

**01. 사법권의 독립에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 법원에 대한 대법원장의 징계처분 취소청구소송을 대법원의 단심재판에 의하도록 하는 것은, 독립적으로 사법권을 행사하는 법관이라는 지위의 특수성과 법원에 대한 징계절차의 특수성을 감안하여 재판의 신속을 도모하기 위한 것이므로 헌법에 합치된다.
- ② 부보(附保)금융기관 파산 시 법원으로 하여금 예금보험공사나 그 임직원을 의무적으로 파산관재인으로 선임하도록 하고, 예금보험공사가 파산관재인으로 선임된 경우 「파산법」상의 파산관재인에 대한 법원의 해임권과 허가권 등 법원의 감독을 배제하는 법 조항은 법원의 사법권 내지 사법권 독립을 침해하는 것이다.
- ③ 약식절차에서 정식재판을 청구하는 경우 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못하도록 하는 구 「형사소송법」 조항은 법관의 양형결정권을 침해하지 않는다.
- ④ 회사정리절차의 개시와 진행여부에 관한 법관의 판단을 금융기관 내지 성업공사 등 이해당사자의 의사에 실질적으로 종속시키는 법 조항은 사법권을 형해화하는 것이고 사법권의 독립을 위협할 소지가 있다.
- ⑤ 강도상해죄의 법정형의 하한을 “7년 이상의 징역”으로 정하고 있는 「형법」 조항은 법정형의 하한을 살인죄의 그것보다 높였다고 해서 사법권의 독립 및 법관의 양형판단권을 침해하는 것은 아니다.

**해설**

① (○)

**판례** 구 법관징계법 제27조는 법원에 대한 대법원장의 징계처분 취소청구소송을 대법원에 의한 단심재판에 의하도록 규정하고 있는바, 이는 독립적으로 사법권을 행사하는 법관이라는 지위의 특수성과 법원에 대한 징계절차의 특수성을 감안하여 재판의 신속을 도모하기 위한 것으로 그 합리성을 인정할 수 있고, 대법원이 법원에 대한 징계처분 취소청구소송을 단심으로 재판하는 경우에는 사실확정도 대법원의 권한에 속하여 법원에 의한 사실확정의 기회가 박탈되었다고 볼 수 없으므로, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하지 아니한다(헌재 2012.2.23. 2009헌바34 **법관 징계 단심제 사건**).

② (×)

**판례** ‘파산관재인의 선임 및 직무감독에 관한 사항’은 대립당사자간의 법적 분쟁을 사법적 절차를 통하여 해결하는 전형적인 사법권의 본질에 속하는 사항이 아니며, 따라서 입법자에 의한 개입여지가 넓으므로, 그러한 입법형성권 행사가 자의적이거나 비합리적이 아닌 한 사법권을 침해한다고 할 수 없다. 이 사건 조항은 현재의 경제상황에서 금융기관의 도산이 갖는 경제적 파급효과와 심각성 및 금융기관에 투입된, 국민의 부담이거나 부담으로 귀결될 수 있는 수많은 공적자금의 신속하고 효율적인 회수의 필요성이 인정되므로 정당한 입법목적에 지니며, 예보가 지닌 금융경제질서의 안정을 위한 공적 기능의 과제와 그 의사결정과 업무수행에 관한 정부의 참여와 감독을 고려할 때, 보다 효율적이고 신속한 공적자금의 회수에 기여할 것이라고 인정될 수 있다. 그러므로 이 사건 조항은 객관적으로 자의적인 것이거나 비합리적인 것이라 볼 수 없다. ... 또한 이 사건 조항이 예보가 파산관재인이 될 경우 파산법상의 법원의 해임권 등을 배제하고 있으나, 예금자보호법상 예보의 의사결정과정, 파산관리절차에 관한 지휘체계, 예보에 대한 국가기관의 감독장치, 이 사건 조항의 입법목적과 내용 등을 고려할 때, 그러한 감독권 배제가 자의적이거나 불합리하게 법원의 사법권을 제한한 것이라 보기 어렵다(헌재 2001.3.15. 2001헌가1 **예금보험공사 파산관재인 사건**).

③ (○)

**판례** 약식절차에서는 피고인에게 자신에게 유리한 각종 자료를 제출하고 주장할 기회가 전혀 주어지지 않는 반면, 정식재판절차는 약식절차와 동일심급의 소송절차로서 당사자인 피고인에게 제1심절차에서 인정되는 모든 공격·방어기회가 주어지며 자신에게 유리한 양형자료를 제출할 충분한 기회가 보

**문제 DATA**

출제테마 : 사법권 독립(판례)  
출제가능성 : 중  
난이도 : 중

**간단정리**

**■ 사법권 독립 관련 판례**

- 법관징계처분 취소소송 대법원 단심제  
▷ 재판청구권 침해×(재판의 신속도모)
- 부보금융기관 파산시 예금보험공사를 파산관재인으로 선임하고, 법원의 감독 배제  
▷ 사법권 독립 침해×(예보의 특수성 고려)
- 약식절차에서 정식재판 청구시 약식명령보다 중형 선고금지  
▷ 법관의 양형결정권 침해×(정식재판청구권 실질적 보장)
- 회사정리절차의 개시와 진행여부를 금융기관의 의사에 종속시키는 것  
▷ 사법권 독립 침해○
- 강도상해죄 법정형 하한을 살인죄보다 중하게 정한 것  
▷ 사법권 독립·법관의 양형판단권 침해×

장된다. 따라서 이 사건 법률조항은 오히려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 기능을 하며 그 입법목적이나 효과의 면에서 피고인의 권리를 제한하는 것으로 볼 수 없다. 또한 이 사건 법률조항에 의한 불이익변경금지원칙은 정식재판청구권의 실질적 보장을 위한 정책적 고려에 의하여 명문화한 것이므로 상소심에서 불이익변경금지원칙이 인정되는 논리적·이론적 근거와 크게 다르지 않으므로 불이익변경금지원칙을 약식절차에 확대하는 것이 불합리한 것으로 볼 수 없다(헌재 2005.3.31. 2004헌가27 약식절차에서 정식재판 청구시 불변금 사건).

④ (○)

**판례** 회사정리절차의 개시와 진행의 여부를 실질적으로 금융기관의 의사에 종속시키는 위 규정은, 회사의 갱생가능성 및 정리계획의 수행가능성의 판단을 오로지 법관에게 맡기고 있는 회사정리법의 체계에 위반하여 사법권을 형해화시키는 것으로서, 지시로부터의 독립도 역시 그 내용으로 하는 사법권의 독립에 위협의 소지가 있다(헌재 1990.6.25. 89헌가98).

⑤ (○)

**판례** 강도상해죄 또는 강도치상죄는 그 법정형의 하한이 7년 이상의 유기징역으로 한정되어 있어, 법률상 다른 감경사유가 없는 한 자량감경을 하여도 집행유예의 선고를 할 수 없도록 되어 있다고 하나, 이는 입법재량의 범위를 일탈하지 아니한 것이다. ... 형법 제337조의 법정형은 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것으로서 헌법상의 평등원칙에 반한다거나 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조와 기본권제한입법의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다거나 또는 사법권의 독립 및 법관의 양형판단권을 침해한 위헌법률조항이라 할 수 없다(헌재 2016.9.29. 2014헌바183 강도상해죄 법정형 사건).

1번 정답 ②

02. 헌법해석에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 제헌헌법 이래 신체의 자유 보장규정에서 “구금”이라는 용어를 사용해 오다가 현행헌법 개정 시에 이를 “구속”으로 바꾸었는데, ‘국민의 신체와 생명에 대한 보호를 강화’ 하는 것이 현행헌법의 주요 개정이유임을 고려하면, “구금”을 “구속”으로 바꾼 것은 헌법에 규정된 신체의 자유의 보장 범위를 구금된 사람뿐 아니라 구인된 사람에게까지 넓히기 위한 것으로 해석하는 것이 타당하다.
- ② 헌법 제8조 제1항은 정당설립의 자유, 정당조직의 자유, 정당활동의 자유를 포괄하는 정당의 자유를 보장하는 규정이어서, 이와 같은 정당의 자유는 단체로서 정당이 가지는 기본권이고, 국민이 개인적으로 가지는 기본권이 될 수는 없다.
- ③ 헌법 제16조 후문은 주거에 대한 압수나 수색을 할 때 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않지만, 신체의 자유와 비교할 때 주거의 자유에 대해서도 일정한 요건하에서는 그 예외를 인정할 필요가 있다는 점 등을 고려하면, 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정하되, 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다.
- ④ 헌법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라는 규정은 엄격하게 해석할 필요가 있고, 이러한 관점에서 위 조항의 대상자는 조문의 문리해석대로 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 봄이 상당하다.
- ⑤ 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 허가금지조항은 처음으로 1960년 개정헌법에서 규정되었으며, 1972년 개정헌법에서 삭제되었다가 현행헌법에서 다시 규정된 것으로, 집회의 허용 여부를 행정권의 일방적·사전적 판단에 맡기는 집회에 대한 허가제를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이라고 보아야 할 것이다.

해설

① (○)

**판례** 우리 헌법은 제헌 헌법 이래 신체의 자유를 보장하는 규정을 두었는데, 원래 “구금”이라는 용어를 사용해 오다가 현행 헌법 개정시에 이를 “구속”이라는 용어로 바꾸었다. 현행헌법 개정시에 종전의 “구금”을 “구속”으로 바꾼 이유를 정확히 확인할 수 있는 자료를 찾기는 어렵다. 다만 ‘국민의 신체와 생명에 대한 보호를 강화’하는 것이 현행 헌법의 주요 개정이유임을 고려하면, 현행 헌법이 종래의 “구금”을 “구속”으로 바꾼 것은 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유의 보장 범위를 구금된 사람뿐 아니라 구인된 사람에게까지 넓히기 위한 것으로 해석하는 것이 타당하다. 위와 같은 점을 종합해 보면, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”을 형사절차상 구속뿐 아니라 행정절차상 구속까지 의미하는 것으로 보아도 문언해석의 한계를 넘지 않는다(헌재 2018.5.31. 2014헌마346 **난민에 대한 변호인접견 거부 사건**). ☞ 헌법재판소는 종래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서만 보장되고 행정절차에서는 보장되지 않는다고 하였으나, 최근에 판례를 변경하여 “헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다.”고 하였다

② (×)

**판례** 헌법 제8조 제1항은 정당설립의 자유, 정당조직의 자유, 정당활동의 자유 등을 포괄하는 정당의 자유를 보장하고 있다. 이러한 정당의 자유는 국민이 개인적으로 갖는 기본권일 뿐만 아니라, 단체로서의 정당이 가지는 기본권이기도 하다(헌재 2004.12.16. 2004헌마456 **지구당 및 당연락소 폐지 사건**).

③ (○)

문제 DATA

출제태마 : 헌법해석(판례)  
출제가능성 : 중  
난이도 : 하  
☞ 정답은 쉽지만 나머지 다른 지문이 매우 중요하므로 꼼꼼하게 볼 것

간단정리

- **헌법해석과 관련된 판례**
  - 현행헌법에서 구금을 구속으로 바꾼 취지
    - ▷ 신체의 자유 보장 범위를 구인된 사람에게까지 넓히기 위한 것
    - 변호인의 조력을 받을 권리 주체(판례변경) : 행정절차상 구속된 자에게도 인정
  - 정당의 자유
    - ▷ 단체로서 정당 + 국민이 개인적으로 가지는 기본권
  - **헌법 제16조(주거 압수·수색)의 영장주의**
    - ① **명문상 예외규정** × / 해석상 예외 인정 ○
    - ② 예외 인정 요건 : ㉠ 그 장소에 범죄혐의 입증자료나 피의자 존재 개연성 + ㉡ 사전영장 발부받기 어려운 긴급한 사정
  - §32 ⑥ **우선근로기회부여 대상**
    - ▷ 국가유공자, 상이군경, 전몰군경의 유가족에 한해, 국가유공자의 가족은 보호대상 ×
  - **집회에 대한 허가금지**
    - ① 3차(60년) 신설 → 7차(72년)

**판례** 헌법 제12조 제3항과는 달리 헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 그러나 헌법 제12조 제3항과 헌법 제16조의 관계, 주거 공간에 대한 긴급한 압수·수색의 필요성, 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 선언하고 있는 헌법 제16조의 취지 등을 종합하면, 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정하되, 이는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다(헌재 2018.4.26. 2015헌바370 ‘체포 영장 집행시 별도 영장 없이 타인의 주거 등 수색’ 사건).

삭제 → 9차(87년) 부활  
 ② 집회에 대한 허가제 절대적 금지  
 이는 국민의 헌법적 결단

④ (○)

**판례** 일반 응시자의 공무담임권과의 관계를 고려할 때 헌법 제32조 제6항의 문언은 엄격하게 해석할 필요가 있고, 위 조항에 따라 우선적인 근로의 기회를 부여받는 대상자는 ‘국가유공자’, ‘상이군경’, 그리고 ‘전몰군경의 유가족’이라고 보아야 한다. 따라서 국가유공자의 가족은 위 헌법 조항에 의한 보호대상에 포함되지 않으므로, 이 사건 시행령 조항이 헌법 제32조 제6항의 우선적 근로의 기회제공의무를 위반한 것이라고 볼 수 없다(헌재 2012.11.29. 2011헌마533 계약직 공무원 가산점 제외 사건). ≒ 종래 헌법재판소는 차별취급이 헌법에 근거하거나, 헌법이 요구하는 경우는 보다 완화된 기준으로 비례원칙을 적용하여야 한다고 하면서 ‘국가유공자 본인과 그 가족에게 가산점을 주도록 한 것은 헌법 제32조 제6항에 근거하고 있다고 하여 완화된 비례원칙(중간심사)을 적용하여 합헌결정 한 바 있다(2000헌마25). 그러나 이후 국가유공자 ‘가족’의 경우에는 헌법 제32조 제6항이 근거가 될 수 없다 하여 엄격한 비례원칙을 적용하여 헌법불합치결정을 하였고(2004헌마675), 이러한 해석은 계속 유지되고 있음

⑤ (○)

**판례** 헌법 연혁적으로 살펴보면, 집회에 대한 허가 금지조항은 위 표(1)에서 보는 바와 같이 처음으로 1960. 6. 15. 개정헌법 제28조 제2항 단서에서 규정되었으며, 1962. 12. 26. 개정헌법 제18조 제2항 본문에서 그대로 유지되었으나 1972. 12. 27. 개정헌법에서 삭제되었다가 1987. 10. 29. 개정된 현행 헌법에서 다시 규정된 것이다. (≒ 중요한 헌정사임) ... 이 사건 헌법규정은, 언론·출판의 자유와 더불어 집회의 자유가 형식적·장식적 기본권으로 후퇴하였던 과거의 헌정사에 대한 반성적 고려에서, 집회의 자유가 실질적으로 보장되지 않는 한 자유민주주의적 헌정질서가 발전·정착되기는 어렵다는 역사적 경험을 토대로, 그동안 삭제되었던 언론·출판에 대한 허가나 검열 금지와 함께 집회에 대한 허가제를 다시금 살려내어, 집회의 허용 여부를 행정권의 일방적·사전적 판단에 맡기는 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이라고 보아야 할 것이다(헌재 2009.9.24. 2008헌가25 야간옥외집회 금지 사건).

**03. 다음 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ㄱ. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의무만을 규정한 것이 아니라, 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 규정된 대통령의 헌법적 책무를 구체화하고 강조하는 실체적 내용을 지닌 규정이다.
- ㄴ. 1952년 개정헌법(제1차 개헌)의 주요 개정내용은 주권의 제약·영토변경을 위한 개헌에 대한 국민투표제와 국무위원에 대한 개별적 불신임제의 도입, 자유경제체제로의 경제체제 전환 등이다.
- ㄷ. 정당운영에 필요한 자금에 대한 국가보조는 정당의 공적 기능의 중요성을 감안하여 정당의 정치자금 조달을 보완하는 데에 의의가 있으므로, 본래 국민의 자발적 정치조직인 정당에 대한 과도한 국가보조는 국민의 지지를 얻고자 하는 노력이 실패한 정당이 스스로 책임져야 할 위험부담을 국가가 상쇄하는 것으로서 정당 간 자유로운 경쟁을 저해할 수 있다.
- ㄹ. 우리나라의 헌법은 제헌헌법 이래 그간 각 헌법의 개정절차조항 자체가 여러 번 개정된 적이 있으며, 형식적으로도 전문을 포함한 전면개정도 이루어졌던 점을 볼 때, 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이고 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것은 가능하다.
- ㅁ. 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)
- ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
- ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(○)
- ④ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(×)

**해설**

㉠ (○)

**판례** 헌법은 제66조 제2항에서 대통령에게 '국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무'를 부과하고, 같은 조 제3항에서 '조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무'를 지우면서, 제69조에서 이에 상응하는 내용의 취임선서를 하도록 규정하고 있다. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의무만을 규정한 것이 아니라, 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 규정된 대통령의 헌법적 책무를 구체화하고 강조하는 실체적 내용을 지닌 규정이다(헌재 2004.5.14. 2004헌나1 **노무현 대통령 탄핵 사건**).

㉡ (×) 위 내용은 제2차 개정헌법의 내용이다.

**제2차 개정헌법(1954.11.29.)의 주요내용**

<p><b>주요내용</b> ~3한균총투 개발군자</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 초대 대통령에 한해 3선제한 철폐</li> <li>• 국무총리제 폐지 ⇨ 헌정사상 국무총리가 없었던 유일한 시기</li> <li>• 대통령 겸위시 부통령이 지위승계</li> <li>• 국무위원에 대한 개별적 불신임제 채택 ⇨ 민원에서 국무위원에 대한 불신임결의 하는 경우 당해 국무위원은 즉시 사직해야 함</li> <li>• 군법회의의 헌법적 근거 부여 ⇨ 현행헌법에서 군사법원으로 명칭변경</li> <li>• 경제조항을 자유시장경제 체제로 수정함</li> </ul>
--	--

✓ **문제 DATA**  
출제테마 : 종합문제(판례, 헌정사)  
출제가능성 : 하  
난이도 : 상

**간단정리**

- 헌법 제69조의 의미▷대통령의 헌법적 책무를 구체화하고 강조하는 실체적 내용을 지님
- 주권의 제약 영토변경을 위한 개헌에 대한 국민투표제, 국무위원에 대한 개별적 불신임제, 자유경제체제로의 전환  
▷2차 개헌○ (1차 개헌×)
- 정당운영자금 국가보조의 문제점  
▷과도한 보조시 오히려 정당 간 자유로운 경쟁 저해
- 헌법제정규정과 헌법개정규정 구별不可
- 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치  
▷국가에 의하여 유인된 신뢰의 행사인지, 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것인지에 따라 달라짐

- 중요정책 국민투표제도입(주권의 제약, 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결 후 국민투표에 붙임)
- 헌법개정에 대한 국민발안제도 ⇨ 6차 개헌까지 유지되다가 7차 개헌에서 폐지
- 헌법개정 **한계조항**의 명문화(민주공화국, 국민주권, 중요사항에 대한 국민투표)

㉠ (○)

**판례** 헌법 제8조 제3항은 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 정치자금법에서 정당 운영자금에 대한 국가보조를 규정하고 있다. 그러나 국가보조는 정당의 공적 기능의 중요성을 감안하여 정당의 정치자금 조달을 보완하는 데에 그 의의가 있으므로, **본래 국민의 자발적 정치조직인 정당에 대한 과도한 국가보조는 정당의 국민의존성을 떨어뜨리고 정당과 국민을 멀어지게 할 우려가 있다.** 이는 국민과 국가를 잇는 중개자로서의 정당의 기능, 즉 공당으로서의 기능을 약화시킴으로써 정당을 국민과 유리된 정치인들만의 단체, 즉 사당으로 전락시킬 위험이 있다. 뿐만 아니라 과도한 국가보조는 국민의 지지를 얻고자 하는 노력이 실패한 정당이 스스로 책임져야 할 위험 부담을 국가가 상쇄하는 것으로서 정당간 자유로운 경쟁을 저해할 수 있다(헌재 2015.12.23. 2013헌바168 **정당에 대한 후원금지사건**).

㉡ (×)

**판례** 우리의 현행 헌법이 독일기본법 제79조 제3항과 같은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있지 아니하고, 독일기본법 제79조 제1항 제1문과 같이 헌법의 개정을 법률의 형식으로 하도록 규정하고 있지도 아니한 점 등을 감안할 때, 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이요 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아니할 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다(헌재 1995.12.28. 95헌바3 **이중배상금지사건**).

㉢ (○)

**판례** 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 ㉠ 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, 아니면 ㉡ 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다. 만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법률이 반사적으로 부여하는 기회 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법률개정이익에 우선된다고 볼 여지가 있다(헌재 2007.4.26. 2003헌마947 **사법시험 영어시험대체 사건**).

**04. 대통령의 권한행사에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다.
- ② 일반사병 이라크 파병결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하다면, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.
- ③ 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.
- ④ 대통령은 행정부의 수반으로서 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 보호의무를 충실하게 이행할 수 있도록 권한을 행사하고 직책을 수행하여야 하는 의무를 부담하지만, 국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다고 하여 대통령이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 구체적이고 특정한 행위의무까지 바로 발생한다고 보기는 어렵다.
- ⑤ 대통령이 국회 본회의에서 행한 시정연설에서 정책과 결부하지 않고 단순히 대통령의 신임 여부만을 묻는 국민투표를 실시하고자 한다고 밝힌 것은 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당한다.

**해설**

① (○)

**판례** 사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다. 사면제도는 역사적으로 절대군주인 국왕의 은사권(恩赦權)에서 유래하였으며, 대부분의 근대국가에서도 유지되어 왔고, 대통령제국가에서는 미국을 호시로 대통령에게 사면권이 부여되어 있다. 사면권은 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다(헌재 2000.6.1. 97헌바74 병과원 형의 일부만 사면한 사건).

② (○)

**판례** 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대외기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다(헌재 2004.4.29. 2003헌마814 이라크 파병 2차사건). [참고] 1차 결정(2003헌마255)에서는 시민단체, 정당의 간부 및 일반시민들인 청구인들은 국군의 이라크 전쟁 파견결정에 기본권 침해의 자기관련성이 인정되지 않는다는 이유로 각하결정하였음.

③ (○) 헌법 제77조 제1항 대통령의 계엄선포권

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

④ (○)

**판례** 피청구인은 행정부의 수반으로서 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 보호의무를 충실하게 이행할 수 있도록 권한을 행사하고 직책을 수행하여야 하는 의무를 부담한다. 하지만 국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다고 하여 피청구인이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 구체적이고 특정한 행위의무까지 바로 발생한다고 보기는 어렵다. 세월호 참사로 많은 국민이 사망하였고 그에

**문제 DATA**

출제테마 : 대통령의 권한(조문, 판례)  
출제가능성 : 중  
난이도 : 중

**간단정리**

- **대통령의 권한**
  - 사면권
    - ▷ 국가원수의 고유한 권한, 권력분립 원리의 예외
  - 이라크 파병
    - ▷ 통치행위로서 사법심사대상×
  - 계엄선포권
    - ▷ 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때
  - 대통령의 생명권 보호의무
    - ▷ 직접 구조 활동에 참여하는 등 구체적이고 특정한 행위의무×
  - 대통령의 신임 국민투표 실시제한
    - ▷ 공권력의 행사×

대한 피청구인의 대응조치에 미흡하고 부적절한 면이 있었다고 하여 곧바로 피청구인이 생명권 보호 의무를 위반하였다고 인정하기는 어렵다. 그 밖에 세월호 참사와 관련하여 피청구인이 생명권 보호의무를 위반하였다고 인정할 수 있는 자료가 없다(헌재 2017.3.10. 2016헌나1 박근혜 대통령 탄핵 사건).

⑤ (×)

**판례** 비록 피청구인이 대통령으로서 국회 본회의의 시정연설에서 자신에 대한 신임국민투표를 실시하고자 한다고 밝혔다 하더라도, 그것이 공고와 같이 법적인 효력이 있는 행위가 아니라 단순한 정치적 제안의 피력에 불과하다고 인정되는 이상 이를 두고 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”라고 할 수는 없다(헌재 2003.11.27. 2003헌마694 노무현대통령의 재신임국민투표 제안 사건).

4번 정답 ⑤

**05. 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 「출입국관리법」상 보호 또는 강제퇴거의 절차에는 적용되지 않는다.
- ② 피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 헌법상 기본권인 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다 할 수 있어 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다.
- ③ 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이라고 할 수 있어 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로 보호되어야 하므로, 피의자신문 시 변호인에 대한 수사기관의 후방착석요구행위는 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 침해한다.
- ④ 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다.
- ⑤ 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다.

**해설**

① (×) 헌법재판소는 종래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서만 보장되고 행정절차에서는 보장되지 않는다고 하였으나, 행정절차에서도 보장되는 것으로 판례를 변경하였다. 따라서 「출입국관리법」상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리가 적용된다.

**판례** 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 행정절차상 구속도 포함되는지 여부(적극, 선례변경) : 헌법 제12조 제4항 본문의 문언 및 헌법 제12조의 조문 체계, 변호인 조력권의 속성, 헌법이 신체의 자유를 보장하는 취지를 종합하여 보면 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다. 종래 이와 견해를 달리하여 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다(헌재 2018.5.31. 2014헌마346 난민에 대한 변호인접견거부 사건).

② (○)

**판례** 헌법 제12조 제4항은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’라고 규정함으로써 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 기본권으로 격상하여 이를 특별히 보호하고 있거나 변호인의 ‘조력을 받을’ 피구속자의 권리는 피구속자를 ‘조력할’ 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 된다. 그러므로 피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 핵심적인 부분은, ‘조력을 받을 피구속자의 기본권’과 표리의 관계에 있기 때문에 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌재 2003.3.27. 2000헌마474 경찰서장의 고소장과 피신조서 비공개 사건).

③ (○)

✓ **문제 DATA**  
 출제테마 : 변호인의 조력을 받을 권리  
 출제가능성 : 상  
 난이도 : 중

**간단정리**

■ **변호인의 조력을 받을 권리**

- **변조권의 적용범위 : 형사절차+행정절차**  
 ▷ 「출입국관리법」상 보호 또는 강제퇴거 절차에도 적용○(판례변경)
- **변호인의 변호권 중 핵심부분**  
 ▷ 헌법상 기본권○
- **변호인이 피의자신문참여권**  
 ▷ 헌법상 기본권○  
 피의자신문 시 변호인에 대한 수사기관의 후방착석요구행위  
 ▷ 변호인의 변호권 침해○
- **수형자나 미결수용자가 민사재판, 행정재판, 헌법재판에서 변호사와 접견**▷ 변조권 주체×
- **변호인의 수사서류 열람·등사권**  
 ▷ 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변조권의 내용

**판례** 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다. 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 수사를 방해할 가능성이 높아진다거나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 볼 수 없으므로, 이 사건 후방착석요구행위의 목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 없다. ◀ 목적의 정당성부터 부정됨을 주의 ... 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 변호권을 침해한다(헌재 2017.11.30. 2016헌마503 후방착석요구 사건).

④ (○)

**판례** 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면, '형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리'를 의미한다고 보아야 할 것이므로 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다(헌재 2013.8.29. 2011헌마122 접촉차단시설 설치장소에서 변호사 접견 사건).

⑤ (○)

**판례** 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법이 보장하고 있는 기본권이고, 변호인의 수사서류 열람·등사권은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다(헌재 2010.6.24. 2009헌마257 검사의 수사서류 '열람·등사' 거부사건).

5번 정답 ①

**06. 국회의 법률제정절차에 관한 설명 중 옳은 것은?**

- ① 국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있으며, 정부의 법률안 제출권은 미국식 대통령제 정부 형태의 요소이다.
- ② 법률안에 대한 수정동의는 그 안을 갖추고 이유를 붙여 20명 이상의 찬성의원과 연서하여 미리 의장에게 제출하여야 한다.
- ③ 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 정부에 이송된 후 15일 이내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고 재의를 요구할 수 있으나, 국회의 폐회 중에는 환부할 수 없다.
- ④ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 있다.
- ⑤ 법률안에 대한 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.

**해설**

- ① (×) 정부의 법률안 제출권은 입법부와 집행부간의 공화와 협조를 본질로 하는 **의원내각제적 요소**이다.
- ② (×)

국회법 제95조(수정동의) ① 의안에 대한 수정동의(修正動議)는 그 안을 갖추고 이유를 붙여 30명 이상의 찬성 의원과 연서하여 미리 의장에게 제출하여야 한다. 다만, 예산안에 대한 수정동의는 의원 50명 이상의 찬성이 있어야 한다.

- ③ (×), ④ (×), ⑤ (○)

헌법 제53조 ② 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 제1항의 기간 내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다. 국회의 폐회중에도 또한 같다.  
 ③ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.  
 ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.

**6번 정답 ⑤**

**문제 DATA**

출제테마 : 법률제정절차(이론, 조문)  
 출제가능성 : 상  
 난이도 : 하

**간단정리**

- 정부의 법률안 제출권
  - ▷ 의원내각제적 요소
- 법률안에 대한 수정동의
  - ▷ 30인 이상의 찬성 필요
- 대통령의 거부권(재의요구)
  - ▷ 폐회 중에도 可
  - ▷ 일부거부, 수정거부 不可
- 법률안 재의결
  - ▷ 재적과반 출석과 출석 3분의 2 이상 찬성으로 전과 같은 의결하면 법률로서 확정



07. 헌법의 역사에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 1948년 제헌헌법은 대통령과 부통령을 국회에서 각각 선거하도록 하고 1차에 한하여 중임하도록 하였으며, 국무총리는 대통령이 임명하고 국회의 승인을 얻도록 규정하였다.
- ② 1960년 개정헌법(제3차 개헌)은 헌법재판소제도를 도입하여 법률의 위헌여부 심사, 헌법에 관한 최종적 해석, 국가기관간의 권한쟁의, 정당의 해산, 탄핵재판, 대통령·대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송을 관장하도록 규정하였다.
- ③ 1962년 개정헌법(제5차 개헌)은 대통령 직선제를 규정하는 동시에 국무총리·국무위원 해임건의제도를 두어, 국무총리·국무위원에 대한 국회의 해임건의가 있을 때에는 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 규정하였다.
- ④ 1972년 개정헌법(제7차 개헌)은 대통령이 제안한 헌법개정안은 국민투표로 확정되며, 국회의원이 제안한 헌법개정안은 국회의 의결을 거쳐 통일주체국민회의의 의결로 확정되도록 헌법개정절차를 이원화하여 규정하였다.
- ⑤ 1980년 개정헌법(제8차 개헌)은 임기 7년의 대통령을 국회에서 무기명투표로 선거하도록 하고 1차에 한하여 중임을 허용하였으며, 위헌법률심판과 탄핵심판을 담당하는 헌법위원회를 규정하였다.

해설

- ①②③④ (○) 모두 옳은 내용이다.
- ⑤ (×) 1980년 개정헌법(제8차 개헌)은 **대통령 간선제**(대통령선거인단에 의해 선출)와 **단임제**(임기 7년이고 중임 금지됨)를 특징으로 한다.

7번 정답 ⑤

문제 DATA

출제태마 : 헌정사  
출제가능성 : 상  
난이도 : 상

간단정리

- 헌정사
  - 1948년 제헌헌법
    - ▷ 대통령, 부통령국회에서 선출, 1차 중임허용, 국무총리는 대통령이 임명하고 국회의 승인
  - 1960년 개정헌법
    - ▷ 헌법재판소 도입(위헌심사, 국가기관 권한쟁송, 정당해산심판, 탄핵재판, 대통령·대법원장·대법관의 선거소송 담당)
  - 1962년 개정헌법
    - ▷ 대통령 직선제, 국회의 국무총리·국무위원 해임건의권(특별한 사유가 없는 한 이에 응해야 함)
  - 1972년 개정헌법
    - ▷ 헌법개정 절차의 이원화(대통령 제안 → 국민투표, 국회제안 → 국회의결을 거쳐 통일주체국민회의가 확정)
  - 1980년 개정헌법
    - ▷ 대통령 선거인단에 의한 간선제, 임기 7년 단임제, 헌법위원회(위헌법률심판·정당해산심판·탄핵심판 담당)

.....

**08. 신뢰보호원칙의 적용에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

ㄱ. 정부가 1976년부터 자도소주구입제도를 시행한 것을 고려할 때, 주류판매업자로 하여금 매월 소주류 총구입액의 100분의 50 이상을 당해 주류판매업자의 판매장이 소재하는 지역과 같은 지역에 소재하는 제조장으로부터 구입하도록 명하는 자도소주구입명령제도에 대한 소주제조업자의 강한 신뢰보호이익이 인정되지만, 이러한 신뢰보호도 “능력경쟁의 실현”이라는 보다 우월한 공익에 직면하여 종래의 법적 상태의 존속을 요구할 수는 없다.

ㄴ. 종전의 법령에 따라 「학교보건법」의 학교환경위생정화구역(이하 ‘정화구역’ 이라 함) 내에서 노래연습장 영업을 적법하게 하였는데, 시행령의 변경으로 이미 설치되어 있던 노래연습장시설을 5년 이내에 폐쇄 또는 이전하도록 하는 것은 시행령 개정 이전부터 정화구역 내에서 노래연습장 영업을 적법하게 한 국민들의 신뢰를 해치는 것으로 이와 같은 시행령 조항은 법적 안정성과 신뢰보호원칙에 위배된다.

ㄷ. 1953년부터 시행된 “교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립 교육대학·사범대학의 졸업자를 우선하여 채용하여야 한다.”라는 「교육공무원법」 조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에도 불구하고 헌법재판소의 위헌결정 당시의 국·공립 사범대학 등의 재학생과 졸업자의 신뢰는 보호되어야 하므로, 입법자가 위헌법률에 기초한 이들의 신뢰이익을 보호하기 위한 법률을 제정하지 않은 부작위는 헌법에 위배된다.

ㄹ. 무기징역의 집행 중에 있는 자의 가석방 요건을 종전의 ‘10년 이상’에서 ‘20년 이상’ 형 집행 경과로 강화하면서 「형법」 개정 당시에 이미 10년 이상 수용 중인 사람에게도 적용하도록 하는 「형법」 부칙규정은 법 개정 당시에 무기징역의 집행 중에 있는 자의 가석방 요건에 대한 정당한 신뢰이익을 침해하여 위헌이다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○)
- ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×)
- ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(×)
- ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)

**해설**

㉠ (○)

**판례** 국가가 장기간에 걸쳐 추진된 추정배정제도, 1대1사원칙에 의한 통폐합정책 및 자도소주구입명령제도를 통하여 신뢰의 근거를 제공하고 국가가 의도하는 일정한 방향으로 소주제조업자의 의사결정을 유도하려고 계획하였으므로, 자도소주구입명령제도에 대한 소주제조업자의 강한 신뢰보호이익이 인정된다. 그러나 이러한 신뢰보호도 법률개정을 통한 “능력경쟁의 실현”이라는 보다 우월한 공익에 직면하여 종래의 법적 상태의 존속을 요구할 수는 없다 할 것이고 다만 개인의 신뢰는 적절한 경과규정을 통하여 고려되기를 요구할 수 있는데 지나지 않는다 할 것이다(헌재 1996.12.26. 96헌가18 자도소주구입명령 사건).

㉡ (×)

**판례** 이 사건 시행령조항은, 위와 같은 청소년 학생의 보호라는 공익상의 필요에 의하여 학교환경위생정화구역 안에서의 노래연습장의 시설 영업을 금지하고서 이미 설치된 노래연습장시설을 폐쇄 또는 이전하도록 하면서 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 1998. 12. 31.까지 약 5년간의 유예기간을 주는 한편 1994. 8. 31.까지 교육감 등의 인정을 받아 계속 영업을 할 수 있도록 경과조치를 하여, 청구인들의 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 상당한 배려를 하고 있으므로, 법적 안정성과 신뢰보호

**문제 DATA**

출제테마 : 신뢰보호원칙(판례)  
출제가능성 : 상  
난이도 : 상

**간단정리**

- 신뢰보호원칙**
- 자도소주구입명령 사건  
능력경쟁의 실현이라는 공익 > 자도소주구입명령제도에 대한 소주제조업자의 신뢰
  - 학교위생정화구역내 노래연습장을 5년 이내 폐쇄 또는 이전하도록 한 것  
▷신뢰보호원칙 위배×
  - 위헌법률에 대한 신뢰  
① 헌법에서 유래하는 국가의 보호의무까지는 요청 不可  
② 위헌법률에 기초한 신뢰이익을 보호 위한 법률을 제정하지 않은 부작위▷헌법위반×
  - 무기징역 가석방 요건을 ‘10년 이상’에서 ‘20년 이상’ 경과로 강화한 개정 형법을 개정 당시 이미 수용중인 사람에게도 적용하는 것

의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다(헌재 1999.7.22. 98헌마480 학교위생정화구역 노래방 금지 사건).

▷신뢰보호원칙 위배×

㉞ (×)

**판례** 헌법재판소법 제47조 제2항은 장래효의 원칙을 규정함으로써 위헌법률이 당연히 무효인 것이 아니라 위헌결정으로 장래 효력을 상실하도록 되어 있어 헌법재판소에 의한 위헌확인시까지의 유효한 신뢰의 근거로 작용할 수 있다. 그러나, 이러한 신뢰이익은 위헌적 법률의 존속에 관한 것에 불과하여 위헌적인 상태를 제거해야 할 법치국가적 공익과 비교형량해 보면 공익이 신뢰이익에 대하여 원칙적인 우위를 차지하기 때문에 합헌적인 법률에 기초한 신뢰이익과 동일한 정도의 보호, 즉 “헌법에서 유래하는 국가의 보호의무”까지는 요청할 수는 없다. 즉 미임용자들이, 위헌적 법률에 기초한 신뢰이익이 보호되지 않는다는 이유를 들어 교육공무원의 공개전형을 통한 선발을 규정한 현행 교육공무원법을 위헌이라고 하거나, 위헌적 법률에 기초한 신뢰이익을 보장하기 위한 법률을 제정하지 않은 부작위를 위헌이라고 주장할 수는 없는 것이다(헌재 2006.3.30. 2005헌마598 국립사범대학졸업자중 교원미임용자 임용등에 관한 특별법 사건).

㉟ (×)

**판례** 수형자가 형법에 규정된 형 집행경과기간 요건을 갖춘 것만으로 가석방을 요구할 권리를 취득하는 것은 아니므로, 10년간 수용되어 있으면 가석방 적격심사 대상자로 선정될 수 있었던 구 형법 제72조 제1항에 대한 청구인의 신뢰를 헌법상 권리로 보호할 필요성이 있다고 할 수 없다. 그렇다면 죄질이 더 무거운 무기징역형을 선고받은 수형자를 가석방할 수 있는 형 집행 경과기간이 개정 형법 시행 후에 유기징역형을 선고받은 수형자의 경우와 같거나 오히려 더 짧게 되는 불합리한 결과를 방지하고, 사회를 방위하기 위한 이 사건 부칙조항이 신뢰보호원칙에 위배되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2013.8.29. 2011헌마408 가석방 요건 강화 사건).

**09. A국립대학교는 '추천위원회에서 총장후보자를 선정'하는 간선제 방식에 따라 총장후보자를 선출하려고 한다. 'A국립대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정'(이하 '규정'이라 함)에서는 총장후보자에 지원하려는 사람에게 1,000만 원의 기탁금을 납부하고, 지원서 접수 시 기탁금 납입 영수증을 제출하도록 하고 있다. 甲은 A국립대학교의 교수로서 총장후보자에 지원하고자 한다. 乙은 A국립대학교의 교수로서 총장후보자 선출에 참여하고자 한다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**

- ① 공무담임권은 국민이 공직에 취임하기 이전의 문제이므로 이미 공직에 취임하여 공무원이 된 甲이 헌법상의 공무담임권 침해를 이유로 한 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 乙이 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리는 헌법상 기본권으로 인정할 수 없다.
- ③ 헌법상 대학의 자율은 대학에게 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 총장후보자 지원자들에게 1,000만 원의 기탁금을 납부하게 하는 것은 지원자가 무분별하게 총장후보자에 지원하는 것을 예방하는 데 기여할 수 있고, 그 액수가 과다하다고도 볼 수 없어 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
- ⑤ 위 규정의 위헌성에 대해 다투고자 할 경우 먼저 위 규정에 대해 항고소송을 제기하여야만 하고 직접 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

**해설**

① (×) 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함되므로(헌재 2010.9.2. 2010헌마418), 공무담임권은 공직취임 이전 뿐 아니라 공직취임 이후에도 문제될 수 있다. 사안의 경우, 공무원 甲이 이미 공무원 신분인 것과 관계없이 기탁금조항으로 인해 국립대학교 총장이라는 공직 취임의 기회가 제한되므로 공무담임권 침해로 인한 헌법소원 청구가 가능하다.

**판례** 국립대학교 총장은 교육공무원으로서 국가공무원의 신분을 가진다. 이 사건 기탁금조항은 국립대학교인 전북대학교 총장후보자 선정과정에서 후보자에 지원하려는 사람에게 기탁금을 납부하도록 하고, 기탁금을 납입하지 않을 경우 총장후보자에 지원하는 기회가 주어지지 않도록 하고 있다. 따라서 이 사건 기탁금조항은 기탁금을 납입할 수 없거나 그 납입을 거부하는 사람들의 공무담임권을 제한한다(헌재 2018.4.26. 2014헌마274 **총장후보자 지원자 기탁금 납부 규정 사건**).

② (×) 교수가 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리는 헌법상 기본권으로 인정된다.

**판례** 교수나 교수회에겐 헌법 제33조 제4항의 대학의 자율의 보장내용에 포함되는 헌법상의 기본권인 국립대학교의 장 후보자 선정에 참여할 권리가 있는지 여부(적극) : 전통적으로 대학자치는 학문활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 현행법상 국립대학교의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다(헌재 2006.4.27. 2005헌마1047 **국립대학의 장 후보자 추천 사건**).

③ (○)

**판례** 대학의 장 후보자 선정의 방식으로 '대학의장임용추천위원회에서의 선정'을 규정한 교육공무원법 제24조 제4항은 간선제를 강요하여 대학의 자율을 침해하는 것인지 여부(소극) : 대학의장임용추천위원회(이하 위원회라 한다)에서의 선정은 원칙적인 방식이 아닌 교원의 합의된 방식과 선택적이거나 혹은 실제로는 보충적인 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, 이전의 시행령의 내용을 그대로 담고 있는 교육공무원법 제2

**문제 DATA**

출제테마 : 국립대학 총장선출 관련 사례  
출제가능성 : 중  
난이도 : 중

**간단정리**

- 공무담임권
  - ▷ 반드시 공직취임 이전의 문제×
- 교수가 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리
  - ▷ 헌법상 기본권○
- 대학의 장 후보자 선정
  - ▷ 반드시 직접선출방식 불요×→ 간선제 가능
- 총장후보자 지원자 1,000만 원 기탁금 납부 조항
  - ▷ 공무담임권 침해○(액수가 과함)
- 법령헌법소원
  - ▷ 보충성 원칙 예외

4조 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(헌재 2006.4.27. 2005헌마1047 국립대학의 장 후보자 추천 사건).

④ (×)

**판례** 이 사건 기탁금조항이 정한 1,000만 원이라는 액수는 자력이 부족한 교원 등 학내 인사와 일반 국민으로 하여금 총장후보자에 지원하려는 의사를 단념토록 할 수 있을 정도로 과도한 액수라고 할 수 있다. 이러한 사정들을 종합하면, 이 사건 기탁금조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. ... 이 사건 기탁금조항을 통한 후보자 난립 방지, 선거의 과열 예방 등의 목적과 공무담임권의 제약 정도를 비교할 때, 이 사건 기탁금조항으로 달성하려는 공익이 제한되는 공무담임권 정도보다 크다고 단정할 수 없으므로, 이 사건 기탁금조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 이 사건 기탁금조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다(헌재 2018.4.26. 2014헌마274 총장후보자 지원자 기탁금 납부 규정 사건).

⑤ (×) 법령헌법소원의 경우 보충성 원칙의 예외가 인정되므로 먼저 항고소송을 제기할 필요 없이 곧바로 헌법소원 청구가 가능하다.

법령이 직접 기본권을 침해하였을 경우에 법률자체효력을 직접 다루는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재 1990.6.25. 89헌마220).

9번 정답 ③

10. 「집회 및 시위에 관한 법률」에 대한 헌법재판소의 결정에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 국무총리 공관의 출입이나 안전에 위협을 가할 위험성이 낮은 소규모 옥외집회·시위라고 하더라도 일반 대중의 합세로 인하여 대규모 집회·시위로 확대될 우려나 폭력집회·시위로 변질될 위험이 있으므로, 국무총리 공관 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회·시위를 전면적으로 금지하는 것은 집회의 자유를 침해하지 않는다.
- ② 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회 또는 시위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 것은 어떠한 집회·시위가 규제대상에 해당하는지를 판단할 수 있는 아무런 기준도 제시하지 아니함으로써 사실상 재판과 관련된 집단적 의견표명 일체가 불가능하게 되어 집회의 자유를 실질적으로 박탈하는 결과를 초래하므로 집회의 자유를 침해한다.
- ③ 민주적 기본질서에 위배되는 집회·시위를 금지하고 위반 시 형사처벌하는 것은 규율범위의 광범성으로 인하여, 집회·시위의 내용이나 목적이 민주적 기본질서에 조금이라도 위배되는 경우 처벌이 가능할 뿐 아니라 사실상 사회현실이나 정부정책에 비판적인 사람들의 집단적 의견표명 일체를 봉쇄하는 결과를 초래하므로 집회의 자유를 침해한다.
- ④ ‘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 집회의 자유를 침해한다.
- ⑤ 지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회를 전면적으로 금지하는 것은 국회의원에 대한 물리적인 압력이나 위협을 가할 가능성이 없는 장소 및 국회의사당 등 국회시설에의 출입이나 안전에 지장이 없는 장소까지도 집회금지장소에 포함되게 하여 국회의 헌법적 기능에 대한 보호의 필요성을 고려하더라도 지나친 규제라고 할 것이다.

해설

① (×)

**판례** 국무총리 공관 인근에서 옥외집회·시위를 금지하고 위반시 처벌하는 집시법 제11조 제3호, 제23조 제4호 중 제11조 제3호에 관한 부분(이하 ‘이 사건 금지장소 조항’이라 한다)이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 이 사건 금지장소 조항은 국무총리 공관의 기능과 안녕을 직접 저해할 가능성이 거의 없는 ‘소규모 옥외집회·시위의 경우’, ‘국무총리를 대상으로 하는 옥외집회·시위가 아닌 경우’까지도 예외 없이 옥외집회·시위를 금지하고 있는바, 이는 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한이다. ... 이 사건 금지장소 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 **집회의 자유를 침해한다**(헌재 2018.6.28. 2015헌가28 국무총리 공관 100미터내 옥외집회금지 사건).

② (○)

**판례** 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회 또는 시위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률 제3조 제4항 제2호 및 구 집시법 제4조 제4항 본문 중 제3조 제4항 제2호 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘이 사건 제2호 부분’이라 한다)이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 구 집시법의 옥외집회·시위에 관한 일반규정 및 형법에 의한 규제 및 처벌에 의하여 사법의 독립성을 확보할 수 있음에도 불구하고, 이 사건 제2호 부분은 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회·시위를 사전적·전면적으로 금지하고 있을 뿐 아니라, 어떠한 집회·시위가 규제대상에 해당하는지를 판단할 수 있는 아무런 기준도 제시하지 아니함으로써 **사실상 재판과 관련된 집단적 의견표명 일체가 불가능하게 되어 집회의 자유를 실질적으로 박탈하는 결과를 초래하므로 최소침해성 원칙에 반한다**. 더욱이 이 사건 제2호 부분으로 인하여 달성하고자 하는 공익 실현 효과는 가정적이고 추상적인 반면, 이 사건 제2호 부분으로 인하여 침해되는 집회의 자유에 대한 제한 정도는 중대하므로 법익균형성도 상실하였다. 따라서 이 사건 제2호 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해

문제 DATA

출제테마 : 집회의 자유(최신판례)  
출제가능성 : 상  
난이도 : 중

간단정리

- 집시법 관련 헌재 결정**
- 국무총리 공관 100미터 이내 옥외집회·시위 금지
    - ▷ 집회의 자유 침해 ○
  - 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회·시위 금지
    - ▷ 집회의 자유 침해 ○
  - 민주적 기본질서에 위배되는 집회·시위 금지
    - ▷ 집회의 자유 침해 ○
  - 일출시간 전, 일몰시간 후 시위 금지
    - ▷ 집회의 자유 침해 ○
  - 국회의사당 100미터 이내 옥외집회·시위 금지
    - ▷ 집회의 자유 침해 ○

한다(헌재 2016.9.29. 2014헌가3 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미처게 하기 위한 집회·시위금지 사건).

③ (○)

**판례** 헌법의 민주적 기본질서에 위배되는 집회 또는 시위를 금지하고 이에 위반한 자를 형사처벌하는 구 집시법 제3조 제항 제3호 및 구 집시법 제4조 제항 본문 중 제3조 제항 제3호 부분(이하 위 두 조항을 합하여 '이 사건 제3호 부분'이라 한다)이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 이 사건 제3호 부분은 6. 25. 전쟁 및 4. 19. 혁명 이후 남북한의 군사적 긴장 상태와 사회적 혼란이 계속되던 상황에서 우리 헌법의 지배원리인 민주적 기본질서를 수호하기 위한 방어적 장치로서 도입된 것으로 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다. 그러나 이 사건 제3호 부분은 규제대상인 집회·시위의 목적이나 내용을 구체적으로 적시하지 않은 채 헌법의 지배원리인 '민주적 기본질서'를 구성요건으로 규정하였을 뿐 기본권 제한의 한계를 설정할 수 있는 구체적 기준을 전혀 제시한 바 없다. 이와 같은 규율의 광범성으로 인하여 헌법이 규정한 민주주의의 세부적 내용과 상이한 주장을 하거나 집회·시위 과정에서 우발적으로 발생한 일이 민주적 기본질서에 조금이라도 위배되는 경우 처벌이 가능할 뿐 아니라 사실상 사회현실이나 정부정책에 비판적인 사람들의 집단적 의견표명 일체를 봉쇄하는 결과를 초래함으로써 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 상실하였으므로, 이 사건 제3호 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해한다(헌재 2016.9.29. 2014헌가3 민주적 기본질서에 위배되는 집회·시위금지 사건).

④ (○)

**판례** 일출시간 전, 일몰시간 후에는 옥외집회 또는 시위를 금지하고, 다만 옥외집회의 경우 예외적으로 관할 경찰관서장이 허용할 수 있도록 한 구 '집회 및 시위에 관한 법률' 제10조 및 이에 위반하여 옥외집회 또는 시위에 참가한 자를 형사처벌하는 구 '집회 및 시위에 관한 법률' 제20조 제3호 중 '제10조 본문'에 관한 부분이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 이 사건 법률조항은 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다. 그러나 '일출시간 전, 일몰시간 후'라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학습 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하는 것이어서 최소침해성 및 법익균형성 원칙에 반한다(헌재 2014.3.27. 2010헌가2 야간시위금지 사건).

⑤ (○)

**판례** 누구든지 국회의사당의 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회 또는 시위를 할 경우 형사처벌한다고 규정한 '집회 및 시위에 관한 법률' 제11조 제1호 중 '국회의사당'에 관한 부분 및 제23조 중 제11조 제호 가운데 '국회의사당'에 관한 부분이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 심판대상조항은 국회의사당 인근 일대를 광범위하게 집회금지장소로 설정함으로써, 국회의원에 대한 물리적인 압력이나 위해를 가할 가능성이 없는 장소 및 국회의사당 등 국회 시설에의 출입이나 안전에 지장이 없는 장소까지도 집회금지장소에 포함되게 한다. 더욱이 대한민국 국회는 국회 부지의 경계지점에 담장을 설치하고 있고, 국회의 담장으로부터 국회의사당 건물과 같은 국회 시설까지 상당한 공간이 확보되어 있으므로 국회의원 등의 자유로운 업무수행 및 국회 시설의 안전이 보장될 수 있다. 그럼에도 심판대상조항이 국회 부지 또는 담장을 기준으로 100미터 이내의 장소에서 옥외집회를 금지하는 것은 국회의 헌법적 기능에 대한 보호의 필요성을 고려하더라도 지나친 규제라고 할 것이다. ... 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 집회의 자유를 침해한다(헌재 2018.5.31. 2013헌바322 국회의사당 100미터내 옥외집회금지 사건).

II. 헌법상의 경제질서에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장은 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 공익을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반적 법률유보에서의 공공복리를 구체화하고 있다.

ㄴ. 고의나 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에만 그 손해에 대한 배상책임은 가해자가 부담한다는 과실책임 원칙은 헌법 제119조 제1항의 자유시장 경제질서에서 파생된 것이다.

ㄷ. 허가받지 않은 지역의 의료기관이 더 가까운 경우에도 허가 받은 지역의 의료기관으로 환자를 이송할 수밖에 없도록 강제하고 있는 「응급의료에 관한 법률」 조항은 응급환자이송업체사이의 자유경쟁을 막아 헌법상 경제질서에 위배된다.

ㄹ. 헌법 제119조 제1항에 비추어 보더라도, 개인의 사적 거래에 대한 공법적 규제는 되도록 사전적·일반적 규제보다는 사후적·구체적 규제방식을 택하여 국민의 거래자유를 최대한 보장하여야 할 것이다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○)
- ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○)
- ④ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(×)
- ⑤ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○)

해설

ㄱ (○)

**판례** 우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 "균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등"의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 "공익"을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 "공공복리"를 구체화하고 있다(헌재 1996.12.26. 96헌가18 **자도소주구입명령 사건**).

ㄴ (○)

**판례** 고의나 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에만 그 손해에 대한 배상책임을 가해자가 부담한다는 과실책임원칙은 헌법 제119조 제1항의 자유시장 경제질서에서 파생된 것으로 오늘날 민사책임의 기본원리이다(헌재 1998.5.28. 96헌가4 **자배법상 무과실책임 사건**).

ㄷ (×) 지문의 내용은 청구인의 주장이었을 뿐이다.

**판례** 허가받은 지역 밖에서의 이송업의 영업을 금지하고 처벌하는 '응급의료에 관한 법률' 이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극) : 청구인 회사는 영업의 자유와 일반적 행동의 자유도 침해되고 헌법상 경제질서에도 위배된다고 주장하지만, 심판대상조항과 가장 밀접한 관계에 있는 직업수행의 자유 침해 여부를 판단하는 이상 이 부분 주장에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다. ... 심판대상조항은 이송업자의 영업범위를 허가받은 지역 안으로 한정하여 구급차등이 신속하게 출동할 수 있도록 하고, 차고지가 위치한 허가지역에서 상시 구급차등이 정비될 수 있도록 하는 한편, 지역사정에 밝은 이송업자가 해당 지역에서의 이송을 담당하도록 함으로써, 응급의료의 질을 높임과 동시에 응급이송자원이 지역 간에 적절하게 분배·관리될 수 있도록 하여 국민건강을 증진하고 지역 주민의 편의를 도모하는 것 ... 과잉금지원칙을 위반하여 청구인 회사의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2018.2.22. 2016헌바100 **응급환자이송업 지역제한 사건**).

문제 DATA

출제테마 : 헌법상 경제질서(판례)  
출제가능성 : 중  
난이도 : 중

간단정리

헌법상 경제질서

- 헌법 제119조 이하 경제에 관한 장
  - ▷ 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 공익과 제37조 제2항의 공공복리를 구체화
- 과실책임 원칙 ▷ 자유시장 경제질서에서 파생
- 허가받은 지역 밖에서의 응급환자 이송금지 ▷ 경제질서 위배 ×
- 개인의 사적 거래에 대한 공법적 규제
  - ▷ 사후적·구체적 규제방식이 바람직함

@ (○) 지문은 비록 '2010헌가65' 결정의 소수의견에서 실시된 내용이지만, 옳은 지문으로 보는 것이 합당해 보인다.

**판례** “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정한 헌법 제119조 제1항에 비추어 보더라도, 개인의 사적 거래에 대한 공법적 규제는 되도록 사전적·일반적 규제보다는, 사후적·구체적 규제방식을 택하여 국민의 거래자유를 최대한 보장하여야 할 것이다(헌재 2012.8.23. 2010헌가65 국회의원 주식백지신탁 사건).

11번 정답 ①

12. 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 적법요건에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 제1심인 당해사건에서 헌법소원심판을 청구하였는데, 당해사건의 항소심에서 항소를 취하는 경우 당해사건이 종결되어 심판대상조항이 당해사건에 적용될 여지가 없으므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다.
- ㄴ. 폐지된 법률도 재판의 전제성이 인정될 수 있다.
- ㄷ. 제1심인 당해사건에서 헌법소원심판을 청구하였는데, 당해사건의 항소심에서 당사자들 간에 임의조정이 성립되어 소송이 종결되었더라도 심판대상조항이 당해사건인 제1심 판결에 적용되었다면 재판의 전제성이 인정된다.
- ㄹ. 청구인이 당해사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 원칙적으로 재판의 전제성이 인정되지 아니하나, 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 재판의 전제성을 인정할 수 있다.
- ㅁ. 제1심인 당해사건에서 헌법소원심판을 청구하였는데, 당해사건의 항소심에서 소를 취하하는 경우 당해사건이 종결되어 심판대상조항이 당해사건에 적용될 여지가 없으므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

- ① ㄱ, ㄴ                      ② ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ                ④ ㄴ, ㄹ, ㅁ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄹ, ㅁ

해설

㉠ (×)

**판례** 청구인들은 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하였는데, 당해사건의 항소심에서 항소를 취하여 원고 패소의 원심판결이 확정되었다. 이 경우에도 당해사건에 적용되는 법률이 위헌으로 결정되면 확정된 원심판결에 대하여 재심청구가 가능하므로(헌법재판소법 제75조 제7항) 원심판결의 주문이 달라질 수 있다. 따라서 청구인들이 당해사건의 항소심에서 항소를 취하였다고 하더라도 이 사건에서 재판의 전제성이 인정된다(헌재 2015.10.21. 2014헌바170).

㉡ (○) 폐지된 법률에 의하여 국민의 권익침해가 있었고, 그로 인한 법률상태가 재판 시까지 계속되는 경우 또는 부칙에 의해 폐지된 구법이 계속 적용되는 경우에는 당해 사건에 적용될 수 있어 재판의 전제성이 있고 따라서 심판의 대상이 될 수 있다(헌재 1989.12.18. 89헌마32, 헌재 1996.8.29. 94헌바15 등).

㉢ (×)

**판례** 항소심에서 당해 사건의 당사자들에 의해 소송이 종결되었다면 구체적인 사건이 법원에 계속 중인 경우라 할 수 없을 뿐 아니라, 조정의 성립에 1심판결에 적용된 법률조항이 적용된 바도 없으므로 위 법률조항에 대하여 위헌 결정이 있다 하더라도 청구인으로서 당해 사건에 대하여 재심을 청구할 수 없어 종국적으로 당해 사건의 결과에 대하여 이를 다룰 수 없게 되었다 할 것이므로, 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 당해 사건과의 관계에서 재판의 전제가 되지 못한다(헌재 2010. 2. 25. 2007헌바34).

㉣ (○)

**판례** 당해 사건에서 무죄판결이 선고되거나 재심청구가 기각되어 원칙적으로는 재판의 전제성이 인정되지 아니할 것이나, 긴급조치의 위헌 여부를 심사할 권한은 본래 헌법재판소의 전속적 관할 사항인 점, 법률과 같은 효력이 있는 규범인 긴급조치의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명의 필요성이 있는 점, 당해 사건의 대법원판결은 대세적 효력이 없는 데 비하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결

문제 DATA

출제테마 : 재판의 전제성  
출제가능성 : 중  
난이도 : 상

간단정리

■ 헌재법 §68② 합법소원과 재판의 전제성

- 제1심에서 헌법소원 청구 → 항소심에서 항소 취하 ▷ 재판의 전제성 ○ (∵ 재심청구 가능)
- [비교] 제1심에서 헌법소원심판 청구 → 항소심에서 소 취하 ▷ 재판의 전제성 ×
- [비교] 제1심에서 헌법소원 청구 → 항소심에서 임의조정 성립 ▷ 재판의 전제성 ×
- 폐지된 법률 ▷ 재판의 전제성 인정 (당해 사건에 적용되는 경우)
- 당해사건인 형사사건에서 무죄 확정판결 받은 경우
  - ① 원칙 : 재판의 전제성 ×
  - ② 예외 : 객관적 헌법질서 수호·유지 및 관련 당사자 권리구제 위해 심판 필요성 인정 → 재판의 전제성 ○

정은 대세적 기속력을 가지고 유죄 확정판결에 대한 재심사유가 되는 점, 유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 예외적으로 헌법질서의 수호·유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 재판의 전제성을 인정함이 상당하다(헌재 2013.3.21. 2010헌바132 긴급조치 사건).

㊸ (○)

**판례** 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 청구인들이 당해 사건의 항소심에서 소를 취하하여 당해 사건이 종결된 이상, 이 사건 법률조항이 당해 사건에 적용될 여지가 없어 그 위헌 여부가 재판의 전제가 되지 않으므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 2011.11.24. 2010헌바412).

12번 정답 ④

13. 양심적 병역거부에 관한 최근 헌법재판소의 결정 내용에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 양심적 병역거부자에 대한 관용은 결코 병역의무의 면제와 특혜의 부여에 대한 관용이 아니며, 대체복무제는 병역의무의 일환으로 도입되는 것이므로 현역복무와의 형평을 고려하여 최대한 증가성을 가지도록 설계되어야 한다.
- ② 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항과 양심상의 결정에 따라 입영을 거부하거나 소집에 불응하는 자에 대하여 형벌을 부과하는 처벌조항은 ‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉, ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 제한한다.
- ③ 국가의 존립과 안전을 위한 불가결한 헌법적 가치를 담고 있는 국방의 의무와 개인의 인격과 존엄의 기초가 되는 양심의 자유라는 헌법적 가치가 서로 충돌하는 경우에도 그에 대한 심사는 헌법상 비례원칙에 의하여야 한다.
- ④ 대체복무제를 도입함으로써 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평을 기할 수 있음에도 불구하고, 양심적 병역거부자에 대한 처벌의 예외를 인정하지 않고 일률적으로 형벌을 부과하는 처벌조항은 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다.
- ⑤ 양심적 병역거부의 바탕이 되는 양심상의 결정은 종교적 동기뿐만 아니라 윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터라도 형성될 수 있는 것이므로 양심적 병역거부자의 기본권 침해여부는 양심의 자유를 중심으로 판단한다.

해설

① (○)

**판례** 양심적 병역거부자에 대한 관용은 결코 병역의무의 면제와 특혜의 부여에 대한 관용이 아니다. 대체복무제는 병역의무의 일환으로 도입되는 것이고 현역복무와의 형평을 고려하여 최대한 증가성을 가지도록 설계되어야 하는 것이기 때문이다(헌재 2018.6.28. 2011헌바379 양심적 병역거부 3차결정)

② (○)

**판례** 병역종류조항에 대체복무제가 마련되지 아니한 상황에서, 양심상의 결정에 따라 입영을 거부하거나 소집에 불응하는 이 사건 청구인 등이 현재의 대법원 판례에 따라 처벌조항에 의하여 형벌을 부과됨으로써 양심에 반하는 행동을 강요받고 있으므로, 이 사건 법률조항은 ‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉, ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 제한하고 있다(헌재 2018.6.28. 2011헌바379 양심적 병역거부 3차결정)

③ (○)

**판례** 이 사건 법률조항으로 인해서 국가의 존립과 안전을 위한 불가결한 헌법적 가치를 담고 있는 국방의 의무와 개인의 인격과 존엄의 기초가 되는 양심의 자유가 상충하게 된다. 이처럼 헌법적 가치가 서로 충돌하는 경우, 입법자는 두 가치를 양립시킬 수 있는 조화점을 최대한 모색해야 하고, 그것이 불가능해 부득이 어느 하나의 헌법적 가치를 후퇴시킬 수밖에 없는 경우에도 그 목적에 비례하는 범위 내에 그쳐야 한다. ... 비록 이 사건 법률조항이 헌법 제39조에 규정된 국방의 의무를 형성하는 입법이라 할지라도 그에 대한 심사는 헌법상 비례원칙에 의하여야 한다(헌재 2018.6.28. 2011헌바379 양심적 병역거부 3차결정).

④ (×) 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 ‘병역종류조항’은 과잉금지원칙을 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하지만, ‘처벌조항’은 양심의 자유를 침해하지 않는다.

**판례** (1) 병역의 종류를 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역의 다섯 가지로 한정하여 규정하고 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 ‘병역종류조항’이 과잉금지원칙을 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는지 여부(적극) : 대체복무제의 도입이 우리나라의 국방력에 유의미한 영향을 미친다거나 병역제도의 실효성을 떨어뜨린다고 보기 어려운 이상, 우리나라의 특수한 안보상황을

문제 DATA

출제테마 : 양심적 병역거부 3차 결정  
(헌재 2018.6.28. 2011헌바379)  
출제가능성 : 상  
난이도 : 상

간단정리

- 양심적 병역거부 3차 결정
- 대체복무제 도입의 요건
  - ▷ 현역복무와 최대한 증가성을 가지도록 설계되어야 함
- 제한되는 기본권
  - ▷ 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유)
  - ▷ 종교의 자유도 함께 제한
- 기본권 경합
  - ▷ 양심의 자유를 중심으로 판단
- 위헌여부
  - ① 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항
    - ▷ 양심의 자유 침해○
  - ② 양심적 병역거부자에 대해 형벌을 부과하는 처벌조항
    - ▷ 양심의 자유 침해×

이유로 대체복무제를 도입하지 않거나 그 도입을 미루는 것이 정당화된다고 할 수는 없다. 따라서 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다. ... 양심적 병역거부자들에게 공익 관련 업무에 종사하도록 한다면, 이들을 처벌하여 교도소에 수용하고 있는 것보다는 넓은 의미의 안보와 공익실현에 더 유익한 효과를 거둘 수 있을 것이고, 국가와 사회의 통합과 다양성의 수준도 높아지게 될 것이다. 따라서 병역종류조항은 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다. 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다.

(2) **현역입영 또는 소집 통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 3일이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우를 처벌하는, '처벌조항'이 과잉금지원칙을 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는지 여부(소극)** : 병역의무를 지게 되는 사람들 가운데 일부는 외국국적을 가진 취득함으로써 국적을 이탈하거나, 스스로 신체를 훼손하거나 또는 의료기록을 조작하는 등 병역기피를 위한 각종 탈법·불법행위를 자행하기도 한다. 이와 같은 현실에서 병역기피를 방지하고 군 병력을 일정 수준으로 유지시켜 국가의 독립을 유지하고 영토를 보존하기 위해서는 병역기피행위에 대한 일반적인 강제수단으로서의 형사처벌은 불가피하다... 처벌조항은 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정될 수 있을 뿐만 아니라 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 충족하고 있으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인 등의 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2018.6.28. 2011헌바379 양심적 병역거부 3차결정).

⑤ (○)

**판례** 양심적 병역거부의 바탕이 되는 양심상의 결정은 종교적 동기뿐만 아니라 윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터도 형성될 수 있는 것이므로, 이 사건에서는 양심의 자유를 중심으로 기본권 침해 여부를 판단하기로 한다(헌재 2018.6.28. 2011헌바379 양심적 병역거부 3차결정).

14. 甲은 건강기능식품을 판매하면서 사전심의 받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 하였다는 이유로 관할 구청장으로부터 「건강기능식품에 관한 법률」 조항에 따라 영업허가취소처분을 받고, 법원에서 벌금 100만 원을 선고받았다. 이에 甲은 위 영업허가취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하고, 소송 계속 중 위 법 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건강기능식품에 대한 기능성 광고는 상업광고이므로 헌법상 표현의 자유의 보호대상이 될 수 없다.
- ② 헌법재판소가 위 영업허가취소처분의 근거조항에 대해 위헌결정을 하는 경우, 같은 조항에 근거하여 제3자인 乙에게 내려진 영업허가취소처분이 위헌결정 이전에 이미 확정력이 발생하였다 하더라도, 위헌결정의 효력이 乙에 대한 영업허가취소처분에도 미치는 것이 원칙이다.
- ③ 건강기능식품 기능성 광고 사전심의가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하려면 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것을 필요로 하는데, 영업허가취소와 같은 행정제재나 벌금형과 같은 형벌의 부과는 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단에 해당한다.
- ④ 甲이 제기한 영업허가취소처분 취소청구의 소 계속 중 법원의 위헌법률심판제청이 이루어지게 되면 위 영업허가취소처분의 효력은 헌법재판소의 위헌 여부에 대한 판단이 이루어질 때까지 자동적으로 정지된다.
- ⑤ 甲이 영업허가취소처분에 대해 그 취소를 구하는 행정심판을 제기한 경우 관할 행정심판위원회가 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하는 것은 허용된다.

**해설**

① (×) 상업광고도 헌법상 표현의 자유의 보호대상이 된다.

**판례** 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기능성 등에 관한 정보를 널리 알려 해당 건강기능식품의 소비를 촉진시키기 위한 상업광고로서 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 될과 동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다(헌재 2018.6.28. 2016헌가8 건강기능식품 광고 사전심의제 사건).

② (×) 제소기간 도과로 확정력(불가쟁력)이 발생한 사건에는 위헌결정의 소급효가 인정되지 않는다. 따라서 乙에 대한 영업허가취소처분에 위헌결정의 효력이 미치지 않는다.

**판례** 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다(대판 1994.10.28. 92누9463).

③ (○)

**판례** 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 한 경우, 이 사건 제재조항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소·정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있도록 하고, 이 사건 처벌조항은 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이와 같은 행정제재나 형벌의 부과는 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단에 해당한다(헌재 2018.6.28. 2016헌가8 건강기능식품 광고 사전심의제 사건).

④ (×) 법원의 위헌제청이 있으면 당해 영업허가취소처분 취소소송 절차가 정지되는 것과 달리(헌법재판소법 제42조 제1항 참조), 영업허가취소처분은 정지되지 않고 여전히 유효하다. 행정처분은 공정력이 있기 때문이다.

⑤ (×) 위헌법률심판의 제청권자는 법원이다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항 참조). 행정심판위원회는 법원이 아니므로 위헌법률심판제청을 할 수 없다.

✓ **문제 DATA**  
 출제테마 : 건강기능식품 광고 사전심의제 사건(헌재 2018.6.28. 2016헌가8)  
 관련 종합사례  
 출제가능성 : 상  
 난이도 : 상

**간단정리**

- 건강기능식품에 대한 기능성 광고
  - ▷ 표현의 자유 보호대상○
- 위헌결정의 소급효
  - ▷ 확정력 발생한 처분에는 미치지 않음
- 행정제재나 형벌 부과
  - ▷ 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단에 해당
- 위헌제청의 효과
  - ▷ 당해 소송절차정지○
  - but 계쟁물인 행정처분의 효력은 정지×(∴공정력)
- 위헌법률심판 제청권자▷법원  
 행정심판위원회▷위헌제청 不可



15. 甲은 2014. 5.경 신용카드 회사의 개인정보 유출사고로 인해 주민등록번호가 불법 유출되었다는 이유로 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호 변경신청을 하였으나, 구 「주민등록법」(이하 「주민등록법」이라 함)상 주민등록번호 불법 유출을 원인으로 한 주민등록번호 변경은 허용되지 않는다는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 받았다. 이에 甲은 2014. 6.경 개인별로 주민등록번호를 부여하면서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 「주민등록법」 제7조가 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 주장은 주민등록번호 부여제도에 대하여 입법을 하였으나 주민등록번호 변경에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니한 부진정입법부작위가 위헌이라는 것이어서, 「주민등록법」 제7조가 甲의 기본권을 침해하는지 여부가 심판대상이다.
- ② 국가가 주민등록번호를 부여·관리·이용하면서 「주민등록법」에 그 변경에 관한 규정을 두지 않은 것은 주민등록번호 불법 유출 등을 원인으로 자신의 주민등록번호를 변경하고자 하는 甲의 개인정보자기결정권을 제한하고 있다.
- ③ 위 사례에서 위헌성은 주민등록번호 변경에 관하여 규정하지 아니한 부작위에 있으므로, 「주민등록법」에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 주민등록번호제도 자체에 관한 근거규정이 사라지게 되어 법적공백이 생기게 된다는 점 등을 고려하면, 헌법불합치 결정을 선고하면서 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 적용을 명할 수 있다.
- ④ 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 이를 변경할 수 없도록 한 것은 주민 생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 것으로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.
- ⑤ 「주민등록법」 제7조가 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 사회복지 등의 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 주민등록의 대상자인 국민에게 주민등록번호 변경을 허가하지 아니함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 그로 인한 정보주체의 불이익에 비하여 더 작다고 보기는 어려워 법익균형성의 원칙에 반하지 않는다.

**해설**

① (○), ② (○)

**판례** 심판대상조항은 국가가 주민등록번호를 부여·관리·이용하면서 그 변경에 관한 규정을 두지 않음으로써 주민등록번호 불법 유출 등을 원인으로 자신의 주민등록번호를 변경하고자 하는 청구인들의 개인정보자기결정권을 제한하고 있다. 따라서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두지 않은 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다(헌재 2015.12.23. 2014헌마449, 2013헌바68(병합) 주민등록번호 변경 불허 사건).

③ (○)

**판례** 심판대상조항의 위헌성은 주민등록번호 변경에 관하여 규정하지 아니한 부작위에 있는바, 이를 이유로 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 주민등록번호제도 자체에 관한 근거규정이 사라지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되고, 주민등록번호 변경제도를 형성함에 있어서는 입법자가 광범위한 입법재량을 가지므로, 심판대상조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하되, 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 적용하기로 한다(헌재 2015.12.23. 2014헌마449, 2013헌바68(병합) 주민등록번호 변경 불허 사건).

④ (○)

**판례** 심판대상조항이 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 이를 변경할 수 없도록 한

**문제 DATA**

출제태마 : 주민등록번호 변경 불허 사건(헌재 2015.12.23. 2014헌마449, 2013헌바68) 사례형  
출제가능성 : 상  
난이도 : 중

**간단정리**

**■ 주민등록번호 변경 불허 사건**

- 심판대상 > 「주민등록법」 제7조 (주민등록번호 부여제도에 대하여 입법을 하였으나 주민등록번호 변경에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니한 부진정입법부작위가 문제됨)
- 제한되는 기본권 > 개인정보자기결정권
- 과잉금지원칙 위반여부
  - ① 목적의 정당성과 수단의 적합성 위반×(행정사무의 신속하고 효율적인 처리)
  - ② 침해최소성 위반○(주민등록번호 변경을 일체 허용하지 않는 것은 그 자체로 개인정보자기결정권에 대한 과도한 침해)
  - ③ 법익균형성 위반○(침해되는 사익 > 공익)
- 잠정적용 헌법불합치 결정 > 주민등록번호제도 법적공백 방지

것은 주민생활의 편의를 증진시키고 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다(헌재 2015.12.23. 2014헌마449, 2013헌바68(병합) 주민등록번호 변경 불허 사건).

⑤ (×)

**판례** 심판대상조항에서 주민등록번호 변경을 허용하지 않음으로써 얻어지는 행정사무의 신속하고 효율적인 처리를 통한 공익이 중요하다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 주민등록번호의 유출이나 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 일률적으로 주민등록번호를 변경할 수 없도록 함으로써 침해되는 주민등록번호 소지자의 개인정보자기결정권에 관한 사익은 심판대상조항에 의하여 달성되는 구체적 공익에 비하여 결코 적지 않다고 할 것이므로, 심판대상조항은 법익의 균형성도 충족하지 못하였다. 따라서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다(헌재 2015.12.23. 2014헌마449, 2013헌바68(병합) 주민등록번호 변경 불허 사건).

15번 정답 ⑤

16. 외국인의 기본권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 출입국관리에 관한 사항 중 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역이므로, 국적에 따라 사증 발급 신청 시의 첨부서류에 관해 다르게 정하고 있는 조항이 평등권을 침해하는지 여부는 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단한다.
- ② 고용허가를 받아 국내에 입국한 외국인 근로자의 출국만기보험금을 출국 후 14일 이내에 지급하도록 한 조항은, 외국인 근로자의 불법체류를 방지할 필요성을 고려하더라도 출국 전에는 예외 없이 보험금을 지급받지 못하도록 한 것이어서 외국인 근로자의 근로의 자유를 침해한다.
- ③ 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 기본권 주체성을 인정할 수 있다.
- ④ 외국인은 입국의 자유의 주체가 될 수 없으며, 외국인이 복수 국적을 누릴 자유는 헌법상 보호되는 기본권으로 볼 수 없다.
- ⑤ 외국인이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 입국하여 일정한 생활관계를 형성·유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 해당 외국인에게도 직장선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다.

해설

① (○)

**판례** 출입국관리에 관한 사항 중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 영역의 공권력행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다(헌재 2005.3.31. 2003헌마87 결혼경위 기재요구 사건).

② (×)

**판례** 고용 허가를 받아 국내에 입국한 외국인근로자의 출국만기보험금을 출국 후 14일 이내에 지급하도록 한 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률이 근로의 권리를 침해하는지 여부(소극) : 이 사건 출국만기보험금이 근로자의 퇴직 후 생계 보호를 위한 퇴직금의 성격을 가진다고 하더라도 불법체류가 초래하는 여러 가지 문제를 고려할 때 불법체류 방지를 위해 그 지급시기를 출국과 연계시키는 것은 불가피하므로 심판대상조항이 청구인들의 근로의 권리를 침해한다고 보기 어렵다(헌재 2016.3.31. 2014헌마367 외국인 근로자 출국만기보험금 지급시기 제한 사건).

③ (○)

**판례** 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서 하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다(헌재 2007.8.30. 2004헌마670 외국인산업연수생 사건).

④ (○)

**판례** 참정권과 입국의 자유에 대한 외국인의 기본권주체성이 인정되지 않고, 외국인이 대한민국 국적을 취득하면서 자신의 외국 국적을 포기한다 하더라도 이로 인하여 재산권 행사가 직접 제한되지 않으며, 외국인이 복수국적을 누릴 자유가 우리 헌법상 행복추구권에 의하여 보호되는 기본권이라고 보기 어려우므로, 외국인의 기본권주체성 내지 기본권침해가능성을 인정할 수 없다(헌재 2014.6.26. 20

문제 DATA

출제테마 : 외국인의 기본권(판례)  
출제가능성 : 상  
난이도 : 중

간단정리

외국인의 기본권 관련 판례

- 국적에 따라 사증 발급 신청 시의 첨부서류에 관해 다르게 정하고 있는 조항의 평등권 침해 심사기준▷자의금지원칙
- 고용허가를 받아 국내에 입국한 외국인 근로자의 출국만기보험금을 출국 후 14일 이내에 지급하도록 한 조항
  - ▷근로의 자유 침해×
- 직장선택의 자유
  - ▷외국인의 주체성○
- 근로의 권리 중 '일할 환경에 관한 권리'
  - ▷외국인의 주체성○
- 입국의 자유와 복수국적을 누릴 권리
  - ▷외국인의 주체성×

11헌마502 복수국적 원칙적 불허 사건).

⑤ (○)

**판례** 직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국 인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다(헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 외국인근로자의 사업장 변경제한 사건).

16번 정답 ②

17. 헌법 제10조에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 초등학교 정규교과에서 영어를 배제하거나 영어교육 시수를 제한하는 것은 학생들의 인격의 자유로운 발현권을 제한하나, 이는 균형적인 교육을 통해 초등학생의 전인적 성장을 도모하고 영어과목에 대한 지나친 사교육의 폐단을 막기 위한 것으로 학생들의 기본권을 침해하지 않는다.
- ② 기부행위자는 자신의 재산을 사회적 약자나 소외 계층을 위하여 출연함으로써 자기가 속한 사회에 공헌하였다는 행복감과 만족감을 실현할 수 있으므로, 기부행위는 행복추구권과 그로부터 파생되는 일반적 행동자유권에 의해 보호된다.
- ③ 주방용오물분쇄기의 판매와 사용을 금지하는 것은 주방용오물분쇄기를 사용하려는 자의 일반적 행동자유권을 제한하나, 현재로서는 음식물 찌꺼기 등이 바로 하수도로 배출되더라도 이를 적절히 처리할 수 있는 사회적 기반시설이 갖추어져 있다고 보기 어렵다는 점 등을 고려하면 이러한 규제가 사용자의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.
- ④ 고졸검정고시 또는 고입검정고시에 합격했던 자가 해당 검정고시에 다시 응시할 수 없게 됨으로써 제한되는 주된 기본권은 자유로운 인격발현권인데, 이러한 응시자격 제한은 검정고시제도 도입 이후 허용되어 온 합격자의 재응시를 경과조치 등 없이 무조건적으로 금지하는 것이어서 과잉금지원칙에 위배된다.
- ⑤ 대학수학능력시험의 문항 수 기준 70%를 EBS 교재와 연계하여 출제한다는 대학수학능력시험 시행기본계획은 대학수학능력시험을 준비하는 자의 자유로운 인격발현권을 제한하는데, 이러한 계획이 헌법 제37조 제2항을 준수하였는지 심사하되, 국가가 학교에서의 학습방법 등 교육 제도를 정하는 데 포괄적인 규율권한을 갖는다는 점을 감안하여야 한다.

해설

① (○)

**판례** 이 사건 고시 부분은 초등학생의 전인적 성장을 도모하고, 영어 사교육 시장의 과열을 방지하기 위한 것으로, 그 목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 고시 부분으로 영어교육의 편제와 시간 배당을 통제하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 초등학교 시기는 인격 형성의 토대를 마련하는 중요한 시기이므로, 한정된 시간에 교육과정을 고르게 구성하여 초등학생의 전인적 성장을 도모하기 위해서는 초등학생의 영어교육이 일정한 범위로 제한되는 것이 불가피하다. ... 이 사건 고시 부분은 청구인들의 인격의 자유로운 발현권과 자녀교육권을 침해하지 않는다(헌재 2016.2.25. 2013헌마838).

② (○)

**판례** 타인이나 단체에 대한 기부행위는 공동체의 결속을 도모하고 사회생활에서 개인의 타인과의 연대를 확대하는 기능을 하므로 자본주의와 시장경제의 흥결을 보완하는 의미에서 국가·사회적으로 장려되어야 할 행위이다. 또한 기부행위자 본인은 자신의 재산을 사회적 약자나 소외 계층을 위하여 출연함으로써 자기가 속한 사회에 공헌하였다는 행복감과 만족감을 실현할 수 있으므로, 이는 헌법상 인격의 자유로운 발현을 위하여 필요한 행동을 할 수 있어야 한다는 의미의 행복추구권과 그로부터 파생되는 일반적 행동자유권의 행사로서 당연히 보호되어야 한다. 따라서 기부행위라는 명목으로 매 표행위를 하는 것을 방지함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 이 사건 금지조항은 공정선거라는 목적을 위하여 기부행위자의 헌법상 기본권인 일반적 행동자유권, 행복추구권을 제한한다(헌재 2014.2.27. 2013헌마106 기부행위 제한 사건).

③ (○)

**판례** ① 주방용오물분쇄기를 사용하고자 하는 청구인들은 심판대상조항이 주방용오물분쇄기의 사용

문제 DATA

출제태마 : 헌법 제10조 관련 판례  
출제가능성 : 중  
난이도 : 상

간단정리

- 초등학교 정규교과에서 영어를 배제하거나 영어교육 시수 제한  
▷ 학생들의 인격의 자유로운 발현권을 제한 but 침해×
- 기부행위 ▷ 행복추구권과 그로부터 파생되는 일반적 행동자유권에 의해 보호
- 주방용오물분쇄기의 판매와 사용을 금지 ▷ 사용하려는 자의 일반적 행동자유권을 제한 but 침해×
- 고졸검정고시 합격자의 재응시 제한  
▷ 교육을 받을 권리(자유로운 인격발현권×) 제한 및 침해○
- 대학수학능력시험의 문항 수 기준 70%를 EBS 교재와 연계 출제한다는 대학수학능력시험 시행기본계획  
▷ 자유로운 인격발현권 제한

을 금지하고 있어 이를 이용하여 자유롭게 음식물 찌꺼기 등을 처리할 수 없으므로, 행복추구권으로부터 도출되는 일반적 행동자유권을 제한받는다. ② 현재로서는 음식물 찌꺼기 등이 하수도로 바로 배출되더라도 이를 적절히 처리할 수 있는 하수도 시설을 갖추는 등 주방용오물분쇄기의 판매와 사용을 허용할 수 있는 사회적 기반시설이 갖추어져 있다고 보기 어렵고, 나아가 환경부는 현행 규제에 대하여 개선 등의 조치를 하기 위해 주방용오물분쇄기 금지 정책의 타당성 검토를 계속하고 있으므로, 이러한 상황에서 주방용오물분쇄기의 판매와 사용이 원칙적으로 금지돼 있다고 하더라도 이를 과도한 규제라고 보기 어렵다. 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권, 직업의 자유를 침해하지 않는다(헌재 2018.6.28. 2016헌마1151 주방용오물분쇄기 판매·사용금지 사건).

④ (×)

**판례** 이 사건 응시제한은 청구인들이 상급학교 진학을 위하여 취득하여야 할 평가자료의 형성을 제약함으로써 청구인들의 상급학교 진학의 가능성에 영향을 미칠 수 있으므로 교육을 받을 권리를 제한한다 ...이 사건 응시제한은 위임받은 바 없는 응시자격의 제한을 새로이 설정한 것으로서 기본권 제한의 법률유보원칙에 위배하여 청구인의 교육을 받을 권리 등을 침해한다(헌재 2012.5.31. 2010헌마139 검정고시합격자 재응시제한 사건).

⑤ (○)

**판례** 수능시험을 준비하면서 무엇을 어떻게 공부하여야 할지에 관하여 스스로 결정할 자유가 심판대상계획에 따라 제한된다. 이는 자신의 교육에 관하여 스스로 결정할 권리, 즉 교육을 통한 자유로운 인격발현권을 제한받는 것으로 볼 수 있다. ... 국가의 공권력행사가 학생의 자유로운 인격발현권을 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에 따른 한계를 준수하여야 한다. 다만, 국가는 수능시험 출제 방향이나 원칙을 정할 때 폭넓은 재량권을 가지므로, 심판대상계획이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부를 심사할 때 이러한 국가의 입법형성권을 감안하여야 한다(헌재 2018.2.22. 2017헌마691 수능 EBS 교재연계 출제 사건).

18. 甲은 미혼인 독신자이며, 乙은 슬하에 만 10세의 아들 丙을 두고 있고 남편과는 사별하였다. 甲은 乙, 丙과 협의하여 丙을 자신의 친양자로 입양하기로 결정한 후, 법원에 친양자 입양 청구를 하고 그 사건 계속 중 혼인한 자만 친양자 입양을 할 수 있도록 정한 「민법」 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 때에 당해사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부 결정이 있을 때까지 정지되는 것이 원칙이나, 다만 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국 재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.
- ② 만약 위헌법률심판제청신청이 기각되고 그 기각결정이 2018. 7. 2. 甲에게 통지된 후, 甲이 2018. 7. 16. 헌법재판소에 국선대리인 선임신청을 하고, 이에 따라 2018. 7. 19. 선임된 국선대리인이 2018. 8. 10. 처음으로 헌법소원 심판청구서를 제출하였다면 청구기간을 준수한 것이다.
- ③ 헌법 제36조 제1항은 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로 보장한다.
- ④ 친양자로 될 사람이 자신의 의사에 따라 스스로 입양의 대상이 될 것인지 여부를 결정할 수 있는 자유와 친양자 입양을 하려는 사람이 자신의 의사에 따라 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유는 모두 기본권으로 보호된다.
- ⑤ 위 「민법」 조항은 독신자의 친양자 입양을 원천적으로 봉쇄하여 독신자의 기본권에 중대한 제한을 초래하므로 평등권 침해 여부 심사 시 비례의 원칙이 적용되나, 독신자도 일반 입양은 할 수 있고 일반 입양의 사실도 친양자 입양과 마찬가지로 가족관계증명서에 드러나지 않는다는 점 등을 고려하면, 비례의 원칙에 위배되어 독신자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

**해설**

① (○)

**헌법재판소법 제42조(재판의 정지 등)** ① 법원이 법률의 위헌여부심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.

② (○) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 심판청구가 청구인에 대한 위헌제청신청기각결정 송달일로부터 30일이 경과한 후에 이루어졌다고 하더라도 청구인이 그 결정 송달일로부터 30일 이내에 국선대리인선임신청을 하였다면 청구기간은 준수된 것이다(헌재 1994. 12. 29. 92헌바31 참조).

**[관련조문]** 헌법재판소법 제69조(청구기간) ② 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

③ (○), ④ (○)

**판례** 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장한다. 친양자 입양의 경우에도 친양자로 될 사람이 그의 의사에 따라 스스로 입양의 대상이 될 것인지 여부를 결정할 수 있는 자유가 보장되므로, 친양자로 될 사람은 자신의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양육받을 것을 선택할 권리를 가진다. 친양자 입양을 하려는 사람도 친양자 입양 여부에 대한 의사결정의 주체이자 친양자 입양으로 새롭게 형성될 가족의 구성원이므로 친양자가 될 사람과 마찬가지로 그의 의사에 따라 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유를 갖고, 양자의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양자를 양육할 것을 선택할 권리를 가진다(헌재 2013.9.26. 2011헌가42 독신자의 친양자 입양 불허 사건).

**문제 DATA**

출제태마 : 독신자의 친양자 입양 불허 사건(헌재 2013.9.26. 2011헌가42)  
 관련 사례  
 출제가능성 : 중  
 난이도 : 상

**간단정리**

- 법원의 위헌법률심판 제청
  - ▷ 당해사건 재판 정지, 다만 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차 진행 可
- 청구기간 준수여부
  - ▷ 국선대리인 선임신청을 기준
- 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유
  - ▷ 헌법 §36 ①에서 도출
- 친양자로 될 사람이 입양 대상이 될 것인지 여부 결정할 수 있는 자유와 친양자 입양을 하려는 사람이 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유▷모두 기본권으로 보호됨
- 독신자의 친양자 입양을 제한하는 민법조항
  - ① 평등권 침해 심사기준▷자의금지 원칙
  - ② 독신자의 평등권 침해×(합리적인 이유○)
  - ③ 독신자의 가족생활 자유 침해×

⑤ (×) 본 사건의 경우 위헌의견은 비례원칙에 의한 심사를 했지만, 법정의견인 합헌의견의 경우 비례원칙에 의한 심사가 아니라 자의금지 원칙에 의한 심사를 하였다.

**판례** 청구인과 같은 미혼 여성이 친양자를 입양하게 되면 그 친양자는 아버지가 없는 자녀로 가족관계등록부에 공시되어 양자에게 친생자와 같은 양육환경을 만들어주려는 친양자제도의 근본 목적이 출발부터 어긋나게 된다. 만약 미혼 남성이 친양자를 입양하면 그 자녀는 어머니 없는 사람으로 공시된다. ... 친양자의 양친을 기혼자로 한정하고 있는 심판대상조항은 양자에게 보다 나은 양육환경을 제공하여 양자의 복리를 보다 확실하게 도모하기 위한 것으로 독신자를 기혼자에 비하여 차별취급하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 인정된다(헌재 2013.9.26. 2011헌가42 독신자의 친양자 입양 불허 사건).

18번 정답 ⑤

19. 부작위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등에 허용된다.
- ② 재판청구권에 관하여 규정한 헌법 제27조, 헌법재판소 재판관의 구성과 재판관의 국회선출 등에 관하여 규정한 헌법 제111조 제2항 및 제3항의 해석상, 국회가 선출하여 임명된 재판관 중 공석이 발생한 경우 국회는 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위해 공적인 재판관의 후임자를 선출하여야 할 구체적 작위의무가 있다.
- ③ 의료인이 아닌 자도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 자격 및 요건을 법률로 정하지 않은 것은 진정입법부작위에 해당하나, 헌법이 명시적으로 그러한 법률을 만들어야 할 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없고, 그러한 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 볼 수 없다.
- ④ 특수형태근로종사자인 캐디에 대하여 「근로기준법」이 전면적으로 적용되어야 한다는 주장은, 캐디와 같이 「근로기준법」상 근로자에 해당하지 않지만 이와 유사한 지위에 있는 사람을 「근로기준법」의 적용대상에 포함시키지 않은 부진정입법부작위의 위헌성을 다투는 것이므로 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하는 것이 허용된다.
- ⑤ 수사기관에서 수사 중인 사건에 대하여 징계절차를 진행하지 아니함을 징계 혐의자인 지방공무원에게 통보하지 않아도 징계시효가 연장되는 것이 위헌이라는 주장은, 「지방공무원법」에서 징계시효 연장을 규정하면서 징계절차를 진행하지 아니함을 통보하지 아니한 경우에는 징계시효가 연장되지 않는다는 예외규정을 두지 아니한 부진정입법부작위의 위헌성을 다투는 것이므로 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하는 것이 허용된다.

해설

① (○)

**판례** 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다. 위에서 말하는 "공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어"가 의미하는 바는 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다(헌재 2004.10.28. 2003헌마898).

② (○)

**판례** 헌법 제27조, 제111조 제2항 및 제3항의 해석상, 피청구인이 선출하여 임명된 재판관 중 공석이 발생한 경우, 국회는 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위하여 공적인 재판관의 후임자를 선출하여야 할 구체적 작위의무를 부담한다고 할 것이다(헌재 2014.4.24. 2012헌마2 퇴임재판관 후임자선출 부작위 사건)

③ (○)

**판례** 청구인은 청구인이 처벌을 받게 된 근거조항인 '보건범죄단속에 관한 특별조치법' 제5조와 위 의료법 제25조의 내용 자체의 불완전성을 다투고 있는 것이 아니라, 비의료인도 문신시술을 업으로 할 수 있도록 그 자격 및 요건에 관하여 입법을 하지 아니한 것이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 이를 적극적으로 다투고 있는바, 이는 진정입법부작위에 해당하나, 헌법이 명시적으로 비의료인의 문신시술업에 관한 법률을 만들어야 할 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없고, 그러한 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다(헌재 2007.11.29. 2006헌마876 문신시술업 입법부작위 사건)

문제 DATA

출제테마 : '부작위' 관련 판례  
출제가능성 : 상  
난이도 : 상

간단정리

■ 부작위 관련 헌재 판례

- 행정부작위에 대한 헌법소원
  - ▷ 헌법에서 유래하는 작위의무 要 (① 헌법 명문 상, ② 헌법 해석상 도출, ③ 작위의무가 법령에 구체적으로 규정)
- 국회가 선출하여 임명된 재판관 중 공석이 발생한 경우
  - ▷ 헌법상 후임자 선출 작위의무○ (공정한 재판받을 권리 보장)
- 의료인이 아닌 자도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 자격 및 요건을 법률로 정하지 않은 것
  - ▷ 진정입법부작위 해당○ but 입법의무× → 부적법 각하
- 특수형태근로종사자인 캐디에 대하여 「근로기준법」이 전면적으로 적용되어야 한다는 주장
  - ▷ 실질적으로 진정입법부작위를 다투는 것 → 68조 2항의 헌법소원 대상×
- 수사기관에서 수사 중인 사건에 대하여 징계절차를 진행하지 아니함을 징계 혐의자인 지방공무원에게 통보하지 않아도 징계시효가 연장되는 것이 위헌이라는 주장
  - ▷ 부진정입법부작위의 위헌성을 다투는 것 → 68조 2항의 헌법소원 대

④ (×)

**판례** 이 사건 심판청구에서 청구인이 구하는 것은 특수형태근로종사자인 캐디에 대하여 근로기준법이 전면적으로 적용되어야 한다는 것이다. 특수형태근로종사자의 지위, 노무제공의 방법, 성격, 경제적 종속의 정도의 다양성 등을 고려하였을 때 특수형태근로종사자에게 근로기준법은 그대로 적용될 수 없고, 특수형태근로종사자의 특성이 고려된 별도의 특별법에 의한 보호가 필요하다. 이 사건 심판 청구는 성질상 근로기준법이 전면적으로 적용되지 못하는 특수형태근로종사자의 노무조건·환경 등에 대하여 근로기준법과 동일한 정도의 보호를 내용으로 하는 새로운 입법을 하여 달라는 것으로, 실질적으로 진정입법부작위를 다투는 것과 다름없다. 따라서 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에서 진정입법부작위를 다투는 것으로서 모두 부적법하다(헌재 2016.11.24. 2015헌바413).

⑤ (○)

**판례** 청구인은 지방공무원법 제73조 제2항, 제3항, 제73조의2 제1항, 제2항 전부에 대하여 심판청구를 하면서, 수사기관에서 수사 중인 사건에 대하여 징계절차를 진행하지 아니함을 징계 혐의자에게 통보하지 않아도 징계시효가 연장되는 것이 위헌이라는 취지로 다투고 있다. 이는 제73조의2 제2항에서 징계시효 연장을 규정하면서, 징계절차를 진행하지 아니함을 통보하지 아니한 경우에는 징계시효가 연장되지 않는다는 예외규정을 두지 아니한 입법의 불완전성·불충분성, 즉 부진정입법부작위의 위헌성을 다투는 것이다. 따라서 청구인의 주장과 가장 밀접하게 관련되는 제73조의2 제2항만을 심판대상으로 삼기로 한다(헌재 2017.6.29. 2015헌바29 징계시효 연장 사건).

상○



서, 그 규율의 대상이 되는 주체는 언론사에 소속되어 있는 기자가 아니라 언론사 자체이다. 따라서 신문사의 기자인 청구인들은 심판대상조항에 대하여 자기관련성이 인정되지 않는다(헌재 2006.6.29. 2005헌마165 신문법 사건).

㉠ (○)

**판례** 이 사건 법률조항의 문언상 직접적인 수범자는 '정보통신서비스 제공자'이고, 정보게재자인 청구인은 제3자에 해당하나, 사생활이나 명예 등 자기의 권리가 침해되었다고 주장하는 자로부터 침해 사실의 소명과 더불어 그 정보의 삭제등을 요청받으면 정보통신서비스 제공자는 지체 없이 임시조치를 하도록 규정하고 있는 이상, 위 임시조치로 청구인이 게재한 정보는 접근이 차단되는 불이익을 받게 되었으므로, 이 사건 법률조항의 입법목적, 실질적인 규율대상, 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도를 종합적으로 고려할 때, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해와 관련하여 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 2012.5.31. 2010헌마88 삭제요청정보 접근차단 임시조치 사건).

㉡ (×)

**판례** 이 사건 심판대상 규정은 식품접객업소에서의 2003. 7. 1.부터 합성수지 도시락 용기의 사용을 금지하는 것으로서 그 직접적인 수범자는 식품접객업주이므로 청구인들 중 합성수지 도시락 용기의 생산업자들은 원칙적으로 제3자에 불과하며, 또한 합성수지 도시락 용기의 사용제한으로 인하여 입게 되는 영업매출의 감소 위험은 직접적, 법률적인 이해관계로 보기는 어렵고 간접적, 사실적 혹은 경제적인 이해관계라고 볼 것이므로 자기관련성을 인정하기 어렵다(헌재 2007.2.22. 2003헌마428 합성수지 도시락 금지 사건)..