

국민과 함께하는 **정의의 파수꾼**

2023. 3. 23. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 3월 선고 즉시보도 외 사건 보도자료

우리 재판소에서 2023. 3. 23.(목) 선고한 심판사건 결정요지 등 (즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2023. 3. 23.(목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임: 즉시보도 외 사건 보도자료 9건. 끝.

보도자료

강제퇴거대상자에 대한 보호기간의 상한 없는 보호 사건
[2020헌가1, 2021헌가10(병합) 출입국관리법 제63조 제1항 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 6:3의 의견으로, 강제퇴거 명령을 받은 사람을 보호할 수 있도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 출입국관리법 제63조 제1항이 과잉금지원칙 및 적법 절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해하는 것으로, 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하였다. 다만 구체적 논쟁의 과정에서, 재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선의 헌법불합치의견과 재판관 이선애의 헌법불합치의견으로 나누어졌다.**[헌법불합치]** 이에 대하여는 위 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단한 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정을 변경할 필요성이 인정되지 아니한다는 재판관 이은애, 이종석, 이영진의 반대의견이 있으며, 위 조항은 헌법 제12조 제6항에도 위배된다는 재판관 이미선의 위 재판관 5인의 헌법불합치의견에 대한 보충의견이 있다.



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 제청신청인들은 강제퇴거명령과 동시에 보호명령을 받은 사람들로, 보호명령 등의 취소를 구하는 소를 제기하고, 재판 계속 중 출입국관리법 제63조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 제청법원은 제청신청인들의 신청을 받아들여 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것)

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

□ 결정주문

- 출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2025. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

□ 이유의 요지

● 재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선의 헌법불합치의견

○ 과잉금지원칙 위반: ○

- 심판대상조항은 강제퇴거대상자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 인차수용하여 강제퇴거명령을 효율적으로 집행할 수 있도록 함으로써 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전과 질서를 도모하고자 하는 것으로, 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다.
- 그러나 보호기간의 상한을 두지 아니함으로써 강제퇴거대상자를 무기한 보호

하는 것을 가능하게 하는 것은 보호의 일시적·잠정적 강제조치로서의 한계를 벗어나는 것이라는 점, 보호기간의 상한을 법에 명시함으로써 보호기간의 비합리적인 장기화 내지 불확실성에서 야기되는 피해를 방지할 수 있어야 하는데, 단지 강제퇴거명령의 효율적 집행이라는 행정목적 때문에 기간의 제한이 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 획일성만을 강조한 것으로 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한하는 것인 점, 강제퇴거명령을 받은 사람을 보호함에 있어 그 기간의 상한을 두고 있는 국제적 기준이나 외국의 입법례에 비추어 볼 때 보호기간의 상한을 정하는 것이 불가능하다고 볼 수 없는 점, 강제퇴거명령의 집행 확보는 심판대상조항에 의한 보호 외에 주거지 제한이나 보고, 신원보증인의 지정, 적정한 보증금의 납부, 감독관 등을 통한 지속적인 관찰 등 다양한 수단으로도 가능한 점, 현행 보호일시해제제도나 보호명령에 대한 이의신청, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 승인제도만으로는 보호기간의 상한을 두지 않은 문제가 보완된다고 보기 어려운 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 침해의 최소성과 법익균형성을 충족하지 못한다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

○ 적법절차원칙 위반: ○

- 행정절차상 강제처부에 의해 신체의 자유가 제한되는 강제처분의 집행기관으로부터 독립된 중립적인 기관이 이를 통제하도록 하는 것은 적법절차원칙의 중요한 내용에 해당한다. 심판대상조항에 의한 보호는 신체의 자유를 제한하는 정도가 박탈에 이르러 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로 볼 수 있는 점을 고려하면, 보호의 개시 또는 연장 단계에서 그 집행기관인 출입국관리 공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관이 보호의 타당성을 심사하여 이를 통제할 수 있어야 한다. 그러나 현재 출입국관리법상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 집행기관으로부터 독립된 중립적 기관에 의한 통제절차가 마련되어 있지 아니하다.
- 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는 것은 적법절차원칙에서 도출되는 중요한 절차적 요청이므로, 심판대상조항에 따라 보호를 하는 경우에도 피보호자에게 위와 같은 기회가 보장되어야 하나, 심판대상조항에 따른 보호명령을 발령하기 전에 당사자에게 의견을 제출할 수 있는 절차적 기회가 마련되어 있지 아니하다.

- 따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

● **재판관 이선애의 헌법불합치의견**

- 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정의 위헌의견에 참여하여 논증한 바와 같이, 심판대상조항은 행정의 편의성과 획일성만을 강조하여 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한하고, 보호명령에 대한 이의신청 등 사후적 구제수단 역시 실효성이 없으므로 과잉금지원칙에 위배된다.

또한 보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없고, 행정상 인신구속을 함에 있어 의견제출의 기회도 전혀 보장하고 있지 아니하므로, 적법절차원칙에도 위배된다.

● **헌법불합치결정과 잠정적용 명령**

- 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하게 되면 용인하기 어려운 법적 공백이 발생할 우려가 있고, 심판대상조항의 위헌성을 해소하기 위한 구체적 내용을 정하는 것은 입법자의 재량에 속하므로 입법자가 여러 정책적 대안을 숙고하여 위헌성을 제거할 수 있도록 하기 위하여 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 2025. 5. 31.을 시한으로 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명한다.

□ **반대의견(재판관 이은애, 이종석, 이영진)**

- 헌법재판소는 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에서 심판대상조항이 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되지 아니하여 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 선례를 변경하기 위해서는 가중정족수라는 형식적 요건 외에도, 선례의 판단에 법리상 잘못이 있다거나 사정변경이 있다는 등 선례의 입장을 변경해야만 할 필요성이 인정되어야 한다.
- 심판대상조항에 따라 실제 강제퇴거명령을 받은 사람이 송환 준비를 마치고 송환되기까지 평균 보호기간은 2018년 10.1일, 2019년 9.6일, 2020년 16.9일 정도로서, 2020년의 경우 코로나바이러스감염증-19의 확산으로 출국항공편이 중단, 감소되어 기간이 늘어난 사정을 감안한다면 보호기간은 선례 결정 당시에 비해 줄어들고 있는 추세이다. 이와 같이 심판대상조항에 의한 보호는 실무

에서도 대부분 목적상 한계 및 시간적 한계의 범위 내에서 집행되고 있다.

- 출입국관리법이 보호기간에 상한을 두고 있지는 아니하나, 출입국관리법은 보호명령에 대한 이의신청, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 승인제도, 보호의 일시해제 등을 통해 보호가 필요한 최소한도의 기간 동안에만 이루어질 수 있도록 제도를 보완하고 있다. 선례 결정 이후, 비보호를 원칙으로 하는 출국명령이 확대되고, 이의신청 제도가 실질화되었으며, 보호의 연장승인 및 보호 일시해제제도의 실효성도 확대되는 등 제도와 실무도 개선되어 왔다.

나아가 강제퇴거대상자의 보호기간에 대한 상한 설정과 관련하여, 미국, 일본과 중국 등은 여전히 강제퇴거대상자에 대한 수용기간의 상한을 규정하고 있지 않아 우리나라가 보호기간에 상한을 설정하게 되면 우리나라에 불법으로 체류하는 외국인이 급증할 가능성을 배제할 수 없다는 점도 선례 결정 당시와 같은 사정이다.

출국거부자에 대한 강제퇴거명령 집행의 어려움은 선례 이후 변화가 없고, 보호기간의 상한을 설정하여 그 기간이 경과하면 보호를 해제하도록 할 경우 자발적 출국의지를 저해할 가능성이 커질 우려가 있으며, 최근 통계에 의하면 보호 일시해제된 강제퇴거대상자 중 적지 않은 수가 소재불명 및 도주로 일시해제가 취소되었음에 비추어 보호기간의 상한을 설정하여 그 기간 경과 후 보호가 해제된 강제퇴거대상자의 수가 지금보다 증가하게 될 경우 이들의 국내체류를 효율적으로 관리할 수 있을지 의문이고, 취업, 주거, 의료, 생계지원 등 이들의 국내체류여건을 완화할 있는 방안도 충분히 마련되어 있지 않다. 강제퇴거대상자의 보호기간에 상한을 두는 문제는 보호해제된 강제퇴거대상자의 관리로 인해 증가되는 행정비용을 어느 정도 감당할 것인지, 강제퇴거대상인 외국인에게 어떠한 취업기회를 부여하고, 어느 정도의 인도적 지원을 할 것인지에 대한 사회적 합의를 바탕으로 한 정책적 토대 위에서 논의되어야 한다. 선례에서 우리나라의 실정에 맞는 합리적인 보호기간의 상한을 설정할 수 있는지를 신중하게 검토할 필요가 있음을 지적하면서도 보호기간의 상한을 두지 아니한 것에 불가피한 측면이 있다고 본 것은, 보호기간의 상한을 정하는 것이 단순히 출입국관리행정만의 문제가 아니라 국가의 전반적인 정책과 밀접한 관련이 있다는 점을 고려한 것으로, 이러한 판단을 변경할 만한 정책적인 변화 등의 사정변경이 있다고 보기도 어렵다.

- 보호의 개시 또는 연장 단계에 제3의 독립된 중립적 기관이나 법원의 관여를 배제했다는 이유만으로 적법절차원칙에 위배되는 것은 아니며, 출입국관리법은 강제퇴거명령에서부터 보호의 개시, 연장, 해제에 이르는 전체적인 절차를 정함에 있어 출입국관리 행정의 효율성을 해치지 아니하는 범위 내에서 당사자의 절차적 권리를 보장하기 위한 절차들을 충분히 마련하고 있다.
- 한편, 심판대상조항에 의한 보호는 행정처분으로 헌법 제12조 제3항의 엄격한 영장주의가 적용되지 아니하며, 강제퇴거대상자는 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있고 엄격한 사전적 절차 및 사후적 보호수단들이 행정소송절차를 통한 구제수단의 한계를 실효적으로 보완하고 있으므로 심판대상조항은 헌법 제12조 제6항에도 위배되지 아니한다.
- 이러한 점들을 종합하면, 헌법불합치의견이 제시하고 있는 사정들은 선례 결정을 변경할 필요성이 인정되는 규범 또는 사실상태의 변화에 해당하지 아니하는 바, 선례를 변경할만한 필요성이 인정되지 아니한다.

재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선의 헌법불합치의견에 대한 보충의견(재판관 이미선)

- 헌법 제12조 제6항은 모든 형태의 공권력 행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 대해 적용되므로, 심판대상조항에 근거하여 보호된 외국인에 대해서는 보호 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 기회가 최소한 1회 이상 제공되어야 한다.
- 그런데 출입국관리법은 보호 개시 또는 계속의 적법 여부 심사를 법원에 청구할 수 있는 절차를 두고 있지 아니하며, 심판대상조항에 의해 보호된 외국인은 인신보호법상 구제청구도 할 수 없다. 또한 보호명령에 대한 행정소송이나 집행정지신청과 같은 통상의 행정소송절차만으로 법원에 의한 신속하고 효율적인 구제절차가 보장된다고 볼 수 없으며, 법무부장관에 대한 이의신청 역시 법원의 심사를 핵심 요소로 하는 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심사제도의 내용이 될 수 없다.
- 따라서 이 조항은 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배될 뿐만 아니라, 헌법

제12조 제6항에도 위배된다.

□ 결정의 의의

- 심판대상조항에서 정하고 있는 ‘강제퇴거명령의 집행을 위한 보호’에 대해서는 보호기간의 상한이 마련되지 아니하여 사실상 강제퇴거대상자에 대한 무기한 보호가 가능하다는 점, 보호의 개시나 연장 단계에서 중립적 기관에 의하여 보호의 적법성을 판단받을 기회가 존재하지 아니한다는 점 등에서 지속적인 비판이 있어 왔다. 이 결정에서 헌법재판소는 심판대상조항에 의한 보호가 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 침해하지 아니한다고 결정하였던 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정을 변경하고, 보호기간의 상한이 존재하지 아니한 것이 과잉금지원칙에 위배되며 보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없고, 행정상 인신구속을 함에 있어 의견제출의 기회도 전혀 보장하고 있지 아니한 것이 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다고 판단하였다.
- 다만, 단순위헌결정을 선고하여 심판대상조항이 즉시 효력을 잃게 되면, 강제퇴거대상자를 보호할 수 있는 근거조항이 사라지게 되어 용인할 수 없는 법적 공백이 발생하고, 심판대상조항에 내재된 위헌성을 제거하고 합리적으로 제도를 개선함에 있어 입법자가 입법재량을 가지므로 이를 존중하는 차원에서 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하였다.
- 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 출입국관리법상 보호 제도의 위헌성을 확인한 만큼, 입법자로서는 합리적인 보호기간의 상한을 어떻게 설정할 것인지, 보호의 개시나 연장 단계에서 보호의 타당성을 심사할 역할을 어느 기관에게 부여할 것인지, 새로운 기관을 설립한다면 이를 어떻게 구성할 것인지, 피보호자에 대한 의견제출의 기회를 어떠한 형태로 보장할 것인지 등에 대한 논의를 거쳐 사회적 합의를 바탕으로 제도를 개선하여야 할 책임이 있다.

보도자료

인쇄물 살포를 금지하는 공직선거법 조항 사건

[2023헌가4 공직선거법 제93조 제1항 본문 등 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 전원의 일치된 의견으로, 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '인쇄물 살포'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 인쇄물 살포'에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니하고, 위 조항들에 대하여 2024. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용되도록 하는 결정을 선고하였다. [\[헌법불합치\]](#)



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 제청신청인은 공직선거법 제93조 제1항을 위반하여 인쇄물을 살포하였다는 등의 혐의로 기소되었다(수원지방법원 성남지원 2022고합214).
- 제청신청인은 재판 계속 중, 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 ‘누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 반대하는 내용이 포함되어 있는 인쇄물을 살포할 수 없다’ 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 ‘제93조 제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 살포한 자’에 관한 부분이 정치적 표현의 자유를 침해한다고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였다(2023초기22).
- 제청법원은 2023. 1. 26. 제청신청인의 신청을 받아들여 위 법률조항들에 대하여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 제1항 본문 중 ‘인쇄물 살포’에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 ‘제93조 제1항 본문의 인쇄물 살포’에 관한 부분(이하 위 법률조항들을 묶어 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일 전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

제255조(부정선거운동죄) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의

징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) 제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조 제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 하게 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 한 자

□ 결정주문

1. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 제1항 본문 중 ‘인쇄물 살포’에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 ‘제93조 제1항 본문의 인쇄물 살포’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률조항들은 2024. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

□ 이유의 요지

● 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부

- 심판대상조항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 인쇄물의 살포행위를 금지·처벌하고 있다. 심판대상조항은 선거에서의 균등한 기회를 보장하고(헌법 제116조 제1항), 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다.
- 심판대상조항은 후보자의 정치적 표현의 자유를 광범위하게 제한할 뿐 아니라, 후보자에 비하여 선거운동의 허용영역이 상대적으로 좁은 일반 유권자에 대하여는 더욱 광범위하게 정치적 표현의 자유를 제한한다. 또한 선거가 순차적으로 맞물려 돌아가는 현실에 비추어 보면, 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 선거에 영향을 미치게 하기 위한 인쇄물의 살포행위를 금지·처벌하는 심판대상조항은 당초의 입법취지에서 벗어나 선거와 관련한 국민의 자유로운 목소리를 상시적으로 억압하는 결과를 초래할 수 있다. 인쇄물은 시설물 등과 비교하여 보더라도 투입되는 비용이 상대적으로 적어 경제력 차이로 인한

선거 기회 불균형의 문제가 크지 않고, 그러한 우려도 공직선거법상 선거비용 규제나 인쇄물의 종류 또는 금액 등을 제한하는 수단을 통해 방지할 수 있다. 또한 공직선거법상 후보자 비방 금지나 허위사실공표 금지 규정 등이 이미 존재함에 비추어 보면, 심판대상조항이 선거의 과열로 인한 무분별한 흑색선전, 허위사실유포나 비방 등을 방지하기 위한 불가피한 수단에 해당한다고 보기도 어렵다. 인쇄물에 담긴 정보가 반드시 일방적·수동적으로 전달되거나 수용되는 것은 아니므로, 그 매체의 특성만을 이유로 광범위한 규제를 정당화할 수도 없다. 이상과 같은 점들을 종합하면, 심판대상조항은 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 인쇄물 살포 행위와 같은 정치적 표현을 장기간 동안 포괄적으로 금지·처벌하는 것으로서 침해의 최소성을 충족하지 못한다.

- 심판대상조항은 선거의 공정성을 해치는 것이 명백하다고 볼 수 없는 정치적 표현까지 금지·처벌하고 있어, 그로 인해 유권자나 후보자가 받게 되는 정치적 표현의 자유에 대한 제약은 매우 크다. 한편, 이러한 범위 내에서 심판대상조항으로 인하여 달성되는 공익이 그보다 중대하다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성에도 위배된다.
- 그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다.

● 헌법불합치결정

- 심판대상조항의 위헌성은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 인쇄물을 살포하는 행위를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 이를 장기간 동안 포괄적으로 규제함으로써 후보자나 일반 유권자가 선거에서의 기회 균등이나 선거의 공정성을 해치지 않으면서 적은 비용으로 손쉽게 할 수 있는 인쇄물의 살포행위와 같은 정치적 표현까지 모두 금지·처벌하는 것에 있다. 이와 관련하여 정치적 표현 행위의 방법을 구체적으로 어느 정도로 허용할 것인지는 입법자가 충분한 논의를 거쳐 결정하여야 할 사항이다.
- 따라서 심판대상조항에 대하여 2024. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 한다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소는 2022. 7. 21. 2017헌바100등 결정에서 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 ‘벽보 게시, 인쇄물 배부·게시’에 관한 부분 등에 대하여 2023. 7.

31.을 입법시한으로 하는 계속적용 헌법불합치결정을, 2022. 7. 21. 2018헌바357등 결정에서 같은 법 제93조 제1항 본문 중 ‘광고, 문서·도화 첨부·게시’에 관한 부분 등에 대하여 2023. 7. 31.을 입법시한으로 하는 계속적용 헌법불합치결정을 한 바 있다. 이 사건 결정은 위 현재 2022. 7. 21. 2017헌바100등 결정 및 현재 2022. 7. 21. 2018헌바357등 결정과 같은 취지로, 정치적 표현의 자유를 광범위하게 제한하는 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 한 것이다.

- 이 사건 결정에 따라 입법자는 심판대상조항을 2024. 5. 31.까지 개정하여야 하고, 위 시한까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2024. 6. 1. 부터 효력을 상실하게 된다.

보 도 자 료

경기도가 남양주시에 대하여 실시한 감사가 남양주시의 지방자치권을 침해하였는지 여부에 관한 사건

[2020헌라5 남양주시와 경기도 간의 권한쟁의]

[선 고]

1. 헌법재판소는 2023년 3월 23일 피청구인 경기도가 2020년 11월 16일부터 2020년 12월 7일까지 청구인 남양주시에 대하여 실시한 14개 항목에 대한 감사 중, 감사항목 1 내지 8에 대한 감사에 대하여는 재판관 6:3의 의견으로 감사개시의 요건을 갖추었다고 판단하였으나, 나머지 감사항목 9 내지 14에 대한 감사에 대하여는 재판관 전원의 일치된 의견으로 감사개시의 요건을 갖추지 못한 위법한 감사로서 청구인 남양주시의 지방자치권을 침해하였다고 판단함으로써 청구인 남양주시의 심판청구를 일부 인용하였다. [일부 인용]
2. 이에 대하여 재판관 이선애, 이종석, 이영진은 감사항목 9 내지 14에 대한 감사에 대하여는 이유를 다르게 판단한 별개의견을, 감사항목 1 내지 8에 대한 감사에 대하여는 감사개시의 요건을 갖추지 못하여 청구인 남양주시의 지방자치권을 침해한 것으로 보아야 한다는 반대 의견을 제시하였다.



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 피청구인(경기도)은 2020. 11. 10. 청구인(남양주시)의 자치사무에 대한 특별 조사 계획을 수립하고, 2020. 11. 11. 청구인에게 조사개시를 통보하였다.
- 피청구인은 2020. 11. 16.부터 [별지 1] 목록 순번 1 내지 9 기재 각 항목(이하 ‘감사항목 1 내지 9’라 한다)에 대한 감사를 진행하였고, 감사 중에 추가로 제보된 내용 등을 바탕으로 같은 목록 순번 10 내지 14 기재 각 항목(이하 ‘감사항목 10 내지 14라 한다)을 감사대상으로 추가하여 감사를 진행하였다(이하 ‘이 사건 감사’라 한다).
- 청구인은 2020. 11. 26. 이 사건 감사가 구 지방자치법 제171조의 자치사무에 대한 감사의 개시요건을 갖추지 못하여 청구인의 지방자치권을 침해한다고 주장하며 이 사건 권한쟁의심판을 청구하고, 같은 날 위 조사개시 통보의 효력정지를 구하는 효력정지가처분신청(2020헌사1191)을 하였다.
- 피청구인은 2020. 12. 7. 청구인에게 ‘청구인의 협조 거부로 조사를 종료한다’고 통보하였고, 청구인은 2020. 12. 8. 위 가처분신청을 취하하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 피청구인이 2020. 11. 16.부터 2020. 12. 7.까지 청구인에 대하여 실시한 [별지 1] 목록 기재 각 항목에 대한 감사가 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 청구인의 지방자치권을 침해한 것인지 여부이다.

[관련조항]

구 지방자치법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부개정되기 전의 것)

제171조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) ① 행정안전부장관이나 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 대하여만 실시한다.

② 행정안전부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 감사를 실시하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등을 확인하여야 한다.

□ 결정주문

1. 피청구인이 2020. 11. 16.부터 2020. 12. 7.까지 청구인에 대하여 실시한 [별지 1] 목록 기재 각 항목에 대한 감사 중 순번 9 내지 14 기재 각 항목에 대한 감사는 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 청구인의 지방자치권을 침해한 것이다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

● 심판의 이익 인정 여부

이 사건 감사가 2020. 12. 7. 종료됨으로써 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않는다고 하더라도, 피청구인이 이 사건 감사의 종료를 통보하면서 ‘이번에 진행하지 못한 사항에 대하여는 향후 별도계획을 수립하여 추진할 예정’임을 밝히고 있어 같은 유형의 침해행위가 반복될 위험이 있고, 감사개시 통보의무의 유무 및 방법, 감사대상의 특정과 관련하여 감사개시 이후 감사대상의 추가 가능 여부, 감사개시 전 위법성의 확인 정도 등에 대한 해명이 필요하므로 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

● 본안에 대한 판단

- 광역지방자치단체가 기초지방자치단체의 자치사무에 대한 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고 그 감사대상을 특정하여야 하며, 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 허용될 수 없다.
- 지방자치법에 따른 감사의 절차와 방법 등에 관한 사항을 규정하는 ‘지방자치단체에 대한 행정감사규정’(이하 ‘행정감사규정’이라 한다) 등 관련 법령에서 이 사건 감사와 같이 연간 감사계획에 포함되지 아니한 감사의 경우 감사대상이나 내용을 통보할 것을 요구하는 명시적인 규정을 발견할 수 없는바, 광역지방자치단체가 자치사무에 대한 감사에 착수하기 위해서는 감사대상을 특정하여야 하나, 특정된 감사대상을 사전에 통보할 것까지 요구된다고 볼 수는 없다. 따라서 피청구인이 조사개시 통보를 하면서 내부적으로 특정한 감사대상을 통

보하지 않았다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 이 사건 감사가 위법하다고 할 수 없다.

- 다음으로, 감사대상의 특정 여부에 관하여 보면, 피청구인은 2020. 11. 10. 내 부적으로 청구인에 대한 감사대상을 감사항목 1 내지 9로 정하였는데, 그 중 감사항목 1 내지 8에 대한 감사는 모두 그 내용이 개별적이고 구체적이어서 감사대상이 특정되었다고 볼 수 있으나, 감사항목 9에 대한 감사, 즉 ‘기타 언론보도, 현장제보 사항 등’은 감사대상이 특정되었다고 볼 수 없다.

한편, 당초 특정된 감사대상과 관련성이 인정되는 것으로서 감사대상 지방자치단체가 절차적인 불이익을 받을 우려가 없는 등의 사항에 대하여는 감사대상의 확장 내지 추가가 허용된다고 볼 것이지만, 이 사건 감사 개시 이후에 추가된 감사항목 10 내지 14는 당초 특정된 감사대상과 관련성이 있다고 볼 수 없다.

- 마지막으로, 위법성의 확인 정도에 관하여 보면, 시·도지사 등이 제보나 언론보도 등을 통해 자치사무의 위법성에 관한 정보를 수집하고, 객관적인 자료에 근거하여 해당 정보가 믿을만하다고 판단함으로써 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우라면, 감사를 개시할 수 있을 정도의 위법성 확인은 있었다고 봄이 타당하다. 위와 같은 기준에 의하면, 감사항목 1 내지 8에 대해서는 감사 개시 전에 모두 법령 위반 여부에 대한 확인이 있었다고 봄이 타당하다.

- 따라서 이 사건 감사 중 감사항목 1 내지 8에 대한 감사는 감사 착수 시에 감사대상이 특정되고 감사 개시에 필요한 정도의 법령 위반 여부 확인도 있어 감사 개시의 요건을 갖추었으나, 감사항목 9 내지 14에 대한 감사는 감사대상이 특정되지 않거나 당초 특정된 감사대상과의 관련성이 인정되지 않아 감사 개시의 요건을 갖추지 못하였다.

이와 같이 이 사건 감사 중 감사항목 9 내지 14에 대해서만 감사 개시의 요건을 갖추지 못하였는바, 위 항목들에 대한 감사가 이 사건 감사의 주된 목적이고 감사항목 1 내지 8에 대한 감사는 부수적인 것에 불과하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 이 사건 감사 중 감사항목 9 내지 14에 대한 감사에 한정해서 위법한 감사로 봄이 타당하다.

▣ 별개의견 및 반대의견(재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진)

● 우리는 피청구인이 2020. 11. 11. 청구인에게 ‘언론보도 의혹사항, 주민감사청구 및 익명제보사항 등’에 대하여 조사를 개시한다고 통보한 후 2020. 11. 16.부터 2020. 12. 7.까지 실시한 조사행위가 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 청구인의 지방자치권을 침해하였다고 생각한다. 우리의 이러한 의견은 법정 의견을 기준으로 환언할 경우 [별지 1] 목록 순번 9 내지 14 기재 각 항목에 대한 별개의견 및 [별지 1] 목록 순번 1 내지 8 기재 각 항목에 대한 반대의견으로 표시될 수 있다.

● 사건의 개요

- 2020. 11. 11. 피청구인의 조사개시통보(이하 ‘이 사건 조사개시 통보’라 한다)
- 2020. 11. 16.부터 피청구인의 남양주시 자치사무에 대한 조사(이하 ‘이 사건 조사행위’라 한다)
- 2020. 11. 17. 피청구인의 보도자료를 통한 이 사건 조사행위의 기간과 내용 추가 발표
- 2020. 11. 18. 청구인의 보복행정 비판에 대한 피청구인의 해명자료 배포
- 2020. 11. 23. 위법 조사임을 이유로 한 청구인의 조사거부와 조사철회요구 및 이에 대한 피청구인의 입장문 발표(이 사건 조사행위의 기간, 법적근거, 조사실시이유 등을 명시)
- 2020. 11. 26. 청구인의 이 사건 권한쟁의심판청구 및 효력정지가처분신청
- 2020. 12. 7. 청구인의 감사협조 거부 등을 이유로 조사종료 통보 및 청구인의 가처분신청 취하
- 2020. 12. 30. 피청구인의 청구인 대표자 시장에 대한 직권남용권리행사방해죄, 직무유기죄 고발

● 적법요건 - 긍정

- 피청구인은 청구인에 대하여 이 사건 조사를 종료한다고 통보하면서도, ‘이번 조사에서 진행하지 못한 사항에 대하여 향후 별도 계획을 수립하여 추진할 예정’임을 밝히고 있으므로, 같은 유형의 침해행위가 앞으로 반복될 위험이 있다고 인정된다.
- 지방자치단체의 자치사무 감사의 범위 및 방법 등에 관하여 헌재 2009. 5.

28. 2006헌라6 결정에서 판단한 바 있으나, 위 결정은 중앙행정기관의 장의 자치단체에 대한 감사에 관한 사안이었고, 그 이후로 구 지방자치법 제 171조 제2항이 신설되는 등 관련 법령이 개정된 점을 고려할 때, 개정법에 광역자치단체의 기초자치단체 자치사무에 대한 감사권의 감사 범위, 감사 방법 등에 관한 추가적인 헌법적 해명이 필요하다.

- 특히, 이 사건의 경우 위 2006헌라6 결정에서 다루어진 감사의 범위와 방법 외에도 적법한 감사개시를 위하여 요청되는 감사대상 특정의 시기와 정도, 감사개시 통보의무의 유무 및 방법에 대한 해명이 긴요하다고 할 것이므로 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

● **본안에 대한 판단 - 이 사건 조사행위 위법**

- 헌법재판소 2006헌라6 결정의 취지 및 구 지방자치법 제171조 등을 종합하면, 지방자치단체의 자치사무에 관하여 법령위반사항에 대한 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고, 또한 그 감사대상을 특정해야 할 뿐만 아니라 감사를 실시하기 전에 감사대상 지방자치단체의 장에게 그 감사대상을 특정하여 감사개시를 통보해야 한다고 봄이 상당하고, 이를 위반할 경우 포괄적·사전적 일반감사의 개시통보로서 허용될 수 없다.
- 그런데, 이 사건 감사대상사무 중 ③ 코로나19 방역지침 위반, ④ 시정조정위원회 예산 지급 결정 적정성, ⑦ 공유재산 매입 특혜의혹, ㉠ 홍보팀의 댓글 작업, ㉡ 금연지도원 부당 채용, ㉢ 인사권 행사 문제, ㉣ 보도자료 정정, ㉤ 에코랜드 야구장에 관한 사무의 경우는 감사의 일환으로서 이 사건 조사행위를 실시하기 전에 해당 자치사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등을 확인할 의무를 이행하였다고 보기 어려워 감사대상으로 특정되었다고 볼 수 없다. 특히 ⑨ 기타 언론보도, 현장제보 사항 등과 같은 포괄적인 사무를 포함하고 있어 감사대상이 특정되었다고 볼 수 없고, 실제로 위 포괄 항목에 근거하여 감사가 진행된 위 ㉠ 내지 ㉤ 항목의 내용은 피청구인이 이 사건 조사의 개시를 청구인에게 통보한 후에 새로이 포함된 사무로서 이 사건 감사계획상 중점 감사대상으로 언급된 ① 내지 ⑧ 항목과는 전혀 무관한 새로운 사항이므로 감사대상으로 특정된 사무라고 보기도 어렵다. 따라서 위와 같이 감사대상이 특정되지 않은 채 감사의 일환으로서 시행된 이 사건 조사행위는 구 지방자치법

제171조에 위반된다고 할 것이고, 이는 포괄적·사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사에 해당하여 허용될 수 없다.

- 피청구인은 이 사건 조사개시통보가 이루어진 2020. 11. 11. 후에 특정된 감사대상사무라도, 구체적인 사무에 대하여 감사를 진행한 이상 포괄 감사나 사전 감사라고 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 이와 같은 해석은 지방자치권의 최소한의 본질적 사항인 자치사무의 자율성을 침해하는 것으로 받아들일 수 없고, 헌법재판소 2006헌라6 결정과도 명백히 배치된다. 피청구인이 자치사무에 대한 감사의 실시를 확정하여 이 사건 감사개사를 통보한 2020. 11. 11.까지 해당 자치사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등이 확인되지 않고 감사대상이 특정되지 않았다면 이것은 자치사무에 대한 감사의 실시를 먼저 결정한 후에 비로소 감사대상을 특정한 것이 되어 구 지방자치법 제171조 등에 따른 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사개시요건을 충족하지 못한 위법한 감사로서, 이는 포괄적·사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사에 해당하여 허용될 수 없다.
- 지방자치단체의 자율성 보장 및 자치사무의 합법성 감독의 지향, 지방자치법 제171조를 근거로 실시되는 행정안전부의 지방자치단체 자치사무에 대한 감사 실무 매뉴얼의 내용 등을 고려하면, 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사를 실시하기 전에 감사대상 지방자치단체의 장에게 위법성이 확인된 감사대상을 특정하여 감사개시를 통보해야 한다고 보는 것이 타당하다. 피청구인의 이 사건 조사개시 통보는 그 조사내용을 ‘언론보도 의혹사항, 주민감사청구 및 익명제보사항 등’이라고만 표시하고 있을 뿐 어떠한 자치사무에 대하여 무슨 위법사항이 있는지를 전혀 특정하여 통보하지 않았으므로, 피청구인은 헌법재판소의 2006헌라6 결정의 취지와 구 지방자치법 제171조의 입법취지와 해석에서 도출되는 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사개시요건을 충족하지 못한 위법한 감사를 하였다.

결정의 의의

- 남양주시가 경기도를 상대로 제기한 권한쟁의심판청구 사건은 이 사건을 포함

하여 총 3건이 있었는데, 헌법재판소는 (1) 2022. 8. 31.에 ‘경기도가 2021. 4. 1. 남양주시에 통보한 종합감사 실시계획에 따른 자료제출요구 중, 자치사무에 관한 부분은 합법성 감사로 제한되는 자치사무에 대한 감사의 한계를 벗어난 것으로서 남양주시의 지방자치권을 침해한다’고 결정하였고(헌재 2022. 8. 31. 2021헌라1), (2) 2022. 12. 22.에는 ‘경기도가 2020. 6. 4. 남양주시를 특별조정교부금 배분에서 제외한 행위가 남양주시의 지방자치권을 침해한 것이라고 볼 수 없다’는 이유로 남양주시의 심판청구를 기각하였다(헌재 2022. 12. 22. 2020헌라3).

- 이 사건은, 위 3건의 권한쟁의심판청구 사건 중 마지막에 선고되는 사건으로, 경기도가 2020. 11. 16.부터 2020. 12. 7.까지 남양주시의 자치사무에 대하여 실시한 감사의 위법 여부에 관하여 판단한 사건이다.
- 헌법재판소는 감사항목 1 내지 8에 대한 감사는 감사 착수 시에 감사대상이 특정되고 감사 개시에 필요한 정도의 법령 위반 여부 확인도 있어 감사 개시의 요건을 갖추었으나, 감사항목 9 내지 14에 대한 감사는 감사대상이 특정되지 않거나 당초 특정된 감사대상과의 관련성이 인정되지 않아 감사 개시의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로, 이 사건 감사 중 감사항목 9 내지 14에 대한 감사는 청구인의 지방자치권을 침해한 것이라고 판단하였다.

[별지 1]

목록

1. 양정역세권 개발사업 특혜의혹
2. 남양주시 예술동아리 경연대회 사업자 선정 불공정
3. 코로나19 방역지침 위반
4. 시정조정위원회 예산 지급 결정 적정성
5. 2021년 수도권 개발제한구역 관리계획 2차 변경(월문하수종말처리장)
6. 남양주시 진건읍 사능리 172-44번지 등 3개 구역 훼손지 정비 사업
7. 공유재산 매입 특혜의혹
8. 남양주시 와부읍 월문리 건축허가(변경) 적정성
9. 기타 언론보도, 현장제보 사항 등
10. 홍보팀의 댓글작업
11. 금연지도원 부당 채용
12. 인사권 행사 문제(남양주시 별정직 인사, 남양주시복지재단 이사장 내정)
13. 보도자료 정정
14. 에코랜드 야구장에 관한 사무

보 도 자 료

수사기관의 수사결과 사무장병원으로 확인된 의료기관에 대한 요양급여비용 지급보류 사건

[2018헌바433, 2019헌가22(병합), 2020헌바503(병합)
국민건강보험법 제47조의2 제1항 등 위헌소원 등]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 전원일치 의견으로, ① 의료기관의 개설 주체를 의료법인 등으로 제한하고 있는 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항 제3호에 대한 심판청구를 각하하고, ② 요양기관이 의료법 제33조 제2항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있도록 규정한 구 국민건강보험법(2014. 5. 20. 법률 제12615호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정되기 전의 것) 제47조의2 제1항 중 ‘의료법 제33조 제2항’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니하고, 위 법률조항의 적용을 중지하며, ③ 국민건강보험법(2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정된 것) 제47조의2 제1항 전문 중 ‘의료법 제33조 제2항’에 관한 부분이 헌법에 합치되지 아니하고, 위 법률조항은 2024. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다. **[헌법불합치]**



2023. 3. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인(2018헌바433)은 요양병원에 관한 개설허가를 받아 이를 운영하는 의료법인이다. 청구인의 임원 등은 의료인의 면허나 의료법인 등의 명의를 대여받아 의료기관을 운영(이하 이러한 의료기관을 편의상 ‘사무장병원’이라 한다)하였다는 범죄사실로 기소되었다. 이에 공단은 국민건강보험법 제47조의2 제1항에 따라 청구인에 대하여 요양급여비용의 지급을 보류하는 처분을 하였다. 이후 청구인은 위 지급보류처분의 취소 등을 구하는 행정소송을 제기하고, 그 소송 계속 중 의료법 제33조 제2항 제3호, 국민건강보험법 제47조의2 제1항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 제청신청이 기각되자 2018. 11. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 한편, 위 행정소송과 관련하여 제1심 법원은 위 청구인의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였고, 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 한다)이 이에 불복하여 항소하였는데, 항소심 법원은 국민건강보험법 제47조의2 제1항에 대하여 직권으로 위헌법률심판제청을 하였다(2019헌가22).
- 청구인(2020헌바503)은 요양병원에 관한 개설허가를 받아 이를 운영하는 의료법인이다. 경찰 수사로 청구인의 대표이사가 위 요양병원을 사무장병원의 형태로 운영한 혐의사실이 확인되었고, 이에 공단은 국민건강보험법 제47조의2 제1항에 따라 청구인에 대하여 요양급여비용의 지급을 보류하는 처분을 하였다. 이후 청구인은 위 지급보류처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고, 그 소송 계속 중 국민건강보험법 제47조의2에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그러나 위 제청신청이 기각되자, 청구인은 2020. 10. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항 제3호(이하 ‘이 사건 개설금지조항’이라 한다), 구 국민건강보험법(2014. 5. 20. 법률 제12615호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정되기 전의 것) 제47조의2 제1항 중 ‘의료법 제33조 제2항’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 구법조

항'이라 한다), 국민건강보험법(2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정된 것) 제47조의2 제1항 전문 중 '의료법 제33조 제2항'에 관한 부분(이하 '이 사건 현행법조항'이라 하고, 이 사건 구법조항과 통틀어 '이 사건 지급보류조항'이라 한다)이 헌법에 위배되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것)

제33조(개설 등) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 이 경우 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 "의료법인"이라 한다)

구 국민건강보험법(2014. 5. 20. 법률 제12615호로 개정되고, 2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정되기 전의 것)

제47조의2(요양급여비용의 지급 보류) ① 제47조 제3항에도 불구하고 공단은 요양급여비용의 지급을 청구한 요양기관이 「의료법」 제33조 제2항 또는 「약사법」 제20조 제1항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우에는 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있다.

국민건강보험법(2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정된 것)

제47조의2(요양급여비용의 지급 보류) ① 제47조 제3항에도 불구하고 공단은 요양급여비용의 지급을 청구한 요양기관이 「의료법」 제4조 제2항, 제33조 제2항·제8항 또는 「약사법」 제20조 제1항, 제21조 제1항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우에는 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있다. 이 경우 요양급여비용 지급 보류 처분의 효력은 해당 요양기관이 그 처분 이후 청구하는 요양급여비용에 대해서도 미친다.

□ 결정주문

1. 구 국민건강보험법(2014. 5. 20. 법률 제12615호로 개정되고, 2020. 12. 29.

법률 제17772호로 개정되기 전의 것) 제47조의2 제1항 중 ‘의료법 제33조 제2항’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.

2. 국민건강보험법(2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정된 것) 제47조의2 제1항 전문 중 ‘의료법 제33조 제2항’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2024. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.
3. 청구인 의료법인 근우의료재단의 구 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항 제3호에 대한 심판청구를 각하한다.

이유의 요지

<이 사건 개설금지조항>

청구인(2018헌바433)은 이 사건 개설금지조항이 청구인의 직업의 자유를 침해하는 구체적인 이유를 비롯하여 그밖에 의미 있는 헌법문제를 주장하고 있지 않다. 따라서 위 청구인의 이 사건 개설금지조항에 대한 심판청구는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 등을 다투는 경우에 불과하여 부적법하다.

<이 사건 지급보류조항>

- 이 사건 지급보류조항은 사후적인 부당이득 환수절차의 한계를 보완하고, 건강보험의 재정 건전성이 악화될 위험을 방지하고자 마련된 조항이다. 그렇다면 사무장병원일 가능성이 있는 요양기관이 일정 기간 동안 요양급여비용을 지급받지 못하는 불이익을 받더라도 이를 두고 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄 있는 자에 준하여 취급하는 것이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 지급보류조항은 무죄추정의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.
- 이 사건 지급보류조항은 사무장병원의 개설·운영을 보다 효과적으로 규제하여 건강보험 재정의 건전성을 확보하기 위한 것이다. 이러한 점을 고려하면, 지급보류처분의 요건이 상당히 완화되어 있는 것 자체는 일응 수긍이 가는 측면이 있다.
- 그런데 지급보류처분은 잠정적 처분이고, 그 처분 이후 사무장병원에 해당하지 않는다는 사실이 밝혀져서 무죄판결의 확정 등 사정변경이 발생할 수 있으며,

이러한 사정변경사유는 그것이 발생하기까지 상당히 긴 시간이 소요될 수 있다. 이러한 점을 고려하면, 지급보류처분의 ‘처분요건’뿐만 아니라 위와 같은 사정변경이 발생할 경우 잠정적인 지급보류상태에서 벗어날 수 있는 ‘지급보류처분의 취소’에 관하여도 명시적인 규율이 필요하고, 그 ‘취소사유’는 ‘처분요건’과 균형이 맞도록 규정되어야 한다. 또한 무죄판결이 확정되기 전이라도 하급심 법원에서 무죄판결이 선고되는 경우에는 그때부터 일정 부분에 대하여 요양급여비용을 지급하도록 할 필요가 있다. 나아가, 앞서 본 사정변경사유가 발생할 경우 지급보류처분이 취소될 수 있도록 한다면, 이와 함께 지급보류기간 동안 의료기관의 개설자가 수인해야 했던 재산권 제한상황에 대한 적절하고 상당한 보상으로서의 이자 내지 지연손해금의 비율에 대해서도 규율이 필요하다.

○ 이러한 사항들은, 이 사건 지급보류조항으로 인한 기본권 제한이 입법목적 달성에 필요한 최소한도에 그치기 위해 필요한 조치들이지만, 현재 이에 대한 어떠한 입법적 규율도 없다. 이러한 점을 종합하면, 이 사건 지급보류조항은 과잉금지원칙에 반하여 요양기관 개설자의 재산권을 침해한다.

○ 다만, 위와 같은 위헌적 요소들을 제거하고, 지급보류처분의 취소 사유나, 지급보류처분에 의하여 발생한 요양기관 개설자의 재산권 제한 정도를 완화하기 위한 적절하고 상당한 보상으로서의 이자 내지 지연손해금 등 제도적 대안 등을 어떠한 내용으로 형성할 것인지에 관하여는, 입법자에게 폭넓은 재량이 부여되어 있다.

이 사건 구법조항은 이미 개정되어 적용될 여지가 없지만, 당해 사건과 관련하여서는 여전히 적용되고 있어, 계속적용을 명하는 경우에는 이에 대한 위헌선언의 효력이 당해 사건에 미치지 못할 우려가 있다. 그러므로 이 사건 구법조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되 그 적용을 중지한다.

○ 이 사건 현행법조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 건강보험 재정의 건전성 확보라는 입법목적 달성이 어려운 법적 공백이 발생할 수 있다. 따라서 이 사건 현행법조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하되, 2024. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정 적용하도록 한다.

□ 결정의 의의

- 이 결정은 요양기관이 의료법 제33조 제2항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우 공단으로 하여금 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있도록 규정하고 있는 국민건강보험법 규정의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소에서 처음 판단한 사건이다.
- 헌법재판소는, ① 지급보류처분의 ‘처분요건’뿐만 아니라 ‘처분의 취소’에 관하여도 명시적 규율이 필요하고, 그 ‘취소사유’는 ‘처분요건’과 균형이 맞도록 규정되어야 하며, ② 무죄판결이 확정되기 전이라도 하급심 법원에서 무죄판결이 선고되는 경우에는 그때부터 일정 부분에 대해서 요양급여비용을 지급하도록 할 필요가 있고, ③ 사정변경사유가 발생할 경우 지급보류처분이 취소될 수 있도록 한다면, 지급보류기간 동안 의료기관 개설자가 수인해야 했던 재산권 제한상황에 대한 적절하고 상당한 보상으로서의 이자 내지 지연손해금의 비율에 대해서도 규율이 필요한데, 이 사건 지급보류조항은 이러한 사항들에 대하여 어떠한 입법적 규율도 하지 않고 있다는 점 등에 비추어, 위 조항이 요양기관 개설자의 재산권을 침해한다고 보았다.

보도자료

집단급식소 영양사 직무미수행 처벌사건

[2019헌바141 식품위생법 제96조 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 7:2의 의견으로, 집단급식소에 근무하는 영양사의 직무를 규정한 조항을 위반한 자를 처벌하는, 식품위생법 제96조 중 '제52조 제2항을 위반한 자'에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌]

법정의견 중 재판관 이석태, 이종석, 이영진, 김기영, 문형배의 위헌의견은 위 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 것이고, 재판관 유남석, 이선애의 위헌의견은 위 조항이 과잉금지원칙에 위반된다는 것이다.

이에 대해서는 위 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없어 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 이은애, 이미선의 반대의견이 있다.



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 서울 영등포구에 있는 ‘○○유치원’의 원장으로, 집단급식소의 운영자이다.
- 청구의 □□□은 2015. 3.경 위 ‘○○유치원’ 등에 각 영양사로 채용되어 2016. 10.경까지 위 각 유치원에서 매년 50만 원을 지급받고 영양사로 근무하였다. 그는 위 각 유치원에 영양사 면허증을 교부하고 매월 식단표를 작성하여 이메일로 송부하여 주었으며, 매월 1회 정도만 방문하여 급식 관련 장부 등을 점검하였을 뿐, 검식 및 배식관리, 구매식품의 검수 및 관리 등 식품위생법 제52조 제2항에 규정된 영양사의 직무를 수행하지 않았다.
- 청구인은, 양벌규정이 적용됨에 따라, 청구인의 사용인인 청구의 □□□이 청구인의 업무에 관하여 위와 같이 집단급식소에 근무하는 영양사로서의 직무를 이행하지 아니하여 식품위생법을 위반하였다는 이유로 기소되었다.
청구인은 2017. 7. 6. 벌금 100만 원을 선고받았고(서울남부지방법원 2016고정3029), 항소하였으나 2018. 10. 11. 기각되었다(서울남부지방법원 2017노1506). 이에 청구인은 상고하여 상고심 계속 중 식품위생법 제52조 제2항 및 제96조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2019. 3. 29. 기각되고(대법원 2018초기1168), 같은 날 상고 또한 기각되었다(대법원 2018도17266).
청구인은 2019. 5. 1. 식품위생법 제52조 제2항 및 제96조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 식품위생법(2011. 6. 7. 법률 제10787호로 개정된 것, 이하 구체적 연혁에 관계없이 현행법을 ‘식품위생법’이라 한다) 제96조 중 ‘제52조 제2항을 위반한 자’에 관한 부분(이하 ‘처벌조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

식품위생법(2011. 6. 7. 법률 제10787호로 개정된 것)

제96조(벌칙) 제51조 또는 제52조를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

[관련조항]

식품위생법(2011. 6. 7. 법률 제10787호로 개정된 것)

제52조(영양사) ② 집단급식소에 근무하는 영양사는 다음 각 호의 직무를 수행한다.

1. 집단급식소에서의 식단 작성, 검식(檢食) 및 배식관리
2. 구매식품의 검수(檢受) 및 관리
3. 급식시설의 위생적 관리
4. 집단급식소의 운영일지 작성
5. 종업원에 대한 영양 지도 및 식품위생교육

□ 결정주문

식품위생법(2011. 6. 7. 법률 제10787호로 개정된 것) 제96조 중 ‘제52조 제2항을 위반한 자’에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

□ 이유의 요지

1. 재판관 이석태, 이종석, 이영진, 김기영, 문형배의 위헌의견 - 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부: O

- 처벌조항은 식품위생법 제52조 제2항(이하 ‘직무수행조항’이라 한다)을 위반한 자를 처벌하고 있는데, 직무수행조항은 집단급식소에 근무하는 영양사의 직무를 포괄적으로 규정하고 있다. 이로 인해 처벌조항에 규정된 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있다는 문제가 발생한다.
- 처벌조항의 입법취지나 입법연혁의 참조를 통해서는 처벌조항의 처벌범위에 관한 지침을 얻기 어렵다. 식품위생법의 여러 규정을 살펴보아도 영양사의 직무범위의 구체적인 내용에 관한 추단은 어느 정도 가능하지만, 처벌대상에 관한 구체적이고 유용한 기준은 도출해낼 수 없고, 이에 관한 법원의 확립된 판례도 존재한다고 보기 어려운 상황이다.
- 집단급식소에 근무하는 영양사가 집단급식소에 전혀 출근을 하지 않고 아무런 업무를 수행하지 아니하는 경우에는 직무수행조항에 정한 직무를 수행하지 않았음이 분명하다고 볼 수 있다. 그러나 사안에 따라서는 직무수행조항에 정한 각 호의 업무를 어떤 경우에 수행하지 않았다고 볼 것인지 불분명할 수 있다. 예를 들어 ‘급식시설의 위생적 관리’(식품위생법 제52조 제2항 제3호)의 경우

급식시설이 건강에 유익하도록 조건을 갖춰 안전한 음식을 제공할 수 있도록 하는 제반 업무 일체를 말한다고 할 것이다. 그런데 처벌조항이 예정하고 있는 위생 기준이 구체적으로 규정되거나 하위법령에 위임되어 있지도 않은 관계로, 위생적 관리를 위한 광범위한 업무 중 일부를 누락하거나 다소 소홀히 한 경우 급식 시설의 위생적 관리 업무를 수행하지 않았다고 판단할 수 있을지 명확하지 않다.

- 처벌조항에 관해 위와 같은 광범성 및 불명확성 문제가 발생한 근본적인 이유는, 입법자가 질적 차이가 현저한 두 가지 입법기능을 하나의 조항으로 규율하고자 하였기 때문이다. 직무수행조항은 집단급식소에 근무하는 영양사와 조리사의 직무범위를 구분하는 기능을 함과 동시에, 처벌조항을 통해 구성요건이 된다. 전자는 집단급식소의 업무 전체 내에서 경계를 확정하는 것이므로 포괄적 규정의 필요성이 인정될 수 있다. 반면 후자는 직무의 적정한 수행을 담보하기 위해 처벌대상을 정하는 것이므로, 죄형법정주의 등을 고려하여 제한된 범위 내에서 구체적으로 범죄행위를 규정할 것이 요청된다. 그런데 처벌조항에 규정된 ‘위반’이라는 문언은 집단급식소에 근무하는 영양사가 직무를 수행하지 아니한 경우 처벌한다는 의미만을 전달할 뿐, 그 판단기준에 관해서는 구체적이고 유용한 지침을 제공하지 않는다.

- 이상과 같은 점을 고려하면 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

2. 재판관 유남석, 이선애의 위헌의견

가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부: X

- 직무수행조항 및 처벌조항의 문언 및 범규범의 체계적 구조를 고려할 때, 처벌조항은 집단급식소에 근무하는 영양사가 직무수행조항에 정한 직무를 수행하지 아니한 행위 일체를 처벌대상으로 삼고 있음이 분명하다. 이는 입법자가, 위와 같은 행위 일체가 집단급식소 이용자의 영양, 위생 및 안전에 위협을 끼친다고 판단하여 처벌대상으로 삼은 것으로 볼 수 있으며, 처벌조항의 입법연혁 또는 관련 입법자료 등을 참조하더라도 이와 달리 해석할 근거를 찾기 어렵다.
- 결국 처벌조항은 그 내용이 포괄적이고 광범위하기는 하지만, 그로 인하여 범규범의 의미내용에 대한 예측가능성이 없다거나, 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되지 않는다고 보기는 어렵다.
- 따라서 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지는 않는다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부: O

- 처벌조항은 집단급식소에 근무하는 영양사가 어떠한 직무를 수행할지에 관하여 이를 영양사의 전적인 자율에 맡겨두지 않고 법률에 정한 일정한 직무에 관해 그 수행을 확보함으로써 집단급식소 이용자의 영양, 위생 및 안전을 보호하기 위한 조항이다. 집단급식소에 근무하는 영양사가 직무를 수행하지 아니하는 행위를 처벌하는 것은 그와 같은 목적에 기여할 수 있다. 따라서 처벌조항은 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.
- 처벌조항은 집단급식소에 근무하는 영양사의 직무를 극히 포괄적으로 규정하여, 영양사가 ‘특별히’ 이행하여야 할 직무가 아니라 집단급식소에 근무하는 영양사가 이행할 수 있는 사실상 ‘모든’ 직무를 규정하고 있다. 그러나 처벌조항은 직무수행조항의 위와 같은 성격에도 불구하고 아무런 제한 없이 직무수행조항을 위반하면 형사처벌을 하도록 함으로써 형사제재의 필요성이 인정된다고 보기 어려운 행위에 대해서까지 처벌의 대상으로 삼을 수 있도록 하고 있다.
- 집단급식소에 근무하는 영양사의 직무 미수행에 대하여 형사처벌의 필요성이 있다고 하더라도, 집단급식소에서 근무하는 영양사의 직무와 관련한 구체적 금지규정 내지 의무규정을 두고 이를 위반한 경우에 한해 처벌하는 것이 가능하며, 행정청이 먼저 직무이행명령을 부과한 후 이를 위반한 경우에 처벌하는 방안도 고려할 수 있다.
- 처벌조항으로 인해 달성되는 집단급식소 이용자의 영양, 위생 및 안전이라는 공익이 작다고 볼 수는 없으나, 그로 인하여 집단급식소에 근무하는 영양사는 그 경중 또는 실질적인 사회적 해악의 유무에 상관없이 직무수행조항에서 규정하고 있는 직무를 단 하나라도 불이행한 경우 상시적인 형사처벌의 위협에 노출된다. 이와 같이 직무수행조항에서 규정한 직업상의 직무를 수행하지 아니한 행위 일체에 대해 형사처벌을 규정하고 있는 것은 입법재량의 한계를 현저히 일탈하여 과도하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 처벌조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 충족하지 않는다.
- 그러므로 직무수행조항에서 정하고 있는 직무내용을 이행하지 아니한 경우 이를 모두 형사처벌하도록 하는 처벌조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

□ 반대의견(재판관 이은애, 이미선)

가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부: X

- 식품위생법은 집단급식소의 운영자에게 영양사를 두도록 의무를 부과하는 한편 영양사의 직무범위를 규정하고 있고, 운영자가 영양사를 두지 않거나 영양사가 법에서 정한 직무를 수행하지 아니할 경우 형사처벌을 과하고 있는데(식품위생법 제52조, 제96조), 이러한 규제의 목적은 영양사를 통해 집단급식소를 위생적으로 관리함으로써 집단급식소 이용자의 생명과 신체, 건강 등에 대한 위험을 예방하려는 데에 있다. 따라서 처벌조항의 핵심적인 입법목적 역시 집단급식소 이용자의 생명과 신체, 건강 등에 대한 위험의 예방이고, 이를 위하여 집단급식소의 위생과 안전을 그 보호법익으로 하고 있다.
- 이와 같은 식품위생법의 규정내용과 입법목적 및 처벌조항의 보호법익을 고려하면, 처벌조항은 직무를 수행하지 아니한 행위 일체를 처벌대상으로 하는 것이 아니라 그 중 집단급식소의 위생과 안전을 침해할 위험이 있는 행위로 처벌대상을 한정하는 것으로 해석할 수 있다.
- 이처럼 처벌조항은 합리적 해석을 통해 그 내용을 확정할 수 있고, 개별사건에서 직무수행조항 위반행위가 처벌조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 위반행위의 내용과 태양, 위험 발생의 가능성 정도 등 여러 사정을 종합하여, 법관의 보충적 해석, 적용을 통해 가려질 수 있다.
- 따라서 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부: X

- 처벌조항은 직무를 수행하지 아니한 영양사를 처벌함으로써 집단급식소에 근무하는 영양사로 하여금 그 직무수행에 충실하도록 하여 집단급식소 위생과 안전을 확보하고, 이로써 집단급식소 이용자의 생명과 신체, 건강 등에 대한 위험을 예방하고자 하는바, 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.
- 처벌조항이 집단급식소에 근무하는 영양사에 한정하여 특별히 형사책임을 묻는 것은, 집단급식소의 경우 다수의 식사 제공에 관여하게 되고 식재료도 대량을 구매하여 보관하게 되어 영양사가 그 직무를 제대로 수행하지 아니할 경우 발생하는 위해의 정도가 높기 때문이라고 볼 수 있다. 이처럼 보호법익이 침해될

때 나타날 수 있는 피해의 중대성과 광범위성에 비추어 볼 때, 입법자로서는 단순한 행정적 제재만으로는 형사처벌과 동일한 정도로 공익에 대한 위해의 발생을 억제하여 입법목적 달성을 수 없다고 판단하여 형사처벌을 택할 수 있으며, 그러한 입법자의 판단이 명백히 불합리하다고 볼 수 없다.

- 처벌조항은 직무를 수행하지 아니한 행위 일체를 처벌대상으로 하는 것이 아니라 그 중 집단급식소의 위생과 안전을 침해할 위험이 있는 행위로 한정하여 처벌 대상으로 하고 있으므로, 이에 해당하지 않는 경우에는 처벌대상에서 제외된다.
- 또한 처벌조항은 그 하한에는 제한을 두지 않고 그 상한만 3년 이하의 징역형 또는 3천만 원 이하의 벌금형으로 제한하여 법관의 양형재량을 폭넓게 인정하고 있으며, 죄질에 따라 벌금형의 선고나 선고유예까지 할 수 있다. 처벌조항은 입법형성 재량의 범위 내에 있는 것으로서 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반한다고 할 수도 없다.
- 따라서 처벌조항은 침해의 최소성을 충족한다. 나아가 처벌조항으로 인하여 집단급식소에 근무하는 영양사가 집단급식소의 위생과 안전을 침해할 위험이 있는 직무 미수행으로 입는 불이익의 정도는 처벌조항으로 보호하고자 하는 공익에 비하여 결코 과중하다고 볼 수 없으므로, 처벌조항은 법익의 균형성도 충족한다.
- 이상과 같은 이유로 처벌조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

다. 소결

- 따라서 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없어 헌법에 위반되지 않는다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소는 집단급식소에 근무하는 영양사의 직무에 관한 규정인 직무수행조항을 위반한 자를 처벌하는 식품위생법 조항이 헌법에 위반된다고 판단하였다. 다만, 위헌에 대한 이유에 있어서는 재판관들의 의견이 상이하였다.
- 재판관 5인의 위헌의견은, 처벌조항은 그 구성요건이 불명확하거나 그 적용범위가 지나치게 광범위한 관계로 어떠한 것이 범죄인가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 법 운영 당국이 재량으로 정하는 결과가 되어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 판단하였다.

재판관 2인의 위헌의견은, 처벌조항이 집단급식소에 근무하는 영양사가 직무수행조항에 정한 직무를 수행하지 아니한 행위 일체를 처벌대상으로 삼고 있음이 분명하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지는 않지만, 처벌대상의 광범성이 과잉금지원칙 위반 문제를 야기한다고 보았다.

- 재판관 2인의 반대의견은, 처벌조항은 직무를 수행하지 아니한 행위 일체를 처벌대상으로 하는 것이 아니라 그 중 집단급식소의 위생과 안전을 침해할 위험이 있는 행위로 처벌대상을 한정하는 것으로 해석할 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. 또한 그러한 해석을 비롯해 다른 여러 사정을 고려하여 처벌조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

보 도 자 료

외국거주 외국인유족의 퇴직공제금 수급 자격 불인정 사건

[2020헌바471 구 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률
제14조 제2항 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 전원의 일치된 의견으로, 외국 거주 외국인유족의 퇴직공제금 수급 자격을 인정하지 아니하는 구 건설 근로자의 고용개선 등에 관한 법률(2011. 7. 25. 법률 제10965호로 개정되고, 2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항 중 구 산업재해보상보험법(2018. 6. 12. 법률 제15665호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 가운데 ‘그 근로자가 사망할 당시 대한민국 국민이 아닌 자로서 외국에서 거주하고 있던 유족은 제외한다’ 를 준용하는 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌]



2023. 3. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 베트남에 거주하는 베트남 국적의 여성으로 대한민국에서 건설근로자로 일하다 사망한 청구외 망 응○○(이하 ‘망인’이라 한다)의 아내이다. 청구인과 자녀들은 망인이 대한민국에서 건설근로자로 일하며 정기적으로 보내주는 돈으로 생계를 유지하여 오던 중, 망인은 2019. 9. 25. 터널 건설공사 현장에서 근로 중 무개화차 사이에 머리가 끼는 사고로 사망하였다.
- 청구인은 건설근로자공제회(이하 ‘공제회’라 한다)를 상대로 퇴직공제금지급을 구하였는데, 공제회는 청구인이 구 ‘건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률’ 제14조 제2항에 따른 ‘외국국적의 외국거주 유족’에 해당한다는 이유로 지급을 거절하였다. 이에 청구인은 공제회를 상대로 퇴직공제금을 청구하는 소를 제기하고 소송계속 중 위 법률조항에 대한 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 법원은 퇴직공제금 청구의 소를 기각하고, 같은 날 위헌법률심판제청신청도 기각하였다.
- 청구인은 2020. 9. 8. 구 ‘건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률’ 제14조 제2항에 대한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 구 ‘건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률’(2011. 7. 25. 법률 제10965호로 개정되고, 2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항 중 구 산업재해보상보험법(2018. 6. 12. 법률 제15665호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 가운데 ‘그 근로자가 사망할 당시 대한민국 국민이 아닌 자로서 외국에서 거주하고 있던 유족은 제외한다’를 준용하는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률(2011. 7. 25. 법률 제10965호로 개정되고, 2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정되기 전의 것)

제14조(퇴직공제금의 지급) ② 제1항에 따라 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위와 그 순위에 대하여는 ‘산업재해보상보험법’ 제63조 및 제65조를 준용한다.

[관련조항]

구 산업재해보상보험법(2018. 6. 12. 법률 제15665호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것)

제63조(유족보상연금 수급자격자의 범위) ① 유족보상연금을 받을 수 있는 자격이 있는 자(이하 “유족보상연금 수급자격자”라 한다)는 근로자가 사망할 당시 그 근로자와 생계를 같이 하고 있던 유족(그 근로자가 사망할 당시 대한민국 국민이 아닌 자로서 외국에서 거주하고 있던 유족은 제외한다) 중 배우자와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다. 이 경우 근로자와 생계를 같이 하고 있던 유족의 판단 기준은 대통령령으로 정한다.

(이하 각 호 생략)

□ 결정주문

구 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률(2011. 7. 25. 법률 제10965호로 개정되고, 2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항 중 구 산업재해보상보험법(2018. 6. 12. 법률 제15665호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 가운데 ‘그 근로자가 사망할 당시 대한민국 국민이 아닌 자로서 외국에서 거주하고 있던 유족은 제외한다’를 준용하는 부분은 헌법에 위반된다.

□ 이유의 요지

- 건설근로자 퇴직공제금 제도는 사업주가 납부한 공제부금만을 재원으로 하여 마련된 퇴직공제금을 건설근로자공제회가 건설근로자 혹은 그 유족에게 지급하는 것이어서 ‘외국거주 외국인유족’에게 퇴직공제금을 지급하더라도 국가의 재정에 영향을 미칠 일이 없고, 사업주의 추가적 재정 부담이나 건설근로자공제회의 재원 확보가 문제될 것도 없다. 또한 건설근로자가 사망한 경우 ‘외국거주 외국인유족’은 자신이 거주하는 국가에서 발행하는 공신력 있는 문서로서 ‘퇴직공제금을 지급받을 유족의 자격’을

충분히 입증할 수 있어 건설근로자공제회의 퇴직공제금 지급 업무에 특별한 어려움이 초래될 일도 없다는 점에서 ‘외국거주 외국인유족’을 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위에서 제외할 이유가 없다.

- 한편, 산업재해보상보험법상의 유족보상연금의 지급에서는 ‘외국거주 외국인유족’이 ‘연금’의 수급자격을 유지하고 있는지 확인하는 것이 어렵고 보험급여가 부당지급될 우려가 있다는 점 등이 고려되어 ‘외국거주 외국인유족’을 유족보상연금을 지급받을 유족의 범위에서 제외하고 있지만, ‘일시금’ 지급 방식인 퇴직공제금의 지급에서는 그러한 우려가 없으므로 ‘연금’ 지급 방식인 산업재해보상보험법상의 유족보상연금 수급자격자 규정을 퇴직공제금에 준용하는 것은 불합리하다.
- 나아가 퇴직공제금은 ‘일시금’으로 지급되는 것이어서 ‘건설근로자의 사망 당시 유족인지 여부’만 확인하면 되므로 퇴직공제금 수급 자격에 있어 ‘외국거주 외국인유족’이 ‘외국인’이라는 사정 또는 ‘외국에 거주’한다는 사정이 ‘대한민국 국민인 유족’ 혹은 ‘국내거주 외국인유족’과 달리 취급받을 합리적인 이유가 될 수 없다.
- 이상의 점들을 종합하면, 심판대상조항은 합리적 이유 없이 ‘외국거주 외국인유족’을 ‘대한민국 국민인 유족’ 및 ‘국내거주 외국인유족’과 차별하는 것이므로 평등원칙에 위반된다.

결정의 의의

- 이 사건은, 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위를 정함에 있어 산업재해보상보험법 상의 유족보상연금 규정을 준용하여 ‘외국거주 외국인유족’을 제외하는 구 ‘건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률’ 조항(2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정되기 전의 것)이 평등원칙에 위반됨을 선언한 것이다.
- 2019. 11. 26. 법률 제16620호로 개정된 ‘건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률’ 제14조 제2항은 퇴직공제금을 지급받을 유족의 범위를 정함에 있어 더 이상 산업재해보상보험법 규정을 준용하지 않고 자체적으로 규정하면서 ‘외국거주 외국인유족 제외 규정’을 따로 두지 않아, 위 개정법의 시행 이후에 퇴직공제금 청구권이 발생한 경우에는 ‘외국거주 외국인유족’도 퇴직공제금을 지급받을 수 있게 되었다.

보도자료

특수경비원의 일체의 쟁의행위 금지 사건

[2019헌마937 경비업법 제15조 제3항 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 4:5의 의견으로, 특수경비원의 '파업태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의 행위' 를 금지하는 경비업법(2001. 4. 7. 법률 제6467호로 전부개정된 것) 제15조 제3항에 대한 심판청구를 기각한다는 결정을 선고하였다. [기각] 이에 대하여 위 조항이 단체행동권을 침해한다는 재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선의 위헌의견이 있다.



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

청구인들은 ○○공항에서 특수경비업무를 담당하는 경비업체에 소속된 특수경비원들로서, 특수경비원의 '파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위'를 금지하는 경비업법 제15조 제3항이 청구인들의 단체행동권 등을 침해한다고 주장하면서 2019. 8. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

심판대상은 경비업법(2001. 4. 7. 법률 제6467호로 전부개정된 것) 제15조 제3항(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

경비업법(2001. 4. 7. 법률 제6467호로 전부개정된 것)

제15조(특수경비원의 의무) ③ 특수경비원은 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

[관련조항]

경비업법(2013. 6. 7. 법률 제11872호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “경비업”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 업무(이하 “경비업무”라 한다)의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 영업을 말한다.

마. 특수경비업무: 공항(항공기를 포함한다) 등 대통령령이 정하는 국가중요시설(이하 “국가중요시설”이라 한다)의 경비 및 도난·화재 그 밖의 위험발생을 방지하는 업무

3. “경비원”이라 함은 제4조 제1항의 규정에 의하여 경비업의 허가를 받은 법인(이하 “경비업자”라 한다)이 채용한 고용인으로서 다음 각 목의 1에 해당하는 자를 말한다.

나. 특수경비원: 제1호 마목의 경비업무를 수행하는 자

제28조(벌칙) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제15조 제3항의 규정에 위반하여 쟁의행위를 한 특수경비원

□ 결정주문

1. 청구인 박□□의 심판청구를 각하한다.
2. 나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

● 법정의견 요지(재판관 이선애, 이은애, 이종석, 이영진)

○ 심판대상조항에 의하여 제한되는 기본권

- 청구인들은 심판대상조항이 단체행동권을 포함한 근로3권, 행복추구권을 침해한다고 주장하나 심판대상조항에 의해 직접적으로 제한되고 그 제한의 정도가 큰 기본권은 단체행동권이므로 이에 한정하여 판단하기로 한다.
- 청구인들은 심판대상조항이 평등권을 침해한다고 주장하나, 이는 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 단체행동권을 침해한다는 주장과 다르지 않으므로 평등권 침해 여부에 대해서도 별도로 판단하지 않는다.

○ 과잉금지원칙 위반 여부: X

- 근로자들의 협상력을 사용자와 대등하게 만들어 주기 위하여 집단적인 실행 행사를 보장하는 단체행동권은 사용자에게 일정한 손해를 감수할 의무를 수반할 수밖에 없으므로, 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 기본권 제한이 가능하고, 그 제한은 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.
- 심판대상조항은 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 특수경비원의 쟁의 행위를 금지함으로써, 국가중요시설의 안전을 도모하고 국가중요시설의 정상적인 기능을 유지하여 방호혼란을 방지하려는 것이므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.
- 특수경비원은 국가보안목표시설 및 적에 의하여 점령 또는 파괴되거나 기능이 마비될 경우 국가안보와 국민생활에 심각한 영향을 주는 국가중요시설의 경비 및 도난·화재 그 밖의 위험발생을 방지하는, 공공성이 매우 강한 업무를 담당하는바, 특수경비원의 쟁의행위는 국가중요시설 경비업무의 정상적인 운영을 저해하여 국가안보, 공공의 이익이나 안전에 회복하기 어려운 손실 및 사회적·경제적 혼란을 야기할 수 있으므로 제한이 불가피하다.

또한 심판대상조항은 단체행동권 중 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위만을 금지하고 있을 뿐, 업무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 단체행동은 가능하므로 심판대상조항이 특수경비원의 단체행동권을 사실상 박탈하였다고 볼 수는 없다.

특수경비원의 일체의 쟁의행위를 금지하지 않더라도 다른 규정이나 제도들을 통하여 특수경비원의 쟁의행위로 인한 업무 공백의 위험성이나 쟁의행위 과정에서 발생할 수 있는 사고 등을 예방하거나 통제할 수 있는지가 문제된다.

그런데 노동조합법상의 쟁의행위에 관한 규제들은 쟁의행위가 행해짐을 전제로 하는 것이고, 안전보호시설이나 필수공익사업의 필수유지업무에 관한 규정들은 국가중요시설 및 특수경비원의 업무와 그 범위가 일치한다고 볼 수 없으며, 특수경비원에 관한 각종 형사적 규제는 그 규율 목적이 다를 뿐만 아니라 행위가 발생한 경우에 적용된다는 점에서 위 규정들만으로는 쟁의행위로 인하여 이미 발생한 국가중요시설의 방호혼란을 방지할 수 없고 그로 인한 피해를 회복하기 어렵다.

특수경비원이 관리하는 국가중요시설에서 발생할 수 있는 보안 관련 사건의 심각성, 이에 대응하기 위하여 무기 휴대가 가능한 특수경비원 업무의 중요성을 감안하면, 국가중요시설의 안전을 도모하고 정상적인 기능을 유지하여 방호혼란을 방지하기 위해서는 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 특수경비원의 일체의 쟁의행위를 금지할 수밖에 없는 것이고, 그 외 다른 수단들로는 위 목적 달성에 기여할 수 없다.

또한 특수경비원은 단체행동권에 대한 대상조치인 노동조합법상 조정 및 중재를 통하여 노동쟁의에 대한 해결책을 마련할 수도 있다. 특수경비원과 유사한 업무를 수행하는 경찰공무원 등도 업무의 공공성과 특수성에 따라 쟁의행위가 금지된다.

따라서 심판대상조항은 침해의 최소성을 갖추었다.

- 심판대상조항으로 인하여 특수경비원은 단체행동권 중 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위가 제한되나, 이로써 받는 불이익이 국가나 사회의 중추를 이루는 중요시설 운영에 안정을 기함으로써 얻게 되는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등의 공익보다 중대한 것이라고 볼 수 없다.

따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 갖추었다.

- 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 단체행동권을 침해하지 아니한다.

● **반대의견 요지(재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선) - 과잉금지 원칙 위반: O**

- 헌법 제33조 제1항이 단결권·단체교섭권·단체행동권의 근로3권을 인정한 취지는 근로조건의 향상을 위하여 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 단체협약을 체결할 수 있게 하자는 데에 있다. 그 중 단체행동권은 근로자단체가 근로조건의 부당한 침해를 방어하거나 근로조건의 향상을 도모하는 과정에서 최소한의 억제력과 협상력을 가질 수 있도록 하는 중요한 권리이다.
- 심판대상조항의 입법목적은 정당하고 수단의 적합성이 인정된다.

- 특수경비원은 공무원인 근로자 또는 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자가 아닌 일반근로자로서 단체행동권이 철저히 보장되어야 하고, 쟁의권은 단체행동권 중에서도 핵심적인 권리에 해당한다. 따라서 특수경비원이 근무하는 시설의 중요성이나 담당하는 업무의 공공성이 크다는 이유만으로 쟁의행위의 전면 금지와 같은 중대한 기본권 제한이 정당화될 수는 없다.

특수경비원의 경비대상시설은 특수경비원뿐만 아니라 다양한 권한·전문성·장비 등을 갖춘 특정직 공무원(군인, 경찰공무원, 소방공무원, 국가정보원 직원, 경호공무원 등), 방호직렬 일반직 공무원 등 쟁의행위가 금지되는 공무원들이 법률에 따라 경비 등 위험 발생 방지 업무를 감독·분담하고 있다.

특수경비원의 쟁의행위에 관하여 이미 현행 노동조합법 등 관련 법령에 존재하는 다양한 규제를 엄중히 집행하면 특수경비원의 쟁의행위로 인한 업무 공백을 예측하여 대비할 수 있고, 쟁의행위가 남발하거나 장기화되어 국민 경제나 국민의 일상생활을 위태롭게 하는 사태를 예방할 수 있다. 특수경비원은 관계 법령상 예외적인 경우에만 무기를 휴대할 수 있고, 이와 관련하여 시민의 안전을 확보하기 위한 사전적·사후적 통제 절차 또한 마련되어 있다.

특수경비원은 물론, 여타 일반근로자의 경우에도 그 업무가 쟁의행위로 인하여 일시 중단되면 사회적 혼란이나 사건·사고가 발생할 수 있다. 그러나 이는 헌법이 정상적인 업무의 저해를 본질로 하는 쟁의권을 단체행동권의 일환으

로 보장함으로써 필연적으로 예정된 부분이므로, 이를 이유로 기본권 자체를 대폭 제한하기보다는 입법 목적을 달성하면서도 기본권 제한을 최소화하는 방법을 모색하여야 한다. 이를 위한 다양한 대안이 존재함에도 불구하고, 심판대상조항은 특수경비원의 쟁의행위를 전면 금지함으로써 가장 획일적이고 강력한 방법으로 특수경비원의 단체행동권을 제한하고 있다.

만에 하나 특수경비업무의 공공성을 이유로 특수경비원의 쟁의행위를 전면 금지하는 것이 도저히 불가피하다고 보더라도, 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 단체행동권을 비롯한 근로3권을 가지므로, 근로조건 향상의 측면에서 특수경비원의 단체행동권이 보장되었을 때와 유사한 효과를 기대할 수 있는 별도의 분쟁해결절차를 단체행동권 제한에 대한 보상의 취지로 설계하여 제공하거나, 나아가 근로조건 향상을 직접 보장하는 제도를 마련할 필요가 있다. 그러나 심판대상조항 자체는 물론 어느 법률에서도, 특수경비원의 쟁의행위 금지라는 극심한 기본권 제한 상황을 보완하기 위한 조치를 발견할 수 없다. 이는 특수경비원과 부분적으로 유사한 업무를 수행하고 쟁의행위가 금지되는 공무원이나 청원경찰의 경우 그 신분과 근로조건을 일정 부분 보장하는 제도가 마련되어 있는 것과도 차이가 크다.

이와 같이 특수경비원은 국가중요시설의 전체 경비업무 중 일부를 분담하고 있고, 일반근로자의 쟁의행위를 제한하는 각종 규제가 관계 법령에 존재할 뿐더러, 심판대상조항의 입법 목적을 달성하면서도 특수경비원의 단체행동권을 덜 제한할 수 있는 대안이 존재한다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 기본권 제한을 완화하거나 보상할 수 있는 어떠한 조치조차 없이, 단체행동권이 철저히 보장되어야 하는 민간인 신분의 일반근로자인 특수경비원에 대하여 단체행동권의 핵심이라 할 수 있는 쟁의행위를 획일적·전면적으로 금지하고 있다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성을 갖추지 못하였다.

- 특수경비업무가 중요하고 높은 공공성을 갖는다면, 그에 걸맞은 대우가 이뤄져야만 우수한 인재가 특수경비원으로서 전문성을 키우면서 근무할 수 있다. 즉 특수경비원의 적정 근로조건을 보장하는 것은 공공의 안전이라는 공익을 보호하기 위해서도 반드시 필요하나, 실제 특수경비원의 근로조건은 매우 열악하여 문제가 되어 왔다. 특수경비원은 법률에 따라 상사에 대한 복종 의무를 부담하는 등 엄격한 상명하복의 근무체계에서 근무하므로, 특수경비원이 근무

중에 부당한 일을 겪거나 근로조건의 위협을 받는 경우 노동조합의 협상력이 더욱 절실하다. 그러나 심판대상조항으로 인하여 쟁의행위가 전면 금지되는 노동조합이, 사용자와 실질적으로 대등한 입장에서 단체교섭을 진행하여 특수경비원의 근로조건을 향상시키기란 매우 어렵다. 그렇다면 심판대상조항이 장기적으로 특수경비원의 근로조건과 전문성의 저하를 야기하고, 나아가 공공 안전을 저해할 가능성이 있다.

결국 심판대상조항은 공공의 안전이라는 공익 실현의 측면에서 양면적인 효과가 있는 반면 심판대상조항으로 인하여 직접 제한되는 기본권의 정도가 매우 크므로, 심판대상조항은 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

- 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 단체행동권을 침해한다.

□ 결정의 의의

이 사건과 동일한 심판대상조항에 대하여 헌법재판소는 2009년 재판관 6:3의 의견으로 합헌결정을 한 바 있다(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359 참조).

이 사건에서는 심판대상조항이 단체행동권을 침해한다는 위헌의견이 재판관 5인의 의견으로서 다수의견이나, 헌법소원심판 인용 결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 기각결정을 선고하게 되었다.

보도자료

초고가 아파트 구입용 주택담보대출 금지 사건

[2019헌마1399 기획재정부 주택시장 안정화 방안 중 일부 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2023. 3. 23. 재판관 5 : 4의 의견으로, 금융위원회위원장이 2019. 12. 16. 시중 은행을 상대로 ‘투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출을 2019. 12. 17.부터 금지한 조치’가 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해하지 않는다는 결정을 선고하였다. [기각]

이에 대하여, 금융위원회위원장의 위 조치는 법률유보원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해한다는 재판관 이선애, 이은애, 이종석의 반대이견, 위 조치는 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해한다는 재판관 문형배의 반대이견이 있었다.



2023. 3. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 정부는 2019. 12. 16. 관계부처 합동으로 ‘주택시장 안정화 방안’을 발표하였다. 정부는 투기수요 차단 및 실수요 중심의 시장 유도를 위한 투기적 대출수요 규제 강화가 필요하다고 보고, ‘투기지역·투기과열지구 주택담보대출 관리 강화’를 위한 다음의 6 가지 방안을 발표하였다.

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">① 시가 9억 원 초과 주택에 대한 담보대출 LTV(담보인정비율) 추가 강화② 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출 금지③ DSR(총부채원리금상환비율) 관리 강화④ 주택담보대출의 실수요 요건 강화⑤ 주택 구입목적 사업자대출에 대한 관리 강화⑥ 주택임대업 개인사업자에 대한 RTI(임대업 이자상환 비율) 강화 |
|---|

- 위 발표 이전까지는 투기지역·투기과열지구에서 ‘다주택세대’에 대하여 대출금지, ‘1주택세대 및 무주택세대’에 대하여 LTV 40% 규제가 적용 중이었으나, 위 ‘주택시장 안정화 방안’ 중 ②항은 위 발표 다음날인 2019. 12. 17.부터 가계·개인사업자·법인 등 ‘모든 차주’에 대하여 투기지역·투기과열지구의 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)를 담보로 한 주택구입용 주택담보대출을 금지하도록 하였다.
- 위 ‘주택시장 안정화 방안’ 중 ②항의 소관기관인 금융위원회는 위 발표 당일 은행연합회 등 관련규정 적용대상 금융회사를 상대로 ‘주택담보대출에 대한 리스크 관리 기준, 금융행정지도 시행’ 공문을 발송하여, 케이비(KB)국민은행의 시세와 한국감정원의 시세 중 한 가지만이라도 15억 원을 초과하는 경우 주택담보대출 취급이 불가능하고, 이는 2019. 12. 17. 이후 신규대출 신청분부터 적용되며, 관련 개정규정 시행일까지 유효함(조속히 규정개정 절차를 완료할 계획)을 공지하였다.
- 청구인은 투기지역·투기과열지구 내 시가 15억 원 초과 아파트 1채를 보유하며 이를 담보로 하여 신규로 아파트를 구입하기 위한 주택담보대출을 받고자 하는 사람으로, 위 ‘주택시장 안정화 방안’ 중 ②항의 조치로 인하여 청구인의 기본권이 침해된다고 주장하면서 2019. 12. 17. 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 위 ‘주택시장 안정화 방안’ 중 ②항 가운데 은행업에 관한 부분, 즉 피청구인(금융위원회위원장)이 2019. 12. 16. 시중 은행을 상대로 투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출을 2019. 12. 17.부터 금지한 조치(이하 ‘이 사건 조치’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[관련조항]

은행법(2010. 5. 17. 법률 제10303호로 개정된 것)

제34조(건전경영의 지도) ① 은행은 은행업을 경영할 때 자기자본을 충실하게 하고 적절한 유동성을 유지하는 등 경영의 건전성을 확보하여야 한다.

② 은행은 경영의 건전성을 유지하기 위하여 다음 각 호의 사항에 관하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 경영지도기준을 지켜야 한다.

1. 자본의 적정성에 관한 사항
2. 자산의 건전성에 관한 사항
3. 유동성에 관한 사항
4. 그 밖에 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항

은행법 시행령(2011. 12. 28. 대통령령 제23427호로 개정된 것)

제20조(경영지도기준 등) ① 법 제34조 제2항에 따른 경영지도기준에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 국제결제은행의 기준에 따른 위험가중자산에 대한 자기자본비율 등 은행의 신용위험에 대응하는 자기자본의 보유기준에 관한 사항
 2. 대출채권 등 은행이 보유하는 자산의 건전성 분류기준에 관한 사항
 3. 신용공여를 통합하여 관리할 필요가 있다고 인정하여 금융위원회가 정하여 고시하는 자에 대한 신용공여 관리기준에 관한 사항
 4. 유동성부채에 대한 유동성자산의 보유기준에 관한 사항
 5. 그 밖에 은행 경영의 건전성 확보를 위하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항
- ③ 제2항에 따른 계획 또는 약정서의 제출요구, 협약 체결에 대한 절차, 방법, 그 밖에 필요한 사항은 금융위원회가 정하여 고시한다.

은행업감독규정(2019. 11. 20. 금융위원회고시 제2019-52호)

제29조의2(주택담보대출에 대한 리스크관리) ① 은행은 주택담보대출 취급시 법 제34조에 따라 경영의 건전성이 유지되도록 <별표6>에서 정하는 담보인정비율, 총부채상환비율, 기타 주택담보대출 취급 및 만기연장에 대한 제한 등을 준수하여야 한다.

② 감독원장은 은행의 경영건전성 등을 감안하여 긴급하다고 인정하는 경우 <별표6>에서 정한 담보인정비율 및 총부채상환비율을 10퍼센트포인트 범위 이내에서 가감조정할 수 있다. 이 경우 감독원장은 그 내용을 지체 없이 금융위에 보고하여야 한다.

<별표6> 주택관련 담보대출에 대한 리스크관리기준

(이하 생략)

금융규제 운영규정(2022. 4. 4. 국무총리훈령 제812호)

제7조(금융행정지도의 원칙) ④ 금융위원회 및 금융감독원은 금융회사등이 금융행정지도에 따르지 아니하였다는 것만을 이유로 하여 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

결정주문

이 사건 심판청구를 기각한다.

법정의견 요지(재판관 유남석, 이석태, 이영진, 김기영, 이미선)

1. 적법요건 충족 여부

- 이 사건 조치는 비록 행정지도의 형식으로 이루어졌으나, 일정한 경우 주택담보대출을 금지하는 것을 내용으로 하므로 규제적 성격이 강하고, 부동산 가격 폭등을 억제할 정책적 필요성에 따라 추진되었으며, 그 준수 여부를 확인하기 위한 현장점검반 운영이 예정되어 있었다. 그러므로 이 사건 조치는 규제적·구속적 성격을 갖는 행정지도로서, 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당된다.
- 이 사건 조치와 관련된 청구인의 주관적 권리보호이익은 은행업감독규정 개정

에 따라 2022. 12. 1. 소멸하였으나, 반복 가능성과 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 심판청구이익이 인정된다.

2. 법률유보원칙 위반 여부

- 피청구인은 언제든 은행업감독규정 <별표6>을 개정하여 이 사건 조치와 동일한 내용의 규제를 할 수 있는 권한이 있고, 은행업감독규정 <별표6>에 근거한 주택담보대출의 규제에는 은행법 제34조와 은행법 시행령 제20조 제1항 등 법률적 근거가 있다.
- 또한 피청구인은 해당 권한을 행사하여 이 사건 조치를 통해 은행업감독규정 <별표6>을 개정할 것임을 예고하고 개정될 때까지 당분간 개정될 내용을 준수해 줄 것을 요청한 것이고, 이 사건 조치에 불응하더라도 불이익한 조치가 이루어지지 않을 것임이 명시적으로 고지되었으므로 이 사건 조치로 인한 기본권 제한의 정도는 은행업감독규정의 기본권 제한 정도에는 미치지 않는다.
- 결국 행정지도로 이루어진 이 사건 조치는 금융위원회에 적법하게 부여된 규제 권한을 벗어나지 않았으므로, 법률유보원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 과잉금지원칙 위반 여부

- 이 사건 조치는 전반적인 주택시장 안정화를 도모함과 동시에 금융기관의 대출 건전성 관리 차원에서 부동산 부문으로의 과도한 자금흐름을 개선하기 위한 것으로 목적이 정당하다. 또한 초고가 주택에 대한 주택담보대출 금지는 수요 억제 등을 통해 주택 가격 상승 완화에 기여할 것이므로 수단도 적합하다.
 - 이 사건 조치 당시 주택시장의 과열로 주택담보대출이 급격히 증가함에 따라, 장래 주택가격이 하락하거나 금리가 상승할 경우 금융안정성과 국가경제 전반에 미치는 부정적 파급효과가 클 수밖에 없었다. 이에 2018년 이후 계속되어 온 고가주택에 대한 주택담보대출 규제의 일환에서, 기존 규제에도 불구하고 주택가격이 급등하는 등 주택시장 안정화 및 금융시장의 건전성 관리라는 목표 달성이 어려워지자, 피청구인이 이 사건 조치를 통해 일시적으로 이를 한 단계 강화한 것에 불과하다.
- 또한 이 사건 조치는 투기지역·투기과열지구로 그 적용 '장소'를 한정하고, 시가 15억 원 초과 아파트로 '대상'을 한정하였으며, 초고가 아파트를 담보로 한 주택구입목적의 주택담보대출로 '목적'을 구체적으로 한정하였음을 고려할 때,

침해의 최소성과 법익의 균형성도 인정된다.

- 따라서 이 사건 조치는 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해하지 아니한다.

▣ ‘적법요건에 관한 별개의견’ 및 ‘법률유보원칙 위반 여부에 관한 반대의견’ 요지(재판관 이선애, 이은애, 이종석)

1. 적법요건에 관한 별개의견

- 피청구인은 이 사건 조치가 ‘비권력적 사실행위’로서 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 주장한다.
- 그러나 기록에 의하면 이 사건 조치는, 단순히 권고·조언·정보제공의 방법으로 일정한 행동을 자발적으로 유도함으로써 ‘비권력적’으로 행사되었다기 보다는, ㉠금융기관에 대해 각종 행정권한을 가진 피청구인이 우월적 지위에서, ㉡종래의 LTV 등 금융규제의 일환으로, ㉢그 행정권한의 대상인 은행으로 하여금 일방적으로 공권력에 순응케 하여, ㉣그 발표 다음날부터 해당 주택담보대출 전면 금지라는 결과를 사실상 실현시킴으로써 ‘권력적’으로 행사되었음을 알 수 있다.
- 따라서 이 사건 조치는 ‘권력적 사실행위’로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당된다.

2. 법률유보원칙 위반 여부에 관한 반대의견

- 피청구인은 은행법 제34조, 은행법 시행령 제20조, 은행업감독규정 제29조의2를 이 사건 조치의 법적 근거로 주장한다.
- 은행법 제34조, 은행법 시행령 제20조는 은행 경영의 건전성 확보를 위한 사항을 ‘금융위원회고시’에 위임함으로써, 금융위원회는 ‘금융위원회고시’라는 형식을 통해 그 권한을 행사하도록 명시하고 있다. 그러므로 이 사건 조치가 법률유보원칙을 준수하려면, 그 시행일인 2019. 12. 17. 당시 이 사건 조치에 따른 주택담보대출 금지가 ‘금융위원회고시’에 규정되어 있어야 한다.
- 그러나 2019. 12. 17. 당시 금융위원회고시인 ‘은행업감독규정 <별표6>’에는 ‘투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트에 대한 주택구입용 주택담보대출 금지’에 관한 내용은 물론, ‘초고가 아파트(시가 15억 원 초과)’에 대한 정의규정

조치 존재하지 않았다. 오히려 이 사건 조치로부터 1년 후인 2020. 12. 3.에 이르러서야 관련 내용이 ‘은행업감독규정 <별표6>’에 신설되었음이 확인된다.

- 그렇다면 피청구인이 주장하는 법령은 권력적 사실행위인 이 사건 조치의 시행일(2019. 12. 17.) 당시 그 법적 근거가 될 수 없었음이 명백하므로, 결국 이 사건 조치는 법률유보원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해한다.

□ ‘과잉금지원칙 위반 여부에 관한 반대의견’ 요지(재판관 문형배)

- 피청구인이 이 사건 조치의 법적 근거로 제시한 법령(은행법 제34조, 은행법 시행령 제20조, 은행업감독규정 제29조의2)에 의하면, 이 사건 조치는 ‘은행 경영의 건전성 관리’를 위한 수단으로 사용되어야 하는 것이 확인된다. 이에 피청구인은, 이 사건 조치는 은행법상 명시된 ‘은행 경영의 건전성’ 확보 과정에서 ‘주택시장 안정 및 거시건전성 관리’를 부수적으로 달성하는 것이 은행법상 금지되는 것은 아니라고 주장한다.
- 물론 근거법령상 본래의 목적을 달성하면서, 그 밖의 부수적 목적을 달성하는 것이 금지되는 것은 아니다. 그러나 문제는 이 사건 조치가 법령에서 요구되는 본래의 목적인 ‘개별 은행의 경영 건전성’에 기여하는지 불확실하다는 것이다. 이 사건 조치 이전까지 주택담보대출은 LTV 40%로 규제되고 있었는데, 이 사건 조치가 은행 경영의 건전성에 기여하기 위해서는 2019. 12. 17. 당시 해당 지역의 초고가 아파트의 시가가 조만간 40% 이하로 폭락할 것이 예상되어야 한다. 이에 재판소는 2022. 6. 16. 변론에서 피청구인에게, 이 사건 조치 당시 초고가 아파트의 시가가 조만간 40% 이하로 폭락할 것이라는 구체적이고 신뢰할만한 자료가 있었는지 문의하였고, 이후 2022. 7. 15. 석명명령에서도 채차 관련자료를 요구하였지만, 피청구인은 현재까지 이를 제출하지 않고 있다. 그렇다면 이 사건 조치는 법령에서 요구되는 본래의 목적인 ‘은행 경영의 건전성’ 유지 확보에 기여하는 적합한 수단이었다고 판단하기 어렵고, 그 본래의 목적에 기여하지 못하는 상황에서 부수적 목적만을 위해 사용될 수 있는 적합한 수단이라고 보기 어렵다.
- 나아가 이 사건 조치는 ㉠DTI 강화 또는 만기연장 제한 등 덜 제한적인 수단이 있었음에도 LTV 0%으로 해당 주택담보대출을 원천적으로 금지한 점, ㉡투

기적 대출수요뿐 아니라 실수요자의 경우에도 예외 없이 대출을 금지한 점, ㉔ 서울 전 지역과 경기도 주요지역 등이 투기지역·투기과열지구에 포함되므로 그 적용 지역이 광범위한 점, ㉕당시 서울의 아파트 가격을 기준으로 할 때 초고가 아파트의 적용 대상도 상당수에 달하는 점을 고려할 때, 침해의 최소성과 법익의 균형성도 인정하기 어렵다.

- 따라서 이 사건 조치는 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해한다.

보 도 자 료

‘혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀’ 에 대한 출생신고 사건

[2021헌마975 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제46조 제2항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2023년 3월 23일, 아래와 같은 결정을 선고하였다.

1. 재판관 전원일치의 의견으로, ‘혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고’ 를 허용하는 규정을 두지 아니한 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ [2007. 5. 17. 법률 제8435호로 제정된 것] 제46조 제2항, ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ [2021. 3. 16. 법률 제17928호로 개정된 것] 제57조 제1항, 제2항은 모두 헌법에 합치되지 아니하고, 위 법률조항들은 2025. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다. [헌법불합치] 이에 대해서는 재판관 이은애의 보충 의견이 있다.
2. 재판관 8:1의 의견으로, 생부인 청구인들의 위 법률조항들에 대한 심판청구를 기각한다는 결정을 선고하였다. [기각] 이에 대해서는 재판관 이선애의 반대의견이 있다.



2023. 3. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인들은 생래적 혈연관계가 인정되는 생부들(①)과 혼인 외 출생자들(②)인 바, 모가 남편과 혼인관계가 해소되지 아니한 상태에서 남편 아닌 ‘생부인 청구인들’과 사이에서 ‘혼인 외 출생자인 청구인들’을 낳았다.
- ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제46조 제2항은 혼인 외 출생자의 출생신고는 모가 하여야 한다고 규정하여 생부에 의한 출생신고를 허용하지 아니하고, 제57조 제1항은 본문에서 부가 혼인 외의 자녀에 대하여 인지의 효력이 있는 친생자출생의 신고를 할 수 있도록 하면서도, 같은 항 단서와 제57조 제2항에 따라 가정법원의 확인을 받아 친생자출생의 신고를 할 수 있는 범위를 좁게 규정하여, 모가 혼인 관계에 있을 경우에 모의 혼인 외 자녀는 남편의 친생자로 추정되므로 그 혼인 외 자녀를 양육하고 있는 생부는 자신의 혼인 외 자녀에 대한 출생신고를 하기 어렵게 규정되어 있다.
생부인 청구인들(①)은 각자 자신의 혼인 외 출생자인 청구인들(②)에 대한 출생신고를 하려고 하였으나, 위 조항들로 인하여 곧바로 출생신고를 할 수 없었다.
- 이에 청구인들은 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제46조 제2항과 제57조 제1항 단서, 제2항이 혼인 외 출생자인 청구인들의 즉시 출생등록될 권리, 생부인 청구인들의 양육권, 가족생활의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하며 2021. 8. 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(2007. 5. 17. 법률 제 8435호로 제정된 것) 제46조 제2항(이하, ‘이 사건 출생신고의무자조항’이라 한다), ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(2021. 3. 16. 법률 제17928호로 개정된 것, 이하 연혁에 관계없이 ‘가족관계등록법’으로 약칭한다) 제57조 제1항 및 제2항(이하, ‘이 사건 친생자출생신고조항’이라 하고, 이 사건 출생신고의무자조항과 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

가족관계의 등록 등에 관한 법률(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 제정된 것)

제46조(신고의무자) ② 혼인 외 출생자의 신고는 모가 하여야 한다.

가족관계의 등록 등에 관한 법률(2021. 3. 16. 법률 제17928호로 개정된 것)

제57조(친생자출생의 신고에 의한 인지) ① 부가 혼인 외의 자녀에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다. 다만, 모가 특정됨에도 불구하고 부가 본문에 따른 신고를 함에 있어 모의 소재불명 또는 모가 정당한 사유 없이 출생신고에 필요한 서류 제출에 협조하지 아니하는 등의 장애가 있는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 신고를 할 수 있다.

② 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호의 전부 또는 일부를 알 수 없어 모를 특정할 수 없는 경우 또는 모가 공적 서류·증명서·장부 등에 의하여 특정될 수 없는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 제1항에 따른 신고를 할 수 있다.

□ 결정주문

1. 가족관계의 등록 등에 관한 법률(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 제정된 것) 제46조 제2항, 가족관계의 등록 등에 관한 법률(2021. 3. 16. 법률 제17928호로 개정된 것) 제57조 제1항, 제2항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항들은 2025. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.
2. 생부인 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

○ 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 기본권인지 여부

- 출생신고는 사람의 출생과 관련된 사실을 공적 장부인 가족관계등록부에 기록할 것을 요구하는 행위이다. 출생등록은 개인의 인격을 발현하는 첫 단계이자 인격을 형성해 나아가는 전제로서 중요한 역할을 담당한다. 태어난 즉시 출생등록이 되지 않는다면, 독자적으로 행동할 수 있는 능력이 없는 아동으로서 이러한 관계 형성의 기회가 완전히 박탈될 수 있다.
- 출생등록을 통하여 아동을 다른 아동과 구별할 수 있게 되므로, 출생등록에는 최소한의 기본적인 정보인 아동의 출생일시, 출생지, 아동의 성명, 아동의 부모

에 관한 정보 등이 포함되어야 한다. 특히 아동의 부모에 관한 정보는 아동을 양육할 권리와 의무가 당해 부모에게 있음을 대외적으로 공표하는 의미를 갖는다. 이처럼 출생등록은 아동이 부모와 가족 등의 보호 하에 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 최소한의 보호장치를 마련할 수 있도록 한다.

- 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 ‘출생 후 아동이 보호를 받을 수 있을 최대한 빠른 시점’에 아동의 출생과 관련된 기본적인 정보를 국가가 관리할 수 있도록 등록할 권리로서, 아동이 사람으로서 인격을 자유로이 발현하고, 부모와 가족 등의 보호 하에 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 최소한의 보호장치를 마련하도록 요구할 수 있는 권리이다. 이는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 도출되는 일반적 인격권을 실현하기 위한 기본적인 전제로서 헌법 제10조뿐만 아니라, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제36조 제1항의 가족생활의 보장, 헌법 제34조 제4항의 국가의 청소년 복지향상을 위한 정책실시의무 등에도 근거가 있다. 이와 같은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’는 앞서 언급한 기본권 등의 어느 하나에 완전히 포섭되지 않으며, 이들을 이념적 기초로 하는 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권으로서, 자유로운 인격실현을 보장하는 자유권적 성격과 아동의 건강한 성장과 발달을 보장하는 사회적 기본권의 성격을 함께 지닌다.

○ 심판대상조항들이 혼인 외 출생자인 청구인들(②)의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해하는지 여부 - 적극

- 혼인 중인 여자와 남편이 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀의 경우, 혼인 중인 여자와 그 남편이 출생신고의 의무자에 해당한다(가족관계등록법 제46조 제1항). 생부는 모의 남편의 친생자로 추정되는 자신의 혼인 외 자녀에 대하여 곧바로 인지의 효력이 있는 친생자출생신고를 할 수 없다. 그런데 모가 장기간 남편 아닌 남자와 살면서 혼인 외 자녀의 출생신고를 한다는 것은 자신이 아직 혼인관계가 해소되지 않은 상황에서 부정한 행위를 하였다는 점을 자백하는 것이고, 혼인 외 출생한 자녀가 모의 남편의 자녀로 추정됨으로써 남편이 자신의 가족관계등록부를 통하여 쉽게 아내의 부정한 행위를 확인할 수 있다는 점에서 모가 신고의무를 이행할 것이라는 점이 담보되지 않는다. 그리고 그 남편이 해당 자녀의 출생의 경위를 알고도 출생신고를 하는 것은 사실상 기대하기 어렵

다. 한편, 신고적격자로 규정된 검사 또는 지방자치단체의 장은 자녀의 복리가 위태롭게 될 우려가 있을 때 출생신고를 할 수 있으나, 이는 의무적인 것이 아니며, 검사 또는 지방자치단체의 장이 혼인 외 출생자의 구체적 사정을 출생 즉시 파악할 수 있다고 보기도 어렵다. 현실을 살펴보다도, 검사 또는 지방자치단체의 장의 출생신고는 대부분 아동학대로 인하여 수사가 진행되는 과정이나 아동을 보호하고 있는 사회단체의 요청으로 출생신고가 된 것이지, 생부가 검사나 지방자치단체장에게 출생신고를 요청한 경우는 한 건도 없었다. 이처럼 혼인 외 출생자에 대한 현행 출생신고제도는 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀인 청구인들과 같은 경우 출생신고가 실효적으로 이루어질 수 있도록 보장하지 못하고 있다.

- 가족관계등록제도는 민법에 따른 신분관계를 등록·공시하여야 하므로, 심판대상조항들은 민법상 친생추정과의 관계에서 발생하는 모순을 방지하고자, 혼인 외 출생자의 생부에게 출생신고의무를 부여하지 않고, 인지의 효력이 있는 친생자출생신고만을 할 수 있도록 한다. 그러나 신고기간 내에 모나 그 남편이 출생신고를 하지 않는 경우 생부가 생래적 혈연관계를 소명하여 인지의 효력이 없는 출생신고를 할 수 있도록 하거나, 출산을 담당한 의료기관 등이 의무적으로 모와 자녀에 관한 정보 등을 포함한 출생신고의 기재사항을 미리 수집하고, 그 정보를 출생신고를 담당하는 기관에 송부하도록 하여 출생신고가 이루어지도록 한다면, 민법상 신분관계와 모순되는 내용이 가족관계등록부에 기재되는 것을 방지하면서도 출생신고가 이루어질 수 있다.
- 혼인 중 여자가 남편 아닌 남자와의 사이에서 출생한 자녀의 경우 출생신고가 현저히 곤란한 상황이 발생함에 따라 사회보험, 사회보장 수급을 제대로 받지 못하고, 주민등록이나 신분확인이 필요한 거래를 하기도 어려우며, 상대적으로 학대당하거나 유기되기 쉽고, 범죄의 표적이 될 가능성이 높다. 이처럼 출생등록이 혼인 외 출생자의 인격 형성 및 부모와 가족 등의 보호 하에 건강한 성장과 발달에 미치는 영향은 매우 크다.
- 따라서 심판대상조항들은 입법형성권의 한계를 넘어서서 실효적으로 출생등록될 권리를 보장하고 있다고 볼 수 없으므로, 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 해당하는 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해한다.

○ 심판대상조항들이 생부인 청구인들(①)의 평등권을 침해하는지 여부 - 소극

- 심판대상조항들은 혼인 외 출생자에 대한 출생신고의무자와 적격자를 규정함에 있어서, 혼인 중인 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀의 경우, 남편 아닌 남자인 생부가 자신의 혼인 외 자녀에 대해서 출생신고를 허용하도록 규정하지 아니하였다. 특히 이 사건 출생신고의무자조항이 혼인 외 출생자의 출생신고의무자를 모로 한정하는 것은, 모는 출산으로 인하여 그 출생자와 혈연관계가 형성되는 반면에, 생부는 그 출생자와의 혈연관계에 대한 확인이 필요할 수도 있고, 그 출생자의 출생사실을 모를 수도 있다는 점에 있다. 이에 가족관계등록부는 모를 중심으로 출생신고를 규정하고, 모가 혼인 중인 경우에 그 출생자는 모의 남편의 자녀로 추정하도록 한 민법의 체계에 따르도록 규정하고 있다. 따라서 심판대상조항들이 혼인 외 출생자의 신고의무를 모에게만 부과하고, 남편 아닌 남자인 생부에게 자신의 혼인 외 자녀에 대해서 출생신고를 할 수 있도록 규정하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다. 그렇다면, 심판대상조항들은 생부인 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

○ 헌법불합치 결정 및 계속 적용 명령

- 심판대상조항들의 위헌성은 심판대상조항들이 혼인 중인 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대해서 ‘남편 아닌 남자’인 생부의 출생신고 자체를 허용하지 아니하는 등 혼인 외 출생자인 청구인들의 출생등록을 실효적으로 보장하지 못하는 점에 있다. 그런데 이 사건 출생신고의무자조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 혼인 외 출생자에 대한 1차적 신고의무자가 사라지게 되고, 이 사건 친생자출생신고조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 모가 혼인 중이 아님에도 생부가 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생한다. 나아가 입법자는 출생등록을 실효적으로 보장하면서도 법적 부자관계의 형성에 혼란이 생기지 않도록 방안을 마련할 일차적 책임과 재량이 있다.
- 따라서 심판대상조항들에 대하여 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고한다. 입법자는 늦어도 2025. 5. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 한다.

□ 재판관 이선애의 생부인 청구인들의 심판청구에 대한 반대의견

○ 나는 심판대상조항들이 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해한다고 생각하여 앞서 본 바와 같이 법정의견에 참여하였다. 이에 덧붙여 나는 심판대상조항들이 생부인 청구인들의 가족생활의 자유를 침해하여 위헌이라고 생각하고, 이러한 점에서도 헌법불합치결정이 필요하다고 생각하므로, 아래와 같이 의견을 남긴다.

○ 생부의 가족생활의 자유

- 헌법 제36조 제1항은 가족생활의 자유를 기본권으로 보장한다. 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 하여, 가족생활의 자유를 기본권으로 보장한다. 가족관계는 부모의 혼인관계 여부나 생부가 모 아닌 혼인신고를 마친 배우자인 아내가 있는지 여부와 상관없이 모와 생래적 혈연관계에 있는 자녀 사이에서 인정된다. 이와 마찬가지로 모와 혼인관계에 있지 아니한 생부와 생래적 혈연관계가 있는 자녀 사이에서도 가족관계는 성립된다고 생각한다.
- 과학기술의 발달로 유전자검사가 손쉽게 이루어지고 검사에 소요되는 시간도 대폭 단축된 상황에서 생부와 자녀 사이에 생래적 혈연관계는 쉽게 확인될 수 있게 된 상황, 아버지로서의 의무와 책임을 회피하려는 경향이 있는 존재로 여겨지던 혼인 외 출생자의 생부에 대한 사회통념을 깨뜨리고 적극적으로 자신의 자녀를 보호하고 양육하려는 생부들이 우리사회에 등장하기 시작한 상황을 종합해 볼 때, 부모가 혼인을 하지 않았거나 모가 혼인한 상황에서 남편 아닌 남자와 사이에서 자녀가 출생한 경우에, 생부가 생래적 혈연관계에 있는 그 자녀와의 사이에서 성립된 가족생활을 유지하기 위한 가족생활의 자유의 주체가 될 수 있다는 점을 부정할 수 없다.
- 가족생활의 자유는 가족 내에서의 활동을 자율적으로 결정할 수 있도록 하는데, 가족 내에서의 활동에 가장 대표적인 것은 성년인 부모 등이 미성년인 가족구성원인 자녀를 부양과 양육, 보호 등을 하는 것이다. 이는 법제도 형성 이전의 인간의 자연적인 생활 모습과 관련되는 것이다(헌재 2011. 2. 24. 2009헌바89등 참조). 출생신고는 사람의 출생과 관련된 사실을 가족관계등록부에

기록할 것을 요구하는 행위로, 이를 통하여 자녀가 사회적인 관계를 형성하고, 부모와 가족, 사회의 보호를 받아 건강한 성장과 발달을 할 수 있도록 하는 최소한의 보호장치가 된다. 생부가 생래적 혈연관계가 인정되는 자녀를 보호하기 위하여 그 자녀에 대해서 출생신고를 할 수 있도록 하는 것은 자녀를 보호하고자 하는 자연적인 생활 모습을 구현하는 것이다.

- 따라서 모가 제3자와 혼인관계에 있는 경우에도, 생부가 자신과 모 사이에서 출생한 생래적 혈연관계가 인정되는 자녀에 대해서 출생신고를 하는 것은 헌법상 가족생활의 자유로 보호되는 영역의 범위 안에 있다.

○ 생부인 청구인들의 가족생활의 자유 침해 여부

- 혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대하여 출생신고의무자인 모나 그 남편이 출생신고를 하지 않는다면, 그 자녀의 복리를 위해 출생신고를 이행할 이해관계가 있는 사람으로서 생부를 상징하는 것은 무리가 없다. 신고기간 내에 모나 그 남편이 출생신고를 하지 않는 경우에 생부가 생래적 혈연관계를 소명하여 혼인 외 출생자에 대하여 인지의 효력이 없는 출생신고를 할 수 있도록 하더라도, 생부가 신고인으로서 출생신고를 할 뿐, 혼인 외 출생자의 ‘부’로 기재되지 않고, 생모만 ‘모’란에 기재되도록 하는 방안을 고안한다면, 민법상 친생추정조항에 모순되거나 법적 부자관계가 이중적으로 형성되어 발생할 수 있는 혼란을 방지할 수 있다.
- 한편, 심판대상조항들로 인하여 달성하고자 하는 공익은 민법 등에 모순되지 않는 정확한 신분관계의 공시로 인한 사회혼란의 방지, 특히 민법상 친생추정제도와 모순되는 출생신고를 방지하는 것이다. 민법상 친생추정제도는 자의 복리를 위해 매우 중요한 제도이므로(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623 참조), 심판대상조항들 역시 자의 복리를 위한 수단으로 기능하는 측면이 있다. 그런데 생모나 민법상 친생추정을 받는 생모의 남편이 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 한다는 점이 담보될 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우, 민법상 친생추정에 따른 법적 신분관계 형성의 한계를 벗어나지 않는 범위에서 혼인 외 출생자의 보호를 위해 생부가 출생신고 하는 것이 허용된다면, 심판대상조항들을 통해 달성하고자 하는 공익은 훼손되지 아니한다.

또한, 생부가 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 할 수 있도록 허용하는 것은

생부가 생래적 혈연관계가 확인된 혼인 외 출생자의 인격권 발현에 관여하여 혼인 외 출생자의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 보완하는 측면이 있어 자의 복리를 실효적으로 보호할 수 있다.

결국 심판대상조항들로 달성하고자 하는 공익은, 민법상 친생추정을 받는 생모와 그 남편의 혼인 외 출생자에 대한 출생신고가 담보될 수 없을 때 민법상 친생추정에 따른 법적 신분관계의 형성을 벗어나지 않는 범위에서 혼인 외 출생자를 보호하기 위해 생부의 출생신고를 허용함으로써 가족생활의 자유를 보장하는 것보다 더 중하다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항들은 피해의 최소성과 법익균형성을 충족하지 못하였다.

- 그렇다면, 심판대상조항들은 과잉금지원칙을 위배하여 생부인 청구인들의 가족생활의 자유를 침해한다.

▣ 재판관 이은애의 법정의견에 대한 보충의견

○ 의료기관에 의한 출생통보제와 그 제도적 보완책

- 우리나라는 아동의 출생신고 의무를 일차적으로 부모에게만 부담시키고 있어 부모의 자발적 신고가 없으면 아동의 출생을 국가가 인지하기 어렵다. 이로 인하여 출생신고가 되지 않은 아동에게 생길 수 있는 문제를 개선하기 위해서 부모에 의한 출생신고가 이루어지기 전에 신속하게 아동의 출생에 관여한 의료기관에 의하여 출생사실이 통보되도록 하는 제도를 도입할 필요가 있다. 대다수 경제협력개발기구 가입국들도 출생신고 내지 통보에 대한 책임을 일차적으로 의료기관에 부여하거나, 의료기관과 부모 모두에게 부여하고 있다.
- 다만, 의료기관에서 출생사실을 통보할 경우 출산 사실을 기록에 남기고 싶지 않는 미혼모 등은 병원에서의 출산을 기피할 수 있으므로, 미혼모 등이 익명으로 출산하기를 원하는 경우에도 안전하게 출산할 수 있는 제도를 마련하여야 하고, 중장기적으로는 미혼모 등과 출생 아동에 대한 지원과 보호를 확대하는 등 제도적 보완책도 병행할 필요가 있다.

○ 외국인 아동을 위한 신분등록제도의 개선

- 우리나라의 가족관계등록부는 대한민국 국민만 신분등록이 가능한 국적부로서 기능하고 있으므로, 대한민국 국적이 없는 아동은 출생등록이 불가능하다. 예컨

대 한국인 부와 외국인 모 사이의 혼인 외 출생자는 출생등록까지 나아가는 데 상당한 어려움이 있고, 부모가 모두 외국인인 경우, 부 또는 모가 본국 대사관을 통한 신분등록이 어려운 상황에서 출생한 자녀는 본국으로의 귀국 자체가 봉쇄되는 등, 출생과 동시에 누려야 할 기본적인 권리들을 보장받지 못한다.

- 현재 출입국관리법에 따라 운영되는 외국인등록제도는 외국인이 본국에 출생등록을 하고 국적을 확인받을 것을 전제로 한다. 본국법에 따른 신분등록이 어려운 외국인 자녀는 외국인등록 또한 할 수 없어, 외국인 아동의 출생등록제도로서 기능하지 못한다.
- 누구든지 자신이 출생한 지역의 관할 국가에 의하여 출생사실이 공적으로 기록되고 이를 증명할 수 있는 서류의 발급을 요청할 수 있어야 하며, 이러한 권리는 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’로서 아동의 국적이나 체류자격에 따라 그 보장의 필요성이 달라진다고 볼 수 없다. 외국 입법례를 보더라도 자국의 신분등록제도를 국민뿐 아니라 외국인에게도 이용할 수 있게 하는 것이 세계적인 추세다.
- 그러므로 외국 국적 또는 무국적 아동에게도 합법적 체류자격이 있는지 여부와 무관하게 출생등록이 가능하도록 신분등록제도를 개선하여야 할 것이며, 이러한 아동의 출생등록될 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 이를 단지 법적으로만 허용하는 데 그치는 것이 아니라, 미등록 체류사실이 출생등록에 저해가 되거나 단속으로 이어지지 않도록 보장 장치를 마련함으로써 외국인 부모가 아동의 출생등록을 위한 행정절차에 쉽게 접근할 수 있는 제도적·현실적 여건도 함께 갖추어야 할 것이다.

□ 결정의 의의

- 현행 가족관계등록법하에서는 혼인 중인 여자와 남편이 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 출생신고는 모와 그 남편만이 할 수 있고, 생부는 출생신고를 할 수 없다. 모가 그 혼인 외 출생자에 대한 출생신고를 하지 아니하면 사실상 출생신고가 이루어지지 않는 상황이다.
- 헌법재판소는 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 헌법상 보장되는 기본권으로서, 자유권과 사회권의 성격을 동시에 갖는 독자적 기본권으로 판단하고, 이 사건에서 혼인 외 출생자에 대한 출생신고의무자를 모로 한정하고, 인지의 효력이 있

는 생부의 친생자출생신고만을 인정하는 심판대상조항들이 혼인 중인 여자와 남편이 아닌 남자 사이에서 출생한 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 하였다.

- 입법자는 출생신고 의무자와 적격자의 범위, 출생신고의 방법과 절차, 출생신고의 효력 및 민법상 친생추정과 번복, 인지의 효과에 관한 사항 등을 두루 고려하여, 출생등록을 실효적으로 보장하면서 법적 부자관계의 형성에 혼란이 생기지 않도록 입법하여야 할 의무가 있다.
- 혼인 중인 여자와 남편이 아닌 남자 사이에서 출생한 혼인 외 출생자인 청구인들은 개선입법에 따라 출생등록을 할 수 있게 된다.