

박한철 헌법재판소장 후보자 나쁜 판례 10가지

헌법재판관 시절 관여한 결정 중
국민의 기본권 보장에 소홀하거나 국가중심적 사고를
드러낸 10가지 결정

차례

취지 및 선정 이유, 총평	3
박한철 재판관의 나쁜 판례 10가지	5
1. 경찰차벽 이용한 서울광장 봉쇄 사건	5
2. 인터넷, SNS 이용 선거관련 의사표현 금지 공직선거법 사건	6
3. 재정신청 사건 재항고 권리 박탈 형사소송법 사건	7
4. 공직자 이해충돌 해소 위한 주식백지신탁 공직자윤리법 사건	8
5. 동성애 군인들의 동성애 행위 처벌 균형법 사건	9
6. '건전성'을 빌미로 한 방송통신심의위의 표현물 규제 방송통신위원회법 사건	10
7. 인터넷통신이용자의 통신정보를 경찰에 제공하는 전기통신사업법 사건	11
8. 양심적 병역거부자 처벌 병역법 사건	12
9. 삼성X파일 공개 노회찬 처벌 통신비밀보호법 사건	13
10. 교사의 정치자금 후원 등 정치활동 금지 국가공무원법 사건	14

취지 및 선정 이유, 총평

취지

- 본 보고서는 2013년 4월 8~9일 진행되는 박한철 헌법재판소장 후보자의 국회 인사청문회를 앞두고 작성되었습니다. 헌법재판소장으로서 이 후보자가 적합한가를 확인하기 위해서는 과거 판결 성향이 충분히 검증되어야 할 것입니다.

조사대상 및 10가지 나쁜 판례 선정 이유

- 박 후보자가 헌법재판관 재임 기간(2011.2~2013.3.)동안 관여한 전원재판부 결정 414건¹ 들을 살펴보았습니다. 이중 나쁜 판례 10가지를 선정했습니다.
- △ 국민의 기본권과 인권을 경시했거나 △ 법질서 중심적 또는 국가중심적 사고가 드러나 헌법적 문제점이 드러나고 현재의 위상에 걸맞지 않은 대표적인 판례 10가지를 선별하였습니다.²

10가지 나쁜 판례를 통해본 총평

- 박한철 후보자가 헌재소장이 될 경우 최근 헌법재판소의 보수화경향을 더욱 가속화하고 또한 헌법재판소의 기능이 인권과 민주주의를 보호하는 데 기여하지 못하고 행정부 중심의 국가권력 행사를 정당화하는 주변적·보조적인 것으로 전락하게 될 것을 우려하지 않을 수 없음.
- 박한철 후보자는 기존체제의 유지를 지지하는 보수적·소극적인 태도를 보이고 있음.
- 국가안보나 국가발전, 사회질서유지 등을 우선시하고 개인과 시민사회의 기본권이 국가안보나 사회질서와 충돌할 때에는 국가안보나 사회질서 유지를 우선시하는 경향이 드러남.

-
- 1 헌법재판소 홈페이지 검색 시스템을 통해 △박한철 전 재판관이 관여한 전원재판부 사건 중 다음 사건들을 제외하였음. ① 불기소·기소유예처분 취소, 국선대리인 선임신청 사건 ② 전부 각하되어 본안판단에 이르지 않은 사건 ③ 헌사·헌아 사건(각종 신청사건 및 재심사건)
 - 2 박한철 후보자의 헌법재판관 시절 판례에 관한 분석 과정에서는 '후보자' 대신 '헌법재판관' 또는 '재판관'이라고 지칭하고자 함.

박한철 재판관의 나쁜 판례 10가지

- 나쁜 판례 10가지 목록과 각각의 설명과 박한철 재판관의 입장, 비판은 아래와 같음
 - ① 경찰차벽 이용한 서울광장 봉쇄 사건 - 경찰이 집회를 막기 위해 경찰버스를 이용해 서울광장 전체를 둘러싸, 시민들의 서울광장 통행을 봉쇄한 조치에 대한 위헌확인
 - ② 인터넷, SNS 이용 선거관련 의사표현 금지 공직선거법 사건 - 인터넷과 SNS를 이용한 선거관련 의사 표현을 금지하는 공직선거법(제93조 제1항 등) 위헌확인
 - ③ 재정신청 사건 재항고 권리 박탈 형사소송법 사건 - 검찰의 불기소 처분에 이의를 제기하는 재정신청 사건에서, 시민의 재항고 권리를 제한한 형사소송법(제262조 제4항) 위헌확인
 - ④ 공직자 이해충돌 해소 위한 주식백지신탁 공직자윤리법 사건 - 고위공직자가 자신이 보유한 주식의 가치를 높이려고, 공직을 이용할 가능성을 막기 위해 도입된 주식백지신탁 제도 위헌제청
 - ⑤ 동성애 군인들의 동성애 행위 처벌 균형법 사건 - 일반인들과 달리 동성애자 군인들간의 동성애 행위를 처벌하는 균형법(제92조) 위헌제청
 - ⑥ '건전한 통신'을 빌미로 한 방송통신심의위의 표현물 규제 방송통신위원회법 사건 - '건전한 통신'을 명분으로 방송통신심의위원회가 표현물을 규제하도록 하여, 표현의 자유를 침해할 소지가 높은 방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률(제21조 제4호) 위헌제청
 - ⑦ 인터넷통신이용자의 통신정보를 경찰에 제공하는 전기통신사업법 사건 - 경찰로부터 인터넷통신이용자(고객)의 정보를 요청받은 전기통신사업자들이, 이용자(고객)의 동의를 받지 않고 정보를 경찰에 제공할 수 있게 한 전기통신사업법(제54조 제3항) 위헌확인 등
 - ⑧ 양심적 병역거부자 처벌 병역법 사건 - 양심적 병역거부자를 처벌하는 병역법(제88조 제1항 제1호) 위헌제청 등
 - ⑨ 삼성X파일 공개 노회찬 처벌 통신비밀보호법 사건 - 삼성 X파일 공개와 관련하여, 중대한 공익을 위한 경우에도 일률적으로 처벌하는 통신비밀보호법(제16조 제1항 제2호) 위헌소원
 - ⑩ 교사의 정치자금 후원 등 정치활동 금지 국가공무원법 사건 - 교사들의 정치관련 활동을 처벌하는 국가공무원법(제65조 제2항 등) 위헌소원

1. 경찰차벽 이용한 서울광장 봉쇄 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2011. 6. 30. 2009헌마406
- 사건 요약 : 2009년 5월 23일 이후, 덕수궁 앞에 차려진 고 노무현 대통령 시민분향소를 방문한 사람들이, 바로 옆 서울광장에 모여 불법집회를 열 가능성이 있다는 이유로, 경찰청장이 경찰버스들로 서울광장을 봉쇄하고 시민들의 통행을 저지한 행위가 국민의 기본권을 침해하였다는 취지의 헌법소원
- 종국결과 : 위헌(위헌 7 vs. 합헌 2)³
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가(1)

“이 사건과 같이 민주주의 국가에서 특히 중요하다고 여겨지는 표현의 자유나, 그 침해의 정도가 중한 신체의 자유 등과 같은 기본권이 아니라, 공물사용제한에 필연적으로 수반되는 공물의 일반이용과 관련된 일반적 행동자유권이 주로 문제되는 경우에는, 비례의 원칙의 적용에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다.” (박한철 재판관 의견 중에서 인용)

 - 민주주의를 지탱하는 기본적 권리인 집회의 자유를 실질적으로 제한하는 통행저지행위를 일반적 행동자유권 개념으로 축소하고, 이를 단순히 광장을 이용할 수 있는 공물권의 개념으로 전락시킴으로써 헌법문제로서의 기본권 사안을 행정법적 법률문제로 왜곡함.
 - 이 사안은 서울광장을 자유로이 통행하면서 거기서 진행되는 집회에 참석할 수 있는 권리에 관한 것으로서 집회의 자유 및 이에 기반한 정치적 표현의 자유가 그 핵심내용임.
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가(2)

“일부통로를 개설하여 개별적인 통행이나 여가활동을 허용할 경우, 불법 집회의 목적을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여 서울광장을 이용할 가능성”(박한철 재판관 의견 중에서 인용)

 - 경찰청의 주장을 아무 검증도 없이 채택함으로써 시민들의 통행권 및 집회의 자유를 본질적으로 제한하거나 부정하는 경향을 보임. 지나친 질서중심적 또는 국가중심적 사고에 갇혀 권력분립과 기본권 보장을 골격으로 하는 입헌주의 원칙을 저버림.
 - 우리 헌법의 기본이념인 민주주의의 실현에 있어 집회의 자유 등 정치적 자유가 가지는 의미를 간과하고 통제 일변도의 권력행사에만 집착한 것임.
 - 경찰이 개입하지 않으면 서울광장에서의 집회는 당장 반사회적 행위로 나아갈 것이라는 판단과 함께, 구체적인 위협이 없다 하더라도 미래의 추상적인 위협을 예방하기 위해 국가 공권력을 동원할 수 있다는 ‘예방형법’의 논리⁴로 국민의 기본권을 지나치게 제한하고

3 . 위헌 : 이강국, 조대현, 김종대, 민형기, 목영준, 송두환, 이정미, vs. 합헌 : 박한철, 이동흡

4 이러한 경향은 소위 “사후매수죄”조항을 합헌 판단한 공직선거법 제232조 제1항 제2호 위헌소원사건(2012.

있음

2. 인터넷, SNS 이용 선거관련 의사표현 금지 공직선거법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173·191(병합)
- 사건 요약 : 선거일전 180일부터 선거일까지 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용의 글이나 그림 등을 인터넷 또는 SNS로 배포 또는 게시하는 것을 금지하고 있는 것이 정치적 표현의 자유를 침해한다는 취지의 헌법소원
- 종국결과 : 위헌(위헌 6 vs. 합헌 2)⁵
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“이 사건 법률조항은 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하려는 정당한 입법목적에 기초하고 있으며, 인터넷 선거운동의 경우 후보자간 조직동원력, 경제력에 따른 불균형이 발생할 소지가 충분하며, 선거에 영향을 미치는 표현행위가 무제한 쏟아질 경우 선거의 평온과 공정성을 해할 가능성이 커지기에 수단의 적절성 또한 인정된다.” (박한철 재판관 의견 중에서 인용)

- 선거운동의 자유를 “선거의 평온과 공정성” 보장이라는 일종의 행정목적에 종속되는 하위의 법익으로 간주하고 있음. 선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유의 핵심적 형태이며 이 정치적 표현의 자유는 민주적 기본질서의 핵심적 요소가 된다는 점에서 박한철 재판관은 좁은 질서중심적 사고에 갇쳐 정치적 표현의 자유라는 기본권을 소홀히 다루었음.
- 공직선거법은 선거관리라는 명분하에 국민의 정치적 기본권을 적지 않게 제한하고 있다는 비판도 적지 않다는 점을 감안한다면 박한철 재판관의 이러한 태도는 민주주의의 핵심인 시민들의 정치화를 소극적으로 바라보는 입장을 암시하고 있음.
- 인터넷 본인확인 위헌확인 사건에서 위헌 의견을 제시(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인, 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등)한 것과 비교할 때, 민주주의적 관점을 유지하고 있지 못하다고 평가할 수 있음. 즉 인터넷 공간은 개인의 표현의 자유와 개인정보자기결정권이 보장되는 영역인 동시에 그것을 바탕으로 선거과정에서 유권자로서의 올바른 선택을 하기 위한 공론의 장임에도 불구하고, 인터넷 선거운동을 부정함으로써 인터넷 공간을 사적 공간으로 축감하고 있음.

12. 27. 2012헌바47) 결정에서도 반복됨. 박한철 재판관은 사후매수죄를 처벌하여야 할 필요성을 당해 선거에 대한 구체적인 위협의 발생이 아니라 전체로서의 선거에 대한 막연한 위협에서 찾고 있는 바 이 또한 예방 형법의 대표적인 예라 할 것임.

5 위헌 : 이강국, 김종대, 민형기, 목영준, 송두환, 이정미, vs 합헌 : 박한철, 이동흡,

- 이 사건 이외에 박한철 재판관이 관여한 공직선거법 등 선거 관련 사건이 12건⁶이 있는데, 박한철 재판관의 경우 이 모든 경우에 합헌의견을 제시했음. 물론 이 12건의 사건의 최종결과는 모두 합헌이었지만 모두 반대의견이 제시될만큼 논쟁적인 사안들이면서도 박한철 재판관의 경우 한 번의 위헌의견 제시도 없었다는 점은 특기할 만함.

3. 재정신청 사건 재항고 권리 박탈 형사소송법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 헌재 2011. 11. 24. 2008헌마578, 2009헌마41·98(병합)
- 사건 요약 : 검찰의 불기소 결정에 불복하여 법원에 재정신청을 냈으나 법원이 이를 기각했을 때 재항고를 할 수 없도록 한 형사소송법 제262조 제4항 규정이, 시민(재정신청인)의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이며, 재항고가 허용되는 다른 경우와 비교할 때 합리적 이유 없이 재정신청인을 차별함으로써 평등권을 침해한다는 헌법소원.
- 종국결과 : 위헌(위헌 7 vs. 합헌 1)
- 박한철 재판관 의견 : 합헌⁷
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“재정신청에 대한 재판의 성격, 재정결정이 있기까지의 과정과 재정신청사건의 관할, 재정신청의 대상이 된 대다수의 무고한 피의자의 지위 불안을 신속히 해소할 필요성, 법 제415조의 재항고를 허용할 경우 발생할 대법원의 업무부담 증가와 피의자의 불안정한 지위의 장기화, 독일의 경우에도 재정결정에 대한 불복이 허용되지 아니하는 점, 헌법 제107조는 헌법재판소와 대법원 사이에 권한을 분장하는 규정으로 기각결정에 대한 재항고를 불허한다고 하여 위 헌법규정의 취지에 반한다고 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 법 제262조 제4항의 “불복할 수 없다.”는 부분이 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 허용하지 않는다고 하여 합리적인 이유 없이 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한한다거나, 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람에 비하여 재정신청인을 불합리하게 차별취급함으로써 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.” (박한철 재판관의 반대의견 중에서 인용)

- 재정신청을 기각하는 결정에 대한 재항고를 금지하고 있는 법규정을 위헌이라 판단한 다수의견과 달리 박한철 재판관은 단독으로 합헌이라고 하였음.

6 그중 공직선거법 관련 사건은 10건(2008헌마738, 2010헌바232, 2010헌마451, 2010헌마542, 2010헌마259·2010헌마281, 2010헌마68, 2009헌마476, 2010헌바485, 2010헌마673, 2012헌바47 등), 기타 2건(농업협동조합법임원선거 2010헌바480, 교육감선거 2010헌마285) 등이 있음

7 위헌 : 이강국, 김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 송두환, 이정미, vs. 합헌 : 박한철

- 재정신청제도가 검찰의 기소재량권 남용에 대한 법원의 통제수단임을 고려하면, 궁극적으로 재정신청 기각결정에 대한 재항고를 허용한다는 것은 검찰의 기소권에 대한 시민의 견제 수단을 보장하는 효과를 가져오는만큼, 박한철 재판관의 합헌의견은 국민의 기본권보다는 검찰의 입장을 옹호하는 태도를 취한 것임.

4. 공직자 이해충돌 해소 위한 주식백지신탁 공직자윤리법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2012. 8. 23. 2010헌가65
- 사건 요약 : 고위공직자들의 직무 공정성을 담보하기 위해 고위공직자가 보유한 3천만 원 이상의 주식을 매각하거나 백지신탁하도록 규정한 공직자윤리법 규정(제14조의4 제1항)이 재산권을 침해했는지 등을 묻는 사건.
- 종국결과 : 합헌(합헌 4 vs 헌법불합치 4)⁸
- 박한철 재판관 의견 : 헌법불합치
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

"입법목적 달성을 위한 방법으로는 국회의원이 직무상 얻은 정보를 이용하여 실제로 주식거래를 하였을 경우에 형사처벌 및 부당이득환수 등으로 이를 강력히 응징한다거나, 어떤 주식을 보유한 국회의원이 그 직무수행상 이해충돌의 여지가 있는 경우에는 처음부터 당해 직무수행에서 배제시킨다거나, 굳이 이 사건 조항과 같이 주식을 강제 처분하지 않고 독립한 지위에 있는 자에게 신탁하여 두는 방법 등과 같이 재산권을 덜 침해하는 여러 가지 수단들을 강구할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주식매각 및 백지신탁을 일률적으로 강제하고 있는바, 이는 최소침해성원칙에도 위배된다"(박한철 재판관의 반대의견 중에서 인용)

- 국회의원 또는 고위공직자는 자신의 사적인 이해관계와 국민에 대한 공적인 이해관계가 충돌할 경우 당연히 후자를 우선하여야 할 이해충돌회피의무 내지 직무전념의무를 져야함
- 반면, 박한철 재판관의 의견은 공직자는 국민전체에 대한 봉사자임을 규정한 헌법 제7조 1항과 헌법상의 국가이익 우선의무를 규정한 헌법 제46조 제2항보다 개인의 사적인 이해관계와 재산권을 우선시한 것으로, 이해충돌 가능성을 제거하고 고위공직자의 업무수행에 대해 신뢰할 수 있도록 노력하라는 국민적 요구를 소홀히 다룬 것임

5. 동성애 군인들의 동성애 행위 처벌 군형법 사건

8 . 합헌 : 김종대, 목영준, 송두환, 이정미, vs. 헌법불합치 : 이강국, 민형기, 이동흡, 박한철

- 결정일 및 사건번호 : 2011. 3. 31. 2008헌가21
- 사건 요약 : 군형법 제92조 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”는 처벌조항이 죄형법정주의의 명확성을 원칙을 위반하는 것인지 또는 동성애자들의 성적 자기결정권과 평등권 등을 침해하는지를 묻기 위해 보통군사법원이 제정한 위헌심판제청 사건
- 종국결과 : 합헌 (합헌 5 vs. (한정)위헌 4)⁹
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“‘기타 추행’이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, … 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

… 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, … 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

… 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.” (박한철 재판관의 의견 중에서 인용)

- “군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립” 을 위해 “동성 군인 간의 성적 만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 것” 은 적절하다고 판단함으로써 성적 자기결정권에 해당하는 동성애에 대한 편견과 예단을 당연한 것으로 전제함.
- 동성애 성행위를 ‘계간’ 이라고 표현하며 “비정상적인” 것으로 볼 뿐 아니라 더욱이 동성간의 성적 행위를 “일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는” 행위라고 인식함으로써 인권감수성의 측면에서는 물론 기본적인 인권에 대한 헌법적 이해의 관점에서조차 용인되기 어려운 성적 편견을 가지고 있음. 또한 이러한 편견은 군 상급자와 하급자의 관계에서 ‘강제적’ 성행위는 동성이성 관계 여부와 무관하게 ‘강제성’ 에 초점을

9 . 합헌 : 이강국, 이공현, 민형기, 이동흡, 박한철, vs. 위헌 : 김종대, 목영준, 송두환, 조대현(한정)

맞추어 접근해야 할 문제임에도 모든 동성간의 성적 관계를 부정적으로 인식하고 있는 것에서도 확인할 수 있음.

- “성적 만족 행위”가 일어나는 상황이나 맥락, 상대방과의 관계 등에 대한 하등의 고려 없이 “우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵다”는 이유만으로 형사처벌로 일관하고 있는 것을 합리화함.
- 아울러 “같은 동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유로 한 남녀 차별의 문제가 아니”라고 단정하면서 이 조항의 위헌 성여부의 심사기준을 완화된 합리성 심사로 처리함으로써 합헌판단을 이끌어내고 있음.

6. ‘건전성’을 빌미로 한 방송통신심의위의 표현물 규제 방송통신위원회법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2012. 2. 23. 2011헌가13
- 사건 요약 : 방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정하고 있는 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호 중 ‘건전한 통신윤리’ 부분의 위헌성을 구하는 심판
- 종국결과 : 합헌(합헌 5 vs. 위헌 3)¹⁰
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“... ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ... 위와 같은 함축적인 표현은 불가피하다고 할 것이어서, ...

... 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, ... 누구나 예측할 수 있다고 할 것이므로, 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 이와 같이 심의 및 시정요구 대상인 불건전정보가 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받는 시행령에 의하여 규정되어 있는 이상 법률유보원칙에 반한다고 할 수도 없다.

... 불건전정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소성 원칙에 반하지 아니하고, 인터넷 정보의 복제성, 확장성, 신속성을 고려할 때 시정요구 제도를 통해 건전한 통신윤리의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 큰 반면, 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 해당 정보의 삭제나 해당 통신망의 이용제한에 국한되므로, 법익균형성도 충족한다 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하는 것이라 할 수도 없다.” (박한철 재판관이 포함된 법정외견 중에서 인용)

10 . 합헌 : 이강국, 민형기, 이동흡, 목영준, 박한철, vs. 위헌 : 김종대, 송두환, 이정미

- 이 사건에서 위헌 의견을 제시했던 재판관들의 주장처럼 “건전한 통신윤리”라는 것은 매우 추상적인 개념이어서, 어떠한 표현행위가 과연 ‘건전한 통신윤리’의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다.”고 보아야 함
- 이런 불명확한 개념에 근거하여 국가권력, 특히 행정권력이 심의권을 행사할 경우 국민의 기본권 침해 가능성이 더 높아지는 문제를 간과하여 표현의 자유를 보장하지 않았음.
- 아울러 이 사건의 ‘건전한 통신윤리’와 유사하게 매우 추상적인 표현인 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’이라는 기준에 의하여 불온통신의 취급거부, 정지, 제한이라는 제재처분을 할 수 있도록 함으로써 표현의 내용에 대한 규제를 하였던 구 전기통신사업법 제53조 제1항에 대하여 헌법재판소가 이미 2002년 6월 27일 명확성원칙 및 과잉금지 원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 한 바 있는데, 이와 비교해보았을 때에도 모순되는 결정을 한 것임.

7. 인터넷통신이용자의 통신정보를 경찰에 제공하는 전기통신사업법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2012. 8. 23. 2010헌마439
- 사건 요약 : 전기통신사업자가 고객의 주소, 전화번호 등 통신자료를 경찰 등 수사기관에게 고객의 동의없이도 제공할 수 있게 한 전기통신사업법 조항이 시민의 기본권을 침해한 것 인지를 둘러싼 사건
- 종국결과 : 각하(각하 5 vs. 각하 반대 3)¹¹
- 박한철 재판관 의견 : 각하
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“... 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않으므로, 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득 행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

... 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다.” (박한철 재판관 의견 중에서 인용)

11 각하 : 이강국, 민형기, 이동훈, 목영준, 박한철, vs. 각하 반대 : 김종대, 송두환, 이정미

- 수사기관에서 통신자료의 제공을 요청하면 전기통신사업자가 거의 무조건적으로 응하고 있는데 박한철 재판관은 이를 전기통신사업자가 자발적으로 제공하는 것인 만큼 어떠한 기본권 침해도 없다는 이유로 각하결정을 내렸음.
- 하지만, 수사기관의 통신자료제공요청에 대하여 전기통신사업자는 기본권을 침해당하는 당사자가 전혀 아니고 또 임의적으로 제공여부를 결정할 수 있도록 되어 있지만, 전기통신사업자가 수사기관에 제공하는 개인정보의 주체인 인터넷 또는 통신이용자의 경우는 자신도 알지 못한 사이에 통신의 비밀이나 사생활의 비밀, 표현의 자유 등의 기본권이 침해당하는 상황이 발생하는 것임
- 따라서 전기통신사업자의 처지만을 볼 것이 아니라 그 정보의 주체인 인터넷 또는 통신이용자의 처지에서 수사기관의 정보제공 요청이 기본권 침해의 소지가 있는 것인지를 따져 보아야 하는데 이를 무시했다는 점에서 국민의 기본권 보호에 소홀했음

8. 양심적 병역거부자 처벌 병역법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2011. 8. 30. 2008헌가22, 2009헌가7·24, 2010헌가16·37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16(병합)
- 사건 요약 : 양심적 병역거부자를 “정당한 사유 없이 ... 입영하지 아니하거나 소집에 불응한” 것으로 보아 처벌하는 조항의 병역법 조항의 위헌성을 구하는 심판.
- 종국결과 : 합헌(합헌 7 vs. 한정위헌 2)¹²
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

"... 병역의무와 관련하여 대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 '대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부'에 대한 판단의 문제로 귀결되는바, 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입 시 발생할 병력자원의 손실 문제, 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 우려가 있는 점 및 종전 헌법재판소의 결정에서 제시한 선행조건들이 아직도 충족되지 않고 있는 점 등을 고려할 때 대체복무제를 허용하더라도 국가안보와 병역의무의 형평성이라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없다는 판단을 쉽사리 내릴 수 없으므로, 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항이 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 없다." (박한철 재판관이 포함된 법정의견 중에서 인용)

12 . 합헌 : 조대현, 김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 박한철, 이정미, vs. 한정위헌 : 이강국, 송두환

- 박한철 재판관의 합헌 의견은 헌법이 보장하는 양심·종교의 자유가 병역법에 의해 침해되고 있음에도 불구하고, 국가안보에 미치게 될 단순한 가능성에 근거하여 양심적 병역거부자가 형사처벌 당하는 현실을 외면하고 있음. 다른 나라에서 대체복무제를 통하여 그 문제점을 해소하고 있음에도 불구하고 남북분단 상황을 빌미로 국가편의주의적 관점을 유지하고 있음.
- 이러한 주장은 “국가안보” 라는 추상적 범익을 위해서는 어떠한 기본권도 구체적인 위협에 관한 검증이나 논증의 절차도 없이 곧장 제한할 수 있음을 전제로 하는 것이며 결국 모든 판단을 국가라는 절대기준에 맞추는 것임. 국가안보 및 이를 위한 군기강의 확립이라는 명제 하에서는 어떠한 기본권 제한적 조치도 그대로 합리화 및 정당화시킨 것임. 이러한 태도는, 동성애 군인들간의 성적 접촉 행위를 처벌하는 군형법을 합헌이라고 판단 한 사건(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21)에서도 찾아볼 수 있음.
- 인권의 시각에서 바라보는 것이 아니라 국가의 명령인 병역의무라는 관점에서 양심적 병역거부를 배격함으로써 인권보장의 최후수단으로서의 헌법재판의 본연의 임무를 약화시키고 있음.

9. 삼성X파일 공개 노획한 처벌 통신비밀보호법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2011. 8. 30. 2009헌바42
- 사건 요약 : 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하여 그 내용을 공개하거나 누설한 자를 처벌하더라도, 진실한 사실 또는 공공의 이익을 위해 공개하는 경우에는 그렇지 않은 경우와 차이를 두어 면책하거나 법정형에 차이를 두고 있지 않고 일률적으로 처벌하는 통신비밀보호법의 위헌 여부
- 종국결과 : 합헌(합헌 7 vs. (한정)위헌 1)¹³
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있는 이상, 이 사건 법률조항에 형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니하였다는 점만으로 기본권 제한의 비례성을 상실하였다고는 볼 수 없다.

… 대화내용을 위법하게 취득한 행위 못지않게 위법하게 취득된 대화내용을 전파하는

13 합헌 : 김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 송두환, 박한철, 이정미, vs. (한정)위헌 : 이강국

행위도 그 수단 및 시기, 공개대상의 범위 등에 따라서 대화의 비밀을 침해하는 정도가 상당할 수 있기 때문에 이 사건 법률조항이 타인간의 대화내용을 위법하게 취득한 자와 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 공개·누설한 자를 동일한 법정형으로 규정하였다고 하더라도, 그리고 벌금형을 선택적으로 규정하지 않았다고 하더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 형벌이라고는 보기 어렵다.

… 사람의 명예가 훼손되었는지 여부와는 무관하게 사적 대화의 비밀 그 자체를 보호함으로써 사생활의 비밀을 보호하는 데 본질이 있다 할 것이므로 …” (박한철 재판관이 포함된 법정의견 중에서 인용)

- 박한철 재판관은 국민의 알 권리 보장 또는 중대한 공익을 위하여 타인간의 대화내용을 공개하는 경우, 더욱이 국회의원이 의정활동의 일환으로서 공개하는 경우를 충분히 고려하지 않은 채, 막연히 ‘사적 대화의 비밀 그 자체 보호’만을 강조함으로써, 가장 중요한 기본권 중의 하나인 표현의 자유를 보장하지 못하고 있음.
- 합헌 의견은 불법 감청·녹음 등으로 생성된 정보를 합법적으로 취득한 자가 이를 공개 또는 누설하는 행위와 관련하여 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 경우에 이를 처벌하지 않는 예외규정을 두고 있지 않아서, 충돌하는 두 개의 기본권, 즉 통신비밀의 보호와 표현의 자유 중에서 통신비밀의 자유만을 일방적으로 과도하게 보호하고 표현의 자유를 소홀히 다룬 것임.

10. 교사의 정치자금 후원 등 정치활동 금지 국가공무원법 사건

- 결정일 및 사건번호 : 2012. 7. 26. 2009헌바298
- 사건 요약 : 교원 및 공무원의 정치활동을 금지하고 있는 법률조항에 대하여 위헌성을 구하는 심판
- 종국결과 : 합헌(합헌 8)
- 박한철 재판관 의견 : 합헌
- 박한철 재판관 의견에 대한 평가

“...교육공무원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점 등 교원의 특성에 비추어 보아 교육공무원의 선거운동을 기간과 태양, 방법을 불문하고 일체 금지시키는 방법 외에 달리 덜 제한적인 방법으로 목적달성이 가능할 것인지 불분명하고, 법익균형성도 갖추었다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다...

국가공무원법 조항들은 공무원의 정치적 중립성에 정면으로 반하는 행위를 금지함으로써 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위한 것인바, 그 입법목적이 정당할 뿐 아니라 방법이 적절하고, 공무원이 국가사무를 담당하며 국민의 이익을 위하여 존재하는 이상 그 직급이나 직렬 등에 상관없이 공무원의 정치운동을 금지하는 것이 부득이하고 불가피하며, 법의 균형성도 갖추었다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유 및 정치적 의사표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”(박한철 재판관 의견 중에서 인용)

- 민주사회에서 정치적 기본권의 중요성이 매우 크다는 점을 고려하면, ‘근무시간 내외를 불문하고 교육공무원의 활동을 교육과정의 일부’로 파악하여 교사 또는 하위직 공무원들의 정치와 관련한 의사표현은 물론이거니와 참정권의 일부인 정치자금 후원이나 투표권유 운동 등을 전면 금지하는 것은 기본권을 과도하게 제한하는 것임. 다른 나라와 비교하는 경우에도 우리나라와 같이 교사의 정치활동을 일절 금지하는 나라는 거의 찾아보기 어려움.
- 특히 공무와 관련하여 ‘정치적 중립성’을 지켜야 한다는 것을 넘어서, 교사 또는 하위직 공무원들의 참정권 행사와 표현의 자유를 광범위하게 제한하는 것은 과도한 규제이고, 지난 2006년 국가인권위원회에서 발표한 ‘2007~2011 국가인권정책기본계획 권고안’도 “정치, 경제, 교육, 문화 수준과 국제기준을 고려하여 국민의 의사를 최대한 반영할 수 있도록 참정권을 보장”해야 하고 “공무원의 정치활동을 과도하게 금지하는 법을 정비하여 공무원과 교사의 정치활동 일정 범위 확대”를 핵심 추진과제로 제시한 바 있음.
- 이런 점과 비교해보았을 때, 이 사건의 국가공무원법에 대한 합헌결정은 국민의 기본권 보장과 확대에 소홀한 것임. [참]

참여연대 보고서 제2013-06호

박한철 헌법재판소장 후보자 나쁜 판례 10가지

발 행 일 2013. 04. 05

발 행 처 참여연대 사법감시센터 (소장 : 서보학 경희대 로스쿨 교수)

담 당 이상미 간사 02-723-0666 jw@pspd.org

Copyright ©참여연대, 2013 ※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.



세상을 바꾸는 시민의 힘! 정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다

대표전화 02-723-5300

회원가입 02-723-4251

ARS후원 060-7001-060

주 소 110-043 서울 종로구 자하문로9길 16 (통인동)

홈페이지 www.peoplepower21.org
