

## TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 강의자료

### 2번

#### □ 관습헌법의 요건(성립요건, 효력유지의 요건)

(1) 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확산 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의).

(2) 한편, 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건이다.

관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554).

### 5번

#### 헌법 제12조

- ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

### 8번

- 헌법제정권력 - 헌법을 시원적으로 창조하는 권력
- 헌법개정권력 - 헌법제정권력에 의해 조직되고 제도화된 권력
- 헌법개정권력은 헌법제정권력에 종속한다.

### 10번

#### 구 국가보위에 관한 특별조치법 제2조 (국가비상사태의 선포)

국가안전보장(이하 "국가안보"라 한다)에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사전대비조치를 취할 필요가 있을 경우 대통령은 국가안전보장회의의 자문과 국무회의의 심의를 거쳐 국가비상사태(이하 "비상사태"라 한다)를 선포할 수 있다.

#### 구 국가보위에 관한 특별조치법 제3조 (비상사태선포의 해제)

- ① 국가안보에 대한 중대한 위협이 제거 또는 소멸되었을 때에는 대통령은 지체없이 비상사태선포를 해제하여야 한다.

#### 헌법 제76조

- ① 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공

## 2 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

- ② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

### 헌법 제77조

- ① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.

## 57번

□ 헌법 제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

### 헌법 제4조

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

## 66번, 70번

### □ 헌법에 열거되지 아니한 기본권

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).

## 83번

### 구 정당법 제25조(법정시·도당수)

정당은 5 이상의 시·도당을 가져야 한다.

### 제27조(시·도당의 법정당원수)

- ① 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다.

## 90번

### 공직선거법 제192조

- ④ 비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 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.

## 92번

□ 2015년 12월 헌법재판소는 정당에 대한 후원을 금지하고 위반 시 형사처벌하는 정치자금법 제45조는 정당활동의 자유에 대한 과도한 침해로 헌법불합치결정을 하였다.

2017년 개정 정치자금법은 정당후원회를 허용하면서, 과거 정당후원회를 폐지했던 정치개혁의 취지를 고려하여 정당의 중앙당에만 후원회를 설치하도록 하였다.(정치자금법 제6조 1호)

93번

□ 청구인의 주장요지

구법 제21조 제3항 본문 중 괄호부분은 이 사건 법률조항의 적용의 예외로서 “정당의 공직선거 후보자선출을 위한 당내경선에 참여하여 낙선한 때를 제외한다.”고 규정함으로써 경선에서 낙선한 대통령 선거경선후보자는 후원회로부터 기부받은 후원금 중 선거비용 등으로 사용하고 남은 잔여재산만을 소속 정당 등에 인계하도록 하고 있다(동법 제21조 제2항, 제1항 제1호 등 참조). 그런데 이 사건 법률조항은 청구인과 같이 당내경선을 거치지 아니하고 대통령선거경선후보자 지위를 포기한 자들의 경우에는 선거비용으로 사용하고 남은 잔여재산만이 아니라 이미 선거운동비용으로 지출한 금액을 포함한 후원금 총액을 국고에 귀속하도록 하고 있다.

113번

□ 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

125번

□ 헌법 제118조

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

129번

□ 지방자치법 제90조(사무처 등의 설치)

- ① 시·도의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무처를 둘 수 있으며, 사무처에는 사무처장과 직원을 둔다.
- ② 시·군 및 자치구의회에는 사무를 처리하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 사무국이나 사무과를 둘 수 있으며, 사무국·사무과에는 사무국장 또는 사무과장과 직원을 둘 수 있다.
- ③ 제1항과 제2항에 따른 사무처장·사무국장·사무과장 및 직원(이하 이 절에서 "사무직원"이라 한다)은 지방공무원으로 보한다.

□ 제91조(사무직원의 정원과 임명)

#### 4 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

- ① 지방의회에 두는 사무직원의 정수는 조례로 정한다.
- ② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 따라 그 지방자치단체의 장이 임명한다. 다만, 지방자치단체의 장은 사무직원 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원에 대한 임용권은 지방의회 사무처장·사무국장·사무과장에게 위임하여야 한다.

#### 132번

##### □ 지방자치법 제58조(집단행위의 금지)

- ① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.
- ② 제1항 단서에 규정된 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 조례로 정한다.

#### 177번 정답 변경

177번 정답 X, 177-1번 정답 O

#### 191번

##### 판례

업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 상해에 이르게 한 경우 공소를 제기할 수 없도록 한 법률조항 ▶ 위헌

교통사고 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우, 즉 중상해를 입은 경우 사고발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 가해자에 대하여 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하고 정식 기소된 경우에는 피해자의 재판절차진술권을 행사할 수 있게 하여야 함에도, 이 사건 법률조항에서 가해차량이 종합보험 등에 가입하였다는 이유로 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항(이하, '단서조항'이라고 한다)에 해당하지 않는 한 무조건 면책되도록 한 것은 기본권침해의 최소성에 위반된다.

한편 가해자는 자칫 사소한 교통법규위반을 대수롭지 않게 생각하여 운전자로서 요구되는 안전운전에 대한 주의의무를 해태하기 쉽고, 교통사고를 내고 피해자가 중상해를 입은 경우에도 보험금 지급 등 사고처리는 보험사에 맡기고 피해자의 실질적 피해회복에 성실히 임하지 않는 풍조가 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항에 의하여 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권의 행사가 근본적으로 봉쇄된 것은 교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지라는 공익을 위하여 위 피해자의 사익이 현저히 경시된 것이므로 법익의 균형성을 위반하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 업무상 과실 또는 중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것이라 할 것이다(헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764).

#### 199번

##### 구 방송법제100조(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

## 204번

## □ 과잉금지의 원칙

## 1) 목적의 정당성

기본권 제한을 통해 달성하려는 정당한 목적이 있어야 한다.

## 2) 수단의 적합성

목적에 위해 선택된 기본권 제한의 수단이 목적을 달성하는데 적합해야 한다. 선택된 수단이 목적달성에 최적·최상의 수단일 필요는 없으며, 선택된 수단이 목적달성을 부분적으로만 촉진시킨다 해도 적합성을 충족한다. 적합성 여부에 관한 입법자의 판단이 존중되어야 하므로, 선택된 수단이 명백하게 부적합한 경우에 한하여 위헌이 된다.

## 3) 침해의 최소성

목적달성을 위해 비슷한 효과를 지닌 여러 수단들 중에서 기본권을 최소로 제한하는 수단을 선택해야 한다. 수단의 적합성이 목적과 수단의 관계를 말한다면, 침해의 최소성은 수단과 수단과의 관계를 평가하는 것이다.

## 4) 법익의 균형성

기본권 제한에 의하여 달성하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 공익이 더 커야 한다.

## 208번

## □ 본질적 내용침해금지

## 1) 본질적 내용침해금지의 원칙의 의의

기본권의 본질적 내용이라 함은 당해 기본권의 핵이 되는 실체를 말하고, 본질적 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다.

## 2) 본질적 내용에 대한 견해 대립

- ① 절대설 - 기본권의 본질적 내용은 핵심적이고 근본적인 요소로서 상황에 따라 달리 나타나는 것이 아니라 고정적이고 어떠한 경우에도 이 영역은 훼손될 수 없는 영역이라고 본다.
- ② 상대설 - 본질적 내용과 범위는 기본권들마다 그리고 상황에 따라 유동적인 것으로 보고 본질적 내용침해인지 여부는 비례원칙 등의 적용(법익형량)으로 판단하고 해결해야 한다는 입장이다.

## 228번

## □ 아동의 '출생등록될 권리'를 최초로 인정함

1. 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자(子)는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득함(국적법 제2조 제1항)
2. 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대하여 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 그 절차가 복잡하

## 6 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

여 준비해야 할 서류도 많고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 그 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것임(헌법 제10조)

3. 현대사회에서 개인이 국가가 운영하는 제도를 이용하려면 주민등록과 같은 사회적 신분을 갖추어야 하고, 사회적 신분의 취득은 개인에 대한 출생신고에서부터 시작함

4. 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 '출생등록될 권리'를 가지고, 이러한 권리는 '법 앞에 인간으로 인정받을 권리'로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 침해할 수 없음(헌법 제37조 제2항)

### 230번

#### □ 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.

### 239번

#### □ '기본권의 충돌'에 대한 이해의 변화(?) - 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.

## 241번

### □ 필요적 공범

#### 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) 대향범

2인 이상이 상호 대립방향의 행위를 통하여 동일목표를 지향하는 범죄형태  
ex. 수뢰죄와 증뢰죄, 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄

## 246번

### □ 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항 위헌제청

1. 성매매를 한 자를 형사처벌 하도록 규정한 '성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률' 제21조 제1항이 개인의 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 성판매자의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 제청신청인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

## 264번

### □ 민법 제1000조(상속의 순위)

① 상속에 있어서는 다음 순위로 상속인이 된다.

1. 피상속인의 직계비속
2. 피상속인의 직계존속

- 3. 피상속인의 형제자매
- 4. 피상속인의 4촌이내의 방계혈족

### 278번

#### □ 청구인의 주장

이 사건 법률조항에서 제재대상을 당선자로만 한정함에 따라 당선자와 낙선자가 모두 선거범죄로 벌금 100만 원 이상의 유죄판결을 선고받더라도 낙선자는 반환·보전받은 기탁금과 선거비용의 반환의무를 부담하지 않는 반면, 당선자는 그 반환의무를 부담하게 된다. 따라서 당선자의 평등권이 침해되는지 여부가 문제된다.

#### 구 공직선거법 제265조의2(당선무효된 자 등의 비용반환)

- ① 제263조(선거비용의 초과지출로 인한 당선무효) 내지 제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 자 (그 기소 후 확정판결 전에 사직한 자를 포함한다) 는 제57조(기탁금의 반환 등) 및 제122조의2(선거비용의 보전 등)의 규정에 의하여 반환·보전받은 금액을 반환하여야 한다.

### 287번

#### □ 친양자 제도

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 제908조의2제1항).

### 294번

#### <결정이유>

충동약물치료법 제8조 제4항에 의하여 치료명령은 피고사건 신고와 동시에 이루어지고, 치료명령의 실제 집행은 성충동약물치료법 제14조 제3항에 의하여 형의 집행이 종료되거나 면제·가석방 또는 치료감호의 집행이 종료·가중료 또는 치료위탁으로 석방되기 전 2개월 이내에 이루어지게 되는데, 피치료자에게 장기형이 선고된 경우에는 치료명령의 선고 시점과 집행 시점 사이에 상당한 시간적 간극이 존재할 수 있다. 그에 따라 치료명령 선고 시점에는 치료명령의 요건이 충족되었다고 하더라도 그 집행 시점에는 사정변경이 발생할 수 있다. 치료감호 중에 이루어진 치료 등을 통하여 성충동을 조절할 수



있게 되거나 장기의 수감생활을 거치며 노령화 등으로 성도착증이 자연스럽게 완화되거나 치유될 가능성도 배제하기 어려우므로, 치료명령의 집행 시점에는 치료의 필요성이 인정되지 않을 수 있는 것이다.

법원이 위와 같은 사정을 고려하여, 앞서 본 바와 같이 치료명령의 집행 시점에도 여전히 약물치료가 필요할 만큼 피청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있고 피청구자의 동의를 대체할 수 있을 정도의 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 비로소 치료명령의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다고 함으로써(대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도6930등 참조), 그 집행 시점에서 치료의 필요성이 인정되지 않을 가능성이 있는 경우 치료명령이 이루어지지 않도록 하기 위하여 요건을 제한적으로 해석·적용하고 있기는 하다. 그럼에도 불구하고, 10년, 20년 후의 먼 장래의 재범의 위험성을 현재의 선고 시점에서 판단하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다.

### 305번

#### □ 노역장 유치의 법적 성격

형벌 중 생명형·신체형·명예형은 집행을 확실히 할 수가 있으나 재산형인 벌금과 과료 납부는 강제할 수단이 없다. 이 문제를 시정하기 위해 형법은 벌금 또는 과료를 납부하지 않은 자를 노역장에 유치할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 노역장유치는 벌금 또는 과료의 대체집행수단으로서의 성격을 가진다.

### 321번, 324번, 335번

#### 헌법 제12조

- ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

### 328번

#### 헌법 제12조

- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

□ 청구인은 인터넷회선 감청을 위해 법원의 허가를 얻도록 정하고 있으나, 패킷감청의 기술적 특성으로 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로 개별성, 특정성을 전제로 하는 영장주의가 유명무실하게 되고 나아가 집행 단계나 그 종료 후에 법원이나 기타 객관성을 담보할 수 있는 기관에 의한 감독과 통제 수단이 전혀 마련되어 있지 않으므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 영장주의 내지 적법절차원칙에 위반된다고 주장한다.

→ 청구인의 주장은 결국 인터넷회선 감청의 특성상 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용을 방지할 만한 별도의 통제 장치를 마련하지 않는 한 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하게 된다는 주장과 같은 맥락이므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해하지

## 10 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

여부에 대하여 판단하는 이상, 영장주의 위반 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

### 329번

#### □ 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.

#### 제410조 (즉시항고와 집행정지의 효력)

즉시항고의 제기기간 내와 그 제기가 있는 때에는 재판의 집행은 정지된다.

### 331번

#### □ 구 경찰관 직무집행법 제8조(사실의 확인등)

- ① 경찰관서의 장은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 다만, 긴급을 요할 때에는 소속경찰관으로 하여금 현장에 출장하여 당해기관 또는 단체의 장의 협조를 얻어 그 사실을 확인하게 할 수 있다.

#### 구 개인정보 보호법 제18조(개인정보의 이용·제공 제한)

- ② 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다. 다만, 제5호부터 제9호까지의 경우는 공공기관의 경우로 한정한다.
  7. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우

### 332번

#### □ 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.
- ② 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다.

#### 제15조의2(전기통신사업자의 협조의무)

- ① 전기통신사업자는 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 이 법에 따라 집행하는 통신제한조치 및 통신사실 확인자료제공의 요청에 협조하여야 한다.

### 340번

#### 구 형사소송법 제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력)

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.

### 344번

**□ 인신보호법 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.

**345번**

**□ 형사소송법상 구속기간 및 구속기간의 연장**

**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 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

**348번**

**구 형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산)**

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

**형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산)**

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

형법 제57조 제1항은 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있는바, 이처럼 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다. 그러나 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다.

또한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소사를 위촉시킴으로써 남상소를 방지하려 하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없고,……따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 침해한다(헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25).

### 366번

□ 이 사건 통행제지행위는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다.

### 374번

#### □ 사용자에게 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무

그런데 직장유지에 관한 근로자의 이익은, 자신의 계획에 부합하는 근로자를 채용하고 그 숫자 또한 자신의 기준에 따라 제한할 수 있는 사용자의 이익 - 이 또한 직업의 자유, 경제활동의 자유에 의하여 보장되는 것인데 - 과 상충한다. 입법자는 이와 같이 충돌하는 기본권적 지위나 법익을 형량하고 조정하여야 한다. 이러한 형량과 조정은 일차적으로 입법자의 몫으로서, 입법자는 여기에서 광범위한 입법 형성권을 가진다. 갈등관계를 야기하는 경제적, 사회적 조건에 대한 평가, 그에 대한 입법이 장차 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 예측은 정치적 책임에 맡겨야 한다. 합리적 형량이라고 도저히 볼 수 없을 정도로 근로자나 사용자 중 어느 일방의 기본권지위가 다른 상대방에 비하여 현저히 낮게 평가된 경우에만 직업의 자유의 보호의무 위반을 인정할 수 있을 것이다.

### 380번

□ 직업선택의 자유 제한 X, 개인정보자기결정권 제한 X, 알권리(정보공개청구권) 침해 O

### 385번

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

##### 헌법 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 연금보험

료의 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 여부의 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, 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바100).

**401번**

□ 사건개요

○○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.

이에 불복하여 당해사건 원고가 수원지방법원에 위 취소처분의 취소를 구하는 소(2011구단5593호)를 제기하였고, 그 항소심(서울고등법원 2012 누21347호) 계속 중 제청법원이 직권으로 위 취소처분의 근거가 된 위 도로교통법 조항에 대하여 2013. 1. 10. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

**414번**

헌법 제23조  
 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.  
 ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.  
 ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

□ 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 희생

로서 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 이들에 게는 서로 다른 헌법상의 전제조건들이 적용되고 따라서 서로 구별되어야 한다는 이론이다. 분리이론에 의하면 재산권의 사회적 제약은 재산권의 내용규정의 영역이고 공용수용은 수용규정의 영역으로서 둘은 상호 구별되는 다른 체계를 구성한다고 본다.

사회적 제약은 일반적이고 추상적인 조치를 통해서 재산권의 내용을 장래에 형성하는 것이고, 공용침해는 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 내용규정이라고 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 보

상을 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 다투므로써 그 위헌성을 제거할 수 있는 길이 주어지게 된다.

422번

□ 헌법 제23조

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

헌법 제37조

② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

429번

헌법 제12조

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

헌법 제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의

하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

432번

**□ 형의 실효 등에 관한 법률 제8조의2(수사경력자료의 정리)**

② 제1항 각 호의 경우에 대한 수사경력자료의 보존기간은 다음 각 호의 구분에 따른다. 이 경우 그 기간은 해당 처분이 있거나 결정 또는 판결이 확정된 날부터 기산(起算)한다.

1. 법정형(法定刑)이 사형, 무기징역, 무기금고, 장기(長期) 10년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄: 10년
2. 법정형이 장기 2년 이상의 징역·금고에 해당하는 죄: 5년
3. 법정형이 장기 2년 미만의 징역·금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄: 즉시 삭제. 다만, 제1항제1호의 기소유예 처분이나 제1항제2호·제3호의 판결 또는 결정이 있는 경우는 5년간 보존한다.

453번

**□ 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

466번

□ 양심적 병역거부 사건

**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) 공중보건요원 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 복무를 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지



원업무는 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

- ① 대법원은 2004년 종교적 이유 등으로 병역을 거부한 자도 형사처벌해야 한다고 함.
- ② 2018년 6월 28일 헌법재판소가 대체복무제를 마련하지 않은 병역법 제5조 1항에 대해 헌법불합치 결정
- ③ 대법원은 2018년 전원합의체로 판례를 변경하여 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당한다고 하여 양심적 병역거부자에 대해 무죄판결을 내릴 수 있게 됨(대판(전합) 2018. 11. 1. 2016도10912).

**482번**

**□ 헌법 제21조**

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
- ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
- ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

**489번**

**□ 신문법 제15조**

- ② 일간신문과 뉴스통신진흥에관한법률의 규정에 의한 뉴스통신(이하 "뉴스통신"이라 한다)은 상호 겸영할 수 없으며, 방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업(이하 "방송사업"이라 한다. 이하 이 조에서 같다)을 겸영할 수 없다.

**판례**    **신문법 사건**

**1. 일간신문과 뉴스통신·방송사업의 겸영을 금지하는 신문법 제15조 제2항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유를 침해하는지 여부(소극)**

신문법 제15조 제2항은 일간신문이 뉴스통신이나 일정한 방송사업을 겸영하는 것을 금지하고 있다. 그런데 일간신문이 뉴스통신이나 방송사업과 같은 이종 미디어를 겸영하는 것을 어떻게 규율할 것인가 하는 것은 고도의 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서, 겸영금지의 규제정책을 지속할 것인지, 지속한다면 어느 정도로 규제할 것인지는 입법자의 미디어정책적 판단에 맡겨져 있다. 신문법 제15조 제2항은 신문의 다양성을 보장하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 규제의 대상과 정도를 선별하여 제한적으로 규제하고 있다고 볼 수 있다. 규제 대상을 일간신문으로 한정하고 있고, 겸영에 해당하지 않는

행위, 즉 하나의 일간신문법인이 복수의 일간신문을 발행하는 것 등은 허용되며, 종합편성이나 보도전문 편성이 아니어서 신문의 기능과 중복될 염려가 없는 방송채널사용사업이나 종합유선방송사업, 위성방송 사업 등을 겸영하는 것도 가능하다. 그러므로 신문법 제15조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 2. 일간신문사 지배주주의 뉴스통신사 또는 다른 일간신문사 주식·지분의 소유·취득을 제한하는 신문법 제15조 제3항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유를 침해하는지 여부(한정적극) ▶ 헌법불합치

신문법 제15조 제3항에서 일간신문의 지배주주가 뉴스통신 법인의 주식 또는 지분의 2분의1 이상을 취득 또는 소유하지 못하도록 함으로써 이종 미디어 간의 결합을 규제하는 부분은 언론의 다양성을 보장하기 위한 필요한 한도 내의 제한이라고 할 것이어서 신문의 자유를 침해한다고 할 수 없다. 그런데 제15조 제3항은 나아가 일간신문의 지배주주에 의한 신문의 복수소유를 규제하고 있다. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 신문의 복수소유를 제한하는 것 자체가 헌법에 위반된다고 할 수 없지만, 신문의 복수소유가 언론의 다양성을 저해하지 않거나 오히려 이에 기여하는 경우도 있을 수 있는데, 이 조항은 신문의 복수소유를 일률적으로 금지하고 있어서 필요 이상으로 신문의 자유를 제약하고 있다. 그러나 신문의 다양성 보장을 위한 복수소유 규제의 기준을 어떻게 설정할지의 여부는 입법자의 재량에 맡겨져 있으므로 이 조항에 대해서는 단순위헌이 아닌 헌법불합치결정을 선고하고, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 허용함이 상당하다.

## 3. 1개 일간신문사의 시장점유율 30%, 3개 일간신문사의 시장점유율 60% 이상인 자를 시장지배적사업자로 추정하는 신문법 제17조가 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(적극) ▶ 위헌

신문법 제17조는 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 규정하고 있는데, 이러한 규제는 신문의 다양성 보장이라는 입법목적 달성을 위한 합리적이고도 적절한 수단이 되지 못한다. 첫째, 발행부수만을 기준으로 신문시장의 점유율을 평가하고 있는 점, 둘째, 신문시장의 시장 지배력을 평가함에 있어 서로 다른 경향을 가진 신문들에 대한 개별적인 선호도를 합쳐 이들을 하나의 시장으로 묶고 있는 점, 셋째, 그 취급분야와 독자층이 완전히 다른 일반일간신문과 특수일간신문 사이에 시장의 동질성을 인정하고 있는 점, 넷째, 신문의 시장지배적 지위는 결국 독자의 개별적·정신적 선택에 의하여 형성되는 것인 만큼 그것이 불공정행위의 산물이라고 보거나 불공정행위를 초래할 위험성이 특별히 크다고 볼만한 사정이 없는데도 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 하고 있는 점 등이 모두 불합리하다. 따라서 신문법 제17조는 신문사업자인 청구인들의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.

## 4. 정정보도청구의 소를 민사집행법상 가치분절차에 의하여 재판하도록 규정한 언론중재법 제26조 제6항 본문 전단 중 '정정보도청구' 부분이 신문사업자인 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리와 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극) ▶ 위헌

언론중재법 제26조 제6항 본문 전단은 정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가치분절차에 의하여 재판하도록 규정하고 있다. 그 결과 정정보도청구의 소에서는 그 청구원인을 구성하는 사실의 인정을 '증명' 대신 '소명'으로 할 수 있게 되었다. 그런데 언론중재법상의 정정보도청구소송은 통상의 가치분과는 달리 그 자체가 본안소송이다. 이러한 정정보도청구의 소에서, 승패의 관건인 "사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함"이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증명을 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것인데 이것은 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 정정보도청구를 가치분절차에 따라 소명만으로 인용할 수 있게 하는 것은 나아가 언론의 자유를 매우 위축시킨다. 진실에 부합하지 않을 개연성이 있다는 소명만으로 정정보도 책임을 지게 되므로 언론사로서는 사후의 분쟁에 대비하여 진실임을 확인할 수 있는 증거를 수집·확보하지 못하는 한, 사실주장에 관한 보도를 주저하게 될 것이다. 이러한 언론의 위축효과는 중요한 사회적 관심사에 대한 신속한 보도를 자제하는 결과를 초래하고 그로 인한 피해는 민주주의의 기초인 자유언론의 공적 기능이 저하된다는 것이다. 이와 같이 피해자의 보호만을 우선하여 언론의 자유를 합리적인 이유 없이 지나치게 제한하는 것은 위헌이다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165).

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

517번

□ 집회 및 시위에 관한 법률 제11조 (옥외집회와 시위의 금지 장소)

누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 청사 또는 저택의 경계 지점으로부터 100 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다.

- 4. 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 해당하지 아니한다.
  - 가. 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우
  - 나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우
  - 다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우

535번

□ 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.

547번

□ 헌법 제34조

- ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

556번

- 헌법 제31조 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

565번

□ 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조(가해학생에 대한 조치)

① 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정한다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다.

- 1. 피해학생에 대한 서면사과
- 2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지
- 3. 학교에서의 봉사
- 4. 사회봉사
- 5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료

- 6. 출석정지
- 7. 학급교체
- 8. 전학
- 9. 퇴학처분

567번

- 헌법 제31조
  - ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
  - ③ 의무교육은 무상으로 한다.

573번

□ 결정이유

이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 공동주택 수분양자들이 일반 국민 그 중에서도 특히 특례법이 규정하고 있지 않은 개발사업에 의한 공동주택의 수분양자와 구별할 만한 동질성을 갖추고 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 건축법, 도시개발법 등 신규 주택 건설에 관한 다른 법률에 의한 개발사업은 물론이고, 도시재개발법 등 기존 주택의 재개발·재건축에 관한 법률에 의한 개발사업이라고 하더라도 재개발·재건축의 결과 종전 주택수를 초과하는 신규 주택의 공급이 이루어진다면 위 주택의 수분양자는 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 수분양자와 마찬가지로 학교용지확보의 필요성을 제기한다고 할 것이고, 반면에 이 사건 법률조항에 의한 개발사업이라고 하더라도 재건축조합에 의한 개발사업의 경우와 같이 개발사업의 실질이 재건축에 불과하다면 새로운 학교용지확보의 필요성을 거의 야기하지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 수분양자 개인의 입장에서 보면, 학교용지확보 필요성에 있어서 수분양자들의 구체적 사정을 거의 고려하지 않은 채 수분양자 모두를 일괄적으로 동일한 의무자집단에 포함시켜 동일한 학교용지부담금을 부과하는 것은 합리적 근거가 없는 차별에 해당하고, 의무자집단 전체의 입장에서 보더라도 일반 국민, 특히 다른 개발사업에 의한 수분양자집단과 사회적으로 구별되는 집단적 동질성을 갖추고 있다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 수분양자집단에 대하여만 학교용지부담금을 부과하는 것은 위 집단의 각 구성원들의 평등권을 침해한다고 할 것이다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20).

581번

- 근로기준법 제60조 (연차 유급휴가)
  - ① 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다.
  - ④ 사용자는 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 제1항에 따른 휴가에 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함한 총 휴가 일수는 25일을 한도로 한다.

582번

- 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

## 587번

### □ 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.

## 595번

□ 전교조 법외노조 사건

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 예산을 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 받았습시다.

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 냈습시다. 그러나 하급심에선 모두 전교조가 패소했습시다.

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 기각했습시다. 2016년 1월 21일 전교조는 항소심 판결에 불복하여 바로 상고했습시다.

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

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

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 습시다.

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

마지막으로 법외노조 통보 처분이 전교조에 지나치게 가혹해 행정기관이 재량권을 일탈·남용한 것이지도 쟁점습시다.

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 습시다.

#### 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 점에서도 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 서울행정법원에서 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(민준기 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.

## 6. 대법원의 태도

대법원은 9월3일 고용노동부 장관이 2013년 10월24일 전국교직원노동조합(이하 전교조)에 법외노조라 통보한 것은 법률유보 원칙에 위반하여 그 자체로 무효인 노동조합법 시행령 조항에 기초한 것이므로 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 보아 1심, 항소심과는 다른 판단을 내렸습니다. 그리고 위 판결 선고 다음날 고용부는 법외노조 통보를 취소하고, 전교조는 교원노조법에 따른 노동조합의 지위를 회복하게 되었습니다(대판(전합) 2020. 9. 3. 2016두32992)

노동조합법은 "근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 등 결격사유가 있는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다"고, 위 법 시행령은 "설립신청을 마친 노동조합에 결격사유가 발생한 경우 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하되, 시정되지 않는 경우 노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다"고 각각 규정하고 있습니다. 교원노조법 및 동법 시행령은 이를 교원 노조에 도 그대로 적용하도록 규정하고 있습니다.

고용부 장관은 위 노동관계 법령을 위반하여 전교조가 해직자의 조합원 가입을 허용하는 규약에 대한 시정 명령을 불이행하고, 실제 해직교원 9명이 조합원으로 가입·활동하고 있다는 이유로 '교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니함'을 통보한 것이었습니다.

대법원 다수 의견은 법외노조 통보가 이미 법률에 의해 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지·확인하는 행위가 아니라, 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 '형성적 행정처분'이라고 보았습니다. 결국 이러한 법외노조 통보에 따라 노조에 대한 법률상 보호만 제거하는 것이 아니라 헌법상 노동3권



을 실질적으로 제약함에도 노동조합법은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체에 대한 노조 설립신고서를 반려하도록 규정하면서 이미 설립 후 활동 중인 노조에 대한 더 침익적인 법외노조 통보에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이를 시행령에 위임하는 명문 규정도 두고 있지 않다고 지적했습니다.

아울러 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령과 실질에 있어서는 다를 바가 없다고 보았습니다. 결국 이 사건 시행령 조항은 법률이 정하고 있지 않은 사항에 관해, 법률의 위임 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적 제한을 규정한 것으로서 법률유보 원칙에 반하여 무효이고, 그에 따른 법외노조 통보는 법적 근거를 상실한 것으로 위법한 처분이라는 것입니다.

## 596번

### □ 전국교수노동조합 사건

#### 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 교사
- 다만, 학생 수가 100명 이하인 학교나 학급 수가 5학급 이하인 학교 중 대통령령으로 정하는 규모 이하의 학교에는 교감을 두지 아니할 수 있다.

## 601번

### □ 헌법 제35조

- ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
- ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

## 609번

### □ 증부세 산정에 있어서 세대별 합산과세

여기에서 ‘세대’라 함은 보통 현실적으로 주거 및 생계를 같이하는 사람의 집단을 의미한다. \_종합부

동산세법상으로는 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 세대원들이 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.

## 611번

### □ 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법조항

#### 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 있음은 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 의미

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 친생

부인의 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 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.

612번

□ 성명은 개인의 정체성과 개별성을 나타내는 인격의 상징으로서 개인이 사회 속에서 자신의 생활 영역을 형성하고 발현하는 기초가 되는 것이라 할 것이므로 자유로운 성의 사용 역시 헌법상 인격권으로부터 보호된다고 할 수 있다.

623번

□ 재판과 재판청구권

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

재판청구권은 분쟁사건의 사실적 측면과 법률적 측면에 대해 적어도 한 차례 이상의 심리적 검토를 법관이 담당해 줄 것을 요구할 수 있는 권리이다.

628번

□ 헌법 제107조

③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.

640번

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.

669번

□ 직위해제 - 공무원 신분은 유지됨, 직위에서 물러나게 해 업무를 못하도록 함.

670번

□ 공무원의 당연퇴직 조항 비교

1. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 국가공무원의 당연퇴직 - **위헌** (헌재 2003. 10. 30. 2002헌마 684)

### 30 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

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)
4. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 자의 공무원 임용결격 - [합헌](#) (헌재 2016. 7. 28. 2014헌바437)

### 686번

#### □ 해설 추가

주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 국민투표법 제14조 제1항은 앞서 본 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다(헌재 2007.6.28., 2004헌마644).

### 687번

#### □ 헌법 제72조

대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

### 690번

#### □ 헌법 제32조

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

**헌법 제39조 ②** 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

### 705번

#### □ 헌법 제50조

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

### 706번

#### □ 헌법 제49조

국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다.

#### 국회법 제92조(일사부재의)

부결된 안건은 같은 회기 중에 다시 발의하거나 제출할 수 없다.

## 714번

## □ &lt;비교&gt; 헌법 제130조

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

## 729번

## □ 조세와 준조세

## 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.

## 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, 수도권의 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.

735번

□ 추계 - 일부의 수치를 근거로 하여 전체의 수를 추정, 계산함



744번

□ 헌법 제65조

- ① 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

764번

□ 유제

발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였더라도 발언 내용에 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다면, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것일지라도 이는 면책특권의 대상이 되지 아니한다. (X) [17지방7급]

765번

□ 헌법 제44조

- ① 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다.

775번

□ 헌법 제66조

- ② 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.
- ③ 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.

헌법 제69조

대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. "나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다."

785번

□ 헌법 제76조

- ③ 대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.
- ④ 제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다.

792번

□ 헌법 제75조

대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

**헌법 제95조**

국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

**795번**

□ **쟁점**

심판대상조항은 4인 이하 사업장에 대하여 근로기준법 중 어느 조항이 적용될지는 법률 아닌 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

□ **근로기준법 제11조(적용 범위)**

② 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.

상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장이 대체로 영세사업장이어서 근로기준법에서 요구하는 모든 사항을 한결같이 준수할만한 여건과 능력을 갖추고 있지 못한 것이 현실이어서, 이러한 현실을 무시하고 근로기준법상의 근로기준을 이들 사업장에까지 전면 적용한다면 근로자보호라는 소기의 목적을 달성하지도 못한 채 오히려 영세사업장이 감당하기 어려운 경제적·행정적 부담만을 가중시키는 부작용을 초래할 우려가 있다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310).

근로기준법은 1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정되었을 때에는 대통령령으로 정하는 범위의 사업장에 대하여 근로기준법 적용을 제외한다고 규정하였으므로, 근로기준법이 적용되는 사업장의 구체적인 범위는 근로기준법 시행령의 개정을 통하여 근로자 수 15명 이하 사업장 전부 제외부터 4명 이하 사업장 전부 제외까지로 확대되어 왔다. 그 후 1989. 3. 29. 법률 제4099호로 개정된 근로기준법이 최초로 5인 이상 사업장에 근로기준법을 전부 적용하고, 4인 이하 사업장에는 대통령령이 정하는 바에 따라 법의 일부규정을 적용할 수 있다고 법률에 그 적용기준을 직접 규정하였다. 그 다음에는 조문의 위치만 2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 현행 근로기준법에서 제11조로 이동되었을 뿐, 적용기준의 내용은 지금까지 동일하게 유지되어 왔다(헌재 2019. 4. 11. 2013헌바112).

**796번**

□ 직업의 자유, 일반적 행동의 자유 침해 (401번)

**811번**

□ **헌법 제94조**

행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.

**헌법 제95조**

국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

**826번**

□ 행정절차법 제3조(적용 범위)

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 감사위원회회의의 결정을 거쳐 행하는 사항

833번

□ 형종 상향의 금지

형사소송법 제457조의2(형종 상향의 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 형종상향금지의 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 상향 금지로 변경되었으므로 벌금형의 액수가 늘어날 수 있을 뿐, 징역형이나 금고형이 될 수는 없다.

834번

□ 대법원이 법원에 대한 징계처분 취소청구소송을 단심으로 재판하는 경우에는 법률심인 상고심으로서 사실확정에는 관여하지 않는 다른 재판과 달리 심리의 범위에 관하여 아무런 제한이 없어 사실확정도 대법원의 권한에 속하므로, 법원에 의한 사실확정의 기회가 박탈되었다고 볼 수도 없다.

837번

□ 사법의 개념

사법이란 구체적 분쟁이 발생한 경우 당사자로부터 쟁송의 제기를 기다려 독립된 지위를 가진 기관

이 제3자적 입장에서 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하기 위한 작용을 말한다. 이러한 사법작용에는 민사재판과 형사재판은 물론 행정재판·군사재판 등이 포함된다.

### 사법권의 특성

- ① 수동성 - 당사자로부터 소제기가 있어야 한다.
- ② 사건성 - 구체적 법률분쟁이 발생하여야 한다.
- ③ 소극성 - 새로운 질서형성을 위한 집행작용과 달리 현재의 법질서를 유지하려는 소극적 작용이다.
- ④ 법선언성 - 무엇이 법인가를 판단하고 선언하는 작용이다.
- ⑤ 판단의 독립성 - 신분이 보장된 법관이 독립된 입장에서 행한다.

### 838번

#### □ 회사정리절차

회사정리절차 또는 법정관리는 회사정리법에 따라 회사를 갱생시키는 절차이다.

재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갱생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 채권자·주주 그 밖의 이해관계인의 이익을 조정하며 그 사업의 정리·재건을 꾀하는 절차이다(회사정리법 1조).

### 848번

□ 헌법 제105조 ④ 법관의 정년은 법률로 정한다.

### 871번

□ 재심은 재판을 받은 당사자에게 인정되는 특별한 불복절차이므로 당사자를 따로 상정할 수 없는 위헌법률심판절차에서 재심청구는 부적법하다. (헌법재판실무제요 105p)

### 900번

#### <해설교체>

형사소송법은 재심의 절차를 '재심의 청구에 대한 심판'과 '본안사건에 대한 심판'이라는 두 단계 절차로 구별하고 있다. 따라서 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항은 원칙적으로 '재심의 청구에 대한 심판', 즉 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서는 재판의 전제성이 인정되지 않고, 재심의 개시 결정 이후의 '본안사건에 대한 심판'에 있어서만 재판의 전제성이 인정된다(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등).

#### □ 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 여부만을 판단하고, 나아가 재심사유가 재심대상판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실제적 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.

902번

□ 파기환송

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 자판하지 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).

902번

〈결정이유〉

당해 사건 재판에서 청구인이 승소판결을 받아 그 판결이 확정된 경우 청구인은 재심을 청구할 법률상 이익이 없고, 심판대상조항에 대하여 위헌결정이 선고되더라도 당해 사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미칠 수 없으므로 그 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니하나, 당해 사건에 관한 재판에서 승소판결을 받았다고 하더라도 그 판결이 확정되지 아니한 이상 상소절차에서 그 주문이 달라질 수 있으므로, 청구인이 파기환송 전 항소심에서 승소판결을 받았다는 사정만으로는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 재판의 전제성이 부정된다고 할 수 없는바, 재판의 전제성이 없다는 것을 바탕으로 한 청구인의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유없다.

903번

□ 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. [개정 2014.5.20.]
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로

소급하여 효력을 상실한다. [신설 2014.5.20]

- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

915번

□ 위헌결정의 효력

**헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)**

- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

〈헌법재판소〉는 형벌법규가 아닌 일반사건 법률의 경우 원칙적으로 장래효를 가지지만, ① 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건(당해사건), ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 사건(동종사건), ③ 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)에 대하여 예외적으로 소급효가 인정되고, ④ 위헌결정 이후에 제소된 사건(일반사건)이라도 구체적인 타당성의 요청이 현저하고 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평에 어긋나는 경우에는 예외적으로 소급효를 인정할 수 있다는 입장이다.

〈대법원〉은 헌법재판소가 판시한 내용 중 위 ①-③의 경우 외에 “위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다”라고 하여, 위헌결정의 소급효를 대폭 확대하는 경향이다.

다만 대법원도 일반사건의 경우 ㉠ 기판력에 저촉되는 경우 ㉡ 행정처분의 확정력이 발생한 경우 위헌결정의 소급효를 제한할 수 있다는 태도이다.

918번

**판례** 확정력이 발생한 행정처분과 위헌결정의 소급효

**1. 위헌법률에 근거하여 발하여진 행정처분의 효력**

법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다.

**2. 확정력이 발생한 행정처분에 위헌결정의 소급효가 미치는지 여부**

위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 한다.

**3. 행정처분의 근거법률이 위헌이라는 이유로 행정처분무효확인 소가 제기된 경우, 법원의 조치**

어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서의 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 그 무효확인청구를 기각하여야 한다(대판 1994. 10. 28. 92누9463).

□ 무효확인소송의 판결

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).

919번

□ 불가쟁력이 발생한 행정처분에 위헌결정의 소급효가 미치는지 여부

위헌결정의 효력은 그 결정 이후에 당해 법률이 재판의 전제가 되었음을 이유로 법원에 제소된 일반 사건에도 미치므로, 당해 법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분의 경우에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이다(대판 2002. 11. 8. 2001두3181).

920번

□ 체납처분 - 납부기한 내에 국세를 납부하지 아니한 경우 국세징수법에 의하여 강제징수하는 국세채권의 강제집행절차.

922번

□ 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

928번

□ 국회법 제130조(탄핵소추의 발의)

- ① 탄핵소추가 발의되었을 때에는 의장은 발의된 후 처음 개의하는 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 법제사

법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다.

938번

□ 지방자치단체의 경우

헌법재판소는 지방자치단체의 경우에는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 규정하고 있는 헌법 재판소법 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
  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

939번

□ 재결(裁決)은 행정심판 청구사건에 대하여 행정심판위원회가 심리·의결한 내용에 따라 재결청이 판단하는 행위를 뜻한다.(행정심판법 제2조 제3호) 재결은 준법률적 행정행위 중 확인행위이며 또한 준사법작용적 성질을 갖는다.

942번

□ 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 위원장 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)

944번

□ 헌법 제114조

⑦ 각급 선거관리위원회의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제115조

① 각급 선거관리위원회는 선거인명부의 작성등 선거사무와 국민투표사무에 관하여 관계 행정기관에 필요한 지시를 할 수 있다.

965번

□ 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.

992번

□ 행정지도

행정기관이 그 권한에 속하는 사항에 관하여 그 의도하는 바를 실현하기 위하여 행정객체의 임의의 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.

996번

□ 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원

**형사소송법 제223조(고소권자)**

범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.

**제260조(재정신청)**

- ① 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.
- ② 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)**

- ① 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.
- ③ 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)

☑ 죄가안됨, 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

- (가) 혐의 없음 - 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하거나 피의사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 경우에 하는 결정
- (나) 죄가 안됨 - 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 위법성조각사유나 책임조각사유가 있는 경우에 하는 결정
- (다) 공소권 없음 - 피의사건에 대하여 확정판결이 있거나 사면이 있거나 공소시효가 완성되었거나 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우와 같이 소송조건이 결여된 경우에 하는 결정

#### 44 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

##### 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

#### 1017번

##### □ 중국재판과 중간재판

1. 중국재판 - 사건에 대하여 중국적 판단을 하면서 그 심급을 종료시키는 재판

ex) 소장각하명령, 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 중국재판의 이유에서 판단할 수 있으므로, 중간재판은 거의 이용되지 않고 중국재판의 이유에서 판단함이 보통이다.

#### 1022번

□ 이 사건 법률조항은 정보게재자의 표현의 자유를 제한함에 있어 과잉금지원칙에 위반되지 아니하므로, 청구인의 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

#### 1035번

##### 판례 직접성 원칙의 예외

구체적 집행행위가 존재하는 경우에도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 혹은 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 단지 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 불과한 사안에서 당해 법률규정에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 예외적으로 당해 법률규정을 직접 헌법소원대상으로 삼을 수 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82).

#### 1040번

##### □ 보충성의 예외

보충성원칙에도 불구하고 일정한 예외가 인정되는바, 우리 헌법재판소법에는 명문의 규정이 없으나 독일 연방헌법재판소법과 동 재판소의 판례와 같이 우리 헌법재판소에서도 보충성의 예외를 인정하고 있다.

즉 법률상 다른 구제절차가 없는 경우, 청구인의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 거치지 않은 경우, 전심절차를 거쳐도 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나, 권리구제절차의 허용여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성원칙의 예외를 인정하였다.

□ **법령에 대한 직접적인 헌법소원의 경우**

법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어, 구체절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다.

행정관청의 고시나 지방자치단체의 조례 등은 해당 규정의 내용이 어떤 성질을 가지는지에 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 구체절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

조례가 집행행위의 개입 없이 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.

**1049번**

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)

**1050번**

□ **헌법재판소법 제69조(청구기간)**

- ① 제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구체절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.
- ② 제68조제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

**1065번**

□ **헌법재판소법 제42조(재판의 정지 등)**

- ① 법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.

**헌법재판소법 제75조(인용결정)**

- ⑦ 제68조제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

**1065번 ㄹ.**

## 46 TRS헌법 핵심지문총정리 해설강의 자료

□ 형사소송법 제420조, 제421조는 ‘유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’, ‘항소 또는 상고기각판결에 대하여는 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’ 재심을 청구할 수 있다고 각 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없고, 청구인에 대한 무죄판결은 종국적으로 다룰 수 없게 되므로 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109).

### 사례형 객관식 4번

#### <수정>

박스 안 형법 제70조 ②항 30일 이상 → 300일 이상, 50일 이상 → 500일 이상, 100일 이상 → 1,000일 이상

#### ① 해설

□ 벌금형 판결의 주문

"피고인을 벌금 100만 원에 처한다. 피고인이 위 벌금을 내지 아니하는 경우에는 10만 원을 1일로 환산한 기간, 피고인을 노역장에 유치한다."

판결문에는 벌금액에 충당할 '일당'이 얼마인지 반드시 나온다. 이걸 환형유치라고 한다.

#### ⑤ 해설

□ 과잉금지원칙에는 위반되지 않지만, 형벌불소급원칙에 위반되어 위헌결정

### 사례형 객관식 24번

#### <수정>

박스 안 날짜 6. 2. → 6. 22.

문제 ① 6. 2. → 6. 22.

#### ④ 해설

□ 평등권 침해여부

공무원연금법 개정이유와 경위, 법적 안정성 도모와 연금재정의 건전성 확보, 개정 법률을 시행하기 위한 준비기간의 필요성 등에 비추어 볼 때, 퇴직연금의 수급요건을 완화하면서 유리한 신법을 신법 시행일 이전으로 소급적용하는 경과규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 두고 입법재량의 범위를 벗어난 현저히 불합리한 차별이라고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.