

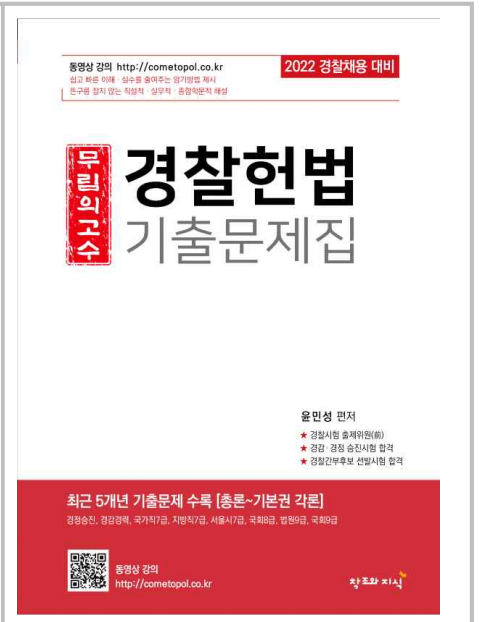
【본 동강의 효율적 활용방법】

2022년 1월에 실시된 경찰 경정시험에서도 기출문제의 중요성은 어김없이 확인되었습니다.

약 17%는 기존 기출문제에서 직접 다루지 아니한 문제인데 이에 대한 대비책으로 판례의 모든 지문을 암기하겠다는 것은 불가능한 목표이므로 취할 바는 되지 않습니다.

따라서 필자의 경우 기출문제를 “정확하게 선이해 후 후암기” 방식을 택하였고 경찰간부후보 시험부터 경감시험, 경정시험까지 그 효과를 톡톡히 보았습니다.

앞으로 출제 될 헌법시험에서도 “무림의 고수 경찰헌법 기출문제집”의 해설부분까지 착실하게 보시고 동강까지 청취하신 분들은 새로운 문제가 나오더라도 정답을 고르는 데에 크게 어려움이 없을 것입니다.



1. 관습헌법에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

① 우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전이 헌법의 법원(法源)이 된다.

○ 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 사건에서 “우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다.”라고 판시

② 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다.

○ 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 사건에서 헌법의 법원은 기본적으로 헌법전이지만 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있음을 판시 → ‘우리나라의 수도가 서울인 점’이 관습헌법으로 인정될 수 있는지 여부(적극)

☞ 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 엄격한 요건들이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가짐

③ 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사 표현이나, 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 볼 수는 없고, 보충적으로 효력을 가진다고 보아야 한다.

X 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 볼 수는 없고, 보충적으로 효력

○ 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에

☞ 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 방법의 의하여만 개정될 수 있다.

④ 헌법 제1조 제2항에 따라 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다.

○ 헌법 제1조 제2항 : 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

☞ 최고의 헌법제정권력은 국민이므로 → 국민은 성문헌법의 제·개정에 참여, 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성 가능

⇒ 국민주권주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.

2. 헌법개정에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

① 우리 헌법은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있으며, 헌법의 개정을 법률의 개정과는 달리 국민투표에 의하여 이를 확정하도록 규정하고 있다.

X 우리 헌법은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있으며

○ 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두지 아니함

☞ 헌법의 개정은 국민투표에 의하여 확정하도록 규정함(헌법 제130조 제2항)

② 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 무기명투표로 한다.

X 무기명투표

○ 기명투표(국회법 제112조 제4항) → 투표의 확실성 도모

☞ 공고된 날로부터 60일 이내에 의결 → 공고기간이 만료된 날로부터는 틀림에 유의
⇒ 제공(20)의(60)국(30)공

③ 헌법개정안이 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.

○ 제공(20)의(60)국(30)공, 선과투과

☞ 국민투표로 확정

④ 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이고 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 그 효력상의 차이도 인정할 수 있다.

X 헌법제정규정과 헌법개정규정을 구분하는 것이 가능, 효력상 차이 인정

○ 어떤 규정이 헌법핵 내지는 헌법제정규범으로서 상위규범이고 어떤 규정이 단순한 헌법개정규범으로서 하위규범인지를 구별하는 것이 가능하지 아니하며, 헌법의 각 개별규정 사이에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 아무런 근거도 찾을 수 없다.

3. 헌법상 영토조항에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

① 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로 헌법소원을 청구할 수 있다.

X 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로 헌법소원을 청구할 수 있다.

○ 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다.

☞ 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다. → 영토권은 헌법소원의 대상인 기본권에 해당

② 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권으로 간주하는 것은 가능하다.

○ 영토권은 기본권에 해당

③ 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 된다.

○ 북한지역은 대한민국의 영토

☞ 따라서 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 있다고 할 것이다. (대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결)

④ 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 「남북 교류협력에 관한 법률」상 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이므로, 북한의 조선아시아태평양위원회가 「외국환거래법」 제15조에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 「남북교류협력에 관한 법률」상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다.

○ 거주자나 비거주자, 북한주민 해당 여부는 → 헌법상 영토조항과는 무관

- ☞ 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 외국환거래법 상 '거주자' 또는 '비거주자'가 아니라 남북교류법의 '북한의 주민'에 해당 → 그러므로 '거주자'나 '비거주자'에 해당하는지 또는 남북교류법상 '북한의 주민'에 해당하는지 여부는 법률 해석의 문제에 불과하고 ⇒ 헌법의 영토조항과는 무관

4. 사회국가원리와 사회적 기본권에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 우리 헌법은 '사회국가원리'를 헌법전문과 경제질서 부분에서 명문으로 직접 규정하고 있다.

X 사회국가원리를 명문으로 직접 규정

○ 사회국가원리에 대한 직접적인 명문 규정은 없음 → 사회국가원리의 실현을 위한 사회적 기본권 방식으로 규정

② 사회국가란 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.

○ 사회국가란 방임이 아니라 국가에 의한 간섭과 분배, 조정을 인정

③ 사회적 기본권은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려를 요청하는 것이며, 이러한 의미에서 사회적 기본권은 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 국가목표를 최우선적으로 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다.

X 무조건적인 최우선적 배려

○ 저상버스 도입의무 불이행 위헌확인 사건에서, 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한 고려를 요청하는 것일 뿐

☞ 국가의 현실적인 재정·경제능력의 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없기 때문

④ 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법심사의 대상이 된 경우, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니한 경우에만 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

X 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니한 경우에만 한하여 헌법에 위반

○ 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

☞ 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정한 2002년도 최저생계비고시가 → 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해하였는지 여부 (소극)

5. 신뢰보호의 원칙에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 기존의 퇴직연금 수급자에게 전년도 평균임금월액을 초과한 소득월액이 있는 경우에 그 초과 액수에 따라 퇴직연금 중 일부의 지급을 정지하는 것은 보호해야 할 퇴직연금 수급자의 신뢰의 가치는 매우 큰 반면, 공무원연금 재정의 파탄을 막고 공무원 연금제도를 건실하게 유지하려는 공익적 가치는 그리 크지 않으므로 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위반된다.

X 퇴직연금 수급자의 신뢰의 가치는 매우 큰 반면, 공익적 가치는 그리 크지 않으므로 신뢰보호의 원칙에 위반된다.

○ 퇴직연금 수급자의 신뢰의 가치에 비하여 공익적 가치가 더욱 긴급하고 중요하므로 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않는다.

☞ 퇴직연금 중 일부의 지급을 정지할 뿐이므로, 퇴직연금 수급자들이 입는 불이익은 그다지 크지 않다.

② 외국에서 치과대학을 졸업한 대한민국 국민이 국내 치과의사 면허시험에 응시하기 위해서는 기존의 응시요건에 추가하여 새로이 예비시험에 합격할 것을 요건으로 규정한 「의료법」의 ‘예비시험’ 조항은 외국에서 치과대학을 졸업한 국민들이 가지는 합리적 기대를 저버리는 것으로서 신뢰보호의 원칙상 허용되지 아니한다.

X 예비시험 조항은 합리적 기대를 저버리는 것으로서 신뢰보호의 원칙상 허용되지 아니한다.

○ 예비시험 조항은 신뢰이익을 충분히 고려하고 있으므로 허용된다.

☞ 지적·임상적 능력에 대한 최소한의 검증과 평가가 필요하다는 공익상의 이유, 예비시험의 구체적인 내용이 국가시험의 범위와 정도를 넘지 않고 외국대학 졸업자의 국내 적응능력을 검증하는 정도의 수준에 머무르는 점, 약 4회 응시하면 충분히 합격할 수 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인들에게 주어진 3년의 유예기간은 법률의 개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 볼 수 없으므로 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있다.

③ 무기징역의 집행 중에 있는 자의 가석방 요건을 종전의 ‘10년 이상’에서 ‘20년 이상’ 형 집행 경과로 강화한 개정 「형법」 조항을 「형법」 개정 시에 이미 수용 중인 사람에게도 적용하는 것은 가석방을 기대하고 있던 수형자가 국가 공권력에 대해 가지고 있던 적법한 신뢰를 보호하지 않는 것으로서 신뢰보호의 원칙에 위반된다.

X 가석방 요건 강화는 신뢰보호원칙에 위배된다.

○ 위배되지 않는다.

☞ 이 사건 이전 10년 동안 집행기간이 20년 미만자에게 가석방한 사례가 없었음

④ 사법연수원의 소정 과정을 마치더라도 바로 판사임용자격을 취득할 수 없고 일정 기간 이상의 법조경력력을 갖추어야 판사로 임용될 수 있도록 한 「법원조직법」 개정조항의 시행일 및 그 경과조치에 관한 부칙은, 동법 개정 시점에 이미 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원 하는 경우에 적용되는 한 신뢰 보호의 원칙에 위반된다.

○ 판사임용자격에 관한 법원조직법 규정이 지난 40여 년 동안 유지되어 오면서, 사법시험에 합격한 후 사법연수원을 수료한 즉시 판사임용자격을 취득할 수 있다는 신뢰의 근거를 제공하였다

☞ 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게도 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴요하다고는 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 어렵기 때문에 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게 적용되도록 한 것은 신뢰보호원칙에 반한다.

6. 정당제도에 관한 설명으로 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 정당의 설립은 자유이나 복수정당제는 헌법상 바로 보장되는 것은 아니고, 구체적인 법률의 규정이 존재하여야 비로소 보장된다.

X 헌법상 바로 보장되는 것은 아니고

○ 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”라고 규정

☞ 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 기본권으로서 보장하면서, 정당설립의 자유를 보장한 것의 당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장

② 정당은 그 목적·조직과 활동 및 강령이 민주적이면 족하고, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 반드시 가져야 하는 것은 아니다.

X 조직을 반드시 가져야 하는 것은 아니다.

○ 헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”라고 규정

③ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 국회는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

X 국회는 제소할 수 있고

○ 헌법재판소법 제55조는 “정부는 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 그 해산을 **청구할 수 있다**”라고 규정

④ 헌법 제8조 제4항이 의미하는 ‘민주적 기본질서’는 그 외연이 확장될수록 정당해산결정의 가능성은 확대되고 이와 동시에 정당활동의 자유는 축소될 것이므로, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 최대한 엄격하고 협소한 의미로 이해해야 한다.

○ 정당해산결정 관련 민주적 기본질서는 최대한 엄격하고 협소한 의미로 이해 ← 정당해산심판 제도의 남용 방지

☞ 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서 개념은 정당해산결정의 가능성과 긴밀히 결부되어 있다. 이 민주적 기본질서의 외연이 확장될수록 정당해산결정의 가능성은 확대되고, 이와 동시에 정당 활동의 자유는 축소됨
→ 민주 사회에서 **정당의 자유가 지니는 중대한 함의나 정당해산심판제도의 남용가능성** 등을 감안한다면, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 **최대한 엄격하고 협소한 의미**로 이해

7. 선거권과 선거제도에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

① 지방자치단체의 장 선거권은 헌법 제24조에 의해 보호되는 기본권으로 인정된다.

○ 지방자치단체장 선거권은 헌법상 기본권임

☞ 대통령선거권, 국회의원선거권, 지방의원선거권, 지방자치단체장 선거권 모두 다 헌법상 기본권

⇒ 종전에는 “기본권이지 분명치 않다, 단정하기 어렵다”라고 판시하였으나 → 헌법상 기본권이라고 판례를 변경

② 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우 정당화될 수 있으며, 막연하고 추상적인 위험이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 없는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로도 그 제한이 정당화될 수 있다.

X 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로도 그 제한이 정당화될 수 있다.

○ 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, → 막연하고 추상적인 위험이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다.

③ 「주민등록법」상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 대통령 선거권 행사를 전면 부정하는 것은 헌법에 위배되지 않

는다.

X 헌법에 위배되지 않는다.

○ 헌법에 위배된다.

☞ 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법률 조항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 → 헌법 제37조 제2항에 위반하여 **재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.**

⇒ 국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않는다.

④ 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하는 반면, 헌법재판소가 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우 그 심사 강도는 완화하여야 한다.

X 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우 그 심사 강도는 완화하여야 한다.

○ 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사에서 심사의 강도는 엄격하다.

☞ 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 엄격하여야 하는 것이다.

8. 기본권 충돌에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 상이한 복수의 기본권 주체를 전제로 한다.

○ 기본권의 주체가 2명 이상 → 기본권의 충돌 ← 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다.

☞ 기본권의 주체가 1명 → 기본권의 경합

② 충돌하는 기본권이 반드시 상이한 기본권이어야 하는 것은 아니다.

○ 충돌하는 기본권은 같을 수도 다를 수도 있음

☞ **흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 해로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권임**

③ 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위 기본권 우선의 원칙에 따라 하위 기본권이 제한될 수 있다.

○ 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권 우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로 → 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정됨

④ 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 수 없어, 노동조합에 적극적 단

결권(조직강제권)을 부여하는 것은 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해한다.

- X 적극적 단결권은 단결하지 아니할 자유보다 중시된다고 할 수 없어, 조직강제권을 부여하는 것은 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해한다.
- 노동조합의 **적극적 단결권**은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이어서 노동조합에 **적극적 단결권(조직강제권)**을 부여한다고 하여 이를 두고 곧바로 근로자의 **단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없다.**
- ☞ **노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려**

9. 과잉금지원칙(비례원칙)에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

- ① 과잉금지원칙은 기본권 제한의 방법상 한계로서 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 경우에 한하여’ 부분에서 그 근거를 찾을 수 있다.
- 자유의 제한은 헌법 제37조 제2항에 규정된 공익을 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한하여야 하고, 그 경우에도 공익을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서 자유의 제한이 최소한도에 그치도록 하여야 한다.
- ☞ 기본권 제한의 한계에 관하여 → 목적상 한계, 형식상 한계, 내용상 한계, 방법상 한계를 들 수 있는데 ⇒ 과잉금지원칙은 기본권 제한의 **방법상** 한계에 해당한다는 의미 ← **수단**의 적합성, 필요성, 상당성

- ② 국민의 기본권을 제한하는 입법은 그 목적이 헌법 및 법률의 체제상 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 방법이 설사 적절하다고 하더라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량 할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다.

- 체계정당성의 원리, 비례원칙(적필상)

- ③ 입법목적 달성을 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이며 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할 지라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 한다.

- 입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로 입법목적 달성을 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이며 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할지라도
- ☞ 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 할 것이므로
- ⇒ 복수조합설립을 금지한 축산업협동조합법 조항 위헌소원 사건에서 → 정책목표를 달성하기 위한 수단의 선택이 현저하게 불합리하고 불공정하여 입법재량의 한계를 일탈하였다고 한 사례

- ④ 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우, 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면 이는 비례원칙의 한 요소인 ‘수단의 적합성(적절성) 원칙’에 위배된다.

- X 수단의 적합성 원칙에 위배된다.

- 최소침해성의 원칙에 위배된다.

- ☞ 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”에 위배된다

10. 기본권 제한에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다.

○ 기본권 제한형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 하고 위임의 구체성과 명확성을 구비할 것
☞ 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있는데 → 위임의 구체성·명확성의 요
구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라진다. 즉 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하
거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구는 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보
다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임
의 구체성·명확성의 요건은 완화되어야 한다.

② 텔레비전방송수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이라고 보기
어려우므로 「한국방송공사법」 제36조 제1항이 국회의 결정이나 관여를 배제하고 한국방송공사로 하여금 수신료금
액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 하더라도 법률유보원칙에 위반되지 않는다.

X 본질적인 중요한 사항이라고 보기 어려우므로 한국방송공사에 의한 TV방송수신료 금액의 결정은 법률유보원칙에 위반되지
않는다.

○ 본질적인 중요한 사항이므로 법률유보원칙에 위반된다.

☞ 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실
현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로
국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수
신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

③ 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단
계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어
렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다.

○ 기부금품모집 허가의 조건으로 모집목적에 관한 제한은 ‘여부’에 관한 규제이므로 그 보다는 덜 침익적인 모집절차나 방법에
관한 규제형식 즉 ‘방법’에 관한 제한을 선택해야 한다는 판례

☞ 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규정과 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규정으로 구분할 수 있는데
→ 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기
본권행사의 ‘방법’에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는
경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다.

☞ 기부금품모집금지법 조항에서 허가의 조건으로서 기부금품의 모집목적에 관한 제한보다는 기본권의 침해를 적게 가져오는 그
이전의 단계인 모집절차 및 그 방법과 모집된 기부금품의 사용에 대한 통제를 통하여, 즉 기본권행사의 ‘방법’을 규제함으로
써 충분히 입법목적 달성을 할 수 있다.

④ 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다.

- 친일반민족행위자 범위 변경 사건에서 → 특정규범이 개별인 또는 개별사건 법률에 해당한다고 하여 그것만으로 바로 헌법에 위반되는 것은 아니라고 판시
- ☞ 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 제1호 나목은 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자에게 일반적으로 적용되는 것이므로 개별인 또는 개별사건 법률이라 보기도 어렵다.

11. 기본권 보호의무에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 기본권 보호의무란 국민의 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제된다.

- 국가의 기본권 보호의무는 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제 되는데,
- ⇒ 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.

② 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반 여건과 재정 사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속한다.

- 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속함
- ☞ 그러므로 헌법재판소는 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있음

③ 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’ 위반 여부를 기준으로 한다.

- 기본권보호의무의 위반여부에 대한 심사기준은 ‘과소보호금지원칙’
- ☞ 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.

④ 사산된 태아에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않는 것은 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로서 국가의 기본권보호의무를 위반한 것이다.

- X 기본권보호의무를 위반한 것이다.
- 위반한 것이 아니다.
- ☞ 민법 제762조 ‘태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.’
- 민법 제3조 (권리능력의 존속기간) 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
- ⇒ 사산한 태아의 손해배상청구권 부정

12. 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 정답 ①

① 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 당연히 포함되며, '명예'에는 사람이나 그 인격에 대한 '사회적 평가', 즉 객관적·외부적 가치평가뿐만 아니라 주관적 내면적인 명예감정도 포함된다.

X '명예'에는 주관적 내면적인 명예감정도 포함된다.

○ '명예'는 사람이나 그 인격에 대한 '사회적 평가', 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함하지 않는다

☞ 주관적 내면적인 명예감정도 포함시킨다면, 입법자나 공권력 주체뿐만 아니라 언론의 자유나 학문의 자유 등의 기본권을 행사하는 사인들에게도 무수한 명예권 침해 항변에 맞닥뜨리도록 하는 부담을 안겨주게 됨

② 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 간섭없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.

○ 행복추구권은 적극적인 급부 요구권이 아니라 포괄적 의미의 자유권으로서의 성격

③ 인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용시체로 제공될 수 있도록 규정한 「시체 해부 및 보존에 관한 법률」의 조항은 시체의 처분에 대한 자기결정권을 침해한다.

○ 국민보건 향상과 의학연구에 기여한다는 공익이 사후 자신의 시체가 자신의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공됨으로써 침해되는 사익보다 크다고 할 수 없으므로 시체 처분에 대한 자기결정권 침해

☞ 최근 5년간 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공한 사례는 단 1건에 불과하고, 본인이 해부용 시체로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 표시할 수 있는 절차도 마련하지 않은 점을 고려

④ 비어업인이 잠수용 스쿠버장비를 사용하여 수산자원을 포획·채취하는 것을 금지하는 「수산자원관리법 시행규칙」의 규정 중 '잠수용 스쿠버장비 사용'에 관한 부분은 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다.

○ 수산자원 유지·보존과 어업인들의 재산을 보호라는 목적이 정당하고

☞ 여가생활 또는 오락으로 잠수용 스쿠버다이빙을 즐기면서 수산자원을 포획하거나 채취하지 못함으로 인하여 청구인이 입는 불이익에 비해 수산자원을 보호해야 할 공익은 현저히 크다는 점에서 침해의 최소성과 법익의 균형성 요건 충족

13. 생명권에 대한 설명으로 적절하지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 정답 ③

㉠ 생명권은 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선행적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다.

○ 생명권은 기본권 중의 기본권이고 절대적 기본권으로서

⇒ 이념적으로는 법률유보의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이지만 현실적인 측면에서 볼 때 생명권 또한 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. ← 사형제도

㉡ 국가는 헌법 제10조, 제12조 등에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있지만, 태아는 헌법상 생명권의 주체로 인정되지 않는다.

X 태아는 생명권의 주체로 인정되지 않는다.

○ 태아는 생명권의 주체가 됨

☞ 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 된다.

㉔ 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것은 헌법적으로 금지된다.

X 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것은 헌법적으로 금지된다.

○ 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다.

☞ 법적안정성의 요청 : 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 확정할 것을 요구

㉔ 연명치료 중단, 즉 생명단축에 관한 자기 결정은 생명권 보호의 헌법적 가치와 충돌하므로 '연명치료 중단에 관한 자기결정권'의 인정 여부가 문제되는 '죽음에 임박한 환자'란 '의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우'를 의미한다.

○ '죽음에 임박한 환자'란 '회복 불가능한 사망의 단계'에 이른 경우를 의미(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결)

① ㉔㉔ ② ㉔㉔ ③ ㉔㉔ ④ ㉔㉔

14. 평등원칙 내지 평등권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 고소인이나 고발인만을 항고권자로 규정한 「검찰청법」 조항은 동법상 항고를 통하여 불복할 수 없게 된 기소유예 처분을 받은 피의자를 고소인이나 고발인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없다.

○ 피의자는 검찰청법상의 항고를 제기할 수는 없지만 헌법소원심판을 청구함으로써 부당한 기소유예처분을 시정받을 기회가 있음

☞ 비교대상은 고소인이나 고발인 vs 피의자 → 기소독점주의의 남용 방지를 위한 검찰항고 제도의 취지상 상대적 평등에 입각한 합리적 이유 있는 차별임

② 경찰공무원은 교육훈련 또는 직무수행 중 사망한 경우 「국가 유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」상 순직군경으로 예우받을 수 있는 것과는 달리, 소방공무원은 화재진압, 구조·구급 업무 수행 또는 이와 관련된 교육훈련 중 사망한 경우에 한하여 순직군경으로서 예우를 받을 수 있도록 하는 「소방공무원법」 규정은 소방공무원에 대한 합리적인 이유 없는 차별에 해당한다.

X 소방공무원에 대한 합리적인 이유없는 차별에 해당한다.

○ 합리적인 이유없는 차별에 해당한다고 볼 수 없다.

☞ 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.

⇒ 국가에 대한 공헌과 희생, 업무의 위험성의 정도, 국가의 재정상태 등을 고려하여 화재진압, 구조·구급 업무수행 또는 이와 관

련된 교육훈련 이외의 사유로 직무수행 중 사망한 소방공무원에 대하여 순직군경으로서의 보훈혜택을 부여하지 않는다고 해서 이를 합리적인 이유 없는 차별에 해당한다고 볼 수 없다. → 다른 것은 다르게 취급(상대적 평등원칙에 부합)

③ 대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 구 「병역법」 조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단한다.

○ 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려운 점, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 **광범위한 입법형성권**이 인정되는 점에 비추어,

☞ 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단

④ 일반 형사소송절차와 달리 소년심판절차에서 검사에게 상소권이 인정되지 않는 것은 객관적이고 합리적인 이유가 있어 피해자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

○ 비교대상 식별 : 일반 형사소송절차에서의 검사 vs 소년심판절차에서의 검사

☞ 상소권에서 양자를 달리 취급하는 것에 합리적 이유가 있는가(상대적 평등)? 있음

⇒ 소년심판절차의 특수성 인정 ← 소년심판은 형사소송절차와는 달리 소년에 대한 **후견적 입장에서** 소년의 환경조정과 품행교정을 위한 **보호처분을 하기 위한** 심문절차이며, 보호처분을 함에 있어 범행의 내용도 참작하지만 주로 소년의 환경과 개인적 특성을 근거로 소년의 개선과 교화에 부합하는 처분을 부과하게 되므로 일반 형벌의 부과와는 차이가 있고 소년심판은 심리의 객체로 취급되는 소년에 대한 후견적 입장에서 **법원의 직권에** 의해 진행

15. 이중처벌금지원칙에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

① 신상정보 공개·고지명령은 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당하므로 동일한 범죄행위에 대하여 형벌이 부과된 이후 다시 신상정보 공개 고지명령이 선고 및 집행된다고 하여 이중처벌금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

○ 신상정보 공개·고지명령은 보안처분이지 형벌이 아니므로 **二重처벌**이 아님

☞ 이중처벌은 처벌 또는 제재가 동일한 행위를 대상으로 거듭 행해질 때 발생하는 문제이다. 그런데 신상정보 공개·고지명령은 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.

⇒ 이중처벌금지원칙은 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 **일사부재리원칙**을 선언한 것으로서 국민의 신체의 자유를 보장하기 위한 것임

② 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것인바, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분 모두 그 ‘처벌’에 포함이 된다.

X 일체의 제재나 불이익처분 모두 그 ‘처벌’에 포함이 된다.

○ 포함되지 않는다.

☞ 헌법 제13조 제1항은 이중처벌금지의 원칙을 규정

③ 일정한 성폭력범죄를 범한 사람에게 유죄판결을 선고하는 경우 성폭력치료프로그램 이수명령을 병과하도록 한 것은 그 목적이 과거의 범죄행위에 대한 제재로서 대상자의 건전한 사회복귀 및 범죄예방과 사회보호에 있어 형벌과 본

질적 차이가 나지 않는 보안처분에 해당하므로, 동일한 범죄행위에 대하여 형벌과 병과될 경우 이중처벌금지원칙에 위배된다.

X 이수명령은 이중처벌금지원칙에 위배된다.

○ 이중처벌금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

☞ 이수명령조항은 교육, 훈련 및 상담 등을 통하여 카메라등이용촬영죄를 범한 성폭력범죄자의 재범을 방지하고 건전한 사회 복귀를 도모하며 사회 안전을 확보하기 위한 것 → 보안처분

④ 헌법재판소는 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 「형법」(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제7조가 이중처벌금지원칙에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.

X 이중처벌금지원칙에 위배되어 위헌

○ 이중처벌금지원칙에 위배되지 아니한다.

☞ 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

⇒ (혼동하지 않도록 유의) 우리 형법에 의한 처벌 시 **외국에서 받은 형의 집행을 전혀 반영하지 아니할 수도 있도록 한 것은** 과잉금지원칙에 위배되어 **신체의 자유를 침해한다.** ← 임의적 감면사유로 규정하였다는 점에서

16. 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 설명 중 가장 적절하지 **않은** 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

① 미결수용자와 변호인 간에 주고받는 서류를 확인하고 이를 소송관계서류처리부에 등재하는 행위는 그 자체만으로는 미결수용자의 변호인 접견교통권을 제한하는 행위라고 볼 수는 없다.

X 제한하는 행위라고 볼 수는 없다.

○ 제한하는 행위는 맞지만, 침해는 아님

☞ 교도관은 수수한 서류의 **내용을 확인하거나 검열을 하는 것이 아니라** 단지 소송서류인지 여부만을 확인하고 있고, 등재하는 내용도 서류의 제목에 불과하여 내용적 정보가 아니라 소송서류와 관련된 외형적이고 형식적인 사항들로서 개인의 인격과 밀접하게 연관된 민감한 정보라고 보기도 어렵다. 그렇다면 이 사건 서류 확인 및 등재행위는 피해의 최소성 요건을 갖추었다.

⇒ 청구인의 변호인 접견교통권이나 개인정보자기결정권을 **침해하지 아니한다.**

② 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다.

○ 변호인의 변론활동 중 수사기록에 대한 검토는 피고인에게 유리한 증거는 이를 피고인의 이익으로 원용하고 불리한 증거에 대하여는 검사의 공격에 대하여 효율적인 방어를 위하여 필수적인 것이므로 이에 대한 접근이 거부되어서는 **실질적 당사자대등**이 이루어졌다고 할 수 없기 때문

③ 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이며 서 국가안전 보장·질서유지 또는 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 할 것이나, 이는 구속된 자와 변호인 간의 접견이 실제로 이루어지는 경우에 있어서의 ‘자유로운 접견’, 즉 ‘대화내용에 대

하여 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.

- 따라서 미결수용자의 변호인 접견권 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해 필요한 경우에는 **법률로써 제한**될 수 있다.

- ④ 변호인의 조력을 받을 권리는 '형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리'를 의미한다고 보아야 할 것이므로 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다.

- 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률 규정에 비추어 보면, '형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리'를 의미
☞ **다만**, 수형자의 경우에도 **재심절차** 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수 있음

17. 적법절차원칙에 관한 설명 중 가장 적절하지 **않은** 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

- ① 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차원칙을 헌법원리로 수용하고 있다.

- 위의 헌법 조문에서 “적법한 절차”에 의하지 아니하고는 (이하 생략)을 규정

- ② 적법절차원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로 이해된다.

- 특히 형사절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명

- ③ 형사소송절차와 관련하여 보면 적법절차원칙은 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로서, 형사피고인의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성 유지할 것을 요구하고 있다.

- 좁은 의미로는 형사소송절차와 관련하여 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것을 요구

- ☞ **형벌에 버금가는** 중대한 기본권의 제한을 수반하는 **보안처분에도** 좁은 의미의 적법절차의 원칙이 적용되어야 함

- ④ 자격정지 이상의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 자에 대하여 당연퇴직을 규정하고 있는 「경찰공무원법」 규정은 재판청구권을 침해하고, 적법절차원칙에 위배되어 위헌이다.

- X 재판청구권을 침해하고, 적법절차원칙에 위배되어 위헌이다.

- 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원리를 위배하였다고 할 수 없다.

- ☞ **당연퇴직의 성질상** 그 절차에서 당사자의 **진술권이 반드시 절차적 권리로 보장되어야 하는 것도 아니므로** 이 사건 규정이 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원리를 위배하였다고 할 수 없다. ← 일반적인 징계처분 전에는 청문절차를 거치지만 당연퇴직의 경우에는 당사자의 진술권이 반드시 보장되어야 하는 것은 아니므로

- ⇒ (비교 이해, 암기) 경찰공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당연퇴직하도록 규정하고 있는 법률조항은 헌법

제25조의 **공무담임권을 침해** ← 범죄의 종류와 내용을 가리지 않고 모두 당연퇴직사유로 규정함으로써 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘은 과잉

18. 죄형법정주의에 대한 설명으로 적절하지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

㉠ 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있어야 하나, 반드시 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 하는 구성요건의 명확성까지 요구하는 것은 아니다.

X 죄형법정주의는 구성요건의 명확성까지 요구하는 것은 아니다.

○ 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다.

☞ 그러나 처벌법규의 구성요건과 형벌을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하도록 요하는 것은 아니며, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다.

⇒ 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 처벌법규의 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 어떠한 형벌을 받는지 충분히 알 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

㉡ 형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 새마을금고의 정관에 위임한 것은 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로써 정하여야 한다는 죄형법정주의 원칙에 위반된다.

○ 형사처벌과 관련되는 주요사항을 헌법이 위임입법의 형식으로 예정하고 있지 않은 특수법인의 정관에 위임 → 정관 작성권자에게 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 준 것으로 되므로 죄형법정주의원칙에 위반됨

☞ 새마을금고법 위헌제청 사건에서, 정관은 법인의 조직과 활동에 관하여 단체 내부에서 자율적으로 정한 자치규범으로서, 대내적으로만 효력을 가질 뿐 대외적으로 제3자를 구속하지는 않는 것이 원칙이고, 그 생성과정 및 효력발생요건에 있어 법규명령과 성질상 차이가 크다고 판시

㉢ 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 위험에 직면하게 되므로 법정형의 폭이 지나치게 넓어서는 아니된다는 것은 죄형법정주의의 한 내포라고 할 수 있다.

○ 법정형의 폭이 지나치게 넓으면 → 형벌체계상 불균형 초래, 형의 예측 현저히 곤란, 죄질에 비해 무거운 형벌 위험성

☞ 건축법 위헌제청 사건에서, 법정형의 폭이 지나치게 넓어서는 아니된다는 것은 죄형법정주의의 한 내포라고 할 수 있다고 판시

㉣ 처벌을 규정하고 있는 법률조항이 구성요건이 되는 행위를 같은 법률조항에서 직접 규정하지 않고 다른 법률조항에서 이미 규정한 내용을 원용하였다거나 그 내용 중 일부를 괄호안에 규정한 경우 그 사실만으로 명확성 원칙에 위반된다.

X 원용하였다거나 그 내용 중 일부를 괄호안에 규정한 경우 그 사실만으로 명확성 원칙에 위반된다.

○ 명확성 원칙에 대한 위반이 아니다.

☞ 동일한 내용의 사항을 서로 다른 조항에서 반복해서 규정하는 경우에는 그 내용을 이미 규정하고 있는 조항을 원용하여 규정하는 것이 보편적인 방식이며, 다른 법률조항에서 이미 규정한 내용을 원용하였다고 해서 그 법률조항의 내용이 불명확해진다고 볼 수는 없다.

⇒ 괄호 안에 규정하는 것 역시 단순한 입법기술상의 문제에 불과할 뿐, 괄호 안에 규정되어 있다는 사실만으로 그 내용이 중요한 의미를 가지는 것이 아니라고 볼 아무런 근거가 없으며 일반 국민이 법률조항을 해석함에 있어서도 괄호 안에 기재된 내용은 중요한 의미를 갖지 않는 것으로 받아들일 것이라는 주장은 객관적인 사실과 자료들에 의해 전혀 뒷받침되지 못하여 받아들이기 어렵다.

① ㉠㉡ ② ㉠㉡ ③ ㉠㉡ ④ ㉠㉡

19. 신체의 자유에 관한 설명 중 가장 적절하지 **않은** 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 교도소 내 엄중격리대상자에 대하여 이동시 계구를 사용하고 교도관이 동행계호하는 행위 및 1인 운동장을 사용하게 하는 처우가 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있으므로 신체의 자유를 과도하게 제한하여 헌법을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

○ 상습적으로 교정질서를 문란케 하는 등 교정사고의 위험성이 높은 엄중격리대상자들에 대한 계구사용행위, 동행계호행위 및 1인 운동장을 사용하게 하는 처우는 합헌

☞ 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정되며, 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있다고 할 것이고, 이로 인하여 수형자가 입게 되는 자유 제한에 비하여 **교정사고를 예방**하고 교도소 내의 안전과 질서를 확보하는 공익이 더 크다 .

② 과태료는 행정상 의무위반자에게 부과하는 행정질서벌로서 그 기능과 역할이 형벌에 준하는 것이므로 죄형법정주의의 규율 대상에 해당한다.

X 과태료는 형벌에 준하는 것이므로 죄형법정주의의 규율 대상에 해당한다.

○ 과태료는 행정상 실효성 확보수단일 뿐 형벌과 다르므로 죄형법정주의의 규율 대상이 아니다.

☞ 부동산등기특별조치법 상 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다.

③ 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 「형법」 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 형벌불소급원칙에 위반된다고 할 수 없다.

○ 판례의 변경은 법률조항의 변경이 아님

☞ 판례의 변경은 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것으로 볼 수 없으므로 (대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결)

④ 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 미결구금 일수 중 일부를 산입하지 않을 수 있게 허용하는 「형법」 규정은 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 신체의 자유를 침해한다.

○ 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 설정함**으로써, 신체의 자유에 대한 침해를 가중한 것이고

☞ 남상소 방지 관련, 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 것**으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다.

20. 영장제도에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

- ① 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 채취대상자에게 자신의 의견을 밝히거나 영장 발부 후 불복할 수 있는 절차 등에 관하여 규정하지 아니한 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」의 규정은 과잉금지원칙을 위반하여 채취대상자의 재판청구권을 침해한다.

○ 영장 발부 과정에서 사전·사후 구제절차를 마련하지 아니한 입법의 불비 → 과잉금지원칙 위배로 위헌

☞ 이 사건 영장절차 조항은 채취대상자에게 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 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 구제절차마저 마련하고 있지 않다. 위와 같은 입법상의 불비가 있는 이 사건 영장절차 조항은 채취대상자인 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하므로, 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

- ② 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체없이 영장을 발부받지 아니한 채 그 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 원칙적으로 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

○ 강제채혈은 강제수사이므로 사전영장주의 적용 → 사안은 영장주의원칙 위배 ⇒ 파생증거(감정의뢰회보)의 증거능력도 부정

☞ (독수독과이론, 대판 전합) 위법한 절차로 수집한 혈액과 이를 기초로 획득한 감정의뢰회보(파생증거)의 증거능력도 부정

⇒ (위법수집증거와 증거동의) 판례는 소극설의 입장

- ③ 체포영장을 집행하는 경우 필요한 때에는 타인의 주거 등에서 피의자 수사를 할 수 있도록 한 「형사소송법」 규정의 해당 부분이 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성은 소명되나 수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않더라도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있도록 한 것은 영장주의에 위반되지 않는다.

X 영장주의에 위배되지 않는다.

○ 필요성 요건만 규정하고 긴급성 요건까지 규정하지 아니한 조항은 헌법상 영장주의원칙 위반

- ④ 압수·수색영장을 발부받아 압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우 압수대상물인 피의자의 소변을 확보하기 위한 수사기관의 노력에도 불구하고, 피의자가 인근 병원 응급실 등 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의 동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관으로서의 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용되며, 이는 ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’에 해당한다.

○ 사전압수영장 집행과정에서 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 경우 필요최소한의 유형력 행사는 허용

☞ 형사소송법 제120조(집행과 필요한 처분)

① 압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

② 전항의 처분은 압수물에 대하여도 할 수 있다.

21. 甲은 강도죄를 범하여 유죄의 확정판결을 받고 현재 교도소에 수용 중인 자다. 甲은 교도소 내의 처우에 불만을 가지고, 이와 관련하여 헌법소원심판을 청구하고자 변호사 乙과의 접견을 신청하였으나, 교도소장 丙은 접견을 불허하였다. 이에 甲은 변호사 乙에게 서신을 발송하고자 하였는데 교도소장 丙은 외부로 반출되는 모든 서신에 대해 봉합하지 않은 상태로 사전에 검사받도록

해 온 교도소 관행에 따라 甲의 서신도 무봉함 상태로 제출하게 한 후 검열한 끝에 서신 내용을 문제 삼아 외부 발송을 거부하였다. 이 사안에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 정답 ④

① 이른바 특별권력관계에서도 기본권의 제한은 법률에 근거해야 한다.

- 고전적 의미의 특별권력 관계에서는 법치주의원리가 적용되지 않으나, 그러한 경우에도 기본권 제한 시에는 법률의 근거는 있어야 한다는 의미
- ☞ 특별권력관계란 국가와 공무원의 관계 등에서 일방이 타방을 지배하고 타방은 이에 복종하는 것을 내용으로 하는 것인데, 대법원은 특별권력관계가 아니라 특별행정법 관계로 지칭

② 교도소장 丙의 서신검열행위는 이른바 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 있다.

- 서신검열은 물리적 집행행위라는 점에서 사실행위이고 수용자의 수인의무가 있다는 점에서 권력성을 띠므로 권력적 사실행위임
- ☞ 일반적으로 권력적 사실행위는 단기간에 종료되므로 소의 이익이 부정되나, 국민에게 미치는 영향을 고려하여 장기간 계속, 반복 우려 등이 있는 경우에 처분성을 인정할 수 있음
- ⇒ 서신 등 검열행위는 이른바 권력적 사실행위로서 그 행위는 이미 종료되었기 때문에 그로 인한 청구인의 기본권 침해행위도 종료되었으므로 위헌이라고 확인된다고 하더라도 기본권이 회복될 수는 없는 것이고, 그런 의미에서 청구인에 대한 주관적인 권리보호이익은 없다. 그러나 헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로 가사 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호 유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정

③ 위 사안에서는 검열행위가 이미 완료되어 행정심판이나 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 수밖에 없으므로 헌법소원심판청구에서의 보충성원칙의 예외에 해당한다.

- 이미 종료된 권력적 사실행위는 소의 이익이 부정될 가능성이 있으므로 “다른 권리구제절차가 없는 경우”에 해당 → 보충성원칙의 예외가 됨
- ☞ 헌법재판소법 제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

④ 교도소장 丙이 甲으로 하여금 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 한 것은 교도소 내의 규율과 질서를 유지하기 위한 불가피한 조치로서 甲의 통신비밀의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

- X 통신비밀의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.
- 침해한다.
- ☞ 수용자가 발송하는 모든 서신을 무봉함 상태로 제출토록 강제 → 과잉

22. 개인정보자기결정권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) 정답 ③

① 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 공중밀집장소에서의 추행죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정한 부분은 해당 신상정보 등록대상자의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.

- 공중밀집장소추행죄로 유죄판결이 확정되면 모두 신상정보 등록대상자가 되도록 함으로써 그 관리의 기초를 마련하기 위한 것이므로, 등록대상 여부를 결정함에 있어 대상 성범죄로 인한 유죄판결 이외에 반드시 재범의 위험성을 고려해야 한다고 보기

어렵고, 현재 사용되는 재범의 위험성 평가 도구의 오류 가능성을 배제하기 어려워 일정한 성폭력범죄자를 일률적으로 등록대상자가 되도록 하는 것이 불가피

② 소년에 대한 수사경력자료의 삭제와 보존기간에 대하여 규정하면서 법원에서 불처분결정된 소년부송치 사건에 대하여 규정하지 않은 구 「형의 실효 등에 관한 법률」의 규정은 과잉금지 원칙을 위반하여 소년부송치 후 불처분결정을 받은 자의 개인 정보자기결정권을 침해한다.

○ 소년에 대한 수사경력자료의 삭제 및 보존기간에 대하여 규정하면서 → 불처분결정된 소년부송치 사건에 대하여는 규정하지 않아 ⇒ 수사경력자료에 기록된 개인정보가 당사자의 사망 시까지 보존 ⇨ 과잉

③ 법무부장관은 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다고 규정한 「변호사시험법」 규정 중 ‘명단 공고’ 부분은 변호사시험 응시자들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

X 침해한다.

○ 침해하지 않는다.

☞ 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적임

④ 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익과 정보처리 행위로 얻을 수 있는 이익 즉, 정보처리자의 ‘알 권리’와 이를 기반으로 한 정보수용자의 ‘알 권리’ 및 표현의 자유, 정보처리자의 영업의 자유, 사회 전체의 경제 효율성 등의 가치를 구체적으로 비교 형량하여 어느 쪽 이익이 더 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 정보처리 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다.

○ 법익형량시 종합적 고려

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

정답 ④

① 「통신비밀보호법」 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

○ 통신비밀보호법상 증거사용 금지 규정

☞ 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

⇒ 통신비밀보호법 제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 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 「통신비밀보호법」상 ‘감청’이란 대상이 되는 전기통신의 송·수신과 동시에 이루어지는 경우만을 의미하고 이미 수신 이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 아니한다.

○ ‘감청’의 대상은 전기통신의 송수신과 동시에 이루어지는 경우만을 의미하고, 이미 수신 이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 않는다.

☞ 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여는 하드디스크 등에 대한 압수·수색영장

- ③ 통신제한조치 기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 내지 총연장횟수의 제한을 두지 아니하고 무제한 연장을 허가할 수 있도록 규정한 「통신비밀보호법」 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치 기간의 연장’에 관한 부분은 과잉금지 원칙을 위반하여 통신의 비밀을 침해한다.

○ 법운용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않았기 때문에 침해의 최소성원칙 위반이고
☞ 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 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다.

- ④ 피청구인 구치소장이 구치소에 수용 중인 수형자에게 온 서신에 ‘허가 없이 수수되는 물품’인 녹취서와 사진이 동봉되어 있음을 확인하여 서신수수를 금지하고 발신인인 청구인에게 위 물품을 반송한 것은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 통신의 자유를 침해한다.

X 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 통신의 자유를 침해한다.

○ 침해하지 않는다.

☞ 청구인은 **관심대상수용자**로 지정된 자이고, 서신에 동봉된 **녹취서**는 청구인이 원고인 민사사건 증인의 증언을 녹취한 소송서류로서 **타인의 실명과 개인정보가 기재**되어 있다. 한편, 수용자 사이에 **사진**을 자유롭게 교환할 수 있도록 하는 경우 **각종 교정사고가 발생할 가능성이 있다**는 점을 종합적으로 고려하면, 이 사건 반송행위는 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다.

24. 양심의 자유에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

- ① 주민등록증 발급을 위해 열 손가락의 지문을 날인케 하는 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것이므로 양심의 자유에 대한 최소한의 제한이라고 할 수 있다.

X 양심의 자유에 대한 최소한의 제한이라고 할 수 있다.

○ 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 일반적 행동자유권, 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유가 침해되었다고 주장 → 그러나 지문정보의 수집과 관련된 **주된 기본권이 개인정보자기결정권**이므로 이를 중심으로 하여 판단

☞ 사진은 외모가 쉽게 변한다는 점에서 신원확인의 정확성이 떨어지고 유전자, 홍채, 치아 등은 지문에 비하여 인권침해의 우려가 매우 높은 등 단점 → 여러가지 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할 만한 것은 찾아보기 어려움 ⇒ 신원확인의 필요성 공익이 매우 큼 ⇒ 자기결정권에 대한 침해가 아님

- ② 양심의 자유가 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이어야 하며, 양심상의 결정이 이성적·합리적인지, 타당한지 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치 하는지 여부는 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 있다.

X 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이어야 하며, 이성적·합리적인지, 타당한지 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치 하는지 여부는 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 있다.

○ 양심은 주관적이고 문제되는 양심은 사회규범과 충돌하는 소수자의 양심이므로 → 사회규범이나 도덕률은 판단기준이 아님

- ③ 재산목록을 제출하고 그 진실함을 법관 앞에서 선서하는 것은 개인의 인격형성에 관계되는 내심의 가치적·윤리적

판단에 해당하지 않아 양심의 자유의 보호대상이 아니다.

- 재산목록을 제출하고 그 진실함을 법관 앞에서 선서하는 것은 양심의 자유의 보호대상이 아님
- ☞ '양심'은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐 → 그러나 재산목록을 제출하고 그 재산목록의 진실함을 법관 앞에서 선서하는 것은 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 단순한 사실관계의 확인에 불과함
- ⇒ 재산명시의무를 위반한 채무자에 대하여 법원이 결정으로 20일 이내의 감치에 처하도록 규정한 민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제68조 제1항

- ④ 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다.

- X 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한 (중략) 상대적 자유라고 할 수 있다.
- 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유
- ☞ 외부에 표명하는 양심실현의 자유는 → 타인의 권리 등에 의한 제한이 가능한 상대적 보호

25. 표현의 자유에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

- ① 광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에는 그 내용이 공익을 포함하고 있더라도 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호되는 것은 아니다.

- X 광고는 표현의 자유에 의하여 보호되는 것은 아니다.
- 보호대상이 된다.
- ☞ 헌법 제21조 제1항 “모든 국민은 언론·출판의 자유 … 를 가진다.” → 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것이므로 광고물도 포함
- ⇒ (빈출 지문) 상업광고는 인격발현에 미치는 효과가 작으므로 → 일반적 표현의 자유에 비하여 완화된 비례심사 (목적달성에 필요한 범위 내인지) ← 피해의 최소성 원칙 위반여부 심사가 아니라는 점

- ② 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호 영역에는 해당하나, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이다.

- 음란표현도 헌법상 보호영역에 해당하나, 무제한적 기본권은 아니므로 질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에는 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률로써 제한 가능
- ☞ 음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 합헌성 심사를 못하게 됨

- ③ 개인의 외적 명예에 관한 인격권 보호의 필요성, 일단 훼손되면 완전한 회복이 사실상 불가능하다는 보호법익의 특성, 사회적으로 명예가 중시되나 명예훼손으로 인한 피해는 더 커지고 있는 우리 사회의 특수성, 명예훼손죄의 비범죄화에 관한 국민적 공감대의 부족 등을 종합적으로 고려하면, 공연히 사실을 적시하여 다른 사람의 명예를 훼손하는 행위를 금지하고 위반시 형사처벌 하도록 정하고 있다고 하여 바로 과도한 제한이라 단언하기 어렵다.

- 지문은 형법 제307조 제1항 사실적시 명예훼손죄 → 표현의 자유에 대한 침해가 아님
- ☞ 형법 제307조 제2항 허위사실적시 명예훼손죄도 표현의 자유에 대한 침해가 아님

④ 신문보도의 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 한다.

- 공공성·사회성을 갖춘 사실은 민주제의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기여하므로 → 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재를 주저하게 만들어서는 안됨
- ☞ **신속한 보도**를 생명으로 하는 **신문의 속성상** 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 함
- ⇒ 그러나 허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도에 대하여는 면책을 주장할 수 없음

26. 집회의 자유에 관한 설명 중 가장 적절하지 **않은** 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다.

- 집회의 자유는 이중적 헌법적 기능을 가짐(인격발현과 민주주의)

② 집회의 자유는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함하므로 이를 내용으로 하는 시위의 자유 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호되는 기본권이다.

- 집회의 자유의 내용과 시위의 자유의 내용은 같기 때문에 → 시위의 자유 역시 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호됨

③ 집회나 시위 해산을 위한 살수차 사용은 집회의 자유 및 신체의 자유에 대한 중대한 제한을 초래하므로 살수차 사용요건이나 기준은 법률에 근거를 두어야 하고, 살수차와 같은 위해성 경찰장비는 본래의 사용방법에 따라 지정된 용도로 사용되어야 하며 다른 용도나 방법으로 사용하기 위해서는 반드시 법령에 근거가 있어야 한다.

- 살수차(물포)의 사용요건은 **법률**에 근거를 둘 것 / 타 용도로 사용하기 위해서는 **법령**에 근거를 둘 것
- ☞ **최후액 혼합살수**는 법령에 열거되지 않은 새로운 위해성 경찰장비에 해당하고 이 사건 지침에 혼합살수의 근거 규정을 둘 수 있도록 위임하고 있는 법령이 없으므로, 이 사건 지침은 **법률유보원칙에 위배**
- ⇒ 혼합살수행위는 신체의 자유와 집회의 자유에 대한 침해

④ 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회 또는 시위를 원칙적으로 금지하면서 다만 옥외집회의 경우 예외적으로 관할 경찰관서장이 허용할 수 있도록 하고, 이에 위반하여 옥외집회 또는 시위에 참가한 자를 형사처벌하는 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항은 헌법 제21조 제2항의 사전허가제금지에 위배되어 집회의 자유를 침해한다.

- X 사전허가제금지에 위배되어 집회의 자유를 침해한다.
- 사전허가제금지에 위배되지 않으므로 집회의 자유를 침해하지 않는다.
- ☞ 구 집회 및 시위에 관한 법률 제10조(옥외집회 및 시위의 금지시간) 누구든지 일출시간 전, 일몰시간 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 **아니된다. 다만**, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 **관할경찰관 서장은** 질서유지를 위한 **조건을 붙여** 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 **허용할 수 있다**.
- ⇒ 본문에 의한 제한을 → 단서에서 **완화**시키는 것이므로 ⇒ 헌법이 금지하는 사전허가제가 아님 ← 행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 규정이라면 위헌이지만

27. 재산권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ①

① 「국민연금법」 상 연금수급권 내지 연금수급기대권이 재산권의 보호대상인 사회보장적 급여라고 한다면 사망일시금은 헌법상 재산권에 해당한다.

X 국민연금법 상 사망일시금은 헌법상 재산권에 해당한다.

○ 헌법상 재산권이 아니다. ← 유족연금 수급대상자에서 제외되는 경우 장례비 등을 지원(배려 차원)

☞ 유족연금은 남은 가족의 생계보호 목적 / 사망일시금은 유족연금을 받지 못하는 가족에게 지급하는 장제비 ⇒ 비교대상이 아니므로 평등권 침해도 아님

⇒ (빈출 지문) 국민연금법상의 연금수급권과 공무원연금법상 연금수급권은 사회보장적 급여로서의 성격과 함께 헌법상 재산권으로서의 성격도 가짐

② 「공무원연금법」이 개정되어 시행되기 전에 청구인이 이미 퇴직하여 퇴직연금을 수급할 수 있는 기초를 상실한 경우에는 공무원 퇴직연금의 수급요건을 재직기간 20년에서 10년으로 완화한 개정 「공무원연금법」 규정이 청구인의 재산권을 제한한다고 볼 수 없다.

○ 공무원 퇴직연금의 수급요건을 재직기간 20년에서 10년으로 완화한 개정 공무원연금법의 적용대상을 → 법 시행일 당시 재직 중인 공무원으로 한정된 공무원연금법 부칙 → 청구인은 이미 퇴직했으므로 청구인의 재산권에 대한 제한이 아님

☞ 개정 공무원연금법이 시행되기 전 이미 퇴직 → 퇴직연금을 수급할 수 있는 기초를 상실한 상태이므로 ⇒ 청구인의 재산권을 제한한다고 볼 수 없음

③ ‘사업인정고시가 있는 후에 3년 이상 토지가 공익용도로 사용된 경우’ 토지소유자에게 매수 혹은 수용청구권을 인정하는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 조항을 통하여 인정되는 ‘수용청구권’은 사적유용성을 지닌 것으로서 재산의 사용, 수익, 처분에 관계되는 법적 권리이므로 헌법상 재산권에 포함된다.

○ 사업인정고시가 있는 적법한 수용청구권은 사적 유용성(처분권 등)이 있으므로 헌법상 재산권에는 포함되지만 → 사업인정고시가 없이 공권력에 의한 불법적인 토지사용은 수용청구권 부존재 ⇒ 헌법상 재산권에 대한 제한 아님 ⇒ 침해 아님

☞ 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 있음(소유권에 기한 방해배제청구, 손해배상청구, 부당이득금 반환청구)

⇒ 헌법에서 위와 같은 경우 입법의무를 규정한 바가 없음 → 공취법상 불법적인 토지사용의 경우 수용청구권 규정여부는 입법재량의 영역

④ 잠수기어업허가를 받아 키조개 등을 채취하는 직업에 종사한다고 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 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다.

○ 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화 획득의 기회 등은 헌법상 재산권의 보호범위에서 제외

☞ 헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로 → 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아님

⇒ (유의할 지문) 개인택시면허는 헌법상 재산권(양도양수계약 체결 후 구청인가)

28. 직업의 자유에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함된다.

○ 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것으로 해석

⇒ 헌법 제15조 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다” → 직업결정의 자유, 전직의 자유, 직업수행의 자유 등을 그 내용으로 하는 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장

② 직장선택의 자유는 개인이 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 하는바, 이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속 보호를 청구할 권리를 보장하며, 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 보호하여 줄 것을 청구할 권리도 보장한다.

X 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속 보호를 청구할 권리를 보장하며, 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 보호하여 줄 것을 청구할 권리도 보장한다.

○ 직접적인 직장존속보장 청구권 불인정

⇒ 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다.

⇒ 국가는 사용자에 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐임

③ 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는 데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다.

○ 직업의 자유는 영업의 자유를 포함하고 → 경쟁의 자유는 영업의 자유를 근거로 함 ⇒ 경쟁의 자유는 직업의 자유에 의하여 보장됨

⇒ 부정경쟁방지법 상 ‘영업주체 혼동행위’를 규제함으로써 → 영업상 경쟁을 규제하고 있으므로 ⇒ 경쟁의 자유에 대한 제한임

④ 헌법 제15조에서 보장하는 ‘직업’이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위하여 행하는 계속적인 소득활동을 의미하는바, 성매매는 그것이 가지는 사회적 유해성과는 별개로 성판매자의 입장에서 생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 소득활동에 해당함은 부인할 수 없으므로, 성매매를 한 자를 형사처벌하는 「성매매알선등 행위의 처벌에 관한 법률」 조항은 성판매자의 직업선택의 자유를 제한한다.

○ 성판매행위도 생계유지를 위한 계속적 소득활동이므로 직업에 해당함

⇒ 성매매를 처벌하는 것은 직업선택의 자유에 대한 제한임

29. 공무원제도 및 공무원임권에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

① 경찰공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 공무원직에서 당연퇴직하도록 규정하고 있는 구 「경찰공무원법」 조항은 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.

○ 경찰공무원이 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당연퇴직하도록 규정하고 있는 구 경찰공무원법 조항은 **공무담임권**

침해로 위헌

- ☞ 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 구 지방공무원법과 구 국가공무원법 조항 역시 마찬가지로(공무담임권 침해로 위헌)

- ② 헌법 제7조가 정하고 있는 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하며 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되도록 하는 공직구조에 관한 제도로 공무원의 정치적 중립과 신분보장을 그 중추적 요소로 한다.

○ 엽관제는 신분보장을 저해함 → 신분보장과 정치적중립은 직업공무원제와 관련됨

- ③ 공무원이거나 공무원이었던 사람이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받거나 형이 확정된 경우 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급함에 있어 그 이후 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 및 복권을 받은 경우를 달리 취급하는 규정을 두지 아니한 구 「공무원연금법」 규정은 합리적인 이유가 없다고 할 것이므로 청구인의 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

X 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

○ 침해하지 않는다.

☞ 특별사면 및 복권의 효력은 장래효일 뿐 → 범죄사실 자체가 부인되는 것은 아니므로

⇒ (혼동하지 않도록 주의) 공무원이거나 공무원이었던 사람이 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 규정한 구 공무원연금법 조항은 **평등원칙 위배**로 위헌 ← 일반국민에 비하여 지나친 차별이므로 자의적 차별임

- ④ 형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 구 「국가공무원법」의 규정에 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 크므로 이 사건 법률조항은 공무담임권을 침해하지 않는다.

○ 직위해제 시 공무담임권의 제한은 잠정적이고 공무원 신분유지(신분상 불이익이 적음) → 공무집행의 공정성과 대국민 신뢰 유지 공익이 더 큼 → 법익 균형성까지 충족, 합헌

☞ (유의사항) 직위해제는 해임과 다름

30. 재판을 받을 권리에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

- ① 행정심판절차의 구체적 형성에 관한 입법자의 입법형성의 한계를 고려할 때, 어떤 행정심판이 필요적 전심절차로 규정되어 있는 경우 사법절차가 준용되어야 한다.

○ 필요적 전심절차로 규정되어 있다면 반드시 사법절차가 준용되어야 함 ← 재판을 받을 받을 권리 보장

☞ 임의적 전치제도라면 곧바로 행정소송 제기 가능 → 사법절차가 준용되지 않더라도 위헌이 아님

- ② 상속재산분할에 관한 사건은 상속재산의 범위 등 실체법상 권리관계의 확정을 전제로 하므로 가사소송절차에 따라

야 함에도 불구하고 이를 가사비송사건으로 분류하고 있는 「가사소송법」의 규정은 입법재량의 한계를 일탈하여 상속재산분할에 관한 사건을 제기하고자 하는 자의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

X 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

○ 침해하지 않는다.

☞ 상속재산분할 사건에 관하여 가정법원의 후견적 재량 인정, 가족공동체 안정 → 가사비송절차

⇒ 가정법원이 당사자의 주장에 구애받지 않고 후견적 재량을 발휘하여 합목적적으로 판단하여야 할 필요성 인정 → 가사비송사건으로 규정하면서도 절차와 심리방식에서 당사자의 공격방어권과 처분권을 담보하기 위한 여러 제도들을 마련하고 있음 ⇒ 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없음

③ 검사의 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 법원의 재판을 받을 수 있는 절차를 국가가 법률로 마련해야 할 헌법적 의무는 존재하지 않는다.

○ 검사의 기소유예처분에 대한 피의자의 불복 재판절차를 마련하지 않은 입법부작위에 대하여 헌법상 입법의무는 없음

☞ 사안은 진정입법부작위 → 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않음 ⇒ 헌법이 입법의무를 부여한 것이 아님

④ 교원징계재심위원회의 재심결정에 대하여 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 학교법인을 제외한 것은 학교법인의 재판청구권을 침해한다.

○ 교원은 행정소송을 제기하거나 민사소송을 제기할 수 있음에 비하여 → 학교법인에게는 이를 금지한 교원지위 향상을 위한 특별법 ⇒ 학교법인의 재판청구권을 침해

☞ 교원이 제기한 민사소송에 대하여 응소하거나 피고로서 재판절차에 참여함으로써 학교법인의 권리를 주장하는 것은 학교법인에게 실효적인 권리구제절차가 제공되었다고는 볼 수 없음

31. 범죄피해자구조청구권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ②

① 타인의 범죄행위로 인하여 생명이나 신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

○ 생명이나 신체 피해를 입은 경우 범죄피해자 구조청구권 행사 가능

☞ 재산상 피해를 입은 경우는 제외

⇒ 범죄피해자구조법 상 “범죄피해”라 함은 대한민국의 영역안 또는 대한민국의 영역 밖에 있는 대한민국 선박 또는 항공기 안에서 행하여진 사람의 생명 또는 신체를 해하는 죄에 해당하는 행위로 인한 사망 또는 중장해를 말한다.

② 「범죄피해자 보호법」 제17조 제2항의 유족구조금은 사람의 생명 또는 신체를 해치는 죄에 해당하는 행위로 인하여 사망한 피해자 또는 그 유족들에 대한 손해배상을 목적으로 하는 것으로서, 위 범죄행위로 인한 손해를 전보하기 위하여 지급된다는 점에서 불법행위로 인한 적극적 손해의 배상과 같은 종류의 금원이라고 봄이 타당하다.

X 적극적 손해의 배상과 같은 종류의 금원

○ 소극적 손해의 배상과 같은 종류의 금원

☞ 사망자의 일실수익 → 소극적 손해

⇒ 적극적 손해는 피해자의 호주머니에서 지출되는 병원치료비 등을 말함

③ 「범죄피해자 보호법」에 따르면 구조금의 지급신청은 해당 구조 대상 범죄피해의 발생을 안 날부터 3년이 지나거나 해당 구조 대상 범죄피해가 발생한 날부터 10년이 지나면 할 수 없다.

○ 범죄피해자보호법 제25조(구조금의 지급신청) → 안3 발10

① 구조금을 받으려는 사람은 법무부령으로 정하는 바에 따라 그 주소지, 거주지 또는 범죄 발생지를 관할하는 지구심의회에 신청하여야 한다.

② 제1항에 따른 신청은 해당 구조대상 범죄피해의 발생을 안 날부터 3년이 지나거나 해당 구조대상 범죄피해가 발생한 날부터 10년이 지나면 할 수 없다

☞ 제31조(소멸시효) 구조금을 받을 권리는 그 구조결정이 해당 신청인에게 송달된 날부터 2년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸된다. → 송2

④ 「범죄피해자 보호법」에 따르면 국가는 구조피해자나 유족이 해당 구조대상 범죄피해를 원인으로 하여 손해배상을 받았으면 그 범위에서 구조금을 지급하지 아니한다.

○ 초과이익 금지의 원칙 → 중복보상 금지

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

⇒ 동일한 항목에 대하여 산재보상을 받은 경우에는 자동차보험 등에서 보험금을 지급 하지 않는 것과 동일한 보상배상의 논리

32. 사회적 기본권에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ③

① 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 및 「치료감호법」에 의한 구치소·치료감호시설에 수용 중인 자는 당해 법률에 의하여 생계유지의 보호와 의료적 처우를 받고 있으므로 이러한 자에 대하여 「국민기초생활 보장법」에 의한 중복적인 보장을 피하기 위하여 개별가구에서 제외하기로 한 입법자의 판단이 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 일탈하여 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

○ 수용시설에서 이미 기본적 생활을 보장받고 있으므로 → 국민기초수급 대상에서 제외(중복보장 방지)

② 인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고 볼 수는 없다.

○ 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미

☞ (빈출 지문) 최소한을 보장하고 있는지 여부는 특정한 법률에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 안 되고, 다른 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단

③ 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로 부상 등이 발생한 경우에만 업무상 재해로 인정하는 「산업재해보상보험법」 규정은 도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통 수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험 가입 근로자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이 아니므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 않는다.

X 평등원칙에 위배되지 않는다.

○ 위배된다.

☞ 도보나 자가용 출퇴근 도중 사고로 신체 또는 재산상 손해 발생 → 업무상재해로 인정 → 산재보상금 지급

⇒ 회사가 제공한 교통수단을 이용한 근로자는 산재보상금을 지급하고 → 도보나 자가용 출퇴근 근로자는 산재보상금을 지급하지 않는 것은 ⇒ 같은 것을 다르게 취급한 것이므로 평등원칙에 위배됨

④ 지방자치단체장은 특정 정당을 정치적 기반으로 하여 선거에 입후보할 수 있고 선거에 의하여 선출되는 공무원이라는 점에서 헌법 제7조 제2항에 따라 신분보장이 필요하고 정치적 중립성이 요구되는 공무원에 해당한다고 보기 어려우므로 헌법 제7조의 해석상 지방자치단체장을 위한 퇴직급여제도를 마련하여야 할 입법적 의무가 도출된다고 볼 수 없다.

○ 사안은 진정입법부작위 → 헌법상 지방자치단체장을 위한 퇴직급여제도에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하고 있는 조항은 없음 ⇒ 입법 의무 없음

33. 교육을 받을 권리에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

정답 ④

① 서울대학교 재학생이 재학 중인 학교의 법적 형태를 법인이 아닌 공법상 영조물인 국립대학으로 유지하여 줄 것을 요구할 권리는 학생의 교육받을 권리에 포함되지 아니한다.

○ 학교의 법적 형태를 공법상 영조물인 국립대학으로 유지하여 줄 것을 요구할 권리는 교육받을 권리에 포함되지 아니함 → 교육을 받을 권리의 침해 가능성도 인정되지 아니함

② 헌법 제31조 제1항에 따라 국가에게 능력에 따라 균등한 교육기회를 보장할 의무가 부여되어 있다 하더라도, 군인이 자기계발을 위하여 해외 유학하는 경우의 교육비를 청구할 수 있는 권리가 도출된다고 할 수는 없다.

○ 교육을 받을 권리에 자비 해외유학을 위한 휴직기간 중 보수를 받을 권리까지 포함된 것은 아님

☞ 군인이 해외유학을 위하여 휴직하는 것 자체를 금지하는 것이 아니라 그 휴직기간 중에 봉급을 지급하지 않는 것으로 정하고 있을 뿐이고, 직업의 자유나 교육을 받을 권리에 자비 해외유학을 위한 휴직기간 중에 보수를 받을 권리까지 포함되어 있다고 할 수는 없으므로, 직업의 자유나 교육을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수 없다.

③ 국·공립대학 도서관장이 승인하지 아니하여 대학구성원이 아닌 자가 대학도서관에서 도서를 대출할 수 없거나 열람실을 이용할 수 없게 되었다고 하여 그의 교육을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다.

○ 교육을 받을 권리가 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리를 뜻하는 것은 아님

④ 헌법 제31조 제1항에 따라 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지는데, 교육을 받을 권리는 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리까지 내포하고 있다.

X 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리까지 내포하고 있다.

○ 교육을 받을 권리가 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리를 뜻하는 것은 아니다.

34. 대통령에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 대통령권한대행이 대통령지정기록물의 보호기간을 지정하는 행위 자체는 국가기관 사이의 행위로서 국민을 상대로 행하

- 는 직접적 공권력작용에 해당한다고 보기는 어렵다.
- ② 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익 실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다.
 - ③ 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률조항까지 위헌으로 되는 것은 아니다.
 - ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거기간개시일 현재 40세에 달하여야 한다.

35. 조세법률주의에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이 국가는 조세를 부과 징수할 수 없고, 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다.
- ② 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있다.
- ③ 조세는 국가 또는 지방자치단체가 재정수요를 충족시키거나 경제적·사회적 특수정책의 실현을 위하여 국민 또는 주민에 대하여 아무런 특별한 반대급부 없이 강제적으로 부과징수하는 과징금을 의미한다.
- ④ 과세대상인 자본이득의 범위에 실현된 소득뿐만 아니라 미실현 이득까지 포함시키는 것은 과세목적, 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려할 때 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 발생하여 위헌이다.

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

- ① 헌법 제75조와 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 그 문리해석상 정관에 위임한 경우까지 그 적용 대상으로 하고 있으므로 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에도 적용된다.
- ② '식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자'는 '영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 총리령으로 정하는 사항'을 지켜야 한다고 규정한 구 「식품위생법」 조항은 수범자와 준수사항을 모두 하위법령에 위임하면서도 위임될 내용에 대해 구체화하고 있지 아니하여 그 내용들을 전혀 예측할 수 없게 하고 있으므로, 포괄위임금지원칙에 위반된다.
- ③ 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 「도로교통법」 조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.
- ④ 의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 「의료법」 조항이 예외적 허용사유의 구체적 범위를 하위법령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

37. 위헌결정의 효력에 관한 다음 사례의 설명 중 가장 적절 하지 않은 것은?

대한민국 국회는 1953년 9월 18일 A법률을 제정하였고, 이 법률은 1953년 10월 3일부터 시행되었다. 헌법재판소는 2015년 2월 26일 A법률의 B조항을 위헌으로 결정하였다.

- ① B조항의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② B조항이 형벌에 관한 법률의 조항이 아닌 경우 2015년 2월 26일부터 효력을 상실한다.
- ③ B조항이 형벌에 관한 법률의 조항인 경우 B조항에 대하여 2008년 10월 30일에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 2008년 10월 30일로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ B조항이 형벌에 관한 법률의 조항인 경우 B조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

38. 위헌법률심판의 적법요건에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「헌법재판소법」 제41조 제1항에 규정된 법률의 위헌 여부에 대한 재판의 전제성이라 함은 구체적인 사건이 법원에 현재 계속 중이어야 하고, 위헌 여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.
- ② 당해 사건을 담당하는 법원이 당해 법률의 위헌 여부와 관계없이 각하하여야 할 사건이라면 당해 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라고 할 수 없으므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다.
- ③ 「헌법재판소법」 제41조 제1항의 재판에는 종국판결 뿐만 아니라 「형사소송법」 제201조에 의한 지방법원판사의 영장발부에 관한재판도 포함된다고 해석되므로 지방법원판사가 구속영장발부단계에서 한 위헌여부심판제청은 적법하다.
- ④ 법원이 행하는 구속기간갱신결정은 당해 사건을 종국적으로 종결시키는 재판이 아니어서, 그 자체가 소송절차에 관한 재판에 해당하는 법원의 의사결정으로서 「헌법재판소법」 제41조 제1항에 규정된 재판에 해당되지 않는다.

39. 헌법재판소 결정의 효력에 관한 설명 중 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 헌법재판소는 헌법재판소가 선고하는 위헌결정에는 단순위헌 결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고, 이들은 모두 기속력을 가진다고 본다.
- ② 헌법재판소에서 이미 위헌결정이 선고된 법률조항에 대한 위헌법률심판제청은 부적법하다.
- ③ 개별 공권력의 작용에 대한 권리구제형 헌법소원심판의 경우 「민사소송법」을 준용하여 재심을 허용함이 상당하다.
- ④ 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서 이미 헌법재판소의 심판을 거친 종전 사건과 당사자와 심판대상이 동일하다면 당해 사건이 다른 경우에도 동일한 사건에 해당하므로 일사부재리원칙이 적용된다.

40. 권한쟁의심판에 관한 설명 중 가장 적절한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’이라고 규정하고 있는 「헌법재판소법」 제62조 제1항 제1호는 열거 조항으로 해석된다.
- ② 국회의장이 특정 국회의원을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위(사·보임 행위)는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- ③ 헌법재판소의 다른 심판청구와 달리 권한쟁의심판청구의 경우에는 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 가처분결정을 할 수 없다.
- ④ 일반 정당과 달리 국회 내에서 교섭단체를 구성하고 있는 정당은 헌법 제111조 제1항 제4호 및 「헌법재판소법」 제62조 제1항 제1호의 국가기관에 해당한다고 볼 수 있으므로, 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정된다.

문항	정답
1	③
2	③
3	①
4	②
5	④
6	④
7	①
8	④
9	④
10	②
11	④
12	①
13	③
14	②
15	①
16	①
17	④
18	②
19	②
20	③
21	④
22	③
23	④
24	③
25	①
26	④
27	①
28	②
29	③
30	②
31	②
32	③
33	④
34	④
35	④
36	①
37	③
38	④
39	④
40	②