

## 헌법집중(전정2판) 추록

(2023. 2. 10. 기준)

※ 부속법률 개정에 관하여

부속법률의 경우 내용 변경이 있는 개정 사항에 한하여 추록을 작성하였고, 기존의 내용을 유지하면서 조문 번호나 조문 위치가 변동된 정도에 불과한 사항에 관해서는 추록을 작성하지 않았습니다. 이하 모든 법률 개정사항에 관한 추록 작성의 기준은 이와 동일합니다.

※ 헌법재판소 판례에 관하여

판례의 경우 2022년 12월까지 선고된 최신 헌법재판소 판례를 기본서 취지에 맞추어 최대한 반영하였습니다.

P 029 B. 본문 내용 대체

B. 병역의무와 국적선택의 제한

① 병역법 제8조에 따라 병역준비역<sup>62)</sup>에 편입된 복수국적자는 그 때부터 3개월 이내에 국적을 이탈하거나 병역의무가 해소된 때부터 2년 이내에 국적을 이탈할 수 있으나(국적법 제12조 제2항), 외국에서 출생하거나 6세 미만의 아동일 때 외국으로 이주한 사람으로서 주된 생활의 근거를 계속하여 외국에 둔 복수국적자는 병역준비역에 편입된 때부터 3개월 이내에 국적 이탈을 신고하지 못한 정당한 사유가 있는 경우 법무부장관에게 국적이탈 허가를 신청할 수 있다(동법 제14조의2 제1항). 헌법재판소는 “병역준비역에 편입된 복수국적자가 국적선택 기간 내에 국적 이탈을 신고하지 않은 경우 그 사유를 불문하고 병역의무가 해소될 때까지 국적 이탈을 불허하는 규정은 국적이탈의 자유를 과도하게 침해한다”며 헌법불합치결정하였다(2020.9.24. 2016헌마889). \* ② 한편 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 복수국적자는 병역의무가 해소된 경우에 한하여 국적이탈이 가능하다(동법 제12조 제3항).

P 066 (2) 본문 내용 대체, 각주 추가(246번)

(2) 정당의 인적 조직

① 정당의 창당준비위원회는 중앙당의 경우에는 200명 이상의, 시·도당의 경우에는 100명 이상의 발기인으로 구성한다(정당법 제6조). \* ② 16세 이상의 국민은 정당의 발기인이나 당원이 될 수 있으나(동법 제22조 제1항 본문),<sup>246)</sup> 선거권이 없는 사람, 정치적 공무원과 대학교원 등을 제외한 공무원 및 교원은 정당발기인 및 당원이 될 수 없고(동조항 단서),<sup>247)</sup> 외국인도 정당원이 될 수 없다(동조 제2항).<sup>248)</sup> \* 그리고 누구든지 2 이상의 정당의 당원이 되지 못한다(동법 제42조 제2항). 헌법재판소는 복수당적보유 금지조항에 대해 정당의 정체성을 보존하여 정당정치를 보호·육성하려는 것이라며 합헌결정하였다(2022.3.31. 2020헌마1729). ③ 한편 헌법재판소는 공무원 및 초·중등교원의 정당가입을 제한한 것에 대하여 공무원 및 교원의 직무의 특수성을 들어 합헌 결정하였으나(2020.4.23. 2018헌마551 등 다수), \*\* 기타 정치단체가입을 제한한 것에 대해서는 입법목적과 무관한 단체활동까지 과도하게 제한한다며 위헌결정하였고(2020.4.23. 2018헌마551), \* 검찰총장 및 경찰청장 퇴직 후 2년 이내 정당가입을 제한한 것에 대해서도 직무의 정치적 중립이라는 입법목적의 달성에 적합한 수단으로 보기 어렵다며 위헌결정하였다(1997.7.16. 97헌마26; 1999.12.23. 99헌마135). \*

246) 18세 미만인 사람이 입당신청을 하는 때에는 법정대리인의 동의서를 함께 제출하여야 한다(정당법 제23조 제4항 후단).

247) 헌법 제7조 제2항 공무원의 정치적 중립성, 제31조 제4항의 교육의 정치적 중립성 조항을 구현한 결과이다.

248) 정당의 개념이 정치공동체인 국민의 결사를 의미하기 때문이다.

(나) 후원금

① ‘후원금’이란 정치자금법의 규정에 의하여 후원회에 기부하는 재화를 말하고(정치자금법 제3조 제4호), ‘후원회’란 정치자금의 기부를 목적으로 설립·운영되는 단체로서 관할 선거관 리위원회에 등록된 단체를 말한다(동조 제7호). 정치자금법 제6조는 후원회지정권자를 상당한 정치 자금의 소요가 예상되는 당사자로 한정하고 있는데(2019.12.27. 2018헌마301등),<sup>249)</sup> 헌법재판소는 국회의원과 달리 **지방의회의원**을 후원회지정권자에서 제외한 것에 대하여 평등권을 침해한 다고 판시하였고(2022.11.24. 2019헌마528), 구 정치자금법상 **광역자치단체장선거 예비후보자**의 후 원회지정 금지조항에 대하여 평등권을 침해한다고 하면서도, \* **자치구의회의원선거 예비후보자**의 후원회지정 금지조항에 대해서는 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였으며(2019.12.27. 2018헌 마301등), 종래 허용되어온 **정당**의 후원회지정을 금지한 것에 대하여 정치자금의 투명성확보를 위한 수단으로 부적합하다고 판시하였다(2015.12.23. 2013헌바168). \* ② 누구든지 하나 또는 **둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있으나**, 외국인, 단체 등 정치자금을 기부할 수 없는 자와 정당의 당원이 될 수 없는 자는 그러하지 아니하다(동법 제8조 제1항).

☐ **지방의원의 후원회지정 금지** 국회의원을 후원회지정권자로 정하면서 지방의회의원을 후원회지 정권자에서 제외하고 있는 정치자금법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.11.24. 2019헌마528 **[헌법불합치]**

후원회 제도는 유권자의 정치에 대한 신뢰감을 높이고 후원회 또는 후원회원이 지향하는 정책적 의지가 효 율적으로 구현되도록 하며 정치자금의 투명성을 확보하기 위한 제도이다. 지방의회제도가 발전함에 따라 주민들의 다양한 의사를 통합하여 지방자치단체의 의사를 형성하는 지방의회의원의 역할도 증대되었으므 로 이들에게 후원회를 허용하는 것은 후원회 제도의 입법목적에 부합하고, 국회의원과 소요되는 정치자금 의 차이는 후원 한도를 제한하는 등의 방법으로 규제할 수 있음에도 후원회 지정 자체를 금지하는 것은 오히려 지방의회의원의 정치자금 모금을 음성화시킬 우려가 있으며, 현재 지방자치법에 따라 지급되는 의 정활동비 등은 의정활동에 전념하기에 충분하지 않다는 점 등을 종합하면, 심판대상조항은 불합리한 차별 로서 청구인들의 평등권을 침해한다. 종전에 헌법재판소가 이 조항과 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있는 개정 전 조항에 대하여 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 현재 2000.6.1. 99헌마576 결정은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다.

249) 현행 정치자금법상 정당의 중앙당(중앙당창당준비위원회를 포함), 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함), 대통령선거 (예비)후보자, 지역구국회의원선거 (예비)후보자, 지역구지방의회의원선거 (예비)후보자, 지방자치단체장선거 (예비)후보자, 대통령선거경선후 보자, 당대표경선후보자들이 후원회지정권을 가진다(정치자금법 제6조).

P 070 2. (라) 본문 내용 대체

(라) 국고보조금

국고보조금은 정치자금법상 경상(經常)보조금, 선거보조금, 여성추천보조금, 장애인추천보조금, 청년추천보조금을 내용으로 한다. ① ‘경상보조금’ 즉 정당의 일상운영비 보조는 제5공화국헌법(1980년)에서 도입된 것으로 헌법 제8조 제3항의 국가보조원칙에 근거하고,<sup>128)</sup> ‘선거보조금’ 즉 정당의 선거비용 보조는 선거에 참여하는 정당에 한해 배분되는 것으로 헌법 제116조 제2항의 선거공영제<sup>129)</sup>에 근거한다(정치자금법 제25조 및 제27조 제4항). ‘여성추천보조금’, ‘장애인추천보조금’, ‘청년추천보조금’은 사회경제적 약자의 정치참여를 활성화하려는 것으로 임기만료에 의한 지역구의원선거에서 여성, 장애인, 39세 이하 청년을 후보로 추천한 정당에 추가로 지급한다(동법 제26조, 제26조의2, 제26조의3). ② 경상보조금과 선거보조금은 지급 당시 동일 정당의 소속의원으로 교섭단체<sup>130)</sup>를 구성한 정당에 대하여 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분하고, \* 5석 이상의 의석을 가진 정당에 대하여는 100분의 5씩을, 의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당 중 선거에 참여하여 일정한 득표율을 획득한 정당에 대하여는 보조금의 100분의 2씩을 배분하며, 잔여분 중 100분의 50은 지급 당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석수 비율에 따라 배분하고, 그 나머지는 국회의원선거의 득표수 비율에 따라 배분한다(동법 제27조 제1항, 제2항, 제3항). 헌법재판소는 정치자금법상 정당의 의석수·득표수비율 등에 기초한 국고보조금 배분기준에 대하여 정당에 대한 국민의 지지도를 반영한 합리적인 차별이라며 합헌결정하였다(2006.7.27. 2004헌마655). \* ③ 경상보조금을 지급받은 정당은 그 경상보조금 총액의 100분의 30 이상은 정책연구소에, 100분의 10 이상은 시·도당에 배분·지급하여야 하며, 100분의 10 이상은 여성정치발전을 위하여, 100분의 5 이상은 청년정치발전을 위하여 사용하여야 한다(동법 제28조 제2항).

A. 국적 · 거주지 · 연령에 의한 피선거권제한

- ① 원칙적으로 대한민국의 국적을 보유한 국민만이 피선거권을 보유하며 외국인은 주체가 되지 못한다(공직선거법 제16조). 개정 공직선거법은 18세 이상의 일정한 영주 **외국인**에 한해 지방선거에서의 선거권을 인정하고 있으나(제15조 제2항), **피선거권**을 인정하고 있지는 않다.
- ② ‘대통령의 피선거권’은 **국회의원피선거권**이 있는 **40세 이상의 국민**으로서 선거일 현재 **5년 이상 국내에 거주**하고 있는 사람에게 인정되고, 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다(헌법 제67조 제4항, 공직선거법 제16조 제1항).<sup>144)</sup>★★ ‘국회의원의 피선거권’은 국내거주나 주민등록 여부를 불문하고 선거일 현재 **18세 이상의 국민**에게 인정되며(공직선거법 제16조 제2항), ‘지방의원 및 자치체장의 피선거권’은 **18세 이상의 국민**으로서 선거일 현재 **계속하여 60일 이상** 해당 지방 자치단체의 **관할구역에 주민등록**이 되어 있는 주민에게 인정된다(동조 제3항). ③ 헌법재판소는 국회의원 및 지방의회의원의 **피선거권연령을 25세 이상**으로 정한 공직선거법 조항에 대하여 입법형성권의 한계 내에 있다며 합헌결정하였고(2013.8.29. 2012헌마288). 국민인 주민의 지위와 무관한 주민등록을 기준으로 **법령상 주민등록이 곤란한 국내거주 재외국민의 피선거권을 부정**한 구 공직선거법 조항에 대하여 과도한 제한이라며 헌법불합치결정하였다(2007.6.28. 2004헌마644등). 현행 공직선거법은 재외국민용 주민등록증을 발급하도록 재외동포법 및 주민등록법이 개정됨에 따라 관련 규정을 정비하였다.

| 대통령선거   | 국회의원선거            | 자치체장선거  | 지방의원선거 |
|---|-------------------|---|--------|
| <b>국회의원피선거권</b> 있는 <b>40세 이상의 국민</b> (헌법)으로서 <b>5년 이상 국내 거주</b> 하는 사람 | <b>18세 이상의 국민</b> | <b>18세 이상의 국민</b> 으로서 <b>계속하여 60일(2개월) 이상</b> 관할구역에 주민 <b>등록</b> 된 주민 |        |

P 079 C. 본문 내용 대체

C. 기탁금에 의한 피선거권제한

① 기탁금제도는 선거의 공정성 담보를 위한 것으로 공직선거법상 후보자등록 요건으로 요구되는 기탁금의 내용은 대통령선거 3억원, 지역구국회의원선거 1천5백만원, 비례대표국회의원선거 500만원 등(장애인후보자 또는 29세 이하 청년후보자의 경우 50% 해당 금액, 30세 이상 39세 이하 청년후보자의 경우 70% 해당 금액)이고(공직선거법 제56조 제1항), \* 예비후보자등록의 경우 해당 선거 기탁금의 20%에 해당하는 금액이다(동법 제60조의2 제2항). ② ‘대통령선거, 지방자치단체장선거, 지역구의원선거’ 에서 후보자의 당선·사망, 유효투표총수 15% 이상(장애인후보자 또는 청년후보자의 경우 10% 이상)을 득표시 기탁금 전액을 반환하고, \* 유효투표총수 10% 이상 15% 미만(장애인후보자 또는 청년후보자의 경우 5% 이상 10% 미만) 득표시 기탁금 반액을 반환하며, 예비후보자의 사망·정당공천 탈락으로 후보자등록을 하지 않은 경우 기탁금 전액을 반환한다. 한편 ‘비례대표의원선거’ 에서는 후보자명부에 등재된 후보자 중 당선인이 있는 경우 기탁금 전액을 반환한다(동법 제57조 제1항). 헌법재판소는 선거관리의 효율성과 불법행위에 대한 제재금의 사전확보를 위한 기탁금제도는 민주적 정당성의 확보 및 정국의 안정을 위해 필요불가결하다며 합헌결정하였다(2003.8.21. 2001헌마 687등).

P 089 (3) (가) 본문 아래 판례 박스 추가

(3) 선거운동의 제한

(가) 시간적 제한

☐ 포괄적 선거운동기간 제한 선거운동기간 전에 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동까지 금지한 구 공직선거법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.2.24. 2018헌바146 [위헌]

심판대상조항은 선거의 과열경쟁으로 인한 사회·경제적 손실을 방지하고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장하려는 것이나, 오늘날 공정한 선거제도가 확립되고 국민의 정치의식이 높아지고 있으며, 입법자도 선거운동의 자유를 최대한 보장하려는 반성적 고려 하에 공직선거법 개정을 통해 선거운동기간 규제를 완화한 상황임에도 입법목적은 달성하는 데 지장이 없는 선거운동방법, 즉 돈이 들지 않는 방법으로서 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 문제나 사회·경제적 손실을 초래할 위험성이 낮은, 개별적으로 대면하여 말로 지지를 호소하는 선거운동까지 금지하고 처벌함으로써, 과잉금지원칙에 반하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로, 심판대상조항 중 선거운동기간 전에 개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동을 금지하는 부분은 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다.

P 090 판례 박스 추가

(나) 인적 제한

☐ 지방공사·공단 상근직원의 경선운동 금지 지방공사·공단의 상근직원이 당원이 아닌 자에게도 투표권을 부여하는 당내경선에서 경선운동을 할 수 없도록 금지·처벌하는 공직선거법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2021.4.29. 2019헌가11; 2022.6.30. 2021헌가24; 2022.12.22. 2021헌가36 [위헌]

당내경선은 정당이 공직선거후보자를 선출하는 절차로서 공직선거에 있어 중요한 부분을 차지하나, 당내경선은 공직선거 자체와는 구별되는 정당 내부의 자발적인 의사결정에 해당하고, 경선운동은 원칙적으로 공직선거에서의 선거운동에 해당하지 않으므로 당내경선의 형평성과 공정성을 담보하기 위해서 국가가 개입하여야 하는 정도가 공직선거와 동등하다고 보기는 어렵다는 점, 경선운동은 정치적 표현의 자유의 보호영역에 속하는 점 등을 고려하면, 공직선거법 제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없도록 한 심판대상조항의 과잉금지원칙 위반 여부 판단에는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다. 심판대상조항은 당내경선의 형평성과 공정성을 확보하려는 것이나, 이 사건 공사·공단의 상근직원은 상근임원과 달리 공사나 공단의 경영에 관여하거나 영향력을 미칠 수 있는 권한을 가지고 있지 않아 경선운동으로 인한 폐해가 크다고 보기 어려우므로, 그 지위를 이용하여 경선운동을 하는 행위를 금지하는 것은 별론으로 하고, 경선운동을 일률적으로 금지하는 것은 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다.

P 091 (다) 본문 내용 대체

(다) 방법적 제한

① 공직선거법은 각종 선거운동의 방법에 개별적인 제한을 규정하면서 탈법방법에 의한 선거운동을 금지하고 있는데, 헌법재판소는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 시설물 설치 등 금지 및 집회·모임(향우회·종친회·동창회·단합대회·야유회가 아닌 것에 한정) 개최 금지 조항(2022.7.21. 2017헌바100 등), 표시물 사용 선거운동 금지 조항(2022.7.21. 2018헌바164), 탈법방법에 의한 선거운동금지 조항 중 **‘광고, 벽보, 문서·도화, 인쇄물 배부 등 금지’** 부분(2022.7.21. 2018헌바357 등) 및 **‘기타 이와 유사한 것의 배부 등 금지’** 부분(2011.12.29. 2007헌마1001등)에 대하여 기회균등 보장취지를 넘는 과도한 규제라며 위헌결정하였다. ② 한편 헌법재판소는 구 공선법이 **‘자치구·시·군의원선거후보자의 정당표방을 금지’**한 것에 대하여 다른 지방선거와 불합리하게 차별한 것이라며 위헌결정하였다(2003.1.30. 2001헌가4). \*

P 093 (2) 판례 박스 추가

5. 투 표

☐ 재외선거인등 귀국투표 제한 재외투표기간 개시일 전에 귀국한 재외선거인등에게 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 한 공직선거법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.1.27. 2020헌마895 [한법불합치]

심판대상조항은 재외투표소에서 선거권을 행사한 자가 국내에서 다시 선거권을 행사하는 중복투표를 방지하여 선거의 공정성을 확보하려는 것이나, 심판대상조항과 달리 재외투표기간이 종료된 후 선거일이 도래하기 전까지의 기간 내에 재외투표관리관이 재외선거인등 중 실제로 재외투표를 한 사람들의 명단을 선거관리위원회에 보내어 선거일 전까지 투표 여부에 관한 정보를 확인하는 방법을 상정할 수 있다는 점, 재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인등이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 아니한 불충분·불완전한 입법으로 인한 선거권 제한은 결코 가볍지 않다는 점을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배되어 선거권을 침해한다.

P 109 (2) 판례 박스 추가

(2) 지방자치단체의 사무

☐ 상급자치단체의 자치사무감사 경기도가 정기적인 종합감사 실시계획에 따라 남양주시에 통보한 자치사무 전반에 대한 사전적·일반적 자료제출요구가 지방자치권을 침해하는지 여부(적극)

▶ 2022.8.31. 2021헌라1 [인용]

지방자치단체의 자치권 보장을 위하여 자치사무에 대한 감사는 합법성 감사로 제한되어야 하는바, 포괄적·사전적 일반감사나 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 합목적성 감사에 해당하므로 구 지방자치법 제171조 제1항 후문 상 허용되지 않는다는 점은 헌법재판소가 2009.5.28. 2006헌라6 결정에서 확인한 바 있다. 이 사건 자료제출요구는 헌법재판소가 위 결정에서 허용될 수 없다고 확인한 자치사무에 대한 포괄적·사전적 감사나 법령위반사항을 적발하기 위한 감사 절차와 그 양태나 효과가 동일하므로, 합법성 감사로 제한되는 자치사무에 대한 감사의 한계를 벗어나 헌법상 청구인에게 보장된 지방자치권을 침해한다.

P 153 (4) 판례 박스 추가

(4) 과잉금지원칙 관련 헌법재판소 판례

☐ 음주운전 등 재범 가중처벌 음주운전(음주운행) 금지규정 위반 또는 음주측정거부 전력자가 다시 음주운전(음주운행)이나 음주측정거부를 한 경우 가중처벌하는 도로교통법 및 해상안전법 조항이 위헌인지 여부(적극)

▶ 2021.11.25. 2019헌바446; 2022.5.26. 2021헌가30등; 2022.5.26. 2021헌가32등; 2022.8.31. 2022헌가18등; 2022.8.31. 2022헌가10 [위헌]



심판대상조항은 음주운전 금지규정 등을 반복하여 위반하는 사람에 대한 처벌을 강화하기 위한 규정인데, 가중요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않고 있는 점(과거 위반행위가 상당히 오래 전에 이루어져 처벌대상인 재범행위를 준법정신이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 행위 또는 반복적으로 교통안전 등을 위협하는 행위라고 평가하기 어렵다면 이를 가중처벌할 필요가 있다고 보기 어렵다), 과거 위반 전력의 시기 및 내용이나 혈중알코올농도 수준, 음주 의심 정도와 발생한 위험 등에 비추어, 비난가능성이 상대적으로 낮은 재범행위까지도 일률적으로 가중처벌한다는 점 등을 종합하면, 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

☐ **성년 가족 예비군훈련 소집통지서 전달 의무** 예비군대원 본인의 부재시 예비군훈련 소집통지서를 수령한 같은 세대 내의 가족 중 성년자가 정당한 사유없이 소집통지서를 본인에게 전달하지 아니한 경우 형사처벌을 하는 예비군법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.5.26. 2019헌가12 [위헌]

심판대상조항은 예비군대원 본인이 부재중이기만 하면 예비군대원 본인과 세대를 같이한다는 이유만으로 가족 중 성년자가 소집통지서를 전달할 의무를 위반하면 형사처벌을 하고 있는데, 이는 예비군훈련을 위한 소집통지서의 전달이라는 정부의 공적 의무와 책임을 단지 행정사무의 편의를 위하여 개인에게 전가하는 것으로, 이것이 실효적인 예비군훈련 실시를 위한 전제로 그 소집을 담보하고자 하는 것이라도 지나치다는 점, 심판대상조항은 행정절차적 협력의무에 불과한 소집통지서 전달의무의 위반에 대하여 과태료 등의 행정적 제재가 아닌 형사처벌을 부과하고 있는데, 이는 형벌의 보충성에 반하고 책임에 비하여 처벌이 지나치게 과도하다는 점 등을 종합하면, 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

### P 171 3. (1) 본문 내용 대체, 각주 추가

#### (1) 성적 자기결정권

헌법재판소는 **혼인빙자간음죄**를 처벌하는 형법 제304조에 대하여 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 자유를 침해한다며 위헌결정하였고(2009.11.26. 2008헌바58등), \* **간통죄**를 처벌하는 형법 제241조에 대하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 자유를 침해한다며 위헌결정하였다(2015.2.26. 2009헌바17등). \* 한편 성적 자기결정권의 내용에 성별선택의 자유가 포함되는지가 문제되는데, 대법원은 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념상 성전환자에 해당함이 명백한 경우 **혼인 중이 아닌 한 미성년 자녀의 유무와 상관없이** 성별정정을 허가하고 있다(2006.6.22. 2004스42; 2022.11.24. 2020스616),<sup>250)</sup> \*

250) 대법원은 종래 혼인 중인 경우뿐만 아니라 미성년 자녀를 둔 경우에도 성별정정을 불허하였으나(2011.9.2. 2009스117), 최근 판례를 변경하여 미성년 자녀가 있더라도 혼인 중이 아니면 성별정정을 허용해야 한다고 판시하였다(2022.11.24. 2020스616).

P 173 3. (1) 판례 박스 추가

(1) 일반적 행동자유권 침해를 긍정한 판례

☐ **금융거래정보 제공요구 처벌** 금융회사등에 종사하는 자에게 타인의 금융거래정보의 제공을 요구하는 것을 금지하는 금융실명법 조항이 위헌인지 여부(일부 적극) ▶ 2022.2.24. 2020헌가5 [위헌]

심판대상조항은 금융거래정보 유출을 막음으로써 금융거래의 비밀을 보장하려는 것이나, 금융기관 및 그 종사자에 대하여 정보의 제공 또는 누설에 대하여 형사적 제재를 가하는 것만으로도 금융거래의 비밀은 보장될 수 있다는 점, 제공요구행위에 사회적으로 비난받을 행위가 수반되지 않거나 금융거래의 비밀 보장에 실질적인 위협이 되지 않는 행위도 있을 수 있고, 명의인의 동의를 받을 수 없는 상황에서 타인의 금융거래 정보가 필요하여 금융기관 종사자에게 그 제공을 요구하는 경우가 있을 수 있는 등 금융거래정보 제공요구 행위는 구체적인 사안에 따라 죄질과 책임을 달리함에도 정보제공요구의 사유나 경위, 행위 태양, 요구한 거래정보의 내용 등을 전혀 고려하지 아니하고 일률적으로 금지하고 처벌한다는 점을 종합하면, 과잉금지 원칙에 반하여 일반적 행동자유권을 침해한다.

P 175 (2) 판례 박스 추가

(2) 일반적 행동자유권 침해를 부정한 판례

☐ **선불폰 개통에 필요한 증서 타인제공 금지** 이동통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 원칙적으로 금지하는 전기통신사업법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2022.6.30. 2019헌가14 [합헌]

심판대상조항은 이동통신서비스 이용자의 일반적 행동자유권을 제한한다. 그러나 이동통신서비스 이용자의 의사소통이나 의사표현을 제한하는 내용이 아니므로 통신의 자유나 표현의 자유를 제한한다고 보기 어렵다. 심판대상조항은 명의자와 실제 이용자가 다른 차명휴대전화, 이른바 대포폰이 보이스피싱(Voice Phishing) 등 범죄의 범행도구로 악용되는 것을 방지하여 이동통신시장질서를 교란하는 행위 등을 막으려는 것으로, 이동통신서비스를 타인의 통신용으로 제공한 사람들은 이동통신시장에 대포폰이 다량 공급되는 원인으로 작용하고 있어 신중범죄로부터 통신의 수신자 등을 보호하기 위해 규제의 필요성이 크고, 이동통신서비스 이용자가 제한받는 사익의 정도가 공익에 비하여 과다하다고 보기도 어려우므로, 과잉금지원칙에 위배하여 이동통신서비스 이용자의 일반적 행동자유권을 침해하지 아니한다.

P 176 판례 박스 추가

☐ **사회봉사명령제도** 형의 집행을 유예하면서 사회봉사를 명할 수 있도록 한 형법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2012.3.29. 2010헌바100 [합헌]

심판대상조항에 의하여 청구인은 자신의 의사와 무관하게 사회봉사를 하지 않을 수 없게 되어 일반적 행동의 자유를 제한받게 된다. 그러나 이 사건 사회봉사명령은 청구인에게 근로의무를 부과함에 그치고 공권력

이 신체를 구금하는 등의 방법으로 근로를 강제하는 것은 아니어서 신체의 자유를 제한한다고 볼 수 없고, ★★ 직접적으로 직업의 자유를 제한하는 것이 아닌 데다 그 이행기간 중에 직업의 선택 및 수행이 사실상 어려워지는 측면은 일반적 행동의 자유가 제한됨에 따라 부수적으로 발생하는 결과일 뿐이므로 직업의 자유를 제한한다고 볼 수도 없다. 심판대상조항은 범죄인에게 근로를 강제하여 형사제재적 기능을 함과 동시에 사회에 유용한 봉사활동을 통하여 사회와 통합하여 재범방지 및 사회복귀를 용이하게 하려는 것으로서 필요하고도 적절한 한도 내에서 실시되고 있으므로 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

P 184 IV. 판례 박스 추가

## VI 평등권 관련 헌법재판소 판례

☐ **가사사용인 퇴직급여법 적용제의 ‘가구 내 고용활동’에 대해서는 근로자퇴직급여 보장법을 적용하지 않도록 한 퇴직급여법 조항이 위헌인지 여부(소극)** ▶ 2022.10.27. 2019헌바454 [합헌]

가사사용인도 근로자에 해당하지만, 제공하는 근로가 가정이라는 사적 공간에서 이루어지는 특수성이 있다. 그런데 가사사용인 이용 가정의 경우 일반적인 사업 또는 사업장과 달리 퇴직급여법이 요구하는 사항들을 준수할만한 여건과 능력을 갖추지 못한 경우가 대부분임에도 이러한 현실을 무시하고 퇴직급여법을 전면 적용한다면 가사사용인 이용자가 감당하기 어려운 경제적·행정적 부담을 가중시킬 우려가 있다. 최근 제정된 가사근로자법에 의하면 인증받은 가사서비스 제공기관과 근로계약을 체결한 사람은 가사근로자로서 퇴직급여법의 적용을 받게 되므로, 가사사용인은 가사서비스 제공기관을 통하여 근로 관계 법령을 적용받을 것인지, 직접 이용자와 고용계약을 맺는 대신 그 적용을 받지 않을 것인지 선택할 수 있다. 이를 종합하면 심판대상조항은 합리적 이유가 있는 차별로서 평등원칙에 위배되지 아니한다.

☐ **초과 구금 형사보상 미규정 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 있음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장의 교환적 변경을 통해 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 보상요건을 규정하지 아니한 형사보상법 조항이 위헌인지 여부(적극)** ▶ 2022.2.24. 2018헌마998등 [헌법불합치]

헌법 제28조의 형사보상청구권은 국가의 형사사법작용에 의하여 신체의 자유가 침해된 국민에게 그 구제를 인정하여 기본권 보호를 강화하는 것이 목적이므로, 외형상·형식상으로 무죄재판이 없다고 하더라도 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위험으로 인하여 국민의 신체의 자유에 관하여 피해가 발생하였다면 형사보상청구권을 인정하는 것이 타당하다. 이 사건에서 문제되는 경우는 심판대상조항이 형사보상 대상으로 규정하고 있는 경우들과 본질적으로 다르다고 보기 어렵고, 다만 무죄재판을 받을 수 없었던 사유가 ‘적용법조에 대한 공소장의 교환적 변경’이라는 점에 차이가 있다. 결과적으로 부당한 구금으로 이미 피고인의 신체의 자유에 관한 중대한 피해가 발생한 이상, 공소장의 교환적 변경을 통하여 무죄재판을 피하였다면 사정은 피고인에 대한 형사보상청구권 인정 여부를 달리할 합리적인 근거가 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항이 이 사건에서 문제되는 경우를 형사보상 대상으로 규정하지 아니한 것은 현저히 자의적인 차별로서 청구인들의 평등권을 침해한다.

P 205 b) 판례 박스 추가

b) 명확성원칙의 위반을 부정한 판례

☐ **경범죄처벌법상 ‘못된 장난 등의 업무방해’ 금지** 못된 장난 등으로 다른 사람, 단체 또는 공무수행중인 자의 업무를 방해한 사람을 처벌하는 경범죄처벌법 조항이 위헌인지 여부(소극)

▶ 2022.11.24. 2021헌마426 [각칙]

심판대상조항의 입법 목적, ‘못된 장난’의 사전적 의미, ‘경범죄 처벌법’의 예방적·보충적·도덕적 성격 등을 종합하면, 심판대상조항의 ‘못된 장난 등’은 타인의 업무에 방해가 될 수 있을 만큼 남을 괴롭고 귀찮게 하는 행동으로 일반적인 수인한도를 넘어 비난가능성이 있으나 형법상 업무방해죄, 공무집행 방해죄에 이르지 않을 정도의 불법성을 가진 행위를 의미한다고 할 것이므로, 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하여 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다. 심판대상조항은 사회적 활동의 자유 보장 및 국가기능의 원활한 작동을 위한 것으로, ‘경범죄 처벌법’의 예방적·보충적·도덕적 성격을 반영하여 형법과 달리 업무방해와 공무방해를 함께 규율하는 것도 가능하고, 형법상 처벌되는 행위보다 불법성은 경미하지만 국가기능의 정상적 수행에 혼란을 초래할 수 있는 행위를 금지하여야 할 필요성도 인정되므로, 과잉금지원칙을 위반하여 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다.

P 212 (3) 판례 박스 추가

(3) 적법절차원칙 관련 헌법재판소 판례

☐ **수사기관 등의 통신자료 제공요청** 수사기관 등이 전기통신사업자에게 이용자의 성명 등 통신자료의 제공을 요청하여 취득한 행위 및 수사기관 등이 전기통신사업자에게 이용자의 성명 등 통신자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있도록 한 전기통신사업법 조항이 위헌인지 여부(일부 적극)

▶ 2022.7.21. 2016헌마388등 [각하, 헌법불합치]

(1) 전기통신사업법은 전기통신사업자가 수사기관 등의 통신자료 제공요청에 따를 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 협조 의무 등에 대해 명시하고 있지 아니한바, 이 사건 수사기관 등에 의한 통신자료 제공요청은 임의수사에 해당하는 것으로, 전기통신사업자가 불응한 경우에도 어떠한 법적 불이익을 받는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 통신자료 취득행위는 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하지 않는다.

(2) 이 사건 제공요청에 따라 전기통신사업자가 제공하는 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일은 청구인들의 동일성을 식별할 수 있게 해주는 개인정보에 해당한다. 헌법상 영장주의는 강제처분에 적용되므로, 임의수사에 해당하는 수사기관 등의 통신자료 취득에는 영장주의가 적용되지 않는다. 이 사건 법률조항은 수사나 형의 집행, 국가안전보장 활동의 신속성과 효율성을 도모하려는 것으로, 정보의 범위를 피의자나 피해자를 특정하기 위한 필요최소한의 기초정보로 한정하고, 요청 사유 또한 ‘수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위협을 방지하기 위한 정보수집’으로 한정하고 있는 점 등에 비추어 과잉금지원칙에 위배되지 않는다. 그러나 당사자에 대한 통지는 당사자가 기본권 제한 사실을 확인하고 그 정당성을 다룰 수 있는 전제조건이 된다는 점에서 매우 중요하다고 할 것인데, 수사 등 정보수집의 이익을 고려하여 사전에 정보주체에게 그 내역을 통지하는 것이 적절하지 않다면 통신자료를 취득한 이후에 그 취득사실을 통지하는 것이 얼마든지 가능성에도 이 사건 법률조항은 통신자료 취득에 대한 사후통지절차를 두지 않아 적법절차원칙에 위배된다.

P 224 (라) 판례 박스 추가

(라) 변호인을 통한 소송수행권

☐ **검사의 별건 수사서류 열람·등사 거부행위** 별건으로 공소제기 후 확정되어 검사가 보관하고 있는 서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 당해 형사사건과의 관련성을 부정하면서 해당 서류의 열람·등사를 거부한 검사의 행위가 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.6.30. 2019헌마356 [인용]

형사소송법이 공소가 제기된 후의 피고인 또는 변호인의 수사서류 열람·등사권에 대하여 규정하면서 검사의 열람·등사 거부처분에 대하여 별도의 불복절차를 마련한 것은 신속하고 실효적인 권리구제를 통하여 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위함이다. 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하여 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 하며, 이는 별건으로 공소제기되어 확정된 관련 형사사건 기록에 관한 경우에도 마찬가지이다. 그렇다면 검사의 이 사건 거부행위는 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.

P 236 II. 1. 본문 내용 대체

1. 주거의 불가침

주거의 불가침에서 ‘주거’ (住居)란 외부와 구획된 일체의 **사적인 생활공간**을 말하고, ‘불가침’이란 **사적인 평온상태**가 유지되는 것을 말한다. 이와 관련하여 대법원은 “형법상 주거침입죄는 의사의 자유가 아닌 ‘사실상 주거의 평온’을 보호하는 것이므로, 침입에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다”고 판시하였다(2021.9.9. 2020도12630; 2022.3.24. 2017도18272).

### 3. 종교의 자유의 제한

☐ **육군훈련소 내 종교행사 참석 강제** 육군훈련소장이 훈련병들로 하여금 육군훈련소 내 종교행사에 참석하도록 한 행위가 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.11.24. 2019헌마941 [인용]

피청구인이 청구인들로 하여금 개신교, 천주교, 불교, 원불교 4개 종교의 종교행사 중 하나에 참석하도록 한 것은 그 자체로 종교적 행위의 외적 강제에 해당한다. 이 사건 종교행사 참석조치는 피청구인이 위 4개 종교를 승인하고 장려한 것이라고 보여질 수 있으므로 국가의 종교적 중립성을 위반하여 특정 종교를 우대하는 것이고, 국가가 종교를 군사력 강화를 위한 수단으로 전락시키거나 종교단체가 군대라는 국가권력에 개입할 수 있는 기회를 제공하므로 국가와 종교의 밀접한 결합을 초래한다는 점에서 정교분리원칙에 위배된다. 이 사건 종교행사 참석조치는 군에서 필요한 정신전력을 강화하는 데 기여하기보다 오히려 해당 종교와 군 생활에 대한 반감이나 불쾌감을 유발하여 역효과를 일으킬 소지가 크고, 훈련병들의 정신전력을 강화할 수 있는 방법으로 종교적 수단 이외에 일반적인 윤리교육 등 다른 대안도 택할 수 있으며, 종교는 개인의 인격을 형성하는 가장 핵심적인 신념일 수 있는 만큼 종교에 대한 국가의 강제는 심각한 기본권 침해에 해당하는 점을 고려할 때, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 종교의 자유를 침해한다.

### 1. 상업 광고

☐ **변호사 광고 규제** 변호사법의 위임을 받아 변호사협회의 유권해석에 반하는 광고, 변호사등을 광고·홍보·소개하는 행위 등을 금지하는 대한변호사협회의 변호사 광고에 관한 규정이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.5.26. 2021헌마619 [위헌]

(1) 대한변호사협회(약칭 ‘변협’)은 변호사법에서 명시적으로 위임받은 변호사 광고에 관한 규제를 설정함에 있어 공법인으로서 공권력 행사의 주체가 되고, 변협의 구성원인 변호사등은 위 규정에 위반하면 관련 규정에 따라 징계를 받게 되는데, 이 사건 규정이 단순히 변협 내부 기준이라거나 사법적인 성질을 지니는 것이라 보기 어렵고, 수권법률인 변호사법과 결합하여 대외적 구속력을 가진다. 따라서 변협이 변호사 광고 규제와 관련하여 정립한 이 사건 규정은 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당한다.

(2) 유권해석위반 광고금지규정은 ‘협회의 유권해석에 위반되는’이라는 표지만을 두고 그에 따라 금지되는 광고의 내용 또는 방법 등을 한정하지 않고 있고, 변호사법이나 관련 회규를 살펴봐도 그 내용을 알기 어렵다. 따라서 위 규정은 수권법률로부터 위임된 범위 내에서 명확하게 규율 범위를 정하고 있다고 보기 어려우므로, 법률유보원칙에 위반되어 표현의 자유와 직업의 자유를 침해한다.

(3) 대가수수 광고금지규정은 광고표현이 지닌 기본권적 성질을 고려할 때 광고의 내용이나 방법적 측면에서 꼭 필요한 한계 외에는 폭넓게 광고를 허용하는 것이 바람직하다는 점, 각종 매체를 통한 변호사 광고를 원칙적으로 허용하는 변호사법의 취지에 비추어 변호사등이 다양한 매체의 광고업자에게 광고비를 지급하고 광고하는 것을 일률적으로 금지하는 것은 수단의 적합성을 인정하기 어렵다는 점을 종합하면, 과잉금지원칙에 위반되어 표현의 자유와 직업의 자유를 침해한다.



P 257 4. 익명표현 단락 위에 “4. 명예훼손표현 단락” 추가

4. 명예훼손표현

헌법 제21조 제4항의 타인의 명예나 권리 침해 금지와 관련하여 명예훼손표현의 보호여부가 문제 되는데, 헌법재판소는 “헌법 제21조 제4항의 타인의 명예나 권리 침해 금지조항은 언론·출판의 사회적 책임성 및 그 제한의 요건을 명시한 것일 뿐 보호영역 한계를 설정한 것이 아니므로, \* 공연한 사실의 적시를 통한 **명예훼손적 표현 역시 표현의 자유의 보호영역에 해당한다**” 고 판시하였다 (2021.2.25. 2017헌마1113등).

☐ **사실 적시 명예훼손죄** 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 처벌하는 형법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2021.2.25. 2017헌마1113등 [기각]

오늘날 매체가 매우 다양해짐에 따라 명예훼손적 표현의 전파속도와 파급효과는 광범위해지고 있으며, 일단 훼손되면 완전한 회복이 어렵다는 외적 명예의 특성상, 명예훼손적 표현행위를 제한해야 할 필요성은 더 커지게 되었다. 명예의 보호는 표현의 자유가 위축되는 것을 방지함으로써 민주주의의 실현에 기여하므로 표현의 자유와 인격권의 우열은 쉽게 단정할 성질의 것이 아니며, ‘징벌적 손해배상’ 이 인정되지 않는 우리나라의 민사적 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방효과를 확보하기 어려우므로 같은 목적을 위해 덜 침입적인 수단이 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

5. 익명표현

P 260 (3) 판례 박스 추가

(3) 알 권리의 내용

☐ **아동학대행위자 식별정보 보도금지** 신문의 편집인 등으로 하여금 아동보호사건에 관련된 아동학대행위자를 특정하여 파악할 수 있는 인적 사항 등을 신문 등 출판물에 실거나 방송매체를 통하여 방송할 수 없도록 한 아동학대처벌법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2022.10.27. 2021헌가4 [합헌]

학대로부터 아동을 특별히 보호하여 건강한 성장을 도모하는 것은 중요한 법익이다. 이에 아동학대 자체로부터의 보호뿐만 아니라 사건처리 과정에서 발생할 수 있는 사생활 노출 등 2차 피해로부터의 보호도 포함된다. 아동학대행위자 대부분은 피해아동과 평소 밀접한 관계에 있으므로, 행위자를 특정하여 파악할 수 있는 식별정보를 신문, 방송 등 매체를 통해 보도하는 것은 피해아동의 사생활 노출 등 2차 피해로 이어질 가능성이 매우 높다. 식별정보 보도 후에는 2차 피해를 차단하기 어려울 수 있고, 식별정보 보도를 허용할 경우 대중에 알려질 가능성을 두려워하는 피해아동이 신고를 자발적으로 포기하게 만들 우려도 있다. 보도금지조항은 아동학대사건 보도를 전면금지하지 않으며 오직 식별정보에 대한 보도를 금지할 뿐으로, 익명화된 형태의 사건보도는 가능하다. 따라서 보도금지조항은 언론·출판의 자유와 국민의 알 권리를 침해하지 않는다.

B. 시간적 · 장소적 제한

헌법재판소는 ① 집시법상 ‘**야간옥외집회 · 시위의 규제**’와 관련하여, 허가제에 해당하지는 않으나 과잉금지원칙에 위반된다며 한정위헌결정하였고(2014.4.24. 2011헌가29), ② 대통령 관저, 국회의사당, 각급법원, 국무총리공관, 외교기관 등 ‘**주요청사 · 저택 인근 옥외집회 · 시위의 금지**’와 관련하여, 입법목적의 달성에 필요한 최소한도의 범위를 넘어 규제가 불필요하거나 예외적으로 허용 가능한 집회 · 시위까지도 일률적 · 전면적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다고 판시하였다(2022.12.22. 2018헌바48; 2018.5.31. 2013헌바322등; 2018.7.26. 2018헌바137; 2018.5.31. 2013헌바322등; 2003.10.30. 2000헌바67등). \*\*

☐ **대통령 관저 인근 옥외집회 · 시위 규제** 대통령 관저의 경계 지점으로부터 100 미터 이내의 장소에서 옥외집회 · 시위를 일률적으로 금지하는 구 집시법 및 개정 집시법 조항이 위헌인지 여부(적극)

▶ 2022.12.22. 2018헌바48 [헌법불합치]

(1) 심판대상조항은 대통령의 헌법적 기능 보호를 위한 것이나, ‘대통령 등의 안전이나 대통령 관저 출입과 직접적 관련이 없는 장소’에서의 집회, 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 ‘소규모 집회’ 등 법익에 대한 위험 상황이 구체적으로 존재하지 않는 집회까지도 예외 없이 금지하고 있다는 점, 집시법은 폭력적이고 불법적인 집회에 대처할 수 있도록, 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회의 주최 금지(제5조 제1항) 등 다양한 규제수단을 두고 있다는 점, 국민이 집회를 통해 대통령에게 의견을 표명하고자 하는 경우, 대통령 관저 인근은 그 의견이 가장 효과적으로 전달될 수 있는 장소이므로 대통령 관저 인근에서의 집회를 전면적 · 일률적으로 금지하는 것은 집회의 자유의 핵심적인 부분을 제한한다는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해한다.

(2) 대통령 관저 인근의 집회 중 어떠한 형태의 집회를 예외적으로 허용함으로써 집회의 자유를 필요최소한의 범위에서 제한할 것인지는 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하므로 이 사건 구법조항에 대하여 단 순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 한다. 이 사건 구법조항은 이미 개정되어 향후 적용될 여지가 없지만 계속 적용을 명하는 경우 구체적 규범 통제의 실효성이 보장되지 못할 가능성이 있으므로 그 적용을 중지한다. 이 사건 현행법조항은 이 사건 구법조항과 내용이 같으므로, 이에 대해서도 위헌을 선언할 필요가 있으나, 대통령의 헌법적 기능 보호에 관한 법적 공백을 방지하기 위해 헌법불합치결정을 선고하되, 2024. 5. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 한다.



P 293 4. 두 번째 판례 박스 대체

☐ 지방의원 당선 퇴직공무원 연금지급정지 공무원연금법상 퇴직연금수급자가 지방의회의원에 취임한 경우 그 재직기간 중 퇴직연금 전부의 지급을 정지하도록 한 공무원연금법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.1.27. 2019헌바161 [헌법불합치]

심판대상조항은 악화된 연금재정을 개선하여 공무원연금제도의 건실한 유지·존속을 도모하고 연금과 보수의 이중수혜를 방지하기 위한 것이나, 퇴직공무원의 적절한 생계 보장이라는 공무원연금제도의 취지에 비추어, 연금 지급을 정지하기 위해서는 ‘연금을 대체할 만한 소득’이 전제되어야 한다는 점, 지방의회의원이 받는 의정비 중 의정활동비는 의정활동 경비 보전을 위한 것이므로 연금을 대체할 만한 소득이 있는지 여부는 월정수당을 기준으로 판단하여야 한다는 점, 퇴직연금수급자인 지방의회의원 중 약 4분의 3에 해당하는 의원이 퇴직연금보다 적은 액수의 월정수당을 받고 있다는 점, 월정수당은 지방자치단체에 따라 편차가 크고 안정성이 낮다는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 재산권을 침해하므로 헌법에 위반된다. 종래 이와 견해를 달리하여 이 사건 구법 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌법재판소 결정(헌재 2017.7.27. 2015헌마1052)은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 이를 변경한다.

P 309 마지막 판례박스 위에 판례 박스 추가

(2) 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한

(가) 자격제도

☐ 아동학대관련범죄자 취업제한 아동학대관련범죄로 벌금형이 확정된 날부터 10년이 지나지 아니한 사람은 어린이집을 설치·운영하거나 어린이집에 근무할 수 없고, 같은 이유로 보육교사 자격이 취소되면 그 취소된 날부터 10년간 자격을 재교부받지 못하도록 한, 영유아보육법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.9.29. 2019헌마813 [위헌]

심판대상조항은 6세 미만의 취학 전 아동인 영유아에 대한 학대를 예방함으로써 영유아를 건강하고 안전하게 보육하기 위한 것이나, 아동학대관련범죄전력만으로 장래에 동일한 유형의 범죄를 다시 저지할 것이라고 단정하고 일률적으로 10년의 취업제한을 부과하는 점, 이 기간 내에는 취업제한 대상자가 그러한 제재로부터 벗어날 수 있는 어떠한 기회도 존재하지 않는 점, 개별 범죄행위의 태양을 고려한 위험의 경중에 대한 판단이 없는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배되어 직업선택의 자유를 침해한다.

P 324 (2) 판례 박스 추가

(2) 공무담임권 관련 헌법재판소 판례

☐ **피성년후견인 국가공무원 당연퇴직** 국가공무원이 피성년후견인이 된 경우 당연퇴직되도록 한 구 국가공무원법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.12.22. 2020헌가8 [헌법불합치]

심판대상조항은 직무수행의 하자를 방지하고 국가공무원제도에 대한 국민의 신뢰를 보호하려는 것이나, 현행 국가공무원법은 정신상의 장애로 직무를 감당할 수 없는 국가공무원에 대하여 임용권자가 최대 2년(공무상 질병 또는 부상은 최대 3년)의 범위 내에서 휴직을 명하도록 하고(제71조 제1항 제1호, 제72조 제1호), 휴직 기간이 끝났음에도 직무에 복귀하지 못하거나 직무를 감당할 수 없게 된 때에 비로소 직권면직 절차를 통하여 직을 박탈하도록 하고 있는바(제70조 제1항 제4호), 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적 달성을하면서도 공무담임권의 침해를 최소화할 수 있는 대안이 있다는 점, 성년후견이 개시되었어도 정신적 제약을 회복하면 후견이 종료될 수 있다는 사실에 비추어 보아도 사익의 제한 정도가 지나치게 가혹하다는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 반하여 공무담임권을 침해한다.

☐ **아동 성적 학대행위자 공무담임권 제한** 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위로 형을 선고받아 확정된 사람은 일반직공무원 및 부서관으로 임용될 수 없도록 한 국가공무원법 및 군인사법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.11.24. 2020헌마1181 [헌법불합치]

심판대상조항은 공직자에 대한 고도의 윤리성과 도덕성을 확보하고 아동의 건강과 안전을 보호하기 위한 것이나, 아동과 관련이 없는 직무를 포함하여 모든 일반직공무원 및 부서관에 임용될 수 없도록 하므로 제한의 범위가 지나치게 넓고 포괄적인 점, 영구적으로 임용을 제한하고 결격사유가 해소될 수 있는 어떠한 가능성도 인정하지 않는 점, 아동에 대한 성적 학대행위의 종류, 죄질 등은 다양하므로 개별 범죄의 비난가능성 및 재범 위험성 등을 고려하여 상당한 기간 동안 임용을 제한하는 덜 침해적인 방법으로도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배되어 공무담임권을 침해한다.

☐ **선거범의 공무담임권 제한** 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 사람은 지방의회 의원직에서 퇴직한다고 규정한 공직선거법이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2011.3.31. 2019헌마986 [기각]

퇴직조항은 선거의 공정성 및 공직에 대한 신뢰를 제고하려는 것으로, 지방의회의원이 선거의 공정성을 해하는 범죄로 유죄판결이 확정되었다면 지방자치행정을 민주적이고 공정하게 수행할 것이라고 기대하기 어렵고, 피선거권 박탈만으로는 동일한 정도로 공직에 대한 신뢰를 제고하기 어려우며, 퇴직조항으로 인한 사익의 침해에 비해 공익이 더욱 중대하다는 점을 종합하면, 공무담임권을 침해하지 아니한다.

P 333 (2) 본문 내용 대체, 각주 추가

(2) 군사재판

현행 군사법원법상의 군사재판은 임용자격, 임명절차 면에서 법원조직법상의 법관과 구별되는 **군판사**에 의한 재판이란 점에서 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의한 재판이 아니나,<sup>251)</sup> 우리 헌법은 제110조 제1항에서 **특별법원으로서 군사법원을 인정**하고 있으므로 재판청구권을 침해한 것은 아니다(1996.10.31. 93헌바25).

P 341 7. 판례 박스 추가

7. 형사피해자의 재판절차진술권

☐ **가습기살균제 제품 신문기사 심사대상 제외** 가습기살균제 제품의 표시·광고에 관한 사건처리에 있어서, 공정거래위원회가 이 사건 제품 관련 인터넷 신문기사 3건을 심사대상에서 제외한 행위가 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.9.29. 2016헌마773 [인용]

신문기사 형식이라는 이유만으로 광고가 아니라고 단정할 수 없고, 판매회사가 이 사건 제품 관련 보도자료를 배포한 사실 등이 있으므로 그 의사에 기하여 위 기사들이 작성되었을 정황이 존재하며, 위 기사들 중에는 이 사건 제품이 ‘인체에 안전’하다는 내용이 기재된 것도 있어 표시광고법상 금지되는 ‘거짓·과장의 광고’에 해당하는지 여부가 문제되는데, 표시광고법상 그 내용이 진실임을 입증할 책임은 사업자에게 있으므로 피청구인이 위 기사들을 대상으로 심사절차를 진행하였다면 이 사건 제품의 인체 안전성이 입증되지 못하였다는 이유로 고발 및 행정처분 등이 이루어졌을 가능성이 있다. 특히 표시광고법위반죄는 피청구인에게 전속고발권이 있어 피청구인의 고발이 없으면 공소제기가 불가능한바, 피청구인이 위 기사들을 심사대상에서 제외한 것은 청구인의 재판절차진술권 행사를 원천적으로 봉쇄하는 결과를 낳는 것이었다. 결국 피청구인의 행위로 인하여 청구인의 평등권과 재판절차진술권이 침해되었다.

251) 군사법원의 재판관인 군판사는 국방부 소속으로 영관급 이상의 군법무관 중에서 국방부장관이 임명한다(군사법원법 제22조 내지 제24조, 군법무관법 제2조 및 제3조 참조). 반면에 일반법원의 법관은 사법부 소속으로 판사·검사·변호사, 국가기관 등에서 법률사무에 종사하거나 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직한 변호사 자격이 있는 사람 중에서 대법원장·대법관의 경우 대통령, 판사의 경우 대법원장이 임명한다(법원조직법 제41조 및 제42조 참조).

### Ⅲ 재판청구권의 제한

#### 1. 입법형성권의 한계

☐ 공공단체(총장)의 교원소청심사결정 행정소송 금지 공공단체인 한국과학기술원의 총장이 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 없도록 한 구 교원지위법 조항이 위헌인지 여부 (소극) ▶ 2022.10.27. 2019헌바117 [합헌]

헌법 제27조 제1항에서 보장되는 재판을 받을 권리는 원칙적으로 제도적으로 보장되는 성격이 강하므로, 그에 관하여는 상대적으로 폭넓은 입법형성권이 인정된다. 심판대상조항은 교원의 인사를 둘러싼 분쟁을 신속하게 해결하고 궁극적으로는 한국과학기술원의 설립취지를 효과적으로 실현하기 위한 것이다. 교원의 신분보장을 둘러싼 재판상 권리구제절차를 어떻게 마련할 것인지는 당해 학교의 설립목적과 공공적 성격의 정도, 국가의 감독 수준 등을 두루 고려하여 정할 수 있는 것으로, 교원 근로관계의 법적 성격에 의해서만 좌우된다고 보기 어렵고, 한국과학기술원 설립목적의 특수성과 그 목적을 달성하기 위한 국가의 관리·감독 및 재정 지원, 사무의 공공성 내지 공익성 등을 고려하여 소속 교원의 신분을 두텁게 보장한 것이 입법형성의 범위를 벗어났다고 보기 어려우므로, 청구인의 재판청구권을 침해하지 아니한다.

#### P 356 (2) 본문 내용 대체

##### (2) 절 차

**보**상청구는 불기소처분 또는 불송치결정의 고지·통지를 받은 날부터 **3**년 이내에 불기소처분을 한 검사가 소속된 지방검찰청 또는 불송치결정을 한 사법경찰관이 소속된 경찰관서에 대응하는 지방검찰청의 피의자보상심의회에 하여야 하고(형사보상법 제28조 제1항·제3항), 심의회의 결정에 대해서는 보상결정 및 청구기각 결정 모두에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있으며(동조 제4항), 보상결정이 송달된 후 **2**년 이내에 보상금 지급청구를 하지 아니할 때에는 권리를 상실한다(동조 제5항).



## II 근로3권의 성격

☐ **쟁의행위와 위력업무방해죄 적용** 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자를 형사처벌하는 형법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2010.4.29. 2009헌바168; 2022.5.26. 2012헌바66 [합헌]

(1) 형법상 업무방해죄는 모든 쟁의행위에 대하여 무조건 적용되는 것이 아니라, 단체행동권의 내재적 한계를 넘어 정당성이 없다고 판단되는 쟁의행위에 대하여만 적용되는 조항임이 명백하므로, 그 목적이나 방법 및 절차상 한계를 넘어 업무방해의 결과를 야기하는 쟁의행위에 대하여만 심판대상조항을 적용하는 것은 형법상 단체행동권을 침해하였다고 볼 수 없다. 다만 형법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래의 경우에는 당연히 업무방해죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수는 없다. 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 형법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것이기 때문이다(2009헌바168).

(2) 형법상 근로3권은 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 지닌 기본권으로서 그 제한의 위헌성은 과잉금지원칙에 따라 판단되어야 한다. 대법원은 2011.3.17. 2007도482 판결에서 전격성과 중대성을 위력의 판단기준으로 삼는 확립된 해석을 제시하고 있으므로, 이 사건에서는 심판대상조항이 ‘사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사업운영에 막대한 손해를 초래한 집단적 노무제공 거부행위’를 위력에 의한 업무방해죄로 처벌하는 부분이 단체행동권을 침해하는지가 문제된다. 심판대상조항은 노사관계의 균형을 이루기 위해 필요한 범위를 넘는 사용자의 자유에 대한 침해를 막으려는 것으로, 단체행동권은 집단적 실행행위로서 위력의 요소를 가지므로 사용자의 자유를 현저히 침해하는 일정한 단체행동권의 행사에 대하여는 제한이 가능하다는 점, 대법원의 확립된 해석에 따라 심판대상조항에 의하여 처벌되는 쟁의행위는 단체행동권의 목적에 부합한다고 보기 어렵거나 사용자의 재산권, 직업의 자유 등에 중대한 제한을 초래하는 행위로 한정된다는 점 등을 종합하면, 단체행동권을 침해하지 않는다(2012헌바66).

## IV 혼인과 가족생활보장 관련 헌법재판소 판례

☐ 8촌 이내 혈족 간 혼인 금지 및 무효 8촌 이내의 혈족 사이에서는 혼인할 수 없도록 하고 금혼조항을 위반한 혼인을 무효로 하는 민법 조항이 위헌인지 여부(일부 적극)

▶ 2022.10.27. 2018헌바115 [헌법불합치, 합헌]

(1) 이 사건 금혼조항은 근친혼으로 인하여 가까운 혈족 사이의 상호관계에 발생할 수 있는 혼란을 방지하려는 것으로, 혼수를 불문하고 부계혈족 간의 혼인을 금지한 구 민법상 동성동본금혼 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 취지를 존중하는 한편, 우리 사회에서 통용되는 친족의 범위 및 양성평등에 기초한 가족관계 형성에 관한 인식과 합의에 기초하여 혼인이 금지되는 근친의 범위를 한정함으로써 그 합리성이 인정되므로, 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해하지 않는다.

(2) 이 사건 무효조항은 이 사건 금혼조항의 실효성을 보장하기 위한 것이나, 이미 근친혼이 이루어져 당사자 사이에 부부간의 권리와 의무의 이행이 이루어지고 있고, 자녀를 출산하거나 가족 내 신뢰와 협력에 대한 기대가 발생하였다고 볼 사정이 있는 때에 일률적으로 그 효력을 소급하여 상실시킨다면, 이는 가족제도의 기능 유지라는 본래의 입법목적에 반하는 결과를 초래할 가능성이 있다는 점, 이 사건 무효조항의 입법목적은 근친혼이 가까운 혈족 사이의 신분관계 등에 현저한 혼란을 초래하고 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에 한정하여 무효로 하더라도 충분히 달성 가능하다는 점 등을 종합하면, 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.

## II 보건권

☐ 비의료인 문신시술 금지

▶ 2022.3.31. 2017헌마1343등 [기각]

의료인이 아닌 사람도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 제정하도록 하는 내용의 명시적인 입법위임은 헌법에 존재하지 않으며, 문신시술을 위한 별도의 자격제도를 마련할지 여부는 사회적·경제적 사정을 참작하여 입법부가 결정할 사항으로, 그에 관한 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 입법부작위에 대한 심판청구는 입법자의 입법의무를 인정할 수 없다. 문신시술은, 바늘을 이용하여 피부의 완전성을 침해하는 방식으로 색소를 주입하는 것으로, 감염과 염료 주입으로 인한 부작용 등 위험을 수반한다. 문신시술에 한정된 의학적 지식과 기술만으로는, 현재 의료인과 동일한 정도의 안전성과 사전적·사후적인 의료조치의 완전한 수행을 보장할 수 없으므로, 문신시술 자격제도와 같은 대안의 채택은 사회적으로 보건위생상 위험의 감수를 요한다. 따라서 입법부가 문신시술 자격제도와 같은 대안을 선택하지 않고 의료인만이 문신시술을 하도록 허용하였다고 하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없으므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.

P 417 D. 본문 내용 대체

D. 정보위원회의 특례

① 정보위원회의 위원정수는 12명으로 하고(국회법 제38조 단서), \*\* ② 정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체 대표의원으로부터 해당 교섭단체 소속 의원 중에서 후보를 추천받아 부의장 및 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 선임 또는 개선하며(동법 제48조 제3항 본문), \* ③ 각 교섭단체 대표의원은 정보위원회의 당연위원이 된다(동조 제3항 단서).<sup>28)</sup>\*\* ④ 국가정보원 소관 예산안·결산 등에 대한 정보위원회의 심사는 예산결산특별위원회의 심사로 본다(동법 제84조 제4항 후문).

P 424 3. 판례 박스 추가

3. 의사공개의 원칙

☐ 정보위원회 회의 비공개 정보위원회 회의는 공개하지 아니한다고 규정한 국회법 조항이 위헌인지 여부(적극) ▶ 2022.1.27. 2018헌마1162 [위헌]

헌법 제50조 제1항은 본문에서 국회의 회의를 공개한다는 원칙을 규정하면서, 단서에서 ‘출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’ 에는 이를 공개하지 아니할 수 있다는 예외를 두고 있다. 헌법 제50조 제1항 단서가 정하고 있는 회의의 비공개를 위한 절차나 사유는 그 문언이 매우 구체적이어서, 이에 대한 예외도 엄격하게 인정되어야 한다. \* 따라서 헌법 제50조 제1항으로부터 일체의 공개를 불허하는 절대적인 비공개가 허용된다고 볼 수는 없는바, 특정한 내용의 국회의 회의나 특정 위원회의 회의를 일률적으로 비공개한다고 정하면서 공개의 여지를 차단하는 것은 헌법 제50조 제1항에 부합하지 아니한다. 심판대상조항은 정보위원회의 회의 일체를 비공개 하도록 정함으로써 정보위원회 활동에 대한 국민의 감시와 견제를 사실상 불가능하게 하고 있다. 또한 헌법 제50조 제1항 단서에서 정하고 있는 비공개사유는 각 회의마다 충족되어야 하는 요건으로 입법과정에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결되었다는 사실만으로 헌법 제50조 제1항 단서의 ‘출석의원 과반수의 찬성’이라는 요건이 충족되었다고 볼 수도 없다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제50조 제1항에 위배되는 것으로 청구인들의 알 권리를 침해한다.



(나) 특별법원의 허용여부<sup>252)</sup>

특별법원을 예외법원으로 보는 경우 군사법원 이외의 특별법원이 헌법상 허용되는지가 문제되는데, 우리 헌법이 군사법원 외에는 특별법원의 설치에 관하여 규정을 두고 있지 않고, 법관의 임기와 신분보장에 관하여 헌법이 직접 규정하고 있으므로 부정하는 것이 타당하다. 군사법원은 헌법이 인정하는 유일한 예외법원인 특별법원이다. 그런데 군사법원의 재판은 법원조직법상의 법관이 아닌 군사법원법상의 군판사가 담당하므로, **법관의 자격을 가진 자에 의한 재판이 아니**나, 군사법원의 **상고심은 원칙적으로 대법원에서 관할**하고 있으므로(헌법 제110조 제2항), 이 점에서 군사법원도 대법원의 하급법원이다. 다만 비상계엄하의 군사재판은 사형선고의 경우를 제외하고는 단심으로 할 수 있으므로(헌법 제110조 제4항), 이 점에서는 전형적인 특별법원의 성격을 띠는 것이다.

☐ 구 군사법원법상 군사재판의 위헌성

▶ 1996.10.31. 93헌바25 [합헌]

구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.★★

(2) 군사법원의 조직과 관할

군사법원은 국방부장관 소속으로 하며, 군사법원장을 포함한 군판사로 구성된다(군사법원법 제6조, 제7조, 제22조). 군판사는 국방부 소속으로 영관급 이상의 군법무관(육·해·공군의 법무과 장교로서 군법무관 임용시험 또는 사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마치거나 판사, 검사 또는 변호사 자격이 있는 사람 중에서 임용) 중에서 군판사인사위원회의 심의를 거치고 군사법원운영위원회의 동의를 받아 국방부장관이 임명한다(군사법원법 제22조 내지 제24조, 군법무관법 제2조 및 제3조). 군사법원은 군형법의 적용대상자가 범한 일정한 죄에 대한 재판권(신분적 재판권), 계엄법에 따른 재판권, 군사기밀보호법상 업무상 군사기밀 누설죄에 대한 재판권을 가진다(군사법원법 제2조, 제3조).<sup>253)</sup> 2021. 9. 군사법원법 개정으로 종래 군판사와 함께 군사법원의 재판관이었던 심판관(법에 관한 소양과 재판관으로서의 인격과 학식을 갖춘 영관급 이상의 장

252) 한수웅, 헌법학 제4판, 1330면 / 홍성방, 헌법학 제2판(下), 272면

253) 2021. 9. 개정 군사법원법은 군 사법제도 개혁을 통한 군 장병의 재판받을 권리와 군조직의 특수성이 조화된 사법체계의 확립을 위하여, 성폭력범죄, 군인 등의 사망사건 관련 범죄 및 군인 등이 그 신분취득 전에 저지른 범죄에 대해서는 군사법원의 재판 권에서 제외하여 일반 법원이 재판권을 행사하도록 하고, 1심 군사재판을 담당하는 군사법원을 국방부장관 소속으로 설치하며, 고등군사법원을 폐지하여 일반 법원에서 항소심을 담당하게 하고, 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하며, 관할관 및 심판관 제도를 폐지하고, 군검사가 구속영장을 청구할 때 부대의 장의 승인을 받는 제도를 폐지하였다.



교 중에서 임명), 군사법원의 행정사무를 관할하던 관할관(심판관을 임명하고, 재판관을 지정하며, 일정한 유죄판결에 대해 확인·감경권을 가짐), 군인·군무원 등이 그 신분취득 전에 범한 죄에 대한 군사법원의 재판권은 폐지되었다.

☐ **군사법원의 신분적 재판권** 현역병의 군대 입대 전 범죄에 대한 군사법원의 재판권을 규정하고 있는 구 군사법원법 조항이 위헌인지 여부(소극) ▶ 2009.7.30. 2008헌바162 [합헌]

군대는 각종 훈련 및 작전수행 등으로 인해 근무시간이 정해져 있지 않고 집단적 병영생활 및 작전위수구역으로 인한 생활공간적인 제약 등, 군대의 특수성으로 인하여 일단 군인신분을 취득한 군인이 군대 외부의 일반법원에서 재판을 받는 것은 군대 조직의 효율적인 운영을 저해하고, 현실적으로도 군인이 수감 중인 상태에서 일반법원의 재판을 받기 위해서는 상당한 비용·인력 및 시간이 소요되므로 이러한 군의 특수성 및 전문성을 고려할 때 군인신분 취득 전에 범한 죄에 대하여 군사법원에서 재판을 받도록 하는 것은 합리적인 이유가 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 군사법원의 재판권과 군인의 재판청구권을 형성함에 있어 그 재량의 헌법적 한계를 벗어났다고 볼 수 없다. \*

## P 513 1. 본문 내용 대체

### 1. 재판관회의

재판관회의는 재판관 전원으로 구성하며, 헌법재판소장이 의장이 된다(헌재법 제16조 제1항). 재판관회의는 헌법재판소의 행정조직의 하나이며, 재판부와는 다른 개념이다. 재판관회의는 재판관 전원의 3분의 2를 초과하는 인원의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결하며,<sup>254)</sup> 의장은 의결에서 표결권을 가진다(동조 제2항·제3항). 재판관회의는 헌법재판소의 운영에 관한 중요사항을 의결한다(동조 제4항).

254) 2022. 3. 개정 헌법재판소법은 종래 재판관회의를 개최하기 위한 의결정족수가 재판관 7명 이상의 출석으로 규정되어 있어 함께 임명된 다수의 재판관이 임기만료로 동일 시점에 교체되는 등 재판관의 공석으로 말미암아 재판관이 7명 미만이 됨으로써 재판소의 필수적 행정사무까지 마비되는 상황이 발생할 수 있는 점을 고려하여, 재판관회의의 의결정족수를 재판관 전원의 3분의 2를 초과하는 인원의 출석으로 변경하였다.

(5) 사법작용

(가) 법원의 재판

헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 **재판**을 헌법소원의 대상에서 **제외**하고 있다. ① 헌법소원이 금지되는 ‘법원의 재판’이란 형식과 절차를 불문하고 법원의 모든 **사법적 판단행위**를 의미하는바, 종국판결 외에 본안 전 소송판결 및 중간판결이 모두 포함되는 것이고 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함한다(1992.12.24. 90헌마158). ② 헌법재판소는 위헌결정의 **기속력**에 위반되는 재판, 즉 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 재판에 대하여는 재판헌법소원을 예외적으로 인정하면서, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 재판소원금지조항 가운데 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분에 대하여 위헌결정하였다(2022.6.30. 2014헌마760등). **\*\*** 다만 헌법재판소 판례에 따르면, 법원이 위헌결정 이전에 그 법률을 적용하여 선고한 판결은 여기에 해당하지 않는다(2022.6.30. 2014헌마760등).

☐ 재판소원의 예외적 허용

▶ 2022.6.30. 2014헌마760등 [위헌, 인용(취소), 각하]

(1) 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하므로(헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제1항·제6항), 법률에 대한 위헌결정의 기속력을 부인하는 법원의 재판은 그 자체로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것일 뿐만 아니라 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단에 정면으로 위배된다. 헌법의 최고 규범성을 수호하고 헌법이 헌법재판소에 부여한 법률에 대한 위헌심사권을 회복하기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’의 범위에서 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분을 명시적으로 제외하는 위헌결정을 하고, 위와 같은 법원의 재판에 대해서 예외적으로 헌법소원심판을 허용할 필요가 있다. 헌법재판소는 현재 2016.4.28. 2016헌마33 사건에서 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판’ 가운데 ‘헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판’ 부분에 대하여 위헌결정을 한 바 있으나, 이 사건 재판소원금지조항의 적용 영역에서 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분을 모두 제외하기 위해 이 사건 재판소원금지조항 가운데 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 한다.

(2) 이 사건 한정위헌결정은 형벌 조항의 일부가 헌법에 위반되어 무효라는 내용의 일부위헌결정으로, 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 기속력이 있다. 이 사건 한정위헌결정의 기속력을 부인하여 청구인들의 재심청구를 기각한 법원의 재판은 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’으로 이에 대한 헌법소원은 허용되고 청구인들의 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하였으므로 법 제75조 제3항에 따라 취소되어야 한다.

(나) 구체적 당사자

① 사적·정치적 결사인 **정당**(2020.5.27. 2019헌라6등), 헌법이 아닌 법률에 의하여 설치된 **국회 교섭단체**(2020.5.27. 2019헌라6등), **국회 소위원회**(2020.5.27. 2019헌라4), **국회 안전조정위원회**(2020.5.27. 2019헌라5), **국가경찰위원회**(2022.12.22. 2022헌라5), **국가인권위원회**(2010.10.28. 2009헌라6)의 당사자능력은 부정된다. \*\* ② 독자적 헌법기관인 **국회의원**과 **국회의장**(1997.7.16. 96헌라2),<sup>193)</sup> **국회상임위원회 위원장**(2010.12.28. 2008헌라7등),<sup>194)</sup> **중앙선거관리위원회**와 **각급 구·시·군 선거관리위원회**(2008.6.26. 2005헌라7)<sup>195)</sup>는 당사자능력 및 적격을 가지나, \*\* 의장의 대리·대행 권한에 불과한 **국회부의장**(2009.10.29. 2009헌라8등)은 당사자적격을 가질 수 없으므로 당사자능력이 문제되지 않는다. \* ③ 정부의 부분기관인 대통령, 국무총리, 각부장관은 독자적 헌법기관으로서 대외적인 관계에서 당사자능력을 가질 수 있으나, 정부 내부기관 사이의 권한분쟁에 있어서는 상하위계질서에 따라 대통령에 의해 자체적으로 해결될 수 있으므로 권한쟁의가 허용될 수 없다고 할 것이다.

☐ **국가경찰위원회의 당사자능력** 행정안전부에 설치된 국가경찰위원회가 행정안전부장관을 상대로 제기한 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부(소극) ▶ 2022.12.22. 2022헌라5

국회가 제정한 경찰법에 의하여 비로소 설립된 청구인은 국회의 경찰법 개정행위에 의하여 존폐 및 권한범위 등이 좌우되므로, 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 해당한다고 할 수 없다. 국가경찰위원회 제도를 채택하느냐의 문제는 우리나라 치안여건의 실정이나 경찰권에 대한 민주적 통제의 필요성 등과 관련하여 입법정책적으로 결정되어야 할 사항이다. 권한쟁의심판의 당사자능력은 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 한정하여 인정하는 것이 타당하므로, 법률에 의하여 설치된 청구인에게는 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.