

2018. 9. 6. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757

국민과 함께하는 **정의의 파수꾼**



헌법재판소
Constitutional Court of Korea

제 목 : 8월 선고 즉시보도사건 외 보도자료

우리 재판소에서 2018. 8. 30. (목) 선고한 심판사건 결정요지 등 (즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2018. 8. 30. (목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임 즉시보도 외 사건 보도자료 4건. 끝.

보 도 자 료

전국교수노동조합 사건

[2015헌가38 노동조합 및 노동관계조정법 제5조 단서 등 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2018년 8월 30일 교원노조법의 적용대상을 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원이라고 규정함으로써 고등교육법에서 규율하는 대학 교원의 단결권을 일체 인정하지 않는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제2조 본문이 대학 교원들의 단결권을 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하였다. 다만 2020. 3. 31.까지는 잠정 적용을 명하였다. 이 결정에 대하여는 재판관 2인의 반대의견이 있다. [\[헌법불합치, 잠정 적용\]](#)

□ 사건개요

- 제청신청인은 고등교육법상의 학교에 근무하는 교원들을 조합원으로 하는 전국 단위의 노동조합으로서, 2015. 4. 20. 고용노동부장관에게 노동조합설립신고서를 제출하였다. 고용노동부장관은 2015. 4. 23. 위 노동조합설립신고를 반려하면서, 그 이유로 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제5조 단서, ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(이하 ‘교원노조법’이라 한다) 제2조 본문이 교원 노동조합의 가입범위를 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원으로 제한하고 있으므로 고등교육법상의 교원을 조직대상으로 하는 노동조합은 현행법상 설립이 허용되지 않기 때문이라고 하였다.
- 제청신청인은 고용노동부장관을 상대로 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 한편, 그 소송 계속 중 노동조합법 제5조 단서, 교원노조법 제2조에 대하여 위헌제청신청을 하였고, 제청법원은 2015. 12. 30. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

□ 심판대상

- 심판대상은 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2010. 3. 7. 법률 제10132호로 개정된 것) 제2조 본문의 위헌 여부이다. 제청법원은 노동조합법 제5조 단서도 심판대상으로 삼고 있으나, 주된 제청이유가 초·중등교육법상의 교원에 대하여 인정하는 교원노조를 고등교육법상의 교원에게 인정하지 아니하는 것에 위헌성이 있다고 본 점, 일반법인 노동조합법에 대하여 특별법인 교원노조법이 제정된 이상 교원노조법의 규율이 충분한지를 판단하는 것으로 충분한 점, 고등교육법상 교원의 노조 설립 문제와 관련된 개정법률안은 교원노조법 제2조 개정안으로 발의되어 온 점 등을 고려하여, 심판대상을 교원노조법 제2조 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)으로 한정한다.

[심판대상조항]

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2010. 3. 7. 법률 제10132호로 개정된 것)

제2조(정의)

이 법에서 “교원”이란 「초·중등교육법」 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다.

□ 결정주문

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2010. 3. 7. 법률 제10132호로 개정된 것) 제2조 본문은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2020. 3. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.

□ 이유의 요지

● 심판대상조항에 대한 판단

가. 쟁점 및 심사기준

- 이 사건의 쟁점은 대학 교원에 대하여 근로기본권의 본질적 권리인 단결권조차 인정하지 않는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부로서, 교육공무원인 대학 교원과 공무원 아닌 대학 교원으로 나누어, 각각의 단결권 침해가 헌법에 위배되는지 여부에 관하여, 공무원 아닌 대학 교원에 대해서는 과잉금지 원칙 준수 여부를 기준으로, 교육공무원인 대학 교원에 대해서는 입법형성의 범위를 일탈하였는지 여부를 기준으로 나누어 심사하기로 한다.

나. 교육공무원 아닌 대학 교원의 단결권 침해 여부

- 심판대상조항은 교육공무원 아닌 대학 교원에 대하여 단결권을 비롯한 일체의 근로3권을 인정하지 않으므로, 자유권적 측면의 근로3권과 관련이 깊다(헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653 참조). 이러한 단결권에 대한 제한이 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권제한 입법의 한계 내에 있기 위해서는 정당한 입법목적 을 위한 필요 최소한의 제한이 되어야 한다.
- 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다는 헌법 제31조 제6항에 따라 교원의 임용·복무·보수에 관하여 법률에서 정하고 있으나 대학 교원 임용 제도는 전반적으로 대학 교원의 신분을 보호하기보다는 열악하게 만드는 방향으로 변천되어 왔다. 2002년 이후에는 기간뿐만 아니라 여러 근로조건을 계약으로 정하여 임용·재임용 하도록 하는 교수 계약 임용제가 본격적으로 시행되었고 최근에는 대학 구조조정, 기업의 대학 진출 등으로 단기계약직 교수, 강의 전담교수 등이 등장하였다. 이러한 상황에서 대학교원의 임금, 근무조건, 후생복지 등 교원의 경제적·사회적 지위향상 등을 위한 단결권의 보장이 필요한

상황에 이르렀다고 보인다.

- 대학 교원은 교수협의회나 대학평의원회를 통하여 대학행정·학사 등에 관한 사항을 심의하고, 대학자치의 주체로서 어느 정도 대학의 운영에 적극적으로 참여할 수 있는 길이 보장되어 있다. 그러나 교수협의회는 교수들의 근무조건 개선을 위해 대학 측을 상대로 교섭할 권한이 없고 교수협회의 역할은 해당 학교의 문제에 국한되어 교육부 혹은 사학법인연합회를 상대로 근무조건의 통일성 등에 관하여 교섭할 수도 없다. 또 대학의 자율성을 헌법에 보장하는 취지는 대학 구성원들이 학문의 연구와 교육이라는 대학의 기능을 달성하는 데 필요한 사항을 자주적으로 결정하도록 제도적으로 보장하는 것이므로, 임금, 근무조건, 후생복지 등 교원의 경제적·사회적 지위향상에 대해서까지 대학 구성원들이 대학의 자율성을 근거로 그 의사결정 과정에 참여한다고 보기는 어렵다.
- 설령 일반 근로자 및 초·중등교원과 구별되는 대학 교원의 특수성을 인정하더라도, 대학 교원에게도 단결권을 인정하면서 다만 해당 노동조합이 행사할 수 있는 권리를 다른 노동조합과 달리 강한 제약 아래 두는 방법도 얼마든지 가능하다.
- 그러므로 교육공무원이 아닌 대학 교원들의 단결권을 전면적으로 제한하는 것은 필요 이상의 과도한 제한이다.
- 심판대상조항으로 인하여 공무원 아닌 대학 교원들이 향유하지 못하는 단결권은 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 근로3권의 핵심적이고 본질적인 권리임에 비하여, 대학 사회가 다층적으로 변화하면서 대학 교원의 사회·경제적 지위의 향상을 위한 요구가 높아지고 있는 상황에서 공무원이 아닌 대학 교원이 단결권을 행사하지 못한 채 개별적으로만 근로조건의 향상을 도모해야 하는 불이익은 중대한 것이므로, 심판대상조항은 법익균형성도 갖추지 못한 것이다.
- 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 공무원 아닌 대학 교원의 단결권을 침해한다.

다. 교육공무원인 대학 교원의 단결권 침해 여부

- 교육공무원은 교육을 통해 국민 전체에게 봉사하는 공무원의 지위를 가지고 있기는 하지만, 그 직무수행은 '교육'이라는 근로를 제공하여 교육을 받을 권리를

향유하는 국민들의 수요를 충족시킴으로써 국민의 복리를 증진시키는 특수성을 가지고 있는 것이고, 직업공무원관계의 특성인 공법상의 근무·충성 관계에 입각하여 국민과 국가의 관계 형성에 관하여 중요하고 독자적인 결정권한을 갖는다고 볼 수는 없다. 이러한 교육공무원의 직무수행의 특성과 헌법 제33조 제1항 및 제2항의 정신을 종합해 볼 때, 교육공무원에게 근로3권을 일체 허용하지 않고 전면적으로 부정하는 입법형성은 합리성을 상실한 과도한 것으로 허용되지 않는다.

- 구체적으로 살펴보면, 앞에서 본 바와 같이 교수 계약임용제 도입과 대학 구조조정 및 기업의 대학 진출 등 사회의 변화로 공무원인 대학 교원의 신분 및 임금 등 근로조건이 초·중등교원에 비하여 법적으로 강하게 보장되고 있다고 보기 어렵다. 또한 대학 교원은 총장 또는 학장, 교수, 부교수 및 조교수로 구분되고, 여기에 단기계약직 교수, 강의전담 교수 등의 등장으로 대학 교원이 다층적으로 변하고 있다. 대학의 자율성 보장이나 학칙에 의한 교수협의회 등은 연구와 교육에 관한 중요한 의사결정 과정에 대학 구성원들이 참여할 수 있도록 하는 제도라는 점에서 그 취지가 있는 것이고, 단지 위와 같은 제도가 있다는 이유만으로 대학 교원의 임금, 근무조건, 후생복지 등 교원의 경제적·사회적 지위향상을 위한 단결의 필요성을 전면적으로 부인하는 것이 합리화 되지는 않는다. 외국의 입법례를 보더라도 대학 교원에 대하여 단결권 자체를 인정하지 않는 경우는 찾기 어렵고, 다만 단체교섭의 방법 및 단체협약체결권 인정 여부 등을 일반 노동조합이나 초·중등교원과 달리 규정하고 있음을 알 수 있다.
- 이러한 점들을 종합할 때, 공무원인 대학 교원의 단결권을 전면적으로 부정하고 있는 심판대상조항은 입법형성의 범위를 벗어난 입법이다.

라. 헌법불합치결정 및 잠정적용명령

- 심판대상조항은 대학 교원의 단결권을 침해하여 헌법에 위반되나, 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 초·중등교육법 제19조 제1항에 의한 교원들에 대한 교원노조 설립의 근거가 사라지게 되어 재직 중인 초·중등교원에 대하여 교원노조를 인정해 줌으로써 이들의 교원노조의 자주성과 주체성을 확보하는 데 기여하는 입법목적은 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있다. 나아가 심판대상조항의 위헌적 상태를 제거함에 있어 대학 교원

의 특성 등을 고려하여 대학 교원의 단결권 보장의 범위를 합리적으로 형성함에 있어서는 헌법재판소의 결정취지의 한도 내에서 입법자에게 재량이 부여된다. 따라서 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 그 효력을 존속하게 하여 이를 적용할 필요가 있다.

□ 재판관 김창종, 재판관 조용호의 반대이견

- 심판대상조항은 교원노조법이 적용되는 ‘교원’을 초·중등교육법상의 교원에 한정함으로써 대학 교원의 경우 노조 설립 또는 가입을 할 수 없도록 하고 있다. 이러한 대학 교원의 단결권 제한은 심판대상조항에 의한 구분과 차별취급의 결과이므로, 이 사건의 쟁점은 심판대상조항에 의한 차별취급이 합리적 이유를 결여하여 평등원칙에 위반되는지 여부이다.
- 대학 교원의 근로관계는 다음과 같은 특수성이 있으며 초·중등교원과 구별된다.
- ① 대학 교원은 헌법 제31조 제6항에 근거하여 법률에 의하여 신분이 보장되고 임금 등 근로조건이 결정된다. 제정법원은 이른바 비정년트랙 교원의 문제를 들고 있으나, 비정년트랙 교원의 도입 경위 및 그 비율, 비정년트랙 교원의 단결권 보장에 관한 사회적 합의 정도 등을 종합하여 볼 때, 비정년트랙 교원의 지위 개선을 이유로 모든 대학 교원에게 단결권을 부여할 필요가 있는지 의문이다.
- ② 대학 교원은 학문의 자유의 제도적 보장과 대학자치 보장을 통하여 일반근로자 및 초·중등교원과 구별되는 독립성과 자율성을 보장받고 있다. 대학 교원은 교수내용이나 교수방법에 관한 한 누구의 지시나 감독에 따르지 아니하고 독자적으로 결정하고, 강의실에서는 학문적 견해를 자유로이 표명할 수 있는 ‘교수의 자유’도 보장된다. 또 상대적으로 노동시간에 대한 규제가 유연하며, 주어진 강의와 사전 정의된 연구실적만 제출하면 기타 시간의 활용에 제약이 없다. 대학 교원은 대학의 자치의 주체로서 대학의 인사 및 행정, 학사 등 중요사항에 참여할 권리를 보장받고, 총장선출에 관여할 수 있으며, 보직교수 활동 및 대학 평의원회 및 교수회(교수협의회) 활동을 통하여 대학행정 및 학사 등에 관한 정책형성과 평가 과정에 참여하고 있다.
- ③ 대학 교원은 초·중등교원과 달리 정당법 제22조 제1항 제2호, 공직선거법 제60조 제1항 제4호 단서에 따라 정당가입과 선거운동 등의 정치활동이 가능하다.

그러므로 대학 교원은 정치활동을 통하여 사회 정책 및 제도 형성에 폭넓게 참여할 수 있을 뿐만 아니라 각종 위원회, 정부기관 연구 활동 등을 통하여 국가 정책을 형성하기도 한다. 대학 교원은 노조형태의 단결체가 아니더라도 정치활동이나 전문가단체 혹은 교수회 등을 통하여 사회적·경제적 지위 향상을 도모할 수 있다.

- 심판대상조항이 초·중등교원과 대학 교원을 다르게 취급하는 것은 대학 교원이 초·중등교원과 비교하여 보장받는 기본권의 내용과 범위, 사회적 지위·기능 및 단결권 보장의 필요성이 다른 점을 고려한 것으로서 합리적 이유가 있다. 그러므로 심판대상조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

결정의 의의

- 이 사건은 대학 교원의 단결권에 관하여 처음 판단한 결정으로서, 교육공무원인 대학 교원과 공무원 아닌 대학 교원에 대하여 다른 심사기준을 적용하여 보더라도, 이들에 대하여 일체의 단결권을 인정하지 않는 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다.

보 도 자 료

채증활동규칙 및 경찰의 집회 참가자에 대한 촬영행위 위헌확인 사건

[2014헌마843 채증활동규칙 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2018년 8월 30일 재판관 전원일치 의견으로 채증활동규칙에 대한 심판청구는 각하하고, 재판관 4:5의 의견으로 피청구인이 집회에 참가한 청구인들을 촬영한 행위는 청구인들의 일반적 인격권, 개인정보자기결정권, 집회의 자유를 침해하지 않으므로 그에 관한 심판청구는 기각하는 결정을 선고하였다. [합헌]

이에 대하여는 피청구인의 촬영행위가 청구인들의 기본권을 침해한다는 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인들은 □□대학교 법학전문대학원 재학생들로 2014. 8. 29. 16:00경부터 19:00경까지 □□대학교 앞에서 광화문광장까지 세월호 특별법 제정 촉구를 목적으로 행진하는 집회(이하 ‘이 사건 집회’라고 한다)에 참가하였다.
- 이 사건 집회는 애초 16:00부터 18:00까지 경향신문사 앞까지만 진행하는 것으로 신고되었는데, 집회참가자들이 17:50경부터 경향신문사를 100m 정도 지난 지점까지 행진을 하였다. 이에 경찰이 불법행진임을 경고하면서 집회참가자들을 촬영하기 시작하였고, 집회참가자들이 18:15경 자진해산하자 촬영을 중단하였다(이하 ‘이 사건 촬영행위’라 한다).
- 청구인들은 이 사건 촬영행위 및 그 근거가 된 채증활동규칙(경찰청 예규)이 청구인들의 집회의 자유 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2014. 10. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 주위적으로 구 채증활동규칙(2012. 9. 26. 경찰청예규 제 472호)과 개정된 채증활동규칙(2015. 1. 26. 경찰청예규 제495호)(이 둘을 통틀어 이하 ‘이 사건 채증규칙’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 예비적으로 피청구인이 2014. 8. 29. 집회참가자인 청구인들을 촬영한 이 사건 촬영행위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

□ 결정주문

- 청구인들의 주위적 심판청구를 모두 각하한다.
- 청구인들의 예비적 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

● 이 사건 채증규칙이 직접 기본권을 침해하는지 여부(소극)

- 이 사건 채증규칙은 법률의 구체적인 위임 없이 제정된 경찰청 내부의 행정규칙에 불과하고, 청구인들은 구체적인 촬영행위에 의해 비로소 기본권을 제한받

게 되므로, 이 사건 채증규칙이 직접 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

● 이 사건 촬영행위가 청구인들의 기본권을 침해하는 여부(소극)

- 수사란 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위해 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말한다. 경찰은 범죄행위가 있는 경우 이에 대한 수사로서 증거를 확보하기 위해 촬영행위를 할 수 있고, 범죄에 이르게 된 경위나 그 전후 사정에 관한 것이라도 증거로 수집할 수 있다.
- 경찰의 촬영행위는 일반적 인격권, 개인정보자기결정권, 집회의 자유 등 기본권 제한을 수반하는 것이므로 수사를 위한 것이라고 하더라도 필요최소한에 그쳐야 한다. 다만 옥외 집회나 시위 참가자 등에 대한 촬영은 사적인 영역이 아니라 공개된 장소에서의 행위에 대한 촬영인 점과 독일 연방집회법 등과 달리 현행 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(이하 ‘집시법’이라 한다)에서는 옥외집회·시위 참가자가 신원확인을 방해하는 변장을 하는 것 등이 금지되고 있지 아니하는 점이 고려될 수 있다.
- 미신고 옥외집회·시위 또는 신고범위를 넘는 집회·시위에서 단순 참가자들에 대한 경찰의 촬영행위는 비록 그들의 행위가 불법행위로 되지 않는다 하더라도 주최자에 대한 집시법 위반에 대한 증거를 확보하는 과정에서 불가피하게 이루어지는 측면이 있다. 이러한 촬영행위에 의하여 수집된 자료는 주최자의 집시법 위반에 대한 직접·간접의 증거가 될 수 있을 뿐만 아니라 그 집회 및 시위의 규모·태양·방법 등에 대한 것으로서 양형자료가 될 수 있다. 그리고 미신고 옥외집회·시위 또는 신고범위를 넘는 집회·시위의 주최자가 집회·시위 과정에서 바뀔 수 있고 새로이 실질적으로 옥외집회·시위를 주도하는 사람이 나타날 수 있으므로, 경찰은 새로이 집시법을 위반한 사람을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하기 위해서는 미신고 옥외집회·시위 또는 신고범위를 넘는 집회·시위의 단순 참가자들에 대해서도 촬영할 필요가 있다. 또한 미신고 옥외집회·시위 또는 신고범위를 벗어난 옥외집회·시위가 적법한 경찰의 해산명령에 불응하는 집회·시위로 이어질 수 있으므로, 이에 대비하여 경찰은 미신고 옥외집회·시위 또는 신고범위를 벗어난 집회·시위를 촬영함으로써, 적법한 경찰의 해산명령에 불응하는 집회·시위의 경위나 전후 사정에 관한 자료를 수집할 수 있다.

- 한편 근접촬영과 달리 먼 거리에서 집회·시위 현장을 전체적으로 촬영하는 소위 조망촬영이 기본권을 덜 침해하는 방법이라는 주장도 있으나, 최근 기술의 발달로 조망촬영과 근접촬영 사이에 기본권 침해라는 결과에 있어서 차이가 있다고 보기 어려우므로, 경찰이 이러한 집회·시위에 대해 조망촬영이 아닌 근접촬영을 하였다는 이유만으로 헌법에 위반되는 것은 아니다.
- 옥외집회·시위에 대한 경찰의 촬영행위는 증거보전의 필요성 및 긴급성, 방법의 상당성이 인정되는 때에는 헌법에 위반된다고 할 수 없으나, 경찰이 옥외집회 및 시위 현장을 촬영하여 수집한 자료의 보관·사용 등은 엄격하게 제한하여, 옥외집회·시위 참가자 등의 기본권 제한을 최소화해야 한다. 옥외집회·시위에 대한 경찰의 촬영행위에 의해 취득한 자료는 ‘개인정보’의 보호에 관한 일반법인 ‘개인정보 보호법’이 적용될 수 있다.
- 이 사건에서 피청구인이 신고범위를 벗어난 동안에만 집회참가자들을 촬영한 행위가 과잉금지원칙을 위반하여 집회참가자인 청구인들의 일반적 인격권, 개인정보자기결정권 및 집회의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

□ 반대의견(재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석)

- 집회참가자들에 대한 촬영행위는 개인의 집회의 자유 등을 위축시킬 수 있으므로, 증거확보라는 목적 달성을 위하여 필요한 범위에서 적법절차에 따라 이루어져야 한다. 따라서 이러한 촬영행위는 불법행위가 진행 중에 있거나 그 직후에 불법행위에 대한 증거자료를 확보할 필요성과 긴급성이 있는 경우에만 허용되어야 한다.
 - 이 사건 집회는 평화적이었으므로 미신고 집회로 변하여 집회주최자의 불법행위가 성립한 것을 제외하고는 다른 불법행위에 대한 증거자료를 확보할 필요성과 긴급성이 있었다고 할 수 없다. 또한 미신고 집회 부분에 대한 해산명령은 적법한 요건을 갖추지 못하였다.
- 집회가 신고범위를 벗어났다는 점을 입증하기 위한 촬영의 필요성은 있을 수 있지만, 이는 집회현장의 전체적 상황을 촬영하는 것으로 충분하다. 그러나 이 사건 촬영행위는 여러 개의 카메라를 이용해 근거리에서 집회참가자들의 얼굴

을 촬영하는 방식으로 이루어졌다. 여기에는 집회참가자들에게 심리적 위축을 가하는 부당한 방법으로 집회를 종료시키기 위한 목적이 상당부분 가미되어 있었다고 보인다.

- 이 사건 촬영행위는 공익적 필요성에만 치중한 탓에 그로 인해 제약된 사익과의 조화를 도외시함으로써 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 인격권, 집회의 자유를 침해하였다.

보 도 자 료

재판소원 금지 조항 및 법원의 판결에 대한 헌법소원

[2015헌마784 재판취소 등]

[선 고]

헌법재판소는 2018. 8. 30. 재판관 전원일치 의견으로, 재판소원을 금지한 헌법재판소법 제68조 제1항 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분에 대한 심판청구를 기각하고, 대법원 판결의 취소를 구하는 심판청구 부분을 부적법 각하하였다. [기각, 각하]

□ 사건개요

- 대법원은 2015. 7. 23. 형사사건에 관한 성공보수약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효이나, 종래 이루어진 보수약정의 경우에는 보수약정이 성공보수라는 명목으로 되어 있다는 이유만으로 민법 제103조에 의하여 무효라고 단정하기는 어렵다는 취지의 판결을 선고하였다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결. 이하 ‘이 사건 판결’이라 한다).
- 이 사건 판결의 원고인 청구인은 2015. 7. 27. 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항 및 이 사건 판결이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

이 사건 심판대상은 ① 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 및 ② 이 사건 판결이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것)

제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

□ 결정주문

1. 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분에 대한 심판청구를 기각한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 각하한다.

□ 이유의 요지

[이 사건 법률조항에 대한 심판청구]

- 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여, “헌법재판소가 헌법에서 부여받은

위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하고, 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 헌법재판소 결정의 기속력과 헌법의 결단에 정면으로 위배된다.”는 이유로, ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정(헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33)을 하였고, 이에 따라 이 사건 법률조항은 위헌 부분이 제거된 나머지 부분으로 그 내용이 축소되었다.

- 헌법재판소는 위와 같이 내용이 축소된 된 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였는데(헌재 2016. 5. 26. 2015헌마940 참조), 이러한 선례와 달리 판단해야 할 사정변경이나 필요성이 인정되지 아니한다.

[이 사건 판결에 대한 심판청구]

- 이 사건 판결은 앞서 본 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 법원의 재판에 해당하지 않는다. 따라서 이를 대상으로 한 이 부분 심판청구는 부적법하다.

▣ 결정의 의의

- 헌법재판소는 같은 날 2017헌마889, 2018헌마143, 2018헌마207 결정에서도 이 사건 결정과 같은 취지로 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판 청구를 기각하였다.
- 이 사건 결정은 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판은 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 종래의 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마589, 헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33, 헌재 2016. 5. 26. 2015헌마940 결정들의 입장을 다시 한 번 확인한 것이다.

보 도 자 료

디엔에이감식시료채취 영장 발부 절차 사건

[2016헌마344·2017헌마630(병합) 디엔에이감식시료채취영장 발부
위헌확인 등]

[선 고]

헌법재판소는 2018년 8월 30일 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 채취대상자가 자신의 의견을 진술하거나 영장발부에 대하여 불복하는 등의 절차를 두지 아니한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’ 제8조는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하고, 2019. 12. 31.까지 잠정 적용을 명하였다. 다만 이 결정에 대하여는 재판관 3인의 반대의견이 있다. [헌법불합치, 잠정 적용]

□ 사건개요

- 2016헌마344 사건의 청구인들은 주식회사 ○○○○(이하 ‘□□□’라 한다)의 직원으로서 전국민주노동조합총연맹 금속노조 경북본부 구미지구 산하의 □□□노동조합 조합원들이다.

청구인들은 2010. 10. 30.경 직장폐쇄로 출입금지된 □□□ 공장을 점거함으로써 타인의 건조물에 침입하였다는 등의 범죄사실로 2011. 2. 11. 기소되었고(대구지방법원 김천지원 2011고단135), 위 사건의 항소심에서 청구인들에 대하여 유죄판결이 선고되었다.

검사는 위 유죄판결 확정 이후에 법원으로부터 발부받은 디엔에이감식시료채취영장에 따라 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취하였다.

청구인들은 2016. 4. 25. 디엔에이감식시료채취영장의 발부 절차에 관하여 규정하고 있는 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것) 제8조 등에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.

- 2017헌마630 사건의 청구인들은 민주노점상전국연합의 임원들이다. 청구인들은 2013. 8.경 서울 금천구 가산동 소재 ◇◇◇아울렛 매장 부근에 노점 추가설치를 요구하는 과정에서 매장 직원들의 제지에도 불구하고 수십명의 민주노점상전국연합 회원들과 함께 다중의 위력으로 ◇◇◇아울렛 매장 안에 침입하였다[폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등주거침입)]는 등의 범죄사실로 2014. 8. 13. 기소되었고(서울남부지방법원 2014고단2934), 2015. 10. 28. 위 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등주거침입)의 점을 포함한 범죄사실에 대하여 유죄판결이 선고되었다.

검사는 위 유죄판결 확정 이후에 법원으로부터 발부받은 디엔에이감식시료채취영장에 따라 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취하였다.

청구인들은 2017. 6. 5. 디엔에이감식시료채취영장의 발부 절차에 관하여 규정하고 있는 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것) 제8조 등에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 자신들의 입장을 밝히거나 이에 대하여 불복하는 등의 절차를 두지 아니한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것) 제8조(이하 ‘이 사건 영장절차 조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다(이하 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’을 ‘디엔에이법’이라 한다).¹⁾

[심판대상조항]

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것)

제8조(디엔에이감식시료채취영장) ① 검사는 관할 지방법원 판사(군판사를 포함한다. 이하 같다)에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

② 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.

④ 제1항 및 제2항에 따라 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 영장(이하 “디엔에이감식시료채취영장”이라 한다)을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다.

⑤ 디엔에이감식시료채취영장에는 대상자의 성명, 주소, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영

1) 이 사건은 이 사건 영장절차 조항 이외에도 ① 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분(2016헌마344), ② 2016헌마344 사건의 청구인들에 대한 대구지방법원 김천지원 판사의 디엔에이감식시료채취영장 발부(2016헌마344), ③ 구 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되고, 2016. 1. 6. 법률 제13722호로 개정되어 2017. 7. 7. 시행되기 전의 것) 제5조 제1항 제4호의2 중 ‘다중의 위력을 보여 범한 형법 제320조의 주거침입죄와 경합된 죄에 대하여 형의 선고를 받아 확정된 사람’에 관한 부분(2017헌마630), ④ 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것) 제13조 제3항 중 ‘수형인등’에 관한 부분(2016헌마344, 2017헌마630)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부를 심판대상으로 하고 있는데, 위 ①항 내지 ④항의 심판대상은 현재 선례가 있거나 보도자료를 배포할 필요성이 없는 쟁점에 관한 것이므로, 이 사건 영장절차 조항에 대해서만 보도자료를 배포한다.

장을 반환하여야 한다는 취지를 적고 지방법원판사가 서명날인하여야 한다.

⑥ 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 다만, 수용기관에 수용되어 있는 사람에 대한 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 수용기관 소속 공무원이 행할 수 있다.

⑦ 검사는 필요에 따라 관할구역 밖에서 디엔에이감식시료채취영장의 집행을 직접 지휘하거나 해당 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다.

⑧ 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 채취대상자에게 미리 디엔에이감식시료의 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하여야 한다.

⑨ 디엔에이감식시료채취영장에 의한 디엔에이감식시료의 채취에 관하여는 「형사소송법」 제116조, 제118조, 제124조부터 제126조까지 및 제131조를 준용한다.

□ 결정주문

1. 2016헌마344 사건 청구인들의 대구지방법원 김천지원 판사의 디엔에이감식시료채취영장 발부에 대한 심판청구를 모두 각하한다.
2. ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(2010. 1. 25. 법률 제 9944호로 제정된 것) 제8조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.
3. 청구인들의 나머지 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

● 이 사건 영장절차 조항의 재판청구권 침해 여부(적극)

- 이 사건 영장절차 조항은 신체의 자유를 제한하는 디엔에이감식시료 채취 과정에서 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하도록 함으로써 법관의 사법적 통제가 가능하도록 한 것이므로, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다.
- 이 사건 영장절차 조항에 의한 디엔에이감식시료채취영장 청구 시에는 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하거나 적어도 서면으로 채취대상자의 의견을 확인하는 절차가 명문화되어 있지 않다. 채취대상자가 검사에게 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출한다고 하더라도 위와 같은 절차

가 마련되어 있지 않은 이상, 판사가 채취대상자의 의견이나 소명자료를 확인·고려하여 영장 발부 여부를 결정하는 것이 절차적으로 담보되어 있다고 볼 수 없다.

디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우에는 이 사건 영장절차 조항은 물론 디엔에이법상 그에 대하여 불복할 수 있는 규정이 마련되어 있지 않아 디엔에이감식시료채취영장의 집행에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되어 데이터베이스에 디엔에이신원확인정보가 수록되는 것을 감수할 수밖에 없고, 나아가 이러한 경우 어떠한 절차를 거쳐 그 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있는지도 불분명하다. 이에 따라 디엔에이감식시료채취영장이 집행되어 디엔에이감식시료를 채취당한 대상자는 특별한 사정이 없는 한 사망시까지 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되어 범죄수사 내지 예방의 용도로 이용되는 것을 수인할 수밖에 없는 상태에 놓이게 된다.

디엔에이감식시료채취영장에 따른 디엔에이감식시료 채취 및 등록 과정에서 채취대상자는 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 제한받게 된다. 그럼에도 불구하고 이 사건 영장절차 조항이 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 자신의 의견을 진술할 기회를 절차적으로 보장하고 있지 않을 뿐만 아니라, 발부 후 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 구제절차를 마련하고 있지 않음으로써, 채취대상자의 재판청구권은 형해화되고 채취대상자는 범죄수사 내지 예방의 객체로만 취급받게 된다.

이상의 사정들을 종합하면, 이 사건 영장절차 조항은 채취대상자인 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하므로, 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

- 이 사건 영장절차 조항에 따라 발부된 영장에 의하여 디엔에이신원확인정보를 확보할 수 있고, 이로써 장래 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하는 공익적 측면이 있으나, 이 사건 영장절차 조항의 불완전·불충분한 입법으로 인하여 채취대상자의 재판청구권이 형해화되고 채취대상자가 범죄수사 및 범죄예방의 객체로만 취급받게 된다는 점에서, 양자 사이에 법익의 균형성이 인정된다고 볼 수도 없다.
- 따라서 이 사건 영장절차 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다.

● 헌법불합치결정 및 계속적용명령

○ 이 사건 영장절차 조항의 위헌성은 앞서 본 바와 같은 입법상 불비에 있다. 그런데 입법자가 이러한 입법상 불비를 개선함에 있어서, 채취대상자의 의견 진술절차와 영장 발부에 대한 불복절차를 구체적으로 어떠한 내용과 방법으로 마련할 것인지, 나아가 채취행위에 대한 위법성 확인 청구절차까지 마련할 것인지 등에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다.

그리고 위와 같은 입법상의 불비는 개선입법을 함으로써 제거될 수 있음에도, 이 사건 영장절차 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면, 디엔에이감식시료 채취를 허용할 법률적 근거가 사라져 심각한 법적 공백 상태가 발생하게 된다.

그러므로 이 사건 영장절차 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

□ 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 반대의견

○ 청구인들은 디엔에이법 제5조에 규정된 범죄 또는 이와 경합된 범죄로 형을 선고받아 확정된 사람들이므로, 이 사건 영장절차 조항 중 청구인들과 관련된 부분(이하 ‘영장절차조항’이라 한다)을 심판대상으로 하여 판단한다.

○ 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로, 재판청구권 침해 여부는 헌법 제37조 제2항에 따라 비례원칙에 의한 심사를 한다고 하더라도 완화된 심사를 할 수 있다(헌재 2001. 2. 22. 2001헌가1 참조). 한편, 영장절차조항을 심사함에 있어서는 채취대상자인 청구인들이 유죄확정 판결을 받은 사람이라는 점이 고려되어야 한다.

○ 청구인들과 같이 유죄확정판결을 받은 사람에 대하여 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 형사처벌에 추가하여 법적 제재를 부과하는 의미를 가진다. 이러한 법적 제재는 비례원칙에 위배되지 않는 한 법원의 별도 판단이 없이 직접 법률로서 이루어질 수 있다. 그리고 그 법적 제재에 대한 침해의 최소성 판단에는, 그 제재로 인해 제한되는 법익의 성질 및 정도, 법적 제재에 의하여 제고될 가치 및 국가작용의 효율성, 법적 제재의 요건과 절차, 그 절차에 소요되는 비용

및 불복의 기회, 대상범죄의 종류 및 법적 제재와의 관련성, 형벌의 종류와 양형, 국민의 법 감정 등 다양한 요소를 형량하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 2016. 10. 27. 2014헌마709 보충의견 참조).

- 영장절차조항은 디엔에이감식시료를 채취하기 위하여 먼저 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하여 서면으로 동의를 받아야 하고, 동의를 받지 못한 경우 법관으로부터 영장을 발부받아 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 하고 있다.

검사는 영장을 청구함에 있어 청구이유 등이 기재된 청구서 및 소명자료를 제출하여야 하고, 법원은 이를 검토하여 채취대상자가 법률이 정한 죄로 유죄확정판결을 받았는지, 형벌의 내용이 지극히 경미하여 영장을 발부하는 것이 비례원칙에 위반되는지, 그 대상자의 동의가 있었는지 등을 확인하여 영장을 발부하게 된다. 이러한 점들에 비추어보면, 채취대상자가 영장 발부 과정에 참여하여 자신의 의견을 진술할 수 있는 절차가 봉쇄되어 있다고 볼 수 없다.

- 다수의견은 구속영장 청구 절차와 달리, 영장절차조항에는 채취대상자가 자신의 의견을 진술할 기회가 절차적으로 보장되지 않고 있다고 한다.

그러나 구속영장 청구는 아직 형이 확정되지 아니하여 무죄추정을 받는 피의자에 대한 것으로서 그 대상자에게 직접적인 물리적 강제력을 행사하여 무죄추정을 받는 피의자에 대한 것이므로, 형이 확정된 사람으로부터 단지 디엔에이감식시료를 채취하는 데 불과하여 기본권 제한의 정도가 중하다고 보기 어려운 디엔에이감식시료채취 영장 청구에서 엄격한 절차적 권리가 보장되어야 하는 것은 아니다.

- 디엔에이법은 디엔에이감식시료의 채취에 관하여 여러 가지 절차를 둠으로써 디엔에이감식시료 채취에서 발생하는 신체의 자유를 제한을 최소화하고 있고, 또한 채취된 디엔에이감식시료의 폐기와 그 정보의 관리에 관해서도 엄격하게 규율함으로써, 개인정보자기결정권의 제한 가능성 또한 최소화하고 있다.

- 이러한 사정을 종합하면, 영장절차조항에 채취대상자가 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출하도록 하는 내용이 규정되어 있지 않고, 또 법원의 영장에 대하여 불복할 수 있는 절차가 규정되어 있지 않다고 하더라도, 과잉금지원칙에 위반된다고 단정할 것은 아니다. 영장절차조항은 청구인들의 재판청구권을 침해하지 않는다.

□ 결정의 의의

- 이 결정을 통하여 헌법재판소는, 이 사건 영장절차 조항에서 디엔에이감식시료 채취대상자에게 자신의 의견을 진술할 수 있는 절차를 주지 아니하고, 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 등의 구제절차를 마련하지 아니한 것은 그 대상자의 재판청구권을 침해한다고 판시함으로써, 유죄판결이 확정된 자 등을 대상으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우라 하더라도 그 형사절차와는 별도로 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에서의 재판청구권은 보장되어야 한다는 점을 분명히 하였다.