

2014년 서울시 7급 공채 헌법(A책형)

1. 다음 중 헌법의 보장 혹은 보호와 관련한 사항으로 옳은 설명은?

- ① 대법원은 저항권이 일종의 자연법상의 권리로서 이를 인정하는 것이 타당하다할 것이고 저항권이 인정된다면 재판규범으로서의 기능을 배제할 근거가 없다는 입장을 가지고 있다.
- ② 소수의 특수집단을 중심으로 헌정체제의 변화를 유발하는 쿠데타는 혁명이나 저항권과 같이 국민적 정당성을 확보 한다고 볼 수 있다.
- ③ 헌법의 최고 법규성 선언, 헌법 개정의 곤란성, 권력분립원리 채택, 탄핵제도 등은 사전 예방적 헌법수호 제도이다.
- ④ 방어적 민주주의를 위한 장치로 위헌정당해산제도와 기본권 실효제도를 들 수 있는데 이 중 우리는 독일과 달리 위헌정당해산제도만을 도입하고 있다.
- ⑤ 국가권력 행사의 불법이 객관적으로 명백하고 민주적 기본질서를 중대하게 침해하고 헌법의 존재 자체를 부인하는 경우에만 국민은 시민불복종운동을 행사할 수 있다.

정답 ④

해설

- ① (X) 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 오직 자연법에만 근거하고 있는 한 법관은 이를 재판규범으로 원용할 수 없다고 할 것인바, 헌법 및 법률에 저항권에 관하여 아무런 규정없는 우리나라의 현 단계에서는 저항권이론을 재판의 근거규범으로 채용, 적용할 수 없다(대판 1980.5.20. 80도306).
- ② (X) 쿠데타는 지배계급 내의 일부세력이 무력 등의 비합법적인 수단으로 정권을 탈취하는 기습적인 정치활동으로서 동일 체제 내에서 지배자의 교체를 목적으로 하며, 혁명과는 달리 민중의 지지를 필요로 하지 않는다. 이에 반하여 저항권의 목적은 혁명권과는 달리 민주적 기본질서에 바탕한 입헌주의적 헌법체제를 수호하기 위한 것이므로 기존의 체제를 부정하고 새로운 체제를 지향하는 저항은 인정되지 않는다. 따라서 시민불복종과 같이 특정 소수집단 혹은 개인적 차원에서의 특정 정책이나, 개별법률규정에 반대하는 방법은 인정된 다해도 헌정체제의 변화를 유발하는 쿠데타는 국민전체적 정당성을 확보 할 수 없다.
- ③ (X) 사전예방적 헌법수호수단인 것으로 헌법의 최고 규범성 선언, 헌법 개정의 곤란성, 권력분립원리 채택, 방어적 민주주의 채택 등이 있으나, 탄핵제도는 사후적인 헌법수호수단에 해당한다.
- ④ (○) 헌법 제8조 제4항 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다. 다만, 기본권실효제도는 독일헌법에 규정되어 있으나, 현재 우리 헌법에는 규정되어 있지 않다.
- ⑤ (X) 시민불복종은 저항권과 달리 행사요건에 보충성을 요하지 않는다. 또한 불복종의 행사대상에 관하여 특정 소수집단 혹은 개인적 차원에서의 특정 정책이나, 개별법률규정에 반대하는 방법은 가능하다.

2. 합헌적 법률해석의 근거로서 내세우기에 옳지 않은 것은?

- ① 헌법의 생활규범성 및 상반규범성에서 기인하는 규범 조화의 요청
- ② 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성

- ③ 민주적 정당성을 갖는 입법권의 존중(권력분립의 정신)
- ④ 법적 안정성의 요청에 의한 규범 유지의 필요성 및 법률의 추정적 효력
- ⑤ 국제사회에서의 신의 존중과 국가간의 긴장 회피 및 신뢰보호

정답 ①

해설

- ① (X) 헌법규범과 헌법현실 사이에 간극이 생기는 경우에 헌법의 생활규범성을 제고하기 위하여 헌법개정으로 대처하거나 헌법변천이 발생하는바, 양자 모두 헌법의 규범력을 높이는 기능을 한다.
- ② (O) 합헌적 법률해석의 근거는 헌법의 최고규범성이다. 헌법이 최고규범이므로 법률을 해석함에 있어서 헌법에 부합되는 법률해석을 해야 한다.
- ③ (O), ④ (O) 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위 안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위 내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법 목적에 따른 한계가 바로 그것이다. (1989.7.14. 88헌가5) 따라서 입법권자의 존중도 헌법합치적 법률해석의 근거가 된다.
- ⑤ (O) 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재2003. 12. 13. 2001헌바91). 따라서 법치주의의 확립은 국제사회의 신뢰의 바탕이 됨으로서 합헌적 법률해석은 기존 법규범을 최대한 존속하기 위한 조치로서 국가간의 긴장 회피 및 신뢰보호도 근거로 볼 수 있다.

3. 헌법 개정 절차에 관한 설명이다. 옳지 않은 것은?

- ① 제안된 헌법개정안은 대통령이 30일 이상의 기간 동안 이를 공고하여야 한다.
- ② 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.
- ③ 헌법개정은 국회 재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.
- ④ 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.
- ⑤ 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

정답 ①

해설

- ① (X), ② (O), ③ (O), ④ (O), ⑤ (O)

헌법 제128조 제1항 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.

제2항 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.

헌법 제129조 제안된 헌법개정안은 대통령이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 한다.
 헌법 제130조 제1항 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며,
 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.
 헌법 제2항 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권
 자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
 헌법 제3항 헌법개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시
 이를 공포하여야 한다.

4. 헌정사에 대한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 건국헌법은 국회단원제, 국정감사제도, 대통령 국회간선제 등을 규정하였다.
- ② 제1차 개정헌법은 국회양원제, 국무원불신임제, 대통령직선제 등을 규정하였다.
- ③ 제2차 개정헌법은 초대 대통령의 중임제한 폐지, 국무총리제 폐지, 국민 소환제 등을 규정하였다.
- ④ 제3차 개정헌법은 의원내각제, 대통령 국회간선제, 헌법재판소의 설치 등을 규정하였다.
- ⑤ 제5차 개정헌법은 대통령제, 국회단원제, 대법원의 위헌법률심사권 등을 규정하였다.

정답 ③

해설

- ① (○) 대통령제를 채택한 건국헌법은 대통령을 국회에서 간선으로 선출하였으며 대통령의 유고시를 대비해서 부통령제를 두면서도, 의원내각제적 요소를 가미하여 국회의 사후승인을 얻어 임명되는 국무총리를 두고, 대통령·국무총리·국무위원 등으로 조직되는 국무원이 대통령의 권한에 속하는 중요 정책의 의결기관으로 기능케 하였다. 또한 국정조사는 8차개헌 당시 도입된 반면, 국정감사는 제헌헌법부터 도입되었다가 7차 개헌 때 삭제, 현행헌법에서 부활하였다.
- ② (○) 1952년의 이른바 발췌개헌에서는 대통령선거를 간선제에서 직선으로 변경한 것과 국회를 양원제로 변경한 것이 주요한 내용이었으며 그나마 양원제도 참의원을 두지 않아 사실상 단원제로 운용되어 이승만의 재선을 위한 개헌에 불과하였다. 1952년 제1차 개헌헌법에서는 국무총리와 국무위원은 일반국무에 대하여는 연대책임을, 각자의 행위에 대하여는 개별적인 책임을 지도록 하여 개별적 불신임제도를 채택
- ③ (×) 1954년 헌법은 국가안위와 관련된 중대사항에 대한 국민투표제와 헌법개정에 대한 국민발안제를 도입하여 국민주권을 실질화한다는 명분을 내세웠으나, 국민소환제도는 우리 헌정사 역사에서 한번도 채택한 바가 없다. 그리고 초대 대통령의 중임제한 폐지함으로써 초대대통령에 대한 3선연임을 가능하도록 하기 위한 헌법이었으며, 헌정사 유일 국무총리제를 폐지하였다.
- ④ (○) 헌법재판제도는 1960년(제2공화국) 헌법에서 최초로 규정하였다. 또한 1960년 헌법 제83조의3 제6호는 “대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하였다. 1961년 헌법재판소법 제17조 제1항은 “헌법재판소는 심판사건이 제기된 때에는 지체없이 심리를 개시하여야 한다. 단, 선거에 관한 소송은 모든 사건에 우선하여 심리하여야 한다.”고 규정하고 있었다. 1차 개헌당시 도입하고 실시를 하지 않았던 양원제를 3차 개헌시 의원내각제로 바꾸면서 실시하였다.

⑤ (○) 1962년 헌법은 탄핵심판에 관한 권한을 탄핵심판위원회에 부여하고, 위헌정당해산 심판과 위헌법률심사는 법원의 권한으로 하였다. 그리고 국회의 양원제와 단원제가 지니는 각각의 장단점에도 불구하고 1962년 헌법 이래로 국회의 단원제가 정착되었는데, 1948년 헌법제정 이래 1962년 헌법개정 전까지는 국회의 양원제가 채택되었다. 3공화국은 2공화국의 정치적 불안을 해소하기 위하여 대통령제로 환원하였다.

5. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법은 대통령이 선전포고 및 국군의 외국에의 파견의 경우 국회의 동의를 받도록 하여 대통령의 국군통수권행사에 신중을 기하게 함으로써 자의적인 전쟁수행이나 해외파병을 방지하도록 하고 있다.
- ② 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 헌법재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다.
- ③ 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실이다.
- ④ 평시에 군사법원을 설치하여 군인 또는 군무원에 대한 재판권을 행사하는 것은 합헌이다.
- ⑤ 군사시설 중 전투용에 공하는 시설을 손괴한 일반 국민이 평시에 군사법원에서 재판을 받도록 하는 것은 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.

정답 ⑤

해설

- ① (○) 헌법 제60조 제2항 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.
- ② (○) 법재판소는 이 사건과 같은 파견결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 세계평화와 인류공영에 이바지하는 것인지 여부, 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로운 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다고 판시한바 있다(헌재 2004.4.29. 2003헌마814).
- ③ (○) 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체의 성격도 아울러 가지고 있고, 반국가단체 등을 규율하는 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다(대판 2008. 4. 17. 2003도758).
- ④ (○) 헌법재판소는 군기의 유지와 군 지휘권 확립의 필요성, 평시에도 항상 대기하고 집단적 병영생활을 하는 군 임무의 특성상 언제 어디서나 신속히 군사재판을 할 필요성, 군사범죄를 정확히 심리하고 판단할 필요성, 군사법원 체제가 전시에 제대로 기능하기 위해서

평시에 미리 조직·운영될 필요성 등을 들어, 평시에 군사법원을 설치하여 군인 또는 군무원에 대한 재판권을 행사하는 것을 합헌으로 판단한 바 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바 25).

⑤ (X) 구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’은 ‘군사목적에 직접 공용되는 시설’로 항상 ‘군사시설’에 해당한다. 군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 구 헌법 제26조 제2항에서 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않는 개념으로 사용된 점, 군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 제외하는 것을 명백히 의도한 헌법 개정 경과 등을 종합하면, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 예외적인 재판권을 정한 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에는 군사시설이 포함되지 않는다. 그렇다면 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하도록 규정한 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다(헌재 2013. 11. 28. 2012헌가10).

6. 다음 「지방자치법」의 내용 중 옳지 않은 것은?

- ① 지방자치단체는 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도 와 시, 군, 구 두 가지 종류로 구분한다.
- ② 지방자치단체는 법인격 없는 사단으로 한다.
- ③ 지방자치단체의 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다.
- ④ 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠 수 있다.
- ⑤ 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표 지방의회의원은 제외한다)을 소환할 권리를 가진다.

정답 ②

해설

- ① (O) 지방자치법 제2조(지방자치단체의 종류) 제1항 지방자치단체는 다음의 두 가지 종류로 구분한다.
 1. 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도
 2. 시, 군, 구
- ② (X) 지방자치법 제3조(지방자치단체의 법인격과 관할) 제1항 지방자치단체는 법인으로 한다.
- ③ (O) 지방자치법 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역) 제1항 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다. 다만, 지방자치단체의 관할 구역 경계변경과 한자 명칭의 변경은 대통령령으로 정한다.
- ④ (O) 지방자치법 제14조(주민투표) 제1항 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠

수 있다.

⑤ (○) 지방자치법 제20조(주민소환) 제1항 주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표 지방의회의원은 제외한다)을 소환할 권리를 가진다.

7. 헌법상 정당제도에 관한 설명으로 타당하지 않은 것은?

- ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
- ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다.
- ③ 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ④ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ⑤ 정당의 목적이나 조직이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

정답 ⑤

해설

- ① (○) 헌법 제8조 제1항 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장 된다.
- ② (○), ③ (○) 헌법 제8조 제2항 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ④ (○) 헌법 제8조 제3항 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ⑤ (×) 헌법 제8조 제4항 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

8. 다음 중 헌법재판소가 비례의 원칙의 심사요건으로 직접 채용하고 있지 않은 것은?

- ① 사안의 직접 관련성 ② 피해의 최소성
- ③ 법익의 형량성 ④ 방법의 적정성
- ⑤ 목적의 정당성

정답 ①

해설

① (×), ② (○), ③ (○), ④ (○), ⑤ (○) 국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본

원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다(헌재 1992.12.24. 92헌가8).

9. 공무담임권에 관한 다음 기술 중 옳은 것은?

- ① 헌법재판소는 「공무원임용시험령」 제16조 중 5급 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한을 32세까지로 한 부분이 응시자의 공무담임권을 침해하지 않는다고 결정하였다.
- ② 「공직선거법」은 정당이 당내경선을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 설사 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에도 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다고 규정하고 있다.
- ③ 헌법재판소는 정당추천후보자와 달리 무소속후보자에게 선거권자의 추천을 요건으로 입후보를 허용한 것을 평등권위반이라고 결정하였다.
- ④ 헌법재판소는 공직선거에 입후보하려는 자에 대하여 기탁금을 부과하는 것 자체가 선거에 입후보하려고 하는 후보자의 공무담임권을 침해한다고 결정하였다.
- ⑤ 대법원 판례에 의하면 공무원의 사퇴는 사퇴의 의사표시를 한 때 발생하는 것이 아니라, 임명권자가 면직의 의사표시를 한 때 발생한다.

정답 ⑤

해설

① (X) 이 사건 시행령조항은 32세가 넘는 사람의 공직취임권을 직접적으로 제한하는 것이므로, 그러한 제한을 정당화하려면 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙에 부합하여야 한다. 그런데 32세까지는 5급 공무원의 직무수행에 필요한 최소한도의 자격요건을 갖추고, 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고 보기 어렵고, 6급 및 7급 공무원 공채시험의 응시연령 상한을 35세까지로 규정하면서 그 상급자인 5급 공무원의 채용연령을 32세까지로 제한한 것은 합리적이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 시행령조항이 5급 공채시험 응시연령의 상한을 '32세까지'로 제한하고 있는 것은 기본권 제한을 최소한도에 그치도록 요구하는 헌법 제37조 제2항에 부합된다고 보기 어렵다. 다만 5급 공무원의 공채시험에서 응시연령의 상한을 제한하는 것이 전면적으로 허용되지 않는다고 보기는 어렵고, 정년제도의 틀 안에서 공무원 채용 및 공무수행의 효율성을 도모하기 위하여 필요한 최소한도의 제한은 허용된다고 할 것인바, 그 한계는 공무원정년제도와 인사정책 및 인력수급의 조절 등 여러 가지 입법정책을 고려하여 입법기관이 결정할 사항이다(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1105). 헌법불합치결정

② (X) 공직선거법 제57조의2 제2항 정당이 당내경선을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다.

③ (X) 무소속후보자의 입후보에 선거권자의 추천을 받도록 하고 있는 것은 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게 하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편, 후보자등록 단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치적 의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것이고, 이에 반하여 일정한 정당정책을 내세워 공직선거에 있어서 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여함을 목적으로 하는 정치

적 조직인 정당이 후보자를 추천하는 행위에는 정치적 의사나 이해를 집약한 정당정책을 후보자를 통하여 제시하는 의미가 포함되어 있는 것이어서 무소속후보자의 경우와 같이 선거권자의 추천을 따로 받을 필요가 없으므로 무소속후보자에게만 선거권자의 추천을 받도록 한 것이 정당후보자와 불합리한 차별을 하는 것이라고 할 수 없다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99).

④ (X) 대통령선거 등 다른 선거에 있어서와 마찬가지로 시·도지사선거에서도 후보자가 난립할 경우 선거관리가 복잡해짐은 물론 선거운동이 과열·혼탁해지기 쉽고 선거비용이 과다하게 소요되며 유권자의 지지표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기 어려워 지방자치 및 선거자체에 대하여 무관심해질 염려도 있으므로 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 크다고 할 수 있다. 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 그 성격상 당락이나 득표율 여하를 불문하고 후보자에게 부담시키는 것이 당연하다. 또한 헌법 제116조 제2항은 법률이 정하는 경우에는 선거에 관한 경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있고, 시·도지사선거에 들어가는 일체의 비용을 지방자치단체가 부담하도록 하는 것은 주민의 조세부담이나 지방재정형편에 비추어 반드시 적절하다고 할 수 없으므로 당선될 가능성이 희박함에도 무리하게 입후보를 한 것으로 보여지는 득표율이 저조한 후보자에 대하여는 선거비용의 일부인 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 부담시키는 것이 부당하다고 할 수 없다. 그러므로 시·도지사선거에서 후보난립을 방지하고, 아울러 위 과태료 및 대집행비용과 선전벽보 및 선거공보의 작성비용 등을 예납하도록 하기 위한 기탁금제도는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108).

⑤ (O) 공무원이 한 사직 의사표시의 철회나 취소는 그에 터잡은 의원면직처분이 있을 때까지 할 수 있는 것이고, 일단 면직처분이 있고 난 이후에는 철회나 취소할 여지가 없다(대판 2001.08.24. 99두9971).

10. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집회의 자유는 국가에 대한 방어권으로서 집회의 주체, 주관, 진행, 참가 등에 관하여 국가권력의 간섭이나 방해를 배제할 수 있는 주관적 권리로서의 성격을 갖는다.
- ② 집회의 자유는 자유민주주의를 실현하려는 사회공동체에 있어서 불가결한 객관적 가치질서로서의 성격을 갖는다.
- ③ 집회의 자유는 다수인이 집단적 형태로 의사를 표현하는 것이므로 공공의 질서 내지 법적 평화와 마찰을 일으킬 가능성이 상당히 높은 것이어서, 집회의 자유에 대한 일정 범위 내의 제한은 불가피하다.
- ④ 우리 헌법상 집회의 자유에 의하여 오로지 평화적 또는 비폭력적 집회만 보호되는 것은 아니며, 집회에서의 폭력행위나 불법행위도 용인될 수 있다.
- ⑤ 집회의 자유는 개인의 사회생활과 여론형성 및 민주정치의 토대를 이루고 소수자의 집단적 의사표현을 가능하게 하는 중요한 기본권이기 때문에 단순히 위법행위의 개연성이 있다는 예상만으로 집회의 자유를 제한할 수는 없다.

정답 ④

해설

① (○), ② (○) 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 집회의 자유를 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 그러므로 우리 헌법상 집회의 자유는 우선, 국가에 대한 방어권으로서 집회의 주체, 주관, 진행, 참가 등에 관하여 국가권력의 간섭이나 방해를 배제할 수 있는 주관적 권리로서의 성격을 가지며, 아울러 자유민주주의를 실현하려는 사회공동체에 있어서는 불가결한 객관적 가치질서로서의 이중적 성격을 갖는다(헌재2009.09.24. 2008헌가25).

③ (○) 집회 및 시위의 자유는 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 공공의 안녕질서 및 법적 평화와 충돌될 가능성이 크고, 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회·시위’의 속성상 주간의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 개연성이 높으므로 법 제10조가 공공의 안녕질서 유지를 위하여 야간의 옥외집회 및 시위를 제한하는 것은 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이며, 선진 각국의 입법례에 비추어 살펴보아도 과도한 제한이라고 볼 수 없다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25).

④ (×) 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다(2003.10.30. 2000헌바67).

⑤ (○) 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 자유로운 인격발현을 최고 가치중의 하나로 삼는 우리 헌법질서내에서 집회의 자유는 국민들이 타인과 접촉하고 정보와 의견을 교환하며 공동의 목적을 위하여 집단적으로 의사표현을 할 수 있게 함으로써 개성신장과 아울러 여론형성에 영향을 미칠 수 있게 하여 동화적 통합을 촉진하는 기능을 가지며, 나아가 정치·사회현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만세력을 사회적으로 통합하여 정치적 안정에 기여하는 역할을 한다. 또한, 선거와 선거 사이의 기간에 유권자와 그 대표 사이의 의사를 연결하고, 대의기능이 약화된 경우에 그에 갈음하는 직접 민주주의의 수단으로서 기능하며, 현대사회에서 의사표현의 통로가 봉쇄되거나 제한된 소수 집단에게 의사표현의 수단을 제공한다는 점에서, 언론·출판의 자유와 더불어 대의제 자유민주국가에서는 필수적 구성요소가 되는 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22).

11. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성 있는 교육을 실시할 수 있도록 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장할 필요가 있다.

② 공적인 학교제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가는 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 진다.

③ 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상 기본권이다.

④ 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로, 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형뿐만 아니라 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다.

⑤ 대학 자율의 주체는 기본적으로 대학이므로 교수, 교수회 모두가 중첩적으로 주체가 될 수는 없다.

정답 ⑤

해설

① (○) 학교법인은 사립학교의 설립자이며 학교경영의 주체이다. 사립학교의 설립 및 운영의 자유는 학교법인이 자신의 정체성을 외부의 간섭 없이 자율적으로 결정할 자유를 포함한다(헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189).

② (○) 사립학교 운영의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이기에는 하나, 사립학교도 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다고 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이라고 할 수 있다(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63).

③ (○) 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제12항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다』라고 판시하여(헌재 1992.10.01. 92헌마68).

④ (○) 헌법 제31조 제4항도 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데, 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33).

⑤ (×) 헌법재판소는 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상의 기본권으로 보고 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68). 그러나 대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침

해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다(헌재 2006.4.27. 2005헌마1047).

12. 우리 「헌법」상의 근로 3권의 보장에 관한 다음 기술 중 옳지 않은 것은?

- ① 헌법재판소는 단결권·단체교섭권·단체행동권의 자유권적 성격을 강조하여 그 법적 성격을 근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권 이라고 밝힌 바 있다.
- ② 「노동조합 및 노동관계조정법」그리고 대법원 판례는 해고된 자는 설사 해고의 효력을 다투고 있다고 할 지라도 근로자의 지위에 있지 않다고 해석하고 있다.
- ③ 「헌법」제33조 제1항은 단결권·단체교섭권·단체행동권의 주체로서 근로자만을 명시적으로 규정하고 있을 뿐, 사용자에게 대해서는 규정하고 있지 않다.
- ④ 「노동조합 및 노동관계조정법」은 동법상의 쟁의행위의 개념에 사용자의 직장폐쇄를 포함하고 있다.
- ⑤ 헌법재판소는 소극적 단결권은 「헌법」제33조 제1항의 단결권에 포함되지 않는다고 보고 있다.

정답 ②

해설

- ① (○) 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13).
- ② (×) 구 노동조합법 제3조 제4호 단서의 취지는 단지 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고함으로써 노동조합의 설립이나 존속을 저지하는 것을 막기 위한 것에 그치는 것이 아니라, 해고된 근로자가 해고된 때로부터 상당한 기간 내에 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하거나 법원에 해고무효확인 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있는 경우에는, 그 해고에도 불구하고 근로자의 신분이나 노동조합의 조합원으로서의 신분을 계속 보유하는 것으로 보아 그 지위를 보장하여 주려는 데에도 있는 것이므로, 근로자가 회사로부터 해고를 당하였다고 하더라도 상당한 기간 내에 법원에 해고무효확인 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있다면 위 법 규정의 취지에 비추어 노동조합원으로서의 지위를 상실하는 것이라고 볼 수 없다(대판 1997.03.25. 96다55457).
- ③ (○) 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하고 있다(헌재 2005.11.24. 2002헌바95). 따라서 사용자는 근로3권의 주체가 될 수 없다.
- ④ (○) 노동조합및노동관계조정법 제46조 제1항 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다.
- ⑤ (○) 헌법 제33조 제1항은 ‘근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.’고 규정하고 있다. 여기서 헌법상 보장된 근로자의 단결권은 단결할 자유만을 가리킬 뿐이고, 단결하지 아니할 자유 이른바 소극적 단결권은 이에 포함

되지 않는다고 보는 것이 우리 재판소의 선례라고 할 것이다. 그렇다면 근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포섭되는 권리로서가 아니라 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다(헌재 2005.11.24. 2002헌바95·96).

13. 국민주권에 대한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민주국가에서 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 필요한 경우 국민의 직접적 결정을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다.
- ② 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자გი 지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다.
- ③ 지방자치제도의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있다.
- ④ 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기한다.
- ⑤ 지역농협 임원 선거는 국민주권 내지 대의민주주의 원리와 관계가 있는 단체의 조직구성에 관한 것으로서 공익을 위하여 상대적으로 폭넓은 법률상 규제가 불가능하다.

정답 ⑤

해설

① (○), ② (○) 헌법은 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결정을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다. 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 중요한 방법으로서, 선거를 통하여 국민은 선출된 국가기관과 그의 국가권력의 행사에 대하여 민주적 정당성을 부여한다. 민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요청한다. 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 즉, 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자გი 지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다. 원칙적으로 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가진다는 것은 바로 국민의 자გი 지배를 의미하는 민주국가에의 최대한의 접근을 의미하기 때문이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214).

③ (○) 헌법은 지방자치에 관하여 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 제118조 제1항에서 “지방자치단체에 의회를 둔다.”고 규정하여 그 원칙만을 선언하고 있을 뿐, 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정함으로써 입법자의 광범위한 형성권에 위임하고 있다(제117조 제2항, 제118조 제2항).

이러한 헌법의 태도는 지방자치의 역사가 일천한 우리의 현실 등을 고려하여 입법자가 우리나라에서 조기에 지방자치제도를 정착시키고 이를 활성화시킬 수 있도록 우리의 현실에 맞는 지방자치제도를 정하는 것이 가능하도록 한 취지라고 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214).

④ (○) 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16).

⑤ (×) 지역농협 임원 선거는, 헌법에 규정된 국민주권 내지 대의민주주의 원리의 구현 및 지방자치제도의 실현이라는 이념과 직접적인 관계를 맺고 있는 공직선거법상 선거와 달리, 자율적인 단체 내부의 조직구성에 관한 것으로서 공익을 위하여 그 선거과정에서 표현의 자유를 상대적으로 폭넓게 제한하는 것이 허용 된다(헌재 2013. 7. 25. 2012헌바112).

14. 현행 「국회법」상 국회의원 겸직과 관련된 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 공익 목적의 명예직은 겸직할 수 있다.
- ② 국무위원과 겸직은 금지된다.
- ③ 국회의장은 국회의원의 겸직내용을 공개할 필요가 없다.
- ④ 겸직이 허용되는 경우에는 그에 따른 보수(실비변상 포함)를 받을 수 있다.
- ⑤ 국회의원의 겸직은 일정한 예외를 제외하고는 원칙적으로 허용된다.

정답 ①

해설

① (○), ② (×), ③ (×), ④ (×), ⑤ (×) 국회법 제29조 제29조(겸직 금지) 제1항 의원은 국무총리 또는 국무위원의 직 이외의 다른 직을 겸할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 공익 목적의 명예직
- 2. 다른 법률에서 의원이 임명·위촉되도록 정한 직
- 3. 「정당법」에 따른 정당의 직

제2항 의원이 당선 전부터 제1항 각 호의 직 이외의 직을 가진 경우에는 임기개시일 전까지(재선거·보궐선거 등의 경우에는 당선이 결정된 날의 다음 날까지를 말한다. 이하 이 항에서 같다) 그 직을 휴직 또는 사직하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나의 직을 가진 경우에는 임기개시일 전까지 그 직을 사직하여야 한다.

- 1. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(한국은행을 포함한다)의 임직원

2. 「농업협동조합법」·「수산업협동조합법」에 따른 조합, 중앙회와 그 자회사(손자회사를 포함한다)의 임직원

3. 「정당법」 제22조제1항에 따라 정당의 당원이 될 수 있는 교원

[국회의원 겸직 제한 관련 규정]

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• 헌법 제43조 : 국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다.• 국회법 제9조 : 대통령·헌법재판소재판관·각급선거관리위원회위원·지방의회의원• 감사원법 제9조 : 감사위원, 지방의회 의원• 법원조직법 제49조 : 국회 또는 지방의회 의원• 지방자치법 : 제96조 지방자치단체장의 국회의원 겸직금지 |
|---|

15. 대통령의 국가긴급권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?(단, 다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- ① 국가긴급권은 헌법보장의 한 수단이지만 입헌주의 그 자체를 파괴하는 위험을 초래하게 된다.
- ② 계엄을 선포한 경우 대통령은 지체 없이 국회에 통고하여 국회의 승인을 얻어야 한다.
- ③ 긴급명령은 국회가 의결한 법률을 통하여 개정·폐지될 수 있다.
- ④ 비상계엄이 선포된 경우 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 대하여 특별한 조치를 할 수 있다.
- ⑤ 사법기관인 법원이 고도의 정치적·군사적 성격을 띠는 대통령 계엄선포행위의 요건 구비나 그 선포의 당·부당을 심사하는 것은 적절하지 않다고 보아야 한다.

정답 ②

해설

- ① (○) 국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이다. 그러나 국가긴급권의 인정은 국가권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제동장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다. 우리 헌법도 국가긴급권을 대통령의 권한으로 규정하면서도 국가긴급권의 내용과 효력 통제와 한계를 분명히 함으로써 그 남용과 악용을 막아 국가긴급권이 헌법보호의 비상수단으로서 제기능을 나타내도록 하고 있다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18).
- ② (×) 헌법 제77조 제5항 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.
- ③ (○) 헌법 제76조 제2항 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. 따라서 법률과 동일한 효력이 있으므로 국회제정법

를로서 신법내지 특별법우선의 원칙상 개정내제 폐지가 가능하다. 또한 헌법재판소 위헌법률심사 대상이 된다.

④ (○) 헌법 제77조 제3항 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.

⑤ (○) 대통령의 계엄선포행위는 고도의 정치적, 군사적 성격을 띠는 행위라고 할 것이어서, 그 선포의 당, 부당을 판단할 권한은 헌법상 계엄의 해제요구권이 있는 국회만이 가지고 있다 할 것이고 그 선포가 당연무효의 경우라면 모르되, 사법기관인 법원이 계엄선포의 요건 구비여부나, 선포의 당, 부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이 되어 적절한 바가 못된다(대판 1979.12.07. 자 79초70).

16. 우리 헌법상의 대통령의 재직 중 형사상의 불소추특권에 대한 다음 기술 중 옳지 않은 것은?

① 「헌법」 제84조는 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다. 라고 하여, 대통령의 형사상 특권을 규정하고 있다. 이는 대통령의 형사상 특권은 사법권(재판권)이 미치지 아니하는 예외적인 경우를 규정한 것이다.

② 헌법재판소는 「헌법」 제84조에 의하여 대통령 재직 중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되지는 않는다고 결정하였다.

③ 헌법재판소는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법」 제2조의 헌정질서파괴행위에 의하여 국가의 소추권 행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보고 있는 「5·18민주화운동등에관한특별법」 제2조가 헌법위반이 아니라고 결정하였다.

④ 「헌법」 제84조가 정하는 대통령의 형사상 불소추 특권은 대통령이 내란 또는 외환의 죄에 해당하지 아니하는 죄를 범한 경우에는 재직 중에는 기소되어 법원의 재판을 받지 않는다는 의미이므로 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.

⑤ 대통령이 권한을 행사하면서 사안을 올바르게 이해하지 못하거나 판단을 잘못하여 국가와 국민에게 피해를 가져올 수도 있지만, 이러한 정책판단이나 정책집행상의 오류에 대해서는 법적인 책임이 면제된다.

정답 ②

해설

① (○), ② (×) 헌법 제84조에 의하여 대통령 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는지 여부 ... 우리 헌법이 채택하고 있는 국민주권주의(제1조 제2항)와 법 앞의 평등(제11조 제1항), 특수계급제도의 부인(제11조 제2항), 영전에 따른 특권의 부인(제11조 제3항) 등의 기본적 이념에 비추어 볼 때, 대통령의 불소추특권에 관한 헌법의 규정(헌법 제84조)이 대통령이라는 특수한 신분에 따라 일반국민과는 달리 대통령 개인에게 특권을 부여한 것으로 볼 것이 아니라 단지 국가의 원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고, 그 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하여야 할 실체상의 필요 때문에 대통령으로 재직중인 동안만 형사상 특권을 부여하고 있음에 지나지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 위와 같은 헌법 제84조의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법 제84조에는 “대통령

령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”고만 규정되어 있을 뿐 헌법이나 형사소송법 등의 법률에 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지된다고 명백히 규정되어 있지는 않다고 하더라도, 위 헌법규정은 바로 공소시효 진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다(1995.01.20. 94헌마 246).

③ (○) 헌법재판소는 5.18민주화운동을 무차별 진압한 이들에 대한 공소시효의 중단을 규정한 5.18민주화운동등에관한특별법 제2조에 대해 합헌결정을 하였다(헌재 1996.2.16. 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13병합).

④ (○) 대통령의 형사상 특권은 재직중에만 적용되는 특권이고 책임까지 면제되는 것은 아니므로, 대통령이 탄핵되어 파면되거나 퇴임하여 대통령의 직에서 물러난 경우에는 당연히 형사소추가 가능하다. 또한 대통령에게 불소추특권이 인정되는 경우에도 민사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.

⑤ (○) 헌법 제65조에 규정된 탄핵사유를 구체적으로 살펴보면, ‘직무집행에 있어서’의 ‘직무’란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다. 따라서 직무상의 행위란, 법령·조례 또는 행정관행·관례에 의하여 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미한다. 이에 따라 대통령의 직무상 행위는 법령에 근거한 행위뿐만 아니라, ‘대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위’를 포괄하는 개념으로서, 예컨대 각종 단체·산업현장 등 방문행위, 준공식·공식만찬 등 각종 행사에 참석하는 행위, 대통령이 국민의 이해를 구하고 국가정책을 효율적으로 수행하기 위하여 방송에 출연하여 정부의 정책을 설명하는 행위, 기자회견에 응하는 행위 등을 모두 포함한다. 헌법은 탄핵사유를 “헌법이나 법률에 위배한 때”로 규정하고 있는데, ‘헌법’에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 의하여 형성되어 확립된 불문헌법도 포함된다. ‘법률’이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 따라서 이러한 직무집행에 대한 책임은 앗좋은 결과에 따른 법상 책임을 부여할 수 없으며, 명백히 반하는 경우 탄핵등의 절차이외에는 정치적인 책임만 가능하다. 다만, 5년 단임제에서는 그 정치적 책임도 실익이 없다.

17. 공직자의 선출 및 임명방식에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 인사청문특별위원회에서 인사청문회를 실시한다.
- ② 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하며, 해당 상임위원회에서 인사청문회를 실시한다.
- ③ 감사원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 법제사법위원회에서 인사청문회를 한다.
- ④ 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 인사청문특별위원회에서 인사청문회를 한다.
- ⑤ 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명하며, 인사청문특별위원회에서 인사청문회를 실시한다.

정답 ③

해설

① (○) 헌법 제86조 제1항 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.

국회법 제46조의3 제1항 국회는 헌법에 의하여 그 임명에 국회의 동의를 요하는 대법원장·헌법재판소장·국무총리·감사원장 및 대법관과 국회에서 선출하는 헌법재판소 재판관 및 중앙선거관리위원회 위원에 대한 임명동의안 또는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 제출한 선출안 등을 심사하기 위하여 인사청문특별위원회를 둔다. 다만, 대통령직인수에 관한 법률 제5조 제2항의 규정에 의하여 대통령당선인이 국무총리후보자에 대한 인사청문의 실시를 요청하는 경우에 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 인사청문을 실시하기 위한 인사청문특별위원회를 둔다.

② (○) 헌법 제87조 제1항 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.

국회법 제65조의2 제1항 제46조의3의 규정에 의한 심사 또는 인사청문을 위하여 인사에 관한 청문회를 연다.

제2항 상임위원회는 다른 법률에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공직후보자에 대한 인사청문 요청이 있는 경우 인사청문을 실시하기 위하여 각각 인사청문회를 연다.

1. 대통령이 각각 임명하는 헌법재판소 재판관·중앙선거관리위원회 위원·국무위원·방송통신위원회 위원장·국가정보원장·공정거래위원회 위원장·금융위원회 위원장·국가인권위원회 위원장·국세청장·검찰총장·경찰청장·합동참모의장 또는 한국은행 총재의 후보자

2. 대통령당선인이 대통령직인수에 관한 법률 제5조 제1항에 따라 지명하는 국무위원후보자

3. 대법원장이 각각 지명하는 헌법재판소 재판관 또는 중앙선거관리위원회 위원의 후보자

③ (×) 헌법 제98조 제2항 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다. 다만, 국회법 제46조의3 제1항에 따라 인사청문특별위원회에서 인사청문절차를 진행한다.

④ (○) 헌법 제104조 제2항 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 또한, 국회법 제46조의3 제1항에 따라 인사청문특별위원회에서 인사청문절차를 진행한다.

⑤ (○) 헌법 제111조 제4항 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다. 또한, 국회법 제46조의3 제1항에 따라 인사청문특별위원회에서 인사청문절차를 진행한다.

18. 다음 「법원조직법」의 내용 중 옳지 않은 것은?

① 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속하지 않는다.

② 대법원의 심판권은 원칙적으로 대법관전원의 3분의 2이상의 합의체에서 이를 행하며 대법원장이 재판장이 된다.

③ 종전에 대법원에서 관시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우에는 대법원 전원합의체에서 재판을 한다.

④ 대법원장은 사법행정사무를 총괄하며, 사법행정사무에 관하여 관계공무원을 지휘·감독한다.

⑤ 대법원은 서울특별시에 둔다.

정답 ①

해설

① (X) 법원조직법 제8조는 “상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해사건에 관하여 하급심을 기속한다.”고 규정하지만 이는 심급제도의 합리적 유지를 위하여 당해사건에 한하여 구속력을 인정한 것이고 그 후의 동종의 사건에 대한 선례로서의 구속력에 관한 것은 아니다(헌재 2002.6.27. 2002헌마18).

② (O) 법원조직법 제7조 제1항 대법원의 심판권은 대법관전원의 3분의 2이상의 합의체에서 이를 행하며 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3인 이상으로 구성된 부에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 때에 한하여 다음의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

③ (O) 법원조직법 제7조(심판권의 행사) 제1항 대법원의 심판권은 대법관전원의 3분의 2이상의 합의체에서 이를 행하며 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3인이상으로 구성된 부에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 때에 한하여 다음의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반함을 인정하는 경우
2. 명령 또는 규칙이 법률에 위반함을 인정하는 경우
3. 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우

④ (O) 법원조직법 제9조(사법행정사무) ① 대법원장은 사법행정사무를 총괄하며, 사법행정사무에 관하여 관계공무원을 지휘·감독한다.

⑤ (O) 법원조직법 제12조(소재지) 대법원은 서울특별시에 둔다.

19. 권한쟁의심판에 관한 내용이다. 옳지 않은 진술은?

① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 권한쟁의심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

③ 권한쟁의심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

④ 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 하지만 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

⑤ 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

정답 ②

해설

- ① (○) 헌법재판소법 제61조 제1항 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.
- ② (×) 헌법재판소법 제61조 제2항 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.
- ③ (○) 헌법재판소법 제63조 제1항 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다.
- ④ (○) 헌법재판소법 제67조 제1항 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 헌법재판소법 제67조 제1항은 권한침해의 결정이 아니라 “권한쟁의심판의 결정”이라고 명시하고 있으므로 권한쟁의심판의 결과 나오는 모든 결정이 기속력을 가진다. 이는 위헌법률심판의 경우 ‘위헌결정’, 헌법소원심판의 경우 ‘인용결정’에 대하여만 기속력을 명시하고 있는 것과 차이가 있다.
- ⑤ (○) 헌법 제65조 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

20. 다음 중 헌법재판소의 위헌결정의 효력으로 옳지 않은 것은?

- ① 기속력 ② 기판력 ③ 원칙적 소급효
④ 일반적 효력 ⑤ 불가변력

정답 ③

해설

① (○), ③ (×), ④ (○) 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) 제1항 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다(기속력).

제2항 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(원칙 장래효 : 일반적 효력).

제3항 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다(예외적 소급효).

제4항 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

제5항 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.

② (○) 헌법재판소법 제40조 제1항 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다. 따라서 민사소송법 제216조 규정을 준용하여 위헌결정에는 기판력이 발생한다.

⑤ (○) 헌법재판소법 제39조(일사부재리) 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다(불가변력).