

## 기본권심사에서 심사기준의 분별과 중첩의 문제

- 변호사법 제102조 위헌소원 사건

(헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45)에서 나타난

무죄추정원칙 · 적법절차원칙 · 비례성원칙의 활용을 중심으로 -\*

김 해 원\*\*

### < 목 차 >

- I. 시작하는 글
- II. 평석대상결정에 대한 비판적 검토
- III. 무죄추정원칙 · 적법절차원칙 · 비례성원칙
- IV. 평석대상결정의 재구성
- V. 마치는 글

## I. 시작하는 글

기본권심사(Grundrechtsprüfung)<sup>1)</sup>에서 심사기준(Prüfungskriterium)은 심사 대상인 국가행위(기본권 침범: Grundrechtseingriff)<sup>2)</sup>에 대한 헌법적 차원의 통제

\* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5A2A01031602).

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 부교수.

1) Vgl. S. G. Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, in: JuS 48(1), 2008, S. 23ff.; R. Schmidt, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, Dr. Rolf Schmidt, 10. Aufl., 2008, S. 45f.; A. Katz, Staatsrecht - Grundkurs im öffentlichen Recht, C.H.Beck, 17. Aufl., 2007, S. 308ff.; V. Epping, Grundrechte, Springer, 3. Aufl., 2007, S.11ff.; 김해원, “방어권적 기본권의 정당성 심사구조”, 「공법학연구」 10-4, 한국비교공법학회, 2009, 30-31면.

2) 제한(Schranken)이나 침해(Verletzung)와는 구별되는 개념인 독일어 ‘Eingriff’의 번역어로 선택된 ‘침범’의 의미와 내용에 관해서는 김해원, “기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구”, 「헌법학연구」 15-3, 한국헌법학회, 2009, 293-294면, 주 51).

규준이자 행위규범일 뿐만 아니라<sup>3)4)</sup> 기본권심사의 요체라고 할 수 있는 정당성심사 과정 전체를 지도하는 핵심 기준이다.<sup>5)</sup> 그리고 헌법현실에서 발생한 기본권문제에 대해 오직 헌법재판소만이 관심을 갖고 그 해결을 위해서 노력하는 것은 아님에도 불구하고, 헌법현실에서 문제된 기본권침해에 대한 가장 전형적이고 중국적인 사법적 판단은 헌법적 논증의 대표자인 헌법재판소가 헌법재판과정에서 행하는 것이라고 해도 과언이 아니다.<sup>6)</sup> 왜냐하면 기본적으로 헌법심을 담당하는 특별한 법원인 헌법재판소<sup>7)</sup>는 (헌법 제111조 제1항 제5호 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”을 구체화하고 있는 법률인 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문 “법원의 재판을 제외하고”라는 명시적 문언과 해당 법률조항 제2문에 따른 보충성원칙으로 인해서 일정부분 자신의 심판권한이 제약되고 있음에도 불구하고) 기본권문제가 다투어지는 가장 전형적인 주관소송형태인 헌법소원심판과 (헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조에 근거를 둔) 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부를 판단하는 객관소송인 위헌법률심판에서 행해지는 기본권심사와 관련된 중국적인 심판권한을 보유하고 있기 때문이다.<sup>8)</sup> 따라서 헌법재판소가 기본권심사에서 헌법이 마련해둔 각종 심사기준들을 어떻게 활용하는지에 관한 문제는 헌법재판의 설득력 확보뿐만 아니라, 헌법현실에서 구체적으로 문제된 기본권관계를 합리적이고 헌법에 부합되도록 정돈함에 있어서도 아주 중요한 문제가 된다.

특히 기본권심사가 행해지는 헌법재판에서 헌법재판소가 어떠한 기본권심사

- 
- 3) 헌법규정의 대국가적 행위지도규범 및 행위통제규범에 관해서는 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554면; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 758-759면; 2001. 4. 26. 2000헌마390, 공보 56, 494면; 김해원, “국가행위의 적헌성 판단에 있어서 헌법규범의 적용 방식에 관한 연구”, 『헌법학연구』 16-3, 한국헌법학회, 2010, 498면 참조.
  - 4) 기본권심사, 기본권심사기준, 그리고 기본권심사구조에 관한 일반론에 대해서는 김해원, “기본권심사에서 법치국가원칙의 의미”, 『헌법학연구』 23-1, 한국헌법학회, 2017, 119-122면.
  - 5) 기본권심사의 중핵으로서 정당성심사단계에 관해서는 김해원, 앞의 “방어권적 기본권의 정당성 심사구조”, 29면.
  - 6) 헌법적 논증의 대표자로서의 헌법재판소에 대한 언급으로는 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 『헌법학연구』 7-1, 한국헌법학회, 2001, 274면; R. Alexy, Grundrechte in der demokratischen Verfassungsstaat, Festschrift für A. Peczenik, 1997, S. 27f.; 특별한 법원으로서의 사법기관인 헌법재판소의 지위에 관해서는 특히, 허완중, “헌법재판소의 지위와 민주적 정당성”, 『고려법학』 55, 고려대학교 법학연구원, 2009, 13면 이하.
  - 7) 특별한 법원으로서의 사법기관인 헌법재판소의 지위에 관해서는 특히, 허완중, 앞의 논문, 13면 이하.
  - 8) 헌법재판소의 중국결정에 관해서는 허완중, “헌법재판소 중국결정의 본질”, 『영남법학』 30, 영남대학교 법학연구소, 2010, 57-58면.

기준을 원용하고 이를 어떻게 활용하고 있는지에 관한 문제는 다음과 같은 이유에서 구체적이고 실천적인 실익이 있다: (1) “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는 헌법재판소법 제75조 제1항과 관련해서 헌법재판소는 “이 규정이 헌법소원의 피청구인에 대하여 가지는 뜻은 헌법소원의 인용결정이 있으면 피청구인은 모름지기 그 인용결정의 취지에 맞도록 공권력을 행사하여야 한다는데 있다”라고 이해하고 있는바,<sup>9)</sup> 만약 구체적인 특정 공권력의 행사가 심사대상이 된 헌법소원심판사건(즉 방어권적 기본권에 대한 침해여부가 다투어진 헌법소원심판사건)에서 헌법재판소가 기본권침해를 인정한 이유로 제시한 심사기준이 무엇인지 불명확하거나 혹은 다른 심사기준과 분별없이 중첩·혼동되어 있다면 해당 헌법소원심판사건에 대한 인용결정 이후 피청구인이 관련 문제에서 공권력을 어떻게 행사해야 ‘인용결정의 취지’에 부합되는 것인지에 대한 판단이 어렵게 되어(즉, 국가기관이 동일·유사한 후속 사안에서 헌법재판소 결정의 취지를 존중하고 이를 실현시키는 방향으로 행동하는 것이 어렵게 되어) 헌법소원의 인용결정에 부여된 기속력의 안정적 관철이 저해된다.<sup>10)</sup> (2) 기본권관계에서 국가의 부작위행위가 심사대상이 된 헌법소원심판사건(즉 급부권적 기본권에 대한 침해여부가 다투어진 헌법소원심판사건)에서 헌법재판소가 심사대상인 “공권력의 불행사”가 기본권을 침해한다는 판단을 하면, 그러한 판단의 취지에 따라 피청구인인 국가기관은 새로운 처분을 해야만 하는데(헌법재판소법 제75조 제4항)<sup>11)</sup>, 이 경우 심사대상인 공권력의 불행사가 어떠한 심사기준에 위반되는지 여부가 뚜렷하게 확인되지 않는다면 피청구인인 국가기관은 헌법재판소법 제75조 제4항이 규정하고 있는 “결정취지에 따라 새로운 처분”을 하는데 어려움을 겪게 된다. (3) 헌법소원심판뿐만 아니라 위헌법률심판에서도 기본권심사가 행해질 수 있다는 점과 헌법재판소가 위헌법률심판사건에서 심판대상 법률을 위헌으로 결정하면 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제6항에 근거하여 해당 위헌결정에 기속력이 부여되며 이러한 기속력은 한정합헌결정과 한정위헌결정 및 헌법불합치결정에도 귀

9) 헌재 1993. 11. 25. 93헌마113, 판례집 5-2, 557면.

10) 물론 이러한 입장은 기속력의 객관적 범위를 중요이유에도 인정하는 전제에서 보다 실천적인 의미를 갖게 된다. 이와 관련해서는 특히 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2014, 210-211면.

11) 헌법재판소법 제75조 제4항: “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”

속된다는 것이 지배적 견해를 고려한다면,<sup>12)</sup> 기본권심사를 통해서 법률에 대해 위헌을 선언한 헌법재판소 결정의 기속력확보를 위해서도 위헌법률심판에서 헌법재판소가 어떤 기본권심사기준이 어떻게 활용했는지가 뚜렷해져야 한다. (4) 헌법재판소는 판례변경을 통해서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 개별적·구체적 공권력 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에서는 헌법재판소법 제40조에 의해 민사소송법상의 재심규정이 준용될 수 있다는 점을 밝히면서<sup>13)</sup> 특히 “헌법재판소의 결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 빠뜨린” 판단유탈은 재심사유로 허용되어야 한다고 판시하고 있는 바,<sup>14)</sup> 이와 관련해서 헌법재판의 결정에 영향을 미칠 중요한 기본권심사기준의 누락을 다투면서 헌법재판소에 재심을 청구할 경우에, 재심청구의 대상이 된 헌법재판에서 헌법재판소가 어떤 기본권심사기준을 검토했는지 여부에 대한 파악은 재심청구의 인용여부를 결정하기 위한 핵심적 전제가 된다.

결국 기본권심사가 행해지는 헌법재판에서 헌법재판소가 어떤 기본권심사기준을 어떻게 활용하고 있는지는 단순한 이론적 관심을 넘어서서, 헌법재판의 기속력확보 및 재심인정여부와 관련해서도 실천적 의미와 실익이 있다는 점이 확인된다. 이러한 확인은 헌법재판소가 구체적 사건에서 헌법에 마련된 각종 기본권심사기준들을 혼동하거나 중첩적용하지 않고 잘 분별해서 활용할 수 있도록 하는데 도움 되고, 나아가 헌법이 마련하고 있는 각각의 기본권심사기준들이 고유한 의미와 적용영역을 갖고 국가권력기관의 행위를 예리하게 통제하는 기준으로 활용되는데 이바지하려는 본 연구의 목적을 추동하는 계기이기도 하다. 다만 헌법이 마련하고 있는 모든 기본권심사기준들과 그러한 심사기준들이 활용된 헌법재판소의 결정들을 한정된 지면에 담아서 면밀하게 검토하는 것은 쉽지 않은 관계로,<sup>15)</sup> 본 글에서는 특히 변호사법 제102조 위헌소원 사건(이하에서는 ‘평석대상결정’이라고 한다)<sup>16)</sup>에서 나타난 헌법재판소의 태도를 비판적 관점에서 주목하되 특히 무죄추정원칙·비례성원칙·적법절차원칙 등과 같

12) 이와 관련해서는 허완중, 「헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계」, 전남대학교출판문화원, 2017, 138면, 143면.

13) 현재 2001. 9. 27. 2001헌아3, 판례집 13-2, 460-461면.

14) 현재 2013. 2. 28. 2012헌아99, 판례집 25-1, 165면.

15) 전체 기본권심사기준들에 대한 개관으로는 특히 김해원, 「기본권심사론」, 박영사, 2018, 627-630면 참조.

16) 현재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 41면 이하.

은 심사기준들의 활용에 집중하고자 한다. 이를 위해서 우선 평석대상결정을 분석하여 무죄추정원칙·비례성원칙·적법절차원칙 등과 같은 심사기준의 활용과 관련하여 몇 가지 문제점 내지는 의문을 제기하도록 한다(Ⅱ.). 그리고 기본권심사기준으로서 무죄추정원칙·비례성원칙·적법절차원칙의 적용영역 및 활용방법에 관한 일반론을 새로운 시각에서 간단히 점검한 다음(Ⅲ.), 그러한 점검의 결과에 기초해서 평석대상결정을 다시 재구성하고(Ⅳ.), 그러한 재구성이 기본권심사에서 갖는 의미와 한계를 밝히고 후속연구의 방향을 제시하는 것으로 글을 갈무리할 것이다(Ⅴ.).

## Ⅱ. 평석대상결정에 대한 비판적 검토

### 1. 평석대상 결정의 개요

#### 1) 사실관계 및 심판대상

평석대상 결정의 사실관계는 다음과 같다: ① 무고죄로 기소되어 1심에서 징역1년, 집행유예2년을 선고받은 변호사인 청구인에게 법무부장관이 법무부 변호사징계위원회의 결정에 따라서 6개월의 업무정지를 명하자, 청구인은 서울행정법원에 해당 업무정지명령의 취소를 구하는 소를 제기했으나 패소했고 서울고등법원에 항소심을 제기하였다. ② 그 후 청구인은 항소심이 계속되던 중 업무정지명령의 근거조항인 변호사법 제102조에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2012. 1. 18. 기각되자 2012. 1. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45).<sup>17)</sup> 이 사건에서 헌법재판소는 청구인이 변호사법 제102조 전부의 위헌확인을 구하고 있음에도 불구하고, 고의범인 무고죄로 공소제기된 것과 관련하여 청구인에 대한 징계절차가 개시된 것은 아니라는 점에서 이 사건 심판대상을 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조 제1항 본문 및 제2항 중 각 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분<sup>18)</sup>으로 한정

17) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 45면.

18) 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조(업무정지명령) ① 법무부장관은 변호사가 공소제기되거나 제97조에 따라 징계 절차가 개시되어 그 재판이나 징계 결

했다.<sup>19)20)</sup>

## 2) 판시사항 및 결정요지

이 사건에서 헌법재판소는 심판대상 법률조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부, 무죄추정의 원칙에 위반되는지 여부, 그리고 직업수행의 자유를 침해하는지 여부를 검토하면서 각각의 쟁점에 대해 다음과 같은 이유로 심판대상 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정했다<sup>21)</sup>: ① ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’란, 공소사실, 죄명, 법정형 등을 고려할 때 공소제기된 변호사에 대하여 금고 이상의 형이 선고, 집행유예 또는 선고유예될 가능성이 매우 큰 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 또한, ‘의뢰인의 이익’이란 소송 기타 법적 절차의 진행 결과 금전적 이익을 얻거나 구속 또는 유죄판결을 면하는 등의 이익은 물론, 전문성을 갖춘 변호사로부터 적기에 효과적인 법률서비스를 받을 수 있는 이익 일체를 포함하는 개념으로 파악할 수 있으며, ‘공공의 이익’이란 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익을 의미하는 것임을 알 수 있다. 한편, 어떠한 경우가 ‘의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’에 해당하는지는 해당 변호사의 죄명 및 공소사실, 범죄로 인한 피해의 규모 등 제반 사정을 종합하여 합리적으로 판단할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다. ② 이 사건 법률조항은 공소제기된 변호사에 대하여 유죄의 개연성을 전제로 업무정지라는 불이익을 부과할 수 있도록 하고

---

정의 결과 등록취소, 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에는 법무부징계위원회에 그 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우에는 그러하지 아니하다. ②법무부장관은 법무부징계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.

19) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 45-46면.

20) 이 사건 심판대상인 법률조항을 비롯한 업무정지명령에 관한 법조항들은 과거 변호사가 공소제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 할 수 있도록 한 구 법(1982. 12. 31. 법률 제3594호로 전부개정되고, 1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정되기 전의 것) 제15조에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48)의 취지를 반영한 것이다(이에 관해서는 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51면).

21) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 45면: “변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조 제1항 본문 및 제2항 중 각 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.”

있으나, 이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 중대한 공익을 보호하기 위한 잠정적이고 가치분적 성격을 가지는 것으로, 법무부장관의 청구에 따라 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령을 발할 수 있도록 하는 한편, 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하고, 그 기간 또한 원칙적으로 6개월로 정하도록 함으로써, 그러한 불이익이 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다. ③ 이 사건 법률조항은 법 적용기관이 구체적 사안에 따라 업무정지명령의 발령 여부를 결정하도록 재량을 부여하고 있고, 위 조항을 비롯한 변호사법의 관련조항들은 업무정지명령의 요건 및 기간을 엄격하게 제한하고 있으며, 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거치도록 하고, 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하는 한편 업무정지명령의 사유가 없어진 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 업무정지명령을 해제할 수 있도록 규정함으로써 필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있다. 나아가, 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 위 조항으로 인한 직업수행의 자유 제한의 정도가 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다. 그리고 이 사건에서 헌법재판소는 위와 같은 주된 쟁점 외에도 청구인이 주장한 ‘재판청구권 침해여부’와 ‘이중처벌금지원칙 위반여부’에 대해서도 다음과 같은 간략한 검토를 통해서 청구인의 주장을 배척했다: ① 심판대상인 이 사건 법률조항으로 인해서 청구인인 변호사가 공판절차에서 무죄를 다투거나 상소 여부를 결정함에 있어 업무정지 기간이 갱신될 것을 우려하여 심리적으로 위축될 수 있겠으나, 이는 심판대상 법률조항(변호사법 제 102조)이 아닌 변호사법 제 104조 및 제 106조의 적용에 따른 간접적·사실상의 효과에 지나지 않는다.<sup>22)</sup> ② 심판대상인 이 사건 법률조항은 장차 발생할 수 있는 의뢰인이나 공공의 이익에 대한 위협을 방지하기 위한 잠정적이고 가치분적 성격을 가진 제도일 뿐 과거의 일정한 행위에 대한 제재로서 국가가 형벌권을 실행하는 과벌에 해당하지 않는다.<sup>23)</sup>

22) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 52면.

23) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 53면.

## 2. 비판 및 문제제기

### 1) 서두

평석대상결정에 나타난 헌법재판소의 논증에 대해서 여러 가지 문제점과 비판을 제기할 수 있다. 하지만 본 연구는 기본권심사기준들의 분별과 중첩적용 및 혼동과 관련된 문제점에 주목하고 있다는 점에서, 평석대상결정에서 발견되는 기타의 문제점들 - 특히, 평석대상결정에서 발견되는 ① 기본권심사구조상의 미흡함과 ② 명확성원칙위반여부에 관한 논증의 부실함 - 에 대해서는 아래에서 간단히 언급하는 것으로 같음하고, 목차를 바꾸어 평석대상결정에서 나타난 비례성원칙과 무죄추정원칙 및 적법절차원칙의 중첩 및 혼동과 관련된 문제들을 집중적으로 제기하도록 한다.

① 평석대상결정에서 헌법재판소는 기본권(직업의 자유, 재판청구권)과 기본권심사기준(명확성원칙, 무죄추정원칙, 이중처벌금지원칙)을 분별없이 평면적으로 나열하면서 심판대상 법률조항의 위헌성여부를 검토하고 있다는 점에서 논리구조적으로 아쉬움이 많을 뿐만 아니라 헌법에 마련된 각종 기본권심사기준들 중에서 유독 비례성원칙만을 기본권침해여부를 판단하기 위한 심사기준으로 활용하고 있다는 의심으로부터 자유롭지 않다. 왜냐하면 기본권침해여부를 판단하는 논거이자 기준이 기본권심사기준이란 점에서 특정 ‘기본권심사기준에 위반하여 특정 기본권이 침해되었다’라는 논리구조가 합리적인데,<sup>24)</sup> 헌법재판소는 이 사건에서 청구인이 변호사로서 직업을 수행할 자유(직업의 자유)의 침해여부를 판단하기 위한 논거로서 명확성원칙이나 무죄추정원칙 등과 같은 심사기준에 대해서는 별다른 주목 없이 - 헌법재판소는 이 사건에서 명확성원칙이

24) 물론 이 사건은 기본권심사가 행해지는 가장 전형적인 헌법재판인 ‘헌마형’ 사건(헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판사건)이 아니라 본질적으로 객관소송인 위헌법률심판사건에 가까운 헌법재판인 ‘헌바형’ 사건(헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판사건)이란 점에서 기본권과 기본권심사기준을 평면적으로 나열하여 논증하고 있는 것 그 자체를 잘못된 논증이라고 말할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 기본권심사기준의 위반여부는 기본권침해여부를 판단하는 논거라는 점은 변하지 않는다. 따라서 본 사건에서 문제가 된 직업의 자유나 재판청구권 등의 침해여부를 판단하기 위한 논거로서 무죄추정원칙, 비례성원칙, 이중처벌금지원칙 등과 같은 심사기준의 위반여부를 논증하거나 혹은 관련 기본권들을 독립적 주목하지 않고 심판대상 법률조항이 헌법이 요청하는 심사기준들에 위반되었는지 여부만을 검토하는 논리구조를 형성하는 것이 논증의 합리성 및 경제성에 더 부합된다는 것이다.

나 무죄추정원칙을 기본권심사기준이 아니라 독립된 헌법원칙으로서만 검토하고 있다<sup>25)</sup> - 비례성원칙 위반여부만을 기본권침해 판단의 논거로 주목했기 때문이다.<sup>26)</sup>

② 그리고 본 사건의 핵심 쟁점으로 검토된 명확성원칙의 위반여부와 관련하여 헌법재판소는 심판대상 법률조항의 문언에 주목해서 ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’ 및 ‘의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’가 어떤 경우인지를 해석을 통해서 구체화하는데 집중하고 있을 뿐, 헌법재판소가 해석해낸 심판대상 법률조항의 의미가 “누구라도 어렵지 않게 그 의미를 파악할 수 있는 것”이란 주장에 대한 아무런 논거를 제시하고 있지 않다는 점에서 그 논리적 타당성이 의심스럽다. 요컨대 헌법재판소는 일반인 집단의 법 인식능력 및 예측능력을 적극 탐지해서 일반인 누구라도 평석대상결정에서 헌법재판소가 해석해낸 심판대상 법률조항의 의미에 도달할 수 있음을 구체적인 증거 - 특히 경험적 증거 - 로 제시하여 논거를 보강할 필요가 있었다는 것이다.<sup>27)</sup>

## 2) 평석대상 결정에서 나타난 심사기준 중첩적용 및 혼동과 관련된 문제 제기

### (1) 비례성원칙과 무죄추정원칙의 중첩적용에 관한 문제

평석대상결정에서 헌법재판소는 선례(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418)를 인용하면서 “아직 공소제기가 없는 피의자는 물론 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 아니 되며, 가사 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙”을 무죄추정원칙으로 이해하고 있다.<sup>28)</sup> 그런데 무죄추정원칙의 이해에 있어서 유죄확정판결 전에 피의자 혹은 피고인에 “불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다”는 것은 무죄추정원칙의 고유한 내용이라기보다는 오히려 헌법 제37조 제2항

25) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 47-50면 참조.

26) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 50-52면 참조.

27) 바로 이러한 지점에서 헌법재판과정에서도 일반인 참여의 활성화를 위한 제도적 방안을 적극 고민해볼 필요가 있다고 하겠다(이에 관해서는 김혜원, 앞의 책, 382면 참조).

28) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49면.

“필요한 경우에 한하여”로부터 도출되는 비례성원칙의 부분 원칙인 필요성원칙(최소침해성의 원칙)의 표현으로 이해되어야 하는 것 아닌가 하는 의문이 있다. 실제로 평석대상결정에서 헌법재판소는 심판대상 법률조항에 대해서 “변호사가 공소제기되어 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우를 업무정지명령의 한 요건으로 하고 있다는 점에서 유죄의 개연성을 전제로 해당 변호사에게 불이익을 가하는 것으로 볼 여지가 있다”는 점을 인정했으나,<sup>29)</sup> 심판대상 법률조항이 헌법 제27조 제4항에 근거하는 무죄추정원칙에 위반되지 아니한다는 판단을 내리면서 “이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 매우 중대한 공익을 보호하기 위하여, 공소제기되어 변호사 신분을 잃게 될 가능성이 매우 크고 장차 의뢰인과의 신뢰관계를 훼손하거나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험이 있는 변호사의 업무수행을 금지하는 잠정적이고 가치분적 성격을 가지는 것으로서, 법은 법무부장관의 청구에 따라 법무부정계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령을 발할 수 있도록 규정하는 한편(제102조 제2항), 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하고(제103조 제2항, 제98조 제3항, 제98조의2 제2항 내지 제6항), 그 기간 또한 원칙적으로 6개월로 정하도록 규정함으로써(제104조 제1항 본문), 입법목적을 실현하기 위한 필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있다”는 이유를 피력하고 있는데,<sup>30)</sup> 이러한 이유는 이 사건에서 헌법재판소가 비례성원칙(과잉금지원칙)의 위반여부를 판단하면서 심판대상 법률조항이 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 부분과 본질적으로 다르지 않다는 점에서 무죄추정원칙과 비례성원칙 적용에 있어서 중첩현상이 발생하고 있다. 이는 무엇보다도 심판대상 법률조항이 규율하고 있는 업무정지명령은 “입법목적을 실현하기 위한 필요최소한 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 수 없다”라는 이유로 “과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다”라고 판단한 부분을 통해서 뚜렷하게 확인된다.<sup>31)</sup> 뿐만 아니라 평석대상결정에서 헌법재판소는 무죄추정원칙을 양보함으로 인해서 얻을 수 있는 가치로 “의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그

29) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49면.

30) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49-50면.

31) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 52면.

에 대한 국민의 신뢰”를 특정하고, 무죄추정원칙의 양보로 훼손되는 가치로서 “변호사의 기본권”을 특정한 다음, 양 가치들의 형량을 통해서 - 즉, 무죄추정원칙의 양보로 얻을 수 있는 가치는 “매우 중대한 공익”인 반면에 제한되는 변호사의 기본권은 “잠정적이고 가치분적 성격”이며 “필요최소한의 범위 내”라는 점을 강조하면서 - “무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다”는 결론에 이르고 있는데,<sup>32)</sup> 이러한 결론에 이르는 구조나 특정된 대립된 가치들은 비례성원칙(과잉금지원칙)에 입각해서 직업수행의 자유가 침해되었는지 여부를 판단하는 논증에서도 본질적 유사성을 띠며 반복되고 있다. 즉 헌법재판소는 “이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공공의 이익을 두텁게 보호하기 위한 취지에서 도입된 잠정적·가치분적 성격을 가지는 제도로서 입법목적의 정당성이 인정되고, [...] [...] 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익은 매우 중대한 것으로서, 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 일정 기간 동안 직업에 종사할 수 없게 되더라도 직업수행의 자유에 대한 제한의 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 추구되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법익균형성의 원칙에도 반하지 아니한다.”라는 입장을 명시적으로 드러내고 있다.<sup>33)</sup>

## (2) 적법절차원칙과 무죄추정원칙 및 비례성원칙의 혼동문제

헌법재판소는 평석대상결정에서 심판대상 법률조항이 비례성원칙을 위반해서 직업수행의 자유를 침해할 우려가 있다는 점과 유죄의 개연성을 전제로 해당 변호사에게 불이익을 가하는 것으로 볼 여지가 있다는 점(즉 무죄추정원칙에 위반된 것으로 볼 여지가 있다는 점)을 문제 삼은 후, 몇 가지 논거들을 제시하면서 비례성원칙이나 무죄추정원칙에 위반되지 않았다고 결론을 내렸다.<sup>34)</sup> 그런데 헌법재판소가 제시한 논거들 중에서 특히 ㉠ 법무부장관의 청구에 따라 법무부정계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령이 발해진다는 점과 ㉡ 해당 변호사에게 청문의 기회가 부여되어 있다는 점은<sup>35)</sup> 헌법 제27조

32) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49-50면.

33) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51-52면.

34) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49-52면.

제4항에 근거하는 무죄추정원칙이나 헌법 제37조 제2항에 근거하는 비례성원칙과 관련된 논거라기보다는 헌법 제12조 제1항 “적법한 절차”로부터 도출되는 적법절차원칙 위반여부를 판단과 관련된 요소가 아닌가 하는 의문이 있다. 만약 그러하다면, 헌법재판소는 적법절차원칙과 무죄추정원칙 및 비례성원칙에 관한 이해를 혼동하고 있거나 상호 중첩된 심사기준으로 이해하고 있다는 비판으로부터 자유롭지 않을 것이다.

### (3) 정리

이러한 문제들(① 및 ②)에 대한 대답을 구하기 위해서 이하에서는 우선 무죄추정원칙, 적법절차원칙, 비례성원칙 각각에 대한 가장 기본적이고 핵심적인 사항들을 간추린 다음, 본 사건에 나타난 헌법재판소의 태도를 본격적으로 비판해본다.

## Ⅲ. 무죄추정원칙 · 적법절차원칙 · 비례성원칙

### 1. 무죄추정원칙

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있다. 하지만 헌법 제28조에서 유죄의 판결이 확정되지 않은 형사피의자 또는 형사피고인이 구금될 수 있는 가능성을 명시적으로 열어두고 있다는 점(“형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.”)에서, 헌법상 무죄추정은 절대적으로 관철되어야 하는 규칙적 성격의 규범이 아니라 형량을 통해서 그 관철의 정도가 그때그때 상황에 따라 달라질 수 있는 원칙적 성격의 기준 즉 무죄추정원칙으로 이해되어야 한다.<sup>36)37)</sup> 문제는 무죄추정원칙이라는 헌법상 국가행

35) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49면 및 51-52면.

36) 김해원, “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구 - 기본권적 보호법익과 결부된 심사기준을 중심으로-”, 『헌법학연구』 23-2, 한국헌법학회, 2017, 235-236면.

37) 헌법재판소 또한 유죄확정판결 이전에 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 부과하는 것이

위통제규준을 활용함에 있어서 형량의 대상이 무엇인가 하는 점이다.

무죄추정원칙은 유죄판결확정시까지 형사피의자 혹은 형사피고인의 처우와 관련된 헌법적 차원의 객관법적 원칙으로서<sup>38)</sup> 그 본질은 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익을 얼마나 부과할 것인지에 관한 문제가 아니라, 그러한 불이익을 부과함에 있어서 유죄확정판결을 선취하는 국가행위 그 자체에 대한 통제규준’이란 점에서,<sup>39)</sup> 무죄추정원칙의 준수여부는 구체적인 경우에 유죄확정판결을 선취해서 얻을 수 있는 공적 가치(예컨대 재판의 신속한 진행이나 범죄에 대한 효과적 투쟁 및 형사소송목적 달성의 용이함 등등)와 유죄확정판결을 선취하지 않음으로 인해서 얻을 수 있는 가치(예컨대 오판으로 인한 형사사법신뢰의 훼손가능성 축소와 형사피의자/형사피고인에 대한 효과적인 방어권 보장을 통한 공정한 재판 및 인권보장에 입각한 형사사법체계 구축의 용이함 등등) 상호간 형량을 통해서 판단되어야 할 것으로 생각된다.

바로 이러한 관점에서 평석대상결정에서 헌법재판소가 무죄추정원칙의 개념을 설명하면서 “아직 공소제기가 없는 피의자는 물론 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 아니 되며”라는 이해에서 출발한 것은 타당하다고 볼 수 있겠지만,<sup>40)</sup> 이러한 불이익을 유죄확정판결을 선취함으로써 달성될 수 있는 범죄에 대한 효과적 투쟁이나 형사사법목적달성의 용이함 등과 형량하

허용될 수 있음을 전제하고 있다. 이에 관해서는 특히 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2(상), 542면; 원칙(Prinzip)과 규칙(Regel)에 관해서는 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2015, 24-25면.

38) 물론 헌법상 무죄추정을 ‘무죄추정권’ 혹은 ‘무죄추정을 받을 권리’ 등과 같이 지칭하면서 기본권주체가 주관적으로 원용할 수 있는 권리(즉 기본권)으로 구성하려는 시도가 있다 (특히 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2008, 499-501면; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 551면; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209, 판례집 23-1(상), 168면). 하지만 무죄추정은 그 자체가 독자적인 고유한 보호영역 내지는 보호이익과 결부되어 있지 않을 뿐만 아니라 무엇보다도 헌법문언이 무죄추정을 권리형식으로 규정하고 있지 않다는 점에서 헌법상 무죄추정은 주관적 권리가 아니라 국가행위를 통제하기 위한 객관규준으로 이해하는 것이 마땅하다고 본다(이에 관해서는 김해원, 앞의 책, 493면.). 한편 헌법상 무죄추정의 법적 성격(즉, 객관적 원칙인지 혹은 주관적 권리인지 여부)을 규명하는 실익은 헌법재판소 결정문의 논증구조에 있다는 지적에 관해서는 김현철, “무죄추정원칙에 관한 헌법재판소 판례 검토 - 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418결정에 대한 평석을 중심으로-”, 「법학논총」 32-2, 전남대학교 법학연구소, 2012, 19면.

39) 김해원, 앞의 “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구 - 기본권적 보호법익과 결부된 심사기준을 중심으로-”, 236면.

40) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49면.

지 않고 이 사건 심판대상 법률조항에 근거한 변호사업무정지명령을 통해서 얻을 수 있는 이익(특히 의뢰인의 이익)과 형량하고 있다는 점에서 아쉬움이 많다. 평석대상결정에서 유죄인정효과로서 기본권주체인 변호사에게 부과된 구체적인 불이익인 변호사업무정지 명령으로 훼손된 기본권적 법익과 변호사업무정지를 통해서 얻을 수 있는 의뢰인의 이익 상호 간의 형량에 관한 문제는 무죄추정원칙이라는 심사기준이 아니라, 기본권심사과정에서 비례성원칙의 준수여부를 통해서 별도로 해결될 수 있다고 본다. 요컨대 평석대상결정에서 헌법재판소가 무죄추정원칙을 양보하여 변호사업무를 정지시킴으로써 범죄 퇴치나 형사사법 목적 달성과 관련해서 구체적으로 어떠한 이익이 있는지를 밝히지 않고, 단지 청구인인 “변호사의 기본권”에 입각해서 심판대상 법률조항에 대해 “무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다”라고 판단한 것<sup>41)</sup>은 무죄추정원칙의 본질에 대한 이해의 부족으로 평가될 수 있다는 것이다.

## 2. 적법절차원칙

헌법은 제12조 제1항 제2문에서 “모든 국민은 [...], 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있으며, 제12조 제3항 제1문에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 헌법이 “적법한 절차”를 특정 기본권관계와 결부해서 규정하고 있는 것은 아니며 헌법적 차원의 개념이 형법·형사소송법 등과 같은 법률적 개념으로 정의되는 것은 아니라는 점에서 헌법상 요청되는 “적법한 절차”는 형사사법절차나 신체의 자유에 국한해서 적용되는 국가행위 통제기준이라고 할 수는 없겠지만, 적어도 “처벌·보안처분 또는 강제노역”을 부과하거나 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때” 마련해야 할 헌법적 차원의 기준이란 점은 분명하다.<sup>42)</sup> 다만 헌법상 적법절차원칙은 원래 영미법계에서 발전해 온 법리인 ‘due process of law’가 1987년 헌법 개정을 계기로 대륙법계 전통에 입각해있는 우리 법체계 안으로 뒤늦게 들어온 이질성이 강한 기준이란 점에서

41) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49-50면 참조.

42) 김해원, 앞의 “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구 - 기본권적 보호법익과 결부된 심사기준을 중심으로-”, 231-232면.

헌법 제12조 “적법한 절차”의 모범이 된 영미법적 전통의 핵심적 가치(‘절차적 차원에서의 적절한 방어기회의 제공’)를 헌법문언의 허용범위 내에서 수용하면서도 동시에 그 이질성이 적절하게 통제되어 다른 헌법조항들과 조화를 이룰 수 있도록 체계적합하게 이해되어야 할 것인바,<sup>43)</sup> ‘처벌·보안처분·강제노역·체포·구속·압수·수색과 관련해서 기본권주체에게 고지·청문·변명 등과 같은 방어기회를 제공하는 합리적인 절차 내지는 과정이 구비되어야 한다는 요청’을 헌법상 적법절차원칙으로 이해할 수 있을 것으로 본다.<sup>44)</sup>

따라서 평석대상결정에서 헌법재판소가 심판대상 법률조항과 관련 있는 규정인 ‘법무부장관이 변호사에게 업무정지명령을 발하기 위해서는 합의제 기관의 의견을 거치도록 규정하는 한편, 해당 변호사에게 (법무부징계위원회의 심의기일에 출석하여 구술 또는 서면으로 자기에 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있도록 하는 등) 청문의 기회를 부여하고 있는 법률조항’을 언급한 다음, 바로 이러한 관련조항에서 “청구인의 불이익이 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있으므로, 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다”라고 판단하거나,<sup>45)</sup> “필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 수 없다”라고 판단한 것<sup>46)</sup>은 헌법 제12조가 명시하고 있는 “적법한 절차”의 요청을 헌법 제27조 제4항에 근거하는 무죄추정원칙 위반여부의 판단을 위한 한 부분 혹은 기본권심사에서 활용되는 심사기준인 비례성원칙의 부분 요소인 ‘침해최소성의 원칙’의 한 부분으로 흡수한 것과 다름 아닌바, 결국 헌법재판소는 적법절차원칙의 독자성을 무시하거나 혹은 적법절차원칙에 대한 이해가 부족하다는 평가로부터 자유롭지 않다고 생각된다.

43) 김해원, 앞의 책, 480면.

44) 물론 헌법 제12조 제1항 및 제3항 “적법한 절차”의 이념을 구체화한 것으로 이해될 수 있는 구체적 조항들이 헌법 곳곳에 산재되어 있긴 하다. 예컨대, 제12조 제2항 고문금지, 제12조 제3항 및 제16조 영장주의, 제12조 제5항 고지 및 통지 제도, 제12조 제7항 자백의 증거 능력 및 증명력 제한, 제12조 제2항 진술거부권, 제12조 제4항 변호인의 조력을 받을 권리, 제12조 제6항 구속적부심사청구권, 제27조 제4항 무죄추정원칙 등등이 그러하다. 하지만 이러한 구체적인 규정에 대한 보충적인 국가행위통제규준으로 헌법 제12조 제1항 및 제3항 “적법한 절차”에서 도출되는 적법절차원칙을 이해하는 것이 우리 헌법체계에서는 합리적이라고 본다(이에 관해서는, 위의 책, 481면).

45) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49-50면.

46) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51-52면.

### 3. 비례성원칙

일정한 목적을 실현하는데 적합한 수단을 사용하도록 요구하는 적합성원칙, 일정한 목적을 실현함으로써 훼손되는 다른 목적에 대한 피해를 최소화하도록 요구하는 필요성원칙, 일정한 목적과 그것을 실현함으로써 훼손되는 다른 목적이 서로 균형적으로 구현될 수 있도록 요구하는 상당성원칙이라는 세 가지 부분원칙으로 구성되어 있는 비례성원칙<sup>47)</sup>은 대립되는 복수의 목적(실현하려는 목적(Z1)과 훼손되는 목적(Z2))에 관계하는 특정 수단을 평가할 때 사용되는 논증도구(심사기준)이자 복수의 목적에 특정 수단을 합리적으로 배치하기 위한 방식 내지는 원칙으로서<sup>48)</sup> 정의 및 법적 안정성과 더불어 법이념으로서의 합목적성을 추구하는 법치주의로부터도 혹은 헌법의 상반규범성 및 헌법상 공화주의로부터도 도출될 수 있는 헌법적 차원의 국가행위 통제규준이다.<sup>49)</sup> 따라서 비례성원칙은 형량이 필요한 모든 원칙충돌상황 속에 놓여 있는 국가행위에 대한 일반적 평가규준으로서 광범위하게 활용될 수 있는 가능성을 내포하고 있는 심사기준이라고 할 수 있다.<sup>50)</sup>

47) 김해원, 앞의 책, 125면; 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 『공법연구』 37-4, 한국공법학회, 2009, 26면; 비례성원칙의 구조 및 부분원칙들에 관한 상세한 논의는 L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, S. 28ff., 74ff., 140ff.; 우리 헌법재판소와 대법원은 이 3가지 부분원칙 중 하나라도 저촉되면 위헌(헌재 1990.9.10. 89헌바82 결정; 대판 1994.3.8. 92누1728)이라고 판단하지만, 이러한 부분원칙들을 심사강도와 관련하여 등급화 하여 적용하려는 시도도 있다(공진성, “최적화명령으로서 비례성원칙과 기본권심사의 강도”, 『3사논문집』 53, 육군3사관학교, 2001, 279면.); 한편 비례성원칙과 함께 자주 거론되는 목적의 정당성은 그 자체가 비례성원칙의 구성부분은 아니겠지만(이준일, 앞의 “헌법상 비례성 원칙”, 26-28면), 비례성심사 이전에 반드시 검토되어야 할 요소이다 (Vgl. H. Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, Tübingen, 2. Aufl., 2004, Vorb. Rn. 146; L. Michael, *Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit*, in: *JuS* 7, 2001, S. 655; M. Kloepfer, *Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips*, in: E. Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), *FS 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Heymanns, 2003, S. 334.).

48) 이준일, “기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구”, 『헌법학연구』 4-3, 한국헌법학회, 1998, 276-277면; 이준일, 앞의 “헌법상 비례성원칙”, 26면.

49) 비례성원칙의 헌법적 근거에 관해서는 특히 Vgl. A. v. Arnould, *Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, in: *JZ*, 2000, S. 276ff.

50) 실제로 헌법재판소는 노무현 대통령 탄핵심판사건에서도 명시적으로 비례성원칙이라는 표현을 사용하지 않았을 뿐 실질적으로 비례성원칙에 입각하여 판단하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 노무현 대통령에 대한 파면결정을 할 것인지 여부와 관련하여 “‘법위반이 중대한지’ 또는 ‘파면이 정당화되는지’의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, ‘법위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점’과 ‘피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과’를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부

하지만 기본권심사와 결부해서 심사대상인 국가행위를 통제하는 심사기준으로 활용되는 비례성원칙은 심사대상 국가행위를 통해 실현하려는 목적인 Z1의 자리에 헌법 제37조 제2항 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리”를 위한 것으로 평가될 수 있는 개인이나 집단의 구체적 이익을, 훼손되는 목적인 Z2의 자리에 특정 기본권주체의 구체적인 기본권적 보호법익을 각각 위치시킨 다음 양 목적들 상호간 형량을 위한 형식적 통제규준으로 국한해서 이해하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 대립되는 복수의 목적에 관계하는 수단의 합리성을 논증하는 도구인 비례성원칙이 적용될 수 있는 영역을 무분별하게 확대하는 것은 규범충돌상황 속에서 형량을 필요로 하는 헌법적 차원의 모든 심사기준들 각각이 갖고 있는 고유성과 특수성을 잃어버리게 하고 이를 비례성원칙이라는 단일한 심사기준으로 통합시키는 계기가 될 뿐만 아니라,<sup>51)</sup> 헌법 제37조 제2항 “필요한 경우에 한하여”라는 문언의 의미가 경시될 가능성이 농후하기 때문이다.<sup>52)</sup>

바로 이러한 관점에서 본다면, 평석대상결정에서 헌법재판소가 청구인인 변호사의 기본권(직업수행의 자유) 침해여부를 판단하기 위한 기준으로 비례성원칙(과잉금지원칙)을 활용하고 있으면서도, 일정기간 변호사의 업무를 정지할 수 있도록 규정하고 있는 심판대상 법률조항으로 인해 훼손되는 법익으로 기본권적 보호법익(변호사업무의 수행)외에 청구인 변호사에게 제공된 “청문의 기회” 등과 같은 적법절차원칙을 통해서 보장하려는 가치를 함께 언급한 것은 기본권심사기준으로서의 비례성원칙을 확대 사용한 것이란 점에서 아쉬움이 크다.<sup>53)</sup> 왜냐하면 독자적 심사기준으로서 적법절차원칙이 갖고 있는 고유한 가치나 의미가 퇴색되어버렸고, 청구인의 기본권적 보호법익의 훼손 정도를 부각시켜 이를 독립적으로 검토할 수 있는 기회가 축소되었기 때문이다.

즉, 과면여부를 결정해야 한다.”라고 판단하고 있는데(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 615면), 이러한 판단은 과면결정이라는 수단을 통해서 달성하고자 하는 목적과 그로 인해서 훼손되는 목적 상호 간의 관계 속에서 탄핵인용여부를 결정한 것이다.

51) 예컨대 헌법재판소는 비례성원칙에 입각한 충돌하는 목적들 상호간 형량작업에 기초하여 명확성원칙의 위반여부에 대한 판단을 하고 있다. 이에 관해서는 특히 이준일, 앞의 “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 305면 참조.

52) 기본권심사에서 사용할 수 있는 기준인 비례성원칙은 헌법 제37조 제2항의 “필요한 경우에 한하여”의 해석을 통해서 도출된다. 이에 관해서는 진광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2010, 299면; 헌재 1998.11.26. 97헌바58, 판례집 10-2, 682면 이하 참조.

53) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51-52면.

## IV. 평석대상결정의 재구성

### 1. 서두

평석대상결정은 헌법소원심판 사건이긴 하지만, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 사건으로서 그 본질은 객관소송의 특징을 많이 갖고 있는 위헌법률심판사건에 가까운 소위 ‘헌바형’ 사건이다. 따라서 심판대상 법률조항이 청구인인 변호사의 기본권을 침해하는지 여부와 상관없이 다른 객관적인 헌법원칙이나 헌법적 차원의 기준에 위반되는지 여부 또한 본 사건에서 헌법재판소가 판단해야 할 내용이 된다는 점은 분명하다. 하지만 본 글은 기본권심사의 관점에서 기본권심사기준의 분별과 중첩적용 및 혼동의 문제를 검토하기 위한 계기로 평석대상결정을 주목하고 있다는 점에서, 여기에서는 심판대상법률조항이 청구인인 변호사의 기본권, 특히 직업(수행)의 자유를 침해한 위헌법률인지 여부에 대한 판단문제와 결부시켜서 평석대상결정을 새롭게 재구성해본다.

### 2. 재구성

#### 1) 기본권심사구조 일반론<sup>54)</sup>

가변적이고 동태적인 헌법현실 속에서 구체적인 경우에 문제된 ‘특정 기본권이 확정적으로 보장된다’라고 주장하기 위해서는 무엇보다 우선적으로 행해져야 할 작업은 일련의 조작을 통해서 특정된 해당 기본권에 내포된 속성들과 그 기본권이 놓여있는 구체적 상황들을 일반적인 것으로 추출하여 특정한 고정치로 추상화 혹은 개념화하고, 그 개념들의 연관을 나타내는 판단으로써 해당 기본권의 잠정적 보호영역을 확인해야 하며(제1단계: 잠정적 보호영역 확인), 이어서 해당 기본권에 감행된 각종 침해(Eingriff)들에 대한 정당성심사를 거쳐 구체적이고 개별적인 상황에서 해당 기본권의 확정적 보호영역을 발견해야 한다(제2단계: 정당성심사).<sup>55)</sup> 특히 기본권은 헌법적 차원에서 보장되는 권리<sup>56)</sup>라

54) 김해원, “급부권적 기본권의 심사구조 - 국회입법부작위를 중심으로-”, 『공법학연구』 13-2, 한국비교공법학회, 2012, 264-265면.

55) 김해원, 앞의 “기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구”, 281-282면.

는 점에서 기본권에 대해 감행된 국가의 구체적 기본권침해가 헌법적 정당성을 획득하려면 우선 해당 기본권침해가 헌법적 차원에서 허용되고 있는지 여부(즉, 침해의 헌법적 근거: 특히 법률유보원칙 준수 여부)를 살피고,<sup>56)</sup> 이어서 허용된 구체적 침해가 모든 관점에서 헌법적합성을 인정받을 수 있는지 여부(즉, 형식적 헌법적합성 및 실질적 헌법적합성 준수 여부)가 검토되어야 한다.<sup>58)</sup> 이하에서는 이러한 일반적인 기본권심사단계 및 선행연구에 기대어서 평석대상결정에 나타난 심판대상 법률조항이 청구인인 변호사의 기본권을 침해한 것인지 여부에 관한 헌법재판소의 판단을 재구성해본다.

## 2) 평석대상 결정의 재구성

### (1) 보호영역의 잠정적 확인: 심사대상특정과 관련 기본권 특정

평석대상 사건에서 심판대상은 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조 제1항 본문 중 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분, 즉 ‘변호사가 공소제기 되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그 대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에는 법무부징계위원회에 그 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있다’라는 것과 이와 결부해서 “법무부장관은 법무부징계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.”라고 규정한 제102조 제2항이다. 이러한 심판대상 법률조항에 근거해서 이 사건 청구인인 변호사는 변호사 업무정지 6개월에 처하는 명령을 받아 일정 기간 동안 변호사라는 직업을 수행하는 것이 어렵게 되었다는 점에서 헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유가 침해될 우려가 있다. 왜냐하면 헌법상 직업선택의 자유에는 직업수행의 자유가

56) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1996, S. 258.

57) 이러한 심사가 행해지는 영역을 독일문헌들은 보통 ‘제한영역(Schranken-Bereich)’이라고 칭한다. 제한영역에서는 헌법유보와 법률유보가 다루어진다. 상세한 내용은 특히, 김혜원, 앞의 “방어권적 기본권의 정당성 심사구조”, 29-30면, 43-47면.

58) 위의 논문, 29-30면; 기본권침해의 형식적 헌법적합성 심사에서는 일반적으로 침해의 권한·절차·형태가 검토되며, 실질적 헌법적합성 심사에서는 비례성원칙·본질내용침해금지·평등원칙·법치국가적 요청 등등과 같은 헌법이 요구하고 있는 실체적 가치들의 준수여부가 검토된다. 한편 이러한 침해의 헌법적합성 심사가 행해지는 영역을 독일문헌들은 보통 ‘제한의 한계 영역(Schrankenschranken-Bereich)’으로 칭한다(Vgl. H. W. Kim, *Schranken und Schrankenschranken grundrechtlicher Abwehrrechte*, Logos, 2009, S. 7, 247ff.).

지도 포함하는 개념이기 때문이다.<sup>59)</sup> 그 밖에 행복추구권의 침해여부도 문제될 수 있겠으나, 보충적 성격의 기본권이란 점에서 별도로 검토하지는 않도록 한다. 한편 청구인이 문제 삼은 재판청구권은 이 사건 심판대상 법률조항이 아닌 변호사법 제104조 및 제106조의 적용에 따른 간접적·사실상의 효과일 뿐이란 점에서 본 사안에서 관련되는 기본권이라고 생각되지 않는다.<sup>60)</sup> 따라서 이하에서는 본격적으로 심판대상 법률조항이 청구인의 직업의 자유를 침해하는 위헌 법률인지 혹은 헌법상 정당화될 수 있는 합헌적인 기본권제한인지 여부를 본격적으로 검토하기로 한다.

## (2) 심사대상에 대한 정당성심사

### ① 서두

기본권은 헌법적 차원의 권리라는 점에서 기본권적 보호범익에 대해 부정적으로 개입하는 국가행위의 근거 또한 직접적이든 간접적이든 헌법에 근거가 있어야 한다. 관련해서 우리 헌법은 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리”, 즉 모든 기본권에 대해서 “법률로써” 제한할 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 그런데 이 사건에서 문제된 심판대상은 국회가 제정한 법률이란 점에서 법률유보원칙의 위반여부는 별도로 문제되지 않는다고 하겠다. 또한 이 사건 심판대상은 정당한 입법권자가 헌법이 요청하는 절차를 준수하면서 ‘법률’이란 형태로 정립한 법률조항이란 점에서 형식적 차원에서의 헌법적합성 심사와 관련해서 특별히 문제될 만한 사정은 발견되지 않는다. 따라서 이하에서는 심판대상 법률조항이 정당성심사의 중핵을 이루는 실질적 헌법적합성심사와 관련해서 특히 무죄추정원칙·적법절차원칙·비례성원칙 등을 위반해서 청구인의 기본권(직업수행의 자유)을 침해한 것인지 여부를 중심으로 살핀다.<sup>61)</sup>

59) 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 314면: “헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80; 1996. 8. 29. 94헌마113; 1997. 3. 27. 94헌마196등 참조). 여기서 ‘직업’이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 참조).”

60) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 52면.

61) 물론 평등원칙, 명확성원칙, 이중처벌금지원칙 등등과 같은 다른 심사기준들의 준수여부 또한 문제될 수 있다. 하지만 본 글은 구체적 사건과 관련해서 헌법재판소 결정에서 나타

## ② 목적의 정당성 및 비례성원칙 위반여부

이 사건 심판대상 법률조항을 통해서 달성하려는 1차적 목적은 해당 법률조항에 명시된 “의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성”의 예방 및 축소라고 할 수 있다(변호사법 제102조 제1항). 왜냐하면 변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 되면 변호사 신분을 상실케 되는바, 변호사 신분을 신뢰하고 도움을 요청했던 의뢰인에게 변호사로서의 조력을 더 이상 제공할 수 없게 되며 해당 의뢰인과 결부된 법적 분쟁의 효율적이고 순조로운 해결이 지연되거나 방해될 수 있기 때문이다. 그리고 변호사의 도움이 필요한 의뢰인의 이익 및 신뢰 보호와 관련된 법적 분쟁의 효율적이고 적정한 해결에 기여하는 것은 헌법 제37조 제2항에 명시된 “공공복리”를 위한 것이라고 평가할 수 있다. 따라서 심판대상 법률조항의 목적은 정당하다고 판단된다(목적의 정당성).

뿐만 아니라 심판대상 법률조항에 근거해서 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다는 점(변호사법 제102조 제2항)에서, 해당 수단(심판대상 법률조항)은 ‘의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성의 예방 및 축소’라는 목적 달성에 도움 되는 적합한 수단이라고 하겠다(수단의 적합성 원칙). 물론 이 사건 심판대상 법률조항으로 인해서 청구인 변호사의 직업수행의 자유가 훼손될 수 있다는 점은 분명하다. 하지만 해당 법률조항은 필요적으로 해당 변호사에 대하여 업무정지를 강제하는 것이 아니라, “법무부징계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다”(변호사법 제102조 제2항)라고 함으로써 구체적인 경우에 따라 개별성과 특수성을 판단하여 업무정지 명령의 발령 여부를 결정하도록 재량의 여지를 부여하고 있을 뿐만 아니라,<sup>62)</sup> 나아가 이 사건 법률(변호사법) 제104조에서 업무정지명령의 기간을 6개월의 확정기한으로 하면서 갱신 기간을 합하더라도 총 2년을 넘을 수 없도록 하고 있으며 업무정지 기간 중이라고 하더라도 변호사에 대한 공판 절차의 진행 상황을 고려해서 그 명령이 해제될 수 있는 가능성 또한 열어두고 있다는 점(변호사법 제105조)에서 이 사건 심판대상 법률조항이 필요한 범위를 넘어서서 과도하게 변호사의 직업수행의 자유를 훼손하고 있다고 평가하기는 어렵다고 본

난 기본권심사기준들의 중첩적용 및 혼동에 주목하고 있다는 점에서 헌법재판소가 본 사건과 관련해서 별도로 주목하지 않은 심사기준이나 본 사건에서 분별이 특히 문제되지 않는 심사기준에 관한 사항은 본 글에서 별도로 검토하지 않기로 한다.

62) 현재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51면.

다(수단의 필요성 원칙).<sup>63)</sup> 그리고 일정한 기간 변호사로서의 업무가 정지됨으로 초래되는 이익이 변호사로서의 업무수행을 신뢰하고 있던 의뢰인과 그러한 의뢰인을 둘러싸고 있는 법적 분쟁의 합리적 해소라는 공익보다 더 우월하거나 더 크다고 볼 수는 없다고 생각된다. 경우에 따라서 분쟁의 중심에 있는 의뢰인의 입장에서는 귀책사유가 없음에도 불구하고 새로운 변호사의 선임 등이 필요하여 예상치 못한 큰 경제적 손실이나 소송의 지연 등의 피해를 입을 수도 있다.<sup>64)</sup> 따라서 이 사건 심판대상 법률조항으로 인해 훼손되는 변호사의 법익과 달성하려는 공익 및 의뢰인의 이익 상호간 균형이 상실되었다고 평가하기는 어렵다고 본다(법인 균형성 원칙).

결국 이 사건 심판대상 법률조항이 헌법 제37조 제2항 “필요한 경우에 한하여”로부터 도출되는 비례성원칙에 위반된 것이라고 단정할 수는 없다고 하겠다.

### ③ 적법절차원칙 위반여부

적법절차원칙 위반여부와 관련해서 이 사건에서의 쟁점은 법무부장관이 법무부장계위원회의 결정에 따라 이 사건 청구인과 같은 변호사에 대하여 업무정지를 명하는 과정에서 해당 변호사에게 절차적 차원에서의 적절한 방어의 기회를 심판대상 법률조항이 제공하고 있는지 여부이다.<sup>65)</sup> 그런데 헌법상 적법절차원칙은 모든 국가행위를 통제하는 기준이 아니라 처벌·보안처분·강제노역·체포·구속·압수·수색에 해당하는 특정 기본권침범의 위헌성여부를 심사하는 기준으로 국한해서 이해되어야 한다는 점에서,<sup>66)</sup> 우선 이 사건 심판대상 법률조항에 근거해서 발령되는 “업무정지”가 헌법 제12조가 명시하고 있는 “처벌”에 해당되는 것인지 여부 - 이 사건 업무정지가 체포·구속·압수·수색에 해

63) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 51면.

64) 물론 변호사의 등록이 취소될 가능성이 매우 크지 않다고 하더라도 그러한 가능성이 어느 정도 있는 경우라면, 의뢰인의 이익이나 중대한 공익을 위해서 미리 그러한 가능성을 관계자들에게 알리는 방법 등과 같이 이 사건 법률조항에 따른 업무정지명령보다 상대적으로 덜 기본권침해적인 조치들을 마련할 수 있는 방안이 없는 것은 아니다. 하지만 수단의 필요성(침해최소성) 원칙이 최소화명령으로 이해되어야 하는 것은 아니며 무엇보다도 입법자의 광범위한 형성권한과 권력분립원칙 등을 고려한다면, 심판대상 법률조항에 따른 영업정지명령보다 더 경한 조치가 있다는 사실 만으로 이 사건 심판대상 법률조항이 비례성원칙에 위반되었다고 판단하는 것은 합리적이지 않다고 본다.

65) 헌법 제12조 “적법한 절차”에 근거하는 헌법상 적법절차원칙을 절차적 차원에서 준수되어야 하는 원칙으로 보아야 하는 이유에 관해서는 김혜원, 앞의 책, 480-481면.

66) 그 이유에 관해서는 위의 책, 477-478면.

당되는 않는 것은 문언상 분명하다 - 부터 확인되어야 한다. 그런데 헌법 제12조 제1항의 처벌은 일탈된 행동에 대해 부과되는 벌 혹은 제재를 의미하는 것으로 폭넓게 이해될 수 있으며<sup>67)</sup> 보안처분은 형사범 영역에서 규율하고 있는 각종 범죄예방처분(예컨대 보호관찰제도, 사회봉사명령, 보안관찰, 치료감호 등)에 국한되는 것이 아니라 사회안전을 유지·보호하기 위해 행해지는 각종 강제처분을 포괄하는 개념이란 점<sup>68)</sup>을 고려한다면, 변호사의 일정한 일탈행위를 전제해서 “공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에” 발령될 수 있는 조치인 이 사건 업무정지명령은 헌법상 적법절차원칙에 의해 통제되어야 할 대상이라고 할 수 있을 것이다.

하지만 이 사건 심판대상 법률은 변호사에 대한 업무정지명령과 관련하여, 법무부장관이 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 해당 변호사에게 업무정지명령을 발할 수 있도록 하고 있다는 점에서 해당 변호사에 대해 행해지는 불이익한 조치가 어느 정도 중립적이고 공정성을 갖춘 심판관에 의해 관리될 수 있도록 하고 있을 뿐만 아니라,<sup>69)</sup> 무엇보다도 이러한 절차가 개시되면 지체 없이 해당 사실이 해당 변호사에게 통지되어야 하며(제103조 제2항 및 제98조 제3항), 해당 변호사가 법무부징계위원회에 출석하여 구술 또는 서면으로 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있도록 하고 있다는 점(제103조 제2항 및 제98조의2 제2항 내지 제6항)<sup>70)</sup>에서 불이익한 조치의 대상자인 변호사에게 고지·청문·변명 등과 같은 방어기회를 제공하는 합리적인 절차 내지는 과정이 구비되어 있다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 심

67) 일탈된 행동을 형법상 개념인 형벌의 원인인 범죄로만 국한해서 이해하는 것은 헌법상 개념이 근거 없이 법률상 개념을 통해서 정의되어버리는 것이란 점에서 받아들이기 어렵다.

68) 김해원, 앞의 책, 477-478면.

69) 이러한 점은 무엇보다도 법무부징계위원회의 구성을 통해서 확인된다. 관련해서, 변호사법(법률 제8991호로 개정된 것) 제94조 (법무부 변호사징계위원회의 구성) ① 법무부 변호사징계위원회(이하 “법무부징계위원회”라 한다)는 위원장 1명과 위원 8명으로 구성하며, 예비위원 8명을 둔다. ② 위원장은 법무부장관이 되고, 위원과 예비위원은 법원행정처장이 추천하는 판사 중에서 각 2명, 검사 중에서 각 2명, 대한변호사협회의 장이 추천하는 변호사 중에서 각 1명과 변호사가 아닌 자로서 법학 교수 또는 경험과 덕망이 있는 자 각 3명을 법무부장관이 임명 또는 위촉한다. 다만, 위원의 경우 검사 2명 중 1명은 법무부차관으로 할 수 있다. ③ 위원과 예비위원의 임기는 각각 2년으로 한다. ④ 위원장은 법무부징계위원회의 업무를 총괄하고 법무부징계위원회를 대표하며 회의를 소집하고 그의장이 된다. ⑤ 위원장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 미리 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.

70) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 52면.

판대상 법률조항은 적법절차원칙에 위반되었다고 평가할 것은 아니라고 본다.

#### ④ 무죄추정원칙 위반여부

이 사건에서 문제가 된 변호사법 제5조<sup>71)</sup> 및 이 사건 심판대상 법률조항인 변호사법 제102조에 따르면, 변호사가 공소제기 되어 재판의 결과 범죄로 금고 이상의 형에 해당하는 형을 선고받을 가능성이 매우 클 경우에 일정한 요건 하에서 그 변호사는 법무부장관으로부터 업무정지명령을 받을 수 있게 된다. 따라서 심판대상 법률조항은 범죄사실의 인정 또는 유죄를 전제로 그에 대하여 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 사회적 비난 내지는 응보적 의미의 취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익<sup>72)</sup>을 해당 변호사에게 가하는 측면이 있음을 부정하기는 어렵다고 본다.<sup>73)</sup> 나아가 심판대상 법률조항이 무죄추정 원칙에 위반되지 않다고 주장하기 위해서는 무엇보다도 유죄의 확정판결을 선취하여(즉 유죄추정하여) 불이익을 부과하는 것을 통해서 재판의 신속한 진행이나 범죄에 대한 효과적인 투쟁 및 형사소송목적 달성의 용이함 등과 같은 공적 가치에 이바지할 수 있다는 점이 우선적으로 논증되어야 한다.<sup>74)</sup> 그런데 이 사건 법률조항에 따라 유죄확정판결을 받을 우려가 있는 변호사의 업무를 정지시키는 것이 형사사법목적달성에 어떠한 기여를 할 수 있는지가 의문이다. 특히 헌법 제28조의 취지상 범죄에 대한 효과적인 예방 및 방어와 응징 등과 같은 형사사법목적달성을 위해서 유죄확정판결을 선취하여 피의자나 피고인에게 일정한 불이익을 가하는 것이 전면적으로 금지되어 있다고 볼 수는 없겠지만, 그러한 불이익이 해당 범죄의 종류나 유형(특히 범죄가 조직범죄인지 혹은 공

71) 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다. 1. 금고 이상의 형(刑)을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자 2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자 3. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자 4. 탄핵이나 징계처분에 의하여 파면되거나 이 법에 따라 제명된 후 5년이 지나지 아니하거나 징계처분에 의하여 해임된 후 3년이 지나지 아니한 자 5. 금지산자 또는 한정치산자 6. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 7. 이 법에 따라 영구제명된 자.

72) 관련해서 특히 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 744면, 751면 참조.

73) 헌법재판소 또한 같은 취지이다. 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1(하), 49면.

74) 이 사건 심판대상 법률조항을 통해서 달성하려는 목적으로 헌법재판소가 언급하고 있는 “의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 매우 중대한 공익”에 대한 고민은 무죄추정원칙이 아니라, 비례성원칙 위반여부에 대한 검토로 해결될 사안이라고 본다.

범이 있는 범죄인지, 고의범인지 혹은 과실범인지 등등)을 고려하지 않고 일률적으로 행해지거나 혹은 문제된 범죄의 혐의에 대해서 사실관계까지도 다두고 있는 것인지 아니면 오직 법리적 사항만을 다두고 있는지 여부 등에 관한 구체적 고려 없이 부과되는 것이라면, 해당 불이익은 설사 그 불이익의 정도가 미미하다고 하더라도 헌법상 무죄추정원칙에 부합되기 어렵다고 해야 할 것이다. 그런데 이 사건 심판대상 법률조항을 변호사의 결격사유를 규정하고 있는 변호사법 제5조와 결부해서 살핀다면, 심판대상 법률조항은 다음과 같은 이유 때문에 무죄추정원칙을 위반한 것이라고 해야 할 것이다: ㉠ 범죄의 종류나 유형 및 범죄성립과 관련된 쟁점사항 등을 고려하지 않고 단지 범죄에 대한 처벌수준이 ‘금고 이상의 형의 선고’에 해당하는지 여부에만 주목하면서, 유죄확정판결을 선취하여 피고인인 변호사에 대한 불이익부과의 조치로서 업무정지명령을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 규정된 변호사 업무정지 명령이 형사사법목적 달성에 기여할 수 있을지도 의심스럽다. ㉡ 유죄확정판결 이전에 기본권주체에게 부과되는 유죄인정의 효과로서의 불이익은 유죄확정판결을 선취한 결과인바, 해당 불이익은 유죄확정판결을 통해서 기본권주체가 받게 될 불이익보다는 커지 않아야 할 것인데,<sup>75)</sup> 변호사법 제5조와 결부되어서 부과되는 심판대상 법률조항에 근거한 업무정지명령은 (유죄판결의 일종이긴 하지만 법원이 유죄인정의 효과를 유예한 판결인) 선고유예를 받게 될 가능성이 매우 큰 경우에도 해당 변호사의 자격정지를 명할 수 있도록 하고 있다. ㉢ 심판대상 법률조항에 오관으로 인한 불이익부과에 대한 사후적 통제장치가 마련되어 있지 않다.<sup>76)</sup>

### (3) 소결

심판대상 법률조항은 비례성원칙이나 적법절차원칙에 위반된다고 평가하기는 어렵겠지만, 무죄추정원칙에 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 위헌법률이라고 해야 할 것이다.

75) 김해원, 앞의 책, 497면.

76) 무죄추정원칙 위반여부를 판단함에 있어서 고려해야할 쟁점은 다음과 같다(위의 책, 496-497면): ㉠ 유죄확정판결을 선취하는 행위에 대한 통제, ㉡ 선취한 유죄확정판결에 기초한 불이익부과에 대한 통제, ㉢ 오관으로 인한 불이익부과에 대한 사후적 통제.

## V. 마치는 글

변호사법 제102조 위헌소원 사건에서 헌법재판소는 헌법적 차원의 독립된 별개의 국가행위통제규준(심사기준)인 무죄추정원칙·적법절차원칙·비례성원칙 각각의 고유한 의미와 상호간 분별에 대한 주목이 미흡했다. 특히 적법절차원칙 위반여부에 대한 검토는 비례성원칙 및 무죄추정원칙 위반여부에 대한 검토에 흡수되었으며, 비례성원칙 위반여부에 대한 검토와 무죄추정원칙 위반여부에 대한 검토가 중첩됨으로써 양자의 본질적 상이점이 부각되지 못했다. 그런데 이러한 심사기준들 상호간 중첩적용 및 혼동의 가장 큰 이유는 무엇보다도 하나의 수단이 충돌하는 복수의 목적들에 관계될 경우에 수단과 충돌하는 목적들 상호간 합리적 관계를 정립하기 위한 논증도구 내지는 기준인 비례성원칙이 갖고 있는 일반성 및 확장성 때문이라고 해도 과언이 아니다. 따라서 가치충돌의 경우에 판단의 준거점을 제공하고 있는 각종 기본권심사기준들을 비례성원칙으로 일원화할 것이 아니라면, 기본권관계에서 일반적으로 활용되어야 하는 국가행위통제기준인 비례성원칙이 갖고 있는 확장성을 통제하고, 다른 개별적 국가행위통제기준(심사기준)들의 독립성과 고유성을 확보하려는 헌법 이론적 노력이 필요하다고 하겠다. 이러한 노력의 일환으로서 본 글에서는 구체적 사건에서 나타난 헌법재판소의 태도를 비판하면서 특히 비례성원칙과 적법절차원칙 및 무죄추정원칙이라는 한정된 심사기준들의 개념과 그 활용에 주목했지만, 여전히 미흡한 점이 많다. 특히 본 글이 입각하고 있는 문제의식인 ‘비례성원칙의 무분별한 확대를 억제하고 다른 심사기준들의 고유성과 독립성의 확보’를 위해서는, 무엇보다도 비례성원칙과 명확성원칙·평등원칙·이중처벌금지원칙·소급금지원칙 등등과 같은 다른 기본권심사기준들 상호간의 관계정립을 위한 구체적인 후속연구가 계속되어야 할 것으로 본다.

투고일 : 2019.5.28. / 심사완료일 : 2019.6.6. / 게재확정일 : 2019.6.11.

[참고문헌]

- 공진성, “최적화명령으로서 비례성원칙과 기본권심사의 강도”, 『3사논문집』 53, 육군3사관학교, 2001.
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2008.
- 김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2014.
- 김해원, “국가행위의 적헌성 판단에 있어서 헌법규범의 적용방식에 관한 연구”, 『헌법학연구』 16-3, 한국헌법학회, 2010.
- \_\_\_\_\_, “급부권적 기본권의 심사구조 - 국회입법부작위를 중심으로-”, 『공법학연구』 13-2, 한국비교공법학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, 『기본권심사론』, 박영사, 2018.
- \_\_\_\_\_, “기본권심사에서 법치국가원칙의 의미”, 『헌법학연구』 23-1, 한국헌법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “기본권심사에서 실질적 헌법적합성심사의 구조와 개별적 심사기준의 체계화에 관한 연구 - 기본권적 보호법익과 결부된 심사기준을 중심으로-”, 『헌법학연구』 23-2, 한국헌법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “기본권의 잠정적 보호영역에 관한 연구”, 『헌법학연구』 15-3, 한국헌법학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, “방어권적 기본권의 정당성 심사구조”, 『공법학연구』 10-4, 한국비교공법학회, 2009.
- 김현철, “무죄추정원칙에 관한 헌법재판소 판례 검토 - 현재 2010. 9. 2. 2010헌마 418결정에 대한 평석을 중심으로-”, 『법학논총』 32-2, 전남대학교 법학연구소, 2012.
- 이준일, “기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구”, 『헌법학연구』 4-3, 한국헌법학회, 1998.
- \_\_\_\_\_, “헌법상 비례성원칙”, 『공법연구』 37-4, 한국공법학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 『헌법학연구』 7-1, 한국헌법학회, 2001.
- \_\_\_\_\_, 『헌법학강의』, 홍문사, 2015.
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2010.
- 허완중, 『헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계』, 전남대학교출판문화원, 2017.
- \_\_\_\_\_, “헌법재판소의 지위와 민주적 정당성”, 『고려법학』 55, 고려대학교 법학연

구원, 2009.

\_\_\_\_\_, “헌법재판소 종국결정의 본질”, 『영남법학』 30, 영남대학교 법학연구소, 2010.

A. Katz, Staatsrecht - Grundkurs im öffentlichen Recht, C.H.Beck, 17. Aufl., 2007.

A. v. Arnauld, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: JZ, 2000.

H. Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Tübingen, 2. Aufl., 2004.

H. W. Kim, Schranken und Schrankenschranken grundrechtlicher Abwehrrechte, Logos, 2009.

L. Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden, 2001.

L. Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, in: JuS 7, 2001.

M. Kloepfer, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: E. Schmidt -Aßmann u.a. (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Heymanns, 2003.

R. Alexy, Grundrechte in der demokratischen Verfassungsstaat, Festschrift für A. Peczenik, 1997.

R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1996.

R. Schmidt, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, Dr. Rolf Schmidt, 10. Aufl., 2008.

S. G. Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, in: JuS 48(1), 2008.

V. Epping, Grundrechte, Springer, 3. Aufl., 2007.

[국문초록]

기본권심사에서 심사기준의 분별과 중첩의 문제  
 - 변호사법 제102조 위헌소원 사건(헌재 2014. 4. 24.  
 2012헌바45)에서 나타난 무죄추정원칙·적법절차원칙·  
 비례성원칙의 활용을 중심으로 -

김 해 원\*

변호사법 제102조 위헌소원 사건에서 헌법재판소는 헌법적 차원의 독립된 별개의 국가행위통제규준(심사기준)인 무죄추정원칙·적법절차원칙·비례성원칙 각각의 고유한 의미와 상호간 분별에 대한 주목이 미흡했다. 특히 적법절차원칙 위반여부에 대한 검토는 비례성원칙 및 무죄추정원칙 위반여부에 대한 검토에 흡수되었으며, 비례성원칙 위반여부에 대한 검토와 무죄추정원칙 위반여부에 대한 검토가 중첩됨으로써 양자의 본질적 상이점이 부각되지 못했다. 그런데 이러한 심사기준들 상호간 중첩적용 및 혼동의 가장 큰 이유는 무엇보다도 하나의 수단이 충돌하는 복수의 목적들에 관계될 경우에 수단과 충돌하는 목적들 상호간 합리적 관계를 정립하기 위한 논증도구 내지는 기준인 비례성원칙이 갖고 있는 일반성 및 확장성 때문이라고 해도 과언이 아니다. 따라서 가치충돌의 경우에 판단의 준거점을 제공하고 있는 각종 기본권심사기준들을 비례성원칙으로 일원화할 것이 아니라면, 기본권관계에서 일반적으로 활용되어야 하는 국가행위 통제기준인 비례성원칙이 갖고 있는 확장성을 통제하고, 다른 개별적 국가행위 통제기준(심사기준)들의 독립성과 고유성을 확보하려는 헌법 이론적 노력이 필요하다고 하겠다. 이러한 노력의 일환으로서 본 글에서는 구체적 사건에서 나타난 헌법재판소의 태도를 비판하면서 특히 비례성원칙과 적법절차원칙 및 무죄추정원칙이라는 한정된 심사기준들의 개념과 그 활용에 주목했지만, 여전히 미흡한 점이 많다. 특히 본 글이 입각하고 있는 문제의식인 ‘비례성원칙의 무분별한 확대를 억제하고 다른 심사기준들의 고유성과 독립성의 확보’를 위해서는, 무엇보다도 비례성원칙과 명확성원칙·평등원칙·이중처벌금지원칙·소급금지원칙 등등과 같은 다른 기본권심사기준들 상호간의 관계정립을 위한 구체적인

\* 부산대학교 법학전문대학원 부교수.

30 영남법학 제48호 (2019.6)

후속연구가 계속되어야 할 것으로 본다.

주제어 : 무죄추정원칙, 비례성원칙, 적법절차원칙, 심사기준, 기본권심사

[Abstract]

A study on overlapping of examination criteria in the examination  
of constitutional rights\*

- a critical comment on the application of the principle of innocence  
presumption · due process of law · Principle of proportionality in the Case  
No. 2012Hun-Ba45, April 24, 2014 -

Kim, Hae-Won\*

This Paper is a constitutional study on the overlay application of the constitutional rights. In this paper focuses on the application of the principle of innocence presumption · due process of law · Principle of proportionality in the Case No. 2012Hun-Ba45, April 24, 2014. No person shall be punished, placed under preventive restrictions or subject to involuntary labor except as provided by Act and through lawful procedures. Warrants issued by a judge through due procedures upon the request of a prosecutor shall be presented in case of arrest, detention, seizure or search. The accused shall be presumed innocent until a judgment of guilt has been pronounced. The freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security, the maintenance of law and order or for public welfare. Therefore, the principle of innocence presumption and due process of law are special examination criteria in the examination of constitutional rights. But Principle of proportionality is general and substantive examination criteria for all constitutional relationship.

---

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2018S1A5A2A01031602).

\*\* Associate Professor(Dr. iur.), Law School of Pusan National University.

Key words : principle of innocence presumption, due process of law, Principle of proportionality, examination criteria, examination of constitutional rights