

헌 법 소 원 심 판 청 구 서

- 청 구 인 1.
 2.
 3.
 4.
 5.
 6.

청구인들의 대리인

법무법인 이공

담당변호사 허진민, 박진석, 박주민, 양홍석, 김철호
서울 서초구 서초동 1544-2 일신빌딩 3층

피청구인 법무부장관

청 구 취 지

“법무부장관이 2013. 4. 26. 제3회 변호사시험 합격자 결정 기준을 입학정원 대비 75%(1,500명) 선에서 결정하겠다고 공고한 것은 청구인들의 직업의 자유와 평등권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제11조 평등권

헌법 제15조 직업선택의 자유

침해의 원인

피청구인의 2013. 4. 26.자 제3회 변호사시험의 합격자 결정기준 공고

청 구 이 유

1. 사건의 개요 및 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 1 내지 6는 경희대학교 등 전국 6개 법학전문대학원 3학년에 재학 중인 자들로, 오는 2014년 치러지는 제3회 변호사시험에 응시할 예정입니다(증거자료 1 호의 1부터 6 참조). 변호사시험 주무부처인 법무부는 2013. 4. 26. 제2회 변호사 시험 합격자 명단을 발표하면서, “제3회 변호사시험의 합격자 결정은 제1, 2회 변호사시험 합격 기준을 그대로 유지”하여 “원칙적으로 입학정원 대비 75%(1,500명) 이상” 합격시키겠다고 공고(이하 ‘이 사건 공고’라 합니다)하였습니다(증거자료 2 참고).

한편 법학전문대학원의 도입 이후 변호사시험의 성격은 법학전문대학원의 도입 취지에 따라 바람직한 법조 인력의 수와 연계하여 법학전문대학원의 총 입학 정원 자체를 제한한 다음 법학전문대학원에서 충실하게 교육과정을 이수한 졸업자만을 상대로 변호사시험 응시기회를 주어 변호사로서의 지식과 능력에 대

한 객관적 기준을 충족하는 자에게 변호사의 자격을 부여하는 자격시험이라 할 것입니다. 그런데 이 사건 공고에 의한 제3회 변호사시험의 합격자 결정기준은 변호사로서의 지식과 능력에 대한 객관적 기준이 아닌 법조인 수급 상황을 고려하여 선발인원을 확정하여 합격자를 결정하는 상대평가(정원제)의 방법으로 합격자를 선발하겠다는 것으로, 이는 법학전문대학원 학생인 청구인들의 직업의 자유와 평등권을 침해하므로 청구인들은 이 사건 헌법소원심판을 청구하게 되었습니다.

2. 이 사건 심판청구의 적법요건에 대하여

가. 공권력의 행사에 해당하는지 여부

헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원심판청구의 대상으로 ‘공권력의 행사 또는 불행사’라는 요건을 설정하고 있습니다. 이 사건 청구에서처럼 특정한 사실을 불특정 다수에게 알리는 행위로서 공고가 공권력의 행사에 해당하는지에 대하여 헌법재판소는 “공고가 어떠한 법률효과를 가지는지에 대해서는 일률적으로 말할 수 없고 개별 공고의 내용과 관련 법령의 규정에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다”면서 구체적으로 “공무원채용시험 시행계획공고는 당해 지방고등고시의 직렬 및 지역별 모집인원과 응시연령의 기준일 등을 구체적으로 결정하여 알리는 것으로 이에 따라 해당 시험의 모집인원과 응시자격의 상한연령 및 하한연령의 세부적인 범위 등이 확정되므로 이는 공권력의 행사에 해당한다”고 판단한 바 있습니다(헌법재판소 2000. 1. 27. 선고 99헌마123 전원재판부). 이에 비추어 볼 때, 변호사시험 합격자 결정방식과 관련한 이 사건 공고는 변호사시험법 등에 확정적으로 규정되어 있는 내용을 단순히 알리는 것이 아니라, 공고를 통해 변호사시험 합격자 수의 규모 및 결정방식을 확정시킨 경우에 해당합니다. 그렇게 본다면 이 사건 공고는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 있습니다.

나. 기본권 침해의 법적 관련성- 자기관련성, 현재성, 직접성 요건

헌법소원의 청구인은 원칙적으로 자신의 기본권이 현재, 그리고 직접 침해당한 경우라야만 헌법소원을 제기할 수 있습니다. 이를 구체적으로 살펴보면 ①청구인 스스로가 기본권을 침해당하고 있는 자여야 하고(자기관련성) ②헌법소원을 제기하는 현재 상황에서 기본권 침해 가능성이 있어야 하며(현재성) ③구체적인 집행행위의 매개 없이 그 자체로 기본권 침해를 가져오는 것이어야(직접성) 합니다(헌법재판소 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409 등 참조).

청구인들은 모두 법학전문대학원 3학년에 재학 중이고, 2014년에 치러지는 제3회 변호사시험에 응시할 예정인 만큼, 이 사건 청구의 자기관련성은 인정됩니다. 현재성과 관련해 보면, 청구인들의 기본권을 현실적으로 침해하는 결과가 아직 발생한 것은 아닙니다. 그러나 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면, 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 견해입니다(서울대학교 입시요강 사건. 헌법재판소 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 헌법재판소 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167- 175 등 참조). 비록 제3회 변호사시험 합격자 결정에 따라 청구인들에 대한 불합격처분이 행해지지 않았다고 하더라도, 매해 반복되는 변호사시험의 특성과 위에서 살펴본 기본권구제의 실효성 측면을 고려할 때, 이 사건 청구가 기본권 침해의 현재성 요건도 충족하고 있다고 보아야 합니다.

그리고 어떠한 공고에 뒤따르는 집행행위가 예정되어 있는 경우라도, 공고의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 권리침해의 직접성이 인정됩니다(헌

법재판소 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104). 이 사건 공고는 변호사 시험의 합격자를 결정하는 집행행위에 해당하지 않지만, 변호사 시험의 합격 기준을 결정하는 권한을 가진 변호사시험관리위원회가 2014년 변호사 시험의 합격 기준을 결정한 내용을 공고한 것이므로 변호사 시험 합격의 결정 기준은 확정된 상태라 할 것이므로 이 사건 청구의 직접성 역시 인정됩니다.

다. 보충성 요건

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 “헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다”고 하여 보충성을 요건으로 정하고 있습니다. 이는 헌법소원이 그 본질상 헌법상 보장된 기본권침해에 대한 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단이므로 공권력작용으로 인한 기본권 침해가 있는 경우에는 먼저 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 수단을 다하였음에도 불구하고 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 의미입니다(헌법재판소 1993. 12. 23. 92헌마 247, 판례집 5-2, 682, 692 등 참조). 그러나 다른 구제절차가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에는 당해 법률을 직접 헌법소원으로 대상으로 삼을 수 있습니다(헌법재판소 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303) 이에 비추어 볼 때, 이 사건 공고는 행정소송의 대상인 처분에 해당된다고 보기 어려워 구제절차가 없는 경우에 해당하며, 가사 행정소송의 대상이 된다하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 청구인들에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 해당된다 할 것이므로 이 사건 청구는 보충성의 요건도 충족하고 있는 경우에 해당합니다.

라. 청구기간의 준수

헌법재판소법 제69조 제1항 전단은 “(헌법재판소법) 제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다”고 정하고 있습니다. 피청구인의 제3회 변호사시험 합격자 발표일은 2013. 4. 26. 에 있었고, 같은 날 법무부 홈페이지 게시판에 이 사건 공고가 게재되었습니다. 한편 법무부 홈페이지 게시판에 이 사건 공고가 게재된 이후부터 청구인들이 이 사건 공고 내용을 알게 된 시기는 조금씩 차이가 나지만, 이 사건 공고가 있음을 안 날부터 90일 이내인 2013. 7. 25. 이 사건 헌법소원심판청구를 하게 되었으므로 청구기간도 준수하였다 할 것입니다.

마. 소결

따라서 이 사건 심판청구는 적법요건을 모두 갖추었다 할 것입니다.

3. 위헌이라고 해석되는 이유

가. 변호사시험의 합격자 결정 방법 등에 변호사시험법 등 관련 법률 규정의 개요

변호사시험법 [2011. 7. 25.자로 일부 개정된 법률 제10923호]

제1조(목적)

이 법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다.

제2조(변호사시험 시행의 기본원칙)

변호사시험(이하 “시험”이라 한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원(이하 “법학전문대학원”이라 한다)의 교육과정과

유기적으로 연계하여 시행되어야 한다.

제3조(시험실시기관)

시험은 법무부장관이 관장·실시한다.

제5조(응시자격)

① 시험에 응시하려는 사람은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제 18조제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득하여야 한다.

제10조(시험의 합격 결정)

① 시험의 합격은 법학전문대학원의 도입 취지를 충분히 고려하여 결정되어야 한다.

② 시험의 합격은 선택형 필기시험과 논술형 필기시험의 점수를 일정한 비율로 환산하여 합산한 총득점으로 결정한다. 다만, 각 과목 중 어느 하나라도 합격최저점수 이상을 취득하지 못한 경우에는 불합격으로 한다.

제11조(합격자 공고 및 합격증서 발급)

법무부장관은 합격자가 결정되면 즉시 이를 공고하고, 합격자에게 합격증서를 발급하여야 한다.

제14조(변호사시험 관리위원회의 설치 및 구성)

① 시험을 실시하기 위하여 법무부에 변호사시험 관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제15조(위원회의 소관 사무)

위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

3. 시험합격자의 결정에 관한 사항

변호사시험법 시행령 [2011. 9. 29. 일부 개정된 대통령령 제23159호]

제8조(시험의 합격 결정)

- ① 시험의 합격은 필기시험의 시험기간과 동시에 또는 그 이전에 실시된 법조윤리시험에 합격한 사람만을 대상으로 결정한다.
- ② 법 제10조제4항에 따른 선택형 필기시험과 논술형 필기시험 간의 환산비율은 별표 3과 같다.
- ③ 법 제10조제4항에 따른 선택형 및 논술형 필기시험 내에서의 각 과목별 배점비율, 각 과목별 필기시험의 합격최저점수, 법조윤리시험의 합격에 필요한 점수는 별표 4와 같다.
- ④ 논술형 필기시험과 전문적 법률분야에 관한 점수 조정방법 및 점수 조정 에 따른 합격최저점수의 결정방법 등 성적의 세부산출방법이나 그 밖에 합격 결정에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

변호사시험법 시행규칙 [2011. 12. 28. 일부 개정된 법무부령 제759호]

제7조(점수 조정에 따른 합격최저점수의 결정방법)

- ① 「변호사시험법 시행령」(이하 "영"이라 한다) 별표 4 제2호에 따른 필기시험의 합격최저점수 중 공법, 민사법, 형사법 과목 필기시험의 합격최저점수를 각 과목 만점의 40퍼센트로 한다는 것은 각 과목 선택형 필기시험의 과목 점수에 시험위원이 채점한 점수로 산출한 논술형 필기시험의 과목 점수를 더한 점수와 선택형 필기시험의 과목 점수에 제5조의 방법에 따라 산출한 논술형 필기시험의 과목 점수를 더한 점수 중 어느 하나가 각 과목 만점의 40퍼센트 이상에 해당하는 것을 말한다.
- ② 영 별표 4 제2호에 따른 필기시험의 합격최저점수 중 전문적 법률분야에 관한 과목 필기시험의 합격최저점수를 만점의 40퍼센트로 한다는 것은 시험

위원이 채점한 점수로 산출한 필기시험의 과목 점수와 제6조의 방법에 따라 산출한 필기시험의 과목 점수 중 어느 하나가 만점의 40퍼센트 이상에 해당 하는 것을 말한다.

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 [2013.3.23. 일부 개정된 법률 제 11690호]

제1조(목적)

이 법은 법학전문대학원의 설치·운영 및 교육 등에 관한 사항을 정함으로써 우수한 법조인을 양성함을 목적으로 한다.

제2조(교육이념)

법학전문대학원의 교육이념은 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다.

제3조(국가 등의 책무)

① 국가, 「고등교육법」 제2조제1호에 따른 대학(같은 법 제30조에 따른 대학원대학을 포함한다. 이하 “대학”이라 한다), 그 밖에 법조인의 양성과 관련된 기관 또는 단체는 제2조에 따른 교육이념의 취지에 부합하는 법조인을 양성하기 위하여 상호 협력하여야 한다.

② 국가는 법조인의 양성을 위하여 재정적 지원방안을 마련하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

제5조(설치인가 등)

① 법학전문대학원을 두고자 하는 대학의 설립·경영자는 제16조부터 제20조까지의 규정에 따른 교원(「고등교육법」 제14조제2항에 따른 강사는 제외한다. 이하 같다)·시설 및 교육과정 등 법학전문대학원의 설치기준을 갖추어야 한다.

② 공립 또는 사립대학의 설립·경영자가 법학전문대학원을 두고자 하는 경우에는 교육부장관의 인가를 받아야 한다. 인가받은 법학전문대학원을 폐지하거나 인가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하는 때에도 또한 같다.

제6조(설치인가의 기준)

① 교육부장관은 제5조제2항에 따른 법학전문대학원의 설치인가에 대한 신청이 있는 경우에는 제2조에 따른 교육이념을 달성하기 위한 교육목표 및 교육과정의 타당성과 설치기준의 충족 여부 등을 고려하여 인가할 수 있다.

제7조(법학전문대학원의 입학정원)

① 교육부장관은 국민에 대한 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급 상황 등 제반사정을 고려하여 법학전문대학원의 총 입학정원을 정한다. 이 경우 교육부장관은 총 입학정원을 미리 국회 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.

② 교육부장관은 제1항에 따라 법학전문대학원의 총 입학정원을 정하는 때에는 법원행정처장, 법무부장관과 협의하여야 한다. 이 경우 「변호사법」 제78조에 따른 대한변호사협회의 장(이하 “대한변호사협회장”이라 한다), 「민법」 제32조 및 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제4조에 따라 법무부장관의 허가를 받아 설립된 사단법인 한국법학교수회의의 장(이하 “한국법학교수회장”이라 한다) 등은 교육부장관에게 의견을 제출할 수 있다.

나. 이 사건 공고가 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부

(1) 직업의 자유의 의의 및 제한

직업의 자유가 갖는 의의는 단순히 경제적 생활의 기초를 보호하는 것에 그치지 않고 개인이 원하는 삶을 영위하기 위한 가장 중요한 조건의 하나인 직업을 통해 인격의 자유로운 발현과 인격을 완성할 수 있는 기초가 된다는 점에 그 중요성이 있다 할 것입니다. 그러나 이러한 직업의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률에 의해 제한될 수 있습니다.

변호사시험법 제5조는 법학전문대학원 석사 학위를 취득한 자에게만 변호사 시험에 응시할 수 있는 자격을 부여하고 있으며, 법학전문대학원 석사 학위를 취득한 자가 변호사시험에 합격한 경우에만 변호사의 자격을 부여하고 있는데 이는 직업선택의 자유를 제한하는 규정이라 할 것입니다.

그렇다면 현행법상 변호사라는 직업을 갖기 위해서는 국가시험의 일종인 변호사시험에 합격하여 그 능력과 자질이 검증된 사람에 한하여 직업의 선택이 허가되는 것이므로 직업의 자유의 제한이 존재합니다.

(2) 직업의 자유의 제한에 대한 한계와 단계이론

(가) 단계이론의 의의

직업의 자유는 법률에 의해 제한될 수 있지만, 그 제한은 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 부합되어야 합니다. 독일연방헌법재판소에 의해 창안된 이론¹⁾으로 우리 헌법재판소도 수용하고 있는²⁾ 단계이론은 기본권에 대한 제한의

1) 독일연방헌법재판소는 1958년 6월 11일 소위 약국판결(Apothekenurteil)에서 단계이론을 개발하였고 그 후 계속해서 이 이론에 입각하여 판결하여 오고 있다. BVerfGE 7, 377(405ff.) ; H.H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 92(1967), S.212ff. ; P.J. Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der

정당성을 판단하는 기준으로 이용되는 비례의 원칙을 직업의 자유에 대한 제한의 유형에 맞춰 정형화시킨 것으로 제한의 강도가 강력할수록 제한을 근거 지우는 공익상의 요청도 엄격하게 요구되어야 한다는 이론입니다.

즉 단계이론은 직업의 자유를 제한하는 경우, 먼저 직업행사의 자유를 제한하고(제1단계), 중대한 공익상의 목적이 존재하고, 단순히 직업행사의 제한만으로 공익목적의 달성이 불가능할 때에는 주관적 허가조건에 의한 직업선택의 제한을 규제하며(제2단계), 제2단계 제한으로도 공익 목적을 달성할 수 없는 경우(월등하게 중요한 공익의 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우)에는 객관적 허가조건에 의한 직업선택의 제한을(제3단계) 할 수 있다는 것입니다.

(나) 단계에 따른 심사기준

1) 제1단계제한에 따른 심사기준

그런데 단계이론에 따른 직업선택의 자유제한 법률에 대한 심사기준은 각 단계마다 다른 수준과 정도에 따라 적용되고 있다는 데 주의해야 할 것입니다. 즉, 제1단계(직업행사의 자유제한)제한의 경우는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능합니다. 물론 우리 헌법재판소는 직업수행의 자유를 제한 할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙을 위배해서는 안 된다고 하지만³⁾ 직업행사의 자유를 제한할 경우에는 합목적적 관점 예컨대 입법자의 입법목적 및 입법형성의 자유가 상당한 정도로 고려될 수 있습니다.⁴⁾

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd.108(1983), S.92ff.

2) 헌법재판소 1993. 5. 13. 92헌마80 결정 등 참조

3) 헌재 2004.10.28 2002헌바41.

4) BVerfGe 7, 377(405f.)

특히 이와 관련하여 유심히 살펴볼 사항은 직업수행에 필요한 자격제도를 입법형성하면서 입법자의 입법형성권의 범위에 관한 문제입니다. 우리헌법재판소가 판시하고 있는 것처럼 일반적으로 국가는 국민의 신체와 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 영역, 다시 말해 사회적 연관관계에 놓여 있는 직업에 대해서는 공공의 이익을 위해 그 직업의 수행에 필요한 자격제도를 둘 수 있으며 이 때 그 자격제도를 어떻게 형성할 것인지는 그 직업에 요구되는 전문적인 능력이나 자질, 그 직업에 대한 사회적 수요와 공급 상황 기타 여러 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있습니다. 따라서 구체적인 자격제도의 형성에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어 있으며 입법자가 합리적인 이유 없이 자의적으로 자격제도의 내용을 규정한 것으로 인정되는 경우에만 그 자격제도가 헌법에 위반된다고 할 수 있습니다.⁵⁾ 요컨대 입법자가 형성한 직업수행을 위한 자격제도의 위헌여부는 합목적성통제나 자의금지통제에 머물러 있다고 할 수 있습니다.

그러나 조심스럽게 짚어 보아야 할 점은 자격제도형성에 있어 모든 경우에 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 보장된다고 할 수는 없다는 것입니다. 즉, 전문분야 자격제도라고 하더라도 “직업행사”를 위한 제한이 아니라 그 직업의 “보유여부”를 위한 제한에 가까워질수록 제한 법률에 대한 위헌여부통제는 합목적성통제나 자의금지통제에서 벗어나 엄격한 위헌판단심사기준을 적용하여야 한다는 것입니다. 예컨대, 자격제도가 직업의 자유를 종국적이고 전면적으로 제한하는 것에 해당한다면 이는 이미 직업수행의 자유제한의 한계를 넘어서 직업선택의 자유를 제한하는 것으로서 공익과 제한되는 사익간의 법익균형성 충족여부를 판단함에 있어 엄격한 비례성심사를 해야 하는 것입니다. 이는 우리 헌법재판소가 직업수행의 자유를 제한할 때에도 일률적으로 합목적성통제나 자의금지통제에 따라 위헌여부를 심사하는 것이 아니라 헌법 제37조 제2항의 비례성심사를 적용해야 한다는 입장⁶⁾과 맞닿아 있는 것으로 직업수행

5) 헌재 2007.5.31. 2006헌마646.

6) 헌재 2004.10.28. 2002헌바41.

을 위한 자격제도형성에 있어서도 경우에 따라서는 강화된 비례성심사를 위한 여부의 심사기준으로 적용해야 한다는 것으로 요약할 수 있을 것입니다.

2) 제2단계제한에 따른 심사기준

제2단계제한에 따른 직업결정의 자유제한은 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있게 하는 것으로 그러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이 누구에게나 제한 없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 합니다.⁷⁾ 우리 헌법재판소는 요청되는 주관적 조건과 제한목적 사이에 합리성존재를 요구하고 있지만 이것이 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유제한 법률에 대한 위헌성심사기준이 합리성통제에 머무른다는 것을 의미하는 것은 아니고 여전히 과잉금지의 원칙이 엄격하게 적용되어 개인의 자유보다 우월한 공익이 존재하는 등 비례성심사기준을 충족하여야 한다고 판단하고 있습니다.⁸⁾ 즉, 자동차운전면허 취득자격박탈사건(헌재 2005. 4. 28. 2004헌바65 참조)에서 판시한 바와 같이 「자동차 등의 운전을 필수불가결한 요건으로 하고 있는 일정한 직업군의 사람들에 대하여 종래에 유지하던 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 하여 단순히 직업을 수행하는 방법 등에 대한 제한에 그치는 것이 아니라 직업선택의 자유 그 자체를 제한하는 효과를 지니고 있다. 따라서 이 사건법률조항은 직업의 자유를 제한하는 법률조항이다. 그런데..., 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 제한에는 그 제한에 상응하는 정도 이상의 중대한 공익이 존재한다. 결국 이 사건 법률조항은 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙을 준수하고 있으므로 헌법에 위반되지 아니한다.」라고 하면서 주관적 요건과 제한목적 사이의 합리성통제여부가 문제되는 직업수행의 자유에 그치지

7) 헌재 1995.6.29. 90헌바43.

8) 헌재 1995.6.29. 90헌바43.

않고 제한 법률이 직업선택의 자유를 제한하는 것에 이를 경우 비례성심사를 가하고 있는 것입니다.

3) 제3단계제한 따른 심사기준

제3단계제한 즉, 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유제한의 경우에는 이러한 유형의 제한이 당사자의 능력이나 자격과도 상관없는 것으로 직업의 자유에 대한 제한 중에서도 가장 심각한 제한이 아닐 수 없습니다. 따라서 이러한 제한의 경우에는 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위해 직업의 자유를 제한하는 때에만 정당화될 수 있습니다. 결국 우리 헌법재판소의 입장⁹⁾처럼 이 경우의 직업의 자유제한은 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다고 할 수 있을 것입니다. 특히 제3단계제한에 해당되어 엄격한 비례성심사가 적용되는 영역은 직업선택의 자유를 박탈하거나¹⁰⁾ 사실상 봉쇄하는 효과를 내거나¹¹⁾ 자격취득 기회자체를 원천적으로 제외하거나¹²⁾ 필요최소한의 범위를 크게 벗어나는 등¹³⁾ 직업선택의 자유를 전면적이고 종국적으로 제한하는 경우에 해당됩니다.

(다) 소결

결국 직업의 자유에 관한 단계이론의 핵심은 입법자에 의한 제한의 강도가 높을수록 그 제한의 정당화요건은 더욱 엄격해지며 입법자의 형성의 자유는 줄어들게 된다는 것으로 정리할 수 있을 것입니다.¹⁴⁾

9) 헌재 2002.4.25. 2001헌마614.

10) 헌재 1990.10.15. 89헌마178.

11) 헌재 1990.10.8. 89헌마89.

12) 헌재 2006.5.25. 2003헌마715.

13) 헌재 1997.7.16. 97헌마26.

14) 계획열, 헌법학(중), 2004(박영사), 520쪽 참조

(3) 변호사의 자격에 대한 단계이론의 적용

(가) 변호사시험법 및 관련 법령의 규정

위 나. (1)항에서 살펴본 바와 같이 현행법상 변호사가 되기 위해서는 변호사시험 합격이라는 주관적 요건을 충족하여야 하며, 이는 단계이론의 제2단계 제한인 주관적 허가조건에 의한 직업선택의 제한에 해당하는 것이라 할 것입니다.¹⁵⁾

한편 변호사시험법은 시험의 합격 결정에 대하여 제10조에서 시험의 합격은 법학전문대학원의 도입 취지를 충분히 고려하여 결정되어야 하며, 시험의 합격은 선택형 필기시험과 논술형 필기시험의 점수를 일정한 비율로 환산하여 합산한 총득점으로 결정하지만 각 과목 중 어느 하나라도 합격최저점수 이상을 취득하지 못한 경우에는 불합격으로 한다고 규정하고 있습니다. 그러므로 변호사시험 관리위원회는 시험합격자 결정에 대한 사항을 심의함에 있어 변호사시험법 제10조에 규정된 내용에 따라 합격자 기준을 결정하여야 합니다.

그러므로 변호사시험의 합격 여부는 변호사 직업의 공공성과 전문성을 보장할 수 있는 자질과 능력이 있는지 여부가 주된 기준이 되어야 합니다. 그런데 이 사건 공고는 변호사시험 관리위원회의 심의 의견에 따라 법학전문대학원 입학정원의 75%라는 선발예정인원을 기준으로 시험의 합격자를 결정하는 기준을 공표하였습니다.

그렇다면 현행법상 변호사 직업에 대한 선택의 자유를 제한하는 변호사시험법의 규정들을 단계이론에 따라 평가하면 변호사로서의 자질과 능력을 검증하

15) 헌법재판소도 군법무관임용 부칙 제3항 등에 대한 헌법소원에서 변호사의 자격을 인정하는 것은 기본권 주체의 능력과 자질에 의한 제한으로서 주관적 요건에 의한 직업선택의 자유의 제한에 해당하는 것으로 판단한바 있습니다(헌법재판소 1995. 6. 29. 90헌바43 결정 참조).

는 시험이라는 측면에서는 일응 제2단계제한에 해당하는 것으로 볼 수 있음에도 불구하고, 합격자 결정 기준이 개인의 자질 및 능력과는 상관없이 변호사라는 직업의 사회적 수요라는 객관적인 조건을 고려하여¹⁶⁾ 미리 정해진 선발예정인원 안에서 합격자를 결정하는 방법은 아래에서 살펴보는 바와 같이 청구인들의 직업의 제유를 과도하게 제한하는 것이라 할 것입니다.

(나) 제2단계 제한에 따른 위헌성 여부

1) 목적의 정당성

헌법재판소는 「의사·한의사나 치과의사와 같이 국민의 생명과 건강을 다루는 직업의 경우와 변호사·변리사나 건축사 등과 같이 전문적 지식과 기술을 가져야만 직업을 원활히 행사할 수 있다고 판단되는 직업에 대해 실시되고 있는 면허제도는 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 국회가 제정한 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니다.」(헌법재판소 1998. 7. 16. 96헌마246 결정 등 참조) 라고 하면서, 「입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.」(헌법재판소 1996. 4. 25. 94헌마129등 결정 참조)라고 판시하고 있습니다.

그렇다면 변호사시험은 변호사가 될 수 있는 자격을 갖추었는지 여부를 판단하기 위한 시험이며, 변호사시험의 합격 기준으로 최우선적으로 고려되어야

16) 2002. 2. 28. 99헌마693 사법시행령 제3조 제1항 등 위헌확인사건에서 행정자치부장관 및 법무부장관은 사법시험의 합격자를 결정하는 방법인 정원제에 대한 합헌성의 주된 근거로 법률서비스에 대한 사회적 수요를 고려한 법조인의 적정한 수를 유지할 필요성을 들고 있습니다.

하는 것은 변호사에게 필요한 학식과 능력의 유무라 할 것입니다. 따라서 변호사시험도 주관적인 허가조건을 근거로 직업선택의 자유를 제한하여 제한의 목적을 달성하여야 합니다.

그러므로 변호사시험을 통하여 합격자에게만 변호사 자격을 부여하는 것은 입법목적의 정당성이 있다할 것입니다.

2) 수단의 적정성

한편 변호사시험법 제10조는 시험의 합격 결정에 대하여 법학전문대학원의 도입 취지를 충분히 고려하여 결정되어야 하며, 선택형 필기시험과 논술형 필기시험의 점수를 일정한 비율로 환산하여 합산한 총득점으로 결정하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 변호사에게 필요한 학식과 능력의 검증이라는 주관적인 허가조건이 아닌 변호사에 대한 사회적 수요와 공급 상황 기타 사회적 여건 등을 최우선적으로 고려하여 변호사시험의 실시 이전에 선발예정인원을 정하고 그 범위 안에서 합격자를 선발하는 정원제를 취한 이 사건 공고는 실질적으로 객관적인 허가조건에 의해 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 제3단계 제한 방법을 사용한 것으로 그 수단이 적절하지 않습니다.

이는 변호사를 제외한 일정한 전문분야의 자격제도를 마련하여 자격시험을 통과한 합격자에게 자격증을 부여하는 법률들의 시험 합격 기준은 절대평가의 방법을 취하고 있는 점에서도 그 수단이 적절하지 않음을 알 수 있습니다.

즉, 변호사와 같이 전문적인 교육을 받은 사람에게만 응시자격이 주어지는 의사, 치과 의사, 한의사, 간호사, 약사 시험의 합격 기준은 “전 과목 총점의 60퍼센트 이상, 매 과목 40퍼센트 이상 득점한 자”이며(의료법 시행규칙 제2조, 약사법 시행령 제5조)¹⁷⁾, 응시자격에 제한이 없는 공인회계사의 합격 기준

은 “매 과목 배점의 6할 이상을 득점한 자”이고(공인회계사법 시행령 제3조), 변리사, 관세사, 세무사의 합격 기준은 “과목당 100점을 만점으로 하여 각 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 받은 자”입니다(변리사법 시행령 제4조, 관세사법 시행령 제13조, 세무사법 시행령 제8조).

그리고 미국, 독일 등 외국의 경우에도 변호사시험의 합격 기준은 변호사시험의 총점 중 일정 점수 이상을 취득한 경우에 변호사 자격을 부여하는 절대평가 방법을 취하고 있습니다.

이는 일정한 전문분야의 자격시험은 자격증을 부여하기 위한 최소한의 지식, 자질과 소양을 확인하는 객관적 기준을 설정하여 절대평가의 방법으로 합격 기준을 정하는 것이 자격시험의 취지에 부합하기 때문이라 할 것입니다.

무엇보다도 법학전문대학원의 도입으로 인해 변호사시험의 응시자격이 제한되는 등 기존의 사법시험과는 시험의 성격이 변경되었습니다. 즉 변호사시험 및 법학전문대학원 제도는 사법제도 개혁에 관한 지난 십 여 년 동안의 지난한 논의를 거쳐 마련된 결과입니다. 정원제 선발시험인 사법시험과 사법연수원을 통한 법률가 양성시스템에서 ① 법학교육과 법률가 양성이 단절되어 법학교육이 표류하고 법과대학이 고시학원화 하는 문제, ② 과다한 응시생이 장기간 사법시험 준비를 하게 됨으로써 사회적 비용이 지나치게 소요되는 문제, ③ 사법시험 합격자들을 사법연수원이라는 기관에서 2년간 교육시킴으로써 법조인들 사이의 동류의식 및 폐쇄적 집단의식이 생기는 문제 등 여러 가지 부작용들에 대한 우려가 있었음은 주지의 사실입니다. 이러한 문제들을 극복하고 국민의 법률서비스 접근권을 높이겠다는 목적에서 변호사시험제도 및 법학전문대학원 제도는 도입 되었습니다¹⁷⁾. 변호사시험과 법학전문대학원 제도가 도입되는 과정에서의 논의, 관련 법령 등을 살펴보면,

17) 2011년부터 최근 3년간 약사를 제외한 의료직종의 시험의 합격률은 약 90% 이상입니다.
한국보건의료인국가시험원 홈페이지(<http://www.kuksiwon.or.kr/>) 참조

18) 김선수, “법학전문대학원 도입방안 채택 경과”, 사법개혁리포트, 2008

이러한 일련의 흐름의 한가운데에는 ‘변호사시험을 자격시험¹⁹⁾의 형식으로 운용해야 한다’는 중대한 요청이 자리 잡고 있음을 확인할 수 있습니다.

또한 헌법재판소도 법학전문대학원제도의 도입은 법학교육의 정상화와 우수한 법조인의 양성, 국가 우수 인력의 효율적 배분에 그 목적이 있으며, 이와 같은 목적을 달성하기 위해 법학전문대학원의 설치에 있어 인가주의와 국민에 대한 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황 등 제반사정을 고려하여 법학전문대학원의 총 입학정원을 정하도록 규정하고 있는 것은 합헌이라고 판시하였습니다. 그리고 법학전문대학원에 입학하여 소정의 교육과정을 마친 사람만이 변호사시험에 응시할 수 있는 자격을 주면서 총 입학정원을 한정하는 것은 국가인력의 효율적인 운용을 위한 것으로 법조인의 배출규모를 제한하되 그 진입장벽을 변호사 시험 단계가 아닌 법학전문대학원의 입학 단계에 설정함으로써 인적자원의 낭비로 인한 사회적 비용을 감소시키기 위한 것으로 적법하다고 판단한 바 있습니다(헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2008헌마370, 2008헌바147(병합) 결정 참조).

그러므로 변호사시험법이 총득점을 기준으로 합격자를 결정하도록 규정하고 있는 점과 법학전문대학원의 도입 취지에 따른 변호사시험은 바람직한 법조인력의 수와 연계하여 법학전문대학원의 총 입학정원 자체를 제한한 다음 법학전문대학원에서 충실하게 교육과정을 이수한 졸업자만을 상대로 변호사시험 응시 기회를 주어 변호사로서의 지식과 능력에 대한 객관적 기준을 충족하는 자에게 변호사의 자격을 부여하는 자격시험이라는 점에서 변호사시험은 변호

19) 자격시험의 정의에 대하여 고려대학교 민족문화연구원 백과사전은 “국가나 지방 자치단체, 기관 등이 일정한 업무를 수행할 능력을 가졌는지 알아보거나 일정한 자격을 주기 위하여 치르는 시험”이라고 정의하고 있습니다. 이와 관련한 헌법재판소의 판시를 보면 헌법재판소 2000. 1. 27. 자 99헌마660 결정에서 “한약사시험은 일정 점수 이상이면 합격이 되는 자격 시험으로서 응시자들간에 경쟁이 있는 것이 아니므로 한약학과에서 소정 학점을 이수하지 않은 타학과 출신에게도 이 사건 시험의 응시자격을 인정하여 준다고 하여 한약학과 졸업예정자인 응시자격자들이 이 사건 시험에 응시하고 한약사 면허를 취득하는 데 있어 어떠한 불리한 영향을 받는 바는 없다.”라고 하여 원칙적으로 자격시험은 응시자들 사이의 경쟁을 본질적 요소로 하지 않는다고 판단한 바 있습니다.

사의 자격과 능력에 대한 객관적인 기준으로 그 합격자를 결정할 것을 요청하고 있다할 것이므로, 합격자를 결정하는 단계에서 또 다시 법조 인력의 수급 상황을 고려하여 정원제를 취한 이 사건 공고는 객관적인 허가조건에 의해 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 그 수단이 적절하지 않습니다.

3) 침해의 최소성

우리헌법재판소는 직업선택의 자유에 있어 주관적 허가요건에 의한 기본권 제한의 경우에도 비례성원칙이 적용되어야 한다는 입장을 판시한 바 있는데²⁰⁾, 이에 따르면 변호사 정원제는 기본권제한에 관한 과잉금지의 원칙에 입각하여 최소침해성원칙을 유일하지 말아야 합니다. 이러한 최소침해성원칙은 입법자가 선택한 기본권제한조치가 입법목적 달성을 위하여 적절한 것일지라도 완화된 수단이나 다른 덜 제한적인 조치가 있었을 경우 그러한 방법이나 수단을 모색함으로써 기본권제한을 필요최소한으로 하도록 하는 것을 말합니다.

이러한 최소침해성원칙에 관해 우리 헌법재판소가 들고 있는 구체적인 적용례들은 다음과 같습니다. 첫째, 기본권행사의 방법을 제한할 수 있음에도 불구하고 기본권행사의 여부를 제한하여 최소침해성원칙을 위배한 경우²¹⁾, 둘째, 입법자가 임의적 규정으로도 입법목적 달성을 할 수 있음에도 굳이 필요적 규정으로 기본권을 제한한 경우²²⁾, 셋째, 국민에게 어떠한 의무를 부과하지 않고도 목적 실현이 가능함에도 의무를 부과한 경우²³⁾, 넷째, 인간이 본래 가지고 있는 자연적 자유를 일반적으로 금지하고 특정한 경우에 그 금지를 해제하는 허가제를 운영함에 있어 허가여부가 행정청의 자유재량에 맡겨져 있는 경우²⁴⁾

20) 헌재 1995.6.29. 90헌바43.

21) 헌재 1998.5.28. 96헌가5 ; 2005.2.24. 2003헌마289.

22) 헌재 1995.2.23. 93헌가1 ; 2000.6.1. 99헌가11등 ; 1998.5.28. 96헌가12 ; 2004.3.25. 2001헌바90.

23) 헌재 2006.6.29. 2002헌바80등.

24) 헌재 1998.5.28. 96헌가5 ; 2006.7.27. 2004헌마924.

등입니다.

문제는 이러한 기본권제한의 최소침해성원칙 위배여부에 관해 입법자가 형성한 법률이 비례성원칙을 준수하고 있는가는 모든 경우 일률적이고 획일적으로 적용되는 것이 아니라 개인의 핵심적인 자유영역 예컨대 생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등의 기본권의 경우에는 기본권제한 법률이 기본권을 적게 침해하는지의 여부에 대해 입법자가 구체적인 인과관계를 소명해야 하지만 타인과의 사회적 연관관계에 놓여 있는 경우에 해당할 경우에는 입법자의 입법형성이 명백히 잘못되었는가라는 명백성 통제에 그친다는 것입니다. 즉 변호사정원제를 통한 직업선택의 자유제한의 경우에는 입법자가 선택한 제한수단이 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적인 인과관계를 납득할 수 있을 만큼 소명해야 됩니다. 우리 헌법재판소는 입법자의 예측판단에 관한 심사기준에서 이를 분명히 실시하고 있습니다.²⁵⁾

하지만 현행 변호사시험법에서 입법자는 선발예정인원을 결정함에 있어서 명확한 판단기준을 규정하고 있지 않고 있을 뿐만 아니라 공익의 존재여부에 대해서도 법무부나 행정자치부의 의견을 통해 간접적으로 알 수 있는바, 법조인력의 질적 수준의 유지 내지 사회적 수요에 따른 변호사의 적정수의 유지라는 정책적 필요성 등이며, 더구나 이러한 사유는 이미 법학전문대학원의 총정원을 결정함에 있어 고려된 것들입니다.

그러므로 변호사시험의 합격자를 결정함에 있어 또다시 이러한 제한 기준을 설정한 것은 법학전문대학원의 입학정원을 제한함에 있어 사용된 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황 등 제반사정과 중복되거나 중복되지 않는 경우라면 그 차이가 무엇인지에 대하여 입법목적 달성을 위해 구체적으로

25) 헌재 2002.10.31. 99헌바76.

인과관계를 납득할 만큼 소명된 것으로 볼 수는 없다 할 것입니다. 나아가 간접적인 공익성논증의 근거로 제시된 법조 인력의 질적 수준유지나 사회적 수요에 따른 변호사의 적정수의 유지라는 공익사유는 직업선택의 자유와 같은 자유권의 핵심적 영역에 해당하는 기본권을 제한하는 사유로는 지극히 추상적이고 애매하며 불분명한 기준에 해당한다고 보아야 할 것입니다.

따라서 현행 변호사시험법의 변호사정원제는 입법자에 의해서 채택된 수단이 입법목적 달성을 수 있는 유효한 수단 중에서 기본권을 적게 침해하는 수단이어야 한다는 기본권침해의 최소침해성 원칙의 한계를 유월한 것으로 볼 수밖에 없습니다.

4) 법익 균형성

변호사시험은 법학전문대학원 석사 학위를 취득한 자만이 응시할 수 있는 시험이며, 한편 국가는 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황, 국가 인력의 효율적인 운용을 목적으로 법학전문대학원의 입학정원을 한정하고 있는데, 이는 법조인의 배출규모를 제한하되 그 진입장벽을 변호사 시험 단계가 아닌 법학전문대학원의 입학 단계에 설정함으로써 인적자원의 낭비로 인한 사회적 비용을 감소시키기 위한 것인 점을 감안할 때 변호사 시험 단계에서 합격자를 결정하는 방법을 정함에 있어 또다시 법조 인력의 수급상황 등을 공익적 사유로 고려하는 것은 동일한 공익적 사유를 중복하여 적용하는 것으로 그러한 중복 적용에 있어 타당성이나 합리적 사유가 없는 경우로 이와 같은 공익의 요청은 법익균형성을 판단하는 공익적 사유로 사용될 수 없거나 매우 축소되어 있는 경우라 할 것입니다.

반면 청구인들은 법학전문대학원의 도입 취지에 따라 법학전문대학원의 교과 과정을 충실히 이수하여 석사 학위를 취득한 후, 변호사시험을 통하여 변호

사로서의 자질과 능력에 대한 객관적인 기준을 충족하는 경우 변호사의 자격을 취득할 수 있는 권리를 가지고 있다할 것입니다.

따라서 변호사시험의 합격자 결정 방법이 변호사로서의 자질과 능력에 대한 객관적인 기준이 아니라 사실상 객관적 허가조건의 사유에 해당하는 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황, 국가인력의 효율적인 운용이라는 공익적 사유만을 내세워 선발인원을 사전에 결정한 것은 청구인들에게 과도한 부담을 지우거나 수인한도를 초과하는 것으로 이 사건 공고로 인해 청구인들이 입게 되는 불이익보다 우월하다고 할 수 없어 법익균형성 원칙을 위반한 경우입니다.

(4) 소결

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 공고는 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익균형성 원칙에 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 과도하게 제한한 것으로 헌법상 비례의 원칙에 위반된다할 것입니다.

다. 이 사건 공고가 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부

(1) 평등권의 의의 및 개념

우리헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있습니다. 이는 법적용의 대상이 되는 모든 인간을 원칙적으로 공평하게 다루어야 한다는 법원칙을 뜻하는 것으로 우리 헌법상의 기본원칙에 해당된다는 점에는 이견이 없습니다.

그런데 평등의 개념은 논리적으로 둘 혹은 그 이상의 대상을 전제로 합니다. 즉, 단 하나의 대상에만 관련되어 있거나 법규범이 특정한 대상을 규율 대상으로 하였을 경우 법규범의 보편성 및 일반성위반여부는 별론으로 하고 헌법상 평등대우원칙위반의 문제는 발생하지 않는 것입니다. 요컨대 평등원칙은 필연적으로 규범의 규율대상이 개인 내지 집단에 차별적으로 적용되거나 상이한 법적 대우나 조치를 수반하였을 경우에만 비로소 문제가 되는 것입니다²⁶⁾.

따라서 변호사시험을 정원제로 운용하는 경우, 응시자들 중에서 변호사시험 법 및 동 시행령에 의해 요구되는 학식과 능력을 갖추었음에도 정원제로 인하여 차별대우를 받은 경우에 해당하기 때문에 우리 헌법상 요청되고 있는 평등대우명령의 위반여부가 문제됩니다.

(2) 평등권의 적용영역과 심사기준

(가) 평등권의 적용영역

평등권의 적용영역은 헌법상 평등대우명령을 준수하여야 하는 규율영역과 이것에 구속받은 헌법규범의 수급자의 영역으로 구분하여 볼 수 있습니다.

우선 우리 헌법은 전술한 바와 같이 제11조 제1항 제2문 후단에서 “누구든지…정치적.경제적.사회적.문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정함으로써 차별금지의 생활영역으로서 모든 헌법질서의 영역을 언급하고 있습니다. 다음으로 헌법의 평등대우명령에 구속받는 수급자로서는 헌법질서 아래에서 생활하고 있는 모든 국민뿐만 아니라 입법, 행정, 사법의 모든 국가기관이 포함된다는 점에는 현재 이견이 없을 뿐만 아니라 우리 헌법재

26) W. Windelband, Der Gleichheit und Identität, 1910, S.8(K. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR NF Bd.38, S.172에서 인용)

판소의 확고한 견해이기도 합니다.²⁷⁾

따라서 이 사건 공고로 인해 비교 집단 간 차별이 발생하였을 경우 이는 헌법상 평등대우명령위반여부의 심사대상이 된다고 할 것입니다.

(나) 평등권 위배여부에 대한 심사기준

입법자의 입법형성의 결과물인 법령에 대한 평등권 위반여부가 문제되었을 때 그 심사기준은 그것이 개별적 평등원칙에 해당하는가 혹은 일반적 평등원칙에 해당하는가에 따라 상이한 심사기준을 갖게 됩니다. 즉 헌법이 직접 명문으로 평등의 내용을 구체적으로 언급하고 있는 개별적 평등대우명령의 영역일 경우 입법자가 불평등조치를 수반하는 입법형성을 할 경우에 매우 엄격한 심사기준을 통해 평등명령위반여부를 판단하게 됩니다. 예컨대 우리 헌법 제11조 제1항 제2문은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여…차별받지 아니한다”고 규정하고 있는바 이러한 사유에 의한 차별은 절대적으로 금지되거나 혹은 매우 엄격한 규범통제 아래에 놓이게 됩니다. 특히 헌법이 금지하고 있는 개별적 영역과 사유에 반하는 차별이 행해질 경우 그러한 차별을 정당화하는 공익적 사유가 존재한다 하더라도 차별로 침해받는 기본권과의 법익형량에 있어 엄격한 비례성심사를 통과하여야만 비로소 정당화될 수 있는 것입니다.

다음으로 일반적 평등원칙은 헌법이 일정한 사안을 직접 규율하는 개별적 평등원칙이 존재하지 않을 때 비로소 적용되는 것으로 그 보호영역을 사항적으로 한정할 수 없는 일반조항(Generalklausel)의 성격을 갖는 원칙을 뜻합니다.²⁸⁾ 그런데 헌법이 차별의 표지를 직접 정하고 있는 개별적 평등원칙의 심사기준과는 달리 일반적 평등원칙의 심사기준은 헌법이 특별히 차별을 금지하

27) 헌재 1992.4.28. 90헌바24. 헌판집4, 225쪽 참고.

28) 계획열, 헌법학(중), 2000, 210쪽 참조.

고 있는 것이 아니기에 보다 광범위한 입법형성의 자유에 맡겨져 있습니다. 따라서 판례와 학설은 오랫동안 일반적 평등원칙의 심사기준에 대해서는 입법자의 입법형성이 명백히 자의적이라는 근거가 없는 한 평등대우원칙에 위반된다고 볼 수 없다(자의금지정식)는 명백성 통제를 그 심사기준으로 삼아 왔습니다.²⁹⁾ 그러나 자의금지정식에 따른 평등 심사를 통해서는 입법자에 대한 헌법적 구속을 실효성 있게 관철할 수 없었기에 인적 집단을 비교대상으로 삼는 ‘인적 평등’의 영역에 있어서는 엄격한 비례성심사를 하고, 이 이외의 생활영역인 ‘물적 영역’에 있어서는 전통적인 자의금지정식을 사용하여 평등대우명령 위반여부를 심사해야 한다는 ‘새로운 정식(die neue Formel)’이 제기³⁰⁾되거나 입법자가 개별적 평등원칙에서 언급되고 있는 차별금지의 표지들과 유사한 표지들을 근거로 하여 인적 집단을 불평등대우하는 경우에는 원칙적으로 엄격한 심사를 받는데 인적 집단의 불평등대우가 소수의 차별로 이어지거나 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 비례성심사를 받는다는 최신의 정식(die neueste Formel)이 제시³¹⁾되고 있습니다.

우리 헌법재판소도 헌법 스스로가 평등권을 구체화하고 있는 일반적 평등원칙의 경우에는 엄격한 비례성심사를 가하고 있으며³²⁾, 일반적 평등원칙의 경우 원칙적으로 자의성여부를 판단하되³³⁾, 일반적 평등원칙이 적용되는 영역이라 하더라도 차별취급으로 인한 관련 기본권의 중대한 제한을 초래할 경우에

29) 가령 BVerfGE 1, 14(52) ; 3, 58(135) ; 17, 319(330) ; 50, 177(191) ; 54, 11(25f.) ; 55, 72(89f.) ; BVerwGE 39, 1(4.) ; G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl 1951, S.193ff.

30) 새로운 정식은 독일연방헌법재판소 제1재판부에서 제기된 것으로 제2재판부에 의해서도 사용되고 있다. 이에 대해서는 BVerfGE 82, 60(86) ; 83, 395(401) ; 84, 133(157) ; 84, 197(199) ; 84, 348(359) ; 85, 191(210) ; 85, 238(244) ; 85, 360(383) ; 87, 234(255) ; 88, 5(12) 참조.

31) 독일연방헌법재판소는 1993년 1월 26일의 제2차 성전환수술자결정에서 최신의 정식을 상세하게 전개하고 있다. BVerfGE 88, 5(12) ; 88, 87(96f.) 참조.

32) 예컨대 채대군인가산점 사건인 1999.12.23. 98헌마363.

33) 법인의 약국개설금지의 평등권침해여부에 관한 2002.9.19. 2000헌바84 사건과 준법서약서의 제출에 관한 2002.4.25. 98헌마425 사건, 지방자치단체장의 3기 초과 연임제한에 관한 2006.2.23. 2005헌마403 사건 등.

는 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다고 함으로써³⁴⁾ 평등대우명령위반여부에 대한 심사기준에 관한 위의 예를 따르고 있다고 볼 것입니다.

(3) 변호사시험정원제로 인한 차별에 적용될 심사기준

(가) 정원제가 평등권원칙에 관해 어떤 영역에 해당되는지의 여부

우선 변호사시험정원제로 인한 차별이 평등권위반여부에 관한 어느 영역에 해당하는가는 매우 중요합니다. 예컨대 정원제로 인한 차별이 개별적 평등원칙이 적용되는 영역이라거나 일반적 평등원칙이 적용되는 영역이라도 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 엄격한 비례성 심사를 통과하여야 하므로 직업선택의 자유를 침해하는 이 사건 공고가 변호사시험법이 추구하는 공익상의 요청과 개인의 주관적 공권 사이에 있어서는 공익이 사익을 압도하고도 남을 만큼 차별의 목적과 수단에 명백한 중요성 요건을 충족하여야 하기 때문입니다. 반대로 정원제가 일반적 평등원칙이 적용되는 영역 중 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 주어지는 영역에 해당한다면 이 사건 공고는 불평등취급의 명백한 합리적 근거가 없는 경우가 아닌 한 헌법상의 평등대우요청에 부합하는 것입니다.

그런데 우리 헌법상 어떤 조항에도 변호사시험정원제를 통한 차별을 금지하거나 정원제를 통한 차별이 본질적인 인적 차별표지에 해당하기 때문에 허용하여서는 아니 된다는 내용은 발견하기 어렵습니다. 따라서 변호사시험정원제가 개별적 평등원칙이 적용되는 영역이 아니라는 점은 분명합니다.

따라서 변호사시험 정원제를 통한 불평등대우가 일반적 평등원칙의 적용영

34) 중등교사 임용시험에서 복수·부전공자 가산점 부여에 관한 2006.6.29. 2005헌가13 사건, 지방교육위원회선거에서 교육경력자의 우대에 관한 2003.3.27. 2002헌마573 사건 및 국·공립학교 채용시험에서 동점자처리에 관한 2006.6.29. 2005헌마44 사건 등.

역 중 자의성통제에 그치는 영역인지 아니면 관련 기본권을 중대하게 제약하여 엄격한 비례성심사를 받아야 하는 영역인지의 판단이 중요한 의미를 갖게 됩니다.

(나) 정원제가 일반적 평등원칙 적용영역일 경우 심사기준

위에서 살펴본 바와 같이 정원제를 통한 불평등대우는 일반적 평등원칙이 적용되는 영역임이 분명합니다. 이 경우 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 보장되는 자의성통제영역에 해당하는지 아니면 기본권의 제한 정도가 중대한 경우에 해당하여 엄격한 비례성심사를 통과해야 하는 영역인지가 문제됩니다.

이와 관련하여 직업의 자유의 제한에 관한 우리 헌법재판소 판례는 의미 있는 영역판단의 기준을 제시해 주고 있습니다. 즉, 우리 헌법재판소는 「직업선택의 자유는 개인의 인격형성과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 그 제한은 개인의 개성신장의 길을 처음부터 막는 것을 의미하고, 이로써 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해라 의미하지만, 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 경우에는 개성신장에 대한 침해의 정도가 상대적으로 적어 핵심적 자유영역에 대한 침해로 볼 것은 아니다. 뿐만 아니라 직업 활동이 사회적 전반에 대하여 가지는 의미에 따라 직업의 자유에 대한 제한이 허용되는 정도가 달라진다. 이는 개인의 직업 활동 또는 사회적·경제적 활동 등이 타인의 자유영역과 접촉하고 충돌할수록 입법자가 타인과 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한하는 것을 보다 수인해야 함을 의미한다」(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등 참조)라고 판시하고 있는 바, 이는 기본권제한에 있어서 과잉금지원칙위배여부를 소위 개인연관성 및 사회연관성의 관점에 따라 침해된 법익이 개인연관성을 가질수록 보호되어야 하나 반면에 사회연관성을 가졌을 경우에는 입법자에 의한 광범위한 규율을 받을 수 있다는 점을 밝힌 판례입니다. 물론 자유권제한에

관한 동 판례는 평등권위반여부에 대한 심사기준이 헌법 제37조 제2항의 과잉 금지원칙이 적용되는 부분이 아니라 별도의 위헌판단기준을 가지고 있기 때문³⁵⁾에 평등권위반여부에 대한 비례성심사가 적용되는지의 여부에 대한 판단 기준과는 직접적인 관련이 없다고 할 것입니다.

그러나 자유권제한여부에 대한 비례성심사와 평등권요청위반여부에 대한 비례성심사가 다른 구조의 기본권침해여부의 심사구조를 가지고 있다고 하는 것은 자유권의 경우에는 그것을 보호하여야 할 생활영역이 존재하지만 평등권의 경우에는 그러한 생활영역이 없기 때문에 자유권의 경우에는 해당 기본권의 보호영역을 확정된 뒤 국가의 행위가 그것을 침해했는지의 여부를 판단하나 평등권의 경우에는 차별의 존재여부를 확정된 뒤 그러한 차별이 합리적인 이유가 있는가의 여부를 판단하는 것이기 때문에 헌법 제37조 제2항의 비례원칙 위반여부가 문제되지 않는 경우에도, 동일한 비교영역에 있는 다른 집단과 비교하여 차별대우가 발생하는 경우 평등권위반여부가 문제될 수 있다는 것으로 차별 집단 사이에 발생하는 불평등대우에 관한 비례성심사를 독자적으로 한다는 것이지 관련 기본권을 중대하게 제약하는 것인지의 여부에 대한 판단조차도 상이한 자료에 기초해야 한다는 것을 의미하지는 않습니다. 다시 말해 비례성심사구조의 상이는 심사의 대상이 된 경우의 자료동일성을 부정하는 것으로 볼 수는 없다는 것입니다.

따라서 변호사시험 정원제로 인해 자격제도가 요구하는 일정한 학식 및 능력을 갖추었음에도 불구하고 차별취급을 받는 상호배타적인 두 집단이 존재하는 경우, 이를테면 정원의 범위 내 포함되는 집단과 그렇지 못한 집단으로 구분되어 변호사시험의 합격여부가 달라지는 차별적 취급이 존재하는 경우 그러한 차별취급이 관련 기본권을 중대하게 제약하는 것인지 아니면 제37조 제2항의 기본권침해에는 해당하지 않지만 비교집단 사이에만 발생하는 불평등대우

35) 자세한 것은 정종섭, 헌법학원론, 2006, 355쪽.

여서 평등대우요청을 받는 영역에 해당하여 원칙적으로 자의금지원칙이 적용되는 부분인지의 판단은 자유권제한에 관한 비례성심사구조와 평등권위반여부에 대한 비례성심사구조와는 무관하다고 보아야 합니다.

따라서 정월제가 관련 기본권을 중대하게 제약하는 것인지의 여부는 위 판례가 실시하고 있는 것처럼 직업선택의 자유의 제한에 해당하는지 아니면 단순히 직업행사의 자유를 제한하는 것인지의 여부와 개인연관성과 사회연관성 중 어느 부분에 더 관련이 있는 것인지의 여부가 일반적 평등원칙적용영역에 있어 자의성통제에 머무르는지 아니면 엄격한 비례성심사를 가해야 하는지에 대한 판단기준이라고 보아야 할 것입니다.

(다) 정월제가 자의성통제영역인지 혹은 비례성심사영역인지에 대한 판단

변호사정월제가 과연 사회적 연관성이 높아 입법자의 입법형성의 자유 안에서 광범위하게 제한을 가할 수 있는 것인지의 여부는 다음과 같은 점을 유의하여 살펴보아야 할 것입니다. 관련 직업선택의 자유를 제한하는 것 중에서 이미 주어진 직업을 행사하는 과정을 제한하는 것인지, 즉 직업행사의 보유여부는 이미 결정된 가운데 보유한 직업행사의 방법이나 수단을 제한하는 경우에는 사회적 연관성여부가 중요한 의미를 가집니다. 예컨대 변호사 직업을 수행하는 것은 개인의 직업 활동 내지는 사회적·경제적 활동 등이 타인의 영역과 접촉하고 충돌할 가능성이 있는 것으로 입법자에 의해서 광범위한 규제를 받을 가능성이 있습니다. 하지만 변호사가 될 것인지 말 것인지는 직업보유의 문제는 직업행사의 문제와는 다른 판단구조를 가지고 있다고 보아야 합니다. 특히 사회적 연관성이 있는 직업이기 때문에 일정한 자격과 능력 혹은 자질을 요구한다고 하더라도 입법자가 형성한 자격제도에서 요구하는 학식과 능력을 구비하였음에도(자격의 판단요건으로 입법자가 형성한 기준선을 충족하였음에도) 정월제를 통해 직업보유여부를 통제받게 된다면 이는 이미 사회적 연관성

이 요청하는 기준을 충족하였음에도 개인이 달성할 수 있는 노력과 무관하게 직업선택의 자유를 제한하는 것으로 직업선택에 있어 사회적 연관성과는 관련 없는 제한기준을 설정한 것이라고 보아야 할 것입니다.

결론적으로 정원제는 직업행사의 제한도 아니고 사회적 연관성에 놓여 있어 입법자가 광범위한 입법형성의 자유를 가지는 영역이기 때문에 자의성통제에 머무르는 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 직업보유여부를 결정하는 것이기 때문에 관련 기본권을 중대하게 제약하는 것으로서 엄격한 비례성심사를 통과해야 합니다.

(라) 비례원칙이 적용될 경우의 심사기준과 정원제에 적용

우리 헌법재판소는 평등권심사의 경우 비례원칙 심사요건과 관련하여 다음과 같은 네 가지 심사기준을 제시하고 있습니다. 즉, 차별목적의 정당성이 존재하는지의 여부, 차별취급의 적합성이 있는지의 여부, 차별취급의 필요성 또는 불가피성이 존재하는지의 여부, 차별취급의 비례성이 존재하는지의 여부가 그것입니다.³⁶⁾

정원제의 경우 그 목적이 국가인력의 효율적 관리, 새로이 공급되는 법조 인력의 질적 수준유지 내지 사회적 수요에 따른 변호사의 적정한 수 유지라는 공익상의 요청에 근거한 것으로서 그 목적이 입법자가 차별대우를 하려고 하는 정당한 목적이 아니라거나 차별목적 스스로가 위헌적이라고 볼 수는 없기 때문에 차별목적 자체에 정당성이 존재하지 않는다고 볼 수는 없을 것입니다. 또 정원제를 통한 차별취급이 입법자가 추구하는 차별목적에 촉진한다는 점에 대한 명백한 반증이 존재하지 않는 이상 차별취급의 적합성이 없다고도 보기는 힘듭니다.

문제는 변호사정원제가 이미 입법자가 정한 자격요건을 충족시켰음에도 정원제

36) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25.

를 통한 제한을 가하여 차별대우를 하는 입법자의 차별목적이 그러한 차별취급 없이는 달성될 수 없는 것인가의 여부와 차별취급의 비례성을 충족시키고 있는가의 여부입니다.

차별취급의 필요성 또는 불가피성과 관련하여 우리 헌법재판소는 「일반적으로 차별대우의 필요성은 차별대우가 입법목적 달성에 불가피한 것이어야 한다는 것을 의미하지만, 차별이 관련 기본권에 불리한 효과를 미치는 경우에는 차별은 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다는 차별효과의 최소침해성을 의미한다」라고 설시하면서 최소침해성원칙 준수여부가 차별취급의 필요성 또는 불가피함을 지적하고 있습니다. 그런데 우리는 정원제가 직업선택의 제한과 관련하여 해당 기본권의 최소침해성 여부를 충족시키지 못함을 이미 논증하였습니다.

그리고 정원제가 차별취급의 법익균형성을 충족시키고 있는가의 여부와 관련하여 정원제를 통한 비교집단간의 차별은 기본권행사를 전면적 혹은 종국적으로 제한하는 차별로써 관련 기본권을 중대하게 제약하는 경우에 해당하여, 이 경우 동차별로 얻고자 하는 공익은 정책상의 필요성이라는 애매하고 불분명한 개념으로는 정당화될 수 없고, 국가인력의 효율적 관리, 법조 인력의 질적 수준유지, 사회적 수요라는 정책상의 이유는 이미 법학전문대학원의 입학정원을 제한함에 있어 충분히 고려된 사유로 합격자를 결정함에 있어 중복적으로 고려하는 것은 관련 기본권의 중대한 제약이라는 상황에 비추어 볼 때 차별취급을 정당화하는 사유의 비중을 충족시킨다고 할 수는 없을 것입니다.

(4) 소결

그러므로 변호사 시험의 합격자 결정 방법으로 정원제를 취한 이 사건 공고는 법조인 수급상황에 따라 합격자를 결정하는 경우 매년 치르지는 변호사시험의 응시자들 수준에 따라 실제 변호사로서의 능력과 자질을 갖추고 있음에도 불

합격될 수 있으며, 또는 실제 변호사로서의 능력과 자질을 갖추고 있지 않음에도 합격하는 경우가 발생할 수 있어 평등원칙에 반한다 할 것입니다.

따라서 이 사건 공고는 입법자가 요청하고 있는 자격제도의 요건을 충족하였음에도 매회 치르지는 변호사 시험의 응시자 수준에 따라 두 집단(실제 변호사로서의 능력과 자질을 갖추고 있음에도 불합격되는 자와 실제 변호사로서의 능력과 자질을 갖추고 있지 않음에도 합격하는 자) 사이의 차별취급을 정당화할 수 있는 비례성심사를 통과하지 못하였기에 헌법상 평등대우원칙을 위반하여 위헌이라고 할 것입니다.

4. 결어

이상과 같이 이 사건 공고는 변호사시험법에 규정된 입법형성권의 범위를 넘어서거나 비례원칙에 위반된 것으로 청구인들의 직업의 자유, 평등권을 침해하여 위헌이라고 판단되므로 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 청구하기에 이르렀습니다.

증 거 자 료

- | | |
|-------------------|------------------------|
| 1. 증거자료 1의 1 내지 6 | 각 재학증명서 |
| 1. 증거자료 2 | 이 사건 공고문 |
| 1. 증거자료 3 | 법무부 민원회신(2013. 5. 13.자 |

첨 부 서 류

- | | |
|--------------------|------|
| 1. 위 증거자료 | 각 1통 |
| 1. 위임장 및 담당변호사 지정서 | 각 1통 |

2013. 7. 25.

위 청구인들의 대리인 법무법인 이 공

담당변호사 허 진 민

담당변호사 박 진 석

담당변호사 박 주 민

담당변호사 김 철 호

담당변호사 양 흥 석

헌 법 재 판 소

귀 중