

# 2022년도 경찰승진시험 헌법과목 기출해설

제작 : 정리를 좋아하는 박지환  
검수 : 그 옆에서 고생한  
라민엽, 이찬희, 김용창

※ 34, 37 ~ 40번의 5문항은  
순경공채 시험범위에서 제외된다  
생각하여 공부하지 않아 부득이  
해설을 달지 못했습니다.. 넓은  
아량으로 양해 부탁드립니다!

※ 혹여나 해설 내용 중 궁금한 점이 있으신  
분께서는 카톡으로 문의주신다면 아는 선에서  
최대한 답변드리겠습니다.^^  
(카톡 ID : parkjihw)

Copyright © 2022 by JiHwan Park

1. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ③

① [O]

② [O]

우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하더라도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명(自明)하거나 전제(前提)된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다.

(헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 전원재판부)

③ [X]

④ [O]

헌법 제1조 제2항은 '대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.'고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정 권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에는 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 국민주권주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.

(헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합) 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : 같은 판결 다른 오지

헌법개정 절차는 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용으로 한 신행정수도건설을위한특별조치법을 제정하는 것 (국민투표권 침해 -> 위헌)

헌법개정 절차는 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용으로 한 신행정수도건설을위한특별조치법을 제정하는 것은 헌법개정사항인 수도의 이전을 헌법개정 절차에 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.

관습헌법 성립대상

관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항이 되어야 한다. 일반적으로 실질적인 헌법 사항이라고 함은 널리 국가의 조직에 관한 사항이나 국가기관의 권한 구성에 관한 사항 혹은 개인의 국가권력에 대한 지위를 포함하여 말하는 것이지만, 관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 본질적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다. 일반적인 헌법사항 중 과연 어디까지가 이러한 본질적이고 핵심적인 헌법사항에 해당하는지 여부는 일반추상적인 기준을 설정하여 재단할 수는 없고, 개별적 문제 상황에서 헌법적 원칙성과 중요성 및 헌법원리를 통하여 평가하는 구체적 판단에 의하여 확정하여야 한다.

관습헌법의 성립요건·효력 유지요건 (규범적 사실이 관습헌법이 되기 위한 요건)

관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고,

둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성),

셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서

는 아니 되고(형상성),

넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성).

다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확실 또는 폭넓은 컨센스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의).

수도 이전 문제가 실질적 헌법사항에 해당하는지 (적극)

헌법기관의 소재지, 특히 국가를 대표하는 대통령과 민주주의적 통치원리에 핵심적 역할을 하는 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성(正體性)을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다. 여기서 국가의 정체성이란 국가의 정서적 통일의 원천으로서 그 국민의 역사와 경험, 문화와 정치 및 경제, 그 권력구조나 정신적 상징 등이 종합적으로 표출됨으로써 형성되는 국가적 특성이자 될 수 있다. 수도를 설정하는 것 이외에도 국명(國名)을 정하는 것, 우리말을 국어(國語)로 하고 우리글을 한글로 하는 것, 영토를 확정하고 국가주권의 소재를 밝히는 것 등이 국가의 정체성에 관한 기본적 헌법사항이 된다고 할 것이다. 수도를 설정하거나 이전하는 것은 국회와 대통령 등 최고 헌법기관들의 위치를 설정하여 국가조직의 근간을 장소적으로 배치하는 것으로서, 국가생활에 관한 국민의 근본적 결단임과 동시에 국가를 구성하는 기반이 되는 핵심적 헌법사항에 속한다.

서울이 우리나라 수도인 것이 불문헌법에 해당하는지 (적극)

서울이 우리나라의 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년 간 우리나라의 국가생활에 관한 당연한 규범적 사실이 되어 왔으므로 우리나라의 국가생활에 있어서 전통적으로 형성되어있는 계속적 관행이라고 평가할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랜 기간 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없으며(형상성), 서울이 수도라는 사실은 우리나라의 국민이라면 개인적 견해 차이를 보일 수 없는 명확한 내용을 가진 것이며(명료성), 나아가 이러한 관행은 오랜 세월간 굳어져 와서 국민들의 승인과 폭넓은 컨센스를 이미 얻어(국민적 합의) 국민이 실효성과 강제력을 가진다고 믿고 있는 국가생활의 기본사항이라고 할 것이다. 따라서 서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며 우리 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다.

관습헌법의 개정 (헌법 제130조에 의한 개정절차)

관습헌법의 실효 (국민적 합의성 상실)

어느 법규범이 관습헌법으로 인정된다면 그 개정가능성을 가지게 된다. 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 절차에 의하여만 개정될 수 있다. 따라서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 국회의 의결을 얻은 다음(헌법 제130조 제1항) 국민투표에 붙여 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다(헌법 제130조 제3항). 다만 이 경우 관습헌법규범은 헌법전에 그에 상반하는 법규범을 첨가함에 의하여 폐지하게 되는 점에서, 헌법전으로부터 관계되는 헌법조항을 삭제함으로써 폐지되는 성문헌법규범과는 구분된다. 한편 이러한 형식적인 헌법개정 외에도, 관습헌법은 그것을 지탱하고 있는 국민적 합의성을 상실함에 의하여 법적 효력을 상실할 수 있다. 관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건이다.

경성헌법 체제인 우리나라 헌법의 개정방식

(헌법 제128조 내지 제130조에 의한 일반법률의 개정절차와는 다른 엄격한 헌법개정 절차 要)

연성헌법 체제인 불문의 연성헌법 체제 하에서 헌법개정

(일반적 법률개정의 방법)

우리나라 수도가 서울인 것을 폐지하기 위한 절차 (헌법개정 절차)

우리나라와 같은 성문의 경성헌법 체제에서 인정되는 관습헌법사항은 하위규범형식인 법률에 의하여 개정될 수 없다. 영국과 같이 불문의 연성헌법 체제에서는 법률에 대하여 우위를 가지는 헌법전이라는 규범형식이 존재하지 아니하므로 헌법사항의 개정은 일반적으로 법률개정의 방법에 의할 수밖에 없을 것이다. 그러나 우리 헌법의 경우 헌법 제10장 제128조 내지 제130조는 일반법률의 개정절차와는 다른 엄

격한 헌법개정절차를 정하고 있으며, 동 헌법개정절차의 대상을 단지 '헌법'이라고만 하고 있다. 따라서 **관습헌법도 헌법에 해당하는 이상 여기서 말하는 헌법개정의 대상인 헌법에 포함된다고 보아야 한다.** 이와 같이 헌법의 개정절차와 법률의 개정절차를 준별하고 헌법의 개정절차를 엄격히 한 우리 헌법의 체제 내에서 만약 관습헌법을 법률에 의하여 개정할 수 있다고 한다면 이는 관습헌법을 더 이상 '헌법'으로 인정할 것이 아니고 단지 관습'법률'로 인정하는 것이며, 결국 관습헌법의 존재를 부정하는 것이 된다. 이러한 결과는 성문헌법체제하에서도 관습헌법을 인정하는 대전제와 논리적으로 모순된 것이므로 우리 헌법체제상 수용될 수 없다.

**우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항**이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 **폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.**

## 2. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ③

① [X]

헌법개정의 한계를 명시한 것은 **2~4차 개정헌법**이다. (헌행헌법 X)

② [X]

헌법 제130조 ① **국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.**

국회법 제112조(표결방법) ④ 헌법개정안은 **기명투표**로 표결한다. (개기명~)

③ [O]

헌법 제130조 ② 헌법개정안은 **국회가 의결한 후 30일** 이내에 국민투표에 붙여 **국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성**을 얻어야 한다.

④ [X]

우리 나라의 헌법은 제헌헌법이 초대국회에 의하여 제정된 반면 그후의 제5차, 제7차, 제8차 및 현행의 제9차 헌법 개정에는 국민투표를 거친 바 있고, 각각 헌법의 개정절차조항 자체가 여러 번 개정된 적이 있으며, 형식적으로도 부분개정이 아니라 전문까지를 포함한 전면개정이 이루어졌던 점과 우리의 현행 헌법이 독일 기본법 제79조 제3항과 같은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있지 아니하고, 독일기본법 제79조 제1항 제1문과 같이 헌법의 개정을 법률의 형식으로 하도록 규정하고 있지 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.**

또한 국민투표에 의하여 확정된 현행 헌법의 성립과정과 헌법 제130조 제2항이 헌법의 개정을 국민투표에 의하여 확정하도록 하고 있음에 비추어, **헌법은 그 전체로서 주권자인 국민의 결단 내지 국민적 합의의 결과라고 보아야 할 것으로, 헌법의 규정을 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력 행사의 결과라고 볼 수도 없다.**

물론 헌법은 전문과 단순한 개별조항의 상호관련성이 없는 집합에 지나지 않는 것이 아니고 하나의 통일된 가치체계를 이루고 있는 것이므로, 헌법의 전문과 각 개별규정은 서로 밀접한 관련을 맺고 있고, 따라서 헌법의 제규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있어서 **의념적·논리적으로는 규범 상호간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실**이다. 그러나, 그렇다 하더라도, 이 때에 인정되는 규범 상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 **헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면 부인할 수 있는 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다.**

(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 전원재판부)

## 3. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① [X]

② [O]

국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서는, **영토조형만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다** 할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 **전제조건으로서 영토에 관한 권리를**, 이를테면 **영토권**이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 **기본권의 하나로** 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다.

(헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마139·142·156·160(병합) 전원재판부)

③ [O]

우리 헌법이 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다는 영토조항을 두고 있는 이상 **대한민국 헌법은 북한 지역을 포함한 한반도 전체에 효력이 미치므로 북한 지역도 당연히 대한민국의 영토가 되고, 북한주민 역시 일반적으로 대한민국 국민에 포함되는 점..**

(대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결)

④ [O]

**남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래**에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류협력에관한법률(이하 ‘남북교류법’이라 한다) 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 즉, 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 그러므로, 당해사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 법률해석의 문제에 불과한 것이고, **헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다.**

(헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2003헌바114 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : **비교 판결**

헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바68 전원재판부

**북한 문화재가 단순경유지가 아닌 제3국으로부터 남한지역에 도착한 경우에도 관세법 조항들을 적용할 것인가의 문제**는 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없고 또한 **헌법 제3조의 영토조항과도 관련이 없다.**

## 4. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ②

① [X]

② [O]

③ [X]

헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 “인간다운 생활을 할 권리”를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 “인간다운 생활을 할 권리”의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다.

우리 헌법은 **사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다.** 사회국가란 한마디로, **사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.**

헌법이 제34조에서 **여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, 장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다**는 점을 강조하고자 하는 것이다.

**사회적 기본권(헌법 제31조 내지 제36조)이 국가에게 그의 이행을 어느 정도 강제할 수 있는 의무를 부과하기 위해서는, 국가의 다른 과제보다도 사회적 기본권이 규정한 과제를 우선적으로 실현하여야 한다는 우위관계가 전제가 되어야 하는데, 사회적 기본권에 규정된 국가의 의무가 그렇지 못한 국가의 의무에 대하여 입법과정이나 정책결정과정에서, 무엇보다도 예산책정과정에서 반드시 우선적 이행을 요구할 수가 없다.**

사회적 기본권과 경쟁적 상태에 있는 국가의 다른 중요한 헌법적 의무와의 관계에서나 아니면 개별적인 사회적 기본권 규정을 사이에서의 경쟁적 관계에서 보나, 입법자는 사회·경제정책을 시행하는 데 있어서 서로 경쟁하고 충돌하는 여러 국가목표를 균형있게 고려하여 서로 조화시키려고 시도하고, 매 사안마다 그에 적합한 실현의 우

선순위를 부여하게 된다. 국가는 사회적 기본권에 의하여 제시된 국가의 의무와 과제를 언제나 국가의 현실적인 재정·경제능력의 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없다.

그러므로 **사회적 기본권**은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 **단지 적절한 고려를 요청하는 것**이다. 이러한 의미에서 **사회적 기본권**은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 **국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무**를 의미한다.

(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52 전원재판부)

④ 【X】

국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 **생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가(진정입법부작위) 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우(부작정입법부작위)에 한하여** 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다고 할 수 있다

(헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 전원재판부)

5. [출제 난도] 상

[정답 및 지문 해설] ④

① 【O】

기존의 퇴직연금 수급자에게 전년도 평균임금월액을 초과한 소득월액이 있는 경우에 그 초과액수에 따라 퇴직연금 중 일부의 지급을 정지하는 것은 퇴직연금 중 일부의 지급을 정지할 뿐이므로, 퇴직연금 수급자들이 입는 불이익은 그 다지 크지 않으므로 보호하려는 퇴직연금 수급자의 신뢰의 가치에 비하여 유지하려는 공익적 가치가 더욱 긴급하고 중요하므로 헌법상 **신뢰보호의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.**

(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872 등, 공보 제137호, 98 [전원재판부])

② 【O】

외국 치과, 의과대학을 졸업한 우리 국민이 국내 의사면허시험을 치기 위해서는 기존의 응시요건에 추가하여 새로이 예비시험을 치도록 한 의료법 조항은 외국 의과대학 졸업생에 대해 우리나라 의료계에서 활동할 수 있는 정도의 능력과 자질이 있음을 검증한 후 의사면허 국가시험에 응시하도록 함으로써 외국에서 수학한 보건의료인력의 질적 수준을 담보하려는 것을 주된 입법목적으로 하는 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있다. 또한 예비시험 제도는 학제나 교육내용이 다른 외국에서 수학한 예비의료인들의 자질과 능력을 좀더 구체적으로 평가하는 데 기여할 것임이 인정되므로 수단의 적정성을 갖춘 것이라 볼 것이며 예비시험 제도를 통한 자격검증보다도 덜 제약적이면서도 입법 목적을 달성할 수 있는 다른 입법수단도 상정하기 어렵다. 또한 현재로서는 장차 시행될 예비시험이 외국 의과대학 졸업생에게 과도한 부담을 주게 될 것이라고 단언하기 어려운 반면, 외국 의과대학의 교과 내지 임상교육 수준이 국내와 차이가 있을 수 있으므로 국민의 보건을 위하여 기존의 면허시험만으로 검증이 부족한 측면을 보완할 공익적 필요성이 있다. 그러므로 예비시험 조항은 청구인들의 **직업선택의 자유를 침해하지 않는다.**

청구인들이 장차 치과의사 면허시험을 볼 수 있는 자격 요건에 관하여 가진 구법에 대한 신뢰는 합법적이고 정당한 것이므로 보호가치 있는 신뢰에 해당하는 것이지만, 한편 청구인들에게 기존의 면허시험 요건에 추가하여 예비시험을 보게 하는 것은 이미 존재하는 여러 가지 면허제도의 법적 규제에 추가하여 새로운 규제를 하나 더 부가하는 것에 그치고, 이러한 규제가 지나치게 가혹한 것이라고 하기 어려운 반면, 이러한 제도를 통한 공익적 목적은 위에서 본 바와 같이 그 정당성이 인정된다. 따라서 경과규정은 **신뢰보호의 원칙에 위배한 것이라 보기 어렵다.**

(헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 전원재판부)

③ 【O】

무기징역의 집행 중에 있는 자의 가석방 요건을 종전의 10년 이상에서 20년 이상 형 집행경과로 강화한 개정 「형법」 조항은 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. 가석방 제도의 실제 운용에 있어서도 구 형법 제72조 제1항이 정한 10년보다 장기간의 형 집행 이후에 가석방을 해 왔고, 무기징역형을 선고받은 수형자에 대하여 가석방을 한 예가 많지 않으며, 2002년 이후에는 20년 미만의 집행기간을 경과한 무기징역형 수형자가 가석방된 사례가 없으므로, 청구인의 신뢰가 손상된 정도

도 크지 아니하다. 그렇다면 죄질이 더 무거운 무기징역형을 선고받은 수형자를 가석방할 수 있는 형 집행 경과기간이 개정 형법 시행 후에 무기징역형을 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.**

(헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2011헌마408 전원재판부)

④ 【X】

사법연수원의 소정 과정을 마치더라도 바로 판사임용자격을 취득할 수 없고 일정 기간 이상의 법조경력을 갖추어야 판사로 임용될 수 있도록 한 법원조직법 개정조항의 시행일 및 그 경과조치에 관한 부칙은 판사임용자격에 관한 법원조직법 규정이 지난 40여 년 동안 유지되어 오면서, 국가는 입법행위를 통하여 사법시험에 합격한 후 사법연수원을 수료한 즉시 판사임용자격을 취득할 수 있다는 신뢰의 근거를 제공하였다고 보아야 하며, 수년간 상당한 노력과 시간을 들인 끝에 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 지위까지 획득한 청구인들의 경우 사법연수원 수료로써 판사임용자격을 취득할 수 있으리라는 신뢰의익은 보호가치가 있다고 할 것이다. 이 사건에서 청구인들의 신뢰이익에 대비되는 공익이 중대하고 장기적 관점에서 필요한 것이라 하더라도, 이 사건 심판대상 조항을 이 사건 법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게도 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴급하다고는 보기 어렵고, 종전 규정의 적용을 받게 된 사법연수원 2년차들과 개정 규정의 적용을 받게 된 사법연수원 1년차들인 청구인들 사이에 위 공익의 실현 관점에서 이들을 달리 볼 만한 합리적인 이유를 찾기도 어려우므로, 이 사건 법원조직법 개정 시점인 2011. 7. 18. 당시에 이미 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원하는 경우에 적용되는 한 **신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다. (한정위헌)**

(헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌마786, 2012헌마188(병합) 전원재판부)

6. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ④

① 【X】

정당 설립의 자유 (기본권적 보장)

복수정당제 (제도적 보장)

정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 정당은 **국민의 정치적 의사형성의 담당자이며 매개자이자 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소**이기 때문에, **정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건**이라고 할 수 있다. 오늘날 대의민주주의에서 차지하는 정당의 이러한 의의와 기능을 고려하여, 헌법은 **정당설립의 자유를 일반적권 결사의 자유로부터 분리하여 제8조 제1항에 독자적으로 규율함으로써 정당설립의 자유의 특별한 의미를 강조하고 있다.** 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”라고 규정하여, 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 **정당을 설립할 권리를 기본권으로서 보장**하면서, 아울러 정당설립의 자유를 보장한 것의 **당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장**하고 있다.

(헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2012헌마431, 2012헌가19(병합) 전원재판부)

② 【X】

헌법 제8조 ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, **국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.**

③ 【X】

헌법 제8조 ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 **정부(국회 X)는 헌법재판소(대법원 X)에 그 해산을 제소할 수** 있고, 정당은 **헌법재판소의 심판(국회의 의결 X)에 의하여 해산된다.**

④ 【O】

헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서 개념은 정당해산결정의 가능성과 긴밀히 결부되어 있다. 이 **민주적 기본질서의 외연이 확장될수록 정당해산결정의 가능성은 확대**되고, 이와 동시에 정당 활동의 자유는 **축소**될 것이다. 민주 사회에서 정당의 자유가 지니는 중대한 함의나 정당해산심판제도의 남용가능성 등을 감안한다면, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 **최대한 엄격하고 협소한 의미로 이해**해야 한다.

(헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 전원재판부)



7. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① [O]

헌법에서 지방자치제를 제도적으로 보장하고 있고, 지방자치는 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것을 의미한다는 점에서 **지방자치단체의 대표인 단체장**은 지방의회의원과 마찬가지로 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거를 통해 선출되어야 한다는 것은 **지방자치제도의 본질에서 당연히 도출되는 원리**이다. 이에 따라 공직선거 관련법상 지방자치단체의 장 선입법법은 '선거'로 규정되어 왔고, 지방자치단체의 장을 선거로 선출하여온 우리 지방자치제의 역사에 비추어 볼 때 지방자치단체의 장에 대한 주민직선제 이외의 다른 선출방법을 허용할 수 없다는 관행과 이에 대한 국민적 인식이 광범위하게 존재한다고 볼 수 있다. 주민자치제를 본질로 하는 민주적 지방자치제도가 안정적으로 뿌리내린 현 시점에서 지방자치단체의 장 선거권을 지방의회의원 선거권, 더 나아가 국회의원 선거권 및 대통령 선거권과 구별하여 하나는 법률상의 권리로, 나머지는 헌법상의 권리로 이원화하는 것은 허용될 수 없다. 그러므로 **지방자치단체의 장 선거권 역시 다른 선거권과 마찬가지로 헌법 제24조에 의해 보호되는 헌법상의 권리로 인정**하여야 할 것이다.

(헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2014헌마797 결정)

② [X]

③ [X]

④ [X]

선거권을 제한하는 입법의 헌법적 근거

**헌법 제24조**는 모든 국민은 '법률이 정하는 바에 의하여' 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은 국민의 선거권이 '법률이 정하는 바에 따라서만 인정될 수 있다'는 포괄적인 입법권의 유보하에 있음을 의미하는 것이 아니다. 국민의 기본권을 법률에 의하여 구체화하라는 뜻이며 **선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미**이다.

이러한 법률유보는 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 제한하기 위한 것이 아니므로, 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정한 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 이 같은 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 **심사의 강도도 엄격**하여야 하는 것이다.

따라서 **선거권을 제한하는 입법**은 위 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 (제24조에 따라) 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 따라서 선거권의 제한은 그 제한을 불가피하게 요청하는 **개별적, 구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만** 정당화될 수 있으며, 막연하고 추상적 위험이라든지 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등의 사유로는 그 제한이 정당화될 수 없다.

더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 **보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법**을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 **엄격히** 지켜져야 한다.

주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정한 공직선거법 조항은 목적이 정당하지 않아 과잉금지원칙에 위반되어 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

이 사건 재외국민들은 '이중과세 방지협정'에서 정한 바에 따라 납세의무가 면제되는 것일 뿐이므로 재외국민이 국가에 대한 납세의무를 다하지 않고 있다고 볼 수도 없으며, 병역의무의 경우에도 재외국민에게 병역의무 이행의 길이 열려 있는 점, 이 사건 청구인들 중에는 이미 국내에서 병역의무를 필한 사람도 있는 점, 오늘날 넓은 의미의 국방은 재외국민의 애국심과 협력에 의존하는 바도 적지 않다는 점, 현재 병역의무가 납자에게만 부여되고 있다는 점 등을 감안하면 **선거권과 병역의무 간에 필연적 관련관계**를 인정하기 어렵다.

끝으로, 재외국민도 엄연히 대한민국의 국민으로서 국가기관의 구성에 참여할 헌법적 권리가 인정되어야 한다는 점에서, 뿐만 아니라 나날이 심화되고 있는 국제화, 지구

촌화 시대의 국민통합은 재외국민의 의사 역시 대한국민의 의사의 한 부분으로 편입될 것을 요구하고 있다는 점에서 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 박탈하는 공직선거법 제37조 제1항은 **헌법적 정당성을 발견하기 어렵다**.

(헌법재판소 2007. 6. 28. 선고 2004헌마644,2005헌마360(병합) 전원재판부)

8. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ④

① [O]

② [O]

③ [O]

흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 **흡연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로** **흡연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다**. 이처럼 **상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로**, 결국 흡연권은 **흡연권을 침해하지 않는 한에서 인정**되어야 한다.

(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2003헌마457 전원재판부)

④ [X]

근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포함되는 권리로서가 아니라 **헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유**에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이와 같이 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권이 충돌하는 경우 단결권 상호간의 충돌은 아니라고 하더라도 여전히 **헌법상 보장된 일반적 행동의 자유 또는 결사의 자유와 적극적 단결권 사이의 기본권 충돌의 문제**가 제기될 수 있다.

실피건대, 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 갖게 된다는 의미에서 **단결권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권'** 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'으로서의 성격을 가지고 있고 일반적인 시민적 자유권과는 질적으로 다른 권리로써 설정되어 헌법상 그 자체로서 이미 **결사의 자유에 대한 특별법적인 지위**를 승인받고 있다.

이에 비하여 **일반적 행동의 자유**는 헌법 제10조의 행복추구권 속에 함축된 그 구체적인 표현으로서, 이른바 **보충적 자유권**에 해당한다.

따라서 **단결하지 아니할 자유와 적극적 단결권이 충돌**하게 되더라도, 근로자에게 보장되는 **적극적 단결권이 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미를 갖고 있다고 볼 수 있고**, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, **노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이어서 노동조합에 적극적 단결권(조직강제권)을 부여**한다고 하여 이를 두고 곧바로 **근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정**할 수는 없다.

(헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95,96,2003헌바9(병합) 전원재판부)

9. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ④

① [O]

② [O]

③ [O]

헌법의 기본정신(헌법 제37조 제2항)에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 설사 없다고 하더라도 **과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못**한다고 할 것이다. **과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계**를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그레아만 수인(受忍)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 **헌법상의 원칙**이다.

(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 전원재판부)

**과잉금지의 원칙**이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 **기본원칙** 내지 **입법활동의 한계**를 의미하는 것으로서 국

민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(이익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.

④ 【X】

입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 "최소침해성의 원칙"(수단의 적합성 X)에 위배되는바, 종래의 임의적 최소제도로도 철저한 단속, 엄격한 법집행 등 그 운용 여하에 따라서는 지입제 관행의 근절이라는 입법목적에 효과적으로 달성할 수 있었을 것으로 보이므로, 기본권침해의 정도가 덜한 임의적 최소제도의 적절한 운용을 통하여 입법목적에 달성하려는 노력은 기술이지 아니한 채 기본권침해의 정도가 한층 큰 필요적 최소제도를 도입한 이 사건 법률조항은 행정편의적 발상으로서 피해 최소화성의 원칙에 위반된다.

(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌가11·12(병합) 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : 비교판결

헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 전원재판부

운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법 조항은 청구인의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다.

자동차등을 범죄를 위한 수단으로 이용하여 교통상의 위험과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래하는 것을 방지하여 안전하고 원활한 교통을 확보함과 동시에 차량을 이용한 범죄의 발생을 막고자 하는 심판대상조항은 그 입법목적의 정당하고, 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 자동차등을 이용한 범죄행위의 제발을 일정 기간 방지하는 데 기여할 수 있으므로 이는 입법목적에 달성하기 위한 적절한 수단이나, 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 ... 침해의 최소화 원칙에 위배되고, 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 직업의 자유의 제약을 초래하고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 초래하여 일반적 행동의 자유를 제약하므로 법익의 균형성 원칙에도 위배되므로 ...

헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2016헌바14 등 (병합) 전원재판부 결정

택시운전자격을 취득한 사람이 강제추행 등 성범죄를 범하여 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 경우 그 자격을 취소하도록 규정한 '여객자동차 운수사업법' 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

택시를 이용하는 국민을 성범죄 등으로부터 보호하고, 여객운송서비스 이용에 대한 불안감을 해소하며, 도로교통에 관한 공공의 안전을 확보하려는 심판대상조항의 입법목적은 정당하고, 또한 해당 범죄를 범한 택시운송사업자의 운전자격을 필요적 취소라는 수단의 적합성도 인정되며, 범죄의 개별성·특수성을 일일이 고려하여 해당 운전자의 준법의식 구비 여부를 가리는 방법은 매우 번잡한 절차가 필요하고, 법원이 범죄의 모든 정황을 고려한 다음 금고 이상 형의 집행유예를 선택하였다면 사회적 비난 가능성도 적지 않은 점 등을 종합하면 임의적 운전자격 취소만으로는 입법목적에 달성하는 데 충분하다고 보기 어려우므로, 침해의 최소화성도 인정되고, 운전자격을 취소되더라도 집행유예기간이 경과하면 다시 운전자격을 취득할 수 있으므로 운수종사자가 받는 불이익은 제한적인 반면, 달성되는 입법목적은 매우 중요하므로, 법익의 균형성 요건도 충족하는바 ...

10. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ②

① 【O】

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다. (전원재판부 2007헌마890, 2010. 10. 28.)

c.f. 한 결음 더 : 같은 판결 다른 요지

육군 신병교육 지침서 중 '신병훈련소에서 교육훈련을 받는 동안 전화사용을 통제하는 부분'은 군인사법 제47조의2의 위임과 군인복무규율 제29조 제2항의 재위임 및 국방교육훈련규정 제9조 제1호의 위임에 따라 제정된 것으로서 법률에 근거한 규율이라고 할 것이므로 법률유보의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

국군의 특수한 사명을 수행하기 위하여 모든 국민에게 국방의무가 부과되고, 군인의 복무 및 군인훈련은 일반사회생활과는 현저하게 다른 특수하고 전문적인 영역이어서 군사전문가인 지휘관에게 포괄적으로 일임할 필요가 있으며, 군대에 대한 통수와 지휘는 예측할 수 없는 다양한 상황에 대하여 신속하고 전문적·효과적으로 이루어져야 하므로, 군인사법 제47조의2가 군인의 복무에 관한 사항에 관한 규율권을 대통령령에 위임하면서 다소 개괄적으로 위임하였다고 하여 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 어긋난다고 보기 어렵다.

육군 신병교육 지침서 중 '신병훈련소에서 교육훈련을 받는 동안 전화사용을 통제하는 부분'은 신병교육훈련을 받고 있는 군인의 통신의 자유를 제한하고 있으나, 신병들은 군인으로 육성하고 교육훈련과 병영생활에 조속히 적응시키기 위하여 신병교육기간에 한하여 신병의 외부 전화통화를 통제한 것이다. 또한 신병훈련기간이 5주의 기간으로서 상대적으로 단기의 기간이라는 점, 긴급한 전화통화의 경우는 지휘관의 통제 하에 허용될 수 있다는 점, 신병들이 부모 및 가족에 대한 편지를 작성하여 우편으로 송부하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 이 사건 지침에서 신병교육훈련기간 동안 전화사용을 하지 못하도록 정하고 있는 규율이 청구인을 포함한 신병교육훈련생들의 통신의 자유 등 기본권을 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한하는 것이라고 보기 어렵다.

② 【X】

텔레비전방송수신료의 금액에 대하여 국회가 스스로 결정하거나 결정에 관여함이 없이 한국방송공사로 하여금 결정하도록 한 한국방송공사법 조항은 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것(의회유보원칙)임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

(헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 전원재판부)

③ 【O】

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적에 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 '방법'에 관한 규정과 기본권행사의 '여부'에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소화성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 '방법'에 관한 규제로서 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 '여부'에 관한 규제를 선택해야 한다.

(헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 전원재판부)

④ 【O】

개별사건법률은 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적 규정이라는 강한 의심을 불러 일으키는 것이지만, 개별법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다.

이른바 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴범과 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 5·18 민주화운동 등에 관한 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다. (헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2,96헌바7,96헌바13 전원재판부)

11. [출제 난도] 하  
[정답 및 지문 해설] ④  
① [O]  
③ [O]

**기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무**를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화 될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.

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(진정입법부작위) 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우(부진정입법부작위)에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다

**업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 교통사고처리특례법 조항을 두고 국가가 일정한 교통사고범죄에 대하여 형벌권을 행사하지 않음으로써 도로교통의 전반적인 위험으로부터 국민의 생명과 신체를 적절하고 유효하게 보호하는 아무런 조치를 취하지 않았든지**(진정입법부작위 X), 아니면 국가가 취한 현재의 제반 조치가 명백하게 부적합하거나 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 할 수 없다. (부진정입법부작위 X) (전원재판부 2005헌마764, 2009. 2. 26.)

c.f. 한 결음 더 : 같은 판결 다른 요지

**교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 중 업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 상해에 이르게 한 경우 공소를 제기할 수 없도록 한 부분은** 자동차 수의 증가와 자가운전 확대에 즈음하여 운전자들의 종합보험 가입을 유도하여 교통사고 피해자의 손해를 신속하고 적절하게 구제하고, 교통사고로 인한 전과자 양산을 방지하기 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며, 그 수단의 적절성도 인정된다. 그러나 교통사고 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우, 즉 중상해를 입은 경우(형법 제258조 제1항 및 제2항 참조), 사고발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 가해자에 대하여 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하고 정식 기소된 경우에는 피해자의 재판절차진술권을 행사할 수 있게 하여야 함에도, 이 사건 법률조항에서 가해차량이 종합보험 등에 가입하였다는 이유로 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항(이하, ‘단서조항’이라고 한다)에 해당하지 않는 한 무조건 면책되도록 한 것은 **기본권침해의 최소성에 위반된다**. 한편 우리나라 교통사고율이 OECD 회원국에 비하여 매우 높고, 교통사고를 야기한 차량이 종합보험 등에 가입되어 있다는 이유만으로 그 차량의 운전자에 대하여 공소제기를 하지 못하도록 한 입법례는 선진 각국의 사례에서 찾아보기 힘들며, 가해자는 자칫 사소한 교통법규위반을 대수롭지 않게 생각하여 운전자로서 요구되는 안전운전에 대한 주의의무를 해태하기 쉽고, 교통사고를 내고 피해자가 중상해를 입은 경우에도 보험금 지급 등 사고처리는 보험사에 맡기고 피해자의 실질적 피해회복에 성실이 임하지 않는 풍조가 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항에 의하여 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권의 행사가 근본적으로 봉쇄된 것은 교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지라는 공익을 위하여 위 피해자의 사익이 현저히 경시된 것이므로 **법익의 균형성을 위반하고 있다**. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반한

여 업무상 과실 또는 중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 **재판절차진술권을 침해한 것이라 할 것이다**.

**업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 ‘중상해가 아닌 상해’에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 교통사고처리특례법 조항이** 교통사고로 인한 피해자에게 중상해가 아닌 상해의 결과만을 야기한 경우 가해 운전자에 대하여 가해차량이 종합보험 등에 가입되어 있음을 이유로 공소를 제기하지 못하도록 규정한 한도 내에서는, 그 제정목적인 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 도모하려는 공익과 등 법률조항으로 인하여 침해되는 피해자의 재판절차에서의 진술권과 비교할 때 상당한 정도 균형을 유지하고 있으며, 단서조항에 해당하지 않는 교통사고의 경우에는 대부분 가해 운전자의 주의의무태만에 대한 비난가능성이 높지 아니하고, 경미한 교통사고 피의자에 대하여는 비형벌화하려는 세계적인 추세 등에 비추어도 위와 같은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 이익의 균형성을 갖추었으므로 **과잉금지의 원칙에 반하지 않는다**.

**교통사고처리특례법 조항으로 인하여 단서조항에 해당하지 아니하는 교통사고로 중상해를 입은 피해자를 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고의 피해자와 재판절차진술권의 행사에 있어서 달리 취급한 것은, 단서조항에 해당하지 아니하는 교통사고로 중상해를 입은 피해자들의 평등권을 침해하는 것이라 할 것이다**.

**업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 피해자에게 중상해가 아닌 상해의 결과만을 야기한 경우에는, 앞서 본 바와 같이 재판절차진술권의 행사에 있어 중상해 피해자와 비교하여 달리 취급할 만한 정당한 사유가 있다 할 것이므로 피해자 보호 및 가해운전자의 처벌에 있어서 평등의 원칙에 반하지 아니한다**.

② [O]  
국가의 **기본권보호의무의 이행**은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반조건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 **입법재량의 범위**에 속하는 것이다. 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 **과소보호금지원칙**을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 결국 헌법재판소로서는 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 **유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다**. (헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110-136(병합) 전원재판부)

④ [X]  
민법 조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 이탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 **국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다**.

국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, **태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다**. 법치국가원리로부터 나오는 **법적안정성의 요청**은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. 물론 인간의 권리능력의 시기를 출생 이전의 어느 시점으로 정하는 것이 반드시 불가능하다고 할 수는 없겠지만, 그렇게 될 경우 구체적인 법률관계에서 권리능력의 존재를 확정하고 입증하는 데 많은 어려움이 존재하게 될 것이라는 점도 충분히 예상할 수 있다. 이 사건 법률조항들의 경우에도 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 **사법(私法)관계에서 요구되는 법적안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다** 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는



이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않았고, 그래서 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다.

(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부)

## 12. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① [X]

**헌법 제10조가 보호하는 명예는 사람이나 그 인격에 대한 사회적 평가, 즉 객관적·외부적 가치평가를 가리키며 단순한 주관적·내면적 명예감정은 헌법이 보호하는 명예에 포함되지 않는다.**

(헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바146 전원재판부)

② [O]

**헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.**

(헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2008헌마456 전원재판부)

③ [O]

**인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공될 수 있도록 규정한 ‘시체 해부 및 보존에 관한 법률’ 조항은 사인(死因)의 조사와 병리학·해부학적 연구의 기초가 되는 해부용 시체의 공급을 원활하게 하여 국민 보건을 향상시키고 의학 교육 및 연구에 기여하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다.**

최근 5년간 이 사건 법률조항으로 인하여 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공한 사례는 단 1건에 불과하고, 실제로 의과대학이 필요로 하는 해부용 시체는 대부분 시신기증에 의존하고 있어 이 사건 법률조항이 아니더라도 의과대학에서 필요로 하는 해부용 시체는 다른 방법으로 충분히 공급될 수 있다. 그런데 시신 자체의 제공과는 구별되는 장기나 인체조직에 있어서는 본인이 명시적으로 반대하는 경우 이식·채취될 수 없도록 규정하고 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 본인이 해부용 시체로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 표시할 수 있는 절차도 마련하지 않고 본인의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공될 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 **침해의 최소성 원칙을 충족했다고 보기 어렵고**, 실제로 해부용 시체로 제공된 사례가 거의 없는 상황에서 이 사건 법률조항이 추구하는 공익이 사후 자신의 시체가 자신의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공됨으로써 침해되는 사익보다 크다고 할 수 없으므로 **법익의 균형성 원칙에도 위반된다**. 따라서, 사건 법률조항은 청구인의 **시체 처분에 대한 자기결정권을 침해한다**.

(헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2012헌마940 결정)

④ [O]

**비어업인이 잠수용 스쿠버장비를 사용하여 수산자원을 포획·채취하는 것을 금지하는 수산자원관리법 시행규칙 조항은 수산자원을 유지·보존하고 어업인들의 재산을 보호함으로써, 단기적으로는 어업인의 생계를 보장하고 장기적으로는 수산업의 생산성을 향상시키고자 함에 그 목적이 있는바 이러한 입법목적에는 정당성이 인정되며, 비어업인이 잠수용 스쿠버장비를 사용하여 수산자원을 포획·채취하는 것을 금지하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 잠수용 스쿠버장비를 사용하여 잠수하는 경우에는 해수면 상에서 잠수여부를 쉽게 확인할 수 없고, 잠수시간이 길어 단속을 쉽게 피할 수 있으므로, 잠수용 스쿠버장비의 사용을 허용하면서 구체적인 행위태양이나 포획·채취한 수산자원의 종류와 양, 포획·채취가 이루어진 지역 등을 통제하는 것은 현실적으로 거의 불가능하다. 그리고 여가생활 또는 오락으로 잠수용 스쿠버다이빙을 즐기면서 수산자원을 포획하거나 채취하지 못함으로 인하여 청구인이 입는 불이익에 비해 수산자원을 보호해야 할 공익은 현저히 크다고 할 것이므로, 이 사건 규칙조항은 침해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 규칙조항은 청구인의 **일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다**.**

(헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2013헌마450 결정)

## 13. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ③

① [O]

② [X]

③ [X]

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 **생명권**은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 **선형적이고 자연법적인 권리**로서 헌법에 규정된 **모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권**이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, **형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정**되어야 한다. 따라서 **태아도 헌법상 생명권의 주체**가 되며, 국가는 **헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무**가 있다...

물론 태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호 의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다.

**민법 조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다** 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 **국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다**.

국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, **태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다**. 법치국가원리로부터 나오는 **법적안정성의 요청**은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, **법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다**. 물론 인간의 권리능력의 시기를 출생 이전의 어느 시점으로 정하는 것이 반드시 불가능하다고 할 수는 없겠지만, 그렇게 될 경우 구체적인 법률관계에서 권리능력의 존재를 확정하고 입증하는 데 많은 어려움이 존재하게 될 것이라는 점도 충분히 예상할 수 있다. 이 사건 법률조항들의 경우에도 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 **사법(私法)관계에서 요구되는 법적안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화**된다 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는 이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않았고, 그래서 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다.

(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부)

⑤ [O]

**‘연명치료 중단, 즉 생명단축에 관한 자기결정’은 ‘생명권 보호’의 헌법적 가치와 충돌하므로 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부가 문제되는 ‘죽음에 임박한 환자’란 ‘의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실은 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우’, 즉 ‘회복 불가능한 사망의 단계’에 이른 경우를 의미한다 할 것이다. 이와 같이 ‘죽음에 임박한 환자’는 전적으로 기계적인 장치에 의존하여 연명할 수밖에 없고, 전혀 회복가능성이 없는 상태에서 결국 신체의 다른 기능까지 상실되어 기계적인 장치에 의해서도 연명할 수 없는 상태에 이르기를 기다리고 있을 뿐이므로, ‘죽음에 임박한 환자’에 대한 연명치료는 의학적인 의미에서 치료의 목적을 상실한 신체치매 행위가 계속적으로 이루어지는 것이라 할 수 있고, 죽음의 과정이 시작되는 것을 막는 것이 아니라 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서의 종기를 인위적으로 연장시키는 것으로 볼 수 있어, 비록 연명치료 중단에 관한 결정 및 그 실행이 환자의 생명단축을 초래한다 하더라도 이를 생명에 대한 임의적 처분으로서 **사실이라고 평가할 수 없고**, 오히려 인위적인 신체치매 행위에서 벗어나서 자신의 생명을 자연적인 상태에 맡기고자 하는 것으로서 인간의 존엄과 가치에 부합한다 할 것이다. 그렇다면 환자가 장차 죽음에 임박한 상태에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인 등에게 연명치료 거부 또는 중단에 관한 의사를 밝히는 등의 방법으로 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다 할 것이고, 위 결정은 헌법상 기본권인 **자기결정권(생명권 X)**의 한 내용으로서 보장된다 할 것이다.**

**죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단에 관한 다름**은 법원의 재판을 통하여 해결될 수 있고, 법원의 재판에서 나타난 연명치료 중단에 허용요건이나 절차 등에 관한 기준에 의하여 연명치료 중단에 관한 자기결정권은 충분하지 않음은 모르나



율적으로 보호될 수 있으며, 자기결정권을 행사하여 연명치료를 중단하고 자연스런 죽음을 맞이하는 문제는 생명권 보호라는 헌법적 가치질서와 관련된 것으로 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 나아가 인간의 실존에 관한 철학적 문제까지도 연결되는 중대한 문제이므로 충분한 사회적 합의가 필요한 사항이다. 따라서 이에 관한 입법은 사회적 논의가 성숙되고 공론화 과정을 거친 후 비로소 국회가 그 필요성을 인정하여 이를 추진할 사항이다. 또한 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장하는 방법으로서 ‘법원의 재판을 통한 규범의 제시’와 ‘입법’ 중 어느 것이 바람직한가는 입법정책의 문제로서 **국회의 재량에 속한다** 할 것이다. 그렇다면 헌법해석상 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 제정할 국가의 입법의무가 명백하다고 볼 수 없다.

(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌마385 전원재판부)

14. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ②

① 【O】

**검찰청법 조항이 고소인·고발인만을 검찰청법상 항고권자로 규정**하고 있다 하더라도 검찰청법상 항고제도의 인정 여부는 기본적으로 입법정책에 속하는 문제로서 그 주제, 대상의 범위 등의 제한도 그것이 현저히 불합리하지 아니한 이상 헌법에 위반되는 것이라 할 수 없고, 고소인·고발인과 피의자는 기본적으로 대립적 이해관계에서 기소유예처분에 불복할 이익을 지니며, 검찰청법상 항고제도의 성격과 취지 및 한정된 인적·물적 사법자원의 측면, 그리고 이 사건 법률조항이 헌법소원심판청구 등 피의자의 다른 불복수단까지 원천적으로 봉쇄하는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 피의자를 고소인·고발인에 비하여 **합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없다**.

(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2010헌마642 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : **검찰항고권자 비교판례**

**검찰청법 조항이 재정신청을 할 수 있는 고소·고발인은 불기소처분에 대한 항고기각처분에 대하여 재항고를 제기할 수 없도록 규정**하였다 하더라도 불기소처분에 관한 통제방법으로서 어느 범위에서 검찰청법상의 재항고를 인정할 것인지 또는 형사소송법상의 재정신청제도와와의 관계를 어떻게 설정할 것인지의 문제는 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어 있는 영역이다. 만일 재정신청과 재항고를 병존적으로 유지하는 경우 불기소처분의 항고기각처분에 대한 불복절차가 이원화되어 절차상의 혼란이 불가피해지고, 유사하거나 동질적인 사안에 관하여 검청과 법원의 판단이 모순 저촉될 우려가 있게 된다. 또한 재정신청에 앞서 항고뿐 아니라 재항고까지 필수적으로 거치게 하는 방법을 택하는 경우에도 불기소처분을 받은 피의자의 법률상 지위가 지나치게 장기간 불안정해지고, 고소인 또는 고발인의 권리구제가 심각하게 지연되는 폐단이 초래될 수 있다. 나아가 재정신청은 독립한 사법기관에 의하여 중립적이고 객관적으로 불기소처분의 당부가 심사되는 절차로서, 심리결과 그 기소가 강제되는 등의 강력한 법적 효과가 부여되므로, 재항고권 대신 재정신청권만을 인정하였다 하더라도 고소·고발인의 권리구제에 부족함이 있다고 할 수 없다. 따라서 재정신청을 할 수 있는 고소·고발인에 대하여 재항고권을 부여하지 않은 것에는 합리적인 이유가 있다고 인정되므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 **평등권을 침해하지 않는다**.

(헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌마983 전원재판부)

② 【X】

**경찰공무원은 교육훈련 또는 직무수행 중 사망한 경우 국가유공자등예우및지원에관한법률상 순직군경으로 예우받을 수 있는 것과는 달리, 소방공무원은 화재진압, 구조·구급 업무수행 또는 이와 관련된 교육훈련 중 사망한 경우에 한하여 순직군경으로서 예우를 받을 수 있도록 하는 소방공무원법 조항**은 소방공무원과 경찰공무원은 업무의 내용이 서로 다르고, 그로 인해 업무수행 중에 노출되는 위험상황의 성격과 정도에 있어서도 서로 동일하다고 볼 수 없다. 더욱이 경찰공무원의 경우에는 전쟁이 발생하거나 이에 준하는 상황이 발생하는 경우 군인과 마찬가지로 고도의 위험을 무릅쓰고 부여된 업무를 수행할 것이 기대되므로 정책적인 배려에서 예우법은 군인이나 경찰공무원이 직무수행 중 사망한 경우에는 순직군경으로 예우하도록 하고 있다. 그리고 그동안 국가는 소방공무원이 국가유공자로 예우를 받게 되는 대상자의 범위 등을 국가의 재정능력, 전체적인 사회보장의 수준과 국가에 대한 공헌과 희생의 정도 등을 감안하여 합리적인 범위 내에서 단계적으로 확대해왔다. 그렇다면 국가에 대한 공헌과 희생, 업무의 위험성의 정도, 국가의 재정상태 등을 고려하여 화재진압, 구조·구급 업무수행 또는 이와 관련된 교육훈련 이외의

사유로 직무수행 중 사망한 소방공무원에 대하여 순직군경으로서의 보훈혜택을 부여하지 않는다고 해서 이를 합리적인 이유없는 **차별에 해당한다고 볼 수 없다**.

(헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2004헌바53 전원재판부)

③ 【O】

**대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 구 병역법 조항**은 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려우며, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점에 비추어 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 **완화된 심사기준**에 따라 판단하여야 한다.

집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개개인의 신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다. 한편 보충역이나 제2국민역 등은 국가비상사태에 즉시 전력으로 투입될 수 있는 예비적 전력으로서 병력동원이나 근로소집의 대상이 되는바, 평시에 현역으로 복무하지 않는다고 하더라도 병력자원으로서 일정한 신체적 능력이 요구된다고 할 것이므로 보충역 등 복무의무를 여자에게 부과하지 않은 것이 자의적이라 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 **평등권을 침해하지 않는다**.

(헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌마460 전원재판부)

④ 【O】

**형사소송절차에서는 일방 당사자인 검사가 상소 여부를 결정할 수 있고, 피해자도 간접적으로 검사를 통하여 상소 여부에 관여할 수 있음에 반하여, 소년심판절차에서는 검사에게 상소권이 인정되지 아니하여 소년심판절차에서의 피해자도 상소 여부에 관하여 전혀 관여할 수 있는 방법이 없는 데, 양 절차의 피해자는 범죄행위로 인하여 피해를 입었다는 점에서 본질적으로 동일한 집단이라고 할 것임에도 서로 다르게 취급되고 있다.** 그런데, 소년심판절차의 전 단계에서 검사가 관여하고 있고, 소년심판절차의 제1심에서 피해자 등의 진술권이 보장되고 있다. 또한 **소년심판은 형사소송절차와는 달리 소년에 대한 후견적 입장에서 소년의 환경조정과 품행교정을 위한 보호처분을 하기 위한 심문절차**이며, 보호처분을 함에 있어 범행의 내용도 참작하지만 주로 소년의 환경과 개인적 특성을 근거로 소년의 개선과 교화에 부합하는 처분을 부과하게 되므로 일반 **형벌의 부과와는 차이가 있다**. 그리고 소년심판은 심리의 객체로 취급되는 소년에 대한 후견적 입장에서 법원의 직권에 의해 진행되므로 검사의 관여가 반드시 필요한 것이 아니고 이에 따라 소년심판의 당사자가 아닌 **검사가 상소 여부에 관여하는 것이 배제된** 것이다. 위와 같은 소년심판절차의 특수성을 감안하면, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다고 할 것이어서 이 사건 법률조항은 청구인의 **평등권을 침해하지 않는다**.

(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2011헌마232 전원재판부)

15. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① 【O】

**신상정보 공개·고지명령을 소급적용하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 조항**은 근본적인 목적이 재범방지와 사회방위이고, 법원은 ‘신상정보를 공개 하여서는 아니 될 특별한 사정’이 있는지 여부에 관하여 재범의 위험성을 고려하여 공개·고지명령을 선고하고 있으므로, 신상정보 공개·고지명령의 법적 성격은 형벌이 아니라 보안처분이다. 신상정보 공개·고지명령은 형벌과는 구분되는 비형벌적 보안처분으로서 어떠한 형벌적 효과나 신체의 자유를 박탈하는 효과를 가져오지 아니하므로 소급처벌금지원칙이 적용되지 아니한다. 따라서 심판대상조항은 **소급처벌금지원칙에 위배되지 않는다**.

**신상정보 공개·고지명령을 소급적용하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 조항**은 모든 성인 대상 성범죄자를 신상정보 공개·고지명령 대상자로 정한 것이 아니라, 성폭력처벌법 제2조 제1항 제3호, 성폭력처벌법 제3조 제1항, 제8조 제1항에 해당하는 죄를 범한 비교적 중한 성폭력범죄자들 중에서 2008. 4. 16.부터 2011. 4. 15. 사이에 유죄판결이 확정된 사람만으로 그 대상자를 한정하고 있고, 법원은 그 중에서도 재범의 위험성이 큰 사람으로 그 적용 대상자를 제한하고 있다. 따

라서 심판대상조항은 청구인들의 **인격권 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.**

**이중처벌금지원칙**은 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 **일사부재리원칙**을 선언한 것으로서 국민의 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 이러한 이중처벌은 처벌 또는 제재가 동일한 행위를 대상으로 거듭 행해질 때 발생하는 문제이다. 그런데 **신상정보 공개·고지명령**은 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 **보안처분에** 해당하므로 동일한 범죄행위에 대하여 형벌이 부과된 이후 다시 신상정보 공개·고지명령이 선고 및 집행된다고 하여 **이중처벌금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.**

(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82,2011헌바393(병합) 전원재판부)

② 【X】

**헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’**은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, **국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다.**

(헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2011헌마28 등 (병합) 전원재판부)

③ 【X】

**이수명령**은 형벌과 본질적 차이가 있는 **보안처분**에 해당하므로, 동일한 범죄행위에 대하여 형벌과 병과되더라도 **이중처벌금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.**

**성폭력처벌법 제14조 제2항의 범죄를 범한 사람에 대하여 유죄판결을 선고하는 경우 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과하도록 한 성폭력처벌법 조항**은 교육, 훈련 및 상담 등을 통하여 카메라등이용촬영죄를 범한 성폭력범죄자의 재범을 방지하고 건전한 사회 복귀를 도모하며 사회 안전을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 성폭력 치료프로그램은 재범의 방지를 위한 근본적인 해결책 중 하나이다. 카메라등이용촬영죄도 왜곡된 성의식과 피해자에 대한 공감능력의 부족, 성충동 조절의 실패 등에서 비롯되는 경우가 많으므로, 카메라등이용촬영죄를 범한 사람에 대하여 이수명령을 부과하도록 한 것이 불합리하다고 볼 수 없다. 선고유예의 경우나 특별한 사정이 있는 경우 이수명령을 병과하지 아니할 수 있고, 교육시간의 상한이 500시간으로 제한되어 있으며, 법원은 그 범위 내에서 범죄의 경중과 재범의 위험성 등을 고려하여 교육시간을 탄력적으로 결정할 수 있다. 이수명령 조항이 달성하고자 하는 공익의 중요성을 고려하면 일정 기간 동안 일정 장소에 참석하여 성폭력 치료프로그램을 이수하여야 하는 불이익은 그다지 큰 불이익이라고 볼 수 없다. 따라서 이수명령조항은 **일반적 행동자유권을 침해한다고 볼 수 없다.**

(헌법재판소 2016. 12. 29.자 2016헌바153 결정)

④ 【X】

입법자는 외국에서 **형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 예택을 줄 것인지**에 대하여 일정 부분 재량권을 가지고 있으나, **신체의 자유**는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 **모든 기본권 보장의 전제조건**이므로 최대한 보장되어야 하는바, **외국에서 실제로 형의 집행을 받았음에도 불구하고 우리 형법에 의한 처벌 시 이를 전혀 고려하지 않는다면 신체의 자유에 대한 과도한 제한**이 될 수 있으므로 그와 같은 사정은 어느 범위에서도 반드시 반영되어야 하고, 이러한 점에서 **입법형성권의 범위는 다소 축소**될 수 있다.

**외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 형법 조항**은 입법자가 국가형벌권의 실현과 국민의 기본권 보장의 요구를 조화시키기 위하여 형을 필요적으로 감면하거나 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 필요적으로 산입하는 등의 방법을 선택하여 청구인의 신체의 자유를 덜 침해할 수 있음에도, 이 사건 법률조항과 같이 **우리 형법에 의한 처벌 시 외국에서 받은 형의 집행을 전혀 반영하지 아니할 수도 있도록 한 것은 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다.**

형사판결은 국가주권의 일부분인 형벌권 행사에 기초한 것으로서, **외국의 형사판결은 원칙적으로 우리 법원을 기속하지 않으므로** 동일한 범죄행위에 관하여 다수의 국가에서 재판 또는 처벌을 받는 것이 배제되지 않는다. 따라서 이중처벌금지원칙은 동일한 범죄에 대하여 대한민국 내에서 거듭 형벌권이 행사되어서는 안 된다는 뜻으로 새겨야 할 것이므로 이 사건 법률조항은 헌법 제13조 제1항의 **이중처벌금지원칙에 위배되지 아니한다.**

(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌바129 전원재판부)

16. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① 【X】

**변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용인 변호인 접견교통권**에는 접견 자체뿐만 아니라 **미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함**되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다. 따라서 **미결수용자와 변호인 간에 주고받는 서류를 확인하고 이를 소송관계서류처리부에 등재하는 행위**는 **미결수용자의 변호인 접견교통권을 제한하는 행위**이다.

**서류 확인 및 등재행위**는 구금시설의 안전과 질서를 유지하고, 금지물품이 외부로부터 반입 또는 외부로 반출되는 것을 차단하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 변호인 접견 시 수수된 서류에 소송서류 외에 제3자 앞으로 보내는 서신과 같은 서류가 포함되어 있는지 또는 금지물품이 서류 속에 숨겨져 있는지 여부를 확인하고 이를 기록하는 것은 위 목적 달성에 적절한 수단이다. 서류확인 및 등재는 변호인 접견이 종료된 뒤 이루어지고, 교도관은 변호인과 미결수용자가 지켜보는 가운데 서류를 확인하여 그 제목 등을 소송관계서류처리에 기재하여 등재하므로 내용에 대한 검열이 이루어질 수도 없는 점에 비추어 보면 **침해의 최소성 요건**을 갖추었고, 달성하고자 하는 공익과 제한되는 청구인의 사익 간에 불균형이 발생한다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 서류 확인 및 등재행위는 청구인의 **변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다.**

(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌마243 결정)

② 【O】

**변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권**에 그치지 아니하고 더 나아가 **변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리**도 포함된다고 보아야 할 것이므로 **변호인의 수사기록 열람·등사에 대한 지나친 제한**은 결국 피고인에게 보장된 **변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이다.**

검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고, 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 **지나친 제한**은 피고인의 **신속·공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.**

(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 전원재판부)

③ 【O】

**변호인과의 자유로운 접견**은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 **변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용**이어서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등 **어떠한 명분으로도 제한할 수 있는 성질의 것이 아니라고 할 것**이나, 이는 구속된 자와 변호인 간의 접견이 실제로 이루어지는 경우에 있어서의 ‘자유로운 접견’, 즉 ‘대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견’을 제한할 수 없다는 것이지, **변호인과의 접견 자체에 대해 아무런 제한도 가할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다.** 즉, **변호인의 조력을 받을 권리** 역시 다른 모든 헌법상 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 것이며, 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 하나인 **변호인과의 접견교통권** 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해 필요한 경우에는 **법률로써 제한될 수 있다.**

(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌마243 결정)

④ 【O】

**변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령 조항**에 따르면 수용자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 처우에 대하여 국가 등을 상대로 소송을 하는 경우에는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하게 되어 무기대응의 원칙이 훼손될 수 있다. 변호사 직무의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임성은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약 등 금지물품 반입 시도 등의 우려를 최소화시킬 수 있으며, 변호사접견이라 하더라도 교정시설의 질서 등을 해할 우려가 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 두도록 한다면 악용될 가능성도 방지할 수 있다. 따라서 이 사건 접견조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 **재판청구권을 지나치게 제한하고 있으므로, 헌법에 위반된다.**

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. 따라서 이 사건 접견조항에 의하여 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다고 볼 수는 없다.

(헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2011헌마122 전원재판부)

17. [출제 난도] 중  
[정답 및 지문 해설] ④

① [O]

② [O]

헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이는 무엇이 범죄이며 그에 대한 처벌이 어떠한 것인가를 미리 법률로써 명확히 정해야 한다는 죄형법정주의와 그 법률이란 것도 국회에서 제정한 법이면 그 내용이 어떠한간에 된다는 것이 아니고 목적과 내용에 있어서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법이념과 자연적 정의에도 합치되어야 한다는 것으로서 권위주의·법률만능주의를 배격하는 적법절차의 원리를 천명한 것이다.

(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 92헌바33 전원재판부)

헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여 적법절차 원칙을 헌법원리로 수용하고 있는데, 이 적법절차원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로 이해하여야 한다. 이러한 적법절차원칙은 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련된 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석된다

(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2017헌바196 전원재판부 결정)

③ [O]

적법절차원칙은 절차가 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것을 뜻하고, 특히 형사소송절차와 관련하여 보면 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로서, 형사피고인의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것을 요구하고 있다.

피고인의 소재를 확인할 수 없는 때 피고인의 진술없이 재판할 수 있도록 제1심 공판의 특례를 규정한 소송촉진등에관한특례법 조항은 피고인 불출석 상태에서 중형이 선고될 수도 있는 가능성을 배제하고 있지 아니할 뿐만 아니라 그 적용대상이 너무 광범위하므로, 비록 정당한 입법목적 아래 마련된 조항이라 할지라도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배되어 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

또한, 자에게 아무런 책임없는 사유로 출석하지 못한 피고인에 대하여 별다른 증거조사도 없이 곧바로 유죄판결을 선고할 수 있도록 한 것은 그 절차의 내용이 심히 적정치 못한 경우로서 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차원칙에 반한다.

(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바22 전원재판부)

④ [X]

자격정지 이상의 선고유예를 받고 그 선고유예기간중에 있는 자에 대하여 당연퇴직을 규정하고 있는 경찰공무원법 조항은 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 신분상 불이익처분을 하는 법률을 제정함에 있어서 형사처벌을 받은 사실 그 자체를 이유로 일정한 신분상 불이익처분을 내리도록 법률에 규정하는 방법과 별도의 징계절차를 거쳐 신분상 불이익처분을 하는 방법중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속하는 것이고, 당연퇴직은 일정한 사항이 법정 당연퇴직사유에 해당 하는지 여부만이 문제될 뿐이어서 당연퇴직의 성질상 그 절차에서 당사자의 진술권이 반드시 절차적 권리로 보장되어야 하는 것도 아니므로 이 사건 규정이 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원리를 위배하였다고 할 수 없다.

(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌마7 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : 비교판례

헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2004헌가12 전원재판부

경찰공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당연퇴직하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 자격정지 이상의 선고유예 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐만 아니라 심지어 오늘날 누구에게나 위험이 상존하는 교통사고 관련범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다. 또한, 오늘날 사회국가 원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 공무원의 공무담임권 보장의 중요성은 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적에 위한 것이라고 하여도 당연퇴직 사유를 임의결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제25조의 공무담임권을 침해한 위헌 법률이다.

18. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ②

① [X]

죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.

(헌법재판소 2001. 1. 18. 선고 99헌바112 전원재판부)

③ [O]

형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 금고의 정관에 위임한 것은 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 “법률”로써 정하여야 한다는 죄형법정주의 원칙에 위반된다. 금고 또는 연합회는 국가 또는 지방자치단체의 사업육성을 위한 필요한 지원 등을 받을 수 있고, 정치관계가 일체 허용되지 않는 등 공공성이 강하며, 정관은 법인 내부의 자치규범으로서 법규범에 준하는 성질을 인정받고 있지만, 그렇다고 하더라도 죄형법정주의가 지니고 있는 법치주의, 국민주권 및 권력분립의 의미를 고려할 때 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 입법부가 제정한 법률에 의하여야 하며, 이러한 원칙은 훼손되어서는 안되는 헌법상의 원칙이다.

(헌법재판소 2001. 1. 18. 선고 99헌바112 전원재판부)

④ [O]

법률에 의한 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자제히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

법정형의 폭이 지나치게 넓게 되면 자의적인 형벌권의 행사가 가능하게 되어 형벌체계상의 불균형을 초래할 수 있을 뿐만 아니라, 피고인이 구체적인 형의 예측이 현저하게 곤란해지고 죄질에 비하여 무거운 형에 처해질 위험성에 직면하게 된다고 할 수 있으므로 법정형의 폭이 지나치게 넓어지는 것은 죄형법정주의의 한 내포라고도 할 수 있다.

(헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 96헌가16 전원재판부)

⑤ [X]

처벌을 규정하고 있는 법률조항이 구성요건이 되는 행위를 같은 법률조항에서 직접 규정하지 않고 다른 법률조항에서 이미 규정한 내용을 원용하였거나 그 내용 중 일부를 괄호 안에 규정하였다는 사실만으로 명확성 원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

(헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌바121 전원재판부)

19. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ②

① [O]



교도소 내 엄중격리대상자에 대하여 이동 시 계구를 사용하고 교도관이 등 행계호하는 행위 및 1인 운동장을 사용하게 하는 처우는 엄중한 이동계호가 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있다고 할 것이고, 이로 인하여 수형자가 입게 되는 자유 제한에 비하여 교정사고를 예방하고 교도소 내의 안전과 질서를 확보하는 공익이 더 크다고 할 것이므로 계구사용행위 및 동행계호행위가 청구인들의 신체의 자유를 부당하게 침해한다고 보기 어렵다.

(헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌마137 등 (병합) 전원재판부)

② 【X】

죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로서 정하여야 한다는 원칙인데, 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 정하고 있는 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다.

(헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌바83 전원재판부)

③ 【O】

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것으로 볼 수 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형법불소급원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2012헌바390 등 (병합) 전원재판부)

④ 【O】

법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 미결구금 일수 중 일부를 산입하지 않을 수 있게 허용하는 형법 규정은 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있는 바, 이처럼 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다. 그러나 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다. 또한, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소사를 위축시킴으로써 남상소를 방지하려는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없고, 남상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해한다. 더욱이 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다.

이와 같이 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니되고, 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 침해한다.

(헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바25 전원재판부)

20. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ③

① 【O】

디엔에이감식시료채취 영장발부절차상 의견진술 및 불복절차 미규정 (재판청구권 침해 → 위헌)

특수주거침입죄를 디엔에이감식시료채취 대상범죄로 지정 (합헌)

헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마344 등 (병합) 전원재판부

디엔에이감식시료채취 영장 발부 과정에서 채취대상자가 자신의 의견을 진술하거

나 영장 발부에 불복하는 등의 절차를 두지 아니한 영장절차 조항은 채취대상자에게 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하도록 함으로써 법관의 사법적 통제가 가능하도록 한 것이므로, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정되나, 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 절차적으로 보장하고 있지 않을 뿐만 아니라 발부 후 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 구체절차마저 마련하고 있지 않고 있으므로 침해의 최소성 원칙에 위반되고, 범죄예방의 공익적 측면이 있으나 채취대상자의 재판청구권이 형해화되고 채취대상자가 범죄수사 및 범죄예방의 객체로만 취급받게 된다는 점에서 법익의 균형성이 인정된다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 영장절차 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다.

형법 제320조의 특수주거침입죄를 디엔에이감식시료채취 대상범죄로 규정한 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않아 대상자의 신체의 자유를 침해하지 않는다.

c.f. 한 결음 더 : 디엔에이감식시료채취 판례

디엔에이감식시료 채취대상 범죄지정 (합헌)

디엔에이감식시료 채취등의조항 (합헌)

대상자가 사망할 때까지 디엔에이신원확인정보를 관리 (합헌)

디엔에이감식시료 검색·회보조항 (합헌)

실형이 확정되어 이미 수감 중인 수형자도 대상자 지정 (합헌)

(비형벌적 보안처분으로 소급입법금지원칙 대상 X)

헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2011헌마28 등 (병합) 전원재판부

디엔에이감식시료 채취대상 범죄는 범행의 방법 및 수단의 위험성으로 인하여 가중처벌되거나, 통제적으로 향후 재범할 가능성이 높은 범죄로서 디엔에이감식시료 채취 대상자군으로 삼은 것에 합리적 이유가 있다. 따라서 이 사건 채취조항들은 채취대상 범죄를 저지른 자들의 평등권을 침해하지 아니한다.

채취등의조항은 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받도록 규정하고 있고, 동의가 없으면 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여 채취하여야 한다. 따라서 동의에 의한 디엔에이감식시료 채취를 규정한 이 사건 채취등의조항 자체가 영장주의와 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는 것은 아니다.

재범의 위험성이 높은 범죄를 범한 수형인 등은 생존하는 동안 재범의 가능성이 있으므로, 디엔에이신원확인정보를 수형인등이 사망할 때까지 관리하여 범죄 수사 및 예방에 이바지하고자 하는 이 사건 삭제조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 디엔에이신원확인정보는 개인식별을 위한 최소한의 정보인 단순한 숫자에 불과하여 이로부터 개인의 유전정보를 확인할 수 없는 것이어서 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고, 디엔에이신원확인정보의 수록 후 디엔에이감식시료와 디엔에이의 즉시 폐기, 무죄 등의 판결이 확정된 경우 디엔에이신원확인정보의 삭제, 디엔에이인적관리자와 디엔에이신원확인정보담당자의 분리, 디엔에이신원확인정보데이터베이스관리위원회의 설치, 업무목적 외 디엔에이신원확인정보의 사용·제공·누설 금지 및 위반시 처벌, 데이터베이스 보안장치 등 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있으므로 이 사건 삭제조항은 침해최소성 원칙에 위배되지 않는다. 디엔에이신원확인정보를 범죄수사 등에 이용함으로써 달성할 수 있는 공익의 중요성에 비하여 청구인의 불이익이 크다고 보기 어려워 법익 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 삭제조항이 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

검색·회보조항은 검색·회보 사유의 필요성이 있고, 검색·회보 사유가 한정되어 있으며, 개인정보보호를 위한 조치들을 규정하고 있고, 범죄수사 등을 위한 공익이 청구인들의 불이익보다 크다고 할 수 있으므로 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

디엔에이신원확인정보의 수집·이용은 수형인 등에게 심리적 압박으로 인한 범죄 예방효과를 가진다는 점에서 보안처분의 성격을 지니지만, 처벌적인 효과가 없는 비형벌적 보안처분으로서 소급입법금지원칙이 적용되지 않는다. 이 사건 법률의 소급적

용으로 인한 공익적 목적이 당사자의 손실보다 더 크므로, 이 사건 부칙조항이 법률 시행 당시 디엔에이감식기로 채취 대상범죄로 **실형이 확정되어 수용 중인 사람**들까지 이 사건 법률을 적용한다고 하여 **소급입법금지원칙에 위배되는 것은 아니다**.

**전과자 중 수용 중인 사람에 대하여만 이 사건 법률을 소급 적용**하는 것은 입법형성권의 범위 내에 있으며, 법률 시행 전 이미 형이 확정되어 수용 중인 사람의 신뢰가치는 낮은 반면 재범의 가능성, 데이터베이스 제도의 실효성 추구라는 공익은 상대적으로 더 크다. 따라서 이 사건 부칙조항이 이 사건 법률 시행 전 형이 확정되어 수용 중인 사람의 **신체의 자유 및 개인정보자기결정권을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다**.

이 사건 법률 시행 당시 이미 출소한 사람은 재범의 위험성이 현재 수용 중인 사람보다 낮다고 볼 수 있고, 평온한 사회생활을 영위하고 있는 사람에게까지 소급적용하는 것은 지나치므로, 이 사건 부칙조항이 **수용 중인 사람에 대하여만 소급적용**하는 것은 **평등권을 침해한다고 볼 수 없다**.

② 【O】

수사기관이 **법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰**하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 **피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다**.

(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결)

③ 【X】

**체포영장을 발부받아 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등 내에서 피의자 수사를 할 수 있다는 형사소송법 규정**은 헌법 제12조 제3항과는 달리 **헌법 제16조 후문**은 “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 범죄현의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고**, ② **사전에 영장을 발부받지 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다**.

심판대상조항은 체포영장을 발부받아 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등 내에서 피의자 수사를 할 수 있다고 규정함으로써, 앞서 본 바와 같이 별도로 영장을 발부받지 어려운 긴급한 사정이 있는지 여부를 구별하지 아니하고 피의자가 소재할 개연성만 소명되면 영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성은 소명되나, 수색에 앞서 영장을 발부받지 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있다는 것이므로, **헌법 제16조의 영장주의의 예외 요건을 벗어나는 것으로서 영장주의에 위반된다**.

헌법 제16조는 모든 국민이 주거의 자유를 침해받지 아니한다고 규정하면서 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 영장을 제시하여야 한다고 특별히 강조하고 있으므로, 주거공간에 대한 압수·수색은 그 장소에 형의사실 입증에 기여할 자료 등이 존재할 개연성이 충분히 소명되어야 그 필요성을 인정할 수 있다. 심판대상조항은 영장의 발부를 전제로 하고 있지는 않으나 위와 같은 해석은 심판대상조항에 따른 수사를 하는 경우에도 동일하게 적용되어야 한다. 따라서 심판대상조항의 피의자를 체포하는 경우에 “**필요한 때**”는 “**피의자가 소재할 개연성**”을 의미하는 것으로 어렵지 않게 해석할 수 있다. 심판대상조항은 수사기관이 피의자를 체포하기 위하여 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등에 들어가 피의자를 찾는 행위를 할 수 있다는 의미로서, 심판대상조항의 “**피의자 수사**”는 “**피의자 수색**”을 의미함을 어렵지 않게 해석할 수 있다. 이상을 종합하여 보면, 심판대상조항은 피의자가 소재할 개연성이 소명되면 타인의 주거 등 내에서 수사기관이 피의자를 수색할 수 있음을 의미하는 것으로 누구든지 충분히 알 수 있으므로, **명확성원칙에 위반되지 아니한다**.

(헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정)

④ 【O】

**압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우** 압수대상물인 피의자의 소변을 확

보하기 위한 수사기관의 노력에도 불구하고, **피의자가 인근 병원 응급실 등 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는** 수사기관으로서 **소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용된다**. 이는 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에서 정한 ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’에 해당한다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감을 최소화하기 위하여 마련된 절차에 따른 강제 채뇨가 불가능하여 압수영장의 목적을 달성할 방법이 없기 때문이다.  
(대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결)

21. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ④

① 【O】

**고전적인 공법이론**에 따르면 군인의 복무관계, 공무원의 근무관계, 수형자의 복역관계, 학생의 재학관계 등 이른바 “**특별권력관계**”에서는 ‘일반권력관계’와는 달리 법률에 의한 기본권 제한의 원칙이 존중될 필요가 없다고 보았다.

하지만 오늘날 확립된 **법치주의 헌법질서**에서는 특별권력관계에서도 그러한 특별한 생활질서를 설정하고 유지하기 위한 필요한 범위 내에서는 일반국민에 대한 기본권 제한과는 다른 방법과 범위로 기본권을 제한할 수 있는 것이지만, 그러한 경우에도 **기본권 제한에 관한 법치주의원칙이 그대로 적용되어야 한다는 점에 관하여는 이론(異論)이 없다**. 따라서 법률에 의한 기본권 제한, 기본권 제한에 대한 사법적 통제 등 **법치주의의 기본원칙**은 이른바 “**특별권력관계**”에서도 **예외 없이 적용되어야 하는 것이다**.

(헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌마890 전원재판부, 재판관 이강국의 반대 의견 중)

② 【O】

③ 【O】

**수형자의 서신을 교도소장이 검열하는 행위**는 이른바 **권력적 사실행위**로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있으나, 위 검열행위가 이미 완료되어 행정심판이나 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 수 밖에 없으므로 헌법소원심판을 청구하는 외에 다른 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵기 때문에 **보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다**.

(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌마398 전원재판부)

④ 【X】

**교도소장으로 하여금 수용자가 주고받는 서신에 금지 물품이 들어 있는지를 확인할 수 있도록 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 시행령 조항**은 교정시설의 안전과 질서유지, 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위해 수용자가 밖으로 내보내는 서신을 포함하지 않은 상태로 제출하도록 한 것이나, 이와 같은 목적은 교도관이 수용자의 면전에서 서신에 금지물품이 들어 있는지를 확인하고 수용자로 하여금 서신을 포함하게 하는 방법, 포함된 상태로 제출된 서신을 X-ray 검색기 등으로 확인한 후 의심이 있는 경우에만 개봉하여 확인하는 방법, 서신에 대한 검열이 허용되는 경우에만 무봉합 상태로 제출하도록 하는 방법 등으로도 얼마든지 달성할 수 있다고 할 것인바, 위 시행령 조항이 수용자가 보내려는 모든 서신에 대해 무봉합 상태의 제출을 강제함으로써 수용자의 발송 서신 모두를 사실상 검열 가능한 상태에 놓이도록 하는 것은 기본권 제한의 **최소 침해성 요건을 위반하여** 수용자인 청구인의 **통신비밀의 자유를 침해하는 것이다**.

(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바333 전원재판부)

22. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ③

① 【O】

**공중밀집장소추행죄를 저지른 경우** **신상정보 등록대상자가 되도록 규정**한 “**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**” 조항은 성폭력범죄의 재범을 억제하여 성폭력범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하고 개인의 성적 자기결정권을 보장하여 사회방위를 도모하기 위한 것이고, 또한 성폭력범죄자의 조속한 검거 등 효율적 수사를 통하여 사회적 혼란을 방지하기 위한 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정되고 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 심판대상조항의 입법목적의 효과적 달성을 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 있다고 보기 어렵고, 심판대상조

형은 목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것이라 할 것이므로 **침해의 최소성**이 인정된다. 심판대상조항으로 인하여 제한되는 사익에 비하여 달성되는 공익이 크다는 점에서 **법익의 균형성**이 인정된다. 따라서, 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

(헌법재판소 2017. 12. 28. 선고 2016헌마1124 결정)

② [O]

**소년에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정 하면서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대하여 규정하지 않은 구 형의 실효 등에 관한 법률 의 규정**은 실제적 진실 발견을 도모하고 사법정의를 실현하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 구법 조항이 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료의 삭제 규정을 두지 않아 당사자의 사망 시까지 그 자료를 보존하게 한 것은 그 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 그러나, 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대한 수사경력자료를 범죄의 종류와 경중, 결정 이후 시간의 경과 등 일체의 사정에 대한 고려 없이 일률적으로 당사자의 사망 시까지 보존하는 것은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것으로 **침해의 최소성에 위배된다**. 따라서 이 사건 구법 조항이 추구하는 공익에 비해 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건의 수사경력자료가 삭제되지 않고 당사자의 사망 시까지 보존됨으로 인하여 **당사자가 입게 되는 불이익이 더 크다고 할 것이다**. 그러므로 과잉금지 원칙을 위반하여 소년부송치 후 불처분결정을 받은 자의 **개인정보자기결정권을 침해한다**.

(헌법재판소 2021. 6. 24. 선고 2018헌가2 전원재판부 결정)

③ [X]

**법무부장관은 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다 고 규정한 변호사시험법 조항**은 입법목적은 공공성을 지닌 전문직인 변호사에 관한 정보를 널리 공개하여 법률서비스 수요자가 필요한 정보를 얻는 데 도움을 주고, 변호사시험 관리 업무의 공정성과 투명성을 간접적으로 담보하는 데 있다. 심판대상조항은 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이다. 합격자 명단이 공고되면 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 심판대상조항은 공공성을 지닌 전문직인 변호사의 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하는 데 기여하며, 변호사에 대한 정보를 얻는 수단이 확보되어 법률서비스 수요자의 편의가 증진된다. 합격자 명단을 공고하는 경우, 시험 관리 당국이 더 엄정한 기준과 절차를 통해 합격자를 선정할 것이 기대되므로 시험 관리 업무의 공정성과 투명성이 강화될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 **개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다**.

(헌법재판소 2020. 3. 26. 선고 2018헌마77 등 (병합) 전원재판부 결정, 5인의 위헌의견)

④ [O]

**개인정보자기결정권이라는 인격적 법익을 침해·제한한다고 주장되는 행위의 내용이 이미 정보주체의 의사에 따라 공개된 개인정보를 그의 별도의 동의 없이 영리 목적으로 수집·제공하였다는 것인 경우**에는, 그와 같은 정보처리 행위로 침해될 수 있는 정보주체의 인격적 법익과 그 행위로 보호받을 수 있는 정보처리자의 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하게 된다. 이 때는 정보주체가 공적인 존재인지, 개인정보의 공공성과 공익성, 원래 공개한 대상 범위, 개인정보 처리의 목적·절차·이용형태의 상당성과 필요성, 개인정보 처리로 인하여 침해될 수 있는 이익의 성질과 내용 등 여러 사정을 **종합적으로 고려**하여, 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익과 그 정보처리 행위로 인하여 얻을 수 있는 이익 즉 정보처리자의 ‘알 권리’와 이를 기반으로 한 정보수용자의 ‘알 권리’ 및 표현의 자유, 정보처리자의 영업의 자유, 사회 전체의 경제적 효율성 등의 가치를 **구체적으로 비교衡量**하여 어느 쪽 이익이 더 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 정보처리 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 하고, **단지 정보처리자에게 영리 목적이 있었다는 사실만으로 곧바로 그 정보처리 행위를 위법하다고 할 수는 없다**.

(대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결)

c.f. 한 결음 더 : **신상정보 등록 ·고지제도**

**아동·청소년에 대한 강제추행죄를 신상정보 등록대상 범죄로 규정 (합헌)**

**신상정보제출의무조항 (합헌)**

**신상정보등록조항 (합헌)**

**성범죄자 신상정보 10년간 등록·관리조항 (합헌)**

**연1회 신상대면확인조항 (합헌)**

**법무부장관의 신상배포조항 (합헌)**

헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌마399 전원재판부 결정

**아동·청소년에 대한 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 조항**은 성폭력범죄의 재범을 억제하고 성폭력범죄자의 조속한 검거 등 효율적인 수사를 위한 것이다. 이는 전과기록 관리 및 보안처분만으로는 달성할 수 없는 정도로 성폭력범죄의 재범을 억제하고, 성폭력범죄자의 조속한 검거 등 효율적인 수사를 위하여 불가피한 것으로, 등록 자체로 인한 기본권의 제한 범위가 제한적인 반면, 이를 통하여 달성되는 공익은 매우 크므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**신상정보 등록대상자로 하여금 관할경찰관서의 장에게 신상정보를 제출하도록 하고 신상정보가 변경될 경우 그 사유와 변경내용을 제출하도록 하는 성폭력처벌법 조항**은 등록대상자의 동일성 식별 및 동선 파악을 위하여 필요한 범위 내에서 정보 제출을 요청할 뿐이고, 성범죄 억제 및 수사 효율이라는 중대한 공익을 위하여 필요하므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**신상정보 등록대상자에게 출입국 시 신고의무를 부과하는 성폭력처벌법 조항**은 신고의무자가 6개월 이상 국외에 체류할 경우에만 신고를 요하고, 신상정보 등록제도의 효과적인 운영을 위한 정보의 정확성 제고와 행정의 효율성을 위해 불가피하므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**법무부장관이 신상등록대상자의 정보를 등록하도록 규정한 성폭력처벌법 조항**은 성범죄자의 재범을 억제하고, 필요시 효율적인 수사를 담보하는 반면, 그 자체로 등록대상자의 생활에 장애를 주는 것은 아니므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**법무부장관이 성범죄로 벌금형을 선고받은 사람의 등록정보를 10년간 보존·관리하도록 규정한 성폭력처벌법 조항**은 그 관리기간이 형사책임의 경중에 따라 세분화되어 있고 일정한 경우 그 기간을 단축할 수 있도록 하고 있으며, 그 자체로 등록대상자의 생활에 장애를 주는 것은 아니므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**관할경찰관서의 장으로 하여금 등록대상자와 연 1회 직접 대면 등의 방법으로 등록정보의 진위와 변경 여부를 확인하도록 규정한 성폭력처벌법 조항**은 정보의 최신성과 정확성을 확보를 위하여 필요하고, 등록대상자에게 책임에 상응하는 부담만을 부과하고 있으므로 등록대상자에게 과중한 부담을 주는 것이라고 보기 어려우므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다**.

**법무부장관이 신상정보 등록대상자의 정보를 검사 또는 각급 경찰관서의 장에게 배포할 수 있도록 규정한 성폭력처벌법 조항**은 정보의 활용 및 노출가능성을 제한하면서 성범죄의 억제 및 효율적 수사를 제고하므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다**.

**신상정보 공개·고지명령 소급적용 (합헌)**

헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82,2011헌바393(병합) 전원재판부

**신상정보 공개·고지명령을 소급적용하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 조항**은 근본적인 목적이 재범방지와 사회방위이고, 법원은 ‘신상정보를 공개 하여서는 아니 될 특별한 사정’이 있는지 여부에 관하여 재범의 위험성을 고려하여 공개·고지명령을 선고하고 있으므로, 신상정보 공개·고지명령의 법적 성격은 형벌이 아니라 보안처분이다. 신상정보 공개·고지명령은 형벌과는 구분되는 비형벌적 보안처분으로서 어떠한 형벌적 효과나 신체의 자유를 박탈하는 효과를 가져오지 아니하므로 소급처벌금지원칙이 적용되지 아니한다. 따라서 심판대상조항은 **소급처벌금지원칙**



에 위배되지 않는다.

신상정보 공개·고지명령을 소급적용하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 조항은 모든 성인 대상 성범죄자를 신상정보 공개·고지명령 대상자로 정한 것이 아니라, 성폭력처벌법 제2조 제1항 제3호, 성폭력처벌법 제3조 제1항, 제8조 제1항에 해당하는 죄를 범한 비교적 중한 성폭력범죄자들 중에서 2008. 4. 16.부터 2011. 4. 15. 사이에 유죄판결이 확정된 사람만으로 그 대상자를 한정하고 있고, 법원은 그 중에서도 재범의 위험성이 큰 사람으로 그 적용 대상자를 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 **인격권 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.**

이중처벌금지원칙은 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 일사부재리원칙을 선언한 것으로서 국민의 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 이러한 이중처벌은 처벌 또는 제재가 동일한 행위를 대상으로 거듭 행해질 때 발생하는 문제이다. 그런데 **신상정보 공개·고지명령**은 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당하므로 동일한 범죄행위에 대하여 형벌이 부과된 이후 다시 신상정보 공개·고지명령이 선고 및 집행된다고 하여 **이중처벌금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.**

c.f. 한 걸음 더 : 등록대상 범죄규정과 위헌여부

**신상정보 20년간 보존·관리 (개인정보 자기결정권 침해 -> 위헌)**  
헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌마340 등 (병합) 결정

법무부장관은 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하여야 한다고 규정한 **성폭력특례법** 조항은 성범죄의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위한 정당한 목적을 위한 적절한 수단이다. 그런데 재범의 위험성은 등록대상 성범죄의 종류, 등록대상자의 특성에 따라 다르게 나타날 수 있고, 입법자는 이에 따라 등록기간을 차등화함으로써 등록대상자의 개인정보자기결정권에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직함에도, 이 사건 관리조항은 모든 등록대상 성범죄자에 대하여 일률적으로 20년의 등록기간을 적용하고 있으며, 이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 정해지고 나면, 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위해 심사를 받을 수 있는 여지도 없으므로 지나치게 가혹하므로 **침해의 최소성 원칙에 반한다.** 그리고 이 사건 관리조항이 추구하는 공익이 중요하더라도, 모든 등록대상자에게 20년 동안 신상정보를 등록하게 하고 위 기간 동안 각종 의무를 부과하는 것은 비교적 경미한 등록대상 성범죄를 저지르고 재범의 위험성도 많지 않은 자들에 대해서는 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이의 불균형이 발생할 수 있으므로 **법익의 균형성이 인정되지 않는다.** 따라서 이 사건 관리조항은 **개인정보자기결정권을 침해한다.**

**공중밀집장소추행죄를 등록대상 범죄로 규정 (합헌)**  
헌법재판소 2017. 12. 28. 선고 2016헌마1124 결정

공중밀집장소추행죄를 저지른 경우 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 ‘**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**’ 조항은 성폭력범죄의 재범을 억제하여 성폭력범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하고 개인의 성적 자기결정권을 보장하며 사회방위를 도모하기 위한 것이고, 또한 성폭력범죄자의 조속한 검거 등 효율적 수사를 통하여 사회적 혼란을 방지하기 위한 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정되고 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 심판대상조항의 입법목적의 효과적 달성을 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 있다고 보기 어렵고, 심판대상조항은 목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것이라 할 것이므로 **침해의 최소성**이 인정된다. 심판대상조항으로 인하여 제한되는 사익에 비하여 달성되는 공익이 크다는 점에서 법익의 균형성이 인정된다. 따라서, 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.**

**가상의 아동·청소년이용음란물배포죄를 등록대상 범죄로 규정 (합헌)**  
헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마785 결정

가상의 아동·청소년이용음란물배포죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 ‘**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**’ 조항은 아동·청소년대상 성범죄자의 재범을 억제하고 효율적인 수사를 위한 것으로 정당한 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 신상정보 등록제도는 국가기관이 성범죄자의

관리를 목적으로 신상정보를 내부적으로만 보존·관리하는 것으로, 성범죄자의 신상정보를 일반에게 공개하는 신상정보 공개 및 고지제도와는 달리 법익침해의 정도가 크지 않다. 아동·청소년이용음란물배포죄는 아동·청소년이 실제로 등장하는지 여부를 불문하고 아동·청소년의 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적인 태도를 광범위하게 형성하게 할 수 있다는 점에서 죄질이 경미하다고 할 수 없고, 헌법재판소와 대법원은 가상의 아동·청소년이용음란물에 대하여 제한적으로 해석하고 있어 등록조항에 따른 등록대상자의 범위는 이에 따라 제한되므로, 등록조항은 **침해의 최소성**을 갖추었다. 등록조항으로 인하여 제한되는 사익에 비하여 아동·청소년대상 성범죄 방지 및 사회방위라는 공익이 더 크므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 등록조항은 **개인정보 자기결정권을 침해하지 않는다.**

**형법상 강제추행죄를 신상정보 등록대상 범죄로 규정 (합헌)**

헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌마423,426(병합) 전원재판부

형법상 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 구 ‘**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**’ 조항은 성폭력 범죄자의 재범을 억제하여 사회를 방위하고, 효율적 수사를 통한 사회혼란을 방지하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 전과기록이나 수사경력자료는 보다 좁은 범위의 신상정보를 담고 있고, 정보의 변동이 반영되지 않는다는 점에서 심판대상조항에 의한 정보 수집과 동일한 효과를 거둘 수 있다고 보기 어렵고, 심판대상조항이 강제추행죄의 행위태양이나 불법성의 경중을 고려하지 않고 있더라도 이는 본질적으로 성폭력범죄에 해당하는 강제추행죄의 특성을 고려한 것이라고 할 것이므로, 심판대상조항은 **침해최소성**이 인정된다. 또 신상정보 등록으로 인한 사익의 제한은 비교적 경미한 반면 달성되는 공익은 매우 중대하다고 할 것이어서 법익균형성도 인정된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 **개인정보 자기결정권을 침해한다고 할 수 없다.**

**강제추행죄로 벌금형 선고받은 자의 신상등록정보를 10년간 보존·관리 (합헌)**

**7년이 지난 후에 면제 신청할 수 있도록 규정 (합헌)**

헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌마1163 전원재판부 결정

강제추행죄로 벌금형을 선고받은 사람의 신상정보를 10년 동안 보존·관리하도록 규정한 ‘**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**’ 조항은 성범죄의 재범을 억제하고 재범이 현실적으로 이루어진 경우 수사의 효율성과 신속성을 높이기 위하여, 법무부장관이 등록대상 성범죄로 벌금형을 선고받은 사람의 등록정보를 최초등록일부터 10년 동안 보존·관리하도록 규정한 것으로, 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 현재 2015. 7. 30. 2014헌마340등 헌법불합치결정에 따라 개정된 성폭력처벌법 제45조 제1항은 선고형에 따라 등록기간을 10년부터 30년까지 달리하여 형사책임의 경중 및 재범의 위험성에 따라 등록기간을 차등화하였다. 개정된 성폭력처벌법은 신상정보등록 면제제도를 도입하여 재범의 위험성이 낮아진 경우 신상정보의 등록을 면할 수 있는 수단을 마련하고 있고, 등록대상 성범죄의 일반적인 재범의 위험성을 인정하는 전체에서 개별 행위자의 장애 위험성을 별도로 고려하지 아니한 입법자의 판단이 자의적이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 관리조항과 동일한 정도의 입법목적 달성을 할 수 있는 덜 침해적인 대안이 있다고 보기도 어려워 **침해의 최소성**이 인정된다. 관리조항으로 인하여 침해되는 사익보다 성범죄자의 재범 방지 및 사회 방위의 공익이 우월하므로, 법익의 균형성도 인정된다. 그렇다면 관리조항은 청구인의 **개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.**

강제추행죄로 벌금형을 선고받아 같은 법 제45조 제1항 본문 제4호에 따라 신상정보 등록기간이 10년인 사람에 대해 최초등록일부터 7년이 경과한 후에 신상정보 등록의 면제를 신청할 수 있도록 규정한 ‘**성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법**’ 조항은 관리조항과 마찬가지로 성범죄의 재범을 억제하고 재범이 현실적으로 이루어진 경우 수사의 효율성과 신속성을 높이는 한편, 재범의 위험성이 낮아진 경우 신상정보 등록대상자의 등록의무를 면하도록 한 것으로, 그 입법목적의 정당하고, 수단의 적합성 또한 인정된다. 현재 2015. 7. 30. 2014헌마340등 헌법불합치결정에 따라 개정된 성폭력처벌법 제45조 제1항이 선고형에 따라 신상정보 등록기간을 차등화하면서 성폭력처벌법 제45조의2가 신설되었는데, 이는 재범의 위험성이 감소된 등록대상자가 신상정보 등록의무를 면할 수 있는 최소기간을 정한 것으로 볼 수 있다. 등록면제신청조항이 등록기간이 10년인 등록대상자의 등록면제 신청을 위한 최소기간을 7년으로 정한 것이 지나친 것이라고 보기 어렵고, 등록면제신청조항과 동일한 정도의 입법목적 달성을 할 수 있는 덜 침해적인 대안이 있다고

보기도 어려워 침해의 최소성이 인정된다. 등록면제신청조항으로 인하여 침해되는 사익보다 성범죄자의 재범 방지 및 사회 방위의 공익이 우월하므로, 법익의 균형성도 인정된다. 그렇다면 등록면제신청조항은 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.

### 통신매체이용음란죄 신상정보 등록대상 범죄로 규정 (개인정보 자기결정권 침해 -> 위헌)

헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌마688 결정

통신매체이용음란죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다고 규정한 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 조항은 성범죄자의 재범을 억제하고 재범 발생시 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 일정한 성범죄를 저지른 자로부터 신상정보를 제출받아 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적절한 수단이다. 그러나, 모든 성범죄자가 신상정보 등록대상이 되어서는 안되고, 신상정보 등록제도의 입법목적에 필요한 범위 내로 제한되어야 한다. 통신매체이용음란죄의 구성요건에 해당하는 행위 태양은 행위자의 범의·범행 동기·행위 상대방·행위 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양한 유형이 존재하고, 개별 행위유형에 따라 재범의 위험성 및 신상정보 등록 필요성은 현저히 다르다. 그런데 심판대상조항은 통신매체이용음란죄로 유죄판결이 확정된 사람은 누구나 법원의 판단 등 별도의 절차 없이 필요적으로 신상정보 등록대상자가 되도록 하고 있고, 등록된 이후에는 그 결과를 다룰 방법도 없다. 그렇다면 심판대상조항은 통신매체이용음란죄의 죄질 및 재범의 위험성에 따라 등록대상을 축소하거나, 유죄판결 확정과 별도로 신상정보 등록 여부에 관하여 법원의 판단을 받도록 하는 절차를 두는 등 기본권 침해를 줄일 수 있는 다른 수단을 채택하지 않았다는 점에서 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 또한, 심판대상조항으로 인하여 비교적 불법성이 경미한 통신매체이용음란죄를 저지르고 재범의 위험성이 인정되지 않는 이들에 대하여는 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이에 불균형이 발생할 수 있다는 점에서 법익의 균형성도 인정하기 어렵다. 따라서, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 개인정보 자기결정권을 침해한다.

23. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ④

① [O]

통신비밀보호법 제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신 내용의 증거사용 금지) 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

② [O]

통신비밀보호법 제2조 제3호 및 제7호에 의하면 같은 법상 '감청'은 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다. 그런데 해당 규정의 문언이 송신하거나 수신하는 전기통신 행위를 감청의 대상으로 규정하고 있을 뿐 송·수신이 완료되어 보관 중인 전기통신 내용은 대상으로 규정하지 않은 점, 일반적으로 감청은 다른 사람의 대화나 통신 내용을 몰래 엿듣는 행위를 의미하는 점 등을 고려하여 보면, 통신비밀보호법상 '감청'이란 대상이 되는 전기통신의 송·수신과 동시에 이루어지는 경우만을 의미하고, 이미 수신이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 않는다.

(대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도4644 판결)

통신비밀보호법 제2조(정의) 7. "감청"이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.

③ [O]

통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두지 아니한 통신비밀보호법 조항은 통신제한조치를 취하였음에도 불구하고 여전히 법 제5조 제1항 통신제한조치의 허가요건이 존속하는 경우에 효과적으로 범죄수사목적에 달성하여 국가안전보장과 질서유지를 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 통신제한조치기간의 연장은 이와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 있다. 그런데, 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두고 그 최소한의 연장기간동안 범죄혐의를 입증하지 못하는 경우 통신제한조치를 중단하게 한다고 하여도, 여

전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 법원에 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사목적 달성에 충분하다. 또한 법원이 실제 통신제한조치의 기간연장절차의 남용을 통제하는데 한계가 있는 이상 통신제한조치 기간 연장에 사법적 통제절차가 있다는 사정만으로는 그 남용으로 인하여 개인의 통신의 비밀이 과도하게 제한되는 것을 막을 수 없다. 그럼에도 통신제한조치기간을 연장함에 있어 법원용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않은 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위반한다. 나아가 통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한이 없을 경우 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려도 심히 크기 때문에 기본권 제한의 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 통신의 비밀을 침해한다.

(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌가30 전원재판부)

④ [X]

구치소장이 구치소에 수용중인 수형자에게 온 서신에 '허가 없이 수수되는 물품'인 녹취서와 사진이 동봉되어 있음을 확인하여 서신수수를 금지하고 발신자인 청구인에게 위 물품을 반송한 것은 교정사고를 미연에 방지하고 교정시설의 안전과 질서 유지를 위하여 불가피한 측면이 있다. 또한 청구인은 관심대상수용자로 지정된 자이고, 서신에 동봉된 녹취서는 청구인이 원고인 민사사건 증인의 증언을 녹취한 소송서류로서 타인의 실명과 개인정보가 기재되어 있다. 한편, 수용자 사이에 사진을 자유롭게 교환할 수 있도록 하는 경우 각종 교정사고가 발생할 가능성이 있다. 이와 같은 점을 종합적으로 고려하면, 이 사건 반송행위는 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다.

(헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2017헌마413·1161(병합) 전원재판부 결정)

24. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ③

① [X]

지문을 날인할 것인지 여부의 결정이 선악의 기준에 따른 개인의 진정한 윤리적 결정에 해당한다고 보기는 어렵고, 열 손가락 지문날인의 의무를 부과하는 이 사건 시행령조항에 대하여 국가가 개인의 윤리적 판단에 개입한다거나 그 윤리적 판단을 표명하도록 강제하는 것으로 볼 여지는 없다고 할 것이므로, 이 사건 시행령조항에 의한 양심의 자유의 침해가능성 또한 없는 것으로 보인다.

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리, 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말하는바, 개인의 고유성, 동일성을 나타내는 지문은 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로, 시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 것이다.

열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 한 주민등록법 시행령 조항과 경찰청장이 청구인들의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위는 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성이 인정되고, 또한 이 사건 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 수 있다. 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점, 개인별로 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체 또는 지문의 손상 등으로 인하여 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있고, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어려운 점, 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 지문날인제도는 피해 최소성의 원칙에 어긋나지 않는다. 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대령사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다. 결국 이

사건 지문날인제도가 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 **개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.**

(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190(병합) 전원재판부)

② 【X】

‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, **개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것**이다. 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 **양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당인가 또는 법질서나 사회규범·도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다.**

(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 (병합) 전원재판부 결정)

③ 【O】

**재산목록을 제출하고 그 진실함을 법관 앞에서 선서하는 것은** 개인의 인격형성에 관계되는 내심의 가치적·윤리적 판단에 해당하지 않아 **양심의 자유의 보호 대상이 아니고**, 감치의 제재를 통해 이를 강제하는 것이 형사상 불이익한 진술을 강요하는 것이라고 할 수 없으므로, 심판대상조항은 청구인의 **양심의 자유 및 진술거부권을 침해하지 아니한다.**

(헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마11 전원재판부)

④ 【X】

**양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권**이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 **양심실현의 자유**는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 **법에 의하여 제한될 수 있다.**

(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 (병합) 전원재판부 결정)

25. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ①

① 【X】

광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 **헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다.** 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유 ..... 를 가진다”라고 규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, **광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다.** 뿐만 아니라 국민의 알권리는 국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원(情報源)으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리인 바, 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없음을 고려할 때, 광고는 이러한 관점에서도 **표현의 자유에 속한다고 할 것이다.**

그러나 언론·출판의 자유가 기본권으로 보장된다고 하여 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 우리 헌법은 제21조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열..... 는 인정되지 아니한다”라고 특별히 규정하여, **언론·출판의 자유에 대하여 허가나 검열을 수단으로 한 제한만은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니한다**는 것을 밝히고 있으며, 헌법 제21조 제3항 및 제4항에서는 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라고 명시함으로써 다원화된 현대정보산업사회에서 **언론·출판이 가지는 사회적 의무와 책임에 관하여도 규정하고 있다.** 따라서 허가나 검열에 해당되지 아니한다고 하더라도, **언론·출판의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 한 일정한 제한을 받을 수 있다고 할 것이다.** (헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 전원재판부)

② 【O】

**헌법 제21조 제4항은** “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는바, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 **제한의 요건을 명시한 규정**으로 볼 것이고, 헌법상 **표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다.**

따라서 **음란표현**도 헌법 제21조가 규정하는 **언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당**하되, 다만 **헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석**하여야 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항의 **음란표현**은 헌법 제21조가 규정하는 **언론·출판의 자유의 보호영역** 내에 있다고 볼 것인바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 **의견**(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)은 이를 **변경**하기로 하며, 이하에서는 이를 전제로 하여 이 사건 법률 조항의 위헌 여부를 심사하기로 한다. (헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 등 (병합) 전원재판부, 95헌가16 선례 변경)

③ 【O】

**공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 규정**한 **헌법 제307조 제1항**은 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 금지함으로써 개인의 명예, 즉 인격권을 보호하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한 위와 같은 금지의무를 위반한 경우 형사처벌하는 것은 그러한 명예훼손적 표현행위에 대해 상당한 억제효과를 가질 것이므로 수단의 적합성도 인정된다. 또한, 개인의 외적 명예에 관한 인격권 보호의 필요성, 입법목적의 동일하게 달성하면서도 덜 침해적인 대체수단이 존재하지 않는 점, 헌법 제310조의 위법성 조각 사유와 그에 대한 헌법재판소와 대법원의 해석·적용을 통해 표현의 자유 제한이 최소화되고 있는 사정, 심판대상조항에 대해 일부위원을 할 경우 그 ‘사생활의 비밀에 해당하는 사실’의 모호성으로 인해 새로운 위축효과가 발생할 가능성 등을 종합적으로 고려하면, 피해의 최소성도 인정된다. 또한, 개인의 명예를 보호하기 위해 표현의 자유를 지나치게 제한함으로써 법익의 균형성을 상실하였다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 **표현의 자유를 침해하지 아니한다.**

(헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌바330(병합) 전원재판부 결정)

④ 【O】

**표현의 자유와 명예의 보호**는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 **비교**영량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 역사적으로 보면, 개인의 명예를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 실정법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여진 측면이 많았었다. 따라서 **개인의 명예훼손적 표현에 이 사건 근거조항과 같은 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 표현의 자유와 명예의 보호라는 상반되는 두 기본권의 조정과정에 다음과 같은 사정을 고려**하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 **피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지** 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 **공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화**되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다.

다만, **공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현**이라 할지라도 **무제한 허용되는 것은 아니다.** 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 **명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 명예훼손으로 처벌될 수 있다.** 공적 토론의 장은 개인의 의견과 그에 대한 다른 사람의 비판을 서로 주고받음으로써 형성되는 것인데, **지나치게 개인을 비방하는 표현**은 그 개인의 인격권을 침해하는 동시에 여론형성이나 공개토론의 공정성을 해침으로써 정치적 의사형성을 저해하게 되므로, **이러한 표현에 대해서는 표현의 자유가 제한될 수 있어야 한다.**

**공직자의 특정정책에 대해 비판적인 언론보도**와 같은 경우 **표현의 자유가 폭넓게 보호**된다고 볼 수 있다. 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, **정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로**, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관련한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, **그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손**



이 된다고 할 수 없다.

공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 **공직적 관심 사안**에 해당할 수 있다. **공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실**은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 **순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다**. 일정한 범위의 공직자 및 공직후보자는 재산과 병역사항 등을 공개하고 있고, 공직선거 후보자의 경우에는 재산, 병역사항, 소득세·재산세·종합부동산세의 납부 및 체납사실, 범죄경력, 정규학력에 관한 서류를 제출하도록 하고 있다. 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**.

(헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2009헌마747 전원재판부)

26. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ④

① 【O】

**집회의 자유**는 **개인의 인격발현의 요소**이자 **민주주의를 구성하는 요소**라는 **이중적 헌법적 기능**을 가지고 있다. 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 **일차적으로**는 **개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권**이다. 뿐만 아니라, 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 **표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소**에 속한다.

(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67,83(병합) 전원재판부)

② 【O】

**헌법 제21조 제1항**은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 **집회의 자유**를 **표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 함께 국민의 기본권으로 보장**하고 있다. 집회의 자유에는 **집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유**를 포함한다. 따라서 이를 내용으로 하는 **시위의 자유** 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 **보호되는 기본권**이다.

(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 전원재판부)

③ 【O】

**집회나 시위 해산을 위한 실수차 사용**은 집회의 자유 및 신체의 자유에 대한 중대한 제한을 초래하므로 실수차 사용요건이나 기준은 **법률에 근거를 두어야 하고**, 실수차와 같은 위해성 경찰장비는 본래의 **사용방법에 따라 지정된 용도로 사용되어야 하며 다른 용도나 방법으로 사용하기 위해서는 반드시 법령에 근거가 있어야 한다**.

**서울중로경찰서장이 2015. 5. 1. 22:13경부터 23:20경까지 사이에 최루액을 물에 혼합한 용액을 실수차를 이용하여 청구인들에게 실수한 ‘혼합실수’ 방법**에 위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정에 열거되지 않은 **새로운 위해성 경찰장비에 해당**하고 이 사건 지침에 **혼합실수의 근거 규정을 둘 수 있도록 위임하고 있는 법령이 없으므로**, 이 사건 지침은 법률유보원칙에 위배되고 이 사건 지침만을 근거로 한 이 사건 혼합실수행위 역시 **법률유보원칙에 위배된다. 따라서 이 사건 혼합실수행위는 청구인들의 신체의 자유와 집회의 자유를 침해한다**.

(헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2015헌마476 전원재판부 결정)

④ 【X】

**일출시간 전, 일몰시간 후에는 옥외집회 또는 시위를 금지하고, 다만 옥외 집회의 경우 예외적으로 관할 경찰관서장이 허용할 수 있도록 한 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정되기 전의 것) 제10조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)**는 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 ‘허가’는 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로, 법률적 제한이 실질적으로 행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것이라면 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당하지만, **그에 이르지 아니하는 한 헌법 제21조 제2항에 반하는 것은 아니다**. 이 사건 법률조항의 단서 부분은 본문에 의한 제한을 완화시키려는 것이므로 **헌법이 금지하고 있는 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고 볼 수 없다**. 한편, 이 사건 법률조항 중 단서 부분은 시위에 대하여 적용되지 않으므로 야간 시위의 금지와 관련하여 헌법상 ‘허가제 금지’ 규정의 위반 여부는 문제되지 아니한다.

(헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌가29 전원재판부)

27. [출제 난도] 상

[정답 및 지문 해설] ①

① 【X】

**국민연금법상 연금수급권 내지 연금수급기대권이 재산권의 보호대상인 사회보장적 급여**라고 한다면 **사망일시금**은 사회보험의 원리에서 다소 벗어난 **장제부조적·보상적 성격을 갖는 급여**로 사망일시금은 **헌법상 재산권에 해당하지 아니**하므로 ...

(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2017헌마432 전원재판부 결정)

c.f. 한 걸음 더 : 같은 판결 다른 요지

**사망한 가입자 등에 의하여 생계를 유지하고 있지 않은 자녀 또는 25세 이상인 자녀를 유족 범위에 포함시키지 않은 국민연금법 조항**은 유족연금은 원래 가계를 책임진 자의 사망으로 생활의 곤란을 겪게 될 가족의 생계보호를 위하여 도입된 제도로서, 자신이 보험료를 납부하여 그에 상응하는 급여를 받는 것이 아니라 결혼 또는 의존성 여부에 따라 결정되는 파생적 급여이고, 이 급여가 부모 등 가족의 기여에만 의지한다기보다는 전체 가입자가 불행을 당한 가입자의 가족을 원조하는 형태를 띠고 있다. 이러한 점에서 유족연금은 가입기간과 소득수준에 비례하는 노령연금과는 지급기준이 다르다. 또한 한정된 재원으로 유족연금 등 사회보장급부를 보다 절실히 필요로 하는 사람들에게 복지혜택을 주기 위해서는 그 필요성이 보다 절실하지 아니하는 사람들로부터 배제하지 않을 수 없다. 이러한 점을 고려할 때, 이 사건 유족 범위 조항이 사망한 가입자 등에 의하여 생계를 유지하고 있지 않은 자녀 또는 25세 이상인 자녀를 유족연금을 받을 수 있는 자녀의 범위에 포함시키지 않았다고 하더라도, 그 차별이 현저하게 불합리하거나 자의적인 차별이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 유족 범위 조항은 청구인들의 **평등권을 침해하지 않는**다.

**유족연금이나 반환일시금에 비하여 그 액수가 현저히 적은 사망일시금 한도 조항**은 유족연금과 반환일시금은 국민연금법상 ‘유족’에게 지급되는 급여로서 사망일시금과는 그 입법목적이나 적용범위 등이 달라 차별이 문제되는 동일한 비교집단으로 설정하기 어려우므로 이 사건 사망일시금 한도 조항으로 인해 **평등권 침해 문제가 발생한다고 보기도 어렵다**.

② 【O】

**공무원 퇴직연금의 수급요건을 재직기간 20년에서 10년으로 완화된 개정 공무원연금법 제46조 제1항의 적용대상을 법 시행일 당시 재직 중인 공무원으로 한정**한 **공무원연금법 부칙 조항**은 그 적용대상을 제한하지 아니하고 이미 법률관계가 확정된 자들에게까지 소급한다면 그로 인하여 법적 안정성 문제를 야기하게 되고 상당한 규모의 재정부담도 발생하게 될 것이므로, 일정한 기준을 두어 적용대상을 제한한 것은 충분히 납득할 만한 이유가 있다. 이때 법률의 개정·공포일 즉시 법률을 시행하지 아니하고 약 6개월 뒤로 시행일을 정한 것은 개정법의 원활한 시행을 위하여 준비기간이 필요했기 때문으로, 심판대상조항으로 인하여 법률의 개정·공포일부터 시행일 사이에 퇴직한 사람이 완화된 퇴직연금 수급요건의 적용대상에서 제외된다 하더라도 이것은 불가피한 경우에 해당한다. 따라서 개정 법률을 그 시행일 전으로 소급적용하는 경과규정을 두지 않았다고 하여 이를 현저히 불합리한 차별이라고 볼 수 없으므로, 심판대상조항은 청구인의 **평등권을 침해하지 아니한다**.

(헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2015헌마933 결정)

③ 【O】

사업인정고시가 있는 후에 3년 이상 토지가 공익용으로 사용된 경우 토지소유자에게 매수 혹은 수용청구권을 인정한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 조항을 통하여 인정되는 **‘수용청구권’**은 사적유용성을 지닌 것으로서 재산의 사용, 수익, 처분에 관계되는 법적 권리이므로 **헌법상 재산권에 포함된다**고 볼 것이다.

(헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌바57 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : 같은 판결 다른 요지

**‘사업인정고시가 있는 후에 3년 이상 토지가 공익용으로 사용된 경우’ 토지 소유자에게 매수 혹은 수용청구권을 인정한 공익사업을위한토지등의취득및**

보상에관한법을 조항은 종전에 없던 **재산권을 새로이 형성한 것에 해당**되므로, **역으로 그 형성에 포함되어 있지 않은 것은 재산권의 범위에 속하지 않는다**. 그러므로 청구인들이 주장하는바 '불법적인 사용의 경우에 인정되는 수용청구권'이란 재산권은 존재하지 않으므로, 이 사건 조항이 그러한 재산권을 제한할 수는 없다. 다만, 입법자는 재산권의 형성에 있어서도 헌법적 한계를 준수하여야 하는바, 이 사건 조항이 '적법한 공용사용'의 경우에 한정하여 수용청구권을 인정한 것은 공용제한에 대한 손실보상을 정하는 법의 취지에 따른 결과로서 입법목적을 달성하기 위한 합리적 수단이며, 불법적 사용에 대해서는 법적인 구제수단이 따로 마련되어 있어 반드시 수용청구권을 부여할 필요는 없으므로, 이 사건 조항이 **재산권의 내용과 한계에 관한 입법형성권을 벗어난 것이라 할 수 없다**.

'사업인정고시가 있는 후에 3년 이상 토지가 공익용도로 사용된 경우' 토지소유자에게 매수 혹은 수용청구권을 인정한 공익사업에위한토지등의취득및보상에관한법을 조항은 합법적인 토지사용을 전제로 하여 손실보상의 차원에서 수용청구권을 인정하고 있는바, 현실적으로 발생하는 공권력에 의한 불법적인 토지 사용으로 인한 토지소유자의 피해에 대해서는 다른 법률에 의한 구제수단이 구비되어 있다. 입법자가 적법한 사용과 불법적인 사용을 구분하여 전자에 대해서만 수용청구권을 마련한 것이 자의적인 것이라거나 비합리적인 것이라 할 수 없으므로, 이 사건 조항은 **평등권을 침해하지 않는다**.

④ 【○】  
청구인이 **잠수기어업허가를 받아 키조개 등을 채취하는 직업에 종사**한다고 하더라도 이는 원칙적으로 자신의 계획과 책임하에 행동하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용하는 것에 불과하므로 잠수기어업허가를 받지 못하여 상실된 이익 등 청구인 주장의 재산권은 헌법 제23조에서 규정하는 **재산권의 보호 범위에 포함된다**고 볼 수 없다.

(헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2005헌마173 전원재판부)

28. [출제 난도] 하  
[정답 및 지문 해설] ②

① 【○】  
직업선택의 자유에는 **직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유** 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 **직업종사(직업수행)의 자유**에 대하여는 **상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다**.

(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 전원재판부)

② 【X】  
직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다. 그러나 이 기본권은 **원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구**하거나 **한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다**. 다만 국가는 이 기본권에서 나오는 객관적 보호의무, 즉 **사용자에 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐이다**.

(헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2001헌바50 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : **근로의 권리와 직장존속보호 청구권 인정여부**

헌법 제32조 제1항이 규정하는 **근로의 권리**는 사회적 기본권으로서 국가에 대하여 **직접 일자리를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라 고용진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리**에 그치며, 근로의 권리로부터 국가에 대한 **직접적인 직장존속청구권이 도출되는 것도 아니다**.

(헌법재판소 2011. 7. 28. 선고 2009헌마408 전원재판부)

③ 【○】  
직업의 자유는 **영업의 자유와 기업의 자유**를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 **원칙적으로 누구나 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다**. **경쟁의 자유**는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는데에서 나오는 결과이므로 **당연히 직업의 자유에 의하여 보장**되고, 다른 기업과의 경쟁에서 **국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유**를 의미한다. **소비자는 물품 및 용역의 구**

**입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리**를 가진다.

(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 전원재판부)

④ 【○】  
헌법 제15조에서 보장하는 '직업'이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위하여 행하는 계속적인 소득활동을 의미하고, **성매매**는 그것이 가지는 사회적 유해성과는 별개로 **성판매자의 입장에서 생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 소득활동에 해당함을 부인할 수 없다** 할 것이므로, **성매매를 한 자를 형사 처벌하는 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 조항은 성판매자의 직업선택의 자유도 제한하고 있다**.

(헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌가2 결정)

29. [출제 난도] 중  
[정답 및 지문 해설] ③

① 【○】  
**경찰공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당면퇴직하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 자격정지 이상의 선고유예 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐만 아니라 심지어 오늘날 누구에게나 위협이 상존하는 교통사고 관련범죄 등 과실범의 경우마저 당면퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다**. 또한, 오늘날 사회국가 원리에 입각한 공직제도의 중요성이 강조되면서 개개 공무원의 공무담임권 보장의 중요성은 더욱 큰 의미를 가지고 있다. 일단 공무원으로 채용된 공무원을 퇴직시키는 것은 공무원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 같은 입법목적에 위한 것이라고 하여도 당면퇴직 사유를 임용결격사유와 동일하게 취급하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제25조의 **공무담임권을 침해한 위헌 법률이다**.

(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2004헌가12 전원재판부)

② 【○】  
헌법 제7조 제2항은 "공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다"라고 규정하고 있는데, 이는 **공무원이 집권세력의 논쟁행위의 제물이 되지는 연관제도를 지양**하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방함과 동시에 동일한 정권하에서도 정당한 이유없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 일관성 있는 공무수행을 유지하게 함으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 민주적이고 법치국가적인 공직구조에 관한 제도 즉 **직업공무원제도를 규정한 것**이라고 할 것이다.

(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌마7 전원재판부)

③ 【X】  
공무원이거나 공무원이었던 사람이 재직 중의 사유로 금고이상의 형을 받거나 형이 확정된 경우 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급함에 있어 그 이후 형의 선고의 효력을 상실하게하는 특별사면 및 복권을 받은 경우를 달리 취급하는 규정을 두지 아니한 구 공무원연금법 규정은 공무원이 퇴직한 뒤 그 재직 중의 근무에 대한 보상을 함에 있어 공무원으로서의 신분이나 직무상 의무를 다하지 못한 공무원과 성실히 근무한 공무원을 동일하게 취급하는 것이 오히려 불합리하다는 측면과 아울러 보상액에 차이를 둬으로써 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 효과를 고려한 것이라 할 수 있으므로, 그 정당성이 인정된다. 또한, 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 및 복권을 받았다는 사정이 있더라도 이미 인정된 범죄사실에 기인하여 퇴직연금 등을 감액하도록 하는 것은 제재수단으로서의 실효성을 확보하기 위한 것으로 이를 두고 현저히 불합리한 수단이라 평가할 수 없다. 나아가, 나아가 심판대상조항에 의하여 퇴직급여 등의 감액대상이 되는 경우에도 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액 부분만큼은 감액하지 못하도록 규정하고 있어 본인의 기여금 부분은 보장하고 있으므로 이상의 점들을 종합할 때, 심판대상조항이 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 및 복권을 받은 경우에도 퇴직급여 등을 여전히 감액하는 것은 그 합리적인 이유가 인정되는데, **재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다**.

(헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2018헌바402 전원재판부 결정)

c.f. 한 결음 더 : **연금 감액 지급 판례**

**공무원의 재직 중 금고이상 형을 받을 시 퇴직급여 및 수당을 일부 감액(수단의 적합성 X -> 선례 변경 헌법불합치)**

공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 조항은 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적에 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 그리고 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다. 입법자로서는 입법목적에 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한의 적절한 방식이다. 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다. 따라서, 청구인의 재산을 침해한다.

나아가 이 사건 법률조항은 퇴직급여에 있어서는 국민연금법상의 사업장 가입자에 비하여, 퇴직수당에 있어서는 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있는바, 이는 자의적인 차별에 해당하여 청구인의 평등권을 침해한다.

#### ④ [O]

형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 구 국가공무원법 조항의 입법목적은 형사소추를 받은 공무원이 계속 직무를 집행함으로써 발생할 수 있는 공직 및 공무집행의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 해할 위험을 예방하기 위한 것으로 점량하고, 직위해제는 이러한 입법목적에 달성하기에 적합한 수단이다. 이 사건 법률조항이 임용권자로 하여금 구체적인 경우에 따라 개별성과 특수성을 판단하여 직위해제 여부를 결정하도록 한 것이지 직무와 전혀 관련이 없는 범죄나 지극히 경미한 범죄로 기소된 경우까지 임용권자의 자의적인 판단에 따라 직위해제를 할 수 있도록 허용하는 것은 아니고, 기소된 범죄의 법정형이나 범죄의 성질에 따라 그 요건을 보다 한정적, 제한적으로 규정하는 방법을 찾기 어렵다는 점에서 이 사건 법률조항이 필요최소한도를 넘어 공무담임권을 제한하였다고 보기 어렵다. 그리고 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권의 제한은 잠정적이고 그 경우에도 공무원의 신분은 유지되고 있다는 점에서 공무원에게 가해지는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때 공무집행의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 유지하고자 하는 공익이 더욱 크다. 따라서 이 사건 법률조항은 공무담임권을 침해하지 않는다.

(헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2004헌바12 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : 같은 판결 다른 요지

형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 구 국가공무원법 조항은 직위해제처분을 행함에 있어서 구체적이고도 명확한 사실의 적시가 요구되는 처분사유고지서를 반드시 교부하도록 하여 해당 공무원에게 방어 준비 및 불복의 기회를 보장하고 임용권자의 판단에 신중함과 합리성을 담보하게 하고 있고, 직위해제처분을 받은 공무원은 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장받고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 구 국가공무원법 조항은 직위해제처분을 받은 공무원에 대한 범죄사실 인정이나 유죄판결을 전제로 하여 불이익을 과하는 것이 아니므로 무죄추정의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

30. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ②

#### ① [O]

헌법 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다"고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회

를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항/ 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다. 여기서 말하는 "사법절차"를 특징지우는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있으나, 위 헌법조항은 행정심판에 사법절차가 "준용"될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 할지라도, 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 "준용"의 요구에마저 위반된다.

(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바8 전원재판부)

#### ② [X]

상속재산분할에 관한 사건을 가사비송사건으로 분류하고 있는 가사소송법 조항은 상속재산분할에 관한 사건의 결과는 가족공동체의 안정에 커다란 영향을 미친다는 특수성을 감안할 때, 구체적인 상속분의 확정과 분할의 방법에 관하여서는 가정법원이 당사자의 주장에 구애받지 않고 후견적 재량을 발휘하여 합목적적으로 판단하여 할 필요성이 인정된다. 이와 같은 점을 고려하여 가사비송 조항은 상속재산분할에 관한 사건을 법원의 후견적 재량이 인정되는 가사비송절차에 의하도록 한 것이다. 가사소송법 관계법령은 상속재산분할에 관한 사건을 가사비송사건으로 규정하면서도 절차와 심리방식에 있어 당사자의 공격방어권과 처분권을 담보하기 위한 여러 제도들을 마련하고 있다. 따라서 가사비송 조항이 입법재량의 한계를 일탈하여 상속재산분할에 관한 사건을 제기하고자 하는 자의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

(헌법재판소 2017. 4. 27. 선고 2015헌바24 결정)

#### ③ [O]

입법자가 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 법원의 재판을 받을 수 있는 절차를 전혀 마련하지 아니한 것은 '진정입법부작위'에 해당하느바, 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법이 명시적인 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없다. 또한, 기소유예처분은 공소제기에 대한 형사정책적 고려와 함께 소송경제 및 구체적 정의의 실현이 가능하도록 피의자에게는 전과자라는 낙인 대신 기회를 주고, 검찰과 법원에게는 다른 중요한 사건에 그 힘을 쓸 수 있도록 하기 위한 것으로 원칙적으로 피의자에게 불이익한 처분이 아니다. 다만, 피의자가 범죄혐의를 다투고 있고, 공소제기에 충분한 범죄혐의가 없음에도 기소유예처분을 한 경우에는 예외적으로 불이익한 처분이 될 수 있으나, 이러한 예외적인 상황에 대응하여 기소유예처분에 관한 법원의 일반적인 재판절차를 마련할 것인지 여부는 입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제로서 헌법해석상으로도 입법의무가 도출된다고 보기 어렵다.

(헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌마562 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : 사인의 기소 촉구

고소인·고발인만을 검찰청법상 항고권자로 규정 (합헌)

헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2010헌마642 전원재판부

고소인·고발인만을 검찰청법상 항고권자로 규정하고 있는 검찰청법 조항은 검찰청법상 항고제도의 인정 여부는 기본적으로 입법정책에 속하는 문제로서 그 주체, 대상의 범위 등의 제한도 그것이 현저히 불합리하지 아니한 이상 헌법에 위반되는 것이라 할 수 없고, 고소인·고발인과 피의자는 기본적으로 대립적 이해관계에서 기소유예처분에 불복할 이익을 지니며, 검찰청법상 항고제도의 성격과 취지 및 한정된 인적·물적 사법자원의 측면, 그리고 이 사건 법률조항이 헌법소원심판청구 등 피의자의 다른 불복수단까지 원천적으로 봉쇄하는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 피의자를 고소인·고발인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없다.

재정신청을 할 수 있는 고소·고발인에 대해 재항고권 부여 X (합헌)

헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌마983 전원재판부

재정신청을 할 수 있는 고소·고발인은 불기소처분에 대한 항고기각처분에 대하여 재항고를 제기할 수 없도록 규정한 검찰청법 조항은 불기소처분에 관한 통제방법으로서 어느 범위에서 검찰청법상의 재항고를 인정할 것인지 또는 형사소송법상의 재정신청제도와와의 관계를 어떻게 설정할 것인지의 문제는 입법자에게 광범



위한 재량이 부여되어 있는 영역이다. 만일 재정신청과 재항고를 병존적으로 유지하는 경우 불기소처분의 항고기각처분에 대한 불복절차가 이원화되어 절차상의 혼란이 불가피해지고, 유사하거나 동질적인 사안에 관하여 검찰과 법원의 판단이 모순 저촉될 우려가 있게 된다. 또한 재정신청에 앞서 항고뿐 아니라 재항고까지 필수적으로 거치게 하는 방법을 택하는 경우에도 불기소처분을 받은 피의자의 법률상 지위가 지나치게 장기간 불안정해지고, 고소인 또는 고발인의 권리구제가 심각하게 지연되는 폐단이 초래될 수 있다. 나아가 재정신청은 독립한 사법기관에 의하여 중립적이고 객관적으로 불기소처분의 당부가 심사되는 절차로서, 심리결과 그 기소가 강제되는 등의 강력한 법적 효과가 부여되므로, 재항고권 대신 재정신청권만을 인정하였다고 하여서 고소·고발인의 권리구제에 부족함이 있다고 할 수 없다. 따라서 재정신청을 할 수 있는 고소·고발인에 대하여 재항고권을 부여하지 않은 것에는 합리적인 이유가 있다고 인정되므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 **평등권을 침해하지 않는다**.

④ 【O】

**교원징계재심위원회의 재심결정에 대해 학교법인에게만 행정소송을 금지(학교법인의 재판청구권, 평등권, 법률에 의한 재판을 받을 권리 침해, 재판권을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에 위배, 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈함으로써 107조 제2항에 위배 → 95헌바19 선례 변경 위헌)**

헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌가7,2005헌마1163(병합) 전원재판부

**재심결정에 대하여 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 학교법인에게는 이를 금지한 교원지위향상을위한특별법 조항은** 교원이 제기한 민사소송에 대하여 용소하거나 피고로서 재판절차에 참여함으로써 자신의 권리를 주장하는 것은 어디까지나 상대방인 교원이 교원지위법외의 정하는 재심절차와 행정소송절차를 포기하고 민사소송을 제기하는 경우에 비로소 가능한 것이므로 이를 들어 학교법인에게 자신의 침해된 권리를 구제받을 수 있는 실질적인 권리구제절차가 제공되었다고 볼 수 없고, 교원지위부존재확인 등 민사소송절차도 교원이 처분의 취소를 구하는 재심을 따로 청구하거나 또는 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우에는 민사소송의 판결과 재심결정 또는 행정소송의 판결이 서로 모순·저촉될 가능성이 상존하므로 이 역시 간접적이고 우회적인 권리구제수단에 불과하다. 그리고 학교법인에게 재심결정에 불복할 제소권한을 부여한다고 하여 이 사건 법률조항이 추구하는 사립학교 교원의 신분보장에 특별한 장애사유가 생긴다든가 그 권리구제에 공백이 발생하는 것도 아니므로 이 사건 법률조항은 분쟁의 당사자이자 재심절차의 피청구인인 학교법인의 **재판청구권을 침해한다**.

학교법인은 그 소속 교원과 사법상의 고용계약관계에 있고 재심절차에서 그 결정의 효력을 받는 일방 당사자의 지위에 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 합리적인 이유 없이 학교법인의 제소권한을 부인함으로써 **헌법 제11조의 평등원칙에 위배**되고, 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분의 적법여부에 관하여 재심위원회의 재심결정이 최종적인 것이 되는 결과 **일체의 법률적 쟁송에 대한 재판권을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에도 위배되며, 행정처분인 재심결정의 적법여부에 관하여 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈함으로써 헌법 제107조 제2항에도 아울러 위배된다**.

31. [출제 난도] 상

[정답 및 지문 해설] ②

① 【O】

헌법 제30조 (**범죄피해자 구조청구권의 구체적 내용**) 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체(재산 X)에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

② 【X】

**범죄피해자 보호법에 의한 범죄피해 구조금 중 위 법 제17조 제2항의 유족구조금은** 사람의 생명 또는 신체를 해치는 죄에 해당하는 행위로 인하여 사망한 피해자 또는 그 유족들에 대한 **손실보상(손해배상 X)**을 목적으로 하는 것으로서, 위 범죄행위로 인한 손실 또는 손해를 전보하기 위하여 지급된다는 점에서 불법행위로 인한 **소극적 손해의 배상(적극적 손해의 배상X)**과 같은 종류의 **금원**이라고 봄이 타당하다.

c.f. 한 걸음 더 : 같은 판결 다른 요지

**구조대상 범죄피해를 받은 구조피해자가 사망한 경우, 사망한 구조피해자의 유족들이 국가배상법에 의하여 국가 또는 지방자치단체로부터 사망한 구조피해자의 소극적 손해에 대한 손해배상금을 지급받았다면** 지구심의회는 유족들에게 같은 종류의 금원인 유족구조금에서 그 상당액을 공제한 잔액만을 지급하면 되고, 유족들이 지구심의회로부터 범죄피해자 보호법 소정의 유족구조금을 지급받았다면 **국가 또는 지방자치단체는** 유족들에게 사망한 구조피해자의 소극적 손해액에서 유족들이 지급받은 **유족구조금 상당액을 공제한 잔액만을 지급하면 된다**고 봄이 타당하다.

(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017다228083 판결)

③ 【O】

범죄피해자 보호법 제25조(**구조금의 지급신청**)

② 제1항에 따른 신청은 해당 구조대상 범죄피해의 발생을 **안** 날부터 **3년**이 지나거나 해당 구조대상 범죄피해가 발생한 날부터 **10년**이 지나면 할 수 없다.(안상예 열~)

④ 【O】

범죄피해자 보호법 제21조(**손해배상과의 관계**) ① 국가는 구조피해자나 유족이 해당 구조대상 범죄피해를 원인으로 하여 손해배상을 받았으면 그 범위에서 구조금을 지급하지 아니한다.

32. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ③

① 【O】

생활이 어려운 국민에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하기 위해 제정된 ‘국민기초생활 보장법’은 부양의무자에 의한 부양과 다른 법령에 의한 보호가 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지도록 하는 보충급여의 원칙을 채택하고 있는 바, ‘**형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률**’에 의한 **교도소·구치소에 수용 중인 자**는 당해 법률에 의하여 생계유지의 보호를 받고 있으므로 이러한 생계유지의 보호를 받고 있는 교도소·구치소에 수용 중인 자에 대하여 ‘국민기초생활 보장법’에 의한 **중복적인 보장을 피하기 위하여 개별가구에서 제외키로 한 입법자의 판단이** 헌법상 용인될 수 있는 **재량의 범위를 일탈하여 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다**.

(헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌바617,2010헌바341(병합) 전원재판부)

② 【O】

**헌법상의 사회보장권은** 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수금액 등 구체적인 사항이 **법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성**되는 것이다.

‘인간다운 생활을 할 권리’로부터는, 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 **직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다**고는 볼 수 없다고 할 것이다. **이러한 구체적 권리는** 국가가 재정형편 등 여러가지 상황들을 종합적으로 감안하여 **법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리**라고 할 것이다.

(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216 전원재판부)

③ 【X】

**근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로 부상 등이 발생한 경우만 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 조항은** 근로자의 출퇴근 행위는 업무의 전 단계로서 업무와 밀접·불가분의 관계에 있고, 사실상 사업주가 정한 출퇴근 시간과 근무지에 기속된다. 대법원은 출장행위 중 발생한 재해를 사업주의 지배관리 아래 발생한 업무상 재해로 인정하는데, 이러한 출장행위도 이동 방법이나 경로선택이 근로자에게 맡겨져 있다는 점에서 통상의 출퇴근행위와 다를 바 없다. 따라서 통상의 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 **생활보장적 성격에 부합한다**. 사업장 규모나 재정여건의 부족 또는 사업주의 일방적 의사나 개인 사정 등으로 출퇴근용 차량을 제공받지 못하거나 그에 준하는 교통수단을 지원받지 못하는 비예택근로자는 비록 산재보험에 가입되어 있다 하더라도 출퇴근 재해에 대하여 보상을 받을 수 없는데, 이러한 **차별을 정당화할 수 있는 합리적 근거를 찾을 수 없다**. 통상의 출퇴근 재해를 산재보험법상 업무상 재해로 인정할 경우 산재보험 재정상황이 악화되거나 사업주 부담 보험료가 인상될 수

있다는 문제점은 보상대상을 제한하거나 근로자에게도 해당 보험료의 일정 부분을 부담시키는 방법 등으로 어느 정도 해결할 수 있다. 반면에 통상의 출퇴근 중 재해를 입은 비해태근로자는 가해자를 상대로 불법행위 책임을 물어도 충분한 구제를 받지 못하는 것이 현실이고, 심판대상조항으로 초래되는 비해태근로자와 그 가족의 정신적·신체적 혹은 경제적 불이익은 매우 중대하다. 따라서 심판대상조항은 합리적 이유 없이 비해태근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 **평등원칙에 위배된다**.

(헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바254 결정)

④ 【O】

지방자치단체장을 위한 별도의 퇴직급여제도를 마련하지 않은 것은 진정한 법부작위에 해당하는데, 헌법상 지방자치단체장을 위한 퇴직급여제도에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하고 있는 조항은 존재하지 않는다. 나아가 지방자치단체장은 특정 정당을 정치적 기반으로 하여 선거에 입후보할 수 있고 선거에 의하여 선출되는 공무원이라는 점에서 헌법 제7조 제2항에 따라 신분보장이 필요하고 정치적 중립성의 요구되는 공무원에 해당한다고 보기 어려우므로 **헌법 제7조의 해석상 지방자치단체장을 위한 퇴직급여제도를 마련하여야 할 입법적 의무가 도출된다고 볼 수 없고**, 그 외에 **헌법 제34조나 공무원임권 보장에 관한 헌법 제25조로부터 위와 같은 입법적 의무가 도출되지 않는다**.

(헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2012헌마459 전원재판부)

33. [출제 난도] 하

[정답 및 지문 해설] ④

① 【O】

서울대학교 재학생이 재학 중인 학교의 법적 형태를 법인이 아닌 공법상 영조물인 국립대학으로 유지하여 줄 것을 요구할 권리는 학생의 교육받을 권리에 포함되지 아니하므로 **교육을 받을 권리의 침해 가능성도 인정되지 아니한다**.

(헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌마612 전원재판부)

② 【O】

헌법 제31조 제1항에 의하여 국가에게 능력에 따라 균등한 교육의 기회를 보장할 의무가 부여되어 있다 하더라도 이로부터 **군인이 자기계발을 위하여 예외유학하는 경우에 그 교육비를 청구할 수 있는 권리가 도출된다고 할 수는 없다**.

(헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2007헌마290 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : 같은 판결 다른 요지

군인이 자비 해외유학을 위하여 휴직하는 경우 다른 국가공무원과 달리 봉급을 지급하지 않도록 하고 있는 군인사법 조항은 국방의 사명을 수행하여야 하는 군인은 복무하는 동안 정신적·신체적 지향점을 전투력 배양을 통한 국방능력의 향상에 둘 것이 요구되므로 군인 개개인이 전투력 배양과 직접적인 관련을 갖는다고 보기 어려운 자기계발의 기회를 충분히 부여받지 못하더라도 이는 그 직무의 특성상 부득이하고, 직무와 관련하여서는 국비 유학의 기회가 일반 공무원에 비하여 더 넓게 부여되고 있으며, **군인의 정원을 유지하는 것이 중요함에도 결원을 보충하는 것은 쉽지 않다**. 이 사건 법률조항은 입법자가 점진적 제도개선의 과정에서 군인이 수행하는 직무의 특수성, 자비 해외유학 휴직제도와 군인의 직무와의 연관성, 결원보충의 문제, 제도 도입에 따른 국가부담의 증가 등 다양한 측면을 고려하여 현 단계에서 군인에 대하여 자비 해외유학을 위한 휴직기간 중에 봉급을 지급하지 않는 것으로 정한 것으로 이와 같이 군인을 다른 공무원과 차별하는 데에는 그 차별을 정당화할 합리적인 이유가 있으므로, 청구인의 **평등권을 침해한다고 볼 수 없다**.

③ 【O】

④ 【X】

국립대학 도서관장이 승인하지 아니하여 대학 구성원이 아닌 자가 대학 도서관에서 도서를 대출할 수 없거나 열람실을 이용할 수 없게 되었다고 하여 **교육을 받을 권리가 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리를 뜻하는 것은 아니므로**, 청구인의 **교육을 받을 권리가 침해된다고 볼 수 없다**.

(헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2014헌마977 결정)

## 34번 문제는 순경공채 시험범위 밖이라 생각하여 해설을 만들지 않았습니다. 죄송합니다..

35. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ④

① 【O】

헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”고 규정함으로써 **조세법률주의**를 천명하고 있다. 조세법률주의는 **조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다**.

(헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌바22 전원재판부)

② 【O】

조세법률주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 **과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 이를 규정하여야 한다**는 ‘**과세요건법정주의**’와 아울러 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행은 초래할 염려가 있으므로 **그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다**는 ‘**과세요건명확주의**’를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 결국 **조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함**과 동시에 **국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 보장함**에 있다.

(헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌바22 전원재판부)

③ 【O】

헌법이나 국세기본법에 조세의 개념정의는 없으나 조세는 **국가 또는 지방자치단체가 재정수요를 충족시키기거나 경제적·사회적 특수정책의 실현을 위하여 국민 또는 주민에 대하여 아무런 특별한 반대급무없이 강제적으로 부과·징수하는 과징금**을 의미하는 것이다.

(헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 전원재판부)

④ 【X】

과세대상인 자본이득의 범위를 실현된 소득에 국한할 것인가 혹은 미실현 이득을 포함시킬 것인가의 여부는, 과세목적·과세소득의 특성·과세기술상의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책의 문제일 뿐, **헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 볼 수 없다**.

(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49,52 전원재판부)

c.f. 한 걸음 더 : 조세법률주의

**익금에 산입한 금액의 처분에 대해 대통령령에 위임 (위헌)**

헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 93헌바32 전원재판부

구 법인세법 제32조 제5항은 위임입법의 주제에 관하여 ‘**익금에 산입한 금액의 처분**’이라는 **점만을 제시**하고 있을 뿐 수임자가 따라야 할 기준인 소득의 성격과 내용 및 그 귀속자에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여, 결국 납세의무의 성부 및 범위와 직접 관계있는 소득처분에 관련된 과세 요건을 정함에 있어서 아무런 기준을 제시함이 없이 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하였으므로, **조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하였다**.

**자가 산정 기준·방법을 직접 규정하지 않고 대통령령에 위임 (위헌)**

헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 93헌바32 전원재판부

토초세법은 과세기간 동안의 자가상승액에서 정상자가상승분 및 개량비 등을 공제한 토지초과이득을 그 과세대상 및 과세표준으로 할 것만을 직접 규정하면서, 과세표준인 토지초과이득을 산출하는 데 근거로 삼을 **기준시가에 관하여는 이를 전적으로 대통령령에 맡겨 두는 형식**으로 되어 있다(제11조 제2항). 그러나 이와 같은 기준시가는 토초세의 과세대상 및 과세표준이 되는 토지초과이득의 존부와 범위를 결정하는 지표가 된다는 점에서, 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로, 기준시가의 산정기준이나 방법 등을 하위법규에 백지위임하지 아니하고 그 대강이라도 토초세법 자체에서 직접 규정해 두는 것이, 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 도모한다는 측면에서 보아 보다 더 합리적이고도 신중한 입법태

도일 것이다. 뿐만 아니라 앞서 본 조세법률주의, 위임입법의 한계 등을 규정하고 있는 헌법에도 합치하는 것이라 할 것이다. 실제 초과택지소유부담금(택지소유상한에 관한 법률 제23조), 개별부담금(개별이익환수에관한법률 제10조), 농지전용부담금(농어촌 발전특별조치법 제45조의2), 임야전용부담금(산림법 제20조의3) 등 토지의 가액에 따라 그 부담금의 크기가 결정되는 각종 부담금에 관하여는, 토초세법의 위 규정방식과는 달리, 각 관계법률에서 토지의 가액을 자가공시 및 토지등의평가에관한법률(1989.4.1. 법률 제4120호, 이하 토지평가법"이라 한다)에 의한 공시지가를 기준으로 산정하도록 직접 규정하는 방식을 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 **토초세법 제11조 제2항이 지가를 산정하는 기준과 방법을 직접 규정하지 아니하고 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있는 것은**, 헌법 제38조 및 제59조가 천명하고 있는 **조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정할 것을 지시하고 있는 헌법 제75조에 반하는 것이다.**

**대통령령이 정하는 경우 실지거래가액에 의한다고 규정한 구 소득세법 조항에서 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가를 초과하는 경우도 포함하는 것으로 해석하는 경우 (한정위헌)**

헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌바40,95헌바13 전원재판부

**대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 의한다고 규정한 구 소득세법 조항은** 명시적으로는 위임의 범위를 구체적으로 규정하고 있지는 않지만 소득세법의 전 체계, 양도소득세의 본질과 기준시가과세원칙에 내재하는 헌법적 한계 및 이 사건 위임조항의 본문과의 관계등을 종합적으로 고려하여 이 사건 위임조항의 의미를 합리적으로 해석할 때, 이 사건 위임조항은 납세의무자가 기준시가에 의한 양도차익의 산정으로 밀미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 보완하기 위한 규정으로서 결국 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 보아야 하고, 따라서 위 위임의 범위를 벗어나 실지거래가액에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석한다면 그 한도 내에서는 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임법금지원의 원칙에 위반된다.

**대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시 시가 중 큰 금액으로 임차권이 등기된 재산평가 (위헌)**

헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2001헌가5 전원재판부

헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌바78 전원재판부

상속재산 중 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여, **대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 시가 중 큰 금액으로 평가한다고 규정한 구 상속세법(1990.12.31. 법률 제4283호 개정되기 전의 것) 제9조 제4항 제4호는** 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여 대강의 평가기준도 제시하지 아니하고 이를 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임한 것이므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 **헌법 제59조(조세법률주의), 제75조(포괄위임법금지원칙)에 위반된다.**

**지급이자 손금불산입에 해당되는 부동산 범위를 대통령령에 위임 (합헌)**

헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌바92,97헌바25·32

**지급이자의 손금불산입에 해당되는 법인 소유의 비업무용 부동산의 범위를 대통령령에 위임하고 있는 법인세법 조항은 비업무용 부동산의 범위에 관하여 상당히 구체적으로 범위를 한정하여 하위법규인 대통령령에 위임함으로써 보다 세부적인 유형과 판정기준을 그때 그때의 사회경제적 상황에 따라 탄력적으로 대통령령에서 정할 수 있도록 한 것으로서, 누구라도 위 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이어서, 헌법이 정한 위임입법의 한계를 준수하고 있다고 할 것이다.**

**임차권 등기된 상속재산의 가액평가를 당해 재산이 담보하는 채권액 기준 산정 (합헌)**

헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 98헌바92 전원재판부

**사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 상속재산의 가액평가를 "당해 재산이 담보하는 채권액 등을 기준으로" 대통령령이 정하도록 위임한 구 상속세법 조항은** 임차권도 임대보증금이나 차임을 지급하고 다른 사람 소유의 재산을 사용 수익하는 용익권의 하나로서 전세권과 그 기능이 유사하고, 통상 차임은 임대보증금을 기준으로 정해지고, 임대보증금은 전세금과 마찬가지로 당해재산의 실제가액을 기준으로 정해지며 임대보증금 반환청구권 등 임차인의 권리도 그 목적물과 관련하여 동시이행 항변권이나 주택임대차보호법에 의하여 보호받고 있으므로 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 가액평가도 전세권이 등기된 재산의 가액평가를 전세금을 기준으로 하는 것과 같이 임대보증금이나 차임을 기준으로 할 것이라는 것을 짐작하기는 어렵지 않다. 따라서 이 사건 법률 제9조 제4항의 입법취지와 전세권이 등기된 재산에 관한 같은 조항 제3호와의 관련성 등 이 사건 법률의 전반적 체계와 관련 조항에 비추어 이 사건 법률조항의 경우에도 사실상 임대차 계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산에 관하여는 '임대보증금이나 차임을 기준으로' 그 가액을 평가하도록 위임한 것임을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 **헌법 제59조(조세법률주의), 제75조(포괄위임법금지원칙)에 위반된다고 볼 수 없다.**

**법인세법에 따라 처분되는 상여를 '대통령령으로 정하는 날'에 지급 의제 (합헌)**

헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌바84 전원재판부

**법인세법에 따라 처분되는 상여를 '대통령령으로 정하는 날'에 지급한 것으로 보는 구 소득세법 조항은** 소득처분에 관한 구 법인세법 규정 및 소득처분에 의하여 확정된 근로소득에 관한 구 소득세법 규정에 따라 성립한 원천징수의무자의 징수·납부와 관련된 지급시기 의제 규정이다. 따라서 법률에 근거를 두고 그 구체적인 내용을 하위법령에 위임한 것이므로 **조세법률주의원칙에 어긋난다고 보기 어렵다.** 또한 실제 지급일을 알 수 없는 상여처분금액의 '지급시기'를 대통령령에 위임한 것은 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대한 위임으로서, 위임의 명확성과 구체성을 갖추었으므로 **포괄위임법금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.**

**중여세가 부과를 위한 시가의 의미와 인정범위를 규정하고 이를 바탕으로 대통령령에 위임 (합헌)**

헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2008헌바140 전원재판부

**중여세가 부과되는 재산의 가액을 중여일 현재의 시가에 의하도록 하면서, 시가의 의미와 시가로 인정되는 범위를 규정한 구 '상속세 및 중여세법' 조항은** 중여세액의 산출 근거가 되는 중여재산의 평가방법은 시가에 의한다는 점, 시가의 의미는 불특정 다수인 사이에 자유로이 거래가 이루어지는 경우에 통상 성립된다고 인정되는 가액이라는 점 및 시가로 인정되는 범위를 명확하고 일의적으로 규정하고 있고, 법관의 법보충 작용인 해석을 통하여, 중여재산의 가액을 평가하는 기준인 시가의 구체적인 의미와 내용의 명확히 정립되어 있다. 평가방법에 따른 복수의 가액이 존재하더라도, 그 중 어느 것이 '불특정 다수인 사이에 자유로이 거래가 이루어지는 경우에 통상 성립된다고 인정되는 가액'에 해당하는지에 관한 사실인정의 문제가 있을 뿐, 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항들은 **과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 내용으로 하는 조세법률주의에 반하지 아니한다.** 또한, 대통령령에 정하여질 내용은 법 제60조 제2항이 이미 명확하게 규정하고 있는 시가의 의미와 범위를 전제로 하여 이를 구체적으로 분류하거나 예시하여 일반 국민들에 대하여는 예측가능성을 제고하고, 과세관청에 대하여는 실무운영을 위한 지침을 주면서 경우에 따라 경제현실 및 조세환경의 변화에 탄력적으로 대응하기 위한 것일 뿐, 새로운 과세요건을 규정한 것이 아니다. 따라서 국민들의 예측가능성을 해한다고 보기 어려우므로, 법 제60조 제2항은 **포괄위임법금지원칙에 위배되지 아니한다.**

이 사건 법률조항들로 납세의무자가 입게 되는 불이익은 시가를 기준으로 평가한 과세가 개별공시지가 등을 기준으로 한 보충적 평가방법에 의한 과세보다 다액인 경우 그 범위에서의 세액부담 증가인데, 이는 국제기본법 제14조 제2항의 실질과세의 원칙에 따라 본래 내어야 할 세금을 내는 것에 불과하다. 반면 중여재산을 원칙적으로 시가에 의한 금액을 기준으로 평가하여 과세가액을 산정하는 것은 조세평등주의 및 국제기본법 제18조 제1항의 과세평형의 이념에 부합한다. 그렇다면 납세의무자가 입게 되는 불이익이 공익에 비하여 크거나, 자의적이거나 임의적인 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항들은 납세의무자의 **재산권을 침해하지 아니한다.**



## 토지의 취득 당시의 기준시가 산정을 대통령령에 위임 (합헌)

헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2007헌바74 전원재판부

‘지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률’에 의하여 개별공시지가가 고시되기 전에 취득한 토지의 취득 당시의 기준시가의 산정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정한 구 소득세법 조항은 개별공시지가 고시 전 취득한 토지의 취득 당시 기준시가를 산정하는 방법은 부동산시장의 변화와 관련 기술의 진보에 따라 다양하게 변할 수 있는 것이므로 이 사건 법률조항이 위와 같은 기준시가의 산정을 대통령령에 위임한 것은 그 필요성을 충분히 인정할 수 있다. 또한 이 사건 법률조항의 규정형식과 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항의 위임에 따라 소득세법 시행령에 규정될 내용은 ‘개별공시지가가 고시되기 전에 취득한 토지의 취득 당시의 기준시가의 산정’과 관련하여 개별공시지가를 기본으로 하되 개별공시지가가 최초로 고시된 때와 당해 토지를 실제로 취득한 때의 지가의 차이를 감안하여 조정하는 형태가 될 것임을 예측할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

그 시행 전에 이미 양도되어 과세조건이 완성된 토지양도에 대하여 적용되는 것이 아니라 이 사건 법률조항의 시행 후에 양도된 토지에 대하여 적용되는 것이므로, 진정소급입법에 해당하지 아니하고 따라서 소급입법 과세금지원칙에 위반되지 아니한다.

양도소득세 과세표준 계산과 관련된 소득세법의 개정이 잦음에 따라 청구인의 법적상 태 역시 불확실하여 보호할 만한 신뢰이익이 적은 점, 실질과세원칙에 보다 일맞은 새로운 기준시가 제도의 마련이라는 공익목적이 중대한 점, 더욱이 이 사건 법률조항은 청구인의 신뢰 침해를 최소화하기 위한 경과규정이라는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 신뢰보호원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

36. [출제 난도] 중

[정답 및 지문 해설] ①

① [X]

법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하다.

우선 헌법 제75조, 제95조의 내용을 보면, 그 문리해석상 정관에 위임한 경우까지 그 적용 대상으로 하고 있지 않다. 즉 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙은 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정(법규명령)을 주된 대상으로 하고 있는 것이다.

위임입법을 엄격한 헌법적 한계내에 두는 이유는 무엇보다도 권력분립의 원칙에 따라 국민의 자유와 권리에 관계되는 사항은 국민의 대표기관인 의회가 정하는 것이 원칙이라는 법리에 기인한 것이다. 즉, 행정부에 의한 법규사항의 제정은 입법부의 권한 내지 의무를 침해하고 자의적인 시행령 제정으로 국민들의 자유와 권리를 침해할 수 있기 때문에, 엄격한 헌법적 기속을 받게 하는 것이다. 그런데 법률이 행정부가 아니거나 행정부에 속하지 않는 공법적 기관의 정관에 특정 사항을 정할 수 있다고 위임하는 경우에는 그러한 권력분립의 원칙을 훼손할 여지가 없다. 이는 자치입법에 해당되는 영역이므로 자치적으로 정하는 것이 바람직하다.

또한 헌법재판소는 조례의 경우, 조례의 제정권자인 지방의회의 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 판단한 바 있는데, 법률이 공법상의 법인의 정관에 위임한 경우에도 그것이 그 법인의 자치적인 규율 사항이라고 보는 한 같은 법리가 적용된다고 할 수 있다.

한편 외국의 판례를 참조할 때, 독일 연방헌법재판소의 판례 역시 법규명령의 위임입법의 한계를 정한 기본법 규정(제80조 제1항)은 권리능력있는 공법적 기관에게 자치적 규율제정권을 부여하는 경우에는 적용되지 않는다고 판단한 바 있다(BVerfGE 제12권, 319, 325 등).

그러므로 이상의 이유에서 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법상의 포괄위임입법금지의 원칙이 원칙적으로 적용되지 않는다고 볼 것이다.

그러나 공법적 기관의 정관 규율사항이라도 그러한 정관의 제정주체가 사실상 행정부에 해당하거나, 기타 권력분립의 원칙에서 엄격한 위임입법의 한계가 준수될 필요가 있는 경우에는 헌법 제75조, 제95조의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되어야 할 것이다.

한편 법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않는다 하더라도, 그 사항이 국민의 권리 의무에 관련되는 것일 경우에는, 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 것이다.

나아가 비록 기본적으로 본질적인 것이 아닌 권리와 의무에 관한 사항이라도, 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 입법부의 권한 내지 의무로 하는 법치주의 내지 법률유보의 원칙을 고려할 때, 법률에서 정관으로 정하여질 내용을 되도록 범위를 한정시켜 위임하는 것이 바람직하며, 한편 정관으로 제정된 내용은 자의적인 것이어서는 안될 것이다.

(헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마122 전원재판부)

② [O]

‘식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자’는 ‘영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 총리령으로 정하는 사항’을 지켜야 한다고 규정한 구 식품위생법 조항은 식품접객업자를 제외한 어떠한 영업자가 하위법령에서 수범자로 규정될 것인지에 대하여 아무런 기준을 정하고 있지 않다. 비록 수범자 부분이 다소 광범위하더라도 준수사항이 구체화되어 있다면 준수사항의 내용을 통해 수범자 부분을 예측하는 것이 가능할 수 있는데, ‘영업의 위생관리와 질서유지’, ‘국민의 보건위생 증진’은 매우 추상적이고 포괄적인 개념이어서 이를 위하여 준수하여야 할 사항이 구체적으로 어떠한 것인지 그 행위태양이나 내용을 예측하기 어렵다. 또한 ‘영업의 위생관리와 국민의 보건위생 증진’은 식품위생법 전체의 입법목적과 크게 다를 바 없고, ‘질서유지’는 식품위생법의 입법목적에도 포함되어 있지 않은 일반적이고 추상적인 공익의 전체를 의미함에 불과하므로, 이러한 목적의 나열만으로는 식품 관련 영업자에게 행위기준을 제공해주지 못한다. 결국 심판대상조항은 수범자와 준수사항을 모두 하위법령에 위임하면서 위임된 내용에 대해 구체화하고 있지 아니하여 그 내용들을 전혀 예측할 수 없게 하고 있으므로, 포괄위임금지원칙에 위반된다.

(헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2014헌가6, 2015헌가26(병합) 결정)

③ [O]

운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법 조항은 안전하고 원활한 교통의 확보와 자동차 이용 범죄의 예방이라는 심판대상조항의 입법목적, 필요적 운전면허취소 대상범죄를 자동차등을 이용하여 살인·강간 및 이에 준하는 정도의 흉악 범죄나 법익에 중대한 침해를 야기하는 범죄로 한정하고 있는 점, 자동차 운행으로 인한 범죄에 대한 처벌의 특례를 규정한 관련 법조항 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 결국 심판대상조항에 의하여 하위법령에 규정될 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형은 ‘범죄의 실행행위 수단으로 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등과 같이 고의로 국민의 생명과 재산에 큰 위협을 초래할 수 있는 중대한 범죄’가 될 것임을 충분히 예측할 수 있으므로, 심판대상조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : 같은 판결 다른 요지

운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법 조항은 자동차등을 범죄를 위한 수단으로 이용하여 교통상의 위험과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래하는 것을 방지하여 안전하고 원활한 교통을 확보함과 동시에 차관을 이용한 범죄의 발생을 막고자 하는 심판대상조항은 그 입법목적이 정당하고, 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 자동차등을 이

유한 범죄행위의 재발을 일정 기간 방지하는 데 기여할 수 있으므로 이는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이나, 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 ... **침해의 최소성 원칙에 위배되고**, 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 직업의 자유의 제약을 초래하고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 초래하여 일반적 행동의 자유를 제약하므로 **법익의 균형성 원칙에도 위배되어** 청구인의 **직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다.**

④ 【○】

**의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 의료법 조항**은 본문이 경제적 이익의 수수를 원칙적으로 금지하고, 그 단서에서는 예외적으로 허용되는 사유를 열거하면서 그 구체적 범위만을 보건복지부령으로 정하도록 위임하였고, 그 방법도 ‘건본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 할인비용, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익등인 경우’라고 규정하여 하위법령에서 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하고 있으므로 심판대상조항은 **포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.**

(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바374 전원재판부)

c.f. 한 결음 더 : **같은 판결 다른 요지**

**의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 의료법 조항**은 의약품 리베이트로 인하여 약제비가 인상되는 것을 방지함으로써 국민건강보험의 재정건전화를 기하고, 의사로 하여금 환자를 위하여 최선의 약품을 선택하도록 유도하여 국민의 건강증진을 도모하는 한편, 보건의료시장에서 공정하고 자유로운 경쟁을 확보하기 위한 것으로 입법 목적의 정당성이 인정되며, 형사처벌은 이러한 입법목적의 실현에 기여하는 적절한 수단이다. 기존의 제한적 처벌규정과 약가제도만으로는 리베이트 근절에 한계가 있어 보다 강력한 제재수단이 필요하게 된 점 등을 감안하면 침해의 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 법익균형성도 충족되므로 심판대상조항은 **직업의 자유를 침해하지 않는다.**

**의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 의료법 조항**은 의약품은 국민건강과 직결된 고도의 공익성을 띤 제품으로 환자에게 정보나 선택권이 없는 상황에서 의료인의 이해관계에 따라 거래되는 특수한 구조이기 때문에 공적 규제의 필요성이 높다는 점에서 일반제품의 거래와는 다르므로 그 차별취급에 합리적인 이유가 있어 **평등원칙에 반하지 않는다.**

37번 ~ 40번 문제는 순경공채 시험범위 밖이라  
생각하여 해설을 만들지 않았습니다. 죄송합니다..