

□ 사건개요 (14p)

(1) 청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 '일본군위안부 피해자'들이다. 피청구인은 외교, 외국과의 통상교섭 및 그에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장하는 국가기관이다.

(2) 대한민국은 1965. 6. 22. 일본국과의 사이에 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(조약 제172호, 이하 '이 사건 협정'이라 한다)을 체결하였다.

(3) 청구인들은, 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 청구권이 위 규정에 의하여 모두 소멸되었다고 주장하며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장이어서, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인으로서는 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있는데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효) 제2조

1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.
2. 본조의 규정은 다음의 것(본 협정의 서명일까지 각기 체약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.
 - (a) 일방체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에타방체약국에 거주한 일고 있는 사람의 재산, 권리 및 이익
 - (b) 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할하에 들어오게 된 것
3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.

□ 헌법에 열거되지 아니한 기본권 (15p)

헌법재판소는 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실제 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다고 판시하였다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369).

□ 부계혈통주의의 위헌여부 (24p)

구 국적법 제2조 (국민의 요건)

- ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 대한민국의 국민이다.
 1. 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자

2 헌법헌팅 조문판례분석

국적법 제2조(출생에 의한 국적 취득)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다.
1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자

□ 국제협력요원으로 근무한 공익근무요원을 국가유공자법에 의한 보상에서 제외한 것이 평등권을 침해하는지 여부 (25p)

행정관서요원은 지방병무청장이 보충역처분을 받은 병역의무자에 대하여 복무기관 등을 정하여 소집하며, 국제협력요원은 현역병 입영대상자이든 보충역대상자이든 관계없이 자의로 국제협력요원 선발처에 지원하여 선발되는 경우에만 국제협력요원으로서 봉사활동에 종사할 수 있게 되는데, 입법자가 국가유공자를 어떠한 범위에서 결정할 것인가 등을 정함에 있어 국가 강제력의 정도가 클수록 보상의 필요성 등은 강하다고 할 것인바, 국제협력요원은 자신들의 의사에 기하여 봉사활동을 통한 병역의무 이행을 선택한 점에서 행정관서요원과 다르며, 행정관서요원은 국가기관 등의 공익목적에 필요한 경비·감시 등의 지원업무에 종사하고, 국제협력요원은 개발도상국가에서 그 지역의 경제·사회발전 등을 지원하는 업무에 복무하게 되는데, 보훈정책이 가지는 국가통합기능의 발휘에 있어서 행정관서요원의 우리나라 국가기관 등에서의 복무에 의한 것과 국제협력요원의 다른 국가에서의 봉사를 통한 국위 선양에 의한 것은 국가통합이라는 효과 측면에서 차이가 있다.

행정관서요원과 국제협력요원은 서로 다른 입법목적을 가진 병역법과 국제협력요원법에 의하여 각각 규율되고 있는데, 이는 행정관서요원제도는 방위제도가 폐지되면서, 여전히 현역병 등으로 입영하여 군복무를 이행할 수 없는 신체적 사유 등이 있는 병역의무자의 경우 이들을 행정관서요원으로 소집하여 병역의무를 이행하도록 하기 위하여 고안된 제도임에 반하여, 국제협력요원은 국제봉사요원이 개발도상국에서 자발적으로 봉사활동을 하게 된 것이 국제사회에 긍정적인 영향을 끼치고 있다는 점을 감안하여, 위와 같은 국제봉사활동을 체계적·지속적으로 계속할 자원을 병역의무자 중에서 충원한다는 차원에서 마련된 것에 기인한다는 차이가 있으므로, 입법자가 위와 같은 차이들에 근거하여 국제협력요원과 행정관서요원을 달리 취급하는 것을 입법형성권을 벗어난 자의적인 것이라고 할 수 없어, 이 사건 조항은 헌법상의 평등권을 침해하지 아니한다(헌재 2010. 7. 29. 2009헌가13).

□ 상속세 공제 (25p)

배우자로부터 상속받는 재산은 피상속인의 명의로 되어 있는 것이라고 할지라도 부부가 공동의 노력으로 이룩한 경우가 많다. 또 상속받은 배우자가 사망하면 어차피 자녀들에게 또다시 상속세가 과세될 것이다. 그러므로 배우자가 상속받는 단계에서는 상속공제를 폭넓게 인정해준다. 배우자가 상속인이 되는 경우에는 배우자 공제로 최대 30억까지 공제받을 수 있다.

자녀의 경우 1인당 5,000만 원을 공제해준다.

□ 재외동포법의 적용대상에서 정부수립이전이주동포(대부분 중국동포와 구 소련동포임)를 제외 (26p)

대한민국 정부 수립일 - 1948년 8월 15일

임시정부 수립일 - 1919년 4월 11일

□ 재외국민의 보호 (26p)

1. 재외국민이라 함은 대한민국 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자를 말한다.¹⁾

대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국 국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자를 외국국적동포라 하는데, 재외국민과 외국국적동포를 합하여 재외동포라 한다.

2. 재외동포 = 재외국민 + 외국국적동포

□ 재외국민의 선거권 제한 (김유향 기본강의 헌법 1037p, 헌법헌팅 26p, 222p)

1. 구 공직선거법 제37조 제1항은 국내에 주민등록이 되어 있는 자에 한하여 선거인명부를 작성할 수 있다고 하여 주민등록을 할 수 없는 재외국민에 대하여는 선거권을 부인하고 있는 바, 이 조항에 대해 헌법재판소는 종전의 합헌결정을 변경하여 헌법불합치결정을 하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644).

또한 헌법재판소는 관할구역에 주민등록이 되어있는 자에 한해 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거권을 부여하고 있는 공직선거법 제15조 제2항 제1호에 대해서도 국내거주 재외국민의 선거권 침해를 이유로 헌법불합치결정을 하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644).

2. 헌법재판소의 위의 결정 이후 국회는 공직선거법을 개정하여 재외국민에게 대통령선거권과 임기만료에 따른 비례대표국회의원선거에서의 선거권을 부여하고, 당해관할 국내거소신고인명부에 3개월 이상 계속 올라있는 재외국민에게는 지역구국회의원선거, 지방자치단체장선거, 지방의회의원선거에서의 선거권까지 부여하였다.

그리고 최근 재외국민의 국내거소신고제도가 폐지되고 재외국민용 주민등록증을 발급하도록 주민등록법이 개정(2015. 1. 22. 시행)됨에 따라 2015. 8. 13. 개정된 공직선거법은 “주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람”에게 지역구 국회의원선거, 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 부여하도록 하였다(제15조 제1항 제2호 및 제2항 제2호). (헌법헌팅 212p)

3. 헌법재판소는 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외국민(이하 ‘재외선거인’이라고 한다)에게 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제15조 제1항 단서 부분 및 공직선거법 제218조의5 제1항 중 ‘임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 재외선거인 등록신청을 하여야 한다’ 부분(이하 ‘재외선거인 등록신청조항’이라 한다)이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시하였다(헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256). (헌법헌팅 222p)

2005. 8. 4. 공직선거법 제15조(선거권)

① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성)제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자

2. 「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 제37조 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성

1) 영주권은 거주하는 국가의 국적을 얻지 못한 외국인인 그 국가에 계속 거주할 수 있는 법적 권리이다. 재외국민은 한국을 떠나 외국에 있기 때문에 국내법의 보호를 제대로 받을 수 없고, 아직 체류국의 국적을 얻지 못하여 그 나라의 국민으로서 대우도 받지 못한다. ‘재외동포법’은 그런 불안정한 상태에서 한국 국적을 가진 사람이 불이익을 받지 않도록 배려하는 정책이다.

4 헌법헌팅 조문판례분석

및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자

제16조(피선거권)

- ① 선거일 현재 5년이상 국내에 거주하고 있는 40세이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.
- ② 25세이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.
- ③ 선거일 현재 계속하여 60일이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 **주민등록이 되어 있는 주민으로서** 25세이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경(제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정등)의 규정에 의한 경우를 포함한다)에 의하여 중단되지 아니한다.
- ④ 제3항의 경우에 지방자치단체의 사무소 소재지가 다른 지방자치단체의 관할구역안에 있어 당해 지방자치단체의 장의 주민등록이 그 다른 지방자치단체의 관할구역안에 있게 된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 것으로 본다.

제37조(명부작성)

- ① 선거를 실시하는 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 "구·시·읍·면의 장"이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일전 19일(이하 "선거인명부작성기준일"이라 한다) 현재 새로 그 관할구역 안에 **주민등록이 되어 있는 선거권자**(지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우 제15조(선거권)제2항제2호의 규정에 따른 외국인을 포함한다)를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 "선거인명부작성기간"이라 한다)에 **선거인명부를 작성하여야** 한다.

□ 법의 적용 (29p)

1. 의의

법의 적용은 개별적이고 구체적 사건에 법의 내용을 적용하여 구체적으로 해결하는 방법을 말한다. 이때 법이 적용되는 전형적인 장소는 법원이며, 법이 적용되는 구체적인 사례는 판결이다.

2. 법적용의 4원칙

실정법상 상위의 법규는 하위의 법규에 우월하다는 ① **상위법 우선의 원칙**, 일반법과 특별법이 충돌할 때는 특별법 적용이 일반법에 우선적으로 적용되는 ② **특별법 우선의 원칙**, 법령이 새로 제정 또는 개정되어 법령 내용의 충돌이 생겼을 때는 신법이 구법에 우선적으로 적용되는 ③ **신법 우선의 원칙**, 새로 제정 또는 개정된 법률은 그 효력을 가지기 이전에 발생한 과거의 사실에 소급하여 적용할 수 없고 장래에 한하여 적용된다는 ④ **법률 불소급의 원칙**이 그것이다.

□ 일반법과 특별법 (29p)

일반법이란 특별법에 비하여 넓은 범위의 사람·장소 또는 사항에 적용되는 법을 말하고, 특별법이란 일반법보다도 좁은 범위의 사람·장소 또는 사항에 적용되는 법을 말한다.

사람에 대하여 말하면 국민 전체에 대하여 적용되는 「형법」 및 「형사소송법」은 일반법이고, 소년(19세 미만)에 대한 형벌 및 이를 과하는 절차를 정한 「소년법」은 「형법」 및 「형사소송법」의 특별법이다.

그리고 사항에 대하여 말하면, 일상생활에 적용되는 「민법」은 일반법, 상거래에 적용되는 「상법」은 특별법이다(사람에 대하여도 「민법」은 국민전체에 적용되고, 「상법」은 주로 상인에게 적용된다).

특별법은 일반법에 우선하여 적용되고, 특별법의 규정이 없는 경우에 일반법이 보충적으로 적용된다.

□ 신사협정 (29p)

신사협정은 법적 구속력을 갖지 않지만 신의에 기초해 준수하기로 약속한 합의를 뜻한다. 다른 말로 비구속적 합의 또는 비법률적 합의라고 한다.

협약이 아닌 이상 신사협정의 위반은 국제위법행위를 구성하지 않는다. 하지만 신의를 깨뜨리는 비우호적인 행위이므로 당사국은 위반국에 대해 국제법이 허용하는 보복조치를 취할 수 있다.

□ 입법사항에 관한 조약 (34p)

입법사항에 관한 조약이란 국내법의 제정이 없이는 조약을 시행할 수 없는 사항 또는 국내법으로서 규율할 사항을 포함한 조약, 그리고 국민의 권리·의무에 중요한 영향을 주는 사항을 규율하는 조약을 말한다.

□ 손실보상청구권의 성립요건 (35p)

손실보상을 받으려면 ① 재산권이 ② 공공필요에 따른 ③ 적법한 공권력행사에 의하여 ④ 특별한 희생을 당하여야 하고 ⑤ 보상규정이 있어야 한다.

□ 국가배상 청구권의 성립요건 (35p)

① 공무원이 ② 직무를 집행하면서 ③ 고의 또는 과실로 ④ 법령에 위반하여 ⑤ 타인에게 손해를 가하고 ⑥ 불법행위와 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 경우 국가배상청구권이 인정된다(국가배상법 제2조).

□ 불법행위로 인한 손해배상청구권의 요건

① 고의 또는 과실 ② 책임능력 ③ 위법성 ④ 손해의 발생과 인과관계가 있을 것을 요한다.

□ 면직 (38p)

면직이란 공무원관계를 소멸시키는 것을 말한다. 임용행위의 일종이다.

면직에는 본인의 의사에 의하는 의원면직(依願免職)과 임용권자의 일방적 의사에 의하는 직권면직 및 징계처분으로서 행하여지는 징계면직(파면)이 있다. 면직은 공무원에 대한 불이익처분이기 때문에 본인의 자발적인 의사에 의하는 의원면직을 제외한 직권면직 및 징계면직은 엄격한 법적 규제하에서 하게 된다.

□ 직권면직 (38p)

임용권자의 일방적 의사와 직권에 의하여 행하여지는 면직을 말한다.

직권면직은 ① 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 따라 폐직(廢職) 또는 과원(過員)이 되었을 때 ② 휴직기간이 끝나거나 휴직사유가 소멸된 후에도 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때 ③ 대기명령을 받은 자가 그 기간에 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정된

6 헌법헌팅 조문판례분석

때 ④ 전직시험에서 3번 이상 불합격한 자로서 직무수행능력이 부족하다고 인정된 때 ⑤ 징병검사·입영 또는 소집의 명령을 받고 정당한 사유 없이 이를 기피하거나 군복무를 위하여 휴직 중에 있는 자가 군복무 중 군무를 이탈하였을 때 ⑥ 해당 직급에서 직무를 수행하는 데 필요한 자격증의 효력이 없어지거나 면허가 취소되어 담당 직무를 수행할 수 없게 된 때에 한하여 면직시킬 수 있다(국가공무원법 제70조1항, 지방공무원법 제62조1항).

□ 계급정년 규정 (39p)

경찰공무원법 제24조(정년)

① 경찰공무원의 정년은 다음과 같다.

1. **연령정년**: 60세
2. **계급정년**
 - 치안감: 4년
 - 경무관: 6년
 - 총경: 11년
 - 경정: 14년

□ 진정입법부작위와 부진정입법부작위 (39p)

1. 진정입법부작위

입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 “입법행위의 흠결(Löcke)이 있는 경우”(즉, 입법권의 불행사)

2. 부진정입법부작위

입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 “입법행위에 결함(Fehler)이 있는 경우”(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)

□ 2004헌마246 목차 1. 관련 문제점 (49p)

청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구한 이후 2004. 4. 15. 실시된 제17대 국회의원총선거에서 의석을 얻지 못하고, 유효득표총수의 100분의 2를 득표하지 못하였다는 이유로, 같은 달 20. 당시의 정당법 제38조 제1항 제3호에 따라 정당등록이 취소되었다. 이러한 등록취소로 인해 청구인은 헌법상 정당에 해당되지 않아 청구인능력이 인정되지 않는지 문제됨

□ 공직선거법 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효 등) (51p)

④ 비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명 등의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 「국회법」 제136조(退職) 또는 「지방자치법」 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다. 다만, 비례대표국회의원이 국회의장으로 당선되어 「국회법」 규정에 의하여 당적을 이탈한 경우에는 그러하지 아니하다.

□ 2007헌마1412의 문제점 (52p)

이 사건 법률조항은 대통령선거경선후보자로서 후원회를 둘 수 있는 자격을 상실한 경우 중 당내경

선에 참여하고 낙선한 자(사용 후 잔액의 소속정당 등에 인계)와 당내경선에 참여하지 아니한 자(기부 받은 총액의 국고귀속)의 차별 문제가 있다.

□ 정당에 대한 후원금지에 대한 헌법불합치 결정과 정치자금법 개정 (53p)

불법 대선자금의 여파로 2004년 개정 정치자금법은 중앙당과 시·도당의 후원회제도를 폐지하였다.

2015년 12월 헌법재판소는 정당에 대한 후원을 금지하고 위반시 이를 형사처벌하는 것은 정당활동의 자유에 대한 과도한 침해로 보아 위헌(계속적용, 헌법불합치)으로 선언하였다(2013헌바168).

2017년 개정 정치자금법은 정당후원회를 허용하면서, 정당후원회를 폐지한 정치개혁의 취지를 고려하여 정당의 중앙당에만 후원회를 설치하도록 하였고, 후원회의 모금·기부한도액과 후원인의 연간 기부한도액을 정당후원회 폐지 전보다 낮추어 규정하였다.

□ 단체관련자금 기부금지 사건개요 (54p)

제18대 국회의원이었던 청구인은, 2009. 4.경부터 2009. 11.경까지 국가기관 및 지방자치단체에서 근무하는청원경찰들로 구성된 전국청원경찰친목협의회가 청원경찰법 개정을 위한 특별회비를 모금한 후 그 회원 등의 명의로 청구인 또는 청구인의 보좌관 등에게 송금 또는 교부한 5,000만 원을 후원금 명목으로 수수함으로써 단체와 관련된 자금으로, 공무원이 담당·처리하는 사무에 관하여 청탁하는 일과 관련하여 정치자금을 수수하였다는 정치자금법위반 혐의로 기소되었다.

청구인은 위 소송 계속 중 정치자금법 제45조 제2항 제5호 중 '제31조 제2항을 위반하여 국내의 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부받은 자' 부분 및 제45조 제2항 제5호 중 '제32조 제3호를 위반하여 정치자금을 기부받은 자' 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2011. 10. 5. 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 단체와 관련된 자금의 정치자금 기부 금지 (54p)

1. 사용자의 이익을 대변하는 기업이나 사용자단체의 정치자금을 허용하면서 노동단체에게만 정치자금 기부금지 - 위헌결정(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154). - 179p

2. 정치자금법 개정

제31조(기부의 제한)

- ① 외국인, 국내·외의 법인 또는 단체는 정치자금을 기부할 수 없다.
- ② 누구든지 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없다.

제45조(정치자금부정수수죄)

- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 - 5. 제31조(기부의 제한) 또는 제32조(특정행위와 관련한 기부의 제한)의 규정을 위반하여 정치자금을 기부하거나 받은 자

3. 단체와 관련된 자금의 정치자금 기부 금지 - 합헌 (헌재 2014. 4. 24. 2011헌바254)

□ 정치자금법 제6조 6호 예비후보 후원회 지정 못하게 하는 것 46p - 헌법불합치. (2019. 12. 27. 2018헌마301)

1. 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 '광역자치단체장'이라 한다)

8 헌법헌팅 조문판례분석

선거의 예비후보자를 후원회지정권자에서 제외하고 있는 정치자금법 조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

선거비용제한액 및 실제 지출액, 후원회 모금한도 등을 고려해 볼 때, 광역자치단체장선거의 경우 국회의원선거보다 지출하는 선거비용의 규모가 크고, 후원회를 통해 선거자금을 마련할 필요성 역시 매우 크다. 그럼에도 광역자치단체장선거의 경우 후보자가 후원금을 모금할 수 있는 기간이 불과 20일 미만으로 제한되고 있다.

후원회제도 자체가 광역자치단체장의 직무수행의 연결성을 저해하는 것으로 볼 수는 없고, 광역자치단체장의 직무수행의 연결성은 후원회제도가 정치적 영향력을 부당하게 행사하는 통로로 악용될 소지를 차단하기 위한 정치자금법의 관련규정, 즉 후원인이 후원회에 기부할 수 있는 금액의 제한 규정(제11조), 후원금의 구체적 모금방법에 대한 규정(제14조 내지 제18조), 정치자금법상 후원회에 관한 규정을 위반한 경우의 처벌규정(제45조 제1항, 제2항, 제46조, 제51조) 등을 통한 후원회 제도의 투명한 운영으로 확보될 수 있다.

그동안 정치자금법이 여러 차례 개정되어 후원회지정권자의 범위가 지속적으로 확대되어 왔음에도 불구하고, 국회의원선거의 예비후보자 및 그 예비후보자에게 후원금을 기부하고자 하는 자와 광역자치단체장선거의 예비후보자 및 이들 예비후보자에게 후원금을 기부하고자 하는 자를 계속하여 달리 취급하는 것은, 불합리한 차별에 해당하고 입법재량을 현저히 남용하거나 한계를 일탈한 것이다.

따라서 심판대상조항 중 광역자치단체장선거의 예비후보자에 관한 부분은 청구인들 중 광역자치단체장선거의 예비후보자 및 이들 예비후보자에게 후원금을 기부하고자 하는 자의 평등권을 침해한다.

2. 자치구의 지역구의회의원(이하 '자치구의회의원'이라 한다) 선거의 예비후보자를 후원회지정권자에서 제외하고 있는 정치자금법 조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

자치구의회의원은 대통령, 국회의원과는 그 지위나 성격, 기능, 활동범위, 정치적 역할 등에서 본질적으로 다르다. 자치구의회의원의 활동범위는 해당 자치구의 지역 사무에 국한되고, 그에 수반하여 정치자금을 필요로 하는 정도나 소요자금의 양에서도 현격한 차이가 있을 수밖에 없다. 그리고 이러한 차이를 후원회를 둘 수 있는 자의 범위와 관련하여 입법에 어느 정도 반영할 것인가 하는 문제는 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 영역이다.

자치구의회의원의 경우 선거비용 이외에 정치자금의 필요성이 크지 않으며 선거비용 측면에서도 대통령선거나 국회의원선거에 비하여 선거운동 기간이 비교적 단기여서 상대적으로 선거비용이 적게 드는 점 등에 비추어 보면, 국회의원선거의 예비후보자와 달리 자치구의회의원선거의 예비후보자에게 후원회를 통한 정치자금의 조달을 불허하는 것에는 합리적인 이유가 있다.

따라서 심판대상조항 중 자치구의회의원선거의 예비후보자에 관한 부분은 청구인들 중 자치구의회의원선거의 예비후보자 및 이들 예비후보자에게 후원금을 기부하고자 하는 자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2019. 12. 27. 2018헌마301 등).

□ 초·중·고·유치원 부근 - 헌법불합치 (57p)

이 사건 법률조항이 초·중·고등학교·유치원 부근의 정화구역에 관하여 적용되는 경우 그 위헌성이 인정되는 부분은 금지의 예외를 인정하지 아니함으로써 구체적으로 학교의 교육에 나쁜 영향을 미치지 않을 수 있는 유형의 극장도 모두 금지한다는 점이다. 그런데 이와 같은 이유로 하여 단순위헌의 판단이 내려진다면 극장에 관한 초·중·고등학교·유치원 정화구역 내 금지가 모두 효력을 잃게 됨으로써 합헌적으로 규율된 새로운 입법이 마련되기 전까지는 학교정화구역 내에도 제한상영관을 제외한 모든

극장이 자유롭게 설치될 수 있게 될 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대하여는 단순 위헌의 판단을 하기보다는 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 입법수단 선택의 가능성을 인정할 필요성이 있는 경우라고 할 것이다. 따라서 초·중·고등학교·유치원 정화구역 부분에 관하여는 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 판단된다.

□ 2001헌바64 (58p)

전통사찰의 경내지에 대한 대여·양도·담보제공에 대해서는 문화체육부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하면서도, 공용수용에 대해서는 아무런 법적규제를 두고있지 아니한 구 전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호 등에 대해 위헌소원을 제기함.

□ 초기배아의 기본권 주체성 (61p)

- 초기 배아(수정 후 착상 전 배아) - 기본권 주체성 X, 국가의 보호의무 O
- 초기배아 - 수정 후 착상 전 (수정 후 8-10일)
- 배아 - 수정 후 첫8주
- 태아 - 수정 후 8주 이후

□ 수사기관이 경찰서 조사실에서 양손에 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 행위에 관한 적법요건 판단 (62p)

1. 공권력 행사성

기록에 의하면, 피청구인이 언론사 기자들의 취재 요청에 응하여 청구인이 경찰서 내에서 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용하고 기자실에서 청구인의 피의사실과 관련한 보도자료를 배포한 사실을 인정할 수 있다.

수사기관이 촬영에 협조하지 않는 이상 기자들이 수사관서 내에서 피의자의 조사장면을 촬영하는 것은 불가능하고, 수사기관이 피의자 개인보다 훨씬 더 우월적 지위에 있어 취재 및 촬영과정에서 사실상 피의자의 의사가 반영되기 어렵다. 피청구인이 청구인의 의사에 관계없이 언론사의 취재 요청에 응하여 청구인의 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 이상, 이미 청구인으로서 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 모습을 언론사에 공개당하는 불이익을 입게 된 것이다. 결국 심판대상 행위들은 권력적 사실행위로서 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

2. 보충성

심판대상 행위 중 촬영허용 부분은 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 없어 각하될 가능성이 크므로, 헌법소원심판을 청구하는 외에 다른 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398 등 참조).

그러나 보도자료 배포행위는 수사기관이 공판청구 전에 피의사실을 대외적으로 알리는 것으로서 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당하는지가 문제된다. 만약 피청구인의 행위가 피의사실공표죄에 해당하는 범죄행위라면, 수사기관을 상대로 고소하여 행위자를 처벌받게 하거나 처리결과에 따라 검찰 청법에 따른 항고를 거쳐 재정신청을 할 수 있으므로, 위와 같은 권리구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 제기한 이 부분 심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하였다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바66

10 헌법헌팅 조문판례분석

참조).

3. 권리보호이익

촬영허용행위는 이미 종료된 행위로서, 이 사건 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인에 대한 권리구제는 불가능하므로 주관적 권리보호이익은 소멸하였다.

헌법소원제도는 개인의 권리구제뿐만 아니라 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있으므로, 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구이익을 인정할 수 있다.

피의자의 얼굴 및 조사받는 모습이 수사과정에서 피의자의 의사에 관계없이 언론에 노출되는 일은 현재도 일어나고 있어 앞으로도 구체적으로 반복될 위험이 있고, 피의자의 인격권 보호와 국민의 알권리 보장이라는 두 법익이 충돌하는 영역으로서 헌법질서의 수호·유지를 위하여 헌법적 해명이 긴요한 사항이다. 비록 수사기관 내부적으로 피의자의 신원을 추정할 수 있거나 신분이 노출될 우려가 있는 장면의 촬영을 금지하고 있으나(예컨대, 이 사건의 경우 구 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제85조 등) 여전히 수사기관이 이와 관련하여 자의적으로 해석함으로써 기본권이 침해될 여지가 있고, 이에 대한 헌법재판소의 해명이 아직 이루어지지 않았으므로 심판청구이익을 인정함이 상당하다.

□ 사건개요 (64p)

1. 청구인들을 포함한 이 사건 집회 참가자 약 120명은 신고한 대로 구호를 제창하며 인도로 진행하였고, 2014. 8. 29. 17:50경 애초 신고한 마지막 지점인 경향신문사 앞을 지나 광화문 방면으로 약 100m 정도 행진을 계속하자, 경찰은 한국씨티은행 앞 인도에서 이를 저지하며 대치하게 되었고, 종로경찰서 정보관은 신고범위를 일탈한 불법행진임을 수차례 경고하였다. 그 후 종로경찰서 경비과장은 2014. 8. 29. 17:58경 종로경찰서장의 명을 받아 미신고 불법집회를 이유로 종결선언을 요청하였으나, 주최자가 이를 거부하자 18:00경 자진해산요청을 하였으며, 18:08경에는 1차 해산명령을 하였다.

2. 종로경찰서 소속 채증요원들은 위와 같이 이 사건 집회 참가자들이 신고장소를 벗어난 다음 경찰의 경고 등의 조치가 있을 무렵부터 채증카메라 등을 이용하여 집회참가자들의 행위, 경고장면과 해산절차장면 등을 촬영하기 시작하였고, 청구인들을 포함한 이 사건 집회 참가자들이 2014. 8. 29. 18:15경 자진해산하여 개별적으로 광화문광장으로 이동하기 시작하자, 경찰은 촬영을 중단하였다(이하 '이 사건 촬영행위'라 한다).

□ 피청구인 대통령이 국군포로법 제15조의5 제2항²⁾의 위임에 따른 대통령령을 제정하지 아니한 행정입법부작위 (65p)

국군포로법 제15조의5 제2항에 따른 대통령령이 제정되지 않는 이상 국방부장관으로서 국군포로법 제15조의5 제1항에 따른 예우를 할 수 없게 되므로, 국방부장관이 등록포로 등에 대한 예우 등을 할지 여부를 결정하기에 앞서, 국군포로법 제15조의5 제2항에 따라 대통령령이 먼저 제정되어야 한다. 즉, 국군포로법 제15조의5 제2항에 따른 대통령령 제정 의무는 기속적이다.

2) 국군포로의 송환 및 대우 등에 관한 법률 제15조의5(국군포로에 대한 예우) ① 국방부장관은 등록포로, 제6조에 따른 등록을 하기 전에 사망한 귀환포로, 귀환하기 전에 사망한 국군포로에게 역류기간 중의 행적이나 공헌의 정도에 상응하는 예우를 할 수 있다.

② 제1항에 따른 예우의 신청, 기준, 방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

□ '기본권의 충돌'에 대한 이해의 변화(?) (71p) - 전상현 교수 (서울대 로스쿨)

헌법재판소는 법률의 위헌심사에서 종종 '기본권의 충돌'을 검토해 왔다. 그러나 이에 대해서는 법률의 위헌심사에서 기본권충돌을 언급하는 것은 기본권충돌이 문제되는 상황과 의미를 제대로 인식하지 못한 것이라는 비판이 있었다. 기본권충돌은 충돌하는 기본권의 조정을 위한 입법단계에서 혹은 입법이 존재하지 않는 상황에서(일반법원의 재판이나 재판소원) 충돌하는 두 기본권을 조정하는 원리이고, 일단 입법이 이루어진 후 그 법률의 위헌성을 심사하는 단계에서는 대립하는 기본권이 이미 공익(입법 목적)으로 전환되어 과잉금지원칙(또는 과소보호금지원칙)의 적용만이 문제될 뿐 기본권충돌 논의는 불필요하고 무의미하다는 것이었다(한수용, 헌법학, 법문사(제5판), 516-517면). 헌법재판소는 법률의 위헌심사에서 기본권충돌을 언급하면서도 사안을 과잉금지원칙에 의해 심사하였고, 기본권충돌의 해결방안으로 제시되는 '실제적 조화의 원리'도 결국 과잉금지원칙에 따라 판단하는 것이라고 함으로써 (2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 512), 법률의 위헌심사에서 기본권충돌 논의가 무슨 의미가 있는지 의문이 제기되어 왔던 것이 사실이다.

이러한 상황에서 대상결정의 다수의견(헌법불합치의견)은 '심사기준' 항목에서 '이 사안은 국가가 태아의 생명 보호를 위해 확정적으로 만들어 놓은 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있는 것이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지 여부에 대한 것이다. 자기낙태죄 조항의 존재와 역할을 간과한 채 임신한 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 직접적인 충돌을 해결해야 하는 사안으로 보는 것은 적절하지 않다.'고 하여 앞에서 본 학설의 비판을 수용하는 듯한 설시를 하였다.

다만, 법률의 위헌심사에서도 기본권충돌 논의가 의미를 가질 수 있다는 견해도 여전히 제기되고 있는바(과잉금지원칙은 자유권 행사가 공익침해라는 중간단계를 거쳐 간접적으로 대립당사자의 자유를 훼손하는 경우 적용되는 것이어서, 자유권 행사가 직접적으로 대립당사자의 자유를 훼손하는 기본권충돌의 경우에는 문제되는 충돌 상황을 제대로 포착하지 못하므로 법률에 대한 위헌심사에서도 기본권충돌은 의미가 있다는 견해가 그것이다. 김하열, '자유권 제한입법에 대한 위헌심사', 동아법학 제56호, 1-35면), 기본권충돌 논의가 부적절한 이유에 대해 다수의견이 보다 분명하고 상세하게 설시할 필요는 있었다.

이 부분은 기본권충돌에 관한 종래 헌법재판소 입장과 명백히 구별되는 것으로 향후 추이가 주목된다.

□ 필요적 공범 (72p)

1. 의의

구성요건 자체가 처음부터 2인 이상이 참가해서만 실행할 수 있고 1인이 단독으로는 실행이 불가능하도록 규정된 공범형태 (ex. 내란죄, 소요죄, 수뢰죄, 종래 간통죄)

2. 종류

(1) 집합범

다수의 행위자의 동일목표를 향한 집단적인 공동행위를 요구하는 범죄형태
ex. 내란죄, 소요죄, 특수절도죄, 특수강도죄

(2) 대항범

2인 이상이 상호 대립방향의 행위를 통하여 동일목표를 지향하는 범죄형태

12 헌법헌팅 조문판례분석

ex. 수뢰죄와 증뢰죄, 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄

□ 사건개요 (73p)

(1) 청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 '일본군위안부 피해자'들이다. 피청구인은 외교, 외국과의 통상교섭 및 그에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장하는 국가기관이다.

(2) 대한민국은 1965. 6. 22. 일본국과의 사이에 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(조약 제172호, 이하 '이 사건 협정'이라 한다)을 체결하였다.

(3) 청구인들은, 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 청구권이 위 규정에 의하여 모두 소멸되었다고 주장하며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장이어서, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인으로서 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있는데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효) 제2조

1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.
2. 본조의 규정은 다음의 것(본 협정의 서명일까지 각기 체약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.
 - (a) 일방체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에타방체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익
 - (b) 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할하에 들어오게 된 것
3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.

□ 태아의 권리능력 (74p)

우리나라 민법은 "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다"라고 규정하고 있다(민법 제3조). 민법상 권리능력은 자연인과 법인에게 인정되고 있다.

자연인의 권리능력은 출생에 의해 생기는데, 태아의 경우는 출생 전이라도 ① 불법행위에 의한 손해 배상청구권, ② 상속, ③ 대습상속 ④ 유증 등 개별적 내용에서 권리능력이 있는 것으로 본다.

□ 생명의 단계에 따라 살인죄, 영아살해죄, 낙태죄로 구분하여 생명침해행위를 처벌 (74p)

형법 제250조(살인, 존속살해)

- ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
- ② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제251조(영아살해)

직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

제269조(낙태)

- ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

□ **가치의 객관화와 실정화 → 인류사적 보편가치로서의 기본권 (75p)**

가치와 관련된 문제의 어려움은 무엇보다도 가치가 주관성을 갖는다는 것, 즉 사람들마다 어떤 것이 얼마나 가치있는지에 대하여 각기 다른 생각을 갖고 있다는 사실에 기인한다. 따라서 가치의 문제가 법적으로 정립될 수 있기 위해서는 개인에 따라 다른 형태로 형성된 주관적인 가치관념을 객관화시키는 과정이 필수적이다.

이러한 가치의 객관화는 결국 모든 사람이 동시에 인정하는 가치, 즉 모든 사람이 중요하다고 인정하며, 따라서 보호할 필요가 있다고 공통적으로 생각하는 것을 통하여 확보될 수 밖에 없다. 그러나 그러한 것을 그때 그때의 공동체구성원 다수의 결정에 의해 확인하는 것은 현실적으로 가능하지도, 바람직하지도 않으며, 심지어 만장일치에 의한 경우에도 마찬가지이다.

결국 우리는 인류사적 경험을 통하여 확인되고 정당화된 기본적인 가치들을 중심으로 가치의 객관화를 시도할 수밖에 없다. 그리고 그러한 객관화된 가치는 무엇보다 오랜 역사적 경험과 투쟁 속에서 확보되어 온 기본권 가운데서 찾을 수 있다.

우리는 기본권의 형태로 헌법에 규정되어 있는 개별적 자유 및 평등의 보장 가운데서 인류사적 경험의 침전물로서의 근본가치를 발견하게 되는 것이다.

헌법을 가치질서로 볼 때, 헌법이 지향하는 가치들을 가장 잘 표현하고 있는 것은 기본권이다. 즉 헌법이 보호하고 실현시켜야 할 공동체의 가치들이 생명에 대한 존중(생면권), 자유의 보장과 실현(각종 자유권), 평등의 실현(평등권) 등 각종 개별기본권의 형태로 헌법 안에 담겨 있는 것이다. (장영수 헌법학 제10판 420p)

□ **기본권 보호의무 (75p)**

기본권 보호의무란 사인의 위법한 기본권 침해 또는 침해의 위협에 대해 기본권을 보호해야 할 국가의 의무를 말한다. 기본권은 국가권력의 부당한 침해에 대해 자유를 보장하며 동시에 객관적 원칙규범으로서(객관적 가치질서) 사인의 침해에 대해 기본권을 보호할 의무를 국가에게 적극적으로 부과한다.

우리 헌법재판소의 경우, 1997년 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법소원사건에서 ‘기본권 보호의무’가 처음으로 등장하였다.

기본권의 방어적 성격으로는 제3자의 기본권침해로부터 생명, 신체 등의 법익을 보호할 수 없다. 방어권은 국가에 대한 효력이기 때문이다. 사인의 기본권침해에 대한 국가의 기본권보호의무는 기본권의 객관적 원칙규범의 성격이 긍정되어야 가능하다.

기본권의 객관적 가치질서의 성격은 객관법적 기능을 가짐으로써 사인 상호간의 관계에까지 기본권의 효력이 미치도록 하여 주기 때문이다. 기본권의 객관적 원칙규범의 성격은 기본권보호의무의 이론적 근거가 된다.

헌법재판소도 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 생명·신체의 보호와 같

14 헌법헌팅 조문판례분석

은 중요한 기본권적 법익 침해에 대해서는 그것이 국가가 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발된 것이라고 하더라도 국가가 적극적인 보호의 의무를 진다고 하였다.

□ 평등원칙 위반의 검토 (78p)

평등원칙 위반의 특수성은 대상 법률이 정하는 '법률효과' 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속하여 '다른 집단과 사이에 차별'이 발생한다는 점에 있다.

따라서 평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법적용과 관련하여 상호 배타적인 '두 개의 비교집단'을 일정한 기준에 따라 구분할 수 있어야 한다.

평등권침해가 인정되려면 ① 본질적으로 동일한 두 개의 비교집단이 있어야 하고, ② 그 비교집단 간의 차별취급이 있어야 하며, ③ 이러한 차별취급이 자의적이거나 비례원칙에 위배되어야 한다.

□ 전문의 제도 (79p)

전문의란 의사국가고시에 합격하여 의사면허를 취득한 자로서 1년간의 인턴 과정을 수료한 다음 지정 수련병원에서 4년간 레지던트 수련과정(가정의학과는 인턴과정 없이 3년, 치과의사와 한의사는 3년)을 이수하고 전문의 자격시험에 합격한 자를 말한다.

수련병원 또는 수련기관에서 전문의 자격을 얻기 위해 수련받는 의사를 전공의라고 하는데 여기에는 인턴과 레지던트 과정이 있다. 인턴은 의사 또는 치과의사의 면허를 받은 자로서 일정한 수련병원에 전속되어 임상 각 과목의 실기를 수련하는 자이며, 레지던트는 인턴 과정을 이수했거나 이와 동등한 자격이 인정되는 자가 일정한 수련병원 또는 수련기관에 전속되어 전문과목 중 1과목을 수련하는 자이다.

수련병원은 전공의를 수련시키는 의료기관이며, 수련기관은 전공의를 수련시키는 의과대학, 치과대학 또는 치의학전문대학원, 한의과대학 및 보건관계대학을 말한다.

한국의 전문의 제도는 1952년부터 실시되었는데 현재 전문과목은 의사 26개(내과, 신경과, 정신건강의학과, 외과, 정형외과, 신경외과, 흉부외과, 성형외과, 마취통증의학과, 산부인과, 소아청소년과, 안과, 이비인후과, 피부과, 비뇨기과, 영상의학과, 방사선종양학과, 병리과, 진단검사의학과, 결핵과, 재활의학과, 예방의학과, 가정의학과, 응급의학과, 핵의학, 직업환경의학과), 치과의사 10개(구강악안면외과, 치과보철과, 치과교정과, 소아치과, 치주과, 치과보존과, 구강내과, 구강악안면방사선과, 구강병리과, 예방치과), 한의사 8개(한방내과, 한방부인과, 한방소아과, 한방신경정신과, 침구과, 한방안·이비인후·피부과, 한방재활의학과, 사상체질과)로 모두 44개과로 세분되어 있다.

□ 친양자 제도 (80p, 304p)

자녀의 복리를 위해 양자를 법률상 완전한 친생자로 인정하는 제도이다. 따라서 친양자로 입양되면 친생부모와의 친족관계나 상속관계는 모두 종료되고, 양부모와의 법률상 친생자 관계를 새롭게 형성하며, 성과 본도 양부의 성과 본으로 변경할 수 있다.

친양자를 하려는 자는 ① 3년 이상 혼인중인 부부로서 공동으로 입양할 것. 다만, 1년 이상 혼인중인 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 친양자로 될 자가 미성년자일 것. ③ 친양자로 될 자의 친생부모가 친양자 입양에 동의할 것. 다만, 부모의 친권이 상실되거나 사망 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 친양자가 될 자가 13세 이상인 경우에는 법정대리인의 동의를 받아 입양을 승낙할 것. ⑤ 친양자가 될 자가 13세 미만인 경우에는 법정대리인이 그를 갈음하여 입양을 승낙하여야 가정법원에 친양자 입양청구를 한다(민법 제908

조의2제1항).

81p

헌법 제32조

④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

헌법 제36조

① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

□ 국가유공자와 가족에 대한 가산점 (82p)

헌법 제11조

① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

헌법 제32조

⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

- 국가유공자 - 국가를 위해 공헌했거나 희생한 사람 가운데 법률에 의해 대상자로 규정된 이들
 - 상이군경 - 전투나 공무 집행 중에 몸을 다친 군인과 경찰관
 - 전몰군경 - 전투 또는 대공 작전에서 싸우다 죽은 군인이나 군무원 및 경찰관
- 국가유공자 본인에 대한 가산점 부여는 헌법 제32조 제6항이 헌법적 근거가 되므로 완화된 비례 심사를 하고, 국가유공자의 가족은 헌법 제32조 제6항이 근거가 될 수 없으므로 엄격한 비례심사를 하여야 한다.
- 종전에 국가유공자 및 그 가족에게 가산점을 부여하는 것에 대해서 헌법 제32조 제6항을 근거로 완화된 비례의 원칙을 적용하여 합헌결정을 함(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25). 이후 국가유공자의 가족에게 가산점을 부여하는 것은 헌법 제32조 제6항이 근거가 될 수 없다고 하여 엄격한 비례의 원칙을 적용하여 헌법불합치결정을 함.

□ 폐질(廢疾) (83p)

업무를 수행하는 데 필요한 능력이 없는 상태. 대개 업무 수행 중 입은 부상이나 건강문제 때문에 생긴다.

□ 업무상 재해 (83p)

'산업 재해 보상 보험법'에서, 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상, 질병, 장애, 사망 등을 이르는 말.

이러한 업무상 재해는 ① 근로자가 사업주의 지배·관리하의 업무수행 등의 과정에서 재해가 발생하

16 헌법헌팅 조문판례분석

였다는 의미에서의 업무수행성, ② 근로자가 수행한 업무에 기인하여 재해가 발생하였다는 의미의 업무기인성의 두 가지 요소로 구성되었다.

여기서 업무기인성이란 업무와 재해사이의 상당인과관계를 의미한다.

□ 집행유예 (85p)

선고된 형을 집행하지 않고 미루는 제도. 범죄의 정도가 약하거나 개선의 여지가 있는 범죄인에게 형의 집행을 받지 않으면서 사회에 복귀할 수 있는 길을 열어준다는 형사정책적 의지가 반영되어 있다.

집행유예를 선고하려면 ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에, ② 정상을 참작할 만한 사유가 있으며, ③ 금고 이상의 형의 선고를 받은 사실이 없거나 금고 이상의 형을 선고받았던 경우에는 그 집행을 마친 후 또는 집행이 면제된 후로부터 3년 이상을 경과해야 한다(형법 제62조).

집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 그 효력을 잃게 되며, 유예되었던 형이 집행된다.

□ 재외국민 영유아 보육료·양육수당 지원배제 (85p)

1. 사건개요

가. 청구인 김○향과 청구인 김○순은 대한민국 국적을 보유하고 일본 특별영주권을 취득한 재일동포 3세로서 '재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률'(이하 '재외동포법'이라 한다) 제2조 제1호에서 정하는 '재외국민'에 해당한다. 청구인 김○향은 대한민국 국민인 청구인 이○문과 혼인하여 2010. 5. 14. 일본에서 자녀 이○아를 출산하였고, 청구인 김○순 역시 대한민국 국민인 청구인 박○호와 혼인하여 2010. 8. 4. 일본에서 자녀 박○연을 출산하였다. 이에 따라 이○아, 박○연 역시 일본 특별영주권을 취득하게 되어 재외동포법 제2조 제1호에서 정하는 '재외국민'이 되었다.

나. 영유아보육법 및 유아교육법 등 관련 법령에 따라, 2013. 3.부터 해당 가구의 소득수준과 관계없이 어린이집을 이용하는 만 0~5세 영유아에게는 보육료가, 유치원에 입학하여 재원 중인 만 3~5세 유아에게는 유아학비가, 어린이집이나 유치원을 이용하지 아니한 만 0~5세 영유아에 대하여는 양육수당이 지원되고 있다. 이에 따라 보육료·양육수당 업무를 주관하는 보건복지부는 보건복지부 지침을 마련하여 '대한민국 국적을 가지고 있으며 주민등록법에 의해 주민등록번호가 유효한 영유아' 중 어린이집을 이용하거나 가정양육 중인 아동을 대상으로 보육료·양육수당을 지원해 왔으나, '재외국민'인 영유아는 원칙적으로 주민등록번호를 부여받을 수 없어 보육료·양육수당을 지원받지 못하였다. 한편 주민등록법이 2014. 1. 21. 법률 제12279호로 개정되어 '재외국민용 주민등록 제도'가 도입되면서, 영주귀국의 신고를 하지 아니한 재외국민 중에서 주민등록 말소되었던 사람이 귀국 후 재등록 신고를 하거나, 주민등록이 없었던 사람이 귀국 후 최초로 주민등록 신고를 하는 경우에는 주민등록을 하여 주민등록번호를 부여받도록 하였다(주민등록법 제6조 제1항 제3호). 그러나 보건복지부는 2015. 3. 31. 보건복지부 지침인 '2015년 보육사업안내'(이하 '이 사건 지침'이라 한다)를 제정하면서 '주민등록법 제6조 제1항 제3호에 따라 주민등록번호를 발급받아 재외국민으로 등록·관리되는 자'는 보육료·양육수당의 지원자격이 없다고 규정하였다.

다. 청구인들은 국내에 거주하면서 일본 특별영주권을 보유한 '재외국민'인 청구인들의 자녀 이○아, 박○연을 양육하던 중, 청구인 김○향은 2015. 8. 13., 청구인 김○순은 2015. 9. 5. 관할 주민센터에 자녀들이 보육료·양육수당의 지원대상에 해당하는지 문의하였으나, 이 사건 지침에 따라 '재외국민'인 영유아는 지원대상이 아니라는 답변을 듣게 되었다. 이에 청구인들은 '재외국민'인 영유아

를 보육료·양육수당 지원대상에서 제외하는 ‘이 사건 지침 중 주민등록법 제6조 제1항 제3호에 따라 주민번호를 발급받거나 동법 제19조 제4항에 따라 재외국민으로 등록·관리되는 자를 보육료·양육수당의 지원대상에서 제외하도록 한 부분’이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2015. 11. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

<p>2015년 보육사업안내(2015. 3. 31. 보건복지부지침) 부록2 2015년도 보육료·양육수당 지원대상 선정안내</p> <p>제1편 제도개요</p> <p>I. 보육료 양육수당 지원사업 개요</p> <p>1. 업무처리 과정과 주요 내용</p> <p>지원대상</p> <p><u>대한민국 국적 및 유효한 주민번호를 보유한 만 0-5세 영유아</u></p> <p>-단 장애아보육료, 다문화보육료 등은 해당 지원요건을 충족한 자에 한함 (단, 주민등록법 제6조 제1항 제3호에 따라 주민번호를 발급받거나, 동법 제19조 제4항에 따라 재외국민으로 등록·관리되는 자는 제외)</p> <p>참조조문</p> <p>주민등록법 제6조 (대상자) ① <u>시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할 구역에 주소나 거소(이하 “거주지”라 한다)를 가진 다음 각 호의 사람(이하 “주민”이라 한다)을 이 법의 규정에 따라 등록하여야 한다. 다만, 외국인은 예외로 한다.</u></p> <p>1.~2. 생략</p> <p>3. 재외국민: ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제2조 제1호에 따른 국민으로서 해외이주법 제12조에 따른 영주국가의 신고를 하지 아니한 사람 중 다음 각 목의 어느 하나의 경우</p> <p>가. 주민등록이 말소되었던 사람이 귀국 후 재등록 신고를 하는 경우</p> <p>나. 주민등록이 없었던 사람이 귀국 후 최초로 주민등록 신고를 하는 경우</p>

□ 재외국민과 외국국적동포 (85P)

1. 재외국민 - 대한민국 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자를 말한다.
2. 외국국적동포 - 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국 국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자

□ 재외동포 = 재외국민 + 외국국적동포

→ 영주권은 거주하는 국가의 국적을 얻지 못한 외국인이 그 국가에 계속 거주할 수 있는 법적 권리이다. 재외국민은 한국을 떠나 외국에 있기 때문에 국내법의 보호를 제대로 받을 수 없고, 아직 체류국의 국적을 얻지 못하여 그 나라의 국민으로서 대우도 받지 못한다. ‘재외동포법’은 그런 불안정한 상태에서 한국 국적을 가진 사람이 불이익을 받지 않도록 배려하는 정책이다.

□ 사건의 개요 (86p)

(1) 제청신청인의 부(父, 망 윤○근)가 1933년 현재의 북한지역에서 김○화와 혼인을 하였고, 그 사이에서 제청신청인 등이 출생하였는데, 이후 위 망인이 대한민국에서 1959년 김○화가 사망하지 않았

18 헌법헌팅 조문판례분석

음에도 사망신고를 하고(김○화는 1997년 사망), 이후 권○희와 혼인신고를 하여, 또 다른 자식들을 출산하였으며, 망인은 1987년 사망하였다.

(2) 제청신청인은 2009. 2. 16. 권○희를 상대로 서울가정법원에 망인과 권○희 사이의 혼인이 중혼에 해당한다는 이유로 그 취소를 구하는 소를 제기하고(2009드단14527), 2009. 6. 8. 민법 제818조에 대하여 위헌제청신청을 하였다(2009즈기666).

□ 민법 제1000조(상속의 순위) 86p

- ① 상속에 있어서는 다음 순위로 상속인이 된다.
 1. 피상속인의 직계비속
 2. 피상속인의 직계존속
 3. 피상속인의 형제자매
 4. 피상속인의 4촌이내의 방계혈족
- ② 전항의 경우에 동순위의 상속인이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동친등의 상속인이 수인인 때에는 공동상속인이 된다.
- ③ 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

□ 자사고 지원자의 후기 일반학교 중복지원 금지 87p

[심판대상조항]

초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것)

제80조(선발시기의 구분) ① 고등학교 신입생의 선발은 전기와 후기로 나누어 행하되, 전기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 “전기학교”라 한다)는 다음 각 호의 고등학교 또는 학과를 말하며, 후기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 “후기학교”라 한다)는 전기에 해당되지 아니하는 모든 고등학교 또는 학과로 한다.

1. 삭제
2. 일반고등학교 중 예·체능계고등학교(예술·체육 등의 전문교육을 주로 하는 고등학교를 말한다. 이하 같다)
3. 제90조에 따른 특수목적고등학교. 다만, 제90조 제1항 제6호에 해당하는 특수목적고등학교는 제외한다.
4. 제91조에 따른 특성화고등학교
5. 제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교 <삭제, 2017.12.29.>
6. 일반고등학교에 설치한 학과 중 교육감이 정하는 학과(예술인 및 체육인 양성을 목적으로 설치한 학과 또는 제91조에 따른 특성화고등학교에 상응하여 특정 분야의 인재양성을 목적으로 설치한 학과로 한정한다)

제81조(입학전형의 지원) ⑤ 제1항 본문에도 불구하고 제77조 제2항에 따라 시·도 조례로 정하는 지역의 후기학교(제90조 제1항 제6호에 해당하는 특수목적고등학교 및 제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다) 주간부에 입학하고자 하는 자는 교육감이 정하는 방법 및 절차에 따라 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있다.

□ 최루액을 물에 혼합한 용액을 살수차를 이용하여 청구인들에게 살수한 행위 (101p)

이 사건 대통령령 제2조는 ‘경찰관 직무집행법’ 제10조 제1항 단서에 따른 위해성 경찰장비의 종류를 아래 표와 같이 나누어 규정하고 있다.

1. 경찰장구 - 수갑, 포승, 호승용포승, 경찰봉, 호신용경봉, 전자충격기, 방패 및 전자방패
2. 무기 - 권총, 소총, 기관총, 산탄총, 유탄발사기, 박격포, 3인치포, 함포, 크레모아, 수류탄, 폭약류 및 도검
3. 분사기·최루탄 등 - 근접분사기, 가스분사기, 가스발사총 및 최루탄(발사장치 포함)
4. 기타장비 - 가스차, 살수차, 특수진압차, 물포, 석궁, 다목적발사기 및 도주차량차단장비

□ 직사살수행위 위헌확인 (102p)

피청구인들이 2015. 11. 14. 19:00경 종로구청입구 사거리에서 살수차를 이용하여 물줄기가 일직선 형태로 청구인 백▽▽에게 도달되도록 살수(撒水)한 행위(이하 ‘이 사건 직사살수 행위’라 한다)가 청구인의 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하는지 여부

1. 권리보호이익

이 사건 직사살수행위는 이미 종료되었고, 청구인 백▽▽는 2016. 9. 25. 사망하였으므로, 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 소멸하였다. 그러나 직사살수행위는 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있는 공권력 행사에 해당하고, 헌법재판소는 직사살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없으므로, 심판의 이익을 인정할 수 있다.

2. 청구인 백▽▽의 사망과 심판절차의 종료 여부

청구인 백▽▽가 침해받았다고 주장하는 기본권인 생명권, 집회의 자유 등은 일신전속적인 성질을 가지므로 승계되거나 상속될 수 없어, 기본권의 주체가 사망한 경우 그 심판절차가 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 이 부분 심판청구의 심판의 이익이 인정되고, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 이 사건 심판절차의 계속 중 사망에 이르렀으므로, 이 부분 심판청구는 예외적으로 심판의 이익이 인정되어 종료된 것으로 볼 수 없다.

3. 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하는지 여부

이 사건 직사살수행위는 불법 집회로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위험을 억제하기 위하여 이루어진 것이므로 그 목적이 정당하다.

이 사건 직사살수행위 당시 청구인 백▽▽는 살수를 피해 뒤로 물러난 시위대와 떨어져 홀로 경찰기동버스에 매여 있는 빗줄을 잡아당기고 있었다. 따라서 이 사건 직사살수행위 당시 억제할 필요성이 있는 생명·신체의 위해 또는 재산·공공시설의 위험 자체가 발생하였다고 보기 어려우므로, 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

피청구인 서울지방경찰청장은 이 사건 집회 당시 경찰 인력, 장비 운용, 안전 관리 등을 총괄 지휘하였고, 피청구인 서울지방경찰청 기동본부 제4기동단장은 이 사건 집회 당시 종로구청입구 사거리의

20 헌법헌팅 조문판례분석

경찰 인력, 장비 운용, 안전 관리를 총괄 지휘하였다. 살수차의 사용을 명령하는 지위에 있는 피청구인 들로서는 우선 시위대의 규모, 시위 방법, 위험한 물건을 소지하고 있는지 여부, 경찰관과 물리적 충돌 이 있는지 여부, 살수차의 위치 및 시위대와의 거리, 시위대에 이루어진 살수의 정도와 그로 인하여 부상자가 발생하였는지 여부 등 구체적인 현장 상황을 정확하게 파악하여야 한다. 다음으로, 위와 같은 사실관계를 기초로 하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백히 초래되었고, 다른 방법으로는 그 위험을 제거할 수 없는지 여부를 신중히 판단하여야 한다. 위와 같은 직사살수의 필요성이 인정된다면, 그 위험을 제거하기 위하여 필요한 최소한의 직사살수의 시기, 범위, 거리, 방향, 수압, 주의사항 등을 구체적으로 지시하여야 한다. 또한 현장 상황의 변경을 예의주시하여 직사 살수의 필요성이 소멸하였거나 과잉 살수가 이루어지는 경우에는 즉시 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 의무가 있다. 앞서 본 바와 같이 청구인 백▽▽의 행위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래되었다고 볼 수 없어 이 사건 직사살수행위의 필요성을 인정할 수 없다. 오히려 이 사건 집회 현장에서는 시위대의 가슴 윗부분을 겨냥한 직사살수가 지속적으로 이루어져 인명 피해의 발생이 우려되는 상황이었으므로, 피청구인들로서는 과잉 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 필요가 있었다. 한편 이 사건 당시 야간에 비가 오고 있었고, 이 사건 직사살수행위를 한 살수차는 추가로 긴급 투입되었기 때문에 살수요원들이 현장 상황을 제대로 파악할 겨를이 없었으며, 살수구 노즐을 조작하는 조이스틱의 고장으로 물줄기 이동을 위한 미세 조정이 어려웠고, 살수압 제한 장치의 고장으로 물살세기 조절도 쉽지 않은 상황이었다. 그럼에도 불구하고 피청구인들은 현장 상황을 제대로 확인하지 않은 채, 위 살수차를 배치한 후 단순히 시위대를 향하여 살수하도록 지시하였다. 그 결과 청구인 백▽▽의 머리와 가슴 윗부분을 향해 약 13초 동안 강한 물살세기로 직사살수가 계속되었다. 이로 인하여 청구인 백▽▽는 상해를 입고 약 10개월 동안 의식불명 상태로 치료받다가 2016. 9. 25. 사망하였다. 그러므로 이 사건 직사살수행위는 침해의 최소성에 반한다.

이 사건 직사살수행위를 통하여 청구인 백▽▽가 홀로 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기는 행위를 억제함으로써 얻을 수 있는 공익은 거의 없거나 미약하였던 반면, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 사망에 이르렀으므로, 이 사건 직사살수행위는 법익의 균형성도 충족하지 못하였다.

그러므로 이 사건 직사살수행위는 과잉금지원칙에 반하여 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하였다(헌재 2020. 4. 23. 2015헌마1149).

□ 가정의례에관한법률 (103p)

제4조(허례허식행위의 금지)

① 누구든지 가정의례에 있어서 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 가정의례의 참뜻에 비추어 합리적인 범위안에서 대통령령이 정하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. ~ 6. 생략
7. 경조기간중 주류 및 음식물의 접대

제15조(벌칙)

① 제4조의 규정에 위반한 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 200만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 혼례 또는 회갑연 등에 있어서는 그 당사자

□ 인신보호법 (106p)

제1조(목적)

이 법은 위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의)

- ① 이 법에서 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 “수용시설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.
- ② 이 법에서 “수용자”란 수용시설의 장 또는 운영자를 말한다.

□ **적법절차의 원칙 (106p)**

1. 의의

적법절차의 원리란 모든 국가작용은 정당한 법률과 정당한 절차(due process of due law)에 따른 것을 요구하는 헌법원리를 말한다.

2. 내용과 적법절차

(1) 절차적 적법절차

적법절차원칙은 1차적으로 절차적 적법절차(procedural due process)의 보장을 내용으로 한다. 절차적 적법절차란 국가권력의 행사는 적법하고 적정한 절차를 거쳐 이루어져야 한다는 것을 말한다.

절차적 적법절차의 핵심요소로 보장되어야 하는 것은 적정한 고지, 청문, 공정한 결정권자이다. 청문에서는 진술이나 자료·증거제출의 기회, 반대신문의 기회가 부여된다.

(2) 실체적 적법절차

실체적 적법절차란 절차의 적법성·적정성을 넘어 국가의 행위에 충분한 정당한 사유가 있어야 한다는 것, 즉 형식적 절차뿐만 아니라 문제된 국가행위나 법률의 내용이 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 것을 말한다.

우리의 경우 기본권 관련 법률의 내용이 합리적인지 정당한지의 여부는 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항의 해석을 통해 발전된 비례성원칙 등에 의해 판단하게 되므로 독자적으로 실체적 적법절차원칙을 인정할 필요가 없다(김하열, 김학성).

(3) 정리

절차적 적법성·적정성은 내용의 합리성이나 정당성과는 별도로 요구될 수 있는 중요한 요소이다. 국가작용 전체에 대해 이러한 절차 준수를 요구하는 일반적·포괄적 원칙으로 적법절차 원칙의 위상을 정립할 필요가 있다.

비록 헌법 제12조에서 규정되고 있지만 헌법의 기본원리인 법치주의 원리와 결부시키면, 조문의 위치에도 불구하고 전체 국가작용의 절차를 구속하는 헌법 원칙으로 발전적으로 이해할 수 있다. 따라서 (절차적) 적법절차 원칙은 입법·행정·사법의 국가작용 전반에 걸쳐 적용되는 절차원리이다.

적법절차의 원칙은 국가작용의 절차에 관한 일반적 원칙이므로 개별 영역의 절차에 관한 헌법적 규율이 별도로 있다면 그것이 우선적으로 적용된다. 헌법 제27조에 의한 공정한 재판절차의 보장(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253), 국회 절차에 관한 헌법규정들이 그것이다. 이러한 관계는 헌법 제12조 내에서도 마찬가지로이다. 영장주의, 체포·구속의 이유 고지, 체포·구속적부심사제도는 적법절차 원칙을 구체화한 특별규율이다(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36).

22 헌법헌팅 조문판례분석

(4) 관련판례

적법절차원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 특히 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있다고 볼 것이어서 결국 포괄적, 절차적 기본권으로 파악되고 있는 재판을 받을 권리의 보호영역과 사실상 중복되므로, 위 법률 조항들이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것인지 여부를 판단하는 이상 적법절차원칙 위반 여부에 대해서는 따로 판단하지 아니한다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253). 헌법헌팅 246p

□ 92헌가8 판례에 대한 평석(김유향) (106p)

헌법재판소가 여기서 실시한 ‘과잉입법금지원칙’이 ‘과잉금지원칙’과 동일한 의미라면 헌법재판소의 이와같은 입장은 과잉금지원칙과 비례원칙을 동일한 의미로 사용하여 왔고(92헌가8, 89헌가13), “헌법 제37조 제2항의 비례원칙은 단순히 기본권 제한의 일반원칙에 그치지 않고, 모든 국가작용은 정당한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서만 행사되어야 한다는 국가작용의 한계를 선언한 것이라고 넓게 보고 있다”라고 판시(2008헌가22)한 것과 상이할 뿐만 아니라 과잉금지원칙(비례원칙)의 적용범위를 오해한 것으로 볼 수 있다.

만약 ‘과잉입법금지원칙’이 ‘과잉금지원칙’과 다른 의미라면(즉, 과잉입법금지원칙이 과잉금지원칙 중 법률에 의한 기본권 제한의 경우에만 한정하여 적용되는 의미라면), 적법절차 원칙의 비교 대상은 당연히 과잉금지원칙이어야 하므로 비교 대상을 오해한 것으로 볼 수 있다.

어느 쪽이든 헌법재판소의 태도는 찬성하기 어렵다.

□ 형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산) (107p)

① 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

구 형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산)

① 판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

□ 행정절차법 제3조(적용 범위) (108p)

① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항

- 6. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
- 7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
- 8. 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항
- 9. 「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

108p

형사소송법 제101조 (구속의 집행정지)

- ① 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다.
- ③ 제1항의 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.

제409조 (보통항고와 집행정지)

항고는 즉시항고 외에는 재판의 집행을 정지하는 효력이 없다. 단, 원심법원 또는 항고법원은 결정으로 항고에 대한 결정이 있을 때까지 집행을 정지할 수 있다.

제410조 (즉시항고와 집행정지의 효력)

즉시항고의 제기기간 내와 그 제기가 있는 때에는 재판의 집행은 정지된다.

□ 구 형사소송법 제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력) (108p)

무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다. 단, 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.

□ 2011헌마122 사건개요 (110p)

청구인은 □□교도소에 수용 중 교도소 측 신체검사의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였다. 청구인은 2011. 2. 23. 위 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사와 접견하기에 앞서 □□교도소의 담당 교도관에게 녹음녹화접견실(구 무인접견실)이 아닌 변호인접견실에서의 접견을 요청하였으나, 미결수용자가 아니라는 이유로 받아들여지지 않았고(이하 ‘이 사건 거부행위’라 한다), 접촉차단시설이 설치된 녹음녹화접견실에서 변호사 접견이 이루어졌다.

□ 위헌인 법률에 대한 신뢰 (119p)

위헌인 법률에 대한 신뢰도 보호되는지 문제된다.

위헌결정의 시적 효력범위에 관하여 <당연무효설>을 취하면 위헌법률에 대한 신뢰는 보호되지 않지만, <폐지무효설>을 취하면 위헌법률에 대한 신뢰도 보호되게 된다.

24 헌법헌팅 조문판례분석

〈헌법재판소〉는 폐지무효설에 입각하여 위헌인 법률에 대한 신뢰도 인정되지만, 그 보호의 정도는 합헌적인 법률에 기초한 신뢰와 동일한 정도로 보호되지는 않는다고 판시함(2006. 3. 30. 2005헌마 598).

129p

[비교판례] 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 없다고 규정한 의료법 조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

이 사건 법률조항은 의료인으로 하여금 하나의 의료기관에서 책임 있는 의료행위를 하게 하여 의료행위의 질을 유지하고, 지나친 영리추구로 인한 의료의 공공성 훼손 및 의료서비스 수급의 불균형을 방지하며, 소수의 의료인에 의한 의료시장의 독과점 및 의료시장의 양극화를 방지하기 위한 것이다.

이 사건 법률조항이 금지하는 중복운영방식은 주로 1인의 의료인이 주도적인 지위에서 여러 개의 의료기관을 지배·관리하는 형태이다. 이러한 형태의 중복운영은 의료행위에 외부적인 요인을 개입하게 하고, 의료기관의 운영주체와 실제 의료행위를 하는 의료인을 분리시켜 실제 의료행위를 하는 의료인이 다른 의료인에게 종속되게 하며, 지나친 영리추구로 나아갈 우려도 크다. 이에 입법자는 기존의 규제들만으로는 효과적으로 규제하기에 부족하다고 보고 이 사건 법률조항을 도입한 것이다. 위반 시의 법정형도 집행유예나 벌금형의 선고가 가능하도록 상한만 제한하고 있어, 형벌의 종류나 형량의 선택폭이 과도하게 제한되어 있다고 보기도 어렵다.

그 외에 의료의 중요성, 우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 의료인이 여러 개의 의료기관을 운영할 때 의료계 및 국민건강보험 재정 등 국민보건 전반에 미치는 영향, 국가가 국민의 건강을 보호하고 적정한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 2019. 8. 29. 2014헌바212).

□ 2013헌마197 (130p)

즉 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 사람에 대한 치과전문의 자격 인정 여부를 정하기 위해서 외국 의료기관의 수련과정에서 당사자들이 필수적으로 이수해야 하는 과목, 수련기간, 임상경험의 정도, 실제 진료 경험의 유무, 그 국가의 의료수준, 소정의 전문의 과정 이수에 대한 공적인 신뢰의 정도, 자격시험의 유무나 그 수준, 합격률, 평균적인 성적 등 여러 요소를 확인하고, 이수자의 자질과 능력을 검증하여 그 결과에 따라 여러 가지 다른 방안을 채택할 수 있다. 예컨대 외국에서 이수한 전문의 과정이 치과전문의규정에서 정한 국내의 수련과정과 거의 동일하다고 판단되는 경우에는 바로 자격 인정의 요건을 갖춘 것으로 보거나, 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람들에 대하여는 치과전문의 자격시험을 위한 예비시험제도를 두는 방법, 예비시험제도를 두면서도 외국 의료기관 과정과의 동일성 정도를 더욱 면밀하게 검토하여 수련과정 등의 동일성이 인정되는 부분이 있으면 일부 과목을 면제하는 방법, 일부 전문의 수련과정이 동일하거나 유사하기는 하지만 추가적인 수련이 필요하다고 인정될 경우에는 국내에서 단기의 전문의 수련과정을 이수하도록 하는 방법 등이다.

130p

□ 사건개요(2013헌가6)

○ ○지방경찰청장은, 당해사건 원고가 2010. 11. 19. 18:30경 피해자를 승용차 조수석에 태우고 약 2시간 40분 동안 운전하여 피해자를 자동차에 감금하였다는 이유로, 2011. 4. 20. 구 도로교통법

제93조 제1항 제11호를 적용하여 당해사건 원고의 제1종 보통 자동차운전면허를 2011. 5. 24.자로 취소하였다.

구 도로교통법 제93조(운전면허의 취소·정지)

① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를제외한다.이하이조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정안전부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.

11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 **살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때**

구 도로교통법 시행규칙(2008. 3. 6. 행정안전부령 제4호로 개정되고, 2013. 3. 23. 안전행정부령 제2호로 개정되기 전의 것)

제92조(자동차등을 이용한 범죄의 종류 등)

법 제93조 제1항 제11호에서 운전면허 취소사유로서 행정안전부령이 정하는 범죄행위라 함은 자동차등을 범죄의 도구나 장소로 이용하여 다음 각 호의 어느 하나의 범죄를 범한 때를 말한다.

1. 「국가보안법」을 위반한 범죄
2. 「형법」등을 위반한 다음 각 목의 어느 하나의 범죄
 - 가. 살인·사체유기 또는 방화
 - 나. 강도·강간 또는 강제추행
 - 다. 약취·유인 또는 감금
 - 라. 상습절도(절취한 물건을 운반한 경우에 한한다)
 - 마. 교통방해(단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 교통을 방해한 경우에 한한다)

136p

□ **형법 제59조(선고유예의 요건)**

① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

□ **선고유예를 받은 경우 당연퇴직 - 합헌인 경우 1개**

국가공무원이 수뢰죄로 금고이상 선고받은 경우 당연퇴직(2013. 7. 25. 2012헌바409) 232p

□ **위헌심사와 헌법 제119조 제1항 (양건 헌법강의 217p, 헌법헌팅 137p, 595p)**

제119조

- ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
- ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

1. **헌법 제119조의 의미**

제119조 제1항은 경제질서의 원칙이 개인과 기업의 경제적 자유의 보장에 있다는 것, 즉 경제적

26 헌법헌팅 조문판례분석

자유주의에 입각하고 있음을 밝힌 것이다. 이것은 기본권 조항에서 규정한 재산권, 직업선택의 자유, 거주·이전의 자유 등 경제적 자유의 보장을 재확인한 것이다.

한편 제119조 제2항은 국가의 경제적 개입의 목표와 근거를 밝힌 것이다.

2. 위헌심사와 헌법 제119조 제1항

재산권 제한에 관한 위헌심사에서 헌법재판소는 재산권 침해만이 아니라 헌법 제119조 제1항에서 규정한 자유시장경제질서 위반 여부의 문제를 아울러 심판하는 예들이 있다.

예컨대 신문고시 조항의 위헌 여부를 심판함에 있어서 재산권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항 위반 여부와 함께 헌법 제119조 제1항 위반 여부를 판단하고 있다(헌재 2002. 7. 18. 605). 또한 연금보험료의 강제징수에 관한 국민연금법 규정이 재산권보장 또는 행복추구권을 침해하는지 여부와 함께 헌법상의 시장경제질서에 위반되는지 여부를 판단하고 있다(헌재 2001. 2. 22. 99헌마365).

그러나 위에서 지적한 것처럼 헌법 제119조 제1항은 경제적 자유권 보장을 확인한 것이므로 재산권, 직업선택의 자유 등 경제적 자유권의 침해 여부를 판단과 별도로 제119조 제1항 위반 여부를 판단할 필요는 없다고 본다.

헌법재판소는 최근에는 제119조 제1항을 별도의 심사기준으로 삼지 않는 경향이다.

판례 헌법 제119조 제1항과 위헌심사기준

헌법상 경제질서에 관한 일반조항인 제119조는 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화되며, 계약의 자유 침해 여부를 판단할 때 그 내용이 포함되어 고려되므로 별도로 판단하지 않는다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 헌재 2015. 9. 24. 2013헌바393, 헌재 2016. 6. 30. 2015헌바371).

137p

□ 사건개요

서울에서 응급환자 이송업(다음부터 '이송업'이라 한다)을 하는 청구인 주식회사 서울○○구급대(다음부터 '청구인 회사'라고 한다)는 야구대회가 열리는 이천시 대월면에 있는 야구장에 2014. 8. 22.부터 25일까지 청구인 회사 소속 구급차 두 대를 대기시켰다. 청구인 회사와 그 대표이사였던 청구인 박○석은 경기도지사로부터 이송업 허가를 받지 않고 경기도에서 이송업을 영위하여 '응급의료에 관한 법률'(다음부터 '응급의료법'이라 한다)을 위반한 혐의로 벌금 500만 원의 약식 명령을 고지받았다. 청구인들은 정식재판을 청구하고 그 재판 계속 중 응급의료법 제51조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 법원이 2016. 2. 11. 그 신청을 기각하자 청구인들은 2016. 3. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

138p

□ 심판대상 조항 및 동조항의 문제점

경비업법 제7조 (경비업자의 의무)

⑧ 경비업자는 이 법에 의한 경비업외의 영업을 하여서는 아니된다.

청구인들과 같이 경비업과 그밖의 영업을 겸영하고 있는 자들이나 다른 영업을 경영하면서 새로이

경비업에 진출하고자 하는 자들이 경비업외 다른 영업의 경영을 유지하면서 이 사건 법률조항을 충족하려면 경비업을 전문으로 하는 별개의 법인을 설립하지 않으면 안된다. 그런데 경비업을 별개의 회사로 분리하여 영위하는 경우, 경비업을 전문으로 하는 회사의 설립단계 또는 분사단계에서부터 막대한 비용부담이 발생한다. 뿐만 아니라, 한 회사가 경비업과 다른 영업을 겸영하는 경우와는 달리, 경비업과 다른 영업을 별도로 영위하는 경우에는 상법규정에 따라 각 회사에 3인이상의 이사 및 감사 등을 두어야 하고 각종 운영비용도 회사별로 이중으로 지급하여야 하는 회사 재정상의 부담요인이 발생한다. 또한 현행법상 단일회사 체제인 경우에 비해 지주회사 체제인 경우에는 세제상 불이익을 입는 경우도 있다.

140p

□ 사건개요

1. 전국철도노동조합(이하 '철도노조'라 한다)은 위원장인 김○환 등 집행부의 주도로 2013. 12. 9. 부터 '철도산업 발전방안 철회'를 요구하는 대정부 파업을 진행하였다. 이에 한국철도공사는 김○환을 비롯한 철도노조 집행부를 업무방해 혐의로 고소하였는데, 김○환 등 집행부 10명이 경찰의 소환조사 요구에 불응하자, 경찰은 2013. 12. 16. 이들에 대한 체포영장을 발부받았다.
2. 그런데 철도노조 집행부가 경향신문사 건물 내에 있는 전국민주노동조합총연맹(이하 '민주노총'이라 한다) 사무실에 머무른다는 언론 보도가 있고, 체포대상자들이 위 경향신문사 건물과 근거리에 있는 기지국을 이용하여 통화한 내역이 확인되자, 경찰은 위 체포영장을 집행하기 위하여 2013. 12. 22. 09:00경부터 11:00경까지 사이에 위 경향신문사 건물 1층 로비 출입구와 민주노총 사무실 출입문을 부수고 수색하였으나, 이들을 발견하지 못하였다.

구 형사소송법 제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3(긴급체포)·제201조(구속) 또는 제212조(현행범 체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.
 1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사

형사소송법 제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분)

- ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다. [개정 2019.12.31.]
 1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수색. 다만, 제200조의2(체포영장에 의한 체포) 또는 제201조(구속)에 따라 피의자를 체포 또는 구속하는 경우의 피의자 수색은 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정한다.

□ 체포·구속 목적의 피의자 수사(수색) (140p)

1. 의의

검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포(체포영장에 의한 체포, 긴급체포, 현행범인의 체포)하거나 구속영장에 의하여 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥·건조물·항공기·선차 내에서 피의자수사를 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 제1호)

여기서 '피의자 수사'는 피의자를 수색하기 위한 강제처분을 의미하므로 '피의자 수색'이라고 해석해야 한다.

28 헌법헌팅 조문판례분석

2. 적용범위

(1) 피의자의 발견

영장 없이 하는 수색은 체포·구속목적의 피의자 발견을 위해서 허용된다.

(2) 체포·구속 전의 수색

수색은 체포·구속 전일 것을 요한다. 따라서 체포·구속 후에는 본 규정에 의한 수색이 인정되지 않는다.

(3) 수색의 대상

법문은 타인의 주거라고 하고 있지만, 수색의 대상은 제3자의 주거뿐만 아니라 피의자의 주거도 포함된다.

3. 수색의 필요성과 긴급성

(1) 수색의 필요성

피의자 발견을 위한 수색은 수색의 필요성이 인정되어야 하는데, 여기서 필요성이란 피의자가 주거 등에 숨어있을 개연성을 말한다.

(2) 수색의 긴급성

최근에 헌법재판소는 제216조 제1항 제1호는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성이 소명되고, 그 장소를 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 적용되어야 한다고 하였다.

□ 기본권의 충돌 (145p)

1. 의의

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권 행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다.

2. 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법

(1) 이익형량의 원리

이익형량의 원리란 법익이 상충하는 경우 보다 큰 가치 내지 법익을 우선 보호하여야 한다는 원리이다.

일반적으로 인간의 존엄, 생명권, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유와 같이 인격의 핵심을 이루는 기본권들에 대해 보다 우월적 가치가 부여되고 있다.

그러나 추상적·획일적 서열매김만으로 법익형량을 종료함으로써 적절하게 기본권 충돌을 해결할 수 있는 경우는 많지 않을 것이다. 무엇보다도 기본권 간의 추상적 서열매김 자체가 정당한지, 그 기준은 무엇인지 대답하기 어렵다.

(2) 실제적 조화의 원리(=규범조화적 해석)

실제적 조화의 원리는 헌법상 보호되는 모든 법익을 가능하면 동시에 실현될 수 있도록 조화를 꾀하여야 한다는 원리이다.

이에 따르면 두 기본권이 최적으로 실현될 수 있도록 경계를 획정하여야 하고, 이러한 경계는 구체적 사건에서 비례적으로 정해져야 한다고 한다.

① 비례의 원칙(=공평한 제한 원칙)

비례의 원칙이란 충돌하는 기본권 모두에게 비례적 제약을 가하면서 충돌하는 기본권 모두에게 비례적 제약을 가하면서 충돌하는 기본권 모두를 양립시키는 방법을 말한다.

② 대안식 해결방법

대안식 해결방법이란 대립되는 두 기본권 중 어느 한 쪽을 배제하지 않으면 안되는 경우 제3의 대안을 찾아서라도 양립을 모색하는 방법이다.

이는 대립되는 기본권 간에 양립이 허용되지 않아 비례의 원칙이 적용될 수 없는 경우 대안이나 절충안을 마련함으로써 극단을 피하고자 하는 방법이다. ex) 자의 생명을 구하는 길은 수혈뿐인데도 자신의 종교적인 양심 때문에 자에 대한 수혈을 동의할 수 없는 자에게 구태여 그 동의를 강요하는 것보다는 친족회의 동의를 얻어내는 방법을 모색하는 것이다.

3. 헌법재판소의 입장

(1) 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다.

(2) 이익형량의 원리에 의한 경우

- ① 흡연권과 혐연권의 충돌
- ② 교사의 수업권과 학생의 수학권의 충돌
- ③ 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권의 충돌

145p

디엔에이감식시료 - 사람의 혈액, 타액, 모발, 구강점막 등 디엔에이감식의 대상이 되는 것

디엔에이신원확인정보 - 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제5조(수형인등으로부터의 디엔에이감식시료 채취)

① 검사(군검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄에 대하여 형의 선고, 「형법」 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 「치료감호법」에 따른 치료감호선고, 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 “수형인등”이라 한다)으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제6조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다.

1. 「형법」 제2편제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조, 제165조, 제166조제1항, 제167조제1항 및 제174조(제164조제1항, 제165조, 제166조제1항의 미수범만 해당한다)의 죄

30 헌법헌팅 조문판례분석

4. 「형법」 제2편 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조 및 제305조의 죄

6. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조(같은 조 제2항의 경우는 제외한다), 제3조부터 제5조까지 및 제6조(제2조제2항의 미수범은 제외한다)의 죄

149p

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제43조 (신상정보의 제출 의무)

① 등록대상자는 제42조 제1항의 판결이 확정된 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 신상정보를 자신의 주소지를 관할하는 경찰관서의 장(이하 “관할경찰관서의 장”이라 한다)에게 제출하여야 한다. 다만, 등록대상자가 교정시설 또는 치료감호시설에 수용된 경우에는 그 교정시설의 장 또는 치료감호시설의 장(이하 “교정시설등의 장”이라 한다)에게 신상정보를 제출함으로써 이를 갈음할 수 있다.

1. 성명
2. 주민등록번호
3. 주소 및 실제거주지
4. 직업 및 직장 등의 소재지
5. 신체정보(키와 몸무게)
6. 소유차량의 등록번호

맨아래 판례(2015헌마688) 결정이유 (149p)

통신매체이용음란죄의 구성요건에 해당하는 행위 태양은 행위자의 범의·범행 동기·행위 상대방·행위 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양한 유형이 존재한다. 예컨대, 행위자의 반사회적 장애나 성적 성벽(性癖)이 발현된 것으로 더욱 심각한 성범죄로 발전할 가능성이 높은 행위가 있을 수 있는 반면, 단순한 성적 호기심이나 음주 상태에서 일회성으로 하는 행위가 있을 수 있다. 또 불특정 다수의 피해자를 상대로 하는 의도적이고 상습적인 범행이 있는 반면, 단순 우발적 범행도 있다.

통신매체이용음란죄의 경우 다른 성폭력범죄와 달리 개별 행위유형에 따라 재범의 위험성 및 신상정보 등록 필요성은 현저히 다르다. 소아성기호증 등 성적 성벽이 발현된 것으로 재범이 예견되거나 혹은 공격적 성범죄로 발전할 가능성이 예견되는 행위는 재범을 방지하고 재범 시 범죄자를 조속히 체포하기 위하여 신상정보 등록대상으로 삼아 엄격하게 관리할 필요가 있다. 반면 단순한 성적 호기심이나 음주상태에서의 일회적 범행으로 위험성이 크지 않은 행위까지 필요적 신상정보 등록대상으로 삼는 것은 국가가 개입하여 관리하지 않아도 재범의 위험성이 크지 않은 성범죄자들의 개인정보자기결정권에 대한 지나친 제한이 된다.

그런데 심판대상조항은 통신매체이용음란 행위의 특성이나 불법성의 정도를 고려하여 그 중 죄질이 무겁고 재범의 위험성이 인정되는 범죄로 등록대상을 축소하는 등 기본권 침해를 줄일 수 있는 다른 수단을 채택하지 않고, 통신매체이용음란죄로 유죄판결이 확정된 사람은 일률적으로 신상정보 등록대상자가 되도록 하고 있는 점에서 침해의 최소성에 위배된다.

□ 변호사시험법 제11조 위헌확인 (153p)

법무부장관은 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다고 규정한 변호사시험법 제11조 중 ‘명단 공고’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

1. 개인정보자기결정권은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 것으로, ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’를 말한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092 참조). 특정시험에대한 응시 및 합격 여부, 합격연도 등도 개인정보에 포함되고, 그러한 사실이 알려지는 시기, 범위 등을 응시자 스스로 결정할 권리는 개인정보자기결정권의 보장 범위에 속한다고 할 수 있다. 심판대상조항에 따라 합격자 명단이 공고되면, 법학전문대학원 졸업자 또는 졸업예정자라는 한정된 집단에 속한 사람이 응시하는 변호사시험 특성에 비추어, 특정인의 법학전문대학원 재학 또는 졸업 사실을 이미 알고 있는 그 주변 사람들은 성명이 공개된 사람의 합격 사실 뿐만 아니라 위 정보를 결합하여 특정인의 불합격 사실도 알 수 있으므로, 결국 응시자들의 개인정보자기결정권에 대한 제한이 발생한다.

한편, 청구인들은 심판대상조항에 따라 합격자 명단이 공개됨으로써 사생활의 비밀과 자유가 침해된다고 주장하나, 변호사라는 전문자격을 취득하거나 취득하지 못하였다는 사실이 내밀한 사적 영역에 속하는 것인지 의문일 뿐만 아니라, 설사 이에 속한다고 하더라도 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위 안에서만 관련되어 있으므로, 개인정보자기결정권에 대한 과잉금지원칙 위배 여부를 심사하는 이상 따로 살펴보지 않는다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등 참조).

2. 심판대상조항의 입법목적은 공공성을 지닌 전문직인 변호사에 관한 정보를 널리 공개하여 법률서비스 수요자가 필요한 정보를 얻는 데 도움을 주고, 변호사시험 관리 업무의 공정성과 투명성을 간접적으로 담보하는 데 있다.

심판대상조항은 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이다. 합격자 명단이 공고되면 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 심판대상조항은 공공성을 지닌 전문직인 변호사의 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하는 데 기여하며, 변호사에 대한 정보를 얻는 수단이 확보되어 법률서비스 수요자의 편익이 증진된다. 합격자 명단을 공고하는 경우, 시험 관리 당국이 더 엄정한 기준과 절차를 통해 합격자를 선정할 것이 기대되므로 시험 관리 업무의 공정성과 투명성이 강화될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다(2020. 3. 26. 2018헌마77).

160p

2016헌마263 판례에 추가

1. 인터넷회선감청은, 인터넷회선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷’을 중간에 확보한 다음 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는 이른바 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어진다. 따라서 이를 통해 개인의 통신뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유가 제한된다.

패킷(packet) - 네트워크를 통해 전송하기 쉽도록 자른 데이터의 전송단위. 파일을 분할해서 전송하지만 수신하는 곳에서는 원래의 파일로 다시 재조립된다.

패킷감청 - 인터넷 회선을 오가는 이용자들의 개인 정보를 중간에서 탈취해 내용을 들여다보는 감청 기법이다. 인터넷 전용회선 전체에 대한 실시간 감청으로 대상자가 인터넷을 통해 접속한 사이트 주소와 접속 시간, 대상자가 입력하는 검색어, 전송하거나 수신한 게시물이나 파일의 내용뿐만 아니라 이메일과 메시지의 발송 및 수신 내역과 그 내용 등과 같은 통신 내용도 모두 볼 수 있다.

32 헌법헌팅 조문판례분석

161p

통신비밀보호법 제2조 제11호

“통신사실확인자료”라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 **위치추적자료**

사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 **접속지의 추적자료**

통신비밀보호법 제13조 (범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차)

① 검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 “전기통신사업자”라 한다)에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 “통신사실 확인자료제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

통신비밀보호법 제13조의3(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지)

① 제13조의 규정에 의하여 통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다. (□ 제공사유는 통지되지 않음)

□ 이 사건 요청조항은 ‘수사를 위하여 필요한 경우’만을 요건으로 하면서 전기통신사업자에게 특정한 피의자·피내사자뿐만 아니라 관련자들에 대한 위치정보 추적자료의 제공요청도 가능하도록 규정하고 있다. 즉, 이 사건 요청조항은 수사기관이 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개연성만 있다면, 모든 범죄에 대하여, 수사의 필요성만 있고 보충성이 없는 경우에도, 피의자·피내사자뿐만 아니라 관련자들에 대한 위치정보 추적자료 제공요청도 가능하도록 하고 있다.

따라서, 이 사건 요청조항은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 벗어나 광범위하게 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청을 허용함으로써, 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하고 있다.

164p

□ 양심의 자유의 보호영역을 가장 협소하게 본 판례 - 준법서약

165p

□ 양심적 병역거부 사건 (165p)

병역법 제5조 (병역의 종류)

① 병역은 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 현역

2. 예비역

3. 보충역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람

가. 병역판정검사 결과 현역 복무를 할 수 있다고 판정된 사람 중에서 병력수급(兵力需給) 사정에 의하여 현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람

나. 다음의 어느 하나에 해당하는 사람으로 복무하고 있거나 그 복무를 마친 사람

1) 사회복무요원 3) 예술·체육요원 4) 공중보건의사 5) 병역판정검사전담의사 7) 공익법무관

8) 공중방역수의사 9) 전문연구요원 10) 산업기능요원

다. 그 밖에 이 법에 따라 보충역에 편입된 사람

- 4. 병역준비역 : 병역의무자로서 현역, 예비역, 보충역 및 전시근로역이 아닌 사람
 - 5. 전시근로역 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 병역판정검사 또는 신체검사 결과 현역 또는 보충역 복무는 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지원업무를 감당할 수 있다고 결정된 사람
 - 나. 그 밖에 이 법에 따라 전시근로역에 편입된 사람
- 구 병역법 제88조 (입영의 기피 등)**
- ① 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집기일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. (단서 생략)
 - 1. 생략
 - 2. 공익근무요원소집은 3일

171p

□ 수용자 - 미결수용자 + 수형자(기결수용자)

- ① 미결수용자 - 재판 결과가 확정되지 않은 상태로 구금돼 있는 피의자 또는 형사 피고인
- ② 기결수용자 - 재판에서 최종 판결이 확정돼 그 처벌을 받고 있는 수형자
- 미지정수형자 - 판결이 확정된 후에도 추가사건으로 재판을 받고 있어 계속 구치소에 수용중인 자

179p

□ 노동단체의 정당에 대한 정치자금 기부 금지조항에 의해 제한받는 기본권

이 사건 법률조항은 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지함으로써 청구인이 정당에 정치자금을 기부하는 형태로 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정치자금의 기부를 통하여 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유 (단체활동의 자유)를 제한하는 규정이므로, 이 사건 법률조항에 의하여 침해된 기본권은 헌법 제33조의 단결권이 아니라 헌법 제21조의 노동조합의 정치활동의 자유, 즉 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장 내용으로 하는 행복추구권이라고 보아야 한다.

따라서 노동조합이 근로자의 근로조건과 경제조건 개선이라는 목적을 위하여 활동하는 한, 헌법 제33조의 단결권의 보호를 받지만, 단결권에 의하여 보호받는 고유한 활동영역을 떠나서 개인이나 다른 사회단체와 마찬가지로 정치적 의사를 표명하거나 정치적으로 활동하는 경우에는 모든 개인과 단체를 똑같이 보호하는 일반적인 기본권인 의사표현의 자유 등의 보호를 받을 뿐인 것이다.

183p

□ 정리

- ① 이종매체간 겸영 금지 - 합헌,
- ② 신문의 복수소유 금지 - 헌법불합치
- ③ 시장지배적 사업자 추정 - 위헌

34 헌법헌팅 조문판례분석

188p

□ 미네르바사건

전기통신기본법 제47조 (벌칙)

- ① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

191p

□ 야간옥외집회의 원칙적 금지

구 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 (옥외집회와 시위의 금지 시간)

누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

구 집회 및 시위에 관한 법률 제23조 (벌칙)

제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금

195p

□ 공법인

1. 의의

특정한 공공목적을 위하여 특별한 법적 근거에 의하여 설립된 법인. 사법인에 대응하는 개념이다. 광의로는 국가와 공공단체를 모두 포함한 의미로 사용되고, 협의로는 공공단체와 같은 뜻으로 사용된다.

2. 협의의 공공단체의 종류

(1) 공공조합

법정의 자격을 가진 조합원으로 구성된 공법상의 사단법인. ex) 농지개량조합, 상공회의소, 의료보험조합, 재개발조합, 재건축조합

(2) 영조물법인

행정법상의 영조물에 법인격이 부여된 것. ex) 국립도서관, 국공립학교, 한국은행

(3) 공법상 재단

국가나 지방자치단체가 공공 목적을 위하여 출연한 재산을 관리하기 위하여 설립된 공법상의 재단법인 ex) 한국연구재단

3. 특성

공법인에게는 그 목적에 부합되는 한도 내에서 행정권을 부여할 수 있고, 국가의 특별한 감독, 공과

금의 면제 등과 같이 사법인과는 다른 실정법상의 취급을 받는 경우가 많다.

196p

□ 교원의 정치단체 및 정당 결성·가입 금지

1. 초·중등학교의 교육공무원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등 교육법 제19조 제1항의 교원은 <그 밖의 정치단체>의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.’ 부분이 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는지 여부(적극)

(1) 3인의 위헌의견

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은, ‘그 밖의 정치단체’라는 불명확한 개념을 사용하고 있어, 표현의 자유를 규제하는 법률조항, 형벌의 구성요건을 규정하는 법률조항에 대하여 헌법이 요구하는 명확성원칙의 엄격한 기준을 충족하지 못하였다. 이에 대하여는, 아래 재판관 3인의 위헌의견 중 ‘명확성원칙 위배 여부’ 부분과 의견을 모두 같이 한다. 덧붙여, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 어떤 단체에 가입하는가에 관한 집단적 형태의 ‘표현의 내용’에 근거한 규제이므로, 더욱 규제되는 표현의 개념을 명확하게 규정할 것이 요구된다. 그럼에도 위 조항은 ‘그 밖의 정치단체’라는 불명확한 개념을 사용하여, 수범자에 대한 위축효과와 법 집행 공무원의 자의적 판단 위험을 야기하고 있다. 위 조항이 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유, 결사의 자유를 침해하여 헌법에 위반되는 점이 분명한 이상, 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 않는다.

(2) 3인의 위헌의견

1) 명확성원칙 위배 여부

위 조항은 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

2) 과잉금지원칙 위배 여부

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 보장하기 위한 것이므로, 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 그러나 위 조항은 위와 같은 입법목적과 아무런 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위까지 금지한다는 점에서 수단의 적합성 및 침해의 최소성이 인정되지 않는다. 또한 위 조항은 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원(이하 ‘교원’이라 한다)의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위까지 전면적으로 금지한다는 점에서도 수단의 적합성 및 침해의 최소성을 인정할 수 없다. 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

2. 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 규정한 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 본문 중 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원에 관한 부분 및 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원은 <정당>의 결성에 관여하거나

36 헌법헌팅 조문판례분석

이에 가입할 수 없다.’ 부분이 나머지 청구인들의 정당가입의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

헌법재판소는 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정 및 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정에서, 국가공무원이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 규정한 구 정당법 및 구 국가공무원법 조항들이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다. 그 요지는 ‘이 사건 정당가입 금지조항은 국가공무원이 정당에 가입하는 것을 금지함으로써 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보하기 위한 것이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미치므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로는 입법목적 달성이 어렵다. 또한 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 투표하는 등 일정한 범위 내의 정당관련 활동은 공무원에게도 허용되므로 이 사건 정당가입 금지조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원들이 제한받는 사익에 비해 중대하므로 법익의 균형성 또한 인정된다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다. 이 사건 정당가입 금지조항이 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다 하더라도, 이는 기초적인 지식전달, 연구기능 등 양자 간 직무의 본질과 내용, 근무 태양이 다른 점을 고려한 합리적인 차별이므로 평등원칙에 위배되지 않는다.’는 것이다. 위 선례의 판단을 변경할 만한 사정 변경이나 필요성이 인정되지 않고 위 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하므로, 위 선례의 견해를 그대로 유지하기로 한다(헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551).

199p

헌법 제31조

- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

200p

□ 사립학교법 제53조(학교의 장의 임용)

- ① 각급학교의 장은 당해 학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자가 임용한다.

204p

□ 의료보험조합 적립금의 재산권성

1. 적립금의 의의 및 목적

우선 적립금에 관한 법규정을 살펴보면, 국민의료보험법 시행령 제39조 및 제40조, 의료보험법 시행령 제46조 및 제47조에서 ‘공단이나 조합은 매 회계연도의 결산상 잉여금 중에서 그 전에 3년 동안 보험급여에 소요된 평균연액의 5/100 이상의 금액을 매년 적립하여 적립금이 평균연액의 1/2(공단의 경우) 또는 평균연액의 1배(조합의 경우)에 이를 때까지 준비금으로 적립해야 한다’고 규정하면서, ‘준비금은 단지 보험급여에 소요되는 비용의 부족액을 충당하거나 또는 현금의 지출에 부족이 생긴 경우에만 사용할 수 있고, 그 외의 경우에는 보건복지부장관의 승인을 얻어야만 준비금의 사용이 가능하다’

고 하여 준비금의 사용용도를 정하고 있다.

앞으로 시행되는 국민건강보험법에서는 준비금에 관하여 시행령이 아니라, 법이 직접 정하고 있는데, 법 제36조 또한 거의 동일한 내용을 규정하고 있다. 따라서 의료보험관련 법의 규정내용으로 보아, 적립금의 주된 목적은 보험자의 의료급여능력이 예기치 못한 갑작스런 급여의 증가로 인하여 위협받을 수 있기 때문에, 적절한 수준의 적립금의 조성을 통하여 보험자의 급여능력을 보장하고자 하는 것이다. 법에서 적립금의 상한을 정한 것은 보험료수입이 적절한 보험급여의 수준으로 지출되지 않으면서 적립금이 불필요하게 과다히 누적되는 것을 막고자 하는 것이다.

2. 적립금이 헌법상 재산권에 해당하는지의 여부

공법상의 재산적 가치있는 지위가 헌법상 재산권의 보호를 받기 위하여는, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어 개인의 주관적 공권의 형태를 갖추어야 한다. 따라서 사회보험법상의 지위는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권의 보호대상이 된다.

그러나 이 사건 적립금에 관하여는 법률이 조합의 해산이나 합병시 적립금을 청구할 수 있는 조합원의 권리를 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 공법상의 권리인 사회보험법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는, 법적 지위가 사적 이익을 위하여 유용한 것으로서 권리주체에게 귀속될 수 있는 성질의 것이어야 하는데, 적립금에는 사법상의 재산권과 비교될 만한 최소한의 재산권적 특성이 결여되어 있다. 적립금은 조합원 개인에 귀속되어 사적 이익을 위하여 사용될 수 있는 재산적 가치가 아니라, 의료보험이라는 공적 기능을 보장하고 원활하게 하고자 조성되는 기금이기 때문이다. 따라서 의료보험조합의 적립금은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 보호대상이라 보기 어렵다.

205p

재산권의 사회적 제약과 공용침해의 구별

입법자가 재산권의 내용 및 한계를 형성함에 있어 재산권의 내용이 사회적 제약(헌법 제23조 제2항) 범위 내의 것이라면 이에 대한 보상이 필요치 않으나, 사회적 제약을 넘는 경우 특별한 희생에 해당되어 보상을 요하는 공용침해(헌법 제23조 제3항)로 자동 전환된다고 볼 것인지 아니면 보상을 요하는 내용규정(헌법 제23조 제1항)으로 남을 것인가 문제되는데, 경계이론과 분리이론이 대립하고 있다.

(1) 경계이론

경계이론이란 재산권에 대한 내용과 한계규정을 공용침해규정과 구분하지 아니하고 동일선상에 있는 것으로 파악하고 재산권에 대한 내용이나 한계규정이 사회적 제약을 넘어서면 바로 특별한 희생으로서 이는 곧 수용에 해당한다는 이론이다.

경계이론이라고 부르는 것은 보상을 요하는 공용침해와 요하지 않는 사회적 제약 간의 경계설정이 중요하기 때문이다. 공용침해로서의 수용과 사회적 제약의 구별기준으로 경계이론은 특별희생을 들고 있다.

(2) 분리이론

분리이론이란 재산권의 내용규정과 공용침해를 헌법적으로 독립된 별개의 제도로 파악하여 이들에게는 서로 다른 헌법상의 전제조건들이 적용되고 따라서 서로 구별되어야 한다는 이론이다. 분리이론에 의하면 재산권의 사회적 제약은 재산권의 내용규정의 영역이고 공용수용은 수용규정의 영역으로서

38 헌법헌팅 조문판례분석

들은 상호 구별되는 다른 체계를 구성한다고 본다.

사회적 제약은 일반적이고 추상적인 조치를 통해서 재산권의 내용을 장래에 형성하는 것이고, 공용 침해는 개별적이고 구체적인 조치를 통해서 과거에 형성된 재산권적 지위를 박탈 또는 제한하는 것이다. 위헌성 판단의 기준도 달라서 사회적 제약의 경우에는 비례원칙, 평등원칙, 신뢰보호원칙 등에 위배되었는지 여부에 따라 판단하지만, 공용침해는 공공필요가 있는지, 정당한 보상 등 헌법 제23조 제3항이 정한 요건을 갖추었는지 여부에 따라 위헌성을 판단한다.

즉 분리이론에 따르면 헌법 제23조 제1항·2항과 제3항은 서로 분리되게 된다. 따라서 재산권의 내용과 한계규정이 비례성원칙이나 평등원칙 등에 위반하였다 하더라도 공용침해로 그 성격이 바뀌는 것이 아니라 위헌규정이 될 뿐이다. 다만, 비례성원칙이나 평등원칙의 관점에서 조정적 보상(금전보상에 국한되는 것이 아님)을 마련함으로써 위헌성을 벗어날 수 있다.

그리하여 재산권의 내용규정의 위헌성을 방지하기 위하여서는 해당 법률에 보상규정을 두어야 하며 이러한 규정을 **보상의무 있는 내용규정**이라고 한다. 분리이론에 의한다면 재산권 제한의 유형으로 ① 보상이 필요 없는 내용규정, ② 보상의무 있는 내용규정, ③ 보상을 요하는 협의의 수용으로 구분할 수 있다.

(3) 헌법재판소 판례

헌법재판소 판례는 제1항의 내용규정이 수용적 효과를 초래한 경우 제3항의 공용침해로 보지 않고 위헌적인 내용규정으로 보았다.

판례 재산권에 대한 제약, 수용과 위헌심사기준

1. 토지재산권 등에 관한 입법에 있어서 입법자에게 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다. 요컨대, 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이며, 따라서 입법자가 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다.

2. 한편, 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여, 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 합헌적인 것이라고 할 수 있다(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18).

판례 사회적 제약과 조절적 보상

입법자는 재산권의 내용을 새로이 규율함에 있어서 토지소유자에게 부과된 사용제한이 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시키는 예외적인 경우에는 이를 완화·조정하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 입법자는 비례의 원칙을 회복하기

위한 방법으로 반드시 금전보상을 해야 하는 것은 아니고, 이를 위하여 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다. 토지매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있어서 입법자에게는 가혹한 부담의 조정이란 '목적'만 헌법적으로 확정되었을 뿐이고, 입법자가 어떠한 방법으로 가혹한 부담을 완화·조정할 수 있는가의 '방법'의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다(헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18).

(4) 검토

분리이론에 따르는 것이 헌법정신에 부합된다.

1) 헌법 제23조의 재산권 보장은 원칙적으로 존속보장을, 예외적으로 가치보장을 그 내용으로 하므로, 재산권 침해가 있는 경우 제23조 제3항의 가치보상으로 족하다는 경계이론은 재산권 보장에 관한 헌법원리(존속보장)에 어긋난다.

2) 재산에 대한 과도한 제한이 이루어진 경우 경계이론에 의하면 헌법 제23조 제3항의 보상으로 족하고 그 보상에 만족해야 하지만, 분리이론에 따르면 일차적으로 법률에 대한 위헌소송이나 처분에 대한 취소소송을 통해 재산권 제한의 위헌 여부를 다투으로써 그 위헌성을 제거할 수 있는 길이 주어지게 된다.

208p

학교용지 확보 등에 관한 특례법(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조(부담금의 부과·징수)

- ① 시·도지사는 개발사업지역에서 단독주택을 건축하기 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 개발사업분의 경우에는 그러하지 아니하다.
- 5. 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제2호 나목부터 라목까지의 규정에 따른 정비사업지역의 기존 거주자와 토지 및 건축물의 소유자에게 분양하는 경우

221p

헌법 제41조

- ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.

헌법 제67조

- ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.

헌법 제118조

- ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
- ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

226p

□ 재외국민의 선거권 제한 (김유향 기본강의 헌법 1037p, 헌법헌팅 26p, 222p)

1. 구 공직선거법 제37조 제1항은 국내에 주민등록이 되어 있는 자에 한하여 선거인명부를 작성할 수 있다고 하여 주민등록을 할 수 없는 재외국민에 대하여는 선거권을 부인하고 있는 바, 이 조항에

40 헌법헌팅 조문판례분석

대해 헌법재판소는 종전의 합헌결정을 변경하여 헌법불합치결정을 하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644).

또한 헌법재판소는 관할구역에 주민등록이 되어있는 자에 한해 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거권을 부여하고 있는 공직선거법 제15조 제2항 제1호에 대해서도 국내거주 재외국민의 선거권 침해를 이유로 헌법불합치결정을 하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644).

2. 헌법재판소의 위 결정 이후 국회는 공직선거법을 개정하여 재외국민에게 대통령선거권과 임기만료에 따른 비례대표국회의원선거에서의 선거권을 부여하고, 당해관할 국내거소신고인명부에 3개월 이상 계속 올라있는 재외국민에게는 지역구국회의원선거, 지방자치단체장선거, 지방의회의원선거에서의 선거권까지 부여하였다.

그리고 최근 재외국민의 국내거소신고제도가 폐지되고 재외국민용 주민등록증을 발급하도록 주민등록법이 개정(2015. 1. 22. 시행)됨에 따라 2015. 8. 13. 개정된 공직선거법은 “주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람”에게 지역구 국회의원선거, 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권을 부여하도록 하였다(제15조 제1항 제2호 및 제2항 제2호). (**헌법헌팅 212p**)

3. 헌법재판소는 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외국민(이하 ‘재외선거인’이라고 한다)에게 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제15조 제1항 단서 부분 및 공직선거법 제218조의5 제1항 중 ‘임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 재외선거인 등록신청을 하여야 한다’ 부분(이하 ‘재외선거인 등록신청조항’이라 한다)이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시하였다(헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256). (**헌법헌팅 222p**)

2005. 8. 4. 공직선거법

제15조(선거권)

- ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.
- ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.
 1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성)제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 자
 2. 「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 제37조 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자

제16조(피선거권)

- ① 선거일 현재 5년이상 국내에 거주하고 있는 40세이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.
- ② 25세이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.
- ③ 선거일 현재 계속하여 60일이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.
- ④ 제3항의 경우에 지방자치단체의 사무소 소재지가 다른 지방자치단체의 관할구역안에 있어 당해 지방자치단체

의 장의 주민등록이 그 다른 지방자치단체의 관할구역안에 있게 된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 것으로 본다.

제37조(명부작성)

① 선거를 실시하는 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 "구·시·읍·면의 장"이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일전 19일(이하 "선거인명부작성기준일"이라 한다) 현재로 그 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자[지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우 제15조(선거권)제2항제2호의 규정에 따른 외국인을 포함한다]를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 "선거인명부작성기간"이라 한다)에 선거인명부를 작성하여야 한다.

227p

□ 공직선거법 제200조 제2항 단서는 “120일 이내에 비례대표국회의원에 결원이 생긴 때”로 개정됨. (헌법헌팅 219p)

230p

헌법 제32조

⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

□ 공무원의 당연퇴직 조항 비교 (231p)

1. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 국가공무원의 당연퇴직 - **위헌** (헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684)
2. 금고이상의 형의 집행유예를 받은 국가공무원의 당연퇴직 - **합헌** (헌재 1997. 11. 27. 95헌바14)
3. 수뢰죄로 금고이상의 형의 선고유예를 받은 국가공무원의 당연퇴직 - **합헌** (헌재 2013. 7. 25. 2012헌바409) 232p
4. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 자의 공무원 임용결격 - **합헌** (헌재 2016. 7. 28. 2014헌바437) 232p

□ 직위 해제(職位解除) (231p)

공무원의 신분은 유지하지만, 직위에서 물러나게 해 업무를 못하도록 하는 임용 행위를 말한다(국가공무원법 제73조의3). 직무종사를 배제한다는 점에서 휴직과 동일하나 장애사유를 이유로 행해지며 제재적 의미를 갖는다는 점에서 차이가 있다.

직위해제의 사유에는 ① 직무수행능력이 부족, 근무성적이 극히 불량한 자(제2호), ② 파면·해임 또는 정직에 해당하는 징계의결이 요구 중인 자(제3호), ③ 형사사건으로 기소된 자(제4호)에 해당하는 경우가 있다.

□ 청원에 대한 거부의 회신 (236p)

국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 있어야 한다. 구 국가유

42 헌법헌팅 조문판례분석

공자등에우및지원에관한법률과 동법시행령은 국가기관의 취업보호대상자에 대한 우선채용에 대해서 규정하면서 기능직공무원 정원의 20퍼센트를 취업보호대상자로 우선 채용하도록 하고 있을 뿐, 구체적인 신청절차나 채용기준 및 방법 등에 관한 구체적인 내용을 규정하고 있지 아니하다. 따라서 청구인이 취업보호대상자의 기능직공무원 채용의무비율 규정만을 근거로 피청구인 철도청장에 대해 국가공무원법에 따른 채용시험 없이 바로 자신을 임용해 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 신청권을 갖고 있는 것으로 볼 수는 없다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898).

□ 사실심·법률심 (241p, 312p)

소송(訴訟)은 구체적 사실에 추상적 법규를 해석·적용하여 판단을 내리는 절차이므로, 먼저 사실의 존부를 확정하고 다음에 법규를 해석·적용하게 되는데, 먼저의 측면을 사실문제, 다음의 측면을 법률문제라고 한다. 제1심과 항소심(抗訴審) 및 항고심(抗告審)이 사실심이며, 상고심(上告審)과 재항고심(再抗告審)은 법률심이다.

민사소송법상 사실문제의 판단은 사실심의 전권(專權)이며, 사실심이 적법하게 확정한 사실은 상고법원을 기속하므로(민사소송법 제432조), 상고심과 재항고심은 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령·규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 인정되며(423조, 424조, 442조), 사실문제에 대한 원심의 오판(誤判)을 주장할 수 없고 새로운 사실의 주장과 증거의 제출을 인정하지 않는다. 다만 법원이 직권으로 조사할 사항에 대하여는 예외가 인정된다(434조). 판결의 기판력(既判力)은 사실심의 변론종결시(辯論終結時)를 표준으로 한다.

□ 배심원 (241p)

법률 전문가가 아닌 일반 국민 가운데 선출되어 심리나 재판에 참여하고 사실 인정에 대하여 판단을 내리는 사람

□ 심리불속행 제도 (242p)

심리불속행은 상고사건 가운데 상고 대상이 아니라고 판단되는 사건은 더이상 심리하지 않고 상고를 기각하는 제도다. 1990년에 기존의 상고허가제가 폐지되고 상고심 절차에 관한 특례법에 의해 1994년 도입됐다. 심리불속행 처리 결정이 날 경우 선고 없이 간단한 기각 사유를 적은 판결문만 당사자에게 송달된다. 다만, 형사사건은 심리불속행 대상에서 제외된다.

상고심절차에관한특례법 제4조 (심리의 불속행)

- ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.
1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
 2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
 3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
 4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
 5. 제1호 내지 제4호외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
 6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

242p

1980년 헌법 제26조

- ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식 물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.

현행헌법 제27조

- ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식 물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.

244P

□ 유사판례 정리

1. 수행자와 변호인의 접견을 녹음·녹화 - **수행자의 재판청구권 침해 ○** (헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398)
 - ※ 수행자는 변호인의 조력을 받을 권리의 주체 X (헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122)
2. 미결수용자와 변호인 아닌 자와의 접견시 그 대화내용을 녹음·녹화 - **사생활의 비밀과 자유를 침해 X** (헌재 2016. 11. 24. 2014헌바401)
3. 구치소장이 변호인 접견실에 CCTV를 설치하여 미결수용자와 변호인 간의 접견을 관찰 - **변호인의 조력을 받을 권리 침해 X** (헌재 2016. 4. 28. 2015헌마243)

□ 형사소송법 제405조(즉시항고의 제기기간) 247p

즉시항고의 제기기간은 7일로 한다. [개정 2019.12.31.]

□ 형사소송법상 구속기간 및 구속기간의 연장 248p

형사소송법 제202조 (사법경찰관의 구속기간)

사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.

제203조 (검사의 구속기간)

검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

제205조 (구속기간의 연장)

- ① 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

□ 신청인이 동의한 때 재판상 화해의 효력 인정 256p

1. 국가배상심의회 배상결정에 신청인이 동의하면 재판상 화해의 효력 인정 - **위헌** (헌재 1995. 5. 25. 91헌가7)
2. 특수임무수행자에 대한 보상심의위원회의 보상결정에 신청인이 동의하면 재판상 화해의 효력을

44 헌법헌팅 조문판례분석

인정 - 재판청구권 침해 X (헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1322)

3. 세월호피해지원법상 심의위원회의 배상금 지급결정에 신청인이 동의하면 재판상 화해의 효력을 인정 - 재판청구권 침해 X (헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654)

4. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상심의 위원회의 보상금 지급결정에 동의하면 재판상 화해의 효력을 인정 - 재판청구권 침해 X (헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180) 259p

□ 이중배상금지 규정 258p

1. 위헌논의를 불식시키기 위해서는 군인 등에 대한 보상이 피해자를 만족시킬 수 있는 수준으로 이루어져야 한다. (성낙인 헌법학 제19판 1453p)

2. 국가배상법 제2조 제1항 단서의 해석과 관련하여 군인 등이나 그 유족에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 일반국민(국가와 공동불법행위의 책임이 있는 자 등)이 그 군인 등이나 유족에게 손해배상을 하였음을 이유로 국가에 대하여 구상권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다.

259p

민법 제166조(소멸시효의 기산점)

- ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.
- ② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다.

제766조(손해배상청구권의 소멸시효)

- ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
- ② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

260p 맨아래 판례 추가

□ 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수 있는지 여부

이미 국가배상법에 따른 손해배상금을 지급받은 경우 구 국가유공자법 등 다른 법령에 따른 재해보상금이나 상이연금 등을 절대적으로 청구할 수 없다고 규정하고 있지 않고, 다른 법령에 따른 청구가 무조건 금지되는 것으로 해석되지도 아니하며, 국가배상법에 의한 배상을 받은 경우가 구 국가유공자법 제12조 제1항 단서에 해당하지도 아니함을 전제로, 국가배상법에 따른 손해배상금을 이미 지급 받은 경우에도 구 국가유공자법에 따른 보상금 등을 절대적으로 청구할 수 없는 것은 아니라고 보아 피고가 구 국가유공자법상 지원공상군경 요건에 해당하는 원고에 대하여 한 보훈급여금 비지급결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)이 위법하다고 판단하였다(대법원 2017. 2. 3. 선고 2014두40012).

276p

근로기준법 제36조(금품 청산)

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있을 경우에는 당사자 사이의 합의에 의하여 기일을 연장할 수 있다.

277p

근로기준법 제26조(해고의 예고)

사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우
2. 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우
3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우

구 근로기준법 제35조(예고해고의 적용 예외)

제26조는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.

1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자
4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습 사용 중인 근로자

278p

□ 최저임금법 등 관련법률이 구체적으로 정하는 바에 따라 비로소 인정됨

283p

노동조합 및 노동관계조정법 제12조 (신고종의 교부)

③ 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다.

1. 제2조 제4호 각 목의 1에 해당하는 경우

노동조합 및 노동관계 조정법 제2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각 목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.
 - 가. 사용자 또는 향상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우
 - 나. 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우
 - 다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우
 - 라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.
 - 마. 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우

□ 사건개요

(1) 청구인 전국공무원노동조합은 구 전국공무원노동조합, 전국민주공무원노동조합, 법원공무원노동조합이 합병 결의를 통해 전국 공무원을 조직대상으로 하여 결성한 노동조합으로서 2010. 2. 25. 고용

46 헌법헌팅 조문판례분석

노동부장관(당시 노동부장관)에게 노동조합 설립신고서를 제출하였다.

(2) 고용노동부장관은 2010. 3. 3. 위 노동조합 설립신고서에는 구 전국공무원노동조합 소속 조합원이던 해직자 82명이 조합원으로 포함되어 있고, 청구인 산하 조직 대표자 중 8명은 노동조합 가입이 금지되는 부서 내 다른 공무원의 업무수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원에 해당된다는 등의 사유로 '공무원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률' 제2조, 제6조, '노동조합 및 노동관계조정법' 제2조 제4호에 위반된다고 하여 이를 반려하는 처분을 하였다.

□ 유니온 샵 판례 정리 (284p)

1. 헌법상 보장된 근로자의 단결권은 단결할 자유만을 가리킬 뿐이고, 소극적 단결권은 이에 포함되지 않는다.

2. 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 노동조합을 탈퇴할 자유는 일반적 행동의 자유 또는 결사의 자유에서 헌법적 근거를 찾을 수 있다.

3. 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권(조직 강제권)의 충돌

노동조합의 적극적 단결권은 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.

4. 근로자의 개인적 단결권(단결선택권)과 노동조합의 집단적 단결권(조직강제권)의 충돌

개인적 단결권과 집단적 단결권이 충돌하는 경우 기본권의 서열이론이나 법익형량의 원리에 입각하여 어느 기본권이 더 상위기본권이라고 단정할 수는 없다. 이러한 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석) 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.

이 사건 법률조항은 이러한 조직강제를 적법·유효하게 할 수 있는 노동조합의 범위를 엄격하게 제한하고 지배적 노동조합의 권한남용으로부터 개별근로자를 보호하기 위한 규정을 두고 있는 등 전체적으로 상충되는 두 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있고 그 제한에 있어서도 적절한 비례관계를 유지하고 있으며, 또 근로자의 단결선택권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로도 볼 수 없으므로, 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조 제1항에 위반되지 않는다.

□ 전교조 법외노조 사건 (285p)

1. 사실관계

산업별·지역별 노동조합에 해당하는 교원노조에 재직 중인 교원 외에 해직 교원과 같이 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 교사자격소지자의 가입을 엄격히 제한하고 있는 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조가 해직 교원이나 실업·구직 중에 있는 교원 및 이들을 조합원으로 하여 교원노조를 조직·구성하려고 하는 교원노조의 단결권을 침해하는지 여부가 문제된 사안임.

전교조가 법외노조가 되면 무엇이 달라질까? 전교조는 그동안 합법노조로 누렸던 정부 지원을 받지 못하게 된다. 이와 함께 84명의 노조 전임자들은 학교로 복직해야 하고, 교육부와 시도교육청이 예산

을 지원하는 사무실을 반납해야 한다. 또 교육 당국과 별이는 단체 교섭이 중단되고 이미 체결된 협약은 효력이 중지되며, 조합비를 조합원들 월급에서 원천징수하는 혜택도 더 이상 받지 못하게 된다.

2. 심판의 대상

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조(정의)

이 법에서 “교원”이란 초·중등교육법 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다. 다만, 해고된 사람으로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제82조 제1항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 노동위원회법 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령 제9조(다른 시행령과의 관계)

- ① 교원에게 적용할 노동조합 및 노동관계조정에 관하여 이 영에서 정하지 아니한 사항에 관하여는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고는 ‘노동조합 및 노동관계조정법 시행령’에서 정하는 바에 따른다.

피청구인의 청구인 전교조에 대한 2013. 9. 23.자 시정요구서

○ 시정기한 2013. 10. 23.

○ 시정요구사항

- 귀 노동조합의 규약 부칙 제5조는 해직교원에 대하여 노동위원회에 대한 부당노동행위 구제신청 등 여부를 묻지 않고 조합원으로 인정하고 있어 강행규정인 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제2조에 위반되므로 동 규정에 맞게 시정하기 바람

- 불임 명단의 해직자는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’ 제2조에 의한 조합원 자격이 없는 자에 해당하므로 귀 노동조합에 가입·활동하지 않도록 조치하기 바람

※ 불임 : 전교조 활동 해직자 명단 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제14조 및 동법 시행령 제9조, ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제12조 제3항 및 동법 시행령 제9조 제2항의 규정에 따라 위와 같이 시정을 요구합니다.

※ 위 시정기한 내 시정결과를 보고하지 않는 경우에는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’에 따른 노동조합으로 보지 않음을 알려드립니다.

3. 행정소송

전교조는 2013년 10월 박근혜 정부 시절 전교조가 해직 교사를 조합원으로 인정하는 규약을 수정하지 않았고, 노조에서 활동하는 해직 교사를 탈퇴시키라는 노동부 명령을 이행하지 않았다는 이유로 고용노동부로부터 ‘교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 않는다’는 내용의 이른바 ‘법외노조 통보’를 받았습니

다. 교원노조법은 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 교사를 제외하고는 해직 교사의 노조 가입을 금지하면서 조합원 자격을 현직 교원으로 제한하고 있습니다.

합법화 14년 만에 다시 법 테두리 밖으로 밀려나게 된 전교조는 즉각 법외노조 통보처분을 취소해달라는 행정소송을 냈습니다. 그러나 하급심에선 모두 전교조가 패소했습니다.

48 헌법헌팅 조문판례분석

원심 재판부는 "근로자가 아닌 자'의 가입을 허용하면 노조로 보지 않는다고 규정한 노조법(노동조합 및 노동관계조정법) 2조에 따라야 한다"며 "실제 전교조가 교원 아닌 자의 가입을 허용하는 것은 분명하므로 노동부 처분은 법률에 근거한 행정규제로 볼 수 있다"고 판단하며 전교조의 취소 청구를 기각했습니다. 2016년 1월 21일 전교조는 항소심 판결에 불복하여 바로 상고했습니다.

이후 박근혜 정부 청와대와 당시 양승태 사법부가 전교조 법외노조 통보처분 효력 정지 가치분신청 사건을 두고 이른바 재판 거래가 있었다는 의혹이 불거졌습니다.

이번 대법원 전원합의체에서의 쟁점은 크게 세 가지입니다. 우선 법외노조 통보 처분의 근거가 된 교원노조법 시행령 조항이 위헌인지 여부입니다.

교원노조법 시행령 제9조2항은 노동부가 내린 규약 시정명령을 이행하지 않는 노조에 법외노조 통보를 하도록 규정하고 있는데, 헌법상 단결권을 제한하는 조항을 법률이 아닌 시행령에 두는 것이 법률유보원칙에 위배되는 것이 아니냐는 겁니다.

또 전교조가 교원이 아닌 사람의 노조 가입을 허용함으로써 형식적으로는 법외노조의 요건에 해당하더라도, 실질적으로 노조의 자주성을 유지하고 있다면 '법외노조'라고 볼 수 있는지도 관건입니다.

마지막으로 법외노조 통보 처분이 전교조에 지나치게 가혹해 행정기관이 재량권을 일탈·남용한 것인지도 쟁점입니다.

재판 과정에서 전교조는 14년 동안 합법노조로 활동했는데도 불구하고 조합원 6만 명 중 단 9명이 해직 교사라는 이유만으로 법외노조 통보한 것은 비례의 원칙(과잉금지 원칙) 위반이라고 주장한 바 있습니다.

4. 헌법재판소의 입장

아직 교원으로 임용되지 않은 교사자격 소지자나 해고된 교원에게 교원노조를 설립하거나 그에 가입하여 활동할 수 있도록 하는 것은 교원이 아닌 사람들이 교원노조의 의사결정 과정에 개입하여 현직 교원의 근로조건에 영향을 미치는 결과를 초래할 수 있다. 또 교원노조법상 혜택을 누릴 수 없는 사람들에게까지 이를 부여하는 결과를 야기하게 될 수 있어 오히려 교원의 근로조건 향상을 위하여 활동하여야 하는 교원노조의 자주성을 해할 우려도 있다. 따라서 교원노조의 활동과 직접적이고 실질적인 이해관계를 가지는 재직 중인 교원에게만 교원노조의 조합원이 될 수 있는 지위를 부여하는 것은 교원노조의 역할이나 기능에 비추어 부득이한 측면이 있다.

한편, 노동조합법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 '근로자'에는 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람도 근로3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 참조). 따라서 이 사건 법률조항이 정한 교원에 해당되지 않으나 앞으로 교원으로 취업하기를 희망하는 사람들이 노동조합법에 따라 노동조합을 설립하거나 그에 가입하는 데에는 아무런 제한이 없다. 이 점에서 이 사건 법률조항이 교원노조의 단결권에 심각한 제한을 초래한다고 보기는 어렵다.

5. 전교조 사건의 경과

◆횃수로 3년, 6번 재판...전교조 3승 2패

현재 전교조 법외노조 사건은 총 2개 소송이 진행 중이며 모두 대법원의 최종 판단만 남겨놓고 있다. '법외노조 통보처분 취소(본안)' 소송과 '법외노조 통보처분 효력정지신청(가처분 신청)' 사건이다.

그동안 법원의 판단은 재판부마다 달랐다. 현재까지 재판 결과는 전교조 기준 3승 2패다. '법외노조 통보처분 취소' 소송은 1심과 2심 재판부 모두 고용부 손을 들어줬다. 반면 '효력정지신청'은 서울행정

법원에서 한번, 서울고등법원에서 두 번 집행정지를 결정해 3번 승소했다. 이 기간 전교조는 6차례에 걸쳐 합법노조와 법외노조 사이를 오갔다.

전교조는 2014년 6월 본안 소송 전 고용부의 '법외노조 통보처분'에 대한 효력정지 신청을 법원에 요청했고, 서울행정법원 행정13부(반정우 재판장)은 2013년 11월 13일 신청을 받아들였다. 이로써 전교조는 1심 판결 전까지 합법적 지위를 가질 수 있었다. 항소심 재판부 판단도 같았다. 서울고등법원 행정8부(민중기 재판장)는 2014년 9월 19일 고용부의 처분 근거인 교원노조법 2조가 위헌이라며 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하고 통보의 효력을 정지했다. 고용부는 대법에서 다시 판단해 달라며 재항고 신청을 했다.

현재는 2015년 5월 28일 교원노조법 2조를 합헌으로 봤다. 해직 교원을 조합에서 제외하도록 한 법 조항이 노동자의 단결권과 노동조합의 자주적 운영을 크게 침해하지 않는다고 판단했다. 닷새 뒤 대법원은 효력정지 재항고 사건을 파기환송하고 서울고법으로 돌려 보냈다. 같은해(2015년) 11월 16일 서울고등법원 행정10부(김명수 재판장)는 파기환송심에서 효력을 정지했다. 현 대법원장인 당시 김명수 재판장은 "노조법 시행령 제9조 2항에 근거한 행정 규제가 적법한지 등을 본안 소송에서 따져 봐야 한다"고 밝혔다.

본안 소송에서는 전교조가 완패했다. 서울행정법원 행정 13부(반정우 재판장)는 2014년 6월 19일 전교조 패소 판결을 내렸다. 2016년 1월 21일 서울고등법원 행정 7부(황병하 재판장)는 전교조 패소 판결했다.

전교조는 항소심 판결에 불복해 바로 상고했다. 현재 대법원에 계류중이다.

□ 전국교수노동조합 사건 (286p)

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조(정의)

이 법에서 "교원"이란 「초·중등교육법」 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다.

노동조합 및 노동관계조정법 제5조(노동조합의조직·가입)

근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제1조(목적)

이 법은「국가공무원법」제66조 제1항 및「사립학교법」 제55조에도 불구하고「노동조합 및 노동관계조정법」제5조 단서에 따라 교원의 노동조합 설립에 관한 사항을 정하고 교원에 적용할 「노동조합 및 노동관계조정법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

제4조(노동조합의 설립)

① 교원은 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 "시·도"라 한다) 단위 또는 전국 단위로만 노동조합을 설립할 수 있다.

초·중등교육법 제19조(교직원의 구분)

① 학교에는 다음 각 호의 교원을 둔다.

1. 초등학교·중학교·고등학교·공민학교·고등공민학교·고등기술학교 및 특수학교에는 교장·교감·수석교사 및 교사를 둔다. 다만, 학생 수가 100명 이하인 학교나 학급 수가 5학급 이하인 학교 중 대통령령으로 정하는 규모 이하의 학교에는 교감을 두지 아니할 수 있다.

50 헌법헌팅 조문판례분석

286p

기출문제 맨 아래 부분의 지문을 다음과 같이 교체합니다.

청원경찰의 복무에 관하여 「국가공무원법」 제66조 제1항을 준용함으로써 노동운동을 금지하는 「청원경찰법」 제5조 제4항, 중 「국가공무원법」 제66조 제1항 가운데 '노동운동' 부분을 준용하는 부분은 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 근로3권을 침해한다. (O) 19지방7급

청원경찰의 복무에 관하여 「국가공무원법」 제66조 제1항을 준용함으로써 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 청원경찰법 조항은 청원경찰로 근무하는 사람들의 근로3권을 침해한다. (O) 출제예상

□ 사용자의 노동조합에 대한 운영비 원조를 부당노동행위로 보아 금지하는 노동조합법 조항 (287p)

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 (부당노동행위)

사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "부당노동행위"라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재역의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.

□ 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한한 구 '국가보위에 관한 특별조치법' 조항 (287p)

구 국가보위에 관한 특별조치법 제9조(단체교섭권등의규제)

- ① 비상사태하에서 근로자의 단체교섭권 또는 단체행동권의 행사는 미리 주무관청에 조정을 신청하여야 하며, 그 조정결정에 따라야 한다.

제11조(벌칙)

- ② 이 법 제5조에 규정된 국가동원에 관한 명령 및 조치에 위반한 자 및 이 법 제6조 제1항·제2항 및 제7조 내지 제9조의 조치 또는 규정에 위반한 자는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

□ 경과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여의 제한 (294p)

국민의료보험법 제41조 (급여의 제한)

- ① 보험자는 보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 또는 고의로 사고를 발생시켰을 때에는 당해 보험급여를 하지 아니한다.

□ 종부세 산정에 있어서 세대별 합산과세 (300p)

여기에서 '세대'라 함은 보통 현실적으로 주거 및 생계를 같이하는 사람의 집단을 의미한다. 종합부동산세법상으로는 주택 등의 소유자 및 그 배우자가 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족, 즉 소유자와 그 배우자의 직계 존비속(그 배우자를 포함한다) 및 형제자매와 함께 구성하는 1세대를 말한다(개정 종합부동산세법 제2조 제8호, 같은 법 시행령 제1조의 2 제1항, 제2항).

따라서 혼인한 부부나 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성된 1세대에 속하는 자는 이와 같이 혼인을 하였다거나 가족과 함께 세대를 구성하였다는 사유만으로 세대원

들이 소유한 주택 등의 공시가격이 세대원 중 주된 주택 등 소유자의 공시가격에 합산됨으로써 개인별로는 과세대상이 아니었다가 과세대상으로 되거나 합산 전의 경우보다 과세표준액이 증가되어 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받는데다가, 연대납부의무를 부담하기 때문에, 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 더 많은 조세를 부담하게 된다.

결국 이 사건 세대별 합산규정에 의하여 혼인한 부부 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 혼인과 가족생활을 특별히 더 보호하도록 한 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부가 문제된다 할 것이다.

□ 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법조항 (301p)

민법 제844조(남편의 친생자의 추정)

- ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다.
- ② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.
- ③ 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

제847조(친생부인의 소)

- ① 친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻)가 다른 일방 또는 자(子)를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다.

1. 사건의 개요

청구인은 2005. 4. 25. 유○술과 혼인하였다가 2011. 12. 19. 이혼에 합의하고 서울가정법원으로부터 협의이혼의사 확인을 받은 다음 2012. 2. 28. 관할 구청에 이혼신고를 하였다. 이후 청구인은 송○민과 동거하면서 2012. 10. 22. 딸을 출산하였다. 청구인은 2013. 5. 6. 관할 구청을 방문하여 송○윤이라는 이름으로 딸의 출생신고를 하려고 하였다. 그런데 담당 공무원으로부터 민법 제844조에 따라 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자녀는 전남편의 친생자로 가족관계등록부에 기재되므로 전남편의 성(姓)에 따라 유○윤으로 기재되며, 이를 해소하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여야 한다는 말을 듣고 출생신고를 보류하였다.

한편, 2013. 5. 8. 서울의대 법의학교실의 유전자검사 결과 송○윤은 송○민의 친생자로 확인되었고, 송○민은 송○윤을 자신의 친생자로 인지하려고 한다. 이에 청구인은 민법 제844조 및 제845조가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2013. 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 친생부인의 소의 의의

친생부인의 소(親生否認의 訴)란 민법상 혼인 중의 자녀의 추정을 받은 자녀에 대해 부 또는 모가 그 자(子)의 친생자 추정을 번복해서 부자관계(父子關係)를 부정하기 위해 제기하는 소를 말한다.

이 소에서는 남용에 의해 자녀에게 주는 피해를 막기 위해 엄격한 요건이 요구된다. 즉 이를 제기할 수 있는 사람은 부·모뿐이며(846조), 상대방은 자녀 혹은 부모 중 다른 일방이다(847조). 부·모가 친생부인의 소를 제기할 사유가 있음을 안 날부터 2년이 경과하거나(847조 1항), 자의 출생 후 자기의 자임을 승인한 때에는 이 부인권은 소멸한다(852조).

3. 친생자 개념과 친생부인의 소의 문제점

(1) 친생자의 개념

친생자란 법률상 혼인 중에 출생한 자이다. 아내가 혼인 중 임신한 자는 남편의 자로 추정하고(민법

52 헌법헌팅 조문판례분석

제844조 1항), 남편은 친생부인의 소에 의해서만 이 추정을 부인할 수 있다(제847~852조). 친생추정을 받는 경우 출생자의 지위는 매우 견고하여 그 출생자가 혼인 중 출생자가 아님을 주장하는 자는 원칙적으로 요건이 매우 엄격한 친생부인의 소에 의하여야 하고 친생자관계존재 확인의 소에 의하여 친생자관계의 부존재확인을 구하는 것은 부적법하다.

(2) 친생부인의 소의 문제점

친생부인의 소는 남편 또는 아내가 다른 일방 또는 자녀를 상대로 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기해야만 한다. 제소기간 제한이 있기 때문에 이 기간 내에 소를 제기하지 않으면 친생추정을 받는 자녀에 대해서는 친생자 관계를 부정할 수 없게 된다. 그 결과 반사적 효과로 설령 친생자가 아님이 명백하다 하더라도 친생자 관계는 그대로 확정된다.

4. 헌법재판소의 태도

오늘날 이혼 및 재혼이 크게 증가하였고, 여성의 재혼금지기간이 2005년 민법개정으로 삭제되었으며, 이혼숙려기간 및 조정전치주의가 도입됨에 따라 혼인 파탄으로부터 법률상 이혼까지의 시간간격이 크게 늘어나게 됨에 따라, 여성이 전남편 아닌 생부의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자를 출산할 가능성이 과거에 비하여 크게 증가하게 되었으며, 유전자검사 기술의 발달로 부자관계를 의학적으로 확인하는 것이 쉽게 되었다. 그런데 심판대상조항에 따르면, 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고, 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며, 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도, 그 자녀는 전남편의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 전남편의 친생자로 등록되고, 이는 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 번복될 수 있다.

그 결과 심판대상조항은 이혼한 모와 전남편이 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 되고, 자녀와 생부가 진실한 혈연관계를 회복하는 데 장애가 되고 있다. 이와 같이 민법 제정 이후의 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자가 출생하고 생부가 출생한 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 하는 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623).

5. 민법의 개정

(1) 개정이유

「민법」 제844조제2항 중 혼인관계종료의 날부터 300일 이내에 출생한 자는 혼인중에 포태(胞胎)한 것으로 추정하는 부분에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정(2013헌마623, 2015. 4. 30. 결정)의 취지를 반영하여 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀에 대하여 어머니와 어머니의 전(前) 남편은 친생부인의 허가 청구를, 생부(生父)는 인지의 허가 청구를 할 수 있도록 하여 친생부인(親生否認)의 소(訴)보다 간이한 방법으로 친생추정을 배제할 수 있도록 하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 친생부인의 허가 청구(제854조의2 신설)

1) 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정되나, 어머니 또는 어머니의 전 남편이 가정법원에 친생부인의 허가 청구를 할 수 있도록 하되, 자녀가 이미 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우는 제외함(제854조의2제1항).

2) 친생부인의 허가 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정하도록 함(제854조의2제2항).

3) 친생부인의 허가청구에 따라 가정법원의 허가를 받은 경우에는 친생추정의 효력을 배제함(제854조의2제3항).

나. 인지의 허가 청구(제855조의2 신설)

1) 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정되나, 생부가 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있도록 하되, 자녀가 이미 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우는 제외함(제855조의2제1항).

2) 인지의 허가 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정하도록 함(제855조의2제2항).

3) 인지의 허가 청구에 따라 인지 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」제57조제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 친생추정의 효력을 배제함(제855조의2제3항).

6. 최근 대법원 중요판례(친생자관계 부존재 확인의 소)

(1) 사건개요

A씨는 부인 B씨와 1985년 결혼했지만 무정자증으로 자녀가 생기지 않았다. 이에 부부는 다른 사람의 정자를 제공받아 시험관시술을 통해 1993년 첫째 아이를 낳은 뒤 두 사람의 친자식으로 출생신고를 했다. 이후 1997년 둘째 아이가 태어나자 이번에도 부부의 친자식으로 출생신고를 마쳤다. 2013년 가정불화로 아내와 이혼 소송을 하는 과정에서 둘째 아이가 혼외관계로 태어났다는 사실을 뒤늦게 알게 됐고, A씨는 두 자녀를 상대로 친자식이 아니라며 소송을 냈다.

(2) 대법원 판결의 요지 (대법원 2019. 10. 23 선고 2016므2510)

① 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 임신한 자녀를 출산한 경우 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정되는지?

아내가 혼인 중 남편의 동의에 따라 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우에도 친생추정 규정이 적용되어 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정된다. 남편의 동의는 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하는 주요한 근거가 되므로, 남편이 나중에 자신의 동의를 번복하고 친생부인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다.

② 혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 남편과 혈연관계가 없다는 점이 밝혀진 경우 친생추정이 미치지 않는지?

혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 유전자 검사 등을 통하여 남편과 혈연관계가 없다고 밝혀졌더라도 친생추정이 미친다. 혈연관계가 없다는 점을 친생추정이 미치지 않는 전제사실로 보는 것은 원고적격과 제소기간의 제한을 두고 있는 친생부인의 소의 존재를 무의미하게 만드는 것으로 민법 해석상 받아들이기 어렵다.

□ 상속회복청구권 (302p)

54 헌법헌팅 조문판례분석

민법 제999조 (상속회복청구권)

- ① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.
- ② 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다 (제999조).

개정 전 민법 제999조 (상속회복청구권)

- ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속이 개시된 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.

1. 의의

상속회복청구권이란 상속권이 진정하지 않은 상속인 즉 참칭상속인에 의해 침해되었을 때 일정한 기간 내에 그 회복을 청구할 수 있는 권리이다.

상속회복청구권에 대해서는 제척기간의 적용을 받게 하여 상속에 대한 다툼을 조기에 종식시키려는 데 그 취지가 있다.

2. 법적 성질

상속이 개시되면 피상속인의 권리·의무가 상속인에게 포괄적으로 승계되므로, 진정상속인은 상속을 침해한 자에 대하여 자신에게 소유권 등이 있음을 이유로 물권적 청구권 등을 행사하여 상속재산의 회복을 꾀할 수 있다. 그럼에도 불구하고 민법은 이와는 별도로 상속회복청구권을 인정하고 있다.

(1) 학설

① 독립권리설(포괄적 권리설)

상속회복청구권은 개개의 상속재산에 대한 청구권이 아니라 진정상속인의 상속자격 즉 상속권의 일반적 확정을 구하는 권리라고 보는 견해이다. 이에 의하면 상속회복청구권은 개별적 청구권과는 청구권경합의 관계에 있고 물권적 청구권 행사시 상속회복청구권에 대한 제척기간의 제한을 받지 않게 된다.

② 집합권리설

상속회복청구권은 단일·독립의 청구권이 아니라 상속재산을 구성하는 개개의 재산에 대한 개별적인 청구권의 집합에 불과하다고 하는 견해이다. 이 견해는 상속을 이유로 하여 상속재산의 반환을 청구하는 소는 그것이 포괄적으로 행하여지든 상속재산 중의 특정한 재산에 대하여 개별적으로 행하여지든 상속을 원인으로 행하여지면 상속회복청구권의 행사로 보며, 물권적 청구권과의 경합을 부정한다.

이 견해에 따르면 상속회복청구권의 제척기간이 경과 하면 따로 물권적 청구권 등을 행사할 수 있는 여지는 없게 된다.

(2) 판례

집합권리설의 입장이다.

□ 상속의 승인과 포기 (303p)

민법 제1026조(법정단순승인)

다음 각호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때

제1019조(승인, 포기의 기간)

- ① 상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간내에 알지 못하고 단순승인(제1026조제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다. [신설 2002.1.14]

민법은 한편으로 상속에 의한 권리·의무의 당연승계를 인정하면서(민법 제1005조), 다른 한편으로 이를 승인하거나 포기할 수 있도록 하고 있다(민법 제1019조 이하). 상속인에게 권리취득 또는 불이의 부담(채무가 적극재산보다 많은 경우)을 강요하지 않기 위해서이다. 이것이 상속의 승인·포기의 자유이다.

그런데 민법이 규정하는 승인에는 단순승인과 한정승인의 두 가지가 있다. 단순승인은 권리·의무 승계의 전면적 승인이고, 한정승인은 피상속인의 채무를 상속재산의 한도 내에서 변제하겠다는 유보하에 상속을 승인하는 것이다.

민법은 상속의 단순승인·한정승인·포기 가운데 단순승인을 원칙으로 한다. 포기·한정승인이 없으면 단순승인한 것으로 인정되기 때문이다(민법 1026조).

□ 친양자제도 (80p, 304P)

종래의 양자제도에 의하면 양자는 양부의 성을 따를 수 없고 또 양자라는 사실이 호적에 그대로 공시되었다. 그 때문에 입양 자체를 꺼리게 되고 입양을 하는 경우에도 양자를 친생자인 것처럼 출생신고하는 것이 보편화되었다.

이에 판례도 입양의 의사를 가지고 친생자 출생신고를 한 경우에 입양의 효력을 인정하고 있다. 이러한 상황에서 민법은 2005년 개정시에 양자와 양부모의 관계를 친생자와 같이 하여 양자의 복리를 달성하기 위하여 친양자제도를 도입하였다.(민법 제908조의 8. 이 제도는 2008. 1. 1.부터 시행되고 있다.)

친양자제도는 양자를 양친의 친생자와 같이 다루려는 것으로서 외국의 완전양자제도에 해당하는 것이다. 그리고 입양이 법원의 재판에 의하여 성립한다는 점에서 종래의 계약형 양자제도와 현저히 다른 특징을 보인다(선고형양자).

친양제제도가 도입됨에 따라 우리 민법상 양자제도는 보통양자와 친양자로 이분화되었다.

민법 제908조의2(친양자 입양의 요건 등)

- ① 친양자(親養子)를 입양하려는 사람은 다음 각 호의 요건을 갖추어 가정법원에 친양자 입양을 청구하여야 한다.
 - 1. 3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양할 것. 다만, 1년 이상 혼인 중인 부부의 한쪽이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 2. 친양자가 될 사람이 미성년자일 것
 - 3. 친양자가 될 사람의 친생부모가 친양자 입양에 동의할 것. 다만, 부모가 친권상실의 신고를 받거나 소재를 알 수 없거나 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 4. 친양자가 될 사람이 13세 이상인 경우에는 법정대리인의 동의를 받아 입양을 승낙할 것
 - 5. 친양자가 될 사람이 13세 미만인 경우에는 법정대리인이 그를 갈음하여 입양을 승낙할 것
- ② 가정법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항제3호·제4호에 따른 동의 또는 같은 항 제5호에 따른 승낙이 없어도 제1항의 청구를 인용할 수 있다. 이 경우 가정법원은 동의권자 또는 승낙권자를

56 헌법헌팅 조문판례분석

심문하여야 한다.

1. 법정대리인이 정당한 이유 없이 동의 또는 승낙을 거부하는 경우. 다만, 법정대리인이 친권자인 경우에는 제2호 또는 제3호의 사유가 있어야 한다.
 2. 친생부모가 자신에게 책임이 있는 사유로 3년 이상 자녀에 대한 부양의무를 이행하지 아니하고 면접교섭을 하지 아니한 경우
 3. 친생부모가 자녀를 학대 또는 유기하거나 그 밖에 자녀의 복리를 현저히 해친 경우
- ③ 가정법원은 친양자가 될 사람의 복리를 위하여 그 양육상황, 친양자 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 친양자 입양이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우에는 제1항의 청구를 기각할 수 있다.

제908조의3(친양자 입양의 효력)

- ① 친양자는 부부의 혼인중 출생자로 본다.
- ② 친양자의 입양 전의 친족관계는 제908조의2제1항의 청구에 의한 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다. 다만, 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 단독으로 입양한 경우에 있어서의 배우자 및 그 친족과 친생자간의 친족관계는 그러하지 아니하다.

308p

구 방송법(2006. 10. 27. 법률 제8060호로 개정되기 전의 것) 제100조(제재조치 등)

- ① 방송위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우에는 다음 각 호의 제재조치를 명할 수 있다. 제27조 제8호의 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다.
 1. 시청자에 대한 사과
 2. 해당 방송프로그램의 정정·중지
 3. 방송편성책임자 또는 해당 방송프로그램의 관계자에 대한 징계

310p

영화진흥법 제21조 (상영등급분류)

- ③ 제1항의 규정에 의한 영화의 상영등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 예고편·광고영화 등 본편 영화 상영전에 상영되는 모든 영화는 제1호에 해당하는 경우에 한하여 상영등급을 분류받을 수 있다.
 5. “제한상영가” : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화
- ⑦ 제1항의 규정에 의한 상영등급분류의 절차 및 방법, 제3항의 규정에 의한 상영등급분류의 구체적 기준 등에 관하여 필요한 사항은 영상물등급위원회의 규정으로 정한다.

313p

□ 상대설

본질적 내용과 범위는 기본권들마다 그리고 상황에 따라 유동적인 것으로 보고 본질적 내용침해인지 여부는 비례원칙 등의 적용(법익형량)으로 판단하고 해결해야 한다는 입장이다.

□ 상대설을 따른 헌재판례

사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

□ 군법무관의 전역후 변호사개업지 제한 (316P)

- 사건의 개요 -

이 사건 위헌심판의 제청신청인은 1983년 사법시험에 합격하고 1985.12.31. 사법연수원을 수료하여 변호사의 자격을 취득한 후, 군법무관으로 육군에 입대하여 1989.1.31. 병역의무를 마치고 전역하였다.

제청신청은 1989.2. 서울지방변호사회를 경유하여 대한변호사협회에 변호사자격등록신청과 개업신고를 하였으나, 대한변호사협회는 제청신청인이 그 개업신고전 2년이내에 서울지방법원의 관할구역 안에 소재하는 육군본부 법무감실에서 송무장교로 근무한 사실을 들어 1989.3.경 변호사법(이하 법이라 한다) 제10조 제2항에 의하여 그 등록 및 신고를 거부하였다.

변호사법 제10조 (개업신고 등)

② 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 자격이 있는 경찰공무원으로서 판사·검사·군법무관 또는 경찰공무원의 재직 기간이 통산하여 15년에 달하지 아니한 자는 변호사의 개업신고전 2년이내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역 안에서는 퇴직한 날로부터 3년간 개업할 수 없다. 다만, 정년으로 퇴직하거나 대법원장 또는 대법관이 퇴직하는 경우에는 그러하지 아니하다.

□ **처분적 법률의 문제 (318P)**

처분적 법률이란 일반적·추상적 사항을 규율하는 일반적 법률과는 달리, 사법·행정을 매개로 하지 아니하고 직접 구체적인 사건을 규율하거나 특정인에게만 적용되어 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률을 말한다.

- 처분
 - 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용(행정소송법 제2조)
- 행정행위
 - 행정청이 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생시키는 공법상의 단독행위
 - 구체적인가 추상적인가는 규율의 대상, 즉 사안에 관련된 징표
 - 개별적인가 일반적인가는 규율의 수범자에 관련된 징표

□ **자유위임 (324p)**

자유위임이란 국민의 대표는 그를 대표로 선출한 국민의 지시나 명령에 구속되지 아니한다는 것을 말한다.

국회의원은 전체 국민의 대표자로서 선거구민 등 누구의 지시나 명령에도 구속되지 않고 독자적으로 전체 국민의 이익을 위해 판단하고 행동한다. 자유위임은 대의제 원리의 핵심요소로서 원내의 자유로운 토론과 의사형성을 가능케 할 뿐만 아니라 정당의 당내민주주의를 구현하고 정당의 과두화를 막아 준다.

□ **노회찬의원 사건 (331p)**

58 헌법헌팅 조문판례분석

1. 대법원 사건개요 (대판 2011. 5. 13. 선고 2009도14442)

법원은 언론에 보도된 X파일의 녹취록과 언론보도를 토대로 보도자료를 만들어 국회에서 대정부질문이 있기 전 날에 기자들에게 제공하고 이를 자신의 홈페이지에 게시한 전 민주노동당 국회의원 노회찬 씨에게 형법 제307조 제2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄와 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호 위반을 이유로 징역 6월과 그 집행유예 2년 그리고 자격정지 1년형을 선고하였다.

2. 헌법재판소의 태도(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42)

(1) 사건의 개요

- ① 청구인은 전 국가안전기획부 직원들이 1997. 9. 경 당시 ○○그룹 회장 비서실장 이○수와 전 ○○일보 사장 홍○현의 대화를 도청한 녹취록 등 소위 ‘안기부X파일’을 불상의 방법으로 입수한 후, 국회의원으로 재직 중이던 2005. 8. 18. 국회의원회관에서 그 내용을 포함한 보도자료를 기자들에게 배포하고, 청구인의 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지득한, 공개되지 아니한 타인간의 대화의 내용을 공개하였다는 범죄사실 등으로 기소되었다.
- ② 청구인은 위 공소사실로 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청(2007초기6177)을 하였으나, 위 법원이 2009. 2. 9. 당해 사건에 관하여 청구인에게 유죄판결(2007고단2378)을 선고하면서 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 2009. 3. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판의 대상

통신비밀보호법 제16조(벌칙)

- ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다.
 1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자
 2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

(3) 결정요지

- 1) 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자를 처벌하는 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호 중 ‘대화의 내용’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 대화의 내용을 공개한 자의 표현의 자유를 침해하지 여부(소극)

이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있는 이상, 이 사건 법률조항에 형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니하였다는 점만으로 기본권 제한의 비례성을 상실하였다고는 볼 수 없다.

- 2) 이 사건 법률조항이 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

대화내용을 위법하게 취득한 행위 못지않게 위법하게 취득된 대화내용을 전파하는 행위도 그 수단 및 시기, 공개대상의 범위 등에 따라서 대화의 비밀을 침해하는 정도가 상당할 수 있기 때문에 이 사건 법률조항이 타인간의 대화내용을 위법하게 취득한 자와 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 공개·누설한 자를 동일한 법정형으로 규정하였다고 하더라도, 그리고 벌금형을 선택적으로 규정하지 않았다고 하더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중

한 형벌이라고는 보기 어렵다.

3) 이 사건 법률조항이 **평등원칙에 위배되는지 여부(소극)**

이 사건 법률조항은 사람의 명예가 훼손되었는지 여부와는 무관하게 사적 대화의 비밀 그 자체를 보호함으로써 사생활의 비밀을 보호하는 데 본질이 있다 할 것이므로 형법상 명예훼손행위와 이 사건 법률조항이 금지하는 대화내용의 공개 행위 사이에 비교대상으로 삼을 만한 본질적인 동일성이 있다고 보기 어렵고, 가사 위 두 죄를 비교대상으로 삼을 수 있다고 하더라도, 이 사건 법률조항에 의해 처벌되는 행위는 사적인 공간에서 당사자 쌍방이 소통하는 사적인 대화의 비밀을 침해하여 위법하게 취득된 대화내용을 공개한다는 점에서 형법상의 명예훼손죄에 비하여 처벌필요성의 정도가 다르다고 볼 수 있으므로 합리적 이유 없는 차별이라 볼 수 없다.

□ **공소기각의 판결 (332p)**

형사소송법 제327조(공소기각의 판결)

다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

1. 피고인에 대하여 재판권이 없는 때
2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때
3. 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때
4. 제329조의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때
5. 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때
6. 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때

□ **국회선진화법에 대한 권한쟁의심판 354p**

국회법 제85조(심사기간)

① 의장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 제1호 또는 제2호에 해당할 때에는 의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 해당 호와 관련된 안건에 대해서만 심사기간을 지정할 수 있다.

1. 천재지변의 경우
2. 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우
3. 의장이 각 교섭단체 대표의원과 **합의**하는 경우

② 제1항의 경우 위원회가 이유 없이 지정된 심사기간 내에 심사를 마치지 아니하였을 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.

□ **국회 소위원회 회의의 비공개 요건을 규정한 국회법 제57조 제5항 단서의 위헌 여부 (357p)**

헌법 제50조

① 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다.

국회법 제57조(소위원회)

⑤ 소위원회의 회의는 공개한다. 다만, 소위원회의 의결로 공개하지 아니할 수 있다.

□ **예산의 법적 성질 (367p)**

60 헌법헌팅 조문판례분석

1. 예산이란 1회계연도에 있어서 국가의 재정행위의 준칙이며 세입예산과 세출예산으로 구성된다. 국가의 세입과 세출을 의회의 통제 하에 두는 것은 근대국가의 일반적 원칙이다.
2. 예산을 법률의 형식으로 하느냐 또는 법률과 별개의 형식으로 하느냐는 국가에 따라 다르다. 영국·독일·프랑스·미국 등은 예산과 법률의 형식을 구별하지 않고 예산도 법률의 형식을 취하고 있다(예산법률주의).
이와 달리 우리나라와 일본 등은 예산을 법률과 구별하고 있다.
3. 예산의 법적 성질에 관하여 논의가 있다. 예산은 법률과 다른 형식을 취하고 있지만, 국가의 재정행위에 구속력을 미친다는 점에서 법규범의 일종으로 보는 것이 일반적 견해이다.

□ 수평적 조세정의와 수직적 조세정의 (376p)

담세능력에 따른 과세원칙은 동일한 소득은 원칙적으로 동일하게 과세되고(수평적 조세정의), 소득이 다른 사람들 간에는 공평한 조세의 부과(수직적 조세정의)를 요청한다.

1. 수평적 조세정의

수평적 조세정의는 동일한 소득에 대한 동일한 과세를 요구하므로 자녀 또는 부모에 대한 필요적 부양경비는 담세능력 판단에 고려되어야 한다. 그렇다고 부양에 요구되는 일체의 비용을 필요적 소득 공제로 요구할 수는 없다. 어느 정도의 소득공제가 적절한 것인가에 관한 판단은 입법자에게 맡겨져 있다.

2. 수직적 조세정의

수직적 조세정의는 담세능력이 큰 자는 담세능력이 작은 자에 비하여 더 많은 세금을 낼 것과, 최저생계를 위하여 필요한 경비는 과세로부터 제외되어야 한다는 최저생계를 위한 공제를 요청한다. 그러나 수직적 조세정의가 소득이 많은 자에게 반드시 누진세율을 적용할 것을 요청할 수 있는 것은 아니다.

□ 이혼시 재산분할 청구권 (377p)

1. 의의

이혼한 부부의 일방은 혼인 중 부부가 협력하여 이루어 놓은 재산(공유재산)을 나누어 갖자고 법원에 청구할 수 있으며, 이러한 재산분할 청구권은 협의상 및 재판상 이혼 시와 혼인 취소시, 사실상 혼인 해소 시에도 모두 인정되고 있다.

2. 취지

재산분할 청구권은 부부가 이혼하여 생활공동체를 해산하고 재산관계를 청산하는 경우 혼인 중에 취득한 재산이 일방의 명의로 되어있으면 혼인생활에 협력한 타방의 기여도(처의 가사노동)를 반영하여 공유재산을 실질적으로 청산하려는 것이다.

또한, 이혼 후에 생활 능력있는 쪽이 없는 쪽을 부양하도록 하는 것이 공평할 뿐만 아니라 경제적 약자인 일방이 이혼 후의 경제생활의 어려움으로 인하여 강자인 상대방의 학대 등 부당한 대우를 받도록 용인하는 것은 혼인생활의 실질과 남녀평등원칙에도 반하므로, 이혼 시 부부가 협력하여 이루어

놓은 재산을 분할함으로써 양성의 평등을 기하고자 하는 제도이다.

혼인의 기간, 혼인 중 생활정도, 유책성, 현재의 재산정도(자산, 수입, 직업), 장래전망(연령, 취업가능성, 건강상태, 재혼가능성, 자활능력 등), 자녀의 부양관계 등을 고려하게 된다.

□ 이 사건 법률조항의 입법목적 (377p)

증여세제에 있어서 증여계약의 합의해제가 이루어졌던 실태를 살펴보면, 종래 증여세의 자진신고율이 매우 낮은 상황에서 증여 후 과세관청의 조사가 있게 되면 부과처분 전에 합의해제를 하여 증여재산을 반환받는 방법으로 조세회피, 즉 증여 당사자간의 담합을 통한 조세회피를 하는 경우가 적지 않았고, 과세관청 역시 모든 증여사실을 포착, 부과처분을 한다는 것이 현실적으로 어려웠다. 또한 증여의 경우 탈세의 시도가 좌절된 때 증여세 부과를 모면하기 위하여, 혹은 보다 유리한 증여시기를 포착하기 위하여 탈세 또는 탈세로 이어질 가능성이 높은 편법적 절세를 위한 합의해제가 많은 비중을 차지하고 있고, 이로 인하여 부과처분 이후, 심지어 행정소송에서 패소한 후에도 당사자간의 담합에 의한 합의해제로 부과처분을 무력화시킬 수 있게 됨으로써 과세행정의 비능률과 낭비가 초래되는 것은 물론 공평과세의 원칙이 훼손되고 있었던 것이 사실이며, 이러한 이유에서 증여계약의 합의해제라는 사법적 법률행위의 효력을 조세법상 일정한 기준하에 제한할 필요성이 인정되었던 것이다.

□ 조세와 준조세 (378p)

1. 조세

조세라 함은 국가나 지방자치단체등 공권력의 주체가 재원조달의 목적으로 과세권을 발동하여 반대급부없이 일반국민으로부터 강제적으로 부과·징수하는 과징금을 말한다.

2. 구별개념

조세는 아니지만 조세에 준하여 법률로 엄격하게 규율되는 것이 있다.

(1) 부담금

부담금이란 일반적으로 특정한 공익사업에 이해관계를 가지는 자가 그 경비의 전부 또는 일부를 국가나 공공단체에 부담하여야 하는 공법상의 금전납부의무를 말한다.

(2) 수수료

수수료는 국가나 공공단체가 사인을 위하여 행하는 공적 역무에 대한 반대급부로 징수하는 요금이다.

(3) 사용료

사용료는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대한 요금이다.

(4) 특별부담금

1) 의의

특별부담금이란 특별한 과제수행을 위해 특정 집단에게 부과된 반대급부의 성질을 지니지 않는 공법상 금전납부의무를 말한다. 특별부담금은 조세나 같은 전통적인 공과금체계만으로는 현대국가의 새로운 행정수요에 원활하게 대처할 수 없기 때문에 허용된 새로운 유형의 공과금이다.

62 헌법헌팅 조문판례분석

2) 구별개념

① 조세와의 구별

특별부담금은 반대급부의 성격을 지니지 않는 점에서 조세와 유사하나, 특별한 과제수행을 위해 특별과제와 근접성을 지닌 인적 집단에 부과된다는 점에서 일반적 재정수요의 충당을 위해서 담세능력에 따라 징수되는 조세와 구별된다.

② 부담금과의 구별

부담금이란 특정의 공익사업과 이해관계에 있는 자에 대하여 그 사업에 필요한 경비를 부담시키기 위하여 과해지는 공법상 부담의무를 말하는데(수익자 부담금, 원인자 부담금), 특별부담금은 통상의 부담금과 달리 반대급부가 반드시 주어지지 않는다는 데 특색이 있다.

3) 종류

① 재정충당목적부담금

재정조달 및 충당을 목적으로 하는 것으로 공영방송사업의 재정충당을 위해, 학교시설 확보를 위해, 관광진흥기금 확보 등을 위한 부담금이 이에 해당한다.

헌법재판소는 텔레비전방송 등의 특정 공익사업의 재정충당을 위한 TV수신료, 학교시설의 확보를 위한 학교용지부담금 등을 재정충당목적 부담금으로 보고 있다.

② 정책실현목적부담금

국가의 특정한 목적을 달성할 수 있도록 유도하기 위한 것으로, 수입 먹는 샘물을 억제하고 수질개선을 위해, 폐기물을 억제하고 자원낭비를 막기 위해 부과되는 부담금 등이 있다.

헌법재판소는 개발제한구역의 훼손을 억제하는 개발제한구역훼손부담금, 수도권외곽의 과밀해소 및 지역균형발전을 위한 과밀부담금 등을 정책실현부담금으로 보고 있다.

4) 허용 요건

재정조달목적 부담금은 주된 목적이 재정충당에 있어 조세와의 유사성이 크고 이에 따라 조세회피 수단으로 남용될 위험이 있다. 조세 중심으로 재정을 조달한다는 헌법상의 기본적 재정질서가 교란될 위험이 있고, 국민들 사이에 공과금 부담의 형평성을 훼손할 수 있으므로 특별부담금에 대한 엄격한 요건 설정의 요청은 이 부담금에 집중된다.

이에 반해 사회경제적 정책을 실현하기 위해 공과금 부과 등 간접적인 수단을 활용하는 것은 현대행정의 복잡성과 효율성을 고려할 때 그 필요성이 널리 인정될 수 있으므로 허용요건은 상대적으로 완화될 수 있다.

① 재정조달목적 부담금의 경우

첫째, 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 어떤 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자의 자유로운 입법형성권을 허용하여서는 안된다. 즉, 국가 등의 일반적 재정수입에 포함시켜 일반적 과제를 수행하는 데 사용할 목적이라면 반드시 조세의 형식으로 해야하지, 거기에 부담금의 형식을 남용해서는 안된다.

둘째, 납부의무자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 '특별히 밀접한 관련성'을 가져야 한다.

셋째, 특별부담금이 장기적으로 유지되는 경우에는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사되어야 한다.

② 정책실현목적 부담금의 경우

정책실현목적 부담금의 경우, 부담금의 부과가 정당한 사회적·경제적 정책목적을 실현하는 데 적절한 수단일 것이 요구된다. 이로써 공과금 부담의 형평성은 충족되기 때문이다.

397p

국회법 제130조(탄핵소추의 발의)

- ① 탄핵소추가 발의되었을 때에는 의장은 발의된 후 처음 개회하는 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다.

417p

□ 포괄위임(입법)금지 원칙(김하열 867p)

입법위임이 허용되는 경우라 하더라도 포괄위임은 허용되지 않는다. 헌법 제75조는 “구체적으로 범위를 정하여 위임”이라고 규정함으로써 포괄위임금지의 정신을 표현하고 있다.

입법사항이 포괄적으로 행정권에게 위임되면 국회 입법권이 공동화될 우려가 있고 이는 민주주의와 권력분립에 반하게 되므로 위임의 특정성·구체성을 요구함으로써 이를 제어하는 것이 필요하다. 그러한 제어는 법치주의적 명확성원칙을 통해 달성된다. 따라서 포괄위임금지원칙은 명확성원칙이 위임입법 분야에서 발현된 것이기도 하다.

그러므로 포괄위임금지원칙이란 법률에서 입법사항을 위임할 경우 위임입법에 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적이고 명확하게 규정함으로써, 위임될 내용의 대강을 당해 법률 자체로부터 예측할 수 있어야 한다는 것으로 정리할 수 있다.

헌법재판소에 따르면 포괄위임입법금지의 원칙은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이다. 법률의 명확성원칙은 ‘법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 것을 의미한다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82).

418p

구 공직선거법 제60조 (선거운동을 할 수 없는 자)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.
- 5. 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자(제4호 내지 제6호의 경우에는 그 상근직원을 포함한다)

구 공직선거법 제53조 (공무원 등의 입후보)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다.
- 8. 대통령령으로 정하는 언론인

437p

□ 공소시효

64 헌법헌팅 조문판례분석

1. 공소시효의 의의

공소시효란 범죄행위가 종료한 후 검사가 일정 기간 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 소추권을 소멸시키는 제도를 말한다.

2. 형의 시효와 구별

	공소시효	형의 시효
작용시점	확정판결 전의 형사시효	확정판결 후의 형사시효
시효완성의 효과	공소권 소멸 → 면소판결	확정된 형벌권 소멸 → 형집행면제
법적 근거	형사소송법 제249조	형법 제77조 ~ 80조

3. 공소시효의 배제

2015년 7월에 국회 본회의에서 살인죄에 한해 공소시효를 폐지하는 내용의 형사소송법 개정안(일명 '태완이법')을 통과시켜 살인죄 공소시효가 폐지됐다(형사소송법 제253조의2). 이 규정은 이 법 시행 전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 적용한다(부칙 제2조).

4. 공소시효의 정지

(1) 의의

공소시효의 정지란 일정한 사유로 인하여 공소시효의 진행이 정지되고, 그 정지사유가 소멸한 때로부터 나머지 시효기간이 진행되는 제도를 말한다.

(2) 대통령의 불소추특권과 공소시효의 정지

대통령이 범한 범죄에 대해서는 대통령의 재직기간 동안에는 내란·외환의 죄를 범한 경우를 제외하고 공소시효의 진행이 정지된다.

443p

□ 청구인의 주장

정부조직법 제14조 제1항에서 “국가안전보장에 관련되는……및 범죄수사에 관한 사무를 담당하게 하기 위하여 대통령 소속하에 국가안전기획부”를 두도록 하고 있고, 이에 의거한 국가안전기획부법 제4조와 제6조에서 국가안전기획부가 국무총리 통할권에서 벗어나도록 규정하고 있는바 이러한 법률의 조항들은 위헌의 행정기구의 조직을 규정하는 것으로서 헌법 제86조 제2항과 제94조에 위반된다.

□ 감사원의 지방자치단체에 대한 자치사무 감사 (463p)

→ 포괄적 감사권, 합법성+합목적성 감사 가능

□ 중앙행정기관의 지방자치단체에 대한 자치사무 감사

→ 제한적 감사권, 위법성 감사만 가능

□ 형종 상항의 금지 (474p)

형사소송법 제457조의2(형종 상항의 금지 등)

- ① 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.
- ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다.

구 형사소송법 제457조의2(불이익변경의 금지)

피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

1. 2017. 12. 19. 개정된 형사소송법은 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 불이익변경금지의 원칙을 폐지하고, “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.”는 형종상항금지의 원칙으로 대체하였다. 정식재판청구의 남용을 방지하기 위한 것이다.

피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다(형사소송법 제457조의2 제2항).

2. 피고인만이 정식재판을 청구하여 유죄판결이 선고될 경우, 개정 전에는 약식명령과 같거나 가벼운 벌금형만 선고될 수 있었으나, 형사소송법의 개정으로 인하여 2017. 12. 19. 이후부터는 약식명령보다 무거운 벌금형도 선고될 수 있으므로, 피고인이 약식명령에 불복하려면 한번 더 고민해야 할 것이다.

다만, 불이익변경금지가 형벌종류의 상항 금지로 변경되었으므로 벌금형의 액수가 늘어날 수 있을 뿐, 징역형이나 금고형이 될 수는 없다.

□ 재판의 의의 및 본질 (479p)

재판이란 구체적 다툼을 해결하기 위한 법원의 분쟁해결과정을 말한다. 즉 구체적 사건에서 사실을 확정하고 법률을 해석하여 적용하는 일련의 과정이다.

재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다(재 1992. 6. 26. 90헌바25)

□ 법률심 (482p)

1. 사실심과 법률심

어떤 사건에 대한 재판을 위해서는 그 사건과 당사자 간의 사실관계, 그 사건과 관계된 법률의 규정 등을 검토한 뒤 판결을 내리는데 사실과 법률의 두가지 측면을 다 고려한 판결을 사실심이라고 한다.

반면에 법률심이란 재판의 한 종류로, 사실관계에 대해서는 심리 및 판결하지 않고 이전 재판에서 법리해석이 제대로 된 것인지의 여부에 대해서만 심리 및 판결하는 재판을 말한다. 1심과 2심은 주로 사실심이 되고 3심(상고심)은 주로 법률심이 된다.

66 헌법헌팅 조문판례분석

2. 법률 조항

민사소송법 제423조(상고이유)

상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있다.

제432조(사실심의 전권)

원심판결이 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다.

3. 형사소송의 경우

형사소송법 제383조(상고이유)

다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다.

1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때
2. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
3. 재심청구의 사유가 있는 때
4. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

(1) 원칙적 법률심

상고심은 원칙적으로 하급심이 인정한 사실관계를 고정해 놓고 원심판결의 법률문제만을 판단하는 법률심이다. 따라서 상고이유 가운데 법령위반(형사소송법 제383조 제1호)은 상고법원의 가장 중요한 판단대상이 된다.

(2) 예외적 사실심

현행법은 피고인 구제를 위하여 사실오인과 양형부담을 상고이유로 하고(형사소송법 제383조 제4호), 상고심에서도 파기자판을 허용함으로써(형사소송법 제396조) 예외적으로 상고심에 사실심적 성격을 인정하고 있다.

□ 2002헌바93사건 (496p)

1. 사건의 개요

(1) 청구인은 2001. 7. 4. 실시된 ○○군산림조합의 조합장으로 당선된 자인바, 누구든지 자기 또는 특정인을 산림조합의 임원으로 당선되거나 당선되도록 할 목적으로 선거인에게 금전을 제공하여서는 아니됨에도 불구하고, 2001. 6. 24. 오후경 경북 울진군 죽변면 소재 위 조합의 대의원인 청구의 남○문의 집에서 “앞으로 조합장 선거에 나오면 잘 부탁한다”라고 하면서 남○문에게 현금 200만원을 제공한 것을 비롯하여 같은 해 5. 20.부터 같은 해 6. 30.까지 선거권 있는 대의원 4명에게 5회에 걸쳐 합계 금 6,000,000원을 제공하였다는 이유로 2001. 12. 26. 대구지방법원 영덕지원(2001고단350)에서 산림조합법위반으로 벌금 7,000,000원을 선고받았다.

(2) 청구인은 위 판결에 불복하여 대구지방법원에 항소(2002노170)하면서 그 소송 계속중 위 처벌의 근거가 된 산림조합법 제40조, 제132조 및 당선무효에 관하여 규정한 같은 법 제133조에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청(2002초기646)을 하였으나, 같은 법원은 2002. 9. 18. 위 항소 및 제청신청을 각 기각하자 대법원에 상고(2002도5378)하면서 2002. 10. 31. 산림조합법 제133조의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(청구인은 2002. 11. 18. 위헌제청신청 기각결정문을 송달 받았다).

2. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 산림조합법 제133조가 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 규정 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

산림조합법 제133조 (당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)

조합 또는 중앙회의 임원선거의 당선인이 당해 선거에 있어서 제132조에 규정된 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.

제132조 (벌칙)

- ① 제7조 제2항의 규정에 위반하거나 또는 제40조 제1항 각호의 1(제122조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 해당하는 행위를 한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 제40조 제2항 내지 제4항(제122조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

제40조 (선거운동의 제한)

- ① 누구든지 자기 또는 특정인을 조합의 임원 또는 대의원으로 당선되거나 당선되도록 또는 당선되지 아니하도록 할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 수 없다.
 1. 선거인에게 금전·물품·향응 기타 재산상의 이익이나 공사의 직을 제공, 제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위
 2. 후보자가 되지 아니하도록 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되고자 하는 자나 후보자에게 제1호에 규정된 행위를 하는 행위
 3. 제1호 또는 제2호에 규정된 이익이나 직을 제공받거나 그 제공의 의사표시를 승낙하는 행위
- ② 임원 또는 대의원이 되고자 하는 자는 선거운동을 위하여 선거일공고일부터 선거일까지 선거인을 호별로 방문하거나 특정장소에 모이게 할 수 없다.
- ③ 누구든지 조합의 임원 또는 대의원선거와 관련하여 연설·벽보 기타의 방법으로 허위의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방할 수 없다.
- ④ 누구든지 임원선거와 관련하여 정관이 정하는 선전벽보의 부착, 선거공보·소형인쇄물의 배부 및 합동연설회 또는 공개토론회의 개최의 행위를 할 수 없다.

3. 판단

헌법재판소법 제68조 제2항에 규정된 헌법소원심판은 그 본질이 위헌법률심판과 다를 바 없으므로, 그 적법요건으로서 '재판의 전제성'의 요건을 갖추지 아니하면 구체적 규범통제로서의 심판이익을 상실하여 부적법하게 되고, 여기서 '재판의 전제성'이란 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 하고, 둘째, 위헌여부가 문제되는 법률이 당해소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.

그런데, 이 사건 법률조항은 당해소송사건의 재판에 적용되는 것도 아니고, 위 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지도 아니한다.

왜냐하면 위 법률조항은 당해소송사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 당해소송사건의 결론이나 주문에 의해 비로소 그 적용 여부가 결정되는 것이고, 재판의 내용과 효력을 형성함에 관련된 것이 아니라 별도의 구성요건(당선인이 당해 선거에 있어서 산림조합법 제132조에 규정된 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때라는)에 의해서 형성되는 법률적 효과를 규정한 것이기 때문이다.

68 헌법헌팅 조문판례분석

그렇다면 이 사건 헌법소원 심판청구는 재판의 전제성을 결여한 것으로서 부적법하다.

□ 재심제도 (497p)

재심이란 유죄의 확정판결에 중대한 사실오인의 오류가 있는 경우에 판결을 받은 자의 이익을 위하여 확정판결을 시정하는 비상구제절차이다.

재심은 ① 확정판결에 대한 비상구제절차라는 점에서 미확정재판에 대한 불복신청제도인 상소와 구별되고, ② 사실오인을 시정하기 위한 구제절차라는 점에서 비상구제절차이기는 하지만 확정판결의 법령위반을 시정하기 위한 구제절차인 비상상고와 구별된다.

재심은 유죄의 확정판결을 받은 자의 이익을 위한 제도이므로 무죄선고 등을 받은 자가 유죄선고를 받기 위해서는 허용되지 않는다.

형사소송법 제420조(재심이유)

재심은 다음 각호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때
2. 원판결의 증거된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때
3. 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
4. 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
5. 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때
6. 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의심결 또는 무효의판결이 확정된 때
7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때 단, 원판결의 선고전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다.

497p 맨 아래

□ 재심절차의 2단계 구조

재심절차는 ‘재심개시절차’와 ‘재심심판절차’라는 2단계의 구조를 취하고 있다.

- 1) 재심개시절차는 재심사유의 유무를 심사하여 다시 공판절차에서 심판할 것인가를 판단하는 과정의 사전절차를 말한다. 재심개시절차에서는 형사소송법에서 규정하고 있는 재심사유가 있는지 여부를 판단하고, 나아가 재심사유가 재심대상판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실체적 사유는 고려하여서는 아니된다.
- 2) 재심심판절차는 재심사유가 있는 것으로 판단하여 재심개시결정이 된 후에 다시 통상의 공판절차에서 심판을 하는 절차를 말한다. 재심심판절차는 다시 심판이 진행되어 해당 심급의 공판절차와 기본적으로 동일하므로 재심절차의 핵심은 재심개시절차에 있다.

□ 2010헌바98

당해사건이 재심사건인 경우 재판의 전제성이 인정되기 위해서는, ‘재심의 청구에 대한 심판’에 적용되는 법률조항이거나, 재심의 사유가 있는 경우에 ‘본안사건에 대한 재심심판’에 적용되는 법률조항이

어야 한다.

당해사건이 재심사건인 경우, 심판대상조항이 ‘재심청구 자체의 적법 여부에 대한 재판’에 적용되는 법률조항이 아니라 ‘본안 사건에 대한 재판’에 적용될 법률조항이라면 ‘재심청구가 적법하고, 재심의 사유가 인정되는 경우’에 한하여 재판의 전제성이 인정될 수 있다.

당해사건의 재심청구가 부적법하거나 재심사유가 인정되지 않으면 본안판단에 나아갈 수 없고, 그 경우 심판대상조항은 본안재판에 적용될 여지가 없으므로 그 위헌여부가 당해사건 재판의 주문을 달라지게 하거나 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 하는 데 아무런 영향을 미치지 못하기 때문이다.

헌법재판소는 “당해 재심사건에서 아직 재심개시결정이 확정된 바 없는 이 사건의 경우 위헌법률심판제정이 적법하기 위해서는 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 “본안사건에 대한 심판”에 앞서 “재심의 청구에 대한 심판”의 전제가 되어야 하는데, “재심의 청구에 대한 심판”은 원판결에 형사소송법 제420조, 헌법재판소법 제47조 제3항 등이 정한 재심사유가 있는지 여부만을 우선 결정하는 재판이어서, 원판결에 적용된 법률조항일 뿐 “재심의 청구에 대한 심판”에 적용되는 법률조항이라고 할 수 없는 이 사건 법률조항에 대해서는 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.”고 판시하였다(헌재 2011. 2. 24. 2010헌바98).

이와같이 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항을 재심의 개시여부를 결정하는 재판에서 재판의 전제성을 인정하지 않는 주된 이유는, 재심 대상사건의 재판절차에서 처벌조항의 위헌성을 다룰 수 있었던 피고인이 이를 다투지 않고 유죄판결이 확정된 뒤에야 비로소 형사소송법에 정한 재심사유가 없는데도 처벌조항의 위헌성을 들어 재심을 통하여 확정된 유죄판결을 다투는 것을 재판의 전제성이 없다고 차단함으로써 형사재판절차의 법적 안정성을 추구하자는 데 있다.

그러나 만약 피고인이 재심대상사건의 재판절차에서 그 처벌조항의 위헌성을 다룰 수 없는 규범적 장애가 있는 특수한 상황이었다면, 그에게 그 재판절차에서 처벌의 근거 조항에 대한 위헌 여부를 다투라고 요구하는 것은 규범상 불가능한 것을 요구하는 노릇이므로 이러한 경우에는 예외적으로 유죄판결이 확정된 후에라도 재판의 전제성을 인정하여 위헌성을 다룰 수 있는 길을 열어줄 필요가 있다.

이러한 취지에서 헌법재판소는 “유신헌법에도 위헌법률심판제도(제105조, 제109조 제1항)를 두고 있었으나, 유신헌법 제53조 제4항은 “긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”라고 규정함으로써 긴급조치의 위헌 여부에 대한 판단을 원천적으로 봉쇄하였고, 대법원도 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 판시하면서 긴급조치에 대한 위헌법률심판제청신청을 기각하여 왔으며, 유신헌법에서는 규범통제형 헌법소원제도(헌법재판소법 제68조 제2항)를 인정하지 않았다. 이와 같이 유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재심 대상사건 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었으므로, 그 재심청구에 대한 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 비로소 다룰 수밖에 없으므로 이와 같은 경우에는 일반 형사재판에 대한 재심사건과는 달리 긴급조치 위반에 대한 재심사건에서는 예외적으로 형사재판 재심절차의 이원적 구조를 완화하여 재심 개시 여부에 관한 재판과 본안에 관한 재판 전체를 당해 사건으로 보아 재판의 전제성을 인정함이 타당하다(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132)”라고 하여 재판의 전제성을 인정하고 본안에 관한 재심판단으로 나아갔다.

□ 구 변호사법 제34조 제2항 등 위헌소원 (497p 맨 아래)

70 헌법헌팅 조문판례분석

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 의정부지방변호사회 소속 변호사로서, 2005. 3. 10. 의정부지방법원에서 아래와 같은 내용의 변호사법위반죄로 벌금 3천만 원을 선고받고 그 무렵 위 판결이 확정되었다(의정부지방법원 2005노157).

“청구인은 1998. 11.경 정○기로부터 국유지인 의정부시 장암동 잡종지 3,306㎡에 대한 소유권보존 등기말소청구소송 사건을 알선 받아 2000. 11. 10. 대법원에서 승소 확정판결을 받은 후 정○기에게 알선료 명목으로 43,486,000원을 제공한 것을 비롯해 비슷한 방법으로 총 6회에 걸쳐 정○기로부터 국유지 소유권보존등기말소소송을 알선 받고 알선료 명목으로 금품을 제공하거나 약속하고, 청구인의 변호사 사무실 직원인 소○훈과 공모하여, 집단 손해배상청구소송과 관련하여 진○영에게 소송위임장을 받아오는 대가로 금품을 약속함으로써 법률사건의 수입에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품을 제공하거나 제공하기로 약속하였다.”

(2) 청구인은 2009. 2. 4. 위와 같이 확정된 판결에 형사소송법 제420조 제2호, 제5호의 재심사유가 있음을 이유로 재심을 청구하였다. 청구인은 재심 계속중 유죄확정판결의 근거법률조항인 [구 변호사법 제109조 제2호 및 구 변호사법 제34조 제2항, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다]에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 기각되자 2010. 2. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 법률조항은 구 변호사법 제109조 제2호 및 구 변호사법 제34조 제2항의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 변호사법 제109조(벌칙)

다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천 만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

2. 제33조 또는 제34조의 규정에 위반한 자

구 변호사법 제34조(변호사 아닌 자와의 동업금지 등)

② 변호사 또는 그 사무직원은 법률사건 또는 법률사무의 수입에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 기타 이익을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니 된다.

[관련조항]

변호사법(2000. 1. 28. 법률 제6207호) 부칙 제1조

이 법은 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행한다.

제4조

이 법 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.

2. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 2000. 1. 28. 법률 제6107호로 개정된 변호사법의 시행일인 2000. 7. 29. 이전에 법률사무의 수입에 관하여 소개 등이 이루어지고 시행일 이후 대가가 제공된 경우에도 적용될 수 있는지, 그리고 개인소송의 알선뿐 아니라 집단소송의 경우에도 적용될 수 있는지 여부에 관하여 명확하게 규정하지 않아 명확성의 원칙에 반한다.

또한 이 사건 법률조항이 위 변호사법의 시행일 이전에 법률사건의 수입약정이 이루어지고 그 수입

약정의 이행으로 시행일 이후 대가가 지급된 경우에도 처벌하는 것이라면 형벌불소급의 원칙에 반한다.

3. 판 단

당해 사건은 유죄의 확정판결에 대한 재심청구사건이다. 재심의 청구를 받은 법원은 재심의 심판에 들어가기 전에 먼저 재심의 청구가 이유 있는지 여부를 가려 형사소송법 제434조에 의하여 이를 기각하거나, 같은 법 제435조에 의하여 재심개시의 결정을 하여야 한다.

그리고 재심개시의 결정이 확정된 뒤에 비로소 법원은 같은 법 제438조에 의하여 재심대상인 사건에 대하여 그 심급에 따라 다시 심판을 하게 된다. 즉 형사소송법은 재심의 절차를 '재심의 청구에 대한 심판'과 '본안사건에 대한 심판'이라는 두 단계 절차로 구별하고 있다.

따라서 당해 재심사건에서 재심개시결정이 확정된 바 없는 이 사건 심판청구가 적법하기 위해서는, 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 '본안사건에 대한 심판'에 앞서 '재심의 청구에 대한 심판'의 전제가 되어야 한다(헌재 1993. 11. 25. 92헌바39, 판례집 5-2, 410, 415-416; 헌재 2010. 11. 25. 2010헌가22, 공보 170, 2023, 2025 참조).

그리고 재판의 전제성이 인정되기 위해서는, 구체적인 사건이 법원에 계속중일 것, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것 외에도 그 법률이 당해 사건의 재판에 적용될 것이 요구된다.

살피건대 '재심의 청구에 대한 심판'은 원판결에 재심사유가 있는지 여부만을 우선 결정하는 재판이다. 재심사유는 형사소송법 제420조 각 호에서 규정하고 있으며, 헌법재판소법 제47조 제3항은 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 청구할 수 있다고 하여 형사소송법이 정한 재심사유 이외의 재심사유를 규정하고 있다.

법원의 '재심의 청구에 대한 심판'은 형사소송법 제420조 각 호에서 규정한 재심사유가 있는지, 헌법재판소법 제47조 제3항 소정의 재심사유, 즉 유죄확정판결의 근거가 된 법률조항이 위헌으로 결정된 바 있는지 여부만을 우선 심리하여 재판할 뿐이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 원판결에 적용된 법률조항일 뿐 그 원판결에 대한 재심절차 중 '재심의 청구에 대한 심판'에 적용되는 법률조항이라고 할 수는 없다.

결국 이 사건 법률조항은 당해 재심사건에 적용되는 법률조항이 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 아래 5.와 같은 재판관 조대현의 반대 의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조대현의 반대 의견

모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 인하여 소추되지 아니하고 처벌되지 아니한다(헌법 제13조 제1항, 제12조 제1항). 범죄의 요건과 형벌은 미리 법률로 명확히 규정되어야 하고, 그 법률은 헌법에 위반되지 않아야 한다. 범죄와 형벌에 관한 법률이 헌법에 위반되는 경우에는 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 소급적으로 효력이 상실되고(헌법재판소법 제47조 제2항 단서), 그 위헌법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제47조 제3항).

72 헌법헌팅 조문판례분석

따라서 유죄의 확정판결을 받은 사람은 형사처벌의 근거로 된 법률이 위헌이라고 주장하여 재심청구를 할 수 있고, 그 재심소송절차에서 그 법률의 위헌 여부에 대한 심판의 제청을 신청하거나 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 유죄의 확정판결을 받은 사람은, 그 형사재판절차가 진행되는 동안에 근거법률의 위헌 여부에 대하여 위헌법률심판의 제청을 신청하거나 헌법소원을 청구하지 않았다고 하더라도, 자신에 대한 형사처벌의 근거로 된 법률의 위헌 여부에 대하여 스스로 위헌 여부의 심판을 청구할 수 있도록 허용되어야 한다.

이를 허용할 경우에는 유죄의 형사판결에 대한 재심청구가 남용될 우려가 있다고 하더라도 형사처벌의 근거법률에 대한 위헌 주장을 제한하는 사유로 삼을 수 없다. 위헌인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 허용하지 않는 경우에는 더욱 그렇다.

그리고 형사처벌의 근거로 된 법률의 위헌 여부는 확정된 유죄판결에 대한 재심사유의 존부와 재심청구의 당부에 대하여 직접적인 영향을 미치는 것이므로, 그 재심재판의 전제로 된다고 보아야 한다.

따라서 이 사건 심판대상 법률조항의 위헌 여부는 당해사건 재심재판에서 재심사유의 존부 및 재심청구의 당부에 대한 재판의 전제로 된다고 보아야 한다.

499p 맨아래 판례

〈사건개요〉

가. 당해사건 피고인 김○순은 피해자가 운전하는 택시를 타고 가다가 오른손으로 피해자의 가슴 부위를 2~3회 만져 강제추행하였다는 혐의로 약식기소되었고, 전주지방법원은 2014. 9. 29. 공판절차에 회부하였다. 피고인은 제1회 공판기일에 공소사실을 모두 자백하였고, 증거조사를 거친 후 변론이 종결되었다.

나. 제청법원은 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 제42조 제1항 중 '제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.'는 부분이 재판의 전제가 되고 헌법에 위반된다고 의심할 상당한 이유가 있다며 2015. 7. 31. 직권으로 위조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

[심판대상조항]

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조(신상정보 등록대상자) ① 제2조 제1항 제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항 제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범위 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제2호의 범죄(이하 "등록대상 성범죄"라 한다)로 유죄판결이 확정된 자 또는 같은 법 제49조 제1항 제4호에 따라 공개명령이 확정된 자는 **신상정보 등록대상자(이하 "등록대상자"라 한다)가 된다.** 다만, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제5항의 범죄로 벌금형을 선고받은 자는 제외한다.

[관련조항]

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조(정의) ① 이 법에서 "성폭력범죄"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

3. 「형법」 제2편 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간등상해·치상), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제302조(미성년자등에 대한 간음), 제303조(업무상위력등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄

□ 무효확인소송의 판결 (502p)

1. 무효확인소송의 대상이 된 행위의 위법이 심리의 결과 무효라고 판정되는 경우에는 **인용 판결(무효확인판결)**을 내린다.

2. 무효확인소송의 대상이 된 행위의 위법이 취소원인에 불과한 경우에 법원은 어떠한 판결을 내려야 하는가?

- ① 당해 무효확인소송이 취소소송요건을 갖추지 못한 경우 **기각판결**을 내려야 한다.
- ② 당해 무효확인소송이 취소소송요건을 갖춘 경우에 어떠한 판결을 내려야 할 것인가에 관하여 견해의 대립이 있는데, **판례는 무효확인청구는 취소청구를 포함한다고 보고**, 법원은 취소소송요건을 충족한 경우 **취소판결**을 하여야 한다고 본다(대판 2005. 12. 23. 2005두3554).

□ **권한쟁의심판의 당사자능력 (508p)**

- 1. 국회의 경우 - 국회의장, 국회의원, 국회의 각 위원회, 상임위원회 위원장의 당사자 능력 O but, **원내교섭단체 X** (2020. 5. 27. 2019헌라6), **소위원회 X**, **소위원회 위원장 X** (2020. 5. 27. 2019헌라4), **안전조정위원회의 위원자 X** (2020. 5. 27. 2019헌라5).
- 2. 정부의 경우 - 대통령, 국무총리, 행정각부의 장, 감사원의 당사자 능력 O
- 3. 법원, 중앙선거관리위원회, 각급 선거관리위원회의 당사자 능력 O
- 4. 국가인권위원회는 당사자능력 X (::법률에 의해 설치)

□ **지방자치단체의 경우 (509p)**

헌법재판소는 지방자치단체의 경우에는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 규정하고 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호를 예시적으로 해석할 필요성 및 법적 근거가 없다고 하면서, 지방자치법 제2조에 규정된 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도와 시, 군, 구만 권한쟁의 심판의 당사자가 될 수 있다고 판시하였다(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11).

따라서 지방자치단체의 기관인(지방자치단체의 장, 지방의회, 지방의회 의원)은 당사자가 될 수 없다. (이동흡 헌법소송법 제2판 689p)

헌법 제117조
 ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

지방자치법 제2조(지방자치단체의 종류)
 ① 지방자치단체는 다음의 두 가지 종류로 구분한다.
 1. 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도
 2. 시, 군, 구

헌법재판소법 제62조 제1항 (권한쟁의심판의 종류)
 ① 권한쟁의심판의 종류는 다음과 같다.
 1. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판
 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판
 2. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판
 가. 정부와 특별시· 광역시· 특별자치시· 도 또는 특별자치도 간의 권한쟁의심판
 나. 정부와 시· 군 또는 지방자치단체인 구(이하 “자치구”라 한다) 간의 권한쟁의심판

74 헌법헌팅 조문판례분석

3. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의

가. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 상호간의 권한쟁의심판

나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판

다. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판

□ 교육감과 해당 지방자치단체 사이의 내부적 분쟁과 관련한 권한쟁의심판청구의 적법 여부 (510p, 이동흡 헌법소송법 제2판 690p)

헌법재판소법 제62조 제2항은 권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 따른 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 당사자가 된다고 규정하고 있지만, 그 의미는 교육감이 지방자치단체를 대표한다는 취지라고 할 것이다.

그런데 헌법재판소는 “‘지방교육자치에 관한 법률’은 교육감을 명시적으로 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 ‘집행기관’으로 규정하고 있으므로(제18조 제1항), 교육감을 지방자치단체 그 자체라거나 지방자치단체와 독립한 권리주체로 볼 수 없다. 따라서 교육감과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 ‘서로 상이한 권리주체간’의 권한쟁의심판청구로 볼 수 없다.”고 판시하였다(헌재 2016. 6. 30. 2014헌라1).

□ 소극적 권한쟁의심판 (김학성 헌법학원론 1221p, 이동흡 헌법소송법 694p)

1. 의의

소극적 권한쟁의란 피청구인의 부작위에 의하여 청구인의 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우 특정 사안에 관한 권한(관할)이 피청구인에게 귀속된다고 주장하는 권한쟁의를 말한다.

2. 허용여부

(1) 문제점

소극적 권한쟁의의 허용 여부에 관한 다툼은 헌법재판소법이 애매한 태도를 취하고 있는데 기인한다. 헌법재판소법 제61조 제1항은 권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼이라고 규정하면서, 동조 제2항은 “청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여” 할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다.

즉 제1항은 소극적 권한쟁의가 허용될 수 있는 것으로 규정하면서 제2항은 권한의 침해를 요건으로 하여 이를 불허하는 형태를 취하고 있기 때문이다.

(2) 학설

① 적극설

헌법(제111조 제1항 제5호)은 모든 유형의 권한쟁의를 관할로 하고 있으며, 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼에는 소극적 권한쟁의가 당연히 포함된다고 보아야 하고, 만일 소극적 권한쟁의를 인정하지 않는다면 기관간에 책임회피가 있는 경우 이를 판단할 수 없게 되어 권한쟁의제도의 목적을 충분히 달성할 수 없기 때문이라고 한다.

② 소극설

헌법재판소법 제61조 제2항은 소극적 권한쟁의를 불허하는 전제에 있으며, 소극적 권한쟁의를 불허해야 하는 가장 중요한 이유는, 소극적 권한쟁의를 통해 달성하고자 하는 목적을 해결할 수 있는 법적

절차(당사자소송)가 존재하며 그 절차가 효과면에서 더 낫다는 점이다. 소극적 권한쟁의를 인정할 경우 법원과 헌법재판소의 관할중복으로 사법기관간의 충돌을 피하기 어렵고, 당사자소송에 의할 경우 좀 더 효과적인 권리구제가 가능하므로, 소극적 권한쟁의를 적극적으로 인정할 필요가 없다.

(3) 헌법재판소의 판례

- ① 시화공업단지 내의 공공시설의 관리권자가 누구인지를 둘러싸고 시흥시가 청구한 사건에서, 시흥시는 시화공업단지 내의 공공시설의 관리권자는 정부임을 전제로 정부가 공공시설을 관리하지 아니함으로 인하여 시흥시의 지방자치권(자치재정권)을 침해하였다고 주장한 데 대하여 헌법재판소는, 정부가 아니라 청구인인 시흥시가 공공시설의 관리권자이므로 권한이 침해되지 않았으며, 설사 정부가 관리권자라 하더라도 청구인으로서 공공시설을 관리하지 않으면 되는 것이지, 정부의 부작위로 청구인의 권한이 침해될 여지가 없다고 하면서, 심판청구를 기각하였다(헌재 1998. 8. 27. 96헌라1).
- ② 또한 서울특별시 은평구가 기관 위임사무를 수행하면서 지출한 경비에 대하여 기획재정부장관에게 예산배정요청을 하였으나 기획재정부장관이 이를 거부하자 위 거부처분에 대한 권한쟁의심판 사건에서, 헌법재판소는 그 분쟁의 본질이 관리비용을 둘러싼 청구인과 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계에 관한 다툼에 불과하여 동 심판청구는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 적법요건을 갖추지 못하였다는 이유로 심판청구를 각하하였다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2).
- ③ 위 결정례들이 소극적 권한쟁의의 허용여부에 대하여 명시적 판단을 한 것은 아니나 소극적 권한쟁의의 성격을 띠고 있는 권한쟁의심판청구를 헌법재판소법 제61조 제2항 소정의 요건을 갖추지 못한 것이라는 이유로 배척한 점에 의의가 있다고 할 것이다.

(4) 검토

생각건대 소극적 권한쟁의는 권한쟁의의 개념본질적 요소가 아니므로 소극적 권한쟁의의 인정여부를 입법정책적으로 결정할 수 있는 문제이고, 소극적 권한쟁의를 인정하지 않더라도 이해관계인이 항고소송(거부처분 취소소송 혹은 부작위위법확인소송)을 제기하여 권리구제를 받을 수 있고, 국가와 지방자치단체는 그런 분쟁들을 '공법상의 법률관계'로서 당사자소송을 통하여 해결할 수 있는 가능성이 열려 있으므로 소극설에 찬동한다.

□ 국회선진화법 사건 (512p)

※ 「국회법」
 제85조(심사기간) ① 의장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 해당 호와 관련된 안건에 대하여만 심사기간을 지정할 수 있다.
 1. 천재지변의 경우
 2. 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우
 3. 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하는 경우
 ② 제1항의 경우 위원회가 이유없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.

개정전 국회법 제85조(심사기간) ① 의장은 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여야 한다.
 ② 제1항의 경우 위원회가 이유없이 그 기간내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.

76 헌법헌팅 조문판례분석

- 합의 - 의견의 합치
- 협의 - 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻 (2012. 5. 25. 개정 전)

□ 심판절차종료선언 (515P)

청구인의 사망 또는 심판청구의 취하 등으로 심판절차의 종료 여부가 불분명하게 된 경우에 절차관계의 종료를 명백히 하기 위해 하는 결정이다.

본안판단에 들어가지 않는다는 점에서 각하결정과 유사하지만 청구인의 청구가 적법하나 전술한 사유에 따라 절차를 종료한다는 점에서 차이가 있다.

□ 소의 취하 (515P)

1. 의의

소의 취하는 소를 제기한 자가 법원에 대해 요구한 심판의 일부 또는 전부를 철회하는 소송상의 의사 표시이다(민사소송법 제266조).

2. 소의 취하의 효과

(1) 소송계속의 소급적 소멸

소의 취하에 의하여 소송계속은 소급적으로 소멸한다. 즉 소의 취하 부분에 관하여는 처음부터 소송이 계속하지 않은 것으로 본다(동법 제267조 1항).

(2) 재소의 금지

이와 같이 소의 취하에 의하여 소송사건은 판결에 의하지 않고 끝나게 되는데, 본안 판결이 있은 후에 소를 취하하게 되면, 원고는 장래 동일한 소를 다시 제기할 수 없다(267조 2항).

이는 소취하로 인하여 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 중국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 것을 방지하기 위한 것이다.

□ 파기환송 (526P)

1. 의의

상소심에서 심리한 결과 원심판결에 법률에 정한 일정한 사유(파기의 사유)가 있어서 원심판결이 지지될 수 없다고 인정된 경우에는 상소법원은 이를 파기해야 하는데, 원심판결이 파기되면 동 사건에 대하여 새로이 재판하여야 할 필요가 생긴다.

이 재판을 상소법원 자신이 하는 것을 파기자판(破棄自判)이라 하고, 사건을 원심법원에 환송하여 거기서 재판하도록 하는 것을 파기환송이라 한다. 이 경우에 새롭게 사실과 증거를 조사(=사실심리)할 필요가 있기 때문에 재판하지 않고 사건을 원심법원에 환송하는 것이 원칙이다.

2. 환송 후 심리절차

환송판결이 선고되면 사건은 환송받은 법원에 계속된다. 따라서 사건을 환송받은 법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 한다(민사소송법 제436조 제2항 전문).

3. 환송판결의 기속력

이 경우에는 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속된다(민사소송법 제436조 제2항 후문).

□ 공고 (527p)

각종 시험의 공고가 단순히 상위법령의 내용을 확인하는 것에 불과하면 헌법소원의 대상이 되지 않지만, 새로운 내용을 담아서 개인의 법적 지위를 구체적으로 제한하거나 영향을 미치는 경우에는 헌법소원의 대상 ○

□ 진정입법부작위와 부진정입법부작위 (39p, 528p)

1. 진정입법부작위

입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 “입법행위의 흠결(Löcke)이 있는 경우”(즉, 입법권의 불행사)

2. 부진정입법부작위

입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 “입법행위에 결함(Fehler)이 있는 경우”(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)

□ 국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 공권력의 행사가 되기위한 요건 (531p, 이동흡 헌법소송법 제2판 362p)

국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 있어야 하며, 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 거부행위를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고는 할 수 없다(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13).

□ 행정지도 (530p)

행정기관이 그 권한에 속하는 사항에 관하여 그 의도하는 바를 실현하기 위하여 행정객체의 입의의 협력을 기대하여 행하는 작용을 말한다.

이것은 구속력을 갖지 않는 비권력적인 작용이며, 법적으로는 아무런 효과도 수반하지 않는 사실작용이다. 그러나 행정지도는 현대국가에서 공행정의 적극적인 활동형태로서 무시할 수 없는 작용을 하고 있다.

□ 국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 공권력의 행사가 되기위한 요건 (531P)

국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리가 있어야 하며, 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 거부행위를 행정소

78 헌법헌팅 조문판례분석

송의 대상이 되는 행정처분이라고는 할 수 없다(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13).

□ 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 (519P, 531P)

형사소송법 제223조(고소권자)

범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.

제260조(재정신청)

- 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 "관할 고등법원"이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 다만, 「형법」 제126조의 죄에 대하여는 피공표자의 명시한 의사에 반하여 재정을 신청할 수 없다.
- 제1항에 따른 재정신청을 하려면 「검찰청법」 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

검찰청법 제10조(항고 및 재항고)

- 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정(更正)하여야 한다.
- 제1항에 따라 항고를 한 자(「형사소송법」 제260조에 따라 재정신청(裁定申請)을 할 수 있는 자는 제외한다.)은 그 항고를 기각하는 처분에 불복하거나 항고를 한 날부터 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지났을 때에는 그 검사가 속한 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고할 수 있다. 이 경우 해당 고등검찰청의 검사는 재항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

㉠ 고소한 형사피해자

검찰청에 항고 → 고등법원에 재정신청

□ 헌법소원 X (∵ 재판에 대한 헌법소원 X, 원행정처분에 대한 헌법소원 X)

㉡ 고소하지 않은 형사피해자

검찰청의 항고를 거쳐 법원에 재정신청할 수 없다. → 헌법소원 O (∵ 보충성의 예외)

㉢ 형사피의자

검찰청에 항고를 할 수 없으므로 헌법소원 O (단, 기소유예, 기소중지처분에 대해서만)

☑ 죄가 안됨, 공소권없음처분에 대해서는 헌법소원 X

㉣ 고발인

고발은 국가수사권의 발동을 촉구하는 것일 뿐 자신의 기본권이 침해된 경우가 아니므로 고발인에게는 자기관련성이 인정되지 않으므로 검사가 자의적으로 불기소처분을 하였어도 헌법소원 X

□ 불기소처분

① 혐의의 불기소처분

(㉠) 혐의 없음 - 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하거나 피의사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 경우에 하는 결정

(㉡) 죄가 안됨 - 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 위법성조각사유나 책임조각사유가 있는 경우에 하는 결정

(예) 공소권 없음 - 피의사건에 대하여 확정판결이 있거나 사면이 있거나 공소시효가 완성되었거나 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우와 같이 소송조건이 결여된 경우에 하는 결정

② 기소유예

검사가 범죄 혐의는 인정하면서도 피의자의 연령이나 성향, 정황 등을 참작하여 공소를 제기하지 않는 처분

③ 기소중지

피의자의 소재불명 등으로 수사를 종결할 수 없을 때 그 사유가 해소될 때까지 수사를 중지하는 처분

□ 헌법에 열거되지 아니한 기본권 (15p, 534p)

헌법재판소는 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실제 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다고 판시하였다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369).

□ 종국재판과 중간재판 (535p)

1. 종국재판 - 사건에 대하여 종국적 판단을 하면서 그 심급을 종료시키는 재판. ex) 소장 각하명령, 소각하판결, 청구기각판결, 청구인용판결 등
2. 중간재판 - 심리 중에 문제된 사항을 처리하는 재판으로서 심급을 종료시키지 않는 재판. ex) 보정명령, 실기한 공격방어방법각하결정, 소변경허가결정 등

중간재판으로 판단할 쟁점을 종국재판의 이유에서 판단할 수 있으므로, 중간재판은 거의 이용되지 않고 종국재판의 이유에서 판단함이 보통이다.

□ 영조물 (540p)

1. 영조물이란 일정한 행정목적수행의 효율성과 합리성을 도모하기 위하여 설치된 인적·물적 종합 시설(예컨대, 국공립의 교육·의료·보건·체육·문화시설 등)을 말한다.

영조물의 독립성 여부에 따라 독립된 법인격을 갖는 영조물법인(ex. 한국은행, 국립 서울대학교)과 독립된 법인격을 갖지 못하고 국가나 지방자치단체가 직접 경영하는 직영영조물(ex. 국립대학교 등)로 구분된다.

2. 대법원 판례 평석 - 이 사건 당시 서울대학교는 권리능력이 없으므로 서울대학교에 대한 행위의 효과가 귀속되는 권리능력이 있는 국가에게 당사자능력과 원고적격이 있다고 한 판례이다. 현재는 서울대학교는 법인이므로 서울대학교에게 당사자능력과 원고적격이 있다.

□ 법령에 대한 헌법소원과 보충성의 원칙 (541p, 이동흡 501p)

(1) 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제가 될 때에는 그 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어, 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 제기할 수 있다.

(2) 다만 행정관청의 고시나 지방자치단체의 조례 등은 해당 규정의 내용이 어떤 성질을 가지는지에

80 헌법헌팅 조문판례분석

따라 보충성 요건을 요구하는지 여부가 달라진다. 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. 따라서 고시가 일반적·추상적인 규정의 성격을 지닌 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(3) 한편 조례가 집행행위의 개입없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하므로 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 없으나, 일반적 추상적 성격을 가지거나 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부가 불분명한 경우에는 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

□ 서울남대문경찰서장이 ○○합섬HK지회에 대해 9회에 걸쳐 옥외집회신고서를 반려한 행위에 대한 헌법소원 심판청구 (541p)

1. 서울남대문경찰서장이 ○○합섬HK지회에 대해 9회에 걸쳐 옥외집회신고서를 반려한 행위가 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)

피청구인 서울남대문경찰서장은 옥외집회의 관리 책임을 맡고 있는 행정기관으로서 이미 접수된 청구인들의 옥외집회신고서에 대하여 법률상 근거 없이 이를 반려하였는바, 청구인들의 입장에서는 이 반려행위를 옥외집회신고에 대한 접수거부 또는 집회의 금지통고로 보지 않을 수 없었고, 그 결과 형사적 처벌이나 집회의 해산을 받지 않기 위하여 집회의 개최를 포기할 수밖에 없었다고 할 것이므로 피청구인의 이 사건 반려행위는 주무(主務) 행정기관에 의한 행위로서 기본권침해 가능성이 있는 공권력의 행사에 해당한다.

2. 이 사건 반려행위에 대한 헌법소원 심판청구에 대해 보충성의 예외를 인정할 수 있는지 여부(적극)

청구인들 중 일부는 이 사건 반려행위의 일부에 대해 서울행정법원에 그 처분무효취소소송을 제기하면서 집행정지신청도 함께 제기하였으나, 위 법원은 집시법상 이미 접수된 옥외집회신고서를 반려할 수 있는 근거가 없을 뿐만 아니라, 반려행위를 집시법 제8조 제2항 소정의 금지통고로도 볼 수 없어 행정처분이 아니라는 이유로 위 집행정지신청을 각하하였다. 이에 처분무효취소소송을 제기하였던 청구인들은 이와 같은 방법으로는 권리구제를 받을 수 없다고 보아 위 취소소송을 취하하고, 이 사건 헌법소원심판청구에 이른 것인 바, 이 사건 반려행위에 대하여는 법원에서의 권리구제절차 허용 여부가 객관적으로 불확실하다 할 것이므로 이 사건 심판청구는 보충성의 예외에 해당하는 심판청구로서 적법하다.

3. 이 사건 반려행위에 대한 심판청구에 대해 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있는지 여부(적극)

이 사건 반려행위는 관할경찰관서장에 의하여 아무런 법적 근거 없이 반복되어 왔을 뿐 아니라 그 편익성 때문에 앞으로도 반복될 가능성이 높고, 위 반려행위의 법적 성격과 효과에 관하여 아직 법원의 확립된 해석도 없다. 그렇다면 이 사건 반려행위가 부당한 공권력의 행사로서 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 헌법적으로 해명할 필요성이 존재한다.

4. 이 사건 반려행위가 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극)

우리 헌법은 모든 국민에게 집회의 자유를 보장하고 있고, 집회에 대한 사전허가제를 금지하고 있는 바, 옥외집회를 주최하고자 하는 자는 집시법이 정한 시간 전에 관할경찰관서장에게 집회신고서를 제출하여 접수시키기만 하면 원칙적으로 옥외집회를 할 수 있다. 그리고 이러한 집회의 자유에 대한 제한은 법률에 의해서만 가능하므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한할 경우에는 그것이 과잉금지 원칙에 위배되었는지 여부를 판단할 필요 없이 헌법에 위반된다. 그런데 이 사건 피청구인은 청구인 ○○합섬HK지회와 ○○생명인사지원실이 제출한 옥외집회신고서를 폭력사태 발생이 우려된다는 이유로 동시에 접수하였고, 이후 상호 충돌을 피한다는 이유로 두 개의 집회신고서를 모두 반려하였는바, 법의 집행을 책임지고 있는 국가기관인 피청구인으로서 집회의 자유를 제한함에 있어 실무상 아무리 어렵더라도 법에 규정된 방식에 따라야 할 책무가 있고, 이 사건 집회신고에 관한 사무를 처리하는데 있어서도 적법한 절차에 따라 접수순위를 확정하려는 최선의 노력을 한 후, 집시법 제8조 제2항에 따라 후순위로 접수된 집회의 금지 또는 제한을 통고하여야 한다. 만일 접수순위를 정하기 어렵다는 현실적인 이유로 중복신고된 모든 옥외집회의 개최가 법률적 근거 없이 불허되는 것이 용인된다면, 집회의 자유를 보장하고 집회의 사전허가를 금지한 헌법 제21조 제1항 및 제2항은 무의미한 규정으로 전락할 위험성이 있다. 결국 이 사건 반려행위는 법률의 근거 없이 청구인들의 집회의 자유를 침해한 것으로서 헌법상 법률유보원칙에 위반된다고 할 것이다.

□ 권력적 사실행위 (530p, 541p)

사실행위는 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 것이 아니라 직접적으로는 사실상의 결과만을 가져오는 행정주체의 행위형식 전체를 의미한다. 즉 행정목적은 달성하기 위하여 행해지는 물리력의 행사를 말한다.

사실행위는 사실상의 효과발생만을 목적으로 하는 행위이므로, 특정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행정행위, 기타의 법적 행위와 구별된다.

사실행위는, 예컨대 경찰관의 불심검문, 임의동행, 보호조치, 가택에의 출입, 총기사용 등에서부터 폐기물처리시설의 설치, 대집행의 실행, 도로의 설치와 관리, 단순한 알림 등에 이르기까지 실로 매우 다양하다.

사실행위가 공권력의 행사로서 행하여지는가의 여부에 따라 권력적 사실행위(ex. 영업소 폐쇄조치, 단수조치, 대집행의 실행)와 비권력적 사실행위(ex. 행정지도)로 분류된다. 이러한 분류는 행정구제와 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다. 구체적으로는 행정쟁송법상의 처분개념과 관련하여 학설·판례는 권력적 사실행위의 처분성을 인정하지만, 비권력적 사실행위는 처분성이 인정되지 않는다.

□ 공정거래위원회의 무혐의처분이 헌법소원의 대상이 되는지 여부 (542p)

공정거래법 제49조(위반행위의 인지·신고등)

- ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다.
- ② 누구든지 이 법의 규정에 위반되는 사실이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 공정거래위원회에 신고할 수 있다.
- ③ 공정거래위원회는 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 조사를 한 경우에는 그 결과(조사결과 시정조치명령등의 처분을 하고자 하는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하여야 한다.

□ 부산광역시 기장군의회 운영행정위원장이 청구인들에게 한 부산광역시 기장군의회 운영행정위원회 제209회 제1차, 제3차 임시회의 방청불허행위에 대한 심판청구가 권리보호이익이 인정

82 헌법헌팅 조문판례분석

되는지 여부 (543p)

1. 사건개요

(1) 청구인들은 부산광역시 기장군에 거주하는 주민들로서 시민단체인 부산경제정의실천시민연합 기장지역자치모임(이하 '부산경실련 기장지역자치모임'이라 한다)의 회원들이다.

(2) 부산경실련 기장지역자치모임은 2015. 10. 12. 부산광역시기장군의회(이하 '기장군의회'라 한다)에 상임위원회 회의 방청을 위한 협조 요청을 하였고, 기장군의회 의장은 2015. 10. 14. 부산경실련 기장지역자치모임에 '지방자치법 제60조 제1항, 제65조 제1항, 부산광역시 기장군의회 회의규칙 제83조에 의하여 기장군의회 회의는 공개하되, 의원 3명 이상이 발의하고 출석의원 3분의 2 이상이 찬성한 경우 또는 의장이 사회의 안녕질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 공개하지 않을 수 있으며, 위원회 회의는 위원장의 허가를 받아 방청할 수 있음을 알려드린다.'라는 내용의 회신을 발송하였다.

(3) 청구인들은 상임위원회인 기장군의회 운영행정위원회(이하 '운영행정위원회'라 한다) 제209회 제1차 임시회가 예정되어 있던 2015. 10. 26. 오전 9시 30분경 기장군의회에 임시회의 방청을 신청하였다. 피청구인은 같은 날 오전 10시 30분경 임시회 개회 후 방청신청에 대한 허가 여부를 출석위원들의 표결로 결정하기로 하였는데, 출석위원 6명 중 4명이 회의의 공개에 반대함에 따라 방청신청을 허가하지 않기로 결정하였다. 그 후 청구인들은 운영행정위원회 제209회 제3차 임시회가 예정되어 있던 2015. 10. 28. 오전 9시 30분경 기장군의회에 임시회의 방청을 신청하였는데, 피청구인은 같은 날 오전 10시경 임시회 개회 후 방청신청에 대한 허가 여부를 출석위원들의 표결로 결정하기로 하였고, 출석위원 6명 가운데 5명이 회의의 공개에 반대하였음을 이유로 방청신청을 허가하지 않기로 결정하였다.

(4) 기장군의회 의장은 2015. 10. 30. 부산경실련 기장지역자치모임에 '피청구인의 2015. 10. 26. 자 방청불허행위 및 2015. 10. 28. 자 방청불허행위는 운영행정위원회 위원들의 자유로운 의사발언 기회를 보장하고 원활한 회의진행을 위하여 지방자치법 제65조 제1항 단서의 회의비공개 요건을 충족하여 이루어진 것이다.'라는 내용의 회신을 발송하였다.

(5) 청구인들은 피청구인의 2015. 10. 26. 자 방청불허행위 및 2015. 10. 28. 자 방청불허행위가 청구인들의 알 권리를 침해한다는 등의 이유로 2016. 1. 21. 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 관련조항

지방자치법 제60조(위원회에서의 방청 등)

- ① 위원회에서는 해당 지방의회의원이 아닌 자는 위원장의 허가를 받아 방청할 수 있다.
- ② 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요할 때에는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.

지방자치법 제65조(회의의 공개)

- ① 지방의회의 회의는 공개한다. 다만, 의원 3명 이상이 발의하고 출석의원 3분의 2 이상이 찬성한 경우 또는 의장이 사회의 안녕질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 공개하지 아니할 수 있다.

□ 유예기간을 두고 있는 법령의 경우, 헌법소원심판의 청구기간 기산점을 그 법령의 시행일이 아니라 유예기간 경과일이라고 본 사례 (544P)

유예기간을 경과하기 전까지 청구인들은 이 사건 보호자동승조항에 의한 보호자동승의무를 부담하

지 않는다. 이 사건 보호자동승조항이 구체적이고 현실적으로 청구인들에게 적용된 것은 유예기간을 경과한 때부터라 할 것이므로, 이때부터 청구기간을 기산함이 상당하다. 종래 이와 견해를 달리하여, 법령의 시행일 이후 일정한 유예기간을 둔 경우 이에 대한 헌법소원심판 청구기간의 기산점을 법령의 시행일이라고 판시한 우리 재판소 결정들은, 이 결정의 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다(헌재 2020. 4. 23. 2017헌마479).

□ **공권력의 행사에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간 도과를 이유로 각하되자 청구기간을 제한하고 있는 법률조항에 대하여 제기된 헌법소원심판청구의 권리보호이익 존부(적극)**

(545P 2011헌마666과 비교판례)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

(1) 사건의 개요

농림부장관이 2006. 1. 9. 한우구입자금 지원을 2006년도부터 잠정 중단한다는 내용의 지침(이하 '이 사건 지침'이라 한다)을 시·도지사에게 통보하였다. 청구인은 2006. 7. 18. 위 지침이 청구인의 직업선택의 자유와 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였으나, 헌법재판소는 2006. 7. 25. 그 심판청구가 청구인이 기본권침해를 안 날부터 90일이 경과한 후에 제기된 것으로서 부적법하다는 이유로 각하하였다(헌재 2006. 7. 25. 2006헌마843).

이에 청구인은 2006. 8. 4. 헌법소원심판의 청구기간을 제한하고 있는 헌법재판소법 제69조 제1항으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 재판청구권이 침해되었다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 헌법재판소법 제69조 제1항 본문 중 헌법소원심판의 청구기간을 “그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내”로 제한한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 결정요지

어떠한 공권력 행사(✓**지원중단지침**)에 대하여 제기된 헌법소원심판청구가 청구기간 도과를 이유로 각하되었다고 하더라도, 헌법소원의 청구기간을 제한하고 있는 법률조항(✓**헌법재판소법 제69조 제1항**)이 위헌이라고 결정되면, 헌법소원에 대한 청구기간의 제한이 해소되어 청구인은 청구기간의 제한을 받음이 없이 당해 공권력 행사에 대한 헌법소원을 다시 제기할 수 있다고 할 것이며, 헌법재판소법 제39조의 일사부재리에 저촉된다고 볼 수도 없다. 따라서 공권력의 행사에 대하여 제기한 헌법소원심판청구가 청구기간 도과를 이유로 각하된 경우 그 청구인은 헌법소원심판의 청구기간을 제한하고 있는 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기할 법률상의 이익이 있다(헌재 2007. 10. 25. 2006헌마904).

[18 법전원 모의고사]

공권력의 행사에 대하여 제기한 헌법소원심판청구가 청구기간 도과를 이유로 각하된 경우, 그 청구인은 헌법소원심판의 청구기간을 제한하고 있는 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기할 권리보호이익이 없다.

(X)

□ **91헌마25에 대한 반대견해 (545P)**

84 헌법헌팅 조문판례분석

이러한 헌법재판소의 입장과는 달리 법령은 유효하게 시행되는 한 그로 인한 기본권침해는 지속되는 것이라고 봄이 타당하므로 법령에 대한 헌법소원심판 청구에서는 청구기간이 적용될 여지가 없다는 견해도 있다. (정종섭, 김하열)

□ 심판절차종료선언 (545P)

1. 의의

심판절차종료선언은 청구인의 사망 또는 심판청구의 취하 등으로 심판절차의 종료 여부가 불분명하게 된 경우에 절차관계의 종료를 명백히 확인하는 의미에서 하는 결정이다.

2. 주문의 형식

주문의 형식은 “이 사건 헌법소원심판절차는 00년 0월 00일 청구인의 사망으로 종료되었다.” 또는 “이 사건 헌법소원심판절차는 00년 0월 00일 청구인의 심판청구의 취하로 종료되었다.”로 된다.

□ 법무부장관은 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다고 규정한 변호사시험법 제11조 중 ‘명단 공고’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극) (557p)

심판대상조항은 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이다. 합격자 명단이 공고되면 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 심판대상조항은 공공성을 지닌 전문직인 변호사의 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하는 데 기여하며, 변호사에 대한 정보를 얻는 수단이 확보되어 법률서비스 수요자의 편의가 증진된다. 합격자 명단을 공고하는 경우, 시험 관리 당국이 더 엄정한 기준과 절차를 통해 합격자를 선정할 것이 기대되므로 시험 관리 업무의 공정성과 투명성이 강화될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2020. 3. 26. 2018헌마77 등).

□ 재심 허용여부 (557p)

위헌법률심판 X, 위헌심사형 헌법소원 X, 법령헌법소원 X, 권리구제형 헌법소원 O

□ 정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제40조 제1항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부 (558p)

다만, 청구인의 주장과 같이 민사소송에 관한 법령보다는 형사소송에 관한 법령을 준용하도록 하는 것이 정당해산심판청구에서 청구인에게 유리한 측면이 있을 수 있다. 그러나 민사소송에 관한 법령 이외에 다른 절차법을 준용하는 것이 최선의 입법이라거나 당사자에게 항상 유리하다고 단정할 수 없다. 예컨대 형사소송에 관한 법령을 준용할 경우 압수와 수색 등 민사소송에 관한 법령을 준용할 경우 취할 수 없는 증거방법이 활용되는 등 오히려 청구인에게 불리한 경우도 있을 수 있다.

아울러 준용조항은 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’에서만 보충적으로 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있다. 헌법재판소가 헌법재판의 성질에 반한다고 판단할 경우에는 그 준용을 배제하도록 함으로써, 일률적으로 민사소송에 관한 법령을 준용함에 따른 문제점을 해소하고 있는 것이다.

헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 경우란, 다른 절차법의 준용이 헌법재판의 고유한 성질을 훼손하지 않는 경우를 말한다. 이때 헌법재판의 성질, 특히 정당해산심판의 성질에 반하는지 여부는, 정당의 법적 성격·정당보호와 헌법보호라는 이중적 의미를 갖는 정당해산심판의 성질·준용절차 및 준용 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소가 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7).

□ 행정절차법 제3조(적용 범위) (561p)

② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항

□ 일반유권자의 인터넷 홈페이지를 이용한 사전선거운동 (570p)

2012년 구 공직선거법 제59조(선거운동기간)

선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

공직선거법 제59조(선거운동기간)

선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우
2. 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 자동 통보통신의 방법(동시 수신대상자가 20명을 초과하거나 그 대상자가 20명 이하인 경우에도 프로그램을 이용하여 수신자를 자동으로 선택하여 전송하는 방식을 말한다. 이하 같다)으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 8회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

→ 2012년 개정 공직선거법은 공직선거법 제93조 제1항에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정(2007헌마1001)의 취지를 반영하여 선거일을 제외하고 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등의 게시나 전자우편·문자메시지 전송에 의한 사전선거운동을 허용하였으며, 2017년 개정선거법에서는 선거 당일 후보자 등이 발송하는 투표참여 독려 문자메시지와 선거운동행위 간 구별이

86 헌법헌팅 조문판례분석

모호한 측면이 있는바, 선거일에도 문자나 인터넷·전자우편 등의 방법으로 선거운동을 할 수 있도록 하였다.

□ 정치자금법 제58조 (후보자의 반환기탁금 및 보전비용의 처리) (574p)

- ① 공직선거의 후보자가 후원회의 후원금 또는 정당의 지원금으로 「공직선거법」 제56조(기탁금)의 규정에 의한 기탁금을 납부하거나 선거비용을 지출하여 같은 법 제57조(기탁금의 반환 등) 또는 제122조의2(선거비용의 보전 등)의 규정에 의하여 반환·보전받은 경우 그 반환·보전비용 [자신의 재산(차입금을 포함한다)으로 지출한 비용을 모두 공제한 잔액을 말한다]은 선거비용을 보전받은 날부터 20일 이내(이하 이 조에서 “인계기한”이라 한다)에 정당추천후보자는 소속정당에, 무소속후보자는 공익법인 또는 사회복지시설에 인계하여야 한다.

□ 지방자치제의 본질 (권영성 헌법학원론 238p, 586p)

1. 지방자치권의 본질

지방자치권의 본질여하에 관해서는, 국가성립 이전부터 지역주민이 보유해 온 고유권능이라는 **자치 고유권설**과, 국가가 승인하는 한도 내에서만 행사할 수 있는 위임된 권능이라는 **자치권위임설**이 갈리고 있다.

생각건대 현대의 지방자치제는 헌법과 법률의 테두리 안에서의 자치를 의미하기 때문에, 국가의 의사로부터 완전히 독립된 지방자치제라는 것은 존재할 수 없다. 따라서 제도론적 관점에서 본다면 자치권위임설이 타당하다(통설).

2. 지방자치제도의 법적 성격

지방자치제의 헌법적 보장이 어떠한 성격을 가지는 것인가에 관해서는 견해가 갈리고 있다. **자치고유권설** 또는 기본권보장설에 의하면, 지방자치단체는 국가의 기원과는 별개의 자연적 창조물이며, 지방자치단체의 자치권은 개인이 국가에 대하여 가지는 천부적 자연권과 같은 권리의 일종이라고 한다.

이에 대하여 칼 슈미트는 **제도적 보장**이라고 주장하였다. 지방자치제의 법적 성격을 제도적 보장이라는 것은 「지방자치제는 역사적·전통적으로 형성된 제도의 일종으로서 그 본질적 내용을 입법에 의하여 폐지하거나 유명무실한 것이 되게 하여서는 아니된다」는 의미이다.

생각건대 자치고유권설은 현대민주국가에서 지방자치제가 가지는 법적 성격을 올바르게 파악한 견해라고 할 수 없으므로, 통설인 제도적 보장설이 타당하다고 본다.

□ 공유수면에 대한 경계 (587p)

‘지형도 도식 적용규정’(2013. 8. 1. 국토지리정보원 고시 제2013-1266호) 제54조, 제55조에 의하면, 국가기본도상의 해상경계선은 국토지리정보원이 국가기본도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서, 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 표시해 놓은 것에 불과하고, 그것도 원칙상 도서 간의 소속이 인지되도록 1cm 정도의 기호로 표시하며, 기타 기호는 모두 삭제하도록 하고 있다. 즉 국가기본도상의 해상경계선은 그것이 왜 그와 같은 모습으로 그와 같은 위치에 그어지는지에 관하여 어떠한 필연적인 논리적 근거가 없는 상태에서, 단지 도서 간의 소속을 표시하고자 하는 목적으로 적당한 위치에 적절하다고 생각되는 형태로 그어진다는 것이다.

이에 우리 재판소가 이 결정과 견해를 달리하여 국가기본도상의 해상경계선을 불문법상의 해상경계선으로 인정해 온 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정 등은 이 결정의 견해와 저촉되는 범위 내에서

이를 변경하기로 한다.

□ 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 (589p)

제주도 행정체제 등에 관한 특별법(2006. 1. 11. 법률 제7847호, 2006. 7. 1. 시행) 제3조 (제주시 등의 폐지)

- ① 제주도의 제주시·서귀포시·북제주군 및 남제주군을 각각 폐지한다.
- ② 제주도에는 지방자치법 제2조 제1항 및 제3조 제2항의 규정에 불구하고 관할구역 안에 지방자치단체인 시와 군을 두지 아니한다.

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2006. 2. 21. 법률, 제7849호, 2006. 7. 1. 시행) 제15조 (지방자치단체가 아닌 시 및 읍·면·동의 설치)

- ① 제주자치도는 지방자치법 제2조 제1항 및 제3조 제2항의 규정에 불구하고 그 관할구역 안에 지방자치단체인 시와 군을 두지 아니한다.
- ② 제주자치도의 관할구역 안에 지방자치단체가 아닌 시(이하 “행정시”라 한다)를 두고, 행정시에는 도시의 형태를 갖춘 지역에는 동을, 그 밖의 지역에는 읍·면을 둔다.

헌법 제117조

- ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

지방자치법 제2조(지방자치단체의 종류)

- ① 지방자치단체는 다음의 두 가지 종류로 구분한다.
 - 1. 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도
 - 2. 시, 군, 구

□ 지방의회 사무직원의 임명 등 현황 (592p)

현재 지방공무원 임용령에 별도의 의회직렬 등이 구성되어 있지 않으므로, 지방의회 사무직원을 위한 별도의 공개경쟁임용시험에 의한 신규임용은 이루어지지 않고 일반적으로는 지방공무원 직군 및 직렬에 따른 지방자치단체 소속 지방공무원들이 지방의회 파견 형식으로 지방의회 사무직원으로 근무하고 있다.

서울특별시의회, 경기도의회 등 몇몇을 제외하고는 지방의회의 규모가 현저히 적다. 2011. 11.기준으로 사무직원의 수는 서울특별시의회가 248명, 경기도의회가 172명일 뿐, 그 외 나머지는 광역의회의 경우에도 수십 명 규모에 불과하다. 기초의회는 경우에 따라 십 여 명 정도로 구성된다.

이와 같은 사무직원의 소규모성에도 불구하고 지방의회 의장에게 소속 사무직원의 임용권을 부여하게 된다면, 지방의회 의장으로서의 자체적으로 임용 등의 구조를 갖추거나 아니면 현재와 같이 지방공무원의 파견 형식으로 인력을 수급받아야 한다.

자체적으로 임용구조를 갖추기 위해서는 별도의 의회직렬을 신설하지 않을 수 없는데, 광역 단위로 임용시험 등을 통한 신규임용 체계를 갖춘다 하더라도 구체적인 직렬로 보면 직렬당 그 인원이 수십 명에 불과할 수밖에 없어 일정 시기가 지나면 인사적체, 신규임용 저조로 인한 우수인력 확보의 어려움, 의회직렬에의 기피 현상 등이 발생할 우려가 크다.

□ 위헌심사와 헌법 제119조 제1항 (양건 헌법강의 217p, 헌법헌팅 595p)

제119조

- ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
- ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

1. 헌법 제119조의 의미

제119조 제1항은 경제질서의 원칙이 개인과 기업의 경제적 자유의 보장에 있다는 것, 즉 경제적 자유주의에 입각하고 있음을 밝힌 것이다. 이것은 기본권 조항에서 규정한 재산권, 직업선택의 자유, 거주·이전의 자유 등 경제적 자유의 보장을 재확인한 것이다.

한편 제119조 제2항은 국가의 경제적 개입의 목표와 근거를 밝힌 것이다.

2. 위헌심사와 헌법 제119조 제1항

재산권제한에 관한 위헌심사에서 헌법재판소는 재산권 침해만이 아니라 헌법 제119조 제1항에서 규정한 자유시장경제질서 위반 여부의 문제를 아울러 심판하는 예들이 있다.

예컨대 신문고시 조항의 위헌 여부를 심판함에 있어서 재산권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항 위반 여부와 함께 헌법 제119조 제1항 위반 여부를 판단하고 있다(헌재 2002. 7. 18. 605). 또한 연금보험료의 강제징수에 관한 국민연금법 규정이 재산권보장 또는 행복추구권을 침해하는지 여부와 함께 헌법상의 시장경제질서에 위반되는지 여부를 판단하고 있다(헌재 2001. 2. 22. 99헌마365).

그러나 위에서 지적한 것처럼 헌법 제119조 제1항은 경제적 자유권 보장을 확인한 것이므로 재산권, 직업선택의 자유 등 경제적 자유권의 침해 여부를 판단과 별도로 제119조 제1항 위반 여부를 판단할 필요는 없다고 본다.

헌법재판소는 최근에는 제119조 제1항을 별도의 심사기준으로 삼지 않는 경향이다.

판례 헌법 제119조 제1항과 위헌심사기준

헌법상 경제질서에 관한 일반조항인 제119조는 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화되며, 계약의 자유 침해 여부를 판단할 때 그 내용이 포함되어 고려되므로 별도로 판단하지 않는다(헌재 2002. 10. 31. 99헌마76, 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마393, 헌재 2016. 6. 30. 2015헌마371).