

공법 하나

선동주 교수

변호사시험 대비
출제경향 분석 및 공부방법론

“변호사시험 헌법 공부방법”

I. 헌법공부의 특성

헌법은 정리부담이 큰 과목으로서 장악력의 형성여부에 따라 수험생 간의 점수 폭이 큰 것이 특징입니다. 논리적인 사고를 좋아하는 수험생일수록 헌법과목에서 의외의 고배를 마시는 경우가 있는데, 이는 이론적 논의에 비해 제도적 이해를 요하는 사항이 상대적으로 많은 헌법과목의 특성 때문입니다.

헌법은 한 번 정리를 잘해놓으면 절대 배신하지 않는 효자과목입니다. 따라서 먼저 **헌법과목에 대한 수월한 정리의 방법을 마련한 후 방대한 타 과목의 학습에 여력을 투자**하는 것이 전통적이고 효율적인 공부방법입니다.

헌법과목에 대한 장악력을 확보하기 위해서는 체계적인 학습이 필요한데, 그 핵심적인 의미는 ‘이해와 정리’, ‘선택과 집중’이라는 학습체계에 기초하고 있으며, 이러한 학습체계를 구체적으로 실천하는 과정에서 기출문제의 비교분석적 고찰이 요청됩니다.

아래에서는 이에 관해 상세히 살펴보도록 하겠습니다.

II. 체계적 학습방법

1. 이해와 정리

헌법과목을 이해하고 정리하기 위한 출발점은 헌법의 중요쟁점을 파악하는 것입니다.

이를 위해서는 우선 **헌법의 규범구조를 헌법이념에 기초한 생성, 발전 과정으로 도해한 수형도(樹形圖)의 틀 속에서 인식**하는 것이 중요합니다. 예를 들자면, ① 헌법은 국가조직법으로서 목표조항인 기본권과 수단조항인 통치구조 및 일반이론인 헌법총칙으로 구성되어 있는데, ② 헌법학 중 헌법총칙에 관한 헌법총론은 ‘헌법과 헌법학’, ‘대한민국헌법총설’로 구성되어 있고, ③ 이 중에서 ‘헌법과 헌법학’은 ‘헌법의 의의’, ‘헌법학 연구’, ‘헌법의 제정·개정·변천’, ‘헌법의 수호’로 구성되어 있으며, ④ 이러한 주제들의 쟁점은 다시 이론·조문·판례로 구성되어 있으므로, 이와 같은 학문체계가 함께 이해됨으로써 헌법수험의 유기적·체계적 범주가 정립될 수 있습니다.

따라서 전체에서 부분으로 이르는 학문체계를 파악하면서 주제별 중요쟁점을 학습하는 것이 바로 헌법 공부의 시작입니다.

한편 헌법은 국가공동체의 최고규범으로서 추상성을 갖고 있는바, 그에 관한 해석의 필요성이 큰 반면에 해석의 결과물 또한 다소의 추상성을 내포할 수밖에 없어 행정법 등 구체화입법과는 구별되는 고유한 정리부담이 존재합니다.

따라서 헌법수험에 있어서는 대강의 이해만으로는 정확한 지식이 요구되는 객관식 시험에 대비하기 어려운 측면이 존재하고 이해만으로 해소될 수 있는 정리요소와 함께 적극적인 암기까지 요하는 정리요소가 다양하게 존재하므로, 키워드의 분석정리, 핵심쟁점요소의 두문자정리 등의 적극적인 정리방법을 동원하여 정확한 지식체계를 정립하는 것이 무엇보다 중요합니다.

2. 선택과 집중

강의 및 교재, 공부방법 등 현존하는 다양한 수험도구들 중에서 자신에게 적합한 것이 선택된 후에야 비로소 집중적인 학습이 가능한바, 자칫 자료의 홍수에 파묻혀 시간과 정력을 낭비할 수 있으니 선택과 집중은 헌법수험에 있어서는 중요하게 인식되어야 할 덕목입니다.

선편으로서의 경험에 비추어 수험헌법의 범주를 파악하기 위한 최소한의 수강을 권합니다. 최소한의 투자로 시험이 요구하는 지식의 범주를 인식한 후 집중력을 투여해야 손실을 최소화 할 수 있으므로, 강의수강을 통해 수험교재를 실전적으로 정리한 후 당해 범주의 지식체계를 집중적으로 학습하시기 바랍니다.

Ⅲ. 구체적 학습방법

1. 선택형시험 대비방법

(1) 기출문제 중심의 학습

객관식 헌법시험의 대상범위에는 이론, 조문, 판례, 사례가 포괄됩니다. 그런데 이들은 별개의 것이 아니라 전체로서 하나의 가치체계를 이루고 있다고 할 수 있습니다. 즉 모든 헌법적 관념의 출발점은 성문헌법전을 구성하는 헌법조문이라고 할 것이고, 이를 유권적으로 해석한 결과가 헌법판례, 헌법부속법률이며, 학자들의 무권적 해석의 결과와 통합하여 헌법이론으로 체계화됩니다. 따라서 헌법수험의 구체적 대상은 헌법조문을 중심으로 한 유권적·무권적 해석의 결과물이라고 할 수 있습니다. 이러한 유기적·체계적 연관관계 하에서 방대할 수밖에 없는 헌법과목의 수험영역을 객관적으로 한정하여 '이해와 정리', '선택과 집중'을 실천하기 위해서는 무엇보다 기출문제의 분석과 이를 토대로 한 학습이 핵심입니다.

기출지문은 수험적합성 있는 공부의 기준을 제시함과 동시에 반복 출제되는 경향이 강하고, 모든 문제영역에는 출제자의 출제의도가 전제되어 있다는 점에서 그 의미를 간과해서는 아니됩니다. 즉 기출지문의 의미는 '이미 시험에 나온 지문'이 아니라 '반드시 시험에 나올 지문'으로 인식되어야 한다는 점에서 이에 기초한 학습범주의 마련이 필요합니다.

(2) 헌법판례 중심의 학습

그런데 최근 각종 공직채용시험 및 자격시험의 법학과목은 판례시험화 되는 경향을 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 객관식 시험의 포괄적인 대상범위를 파악함에 있어서도 어느 정도의 강약조절이 필요합니다. 즉 객관식 시험의 대상범위에는 이론, 조문, 판례, 사례가 모두 포괄될 수 있으나, 최근의 판례시험화 경향에 비추어 볼 때 중요판례 및 판례가 형성되거나 관련되어 있는 이론과 조문을 중심으로 하는 학습방법이 시험경향에 부합합니다.

따라서 중요판례 및 판례와 직·간접적인 관련이 있는 이론·조문을 중심으로 확장력 있는 학습을 하는 것이 수험적합성 있는 학습방법이라고 할 것입니다.

2. 논술형시험 대비방법

선택형시험 대비 과정에서 채득하는 기본적인 지식들을 논리적 체계로 서술하기 위해서는 사례풀이의 일반도구와 개별도구의 구별을 전제로 한 집중적인 연습이 필요합니다.

논술에 활용될 지식은 선택형시험을 대비하는 과정에서 이미 확보되는 것이고, 이들 사례풀이의 도구들을 적재적소에서 활용할 수 있는 운용능력을 확보하는 것이 논술형시험 대비의 핵심이라고 할 수 있는 바, 비례심사의 기준이나 평등권침해의 판단도식, 헌법재판의 적법요건 등과 같이 일상적으로 활용되는 일반도구들에 대해서는 확실한 활용능력을 확보해야 하며, 구체적인 위헌성판단의 기준인 기본권, 기본원리, 기본제도 등 개별도구들에 대해서는 사례유형의 분석을 통해 활용범주와 압축서술의 범주를 확정하는 것이 중요합니다.

IV. 변호사시험 출제경향 분석

1. 제9회 변호사시험 헌법 총평

2020년도 제9회 변호사시험 역시 예년과 마찬가지로 판례 중심의 시험경향이 유지되었습니다. 또한 시험이 거듭될수록 지엽적인 사항의 출제가 배제되고, 수험헌법의 전통적인 주제 및 쟁점에 기초한 변별력을 갖춘 문제들을 중심으로 안정성이 유지되고 있습니다.

제9회 변호사시험 헌법과목의 전반적인 특징으로는, 우선 기본판례, 최신판례의 출제항목 및 출제비율이 적절한 수준으로 평가된다는 점, 기존에 출제가 부진했던 영역들의 쟁점에 관해 적극적인 출제가 이루어진 점, 중요도가 낮은 판례나 부속법률을 대상으로 한 선택형 문제가 대거 배제된 점, 변호사시험의 취지와 결부되는 등 시의성이 있는 쟁점들을 중심으로 출제된 점 등을 들 수 있습니다.

한편 아래에서 보는 바와 같이 선택형 시험의 난이도는 기존 시험과 유사하게 적정선을 유지하고 있으며, 사례형 시험의 경우에도 전통적인 쟁점요소들을 조합하여 무난하게 구성하고 있습니다.

2. 선택형 시험의 분석

제9회 변호사시험의 선택형 시험은 헌정사 5지문, 헌법조문 7지문, 부속법률조문 4지문을 제외하고는 최근3년간 최신판례가 적절히 가미된(2017년 판례지문 11개, 2018년 판례지문 7개, 2019년 판례지문 7개를 합하여 총 25개 지문) 중요 판례를 중심으로 출제되었습니다. 판례의 경우 사건속지나 법리분석을 묻는 판례지문들이 고루 출제되었고, 조문문제도 대통령의 권한에 관한 헌법 조항, 행정소송의 종류에 관한 행정소송법 조항, 헌법소원심판 청구기간에 관한 헌법재판소법 조항 등 출제빈도 높은 문제가 주된 것이었습니다.

10번 문제처럼 위헌심사형 헌법소원심판의 적법요건 전반에 대하여 판례와 헌법재판소법 규정의 구체적인 적용을 묻는 문제가 사례조합형으로 출제된 것, 12번 문제처럼 최근 황제노역 대책과 관련하여 시사적 이슈가 되었던 노역장유치 하한제의 소급적용 판례가 사례조합형으로 출제된 것, 32번 문제처럼 입법부작위 헌법소원에 관한 포괄적 지식을 묻는 문제가 단독문제로 출제된 것, 40번 문제처럼 국가배상청구권에 관하여 단독문제가 출제된 것 등이 특징적이며, 전반적으로 차분히 시험을 준비해온 수험생이라면 무난하게 접근할 수 있는 핵심 쟁점들로 구성되었습니다.

위 출제항목들을 종합하여 볼 때, 제9회 변호사시험의 선택형 시험은 헌법총론부터 통치구조론까지 헌법 전반의 지식체계를 아우르는 전통적인 쟁점항목들을 출제함으로써 실질적인 변별기준을 제시하고 있다고 평가됩니다.

3. 사례형 시험의 분석

제9회 변호사시험의 사례형 시험은 예년처럼 중요쟁점판례, 실무관계적 논점, 공법 통합논점이 고려된 문제들이 출제되었고, 헌법재판론, 기본권론, 통치구조론 등에서 논해지는 전통적인 쟁점사항들로 구성되었습니다.

〈제1문의 1〉에서는 국무총리 부서 없는 대통령의 개정 국감국조법 공포와 국회의 국무총리 해임건의안 의결 과정 변칙처리 사례를 배경으로 하여, 부서 없는 대통령의 국법행위의 효력, 해임건의안 가결선포행위와 국감국조법 개정행위에 대한 야당의원들의 권한침해 및 무효확인을 구하는 권한쟁의심판청구의 헌법적 판단, 국정조사 요구 등의 정족수 규정을 강화하는 내용의 개정 국감국조법 조항의 위헌 여부를 묻는 문제가 출제되었고, 〈제1문의 2〉에서는 송환대기실에 수용된 입국불허자의 변호인 접견거부 사례를 배경으로 하여, 변호인의 조력을 받을 권리의 침해 여부, 예비변호인의 피구속자 등을 접견할 권리의 법적 성격을 묻는 문제가 출제되었으며, 〈제2문〉에서는 사유지에 대한 손실보상규정 없는 문화재보호구역 지정 사례를 배경으로 하여, 재산권의 개념, 사회계약규정과 공용침해규정의 구별, 과잉금지원칙의 위배 여부를 묻는 문제가 출제되었습니다.

위 출제항목들을 종합하여 볼 때, 제9회 변호사시험의 사례형 시험은 극히 일부 쟁점을 제외하고는 판례가 형성되지 않은 순수이론의 출제를 자제하고 기본 쟁점사항들을 조합하여 복합적 해결능력을 묻는 사례문제를 구성함으로써 실질적인 변별기준을 제시하고 있다고 평가됩니다.

모의고사 적중 사례

선동주 교수

제9회 변시 헌법 기출
학원 모의고사 적중 부분

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

문 1 평등원칙 및 평등권에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하던 중에 산업재해보상보험 가입 근로자가 입은 재해를 업무상 재해로 인정하는 것과 달리, 도로나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험 가입 근로자가 사업주의 지배관리 아래 있다고 볼 수 없는 통상적 경로와 방법으로 출퇴근하던 중에 입은 재해를 업무상 재해로 인정하지 않는 것은 자의적 차별로 평등원칙에 위배된다.
- ㄴ. 자율형 사립고(이하 '자사고'라 함)의 도입목적은 고교평준화 제도의 기본 틀을 유지하면서 고교평준화 제도의 문제점으로 지적된 획일성을 보완하기 위해 고교교육의 다양화를 추진하고, 학습자의 소질·적성 및 창의성 개발을 지원하며, 학생·학부모의 다양한 요구 및 선택기회 확대에 부응하는 것이어서 과학고의 경우와 같이 재능이나 소질을 가진 학생을 후기학교보다 먼저 선발할 필요성이 있음에도 불구하고 자사고를 후기학교로 규정함으로써 과학고와 달리 취급하고, 일반고와 같이 취급하는 것은 자사고 학교법인의 평등권을 침해한다.
- ㄷ. 교수·연구 분야에 전문성이 뛰어난 교사들로서 교사의 교수·연구활동을 지원하는 임무를 부여받고 있는 수석교사를 성과상여금 등의 지급과 관련하여 교장이나 장학관 등과 달리 취급하고 있지만 이는 이들의 직무 및 직급이 다른 것에서 기인하는 합리적인 차별이다.

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ㄱ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 043**
① 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험 가입 근로자의 출퇴근 중 발생한 재해는 업무상 재해로 인정하면서, 도로나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험 가입 근로자의 출퇴근 중 발생한 재해는 업무상 재해로 인정받지 못하도록 차별하는 구 산업재해보상보험법 조항은 평등원칙에 위반된다. | O |
- ㄴ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 082**
④ 자사고를 후기학교로 정하여 신입생을 일반고와 동시에 선발하도록 하는 동시선발 조항과 자사고를 지원한 학생에게 평준화지역 후기학교에 중복지원하는 것을 금지하는 중복지원금지 조항은 비례원칙에 반하여 학생 및 학부모의 평등권을 침해한다. | X |
- ㄷ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 042**
① 주민등록법상 재외국민으로 등록·관리되고 있는 영유아를 보육료·양육수당의 지원대상에서 제외한 규정은 국가의 재정능력에 비추어 보았을 때 국내에 거주하면서 재외국민인 영유아를 양육하는 부모를 차별하고 있더라도 평등권을 침해하지는 않는다. | X |

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

ㄹ. 대한민국 국적을 가지고 있는 영유아 중에서도 재외국민 영유아를 보육료·양육수당 지원대상에서 제외하는 보건복지부지침은 국내에 거주하면서 재외국민인 영유아를 양육하는 부모들을 합리적 이유 없이 차별하는 것이 아니다.

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

| 정답 | ②

문 2 영장주의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제12조 제3항이 정한 영장주의는 수사기관이 강제처분을 함에 있어 중립적 기관인 법원의 허가를 얻어야 함을 의미하는 것 외에 법원에 의한 사후 통제까지 마련되어야 함을 의미한다.
② 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 법무부장관이 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있다고 규정한 「출입국관리법」 조항은 영장주의에 위반되지 아니한다.
③ 체포영장을 발부받아 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등 내에서 피의자 수사를 할 수 있도록 한 「형사소송법」 조항은 별도로 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는지 여부를 구별하지 않고 피의자가 소재할 개연성만 소명되면 영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있도록 허용하고 있어 헌법 제16조의 영장주의에 위반된다.
④ 수사기관이 공사단체 등에 범죄수사에 관련된 사실을 조회하는 행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하므로, 이에 응하여 이루어진 국민건강보험공단의 개인정보제공행위에는 영장주의가 적용되지 않는다.
⑤ 통신사실 확인자료 제공요청은 수사 또는 내사의 대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 않고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 「통신비밀보호법」이 정한 수사기관의 강제처분이므로 통신사실 확인자료 제공요청에는 헌법상 영장주의가 적용된다.

| 정답 | ①

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① 헌법집중(제5판) p313 “인터넷회선 감청” 판례박스
② 헌법집중(제5판) p277 ‘형사재판당사자 출국금지’ 판례박스
③ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 053
② 체포영장을 발부받아 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등 내에서 피의자 수사를 할 수 있도록 한 형사소송법 규정은 헌법 제16조의 영장주의에 위반된다. | O |
④ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 051
④ 해설 헌법 제12조 제3항 및 제16조가 규정한 영장주의의 본질은 기본권을 제한하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관의 구체적 판단을 거쳐야 한다는 데에 있는 바, 이 사건 사실조회행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하므로, 이에 응하여 이루어진 이 사건 정보제공행위에는 영장주의가 적용되지 않는다(헌재 2018.8.30. 2014헌마368).
⑤ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 047
② 통신비밀보호법이 정한 위치정보 추적자료 제공요청은 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용되는바, 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료 제공을 요청함에 있어 관할 법원의 허가를 받도록 규정한 동법 조항은 영장주의에 위배되지 아니한다. | O |

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

문 3 국회의 입법권과 입법절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 법률이 행정부에 속하지 않는 공법적 단체의 자치법적 사항을 그 정관으로 정하도록 위임한 경우에는 원칙적으로 포괄 위임입법금지의 원칙은 적용되지 않는다.
- ㄴ. 법규정립행위는 그것이 국회입법이든 행정입법이든 막론하고 일종의 법률행위이므로, 그 행위의 속상행위 자체는 한번에 끝나는 것이고, 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속될 수 있을 뿐이다.
- ㄷ. 법률안 제출은 국가기관 상호간의 행위이며, 이로써 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 것이므로, 정부가 법률안을 제출하지 아니하는 것은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사에 해당한다.
- ㄹ. 국회의원은 국회의장의 가결선평행위에 대하여 심의·표결권 침해로 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 있을 뿐, 질의권·토론권 및 표결권의 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 없다.
- ㅁ. 국회의장이 본회의의 위임 없이 법률안을 정리한 경우, 그러한 정리가 본회의에서 의결된 법률안의 실질적 내용에 변경을 초래하지 아니하였더라도, 본회의의 명시적인 위임이 없는 것이므로 헌법이나 「국회법」상의 입법절차에 위반된다.

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

| 정답 | ①

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

ㄱ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 099**

③ 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 할 것이나, 그러한 경우에도 정관의 제정주체가 사실상 행정부에 해당한다면 포괄위임입법금지원칙이 적용되어야 한다. | O |

ㄴ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 118**

⑤ 해설 법령헌법소원의 경우 당해 법령이 시행되는 동안 기본권침해의 상태가 계속되기 때문에 청구기간을 적용할 것인지가 문제되는데, 헌법재판소는 기본권침해상태는 계속될지언정 기본권침해행위 자체는 일회적이라는 점에서 법령헌법소원에도 청구기간이 적용된다는 입장이다(헌재 1996.6.13. 95헌마115).

ㄷ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 115**

⑤ 대통령의 법률안 제출행위는 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로 「헌법재판소법」 제68조 제1항에서 말하는 공권력의 행사에 해당되지 않는다. | O |

ㄹ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 091**

⑤ 해설 헌법재판소는 국회의장이 야당국회의원들을 배제한 채 법률안을 변칙처리한 사례에서, 야당국회의원들은 국회의원의 심의·표결권의 침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 판시하였다(헌재 1997.7.16. 96헌라2). 그러나 질의권·토론권 및 표결권 등은 국회의 구성원의 지위에 있는 국회의원에게 부여된 권한으로서 국회의원 개인에게 헌법상 기본권으로 인정된 것이라고 할 수 없으므로 야당국회의원들은 질의권·토론권 및 표결권의 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 판시하였다(헌재 1995.2.23. 90헌마125). 한편 변칙처리된 법률에 대하여는 그 법률이 재판의 전제가 되는 경우에는 위헌법률심판을 제기할 수 있고, 법률의 실체적 내용에 대해서 헌법소원을 제기할 수는 있으나, 입법절차의 하자만을 이유로 해서는 헌법소원을 제기할 수 없다고 판시하였다(헌재 1998.8.27. 97헌마8등).

ㅁ. **헌법집중(제5판) p540 ‘국회의장의 법률안정리’ 판례 박스**

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

문 4 죄형법정주의의 명확성원칙에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람은 「군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률」상 판매목적 소지가 금지되는 '유사군복'에 어떠한 물품이 해당하는지 예측할 수 있고, 유사군복을 정의한 조항에서 법 집행자에게 판단을 위한 합리적 기준이 제시되고 있으므로 '유사군복' 부분은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.
- ㄴ. 허가받은 지역 밖에서의 이송업의 영업을 금지하고 처벌하는 「응급의료에 관한 법률」 조항은 영업의 일반적 의미와 위 법률의 관련 규정을 유기적·체계적으로 종합하여 보더라도 허가받은 지역 밖에서 할 수 없는 이송업에 환자 이송 과정에서 부득이 다른 지역을 지나가는 경우 또는 허가받지 아니한 지역에서 실시되는 운동경기·행사를 위하여 부근에서 대기하는 경우 등도 포함되는지 여부가 불명확하여 명확성원칙에 위배된다.
- ㄷ. 선거운동을 위한 호별방문금지 규정에도 불구하고 '관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소'에서의 지지 호소를 허용하는 「공직선거법」 조항 중 '기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소' 부분은, 해당 장소의 구조와 용도, 외부로부터의 접근성 및 개방성의 정도 등을 종합적으로 고려할 때 '관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실'과 유사하거나 이에 준하여 일반인의 자유로운 출입이 가능한 개방된 곳을 의미한다고 충분히 해석할 수 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.
- ㄹ. 공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자를 파견한 사람을 형사처벌하도록 규정한 구 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 조항은 그 조항의 입법목적, 위 법률의 체계, 관련조항 등을 모두 종합하여 보더라도 '공중도덕상 유해한 업무'의 내용을 명확히 알 수 없고, 위 조항에 관한 이해관계기관의 확립된 해석기준이 마련되어 있다가, 법관의 보충적 가치판단을 통한 법문 해석으로 그 의미내용을 확인하기도 어려우므로 명확성원칙에 위배된다.

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

| 정답 | ④

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ㄱ. 최근3개년 헌법판례정리(제6판) 060 판례, 헌법집중 하·상반기 최신헌법판례 019 판례
- ㄴ. 헌법집중(제5판) p389 “응급환자이송업의 영업지 제한” 판례박스
- ㄹ. 헌법집중(제5판) p267 D. 명확성원칙 관련 헌법재판소 판례

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

문 5 기본권 주체에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며 형성 중의 생명인 태아에게도 생명권 주체성이 인정되므로, 국가의 보호 필요성은 별론으로 하고 수정 후 모체에 착상되기 전인 초기배아에 대해서도 기본권 주체성을 인정할 수 있다.
- ② 아동은 인격의 발현을 위하여 어느 정도 부모에 의한 결정을 필요로 하는 미성숙한 인격체이므로, 아동에게 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리가 부여되지 않는다.
- ③ 외국인이 법률에 따라 고용허가를 받아 적법하게 근로관계를 형성한 경우에도 외국인은 그 근로관계를 유지하거나 포기하는 데 있어서 직장선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 없다.
- ④ 헌법 제14조의 거주·이전의 자유, 헌법 제21조의 결사의 자유는 그 성질상 법인에게도 인정된다.
- ⑤ 국가기관 또는 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 수범자로서 기본권 주체가 될 수 없으므로, 대통령이나 지방자치단체장 등 개인이 국가기관의 지위를 겸하는 경우에도 기본권 주체성은 언제나 부정된다.

| 정답 | ④

문 6 위임입법에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 법률이 입법사항을 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법원칙과 상치되지 않는다.
- ② 국가전문자격시험을 운영함에 있어 시험과목 및 시험실시에 관한 구체적인 사항을 어떻게 정할 것인가는 법률에서 반드시 직접 정하여야 하는 사항이라고 보기 어렵고, 전문자격시험에서 요구되는 기량을 갖추었는지 여부를 어떠한 방법으로 평가할 것인지 정하는 것뿐만 아니라 평가 그 자체도 전문적·기술적인 영역에 해당하므로, 시험과목 및 시험실시 등에 관한 사항을 대통령령에 위임할 필요성이 인정된다.
- ③ '식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자'는 '영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 총리령으로 정하는 사항을 지켜야 한다고 규정한 구 「식품위생법」 조항은, 수범자와 준수사항을 모두 하위법령에

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 029**
④ 초기배아는 수정된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하지만 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다는 점에서 기본권 주체성은 부인되는 반면, 배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다. | O |
- ② **헌법집중(제5판) p168** |. 기본권능력과 기본권행사능력 본문내용
- ③ **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 029**
① 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성·유지하는 외국인 근로자는 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성이 인정될 수 있다. | O |
- ④ **헌법집중(제5판) p172** (2) 법인에게 인정되는 기본권 도표 정리
- ⑤ **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 029**
⑤ 국가기관 또는 국가조직의 일부는 기본권의 수범자로서 국민의 기본권을 보호해야 할 책임과 의무를 지므로, 국민 모두의 봉사자로서 공익실현의 의무를 지는 대통령은 기본권의 주체가 될 수 없다. | X |

▶ 적중사례

- ① **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 099**
⑤ 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. | O |
- ② **최근3개년 헌법판례정리(제6판) 102 판례, 헌법집중 하·상반기 최신헌법판례 032 판례**
- ③ **헌법집중(제5판) p048** “식품위생법상 영업자 등 준수사항 위임조항” 판례박스
- ④ **최근3개년 헌법판례정리(제6판) 135 판례, 헌법집중 하·상반기 최신헌법판례 045 판례**
- ⑤ **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 033**
③ 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법 조항은 법률유보원칙에 위배된다. | X |

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

위임하면서도 위임될 내용에 대해 구체화하고 있지 아니하여 그 내용들을 전혀 예측할 수 없게 하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위반된다.

- ④ 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 「근로기준법」의 일부 규정을 적용할 수 있도록 위임한 「근로기준법」 조항은, 종전에는 「근로기준법」을 전혀 적용하지 않던 4인 이하 사업장에 대하여 「근로기준법」을 일부나마 적용하는 것으로 범위를 점차 확대해 나간 동법 시행령의 연혁 등을 종합적으로 고려하여 볼 때, 사용자의 부담이 그다지 문제되지 않으면서 동시에 근로자의 보호필요성의 측면에서 우선적으로 적용될 수 있는 「근로기준법」의 범위를 선별하여 적용할 것을 대통령령에 위임한 것으로 볼 수 있고, 그러한 「근로기준법」 조항들이 4인 이하 사업장에 적용되리라 예측할 수 있다.
- ⑤ 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 「도로교통법」 조항은 필요적 운전면허취소 대상범죄를 자동차등을 이용하여 살인·강간 및 이에 준하는 범죄로 정하고 있으나, 위 조항에 의하더라도 하위법령에 규정될 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형을 충분히 예측할 수 없으므로 포괄위임금지원칙에 위배된다.

| 정답 | ⑤

문 7 대통령에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법상 대통령은 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시할 수 있지만 국회의 요구에 따라 국회에 출석·답변해야 할 의무는 없다.
- ② 대통령은 내무·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기가 현실적으로 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
- ③ 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.
- ④ 대통령의 성실한 직책수행의무는 대통령의 취임 선서를 규정한 헌법 제69조에 명시적으로 규정되어 있지만 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① 헌법집중(제5판) p556 (2) 출석요구 본문내용
- ② 헌법집중(제5판) p574 (2) 긴급재정경제처분·명령권 (다) 요건 본문내용
- ③ 헌법집중(제5판) p585 1. 국무총리·관계국무위원의 부서제 조문박스
- ④ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 095
① 탄핵사유인 “헌법이나 법률을 위배한 때”에서 말하는 ‘헌법이나 법률’에는 불문헌법과 실질적 의미의 법률도 포함되나, 헌법재판소의 탄핵심판절차는 법적인 관점에서 단지 탄핵사유의 존부만을 판단하는 것이므로 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실 여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없다. | O |
- ⑤ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 102
② 감사원장과 감사위원은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년이며 1차에 한하여 중임할 수 있

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

원칙적으로 사법적 판단의 대상이 되지 않는다.

- ⑤ 대통령은 국회의 동의를 얻어 감사원장을 임명하고, 감사원장의 제청으로 국회의 동의를 거치지 아니하고 감사위원을 임명한다.

| 정답 | ②

문 8 甲은 18년 6개월간 공무원으로 재직하다 2015. 8. 31. 정년퇴직하였다. 甲이 아래의 법률 개정과 관련하여 기본권 침해를 주장하며 헌법소원심판을 청구할 경우 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

구 「공무원연금법」(2014. 11. 19. 법률 제12844호로 개정되고, 2015. 6. 22. 법률 제13387호로 개정되기 전의 것) 제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금)① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. ~ 5. (생략)

[시행 2014. 11. 19.]

「공무원연금법」(2015. 6. 22. 법률 제13387호로 개정된 것) 제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금)① 공무원이 10년 이상 재직하고 퇴직한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. ~ 5. (생략)

[시행 2016. 1. 1.]

「공무원연금법」 부칙(2015. 6. 22. 법률 제13387호) 제6조(연금수급요건 완화에 관한 특례) 제46조 제1항부터 제3항까지, 제48조 제1항, 제56조 제1항부터 제3항까지 및 제60조 제1항의 개정규정은 이 법 시행 당시 재직 중인 공무원부터 적용한다.

- ① 개정 법률 공포일인 2015. 6. 22. 당시 재직 중이었으나 그 시행일 전 정년퇴직한 공무원 중 재직기간이 10년 이상 20년 미만인 자에 대하여 경과규정을 두지 아니한 것을 다투는 甲의 입법부작위 위헌확인 청구는 위 「공무원연금법」 부칙 제6조 자체의 불완전·불충분성을 다투는 청구와 다르지 않다.
- ② 甲이 개정 법률 시행 전인 2015. 9. 15. 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구하는 경우, 위 「공무원연금법」 부칙 제6조는 헌법소원의 대상이 될 수 있다.
- ③ 개정 법률이 시행되기 전 퇴직한 甲은 퇴직연금을 수급할 수 있는 기초를 상실하였으므로, 甲의 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리가 제한된다.
- ④ 위와 같은 법률 개정으로 공무원의 재직기간이 10년 이상

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

으며, 감사원장이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 감사위원 중 연장자 순으로 그 직무를 대행한다.
| × |

▶ 적중사례

최근3개년 헌법판례정리(제6판) 037 판례

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

20년 미만으로 동일하더라도 정년퇴직일이 2016. 1. 1. 이전인지 이후인지에 따라 퇴직연금의 지급을 달리하므로, 甲의 평등권이 제한된다.

- ⑤ 위와 같은 법률 개정으로 공무원연금의 최소 가입기간 요건을 완화하는 것은 종전 질서 아래 형성되었던 甲의 법적 지위를 불리하게 변경하거나 침해하는 것이 아니므로, 이에 관한 입법과정에서 새로이 주어지는 혜택이 甲의 예상에 못 미친다고 하여 甲의 신뢰를 침해하였다고 할 수 없다.

| 정답 | ③

문 9 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 법원의 행정재판관 할권에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「헌법재판소법」 제61조 제1항이 규정한 국가기관 상호간의 권한쟁의는 「행정소송법」 제3조 제4호의 기관 소송의 대상에서 제외된다.
 ㄴ. 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법 및 「헌법재판소법」에 의하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다.
 ㄷ. 지방자치단체의 장이 그 의무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있는데, 이 경우 지방자치단체의 장은 위 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.
 ㄹ. 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정과 해상경계에 관한 불문법이 존재하지 않으면, 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통해 지방자치단체간의 해상경계선을 확정할 수 있다.

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

| 정답 | ④

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ㄱ. 헌법집중(제5판) p686 II. 권한쟁의심판의 성격 본문내용
 ㄴ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 033
 ② 시·도의 교육·학예에 관한 집행기관인 교육감과 해당 지방자치단체 사이의 내부적 분쟁과 관련된 심판청구는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 속하지 아니한다. | O | ② 해설 헌법 제111조 제1항 제4호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 이를 구체화하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판 등으로 규정하고 있는바, 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법 및 헌법재판소법에 의하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다고 볼 수 없으므로 부적법하다(헌재 2010.4.29. 2009헌라11).
 ㄷ. 헌법집중(제5판) p159 6. 지방자치단체의 통제 (3) 사법적 통제 본문내용
 ㄹ. 최근3개년 헌법판례정리(제6판) 162 판례, 헌법집중 하·상반기 최신헌법판례 059 판례

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

문 10 甲은 승용차 운전 중 교통사고를 일으켜 사람을 사상하게 하고도 필요한 조치를 취하지 않았다는 이유로 지방경찰청장으로부터 운전면허 취소처분을 받자, 법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 甲은 이 소송 계속 중 운전면허취소처분의 근거 법령인 「도로교통법」 조항 및 「도로교통법 시행규칙」 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 법률 조항에 대한 신청은 기각, 위 시행규칙 조항에 대한 신청은 각하되었으며, 이 기각 및 각하 결정은 2018. 7. 2. 甲에게 통지되었다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 기본권 침해의 직접성이 없는 법률 조항에 대해서도 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다.
- ② 「헌법재판소법」에서는 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 '기각'된 때에 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 '기각'된 때에는 '각하'된 경우도 포함될 수 있다.
- ③ 甲이 2018. 7. 23. 헌법재판소에 국선대리인선임신청을 하고, 이에 따라 2018. 7. 30. 선임된 국선대리인이 2018. 8. 20. 처음 헌법소원심판 청구서를 제출하였다면, 청구기간을 준수한 것이다.
- ④ 甲이 2018. 7. 23. 헌법재판소에 국선대리인선임을 신청하였으나 2018. 7. 30. 국선대리인선임신청 기각결정을 통지받자, 사선대리인을 선임하여 2018. 8. 20. 처음 헌법소원심판 청구서를 제출하였다면, 청구기간을 준수한 것이다.
- ⑤ 「도로교통법 시행규칙」 조항은 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

| 정답 | ④

문 11 국회의원에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회의원이 자신의 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하여 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다면, 발언이 직무수행의 일환으로 이루어졌더라도 면책특권의 대상이 되지 않는다.
- ② 대통령이 국회의 동의 절차를 거치지 아니한 채 입법사항에 관한 조약을 체결·비준한 경우, 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권이 침해되었을 뿐 아니라 국회의원 개인의 심의·표결권이 침해되었으므로 국회의원은 대통령을 피청구인으로 하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① 헌법집중(제5판) p652 1. 위헌심사형 헌법소원심판의 요건 본문내용
- ② 헌법집중(제5판) p653 (3) 제청신청의 기각결정 본문내용
- ③, ④ 헌법집중(제5판) p680 (라) 대리인선임과 청구기간의 기산점 본문내용
- ⑤ 헌법집중(제5판) p652 (1) 심판의 대상성 본문내용

▶ 적중사례

- ① 헌법집중(제5판) p565 (2) 면책특권의 한계 본문내용
- ② 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 119
⑤ 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. | ○ |
- ④ 헌법집중(제5판) p539 “반대토론신청 및 토론절차생략 요건” 판례박스
- ⑤ 헌법집중(제5판) p696 “국회의원의 심의·표결권의 포기 가능성” 판례박스

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

- ③ 사립대학 교원이 국회의원으로 당선된 경우 임기개시일 전까지 그 직을 사직하도록 강제하는 것은, 당선된 사립학교 교원으로 하여금 그 직을 휴직하게 하는 것만으로도 충분히 국회의원으로서의 공정성과 직무전념성을 확보할 수 있으므로 사립학교 교원의 공무담임권을 침해한다.
- ④ 국회의장이 적법한 반대토론 신청이 있었음에도 반대토론을 허가하지 않고 토론절차를 생략하기 위한 의결을 거처지도 않은 채 법률안들에 대한 표결절차를 진행한 것은 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이며, 국회의원의 법률안 심의·표결권 침해가 확인된 이상 그 법률안의 가결선포행위는 무효이다.
- ⑤ 국회의원의 법률안 심의·표결권은 국민에 의하여 선출된 국가기관으로서 국회의원이 그 본질적 임무인 입법에 관한 직무를 수행하기 위해서 보유하는 권한으로서의 성격을 갖고 있으므로 국회의원의 개별적인 의사에 따라 포기할 수 있는 것은 아니다.

| 정답 | ⑤

문 12 甲은 2006. 10.부터 2007. 4.까지 3회에 걸쳐 8억 원의 조세를 포탈하였다는 범죄사실로 2015. 6. 11. 공소제기되었다. 甲은 2015. 9. 11. '징역 2년 및 벌금 120억 원에 처하고, 벌금을 납입하지 아니하는 경우 1,200만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다'는 내용의 판결을 선고받아 그대로 확정되었다. 한편 2014. 5. 14. 「형법」이 개정되어 제70조 제2항이 신설되었으며, 동 조항(이하 '노역장유치조항'이라 함)은 같은 날 시행되었다. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

구 「형법」(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정되기 전의 것) 제70조(노역장유치) 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.
「형법」(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조(노역장유치) ① 벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.
② 선고하는 벌금이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억 원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.
「형법」 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조(적용례 및 경과조치) ① 제70조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공소가 제기되는 경우부터 적용한다.

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① **헌법집중(제5판) p261** “벌금미납자의 노역장유치” 판례 박스
- ② **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 045**
① 노역장유치란 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행방법이며, 벌금형에 대한 환형처분이라는 점에서 형벌과 구별되므로, 노역장유치기간의 하한을 정한 것은 벌금형을 대체하는 집행방법을 강화한 것에 불과하며, 이를 소급적용한다고 하여 형벌불소급의 문제가 발생한다고 보기 어렵다. | X |
- ③, ④ **헌법집중(제5판) p261** “노역장유치기간 하한제의 소급적용” 판례박스
- ⑤ **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 045**
① 해설 형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 단지 형법에 규정되어 있는 형식적 의미의 형벌 유형에 국한되지 않으며, 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강한 경우에는 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다. 노역장유치는 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분으로서, 그 실질은 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로, 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다. 그런데 부칙조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행해진 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

- ① 노역장유치조항은 경제적 능력의 유무와 상관없이 모든 벌금미납자에게 적용되고, 벌금의 납입능력에 따른 노역장유치 가능성의 차이는 위 조항이 예정하고 있는 차별이 아니라 벌금형이라는 재산형이 가지고 있는 본질적인 성격에서 비롯된 것이므로, 위 조항에 근거하여 甲을 노역장에 유치하는 것은 경제적 능력 유무에 따른 차별이라고 볼 수 없다.
- ② 甲을 노역장에 유치하는 것은 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.
- ③ 甲에 대해 1억 원 이상의 벌금을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 법률에 정해두게 되면 벌금의 납입을 심리적으로 강제할 수 있고 1일 환형유치금액 사이의 지나친 차이를 좁혀 형평성을 도모할 수 있으므로, 노역장유치조항은 입법목적 달성에 적절한 수단이다.
- ④ 노역장유치는 벌금을 납입하지 않는 경우를 대비한 것으로 벌금을 납입한 때에는 집행될 여지가 없고, 노역장유치로 벌금형이 대체되는 점 등을 고려하면, 甲이 입게 되는 불이익이 노역장유치조항으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 할 수 없다.
- ⑤ 甲에 대해 위 「형법」 부칙 조항에 의하여 노역장유치조항을 적용할 수 있으며, 이는 형벌불소급원칙에 위반되지 않는다.

| 정답 | ⑤

문 13 사회적 기본권에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 보건복지부장관이 고시한 생활보호사업지침상의 생계보호급여의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한의 보장에 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 볼 수 없다.
- ㄴ. 이름(성명)은 개인의 정체성과 개별성을 나타내는 인격의 상징으로서 개인이 사회 속에서 자신의 생활영역을 형성하고 발현하는 기초가 되므로, 부모가 자녀의 이름을 지을 자유는 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항이 아니라 일반적 인격권 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호받는다.
- ㄷ. 헌법 제119조 제2항은 국가가 경제영역에서 실현하여야 할 목표의 하나로서 '적정한 소득의 분배'를 들고

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

으므로, 이는 범죄행위 당시 보다 불이익한 법률을 소급 적용하도록 하는 것으로서 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다(헌재 2017.10.26. 2015헌바239등).

▶ 적중사례

- ㄱ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 079**
⑤ 생활보호대상자에 대한 생계보호급여의 수준이 일반 최저생계비에 미달한다면 이는 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이다. | × |
- ㄴ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 040**
③ 해설 부모가 자녀의 이름을 지어주는 것은 자녀의 양육과 가족생활을 위하여 필수적인 것이고, 가족생활의 핵심적 요소라 할 수 있으므로, '부모가 자녀의 이름을 지을 자유'는 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항과 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호받는다(헌재 2016.7.28. 2015헌마964).
- ㄷ. **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 013**
④ 헌법 제119조 제2항은 국가가 경제영역에서 실현하여야 할 목표의 하나로서 "적정한 소득의 분배"를 규정하고 있지만, 이로부터 소득에 대하여 누진세율에 따른 종합과

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

있으므로, 이로부터 소득에 대하여 누진세율에 따른 종합과세를 시행하여야 할 구체적인 헌법적 의무가 입법자에게 부과된다.

- ㄹ. 부모의 자녀에 대한 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 도출되는 중요한 기본권이다.
- ㄴ. 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육의 범주 내에서는 국가의 교육권이 헌법적으로 독자적인 지위를 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.

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

| 정답 | ③

문 14 공무원의 연금청구권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병 등에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데 그 목적이 있으며, 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임 아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.
- ② 「공무원연금법」상의 퇴직급여 등 각종 급여를 받을 권리, 즉 연금수급권은 재산권의 성격과 사회보장수급권의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있는데, 입법자로서는 연금수급권의 구체적 내용을 정함에 있어 어느 한 쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수 있다.
- ③ 공무원의 범죄행위로 인해 형사처벌이 부과된 경우에는 그로 인하여 공직을 상실하게 되므로, 이에 더하여 공무원의 퇴직급여청구권까지 박탈하는 것은 이중처벌금지의 원칙에 위반된다.
- ④ 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 「공무원연금법」 조항은 공무원의 신분

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

세를 시행하여야 할 구체적인 헌법적 의무가 조세입법자에게 부과되는 것이라고 할 수 없다. | ○ |

ㄹ. ㄴ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제]

081 ③ 학교교육에 관한 한, 국가는 헌법 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육 권한을 부여받음으로써 부모의 교육권보다 우위를 차지하지만, 학교 밖의 영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다. | × |

▶ 적중사례

- ② 헌법집중(제5판) p460 “공무원유족연금수급권의 제한” 판례박스
- ③ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 045
- ④ 헌법 제13조 제1항이 정한 이중처벌금지의 원칙에서 처벌의 대상이 ‘동일한 행위’인지의 여부는 기본적 사실관계가 동일한지 여부에 의하여 가려야 할 것이고, 여기서 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌만을 의미하는 것으로 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 포함된다고 할 수 없다. | ○ |
- ④ 헌법집중(제5판) p461 “퇴역연금의 지급제한” 판례박스
- ⑤ 헌법집중(제5판) p461 “퇴역연금의 지급제한” 판례박스

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

이나 직무상 의무와 관련 없는 범죄인지 여부 등과 관계없이 일률적·필요적으로 퇴직급여를 감액하는 것으로서 재산권을 침해한다.

- ⑤ 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 공무원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반한 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액 사유에서 제외하지 아니하더라도 헌법에 위반되지 않는다.

| 정답 | ③

문 15 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 위헌결정이 선고된 법률에 대한 헌법소원심판청구는 이미 효력을 상실한 법률조항에 대한 것이므로 더 이상 헌법소원심판의 대상이 될 수 없어 부적법하나, 위헌결정이 선고되기 이전에 심판청구된 법률조항의 경우에는 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판의 대상이 된다.
- ㄴ. 헌법 제118조 제2항에서는 지방의회의원의 '선거'와 지방자치단체의 장의 '선임방법' 등에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정하여 지방의회의원과 지방자치단체의 장을 문언상 다르게 정하고 있으므로, 지방자치단체의 장의 선거권은 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 '헌법상 보장된 기본권'으로 보기 어렵다.
- ㄷ. 법령이 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 대상이 되려면 구체적인 집행행위 없이 직접 기본권을 침해해야 하는바, 여기의 집행행위에는 입법 및 사법행위는 포함되지 않는다.
- ㄹ. 대학의 자율권은 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 기본적으로 대학에 부여된 기본권이나, 문제되는 사안에 따라 교수·교수회도 그 주체가 될 수 있어 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

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

| 정답 | ⑤

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ㄱ. 헌법집중(제5판) p636 C. 위헌결정이 선고된 법률 본문 내용
- ㄴ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 028
 ③ 지방자치단체의 장 선거권 역시 국회의원·대통령·지방의회의원 선거권과 마찬가지로 헌법에 의해 보호되는 기본권으로 인정하여야 한다. | ○ |
- ㄷ. 헌법집중(제5판) p676 127) 각주내용
- ㄹ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 064
 ① 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이며, 교수나 교수회도 그 주체성이 인정된다. | ○ |

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

문 16 헌법의 역사에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 1948년 제헌헌법은 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유를 법률의 범위 내에서 보장하도록 하였으며, 노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자는 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받도록 하였다.
- ② 1960년 헌법(제3차 개정헌법)은 대법원장과 대법관을 법관의 자격이 있는 자로 조직되는 선거인단이 선거하고 대통령이 이를 확인하며, 그 외의 법관은 대법관회의의 결의에 따라 대법원장이 임명하도록 하였다.
- ③ 1972년 헌법(제7차 개정헌법)은 대통령의 임기를 5년으로 하고, 통일주체국민회의에서 대통령을 토론 없이 기명투표로 선거하도록 하였으며, 통일주체국민회의에서 재적대의원 과반수의 찬성을 얻은 자를 대통령당선자로 하도록 규정하였다.
- ④ 1980년 헌법(제8차 개정헌법)은 국가의 사회보장·사회복지 증진 노력의무, 중소기업의 사업활동 보호·육성, 소비자보호운동의 보장 등을 규정하였다.
- ⑤ 현행 헌법은 국가가 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하고, 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하도록 규정하고 있다.

| 정답 | ③

문 17 직업의 자유에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 직업의 자유에 의한 보호의 대상이 되는 직업은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동을 의미하며, 그 개념표지가 되는 '계속성'의 해석상 휴가 기간 중에 하는 일, 수습직으로서의 활동 등은 이에 포함되지 않는다.
- ㄴ. 직업의 자유에는 해당 직업에 합당한 보수를 받을 권리까지 포함되어 있다고 보기 어려우므로 자신이 원하는 수준보다 적은 보수를 법령에서 규정하고 있다고 하여 직업선택이나 직업수행의 자유가 침해된다고 할 수 없다.
- ㄷ. 어떠한 직업분야에 관한 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가에 관하여는 그 입법재량의 폭이 좁다 할 것이므로, 과잉금지원칙을 적용함에 있어서 다른 방법으로 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 비하여 보다 엄격한 심사가 필요하다.

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 005
① 1948년 헌법은 평등권, 신체의 자유 및 직업의 자유를 비롯한 고전적 기본권을 보장하였을 뿐만 아니라, 근로 3권과 사기업에 있어서 근로자의 이익분배균점권, 생활무능력자의 보호, 혼인의 순결과 가족의 건강의 특별한 보호 등 일련의 사회적 기본권까지 규정하여 사회주의적 요소를 가미하였다. | × |
- ② 헌법집중(제5판) p23 제3차 개헌(1960년, 의원내각제개헌) 본문내용
- ③ 헌법집중(제5판) p24 VIII. 제7차 개헌(1972년, 유신개헌) 본문내용
- ④ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 006
④ 1980년 제8차 개정헌법은 헌정사상 최초로 재외국민 보호 조항과 정당보조금 조항을 신설했으며, 사생활의 비밀과 자유·소비자의 보호운동조항, 환경권을 신설하는 등 기본권의 보장을 강화하였다. | ○ |
- ⑤ 헌법집중(제5판) p24 X. 제9차 개헌(1987년, 대통령직선제개헌) 본문내용

▶ 적중사례

- ㄱ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 068
③ 계속성과 생활수단성을 개념표지로 하는 직업의 개념에 비추어 보면 학업 수행이 본업인 대학생의 경우 방학기간을 이용하여 또는 휴학 중에 학비 등을 벌기 위해 학원강사로서 일하는 행위는 일시적인 소득활동으로서 직업의 자유의 보호영역에 속하지 않는다. | × |
- ㄴ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 069
② 직업의 자유에는 '해당 직업에 합당한 보수를 받을 권리'까지 포함되어 있으므로, 공무원보수규정에서 경찰공무원의 봉급을 군인 등에 비해 낮게 책정하고 있는 것은 생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 직업선택의 자유를 제한하는 것이다. | × |
- ㄷ. 헌법집중(제5판) p387 "전과자의 변호사자격제한" 판례 박스
- ㄹ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 083
③ 근로의 권리는 사회적 기본권으로서 국가에 대하여 직접 일자리를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

ㄹ. 직장선택의 자유는 원하는 직장을 제공하여 주거나 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으나, 국가는 직업선택의 자유로부터 나오는 객관적 보호의무, 즉 사용자에게 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 진다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
③ ㄴ, ㄷ ④ ㄴ, ㄹ
⑤ ㄷ, ㄹ

| 정답 | ④

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

급청구권을 의미하는 것이 아니며, 근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수 없다.
| ○ |

문 20 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 재판의 전제성에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 헌법소원심판의 청구인이 당해 사건에서 무죄의 확정 판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없어 재판의 전제성이 인정되지 않으나, 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 재판의 전제성을 인정한 사례가 있다.
- ㄴ. 행정처분의 근거 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당면무효사유는 아니어서, 제소기간이 경과한 뒤에는 행정처분의 근거 법률이 위헌임을 이유로 무효확인소송 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에는 영향이 없음이 원칙이다. 따라서 행정처분의 근거가 된 법률조항은 당해 행정처분의 무효확인을 구하는 당해 사건에서 재판의 전제가 되지 않는다.
- ㄷ. 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항은 원칙적으로 '재심의 청구에 대한 심판, 즉 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서는 재판의 전제성이 인정되지만, 재심 개시결정 이후의 '본안사건에 대한 심판'에 있어서는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.
- ㄹ. 병역의 종류를 규정한 「병역법」 조항이 대체복무제를 포함하고 있지 않다는 이유로 위헌으로 결정된다면, 양심적 병역거부자가 현역입영 또는 소집 통지서를 받은 후 3일 내에 입영하지 아니하거나 소집에 불응하더라도 대체복무의 기회를 부여받지 않는 한 당해 사

▶ 적중사례

- ㄱ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 111
③ 재심사건을 제외한 당해사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때라도 처벌조항에 대한 헌법적 해명이 긴요한 경우라면, 그 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판절차에서 재판의 전제성을 인정하여야 한다. | × |
- ㄴ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 110
④ 행정처분에 대한 쟁송기간이 경과한 후에는 처분의 근거 법규가 위헌임을 이유로 무효확인소송 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에 영향이 없는 것이 원칙이므로, 그 근거법규에 대한 헌법소원심판은 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하였다. | ○ |
- ㄷ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 110
⑤ 당해사건이 재심사건인 경우, 심판대상조항이 '재심청구 자체의 적법 여부'에 대한 재판'에 적용되는 법률조항이 아니라 '본안 사건에 대한 재판'에 적용될 법률조항이라면 '재심청구가 적법하고, 재심의 사유가 인정되는 경우'에 한하여 재판의 전제성이 인정될 수 있다. | ○ |
- ㄹ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 056
⑤ 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심의 자유를 침해하는바, 병역종류조항을 위헌으로 판단하는 이상 처벌조항 중 양심적 병역거부자를 처벌하는 부분에 대하여도 위헌결정을 하는 것이 타당하다. | × |

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

건인 형사재판을 담당하는 법원이 무죄를 선고할 가능성이 있으므로, 위 「병역법」 조항은 재판의 전제성이 인정된다.

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

| 정답 | ④

문 21 헌법상 경제질서에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제121조는 전근대적인 법률관계인 소작제도를 금지하고, 부채지주로 인하여 야기되는 농지이용의 비효율성을 제거하기 위한 경자유전의 원칙을 천명하고 있으므로 농지의 위탁경영은 허용되지 않는다.
- ② 국가에 대하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 헌법 제119조 제2항이 보유세 부과 그 자체를 금지하는 취지로 보이지 아니하므로 주택 등에 보유세인 종합부동산세를 부과하는 그 자체를 헌법 제119조에 위반된다고 보기 어렵다.
- ③ 헌법 제119조 제2항에 규정된 '경제주체간의 조화를 통한 경제민주화'의 이념은 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표이기는 하지만 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이 될 수 없다.
- ④ 「자동차운수사업법」상의 운송수입금 전액관리제로 인하여 사기업은 그 본연의 목적을 포기할 것을 강요받을 뿐만 아니라, 기업경영과 관련하여 국가의 광범위한 감독과 통제 및 관리를 받게 되므로, 위 전액관리제는 헌법 제126조의 '사영기업을 국유 또는 공유로 이전'하는 것에 해당한다.
- ⑤ 현행 헌법이 보장하는 소비자보호운동이란 '공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 소비자의 제반 권익을 증진할 목적으로 이루어지는 구체적 활동'을 의미하므로, 소비자 권익의 증진을 위한 단체를 조직하고 이를 통하여 활동하는 형태에 이르지 않으면 소비자보호운동에 포함되지 않는다.

| 정답 | ②

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① 헌법집중(제5판) p063 조문박스
- ② 헌법집중(제5판) p500 "종합부동산세의 세대별합산과세" 판례박스
- ③ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 013
② 헌법 제119조 제2항에 규정된 '경제주체간의 조화를 통한 경제민주화'의 이념은 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.
| O |
- ④ 헌법집중(제5판) p488 "택시사납금제 금지" 판례박스
- ⑤ 헌법집중(제5판) p401 "조중동(조선·중앙·동아일보) 광고중단압박운동" 판례박스

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

문 22 사법권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수취액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 한 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 조항은 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고할 수 없도록 그 법정형의 하한을 높였다고 하더라도 법관의 양형결정권을 침해하였거나 법관독립의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.
- ② 근무성적이 현저히 불량하여 판사로서 정상적인 직무를 수행할 수 없는 경우에 연임발령을 하지 않도록 규정한 구 「법원조직법」은 사법의 독립을 침해한다고 볼 수 없다.
- ③ 비안마사들의 안마시술소 개설행위금지 규정을 위반한 자를 처벌하는 구 「의료법」 조항이 벌금형과 징역형을 모두 규정하고 있으나, 그 하한에는 제한을 두지 않고 그 상한만 5년 이하의 징역형 또는 2천만 원 이하의 벌금형으로 제한하면서 죄질에 따라 벌금형이나 선고유예까지 선고할 수 있도록 하는 것은 법관의 양형재량권을 침해하고 비례의 원칙에 위배된다.
- ④ 약식절차에서 피고인이 정식재판을 청구한 경우 약식명령보다 더 중한 형을 선고할 수 없도록 한 「형사소송법」 조항은 법관의 양형결정권을 침해하지 않는다.
- ⑤ 정신적인 장애로 항거불능·항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음한 자를 처벌하는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 조항은, 유기징역형의 하한을 7년으로 정하여 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 작량감경을 하더라도 집행유예를 선고할 수 없도록 하였으나 책임과 형벌의 비례원칙에 반한다고 할 수 없다.

| 정답 | ③

문 32 입법부작위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 입법부가 법률로써 행정부에게 특정한 사항을 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않는다면 권력분립의 원칙과 법치국가 내지 법치행정의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함과 동시에 위헌적인 것이 된다.
- ② 행정부가 위임입법에 따른 시행령을 제정하지 않거나 개정하지 않은 것에 대한 정당한 이유가 있음을 주장하기 위해서는 그 위임입법 자체가 헌법에 위반된다는 것이 누가 보아도 명백하거나, 위임입법에 따른 행정입법의 제정이나 개정이 당시 실시되고 있는 전체적인 법질서 체계와 조화되지 아니하여 그 위임입법에 따른 행정입법 의무의

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

▶ 적중사례

- ① **헌법집중(제5판) p602** (나) 양형재량의 축소와 재판의 독립 본문내용
- ② **헌법집중(제5판) p582** “판사의 근무성적평정과 연임결격” 판례박스
- ③, ④, ⑤ **헌법집중(제5판) p602** (나) 양형재량의 축소와 재판의 독립 본문내용

▶ 적중사례

- ①, ② **헌법집중(제5판) p669** “행정입법부작위의 정당화사유” 판례박스
- ③ **헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 109**
⑤ 법원의 위헌제청에 의한 위헌법률심판으로 어떠한 사항에 대하여 규율하는 법률이 부존재하는 것을 다룰 수 있음은 물론, 어떠한 사항에 대하여 법률이 존재하기는 하나 불안전·불충분하게 규율되고 있음을 이유로 해당 법률조항 자체를 대상으로 하여 심판청구를 할 수 있다. | X | 109⑤ 해설 법령헌법소원의 경우 당해 법령이 시행되는 동안 기본권침해의 상태가 계속되기 때문에 청구기간을 적용할 것인지가 문제되는데, 헌법재판소는 기본권침해상태

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

- 이행이 오히려 헌법질서를 파괴하는 결과를 가져옴이 명백할 정도는 되어야 한다.
- ③ 입법자가 불충분하게 규율한 이른바 부진정입법부작위에 대하여 헌법소원을 제기하려면 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 기본권 침해 상태가 계속되고 있으므로 「헌법재판소법」 소정의 제소기간을 준수할 필요는 없다.
- ④ 행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로, 추상적인 법령에 관한 제정의 여부 등은 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 없다.
- ⑤ 상위 법령이 행정입법에 위임하고 있더라도, 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 법률의 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다.

| 정답 | ③

문 33 A국 국적의 외국인 甲은 결혼이민(F-6) 사증발급을 신청하였다가 A국 소재 한국총영사관 총영사로부터 사증발급을 거부당하였다. A국 출입국 관련법령에서는 외국인의 사증발급 거부에 대하여 불복하지 못하도록 하는 규정을 두고 있다. 한편, B국 국적의 재외동포 乙은 재외동포(F-4) 사증발급을 신청하였다. 법무부장관은 취업자격으로 체류하는 외국인 중 불법체류자의 상당수가 단순기능인력이고, 불법체류자가 많이 발생하는 국가에서 비전문취업(E-9) 또는 방문취업(H-2) 외국인의 수가 많다는 점을 고려하여 불법체류가 많이 발생하는 국가를 고시하고 있다. 법무부장관은 위 고시에서 정한 국가에 B국이 포함된다는 이유로 乙에게 단순노무행위 등 취업활동에 종사하지 않을 것임을 소명하는 서류를 제출할 것을 요구하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. A국 소재 한국총영사관 총영사가 甲에 대하여 사증발급을 거부하는 처분을 함에 있어 「행정절차법」상 처분의 사전통지를 하여야 하는 것은 아니다.
- ㄴ. 행정처분에 대한 취소소송에서의 원고적격과 관련된 법률상 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하는 것이나, 甲은 사증발급 거부처분의 직접 상대방이므로 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

- 는 계속될지언정 기본권침해행위 자체는 일회적이라는 점에서 법령헌법소원에도 청구기간이 적용된다는 입장이다 (헌재 1996.6.13. 95헌마115).
- ④ 헌법집중(제5판) p677 5. 보충성 본문내용
- ⑤ 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 099
- ② 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 할 것이지만, 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다. | O |

▶ 적중사례

- ㄱ. ㄴ. 행정법 쟁점
- ㄷ. 헌법집중(제5판) p169 (1) 외국인의 주체성 인정여부 본문내용 (2) 외국인에게 인정되는 기본권 도표정리
- ㄹ. 헌법집중 핵심 선택형 120제[진도별 출제 예상문제] 041
- ⑤ 출입국관리에 관한 사항 중 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역이므로, 국적에 따라 사증 발급 신청 시의 첨부서류에 관해 다르게 정하고 있는 조항이 평등권을 침해하는지 여부는 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단한다.

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

- ㉔. 평등권은 그 기본권의 성질상 외국인에게 인정되지 않는 기본권에 해당되지 않고, 대한민국 국민과의 관계가 아닌 외국국적 동포들 사이에서의 차별이 다투어지는 이상 상호주의가 문제되지 않으므로 乙에게는 평등권에 대한 기본권주체성이 인정된다.
- ㉕. 법무부장관이 乙에게 단순노무행위 등 취업활동에 종사하지 않을 것임을 소명하는 서류를 제출하도록 한 것을 두고 자의적인 차별이라고 하기 어려워 乙의 평등권을 침해하지는 않는다.

- ① ㉔, ㉕ ② ㉔, ㉕
③ ㉔, ㉕ ④ ㉔, ㉕, ㉕
⑤ ㉔, ㉕, ㉕

| 정답 | ④

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

〈제 1 문의 1〉

대통령 A는 야당의원인 甲을 국무총리로 임명하여 연합정권 공약을 실행한 바 있다. 그런데 대통령 A의 임기가 중반을 넘어서면서 여러 국가정책에 대한 야당의원들의 국정조사 요구가 많아지고 이로 인해 국정수행이 순탄치 않은 정국이 계속 되자, 대통령 A는 이처럼 야당 단독으로 또는 소수의 국회의원 만으로도 국정조사권이 발동됨으로써 정부의 업무가 마비되고 국회의 효율적인 운영 및 의사결정에도 장애가 되고 있다는 판단을 하게 되었다. 그래서 현행 「국정감사 및 조사에 관한 법률」(약칭 국감국조법)에서의 국정조사 요구 및 조사계획서 승인 요건의 정족수 규정을 강화하는 ‘국감국조법 개정안’을 국회에 제출하였고, 이 개정안은 2019. 8. 27. 국회에서 의결되었다. 그러나 국무회의에서의 법률개정안 심의단계에서부터 동 개정안 내용에 반대해 온 국무총리 甲은 대통령 A의 법률 공포에 대하여 끝내 부서를 거부하였다. 이에 2019. 9. 2. 국회의 과반수를 차지하는 여당 의원들은 국무총리 甲에 대한 해임건의안을 국회에 상정하였고, 동 상정안에 반대하는 야당의원들은 본회의장 문을 폐쇄하고 그 앞 복도에 누워 농성을 하면서 접근하는 자들을 폭력적인 방법으로 저지하였다. 이후 여당은 국회의 제3의 장소로 회의장소를 변경하고 본회의 개회일시

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

1. 부서제도의 의의

- ▶ 헌법집중(제5판) p585 1. (1) 부서제도의 의의

부서(副署)제이란 대통령의 서명에 이어 국무총리와 관계국무위원이 서명하는 것을 말한다. 여기서 ‘관계국무위원’이란 해당사무를 관장하는 행정각부장관인 국무위원을 말한다. 부서제도는 의원내각제적 요소로서 대통령의 전제를 방지하고 국무총리와 국무위원의 책임소재를 명백히 하려는 것이다.

2. 부서 없는 대통령의 국법행위의 효력

- ▶ 헌법집중(제5판) p585 1. (2) 부서 없는 대통령의 국법행위의 효력

대통령이 부서 없이 행한 위헌적 국법행위의 효력이 문제되는데, ① 부서제도는 단순한 보좌수단으로서 통치권 행사의 효력요건이 아니라 적법요건에 불과하여 탄핵소추의 사유가 될 뿐이라는 ‘유효설’, ② 부서제도는 내부적 통제수단으로서 통치권행사의 절차적 정당성 확보를 위한 효력요건이라는 ‘무효설’이 대립한다. 생각건대 대통령제국가에서 행정권행사의 최고결정권자는 대통령이라는 점, 대통령의 의사가 민주적 정당성이 취약한 보좌기관에 의해 좌절되는 모순을 초래하게 되는 점에 비추어

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

도 야당의원들에게 통지하지 않은 채 본회의를 개회하였고, 2019. 9. 17. 국무총리 甲에 대한 해임건의안을 의결하여 통과시켰다.

1. 국무총리 甲의 부서가 없는 국감국조법 공포의 유효성에 대하여 판단하십시오. (10점)

2. 야당의원 乙 등은 2019. 11. 15. 국회의장을 상대로 하여, 위 해임건의안 가결선평행위와 위 국감국조법 개정행위에 대하여 권한침해의 확인 및 무효의 확인을 구하는 권한쟁의심판을 청구하였다. 적법성 판단을 포함하여 권한침해 여부 등에 대하여 판단하십시오. (30점)

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

볼 때 유효설이 타당하다.

- ▶ **헌법집중 핵심암기장(제5판) p184** 쟁점 238. 내각제적 절차요건 위반의 국법행위의 효력

Topic

대통령은 법무부장관이 사임하자 甲을 후임자 후보로 지명하고 국회에 인사청문을 요청하였다. 국회의 내부 사정으로 인사청문절차가 지체되는 상황에서 정부는 법무부 소관 법률의 개정안을 국무회의의 심의를 거쳐 국무총리와 법무부차관 乙의 서명을 받아 국회에 제출하였다. 국회는 위 법률안 제출이 헌법 제82조에 위반된다며 접수를 거부하였다. 이에 정부는 헌법상 정부형태를 고려할 때 국무위원의 부서여부가 대통령의 국법행위의 효력을 좌우할 수 없다고 주장한다. 이러한 정부의 주장이 정당인지 여부를 논하십시오.

제49회(07년) 사법시험 기출 변형

대통령의 부서, 국무총리제청, 국무회의심의 등 의원내각제적 절차요건을 준수하지 아니한 위헌적 국법행위의 효력이 문제되는데, ① 이들 제도는 단순한 보좌수단으로서 통치권행사의 효력요건이 아니라 적법요건에 불과하여 탄핵소추의 사유가 될 뿐이라는 '유효설', ② 이들 제도는 내부적 통제수단으로서 통치권행사의 절차적 정당성 확보를 위한 효력요건이라는 '무효설'이 대립한다. 생각건대 대통령제국가에서 행정권행사의 최고결정권자는 대통령이라는 점, 내부적 통제기능은 대통령제의 본질을 침해하지 않는 범위에서 허용된다는 점에 비추어 볼 때 유효설이 타당하다.

[모의고사 예상문제]

- ▶ 2019년 제1순환 사례참석반 제1회 사례형 문제

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

[사례 1] 대통령 甲은 공교육 정상화의 일환으로 공교육과 사교육을 불문하고 초·중·고교의 선행학습을 일체 금지하는 내용을 담은 선행학습금지 법률안을 국회에 제출하려 하였으나, 야당은 甲의 입법 추진은 학생의 학습권과 부모의 교육권을 침해하여 위헌이라고 반박하였다. 이에 甲은 위 법률안에 대한 국민의 찬반을 묻는 국민투표를 실시할 것을 야당에 제안하고, 국민투표가 가결된다면 국회는 법률제정에 나서라고 촉구하였다. (후략)

(2) [사례 1]에서 대통령 甲이 나아가 국민투표법 제49조에 따라 위 국민투표안을 공고하였다고 가정할 때, 국회가 甲을 상대로 입법권 침해를 이유로 한 권한쟁의심판을 제기한다면 심판청구가 적법한지 여부를 논하시오. (34점)

▶ 2019년 제1순환 사례첨삭반 제6회 사례형 문제

(전략) 2009. 6. 18. 문방위 위원장은 국회임시회 문방위의 개의 무렵 회의장 주변에서 국회의원들 사이에 물리적 소요사태가 발생하자, 질서유지권을 발동하여 회의장 출입문을 폐쇄하고 여당 소속 위원만 출석한 상태에서 회의를 개회한 후 위 미디어법안을 법안심사소위원회에 회부하면서 산회를 선포하였다. 한편 국회의장은 문방위가 지정된 심사기간을 준수하지 못하자 위 미디어법안을 국회 본회의에 직권으로 상정하였고, 국회부의장은 2009. 7. 22. 국회의장으로부터 의사진행을 위임받아 국회임시회 본회의를 개회한 다음, '질의신청 유무'에 대한 언급 없이 단지 '토론 신청이 없으므로 바로 표결하겠다.'고 한 후 표결을 실시하였다. 그런데 표결결과 표결에 참석한 국회의원의 수가 재적의원 과반수의 출석수에 미달하였음이 확인되자, 국회부의장은 '재석의원이 부족해서 표결 불성립되었으니 다시 투표해 주시기 바랍니다.'라고 말한 후 즉석에서 재투표를 실시하여 위 법안의 가결을 선포하였다. 이에 야당 소속 국회의원들은 문방위 위원장과 국회부의장이 헌법과 국회법이 정한 입법절차를 위반하여 국회의원의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하고 있다.

(2) 사례에서 국회상임위원회 위원장이 위원회를 대표해서 의안을 심의하는 권한이 국회의장으로부터 위임된 것으로서 국회의장에게 권한쟁의심판의 피청구인 자격이 인정되는지 여부를 논하시오. (25점)

(3) 사례에서 위원회의 심사를 거치지 않은 법률안에 대하여 질의·토론절차를 거치지 않은 채 표결을 강행한 국회부의장의 행위가 국회법 제93조에 위반하여 국회의원의 법률안 심의·표결권한을 침해한 것으로 확인]

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

될 경우 헌법재판소가 법률안 가결선평행위에 대하여 무효선언을 하여야 하는지 여부를 논하시오. (25점)

▶ 2019년 제4순환 사례참삭반 제5회 사례형 문제

국회는 2013. 5. 2. 쟁점안건의 심의과정에서 발생하는 물리적 충돌을 방지하고자 국회의장의 심사기간 지정 요건을 엄격하게 제한하는 내용의 국회법 개정안을 가결하였고, 이는 2013. 5. 30.자로 공포됨과 동시에 시행되었다. 집권여당 소속의 국회의원들은 2014. 1. 29. 재적의원 과반수를 갖춘 요청으로 국회의장 甲에게 쟁점 법안들에 대한 심사기간 지정과 직권 상정을 요구하였으나 2014. 12. 27. 국회법 제85조 제1항(이하 '이 사건 국회법 조항'이라 한다)을 이유로 거부당하였다. 이에 집권여당의 의원들은 이 사건 국회법 조항이 가중된 요건을 요구하고 있어 헌법상 다수결의 원리 등에 반하여 위헌이므로, 이 사건 국회법 조항 및 동조항에 근거한 甲의 행위가 자신들의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서 2015. 1. 30. 권한쟁의심판을 청구하였다. 이후 청구인들은 2016. 1. 11. 청구취지에 피청구인 국회의장이 2013. 5. 2. 제400회 국회에서 이 사건 국회법 조항을 가결선평한 행위에 대하여 권한침해 및 무효의 확인을 구하는 내용을 추가하였다. 한편 집권여당의 의원들은 '국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법안'(이하 '테러방지법안'이라 한다) 직권상정을 요청하였는데, 국회의장 甲이 이 사건 국회법 조항에 따라 이를 받아들이면서 상임위원회의 심사기일을 지정하였고, 기한 내에 심사가 완료되지 못하자 이를 본회의에 직권상정하였다. (후략)

- (1) 사례에서 국회가 이 사건 국회법 조항을 개정한 행위에 대한 심판청구와 관련하여 국회의장에게 피청구인적격이 인정되는지 여부, 국회의장 甲이 2013. 5. 2. 제400회 국회에서 이 사건 국회법 조항을 가결선평한 행위에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부를 논하시오. (25점)
- (2) 사례에서 야당의원들이 테러방지법안의 국회통과 직전에 권한쟁의심판을 청구할 경우, 법률안이 대상적격을 충족하는지 여부, 권한침해확인시 헌법재판소가 무효선언을 해야 할 의무가 있는지 여부를 논하시오. (32점)

Ⅰ. 권한쟁의심판청구의 적법성 판단

헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

제인지 여부

- ▶ **헌법집중(제5판) p560** 3. 국회의 자율권에 대한 사법적 통제
- 국회의 자율권에 대한 사법심사가능성과 관련하여 헌법재판소는 “법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고, 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다”(1997.7.16. 96헌라2)고 보아, ‘의사자율권’에 해당하는 입법절차의 하자(1997.7.16. 96헌라2)와 ‘조직자율권’에 해당하는 국회상임위원회의 강제사임행위(2003.10.30. 2002헌라1)에 대해서 권한쟁의심판의 형태로 위헌심사한 바 있다. 생각건대 법치주의와 적법절차원리는 입법과정에서도 존중되어야 한다는 점, 전면적인 사법심사의 허용은 국회의 자율권보장취지에 반한다는 점을 종합적으로 고려하면 제한적 긍정설이 타당하다.
- ▶ **헌법집중 핵심암기장(제5판) p169** 쟁점 221. 국회의 자율권에 대한 사법적 통제

Topic

국회는 국회의원인 甲이 평소에 국회의원으로서의 책무를 소홀히 하고, 특히 2015년 정기회에서 다른 국회의원을 모욕하였다는 사유로 윤리특별위원회의 심사를 거쳐 甲을 제명하였다. 국회의 위 제명처분이 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부를 논하시오.

제58회(16년) 사법시험 기출

국회의 자율권에 대한 사법심사가능성에 관해서는 ① 모든 국가기관은 헌법과 법률의 기속을 받아야 한다는 ‘긍정설’, ② 권력분립과 자율성존중의 차원에서 스스로 판단할 문제라는 ‘부정설’, ③ 중대·명백한 하자가 있는 경우에만 사법심사할 수 있다는 ‘제한적 긍정설’이 대립한다. 헌법재판소는 “법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고, 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다”(헌재 1997.7.16. 96헌라2)고 보아, ‘의사자율권’에 해당하는 입법절차의 하자(헌재 1997.7.16. 96헌라2)와 ‘조직자율권’에 해당하는 국회상임위원회의 강제사임행위(헌재 2003.10.30. 2002헌라1)에 대해서 권한쟁의심판의 형태로 위헌심사

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

한 바 있다. 생각건대 법치주의와 적법절차원리는 입법과 정에서도 존중되어야 한다는 점, 전면적인 사법심사의 허용은 국회의 자율권보장취지에 반한다는 점을 종합적으로 고려하면 제한적 긍정설이 타당하다.

2. 권한쟁의심판청구의 적법요건 준수 여부

▶ **헌법집중(제5판) p687** IV. 권한쟁의심판의 요건 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p169** 쟁점 221. 권한쟁의심판의 요건

헌법재판소법 제61조 제1항과 제2항의 규정에 비추어 권한쟁의심판청구가 적법하기 위해서는, 실제로 ① 당사자능력과 당사자적격, ② 피청구인의 처분 또는 부작위, ③ 헌법 또는 법률상 보장된 권한의 침해주장, ④ 권리보호의 이익이 있어야 하고, 형식적으로 ⑤ 청구기간을 준수하여야 한다.

(1) 당사자능력 및 당사자적격의 존재

▶ **헌법집중(제5판) p687** IV. 1. (1) (가) 당사자범위의 확대 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p221** 쟁점 288. 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서 당사자범위

Topic

야당 소속 국회의원들은 국회의장이 변경된 개의시간을 통지하지 않은 채 비공개로 본회의를 개의하는 등 헌법 및 국회법이 정한 절차를 위반하여 법률안을 가결한 행위가 국회의원의 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서 권한쟁의심판을 청구하였다. 국회의원과 국회의장이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는지 여부를 논하시오. ▶ 1997.7.16. 96헌라2 [인용, 각각]

헌법이 권한쟁의심판의 당사자로 '국가기관 상호간'을 규정한 것과 달리(제111조 제1항 제4호), 헌법재판소법은 여기의 국가기관을 '국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회'로만 한정하고 있는바(제62조 제1항 제1호), 기타의 국가기관에게도 당사자능력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 헌법재판소는 권한쟁의심판의 당사자인 국가기관의 범위는 헌법해석을 통하여 확정해야 할 문제라며 위 규정을 예시규정으로 보아(헌재 1997.7.16. 96헌라2), ① 헌법에 의하여 설치되고, ② 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 보유하며, ③ 권한쟁의를 해결할 수 있는 방법이 없는 경우에는 당사자능력을 인정하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 헌법이 아닌 법률에 의하여 설치된 국가인권위원회는 권한쟁의심판의 당사자능력이 없다고 판

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

시하였다(헌재 2010.10.28. 2009헌라6). 생각건대 헌법의 규정체계상 국가기관의 범위를 한정할 근거가 없고, 국가기관 상호간의 조정불가능한 권한분쟁은 항시 존재할 수 있으므로 당사자범위를 확대하는 것이 타당하다.

- ▶ **헌법집중(제5판) p688** IV. 1. (1) (나) 구체적 당사자 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p222** 쟁점 289. 구체적 당사자

Topic

- (1) 국회의원이 국회의장을 대리하여 법률안을 가결선포한 국회부의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부를 논하시오.
▶ 2009.10.29. 2009헌라8등 [인용, 가각, 각하]
- (2) 국회 외통위 위원장이 의안을 심의하는 권한과 관련하여 국회의장을 상대로 제기한 위원들의 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부를 논하시오.
▶ 2010.12.28. 2008헌라7등 [인용, 가각, 각하]

① 정부의 부분기관인 대통령, 국무총리, 각부장관은 독립한 헌법기관으로서 주로 국회와의 관계에서 당사자능력을 가질 수 있으나, 정부 내부기관 사이에 권한분쟁이 발생하는 경우에는 상하위계질서에 따라 대통령에 의해 자체적으로 해결될 수 있으므로 권한쟁의가 허용될 수 없다고 할 것이다. ② 그리고 국회의원과 국회의장은 당사자능력 및 적격을 가지나(헌재 1997.7.16. 96헌라2), 국회부의장은 당사자적격을 가질 수 없으므로 당사자능력이 문제되지 않는다(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등). 국회의원과 국회의장이 당사자능력을 갖는 것은 이들이 국회의 부분기관이나 구성원이기 때문이 아니라 스스로 독립된 국가기관이기 때문이다(헌법 제40조 내지 제46조, 제48조, 제53조 제6항). ③ 한편 헌법재판소는 외교통상통일위원회 위원장(헌재 2010.12.28. 2008헌라7등) 및 중앙선거관리위원회와 각급 구·시·군 선거관리위원회(헌재 2008.6.26. 2005헌라7)를 국가기관으로 보고 피청구인능력을 인정한 바 있다.

- (2) 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재

- ▶ **헌법집중(제5판) p692** 3. 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p226** 쟁점 294. 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재

Topic

서울특별시 A구는 종합부동산세법으로 인해 자신의

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

자치재정권이 침해되었다고 주장하며 권한쟁의심판을 청구하였다. 국회의 법률제정행위 및 정부의 법률안 제출행위가 권한쟁의심판의 대상이 되는지 여부를 논하시오.

▶ 2006.5.25. 2005헌라4 [각하]

▶ 2005.12.22. 2004헌라3 [기각, 각하]

① 권한쟁의심판의 대상인 '처분'은 입법·행정·사법의 모든 작용을 포괄하는 광의의 공권력처분을 의미하는바(헌재 2006.5.25. 2005헌라4), 법적 행위뿐만 아니라 단순한 사실행위, 대외적인 행위뿐만 아니라 대내적인 행위, 개별적 행위뿐만 아니라 일반적 규범정립까지도 포함하고, 입법영역에서는 법률의 제정행위(예컨대, 국회의 장의 법률안 가결선평행위) 및 제정된 법률 자체를 포함하며, 행정영역에서는 법규명령 및 모든 개별적 행정적 행위를 포함한다(헌재 2006.8.31. 2004헌라2). 다만 여기의 '처분'은 독자적 심판대상이 되기 위한 법적 중요성 있는 행위에 한하므로(헌재 2008.5.29. 2005헌라3 등 다수), 정부의 법률안제출과 같이 입법을 위한 준비행위에 불과한 행위에 대한 심판청구는 부적법하다(헌재 2005.12.22. 2004헌라3). ② 여기의 '부작위'란 국가기관 등이 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 있는 행위를 이행하지 않는 것을 말한다.

(3) 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해가능성

▶ 헌법집중(제5판) p693 4. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해가능성 및 헌법집중 핵심암기장(제5판) p227 쟁점 296. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해가능성

Topic

국토해양부장관이 4대강사업의 일환으로 경상남도 지사와 체결한 '낙동강사업' 대행계약을 채무불이행을 이유로 해제한 행위가 경상남도의 권한을 침해할 가능성이 있는지 여부를 논하시오.

▶ 2011.8.30. 2011헌라1 [각하]

권한쟁의심판의 대상인 '권한'이란 국가기관 등이 헌법 또는 법률에 의하여 부여되어 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력을 말한다(헌재법 제61조 제2항; 헌재 2010.12. 28. 2009헌라2).

(4) 청구기간의 준수

▶ 헌법집중(제5판) p696 6. 청구기간

권한쟁의심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 60일 이내

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

에, 그 사유가 있는 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다(헌재법 제63조 제1항). ① 헌법재판소법은 권한쟁의 심판의 청구기간을 불변기간으로 명시하고 있으므로(동조 제2항), 헌법재판소는 이를 늘이거나 줄일 수 없으나(민사소송법 제172조 제1항 단서), 격지자를 위하여 부가기간을 설정할 수 있고(동조 제2항), 당사자의 책임 없는 사유로 불변기간을 도과한 경우에는 추후보완이 인정된다(동법 제173조 제1항). ② 한편 부작위에 의한 권한침해는 그 부작위가 계속되는 한 지속되는 것이므로 원칙적으로 청구기간의 적용이 없다고 할 것이다. ③ 또한 장래처분에 의한 권한침해의 경우에도 침해가 현실화되기 전에는 청구기간의 적용이 없다(2008.12.26. 2005헌라11).

(5) 권리보호이익의 존재

- ▶ 헌법집중(제5판) p696 5. 권리보호의 이익 및 헌법집중 핵심암기장(제5판) p228 쟁점 297. 권리보호의 이익

권한쟁의심판에서 권리보호이익이 적법요건으로 요구되는지와 관련하여, ① 권한쟁의는 대심적인 구조를 통하여 주관화되었다는 점에서 권리보호이익이 요구된다는 '긍정설', ② 권한쟁의의 대상인 권한은 주관적 권리와 구별되므로 권리보호이익이 요구되지 않는다는 '부정설'이 대립한다. 헌법재판소는 권리보호이익이 요구됨을 전제로 같은 유형의 침해행위가 반복될 위험이 있거나 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대해서는 예외를 인정할 수 있다는 입장이다(헌재 2003.10.30. 2002헌라1).

II. 권한 침해 여부에 대한 판단

- ▶ 헌법집중(제5판) p532 6. (1) 발언·표결권의 근거

의원의 발언권과 표결권은 의원의 헌법적 지위를 구성하는 필수적 요소이다. 헌법에는 이에 관한 명문의 규정이 없지만 헌법 제45조에서 "직무상 행한 발언과 표결"이란 표현을 통해 간접적으로 언급하고 있다. 헌법재판소는 "국회의원의 심의·표결권은 의회민주주의의 원리, 입법권을 국회에 귀속시키고 있는 헌법 제40조, 국민에 의하여 선출되는 국회의원으로 국회를 구성한다고 규정한 헌법 제41조 제1항으로부터 당연히 도출되는 헌법상의 권한이다"라고 판시하고 있다(1997.7.16. 96헌라2; 2012.2.23. 2010헌라6등).

III. 무효 확인 청구에 대한 판단

- ▶ 헌법집중(제5판) p696 V. 1. 결정의 유형 및 헌법집중

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

핵심암기장(제5판) p228 쟁점 298. 권한쟁의심판의 결정의 유형

Topic

야당의원들의 출석기회를 박탈한 채 법률안을 가결 처리한 국회의장의 행위가 야당의원들의 심의·표결권을 침해하는지 여부를 논하고, 만약 권한침해가 인정될 경우 헌법재판소가 가결선평행위를 무효선언할 수 있는지 여부를 논하시오.

▶ 2009.10.29. 2009헌라8등 [인용, 기각, 각하]

권한쟁의심판절차에서 종국결정의 기본적 유형으로는 '소송결정'으로서 각하결정과 심판절차종료선언, '본안결정'으로서 기각결정과 인용결정이 있다. 헌법재판소법은 인용결정의 유형으로 권한침해확인 외에 처분의 취소나 무효확인을 할 수 있도록 규정하고 있는데(제66조 제2항), 헌법재판소가 권한침해를 인정하는 경우 반드시 취소나 무효확인의 결정을 해야 하는지가 문제된다. 이에 대해서는 ① 하자가 중대하고 정치적 형성권의 존중이 필요한 경우에만 예외적으로 무효선언할 수 있다는 견해, ② 권한침해효과의 제거를 위해 무효선언하는 것이 원칙이나 하자가 경미하거나 다른 중요한 헌법적 가치의 보호가 필요한 경우에는 예외적으로 침해확인만 한다는 견해가 대립한다.²⁾ 생각건대 권한쟁의심판의 주된 목적이 계쟁권한의 존부 또는 범위를 확인함에 있다는 점과 헌재법의 구문에 비추어 볼 때 취소나 무효확인의 결정을 할 것인지 여부는 헌법재판소의 재량사항이라고 할 것이다(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등).

3. 개정 국감국조법 조항의 위헌 여부에 대하여 판단하시오.
(10점)

1. 국정감사권과 국정조사권의 의의

▶ 헌법집중(제5판) p553 3. (1) 의의 및 헌법집중 핵심암기장(제5판) p167 쟁점 217. 국정감사·조사권

헌법 제61조 제1항의 '국정감사권'이란 국회가 매년 정기적으로 국정 전반에 대하여 감사할 수 있는 권한을 말하고, '국정조사권'이란 국회가 부정기적으로 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있는 권한을 말한다. 양자는 국회의 고유기능을 효율적으로 수행하기 위한 보조적 수단인 점에서 공통되나, 국정조사가 수시로 행하는 제한적 통제기능이라면, 한국헌법에 특유한 국정감사는 국회의 예산심의에 선행하는 포괄적 통제기능이라는 점에서 차이가 있다.

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

2. 국정감사권과 조사권의 성격 및 한계

- ▶ **헌법집중 핵심암기장(제5판) p167** 쟁점 217. 국정감사·조사권 115) 각주

국정감사·조사권의 성격에 관해서는 ① 의회의 입법권·예산심의권·국정통제권과 더불어 4대권한이라는 ‘독립적 권한설’, ② 의회의 고유권한을 적절하게 행사하기 위한 보조적 권한에 불과하다는 ‘보조적 권한설’(다수설)이 대립한다(권영성, 헌법학원론 개정판, 922면). 국회의 고유기능과 무관한 내용을 대상으로 삼을 수 있는지에 구별의 실익이 있다(김학성, 헌법학원론 제3판, 853면).

- ▶ **헌법집중(제5판) p555** 3. (3) 한계 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p167** 쟁점 217. 국정감사·조사권

국정감사·조사권은 보조적 권한으로서 내재적 한계를 가지는데, ① 계속중인 재판이나 수사 중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행사할 수 없고(국감조법 제8조), 검찰사무나 감사원업무 중 준사법적 업무에는 관여할 수 없다는 ‘권력분립상의 한계’, ② 국익을 침해할 수 있는 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항에는 제한이 따른다는(증감법 제4조) ‘국가이익상의 한계’, ③ 개인의 사생활 등 기본권을 침해해서는 안된다(국감조법 제8조) ‘기본권보장상의 한계’ 등이 그것이다.

3. 국정조사의 절차와 개정 조항의 위헌 여부

[참조조문] 생략

〈제 1 문의 2〉

A국 국적의 외국인인 甲은 자국 정부로부터 정치적 박해를 받고 있었다. 甲은 2018. 11. 20. 인천국제공항에 도착하여 입국 심사 과정에서 난민신청의사를 밝히고 난민법상 출입국항에서의 난민신청신청을 하였다. 인천국제공항 출입국관리공무원은 2018. 11. 20. 甲에 대하여 입국목적의 사증에 부합함을 증명하지 못하였다는 이유로 입국불허결정을 하고, 甲이 타고 온 외국항공사에 대하여 甲을 국외로 송환하라는 송환지시서를 발부하였다. 이에 甲은 출입국 당국의 결정에 불만을 표시하며 자신을 난민으로 인정해 달라고 요청하였고, 당국은 甲에게 난민심사를 위하여 일단 인천공항 내 송환대기실에 대기할 것을 명하였다. 인천공항 송환대기실은 입국이 불허된 외국인들이 국외송환에 앞서 임시로 머무는 곳인데, 이 곳은

1. 제한되는 기본권

2. 이 사건 변호인 접견신청 거부의 위헌 여부

- ▶ **헌법집중(제5판) p287** 3. 변호인의 조력을 받을 권리 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p92** 쟁점 121. 변호인의 조력을 받을 권리

헌법 제12조 제4항 및 제5항의 변호인의 조력을 받을 권리란 무기평등성 확보를 통해 일반적인 국가작용으로 인한 인신침해를 방지하기 위한 권리를 말한다. ① 헌법상 포괄적 인신방어권을 보장한 취지에 비추어 체포·구속된 피의자·피고인뿐만 아니라 임의동행된 피의자·피내사자(대법원 1996.6.3. 96모18), 불구속 피의자·피고인(헌재 2004.9.23. 2000헌마138)도 주체가 되고, ③ 형사절차뿐 아니라 행정절차에 의해 구속된 자도 주체가 되나 헌

기/출/문/제 [제9회 변호사시험]

외부와의 출입이 통제되는 곳으로 甲이 자신의 의사에 따라 대기실 밖으로 나갈 수 없는 구조로 되어 있었다. 출입국 당국은 2018. 11. 26. 甲에 대하여 난민 인정 거부처분을 하였고, 甲은 이에 불복하여 2018. 11. 28. 난민 인정 거부처분 취소의 소를 제기하는 한편, 2018. 12. 19. 자신에 대한 수용(收容)을 해제할 것을 요구하는 인신보호청구의 소를 제기하였다. 한편 난민 전문 변호사로 활동하고 있는 乙은 甲의 변호인으로 선임된 후, 2019. 4. 1. 송환대기실에서 생활 중이던 甲에 대한 접견을 당국에 신청하였으나, 당국은 송환대기실 내 수용된 입국불허자에게 접견권을 인정할 법적 근거가 없다는 이유로 이를 거부하였다. 실제로 송환대기실 수용자의 접견에 관한 관련법상 조항은 없다.

1. 乙의 접견신청이 거부당한 사실을 알게 된 甲은 헌법재판소 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하고자 한다. 甲의 기본권 침해 여부에 대하여 판단하시오. (12점)(다만, 적법요건 검토는 제외한다)

적/중/사/례 [모의고사 출제 문제]

재 2018.5.31. 2014헌마346)⁴⁾ 형사절차가 종료되어 교정 시설에 수용중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 가사소송, 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우(헌재 2012.10.25. 2011헌마598; 2013.8.29. 2011헌마122)에는 원칙적으로 주체가 될 수 없다. (후략)

/ 피수용 난민의 변호인접견거부 /

인천공항출입국·외국인청장이 약 5개월째 인천국제공항 송환대기실에 수용된 난민에 대한 변호인 접견신청을 거부한 행위가 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(적극) ▶ 2018.5.31. 2014헌마346 [위헌확인]

“누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라는 내용의 헌법 제12조 제4항 본문이 형사절차에만 적용되는지에 관하여 본다. 먼저, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사전적 의미의 구속 중에서도 특히 사람을 강제로 붙잡아 끌고 가는 구인과 사람을 강제로 일정한 장소에 가두는 구금을 가리키는데, 이는 형사절차뿐 아니라 행정절차에서도 가능하므로, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”을 형사절차상 구속뿐 아니라 행정절차상 구속까지 의미하는 것으로 보아도 문언해석의 한계를 넘지 않는다. 다음으로, 구속된 사람에게 변호인 조력권을 즉시 보장하는 이유는 구속이라는 신체적 자유 제한의 특성상 구속된 사람의 자유와 권리를 보장하려면 변호인의 조력이 필수적이기 때문인데, 이러한 속성들은 형사절차에서 구속된 사람이나 행정절차에서 구속된 사람이나 아무런 차이가 없다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 그 성질상 형사절차에서만 인정될 수 있는 기본권이 아니다. 결국 헌법 제12조 제4항 본문은 형사절차뿐 아니라 행정절차에도 적용된다고 해석하는 것이 헌법 제12조의 체계적 해석 및 목적론적 해석의 관점에서 정당하다. 종래 이와 견해를 달리하여, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(2012.8.23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다. 이 사건 변호인 접견신청 거부는 현행법상 아무런 법률상 근거가 없으며, 국가 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해 필요한 기본권

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

2. 설문의 사실관계를 바꾸어, 아직 甲의 변호인으로 선임되지 않은 상태에서, 乙은 甲의 딱한 사연을 모처로부터 전해 듣고 甲을 만나서 법적 조언을 하기 위해 甲에 대한 접견을 신청하였으나 위와 같은 이유로 거부당하였다고 가정한다. 乙 자신이 당사자가 되어 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 청구하는 경우 乙의 기본권 침해가능성이 인정되는지 검토하시오. (8점)

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

제한 조치로 볼 수도 없으므로 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.

[모의고사 예상문제]

▶ 2019년 2순환 진도별모의고사 제3회 사례형 문제

(전략) 甲은 2016. 2. 5. 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 '집회시위법'이라고 한다)위반의 혐의로 구속영장이 발부되어 영등포구치소에 수감되었다. 변호사인 乙은 甲 가족들의 의뢰를 받아 2015. 2. 6. 19:00경 사건을 수사 중인 서울남부지방검찰청 검사에게 변호인 접견신청을 하였다. 위 검사는 야간 피의자신문에 앞서 甲의 호송을 담당한 교도관에게 乙의 접견신청이 있었음을 알렸으나 교도관은 乙에게 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령」(이하 '형집행법 시행령'이라고 한다) 제58조 제1항에 따라 「국가공무원 복무규정」상 근무시간이 경과하여 변호인 접견을 허용할 수 없다고 통보하였고, 검사는 더 이상의 조치를 취하지 아니하고 피의자신문을 계속하였다. 그 결과 乙은 甲을 접견하지 못한 채 퇴실하였고 그의 변호인으로 선임되지 못하였다. (후략)

(3) 사례에서 검사가 甲을 신문하는 과정에서 그 가족의 의뢰를 받은 변호사가 접견신청을 하였음에도 이를 허용하기 위한 조치를 취하지 않은 것이 乙의 피의자 접견교통권을 침해하는 것인지 여부를 논하시오. (32점)

1. '변호인이 되려는 자'의 피의자 접견교통권이 헌법상 기본권인지 여부

▶ 헌법집중(제5판) p291 (3) 변호인의 피의자·피고인을 조력할 권리 및 헌법집중 핵심암기장(제5판) p92 쟁점 121. 변호인의 조력을 받을 권리

(전략) 변호인의 조력을 받을 권리의 내용으로는 변호인 선임권, 변호인접견교통권, 변호인참여요구권, 변호인을 통한 소송수행권, 국선변호인의 조력을 받을 권리 등이 포함된다. 변호인 및 변호인이 되려는 자의 피의자·피고인을 조력할 권리는 헌법에 명시되고 있지 않아 법적 성격이 문제되는데, 헌법재판소는 '변호인의 변호권'(변호인의 구속적부심사건 피의자 수사기록 중 고소장·피의자신문조서 열람권, 변호인의 구속피의자 신문참여권)과 '변호인이 되려는 자의 피체포·구속자 접견교통권'은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서 헌법상

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

기본권인 피의자 등이 변호인 및 변호인이 되려는 자의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있으므로 그 실현을 위하여 헌법상 기본권으로 보장되어야 한다고 판시하였다(2003.3.27. 2000헌마474; 2017.11.30. 2016헌마503; 2019.2.28. 2015헌마1204).⁵⁾

2.乙의 기본권 침해가능성

▶ **헌법집중(제5판) p292** (3) 변호인의 피의자·피고인을 조력할 권리

/ 예비변호인 피의자 접견신청 불허 /

체포되어 구속영장이 청구된 피의자를 신문하는 과정에서 위 피의자 가족의 의뢰를 받은 변호사가 접견신청을 하였음에도 검사가 이를 허용하기 위한 조치를 취하지 않은 것이 위헌인지 여부(적극)

▶ 2019.2.28. 2015헌마1204 [인용]

‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리를 공고히 하기 위한 것으로서 헌법상 기본권인 피의자 등이 변호인 및 변호인이 되려는 자의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있으므로 그 실현을 위하여 헌법상 기본권으로 보장되어야 한다. 변호인 등의 접견교통권은 헌법으로써는 물론 법률로써도 제한하는 것이 가능하나, 헌법이나 형사소송법은 피의자신문 중 변호인 등의 접견신청이 있는 경우 이를 제한하거나 거부할 수 있는 규정을 두고 있지 않으며, 형집행법시행령상 접견시간 조항은 수용자의 접견을 ‘국가공무원 복무규정’에 따른 근무시간 내로 한정하고 있으나, 위 조항은 교도소장·구치소장이 그 허가 여부를 결정하는 변호인 등의 접견신청의 경우에 적용되는 것으로서, 검사 또는 사법경찰관이 그 허가 여부를 결정하는 피의자신문 중 변호인 등의 접견신청의 경우에는 적용되지 않으므로, 위 조항을 근거로 변호인 등의 접견신청을 불허하거나 제한할 수는 없다. 그렇다면 이 사건 검사의 접견불허행위는 헌법이나 법률의 근거 없이 이를 제한한 것이므로, 청구인의 접견교통권을 침해하였다고 할 것이다.

2) 2009.10.29. 2009헌라8등 결정 참조.

기/출/문/제

[제9회 변호사시험]

〈제 2 문〉

경기도지사 乙은 2018. 5. 3. 관할 A군에 소재한 분묘가 조선 초 유명 화가의 묘로 구전되어 오는데다가 그 양식이 학술상 원형보존의 가치가 있다는 이유로 「문화재보호법」 제70조, 「경기도 문화재 보호 조례」 제11조에 따라 이를 도지정문화재로 지정·고시하였다. 또한 乙은 2018. 6. 8. 해당 분묘를 보호하기 위하여 분묘경계선 바깥쪽 10m까지의 총 5필지 5,122㎡를 문화재보호구역으로 지정·고시하였다. 이에 해당 화가의 후손들로 이루어진 종중 B는 해당 화가의 진묘가 따로 존재한다고 주장하면서 乙에게 문화재지정처분을 취소 또는 해제하여 줄 것을 요청하는 청원서를 제출하였다. 이에 대해 乙은 문화재지정처분은 정당하여 그 취소 또는 해제가 불가하다는 회신을 하였다(이하 '불가회신'이라고 한다). 한편, 위 문화재보호구역 내에 위치한 일부 토지를 소유하고 있는 甲은 2019. 3. 14. 재산권 행사의 제한 등을 이유로 乙에게 자신의 소유토지를 대상으로 한 문화재보호구역 지정을 해제해 달라는 신청을 하였다. 그러나 乙은 2019. 6. 5. 甲이 해제를 요구한 지역은 역사적·문화적으로 보존가치가 있을 뿐만 아니라 분묘의 보호를 위하여 문화재보호구역 지정해제가 불가함을 이유로 甲의 신청을 거부하는 회신을 하였다(이하 '거부회신'이라고 한다).

3. 甲은 자신의 토지가 문화재보호구역으로 지정됨으로써 수인할 수 없는 재산상의 손실이 발생하였다고 주장한다(관계법령에는 이에 관한 손실보상규정이 없다). 헌법상 재산권이 침해되었다는 甲의 주장의 당부를 판단하시오. (30점)

적/중/사/례

[모의고사 출제 문제]

[모의고사 예상문제]

▶ 2019년 제1순환 사례첨삭반 제4회 사례형 문제

甲은 2011. 1.경 서울시장으로부터 개인택시면허를 발급받아 개인택시운송사업을 영위하였는데, 서울지방경찰청장은 甲이 2011. 9. 22. 주취상태로 운전하다가 교통사고를 야기하였다는 이유로 자동차운전면허를 취소하였고, 서울시장은 '여객자동차 운수사업법' 제85조 제1항 제37호 전단에 근거하여 甲의 개인택시면허를 취소하였다. 이에 甲은 서울행정법원에 위 개인택시면허 취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. (후략)

- (1) 사례에서 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 경우 개인택시면허를 취소할 수 있도록 규정한 '여객자동차 운수사업법' 제85조 제1항 제37호 전단이 甲의 재산권을 침해하는지 여부를 논하시오. (30점)

1. 재산권의 내용과 제한

1. 재산권의 개념

- ▶ **헌법집중(제5판) p368** 1. 1. (1) 재산권의 개념 및 **헌법집중 핵심암기장(제5판) p119** 쟁점 155. 재산권의 개념

Topic

상호신용금고의 임원 및 과점주주에게 법인의 채무에 대해 연대변제책임을 부과하는 상호신용금고법 조항이 이들의 재산권을 제한하는지 여부를 논하시오.

- ▶ 2002.8.29. 2000헌가5등 [한정위헌]

헌법 제23조 제1항의 재산권이란 사적유용성 및 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리를 말한다(헌재 1996.8.29. 95헌바36).① 여기서 '재산가치 있는 구체적 권리'란 경제적 가치가 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리를 말한다(헌재 1992.6.26. 90헌바26). 따라서 단순한 법적 지위나 경제적 기회, 반사적 이익, 기대이익 등은 재산권에 속하지 않는다(헌재 1996.8.29. 95헌바36).② 한편 헌법재판소는 재산(가치) 자체를 재산권의 보호영역에 포함시켜 조세부과 등 각종 공용부담을 재산권의 제한으로 파악하고 있다(헌재 2002.8.29. 2000헌가5등).

2. 재산권의 내용 및 한계 규정

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

▶ 헌법집중(제5판) p374 3. 재산권의 사회적 제약과 공용침해의 구별 및 헌법집중 핵심암기장(제5판) p120 쟁점 157. 재산권의 사회적 제약과 공용침해의 구별

Topic

甲은 A시 소재의 한 초등학교에 인접한 대지의 건물
을 구입하여 대형쇼핑몰 개업을 준비하고 있고, 乙
은 위 초등학교에 인접한 곳에서 대형쇼핑몰을 오랫동안
운영하여 왔다. 그런데 A시 의회는 초·중등학
교의 학교정화구역 내에 대형쇼핑몰을 설치하는 행
위를 금지하고, 기존 영업자에 대해 1년의 기간 내에
이전하도록 하는 조례를 제정하였다. 위 조례가 甲
과 乙의 재산권을 침해하는지 여부를 논하시오.

제50회(08년) 사법시험 가출 변형

헌법 제23조 제2항은 보상규정 없는 사회적 제약을 명시하고 있고 동조 제3항은 보상을 전제로 한 공용침해를 명시하고 있어 이들을 구별하는 기준이 문제된다. ① '경계이론(수용이론)'은 재산권의 사회적 제약과 공용침해를 제한의 정도(제한의 효과)에 따라 구분되는 하나의 연관적 체계로 이해한다. 즉 사회적 제약과 공용침해는 재산권의 제한이라는 측면에서 실질이 동일하나 침입성의 양적 차이로 인해 보상의 필요성을 달리할 뿐이라고 보고, 형식적 또는 실질적 기준에 따라 판단되는 특별희생의 유무를 경계로 삼아 재산권제한의 유형을 '보상의무 없는 사회적 제약', '보상의무 있는 공용침해'로 구분하며, 사회적 제약의 외형을 가진 조치가 수인한도를 넘어 수용적 효과를 가지는 경우에는 공용침해로 전환된다고 본다. ② '분리이론(단절이론)'은 재산권의 사회적 제약과 공용침해를 제한의 양식(입법자 의도)에 따라 구분되는 별개의 독립된 체계로 이해한다. 즉 사회적 제약을 '일반적이고 추상적인 조치를 통해 재산권의 내용을 장래에 향하여 형성하는 것', 공용침해를 '개별적이고 구체적인 조치를 통해 이미 형성된 재산권적 지위를 박탈하는 것'으로 구별하고, 각기 독자적인 법리를 적용⁶⁾함에 따라 재산권제한의 유형을 '보상의무 없는 사회적 제약', '보상의무 있는 사회적 제약', '보상의무 있는 공용침해'로 구분하며, 사회적 제약상의 보상은 정책적·조절적 보상의 의미로서 금전보상에 한정되지 않고, 사회적 제약이 수용적 효과를 가지더라도 공용침해로 전환되지 않는다고 본다. ③ 헌법재판소는 개발제한구역 사건(헌재 1998.12.24. 89헌마214등)과 택지소유상한에관한법률 사건(헌재 1999.4.29. 94헌바37) 등에서 사회적 제약의 한계를 넘는 재산권의 제한을 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 근거하여 그 위헌

기/출/문/제
[제9회 변호사시험]

적/중/사/례
[모의고사 출제 문제]

성을 판단함으로써 분리이론을 취하고 있다. 생각건대 재산권의 자유보장적 기능상 헌법상 재산권보장은 존속보장을 의미한다고 할 것인데, 경계이론은 가치보장의 사고에 기초하여 과도한 사회적 제약을 금전적 보상만으로 해결하려는 데에 문제가 있으므로, 존속보장의 사고에 기초하여 재산권의 존속을 우선적으로 보호하고자 하는 분리이론이 헌법정신에 보다 부합한다.

/ 재산권제한과 위헌심사기준 /

▶ 2006.7.27. 2003헌바18

재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다. 따라서 입법자가 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 한편, 헌법 제23조 제3항은 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공용수용은 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 합헌적인 것이라고 할 수 있고, 공용수용의 요건 중 '공공의 필요성'에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 이루어져야 할 것이다.

Ⅲ. 재산권 침해 여부

▶ 헌법집중(제5판) p373 Ⅱ. 2. 재산권의 사회적 제약

헌법 제23조 제2항은 재산권의 사회적 제약(사회기속성)을 규정하고 있는데, 이는 개인이 사회국가의 실현을 위한 불가피한 재산권제약을 수인해야 한다는 것을 말한다.⁷⁾ 재산권의 사회적 제약의 정도는 재산권의 자유보장적 기능, 즉 재산권의 객체가 개인과 사회에 대하여 가지는 의미구분에 따라 차등화된다(1999.4.29. 94헌바37등). 헌법재판소도 “재산권의 객체가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능이 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화되는데, 토지는 증식에 불가능하고 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 그 이용에 의존하고 있으므로, 다른 재산권에 비하여 공동체의 이익이 보다 강하게