


사례형 객관식 문제



2 사례형 객관식 문제

1

다음 사례에서 甲의 권리구제에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [12 변시]

법률의 위임을 받아 특정 국가자격시험의 응시자격을 구체적으로 정하고 있는 시행령이 2011. 3. 7.자로 개정되었다. 이를 통해 '관련과목의 이수'로 정해져 있던 국가자격시험의 응시자격요건이 '관련학과의 학위 취득'으로 변경되었다. 개정시행령은 부칙에 경과규정을 두어 그 시행일을 2011. 3. 7.로 하되 2010학년도 이전에 관련학과 이외의 학과에 입학한 자에 대해서는 종전의 규정에 의하도록 정하였다. 2011. 3. 2. 관련학과가 아닌 다른 학과에 입학한 甲은 장래 위 국가자격시험의 응시를 목표로 하고 있었으나, 위 시행령 개정으로 응시자격이 없어졌다는 사실에 고민하고 있다.

- ① 법령을 개정해야 할 공익상의 필요가 있더라도, 개정시행령상의 응시자격 규정이 구 시행령에 의한 응시자격이 장래에도 그대로 존속할 것이라는 합리적이고 정당한 甲의 신뢰를 과도하게 침해하는 경우에는 개정시행령상의 자격규정은 신뢰보호원칙에 위반된다.
- ② 개정시행령의 부칙이 2010학년도 이전에 관련학과 이외의 학과에 입학한 자와 2011학년도에 관련학과 이외의 학과에 입학한 자를 합리적 사유 없이 차별하는 것이라면 평등원칙에 반한다.
- ③ 사후에 甲이 관련과목의 이수라는 종전의 자격요건을 충족한 상태에서 응시원서를 제출하였는데 시험관리행정청에서 그 접수를 거부한다면 접수거부처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있고, 그 재판에서 개정시행령의 위헌·위법을 다룰 수 있다.
- ④ 甲이 관련학과가 아닌 다른 학과에 입학한 후 위 시행령이 개정되었으므로 개정시행령을 甲에게 적용하는 것은 진정소급효를 발생시키는 경우에 해당되어 위법하다.
- ⑤ 개정시행령의 응시자격 관련 규정과 경과규정을 정한 부칙 규정은 직접 국가자격시험의 응시자격을 제한하는 법률효과를 발생시켜 국민의 평등권, 직업선택의 자유 등에 제한을 가하므로 헌법소원의 대상이 되는 '공권력의 행사'에 해당한다.

/ 해 설 /

- ① (○) 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 신뢰보호의 원리가 도출된다. 법률의 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다(헌재 2016. 2. 25. 2015헌바127).
- ② (○) 원고들과 같이 1997학년도에 입학한 자들과 1996학년도 이전에 입학한 자들은 개정 전 시행령 제3조의 2에서 정해진 한약사 국가시험 응시자격을 신뢰하고 대학에 입학하였다는 점에서 같다고 할 것인데, 1996학년도 이전에 입학한 자들과는 달리 원고들에게는 개정 시행령 제3조의2가 적용된다면 한약사 국가시험 응시자격을 취득하기 위해서는 다른 대학교의 한약학과에 재입학하거나 편입학할 수밖에 없는 큰 부담을 지게 되는 점, 앞에서 본 바와 같이 개정 시행령 제3조의2를 원고들에게 적용하는 경우 그 침해받는 신뢰의 이익이 공익에 비하여 현저히 크다는 점 등을 감안하면, 비록 1996학년도 이전에 입학한 자들이 원고들에 비하여 대학에서 1년 이상 수학하였고, 보건복지부의 앞서 본 각 발표가 있었다고 하더라도 그와 같은 점만을 근거로 원고들과 1996학년도 이전에 입학한 자들을 차별하는 것은 합리적이라고 볼 수 없으므로, 개정 시행령 제3조의2를 원고들에게 적용하는 것은 평등의 원칙에도 위반된다 할 것이다(대판 2007. 10. 29. 2005두4649).
- ③ (○) 甲은 거부처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있고, 이 재판을 담당하는 법원에서 개정시행령의 위헌·위

법을 다룰 수 있다(헌법 제107조 제2항).

- ④ (X) **甲**이 2011. 3. 2. 입학한 후 2011. 3. 7.자로 시행령이 개정되었지만, **甲**은 입학한 지 며칠 지나지 않은 상태이므로 종전의 자격요건인 '관련과목의 이수'를 마치지 않은 상태이다. 따라서 개정시행령을 **甲**에게 적용하는 것은 진정소급효가 아니라 부진정소급효를 발생시킨 경우에 해당한다.
- ⑤ (O) 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 "공권력"이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 입법부에서 제정한 법률, 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 및 사법부에서 제정한 규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178). ▶정답 ④

2

甲은 국세에 관한 행정사무에 종사하고 있는 기간이 12년이며, 그 중 5급 이상 공무원으로 근무한 기간이 3년이 되었는바, 구 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제3조 제2호에 따르면 국세에 관한 행정사무 종사경력이 10년 이상이고, 일반직 5급 이상 공무원으로서 5년 이상 재직한 경력이 있는 경우(이하 이를 '자격부여요건'이라 한다)에는 당연히 세무사자격이 부여되었다. 그런데 개정된 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것, 이하 '개정법'이라 한다) 제3조는 위 제2호를 삭제하였고, 개정법 부칙 제3항은 2000. 12. 31. 현재 종전의 제3조 제2호의 규정에 해당하는 자에 대하여만 구법 규정을 적용하도록 규정하였다. 그에 따라 2000. 12. 31. 현재 구법 규정상의 자격부여요건을 갖추지 못한 **甲**은 구법 규정이 적용될 수 없어 세무사자격시험을 거치지 않고도 세무사자격이 부여되는 지위를 상실하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[14 변시]

- ① 어떤 직업분야에 자격제도를 시행함에 있어서 자격요건의 구체적인 내용은 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리한 경우에만 비로소 위헌의 문제가 생긴다.
- ② 국세관련 경력공무원에 대한 세무사자격 부여제도를 폐지한 것은 경력공무원에 대한 특혜시비를 완화하면서 아울러 일반응시자들과의 형평을 도모하려는 공익적인 목적을 갖는 것으로서 그 목적의 정당성은 인정된다 할 것이다.
- ③ 구법상의 자격부여요건을 갖춘 세무공무원 경력자는 국세업무전반에 걸친 폭넓은 이해와 세무법률관계에 관한 실무적·이론적 지식을 갖추고 있으며, 이들이 갖추고 있는 능력과 지식은 행정실무적 능력 뿐 아니라 법률제도에 대한 기본적인 소양이나 세법에 대한 이론적인 지식이 필요한 세무사업의 수행에 적합하다는 점에서 세무사자격을 부여하는 데에 합리적인 이유가 있으므로 이를 고려하지 않고 국세관련 경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하지 않도록 개정된 세무사법 제3조는 과잉금지원칙에 위배되어 **甲**의 직업선택의 자유를 침해한다.
- ④ **甲**의 세무사자격 부여에 대한 신뢰는 보호할 필요성이 있는 합리적이고도 정당한 신뢰라 할 것이고, 개정법 제3조 등의 개정으로 말미암아 **甲**이 입게 된 불이익의 정도, 즉 신뢰이익의 침해 정도는 중대하다고 아니할 수 없는 반면, **甲**의 신뢰이익을 침해함으로써 일반응시자와의 형평을 제고한다는 공익은 위와 같은 신뢰이익 제한을 헌법적으로 정당화할만한 사유라고 보기 어렵다.

4 사례형 객관식 문제

- ⑤ 2000. 12. 31. 현재 자격부여요건을 충족한 자와 그렇지 못한 **甲** 사이에는 단지 근무기간에 있어서의 양적인 차이만 존재할 뿐 본질적인 차이는 없고, **세무사자격 부여제도의 폐지와 관련된 조항의 시행일만을 2001. 1. 1. 로 늦추어 1년의 유예기간을 두고 있는 것 자체가 합리적 근거 없는 자의적 조치이므로, 위 부칙조항은 합리적인 이유 없이, 자의적으로 설정된 기준을 토대로 위 부칙조항의 적용대상자와 **甲**을 차별 취급하는 것으로서 평등의 원칙에 위반된다.**

/ 해설 /

- ① (○) **입법부가 어떤 직업분야에 자격제도를 시행함에 있어서 그 업무에 대하여 설정할 자격요건의 구체적인 내용은 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 따라서 자격요건의 설정에 대한 판단·선택은 헌법재판소가 가능하기보다는 입법자에게 맡겨두는 것이 옳으며, 그러한 범위 내에서 입법자에게 입법형성권이 인정된다. 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에만 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다(헌재 2001. 9. 27, 2000헌마152).**
- ② (○) ③ (X) **이 사건 법률조항에 의하여 국세관련 경력공무원에 대한 세무사자격 부여제도를 폐지한 것은 경력공무원에 대한 특혜시비를 완화하면서 아울러 일반응시자들과의 형평을 도모하려는 공익적인 목적을 갖는 것으로서 그 목적의 정당성은 인정된다 할 것이다. 그리고 경력공무원이라 하여 반드시 세무사로서 필요한 전문적 지식이나 자질에 대한 객관적인 검증절차를 거친 것은 아니므로 그들도 일반응시자와 마찬가지로 세무사자격시험을 통한 통상의 검증절차를 거치도록 하고, 다만 그 경력을 감안하여 시험과목의 일부면제제도를 채택한 입법자의 판단이 그 내용이나 방법에 있어서 반드시 합리성을 결여한 것이라고 보기도 어렵다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 국세관련 경력공무원에게 세무사자격을 부여하지 않는 것이 반드시 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 할 수는 없으므로, 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다(헌재 2001. 9. 27, 2000헌마152).**
- ④ (○) **청구인들의 세무사자격 부여에 대한 신뢰는 보호할 필요성이 있는 합리적이고도 정당한 신뢰라 할 것이고, 개정법 제3조 등의 개정으로 말미암아 청구인들이 입게 된 불이익의 정도, 즉 신뢰이익의 침해정도는 중대하다고 아니할 수 없는 반면, 청구인들의 신뢰이익을 침해함으로써 일반응시자와의 형평을 제고한다는 공익은 위와 같은 신뢰이익의 제한을 헌법적으로 정당화할 만한 사유라고 보기 어렵다. 그러므로 기존 국세관련 경력공무원 중 일부에게만 구법 규정을 적용하여 세무사자격이 부여되도록 규정한 위 세무사법 부칙 제3항은 충분한 공익적 목적이 인정되지 아니함에도 청구인들의 기대가치 내지 신뢰이익을 과도하게 침해한 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 2001. 9. 27, 2000헌마152).**
- ⑤ (○) **2000. 12. 31. 현재 자격부여요건을 충족한 자와 그렇지 못한 청구인들 사이에는 단지 근무기간에 있어서의 양적인 차이만 존재할 뿐, 본질적인 차이는 없고, 세무사자격 부여제도의 폐지와 관련된 조항의 시행일만을 2001. 1. 1.로 늦추어 1년의 유예기간을 두고 있는 것 자체가 합리적 근거 없는 자의적 조치이므로, 위 부칙조항은 합리적인 이유 없이, 자의적으로 설정된 기준을 토대로 위 부칙조항의 적용대상자와 청구인들을 차별취급하는 것으로서 평등의 원칙에도 위반된다(헌재 2001. 9. 27, 2000헌마152).** ▶정답 ④

3

정당법에서는 정당의 등록요건으로 제17조에서 “정당은 5 이상의 시·도당을 가져야 한다.”라고 규정하고, 제18조 제1항에서는 “시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다.”라고 규정하고 있다. 미등록 정

침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478).

- ㉔. (X) 위 시행령 조항이 수용자가 보내려는 모든 서신에 대해 무봉합 상태의 제출을 강제함으로써 수용자의 발송 서신 모두를 사실상 검열 가능한 상태에 놓이도록 하는 것은 기본권 제한의 최소 침해성 요건을 위반하여 수용자인 청구인의 통신비밀의 자유를 침해하는 것이다(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333).
- ㉕. (O) 먼저 청구인 이○호가 청구외 유○렬에게 보내기 위하여 발송의뢰한 1992. 5. 25.자 서신에 대하여 피 청구인이 발송을 거부한 행위를 대상으로 한 심판청구부분에 관하여 살펴본다. 헌법소원심판은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없게 되어 있는데, 피 청구인은 위 발송 거부행위에 대하여는 행정소송법 및 행정심판법에 의하여 행정소송이나 행정심판이 가능할 것이므로 이러한 절차를 거치지 아니한 채 이 사건 심판청구부분은 부적법하다고 할 것이다(헌재 1995. 7. 21. 92헌마 144).
- ㉖. (O) 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면, '형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리를 의미한다고 보아야 할 것이므로 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다. 따라서 이 사건 접견조항에 의하여 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다고 볼 수는 없다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122). ▶정답 ②

5

甲은 2014. 5.경 신용카드 회사의 개인정보 유출사고로 인해 주민등록번호가 불법 유출되었다는 이유로 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호 변경신청을 하였으나, 구「주민등록법」(이하 '주민등록법'이라 함)상 주민등록번호 불법 유출을 원인으로 한 주민등록번호 변경은 허용되지 않는다는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 받았다. 이에 甲은 2014. 6.경 개인별로 주민등록번호를 부여하면서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 「주민등록법」 제7조가 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [19 변시]

- ① 甲의 주장은 주민등록번호 부여제도에 대하여 입법을 하였으나 주민등록번호 변경에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니한 부진정입법부작위가 위헌이라는 것이어서, 「주민등록법」 제7조가 甲의 기본권을 침해하는지 여부가 심판대상이다.
- ② 국가가 주민등록번호를 부여·관리·이용하면서 「주민등록법」에 그 변경에 관한 규정을 두지 않은 것은 주민등록번호 불법 유출 등을 원인으로 자신의 주민등록번호를 변경하고자 하는 甲의 개인정보자기결정권을 제한하고 있다.
- ③ 위 사례에서 위헌성은 주민등록번호 변경에 관하여 규정하지 아니한 부작위에 있으므로, 「주민등록법」에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 주민등록번호제도 자체에 관한 근거규정이 사라지게 되어 법적공백이 생기게 된다는 점 등을 고려하면, 헌법불합치 결정을 선고하면서 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 적용을 명할 수 있다.
- ④ 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 이를 변경할 수 없도록 한 것은 주민 생활의

8 사례형 객관식 문제

편익을 증진시키고 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 것으로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

- ⑤ 「주민등록법」 제7조가 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 사회복지 등의 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 주민등록의 대상자인 국민에게 주민등록번호 변경을 허가하지 아니함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 그로 인한 정보주체의 불이익에 비하여 더 작다 고 보기는 어려워 법익균형성의 원칙에 반하지 않는다.

/ 해설 /

- ① (○) 청구인들이 주장하는 것은 위 조항들의 내용이 위헌이라는 것이 아니라, 주민등록번호의 잘못된 이용에 대비한 '주민등록번호 변경'에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 것이 헌법에 위반된다는 것이므로, 이는 주민등록번호 부여제도에 대하여 입법을 하였으나 주민등록번호의 변경에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니한 부진정 입법부작위가 위헌이라는 것이다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마449·2013헌바68).
- ② (○) 심판대상조항은 국가가 주민등록번호를 부여·관리·이용하면서 그 변경에 관한 규정을 두지 않음으로써 주민등록번호 불법 유출 등을 원인으로 자신의 주민등록번호를 변경하고자 하는 청구인들의 개인정보자기결정권을 제한하고 있다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마449·2013헌바68).
- ③ (○) 심판대상조항의 위헌성은 주민등록번호 변경에 관하여 규정하지 아니한 부작위에 있는바, 이를 이유로 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 주민등록번호제도 자체에 관한 근거규정이 사라지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되고, 주민등록번호 변경제도를 형성함에 있어서는 입법자가 광범위한 입법재량을 가지므로, 심판대상조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하되, 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 적용하기로 한다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마449·2013헌바68).
- ④ (○) 심판대상조항이 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 이를 변경할 수 없도록 한 것은 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마449·2013헌바68).
- ⑤ (X) 심판대상조항에서 주민등록번호 변경을 허용하지 않음으로써 얻어지는 행정사무의 신속하고 효율적인 처리를 통한 공익이 중요하다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 주민등록번호의 유출이나 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 일률적으로 주민등록번호를 변경할 수 없도록 함으로써 침해되는 주민등록번호 소지자의 개인정보자기결정권에 관한 사익은 심판대상조항에 의하여 달성되는 구체적 공익에 비하여 결코 적지 않다고 할 것이므로, 심판대상조항은 법익의 균형성도 충족하지 못하였다. 따라서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마449·2013헌바68). ▶정답 ⑤

6

甲은 사기혐의로 기소되었으며, 법무부장관 乙은 甲이 형사재판에 계속 중임을 이유로 「출입국관리법」 제4조 제1항 제1호에 근거하여 甲에 대해서 6개월 동안 출국을 금지하였다. 이에 甲은 「출입국관리법」 제4조 제1항 제1호의 위헌 여부를 다투고자 한다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[17 번시]

10 사례형 객관식 문제

언는 공익은 국가 형벌권을 확보함으로써 실제적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 것으로서 중대하므로 법익의 균형성도 충족된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 출국의 자유를 침해하지 아니한다(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302). ▶정답 ①

7

甲은 「집회 및 시위에 관한 법률」을 위반하여 징역 1년 6월을 선고받고 복역하던 중, 가석방심사위원회의 준법서약서 제출요구를 거절하여 가석방 대상에서 제외되었다. 이에 甲은 가석방심사 시 준법서약서 제출을 요구하는 「가석방심사 등에 관한 규칙」 제14조 제2항이 자신의 양심의 자유, 평등권 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건과 관련된 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [13 변시]

[참조]
「가석방심사 등에 관한 규칙」제14조(심사상의 주의) ② 국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반 등의 수행자에 대하여는 가석방 결정 전에 출소 후 대한민국의 국법질서를 준수하겠다는 준법서약서를 제출하게 하여 준법의지가 있는지 여부를 확인하여야 한다.

- ① 만일 甲이 이미 석방된 경우라 할지라도, 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항인 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.
- ② 위 규칙조항은 가석방심사위원회의 준법서약서 제출요구를 규정하고 있지만, 甲이 준법서약서 제출요구행위를 대상으로 한 행정소송 등을 통하여 권리구제를 받을 것을 기대할 수는 없으므로 사전구제절차를 이행하지 않았다는 이유로 기본권침해의 직접성을 부인할 수 없다.
- ③ 양심의 자유에 의해 보호되는 양심에는 개인의 세계관이나 주의·신조 등도 포함되고, 甲이 준법서약서를 쓰지 않을 경우 자신의 신조 또는 사상을 그대로 유지한다는 것을 소극적으로 표명하게 되므로, 甲의 양심의 영역을 건드린다고 볼 수 있다.
- ④ 위 규칙조항은 내용상 甲에게 그 어떠한 법적 의무도 부과하는 것이 아니며 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 甲의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.
- ⑤ 준법서약서 제출이 요구되지 않는 타 수행자에 비하여 甲을 차별취급하는 것은 준법서약서가 국민의 일반적 의무사항을 확인하고 서약하는 수단에 불과하다는 점에서 헌법상 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

/ 해설 /

- ① (○) 이 사건 헌법소원에 있어서 준법서약서 제출요구는 앞으로도 계속 반복될 것으로 보여지고 그에 대한 헌법적 정당성 여부의 해명은 헌법질서의 수호를 위하여 매우 긴요한 사항으로서 중요한 의미를 지니고 있는 것이므로 이 사건 심판청구의 이익은 여전히 존재한다 할 것이다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425).
- ② (○) 가석방심사위원회의 준법서약서 제출요구는 당해 수행자에게 준법서약서의 제출을 권유 내지 유도하는 권고적 성격의 중간적 조치에 불과하여 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분으로서의 외형을 갖춘 행위라고 보기 어렵다. 그렇다면 청구인들이 이 사건 심판청구 전에 가석방심사위원회의 준법서약서 제출요구행위를 대상으로 한 행정소송 등 사전구제절차를 통하여 권리구제를 받을 것을 기대할 수는 없다 할 것이어서 동

구제절차를 이행하지 아니하였다는 이유로 기본권침해의 직접성이 없다고 할 수 없으며, 따라서 이 사건 심판 청구들은 권리침해의 직접성의 측면에서는 모두 적법하다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425).

- ③ (X) 이 사건 준법서약은 국민이 부담하는 일반적 의무를 장래를 향하여 확인하는 것에 불과하며, 어떠한 가정적 혹은 실제적 상황하에서 특정의 사유(思惟)를 하거나 특별한 행동을 할 것을 새로이 요구하는 것이 아니다. 따라서 이 사건 준법서약은 어떤 구체적이거나 적극적인 내용을 담지 않은 채 단순한 헌법적 의무의 확인·서약에 불과하다 할 것이어서 양심의 영역을 건드리는 것이 아니다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425).
- ④ (O) 이 사건 규칙조항에 의하여 준법서약서의 제출이 반드시 법적으로 강제되어 있는 것이 아니며, 가석방은 행정당국의 판단에 따라 수형자가 받는 사실상의 이익이며 은전일 뿐이어서, 준법서약서의 제출을 거부하는 당해 수형자는 결국 이 사건 규칙조항에 의하여 가석방의 혜택을 받을 수 없게 될 것이지만, 단지 그것뿐이며 더 이상 법적 지위가 불안해지거나 법적 상태가 악화되지 아니한다. 즉, 원래의 형기대로 복역하는 수형생활에 아무런 변화가 없는 것이다. 이와 같이 이 사건 규칙조항은 내용상 당해 수형자에게 하등의 법적 의무를 부과하는 것이 아니며 이행강제나 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425).
- ⑤ (O) 준법서약제는 당해 수형자의 타 수형자에 대한 차별취급의 목적이 분명하고 비중이 큼에 비하여, 차별취급의 수단은 기본권침해의 문제가 없는 국민의 일반적 의무사항의 확인 내지 서약에 불과하다고 할 것이므로 그 차별취급의 비례성이 유지되고 있음이 명백하다고 할 것이고, 결국 이 사건 규칙조항은 현법상 평등의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425). ▶정답 ③

8 **甲은 乙을 사기죄로 고소하였으나, 乙은 증거불충분으로 혐의없음의 불기소처분을 받았다. 甲은 불기소처분의 기록 중 피의자신문조서 등에 대하여 정보공개청구를 하였으나, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 위험이 있는 정보라는 이유로 비공개결정을 받았다. 이 사안에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)** [14번시]

[참조]
 검찰보존사무규칙 제22조 [불기소사건기록등의 열람·등사 제한] ① 검사는 제20조의2에 따른 불기소사건기록등의 열람·등사 신청에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한 할 수 있다.
 1. <생략>
 2. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우

공공기관의 정보공개에 관한 법률
 제4조 [적용 범위] ① 정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
 제9조 [비공개 대상 정보] ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.
 1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보
 2.-5. <생략>

12 사례형 객관식 문제

6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가.-마. <생략>

- ① 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 따른 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공개거부처분에 대하여 무은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.
- ② 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제6호에 규정된 '사생활의 자유'란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며, '사생활의 비밀'이란 사생활과 관련된 사스러운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리를 말한다.
- ③ 乙의 주민등록번호, 직업, 주소, 본적, 전과 및 검찰 처분, 상훈·연금, 병역, 교육, 경력, 가족, 재산 및 월수입, 종교, 정당·사회단체가입, 건강상태, 연락처 등 개인에 관한 정보뿐만 아니라, 사생활의 비밀과 자유를 침해할 우려가 있는 진술내용도 비공개 대상에 해당된다.
- ④ 공개거부의 근거가 된 검찰보존사무규칙 제22조는 법률상의 위임근거 없는 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하므로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조 제1항의 '정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우' 또는 제9조 제1항 제1호의 '다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보'에 해당되지 않는다.
- ⑤ 甲이 기록의 열람·등사 신청을 할 경우, 검찰보존사무규칙 제22조 제1항 제2호에 따른 기록의 열람·등사에 대한 검사의 허가여부처분이라는 집행행위가 존재하지만, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없으므로, 위 규칙은 기본권침해의 직접성이 예외적으로 인정된다.

/ 해 설 /

- ① (○) 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로 청구인이 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다고 할 것이고, 거부처분을 받은 것 이외에 추가로 어떤 법률상의 이익을 가질 것을 요구하는 것은 아니다(대판 2004. 9. 23. 2003두1370).
- ② (○) 현재 2010. 12. 28. 2009헌바258
- ③ (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률(정보공개법) 제9조 제1항 제6호 본문의 규정에 따라 비공개대상이 되는 정보에는 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제6호 본문 소정의 이름·주민등록번호 등 정보의 형식이나 유형을 기준으로 비공개대상정보에 해당하는지 여부를 판단하는 '개인식별정보'뿐만 아니라 그 외에 정보의 내용을 구체적으로 살펴 '개인에 관한 사항의 공개로 인하여 개인의 내밀한 내용의 비밀 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 정보'도 포함된다고 새겨야 한다. 따라서 불기소처분 기록 중 피의자신문조서 등에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용 역시 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문 소정의 비공개대상에 해당한다고 할 것이다(대판(전합) 2012. 6.

18. 2011두2361).

- ④ (O) 검찰보존사무규칙이 검찰청법 제11조에 기하여 제정된 법무부령이기는 하지만, 그 중 불기소사건기록의 열람·등사의 제한을 정하고 있는 위 규칙 제22조는 법률상의 위임근거가 없는 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 위 규칙 제22조에 의한 열람·등사의 제한을 정보공개법 제4조 제1항의 ‘정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’ 또는 같은 법 제9조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 경우’에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2012. 6. 18. 2011두2361).

- ⑤ (X) 검찰보존사무규칙 제22조와 기록열람·등사에관한업무처리지침 제2조 나항은 기록의 열람·등사에 관한 기준을 제시하고 있을 뿐이므로 검사는 기록 열람·등사신청이 있을 경우 이 사건 규칙 제22조와 이 사건 지침 제2조 나항에 따라 당연히 기록의 열람·등사를 허가하거나 거부하여야 하는 것은 아니며, 위 기준에 따라 수사기록의 내용을 판단하여 허가여부의 결정을 할 수 있고, 따라서 피청구인인 검사의 집행행위를 통하지 아니하고, 이 사건 규칙과 지침이 직접 청구인들의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

이 사건 규칙은 제20조에서 사건관계인 등이 불기소사건기록 등에 대하여 일정범위의 열람·등사를 청구할 수 있도록 규정하고, 제21조에서 위와 같은 청구가 있는 경우 검사는 그 허가여부를 결정하여 서면으로 통지할 의무를 지도록 규정함으로써 국민에게 불기소사건기록의 열람·등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허가여부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었으므로 이 사건 인증등분송부신청에 대한 피청구인의 거부처분은 취소소송의 대상이 되고, 위 거부처분에 대하여 행정소송 등의 구제절차를 거치지 아니하고 제기한 헌법소원심판청구는 부적법하다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마101). ▶정답 ⑤

9

ㅁ은 건강기능식품을 판매하면서 사전심의 받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 하였다. 이 이유로 관할 구청장으로부터 「건강기능식품에 관한 법률」 조항에 따라 영업허가취소처분을 받고, 법원에서 벌금 100만 원을 선고받았다. 이에 ㅁ은 위 영업허가취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하고, 소송 계속 중 위 법 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[19 변시]

- ① 건강기능식품에 대한 기능성 광고는 상업광고이므로 헌법상 표현의 자유의 보호대상이 될 수 없다.
- ② 헌법재판소가 위 영업허가취소처분의 근거조항에 대해 위헌결정을 하는 경우, 같은 조항에 근거하여 제3자인 乙에게 내려진 영업허가취소처분이 위헌결정 이전에 이미 확정력이 발생하였다 하더라도, 위헌결정의 효력이 乙에 대한 영업허가취소처분에도 미치는 것이 원칙이다.
- ③ 건강기능식품 기능성 광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하려면 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것을 필요로 하는데, 영업허가취소와 같은 행정제재나 벌금형과 같은 형벌의 부과를 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단에 해당한다.
- ④ ㅁ이 제기한 영업허가취소처분 취소청구의 소 계속 중 법원의 위헌법률심판제청이 이루어지게 되면 위 영업허가취소처분의 효력은 헌법재판소의 위헌 여부에 대한 판단이 이루어질 때까지 자동

14 사례형 객관식 문제

적으로 정지된다.

- ⑤ 甲이 영업허가취소처분에 대해 그 취소를 구하는 행정심판을 제기한 경우 관할 행정심판위원회가 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하는 것은 허용된다.

/ 해 설 /

- ① (X) 건강기능식품의 기능성 광고는 인체의 구조 및 기능에 대하여 보건용도에 유용한 효과를 준다는 기능성 등에 관한 정보를 널리 알려 해당 건강기능식품의 소비를 촉진시키기 위한 상업광고로서 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 되고 동시에 같은 조 제2항의 사전검열 금지 대상도 된다(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8).
- ② (X) 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 않는다(대판 1994. 10. 28. 92누9463).
- ③ (O) 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 한 경우, 이 사건 제재조항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소·정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있도록 하고, 이 사건 처벌조항은 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이와 같은 행정제재나 형벌의 부과는 사전심의절차를 관철하기 위한 강제수단에 해당한다(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8).
- ④ (X) 법원의 위헌제청이 있으면 당해 영업허가취소처분 취소소송 절차가 정지되는 것과 달리(헌법재판소법 제42조 제1항 참조), 영업허가취소처분은 정지되지 않고 여전히 유효하다. 행정처분은 공정력이 있기 때문이다.
- ⑤ (X) 위헌법률심판의 제청권자는 법원이다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항). 행정심판위원회는 법원이 아니므로 위헌법률심판제청을 할 수 없다. ▶정답 ③

10

A도 甲군수는 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」에 따라 지역개발사업을 실시하기로 결정하였다. 甲군수는 같은 법률에 따라 골프장 및 리조트 건설사업의 시행자로 주식회사 B를 지정·고시하였다. B는 위 사업시행에 필요한 토지의 취득을 위하여 A도 지방토지수용위원회에 수용재결을 신청하였고, 동 위원회는 수용재결을 하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[18 변시]

- ① B에 의한 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다.
- ② 헌법 제23조 제3항에서 규정된 ‘공공필요’요건 중 ‘공익성’은 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 넓은 개념이다.
- ③ 공용수용에서 공공성의 확보는 입법자가 입법을 할 때 공공성을 갖는가를 판단하면 족하고, 甲이 개별적·구체적으로 당해 사업에 대한 사업인정을 행할 때 별도로 판단할 필요가 없다.

- ④ 乙의 고급골프장, 고급리조트 건설을 위한 토지수용은 국토균형발전, 지역경제활성화 등의 공공 이익이 인정되는 것으로서 법익의 행량에 있어서 사인의 재산권 보호의 이익보다 월등하게 우월한 공익으로 판단되므로 공공필요에 의한 수용에 해당한다.
- ⑤ 헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 완전보상을 의미하는바, 공시지가를 기준으로 수용된 토지에 대한 보상액을 산정하는 것은 정당보상원칙에 위배된다.

/ 해 설 /

- ① (O) 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청 상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15).
- ② (X) 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, '공공필요'의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 '공공복리'보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등).
- ③ (X) 현재 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업은 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 및 각 개별법에 열거되어 있다. 다만 법이 공용수용 할 수 있는 공익사업을 열거하고 있더라도, 이는 공공성 여부를 판단하는 일종의 기준을 제시한 것에 불과하므로, 사업인정의 단계에서 개별적·구체적으로 공공성에 관한 심사를 하여야 한다. 즉 공공성의 확보는 1차적으로 입법자가 입법을 행할 때 일반적으로 당해 사업이 수용이 가능할 만큼 공공성을 갖는가를 판단하고, 2차적으로는 사업인정권자가 개별적·구체적으로 당해 사업에 대한 사업인정을 행할 때 공공성을 판단하는 것이다(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등).
- ④ (X) 이 사건에서 문제된 지구개발사업의 하나인 '관광휴양지 조성사업' 중에는 고급골프장, 고급리조트 등이 하 '고급골프장 등'이라 한대의 사업과 같이 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라, 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 공익적 필요성이 인정되기 어려운 민간개발자의 지구개발사업을 위해서까지 공용수용이 허용될 수 있는 가능성을 열어두고 있어 헌법 제23조 제3항에 위반된다(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등).
- ⑤ (X) 공시지가가 공시기준일 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고, 지가산정 대상 토지와 표준지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지의 선정이 적정하며, 공시기준일 이후 가격시점까지의 시가변동을 산출하는 시점보정의 방법도 적정한 것으로 보이므로 공시지가를 기준으로 한 보상금액의 산정은 수용당시의 피수용토지의 객관적 가치를 반영한 것이 된다. 그렇다면 이 사건 토지보상조항은 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 원칙에 위배되지 않는다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바162). ▶정답 ①

다. 'A국립대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정'(이하 '규정'이라 함)에서는 총장후보자에 지원하려는 사람에게 1,000만 원의 기탁금을 납부하고, 지원서 접수 시 기탁금 납입 영수증을 제출하도록 하고 있다. 甲은 A국립대학교의 교수로서 총장후보자에 지원하고자 한다. 乙은 A국립대학교의 교수로서 총장후보자 선출에 참여하고자 한다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [19 변시]

- ① 공무담임권은 국민이 공직에 취임하기 이전의 문제이므로 이미 공직에 취임하여 공무원이 된 甲이 헌법상의 공무담임권 침해를 이유로 한 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 않는다.
- ② 乙이 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리는 헌법상 기본권으로 인정할 수 없다.
- ③ 헌법상 대학의 자율은 대학에게 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 총장후보자 지원자들에게 1,000만 원의 기탁금을 납부하게 하는 것은 지원자가 무분별하게 총장 후보자에 지원하는 것을 예방하는 데 기여할 수 있고, 그 액수가 과다하다고도 볼 수 없어 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
- ⑤ 위 규정의 위헌성에 대해 다투고자 할 경우 먼저 위 규정에 대해 항고소송을 제기하여야만 하고 직접 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

/ 해 설 /

- ① (X) 우리 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 규정하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있고, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다(헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418). 따라서 甲은 그의 신분이 이미 공무원인 것과 관계없이 국립대학교 총장후보자에 지원하려는 자이므로 1,000만원의 기탁금조항으로 인해 공직취임의 기회를 제한받게 되어 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
- ② (X) 전통적으로 대학자치는 학문활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 헌법상 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047).
- ③ (O) 대학의장 임용 추천위원회(이하 '위원회'라 한다)에서의 선정은 원칙적인 방식이 아닌 교원의 합의된 방식과 선택적이거나 혹은 실제로는 보충적인 방식으로 규정되어 있는 점, 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 다만 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다고 할 것인데, 이전의 시행령의 내용을 그대로 담고 있는 교육공무원법 제24조 제4항이 대학에게 총장 후보자 선출에 있어서 새로운 제한을 추가하거나 가중한 것이라고 볼 수 없으므로 위 규정이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 이탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047).
- ④ (X) 이 사건 기탁금조항이 정한 1,000만 원이라는 액수는 자력이 부족한 교원 등 학내 인사와 일반국민으로

하여금 총장후보자에 지원하려는 의사를 단념토록 할 수 있을 정도로 과다한 액수라고 할 수 있다. 이러한 사정들을 종합하면 이 사건 기탁금조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 이 사건 기탁금조항은 과잉금지 원칙에 반하여 청구인의 공무원입권을 침해한다(헌재 2018. 4. 26. 2014헌마274).

- ⑤ (X) 청구인은 전북대학교 교원인 공무원으로서 같은 대학의 총장후보자에 지원하려는 사람이고, 총장후보자 선정규정은 전북대학교 학칙이다. 학칙은 학교가 교육목적 달성을 위하여 학교의 조직·운영·이용관계 등에 관하여 정하는 일체의 내부규칙을 말한다. 국립대학교 학칙의 법적 성격에 관하여 행정규칙이라는 견해, 자치규범이라는 견해, 특별명령이라는 견해, 일반처분이라는 견해 등이 있다. 국립대학교의 학칙이 행정규칙의 일종이라고 보는 견해는 그 학칙이 법령보충적 행정규칙이므로 대외적 구속력이 있다고 하여 헌법소원의 대상성을 인정하고 있다. 학칙이 자치규범이라는 견해는 학칙이 헌법상 자치권으로부터 유래하는 규범으로 대외적 구속력이 있다고 하여 헌법소원의 대상성을 인정하고 있다(헌재 2018. 4. 26. 2014헌마274의 보충의견).
 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다루는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로 이 경우에는 다른 구제절차를 거칠 것이 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178). ▶정답 ③

12

운전병인 군인 甲은 전투훈련 중 같은 부대 소속 군인 丙을 태우고 군용차량을 운전하여 훈련지로 이동하다가 민간인 乙이 운전하던 차량과 쌍방과실로 충돌하였고, 이로 인해 군인 丙이 사망하였다. 이 경우 손해배상책임 및 구상권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?(단, 자동차손해보험과 관련된 법적 책임은 고려하지 않음) [12 변시]

- ① 현행법상 丙의 유족이 다른 법령에 따라 유족연금 등 보상을 받은 경우에는 국가배상청구를 할 수 없다.
- ② 대법원은 甲이 고의·중과실이 있는 경우에만 丙의 유족에 대한 손해배상책임을 부담하고, 甲에게 과과실만 인정되는 경우에는 丙의 유족에 대한 손해배상책임을 부담하지 않는다고 보았다.
- ③ 대법원은 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 乙은 자신의 부담부분만을 丙의 유족에게 배상하면 된다고 하였다.
- ④ 대법원은 만일 乙이 손해배상액 전부를 丙의 유족에게 배상한 경우에는 자신의 귀책부분을 넘는 금액에 대해 국가에 구상청구를 할 수 있다고 하였다.
- ⑤ 헌법재판소는 乙이 공동불법행위자로서 丙의 유족에게 전액 손해배상한 후에 甲의 부담부분에 대해 국가에 구상청구하는 것을 부인하는 것은 헌법상 국가배상청구권 규정과 평등의 원칙을 위반하는 것이며, 비례의 원칙에 위배하여 재산권을 침해하는 것이라고 판시하였다.

/ 해 설 /

- ① (O) **국가배상법 제2조(배상책임)** ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사(戰死)·순직(殉職)하거나 공상(公傷)을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을

18 사례형 객관식 문제

지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

- ② (O) 공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 과과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다고 해석하는 것이 헌법 제 29조 제1항 본문과 단서 및 국가배상법 제2조의 입법취지에 조화되는 올바른 해석이다(대판 1996. 2. 15. 95다38677).
- ③ (O) ④ (X) 위와 같은 경우에는 공동불법행위자 등이 부진정연대책무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상무무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상무무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다고 해석함이 상당하다 할 것이고, 이러한 해석이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에도 맞는다 할 것이다(대판 2001. 2. 15. 96다42420).
- ⑤ (O) 국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가에 대한 구상권은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권의 제한에 해당하며 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배하여 일반국민의 재산권을 과잉제한하는 경우에 해당하여 헌법 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다(헌재 1994. 12. 29. 93헌바21). ▶정답 ④

13

甲은 미혼인 독신자이며, 乙은 슬하에 만 10세의 아들 丙을 두고 있고 남편과는 사별하였다. 甲은 乙, 丙과 협의하여 丙을 자신의 친양자로 입양하기로 결정한 후, 법원에 친양자 입양 청구를 하고 그 사건 계속 중 혼인한 자만 친양자 입양을 할 수 있도록 정한 「민법」 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [19 번시]

- ① 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 때에 당해사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부 결정이 있을 때까지 정지되는 것이 원칙이나, 다만 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 중국재판외의 소송절차를 진행할 수 있다.
- ② 만약 위헌법률심판제청신청이 기각되고 그 기각결정이 2018. 7. 2. 甲에게 통지된 후, 甲이 2018. 7. 16. 헌법재판소에 국선대리인 선임신청을 하고, 이에 따라 2018. 7. 19. 선임된 국선대리인이 2018. 8. 10. 처음으로 헌법소원 심판청구서를 제출하였다면 청구기간을 준수한 것이다.
- ③ 헌법 제36조 제1항은 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로 보장한다.

- ④ 친양자로 될 사람이 자신의 의사에 따라 스스로 입양의 대상이 될 것인지 여부를 결정할 수 있는 자유와 친양자 입양을 하려는 사람이 자신의 의사에 따라 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유는 모두 기본권으로 보호된다.
- ⑤ 위 「민법」 조항은 독신자의 친양자 입양을 원칙적으로 봉쇄하여 독신자의 기본권에 중대한 제한을 초래하므로 평등권 침해 여부 심사 시 비례의 원칙이 적용되나, 독신자도 일반 입양은 할 수 있고 일반 입양의 사실도 친양자 입양과 마찬가지로 가족관계증명서에 드러나지 않는다는 점 등을 고려하면, 비례의 원칙에 위배되어 독신자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

/ 해설 /

- ① (O) **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 중구재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.
- ② (O) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 심판청구가 청구인에 대한 위헌제청신청기각결정 송달 일로부터 30일이 경과한 후에 이루어졌다고 하더라도 청구인이 그 결정 송달일로부터 30일 이내에 국선대리 인선임신청을 하였다면 청구기간은 준수된 것이다(헌재 1994. 12. 29. 92헌바31).

헌법재판소법 제69조(청구기간)

- ② 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

제70조(국선대리인)

- ① 헌법소원심판을 청구하려는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있다. 이 경우 제69조에 따른 청구기간은 국선대리인의 선임신청이 있는 날을 기준으로 정한다. ⑤ 제3항에 따라 선정된 국선대리인은 선정된 날부터 60일 이내에 제71조에 규정된 사항을 적은 심판청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다.

- ③ (O) ④ (O) 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장한다. 친양자 입양의 경우에도 친양자로 될 사람이 그의 의사에 따라 스스로 입양의 대상이 될 것인지 여부를 결정할 수 있는 자유가 보장되므로, 친양자로 될 사람은 자신의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양육 받을 것을 선택할 권리를 가진다. 친양자 입양을 하려는 사람도 친양자 입양 여부에 대한 의사결정의 주체가 자 친양자 입양으로 새롭게 형성될 가족의 구성원이므로 친양자가 될 사람과 마찬가지로 그의 의사에 따라 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유를 갖고, 양자의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양자를 양육할 것을 선택할 권리를 가진다(헌재 2013.9.26. 2011헌가42).
- ⑤ (X) 독신자 가정은 기혼자 가정과 달리 기본적으로 양부 또는 양모 혼자서 양육을 담당해야 하며, 독신자를 친양자의 양친으로 하면 처음부터 편친가정을 이루게 하고 사실상 혼인 외의 자를 만드는 결과가 발생하므로, 독신자 가정은 기혼자 가정에 비하여 양자의 양육에 있어 불리할 가능성이 높다. 한편, 입양특례법에서는 독신자도 일정한 요건을 갖추면 양친이 될 수 있도록 규정하고 있으나, 입양의 대상 요건, 절차 등에서 민법상의 친양자 입양과 다른 점이 있으므로, 입양특례법과 달리 민법에서 독신자의 친양자 입양을 허용하지 않는 것에는 합리적인 이유가 있다. 따라서 심판대상조항은 독신자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42).

□ 본 사건의 경우 5인의 위헌의견은 비례원칙에 의한 심사를 해서 심판대상조항이 독신자의 평등권을 침해한다고 판시했지만, 법정의원(4인의 합헌의견)의 경우 자의금지 원칙에 의한 심사를 하였다. ▶정답 ⑤

14 국회의원 甲이 장관 乙에게 국회 내에서 대정부 질문을 하는 과정에서 기업비리에 관한 의혹을 제기하면서, 향간의 소문을 근거로 해당 기업총수를 비방하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16 번시]

- ㉠ 甲이 자신이 제기한 의혹의 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 한다면, 비록 甲의 발언이 직무수행의 일환으로 이루어졌고 해당 발언 내용이 허위라는 것을 인식하지 못하였더라도, 甲의 발언은 헌법상 국회의원의 면책특권의 대상이 될 수 없다.
- ㉡ 甲의 발언이 헌법상 국회의원의 면책특권에 해당된다는 전제 하에 甲의 발언에 대해 공소가 제기되었다면, 이는 공소권이 없음에도 공소가 제기된 것이므로 그 공소는 기각되어야 한다.
- ㉢ 면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함되므로, 甲이 乙에게 대정부 질문이나 질의를 준비하기 위해 자료제출을 요구하는 행위는 헌법상 국회의원의 면책특권의 대상이 될 수 있다.
- ㉣ 甲의 발언이 헌법상 국회의원의 면책특권에 해당되는 행위로 인정되었더라도, 만약 甲이 나중에 위 발언에 대한 도의적 책임을 지고 국회의원직에서 사퇴하였을 경우에는 甲은 위 발언에 대해 더 이상 헌법상 국회의원의 면책특권을 누릴 수 없게 된다.

- ① ㉠ (○), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (○)
- ② ㉠ (○), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (×)
- ③ ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (○), ㉣ (○)
- ④ ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (○), ㉣ (×)
- ⑤ ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (×), ㉣ (○)

/ 해설 /

- ㉠ (X) 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 될 수는 없지만, 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다(대판 2007. 1. 12. 2005다57752).
- ㉡ (○) 국회의원의 면책특권에 속하는 행위에 대하여는 공소를 제기할 수 없으며 이에 반하여 공소가 제기된 것은 결국 공소권이 없음에도 공소가 제기된 것이 되어 형사소송법 제327조 제2호의 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당되므로 공소를 기각하여야 한다(대판 1992. 9. 22. 91도3317).
- ㉢ (○) 면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함되

22 사례형 객관식 문제

- ㉠ (X) 헌법재판소법 제69조 ② 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.
- ㉡ (O) 현재 2013. 8. 29. 2011헌바390
- ㉢ (O) 이 사건 법률조항은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 고용안정·직업능력개발사업의 지원금을 받거나 받으려는 자에 대하여 지원금의 지급을 제한하거나 이미 지급된 지원금은 사후에 반환하도록 하는 원상회복 및 행정적 제재를 규정한 것으로서 청구인의 재산권을 직접 제한하는 법률이다. 그러므로 그 내용의 일부를 하위법령에 위임하는 경우에는 위임의 구체성·명확성의 요구가 강화되고, 따라서 행정적 제재의 대상·사유 및 내용뿐만 아니라 제재기간이나 금액 등과 같은 행정적 제재의 범위까지도 기본적인 사항을 법률에 규정하여야 한다(현재 2013. 8. 29. 2011헌바390).
- ㉣ (O) 구「고용보험법」제35조 제1항은 지원금의 부당수령자에 대한 제재의 목적으로 '이미 지원된 것의 반환'과는 별도로 '지원을 제한'하도록 하고 있는데, 이러한 지원 제한에 대하여 제한의 범위나 기간 등에 관하여 기본적 사항도 법률에 규정하지 아니한 채 대통령령에 포괄적으로 위임하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위반된다(현재 2013. 8. 29. 2011헌바390). ▶정답 ①

16

甲은 법관으로 임용된 이래 서울 등 이른바 재경지역 법원에 근무하다가 법원내부의 확립된 인사원칙의 하나인 경향교류원칙에 따라 A광역시 지방법원 판사로 전보발령되어 근무하던 중, 정기간사를 앞두고 그동안 자신이 대법원 양형위원회의 양형기준을 벗어난 판결을 여러 차례 선고한 것에 대한 문책성 인사가 이루어질 것이라는 소문을 들었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [17 변시]

- ㉠ 「법원조직법」은 법관의 인적 독립 보장을 위해서 甲의 의사에 반하여 전보발령처분을 할 수 없도록 명시적으로 규정하고 있다.
- ㉡ 사법부 스스로 판사의 근무성적평정에 관한 사항을 정하도록 대법원규칙에 위임할 필요성이 인정되고, 근무성적평정에 관한 사항이 직무능력, 자질 등과 같은 평가사항 등에 관한 사항임을 충분히 예측할 수 있으므로 판사의 근무성적평정에 관한 사항을 대법원규칙으로 정하도록 위임한 구「법원조직법」조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.
- ㉢ 양형기준은 법적 구속력을 가지고 있지만, 그동안 甲이 양형기준에서 정한 범위를 벗어난 판결을 하는 경우라도 판결서에 합리적이고 설득력 있는 방식으로 양형이유를 기재하였기 때문에 문책대상은 아니다.
- ㉣ 甲은 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 또는 불리한 처분을 받지 않는다.

- ① ㉠
- ② ㉠, ㉡
- ③ ㉡, ㉣
- ④ ㉠, ㉡, ㉣
- ⑤ ㉠, ㉢, ㉣

/ 해설 /

- ㉠ (X) 법원조직법에는 법관의 의사에 반하여 전보발령처분을 할 수 없도록 하는 규정이 없다.
- ㉡ (O) 입법권이 사법권에 간섭하는 것을 최소화하여 사법의 자주성과 독립성을 보장한다는 측면과 사법권의 적

절한 행사에 요구되는 판사의 근무와 관련하여 내용적·절차적 사항에 관해 전문성을 가지고 재판 실무에 정통한 사법부 스스로 근무성적평정에 관한 사항을 정하도록 할 필요성에 비추어 보면, 판사의 근무성적평정에 관한 사항을 하위법규인 대법원규칙에 위임할 필요성을 인정할 수 있다. 또한 관련조항의 해석과 판사에 대한 연임제 및 근무성적평정제도의 취지 등을 고려할 때, 이 사건 근무평정조항에서 말하는 '근무성적평정에 관한 사항'이란 판사의 연임 등 인사관리에 반영시킬 수 있는 것으로 사법기능 및 업무의 효율성을 위하여 판사의 직무수행에 요구되는 것, 즉 직무능력과 자질 등과 같은 평가사항, 평정권자 및 평가방법 등에 관한 사항임을 충분히 예측할 수 있으므로 이 사건 근무평정조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다(헌재 2016. 9. 29. 2015헌바331).

- ㉔ (X) **법원조직법 제81조의7(양형기준의 효력 등)** ① 법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정할 때 양형기준을 존중하여야 한다. 다만, 양형기준은 법적 구속력을 갖지 아니한다. ② 법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. 다만, 약식절차 또는 즉결심판절차에 따라 심판하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ㉕ (O) 법관은 탄핵결정이나 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직(停職)·감봉 또는 불리한 처분을 받지 아니한다(법원조직법 제46조 제1항). ▶정답 ㉔

17

甲은 1997년부터 2000년까지 사법시험 제1차시험에 4회 응시하였고, 2001년도 사법시험 제1차시험에 응시하고자하는 자인바, 당시 시행되던 「사법시험령」(1996. 8. 31. 대통령령 제15144호로 개정된 것) 제4조는 1997. 1. 1. 이후 실시된 사법시험 제1차시험에 4회 응시한 자는 마지막 응시 이후 4년간 제1차시험에 다시 응시할 수 없도록 규정하고 있었다. 이에 甲은 위 「사법시험령」 제4조에 의해 직업선택의 자유, 공무담임권 등 기본권을 침해당했다고 주장하면서 2000. 4. 18. 헌법소원심판을 청구하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [15 변시]

- ① 甲에게 변호사의 자격이 있는 경우가 아닌 한, 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 甲은 헌법소원심판 청구를 하거나 그 심판 수행을 하지 못한다.
- ② 위 「사법시험령」 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소를 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로, 甲은 다른 구제절차를 거치지 않고 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
- ③ 기본권침해의 자기관련성이란 심판대상규정에 의하여 청구인의 기본권이 침해될 가능성이 있는가에 관한 것이고, 헌법소원은 주관적 기본권보장과 객관적 헌법보장 기능을 함께 가지고 있으므로 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성 구비 여부를 판단할 수 있다.
- ④ 「헌법재판소법」은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있으므로, 甲은 위 「사법시험령」 제4조에 대하여 헌법소원심판 청구를 할 수 있을 뿐 이를 본안으로 하여 위 「사법시험령」 제4조의 효력정지를 구하는 가처분을 헌법재판소에 신청할 수 없다.
- ⑤ 甲의 헌법소원심판 청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속 중에 위 「사법시험령」 제4조가 폐지되어 더 이상 응시횟수의 제한이 없게 되는 등 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 甲이 주장하는 기본권침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없다.

24 사례형 객관식 문제

/ 해설 /

- ① (O) **헌법재판소법 제25조(대표자·대리인)** ③ 각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② (O) 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 2009. 4. 30. 2007헌마103).
- ③ (O) 기본권침해의 자기관련성이란 심판대상규정에 의하여 청구인들의 기본권이 '침해될 가능성'이 있는가에 관한 것이고, 헌법소원은 주관적 기본권보장과 객관적 헌법보장 기능을 함께 가지고 있으므로 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494)
- ④ (X) 헌법재판소법은 명문의 규정을 두고 있지는 않으나, 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에서도 가처분의 필요성이 있을 수 있고 또 이를 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로, 가처분이 허용된다(헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471).
- ⑤ (O) 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있다. 헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재하여야 한다. 그러므로 헌법소원심판청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원이 부적법한 것으로 된다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌마262).

▶정답 ④

18

甲의 관할 세무서장은 부부의 자산소득을 합산과세하도록 한 구 소득세법 제61조 제1항에 근거하여 甲과 그 배우자 乙의 자산소득을 합산하여 甲에게 종합소득세를 부과하였다. 이에 甲은 위 소득세법 조항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 과세처분을 받은 날로부터 1년이 지난 시점에서 과세처분의 무효확인을 구하는 소송을 행정법원에 제기하였다. 그 후 헌법재판소는 위 소득세법 조항에 대하여 위헌이라고 결정하였다. 이 사안과 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [13 변시]

- ① 행정처분의 근거가 되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐이고 당연무효사유는 아니기 때문에 甲의 청구는 기각되어야 한다.
- ② 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고 할 수 없기 때문에 甲에 대한 과세처분이 무효라고 할 수 없다.
- ③ 위 소득세법 조항에 대하여 헌법재판소가 위헌으로 결정한 후에 과세관청이 위 조항을 여전히 적용하여 丙에게 소득세를 부과한 사실이 있다고 가정하면, 그 과세처분은 무효이다.
- ④ 위 소득세법 조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 따로 위헌제청신청은 하지 않았지만

위 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 다른 사건에도 미친다.

- ⑤ 위헌인 법률에 근거한 조세부과처분은 원칙상 취소할 수 있는 행위에 불과하므로 불복기간이 지난 경우에는 더 이상 다룰 수 없고, 조세부과처분과 체납처분 간에는 하자의 승계가 인정되지 않으므로 위 소득세법 조항에 위헌결정이 선고된 후에 그에 대하여 공매 등의 체납처분을 하는 것은 위헌결정의 기속력에 반하지 않는다.

/ 해 설 /

- ① (○) 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(대판 1994. 10. 28. 92누9463).
- ② (○) 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(대판 1994. 10. 28. 92누9463).
- ③ (○) 법률의 위헌결정은 법원 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속하는 효력을 갖는다(헌법재판소법 제47조 제1항). 기속력이란 법원과 국가기관 및 지방자치단체가 위헌으로 결정된 법률을 공권력 작용의 기초로 삼아서는 안된다는 것을 의미한다. 행정기관은 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률을 집행작용의 근거로 삼아서는 아니된다. 위헌법률에 근거한 집행작용은 효력을 가질 수 없기 때문에 당연무효이다. (이동훈 헌법소송법 제2판 239p)
- ④ (○) 형벌법규 이외의 일반 법규에 관하여 위헌결정에 불소급의 원칙을 채택한 법 제47조 제2항 본문의 규정 자체에 대해 기본적으로 그 합헌성에 의문을 갖지 않지만 위에서 본바 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성때문에 예외적으로 그 적용을 배제시켜 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는 안 될 것이다. 우선 생각할 수 있는 것은, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다. 또 다른 한가지의 불소급의 원칙의 예외로 볼 것은, 당사자의 권리 구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 취득권자의 이익이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때라고 할 것으로, 이 때에 소급효의 인정은 법 제47조 제2항 본문의 근본취지에 반하지 않을 것으로 생각한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10).
- ⑤ (X) 구 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”

26 사례형 객관식 문제

고 규정하고 있는데, 이러한 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다. 따라서 조세 부과에 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 비록 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위와 같은 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효라고 보아야 한다(대판 2012. 2. 16 2010투10907).

▶정답 ⑤

19

甲군(郡)과 乙군(郡) 사이에 있는 공유수면인 A만(灣)의 일부 해역을 대상으로 甲군의 군수가 어업면허처분을 하였고, 乙군은 “위 어업면허처분의 대상해역이 乙군의 관할구역에 속한다.”라고 주장하면서 甲군과 甲군의 군수를 상대로 권한쟁의심판을 청구하였다. 이 사례 및 권한쟁의심판의 요건에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16 번시]

- ㉠ 「행정소송법」 제45조는 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자가 기관소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있는바, 만약 乙군의 권한쟁의심판청구가 기관소송을 거치지 않고 제기되었다면 권한쟁의심판의 보충성에 위배되어 부적법하다.
- ㉡ 「헌법재판소법」은 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 규정하고 있지만 이는 예시적인 것이므로, 지방자치단체의 장인 甲군의 군수도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.
- ㉢ 실정법이 바다에 대한 지방자치단체의 구역을 규정하고 있지 않으므로 바다에 대한 권한은 국가가 보유하는바, 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한은 존재하지 않는다.
- ㉣ 권한쟁의심판은 이미 행하여진 처분을 대상으로 하므로, 피청구인의 처분이 확실하게 예정되어 있고 그로 인해서 청구인의 권한 침해의 위험성을 사전에 예방할 필요성이 큰 예외적인 경우라 해도 이러한 장래처분은 권한쟁의심판에서 말하는 피청구인의 ‘처분’으로 인정되지 않는다.
- ㉤ 헌법재판소는 위 어업면허처분의 대상해역에 대한 관할권한이 乙군에게 속함을 확인하는 결정을 할 수 있지만, 위 어업면허처분의 무효확인 은 법원의 관할이므로 헌법재판소가 할 수 없다.

- ① ㉠ (○), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (×), ㉤ (×)
- ② ㉠ (○), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (○), ㉤ (○)
- ③ ㉠ (○), ㉡ (×), ㉢ (×), ㉣ (○), ㉤ (○)
- ④ ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (×), ㉤ (○)
- ⑤ ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (×), ㉣ (×), ㉤ (×)

/ 해설 /

㉠ (X)

행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

- 4. 기관소송: 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는

소송은 제외한다.

헌법재판소법 제2조(관장사항) 헌법재판소는 다음 각 호의 사항을 관장한다.

4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의(權限爭議)에 관한 심판

□ 권한쟁의심판에 있어서 헌법재판소는 원칙적이고 포괄적인 관할권을 갖는다(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호). 법원을 통한 일차적 권리구제를 거치도록 요구하는 보충성 요건을 설정한 헌법소원제도와는 달리, 권한쟁의심판과 중첩될 여지가 큰 행정소송법상의 기관소송과 관련하여 헌법재판소의 관장사항이 되는 심판대상을 기관소송의 대상에서 제외함으로써 권한쟁의에 관한 한 헌법재판소에 원칙적이고 포괄적인 관할권을 인정하고 있다(행정소송법 제3조 제4호 단서).¹⁾

- ㉞ (X) 지방자치법은 헌법의 위임을 받아 지방자치단체의 종류를 규정하고 있으므로, 헌법재판소가 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 규정하는 '국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회, 등'은 국가기관의 예시에 불과한 것이라고 해석할 필요가 있었던 것과는 달리, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 규정하고 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호의 경우에는 이를 예시적으로 해석할 필요성 및 법적 근거가 없다(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11). 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다. 다만 지방자치단체의 장이 국가위임 사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분을 행한 경우에는 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 있다(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1).
- ㉟ (X) 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이고, 자치권이 미치는 관할구역의 범위에는 육론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대해서도 지방자치단체의 자치권한이 미친다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2).
- ㊱ (X) 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한침해가 예상되는 경우에 청구인은 원칙적으로 이러한 장래처분이 행사되기를 기다린 이후에 이에 대한 권한쟁의심판청구를 통해서 침해된 권한의 구제를 받을 수 있으므로, 피청구인의 장래처분을 대상으로 하는 심판청구는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 피청구인의 장래처분이 확실하게 예정되어 있고, 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에는 피청구인의 장래처분에 대해서도 헌법재판소법 제61조 제2항에 의거하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2).
- ㊲ (X) 태안군수가 행한 태안마을 제136호, 제137호의 어업면허처분 중 청구인의 관할권한에 속하는 구역에 대해서 이루어진 부분은 청구인의 지방자치권을 침해하여 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 것이므로 그 효력이 없다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2). ▶정답 ⑤

20

아래 사례에서 헌법소원심판청구의 적법요건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [12 변시]

대전광역시 교육감은 2002. 1. 1. 2002학년도 대전광역시 공립중등학교 교사임용후보자 선정경쟁시험을 시행하기 위한 '시행요강'을 공고하였다. 그 공고에 따르면 대전·충남 지역 소재 사범계대학 졸업자에게 시험 총점의 5%의 가산점을 부여하도록 되어 있다. 위 시험에 응시한 청구인

1) 헌법재판소실무제요 제2개정판 398p

들은 위와 같은 가산점 부여는 사범계대학 출신자와 비사범계대학 출신자를 차별하는 것이라고 하여 위 공고에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.

- ① 이 사건 가산점 항목의 공고가 법령에 규정되어 있는 가산점의 내용을 단순히 알리는 데 불과한 것이 아니라 그 세부적 내용을 구체적으로 확정하는 효과가 있는 것이라면, 이는 국민의 기본권 상황에 변동을 초래하는 공권력의 행사로 볼 수 있다.
- ② 이 사건 가산점 항목은 공고되었고, 장차 합격자를 선정함에 있어 이 사건 가산점 항목이 적용될 것임이 위 심판청구 당시에 이미 확실히 예측되고 있었다면, 기본권 침해의 현재성은 인정된다.
- ③ 이 사건 가산점 항목의 공고에 대하여는 행정소송 등 다른 구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 청구인에게 사전에 다른 권리구제절차를 거칠 것을 기대하기가 곤란하므로 보충성 원칙의 예외가 인정된다.
- ④ 이 사건 시행요강이 공고되기 이전인 2000. 11. 18. 대전광역시 교육감에 의해 이 사건 가산점 항목과 동일한 내용을 규정한 시험공고가 행해졌다면, 적어도 이 2000년 공고에 따른 시험에 응시하였다가 불합격한 청구인들에 대하여는 그 청구기간이 도과하였다.
- ⑤ 이 사건 심판계속 중 최종합격자가 확정되었다면, 이 사건 가산점 항목의 효력은 더 이상 존속하지 않지만 이 사건 가산점 항목과 유사한 내용의 공고는 앞으로도 계속 반복하여 행해질 가능성이 있고 그에 대한 헌법적 정당성 여부의 해명은 헌법질서의 수호를 위하여 매우 중요한 것으로 판단되므로, 권리보호이익이 인정된다.

/ 해설 /

- ① (○) 공고는 특정한 사실을 불특정 다수에게 알리는 행위로서, 그것이 어떠한 법률효과를 가지는지는 일률적으로 말할 수 없고 개별 공고의 내용과 관련 법령의 규정에 따라 구체적으로 판단하여야 한다. 그런데 교육공무원임용후보자선정경쟁시험규칙 제8조 제3항은 가산점의 부여 여부와 그 대상자 및 배점에 관한 세부적 내용을 시험실시기관으로 하여금 정하도록 하고 있기 때문에 이 사건 가산점 항목의 공고는 법령에 이미 확정적으로 규정되어 있는 것을 단순히 알리는 데 불과한 것이 아니라 위와 같은 세부적 내용을 구체적으로 확정하는 효과가 있다. 그러므로 이는 국민의 기본권 상황에 변동을 초래하는 공권력의 행사로 볼 수 있다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882).
- ② (○) 이 사건 헌법소원은 이 사건 가산점 항목이 공고되고 청구인이 그 제1차 시험까지 친 후에 제기되었을 뿐 아니라, 장차 합격자를 선정함에 있어 이 사건 가산점 항목이 적용될 것임이 위 심판청구 당시에 이미 확실히 예측되고 있었다. 이러한 점들에 비추어 볼 때, 이 사건 심판청구 당시 아직 제1차 시험 합격자 발표가 나지 않았다 하더라도 기본권 침해의 현재성은 인정된다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882).
- ③ (○) 이 사건 가산점 항목에 대하여는 청구인이 불합격처분을 받은 후 그 취소소송을 수행하는 과정에서 다룰 수도 있을 것이나, 기본권구제의 실효성을 기하는 차원에서는 현실적으로 그러한 불합격처분을 받기 이전에도 이 사건 가산점 항목의 공고 자체를 다룰 수 있다고 해야 한다. 그런데 이 사건 가산점 항목의 공고에 대하여는 행정소송 등 다른 구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 청구인에게 사전에 다른 권리구제절차를 거칠 것을 기대하기가 곤란하다. 그러므로 이 사건 가산점 항목에 관하여는 보충성 원칙의 예외를 인정하여, 청구인으로 하여금 사전에 다른 권리구제절차를 거칠 필요 없이 바로 헌법소원을 할 수 있게 함이 상당하다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882).

④ (X) 이 사건 가산점 항목과 같은 내용의 공고들이 해마다 전국의 시·도교육청에서 반복적으로 행해지고 있다 하더라도 그것들은 각각 당해연도에 당해 시·도교육청이 실시하는 시험에 대해서만 효력을 가지는 것이고, 이 사건 가산점 항목의 공고는 그와 별개의 것이다. 그러므로 이 사건 가산점 항목이 공고되기 이전인 2000. 11. 18. 경기도 교육감에 의해 이 사건 가산점 항목과 유사한 내용의 시험공고가 행해지고 같은 해 12. 17. 청구인이 그 시험에 응시하였다가 불합격한 사실이 있다고 하더라도, 그 무렵을 청구기간의 가산점으로 할 수 없다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882).

⑤ (O) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882

▶정답 ④

21

다음 사례에 관한 설명 중 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [16 번시]

대통령 甲은 대통령선거를 10개월여 앞둔 시점에서 소상공인들이 주최한 간담회에 참석하여 재벌가의 후손인 야당의 대표가 대통령에 당선되면 소상공인들의 지위는 더욱 불안해질 수밖에 없으니 대통령선거에서 현명한 선택을 당부한다는 취지의 발언을 하였다. 이에 야당은 甲의 발언이 「공직선거법」 제9조 제1항에 위반된다는 이유로 甲을 중앙선거관리위원회에 고발하였다. 중앙선거관리위원회는 甲에 대해 「공직선거법」 제9조 제1항이 정한 공무원의 선거중립의무를 위반하였다고 결정하면서 대통령의 선거중립의무 준수 요청조치를 취한 후, 이를 甲에게 통고하고 언론사를 통하여 공표하였다. 이 같은 중앙선거관리위원회의 요청조치에 대해 甲은 헌법소원심판을 청구하였다.

※ 「공직선거법」

제9조 ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

- ㄱ. 중앙선거관리위원회의 위 요청조치는 중앙선거관리위원회의 공명선거 협조요청에 불과하여 甲에게 법적 효과를 미치는 것은 아니므로 공권력 행사성이 없다.
- ㄴ. 중앙선거관리위원회의 위 요청조치는 항고소송에 의한 권리구제절차를 거칠 수 있는 행정행위에 속하므로 헌법소원의 보충성의 요청에 의해 해당 절차를 거친 후에야만 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
- ㄷ. 대통령, 지방자치단체의 장, 지방의회의원은 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성이 크다는 점에서 선거에서의 정치적 중립성이 요구된다.
- ㄹ. 중앙선거관리위원회가 위 요청조치를 취하기 전에 甲에게 의견진술의 기회를 부여하지 않았다면 적법절차원칙에 어긋나서 甲의 기본권을 침해한 것이다.

① ㄱ (O), ㄴ (O), ㄷ (X), ㄹ (O)

② ㄱ (O), ㄴ (X), ㄷ (O), ㄹ (O)

③ ㄱ (X), ㄴ (O), ㄷ (O), ㄹ (X)

④ ㄱ (X), ㄴ (X), ㄷ (O), ㄹ (X)

⑤ ㄱ (X), ㄴ (X), ㄷ (X), ㄹ (X)

/ 해설 /

- ㉠ (X) 청구인이 이 사건 조치를 따르지 않음으로써 형사적으로 처벌될 가능성은 없다고 하더라도, 이 사건 조치가 그 자체로 청구인에게 그러한 위축효과를 줄 수 있음은 명백하다고 볼 것이고, 나아가 이 사건 조치에 대하여 법원에서 소송으로 구제받기는 어렵다는 점에서 헌법기관인 피청구인이 청구인의 위 발언내용이 위법이라고 판단한 이 사건 조치는 최종적·유권적인 판단으로서 기본권 제한의 효과를 발생시킬 가능성이 높다고 할 것이다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700).
- ㉡ (X) 이 사건 법률조항과 같이 금지의무만이 있을 뿐 그 위반에 대한 처벌조항이 없는 경우, 이를 위반하였다는 내용의 이 사건 조치가 법원에서 항고소송의 대상으로 인정받은 바 없을 뿐 아니라 이에 해당하는지 여부도 불투명하다. 결국 청구인에게 항고소송에 의한 권리구제절차를 거치도록 요구하거나 기대할 수 없으므로 보충성의 예외를 인정하여 헌법소원을 허용함이 상당하다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700).
- ㉢ (X) 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다. 다만 공무원 중에서 국회의원과 지방의회의원은 정치활동의 자유가 보장되고 선거에서의 중립의무 없이 선거운동이 가능하므로 국회의원과 지방의회의원은 위 공무원의 범위에 포함되지 않는다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700).
- ㉣ (X) 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항에 대하여는 원칙적으로 행정절차에 관한 규정이 적용되지 않는다(행정절차법 제3조 제2항 제4호), 이는 권력분립의 원리와 선거관리위원회 의결절차의 합리성을 고려한 것으로 보인다. 또한 선거운동의 특성상 선거법 위반행위인지 여부와 그에 대한 조치는 가능하면 신속하게 결정되어야 할 뿐 아니라, 선거관리위원회법 제14조의2의 조치가 위반행위자에 대하여 종국적 법률효과를 발생시키는 것도 아니므로, 위반행위자에게 의견진술의 기회를 보장하는 것이 반드시 필요하거나 적절하다고 보기는 어렵다. 이와 같이 선거관리의 특성, 이 사건 조치가 규율하는 행위의 성격, 위 조치의 제재효과 및 기본권침해의 정도 등을 종합하여 볼 때, 청구인에게 위 조치 전에 의견진술의 기회를 부여하지 않은 것이 적법절차원칙에 어긋나서 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700).

▶정답 ⑤

22

다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[16 변시]

[사례1] 甲과 乙은 사소한 시비가 문제되어 주먹다툼을 한 후 서로를 상해 혐의로 고소하였는데, 검사는 甲에 대해서는 기소유예 처분을, 乙에 대해서는 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

[사례2] 丙은 의사 丁으로부터 위 내시경 검사를 받던 중 丁의 과실로 출혈이 발생하였음에도 불구하고, 丁이 내시경 검사에 어떠한 문제도 없었다고 하면서 오히려 자신에게 폭언을 하자, 의사 丁을 업무상 과실치상 등으로 처벌해 달라고 고소장을 제출하였다. 그러나 검사는 이를 적법한 절차에 따른 고소사건으로 처리하지 아니하고, 단순한 진정사건으로 접수하여 공소시효 완성을 이유로 공소권없음 의견으로 내사종결 처분을 하였다.

- ① [사례1]의 경우, 형사피해자인 고소인 甲은 검사의 乙에 대한 혐의없음 처분에 관하여 「검찰청법」에 따른 항고를 거친 후 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 재정신청을 할 수 있으므로, 위 혐의없음 처분에 대한 헌법소원은 부적법하다.

- ② [사례1]의 경우, 만약 甲이 고소를 하지 않은 상태에서 수사기관의 인지에 의해 수사가 개시되었다면, 고소하지 않은 피해자 甲은 乙에 대한 혐의없음 처분에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다.
- ③ [사례1]의 경우, 甲은 자신에 대한 기소유에 처분이 자의적이라고 주장하면서 위 기소유에 처분에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.
- ④ [사례2]의 경우, 검사가 丙의 고소사건을 진정사건으로 수리하여 내사종결 처분한 것은 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 않으므로 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사라고 할 수 없다.
- ⑤ [사례2]의 경우, 만약 검사가 丙의 고소를 진정사건이 아니라 고소사건으로 처리하면서 丁에 대해서 혐의없음 처분을 하지 않고 공소권없음의 불기소처분을 하였다 해도, 이를 丁의 헌법상 기본권을 침해하는 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

/ 해 설 /

① (O)

형사소송법 제223조(고소권자)

범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.

제260조(재정신청)

① 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조 부터 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.)는 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.

원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은, 원행정처분을 심판대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하고, 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분 그 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니하는바, 이와 같은 법리는 검사의 불기소처분에 대하여 법원의 재정신청절차를 거친 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다(헌재 1998. 8. 27. 97헌마79).

□ 고소한 형사피해자의 경우에 검사의 불기소처분에 불복하려면 검찰청에 항고를 한 후에 고등법원에 재정신청을 할 수 있다. 헌법소원의 보충성의 원칙상 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구하려면 재정신청절차를 거쳐야 하는데 재정신청에 대한 고등법원의 재결정은 법원의 재판이다. 그런데 원행정처분인 혐의없음의 불기소처분에 대한 헌법소원심판청

구를 받아들여 이를 취소하려면 불기소처분을 심판대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한한다. 따라서 원칙적으로 위 혐의없음의 불기소처분에 대한 헌법소원은 부적법하다.

- ② (O) 피해자의 고소가 아닌 수사기관의 인지 등에 의해 수사가 개시된 피의사건에서 검사의 불기소처분이 이루어진 경우, 고소하지 아니한 피해자로 하여금 별도의 고소 및 이에 수반되는 권리구제절차를 거치게 하는 방법으로는 종래의 불기소처분 자체의 취소를 구할 수 없고 당해 수사처분 자체의 위법성도 치유될 수 없다는 점에서 이를 본래 의미의 사전 권리구제절차라고 볼 수 없고, 고소하지 아니한 피해자는 검사의 불기소처분을 다룰 수 있는 통상의 권리구제수단도 경유할 수 없으므로, 그 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원의 사전 권리구제절차라는 것은 형식적·실질적 측면에서 모두 존재하지 않을 뿐만 아니라, 별도의 고소 등에 그에 수반되는 비용과 권리구제가능성 등 현실적인 측면에서 볼 때에도 불필요한 우회절차를 강요함으로써 피해자에게 지나치게 가혹할 수 있으므로, 고소하지 아니한 피해자는 예외적으로 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 곧바로 청구할 수 있다(헌재 2010. 6. 24. 2008헌마716).

□ 고소하지 않은 형사피해자는 검찰청의 항고를 거쳐 고등법원에 재정을 신청할 수 없다(형사소송법 제260조). → 보충성의 예외로서 헌법소원제기 가능

- ③ (O) 기소유예처분을 받은 피의자가 범죄혐의를 부인하면서 무고함을 주장하는 경우에는 검찰청법이나 다른 법률에 이에 대한 권리구제절차가 마련되어 있지 아니하므로, 검사의 기소유예처분의 취소를 구하는 헌법소원 심판을 청구하는 경우에는 보충성원칙의 예외에 해당한다(헌재 2010. 6. 24. 2008헌마716).

- ④ (X) 검사가 청구인으로부터 고소장을 제출받고도 부적법하게 진정사건으로 접수하여 내사종결처분을 하였으므로 내사종결처분은 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 않는다고 할 수 없고, 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당한다(헌재 2014. 9. 25. 2012헌마175).

- ⑤ (O) 검사의 '공소권 없음' 결정이나 '혐의 없음' 결정은 모두 피의자에 대하여 소추장애사유가 있어 기소할 수 없다는 내용의 처분이므로 두 결정은 기소할 수 없다는 점에서 동일한 처분이라고 할 수 있고, '공소권 없음' 결정은 그 결정이 있다고 하여 피의자에게 범죄혐의가 있음이 확정되는 것이 아니며, '공소권 없음' 결정으로 인해 청구인이 자신의 혐의없음이 밝혀지지 않은 불이익을 입었다고 하더라도, 이는 간접적 또는 사실상의 불이익에 불과한 것이므로 이를 가지고 기본권 침해 문제가 발생하였다고 할 수는 없다. 따라서 피청구인이 '혐의 없음' 결정을 하지 않고 '공소권 없음' 결정을 한 것을 가리켜 청구인의 헌법상 기본권을 침해하는 공권력의 행사라고 할 수 없다(헌재 2009. 5. 12. 2009헌마218).

□ 丁은 자신에게 범죄혐의가 없음에도 '혐의 없음'의 불기소처분이 아닌 '공소권 없음'의 불기소처분을 받았으므로 평등권을 침해받았다고 주장한 사안이다. 헌법재판소는 공소권 없음의 처분이 범죄혐의가 있는지를 확정하는 것이 아니므로 '혐의 없음'의 불기소처분이 아닌 '공소권 없음'의 불기소처분을 하였어도 丁의 기본권을 침해하는 공권력의 행사라고 볼 수 없다고 하였다. ▶정답 ④