

보 도 자 료

영창사건

[2017헌바157 군인사법 제57조 제2항 제2호 위헌소원;

2018헌가10 군인사법 제57조 제2항 위헌제청]

[선 고]

헌법재판소는 2020년 9월 24일 재판관 7:2의 의견으로, 병에 대한 징계처분으로 일정기간 부대나 함정 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 영창처분이 가능하도록 규정한 구 군인사법 제57조 제2항 중 '영창'에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌]

이에 대하여는 위 조항이 영장주의에도 위배되어 위헌이라는 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 법정의견에 대한 보충의견과 위 조항이 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견이 있다.



2020. 9. 24.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 2017헌바157 사건의 청구인은 육군에서 병포수로 근무하던 사람으로, 2016. 7. 28. 영창 7일의 징계처분을 받고, 위 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후 위 재판 계속 중 군인사법 제57조 제2항 본문 및 제2호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 2017. 3. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.
- 2018헌가10 사건의 제청신청인은 해군에서 조리병으로 근무하던 사람으로, 2016. 12. 6. 영창 15일의 징계처분을 받고, 위 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 기각되자 항소하고 위 재판 계속 중 군인사법 제57조 제2항 본문 중 ‘영창’ 부분 및 제2호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으며, 제청법원은 위 신청을 받아들여 2018. 4. 18. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 구 군인사법(2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군인사법’이라 한다) 제57조 제2항 중 ‘영창’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 군인사법(2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것)

제57조(징계의 종류) ② 병에 대한 징계처분은 강등, 영창(營倉), 휴가 제한 및 근신으로 구분하되 징계의 종류에 따른 구체적인 내용은 다음 각 호와 같다.

2. 영창은 부대나 함정(艦艇) 내의 영창, 그 밖의 구금장소(拘禁場所)에 감금하는 것을 말하며, 그 기간은 15일 이내로 한다.

□ 결정주문

- 구 군인사법(2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것) 제57조 제2항 중 ‘영창’에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

□ 이유의 요지

- 심판대상조항은 병의 복무규율 준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하기 위하여 제정된 것으로, 군의 지휘명령체계의 확립과 전투력 제고를 목적으로 하는바, 그 입법목적은 정당하고, 심판대상조항은 병에 대하여 강력한 위하력을 발휘하는바, 수단의 적합성도 인정된다.
- - 헌법 제12조 제1항 전문은 신체의 자유를 천명하는데, 이는 가장 기본적인 최소한의 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 되므로, 신체의 자유는 최대한 보장되어야 한다. 그런데 심판대상조항에 의한 영창처분은 공무원의 신분적 이익을 박탈하는 것을 그 내용으로 하는 징계처분임에도 불구하고 신분상 불이익 외에 신체의 자유 박탈까지 그 내용으로 삼고 있는바, 징계의 한계를 초과한 것이다.
 - 특히, 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 실질이 구류형의 집행과 유사하게 운영되므로 극히 제한된 범위에서 형사상 절차에 준하는 방식으로 이루어져야 한다. 그러나 영창처분이 가능한 징계사유는 지나치게 포괄적이고, 그 기준이 불명확하여 영창처분의 보충성이 담보되고 있지 아니한바, 이를 두고 최소한의 범위에서 제한적으로만 활용되는 제도라고 볼 수 없다.
 - 한편, 심판대상조항은 징계권자의 요구가 있으면 징계위원회의 심의·의결과 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거쳐 처분되는데, 모두 해당 징계권자의 부대 또는 기관에 설치되거나 소속된 것이어서 형사절차에 견줄만한 독립적이고 객관적인 절차가 마련되어 있다고 볼 수 없다.
 - 병의 복무규율준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하는 것은 인신구금과 같이 징계를 중하게 하는 것으로 달성되는 데 한계가 있고, 병의 비위행위를 개선하고 행동을 교정할 수 있도록 적절한 교육과 훈련을 제공하는 것 등으로 가능할 것이다. 이와 같은 점은 일본, 독일, 미국 등 외국의 입법례를 살펴보다도 그러하다.
 - 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.
- 군대 내 지휘명령체계를 확립하고 전투력을 제고한다는 공익은 매우 중요한 공익이나, 심판대상조항으로 과도하게 제한되는 병의 신체의 자유가 위 공익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없어, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

- 이와 같은 점을 종합할 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

□ 법정의견에 대한 보충의견(재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선)

- 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배될 뿐만 아니라, 다음과 같은 이유에서 영장주의에도 위배되어 위헌이다.
- 신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항은 문언상 형사절차만을 염두에 둔 것이 아니고, 신체의 자유는 그 제한이 형사절차, 행정절차에서 가해진 것인지를 불문하고 보장되어야 하는 자연권적 속성의 기본권이다. 따라서 헌법 제12조 각 항은 신체의 자유 보장방법의 속성상 형사절차에만 적용되는 것이 분명한 경우가 아니라면 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.
- 헌법 제12조 제3항이 형사절차상의 체포·구속을 전제한 것으로 규정한 것은 수사단계에서 국민의 기본권 침해 가능성이 크기 때문에 수사단계의 영장주의를 특히 강조한 것이지, 이것이 형사절차 이외의 국가권력작용에 대하여 영장주의를 배제하는 것은 아니다. 헌법 제12조 제3항이 영장주의를 별도로 규정하여 강화된 절차적 보호장치를 마련한 것은 인신구속과 같은 강제처분이 신체의 자유에 대한 중대한 침해로서 회복할 수 없는 피해를 초래한다는 점을 고려한 것이므로, 영장주의의 본질은 인신구속과 같이 중대한 기본권 침해를 야기할 때는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데 있다. 따라서 형사절차가 아니라 하더라도 실질적으로 수사기관에 의한 인신구속과 동일한 효과를 발생시키는 인신구금은 영장주의의 본질상 그 적용대상이 되어야 한다.
- 심판대상조항에 의한 영창처분은 행정징계벌의 하나지만, 인신의 구금을 그 내용으로 규정할 뿐 교정, 교육 등의 내용을 전혀 포함하지 않고 있고, 그 실질이 구류형의 집행과 유사하게 운영되며, 실제 징역·금고·구류의 형사처벌과 동일한 효과를 보이고 있는바, 형식적으로는 형벌이 아니라 하더라도 실질적으로는 형사처벌과 다르다는 평가를 내리기 어렵다. 따라서 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 본질이 사실상 형사절차에서 이루어지는 인신구금과 같이 기본

권에 중대한 침해를 가져오는 것으로 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의 원칙이 적용된다.

- 그런데 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 과정 어디에도 중립성과 독립성이 보장되는 제3자인 법관이 관여하도록 규정되어 있지 않다. 결국 심판대상조항에 의한 영창처분에는 법관에 의한 영장이 필요함에도 불구하고 법관의 판단 없이 인신구금이 이루어질 수 있도록 한 것으로, 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의의 본질을 침해하는 것이다.
- 따라서 심판대상조항은 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의에 위배된다.

□ 반대의견(재판관 이은애, 재판관 이종석)

● 영장주의 적용 여부(소극)

- 헌법 제12조 제3항의 문언과 성격에 비추어 영장주의가 징계절차에 그대로 적용된다고 볼 수 없다. 다만, 영장주의의 이념을 고려하여 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부는 보다 엄격하게 심사하여야 한다.

● 적법절차원칙 위배 여부(소극)

- 군 조직의 특성상 군 조직으로부터 독립된 지위에 있는 사람이 아니라고 하더라도 객관적이고 중립적인 위치에서 인신구금의 타당성을 심사할 수 있도록 보장되어 있고, 영창처분의 발령과 사후 구제절차에 있어서도 자의와 남용을 방지하며 실효적인 구제수단이 마련되어 있다면 심판대상조항이 적법절차원칙에 반한다고 볼 수 없다.
- 심판대상조항에 의한 영창처분은 2006. 4. 28. 군인사법 개정으로 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거치도록 정하고 있는데, 관련 법령의 내용과 운영 통계에 비추어 볼 때 이는 객관적·중립적 위치에서 영창처분의 타당성을 심사하는 제도로 운영되고 있다. 또한, 구 군인사법과 관련 법령은 징계위원회의 심의와 의결을 거쳐 징계하도록 정하고 있어 징계권자가 단독으로 자의적인 징계처분을 발령하거나 가중할 수 없도록 하여 징계권자에 의한 자의와 남용을 방지하고 있다. 영창처분이 내려진 뒤 군인사법상 항고, 행정소송법상 취소소송 및 인신보호법상 구제청구 등 영창처분에 대한 실효적인 구제수단 역시 마련되어 있다.

○ 따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 반하지 않는다.

● **과잉금지원칙 위배 여부(소극)**

○ 심판대상조항은 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하는 동시에 지휘권을 확립하기 위한 것으로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

○ 우리나라의 현실상 병 사이의 갈등과 사고가 발생할 위험이 큰 데 이들에 대한 엄격한 지휘명령체계를 확립하지 못한다면 자칫 큰 사고로 이어질 수 있으며 효율적인 작전수행이나 제대로 된 전투력 확보가 불가능해지므로, 병의 비행행위를 억지하고 엄격한 지휘명령체계를 확립하기 위해서는 엄정하고 효과적인 징계제도를 운용하는 것이 필요한 점, 영창제도는 다른 징계에 비하여 엄정하고 효과적인 징계로 기능하는 점, 미국과 독일 등 여러 나라에서도 신체를 구급하는 방식의 군 징계제도를 운영하고 있는 점, 영창처분이 광범위하게 이루어지지 않도록 관련 법령규칙에서 영창처분의 기준을 마련하고 있고 보충적으로만 처분되도록 명시하고 있으며, 영창처분에 대한 실효적 구제절차가 마련되어 있는 등 그 제한을 최소화하고 있는 점 등에 비추어 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다.

○ 심판대상조항으로 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하며 지휘권을 확립하는 것은 매우 큰 공익인 반면, 병이 받게 되는 신체의 자유 제한은 단기간에 이루어지는 것으로 그 사유도 한정되어 있으므로 공익에 비해 크다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에 반하지 않는다.

○ 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 않는다.

□ **결정의 의의**

○ 2020. 2. 4. 군인사법의 개정으로 영창제도가 폐지되었고, 이 사건 결정은 개정되기 전의 조항을 심판대상으로 한 것이다.

○ 헌법재판소는 종전 결정에서 전투경찰순경에 대한 영창처분의 근거조항에 대하여 재판관 5인이 위헌의견, 재판관 4인이 합헌의견으로 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다(헌재 2016. 3.

31. 2013헌바190). 그러나 이 사건 결정으로 병에 대한 영창처분의 근거조항이 헌법에 위반된다고 판단함으로써, 영창처분에 의한 징계구금이 헌법에 위반됨을 명확히 하였다.

- 한편, 종전 결정은 재판관 4인의 합헌의견에서 형사절차가 아닌 징계절차상의 인신구금에 대하여는 영장주의의 적용을 부정한 반면, 재판관 5인의 위헌의견에서는 행정상 징계절차에 대하여도 영장주의의 적용을 긍정하여 행정절차상 인신구금에 대한 영장주의 적용 여부에 대하여 그 의견이 나뉘었는데, 이 사건 결정 역시 재판관 4인의 법정의견에 대한 보충의견은 징계절차로서의 인신구금에 대해서도 영장주의가 적용된다고 본 반면, 재판관 2인의 합헌의견은 행정절차에는 영장주의가 적용되지 않는다고 보아, 징계구금에 대한 영장주의 적용 여부에 대하여 그 의견이 나뉘었다.