

Closer



제38회 법원행정고등고시

제1차 시험

헌법

기출문제 해설

[2020.8.22. 시행 1책형]



클로저 이상용

현) 모두공 공직선거법 전임
프라임 법학원 헌법 담당

youtube: 클로저이상용

E-mail: lacoda1@naver.com
Instagram: mestarry_v2[DM으로 상담 가능]

 프라임 법학원

안녕하세요~ 클로저 이상용입니다 ^ ^

[2020년 38회 법 행 헌법] 개수형: 9개 / 조합형: 1개

★ 헌법문제가 점점 어려워지는 이유는

(1) 부속법령의 고난이도화

⇒ [9번④, 26①, 31번④⑤, 38번④]

(2) 현재결정의 단순한 결론확인문제가 아니라 판단이유를 알아야하거나 지엽적인 숨은단어찾기

⇒ [15②, 19③, 27②, 33⑤, 35②, 39④]

(3) 헌법조문의 고난이도화

⇒ [2번□, 18번ㄱ]

★ 향후 공부방향 및 이상용 유튜브 무료강의 활용

법행뿐만아니라 모든 직렬의 헌법은 앞으로 기존 기출문제에서 볼 수 없는 신작지문이 20%정도 출제가 될 것으로 누구나 예측할 수 있지만, 어떻게 준비하느냐가 관건입니다. 이에 이미 검증된 적중률 높은 예상지문을 <클로저 이상용> 유튜브를 통해 자료와 해설강의를 올리고 있으니 잘 활용하셔서 헌법 고득점에 도움이 되길 바랍니다.

• 영역별 기출 지문 분석표

구분	문항	
헌법 총론	3. 헌법개정 11. 소급입법	14. 공무원의 선거증립의무 38. 지방자치제도
기본 권론	1. 어린이집 CCTV 2. 교육(헌법규정) 4. 변협 및 변호사 5. 기본권(총론종합) 7. 기본권 보호의무 8. 환경권 13. 혼인과 가족생활 16. 근로3권 19. 사생활의 비밀 21. 정치적 기본권 22. 변호인의 조력권 24. 공용침해	25. 알권리 26. 표현의 자유 등 27. 헌법상 재산권 29. 재판청구권 30. 근로의 권리 31. 청원권 32. 상공회의소 34. 대학의 자율 35. 집회·결사의 자유 36. 양심적 병역거부 37. 아동학대관련범죄 전력자 취업제한
국가 구조론	6. 권한쟁의심판 9. 선거관리위원회 10. 헌법소원 12. 헌법소원 대상성 15. 조세법률주의 17. TV방송 수신료 18. 국무총리	20. 정당해산심판 23. 탄핵제도 28. 국회의 운영 33. 대통령 39. 직접성 40. 법제사법위원회의 소관사항

2021.3.22. 클로저 이상용

01 영유아보육법상 어린이집 CCTV 설치 조항에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ㄱ. CCTV 설치 조항으로 인해 보호자 전원이 반대하지 않는 한 어린이집 설치운영자는 어린이집에 CCTV를 설치할 의무를 지게 되고 CCTV 설치 시 녹음기능 사용을 할 수 없으므로, 위 조항은 어린이집 설치운영자들의 직업수행의 자유를 제한한다.
- ㄴ. 어린이집에 CCTV 설치로 어린이집 원장을 포함하여 보육교사 및 영유아의 신체나 행동이 그대로 CCTV에 촬영·녹화되므로 CCTV 설치 조항은 이들의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, 어린이집에 CCTV 설치를 원하지 않는 부모의 자녀교육권도 제한한다(현결 2017.12.28. 2015헌마994).
- ㄷ. 어린이집 CCTV 설치는 어린이집에서 발생하는 안전사고와 보육교사 등에 의한 아동학대를 방지하기 위한 것으로, 그 자체로 어린이집 운영자나 보육교사 등으로 하여금 사전에 영유아 안전사고 방지에 만전을 기하고 아동학대행위를 저지르지 못하도록 하는 효과가 있고, 어린이집 내 안전사고나 아동학대 발생 여부의 확인이 필요한 경우 도움이 될 수 있으므로, CCTV 설치 조항은 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.
- ㄹ. 보호자 전원이 CCTV 설치의 필요성이 없거나 보육교사와 영유아 사이에 진정한 교감을 저해하고 신뢰관계를 끝해한다는 판단 아래, 설치 반대에 동의하는 경우에는 CCTV를 설치하지 않을 수 있는 가능성을 열어두고 있으므로, 어린이집 CCTV 설치가 법으로 무조건 강제된다고 볼 수도 없다.
- ㅁ. 여성의 사회참여 확대와 가족구조의 핵가족화로 보육 위탁 수요는 계속 급증하고 있어, 영유아 보육을 위탁받아 행하는 어린이집에서의 아동학대근절과 보육환경의 안전성 확보는 단순히 보호자의 불안을 해소하는 차원을 넘어 사회적·국가적 차원에서도 보호할 필요가 있는 중대한 공익이고, 그로 인해 지켜질 수 있는 영유아의 안전과 건강한 성장이라는 공익도 매우 중요하다.
- ㅂ. CCTV 설치 조항에 의해 어린이집 내 CCTV 설치를 반대하는 어린이집 설치운영자나 부모의 기본권, 보육교사 및 영유아의 사생활의 비밀과 자유 등이 제한되는 것은 사실이나, 관련 기본권 침해가 최소화되도록 여러 가지 조치가 마련되어 있어 CCTV 설치 조항으로 인하여 침해되는 사익이 위에서 본 공익보다 크다고 보기는 어려우므로 CCTV 설치 조항은 법의 균형성이 인정된다.

① 없음 ② 1개 ③ 2개

④ 3개 ⑤ 4개

해설

ㄱ 【○】 ㄴ 【○】 CCTV 설치 조항으로 인해 보호자 전원이 반대하지 않는 한 어린이집 설치운영자는 어린이집에 CCTV를 설치할 의무를 지게 되고 CCTV 설치 시 녹음기능 사용을 할 수 없으므로, 위 조항은 어린이집 설치운영자인 청구인들의 직업수행의 자유를 제한한다. 그리고 어린이집에 CCTV 설치로 어린이집 원장을 포함하여 보육교사 및 영유아의 신체나 행동이 그대로 CCTV에 촬영·녹화되므로 CCTV 설치 조항은 이들의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, 어린이집에 CCTV 설치를 원하지 않는 부모의 자녀교육권도 제한된다(현결 2017.12.28. 2015헌마994).

ㄷ 【○】 어린이집 CCTV 설치는 어린이집에서 발생하는 안전사고와 보육교사 등에 의한 아동학대를 방지하기 위한 것으로, 그 자체로 어린이집 운영자나 보육교사 등으로 하여금 사전에 영유아 안전사고 방지에 만전을 기하고 아동학대행위를 저지르지 못하도록 하는 효과가 있고, 어린이집 내 안전사고나 아동학대 발생 여부의 확인이 필요한 경우 도움이 될 수 있으므로, CCTV 설치 조항은 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다(현결 2017.12.28. 2015헌마994).

ㄹ 【○】 무엇보다 보호자 전원이 CCTV 설치의 필요성이 없거나 보육교사와 영유아 사이에 진정한 교감을 저해하고 신뢰관계를 끊해한다는 판단 아래, 설치 반대에 동의하는 경우에는 CCTV를 설치하지 않을 수 있는 가능성을 열어두고 있으므로, 어린이집 CCTV 설치가 법으로 무조건 강제된다고 볼 수도 없다. 이러한 점들을 종합하여 보면, CCTV 설치 조항의 입법목적의 효과적인 달성을 위하여 달리 멀 제약적인 수단이 있다고 보기 어렵고, CCTV 설치 조항은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내에서 기본권을 제한하고 있다고 할 수 있으므로 침해의 최소성이 인정된다(현결 2017.12.28. 2015헌마994).

ㅁ 【○】 ㅂ 【○】 여성의 사회참여 확대와 가족구조의 핵가족화로 보육 위탁 수요는 계속 급증하고 있어, 영유아 보육을 위탁받아 행하는 어린이집에서의 아동학대근절과 보육환경의 안전성 확보는 단순히 보호자의 불안을 해소하는 차원을 넘어 사회적·국가적 차원에서도 보호할 필요가 있는 중대한 공익이고, 그로 인해 지켜질 수 있는 영유아의 안전과 건강한 성장이라는 공익 또한 매우 중요한 것임은 명백하다. 한편 CCTV 설치 조항에 의해 어린이집 내 CCTV 설치를 반대하는 어린이집 설치운영자나 부모의 기본권, 보육교사 및 영유아의 사생활의 비밀과 자유 등이 제한되는 것은 사실이나, 앞서 본 바와 같이 관련 기본권 침해가 최소화되도록 여러 가지 조치가 마련되어 있어 CCTV 설치 조항으로 인하여 침해되는 사익이 위에서 본 공익보다 크다고 보기는 어렵다. 따라서 CCTV 설치 조항은 법의 균형성이 인정된다. 그러므로 CCTV 설치 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다(현결 2017.12.28. 2015헌마994).

정답 ①

02 다음 중 우리 헌법에 규정된 사항은 모두 몇 개인가?

〈법행 2020〉

- ㄱ. 의무교육의 무상성
- ㄴ. 교원의 지위 법정주의
- ㄷ. 국가의 평생교육진흥의무
- ㄹ. 교육의 자주성과 전문성
- ㅁ. 대학의 자율성과 정치적 중립성

- ① 1개
- ② 2개
- ③ 3개
- ④ 4개
- ⑤ 5개

해설

ㄱ [○]

헌법

제31조 ③ 의무교육은 무상으로 한다.

ㄴ [○]

헌법

제31조 ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

ㄷ [○]

헌법

제31조 ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.

ㄹ [○] ㅁ [×] ★ 정확한 조문 암기의 중요성을 다시 한번 기억!!!

헌법

제31조 ④ 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

정답: ④

03 헌법개정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

〈법행 2020〉

- ① 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.
- ② 대통령이 발의하는 헌법개정안에 대하여는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
- ③ 헌법개정안에 대한 국회의 의결은 재적의원 2/3 이상의 찬성을 얻어야 한다.
- ④ 국회에서 의결된 헌법개정안은 국민투표에 붙여져 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 2/3 이상의 찬성을 얻어야 헌법개정이 확정된다.
- ⑤ 개정된 헌법규정에 위헌의 의심이 있더라도 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 될 수 없다.

해설

① [○] 헌법 제128조 제1항

② [○]

헌법

제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

3. 헌법개정안 · 국민투표안 · 조약안 · 법률안 및 대통령령안

③ [○] 헌법 제130조 제1항

④ [×]

헌법

제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

③ 헌법개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.

⑤ [○] 헌법 제111조 제1항 제1호, 제6호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심사의 대상이 되는 규범을 '법률'로 명시하고 있으며, 여기서 '법률'이라고 함은 국회의 의결을 거쳐 제정된 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다(헌결 1996.6.13. 94헌비20).

정답: ④

04 대한변호사협회(이하 ‘변협’이라 함) 및 변호사 등록제도에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼 이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ㄱ. 변협은 변호사의 품위를 보전하고, 법률사무의 개선과 발전, 그 밖의 법률문화의 창달을 도모하며, 변호사 및 지방변호사회의 지도 및 감독에 관한 사무를 처리하기 위하여 변호사법에 근거를 두고 설립된 법인으로, 변호사법에 따라 변호사 등록, 개업·휴업·폐업신고, 변호사의 연수, 징계 등의 업무를 수행한다.
- ㄴ. 변호사와 같이 전문적 지식과 윤리적 소양을 가져야만 직업을 원활히 수행할 수 있다고 판단되는 직업에 대해 실시되고 있는 ‘자격제도’는 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 공익목적을 위하여 국회가 제정한 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것이고, 변호사 등록제도는 위와 같은 자격을 갖추었는지 심사하여 자격을 갖추었다고 판단되는 자를 명부에 등록함으로써 그 자가 적법하게 변호사로서의 직업에 종사할 수 있도록 하는 것으로 자격제도의 일부를 구성한다.
- ㄷ. 변호사 등록은 그 목적이 변호사들 간의 결속력 강화나 친목도모라기 보다는 변호사의 자격을 가진 자들로 하여금 법률사무를 취급하도록 하여 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현하고자 하는 공공의 목적을 달성하기 위해 시행되는 것으로, 본질적으로 국가의 공행정사무에 해당한다.
- ㄹ. 변호사 등록은 변호사법이 제정된 1949년부터 법무부장관이 수행하던 업무였는데, 1982년 변호사단체의 자율성 강화의 일환으로 변호사법을 개정하여 변협으로 이관된 것 이므로 연혁적으로도 국가의 공행정사무에 해당한다.
- ㅁ. 공법인이 정립한 규범은 일반적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있지만, 그 중에서도 대외적 구속력을 갖지 않는 단순한 내부적 기준이나 사법적(私法的)인 성질을 지니는 것은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다 할 수 없다.
- ㅂ. 변협이 등록사무의 수행과 관련하여 정립한 「변호사 등록 등에 관한 규칙」은 대외적 구속력을 갖지 않는 단순한 내부적 기준에 불과하므로, 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

ㄱ 【○】

변협은 변호사의 품위를 보전하고, 법률사무의 개선과 발전, 그 밖의 법률문화의 창달을 도모하며, 변호사 및 지방변호사회의 지도 및 감독에 관한 사무를 처리하기 위하여 변호사법에 근거를 두고 설립된 법인으로, 변호사법에 따라 변호사 등록, 개업·휴업·폐업신고, 변호사의 연수, 징계 등의 업무를 수행한다(변호사법 제7조, 제15조, 제16조, 제17조, 제78조, 제85조, 제92조, 변협 회칙 제1조, 제2조 등)(헌결 2019.11.28. 2017헌마759).

ㄴ 【○】 헌결 2019.11.28. 2017헌마759

ㄷ 【○】 ㄹ 【○】

변호사 등록은 그 목적이 변호사들 간의 결속력 강화나 친목도모라기 보다는 변호사의 자격을 가진 자들로 하여금 법률사무를 취급하도록 하여 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현하고자 하는 공공의 목적을 달성하기 위해 시행되는 것으로, 본질적으로 국가의 공행정사무에 해당한다. 만약, 변호사 등록이 단순히 사법상의 제한을 해제하여 주는 것에 불과하다면 그 위반행위에 대하여 형사처벌을 할 수 없을 것이므로, 미등록 변호사에 대한 제재가 형사처벌이라는 것(변호사법 제112조 제4호)은 변호사 등록이 공행정사무임을 당연한 전제로 하고 있는 것이라 볼 수 있다. 또한 변호사 등록은 변호사법이 제정된 1949년부터 법무부장관이 수행하던 업무였는데[구 변호사법(1949. 11. 7. 법률 제63호로 제정된 것) 제7조, 제8조, 제12조], 1982년 변호사단체의 자율성 강화의 일환으로 변호사법을 개정하여 변협으로 이관된 것 이므로 연혁적으로도 국가의 공행정사무에 해당한다(헌결 2019.11.28. 2017헌마759).

ㅁ 【○】 ㅂ 【×】

공법인이 정립한 규범은 일반적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있지만, 그 중에서도 대외적 구속력을 갖지 않는 단순한 내부적 기준이나 사법적(私法的)인 성질을 지니는 것은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다 할 수 없다. 변호사법은 ‘변호사로서 개업을 하려면 변협에 등록을 하여야 한다’라고 하여 변호사 등록사무에 관하여 특별한 규정을 두고 있고(제7조 제1항), 변호사 등록을 하려는 자에게 변협은 대등한 지위가 아닌 고권적 권한을 행사하는 우월한 지위에 있다. 또한 변호사 등록이 단순히 변협과 그 소속 변호사 사이의 내부 법률문제라거나, 변협의 고유사무라고 할 수 없다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그렇다면 변호사 등록에 관한 한 공법인 성격을 가지는 변협이 등록사무의 수행과 관련하여 정립한 규범을 단순히 내부 기준이라거나 사법적인 성질을 지니는 것이라 볼 수는 없고, 변호사 등록을 하려는 자와의 관계에서 대외적 구속력을 가지는 공권력 행사에 해당한다고 할 것이다. 따라서 변협이 변호사 등록사무의 수행과 관련하여 정립한 규범이 심판대상조항들은 헌법소원 대상인 공권력의 행사에 해당한다(헌결 2019.11.28. 2017헌마759).

정답 ②

05

기본권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

① 우리 헌법은 법인 내지 단체의 기본권향유능력에 대하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 그 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 법인에게도 적용된다. 그러나 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이어서 법인에게는 적용되지 않는다.

② 불법체류 중인 외국인이라 하더라도 불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐이므로, ‘인간의 권리’로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 일정한 기본권에 관하여 불법체류 여부에 따라 그 인정 여부가 달라지는 것은 아니다. 그러므로 불법체류 중인 외국인이 ‘국가인권위원회의 공정한 조사를 받을 권리’ 역시 변호인의 조력을 받을 권리, 재판 청구권 등과 마찬가지로 외국인에게도 헌법상 인정되는 기본권에 해당한다고 보아야 한다.

③ 기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권 주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는

경우를 말한다. 이때의 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리 등을 들 수 있고, 헌법재판소는 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다.

④ 기본권 보호의무는 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말한다. 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 국가의 보호의무 없이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 무력화될 정도의 상황에 서만 적용될 수 있다.

⑤ 헌법에는 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하는 규정이 마련되어 있다. 그러므로 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 이를 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다.

해설

① 【○】

• 우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌결 1991.6.3. 90헌마56).

• 청구인들은 학교법인이다. 법인격이 있는 사법상의 사단이나 재단은 성질상 기본권주체가 될 수 있는 범위에서 청구인능력을 가진다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 295). 그런데 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리라는 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이라고 할 것이어서, 법인인 청구인들에게는 적용되지 않는다고 할 것이다(헌결 2006.12.28. 2004헌바 67).

② 【✗】

헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권의 주체이어야만 청구할 수 있는데, 단순히 '국민의 권리'가 아니라 '인간의 권리'로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다. 나아가 청구인들이 불법체류 중인 외국인들이라 하더라도, 불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐이므로, '인간의 권리'로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 일정한 기본권에 관하여 불법체류 여부에 따라 그 인정 여부가 달라지는 것은 아니다. 청구인들이 침해받았다고 주장하고 있는 신체의 자유, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등은 성질상 인간의 권리에 해당한다고 볼 수 있으므로, 위 기본권들에 관하여는 청구인들의 기본권 주체성이 인정된다. 그러나 '국가인권위원회의 공정한 조사를 받을 권리'는 헌법상 인정되는 기본권이라고 하기 어렵고, 이 사건 보호 및 강제퇴거가 청구인들의 노동3권을 직접 제한하거나 침해한 바 없음이 명백하므로, 위 기본권들에 대하여는 본안판단에 나아가지 아니한다(헌결 2012.8.23. 2008헌마430).

③ 【○】

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권 행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는데 그 특징이 있다. 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(=규범 조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다(헌결 2005.11.24. 2002헌바95).

④ 【○】

기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 시인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 시인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다. 그런데 국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다 하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권리분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있는 것이다. 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 '과소보호금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌결 2009.2.26. 2005헌마764).

⑤ 【○】

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리"를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다. 또한 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라, 헌법은 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다."고 규정하여 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하고 있으므로(제36조 제3항), 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가로서는 그 위험의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다 할 것이다(헌결 2008.12.26. 2008헌마419).

정답 ②

06

권한쟁의심판에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 권한쟁의심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 할 수 있다. 여기서 '처분'이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하는 것으로 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 있는 행위여야 한다.
- ② 위 ①항의 '처분'에는 입법행위와 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용이 포함되나, 법원의 재판 및 사법행정작용은 포함되지 않는다.
- ③ 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 청구인의 신청이 없어도 종국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.
- ④ 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.
- ⑤ 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

해설

① 【○】

헌법재판소법 제61조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로 권한쟁의심판을 청구하려면 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다. 여기서 '처분'이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 '처분'이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 하용되지 않는다(헌결 2005.12.22. 2004헌라3).

② 【✗】

헌법재판소법 제61조 제2항에 따라 권한쟁의심판을 청구하려면, 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다. 여기서의 처분은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다(헌결 2006.5.25. 2005헌라4).

③ 【○】

헌법재판소법

제65조 (가처분)

헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 **직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지** 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

④ 【○】 ⑥ 【○】

헌법재판소법

제67조 (결정의 효력)

- ① 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.
- ② 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

정답 ②

07

국가의 기본권 보호의무에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다 하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다.
- ② 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하였는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지 원칙’의 위반여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다.
- ③ 공직선거법에 선거운동의 기간, 확성장치의 사용장소, 사용대수, 사용방법 등에 대한 규정까지 두고 있는 이상, 확성장치 소음규

제기준을 정하지 않았다는 것만으로 국민의 정온한 환경에서 생활할 권리를 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다.

- ④ 태아가 살아서 출생한 경우 태아 상태에서 가해진 불법행위로 인한 손해배상청구는 민법 제762조에 의해 유효하게 행사할 수 있으므로, 태아가 사산한 경우 태아 자신에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라 비난할 수는 없다.
- ⑤ 현재로서는 흡연과 폐암 등의 질병 사이에 필연적인 관계가 있다거나 흡연자 스스로 흡연 여부를 결정할 수 없을 정도로 의존성이 높아서 국가가 개입하여 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 한다고 보기는 어렵다. 또한, 담배사업법은 담배성분의 표시나 경고문구의 표시, 담배광고의 제한 등 여러 규제들을 통하여 직접흡연으로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호하려고 노력하고 있다. 따라서 담배사업법이 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하여 청구인의 생명·신체의 안전에 관한 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

해설

①【○】②【○】

이 사건 고시의 수입위생조건은 기축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입으로 인한 소해면상뇌증 발병 가능성 등에 대응하기 위하여 취해진 보호조치의 일환으로, 이 사건에 있어서는 고사상의 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반함으로써 생명·신체의 안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권이 침해되었는지 여부가 문제된다 할 것이다. 그런데 국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권리분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있는 것이다. 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 '과소보호 금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 범위를 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌결 2008.12.26. 2008헌마419).

③【✗】★ 대단히 중요한 현재결정이며, 이미 제가 예측해서 객관식 문제집이나 수업 중에 자료로 나눠 드린 포인트에서 반복 출제되고 있습니다. 앞으로도 계속 어렵게 출제가 될 것이니 정독을 해두시길 추천드립니다^^

국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 '과소보호금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다. 공직선거법에는 확성장치를 사용함에 있어 자동차에 부착하는 확성장치 및 휴대용 확성장치의 수는 '시·도지사선거는 후보자와 구·시·군 선거연락소마다 각 1대·각 1조, 지역구지방의회 의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거는 후보자마다 1대·1조를 넘을 수 없다'는 규정만 있을 뿐 확성장치의 최고출력 내지 소음 규제기준이 마련되어 있지 아니하다. 기본권의 과소보호금지원칙에 부합하면서 선거운동을 위해 필요한 범위 내에서 합리적인 최고출력 내지 소음 규제기준을 정할 필요가 있다. 공직선거법에는 야간 연설 및 대담을 제한하는 규정만 있다. 그러나 대다수의 직장과 학교는 그 근무 및 학업 시간대를 오전 9시부터 오후 6시까지로 하고 있어 그 전후 시간대의 주거지역에서는 정온한 환경이 더욱더 요구된다. 그러므로 출근 또는 등교 시간대 이전인 오전 6시부터 7시까지, 퇴근 또는 하교 시간대 이후인 오후 7시부터 11시까지에도 확성장치의 사용을 제한할 필요가 있다. 공직선거법에는 주거지역과 같이 정온한 생활환경을 유지할 필요성이 높은 지역에 대한 규제기준이 마련되어 있지

아니하다. 예컨대 소음·진동관리법, '집회 및 시위에 관한 법률' 등에서 대상지역 및 시간대별로 구체적인 소음기준을 정한 것과 같이, 공직선거법에서도 이에 준하는 규정을 둘 수 있다. 따라서 심판대상조항이 선거운동의 자유를 감안하여 선거운동을 위한 확성장치를 하용할 공익적 필요성이 인정된다고 하더라도 정온한 생활환경이 보장되어야 할 주거지역에서 출근 또는 등교 이전 및 퇴근 또는 하교 이후 시간대에 확성장치의 최고출력 내지 소음을 제한하는 등 사용시간과 사용지역에 따른 수인한도 내에서 확성장치의 최고출력 내지 소음 규제기준에 관한 규정을 두지 아니한 것은, 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 주거환경을 위하여 노력하여야 할 국가의 의무를 부과한 헌법 제35조 제3항에 비추어 보면, 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 아니하여 국가의 기본권 보호의무를 과소하게 이행한 것으로서, 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다(헌결 2019.12.27. 2018헌마730). ★★★

⇒ 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제3항 제2호 중 '시·도지사 선거' 부분, 같은 항 제3호 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제216조 제1항(이하 통틀어 '심판대상조항'이라 한다)이 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하여 위헌인지 여부(적극)

★ [기출지문] 헌법재판소는 국회의원선거에서 「공직선거법」상 선거운동과 관련하여 확성기 사용 등에 따른 소음제한기준을 두지 않은 것은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해한다고 하였다.(×) <선거7급 2020>

★ [기출지문] 헌법재판소는 대통령선거와 국회의원선거에서 확성장치의 사용과 관련하여 확성장치의 수만 규정하고 있을 뿐 확성장치의 소음규제기준을 마련하고 있지 아니한 「공직선거법」 조항은 과잉 금지원칙에 위배되어 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해한다고 하였다.(×) <변시 2021>

★ [기출지문] 「공직선거법」이 주거지역에서의 최고출력 내지 소음을 제한하는 등 대상지역에 따른 수인한도 내에서 공직선거운동에 사용되는 확성장치의 최고출력 내지 소음 규제기준을 두고 있지 않았다고 하여 국가의 기본권 보호의무를 과소하게 이행한 것은 아니다.(×) <소방간부 2021>

★ [기출지문] 국가가 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 지는 경우 헌법재판소가 이를 심사할 때에는 과잉금지원칙을 심사기준으로 삼아야 한다.(×) <법원9급 2021>

★ [기출지문] 「공직선거법」이 선거운동을 위해 확성장치를 사용할 수 있는 기간과 장소, 시간, 사용 개수 등을 규정하고 있는 이상, 확성장치의 소음 규제기준을 정하지 않았다고 하여 기본권 보호의무를 과소하게 이행하였다고 볼 수는 없다.(×) <5급공채 2021>

④ 【○】

태아가 살아서 출생한 경우 태아 상태에서 가해진 불법행위로 인한 손해배상청구는 민법 제762조에 의해 유효하게 행사할 수 있으므로 살아서 출생한 태아에 관한 한 태아의 신체, 건강침해는 완전하게 보호되고 있는 것이다. 〈중략〉 입법자는 형법과 모자보건법 등 관련규정들을 통하여 태아의 생명에 대한 직접적 침해위험을 규범적으로 충분히 방지하고 있으므로, 이 사건 법률조항들이 태아가 사산한 경우에 한해서 태아 자신에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 단지 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라 비난할 수 없다(현결 2008.7.31. 2004헌바81). ⇒ 민법 제3조 및 제762조(이하에서 이를 “이 사건 법률조항들”이라 한다)가 태아의 생명권을 보호하는데 미흡하여 국가의 기본권보호의무를 위반하고 있는지 여부(소극)

⑤ 【○】

담배사업법은 담배의 제조 및 판매 자체는 금지하고 있지 않지만, 현재로서는 흡연과 폐암 등의 질병 사이에 필연적인 관계가 있다거나 흡연자 스스로 흡연 여부를 결정할 수 없을 정도로 의존성이 높아서 국가가 개입하여 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 한다고 보기는 어렵다. 또한, 담배사업법은 담배성분의 표시나 경고문구의 표시, 담배광고의 제한 등 여러 규제들을 통하여 직접흡연으로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호하려고 노력하고 있다. 따라서 담배사업법이 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하여 청구인의 생명·신체의 안전에 관한 권리를 침해하였다고 볼 수 없다(현결 2015.4.30. 2012헌마38).

⇒ 담배사업법이 국가의 보호의무를 위반하여 청구인의 생명·신체의 안전에 관한 권리를 침해하는지 여부(소극)

정답 ③

08

환경권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ① 헌법은 국민의 환경권을 보장함과 동시에 국가에게 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 환경을 유지하기 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있다.
- ② 환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해진다.
- ③ ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 보장하는 환경권의 보호대상이 되는 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다.
- ④ 일상생활에서 악취, 오염된 공기 등을 제거·방지하여 쾌적한 환경에서 생활할 권리는 환경권의 한 내용을 구성한다.
- ⑤ 일정한 경우 국민은 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되지만, ‘사인’인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서는 국가가 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 부담하는 것은 아니다.

해설

①【○】②【○】③【○】

현법은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여 (제35조 제1항) 국민의 환경권을 보장함과 동시에 국가에게 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 환경을 유지하기 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있다. 이러한 환경권은 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리이다. 환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 그 자체 종합적 기본권으로서의 성격을 지닌다. **환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나(현법 제35조 제2항)**, 이 헌법조항의 취지는 특별히 명문으로 헌법에서 정한 환경권을 입법자가 그 취지에 부합하도록 법률로써 내용을 구체화하도록 한 것이지 환경권이 완전히 무의미하게 되는데도 그에 관한 입법을 전혀 하지 아니하거나, 어떠한 내용이든 법률로써 정하기만 하면 된다는 것은 아니다. 그러므로 일정한 요건이 충족될 때 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다고 해야 할 것이다(현결 2020.3.26. 2017헌마1281). ⇒ 구 동물보호법(2011. 8. 4. 법률 제10995호로 전부개정되고, 2018. 12. 24. 법률 제16075호로 개정되기 전의 것) 제33조 제3항 제5호 (이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 동물장묘업의 지역적 등록제한사유를 불완전·불충분하게 규정하여 청구인들의 환경권을 침해하는지 여부(소극)

⇒ 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제3항 제2호 중 ‘시·도지사 선거’ 부분, 같은 항 제3호 및 공직선거법 (2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제216조 제1항(이하 통틀어 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하여 위헌인지 여부(적극)

④【○】현법은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여(제35조 제1항) 국민의 환경권을 보장함과 동시에 국가에게 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있는 양호한 환경을 유지하기 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있다. 이러한 환경권은 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리이다. 환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 그 자체 종합적 기본권으로서의 성격을 지닌다. ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 보장하는 환경권의 보호대상이 되는 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함된다. 환경권을 구체화한 입법이라 할 환경정책기본법 제3조에서도 환경을 자연환경과 생활환경으로 분류하면서, 생활환경에 대기, 물, 토양, 폐기물, 소음·진동, 약취 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을

포함시키고 있다. 그러므로 일상생활에서 약취, 오염된 공기 등을 제거·방지하여 쾌적한 환경에서 생활할 권리는 환경권의 한 내용을 구성한다. 환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나(현법 제35조 제2항), 이 헌법조항의 취지는 특별히 명문으로 헌법에서 정한 환경권을 입법자가 그 취지에 부합하도록 법률로써 내용을 구체화하도록 한 것이지 환경권이 완전히 무의미하게 되는데도 그에 관한 입법을 전혀 하지 아니하거나, 어떠한 내용이든 법률로써 정하기만 하면 된다는 것은 아니다. 그러므로 일정한 요건이 충족될 때 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다고 해야 할 것이다(현결 2020.3.26. 2017헌마1281). ⇒ 구 동물보호법(2011. 8. 4. 법률 제10995호로 전부개정되고, 2018. 12. 24. 법률 제16075호로 개정되기 전의 것) 제33조 제3항 제5호 (이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 동물장묘업의 지역적 등록제한사유를 불완전·불충분하게 규정하여 청구인들의 환경권을 침해하는지 여부(소극)

⑤【×

현법 제10조의 규정에 의하면, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 적어도 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법의 침해에 대해서는 그것이 국가가 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발된 것이라고 하더라도 국가가 적극적인 보호의 의무를 진다. 그렇다면 **국기가 국민의 기본권을 적극적으로 보장하여야 할 의무가 인정된다는 점**, 헌법 제35조 제1항이 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있는 점, 환경침해는 사인에 의해서 빈번하게 유발되므로 입법자가 그 하용 범위에 대해 정할 필요가 있다는 점, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법의 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다. 더욱이 이 사건에서 소음의 유발은 공직선거법이 하용한 일정 기간의 공직선거 운동기간 중에 공적 의사를 형성하는 과정 중에 발생하는 것으로, 비록 그 소음이 후보자 등 사인에 의해서 유발되고 있는 것이라고 하더라도 공적 활동으로서 이해되는 측면도 있는바, 공적 영역에서 발생하는 환경권 침해 가능성에 대해 국가가 규율할 의무는 좀 더 분명해진다(현법: 현결 2019.12.27. 2018헌마730).

정답 ⑤

09 선거관리위원회에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 중앙선거관리위원회는 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성하고, 위원장은 위원 중에서 호선한다. 중앙선거관리위원회 위원은 탄핵의 대상이 될 수 있다.
- ② 중앙선거관리위원회 외에 각급 구·시·군 선거관리위원회도 헌법에 의하여 설치된 기관으로서 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받은 기관에 해당하고, 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정된다.
- ③ 중앙선거관리위원회 위원장이 중앙선거관리위원회 전체회의의 심의를 거쳐 대통령에 대하여 대통령의 특정 발언이 공무원의 정치적 중립의무에 위반되고 확인한 후 그 재발방지를 촉구하는 통고를 한 것은 대통령의 법적 지위에 불리한 효과를 주는 공권력의 행사로서 헌법소원심판의 대상이 된다.
- ④ 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항에 대하여는 원칙적으로 행정절차에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ⑤ 선거관리위원회의 본질적 기능은 선거의 공정한 관리 등 행정기능이고, 그 효과적인 기능 수행과 집행의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 선거범죄 조사권을 인정하고 있고, 이에 대해서는 헌법상 영장주의가 적용된다.

해설

① ○

헌법

제114조 ② 중앙선거관리위원회는 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성한다. 위원장은 위원 중에서 호선한다.
⑤ 위원은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.

제65조 ① 대통령 · 국무총리 · 국무위원 · 행정각부의 장 · 헌법재판소 재판관 · 법관 · 중앙선거관리위원회 위원 · 감사원장 · 감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

② ○

헌법재판소법 제62조는 권한쟁의심판청구의 당사자로 국가기관과 지방자치단체를 규정하고 있으므로 청구인 서울특별시 강남구가 피청구인 강남구선거관리위원회를 상대로 한 이 사건 권한쟁의 심판청구가 적법하려면 피청구인 강남구선거관리위원회가 이에 해당하여야 한다. 그런데 헌법재판소법 제62조에서 규정하고 있는 지방자치단체는 특별시·광역시·도와 시·군·자치구 등이며, 이것은 구 지방자치법 제2조 제1항에서 정하고 있는 지방자치단체의 종류와 다르지 아니한 바, 각급 선거관리위원회는 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 있는 '지방자치단체'에는 포함되지 않는다. 한편, 위에서 본 것처럼 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호의 '정부'를 예시적인 것으로 보고 있으므로 위 규정에서 구체적으로 나열하고 있지 않은 기관이라 하더라도 지방자치단체의 자치권을 침해할 가능성이 있는 국가기관은 권한쟁의 심판청구의 피청구인으로서 당사자가 될 수 있는 국가기관이란 국가의사 형성에 참여하여 국법질서에 대하여 일정한 권한을 누리는 헌법상의 지위와 조직이라고 할 수 있다. 이러한 '국가기관'에 해당하는지 여부를 판별함에 있어서는, 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 그런데 우리 헌법은 제114조 제1항에서 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 둔다고 하면서, 제2항에서 제5항 까지 중앙선거관리위원회에 대해 규정하고 있는 외에 제6항에서 각급 선거관리위원회의 조직·사무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다고 규정하여 각급 선거관리위원회의 헌법적 근거 규정을 마련하고 있다. 또한 헌법 제115조 제1항은 각급 선거관리위원회는 선거인명부의 작성 등 선거사무와 국민투표사무에 관하여 관계 행정기관에 필요한 지시를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 제2항은 제1항의 지시를 받은 당해 행정기관은 이에 응하여야 한다고 규정하고, 제116조 제1항은 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되 균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정하여 각급

선거관리위원회의 직무 등을 정하고 있다. 우리 헌법은 중앙선거관리위원회와 각급 선거관리위원회를 통치구조의 당위적인 기구로 전제하고, 각급 선거관리위원회의 조직, 직무범위 기타 필요한 사항을 법률로 정하도록 하고 있는 것이다. 그리고 위 헌법 규정에 따라 제정된 선거관리위원회법은 각각 9인 또는 7인의 위원으로 구성되는 네 종류의 선거관리위원회를 두고 있고, 공직선거법 제13조 제1항 제3호에 의하면, 이 사건 구·시·군 선거관리위원회는 지역선거구 국회의원 선거, 지역선거구 시·도의회의원 선거, 지역선거구 자치구·시·군 의회의원 선거, 비례대표선거구 자치구·시·군 의회의원 선거 및 자치구의 구청장·시장·군수 선거의 선거구선거사무를 담당한다. 그렇다면 중앙선거관리위원회 외에 각급 구·시·군 선거관리위원회도 헌법에 의하여 설치된 기관으로서 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받은 기관에 해당하고, 따라서 피청구인 강남구선거관리위원회도 당사자 능력이 인정된다(헌결 2008.6.26. 2005헌라7).

③ 【○】

선거관리위원회법 제14조의2의 ‘경고’는 선거법 위반행위에 대한 제재적 조치의 하나로서 법률에 규정된 것이므로 피경고자는 이러한 경고를 준수하여야 할 의무가 있고, 피경고자가 경고를 불이행하는 경우 선거관리위원회 위원·직원에 의하여 관할 수사기관에 수사의뢰 또는 고발될 수 있으므로(위 조항 후문), 위 ‘경고’가 청구인의 법적 지위에 영향을 주지 않는다고는 할 수 없다. 중앙선거관리위원회 위원장이 중앙선거관리위원회 전체회의의 심의를 거쳐 대통령의 위법 사실을 확인한 후 그 재발방지를 촉구하는 내용의 이 사건 조치를 청구인인 대통령에 대하여 직접 발령한 것이 단순한 권리적·비권력적 행위라든가 대통령인 청구인의 법적 지위에 불리한 효과를 주지 않았다고 보기는 어렵다(탄핵소추사유는 근본적으로 청구인의 행위가 이 사건 법률조항에 위반되었다는 점이 되지만, 이 사건 조치에 의하여 청구인의 위법사실이 유권적으로 확인됨으로써 탄핵발의의 계기가 부여된다). 청구인이 이 사건 조치를 따르지 않음으로써 형사적으로 처벌될 가능성은 없다고 하더라도, 이 사건 조치가 그 자체로 청구인에게 그러한 위축효과를 줄 수 있음을 명백하다고 볼 것이고, 나아가 이 사건 조치에 대하여 법원에서 소송으로 구제받기는 어렵다는 점에서 헌법기관인 피청구인이 청구인의 위 발언내용이 위법이라고 판단한 이 사건 조치는 최종적·유권적인 판단으로서 기본권 제한의 효과를 발생시킬 가능성이 높다고 할 것이다(헌결 2008.1.17. 2007헌마700).

⇒ [판단이유] 설사 피청구인이 아무런 법적 근거 없이 이 사건 조치를 하였다고 하여도, 공권력의 주체인 피청구인이 뒤에서 보는 바와 같이 청구인의 기본권을 제한하는 처분을 한 것이므로 이는 기본권침해 가능성 있는 공권력의 행사라고 할 것이다.

④ 【○】

행정절차법

제3조 (적용범위)

- ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
- ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.
 1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
 2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
 3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항

– 이하 생략 –

⑤ 【×】

선거관리위원회의 본질적 기능은 선거의 공정한 관리 등 행정기능이고, 그 효과적인 기능 수행과 집행의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서 선거범죄 조사권을 인정하고 있다. 심판대상조항에 의한 자료제출요구는 위와 같은 조사권의 일종으로서 행정조사에 해당하고, 선거범죄 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하려는 목적으로 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하기 위한 수사기관의 활동인 수사와는 근본적으로 그 성격을 달리한다. 심판대상조항에 의한 자료제출요구는 그 성질상 대상자의 자발적 협조를 전제로 할 뿐이고 물리적 강제력을 수반하지 아니한다. 심판대상조항은 피조사자로 하여금 자료제출요구에 응할 의무를 부과하고, 허위 자료를 제출한 경우 형사처벌하고 있으나, 이는 형벌에 의한 불이익이라는 심리적, 간접적 강제수단을 통하여 진실한 자료를 제출하도록 함으로써 조사권 행사의 실효성을 확보하기 위한 것이다. 이와 같이 심판대상조항에 의한 자료제출요구는 행정조사의 성격을 가지는 것으로 수사기관의 수사와 근본적으로 그 성격을 달리하며, 청구인에 대하여 직접적으로 어떠한 물리적 강제력을 행사하는 강제처분을 수반하는 것이 아니므로 영장주의의 적용대상이 아니다(헌결 2019.9.26. 2016헌비381).

⇒ 각급선거관리위원회 위원·직원의 선거범죄 조사에 있어서 피조사자에게 자료제출의무를 부과한 공직선거법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제272조의2 제3항 중 ‘제1항의 규정에 의한 자료의 제출을 요구받은 자’에 관한 부분 및 허위자료를 제출하는 경우 형사처벌하는 구 공직선거법(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되고, 2017. 2. 8. 법률 제14556호로 개정되기 전의 것) 제256조 제5항 제12호 중 ‘제272조의2 제3항의 규정에 위반하여 허위의 자료를 제출한 자에 관한 부분(이하 위 각 조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 영장주의에 위반되는지 여부(소극)

10

헌법소원에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

① 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분(원행정처분)에 대한 헌법소원심판은 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 심판 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 청구할 수 있고, 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분에 대한 헌법소원심판이 허용되지 않는다는 것이 헌법재판소의 입장이다.

② 법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정합이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 언론인이 직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 일정 금액을 초과하는 금품 등을 받거나 요구 또는 약속하는 것을 금지하는 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’ 조항과 관련하여, 사단법인 한국기자협회는 기본권 침해의 자기 관련성이 인정되므로 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원 청구가 허용된다.

③ 검사의 공소제기처분은 법원에 공소가 제기된 이후에는 법원의

재판절차에 흡수되어 그 적법성에 대하여 충분한 사법적 심사를 받게 되므로 원칙적으로 검사의 공소제기 자체는 독립하여 헌법소원의 청구대상이 될 수 없다.

④ 진정에 대한 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다. 그러므로 이에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 한다.

⑤ 유치장 수용자에 대한 신체수색은 유치장의 관리주체인 경찰이 우월적 지위에서 피의자 등에게 일방적으로 강제하는 성격을 지닌 것이므로 권력적 사실행위에 해당하고, 이는 헌법소원심판청구의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 해당한다.

해설

① 【○】

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 행정처분에 대하여도 청구 할 수 있는 것이나 그것이 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분인 경우에는 당해 행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 심판이 가능한 것이고 이와 달리 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분 역시 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다(헌결 1998.7.16. 95헌마77).

⇒ 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분이 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는지 여부(소극)

② 【✗】

청구인 사단법인 한국기자협회는 전국의 신문·방송·통신사 소속 현직 기자 1만 여명을 회원으로 두고 있는 민법상 비영리 사단법인으로서, '신문 등의 진흥에 관한 법률' 제9조 제1항, 제2항에 따라 신문사 업자로 등록하여 일반주간신문인 '기자협회보'를 발행하고 있으므로, '언론증재 및 피해구제 등에 관한 법률' 제2조 제12호에 따른 언론사에 해당한다. 그런데 심판대상조항은 언론인 등 자연인을 수범자로 하고 이를 뿐이어서 청구인 사단법인 한국기자협회는 심판대상조항으로 인하여 자신의 기본권을 직접 침해당할 가능성이 없다. 또 법인이 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구 할 수 없으므로, 청구인 사단법인 한국기자협회가 그 구성원인 기자들을 대신하여 헌법소원을 청구할 수도 없다. 따라서 위 청구인의 심판 청구는 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 없어 부적법하다(헌결 2016.7.28. 2015헌마236).

⇒ 자연인을 수범자로 하는 법률조항에 대한 민법상 비영리 사단법인의 심판청구가 기본권 침해의 자기관련성 요건을 갖추었는지 여부(소극)

③ 【○】

검사의 공소제기처분은 법원에 공소가 제기된 이후에는 법원의 재판 절차에 흡수되어 그 적법성에 대하여 충분한 사법적 심사를 받게 되므로 그 독자적 합헌성을 심사할 필요성이 상실된 것이라 아니할 수 없어 검사의 공소제기자체에 대한 청구인의 이 부분 헌법소원심판 청구도 부적법하다 할 것이다(헌결 1992.12.24. 90헌마158).

④ 【○】

[1] 국가인권위원회는 법률상의 독립된 국가기관이고, 피해자인 진정인에게는 국가인권위원회법이 정하고 있는 구제조치를 신청할 법률상 신청권이 있는데 국가인권위원회가 진정을 각하 및 기각결정을 할 경우 피해자인 진정인으로서는 자신의 인격권 등을 침해하는 인권 침해 또는 차별행위 등이 시정되고 그에 따른 구제조치를 받을 권리를 박탈당하게 되므로, 진정에 대한 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구는 행정심판이나 행정소송 등의 사전 구제절차를 모두 거친 후 청구된 것이 아니므로 보충성 요건을 충족하지 못하였다. ⇒ 행정 심판이나 행정소송 등의 사전구제절차를 거치지 아니하고 청구한 국가인권위원회의 진정에 대한 각하 또는 기각결정의 취소를 구하는 헌법소원심판이 보충성 요건을 충족하는지 여부(소극)

[2] 헌법재판소는 종전 결정에서 국가인권위원회의 진정 각하 또는 기각결정에 대해 보충성 요건을 충족하였다고 보고 본안판단은 한바 있으나, 이 결정의 견해와 저촉되는 부분은 변경한다(헌결 2015.3.26. 2013헌마214).

⇒ 국가인권위원회의 진정 각하 또는 기각결정에 대해 보충성 요건을 충족하였다고 보고 본안판단을 한 종전의 판례를 변경한 사례

⑤ 【○】

유치장 수용자에 대한 신체수색은 유치장의 관리주체인 경찰이 피의자 등을 유치함에 있어 피의자 등의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장 내의 안전과 질서유지를 위하여 실시하는 것으로서 그 우월적 지위에서 피의자 등에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 것이므로 권력적 사실행위라 할 것이며, 이는 헌법소원심판청구의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 포함된다(헌결 2002.7.18. 2000헌마327).

⇒ 현행법으로 체포된 청구인들을 경찰서 유치장에 수용하는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여 실시한 피청구인의 청구인들에 대한 정밀신체수색이 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)

정답 ②

11

소급입법에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

① 전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐뿐더러, 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것이 아니어서 처벌적인 효과를 가진다고 보기 어렵다. 따라서 이는 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지의 원칙이 적용되지 아니한다. 그러므로 전자장치 부착명령 제도가 처음 도입되어 시행될 당시 부착명령의 대상에서 제외되었던 자들을 법 시행 이후의 법 개정을 통하여 새로이 부착명령 대상에 포함시키더라도 위헌이라고 볼 수 없다.

② 진정소급입법이란 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계에 적용하게 하는 것을 뜻하는 것으로서 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용된다. 이에 비해 부진정소급입법은 현재 진행 중인 사실관계에 적용하는 것으로서 원칙적으로 허용된다. 다만 소급효를 필요로 하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가할 뿐이다.

③ 노역장유치조항은 벌금이 납입되지 않는 경우를 대비한 것으로서 벌금을 납입한 때에는 집행될

여지가 없고, 그 자체로 형벌적 성격을 가지거나 징역형에 준할 정도로 신체의 자유를 박탈한다고 볼 수 없다. 따라서 노역장유치조항은 형벌불소급원칙의 적용대상이 아니다.

④ 수급권자 자신이 종전에 지급받던 평균임금을 기초로 산정된 장해보상연금을 수령하고 있던 수급권자에게, 실제의 평균임금이 노동부장관이 고시한 한도금액 이상인 경우 그 한도금액을 실제 임금으로 의제하는 내용으로 신설된 최고보상제도를 일정 유예기간 후 적용하도록 하는 내용의 산업재해보상보험법 부칙조항은, 신뢰보호의 원칙에 위배하여 새로운 제도의 시행 이전에 이미 재해를 입고 수급권이 확정적으로 발생한 사람들의 재산권을 침해한다.

⑤ 현재 공무원이나 사립학교 교직원으로 재직하고 있는 자가 퇴직연금에 대하여 가지는 기대는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당한다. 따라서 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐, 소급입법에 의한 재산권박탈의 문제는 생기지 않는다.

해설

① 【○】 [1] 전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성 폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 의무적 노동의 부과나 여가시간의 박탈을 내용으로 하지 않고 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 처벌 적인 효과를 나타낸다고 보기 어렵다. 또한 부착명령에 따른 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위하여 피부착자에 관한 수신자료의 이용을 엄격하게 제한하고, 재범의 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 부착명령을 가해제할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 이 사건 부착명령은 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다.

[2] 이 사건 부착조항은 개정 전 법률로는 전자장치 부착명령의 대상자에 포함되지 아니한 성폭력범죄자의 재범에 효과적으로 대처할 만한 수단이 없다는 우려 아래 대상자의 범위를 확대한 것으로서, <중략> 따라서 이 사건 부착조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다(헌결 2012.12.27. 2010헌가82).

⇒ 이 사건 부착조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

② 【○】 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는데 반하여, 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법자국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다(헌결 1999.7.22. 97헌바76).

③ 【×】

형벌불소급원칙에서 의미하는 '처벌'은 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않으며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다. 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다. 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 자에 대하여 유치기간의 하한을 중하게 변경시킨 것이므로, 이 조항 시행 전에 행한 범죄행위에 대해서는 범죄행위 당시에 존재하였던 법률을 적용하여야 한다. 그런데 부착조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행해진 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있으므로,

이는 범죄행위 당시 보다 불이익한 법률을 소급 적용하도록 하는 것으로서 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다(위헌 헌결 2017.10.26. 2015헌바239). ★★

⇒ 노역장유치조항을 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 '부칙조항'이라 한다)이 형벌불소급원칙에 위반되는지 여부(적극)

④ 【○】

장해급여제도는 본질적으로 소득재분배를 위한 제도가 아니고, 손해 배상 내지 손실보상적 급부인 점에 그 본질이 있는 것으로, 산업재해 보상보험이 갖는 두 가지 성격 중 사회보장적 급부로서의 성격은 상대적으로 약하고 재산권적인 보호의 필요성은 보다 강하다고 볼 수 있어 다른 사회보험수급권에 비하여 보다 엄격한 보호가 필요하다. 장해급여제도에 사회보장 수급권으로서의 성격도 있는 이상 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 자금마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체는 입법자의 결단으로서 형성적 재산권의 범위 내에 있다고 보더라도, 그러한 입법자의 결단은 최고보상제도 시행 이후에 산재를 입는 근로자들부터 적용될 수 있을 뿐, 제도 시행 이전에 이미 재해를 입고 산재보상수급권이 확정적으로 발생한 청구인들에 대하여 그 수급권의 내용을 일시에 급격히 변경하여 가면서까지 적용할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서, 심판대상조항은 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다(위헌 헌결 2009.5.28. 2005헌바20). ★★

⇒ 2000. 7. 1.부터 시행되는 최고보상제도[산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '산재법'이라 한다.) 제38조 제6항]를 2000. 7. 1. 전에 장해사유가 발생하여 장해보상연금을 수령하고 있던 수급권자에게도 2년6월의 유예기간 후 2003. 1. 1.부터 적용하는 산재법 부칙(법률 제6100호, 1999. 12. 31.) 제7조 중 "2002. 12. 31.까지는" 부분이 신뢰보호원칙에 위배하여 재산권을 침해하는지 여부(적극)

⑤ 【○】 공무원연금법 제27조 제3항, 사립학교교직원연금법 제35조 제3항은 현재 공무원이나 사립학교교직원으로 재직하고 있는 자로서 퇴직연금에 대한 기여금을 납입하고 퇴직하는 경우 장차 받게 될 퇴직연금에 대한 급여액의 산정기초를 종전에 '퇴직 당시의 보수월액'으로 하던 것을 '최종 3년간 평균보수월액'으로 변경한 것이므로, 위 퇴직연금에 대한 기대는 재산권의 성질을 가지고 있으나 확정되지 아니한 형성 중에 있는 권리로서 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당되는 것이어서, 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐, 소급입법에 의한 재산권박탈의 문제는 아니므로, 위 법률조항은 소급입법에 의한 재산권박탈금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다(헌결 2003.9.25. 2001헌마93).

정답 ③

12

헌법소원의 대상성 내지 심판대상에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 헌법소원심판청구 후에 유효하게 공포·시행되었다 하더라도, 심판청구 당시 공포되기 전의 법률이었다면 헌법소원의 대상성이 부인된다.
- ② 입법부작위 중 ‘부진정입법부작위’의 경우에는 결함이 있는 당해 입법규정 그 자체를 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구하여야 한다.
- ③ 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정규칙은 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없으므로 헌법소원의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다.
- ④ 행정청의 사실행위는 ‘비권력적 사실행위’와 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위만 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.
- ⑤ 헌법재판소는 ‘구법’ 조항에 관하여 위헌결정을 선고하면서, 해당 조항과 자구상의 표현만 다를 뿐 그 실질적 내용이 동일한 ‘신법’ 조항에 대하여까지 심판대상을 확장하여 판단하는 경우가 있다.

해설

① 【×】

법률안이 거부권 행사에 의하여 최종적으로 폐기되었다면 모르되, 그렇지 아니하고 공포되었다면 법률안은 그 동일성을 유지하여 법률로 확정되는 것이라고 보아야 하므로 이에 대한 헌법소원은 적법하다(헌결 2001.11.29. 99헌마494).

⇒ 공포 전 법률에 대한 헌법소원의 적법 여부(적극)

② 【○】

이른바 부진정입법부작위를 대상으로 헌법소원을 제기하려면 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정의 제소기간을 준수하여야 한다(헌결 1996.10.31. 94헌마108).

③ 【○】

일반적으로 행정규칙은 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니어서 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 아니한다. 그러나 행정규칙이 법령의 직접적 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인바, 헌법소원의 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면 이에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다(헌결 2013.5.28. 2013헌마334).

④ 【○】 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은자가 제기하는 권리구제수단이므로, 공권력의 행사를 대상으로 하는 헌법소원에 있어서는 적어도 기본권침해의 원인이 되는 행위가 공권력의 행사에 해당하여야 한다. 한편, 행정청의 사실행위는 경고·권고·시사와 같은 정보제공 행위나 단순한 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위만 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하고 비권력적 사실행위는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다(헌결 2012.11.6. 2012헌마828).

⑤ 【○】 이 사건 현행법 조항은 일부 자구상의 표현만 다를 뿐 실질적 내용에 변함이 없고 위헌 여부에 관하여 이 사건 구법 조항과 결론을 같이 할 것이 명백하므로, 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 심판대상에 포함하여 함께 판단한다(헌불 헌결 2018.1.25. 2017헌가7).

⇒ 소년법(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 개정된 것) 제67조(이하 ‘이 사건 현행법 조항’이라 한다)에 대한 심판대상의 확장과 헌법불합치결정의 필요성

정답 ①

13

혼인과 가족생활의 보장에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 혼인과 가족생활의 보장에 관한 헌법 제36조 제1항은 인간의 존엄과 양성의 평등이 가족생활에서도 보장되어야 한다는 요청에서 인간다운 생활을 보장하는 기본권의 성격을 갖는 동시에 그 제도적 보장의 성격도 가진다.
- ② 헌법 제36조 제1항에 의하여 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 과제가 국가에 부여되고, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.
- ③ 혼인과 가족생활에서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권은 존중되어야 한다. 혼인과 가족관계가 다른 사람의 기본권이나 공공의 이익을 침해하지 않는 한 혼인과 가족생활에 대한 국가기관의 개입은 자제되어야 한다. 이러한 가족생활에 관한 개인과 가족의 자율권 및 아동의 권리는 가족생활의 법률관계 및 그 발생·변동 사항에 관한 등록을 규정하는 민

법과 가족관계등록법을 해석·적용할 때에도 존중되어야 한다.

- ④ 헌법 제36조 제1항에서 규정하는 ‘혼인’이란 양성이 평등하고 존엄한 개인으로서 자유로운 의사의 합치에 의하여 생활공동체를 이루는 것을 말하므로, 법적으로 승인되지 아니한 사실혼 역시 법률혼과 마찬가지로 헌법 제36조 제1항의 보호범위에 포함된다는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- ⑤ 현대사회에서 개인이 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서부터 시작한다. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가진다. 이러한 권리의 ‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다.

해설

①【○】

“혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항은, 인간의 존엄과 양성의 평등이 가족생활에 있어서도 보장되어야 한다는 요청에서 인간다운 생활을 보장하는 기본권 보장의 성격을 갖는 동시에 그 제도적 보장의 성격도 갖고 있는 것으로 파악되는바, 이 사건 법률조항에 의한 가중처벌에 의하여 가족 개개인의 존엄성 및 양성의 평등이 훼손되거나 인간다운 생활을 보장받지 못하게 되리라는 사정은 찾아볼 수 없고, 오히려 패륜적·반도덕적 행위의 가중처벌을 통하여 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리를 형법상 보호함으로써 개인의 존엄과 가치를 더욱 보장하고 이를 통하여 올바른 사회질서가 형성될 수 있다고 보아야 할 것이다(현결 2002.3.28. 2000헌바53).

②【○】

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족생활영역에서 더욱 더 구체화함으로써 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하려는 목적을 기진다. 이 때 특정한 법률조항이 혼인한 자를 불리하게 하는 차별취급은 중대한 합리적 근거가 존재하여 헌법상 정당화되는 경우에만 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다(현결 2002.8.29. 2001헌바82).

③【○】 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 천명하고 있다. 혼인과 가족생활에서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권은 존중되어야 하며, 혼인과 가족관계가 다른 사람의 기본권이나 공공의 이익을 침해하지 않는 한 혼인과 가족생활에 대한 국가기관의 개입은 자제하여야 한다. 또한 「아동의 권리에 관한 협약」 제7조 제1항은 ‘아동은 태어난 즉시 출생등록되어야 하며, 출생 시부터 이름을 갖고, 국적을 취득하며, 가능한 한 부모를 알고, 부모에게 양육받을 권리가 있다’고 선언하고 있다. 이러한 가족생활에 관한 개인과 가족의 자율권 및 아동의 권리는 가족생활의 법률관계 및 그 발생·변동사항에 관한 등록을 규정하는 민법과 가족관계등록법을 해석·적용할 때에도 존중되어야 한다(대결 2020.6.8. 2020스575). ★

④【×】

청구인은 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하지 않는 것이 헌법 제36조 제1항의 국가의 혼인제도 보장의무 위반이라고 주장한다. 그러나 헌법 제36조 제1항에서 규정하는 '혼인'이란 양성이 평등하고 존엄한 개인으로서 자유로운 의사의 합치에 의하여 생활공동체를 이루는 것으로서 법적으로 승인받은 것을 말하므로, 법적으로 승인되지 아니한 사실혼은 헌법 제36조 제1항의 보호범위에 포함된다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위반되지 않는다(현결 2014.8.28. 2013헌바119).

⑤【○】

출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자(자)는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제2조 제1항). 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대하여 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 절차가 복잡하고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지 결과가 발생한다면 이는 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것이다(헌법 제10조). 현대사회에서 개인이 국가가 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서 시작한다. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가진다. 이러한 권리는 ‘법 앞에 인간으로 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 제한하거나 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항)(대결 2020.6.8. 2020스575). ★

⇒ 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가지는지 여부(적극)

정답 ④

14

공무원의 선거중립의무에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 공무원의 정치적 중립의무에 관한 공직선거법 제9조의 ‘공무원’에는 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원, 즉 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원을 포함한다.
- ② 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등이 공직선거법 제9조의 ‘공무원’에 포함된다.
- ③ 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여서는 기본권 주체성을 갖는다.
- ④ 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다.
- ⑤ 정무직 공무원에 관하여 국가공무원법 조항은 일반적 정치활동을 허용하는데 반하여, 공직선거법 조항은 정치활동 중 ‘선거에 영향을 미치는 행위’만을 금지하고 있으므로, 공직선거법 조항이 선거 영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다.

해설

① 【○】 ② 【×

이 사건 법률조항 중 수범자인 행위주체 부분을 살펴보면, 주체는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자’로 규정되어 있으므로, 이 때 ‘공무원은 자유선거원칙과 선거에서의 정당의 기회균등을 수호하여야 하는 모든 공무원을 의미한다. 그런데 사실상 모든 공무원이 그 직무의 행사를 통하여 선거에 부당한 영향력을 행사할 수 있는

지위에 있으므로, 여기서의 공무원이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함하며, 특히 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성이 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크다고 판단되므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원 보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다. 다만 공무원 중에서 국회의원과 지방의회의원은 정치활동의 자유가 보장되고(국가공무원법 제3조 제3항, 제65조, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’ 제2조 제4호) 선거에서의 중립의무 없이 선거운동이 가능하므로(공직선거법 제60조 제1항 제4호, 정당법 제22조 제1항 제1호 단서) 국회의원과 지방의회의원은 위 공무원의 범위에 포함되지 않는다(헌결 2008.1.17. 2007헌마700). ★★

③ 【○】

대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다(헌결 2008.1.17. 2007헌마700). *

④ 【○】

오늘날의 대의민주주의 하에서 선거는 국민이 통치기관을 결정·구성하는 방법이고 선출된 대표자에게 민주적 정당성을 부여함으로써 국민주권주의 원리를 실현하는 핵심적인 역할을 하고 있으므로 선거에서의 공정성 요청은 매우 중요하고 필연적인바, 공명선거의 책무는 우선적으로 국정의 책임자인 대통령에게 있다. 또한 선거에 관한 사무는 행정부와는 독립된 헌법기관인 선거관리위원회가 주관하게 되어 있지만(헌법 제114조 제1항), 선거를 구체적으로 실행하는 데 있어서 행정부 공무원의 지원과 협조 없이는 현실적으로 불가능하므로 행정부 수반인 대통령의 선거중립이 매우 긴요하다. 나아가 공무원들이 직업공무원제에 의하여 신분을 보장받고 있다 하여도, 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해할 우려가 무척 높다. 결국 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다(헌결 2008.1.17. 2007헌마700).

⑤ 【○】

국가공무원법 조항은 정무직 공무원들의 일반적 정치활동을 허용하는 데 반하여, 이 사건 법률조항은 그들로 하여금 정치활동 중 ‘선거에 영향을 미치는 행위’만을 금지하고 있으므로, 위 법률조항은 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다고 할 것이다(헌결 2008.1.17. 2007헌마700).

정답 ②

15

조세법률주의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

① 특정인이나 특정계층에 대한 조세의 감면은 특정 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠맡기는 것에 다름 아니므로, 국민주권주의나 법치주의의 원리에 따라 이러한 조세감면에 관한 근거 역시 법률로 정하여야 한다.

② 어느 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자는 폭넓은 재량을 갖는다. 다만 부담금 납부자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 상당한 관련성을 가져야만 하며, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우 그 징수의 적법성은 입법자에 의해 주기적으로 심사될 것이 요구된다.

③ 조세법의 영역에서 법치국가원리는 조세법률주의로 나타난다. 법치국가원리는 국가권력의 행사가 법의 지배 원칙에 따라 법적으로 구속을 받는 것을 뜻한다. 법치주의는 국가권력의 중립성과 공공성 및 윤리성을 확보하기 위한 것이므로, 모든 국가기관과 공무원은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 됨은 물론 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 그 권한을 남용하여서는 아니 된다.

④ 조세채권은 국세징수법에 의하여 우선권 및 자력집행권 등이 인정되는 권리로서 사적 자치가 인정되는 사법상의 채권과는 그 성질을 달리할 뿐 아니라, 부당한 조세징수로부터 국민을 보호하고 조세부담의 공평을 기하기 위하여 그 성립과 행사는 법률에 의해서만 가능하고 법률의 규정과 달리 당사자가 그 내용 등을 임의로 정할 수 없다.

⑤ 조세에 관한 법률이 아닌 사법상 계약에 의하여 납세의무 없는 자에게 조세채무를 부담하게 하거나 이를 보증하게 하여 이들로부터 조세채권의 종국적 만족을 실현하는 것은 조세의 본질적 성격에 반할 뿐 아니라 과세관청이 과세징수상의 편의만을 위해 법률의 규정 없이 조세채권의 성립 및 행사 범위를 임의로 확대하는 것으로서 허용될 수 없다.

해설

① 【○】 조세의 감면에 관한 규정은 조세의 부과·징수의 요건이나 절차와 직접 관련되는 것은 아니지만, 조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호간에는 조세의 전가 관계가 있으므로 특정인이나 특정계층에 대하여 정당한 이유없이 조세감면의 우대조치를 하는 것은 특정한 납세자군이 조세의 부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠맡기는 것에 다름아니므로 조세감면의 근거 역시 법률로 정하여야만 하는 것이 국민주권주의나 법치주의의 원리에 부응하는 것이다(헌결 1996.6.26. 93헌바2).

② 【×】 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 어떤 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자의 자유로운 선택권을 허용하여서는 안 된다. 부담금 납부의무자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 '특별히 밀접한 관련성'을 가져야 하며, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사될 것이 요구된다. 다만, 부담금이 재정조달목적뿐 아니라 정책실현목적도 함께 가지는 경우에는 위 요건들 중 일부가 완화된다(헌결 2004.7.15. 2002헌바42).

③ 【○】 법치국가원리는 국가권력의 행사가 법의 지배 원칙에 따라 법적으로 구속을 받는 것을 뜻한다. 법치주의는 원래 국가권력의 자의적 행사를 막기 위한 대서 출발한 것이다. 국가권력의 행사가 공동선의 실현을 위하여서가 아니라 특정 개인이나 집단의 이익 또는 정파적 이해관계에 의하여 좌우된다면 권력의 남용과 오용이 발생하고 국민의 자유와 권리의 침해되어 힘에 의한 지배가 되고 만다. 법치주의는 국가권력의 중립성과 공공성 및 윤리성을 확보하기 위한 것이므로, 모든 국가기관과 공무원은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 됨은 물론 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 그 권한을 남용하여서는 아니 된다. 조세법의 영역에서 법치국가원리는 조세법률주의로 나타난다(헌법 제59조)(대판 2016.12.15. 2016두47659).

④ 【○】 ⑤ 【○】 조세재권은 국세징수법에 의하여 우선권 및 자력집행권 등이 인정되는 권리로서 사적 자치가 인정되는 사법상의 채권과 그 성질을 달리할 뿐 아니라, 부당한 조세징수로부터 국민을 보호하고 조세부담의 공평을 기하기 위하여 그 성립과 행사는 법률에 의해서만 가능하고 법률의 규정과 달리 당사자가 그 내용 등을 임의로 정할 수 없으며, 조세재무관계는 공법상의 법률관계로서 그에 관한 쟁송은 원칙적으로 행정소송법의 적용을 받고, 조세는 공익성과 공공성 등의 특성을 갖는다는 점에서도 사법상의 채권과 구별된다. 따라서 조세에 관한 법률이 아닌 사법상 계약에 의하여 납세의무 없는 자에게 조세채무를 부담하게 하거나 이를 보증하게 하여 이들로부터 조세채권의 종국적 만족을 실현하는 것은 앞서 본 조세의 본질적 성격에 반할 뿐 아니라 고지관청이 과세징수상의 편의만을 위해 법률의 규정 없이 조세채권의 성립 및 행사 범위를 임의로 확대하는 것으로서 허용될 수 없다(대판 2017.8.29. 2016다224961).

정답 ②



Closer 상용

뉴욕양키스의 전설의 클로저 마리아노 리베라처럼
헌법의 미무리 투수를 꿈꾸며, 2017년 촛불집회에
영감을 얻은 우리들의 헌법이야기, 2018년 작은헌법,
최종병기 공직선거법 시리즈, 2019년 별이 빛나는
헌법 시리즈, 클로저 헌법, 2020년 대한민국 헌법,
원테이크 공무원 헌법 시리즈 등을 출간했고,
더 좋은 작품을 위해 2021년을 준비하고 있다.

현재 프라임 법학원, 합격의 법학원에서 헌법을,
모두공에서 공직선거법을 강의하며 진정한
클로저를 꿈꾸고 있는 중이다.

16

근로의 권리에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- 가. 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지며, 이는 헌법상 보장된 권리이다.
- 나. 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- 다. 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 않을 수 있다.
- 라. 교원노조를 설립하거나 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등교원으로 한정함으로써 ‘교육공무원이 아닌 대학 교원’에 대하여 근로 기본권의 핵심인 단결권조차 전면적으로 부정한 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 조항에 대하여는 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 없다.
- 마. ‘교육공무원인 대학 교원’에 대하여는, 교육공무원의 직무수행의 특성과 헌법 제33조 제1항 및 제2항의 정신을 종합해 볼 때 단결권을 허용하지 않는 것이 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

가 [○]

근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 따라서 **근로3권의 사회권적 성격은 입법조치를 통하여 근로자의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무에 있다**(헌결 1998.2.27. 94헌바13).

나 [○] 다 [×]

헌법

- 제33조** ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
 ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
 ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

라 [○] 마 [×] ★★

대학 교원을 교육공무원 아닌 대학 교원과 교육공무원인 대학 교원으로 나누어, 각각의 단결권 침해가 헌법에 위배되는지 여부에 관하여 본다. 먼저, 심판대상조항으로 인하여 〈교육공무원 아닌 대학 교원〉들이 헌법상 보장하고 있는 근로3권의 핵심적이고 본질적인 권리이다. 심판대상조항의 입법목적이 재직 종인 초·중등교원에 대하여 교원노조를 인정해 줌으로써 교원노조의 자주성과 주체성을 확보한다는 측면에서는 그 정당성을 인정할 수 있을 것이다. 교원노조를 설립하거나 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등교원으로 한정함으로써 교육공무원이 아닌 대학 교원에 대해서는 근로기본권의 핵심인 단결권조차 전면적으로 부정한 측면에 대해서는 그 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵고, 수단의 적합성 역시 인정할 수 없다. 설령 일반 근로자 및 초·중등교원과 구별되는 대학 교원의 특수성을 인정하더라도, 대학 교원에게도 단결권을 인정하면서 다만 해당 노동조합이 행사할 수 있는 권리를 다른 노동조합과 달리 강한 제약 아래 두는 방법도 얼마든지 가능하므로, 단결권을 전면적으로 부정하는 것은 필요 최소한의 제한이라고 보기 어렵다. 또 최근 들어 대학 사회가 다층적으로 변화하면서 대학 교원의 사회·경제적 지위의 향상을 위한 요구가 높아지고 있는 상황에서 단결권을 행사하지 못한 채 개별적으로만 근로조건의 향상을 도모해야 하는 불이익은 중대한 것으로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

다음으로 〈교육공무원인 대학 교원〉에 대하여 보더라도, 교육공무원의 직무수행의 특성과 헌법 제33조 제1항 및 제2항의 정신을 종합해 볼 때, 교육공무원에게 근로3권을 일체 허용하지 않고 전면적으로 부정하는 것은 합리성을 상실한 과도한 것으로서 입법형성권의 범위를 벗어나 헌법에 위반된다(헌률 헌결 2018.8.30. 2015헌기38). ⇒ ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’의 적용대상을 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원이라고 규정함으로써, 고등교육법에서 규정하는 대학 교원들의 단결권을 인정하지 않는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2010. 3. 7. 법률 제10132호로 개정된 것, 이하 ‘교원노조법’이라 한다) 제2조 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(적극)

- 정답 ③

17

텔레비전방송 수신료(이하 ‘수신료’라 함)에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

① 한국방송공사의 공영방송사업에 필요한 재원은 원칙적으로 수신료로 충당된다. 따라서 방송법 제64조는 한국방송공사가 수행하는 각종 방송문화활동, 방송시설의 설치·운영 등 사업의 직·간접적인 수혜자라고 볼 수 있는 수상기 소지자에게 수신료를 부담시킴으로써 공영방송의 재원을 안정적으로 확보하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다.

② 수신료는 국가의 일반적 재정수입을 목적으로 하는 것이 아니라 공영방송사업이라는 특정사업의 재정조달을 목적으로 하는 것으로 국가의 일반적 과제와는 구별되며, 부담금의 형식을 남용한 것으로 볼 수 없다.

③ 공영방송이 국가로부터 예산의 형태로 그 운영자금을 지원받거나 재원마련을 광고수입에 전적으로 의존한다면 방송의 중립성과 독립성을 지키는 것은 사실상 요원해 진다. 수상기 소지자로부터 징수되는 수신료는 공영방송이 국가나 각종 이익단체에 재정적으로 종속되는 것을 방지할 뿐만 아니라 공영방송 스스로 국민을 위한 다양한 프로그램을 자기 책임하에 형성할 수 있는 계기를

제공해 준다. 이러한 의미에서 공영방송의 직·간접적 수혜자인 수상기 소지자에게 수신료를 부과하는 것은 공영방송사업의 재원마련이라는 입법목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단으로 볼 수 있다.

④ 수신료의 납부의무자는 텔레비전 방송을 수신하기 위하여 수상기를 소지하고 있는 자들로서 일반인들과 구별되는 집단적 동질성을 가지고 있으며, 공영방송의 시청, 방송문화활동의 직·간접적인 수혜자라는 점에서 객관적으로 밀접한 관련성을 가지고, 또한 이러한 공적과제 실현에 있어 조세외적 부담을 져야할 집단적 책임이 인정되고, 수신료 수입이 결국 수신료 납부의무자들의 집단적 이익을 위하여 사용된다 할 것이므로 수신료 납부의무자들과 수신료를 통해 달성하려는 특별한 공적 과제 사이에는 ‘특별히 밀접한 관련성’이 인정된다.

⑤ 수신료는 한국방송공사의 텔레비전방송을 시청하는 대가이므로 특정 이익의 혜택이나 특정 시설의 사용가능성에 대한 금전적 급부인 수익자부담금에 해당한다.

해설

① 【○】

방송법 제56조는 ‘공사의 경비는 제64조의 규정에 의한 텔레비전방송수신료로 충당하되, 목적 업무의 적정한 수행을 위하여 필요한 경우에는 방송광고수입 등 대통령령이 정하는 수입으로 충당할 수 있다.’고 규정하고 있는바, **한국방송공사의 공영방송사업에 필요한 재원은 원칙적으로 수신료로 충당된다.** 따라서 방송법 제64조는 **한국방송공사가 수행하는 각종 방송문화활동, 방송시설의 설치·운영 등 사업의 직·간접적인 수혜자라고 볼 수 있는 수상기 소지자에게 수신료를 부담시킴으로써 공영방송의 재원을 안정적으로 확보하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다**(헌결 2008.2.28. 2006헌바70).

② 【○】

수신료는 국가의 일반적 재정수입을 목적으로 하는 것이 아니라 공영방송사업이라는 특정사업의 재정조달을 목적으로 하는 것으로 국가의 일반적 과제와는 구별되며, 부담금의 형식을 남용한 것으로 볼 수 없다. 또한 공영방송이 국가로부터 예산의 형태로 그 운영자금을 지원받거나 재원마련을 광고수입에 전적으로 의존한다면 방송의 중립성과 독립성을 지키는 것은 사실상 요원해 질 것이다. 수상기 소지자로부터 징수되는 수신료는 공영방송이 국가나 각종 이익단체에 재정적으로 종속되는 것을 방지할 뿐만 아니라 공영방송 스스로 국민을 위한 다양한 프로그램을 자기책임하에 형성할 수 있는 계기를 제공해 준다. 이러한 의미에서 공영방송의 직·간접적 수혜자인 수상기 소지자에게 수신료를 부과하는 것은 공영방송사업의 재원마련이라는 입법목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단으로 볼 수 있다(헌결 2008.2.28. 2006헌바70).

③ 【○】

헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는바, 헌법이 여러 공과금 중 조세에 관하여 이와 같이 특별히 명시적 규정을 두고 있는 것은 국가 또는 지방자치단체의 공적 과제 수행에 필요한 재정의 조달이 일차적으로 조세에 의해 이루어질 것을 예정하였기 때문이라 할 것이다. 그런데 만일 실질적으로는 국가 등의 일반적 과제에 관한 재정조달을 목표로 하여 조세의 성격을 띠는 것임에도 단지 국민의 조세저항이나 이중과세의 문제를 회피하기 위한 수단으로 부담금이라는 형식을 남용한다면, 조세를 중심으로 재정을 조달한다는 헌법상의 기본적 재정질서가 교란될 위험이 있을 뿐만 아니라, 조세에 관한 헌법상의 특별한 통제장치가 무력화될 우려가 있다. 따라서 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 국가의 일반적 과제를 수행하는데 부담금의 형식을 남용해서는 안된다. 수신료는 국가의 일반적 재정수입을 목적으로 하는 것이 아니라 공영방송사업이라는 특정사업의 재정조달을 목적으로 하는 것으로 국가의 일반적 과제와는 구별되며, 부담금의 형식을 남용한 것으로 볼 수 없다. 또한 **공영방송이 국가로부터 예산의 형태로 그 운영자금을 지원받거나 재원마련을 광고수입에 전적으로 의존한다면 방송의 중립성과 독립성을 지키는 것은 사실상 요원해 질 것이다.** 수상기 소지자로부터 징수되는 수신료는 공영방

송이 국가나 각종 이익단체에 재정적으로 종속되는 것을 방지할 뿐만 아니라 공영방송 스스로 국민을 위한 다양한 프로그램을 자기책임하에 형성할 수 있는 계기를 제공해 준다. 이러한 의미에서 공영방송의 직·간접적 수혜자인 수상기 소지자에게 수신료를 부과하는 것은 공영방송사업의 재원마련이라는 입법목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단으로 볼 수 있다(헌결 2008.2.28. 2006헌바70).

④ 【○】

한편 부담금이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 부담금 납부의무자가 부담금을 통해 추구하고자 하는 공적과제에 대하여 일반 국민에 비해 ‘특별히 밀접한 관련성’을 가져야 한다. **수신료의 납부의무자는 텔레비전 방송을 수신하기 위하여 수상기를 소지하고 있는 자들로서 일반인들과 구별되는 집단적 동질성을 가지고 있으며, 공영방송의 시청, 방송문화활동의 직·간접적인 수혜자라는 점에서 객관적으로 밀접한 관련성을 가지고, 또한 이러한 공적과제 실현에 있어 조세와적 부담을 져야할 집단적 책임이 인정되고, 수신료 수입이 결국 수신료 납부의무자들의 집단적 이익을 위하여 사용된다 할 것이므로 수신료 납부의무자들과 수신료를 통해 달성하려는 특별한 공적 과제 사이에는 ‘특별히 밀접한 관련성’이 인정된다**(헌결 2008.2.28. 2006헌바70).

⑤ 【×】 ★ 수의자부담금이 아니라 특별부담금

수신료는 공영방송사업이라는 특정한 공의사업의 소요경비를 충당하기 위한 것으로서(방송법 제56조) 일반 재정수입을 목적으로 하는 조세와 다르다. 또, 텔레비전방송을 수신하기 위하여 수상기를 소지한 자에게만 부과되어 공영방송의 시청가능성이 있는 이해관계인에게만 부과된다는 점에서도 일반 국민·주민을 대상으로 하는 조세와 차이가 있다. 그리고 ‘**한국방송공사의 텔레비전방송을 수신하는 자**’가 아니라 ‘**텔레비전방송을 수신하기 위하여 수상기를 소지하는 자**’가 부과대상이므로 실제 방송시청 여부와 관계없이 부과된다는 점, 그 금액이 공사의 텔레비전방송의 수신정도와 관계없이 정액으로 정해져 있는 점 등을 감안할 때 이를 공사의 서비스에 대한 대가나 수의자부담금으로 보기도 어렵다. 따라서 수신료는 **공영방송사업이라는 특정한 공의사업의 경비조달에 충당하기 위하여 수상기를 소지한 특정집단에 대하여 부과되는 특별부담금에 해당한다고** 할 것이다(헌결 2008.2.28. 2006헌바70).

정답 ⑤

18

국무총리의 헌법상 지위에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ㄱ. 국무총리는 국무위원과 마찬가지로 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 권한은 있으나, 국회나 그 위원회의 요구가 있을 때 출석하여 답변할 의무는 없다.
- ㄴ. 공무원의 정치적 중립의무에 관한 공직선거법 제9조의 ‘공무원’은 좁은 의미의 직업공무원을 대상으로 하고, 적극적인 정치활동을 하는 공무원인 국무총리는 이에 포함되지 않는다.
- ㄷ. 국회는 대통령에 대하여는 불신임결의를 할 수 없으나, 국무총리나 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.
- ㄹ. 대통령이 궐위된 때에 잔여임기가 6개월 미만인 경우에는 국무총리가 잔여임기 동안 대통령의 권한을 대행한다.
- ㅁ. 감사원은 대통령에 소속된 기관으로 국무총리의 통찰을 받지 아니한다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

ㄱ【×】

헌법

제62조 ① 국무총리 · 국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다.

② 국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리 · 국무위원 또는 정부위원은 출석 · 답변하여야 하며, 국무총리 또는 국무위원이 출석요구를 받은 때에는 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 출석 · 답변하게 할 수 있다.

ㄴ【×】 ★ 이미 앞의 14번 문제에서 살펴본 중복지문에 해당하므로 간략히 해설함!

여기서의 공무원이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함하며, <중략> 국회의원과 지방의회의원은 위 공무원의 범위에 포함되지 않는다(헌결 2008.1.17. 2007현마700).

ㄷ【○】 ★ 국회는 대통령을 불신임결의 할 수 없으나, 탄핵소추의결은 할 수 있다.

헌법

제63조 ① 국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.

제65조 ① 대통령 · 국무총리 · 국무위원 · 행정각부의 장 · 헌법재판소 재판관 · 법관 · 중앙선거관리위원회 위원 · 감사원장 · 감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

ㄹ【×】

헌법

제68조 ① 대통령의 임기가 만료되는 때에는 임기만료 70일 내지 40일전에 후임자를 선거한다.

② 대통령이 궐위된 때 또는 대통령 당선자가 사망하거나 판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때에는 60일 이내에 후임자를 선거한다.

ㅁ【○】

헌법

제97조 국가의 세입 · 세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.

정답 ④

19

사생활의 비밀과 자유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 엄중격리대상자의 수용거실에 CCTV를 설치하는 행위에 관해서는 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 허용하는 법률규정 자체에 의하여 허용된다고 보아야 한다. CCTV에 의하여 감시되는 엄중격리대상자에 대하여는 지속적이고 부단한 감시가 필요할 뿐 아니라 자살·자해나 흥기제작 등의 위험성을 고려하면 기본권 제한의 최소성 요건이나 법의균형성의 요건도 충족하고 있어 사생활의 비밀 및 자유를 침해한다고 볼 수 없다.
- ② 인터넷 언론사의 공개된 게시판·대화방에서 스스로의 의사에 의하여 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위는 정당·후보자에 대한 단순한 의견 등의 표현행위에 불과하여 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역이라고 할 수 없다. 그러므로 그 과정에서 실명확인 절차의 부담을 진다고 하더라도 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유를 제한받는다고 볼 수 없다.
- ③ 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”라고 규정하여 사생활의 비밀과 자유를 국민의 기본권

의 하나로 보장하고 있다. 여기서 사생활의 비밀은 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미하고, 사생활의 자유란 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이다.

- ④ 법원의 제출명령이 있는 경우 당해 법적 분쟁에 있어서 증명할 사실과 관련된 금융거래정보를 공개할 수 있도록 한 것은 객관적인 증거에 의해 확인되는 실체적 진실에 따라 법적 분쟁을 공정하게 해결하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고 수단의 적합성도 인정된다.
- ⑤ 선거운동 과정에서 자신의 인격권이나 명예권을 보호하기 위하여 대외적으로 해명을 하는 행위는 표현의 자유에 속하는 영역이라고 할 수 있을 뿐 사생활의 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어났으므로, 선거와 관련하여 문서, 도화 등의 배부 등의 행위를 제한하고 있는 구 공직선거법 및 선거부정방지법 제93조 제1항은 사생활의 자유를 침해하지 아니한다.

해설

① 【○】

이 사건 CCTV 설치행위는 행형법 및 교도관직무규칙 등에 규정된 교도관의 계호활동 중 육안에 의한 시선계호를 CCTV 장비에 의한 시선계호로 대체한 것에 불과하므로, 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 하용하는 법률규정에 의하여 허용된다고 보아야 한다. 한편 CCTV에 의하여 감시되는 엄중격리대상자에 대하여 지속적이고 부단한 감시가 필요하고 자살·자해나 흉기 제작 등의 위험성 등을 고려하면, 제반사정을 종합하여 볼 때 기본권 제한의 최소성 요건이나 법익균형성의 요건도 충족하고 있다. 따라서 이 사건 CCTV 설치행위는 헌법 제17조 및 제37조 제2항을 위반하여 청구인들의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고 볼 수 없다(헌결 2008.5.29. 2005헌마137).

⇒ 엄중격리대상자의 수용거실에 CCTV를 설치하여 24시간 감시하는 행위가 법률유보의 원칙에 위배되어 사생활의 자유·비밀을 침해하는 것인지의 여부(소극)

② 【○】

인터넷언론사의 공개된 게시판·대화방에서 스스로의 의사에 의하여 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위는 정당·후보자에 대한 단순한 의견 등의 표현행위에 불과하여 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역이라고 할 수 없으므로, 그 과정에서 실명확인 절차의 부담을 진다고 하더라도 이를 두고 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유를 제한받는 것이라고 볼 수 없어 그 침해 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 아니한다(헌결 2010.2.25. 2008 헌마324).

⇒ 인터넷언론사의 공개된 게시판·대화방에서 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역인지 여부(소극)

③ 【×】 ★ 이처럼 단어 숨은 그림찾기 문제는 시험장에서는 잘 보이지 않는다는게 어려움입니다. 나머지 지문의 소거법을 통해 함정에 빠지지 않도록 유의하세요^^

헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니 한다.”고 규정하여 사생활의 비밀과 자유를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있다. 사생활의〈비밀〉은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의〈자유〉는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다. 요컨대 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 사생활영역의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이다(헌결 2007.5.31. 2005헌마1139).

④ 【○】

이 사건 금융실명법 조항은 객관적인 증거에 의해 확인되는 실제적 진실에 따라 법적 분쟁을 공정하게 해결하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 수단의 적합성이 인정된다. 또한 위 조항은 제공되는 거래정보 등의 범위를 ‘사용목적에 필요한 최소한의 범위’로 한정하여 표준양식에 의하여 금융기관의 특정점포에 이를 요구하도록 하는 한편, 관련 규정을 위반하면 형사처벌을 받도록 규정하고 있고 당사자는 법원의 제출명령에 즉시항고 할 수 있으며, ‘사용목적에 필요한 최소한의 범위’에 관한 판단을 사법기관인 법원에 맡기는 것은 불가피하다고 볼 수 있는 반면, 그 외 ‘법적 분쟁의 공정한 해결’이라는 입법목적을 효과적으로 달성할 수 있는 다른 대체수단도 없으므로 피해의 최소성 원칙에도 위반되지 아니하며, 금융실명법 조항으로 인하여 개인정보의 주체가 입게 되는 불이익이 ‘법적 분쟁의 공정한 해결’이라는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 금융실명법 조항은 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다(헌결 2010.9.30. 2008헌바132)

⇒ 법원의 제출명령이 있을 때 그 사용목적에 필요한 최소한의 범위 안에서 거래정보 등을 제공할 수 있음을 규정하고 있는 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’(1997. 12. 31. 법률 제5493호로 제정된 것, 이하 ‘금융실명법’이라 한다) 제4조 제1항 단서 중 제1호의 ‘법원의 제출명령에 관한 부분(이하 ‘이 사건 금융실명법 조항’이라 한다)이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

⑤ 【○】

자신의 인격권이나 명예권을 보호하기 위하여 대외적으로 해명을 하는 행위는 표현의 자유에 속하는 영역일 뿐 이미 사생활의 자유에 의하여 보호되는 범주를 벗어난 행위이고, 또한, 자신의 태도나 입장 을 외부에 설명하거나 해명하는 행위는 진지한 윤리적 결정에 관계된 행위라기보다는 단순한 생각이나 의견, 사상이나 확신 등의 표현행위라고 볼 수 있어, 그 행위가 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것이라는 이유로 이를 하지 못하게 된다 하더라도 내면적으로 구축된 인간의 양심이 왜곡 굴절된다고 할 수 없다는 점에서 양심의 자유의 보호영 역에 포함되지 아니하므로, 위 제93조 제1항은 사생활의 자유나 양심의 자유를 침해하지 아니한다(헌결 2001.8.30. 99헌바92).

⇒ 텔법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 있는 공직 선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제93조 제1항 (1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것 및 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

정답 ③

20

정당해산심판에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.
- ② 위 ①항에서 말하는 민주적 기본질서의 ‘위배’란, 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니라, 민주사회에 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다.
- ③ 정당해산심판에 대하여는 형사소송에 관한 법령이 준용된다.
- ④ 정당해산의 제소는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
- ⑤ 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.

해설

① [○]

헌법

제8조 ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

② [○]

헌법 제8조 제4항은 정당해산심판의 사유를 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때”로 규정하고 있는데, 여기서 말하는 민주적 기본질서의 ‘위배’란, 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니라, 민주사회에 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다(인용 현재 2014. 12. 19. 2013 한다1).

③ [✗]

헌법재판소법

제40조 (준용규정)

- ① 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.
- ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 「행정소송법」이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.

④ [○]

헌법

제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
14. 정당해산의 제소

⑤ [○]

헌법재판소법

제57조 (가처분)

헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시 까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.

21

정치적 기본권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) [\(법행 2020\)](#)

- ① 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다. 다만, 승진시험의 응시제한이나 이를 통한 승진기회의 보장 문제는 단순한 내부 승진인사에 관한 문제에 불과하여 공무담임권의 보호영역에 포함된다고 보기 어렵다.
- ② 서울특별시 공립 초등학교 교사 임용시험에서 동일 지역 교육대학 출신 응시자에게 지역가산점을 부여하는 것은 다른 지역 교육대학 출신자의 공무담임권을 침해한다.
- ③ 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 받아 그 기간 중에 있는 사람이 공무원으로 임용되는 것을 금지하고 이러한 사람이 공무원으로 임용되더라도 그 임용을 당연무효로 하는 것은 해당 공무원의 공무담임권을 침해하지 않는다.
- ④ 기본적으로 사법적(私法的)인 성격을 지니는 농업협동조합의 조합장선거에서 조합장을 선출하거나 조합장으로 선출될 권리, 조합장선거에서 선거운동을 하는 것은 헌법에 의하여 보호되는 선거권의 범위에 포함되지 않는다.
- ⑤ 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외 국민에게 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않는 것은 위 재외국민의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되지 않는다.

해설

① 【O】 ★ 공무담임권 기출문제 중에 최다빈출 문제로 중요한 비교판례를 같이 숙지하지 않으면 훈동하기 쉽습니다. 복수정답시비가 2019년 5급공채 등에서 있었지만, 인정되지 않았습니다. 두 판례의 사실관계가 궁금하시면 프리임법학원에서 무료로 제공하는 기본강의를 수강하시면 됩니다.

공무담임권의 보호영역에는 일반적으로 공직취임의 기회보장, 신분박탈, 직무의 정지가 포함될 뿐이고 청구인이 주장하는 '승진시험의 응시제한'이나 이를 통한 승진기회의 보장 문제는 공직신분의 유지나 업무수행에는 영향을 주지 않는 단순한 내부 승진인사에 관한 문제에 불과하여 공무담임권의 보호영역에 포함된다고 보기는 어려우므로 결국 이 사건 심판대상 규정은 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다(현결 2007.6.28. 2005헌마1179). ★★★

⇒ 공무원임용시험령(2004. 12. 30. 대통령령 제18617호로 개정된 것, 이하 '시험령'이라 한다) 제42조 제1항 중 '시험요구일 현재'와 '승진임용이 제한되거나' 부분(이하 '이 사건 심판대상 규정'이라 한다)이 청구인으로 하여금 5급일반승진시험을 보지 못하게 하여 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

[관련기출] 공무담임권의 보호영역에는 공직취임기회의 자의적인 배제뿐만 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한의 부당한 정지, 승진시험의 응시제한이나 이를 통한 승진기회의 보장 등이 포함된다.(X) [\(5급공채 2019\)<경정승진 2020>](#) ⇒ 현결 2007.6.28. 2005헌마1179

* [비교판례] 공무담임권은 공직취임의 기회 균등뿐만 아니라 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구한다. 청구인의 경우 군 복무기간이 승진소요 최저연수에 포함되지 않으므로 공무원으로 근무하다가 군 복무를 한 사람보다 더 오래 재직하여야 승진임용절차가 진행된다. 또 군 복무기간이 경력평정에서도 일부만 산입되므로 경력평정점수도 상대적으로 적게 부여된다. 이는 승진임용절차 개시 및 승진임용점수 산정과 관련된 법적 불이익에 해당하므로, **승진경쟁 인원 증가에 따라 승진 가능성이 낮아지는 사실상의 불이익 문제나 단순한 내부승진인사 문제와 달리** 공무담임권의 제한에 해당한다(현결 2018.7.26. 2017헌마1183). ★★★

⇒ 공무원으로 임용되기 전에 병역의무를 이행한 기간을 공무원 경력 평정에 60퍼센트 반영하는 ① 구 지방공무원 임용령(2014. 11. 19. 대통령령 제25751호로 개정되고, 2017. 7. 26. 대통령령 제28211호로 개정되기 전의 것) 제31조의6 제2항 단서 제1호 가목 중 "법 제63조 제1항 제2호"에 관한 부분, ② 지방공무원 임용령(2013. 11. 20. 대통령령 제24853호로 개정된 것) 제31조의6 제2항 본문 [별표 3] 경력합산율표 1. 공무원 경력 중, 다. 병경력 제3)의 환산율 60퍼센트 부분(위 두 조항을 합하여 이하 '경력환산조항'이라 한다)이 공무원으로 임용된 다음 병역의무를 이행한 기간을 공무원 경력평정에 전부 반영하는 것과 비교하여 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

[관련기출] 공무담임권은 공직취임의 기회균등만을 요구할 뿐, 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회제공을 요구하는 것은 아니다.(X)
<국회8급 2019> ⇒ 헌결 2018.7.26. 2017헌마1183

[관련기출] 공무담임권은 공직취임의 기회균등을 요구하지만, 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구하지는 않는다.(X)
<법원9급 2019> ⇒ 헌결 2018.7.26. 2017헌마1183

② 【×

구 교육공무원법 제11조의2 [별표2]에서 인정되는 각종 가산점은 제1차 시험성적의 10% 범위에서만 부여할 수 있고, 임용권자로서는 다른 가산점을 고려하여 지역가산점을 부여해야 하므로 지역가산점을 제한된 범위 내에서 부여할 수밖에 없는 점, 이 사건 지역가산점을 받지 못하는 불이익은 그런 점을 알고도 다른 지역 교대에 입학한 것에서 기인하는 점, 노력 여하에 따라서는 가산점의 불이익을 감수하고라도 수도권 지역에 합격할 길이 열려 있는 점 등에 비추어, 이 사건 지역가산점규정이 과잉금지원칙에 위배되어 다른 지역 교대출신 응시자들의 공무담임권, 평등권을 침해한다고 볼 수 없다(헌결 2014.4.24. 2010헌마747).

⇒ 동일 지역 교육대학 출신 응시자에게 제1차시험 만점의 6% 내지 8%의 지역가산점을 부여하는 이 사건 임용시험 시행공고(이하 '이 사건 공고'라 한다) 및 이 사건 임용시험의 최종합격자를 결정하기 위해 제1, 2, 3차 시험성적을 합산할 때 지역가산점도 함께 합산하도록 규정하고 있는 구 '교육공무원 임용후보자 선정경쟁시험규칙' 제17조 제2항(이하 공고 및 시험규칙을 핍하여 '이 사건 지역가산점규정'이라 한다)이 과잉금지원칙에 위배되어 공무담임권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

③ 【○】

이 사건 법률조항은 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 받아 그 기간 중에 있는 사람이 공무원으로 임용되는 것을 금지하고 이러한 사람이 공무원으로 임용되더라도 그 임용을 당연무효로 하는 것으로서, 공직에 대한 국민의 신뢰를 보장하고 공무원의 원활한 직무수행을 도모하기 위하여 마련된 조항이다. 청구인과 같이 임용결격사유에도 불구하고 임용된 임용결격공무원은 상당한 기간 동안 근무한 경우라도 적법한 공무원의 신분을 취득하여 근무한 것이 아니라는 이유로 공무원연금법상 퇴직급여의 지급대상이 되지 못하는 등 일정한 불이익을 받기는 하지만, 재직기간 중 사실상 제공한 근로에 대하여는 그 대가에 상응하는 금액의 반환을 부당이득으로 청구하는 등의 민사적 구제수단이 있는 점을 고려하면, 공직에 대한 국민의 신뢰보장이라는 공익과 비교하여 임용결격공무원의 사익 침해가 현저하다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법자의 자랑을 일탈하여 공무담임권을 침해한 것이라고 볼 수 없다(헌결 2016.7.28. 2014헌바437).

⇒ 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 기간 중에 있는 자를 임용결격사유로 삼고, 위 사유에 해당하는 자가 임용되더라도 이를 당연무효로 하는 구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지재정되고, 2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 제5호가 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

④ 【○】

농협은 지역농협을 법인으로 하면서(제4조), 공직선거에 관여해서는 아니 되고(제7조), 조합의 재산에 대하여 국가 및 지방자치단체의 조세 외의 부과금이 면제되도록 규정하고 있어(제8조) 이를 공법으로 볼 여지가 있으나, 한편 지역농협은 조합원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상을 목적으로 하는 농업인의 자주적 협동조직으로, 조합원 자격을 가진 20인 이상이 발기인이 되어 설립하고(제15조), 조합원의 출자로 자금을 조달하며(제21조), 지역농협의 결성이나 가입이 강제되지 아니하고, 조합원의 임의탈퇴 및 해산이 허용되며(제28조, 제29조), 조합장은 조합원들이 직접 선출하거나 총회에서 선출하도록 하고 있으므로(제45조), 기본적으로 사법인적 성격을 지니고 있다 할 것이다. 이처럼 사법적인 성격을 지니는 농협의 조합장선거에서 조합장을 선출하거나 조합장으로 선출될 권리, 조합장선거에서 선거운동을 하는 것은 헌법에 의하여 보호되는 선거권의 범위에 포함되지 않는다(헌결 2012.2.23. 2011헌바154).

⑤ 【○】

지역구국회의원은 국민의 대표임과 동시에 소속지역구의 이해관계를 대변하는 역할을 하고 있다. 전국을 단위로 선거를 실시하는 대통령선거와 비례대표국회의원선거에 투표하기 위해서는 국민이라는 자격만으로 충분한 데 반해, 특정한 지역구의 국회의원선거에 투표하기 위해서는 '해당 지역과의 관련성'이 인정되어야 한다. 주민등록과 국내거소신고를 기준으로 지역구국회의원선거권을 인정하는 것은 해당 국민의 지역적 관련성을 확인하는 합리적인 방법이다. 따라서 선거권조항과 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 것이 **재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배된다고 볼 수 없다**(헌결 2014.7.24. 2009헌마256).

⇒ 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외국민(이하 '재외선거인'이라고 한다)에게 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 **공직선거법**(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제15조 제1항 단서 부분(이하 '선거권조항'이라 한다) 및 **공직선거법**(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것) 제218조의5 제1항 중 '임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 재외선거인 등록신청을 하여야 한다' 부분(이하 '재외선거인 등록신청조항'이라 한다)이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되는지 여부(소극)

정답 ②

22

변호인의 조력을 받을 권리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 피의자 또는 피고인(이하 ‘피의자 등’이라고 함)에게는 체포 또는 구속 여부에 불구하고 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다.
- ② 피의자 등을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 헌법상 기본권인 피의자 등이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다. 따라서 피의자 등이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는, 피의자 등에 대한 변호인의 조력할 권리의 핵심적인 부분은 헌법상 기본권으로서 보호되어야 한다.
- ③ 헌법 제12조 제4항 본문은 체포 또는 구속을 당한 때에 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정함으로써 변호인이 선임되기 이전에도 피의자 등에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 분명히 하고 있다.
- ④ 아직 변호인을 선임하지 않은 피의자 등의 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인 선임을 통하여 구체화되는데, 피의자 등의 변호인 선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이자 가장 기초적

인 구성부분으로서 법률로써도 제한할 수 없는 권리이다. 따라서 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다.

- ⑤ ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권은 그 주된 목적이 피의자 등의 조력보다는 자신의 수임 활동에 있는 점, ‘변호인이 되려는 자’가 피의자 등을 접견하지 못함으로써 받는 불이익, 즉 형사사건 수임 실패로 따른 불이익은 간접적, 사실적, 경제적인 이해관계에 불과한 점, ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 이전 단계에서 피의자 등의 의사와는 관계 없이 ‘변호인이 되려는 자’에게 인정되는 권리인 점 등을 고려할 때, 형사소송법 등 개별법률을 통하여 형성된 법률상의 권리에 불과하고, ‘헌법상 보장된 독자적인 기본권’으로 볼 수는 없다.

해설

① 【○】

헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있으며, 헌법재판소는 “불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리 는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다. 이와 같이 **피의자 또는 피고인(이하 ‘피의자 또는 피고인’을 ‘피의자 등’이라고 한다)에게는 체포 또는 구속 여부에 불구하고 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다**(헌결 2019.2.28. 2015헌마1204).

② 【○】

변호인 선임을 위하여 피의자·피고인(이하 ‘피의자 등’이라 한다)이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권은 헌법상 기본권으로 보호되어야 하고, ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리로 공고히 하기 위한 것으로서, 그것이 보장되지 않으면 피의자 등이 변호인 선임을 통하여 변호인으로부터 충분한 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 될 수밖에 없다. 이와 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서, 피의자 등이 가지는 헌법상의 기본권인 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권과 표의의 관계에 있다. 따라서 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다(헌결 2019.2.28. 2015헌마1204).

⇒ ‘변호인이 되려는 자’의 피의자 접견교통권이 헌법상 기본권인지 여부(적극)

③ 【○】 ④ 【○】

헌법 제12조 제4항 본문은 체포 또는 구속을 당한 때에 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정함으로써 변호인이 선임되기 이전에도 피의자 등에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 분명히 하고 있다. 이와 같이 아직 변호인을 선임하지 않은 피의자 등의 변호인 조력을 받을 권리는 변호인 선임을 통하여 구체화되는데, 피의자 등의 변호인선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이자 가장 기초적인 구성부분으로서 법률로써 제한할 수 없는 권리이다. 따라서 변호인 선임을 위하여 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다(헌결 2019.2.28. 2015헌마1204).

⑤ 【×】 ★ 지문은 재판관 조용호, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 이 사건 검사의 접견불허행위에 대한 반대의견

정답 ⑤

안녕하세요~

끝내 주는 남자 클로저 이상용입니다 ^ ^

2022년부터 순경 공채·경찰행정 경재 필기시험 과목이 2022년부터 아래와 같이 변경됩니다.

1년 앞으로 다가온 시험을 지금부터 차근차근 준비한다면 남들보다 좋은 결실을 맺을 수 있으며, 그 노력에 동반자가 되어 줄 클로저 이상용 인사드립니다.

강의는 유튜브를 통해 무료로 올려드리며, 교재가 출간되기 전까지는 헌법입문자를 위한 [현맹 탈출] 컨텐츠가 업로드 될 예정입니다.

강의 교재는  [한권으로 끝내는 클로저 경찰 헌법, 2021.6, 새흐름]입니다. 여러분의 합격을 위해 기대하셔도 좋습니다 ^ ^

• 2022 시험과목 개편

구분	현행	개정
과목	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 총 5개 과목 ▶ 필수 : 영어, 한국사 ▶ 선택 : 형법, 형 소법, 경찰학, 국어, 수학, 사회, 과학 중 택3 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 선택과목 폐지, 필수 5개 과목 ▶ 영어(검정제), 한국사(검정제), 헌법, 형사법, 경찰학

• 테마별 출제 비중

구분	내용
헌법총론 (20%)	<ul style="list-style-type: none"> • 한국헌법의 기본질서
기본권론 (80%)	<ul style="list-style-type: none"> • 종론 • 각론
문항	20문항

2021.03.22.

클로저 이상용

23

탄핵제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ① 탄핵소추안을 각 소추사유별로 나누어 발의할 것인지 아니면 여러 소추사유를 포함하여 하나의 안으로 발의할 것인지 는 소추안을 발의하는 의원들의 자유에 달려 있다. 헌법이나 법률을 위배한 사실이 여러 가지일 때 그 중 한 가지 사실만으로도 충분히 파면 결정을 받을 수 있다고 판단되면 그 한 가지 사유만으로 탄핵소추안을 발의할 수 있고, 여러가지 소추사유를 종합할 때 파면할 만하다고 판단되면 여러가지 소추사유를 함께 묶어 하나의 탄핵소추안으로 발의할 수도 있다.
- ② 대통령을 탄핵하기 위해서는 대통령의 법 위배 행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 해악이 중대하여 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법 수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 커야 한다. 대통령에 대한 탄핵심판청구가 이유 있는 경우란 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위배가 있는 때를 말한다.
- ③ 헌법재판소는 사법기관으로서 탄핵소추 기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 그러므로 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없고, 탄핵소추의결서에 기재된 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실 관계를 평가·판단하여서도 아니 된다.
- ④ 피청구인에 대한 탄핵심판 청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는

경우 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다.

- ⑤ 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 이미 파면되었을 경우에는 헌법재판소로서는 심판의 이익이 없다고 하여 해당 심판청구를 부적법 각하할 것이 아니라 기각하여야 한다.

해설

① 【○】

피청구인은, 탄핵사유는 개별 사유별로 독립된 탄핵사유가 되는 것으로 각각의 탄핵사유에 대하여 별도로 의결절차를 거쳐야 하는데, 국회가 여러 개 탄핵사유 전체에 대하여 일괄하여 의결한 것은 헌법에 위배된다고 주장한다. **탄핵소추안을 각 소추사유별로 나누어 발의할 것인지 아니면 여러 소추사유를 포함하여 하나의 안으로 발의할 것인지는 소추안을 발의하는 의원들의 자유로운 의사에 달린 것이다.** 대통령이 헌법이나 법률을 위배한 사실이 여러 가지일 때 그 중 한 가지 사실만으로도 충분히 파면 결정을 받을 수 있다고 판단되면 그 한 가지 사유만으로 탄핵소추안을 발의할 수도 있고, 여러 가지 소추사유를 종합할 때 파면할 만하다고 판단되면 여러 가지 소추사유를 함께 묶어 하나의 탄핵소추안으로 발의할 수도 있다. 이 사건과 같이 국회 재적의원 과반수에 해당하는 171명의 의원이 여러 개 탄핵사유가 포함된 하나의 탄핵소추안을 마련한 다음 이를 발의하고 안건 수정 없이 그대로 본회의에 상정된 경우에는 그 탄핵소추안에 대하여 찬반 표결을 하게 된다. 그리고 본회의에 상정된 의안에 대하여 표결절차에 들어갈 때 국회의장에게는 ‘표결할 안건의 제목을 선포’ 할 권한만 있는 것이지(국회법 제110조 제1항), 직권으로 이 사건 탄핵소추안에 포함된 개개 소추사유를 분리하여 여러 개의 탄핵소추안으로 만든 다음 이를 각각 표결에 부칠 수는 없다. 그러므로 이 부분 피청구인의 주장도 받아들일 수 없다(헌결 2017.3.10. 2016헌나1).

② 【○】

헌법재판소법 제53조 제1항은 ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’ 피청구인을 파면하는 결정을 선고하도록 규정하고 있다. 대통령을 탄핵하기 위해서는 대통령의 법 위배 행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 해악이 중대하여 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법 수호의 이익이 대통령 파면에 따르는 국가적 손실을 압도할 정도로 커야 한다. 즉, ‘탄핵심판청구가 이유 있는 경우’란 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위배가 있는 때를 말한다(헌결 2017.3.10. 2016헌나1).

③ 【×

헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다. 그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 '법규정의 판단'에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다(현결 2004.5.14. 2004헌나1).

④ 【○】

헌법재판소법**제51조 (심판절차의 정지)**

피청구인에 대한 탄핵심판 청구와 동일한 사유로 형사 소송이 진행되고 있는 경우에는 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다.

⑤ 【○】

헌법재판소법**제53조 (결정의 내용)**

- ① 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.
- ② 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 파면되었을 때에는 헌법재판소는 심판청구를 기각하여야 한다.

정답 ③

안녕하세요~

그동안 잘 지내셨나요? 모두공에서 공직선거법을 강의하고 있는 클로저 이상용입니다.

지난 2020년 11월부터 시작해서 2021년 대비 선거직 시험을 위해 기본강의-객관식 문제풀이 강의-마무리 강의를 2021년 3월 2일에 마쳤습니다.

이제 국가직 9급시험 1달 남짓, 국가직 7급시험 도 몇 달 안 남았습니다. 올해부터는 각종 국가시험의 난이도가 작년과는 확연하게 다르게 올라가서 까다로운 지문의 출제가 이어지고 있습니다. 특히 국가직 7급시험의 개편에 따라 문항수가 25문항으로 5문항이나 증가하여 그 부담이 가중되었는바,

이에 저 (여러분의 수험생활을) 끝내주는 남자 클로저 이상용은 [유튜브 무료강의](#)를 통해 아래와 같은 예상 커리큘럼으로 여러분의 고득점 합격에 도움을 드리고자 합니다. 이미 검증된 문제 예측능력 및 탁월한 수험서 집필 노하우를 잘 전달해 드리도록 최선을 다할 것입니다.

강의에 사용하는 모든 자료는 모두공 홈페이지 자료실에서 누구나 무료로 다운 받으실 수 있습니다.

• 유튜브 업로드 컨텐츠

구분	최신 기출+	최신 판례	모의고사 신작문제
내용	<ul style="list-style-type: none"> • 5급공채 • 입법고시 • 법무사 • 국회8급 • 법행 	<ul style="list-style-type: none"> • 헌법재판소 결정 • 대법원 판례 	<ul style="list-style-type: none"> • 개정법 • 적중 예상모의 고사 신작문제

2021.03.22.

클로저 이상용

24

헌법 제23조 제3항에서 규정한 재산권의 공용침해와 정당한 보상에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다.
- ② 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다.
- ③ 헌법이 규정한 ‘정당한 보상’이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다.
- ④ 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고 볼 수 없으므로 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당보상의 원리에 어긋나는 것은 아니다.
- ⑤ 수용된 토지가 당해 공익사업에 필요 없게 되거나 이용되지 아니하였을 경우에 피수용자가 그 토지소유권을 회복할 수 있는 권리, 즉 환매권은 피수용자가 수용 당시 정당한 손실보상을 받은 이상 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 볼 수 없다.

해설

① [○] ② [○]

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요가 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다(헌결 2011.4.28. 2010헌바 114).

③ [○]

헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미한다(헌결 1995.4.20. 93헌바20).

④ [○]

공익사업법 제67조 제2항은 보상액을 산정함에 있어 당해 공익사업으로 인한 개발이익을 배제하는 조항인데, 공익사업의 시행으로 지자가 상승하여 발생하는 개발이익은 사업시행자의 투자에 의한 것으로서 피수용자인 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니므로, 이러한 개발이익은 형평의 관념에 비추어 볼 때 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 성질의 것이 아니고, 또한 개발이익은 공공사업의 시행에 의하여 비로소 발생하는 것이므로, 그것이 피수용 토지가 수용 당시 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수도 없다. 따라서 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 피수용자의 손실이라고 볼 수 있으므로, 이러한 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당한 보상의 원칙에 위반되지 않는다(헌결 2009.12.29. 2009헌바142).

⇒ 수용보상에 있어서 당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있는 경우 이를 고려하지 않도록 하고 있는 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것, 이하 ‘공익사업법’이라 한다) 제67조 제2항이 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

⑤ [×]

수용된 토지가 당해 공익사업에 필요없게 되거나 이용되지 아니하였을 경우에 피수용자가 그 토지소유권을 회복할 수 있는 권리 즉 토지수용법 제71조 소정의 환매권은 헌법상의 재산권 보장규정으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 할 수 있다(헌결 1994.2.24. 92헌가15).

정답 ⑤

25

알 권리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ① 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 “알 권리”는 헌법 제21조에 의해 보장되는 표현의 자유와 표현일체의 관계에 있다.
- ② 알 권리가 공공기관의 정보에 대한 공개청구권을 의미하는 경우에는 청구권적 성격을 지니지만, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수집할 수 있는 권리를 의미하는 경우에는 자유권적 성격을 지닌다.
- ③ 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어 국가권력의 방해를 받지 아니할 권리 뿐 아니라 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리 역시 별도의 입법이 없더라도 헌법 제21조 (표현의 자유)에 의해 직접 보장될 수 있다.
- ④ 변호사시험 성적을 합격자에게 공개하지 않도록 규정한 변호사시험법 조항은 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 교육과정이 충실히 이행될 수 있도록 하여 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하기 위한 것으로서 변호사시험 응시자들의 알 권리(정보공개청구권)를 침해한다고 볼 수 없다.
- ⑤ 알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 하고, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다.

해설

① 【○】

헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 "알 권리"는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대 사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 "알 권리"는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다. 이러한 "알 권리"는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하며 인권에 관한 세계선언 제19조도 "알 권리"를 명시적으로 보장하고 있다(헌결 1991.5.13. 90헌마133).

② 【○】 ③ 【○】

알 권리가 공공기관의 정보에 대한 공개청구권을 의미하는 경우에는 청구권적 성격을 지니지만, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수집할 수 있는 권리를 의미하는 경우에는 자유권적 성격을 지니는 것으로서, 이 경우 그러한 권리는 별도의 입법을 할 필요도 없이 보장되는 것이므로, 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어 알 권리는 별도의 입법이 없더라도 국가권력의 방해를 받음이 없이 보장되어야 한다(헌결 2010.10.28. 2008헌마638).

④ 【×】

변호사시험 성적 비공개를 통하여 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 교육과정이 충실히 이행될 수 있도록 하여 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하기 위한 심판대상조항의 입법목적은 정당하다. 그러나 변호사시험 성적 비공개로 인하여 변호사시험 합격자의 능력을 평가할 수 있는 객관적인 자료가 없어서 오히려 대학의 서열에 따라 합격자를 평가하게 되어 대학의 서열화는 더욱 고착화된다. 또한 변호사 채용에 있어서 학교성적이 가장 비중 있는 요소가 되어 다수의 학생들이 학점 취득이 쉬운 과목 위주로 수강하기 때문에 학교별 특성화 교육도 제대로 시행되지 않고, 학교 선택에 있어서도 자신이 관심 있는 교육과정을 가진 학교가 아니라 기존 대학 서열에 따라 학교를 선택하게 되며, 법학전문대학원도 학생들이 어떤 과목에 상대적으로 취약한지 등을 알 수 없게 되어 다양하고 경쟁력 있는 법조인 양성이라는 목적을 제대로 달성할 수 없게 된다. 한편 시험 성적이 공개될 경우 변호사시험 대비에 치중하게 된다는 우려가 있으나, 좋은 성적을 얻기 위해 노력하는 것은 당연하고 시험성적을 공개하지 않는다고 하여 변호사시험 준비를 소홀히 하는 것도 아니다. 오히려 시험성적을 공개하는 경우 경쟁력

있는 법률가를 양성할 수 있고, 각종 법조직역에 채용과 선발의 객관적 기준을 제공할 수 있다. 따라서 변호사시험 성적의 비공개는 기존 대학의 서열화를 고착시키는 등의 부작용을 넣고 있으므로 수단의 적절성이 인정되지 않는다. 또한 법학교육의 정상화나 교육 등을 통한 우수 인재 배출, 대학원 간의 과다경쟁 및 서열화 방지라는 입법목적은 법학전문대학원 내의 충실하고 다양한 교과과정 및 엄정한 학사관리 등과 같이 알 권리를 제한하지 않는 수단을 통해서 달성될 수 있고, 변호사시험 응시자들은 자신의 변호사시험 성적을 알 수 없게 되므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 알 권리를 침해한다(위헌 헌결 2015.6.25. 2011헌마769). ★★★

⇒ 변호사시험 성적을 합격자에게 공개하지 않도록 규정한 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제18조 제1항 본문(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 청구인들의 알 권리(정보공개 청구권)를 침해하는지 여부(적극)

⑤ 【○】

"알 권리"의 보장의 범위와 한계는 헌법 제21조 제4항, 제37조 제2항에 의해 제한이 가능하고 장치는 법률에 의하여 그 구체적인 내용이 규정되겠지만, "알 권리"에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다고 할 것이다(헌결 1991.5.13. 90헌마133).

정답 ④

26

표현의 자유 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없는 한 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개하여야 한다.
- ② 집회 및 시위에 관한 법률이 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령의 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있다. 또 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집회 및 시위에 관한 법률에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다.
- ③ 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.
- ④ 노동조합을 설립할 때 행정관청에 설립 신고서를 제출하게 하고 그 요건을 충족하지 못하는 경우 설립신고서를 반려하도록 하는 법률조항은 헌법상 금지된 단체결성에 대한 허가제에 해당하지 않는다.

- ⑤ 집회의 자유는 가령 국가가 개인의 집회참가행위를 감시하고 그에 관한 정보를 수집함으로써 집회에 참가하고자 하는 자로 하여금 불이익을 두려워하여 미리 집회참가를 포기하도록 집회참가의사를 약화시키는 것 등 집회의 자유 행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지하는 것이다.

해설

① 【×

★ 의무가 아니라 재량으로 규정하고 있다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제15조 (정보의 전자적 공개)

- ① 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청하는 경우에는 그 정보의 성질상 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 청구인의 요청에 따라야 한다.
- ② 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 **공개할 수 있다.**
- ③ 정보의 전자적 형태의 공개 등에 필요한 사항은 국회 규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령으로 정한다.

② 【○】

집시법 제20조 제1항 제2호가 미신고 육외집회 또는 시위를 해산명령의 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 육외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다. 이와 달리 미신고라는 사유만으로 그 육외집회 또는 시위를 해산할 수 있는 것으로 해석한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼 운용하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다. 집시법 제20조 제1항 제2호를 위와 같이 제한하여 해석하더라도, 사전신고제의 규범력은 집시법 제22조 제2항에 의하여 신고의무를 이행하지 아니한 육외집회 또는 시위의 주최자를 처벌하는 것만으로도 충분히 확보할 수 있다(대판 2012.4.26. 2011도 6294).

③ 【○】

공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. **공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다.** 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다(헌결 2013.12.26. 2009헌마747).
 ⇒ 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 이에 대한 문제제기 내지 비판이 허용되어야 한다고 본 사례

④ 【○】

헌법 제21조 제2항 후단의 결사의 자유에 대한 '허가제'란 행정권이 주체가 되어 예방적 조치로 단체의 설립 여부를 사전에 심사하여 일반적인 단체 결성의 금지를 특정한 경우에 한하여 해제함으로써 단체를 설립할 수 있게 하는 제도, 즉 사전 허가를 받지 아니한 단체 결성을 금지하는 제도를 말한다. 그런데 이 사건 법률조항은 노동조합 설립에 있어 노동조합법상의 요건 충족 여부를 사전에 심사하도록 하는 구조를 취하고 있으나, 이 경우 노동조합법상 요구되는 요건만 충족되면 그 설립이 자유롭다는 점에서 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하는 허가와는 개념적으로 구분되고, 더욱이 행정관청의 설립 신고서 수리 여부에 대한 결정은 재량 사항이 아니라 의무 사항으로 그 요건 충족이 확인되면 설립신고서를 수리하고 그 신고증을 교부하여야 한다는 점에서 단체의 설립 여부 자체를 사전에 심사하여 특정한 경우에 한해서만 그 설립을 허용하는 '허가'와는 다르다. 따라서 이 사건 법률조항의 노동조합 설립신고서 반역제도가 헌법 제21조 제2항 후단에서 금지하는 결사에 대한 허가제라고 볼 수 없다(헌결 2012.3.29. 2011헌바53). ⇒ 노동조합을 설립할 때 행정관청에 설립신고서를 제출하게 하고 그 요건을 충족하지 못하는 경우 설립신고서를 반역하도록 하고 있는 '노동조합 및 노동관계조정법'(2010. 6. 4. 법률 제10339호로 개정되기 전의 것) 제12조 제3항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법상 금지된 단체결성에 대한 허가제에 해당하는지 여부(소극)

⑤ 【○】

집회의 자유는 일차적으로 국가공권력의 침해에 대한 방어를 가능하게 하는 기본권으로서, 개인이 집회에 참가하는 것을 방해하거나 또는 집회에 참가할 것을 강요하는 국가행위를 금지하는 기본권이다. 따라서 집회의 자유는 집회에 참가하지 못하게 하는 국가의 강제를 금지할 뿐 아니라, 예컨대 집회장소로의 여행을 방해하거나, 집회장소로부터 귀가하는 것을 방해하거나, 집회참가자에 대한 검문의 방법으로 시간을 지연시킴으로써 집회장소에 접근하는 것을 방해하거나, 국가가 개인의 집회참가행위를 감시하고 그에 관한 정보를 수집함으로써 집회에 참가하고자 하는 자로 하여금 불이익을 두려워하여 미리 집회참가를 포기하도록 집회참가의사를 악화시키는 것 등 집회의 자유행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지한다(헌결 2003.10.30. 2000헌바67).

정답 ①

27

헌법상 재산권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용 가능해야 하며, 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것 이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며, 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다.
- ② 군인연금법상의 연금수급권, 공무원연금법상의 연금수급권, 국가유공자의 보상수급권, 국민연금법상 사망일시금은 헌법상의 재산권에 포함된다.
- ③ 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니다.
- ④ 교원의 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익은 계속 재직하면서 재화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한다는 것이므로 이러한 경제적 기회는 재산권보장의 대상이 아니다.
- ⑤ 국가보상적 내지 국가보훈적 수급권이나 사회보장수급권은 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리이므로, 수급권 발생요건이 법정되어 있는 경우에는 이 법정요건을 갖추기 전에는 헌법이 보장하는 재산권이라고 할 수 없다.

해설

① 【○】

공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 학생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다. 이러한 요건을 통하여 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리은 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법자국기원리에 반하는 경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함되는 것이다(헌결 2000.6.29. 99헌마289).

② 【×】 ★ 군인연금법상의 연금수급권(헌결 92헌기9), 공무원연금법상의 연금수급권(헌결 97헌마333), 국가유공자의 보상수급권(헌결 91헌마50)은 헌법상의 재산권에 포함되나, 국민연금법상 사망일시금은 헌법상의 재산권에 포함되지 아니한다.

사망일시금 제도는 유족연금 또는 반환일시금을 지급받지 못하는 가입자 등의 가족에게 사망으로 소요되는 비용의 일부를 지급함으로써 국민연금제도의 수혜범위를 확대하고자 하는 차원에서 도입되었는데, 국민연금제도가 사회보장에 관한 헌법규정인 제34조 제1항, 제2항, 제5항을 구체화한 제도로서, 국민연금법상 연금수급권 내지 연금수급기대권이 재산권의 보호대상인 사회보장적 급여라고 한다면 사망일시금은 사회보험의 원리에서 다소 벗어난 장제부조적·보상적 성격을 갖는 급여로 사망일시금은 헌법상 재산권에 해당하지 아니하므로, 이 사건 사망일시금 한도 조항이 청구인들의 재산권을 제한한다고 볼 수 없다(헌결 2019.2.28. 2017헌마432). ⇒ 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부개정된 것) 제80조 제2항(이하 '이 사건 사망일시금 한도 조항'이라 한다)이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

③ 【○】

헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권은 사적(私的) 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리라 할 것이고, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 되지 아니하는바, 구 국유재산법 제7조 제1항에 의하여 제한되는 것은 관재담당공무원이 국유재산을 취득할 수 있는 기회에 불과하므로 이는 위 헌법조항에 의하여 보호되는 재산권에 해당되지 않고, 따라서 국유재산법 조항은 헌법 제23조 제1항에 위반되지 아니한다(헌결 1999.4.29. 96헌바55).

④ 【○】

재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회(단순한 기대이익·반사적이익 또는 경제적인 기회)등은 재산권보장의 대상이 아닌 바, 교원의 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익은 계속 재직하면서 재화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한다는 것인데 이러한 경제적 기회는 재산권보장의 대상이 아니라는 것이 우리 재판소의 판례이다(헌결 2000.12.14. 99헌마112).

⑤ 【○】

예우법상 보상금수급권은 다른 **국가보상적 내지 국가보훈적 수급권이나 사회보장수급권과 마찬가지로 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리**로서, 법정요건을 갖춘 후 발생하는 보상금수급권은 구체적인 법적 권리로 보장되는 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리라 할 것이지만, 법정요건을 갖추기 전에는 **헌법이 보장하는 재산권이라 할 수 없고**, 예우법 시행 전 또는 그 시행 중에 상이를 입은 군경이 상이를 입게 된 시점에 가지게 되는 보상금수급권에 관한 지위는 수급권 발생에 필요한 법정요건을 갖춘 후에 비로소 재산권인 보상금수급권을 취득할 수 있으리라는 기대이익에 불과하다. 따라서 이 사건 조항이 상이를 입은 군경이 상이를 입은 때로부터 보상금을 받을 수 있는 권리를 소급하여 박탈하는 것이라거나, 헌법상 보장된 재산권을 침해한다고 볼 수는 없다(헌결 2011.7.28. 2009헌마27).

정답 ②

28

국회의 운영에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ① 권한쟁의심판에 있어서는 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 피청구인 적격을 가지므로, 권한쟁의심판청구는 이들 기관을 상대로 제기하여야 한다. 국회의장은 의안의 상정, 의안의 가결선포 등의 권한을 가지기는 하나, 이러한 권한행사에 따른 법적 효과는 국회 자체에 귀속되고 국회의장은 이에 따른 법적 책임을 따로 지도록 되어 있지 않으므로, 권한쟁의심판청구의 피청구인 적격이 인정되지 않는다.
- ② 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도, 그 법률안의 가결 선포행위를 쉽게 무효로 볼 것은 아니다. 법률안의 가결 선포행위를 쉽게 무효로 인정할 경우 국법질서의 안정에 위해를 초래할 수 있기 때문이다. 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흄에 해당하는 경우에만 법률안의 가결 선포행위가 무효로 된다고 보아야 한다.
- ③ 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안은 본회의에 부의하지 아니한다. 그러나 위원회의 결정이 본회의에 보고된 날로부터 폐회 또는 휴회 중인 기간을 제외한 7일 이내에 의원 30명 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안을 본회의에 부의하여야만 한다.
- ④ 국민은 헌법상 보장된 알 권리의 한 내용으로서 국회에 대하여 입법과정의 공개를 요구할 권리(을) 가지며, 국회의 의사에 대하여는 직접적인 이해관계 유무와는 전혀 상관없이 일반적 정보공개청

구권을 가진다.

- ⑤ 국회의 본회의는 공개한다. 다만, 의원 10명 이상의 연서에 의한 동의 또는 의장의 제의로 본회의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 예외적으로 공개하지 아니할 수 있다.

해설

① 【×

권한쟁의심판에 있어서는 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 피청구인 적격을 가지므로, 권한쟁의심판 청구는 이들 기관을 상대로 제기하여야 한다. 그런데 피청구인 국회의장은 헌법 제48조에 따라 국회에서 선출되는 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독할 지위에 있고, 이러한 지위에서 의안의 상정, 의안의 가결선포 등의 권한(국회법 제10조, 제110조, 제113조 등 참조)을 갖는 주체이므로 피청구인 적격이 인정된다. 이와 달리, 피청 구인 국회의장은 국회의장의 위임에 따라 그 직무를 대리하여 법률 안 가결선포행위를 할 수 있을 뿐(국회법 제12조 제1항 참조), 법률안 가결선포행위에 따른 법적 책임을 지는 주체가 될 수 없으므로 권한쟁의심판청구의 피청구인 적격이 인정되지 아니한다. 따라서 피청구인 국회의장에 대한 이 사건 심판청구는 피청구인 적격이 인정되지 아니하는 자를 상대로 제기된 것으로 부적법하다(헌결 2009.10.29. 2009헌라8).

② 【○】

국회의 입법절차는 법률안의 제출부터 심의·표결 및 가결 선포와 정부에의 이송에 이르기까지 여러 과정을 거쳐 진행되며, 그 과정에 국회의 구성원인 다수의 국회의원들이 참여하여 국민의 의사나 상충하는 이익집단간의 이해를 반영하게 된다. 이와 같은 국회 입법절차의 특성상 그 개개의 과정에서 의도적이든 아니든 헌법이나 법률의 규정을 제대로 준수하지 못하는 잘못이 있을 수 있고, 그러한 잘못이 현실로 나타날 경우 그로 인하여 일부 국회의원들의 입법에 관한 각종의 권한이 침해될 수 있으나, 만일 이러한 사정만으로 곧바로 법률안의 가결 선포행위를 무효로 한다면 국법질서의 안정에 위해를 초래하게 되므로, 국회의 입법과 관련하여 일부 국회의원들의 권한이 침해되었다 하더라도 그것이 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흔에 해당하는 것이 아니라면 그 법률안의 가결 선포행위를 곧바로 무효로 볼 것은 아니라 할 것이다. 헌법은 국회의 의사절차에 관한 기본원칙으로 제49조에서 '다수결의 원칙'을, 제50조에서 '회의 공개의 원칙'을 선언하고 있으므로, 결국 법률안의 가결 선포행위의 효력은 입법절차상 위 헌법규정을 명백히 위반한 하자가 있었는지에 따라 결정된다 할 것이다(헌결 2011.8.30. 2009헌라7).

③ 【○】

국회법

제87조 (위원회에서 폐기된 의안)

- ① 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안은 본회의에 부의하지 아니한다. 다만, 위원회의 결정이 본회의에 보고된 날부터 폐회 또는 휴회 중의 기간을 제외한 7일 이내에 의원 30명 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안을 본회의에 부의하여야 한다.
- ② 제1항 단서의 요구가 없을 때에는 그 의안은 폐기된다.

④ 【○】

우리 헌법은 제50조 제1항 본문에서 "국회의 회의는 공개한다"라고 하여 국회 의사공개의 원칙을 천명하고 있다. 이는 방청 및 보도의 자유와 회의록의 공개 등을 그 내용으로 한다. 의사공개의 원칙은 의사진행의 내용과 의원의 활동을 국민에게 공개함으로써 민의에 따른 국회운영을 실천한다는 민주주의적 요청에서 유래하는 것인바, 국회에서의 토론 및 정책결정의 과정이 공개되어야 주권자인 국민의 의정활동에 대한 감시와 비판이 가능하고 의사결정의 공정성을 확보 할 수 있을 뿐 아니라, 국민에게 의제에 대하여 이해하고 의견을 발표할 수 있도록 정보가 제공되고 국가의사결정의 과정에 참여할 수 있는 실질적 기회가 부여되어 국민의 정치적 의사형성에 기여할 수 있게 된다. 따라서, 국회 의사공개의 원칙은 대의민주주의 정치에 있어서 공공정보의 공개를 통해 국정에 대한 국민의 참여도를 높이고 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 필요불가결한 요소이다. 이 같은 헌법규정의 취지를 고려하면, 국민은 헌법상 보장된 일권리의 한 내용으로서 국회에 대하여 입법과정의 공개를 요구할 권리를 가지며, 국회의 의사에 대하여는 직접적인 이해관계 유무와 상관없이 일반적 정보공개청구권을 가진다고 할 수 있다(헌결 2009.9.24. 2007헌바17).

⑤ 【○】

국회법

제75조 (회의의 공개)

- ① 본회의는 공개한다. 다만, 의장의 제의 또는 의원 10명 이상의 연서에 의한 동의(動議)로 본회의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다.
- ② 제1항 단서에 따른 제의나 동의에 대해서는 토론을 하지 아니하고 표결한다.

정답 ①

29

재판청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ① 재판청구권에 포함된 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사진술되고 이에 대하여 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다.
- ② 우리 헌법상 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관에 의한 재판에 국한되는 것이 아니라, 국민참여재판을 받을 권리까지를 포함한다. 따라서 형사소송 절차에서 국민참여재판을 받을 권리를 배제함에 있어서는 헌법에서 정한 적법절차의 원칙을 따라야 한다.
- ③ 사법보좌관에게 소송비용액 확정결정절차를 처리하도록 한 조항은 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.
- ④ 재판의 심리와 판결은 공개하는 것이 원칙이지만, 이 중 심리는 국가의 안전 보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있는 때에는 법원이 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

- ⑤ 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리의 적용범위에는 판결 절차 외에 집행절차도 포함된다. 민사상의 분쟁 해결에서 판결절차가 권리 또는 법률관계의 존부의 확정, 즉 청구권의 존부의 관념적 형성을 목적으로 하는 절차라면 강제집행절차는 권리의 강제적 실현, 즉 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 판결절차에 비해 신속성이 더욱 요청된다

해설**① 【○】**

우리 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고, 같은 조 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리가 있다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리가 있다”라고 규정하여, 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리가 보장하고 있다. 이 재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실제적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 **공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판**, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어 권리 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌결 1998.12.24. 94헌바46).

② 【×】

우리 헌법상 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관에 의한 재판을 주된 내용으로 하는 것이므로 국민참여재판을 받을 권리가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다(헌결 2009.11.26. 2008헌바12). ⇒ ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’(이하 ‘재판참여법률’이라 한다)이 정하는 국민의 참여재판을 받을 권리가 헌법상 재판청구권으로서 보장되는지 여부(소극)

③ 【○】

법원조직법에서 사법보좌관제도를 도입한 취지는 사법 인력을 보다 효율적으로 운용하기 위한 것으로서 법원의 업무 중 상대적으로 행정성이 없거나 희박한 비송적·형식적 절차 업무를 법관이 아닌 자로서 법원일반직 공무원 중 일정한 자격을 갖춘 사법보좌관에게 맡기는 것이 법관의 업무를 경감시킴과 아울러 전문적인 사법 서비스를 향상 시킬 수 있다는 측면에서 바람직하므로 사법보좌관에 의하여 소송비용액 확정결정절차를 처리하게 하는 이 사건 조항은 그 입법목적이 정당하다. 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 보장과 관련하여 최소한 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리가 보장할 것이 요구되므로 사법보좌관의 처분에 대한 이의절차가 중요하다. 법원조직법 제54조 제3항 등에서는 사법보좌관의 처분에 대한 이의신청을 허용함으로써 동일 심급 내에서 법관으로부터 다시 재판 받을 수 있는 권리를 보장하고 있는데, 이 사건 조항에 의한 소송비용액 확정결정절차의 경우에도 이러한 이의절차에 의하여 법관에 의한 판단을 거치도록 함으로써 법관에 의한 사실확정과 법률해석의 기회를 보장하고 있다. 이와 같이 이 사건 조항에 의한 사법보좌관제도는 이의절차 등에 의하여 법관이 사법보좌관의 소송비용액 확정결정절차를 처리할 수 있는 장치를 마련함으로써 적정한 업무처리를 도모함과 아울러 사법보좌관의 처분에 대하여 법관에 의한 사실확정과 법률

의 해석적용의 기회를 보장하고 있는바, 이는 한정된 사법 인력을 실질적 행정에 집중하도록 하면서 궁극적으로 국민의 재판받을 권리를 실질적으로 보장한다는 입법목적 달성을 기여하는 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 따라서 **사법보좌관에게 소송비용액 확정결정절차를 처리하도록 한 이 사건 조항이 그 입법자무경관을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 단정할 수 없으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다**고 할 수 없다(헌결 2009.2.26. 2007헌바8). ⇒ **사법보좌관에 의한 소송비용액 확정결정절차를 규정한 법원조직법(2005. 3. 24. 법률 제7402호로 개정된 것) 제54조 제2항 제1호 중 “민사소송법(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 소송비용액 확정결정절차에서의 법원의 사무” 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 재판청구권을 규정한 헌법 제27조 제1항에 위반되는지 여부(소극)**

④ 【○】**헌법**

제109조 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

⑤ 【○】

헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리의 적용범위에는 판결 절차 외에 집행절차도 포함되고, 민사상의 분쟁해결에 있어서 판결 절차가 권리 또는 법률관계의 존부의 확정, 즉 청구권의 존부의 관념적 형성을 목적으로 하는 절차라면 강제집행절차는 권리의 강제적 실현, 즉 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 강제집행절차에서는 판결절차에 있어서보다 신속성의 요청이 더욱 강하다(헌결 2007.3.29. 2004헌바93).

정답 ②

30

근로의 권리에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- 가. 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”고 규정하고 있는바, 위 조항의 폭넓은 해석은 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 엄격하게 해석할 필요가 있다. 따라서 위 조항의 대상자는 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 보아야 한다.
- 나. 입법자가 취업보호대상을 ‘국가유공자의 유가족’과 ‘상이군경의 유가족’에 대하여까지 넓히는 법률을 제정하였다 면, 입법재량의 한계를 일탈한 것이다.
- 다. 헌법은 “여자”와 “연소자”, “노인”的 근로는 특별한 보호를 받는다고 규정하고 있다.
- 라. 우리 헌법은 최저임금제에 관한 근거규정을 두고 있다.
- 마. 고용노동부 고시로 사용자가 근로자에게 지급하여야 할 최저임금액을 정한 것은 불가분의 긴밀한 관계를 형성하고 있는 사용자와 근로자 사이의 상반되는 사적 이해를 조정하기 위한 것으로서, 개인의 본질적이고 핵심적인 자유 영역에 관한 것이라기보다 사회적 연관관계에 놓여 있는 경제 활동을 규제하는 사항에 해당한다고 볼 수 있으므로 그 위헌성 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다.

- ① 가, 나 ② 나, 다 ③ 다, 라
 ④ 나, 마 ⑤ 나, 다, 라

해설

가 【○】

종전 결정에서 헌법재판소는 헌법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”는 규정을 넓게 해석하여, 이 조항이 국가유공자 본인뿐만 아니라 가족들에 대한 취업보호제도(가산점)의 근거가 될 수 있다고 보았다. 그러나 오늘날 가산점의 대상이 되는 국가유공자와 그 가족의 수가 과거에 비하여 비약적으로 증가하고 있는 현실과, 취업보호대상자에서 가족이 차지하는 비율, 공무원시험의 경쟁이 갈수록 치열해지는 상황을 고려할 때, 위 조항의 폭넓은 해석은 필연적으로 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 위 조항은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 이러한 관점에서 위 조항의 대상자는 조문의 문리해석대로 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 봄이 상당하다 (헌불: 헌결 2006.2.23. 2004헌마675). ★★★

⇒ 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우 및 지원에관한법률 제31조 제1항·제2항, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1

항·제2항 준용 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률 제22조 제1항·제2항(이하 이들을 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 기타 응시자들의 평등권과 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

나 【×】

이러한 해석에 의할 때 전몰군경의 유가족을 제외한 국가유공자의 가족이 헌법적 근거를 지난 보호대상에서 제외되지만, 입법자는 위 조항 및 헌법 전문(前文)에 나타난 대한민국의 건국이념 등을 고려하여 취업보호대상을 국가유공자 등의 가족에까지 넓힐 수 있는 입법 정책적 재량을 지니며, 이 사건 조항 역시 그러한 입법재량의 행사에 해당하는 것이다. 그러나 그러한 보호대상의 확대는 어디까지나 법률 차원의 입법정책에 해당하며 명시적 헌법적 근거를 갖는 것은 아니다 (헌불: 헌결 2006.2.23. 2004헌마675)

다 【×】 ★ 우리 헌법은 “여자”와 “연소자”的 근로는 특별한 보호를 받는다고 규정하고 있지만, “노인”的 근로도 특별한 보호를 받는다고 규정하고 있지 않다.

헌법 제32조 ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.

제34조 ④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.

라 【○】

헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

마 【○】

근로자의 고용에 관한 계약의 자유와 기업의 자유는 절대적인 것은 아니므로 사회적 약자의 보호, 독점 방지, 실질적 평등, 경제 정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있고, 다만 이 경우 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한의 한계를 준수할 것이 요구된다. 한편, 헌법 제32조 제1항은 ‘법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.’고 규정하고 있어 최저임금제에 대한 헌법상 근거성이 존재할 분만 아니라, 각 최저임금 고시 부분이 사용자가 근로자에게 지급하여야 할 최저임금액을 정한 것은 불가분의 긴밀한 관계를 형성하고 있는 사용자와 근로자 사이의 상반되는 사적 이해를 조정하기 위한 것으로서, 개인의 본질적이고 핵심적인 자유 영역에 관한 것이라기보다 사회적 연관관계에 놓여 있는 경제 활동을 규제하는 사항에 해당한다고 볼 수 있으므로 그 위헌성 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다(헌결 2019.12.27. 2017헌마1366).

정답 ②

31

청원권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

① 의회에 대한 청원에 국회의원의 소개를 얻도록 한 것은 국회에 청원하려는 자의 청원권을 침해한다고 볼 수 없다. 의원의 소개가 없는 경우에도 이를 진정으로 접수하여 처리하고 있을뿐더러, 청원의 소개의원은 1인으로 족하다는 점 등에 비추어 볼 때 그려하다.

② 청원서를 접수한 국가기관이 심사결과를 통지한 결과가 청원인의 기대에 미치지 아니하는 경우, 이는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당한다고 볼 수 있으므로, 위 청원인은 그 처리결과를 대상으로 헌법소원을 제기할 수 있다. 이와 같이 헌법상 보장된 청원권을 매개로 하여 권리구제를 받을 수 있는 폭이 한층 확대된다는 점에서, 오늘날 청원권은 그 중요성이 새로이 부각되고 있다.

③ 헌법상 보장된 청원권은 국가기관이 청원을 수리할 뿐만 아니라 이를 심사하여 청원자에게 그 처리결과를 통지할 것을 요구할 수 있는 권리를 말하고, 청원권의 보호범위에는 청원사항의 처리 결과에 심판서나 재결서에 준하여 이유를 명시할 것까지를 요구하는 것은 포함되지 않는다.

④ 청원법에 의하면 청원을 관장하는 기관이 청원을 접수한 때에는 특별한 사유가 없는 한 90일 이내에 그 처리결과를 청원인에게 통지하여야 한다.

⑤ 청원은 문서로 하도록 헌법상 규정되어 있고, 청원법에서도 청원은 문서(전자문서 포함)로 하도록 규정하고 있다. 이에 따라 구두로 청원하는 것은 인정되지 않는다.

해설

① 【○】

청원권의 구체적 내용은 입법활동에 의하여 형성되며, 입법형성에는 폭넓은 자랑권이 있으므로 입법자는 청원의 내용과 절차는 물론 청원의 심사·처리를 공정하고 효율적으로 행할 수 있게 하는 합리적인 수단을 선택할 수 있는 바, 의회에 대한 청원에 국회의원의 소개를 염도록 한 것은 청원 심사의 효율성을 확보하기 위한 적절한 수단이다. 또한 청원은 일반의안과 같이 처리되므로 청원서 제출단계부터 의원의 관여가 필요하고, 의원의 소개가 없는 민원의 경우에는 진정으로 접수하여 처리하고 있으며, 청원의 소개의원은 1인으로 즉한 점 등을 감안할 때 이 사건 법률조항이 국회에 청원을 하려는 자의 청원권을 침해한다고 볼 수 없다(헌결 2006.6.29. 2005헌마604). ⇒ 국회에 청원을 할 때 의원의 소개를 얻어 청원서를 제출하도록 한 국회법 제123조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 국회에 청원을 하려는 자의 청원권을 침해하는지 여부(소극)

② 【×】 ③ 【○】

헌법 제26조와 청원법 규정에 의할 때 헌법상 보장된 청원권은 공권력과의 관계에서 일어나는 여러가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 적법한 청원을 한 모든 국민에게, 국가기관이(그 주관관서가) 청원을 수리할 뿐만 아니라, 이를 심사하여, 청원자에게 적어도 그 처리결과를 통지할 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 그러나 청원권의 보호범위에는 청원사항의 처리결과에 심판서나 재결서에 준하여 이유를 명시할 것까지를 요구하는 것은 포함되지 아니한다고 할 것이다. 왜냐하면 국민이면 누구든지 널리 제기할 수 있는 민중적 청원제도는 재판청구권 기타 준사법적 구제청구와는 완전히 성질을 달리하는 것이기 때문이다. 그러므로 청원소관서는 청원법이 정하는 절차와 범위 내에서 청원사항을 성실·공정·신속히 심사하고 청원인에게 그 청원을 어떻게 처리하였거나 처리하려 하는지를 알 수 있을 정도로 결과통지함으로써 충분하다고 할 것이다. 따라서 적법한 청원에 대하여 국가기관이 수리, 심사하여 그 처리결과를 청원인 등에게 통지하였다면 이로써 당해 국가기관은 헌법 및 청원법상의 의무이행을 펼한 것이라고 할 것이고, 비록 그 처리내용이 청원인 등이 기대한 바에 미치지 않는다고 하더라도 더이상 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 내지 불행사라고는 볼 수 없다(헌결 1994.2.24. 93헌마213).

④ 【○】

청원법

제9조 (청원의 심사)

- ① 청원을 수리한 기관은 성실하고 공정하게 청원을 심사·처리하여야 한다.
- ② 청원을 수리한 기관은 청원의 심사에 필요하다고 인정할 때에는 청원인, 이해관계인 및 학식과 경험이 풍부한 사람으로부터 진술을 들을 수 있다. 이 경우 진술인(청원인은 제외한다)에게는 예산의 범위에서 여비와 수당을 지급할 수 있다.
- ③ 청원을 관장하는 기관이 청원을 접수한 때에는 특별한 사유가 없는 한 90일 이내에 그 처리결과를 청원인에게 통지하여야 한다.
- ④ 청원을 관장하는 기관은 부득이한 사유로 제3항의 처리기간 내에 청원을 처리하기 곤란하다고 인정하는 경우에는 60일의 범위 내에서 1회에 한하여 그 처리기간을 연장할 수 있다. 이 경우 그 사유와 처리예정 기한을 지체 없이 청원인에게 통지하여야 한다.

⑤ 【○】

헌법

제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.

청원법

제6조 (청원방법)

- ① 청원은 청원인의 성명(법인인 경우에는 명칭 및 대표자의 성명을 말한다)과 주소 또는 거소를 기재하고 서명한 문서(「전자정부법」에 의한 전자문서를 포함한다)로 하여야 한다.
- ② 다수인이 공동으로 청원을 하는 때에는 그 처리결과를 통지받을 3인 이하의 대표자를 선임하여 이를 청원서에 표시하여야 한다.
- ③ 청원서에는 청원의 이유와 취지를 밝히고, 필요한 때에는 참고자료를 첨부할 수 있다.

정답 ②

32

상공회의소에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ㄱ. 상공회의소는 목적이나 설립, 관리 면에서 자주적인 단체로 사법인으로 결사의 자유는 보장된다.
- ㄴ. 상공회의소는 단체 결성·가입·탈퇴에 상당한 제한이 있는 조직이며, 다른 결사와는 달리 일정한 공적인 역무를 수행하면서, 지방자치단체의 행정지원과 자금지원 등의 혜택을 받고 있는 법인이다.
- ㄷ. 상공회의소가 기본적으로는 임의단체라고 하더라도 일반 결사에 비하여 여러 규제와 혜택을 법령으로 규정하고 있으므로, 이러한 특성을 상공회의소 및 그 회원이 가지는 결사의 자유의 제한이 과잉금지원칙에 반하는지 여부를 판단하는데 고려하여야 한다.
- ㄹ. 단체 또는 단체의 구성원들이 유리한 경우에는 설립의 근거법률에 따른 특혜를 누리거나 요구하다가, 제한에 대해서는 사적조직임을 강조하면서 결사의 자유의 침해를 주장하는 경우에 과잉금지원칙 위배 여부를 판단할 때에는, 순수한 사적인 임의결사의 기본권이 제한되는 경우의 심사에 비해서는 완화된 기준을 적용할 수 있다.
- ㅁ. 상공회의소법이 하나의 지방자치단체의 행정구역 안에 둘 이상의 상공회의소가 병존하지 못하게 하는 목적은 상공회의소가 담당하는 공적 임무를 처리하거나 상공회의소에게 보조금을 지급하거나 사업을 위탁하는 지방자치단체와의 관계에서 혼선이 발생하는 것을 방지하기 위한 것으로, 그 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정된다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

ㄱ 【○】 상공회의소는 사업범위, 조직, 회계 등에 있어서 상공회의소

법에 따른 규율을 받고 있는 특수성을 가지고 있으나, 기본적으로는 관할구역의 상공업계를 대표하여 그 권익을 대변하고 회원에게 기술 및 정보 등을 제공하여 회원의 경제적·사회적 지위를 높임으로써 상공업의 발전을 꾀함을 목적으로 하는 조직으로 목적이나 설립, 관리 면에서 자주적인 단체로 사법인이라고 할 것이므로 상공회의소와 관련해서도 결사의 자유는 보장된다고 할 것이다(헌결 2006.5.25. 2004헌가1).

ㄴ 【○】 상공회의소는 상공업자들의 사적인 단체이기는 하나, 설립·회원·기관·의결방법·예산편성과 결산 등이 상공회의소법에 의하여 규율되고, 단체결성·가입·탈퇴에 상당한 제한이 있는 조직이며 다른 결사와 달리 일정한 공적인 역무를 수행하면서 지방자치단체의 행정지원과 자금지원 등의 혜택을 받고 있는 법인으로, 이 사건 법률조항에 의한 결사의 자유 제한이 과잉금지원칙에 위배되는지 판단할 때에는, 순수한 사적인 임의결사에 비해서 완화된 기준을 적용할 수 있다(헌결 2006.5.25. 2004헌가1).

ㄷ 【○】 상공회의소가 결사의 자유의 주체가 되는 사법인으로 기본적으로는 임의단체라고 하더라도 일반 결사에 비하여 여러 규제와 혜택을 법령으로 규정하고 있는바, 이러한 특성을 상공회의소 및 그 회원이 가지는 결사의 자유의 제한이 과잉금지원칙에 반하는지 여부를 판단하는데 고려하여야 할 것이다(헌결 2006.5.25. 2004헌가1).

ㄹ 【○】 단체 또는 단체의 구성원들이 유리한 경우에는 설립의 근거법률에 따른 특혜를 누리거나 요구하다가, 제한에 대해서는 사적조직임을 강조하면서 결사의 자유의 침해를 주장하는 경우에 과잉금지원칙 위배 여부를 판단할 때에는, 순수한 사적인 임의결사의 기본권이 제한되는 경우의 심사에 비해서는 완화된 기준을 적용할 수 있다. 입법론으로 상공회의소라는 결사의 성격을 순수한 임의조직으로 할 것인지 현재와 같은 공적인 역할을 수행하는 조직으로 할 것인지 선택하는 것은 별론으로 하고, 현재의 상공회의소법이 형성한 상공회의소라는 결사의 법적 형상 아래에서 하는 이 사건에서는 기본권제한의 과잉금지원칙 위배 여부를 심사할 때 상공회의소의 공적인 모습을 침작해야 할 것이다(헌결 2006.5.25. 2004헌가1).

ㅁ 【○】 상공회의소법이 하나의 지방자치단체의 행정구역 안에 둘 이상의 상공회의소가 병존하지 못하게 하는 목적은 상공회의소가 담당하는 공적 임무를 처리하거나 상공회의소에게 보조금을 지급하거나 사업을 위탁하는 지방자치단체와의 관계에서 혼선이 발생하는 것을 방지하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 법률조항의 입법목적은 광역시에 속한 군을 관할구역으로 하는 상공회의소가 별도로 설립되어 광역시 안에 둘 이상의 상공회의소가 병존하고, 관할의 중복에 따라 상공회의소의 설립목적을 달성함에 있어서 혼선이 발생하는 것을 방지하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 법률조항이 상공회의소의 설립과 운영을 현저하게 곤란하게 하기 위한 의도로 제정되지 않았고 나름대로 타당성을 인정할 수 있으므로, 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정된다(헌결 2006.5.25. 2004헌가1).

정답 ①

33

다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) 〈법행 2020〉

- ① 위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용된다. 다만 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다. 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 정하여야 한다.
- ② 군대의 해외파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백한 이상 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고, 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.
- ③ 대통령은 행정부의 수반으로서 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 보호의무를 충실히 이행할 수 있도록 권한을 행사하고 직책을 수행하여야 하는 의무를 부담한다. 하지만 국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다 고 하여 대통령이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 구체적이고 특정한 행위의무까지 바로 발생한다고 보기는 어렵다.

- ④ 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포 할 수 있다.
- ⑤ 사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제하는 행정부 수반으로서의 고유한 권한을 말하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권리분립의 원리에 대한 예외에 해당한다. 사면제도는 역사적으로 절대군주인 국왕의 은사권에서 유래하였으며, 대부분의 근대국가에서도 유지되어 왔고, 대통령제국가에서는 미국을 흐시로 대통령에게 사면권이 부여되어 있다.

해설

①【○】

위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률(형식적 의미의)에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌결 1991.7.8. 91헌가4).

②【○】

이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 강한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다(헌결 2004.4.29. 2003헌마814).

③【○】

피청구인은 행정부의 수반으로서 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 보호의무를 충실히 이행할 수 있도록 권한을 행사하고 직책을 수행 하여야 하는 의무를 부담한다. 하지만 국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다고 하여 피청구인이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 구체적이고 특정한 행위의무까지 바로 발생한다고 보기 어렵다. 세월호 참사에 대한 피청구인의 대응조치에 미흡하고 부적절한 면이 있었다고 하여 곧바로 피청구인이 생명권 보호의무를 위반하였다고 인정하기는 어렵다(헌결 2017.3.10. 2016헌나1).

④【○】

헌법

제77조 ① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상 사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.

⑤【×】 ★ 행정부 수반으로의 권한과 국가원수로의 권한을 항상 잊지 마시기 바랍니다^^

사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 **(국가원수의 고유한 권한)**을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권리분립의 원리에 대한 예외가 된다. 사면제도는 역사적으로 절대군주인 국왕의 은사권(恩赦權)에서 유래하였으며, 대부분의 근대국가에서도 유지되어 왔고, 대통령제국가에서는 미국을 효시로 대통령에게 사면권이 부여되어 있다. 사면권은 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다. 현대에 이르러서는 법 이념과 다른 이념과의 갈등을 조정하고, 법의 이념인 정의와 합목적성을 조화시키기 위한 제도로도 파악되고 있다(헌결 2000.6.1. 97헌바74).

정답 ⑤

34

대학의 자율에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법행 2020〉

- ㄱ. 대학의 자율이란 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 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 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다.
- ㄴ. 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 전형도 자율의 범위에 속해야 하고 따라서 입학시험제도도 자주적으로 마련될 수 있어야 한다.
- ㄷ. 대학의 자율권도 헌법상의 기본권이므로 기본권 제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리 등을 이유로 제한될 수 있다.
- ㄹ. 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있고, 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수 밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속한다.
- ㅁ. 대학 총장 후보자 선정과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 다만 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

그 【○】 ㄴ 【○】 ㄷ 【○】 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. 따라서 국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체라는 점도 중요하게 다루어져야 한다. 여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 전형도 자율의 범위에 속해야 하고 따라서 입학시험제도도 자주적으로 마련될 수 있어야 한다. 다만 이러한 대학의 자율권도 헌법상의 기본권이므로 기본권제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리 등을 이유로 제한(필요, 최소한의 한도에서)될 수 있는 것이며, 대학입학방법을 규정하고 있는 교육법 제111조의2 및 교육법시행령 제71조의2의 규정은 바로 헌법 제37조 제2항에 의한 대학자율권 제한법률이다(헌결 1992.10.1. 92헌마68).

ㄹ 【○】 헌법은 제31조 제1항에서 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리가 있음을 선언하고, 같은 조 제6항에서 학교교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이는 모든 국민이 능력에 따른 교육을 받을 수 있도록 교육제도를 마련하여야 할 국가의 의무를 규정하는 한편, 학교교육에 관한 국가의 책임을 규정하고 있는 것이다. 이에 따라 국가는 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있다. 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속한다(헌결 2014.3.27. 2012헌마404).

ㅁ 【○】 대학의장임용추천위원회(이하 '위원회'라 한다)에서의 선정은 원칙적인 방식이 아닌 교원의 합의된 방식과 선택적이거나 혹은 실제로는 보통적인 방식으로 규정되어 있는 점, 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 다만 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다고 할 것인데, 교육공무원법 제24조 제4항은 대학의 장 후보자 선정을 위원회에서 할 것인지, 아니면 교원의 합의된 방식에 의할 것인지를 대학에서 우선적으로 결정하도록 하여 이를 충분히 보장하고 있는 점, 또한 이 규정은 개정 전 교육공무원임용령 제12조의3 제4항과 동일한 내용으로서 청구인들이 속한 각 대학은 개정 전 위 시행령에 근거하여 직선제의 방식으로 대학의 장 후보자를 선출해 온 점을 고려하면, 이전의 시행령의 내용을 그대로 담고 있는 교육공무원법 제24조 제4항이 대학에게 총장 후보자 선출에 있어서 새로운 제한을 추가하거나 가중한 것이라고 볼 수 없으므로 위 규정이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다(헌결 2006.4.27. 2005헌마1047).

정답 ①

35

집회·결사의 자유 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) 〈법행 2020〉

- ① 헌법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두고 있지 않은 점 등을 고려하면, 헌법상 사전검열은 예외없이 금지되는 것으로 보아야 하고, 의료광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다.
- ② 집회의 자유는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함하므로 이를 내용으로 하는 시위의 자유 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호되는 기본권에 속한다. 그러나 집회의 자유 내지 시위의 자유가 국민에게 그가 선택한 임의의 장소에서 자유롭게 행사할 수 있는 권리까지 보장한다고 볼 수 없으며, 이른바 장소선택의 자유는 집회·시위의 자유의 영역에 속하지 아니한다.
- ③ ‘일출시간 전, 일몰시간 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하는 것이어서

최소침해성 및 법익균형성 원칙에 반한다.

- ④ 법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지고 있어 결사의 자유의 주체가 된다. 다만 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하고, 공법인은 원칙적으로 헌법의 수범자이기 기본권의 주체가 될 수 없다.
- ⑤ 주택건설촉진법상의 주택조합은 주택이 없는 국민의 주거생활 안정을 도모하고 모든 국민의 주거 수준의 향상을 기한다는 공공목적을 위하여 법이 구성원의 자격을 제한적으로 정해 놓은 특수조합이다. 따라서 이는 헌법상의 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체가 아니며, 유주택자가 위 법률 소정의 주택조합에 가입이 제한되더라도 유주택자의 결사의 자유를 침해하는 것이 아니다.

해설

① 【○】

현법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없다는 점 등을 고려하면, 현법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 하므로 의료광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다. 의료광고의 사전심의는 보건복지부장관으로부터 위탁을 받은 각 의사협회가 행하고 있으나 사전심의의 주체인 보건복지부장관은 언제든지 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 점, 의료법 시행령이 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있는 점, 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 하는 점, 보건복지부장관은 의료단체에 대해 재정지원을 할 수 있는 점, 심의기준·절차 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 각 의사협회는 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의업무를 수행하고 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률규정들은 사전검열금지원칙에 위배된다(위헌 [헌결 2015.12.23. 2015헌바75](#)). ★

⇒ 사전심의를 받지 아니한 의료광고를 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률규정들’이라 한다)이 사전검열금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

② 【×】

집회의 자유는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함하므로 이를 내용으로 하는 시위의 자유 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호되는 기본권이다. 집회·시위장소는 집회·시위의 목적을 달성하는데 있어서 매우 중요한 역할을 수행하는 경우가 많기 때문에 집회·시위장소를 자유롭게 선택할 수 있어야만 집회·시위의 자유가 비로소 효과적으로 보장되므로 장소선택의 자유는 집회·시위의 자유의 한 실질을 형성한다([헌결 2005.11.24. 2004헌가17](#)).

★ [비교판례] 종교(선교활동)의 자유는 국민에게 그가 선택한 임의의 장소에서 자유롭게 행사할 수 있는 권리까지 보장한다고 할 수 없으며, 그 임의의 장소가 대한민국의 주권이 미치지 아니하는 지역이나가 국가에 의한 국민의 생명·신체 및 재산의 보호가 강력히 요구되는 해외 위난지역인 경우에는 더욱 그러하다([헌결 2008.6.26. 2007헌마1366](#)).

③ 【○】

이 사건 법률조항은 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 그러나 ‘일출시간 전, 일몰시간 후’라는 광범위하고 기변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대 사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 저해를 가하는 것이어서 최소침해성 및 법익균형성 원칙에 반한다([한정 위헌](#) : 헌결 2014.4.24. 2011헌가29). ⇒ 이 사건 법률조항 및 이에 위반하여 옥외집회 또는 시위에 참가한 자를 형사처벌하는 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정되기 전의 것) 제20조 제3호 중 ‘제10조 본문’에 관한 부분(이 사건 법률조항과 통틀어 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) ★

④ 【○】

법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지고 있어 결사의 자유의 주체가 된다고 볼이 상당하므로, 축협중앙회는 그 회원조합들과 별도로 결사의 자유의 주체가 된다. 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이자 기본권의 주체가 될 수 없다. 축협중앙회는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만, 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없을 것이고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다 ([헌결 2000.6.1. 99헌마553](#)).

⑤ 【○】

주택건설촉진법 제3조 제9호의 규정이 유주택자의 결사의 자유를 침해하는 위헌법률이라는 주장에 대하여 보건대, 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 결사의 자유에 의하여 보호되는 “결사” 개념에는 법이 특별한 공공목적에 의하여 구성원의 자격을 정하고 있는 특수단체의 조직활동까지 그에 해당하는 것으로 볼 수 없다. 주택건설촉진법상의 주택조합은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준의 향상을 기한다는(동법 제1조) 공공목적을 위하여 법이 구성원의 자격을 제한적으로 정해 놓은 특수조합이어서 이는 헌법상의 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체가 아니며 또한 위 법률조항이 위 법률 소정의 주택조합 중 지역조합과 직장조합의 조합원 자격을 무주택자로 한정하였다고 해서 그로 인하여 유주택자가 위 법률과 관계없는 주택조합의 조합원이 되는 것까지 제한받는 것도 아니다. 그러므로 주택건설촉진법 제3조 제9호는 유주택자의 결사의 자유를 침해하는 것이 아니다([헌결 1994.2.24. 92헌바43](#)).

정답 ②

36

양심적 병역거부에 관한 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 판시 내용으로 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정 예의함) <법행 2020>

① 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 양심을 포기하지 않고서는 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재 가치를 스스로 파멸시키는 것이기 때문에 병역의무의 이행을 거부하는 것을 말한다.

② 병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌하고 있는데, 여기에서 ‘정당한 사유’는 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것이다.

③ 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌조정 문제이며, 병역법 제88조 제1항에

서 정한 ‘정당한 사유’라는 문언의 해석을 통하여 해결하여야 한다.

- ④ 양심적 병역거부자들은 헌법상 국방의 의무 자체를 부정하는 것 이 아니라, 단지 국방의 의무를 구체화하는 법률에서 병역의무를 정하고 그 병역의무를 이행하는 방법으로 정한 집총이나 군사훈련을 수반하는 행위를 할 수 없다는 이유로 그 이행을 거부할 뿐이므로, 소극적 부작위에 의한 양심실현에 해당한다.
- ⑤ 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’란 입영통지에 기해 지정된 기일과 장소에 집결할 의무를 부과받았음에도 즉시 이에 응하지 못한 것을 정당화할 만한 사유로서, 병역법에서 입영을 일시적으로 연기하거나 지연시키기 위한 요건으로 인정된 사유, 즉 질병, 재난 등과 같은 개인의 책임으로 돌리기 어려운 사유로 한정된다 고 보아야 한다.

해설

① 【○】

양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집종이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 양심을 포기하지 않고서는 집종이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 것이기 때문에 병역의무의 이행을 거부한다는 것이다. 결국 양심을 포기할 수 없고 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시킬 수도 없기 때문에 불이행에 따른 어떠한 제재라도 감수할 수밖에 없다고 한다(대판 전합 2018.11.1. 2016도10912).

② 【○】

병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌함으로써 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정이다. 위 조항에 따르면 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인을 벌할 수 없는데, 여기에서 정당한 사유는 구성요건 해당성을 조각하는 사유이다. 이는 형법상 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다. 정당한 사유는 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것이다. 위 조항에서 정한 정당한 사유가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등을 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려해야 한다. 병역의무의 부과와 구체적 병역처분 과정에서 고려되지 않은 사정이라 하더라도, 입영하지 않은 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 설령 그 사정이 단순히 일시적이지 않다가 다른 이들에게는 일어나지 않는 일이라 하더라도 마찬가지이다(대판 전합 2018.11.1. 2016도10912).

③ 【○】

병역법 제88조 제1항은 현역입영 거부 행위에 대하여 3년 이하의 징역에 처한다고 정하고 있다. 실제 재판에서는 대부분 양심적 병역거부자의 개별적인 사정을 고려하지 않은 채 병역법 시행령 제136조 제1항 제2호 (가)목에서 정한 전시근로역 편입 대상에 해당하는 1년 6개월 이상 징역형의 실형을 일률적으로 선고하고 있다. 부자(父子) 또는 형제가 모두 실형을 선고받아 복역하는 상황도 적지 않게 발생하였다. 이러한 형사처벌이 계속되고 있는데도 양심적 병역거부자는 우리 사회에서 매년 평균 약 600명 내외로 발생하고 있다. 헌법상 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무, 그리고 국민에게 부여된 국방의 의무는 아무리 강조해도 지나치지 않다. 국가의 존립이 없으면 기본권 보장의 토대가 무너지기 때문이다. 국방의 의무가 구체화된 병역의무는 성실하게 이행하여야 하고 병무행정 역시 공정하고 엄정

하게 집행하여야 한다. 헌법이 양심의 자유를 보장하고 있다고 해서 위와 같은 가치를 소홀히 해서는 안 된다. 따라서 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌·조정 문제가 된다. 국방의 의무는 법률이 정하는 바에 따라 부담한다(헌법 제39조 제1항). 즉 국방의 의무의 구체적인 이행방법과 내용은 법률로 정할 사항이다. 그에 따라 병역법에서 병역의무를 구체적으로 정하고 있고, 병역법 제88조 제1항에서 입영의무의 불이행을 처벌하면서도 한편으로는 '정당한 사유'라는 문언을 두어 입법자가 미처 구체적으로 열거하기 어려운 충돌 상황을 해결할 수 있도록 하고 있다. 따라서 양심적 병역거부에 관한 규범의 충돌·조정 문제는 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'라는 문언의 해석을 통하여 해결하여야 한다(대판 전합 2018.11.1. 2016도10912).

④ 【○】

이는 충돌이 일어나는 직접적인 국면에서 문제를 해결하는 방법일 뿐만 아니라 병역법이 취하고 있는 태도에도 합치하는 해석방법이다. 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유에 대한 제한은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있다. 양심적 병역거부는 이러한 소극적 부작위에 의한 양심실현에 해당한다. 양심적 병역거부자들은 헌법상 국방의 의무 자체를 부정하지 않는다. 단지 국방의 의무를 구체화하는 법률에서 병역의무를 정하고 그 병역의무를 이행하는 방법으로 정한 집종이나 군사훈련을 수반하는 행위를 할 수 없다는 이유로 그 이행을 거부할 뿐이다(대판 전합 2018.11.1. 2016도10912).

⑤ 【×】 ★ 지문은 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상우, 대법관 이기택의 반대의견

여호와의 증인 신도인 피고인이 지방병무청장 명의의 현역병입영통지서를 받고도 입영일부터 3일이 지나도록 종교적 양심을 이유로 입영하지 않고 병역을 거부하여 병역법 위반으로 기소된 사건에서, 피고인은 여호와의 증인 신도인 아버지의 영향으로 만 13세 때 침례를 받고 그 신앙에 따라 생활하면서 약 10년 전에 최초 입영통지를 받은 이래 현재까지 신앙을 이유로 입영을 거부하고 있고, 과거 피고인의 아버지는 물론 최근 피고인의 동생도 같은 이유로 병역을 거부하여 병역법 위반으로 수감되었으며, 피고인이 부양해야 할 배우자, 어린 딸과 갓 태어난 아들이 있는 상태에서 형사처벌의 위험을 감수하면서도 종교적 신념을 이유로 병역거부 의사를 유지하고 있는 사정에 비추어 보면, 피고인의 입영거부 행위는 진정한 양심에 따른 것으로서 구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당할 여지가 있는데도, 피고인이 주장하는 양심이 위 조항의 정당한 사유에 해당하는지 심리하지 아니한 채 양심적 병역거부가 정당한 사유에 해당하지 않는다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 양심적 병역거부와 위 조항에서 정한 정당한 사유의 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례(대판 전합 2018.11.1. 2016도10912).

37

아동복지법상 아동학대관련범죄 전력자 취업제한 조항에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은 모두 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (법행 2020)

- ㄱ. 아동복지법상 아동학대관련범죄 전력자 취업 제한 조항은 아동학대관련범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 일정 기간 동안 아동 관련기관인 체육시설 또는 초·중등교육법 제2조 각 호의 학교를 운영하거나 그에 취업할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 일정한 직업을 선택함에 있어 기본권 주체의 능력과 자질에 따른 제한에 해당하므로 이른바 '주관적 요건에 의한 좁은 의미의 직업선택의 자유'에 대한 제한에 해당한다.
- ㄴ. 아동복지법상 아동학대관련범죄 전력자 취업 제한 조항은 아동학대를 예방함으로써 아동들이 행복하고 안전하게 자라나게 하고, 체육시설 및 학교에 대한 윤리성과 신뢰성을 높여 아동 및 그 보호자가 이들 기관을 믿고 이용할 수 있도록 하려는 것이 입법목적이고, 이러한 입법목적은 정당하다.
- ㄷ. 아동학대관련범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 일정기간 아동관련기관인 체육시설 또는 학교에 취업할 수 있도록 하는 것은 위와 같은 입법목적을 달성할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있으므로, 수단의 적합성도 인정된다.
- ㄹ. 아동학대관련범죄 전력자의 취업 제한을 하려면 그러한 대상자들에게 재범의 위험성이 있는지 여부, 만약 있다면 어느 정도로 취업제한을 해야 하는지를 구체적이고 개별적으로 심사하는 절차가 필요하다.
- ㅁ. 아동학대관련범죄전력만으로 재범의 위험성이 있다고 간주하고 일률적·편의적인 시각에서 아동학대관련범죄 전력자에 대하여 아동관련기관인 체육시설 또는 학교에 10년간 취업을 금지하는 것은, 아동학대관련범죄전력이 있지만 10년의 기간 안에 재범의 위험성이 해소될 수 있는 자들에게 과도한 기본권 제한에 해당한다. (위헌) 헌결 2018.6.28. 2017헌마130).

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개
 ④ 3개 ⑤ 4개

해설

ㄱ【○】

청구인들은 심판대상조항에 의하여 형이 확정된 때부터 형의 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 10년까지의 기간 동안 아동관련기관인 체육시설 또는 '초·중등교육법' 제2조 각 호의 학교를 운영하거나 그에 취업할 수 있게 되었다. 이는 일정한 직업을 선택함에 있어 기본권 주체의 능력과 자질에 따른 제한에 해당하므로 이른바 '주관적 요건에 의한 좁은 의미의 직업선택의 자유'에 대한 제한에 해당한다. (위헌) 헌결 2018.6.28. 2017헌마130).

ㄴ【○】 ㄷ【○】 심판대상조항은 아동학대관련범죄전력자가 아동관련기관인 체육시설 또는 '초·중등교육법' 제2조 각 호의 학교를 운영하거나 그에 취업하는 것을 형이 확정된 때부터 형의 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 10년까지의 기간 동안 제한하는 방법으로 아동학대를 예방함으로써 아동들이 행복하고 안전하게 자라나게 하고, 체육시설 및 학교에 대한 윤리성과 신뢰성을 높여 아동 및 그 보호자가 이들 기관을 믿고 이용할 수 있도록 하려는 입법목적을 지니는바, 이러한 입법목적은 정당하다. 아동학대관련범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 일정기간 아동관련기관인 체육시설 또는 학교에 취업할 수 있도록 하는 것은 위와 같은 입법목적을 달성할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있으므로, 수단의 적합성도 인정된다. (위헌) 헌결 2018.6.28. 2017헌마130).

ㄹ【○】 이상에서 언급한 문제점을 해결하기 위해서는 아동학대관련범죄전력자의 취업 제한을 하기기에 앞서, 그러한 대상자들에게 재범의 위험성이 있는지 여부, 만약 있다면 어느 정도로 취업제한을 해야 하는지를 구체적이고 개별적으로 심사하는 절차가 필요하다. 이 심사의 세부적 절차와 심사권자 등에 관해서는 추후 심도 있는 사회적 논의가 필요하겠지만, 10년이라는 현행 취업제한기간을 기간의 상한으로 두고 법관이 대상자의 취업제한기간을 개별적으로 심사하는 방식도 하나의 대안이 될 수 있다. (위헌) 헌결 2018.6.28. 2017헌마130).

ㅁ【○】 아동학대관련범죄전력만으로 재범의 위험성이 있다고 간주하고 일률적·편의적인 시각에서 아동학대관련범죄전력자에 대하여 아동관련기관인 체육시설 또는 학교에 10년간 취업을 금지하는 것은, 아동학대관련범죄전력이 있지만 10년의 기간 안에 재범의 위험성이 해소될 수 있는 자들에게 과도한 기본권 제한에 해당한다. (중략) 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다. (위헌) 헌결 2018.6.28. 2017헌마130). ★★★

정답 ①

38

지방자치제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함) (법행 2020)

- ① 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체장에게 각기 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있다. 그러므로 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하여서는 아니된다. 지방의회의 경우, 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지, 법령에 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용되지 않는다.
- ② 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 보장과 지방자치단체의 자치권에 대해 규정하고 있다. 이러한 자치권 중에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권과, 그 밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 당연히 포함된다고 보아야 한다.
- ③ 지방자치제도의 헌법적 보장은, 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역(자치단체·자치기능·자치사무의 보장)은 어떠한 경우에도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 지방자치제도는 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약된다.

- ④ 지방의회의 의결에 대하여 지방자치단체의 장이 재의를 요구하였으나, 지방의회가 전과 같은 의결을 한 경우, 지방자치단체의 장은 그 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단된 경우에만 대법원에 소를 제기할 수 있다.
- ⑤ 헌법상 지방자치단체는 중앙정부와는 별도의 독자적인 기능을 수행하고 행정상 책임을 지도록 되어 있는바, 이러한 지방행정의 자주성을 증진시켜 주민의 복리를 향상시켜야 한다는 헌법적인 요청을 고려하면, 지방자치단체의 자치사무에 관한 감사원의 감사 범위를 합법성 감사로 한정하지 아니하고 합목적성 감사까지 확대한 것은 지방자치단체를 중앙정부의 하부행정기관으로 전락시키는 것으로서 지방자치제도의 본질적 내용을 침해한다.

해설

① 【○】

지방자치법은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하는 최고의 결기관으로 지방의회를, 외부에 대하여 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통괄하는 집행기관으로 단체장을 독립한 기관으로 두고, **의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없는 것인바, 지방의회는 조례의 제정 및 개폐, 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 기타 같은 법 제35조에 규정된 사항에 대한 의결권을 가지는 외에 같은 법 제36조 등의 규정에 의하여 지방자치단체사무에 관한 행정사무감사 및 조사권 등을 가지므로, 이처럼 법령에 의하여 주어진 권한의 범위 내에서 집행기관을 견제할 수 있는 것이지 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다(대판 2003.9.23. 2003주13).**

② 【○】 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제 118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다(헌결 2002.10.31. 2001헌라1).

③ 【○】

지방자치제도의 헌법적 보장의 구체적인 내용을 확정하려면 위의 헌법규정의 규범적 의미내용을 검토하고 그것에 따라서 지방자치의 이념과 이의를 분명하게 밝혀내는 것이 중요하다고 하겠다. 이 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다(헌결 1998. 4.30. 96헌비62).

④ 【○】

지방자치법

제172조 (지방의회 의결의 재의와 제소)

- ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.
 - ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.
 - ③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- 이하 생략-

⑤ 【×】 ★ 지문은 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김종대의 반대의견

헌법이 감사원을 독립된 외부감사기관으로 정하고 있는 취지, 중앙정부와 지방자치단체는 서로 행정기능과 행정책임을 분담하면서 중앙 행정의 효율성과 지방행정의 자주성을 조화시켜 국민과 주민의 복리 증진이라는 공동목표를 추구하는 협력관계에 있다는 점을 고려하면 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거가 되는 이 사건 관련규정은 그 목적의 정당성과 합리성을 인정할 수 있다. 또한 감사원법에서 지방자치단체의 자치권을 존중할 수 있는 장치를 마련해두고 있는 점, 국가재정지원에 상당부분 의존하고 있는 우리 지방재정의 현실, 독립성이나 전문성이 보장되지 않은 지방자치단체 자체감사의 한계 등으로 인한 외부감사의 필요성까지 감안하면, 이 사건 관련규정이 지방자치단체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도로 지나친 제한을 함으로써 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고는 볼 수 없다(헌결 2008.5.29. 2005헌라3).
⇒ 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거가 되는 감사원법 제24조 제1항 제2호 등 관련규정(이하 ‘이 사건 관련규정’이라 한다) 자체가 청구인들의 지방자치권의 본질을 침해하여 위헌인지 여부(소극)

정답 ⑤

39

법령에 대한 헌법소원의 요건으로서 직접성에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 대법원 판례 및 헌법재판소 결정에 의함)

〈법령 2020〉

- ① 법령 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 해당 법령으로 인하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 한다.
- ② 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다.
- ③ 직접성이 요구되는 법령에는 형식적인 의미의 법률뿐만 아니라 조약, 명령·규칙, 헌법소원 대상성이 인정되는 행정규칙, 조례 등이 모두 포함된다.
- ④ 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 기속행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성만 부여할 뿐, 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로, 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.
- ⑤ 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행 행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회 절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우, 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규법의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계나 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태인 경우에는 그 법규법의 기본권 침해의 직접성이 인정된다. 【④】 그러나 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 〈재량〉 행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성만 부여할 뿐, 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정될 여지가 없다(헌결 2020.1.7. 2019헌마 1403).

행 행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태인 경우에는 그 법규법의 기본권 침해의 직접성이 인정된다.

해설

【①】 법령 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것 을 요건으로 하고, 여기서 말하는 【②】 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여되고, 이와 같은 【③】 직접성이 요구되는 법령에는 형식적인 의미의 법률뿐만 아니라 조약, 명령·규칙, 헌법소원 대상성이 인정되는 행정규칙, 조례 등이 모두 포함된다. 다만 【⑤】 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회 절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우, 법규법이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규법의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계나 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태인 경우에는 그 법규법의 기본권 침해의 직접성이 인정된다. 【④】 그러나 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 〈재량〉 행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성만 부여할 뿐, 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정될 여지가 없다(헌결 2020.1.7. 2019헌마 1403).

→ 이 사건 합리화 방안[저자 주: 법무부는 2019. 11. 11. 민원인의 우편물 또는 민원실을 통한 도서교부 신청을 제한하고, 단 법률도서 등 수용자 권리구제 및 인권보장을 위해 필요한 도서, 외국인 수용자를 위한 외국어도서, 시각장애인 수용자를 위한 도서, 소장이 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 도서에 해당하는 경우 도서의 우송·차입을 허가하는 것을 내용으로 하는 '수용자 우송·차입 도서 합리화 방안']은 교정시설의 장의 '금품 교부 불허'라는 집행행위를 매개로 하여 수용자의 기본권을 제한하게 될 뿐이고, 특히 이 사건 합리화 방안에 따르면 소장은 일정한 경우 도서 우송·차입을 허가할 수 있으므로, 이 사건 합리화 방안에 따라 소장에게는 예외적으로 도서 우송·차입을 허가할 수 있는 재량이 부여되어 있다. 또한, 이와 같은 소장의 금품 교부 불허 행위는 이는 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당하므로 수용자는 이에 대하여 행정소송 등을 제기할 수 있고, 이를 거치도록 하는 것이 청구인들로 하여금 불필요한 우회 절차를 강요하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

정답 ④

40 다음 중 국회의 법제사법위원회의 소관 사항은 모두 몇 개인가? <법행 2020>

- ㄱ. 법무부 소관에 속하는 사항
- ㄴ. 법제처 소관에 속하는 사항
- ㄷ. 감사원 소관에 속하는 사항
- ㄹ. 국가인권위원회 소관에 속하는 사항
- ㅁ. 국민권익위원회 소관에 속하는 사항
- ㅂ. 헌법재판소 사무에 관한 사항
- ㅅ. 법원·군사법원의 사법행정에 관한 사항
- ㅇ. 탄핵소추에 관한 사항
- ㅈ. 법률안·국회규칙안의 체계·형식과 자구의 심사에 관한 사항

- ① 5개 ② 6개 ③ 7개
 ④ 8개 ⑤ 9개

해설

- ③ ★ 법사위: ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅂ, ㅅ, ㅇ, ㅈ
 운영위: ㄹ / 정무위: ㅁ

국회법

제37조(상임위원회와 그 소관) ① 상임위원회의 종류와 소관 사항은 다음과 같다.

1. 국회운영위원회

- 아. 국가인권위원회 소관에 속하는 사항【ㄹ】

2. 법제사법위원회

- 가. 법무부 소관에 속하는 사항【ㄱ】

- 나. 법제처 소관에 속하는 사항【ㄴ】

- 다. 감사원 소관에 속하는 사항【ㄷ】

- 라. 고위공직자범죄수사처 소관에 속하는 사항

<개정 2020.8.18.> ★

- 마. 헌법재판소 사무에 관한 사항【ㅂ】

- 바. 법원·군사법원의 사법행정에 관한 사항【ㅅ】

- 사. 탄핵소추에 관한 사항【ㅇ】

- 아. 법률안·국회규칙안의 체계·형식과 자구의 심사에 관한 사항【ㅈ】

3. 정무위원회

- 마. 국민권익위원회 소관에 속하는 사항【ㅁ】

정답 ③

〈주요저서〉

- (1) 우리들의 헌법 이야기(2017, 새흐름)
- (2) 작은헌법(2018, 피엔씨에듀)
- (3) 별이 빛나는 헌법(2019, 새흐름)
- (4) 클로저 헌법(2019, 새흐름)
- (5) 클로저 공직선거법(2020, 새흐름)
- (6) 대한민국 헌법조문집(2020, 새흐름)
- (7) **7급공무원 헌법기본서(2020, 좋은책)**
⇒ **프라임법학원 무료강의 교재**
- (8) 최종병기 공직선거법 3판(2020, 새흐름)
- (9) 최종병기 공직선거법 조문 3판(2020, 새흐름)
- (10) 최종병기 객관식 공직선거법(2020, 새흐름)
- (11) **7급공무원 객관식문제집(2021, 좋은책)**
⇒ **프라임법학원 무료강의 교재**
- (12) 5급공채 4개년 기출문제집(2021, 합격의법학원)
- (13) **한권으로 끝내는 경찰헌법(2021.4, 새흐름)**
- (14) 별이 빛나는 헌법부속법령 3판(2021.5, 새흐름)
- (15) **7급공무원 헌법요약서(2021.6, 좋은책 예정)**
- (16) **클로저 행정법(2021, 예정)**