

부본

헌법소원 심판 청구서

청 구 인 별지 기재와 같음

청구인의 대리인 법무법인 나라종합법률사무소

 담당변호사 박원순

 법무법인 한결

 담당변호사 차병직

 변호사 하승수, 이상훈

청 구 취 지

사법시행령 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항이 사법시행 합격자
숫자를 제한하고 있는 것은 헌법에 위반된다.

및

서울시 서초구 서초동 1572-10
서정빌딩 4층(137-070)

합 동 법 률 사 무 소 **길 벗**
 - 1 -
 변호사 河昇秀 李相勳

TEL : (02) 587-9400
FAX : (02) 587-9373

위 법령조항에 근거하여 행정자치부장관이 매년 사법시험 선발예정인원을 결정·공고하는 것은 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

침 해 된 권 리

헌법 제15조	직업선택의 자유
헌법 제27조 제1항	재판청구권
헌법 제25조	공무담임권

침 해 의 원 인

사법시험령 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항

및

위 법령에 의거하여 매년 행정자치부 장관이 사법시험 선발예정인원을 결정·공고하는 행위

청 구 이 유

서울시 서초구 서초동 1572-10
서정빌딩 4층(137-070)

합 동 법 률 사 무 소 **길 벗**
- 2 -
변 호 사 河昇秀 李相勳

TEL : (02)587-9400
FAX : (02)587-9373

1. 청구인들의 지위와 침해의 원인

가. 청구인들의 지위

청구인 1내지11은 사법시험 기응시자들로서 지금까지 사법시험에 여러차례 응시하였으나 합격하지 못하고 현재 사법시험을 준비하고 있는 사람들입니다.

청구인12내지63은 현재 법과대학에 재학중인 학생들이거나 사법시험을 준비하고 있는 사람들로서, 내년도에 시행될 사법시험에 응시할 예정으로 있는 사람들입니다.

그리고 청구인64내지67은 현재 대한민국에 거주하고 있는 국민들입니다.

나. 침해의 원인

(1) 현행 사법시험령 제3조는 ‘선발예정인원’이라는 제목하에 제1항에서 “선발예정인원은 매 시험 시행시에 행정자치부장관이 법무부장관 및 법원행정처장의 의견을 들어 정하되, 그 수를 일정범위의 수로 할 수있다”고 규정하고 있습니다. 그리고 제9조 제2항은 “행정자치부장관은 시험을 실시하고자 할 때에는 그 일시·장소·시험방법 및 과목·응시자격·선발예정인원과 출원절차 등을 모든 응시자가 알 수있도록 시험기일 30일 전에 공고하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 공고내용을 변경할 경우에는 시험기일 10일전까지 그 변경사항을 공고하여야 한다”라고 규정하고 있습니다. 또한 제15조 제2항은 “제2차시험의 합격 결정에 있어서는 매과목 4할 이상 득점한 자(제3조 제2항의 경우에는 매과목 4할 이상 득점하고, 동 규정에 의하여 행정자치부장관이 정한 합격의 하한점수 기타 기준에 해당하는 자)중에서

전과목 총득점에 의한 고득점자순으로 선발예정인원의 13할의 범위안에 해당되는 자에 대하여 시험성적 및 제3차시험 응시자수 등을 고려하여 위원회에서 합격자를 결정한다“라고 규정하고 있습니다.

(2) 위와 같은 규정들에 의하여 행정자치부 장관은 매년 초에 사법시험 선발예정인원을 결정하여 공고하고 있습니다. 그리고 선발예정인원으로 결정·공고된 인원에 해당하는 등수를 기준으로 하여 제2차시험 합격자를 결정해 오고 있습니다.

2. 침해원인의 위헌성

가. 직업선택의 자유 침해의 위헌성

(1) 현행 변호사법은 사법시험을 합격하여 ① 사법연수원을 수료한 자와 ② 판사 또는 검사의 자격이 있는 자에 대해서만 변호사 자격을 부여하고 있습니다. 그런데 법원조직법 제42조 제2항은 판사의 자격으로 “사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자” 또는 “변호사의 자격이 있는 자”라고 규정하고 있고, 검찰청법 제29조도 검사의 자격으로 같은 요건을 요구하고 있습니다.

위와 같은 규정들을 종합하여 볼 때에, 결국 현행 법상으로는 사법시험을 합격하고 사법연수원을 수료하는 것이 변호사 자격취득의 요건이 되고 있습니다. 그리고 현재 시행되는 사법시험은 기본적으로는 변호사 자격을 부여하기 위한 자격시험의 성격을 가지고 있고, 그에 부수하여 판·검사 임용의 전제조건적인 성격도 가지고 있습니다.

(2) 현행 사법시험령 제3조 제1항은 행정자치부장관에게 사법시험선발예정인원을 일정범위의 숫자로 제한할 수 있도록 할 권한을 부여하고 있고, 그에 의거하여 행정자치부장관이 매년 사법시험 선발예정인원을 결정하여 선발예정인원에 해당하는 등수내에 든 사람들만을 합격처리하고 있습니다. 그러나 이러한 정원제 사법시험은 청구인1내지63의 변호사라는 직업을 선택할 수 있는 '직업선택의 자유'를 침해하고 있습니다.

(3) 자격시험은 일정한 수준의 학식과 경험이 있는지를 검증하는 것이 목적입니다. 그런데 현행 사법시험제도는 기본적으로는 변호사 자격시험이면서도 미리 합격자숫자를 정해 놓고 그 등수에 들지 못하면 불합격처리하는 방식을 취하고 있습니다. 그에 따라 청구인 1내지11은 4년제 법과대학에서 정규법학교육을 이수하거나 상당기간의 고시공부를 통해 변호사 자격 취득에 필요한 학식을 갖추고 있음에도 불구하고 단지 사법시험령에 근거하여 행정자치부장관이 미리 정해둔 등수에 들지 못하였다는 이유로 변호사자격을 취득할 수 있는 기회를 봉쇄당하고 있습니다. 그리고 청구인 12내지63은 비록 그의 논리력이나 법률지식이 충분하다고 하더라도 앞으로 정원제 사법시험을 통과하지 못하면, 변호사 자격을 취득할 수없게 되어 있습니다.

따라서 사법시험령 제3조 제1항 등과 그에 따른 행정자치부장관의 사법시험 선발예정인원 결정·공고행위는 청구인들의 직업선택의 자유를 심각하게 침해하고 있는 것입니다.

(4) 단계이론에 대한 검토

서울시 서초구 서초동 1572-10
서정빌딩 4층(137-070)

합동법률사무소 **길벗**
- 5 -
변호사 河昇秀 李相勳

TEL : (02) 587-9400
FAX : (02) 587-9373

우리 헌법 제15조는 직업의 자유를 보장하고 있고, 제37조 2항은 국가가 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등을 위해 불가피할 경우에만 법률로써 직업의 자유를 제한할 것을 허용하고 있습니다. 이 조문들의 해석에 있어, 우리 헌법재판소도 독일연방헌법재판소의 소위 단계이론을 받아 들인 것으로 보입니다. 따라서 여기에서도 단계이론에 의하여, 정원제 사법시험의 위헌성 여부를 검토해 볼 필요가 있습니다(이하는 참고자료로 제출한 ‘정원제 사법시험제도의 위헌성’ 참조).

단계이론은 다음과 같이 정리될 수 있습니다. 직업의 자유에 대한 제한은, 입법자가 헌법상 가장 폭넓게 허용되는 1단계제한으로 소기의 목적을 달성하는 것이 가능한가를 우선 평가하고, 그렇지 못할 경우에만 헌법상 더욱 엄격히 제재받는 2단계제한이나, 그것도 모자랄 경우에만 가장 금기시되는 3단계제한으로 전이하는 식으로만 이루어질 수 있다는 것입니다(참고자료 7면 참조). 단계이론에서 1단계는 특정 직업에 이미 종사하고 있는 모든 사람들에게 적용되어 이들의 영업 및 직업 수행의 시간, 장소 및 형태 등을 제한하는 것을 말합니다. 영업시간에 대한 규제 등이 그 예입니다. 이와같은 제한은 공공복리에 대한 합리적인 고려를 통해서 합목적적이라고 보여지는 한 허용되며, 따라서 기본권보호는 그 자체로 위헌적인 제한, 예를 들어 지나치게 부담을 주고 기대불가능한 제한에 대한 방어에 국한됩니다. 2단계와 3단계는 특정 직업이나 영업에 종사하려는 사람들의 행위 일체를 금지하거나 새로이 특정 직업이나 영업에 종사하려는 사람의 진입을 규제하는 것이며 헌법상 더욱 엄격히 금기시됩니다. 여기서 2단계제한은 자격시험 등을 통해 특정인의 직업 및 영업 수행능력을 평가하여 자격미달자들의 직업 및 영업수행을 금지하는 것이며, 자격시험의 내용과 난이도가 정상적

인 직업수행 요건과 비례할 경우에는 허용됩니다. 그러나, 3단계제한은 그 사람들의 능력과는 하등 상관없는 이유로 직업 및 영업수행을 금지하는 경우이며, 그러한 제한은 그 제한을 통해 보호하려는 공익에 '명백하고 현존하는 위험'이 있고 이 위험의 제거가 '직업의 자유'보다 더 중요하다고 판단될 때만 허용됩니다. 예를 들어, 폭발위험물을 취급하는 업소들 사이의 거리제한 등이 이에 포함됩니다.

단계이론의 수용에 대한 헌법재판소의 의지는 1995년 전후로 굳혀진 듯합니다. 예를 들어, 헌법재판소는 1995년, 1995.7.21, 94 헌마 125에서 영화관의 외국영화의 상영일수를 제한하는 규제에 대하여, "국산영화의 개봉관의 확보를 통해 국산영화의 제작과 상영의 기회를 보장하여 국산영화의 존립과 발전의 터전을 마련하여 주기 위한 것으로, . . . 제한목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정될 뿐 아니라, 연간상영일수의 5분의 2에 한정하여 직업수행의 자유를 제한하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라 할 수 없다"고 하였습니다. 여기서는 1단계 제한에 대하여 과잉금지의 원칙이라는 심사기준을 적용하였습니다. 현재는 1995년 90헌바43에서 군법무관임용법 부칙 제3조를 심사하면서, 법무관 경력자들의 변호사자격취득의 요건으로 5년의 복무기간을 요구하는 본조가 단계이론에서 '주관적 요건에 의한 직업선택의 자유의 제한'에 해당되는 것이라 하고, 5년의 기간이 '비례의 원칙'에 어긋나지 않는다고 판시함으로써, 단계이론의 틀을 의식적으로 적용하여 2단계제한에 대하여 비례성의 원칙이라는 심사기준을 이용하였습니다.

(5) 정원제 사법시험에 대한 단계이론의 적용문제

현행 사법시험의 정원제도는 위 단계이론에 비추어볼 때 3단계 제한에

해당합니다. 사법시험의 합격정원이 응시자들의 능력과는 관계없이 국가에 의해 미리 정해지기 때문입니다. 즉, 변호사가 되려는 사람들에 대해서는 그들의 직업수행능력과 하등의 상관없는 이유로, 말하자면 일정 수준이상의 학식을 쌓았는지가 아니라 그 시험에서 특정등수 안에 들었는가를 기준으로 변호사라는 직업을 선택할 권리를 제한하고 있는 것입니다. 이는 명백히 3단계 제한입니다.

여기서 3단계제한으로서의 사법시험제도를 평가해 보면, ‘법률소비자들의 피해’나 ‘법률서비스의 저질화’ 등은 3단계제한을 정당화시켜 줄, ‘발생 위험성이 명백하고 현존하는 해악’에 들지 못합니다. 합격기준을 정해놓고 그 기준을 넘는 사람들은 몇 명이 되든 모두 변호사자격을 주는 방식으로든 그러한 해악들은 방지할 수 있기 때문입니다. 정부도 3단계 제한을 통해 방지하려고 하는 해악이 무엇인지에 대해 공식적으로 언급한 적이 없습니다. 여기서 공식적 언급이란 정책자의 의도가 법률 등을 통해 표명되지 않았다는 것입니다. 사법시험령 제3조는 행자부장관이 최종합격자 숫자를 정할 때 ‘법무부장관 및 법원행정처장의 의견을 들어 정한다’고 되어 있을 뿐이며 행자부장관이 숫자를 정할 때 어떤 상황들을 고려해야 하는 지는 어느 법령에도 명시되어 있지 않습니다. 게다가 후술하듯이 사법시험령은 그 효력의 근거가 되는 모(母)법도 없기 때문에 빌어올 만한 ‘입법취지’도 없습니다. 단지 사법시험령 1조가 ‘이 영은. . . 변호사가 되려는 자에게 필요한 학식과 능력의 유무를 검정하기 위한 사법시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다’라고 정하고 있으나, 한 수험생의 학식과 능력 유무는 다른 수만명의 수험생들 중에서 그가 700등 또는 800 등 안에 드는 지와는 논리적으로 아무 상관도 없는 것입니다.

이처럼 사법시험 합격자 수를 국가가 미리 결정하는 것, 즉 개개인이 가지고 있는 법률가로서의 자질과 소양을 그 자체로서 평가하지 않고, 국가가 미리 가지고 있는 수급계획에 따라 석차 순으로 결정하는 것은 법률서비스 직역을 선택하여 법률서비스의 공급자로서 삶을 영위하려는 국민의 '직업선택의 자유'를 본질적으로 침해한 것입니다. 따라서 정부가 현 사법시험제도와 같은 방법으로 특정 직업에 대하여 그 직업에 종사할 사람들의 숫자를 절대적으로 제한하는 것은 위헌이라고 할 것입니다.

또한 현행 정원제 사법시험을 2단계제한으로 보더라도, 그 제한의 방법이 과잉금지 원칙, 비례 원칙에 위반됩니다. 자질이 부족한 법률가들로 인한 소비자피해를 막기 위해서는 법률가들의 능력을 검증할 수 있는 방식으로 시험제도를 운영하면 족합니다. 그 경우 시험은 응시자가 일정수준 이상의 능력에 도달했는지만 검증하면 됩니다. 그런데 최종합격자숫자를 제한하는 것은 그러한 시험제도의 목적에 비추어볼 때에 적절하고 정당한 기본권제한 방식이 아닙니다. 오히려 최종합격자 숫자의 제한은 법률서비스시장의 공급을 조절하기 위한 것이 주된 목적이며, 응시자의 능력검증 자체를 목적으로 한 것이 아닌 것입니다.

특히 법률가에게 필요한 것은 사안을 분석하여 그것을 법적 논리로 구성할 수 있는 분석력과 논리력입니다. 그런데 최종합격자 숫자를 제한한다면, 그것은 법률가로서 필요한 논리력과 분석력을 충분히 가진 사람도 등수에 들지 못했다는 이유만으로 탈락하는 결과를 가져옵니다. 특히 실제로 2차 시험 합격자를 결정할 때에, 커트라인을 기준으로 1-2점 사이에 수많은 수험생들이 몰려 있습니다. 그런데 700등은 합격이고 710등은 불합격이라는 결론이 어떤 논리적·합리적 근거에 의해 나올 수 있는지 의심스러울

수밖에 없습니다. 따라서 정원제 사법시험은 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙에도 위반되는 것입니다.

(6) 관련 판례들

국가가 특정직업의 종사자 수를 절대적으로 제한할 수 없다는 것을 뒷받침하는 판례들은 국내에서도 찾아 볼 수 있습니다. 우선, 다수의 동종업간의 거리제한 및 지역제한이 이미 우리 대법원이나 헌법재판소에서 위헌판정을 받은 바 있습니다. 실제로, 동종업체간의 거리제한 및 지역제한이 합헌판정을 받은 경우는 인화물의 화재 위험 등 물리적으로 증명가능한 해악의 발생가능성을 차단하려는 경우 뿐입니다. 헌법재판소는, 특히 1989년 변호사 개업지역 제한에 대하여 위헌결정을 내리고, 1995년 단계이론의 도입 이후에도 직업의 자유에 대한 3단계제한에 대하여 위헌결정(이론바 자도소주구입명령제도결정)을 내린 바 있습니다.

自道소주구입명령제도결정에서 헌법재판소는 自道소주구입명령제도가 독과점 퇴치라는 목적에 합당하지 않다고 위헌을 선고하였습니다. 自道소주구입명령제도는 각 도의 소주판매업자들이 매수량의 50%를 해당 도에 적을 둔 소주제조업자로부터 구입할 것을 명령한 것으로서 소주업체가 전국적으로 한 두 개의 대기업에 독점될 것을 방지하기 위하여 시행되었습니다. 헌법재판소는, 이에 대해서 우선, 해당 自道소주구입명령제도가 지역할거주의라는 새로운 독과점을 만들어내기 때문에 목적에 합당한 방법이 아니라고 말하면서 그것이 소주판매업자 및 소주제조업자의 직업의 자유를 침해한다는 사실을 언급하였습니다.

헌법재판소는 自道소주구입명령제도가 소주판매업자의 직업수행의 자유를 침해한다고 언급하고 또 소주제조업자의 직업의 자유도 침해한다고 하였습

니다. 그렇다면 여기서 소주제조업자의 직업의 자유는 직업선택의 자유를 의미하는 것으로 볼 수밖에 없습니다. 자도소주를 구입하라는 명령은 소주제조업자에게 적용되는 명령이 아니고 소주판매업자에게 적용되는 것이므로 우선 소주제조업자의 직업수행의 자유에 대한 침해는 아니기 때문입니다. 각 지방에서 이미 당해 지역의 시장을 장악하고 있는 특정소주제조업자가 자도소주구입명령으로 만들어진 우호적인 환경 속에서 더욱 독세하여 지방시장을 독점함으로써 소주제조업에 종사하기를 원하는 사람들이 소주제조업을 마음놓고 선택할 여지를 빼앗아가기 때문에 자도소주구입명령제도는 직업선택의 자유에 대한 침해인 것입니다.

직업선택의 자유의 침해에 대한 단계이론에 비추어 볼 때, 자도소주구입명령은 3단계제한에 해당합니다. 왜냐하면 그것은 소주제조업에 적합한 능력과 자질을 갖추었는가에 따른 제한이 아니라, '지역경제보호'라는 각 소주제조업자들의 능력 및 자질과는 아무런 관련이 없는 이유로 특정 소주제조업자들은 특정 소주도매업자들의 매출량 50%를 독점하고, 다른 소주제조업자들은 나머지 50%를 가지고 경쟁해야 되기 때문입니다. 위에서 말했듯이 이와같은 3단계제한은 이를 정당화할 만큼 '발생위험성이 명백하고 현존하는 해악'이 있을 때에만 합헌적일 수 있습니다. 이에 대해 헌법재판소는 위헌결정을 통하여 3단계제한으로 소주제조업자의 직업선택의 자유를 제한해야 할만큼 '발생위험성이 명백하고 현존하는 해악'이 존재하지 않는다는 것, 다시 말해, 전국적인 독과점이나 지역소주산업의 붕괴라는 해악이 발생할 위험이 것처럼 명백하지도 현존하지도 않는다고 판시한 것입니다.

그러면 이제 자도소주구입명령제도판결을 정원제 사법시험의 경우와 비교해 볼 필요가 있을 것입니다. 이 결정을 통해 헌법재판소는 전국적인 독과점이나 지역소주산업의 붕괴가 발생할 개연성이 어느 정도 존재함에도 불구하고, 그것이 소주제조업자의 직업선택의 자유에 대한 3단계제한을 정당

화할만한 명백하고 현존하는 해악이 아니라는 이유로 위헌결정을 내렸습니다.

현재 정원제 사법시험을 폐지하고 변호사로서의 능력과 자질을 평가하는 변호사자격시험을 실시할 경우에 그로 인해 법률소비자들의 피해나 법률서비스의 저질화라는 위험이 발생할 가능성은 없습니다. 설령 그러한 가능성이 존재한다고 하더라도, 그것은 정원제 사법시험이라는 3단계제한으로 국민의 직업선택의 자유를 제한해야 할만큼 '명백하고 현존하는 해악'이라고 볼 수는 없을 것입니다.

반대로 생각해 보면, 自道소주구입명령제도는 각 지역의 소주도매업자들이 자도의 소주제조업자로부터 소주를 구입할 것을 강제할 뿐, 소주제조업자들이 소주제조업을 더 이상 못하게 하도록 제한하는 것은 아니었으며, 그 직업에 계속 종사할 수 있는 소주제조업자들의 숫자를 정해 놓은 것은 더욱 아니었습니다. 그러나 사법시험 정원제는 예컨대 2000년에 몇 명의 변호사들이 그 해의 법률서비스시장을 분할 점유할 것인가를 확정하는 결과를 초래합니다. 게다가, 앞서 말했듯이, 자도소주구입명령제도는 전국적인 독과점 퇴치와 지역소주산업의 보호라는 공익적 목표를 명시하고 있는 반면 정원제 사법시험은 불필요한 기본권침해를 국민에게 감수시키면서까지 정원제를 유지하여야 할 공익적 목표가 무엇인지를 명시하고 있지 않습니다. 이처럼 국가가 달성하려는 공익적 목표가 더욱 명백하고, 기본권 침해의 정도가 정원제 사법시험보다도 더욱 경미한 자도소주구입명령제도가 위헌판결을 받은 이상, 정원제 사법시험은 위헌일 수밖에 없습니다.

自道소주구입명령제도는 또 헌법재판소에 의해 이미 위헌판정을 받은 바 있는 변호사개업지역 제한보다도 더욱 약한 기본권 제한입니다. 변호사개업지역제한은 한 변호사가 특정 지역에서 개업을 전혀 하지 못하도록 금지하

는 반면, 자도소주구입명령제도는 한 소주제조업체의 특정지역에서의 영업을 단지 조금 어렵게 할 뿐이기 때문입니다. 다시 말해, 특정 도의 소주도매업자들은 매수량의 50%만 자도소주제조업자에게서 구입하면 될 뿐이고 나머지 50%는 타도소주제조업자에게서 구입할 수 있는 것입니다. 변호사개업지역제한이 위헌판결을 받고, 이보다 더욱 약한 기본권제한인 자도소주구입명령제도가 위헌판결을 받은 만큼 더욱 심대하게 직업선택의 자유를 침해하는 정원제 사법시험제는 분명히 위헌으로 판정되어야 합니다.

미국의 관련 판례에 대해서는 참고자료로 제출하는 논문을 참고하시기 바라며, 몇가지 부분만 언급하겠습니다.

미국 법원은 *New State Ice Co v. Liebmann* 사건에서 아래와 같은 입장을 밝혔습니다.

이 사건에서 한 사기업이 경쟁자가 얼음을 생산하고 판매하는 사업에 진입하는 것을 막으려 하고 있다. 그 기업은 이와같은 배제가 당국의 권한에 의한 것이라고 주장한다. 그러나 여기서의 통제는 독과점을 막는 것이 아니라 키우는 것이다. 규제의 목표가 경쟁을 북돋는 것이 아니고 방지하는 것이며, 산업을 통제하려는 것이 아니라 해당산업에 대한 사람들의 진입을 막는 것이다. 본 사건은 원칙적으로 한 우유생산자가 우유생산자의 숫자가 충분하다는 이유로 주정부의 권한을 빌어 다른 사람들이 소를 기르고 우유를 팔지 못하도록 하는 것과 다르지 않으며, 신발제조업자가 현존하는 신발제조업자들이 수요를 전부 충족시킬 수 있도록 다른 사람들이 신발을 만들지 못하도록 하는 것과 다를바 없다. 우리는 본 사건이 다루는 사업이 다른 산업들과 다른 점을 볼

수 없다.

또한 Smith v. State of Texas 사건도 참조할 만 합니다(자세한 내용은 참고자료 참조).

위의 판례들로부터 얻어지는 한 가지 확실한 교훈은 어떤 직업의 숫자를 국가가 정해놓는 것은 명백히 위헌이라는 것입니다. *New State Ice* 와 *Smith*의 유사판결들의 명료함 때문에 미국에는 더 이상 직업의 종사자를 국가가 미리 정하는 경우는 전무합니다. 예를 들어, 미국의 변호사선발제도는 각 주마다 따로 운영되는데,全美변호사협회(American Bar Association)는 각 주의 변호사시험운영에 노하우를 제공하는 전국변호사시험협회(National Conference of Bar Examiners), 미국법대학원협회(Association of American Law Schools)등과 함께 각 주의 당국이 변호사시험을 운영할 때 준수해야 할 몇 가지 원칙을 제안한 바 있습니다. 제4장 18조 “시험의 목적”이라는 항목에는 다음과 같은 내용이 명시되어 있습니다.

변호사시험은 지원자가 사실관계에서 법적 논점들을 찾아내고, 그 논점들에 대해 합리적인 분석을 하고, 기본적인 법리에 대한 완벽한 이해를 바탕으로 이를 이용해 그 논점들을 논리적으로 해결해내는 능력을 시험하여야 한다. 시험은 정보, 기억 및 경험을 시험해서는 안 된다. 시험의 목적은 공공을 보호하기 위함이지 면허를 받는 변호사들의 숫자들을 제한하려는 것이 아니다.

이와 같은 원칙은 미국의 모든 주에서 받아들여져 있고, 모든 주가 최저

합격점수를 주범이나 기타 규정에 명시하여 상대평가가 아닌 절대평가임을 밝히고 있습니다.

나. 재판청구권 침해의 위험성

변호사가 다른 직업과 다른 이유는 변호사들의 직업활동이 국민들의 재판청구권 행사에 직접적인 역할을 한다는 것입니다(참고자료 24면 참조).

이런 관점에서 정원제사법시험의 폐지는 시장경제우위의 경제원칙을 법률서비스시장에도 적용하기로 한 우리의 현행 헌법 속에서 반드시 이루어져야 하는 사항입니다. 시장경제를 바탕으로 한 자유민주적 법치주의국가에서는 어떤 개인이나 집단도 자신의 권리구제를 위하여 필요한 법률서비스를 적정한 가격으로 시장 속에서 확보할 수 있어야 합니다. 그러므로 법률서비스 공급자의 숫자를 국가가 제한하는 것은 법률서비스 가격을 높은 수준으로 유지하게 되고, 그 결과 개인과 집단이 그 사회적 지위와 재산 보유 정도에 따라 차별받지 않고 공정하게 재판받을 권리를 침해하는 것입니다. 여기서는 국민 전체의 추상적인 재판청구권이나 국가가 국민 모두에게 변호사를 선임할 권리를 보장해야 한다는 점을 지적하려는 것이 아닙니다. 여기서 지적하고 싶은 것은, 공정한 재판을 받을 권리에 심대한 영향을 주는 변호사의 법률서비스를 시장원리에 맡기면서도 그 시장의 기초가 되는 변호사 숫자를 정원제 시험으로 관리함으로써 법률서비스의 가격이 높은 수준으로 유지되는 것을 국가가 보장하고 있다는 데에 있습니다.

재판청구권은 공정한 재판을 받을 권리를 포함하며 재판청구권은 실질적으로 보장되어야 합니다. *Boddie v. Conneticut*에서 미국연방대법원은 이혼소송을 제기하려는 무자력자에게 인지대를 요구하는 민사소송법을 위헌

이라 판결하였습니다. 이 판결 이후 미국 전역의 법원들이 자신이 연방빈곤 기준 이하임을 선언하고 가계 수입과 지출을 항목별로 설명하는 서류를 제출하면 인지대를 면제해주는 제도를 실시하였습니다. *Little v. Streater*에서는 미국연방대법원은 친자확인소송의 당사자인 무자력자에게 혈액검사 비용을 부담할 것을 요구하는 민사소송법을 위헌이라 판결하였습니다. *Griffin v. Illinois*에서 미국연방대법원은 형사재판에서 유죄판결을 받은 피고가 항소를 할 때 하급심의 변론조서를 구입하는 비용을 주정부가 지불해야 한다고 판결하였다. 무자력자인 피고의 평등권이 침해되기 때문이었습니다. *Douglas v. California*에서도 미국연방대법원은 형사재판에서 유죄판결을 받은 피고의 첫번째 항소심에서는 주정부가 국선변호사를 선임하여 그 피고를 무료로 변호해 주어야 한다고 판결하였습니다. 역시, 무자력자인 피고의 평등권이 침해되기 때문이었습니다. *Ake v. Oklahoma*에서도 미국연방대법원은 형사재판에서 정신이상 여부가 매우 중요한 입증 사실이라고 판명될 경우 주정부가 정신진료를 무료로 제공해야 한다고 판결하였습니다.

앞서 말했듯이 현재의 정원제 사법시험은 우리나라의 변호사 숫자를 극도로 제한함으로써 법률서비스의 시장가격을 높은 수준으로 유지하여, 자력이 부족한 사람들이 변호사의 조력없이 재판에 참가하게 하는 결과를 낳고 있습니다. 이는 국민들의 재판청구권을 침해한 것입니다.

다. 공무담임권 침해의 위헌성

현행 법령상 판·검사가 되기 위해서는 사법시험에 합격하여 사법연수원을 수료할 것이 요구됩니다. 현행 법원조직법과 검찰청법이 변호사의 자격이 있는 사람에게도 판검사 임용자격을 주고 있으나, 변호사의 자격을 얻기

위해서는 결국 사법시험에 합격해야 하므로, 결국 사법시험이 판.검사가 될 수있는 자격의 필수요건인 것입니다.

그런 점에서 사법시험 정원제는 결국 사법시험 응시자 중에서 판,검사가 되고자 하는 자의 공무담임권마저도 제한하는 결과를 가져옵니다(자세한 내용은 참고자료로 제출한 논문 참조).

라. 법률유보의 원칙에 위반됨

현행 사법시험령상의 정원제한 규정은 상위법에 근거를 둔 것이 아닙니다. 우리 헌법은 국민의 기본권제한은 반드시 국회가 제정한 법률에 의하도록 규정하고 있으나, 사법시험 정원제한의 경우에는 대통령령인 사법시험령에 근거를 두고 있을 뿐입니다. 이것은 기본권 제한에 있어서의 법률유보원칙에 위배되는 것입니다.

이 점은 위헌여부의 판단에 있어서 매우 중요한 점입니다. 사법시험 정원제에 의해 청구인들의 직업선택의 자유, 재판청구권, 공무담임권이 침해당하고 있는 것은 분명한 사실인데, 그 기본권 침해의 원인이 되는 사법시험령, 그리고 그에 근거한 행정자치부장관의 선발예정인원 결정·공고가 법률에 근거가 없기 때문입니다. 기본권 제한에 있어서의 법률유보원칙은 너무나 당연한 법치주의의 기본원리이므로 이에 위반한 현행 사법시험 정원제는 위헌임이 분명합니다.

3. 심판청구에 이르게 된 경위

정원제 사법시험으로 인하여 청구인 1내지63의 직업선택의 자유는 현재

침해당하고 있습니다. 그리고 정원제 사법시험으로 인하여 청구인 64내지67의 재판청구권도 침해당하고 있습니다. 그러나 우리 법체계상 대통령령 자체에 의한 기본권 침해나 최종합격자숫자의 결정·공고행위에 대해 재판으로 다투는 방법은 존재하지 않습니다. 이에 청구인들은 헌법소원을 제기하게 되었습니다.

본건 헌법소원의 요건과 관련된 헌법재판소의 판례를 검토해 보면, 구제방법과 관련하여 헌법재판소는 헌법소원 심판의 대상으로서의 공권력이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원 심판의 대상이 될 수 있다고 판시하였습니다(헌재 1990. 10. 15. 선고 89헌마 178 결정 등). 그리고 기본권 침해의 현재성과 관련하여 “서울대학교가 ‘94학년도 대학입학교사 주요요강’을 작성하여 발표하게 된 경위에 비추어 볼 때에 그 요강은 1994년도 서울대학교 신입생선발부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 1995년도 신입생선발에도 적용될 가능성을 충분히 예측할 수 있다는 이유로 기본권침해의 현재성을 인정”한 예가 있습니다. 현행 사법시험령이 유지되는 이상 내년도 사법시험에서도 선발예정인원에 따라 합격자숫자가 제한될 것이 분명하므로 기본권침해의 현재성은 인정되는 것입니다.

또한 사법시험령이 존재하는 한, 청구인들의 기본권 침해는 계속되고 있는 것으로 보아야 할 것입니다. 그리고 행정자치부장관의 사법시험 선발예정인원 결정·공고행위도 사법시험령에 의해 매년 반복되고 있습니다. 따라서 청구인들의 기본권 침해는 현재에도 계속되고 있는 것이므로 본건 헌법소원에 있어서 청구기간은 문제되지 않습니다.

특히 청구인 12내지 63은 법대 1학년에서 3학년에 재학중인 학생들로서
이제서야 사법시험에 응시하려고 준비를 시작하였거나 준비를 시작하려고
하고 있는 학생들입니다. 따라서 기본권침해의 원인사실이 사법시험에 응
시하려고 준비를 시작한 현재 시점에서 새롭게 발생한 것입니다. 따라서
이들의 경우에는 청구기간이 준수되었음이 어느모로 보나 명백한 것입니다.

5. 결 론

정원제를 통해 달성하려는 국가의 목적은 경미한 반면, 정원제로 인한 폐
해는 심대합니다.

첫째로는, 수많은 사람들이 변호사로서의 능력과 자질을 갖추고 있음에도
단지 사법시험에서 정해진 등수에 들지 못했다는 이유로 변호사 활동을 하
지 못하고 있습니다. 그로 인해 이들의 직업선택의 자유가 본질적으로 침해
되고 있습니다.

둘째, 정원제는 국가에 의해 악용되어 변호사들의 숫자를 되도록이면 적
게 유지하는 데에 이용되어 왔습니다. 이는 결과적으로 법률서비스의 단가
를 높이고 있습니다.

셋째, 사회전반적으로 공급되는 법률서비스의 양이 부족하기 때문에 많은
사회적인 이슈들이 재판이라는 형식을 통해 공공적 담론(public discourse)
에 포함되지 못해왔으며, 그 결과 그러한 사회적 쟁점들과 관련하여 개선되
어야 할 법 그 자체가 현실과 괴리되는 악순환이 발생해 왔습니다. 우리 경
제의 비효율의 주범으로 지적되는 수많은 행정규제들도 사실은 하나하나
변호사들의 입을 빌어 재판을 통해 효율성을 검증받으며 어느 것들은 폐기
되고 어느 것들은 개선되어나가야 하는 것입니다. 오늘날 미국에서 변호사

들의 직역이 수십개의 전문분야로 나누어진 것은 아주 사소하고 적용범위가 협소한 규정들이라도 '재판'이라는 공공적 담론의 형식을 통해 그 정당성을 반성해 왔던 활발한 변호사활동과 맞물려 있습니다. 그러나 우리의 경우에는 규제들이 현실을 통해 검증받을 기회가 부족하니, 많은 규제들이 매우 비현실적인 내용을 가지고 있으면서도 법전에 남아있는 결과가 발생하였습니다.

넷째, 사회전반적으로 공급되는 법률서비스의 양이 부족하기 때문에 대중들의 법지식이나 사회전반의 규범성이 비정상적으로 저급합니다.

다섯째, 개개인이나 각 기업의 경제활동이 법규를 잘 모르기 때문에 경제학 상의 비효율로 빠지는 경우가 너무나 많습니다(참고자료 20면부터 21면까지에서 인용).

이상에서 살핀 것처럼 현재의 정원제 사법시험은 청구인들의 직업선택의 자유, 재판청구권, 공무담임권을 침해하고 있으며, 우리 헌법이 정한 기본권 제한의 법률유보원칙에도 어긋난다는 점에서 명백한 헌법위반입니다.

마지막으로, 이 사건의 판단에 있어서 가장 중요한 점이기도 한, 변호사 자격시험의 본모습은 어떠해야 하는지에 대해 아래의 구절을 인용하고자 합니다.

“변호사시험은 응시자가 사실관계에서 법적 논점들을 찾아내고, 그 논점들에 대해 합리적인 분석을 하고, 기본적인 법리에 대한 완벽한 이해를 바탕으로 이를 이용해 그 논점들을 논리적으로 해결해내는 능력을 시험해야 한다. 시험은 정보, 기억 및 연륜을 측정할 것이 아니다. 시험의 목적은 공공의 보호이지 면허를 받는 변호사들의 숫자를 제한하려는 것이 아니

다”(From *Principles of Bar Admission, Article 4, Section 18* Adopted by American Bar Association(전미변호사협회))

참 고 자 료

1. 정원제 사법시험제도의 위헌성

첨 부 서 류

- | | |
|-----------|------|
| 1. 위 참고자료 | 각 1통 |
| 1. 소송위임장 | 1통 |

1999. 12. 6.

청구인들의 대리인

법무법인 나라종합법률사무소
담당변호사 박원순

법무법인 한결

담당변호사 차병직

서울시 서초구 서초동 1572-10
서정빌딩 4층(137-070)

합동법률사무소 **길벗**
- 21 -
변호사 河昇秀 李相勳

TEL : (02) 587-9400
FAX : (02) 587-9373

변호사 하 승 수

변호사 이 상 훈

헌법재판소 귀중

서울시 서초구 서초동 1572-10
서정빌딩 4층(137-070)

합동법률사무소 **길벗**
- 22 -
변호사 河昇秀 李相勳

TEL : (02)587-9400
FAX : (02)587-9373