

이국령 헌법

2024 경찰간부 헌법 해설

경찰학원 전화번호 안내 서울특별시 동작구 노량진로134 HS타워(이도타워) 5-7층



노람진학원
T. 1544-0336



온라인학원
T. 1544-5006

2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

안녕하세요.

월비스 경찰학원에서 헌법을 담당하고 있는 이국령 강사입니다.

2024년 8월 3일에 시행된 경찰간부 헌법 과목의 총평과 해설자료를 올려 드립니다.

공부에 도움이 되기를 바랍니다. 시험 보신 분들 모두 고생 많으셨습니다.

<출제유형 분석> 총 160지문

1. 조문과 판례 비중 : **헌법조문 2지문 / 부속법령조문 4지문 / 판례 154지문**
2. 판례에 근거한 154지문 중 **헌법재판소 판례 149지문 / 대법원 판례 5지문**
3. **3개년(2021년 1월 ~ 2024년 7월) 최신판례의 비중 (154지문 중 69지문, 약 44.8%)**
※ 2021년 판례 11개 / 2022년 판례 17개 / 2023년 판례 19개 / 2024년 판례 22개

<총평>

아주 어려운 시험은 아니었으나, 쉽게 답을 고르기 어렵도록 출제위원께서 신경 쓰신 문제가 꽤 있었습니다.

그런 문제들을 실수 없이 잘 맞추면 합격권에 이를 수 있는 시험이었다고 생각합니다.

특히 2024년 상반기 최신판례까지 익히고 있어야 정답을 골라낼 수 있는 문제들이 제법 있는 등 최신판례의 비중이 상당히 컸던 시험이었습니다.

이런 경향을 대비하기 위해 시험 전에 최신판례/최신기출을 정리해 드린 것입니다.

또한 최신 대법원 판례가 '통신의 자유'나 '주거의 자유' 파트에서 출제가 되었는데

이는 평소에 형사법을 열심히 공부하였던 수준이라면 충분히 정답을 골라낼 수 있던 것으로 파악됩니다.

경찰간부 시험은 일반경찰 시험과 범위는 같으나 40문제를 출제해야 하므로 좀 더 세부적인 내용들이 출제됩니다.

각종 직렬의 기출들을 풍부히 풀어보면서 최신판례도 꼼꼼히 대비하는 방향으로 공부해 나가야 합니다.

<해설자료>

다음 페이지부터 해설자료가 시작됩니다.

최신판례에 해당하는 내용은 해설에 **최신판례** 표시를 해 두었고,

해설 이외에 조금 설명이 필요하겠다 싶은 부분들은 해설 밑에 ※ 표시로 보충해 두었습니다.

감사합니다.



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

1. 헌법의 제·개정에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이요 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아닐 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다.

② 성문헌법의 개정은 헌법의 조문이나 문구의 명시적이고 직접적인 변경을 내용으로 하는 헌법개정안의 제출에 의하여야 하고, 하위규범인 법률의 형식으로 일반적인 입법절차에 의하여 개정될 수는 없다.

③ 대법원은 헌법개정에 관한 국민투표에 관하여 「국민투표법」 또는 「국민투표법」에 의하여 발하는 명령에 위반하는 사실이 있는 경우라도 국민투표의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 국민투표 무효의 판결을 하여야 하며, 국민투표의 일부의 무효를 판결할 수는 없다.

④ 헌법개정에 관한 국민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 투표인은 투표인 10만인 이상의 찬성을 얻어 중앙선거관리위원회 위원장을 피고로 하여 투표일로부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

<정답> ③

<해설>

① (○) 『우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이요 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아닐 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다. 이러한 점과 앞에서 검토한 현행 헌법 및 헌법재판소법의 명문의 규정취지에 비추어, 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정제한계론은 그 자체로서의 이론적 타당성 여부와 상관없이 우리 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 원용될 수 있는 것이 아니다』(헌재 1995.12.28. 95헌바3).

② (○) 『우리나라와 같은 성문의 경성헌법 체제에서 인정되는 관습헌법 사항은 하위규범형식인 법률에 의하여 개정될 수 없다』(헌재 2004.10.21. 2004헌마554 등).

③ (×) 국민투표법 제93조(국민투표무효의 판결) 대법원은 제92조의 규정에 의한 소송에 있어서 국민투표에 관하여 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 명령에 위반하는 사실이 있는 경우라도 국민투표의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 국민투표의 전부 또는 일부의 무효를 판결한다.

④ (○) 국민투표법 제92조(국민투표무효의 소송) 국민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 투표인은 투표인 10만인 이상의 찬성을 얻어 중앙선거관리위원회 위원장을 피고로 하여 투표일로부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

2. 북한 및 북한주민에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 개별법률의 적용 내지 준용에 있어서 남북한의 특수관계적 성격을 고려하더라도 북한지역을 외국에 준하는 지역으로 규정할 수 없다.

② 마약거래범죄자인 북한이탈주민을 보호대상자로 결정하지 않을 수 있도록 규정한 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제9조 제1항 제1호 중 ‘마약거래’에 관한 부분은 북한이탈주민의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

③ 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」상 ‘북한이탈주민’이란 군사분계선 이북지역에 주소, 직계 가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다.

④ 탈북의료인에게 국내 의료면허를 부여할 것인지 여부는 북한의 의학교육 실태와 탈북의료인의 의료수준, 탈북의료인의 자격증명방법 등을 고려하여 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 규율할 사항이지, 헌법조문이나 헌법해석에 의하여 바로 입법자에게 국내 의료면허를 부여할 입법의무가 발생한다고 볼 수는 없다.

<정답> ①

<해설>

① (×) 『우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다』(대판 2004.11.12. 2004도4044, 헌재 2005.6.30. 2003헌바114).

② (○) 헌재 2014.3.27. 2012헌바192

③ (○) 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(북한이탈주민법)에서 보호대상이 되는 북한이탈주민이란 군사분계선 이북지역에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다(동법 제2조 제1호). 따라서 외국국적을 취득한 북한주민의 경우에는 해당 법률의 보호대상이 되지 않는다.

④ (○) 헌재 2006.11.30. 2006헌마679



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

3. 헌법 전문에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은 몇 개인가?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

가. 1962년 제5차 개정 헌법에서 헌법 전문을 처음으로 개정하여 4·19 의거의 이념을 명문화하였다.

나. “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책”은 헌법전문에서 규정하고 있다.

다. 헌법은 전문에서 ‘3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’한다고 선언하고 있는바, 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다.

라. 헌법 전문에서 ‘대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하였다’라고 규정되어 있지만, 국가가 독립유공자의 후손인 청구인에게 일본제국주의의 각종 통치기구 등으로부터 수탈당한 청구인 조상들의 특정 토지에 관하여 보상을 해주어야 할 작위의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로 특별히 구체적으로 규정되어 있다거나 해석상 도출된다고 볼 수 없다.

- ① 없음 ② 1개 ③ 2개 ④ 3개

<정답> ②

<해설>

가. (○) 1948년 제헌헌법때부터 존재하던 헌법전문은 1962년 제5차 개정헌법에서 처음으로 개정되었고, 4·19 의거의 이념을 명문화하였다.

나. (×) 헌법전문이 아니라 헌법 제4조에 규정되어 있다.

헌법 제4조 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.

다. (○) 『헌법은 국가유공자 인정에 관하여 명문 규정을 두고 있지 않으나 전문(前文)에서 “3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승”한다고 선언하고 있다. 이는 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언한 것이고, 그렇다면 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여는 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다.』(헌재 2005.6.30. 2004헌마859).

라. (○) 『헌법 전문에서 ‘대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하였다’라고 규정되어 있지만, 위 내용만으로 위와 같은 작위의무가 헌법에서 유래하는 작위의무로 특별히 구체적으로 규정되어 있다거나 해석상 도출된다고 볼 수 없다. 또한 관련법령인 ‘독립유공자예우에 관한 법률’을 보면 독립유공자의 유족 또는 가족에게 보상금, 사망일시금 등을 지급한다고 규정되어 있지만(제12조, 제13조 등) 위 조항 자체로부터 일제에 의해 수탈된 특정 토지에 관한 보상과 관련된 구체적인 작위의무가 곧바로 도출된다고 보기는 어렵다. 따라서 청구인이 다루는 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사의 부작위에 해당하지 아니하므로, 이 사건 심판청구는 작위의무 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로서 부적법하다.』(헌재 2019.7.2 2019헌마647).

4. 국민주권 및 민주주의 원리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권과 국가교육권도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다.

② 국민주권주의는 국가권력의 민주적 정당성을 의미하는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 국민전체가 직접 국가기관으로서 통치권을 행사하여야 한다는 것은 아니므로, 주권의 소재와 통치권의 담당자가 언제나 같을 것을 요구하는 것이 아니다.

③ 민주주의 원리의 한 내용인 국민주권주의는 모든 국가권력이 국민의 의사에 기초해야 한다는 의미일 뿐만 아니라 국민이 정치적 의사결정에 관한 모든 정보를 제공받고 직접 참여하여야 한다는 의미이다.

④ 국민주권의 원리는 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등과 함께 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서의 주요한 요소라고 볼 수 있다.

<정답> ③

<해설>

① (○) 『국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권과 국가교육권(교육입법권·교육행정권·교육감독권 등)도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다.』(헌재 2000.3.30. 99헌바113).

② (○) 『국민주권주의를 구현하기 위하여 헌법은 국가의 의사결정 방식으로 대의제를 채택하고, 이를 가능하게 하는 선거 제도를 규정함과 아울러 선거권, 피선거권을 기본권으로 보장하며, 대의제를 보완하기 위한 방법으로 직접민주제 방식의 하나인 국민투표제도를 두고 있다(제72조, 제130조 제2항). 이러한 국민주권주의는 국가권력의 민주적 정당성을 의미하는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 국민전체가 직접 국가기관으로서 통치권을 행사하여야 한다는 것은 아니므로 주권의 소재와 통치권의 담당자가 언제나 같을 것을 요구하는 것이 아니고, 예외적으로 국민이 주권을 직접 행사하는 경우 이외에는 국민의 의사에 따라 통치권의 담당자가 정해짐으로써 국가권력의 행사도 궁극적으로 국민의 의사에 의하여 정당화될 것을 요구하는 것이다.』(헌재 2009.3.26. 2007헌마843).

③ (×) 『민주주의 원리의 한 내용인 국민주권주의는 모든 국가권력이 국민의 의사에 기초해야 한다는 의미일 뿐 국민이 정치적 의사결정에 관한 모든 정보를 제공받고 직접 참여하여야 한다는 의미는 아니다.』(헌재 2016.10.27. 2012헌마121).

④ (○) 국민주권의 원리는 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등과 함께 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서의 주요한 요소라고 볼 수 있다.



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

5. 국제평화주의 및 문화국가 원리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(자유권규약)의 조약상 기구인 자유권규약위원회의 견해(Views)는 규약당사국이 존중해야 하므로, 그 견해에 따라 우리 입법자는 기존에 유죄판결을 받은 양심적 병역거부자에 대해 전과기록말소 등의 구제조치를 할 입법의무가 발생한다.

② 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에게 법원이 소송비용담보 제공명령을 하도록 한 구 「민사소송법」 제117조 제1항이 주로 외국인에게 적용된다는 사정만으로 외국인의 지위를 침해하는 법률조항이라고 할 수는 없으므로 헌법 제6조 제2항에 위배되지 아니한다.

③ 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 한다.

④ 국가가 민족문화유산을 보호하고자 하는 경우 이에 관한 헌법적 보호법익은 '민족문화유산의 존속' 그 자체를 보장하는 것이고, 원칙적으로 민족문화유산의 훼손 등에 관한 가치보상(價値補償)이 있는지 여부는 이러한 헌법적 보호법익과 직접적인 관련이 없다.

③ (○) 『헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.』(헌재 2005.2.3. 2001헌가9 등).

④ (○) 『헌법 제9조의 규정취지와 민족문화유산의 본질에 비추어 볼 때, 국가가 민족문화유산을 보호하고자 하는 경우 이에 관한 헌법적 보호법익은 '민족문화유산의 존속' 그 자체를 보장하는 것이고, 원칙적으로 민족문화유산의 훼손 등에 관한 가치보상이 있는지 여부는 이러한 헌법적 보호법익과 직접적인 관련이 없다.』(헌재 2003.1.30. 2001헌바64).

<정답> ①

<해설>

① (×) 『우리나라가 자유권규약의 당사국으로서 자유권규약위원회의 견해를 존중하고 고려하여야 한다는 점을 감안하더라도, 피청구인에게 이 사건 견해에 언급된 양심적 병역거부를 이유로 유죄판결을 받은 청구인들에 대하여 전과기록 말소 및 충분한 보상을 포함한 구제조치를 그대로 이행하는 법률을 제정할 구체적인 입법의무가 발생하였다고 보기는 어려우므로, 이 사건 심판청구는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 입법부작위를 대상으로 한 것으로서 부적법하다.』(헌재 2018.7.26. 2011헌마306 등).

② (○) 『헌법 제6조 제2항에 의하면 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장되는데, 우리나라에 효력이 있는 국제법과 조약 중 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 외국인이 소를 제기한 경우에 소송비용담보제공명령을 금지하는 국제법이나 조약을 찾아볼 수 없고, 이 사건 법률조항은 그 적용대상을 외국인으로 한정하고 있지 아니할 뿐만 아니라 외국인을 포함하여 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제6조 제2항에 위배되지 아니한다.』(헌재 2011.12.29. 2011헌바57).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

6. 외국인의 기본권 주체성에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 헌법상 근로의 권리는 ‘일할 환경에 관한 권리’를 내포하고 있는 바, 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등은 외국인에게도 기본권 주체성이 인정된다.
- ② 외국인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성·유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 해당 외국인에게도 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다.
- ③ 외국인은 자격제도 자체를 다룰 수 있는 기본권주체성이 인정되지 않지만, 국가자격제도와 관련된 평등권에 관하여는 따로 기본권주체성을 인정할 수 있다.
- ④ 외국인이 복수국적을 누릴 자유가 우리 헌법상 행복추구권에 의하여 보호되는 기본권이라고 보기 어려우므로 외국인의 기본권주체성 내지 기본권침해가능성을 인정할 수 없다.

<정답> ③

<해설>

- ① (○) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670
- ② (○) 『직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다.』(헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등).
- ③ (×) 『직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있는 국민의 권리에 해당한다. 국가정책에 따라 정부의 허가를 받은 외국인은 정부가 허가한 범위 내에서 소득활동을 할 수 있는 것이므로, 외국인(외국국적동포)이 국내에서 누리는 직업의 자유는 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리이다. 따라서 외국인인 청구인에게는 그 기본권주체성이 인정되지 아니하며, 자격제도 자체를 다룰 수 있는 기본권주체성이 인정되지 아니하는 이상 국가자격제도에 관련된 평등권에 관하여 따로 기본권주체성을 인정할 수 없다.』(헌재 2014.8.28. 2013헌마359).
- ④ (○) 『참정권과 입국의 자유에 대한 외국인의 기본권주체성이 인정되지 않고, 외국인이 대한민국 국적을 취득하면서 자신의 외국 국적을 포기한다 하더라도 이로 인하여 재산권 행사가 직접 제한되지 않으며, 외국인이 복수국적을 누릴 자유가 우리 헌법상 행복추구권에 의하여 보호되는 기본권이라고 보기 어려우므로, 외국인의 기본권주체성 내지 기본권침해가능성을 인정할 수 없다.』(헌재 2014.6.26. 2011헌마502).

7. 기본권 보호의무에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 헌법 제10조 제2문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다.
- ② 기본권 보호의무는 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데 이는 국가의 보호의무 없이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.
- ③ 태아가 사산한 경우에 한해서 태아 자신에게 불법적인 생명 침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 단지 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에서 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않는 것이라고 할 수 없다.
- ④ 국가가 기본권 보호의무를 다하지 못하였다는 이유로 입법부작위 내지 불완전한 입법이 헌법에 위반된다고 판단할 때에는, 국가권력에 의해 국민의 기본권이 침해당하는 경우와는 다른 판단기준이 적용되어서는 아니 된다.

<정답> ④

<해설>

- ① (○) 『헌법 제10조 제2문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다. 이러한 국가의 기본권 보호 의무로부터 국가 자체가 불법적으로 국민의 생명권, 신체의 자유 등의 기본권을 침해하는 경우 그에 대한 손해배상을 해주어야 할 국가의 행위의무가 도출된다고 볼 수 있다.』(헌재 2003.1.30. 2002헌마358).
- ② (○) 헌재 2009.2.26. 2005헌마764
- ③ (○) 헌재 2008.7.31. 2004헌바81
- ④ (×) 국가권력에 의해 국민의 기본권이 침해당하는 경우에는 과잉금지원칙 위반 여부를 심사기준으로 하지만, 국가가 기본권 보호 의무를 다하지 못하였다는 이유로 입법부작위 내지 불완전한 입법이 헌법에 위반된다고 판단할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지 원칙’의 위반 여부를 기준으로 하기 때문에 서로 다른 판단기준이 적용된다.



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

8. 선거제도에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 선거구 획정에 있어서 인구비례의 원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비해 기본적으로 일차적인 기준이어야 하므로, 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서 행정구역 내지 지역대표성 등 2차적 요소를 고려해서는 아니 된다.

② 헌법 제24조는 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 아니라 국민의 기본권을 법률에 의하여 구체화하라는 뜻이며 선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미이다.

③ 비례대표제를 채택하는 경우 직접선거의 원칙은 의원의 선출 뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는바, 비례대표의원의 선거는 지역구위원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 한다.

④ 예비후보자 선거비용을 후보자가 부담한다고 하더라도 그것이 지나치게 다액이라서 선거공영제의 취지에 반하는 정도에 이른다고 할 수는 없고, 예비후보자의 선거비용을 보전해 줄 경우 선거가 조기에 과열되어 악용될 수 있으므로, 예비후보자의 선거비용을 보전대상에서 제외하고 있는 「공직선거법」 제122조의 2 제2항 제1호 중 ‘지역구 국회의원선거의 후보자’에 관한 부분은 선거운동의 자유를 침해하지 않는다.

<정답> ①

<해설>

① (×) 『선거권의 평등은 투표가치의 평등을 의미하므로 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서도 인구비례 원칙에 의한 투표가치의 평등은 가장 중요하고도 우선적이며 일차적인 기준으로 고려되어야 한다. 그리고 자치구·시·군의회의원도 국회의원이나 시·도회의원과 마찬가지로 주민대표임과 동시에 비록 그 대표하는 지역의 크기는 다르지만 지역대표로서의 성격을 갖고 있음을 부인할 수 없고, 또한 그 정도는 다르지만 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌 간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형이 존재하는 점은 마찬가지로 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서도 행정구역이나 교통, 지세 등의 2차적인 요소들을 인구비례원칙에 못지않게 함께 고려해야 할 필요성도 적지 않다 할 것이다. 그렇다면 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서는 인구비례의 원칙 이외에 행정구역, 지세, 교통 등 2차적 요소들을 적절하게 고려하여 선거구들 사이에 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화하고, 이를 통해서 합리적인 인구편차 기준을 설정하는 것이 과제라고 할 것이다』(헌재 2009.3.26. 2006헌마14).

- ② (○) 헌재 2007.6.28. 2004헌마644 등
- ③ (○) 헌재 2001.7.19. 2000헌마91 등
- ④ (○) 헌재 2018.7.26. 2016헌마524 등

9. 인격권에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

가. 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 「민법」 제844조 제2항 중 ‘혼인관계의 종료의 날로부터 300일 이내에 출생한 자’에 관한 부분은 모(母)가 가정생활과 신분관계 에서 누려야 할 인격권을 침해한다.
나. 청구인인 수행자가 출정할 때 교도관이 동행하면서 청구인에게 행정법정 방청석에서 청구인의 변론 순서가 될 때까지 보호장비를 착용하도록 한 것은, 과잉금지의 원칙에 위반되어 청구인의 인격권을 침해한다.

다. 민사재판에 당사자로 출석하는 수행자에 대하여 사복착용을 허용하지 아니한 것은 수행자의 인격권을 침해하지 아니한다.

라. 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함될 수 있으나, ‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 사회적 평가, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함되지 않는다.

- ① 없음
- ② 1개
- ③ 2개
- ④ 3개

<정답> ②

<해설>

가. (○) 헌재 2015.4.30. 2013헌마623

나. (×) 『청구인이 2017. 10. 17. 대구지방법원에 출정할 때 피청구인이 청구인에게 행정법정 방청석에서 청구인의 변론 순서가 될 때까지 대기하는 동안 수갑 1개를 착용하도록 한 행위는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 신체의 자유와 인격권을 침해하지 않는다.』(헌재 2018.7.26. 2017헌마1238).

다. (○) 헌재 2015.12.23. 2013헌마712

라. (○) 『‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 법적으로 보호받는 명예에 포함된다고 할 수 없다.』(헌재 2005.10.27. 2002헌마425).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

10. 일반적 행동자유권에 대한 설명으로 적절하지 않은 것은 몇 개인가? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

가. 가족에 대한 수행자의 접근교통권은 비록 헌법에 열거되지는 아니하였지만 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로서의 일반적 행동자유권으로부터 나온다.

나. 자신이 속한 부분사회의 자치적 운영에 참여하는 것은 사회공동체의 유지, 발전을 위하여 필요한 행위로서 특정한 기본권의 보호범위에 들어가지 않는 경우에는 일반적 행동자유권의 대상이 된다.

다. 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우 모든 범위의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 규정하여, '부정 취득하지 않은 운전면허'까지 필요적으로 취소하도록 한 것은, 과잉금지원칙에 반하여 운전면허 소유자의 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다.

라. 병역의무의 이행으로서의 현역병 복무는 국가가 간섭하지 않으면 자유롭게 할 수 있는 행위에 속하므로, 현역병으로 복무할 권리는 일반적 행동자유권에 포함된다고 할 수 있다.

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

<정답> ②

<해설>

가. (○) 『수행자가 갖는 접근교통권은 가족 등 외부와 연결될 수 있는 통로를 적절히 개방하고 유지함으로써 가족 등 타인과 교류하는 인간으로서의 기본적인 생활관계가 인신의 구속으로 완전히 단절되어 정신적으로 황폐하게 되는 것을 방지하기 위하여 반드시 보장되지 않으면 안되는 인간으로서의 기본적인 권리에 해당하므로 성질상 헌법상의 기본권에 속한다. 이러한 **수행자의 접근교통권은 비록 헌법에 열거되지는 아니하였지만 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로서의 일반적 행동자유권으로부터 나온다고 할 것이다**』(헌재 2009.9.24. 2007헌마738).

나. (○) 『**자신이 속한 부분사회의 자치적 운영에 참여하는 것은 사회공동체의 유지, 발전을 위하여 필요한 행위로서 특정한 기본권의 보호범위에 들어가지 않는 경우에는 일반적 행동자유권의 대상이 되므로**, 사적 자치의 영역에 국가가 개입하여 법령으로 자치활동의 목적이나 절차, 그 방식 또는 내용을 규율함으로써 일부 구성원들의 자치활동에 대한 참여를 제한한다면 해당 구성원들의 일반적 행동자유권이 침해될 가능성이 있다』(헌재 2015.7.30. 2012헌마957).

다. (×) 『심판대상조항이 '부정 취득한 운전면허'를 필요적으로 취소하도록 한 것은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다. 반면, **심판대상조항이 '부정 취득하지 않은 운전면허'까지 필요적으로 취소하도록 한 것은, 임의적 취소·정지 사유로 함으로써 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택하도록 하는 등 완화된 수단에 의해서도 입법목적에 같은 정도로 달성하기에 충분하므로, 피해의 최소성 원칙에 위배된다.** ... 따라서 심판대상조항 중 각 '거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허를 제외한 운전면허'를 필요적으로 취소하도록 한 부분은, 과잉금지원칙에 반하여 일반적 행동의 자유 또는 직업의 자유를 침해한다(일부 적극)』(헌재 2020.6.25. 2019헌가9 등).

라. (×) 『헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권은 모든 행위를 하거나 하지 않을 자유를 내용으로 하나, 그 보호대상으로서의 행동이란 국가가 간섭하지 않으면 자유롭게 할 수 있는 행위 내지 활동을 의미하고, 이를 국가권력이 가로막거나 강제하는 경우 자유권의 침해로서 논의될 수 있다 할 것인데, 병역의무의 이행으로서의 현역병 복무는 국가가 간섭하지 않으면 자유롭게 할 수 있는 행위에 속하지 않으므로, **현역병으로 복무할 권리가 일반적 행동자유권에 포함된다고 할 수도 없다**』(헌재 2010.12.28. 2008헌마527).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

11. 자기결정권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있다.

② 배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 「형법」 제241조는 입법목적의 정당성이 인정되지만, 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 「형법」 제304조 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분은 입법목적의 정당성이 인정되지 않는다.

③ 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 「형법」 제269조 제1항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 정당하지만, 낙태를 방지하기 위하여 임신한 여성의 낙태를 형사처벌하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 할 수 없다.

④ 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육 환경에 관하여 스스로 결정할 권리를 부여한다.

<정답> ③

<해설>

① (○) 현재 2012.8.23. 2010헌바402

② (○) 『배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법 제241조는 선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성은 인정된다. 그러나 수단의 적합성과 피해의 최소성 그리고 법익의 균형성이 인정되지 않아 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.』(헌재 2015.2.26. 2011헌가31 등).

『이 사건 법률조항이 혼인빙자간음행위를 형사처벌함으로써 남성의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없고, 나아가 이 사건 법률조항은 남성의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위를 제한하므로 우리 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 역시 제한하는 것으로 보인다. … 이 사건 법률조항은 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하였으므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과잉제한하는 것으로 헌법에 위반된다.』(헌재 2009.11.26. 2008헌바58 등).

③ (×) 『자기낙태죄 조항은 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되나, 침해의 최소성과 법익의 균형성 원칙에 위반하였으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다.』(헌재 2019.4.11. 2017헌바127).

④ (○) 현재 2004.5.27. 2003헌가1 등

12. 평등 위반 여부를 심사하는 데 있어서 심사기준이 나머지 셋과 다른 하나는? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 임대차기간이 10년인 공공건설임대주택의 분양전환가격을 임대차기간이 5년인 공공건설임대주택의 분양전환가격과 다른 기준에 따라 산정하도록 하는 구 「임대주택법 시행규칙」 조항의 해당 부분

② 「교통사고처리특례법」 조항 중 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분

③ 상이연금 지급자에 대한 공무원 재직기간 합산방법을 규정하지 않은 구 「공무원연금법」 조항

④ 사망한 가입자 등에 의하여 생계를 유지하고 있지 않은 자녀 또는 25세 이상인 자녀를 유족연금을 받을 수 있는 자녀의 범위에 포함시키지 않은 「국민연금법」 조항 중 해당 부분

<정답> ②

<해설> ①, ③, ④ 판례는 평등권 심사과정에서 완화된 심사기준인 자의금지원칙이 적용되었으나, ② 판례는 평등권 심사과정에서 엄격한 심사기준인 비례원칙이 적용되었다.

① 최신판례 『심판대상조항으로 인하여 10년 임대주택의 임차인과 5년 임대주택의 임차인 사이의 차별 취급이 평등권을 침해하는지 여부를 심사할 때에는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용한다.』 (헌재 2021.4.29. 2019헌마202).

② 『국민의 생명·신체의 안전은 다른 모든 기본권의 전제가 되며, 인간의 존엄성에 직결되는 것이므로, 단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 중상해를 입은 피해자와 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고 피해자 사이의 차별 문제는 단지 자의성이 있었느냐의 점을 넘어서 입법목적과 차별간에 비례성을 갖추었는지 여부를 더 엄격하게 심사하는 것이 바람직하고, 교통사고 운전자의 기소 여부에 따라 피해자의 헌법상 보장된 재판절차진술권이 행사될 수 있는지 여부가 결정되어 이는 기본권 행사에 있어서 중대한 제한을 구성하기 때문에, 이 사건에 대하여는 종전 선례인 헌법재판소 1997. 1. 16. 90헌마110 등 사건의 결정 이후에 변화된 판례에 따라 엄격한 심사기준에 의하여 판단하기로 한다.』(헌재 2009.2.26. 2005헌마764 등).

③ 『입법자가 연금수급권의 구체적 내용을 어떻게 형성할 것인지에 관해서 원칙적으로 광범위한 형성의 자유를 가지고 있는바, 이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 분야도 아니고, 기본권에 중대한 제한을 초래하는 영역도 아니어서 엄격한 심사가 아닌 완화된 심사척도에 따른다.』(헌재 2019.12.27. 2017헌바169).

④ 『이 사건 유족 범위 조항에 의한 차별은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 영역에 관한 것이거나 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 것이 아니므로, 이 사건 유족 범위 조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준에 따라 입법자의 결정에 합리적인 이유가 있는지를 심사하기로 한다.』(헌재 2019.2.28. 2017헌마432).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

13. 평등의 원칙 또는 평등권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 전기판매사업자에게 약관의 명시·교부의무를 면제한 「약관의 규제에 관한 법률」 해당 조항 중 ‘전기사업’에 관한 부분은 일반 사업자와 달리 전기판매사업자에 대하여 약관의 명시·교부의무를 면제하고 있더라도 평등원칙에 위반되지 아니한다.

② ‘국가, 지방자치단체, 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 공공기관’이 시행하는 개발사업과 달리, 학교법인이 시행하는 개발사업은 그 일체를 개발부담금의 제외 또는 경감 대상으로 규정하지 않은 ‘개발이익 환수에 관한 법률’ 해당 조항 중 ‘공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 공공기관’에 관한 부분은 평등원칙에 위반된다.

③ 헌법불합치결정에 따라 실질적인 혼인관계가 존재하지 아니한 기간을 제외하고 분할연금을 산정하도록 개정된 「국민연금법」 조항을 개정법 시행 후 최초로 분할연금 지급사유가 발생한 경우부터 적용하도록 하는 「국민연금법」 부칙 제2조가 분할연금 지급 사유 발생시점이 신법 조항 시행일 전·후인지와 같은 우연한 사정을 기준으로 달리 취급하는 것은 합리적인 이유를 찾기 어렵다.

④ ‘직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자’ 이외의 친족 사이의 재산범죄를 친고죄로 규정한 「형법」 제328조 제2항은 일정한 친족 사이에서 발생한 재산범죄의 경우 피해자의 고소를 소추조건으로 정하여 피해자의 의사에 따라 국가형벌권 행사가 가능하도록 한 것으로서 합리적 이유가 있다.

<정답> ②

<해설>

① (○) **최신판례** 헌재 2024.4.25. 2022헌바65

② (×) **최신판례** 『‘국가’는 개발이익의 환수 주체이고, ‘지방자치단체’는 개발이익의 배분 대상이므로, 이들이 시행하는 개발사업의 경우 그 개발이익을 환수할 필요성이 없거나 낮다. ‘공공기관’이 시행하는 개발사업의 경우, 그 개발이익을 공공기관이 일단 보유하고 있다가 추후 국가사업을 대행하거나 위임받아 수행할 때 다시 사용하도록 할 수 있다는 점에서, 개발이익을 전부 환수할 필요성이 낮다. 따라서 국가 등이 시행하는 개발사업은, 개발부담금 제외 또는 경감 대상으로 규정할 이유가 있다. 반면 ‘학교법인’이 시행하는 개발사업의 경우, 그 개발이익이 곧바로 국가 또는 지방자치단체에 귀속된다거나 추후 국가사업에 다시 사용될 것이 예정되어 있지 않다. 또한 해당 개발이익은 학교법인과 사립학교의 학생 및 교직원 등만이 독점적으로 향유할 뿐 공동체 전체가 공평하게 향유할 수도 없으므로, 개발부담금 제외 또는 경감 대상으로 규정할 특별한 이유를 찾을 수 없다. 결국 심판대상조항은 국가 등과 학교법인을 합리적인 이유 없이 차별취급한다고 볼 수 없으므로, 평등원칙에 위반되지 않는다』(헌재 2024.5.30. 2020헌바179).

③ (○) **최신판례** 『심판대상조항은 국민연금법 제64조 제1항 및 제4항의 개정규정을 신법 조항 시행 후 최초로 분할연금 지급사유가 발생한 경우부터 적용하도록 규정하고 있는바, 실질적인 혼인관계가 해소되어 분할연금의 기초가 되는 노령연금 수급권 형성에 아무런 기여가 없는 경우에는 노령연금 분할을 청구할 전제를 갖지 못한 것으로 볼 수 있다는 점에서 분할연금 지급 사유 발생 시점이 신법 조항 시행일 전인 경우와 후인 경우 사이에 아무런 차이가 없으므로, 분할연금 지급 사유 발생시점이 신법 조항 시행일 전·후인지와 같은 우연한 사정을 기준으로 달리 취급하는 것은 합리적인 이유를 찾기 어렵다. 신법 조항의 소급 적용은 분할연금 수급권자에 대한 소급입법에 따른 재산권 침해로 이어질 여지도 있으나 소급입법금지원칙이나 신뢰보호원칙의 측면에서 보더라도 중전 헌법불합치결정 이후 신법 조항 시행일 전에 분할연금 지급사유가 발생한 경우 신법 조항 시행일 이후에 이행기가 도래하는 분할연금 수급권까지 신법 조항을 적용하지 않도록 한 것은 차별을 정당화 할 합리적인 이유가 있는 것으로 보기 어렵고, 중전 헌법불합치결정의 취지에도 어긋난다. 따라서 심판대상조항은 평등원칙에 위반된다』(헌재 2024.5.30. 2019헌가29).

④ (○) **최신판례** 『심판대상조항은 가족의 가치를 중시하는 우리나라의 역사·문화적 특징이나 형벌의 보충성을 고려할 때 그 필요성을 인정할 수 있다. 친족 사이에 발생한 재산범죄의 경우 친족관계의 특성상 친족 사회 내부에서 피해의 회복 등 자율적으로 문제를 해결할 가능성이 크고 재산범죄는 피해의 회복이나 손해의 전보가 비교적 용이한 경우가 많은 점, 형사소송법은 고소권자인 피해자의 고소의 의사표시가 어려운 경우의 보완규정을 두고 있는 점을 종합하면, 피해자의 고소를 소추조건으로 하여 피해자의 의사에 따라 국가형벌권 행사가 가능하도록 한 심판대상조항은 합리적 이유가 있으므로 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다』(헌재 2024.6.27. 2023헌바449).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

14. 죄형법정주의의 명확성원칙에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 의약외품이 아닌 것을 용기·포장 또는 첨부 문서에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시를 하거나, 이와 같은 의약외품과 유사하게 표시된 것을 판매하는 것을 금지하는 구 「약사법」 조항 가운데 ‘표시’ 및 ‘표시된 것의 판매’에 관한 부분을 준용하는 부분의 ‘의학적 효능·효과 등’이라는 표현은 명확성원칙에 위배된다.

② 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제2조 제1호 카목의 ‘그 밖에 국가의 회계사무를 처리하는 사람’은 그 의미가 불명확하므로 명확성원칙에 위배된다.

③ 허위재무제표작성 및 허위감사보고서작성을 처벌하는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 조항 중 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금’은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

④ 누구든지 선박의 감항성의 결함을 발견한 때에는 해양수산부령이 정하는 바에 따라 그 내용을 해양수산부장관에게 신고하여야 한다고 규정한 구 「선박안전법」 조항 중 ‘선박의 감항성의 결함’에 관한 부분은 명확성원칙에 위배된다.

<정답> ③

<해설>

① (×) **최신판례** 『이 사건 금지조항의 ‘의학적 효능·효과 등’이라는 표현은 해당 물품이 약사법 제2조 제7호에서 정한 바대로 사용됨으로써 발생할 것으로 기대되는 일정한 효능·효과를 의미하는바, 약사법의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석 등을 통해 법률의 적용단계에서 다의적 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다』(헌재 2024.4.25. 2022헌바204).

② (×) **최신판례** 『‘그 밖에 국가의 회계사무를 처리하는 사람’이란 회계직원책임법 제2조 제1호 가목부터 차목까지에 열거된 직명을 갖지 않는 사람이라도 실질적으로 그와 유사한 회계관계 업무를 처리하는 사람으로, 그 업무를 전담하는지 여부나 직위의 높고 낮음은 불문함을 예측할 수 있다. 따라서 회계직원책임법 제2조 제1호 카목 및 이를 구성요건으로 하고 있는 이 사건 특정범죄가중법 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다』(헌재 2024.4.25. 2021헌바21 등).

③ (○) **최신판례** 『심판대상조항은 허위재무제표작성죄 및 허위감사보고서작성죄에 대한 벌금형으로 ‘그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액’의 ‘2배 이상 5배 이하의 벌금’이라는 배수 벌금형을 규정하고 있다. **심판대상조항에서 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’, ‘회피’, ‘손실액’ 등의 개념 자체는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수범자라면 누구라도 손쉽게 그 의미를 파악할 수 있다**』(헌재 2024.7.18. 2022헌가6).

④ (×) **최신판례** 『신고의무조항의 ‘선박의 감항성의 결함’이란 ‘선박안전법에서 규정하고 있는 각종 검사 기준에 부합하지 아니하는 상태로서, 선박이 안전하게 항해할 수 있는 성능인 감항성과 직접적인 관련이 있는 흠결’이라는 의미로 명확하게 해석할 수 있으므로, 신고의무조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다』(헌재 2024.5.30. 2020헌바234).

15. 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 피고인의 피해자에 대한 공탁은 형사재판에서 피고인에게 유리한 양형사유로 기능할 수 있으며, 소송절차 밖에서 이루어지는 공탁 과정에서 변호인의 역할이 필수적으로 요구되므로, 피고인의 형사공탁에 관한 변호인의 조력은 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피고인이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분이라고 보아야 한다.

② ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자·피고인을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서 피의자·피고인이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다.

③ 교도소장이 금지물품 동봉 여부를 확인하기 위하여 미결수용자와 같은 지위에 있는 수형자의 변호인이 위 수형자에게 보낸 서신을 개봉한 후 교부한 행위는 미결수용자와 같은 지위에 있는 수형자가 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

④ 형의 선고와 함께 소송비용 부담의 재판을 받은 피고인이 ‘빈곤’을 이유로 해서만 집행면제를 신청할 수 있도록 한 「형사소송법」 제487조 중 제186조 제1항 본문에 따른 소송비용에 관한 부분이 변호인의 선임이나 변호 자체를 제한하는 것은 아니다.

<정답> ①

<해설>

① (×) **최신판례** 『피고인의 피해자에 대한 공탁은 형사재판에서 피고인에게 유리한 양형사유로 기능할 수는 있으나, 소송절차 밖에서 이루어지는 공탁 과정에서 변호인의 역할이 필수적으로 요구되는 것은 아니다. 그러므로 **피고인의 형사공탁에 관한 변호인의 조력이, 앞서 본 피의자 등과의 접견교통 내지 면접교섭, 변호인으로서의 법적 조언 및 상담, 피의자신문 참여, 수사기록 열람·등사 등과 같은 정도의 핵심적인 부분, 즉 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피고인이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분이라고 보기는 어렵다**』(헌재 2021.8.31. 2019헌마516 등).

② (○) 헌재 2019.2.28. 2015헌마1204

③ (○) **최신판례** 헌재 2021.10.28. 2019헌마973

④ (○) **최신판례** 『집행면제 신청 조항은 피고인이 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하는 것을 전제로 하여 그 집행면제 신청사유를 ‘빈곤’으로 제한하는 조항인바, 면제 신청사유에 해당하지 않아 소송비용을 부담하게 되는 피고인의 방어권 행사가 위축될 수 있다는 점에서 재판청구권이 제한된다. 그러나 **위 조항이 변호인의 선임이나 변호 자체를 제한하는 것은 아니므로 변호인의 조력을 받을 권리의 제한 여부는 판단하지 아니한다**』(헌재 2021.2.25. 2019헌바64).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

16. 영장주의에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 강제퇴거명령을 받은 사람을 보호할 수 있도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 「출입국관리법」 제63조 제1항에 따른 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 신체의 자유를 제한하므로 영장주의에 위배된다.

② 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 조항 중 ‘미결수용자의 접견내용의 녹음·녹화’에 관한 부분은 청구인에 대하여 직접적으로 어떠한 물리적 강제력을 행사하는 강제처분을 수반하는 것이 아니므로 영장주의의 적용대상이 아니다.

③ 수사기관 등이 전기통신사업자에게 이용자의 성명 등 통신자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있도록 한 「전기통신사업법」 조항 중 해당 부분은 영장주의에 위배된다.

④ 병에 대한 징계처분으로 일정기간 부대나 함정내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 영창처분이 가능하도록 규정한 구 「군인사법」 조항 중 ‘영창’에 관한 부분은 영장주의에 위배된다.

<정답> ②

<해설>

① (×) 헌재 2023.3.23. 2020헌가1 등 판례에서는 『출입국관리법상의 외국인보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 검사의 신청, 판사의 발부라는 엄격한 영장주의는 아니더라도...』 라고 하여 영장주의 위반 여부에 대해 판단하지 않았으나, 적법절차원칙 위반 여부를 판단하였다. 출제위원께서는 이 점을 의도하고 출제하신 듯하다.

② (○) 헌재 2016.11.24. 2014헌바401

③ (×) **최신판례** 『헌법상 영장주의는 체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분에 적용되므로, 강제력이 개입되지 않은 임의수사에 해당하는 수사기관 등의 통신자료 취득에는 영장주의가 적용되지 않는다』(헌재 2022.7.21. 2016헌마388 등).

④ (×) 병(兵)에 대한 징계처분으로 일정기간 부대나 함정(艦艇) 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 영창처분이 가능하도록 규정한 구 「군인사법」 조항 중 ‘영창’에 관한 부분에 대해 법정의견은 영장주의를 판단하지 않았고, 4인의 보충의견이 영장주의에 위배된다고 판단하였다. 출제위원께서는 이 점을 의도하고 출제하신 듯하다.

※ 객관식 시험에서는 상대적으로 가장 적절한 것 또는 적절하지 않은 것을 골라야 하므로, 2번 지문이 반론 없이 적절한 지문이기 때문에 2번으로 답을 고르는 것이 맞습니다.

17. 연좌제금지에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자는 병역의무를 해소한 경우에만 국적이탈을 신고할 수 있도록 하는 구 「국적법」 제12조 제3항은 헌법상 연좌제금지원칙의 규율 대상이다.

② 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제2조 및 같은 법 제3조 제1항에 따라 고위공직자의 가족은 고위공직자의 직무와 관련하여 죄를 범한 경우 수사처의 수사대상이 되는데, 이는 헌법상 연좌제금지원칙에서 규율하고자 하는 대상이다.

③ 학교법인의 이사장과 특정관계에 있는 사람의 학교장 임명을 제한하는 「사립학교법」 해당 조항은 배우자나 직계가족이라는 인적 관계의 특성상 당연히 예상할 수 있는 일체성 내지 유착가능성을 근거로 일정한 제약을 가하는 것이다.

④ 「변호사법」 해당 조항 중 법무법인에 관하여 함명회사 사원의 무한연대책임을 정한 「상법」 제212조, 신입사원에게 동일한 책임을 부과 하는 「상법」 제213조, 퇴사한 사원에게 퇴사등기 후 2년 내에 동일한 책임을 부과하는 「상법」 제225조 제1항을 준용하는 부분은 연좌제 금지원칙이 적용된다.

<정답> ③

<해설>

① (×) **최신판례** 『헌법 제13조 제3항은 친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우에 적용된다. 그런데 선천적 복수국적자가 지닌 대한민국의 국민으로서의 지위는 혈통에 의하여 출생과 동시에 국적법에 따라 자동적으로 취득하는 것으로, 복수국적의 선천적 취득과 이로 인한 국적이탈의 문제는 헌법상 연좌제금지원칙에서 규율하고자 하는 대상이라 볼 수 없다. 따라서 이 부분 주장에 대해서는 별도로 살피보지 않는다』(헌재 2023.2.23. 2019헌바462).

② (×) **최신판례** 『고위공직자의 가족은 고위공직자의 직무와 관련하여 스스로 범한 죄에 대해서만 수사처의 수사를 받거나 기소되므로, 친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용되는 연좌제금지원칙이나 자기책임의 원리 위반 여부는 문제되지 않는다』(헌재 2021.1.28. 2020헌마264 등).

③ (○) 『법 제54조의3 제3항은 그 제한이 이루어지는 영역이 공공성과 함께 학교법인으로부터의 자주성도 담보되어야 하는 사립학교의 장이라는 직책이라는 점에서, 가족 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 배우자 등의 관계에 있다는 사유 자체만으로 불이익을 주는 것이 아니라, 아래에서 보는 바와 같이 배우자나 직계가족이라는 인적 관계의 특성상 당연히 예상할 수 있는 일체성 내지 유착가능성을 근거로 일정한 제약을 가하는 것이다』(헌재 2013.11.28. 2007헌마1189 등).

④ (×) 『친족관계의 존부를 필요조건으로 하지 아니하는 법무법인구성원변호사 사이의 관계에 연좌제 금지원칙이 적용될 여지가 없고, 행복추구권 침해 여부는 보다 밀접한 기본권인 재산권 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 따로 판단하지 아니한다』(헌재 2016.11.24. 2014헌바203).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

18. 재판청구권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)
- ① 상속개시 후 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동상속인이 된 자의 상속분가액지급청구권의 제척기간을 정하고 있는 「민법」 제999조 제2항의 ‘상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년’ 중 「민법」 제1014조에 관한 부분은 입법형성의 한계를 일탈하여 재판청구권을 침해한다.
 - ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다고 규정하고 있는 「형사소송법」 조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.
 - ③ 「조세범 처벌절차법」에 따른 통고처분을 행정쟁송의 대상에서 제외시킨 「국세기본법」 제55조 제1항 단서 제1호는 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다.
 - ④ 시장·군수·구청장은 급여비용의 지급을 청구한 의료급여기관이 「의료법」 또는 「약사법」 해당 조항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사결과로 확인한 경우에는 해당 의료급여기관이 청구한 급여비용의 지급을 보류할 수 있다고 규정하고 있는 「의료급여법」 해당 조항은 의료급여기관 개설자의 재판청구권을 침해한다.

<정답> ④

<해설>

- ① (○) **최신판례** 『상속개시 후 인지 또는 재판확정에 의하여 공동상속인이 된 자가 다른 공동상속인에 대해 그 상속분에 상당한 가액의 지급에 관한 청구권(상속분가액지급청구권)을 행사하는 경우에도 상속회복청구권에 관한 10년의 제척기간을 적용하도록 한 민법 제999조 제2항의 ‘상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년’ 중 제1014조에 관한 부분은 재산권과 재판청구권을 침해한다』(헌재 2024.6.27. 2021헌마1588).
- ② (○) 헌재 2005.3.31. 2004헌가27 등
※ 불이익변경금지원칙을 규정한 형사소송법 규정 합헌 사건
- ③ (○) **최신판례** 『‘조세범 처벌절차법’에 따른 통고처분은 형벌의 비범죄화 정신에 접근하는 제도로서 형벌적 제재의 불이익을 감면해주는 제도이다. 심판대상조항으로 인해 통고처분을 받은 당사자가 행정쟁송을 제기하는 등으로 적극적·능동적으로 다룰 수는 없지만, 통고받은 벌금상당액을 납부하지 않음으로써 고발, 나아가 형사재판절차로 이행되게 하여, 여기에서 재판절차에 따라 법원에 의한 판단을 받을 수 있으므로, 당사자에게는 정식재판의 절차도 보장되어 있다. ‘조세범 처벌절차법’에 따른 통고처분에 대하여 형사절차와 별도의 행정쟁송절차를 두는 것은 신속한 사건 처리를 저해할 수 있고, 절차의 중복과 비효율을 초래할 수 있다. 위와 같은 점을 종합하여 보면, ‘조세범 처벌절차법’에 따른 통고처분에 대하여 행정쟁송을 배제하고 있는 입법적 결단이 현저히 불합리하다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 청구인의 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다』(헌재 2024.4.25. 2022헌마251).

- ④ (×) **최신판례** 『제청법원은 심판대상조항이 의료급여기관 개설자의 재판청구권 및 직업수행의 자유를 제한한다는 취지도 위헌 제청의 이유로 기재하고 있다. 먼저 **심판대상조항은 의료급여비용의 지급보류처분에 관한 실체법적 근거규정으로서 권리구제절차 내지 소송절차에 관한 규정이 아니므로, 이로 인하여 재판청구권이 침해될 여지는 없다.** 그리고 직업수행의 자유 제한 주장은 심판대상조항이 재산권을 제한한다는 주장과 다르지 아니하므로, 이는 재산권 침해 여부 판단에서 함께 살펴보고 별도로 판단하지 아니한다』(헌재 2024.6.27. 2021헌가19).
※ 이른바 ‘사무장 병원으로 확인된 의료기관에 대한 의료급여비용 지급보류 사건’인 최신판례로, 2023년과 2024년에 연달아 헌법불합치 결정이 나왔으나, 수렴적으로는
 - ① 무죄추정원칙에는 위반되지 않음
 - ② 재판청구권이나 직업의 자유는 판단하지 않음
 - ③ 재산권이 제한되고 침해되었다고 정리하면 된다.



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

19. 형사보상에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 헌법상 형사보상청구권은 국가의 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위협에 의하여 국민의 신체의 자유에 관하여 형사사법기관의 귀책사유로 인해 피해가 발생한 경우 국가에 대하여 정당한 보상을 청구할 수 있는 권리로서, 실질적으로 국민의 재판청구권과 밀접하게 관련된 중대한 기본권이다.

② 판결 주문에서 무죄가 선고된 경우뿐만 아니라 판결 이유에서 무죄로 판단된 경우에도 미결구금 가운데 무죄로 판단된 부분의 수사와 심리에 필요하였다고 인정된 부분에 관하여는 보상을 청구할 수 있다.

③ 원판결의 근거가 된 가중처벌규정에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었음을 이유로 개시된 재심절차에서, 공소장의 교환적 변경을 통해 위헌결정된 가중처벌규정보다 법정형이 가벼운 처벌규정으로 적용범위가 변경되어 피고인이 무죄판결을 받지는 않았으나 원판결보다 가벼운 형으로 유죄판결이 확정됨에 따라 원판결에 따른 구금형 집행이 재심판결에서 선고된 형을 초과하게 된 경우, 재심판결에서 선고된 형을 초과하여 집행된 구금에 대하여 보상요건을 규정하지 아니한 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」 제26조 제1항은 평등권을 침해한다.

④ 피고인이 대통령 긴급조치 제9호 위반으로 제1, 2심에서 유죄판결을 선고받고 상고하여 상고심에서 구속집행이 정지된 한편 대통령 긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받아 확정된 다음 사망한 경우 피고인의 처는 형사보상을 청구할 수 있다.

<정답> ①

<해설>

① (×) **최신판례** 『헌법상 형사보상청구권은 국가의 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위협에 의하여 국민의 신체의 자유에 관하여 피해가 발생한 경우 형사사법기관의 귀책사유를 따지지 않고 국가에 대하여 정당한 보상을 청구할 수 있는 권리로서, 실질적으로 국민의 신체의 자유와 밀접하게 관련된 중대한 기본권이다』(헌재 2022.2.24. 2018헌마998 등).

② (○) 『형사보상법 조항은 입법 취지와 목적 및 내용 등에 비추어 재판에 의하여 무죄의 판단을 받은 자가 재판에 이르기까지 억울하게 미결구금을 당한 경우 보상을 청구할 수 있도록 하기 위한 것이므로, **판결 주문에서 무죄가 선고된 경우뿐만 아니라 판결 이유에서 무죄로 판단된 경우에도 미결구금 가운데 무죄로 판단된 부분의 수사와 심리에 필요하였다고 인정된 부분에 관하여는 보상을 청구할 수 있고**, 다만 형사보상법 제4조 제3호를 유추적용하여 법원의 재량으로 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있을 뿐이다』(대판 2016.3.11. 2014도2521).

③ (○) **최신판례** 헌재 2022.2.24. 2018헌마998 등

④ (○) 『피고인이 '국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치'(이하 '긴급조치 제9호'라 한다)를 위반하였다는 공소사실로 제1, 2심에서 유죄판결을 선고받고 상고하여 상고심에서 구속집행이 정지된 한편 긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받아 확정된 다음 사망하였는데, 그 후 피고인의 처(妻) **某甲** 형사보상을 청구한 사안에서, 긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 '피고사건이 범죄로 되지 아니한 때'에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하여야 하는데, 피고인이 면소판결을 받은 경위 및 그 이유, 원판결 당시 법원이 긴급조치 제9호에 대한 사법심사를 자제하는 바람에 그 위반죄로 기소된 사람으로서는 재판절차에서 긴급조치 제9호의 위헌성을 다룰 수 없었던 사정 등을 종합하여 보면, 이 결정에서 긴급조치 제9호의 위헌·무효를 선언함으로써 비로소 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 피고인에게 생겼다고 할 것이므로, **甲은 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호, 제3조 제1항, 제11조를 근거로 긴급조치 제9호 위반으로 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다**』(대법원 2013.4.18. 2011초기689).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

20. 범죄피해자구조청구권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 범죄피해자구조청구권이라 함은 타인의 범죄행위로 말미암아 생명을 잃거나 신체상의 피해를 입은 국민이나 그 유족이 가해자로부터 충분한 피해배상을 받지 못한 경우에 국가에 대하여 일정한 보상을 청구할 수 있는 권리이며, 그 법적 성격은 생존권적 기본권으로서의 성격을 가지는 청구권적 기본권이다.
- ② 구 「범죄피해자구조법」 조항에서 범죄피해가 발생한 날부터 5년이 경과한 경우에는 구조금의 지급신청을 할 수 없다고 규정한 것은 오늘날 여러 정보에 대한 접근이 용이해진 점 등에 비추어 보면 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서 평등원칙에 위반되지 아니한다.
- ③ 「범죄피해자 보호법」에 따르면 “범죄피해자”란 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 제외한다), 4촌이내의 직계혈족 및 형제자매를 말한다.
- ④ 「범죄피해자 보호법」상 구조피해자나 유족이 해당 구조대상 범죄피해를 원인으로 하여 「국가배상법」이나 그 밖의 법령에 따른 급여 등을 받을 수 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 구조금을 지급하지 아니한다.

<정답> ③

<해설>

① (○) 현재 2011.12.29. 2009헌마354

② (○) 『「범죄피해자 보호법」에서 제척기간을 범죄피해가 발생한 날부터 5년으로 정하더라도, 5년이라는 기간이 지나치게 단 기간라든지 불합리하여 범죄피해자의 구조청구권 행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하는 것으로는 볼 수 없다』 (현재 2011.12.29. 2009헌마354).

③ (×) 범죄피해자 보호법 제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “범죄피해자”란 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매를 말한다.

② 제1항 제1호에 해당하는 사람 외에 범죄피해 방지 및 범죄피해자 구조 활동으로 피해를 당한 사람도 범죄피해자로 본다.

④ (○) 범죄피해자 보호법 제20조(다른 법령에 따른 급여 등과의 관계) 구조피해자나 유족이 해당 구조대상 범죄피해를 원인으로 하여 「국가배상법」이나 그 밖의 법령에 따른 급여 등을 받을 수 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 구조금을 지급하지 아니한다.

21. 인간다운 생활을 할 권리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 공영방송은 사회·문화·경제적 약자나 소외계층이 마땅히 누려야 할 문화에 대한 접근기회를 보장하여 인간다운 생활을 할 권리를 실현하는 기능을 수행하므로 우리 헌법상 그 존립가치와 책무가 크다.
- ② 재요양을 받는 경우에 재요양 당시의 임금을 기준으로 휴업급여를 산정하도록 한 구 「산업재해보상보험법」 조항은 진폐 근로자의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다.
- ③ 공무원에게 재해보상을 위하여 실시되는 급여의 종류로 휴업급여 또는 상병보상연금 규정을 두고 있지 않은 「공무원 재해보상법」 제8조가 인간다운 생활을 할 권리를 침해할 정도에 이르렀다고 할 수는 없다.
- ④ 자동차사고 피해가족 중 유자녀에 대한 대출을 규정한 구 「자동차손해배상 보장법 시행령」 조항 중 ‘유자녀의 경우에는 생계유지 및 학업을 위한 자금의 대출’ 부분은, 대출을 신청한 법정대리인이 상환의무를 부담하지 않으므로, 유자녀의 아동으로서의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

<정답> ④

<해설>

① (○) 최신판례 현재 2024.5.30. 2023헌마820 등

② (○) 최신판례 현재 2024.4.25. 2021헌마316

③ (○) 최신판례 현재 2024.2.28. 2020헌마1587

④ (×) 최신판례 『심판대상조항이 대출의 형태로 유자녀의 양육에 필요한 경제적 지원을 하는 것은 유자녀가 향후 소득활동을 할 수 있게 된 후에는 자금을 회수하여, 자동차 운전자들의 책임보험료로 마련된 기금을 가급적 많은 유자녀를 위해 사용할 수 있게 하기 위함이다. 심판대상조항에 따르면 대출을 신청한 법정대리인이 상환의무를 부담하지 않으므로 법정대리인과 유자녀 간의 이해충돌이라는 부작용이 일부 발생할 가능성이 있지만, 이를 이유로 생활자금 대출 사업 전체를 폐지하면, 대출로라도 생활자금의 조달이 필요한 유자녀에게 불이익이 돌아가게 될 수 있다. 유자녀에 대한 적기의 경제적 지원 및 자동차 피해지원사업의 지속가능성 확보는 중요하다는 점, 민법상 부당이득반환청구와 같은 구제수단이 있다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 청구인 강□□의 아동으로서의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다』(현재 2024.4.25. 2021헌마473).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

22. 교육을 받을 권리에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① ‘2021학년도 대학입학전형기본사항’ 중 재외국민 특별전형 지원자격 가운데 학생 부모의 해외체류요건 부분은 부모의 해외 체류 가능성을 기준으로 학생의 지원자격을 인정함으로써 균등하게 교육받을 권리를 침해한다.

② 헌법 제31조 제1항과 제6항은 변호사시험을 준비하는 법학전문대학원 졸업생에 대해 법학전문대학원에서의 보수교육을 시행하도록 하는 내용의 구체적이고 명시적인 입법의무를 입법자에게 부여하고 있다고 볼 수 없다.

③ 서울대학교 총장의 ‘2022학년도 대학 신입학생 정시모집(‘나’군) 안내’ 중 수능 성적에 최대 2점의 교과이수 가산점을 부여하고, 2020년 2월 이전 고등학교 졸업자에게 모집단위별 지원자의 가산점 분포를 고려하여 모집단위 내 수능점수 순위에 상응하는 가산점을 부여하도록 한 부분은 균등하게 교육받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

④ 국가는 국민의 교육을 받을 권리라는 기본권을 보장하고 의무교육을 시행하기 위하여 적기에 적절한 학교교지를 확보하여야 할 의무가 있다는 점 및 이를 고려하여 학교교지에 대하여는 유상으로 취득하도록 하는 점에 비추어 보면, 학교교지의 조성·개발에 소요된 비용 역시 국가 등이 부담하는 것이 상당하다.

<정답> ①

<해설>

① (×) 『2021학년도 대학입학전형기본사항 중 재외국민 특별전형 지원자격 가운데 학생의 부모의 해외체류요건 부분은 일반전형을 통한 진학기회를 전혀 축소하지 않고, 국내 교육과정 수학 결손이 불가피하여 대학교육의 균등한 기회를 갖기 어려운 때로 지원자격을 한정하고자 한 것으로서 그 문언상 해외근무자의 배우자가 없는 한부모 가족에는 적용이 없는 점을 고려할 때, 청구인 학생을 불합리하게 차별하여 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다』(헌재 2020.3.26. 2019헌마212).

② (○) **최신판례** 『헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고, 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 위와 같은 헌법규정만으로는 변호사시험을 준비하는 법학전문대학원 졸업생에 대해 법학전문대학원에서의 보수교육을 시행하도록 하는 내용의 구체적이고 명시적인 입법의무를 입법자에게 부여하고 있다고 볼 수 없고, 그 밖에 다른 헌법조항을 살펴보아도 위와 같은 내용에 대한 명시적인 입법위임을 발견할 수 없다』(헌재 2024.1.25. 2021헌마113 등).

③ (○) **최신판례** 『이 사건 가산점 사항은, 2015 개정 교육과정의 내실 있는 운영이라는 공익을 추구하면서도, 위 교육과정을 따를 수 없는 지원자에게 동등한 기회를 제공하고 있다. 이는 2015 개정 교육과정을 이수한 사람들이 대부분 가산점 2점을 받는다면 해당 모집단위에 지원한 다른 교육과정 지원자들도 대부분 가산점 2점을 받게 되는 구조이므로, 청구인을 불합리하게 차별하여 균등하게 교육받을 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다』(헌재 2022.3.31. 2021헌마1230).

④ (○) **최신판례** 『사업시행자는 토지구획정리사업을 시행하면서 사업지구 내 토지의 조사 및 측량, 설계, 대지조성을 위한 공사, 감리, 관리, 건축물 등의 이전 또는 철거에 따른 보상 등에 소요되는 비용을 부담하게 되는데, 이 비용은 학교교지의 조성·개발에도 소요된다. 그런데 국가는 국민의 교육을 받을 권리라는 기본권을 보장하고 의무교육을 시행하기 위하여 적기에 적절한 학교교지를 확보하여야 할 의무가 있다는 점 및 이를 고려하여 학교교지에 대하여는 유상으로 취득하도록 규정한 것이라는 점에 비추어 보면, 학교교지의 조성·개발에 소요된 비용 역시 국가 등이 부담하는 것이 상당하다』(헌재 2021.4.29. 2019헌마444 등).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

23. 근로3권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」의 적용을 받는 교원의 범위를 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정하고 있는 같은 법 제2조는 전국교직원노동조합 및 해직 교원들의 단결권을 침해하지 아니한다.

② 사용자가 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 부당노동행위로 금지하는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조 제4호 중 ‘노동조합의 운영비를 원조하는 행위’에 관한 부분은 단서에서 정한 두 가지 예외를 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지함으로써 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우까지 금지하고 있으므로, 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

③ 하나의 사업 또는 사업장에 복수 노동조합이 존재하는 경우 ‘교섭대표노동조합’을 정하여 교섭을 요구하도록 하는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제29조 제2항은 과잉금지원칙을 위반하여 단체교섭권을 침해한다.

④ 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한한 구 「국가보위에 관한 특별조치법」 조항 중 해당 부분은 단체교섭권·단체행동권의 행사요건 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차 법률에서 정하지 아니한 채, 그 허용 여부를 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 하고 있는바, 이는 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

<정답> ③

<해설>

① (○) 헌재 2015.5.28. 2013헌마671 등

② (○) 『운영비 원조 행위가 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우에는 이를 금지하더라도 위와 같은 입법목적의 달성에 아무런 도움이 되지 않는다. 그런데 운영비원조금지조항은 단서에서 정한 두 가지 예외를 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지함으로써 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우까지 금지하고 있으므로, 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없다.』(헌재 2018.5.31. 2012헌바90).

③ (×) **최신판례** 『교섭창구 단일화 제도는 근로조건 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합이 어디든 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것이다. ‘노동조합 및 노동관계조정법’이 규정한 개별교섭 조항(제29조의2 제1항 단서), 교섭단위 분리 조항(제29조의3 제2항), 공정대표의무 조항(제29조의4) 등은 모두 교섭창구 단일화를 일률적으로 강제할 경우 발생하는 문제점을 보완하기 위한 것으로서, 노동조합의 단체교섭권 침해를 최소화하기 위한 제도라 볼 수 있다. 따라서 제1조항 및 제2조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하지 아니하며 단체교섭권의 본질적 내용을 침해하지도 아니한다.』(헌재 2024.6.27. 2020헌마237 등).

④ (○) 『헌법 제33조는 제1항에서 근로3권을 규정하되, 제2항 및 제3항에서 ‘공무원인 근로자’ 및 ‘법률이 정하는 주요방위산업체 근로자’에 한하여 근로3권의 예외를 규정한다. 그러므로 헌법 제37조 제2항 전단에 의하여 근로자의 근로3권에 대해 일부 제한이 가능하다 하더라도, ‘공무원 또는 주요방위산업체 근로자’가 아닌 근로자의 근로3권을 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용 침해금지에 위반된다. 그런데 심판대상조항은 단체교섭권·단체행동권이 제한되는 근로자의 범위를 구체적으로 제한함이 없이, 단체교섭권·단체행동권의 행사요건 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차 법률에서 정하지 아니한 채, 그 허용 여부를 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 하고 있는바, 이는 모든 근로자의 단체교섭권·단체행동권을 사실상 전면적으로 부정하는 것으로서 헌법에 규정된 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.』(헌재 2015.3.26. 2014헌가5).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

24. 환경권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 환경침해는 사인에 의해서 빈번하게 유발되므로 입법자가 그 허용범위에 관해 정할 필요가 있다는 점, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다.

② 구 「동물보호법」 제33조 제3항 제5호가 동물장묘업 등록에 관하여 「장사 등에 관한 법률」 제17조 외에 다른 지역적 제한사유를 규정하지 않았다는 사정만으로 동물장묘시설에 관한 건축신고가 이루어진 지역에 사는 청구인들의 환경권을 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다.

③ 헌법 제35조 제1항은 국민의 환경권의 보장, 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있는데, 이는 국가뿐만 아니라 국민도 오염방지와 오염된 환경의 개선에 관한 책임을 부담함을 의미한다.

④ 학교시설에서의 유해증급속 등 유해물질의 예방 및 관리 기준을 규정한 「학교보건법 시행규칙」 해당 조항에 마사토 운동장에 대한 규정을 두지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위반하여 마사토 운동장이 설치된 고등학교에 재학 중이던 학생인 청구인의 환경권을 침해하지 아니한다.

<정답> ④

<해설>

① (○) 헌재 2008.7.31. 2006헌마711

② (○) 『동물보호법, ‘장사 등에 관한 법률’, ‘동물장묘업의 시설설치 및 검사기준’ 등 관계규정에서 동물장묘시설의 설치제한지역을 상세하게 규정하고, 매연, 소음, 분진, 악취 등 오염원 배출을 규제하기 위한 상세한 시설 및 검사기준을 두고 있는 등의 사정을 고려할 때, 심판대상조항에서 동물장묘업 등록에 관하여 ‘장사 등에 관한 법률’ 제17조 외에 다른 지역적 제한사유를 규정하지 않았다는 사정만으로 청구인들의 환경권을 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 환경권을 침해하지 않는다』(헌재 2020.3.26. 2017헌마1281).

③ (○) 헌재 2012.8.23. 2010헌바28

④ (×) **최신판례** 『국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 관한 보호의무를 다하지 않았는지를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다』(헌재 2024.4.25. 2020헌마107).

※ 위 헌법재판소 판례에서는 과잉금지원칙을 심사기준으로 하지 않고 과소보호금지원칙을 심사기준으로 했기 때문에 출제자께서 이런 의도로 틀린 지문으로 구성하신 듯하다.

25. 혼인과 가족생활에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 혼인의사의 합의가 없음을 원인으로 혼인무효판결을 받았으나 혼인무효사유가 한쪽 당사자나 제3자의 범죄행위로 인한 경우에 해당하지 않는 사람에 대해서는 가족관계등록부 재작성 신청권이 인정되지 않고, 정정된 가족관계등록부가 보존되도록 한 ‘가족관계등록부의 재작성에 관한 사무처리지침’ 조항 중 ‘혼인무효’에 관한 부분은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 제한한다.

② 입법자는 혼인 및 가족관계가 가지는 고유한 특성 등을 두루 고려하여, 사회의 기초단위이자 구성원을 보호하고 부양하는 자율적 공동체로서의 가족의 순기능이 더욱 고양될 수 있도록 혼인과 가정을 보호하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인·가족제도를 실현해야 한다.

③ 부부의 자산소득을 합산하여 과세하도록 규정하고 있는 「소득세법」 제61조 제1항이 자산소득합산과세의 대상이 되는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것은 헌법상 정당화되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

④ 혼인한 등록의무자 모두 배우자가 아닌 본인의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 「공직자윤리법」이 개정되었음에도 불구하고, 개정 전 「공직자윤리법」 조항에 따라 이미 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록한 혼인한 여성 등록의무자는 종전과 동일하게 계속해서 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 규정한 같은 법 부칙 제2조는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다.

<정답> ①

<해설>

① (×) **최신판례** 『**심판대상조항은 신분등록제도에 관한 규정일 뿐, 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 제한하고 있다고 볼 수 없고**, 사생활의 비밀과 자유는 개인정보자기결정권의 근거조항이며, 행복추구권이나 평등권 침해 주장은 심판대상조항이 등록부 재작성 신청권자를 한정하는 것이 과도하여 개인정보자기결정권을 침해한다는 주장과 다르지 않으므로, 이에 관하여도 별도로 판단하지 않는다』(헌재 2024.1.25. 2020헌마65).

※ 개인정보자기결정권이 제한되었지만 침해는 아닌 사례

② (○) **최신판례** 헌재 2022.10.27. 2018헌바115

③ (○) 헌재 2002.8.29. 2001헌바82

④ (○) **최신판례** 『혼인한 남성 등록의무자와 달리 혼인한 여성 등록의무자의 경우에만 본인이 아닌 배우자의 직계존·비속의 재산을 등록하도록 하는 것은 여성의 사회적 지위에 대한 그릇된 인식을 양산하고, 가족관계에 있어 시가와 친정이라는 이분법적 차별구조를 정착시킬 수 있으며, 이것이 사회적 관계로 확장될 경우에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성하게 될 우려가 있다. **이는 성별에 의한 차별금지 및 혼인과 가족생활에서의 양성의 평등을 천명하고 있는 헌법에 정면으로 위배되는 것으로 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 평등원칙에 위배된다**』(헌재 2021.9.30. 2019헌가3).

이국령 헌법

2024 경찰간부 헌법 해설



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

26. 진술거부권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 명의신탁이 증여로 의제되는 경우 명의신탁의 당사자에게 '증여세의 과세가격 및 과세표준을 납세지관할세무서장에게 신고할 의무'를 부과하는 구 「상속세 및 증여세법」 제68조 제1항 본문의 '제4조의 규정에 의하여 증여세납세의무가 있는 자' 가운데 제4조 제1항 본문 중 해당 부분은 형사상 불리한 진술을 강요하는 것이라고 볼 수 없다.

② 정치자금의 수입·지출에 관한 내역을 회계장부에 허위 기재하거나 관할 선거관리위원회에 허위 보고한 정당의 회계책임자를 형사처벌하는 구 「정치자금에관한법률」 제31조 제1호 중 제22조 제1항의 허위기재 부분은, 기재행위가 "진술"의 범위에 포함되지 않으므로, 진술거부권을 제한한다고 볼 수 없다.

③ 진술거부권은 형사절차뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장되고, 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 사람뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 사람에게도 보장되며, 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률로써도 진술을 강요당하지 아니함을 의미한다.

④ 「민사집행법」상 재산명시의무를 위반한 채무자에 대하여 법원이 결정으로 20일 이내의 감치에 처하도록 규정한 같은 법 제68조 제1항은 형사상 불이익한 진술을 강요하는 것이라고 할 수 없으므로 진술거부권을 침해하지 아니한다.

③ (○) 헌재 1990.8.27. 89헌가118

④ (○) 『재산목록을 제출하고 그 진실함을 법관 앞에서 선서하는 것은 개인의 인격형성에 관계되는 내심의 가치적·윤리적 판단에 해당하지 않아 양심의 자유의 보호대상이 아니고, 감치의 제재를 통해 이를 강제하는 것이 형사상 불이익한 진술을 강요하는 것이라고 할 수 없으므로, 심판대상조항은 청구인의 양심의 자유 및 진술거부권을 침해하지 아니한다』(헌재 2014.9.25. 2013헌마11).

<정답> ②

<해설>

① (○) **최신판례** 『조세회피의 목적과 조세포탈은 그 요건이 서로 달라 그 인정 여부에 반드시 견련성이 인정되는 것은 아니고, 증여세 신고의무를 이행한다고 하여 곧 조세포탈죄를 시인하는 것이나 마찬가지로 할 수 없으며, 신고의무 이행시 곧바로 조세포탈행위의 처벌을 위한 자료의 수집·획득 절차로 이어지는 것도 아니다. 위와 같은 점들에 비추어 보면, 심판대상조항이 형사상 불리한 진술을 강요하는 것이라고 볼 수 없으므로, 심판대상조항으로 인하여 헌법 제12조 제2항에 규정된 진술거부권이 제한된다고 볼 수 없다. 따라서 진술거부권 침해여부와 관련된 주장은 더 나아가 판단하지 아니한다』(헌재 2022.2.24. 2019헌바225 등).

② (×) 『헌법상 진술거부권의 보호대상이 되는 "진술"이라 함은 언어적 표출, 즉 개인의 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는바, **정치자금을 받고 지출하는 행위는 당사자가 직접 경험한 사실로서 이를 문자로 기재하도록 하는 것은 당사자가 자신의 경험을 말로 표출한 것의 등가물로 평가할 수 있으므로, 위 조항들이 정하고 있는 기재행위 역시 "진술"의 범위에 포함된다**고 할 것이다』(헌재 2005.12.22. 2004헌바25).

※ 진술거부권이 제한은 되었지만 침해는 아닌 사례



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

27. 거주이전의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 법무부령이 정하는 금액 이상의 추징금을 납부하지 아니한 자에게 출국을 금지할 수 있도록 한 「출입국관리법」 조항은 단 순히 금액을 기준으로 기본적인 인간의 권리를 제한하는 것으로 추징금 미납자의 출국의 자유를 침해한다.

② 복수국적자가 외국에 주소가 있는 경우에만 국적이탈을 신고 할 수 있도록 하는 「국적법」 조항은 기회주의적 국적이탈을 방 지하기 위한 것으로, 복수국적자의 국적이탈의 자유를 침해하지 아니한다.

③ 병역준비역에 대하여 27세를 초과하지 않는 범위에서 단기 국외여행을 허가하도록 한 구 ‘병역의무자 국외여행 업무처리 규정’은 27세가 넘는 병역준비역의 거주·이전의 자유를 침해하지 않는다.

④ 여행금지국가로 고시된 사정을 알면서도 허가를 받지 않고 여행금지국가를 방문하는 등의 행위를 1년 이하의 징역 또는 1 천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 「여권법」 조항 은 그 처벌수준이 비교적 경미하므로 국민의 거주·이전의 자유 를 침해하지 않는다.

<정답> ①

<해설>

① (X) 『**고액 추징금 미납자에게 하는 출국금지조치는 정당한 목적 실현을 위해 상당한 비례관계가 유지되는 합헌적 근거 법조항에 따 라 시행되는 제도이다.**』(헌재 2004.10.28. 2003헌가18).

② (O) **최신판례** 헌재 2023.2.23. 2020헌마603

③ (O) 『병역법상 28세가 된 사람은 대부분 더 이상 입영의무를 연기할 사유가 없어 곧 징·소집의무를 이행하여야 할 경우에 해당하고, 국외여행을 하여야 할 부득이한 사유가 있는 사람은 병역의무부과에 지장이 없는 한 특별한 연령제한 없이 국외 여행을 허가받을 수 있는 규정이 마련되어 있으므로, 병역의무 회피방지와 병역자원의 원활한 수급 필요성에 비추어 볼 때 제1 국민역의 단기 국외여행을 “1년 범위 내에서 27세까지”로 제한 하고 있는 심판대상규정이 거주·이전의 자유를 침해하지 않는다.』(헌재 2013.6.27. 2011헌마475).

④ (O) 헌재 2020.2.27. 2016헌마945

28. 직업의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 세무사 자격 보유 변호사로 하여금 세무사로서 세무사 업무를 할 수 없도록 규정한 「세무사법」 규정은 세무사 자격에 기한 직업선택의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 세무사 자격 보유 변호사의 직업선택의 자유를 침해한다.

② 안경업소 개설은 그 업무를 담당할 자연인인 안경사로 한정 할 합리적인 이유가 없으므로, 안경사 면허를 가진 자연인에게 만 안경업소의 개설 등을 할 수 있도록 한 구 「의료기사 등에 관한 법률」 조항은 법인을 구성하여 안경업소를 개설하려는 안 경사들의 직업의 자유를 침해한다.

③ 간행물 판매자에게 정가 판매 의무를 부과하고, 가격할인의 범위를 가격할인과 경제상의 이익을 합하여 정가의 15퍼센트 이하로 제한하는 도서정가제는 출판 유통질서의 확립 등을 위해 도입된 제도인 바, 판매자의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

④ 변호사의 자격이 있는 자에게 더 이상 세무사 자격을 부여하지 않는 구 「세무사법」 조항은 같은 법 시행일 이후 변호사 자격을 취득한 변호사들의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

<정답> ②

<해설>

① (O) 헌재 2018.4.26. 2015헌가9

※ 목적의 정당성은 인정되었지만 수단의 적합성, 침해의 최소 성, 법익의 균형성에 위반되어 세무사 자격 보유 변호사의 직업 선택의 자유를 침해한다.

② (X) **최신판례** 『**국민의 눈 건강과 관련된 국민보건의 중요성, 안경 사 업무의 전문성, 안경사로 하여금 자신의 책임하에 고객과의 신뢰 를 쌓으면서 안경사 업무를 수행하게 할 필요성 등을 고려할 때, 안 경업소 개설은 그 업무를 담당할 자연인 안경사로 한정할 것이 요청 된다.** 법인 안경업소가 허용되면 영리추구 극대화를 위해 무면 허자로 하여금 안경 조제·판매를 하게 하는 등의 문제가 발생 할 가능성이 높아지고, 안경 조제·판매 서비스의 질이 하락할 우려가 있다. 또한 대규모 자본을 가진 비안경사들이 법인의 형태 로 안경시장을 장악하여 개인 안경업소들이 폐업하면 안경사와 소비자 간 신뢰관계 형성이 어려워지고, 독과점으로 인해 안 경 구매비용이 상승할 수 있다. 반면 현행법에 의하더라도 안경 사들은 협동조합, 가맹점 가입, 동업 등의 방법으로 법인의 안경 업소 개설과 같은 조직화, 대형화 효과를 어느 정도 누릴 수 있 다. 따라서 **심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 아니하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.**』(헌재 2021.6.24. 2017헌가31).

③ (O) **최신판례** 헌재 2023.7.20. 2020헌마104

④ (O) **최신판례** 『변호사의 자격이 있는 자에게 더 이상 세무사 자격을 부여하지 않는 구 세무사법 제3조는 시행일 이후 변호사 자격을 취득한 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.』(헌재 2021.7.15. 2018헌마279 등).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

29. 주거의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주거는 생활의 기초단위로서 구성된 전체의 인격이 형성되고 발현되는 사적 공간이므로 그 보호의 필요성이 매우 크다.
- ② 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.
- ③ 피해자의 집 마당은 도로에 바로 접하여 있고 출입을 통제하는 문이나 담 기타 인적·물적 설비가 없으므로, 집 마당을 넘어가 외부출입문을 열고 내부출입문을 손으로 두드린 행위는, 주거의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리의 방식과 상태, 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하면, 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거침입에 해당한다.
- ④ 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정하되, 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다.

<정답> ③

<해설>

① (○×) 『주거침입죄는 인간생활의 기본 조건으로서 다른 사람의 방해를 받지 않고 배타적으로 사용하는 주거 등의 공간을 침입하는 범죄로 그 공간의 평온과 안전을 보호법익으로 한다. 주거 등의 공간은 사생활의 중심으로 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있으므로 그 불가침이 보장되지 않고서는 인간 행복의 최소한의 조건인 개인의 사적 영역이 지켜질 수 없다. 이에 헌법 제16조에서는 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다고 규정하여 주거의 자유를 기본권으로 특별히 보호하고 있는 바, 주거는 생활의 기초단위로서 구성된 전체의 인격이 형성되고 발현되는 사적 공간이므로 그 보호의 필요성이 매우 크다』(헌재 2020.9.24. 2018헌바171).

② (○) **최신판례** 『일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다』(대판 전원합의체 2022.3.24. 2017도18272).

③ (×) **최신판례** 『청구인이 피해자의 집 마당을 넘어간 행위 및 외부출입문을 열고 들어가 내부출입문을 손으로 두드린 행위에 대해, 피해자의 집 마당은 도로에 바로 접하여 있고 출입을 통제하는 문이나 담 기타 인적·물적 설비가 없으므로, 주거침입죄의 객체가 되는 위요지에 해당한다고 단정하기 어렵다. 또한 주거의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리의 방식과 상태, 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하면, 청구인이 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 피해자의 집에 들어갔다고 단정하기 어렵다.

청구인이 피해자의 집 마당을 넘어간 행위 및 외부출입문을 열고 들어가 내부출입문을 손으로 두드린 행위가 각각 주거침입에 해당함이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 보기 어려우에도, 청구인은 이와 관련된 보장수사를 하지 아니한 채 주거침입에 해당한다고 단정하여 이 사건 기소유예처분에 이르렀다. 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 법리오해, 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 있고, 그로 인하여 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다』(헌재 2022.10.27. 2020헌마866).

④ (○) 『헌법 제12조 제3항과는 달리 헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 그러나 헌법 제12조 제3항과 헌법 제16조의 관계, 주거 공간에 대한 긴급한 압수·수색의 필요성, 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 선언하고 있는 헌법 제16조의 취지 등을 종합하면, 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정하되, 이는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다.』(헌재 2018.4.26. 2015헌바370 등).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

30. 사생활의 비밀과 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 청소년유해물건 중 청소년의 심신을 심각하게 손상시킬 우려가 있는 성 관련 물건을 대통령령으로 정하는 기준에 따라 청소년보호위원회가 결정하고 여성가족부장관이 고시하도록 하여, 요철식 특수콘돔(GAT-101) 등을 청소년에게 판매하지 못하도록 한 「청소년 보호법」 조항은 청소년의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다.

② 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어려워, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

③ 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것은, 공적 관심의 정도가 약한 4급 이상의 공무원들까지 대상으로 삼아 모든 질병명을 아무런 예외 없이 공개토록 한 것으로, 해당 공무원들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이다.

④ 인체면역결핍 바이러스에 감염된 사람이 혈액 또는 체액을 통하여 다른 사람에게 전파매개행위를 하는 것을 처벌하는 「후천성면역결핍증예방법」 조항은, 감염인 중에서도 의료인의 치료에 따른 치료법을 성실히 이행하는 감염인의 전파매개행위까지도 예외 없이 처벌함으로써 이들의 사생활의 자유를 침해한다.

<정답> ④

<해설>

① (○) **최신판례** 헌재 2021.6.24. 2017헌마408

② (○) 헌재 2013.12.26. 2009헌마747

③ (○) 헌재 2007.5.31. 2005헌마1139

④ (×) **최신판례** 『인체면역결핍 바이러스에 감염된 사람이 혈액 또는 체액을 통하여 다른 사람에게 전파매개행위를 하는 것을 금지하고 이를 위반한 경우를 3년 이하의 징역형으로 처벌한다고 규정한 ‘후천성면역결핍증 예방법’ 관련조항은 인체면역결핍 바이러스 감염인의 사생활의 비밀과 자유 및 일반적 행동자유권을 제한하지만 침해하지는 않는다.』(헌재 2023.10.26. 2019헌가30).

31. 통신의 비밀과 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우, 방송자로부터 허가를 받지 못한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화한 것은 「통신비밀보호법」상의 감청에 해당하지 않는다.

② 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음하는 것은 특별한 사정이 없는 한 「통신비밀보호법」 제3조 제1항에 위반된다.

③ 방송통신심의위원회가 정보통신서비스제공자 등에 대하여 특정 웹사이트에 대한 접속차단의 시정을 요구한 것은, 불법정보 등의 유통을 차단함으로써 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하고 정보통신의 올바른 이용환경을 조성하고자 하는 것으로서, 정보통신서비스제공자의 통신의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

④ 통신의 자유란 통신수단을 자유로이 이용하여 의사소통할 권리며, ‘통신수단의 자유로운 이용’에는 자신의 인적 사항을 누구에게도 밝히지 않는 상태로 통신수단을 이용할 자유, 즉 통신수단의 익명성 보장도 포함된다.

<정답> ①

<해설>

① (×) **최신판례** 『인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등 그 수신 범위를 한정하는 비공개 조치를 취하지 않고 방송을 송출하는 경우, 누구든지 시청하는 것을 포괄적으로 허용하는 의사라고 볼 수 있으므로, 그 시청자는 인터넷개인방송의 당사자인 수신인에 해당하고, 이러한 시청자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다. 그러나 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우에는, 방송자로부터 허가를 받지 못한 사람은 당해 인터넷개인방송의 당사자가 아닌 ‘제3자’에 해당하고, 이러한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화하는 것은 통신비밀보호법상의 감청에 해당할 수 있다.』(대판 2022.10.27. 2022도9877).

② (○) 『구 통신비밀보호법 제3조 제1항이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 그 대화를 하는 타인간의 발언을 녹음 또는 청취해서는 아니 된다는 취지이다. 따라서 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 아니한 타인간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것은 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제3조 제1항에 위반된다.』(대판 2016.5.12. 2013도15616).

③ (○) **최신판례** 헌재 2023.10.26. 2019헌마158 등

④ (○) 헌재 2019.9.26. 2017헌마1209



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

32. 양심의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 법원의 판결에 의한 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 겉과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이다.

② **방송사업자가 심의규정을 위반한 경우 '시청자에 대한 사과'를 명할 수 있도록 규정한 구 「방송법」 조항은 방송사업자의 양심의 자유를 침해한다.**

③ 「병역법」 위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다.

④ 가해학생에 대한 조치로 피해학생에 대한 서면사과를 규정하는 구 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 조항은 가해학생에게 반성과 성찰의 기회를 제공하고 피해학생의 피해회복과 정상적인 학교생활로의 복귀를 돕기 위한 것으로 가해학생의 양심의 자유와 인격권을 과도하게 침해한다고 보기 어렵다.

③ (○) 『구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 무엇보다 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다.』(대판 전원합의체 2018.11.1. 2016도10912).

④ (○) **최신판례** 헌재 2023.2.23. 2019헌바93

<정답> ②

<해설>

① (○) 『사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 겉과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다)이라고 보지 않을 수 없다.』(헌재 1994.4.1. 89헌마160).

② (×) 『자연적 생명체인 사람의 존재를 전제로 하는 기본권이거나 인간의 감성과 관련된 기본권처럼 개인이 자연인으로서 향유하게 되는 기본권은 그 성질상 당연히 법인에게 적용될 수 없다. 즉, **법인은 인간의 존엄, 생명권, 신체의 자유, 혼인의 자유, 양심의 자유 등의 주체가 될 수 없다.** 다만, 자연인으로서 개인의 존재를 전제로 하지 않거나 인간의 감성과는 무관한 기본권은 법인의 설립목적 실현하는 데 관련되는 범위 내에서 법인에게 적용될 수 있을 것이다.』(헌재 2012.8.23. 2009헌가27).

※ 위 논리에 의해 방송사업자(법인)가 심의규정을 위반한 경우 '시청자에 대한 사과'를 명할 수 있도록 규정한 구 「방송법」 조항이 헌법에 위반되는지 여부에 대해서는 '법인의 인격권'이 제한되고 침해된다고 판단하였다. 해당 사례에서는 법인의 양심의 자유는 판단하지 않았다.

※ ①번 지문의 '민법 제764조 명예훼손의 경우의 특칙 규정 사건'에서는 자연인과 법인 모두 명예회복에 적당한 처분 명령의 대상이 될 수 있으므로 양심의 자유와 인격권을 모두 판단했다는 것이 차이점이다.



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

33. 종교의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 대부분의 지방자치단체에서 시험장소 입차 및 인력동원 등의 이유로 일요일 시험실시가 불가하거나 현실적으로 어려우므로, 연 2회 실시하는 간호조무사 국가시험의 시행일시를 모두 토요일 일몰 전으로 정한 '2021년도 간호조무사 국가시험 시행계획 공고'는 제칠일안식일예수재림교를 믿는 응시자의 종교의 자유를 침해하지 아니한다.

② 종교적인 기관·단체 등의 조직 내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 할 수 없도록 한 「공직선거법」 조항은 종교적 신념 자체 또는 종교의식, 종교교육, 종교적 집회·결사의 자유 등을 제한하는 것이 아니므로 종교의 자유가 직접적으로 제한된다고 보기 어렵다.

③ 육군훈련소장이 훈련병들로 하여금 개신교, 천주교, 불교, 원불교 4개 종교의 종교행사 중 하나에 참석하도록 한 것은 종교단체가 군대라는 국가권력에 개입하여 선교행위를 하는 등 영향력을 행사할 수 있는 기회를 제공하는 것은 아니므로 정교분리 원칙에 위배되는 것은 아니다.

④ 독학학위 취득시험의 시험일을 일요일로 정한 것은 시험장소의 확보와 시험관리를 용이하게 하기 위한 것으로 기독교인인 응시자의 종교의 자유를 침해하지 아니한다.

<정답> ③

<해설>

① (○) **최신판례** 『연 2회 실시하는 2021년도 간호조무사 국가시험의 시행일시를 모두 토요일 일몰 전으로 정한 '2021년도 간호조무사 국가시험 시행계획 공고'는 종교의 자유를 제한하지만 침해하지 않는다』(헌재 2023.6.29. 2021헌마171).

② (○) **최신판례** 『청구인들은 직무이용 제한조항이 종교의 자유도 침해한다고 주장하나, 위 조항은 종교적 신념 자체 또는 종교의식, 종교교육, 종교적 집회·결사의 자유 등을 제한하는 것이 아니라, 단지 종교단체 내에서 직무상 지위를 이용한 선거운동을 제한하는 것이므로 그로 인해 종교의 자유가 직접적으로 제한된다고 보기 어렵다. 따라서 직무이용 제한조항이 종교의 자유를 침해하는지 여부에 대해서는 따로 살펴보지 않는다』(헌재 2024.1.25. 2021헌바233 등).

※ 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 제한하지만 침해는 아님

③ (×) **최신판례** 『육군훈련소장이 훈련병에게 개신교, 불교, 천주교, 원불교 종교행사 중 하나에 참석하도록 한 것은 국가가 종교를 군사력 강화라는 목적을 달성하기 위한 수단으로 전락시키거나, 반대로 종교단체가 군대라는 국가권력에 개입하여 선교행위를 하는 등 영향력을 행사할 수 있는 기회를 제공하므로, 국가와 종교의 밀접한 결합을 초래한다는 점에서 **헌법상 정교분리원칙에 위배된다**』(헌재 2022.11.24. 2019헌마941).

④ (○) **최신판례** 헌재 2022.12.22. 2021헌마271

34. 표현의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 누구든지 「공직선거법」에 의한 공개장소에서의 연설·대담장소에서 '기타 어떠한 방법으로도' 연설·대담장소 등의 질서를 문란하게 하는 행위를 금지하는 「공직선거법」 조항은, 질서문란 행위만을 금지하고 질서를 문란하게 하지 않는 범위 내에서는 다소 소음을 유발하거나 후보자나 정당에 대한 부정적인 견해나 비판적인 의사표현도 가능하므로, 정치적 표현의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

② 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 '후보자가 되고자 하는 자'를 비방한 자를 처벌하는 「공직선거법」 조항의 해당 부분은, 후보자가 되고자 하는 자에 대한 사실적시 비방행위를 일반인에 대한 사실 적시 명예훼손행위보다 더 중하게 처벌하는 것으로, 스스로 공론의 장에 뛰어난 사람의 명예를 일반인의 명예보다 더 두텁게 보호하는 결과가 초래되어, 의견의 표현행위로서 비방한 자의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

③ 선거일 전 120일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치기 위한 화환설치를 금지하는 「공직선거법」 조항은 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 장기간 동안 화환의 설치를 금지하는 것으로 정치적 표현의 자유를 침해한다.

④ 전단 등을 살포하여 국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시키는 것을 금지하고 이를 위반하는 경우 처벌하는 「남북관계 발전에 관한 법률」 조항은 북한 접경지역에서 발생할 수 있는 위협예방을 위한 것으로 북한 접경지역에서 북한으로 전단살포 활동을 하는 사람들의 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

<정답> ④

<해설>

① (○) **최신판례** 헌재 2023.5.25. 2019헌가13

② (○) **최신판례** 『공직선거법 제251조에 규정된 '후보자 비방금지 조항'은 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되지만, 침해의 최소성과 법익의 균형성에 반하여 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유를 침해한다』(헌재 2024.6.27. 2023헌바78).

③ (○) **최신판례** 헌재 2023.6.29. 2023헌가12

④ (×) **최신판례** 『남북합의서 위반행위로서 전단등 살포를 하여 국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시키는 것을 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 「남북관계 발전에 관한 법률」 조항은 전단등 살포를 금지하는 데서 더 나아가 이를 범죄로 규정하면서 징역형 등을 두고 있으며, 그 미수범도 처벌하도록 하고 있어 과도하다고 하지 않을 수 없다. 심판대상조항으로 북한의 적대적 조치가 유의미하게 감소하고 이로써 접경지역 주민의 안전이 확보될 것인지, 나아가 남북 간 평화통일의 분위기가 조성되어 이를 지향하는 국가의 책무 달성에 도움이 될 것인지 단언하기 어려운 반면, 심판대상조항이 초래하는 정치적 표현의 자유에 대한 제한은 매우 중대하다. 그렇다면 **심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 표현의 자유를 침해한다**』(헌재 2023.9.26. 2020헌마1724 등).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

35. 집회의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 국내 주재 외교기관 인근의 옥외집회 또는 시위를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항은, 행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것이므로, 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 사전허가제에 해당한다.

② 집회 또는 시위를 하기 위하여 인천애(愛)뜰 중 잔디마당과 그 경계 내 부지에 대한 사용허가 신청을 한 경우 인천광역시장이 이를 허가할 수 없도록 제한하는 ‘인천애(愛)뜰의 사용 및 관리에 관한 조례’는 잔디마당을 집회 장소로 선택할 자유를 완전히 제한하는바, 시민들의 집회의 자유를 침해한다.

③ 국회의장 공관의 경계 지점으로부터 100미터 이내의 장소에서의 옥외집회 또는 시위를 일률적으로 금지하는 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항은 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어 집회의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로 집회의 자유를 침해한다.

④ 대통령 관저의 경계 지점으로부터 100미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 금지한 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항은, 대통령 관저 인근 일대를 광범위하게 집회금지장소로 설정함으로써 집회가 금지될 필요가 없는 장소까지도 집회금지 장소에 포함되게 하므로 집회의 자유를 침해한다.

<정답> ①

<해설>

① (X) **최신판례** 『심판대상조항은 본문에서 외교기관 인근의 옥외집회 또는 시위를 금지하고, 단서에서 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우, 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우, 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우 중 어느 하나에 해당하여 외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 옥외집회 또는 시위는 허용된다고 규정하고 있다. 이와 같은 단서의 규정은 본문에 의한 제한을 완화시키려는 것으로, 입법자는 본문과 단서를 합하여 법률로써 직접 집회의 장소적 제한을 규정한 것이고, 행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것이라고 볼 수 없다. 결국 **심판대상조항은 법률로써 직접 옥외집회 또는 시위의 장소적 제한을 규정한 것으로서 헌법 제21조 제2항의 허가제 금지에 위반되지 않는다.**』(헌재 2023.7.20. 2020헌바131).

② (O) **최신판례** 『심판대상조항에 의하여 잔디마당을 집회 장소로 선택할 자유가 완전히 제한되는바, 공공에 위협을 야기하지 않고 시청사의 안전과 기능에도 위협이 되지 않는 집회나 시위까지도 예외 없이 금지되는 불이익이 발생한다. 그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 집회의 자유를 침해한다.』(헌재 2023.9.26. 2019헌마1417).

③ (O) **최신판례** 헌재 2023.3.23. 2021헌가1

④ (O) **최신판례** 헌재 2022.12.22. 2018헌바48 등

36. 결사의 자유에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?
(다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 농업협동조합중앙회(이하 ‘농협중앙회’) 회장선거의 관리를 농협중앙회의 자율에 맡기지 않고 「선거관리위원회법」에 따른 중앙선거관리위원회에 의무적으로 위탁하도록 한 「농업협동조합법」 조항은 농협중앙회 및 회원조합의 결사의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

② 상호신용금고의 임원과 과점주주로 하여금 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 책임을 지도록 하고 있는 「상호신용금고법」 조항이 임원과 과점주주의 연대부채책임이란 조건 하에서만 금고를 설립할 수 있도록 규정한다고 해서, 이를 사법상의 단체를 자유롭게 결성하고 운영하는 자유를 제한하는 것으로 볼 수는 없다.

③ 조합장선거에서 후보자가 아닌 사람의 선거운동을 금지하는 「공공단체등 위탁선거에 관한 법률」 조항은, 조합장선거의 과결과 혼탁을 방지함으로써 선거의 공정성을 담보하고자 하는 것으로서, 조합장선거의 후보자 및 선거인인 조합원의 결사의 자유 등 기본권을 침해하지 아니한다.

④ 선거운동 기간 외에는 중소기업중앙회 회장선거에 관한 선거운동을 제한하는 「중소기업협동조합법」 조항은, 선거 후유증을 초래할 위험을 방지하기 위한 것으로, 선거운동 기간 동안의 선거운동만으로도 선거에 관한 정보획득, 교환 및 의사결정에 충분하다고 볼 수 있으므로 조합원의 결사의 자유를 침해하지 않는다.

<정답> ②

<해설>

① (O) **최신판례** 헌재 2023.5.25. 2021헌바136

② (X) 『이 사건의 경우, 주식회사의 형태로서 금고의 원활한 설립과 운영이 가능하기 위해서는 기업활동의 위험부담이 적절하게 나누어 분산되고 주주와 임원의 책임이 한정되어야 할 필요가 있는데, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이 임원과 특정주주 등 개인이 법인과 연대하여 기업의 위험을 부담케 하는 경우, 사업에 필요한 자금을 제공할 주주의 모집 및 회사의 기관인 이사회 구성이 어렵고, 소유와 경영의 분리를 전제로 하여 적임자에게 기업의 경영·관리를 맡기는 방식으로 기업을 운영하는 것이 곤란하다. 따라서 이 사건 법률조항은 임원과 과점주주의 연대부채책임이란 조건 하에서만 금고를 설립할 수 있도록 규정함으로써 사법상의 단체를 자유롭게 결성하고 운영하는 자유(결사의 자유)를 제한하는 규정이다.』(헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5 등).

③ (O) **최신판례** 헌재 2024.2.28. 2021헌가16

④ (O) **최신판례** 헌재 2021.7.15. 2020헌가9



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

37. 재산권의 제한에 대한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 대통령이 2016. 2. 10.경 개성공단의 운영을 즉시 전면 중단하기로 결정하고, 개성공단에 체류 중인 국민들 전원을 대한민국의 영토 내로 귀환하도록 한 개성공단 전면중단 조치에 의해 발생한 영업상 손실이나 주식 등 권리의 가치하락은 헌법 제23조의 재산권보장의 범위에 속한다.

② 통일부장관이 2010. 5. 24. 발표한 북한에 대한 신규투자 불허 및 진행 중인 사업의 투자확대 금지 등을 내용으로 하는 대북조치로 인해 개성공단에서 투자하던 사업자의 토지이용권을 사용·수익하지 못하게 되는 제한이 발생하였으므로, 이러한 대북조치는 헌법 제23조 제3항 소정의 공용 제한에 해당한다.

③ 댐의 저수 이용상황 등이 변경되는 경우 등 댐사용권을 그대로 유지하는 것이 곤란한 경우 댐사용권을 취소·변경할 수 있도록 규정한 구 「댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률」 조항은 다목적댐에 관한 독립적 사용권인 댐사용권의 내용과 한계를 정하는 규정인 동시에 사회적 제약을 구체화한 규정이라 보아야 한다.

④ 행정청이 아닌 사업주체가 새로이 설치한 공공시설이 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되도록 한 구 「주택건설촉진법」 조항은 재산권의 법률적 수용이라는 법적 외관을 가지고 있으므로 그것이 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상의 원칙에 위배되었는지 심사되어야 한다.

<정답> ③

<해설>

① (×) **최신판례** 『개성공단 전면중단 조치는 공익 목적을 위하여 개별적, 구체적으로 형성된 구체적인 재산권의 이용을 제한하는 공용 제한이 아니므로, 이에 대한 정당한 보상이 지급되지 않았다고 하더라도, 그 조치가 헌법 제23조 제3항을 위반하여 개성공단 투자기업인 청구인들의 재산권을 침해한 것으로 볼 수 없다』(헌재 2022.1.27. 2016헌마364).

② (×) **최신판례** 『이 사건 대북조치는 개성공단 내에 존재하는 토지나 건물, 설비, 생산물품 등에 직접 공용부담을 가하여 개별적, 구체적으로 이용을 제한하고자 하는 것이 아니다. 이 사건 대북조치가 개성공단에서의 신규투자자와 투자확대를 불허함에 따라 청구인이 이 사건 토지이용권을 사용·수익하지 못하게 되는 제한이 발생하기는 하였으나, 이는 개성공단이라는 특수한 지역에 위치한 사업용 재산이 받는 사회적 제약이 구체화된 것일 뿐이므로, 공익목적을 위해 이미 형성된 구체적 재산권을 개별적, 구체적으로 제한하는 헌법 제23조 제3항 소정의 공용 제한과는 구별된다』(헌재 2022.5.26. 2016헌마95).

③ (○) **최신판례** 『댐사용권변경조항은 이미 형성된 구체적인 재산권을 공익을 위하여 개별적이고 구체적으로 박탈·제한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 수용·사용·제한을 규정한 것이라고 볼 수 없고, 적절한 수자원의 공급 및 수재방지 등 공익적 목적에서 건설되는 다목적댐에 관한 독립적 사용권인 댐사용권의 내용과 한계를 정하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이라고 보아야 한다. 부담금반환조항은 댐사용권 변경 시 댐사용권자가 댐사용권 취득을 위해 댐건설비용을 분담하였던 부담금 등의 일부를 반환하도록 하여 댐사용권 변경을 둘러싼 법률관계를 조정하는 조항이다. 따라서 부담금반환조항 역시 댐사용권변경조항과 일체를 이루어 재산권인 댐사용권의 내용과 한계를 정하는 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정(헌법 제23조 제1항 및 제2항)이라고 볼 수 있다』(헌재 2022.10.27. 2019헌마44).

④ (×) 『심판대상조항은 재산권의 법률적 수용이라는 법적 외관을 가지고 있으나 그 실질은 공공시설의 설치와 그 비용부담자 등에 관하여 규율하고 있는 것이므로, 이를 심사하려면 그것이 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상의 원칙에 위배되었는지 아니라 이러한 공공시설의 설치와 관련한 부담의 부과와 그 소유권의 국가귀속이 재산권에 대한 사회적 제약의 범위 내의 제한인지 여부가 검토되어야 한다』(헌재 2015.2.26. 2014헌마177).



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

38. 청원권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 국회에 청원하는 방법으로 국회의원의 소개를 받도록 정한 구 「국회법」 조항은 무책임한 청원서의 제출을 예방하여 청원 심사의 실효성을 확보하는 것으로서 청원권을 침해하였다고 볼 수 없다.
- ② 국회에 청원하는 방법을 '국회규칙으로 정하는 기간 동안 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아'라고 규정한 「국회법」 조항은, 국회가 한정된 자원과 심의역량 등을 고려하여 국민동의 요건을 탄력적으로 정하도록 그 구체적인 내용을 하위법령에 위임할 필요성이 인정된다.
- ③ 국회에 청원하는 방법을 '국회규칙으로 정하는 기간 동안 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아'라고 규정한 「국회법」 조항은, 국회규칙에서는 국회가 처리할 수 있는 범위 내에서 국민의 의견을 취합하여 국민 다수가 동의하는 의제가 효과적으로 국회의 논의 대상이 될 수 있도록 적정한 수준으로 구체적인 국민동의 요건과 절차가 설정될 것임을 예측할 수 있어, 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.
- ④ 국회 전자청원시스템에 등록된 청원서가 등록일부터 30일 이내에 100명 이상의 찬성을 받아 일반인에게 공개되면, 공개된 날부터 30일 이내에 10만 명 이상의 동의를 받은 경우 국민동의 청원으로 접수된 것으로 보는 「국회법」 및 「국회청원심사규칙」 조항은 의원소개조항에 더하여 추가적으로 요건과 절차를 규정하고 있는 것으로 입법형성의 한계를 위반한 것이다.

<정답> ④

<해설>

① (○) 헌재 2012.11.29. 2012헌마330

② (○) ③ (○) **최신판례** 『국민의 의견을 효과적으로 반영하여 청원제도의 목적을 높은 수준으로 달성하기 위해서는 국회가 국회의 한정된 자원과 심의역량 등을 고려하여 국민동의기간이나 인원 등 국민동의 요건을 탄력적으로 정할 필요가 있으므로, 그 구체적인 내용을 하위법령에 위임할 필요성이 인정된다. 아울러 국회규칙에서는 국회가 처리할 수 있는 범위 내에서 국민의 의견을 취합하여 국민 다수가 동의하는 의제가 효과적으로 국회의 논의 대상이 될 수 있도록 적정한 수준으로 구체적인 국민동의 요건과 절차가 설정될 것임을 예측할 수 있다. 따라서 국민동의 조항은 포괄위임금지원칙에 위반되어 청원권을 침해하지 않는다』(헌재 2023.3.23. 2018헌마460 등).

④ (×) **최신판례** 『청원서의 일반인에 대한 공개를 위해 30일 이내에 100명 이상의 찬성을 받도록 하고, 청원서가 일반인에게 공개되면 그로부터 30일 이내에 10만 명 이상의 동의를 받도록 한 「국회청원심사규칙」 조항이 설정하고 있는 청원찬성·동의를 구하는 기간 및 그 인원수는 불합리하다고 보기 어렵다. 따라서 국민동의법령조항들은 입법재량을 일탈하여 청원권을 침해하였다고 볼 수 없다』(헌재 2023.3.23. 2018헌마460 등).

39. 선거권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 선거에 관한 여론조사의 결과에 영향을 미치게 하기 위하여 둘 이상의 전화번호를 착신전환 등의 조치를 하여 같은 사람이 두 차례 이상 응답하는 등의 행위로 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 선거권이 없다고 규정한 「공직선거법」 조항은, 공정한 선거를 보장하고 선거법에 대하여 사회적 제재를 부과하며 일반국민에 대하여 선거의 공정성에 대한 의식을 제고하려는 것으로 선거권을 침해하지 아니한다.
- ② 재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인 및 국외부재자신고인이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 않은 것이, 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인 등의 선거권을 침해하는 것은 아니다.
- ③ 사전투표관리관이 투표용지의 일련번호를 떼지 아니하고 선거인에게 교부하도록 정한 「공직선거법」 조항은 사전투표자들의 선거권을 침해하지 아니한다.
- ④ 사전투표관리관이 투표용지에 자신의 도장을 찍는 경우 도장의 날인을 인쇄날인으로 갈음할 수 있도록 한 「공직선거관리규칙」 조항은 현저히 불합리하거나 불공정하여 사전투표자의 선거권을 침해한다고 볼 수 없다.

<정답> ②

<해설>

① (○) **최신판례** 헌재 2022.3.31. 2019헌마986

② (×) **최신판례** 『심판대상조항과 달리 재외투표기간이 종료된 후 선거일이 도래하기 전까지의 기간 내에 재외투표관리관이 재외선거인 등 중 실제로 재외투표를 한 사람들의 명단을 중앙선거관리위원회에 보내거나 중앙선거관리위원회를 경유하여 관할 구·시·군선거관리위원회에 보내어 선거일 전까지 투표 여부에 관한 정보를 확인하는 방법을 상정할 수 있으며, 현재의 기술 수준으로도 이와 같은 방법이 충분히 실현가능한 것으로 보인다. 이로 인해 관계 공무원 등의 업무부담이 가증될 수 있을 것이나, 이는 인력 확충 및 효율적인 관리 등 국가의 노력으로 극복할 수 있는 어려움에 해당한다. 심판대상조항을 통해 달성하고자 하는 선거의 공정성은 매우 중요한 가치이다. 그러나 선거의 공정성도 결국에는 선거인의 선거권이 실질적으로 보장될 때 비로소 의미를 가진다. **심판대상조항의 불충분·불완전한 입법으로 인한 청구인의 선거권 제한을 결코 가볍다고 볼 수 없으며, 이는 심판대상조항으로 인해 달성되는 공익에 비해 작지 않다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 선거권을 침해한다.**』(헌재 2022.1.27. 2020헌마895).

③ (○) **최신판례** 헌재 2023.10.26. 2022헌마231 등

④ (○) **최신판례** 헌재 2023.10.26. 2022헌마232 등



2024. 08. 03. (토)

담당 : 이 국 령 교수

cafe.naver.com/doyag

40. 국민투표권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

① 국민투표권이란 국민이 국가의 특정 사안에 대해 직접 결정권을 행사하는 권리로서, 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 국민의 참정권의 한 내용을 이루는 헌법상 기본권이다.

② 헌법 제130조 제2항에 의한 헌법개정에 관한 국민투표는 대통령 또는 국회가 제안하고 국회의 의결을 거쳐 확정된 헌법개정안에 대하여 주권자인 국민이 최종적으로 그 승인 여부를 결정하는 절차이다.

③ 대의기관의 **선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대한 승인주체가 되는 것은 당연한 논리적 귀결이지만, 국민투표권자의 범위가 대통령선거권자·국회의원선거권자의 범위와 일치되어야 하는 것은 아니다.**

④ 「국민투표법」 조항이 국회의원선거권자인 재외선거인에게 국민투표권을 인정하지 않은 것은 국회의원선거권자의 헌법개정안 국민투표 참여를 전제하고 있는 헌법 제130조 제2항의 취지에 부합하지 않는다.

<정답> ③

<해설>

① (○) ② (○) 『국민투표권이란 국가의 특정 사안에 대해 국민투표라는 형식을 통해 국민이 직접 결정권을 행사하는 권리로서, 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 국민의 참정권의 한 내용을 이루는 헌법상 기본권이다. 헌법은 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 결정하는 경우(제72조)와 헌법개정안을 확정하는 경우(제130조 제2항)에 국민투표권을 인정하고 있다. 헌법 제72조에 의한 중요정책에 관한 국민투표는 국가안위에 관계되는 사항에 관하여 대통령이 제시한 구체적인 정책에 대한 주권자인 국민의 승인절차라 할 수 있고, 헌법 제130조 제2항에 의한 헌법개정에 관한 국민투표는 대통령 또는 국회가 제안하고 국회의 의결을 거쳐 확정된 헌법개정안에 대하여 주권자인 국민이 최종적으로 그 승인 여부를 결정하는 절차이다.』(헌재 2007.6.28. 2004헌마644 등).

③ (×) ④ (○) 『**헌법 제72조의 중요정책 국민투표와 헌법 제130조의 헌법개정안 국민투표는 대의기관인 국회와 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차에 해당한다. 대의기관의 선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대한 승인주체가 되는 것은 당연한 논리적 귀결이다.** 재외선거인은 대의기관을 선출할 권리가 있는 국민으로서 대의기관의 의사결정에 대해 승인할 권리가 있으므로, 국민투표권자에는 재외선거인이 포함된다고 보아야 한다. 또한, **국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리이다. 이처럼 국민의 본질적 지위에서 도출되는 국민투표권을 추상적 위험 내지 선거기술상의 사유로 배제하는 것은 헌법이 부여한 참정권을 사실상 박탈한 것과 다를없다. 따라서 국회의원선거권자인 재외선거인에게 국민투표권을 인정하지 않은 국민투표법 조항은 재외선거인의 국민투표권을 침해한다.**』(헌재 2014.7.24. 2009헌마256).