

헌법

해설위원: 유시완 교수

본 문제의 소유권 및 판권은 (주)윌비스고시학원에 있습니다. 무단복사 판매 시 저작권법에 의거 경고조치 없이 고발하여 민·형사상 책임을 지게 됩니다.

- 반드시 OMR카드에 성명, 주민등록번호를 기재하시기 바랍니다.
- OMR카드 작성시 컴퓨터용 사인펜으로 작성해주시기 바랍니다.

■ [총평 및 해설]

시험 치르느라 고생 많으셨습니다. 시험장에서의 스트레스와 압박감은 겪어보지 않은 사람은 모를 것입니다. 어떤 이는 시험 합격하고 나면 시험장에서의 고통스러웠던 기억도 다 추억이 된다고 말하는데 저는 전혀 그렇지 않습니다. 시험에 합격하였는데도 불구하고 시험장에서의 고통은 저에게 여전히 꿈찍한 기억으로 남아 있습니다. 그래서 그 어려움을 이겨낸 여러분이 대견합니다. 점수의 높고 낮음에 상관없이 시험장에서 최선을 다한 여러분께 박수를 보내고 싶습니다.

지문분석

총 80개		
헌법 10개 (전문 2개 포함)	부속법령 15개	판례 55개 (최신판례 2개 포함)

경향 분석

이번 시험의 특징은 부속법령의 비중이 높고 최신판례의 비중이 줄었다는 점입니다. 한편 까다로운 기본권 제한 여부를 묻는 문제는 출제되지 않았고, 헌법소송의 적법요건을 묻는 문제도 쉽게 출제되었습니다. 그럼에도 불구하고 지엽적인 부속법령과 오래된 조세법률주의 판례(문제 14번 지문 1) 때문에 체감난이도는 낮지 않았을 것으로 예상됩니다.

그러나 중요한 부분을 확실히 알면 정답을 고를 수 있게 출제되었으므로 체감난이도보다 채점결과는 좋을 것으로 보입니다. “헌법을 몇 점 맞아야 합격이다.” 라는 얘기는 안 하겠습니다. 헌법 100점 맞고도 떨어지는 사람도 있고, 헌법 70점 맞고도 합격하는 사람도 있습니다.

앞으로의 공부 방향

1. 이번 시험에서도 확인된 것처럼 헌법조문은 확실히 공부하셔야 합니다.
2. 부속법령도 확실히 챙겨야 합니다. 다만 중요한 부속법령 위주로 공부하고 지엽적인 부분은 버리셔야 합니다. 중요한 부분만 알아도 정답을 고를 수 있게 출제되고 있으므로 강약조절을 잘 하셔야 합니다.
3. 판례에서 가장 많이 출제되고 있으므로 판례의 중요성은 잘 아실 것입니다. 그러나 기존의 판례 양이 매우 많고, 매년 새로운 판례가 추가되고 있으므로 판례공부야말로 공부량 조절에 있어서 가장 신경을 써야 하는 부분입니다. 제가 시험 직전에 강의한 최신판례특강 자료가 최근 1년 7개월 치 판례를 담고 있음에도 분량은 22페이지에 불과하였습니다. 수업시간에 다룬 판례 역시 위와 마찬가지로 현재까지 적었습니다. 그러나 이해중심 학습과 출제경향에 맞춘 공부법으로 인하여 판례학습량을 줄이더라도 고득점하는 데에는 전혀 지장이 없습니다. 판례공부는 효율적인 판례학습으로 공부량을 줄이는 것이 관건입니다.

마무리

잠시나마 잠도 폭 자고, 영화라도 한 편 보고, 오랫동안 못 본 친구도 만나세요. 여기까지 달려 온 당신은 그럴 자격이 충분합니다.

문 1. 헌법 전문(前文)에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 1948년 헌법 전문에는 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 독립정신을 규정하고 있으며, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 국제평화의 유지에 노력할 것을 언급하고 있다.
- ② 현행 헌법 전문은 “1948년 7월 12일에 제정되고 9차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다”라고 규정하고 있다.
- ③ 헌법 전문에 기재된 3·1정신은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용할 뿐만 아니라 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해 내어, 예컨대 ‘영토권’을 헌법상 보장된 기본권으로 인정할 수 있다.
- ④ ‘3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’한다는 것은 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언한 것으로, 국가는 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대해 응분의 예우를 해야 할 헌법적 의무를 지닌다.

정답 ④

[풀이의 열쇠] 헌법 전문의 세부적인 내용을 모르더라도 헌법 전문으로부터는 기본권이 도출되지 아니한다는 것과 헌법 전문으로부터 국가의 의무가 도출된다는 것만 알면 풀 수 있는 문제이다.

[지문분석]

- ① × 1948년 헌법 전문에는 “대한민국임시정부 법통” 규정이 없다. “대한민국임시정부 법통”은 현행헌법에서 처음으로 규정되었다.
- ② × 현행헌법이 제9차 개정헌법이므로 “8차에 걸쳐 개정된 헌법을 ... 개정한다”가 옳다.
- ③ × 헌법 전문으로부터는 기본권이 도출되지 아니한다.

“헌법전문에 기재된 3·1정신”은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만, **그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해낼 수는 없다**고 할 것이므로, 헌법소원의 대상인 “헌법상 보장된 기본권”에 해당하지 아니한다.

국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다 할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다. (헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등)

- ④ ○ 헌법 전문으로부터 국가의 의무가 도출된다.

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)

문 2. 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서」는 일종의 조약으로서 국회의 동의를 얻어야 하는 것이다.
- ② 통상조약의 체결 절차 및 이행과정에서 남한과 북한 간의 거래는 「남북교류협력에 관한 법률」 제12조에 따라 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.
- ③ 조약은 '국가국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면 또는 구두 형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의'라고 할 수 있다.
- ④ 조약은 국회의 동의를 얻어 체결·비준되었더라도 형식적 의미의 법률이 아닌 이상 헌법재판소의 위헌법률심판대상이 될 수 없다.

정답 ②

[풀이의 열쇠] 남북교류협력에 관한 법률을 암기할 필요 없다. 나머지 지문을 제거하는 소거법으로 풀 수 있다. 한편 우리나라는 북한을 국가로 인정하고 있지 않으므로 북한과의 거래를 국가 사이의 거래로 볼 수 없다는 관점에서 접근하여야 한다.

[지문분석]

① × 남북합의서는 조약이 아니다.

이 합의서는 남북관계를 “나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인 바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. (헌재 1997. 1. 16. 89헌마240)

② ○

남북교류협력에 관한 법률 제12조(남북한 거래의 원칙)

남한과 북한 간의 거래는 국가 간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.

③ × 원칙적으로 조약은 국제법 주체 사이에 체결된 국제법에 의하여 규율되는 법적 구속력 있는 합의를 의미하므로 서면인지 구두인지를 불문한다. 그러나 조약법에 관한 비엔나협약은 구두형식의 합의를 조약에서 제외시키고 있다. 오늘날 구두형식의 조약이 거의 없다는 점을 반영하여 헌법재판소는 조약법에 관한 비엔나협약과 마찬가지로 구두형식의 합의를 조약에서 제외시키고 있다.

조약이란 명시적으로 '조약'이라는 명칭을 붙인 것에 한하지 않고, 명칭여부에 관계없이 국제법주체간에 국제법상관계를 설정하기 위하여 체결한 명시적인 합의라고 할 수 있다. (헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등)

조약은 '국가국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의'라고 할 수 있다. (헌재 2008. 3. 27. 2006헌라4)

④ × 국회의 동의를 얻어 체결된 조약은 법률과 동일한 효력을 가지므로 위헌법률심판의 대상이 된다.

이 사건 조항은 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것이므로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적 효력을 가지며, 그 효력의 정도는 법률에 준하는 효력이라고 이해된다. ... 위헌법률심판의 대상이 된다. (헌재 2001. 9. 27. 2000헌바20)

문 3. 문화국가원리에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함되므로 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다.
- ② 헌법 제9조의 규정취지와 민족문화유산의 본질에 비추어 볼 때, 국가가 민족문화유산을 보호하고자 하는 경우 이에 관한 헌법적 보호법익은 '민족문화유산의 존속' 그 자체를 보장하는 것에 그치지 않고, 민족문화유산의 훼손 등에 관한 가치보상이 있는지 여부도 이러한 헌법적 보호법익과 직접적인 관련이 있다.
- ③ 헌법 전문(前文)과 헌법 제9조에서 말하는 '전통', '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 하므로, 과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로도 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것이다.
- ④ 공동체 구성원들 사이에 관습화된 문화요소라 하더라도 종교적인 의식, 행사에서 유래된 경우에만 국가가 지원하는 것은 문화국가 원리와 정교분리 원칙에 위반된다.

정답 ①

[풀이의 열쇠] 문화국가원리에 관한 판례는 많지 않으므로 관련 판례를 숙지하면 쉽게 풀 수 있는 문제이다.

[지문분석]

① ○ “문화국가원리 → 불편부당의 원칙 → 모든 문화를 배려”라는 논리구조에 따른 헌법재판소의 입장이다. '과외교습의 원칙적 금지' 사건에서 출제되었다.

문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는 바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 **불편부당의 원칙**이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 **문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다**.

문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 **엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다**. (헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등)

② × 전통사찰의 경내지 등에 대한 모든 유형의 소유권변동이 전통사찰을 훼손할 수 있음에도 불구하고, 다른 소유권변동원인과 달리 '공용수용'으로 인한 소유권변동에 대해서는 아무런 규제를 하지 아니한 것이 평등원칙에 위반된다고 본 판례에서 출제되었다.

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)

③ × '호주제' 사건에서 출제되었다.

헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 '전통', '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 한다. **과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니다**. 전통이란 과거와 현재를 다 포함하고 있는 문화적 개념이다. ... 따라서 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 자명한 한계가 도출된다. ... 결론적으로 **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 × '유서 깊은 천주교 성당 일대를 문화관광지로 조성' 사건에서 출제되었다.

오늘날 종교적인 의식 또는 행사가 하나의 사회공동체의 문화적인 현상으로 자리 잡고 있으므로, 어떤 의식, 행사, 유행물 등이 비록 종교적인 의식, 행사 또는 상징에서 유래되었다고 하더라도 그것이 이미 우리 사회공동체 구성원들 사이에서 관습화된 문화요소로 인식되고 받아들여질 정도에 이르렀다면, 이는 정교분리원칙이 적용되는 종교의 영역이 아니라 헌법적 보호가치를 지닌 문화의 의미를 갖게 된다. 그러므로 이와 같이 이미 문화적 가치로 성숙한 종교적인 의식, 행사, 유행물에 대한 국가 등의 지원은 일정 범위 내에서 전통문화의 계승·발전이라는 문화국가원리에 부합하며 정교분리원칙에 위배되지 않는다. (대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두16933 판결)

문 4. 헌법의 기본원리에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의는 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다.
- ② 국가가 저소득층 지역가입자를 대상으로 소득수준에 따라 「국민건강보험법」상의 보험료를 차등 지원하는 것은 사회국가원리에 의하여 정당화된다.
- ③ 평화추구이념을 헌법상의 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법 하에서 평화적 생존권은 기본권성이 인정된다.
- ④ 법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다.

정답 ③

[풀이의 열쇠] 평화적 생존권은 기본권이 아니라는 것만 알면 풀 수 있다.

[지문분석]

- ① ○ 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미한다는 내용을 확인하는 판시이다.

헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로는 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다. (헌재 2009. 3. 26. 2007헌바43)

- ② ○ 사회국가원리는 소득의 재분배의 관점에서 경제적 약자에 대한 보험료의 지원을 허용한다는 내용이다.

국가가 저소득층 지역가입자를 대상으로 소득수준에 따라 보험료를 차등지원하는 것은 사회국가원리에 의하여 정당화되는 것이다. 결국, 국고지원에 있어서의 지역가입자와 직장가입자의 차별취급은 사회국가원리의 관점에서 합리적인 차별에 해당하는 것으로서 평등원칙에 위반되지 아니한다. (헌재 2000. 6. 29. 99헌마289)

- ③ × 이번 시험은 평화적 생존권은 기본권이 아니라는 결론만 알아도 풀 수 있게 출제되었지만, 어렵게 출제될 것에 대비하여 “헌법에 열거되지 아니한 기본권”으로 인정되기 위한 요건도 기억해 두어야 한다. 그 요건은 ‘첫째, 새롭게 인정할 필요성이 있을 것, 둘째, 권리내용이 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합할 것’이다.

청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, **평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다.** (헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369)

- ④ ○ 신뢰보호원칙에 관한 일반적인 판시 내용이다.

법률의 제정이나 개정 시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 허용될 수 없다. (헌재 2009. 9. 24. 2007헌마872)

문 5. 혼인과 가족제도에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 부부 자산소득 합산과세제도는 헌법 제11조제1항에서 보장하는 평등원칙을 혼인과 가족생활에서 더 구체화함으로써 혼인한 자의 차별을 금지하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다.
- ㄴ. 친생부인의 소의 제척기간을 규정한 「민법」 제847조 제1항 중 ‘부가 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내’ 부분은 친생부인의 소의 제척기간에 관한 입법재량의 한계를 일탈하지 않은 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다.
- ㄷ. 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 「민법」 제844조제2항 중 ‘혼인관계종료의 날로부터 300일 이내에 출생한 자’에 관한 부분은 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하지 아니한다.
- ㄹ. 육아휴직제도의 헌법적 근거를 헌법 제36조제1항에서 구한다고 하더라도 육아휴직신청권은 헌법 제36조제1항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라고 볼 수는 없다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄷ, ㄹ

③ ㄱ, ㄴ, ㄹ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답 ③

[풀이의 열쇠] 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법 조항이 위헌이라는 2015년 판례만 알아도 선택할 지문이 ①, ③ 두 개로 압축된다. 여기에 더하여 육아휴직신청권의 법적 성격만 알면 정답을 고를 수 있다.

[지문분석]

ㄱ. ○

부부의 자산소득을 합산하여 과세하도록 규정하고 있는 소득세법 규정은 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다. (헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82)

- ㄴ. ○ 친생부인의 소의 제척기간 규정 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년 내’는 헌법불합치결정되었지만(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14 등), “그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내”는 합헌결정되었음을 구별하여야 한다.

개정된 민법 제847조 제1항은 ‘친생부인의 사유가 있음을 안 날’을 제척기간의 기산점으로 삼음으로써 부(夫)가 혈연관계의 진실을 인식할 때까지 기간의 진행을 유보하고, ‘그로부터 2년’을 제척기간으로 삼음으로써 부(夫)의 친생부인의 기회를 실질적으로 보장하고 있다. 또한 2년이란 기간은 자녀의 불안정한 지위를 장기간 방치하지 않기 위한 것으로서 지나치게 짧다고 볼 수 없다. 따라서 민법 제847조 제1항 중 “**부(夫)가 그 사유가 있음을 안 날부터 2년내**” 부분은 **친생부인의 소의 제척기간에 관한 입법재량의 한계를 일탈하지 않은 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다.** (헌재 2015. 3. 26. 2012헌바357)

ㄷ. ×

혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분이 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다. (헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623)

ㄹ. ○

육아휴직신청권은 헌법 제36조 제1항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라고 볼 수는 없고, 입법자가 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산, 전체적인 사회보장수준, 국민정서 등 여러 요소를 고려하여 제정하는 입법에 적용요건, 적용대상, 기간 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 **법률상의 권리**이다. (헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156)

문 6. 교육기본권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 교육을 받을 권리가 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리를 뜻하는 것은 아니다.
- ② 조례에 의한 규제가 지역 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 결과이나, 고등학생들이 학원 교습시간과 관련하여 자신들이 거주하는 지역의 학원조례조항으로 인하여 다른 지역 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다면 평등권이 침해되었다고 볼 수 있다.
- ③ 고시 공고일을 기준으로 고등학교에서 퇴학된 날로부터 6월이 지나지 아니한 자를 고등학교 졸업학력 검정고시를 받을 수 있는 자의 범위에서 제외하는 것은, 국민의 교육을 받을 권리 중 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리, 즉 자유권적 기본권을 제한하는 것이므로, 그 제한에 대하여는 과잉금지원칙에 따른 심사를 하여야 한다.
- ④ 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.

정답 ②

[풀이의 열쇠] 조례에 의한 학원교습시간 제한은 합헌이라는 결론만 알면 쉽게 정답을 찾을 수 있다.

[지문분석]

① ○

헌법 제31조 제1항에 따라 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지지만, **교육을 받을 권리가 국가에 대하여 특정한 교육제도나 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리를 뜻하는 것은 아니다.** (헌재 2003. 9. 25. 2001헌마814등)

② ×

조례에 의한 규제가 지역 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 결과이다. 청구인들이 **자신들이 거주하는 지역의 학원조례조항으로 인하여 다른 지역 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 하여 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다.** (헌재 2016. 5. 26. 2014헌마374)

③ ○

헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리는, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리와, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리로 구성되는바, 전자는 자유권적 기본권의 성격이, 후자는 사회권적 기본권의 성격이 강하다고 할 수 있다. 그런데 이 사건 규칙조항과 같이 검정고시응시자격을 제한하는 것은, 국민의 교육받을 권리 중 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리, 즉 자유권적 기본권을 제한하는 것이므로, 그 제한에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 의한 심사, 즉 과잉금지원칙에 따른 심사를 받아야 할 것이다. (헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456)

④ ○

교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다. (헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710)

문 7. 표현의 자유에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 지역농협 이사 선거의 경우 전화컴퓨터통신을 이용한 지지 호소의 선거운동방법을 금지하고, 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 해당 선거 후보자의 결사의 자유와 표현의 자유를 침해한다.
- ㄴ. 상업광고도 표현의 자유의 보호영역에 속하는 것이므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 피해의 최소성 원칙에서는 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사한다.
- ㄷ. 건강기능식품의 기능성 표시광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하지는 않지만 과잉금지원칙에 위반하여 건강기능식품 판매업자의 표현의 자유를 침해한다.
- ㄹ. '음란'은 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, '저속'은 헌법적인 보호영역 안에 있다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄴ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답 ④

[풀이의 열쇠] 최신판례(지문 ㄱ)와 건강기능식품 광고에 대한 사전심사의 합헌이라는 판례만 알라도 정답을 골라낼 수 있다.

[지문분석]

ㄱ. ○

지역농협 이사 선거의 경우 전화(문자메시지를 포함한다)·컴퓨터통신(전자우편을 포함한다)을 이용한 지지 호소의 선거운동방법을 금지하고, 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 결사의 자유, 표현의 자유를 침해한다. (헌재 2016. 11. 24. 2015헌바62)

ㄴ. ×

상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 **상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 '피해의 최소성' 원칙은** 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 **'입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.** (헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3)

ㄷ. ×

건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의절차를 법률로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다. ... 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다. (헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75)

ㄹ. ×

음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 ... 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다. 이 사건 법률조항의 **음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인바,** 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 의견(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)을 변경한다. (헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등)

문 8. 신체의 자유에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 성폭력범죄자의 재범방지와 성행교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치치를 신체에 부착하게 하는 전자감시제도는 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 일종의 보안처분이다.
- ② 죄형법정주의가 적용되는 대상으로는 형벌뿐 아니라 과태료 등의 행정질서벌까지 포함된다.
- ③ 행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 아니었던 행위가 판례변경에 따라 처벌되게 되었다면 형벌불소급의 원칙에 반한다.
- ④ 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과 전문의 1인의 진단으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 한 「정신보건법」 조항은 보호입원이 정신질환자 본인에 대한 치료와 사회의 안전 도모라는 측면에서 긍정적인 효과가 있으므로 정신질환자의 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

정답 ①

[풀이의 열쇠] 전자장치 부착이 보안처분이라는 것만 알면 쉽게 정답을 찾을 수 있다. 설사 정답이라는 확신이 안 든다 하더라도 나머지 지문이 중요 내용이므로 소거법으로 정답을 골라 낼 수 있다.

[지문분석]

① ○

전자장치부착법상 **전자장치 부착명령**은 제도의 목적, 요건, 보호관찰 부가 등 관련 규정의 내용에 비추어 형벌과 구별되므로, 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 **보안처분에 해당한다**고 보아야 한다. (헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89)

전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의 성행 교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 이 사건 부칙조항이 적용되었을 때 처벌적인 효과를 나타낸다고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 부칙명령은 범죄행위를 한 사람에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되는 **비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다**. (헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등)

② ×

죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, **과태료**는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 **죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다**. (헌재 1998. 5. 28. 96헌바83)

③ ×

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, **행위 당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 그것이 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다**. (대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349 판결)

④ ×

보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과 전문의 1인의 진단으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 한 정신보건법 조항은 신체의 자유를 침해한다. (헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9)

문 9. 사생활의 보호를 위한 기본권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인 간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것이다.
- ② 사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다.
- ③ 구치소장이 미결수용자와 그 배우자 사이의 접견내용을 녹음한 행위는 과잉금지원칙에 위반하여 미결수용자의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.
- ④ 공직자의 자질도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다.

정답 ③

[풀이의 열쇠] 수용자와 변호인(변호사) 아닌 자 사이의 접견내용 녹음은 합헌이라는 결론만 알면 정답을 찾을 수 있다.

[지문분석]

① ○

통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것이다. (헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42)

② ○

사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. (헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139)

③ ×

구치소장이 미결수용자와 배우자의 접견을 녹음한 행위는 교정시설 내의 안전과 질서유지에 기여하기 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단이 적절하다. 또한, 소장은 미리 접견내용의 녹음 사실 등을 고지하며, 접견기록물의 엄격한 관리를 위한 제도적 장치도 마련되어 있는 점 등을 고려할 때 침해의 최소성 요건도 갖추었고, 이 사건 녹음행위는 미리 고지되어 청구인의 접견내용은 사생활의 비밀로서의 보호가치가 그리 크지 않다고 할 것이므로 법익의 불균형을 인정하기도 어려워, 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 **사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 볼 수 없다**. (헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153)

④ ○

공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. **공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다**. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다. (헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747)

문10. 국가인권위원회에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다
툼이 있는 경우 판례에 의함)

7. 국가인권위원회는 11명의 인권위원으로 구성되며, 국회가 선출하는 4명, 대통령이 지명하는 4명, 대법원장이 지명하는 3명을 대통령이 임명한다.
- 나. 국가인권위원회는 ‘헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받은 국가기관’이라고 할 수 없어 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 않는다.
- 다. 국가인권위원회의 진정에 대한 기각 결정은 행정처분이 아니고 따라서 항고소송의 대상이 되지 않으므로, ‘헌법재판소법’ 제68조제1항에 의한 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.
- 리. 국가인권위원회는 피해자의 권리 구제를 위해 필요하다고 인정하면 피해자를 위하여 피해자의 명시한 의사에 관계없이 대한법률구조공단 또는 그 밖의 기관에 법률구조를 요청할 수 있다.

- ① \neg , \perp
② \neg , \sqsubset
③ \neg , \perp , \sqsubset
④ \perp , \sqsubset , \sqcup

정답 ①

[풀이의 열쇠] 중요 판례(나고 c)를 알고 있다 하더라도 국가인권위원회법의 내용(=)을 모르면 정답을 찾을 수 없게 출제하였다. 국가인권위원회법은 부속법령 중 중요한 법률이며, 이미 사법시험 등에서 여러 번 출제되었으므로 숙지하고 있어야 한다. 국가인권위원회법의 역할에 어울리는 내용으로 규정되어 있으므로 한번 이해하면 암기하기 쉽다.

[지문분석]

7. 0

국가인권위원회법 제5조(위원회의 구성)

- ① 위원회는 위원장 1명과 상임위원 3명을 포함한 11명의 인권위원으로 구성한다.
- ② 위원은 다음 각 호의 사람을 대통령이 임명한다.
 1. **국회가 선출하는 4명**(상임위원 2명을 포함한다)
 2. **대통령이 지명하는 4명**(상임위원 1명을 포함한다)
 3. **대법원장이 지명하는 3명**

L. O.

11

헌법상 국가에게 부여된 임무 또는 의무를 수행하고 그 독립성이 보장된 국가기관이라고 하더라도 오로지 법률에 설치근거를 둔 국가기관이라면 국회의 입법행위에 의하여 존폐 및 권한범위가 결정될 수 있으므로 이러한 국가기관은 '헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받은 국가기관'이라고 할 수 없다. ... 법률에 의하여 설치된 국가인권위원회에게는 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다. (헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6)

\subseteq, \times

313

진정에 대한 국가인권위원회의 각하 및 기각결정은 피해자인 진정인의 권리행사에 중대한 지장을 초래하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 **행정처분에 해당함**으로, 그에 대한 다툼은 우선 행정심판이나 행정소송에 의하여야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구도 행정심판이나 행정소송 등의 사전 구제절차를 모두 거친 후 청구된 것이 아니므로 보충성 요건을 충족하지 못하였다.

헌법재판소는 중견 결정에서 국가인권위원회의 진정 각하 또는 기각결정에 대해 보충성 요건을 충족하였다고 보고 본안판단은 한 바 있으나, 이 결정의 견해와 저촉되는 부분은 변경한다. (헌재 2015. 3. 26. 2013헌마214 등)

 $2. \times$

국가는

국가인권위원회법 제47조(피해자를 위한 법률구조 요청)

- ① 위원회는 진정에 관한 위원회의 조사, 증거의 확보 또는 피해자의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정하면 피해자를 위하여 대한법률구조공단 또는 그 밖의 기관에 법률구조를 요청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 법률구조 요청은 **피해자의 명시한 의사에 반하여 할 수 없다.**

문11. 대통령의 법률안 거부권에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 법률안에 대한 대통령의 재의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙여야 하며, 이 경우 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 해야 그 법률안은 법률로서 확정될 수 있다.
- ② 헌법은 법률안에 이의가 있을 경우 대통령이 15일 이내에 이의서를 붙여 국회로 환부하여 재의를 요구해야 하지만, 국회가 임기만료로 폐회된 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.
- ③ 대통령이 법률안의 일부 조항에 대해 이의가 있어 그 일부에 대해 거부권을 행사한 경우 국회는 그 일부 조항에 대해서만 재의에 붙여야 한다.
- ④ 국회에서 의결된 법률안이 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포나 재의의 요구를 하지 아니한 때에도 그 법률안은 법률로서 확정된다.

정답 ④

[풀이의 열쇠] 통치구조에 관한 헌법조문의 중요성을 잘 보여주는 문제이다.

[지문분석]

- ① ×, ② ×, ③ ×, ④ ○

헌법 제53조

- ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다.
- ② 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 제1항의 기간 내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다. 국회의 폐회 중에도 또한 같다.
- ③ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑤ 대통령이 제1항의 기간 내에 공포나 재의의 요구를 하지 아니한 때에도 그 법률안은 법률로서 확정된다.

문12. 행정부에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법률상 그 기관의 장이 국무위원이 아니라든가 또는 국무위원이지만 그 소관사무에 관하여 부령을 발할 권한이 없다 하더라도, 그 기관이 성질상 정부의 구성단위인 중앙행정기관인 경우에는 우리 헌법이 규정하는 실정법적 의미의 행정각부에 해당된다.
- ② 국무회의의 의결은 국가기관의 내부적 의사결정행위에 불과하므로 그 자체로 국민에 대한 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는다.
- ③ 국무회의 의장이 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부의장인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 의장과 부의장이 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 기획재정부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리 및 「정부조직법」에 규정된 순서에 따라 국무위원이 그 직무를 대행한다.
- ④ 국무총리의 통할을 받는 행정각부에는 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없고, 헌법에서 말하는 국무총리의 통할을 받는 행정각부는 헌법에서 위임받은 「정부조직법」에 의하여 설치하는 행정각부만을 의미한다.

정답 ①

[풀이의 열쇠] “안기부(국정원) 설치” 사건을 깊게 공부하여야만 지문 ①이 틀린 지문이라는 것을 골라낼 수 있다. 다만 나머지 지문이 모두 중요 내용임으로 소개법으로도 풀 수 있다.

[지문분석]

① ×

헌법이 “행정각부”의 의의에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않지만, “행정각부의 장(長)”에 관하여는 행정각부의 장은 국무위원 중에서 임명되며(헌법 제94조) 그 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 부령을 발할 수 있다(헌법 제95조)고 규정하고 있는바, 이는 헌법이 “행정각부”의 의의에 관하여 간접적으로 그 개념범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉, **성질상 정부의 구성단위인 중앙행정기관이라 할지라도, 법률상 그 기관의 장(長)이 국무위원이 아니라든가 또는 국무위원이라 하더라도 그 소관사무에 관하여 부령을 발할 권한이 없는 경우에는, 그 기관은 우리 헌법이 규정하는 실정법적 의미의 행정각부로는 볼 수 없다**는 헌법상의 간접적인 개념제한이 있음을 알 수 있다. (헌재 1994. 4. 28. 89헌마221)

② ○

대통령이 국회에 파병동의안을 제출하기 전에 대통령을 보좌하기 위하여 파병 정책을 심의, 의결한 **국무회의의 의결은 국가기관의 내부적 의사결정행위에 불과하여 그 자체로 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로** 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다. (헌재 2003. 12. 18. 2003헌마225)

③ ○

정부조직법 제12조(국무회의)

② 의장이 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부의장인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 의장과 부의장이 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 기획재정부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리 및 제26조제1항에 규정된 순서에 따라 국무위원이 그 직무를 대행한다.

④ ○

입법권자는 헌법 제96조에 의하여 법률로써 행정을 담당하는 행정기관을 설치함에 있어 그 기관이 관장하는 사무의 성질에 따라 국무총리가 대통령의 명을 받아 통할할 수 있는 기관으로 설치할 수도 있고 또는 대통령이 직접 통할하는 기관으로 설치할 수도 있다 할 것이므로 헌법 제86조 제2항 및 제94조에서 말하는 **국무총리의 통할을 받는 행정각부는 입법권자가 헌법 제96조의 위임을 받은 정부조직법 제29조에 의하여 설치하는 행정각부만을 의미한다고** 할 것이다. (헌재 1994. 4. 28. 89헌마221)

문13. 법원에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특정 사안에 있어 법관으로 하여금 증거조사에 의한 사실판단도 하지 말고, 최초의 공판기일에 공소사실과 검사의 의견만을 듣고 형을 선고하라는 것은 권력분립원칙에 어긋나는 것이다.
- ② 「법원조직법」상 법원의 종류에는 대법원, 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원, 회생법원이 있다.
- ③ 법관의 정년을 설정함에 있어서는 헌법상 설정된 법관의 성격과 그 업무의 특수성에 합치되어야 하나, 관료제도를 근간으로 하는 계층구조적인 일반 행정공무원과 달리 보아야 할 이유는 없다.
- ④ 법관에 대한 징계처분 취소청구소송을 대법원의 단심재판에 의하도록 하는 것은 피징계자인 법관의 재판청구권을 침해하지 않는다.

정답 ③

[풀이의 열쇠] 지문 ③은 법관 정년 차등제에 관한 합헌결정 판례 중 결론이 아니라 이유를 제시하여 까다롭게 출제하였다. 그러나 평등원칙에 관한 일반적인 판례 논리를 이해하면 국어문제에 불과하다.

[지문분석]

① ○ **결석재판을 규정한 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조직법 사건**이다.

특조법은 결석한 피고인은 변호인 또는 보조인도 공판절차에 출석시킬 수 없고, 법원은 최초의 공판기일에 공소사실의 요지와 검사의 의견만을 듣고 증거조사도 없이 결심하여 피고인에 대한 형을 선고하도록 규정하였다. 특정 사안에 있어 법관으로 하여금 증거조사에 의한 사실판단도 하지 말고, 최초의 공판기일에 공소사실과 검사의 의견만을 듣고 결심하여 형을 선고하라는 것은 입법에 의해서 사법의 본질적인 중요부분을 대체시켜 버리는 것에 다름 아니어서 우리 헌법상의 권력분립원칙에 어긋나는 것이다. (헌재 1996. 1. 25. 95헌가5)

② ○ 2016년 말에 개정된 부분(회생법원 추가)을 묻는 지문이다. 부속법령은 최근 개정된 부분이 중요함을 보여주는 지문이다.

법원조직법 제3조(법원의 종류)

① 법원은 다음의 7종류로 한다.

1. 대법원
2. 고등법원
3. 특허법원
4. 지방법원
5. 가정법원
6. 행정법원
7. 회생법원

③ × “법관 정년은 일반 행정공무원과 달리 보아야 함 → 일반 행정공무원과의 차별에 합리적인 이유가 있음 → 법관 정년 차등제는 평등권 침해가 아님”

법관의 정년을 설정함에 있어서, 입법자는 위와 같은 헌법상 설정된 법관의 성격과 그 업무의 특수성에 합치되어야 하고, 관료제도를 근간으로 하는 계층구조적인 **일반 행정공무원과 달리 보아야 함은 당연하므로**, ... 법관의 정년을 직위에 따라 순차적으로 낮게 차등하게 설정한 것은 법관 업무의 성격과 특수성, 평균수명, 조직체 내의 질서 등을 고려하여 정한 것으로 **그 차별에 합리적인 이유가 있다고** 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다. (헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557)

④ ○ “특허청 결정에 대하여 불복하는 경우에는 대법원에 상고하도록 하는 것은 재판청구권을 침해한다.”, “대한변호사협회징계위원회에서 징계를 받은 변호사는 법무부변호사징계위원회에서의 이의결정을 밟은 후 곧바로 대법원에 즉시항고토록 하는 것은 재판청구권을 침해한다.”는 판례와 구별해서 알아둬야 하는 중요한 판례이다.

법관징계법은 법관에 대한 대법원장의 징계처분 취소청구소송을 대법원에 의한 단심재판에 의하도록 규정하고 있는바, 이는 독립적으로 사법권을 행사하는 법관이라는 지위의 특수성과 법관에 대한 징계절차의 특수성을 감안하여 재판의 신속을 도모하기 위한 것으로 그 합리성을 인정할 수 있고, **대법원이 법관에 대한 징계처분 취소청구소송을 단심으로 재판하는 경우에는 사실확정도 대법원의 권한에 속하여 법관에 의한 사실확정의 기회가 박탈되었다고 볼 수 없으므로, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하지 아니한다.** (헌재 2012. 2. 23. 2009헌바34)

문14. 조세법률주의에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미신고 또는 누락된 상속세에 대하여 상속세 부과요건이 성립된 시점인 상속이 개시된 때가 아니라 상속세 부과 당시의 가액을 과세 대상인 상속재산의 가액으로 하는 것은 일정한 제재의 의미도 가미되어 있으므로 조세법률주의에 위반되지 않는다.
- ② 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위해서는, 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있다.
- ③ 과세요건 명확주의는 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것이다.
- ④ 조세법률주의가 지배하는 조세법의 영역에서는 경과규정의 미비라는 명백한 입법의 공백을 방지하고 형평성의 왜곡을 시정하는 것은 원칙적으로 입법자의 권한이고 책임이지 법문의 한계 안에서 법률을 해석·적용하는 법원이나 과세관청의 몫은 아니다.

정답 ①

[풀이의 열쇠] 세법 관련 판례는 결론이 아니라 이유 중 중요한 판시사항을 묻는 경우가 일반적이는데, 지문 ①은 오래된 판례의 결론을 묻고 있어서 쉽지 않은 문제이다. 판례의 결론을 알고 있지 않으면 소거법으로 풀 수밖에 없다.

[지문분석]

① ×

상속사실의 신고를 하지 아니하거나 신고에서 누락된 상속재산의 가액은 **상속개시 당시가 아닌 상속세 부과당시의 가액으로 평가한다고 규정한 것은** 과세관청의 자의에 의한 과세를 방지하고 국민의 경제생활에 법적인정성과 예측가능성을 부여하기 위하여 헌법이 선언하고 있는 **조세법률주의에 정면으로 위반된다고** 할 것이다. (헌재 1992. 12. 24. 90헌바21)

② ○ 일반적인 법규뿐 아니라 형법규규나 조세법규의 경우에도 세부적인 사항에 관하여는 행정입법에 위임이 허용된다.

조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위해서는 **납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있다.** (헌재 2006. 7. 27. 2006헌바18 등)

③ ○

조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 핵심적 내용으로 삼고 있다. 과세요건 법정주의란 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 한다는 원칙을 말하고, **과세요건 명확주의란 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고, 일의적이어야 한다는 원칙을 말한다.** (헌재 2003. 6. 26. 2002헌바101)

④ ○ “전부개정법의 시행에도 불구하고 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”라고 한정위헌결정을 내려 대법원과 대립하였던 헌법재판소 판례에서 출제되었다.

과세요건법정주의 및 과세요건명확주의를 포함하는 **조세법률주의가 지배하는 조세법의 영역에서는 경과규정의 미비라는 명백한 입법의 공백을 방지하고 형평성의 왜곡을 시정하는 것은 원칙적으로 입법자의 권한이고 책임이지 법문의 한계 안에서 법률을 해석·적용하는 법원이나 과세관청의 몫은 아니다.** 뿐만 아니라 구체적 타당성을 이유로 법률에 대한 유추해석 내지 보충적 해석을 하는 것도 어디까지나 ‘유효한’ 법률조항을 대상으로 할 수 있는 것이지 이미 ‘실효된’ 법률조항은 그러한 해석의 대상이 될 수 없다. (헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123 등)

문15. 대통령에 대한 설명으로 옳지 않은 것만을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 하는데, 이때 대통령은 계엄의 해제에 관하여 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
- ㄴ. 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하여야 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계국무위원이 부서한다. 다만 군사에 관한 것은 그러하지 아니하다.
- ㄷ. 대통령이 임명하는 헌법재판소 재판관은 모두 국회 인사청문특별위원회의 인사청문을 거쳐야 한다.
- ㄹ. 전직대통령이 재직 중 탄핵결정을 받아 퇴임한 경우와 금고 이상의 형이 확정된 경우 및 사퇴한 경우에는 필요한 기간의 경호 및 경비를 제외하고는 「전직대통령 예우에 관한 법률」에 따른 전직대통령으로서의 예우를 하지 아니한다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄴ, ㄷ

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

정답 ④

[풀이의 열쇠] ㄱ, ㄴ 은 헌법조문으로 쉽게 풀 수 있다. ㄷ은 인사청문제도에 대하여 조금만 알고 있어도 풀 수 있다. 문제는 ㄹ이다. 이 문제의 정답은 ㄹ이 결정짓고 있는데, 전직대통령 예우에 관한 법률을 꼼꼼하게 보지 않았다면 풀기 어렵다. 출제가 예상되기에 진도별 모의고사에서도 다루었고, 마무리 특강에서도 다루었는바 암기사항 최종 정리 특강을 들으신 분들은 쉽게 정답을 골랐으리라 생각한다.

[지문분석]

ㄱ. ○

헌법 제77조 ⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.

헌법 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제

ㄴ. ×

헌법 제82조 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.

ㄷ. × 헌법재판소 재판관 중 국회에서 선출하는 3인과 국회의 동의를 얻어야 하는 헌법재판소장만 인사청문특별위원회의 인사청문을 거친다. 나머지 재판관은 소관상임위원회(법제사법위원회)의 인사청문을 거친다.

ㄹ. × 전직대통령 예우상실 사유는 탄핵, 금고, 도피, 국적상실이다. 사퇴는 이에 해당되지 않는다.

전직대통령 예우에 관한 법률 제7조

② 전직대통령이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **제6조제4항제1호에 따른 예우(경호·경비)를 제외하고는** 이 법에 따른 전직대통령으로서의 예우를 하지 아니한다.

1. 재직 중 탄핵결정을 받아 퇴임한 경우
2. 금고 이상의 형이 확정된 경우
3. 형사처분을 회피할 목적으로 외국정부에 도피하거나 또는 보호를 요청한 경우
4. 대한민국의 국적을 상실한 경우

문16. 예산과 재정에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정부는 예측할 수 없는 예산 외 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 계상할 수 있는데, 공무원의 보수 인상을 위한 인건비 충당을 위하여는 예비비 사용목적은 지정할 수 없다.
- ② 「국가재정법」에서는 정부가 예산안을 편성하여 회계연도 개시 120일 전까지 국회에 제출하도록 규정하고 있지만, 헌법은 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 전까지 이를 의결하도록 규정하고 있다.
- ③ 정부는 법령에 따라 국가가 지급하여야 하는 지출이 발생하거나 증가하여 이미 확정된 예산에 변경을 가할 필요가 있는 경우에는 추가경정예산안을 편성할 수 있으며, 국회에서 추가경정예산안이 확정되기 전에 이를 미리 배정하거나 집행할 수 없다.
- ④ 국회의원 또는 정부가 세입예산안에 부수하는 법률안을 발의 또는 제출하는 경우 세입예산안 부수 법률안 여부를 표시하여야 하고, 국회의장은 국회예산정책처의 의견을 들어 세입예산안 부수 법률안으로 지정한다.

정답 ②

[풀이의 열쇠] 부속법령을 달달 외어야만 풀 수 있는 문제가 아니다. 헌법조문만 명확히 숙지하면 풀 수 있게 출제하였다. 문제를 풀 때 모르는 내용이 나온다고 해서 당황하지 말고, 내가 정확히 아는 부분을 찾아서 정답률을 높여야 한다.

[지문분석]

① ○

국가재정법 제22조(예비비)

- ① 정부는 예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 세입세출예산에 계상할 수 있다. 다만, 예산총칙 등에 따라 미리 사용목적은 지정해 놓은 예비비는 본문의 규정에 불구하고 별도로 세입세출예산에 계상할 수 있다.
- ② 제1항 단서의 규정에 불구하고 공무원의 보수 인상을 위한 인건비 충당을 위하여는 예비비의 사용목적은 지정할 수 없다.

② ×

헌법 제54조

- ② 정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다.

③ ○

국가재정법 제89조(추가경정예산안의 편성)

- ① 정부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되어 이미 확정된 예산에 변경을 가할 필요가 있는 경우에는 추가경정예산안을 편성할 수 있다.
 1. 전쟁이나 대규모 재해가 발생한 경우
 2. 경기침체, 대량실업, 남북관계의 변화, 경제협력과 같은 대내외 여건에 중대한 변화가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우
 3. 법령에 따라 국가가 지급하여야 하는 지출이 발생하거나 증가하는 경우
- ② 정부는 국회에서 추가경정예산안이 확정되기 전에 이를 미리 배정하거나 집행할 수 없다.

④ ○

국회법 제85조의3(예산안등 본회의 자동부의 등)

- ④ 의원 또는 정부가 세입예산안에 부수하는 법률안을 발의 또는 제출하는 경우 세입예산안 부수 법률안 여부를 표시하여야 하고, 의장은 국회예산정책처의 의견을 들어 세입예산안 부수 법률안으로 지정한다.

문17. 국회의 구성과 조직 및 운영에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 의장이 사고가 있을 때에는 의장이 지정하는 부의장이 그 직무를 대리하고, 의장이 심신상실 등 부득이한 사유로 의사표시를 할 수 없게 되어 직무대리자를 지정할 수 없는 때에는 연장자인 부의장의 순으로 의장의 직무를 대행한다.
- ② 의원 10인 이상의 연서에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 필요하다고 인정할 때에는 의장은 회기 전체 의사일정의 일부를 변경하거나 당일 의사일정의 안건 추가 및 순서 변경을 할 수 있다.
- ③ 국회는 의결로 기간을 정하여 휴회할 수 있으나, 휴회 중이라도 대통령의 요구가 있을 때, 의장이 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 또는 재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있을 때에는 회의를 재개한다.
- ④ 법안에 대한 투표가 종료된 결과 재적의원 과반수의 출석이라는 의결정족수에 미달된 경우에는 법안에 대한 국회의 의결이 유효하게 성립되었다고 할 수 없으므로, 국회의장이 법안에 대한 재표결을 실시하여 그 결과에 따라 법안의 가결을 선포한 것은 일사부재의 원칙에 위배되지 않는다.

정답 ③

[풀이의 열쇠] 국회 휴회에 관한 내용을 모르더라도 소거법으로 정답을 골라낼 수 있다. 의장 직무대행 순서, 의사일정 변경 정족수, 일사부재의 원칙 관련 판례는 중요한 부분이다. 중요 내용만 숙지하고 있으면 충분하다. 국회법을 통째로 다 외을 필요 없다.

[지문분석]

① ×

국회법 제12조(부의장의 의장직무대리)

- ① 의장이 사고가 있을 때에는 의장이 지정하는 부의장이 그 직무를 대리한다.
- ② 의장이 심신상실 등 부득이한 사유로 의사표시를 할 수 없게 되어 직무대리자를 지정할 수 없는 때에는 소속의원수가 많은 교섭단체소속인 부의장의 순으로 의장의 직무를 대행한다.

② ×

국회법 제77조(의사일정의 변경)

- 의원 20인 이상**의 연서에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 필요하다고 인정할 때에는 의장은 회기 전체 의사일정의 일부를 변경하거나 당일 의사일정의 안건 추가 및 순서 변경을 할 수 있다. 이 경우 의원의 동의에는 이유서를 첨부하여야 하며, 그 동의에 대하여는 토론을 하지 아니하고 표결한다.

③ ○

국회법 제8조(휴회)

- ① 국회는 의결로 기간을 정하여 휴회할 수 있다.
- ② 국회는 휴회 중이라도 대통령의 요구가 있을 때, 의장이 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 또는 재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있을 때에는 회의를 재개한다.

④ ×

국회의원이 특정 의안에 반대하는 경우 회의장에 출석하여 반대투표하는 방법뿐만 아니라 회의에 불출석하는 방법으로도 반대 의사를 표시할 수 있으므로, '재적의원 과반수의 출석'과 '출석의원 과반수의 찬성'의 요건이 국회의 의결에 대하여 가지는 의미나 효력을 달리 할 이유가 없다.

전자투표에 의한 표결의 경우 국회의장의 투표종료선언에 의하여 투표 결과가 집계됨으로써 안건에 대한 표결 절차는 실질적으로 종료되므로, **투표의 집계 결과 출석의원 과반수의 찬성에 미달한 경우는 물론 재적의원 과반수의 출석에 미달한 경우에도 국회의 의사는 부결로 확정되었다고 볼 수밖에 없다.**

결국 방송법 수정안에 대한 1차 투표가 종료되어 재적의원 과반수의 출석에 미달되었음이 확인된 이상, 방송법 수정안에 대한 국회의 의사는 부결로 확정되었다고 보아야 하므로, **피청구인이 이를 무시하고 재표결을 실시하여 그 표결 결과에 따라 방송법안의 가결을 선포한 행위는 일사부재의 원칙(국회법 제92조)에 위배하여 청구인들의 표결권을 침해한 것이다.** (헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등)

문18. 헌법재판에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

3. 법률의 효력을 갖는 관습법도 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- 나. 법원이 재판의 전제성이 없다는 이유로 위헌법률심판제청의 신청을 각하한 경우 신청인이 「헌법재판소법」 제68조제2항에 의한 헌법소원을 청구하면 헌법재판소는 재판의 전제성 유무에 대한 법원의 판단을 번복할 수 없다.
- 다. 이념적·논리적으로는 헌법규범 상호 간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 그러한 규범 상호 간의 우열이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호 간에 효력 상의 차등을 의미하는 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법의 개별규정에 대한 위헌심사는 허용될 수 없다.
- 라. 「헌법재판소법」 제68조제1항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우, 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.

- ① ㄱ, ㅈ ② ㄴ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㅈ, ㅋ ④ ㄴ, ㅈ, ㅋ

정답 ③

[풀이의 열쇠] 헌법재판의 일반적인 내용을 묻는 쉬운 문제이다.

[지문분석]

7. ○

이 사건 관습법은 민법 시행 이전에 상속을 규율하는 법률이 없는 상황에서 재산 상속에 관하여 적용된 규범으로서 비록 형식적 의미의 법률은 아니지만 실질적으로는 법률과 같은 효력을 갖는 것이므로 위헌법률심판의 대상이 된다. (헌재 2013. 2. 28. 2009헌바129)

- L, X

법률이 재판의 전제가 되는 요건을 갖추고 있는지의 여부는 법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이나, 재판의 전제와 관련된 법률적 견해가 유지될 수 없는 것으로 보이면 헌법재판소가 직권으로 조사할 수도 있는 것이다.

법원은 ... 재판의 전제성이 없다고 하였다. 그러나 ... 위 법률조항은 이 사건 당해사건 재판의 전제가 된다고 할 것이다. (헌재 1999. 12. 23. 98헌바33)

- . ○

헌법 및 헌법재판소의 규정상 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다. 한편, 이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 그러한 규범 상호간의 우열이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차이를 지니는 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법의 개별규정에 대한 위헌심사는 허용될 수 없다. (헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38)

2. 0

헌법재판소법 제75조(인용결정)

② 제68조제1항에 따른 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하여야 한다.

⑤ 제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 해당 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.

문19. 헌법재판소와 대법원과의 관계에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 대법원은 유신헌법에 근거한 긴급조치가 입법권의 행사라는 실질을 갖추지 못하여 ‘법률’에 해당하지 않으므로, 그 위헌여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다고 보았으나, 헌법재판소는 긴급조치가 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로서 그에 대한 위헌심사권은 헌법재판소가 가진다고 판단하였다.
- ② 대법원은 헌법 제108조에 근거하여 사법권의 독립이나 사법권의 자율성을 위하여 규칙제정권을 가지기 때문에, 대법원규칙은 「헌법재판소법」 제68조제1항에 의한 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.
- ③ 「헌법재판소법」 제68조제1항은 법원의 재판에 헌법소원심판대상에서 제외하고 있으므로, 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판에 대해서도 「헌법재판소법」 제68조제1항에 의한 헌법소원이 허용되지 않는다.
- ④ 헌법 제107조제2항은 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있으므로, 「행정소송법」은 명령·규칙의 위헌 여부심사는 재판의 전제가 되지 않는 경우에도 법원이 담당한다고 규정하고 있다.

정답 ①

[풀이의 열쇠] 헌법재판소와 대법원이 충돌하는 부분에 관한 문제이다. 다만 한정위헌결정이 내려진 판례들을 깊게 다루지 않고 기본적인 내용만으로 지문을 구성하여 쉽게 출제하였다.

[지문분석]

- ① ○

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 헌법재판소에 의한 위헌심사의 대상이 되는 ‘법률’이란 ‘국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률’을 의미하고, 위헌심사의 대상이 되는 규범이 형식적 의미의 법률이 아닌 때에는 그와 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다. 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조 제3항은 대통령이 긴급조치를 한 때에는 지체 없이 국회에 통고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 사전적으로는 물론이거니와 사후적으로도 긴급조치가 그 효력을 발생 또는 유지하는 데 국회의 동의 내지 승인 등을 얻도록 하는 규정을 두고 있지 아니하고, 실제로 국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, **긴급조치의 위헌 여부**에 대한 심사권은 **최종적으로 대법원에 속한다**. (대법원 2010. 12. 16. 선고 2010두5986 판결)

헌법 제107조 제1항, 제2항은 법원의 재판에 적용되는 규범의 위헌 여부를 심사할 때, '법률'의 위헌 여부는 헌법재판소가, 법률의 하위 규범인 '명령·규칙' 또는 '처분' 등의 위헌 또는 위법 여부는 대법원이 그 심사권한을 갖는 것으로 권한을 분배하고 있다. 이 조항에 규정된 '법률'인지 여부는 그 제정 형식이나 명칭이 아니라 규범의 효력을 기준으로 판단하여야 하고, '법률'에는 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 '형식적 의미의 법률과 동일한 효력'을 갖는 규범들도 모두 포함된다. 따라서 최소한 **법률과 동일한 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부 심사권한도 헌법재판소에 전속한다.** (헌재 2013. 3. 31. 2010헌바121 등)

- ② ×

헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 "공권력"이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 **사법부에서 제정한 규칙** 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 **헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것**이다. (헌재 1990. 10. 15. 89헌마178)

- ③ ×

헌법재판소법 제63조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다. (헌재 1997. 12. 24. 96헌바172 등)

- ④ ×

헌법 제107조 ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

문20. 지방자치제도에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

7. 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토·영해·영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 영토고권은 우리나라 헌법과 법률상 인정되지 않는다.
- ㄴ. 지방의회의 의장이나 부의장이 법령을 위반하거나 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니하면 지방의회는 불신임을 의결할 수 있는데, 불신임의결은 재적의원 4분의 1 이상의 발의와 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 행한다.
- ㄷ. 조례제정은 원칙적으로 자치사무와 단체위임사무에 한정되며, 기관위임사무에 관해 조례를 제정할 수 없으나, 기관위임사무도 개별 법령에서 위임한 경우에는 예외적으로 가능하다.
- ㄹ. 지방의회의원과 지방자치단체장을 선출하는 지방선거사무는 지방자치단체의 존립을 위한 자치사무에 해당하므로, 원칙적으로 지방자치단체가 처리하고 그에 따른 비용도 지방자치단체가 부담하여야 한다.

- ① \neg , \perp
② \vdash , \equiv
③ \neg , \perp , \equiv
④ \neg , \vdash , \equiv

정답 ④

[풀이의 열쇠] 지문 ㄴ이 지방자치법의 지엽적인 내용을 묻고 있다. 그러나 중요 판례만 알면 정답을 고를 수 있게 출제하였다.

[지문분석]

7.0

헌법 제117조, 제118조가 제도적으로 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 '자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장'이라고 할 것이나, 지방자치 제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 뜻뿐이고 특정자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니므로, 마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로, 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토, 영해, 영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적, 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수는 없다. (헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2)

L. X

지방자치법 제55조(의장불신임의 의결)

- ① 지방의회의 의장이나 부의장이 법령을 위반하거나 정당한 사유 없이 직무를 수행하지 아니하면 지방의회는 불신임을 의결할 수 있다.
- ② 제1항의 불신임의결은 재적의원 4분의 1 이상의 발의와 재적의원 과반수의 찬성으로 행한다.

□ ○

지방자치단체가 자치조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이고, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 위임조례를 정할 수 있다. (대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다55925 판결)

2. ○

지방의회의원과 지방자치단체장을 선출하는 지방선거는 지방자치단체의 기관을 구성하고 그 기관의 각종 행위에 정당성을 부여하는 행위라 할 것이므로 **지방선거 사무는 지방자치단체의 존립을 위한 자치사무에 해당하고, 따라서 법률을 통하여 예**외적으로 다른 행정주체에게 위임되지 않는 한, 원칙적으로 지방자치단체가 처리하**고 그에 따른 비용도 지방자치단체가 부담하여야 한다.** ... 이에 피청구인 대한민국 국회가 지방선거의 선거비용을 지방자치단체가 부담하도록 공직선거법을 개정할 것은 지방자치단체의 자치권을 침해한 것이라고 볼 수 없다. (헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7)