

형법 제227조의2 위헌제청

[2015헌가30, 2017. 8. 31., 합헌, 전원재판부]



【판시사항】

가. 사무처리를 그르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무원의 전자기록등 특수매체기록을 위작한 자를 10년 이하의 징역에 처하도록 정한 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제227조의2 중 "위작"에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 책임과 형벌 간 비례원칙에 위반되는지 여부(소극)

나. 심판대상조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 심판대상조항에서 "위작"이란 전자기록에 관한 시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계에서 전자기록의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 전자기록을 작출하거나 전자기록의 생성에 필요한 단위 정보의 입력을 하는 경우는 물론이고, 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위 정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 포함한다.

오늘날 공무원 또는 공무원의 업무처리는 전적으로 전자기록 또는 전자문서를 통하여 이루어지고, 내·외부 결재도 대부분 전자적 방법으로 이루어진다. 그런데 전자기록등의 경우 전자적 기술을 이용한 위·변조의 가능성이 일반 문서에 비해 크고 파급력도 커서, 그로 인한 업무처리의 혼선이나 신용성 파괴로 인한 손실은 막대할 수 있다. 이러한 공전자기록등의 기능, 공전자기록등의 위작이 초래할 수 있는 피해의 중대성, 죄질이나 보호법익 등 여러 가지 요소를 고려하여 볼 때, 심판대상조항이 벌금형을 선택적으로 규정함이 없이 '10년 이하의 징역'을 법정형으로 정하고 있더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 형벌이라고 볼 수 없다. 또한 징역형에 하한이 없어 집행유예나 선고유예의 선고가 가능하므로 법원이 구체적 사안에서 죄질과 책임에 상응하는 형을 선고할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 책임과 형벌 간 비례원칙에 위반되지 아니한다.

나. 공전자기록등위작죄의 경우 작성 명의인이 누구인지보다는 전체 시스템의 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록등을 생성한 것인지 아닌지 여부가 더욱 중요하다. 그리하여 일반 공문서의 경우 '위조'의 경우와 '허위 작성'의 경우를 나누어 다르게 의율하는 것과 달리, 공전자기록등위작의 경우 위조와 허위 작성을 구분하지 않고 동일한 법정형으로 의율하는 데에는 합리적 이유가 있다. 따라서 허위공문서작성죄와 달리 공전자기록등위작죄의 경우 징역형만을 법정형으로 정한 것에는 합리적인 이유가 있으므로 심판대상조항이 형벌체계의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위

반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제227조의2 중 "위작"에 관한 부분

【참조조문】

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제59조, 제225조, 제227조, 제228조, 제231조, 제232조의2

지방공무원법(2015. 12. 29. 법률 제13634호로 개정된 것) 제31조, 제61조

【참조판례】

가. 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471, 482-483 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 380-381 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010도3545 판결 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1415 판결 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9003 판결

나. 헌재 2011. 11. 24. 2010헌가42, 판례집 23-2하, 159, 169

【전문】

[당 사 자]

제청법원대구지방법원 상주지원

제청신청인채○오 대리인 변호사 조현국

당해사건대구지방법원 상주지원 2014고단665 공전자기록등위작 등

[주 문]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제227조의2 중 "위작"에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건개요

제청신청인은 2009. 1. 2.부터 2010. 12. 31.까지 ○○시청에서 홍보 업무를 담당했던 공무원으로, 2014. 12. 29. 대구지방법원 상주지원에 '2010. 5. 20. ○○시장 신○국의 홍보 동영상 제작비용 지출을 위한 증빙자료를 마련하기 위하여 ○○의 전통사찰 소개 영상물 제작 관련 내용으로 공전자기록을 위작하였다'는 공소사실로 기소되었다(대구지방법원 상주지원 2014고단665).

제청신청인은 재판 계속 중 형법 제227조의2(공전자기록위작·변작)에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고(대구지방법원 상주지원 2015초기63), 법원은 이를 받아들여 위 조항이 법정형을

징역형으로만 규정하여 형벌체계상의 균형성 및 평등원칙에 위반된다는 이유로 2015. 10. 27. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 심판대상

제청법원은 형법 제227조의2 전부의 위헌 여부에 관한 심판을 제청하였는데, 제청신청인에 대한 공소사실은 공전자기록을 위작하였다는 것이다. 따라서 이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제227조의2 중 "위작"에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제227조의2(공전자기록위작·변작) 사무처리를 그르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무소의 전자기록등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

[관련조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

② 형을 병과할 경우에도 형의 전부 또는 일부에 대하여 그 선고를 유예할 수 있다.

제225조(공문서등의 위조·변조) 행사할 목적으로 공무원 또는 공무소의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제227조(허위공문서작성등) 공무원이 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 문서 또는 도화를 허위로 작성하거나 변개한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제228조(공정증서원본 등의 부실기재) ① 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록등 특수매체기록에 부실의 사실을 기재 또는 기록하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 공무원에 대하여 허위신고를 하여 면허증, 허가증, 등록증 또는 여권에 부실의 사실을 기재하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

제231조(사문서등의 위조·변조) 행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제232조의2(사전전자기록위작·변작) 사무처리를 그르치게 할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만

원 이하의 벌금에 처한다.

지방공무원법(2015. 12. 29. 법률 제13634호로 개정된 것)

제31조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 공무원이 될 수 없다.

1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 선고받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 사람
- 6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 형법 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 300만 원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람
- 6의3. 형법 제303조 또는 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 제10조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 300만 원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람
7. 징계로 파면처분을 받은 날부터 5년이 지나지 아니한 사람
8. 징계로 해임처분을 받은 날부터 3년이 지나지 아니한 사람

제61조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제31조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제31조 제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, 제31조 제5호는 형법 제129조부터 제132조까지, 제303조 또는 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 제10조 및 직무와 관련하여 형법 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다.

2. 임기제공무원의 근무기간이 만료된 경우

3. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항은 법정형을 징역형으로만 규정하여 행위자로 하여금 벌금형으로 처벌받을 수 있는 기회를 박탈하고 있으므로 책임과 형벌 간 비례원칙에 위반되고, 허위작성 내지 허위정보 입력의 대상이 전자기록등이라는 이유만으로 허위작성 대상이 문서인 형법 제227조의 허위공문서작성죄보다 가중 처벌하고 있으므로 형벌체계상의 균형성 및 평등원칙에 위반된다.

나아가 심판대상조항은 벌금형을 규정하고 있지 않아 공무원 또는 공무원의 전자기록 등 특수매체기록을 위작한 자는 경미한 경우에도 금고 이상의 형의 선고유예 내지 집행유예 이상의 판결을 받을 수밖에 없어 지방공무원이 될 수 없거나 지방공무원직에서 퇴직해야 하므로, 헌법상 직업의

자유 및 공무담임권을 침해한다.

4. 판 단

가. 공전자기록등위작죄 개관

(1) 심판대상조항은 1995. 12. 29. 형법 개정(법률 제5057호) 시 급증하는 컴퓨터 관련 신종 범죄 중 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용한 문서 범죄에 효율적으로 대처하기 위하여 신설되었다. 당시 컴퓨터 등 정보처리장치의 보급이 확대됨에 따라 각종 파일 등 전자기록이 종래의 장부나 원장류를 대신하여 정보를 기록하는 수단으로 공무원 또는 공무원의 사무처리에 널리 이용되고 그것이 정보통신시스템을 매개로 외부로부터의 조회에 자동적으로 이용되기 시작하였다. 이에 따라 전자기록이 기존의 공문서에 못지않은 중요한 사회적 기능을 갖게 되었으며 국가 및 지방자치단체의 사무처리에 있어서도 컴퓨터 등 정보처리장치의 이용이 일반화되면서 공전자기록등의 증명력과 그에 대한 사회의 신용 또한 형법상 문서에 관한 죄의 보호법익과 마찬가지로 보호할 필요성이 생겼다. 그런데 컴퓨터 등 정보처리장치에서 출력되기 전의 전자기록등은 형법상 문서의 요건을 갖추지 못하여 기존의 형법 규정만으로 처벌할 수 없게 되는 공백이 발생하자 별도의 처벌규정을 마련한 것이다.

(2) 형법상 문서에 관한 죄의 보호법익은 문서의 진정에 대한 공공의 신용이다. 즉, 문서에 대한 공공적 신용을 보호함으로써 문서에 따른 사회생활의 안전을 꾀하는 데 그 규제 목적이 있다. 그런데 전자기록등은 일반 문서와 달리 입력된 정보가 기존의 데이터와 함께 처리 가공되어 만들어지고 기록에 명의인이 없거나 분명하지 않은 경우가 많아 문서의 경우와 같은 명의인을 상정하는 것도 곤란하다. 그렇기 때문에 공전자기록등위작죄는 권한있는 자가 허위의 내용을 입력하여 공전자기록등을 생성한 경우를 포함하는 것으로 해석된다. 따라서 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 허위 내용으로 전자기록등을 만드는 경우까지 '위작'에 해당된다. 대법원도 여기에서 정하는 전자기록의 "위작"이란 전자기록에 관한 시스템을 설치·운영하는 주체와의 관계에서 전자기록의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 전자기록을 작출하거나 전자기록의 생성에 필요한 단위 정보의 입력을 하는 경우는 물론이고, 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위 정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 포함한다고 일관되게 보고 있다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010도3545 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1415 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9003 판결 등 참조). 따라서 심판대상조항은 공전자기록등의 진정뿐만 아니라 내용의 진실성에 대한 공공의 신용 모두를 보호법익으로 한다.

(3) 공전자기록등위작죄의 대상은 공무원 또는 공무소의 전자기록등이면 족하고, 공법상 관계로 작성된 것인지 사법상 관계로 작성된 것인지 여부는 불문한다. 여기서 '전자기록'이란 일정한 매체에 전기적·자기적 방식으로 저장된 기록을 말하는데 심판대상조항은 '전자기록등'이라고 하여 기록의 방식을 전자기록에 국한하지 아니하므로 전자기록 이외에 광기술이나 레이저기술을 이용한 기록도 이에 포함될 수 있다. 예를 들면, 주민등록이나 등기부등본 파일, 자동차등록파일 등이 여기에 해당하고, 기타 공무원 또는 공무소에서 사무처리에 관계되는 전자기록등이 모두 이에 해당한다. 한편 심판대상조항에 해당하려면 고의 이외에 '사무처리를 그르치게 할 목적'이 있어야 한다. '사무처리를 그르치게 할 목적'이란 위작 또는 변작된 전자기록등이 사용됨으로써 시스템을 설치·운영하는 주체의 사무처리를 잘못되게 하는 것을 말한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도 9003 판결 등 참조).

나. 책임과 형벌 간 비례원칙 위반 여부

(1) 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 범죄의 설정과 법정형의 종류 및 범위의 선택 문제는 그 범죄의 죄질과 보호 법익뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄 예방을 위한 형사 정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서, 입법 재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 참조). 그러나 헌법은 국가 권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본 이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례 관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있으므로, 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 데 대한 입법자의 입법 형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27 참조).

(2) 판단

(가) 심판대상조항은 컴퓨터 등 정보처리장치에 의한 기록 저장 내지 사무처리가 일반화됨에 따라 문서 못지 않은 기능을 담당하게 된 공무원 또는 공무소의 전자기록등 특수매체기록의 진실성에 대한 공공의 신용을 보호하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하다. 그리고 공전자기록등을 위작한 사람을 징역형으로 처벌하는 것은 그러한 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라 할 수 있다.

(나) 심판대상조항은 공전자기록등위작죄의 법정형을 형법 제225조의 공문서위조죄와 마찬가지로 '10년 이하의 징역'으로 정하고 있다.

형법은 공문서의 유형위조는 공문서위조죄(형법 제225조)로, 공문서의 무형위조는 허위공문서작성죄(형법 제227조)로 구별하여 허위공문서작성죄를 공문서위조죄보다 낮은 '7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금'의 법정형으로 규율하고 있다. 공전자기록등위작의 범위에는 앞서 본 바와 같이 전자기록등의 생성에 관여할 권한이 없는 사람이 이를 작출하거나 그 생성에 필요한 단위 정보의 입력을 하는 경우는 물론 시스템의 설치·운영 주체로부터 정보의 입력 권한을 부여받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 포함된다. 이는 위작의 객체인 전자기록등의 경우 일반 문서와 달리 그 특성상 그 생성 과정에 여러 사람의 의사나 행위가 개재됨은 물론 추가 입력한 정보가 프로그램에 의하여 자동으로 기존의 정보와 결합하여 새로운 전자기록을 작출하는 경우가 적지 않고, 이용 과정을 보더라도 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하기 때문이다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9003 판결 등 참조). 다시 말해 작성 명의인이 누구인지보다는 오히려 전체 시스템의 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록등을 생성한 것인지 아닌지 여부가 더욱 중요하기 때문이다. 따라서 입법자가 이러한 전자기록등위작의 특성을 고려하여 일반 공문서와 같이 위조와 허위 작성을 구분하지 아니하고 공전자기록등위작의 경우 징역형만을 법정형으로 정하여 엄하게 규율하고자 한 것에는 합리적 이유가 있다.

무엇보다 심판대상조항이 신설된 지 20여 년이 지난 오늘날 공무원 또는 공무소의 모든 업무처리는 전적으로 전자기록 또는 전자문서를 통하여 이루어지고 기관의 내·외부 결재도 대부분 전자적 방법으로 이루어진다. 그런데 전자기록등의 경우 전자적 기술을 이용한 위·변조의 가능성이 일반 문서에 비해 크고, 필체 및 지문 등이 남지 않는 특성상 범행의 추적이 어려울 뿐만 아니라 자료의 무한복제 가능성이나 전파성으로 파급력 또한 커서, 그로 인한 업무처리의 혼선이나 신용성 파괴로 인한 손실은 실로 막대할 수 있다. 따라서 위와 같은 공전자기록등의 기능, 공전자기록등의 위작이 다른 재산범죄 등과 결합하여 초래할 수 있는 피해의 중대성, 죄질이나 보호법익, 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 고려하여 볼 때, 심판대상조항이 벌금형을 선택적으로 규정함이 없이 '10년 이하의 징역'을 법정형으로 정하고 있더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 형벌이라고 볼 수 없다.

또한 심판대상조항에 따르면 비록 벌금형을 선택할 수는 없지만, 징역형의 하한에 제한을 두지 않아 1월부터 10년까지 다양한 기간의 징역형을 선고하는 것이 가능하며, 작량감경을 하지 않더라도 집행유예 기간 중에 있는 등 결격사유가 있는 경우가 아니라면 징역형의 집행유예나 선고유예

를 선고할 수 있다. 그리고 내용의 허위의 정도, 범행의 동기, 범행으로 인해 사회적 신용을 해한 정도, 공무원이 작성권한 범위 내에서 허위로 작성한 것인지, 전혀 작성권한 없는 자가 공전자기록을 위작한 것인지 등의 사정은 법원의 재판과정에서 반영될 수 있다. 따라서 법원이 구체적 사안에서 행위의 동기 및 태양, 작성권한의 유무, 사회적 신용과 공공의 이익을 해한 정도 등을 고려해 죄질과 행위자의 책임에 따른 형벌을 과하는 것이 가능해 보이므로, 심판대상조항이 벌금형을 법정형으로 규정하지 않고 징역형만을 법정형으로 정하고 있다 하더라도 입법재량의 범위를 벗어났다거나 법정형이 지나치게 과중하다고 보기 어렵다.

(다) 그러므로 심판대상조항은 책임과 형벌 간 비례원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 형벌체계의 균형성 및 평등원칙 위반 여부

(1) 특정 범죄에 대한 형벌이 그 자체로는 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 않더라도, 죄질과 보호법익이 유사한 범죄에 대한 형벌과 비교할 때 현저히 형벌체계의 균형성을 잃은 것이 명백한 경우에는, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반하여 위헌이라 할 수 있다(헌재 2011. 11. 24. 2010헌가42 참조).

(2) 제청법원은 허위공문서작성죄의 경우 벌금형의 선고가 가능하나, 공전자기록등위작죄는 징역형만이 법정형으로 규정되어 있어 행위의 동기나 태양, 죄질 등 여러 사정이 다르다 하더라도 법관이 징역형만을 선택할 수밖에 없으므로 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

(가) 공전자기록등위작죄의 경우 앞에서 본 것처럼 작성 명의인이 누구인지보다는 전체 시스템의 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록등을 생성한 것인지 아닌지 여부가 더욱 중요하다. 그리하여 일반 공문서의 경우 '위조'의 경우와 '허위 작성'의 경우를 나누어 달리 의율하는 것과 달리, 공전자기록등위작의 경우 위조와 허위 작성을 구분하지 않고 동일하게 취급하여 징역형만을 법정형으로 의율하는 데에는 합리적 이유가 있다.

(나) 나아가 우리 형법은 공전자기록등을 위작·변작한 경우뿐 아니라 통화나 유가증권을 위조·변조한 경우(제207조, 제214조), 자격을 모용하여 유가증권 또는 공문서를 작성한 경우(제215조, 제226조), 공문서를 위조·변조한 경우(제225조)는 물론 공전자기록을 위작·변작한 경우보다 죄질이나 보호법익이 가볍다고 할 수 있는 공인 등을 위조하거나 부정사용한 경우(제238조)와 사인 등을 위조하거나 부정사용한 경우(제239조)에도 법정형에 벌금형을 선택형으로 규정하고 있지 않다. 위 형법규정들에서 정한 법정형과 비교해보더라도 심판대상조항이 벌금형을 선택형으로 정하고 있지 않다고 하여 형벌체계상의 균형을 잃은 것이라 보기 어렵다.

(다) 그러므로 심판대상조항이 허위공문서작성죄와 달리 공전자기록등위작죄의 경우 징역형만을 법정형으로 정한 것은 위와 같은 보호법익 및 죄질의 차이를 고려한 입법자의 결단으로 보이고, 그와 같이 법정형에 차이를 둔 것에는 합리적인 이유가 있으므로 심판대상조항은 형벌체계의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 기타 주장에 대한 판단

제청법원은 심판대상조항이 징역형만 법정형으로 하고 벌금형을 선택형으로 정하고 있지 않아 공무원 또는 공무소의 전자기록등 특수매체기록을 위작한 자는 위작의 정도가 경미한 경우에도 금고 이상의 형의 선고유예 내지 집행유예 이상의 판결을 받을 수밖에 없어 지방공무원법 조항에 따라 지방공무원이 될 수 없거나 지방공무원직에서 당연퇴직해야 하므로, 헌법상 직업의 자유 및 공무담임권을 침해한다고 한다.

그런데 지방공무원법(2015. 12. 29. 법률 제13634호로 개정된 것) 제31조 제5호 및 제61조 제1호에 의하면, 공전자기록등위작죄를 저지른 사람이 금고 이상의 형의 선고유예를 선고받고 그 선고유예기간 중에 있는 경우 지방공무원의 임용결격사유에 해당하나, 당연퇴직사유에는 해당하지 아니한다. 따라서 공전자기록등위작죄에 해당하는 행위가 경미하거나 비난가능성이 약하여 검사에 의해 기소유예처분을 받거나 법원에서 선고유예의 판결을 받으면 당연퇴직사유에 해당되지 않는다. 설령 집행유예 또는 실형을 선고받아 공직에 취임할 수 없거나 공직에서 당연퇴직하게 된다고 하더라도 이는 집행유예나 실형을 선고받은 경우를 공무원 임용결격사유 또는 당연퇴직사유로 규정하고 있는 법률조항으로 인한 것이지 심판대상조항으로 인한 것은 아니다. 따라서 제청법원의 위 주장은 심판대상조항의 위헌 여부와는 무관하므로 이에 대해서는 더 나아가 판단하지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김이수 이진성 김창종 안창호 강일원 서기석 조용호 이선애