

보 도 자 료

변호사시험 응시한도에 대한 헌법소원

[2018헌마739·975·1051(병합) 변호사시험법 제7조 제1항 등 위헌확인 등]

[선 고]

헌법재판소는 2020년 9월 24일 재판관 전원일치 의견으로, ① 변호사시험 응시 기회를 법학전문대학원 석사학위를 취득한 달의 말일부터(석사학위 취득 예정자의 경우 그 예정기간 내 시행된 시험일부부터) 5년 내 5회로 한 변호사 시험법[2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것] 제7조 제1항에 대한 일부 청구인들의 헌법소원심판청구를 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구에 대하여는 위 조항이 직업선택의 자유를 침해하지 않는다는 이유로 기각하였으며, ② 병역의무의 이행만을 위 응시한도의 예외로 인정한 구 변호사시험법[2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정되고, 2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정되기 전의 것] 제7조 제2항에 대한 청구인들의 심판청구를 모두 각하하였다. [각하, 기각]



2020. 9. 24.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인들은 법학전문대학원을 졸업한 사람들이다. 청구인 10, 12는 2017년도 제6회 변호사시험에 불합격함으로써, 청구인 11, 16, 17은 2018년도 제7회 변호사시험에 응시하지 아니함으로써, 청구인 7, 8, 9, 13, 14는 2018년도 제7회 변호사시험에 불합격함으로써, 청구인 2, 4, 6, 15는 2019년도 제8회 변호사시험에 응시하지 아니함으로써 변호사시험의 응시를 5년 내 5회로 제한한 변호사시험법 제7조 제1항에 따라 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되었다.
- 청구인들은 위 변호사시험법 제7조 제1항 및 병역의무의 이행기간만을 위 응시기간의 예외로 정한 변호사시험법 제7조 제2항이 자신들의 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 일부 청구인들은 변호사시험법 제12조 가운데 ‘제7조의 기간 중’ 부분에 대해서도 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 위 조항이 별도로 기본권을 침해할 가능성은 없고 위 청구인들도 위 조항 고유의 기본권침해 사유를 주장하지 않고 있으므로, 이를 심판대상에서 제외한다.
- 청구인들이 변호사시험법 제7조 제2항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구한 이후인 2018. 12. 18.에 변호사시험법 제7조 제2항이 개정되었으므로, 청구인들은 개정되기 전의 구 변호사시험법 제7조 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있는 것으로 본다.
- 그렇다면 이 사건 심판대상은 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제7조 제1항(이하 ‘이 사건 한도조항’이라 한다) 및 ② 구 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정되고, 2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항(이하 ‘이 사건 예외조항’이라 하고, 이 사건 한도조항과 묶어 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

○ 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것)

제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① 시험(제8조 제1항의 법조윤리시험은 제외한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 달의 말일부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다. 다만, 제5조 제2항에 따라 시험에 응시한 석사학위취득 예정자의 경우 그 예정기간 내 시행된 시험일로부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다.

○ 구 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정되고, 2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정되기 전의 것)

제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ② 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 「병역법」 또는 「군인사법」에 따른 병역의무를 이행하는 경우 그 이행기간은 제1항의 기간에 포함하지 아니한다.

□ 결정주문

1. 청구인 1, 3, 5, 10, 11, 12의 심판청구 및 청구인 2, 4, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17의 구 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정되고, 2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항에 대한 심판청구를 각 각하한다.
2. 청구인 2, 4, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17의 나머지 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

[적법요건 판단]

○ 이 사건 한도조항

- 청구인 1, 3은 아직 변호사시험에 응시할 기회가 남아있으므로, 위 청구인들에게는 이 사건 한도조항에 따른 기본권제한이 현실화되지 아니하였다. 위 청구인들의 이 부분 심판청구는 현재성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.
- 청구인 5는 2019년도 제8회 변호사시험에 응시하여 합격하였으므로, 위 청구인

이 사건 한도조항으로 인하여 어떠한 기본권제한을 받고 있다고 볼 수 없다.
위 청구인의 이 부분 심판청구는 자기관련성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

- 청구인 10, 12는 위 청구인들이 마지막으로 응시한 2017년도 제6회 변호사시험에 불합격함으로써 이 사건 한도조항에 의하여 기본권제한을 받게 되었는데, 위 청구인들은 위 변호사시험 합격자발표일로부터 1년이 경과한 2018. 7. 17.에야 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 위 청구인들의 이 부분 심판청구는 청구기간을 경과하여 부적법하다.
- 청구인 11은 자신이 마지막으로 응시할 수 있었던 2018년도 제7회 변호사시험에 응시하지 않음으로써 이 사건 한도조항의 적용을 받게 되었는데, 위 청구인은 아무리 늦어도 위 변호사시험 접수일 마지막 날 또는 위 변호사시험 시행일 첫날에는 이 사건 한도조항에 따라 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없음을 알았다고 할 것이다. 위 청구인의 이 부분 심판청구는 이로부터 90일이 경과한 2018. 7. 17.에야 제기되었으므로, 청구기간을 경과하여 부적법하다.

○ 이 사건 예외조항

• 청구인 7, 9, 14, 16, 17

- 청구인 7, 9, 14, 16, 17은 경제적 문제, 부상, 질병, 가족의 병환, 자녀양육 등의 사유로 인하여 각자 변호사시험을 제대로 준비할 수 없었음에도, 이 사건 예외조항이 이러한 사유를 변호사시험 응시한도의 예외로 인정하지 않는 것이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장한다.
- 위 청구인들은 모두 자신에게 '5년 내 5회'째 시험이 되는 2018년도 제7회 변호사시험에 응시하였는바, 따라서 위 청구인들은 아무리 늦어도 위 변호사시험 시행일 첫날에는 이 사건 예외조항이 정한 응시기회제한의 예외사유에 자신들이 주장하는 사유가 포함되어 있지 않다는 사실을 알았다고 봄이 상당하다. 그런데 위 청구인들은 이로부터 90일이 경과한 2018. 7. 17. 또는 2018. 7. 18.에야 이 사건 예외조항에 대한 헌법소원심판을 청구하거나, 헌법소원심판청구를 위한 국선대리인선임을 신청하였는바, 이는 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다(헌재 2016. 9. 29. 2016헌마47등; 헌재 2018. 3. 29. 2017헌마387

등 참조).

• 나머지 청구인들

- 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 하므로, 청구인은 공권력 작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어 있어야 한다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474등). 즉 법령에 대한 헌법소원 심판청구가 적법하기 위해서는 청구인에게 당해 법률에 해당되는 사유가 발생함으로써 그 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 침해하였거나 침해가 확실히 예상되는 경우일 것이 요구된다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162 참조).
- 그런데 위 청구인들은 자신들에 관한 아무런 예외사유를 소명하지 아니한 채, 단지 이 사건 한도조항 및 이 사건 예외조항이 그 자체로 자신들의 직업의 자유 등을 침해한다고만 주장하고 있다. 이처럼 이 사건 예외조항이 자신들의 기본권을 어떻게 침해하고 있는지에 관하여 위 청구인들의 최소한의 구체적인 소명이 있다고 볼 수 없는 이상, 위 청구인들의 이 사건 예외조항에 대한 심판 청구는 기본권침해의 자기관련성 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수밖에 없다. 위 청구인들의 이 부분 심판청구는 부적법하다.

[이 사건 한도조항에 대한 본안판단]

○ 헌법재판소는 2016. 9. 29. 2016헌마47 결정 및 2018. 3. 29. 2017헌마387등 결정에서, 변호사시험의 응시를 ‘5년 내 5회’로 제한한 이 사건 한도조항이 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 그 이유 요지는 다음과 같다.

『변호사시험에 무제한 응시함으로 인하여 발생하는 인력의 낭비, 응시인원의 누적으로 인한 시험합격률의 저하 및 법학전문대학원의 전문적인 교육효과 소멸 등을 방지하고자 하는 이 사건 한도조항의 입법목적은 정당하며, 그러한 목적을 달성하기 위하여 응시자가 자질과 능력이 있음을 입증할 기회를 5년 내에 5회로 제한한 것은 입법재량의 범위 내에 있는 적절한 수단이다.

응시기간이나 응시횟수를 제한하는 문제는 어떠한 절대적인 기준이 없으며 각국의 사정마다 이를 달리 정하고 있으므로, 변호사시험의 응시횟수를 제한하지 않고 있는 특정한

입법례를 근거로 들어 위 조항이 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다. 앞으로 현재의 합격인원 정원이 유지된다고 가정하면 장래에 변호사시험의 누적합격률은 법학전문대학원 입학자 대비 75% 내외에 수렴할 것으로 예상된다는 점을 고려할 때, 위 조항이 변호사자격을 취득할 수 있는 가능성을 과도하게 제약한다고 볼 수 없다.

변호사 자격을 취득하지 못한 결과가 발생하는 것은 법학전문대학원에서의 교육 수료와 변호사시험 합격을 조건으로 변호사 자격을 취득하는 현행 제도에 내재되어 있다. 법학전문대학원 입학자를 모두 변호사시험에 합격하도록 한다면 법학교육의 충실성을 담보하기 어렵고, 변호사자격제도에 대한 신뢰가 저하될 수 있다. 법학전문대학원에 입학하였어도 교육을 이수하지 못하거나 변호사시험에 합격하지 못한 경우 변호사 자격을 취득하지 못한다는 점은 제도적으로 전제되어 있고, 법학전문대학원 입학자들은 그러한 내용을 알고 입학한 것이다. 위 조항이 일정 시점에 최종적으로 불합격을 확정한다고 하여, 입법목적을 달성하기 위한 필요한 범위를 벗어나 청구인들의 직업선택의 자유를 과도하게 제약한다고 보기는 어렵다. 위 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.』

- 변호사시험 합격자 수 및 합격률 등에 관한 청구인들의 주장은 헌법재판소의 위 선례 결정 당시 이미 고려된 것이고, 또한 위 결정이 있었던 후의 법학전문대학원 입학자 대비 변호사시험 누적합격률도 위 결정의 예측의 범위에서 벗어나는 것으로 보이지 않는다. 따라서 청구인들이 주장하는 바와 같은 사정변경이 있다고 볼 수 없다.
- 이 사건 한도조항에 대한 선례의 판시 이유는 여전히 타당하고, 이 사건에서 그와 달리 판단해야 할 사정변경이 있다고 볼 수 없다. 이 사건 한도조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.

□ 결정의 의의

- 변호사시험 응시한도를 '5년 내 5회'로 정한 변호사시험법 제7조 제1항에 대하여, 헌법재판소는 2016. 9. 29. 2016헌마47등 결정, 2018. 3. 29. 2017헌마387등 결정에서 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 바 있다. 헌법재판소는 이 사건에서도 위 선례를 그대로 유지하였다.