

2023년 제12회 변호사시험

헌법 총평 및 공부방법

(선동주 헌법연구소)

I. 들어가며

응시자 여러분, 땀땀한 시험일정을 소화해 내시느라 수고 많으셨습니다.

고갈된 체력과 에너지를 최대한 끌어올리는 데 집중하셔서 계획해 놓은 목표를 향해 큰 걸음 내디딜 준비를 하시기 바랍니다.

이번 시험도 예년과 마찬가지로 기본 교재들에서 다루어지는 보편적인 쟁점들을 중심으로 출제되었습니다.

선택형 시험의 경우 정밀한 분석력이 요구되거나 생소한 판례로 구성된 문제들, 조합형 문제들(8개)이 포함되어 있고, 사례형 시험의 경우 직접적인 판례가 없어 관련 판례를 원용해야 하는 쟁점, 제한되는 기본권의 특징을 묻는 문제 등이 포함되어 있어, 높은 득점을 노릴 수 있는 시험은 아니었지만, 기본기를 착실하게 단련한 수험생들이라면 합당한 성적을 거둘 수 있는 기회였다고 생각합니다.

아래에서 살펴볼 기출문제 분석은 새로운 도전과 알찬 준비를 돕고자 만들어진 것으로, 제강의와 교재(‘헌법집중’ 시리즈)의 내용을 기준으로 작성하였습니다.

II. 2023년 변호사시험 헌법시험 출제경향

1. 선택형 시험 출제경향 분석

(1) 전반적 출제경향

이번 시험에서는 각종 헌법시험에 공통된 경향인 **판례를 중심으로 한 출제경향**이 충실하게 반영되고 있습니다.

먼저 출제영역과 출제항목을 비교하면, **헌법총론 25%, 기본권론 35%, 통치구조론 40%**의 비율로 출제되어 **1:2:2**의 기본적인 출제구조를 유지하고 있고, 판례시험화 경향에 따라 **헌법판례 지문이 절대다수를 차지**하고 있으며, 그에 따라 **헌법조문과 부속법률의 출제는 적정한 수준**을 형성하고 있습니다.

① 구체적으로, **사건의 속지나 법리의 분석**을 묻는 판례지문들이 다양하게 출제되었고, **최신헌법판례**의 출제비중(최근 3개년 10지문)도 적당한 수준에서 형성되었습니다. 헌법시험에서는 최신판례의 출제가 유력한데, 최신판례 문제는 **결론 중심의 요점 정리**만으로 충분히

풀 수 있는 문제가 출제되는 결과 정리부담이 크지 않으므로 특강이나 제공자료를 통해 반드시 숙지하고 시험에 임하여야 합니다.

② 그리고 헌법시험에서 빼놓을 수 없는 **헌법조문과 부속법률에 관한 문제는 총 18지문이 출제**되었고, **헌정사도 1문제 출제**되었습니다. 특히 헌법 과목을 대표하는 시그니처, 헌법조문이 9지문 출제되어 기본부터 열심히 갖고 닦은 응시자들에게 유익한 결과로 작용하는 기회가 되었다고 생각합니다.

한편 출제난도와 출제쟁점 면에서는, 각 출제영역에서 손꼽히는 **중요 쟁점들**을 대상으로 **적절한 수준**의 문제가 출제되었습니다.

문제의 구성유형을 구체적으로 들여다보면, ① 3번, 4번, 5번, 7번, 9번, 12번, 13번, 17번 문제처럼 대표적 쟁점의 기본 지식으로 구성되어 **정답 발견이 어렵지 않은** 문제, ② 6번, 16번, 18번, 21번 문제처럼 다소 생소한 쟁점을 다루거나 넓은 지식을 요구하고 있지만 전체 지문을 통해 **정답 추정이 가능한** 문제, ③ 1번, 11번, 35번 문제처럼 너무 세밀한 쟁점을 다루거나 생소한 쟁점들을 조합형으로 구성하고 있어 **정답 책정이 어려운** 문제, ④ 2번, 8번, 10번, 14번, 15번 문제처럼 **특정 지문에 관한 확실한 지식**이 운명을 가르는 문제들이 고루 배정되어 있습니다. 이 중에서 특히 ④ **항목**에 해당하는 문제들은 기본기가 약하면 틀리기 쉽거나 틀릴 수밖에 없는 문제들이며, ② **항목**에 해당하는 문제들은 어느 정도 실력을 갖춘 응시자들에게 앞선 항목에서 발생한 실수를 커버할 수 있는 문제가 될 것으로 보입니다.

출제영역			출제항목			
헌법총론	기본권론	통치구조론	헌법판례	헌법조문	부속법률	순수이론
5문제	7문제	8문제	70지문	9지문	9지문	5지문
총 20문제			총 93지문			

(2) 영역별 출제경향

‘헌법총론’ 파트에서는 **헌법의 기본지식**과 직결되는 판례와 헌법조문·부속법률에 관한 문제가 출제되었고, ‘기본권론’ 파트에서는 기본권 총론의 핵심 주제인 **기본권주체성**과 함께 **대표적인 인권 유형**의 보장내용에 관한 문제가 출제되었으며, ‘통치구조론’에서는 국회, 대통령, 법원 등 대표적인 대의기관의 지위와 권한, 헌법재판의 요건·절차·결정에 관한 문제가 출제되었습니다.

① 먼저 ‘헌법총론’에서는, 대한민국헌정사, 국적, 헌법상 경제질서, 헌법상 국제질서, 지방자치단체의 조례에 관한 판례 및 조문 문제 등을 통해 **헌법총론의 중요한 주제들을 세밀하게 취급**하고 있습니다.

② 그리고 ‘기본권 총론’에서는, 법인 등 단체, 외국인의 기본권주체성에 관한 판례 문제를 통해 **기본권 총론에서 가장 대표적인 주제들을 골라 그에 관한 인식을 정밀하게 진단**하고 있습니다.

③ 한편 ‘기본권 각론’에서는, 통신의 자유, 집회의 자유, 종교의 자유, 재산권, 근로3권, 혼인과 가족생활의 보장에 관한 판례 및 조문 문제 등을 통해 **자유권, 사회권의 영역에서 대표적인 인권 항목들의 포괄적인 지식을 검증**하고 있습니다.

④ 끝으로 ‘통치구조론’에서는, 예산의 법적 성격·유형 및 성립절차, 국회의 구성 및 권한쟁의심판의 요건, 법원의 조직·운영·권한, 대통령의 지위와 권한, 헌법재판의 심리·평의 절차 및 결정의 절차·효과, 권리구제형 헌법소원심판의 자기관련성 요건, 위헌법률심사의 재판의 전제성 요건, 헌법재판의 청구기간에 관한 판례 및 조문 문제 등을 통해 **통치구조론의 대표적인 쟁점들에 관한 기본 지식을 검증**하고 있습니다.

2 사례형 시험 출제경향 분석

이번 사례형 시험에서는 **다양한 헌법재판소 판례들을 조합**하여 헌법소원심판의 적법요건 준수 여부, 제한되는 기본권의 특정 및 제한의 한계 준수 여부, 통치구조론의 핵심 쟁점으로서 사법시험에서 출제된 바 있는 국회자율권의 사법통제가능성, 시사성 있는 판례들의 구체적인 법리 파악을 묻는 문제가 출제되었습니다.

구체적으로, ① 「안전확인대상생활용품의 안전기준」(산업통상자원부 고시)의 전동킥보드 최고속도 제한 조항에 대한 헌법소원심판청구와 관련하여 헌법소원의 **대상성 및 보충성** 요건 준수 여부(헌재 1992.6.26. 91헌마25; 헌재 1989.3.17. 88헌마1 등 참조), ② **전동킥보드 최고속도 제한**으로 인하여 신체의 자유, 거주·이전의 자유가 제한된다는 심판청구인들의 주장에 대한 타당성 평가를 포함한 위 고시조항으로 인하여 **제한되는 기본권**의 특정(헌재 2020.2.27. 2017헌마1339 참조), ③ **변호사 업무정지명령의 근거인 「전기용품 및 생활용품 안전관리법」 조항의 무죄추정원칙 및 적법절차원칙 위반** 여부(헌재 1990.11.19. 90헌가48; 헌재 2014.4.24. 2012헌바45 참조), ④ **국회의원의 징계 및 자격심사 결정에 대하여 법원에 제소를 금지**하는 헌법 제64조 제4항의 해석과 관련하여 **헌법재판소에 제소**하는 것이 가능한지 여부(헌재 1997.7.16. 96헌라2 등 참조), ⑤ 「공중위생관리법」에 따라 제정된 「**공중위생관리법 시행규칙**」(보건복지부령) 제7조 [별표 4] 조항이 헌법상 **법률유보원칙**에 위반되는지 여부(헌재 2008.1.17. 2005헌마1215; 대법원 2010.2.11. 2009다79316 등 참조), ⑥ 무연고로 사망할 경우 본인의 의사와는 무관하게 의과대학에 해부용 시체로 제공될 수 있도록 한 「**시체해부 및 보존에 관한 법률**」(약칭‘**시체해부법**’)으로 인해 **무연고자의 제한되는 기본권** 특정 및 그 **침해 여부**를 묻는 문제(헌재 2015.11.26. 2012헌마940 참조)가 출제되었습니다.

위 사례형 문제의 답안을 구성하는 핵심 요소는 다음과 같습니다.

① 항목의 경우, 법령보충적 행정규칙 등 **법규명령에 준하는 행정규칙**에 대한 헌법소원 대

상적격 및 보충성의 예외를 인정하는 판시들을 조합하여야 합니다(헌법집중 전정2판 544 · 554페이지, 헌법집중 핵심암기장 제8판 쟁점 271 · 281 참조).

② 항목의 경우, 헌법재판소 판례에 부합하려면 전동킥보드 최고속도 제한과 신체의 자유, 거주·이전의 자유의 제한의 관련성을 그 보호영역의 제약이 존재하는지를 중심으로 검토하여 이를 부정한 다음 **소비자의 자기결정권, 일반적 행동자유권 등 보충적인 기본권의 적용** 관계를 따져야 하고, 이 경우 관련 기본권의 의의·내용 등 일반론을 상세히 서술하는 것이 중요합니다.

③ 항목의 경우, 기소변호사 임의적 업무정지명령과 관련하여 공소제기만을 이유로 장관의 일방적 명령을 허용하는 것에 대한 **위헌결정**(헌재 1990.11.19. 90헌가48) 이후 사유를 보다 한정하고 변호사징계위 결정을 거치도록 개정된 조항에 대한 **합헌결정**(헌재 2014.4.24. 2012헌바45)을 **비교**할 수 있어야 하며(헌법집중 전정2판 211페이지 참조), 무죄추정원칙과 적법절차원칙의 의의·내용 등 일반론을 자세히 서술해야 합니다.

④ 항목의 경우, 헌법 제64조 제4항의 징계결정 등 법원제소금지 조항이 헌법재판소에도 적용되는지에 관하여 **국회 자율권에 대한 사법심사를 제한적으로 긍정**한 헌법재판소 판례를 원용하여 검토내리는 것이 중요합니다(헌법집중 전정2판 453페이지, 헌법집중 핵심암기장 제8판 쟁점 221 참조).

⑤ 항목의 경우, 헌법재판소의 “공중위생관리법 제4조 제7항은 공중위생업자가 준수하여야 할 위생관리기준 등에 관하여 구체적 범위를 정하여 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있어서 이 사건 규칙조항이 법률의 위임이 없거나 또는 그 위임 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다”는 판시를 인용하는 것이 관건인데, **법률유보원칙의 일반론에 기초하여 참조조문(공중위생관리법 제1조, 제4조 제7항)을 차분히 대조**하면 특별히 모난 부분이 없으므로 판례에 부합하는 결론을 이끌어낼 수 있습니다.

⑥ 항목의 경우, 무연고시신의 해부용시체 제공 조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에서 설시된 **시체 처분에 대한 자기결정권의 과잉침해 법리**를 적용해야 하며, 특히 자기결정권의 일반론을 배경에 알맞게 서술해야 합니다(헌법집중 전정2판 171페이지 참조).

III. 변호사시험 헌법 공부방법

1. 헌법공부의 특성

헌법은 정리부담이 큰 과목에 속하지만 일단 장악력이 형성되고 나면 함부로 배신하지 않는 효자과목이기도 합니다. 헌법과목에 대한 장악력을 확보하기 위해서는 ‘**이해와 정리**’, ‘**선택과 집중**’이라는 **체계적 학습과정**이 요구되는데, 이는 헌법시험의 출제대상이 헌법조문을 중심으로 한 유권적 해석(헌법판례, 헌법부속법률)·무권적 해석(학설)의 총체라는 광범성을 지니기 때문입니다. 이렇듯 방대한 헌법과목의 시험대상을 객관적으로 한정하여 ‘이해와 정리’, ‘선택과 집중’을 실천하기 위해서는 무엇보다 **기출문제 분석에 기초한 헌법조문 및 헌법판례 중심의 학습**이 전제되어야 합니다.

2 체계적 학습방법

(1) 이해와 정리

헌법과목을 이해하고 정리하기 위한 출발점은 헌법적 주제와 쟁점을 파악하는 것입니다. 이를 위해서는 **헌법학적 논의의 체계적 범주를 인식**하는 것이 중요합니다. 즉 헌법은 목표조항인 기본권과 수단조항인 통치구조 및 일반이론인 헌법총칙으로 구성되는데, 그 중 기본권에 관한 헌법학 논의는 ‘기본권총론’, ‘기본권각론’으로 구분되고, ‘기본권총론’은 다시 ‘기본권의 성격’, ‘기본권의 주체’, ‘기본권의 효력’, ‘기본권의 보호의무’, ‘기본권의 갈등’, ‘기본권의 제한과 그 한계’, ‘기본권의 보호’ 등으로 세분되며, 이러한 주제들은 이론·조문·판례로 이루어진 다양한 쟁점들을 포괄하고 있으므로, **전체에서 부분으로 이르는 학문체계를 파악하면서 주제별 중요쟁점을 학습**하는 것이 올바른 헌법 공부의 시작입니다.

헌법은 추상성 내지 구조적 개방성의 속성으로 인해 행정법 등 구체화입법과 구별되는 고유한 정리부담이 존재합니다. 따라서 대략적인 이해로는 분석이 불가능한 사안들, 이해를 넘어 적극적 암기까지 요구되는 항목들에 대비하기 위해서는 **키워드의 분석정리, 핵심쟁점요소의 두문자정리 등 적극적인 정리방법을 동원하여 정확한 지식체계를 정립**하는 것이 무엇보다 중요합니다.

(2) 선택과 집중

다양한 수험도구들이 난무하는 현실 속에서 자료의 홍수에 매몰되지 않으려면 자신에게 적합한 수험방법을 선정하고 집중적인 학습을 수행해야 하므로, 선택과 집중의 학습전략은 헌법수험에 있어서 중요한 덕목으로 인식됩니다. 시험에서 검증이 요구되는 지식의 범주를 확정하고 단계적으로 집중해 나가기 위해서는 최소한의 수험강의를 섭렵할 필요가 있으므로, **검증된 수험도구의 도움을 받아 실용적인 지식체계를 범주화하고 순차 집중하여 학습**하시기 바랍니다.

3 구체적 학습방법

(1) 선택형시험 대비방법

(가) 기출문제 분석에 기초한 학습

방대한 헌법과목의 수험영역을 객관적으로 한정하여 ‘이해와 정리’, ‘선택과 집중’이라는 체계적 학습을 수행하기 위해서는 무엇보다 기출문제의 분석에 기초한 학습이 요구됩니다. 기출문제로 현출된 출제의 의도는 장래의 출제를 암시하는 지표 중 하나라는 점을 고려할 때 **기출지문은 수험적합성 있는 공부의 기준을 제시함과 동시에 반복적으로 출제될 가능성이 큰 매체**이므로 그 의미를 간과해서는 안 될 것입니다. 즉 기출지문의 의미는 **‘이미 시험에 나온 지문’ 이 아니라 ‘반드시 시험에 나올 지문’**으로 인식되어야 한다는 점에서 이에 기초한 학습범주의 마련이 강조됩니다.

(나) 헌법조문 및 헌법판례 중심의 학습

전문, 본문 10개장 130개조, 부칙 6개조로 구성된 **헌법조문**은 **헌법학의 본체로서 이와 직결되는 내용의 헌법이론·헌법부속법률을 포함하여 중요한 출제대상**이 됩니다. 헌법조문은 수험과정 전반에서 유기적이고 체계적인 학습의 기준이 되므로 **기본교재의 학습과정에서부터 단원별, 주제별로 관련된 헌법조문을 꾸준히 학습**하는 습관을 길러야 하며 반드시 최종 정리의 대상이 되어야 합니다.

최근 각종 **공직채용시험 및 자격시험의 법학과목은 판례시험화 되는 경향**을 띠고 있습니다. 이러한 현상은 완성도 높은 판례가 법학이론을 선도하고 있다는 측면과 판례가 복수정답의 시비 등을 방지하기에 적합한 가장 객관화된 정보라는 측면에서 이해될 수 있습니다. 위와 같은 시험경향에 비추어 볼 때 선택형 시험의 포괄적인 대상범위를 파악함에 있어서도 비중 구분이 필요한바, **중요 헌법판례와 이에 직결되는 내용의 헌법조문·헌법부속법률·헌법이론을 중심으로 확장 학습**을 하는 것이 수험적합성 있는 학습방법이라고 할 것입니다.

(2) 논술형시험 대비방법

논술형시험의 경우 문제해결의 도구인 헌법쟁점들을 적재적소에 효율적으로 적용할 수 있는 활용능력을 확보하는 것이 중요합니다. 헌법적 논리들의 체계적 활용을 위해서는 문제해결의 일반도구와 개별도구의 구별을 전제로 한 집중적인 연습이 필요한데, **헌법재판의 적법요건, 비례심사의 기준, 평등권침해의 판단도식 등 적법판단과 본안판단에서 일반적으로 활용되는 도구들에 대해서는 확실한 활용능력을 갖추어야 하고, 개별 기본권, 기본원리, 기본제도의 보호내용 등 구체적인 사안마다 개별적으로 활용되는 도구들에 대해서는 실용적인 활용범주를 확정해야 합니다.**

또한 교재의 목차를 활용하여 논술형 쟁점항목들을 편, 장, 주제별로 범주화하고 숙지하는 연습도 필요합니다. 실제 사례풀이 과정에서는 논점을 확정하고 초안을 작성함에 있어 소거법 즉 사례쟁점과 무관한 쟁점항목들을 제거해 나가며 적용항목을 확정하는 방법을 동원해야 할 경우들이 빈발하므로 **논점의 일탈이나 탈루를 방지하기 위한 최선의 대책으로 쟁점카테고리의 적극적인 숙지**가 요청됩니다.