임대주택의 경우: 주거지원대상자 등의 주거안정을 위하여 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 임대사업자가 정하는 임대료
2. 장기일반민간임대주택의 경우: 임대사업자가 정하는 임대료. 다만, 제5조에 따른 민간임대주택 등록 당시 존속 중인 임대차계약(이하 “중전임대차계약”이라 한다)이 있는 경우에는 그 중전임대차계약에 따른 임대료

② 임대사업자는 임대기간 동안 임대료의 증액을 청구하는 경우에는 임대료의 5퍼센트의 범위에서 주거비 물가지수, 인근 지역의 임대료 변동률, 임대주택 세대 수 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 증액 비율을 초과하여 청구해서는 아니 된다.

민간임대주택에 관한 특별법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29550호로 개정된 것)

제34조의2(임대료) 법 제44조 제2항 본문에 “대통령령으로 정하는 증액 비율”이란 다음 각 호의 구분에 따른 비율을 말한다.

2. 제1호를 제외한 민간임대주택: 임대료의 5퍼센트. 다만, 주거비 물가지수 및 인근 지역의 임대료 변동률 등을 고려해야 한다.

공공주택 특별법(2015. 8. 28. 법률 제13498호로 개정된 것)

제49조(공공임대주택의 임대조건 등) ① 공공임대주택의 임대료(임대보증금 및 월 임대료를 말한다. 이하 같다) 등 임대조건에 관한 기준은 대통령령으로 정한다.

② 공공임대주택의 공공주택사업자가 임대료 증액을 청구하는 경우(채계약을 하는 경우를 포함한다)에는 임대료의 100분의 5 이내의 범위에서 주거비 물가지수, 인근 지역의 주택 임대료 변동률 등을 고려하여 증액하여야 한다. 이 경우 증액이 있는 후 1년 이내에는 증액하지 못한다.

④ 공공임대주택의 임대료 등 임대조건을 정하는 경우에는 임차인의 소득수준 및 공공임대주택의 규모 등을 고려하여 차등적으로 정할 수 있다. 이 경우 소득수준 등의 변화로 임대료가 변경되는 경우에는 제2항 및 제3항을 적용하지 아니한다.

공공주택 특별법 시행령(2020. 9. 8. 대통령령 제31005

호로 개정된 것)

제44조(공공임대주택의 임대료) ① 제2조 제1항 제1호부터 제3호까지, 제3호의2, 제4호 및 제5호에 따른 공공임대주택의 최초의 임대료(임대보증금 및 월 임대료를 말한다. 이하 같다)는 국토교통부장관이 정하여 고시하는 표준 임대료를 초과할 수 없다. (단서 생략)

주택임대차보호법(2020. 7. 31. 법률 제17470호로 개정된 것)

제7조(차임 등의 증감청구권) ① 당사자는 약정한 차임이나 보증금이 임차주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 아니하게 된 때에는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 이 경우 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임이나 보증금의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못한다.

② 제1항에 따른 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1의 금액을 초과하지 못한다. 다만, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장 여건 등을 고려하여 본문의 범위에서 증액청구의 상한을 조례로 달리 정할 수 있다.

7. 검찰청법 제10조 제1항 위헌확인

[2024. 7. 18. 2021헌마248]

【판시사항】

검사의 불기소처분에 대한 항고권자를 고소인·고발인으로 한정된 검찰청법 제10조 제1항 전문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 고소하지 않은 범죄 피해자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

검찰청법상 항고는 검사의 불기소처분에 대하여 검찰 내부에 의한 신속하고 효율적인 자체 시정을 구하는 제도로서, 수사 절차상 지위가 불분명한 고소하지 않은 범죄피해자에게 검찰항고를 허용할 경우 이 같은 제도의 취지가 달성되지 않을 가능성이 있다. 심판대상조항이 고소하지 않은 범죄피해자를 검찰항고권자로 정하지 않은 것은 검찰항고를 거쳐 재정신청에 이르는 일련의 제도를 고려한 것이다. 고소하지 않은 범죄피해자는 헌법소원심판을 청구함으로써 부당한 불기소처분에 대한 시정을 구할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 고소하지 않은 범죄피해자의 평등권을 침해하지 않는다.



【심판대상조문】

검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로 개정된 것) 제10조 제1항 전문

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

【참조판례】

헌재 2012. 7. 26. 2010헌마642, 판례집 24-2상, 273, 277
헌재 2014. 2. 27. 2012헌마983, 판례집 26-1상, 304, 308

【당 사 자】

청 구 인 한○○
국선대리인 변호사 강재룡
피 청 구 인 수원지방검찰청 검사

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 (차량번호 생략) 그랜저 승용차(이하 '청구인 차량'이라 한다)의 운전자이고, 피의자는 (차량번호 생략) 케이(K)7 승용차(이하 '피의자 차량'이라 한다)의 운전자이다. 청구인은 2020. 9. 16. 피의자와 보복운전을 이유로 시비가 발생하자 112신고를 하였고, 청구인은 피의자에 대한 재물손괴와 폭행 혐의로, 피의자는 청구인에 대한 특수협박과 특수폭행 혐의로 경찰에 입건되었다. 수사기관은 위 사건을 모두 인지 사건으로 분류하였다.

나. 사법경찰관은 청구인과 피의자에 대하여 각 불기소(혐의없음) 의견으로 검찰에 송치하였고, 피청구인은 2020. 10. 15. 청구인과 피의자에 대하여 각 혐의없음(증거불충분)의 불기소처분을 하였다(수원지방검찰청 2020년 형제78458호). 그중 피의자에 대한 피의사실의 요지는 다음과 같다.

『(1) 특수협박

피의자는 2020. 9. 16. 18:54경 용인시 기흥구 신갈동 삼성구성고가차도 한국민속촌 쪽에서 구성사거리 쪽으로 편도 2차로 도로의 2차로를 미상의 속도로 진행 중 1차로로 차선 변경하는 과정에서 앞서 2차로에서 진행 중이던 청구인이 1차로로 차선 변경을 시도하여 진행에 방해가 되자 이에 화가 났다는 이유로, 용인운전면허시험장 앞 노상 2차로에서 청구인 차량 전방으로 무리하게 차선 변경을 시도하여 끼어들기 후 다음 구성사거리까지 약 4회에 걸쳐 고의 급제동과 서행을 반복하며 청구인에게 생명, 신체에 어떠한 위해를 가할 것처럼 협박하였다.

(2) 특수폭행

피의자는 2020. 9. 16. 19:04경 용인시 기흥구 보정동 ○○주유소 부근 노상에서 정차 중 상호 시비가 된 청구인이 피의자 차량 운전석 쪽 측면 도로에 서 있자 현장에서 떠날 생각으로 출발하게 되었다. 이에 청구인이 피의자 차량 운전석 쪽 측면 유리 창문 부분을 수차례 두드리는 상황에서 피의자는 속도를 높여 그대로 진행하여 위험한 물건인 자동차를 이용하여 청구인을 폭행하였다.』

다. 피청구인은, 피의자가 청구인 차량 앞으로 무리하게 차선 변경 후 의도적으로 서행하여 청구인의 정상적인 진행을 방해한 사실은 인정되나, 이 같은 행위가 협박죄의 성립에 요구되는 공포심을 일으키기에 충분한 것이라거나 피의자에게 해악을 고지한다는 인식이 있었다고 인정하기 어려우므로 보복운전으로 인한 특수협박죄가 성립하지 않고, 피의자 차량이 출발할 당시에는 청구인이 피의자 차량 주변에 서 있지 않다가 이미 출발한 후에 청구인이 달려왔으므로 특수폭행죄도 인정하기 어렵다고 하면서, 피의자에 대하여 불기소처분을 하였다.

라. 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 2020. 10. 27.경 수원지방검찰청에 항고장을 제출하고자 하였으나, 수원지방검찰청 직원은 청구인이 항고권자가 아니라는 이유로 접수를 거부하였다.

마. 청구인은 2020. 11. 17. 이에 대한 헌법소원심판을 청구하기 위하여 국선대리인전임신청을 하였고(2020헌사1158), 이후 선정된 국선대리인이 검사의 불기소처분에 대하여 고소인·고발인만이 항고할 수 있도록 한 검찰청법 제10조 제1항 및 피의자에 대한 위 불기소처분이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2021. 2. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

청구인은 검찰청법 제10조 제1항 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 청구인이 다투고자 하는 것은 검찰청법상 항고권자를 고소인·고발인으로 한정하고 있는 부분이므로, 심판대상을 청구인의 주장과 관련 있는 위 조항 전문으로 한정한다.

따라서 이 사건 심판대상은 검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로 개정된 것) 제10조 제1항 전문(이하 '심판대상조항'이라 한다) 및 피청구인이 2020. 10. 15. 수원지방검찰청 2020년 형제78458호 사건에서 피의자에게 한 혐의없음(증거불충분)의 불기소처분(이하 '이 사건 불기소처분'이라 한다)이 청구인의 기본권을 침

해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로 개정된 것)

제10조(항고 및 재항고) ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정(更正)하여야 한다.

3. 청구인의 주장

가. 검찰청법상 항고(이하 ‘검찰항고’라 한다) 제도는 범죄피해자 구제를 위한 것이므로 범죄피해자에게는 고소 여부와 무관하게 검찰항고권이 보장되어야 한다. 그러나 심판대상조항은 고소인과 고발인에게만 검찰항고권을 부여하고 있어, 고소하지 않은 범죄피해자인 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하고, 합리적 이유 없이 고소인과 차별취급을 함으로써 청구인의 평등권을 침해하며, 검찰항고를 하지 못하는 사람은 형사소송법에 따른 재정신청도 할 수 없으므로 청구인의 재판청구권 역시 침해한다.

나. 앞차가 약 10분에 걸쳐 서행과 급정거를 4회 이상 반복할 경우 뒤차 운전자로서는 생명과 신체에 심각한 위협을 느낄 수밖에 없다. 청구인과 피의자의 진술, 차량 블랙박스 영상 등을 종합하면 피의사실을 인정하기에 충분함에도 피청구인은 사실관계를 오인하고 증거판단을 잘못하여 이 사건 불기소처분을 하였고, 이로 인하여 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다.

4. 심판대상조항에 대한 판단

가. 쟁점의 정리

(1) 심판대상조항은 검찰항고권자를 고소인·고발인으로 한정하고 있어 청구인과 같이 고소하지 않은 범죄피해자는 피의자에 대한 검사의 불기소처분에 불복하더라도 이를 검찰항고를 통하여 다룰 수 없다. 이처럼 심판대상조항으로 인하여 고소인·고발인과 고소하지 않은 범죄피해자 사이에 차별취급이 발생하므로, 평등권 침해 여부가 문제된다.

(2) 청구인은 심판대상조항으로 인하여 검찰항고를 하지 못하는 탓에 검찰항고를 거쳐야 할 수 있는 재정신청도 할 수 없으므로 청구인의 재판청구권이 침해된다고 주장한다. 그러나 청구인이 재정신청을 할 수 없는 것은 재정신청을 하려면 원칙적으로 검찰항고를 거치도록 규정한 형사소송법 제260조 제2항 때문이고, 검찰항고권자를 고소인·고발인으로 한정된 심판대상조항은 이 같은 기본권 제한과 간접적인 연관이 있는

것에 불과하다. 따라서 심판대상조항으로 인하여 청구인의 재판청구권이 제한된다고 보기 어렵다.

(3) 청구인은 고소장을 제출하지 않았다는 이유만으로 검찰항고를 할 수 없게 한 심판대상조항으로 인하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권이 침해된다고 주장한다. 그러나 청구인은 고소하지 않은 범죄피해자에 대하여 검찰항고권이 부여되지 않은 데에 따른 차별취급을 다룰 뿐 구체적인 기본권 침해 사유를 독자적으로 내세우지 않고 있으므로, 평등권 침해 여부를 판단하는 이상 위 주장은 별도로 판단하지 않는다.

나. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

헌법은 공소제기의 주체·방법·절차나 사후통제에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않으며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 어떠한 방법으로 어느 범위에서 검사의 공소권 남용을 통제할 것인가는 입법정책의 문제이고, 검찰항고의 주체를 정하는 문제 역시 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어 있다. 고소인·고발인에게만 검찰항고를 할 수 있도록 한 것이 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 영역에서의 차별도 아니다. 그렇다면 청구인이 주장하는 심판대상조항으로 인한 평등권 침해 여부는 자의금지원칙을 적용하여 판단하면 충분하다(헌재 2012. 7. 26. 2010헌마642; 헌재 2014. 2. 27. 2012헌마983 참조).

(2) 판단

(가) 검찰항고는 기소독점주의와 기소편의주의에 의한 폐해를 방지하고, 소추권 행사의 공정성을 확보하며, 검찰 내부에 의한 신속하고 효율적인 자체 시정을 구하는 제도이므로(헌재 2012. 7. 26. 2010헌마642 참조), 검찰항고 제도가 위 취지에 맞게 운영되도록 항고권자, 항고의 대상, 방법 등을 제한할 필요가 있다.

고소인·고발인과 고소하지 않은 범죄피해자는 피의자에 대한 공소가 제기되어 유죄판결이 나오기를 희망한다는 점에서는 본질적으로 동일하다고 할 수 있다. 그러나 고소인·고발인은 수사기관에 범죄사실을 신고하여 소추를 구하는 적극적인 의사표시를 하였다는 점에서 고소하지 않은 범죄피해자와 차이가 있고, 이에 따라 검찰에서 고소인·고발인이 피의자에 대한 불기소처분에 불복할 이익이 있다는 점을 비교적 간명하게 확인할 수 있다. 이와 달리 고소하지 않은 범죄피해자는 수사에 제한적인 단서만을 제공하였거나 전혀 제공하지 않았을 수 있으며, 범죄피해자가 다수인 사건에



서는 수사기관에 그 인적사항이 알려지지 않기도 하는 등 수사 절차상 지위가 불분명하다. 범죄피해자에게 고소 여부와 상관없이 검찰항고를 할 수 있게 한다면 검찰 내부에서 신속하고 효율적으로 부당한 불기소처분을 시정한다는 제도의 취지가 달성되지 않을 가능성이 있다. 또한, 고소권이 있음에도 이를 행사하지 아니한 범죄피해자에 대하여까지 검찰항고권을 부여할 경우 새로운 사건에 투입되어야 할 자원이 불기소처분에 대한 심사에 투입되어 한정된 검찰 자원의 효율적 배분을 저해할 수 있다.

(나) 형사소송법 제260조에 따른 재정신청의 대상범죄가 2008. 1. 1.부터 모든 범죄로 확대됨에 따라 재정신청 제도 남용의 폐해를 줄이고 그 효율적 운영을 도모하기 위하여 검찰항고 전치주의가 채택되었고, 위 형사소송법 조항은 재정신청권자의 범위를 고소인과 일부 범죄의 고발인으로 제한하고 있다. 고소하지 않은 범죄피해자에게 검찰항고권을 부여하지 않은 것은 검찰항고를 거쳐 재정신청에 이르는 일련의 제도의 성격과 취지 또한 고려한 것으로 볼 수 있다.

(다) 심판대상조항은 고소인·고발인이 기소독점주의와 기소편의주의 체제하에서 검사의 부당한 불기소처분에 불복할 수 있는 절차와 기회를 부여하는 데에 목적이 있다. 비록 고소하지 않은 범죄피해자는 검찰항고를 제기할 수 없으나 헌법소원심판을 청구함으로써 부당한 불기소처분을 시정받을 기회가 있다. 이처럼 고소하지 않은 범죄피해자에게도 검사의 불기소처분을 다룰 수단이 마련되어 있다는 점에서, 고소하지 않은 범죄피해자가 불기소처분에 대한 검찰 내부 심사제도인 검찰항고를 할 수 없다는 사정만으로 범죄피해자로서 불기소처분으로 인한 불이익을 제거할 기회가 원천적으로 봉쇄되어 있거나 심판대상조항이 고소하지 않은 범죄피해자에게 일방적으로 불리하게 작용하여 고소인·고발인과의 사이에서 형평성을 상실하고 있다고 보기는 어렵다.

(라) 위 사정을 종합하면 심판대상조항이 고소인·고발인에게만 검찰항고권을 부여하고 있는 데에는 합리적 이유가 있으므로, 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

5. 이 사건 불기소처분에 대한 판단

기록을 자세히 살펴보면, 피청구인이 위 사건에 관하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나, 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단을 함에 있어서 이 사건 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보이지 아니하고, 달리 이 사건

불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라고 볼 자료가 없다. 따라서 이로 인하여 청구인이 주장하는 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

6. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

8. 법원조직법 제43조 제1항 제5호 위헌확인

[2024. 7. 18. 2021헌마460]

【판시사항】

과거 3년 이내의 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 정한 법원조직법 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

헌행법상 공무담임권을 지나치게 제한하지 않으면서 법관(대법원장·대법관·판사)이 정치적 중립성을 준수하고 재판의 독립을 지킬 수 있도록 하는 제도적 장치는 이미 존재한다. 즉, 법관의 정당가입 및 정치운동 관여 금지, 임기 보장, 탄핵제도, 제척·기피·회피제도, 심급제 등을 통해 법관의 정치적 중립과 재판의 독립을 제도적으로 보장하고, 재판의 객관성과 공정성이 유지되도록 하고 있다. 특히 대법원장과 대법관은 국회에서 인사청문 절차를 거치므로, 판사보다 더 엄격한 수준에서 정치적 중립성에 대한 검증이 이루어지고 있다. 가사 과거에 당원 신분을 취득한 경력을 규제할 필요성이 있더라도, 적극적으로 정치적 활동을 하였던 경우에 한하여 법관 임용을 제한할 수 있고, 이에 법원조직법은 관련 규정을 별도로 두고 있다. 그럼에도 불구하고, 심판대상조항과 같이 과거 3년 이내의 모든 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 정하는 것은, 입법목적 달성을 위해 합리적인 범위를 넘어 정치적 중립성과 재판 독립에 긴밀한 연관성이 없는 경우까지 과도하게 공직취임의 기회를 제한한다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청

구인의 공무담임권을 침해한다.

재판관 이은애, 재판관 이영진의 일부위헌의견

공정한 재판은 사법에 대한 국민의 신뢰에서 출발하므로, 입법자로서는 그 독립성과 중립성에 영향을 미칠 것으로 추단되는 경우에 일정 범위를 정하여 법률로 법관의 자격을 제한할 수 있다. 다만, 심판대상조항의 적용을 받는 법관에는 대법원장·대법관·판사가 모두 포함되는데, 대법원장·대법관과 달리 판사의 경우에는 그 임명 과정에 정치적 관여가 없고, 가사 판사가 과거 당원 경력으로 개별사건의 판결에 불공정한 영향을 미치더라도 이는 심급제도를 통해 상급심 재판으로 해소될 수 있다. 그러므로 사법에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위해 과거 당원 경력을 법관 임용 결정사유로 정할 필요성이 있더라도, 대법원장·대법관이 아닌 판사의 경우까지 그 결정사유의 적용대상에 포함시키는 것은 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항 중 ‘판사에 관한 부분’은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다.

【심판대상조문】

법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것) 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분

【참조조문】

- 헌법 제7조 제2항, 제25조, 제101조 제3항, 제103조
- 법원조직법(2014. 12. 30. 법률 제12886호로 개정된 것) 제49조 제3호
- 법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것) 제43조 제1항
- 법원조직법 부칙(2020. 3. 24. 법률 제17125호) 제1조, 제2조
- 법관징계법(2011. 4. 12. 법률 제10578호로 개정된 것) 제2조
- 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제1항, 제78조 제1항 제1호
- 국가공무원법(2014. 1. 14. 법률 제12234호로 개정된 것) 제84조 제1항

【참조판례】

헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 797-798.

【당 사 자】

청 구 인 김○○(변호사)

【주 문】

법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것) 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날

부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 2012. 3. 23. 제1회 변호사시험에 합격하여 2012. 4. 17. 대한변호사협회에 등록된 변호사이다. 청구인은 2017. 12. 18. 정당에 가입하였으나 2021. 3. 15. 탈당하였다.

나. 법원행정처장이 2021. 1. 28. ‘2021년도 일반 법조경력자 법관 임용 계획’을 공고하자, 청구인은 2021. 3. 21. 형사분야 법률서면작성평가에 응시하여 2021. 4. 15. 그 평가를 통과하였다. 청구인은 법률서면작성평가 통과자로서 그 후속절차 진행을 위해 법원행정처에 제출할 ‘결격사유 확인 및 서약서’를 2021. 4. 18. 작성하게 되었는데, 해당 서식에는 ‘정당법 제22조에 따른 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’이 법관 결정사유로 기재되어 있었다.

다. 이에 청구인은, 법원조직법 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분으로 인하여 법관에 임용될 수 없게 되어 기본권이 침해된다고 주장하면서, 2021. 4. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 법관 임용 결정사유를 정하고 있는 법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것) 제43조 제1항 제5호 중 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것)

제43조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 법관으로 임용할 수 없다.

- 5. 「정당법」 제22조에 따른 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람

[관련조항]

법원조직법(2014. 12. 30. 법률 제12886호로 개정된 것)

제49조(금지사항) 법관은 재직 중 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.



3. 정치운동에 관여하는 일
 법원조직법(2020. 3. 24. 법률 제17125호로 개정된 것)

제43조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 법관으로 임용할 수 없다.

1. 다른 법령에 따라 공무원으로 임용하지 못하는 사람
2. 금고 이상의 형을 선고받은 사람
3. 탄핵으로 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람
4. 대통령비서실 소속의 공무원으로서 퇴직 후 3년이 지나지 아니한 사람
6. 「공직선거법」 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람
7. 「공직선거법」 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람

법원조직법 부칙(2020. 3. 24. 법률 제17125호)

제1조(시행일) 이 법은 2021년 2월 9일부터 시행한다. 다만, 제43조의 개정규정은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(결격사유에 관한 적용례) 제43조의 개정규정은 같은 개정규정 시행 후 최초로 법관으로 임용하는 자부터 적용한다.

법관징계법(2011. 4. 12. 법률 제10578호로 개정된 것)

제2조(징계 사유) 법관에 대한 징계 사유는 다음 각 호와 같다.

1. 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우
2. 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우

국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것)

제65조(정치 운동의 금지) ① 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

제78조(징계 사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.

1. 이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우

국가공무원법(2014. 1. 14. 법률 제12234호로 개정된 것)

제84조(정치 운동죄) ① 제65조를 위반한 자는 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지에 처한다.

3. 청구인의 주장

정치적 중립성과 재판의 독립을 유지하기 위하여 법관의 정당 가입을 제한해야 한다면 그 임용일 현재 당원의 신분을 보유하고 있는 자에 한하여 임용 결격사유로 정할 수 있고, 가사 과거 정당 경력을 제한할 필요가 있다 하더라도 적극적인 권력의지를 가지고 선거에 후보자로 등록하였던 사람 또는 선거사무연락소장·지역위원장과 같은 일정한 직책을 가지고 활동하였던 사람으로 한정함으로써 그 제한 범위를 최소화할 수 있음에도 불구하고, 3년 이내에 당적을 가졌던 모든 사람들은 재판상 독립을 훼손할 것이라는 논리로 법관 임용 결격사유로 정한 심판대상조항은 청구인의 정당활동의 자유와 공무담임권을 침해한다.

정치적 중립성이 요구되는 검사, 고위공직자범죄수사처검사 등의 경우에는 3년 이내의 당원 경력이 임용결격사유에 해당하지 아니함에도, 심판대상조항은 법관으로 임용되려는 자를 합리적 이유 없이 다르게 취급함으로써 청구인의 평등권을 침해한다.

심판대상조항은 2020. 3. 24. 개정되어 그 공포일로부터 6개월이 경과한 날부터 시행됨에 따라 청구인은 그 직후인 ‘2021년도 일반 법조경력자 법관 임용’ 절차에서 해당 결격사유의 적용을 받게 되었는바, 이처럼 경과규정 없이 도입된 심판대상조항은 신뢰보호원칙에 위반된다.

4. 외국의 입법례

먼저 주요 국가에서 법관 자격에 관하여 정하고 있는 내용을 살펴본다.

독일 기본법은 연방법관이 기본법의 원칙이나 주의 헌법질서를 위반한 경우 연방헌법재판소가 전직·퇴직·파면을 선고할 수 있다고 규정하고(제98조), 독일 법관법은 연방법관의 자격에 관하여 자세히 정하고 있지만 당원신분 또는 경력에 관한 내용은 없이 ‘법관은 직무범위 내외에서 정치적 활동을 하는 경우에 있어서도 자신의 독립성에 대한 신뢰에 위협이 초래되지 않도록 행동해야 한다’고 정하고 있을 뿐이다(제39조).

일본 재판소법은 ‘다른 법률에 의하여 일반 공무원으로 임용될 수 없는 자, 금고 이상의 형을 받은 사람, 탄핵재판소에서 파면 재판을 받은 사람’ 등을 법관 임명 결격사유로 정하고 있으나 당원 신분 또는 경력으로 인한 결격사유는 두고 있지 않으며(제46조), 재직 중에 국회의원·지방자치단체의원이 되거나 정치운동에 적극적으로 참여하는 행위를 할 수 없도록 명시하고 있다(제52조). 일본 국가공무원법은 ‘일본 헌법 또

는 그 헌법 하에서 수립된 정부를 폭력에 의하여 파괴하는 것을 주장하는 정당 또는 기타 단체를 결성하거나 가입한 사람'을 국가공무원 결격사유로 정하고 있다(제38조).

미국의 연방헌법이나 연방법률에는 연방법관의 자격 및 결격사유에 관하여 특별한 규정이 없으며, 연방법관은 '부적절하게 처신하지 않는 한 그 직을 유지한다'는 규정을 두고 있을 뿐이다(미국 연방헌법 제3조 제1항).

5. 판단

가. 이 사건의 쟁점

헌법은 제25조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다.”라고 규정하여 공무원임권의 보장을 선언하고 있는바, 이때 공무원임권은 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조). 심판대상조항은 과거 3년 이내에 당원 경력이 있었던 사람을 법관에 임용할 수 없도록 정하고 있으므로, 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무원임권을 침해하는지 문제된다.

나. 과잉금지원칙에 반하여 공무원임권을 침해하는지 여부

(1) 목적의 정당성

헌법은 제7조 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하여 공무원의 신분 보장과 정치적 중립성을 선언한다. 또한 헌법은 제101조 제3항에서 “법관의 자격은 법률로 정한다.”라고 규정하고 제103조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 규정하여 법관 자격 법정주의와 재판의 독립을 선언한다. 이에 심판대상조항은 당파적 이해관계로 재판의 독립이 훼손되는 것을 방지함과 동시에 법관의 정치적 중립성을 보장함으로써 궁극적으로는 국민의 공정한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항)를 보장하기 위하여 도입된 것이므로 목적의 정당성이 인정된다.

(2) 수단의 적합성

심판대상조항은 3년 이내 당원 경력을 가진 사람을 법관 임용 결격사유로 정하므로, 임용절차에서 법관 임용 지원자의 과거 당원 경력을 확인해야 하는 것은 결국 법원행정처의 몫이다. 이에 법원행정처는 심판대상조항에 따라 법관 임용 지원자의 과거 3년 이내 당원 경력 여부를 확인하기 위하여 각 정당에 협조 공문을 발송하여 회신을 받는 방법을 취하고 있다.

그런데 정당에서 협조 회신을 거부하거나 지연하는 경우에 법원행정처로서는 이를 강제할 방법이 없다.

각 정당에게 협조공문에 응하여야 할 법적 의무가 있는 것도 아니기 때문이다. 정당법 제24조에 의하면, 당원명부는 법원이 재판상 요구하는 경우와 관계 선거관리위원회가 당원에 관한 사항을 확인하는 경우를 제외하고는 이의 열람을 강요당하지 아니하며, 범죄수사를 위한 당원명부의 조사에는 법관이 발부하는 영장이 있어야 한다. 법관으로 임용된 사람이 정당에 가입된 경우에는 형사처벌의 대상이 되므로(국가공무원법 제84조 제1항, 제65조 제1항) 수사기관에서 압수·수색 영장을 발부받아 당원명부를 조사할 수 있으나, 법관으로 임용되기 이전에 정당에 가입한 적이 있었다는 사실은 범죄에도 해당하지 아니하므로 당해 정당 이외의 외부기관인 법원행정처가 이를 파악할 방법이 없다는 문제점이 있다.

그럼에도 불구하고, 당파적 이해관계로 재판의 독립이 훼손되는 것을 방지함과 동시에 법관의 정치적 중립을 보장하기 위해서는 임용 시점을 기준으로 일정 기간 내에 당원 경력을 가진 사람을 임용에서 배제하는 것도 하나의 방법인바, 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과하지 아니한 사람을 법관 임용 결격사유에 추가하는 것은 당원 경력이 재판의 독립과 법관의 정치적 중립에 영향을 미치는 것에 상당한 억지효과를 가질 것으로 예상되므로 수단의 적합성이 인정된다.

(3) 침해의 최소성

(가) 선출직 공무원과 달리 직업공무원에게는 정치적 중립성과 더불어 효율적으로 업무를 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 입법자가 직업공무원으로의 공직취임권을 구체화함에 있어서는 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 능력주의를 바탕으로 하여야 한다.

헌법은 이를 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 제25조의 공무원임권은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다. 이에 국가공무원법은 제26조에서 ‘공무원의 임용은 시험성적·근무성적, 그 밖의 능력의 실증에 따라 행한다’라고 규정하고, 제35조에서 ‘공개경쟁에 따른 채용시험은 같은 자격을 가진 모든 국민에게 평등하게 공개하여야 하며’라고 규정하여, 직업공무원으로서 공직취임권의 요체는 능력주의와 기회균등에 있음을 밝히고 있다.

그러므로 직업공무원에 관하여 능력주의와 기회균등에 바탕한 임용기준을 마련하지 아니하고, 해당 공직



이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소를 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해할 수 있다. 다만, 헌법의 기본원리나 개별조항에 따라 예외 인정의 필요성이 있는 경우, 능력주의는 그 헌법적 요청을 달성하기 위해 합리적인 범위에서 제한될 수 있다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조).

(나) 공무원임권을 지나치게 제한하지 않으면서 법관이 직업공무원으로서 정치적 중립성을 준수하고 재판의 독립을 지킬 수 있도록 하는 제도적 장치는 이미 존재한다.

먼저 ‘정치적 중립성’ 보장을 위하여, 법관을 포함한 직업공무원은 재직 중에 정당에 가입할 수 없고(국가공무원법 제65조 제1항), 이를 위반한 경우 징계사유에 해당함은 물론이며(제78조 제1항 제1호), 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지의 형사처벌을 받을 수 있다(제84조 제1항). 또한 법관은 재직 중에 정치운동에 관여할 수 없고(법원조직법 제49조 제3호), 그 직무상 의무를 위반하거나 품위를 손상한 경우 징계사유에 해당하며(법관징계법 제2조), 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위반한 때에는 국회의 탄핵소추의결 및 헌법재판소의 탄핵심판에 따라 파면될 수 있다(헌법 제65조).

다음으로 ‘재판의 독립’ 보장을 위하여, 헌법은 ‘대법원장’의 임기를 6년으로 정하고(제105조 제1항), ‘대법관’의 임기를 6년으로 정하되 연임할 수 있도록 하고(제105조 제2항), ‘대법원장·대법관이 아닌 법관’(이하 ‘판사’라 한다)의 임기를 10년으로 정하고 연임할 수 있도록 하며(제105조 제3항), 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하도록 정함으로써(제106조 제1항) 모든 법관(대법원장, 대법관, 판사)의 신분을 제도적으로 보장한다. 또한 헌법은 대법원이 법률에 저촉되지 아니하는 범위에서 소송에 관한 절차 등에 관한 규칙을 제정할 수 있으며(제108조), 모든 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하도록 정함으로써(제103조) 법원의 독립과 재판의 독립을 제도적으로 보장하고 있다.

나아가 법관의 과거 당원 경력이 개별사건의 특수성에 비추어 불공정한 영향을 미치는 것으로 합리적으로 인식될 수 있는 경우에는 제척·기피·회피제도를 통하여 이를 해소할 수 있고, 심급제도에 의한 상급심의 재판과 합의제도에 의한 다른 법관들의 관여를 통하여 법관 개인의 정치적 성향 및 과거 경력과 무관하게 재판의 객관성과 공정성이 유지될 수 있도록 하고 있다.

(다) 물론 헌법은 제7조 제2항에서 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 제103조에서 재판의 독립을 강조하므로, 공무원의 정치적 중립성과 재판의 독립이란 헌법적 요청을 달성하기 위하여 합리적인 범위에서 법관에 관한 공직취임권도 제한될 수 있다.

그런데 과거 당원의 신분을 취득한 경력이 있다 하더라도 실제 정치활동의 내용과 정도에는 차이가 있을 수 있다. 예컨대 ① 당원으로 소속된 정당에서 당대표·최고위원·사무총장·대변인·지역위원장·당협위원장 등 보직을 부여받거나 공직선거에서 소속 정당의 후보자로 등록됨으로써 본인의 의지에 따라 적극적으로 정치적 활동을 하였던 경우도 있을 수 있다. 반면 ② 배우자 등 가족이나 지인이 선거에 출마하는 과정에서 당내경선에 도움을 받고자 하는 부탁에 의하여 입당원서만을 제출하거나 소액의 당비만 납부하면서 소극적으로 당원 지위를 유지하였던 경우도 있을 수 있다. 또한 현행법상 당원 가입은 16세부터 가능한데 18세 미만인 미성년자인 경우 그 법정대리인이 지인의 당내경선에 도움을 주고자 미성년자 본인도 모르게 당원으로 가입시키고 이후 본인이 모르는 상태에서 장기간 방치되는 상황도 발생할 수 있다(정당법 제22조 제1항, 제23조 제1항).

위 ①의 경우와 위 ②의 경우는 정치적 활동의 내용 및 정도에 있어 분명 차이가 있으므로, 가사 정치적 중립성과 재판의 독립을 위하여 과거 당원 경력을 법관 임용 결격사유로 정해야 할 불가피한 필요성이 있다 하더라도 그 경중을 가려 이를 다르게 규율함으로써 입법목적에 달성할 수도 있다. 이와 같은 취지에서 법원조직법은 공직선거법 제2조에 따른 선거에 후보자(예비후보자를 포함한다)로 등록한 날부터 5년이 경과되지 아니한 사람과 공직선거법 제2조에 따른 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람을 법관 임용 결격사유로 정하고 있다(제43조 제1항 제6호, 제7호). 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 ‘과거 3년 이내의 모든 당원 경력’을 법관 임용 결격사유로 정함으로써 그 입법목적 달성을 위하여 합리적인 범위를 넘어 임용 후 정치적 중립성 및 재판의 독립과 긴밀한 연관성이 없는 경우까지 공직취임권을 과도하게 제한하고 있다.

(라) 헌법은, 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고(제104조 제1항), 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며(제104

조 제2항), 판사는 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명하도록 정함으로써(제104조 제3항) 그 임명 과정에서 국회·대통령의 관여 여부에 차이를 두고 있다. 그러나 이는 국민에 의하여 직접 선출되는 국회의원·대통령과 달리 법관의 경우 민주적 정당성이 간접적으로 부여되는 단계적 과정에서 발생하는 절차적 차이일 뿐, 정치적 중립성과 재판의 독립에 있어 대법원장·대법관과 판사 사이에 어떠한 질적인 차이가 존재하기 때문인 것은 아니다.

대법원장·대법관의 경우에도 자신의 과거 경력이 개별사건에 불공정한 영향을 미치는 것으로 합리적인 인식될 수 있는 경우에는 제척·기피·회피제도로 이를 해소할 수 있고, 비록 더 이상의 상급심 재판은 없지만 합의제도를 통하여 대법관 개인의 과거 경력과 무관하게 대법원 재판의 객관성과 공정성이 유지될 수 있다는 점에서, 정치적 중립성과 재판의 독립에 있어 대법원장·대법관과 판사를 다르게 취급할 이유는 없고, 판사와 달리 대법원장·대법관의 경우에는 과거 당원 경력을 결격사유로 정해야 할 불가피한 필요성이 있다고 보기도 어렵다.

또한, 대법원장·대법관은 판사와 달리 국회에서 인사청문 절차를 거친 후 국회 본회의에서 동의를 얻어야 임명된다. 국회법은 대법원장·대법관에 대한 인사청문회를 실시하기 위한 인사청문특별위원회를 국회에 두도록 하고(제46조의3 제1항), 인사청문특별위원회의 구성과 운영에 필요한 사항 및 인사청문회의의 절차 및 운영 등에 필요한 사항을 따로 법률로 정하도록 규정한다(제46조의3 제2항, 제65조의2 제6항). 이에 인사청문회법은, 인사청문특별위원회의 위원정수를 13인으로 하되 그 위원은 교섭단체 등의 의원의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 국회의장이 선임·개임하도록 하고(제3조), 인사청문은 인사청문회를 열어 공직후보자를 출석하게 하여 질의를 행하고 답변과 의견을 청취하는 방식으로 하되 필요한 경우 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술을 청취할 수 있도록 하며(제4조), 공직후보자의 직업·학력·경력에 관한 사항, 공직자등의병역사항신고및공개에관한법률의 규정에 의한 병역신고사항, 공직자윤리법 규정에 의한 재산신고사항, 최근 5년간의 소득세·재산세·종합토지세의 납부 및 체납 실적에 관한 사항, 범죄경력에 관한 사항에 관한 증빙서류를 첨부하여 국회에 제출하도록 한다(제5조). 인사청문회 당일 공직후보자는 ‘양심에 따라 숨김과 보탬이 없이 사실 그대로 말할 것을 맹서합니다’라고 선언한 후 1문1답의 방식으로 위

원의 질의에 응답해야 한다(제7조). 인사청문특별위원회는 의결 또는 재적의원 3분의 1 이상의 요구로 공직후보자의 인사청문과 직접 관련된 자료의 제출을 국가기관·지방자치단체 등에 요구할 수 있고(제12조), 필요한 경우 그 의결로 검증을 행할 수 있다(제13조). 인사청문특별위원회는 인사청문에 대한 경과보고서를 작성하여 국회의장에게 제출하고 인사청문특별위원장은 이를 본회의에 보고하며(제9조, 제10조, 제11조), 이후 본회의에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성에 의한 의결 절차를 거치게 된다. 이와 같은 국회에서의 인사청문 절차 및 본회의 의결 절차를 통하여 대법원장·대법관에 대해서는 판사보다 더 엄격한 수준에서 정치적 중립성과 재판의 독립에 관한 검증이 이루어지게 된다.

(마) 심판대상조항은 과거 3년 이내에 당원 경력이 있으면 법관으로서 정치적 중립을 유지할 수 없고 재판의 독립이 침해될 것이라는 추론 내지 추단에 근거한다. 그러나 탈당 등으로 법관 임용 시점에 당원 신분을 상실하였음에도 불구하고, 과거 3년 이내에 당원 경력이 있었다면 정치적 중립을 유지할 수 없고 재판의 독립이 침해될 것이라는 논리필연적 근거는 발견되지 아니한다.

우리 헌법이 제7조 제2항에서 공무원의 정치적 중립성을 선언함과 동시에 제8조 제1항에서 복수정당제를 인정하여 국민의 정당가입의 자유를 보장하는 이상, 공무원 신분을 취득한 상태에서 정당가입의 자유가 제한될 수 있음은 별론으로 하더라도(국가공무원법 제65조 제1항), ‘공무원 신분에서 정치적 중립성의 요구’와 ‘공무원 신분 취득 전 국민의 정당가입의 자유 보장’에 관한 헌법적 요청은 규범조화적으로 해석되어야 한다. 그러나 심판대상조항은, 공무원 신분 취득 전에 적극적인 정치활동을 하였기에 향후 법관으로서 정치적 중립을 유지할 수 없다는 특별한 사정도 없이, 단지 당원 신분에 관한 과거 경력만으로 향후 당파적 편향성을 가지고 재판에 임할 것이라는 예단에 근거하므로 적절하다고 보기 어렵고, 그로 인하여 공무원 신분이 아니었던 기간 동안 정당가입의 자유마저 폭넓게 영향을 미치게 되었다는 점에서 규범조화적이거나 필요최소한의 제한이라고 보기도 어렵다.

(바) 사정이 이와 같다면, 모든 법관의 정치적 중립성과 재판의 독립 보장이란 입법목적을 달성하기 위한 제도적 장치는 이미 마련되어 있고, 가사 과거 당원 경력을 법관 임용 결격사유에 포함시켜야 할 필요성이 있다 하더라도 실제 정치활동에 대한 경중을 가려 그



입법목적 달성을 위해 합리적인 범위로 한정할 수 있음에도 불구하고, 심판대상조항은 그 입법목적 달성에 기여하는 정도를 넘어 관련성을 인정하기 어려운 경우까지 광범위하게 제한하고 있으므로, 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

(4) 법익의 균형성

정치적 이해관계로 재판의 독립이 훼손되는 것을 방지함과 동시에 법관의 정치적 중립성을 보장하기 위한 것이라는 입법취지에 공감하지만, 이 점만을 지나치게 강조한 나머지 과거 3년 이내의 단순 당원 경력까지 법관 임용 결격사유에 포함시키게 되면 공무담임권이 광범위하게 제한되는 것은 물론, 장래 법관 임용에 불이익 받을 것을 우려하게 됨으로써 국민으로서 당연히 보장되어야 할 정당가입의 자유마저 지나치게 위축될 수 있다는 점에서, 심판대상조항으로 인한 사익 침해는 결코 가볍지 않다.

특히 법원조직법 제43조는 ‘① 다른 법령에 따라 공무원으로 임용하지 못하는 사람, ② 금고 이상의 형을 선고받은 사람, ③ 탄핵으로 파면된 후 5년이 지나지 아니한 사람’을 법관 임용 결격사유로 정하고 있는바, 심판대상조항으로 신설된 ‘당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람’이 위와 같은 기존 결격사유에 준할 정도로 중대하고 명백한 법관 임용 하자에 해당한다고 보기 어렵다. 반면, 특별한 사정이 없는 한 단지 임용 시점으로부터 3년 이내에 당원 경력이 있었다는 사실만으로는 그 사람이 장래 법관으로 임용될 경우 정치적 중립성과 재판의 독립을 훼손할 것이라는 논리필연적 연관성을 확인하기 어렵다는 점에서, 심판대상조항이 정치적 중립성과 재판의 독립이란 공익에 어느 정도 기여할 수 있을지는 불분명하다.

결국, 심판대상조항은 불확실한 공익 기여를 위하여 법관에 임용되려는 자의 기본권을 과도하게 제한하고 있으므로, 법익의 균형성을 충족하고 있다고 보기 어렵다.

(5) 소결

이상과 같이 살펴본 내용을 종합하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다.

다. 나머지 주장에 대한 판단

심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 판단하는 이상, 청구인이 주장한 다른 기본권 침해 사유에 대해서는 더 나아가 판단하지 아니하기로 한다.

6. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 7.과 같은 재판관 이은애, 재판관 이영진의 일부위헌의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 이은애, 재판관 이영진의 일부위헌의견

우리는 심판대상조항 중 ‘대법원장·대법관에 관한 부분’은 헌법에 위반되지 아니하지만 ‘판사에 관한 부분’은 헌법에 위반된다고 생각하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항이 당파적 이해관계로 재판의 독립이 훼손되는 것을 방지함과 동시에 법관의 정치적 중립을 보장함으로써 궁극적으로는 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 도입된 것으로 목적의 정당성이 인정된다는 점은 앞서 법정의견에서 살펴본 바와 같다. 또한 정당의 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과하지 아니한 사람을 법관 임용 결격사유에 추가하는 것은 당원 경력이 재판의 독립과 법관의 정치적 중립에 영향을 미치는 것에 상당한 억지효과를 가질 것으로 예상되므로 수단의 적합성이 인정된다는 점도 앞서 법정의견에서 살펴본 바와 같다.

나. 침해의 최소성

(1) 대의제 민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법은 국민의 공무담임권을 보장하면서, ‘선거제도’와 ‘직업공무원제도’를 통해 공직자를 선출·임명하도록 하고 있다. 즉, 헌법은 선거 과정을 통해 국회의원과 대통령의 능력과 자질을 검증하여 국민의 대표라는 민주적 정당성을 부여함과 동시에(제41조 제1항, 제67조 제1항), 선발 과정을 통해 해당 공직이 요구하는 전문성·능력·적성 등을 검증하여 직업공무원의 신분을 부여하는 것이다(제7조). 이처럼 대의제 민주주의 체제에서 공무원은 선거제도 또는 직업공무원제도라는 이원적 구조를 통해 선출 또는 임명되기 때문에, 선출직 공무원과 직업공무원은 정치적 기본권의 향유에 있어서 상당한 정도의 차이가 발생할 수밖에 없다. 헌법이 공직자 선출 및 임명 제도를 이원화한 것은, 선거결과에 따라 임명되는 선출직 공무원을 통해 주권자인 국민의 의사가 입법·행정에 잘 반영될 수 있도록 하되, 선거결과와 무관하게 공직을 수행할 수 있는 직업공무원을 둬으로써 선거결과에 따른 국가작용의 전면적 중단과 혼란을 방지하기 위함에 있다. 이에 헌법은 공무원의 신분 보장과 정치적 중립의 보장을 함께 명시하고 있고(제7조 제2항), 법관 역시 헌법상 정치적 중립의 적용

을 받는 직업공무원의 일원이다.

(2) 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 법관이 행하는 사법작용은 국민의 사법에 대한 신뢰로부터 출발하므로, 법관이 대내외적으로 어떠한 영향도 받지 않고 오로지 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다는 전제 조건이 무너지게 된다면, 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 법치주의를 실현하기 위해 마련된 재판 독립의 제도적 기반도 흔들리게 된다. 법관이 독립하여 ‘공정한 재판’을 할 것이라는 국민의 신뢰는, 법관 스스로 선입견이나 정치적 영향을 받지 않고 불편부당하게 재판한다는 법관의 주관적인 인식과 이러한 인식을 가진 법관이 구체적으로 형성하는 재판 과정 및 결과에 기반을 둔다. 그런데 재판의 독립과 정치적 중립에 관한 법관의 주관적 인식은 외부에서 확인하거나 검증하기 어렵기 때문에 결국 그에 대한 국민의 신뢰는 재판의 외관에 크게 의존할 수밖에 없게 된다. 따라서 입법자로서는 그 독립성과 중립성에 영향을 미칠 것으로 추단되는 경우에는 일정한 범위를 정하여 형식적 의미의 법률로 법관의 자격을 제한할 수 있다.

(3) 법관 임용과 가까운 시점까지 당원이었던 사람은 해당 정당의 영향력에서 자유롭지 못할 가능성이 있고 그렇지 않다 하더라도 해당 법관이 내린 판결은 정치적으로 편향된 판결로 인식될 가능성이 있으므로, 그러한 사람을 법관으로 임용하는 것은 재판의 독립과 정치적 중립에 대한 우려를 불러일으키고 결국 사법에 대한 국민의 신뢰에 타격을 줄 수 있다. 특히 최근 ‘정치의 사법화’ 경향이 심화됨에 따라 정치적으로 예민한 사건이 사법심사의 대상이 되고 이를 둘러싼 정치적 논쟁이 치열해지게 되자, 법관의 정치적 중립 확보와 재판의 독립 유지는 더욱 중요한 헌법적 요청이 되었다. 이에 법관 임용 이후뿐만 아니라 임용 직전의 일정 시점까지 임용희망자가 당적을 가지지 아니할 것을 요구할 현실적인 필요성이 커지게 되었으므로, 법관 임용 직전의 일정 시점을 정함으로써 향후 법관으로 임용되고자 하는 자에게 미리 탈당하여 법관 임용 결정사유를 스스로 해소할 기회를 부여하는 것 자체를 과도한 제한이라 단정하기 어렵다.

다만, 당파적 이해관계로 재판의 독립이 훼손되는 것을 방지함과 동시에 법관의 정치적 중립을 보장함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위해 과거 일정기간 동안의 당원 경력을 법관 임용 결정사유로

정할 필요성이 있더라도, 입법자로서는 그 목적을 달성하기 위하여 필요최소한의 범위로 이를 한정하여야 한다. 심판대상조항의 결정사유를 적용 받는 법관에는 ‘대법원장·대법관’과 ‘판사’가 모두 포함된다. 그런데 판사는 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명하므로 그 임명 과정에 정치적 관여가 없음에 반하여(헌법 제104조 제3항), 대법원장과 대법관은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하므로 그 임명 과정에 입법부와 행정부의 관여가 있다는 차이가 있다(헌법 제104조 제1항, 제2항). 또한 판사의 경우 과거 당원 경력으로 개별사건의 판결에 불공정한 영향을 미칠 가능성이 있어도 이는 심급제도를 통해 상급심 재판으로 해소될 수 있음에 반하여, 대법원장과 대법관으로 구성되는 대법원은 법원 조직 내에서 최고법원의 지위에 있으므로(헌법 제101조 제2항) 그 사후적 교정 가능성 측면에서 차이가 있다.

물론 과거 당원 경력으로 인한 재판의 독립과 법관의 정치적 중립성 문제 해결에 제척·기피·회피 제도가 도움을 줄 수 있다는 점에서, 대법원장·대법관과 판사는 동일하다. 그러나 법관의 제척은 그 사유가 법률상 한정적으로 열거되어 있다는 점(민사소송법 제41조, 형사소송법 제17조), 기피는 사유가 포괄적이지만(민사소송법 제43조, 형사소송법 제18조) 그 신청에 대한 인용률이 매우 낮을 수밖에 없다는 점, 회피는 해당 법관 스스로 소속 법원에 신청해야 한다는 점에서(민사소송법 제49조, 형사소송법 제24조), 모두 실효성이 크지 않다는 문제점이 있다. 법원행정처가 발행한 ‘2023 사법연감’ 통계자료에 의하면, 2022년 민사지방법원에서 처리된 제척·기피·회피 사건 605건 중 인용으로 처리된 사건은 2건에 불과하고, 2022년 형사지방법원에서 처리된 제척·기피·회피 사건 272건 중 인용으로 처리된 사건은 1건에 불과한 것으로 확인된다. 고등법원, 대법원 등 다른 법원의 경우에도 그 인용 비율은 크게 다르지 않을 것으로 보인다.

대법원은 법원 조직 내에서 법적 분쟁의 최종적인 결정기관이므로, 대법원 재판을 담당하는 대법원장과 대법관은 재판의 독립과 정치적 중립의 측면에서 판사보다 더 높은 신뢰가 요구될 수밖에 없다. 유사한 취지에서, 임명 과정에 정치적 관여를 받고(헌법 제111조) 그 결정에 상급심 재판이 없는 헌법재판소의 경우에도, 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰 보장을 위해 과거 3년 이내의 당원 경력을 재판관 임용 결정사유로 정하고 있다(헌법재판소법 제5조 제2항 제4호).

그러므로 사법에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위



해 과거 3년 이내의 당원 경력을 법관 임용 결정사유로 정할 필요성이 있더라도, 그 임명 과정에 정치적 관여가 없고 불공정한 재판이 심급제도를 통해 해소될 가능성이 있는 판사의 경우까지 과거 당원 경력으로 임용 결정사유를 정하는 것은 그 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라 보기 어렵고, 판사에 대하여 그러한 임용 결정사유를 정하지 않는다고 하여 재판의 독립과 법관의 정치적 중립이 저해된다거나 사법에 대한 국민의 신뢰가 훼손된다고 보기 어렵다.

(4) 이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 심판대상조항 중 판사에 관한 부분은 입법목적 달성에 필요한 최소한의 정도를 넘어서 공무담임권을 광범위하게 제한하므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

다. 법익의 균형성

임명 과정에 정치적 관여가 없고 심급제로 정치적 판결에 대한 사후적 교정이 가능한 판사의 경우 법관 임용 3년 이내에 당원 경력이 있었다는 사실만으로 재판의 독립과 법관의 정치적 중립에 직접적인 위협을 초래한다고 보기 어려움에 반하여, 심판대상조항으로 인하여 청구인은 탈당한 시점으로부터 3년의 기간 동안 판사 임용이 불가능하게 됨으로써 공무담임권에 심각한 제한이 초래되었으므로, 법익의 균형성도 인정되지 아니한다.

라. 결론

따라서 심판대상조항 중 판사에 관한 부분은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선 김형두 정정미 정형식

9. 어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목 위헌확인

[2024. 7. 18. 2021헌마533]

【판시사항】

가. 대형트롤어업의 허가를 할 때 동경 128도 이동수역에서 조업하여서는 아니 된다는 조건을 붙이도록 한 구 ‘어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙’ 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 법률유보원칙에 반하여 대형트롤어업 허가를 받은 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구

인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 심판대상조항은 대형트롤어업의 어업허가 시 붙여야 할 조업구역에 관한 조건을 해양수산부령으로 규정한 것으로서, ‘행정관청이 어업허가 처분을 하는 경우 해양수산부령으로 정한 조업구역 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다’고 규정한 구 수산업법 조항의 위임에 따른 규정므로, 법률상 근거가 있다. 대형트롤어업의 조업구역을 전국 근해라고 명시하고 있는 수산업법 시행령 조항이 반드시 전국 근해에서 아무런 제한 없이 대형트롤어업 허가를 하여야 한다는 의미라고 보기는 어렵다. 그러므로 심판대상조항은 법률유보원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

나. 심판대상조항은 동해안에서 어업을 영위하고 있는 어업인과의 갈등을 방지하는 한편, 살오징어 생산량 감소의 원인 중 하나로 지목되는 남획의 가능성을 감소시키는 데 기여할 수 있다. 대형트롤어업의 채산성 하락은 인건비 상승 및 연료비 상승을 비롯한 복합적 요인이 작용하였으므로 단순히 조업구역에 관한 규율이 절대적 원인이라고 단언하기 어렵다. 경상북도 연안복합어업 경우 어업생산량 중 살오징어가 차지하는 비중이 상당히 높고, 대형트롤어업의 어획강도는 살오징어를 주 어획어종으로 삼는 근해채낚기어업에 비해 상대적으로 매우 높다. 다른 어업과의 상생 문제에 대한 사회적 합의가 부족한 상황에서 동경 128도 이동수역에서의 조업금지를 유지하기로 하는 행정청의 판단이 현저히 불합리하다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

재판관 이은애의 반대의견

살오징어를 비롯한 국내 수산자원의 감소는 단순히 국내 어업인의 남획만으로 탓하기 어려우며, 이미 국내 수산업은 해양생태계의 변화에 따라 구조적·체계적 차원의 어장 개편 문제에 봉착하였다고 볼 수 있다. 대형트롤어업에 관한 동경 128도 이동수역에서의 조업금지는 1976년 수산청 훈령으로 규정된 이래 약 48년간 유지되어 대형트롤어업의 존립 자체를 어렵게 하고 있다.

대형트롤어업이 연안어업에 중대한 피해를 미칠 것이라는 우려에 충분한 근거가 있다고 보기 어렵다. 근

해어업인 동해구중형트롤어업, 근해채낚기어업은 단순히 영세한 어업이라고 보기는 어려우며, 어선 1톤당 어획량은 오히려 동해구중형트롤어업이 대형트롤어업보다 많은 경우도 존재한다. 수산자원관리법령은 이미 대형트롤어업에 대해 광범위한 조업금지구역을 설정하고 있으므로, 동경 128도 이동수역에서의 조업을 허용하더라도 대형트롤어업의 조업이 가능해지는 수역은 대체로 동해 방면 한일중간수역에 해당한다. 일본의 경우 위 수역이 일부 포함된 조업구역에서 다수의 대형 저인망어선이 허가를 받아 어업을 하고 있고, 이들 저인망어선에는 트롤어선도 포함되는 것으로 보인다. 우리나라만 한일중간수역에서까지 대형트롤어업을 금지하는 것은 그 실효성이 불분명하다.

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

【심판대상조문】

구 ‘어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙’(2014. 1. 23. 해양수산부령 제66호로 개정되고, 2023. 2. 3. 해양수산부령 제581호로 폐지되기 전의 것) 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목

【참조조문】

헌법 제15조, 제37조 제2항

구 수산업법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2022. 1. 11. 법률 제18755호로 전부개정되기 전의 것) 제43조 제1항, 제2항

수산자원관리법(2022. 1. 11. 법률 제18755호로 개정된 것) 제15조 제1항, 제2항, 제40조 제1항 본문 [별표 3]

수산자원관리법 시행령(2014. 3. 24. 대통령령 제25276호로 개정된 것) 제7조 제1항 제3호

수산업법 시행규칙(2023. 2. 3. 해양수산부령 제581호로 제정된 것) 제48조 본문 [별표 11] 제1호 가목

【참조판례】

- 가. 헌재 2024. 1. 25. 2020헌마1725, 공보 328, 226, 228-229
- 나. 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바102등, 판례집 15-2하, 258, 268-269
- 헌재 2023. 5. 25. 2020헌바604, 공보 320, 929, 934

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○○
- 2. 김□□
- 3. 박○○
- 4. 김△△
- 청구인들의 대리인 법무법인(유한) 태평양
- 담당변호사 차한성 외 7인

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인들은 2021. 3. 9. 어선 ‘○○호’에 대하여 부산광역시장으로부터 2021. 3. 9. ~ 2022. 12. 31.의 기간에 대해 대형트롤어업의 허가를 받은 어업인들이다. 그 어업의 종류는 근해트롤어업, 조업구역은 전국 근해, 어업의 시기는 연중 제한이 없는데, ‘동경 128도 이동수역에서 조업하여서는 아니 된다’는 제한 조건이 부과되어 있다.

나. 청구인들은 위와 같은 제한 조건의 부과근거인 구 ‘어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙’ 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목이 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 주장하면서 2021. 5. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 구 ‘어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙’(2014. 1. 23. 해양수산부령 제66호로 개정되고, 2023. 2. 3. 해양수산부령 제581호로 폐지되기 전의 것) 제13조 본문 [별표 8] 제1호 가목(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

구 어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙(2014. 1. 23. 해양수산부령 제66호로 개정되고, 2023. 2. 3. 해양수산부령 제581호로 폐지되기 전의 것)

제13조(허가의 제한 및 조건) 법 제43조 제1항에 따른 어업허가의 제한과 어업허가에 붙이는 조건은 별표 8과 같다. 다만, 해양수산부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 외국과의 어업협력이나 법 제43조 제2항에 따른 조정이 필요하다고 인정되면 그 제한 및 허가조건을 따로 정하여 고시할 수 있다.

[별표 8] 어업허가의 제한 및 조건(제13조 본문 관련)

1. 근해어업

가. 대형트롤어업

동경 128도 이동수역에서 조업하여서는 아니 된다.

3. 청구인들의 주장

가. 법률유보원칙 위반

연혁적으로 보았을 때 대형트롤어선의 동경 128도 이동수역에서의 조업금지를 정한 국내 규정은 1976. 11. 10. 수산청 훈령 제256호로 제정된 ‘연근해어업에



관한 허가사무 취급요령' 제8조 제1항 제2호에서 찾을 수 있고, 이 조항은 구 '대한민국과 일본국 간의 어업에 관한 협정'(조약 제166호, 이하 '제1차 한일어업협정'이라 한다)의 조치를 이행하기 위하여 도입된 것이었다. 그러나 제1차 한일어업협정은 그 효력을 상실하였고, 현재 한일 어업관계를 규율하고 있는 '대한민국과 일본국 간의 어업에 관한 협정'(조약 제1477호)은 동경 128도 이동수역에서의 조업금지에 관한 규정을 두고 있지 않다.

구 수산업법 시행령(2013. 12. 17. 대통령령 제25014호로 개정되고, 2023. 1. 10. 대통령령 제33225호로 전부개정되기 전의 것) 제40조 제1항 본문 [별표 3](이하 '이 사건 수산업법 시행령 조항'이라 한다)은 대형트롤어업의 조업구역을 '전국 근해'라고 명시하고 있는데, 심판대상조항은 상위법령의 위임 없이 대형트롤어업의 조업구역을 '동경 128도 이서'만으로 엄격히 제한하고 있다.

결국 심판대상조항은 법률상 또는 조약상 근거도 없고, 상위법령인 이 사건 수산업법 시행령 조항과도 상충하므로 법률유보원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

나. 과잉금지원칙 위반

제1차 한일어업협정은 효력을 잃었으므로 심판대상조항은 그 목적의 정당성을 상실하였다. 가사 심판대상조항이 수산자원의 관리 및 다른 어업과의 이해관계 조정이라는 목적을 지니고 있다고 보더라도, 수산자원관리법 제15조, 같은 법 시행령 제7조 제1항 제3호 [별표 5]에 의한 조업금지구역의 설정 외에 별도로 동경 128도 이동수역에서의 조업을 금지할 필요성이 없다. 그리고 위와 같은 목적은 어업허가의 척수, 사용할 수 있는 어구, 어법, 어선의 규모, 조업시간, 포획·채취체장 또는 체중 등의 제한을 통해 달성할 수도 있다.

4. 판단

가. 쟁점

청구인들은 심판대상조항으로 인하여 동경 128도 이동수역에서 대형트롤어업을 할 수 없게 되었으므로 직업수행의 자유를 제한받는다. 이하에서는 심판대상조항이 법률유보원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부에 관하여 판단하기로 한다.

나. 법률유보원칙 위반 여부

(1) 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안 전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은

원칙적으로 '법률로써'만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 그런데 위 조항에서 규정하고 있는 기본권제한에 관한 법률유보의 원칙은 '법률에 의한 규율'을 요청하는 것이 아니라 '법률에 근거한 규율'을 요청하는 것이므로, 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다(헌재 2024. 1. 25. 2020헌마1725).

구 수산업법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2022. 1. 11. 법률 제18755호로 전부개정되기 전의 것) 제43조 제1항은 "행정관청은 제41조 및 제42조에 따른 어업허가를 처분하는 경우 해양수산부령으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다."라고 규정하고 있으며, 2022. 1. 11. 법률 제18755호로 전부개정된 수산업법 제44조 제1항 또한 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

심판대상조항은 위 구 수산업법 제41조 제1항의 위임에 따라 대형트롤어업의 어업허가 시 붙여야 할 조업구역에 관한 조건을 해양수산부령으로 규정한 것이므로, 법률상 근거가 있다.

(2) 청구인들은 심판대상조항이 대형트롤어업의 조업구역을 '전국 근해'라고 명시한 이 사건 수산업법 시행령 조항에 위반된다고 주장한다.

구 수산업법 시행령(2013. 12. 17. 대통령령 제25014호로 개정되고, 2023. 1. 10. 대통령령 제33225호로 전부개정되기 전의 것) 제40조 제1항 본문은 '근해어업의 조업구역과 허가정수는 별표 3과 같다'고 규정하고 [별표 3]은 대형트롤어업의 조업구역을 '전국 근해'라고 명시하고 있다. 그러나 같은 조 제2항에서 '해양수산부장관은 외국과의 어업협정 등과 어업조정을 위하여 필요하거나 어업경영의 안정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항 본문에도 불구하고 근해어업의 허가를 제한할 수 있다'고 규정하여, 해양수산부장관이 필요에 따라 제1항 본문 [별표 3]에서 정한 조업금지구역에 더하여 추가적인 제한을 부과할 수 있도록 하고 있다. 이러한 내용은 현행 수산업법 시행령에서도 그대로 유지되고 있다(제31조 제1항 [별표 5], 제2항).

그렇다면 이 사건 수산업법 시행령 조항이 반드시 전국 근해에서 아무런 제한 없이 대형트롤어업 허가를 하여야 한다는 의미라고 보기는 어려우므로, 심판대상

조항이 위 조항에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 그러므로 심판대상조항이 법률유보원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

수산자원은 유한한 공공자원으로서, 국가는 수산자원의 보호·회복 및 조성 등에 필요한 사항을 규정하여 수산자원을 효율적으로 관리할 의무가 있다(헌법 제120조 제2항, 제122조 참조). 심판대상조항은 수산자원을 보호하는 한편, 다른 어업과의 이해관계를 조정하기 위한 규정으로서 목적의 정당성이 인정된다.

심판대상조항은 대형트롤어업의 동경 128도 이동수역에서의 조업을 금지함으로써 동해안에서 어업을 영위하고 있는 어업인과의 갈등을 방지하는 한편, 살오징어 생산량 감소의 원인 중 하나로 지목되는 남획의 가능성을 감소시키는 데 기여할 수 있다. 그러므로 심판대상조항은 그 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 자연자원에 관하여 국가에게 강력한 규제권한을 부여하는 한편 자연자원에 대한 보호의무를 부과하는 헌법 제120조 제1항, 제2항에 비추어 보면, 어업허가는 일반적인 허가와는 달리, 허가권자에게 권리·능력을 설정해 주는 형성적 행위에 보다 가깝다. 그러므로 어업허가는 행정청이 관계법상의 요건이 충족되면 허가를 하여야 할 기속을 받는 일반적인 허가와는 달리 어업허가를 함에 있어서나 또는 허가기간을 정함에 있어서 공익적 관점에서 보다 넓은 재량을 갖는다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바102등 참조). 또한, 어족자원 보호와 어민들의 생존권 보장이라는 관점에서 가장 실효성 있는 조업구역, 어획 강도 및 조업방식 등에 관한 방안을 선택하는 문제는 고도의 정책적이고 전문적인 영역에 해당한다. 특히 어업에 관한 규율은 각 어업 내의 규율 상호 간에 유기적으로 관련되어 있을 뿐만 아니라 서로 다른 어업 상호 간에도 유기적으로 연결되어 있다. 예컨대 대형트롤어업의 어구나 허가정수에 관한 규율은 심판대상조항에 따른 조건을 포함하여 설정된 조업구역을 전제로 하고 있고, 대형트롤어업의 조업구역은 동해구중형트롤어업 또는 근해체납기어업 등 다른 어업의 어업활동에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 조업구역에서 동해가 제외되어 있는 외끌이대형저인망어업과 쌍끌이대형저인망어업(수산업법 제55조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 [별표 5] 제1호, 제2호)과 비교하였을 때의 공정성 문제와도 관련이 있다.

이러한 복합적·다층적 성질을 지니는 어업규제의 특성 에 비추어 볼 때 그 규제의 적절성은 국내어업에 대한 전체적인 규율의 관점에서 판단하여야 하고, 어업 규율에 관한 행정청의 판단이 현저히 불합리하지 않은 한 존중할 필요가 있다.

(나) 수산자원의 감소는 기후변화나 외국 어선의 불법조업과 같은 환경적·국제적 요인과 함께, 수산물의 남획과 같은 국내적 요인이 복합적으로 결합되어 발생한다고 할 수 있다(헌재 2023. 5. 25. 2020헌바604 참조). 동해안에서의 대형트롤어업이 살오징어의 생산량 감소 원인 중 하나로 지목되는 상황에서, 비록 그것이 수산자원 감소 원인에서 차지하는 구체적인 비중을 명확히 산정하기는 어렵다고 하더라도, 이를 방지하는 차원에서 대형트롤어업의 동경 128도 이동수역에서의 조업을 금지하는 것이 불필요하다고 보기는 어렵다.

(다) 수산협동조합중앙회가 발간한 「어업경영조사보고」에 따르면, 대형트롤어업의 척수당 1년 어업이익은 2015년 127,482,000원에서 2016년 1,361,577,000원으로 급증하였다가 지속적으로 감소 추세를 보여 2021년 388,008,000원을 기록하였고, 2022년에 이르러서는 적자구조로 바뀌어서 264,560,000원의 적자가 발생하였다. 통계청의 「어업생산동향조사」에 따르면, 대형트롤어업에 의한 살오징어의 총생산량 및 대형트롤어업의 어업생산량 대비 살오징어의 생산비율은 각각 2015년 60,780톤 및 87.74%이던 것이, 2021년 9,715톤 및 40.76%, 2022년 3,768톤 및 21.4%를 기록하여 모두 급감하였음을 알 수 있다.

그러나 위와 같은 채산성 하락에는 인건비 상승 및 유가변동에 따른 연료비 상승을 비롯한 복합적 요인이 작용하였으므로, 단순히 심판대상조항에서만 그 원인을 찾기는 어렵다. 특히 동해에서 살오징어를 주로 포획하는 다른 근해어업의 채산성 통계까지 함께 살펴보면 전국 근해에서의 살오징어의 자원량이 전반적으로 감소한 것으로 평가되므로, 심판대상조항에 따른 조업구역 제한을 대형트롤어업의 어획량 감소의 절대적 원인으로 단언하기는 어렵다.

(라) 연안어업의 경우 살오징어가 어획 전체에서 차지하는 비중은 높지 않지만, 연안어업인의 생계유지에 있어서 대형트롤어업의 동경 128도 이동수역 조업허가가 미칠 영향이 없다고 단언하기 어렵다. 예컨대 경상북도 연안복합어업에 관한 2018년부터 2022년까지의 「어업생산동향조사」 통계를 살펴보면, 어업생산량 중 살오징어가 차지하는 비중이 20.45%~57.14%로 그 비중이 상당히 높은 편이다. 대형트롤어업은 선풍량



(총톤수) 한계가 140톤으로 어구 전개판을 장착한 어선이 능동적으로 어구를 끌면서 수산동물을 포획하는 기술집약적이고 현대화된 어업으로, 타 어업에 비하여 어업규모와 어획강도가 월등한 편에 속하는 어업방식이다. 근해어업의 경우, 「어업경영조사보고」에 따르면 어선 1톤당 어획량은 2021년 기준 대형트롤어업 4,996kg 및 근해채낚기어업 1,519kg, 2022년 기준 대형트롤어업 1,352kg 및 근해채낚기어업 1,083kg으로 대형트롤어업의 어획강도가 상대적으로 매우 높다는 점을 알 수 있다.

살오징어는 동해안이 주 회유경로인데, 어획강도가 높은 대형트롤어업이 이를 과도하게 어획하게 되면 상대적으로 영세한 동해안 어업인들의 생계에 위협이 될 수 있다. 이에 동해안 어업인 등은 자원보호, 어업조정 등을 이유로 대형트롤어업의 동경 128도 이동수역 조업허가를 지속적으로 강력하게 반대하고 있는 상황이다. 이와 같이 연안어업이나 근해채낚기어업 등 다른 어업과의 상생 문제에 대한 사회적 합의가 부족한 상황에서 심판대상조항을 유지하기로 하는 행정청의 판단이 현저히 불합리하다고 보기는 어렵다.

(마) 총허용어획량 제도만으로는 수산자원의 보호나 감소된 수산자원의 회복이라는 입법목적 달성에 한계가 있다(헌재 2023. 5. 25. 2020헌바604 참조). 살오징어는 2007년부터 근해채낚기, 동해구중형트롤, 대형트롤, 대형선망 4개 업종에 대하여 총허용어획량 제도의 대상어종으로 지정되어 관리되었음에도 불구하고, 우리나라 연근해의 오징어 어획량은 과거의 어획량을 회복하지 못하고 지속적으로 감소하는 추세에 있다. 또한, 기후변화로 인해 잠재적 생산량이 크게 변동하는 어종에 관하여 적정 어획량을 예측하는 데에는 어려움이 존재하므로, 이를 토대로 할당량을 정하여 각 어업별 살오징어의 총허용어획량을 적용하는 것을 충분한 대안이라고 평가하기는 어렵다.

(바) 이상의 내용을 종합하면, 심판대상조항은 침해의 최소성을 갖추었다.

(3) 법익의 균형성

청구인들이 영위하는 대형트롤어업이 근래 급변하는 어장환경 등으로 인하여 어려운 상황에 직면하여 있는 것은 사실이다. 그러나 심판대상조항으로 인하여 대형트롤어업 자체를 영위할 수 없게 되는 것은 아닌 점, 앞서 본 바와 같이 대형트롤어업의 어획량 감소 원인은 매우 복잡적이어서 반드시 심판대상조항에만 기인한 것이라고 보기 어려운 점, 심판대상조항에 의한 조업구역을 변경하는 것이 연안어업이나 근해채낚기어업

등 다른 어업에 미치는 영향이 적지 않은 점 등을 고려하면, 청구인들이 입는 불이익이 수산자원 보호나 국내 어업의 이해관계 조정이라는 공익보다 크다고 볼 수 없다. 그러므로 심판대상조항은 법익의 균형을 갖추었다.

(4) 소결

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 이은애의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 이은애의 반대의견

나는 법정의견과 달리 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 판단하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

법정의견에서 본 바와 같이 심판대상조항은 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다.

나. 침해의 최소성

(1) 해양생태계는 기후의 변화나 해류의 흐름, 해풍의 향방, 수온, 수산동식물의 이동 등에 따라 수시로 변화하게 마련이다. 수산업은 일시다획성, 계절집중성, 자연재해에의 취약성 등으로 인해 불확실성이 높은 산업이며, 계획생산에 한계가 있다. 이러한 해양생태계와 수산업의 특성으로 이를 규율대상으로 하는 법률은 다른 법률에 비하여 상황변화에 보다 효율적으로 대처할 수 있는 탄력성을 요구한다(헌재 2021. 9. 30. 2019헌마551 참조).

수산업법 및 수산자원관리법은, ‘어업허가를 하는 경우 해양수산부령으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다’고 규정하여 어업허가에 관한 제한 또는 조건을 정할 수 있는 권한을 해양수산부장관에게 명시적으로 위임하고(수산업법 제44조 제1항), 어업의 종류별로 조업금지구역을 해양수산부장관이 정할 수 있도록 하면서 조업금지구역의 지정 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하며(수산자원관리법 제15조), 수산자원의 포획·채취 금지 기간·구역·수심·체장·체중 등을 해양수산부장관이 정할 수 있도록 규정하면서 그 세부내용은 대통령

령으로 정하도록 규정하는 등(수산자원관리법 제14조 제1항, 제5항) 행정입법에 다수의 사항을 위임하고 있다. 이는 해양생태계의 유동성을 비롯하여 수산업의 전반적인 상황, 각 어업의 특성 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 행정기관이 전문적 판단하에 시의적절하게 재량권을 행사할 수 있도록 한 것이다.

(2) 해양수산부장관은 1976. 11. 10. 수산청 훈령 제256호로 제정된 ‘연근해어업에 관한 허가사무 취급요령’의 내용 중 대형트롤어업에 관한 동경 128도 이동수역에서의 조업금지를 약 48년간 유지하고 있는바, 그동안 동경 128도 이동수역에서 해양생태계의 변화에 따른 어장 및 어업 상황의 변동이 있었는지 여부에 관하여 본다. 2006년부터 2014년까지의 「어업생산동향조사」 통계에 의하면, 대형트롤어업의 어업생산량 대비 살오징어의 생산비율이 70% 이상을 유지하였고, 살오징어 총생산량은 43,762톤~75,030톤의 범위에서 등락을 반복하였던 것에 반하여, 대형트롤어업의 척수당 어업이익은 2017년 이후 지속적으로 감소하여 2022년에 이르러서는 적자가 발생하였고, 대형트롤어업에 의한 살오징어의 총생산량 및 대형트롤어업의 어업생산량 대비 살오징어의 생산비율 역시 모두 급감 추세를 알 수 있다. 근래 살오징어의 총허용어획량 소진을 통계에 의하면, 대형트롤어업은 2022. 7. 1.부터 2023. 6. 30.까지 22.4%만을 소진하였고, 2023. 7. 1.부터 2024. 6. 30.까지 기간은 그보다도 낮은 17.6%만을 소진한 사실 또한 알 수 있다. 이러한 사정들과 전(全) 지구적으로 기후변화 등에 따라 해양생태계도 변화하고 있다는 점을 종합하여 볼 때, 살오징어를 비롯한 국내 수산자원의 감소를 단순히 국내 어업인의 남획만으로 탓하기 어려우며, 이미 국내 수산업은 위와 같은 해양생태계의 변화에 따라 구조적·체계적 차원의 어장 개편 문제에 봉착하였다고 볼 수 있다. 해양생태계와 수산업 상황 등의 변화에 시의적절하게 대응할 수 있도록 어업허가의 제한 및 조건 등에 관하여 행정입법재량을 부여받은 해양수산부장관으로서 주어진 재량을 적절하게 행사하여 국내 어업을 보호·육성하여야 함에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 대형트롤어업에 관한 동경 128도 이동수역에서의 조업금지를 약 48년간 유지하고 있는 것은 대형트롤어업의 존립 자체를 어렵게 하고 있다고 판단된다.

(3) 대형트롤어업의 주요 포획 어종인 살오징어는 울릉도의 전통적인 특산품이자 동해안 연안어업인의 주 포획어종이므로, 동경 128도 이동수역에서 대형트롤어업의 조업을 허용할 경우 동해안 연안어업에 피해

가 발생할 것이라는 우려가 있다.

그러나 관련 통계자료를 살펴보면, 연안어업에서 살오징어가 차지하는 비중은 대체로 낮다. 2018년부터 2022년까지의 「어업생산동향조사」 통계를 살펴보면, 각 연안어업의 어업생산량에서 살오징어가 차지하는 비중은 대부분 1% 이내로 미미한 실정이고, 다만 연안자망어업이 0.51%~2.9%, 연안복합어업이 1.5%~5.13%를 기록하였다. 경상북도로 한정하여 보면 어업생산량에서 살오징어가 차지하는 비중은 연안자망어업이 1.33%~6.15%, 연안복합어업이 20.45%~57.14%이었다. 경상북도 연안복합어업의 경우 살오징어가 차지하는 비중이 비교적 높은 편이나, 경상북도의 연근해어업 살오징어 어획량 전체에서 연안복합어업이 차지하는 비중은 2.31%~5.6%에 불과하다. 이러한 점에 비추어 볼 때 동경 128도 이동수역에서의 조업행위를 일체 금지하여야 할 만큼 대형트롤어업이 연안어업에 중대한 피해를 미칠 것이라는 우려에 충분한 근거가 있다고 보기 어렵다.

대형트롤어업과 보다 직접적으로 이해관계가 충돌하는 어업은 근해어업에 해당하는 동해구중형트롤어업과 근해채낚기어업이다. 대형트롤어선, 동해구중형트롤어선, 근해채낚기어선은 선복량의 한계(총톤수)가 각각 60톤 이상 140톤 미만, 20톤 이상 60톤 미만, 10톤 이상 90톤 미만인데(수산업법 제58조 제1항, 같은 법 시행령 제37조 제1항 [별표 6] 제1호), 어선의 규모에 비추어 볼 때 동해구중형트롤어업과 근해채낚기어업을 영세한 어업이라고 평가하기는 어렵다. 「어업경영조사보고」에 따르면, 2022년 기준 어선 1톤당 어획량은 대형트롤어업 1,352kg, 동해구중형트롤어업 1,671kg, 근해채낚기어업은 1,083kg이었다. 즉 동해구중형트롤어업의 어선 단위당 어획량이 오히려 대형트롤어업보다 많은 경우도 존재하고, 근해채낚기어업의 어획량도 대형트롤어업의 어획량과 큰 차이가 없다. 따라서 대형트롤어업의 어획강도만으로 심판대상조항을 정당화하기는 어렵다.

(4) 수산자원관리법 제15조 제2항 및 같은 법 시행령 제7조 제1항 제3호 [별표 5]는 이미 대형트롤어업에 대하여 광범위한 조업금지구역 설정하고 있고, 이를 제외하게 되면 동해에 있는 이른바 한일중간수역을 제외한 우리나라의 배타적 경제수역은 대부분 조업이 금지된다. 따라서 동경 128도 이동수역에서의 조업을 허용하더라도 대형트롤어업의 조업이 가능해지는 수역은 대체로 위 한일중간수역에 해당한다. 일본의 경우, 동해 방면 한일중간수역이 일부 포함된 근해저인망 어업



구역에 대형저인망 어선이 다수 어업허가를 받아 조업을 하고 있다. 일본 수산청에서 공개하는 근해저인망 어업허가명부 자료에 따르면 2024. 1. 1. 기준으로 동해 방면 한일중간수역이 일부 포함된 조업구역에서 허가받은 60톤 이상의 저인망어선은 50척이 넘는다. 우리나라와 달리, 일본 어업법(漁業法) 및 ‘어업의 허가 및 단속 등에 관한 법령’(漁業の許可及び取締)等に關する省令) 등 관련 법령이 트롤어업을 저인망어업과 구별하여 별도로 규정하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때 이러한 저인망어선에 트롤어선이 포함되는 것으로 보인다. 이러한 사정에 비추어 볼 때 우리나라만 한일중간수역에서까지 대형트롤어업을 금지하는 것은 그 실효성이 불분명하다.

최근 온난화에 따라 살오징어를 비롯한 여러 어류의 서식지가 점차적으로 북상하고 있다. 과거 1970년대에 트롤어업의 주요 포획 어종이었던 말귀치를 우리나라 어장에서 찾아보기 어렵게 된 주요 원인으로 북태평양 전체에 걸쳐서 일어난 기후변화라고 설명된다. 이러한 해양생태계의 변화를 고려하면, 대형트롤어업에 대하여 대화퇴어장을 비롯한 한일중간수역 등의 어장에서 어업을 할 기회를 제공할 필요가 있고, 이를 심판대상조항에 의해 원천적으로 봉쇄하는 것은 가혹한 측면이 있다.

(5) 대형트롤어선의 남획 가능성 문제는 총허용어획량의 조정, 단속의 인적·물적 자원의 확충 등을 통한 총허용어획량 제도의 실질화를 통해 방지할 수 있을 것이다. 또한 심판대상조항의 목적은 동경 128도 이동수역에서의 조업에 대한 전면적 금지가 아닌 더 세밀한 조업금지구역을 설정하거나, 어업허가의 척수, 사용할 수 있는 어구, 어법, 어선의 규모, 조업시간, 포획·채취 채장 또는 체중 등의 제한을 통해서도 달성할 수 있다.

(6) 이상의 사항을 종합적으로 고려하면 심판대상조항은 침해의 최소성을 충족하지 못한다.

다. 법익의 균형성

심판대상조항으로 달성하고자 하는 수산자원의 보호 및 다른 어업과의 이해관계 조정이라는 공익은 물론 중요하다. 그러나 청구인들이 영위하는 대형트롤어업이 급변하는 어장환경 등으로 인해 극심한 경영난에 직면한 점, 심판대상조항은 제1차 한일어업협정이라는 역사적인 원인으로 말미암아 성립되어 수십 년간 이어져 온 것으로서 이러한 상황의 방치는 대형트롤어업의 유지를 통한 국내 어업 전반의 장기적 발전에도 이롭다고 보기 어려운 점 등을 고려하면, 청구인들이 제한

받는 사익이 위 공익보다 작다고 보기 어렵다. 그러므로 심판대상조항은 법익의 균형성을 충족하지 못한다.

라. 소결

그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식

[별지] 관련조항

구 수산업법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2022. 1. 11. 법률 제18755호로 전부개정되기 전의 것)

제43조(허가어업의 제한 및 조건) ① 행정관청은 제41조 및 제42조에 따른 어업허가를 처분하는 경우 해양수산부령으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다.

② 행정관청은 제1항에서 정한 제한 또는 조건 외에 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 허가의 제한 또는 조건을 붙일 수 있다.

수산자원관리법(2022. 1. 11. 법률 제18755호로 개정된 것)

제15조(조업금지구역) ① 해양수산부장관은 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하면 「수산업법」 제40조에 따른 어업의 종류별로 조업금지구역을 정할 수 있다.

② 제1항에 따른 어업의 종류별 조업금지구역의 지정 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 수산업법 시행령(2013. 12. 17. 대통령령 제25014호로 개정되고, 2023. 1. 10. 대통령령 제33225호로 전부 개정되기 전의 것)

제40조(근해어업의 조업구역과 허가정수) ① 법 제61조 제1항 제2호 및 제3호에 따른 근해어업의 조업구역과 허가정수는 별표 3과 같다. (단서 생략)

[별표 3] 근해어업의 조업구역과 허가정수(제40조 제1항 본문 관련)

어업의 종류	허가정수	조업구역
대형트롤어업	34건	전국 근해

수산자원관리법 시행령(2014. 3. 24. 대통령령 제

25276호로 개정된 것)

제7조(어업의 종류별 조업금지구역) ① 법 제15조 제2항에 따른 어업의 종류별 조업금지구역은 다음 각 호와 같다.

3. 대형트롤어업: 별표 5 및 별도 1

[별표 5] 대형트롤어업의 조업금지구역(제7조 제1항 제3호 관련)

함경북도 경흥군 노서면 우암령 정상에서 150도 6천486미터의 점, 경상북도 울릉도 동쪽 끝 북위35도00분11.19초 동경129도59분51.58초의 교점, 경상남도 통영시 한산면 흥도 남쪽 끝, 북위32도45분12.01초 동경126도59분52.57초의 교점, 북위32도45분12.00초 동경125도59분52.87초의 교점, 전라남도 신안군 소흑산도 서쪽 끝, 인천광역시 옹진군 백령도 서쪽 끝, 평안북도 용천군 신도 서쪽 끝 및 용천군 용암포읍 매토리 동서돌각을 차례대로 연결한 선 안의 해역

(이하 생략)

수산업법 시행규칙(2023. 2. 3. 해양수산부령 제581호로 제정된 것)

제48조(어업허가의 제한 및 조건) 법 제44조 제1항에 따른 어업허가의 제한 및 조건은 별표 11과 같다. 다만, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제44조 제2항에 따라 공익의 보호나 어업조정 등을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 어업허가의 제한 및 조건을 따로 정하여 고시할 수 있다.

[별표 11] 어업허가의 제한 및 조건(제48조 본문 관련)

1. 근해어업

가. 대형트롤어업

동경 128도 이동수역에서 조업을 해서는 안 된다.

10. 기소유예처분취소

[2024. 7. 18. 2022헌마761]

【판시사항】

청구인들의 출장이 정액 출장 여비 지급 요건을 충족하지 못하였다고 단정할 수 없고 청구인 류○○에게 시간외근무수당에 대한 부당 수령의 고의가 인정된다고 단정할 수 없음에도, 청구인들에게 ‘보조금 관리에 관한 법률’ 위반 혐의를 인정한 피청구인의 기소유예처분이 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【결정요지】

청구인들의 출장과 관련하여 반드시 도보로 통행 가능한 최단거리만을 기준으로 출장 여비 지급 가능성을 판단하여야 한다고 보기는 어려우므로, 청구인들의 출장이 ‘공무원 여비 규정’에서 정하는 정액 출장 여비 지급 요건을 충족하지 못하였다고 단정할 수 없다. 또한 청구인 류○○은 2016. 9. 6.에 초과근무를 했으나 위 일자의 초과근무에 대해서는 시간외근무수당을 신청하지 않았으므로 2016. 9. 7.자 시간외근무수당 수령은 고의가 아닌 착오에 기인한 것일 가능성이 있다. 그럼에도 피청구인은 청구인들에게 기소유예처분을 하였는바, 이는 자의적인 검찰권 행사로서 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항

구 보조금 관리에 관한 법률(2016. 1. 28. 법률 제13931호로 개정되고, 2017. 1. 4. 법률 제14524호로 개정되기 전의 것) 제40조

보조금 관리에 관한 법률(2017. 1. 4. 법률 제14524호로 개정된 것) 제40조 제1호

공무원 여비 규정(2010. 11. 10. 대통령령 제22474호로 개정된 것) 제4조

공무원 여비 규정(2014. 11. 19. 대통령령 제25751호로 개정되고, 2021. 11. 30. 대통령령 제32168호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항

【당 사 자】

청 구 인 1. 이○○

2. 류○○

청구인들의 대리인 법무법인(유한)

에이팩스

담당변호사 심규철

피 청 구 인 인천지방검찰청 검사

【주 문】

피청구인이 2022. 2. 18. 인천지방검찰청 2021년 형제51212호 사건에서 청구인들에 대하여 한 기소유예처분은 청구인들의 평등권, 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 피청구인은 2022. 2. 18. 청구인들에 대하여 보조금관리에관한법률위반 혐의로 기소유예처분(인천지방검찰청 2021년 형제51212호, 이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다)을 하였다. 청구인들에 대한 피의사



실의 요지는 다음과 같다.

『청구인 이○○은 인천 부평구 (주소 생략)에 소재한 인천 부평구 ○○센터(이하 ‘이 사건 센터’라고 한다)의 센터장으로 근무한 사람이고, 청구인 류○○은 위 센터에서 보육전문요원으로 근무한 사람이다.

청구인 이○○은 2017. 7. 14.경부터 2019. 12. 12.경까지 총 9회에 걸쳐 출장 여비 지급요건을 충족하지 않는 왕복 2km 이내의 출장지를 다니면서 출장 여비 총 90,000원을 부당하게 수령하여 ‘보조금 관리에 관한 법률’(이하 ‘보조금법’이라 한다)을 위반하였다.

청구인 류○○은 2017. 5. 14.경부터 2017. 11. 18.경까지 총 5회에 걸쳐 출장 여비 지급요건을 충족하지 않는 왕복 2km 이내의 출장지를 다니면서 출장 여비 총 50,000원을 부당하게 수령하고, 2016. 9. 7.경 초과 근무를 하지 않았음에도 시간외근무수당 8,633원을 부당하게 수령하여 보조금법을 위반하였다.』

나. 청구인들은 2022. 5. 18. 이 사건 기소유예처분이 자신들의 평등권, 행복추구권 등을 침해한다고 주장하며 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장

가. 출장 여비 부당 수령으로 인한 보조금법위반의 점

청구인들은 이 사건 센터에서 인천 부평구 (주소 생략)에 소재한 ○○도서관(이하 ‘이 사건 출장지’라고 한다) 내의 교육장으로 출장을 갈 때마다 노트북 및 기타 교육 자료, 수강자들을 위한 음료와 간식 등의 물건을 가져가야 하므로, 교육장까지 도보로 이동하기 어려워 각자 승용차로 이 사건 출장지를 오가곤 하였다. 이 사건 센터에서 이 사건 출장지까지의 거리는 승용차를 이용하였을 때 편도 약 1.1km이므로 청구인들의 출장은 ‘왕복 2km 이내가 아닐 것’이라는 정액 출장 여비 지급 요건을 충족하였다.

나. 시간외근무수당 부당 수령으로 인한 보조금법위반의 점

청구인 류○○은 2016. 9. 6. 20:00까지 2시간 초과 근무하였다. 다만, 초과근무대장에 2016. 9. 7. 초과근무를 한 것으로 잘못 작성하여 초과근무수당을 받은 것일 뿐, 시간외근무수당에 대한 부당 수령의 고의는 없었다.

3. 판단

가. 출장 여비 부당 수령으로 인한 보조금법위반의 점

(1) 인정되는 사실

(가) 청구인 이○○은 2017. 5. 26.부터 2019. 10. 25.까지 총 9회에 걸쳐 이 사건 출장지에 부모교육 진

행 등을 위한 목적으로 출장을 갔고, ‘공무원 여비 규정’ 제18조에 따라 출장 여비를 정액으로 총 9만 원을 지급받았다.

(나) 청구인 류○○은 2017. 5. 26.부터 2017. 11. 28.까지 총 5회에 걸쳐 이 사건 출장지에 부모교육 진행 등을 위한 목적으로 출장을 갔고, ‘공무원 여비 규정’ 제18조에 따라 출장 여비를 정액으로 총 5만 원을 지급받았다.

(다) 청구인들은 이 사건 출장지까지 교육에 필요한 자재와 간식 등을 가지고 각자의 승용차로 이동하였고, 그 이동거리는 차량 이동 기준으로 왕복 약 2.2km 이다.

(2) 출장 여비 지급 요건의 충족 여부

(가) 피청구인은 도보로 통행 가능한 최단거리를 기준으로 정액의 출장 여비 지급 가능성을 판단하여 청구인들이 보조금법을 위반하였다고 본 것이므로, 이러한 피청구인의 판단이 정당인지 살펴본다.

(나) ‘공무원 여비 규정’ 제4조는 여비는 일반적인 경로 및 방법에 의하여 계산하되, 공무의 형편상 또는 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유로 일반적인 경로 및 방법에 의한 여행을 하기 곤란한 경우에는 실제로 여행한 경로 및 방법에 의하여 계산하도록 규정하고 있고, 같은 규정 제18조 제1항은 근무지 내 국내 출장에 있어 여행시간이 4시간 이상인 경우에는 2만 원을 지급하고, 4시간 미만인 경우에는 1만 원을 지급하도록 규정하고 있다. 한편, 인사혁신처장은 ‘공무원 여비 규정’에서 위임된 사항과 여비관련 업무처리의 기준 등을 명확하게 하기 위하여 ‘공무원보수 등의 업무지침’을 정하고 있는데, 위 업무지침 제9장 III. 2. 마.항에서는 근무지내 국내출장 중 왕복 2km 이내의 근거리 출장인 경우 정액 지급이 아닌 실비로 지급하도록 규정하고 있다.

청구인들이 제출한 자료 등에 의하면, 이 사건 센터에서 이 사건 출장지까지의 거리는 승용차를 이용할 때 편도 약 1.1km, 대중교통인 버스를 이용할 때 편도 약 1.2km로 확인된다. 그리고 이 사건 센터에서 이 사건 출장지까지 도보로 가는 경우, 가장 빠른 길은 공원 내 산책길과 공원 옆 아파트 사잇길을 이용하는 방법으로 편도 약 933m이고, 큰길을 우선으로 갈 때에는 그 거리가 편도 약 952m로 확인된다.

‘공무원 여비 규정’에서 여비의 계산 기준으로 제시되는 ‘일반적인 경로 및 방법’을 일의적으로 규정할 수는 없으나, 당사자들이 출장 갈 때의 상황과 출장지까

지의 도로 등 교통 여건 등을 고려하지 않고 무조건 도로로 갈 수 있는 가장 빠른 길을 ‘일반적인 경로 및 방법’이라고 단정하기는 어려울 것이다. 실제로 이 사건에서 청구인들이 도로로 이동할 수 있는 가장 빠른 길은 왕복 약 1.86km이기는 하나, 그 길은 공원 내 산책길과 공원 옆 아파트 사잇길을 이용한 것이어서 청구인들이 교육을 위한 자재와 간식 등의 짐을 가지고 걸어서 통행하기 쉽지 않을 것임이 충분히 예상된다.

한편, 피청구인은 도심의 경우 근거리에는 목적지까지 갈 때 도로사정상 유턴 등의 이유로 승용차나 대중교통을 이용할 때보다 도로로 이동할 때에 이동 시간 및 거리가 훨씬 단축될 수 있으며, 이 사건에서도 마찬가지라고 주장한다. 그러나 청구인들이 제출한 자료 등에 의하면, 승용차를 이용하여 이 사건 출장지까지 이동하는 경로는 유턴 없이 직진으로만 이어진 도로임을 알 수 있다. 또한 피청구인은 부평구청 감사부서의 의견에 따라 출장 여비 지급 규정을 위한 출장 거리의 계산은 실제 이동거리가 아닌 최단거리 즉, 직선거리를 바탕으로 하여야 한다고도 주장하나, 위 직선거리는 통행 가능한 도로를 기준으로 한 것이 아니어서 ‘공무원 여비 규정’에서 정하는 ‘일반적인 경로 및 방법’에 해당하지 않음이 명백하다.

(다) 그렇다면 청구인들의 이 사건 출장지로의 출장과 관련하여 반드시 도로로 통행 가능한 최단거리만을 기준으로 출장 여비 지급 가능성을 판단하여야 한다고 보기는 어려우므로, 청구인들의 출장이 ‘공무원 여비 규정’에서 정하는 정액 출장 여비 지급 요건을 충족하지 못하였다고 단정할 수 없다.

나. 시간외근무수당 부당 수령으로 인한 보조금법위반의 점

(1) 인정되는 사실

(가) 청구인 류○○은 2016. 9. 6. 서울 ○○에서 15:30부터 20:00까지 보육교직원 힐링프로그램을 진행하였다.

(나) 이 사건 센터의 초과근무내역서에 따르면 청구인 류○○이 2016. 9. 6. 초과근무를 한 내역은 없고, 2016. 9. 7. 18:00부터 20:00까지 초과근무를 하였다고 기재되어 있다.

(다) 청구인 류○○은 자신이 실제로 초과근무한 2016. 9. 6.자 근무에 대하여는 시간외근무수당을 신청한 바 없다.

(2) 시간외근무수당의 부당 수령에 대한 고의가 인정되는지 여부

(가) 청구인 류○○은 2016. 9. 7.자 초과근무 수당

을 수령하였으나 이는 2016. 9. 6.자 초과근무의 내용과 일자를 착각하여 초과근무내역서를 잘못 작성한 것으로 초과근무수당을 부당수령하려는 고의가 없었다는 취지로 주장한다.

앞서 인정되는 사실들, 즉 청구인 류○○이 2016. 9. 6.에 실제로 초과근무를 했으나 그 내용이 초과근무내역서에 기재되지 않았고, 대신 실제 근무하지 않은 2016. 9. 7.자 초과근무 기록이 존재하며, 청구인 류○○이 2016. 9. 6.자 초과근무에 대한 시간외근무수당은 청구하지 않은 점 등을 고려하면, 초과근무내역서에 기재된 2016. 9. 7.자 초과근무 기록은 청구인 류○○이 2016. 9. 6.자 초과근무에 대한 기록을 착오로 잘못 기재한 것일 가능성을 완전히 배제할 수 없다.

(나) 사정이 위와 같다면, 이 사건 기록에 나타난 내용만으로는 청구인 류○○에게 2016. 9. 7.자 시간외근무수당에 대한 부당 수령의 고의가 인정된다고 단정하기는 어렵다.

다. 소결

피청구인은 청구인들이 이 사건 센터로부터 이 사건 출장지까지 실제로 통행한 거리가 ‘공무원 여비 규정’상 출장 여비 지급 요건의 전제인 ‘일반적인 경로 및 방법’에 해당하는지에 관하여 면밀히 수사를 진행하지 아니하고, 청구인 류○○이 착오로 초과근무내역서에 초과근무를 실시한 날짜와 내용을 잘못 기재하였을 가능성에 관하여도 수사하지 아니한 채 청구인들에게 보조금법 위반의 피의사실이 인정된다고 판단하고, 이 사건 기소유예처분을 하였다. 따라서 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진 내지 증거판단의 잘못이 있으며, 그로 말미암아 청구인들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식



11. 기소유예처분취소

[2024. 7. 18. 2023헌마1273]

【판시사항】

청구인이 관할 관청의 승인을 받지 않고 튜닝된 자동차라는 사실을 알고 운행하였다고 인정할 증거가 없음에도 불구하고 청구인의 자동차관리법위반 혐의를 인정한 피청구인의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【결정요지】

청구인이 운행한 자동차가 관할 관청의 승인 없이 튜닝된 사실이 인정되기는 하지만, 청구인은 자동차를 튜닝한 사실을 부인하였고, 해당 자동차는 연구를 위하여 공용으로 사용되었던 것으로 보이는데, 이를 위와 같이 언제, 누가 튜닝하였는지 추단할 만한 아무런 증거가 없는 점, 청구인으로서 2012년부터 연구 목적으로 활용되어 온 ○○대학교 ○○협력단 소유 자동차가 당연히 관련 규정을 모두 준수하여 운행되었을 것이라 판단했을 가능성이 높은 점 등을 종합하면, 피청구인이 제출한 증거만으로는 청구인이 ‘관할 관청의 승인 없이’ 자동차가 튜닝되었다는 사실을 알았다고 인정하기에 부족하다. 그럼에도 피청구인은 청구인에게 기소유예처분을 하였는바, 이는 자의적인 검찰권 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항

자동차관리법(2015. 12. 29. 법률 제13686호로 개정된 것) 제81조 제20호

자동차관리법(2014. 1. 7. 법률 제12217호로 개정된 것) 제2조 제11호, 제34조 제1항

【참조판례】

대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결

대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결

대법원 2018. 7. 12. 선고 2017도1589 판결

【당 사 자】

청 구 인 최○○

대리인 법무법인 명재

담당변호사 이재희 외 2인

피 청 구 인 서울중앙지방검찰청 검사직무대리

【주 문】

피청구인이 2023. 9. 20. 서울중앙지방검찰청 2023년 형제53352호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예

처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 2023. 9. 20. 피청구인으로부터 자동차관리법위반 혐의로 기소유예처분(서울중앙지방검찰청 2023년 형제53352호, 이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다)을 받았고, 피의사실의 요지는 다음과 같다.

『모든 자동차 소유자는 국토교통부령으로 정하는 항목에 대해 튜닝을 하려는 경우 관할 관청의 승인을 받아야 하며, 승인을 받지 아니한 자동차인 것을 알면서 이를 운행하여서는 아니 된다. ○○대학교 ○○협력단은 그 소유의 (차량번호 생략) 그랜드 카니발 차량(이하 ‘이 사건 차량’이라 한다) 내 4열 좌석을 관할 관청의 승인 없이 탈거하여 튜닝하였다. 청구인은 이를 알고도 2023. 7. 26. 14:26경 서울 용산구 서빙고로 305 강변북로 보광고가 부근 도로에서 이 사건 차량을 운행하여 자동차관리법을 위반하였다(이하 ‘이 사건 피의사실’이라 한다).』

나. 청구인은 이 사건 기소유예처분이 자신의 평등권 및 행복추구권을 침해하였다고 주장하며 2023. 11. 16. 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

가. 관련규정을 종합하면 자동차를 소유하여 그 운행이익을 얻었고 관할 관청의 승인 없이 튜닝된 사실을 알고도 운행한 자만이 자동차관리법 제81조 제20호에서 정한 ‘제34조를 위반하여 튜닝된 자동차인 것을 알면서 이를 운행한 자’가 될 수 있다. 청구인은 이 사건 차량의 소유자도 아니고 이 사건 차량이 관할 관청의 승인 없이 튜닝되었다는 사실을 알지 못하였으므로 위 자동차관리법위반의 고의가 없었다.

나. 그럼에도 피청구인은 이 사건 피의사실이 인정됨을 전제로 이 사건 기소유예처분을 내렸으므로 이 사건 기소유예처분은 청구인의 평등권, 행복추구권을 침해한 자의적인 처분으로서 취소되어야 한다.

3. 판단

가. 인정되는 사실

이 사건의 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) ○○대학교 ○○협력단은 2012. 4. 3. 소유자로서 이 사건 차량을 신규등록하였다. 이 사건 차량 장비이력카드에 이 사건 차량의 보유부서는 ○○연구센터로,

관리책임자는 서○○ 교수로 기재되어 있다.

(2) 청구인은 ○○대학교 ○○학부 ○○연구실 소속 대학원생으로서, 2023. 7. 26. 서울 용산구 서빙고로 305 강변북로 보광고가 부근 도로에서 뒷좌석이 탈거된 이 사건 차량을 운전하였다.

(3) 청구인은 경찰 조사에서 ‘청구인은 2020년부터 ○○대학교 ○○학부 ○○연구실에 소속되어 있고, 2023년 초부터 이 사건 차량을 연구 목적으로 사용하였다. 이 사건 차량을 별도로 관리하는 사람은 없는 것으로 알고 있고, 연구실 내에 열쇠를 걸어놓고 연구를 위해 필요할 때 사용하고 있다. 장비이력카드상 관리책임자인 서○○ 교수가 이 사건 차량과 관련하여 구체적으로 어떤 행정적인 역할을 맡고 있는지는 잘 모르겠다. 이 사건 차량 좌석이 탈거된 상태로 청구인이 이 사건 차량을 운전하기는 하였으나, 이와 같이 언제 어떻게 좌석이 탈거되었는지 모른다. 단속 이전에는 자동차의 구조를 변경하려면 등록관청의 변경승인을 받아야 한다는 사실을 몰랐다.’는 취지로 진술하였다.

나. 청구인이 이 사건 차량이 관할 관청의 승인 없이 튜닝되었다는 사실을 알았는지 여부(자동차관리법 제81조 제20호에 대한 고의가 인정되는지 여부)

(1) 관련 법리

(가) 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 고의를 부인하는 경우, 그 범의 자체를 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 정질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다. 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실에 해당하는지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력으로 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 참조).

(나) 한편, 고의의 일종인 미필적 고의는 중대한 과실과는 달리 범죄사실의 발생가능성에 대한 인식이 있고 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지 여부는 행위자의 진술에 의존하지 않고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 해당 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인지를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 참조).

(2) 구체적 판단

(가) 자동차관리법은 제2조 제2호에서 ‘운행’이란 사

람 또는 화물의 운송 여부와 관계없이 자동차를 그 용법에 따라 사용하는 것이라고 정하고 있다. 이와 같은 ‘운행’ 정의 조항에 비추어 보면 자동차관리법 제81조 제20호의 ‘운행한 자’에는 자동차의 소유자뿐만 아니라 자동차를 운전한 자도 포함된다고 보아야 한다.

(나) 한편 자동차관리법 제81조 제20호는 ‘제34조(국토교통부령으로 정하는 항목에 대하여 튜닝을 하려는 경우 시장·군수·구청장으로부터 승인을 받아야 하는 소유자의 의무)를 위반하여 튜닝된 자동차인 것을 알면서 이를 운행한 자’를 형사처벌하고 있다. 즉, 위 제81조 제20호에서 정한 자에 해당하려면, ‘관할 관청의 승인 없이 튜닝된 사실’을 알았을 것이 요구된다. 그러나 위 인정사실 및 이 사건 기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합하면 피청구인이 제출한 증거만으로는 청구인이 ‘관할 관청의 승인 없이’ 이 사건 차량이 튜닝되었다는 사실을 알았다고 인정하기에 부족하다. 따라서 청구인에게 이 사건 피의사실에 대한 고의가 있었다고 볼 수 없다.

1) 이 사건 차량은 ○○대학교 ○○협력단의 소유로 2012년부터 연구를 위한 차량으로 사용되었는데, 이 사건 피의사실 당시 이 사건 차량 내 뒷좌석이 탈거되어 있었으므로, 이는 자동차의 안전운행에 필요한 성능과 기준이 설정되어 있는 자동차의 구조·장치가 일부 변경된 경우로서(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017도1589 판결 등 참조) 자동차관리법 제34조 제1항에서 정한 자동차를 ‘튜닝’한 경우에 해당한다. 그러나 청구인은 이 사건 차량을 위와 같이 튜닝한 사실을 부인하였고, 경찰 조사에서 자신이 이 사건 차량의 실질적인 관리자라는 취지로 진술하지도 않았다. 오히려 청구인의 진술에 의하면 이 사건 차량은 연구를 위하여 공용으로 사용되었던 것으로 보이는데, 이 사건 차량을 위와 같이 언제, 누가 튜닝하였는지 추단할 만한 아무런 증거가 없다.

2) 이 사건 차량은 2012년부터 연구 목적으로 활용되어 왔으므로 청구인이 2023년 초 이 사건 차량을 처음 이용할 무렵 이 사건 차량은 이미 위와 같이 튜닝되었을 수 있다. 더욱이 이 사건 차량은 연구 목적으로만 사용되므로, 위와 같이 튜닝된 이 사건 차량을 운전한 청구인으로서 위 차량이 ○○대학교 ○○협력단 소유 차량으로 당연히 관련 규정을 모두 준수하여 운행되었을 것이라 판단했을 가능성이 높고, 청구인이 미필적으로나마 이 사건 차량이 위법하게 튜닝된 사실을 알았다고 볼만한 정황이 없다(청구인은 경찰 조사에서 위와 같이 튜닝할 경우 관할 관청의 승인을



받아야 한다는 사실을 몰랐다고 진술하였고, 이 사건 차량의 소유자가 아닌 청구인에게 이를 확인해야 할 의무가 있었다고 볼 수도 없다).

3) 경찰은 이 사건 차량이 위법하게 튜닝된 것임을 몰랐다는 청구인의 주장에 대하여 이는 ‘몰랐다면 위법을 저질러도 된다’는 주장에 불과하다고 판단하여 청구인의 주장을 ‘법률의 부지’ 주장으로 해석한 것으로 보이나, 자동차관리법 제81조 제20호에서 ‘제34조를 위반하여(관할 관청의 승인을 받지 아니하고) 튜닝된 자동차인 것을 알면서’라는 고의를 명시적으로 요구하고 있는바, 청구인의 주장은 이러한 고의를 부정하는 취지로 보아야 한다.

다. 소결

사정이 이와 같다면, 수사된 내용만으로는 청구인의 자동차관리법위반 혐의를 인정하기 어렵다. 그럼에도 피청구인은 청구인에게 이 사건 피의사실이 인정됨을 전제로 이 사건 기소유예처분을 하였는바, 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 있고, 그로 인하여 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이종석 이은애 이영진 김기영 문형배 이미선
김형두 정정미 정형식