

국민과 함께하는 **정의의 파수꾼**

2021. 8. 31. 보도자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 8월 선고 즉시보도사건 외 보도자료

우리 재판소에서 2021. 8. 31.(목) 선고한 심판사건 결정요지 등 (즉시보도 외 사건 보도자료)을 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2021. 8. 31.(목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임 즉시보도 외 사건 보도자료 6건. 끝.

보 도 자 료

국가공무원법상 정당가입권유금지조항, 공직선거법상 경선운동금지조항, 경선운동방법조항, 기부행위금지조항, 분리선고조항 사건

[2018헌바149 국가공무원법 제65조 제2항 제5호 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 ㉠ 재판관 6 : 3의 의견으로, 공무원으로서 선거에서 특정정당·특정인을 지지하기 위하여 타인에게 정당에 가입하도록 권유 운동을 한 경우 형사처벌하도록 규정한 국가공무원법 조항(정당가입권유금지조항)이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였고, ㉡ 재판관 전원일치의 의견으로, 공무원으로서 당내경선에서 경선운동을 한 경우 형사처벌하도록 규정하고, 당내경선에서 법이 허용하지 아니한 방법으로 경선운동을 한 경우 형사처벌하도록 규정하며, 국회의원 후보자가 되고자 하는 자로 하여금 일정 범위의 기부행위를 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌하도록 규정하고, 선거범죄 등과 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고하도록 규정한 공직선거법 조항들(경선운동 금지조항, 경선운동방법조항, 기부행위금지조항, 분리선고조항)이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [합헌]

이에 대하여, 공무원의 지위 이용 여부 등을 불문하고 처벌하도록 규정한 정당가입권유금지조항은 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 반대의견이 있었다.



2021. 8. 31.
헌법재판소 공보관실

■ 사건개요

- 청구인은 국가공무원으로 재직하다가 20대 총선에 출마하여 국회의원에 당선되었다.
- 청구인은 (1) 당원을 모집하는 방법으로 당내경선에서 경선운동을 함과 동시에 선거에서 특정인을 지지하기 위하여 타인으로 하여금 정당에 가입하도록 권유 운동을 하였고(**정당가입권유금지조항, 경선운동금지조항, 경선운동방법조항 위반죄**), (2) 선거구민 등에게 음식물을 제공함으로써 기부행위를 하였으며(**기부행위금지조항 위반죄**), (3) 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부 받음과 동시에 선거운동과 관련하여 금품을 제공하였다는 범죄사실로, 항소심에서 징역 8월(집행유예 2년) 및 자격정지 1년이 선고되었다.
- 청구인은 위 항소심 재판 계속 중 **정당가입권유금지조항, 경선운동금지조항, 경선운동방법조항, 기부행위금지조항, 분리선고조항**에 대해 위헌제청신청하였으나 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

■ 심판대상

- 이 사건 심판대상은, ① 공무원으로서 선거에서 특정정당 또는 특정인을 지지하기 위하여 타인에게 정당에 가입하도록 권유 운동을 한 경우 형사처벌하도록 규정한 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제2항 제5호 중 정당 가입 권유에 관한 부분, 국가공무원법(2014. 1. 14. 법률 제12234호로 개정된 것) 제84조 제1항 중 제65조 제2항 제5호의 정당 가입 권유에 관한 부분(이하 ‘정당가입권유금지조항’이라 한다), ② 공무원으로서 당내 경선에서 경선운동을 한 경우 형사처벌하도록 규정한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조의6 제1항 본문 중 제60조 제1항 제4호에 관한 부분, 제255조 제1항 제1호 중 제57조의6 제1항 본문 가운데 제60조 제1항 제4호에 관한 부분(이하 ‘경선운동금지조항’이라 한다), ③ 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서 ‘선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위, 자신의 성명 등을 게재한 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위, 정당이 경선후보자가 작성한 1종의 홍보물을 1회에 한하여 발송하는 방법, 정당이 합동

연설회 또는 합동토론회를 옥내에서 개최하는 방법' 외의 방법으로 경선운동을 할 경우 형사처벌하도록 규정한 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제57조의3 제1항, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제3호(이하 '경선운동방법조항'이라 한다), ④ 국회의원 '후보자가 되고자 하는 자'로 하여금 당해 선거구 안에 있는 자나 당해 선거구 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자에 대한 기부행위를 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌하도록 규정한 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제113조 제1항 중 '후보자가 되고자 하는 자' 부분, 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제257조 제1항 제1호 중 제113조 제1항 가운데 '후보자가 되고자 하는 자' 부분(이하 '기부행위금지조항'이라 한다), ⑤ '선거법, 정치자금법 제45조 및 제49조에 규정된 죄, 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임 중의 직무와 관련하여 형법 제129조 내지 제132조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 규정된 죄'와 '다른 죄'의 경합범에 대하여 분리 선고하도록 규정한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제18조 제3항 중 「형법」 제38조에도 불구하고 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 이를 분리 선고하고 부분(이하 '분리선고조항'이라 하고, 정당가입권유금지조항·경선운동금지조항·경선운동방법조항·기부행위금지조항·분리선고조항을 합하여 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것)

제65조(정치 운동의 금지) ② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것

국가공무원법(2014. 1. 14. 법률 제12234호로 개정된 것)

제84조(정치 운동죄) ① 제65조를 위반한 자는 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지에 처한다.

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제57조의6(공무원 등의 당내경선운동 금지) ① 제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하

는 경우에는 그러하지 아니하다.

제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제57조의6 제1항을 위반하여 당내경선에서 경선운동을 한 사람

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(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

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

3. 제57조의3(당내경선운동) 제1항의 규정을 위반하여 경선운동을 한 자

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

제113조(후보자 등의 기부행위제한) ① 국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장·정당의 대표자·후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)와 그 배우자는 당해 선거구안에 있는 자나 기관·단체·시설 또는 당해 선거구의 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자나 기관·단체·시설에 기부행위(결혼식에 서의 주례행위를 포함한다)를 할 수 없다.

공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)

제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제113조(후보자 등의 기부행위제한)·제114조(정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한) 제1항 또는 제115조(제삼자의 기부행위제한)의 규정에 위반한 자

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제18조(선거권이 없는 자) ③ 「형법」 제38조에도 불구하고 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 이를 분리 신고하고, 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 사람으로서 후보자와 통모(通謀)하여 해당 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당하는 사람을 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 직계존비속 및 배우자에게 제263조 및 제

265조에 규정된 죄와 이 조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경합범으로 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형을 선고하는 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다)에는 이를 분리 선고하여야 한다.

□ 결정주문

- 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제2항 제5호 중 정당 가입 권유에 관한 부분, 국가공무원법(2014. 1. 14. 법률 제12234호로 개정된 것) 제84조 제1항 중 제65조 제2항 제5호의 정당 가입 권유에 관한 부분, 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조의6 제1항 본문 중 제60조 제1항 제4호에 관한 부분, 제255조 제1항 제1호 중 제57조의6 제1항 본문 가운데 제60조 제1항 제4호에 관한 부분, 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제57조의3 제1항, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제3호, 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제113조 제1항 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분, 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제257조 제1항 제1호 중 제113조 제1항 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분, 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제18조 제3항 중 ‘「형법」 제38조에도 불구하고 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 이를 분리 선고하고’ 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 법정의견의 요지

1. 쟁점

- 정당가입권유금지조항 중 ‘선거’ 및 ‘권유 운동’ 부분이 불명확하여 명확성원칙에 위반되는지 여부, 공무원으로서 선거에서 특정정당 또는 특정인을 지지하기 위하여 타인에게 정당에 가입하도록 권유 운동하는 것을 금지하는 것이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부, 합리적 이유 없이 공무원을 차별취급함으로써 평등원칙에 위반되는지 여부, 공직선거법의 관련조항과 비교할 때 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부가 각 문제된다.

- 경선운동금지조항 및 경선운동방법조항 중 ‘경선운동’이 불명확하고 위 조항들로 인해 경선운동이 제한되는 기간이 불명확하여 명확성원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.
- 기부행위금지조항 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분이 불명확하여 명확성원칙에 위반되는지 여부, ‘후보자가 되고자 하는 자’의 기부행위를 금지하는 것이 과잉금지원칙에 반하여 선거운동의 자유를 침해하는지 여부가 각 문제된다.
- 분리선고조항 중 분리 선고의 범위가 불명확하여 명확성원칙에 위반되는지 여부, 분리 선고가 허용되는 범죄를 저지른 피고인들에 비하여 분리 선고가 허용되지 아니한 범죄를 저지른 피고인들을 합리적 이유 없이 차별취급함으로써 평등원칙에 위반되는지 여부가 각 문제된다.

2. 정당가입권유금지조항

○ 명확성원칙 위반 여부

- 정당가입권유금지조항의 문언적 의미, 입법목적, 관련규정의 체계적 구조에 의하면, 그 ‘선거’는 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 물론 이러한 선거에 후보자를 추천하기 위한 당내경선도 포함되는 것으로 해석되고, ‘권유 운동’은 선거권을 가진 사람이 공직에 임할 사람을 투표로 선출하는 과정에서 특정정당 또는 특정인을 지지하려는 목적을 이루기 위하여 타인에게 정당에 가입하도록 권하고 힘쓰는 것으로 해석된다
- 나아가 정당가입권유금지조항의 수범자는 일반 국민이 아닌 법을 집행하는 국가 공무원이므로, 통상적인 법감정과 전문성을 지닌 공무원이라면 그 의미내용을 충분히 이해할 수 있다.
- 따라서 정당가입권유금지조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

○ 정치적 표현의 자유 침해 여부

- 정당가입권유금지조항은 공무원의 정치적 중립성과 선거의 공정성을 보호하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하고, 형사처벌은 공무원의 정당가입권유 행위에 대한 상당한 억제효과를 가질 것이므로 수단의 적합성도 인정된다.
- ㉠ 정당가입권유금지조항은 공무원의 모든 정당가입권유를 금지하는 것이 아니라 ‘선거에서 특정정당·특정인을 지지하기 위하여’ 타인에게 정당가입권유하는 적극적·능동적 의사에 따른 행위만을 금지하므로 정치적 표현의 자유 제한을 최소

화하고 있는 점, ㉠ ‘선거에서 특정정당·특정인을 지지하기 위하여’ 타인에게 정당가입권유하는 행위는 단순한 의견개진 수준을 넘는 것으로 ‘선거운동’에 해당되므로 입법자는 공무원의 정치적 중립성 보장(헌법 제7조 제2항)을 위해 이를 규율할 수 있는 점, ㉡ 국가공무원처럼 직무범위가 전국에 미칠 수 있는 행위자가 특정정당·특정인을 지지하기 위해 타인에게 정당가입을 권유하여 선거운동을 할 경우 유권자에게 미치는 영향이 결코 가볍다고 볼 수 없어 선거의 공정성에 대한 구체적 해악이 발생할 수 있는 점, ㉢ 소수의 인원만 참여하는 당내경선의 특성상 당원을 늘리기 위해 정당가입을 권유하는 행위는 당내경선 및 선거에 미치는 영향이 더 커질 수 있는 점, ㉣ 헌법재판소는 공무원의 선거운동을 금지한 공직선거법조항·지방공무원법조항과 지방자치단체장의 선거운동을 금지한 공직선거법조항에 대해 전원일치 합헌으로 결정하였던 점(헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47; 헌재 2020. 3. 26. 2018헌바90), ㉤ 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동·경선운동을 한 경우 불법성이 가중되어 더 중하게 처벌되는 점(공직선거법 제57조의6 제2항, 제255조 제3항 제1호) 등을 고려하면, 피해의 최소성과 법익의 균형성도 인정된다.

- 따라서 정당가입권유금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

○ 차별취급으로 인한 평등원칙 위반 여부

- 정당가입권유금지조항은 ‘공무원’이 선거에서 특정인을 지지하기 위해 타인에게 정당 가입 권유하는 것을 금지하므로, 일반 국민에 비해 ‘공무원’을 차별취급하고 있다.
- 그러나 ㉠ 국가공무원법의 수범자는 공무원일 수밖에 없으므로 정당가입권유금지조항이 공무원의 정당가입권유를 규정하는 것을 자의적 입법이라 보기 어렵고, ㉡ 공무원뿐만 아니라 일반 국민의 경우에도 당내경선에서 특정인을 지지하기 위해 타인에게 정당 가입을 권유하는 것은 금지되며(경선운동방법조항), ㉢ 국가공무원법은 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해 정당가입권유금지조항을 통해 일반 국민보다 더 무거운 법정형으로 공무원을 처벌하도록 정하고 있을 뿐이다.
- 따라서 국가공무원법이 정당가입권유금지조항의 수범자를 공무원에 한정함으로써 당내경선에 있어 공무원을 일반 국민보다 가중하여 처벌하도록 규정하는 것

은 합리적 이유가 있으므로, 평등원칙에 위반되지 아니한다.

○ **형벌체계의 균형 상실로 인한 평등원칙 위반 여부**

- 정당가입권유금지조항과 공직선거법 제57조의6 제2항, 제255조 제3항 제1호는 행위태양과 죄질이 유사하므로, 형벌체계의 균형 상실 여부에 관한 비교대상으로 삼을 수 있다.
- 정당가입권유금지조항과 공직선거법 제57조의6 제2항, 제255조 제3항 제1호는 공무원의 정치적 중립성과 선거의 공정성을 공통의 보호법익으로 한다. 다만, 공무원이 선거에서 특정인을 지지하기 위해 타인에게 정당 가입을 권유하는 방법으로 당내경선에서 경선운동을 하였다면 '3년 이하 징역과 3년 이하 자격정지'로 처벌받음에 반하여(정당가입권유금지조항 등), 공무원이 '그 지위를 이용하여' 경선운동을 하였다면 '5년 이하 징역'으로 가중처벌되는데(공직선거법 제57조의6 제2항, 제255조 제3항 제1호), 이는 공무원의 지위 이용 여부에 따라 죄질이 더 무거워지기 때문이다.
- 결국 입법자는, 공무원의 지위 이용 여부에 따라 죄질이 달라지는 사정을 고려하여, 정당가입권유금지조항의 법정형을 그와 같이 정하였다고 할 것이므로, 형벌체계상 균형을 현저히 상실하여 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

3. 경선운동금지조항 및 경선운동방법조항

○ **명확성원칙 위반 여부**

- 경선운동금지조항 및 경선운동방법조항의 문언적 의미, 입법취지, 관련규정의 체계에 의하면, '경선운동'이란 정당이 공직선거에 추천할 후보자를 선출하기 위해 실시하는 선거에서 특정인을 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위해 힘쓰는 일 또는 그런 활동으로 그 의미내용을 충분히 이해할 수 있고, 비록 그 일반적·규범적 문언으로 인하여 다소 불명확한 측면이 있더라도 법관의 보충적 해석작용에 의해 보완될 수 있다.
- 따라서 경선운동금지조항 및 경선운동방법조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

4. 기부행위금지조항

○ **명확성원칙 위반 여부**

- 헌법재판소는 2009. 4. 30. 2007헌바29등 결정에서 기부행위금지조항이 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단하였는데 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『‘후보자가 되고자 하는 자’에는 선거에 출마할 예정인 사람으로서 정당에 공천신청을 하거나 일반 선거권자로부터 후보자 추천을 받기 위한 활동을 벌이는 등 입후보 의사가 확정적으로 외부에 표출된 사람뿐만 아니라, 그 신분·접촉대상·언행 등에 비추어 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람도 포함된다. … ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지 여부를 순전히 당사자의 주관에만 의존하는 것이 아니라 후보자 의사를 인정할 수 있는 객관적 징표 등을 고려하여 판단하면 될 것이므로, 명확성원칙에 위반된다고 단정하기 어렵다.』

- 이후에도 재판소는 2010. 9. 30. 2009헌바201 결정 및 2014. 2. 27. 2013헌바106 결정에서 기부행위금지조항이 명확성원칙에 위반되지 않는다고 반복하여 결정하였고, 이 사건에서 선례와 다르게 판단해야 할 사정변경도 없다.
- 따라서 기부행위금지조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

○ 선거운동의 자유 침해 여부

- 기부행위금지조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 기부행위를 금지함으로써 선거의 공정성을 보호하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 형사처벌은 후보자가 되고자 하는 자의 기부행위에 대한 상당한 억지효과를 가질 것이므로 수단의 적합성도 인정된다.
- ㉠ ‘후보자가 되고자 하는 자’의 개념이 당해 선거를 기준으로 하여 기부행위 당시 입후보할 의사를 인정할 수 있는 객관적 징표 등을 고려하여 판단되는 이상, 그와 같은 객관적 의사가 표출되는 시기 도래 전에 이루어진 기부행위는 금지되지 않는 점(시기의 한정), ㉡ 공직선거법은 ‘선거구 안에 있는 자나 선거구민과 연고 있는 자’에게 기부행위를 할 수 없다고 정함으로써 그 기부행위가 금지되는 대상자의 범위를 한정하는 점(대상자 한정), ㉢ 공직선거법은 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 기부행위가 허용되는 범위를 열거적으로 허용하고 있는 점(기부행위의 예외적 허용), ㉣ 그 예외적 열거에 포함되지 않더라도 사회상규에 위배되지 않는 경우에는 위법성이 조각되는 점(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003도1912 판결, 대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도3211 판결)을 고려하면, 피해의 최소성과 법익의 균형성도 인정된다.

- 따라서 기부행위금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 선거운동의 자유를 침해하지 아니한다.

5. 분리선고조항

○ 명확성원칙 위반 여부

- 분리선고조항의 문언적 의미, 관련규정의 체계를 고려하면, 분리선고조항은 명시적·한정적으로 열거된 ‘공직선거법 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반의 죄, 정치자금법 제45조 및 제49조에 규정된 죄, 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체장의 재임 중 직무 관련 뇌물죄 및 알선수재죄’(이하 ‘선거범죄 등’이라 한다)와 ‘다른 죄’의 경합범에 대해서는 예외적으로 분리하여 선고하되, 그 외의 경우에는 다시 원칙으로 돌아와 형법 제38조의 경합범 처벌례에 따르도록 규정한 것임을 알 수 있다.
- 결국 분리선고조항은 ‘선거범죄 등’의 경합범에 대하여 분리 선고를 허용하고 있지 않고, 법집행기관의 자의적인 법해석이나 법집행도 배제되어 있으므로, 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

○ 평등원칙 위반 여부

- 1994년 공직선거법은 ‘선거범죄와 다른 죄의 경합범은 선거범죄로 본다’고 규정하였다. 그러나 이러한 의제규정으로 인하여 선거와 관련 없는 죄가 우연히 선거범죄와 병합심리되어 100만 원 이상의 형이 선고될 경우 선거권·공무담임권에 불합리한 불이익이 발생하게 되었다. 이에 입법자는 1997년 공직선거법 개정을 통해 ‘선거범죄와 다른 죄의 경합범은 분리 선고하여야 한다’고 규정함으로써 구법의 불합리성을 보완하였고, 2004년 및 2005년 개정을 통해 ‘선거범죄, 정치자금법 위반죄, 선거로 당선된 공무원의 재임 중 직무관련 뇌물죄 및 알선수재죄’와 ‘다른 죄’ 사이에 분리선고하도록 규정함으로써 오늘날에 이르게 되었다.
- 이와 같은 분리선고조항의 입법연혁과 함께, ㉠ 동시적 경합범을 단일한 형으로 처벌할 것인지 아니면 수개의 형으로 처벌할 것인지는 원칙적으로 입법 재량에 맡겨진 사항인 점, ㉡ 이에 입법자는 그 성격이 유사한 ‘선거범죄 등’을 ‘다른 죄’와 분리선고하도록 규정한 점, ㉢ 입법자로부터 폭넓은 양형재량을 부여받은 법원으로서 관련조항들로 인해 선거권·공무담임권이 제한되는 사정을 고려하여 구체적 타당성에 부합하는 선고형을 정할 수 있는 점을 고려하면, 분리선고조항

이 ‘선거범죄 등’과 ‘다른 죄’를 분리 선고하도록 규정하면서 그 ‘선거범죄 등’의 경합범에 대하여는 분리 선고를 정하지 않은 것에 합리적 이유가 인정된다
 - 따라서 분리선고조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

6. 결론

○ 그렇다면 심판대상조항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 반대의견의 요지(재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선)

1. 정당가입권유금지조항의 정치적 표현의 자유 침해 여부

- 헌법 제7조 제2항이 선언한 정치적 중립성 보장을 위해 공무원의 정치적 기본권이 제한될 수 있더라도 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다.
- 헌법재판소는 2008. 5. 29. 2006헌마1096 결정에서, 공무원의 ‘선거운동 기획 행위’를 금지한 공직선거법조항을 ‘공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에 대하여 적용하는 한 헌법에 위반된다’고 결정하였다. 이러한 헌법재판소의 결정은, 선거의 공정성 확보를 위하여 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면 공무원이 ‘그 지위를 이용하는’ 선거운동의 기획행위를 막는 것으로 충분하다는 것이 그 취지이므로, 이러한 선례의 취지는 이 사건 정당가입권유금지조항에도 그대로 적용되어야 한다.
- 공무원의 정치적 중립성과 선거의 공정성을 확보하고자 한다면 정당가입권유금지조항의 경우에도 ‘그 지위를 이용하여’ 정당가입 권유를 금지하거나 ‘선거기간 중’에 권유하는 것을 금지하는 것만으로 충분하며, 공무원이 그 지위를 이용함이 없이 사인의 지위에서 정당가입을 권유한다고 해서 그것이 공무원의 정치적 중립성과 선거의 공정성에 부정적 영향을 미친다고 보기 어렵다.
- 공무원의 정치적 중립성과 선거의 공정성 확보는 공무원이 그 지위를 이용하여 정당가입 권유하는 것을 금지하고 이에 대한 철저한 단속과 엄격한 법집행으로 효과적으로 달성할 수 있음에도 불구하고, 정당가입권유금지조항은 이러한 제반 사정을 고려하지 아니한 채 일체의 정당가입권유를 금지하고 있으므로, 과잉금지 원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

□ 결정의 의의

- 이 사건에서 헌법재판소는, 공직선거법의 경선운동금지조항·경선운동방법조항·기부행위금지조항·분리선고조항에 대해 재판관 전원일치의 의견으로 합헌으로 결정하였다.

다만 재판소는, 국가공무원법의 정당가입권유금지조항에 대해서는 재판관 6대3의 의견으로 합헌으로 결정하였는데, 이는 헌재 2019. 11. 28. 2018헌마222 결정 및 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551 결정에서의 법정의견(6)과 반대의견(3)의 취지를 연속성 있게 계승함에 따른 결과이다.

- 공무원의 정치적 기본권 제한과 관련하여, 법정의견은 헌법이 공무원을 국민 전체의 봉사자로 규정하고(제7조 제1항) 공무원의 정치적 중립성 보장을 선언하고 있으므로(제7조 제2항), 이러한 헌법 규정에 따라 공무원의 정치적 기본권은 법률로 제한될 수 있다는 점에서 출발한다. 한편 반대의견은 정치적 중립성 보장을 위해 공무원의 기본권이 제한될 수 있더라도 기본권최대한보장의 원칙에 따라 그 제한의 정도는 최소한에 그쳐야 한다는 점에 주목한다.

이에 법정의견은 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부를 불문하고 공무원의 선거운동(2018헌마222)·정당가입(2018헌마551)·정당가입권유(이사건)는 금지될 수 있다는 결론에 도달함에 반하여, 반대의견은 공무원의 지위를 이용하지 않은 선거운동(2018헌마222)·정당가입(2018헌마551)·정당가입권유(이사건)는 허용되어야 한다는 결론에 이르게 되었다.

보 도 자 료

노인장기요양 급여비용 산정방법 등을 보건복지부령에 위임한 사건

[2019헌바73 노인장기요양보험법 제39조 제1항 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 재판관 7:2의 의견으로, 노인장기요양 급여비용의 구체적인 산정방법 등에 관하여 필요한 사항을 보건복지부령에 정하도록 위임한 노인장기요양보험법 제39조 제3항이 법률유보원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. [합헌]

이에 대하여는 위 조항이 전문인 배상책임보험 가입 여부에 따른 급여비용의 금액을 법률에서 직접 정하지 아니하여 의회유보원칙에 위반된다는 재판관 이선애, 재판관 이미선의 반대의견이 있다.



2021. 8. 31.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 노인장기요양보험법에 따른 장기요양기관을 운영하는 사람이다. 국민건강보험공단은 청구인이 전문인 배상책임보험에 가입하지 않고도 장기요양급여비용을 감액하여 청구하지 아니하는 등 노인장기요양보험법 및 관련 법령을 위반하여 급여비용을 부당하게 많이 지급받았다는 이유로 장기요양급여비용 합계 30,783,550원을 환수하였다
- 청구인은 2018. 9. 12. 대구지방법원에 위 급여비용 환수처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 위 소송 계속 중 노인장기요양보험법 제39조 제1항, 제3항에 대한 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2019. 1. 23. 기각되자, 2019. 2. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 노인장기요양보험법(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정되고, 2021. 7. 27. 법률 제18328호로 개정되기 전의 것) 제39조 제3항 중 시설 급여비용에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

노인장기요양보험법(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정되고, 2021. 7. 27. 법률 제18328호로 개정되기 전의 것)

제39조(재가 및 시설 급여비용의 산정) ③ 제1항에 따른 재가 및 시설 급여비용의 구체적인 산정방법 및 항목 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

□ 결정주문

- 노인장기요양보험법(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정되고, 2021. 7. 27. 법률 제18328호로 개정되기 전의 것) 제39조 제3항 중 시설 급여비용에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

- 가입자인 국민이 납부하는 보험료와 국가의 재정지원으로 이루어지는 장기요양 보험제도하에서는 한정된 재원으로 최적의 요양급여를 제공하면서도 국민에게 재정적으로 과도한 부담을 지우지 않아야 한다. 따라서 급여비용의 산정방법과 항목을 정함에 있어서는 부적절한 급여 제공이나 급여의 과잉 제공을 방지하고 동시에 요양급여의 일정한 수준을 담보할 수 있는 기준을 설정하여야 한다. 급여비용을 정함에 있어서는 요양보험의 재정 수준, 가입자의 보험료 및 본인 부담금 등 부담수준, 요양급여의 수요와 요구되는 요양급여의 수준 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 할 것이고 이러한 요소들은 사회적·경제적 여건에 따라 변화할 수 있다. 따라서 요양급여비용의 구체적인 산정방법 및 항목 등을 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이다.
- 노인장기요양보험법(이하 ‘법’이라 한다)은 요양급여의 실시와 그에 따른 급여 비용 지급에 관한 기본적인고도 핵심적인 사항을 이미 법률로 규정하고 있다. 따라서 ‘시설 급여비용의 구체적인 산정방법 및 항목 등에 관하여 필요한 사항’을 반드시 법률에서 직접 정해야 한다고 보기는 어렵고, 이를 보건복지부령에 위임하였다고 하여 그 자체로 법률유보원칙에 반한다고 볼 수는 없다.
- 법의 전반적인 체계와 다른 조항들을 종합하면 급여비용은 기본적으로 급여종류 및 수급자의 장기요양등급에 따라 정해지되, 급여의 제공이 법의 입법목적 및 급여 제공의 기본원칙에 부합하고 급여 제공의 기준·절차·방법이 관련법령에 따라 적정하게 이루어졌는지 등에 따라 급여비용이 달리 산정될 수 있음을 알 수 있다. 특히 시설급여의 경우 포괄수가제를 채택하고 있으므로 요양기관들이 정해진 수가 안에서 비용을 최소화하려는 유인이 클 수밖에 없어 일정한 수준의 요양급여가 제공되도록 담보하기 위한 수단이 필요하다. 따라서 하위법령으로 정하여질 급여비용의 산정방법으로는 관련법령상 급여제공에 관한 기준을 준수하였는지 여부에 따라 급여비용을 가산하거나 감액하는 경우가 포함될 수 있음을 예측할 수 있다. 나아가 심판대상조항의 주된 수범자는 장기요양기관으로서 이 법과 장기요양보험 제도 전반에 대한 전문성을 가지므로 심판대상조항에 따라 위임될 내용의 대강을 예측하기 용이하다는 점도 고려되어야 한다. 따라서 심판대상조항이 포괄위임금지원칙에 위반한 것으로 볼 수 없다.

□ 반대의견(재판관 이선애, 재판관 이미선)

- 장기요양기관의 급여비용에 대한 감액은 사회보장수급권의 내용과 직결될 뿐만 아니라 장기요양기관의 직업의 자유, 재산권에 대한 제한으로 작용한다. 그럼에도 심판대상조항은 장기요양기관의 기관운영방식의 실태로서 전문인 배상책임보험 가입 여부를 고려한 급여비용의 감액의 내용을 구체적으로 규정하고 있지 아니하여 그에 관한 결정이 전적으로 행정적 의사결정에 맡겨지게 된 것이다. 그 결과 보건복지부 고시에 이르러 장기요양기관에게 전문인 배상책임보험 가입의무가 부과되고, 미가입시 급여비용을 필요적으로 감액한다는 사항이 규정되게 된 것이다. 한편 2019. 4. 23. 법률 제16369호로 개정된 노인장기요양보험법 제35조의5 제2항은 종래 보건복지부 고시에 규정되어 있던, 장기요양기관이 전문인 배상책임보험 미가입시 급여비용의 감액과 관련된 사항을 법률에 직접 규정한 것으로서, 관련 내용이 장기요양기관의 권리·의무 및 급여 수급자의 지위에 영향을 미치는 사항임에도 법률에서 기본적 내용을 정하지 아니한 데 대한 반성적 고려가 포함된 것이라고 보인다. 이를 종합하면, 심판대상조항은 국민의 기본권 보장과 갈등의 조정에 중대한 영향을 미치는 사항의 본질적 부분을 의회가 스스로 정하지 아니하고 행정에 유보한 것으로 의회유보원칙에 위반된다.

□ 결정의 의의

- 이 결정은 노인장기요양기관의 시설 급여비용의 구체적인 산정방법 및 항목 등에 관하여 필요한 사항을 보건복지부령에 위임하도록 규정한 노인장기요양보험법 조항의 위헌 여부에 대하여 판단한 사건이다.
- 헌법재판소는 급여비용의 구체적인 산정방법 및 항목 등을 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵고, 일정한 수준의 요양급여가 제공되도록 담보하기 위해서는 관련법령상 급여제공에 관한 기준을 준수하였는지 여부에 따라 급여비용을 가산하거나 감액하는 경우가 포함될 수 있음을 예측할 수 있다는 점 등을 고려하여 심판대상조항이 법률유보원칙 및 포괄위임금지원칙에 위반한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

보 도 자 료

고속도로 등에서 갓길 통행 금지 사건

[2020헌바100 구 도로교통법 제60조 제1항 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 재판관 전원일치 의견으로, 고속도로 등에서 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고 갓길로 통행할 수 없도록 금지하는 구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2019. 12. 24. 법률 제16830호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 본문 중 '자동차의 운전자는 고속도로등에서 자동차의 고장 등 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 갓길(「도로법」에 따른 길어깨를 말한다)로 통행하여서는 아니 된다.' 부분, 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17311호로 개정되기 전의 것) 제156조 제3호 중 제60조 제1항 본문 가운데 위 해당 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. [합헌]



2021. 8. 31.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 2018. 4. 14. 승용차를 운전하여 고속도로 갓길로 통행하였고, 교통경찰관에게 단속되어 범칙금 60,000원의 납부통고서를 받았다. 청구인은 위 범칙금 통고에 불복하여 이의신청을 하였고, 전주완산경찰서장은 청구인에 대하여 즉결심판청구를 하였으나 기각되었다(전주지방법원 2018조1경112).
- 전주완산경찰서는 청구인을 도로교통법위반으로 인지하였고, ‘자동차의 운전자는 고속도로 등에서 자동차의 고장 등 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 갓길로 통행하여서는 아니 됨에도 불구하고, 청구인은 정당한 사유 없이 고속도로 갓길로 약 500m를 통행하였다.’라는 도로교통법위반의 범죄사실로 약식명령 청구되어, 벌금 20만 원의 약식명령을 받았다(전주지방법원 2019고약1618). 이에 청구인은 정식재판을 청구하여 그 소송(전주지방법원 2019고정175) 계속 중 도로교통법 제60조 제1항, 제156조 제3호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2020. 1. 8. 기각되자(전주지방법원 2019초기412), 도로교통법 제60조 제1항, 제156조 제3호, 제165조에 대하여 2020. 2. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2019. 12. 24. 법률 제16830호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 본문 중 ‘자동차의 운전자는 고속도로등에서 자동차의 고장 등 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 갓길(「도로법」에 따른 길어깨를 말한다)로 통행하여서는 아니 된다.’ 부분(이하 ‘금지조항’이라 한다), 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17311호로 개정되기 전의 것) 제156조 제3호 중 제60조 제1항 본문 가운데 위 해당 부분(이하 ‘처벌조항’이라 하고, ‘금지조항’과 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2019. 12. 24. 법률 제16830호로 개정되기 전의 것)

제60조(갓길 통행금지 등) ① 자동차의 운전자는 고속도로등에서 자동차의 고장

등 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 행정안전부령으로 정하는 차로에 따라 통행하여야 하며, 갓길(「도로법」에 따른 길어깨를 말한다)로 통행하여서는 아니 된다. 다만, 긴급자동차와 고속도로등의 보수·유지 등의 작업을 하는 자동차를 운전하는 경우에는 그러하지 아니하다.

구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17311호로 개정되기 전의 것)

제156조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

3. 제22조, 제23조, 제29조제4항부터 제6항까지, 제53조의2, 제60조, 제64조, 제65조 또는 제66조를 위반한 사람

□ 결정주문

구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2019. 12. 24. 법률 제16830호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 본문 중 ‘자동차의 운전자는 고속도로등에서 자동차의 고장 등 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 갓길(「도로법」에 따른 길어깨를 말한다)로 통행하여서는 아니 된다.’ 부분, 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2020. 5. 26. 법률 제17311호로 개정되기 전의 것) 제156조 제3호 중 제60조 제1항 본문 가운데 위 해당 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

□ 이유의 요지

● 이 사건 금지조항 중 ‘부득이한 사정’ 부분의 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

○ 갓길이란 도로를 보호하고 비상시에 이용하기 위하여 차도에 접속하여 설치하는 도로의 부분을 말한다. 고속도로 등은 자동차들이 일반도로에 비하여 고속으로 주행하여 중대한 위험이 발생할 가능성이 높고, 긴급자동차 등이 위험 발생 지역에 접근하기 어려운 특성이 있기 때문에, 고속도로 등에서 비상시에 신속히 갓길을 이용할 수 있도록 하여 교통상의 위험과 장애를

제거하고 원활한 교통을 확보할 수 있게 하려면 평상시에는 이에 대한 통행을 금지할 필요가 있다. 이에 금지조항은 자동차의 운전자가 고속도로 등에서 갓길로 통행하는 것을 원칙적으로 금지하면서, 예외적으로 ‘부득이한 사정’이 있는 경우에는 이를 허용하고 있다.

- ‘부득이’의 사전적 의미는 ‘마지못하여 하는 수 없이’로, 금지조항은 부득이한 사정의 하나로 ‘자동차의 고장’을 예시하고 있다. 고속도로 등에서 자동차가 고장이 나는 경우, 긴급하게 차로로부터 대피하지 않으면 고속으로 주행하는 다른 자동차들과 연쇄적으로 충돌하여 인명과 재산에 상당한 피해를 야기하는 대형 교통사고로 이어질 가능성이 크다. 이에 자동차의 고장은 부득이한 사정이 있는 경우로서 갓길 통행이 허용되는 것이다. 한편, 자동차가 고속도로 등을 통행하는 중에는 다양한 상황이 발생할 수 있으므로, 법률에 구체적이고 일의적인 기준이 제시될 경우 갓길 통행이 불가피한 예외적인 사정이 포섭되지 않는 등으로 인하여 오히려 비상상황에서 적절한 대처를 할 수 없게 될 가능성을 배제하기 어렵다. 금지조항은 이러한 점을 감안하여 갓길 통행이 허용되는 예외적인 경우를 규정하면서 다양한 상황을 포섭할 수 있는 ‘부득이한 사정’이라는 용어를 사용한 것으로 보인다.
- 결국 갓길의 설치 이유와 갓길 통행을 허용하는 위와 같은 도로교통법 조항, 그리고 ‘부득이’의 사전적 의미를 더하여 보면, 금지조항이 규정한 ‘부득이한 사정’이란 사회통념상 차로로의 통행을 기대하기 어려운 특별한 사정을 의미한다고 해석된다. 그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수범자는 금지조항이 규정한 부득이한 사정이 어떠한 것인지 충분히 알 수 있고, 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 의미가 확정될 수 있다.
- 그러므로 이 사건 금지조항 중 ‘부득이한 사정’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

● 이 사건 처벌조항의 책임과 형벌 사이의 비례원칙 위배 여부

- 고속도로 등은 자동차들이 일반도로에 비하여 고속으로 주행하여 중대한 위험이 발생할 가능성이 높고, 긴급자동차 등이 위험 발생 지역에 접근하기 어려운 특성이 있어 비상시에 이용하기 위하여 갓길이 설치된 것이므로, 갓길이 그 본래의 설치목적에 따라 이용될 수 있도록 갓길 통행 금지의무

의 준수를 담보할 필요성이 높다. 따라서 행정질서벌의 부과만으로는 갓길 통행을 충분히 억제할 수 없다고 판단하고 형벌이라는 수단을 선택한 입법자의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 수 없다.

- 처벌조항은 법정형을 ‘20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료’로 선택적으로 규정하면서 그 하한에 제한을 두고 있지 아니하므로, 그 처벌의 정도가 중하다고 보기 어렵다. 나아가 처벌조항으로 규율되는 행위는 도로교통법 제162조가 규정한 ‘범칙행위’에 해당하므로 같은 법 제162조 내지 제166조에서 정한 ‘범칙행위의 처리에 관한 특례’를 적용받게 된다. 따라서 갓길 통행 금지의무를 위반한 자에게는 그의 선택에 따라 형사적 제재의 압박으로부터 벗어나고 전과자가 되지 않을 수 있는 절차가 추가적으로 보장되어 있다.
- 그러므로 이 사건 처벌조항은 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위배되지 않는다.

보 도 자 료

축산업 근로자에 대하여 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항의 적용을 제외하는 구 근로기준법 조항에 대한 헌법소원 사건

2018헌마563 근로기준법 제63조 제2호 위헌확인

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 동물의 사육 사업(이하 ‘축산업’ 이라 한다) 근로자에게 근로기준법 제4장의 근로시간 및 휴일에 관한 조항을 적용하지 않도록 한 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되고, 2021. 1. 5. 법률 제17862호로 개정되기 전의 것) 제63조 제2호(심판대상조항)가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 자세한 선고 내용은 아래 표와 같다. [\[기각\]](#)

구분	법정의견 내지 기각의견	헌법불합치의견	각하의견
심판대상조항	재판관 이영진의 기각의견(1인)	재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 헌법불합치의견(5인)	재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 각하의견(3인)



2021. 8. 31.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인은 2017. 8. 25.부터 같은 해 10. 14.까지 축산업 근로자로서 근로를 제공한 자로 토요일과 공휴일을 포함하여 계속 근로를 제공하였음에도 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금을 지급받지 못하였다.
- 청구인은 축산업에 종사하는 근로자에 대하여 근로기준법에서 정한 근로시간 및 휴일에 관한 규정을 적용하지 않도록 규정한 구 근로기준법 제63조 제2호가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하고(2018헌사123), 2018. 6. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되고, 2021. 1. 5. 법률 제17862호로 개정되기 전의 것) 제63조 제2호 중 ‘동물의 사육’ 가운데 ‘제4장에서 정한 근로시간, 휴일에 관한 규정’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되고, 2021. 1. 5. 법률 제17862호로 개정되기 전의 것)

제63조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.

2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업

□ 결정주문

청구인의 청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

1. 적법요건에 대한 판단

○ 이 사건 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부 - 적법

- 청구인은 2017. 10. 1.부터 2017. 10. 9.까지의 근로에 대하여 2017. 11. 10. 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 인식하였고, 같은 달 14.에 근로감독관으로부터 심판대상조항으로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없음을 알게 되었다고 주장하고 있고, 이를 달리 인정할 만한 자료가 발견되지 않는다. 따라서 2017. 11. 14. 경으로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

2. 본안에 대한 판단

○ 심판대상조항의 근로의 권리 침해 여부 - 소극

- 축산업은 가축의 양육 및 출하에 있어 기후 및 계절의 영향을 강하게 받으므로, 근로시간 및 근로내용에 있어 일관성을 담보하기 어렵다.
- 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되고, 사용자와 근로자 사이의 근로시간 및 휴일에 관한 사적 합의는 심판대상조항에 의한 제한을 받지 않는다.
- 현재 우리나라 축산업의 상황을 고려할 때, 축산업 근로자들에게 근로기준법을 전면적으로 적용할 경우, 인건비 상승으로 인한 경제적 부작용이 초래될 위험이 있다.
- 위 점들을 종합하여 볼 때, 심판대상조항이 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려우므로, 심판대상조항은 청구인의 근로의 권리를 침해하지 않는다.

○ 심판대상조항의 평등권 침해여부 - 소극

- 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항이 전제하고 있는 공장직 또는 사무직 근로자의 경우와 달리, 축산업 근로자의 경우 계절과 기후의 영향을 크게 받는다는 특성이 뚜렷하다.
- 일본, 유럽연합, 스위스 등 많은 국가들과 국제노동기구(ILO)에서도 축산업 근로자에 대하여는 근로시간 및 휴일에 관한 법령의 전면적 또는 부분적 적용 제외를 인정하고 있다.

- 따라서 심판대상조항이 ‘사업’을 기준으로 축산업 근로자를 근로기준법상 근로시간 및 휴일 조항의 적용을 받는 근로자와 달리 취급하는 것의 합리성을 인정할 수 있으므로, 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

**재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배,
재판관 이미선의 헌법불합치 의견**

○ 심판대상조항의 근로의 권리 침해 여부

- 축산업은 주로 근로자의 육체 노동력에 의존하고, 일단 근로에 임하게 되면 장시간 근로가 불가피하다.
- 현재 우리나라 축산업은 지위가 불안정한 일용직 내지 임시직 근로자가 다수를 차지하는 구조를 가지고 있어, 사적 합의를 통하여 합리적인 근로조건을 정하기 어려운 상황이다.
- 위와 같은 점에서 축산업 근로자들에게 육체적·정신적 휴식을 보장하고 장시간 노동에 대한 경제적 보상을 해야 할 필요성이 요청됨에도 불구하고, 심판대상조항은 축산 사업장을 근로기준법 적용 제한의 기준으로 삼고 있어 축산업 근로자들의 근로 환경 개선과 산업의 발전을 저해하고 있다.
- 따라서 이 조항은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건 마련에 미흡하여 청구인의 근로의 권리를 침해한다.

○ 심판대상조항의 평등권 침해 여부

- 심판대상조항은 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별이 불합리해진 상황을 고려하지 않고, 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정의 적용대상에서 축산업에 종사하는 근로자들을 제외함으로써, 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하고 있다.
- 따라서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해한다.

○ 헌법불합치결정의 필요성

- 이 사건 심판청구에 대하여 단순위헌결정을 할 경우, 축산업의 특수성이 반영되지 않은 채 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 규정이 전부 적용되게 되어 법적 혼란을 초래할 수 있으므로, 헌법불합치결정을 함으로써 입법형성권의 범위 내에서 개선입법을 하도록 함이 타당하다.

□ 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 각하의견

- 이 사건 기록에 의하면, 청구인은 근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작일인 2017. 8. 25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 정식직원으로 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10.에 심판대상조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과하였음이 역수상 명백한 2018. 1. 29. 이 사건 심판청구를 위한 국선대리인 선임신청을 하였다.
- 따라서, 청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정한 청구기간을 도과하여 제기한 것으로서 부적법하다 할 것이므로, 이를 각하해야 한다.

□ 결정의 의의

- 헌법재판소는 이 사건에서 심판대상조항이 청구인의 근로의 권리 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.
- 심판대상조항에 대하여 재판관 이영진은 기각의견이고, 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선은 헌법불합치의견이며 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석은 각하의견으로, 헌법불합치의견에 찬성한 재판관이 다수이지만, 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용 결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 이 사건 심판청구는 기각되었다.

보 도 자 료

육군 장교의 민간법원 약식명령 확정사실 자진신고의무 사건

[2020헌마12, 589(병합)]

국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제4조 등 위헌확인

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 재판관 전원일치의 의견으로, 육군 장교가 민간법원에서 약식명령을 받아 확정되면 자진신고할 의무를 규정한 ‘2020년도 장교 진급 지시’ 조항 및 ‘2021년도 장교 진급 지시’ 조항에 대한 심판청구를 기각하고, 청구인들의 나머지 청구를 각하한다는 결정을 선고하였다. [기각, 각하]



2021. 8. 31.

헌법재판소 공보관실

■ 사건개요

- 청구인 김○○은 2020년도 소령 진급선발 대상자에 포함된 육군 장교로서, 군인 신분을 밝히지 않은 채 도로교통법위반(음주운전)죄로 청주지방법원 제천지원에서 벌금 150만 원의 약식명령을 받고 확정되었으나, 이 사실을 보고하지 아니하였다는 이유로 정직 1월의 징계처분을 받았다. 이에, 육군 장교가 민간법원에서 약식명령을 받아 확정되면 보고 또는 자진신고할 의무를 규정한 ‘2020년도 장교 진급 지시’ 조항 등에 대하여, 2020. 1. 2. 헌법소원심판을 청구하였다.
- 청구인 박□□은 2021년도 소령 진급선발 대상자에 포함된 육군 장교로서, 군인 신분을 밝히지 않은 채 도로교통법위반(음주운전)죄로 대전지방법원에서 벌금 70만 원의 약식명령을 받고 확정되었으나, 이 사실을 보고하지 아니하였다는 이유로 감봉 1월의 징계처분을 받았다. 이에, 육군 장교가 민간법원에서 약식명령을 받아 확정되면 보고 또는 자진신고할 의무를 규정한 ‘2021년도 장교 진급 지시’ 조항 등에 대하여, 2020. 4. 16. 헌법소원심판을 청구하였다.

■ 심판대상

- 이 사건 심판대상은,
 - (1) ‘국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령’(2019. 6. 25. 국방부훈령 제2289호로 개정된 것) 제4조(이하 ‘국방부훈령 조항’이라 한다), ‘장교 인사관리규정’(육군규정 110, 2015. 3. 30. 개정된 것) 제241조 제1항(이하 ‘육군규정 조항’이라 한다), ‘2020년도 장교 진급 지시’(육군지시 제19-1006호, 2019. 3. 27.자 발령) IV. 제3장 3. 라. 1) 바) (1) 및 IV. 제4장 5. 가. 2) 가)(이하 위 두 부분을 합하여 ‘20년도 육군지시 보고조항’이라 한다), 같은 지시 IV. 제4장 5. 가. 2) 나) 중 ‘민간법원에서 약식명령을 받아 확정된 사실이 있는 자’에 관한 부분(이하 ‘20년도 육군지시 자진신고조항’이라 한다)이 청구인 김○○의 기본권을 침해하는지 여부 및
 - (2) 국방부훈령 조항, 육군규정 조항, ‘2021년도 장교 진급 지시’(육군지시 제20-1010호, 2020. 3. 27.자 발령) 제20조 제1항 제2호 가목(이하 ‘21년도 육군지시 보고조항’이라 한다), 같은 지시 제20조 제1항 제2호 나목 중 ‘민간

법원에서 약식명령을 받아 확정된 사실이 있는 자'에 관한 부분(이하 '21년도 육군지시 자진신고조항'이라 한다)이 청구인 박□□의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령(2019. 6. 25. 국방부훈령 제2289호로 개정된 것)

제4조(형사처분사실 보고의무) 군인 또는 군무원은 「검찰청법」에 따른 검찰 및 「법원조직법」에 따른 법원(이하 “민간사법기관”이라 한다)에서 형사처분을 받은 경우에는 징계권을 가진 직속 지휘관에게 즉시 보고하여야 하며, 보고 받은 지휘관은 국방부(인사복지실 및 법무관리관실) 및 각군본부(인사 및 법무계통)로 보고하고 징계 등 적절한 조치를 취하여야 한다.

장교 인사관리규정(육군규정 110, 2015. 3. 30. 개정된 것)

제8장 처벌기록 인사관리

제241조(형사처분 사실 보고의무) ① 민간검찰 및 법원에서 형사처분을 받은 경우에는 징계권을 가진 직속 지휘관에게 즉시 보고하여야 하며, 보고 받은 지휘관은 적법한 조치를 취하고 그 결과를 육군본부(인사사령부, 법무실)로 보고하여야 한다(별지 제30호).

2020년도 장교 진급 지시(육군지시 제19-1006호, 2019. 3. 27.자 발령)

IV. 세부 시행 지시

제3장 진급선발 평가요소 및 방법

3. 세부평가방법

라. 기타

1) 처벌 및 인사처리 기록(「육규 110 장교인사관리규정」 제239조)

바) 형사처분 사실 보고의무(「육규 110 장교인사관리규정」 제241조)

(1) 민간검찰 및 법원에서 형사처분을 받은 경우에는 징계권을 가진 직속 지휘관에게 즉시 보고하여야 하며, 보고 받은 지휘관은 적법한 조치를 취하고 그 결과를(인사사령부, 법무실)로 보고

제4장 평가요소별 시행 지시

5. 기타

가. 처벌 및 인사처리 기록

2) 군인신분을 밝히지 않고 민간기관에서 처분 받은 사실

가) 민간검찰 및 법원에서 형사처분을 받은 경우 즉시 징계권을 가진 지휘관에게 보고해야 하며, 보고를 받은 지휘관은 적법한 조치를 취하고 그 결과를 육군본부(인사사령부, 법무실)로 보고해야 함.

나) 진급선발 대상자 중 현재까지 보고하지 않은 민간기관 처분 사실이 있는 자는 계급별 진급심사 개최 전까지 해당부대와 ‘진급선발위원회(진급자료관리과)’에 동시 자진 신고할 것.

2021년도 장교 진급 지시(육군지시 제20-1010호, 2020. 3. 27.자 발령)

제20조(기타) ① 처벌 및 인사처리 기록은 다음과 같다.

2. 군인신분을 밝히지 않고 민간기관에서 처분받은 사실은 다음과 같이 조치한다.

가. 민간검찰 및 법원에서 형사처분을 받은 경우 즉시 징계권을 가진 지휘관에게 보고해야 하며, 보고를 받은 지휘관은 적법한 조치를 취하고 그 결과를 육군본부(인사사령부, 법무실)로 보고해야 함.

나. 진급선발 대상자 중 현재까지 보고하지 않은 민간기관 처분 사실이 있는 자는 계급별 진급심사 개최 전까지 해당부대와 ‘진급선발위원회(진급자료관리과)’에 동시 자진 신고할 것.

□ 결정주문

1. 2020년도 장교 진급 지시(육군지시 제19-1006호, 2019. 3. 27.자 발령) IV. 제4장 5. 가. 2) 나) 중 ‘법원조직법에 따른 법원에서 약식명령을 받아 확정된 사실이 있는 자’에 관한 부분에 대한 청구인 김○○의 심판청구 및 2021년도 장교 진급 지시(육군지시 제20-1010호, 2020. 3. 27.자 발령) 제20조 제1항 제2호 나목 중 ‘법원조직법에 따른 법원에서 약식명령을 받아 확정된 사실이 있는 자’에 관한 부분에 대한 청구인 박□□의 심판청구를 모두 기각한다.
2. 청구인들의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

□ 이유의 요지

● 적법요건에 관한 판단

- 국방부 훈령 조항은, 2018. 7. 31. 국방부훈령 제2185호로 개정된 구 ‘국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령’ 제3조의2에서 처음 규정되었다가 2019. 6. 25. 개정으로 조문의 위치만 변경되었을 뿐 그 내용을 동일하게 유지하고 있고, ‘국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 부칙’(2018. 7. 31. 국방부훈령 제 2185호) 제1조 및 제4조에 의하면 2018. 8. 1. 이후 형사처벌을 받은 사람에게만 적용되는바, 청구인들은 모두 그 전에 형사처벌을 받았으므로 자기관련성이 없다.
- 육군규정 조항은, 2015. 3. 30. 현재와 같이 개정되어 시행되었고 청구인들은 모두 그 전에 형사처벌을 받았음에도 시행일 무렵부터 1년이 경과한 시점에 심판청구를 하였으므로, 청구기간을 도과하였다.
- 20년도 육군지시 보고조항 및 21년도 육군지시 보고조항은, 육군규정 조항과 실질적 내용이 동일하여 기본권을 새로이 제한한다고 볼 수 없으므로, 공권력 행사에 해당하지 않는다.

● 20년도 육군지시 자진신고조항 및 21년도 육군지시 자진신고조항에 대한 본안 판단

○ 제한되는 기본권

- 육군 장교로 하여금 민간법원에서 약식명령을 받아 확정된 경우 자진신고 하도록 강제하고 있으므로, 일반적 행동의 자유가 제한된다.
- 범죄사실의 진위 여부를 밝힐 것을 요구하는 것이 아니고, 신분적 재판권 위반을 이유로 비상상고 절차가 개시될 수 있다고 하더라도 원판결이 피고인에게 불이익한 때에만 다시 판결을 하게 되므로(형사소송법 제446조 제1호) 형사상 불이익한 진술이 강요된다고 볼 수 없어, 진술거부권은 제한되지 않는다.
- 내심의 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 단순한 사실관계를 자진신고 하도록 하는 것에 불과하므로, 양심의 자유도 제한되지 않는다.

○ 법률유보원칙 위반 여부(소극)

- ‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’ 제24조 제1항, 제36조 제2항 및 제4항에 근거하여, 육군참모총장은 직무와 관계가 있고 권한 내의 사항이라면 육군 장교를 지휘·감독하는 내용의 명령을 할 수 있다.
- 군인사법 제25조 제1항 등에서는 육군참모총장에게 육군 장교 중 진급대상자

추천 권한을 부여하면서, 같은 법 시행령 제33조 제1항 제2호 다목에서 그 평가항목 중 하나로 ‘상벌사항’을 규정하고 있다.

- 따라서 육군참모총장이 상벌사항을 파악하는 일환으로, 육군 장교에게 민간법원에서 약식명령을 받아 확정된 사실을 자진신고 하도록 명령하는 것은, 법률에 근거가 있다.
- 20년도 육군지시 자진신고조항 및 21년도 육군지시 자진신고조항은 법률유보 원칙에 반하여 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다.

○ 과잉금지원칙 위반 여부(소극)

- 육군 장교가 ‘군사법원에서 약식명령을 받아 확정된 경우’와 그 신분을 밝히지 않아 ‘민간법원에서 약식명령을 받아 확정된 경우’ 사이에 발생하는 인사상 불균형을 방지하기 위하여, 민간법원에서 약식명령을 받아 확정된 경우 자진신고할 의무를 부과하는 것은, 목적이 정당하고 적합한 수단이다.
- 자진신고의무를 부과하는 대신, 형사사법정보시스템과 육군 장교 관련 데이터베이스를 연동하여 신분을 확인하는 방법 또는 범죄경력자료를 조회하는 방법 등을 상정해 볼 수 있으나, 군사보안 및 기술적 측면의 한계가 존재하고, 파악할 수 있는 약식명령의 범위도 한정되므로, 위 방법들만으로는 입법목적 달성이 어렵다.
- 청구인들이 자진신고의무를 부담하는 것은, 수사 및 재판 단계에서 의도적으로 신분을 밝히지 않은 행위에서 비롯된 것으로서 이미 예상가능한 불이익인 반면, 인사상 불균형을 방지함으로써 군 조직의 내부 기강 및 질서를 유지하고자 하는 공익은 매우 중대하다.
- 범죄사실이나 약식명령사실에 대한 징계시효가 완성된 경우까지 자진신고의무 위반으로 인한 징계를 받을 가능성이 존재한다고 하더라도, 양자는 별개의 징계사유이므로 범죄사실이나 약식명령사실 자체에 대한 징계시효가 연장된다고 볼 수 없고, 자진신고의무는 해당년도 진급선발 대상자에 대해서만 부과되므로 자진신고의무 미이행으로 인한 징계시효도 무한히 연장되지는 않는다. 징계시효의 관점에서 보더라도, 제한되는 사익의 정도는 크지 않다.
- 20년도 육군지시 자진신고조항 및 21년도 육군지시 자진신고조항은 과잉금지 원칙에 반하여 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다.

□ 결정의 의의

- 육군 장교가 민간법원에서 약식명령을 받아 확정되면 자진신고할 의무를 부과하고 있는 장교 진급 지시 조항들에 대하여 처음으로 판단한 결정이다.
- 헌법재판소는 위 조항들이 진술거부권 및 양심의 자유를 제한하지 않는다고 판단하였으며, 법률유보원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

보 도 자 료

공인중개사법 제19조 위반 사건

- '중개보조원의 중개행위' 해당 여부 -

[2020헌마125 기소유예처분취소]

[선 고]

헌법재판소는 2021년 8월 31일 재판관 전원일치 의견으로, 공인중개사법 제19조 위반을 인정할 증거가 부족함에도 불구하고 그 혐의가 인정됨을 전제로 청구인들(개업공인중개사 및 소속 중개보조원)에 대하여 한 기소유예처분이 자의적인 검찰권 행사로 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한다는 취지로 청구인들의 심판청구를 인용하는 결정을 선고하였다. [인용]



2021. 8. 31.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인A는 개업공인중개사이고 청구인B는 소속 중개보조원이다. 청구인들은 다음과 같은 범죄사실을 기초로 기소유예처분을 받았다.
「 개업공인중개사는 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 중개업무를 하게 하여서는 아니 됨에도, 청구인A는 오피스텔 임대차계약을 중개함에 있어 2019. 4. 26. 및 같은 달 29., 같은 해 5. 4. 청구인B로 하여금 중개대상물을 중개의뢰인에게 설명하게 하였다 」
- 청구인들은 이러한 처분이 행복추구권 등을 침해하였다며 그 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 결정주문

- 피청구인이 2019. 10. 31. 수원지방법검찰청 성남지청 2019년 형제37276호 사건에서 청구인들에 대하여 한 기소유예처분은 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

□ 이유의 요지

● 인정되는 사실관계

- 결혼을 앞둔 신혼부부 C, D는 2019. 4. 청구인A가 운영하는 중개사무소를 방문하여 신혼집으로 적당한 부동산을 문의하였고, 중개보조원인 청구인B는 오피스텔 한 곳을 추천하면서 집을 보여주었다.
- C는 며칠 후 다시 중개사무소를 방문하였고, 청구인A가 직접 오피스텔 내부와 등기부등본을 보여주면서 임대인이 제시한 계약조건을 설명하였다. 청구인A의 설명을 들은 C는 계약조건에 동의하면서 곧바로 임대인에게 가계약금 명목의 돈을 송금하였고 같은 주 토요일 계약서를 작성하기로 하였다.
- 그 후 청구인A가 임대인과 임차인 양쪽에 계약서를 작성하기로 한 날 다른 일정이 있다며 계약일자 변경을 요청하였지만, 임차인 측의 평일 직장근무 문제로 부득이 예정된 토요일에 중개사무소에 모여 계약서를 작성하기로 하였다. 이에 청구인A는 임대인-임차인 양측의 양해를 얻어 계약서를 미리 작성한 후 청구인B가 입회한 상태에서 계약서에 최종 서명·날인하도록 하였다.

- 청구인B는 약속된 날짜에 중개사무소에 모인 임대인-임차인에게 청구인A가 미리 작성한 계약서를 교부하면서 계약조건을 다시 안내하였고, 이 때 잔금지급일자를 하루 변경해달라는 임차인의 요청에 따라 청구인A에게 전화를 걸어 그 지시를 받아 이를 수정하였다.

● **청구인들의 행위가 공인중개사법 제19조를 위반하였는지 여부 - 소극**

- 공인중개사법 제19조가 금지하는 ‘개업공인중개사가 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 중개업무를 하게 하는 행위’란 중개보조원을 비롯한 무자격자가 실질적으로 중개업무를 행하려는 것을 알면서도 이를 적극적으로 지시하거나 소극적으로 묵인하는 등의 방법으로 중개업무를 하게 하는 것을 뜻함. 그러나 현재까지 제출된 증거만으로는 청구인B가 실질적으로 중개업무를 행하였다고 보기 어려움.
- 즉, 처음 C, D가 중개사무소를 찾은 날 청구인B가 집을 보여주고 안내한 행위는 공인중개사법이 정한 중개보조원의 전형적인 업무로서 ‘중개대상물에 대한 현장 안내(제2조 제6호)’에 해당되고 개업공인중개사의 성명이나 상호를 사용하여 직접 ‘중개업무’를 한 것으로 볼 수 없음.
- 더욱이 청구인A는 며칠 후 다시 중개사무소를 방문한 중개의뢰인에게 오피스텔의 현황, 권리관계 및 계약조건 등을 직접 설명하고 양측의 계약체결 의사를 확인함.
- 비록 계약서 작성 당시 청구인B 혼자 입회하기는 하였으나, 그 전에 청구인A는 계약일자를 변경하려 하였음에도 임차인 측 사정으로 불가능하게 되자 계약당사자들의 승낙을 받아 미리 임대차계약서를 작성하여 청구인B에게 교부하면서 자신을 대행하여 계약당사자들의 서명을 받도록 하였으며, 계약 체결 당시에는 청구인B에게 전화 통화로 계약서 작성과 수정 업무를 지시하였음.
- 결국 위 오피스텔의 중개 의뢰 단계에서부터 계약 체결 및 그 이행 과정 전체를 놓고 볼 때, 청구인A는 중개대상물의 현황과 계약의 조건 및 이행에 관한 중요하고 본질적인 사항을 직접 설명하였으며, 중개보조원인 청구인B로 하여금 실질적으로 중개업무를 하도록 지시하거나 소극적으로 묵인하였다고 볼 증거를 찾기 어려움.

□ 결정의 의의

- 공인중개사법 제19조가 금지하는 ‘개업공인중개사가 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 중개업무를 하게 하는 행위’란, 중개보조원을 비롯한 무자격자가 실질적으로 중개업무를 행하려는 것을 알면서도 이를 적극적으로 지시하거나 소극적으로 묵인하는 방법으로 중개업무를 하게 하는 것임을 확인함.
- 청구인B가 공인중개사법에서 허용된 중개보조원의 업무범위를 넘어서 실질적으로 중개업무를 하였거나 청구인A가 이를 지시·묵인하였다고 볼 수 없음에도, 청구인들을 위 법 위반으로 인정한 기소유예처분이 수사미진 및 증거판단에 중대한 잘못이 있다고 판단한 사안임.