

2019. 4. 24. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757

국민과 함께하는 정의의 파수꾼



헌법재판소
Constitutional Court of Korea

제 목 : 4월 선고 즉시보도사건 외 보도자료

우리 재판소에서 2019. 4. 11. (목) 선고한 심판사건 결정요지 등(즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2019. 4. 11. (목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임 즉시보도 외 사건 보도자료 9건. 끝.

보 도 자 료

유사군복 판매목적 소지 처벌사건

[2018헌가14 군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률 제8조 제2항 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 6 : 3의 의견으로, 유사군복을 판매 목적으로 소지하는 행위에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’ 제8조 제2항 중 ‘판매목적 소지’에 관한 부분, 제13조 제1항 제2호 중 제8조 제2항의 ‘판매목적 소지’에 관한 부분이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [합헌]

이에 대하여 유사군복 판매목적 소지를 처벌하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 헌법에 위반된다는 재판관 서기석, 이석태, 이영진의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 부산지방법원은 유사군복 판매 목적 소지 혐의에 관한 형사재판 계속 중, 피고인의 신청에 따라 유사군복을 판매 목적으로 소지하는 행위를 금지하는 ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’ 제8조 제2항에 대한 위헌법률심판제청결정을 하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7933호로 전부개정된 것) 제8조 제2항 중 ‘판매목적 소지’에 관한 부분 및 ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’(2014. 5. 9. 법률 제12555호로 개정된 것) 제13조 제1항 제2호 중 제8조 제2항의 ‘판매목적 소지’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7933호로 전부개정된 것)

제8조 (군복 등의 제조·판매의 금지) ② 누구든지 유사군복을 제조 또는 판매하거나 판매할 목적으로 소지하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 사용하기 위한 때에는 그러하지 아니한다.

1. 문화·예술활동 또는 국방부령이 정하는 의식행사를 하는 경우
2. 다른 법령에 따라 착용·사용 또는 휴대가 허용된 경우
3. 국가기관 또는 지방자치단체의 시책에 따른 활동 등 공익을 위한 활동으로 국방부령이 정하는 경우

군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률(2014. 5. 9. 법률 제12555호로 개정된 것)

제13조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제8조의 규정을 위반한 자

□ 결정주문

- ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’(2006. 4. 28. 법률 제7933호로 전부개정된 것) 제8조 제2항 중 ‘판매목적 소지’에 관한 부분, ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’(2014. 5. 9. 법률 제12555호로 개정된 것) 제13조 제1항 제2호 중 제8조 제2항의 ‘판매목적 소지’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부 - 소극

- 군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률 제2조 제3호에 따르면 유사군복은 “군복과 형태·색상 및 구조 등이 유사하여 외관상으로는 식별이 극히 곤란한 물품으로서 국방부령이 정하는 것”이다. 심판대상조항의 입법취지가 군인 아닌 자의 군 작전 방해 등으로 인한 국방력 약화 방지에 있음을 고려할 때, 유사군복이란 일반인의 눈으로 볼 때 군인이 착용하는 군복이라고 오인할 정도로 형태·색상·구조 등이 극히 비슷한 물품을 의미한다.
- 이른바 밀리터리 룩은 대부분 군복의 상징만 차용하였을 뿐 형태나 색상 및 구조가 진정한 군복과는 다르거나 그 유사성이 식별하기 극히 곤란한 정도에 이르지 않기 때문에, 심판대상조항의 적용을 받지 않는다.
- 심판대상조항의 문언과 입법취지, 위와 같은 사정을 종합하면, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람은 ‘군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률’상 판매목적 소지가 금지되는 ‘유사군복’에 어떠한 물품이 해당하는지를 예측할 수 있고, 유사군복을 정의한 조항에서 법 집행자에게 판단을 위한 합리적 기준이 제시되고 있어 심판대상조항이 자의적으로 해석되고 적용될 여지가 크다고 할 수 없다.
- 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

● 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권 침해 여부 - 소극

- 군인 아닌 자가 유사군복을 입고 군인임을 사칭하여 군인에 대한 국민의 신뢰를 실추시키는 행동을 하는 등 군에 대한 신뢰 저하 문제로 이어져 향후 발생할 국가안전보장상의 부작용을 상정해볼 때, 단지 유사군복의 착용을 금지하는 것으로는 입법목적 달성에 부족하고, 유사군복을 판매 목적으로 소지하는 것

까지 금지하여 유사군복이 유통되지 않도록 하는 사전적 규제조치가 불가피하다.

- 유사군복의 범위는 진정한 군복과 외관상 식별이 곤란할 정도에 해당하는 물품으로 엄격하게 좁혀서 규정하고 있기 때문에, 심판대상조항에 의하여 판매목적 소지가 금지되는 유사군복의 범위가 지나치게 넓다거나 이에 관한 규제가 과도하다고 할 수 없다.
- 유사군복이 모방하고 있는 대상인 전투복은 군인의 전투용으로 세심하게 고안되어 제작된 특수한 물품이다. 이를 판매 목적으로 소지하지 못하여 입는 개인의 직업의 자유나 일반적 행동의 자유의 제한 정도는, 국가안전을 보장하고자 하는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다.
- 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

□ 반대의견(재판관 서기석, 재판관 이석태, 재판관 이영진)

● 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권 침해 여부 - 적극

- 유사군복의 판매목적 소지 행위를 허용한다고 하여 국방력을 약화시키거나 군 작전에 방해되는 결과로 이어질 위험이 있다고 보기는 어렵다. 유사군복을 구매하여 이를 어떻게 활용할 지는 개인의 자유에 달린 것으로서 결과적으로 국가안전보장에 끼칠 영향 또한 천차만별이기 때문이다. 심판대상조항은 국가안보를 위태롭게 할 의도가 전혀 없고 단지 경제적 이익을 취하기 위한 유사군복 단순 판매목적 소지마저도 일률적으로 금지하고 있다. 그로 인해 심판대상조항의 보호법익을 저해할 가능성이 전혀 없는 자들까지도 형사처벌 대상에 포함되는 문제가 발생한다.
- 미국·독일·영국·프랑스·캐나다 등 외국 입법례를 보더라도 일반적으로 유사군복의 착용행위만 처벌할 뿐, 판매나 판매 목적 소지를 처벌하지는 않는다.
- 타인에게 어떠한 직접적 행동이나 피해를 끼치지 않는 한 누가 어떠한 의복을 입는가는 개인의 개성이자 자유로 받아들이고 있는 것이 일반화되는 등 국민의 인식이 변화하여, 심판대상조항의 규제는 더 이상 신설 당시의 존재이유를 유지하고 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 유사군복을 구매하여 착용하는 자들에 대한

규제도 그 필요성이 의문시되는 마당에 입법목적과의 관련성이 더욱 먼 유사군복의 판매목적 소지까지 금지·형사처벌하는 것은 과도한 규제이다.

- 유사군복의 판매목적 소지를 허용한다고 하더라도 간첩죄나 공무원 자격사칭죄 등 형사처벌 조항들을 통하여 심판대상조항이 달성하려는 입법목적은 충분히 보호될 수 있다.
- 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 유사군복을 판매 목적으로 소지하여 직업을 영위하는 자의 직업의 자유 내지 일회적·단발적으로 판매하기 위하여 유사군복을 소지하는 자의 일반적 행동의 자유를 침해하므로, 헌법에 위반된다.

보 도 자 료

공유수면 매립지에 대한 관할확인 사건

[2015헌라2 경상남도 사천시와 경상남도 고성군 간의 권한쟁의]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 전원 일치 의견으로, 공유수면 매립지인 삼천포화력발전소 회사장과 진입도로 일부에 대하여 사천시가 고성군을 상대로 자치권한이 침해되었음을 이유로 관할권한의 확인을 구한 권한쟁의 심판사건에서 위 매립지에서의 관할권한이 청구인에게 귀속된다고 볼 수 없다는 이유로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하는 결정을 선고하였다.

□ 사건개요

- 한국전력주식회사는 삼천포화력발전소 부지조성 및 진입도로 축조사업을 위하여 1978. 10. 24.경부터 경상남도 고성군 하이면 덕호리 810, 811 외 28필지 부근 공유수면 매립사업을 시행하였고, 매립지 위에 설립된 삼천포화력발전소가 1983년 1호기 건축을 시작으로 1998년 6호기까지 건축되어 가동 중이며, 1982. 2.경부터 현재까지 삼천포화력발전소의 부산물을 처리하기 위하여 발전소 부지 인근에 회사장(灰舍場, 화력발전소 주연료인 유연탄이 연소되면서 발생하는 재를 처리하기 위한 장소) 축조를 위한 공유수면 매립공사가 진행 중이다.
- 피청구인은 1984. 9. 24. 신규 매립지 중 삼천포화력발전소 부지를 고성군 하이면 덕호리 952로 지적등록하고, 고성군 덕호리 810에 연결하여 매립된 서쪽의 공유수면(매립 전 위 공유수면은 협곡의 형태로 서쪽이 청구인 사천시, 동쪽이 피청구인 고성군 관할로 나뉘어 있었다)을 매립한 매립지 중 이미 완공된 회사장으로 통하기 위한 진입도로를 고성군 하이면 덕호리 810-1 도로 14,156㎡로, 완공된 제1회사장을 고성군 하이면 덕호리 810-2 잡종지 643,216㎡로 각 지적등록하였다.
- 청구인은 2015. 2. 27. 피청구인을 상대로 위 덕호리 810-1 도로 14,156㎡ 중 일부 및 위 덕호리 810-2 잡종지 643,216㎡(제1회사장) 중 일부(청구인이 자신의 관할이라고 주장하는 매립지를 ‘이 사건 쟁송매립지’라 한다)가 청구인의 관할이고, 피청구인이 행할 장래처분이 위 매립지 등에 대한 청구인의 자치권한을 침해할 위험이 있다고 주장하면서 이 사건 권한쟁의 심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ① 이 사건 쟁송매립지에 대한 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부, ② 피청구인이 이 사건 쟁송매립지에서 행사할 장래처분이 청구인의 자치권한을 침해하거나 침해할 위험성이 있는지 여부이다.

□ 결정주문

- 이 사건 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

- 대규모 공유수면의 매립은 막대한 사업비와 장기간의 시간 등이 투입될 뿐 아니라 해당 해안지역의 갯벌 등 가치 있는 자연자원의 상실 내지 환경의 파괴를 동반하는 등 국가 전체적으로 중대한 영향을 미치는 사업이다. 그러한 사업으로 새로이 확보된 매립지는 본래 사업목적에 적합하도록 최선의 활용계획을 세워 잘 이용될 수 있도록 하여야 할 것이어서, 매립지의 귀속 주체 내지 행정관할 등을 확정함에 있어서도 사업목적의 효과적 달성이 우선적으로 고려되어야 한다. 매립 전 공유수면을 청구인이 관할하였다 하여 매립지에 대한 관할권을 인정하여야 한다고 볼 수는 없고, 공유수면의 매립 목적, 그 사업목적의 효과적 달성, 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계나 외부로부터의 접근성 등 지리상의 조건, 행정권한의 행사 내용, 사무 처리의 실상, 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 주민들의 사회적·경제적 편익 등을 모두 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 그 경계를 확정할 수밖에 없다.
- 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여, 이미 소멸되어 사라진 종전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할경계선으로 인정해 온 헌재 2011. 9. 29. 2009헌라5 결정 등은 이 결정의 견해와 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.
- 이 사건 쟁송매립지는 삼천포화력발전소 부지조성 및 진입도로 축조사업의 일환으로 매립, 형성되었고, 위 발전소의 운행과정에서 필연적으로 생성되는 부산물 처리를 위한 화력발전소 회처리장과 이에 통하는 도로 중 일부로서 다른 목적으로는 사용되지 않고 있으며, 향후에도 위 발전소가 폐쇄되지 않는 한 그러한 사정이 달라질 가능성은 없다.
- 청구인 관할 구역에서 피청구인 관할 구역을 거치지 않고는 이 사건 쟁송매립지로의 접근이 어렵다.
- 특히 매립지 내 각 구획과 인접 지역과의 연접관계, 기반시설의 설치 관리, 행

정서서비스의 제공 등 여러 요소를 고려하여 행정의 효율성이 보장되어야 하는데, 이 사건에서 사업목적의 효과적 달성과 일관되고 효율적이며 공공성에 부합하는 행정작용의 실현을 위해서는 삼천포화력발전소와 회처리장 등 기반시설의 관할 지방자치단체를 일치시킬 필요가 있다. 이 사건 쟁송매립지를 청구인 관할로 인정하게 된다면, 위 발전소의 부산물을 처리하기 위한 회처리장 시설 중 일부만을 청구인이 관리하게 되어 행정업무가 청구인과 피청구인으로 분산되어 결국 행정의 비효율화만 발생할 우려가 매우 크다.

- 청구인이나 피청구인에게 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사연혁이 있었다고 볼 만한 자료가 없고 쟁송매립지의 용도는 회처리장과 진입도로이므로, 거주하는 주민도 존재하지 않는다.
- 이상의 사정들을 종합하면, 쟁송매립지에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속된다고 볼 수 없고, 따라서 피청구인이 이 사건 쟁송매립지에서 행사할 장래처분으로 인하여 헌법상 및 법률상 부여받은 청구인의 자치권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다고 볼 수 없다.

□ 결정의 의의

- 공유수면 매립지에 관한 분쟁에서 종래 헌법재판소는 이미 소멸되어 사라진 종전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할경계선으로 인정해왔음. 그러나 이 사건에서는 위와 같은 선례의 법리를 변경하여, 형평의 원칙에 따라 매립지의 관할경계를 확정하여야 한다고 보면서, 공유수면의 매립 목적, 그 사업목적의 효과적 달성, 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계나 외부로부터의 접근성 등 지리상의 조건, 행정권한의 행사 내용, 사무 처리의 실상, 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 주민들의 사회적·경제적 편익 등을 모두 종합하여 합리적이고 공평하게 그 경계를 획정해야 한다고 판시함.
- 위의 새로운 법리를 매립지의 관할경계에 관한 권한쟁의심판사건에 적용한 최초의 사례.

보도자료

사회보장기본법상의 협의·조정과 관련하여 지방교부세법 시행령 개정행위에 대한 권한쟁의 사건 [2016헌리3 서울특별시와 대통령 간의 권한쟁의]

[선 고]

헌법재판소 전원재판부는 2019년 4월 11일 재판관 9인의 전원 일치 의견으로, 지방자치단체가 사회보장기본법상의 협의·조정을 거치지 아니하거나 그 결과를 따르지 아니하고 사회보장제도를 신설 또는 변경하여 경비를 지출한 경우 행정안전부장관이 교부세를 감액하거나 반환을 명할 수 있도록 지방교부세법 시행령을 개정한 피청구인의 행위는 청구인의 자치권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 인정되지 않으므로 부적법하다는 결정을 선고하였다. [각하]

□ 사건개요

- 사회보장기본법 제26조 제2항 및 제3항(2018. 12. 11. 법률 제15885호로 개정될 때 제4항으로 변경되었으나, 이하 ‘제3항’이라고만 한다)에서는 지방자치단체의 장으로 하여금 사회보장제도를 신설 또는 변경할 경우 보건복지부장관과 협의하고, 위 협의가 이루어지지 아니할 경우 사회보장위원회가 이를 조정하도록 규정하고 있다.
- 피청구인은 2015. 12. 10. 대통령령 제26697호로 지방교부세법 시행령을 개정하면서, 지방자치단체가 사회보장기본법 제26조 제2항 및 제3항에 따른 협의·조정을 거치지 아니하거나 그 결과를 따르지 아니하고 사회보장제도를 신설 또는 변경하여 경비를 지출한 경우 행정안전부장관으로 하여금 지방자치단체에 교부할 교부세를 감액하거나 이미 교부한 교부세의 일부를 반환하도록 명할 수 있게 정하였다(제12조 제1항 제9호).
- ‘서울특별시 청년활동지원사업’(이하 ‘청년지원사업’이라 한다)을 시행하려고 준비하던 청구인은 2016. 1. 27. 피청구인의 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호 개정행위가 청구인의 자치권한을 침해하여 무효라고 주장하면서 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 피청구인이 2015. 12. 10. 대통령령 제26697호로 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)를 개정한 행위(이하 ‘이 사건 개정행위’라 한다)가 청구인의 자치권한을 침해하는 것인지 여부 및 피청구인의 이 사건 개정행위가 무효인지 여부이다.

□ 결정주문

이 사건 심판청구를 각하한다.

□ 이유의 요지

● 권한쟁의심판청구의 적법요건

- 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”고 규정하고 있다.
- 여기서 ‘권한의 침해’란 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해가 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 경우를 의미하고, ‘권한을 침해할 현저한 위험’이란 아직 침해라고는 할 수 없으나 조만간 권한침해에 이르게 될 개연성이 상당히 높은 상황, 즉 현재와 같은 상황의 발전이 중단되지 않는다면 조만간에 권한침해가 발생할 것이 거의 확실하게 예상되며, 이미 구체적인 법적 분쟁의 존재를 인정할 수 있을 정도로 권한침해가 그 내용에 있어서나 시간적으로 충분히 구체화된 경우를 말한다.

● 권한 침해의 현저한 위험 인정 여부

- 이 사건에서는 이 사건 개정행위의 대상인 이 사건 시행령조항의 내용상의 하자로 인한 권한침해가 문제 되는 것이므로, 이 사건 심판청구가 적법하려면 이 사건 시행령조항의 내용으로 인하여 실제로 청구인에게 권한침해가 발생하였거나 적어도 권한 침해의 현저한 위험이 인정되어야 한다.
- 그런데 이 사건 시행령조항 및 모법인 지방교부세법 제11조 제2항은 ‘지방자치단체가 협의·조정을 거치지 않거나 그 결과를 따르지 아니하고 경비를 지출한 경우 지방교부세를 감액하거나 반환하도록 명할 수 있다.’는 것에 불과하므로 실제로 지방교부세가 감액되거나 반환되지 않는 이상 권한침해가 현실화되었다고 보기는 어렵다. 이 사건 개정행위에도 불구하고 지방자치단체도 행정안전부장관도 아무런 행동을 취하지 않을 경우에는 해당 지방자치단체의 자치권한에 아무런 침해상황이 발생하지 않고, 협의 결렬과 경비 지출, 지방교부세 감액 내지 반환이라는 일련의 조건이 모두 성립하여야만 비로소 권한침해가 구체적으로 발생하는 것이다. 그 전에는 조건 성립 자체가 유동적이므로 권한침해의 현저한 위험, 즉 조만간에 권한침해에 이르게 될 개연성이 현저하게 높은 상황이라고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 시행령조항 자체로써 지방자치단체의 자치권한의 침해가 확정적으로 현실화되었다거나 자치권한을 침해할 현저한

위험이 인정된다고 보기는 어렵다.

□ 결정의 의의

- 이 사건 결정은 권한쟁의심판의 적법요건인 ‘권한을 침해할 현저한 위험’의 의미를 명시적으로 밝혔다는 데에 의미가 있다.
- 특히 법령 개정행위에 대한 권한쟁의심판의 경우 대부분 법령 그 자체로써 일의적이고 확정적으로 권한침해가 발생할 것이나, 이 사건 시행령조항은 그 자체로써 직접 지방교부세를 감액 또는 반환하도록 하고 있지 않고 일련의 조건을 전제로 재량적으로 규정하고 있다는 점이 특징이다.
- 더욱이 이 사건 심판청구 당시 청구인은 청년지원사업에 대하여 보건복지부장관에 협의요청만 한 상태였는데, 이 사건 심판청구 이후 청구인과 보건복지부장관 사이에 협의를 이루어져서 청구인의 청년지원사업이 원만하게 진행되었고, 행정안전부장관이 이 사건 시행령조항에 기하여 청구인에 대하여 지방교부세를 감액하거나 이미 교부한 지방교부세의 일부를 반환하도록 명한 바도 없다.
- 헌법재판소는 이 사건 결정을 통하여 이러한 경우 일련의 조건이 모두 성립하여 실제로 ‘교부세의 감액 또는 반환’이라는 결과가 발생하여야 권한쟁의심판을 청구할 수 있고, 그 전에는 조건 성립 자체도 유동적이므로 권한을 침해할 현저한 위험도 인정되기 어렵다고 밝힌 것이다.

보도자료

시·군 조정교부금 우선배분 관련 권한쟁의 사건

[2016헌라7 성남시 등과 대통령 등 간의 권한쟁의]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 전원일치 의견으로, 피청구인 대통령이 2016. 8. 29. 대통령령 제27463호로 지방재정법 시행령 제 36조 제3항, 제4항을 개정한 행위가 청구인들의 자치재정권 등 지방 자치권을 침해한다고 볼 수 없고, 이를 무효라고 할 수도 없다는 결론을 선고하였다. [기각]

□ 사건개요

- 구 지방재정법 시행령 제36조 제4항은 지방자치단체 가운데 상대적으로 재정자립도가 높아 지방교부세법 제6조 제1항에 의한 보통교부세를 받지 않는 이른바 ‘불교부단체’에 대한 조정교부금 우선배분 특례(이하 ‘우선조정교부금’이라 한다)를 규정하고 있었다.
- 청구인들(성남시, 수원시, 화성시)은 위 시행령규정 및 ‘경기도 조정교부금 배분조례’에 따라 우선조정교부금을 받고 있었는데, 피청구인(대통령)이 우선조정교부금 특례를 삭제하는 내용으로 지방재정법 개정을 입법예고하자, 2016. 7. 27. 피청구인이 2016. 7. 4. 행정자치부 공고 제2016-207호로 입법예고된 지방재정법 시행령 제36조 제3항, 제4항을 개정·공포하는 행위가 청구인들의 자치권을 침해한다며 권한쟁의심판을 청구하였다.
- 그 후 피청구인이 2016. 8. 29. 대통령령 제27463호로 지방재정법 시행령 제36조 제3항, 제4항을 공포하자, 청구인들은 2017. 3. 28. 청구취지를 ‘①피청구인이 2016. 8. 29. 대통령령 제27463호로 지방재정법 시행령 제36조 제3항 및 제4항을 개정·공포한 행위는 청구인들의 지방자치권을 침해한다, ②위 시행령 조항은 무효임을 확인한다, ③지방재정법 제29조 제2항은 헌법에 위반된다.’로 변경하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 피청구인이 2016. 8. 29. 대통령령 제27463호로 지방재정법 시행령 제36조 제3항, 제4항(= ‘이 사건 시행령조항’)을 개정한 행위(= ‘이 사건 개정행위’)가 청구인들의 자치권한을 침해하는지, 나아가 무효인지 여부이다. 또한 이 사건 시행령조항의 모법인 지방재정법(2014. 5. 28. 법률 제12687호로 개정된 것) 제29조 제2항에 대해서 선결문제로서 그 위헌 여부를 검토한다.

[관련조항]

지방재정법(2014. 5. 28. 법률 제12687호로 개정된 것)

제29조(시·군 조정교부금)

- ② 시·도지사는 제1항에 따른 조정교부금의 재원을 인구, 징수실적(지방소비세는

제외한다), 해당 시·군의 재정사정, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기준에 따라 해당 시·도의 관할구역의 시·군에 배분한다.

지방재정법 시행령(2016. 8. 29. 대통령령 제27463호로 개정된 것)

제36조(시·군 조정교부금의 종류와 배분)

③ 일반조정교부금을 배분할 때에는 일반조정교부금 총액의 100분의 50에 해당하는 금액은 해당 시·군의 인구수에 따라 배분하고, 100분의 20에 해당하는 금액은 해당 시·군의 광역시세·도세 징수실적에 따라 배분하며, 100분의 30에 해당하는 금액은 재정력지수(「지방교부세법」에 따라 산정한 매년도 기준재정수입액을 기준재정수요액으로 나눈 값을 말한다)가 1 미만인 시·군을 대상으로 1에서 해당 시·군의 재정력지수를 뺀 값을 기준으로 배분한다.

□ 결정주문

- 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

● 지방재정법 제29조 제2항의 위헌 여부

- 청구인들은 이 사건 개정행위의 위헌성은 모법인 지방재정법 제29조 제2항의 위헌성에 기인한다고 주장한다. 지방재정법 제29조 제2항이 위헌이라면 이에 근거한 이 사건 개정행위는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 헌법적으로 허용되지 않을 것이므로, 모법인 지방재정법 제29조 제2항의 위헌 여부에 대하여 먼저 살펴본다.
- 지방재정법 제29조 제2항은 조정교부금 배분기준의 중요 요소인 인구, 징수 실적, 각 시·군의 재정사정을 법률에서 직접 예시하고, 그 이외에도 경우에 따라 고려해야 할 사정들이 있음을 감안하여 일부 세부기준을 대통령령에 위임하고 있으므로 법률유보원칙에 위배된다고 보기 어렵다. 또한 대통령령에 규정될 내용은 조정교부금의 배분기준인 인구, 징수실적, 각 시·군의 재정사정을 구체적으로 어떻게 반영할 것인가에 관한 것이고, 이는 지방정부의 수직적·수평적 재정불균형을 가장 효율적으로 시정할 수 있는 개별 요소간의 반영 정도가 될 것임을 충분히 예측할 수 있으므로 포괄위임금지원칙에도 위배되지 아

니한다. 그러므로 이 사건 시행령조항의 근거 규정인 지방재정법 제29조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

● 이 사건 개정행위가 청구인들의 지방자치권을 침해하는지 여부

○ 지방재정 조정의 필요성 및 지방재정 형평성 제고

지방자치단체별로 세입규모와 서비스 비용이 다른 상황에서 국가와 지방자치단체는 대한민국 국민이 어디에 살든 일정한 기본행정서비스를 제공받을 수 있도록 노력할 의무가 있다. 지방자치단체의 재정자립도가 상당히 낮은 현실에서 국가는 다양한 방법으로 국가와 지방자치단체 간, 그리고 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 간의 재원이전에 관한 제도를 시행할 수밖에 없으며, 국가재정이 소요되는 국고보조금과 지방교부세 외에 광역자치단체의 재원이 소요되는 조정교부금의 배분에 있어서도 지방재정의 형평성 확보를 위해 필요한 경우 그 배분에 관여할 수 있다. 이 사건 개정행위는 광역지방자치단체 내에서 재정자립도가 상대적으로 높은 보통교부세 불교부단체에 대하여 조정교부금을 우선 배분하는 특례를 삭제함으로써 재정력이 상대적으로 약한 같은 광역지방자치단체 내 다른 시·군에 대하여 조정교부금을 확대할 수 있도록 한 것인바, 조정교부금제도의 취지에 비추어 볼 때 이것이 지방재정권을 본질적으로 침해한다고 보기는 어렵다.

○ 청구인들을 비롯한 불교부단체의 재정의 충분성

청구인들은 보통교부세 불교부단체로서 재정자립도가 매우 높은 편인 점, 이 사건 개정행위로 인하여 우선조정교부금을 받지 못하게 되나 일반조정교부금을 받을 수 있고, 청구인들의 지방세 및 세외수입 증가에 따라 2018년도 일반회계 예산 증가율이 평균 21.1%로서, 최근 5년간 경기도 내 31개 시·군 평균 일반회계 예산 증가율 6.1%에 비하여 상당히 높은 점, 피청구인은 부칙의 경과규정을 두어 3년에 걸쳐 조정률을 순차로 적용하여 우선조정교부금을 단계적으로 폐지하도록 함으로써 현재 진행 중인 자체 사업을 마무리할 수 있도록 한 점 등을 고려하면 조정교부금 액수의 감액으로 인하여 청구인들의 자치재정권이 유명무실하게 될 정도로 지나치게 제한되었다고 할 수 없다.

○ 청구인들에 대한 역차별 여부 및 재정력 역전 현상

기록에 의하면, 이 사건 개정행위 이후에도 경기도 내 시·군의 재정여건 가운

데 청구인들의 재정자립도는 동종단체 평균에 비하여도 상당히 높은 편이고, 재정자주도 역시 동종단체 평균에 비하여 높은 편으로서 재정역전 현상이 심화되고 있다고 볼만한 사정은 없다. 청구인들은 이 사건 개정행위가 재정불평등의 시정 효과는 없이 오히려 상대적으로 규모가 큰 자치시에 거주하는 주민들에 대한 역차별만 심화시킨다고 주장하나, 조정교부금은 지방정부의 재정 부족분을 보전함으로써 수입창출 능력, 재정수요, 서비스 공급비용 등에서 발생하는 지역 간 격차를 시정하기 위한 것이고, 지역 균형발전뿐만 아니라 공공서비스 분배의 정의 역시 중요한 지방자치 이념인 점에서, 1인당 세출예산액의 차이를 이유로 청구인들의 자치재정권의 본질이 침해되었다고 보기는 어렵다.

- 이 사건 개정행위로 인하여 청구인들의 자치재정권이나 자치권한이 다소 제한을 받는다 하더라도, 이것이 청구인들의 고유한 자치권한을 유명무실하게 할 정도의 지나친 제한이라고 보기는 어렵다. 결국 이 사건 개정행위는 청구인들의 자치재정권을 침해한다고 볼 수 없고, 이를 무효라고 할 수도 없다.

보 도 자 료

고창군과 부안군 사이의 해상경계 사건

[2016헌라8, 2018헌라2(병합) 고창군과 부안군 간의 권한쟁의 등]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 8 : 1의 의견으로, 쟁송해역을 둘러싼 육지·유인도·무인도·갯벌 등 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무처리 실상, 주민들의 사회·경제적 편익을 고려하여 전라북도 고창군과 부안군 사이의 해상경계를 확정하고, 이를 바탕으로 부안군의 공유수면 점용·사용료 부과처분 중 고창군의 관할 구역에 대해 이루어진 부분이 무효임을 확인하는 결정을 선고하였다.

이에 대하여, 지방자치단체 사이의 해상경계를 확정함에 있어 모든 무인도를 고려 요소에 포함시켜야 하고, 특히 이 사건에서는 쌍여도의 존재를 고려해야 한다는 재판관 조용호의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인 겸 피청구인 고창군(이하 ‘청구인’이라 함)과 피청구인 겸 청구인 부안군(이하 ‘피청구인’이라 함)은 모두 전라북도 내에서 서해안을 해안선으로 하여 남북으로 위치하고 있는 지방자치단체이다. 청구인과 피청구인 사이에 위치하고 있는 곰소만은 북쪽으로는 부안군과 접해 있고, 남쪽으로는 고창군과 접해 있으면서, 그 사이에 형성된 동서로 긴 만이다. 위도는 피청구인 관할 유인도이고, 죽도는 청구인 관할 유인도이다.

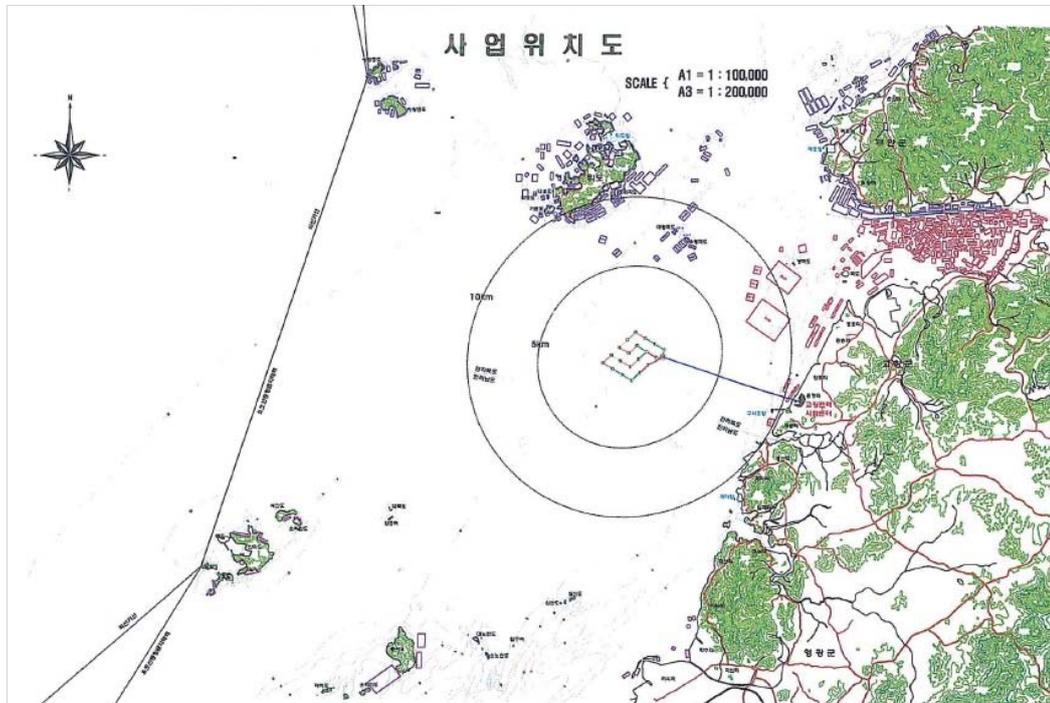
○ [2016헌라8]

- 청구인이 자신의 관할구역이라고 주장하는 공유수면은 아래 도면 표시 1 부터 12 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 남쪽 해역이다.



- 정부는 2010. 11.경 서남해 해상에 2,500MW 규모의 해상풍력발전단지를 단계적으로 개발하는 종합추진계획을 발표하였고, 이에 따라 2012. 12. 7. (주)한국해상풍력이 설립되었다. 산업통상자원부장관은 2016. 3. 4. ‘서남해 해상풍력 실증단지 건설사업’을 위한 전원개발사업 실시계획 승인 고시를 하였다(이하 ‘이 사건 사업실시계획’이라 함. 아래 사업위치도 참조). 위 승인 고시 및 그에 첨부된 ‘전원개발사업 실시계획 승인문’에는 사업구역의 위치가 “해

상: 전북 부안군 및 고창군 해역 일원”, “육상: 전북 고창군 상하면 용정리 1268-4번지 일원”으로 기재되어 있는데, 특히 발전시설의 위치는 “부안군 소재 공유수면”으로 기재되어 있다.



- 이에 따라 피청구인은 (주)한국해상풍력의 [별지1] 도면¹⁾ 표시 해상풍력발전기의 위치를 포함하는 해역에 관한 2016. 3. 4.자 공유수면 점용·사용 신고를 수리하고, 이후 2017. 1. 9.자, 2018. 1. 16.자, 2018. 6. 26.자로 각 공유수면 점용·사용료 부과처분을 하였다.
- 청구인은 피청구인의 위 각 공유수면 점용·사용 신고수리로 인하여 청구인의 자치권한이 침해되었다고 주장하면서 2016. 8. 29. 권한쟁의심판을 청구하였고(이하 위 해상풍력발전기를 포함하는 쟁송해역을 ‘제1쟁송해역’이라 함), 피청구인의 위 각 공유수면 점용·사용료 부과처분으로 인하여 청구인의 자치권한이 침해되었다고 주장하면서 2017. 4. 3., 2018. 3. 27., 2018. 7. 31. 각 청구취지 변경신청을 하였다.

○ [2018헌라2]

- 피청구인이 자신의 관할구역이라고 주장하는 공유수면은 아래 도면 표시 1 부

1) 보도자료 5면

터 14 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 북쪽 해역이다.



- 피청구인은, 2018. 2.경 위도면 표시 1 부터 14 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 북쪽 해역에 대한 청구인의 어업면허 등 처분 및 그에 따라 예정된 장래의 연장허가 처분으로 인하여 피청구인의 자치권한이 침해되었다고 주장하면서, 2018. 8. 9. 위 해역에 대한 관할권한의 확인 및 이를 침해하는 청구인의 어업면허 등 처분의 무효확인을 구하는 취지의 권한쟁의심판을 청구하였다.
- 헌법재판소는 피청구인에게, 피청구인의 자치권한을 침해한 청구인의 처분과 그 일자를 특정하라는 보정명령을 하였다.
- 이에 피청구인은, 청구인이 [별지1] 도면 표시 어장에 대해 2018. 8. 10.자 어업면허 처분을 한 사실을 확인하고(이하 위 어장을 포함하는 쟁송해역을 ‘제2쟁송해역’이라 함), 위 2018. 8. 10.자 어업면허 처분으로 인하여 피청구인의 자치권한이 침해되었다는 내용의 보정서를 2018. 9. 3. 제출하였다.

심판대상

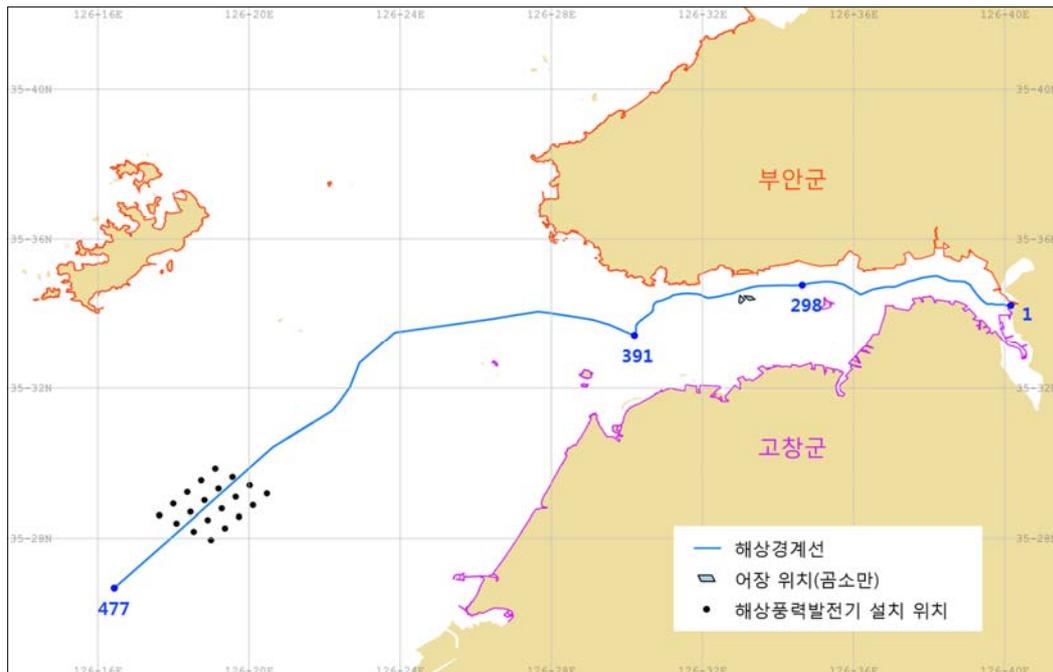
- 이 사건 심판대상은, ① 제1쟁송해역 및 제2쟁송해역에 관한 자치권한이 청구인 또는 피청구인에게 속하는지 여부, ② 피청구인의 2016. 3. 4.자 공유수면 점용·사용 신고수리(이하 ‘이 사건 신고수리’라 함) 및 2017. 1. 9.자, 2018.

1. 16.자, 2018. 6. 26.자 각 공유수면 점용·사용료 부과처분(이하 ‘이 사건 부과처분’이라 함)이 청구인의 자치권한을 침해한 것으로서 무효인지 여부, ③ 청구인의 2018. 8. 10.자 어업면허 처분(이하 ‘이 사건 면허처분’이라 함)이 피청구인의 자치권한을 침해한 것으로서 무효인지 여부이다.

□ 결정주문

- 청구인의 심판청구 중 피청구인의 2016. 3. 4.자 공유수면 점용·사용 신고수리에 관한 부분을 각하한다.
- 전라북도 고창군 및 부안군 해역 중 [별지1] 도면 표시 1 부터 477 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 아래쪽(남쪽) 부분에 대한 관할권한은 청구인에게 있고, 위 선의 위쪽(북쪽) 부분에 대한 관할권한은 피청구인에게 있음을 확인한다.
- 피청구인의 2017. 1. 9.자, 2018. 1. 16.자, 2018. 6. 26.자 각 공유수면 점용·사용료 부과처분 중 위 항 기재 청구인의 관할권한에 속하는 해역에 대한 부분은 모두 무효임을 확인한다.
- 피청구인의 심판청구 중 청구인의 2018. 8. 10.자 어업면허처분에 관한 부분을 기각한다.

※ [별지1] 도면



□ 법정의견 요지

1. 이 사건 신고수리에 대한 심판청구의 적법 여부

- 피청구인이 2016. 3. 4.자로 이 사건 신고수리를 한 사실은 인정된다.
- 그러나, 제1쟁송해역에서의 공유수면 점용·사용 허가는 산업통상자원부장관이 발전소의 위치를 피청구인의 관할구역으로 보아 이 사건 사업실시계획을 승인함에 따라 그 법적 효과가 발생한 것이고(전원개발촉진법 제5조 제1항, 제6조 제1항 제5호 참조), (주)한국해상풍력이 이 사건 사업실시계획의 실행을 위해 피청구인에게 공유수면 점용·사용 신고를 한 것은 이 사건 사업실시계획 승인 절차에서 이미 점용·사용 허가가 의제된 공유수면의 점용·사용을 위해 형식적으로 해당 관리청에 그에 관한 신고를 한 것이므로, 피청구인의 이 사건 신고수리는 형식적 요건을 갖춘 신고인지 여부만 확인하는 사실행위에 불과하다.
- 따라서 이 사건 신고수리는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니하므로, 이 부분 심판청구는 부적법하다.

2. 이 사건의 쟁점

- 제1쟁송해역에 대한 관할권한이 청구인에게 속한다면 피청구인의 이 사건 부과처분으로 인하여 제1쟁송해역에 대한 청구인의 자치권한이 침해되었다고 할 것이고, 제2쟁송해역에 대한 관할권한이 피청구인에게 속한다면 청구인의 이 사건 면허처분으로 인하여 제2쟁송해역에 대한 피청구인의 자치권한이 침해되었다고 할 것이므로, 이 사건에서의 핵심 쟁점은 제1쟁송해역 및 제2쟁송해역의 관할권한이 각각 청구인과 피청구인에게 귀속되는지 여부이다.

3. 해상경계의 획정

(1) 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정 원리

- 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정은 이에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한다면 그에 따르고, 명시적인 법령상의 규정이 존재하지 않는다면 불문법상 해상경계에 따라야 한다. 그리고 이에 관한 불문법상 해상경계마저 존재하지 않는다면, 주민·구역·자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는

것은 상정할 수 없으므로, 권한쟁의심판권을 가지고 있는 헌법재판소가 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정할 수밖에 없다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 참조).

- 그런데 지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한 바 없으므로, 청구인과 피청구인 사이의 불문법상 해상경계가 존재한다면 이에 따르고, 이마저도 존재하지 않는다면 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정해야 할 것이다.

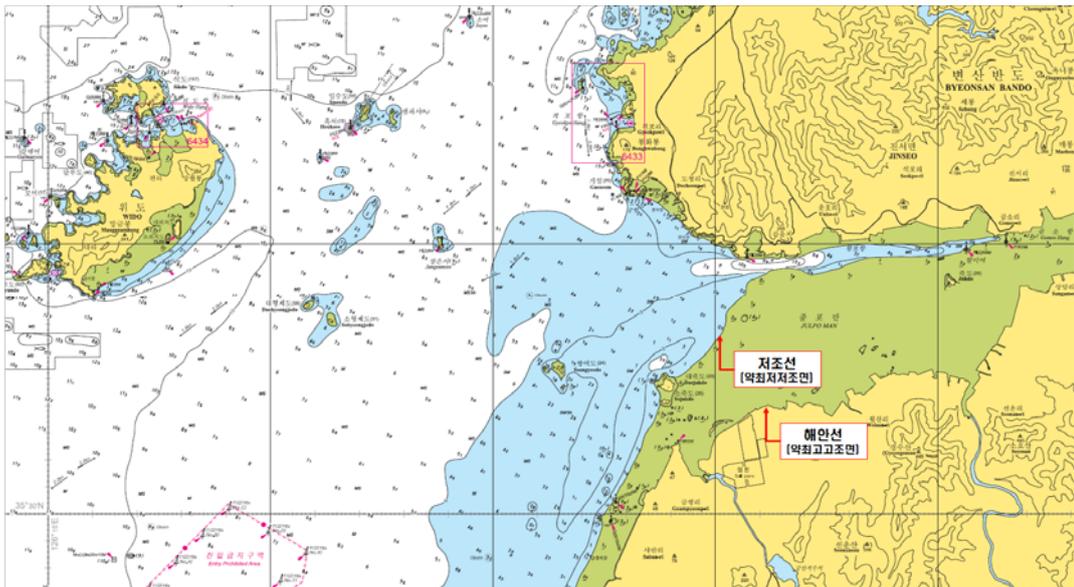
(2) 불문법상 해상경계의 존재 여부

- 청구인과 피청구인은 제1쟁송해역에서 각각 자신에게 유리한 불문법상 해상경계가 성립되었다고 주장하고, 청구인은 제2쟁송해역에서 자신에게 유리한 불문법상 해상경계가 성립되었다고 주장한다.
- 그러나 기록에 의하면 제1쟁송해역이 청구인 또는 피청구인의 관할구역에 속한다는 점과 제2쟁송해역이 청구인의 관할구역에 속한다는 점에 관한 양 지방자치단체·주민들 사이의 장기간 반복된 관행과 법적 확신이 존재한다고 볼 수 없으므로, 제출된 자료만으로는 제1쟁송해역 및 제2쟁송해역에 불문법상 해상경계가 성립되어 있다고 볼 수 없다.

(3) 형평의 원칙에 따른 해상경계선의 획정

- 청구인과 피청구인 사이에 불문법상 해상경계가 존재하지 않으므로 헌법재판소로서는 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정할 수밖에 없다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 참조).
- 쟁송해역을 둘러싼 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무처리의 실상, 주민들의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 보면, ① 가막도를 포함한 고창군과 부안군의 육지, ② 유인도인 죽도, 대죽도, 위도, 식도, 정금도, 거륵도, 상왕등도, 하왕등도, ③ 무인도인 소죽도, 탄시름도, 도제암도, 임수도, 소외치도, 외치도, 토끼섬, 개섬, 소리, 소여, 슬섬의 각 현행법상 해안선을 기점으로 한 등거리 중간선으로 획정하되, ④ 곰소

만 갯골 남쪽 갯벌에 해당하는 죽도 서쪽 공유수면([별지1] 도면 표시 298 부터 391 사이의 각 점을 순차적으로 연결한 선의 남쪽 부분)은, 간조 시 갯벌을 형성하여 청구인의 육지에만 연결되어 있을 뿐 피청구인의 육지와는 갯골로 분리되어 있어 청구인 소속 주민들에게 필요불가결한 생활터전이 되고 있으므로(아래 해도 참조), 등거리 중간선 원칙의 예외로서 청구인의 관할권한에 포함시키도록 획정함이 상당한바, 그 선은 [별지1] 도면²⁾의 표시와 같다.



- 따라서 [별지1] 도면 표시 1 부터 477 사이의 각 점을 차례로 연결한 해상경계선의 아래쪽(남쪽)은 청구인의 관할권한에 속하고, 위 선의 위쪽(북쪽)은 피청구인의 관할권한에 속한다.

4. 이 사건 부과처분의 무효 여부

- 피청구인의 이 사건 부과처분 중 위에서 본 청구인의 관할권한에 속하는 구역에 대해서 이루어진 부분은 권한 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 청구인의 지방자치권을 침해하므로 모두 그 효력이 없다.

5. 이 사건 면허처분의 무효 여부

- 청구인의 이 사건 면허처분은 청구인의 관할권한에 속하는 구역에 대해서 이루어졌으므로 권한 있는 자에 의하여 이루어진 것으로서 피청구인의 지방자치권을 침해하지 아니하므로 그 효력이 있다.

2) 보도자료 5면

□ 재판관 조용호의 반대의견 요지

- 다수의견은 해상경계 획정에 있어 유인도는 고려하되, 무인도의 경우에는 지방자치단체가 중요 시설을 설치하여 이를 관리하고 있거나 해당 무인도가 간조시 육지와 연결된다는 등의 지리상의 자연적 조건상 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 고려할 수 있다는 취지로 이해된다.
- 그러나 무인도의 경우 위와 같은 조건에 포함되지 않더라도 주민들의 삶과 밀접하게 관련이 있고 지방자치단체의 운영에 중요한 영향을 주는 경우가 충분히 있을 수 있는데, 이런 가능성을 해상경계 획정에서 배제하는 것은 부당하다.
- 특히 이 사건의 경우, 쌍여도는 임의적으로 중요 시설이 없는 무인도가 되었던 것이 아니라 공군 사격장으로 사용되면서 불가피하게 중요 시설 없는 무인도가 되었을 가능성이 있는바, 이를 유의미한 유인도에 포함시키지 않은 것에 대해서는 다소 자의적이라는 비판도 가능하다.
- 이러한 점을 고려한다면 쟁송해역에 소재한 모든 무인도를 고려하여 해상경계를 획정해야 한다.

□ 결정의 의의

- 지방자치단체 사이의 해상경계에 관한 분쟁에서, 헌법재판소는 종래에 국가기본도상 해상경계 표시에 불문법상 효력을 부여하여 이를 토대로 지방자치단체의 관할구역을 확정하였다. 그러나 헌법재판소는 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정에서 위와 같은 선례의 법리를 변경하면서, 등거리 중간선 원칙, 지리상의 자연적 조건, 사무처리 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 고려하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정해야 한다고 판시한 바 있다.
- 이 사건은 ① 현재 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정에서 판시된 지방자치단체 사이의 해상경계 획정 법리를 기본으로 하여 등거리 중간선에 따라 고창군과 부안군 사이의 해상경계를 획정함을 원칙으로 하되, ② 지리상의 자연적 조건과 주민들의 생업·편익 등을 고려하여 등거리 중간선의 예외가 인정될 수 있음을

선언한 최초의 결정이다.

보 도 자 료

4인 이하 사업장에 적용될 근로기준법 대통령령 위임 사건

[2013헌바112 근로기준법 제11조 제2항 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 7 : 2의 의견으로, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 근로기준법의 일부 규정을 적용할 수 있도록 위임한 근로기준법 제11조 제2항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [합헌]

이에 대하여 근로기준법 제11조 제2항은 포괄위임금지원칙을 위반하여 헌법에 위반된다는 재판관 이석태, 재판관 김기영의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인은 2010. 5. 17. 근로자 4명 이하 사용 사업장인 변호사 사무실의 사무장으로 채용된 지 일주일 후 변호사로부터 고용계약 해지를 통고받았고, 그와 동시에 100만원을 지급받았다.
- 청구인은 근로기준법 제23조 제1항을 위반하여 부당해고를 당하였다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였고, 그 소송의 상고심 계속 중, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(이하 '4인 이하 사업장'이라 한다)에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 근로기준법의 일부 규정을 적용할 수 있다는 규정인 근로기준법 제11조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2013. 2. 28. 기각되었다.
- 청구인은 2013. 4. 18. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제11조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것)

제11조(적용 범위) ② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

□ 결정주문

- 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제11조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 법률유보원칙 위배 여부 - 소극

- 심판대상조항은 4인 이하 사업장에 대하여 근로기준법 중 어느 조항이 적용될지

는 법률 아닌 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 그러나 근로기준법 제11조 제1항에서 근로기준법을 전부적용하는 범위를 5인 이상 사업장으로 한정하였고, 4인 이하 사업장에 근로기준법을 일부만 적용할 수 있도록 한 것이 심판대상조항에 의하여 법률로 명시적으로 규정되어 있는 이상, 구체적인 개별 근로기준법 조항의 적용 여부까지 입법자가 반드시 법률로써 규율하여야 하는 사항이라고 볼 수 없다.

- 따라서 심판대상조항이 일부적용 대상 사업장에 대해 적용될 구체적인 근로기준법 조항을 결정하는 문제를 대통령령으로 규율하도록 위임한 것이 헌법 제75조에서 금지하는 포괄위임의 한계를 준수하는 한, 법률유보원칙에 위배되지는 아니한다.

● 포괄위임금지원칙 위배 여부 - 소극

- 종전에는 근로기준법 일부적용 대상이 되는 사업장의 범위를 근로자 수 몇 명 이하로 할 것인지도 법률로 정하지 않고 시행령에서 규정하여 온 것에 비하여, 1989. 3. 29. 개정된 근로기준법부터는 ‘사용 근로자 수 5명 이상’은 전부적용, ‘사용 근로자 수 4명 이하’는 일부적용이라고 규정함으로써 근로기준법의 일부 적용대상 사업장이 어떠한 기준으로 나뉘는지를 법률에서 직접 정하고 있다.
- 비록 심판대상조항이 근로기준법의 어떤 규정을 4인 이하 사업장에 적용할지에 관한 기준을 명시적으로 두고 있지 않은 것은 사실이나, 심판대상조항의 포괄위임금지원칙 위배 여부를 판단할 때에는 근로기준법이 제정된 이래로 근로기준법의 법규범성을 실질적으로 관철하기 위하여 5인 이상 사업장까지 근로기준법 전부 적용 사업장의 범위를 확대하고, 종전에는 근로기준법을 전혀 적용하지 않던 4인 이하 사업장에 대하여 근로기준법을 일부나마 적용하는 것으로 범위를 점차 확대해 나간 근로기준법 시행령의 연혁 및 심판대상조항의 입법취지와, 근로기준법 조항의 적용 여부를 둘러싼 근로자보호의 필요성과 사용자의 법 준수능력 간의 조화 등을 종합적으로 고려하여야 한다.
- 심판대상조항은 사용자의 부담이 그다지 문제되지 않으면서 동시에 근로자의 보호필요성의 측면에서 우선적으로 적용될 수 있는 근로기준법의 범위를 선별하여 적용할 것을 대통령령에 위임한 것으로 볼 수 있고, 그러한 근로기준법 조항들이 4인 이하 사업장에 적용되리라 예측할 수 있다.

- 따라서 심판대상조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

□ 반대의견(재판관 이석태, 재판관 김기영)

● 포괄위임금지원칙 위배 여부 - 적극

- 심판대상조항은 4인 이하 사업장에 어떠한 조항들이 적용될지에 관하여 법률에 아무런 기준을 두지 않은 채 이를 모두 대통령령에 위임하고 있고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합해 보더라도 대통령령에서 규율할 근로기준법의 조항들이 무엇인지를 수범자 누구도 예측할 수 없으며, 대통령령을 입법하여야 하는 행정부로서도 근로기준법 조항들 중 무엇을 4인 이하 사업장에 적용하는 조항으로 삼아야 하는지에 관한 어떠한 기준도 얻을 수 없다.
- 심판대상조항은 아무런 기준 없이 근로기준법 조항들의 적용 여부를 대통령령으로 위임함으로써 국회가 보유한 입법권한을 실질적으로 행정부에 전부 일임한 것이다. 따라서 심판대상조항은 위임의 한계를 일탈하여 헌법 제75조에서 금지하는 포괄위임에 해당하고, 동시에 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의에도 위배되며, 입법권은 국회에 있다고 선언한 헌법 제40조, 그리고 입법부와 행정부 간의 권력분립원칙에도 위배된다.
- 심판대상조항은 헌법에 위반되지만, 4인 이하 사업장에 일부나마 근로기준법이 적용될 수 있도록 하는 근거이므로 그 효력은 계속 존속할 필요가 있다. 입법자로서는 그 위헌성을 제거하기 위하여 조속히 대통령령에 위임하는 근로기준법 조항이 무엇인지 그 구체적인 기준을 마련함과 동시에, 이번 기회에 시행령에서 4인 이하 사업장에 적용 제외된 근로기준법 조항들이 과연 합리적 근거에서 제외된 것인지도 검토해야 할 것이다.

보도자료

확성장치를 이용한 당내경선운동에 관한 사건

[2016헌바458, 2017헌바219(병합) 공직선거법 제91조 제1항 등
위헌소원 등]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 전원 일치 의견으로, 당내경선에서 허용되는 경선운동방법을 한정하고 이를 위반한 경우 처벌하는 공직선거법 제57조의3 제1항, 제255조 제2항 제3호가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [합헌]

한편, 헌법재판소는 선거운동을 위한 확성장치의 사용을 원칙적으로 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 공직선거법 제91조 제1항, 제255조 제2항 제4호 중 제91조 제1항에 관한 부분에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하였다는 이유로 각하하는 결정을 선고하였다. [각하]

□ 사건개요

○ 2016헌바458

청구인은 2016. 4. 13. 실시된 제20대 총선에서 예비후보자로 등록하고 당내 경선에 출마하였으나 낙천한 사람이다.

정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 공직선거법에서 정한 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없음에도 불구하고, 청구인은 이를 위반하여 확장장치인 마이크를 사용해 경선운동을 하였다는 범죄사실로 기소되었고, 2016. 9. 9. 1심 재판에서 공직선거법 제57조의3 제1항, 제255조 제2항 제3호의 적용을 받아 벌금 70만원을 선고받았다.

청구인은 항소심 계속 중 공직선거법 제91조 제1항, 제255조 제2항 제4호 중 제91조 제1항에 관한 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2016. 11. 30. 공직선거법 제91조 제1항에 대한 신청은 기각되고 나머지 부분은 각하되었으며, 항소는 기각되었다. 청구인은 2016. 12. 22. 위 법률조항들의 위헌을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

○ 2017헌바219

한편, 청구인은 상고하였고, 상고심 계속 중 공직선거법 제57조의3 제1항, 제255조 제2항 제3호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2017. 4. 26. 위 신청 및 상고가 모두 기각되었다. 청구인은 2017. 5. 17. 위 법률조항들의 위헌을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ① 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제91조 제1항, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제4호 중 제91조 제1항에 관한 부분(이하 합하여 ‘확성장치사용 조항들’이라 한다), ② 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제57조의3 제1항(이하 ‘경선운동방법 제한조항’이라 한다), 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제3호(이하 ‘경선운동방법 처벌조항’이라 하고, 경선운동방법 제한조항과 합하여 ‘경선운동방법 조항들’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것)

제57조의3(당내경선운동) ① 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다.

1. 제60조의3 제1항 제1호·제2호에 따른 방법
2. 정당이 경선후보자가 작성한 1종의 홍보물(이하 이 조에서 “경선후보물”이라 한다)을 1회에 한하여 발송하는 방법
3. 정당이 합동연설회 또는 합동토론회를 옥내에서 개최하는 방법(경선후보자가 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 그 개최장소에 경선후보자의 홍보에 필요한 현수막 등 시설물을 설치·게시하는 방법을 포함한다)

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

제91조(확성장치와 자동차 등의 사용제한) ① 누구든지 이 법의 규정에 의한 공개장소에서의 연설·대담장소 또는 대담·토론회장에서 연설·대담·토론용으로 사용하는 경우를 제외하고는 선거운동을 위하여 확성장치를 사용할 수 없다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제255조(부정선거운동죄) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제57조의3(당내경선운동) 제1항의 규정을 위반하여 경선운동을 한 자
4. 제91조(확성장치와 자동차 등의 사용제한) 제1항·제3항 또는 제216조(4개 이상선거의 동시실시에 관한 특례) 제1항의 규정에 위반하여 확성장치나 자동차를 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

[관련조항]

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2017. 2. 8. 법률 제14556호로 개정되기 전의 것)

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위
2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지

를 호소하는 행위. 다만, 지하철역구내 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주거나 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.

□ 결정주문

1. 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제57조의3 제1항, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제3호는 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 각하한다.

□ 이유의 요지

● 확정장치사용 조항들에 대한 판단

확정장치사용 조항들은 선거운동을 위한 확정장치의 사용을 원칙적으로 금지하고 이를 위반하여 확정장치를 사용한 자를 처벌하는 규정들로서, 이는 청구인이 당내경선에서 공직선거법상 허용되는 경선운동방법을 위반하여 확정장치인 마이크를 사용해 경선운동을 하였다는 범죄사실로 유죄판결을 받은 당해사건에 적용되지 아니하였고, 확정장치사용 조항들의 위헌 여부에 따라 당해사건을 담당 법원이 다른 내용의 재판을 하게 된다고 볼 수도 없다.

따라서 확정장치사용 조항들의 위헌 여부는 당해사건 재판의 전제가 되지 아니하므로, 이 부분 심판청구는 부적법하다.

● 경선운동방법 조항들에 대한 판단

○ 죄형법정주의 명확성원칙 위반 여부

- 경선운동방법 제한조항의 문언과 입법취지에 비추어보면, 경선운동방법 제한조항은 경선운동방법으로 허용되는 방법 내지 수단을 한정적으로 열거하고 있는 것으로서 거기에 열거되지 않은 방법 내지 수단은 허용되지 않는다고 충분히 해석할 수 있다.

- 나아가 공직선거법은 선거운동을 위한 확정장치의 사용에 대해 엄격하게 규율하고 있는데(제91조 제1항, 제79조 제3항 및 제7항), 공직선거법상 허용되는 선거운동방법에 비해 훨씬 더 제한적인 범위 내에서만 경선운동을 할 수 있는

경선후보자가, 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에 있어, 명문의 허용 규정도 없이 경선운동을 위해 확성장치를 사용하여 지지호소 행위를 할 수 있다고 볼 수 없음은 명백하다.

- 대법원도 예비후보자의 확성장치 사용과 관련하여, 공직선거법 제91조 제1항이 선거운동을 위한 확성장치의 사용을 원칙적으로 금지하고 있고, 확성장치를 사용할 수 있는 예외를 규정한 공직선거법 제79조 제7항도 후보자·선거사무장·선거연락소장·선거사무원이 사용하는 것을 허용할 뿐 예비후보자는 여기에 포함되지 않으므로, 예비후보자는 제79조 제7항에 따라 확성장치를 사용할 수 있는 것이 아니라고 보았다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도1244 판결 참조). 이 사건 당해사건에서도 대법원은 위 대법원 판결을 인용하면서 예비후보자에게 허용되는 선거운동방법은 공직선거법 제60조의3에 제한적으로 열거되어 있고 거기에 확성장치의 사용은 들어있지 않으므로, 경선후보자가 경선운동방법으로 지지호소 행위를 할 경우에도 확성장치의 사용은 허용되지 않는다고 판시하였다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도21145 판결 참조).

- 이와 같은 점들을 모두 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 경선후보자는 경선운동방법 제한조항에서 정한 방법에 의해서만 경선운동을 할 수 있고, 거기에 열거되지 않은 확성장치를 사용하여 지지호소 행위를 할 수 없다는 점을 명확히 알 수 있다고 할 것이다. 그렇다면 경선운동방법 조항들이 죄형법정주의 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

○ 정치적 표현의 자유 침해 여부

- 경선운동방법 조항들이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에 있어 경선운동방법을 제한하고 이를 위반하여 경선운동을 한 자를 처벌하는 것은, 경선운동의 과열을 막고 경선운동 과정에서 발생할 수 있는 심각한 소음공해를 방지함으로써 질서 있는 경선을 도모하고, 경선운동이 사실상 선거운동으로 변질되어 사전선거운동금지규정 등을 회피하는 탈법적 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위한 것으로(헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96 등; 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결 등), 그 입법목적이 정당하다. 또한 이와 같이 경선운동방법을 제한하고 허용되지 않는 방법으로 경선운동을 할 경우 처벌하는 것은 위와 같은 입법목적은 달성하기 위한 적절한 수단이다.

- 정당제 민주주의에서의 당내경선의 의미에 비추어 볼 때, 당내경선 과정에서
의 공정성은 반드시 관철되어야 하고, 혼탁한 당내경선이나 과열된 경선운동으
로 인한 부작용을 최소화할 필요가 있다.

경선운동방법 제한조항에 의하면, 경선후보자는 선거사무소 설치 및 그 선거
사무소에의 간판·현판, 현수막 설치·게시를 통해 경선사무 처리 및 홍보활동을
할 수 있고, 유권자들과 개별적·직접적으로 대면하여 명함을 주거나 이에 수반
하여 지지를 호소하는 행위를 함으로써 자신을 소개하고 근황을 전할 수 있다.
또한, 경선후보자는 정당을 통해 해당 정당이 정한 경선선거인 수에 그 100분
의 3에 상당하는 수를 더한 수 이내의 수량으로 작성된 경선포보물을 발송함
으로써 경선선거인들에게 자신에 대한 구체적이고 정확한 정보를 충분히 전달
할 수 있고, 정당이 개최하는 합동연설회 또는 합동토론회가 개최되는 시설의
입구나 담장 또는 그 구내에 자신의 홍보에 필요한 현판과 현수막을 각 2개
이내에서 설치·게시할 수 있으며, 합동연설회 또는 합동토론회에서 자신의 공
약 및 정치적 의견을 경선선거인들에게 알릴 수도 있다(공직선거관리규칙 제
25조의2 제2항, 제3항).

한편, 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에
있어 경선후보자가 지지호소를 위해 확성장치를 사용하게 되면, 경선운동과정
에서 경선후보자, 당내경선사무관계자, 경선선거인 등 이외에도 일반 국민들에
게까지 심각한 소음 공해를 발생시켜 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위해를
가져올 수 있다(헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등 참조). 통상적으로 당내경
선은 본 선거에 비해 상대적으로 소수의 경선선거인이 참여하므로, 경선후보자
가 정치적 의견을 보다 효율적으로 다수의 사람들에게 전파하여 지지를 호소할
수 있게끔 확성장치의 사용을 반드시 허용해야 할 필요성이 크지 않다. 나아가
다수의 사람들을 향한 확성장치의 사용은 당내경선의 과열을 불러일으킴으로써
당내경선의 공정과 평온을 해칠 우려가 높기 때문에, 확성장치의 사용에 있어
소음의 정도를 제한하거나 사용시간을 제한하는 방법으로도 충분히 당내경선의
공정과 평온을 유지할 수 있다고 단정하기도 어렵다.

이처럼 확성장치를 사용한 지지호소 행위가 금지되는 것을 비롯하여 경선운
동방법이 엄격하게 제한되고 있기는 하나, 허용되는 방법을 통해서도 충분히
경선후보자가 자신의 능력이나 자질, 공약 등을 알릴 수 있는 기회가 보장되어

있으므로, 경선운동방법 조항들이 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 수 없다.

- 당내경선에 있어 경선운동방법을 제한함으로써 보장되는 당내경선의 평은과 공정, 그리고 이에 대한 국민의 신뢰 확보라는 공익의 중대성에 비추어 볼 때, 이와 같은 공익은 경선후보자에게 제한되는 사익보다 훨씬 크다. 따라서 경선운동방법 조항들은 법익의 균형성도 갖추고 있다.

- 그렇다면 경선운동방법 조항들이 과잉금지원칙을 위반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

□ 결정의 의의

이 결정은 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 ‘당내경선에서의 경선운동방법’을 제한하고 있는 공직선거법 조항들에 관한 첫 결정이다. 헌법재판소는 2001. 12. 20. ‘선거운동’을 위하여 원칙적으로 확장장치를 사용할 수 없도록 한 공직선거법 조항에 대해 합헌 결정을 한 적이 있다.

이 결정은, 현대 정당제 민주주의에서의 당내경선의 의미에 비추어 볼 때 당내경선 과정에서의 공정성이 본 선거 못지않게 관철될 필요가 있음을 강조하면서, 당내경선은 본 선거에 비해 소수의 경선선거인이 참여하는 점, 경선운동방법으로 확장장치를 사용하는 것이 당내경선의 과열을 불러일으킬 수 있는 점 등을 고려할 때, 공직선거법이 확장장치의 사용을 비롯하여 보다 다양한 경선운동방법을 허용하고 있지 않다고 하더라도 경선후보자의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라고 선언한 데에 의의가 있다.

보도자료

학교폭력 가해학생에 대한 징계조치 조항이 가해학생의 학습의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건

[2017헌바140, 141(병합) 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조
제1항 등 위헌소원 등]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항 가운데 ‘학교폭력 가해학생에 대하여 수개의 조치를 병과할 수 있도록 하고, 출석정지기간의 상한을 두지 아니한 부분’ 이 청구인들의 학습의 자유를 침해하지 않는다는 취지의 결정을 선고하였다. [각각]

다만 이 결정에 대하여는 「출석정지기간의 상한을 두지 아니한 ‘출석정지’ 부분은 침해 최소성 원칙에 위배되므로, 청구인들의 자유롭게 교육을 받을 권리, 즉 학습의 자유를 침해한다.»는 취지의 재판관 2인의 반대의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인들은 사립고등학교 3학년으로 재학 중에 학교폭력 가해학생으로 지목되어 학교장으로부터 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’ 제17조 제1항에 따른 ① 피해학생에 대한 서면사과(제1호), ② 피해학생 및 신고·고발학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), ③ 출석정지 15일(제6호)의 조치와 같은 조 제3항에 따른 특별교육 5시간의 추가조치를 받았다.
- 청구인들은 각각 위 징계조치의 무효확인을 구하는 민사소송을 제기하였으나(대구지방법원 경주지원 2016가합202, 같은 법원 2016가합219), 2017. 1. 20. 청구기각판결이 각각 선고되었고, 청구인들의 항소 및 상고가 모두 기각되었다.
- 청구인들은 1심 계속 중에 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’ 제17조 제1항, 제17조의2 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였는데(대구지방법원 경주지원 2016카기3021, 같은 법원 2016카기3022), 법원이 2017. 1. 20. 위 각 법률조항 중 제17조의2 제2항 부분은 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하하고 제17조 제1항 부분은 기각하자, 2017. 2. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2017헌바140, 2017헌바141).

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ① ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 제1항 중 ‘수개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다’ 및 ‘출석정지’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 징계조치 조항’이라 한다), ② 구 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정되고, 2017. 11. 28. 법률 제15044호로 개정되기 전의 것) 제17조의2 제2항(이하 ‘이 사건 재심청구 조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다(이하 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’은 ‘학교폭력예방법’이라 한다).

[심판대상조항]

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것)

제17조(가해학생에 대한 조치) ① 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하

는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정한다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 피해학생에 대한 서면사과
2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지
3. 학교에서의 봉사
4. 사회봉사
5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료
6. 출석정지
7. 학급교체
8. 전학
9. 퇴학처분

구 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정되고, 2017. 11. 28. 법률 제15044호로 개정되기 전의 것)

제17조의2(재심청구) ② 자치위원회가 제17조 제1항 제8호와 제9호에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날로부터 10일 이내에 「초·중등교육법」 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

결정주문

1. 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 제1항 중 ‘수개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다’ 및 ‘출석정지’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 청구인들의 나머지 심판청구를 각하한다.

이유의 요지

이 사건 재심청구 조항에 대한 심판청구의 적법 여부(소극)

- 이 사건 재심청구 조항은 학교폭력 가해학생이 학교폭력예방법에 따른 징계조치를 받은 이후 그 불복 절차에 관하여 규율하고 있는 조항으로서, 징계조치 자체의 적법 여부와는 아무런 관련이 없으므로, 징계조치의 무효확인을 구하는 당해사건의 재판에 적용된다고 볼 수 없다. 이 사건 재심청구 조항에 대한

심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

● 이 사건 징계조치 조항이 침해 최소성 원칙에 위반되어 청구인들의 학습의 자유를 침해하는지 여부(소극)

- 학교폭력예방법상 학교폭력의 개념이 광범위하고 그 유형이 매우 다양한 점, 학교폭력에 대한 사후조치는 피해학생의 보호가 우선적으로 고려되어야 하고, 피해학생의 상태, 성향, 학교폭력의 심각성 등에 따라 구체적, 탄력적인 대응이 필요한 점, 가해학생에 대해서도 선도·교육을 통하여 더 이상의 학교폭력을 행사하지 않도록 예방하고 학업을 마친 후 건전한 사회구성원으로 살아갈 수 있도록 적절한 조치를 취할 필요가 있는 점, 학교폭력의 사안이 심각하여 가해학생에게 전학·퇴학처분 등의 조치를 취하는 경우에는 그 절차가 마무리될 때까지 피해학생과 격리함으로써 피해학생을 보호할 필요가 있는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 징계조치 조항에서 수개의 조치를 병과하고 출석정지기간의 상한을 두지 않음으로써 구체적 사정에 따라 다양한 조치를 취할 수 있도록 한 것은, 피해학생의 보호 및 가해학생의 선도·교육을 위하여 바람직하다고 할 것이다.
- 초·중등교육법상 징계조치가 학교폭력예방법 제5조 제1항에서 정하고 있는 ‘이 사건 징계조치 조항에 우선하여 적용되는 특별규정’에 해당한다고 볼 수 없고, 입법으로 달성하려는 공익과 규율하는 사안의 성격이 동일하지 아니하므로, 초·중등교육법 및 그 시행령의 징계 조항과 단순 비교하여 이 사건 징계조치 조항이 침해의 최소성 원칙을 준수하였는지 여부를 판단하는 것은 타당하지 않다.
- 학교폭력예방법과 그 시행령에 가해학생에 대한 조치와 관련한 기준이 마련되어 있고, 가해학생이 진급이나 진학에 있어 지나친 불이익을 받지 않도록 운용하는 것도 가능하므로, 이 사건 징계조치조항이 입법 목적 달성에 필요한 최소한의 정도를 넘어 가해학생의 학습의 자유를 제한한다고 볼 수 없다.
- 학교폭력대책자치위원회가 이 사건 징계조치 조항에 따라 학교의 장에게 가해학생에 대하여 수개의 조치를 병과하거나 출석정지조치를 취할 것을 요청하는 경우에도 가해학생과 그 보호자는 학교폭력예방법령에서 정한 절차를 통하여 자신의 입장을 충분히 개진할 수 있고, 가해학생에 대한 조치 이후에도 가해

학생 및 그 보호자는 초·중등교육법상 시·도학생징계조정위원회에 대한 재심 청구(전학, 퇴학처분의 경우), 교육청 행정심판위원회에 대한 행정심판청구(국립학교 소속 가해학생에 대한 징계조치 및 사립학교 소속 가해학생에 대한 전학, 퇴학처분의 경우), 민사소송 또는 행정소송의 제기 등의 불복절차를 통하여 다룰 수 있다.

- 결국 이 사건 징계조치 조항보다 가해학생의 학습의 자유를 덜 제한하면서, 피해학생에게 심각한 피해와 지속적인 영향을 미칠 수 있는 학교폭력에 구체적·탄력적으로 대처하고, 피해학생을 우선적으로 보호하면서 가해학생도 선도·교육하려는 입법 목적을 이 사건 징계조치 조항과 동일한 수준으로 달성할 수 있는 입법의 대안이 있다고 보기 어렵고, 이 사건 징계조치 조항이 가해학생에 대하여 수개의 조치를 병과할 수 있도록 하고 출석정지조치를 취함에 있어 기간의 상한을 두고 있지 않다고 하더라도, 가해학생의 학습의 자유에 대한 제한이 입법 목적 달성에 필요한 최소한의 정도를 넘는다고 볼 수 없다.

□ 재판관 서기석, 재판관 이선애의 이 사건 징계조치 조항에 대한 반대의견

● 학습의 자유 침해 여부 - 적극

- 2012. 1. 26. 법률 제11223호로 개정된 학교폭력예방법은 제17조 제1항 각 호의 조치 순서를 조정하여 가해학생에 대한 조치를 ‘경한 조치’에서 ‘중한 조치’ 순서로 나열하였는데, 이에 따르면 출석정지조치는 학급교체, 전학, 퇴학처분 보다 경한 조치에 해당한다.
- 그런데 이 사건 징계조치 조항 중 ‘출석정지’ 부분에서 출석정지기간의 상한을 제한하지 않음에 따라 기간을 정하지 않거나, 장기간의 출석정지조치를 취하는 것이 얼마든지 가능하다.
- 장기간 출석정지조치로 출석일수가 수료에 필요한 일수보다 미달하게 된다면, 출석정지조치는 사실상 강제 유급이나 다름없는 효과를 갖는다. 장기간의 출석정지조치는 가해학생을 학교 밖으로 내쫓아 방치하는 것이고, 강제 유급이나 다름없어 사실상 학업을 포기하게끔 하는 결과까지 초래할 수도 있으므로 실질적으로 볼 때 학급교체·전학·퇴학조치에 준하거나 이보다 더 가혹한 조치가 될

수 있다. 이는 학급교체, 전학, 퇴학처분에 비해 출석정지를 가벼운 징계로 정한 체계상의 균형에 어긋난 결과를 초래한다.

- 피해학생의 보호에만 치중하여 가해학생에 대하여 무기한 내지 지나치게 장기간의 출석정지조치가 취해지는 경우 가해학생에게 가혹한 결과가 초래될 수 있다. 가해학생의 선도·교육을 도모하기 위한 관점에서도 출석정지기간의 상한은 반드시 규정되어야 한다. 출석정지기간을 장기간으로 해야 할 특수한 사정에 대비한 예외규정이나 기간연장규정 등을 두는 방식으로 기본권 제한을 보다 최소화하면서도 입법목적은 달성할 수 있는 다른 입법적 대안이 존재한다.
- 출석정지기간의 상한을 두지 아니한 이 사건 징계조치 조항 중 ‘출석정지’ 부분은 침해 최소성 원칙에 위배되므로, 더 나아가 살펴볼 필요 없이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 자유롭게 교육을 받을 권리, 즉 학습의 자유를 침해한다.

결정의 의의

- 이 사건 징계조치 조항은 학교폭력 가해학생에 대하여 수개의 징계조치를 병과할 수 있도록 하고, 출석정지기간의 상한을 두고 있지 아니한바, 이 결정을 통하여 헌법재판소는, 피해학생을 우선적으로 보호하면서 가해학생도 선도·교육하려는 입법 목적을 이 사건 징계조치 조항과 동일한 수준으로 달성할 수 있는 입법의 대안이 있다고 보기 어렵고, 이 사건 징계조치 조항으로 인한 가해학생의 학습의 자유에 대한 제한이 입법 목적 달성에 필요한 최소한의 정도를 넘는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 징계조치 조항이 학교폭력 가해학생의 학습의 자유를 침해하지 않는다는 점을 밝혔다.

보 도 자 료

4인 이하 사업장 부당해고제한조항 등 적용제외 사건

[2017헌마820 근로기준법 제11조 제1항 본문 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 7 : 2의 의견으로, 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용될 근로기준법 조항 중 부당해고를 제한하는 제23조 제1항, 노동위원회 구제절차에 관한 제28조 제1항을 포함하지 않은 근로기준법 시행령 제7조 [별표 1]이 평등권, 근로의 권리를 침해하지 않는다는 결정을 선고하였다. [기각]

이에 대하여 위 조항은 4인 이하 사업장 근로자인 청구인의 평등권, 근로의 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다는 재판관 이석태, 재판관 김기영의 반대 의견이 있다.

□ 사건개요

- 청구인은 2016. 11. 17. 근로자 4명 이하 사용 사업장인 숙박업소 카운터 관리 업무를 담당하다가 2016. 11. 22. 해고당하였다.
- 청구인은 근로기준법 제23조 제1항에서 제한하고 있는 정당한 이유 없는 해고(이하 '부당해고'라 한다)를 당하였다고 주장하며 서울지방노동위원회에 구제신청을 하였으나 각하 판정을 받았다.
- 청구인은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 '5인 이상 사업장'이라 한다)에 근로기준법이 적용된다고 규정한 근로기준법 제11조 제1항 및 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(이하 '4인 이하 사업장'이라 한다)에 대하여 적용될 근로기준법의 일부 규정은 대통령령으로 정하는 바에 따른다고 규정한 근로기준법 제11조 제2항, 그리고 근로기준법 시행령 제7조 [별표 1]이 청구인의 평등권 등을 침해한다고 주장하며 2017. 7. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 청구인이 주장하는 기본권 침해의 직접적인 이유는 근로기준법 제11조 제1항이라기보다는 4인 이하 사업장에 적용될 조항을 정하고 있는 근로기준법 시행령 제7조 [별표 1]에 있다. 근로기준법 제11조 제2항은 직접성이 없어 부적법하다. 이러한 사정 및 청구이유를 종합하여, 심판대상을 청구인의 주장과 가장 밀접하게 관련된 조항인 근로기준법 시행령 제7조 [별표 1]로만 삼고, 그 외에 근로기준법 제11조 제1항, 제2항은 심판대상에서 제외한다.
- 이 사건 심판대상은 근로기준법 시행령(2007. 6. 29. 대통령령 제20142호로 전부개정된 것) 제7조, 구 근로기준법 시행령(2007. 6. 29. 대통령령 제20142호로 전부개정되고, 2018. 6. 29. 대통령령 제29010호로 개정되기 전의 것)[별표 1]이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

근로기준법 시행령(2007. 6. 29. 대통령령 제20142호로 전부개정된 것)
제7조(적용범위) 법 제11조 제2항에 따라 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법 규정은 별표 1과 같다.

구 근로기준법 시행령(2007. 6. 29. 대통령령 제20142호로 전부개정되고, 2018. 6. 29. 대통령령 제29010호로 개정되기 전의 것)

[별표 1]

상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법 규정(제7조 관련)

구분	적용법규정
제1장 총칙	제1조부터 제13조까지의 규정
제2장 근로계약	제15조, 제17조, 제18조, 제19조 제1항, 제20조부터 제22조까지의 규정, 제23조 제2항, 제26조, 제35조부터 제42조까지의 규정
제3장 임금	제43조부터 제45조까지의 규정, 제47조부터 제49조까지의 규정
제4장 근로시간과 휴식	제54조, 제55조, 제63조
제5장 여성과 소년	제64조, 제65조 제1항·제3항(임산부와 18세 미만인 자로 한정한다), 제66조부터 제69조까지의 규정, 제70조 제2항·제3항, 제71조, 제72조, 제74조
제6장 안전과 보건	제76조
제8장 재해보상	제78조부터 제92조까지의 규정
제11장 근로감독관 등	제101조부터 제106조까지의 규정
제12장 벌칙	제107조부터 제116조까지의 규정(제1장부터 제6장까지, 제8장, 제11장의 규정 중 상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되는 규정을 위반한 경우로 한정한다)

결정주문

이 사건 심판청구를 기각한다.

이유의 요지

● 평등권 침해 여부 - 소극

○ 일반적으로 4인 이하 사업장은 5명 이상 사업장에 비하여 매출규모나 영업이익

면에서 영세하여 재정능력과 관리능력이 상대적으로 미약한 경우가 많다. 해고 사유와 절차를 엄격하게 할 경우 소규모 자영업자들이 다수 포함된 4인 이하 사업장은 인력을 자유롭게 조절하기가 어려워 경기침체 등 기업여건 악화에 대응하기 어려울 수 있다.

- 근로기준법상 4인 이하 사업장에도 특별히 개별적으로 금지되고 있는 해고 유형으로 ‘부상·질병·요양기간, 산전 및 산후기간 중의 해고’(근로기준법 제23조 제2항)가 있다. 그 외에 개별 근로관계법상 4인 이하 사업장에도 적용되는 해고금지유형으로는 ‘연령, 장애를 이유로 한 해고’(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제4조의4, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제10조 제1항), ‘해고에 있어 남녀를 차별하거나 여성 근로자의 혼인, 임신, 출산, 육아휴직 등을 이유로 한 해고’(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조, 제19조 제3항, 제19조의2 제5항 등), ‘노조가입이나 정당한 단체활동 등을 이유로 한 해고’(노동조합 및 노동관계조정법 제81조)가 있다.
- 심판대상조항은 한편으로 일부 영세사업장의 열악한 현실을 고려하고, 근로기준법의 범규범성을 실질적으로 관철하기 위한 입법정책적 결정으로서 합리적 이유가 있다. 따라서 심판대상조항이 부당해고제한조항(제23조 제1항)과 노동위원회 구제절차(제28조 제1항)를 4인 이하 사업장에 적용되는 조항으로 포함하지 않은 것은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

● 근로의 권리 침해 여부 - 소극

- 입법자는 헌법 제32조 제3항에 의하여 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건의 기준을 정하여야 하나, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는, 부당해고제한제도를 형성함에 있어 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 전혀 이행하지 아니하거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부에 달려 있다고 보아야 한다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3; 헌재 2017. 5. 25. 2016헌마640 참조).
- 심판대상조항이 4인 이하 사업장에 부당해고제한조항 및 노동위원회 구제절차를 적용되는 조항으로 나열하지 않은 결과 민법이 적용되므로, 고용기간의 약정이 없는 때에는 원칙적으로 사용자는 근로자를 자유로이 해고할 수 있다. 단, 민법 제660조 제1항은 임의규정이므로 개별 사업장에서 해고사유를 열거한 해고제한

의 특약을 한 경우에는 그와 같은 제한을 위반한 해고는 무효이다(대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결 참조).

- 앞서 본 것처럼 개별 근로관계법상의 해고금지조항은 4인 이하 사업장에도 금지되고 있어 근로기준법 제23조 제1항이 적용되지 않는 부분을 일부 보완하고 있다. 또한 4인 이하 사업장에도 근로기준법 제35조의 해고예고제도가 적용되므로, 해고예고를 받은 날부터 30일분의 임금청구가 가능하여 4인 이하 사업장에 대한 최소한의 근로자 보호는 이루어지고 있다.
- 노동위원회 구제절차는 부당해고제한조항의 적용을 전제로 하여서만 그 실익이 있고, 구제절차는 그 자체로 4인 이하 사업장에게 법적으로 대응하는 데 필요한 관리비용 증가를 수반하며, 구제명령으로 부과되는 금전보상이나 이행강제금 등은 사업장에게 경제적 부담으로 돌아갈 수 있는 조치들이다. 4인 이하 사업장에게 이를 준수하라고 강제할 만한 여건이 조성되어 있지 않다는 행정입법 제·개정자의 판단이 명백히 불합리하다고 볼 사정이 없다.
- 4인 이하 사업장에 부당해고제한조항이나 노동위원회 구제절차를 적용되는 근로기준법 조항으로 나열하지 않았다 하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.
- 심판대상조항이 근로기준법 조항 중 부당해고제한조항(제23조 제1항)과 노동위원회 구제절차(제28조 제1항)를 4인 이하 사업장 적용되는 조항으로 포함하지 않은 것은 청구인의 근로의 권리를 침해하지 아니한다.

□ 반대의견(재판관 이석태, 재판관 김기영)

● 평등권 침해 여부 - 적극

- 업종이나 매출액 규모를 고려함 없이 전체 사업장을 통틀어 근로자 수 5명이라는 획일적 기준으로 근로기준법의 전부적용 여부를 나누게 된 결과 4인 이하 사업장과 그곳에서 종사하는 근로자가 상당수를 차지함에도 불구하고 이들에게는 근로기준법이 일부만 적용된다. 이것이 비록 불가피한 차별이라고 하더라도 근로기준법이 가능한 한 적용되어야 한다는 목표가 무력화되지 않도록, 개별 조항의 4인 이하 사업장 적용 여부를 결정함에 있어서는 사업장의 영세함을 유일한 기준으로 삼아서는 아니 되고 근로자 보호 필요성과의 비교형량이 필요하다.

- 부당해고제한조항은 정당한 이유 없는 해고만을 제한하는 것이지 해고의 자유를 일절 부정하는 것이 아니다. 부당해고제한조항은 그 임금 상승효과나 사업장에 가해지는 부담 측면에서 심판대상조항에 따라 적용제외되는 다른 근로기준법 조항들과는 구별된다. 이제는 4인 이하 사업장에 부당해고제한조항을 적용하는 것이 과도한 부담전가가 아니다. 따라서 부당해고제한조항 적용 유무에 대하여 4인 이하 사업장을 5인 이상 사업장과 달리 차별하는 데에는 합리적인 이유를 인정할 수 없다.
- 노동위원회에 의한 구제절차 역시 국가가 제공하는 행정구제절차라는 점에서 노동위원회의 구제절차를 이용하게 할지 여부는 본질적으로 4인 이하 사업장의 영세함과 무관한 사정이므로 그 적용제외는 정당화될 수 없는 차별이다.
- 심판대상조항이 부당해고제한조항(제23조 제1항)과 노동위원회 구제절차(제28조 제1항)를 4인 이하 사업장에 적용되는 조항으로 포함하지 않은 것은 청구인의 평등권을 침해한다.

● **근로의 권리 침해 여부 - 적극**

- 해고 그 자체로부터의 보호는 핵심적 근로조건으로서 근로기준법 중에서도 가장 근로자 보호와 밀접한 내용이므로 이에 대해서는 4인 이하 사업장 근로자들에 대한 적절한 법적 규율이 요구된다.
- 근로기준법 제23조 제1항이 아니라 민법상 고용계약의 해지 조항(제660조 제1항)만이 적용된다고 하면, 해고제한 특약을 체결하는 소수의 근로자 외에는 나머지 4인 이하 사업장 근로자들은 언제든지, 아무런 사유 없이 해고당할 수 있는 불안정한 지위에 놓이게 된다.
- 부당해고제한조항을 실질적으로 담보하기 위한 조치로서 노동위원회의 구제절차 역시 4인 이하 사업장에도 적용되어야 한다.
- 심판대상조항이 부당해고제한조항(제23조 제1항)과 노동위원회 구제절차(제28조 제1항)를 4인 이하 사업장에 적용되는 조항으로 포함하지 않은 것은 청구인의 근로의 권리를 침해한다.