

NATIONAL ASSEMBLY HIGHER CIVIL SERVICE EXAM

입법고등고시

2차 기출 완성

제1권 헌법

2016~2024년 제2차시험 기출 · 자습용 · 2026년 10월 판

차례

일러두기	3
제0장 시험 이해와 답안 쓰는 법	4
0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 헌법 답안 쓰는 법	6
0-5 학습 계획	8
제1장 기본권 총론 — 심사의 틀과 시간적 한계	9
1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2016 제3문 국가의 기본권보호의무	13
2016 제1문 의료기관 분할 약국 금지와 기존 약국	15
2020 제3문 수형자 유전자감식시료 채취와 소급입법	18
제2장 직업의 자유와 경제질서	20
2-1 핵심 개념	21
2-2 기출 풀이	23
2018 제1문 의료인 1인 1개소 원칙	23
2020 제1문 선고유예와 청원경찰의 당연퇴직	26
2019 제1문 청년의무고용제도와 고용부담금	29
제3장 표현·결사·집회의 자유	32
3-1 핵심 개념	33
3-2 기출 풀이	36
2017 제1문 교원 단체가입 정보 비공개와 학부모의 알권리	36
2019 제2문 법원 인근 집회 금지	39
2023 제3문 폭력 전력을 이유로 한 집회금지 통고	41
2024 제1문 광장 사용 허가 조례와 집회의 자유	43
제4장 정치적 기본권과 평등	46
4-1 핵심 개념	47
4-2 기출 풀이	49
2021 제1문 지방의원의 지위 이용 선거운동과 매수죄	49
2024 제3문 지방의회의원선거 후보자의 후원회 배제	52
제5장 국회의 조직과 의원의 지위	54
5-1 핵심 개념	55
5-2 기출 풀이	57
2016 제2문 국회 위원회와 교섭단체	57
2020 제2문 국회 식당의 의정보고와 면책특권	59
2021 제3문 국회 자율권의 내용과 한계	61
제6장 위임입법과 직업공무원제도	63
6-1 핵심 개념	64
6-2 기출 풀이	66
2018 제2문 포괄위임입법금지원칙과 예측가능성	66
2017 제3문 직업공무원제도	68
제7장 탄핵과 권한쟁의	70
7-1 핵심 개념	71
7-2 기출 풀이	73
2017 제2문 대통령 탄핵소추와 탄핵심판	73
2018 제3문 상임위원 강제 사임과 권한쟁의	75
2023 제1문 사개특위 위원 개선과 심의·표결권	77

제8장 위헌법률심판·헌법소원과 결정의 효력	80
8-1 핵심 개념	81
8-2 기출 풀이	84
2019 제3문 헌법불합치결정의 사유와 효력	84
2021 제2문 위헌결정과 반복입법	86
2023 제2문 한정위헌결정과 재심기각결정	88
2024 제2문 비형벌조항 위헌결정과 확정판결의 구제	90
부록 참조 자료	92
부록 A 연도별 문항 일람	93
부록 B 주제 색인	94
부록 C 핵심 조문과 심사기준	95

일러두기

이 권의 구성. 이 책은 2016~2021년, 2023~2024년 입법고등고시 제2차시험 헌법 기출 24개 대문(8개년 × 3문)을 주제별로 재배열하고, 문항마다 출제 포인트, 답안 개요(쟁점 지도), 예시답안을 붙인 자습서이다. 0장에서 문제지로 확인되는 시험 구조와 답안 쓰는 법을 정리하고, 1~8장에서 주제별 핵심 개념 카드와 기출 풀이를 제공한다. 부록에는 연도별 문항 일람(A), 주제 색인(B), 핵심 조문과 심사기준 정리(C)를 실었다. 이 책의 원자료에는 2022년 문제지가 포함되어 있지 않다.

공부법. 각 장은 ‘핵심 개념 → 기출 풀이’ 순서이다. 기출 풀이에서는 문제지 원문을 읽은 뒤 바로 답안 개요를 보지 말고, 스스로 쟁점 지도(누가 · 무엇을 · 어떤 근거로 · 결론)를 15분 안에 그려 본 다음 비교하기를 권한다. 기본권 사례는 ‘적법요건 → 제한되는 기본권 → 심사기준 → 결론’의 틀을, 설명형은 ‘의의 → 근거 → 내용(요건·효과) → 쟁점(학설·판례) → 평가’의 틀을 몸에 익히는 것이 목표이다. 예시답안은 하나의 모범 구성일 뿐이며, 결론이 갈릴 수 있는 쟁점(신뢰보호의 한계, 조례와 법률유보, 국회법 제48조 제6항의 해석 등)에서는 반대 결론도 논증이 충실하면 좋은 평가를 받을 수 있다.

표기 기준.

- 헌법재판소 결정은 ‘헌재 선고일 사건번호’(예: 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2)로 적었다. 사건번호를 확실히 확인한 결정만 번호를 적고, 그렇지 않은 결정은 “헌법재판소는 …라고 보았다”처럼 태도로만 서술하였다.
- 대법원 판례도 같은 원칙에 따랐다(예: 대법원 1992. 9. 22. 91도3317).
- 법률 약칭: 헌법재판소법, 국회법, 집시법(집회 및 시위에 관한 법률), 공직선거법, 정치자금법, 지방자치법.
- 조문 번호는 정확하다고 확인한 것만 적었다. 확신이 없는 경우 번호 없이 규칙의 내용만 서술하였다.
- 문제지가 “가상의 것”, “제시된 법령이 현행 법령에 우선”이라고 밝힌 문항은 그 전제를 따랐다.
- 문제지 원문의 「」, 따옴표, 괄호 표기는 가능한 한 그대로 옮겼다. 2017년 문제지는 당사자를 ‘갑·을’로 적었으므로 그대로 두었고, 2023~2024년 문제지의 명백한 오식(문장 끝 마침표 중복)만 바로잡았다.

출처와 주의. 기출 문항은 국회사무처 국회채용시스템 자료실에 공개된 문제지에서 옮겼다. 외부 배포·판매 전에 이용 조건을 확인해야 한다. 예시답안은 출제 당시 법령·판례를 기준으로 하며, 이후 개정은 직접 확인해야 한다. 출제 이후 선고된 헌법재판소 결정이나 법률 개정이 확실한 경우에만 본문에 짧게 덧붙였다. 예시답안과 해설은 이 책의 저자가 작성한 것으로 출제기관의 공식 답안이 아니다.

제0장

시험 이해와 답안 쓰는 법

배점 구조 · 8개년 출제 지도 · 주제별 빈도 · 사례형과 설명형 답안의 틀 · 학습 계획

이 장에서 다루는 내용

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 헌법 답안 쓰는 법	6
0-5 학습 계획	8

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조

2016~2024년(2022년 제외) 입법고시 제2차시험 헌법 문제지는 모두 **대문 3개**로 구성되고 배점 합계는 100점이다. 제1문은 대부분 50점짜리 기본권 사례(법률조항의 위헌 여부)이고, 제2문·제3문은 20~30점의 사례 또는 설명·논술형이다. 2023년만 40점·30점·30점으로 배점이 달랐다.

연도	회차	제1문	제2문	제3문
2016	제32회	50점(단일 물음)	25점(논술)	25점(설명)
2017	제33회	50점(소문 2, 세부 4)	30점(소문 2)	20점(설명)
2018	제34회	50점(소문 2)	30점(논술)	20점(소문 2)
2019	제35회	50점(쟁점 5, 단일 물음)	30점(소문 2)	20점(논술)
2020	제36회	50점(소문 2)	30점(단일 물음)	20점(단일 물음)
2021	제37회	50점(소문 2)	30점(논술)	20점(논술)
2023	제39회	40점(소문 2)	30점(소문 2)	30점(소문 2)
2024	제40회	50점(소문 2)	30점(단일 물음)	20점(단일 물음)

2025~2026년 공개 문제지에는 이 과목이 없다. 시험 과목 편성은 공고로 확인할 것. 시험 시간, 답안지 분량, 과목 편성 등 문제지에 나타나지 않는 사항은 매년 국회사무처 공고로 확인해야 한다.

배점에서 읽을 것

50점 사례는 보통 소문 2개(20~30점)로 나뉘며, 소문 하나가 하나의 심사 단계(적법요건 또는 본안)에 대응한다. 2017-1처럼 세부 배점(15·10·5·10·10점)이 주어지면 그 비율대로 분량을 나눈다. 이 책의 예시답안은 점수당 약 50~70자를 기준으로 했다(50점 대문 약 2,500~3,500자).

0-2 8개년 출제 지도

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
2016	1	의료기관 분할 약국 금지 / 과잉금지·소급입법·신뢰보호	기본권 총론(1장)	50
	2	국회의 위원회와 교섭단체	국회(5장)	25
	3	국가의 기본권보호의무	기본권 총론(1장)	25
2017	1	교원 단체가입 정보 비공개 / 자기관련성·직접성·알권리·결사	정신적 자유(3장)	50
	2	대통령 탄핵소추와 탄핵심판	탄핵·권한쟁의(7장)	30
	3	직업공무원제도	위임입법·공무원(6장)	20
2018	1	의료인 1인 1개소 / 과잉금지·명확성	직업의 자유(2장)	50
	2	포괄위임입법금지와 예측가능성	위임입법·공무원(6장)	30
	3	상임위원 강제 사임 / 당사자능력·처분성	탄핵·권한쟁의(7장)	20
2019	1	청년의무고용과 고용부담금 / 기업의 자유·평등·부담금	직업의 자유(2장)	50
	2	법원 인근 집회 금지 / 제68조 제2항·장소 선택	정신적 자유(3장)	30
	3	헌법불합치결정의 사유와 효력	헌법재판의 효력(8장)	20
2020	1	청원경찰 당면퇴직 / 재판의 전제성·직업의 자유	직업의 자유(2장)	50
	2	국회 식당 의정보고 / 면책특권	국회(5장)	30
	3	수형자 유전자시료 채취 / 소급입법금지	기본권 총론(1장)	20
2021	1	지방의원 지위 이용 선거운동 / 과잉금지·법정형·명확성	정치적 기본권(4장)	50

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
	2	위헌결정과 반복입법	헌법재판의 효력(8장)	30
	3	국회 자율권의 내용과 한계	국회(5장)	20
2023	1	사개특위 위원 개선 / 당사자능력·심의·표결권	탄핵·권한쟁의(7장)	40
	2	한정위헌결정과 재심기각결정 / 재판소원	헌법재판의 효력(8장)	30
	3	폭력 전력 이유 집회금지 통고 / 허가 금지	정신적 자유(3장)	30
2024	1	광장 사용 조례 / 법률유보·과잉금지	정신적 자유(3장)	50
	2	비형벌조항 위헌결정과 확정판결 / 소급효·재심	헌법재판의 효력(8장)	30
	3	지방의회의원선거 후보자 후원회 / 평등권	정치적 기본권(4장)	20

0-3 주제별 빈도와 경향

장	주제	대문 수	배점 합계
1	기본권 총론 — 심사의 틀과 시간적 한계	3	95
2	직업의 자유와 경제질서	3	150
3	표현·결사·집회의 자유	4	160
4	정치적 기본권과 평등	2	70
5	국회의 조직과 의원의 지위	3	75
6	위임입법과 직업공무원제도	2	50
7	탄핵과 권한쟁의	3	90
8	위헌법률심판·헌법소원과 결정의 효력	4	110
	합계	24	800

경향 네 가지

- ① **제1문은 법률조항의 위헌 심사다.** 8년 중 7번 제1문이 구체적 법률(조례) 조항의 기본권 침해 여부를 50점으로 물었다(예외: 2023년 권한쟁의 40점). 소재는 직업 규제(약국, 의료기관, 청원경찰, 청년고용)와 정치·집회 규제(선거운동, 광장 조례)이다.
- ② **국회 관련 쟁점이 많다.** 위원회·교섭단체(2016-2), 탄핵소추(2017-2), 상임위원 사임(2018-3), 면책특권(2020-2), 반복입법(2021-2), 자율권(2021-3), 사개특위 위원 개선(2023-1)까지 7개 대문이 국회를 직접 다룬다. 국회법의 핵심 조문(제33조, 제48조, 제130조)을 정확히 알아 두어야 한다.
- ③ **헌법재판의 절차와 효력이 늘고 있다.** 적법요건(2017-1, 2019-2, 2020-1, 2023-1)과 결정의 효력(2019-3, 2021-2, 2023-2, 2024-2)이 거의 매년 출제된다.
- ④ **실제 결정의 사실관계를 가져온다.** 2023-1은 사개특위 위원 개선 사건(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1), 2023-2는 한정위헌 재심기각 사건(헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760 등), 2018-3은 상임위원 강제 사임 사건(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1)의 사실관계와 같다. 주요 결정의 사실관계와 결론을 짚으로 기억하면 출제 의도를 바로 알아볼 수 있다.

0-4 헌법 답안 쓰는 법

사례형은 기본권 사례와 권한쟁의·탄핵 사례 모두 아래 틀을 따른다. 소문 번호를 그대로 따르고, 그 안에서 (1), (2)로 쟁점을 나눈다.

단계	할 일	예시
I. 문제의 소재	쟁점을 한두 문장으로	“이 사건 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 직업의 자유를 침해하는지가 문제된다.”
II-1. 적법요건	물은 것만, 요건별로 포섭	“기각 결정일부터 16일 만에 청구하였으므로 청구기간을 지켰다.”
II-2. 제한되는 기본권	보호영역 확정, 경합 정리	“청원경찰은 공무원이 아니므로 공무원임권이 아니라 직업의 자유가 제한된다.”
II-3. 심사기준과 판단	법리 → 판례 태도 → 사안 포섭	“헌법재판소는 …라고 본다. 이 사건에서 …이므로 침해의 최소성을 갖추지 못하였다.”
III. 결론	물음에 대한 직접 답, 결정 형식	“따라서 이 사건 조항은 헌법에 위반되며, 헌법불합치결정이 적절하다.”

설명형·논술형(2016-2·3, 2017-3, 2018-2, 2019-3, 2021-2·3)은 ‘의의 → 법적 근거 → 내용(요건·효과) → 쟁점(학설·판례) → 평가’로 쓴다. 평가는 두세 문장이면 충분하지만 빠뜨리면 ‘논하라’에 답하지 않은 것이 된다.

실전 팁

심사기준을 먼저 선언하라. “과잉금지원칙에 따라 심사한다”, “자의금지원칙에 따라 차별에 합리적 이유가 있는지 본다”, “과소보호금지원칙으로 판단한다”처럼 기준을 먼저 쓰면 채점자가 답안 구조를 바로 파악한다. **최소성에서는 대안을 구체적으로** 쓴다. “덜 침해적인 수단이 있다”로 끝내지 말고 “직무 관련 범죄로 한정하거나 징계 절차에 맡기는 방법”처럼 적는다.

자주 하는 실수

- **적법요건을 묻지 않았는데 길게 쓰는 것**, 또는 물었는데 요건 하나를 빠뜨리는 것(청구기간, 단체의 자기 관련성).
- **기본권 선택의 오류.** 청원경찰의 공무원임권, 공공기관의 기업의 자유처럼 주체나 보호영역을 잘못 잡으면 이후 논증이 모두 흔들린다.
- **주장을 그대로 받아쓰는 것.** 甲이 ‘소급입법’이라고 주장해도 진정소급인지 부진정소급인지는 답안이 판단해야 한다.
- **날짜를 버리는 것.** 개정과 시행 사이 19일(2016-1), 청구기간(2019-2), 선임과 개선의 회기(2023-1), 판결 확정과 한정위헌결정의 선후(2023-2)는 모두 결론을 좌우하는 사실이다.
- **사건번호를 지어내는 것.** 확실하지 않으면 “헌법재판소는 …라고 보았다”로 쓴다. 틀린 사건번호는 감점 요인이지만 정확한 태도 서술은 그 자체로 점수가 된다.

0-5 학습 계획

단계	기간(예시)	할 일
1	1~2주	1장(심사의 틀)을 먼저 익힌다. 과잉금지·신뢰보호·평등의 문장을 자기 말로 외운다.
2	3~5주	2·3·4장. 장마다 개념 카드 → 기출 문제만 보고 쟁점 지도 작성(15분) → 답안 개요 표와 비교 → 예시답안 정독.
3	6~7주	5·6·7·8장과 부록 C. 국회법·헌법재판소법 조문을 ‘요건 → 효과’로 묶어 암기한다.
4	8주 이후	연도별로 3문항을 실제 시간에 맞추어 작성(시험 시간은 공고 확인). 써봄(writegrow.net) 같은 첨삭 도구나 스터디로 피드백을 받는다.

제1장

기본권 총론 — 심사의 틀과 시간적 한계

기본권 사례의 4단 틀 · 과잉금지 · 진정·부진정소급입법 · 신뢰보호 · 기본권보호의무 | 기출 3문항: 2016-3, 2016-1, 2020-3

이 장에서 다루는 내용

1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2016 제3문 국가의 기본권보호의무	13
2016 제1문 의료기관 분할 약국 금지와 기존 약국	15
2020 제3문 수형자 유전자감식시료 채취와 소급입법	18

1-1 핵심 개념

헌법 기본권 사례는 ‘적법요건 → 제한되는 기본권 → 심사기준 → 결론’의 틀로 쓴다. 이 장은 그 틀 자체와, 어느 장에서나 다시 쓰이는 심사기준 가운데 시간의 축(소급입법·신뢰보호)과 국가의 적극적 의무(기본권보호의무)를 다룬다. 과잉금지원칙은 2~4장의 거의 모든 기출에서 반복되므로 여기서 한 번 정확히 정리해 둔다.

기본권 사례의 4단 틀

헌법 사례형 문제는 거의 언제나 같은 순서로 푼다. ① **적법요건**: 어떤 심판 유형인지(제68조 제1항·제2항 헌법소원, 위헌법률심판)에 따라 대상성, 자기관련성·직접성·현재성, 재판의 전제성, 청구기간, 보충성을 필요한 만큼만 쓴다. ② **제한되는 기본권**: 보호영역을 확정하고 가장 밀접한 기본권을 중심으로 고른다(기본권 경합). ③ **심사기준**: 과잉금지(제37조 제2항), 신뢰보호·소급입법, 허가·검열 금지(제21조 제2항), 평등(자의금지 또는 비례), 명확성·포괄위임금지 중 문제가 요구하는 것을 고른다. ④ **결론**: 위헌·합헌, 필요하면 결정 형식(단순위헌, 헌법불합치)까지 쓴다.

대립 구도

적법요건(형식) ↔ 본안(기본권 침해 여부)

쓰이는 기출 모든 사례형 대문

답안 속 문장

“먼저 심판청구의 적법성을 검토한 뒤, 제한되는 기본권과 심사기준을 확정하여 이 사건 조항의 위헌 여부를 판단한다.”

과잉금지원칙

기본권을 제한하는 법률은 ① 목적의 정당성, ② 수단의 적합성, ③ 침해의 최소성, ④ 법익의 균형성을 모두 갖추어야 한다(헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’). 최소성에서는 ‘같은 효과를 내면서 덜 침해적인 수단’을 구체적으로 제시하는 것이 득점의 핵심이고, 균형성에서는 제한되는 사익과 실현되는 공익을 사안의 사실로 비교한다. 제한이 강할수록(직업선택, 표현 내용, 형벌) 심사가 엄격해지고, 직업수행·경제 규제·급부 영역에서는 입법재량이 넓게 인정된다.

대립 구도

엄격한 심사(정신적 자유·직업선택) ↔ 완화된 심사(경제 규제·직업수행)

쓰이는 기출 2016-1, 2017-1, 2018-1, 2019-1, 2019-2, 2020-1, 2021-1, 2024-1

답안 속 문장

“이 사건 조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되나, 덜 침해적인 수단이 있음에도 일률적으로 금지하여 침해의 최소성을 갖추지 못하였다.”

진정·부진정소급입법

진정소급입법은 이미 종료된 사실·법률관계를 사후에 규율하는 것으로 원칙적으로 금지된다(헌법 제13조 제2항 참조). 다만 ① 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, ② 법적 상태가 불확실·혼란스러웠거나, ③ 신뢰이익이 적거나, ④ 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상 사유가 있으면 예외적으로 허용된다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등). 부진정소급입법은 현재 진행 중인 사실관계를 장래를 향해 규율하는

것으로 원칙적으로 허용되되, 신뢰보호원칙에 따른 형량을 거친다. 형벌에 관하여는 제13조 제1항의 형벌 불소급원칙이 절대적으로 적용되며, 보안처분은 형벌적 성격이 강한 경우에만 이에 준한다.

대립 구도

진정소급(원칙 금지·예외 허용) ↔ 부진정소급(원칙 허용·신뢰보호 형량)

쓰이는 기출 2016-1, 2020-3

답안 속 문장

“이 사건 조항은 시행일 이후의 영업에 대해서만 적용되므로 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법이며, 따라서 신뢰보호원칙 위반 여부가 문제된다.”

신뢰보호원칙

법치국가원리에서 나오는 법적 안정성의 요청이다. 헌법재판소는 ① 보호가치 있는 신뢰의 존재(국가가 유도한 신뢰인지, 단순한 기대인지), ② 침해의 정도와 방법(유예기간·경과규정의 유무), ③ 새 입법이 추구하는 공익을 비교형량한다. 법률이 장기간 허용해 온 행위에 투자한 경우 신뢰의 가치가 크고, 법률 개정이 예견 가능했던 경우 작다. 결론에서 ‘금지 자체는 합헌이나 유예기간 없는 즉시 적용은 위헌’처럼 실체와 경과규정을 나누어 판단하는 구성이 자주 쓰인다.

대립 구도

법적 안정성(신뢰이익) ↔ 법질서의 변화 필요(공익)

쓰이는 기출 2016-1, 2020-3

답안 속 문장

“甲의 신뢰는 법률이 수년간 허용해 온 영업에 대한 것으로 보호가치가 크고, 개정법은 아무런 유예기간 없이 즉시 적용되어 신뢰를 과도하게 침해한다.”

국가의 기본권보호의무

사인(가해자)의 위법한 침해로부터 다른 사인(피해자)의 기본권적 법익, 특히 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 의무이다. 근거는 헌법 제10조 제2문의 ‘보장할 의무’와 기본권의 객관적 가치질서성이며, 제30조, 제34조 제6항, 제35조 제1항 등이 개별 영역에서 구체화한다. 위반 여부는 **과소보호금지원칙**으로 판단한다. 국가가 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는지를 보며, 아무런 조치가 없거나 조치가 명백히 부적합·불충분한 경우에만 위반이다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등).

대립 구도

과소보호금지(피해자 보호의 하한) ↔ 과잉금지(가해자 기본권 제한의 상한)

쓰이는 기출 2016-3

답안 속 문장

“국가가 국민의 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가를 기준으로 보호의무 위반 여부를 판단한다.”

형벌과 보안처분

형벌은 과거 행위의 책임에 대한 응보이고, 보안처분은 장래의 위험성을 근거로 하는 예방 조치이다. 형벌 불소급원칙(제13조 제1항)은 형벌에 적용되며, 보안처분은 원칙적으로 소급 적용이 가능하다. 다만 보안 처분이라도 신체의 자유를 박탈하는 등 형벌적 성격이 강하면 형벌불소급원칙이 적용된다는 것이 헌법재판소의 태도이다. 유전자정보 채취, 신상정보 등록처럼 침해가 비교적 경미한 예방적 조치는 비형벌적 보안처분으로 보고, 소급 적용의 문제는 신뢰보호원칙의 형량으로 해결한다.

대립 구도

형벌(책임·응보, 소급 절대 금지) ↔ 보안처분(위험성·예방, 원칙적 소급 가능)

쓰이는 기출 2020-3

답안 속 문장

“유전자감식시료 채취는 과거 범죄에 대한 응보가 아니라 장래의 범죄 수사 및 예방을 위한 비형벌적 보안 처분이므로 형벌불소급원칙이 적용되지 않는다.”

1-2 기출 풀이

2016 제3문

국가의 기본권보호의무

25점 · 설명형 · 헌법 제10조 제2문, 과소보호금지원칙

제3문.

국가의 기본권보호의무의 의의, 법적 근거 및 그 위반 여부의 판단기준에 관하여 서술하시오.

(25점)

출제 포인트

출제 의도 기본권의 방어권적 성격을 넘어선 객관적 가치질서로서의 측면, 그리고 그 위반 심사가 과잉금지가 아닌 과소보호금지라는 점을 묻는다. **연결 개념** 3각 관계, 제10조 제2문, 과소보호금지, 입법자의 형성 재량. **합정** 판단기준을 과잉금지원칙의 네 요소로 쓰면 틀린다. 또 ‘보호의무 = 형사처벌 의무’로 쓰면 감점된다. 헌법재판소는 형벌 외 손해배상 등 다른 보호수단을 함께 고려한다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
의의	3각 관계, 기본권의 이중적 성격	기본권의 객관적 가치질서성	약 350자
근거	일반 근거와 개별 조항	헌법 제10조 제2문, 제30조, 제34조 제6항, 제35조 제1항	약 300자
내용	입법자의 1차적 의무, 과잉금지와와의 관계	보호입법의 이중 통제	약 250자
판단기준	과소보호금지원칙과 적용례	헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등 · 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등	약 600자
평가	명백성 통제의 한계	심사 강도 차등론	약 200자

예시답안 — 2016 제3문

I. 의의

국가의 기본권보호의무란 기본권적 법익을 제3자인 사인의 위법한 침해나 그 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말한다. 기본권이 국가에 대한 방어권에 그치지 않고 객관적 가치질서로서 국가에 적극적 보호를 요구한다는 기본권의 이중적 성격에서 비롯된다. 이 의무는 국가 - 가해자(사인) - 피해자(사인)의 3각 관계에서 문제되며, 주로 생명·신체의 안전과 같은 기본권적 법익이 문제된다. 헌법재판소는 교통사고처리 특례법 사건(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등)과 미국산 쇠고기 수입위생조건 사건(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등)에서 이를 정면으로 다루었다.

II. 법적 근거

(1) 헌법 제10조 제2문. “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.” 여기서 ‘보장’은 국가 스스로 침해하지 않을 의무를 넘어 사인의 침해로부터 보호할 의무를 포함한다고 해석된다. 이것이 일반적 근거이다.

(2) 개별 조항. 재해 예방과 그 위협으로부터 국민을 보호할 의무(제34조 제6항), 범죄피해자 구조(제30조), 소비자보호운동의 보장(제124조), 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리와 국가의 환경보전 노력(제35조 제1항) 등은 개별 영역에서 보호의무를 구체화한다.

(3) 기본권의 객관적 가치질서성. 학설은 기본권의 객관법적 성격 자체를 보호의무의 이론적 근거로 든다.

III. 내용

보호의무는 1차적으로 입법자에게 향한다. 입법자는 보호의 필요성, 보호 수단(형벌, 행정 규제, 손해배상 제도 등)과 그 정도를 선택할 넓은 형성의 자유를 가진다. 행정과 사법은 법률의 해석·적용에서 보호의무를 고려한다. 보호의무를 이행하는 입법은 가해자의 기본권을 제한하게 되므로, 그 입법은 다시 가해자에 대한 과잉금지원칙의 통제를 받는다. 즉 국가는 과소보호금지와 과잉금지 사이에서 움직인다.

IV. 위반 여부의 판단기준 — 과소보호금지원칙

(1) 심사 기준. 헌법재판소는 국가가 보호의무를 다하였는지를 **과소보호금지원칙**에 따라 판단한다. 국가가 국민의 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가를 기준으로 하며, 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았거나 취한 조치가 법익 보호에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 보호의무 위반을 인정한다.

(2) 판단 방법. 보호조치의 적정성은 침해되는 법익의 중요성과 위협의 정도, 국가가 취한 조치의 종류(형사처벌에 한정되지 않음), 다른 보호수단의 존재 등을 종합하여 판단한다. 교통사고처리 특례법 사건에서 헌법재판소는 보험 가입 시 공소를 제기하지 못하게 한 규정에 대해, 형벌만이 유일한 보호수단은 아니며 손해배상 등 다른 제도가 존재한다는 점에서 보호의무 위반이 아니라고 보았다. 쇠고기 수입위생조건 사건에서도 국가가 취한 검역 조치가 명백히 부적절하지 않다고 보았다.

(3) 심사 강도의 문제. 보호의무의 이행에는 입법자의 넓은 재량이 인정되므로 과소보호금지원칙은 명백성 통제에 가깝다. 다만 생명처럼 가장 중요한 법익에 대한 위협이 크고 구체적일수록 요구되는 보호의 수준은 높아진다는 비판적 견해도 유력하다.

V. 평가

기본권보호의무는 사인에 의한 기본권 침해가 늘어나는 현대 사회에서 국가에 적극적 역할을 요구하는 이론이다. 다만 헌법재판소의 과소보호금지 심사는 지나치게 완화되어 실제로 위반이 인정되는 경우가 드물다는 점에서, 법익의 중대성과 위협의 정도에 따라 심사 강도를 차등화할 필요가 있다.

근거: 헌법 제10조, 제30조, 제34조 제6항, 제35조 제1항 · 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등 · 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등

2016 제1문

의료기관 분할 약국 금지와 기존 약국

50점 · 단일 물음 · 직업의 자유, 과잉금지, 부진정소급입법, 신뢰보호

제1문.

甲은 2005년부터 소아과위원의 일부를 분할하여 약국을 경영하여 왔다. 그런데 의약분업제도가 시행된 후 2010. 12. 1. 약사법이 개정되면서, 의료기관 부지의 일부를 분할하여 약국을 개설하고 있거나 개설하려는 경우 약국개설등록 취소 또는 거부사유로 규정하였고, 약사법 개정 이전에 개설된 약국에 대해서도 개정된 약사법규정을 2010. 12. 20. 개정법 시행일로부터 적용하도록 규정하였다. 이에 따라 개정법 시행과 동시에 甲의 약국개설등록이 취소될 수 있게 되자, 甲은 개정된 약사법규정이 ‘소급입법’으로서 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라고 주장한다.

개정된 위 약사법규정의 위헌 여부에 관하여 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙의 관점에서 판단하시오.

(50점)

출제 포인트

출제 의도 한 조항을 실체(금지 자체)와 시간적 적용(기존 약국에 대한 즉시 적용)으로 나누어 각각 과잉금지와 신뢰보호로 심사할 수 있는지를 묻는다. **연결 개념** 직업수행의 자유, 의약분업, 진정·부진정소급입법 구별, 신뢰보호의 형량 요소, 경과규정. **합정** 甲이 ‘소급입법’이라고 주장한다고 해서 진정소급입법으로 판단하면 안 된다. 시행일 이후의 영업에 적용되므로 부진정소급이다. 개정(12. 1.)과 시행(12. 20.) 사이가 19일에 불과하다는 날 짜는 신뢰보호 판단에 반드시 쓰라고 준 사실이다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
II	甲 · 약국 운영 장소 제한	헌법 제15조(직업수행의 자유), 재산권 해당 여부	직업의 자유 제한	약 400자
III	입법자 · 분할 약국 금지 자체	과잉금지 4요소, 의약분업 취지	금지 자체는 합헌	약 800자
IV	기존 약국 적용이 소급입법 인지	진정·부진정 구별, 현재 96헌가2 등	부진정소급입법	약 500자
V	유예기간 없는 즉시 적용	신뢰보호원칙(보호가치·침해 정도·공익)	신뢰보호 위반	약 900자
VI	결론	헌법불합치 검토	부칙 부분 위헌	약 250자

예시답안 — 2016 제1문

I. 문제의 소재

개정 약사법 조항(이하 ‘이 사건 조항’)은 의료기관 부지를 분할한 약국 개설을 등록 취소·거부 사유로 정하고, 이를 개정 전에 개설된 약국에도 시행일부터 적용한다. 따라서 ① 甲의 어떤 기본권이 제한되는지, ② 장소적 제한 그 자체가 과잉금지원칙에 위반되는지, ③ 기존 약국에 대한 적용이 소급입법에 해당하는지, 해당하지 않더라도 신뢰보호원칙에 위반되는지가 문제된다.

II. 제한되는 기본권

헌법 제15조의 직업의 자유는 직업선택의 자유뿐 아니라 선택한 직업을 어떠한 장소·방법으로 수행할지에 관한 직업수행의 자유를 포함한다. 이 사건 조항은 약사라는 직업 자체를 금지하지 않고 약국을 개설할

수 있는 장소를 제한하므로 직업수행의 자유를 제한한다. 다만 甲처럼 이미 그 장소에서 영업하는 사람에게 등록 취소라는 강한 효과가 따르므로 제한의 강도는 결코 가볍지 않다. 甲의 영업상 이익이나 장래의 기대이익은 헌법 제23조의 재산권에 포함되지 않는다는 것이 헌법재판소의 일관된 태도이므로, 그 동안의 투자와 영업 기반은 신뢰보호의 형량 요소로 고려한다.

III. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성. 의약분업은 의사는 진료·처방을, 약사는 조제를 담당하게 하여 약물 오남용을 막고 국민보건을 증진하려는 제도이다. 의료기관과 약국이 공간적으로 결합하면 처방전 몰아주기 같은 담합이 생겨 제도가 형해화된다. 이를 막아 의약분업의 실효성을 확보하려는 목적은 정당하다.

(2) 수단의 적합성. 의료기관 부지를 분할한 약국은 의료기관과 사실상 일체로 운영될 위험이 크므로, 그 개설을 막는 것은 목적 달성에 기여하는 적합한 수단이다.

(3) 침해의 최소성. 담합행위를 사후에 개별적으로 처벌하는 방법이 있으나, 담합은 은밀하게 이루어져 적발이 어렵고 사후 제재만으로는 구조적 유인을 제거하기 어렵다. 반면 이 사건 조항은 약사 직업 자체가 아니라 특정 장소만을 제한하므로 甲은 다른 장소에서 약국을 운영할 수 있다. 따라서 장소적 제한 자체는 필요한 정도를 넘지 않는다.

(4) 법익의 균형성. 국민보건과 의약분업 질서라는 공익은 중대하고, 특정 장소에서 약국을 운영하지 못하는 불이익은 그보다 크다고 할 수 없다.

따라서 **의료기관 부지 분할 약국을 금지하는 실체적 내용 자체**는 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

IV. 소급입법 해당 여부

(1) 법리. 헌법재판소는 과거에 이미 완성된 사실·법률관계를 규율 대상으로 하는 진정소급입법과, 과거에 시작되었으나 현재 진행 중인 사실·법률관계를 규율하는 부진정소급입법을 구별한다. 진정소급입법은 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고(제13조 제2항 참조) 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우, 법적 상태가 불확실했던 경우, 신뢰이익이 적은 경우, 중대한 공익상 사유가 있는 경우에만 예외적으로 허용된다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등). 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되되, 신뢰보호의 요청과 공익을 비교형량하여 입법재량이 제한된다.

(2) 포섭. 이 사건 조항은 甲이 2005년에 약국을 개설한 행위를 소급하여 위법으로 평가하거나 그동안의 영업에 제재를 가하는 것이 아니라, 시행일인 2010. 12. 20. 이후 계속되는 영업에 대해서만 등록 취소 사유를 적용한다. 이는 현재 진행 중인 사실관계를 장래를 향해 규율하는 부진정소급입법이다. 따라서 진정소급입법이라는 甲의 주장은 타당하지 않고, 문제는 신뢰보호원칙 위반 여부로 옮겨 간다.

V. 신뢰보호원칙 위반 여부

(1) 판단 기준. 신뢰보호원칙은 법치국가원리(법적 안정성)에서 나온다. 헌법재판소는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰 침해의 방법 등과 새 입법으로 실현하려는 공익을 비교형량하여 판단한다. 이때 국가가 입법으로 일정한 행위를 유도하였거나 법률이 상당 기간 그 행위를 허용하여 온 경우 신뢰의 보호가치가 커진다.

(2) 신뢰의 보호가치. 甲은 2005년부터 당시 법령상 적법하게 약국을 개설·운영하였고, 2010년 개정 전까지 의약분업 시행 이후에도 이러한 형태가 허용되었다. 甲은 이를 믿고 시설에 투자하고 영업 기반을 쌓았으므로 그 신뢰는 단순한 기대가 아니라 보호가치 있는 신뢰이다. 다만 의약분업 이후 담합 규제가 강화되는 흐름이었다는 점에서 규제 강화를 어느 정도 예견할 수는 있었다.

(3) 침해의 정도와 방법. 개정법은 2010. 12. 1. 개정되어 불과 19일 뒤인 12. 20.부터 기존 약국에도 적용되며, 기존 약국을 위한 별도의 유예기간이나 경과규정이 없다. 甲은 시행과 동시에 등록 취소의 위협에

놓여 이전 장소를 물색하거나 투자를 회수할 시간을 전혀 갖지 못한다. 침해는 직업 수행의 기반 전체에 미치는 중대한 것이다.

(4) 공익과의 형량. 의약분업의 실효성 확보라는 공익은 중요하지만, 이미 수년간 운영되어 온 기존 약국을 즉시 퇴출시켜야 할 긴급한 사정은 보이지 않는다. 신규 개설은 즉시 금지하되 기존 약국에는 상당한 유예기간을 주는 방식으로 공익을 충분히 달성할 수 있다. 그럼에도 아무런 경과조치 없이 즉시 적용한 것은 공익 달성에 필요한 정도를 넘어 甲의 신뢰를 과도하게 침해한다.

VI. 결론

이 사건 조항이 의료기관 부지 분할 약국의 개설을 금지하는 것 자체는 의약분업의 실효성 확보를 위한 것으로 과잉금지원칙에 위반되지 않는다. 또한 기존 약국에 대한 적용은 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법이다. 그러나 기존 약국에 상당한 유예기간을 두지 않고 시행일부터 곧바로 적용하도록 한 부분은 신뢰보호원칙에 위반되어 甲의 직업의 자유를 침해하므로 위헌이다. 이 경우 금지 자체의 정당성을 고려하면, 입법자가 적정한 유예기간을 정하도록 헌법불합치결정을 하는 방안도 검토할 수 있다.

근거: 헌법 제13조 제2항, 제15조, 제37조 제2항 · 진정·부진정소급입법 구별(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등) · 신뢰보호원칙의 형량 구조

2020 제3문

수형자 유전자감식시료 채취와 소급입법

20점 · 단일 물음 · 형벌불소급, 보안처분, 부진정소급입법

제3문.

국회는 범죄 수사 및 예방을 위해 서면 동의 또는 영장에 의하여 특정범죄의 수형자로부터 유전자감식시료를 채취할 수 있는 규정을 포함한 가칭 「유전자정보이용에 관한 법률」을 제정하였다. 이 법률 부칙 제2조 제1항은 이미 유죄로 확정판결을 받아 복역 중인 자에게도 유전자감식시료를 채취할 수 있도록 하고 있다. 이 법률 부칙 제2조 제1항이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부에 대해 논하시오.

(20점)

출제 포인트

출제 의도 소급입법금지원칙을 형벌불소급(제13조 제1항)과 일반적 소급입법금지(신뢰보호)의 두 층위로 나누어 검토할 수 있는지 묻는다. **연결 개념** 형벌과 보안처분의 구별, 진정·부진정소급입법, 신뢰보호 형량. **합정** ‘이미 확정판결을 받은 자’라는 문언 때문에 진정소급으로 단정하기 쉽다. 규율 대상은 과거 범죄가 아니라 현재 진행 중인 수형 상태와 장래의 채취이다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
II	입법자 · 부칙의 형벌불소급 위반 여부	헌법 제13조 제1항, 형벌과 보안처분의 구별	비형벌적 보안처분 → 적용 없음	약 550자
III	부칙의 소급입법 해당성과 신뢰보호	진정·부진정소급 구별, 신뢰보호 형량	부진정소급, 공익 우월	약 600자
IV	결론		소급입법금지 위반 아님	약 150자

예시답안 — 2020 제3문

I. 문제의 소재

부칙 제2조 제1항은 법률 시행 전에 이미 유죄판결이 확정되어 복역 중인 사람에게도 유전자감식시료 채취를 허용한다. 이것이 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급원칙 또는 법치국가원리에서 나오는 소급입법금지원칙(신뢰보호원칙)에 위반되는지가 문제된다.

II. 형벌불소급원칙 위반 여부

(1) 법리. 헌법 제13조 제1항 전단은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 정하여 형벌불소급원칙을 선언한다. 이 원칙은 ‘처벌’, 즉 형벌에 적용된다. 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 과거 행위에 대한 책임과 무관하게 부과되므로 원칙적으로 형벌불소급원칙이 적용되지 않는다. 다만 헌법재판소는 보안처분이라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 그에 준하는 정도로 제한하는 경우에는 형벌불소급원칙이 적용된다고 본다.

(2) 포섭. 유전자감식시료 채취와 그 정보의 수록·관리는 범죄 수사 및 예방이라는 장래의 목적을 위한 것으로, 과거 범죄에 대한 비난이나 응보로 부과되는 형벌이 아니다. 시료 채취는 구강 점막 등의 채취로 이루어져 신체에 대한 침해가 경미하고, 서면 동의 또는 법관의 영장이라는 절차적 통제를 받는다. 따라서

이는 비형벌적 보안처분에 해당하며 형벌불소급원칙의 적용 대상이 아니다. 헌법재판소도 디엔에이신원 확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 같은 취지의 부칙 조항에 대해 이와 같은 취지로 판단하였다.

III. 소급입법금지원칙(신뢰보호원칙) 위반 여부

(1) 진정·부진정소급의 구별. 진정소급입법은 이미 종료된 사실관계를 규율하는 것으로 원칙적으로 금지되고, 부진정소급입법은 진행 중인 사실관계를 규율하는 것으로 원칙적으로 허용되되 신뢰보호원칙에 따른 형량을 거친다.

(2) 포섭. 부칙 조항은 확정판결 이전의 범죄행위 자체에 새로운 제재를 가하는 것이 아니라, 법 시행 이후 아직 형 집행 중인 사람에게 장래를 향하여 시료 채취를 허용하는 것이다. 수형 상태라는 법률관계가 현재 진행 중이므로 부진정소급입법에 해당한다.

(3) 신뢰보호 형량. 범죄를 저지르고 형이 확정된 수형자가 ‘장래 유전자정보 채취 대상이 되지 않을 것’이라는 신뢰는 법적으로 보호할 가치가 크지 않다. 반면 재범 위험이 높은 특정범죄에 대해 신원확인정보를 확보하여 범죄 수사 및 예방에 활용한다는 공익은 매우 중대하고, 법률 시행 당시의 수형자를 제외하면 제도의 실효성이 크게 떨어진다. 채취 대상이 특정범죄로 한정되고 동의나 영장을 요구한다는 점에서 침해도 제한적이다. 따라서 공익이 신뢰이익보다 우월하다.

IV. 결론

부칙 제2조 제1항은 비형벌적 보안처분에 관한 것이어서 형벌불소급원칙이 적용되지 않으며, 부진정소급입법으로서 신뢰보호원칙에도 위반되지 않는다. 따라서 소급입법금지원칙에 위반되지 않는다.

근거: 헌법 제13조 제1항 · 형벌과 보안처분의 구별 · 진정·부진정소급입법 구별과 신뢰보호 형량

제2장

직업의 자유와 경제질서

직업의 자유의 보호영역 · 기업의 자유 · 부담금 · 재판의 전제성 · 명확성원칙 | 기출 3문항: 2018-1, 2020-1, 2019-1

이 장에서 다루는 내용

2-1 핵심 개념	21
2-2 기출 풀이	23
2018 제1문 의료인 1인 1개소 원칙	23
2020 제1문 선고유예와 청원경찰의 당연퇴직	26
2019 제1문 청년의무고용제도와 고용부담금	29

2-1 핵심 개념

입법고시 헌법 제1문(50점)에서 가장 자주 등장하는 소재가 직업 규제이다. 약국(2016-1, 제1장 수록), 의료기관(2018-1), 청원경찰(2020-1), 청년고용(2019-1)처럼 구체적인 직업 규제 조항을 주고 과잉금지 심사를 요구한다. 이 장에서는 직업의 자유의 보호영역과 경제질서, 부담금 법리, 그리고 이 유형에 함께 나오는 적법요건(재판의 전제성)과 명확성원칙을 정리한다.

직업의 자유의 보호영역

헌법 제15조의 직업의 자유는 직업선택의 자유(직업의 개시·계속·포기, 직업교육장 선택), 직업수행의 자유(장소·방법·시간·상대방), 그리고 기업의 자유·영업의 자유·경쟁의 자유를 포함한다. 직업을 계속 유지할 자유도 보호되므로 당연퇴직·등록 취소는 직업선택에 준하는 강한 제한이다. 공무원이 아닌 직(청원경찰 등)에서 배제되는 경우에는 공무담임권(제25조)이 아니라 직업의 자유가 문제된다. 영업이익이나 장래의 기대이익은 재산권(제23조)의 보호 대상이 아니다.

대립 구도

직업선택(엄격한 심사) ↔ 직업수행(넓은 입법재량)

쓰이는 기출 2016-1, 2018-1, 2019-1, 2020-1

답안 속 문장

“청원경찰은 국가공무원법상 공무원이 아니므로 이 사건에서는 공무담임권이 아니라 직업의 자유가 제한된다.”

기업의 자유와 경제질서

헌법 제119조 제1항은 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하고, 제2항은 균형 있는 국민경제, 적정한 소득 분배, 시장 지배와 경제력 남용 방지 등을 위한 국가의 규제와 조정을 허용한다. 채용의 자유(누구를 고용할지)는 기업의 자유와 계약의 자유의 핵심이다. 사회국가적 목적의 경제 규제는 넓은 입법재량이 인정되지만, 규제의 강도(할당 비율), 예외의 유무, 덜 제한적인 유인 수단의 존재가 최소성 판단의 열쇠가 된다.

대립 구도

경제적 자유(제119조 제1항) ↔ 국가의 규제·조정(제119조 제2항)

쓰이는 기출 2019-1

답안 속 문장

“채용할 근로자를 선택하는 자유는 기업의 자유의 핵심이므로, 신규 채용의 일정 비율을 특정 연령층으로 강제하는 것은 기업의 자유를 제한한다.”

부담금의 헌법적 허용 요건

헌법은 조세(제38조, 제59조)만 명시하지만, 헌법재판소는 특정 공익사업과 관련하여 특정 집단에 부과되는 부담금을 별도의 공과금으로 허용한다. 다만 조세에 대한 관계에서 예외적으로 쓰여야 하며, **재정조달 목적 부담금**은 ① 일반 국민이 아닌 동질적 특정 집단에 부과되고, ② 그 집단이 부과 목적과 객관적으로 밀접한 관련(집단적 책임성)이 있으며, ③ 원칙적으로 그 집단을 위해 사용되어야 한다. **정책실현목적 부담**

금은 부과 자체로 행위를 유도·조정하는 것이어서 이 요건이 완화된다(예: 장애인고용부담금). 부과요건과 산정기준은 법률에 구체적으로 규정되어야 한다.

대립 구도

재정조달목적 부담금(엄격) ↔ 정책실현목적 부담금(완화)

쓰이는 기출 2019-1

답안 속 문장

“고용부담금은 의무고용을 이행하도록 경제적으로 유도하는 정책실현목적 부담금이므로, 조세가 아니라 는 이유만으로 위헌이라 할 수 없다.”

재판의 전제성

위헌법률심판 제청과 제68조 제2항 헌법소원의 핵심 요건이다. ① 구체적 사건이 법원에 적법하게 계속 중이고, ② 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 사건에 적용되며, ③ 그 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하게 되어야 한다. ‘다른 내용’에는 주문뿐 아니라 이유나 법률적 의미가 달라지는 경우도 포함된다. 전제성에 관한 제청법원의 견해는 명백히 유지될 수 없는 경우가 아니면 존중된다. 당해 소송이 부적법하여 각하될 것이 명백하면 전제성이 부정된다.

대립 구도

제청법원 판단 존중 ↔ 헌법재판소의 직권 조사

쓰이는 기출 2020-1, 2019-2, 2021-1

답안 속 문장

“이 사건 법률조항이 위헌이면 당연퇴직의 근거가 소멸하여 법원은 청구를 인용하게 되므로 재판의 주문이 달라지고, 재판의 전제성이 인정된다.”

명확성원칙

법률은 수범자가 무엇이 금지되는지 알 수 있을 정도로 명확해야 한다(법치국가원리). 처벌법규에서는 죄형법정주의(제12조 제1항, 제13조 제1항)의 내용으로서 엄격히 요구된다. 판단 기준은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이 알 수 있는지, 입법 목적과 다른 조항과의 체계적 관계를 고려한 법관의 보충적 해석으로 의미를 확정할 수 있는지이다. 일반조항이나 ‘어떠한 명목으로도’ 같은 포괄 문언도 탈법을 막기 위한 것으로 실질적 기준이 해석상 확정되면 명확성원칙에 반하지 않는다.

대립 구도

처벌법규(엄격) ↔ 급부·일반 행정법규(완화)

쓰이는 기출 2018-1, 2021-1

답안 속 문장

“‘어떠한 명목으로도’는 개설·운영의 형식을 묻지 않고 실질을 기준으로 판단하라는 의미로서, 통상의 판단능력을 가진 의료인이라면 금지되는 행위를 예측할 수 있다.”

2-2 기출 풀이

2018 제1문

의료인 1인 1개소 원칙

50점 · 소문 2개 · 직업수행의 자유, 과잉금지, 명확성원칙

제1문.

치과의사인 甲은 ‘MD덴티스트’라는 브랜드를 공동으로 사용하기 위해서 설립된 경영지원회사(Management Service Organization)인 주식회사 MD의 대표이사이다. 甲은 자신의 치과의원을 개설함과 동시에, 다수의 치과 의료기관 개설을 지원하면서 ‘MD덴티스트’ 브랜드를 공동으로 사용하였고, 이 과정에서 공동의 홍보나 재료 구입 등 영업을 수행하였다. 그 일환으로 임플란트 비용을 기존 관행가격에 비하여 대폭 할인하여 큰 호응을 불러 일으켰다. 이로 인해 대한치과의사협회와 甲 사이에 분쟁이 발생하였다. 이에 甲은 의료법 제33조 제8항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 함) 위반을 이유로 기소되었다. 위 재판 진행 중 甲은 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판 제청신청을 하였다.

(1) 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 기본권을 침해하는지 여부를 판단하시오. (30점) (직업의 자유의 제한이론인 ‘단계이론’은 논외로 함)

(2) 이 사건 법률조항 중 ‘어떠한 명목으로도’ 부분이 명확성 원칙에 위배되는지 여부를 판단하시오. (20점)

〈참조 조문〉

의료법

제33조(개설 등) ⑧ 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없다. 다만, 2 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 중 별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있다.

제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조제2항 및 제3항, 제18조제3항, 제23조제3항, 제27조제1항, 제33조제2항·제8항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)·제10항을 위반한 자. 다만, 제12조제3항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

※ 위 법률조항은 가상의 것임

(50점)

출제 포인트

출제 의도 네트워크 의료기관을 둘러싼 실제 분쟁을 소재로, 직업수행의 자유에 대한 과잉금지 심사와 처벌법규의 명확성 심사를 각각 정확한 틀로 쓸 수 있는지 묻는다. **연결 개념** 의료의 공공성, 위헌법률심판 제청신청(제청여부는 법원이 판단), 죄형법정주의. **합정** 문제가 ‘단계이론은 논외’라고 하였으므로 단계이론으로 답을 구성하면 안 된다. ‘가격 할인으로 호응’이라는 사실은 소비자 이익 논거로 쓰되, 결론을 뒤집는 사정은 아니다. 조문이 ‘가상의 것’임을 전제로 한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가·무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	甲·복수 의료기관 개설·운영 금지	헌법 제15조, 제37조 제2항·과잉금지 4요소	직업수행의 자유 침해 아님	약 1,600자
(2)	‘어떠한 명목으로도’의 의미	제12조 제1항, 제13조 제1항·명확성 판단 기준·사안 적용	명확성 위배 아님	약 900자

예시답안 — 2018 제1문

I. 문제의 소재

이 사건 법률조항은 의료인이 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하지 못하게 하고, 위반 시 형사처벌한다(제87조 제1항 제2호). 甲은 이 조항에 따라 기소되었으므로 ① 이 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 직업의 자유를 침해하는지, ② ‘어떠한 명목으로도’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지가 문제된다.

II. 물음 (1) — 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 제한되는 기본권. 의료인이 의료기관을 몇 개, 어떤 방식으로 개설·운영할지는 직업 수행의 방법에 관한 것이므로 헌법 제15조의 직업수행의 자유가 제한된다. 의료기관을 여러 개 운영하여 영업을 확장할 자유는 영업의 자유로서 함께 제한된다. 위반 시 형벌이 따르므로 신체의 자유도 간접적으로 관련되지만, 핵심은 직업의 자유이다. 문제는 단계이론을 논외로 하라고 하였으므로 제한의 단계를 나누지 않고 과잉금지원칙의 네 요소로 곧바로 심사한다. 다만 직업수행의 자유에 대한 제한은 직업선택의 자유 제한에 비해 입법자의 형성 재량이 넓게 인정되고, 보건의료처럼 국민의 생명·건강과 직결되는 영역에서는 입법자의 전문적 판단이 존중된다는 점을 심사 강도에 반영한다.

(2) 목적의 정당성. 이 조항은 의료인이 자신이 개설한 의료기관에서 직접 진료에 전념하도록 하여 의료의 질을 확보하고, 의료기관이 영리를 쫓는 대규모 네트워크로 운영될 때 생기는 과잉진료·환자 유인·의료시장 독과점과 같은 폐해를 막으려는 것이다. 국민의 생명·건강에 직결되는 의료의 공공성을 고려하면 목적은 정당하다.

(3) 수단의 적합성. 한 의료인이 개설·운영할 수 있는 의료기관을 하나로 제한하면, 의료인이 실제로 진료하지 않는 의료기관을 자본력으로 지배하는 것을 막을 수 있으므로 적합한 수단이다.

(4) 침해의 최소성. 甲은 경영지원회사를 통한 공동 브랜드·공동 구매가 효율성을 높이고 진료비를 낮추어 환자에게 이익이 된다고 주장할 수 있다. 그러나 ① 이 조항은 공동 브랜드 사용이나 공동 홍보·구매 같은 협력 자체를 금지하지 않고, 한 의료인이 여러 의료기관을 ‘개설·운영’하는 것, 즉 다른 의료기관의 운영을 실질적으로 지배하는 것만을 금지한다. ② 복수 개설을 허용하면서 과잉진료 등을 사후에 개별 단속하는 방법은 의료기관 내부 의사결정의 은밀성 때문에 실효성이 낮다. ③ 둘 이상의 면허를 가진 자가 한 장소에서 면허 종별로 함께 개설하는 경우를 예외로 두어 필요한 범위의 유연성도 확보하였다. 따라서 침해의 최소성이 인정된다.

(5) 법익의 균형성. 甲이 입는 불이익은 영업 확장의 기회가 제한되는 것이고, 의료인으로서 자신의 의료기관을 운영하는 데는 제약이 없다. 반면 의료의 공공성과 국민 건강이라는 공익은 매우 중대하다. 법익의 균형성도 충족된다.

(6) 소결. 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 직업의 자유를 침해하지 않는다. 헌법재판소도 이후 같은 내용의 의료법 조항을 합헌으로 판단하였다.

III. 물음 (2) — ‘어떠한 명목으로도’ 부분의 명확성

(1) 법리. 명확성원칙은 법치국가원리에서 나오며, 처벌법규에서는 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항)의 내용으로서 더욱 엄격하게 요구된다. 다만 법률은 일반·추상적 개념을 쓸 수밖에 없으므로, 헌법재판소는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 무엇이 금지되는지를 알 수 있고, 법률의 입법 목적과 다른 조항과의 체계적 관계를 고려한 법관의 보충적 해석으로 그 의미를 확정할 수 있다면 명확성원칙에 반하지 않는다고 본다.

(2) 포섭. ‘어떠한 명목으로도’는 개설·운영의 형식이나 명칭, 즉 직접 개설이든 다른 의료인 명의를 빌리든, 지분 투자나 경영지원계약의 형식이든 이를 묻지 않는다는 뜻이다. 이는 금지 대상을 넓히는 새로운 구성요건이 아니라, 형식을 바꾸어 금지를 피하려는 탈법행위를 막기 위해 ‘실질’을 기준으로 판단하라는 의미를 분명히 하는 문언이다. 처벌 대상은 여전히 ‘둘 이상의 의료기관을 개설·운영하는 행위’이고, 그 판단은 다른 의료기관의 개설 자금 부담, 인사·재무 등 주요 의사결정에 대한 지배 여부 같은 객관적 사정으로 할 수 있다. 의료인 1인 1개소 원칙이라는 입법 목적에 비추어 통상의 판단능력을 가진 의료인이라면 금지되는 행위의 유형을 충분히 예측할 수 있다.

(3) 사안 적용. 甲은 자신의 치과의원 외에 여러 치과 의료기관의 개설을 지원하면서 경영지원회사의 대표이사로서 공동 홍보·재료 구입과 가격 정책을 수행하였다. 甲이 다른 의료기관의 개설 자금이나 운영상 주요 의사결정을 실질적으로 지배하였다면, 경영지원회사라는 ‘명목’을 거쳤더라도 둘 이상의 의료기관을 운영한 것이 된다. 반대로 독립된 의료인들이 브랜드와 구매를 공유하는 데 그쳤다면 처벌 대상이 아니다. 이처럼 처벌 범위의 경계는 ‘운영’의 실질에 관한 사실 판단의 문제이지 문언이 불명확해서 생기는 문제가 아니다.

(4) 소결. ‘어떠한 명목으로도’ 부분은 법관의 자의적 해석을 허용할 만큼 불명확하지 않으므로 명확성원칙에 위배되지 않는다.

IV. 결론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 직업의 자유를 침해하지 않고, ‘어떠한 명목으로도’ 부분도 명확성원칙에 위배되지 않는다. 따라서 甲의 위헌 주장은 받아들여지지 않는다.

근거: 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제15조, 제37조 제2항 · 의료인 1인 1개소 원칙 · 처벌법규의 명확성 판단 기준

2020 제1문

선고유예와 청원경찰의 당연퇴직

50점 · 소문 2개 · 재판의 전제성, 직업의 자유, 당연퇴직

제1문.

A시 소속 청원경찰로 근무하던 甲은 A시에서 사용하는 전자문서작성시스템에 허위의 사실을 입력하여 허위의 출장결과보고서가 저장, 구동되게 하였다는 내용으로 기소되어 2016. 8. 3. 징역 6월의 선고유예 판결을 받았고, 이에 대한 항소 및 상고가 모두 기각되어 위 선고유예 판결은 2017. 1. 25. 확정되었다.

「청원경찰법」 제10조의6 제1호에 의해 당연 퇴직된 甲은 이에 불복하여 A시 시장을 상대로 청원경찰지위확인 소를 제기하였고, 그 소송계속 중 「청원경찰법」 제10조의6 제1호 중 제5조 제2항에 의한 「국가공무원법」 제33조 제5호에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판 제청신청을 하였다. B지방법원은 2017. 7. 18. 위 제청신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청하였다.

(1) 이 사건 위헌법률심판 제청이 재판의 전제성을 충족하는지 여부에 대해 논하시오. (20점)

(2) 이 사건 법률조항이 甲의 기본권을 침해하는지 여부에 대해 논하시오. (30점)

〈참조 조문〉

「청원경찰법」 (2010. 2. 4. 법률 제10013호)

제5조(청원경찰의 임용 등) ② 국가공무원법 제33조 각 호의 어느 하나의 결격사유에 해당하는 사람은 청원경찰로 임용될 수 없다.

제10조의6(당연 퇴직) 청원경찰이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연 퇴직된다.

1. 제5조제2항에 따른 임용결격사유에 해당될 때

「국가공무원법」 (2015. 12. 24. 법률 제13618호)

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자

(50점)

출제 포인트

출제 의도 위헌법률심판의 적법요건인 재판의 전제성을 세 요소로 정확히 쓰고, 당연퇴직 조항을 직업의 자유에 대한 과잉금지 심사로 판단하는 능력을 본다. **연결 개념** 공법상 당사자소송, 형법 제60조(선고유예 기간 경과 시 면소 간주), 범죄 유형을 묻지 않는 일률적 결격사유. **함정** 청원경찰을 공무원으로 보아 공무원임권으로 심사하면 기본권 선택이 어긋난다. 또 선고유예 기간이 지났으니 전제성이 없어진다고 쓰면 틀린다. 이미 발생한 당연 퇴직의 효과는 그대로 남는다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	B지방법원 · 제청의 적법성	헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항 · 전제성 3요소 · 피고 경정	전제성 충족	약 1,100자
(2)	입법자 · 선고유예 시 일률 당연퇴직	헌법 제15조, 제37조 제2항 · 과잉금지(범죄 유형·직무 관련성 불문)	직업의 자유 침해, 위헌	약 1,400자

예시답안 — 2020 제1문

I. 문제의 소재

B지방법원은 당연퇴직 조항(청원경찰법 제10조의6 제1호 중 국가공무원법 제33조 제5호에 관한 부분, 이하 ‘이 사건 법률조항’)에 대해 위헌법률심판을 제청하였다. ① 이 제청이 재판의 전제성을 갖추었는지, ② 이 조항이 청원경찰인 甲의 기본권을 침해하는지가 문제된다.

II. 물음 (1) — 재판의 전제성

(1) 요건. 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 위헌법률심판 제청은 법률의 위헌 여부가 ‘재판의 전제’가 되어야 한다. 헌법재판소는 ① 구체적인 사건이 법원에 적법하게 계속 중이고, ② 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되며, ③ 그 법률의 위헌 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다고 본다. ‘다른 내용의 재판’에는 재판의 주문이 달라지는 경우 뿐 아니라 이유나 법률적 의미가 달라지는 경우도 포함된다. 또한 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해는 명백히 유지될 수 없는 경우가 아니면 존중된다.

(2) 사건의 계속. 甲은 A시 시장을 상대로 청원경찰지위확인 소송을 제기하여 소송이 계속 중이다. 지방자치단체 청원경찰의 근무관계는 공법상 근무관계로 보는 것이 판례의 입장이어서 이 소송은 공법상 당사소송의 성격을 가지며, 그 피고는 원칙적으로 행정주체인 A시이다. 그러나 피고를 잘못 지정한 경우에도 피고 경정으로 보정할 수 있으므로, 당해 소송이 부적법하여 각하될 것이 명백하다고 할 수 없다. 따라서 ①은 충족된다.

(3) 적용 법률. 甲은 공전자기록 관련 범죄로 징역 6월의 선고유예를 받아 2017. 1. 25. 판결이 확정되었고, 이로써 ‘금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 기간 중에 있는 자’에 해당하여 이 사건 법률조항에 따라 당연퇴직되었다. 甲의 지위 존부는 바로 이 조항의 적용 결과이므로 ②도 충족된다.

(4) 다른 내용의 재판. 이 조항이 위헌으로 결정되면 당연퇴직의 근거가 소급하여 사라지므로 甲은 여전히 청원경찰의 지위에 있게 되어 법원은 청구를 인용하게 되고, 합헌이면 기각하게 된다. 재판의 주문이 달라지므로 ③도 충족된다. 선고유예를 받은 날부터 2년이 지나 면소된 것으로 간주되더라도(형법 제60조) 이미 발생한 당연퇴직의 효과는 그대로이므로 전제성에는 영향이 없다.

(5) 심판 대상의 확정. 제청법원은 청원경찰법 제10조의6 제1호 전체가 아니라 그중 국가공무원법 제33조 제5호(선고유예)에 관한 부분만을 제청하였다. 甲에게 적용되는 결격사유는 선고유예뿐이므로 심판 대상을 이 부분으로 한정하는 것은 적절하고, 다른 결격사유에 관한 부분은 당해 사건에 적용되지 않아 전제성이 없다.

(6) 소결. 이 사건 제청은 재판의 전제성을 충족한다.

III. 물음 (2) — 기본권 침해 여부

(1) 제한되는 기본권. 청원경찰은 청원주가 경비를 부담하여 배치하는 사람으로 국가공무원법상 공무원이 아니므로, 공무원임권이 아니라 헌법 제15조의 직업의 자유(선택한 직업을 유지할 자유)가 제한된다. 당연퇴직은 징계와 달리 별도의 처분이나 의견 진술 기회 없이 법률상 당연히 직을 잃게 하는 것으로, 직업을 계속 수행할 수 없게 한다는 점에서 직업선택의 자유에 대한 제한에 준하는 강한 제한이다. 따라서 엄격한 과잉금지 심사가 필요하다. 아울러 같은 선고유예를 받더라도 일반 사기업 근로자는 직을 잃지 않는데 청원경찰만 당연퇴직된다는 점에서 평등권 문제도 제기될 수 있으나, 이는 직업의 자유 심사에서 함께 판단된다.

(2) 목적의 정당성과 수단의 적합성. 범죄로 형사처벌을 받은 사람을 청원경찰직에서 배제하여 청원경찰 직무에 대한 국민의 신뢰와 직무의 정상적 운영을 확보하려는 목적은 정당하고, 당연퇴직은 이를 위한 적합한 수단이다.

(3) 침해의 최소성. 이 조항은 ① 범죄의 종류나 내용, 직무와의 관련성을 묻지 않고, 과실범까지 포함하여 금고 이상 형의 선고유예만 받으면 예외 없이 당연퇴직시킨다. ② 선고유예는 범정이 경미하여 형의 선고 자체를 유예한 것으로, 유예기간이 지나면 면소된 것으로 간주될 만큼 비난 가능성이 낮은 경우이다. ③ 직무와 관련된 범죄이거나 신뢰를 크게 해치는 범죄에 한정하여 당연퇴직 사유로 정하거나, 개별 사안은 징계 절차로 판단하게 하는 방법처럼 덜 침해적인 수단이 있다. ④ 청원경찰은 경찰관과 달리 특정 시설의 경비라는 제한된 직무를 수행하고, 공무원에 비해 신분보장도 약하다. 그럼에도 공무원과 같은 결격사유를 일률적으로 끌어와 당연퇴직시키는 것은 필요한 정도를 넘는다.

(4) 법익의 균형성. 청원경찰 직무의 신뢰라는 공익은 개별 징계로도 상당 부분 달성할 수 있는 반면, 甲은 경미한 범죄로 생계 수단인 직업을 일거에 잃는다. 법익의 균형성도 인정되지 않는다.

(5) 소결. 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 직업의 자유를 침해한다. 헌법재판소도 2018년 이 조항에 대해 같은 취지로 위헌결정을 하였다.

IV. 결론

이 사건 위헌법률심판 제청은 재판의 전제성을 갖추어 적법하고, 이 사건 법률조항은 범죄의 종류와 직무 관련성을 묻지 않고 선고유예만으로 청원경찰을 당연퇴직시켜 甲의 직업의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

근거: 헌법 제15조, 제37조 제2항, 제107조 제1항 · 헌법재판소법 제41조 제1항 · 형법 제60조 · 재판의 전제성 3요건과 제청법원 견해 존중

2019 제1문

청년의무고용제도와 고용부담금

50점 · 쟁점 5개 · 기업의 자유, 재산권, 평등권, 부담금, 고용증진의무

제1문.

정부는 청년실업이 사회의 활력을 상실시키고 청년의 혼인 및 출산에 부정적인 영향을 미쳐 지속가능한 사회 발전에 장애가 된다는 판단하에, 청년고용을 촉진하기 위하여 청년의무고용제도의 도입을 추진하고 있다. 핵심적인 내용은 다음의 두 가지이다.

첫째, 공공기관 및 100인 이상 근로자를 사용하는 사업장에서 신규 고용인원의 30% 이상을 19세 이상 30세 미만의 지원자 중에서 채용하여야 한다. 의무고용률은 청년실업률의 변동에 따라 고용노동부령에 의하여 조정된다. 둘째, 의무고용률을 충족하지 못하는 경우 공공기관 및 기업은 고용부담금을 납부하여야 한다. 고용부담금의 구체적인 액수 및 산정방법에 대해서 자세한 것은 고용노동부령으로 정한다. 고용부담금의 수입은 청년고용을 창출하기 위하여 필요한 사업에 사용된다.

위와 같은 정부계획이 발표되자 다음과 같은 헌법적 문제가 제기되었다. 첫째, 특히 민간기업에 청년고용의무를 부과하는 것은 기업의 자유를 침해한다. 둘째, 의무고용을 이행하지 않은 경우에 고용부담금을 부과하는 것은 기업의 자유 외에 기업의 재산권을 침해한다. 셋째, 청년의무고용제도에 따른 청년연령에 해당하지 않는 다른 지원자의 평등권을 침해한다. 넷째, 고용부담금은 조세가 아니며, 따라서 우리 헌법이 예정하지 않은 공과금으로서 그 자체로 헌법에 위반된다. 다섯째, 고용부담금 수입을 청년고용을 창출하기 위한 사업에 지출하는 것은 국가과제를 민간기업에 전가하는 것으로 국가의 고용증진의무에 위반된다.

위에서 제기된 쟁점을 기준으로 청년의무고용제도의 위헌 여부를 판단하시오.

(50점)

출제 포인트

출제 의도 제시된 다섯 가지 주장을 하나씩 받아 각각에 맞는 심사기준을 고르는지 본다. 기본권 쟁점(기업의 자유·재산권·평등권)과 객관적 헌법 원리(부담금의 허용성, 국가의 고용증진의무)를 구별하는 것이 핵심이다. **연결 개념** 제119조, 부담금 법리, 엄격한 비례성 심사(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363), 제32조 제1항, 포괄위임금지(부령 위임). **합정** 공공기관을 기본권 주체로 다루면 안 된다. ‘30%’라는 비율과 ‘부령으로 조정’이라는 사실은 침해의 최소성과 위임입법 문제를 쓰라는 신호이다. 다섯 쟁점의 결론이 모두 같을 필요는 없다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가·무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
①	민간기업 · 청년 30% 의무 고용	헌법 제15조, 제119조 제1항 · 과잉금지 · 부령 위임	침해	약 800자
②	민간기업 · 고용부담금 납부	헌법 제23조 · 부담금 산정의 법률 규정	침해	약 400자
③	30세 이상 지원자 · 채용 기회 차별	헌법 제11조 · 엄격한 비례성 심사	침해	약 600자
④	부담금이라는 공과금의 허용성	헌법 제38조, 제59조 · 부담금 요건	그 자체로 위헌 아님	약 450자
⑤	부담금 수입의 지출과 고용 증진의무	헌법 제32조 제1항 후문	위반 아님	약 300자

예시답안 — 2019 제1문

I. 문제의 소재

청년의무고용제도는 공공기관과 100인 이상 사업장에 신규 고용인원의 30% 이상을 19세 이상 30세 미만 지원자로 채우게 하고, 이를 지키지 못하면 고용부담금을 부과한다. 제기된 다섯 쟁점은 ① 기업의 자유, ② 재산권, ③ 청년 아닌 지원자의 평등권, ④ 부담금이라는 공과금의 허용성, ⑤ 국가의 고용증진의 무이다. 공공기관은 원칙적으로 기본권의 수범자이지 주체가 아니므로 ①②는 민간기업을 중심으로 검토한다.

II. 기업의 자유 침해 여부

(1) 제한되는 기본권. 헌법 제15조의 직업의 자유는 기업을 설립·경영할 기업의 자유와 영업의 자유를 포함하고, 헌법 제119조 제1항은 기업의 경제상 자유와 창의를 존중한다. 누구를 고용할지 결정하는 채용의 자유는 기업 경영의 핵심이므로, 청년고용의무는 기업의 자유(계약의 자유 포함)를 제한한다.

(2) 과잉금지원칙. ① 청년실업을 줄여 사회의 활력을 회복하고 혼인·출산 기피를 완화하려는 목적은 정당하다. ② 신규 채용의 일부를 청년에게 할당하면 청년 고용이 늘어나므로 수단도 적합하다. ③ 그러나 침해의 최소성은 인정하기 어렵다. 의무고용률 30%는 신규 채용의 상당 부분을 연령에 따라 묶는 높은 수준이며, 업종·직무의 성격(경력자가 필요한 직무, 청년 지원자가 적은 업종)이나 기업 규모에 따른 차등, 적합한 청년 지원자가 없는 경우의 예외를 두지 않았다. 고용장려금·세제 혜택 같은 유인 수단이나 공공 부문을 중심으로 한 단계적 시행 등 덜 제한적인 수단도 있다. 더구나 의무고용률이라는 제도의 핵심 내용이 고용노동부령으로 조정되도록 하여, 기본권 제한의 본질적 사항을 법률에서 정하지 않았다는 문제(헌법 제37조 제2항의 법률유보, 제75조·제95조의 포괄위임금지)도 있다. ④ 기업이 입는 인사권 제약이 청년고용 촉진이라는 공익의 실현 정도보다 작다고 보기도 어렵다. 따라서 민간기업에 대한 30% 의무고용은 기업의 자유를 침해한다.

III. 고용부담금과 재산권 침해 여부

(1) 재산권 제한. 헌법재판소는 금전 납부의무의 부과를 재산권 제한으로 본다. 고용부담금은 의무를 이행하지 않은 기업의 재산을 감소시키므로 헌법 제23조의 재산권을 제한한다.

(2) 판단. 고용부담금은 의무 이행을 경제적으로 유도하는 정책실행목적 부담금이므로, 그 정당성은 전제가 되는 고용의무의 정당성에 의존한다. 고용의무 자체가 과도하다면 그 불이행에 부과되는 부담금도 과도한 재산권 제한이 된다. 또한 부담금의 액수와 산정방법을 모두 고용노동부령에 맡긴 것은 부담금의 부과요건과 산정기준을 법률에 구체적으로 정하도록 하는 요청에 반하여, 수범자가 부담의 대강을 법률에서 예측할 수 없게 한다. 따라서 현행 설계대로라면 재산권도 침해한다.

IV. 평등권 침해 여부

(1) 차별의 존재. 19세 이상 30세 미만 지원자와 30세 이상 지원자는 같은 일자리를 얻으려는 구직자라는 점에서 비교집단이 되며, 신규 채용의 30%에서 30세 이상 지원자는 경쟁 기회를 갖지 못한다.

(2) 심사 기준. 헌법재판소는 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우와 차별로 관련 기본권에 중대한 제한이 생기는 경우 엄격한 비례성 심사를 한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조). 연령은 헌법이 특별히 열거한 차별금지 사유는 아니지만, 이 제도는 일자리를 얻을 기회라는 직업선택의 자유에 중대한 제한을 가하므로 엄격한 비례성 심사가 타당하다.

(3) 판단. 청년층 실업 해소는 정당한 목적이고 연령 기준은 이를 위한 적합한 수단이다. 그러나 30%라는 높은 할당률을 민간 부문까지 일률 적용하는 것은 30세 이상 구직자, 특히 장기 실업 상태의 30대에게 과도한 불이익을 준다. 할당 기간을 한시적으로 정하거나 비율을 낮추는 등 차별 효과를 줄이는 방법이 가

능하므로 차별 취급의 비례성이 인정되지 않는다. 헌법재판소가 공공기관에 한정하여 정원의 낮은 비율(3%)을 한시적으로 청년에게 할당한 제도를 합헌으로 본 것과 비교하면, 이 제도는 범위와 강도에서 차이가 크다. 따라서 평등권을 침해한다.

V. 부담금이 헌법이 예정하지 않은 공과금인지

헌법은 조세(제38조, 제59조)만을 명시하지만, 헌법재판소는 부담금을 조세와 구별되는 공과금으로서 허용한다. 다만 부담금은 조세에 대한 관계에서 예외적으로만 쓰여야 하고, 재정조달목적 부담금은 특정 집단에게만 부과되며 그 집단이 부과 목적과 객관적으로 밀접한 관련(집단적 책임성)이 있고 부담금이 그 집단을 위해 쓰일 것 등을 요구한다. 반면 고용부담금처럼 의무 불이행에 대한 경제적 유도 수단인 정책 실현목적 부담금은 부과 자체로 목적이 실현되므로 이 요건이 완화된다. 장애인고용부담금처럼 이미 같은 구조의 부담금이 운영되고 있기도 하다. 따라서 고용부담금이 조세가 아니라는 이유만으로 그 자체가 위헌인 것은 아니다.

VI. 국가의 고용증진의무 위반 여부

헌법 제32조 제1항 후문은 국가가 사회적·경제적 방법으로 고용의 증진에 노력하여야 한다고 규정한다. 이는 국가에 노력의무를 지우는 객관적 규범으로서 수단 선택에는 넓은 형성의 자유가 있다. 의무를 이행하지 않은 기업에서 부담금을 거두어 청년고용 사업에 쓰는 것은 의무 불이행 집단에 책임을 지우는 것이 지 국가가 자신의 과제를 포기하고 전가하는 것이 아니며, 오히려 고용증진의무를 이행하는 한 방법이다. 따라서 이 주장은 타당하지 않다.

VII. 결론

부담금이라는 형식(넷째 쟁점)과 수입의 지출 방식(다섯째 쟁점)은 헌법에 위반되지 않는다. 그러나 민간 기업에까지 신규 채용의 30%를 일률적으로 청년에게 할당하고 그 핵심 내용과 부담금 산정을 부령에 맡긴 현재의 설계는 기업의 자유와 재산권을 침해하고, 30세 이상 지원자의 평등권을 침해하므로 위헌이다. 공공기관 중심의 낮은 비율, 한시적 시행, 예외 사유와 부담금 산정 기준의 법률 규정이 보완되어야 한다.

근거: 헌법 제11조, 제15조, 제23조, 제32조 제1항, 제37조 제2항, 제75조, 제95조, 제119조 제1항 · 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363(엄격한 비례성 심사) · 부담금의 헌법적 허용 요건

제3장

표현·결사·집회의 자유

법령소원의 적법요건 · 알권리와 개인정보 · 결사의 자유 · 집회 장소 · 허가제 금지 · 조례와 법률유보 | 기출 4

문항: 2017-1, 2019-2, 2023-3, 2024-1

이 장에서 다루는 내용

3-1 핵심 개념	33
3-2 기출 풀이	36
2017 제1문 교원 단체가입 정보 비공개와 학부모의 알권리	36
2019 제2문 법원 인근 집회 금지	39
2023 제3문 폭력 전력을 이유로 한 집회금지 통고	41
2024 제1문 광장 사용 허가 조례와 집회의 자유	43

3-1 핵심 개념

정신적 자유 가운데 입법고시는 특히 **집회의 자유**를 반복해서 묻는다(2019, 2023, 2024). 장소 제한(법원 인근, 광장), 사전 제한(금지 통고), 제한의 형식(조례)이 각각 다른 각도에서 출제되었다. 2017-1은 알권리와 개인정보자기결정권, 결사의 자유가 충돌하는 사안이다. 이 장은 정신적 자유 사례의 적법요건(법령소원, 제68조 제2항)도 함께 정리한다.

법령소원의 적법요건

법령 자체를 대상으로 하는 제68조 제1항 헌법소원은 ① 자기관련성: 원칙적으로 법령의 수범자여야 하나, 제3자도 법령의 목적과 실질적 규율 대상, 기본권 제한의 정도에 비추어 법적으로 불이익을 받으면 인정된다. 단체는 자신의 기본권 침해만 주장할 수 있고 구성원을 대신하여 청구할 수 없다. ② 직접성: 집행 행위 없이 법령 자체로 기본권이 제한되어야 한다. 다만 집행행위가 법령에 따라 재량 없이 기계적으로 행해지거나, 집행행위에 대한 구제절차가 없거나 실효성이 없는 경우에는 직접성이 인정된다. ③ 현재성, 청구기간, 보충성(법령에는 다른 구제절차가 없으므로 문제되지 않음)도 확인한다.

대립 구도

직접 수범자 ↔ 제3자(실질적 규율 대상)

쓰이는 기출 2017-1, 2024-1

답안 속 문장

“을은 구성원의 자녀교육에 관한 이익을 주장하므로 자기 기본권의 침해를 주장하는 것이 아니어서 자기관련성이 인정되지 않는다.”

알권리와 개인정보자기결정권

알권리는 정보에 접근·수집·처리할 자유로서 헌법 제21조의 표현의 자유에서 도출되며, 그 핵심은 국가에 대한 정보공개청구권이다. 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제, 누구에게, 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할지 스스로 결정할 권리로서 제10조와 제17조 등에 근거한다. 정당·노동조합 가입 여부처럼 정치적 견해와 결사에 관한 정보는 특히 민감하다. 두 권리가 충돌하면 헌법재판소는 이익형량과 규범조화적 해석을 거쳐, 한쪽을 제한하는 입법이 과잉금지원칙을 지켰는지로 판단한다.

대립 구도

학부모의 알권리·자녀교육권 ↔ 교원의 개인정보자기결정권

쓰이는 기출 2017-1

답안 속 문장

“이 사건은 학부모의 알권리와 교원의 개인정보자기결정권이 충돌하는 경우이므로, 규범조화적 해석을 바탕으로 과잉금지원칙에 따라 판단한다.”

결사의 자유

결사의 자유(제21조 제1항)는 단체를 결성하고, 가입·탈퇴하며, 단체로서 존속·활동할 자유이다. 소극적으로 가입하지 않을 자유도 포함한다. 구성원 명단의 공개처럼 직접 금지하지 않더라도 가입을 꺼리게 만든다.

는 위축효과는 결사의 자유에 대한 사실상의 제한이 된다. 정당(제8조)과 노동조합(제33조)은 각각 특별 규정의 보호를 받는다.

대립 구도

적극적 결사의 자유 ↔ 소극적 결사의 자유

쓰이는 기출 2017-1

답안 속 문장

“구성원의 단체 가입 사실이 공개되면 가입 자체가 감시와 불이익의 대상이 되어 결사의 자유가 위축된다.”

집회의 자유와 장소 선택

집회의 자유(제21조 제1항)는 집회의 시간·장소·방법·목적 등을 스스로 결정할 자유를 포함한다. 집회 장소는 항의 대상과의 근접성 때문에 집회의 목적 달성에 결정적 의미를 가지므로, 장소 선택의 자유는 집회의 자유의 핵심이다. 특정 장소 인근의 절대적 집회 금지는 그 장소의 기능을 해칠 위험이 없는 집회까지 금지하는지, 개별 위험에 대응하는 덜 제한적인 수단이 있는지로 최소성을 심사한다. 헌법재판소는 국회의사당과 각급 법원 인근의 일률적 집회 금지에 대해 헌법불합치결정을 하였고, 그 후 집시법은 예외적 허용 규정을 두었다.

대립 구도

장소의 기능 보호 ↔ 상징적 장소에서의 의견 표명

쓰이는 기출 2019-2, 2023-3, 2024-1

답안 속 문장

“이 조항은 법원의 기능을 해칠 위험이 없는 집회까지 일률적으로 금지하므로 침해의 최소성을 갖추지 못하였다.”

집회 허가제 금지와 신고제

헌법 제21조 제2항은 집회에 대한 허가를 인정하지 않는다. 금지되는 허가는 집회를 일반적으로 금지한 뒤 행정청이 사전에 그 내용 등을 심사하여 재량으로 금지를 해제하는 제도이다. 반면 집시법의 신고제는 행정청이 집회 정보를 미리 알고 질서 유지 등을 준비하게 하는 협력의무이고, 금지 통고는 법률이 정한 요건이 있을 때만 하는 예외적 조치이므로 허가제가 아니다. 다만 법률 요건 없이 행정청의 판단으로 집회를 사전에 막으면 그 운용은 실질적 허가제가 된다. 헌법재판소는 야간 옥외집회를 원칙 금지하고 경찰서장의 허용에 맡긴 조항을 다루며 이 쟁점을 논하였다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25).

대립 구도

허가(일반적 금지 + 재량 해제) ↔ 신고(협력의무 + 요건부 예외적 금지)

쓰이는 기출 2023-3

답안 속 문장

“집회금지 통고는 법률이 정한 요건에 해당할 때만 하는 예외적 조치이므로 그 자체로는 허가제가 아니지만, 요건 없이 과거 전력만으로 한 통고는 실질적으로 허가제처럼 기능한다.”

조례와 법률유보

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체가 ‘법령의 범위 안에서’ 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하고, 지방자치법 제28조 제1항 단서는 주민의 권리 제한·의무 부과·벌칙에 관한 조례에는 법률의 위임이 있어야 한다고 정한다. 조례는 지방의회의 민주적 정당성에 근거하므로 위임은 포괄적인 것으로 족하다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등). 공공시설의 관리(사용 절차·시간·사용료)는 자치사무로 조례로 정할 수 있으나, 특정 기본권 행사를 그 목적을 이유로 배제하는 것은 ‘권리 제한’으로서 위임이 필요하다.

대립 구도

공공시설 관리(자치사무) ↔ 주민의 기본권 제한(법률 위임 필요)

쓰이는 기출 2024-1

답안 속 문장

“이 사건 조례 조항은 시설 관리를 넘어 집회라는 기본권 행사를 전면 배제하므로 주민의 권리 제한에 해당하고, 법률의 위임이 필요하다.”

제68조 제2항 헌법소원의 적법요건

① 당사자가 위헌법률심판 제청신청을 하였다가 기각(또는 각하)되었을 것, ② 재판의 전제성, ③ 기각 결정을 통지받은 날부터 30일 이내 청구(헌법재판소법 제69조 제2항), ④ 변호사 대리(제25조 제3항). 제청신청 기각 후 당해 사건의 소송절차에서 같은 사유로 다시 제청신청을 할 수 없다(제68조 제2항 후문). 이 헌법소원은 재판을 정지시키지 않으므로 당해 사건이 먼저 확정될 수 있고, 인용되면 재심이 가능하다(제75조 제7항).

대립 구도

제68조 제1항(기본권 침해 구제) ↔ 제68조 제2항(위헌법률심판형)

쓰이는 기출 2019-2, 2021-1, 2023-2, 2024-2

답안 속 문장

“甲은 제청신청 기각 결정일로부터 30일 이내에 청구하였고, 이 사건 법률조항은 당해 형사사건에 적용되어 위헌 시 무죄가 선고되므로 재판의 전제성도 인정된다.”

3-2 기출 풀이

2017 제1문

교원 단체가입 정보 비공개와 학부모의 알권리

50점 · 소문 2개(세부 4) · 자기관련성·직접성, 알권리, 개인정보자기결정권, 결사의 자유

제1문.

갑은 A중학교 2학년 아들을 둔 학부모이다. 을은 A중학교에 다니는 자녀를 둔 학부모들을 구성원으로 하는 ‘진정한 교육실현을 위한 모임’이다. 갑과 을은 자신 및 구성원의 자녀가 다니는 학교의 교사들이 정당, 노동조합, 교원단체 및 기타 단체에 가입해 활동하고 있는지 여부가 자신의 자녀교육과 구성원의 자녀교육에 지대한 영향을 미친다고 생각하고 있다. 갑과 을은 관할 교육청에 A중학교 교사들 각각의 단체가입 현황을 공개해 달라고 청구하였다. 관할교육청은 “이 법에 따라 공시 또는 제공되는 정보는 학생 및 교원의 개인정보를 포함하여서는 아니 된다”는 「교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법」 규정에 의거하여 정보공개를 거부하였다. 이에 갑과 을은 위 법률 규정이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

1. 갑과 을의 심판청구의 자기관련성 및 직접성을 판단하시오. (15점)

2. 갑 주장의 헌법적 타당성을 검토하시오. (35점)

(1) 제한되는 기본권과 심사방법 (10점)

(2) 제한목적의 정당성 (5점)

(3) 제한의 비례성 (10점)

(4) 단체의 구성원 개인정보를 공개하는 것에 대해 결사의 자유 측면에서 검토하시오. (10점)

(50점)

출제 포인트

출제 의도 법령소원의 적법요건(자기관련성·직접성)과 기본권 충돌 사안의 심사방법을 함께 묻는다. 세부 배점이 주어져 있으므로 각 항목의 분량을 배점에 맞추어야 한다. **연결 개념** 단체의 자기관련성, 집행행위가 있는 경우의 직접성 예외, 알권리, 개인정보자기결정권, 결사의 자유의 위축효과. **함정** 을(단체)의 자기관련성을 갑과 같이 인정하면 감점된다. 2(4)는 갑의 주장을 돕는 논점이 아니라 비공개를 정당화하는 논점이라는 점에 주의한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
1	갑·을 · 자기관련성, 직접성	헌법재판소법 제68조 제1항 · 단체의 자기관련성 · 직접성 예외	갑 인정, 을 부정	약 800자
2(1)	갑 · 알권리·자녀교육권 ↔ 교원의 기본권	제21조, 제36조 제1항, 제10조·제17조 · 규범조화적 해석	과잉금지로 심사	약 450자
2(2)	목적의 정당성	개인정보자기결정권 보호	정당	약 200자
2(3)	적합성·최소성·균형성	민감정보, 통계 공개 등 대안	비례성 충족	약 450자
2(4)	결사의 자유 측면	제21조, 제8조, 제33조 · 위축효과	비공개의 정당성 강화	약 400자

예시답안 — 2017 제1문

I. 문제의 소재

갑과 을은 「교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법」의 개인정보 공개 금지 규정(이하 ‘이 사건 조항’)을 직접 대상으로 헌법소원을 청구하였다(법령소원). 적법요건 중 자기관련성과 직접성을 먼저 보고, 갑의 주장에 대해 제한되는 기본권과 심사방법, 목적의 정당성, 비례성, 결사의 자유 측면을 차례로 검토한다.

II. 물음 1 — 자기관련성과 직접성

(1) 자기관련성. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 자기의 기본권이 침해된 자만 청구할 수 있다. 법령의 직접 수범자가 아닌 제3자라도 법령의 목적과 실질적 규율 대상, 제한되는 기본권의 성질과 정도 등을 종합할 때 그 기본권이 법적으로 제한된다면 자기관련성이 인정된다. 이 사건 조항의 수범자는 정보를 공시·제공하는 교육기관이지만, 그 결과 학부모인 갑은 공개를 청구한 정보를 받을 수 없게 되므로 갑 자신의 알권리가 직접 제한된다. 갑의 자기관련성은 인정된다. 반면 을은 학부모들로 구성된 단체로서, 단체는 원칙적으로 자기 자신의 기본권이 침해된 경우에만 헌법소원을 청구할 수 있고 구성원을 위하거나 구성원을 대신하여 청구할 수 없다는 것이 헌법재판소의 태도이다. 을이 주장하는 것은 ‘구성원의 자녀교육’에 관한 이익이므로 을의 자기관련성은 부정된다.

(2) 직접성. 법령소원은 집행행위를 매개하지 않고 법령 자체로 기본권이 제한되어야 한다. 이 사건에서는 교육청의 공개 거부라는 집행행위가 있으나, 헌법재판소는 ① 집행행위가 있더라도 법령이 집행기관에 재량 없이 일의적으로 내용을 정하고 있어 집행행위가 법령을 단순히 실현하는 데 그치는 경우, ② 집행행위에 대한 구제절차가 없거나 권리구제의 기대가능성이 없어 우회절차를 강요하는 데 불과한 경우에는 직접성을 인정한다. 이 사건 조항은 개인정보를 ‘포함하여서는 아니 된다’고 정하여 교육청에 공개 여부의 재량을 주지 않으므로, 공개 거부는 법률 내용을 기계적으로 실현하는 것에 불과하다. 갑의 청구는 직접성도 갖추었다.

III. 물음 2 — 갑 주장의 헌법적 타당성

(1) 제한되는 기본권과 심사방법. 갑의 기본권으로는 ① 헌법 제21조에서 도출되는 알권리, 특히 정보공개청구권과 ② 헌법 제36조 제1항, 제31조 제1항 등에 근거한 부모의 자녀교육권이 제한된다. 반대편에는 교원의 개인정보자기결정권(헌법 제10조, 제17조)과 결사의 자유(제21조), 단결권(제33조)이 있어 기본권 충돌의 구조를 이룬다. 헌법재판소는 기본권이 충돌하는 경우 이익형량과 함께 두 기본권이 모두 최대한 기능할 수 있도록 하는 규범조화적 해석을 하며, 결국 한 기본권을 제한하는 입법이 과잉금지원칙(헌법 제37조 제2항)을 지켰는지를 통해 판단한다. 따라서 이 사건 조항이 갑의 알권리를 과잉 제한하는지를 비례성 심사로 검토하되, 교원의 기본권을 형량에 반영한다.

(2) 목적의 정당성. 이 사건 조항은 교원의 개인정보를 보호하여 교원이 정당·노동조합·교원단체 가입 사실만으로 낙인찍히거나 불이익을 받는 것을 막으려는 것이다. 개인정보자기결정권의 보호라는 헌법적 가치를 실현하려는 것으로 목적은 정당하다.

(3) 제한의 비례성. 교원 개인별 단체 가입 정보를 공개 대상에서 제외하는 것은 목적 달성에 적합하다. 침해의 최소성에서 보면, 정당·노동조합 가입 여부는 개인의 정치적 견해와 결사에 관한 민감한 정보로서 한번 공개되면 회복하기 어려운 피해를 낳는다. 반면 학부모가 자녀교육에 필요로 하는 것은 교원의 교육활동이 공정하고 중립적인가이며, 이는 교육과정 운영과 수업 공개, 교육행정의 감독, 학교별 가입 인원과 같이 개인을 식별할 수 없는 정보의 공개로도 상당 부분 확보할 수 있다. 법익의 균형성에서도 갑이 얻는 이익은 간접적·추상적인 데 비하여 교원이 입는 불이익은 직접적이고 중대하다. 따라서 이 사건 조항은 비례성을 갖추었다.

(4) 결사의 자유 측면. 결사의 자유는 단체를 결성하고 가입·탈퇴할 개인의 자유와 단체의 존속·활동의 자유를 보호한다. 단체 구성원 명단이 공개되면 가입 자체가 사회적 감시와 불이익의 대상이 되어 구성원은 가입을 꺼리거나 탈퇴하게 되고(위축효과), 이는 개인의 적극적 결사의 자유와 단체의 존립 자체를 위협한다. 특히 정당과 노동조합 가입은 헌법이 별도로 보장하는 정당 활동(제8조)과 단결권(제33조)과도 관련된다. 따라서 구성원 개인정보의 비공개는 결사의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 장치이기도 하며, 이는 이 사건 조항의 정당성을 강화하는 요소이다.

IV. 결론

을은 구성원의 이익을 주장하므로 자기관련성이 없어 그 청구는 부적법하고, 갑의 청구는 자기관련성과 직접성을 갖추어 적법하다. 그러나 이 사건 조항은 교원의 개인정보자기결정권과 결사의 자유를 보호하기 위한 것으로 과잉금지원칙에 위반되지 않으므로, 갑의 알권리와 자녀교육권을 침해한다는 주장은 타당하지 않다.

근거: 헌법 제10조, 제17조, 제21조, 제31조, 제33조, 제36조 제1항, 제37조 제2항 · 헌법재판소법 제68조 제1항 · 법령소원의 자기관련성·직접성 법리 · 기본권 충돌과 규범조화적 해석

2019 제2문

법원 인근 집회 금지

30점 · 소문 2개 · 제68조 제2항 적법요건, 집회 장소 선택의 자유

제2문.

甲은 2017. 5. 20. 대법원 청사의 경계지점으로부터 100미터 이내에 위치한 대검찰청 정문 앞에서 3명의 참가자와 함께 플래카드와 피켓을 들고 검찰수사를 규탄하는 내용의 구호를 제창하는 등 집회금지 장소에서 집회를 주최하였다는 공소사실로 기소되었다. 이후 甲은 1심에서 「집회 및 시위에 관한 법률」 제11조 제1호 중 ‘각급 법원’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2019. 4. 20. 기각되자 2019. 5. 6. 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하였다.

(1) 甲의 헌법소원심판청구가 적법한지 여부를 판단하시오. (7점)

(2) 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 논하시오. (23점)

(30점)

출제 포인트

출제 의도 제68조 제2항 헌법소원의 요건을 낱째 계산까지 정확히 하고, 장소에 대한 절대적 집회 금지의 위헌성을 과잉금지로 판단하게 한다. **연결 개념** 청구기간 30일, 형벌조항 위헌결정의 소급효, 집회 장소 선택의 자유, 헌법불합치. **합정** 대검찰청 앞 집회라는 사실은 ‘법원을 대상으로 하지 않는 집회까지 금지된다’는 최소성 논거로 써야 한다. 7점 소문에 지나치게 많은 분량을 쓰지 않도록 한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	甲 · 제68조 제2항 청구의 적법성	헌법재판소법 제25조 제3항, 제68조 제2항, 제69조 제2항 · 전제성	적법	약 400자
(2)	입법자 · 법원 경계 100미터 집회 금지	헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항 · 과잉금지	위헌(헌법불합치)	약 1,300자

예시답안 — 2019 제2문

I. 물음 (1) — 심판청구의 적법성

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 ① 법원에 위헌법률심판 제청을 신청하였다가 기각된 당사자가, ② 재판의 전제가 되는 법률에 대하여, ③ 기각 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에(제69조 제2항), ④ 변호사를 대리인으로 선임하여(제25조 제3항) 청구하여야 한다.

甲은 1심 형사재판에서 집시법 제11조 제1호 중 ‘각급 법원’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’)에 대해 제청신청을 하였다가 기각되었다. 甲의 공소사실은 대법원 청사 경계 100미터 이내 장소에서 집회를 주최한 것이므로 이 조항은 당해 형사사건에 적용되고, 위헌으로 결정되면 형벌조항으로서 소급하여 효력을 잃어(제47조 제3항) 무죄가 선고되므로 재판의 전제성이 인정된다. 기각 결정일(2019. 4. 20.)부터 계산하더라도 2019. 5. 6. 청구는 16일 만이어서 통지일을 기준으로 하는 청구기간 30일을 지켰다. 대리인 선임 등 나머지 요건이 갖추어졌다면 청구는 적법하다.

II. 물음 (2) — 이 사건 법률조항의 위헌 여부

- (1) 제한되는 기본권. 집회의 자유(헌법 제21조 제1항)는 집회의 시간·장소·방법·목적 등을 스스로 결정할 자유를 포함한다. 특히 집회 장소는 집회의 목적과 효과에 중요한 의미를 가지므로, 항의 대상과 가까운 장소에서 집회할 자유는 집회의 자유의 핵심 내용이다. 이 조항은 각급 법원 경계 100미터 이내의 옥외집회·시위를 예외 없이 금지하므로 집회 장소 선택의 자유를 제한한다. 이는 허가제가 아니라 법률에 의한 장소 제한이므로 과잉금지원칙에 따라 심사한다.
- (2) 목적의 정당성과 수단의 적합성. 법원이 외부의 압력에서 벗어나 재판하도록 하여 사법의 독립과 재판의 공정을 보장하고, 법원 청사의 안전과 출입을 보호하려는 목적은 정당하다. 법원 인근 집회를 금지하는 것은 이 목적 달성에 기여하므로 적합하다.
- (3) 침해의 최소성. ① 이 조항은 법원 인근이라는 이유만으로 모든 옥외집회를 금지한다. 그러나 법원을 대상으로 하지 않는 집회(이 사건처럼 대검찰청을 규탄하는 집회), 법원 업무가 없는 휴일의 집회, 소규모 집회처럼 재판의 독립이나 법원 기능을 해칠 위험이 없는 집회까지 금지된다. ② 집시법은 이미 폭력 집회의 금지, 소음 제한, 질서유지선 설정, 위험이 현실화된 집회의 해산 등 개별 수단을 두고 있다. 법원 기능을 해칠 위험이 있는 경우에 한하여 금지하고 그렇지 않은 경우를 예외로 허용하는 방식으로 입법 목적을 달성할 수 있다. 따라서 일률적·절대적 금지는 침해의 최소성에 반한다.
- (4) 법익의 균형성. 법원 기능에 대한 구체적 위험이 없는 집회까지 금지하여 얻는 공익은 크지 않은 반면, 항의 대상 인근에서 의견을 표명할 기회를 전면 박탈당하는 불이익은 크다. 법익의 균형성도 갖추지 못하였다.
- (5) 결정 형식. 이 조항은 과잉금지원칙에 위반되어 집회의 자유를 침해한다. 다만 단순위헌으로 즉시 효력을 잃게 하면 법원 기능을 실제로 해치는 집회까지 규제할 수 없는 공백이 생기므로, 입법자가 예외적 허용 범위를 정하도록 헌법불합치결정과 잠정 적용을 함께 선고하는 것이 적절하다. 헌법재판소도 2018년 같은 조항에 대해 이러한 취지로 헌법불합치결정을 하였고, 이후 집시법은 법원 기능을 해칠 우려가 없는 집회를 예외적으로 허용하도록 개정되었다.

III. 결론

甲의 헌법소원심판청구는 적법하다. 이 사건 법률조항은 법원 기능을 해칠 위험이 없는 집회까지 일률적으로 금지하여 과잉금지원칙에 위반되므로 헌법에 위반되며, 헌법불합치결정이 적절하다.

근거: 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항 · 헌법재판소법 제25조 제3항, 제47조 제3항, 제68조 제2항, 제69조 제2항 · 집회 장소 선택의 자유

2023 제3문

폭력 전력을 이유로 한 집회금지 통고

30점 · 소문 2개 · 집회의 자유의 기능, 신고제, 허가 금지

제3문.

시민단체 A는 2023. 6. 1. 국회의사당 앞에서 정부의 정책에 반대하는 집회를 개최하기 위하여 2023. 5. 18. 관할 경찰서에 집회신고를 하였다. 집회신고서를 접수한 후에 관할 경찰서장은 2023. 5. 19. A가 폭력집회 전력이 있다는 이유로 집회금지 통고(이하 '이 사건 집회금지 통고'라 한다)를 하였다.

A는 집회신고서를 접수한 후에 행해진 관할 경찰서장의 이 사건 집회금지 통고는 집회에 대한 허가를 금지하고 있는 헌법에 위반된다고 주장한다.

(1) 집회의 자유의 헌법적 의의 및 기능과 집회신고제의 의미에 대하여 서술하시오. (15점)

(2) 이 사건 집회금지 통고가 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 허가 금지에 위반되는지에 대하여 서술하시오. (15점)

(30점)

출제 포인트

출제 의도 집회의 자유의 헌법적 기능과 신고제의 성격을 설명하고, 이를 바탕으로 개별 금지 통고가 허가 금지에 반하는지 판단하게 한다. **연결 개념** 협력의무로서의 신고, 허가의 개념, 금지 통고의 법률 요건(직접적 위협의 명백성), 48시간 기한. **합정** '금지 통고 제도 = 허가제'라고 단정하거나, 반대로 '신고 후 통고이므로 무조건 합헌'으로 끝내면 안 된다. 제도 자체와 이 사건 통고의 사유(전력만)를 나누어 판단해야 한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가·무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	집회의 자유의 의의·기능, 신고제의 의미	헌법 제21조 제1항 · 협력의무	신고제는 허가제와 본질적으로 다름	약 900자
(2)	경찰서장·전력만을 이유로 한 금지 통고	헌법 제21조 제2항 · 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 · 금지 요건	제도는 합헌, 이 사건 통고는 허가 금지 취지 위반	약 1,000자

예시답안 — 2023 제3문

I. 물음 (1) — 집회의 자유의 헌법적 의의·기능과 집회신고제의 의미

(1) 의의. 집회의 자유(헌법 제21조 제1항)는 다수인이 공동의 목적을 가지고 일시적으로 모여 의견을 형성하고 표현할 자유이다. 집회의 시간·장소·방법·목적 등을 스스로 결정할 자유와 집회에 참가하거나 참가하지 않을 자유를 포함한다. 헌법재판소는 집회의 자유를 개인의 인격 발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소로 본다.

(2) 기능. ① 인격 발현 기능: 타인과 함께 모여 의견을 나누고 표현하는 것은 개인의 자기결정과 인격 발현의 한 형태이다. ② 민주적 기능: 집회는 대의기관 밖에서 여론을 형성하고 국가의사 형성에 영향을 미치는 수단으로서 대의제를 보완한다. ③ 소수자 보호 기능: 언론매체에 접근하기 어려운 사회적 소수가 자신의 주장을 사회에 알리는 거의 유일한 통로가 된다. ④ 사회 통합 기능: 불만과 비판을 공개적으로 표출하게 하여 사회적 갈등을 해소하는 안전판 역할을 한다.

(3) 집회신고제의 의미. 집시법은 옥외집회를 하려면 일정 기간 전에 관할 경찰서장에게 신고하도록 한다. 신고제는 행정청이 집회의 시간·장소·규모를 미리 알고 교통 소통, 다른 집회와의 조정, 질서 유지 등 필

요한 조치를 준비하게 하는 **협력의무**이다. 집회의 개최 여부를 행정청의 판단에 맡기는 것이 아니라, 신고만으로 집회를 할 수 있다는 점에서 허가제와 본질적으로 다르다. 따라서 신고제는 집회의 자유를 원칙적으로 보장하면서 다른 법익과 조화시키기 위한 절차이며, 신고를 하지 않았다는 사정만으로 집회 전체를 위법하다고 보거나 곧바로 해산할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.

II. 물음 (2) — 이 사건 집회금지 통고와 허가 금지

(1) 허가 금지의 의미. 헌법 제21조 제2항은 집회에 대한 허가를 인정하지 않는다. 여기서 금지되는 ‘허가’란 집회를 일반적으로 금지한 뒤 행정청이 사전에 집회의 내용 등을 심사하여 재량으로 그 금지를 해제하는 제도를 말한다. 헌법재판소는 야간 옥외집회를 원칙적으로 금지하고 관할 경찰서장의 허용에 걸리게 한 조항에 대해 위헌 여부를 판단하면서(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25) 이 개념을 논하였다.

(2) 집회금지 통고 제도의 성격. 집시법상 금지 통고는 신고된 집회가 법률이 정한 금지 요건(해산된 정당의 목적 달성을 위한 집회, 집단적 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회, 금지 장소의 집회 등)에 해당하는 경우에 한하여, 신고서 접수 후 48시간 이내에 하는 예외적 조치이다. 집회는 원칙적으로 허용되고 법률이 정한 요건이 있을 때만 금지되며, 이의신청과 행정소송으로 다룰 수 있다. 따라서 금지 통고 제도 자체는 행정청의 재량에 의한 사전허가가 아니므로 헌법 제21조 제2항에 위반되지 않는다. 이 사건 통고도 접수 다음 날 이루어져 기간 요건은 지켰다.

(3) 이 사건 통고의 검토. 그러나 이 사건 통고의 사유는 A가 ‘폭력집회 전력’이 있다’는 것뿐이다. 금지 요건은 이번에 신고된 집회가 집단적 폭행 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 ‘명백한’ 경우이며, 과거의 전력은 그 판단의 한 자료일 수는 있어도 그 자체로 명백한 위협을 증명하지 않는다. 신고된 집회의 목적·규모·방법에 비추어 구체적 위협을 인정할 사정이 없다면, 이 통고는 법률이 정한 요건 없이 경찰서장이 단체의 성향과 과거를 기준으로 사전에 집회를 막은 것이 된다. 이는 형식은 금지 통고이지만 실질은 행정청의 재량적 판단에 집회 개최를 맡기는 허가제처럼 기능한다. 또한 집회 장소인 국회의사당 인근에 관한 장소 제한은 이 통고의 사유가 아니므로 통고를 정당화할 수 없다.

(4) 소결. 집회금지 통고 제도 자체는 허가제가 아니지만, 이 사건 통고는 법률상 금지 요건을 갖추지 못한 채 과거 전력만으로 집회를 사전에 금지하였으므로 집회에 대한 허가를 금지한 헌법 제21조 제2항의 취지에 반하고, 집회의 자유를 침해하는 위법한 처분이다.

근거: 헌법 제21조 제1항·제2항 · 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 · 집시법상 신고제(협력의무)와 금지 통고의 요건

2024 제1문

광장 사용 허가 조례와 집회의 자유

50점 · 소문 2개 · 조례와 법률유보, 과잉금지, 집회 장소 선택

제1문.

A시는 시(市)청사 부지 가장자리에 ‘시민 마당’이라는 이름의 광장을 조성하고 시청 앞 도로 건너편에 ‘아쿠아 광장’을 조성하여 이들 광장을 통행로로 연결하고서 시민 마당과 아쿠아 광장 일대의 명칭을 ‘A사랑정원’이라 정하고, 그 사용·관리에 필요한 사항을 규율하기 위하여 2024. 3. 25. 「A사랑정원의 사용 및 관리에 관한 조례」를 제정하였으며, 2024. 5. 1.부터 A사랑정원을 일반인에게 개방하였다. A시에 거주하는 甲은 2024. 5. 13. 시민 마당에서 ‘A사랑정원, 모두가 함께 하는 정원’이라는 명칭의 집회를 개최하기로 하고 시민 마당에 대한 사용허가 신청을 하였으나, A시장은 시민 마당에서 집회 또는 시위를 하려 하는 경우 그 사용허가를 할 수 없다고 규정한 「A사랑정원의 사용 및 관리에 관한 조례」 제6조제1항제5호가목(이하 ‘이 사건 조례 조항’이라 한다)을 근거로 사용을 허가하지 않았다. 甲은 이 사건 조례 조항이 집회의 자유를 침해한다고 주장하면서, 헌법소원심판을 청구하였다.

(1) 이 사건 조례 조항이 법률유보원칙에 위반되는지 여부를 판단하시오. (20점)

(2) 이 사건 조례 조항이 과잉금지원칙에 위반되어 집회의 자유를 침해하는지 여부를 판단하시오. (30점)

〈참조 조문〉

※ 아래 조문은 가상의 것임.

「A사랑정원의 사용 및 관리에 관한 조례」(2024. 3. 25. A시 조례 제3100호로 제정된 것)

제1조(목적) 이 조례는 시민의 건전한 여가 및 문화 활동과 공익적 행사, 국가 또는 지방자치단체의 행사 등을 위한 A사랑정원의 사용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제5조(사용허가 신청) ① A사랑정원을 사용하려는 자(이하 “신청자”라 한다)는 사용목적과 일시, 신청자의 성명과 주소, 사용예정인원, 안전관리계획 등을 포함한 별지 제1호서식의 A사랑정원 사용허가 신청서를 사용하려는 날의 60일 전부터 10일 전까지 직접 방문하거나 우편·모사전송·전자우편 등의 방법으로 시장에게 제출하여야 한다.

② 시장은 국가 또는 지방자치단체가 주관하는 연례적인 기념행사 및 충분한 사전준비와 홍보 등이 필요한 행사, 공익을 위하여 긴급하게 필요하다고 인정하는 행사, 아쿠아 광장에서의 집회는 제1항에도 불구하고 사용허가 신청 기간의 제한을 두지 아니할 수 있다.

③ 시장은 제2항에 따라 A사랑정원 사용허가 신청서가 제출되면 제14조에 따른 A사랑정원 운영심의위원회(이하 “위원회”라 한다)의 심의를 거쳐 A사랑정원 사용일을 미리 확정할 수 있다.

제6조(사용허가 또는 제한) ① 시장은 제5조에 따른 신청이 있는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당되지 않은 경우에 한하여 허가할 수 있다.

1. 시민의 건전한 여가 및 문화 활동과 공익적 행사 등을 위한 A사랑정원의 조성 목적에 위배되거나 다른 법령 등에 따라 이용이 제한되는 경우
2. 영리 행위를 목적으로 사용하고자 하는 경우
3. 동일 목적의 행사를 위해 10일 이상 연속적으로 A사랑정원을 사용하려 하거나, 연간 사용일수가 30일을 초과하여 신청한 경우
4. A사랑정원에 대한 청소, 정비, 보수 등의 기간에 해당하는 때
5. A사랑정원의 시민 마당을 사용하고자 하는 사항 중 다음 각 목에 해당하는 경우
 - 가. 집회 또는 시위
 - 나. 기타 공공질서와 선량한 풍속 등을 해할 우려가 있거나 사회적 갈등이 예상되어 제14조에 따른 위원회에서 허가하지 아니하는 것으로 결정한 경우

(50점)

출제 포인트

출제 의도 조례에 의한 기본권 제한의 형식적 요건(법률유보)과 실질적 요건(과잉금지)을 단계적으로 판단하게 한다. **연결 개념** 헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제28조 제1항 단서, 조례 위임의 포괄성, 공공시설 관리권, 집회 장소 선택의 자유, 서울광장 사건(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406). **합정** ‘조례는 포괄위임으로 족하다’는 법리를 쓰고 곧바로 합헌으로 가면 안 된다. 포괄위임이든 구체적 위임이든 ‘위임 자체’가 있는지를 먼저 보아야 한다. 아쿠아 광장에서의 집회가 허용된다는 사실(제5조 제2항)은 반론으로 다루어 반박한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	A시 · 조례로 집회 금지	헌법 제37조 제2항, 제117조 제1항 · 지방자치법 제28조 제1항 · 헌재 92헌마264 등	법률유보 위반	약 1,100자
(2)	시민 마당 집회 전면 금지	헌법 제21조 · 과잉금지 · 조례 제6조의 개별 제한 수단 · 헌재 2009헌마406	집회의 자유 침해	약 1,400자

예시답안 — 2024 제1문**I. 문제의 소재**

이 사건 조례 조항은 A사랑정원 중 시민 마당에서 집회·시위를 하려는 경우 사용허가를 할 수 없도록 한다. 甲은 이 조항에 근거하여 사용허가를 받지 못하였다. ① 조례로 집회의 자유를 제한하면서 법률의 위임을 받았는지(법률유보원칙), ② 그 제한이 과잉금지원칙에 위반되는지가 문제된다.

II. 물음 (1) — 법률유보원칙 위반 여부

(1) 조례와 법률유보. 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 법률의 근거를 요구하고, 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 정한다. 지방자치법 제28조 제1항은 이를 받아 조례 제정권을 인정하면서, 단서에서 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정한다. 다만 헌법재판소는 조례가 지방의회의 민주적 정당성에 근거한 자치입법이라는 점에서, 조례에 대한 위임은 구체적일 필요 없이 포괄적인 것으로 족하다고 본다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등).

(2) 이 사건 조례 조항이 기본권 제한인지. A시는 이 조항이 공공시설의 관리에 관한 사항이므로 법률의 위임이 필요 없다고 주장할 수 있다. 공공시설의 설치·관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정할 수 있으므로, 사용 시간·절차·사용료 같은 시설 관리 사항은 그 범위에 속한다. 그러나 이 조항은 시설의 관리 방법을 정하는 데 그치지 않고, 일반인에게 개방된 광장에서 ‘집회 또는 시위’라는 특정 기본권 행사를 그 목적을 이유로 전면 배제한다. 이는 주민의 집회의 자유를 직접 제한하는 것으로서 지방자치법 제28조 제1항 단서의 ‘주민의 권리 제한’에 해당한다.

(3) 법률의 위임 여부. 집회의 장소적 제한은 집시법이 정하고 있는데, 집시법은 금지 장소를 직접 열거할 뿐 지방자치단체가 조례로 집회 금지 장소를 추가할 수 있도록 위임하지 않는다. 공공시설의 관리를 조례에 맡기는 일반 규정이나 공유재산의 사용허가에 관한 규정도 시설의 효율적 관리를 위한 것이지, 특정 장소에서 집회를 금지할 권한까지 위임한 것으로 볼 수 없다. 포괄위임으로 족하다는 법리를 적용하더라도 집회의 자유를 제한할 수 있다는 취지의 위임 자체가 없다.

(4) 소결. 이 사건 조례 조항은 법률의 위임 없이 주민의 집회의 자유를 제한하므로 법률유보원칙에 위반된다. 집회 장소에 관한 규율을 집시법이 정하고 있다는 점에서 법률우위의 관점에서도 문제가 있다.

III. 물음 (2) — 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 제한되는 기본권. 집회의 자유는 집회 장소를 선택할 자유를 포함한다. 시청사 부지에 있는 시민 마당은 시청에 관한 의견을 표명하기에 상징성이 큰 장소이고, 甲의 집회는 바로 A사랑정원의 운영을 주제로 한다. 이 조항은 시민 마당에서의 집회를 예외 없이 금지하므로 집회 장소 선택의 자유를 제한한다.

(2) 목적의 정당성과 수단의 적합성. 시민 마당을 시민의 여가·문화 활동 공간으로 유지하고, 시청사의 기능과 이용자의 안전을 보호하며, 이용자 사이의 충돌을 막으려는 목적은 정당하다. 집회를 배제하면 이러한 목적 달성에 어느 정도 기여하므로 수단도 적합하다.

(3) 침해의 최소성. ① 이 조항은 집회의 규모·목적·시간·방법을 묻지 않고, 시민 마당에서의 모든 집회를 일률적으로 금지한다. 소규모 평화적 집회나 시청 업무가 없는 시간대의 집회처럼 여가 공간의 기능이나 시청사 기능을 해칠 위험이 없는 집회까지 배제된다. ② 조례는 이미 조성 목적에 반하는 경우(제6조 제1항 제1호), 장기·과다 사용(제3호), 공공질서를 해할 우려가 있어 위원회가 불허를 결정한 경우(제5호 나목) 등 개별 심사로 사용을 제한할 수단을 갖추고 있고, 집시법도 소음 제한, 질서유지선, 위험한 집회의 금지·해산을 규정한다. 이러한 수단으로 충분히 목적을 달성할 수 있다. ③ 아쿠아 광장에서 집회를 할 수 있다는 점이 대체 수단이 될 수 있다는 반론이 있으나, 도로 건너편의 다른 장소는 시청사와 인접한 시민 마당이 갖는 상징성과 전달 효과를 대신하지 못하며, 집회 장소의 선택은 집회의 자유의 본질적 내용과 밀접하다. 따라서 침해의 최소성을 충족하지 못한다.

(4) 법익의 균형성. 위험이 없는 집회까지 금지하여 얻는 여가 공간 보호의 이익은 크지 않은 반면, 시청에 관한 의견을 상징적 장소에서 표명할 기회를 전면 상실하는 불이익은 중대하다. 헌법재판소가 서울광장 통행을 전면 제지한 조치에 대해, 광장에서의 활동을 전면 봉쇄하기보다 위험한 행위만 개별적으로 막는 덜 침해적인 수단이 있었다는 이유로 기본권 침해를 인정한 것(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406)도 같은 맥락이다. 법익의 균형성도 인정되지 않는다.

(5) 소결. 이 사건 조례 조항은 과잉금지원칙에 위반되어 甲의 집회의 자유를 침해한다.

IV. 결론

이 사건 조례 조항은 법률의 위임 없이 집회의 자유를 제한하여 법률유보원칙에 위반되고, 시민 마당에서의 모든 집회를 일률적으로 금지하여 과잉금지원칙에도 위반되므로 甲의 집회의 자유를 침해한다.

근거: 헌법 제21조, 제37조 제2항, 제117조 제1항·지방자치법 제28조 제1항·헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등(조례 위임의 포괄성)·헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406(서울광장)

제4장

정치적 기본권과 평등

선거운동의 자유 · 법정형과 책임주의 · 평등권 심사기준 · 정치자금과 후원회 | 기출 2문항: 2021-1, 2024-3
(관련: 2019-1 평등권)

이 장에서 다루는 내용

4-1 핵심 개념	47
4-2 기출 풀이	49
2021 제1문 지방의원의 지위 이용 선거운동과 매수죄	49
2024 제3문 지방의회의원선거 후보자의 후원회 배제	52

4-1 핵심 개념

정치 영역의 기본권 사례는 선거운동 규제와 정치자금 규제가 중심이다. 입법고시는 국회 소속 공무원을 뽑는 시험이므로 공직선거법·정치자금법 조항이 자주 소재가 된다. 평등권 심사의 틀은 2019-1(청년의무고용, 제2장)에서도 쓰이므로 이 장에서 함께 정리한다.

선거운동의 자유

선거운동의 자유는 표현의 자유(제21조)의 한 형태이자 선거권(제24조) 행사의 전제로서 정치적 표현의 자유의 핵심이다. 공직선거법은 선거운동을 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위로 정의한다(제58조 제1항). 선거운동 제한은 선거의 공정(제116조 제1항)과 공무원의 정치적 중립(제7조 제2항)을 근거로 정당화될 수 있으나, 과잉금지원칙을 지켜야 한다. 정치적 공무원(국회의원·지방의회의원)은 일반적 선거운동이 허용되고, 그 ‘지위를 이용한’ 선거운동만 금지된다.

대립 구도

선거운동의 자유 ↔ 선거의 공정·공무원의 중립

쓰이는 기출 2021-1

답안 속 문장

“이 조항은 지방의회의원의 선거운동 일반이 아니라 그 지위에서 나오는 영향력을 선거에 결부시키는 행위만을 금지하므로 침해의 최소성을 갖추었다.”

법정형과 책임주의

어떤 행위를 범죄로 정하고 어떤 형벌을 과할지는 입법자의 넓은 재량에 속한다. 법정형이 위헌이 되는 것은 ① 형벌 체계상 균형을 현저히 잃었거나, ② 책임과 형벌 사이의 비례원칙을 명백히 이탈한 경우이다. 징역형만 규정하였더라도 하한이 없어 집행유예·선고유예가 가능하다면 법관의 양형으로 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 점이 합헌 논거가 된다.

대립 구도

입법재량 ↔ 책임과 형벌의 비례원칙

쓰이는 기출 2021-1

답안 속 문장

“법정형은 5년 이하의 징역으로 하한이 없어 법관이 구체적 사안에 맞는 형을 정할 수 있으므로 책임에 비해 과도하다고 볼 수 없다.”

평등권의 심사기준

평등권(제11조 제1항) 심사는 ① 비교집단의 설정(본질적으로 같은 것을 다르게 취급하는지), ② 심사기준의 선택, ③ 차별의 정당성 판단 순서로 한다. 원칙은 **자의금지원칙**(차별에 합리적 이유가 있는지)이고, ① 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우(차별금지 사유·영역)나 ② 차별로 관련 기본권에 중대한 제한이 생기는 경우에는 **엄격한 비례성 심사**를 한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363). 수혜적 법률의 평등 위반은 대개 헌법불합치결정으로 이어진다.

대립 구도

자의금지(합리적 이유) ↔ 엄격한 비례성 심사

쓰이는 기출 2024-3, 2019-1

답안 속 문장

“지역구 국회의원선거 후보자와 지방의회의원선거 후보자는 지역 주민의 대표로 선출되기 위해 정치자금을 필요로 한다는 점에서 본질적으로 같은 집단이다.”

정치자금과 후원회

후원회는 정치자금을 투명하게 조달하게 하고, 자금력이 부족한 사람도 소액 후원으로 정치에 참여할 수 있게 하는 제도이다. 후원회 지정 여부의 차별은 후보자의 선거운동 기회와 공무담임권의 실질적 보장에 영향을 준다. 부패 우려는 후원 한도, 회계 보고·공개, 선거관리위원회의 감독으로 통제할 수 있다는 점이 차별을 정당화하기 어렵게 만든다.

대립 구도

정치자금의 투명성·기회 균등 ↔ 정치 부패 방지

쓰이는 기출 2024-3

답안 속 문장

“같은 지방선거의 지방자치단체장후보자등에게는 후원회를 허용하면서 지방의회의원선거 후보자만 제외할 합리적 이유를 찾기 어렵다.”

4-2 기출 풀이

2021 제1문

지방의원의 지위 이용 선거운동과 매수죄

50점 · 소문 2개 · 정치적 표현의 자유, 법정형, 명확성원칙

제1문.

甲은 A도의회 의원으로서, 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원 선거에 출마한 乙 후보의 등록된 선거사무원이다. A체육회는 A도의회 산하 문화체육위원회의 예산 지원 등 행정사무감사를 받는 단체이다.

甲은 2016. 4. 7. A체육회 사무처장, A체육회 소속 자전거협회 사무국장, 게이트볼협회 사무국장, 등산협회 회장, 파크골프협회 회장 등에게 선거운동에 이용할 목적으로 乙 후보가 국회의원예 당선될 수 있도록 도와주면 A체육회의 예산 삭감을 막고 예산을 더 지원해줄 것처럼 재산상 이익 제공의 의사를 표시함과 동시에 A도의회 의원이라는 공무원의 지위를 이용하여 乙을 위하여 선거운동을 하였다는 공직선거법위반 혐의로 기소되어, 2017. 5. 19. 징역 4월에 집행유예 1년을 선고받았다. 甲은 항소하였고, 항소가 기각되자 상고하였다.

甲은 상고심 계속 중 「공직선거법」 제85조 제2항, 제255조 제3항 제2호 및 「공직선거법」 제230조 제1항 제2호 중 ‘선거운동에 이용할 목적’, ‘재산상의 이익’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2017. 12. 22. 그 신청이 기각되자, 2018. 1. 5. 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

(1) 甲은 공무원인 지방의회의원이 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없도록 한 「공직선거법」 제85조 제2항과, 벌금형의 가능성을 배제하고 5년 이하의 징역형만을 법정형으로 규정한 「공직선거법」 제255조 제3항 제2호가 과잉금지원칙을 위반하여 甲의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지 판단하시오. (30점)

(2) 甲은 선거운동에 이용할 목적으로 기관·단체·시설에 금전·물품 등 재산상의 이익을 제공하거나 제공의 의사표시, 약속한 자를 처벌하는 「공직선거법」 제230조 제1항 제2호의 ‘선거운동에 이용할 목적’, ‘재산상 이익’ 부분이 헌법상 명확성원칙을 위반한다고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지 판단하시오. (20점)

〈참조 조문〉

「공직선거법」

제85조(공무원 등의 선거관련 등 금지) ② 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

제230조(매수 및 이해유도죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 선거운동에 이용할 목적으로 학교, 그 밖에 공공기관·사회단체·종교단체·노동단체·청년단체·여성단체·노인단체·재향군인단체·씨족단체 등의 기관·단체·시설에 금전·물품 등 재산상의 이익을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자

제255조(부정선거운동죄) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 5년 이하의 징역에 처한다.

2. 제85조제2항을 위반하여 선거운동을 한 사람

※ 위 법령과 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선하는 것으로 할 것

(50점)

출제 포인트

출제 의도 선거 관련 형벌조항을 과잉금지(금지 규정과 법정형을 나누어)와 명확성원칙으로 각각 심사하게 한다.

연결 개념 공무원의 정치적 중립, 선거운동의 정의(제58조 제1항), 법정형 입법재량, 처벌법규의 명확성. **합정** ‘제시된 법령이 현행 법령에 우선’이라는 지시를 지켜 제시된 조문으로 판단한다. 제85조 제2항(금지)과 제255조 제3항 제2호(법정형)는 심사 논리가 다르므로 한 덩어리로 쓰지 않는다. 지방의회의원은 선거운동 자체가 금지되는 공무원이 아니라는 점이 최소성 판단의 핵심이다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가·무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	甲·지위 이용 선거운동 금지와 징역형 단일 법정형	헌법 제7조 제2항, 제21조, 제116조 제1항·과잉금지·법정형 입법재량	침해 아님	약 1,600자
(2)	‘선거운동에 이용할 목적’, ‘재산상 이익’	헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항·공직선거법 제58조 제1항	명확성 위반 아님	약 900자

예시답안 — 2021 제1문

I. 문제의 소재

甲은 제68조 제2항 헌법소원으로 ① 공무원의 지위를 이용한 선거운동을 금지하는 공직선거법 제85조 제2항과 그 위반을 징역형으로만 처벌하는 제255조 제3항 제2호가 정치적 표현의 자유를 과잉 제한하는지, ② 매수 및 이해유도죄를 정한 제230조 제1항 제2호의 ‘선거운동에 이용할 목적’, ‘재산상의 이익’이 명확성원칙에 위반되는지를 다툰다. 문제는 제시된 법령이 현행 법령에 우선한다고 하였으므로 이를 전제로 한다.

II. 물음 (1) — 제85조 제2항과 제255조 제3항 제2호

(1) 제한되는 기본권. 선거운동의 자유는 헌법 제21조의 표현의 자유의 한 형태이자 선거권 행사의 전제로서, 정치적 표현의 자유의 핵심이다. 제85조 제2항은 지방의회의원인 甲이 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동을 하는 것을 금지하므로 정치적 표현의 자유를 제한하고, 제255조 제3항 제2호는 그 위반에 징역형만을 정하여 신체의 자유와 관련된 형벌의 비례성이 문제된다.

(2) 제85조 제2항의 과잉금지 심사. ① 목적: 공무원이 직무상 가진 권한과 영향력을 선거에 동원하는 것을 막아 선거의 공정성과 공무원 직무의 공정성을 확보하려는 것이다. 헌법 제7조 제2항(공무원의 정치적 중립성), 제116조 제1항(선거운동의 균등한 기회 보장)에 비추어 정당하다. ② 적합성: 지위 이용 선거운동의 금지는 이 목적에 기여한다. ③ 최소성: 지방의회의원은 정치적 공무원으로서 공직선거법상 일반적인 선거운동은 허용되고, 이 조항은 오직 ‘지위를 이용한’ 선거운동, 즉 직무상 권한이나 지위에서 나오는 영향력을 선거운동에 결부시키는 행위만 금지한다. 금지 범위가 선거 공정을 해치는 행위 유형으로 한정되어 있다. 甲처럼 행정사무감사와 예산 심의 권한을 매개로 산하 단체 간부들에게 지지를 요구하는 행위는 그 전형이다. ④ 균형성: 甲이 잃는 것은 지위를 이용하는 특수한 방식의 선거운동뿐이고, 선거의 공정이라는 공익은 대의민주주의의 기초로서 중대하다. 따라서 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

(3) 제255조 제3항 제2호의 법정형. 어떤 행위를 범죄로 정하고 어떤 형벌을 정할지는 입법자가 그 범죄의 죄질과 보호법익, 우리의 역사와 문화, 범죄 예방 효과 등을 고려하여 결정할 넓은 입법재량에 속한다. 법정형이 형벌 체계상 균형을 현저히 잃거나 책임과 형벌의 비례원칙을 명백히 일탈한 경우에만 위헌이다. 공무원의 지위를 이용한 선거운동은 공적 권한을 사적 정치 목적에 동원하는 것으로 불법성이 크고, 벌금형으로는 당선 이익에 비해 억지 효과가 약할 수 있다. 법정형은 5년 이하의 징역으로 하한이 없어 법관이 집행유예나 선고유예를 통해 구체적 사안에 맞는 형을 정할 수 있다. 따라서 벌금형을 두지 않은 것이 책임에 비해 과도하다고 볼 수 없다. 매수 및 이해유도죄(제230조 제1항)에는 벌금형이 함께 규정되어 있어 형벌 체계상 균형을 잃었다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 지위 이용 선거운동은 공무원이라는 신분과 공적 권한을 동원한다는 점에서 일반인의 매수 행위와 불법의 성격이 다르고, 신분법에 대해 더 무거운 법정형을 정하는 것은 입법자의 합리적 선택으로 볼 수 있다.

(4) 소결. 두 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 甲의 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다. 甲의 주장은 타당하지 않다.

III. 물음 (2) — 제230조 제1항 제2호의 명확성

(1) 법리. 처벌법규의 구성요건은 명확해야 한다(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항). 다만 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이 금지되는 행위를 알 수 있고, 입법 목적과 법률 체계를 고려한 법관의 보충적 해석으로 의미를 확정할 수 있으면 명확성원칙에 반하지 않는다.

(2) ‘선거운동에 이용할 목적’. 공직선거법은 선거운동을 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위로 정의하고(제58조 제1항), 그에 해당하지 않는 행위를 따로 열거하고 있다. ‘선거운동에 이용할 목적’은 이처럼 정의된 선거운동에 기관·단체를 활용하려는 의도, 즉 재산상 이익 제공을 매개로 그 기관·단체나 구성원의 지지를 얻으려는 목적을 의미한다. 목적의 존재는 제공자와 단체의 관계, 제공 시기와 선거와의 근접성, 제공의 방법 등 객관적 사정으로 판단할 수 있고, 이에 관한 판례도 축적되어 있다.

(3) ‘재산상의 이익’. ‘금전·물품 등’이라는 예시와 결합하여 볼 때 이는 금전으로 환산할 수 있는 경제적 가치가 있는 일체의 이익을 말하며, 형법과 공직선거법 곳곳에서 같은 의미로 쓰이는 확립된 개념이다. 예산 지원이나 예산 삭감 저지의 약속처럼 단체에 경제적 이익을 귀속시키는 의사표시도 여기에 포함된다. 이는 점을 통상의 판단능력을 가진 사람이라면 알 수 있다.

(4) 소결. 두 부분은 명확성원칙에 위반되지 않으므로 甲의 주장은 타당하지 않다.

IV. 결론

공직선거법 제85조 제2항과 제255조 제3항 제2호는 과잉금지원칙에 위반되지 않고, 제230조 제1항 제2호의 ‘선거운동에 이용할 목적’, ‘재산상 이익’ 부분은 명확성원칙에 위반되지 않는다. 헌법재판소도 같은 사안에서 이들 조항을 모두 합헌으로 판단하였다.

근거: 헌법 제7조 제2항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제21조, 제37조 제2항, 제116조 제1항 · 공직선거법 제58조 제1항 · 법정형 형성의 입법재량

2024 제3문

지방의회의원선거 후보자의 후원회 배제

20점 · 단일 물음 · 평등권, 자의금지, 후원회 제도

제3문.

지방선거에 각각 도의원과 시의원으로 출마한 甲과 乙은 지방의회의원선거 후보자를 후원회지정권자의 범위에 포함하지 않은 「정치자금법」 제6조(가상의 법률 조항임)가 평등권을 침해한다며 헌법소원을 청구하였다. 「정치자금법」 제6조는 정치활동을 위한 후원회지정권자로 대통령선거 후보자와 예비후보자, 지역구 국회의원선거 후보자와 예비후보자 등을 규정하면서 지방의회의원선거 후보자는 포함하지 않았다. 국회의원선거 후보자를 후원회지정권자로 정하면서 지방의회의원선거 후보자를 후원회지정권자에 포함하지 않은 「정치자금법」 조항이 평등권을 침해한다는 주장의 근거와 결론을 제시하시오.

〈참조 조문〉

※ 아래 조문은 가상의 것임.

「정치자금법」

제6조(후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 중앙당(중앙당창당준비위원회를 포함한다)
2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)
- 2의2. 대통령선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “대통령후보자등”이라 한다)
3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “대통령선거경선후보자”라 한다)
4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “국회의원후보자등”이라 한다). 다만, 후원회를 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 중앙당 대표자 및 중앙당 최고 집행기관(그 조직형태와 관계없이 당헌으로 정하는 중앙당 최고 집행기관을 말한다)의 구성원을 선출하기 위한 당내경선후보자(이하 “당대표경선후보자등”이라 한다)
6. 지방자치단체의 장선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “지방자치단체장후보자등”이라 한다)

(20점)

출제 포인트

출제 의도 평등권 심사의 기본 순서(비교집단 → 심사기준 → 정당성)를 짧은 분량 안에 정확히 쓰게 한다. 문제는 ‘주장의 근거와 결론’을 요구하므로 청구인 측 논거를 중심으로 구성한다. **연결 개념** 자의금지원칙, 후원회 제도의 취지, 헌법불합치. **합정** 비교집단을 ‘국회의원(현직)’으로 잡으면 어긋난다. 문제가 비교하라고 한 것은 국회의원선거 후보자와 지방의회의원선거 후보자이다. 조문 제6호(지방자치단체장후보자등)를 비교 논거로 쓰는 것이 좋다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
II	甲·乙 · 비교집단과 차별	제6조 제4호·제6호 대비	차별 존재	약 300자
III	심사기준	헌법 제11조 제1항 · 자의금지	자의금지(엄밀히)	약 200자
IV	주장의 근거	후원회 취지, 선거비용, 통제 장치	합리적 이유 없음	약 450자
V	결론	헌법불합치	평등권 침해	약 200자

예시답안 — 2024 제3문

I. 문제의 소재

정치자금법 제6조는 국회의원후보자등과 지방자치단체장후보자등에게는 후원회 지정을 허용하면서 지방의회의원선거 후보자는 제외한다. 이 차별이 甲·乙의 평등권(헌법 제11조 제1항)을 침해하는지가 문제된다.

II. 비교집단과 차별의 존재

평등권 침해를 주장하려면 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하여야 한다. 지역구 국회의원선거 후보자와 지방의회의원선거 후보자는 모두 지역 선거구에서 주민의 대표로 선출되기 위해 선거운동을 하고, 그 과정에서 정치자금을 필요로 한다는 점에서 본질적으로 같은 집단이다. 그럼에도 전자만 후원회를 통해 정치자금을 모금할 수 있으므로 차별 취급이 존재한다. 같은 지방선거에 출마하는 지방자치단체장후보자등에게는 후원회를 허용하면서 지방의회의원선거 후보자만 제외한 점도 비교의 대상이 된다.

III. 심사 기준

헌법이 특별히 평등을 요구하는 영역이 아니고, 후원회 지정 여부가 곧바로 관련 기본권에 중대한 제한을 가져온다고 보기 어려우므로 원칙적으로 자의금지원칙에 따라 차별에 합리적 이유가 있는지를 심사한다. 다만 정치자금 조달 수단의 차이는 후보자의 선거운동 기회와 공무담임권의 실질적 보장에 영향을 미치므로, 합리적 이유의 존부를 엄밀히 살펴야 한다.

IV. 평등권 침해를 주장하는 근거

- (1) 후원회 제도의 취지. 후원회는 정치자금을 투명하게 조달하게 하고, 자금력이 부족한 사람도 유권자의 소액 후원으로 선거에 나설 수 있게 하여 정치 참여의 기회를 넓히려는 제도이다. 이 취지는 지방의회의원선거에도 똑같이 타당하다.
- (2) 지방의회의원선거의 비용. 지방의회의원선거도 선거운동에 상당한 비용이 들고, 후원회를 둘 수 없으면 자기 재산이 많은 사람이나 정당의 지원을 받는 사람에게 유리해져 신진 정치인과 정치 신인의 진입이 어려워진다.
- (3) 차별 이유의 부족. 선거구가 작아 비용이 적다거나 지역 유착이 우려된다는 반론이 있으나, 비용의 차이는 후원 한도를 차등하여 반영할 수 있다. 정치자금의 부정 사용 위험은 국회의원후보자에게도 마찬가지이고, 후원 한도, 회계 보고와 공개, 선거관리위원회의 감독 같은 통제 장치로 대응할 수 있다. 특히 같은 지방선거의 지방자치단체장후보자등에게는 후원회를 허용하면서 지방의회의원선거 후보자만 제외할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

V. 결론

지방의회의원선거 후보자를 후원회지정권자에서 제외한 정치자금법 제6조는 국회의원선거 후보자 및 지방자치단체장선거 후보자와 비교하여 합리적 이유 없이 차별하므로 甲과 乙의 평등권을 침해한다. 다만 위헌 부분을 어떻게 시정할지(후원 한도, 적용 범위 등)는 입법자의 형성에 맡길 사항이므로 헌법불합치 결정이 적절하다. 헌법재판소도 지방의회의원선거의 후보자를 후원회지정권자에서 제외한 규정에 대하여 같은 취지로 헌법불합치결정을 하였다.

근거: 헌법 제11조 제1항, 제25조 · 정치자금법 제6조(문제지의 가상 조문) · 자의금지원칙과 차별의 합리적 이유

제5장

국회의 조직과 의원의 지위

위원회 중심주의 · 교섭단체 · 자유위임과 정당기속 · 면책특권 · 국회 자율권 | 기출 3문항: 2016-2, 2020-2, 2021-3 (관련: 2018-3, 2023-1)

이 장에서 다루는 내용

5-1 핵심 개념	55
5-2 기출 풀이	57
2016 제2문 국회 위원회와 교섭단체	57
2020 제2문 국회 식당의 의정보고와 면책특권	59
2021 제3문 국회 자율권의 내용과 한계	61

5-1 핵심 개념

입법고시 헌법의 가장 큰 특징은 **국회**에 관한 문항이 많다는 것이다. 이 장은 국회의 조직(위원회·교섭단체)과 의원의 지위(자유위임·면책특권), 국회의 자율권을 다룬다. 같은 쟁점이 권한쟁의 사례(2018-3, 2023-1)로 다시 출제되었으므로, 이 장의 개념 카드는 제7장과 함께 읽는다.

위원회 중심주의

국회의 의안은 본회의 심의 전에 소관 위원회의 심사를 거치며, 우리 국회에서는 위원회 심사가 사실상 결론을 좌우한다. 국회법은 상임위원회, 특별위원회, 상설 특별위원회인 예산결산특별위원회(제45조)와 윤리특별위원회(제46조), 전원위원회(제63조의2), 소위원회(제57조)를 둔다. 위원회는 전문성·효율성·국정 통제·의견 수렴 기능을 하지만 본회의 형식화와 이익집단 포획의 위험이 있다.

대립 구도

위원회 중심주의(전문성) ↔ 본회의 중심주의(공개 토론)

쓰이는 기출 2016-2, 2018-3, 2023-1

답안 속 문장

“우리 국회는 위원회의 심사가 사실상 의안의 운명을 결정하는 위원회 중심주의를 취하고 있다.”

교섭단체

국회에 20명 이상의 소속 의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 되고, 다른 교섭단체에 속하지 않는 20명 이상의 의원도 따로 교섭단체를 구성할 수 있다(국회법 제33조). 교섭단체는 정당의 원내 조직이자 국회 운영에 참여하는 기관으로서, 의사일정 협의, 상임위원 선임·개선 요청(제48조), 정당 정책의 국회 반영 기능을 한다.

대립 구도

정당기속(교섭단체의 통제) ↔ 자유위임(의원 개인의 양심)

쓰이는 기출 2016-2, 2023-1

답안 속 문장

“상임위원은 교섭단체 소속 의원 수의 비율에 따라 교섭단체 대표의원의 요청으로 국회의장이 선임하거나 개선했다.”

자유위임과 정당기속

국회의원은 국민 전체의 대표자로서 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다(헌법 제46조 제2항, 자유위임 또는 무기속위임). 동시에 헌법은 정당제 민주주의(제8조)를 채택하므로, 정당과 교섭단체가 소속 의원에게 당론을 따르도록 정치적으로 영향을 미치는 것은 허용된다. 헌법재판소는 당론과 다른 의견을 가진 의원을 교섭단체의 요청에 따라 상임위원회에서 사임시킨 것을 ‘정당 내부의 사실상 강제’의 범위 안으로 보았다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1). 다만 의원직 상실이나 본회의 표결 강제처럼 법적 강제는 허용되지 않는다.

대립 구도

정당 내부의 사실상 강제(허용) ↔ 법적 강제(불허)

쓰이는 기출 2016-2, 2018-3, 2023-1

답안 속 문장

“자유위임원칙은 정당의 정치적 영향력을 배제하지 않으므로, 교섭단체 요청에 따른 위원 개선은 정당 내부의 사실상 강제의 범위 안에서 허용된다.”

면책특권

국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 않는다(헌법 제45조). 의회 기능을 보호하기 위한 제도로써 인적 처벌조각사유이며, 면책 대상 발언에 대한 공소는 공소기각 사유가 된다(대법원 1992. 9. 22. 91도3317). ‘국회에서’는 기능적 개념이고, ‘직무상 발언’에는 직무부수행 위가 포함되며 그 판단은 목적·장소·형태를 종합한다. 국회 내 징계와 정치적 책임은 면제되지 않는다.

대립 구도

직무 행위·직무부수행위(면책) ↔ 개인적 정치활동(면책 없음)

쓰이는 기출 2020-2

답안 속 문장

“‘국회에서’는 국회의사당이라는 물리적 장소가 아니라 국회의 활동이 이루어지는 곳을 뜻하는 기능적 개념이다.”

국회의 자율권

국회는 의사와 내부 규율에 관한 규칙을 제정하고(헌법 제64조 제1항), 의원의 자격을 심사·징계하며(제2항), 재적 3분의 2 이상의 찬성으로 제명할 수 있고(제3항), 이 처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없다(제4항). 내용은 규칙제정권, 의사자율권, 조직자율권, 신분자율권, 질서자율권이다. 자율권은 헌법과 법률의 범위 안에서만 인정되며, 명백한 위헌·위법으로 의원의 권한을 침해하면 권한쟁의심판의 대상이 된다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등).

대립 구도

국회의 자율적 결정 존중 ↔ 소수파 권한 보호를 위한 헌법재판

쓰이는 기출 2021-3, 2023-1

답안 속 문장

“국회의 의사 절차에 관한 결정은 원칙적으로 존중되지만, 헌법이나 법률을 명백히 위반하여 의원의 심의·표결권을 침해한 경우에는 헌법재판소의 심사 대상이 된다.”

5-2 기출 풀이

2016 제2문

국회 위원회와 교섭단체

25점 · 논술형 · 위원회 중심주의, 교섭단체, 자유위임

제2문.

국회의 위원회와 교섭단체의 기능과 역할에 관하여 논하시오.

(25점)

출제 포인트

출제 의도 국회 운영의 두 축인 위원회와 교섭단체의 제도적 의미를 설명하고 그 문제점을 헌법 원리(자유위임, 정당제 민주주의)와 연결하여 평가할 수 있는지 본다. **연결 개념** 국회법상 위원회 종류, 교섭단체 구성 요건과 기능, 자유위임, 헌재 2002헌라1. **합정** 국회법 조문 나열에 그치면 ‘논하시오’에 답하지 못한다. 각 제도의 기능과 함께 문제점과 개선 방향을 반드시 쓴다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
서론	두 제도의 위상과 헌법적 근거	헌법 제8조, 제64조 제1항	약 200자
II	위원회의 의의·종류·기능·문제점	국회법 제45조, 제46조, 제57조, 제63조의2	약 700자
III	교섭단체의 의의·성격·기능·문제점	국회법 제33조, 제48조 · 헌법 제46조 제2항 · 헌재 2002헌라1	약 700자
결론	개선 방향	공개, 자유위임, 소수 정당	약 150자

예시답안 — 2016 제2문

I. 서론

국회는 300명의 의원으로 구성되는 회의체이므로 모든 안건을 본회의에서 처음부터 심의하기 어렵다. 위원회는 국회의 심의를 전문화·효율화하는 ‘작업 단위’이고, 교섭단체는 정당을 매개로 국회 운영을 조정하는 ‘협상 단위’이다. 두 제도는 헌법에 직접 규정되어 있지 않고 국회법이 정하며, 헌법 제64조 제1항의 국회 자율권과 정당제 민주주의(제8조)에 근거한다.

II. 위원회의 기능과 역할

(1) 의의와 종류. 위원회는 본회의의 의안 심의를 돕기 위해 소수 의원으로 구성되는 합의제 기관이다. 국회법은 상임위원회(소관 부처별 상설 위원회)와 특별위원회(특정 안건을 위해 본회의 의결로 설치)를 두고, 예산결산특별위원회(제45조)와 윤리특별위원회(제46조)를 상설적 특별위원회로 둔다. 이 밖에 주요 의안을 의원 전원이 심사하는 전원위원회(제63조의2)와 위원회 안의 소위원회(제57조)가 있다.

(2) 기능. ① 전문적 심사: 위원은 소관 분야를 계속 담당하며 전문성을 쌓고, 전문위원의 보좌를 받아 법률안과 예산을 실질적으로 심사한다. 우리 국회는 본회의보다 위원회의 심사가 사실상 결론을 좌우하는 ‘위원회 중심주의’를 취한다. ② 효율성: 여러 위원회가 동시에 안건을 심사하여 의사 처리 능력을 높인다. ③ 국정 통제: 소관 부처에 대한 국정감사·국정조사, 청문회, 대정부 질의 준비 등으로 행정부를 감시한다. ④ 의견 수렴: 공청회와 청문회를 통해 이해관계인과 전문가의 의견을 입법에 반영한다.

(3) 문제점. 위원회 중심주의는 본회의 심의를 형식화하고, 소관 이익집단과 부처에 포획될 위험이 있으며, 소위원회 회의의 공개가 불충분하면 국민의 감시가 어렵다.

III. 교섭단체의 기능과 역할

(1) 의의와 성격. 교섭단체는 국회에서 일정 수 이상의 의원으로 구성되어 의사 진행에 관한 중요 안건을 협의하는 의원 단체이다. 국회법 제33조는 20명 이상의 소속 의원을 가진 정당을 하나의 교섭단체로 하고, 다른 교섭단체에 속하지 않는 20명 이상의 의원으로 별도의 교섭단체를 구성할 수 있게 한다. 교섭단체는 정당의 원내 조직이면서 국회 운영에 참여하는 국회 내 기관의 성격을 함께 가진다.

(2) 기능. ① 의사 운영의 협의: 국회의장은 의사일정의 작성, 본회의 개의 시간 변경, 발언 순서 등에 관하여 교섭단체 대표의원과 협의한다. ② 위원 배분: 상임위원은 교섭단체 소속 의원 수의 비율에 따라 교섭단체 대표의원의 요청으로 의장이 선임·개선한다(국회법 제48조). ③ 정당 정책의 국회 반영: 소속 의원의 의견을 모아 정당의 정책을 입법으로 연결하고, 정당 간 타협을 이끌어 낸다. ④ 효율성: 수많은 의원의 개별 의사를 몇 개의 교섭단체로 묶어 협상 비용을 줄인다.

(3) 문제점과 헌법적 한계. 교섭단체는 소속 의원에게 당론에 따를 것을 사실상 요구할 수 있으나, 국회 의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행하는 국민 전체의 대표자이다(헌법 제46조 제2항, 자유위임). 헌법재판소는 교섭단체의 요청에 따라 당론과 다른 의견을 가진 의원을 상임위원회에서 사임시킨 사건에서, 이를 정당 내부의 사실상 강제 범위의 범위로 보아 허용하면서도 자유위임과의 긴장을 인정하였다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1). 20명이라는 구성 요건이 소수 정당의 참여를 제약한다는 비판도 있다.

IV. 결론

위원회는 국회의 전문성과 효율성을, 교섭단체는 정당 간 협의를 통한 국회 운영의 안정성을 담당한다. 두 제도가 국회의 기능을 높이려면 위원회 심사의 공개와 본회의 토론의 실질화, 교섭단체 운영에서 의원 개인의 자유위임과 소수 정당의 참여를 보장하는 방향의 보완이 필요하다.

근거: 헌법 제8조, 제46조 제2항, 제64조 제1항 · 국회법 제33조, 제45조, 제46조, 제48조, 제57조, 제63조의2 · 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1

2020 제2문

국회 식당의 의정보고와 면책특권

30점 · 단일 물음 · 헌법 제45조, 직무부수행위, 공소기각

제2문.

국회의원 甲은 자신의 지역구 주민을 국회에 초청하여 국회 내 여러 공간을 소개한 후 저녁 시간에 국회 내 식당에서 만찬을 겸한 의정보고 자리를 가졌다. 甲은 지역구 주민을 상대로 식사 전, 그리고 식사 중에도 다른 정당 소속 국회의원 乙의 실명을 거론하며 허위사실에 의한 명예훼손에 해당하는 발언을 하였고, 乙은 甲을 명예훼손 혐의로 고소하였다. 甲은 해당 발언이 국회의원 면책특권에 의하여 보호되기 때문에 공소제기 및 형사처벌의 대상이 아니라고 주장한다. 甲의 발언이 면책특권 대상인지 여부에 대해 논하시오.

(30점)

출제 포인트

출제 의도 면책특권의 요건(‘국회에서’, ‘직무상 발언’)을 기능적으로 해석하고, 국회 건물 안이라는 외형에 속지 않는지 본다. **연결 개념** 인적 처벌조각사유, 공소기각(형사소송법 제327조 제2호), 직무부수행위(대법원 91도 3317), 허위 발언과 면책. **함정** ‘국회 내 식당’이라는 장소만으로 ‘국회에서’를 충족한다고 쓰면 핵심을 놓친다. 반대로 허위사실이므로 당연히 면책이 안 된다고만 쓰는 것도 부족하다. 결론의 근거는 직무 관련성의 부재이다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가·무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
II	면책특권의 의의·법적 성격	헌법 제45조 · 형사소송법 제327조 제2호 · 대법원 91도3317	인적 처벌조각사유	약 400자
III	‘국회에서’, ‘직무상 발언’, 허위성	기능적 개념, 직무부수행위의 판단 기준	목적·장소·형태 종합	약 650자
IV	甲 · 의정보고 만찬 발언	사안 포섭	직무 관련성 없음	약 550자
V	결론		면책 대상 아님 → 처벌 가능	약 150자

예시답안 — 2020 제2문

I. 문제의 소재

甲은 국회 안의 식당에서 지역구 주민을 상대로 한 만찬 겸 의정보고 자리에서 乙에 대한 허위사실을 발언하였다. 이 발언이 헌법 제45조의 면책특권 대상이 되어 공소제기와 형사처벌이 불가능한지가 문제된다. 핵심은 ‘국회에서’와 ‘직무상 행한 발언’의 의미이다.

II. 면책특권의 의의와 법적 성격

헌법 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다”고 규정한다. 이는 의원이 행정부나 다수파의 압력, 소송의 위협에서 벗어나 자유롭게 토론하고 표결하게 하여 의회의 기능을 보장하려는 제도이다. 면책특권은 의원 개인의 특권이라기보다 국회의 기능을 보호하기 위한 것이고, 그 효과는 임기 후에도 지속된다. 형사법상으로는 인적 처벌조각사유에 해당하며, 면책 대상인 발언에 대해 공소가 제기되면 법원은 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 경우로 보아 공소기각 판결을 한다(형사소송법 제327조 제2호). 대법원도 같은 입장이다(대법원 1992. 9. 22. 91도3317).

III. 성립 요건

- (1) ‘국회에서’. 국회의사당이라는 물리적 장소가 아니라 본회의·위원회 등 국회의 활동이 이루어지는 곳을 말하는 기능적 개념이다. 국회의사당 밖에서 열린 위원회 현장 회의의 발언은 포함되고, 반대로 국회 건물 안이라도 국회의 활동과 무관한 사적 모임의 발언은 포함되지 않는다.
- (2) ‘직무상 행한 발언’. 본회의·위원회에서의 발언·질문·토론 등 직무 행위 그 자체뿐 아니라 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위도 포함된다. 판례는 직무부수행위인지를 그 행위의 목적, 장소, 형태 등을 종합하여 개별적으로 판단한다. 대법원은 본회의에서 질문할 원고를 회의 직전 국회 기자실에서 기자들에게 배포한 행위를 직무부수행위로 보아 면책특권을 인정하였다(위 91도3317 판결). 그러나 국회 회의와 관계없이 원외에서 기자회견이나 인터넷 게재 등으로 공표하는 행위는 직무부수행위로 보지 않는다.
- (3) 발언 내용의 허위성. 판례는 발언 내용이 직무와 아무런 관련이 없음이 분명하거나 명백히 허위임을 알면서 타인의 명예를 훼손하는 경우까지 면책되는 것은 아니지만, 직무 수행의 일환으로 이루어진 이상 다소 근거가 부족하다는 이유만으로 면책을 부정하지는 않는다는 입장이다.

IV. 사안의 포섭

- (1) 장소. 발언은 국회 경내의 식당에서 이루어졌다. 그러나 ‘국회에서’는 기능적 개념이므로 장소가 국회 건물이라는 사정만으로 요건이 충족되지 않는다. 만찬은 본회의나 위원회 같은 국회의 공식 활동이 아니다.
- (2) 직무 관련성. 의정보고는 의원이 선거구민에게 자신의 활동을 알리는 정치활동이지만, 국회의 의사 형성 과정인 본회의·위원회의 발언·표결이나 그에 부수하는 행위가 아니다. 지역구 주민을 초청하여 국회를 소개하고 식사하면서 한 발언은 다음 선거를 염두에 둔 의원 개인의 정치활동에 가깝고, 국회 회의의 토론을 준비하거나 그 내용을 알리는 성격도 없다. 더구나 발언의 상대방은 동료 의원이나 정부가 아니라 일반 주민이고, 내용은 다른 정당 의원에 대한 허위사실 적시이다. 목적·장소·형태를 종합하면 직무상 발언이나 직무부수행위로 볼 수 없다.
- (3) 허위성. 발언이 허위사실 명예훼손에 해당한다는 점까지 고려하면, 甲의 발언을 국회 기능 보호라는 면책특권의 취지로 보호할 이유는 더욱 없다.

V. 결론

甲의 발언은 ‘국회에서 직무상 행한 발언’이 아니므로 면책특권의 대상이 아니다. 따라서 검사는 甲을 허위사실 적시 명예훼손죄로 기소할 수 있고, 법원은 공소기각이 아니라 실체 판단을 하여 처벌할 수 있다. 甲의 주장은 타당하지 않다.

근거: 헌법 제45조 · 형사소송법 제327조 제2호 · 대법원 1992. 9. 22. 91도3317 · 직무부수행위 판단 기준(목적·장소·형태)

2021 제3문

국회 자율권의 내용과 한계

20점 · 논술형 · 헌법 제64조, 권한쟁의에 의한 통제

제3문.

국회 내부사항에 관한 자율권의 내용과 한계에 대해 논하시오.

(20점)

출제 포인트

출제 의도 국회 자율권의 헌법적 근거와 구체적 내용, 그리고 헌법재판에 의한 한계를 균형 있게 서술하게 한다.**연결 개념** 제64조 각 항, 의사자율권, 날치기 사건(96헌라2), 미디어법 사건(2009헌라8 등)의 ‘권한 침해 인정 + 무효확인 기각’ 구조. **합정** 한계에서 판례를 쓰지 않으면 점수가 크게 떨어진다. 제64조 제4항(법원 제소 금지)의 범위를 자율권 전체로 넓혀 쓰지 않는다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
I	의의와 근거	권력분립, 헌법 제64조	약 150자
II	내용 6가지	제64조 제1항~제4항	약 450자
III	한계: 헌법·법률, 헌법재판, 제64조 제4항의 범위	헌법 제49조, 제50조 · 헌재 96헌라2 · 헌재 2009헌라8 등	약 550자
IV	평가	자율권과 소수파 보호의 조화	약 100자

예시답안 — 2021 제3문

I. 의의와 근거

국회의 자율권이란 국회가 그 조직·운영·의사 등 내부 사항을 다른 국가기관의 간섭 없이 스스로 결정할 수 있는 권한이다. 권력분립 원리와 국회의 독립성에서 나오며, 헌법 제64조가 명문으로 규정한다.

II. 내용

- (1) 규칙제정권. 국회는 법률에 저촉되지 않는 범위에서 의사와 내부 규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(제64조 제1항).
- (2) 의사자율권. 의사일정의 작성, 회의의 개회·진행, 안건의 상정과 표결 방법 등 의사 절차를 스스로 결정한다. 법률안 처리 과정에서 국회의장의 의사 진행도 여기에 속한다.
- (3) 조직자율권. 의장·부의장의 선출, 위원회의 구성과 위원 선임, 사무조직의 운영 등을 스스로 정한다.
- (4) 신분자율권. 의원의 자격을 심사하고 징계할 수 있으며, 제명에는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 필요하다(제64조 제2항, 제3항).
- (5) 질서자율권. 국회의장은 회의장의 질서를 유지하고 국회 안의 경호권을 행사하며, 질서를 문란하게 한 의원과 방청인을 제재할 수 있다.
- (6) 사법심사의 배제. 자격심사·징계·제명 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다(제64조 제4항).

III. 한계

- (1) 헌법과 법률에 의한 한계. 자율권은 헌법과 법률의 범위 안에서 인정된다. 규칙은 법률에 저촉될 수 없고, 의사 절차는 다수결 원칙(제49조), 회의 공개 원칙(제50조) 등 헌법 원칙과 국회법을 따라야 한다.

(2) 헌법재판에 의한 통제. 국회의 의사 절차에 관한 자율적 결정은 원칙적으로 존중되지만, 헌법이나 법률을 명백히 위반하여 국회의원의 권한이나 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 헌법재판소의 심사 대상이 된다. 헌법재판소는 야당 의원들에게 개의 시간을 알리지 않은 채 본회의를 열어 법률안을 가결선포한 사건에서 국회의원의 법률안 심의·표결권 침해를 인정하였다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2). 이른바 미디어법 처리 사건에서도 표결 과정의 위법으로 심의·표결권이 침해되었다고 보았으나, 가결선포행위의 무효확인 청구는 국회의 자율적 시정에 맡기는 취지로 받아들이지 않았다(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등). 이는 위법은 확인하되 효력 문제는 자율권을 존중하는 태도이다.

(3) 제64조 제4항의 범위. 법원 제소 금지는 자격심사·징계에 한정되므로 그 밖의 내부 결정에는 사법심사가 가능하며, 징계 처분에 대해서도 헌법재판소의 심판까지 배제되는지는 견해가 대립한다. 의원의 신분에 관한 중대한 결정이 헌법 위반이 명백한 경우까지 통제를 받지 않는다고 보기는 어렵다는 견해가 유력하다.

IV. 평가

자율권은 다수파가 소수파의 권한을 침해하는 수단이 되어서는 안 되므로, 자율권 존중과 소수파의 심의·표결권 보장을 조화시키는 것이 핵심이다.

근거: 헌법 제49조, 제50조, 제64조 · 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 · 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등

제6장

위임입법과 직업공무원제도

포괄위임입법금지 · 위임의 구체성 정도 · 의회유보 · 직업공무원제도 | 기출 2문항: 2018-2, 2017-3 (관련: 2019-1, 2020-1)

이 장에서 다루는 내용

6-1 핵심 개념	64
6-2 기출 풀이	66
2018 제2문 포괄위임입법금지원칙과 예측가능성	66
2017 제3문 직업공무원제도	68

6-1 핵심 개념

이 장은 통치구조 가운데 입법권과 행정권의 경계에 놓인 두 주제를 다룬다. 위임입법의 한계는 2018-2에서 정면으로 출제되었고, 2019-1(부령에 의한 의무고용률 조정)에서도 숨은 쟁점으로 등장한다. 직업공무원제도는 2017-3에서 설명형으로 출제되었으며, 공무원 결격·당연퇴직 문제(2020-1)를 이해하는 배경이 된다.

포괄위임입법금지원칙

법률이 대통령령·총리령·부령에 위임할 때에는 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 위임해야 한다(헌법 제75조, 제95조). 위임입법의 불가피성과 의회입법 원칙(제40조)·법률유보(제37조 제2항)를 조화시키는 원칙이다. 판단 기준은 **예측가능성**으로, 법률 자체로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하며, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단한다.

대립 구도

위임의 필요성(전문성·탄력성) ↔ 의회입법 원칙

쓰이는 기출 2018-2, 2019-1

답안 속 문장

“누구라도 당해 법률로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하며, 이는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단한다.”

위임의 구체성 정도

처벌법규와 조세법규처럼 기본권 침해 소지가 큰 영역에서는 구체성·명확성이 엄격하게 요구된다. 처벌법규의 위임은 긴급한 필요나 미리 법률로 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있어야 하고, 구성요건을 예측할 수 있을 정도로 정하며 형벌의 종류·상한·폭을 법률로 명확히 해야 한다. 급부행정이나 다양하고 변화가 잦은 사항은 요건이 완화된다. 조례에 대한 위임은 포괄위임으로 족하고(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등), 고시 등 행정규칙에 대한 위임은 전문적·기술적 사항에 한하여 예외적으로 허용되며, 전면적 재위임은 금지된다.

대립 구도

엄격(처벌·조세) ↔ 완화(급부·변화가 잦은 사항·조례)

쓰이는 기출 2018-2, 2024-1

답안 속 문장

“처벌법규의 위임은 범죄의 구성요건을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류와 상한을 법률에서 명확히 정한 경우에만 허용된다.”

의회유보원칙

법률유보는 ‘법률에 근거가 있는가’를 넘어, 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에서 본질적 사항은 입법자가 스스로 정해야 한다는 의회유보를 포함한다. 무엇을 위임할 수 있는지(의회유보)와 위임한다면 얼마나 구체적이어야 하는지(포괄위임금지)는 구별되는 문제이다. 할당 비율이나 부담금 산정처럼 제도의 핵심 내용을 전부 부령에 맡기면 두 원칙 모두에 걸린다.

대립 구도

본질적 사항(의회 직접 결정) ↔ 세부 사항(위임 가능)

쓰이는 기출 2018-2, 2019-1

답안 속 문장

“의무고용률과 부담금 산정 방법처럼 제도의 본질적 사항을 부령에 전적으로 맡긴 것은 의회유보원칙과 포괄위임금지원칙에 비추어 문제가 있다.”

직업공무원제도

공무원이 정권 교체와 무관하게 신분을 보장받고 전문성과 정치적 중립성을 바탕으로 행정을 계속 담당하게 하는 제도로써, 엽관제에 대립한다(헌법 제7조). 헌법재판소는 이를 제도보장으로 보아 입법자에게 넓은 형성 재량을 인정하되 본질적 내용의 침해를 금지한다(최소보장). 내용은 신분보장, 정치적 중립성, 능력주의(성적주의), 적절한 보수·연금이며, 보호 대상은 원칙적으로 경력직 공무원이다.

대립 구도

직업공무원제(신분보장·중립) ↔ 엽관제(정치적 임용)

쓰이는 기출 2017-3, 2020-1

답안 속 문장

“헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률로 보장하도록 하여 직업공무원제도를 헌법상 제도로 보장한다.”

6-2 기출 풀이

2018 제2문

포괄위임입법금지원칙과 예측가능성

30점 · 논술형 · 헌법 제75조, 제95조, 예측가능성, 위임의 구체성

제2문.

포괄위임입법금지원칙의 의의 및 그 판단기준으로서의 예측가능성을 논하시오.

(30점)

출제 포인트

출제 의도 위임입법의 헌법적 한계를 의의와 판단기준(예측가능성)으로 나누어 체계적으로 서술하게 한다. **연결 개념** 의회유보, 처벌법규·조세법규의 엄격한 기준, 조례·정관·행정규칙에 대한 위임, 재위임. **함정** 예측가능성의 ‘판단 방법’(관련 조항 전체의 체계적 종합, 규율 대상에 따른 차등)을 쓰지 않으면 ‘판단기준으로서의 예측가능성을 논하라’는 물음의 핵심을 놓친다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
I	의의, 필요성과 한계, 의회유보와의 구별	헌법 제40조, 제75조, 제95조, 제37조 제2항	약 600자
II(1)(2)	예측가능성의 내용과 판단 방법	체계적·유기적 종합 판단	약 400자
II(3)	규율 대상에 따른 차등	처벌·조세(엄격) ↔ 급부(완화)	약 450자
II(4)	위임 상대방에 따른 차등	조례(헌재 92헌마264 등), 정관, 행정규칙, 재위임	약 350자
III	평가	형해화 위험, 국회의 사후 통제	약 250자

예시답안 — 2018 제2문

I. 의의

포괄위임입법금지원칙이란 법률이 행정입법에 입법권을 위임할 때 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며, 일반적·포괄적으로 위임해서는 안 된다는 원칙이다. 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고, 제95조는 총리령·부령에 관하여 같은 취지를 정한다.

현대 행정의 전문성·기술성과 사회 변화의 속도 때문에 모든 사항을 법률로 정할 수 없어 위임입법은 불가피하다. 그러나 무제한의 위임은 입법권을 국회에 부여한 헌법 제40조, 권력분립과 법치주의, 기본권 제한의 법률유보(제37조 제2항)를 형해화한다. 이 원칙은 위임입법의 필요성과 의회입법의 원칙을 조화시키는 장치이다. 이와 구별하여, 기본권 실현에 본질적인 사항은 입법자가 법률로 직접 정해야 한다는 의회유보원칙은 ‘무엇을 위임할 수 있는가’의 문제이고, 포괄위임금지원칙은 ‘위임한다면 얼마나 구체적이어야 하는가’의 문제이다.

II. 판단기준으로서의 예측가능성

(1) 내용. 헌법재판소는 ‘구체적으로 범위를 정하여’의 의미를 예측가능성으로 판단한다. 즉 법률에 대통령령 등 하위법령에 규정될 내용과 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서, 누구라도 당해 법률 자체로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.

(2) 판단 방법. 예측가능성의 유무는 당해 위임 조항 하나만으로 판단하지 않고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하며, 위임된 사항의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토한다. 법률의 입법 목적, 다른 조항과의 관계, 위임 조항의 문언 등을 함께 고려하여 하위법령에 정해질 내용의 대강을 추론할 수 있으면 충분하다.

(3) 규율 대상에 따른 정도의 차이. 요구되는 구체성·명확성의 정도는 규율 대상에 따라 다르다. ① 처벌법규와 조세법규처럼 국민의 기본권을 직접 제한하거나 침해할 소지가 큰 영역에서는 엄격한 요건이 요구된다. 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하고, 법률에서 범죄의 구성요건을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하며 형벌의 종류와 상한·폭을 명확히 정해야 한다(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항의 죄형법정주의). 조세도 조세법률주의(제38조, 제59조)에 따라 과세요건을 법률로 정해야 한다. ② 반면 급부행정 영역이나 규율 대상이 다양하고 수시로 변화하는 사항에서는 위임의 구체성 요구가 완화된다.

(4) 위임의 상대방에 따른 차이. ① 조례에 대한 위임은 지방의회의 민주적 정당성과 자치입법이라는 성격을 고려하여 포괄적인 것으로 족하다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등). ② 공법적 단체의 정관에 자치적 사항을 위임하는 경우에도 포괄위임금지원칙이 원칙적으로 적용되지 않지만, 국민의 권리·의무에 관한 본질적 사항은 법률이 정해야 한다. ③ 고시 등 행정규칙에 대한 위임은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로 업무 성질상 불가피한 경우에 한하여 허용된다. ④ 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 하위법령에 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않는다.

III. 평가

예측가능성 기준은 법률 전체의 체계적 해석을 허용하여 위임입법의 현실적 필요를 수용하는 장점이 있다. 그러나 ‘관련 조항 전체의 종합’이라는 방법이 지나치게 넓게 쓰이면 사실상 대부분의 위임이 합헌이 되어 원칙이 형해화될 위험이 있다. 따라서 기본권 제한의 강도가 클수록 법률 자체의 문언에서 예측가능성을 찾도록 엄격히 운용하고, 국회는 위임입법에 대한 사후 통제(국회법상 행정입법 제출·검토 제도 등)를 실효적으로 활용해야 한다.

근거: 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제40조, 제59조, 제75조, 제95조 · 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등

2017 제3문

직업공무원제도

20점 · 설명형 · 헌법 제7조, 제도보장, 신분보장과 정치적 중립

제3문.

직업공무원제도의 의의와 헌법적 기능 및 내용을 설명하시오.

(20점)

출제 포인트

출제 의도 직업공무원제도의 의의·기능·내용을 헌법 제7조와 연결하여 설명하게 한다. **연결 개념** 엽관제, 제도보장과 최소보장, 공무담임권, 공무원의 기본권 제한. **합정** ‘기능’과 ‘내용’을 섞어 쓰기 쉽다. 기능은 제도가 국가에 주는 효과(안정성·중립성·권력 통제), 내용은 제도를 이루는 요소(신분보장·중립·능력주의·보수)로 나누어 쓴다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
I	의의, 엽관제와의 대비	헌법 제7조 제1항·제2항	약 300자
II	헌법적 기능 4가지	제도보장, 최소보장	약 350자
III	내용 5가지	신분보장, 중립, 능력주의, 보수, 적용 대상	약 450자
IV	평가	제33조 제2항, 기본권 제한의 한계	약 150자

예시답안 — 2017 제3문

I. 의의

직업공무원제도란 공무원이 집권 세력의 정치적 영향에서 벗어나 정권의 교체와 관계없이 신분을 보장받으며 전문성과 정치적 중립성을 바탕으로 국가 행정을 계속적으로 담당하게 하는 공직 제도이다. 정권 교체 때마다 집권당 지지자로 공직을 채우는 엽관제에 대립하는 개념이다. 헌법 제7조는 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”(제1항), “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”(제2항)고 규정하여 이를 헌법상 제도로 보장한다.

II. 헌법적 기능

- (1) 행정의 안정성과 계속성. 정권이 바뀌어도 숙련된 공무원이 행정을 계속 담당하므로 국가 기능의 안정적 수행이 보장된다.
- (2) 정치적 중립성 확보. 공무원이 특정 정당이나 집권 세력이 아니라 국민 전체에 봉사하도록 하여 행정의 공정성과 법치행정을 실현한다.
- (3) 권력 통제. 신분이 보장된 직업공무원은 정치권력의 부당한 지시에 저항할 수 있는 기반을 가지며, 이는 정치권력에 대한 기능적 통제 역할을 한다.
- (4) 제도보장. 헌법재판소는 직업공무원제도를 제도보장으로 보며, 입법자는 그 구체적 내용을 형성할 넓은 재량을 가지지만 제도의 본질적 내용을 침해할 수는 없다(최소보장의 원칙).

III. 내용

- (1) 신분보장. 공무원은 법률이 정하는 사유와 절차에 의하지 않고는 그 의사에 반하여 면직·강임 등 불리한 처분을 받지 않는다. 다만 신분보장도 절대적인 것은 아니어서, 정부 조직의 개편에 따른 직제 폐지 등 합리적 사유가 있으면 법률로 제한할 수 있다.

(2) 정치적 중립성. 공무원은 정당 가입과 선거운동 등 정치 활동이 법률로 제한되며(헌법 제7조 제2항), 정치적 압력으로부터 보호된다.

(3) 능력주의(성적주의). 공직의 임용과 승진은 학력·정치적 연고가 아니라 능력과 적성, 전문성에 따라 이루어져야 한다. 이는 공무담임권(제25조)의 내용인 공직 취임의 균등한 기회와도 연결된다.

(4) 적정한 보수와 연금. 공무원이 직무에 전념할 수 있도록 생활을 보장하는 보수와 연금 제도가 필요하다.

(5) 적용 대상. 직업공무원제도의 보호 대상은 원칙적으로 경력직 공무원이며, 정치적 공무원이나 임시적 공무원은 포함되지 않는다는 것이 헌법재판소의 태도이다.

IV. 평가

직업공무원제도는 공무원의 기본권 제한(정치 활동, 근로3권의 제한 — 제33조 제2항)을 정당화하는 근거이기도 하다. 그러나 정치적 중립성의 요청이 공무원의 기본권을 과도하게 제한하는 근거로 쓰여서는 안 되며, 제한은 직무의 성질과 중립성 확보에 필요한 범위로 한정되어야 한다.

근거: 헌법 제7조, 제25조, 제33조 제2항 · 제도보장과 최소보장의 원칙

제7장

탄핵과 권한쟁의

탄핵소추 · 탄핵심판의 중대성 · 권한쟁의의 당사자능력과 대상 · 국회법 제48조 제6항 | 기출 3문항: 2017-2, 2018-3, 2023-1

이 장에서 다루는 내용

7-1 핵심 개념	71
7-2 기출 풀이	73
2017 제2문 대통령 탄핵소추와 탄핵심판	73
2018 제3문 상임위원 강제 사임과 권한쟁의	75
2023 제1문 사개특위 위원 개선과 심의·표결권	77

7-1 핵심 개념

헌법재판의 유형 가운데 입법고시가 특히 자주 묻는 것은 국회가 당사자가 되는 탄핵과 권한쟁의이다. 2018-3과 2023-1은 모두 ‘국회의장의 상임위원(특위 위원) 개선’을 소재로 한 권한쟁의로, 5년을 사이에 두고 같은 쟁점이 더 깊어진 형태로 출제되었다. 제5장의 교섭단체·자유위임 카드와 함께 공부한다.

탄핵소추

대통령·국무총리·국무위원·법관 등이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때 국회가 소추할 수 있다(헌법 제65조 제1항). 대통령은 재적 과반수 발의와 재적 3분의 2 이상 찬성, 그 밖의 공무원은 재적 3분의 1 이상 발의와 재적 과반수 찬성이 필요하다(제2항). 본회의 보고 후 법제사법위원회 회부 또는 24시간 이후 72시간 이내 무기명투표(국회법 제130조), 소추위원은 법제사법위원장(헌법재판소법 제49조). 소추의결을 받은 사람은 심판이 있을 때까지 권한 행사가 정지된다(헌법 제65조 제3항).

대립 구도

직무 관련 위헌·위법(사유) ↔ 정치적 무능·정책 실패(사유 아님)

쓰이는 기출 2017-2

답안 속 문장

“탄핵사유는 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 경우이므로, 단순한 정치적 무능이나 정책 판단의 잘못은 탄핵사유가 되지 않는다.”

탄핵심판의 인용 조건과 효과

헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’는 모든 법 위반이 아니라 **파면을 정당화할 정도로 중대한** 법 위반이 있는 경우이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 대통령의 경우 헌법 수호의 관점에서 중대하거나 국민의 신임을 배반한 경우여야 한다(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 참조). 재판관 6인 이상 찬성(헌법 제113조 제1항). 효과는 파면이며 민사·형사책임은 면제되지 않고(제65조 제4항), 5년간 공무원이 될 수 없다(헌법재판소법 제54조 제2항). 같은 사유로 형사소송이 진행 중이면 심판절차를 정지할 수 있다(제51조).

대립 구도

법 위반의 존재 ↔ 파면을 정당화할 중대성

쓰이는 기출 2017-2

답안 속 문장

“헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 때’란 파면을 정당화할 정도로 중대한 법 위반이 있는 경우를 말한다.”

권한쟁의의 당사자능력

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회’는 예시적 규정이다. 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적 권한을 부여받았는지, 분쟁을 해결할 다른 적당한 기관이나 방법이 있는지를 종합하여 당사자능력을 판단한다. 이에 따라 국회의원과 국회의장 사이의 권한쟁의

가 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 종전의 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1 변경). 반면 정당이나 교섭단체는 국가기관이 아니어서 당사자능력이 부정된다는 것이 헌법재판소의 태도이다.

대립 구도

한정적 열거설(90헌라1) ↔ 예시설(96헌라2)

쓰이는 기출 2018-3, 2023-1

답안 속 문장

“헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 예시적 규정이므로, 헌법상 독자적 권한을 가지고 다른 분쟁 해결 수단 없는 국회의원은 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다.”

권한쟁의의 대상과 심의·표결권

권한쟁의는 피청구인의 ‘처분 또는 부작위’가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있을 때 청구한다(헌법재판소법 제61조 제2항). 처분은 청구인의 법적 지위에 구체적 영향을 미칠 수 있는 법적으로 중요한 행위로서 사실행위도 포함한다. 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법 제40조, 제41조 제1항과 의회민주주의에서 도출되는 헌법상 권한이다. 청구기간은 안 날부터 60일, 있는 날부터 180일이다(제63조 제1항).

대립 구도

국회 내부의 자율적 사항 ↔ 의원 권한에 구체적 영향을 주는 처분

쓰이는 기출 2018-3, 2023-1, 2021-3

답안 속 문장

“국회의장의 위원 사임 행위로 국회의원은 그 위원회에서 법률안을 심사·표결할 지위를 잃으므로, 이는 권한쟁의심판의 대상인 처분에 해당한다.”

위원 개선의 제한(국회법 제48조 제6항)

위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 예외이다. 표결 직전의 ‘사보임’으로 표결 결과를 바꾸는 것을 막기 위한 규정이다. 헌법재판소 법정의견은 이를 ‘같은 회기 중에 선임된 위원’의 개선을 금지하는 취지로 해석하여, 정기회에서 선임된 위원을 그 후 임시회 회기 중에 개선한 것은 이 조항에 위반되지 않는다고 보았다(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1). 반대의견은 문언대로 임시회 회기 중 개선 일체를 금지한다고 보았다.

대립 구도

입법 취지에 따른 축소해석(법정의견) ↔ 문언 해석(반대의견)

쓰이는 기출 2023-1, 2018-3

답안 속 문장

“국회법 제48조 제6항은 위원 선임 직후 단기간의 교체로 표결 결과를 바꾸는 것을 막기 위한 규정이므로, 정기회에서 선임되어 30일이 지난 위원을 이후 임시회에서 개선한 경우에는 적용되지 않는다.”

7-2 기출 풀이

2017 제2문

대통령 탄핵소추와 탄핵심판

30점 · 소문 2개 · 소추의 요건·절차·효과, 인용 요건(중대성), 파면의 효과

제2문.

대통령 측근의 비리독직사건에 대통령의 연루사실이 드러나면서 검찰의 수사가 진행되고 국민여론이 악화되었다. 이에 국회는 검찰수사와는 별개로 대통령의 비리의혹과 권한남용을 문제삼아 탄핵소추안을 발의하여 의결한 후, 헌법재판소에 탄핵심판을 청구하였다.

- (1) 국회의 대통령 탄핵소추의 요건과 절차 및 효과 (15점)
- (2) 대통령에 대한 탄핵심판 청구의 인용요건과 인용결정의 효과 (15점)

(30점)

출제 포인트

출제 의도 탄핵 제도를 소추(국회)와 심판(헌법재판소)의 두 단계로 나누어 조문과 판례를 정확히 쓰게 한다. 출제 시점(2017년)의 대통령 탄핵 사건을 배경으로 한다. **연결 개념** 헌법 제65조, 국회법 제130조·제134조, 헌법재판소법 제49조~제54조, 중대성 요건(2004헌나1, 2016헌나1). **합정** 검찰 수사가 진행 중이라는 사실은 헌법재판소법 제51조(심판절차 정지 가능)와 제54조 제1항(형사책임 불면제)으로 연결해야 한다. 정족수를 ‘출석’ 기준으로 쓰면 틀린다. 모두 ‘재적’ 기준이다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	국회 · 대통령 탄핵소추	헌법 제65조 제1항~제3항 · 국회법 제130조, 제134조 · 헌법재판소법 제49조, 제50조	재적 과반수 발의·3분의 2 찬성, 권한 정지	약 950자
(2)	헌법재판소 · 인용 요건과 효과	헌법재판소법 제51조, 제53조, 제54조 · 헌법 제113조 제1항 · 2004헌나1, 2016헌나1	중대한 위반 + 6인 → 파면, 5년 제한	약 1,000자

예시답안 — 2017 제2문

I. 문제의 소재

국회가 대통령의 비리 연루와 권한 남용을 이유로 탄핵소추를 의결하고 탄핵심판을 청구하였다. ① 탄핵소추의 요건·절차·효과와 ② 탄핵심판의 인용 요건과 인용결정의 효과를 검토한다. 검찰 수사가 별도로 진행 중이라는 사정도 고려한다.

II. 물음 (1) — 탄핵소추의 요건·절차·효과

(1) 요건. ① 대상: 대통령은 탄핵소추의 대상이다(헌법 제65조 제1항). ② 사유: 대통령이 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’이다. 직무집행과 관련된 행위여야 하므로 취임 전이나 사생활의 행위는 원칙적으로 제외된다. 단순한 정치적 무능이나 정책 판단의 잘못은 사유가 되지 않는다. 대통령 측근의 비리에 대통령이 연루되어 직무상 권한을 남용하였다면 직무 관련 위헌·위법 행위로서 사유가 될 수 있

다. ③ 정족수: 대통령에 대한 소추는 국회 재적의원 과반수의 발의와 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 필요하다(제65조 제2항 단서).

(2) 절차. 탄핵소추가 발의되면 본회의에 보고되고, 본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다. 회부하지 않으면 본회의 보고 후 24시간 이후 72시간 이내에 무기명투표로 표결하며, 그 기간 내에 표결하지 않으면 폐기된 것으로 본다(국회법 제130조). 소추는 소추의결서로 하고, 소추위원인 법제사법위원회 위원장이 소추의결서 정본을 헌법재판소에 제출하여 심판을 청구한다(헌법재판소법 제49조). 국회는 검찰 수사 결과를 기다릴 의무가 없으며, 소추 여부는 국회의 재량에 속한다. 다만 충분한 조사 없이 소추하였다는 이유만으로 소추가 부적법해지지는 않는다는 것이 헌법재판소의 태도이다.

(3) 효과. 소추의 의결을 받은 대통령은 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 권한 행사가 정지된다(헌법 제65조 제3항, 헌법재판소법 제50조). 소추의결서가 송달된 후에는 사직원 접수나 해임도 할 수 없다(국회법 제134조 제2항).

III. 물음 (2) — 탄핵심판의 인용 요건과 효과

(1) 심판 절차상 특징. 탄핵심판은 구두변론에 의하고, 피청구인에 대한 탄핵심판 청구와 동일한 사유로 형사소송이 진행되고 있는 경우 재판부는 심판절차를 정지할 수 있다(헌법재판소법 제51조). 따라서 검찰 수사와 탄핵심판은 병행할 수 있다. 헌법재판소는 소추의결서에 기재된 소추사유에 구속되지만 그 법적 평가에는 구속되지 않는다.

(2) 인용 요건. ① 탄핵사유의 존재: 직무집행에서 헌법이나 법률을 위반한 사실이 인정되어야 한다. ② 위반의 중대성: 헌법재판소법 제53조 제1항은 ‘탄핵심판 청구가 이유 있는 경우’ 파면결정을 선고한다고 규정하는데, 헌법재판소는 이를 모든 법 위반이 아니라 ‘파면을 정당화할 정도로 중대한’ 법 위반이 있는 경우로 해석한다. 특히 대통령은 국민이 직접 선출하여 민주적 정당성을 부여받았으므로, 파면 결정으로 그 정당성을 박탈할 만큼 헌법 수호의 관점에서 중대한 위반이거나 국민의 신임을 배반한 경우여야 한다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 헌법재판소는 2004년 사건에서는 중대성을 부정하여 기각하였고, 2017년 사건에서는 사인의 국정 개입 허용과 권한 남용을 중대한 위반으로 보아 파면하였다(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1). ③ 정족수: 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하다(헌법 제113조 제1항). ④ 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 파면된 때에는 청구를 기각한다(헌법재판소법 제53조 제2항).

(3) 인용결정의 효과. ① 피청구인은 결정 선고로 공직에서 파면된다(헌법 제65조 제4항 전단, 헌법재판소법 제53조 제1항). ② 파면되더라도 민사상·형사상 책임은 면제되지 않으므로(헌법 제65조 제4항 후단, 헌법재판소법 제54조 제1항) 비리 의혹에 대한 형사 소추가 가능하다. ③ 파면된 사람은 결정 선고일부터 5년이 지나지 않으면 공무원이 될 수 없다(헌법재판소법 제54조 제2항). ④ 대통령이 궐위되므로 60일 이내에 후임자를 선거한다(헌법 제68조 제2항).

IV. 결론

대통령 탄핵은 직무 관련 위헌·위법을 사유로 재적 3분의 2 이상의 찬성으로 소추되고, 파면을 정당화할 만큼 중대한 위반이 인정될 때 재판관 6인 이상의 찬성으로 인용된다.

근거: 헌법 제65조, 제68조 제2항, 제113조 제1항 · 헌법재판소법 제49조~제54조 · 국회법 제130조, 제134조 · 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 · 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1

2018 제3문

상임위원 강제 사임과 권한쟁의

20점 · 소문 2개 · 국회의원의 당사자능력, 처분성

제3문.

국회의장 甲이 국회의원 乙의 의사에 반하여 국회 상임위원회에서 사임시킨 행위에 대해 乙은 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다.

- (1) 위 사건에서 국회의원 乙이 권한쟁의심판의 당사자 능력을 지니는지 여부를 판단하시오. (10점)
 (2) 위 사건에서 국회의장 甲의 사임행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는지 여부를 설명하시오. (10점)
 (20점)

출제 포인트

출제 의도 국회 내부 분쟁이 권한쟁의심판으로 다투어질 수 있는지를 당사자능력과 심판 대상의 두 요건으로 묻는다. **연결 개념** 제62조 제1항 제1호의 예시(96헌라2), 처분의 의미, 국회법 제48조, 헌재 2002헌라1. **함정** 물음은 적법요건만 묻는다. 권한 침해 여부(본안)까지 길게 쓰면 배점 대비 분량이 넘친다. 판례 변경의 흐름(90헌라1 → 96헌라2)은 반드시 쓴다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	乙 · 당사자능력	헌법 제111조 제1항 제4호 · 헌법 재판소법 제62조 제1항 제1호 · 90헌라1 → 96헌라2	인정	약 650자
(2)	甲 · 사임행위의 처분성	헌법재판소법 제61조 제2항 · 국회법 제48조 제1항 · 2002헌라1	처분에 해당	약 600자

예시답안 — 2018 제3문

I. 물음 (1) — 국회의원 乙의 당사자능력

(1) 문제점. 헌법 제111조 제1항 제4호는 ‘국가기관 상호간’ 권한쟁의를 헌법재판소의 관장 사항으로 정하고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간’의 권한쟁의로 규정한다. 국회 내부 기관인 국회의원에 대해 당사자능력이 있는지가 문제된다.

(2) 헌법재판소의 태도. 헌법재판소는 처음에는 이 조항을 한정적 열거로 보아 국회의원의 당사자능력을 부정하였다(헌재 1995. 2. 23. 90헌라1). 그러나 이후 판례를 변경하여, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 예시적 규정이며, ‘국가기관’에 해당하는지는 그 기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받았는지, 그 기관 사이의 분쟁을 해결할 적당한 기관이나 방법이 있는지 등을 종합하여 판단해야 한다고 하였다. 그리고 국회의원과 국회의장은 헌법에 의하여 설치되고 독자적 권한을 가지며 둘 사이의 분쟁을 해결할 다른 수단이 없으므로 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다고 보았다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2).

(3) 포섭. 乙은 헌법 제41조에 따라 선출되어 법률안 심의·표결권 등 헌법과 법률상 독자적 권한을 가진 국회의원이므로, 국회의장 甲과의 분쟁을 해결할 다른 기관이나 방법이 없다. 따라서 乙은 권한쟁의심판의 당사자능력을 가진다.

II. 물음 (2) — 사임행위가 심판 대상인지

(1) 법리. 권한쟁의심판은 피청구인의 ‘처분 또는 부작위’가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 청구할 수 있다(헌법재판소법 제61조 제2항). 여기서 처분은 법적 중요성을 지닌 것으로서 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 있는 행위를 말하며, 사실행위도 포함될 수 있다.

(2) 포섭. 상임위원은 교섭단체 대표의원의 요청으로 국회의장이 선임하거나 개선한다(국회법 제48조 제1항). 국회의장의 사임(개선) 행위로 乙은 그 상임위원회에서 법률안을 심사하고 표결할 지위를 잃게 되므로, 이는 국회의원의 법률안 심의·표결권에 구체적인 영향을 미치는 법적으로 중요한 행위이다. 국회 내부의 자율적 사항이라는 점은 본안에서 권한 침해 여부를 판단할 때 고려할 요소이지, 심판 대상성 자체를 부정하는 사유는 아니다. 헌법재판소도 국회의장이 교섭단체 대표의원의 요청에 따라 소속 의원을 상임위원회에서 사임시킨 행위를 권한쟁의심판의 대상으로 보고 본안 판단을 하였다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1).

(3) 소결. 甲의 사임행위는 권한쟁의심판의 대상인 ‘처분’에 해당한다.

근거: 헌법 제41조, 제111조 제1항 제4호 · 헌법재판소법 제61조 제2항, 제62조 제1항 제1호 · 국회법 제48조 제1항 · 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1 · 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 · 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1

2023 제1문

사개특위 위원 개선과 심의·표결권

40점 · 소문 2개 · 당사자능력, 국회법 제48조 제6항, 자유위임과 정당기속

제1문.

2018. 10. 15. 국회(정기회)에서 검찰청법, 형사소송법 등 관련 법안의 심사·처리를 위하여 사법개혁 특별위원회(이하 '사개특위'라 한다)가 구성되었다.

甲은 A당 소속 국회의원으로 2018. 10. 18. 사개특위 위원으로 선임되었다. 2019. 2. 25. 국회(임시회) 회기 중 A당 의원총회가 3개 정당이 관련 법안을 신속처리대상안건으로 처리하기로 동의한 합의안을 추진한 직후, 甲은 추후 사개특위에서 위 합의안 의결에 반대하겠다고 의사를 표시하였다.

A당의 교섭단체 대표의원인 乙은 2019. 2. 26. 국회(임시회) 회기 중 국회의장에게 교섭단체의 원활한 사개특위 운영을 고려하여 甲을 사임시키고 대신에 국회의원 丙을 보임할 것을 요청하였다. 국회의장이 乙의 요청대로 사개특위 위원을 개선한 후, 관련 법안의 심의·표결이 이루어졌다.

이에 甲은 국회의장의 개선행위가 자신의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서, 국회의장을 피청구인으로 하여 권한쟁의심판을 청구하였다.

(1) 국회의원이 권한쟁의심판을 청구할 당사자능력이 있는지 여부에 대하여 서술하시오. (10점)

(2) 국회의장의 개선행위가 甲의 법률안 심의·표결권을 침해한 것인지 여부에 대하여 서술하시오. (30점)

(40점)

출제 포인트

출제 의도 실제 권한쟁의 사건(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1)의 사실관계를 그대로 가져와, 국회법 조문 해석과 자유위임원칙을 함께 검토하게 한다. **연결 개념** 96헌라2, 심의·표결권의 헌법적 근거, 국회법 제48조 제6항, 2002헌라1의 '정당 내부의 사실상 강제'. **합정** 날짜를 반드시 대조해야 한다. 선임(2018. 10. 18., 정기회)과 개선(2019. 2. 26., 임시회)이 서로 다른 회기라는 점이 제48조 제6항 해석의 열쇠이다. 법정의견과 반대의견을 모두 제시하고 결론을 분명히 한다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	국회의원 · 당사자능력	헌법 제111조 제1항 제4호 · 90헌라1 → 96헌라2	인정	약 600자
(2)-①	甲 · 심의·표결권의 근거	헌법 제40조, 제41조 제1항	헌법상 권한	약 250자
(2)-②	국회의장 · 임시회 회기 중 개선	국회법 제48조 제6항 · 2019헌라1(법정의견·반대의견)	법정의견: 위반 아님	약 800자
(2)-③	교섭단체 요청에 따른 개선	헌법 제8조, 제46조 제2항 · 2002헌라1	자유위임 위반 아님	약 650자
IV	결론		권한 침해 없음(기각)	약 300자

예시답안 — 2023 제1문

I. 문제의 소재

교섭단체 대표의원 乙의 요청에 따라 국회의장이 사개특위 위원 甲을 개선(사임·보임)하자, 甲은 법률안 심의·표결권 침해를 주장한다. ① 국회의원의 권한쟁의 당사자능력과 ② 개선행위가 국회법 제48조 제6항과 자유위임원칙에 반하여 甲의 권한을 침해하였는지가 문제된다.

II. 물음 (1) — 국회의원의 당사자능력

헌법 제111조 제1항 제4호는 ‘국가기관 상호간’의 권한쟁의를 규정하고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 이를 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간’으로 정한다. 헌법재판소는 처음에 이를 한정적 열거로 보아 국회의원의 당사자능력을 부정하였으나(헌재 1995. 2. 23. 90헌라1), 이후 예시적 규정으로 보아 판례를 변경하였다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2). 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적 권한을 부여받았으며, 그 분쟁을 해결할 다른 적당한 기관이나 방법이 없는 기관은 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다. 국회의원은 헌법 제41조에 따라 국민이 선출하고 법률안 심의·표결권 등 독자적 권한을 가지며, 국회의장과의 분쟁을 해결할 다른 수단이 없으므로 당사자능력이 있다. 국회의장 역시 헌법 제48조에 근거한 독자적 기관으로서 피청구인 능력이 있다.

III. 물음 (2) — 개선행위의 권한 침해 여부

(1) 침해되었다고 주장하는 권한. 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법 제40조(입법권), 제41조 제1항(국민의 선거에 의한 의원 구성)과 의회민주주의 원리에서 당연히 도출되는 헌법상 권한이다. 위원회 위원으로서 소관 안건을 심사·표결하는 권한도 이에 포함된다. 개선행위로 甲은 사개특위에서 관련 법안을 심의·표결할 수 없게 되었으므로 권한 침해 여부가 문제된다.

(2) 국회법 제48조 제6항 위반 여부. 국회법 제48조 제6항 본문은 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다고 규정한다. 단서는 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우를 예외로 한다. 甲은 2018. 10. 18. 정기회 중에 선임되었고, 개선은 2019. 2. 26. 임시회 회기 중에 이루어졌다.

① 문언에 충실한 해석: 이 조항은 임시회 회기 중의 개선을 일체 금지하므로, 임시회 회기 중에 이루어진 이 사건 개선은 甲 본인의 부득이한 사유도 없이 행해져 제48조 제6항에 위반된다고 볼 수 있다. ② 입법 취지에 따른 해석: 이 조항은 위원을 선임한 직후 단기간에 교체하여 특정 안건의 표결 결과를 바꾸는 이른바 ‘날치기 사보임’을 막기 위한 것이므로, 임시회의 경우 ‘그 회기 중에 선임된 위원’을 같은 회기 중에 개선할 수 없다는 의미로 보아야 한다는 해석이다. 이에 따르면 정기회에서 선임된 지 30일이 훨씬 지나 다른 회기(임시회)에서 개선된 甲의 경우에는 이 조항이 적용되지 않는다.

헌법재판소의 법정의견은 ②의 해석을 취하여, 이 사건 개선행위가 국회법 제48조 제6항에 위반되지 않는다고 보았다(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1). 이에 대해서는 법 문언에 반하는 축소해석이라는 반대 의견이 있었다.

(3) 자유위임원칙 위반 여부. 헌법 제46조 제2항과 제45조, 제7조 제1항은 국회의원이 국민 전체의 대표자로서 양심에 따라 직무를 수행하도록 하는 자유위임원칙을 담고 있다. 그러나 헌법은 정당제 민주주의(제8조)도 채택하고 있으므로, 자유위임원칙은 정당과 교섭단체가 소속 의원에게 정치적 영향을 미치는 것을 금지하지 않는다. 헌법재판소는 교섭단체의 요청에 따른 위원 개선을 ‘정당 내부의 사실상 강제’의 범위 안에 있는 한 허용된다고 본다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1). 이 사건에서 ① 위원회의 구성은 국회 전체의 의사를 반영하도록 교섭단체 의석 비율에 따라 이루어지고, 교섭단체는 그 의석에 대해 소속 의원 중 누구를 배정할지 결정할 지위를 가진다. ② 甲은 소속 교섭단체 의원총회가 추인한 합의안에 반대하

겠다고 하였으므로, 乙의 요청은 교섭단체의 정책 실현을 위한 것이다. ③ 甲은 사개특위 위원에서 물러날 뿐 본회의에서 법안을 심의·표결할 권한은 그대로 가지므로 국회의원으로로서의 활동이 원천적으로 봉쇄된 것이 아니다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임원칙이 허용하는 범위를 벗어나지 않는다.

(4) 국회 자율권의 존중. 위원의 선임과 개선은 국회의 조직에 관한 자율적 사항으로서, 헌법이나 법률을 명백히 위반하지 않는 한 존중되어야 한다.

IV. 결론

국회의원 甲은 권한쟁의심판의 당사자능력이 있다. 그러나 헌법재판소 판례에 따르면 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항에 위반되지 않고, 교섭단체 요청에 따른 정당 내부의 사실상 강제로서 자유위임원칙에도 반하지 않으므로 甲의 법률안 심의·표결권을 침해하지 않는다. 다만 제48조 제6항을 문언대로 해석하면 위법한 개선으로 권한 침해가 인정될 수 있다는 반대 견해도 충분히 논거를 갖추고 있으므로, 답안에서는 두 해석을 모두 제시하고 결론을 밝히는 것이 좋다.

근거: 헌법 제8조, 제40조, 제41조, 제46조 제2항, 제111조 제1항 제4호 · 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호 · 국회법 제48조 제6항 · 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 · 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 · 헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1

제8장

위헌법률심판·헌법소원과 결정의 효력

위헌결정의 효력 · 예외적 소급효 · 헌법불합치 · 한정위헌의 기속력 · 반복입법 · 재심 | 기출 4문항: 2019-3, 2021-2, 2023-2, 2024-2

이 장에서 다루는 내용

8-1 핵심 개념	81
8-2 기출 풀이	84
2019 제3문 헌법불합치결정의 사유와 효력	84
2021 제2문 위헌결정과 반복입법	86
2023 제2문 한정위헌결정과 재심기각결정	88
2024 제2문 비형벌조항 위헌결정과 확정판결의 구제	90

8-1 핵심 개념

헌법재판의 ‘결정 이후’를 묻는 문항이 최근 늘었다. 결정의 형식(헌법불합치, 한정위헌), 결정의 효력(기속력, 장래효와 소급효), 그리고 그 효력이 누구에게 어디까지 미치는지(입법자, 법원, 당해 사건 당사자, 제3자)가 핵심이다. 적법요건은 제2장(재판의 전제성)과 제3장(법령소원, 제68조 제2항)의 카드를 함께 본다.

위헌결정의 효력

위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속하고(헌법재판소법 제47조 제1항), 위헌으로 결정된 법률은 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다(제2항, 장래효). 형벌조항은 소급하여 효력을 상실하되, 종전에 합헌결정이 있었으면 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급한다(제3항). 형벌조항에 근거한 유죄 확정판결에는 재심을 청구할 수 있다(제4항). 위헌결정은 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하다(헌법 제113조 제1항).

대립 구도

비형벌조항(장래효) ↔ 형벌조항(소급효·재심)

쓰이는 기출 2024-2, 2019-2, 2021-2

답안 속 문장

“A 법률조항은 형벌조항이 아니므로 위헌결정이 있는 날부터 장래를 향하여 효력을 상실하는 것이 원칙이다.”

예외적 소급효의 범위

헌법재판소는 비형벌조항에도 구체적 규범통제의 실효성을 위해 ① 당해 사건, ② 위헌제청이나 제청신청을 한 동종 사건, ③ 같은 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 병행 사건에 소급효를 인정하고, 위헌결정 이후 제소된 일반 사건도 소급효를 부인하는 것이 현저히 정의에 반하면 소급효를 인정할 수 있다고 본다. 대법원은 일반 사건까지 넓히되, 확정판결의 기판력이나 이미 형성된 법률관계에는 미치지 않는다고 본다. 위헌인 법률에 근거한 처분은 원칙적으로 취소사유에 그친다는 것이 대법원의 입장이다.

대립 구도

구체적 타당성(소급효 확대) ↔ 법적 안정성(기판력·확정된 법률관계)

쓰이는 기출 2024-2

답안 속 문장

“乙은 당해·동종·병행 사건 어디에도 해당하지 않고 판결이 이미 확정되었으므로 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다.”

변형결과와 헌법불합치

헌법재판소법 제45조는 ‘위헌 여부만’ 결정하도록 하지만, 헌법재판소는 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌 등 변형결정을 한다. 헌법불합치는 ① 평등 위반의 수혜적 법률, ② 입법자의 형성 재량 존중, ③ 법적 공백 방지가 필요한 경우에 쓰이며, 적용 중지(원칙) 또는 잠정 적용, 개선입법 의무, 시한 경과 후 효력 상실의 효과를 가진다. 자유권 침해 법률에 대해서도 쓰인 예가 있다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25).

대립 구도

단순위헌(즉시 효력 상실) ↔ 헌법불합치(형식적 존속 + 개선입법)

쓰이는 기출 2019-3, 2019-2, 2024-3

답안 속 문장

“단순위헌결정으로 법률이 즉시 효력을 잃으면 법적 공백이 생기므로, 입법자가 개선입법을 할 때까지 잠정 적용을 명하는 헌법불합치결정이 적절하다.”

한정위헌결정의 기속력과 재판소원

헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외한다. 헌법재판소는 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 기본권을 침해한 재판까지 제외하는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 하였고(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등), 이 예외를 ‘위헌결정의 기속력에 반하는 재판’으로 정리하였다. 대법원은 한정위헌결정의 기속력을 부정해 왔으나, 헌법재판소는 한정위헌결정도 위헌결정으로서 기속력을 가지고 제75조 제7항의 재심사유가 된다고 보아 이를 부정한 재심기각결정을 취소하였다(헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760 등).

대립 구도

헌법재판소(한정위헌 = 위헌결정) ↔ 대법원(법률 해석은 법원 전속)

쓰이는 기출 2023-2

답안 속 문장

“한정위헌결정도 법률의 특정한 해석·적용 부분의 위헌성을 확인하는 위헌결정이므로 기속력을 가지며, 이를 부인한 재판은 헌법소원의 대상이 된다.”

위헌결정과 반복입법

위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치는지에 대해 부정설(입법자는 헌법에만 구속, 법 발전의 화석화 방지), 긍정설(제47조 제1항의 ‘국가기관’에 국회 포함, 헌법재판의 실효성), 절충설(원칙적 금지, 사정변경 시 허용)이 대립한다. 헌법재판소는 반복입법 사안에서 기속력 위반만으로 위헌을 선언하기보다 새 법률이 종전 위헌 사유를 해소하였는지를 다시 심사해 왔다(시각장애인 안마사 사건: 부령 조항 위헌 후 같은 취지를 법률로 규정 → 합헌).

대립 구도

헌법재판의 실효성 ↔ 입법자의 형성권과 법의 발전

쓰이는 기출 2021-2

답안 속 문장

“위헌결정의 이유가 그대로 타당한 상황에서 같은 내용을 다시 입법하는 것은 허용되지 않으나, 위헌 사유를 해소하였거나 사정이 본질적으로 변경된 경우에는 같은 취지의 입법도 가능하다.”

제68조 제2항 인용과 재심

제68조 제2항 헌법소원이 인용된 경우 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항). 제68조 제2항 헌법소원은 당해 사건의 재판을 정지시키지 않으므로 이 재심 규정이 청구인 구제의 핵심 수단이다. 재심의 주체는 ‘당사자’에 한정되므로 다른 사건의 당사자는 이 규정으로 구제받지 못한다.

대립 구도

청구인(당해 사건 재심 가능) ↔ 제3자(확정판결의 기판력)

쓰이는 기출 2023-2, 2024-2

답안 속 문장

“甲의 당해 사건이 이미 확정되었더라도 甲은 헌법재판소법 제75조 제7항에 따라 재심을 청구하여 구제받을 수 있다.”

8-2 기출 풀이

2019 제3문

헌법불합치결정의 사유와 효력

20점 · 논술형 · 변형결정, 적용 중지와 잠정 적용, 개선입법

제3문.

헌법재판에서 헌법불합치결정이 내려지는 경우 및 헌법불합치결정의 효력을 논하시오.

(20점)

출제 포인트

출제 의도 변형결정의 대표인 헌법불합치결정이 언제, 왜 쓰이며 어떤 효력을 가지는지 체계적으로 서술하게 한다. **연결 개념** 헌법재판소법 제45조, 제47조, 평등 위반 수혜적 법률, 법적 공백, 잠정 적용, 형벌조항 헌법불합치와 시한 경과. **함정** ‘효력’에서 기속력만 쓰고 적용 중지·잠정 적용·시한 경과의 효과를 빠뜨리기 쉽다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
I	의의와 근거, 정족수	헌법재판소법 제45조 · 헌법 제113조 제1항	약 300자
II	결정 사유 4가지	수혜적 법률, 형성 재량, 법적 공백, 자유권 사례(2008헌가25)	약 500자
III	효력 4가지	제47조 제1항·제3항 · 적용 중지/잠정 적용 · 시한 경과	약 550자
IV	평가		약 100자

예시답안 — 2019 제3문

I. 의의와 근거

헌법불합치결정은 법률이 헌법에 위반되지만, 단순위헌결정으로 그 법률을 즉시 효력 상실시킬 경우 생기는 문제를 피하기 위해 법률의 형식적 존속을 일정 기간 유지하면서 입법자에게 개선을 명하는 변형결정이다. 헌법재판소법 제45조는 ‘위헌 여부만을 결정’하도록 규정하지만, 헌법재판소는 헌법 수호와 입법자의 형성권 존중이라는 헌법재판의 성격상 변형결정이 허용된다고 본다. 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종이므로 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하다(헌법 제113조 제1항).

II. 헌법불합치결정이 내려지는 경우

(1) 평등원칙 위반의 수혜적 법률. 어떤 집단에게만 혜택을 주는 법률이 평등원칙에 위반되는 경우, 단순 위헌결정을 하면 이미 혜택을 받던 집단의 혜택까지 없어져 위헌 상태를 제거하는 방법이 오히려 불합리해진다. 위헌 상태를 혜택 확대로 해소할지 축소로 해소할지는 입법자가 정할 문제이므로 헌법불합치결정을 한다.

(2) 입법자의 형성 재량 존중. 위헌인 부분과 합헌인 부분이 섞여 있어 그 경계를 헌법재판소가 확정하기 어렵거나, 위헌 상태를 제거할 방법이 여러 가지인 경우 입법자의 선택을 존중하기 위해 헌법불합치결정을 한다.

(3) 법적 공백과 혼란의 방지. 단순위헌결정으로 법률이 즉시 효력을 잃으면 규율의 공백이 생겨 위헌적 법률이 존속하는 것보다 더 헌법에서 멀어진 상태가 되는 경우이다.

(4) 자유권 침해의 경우에도 위 (2), (3)의 사정이 있으면 헌법불합치결정을 해 왔다(예: 야간 옥외집회 금지 조항, 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25). 자유권 침해 법률은 단순위헌이 원칙이어야 한다는 비판이 있다.

III. 헌법불합치결정의 효력

(1) 기속력. 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이므로 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제47조 제1항).

(2) 입법자의 개선입법 의무. 입법자는 결정의 취지에 따라 가능한 한 빨리, 헌법재판소가 정한 시한까지 위헌 상태를 제거하는 개선입법을 해야 한다.

(3) 적용 중지와 잠정 적용. 원칙적으로 법원과 행정청은 위헌 법률의 적용을 중지하고 계속 중인 절차를 정지하여 개선입법을 기다려야 하며, 개선입법이 이루어지면 당해 사건 등에는 개선된 신법을 적용한다. 다만 법적 공백을 막기 위해 헌법재판소가 개선입법 시까지 잠정 적용을 명하면 그 법률은 계속 적용된다.

(4) 시한 경과와 효과. 개선입법 시한까지 입법이 없으면 그 법률은 시한 다음 날부터 효력을 잃는다. 형벌조항에 대해서는 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 소급하여 효력을 잃는다고 보아야 한다는 것이 대법원의 입장이어서, 야간 옥외집회 사건 등에서 시한 경과 후 무죄를 선고하였다.

IV. 평가

헌법불합치결정은 입법권 존중과 법적 안정성에 기여하지만 개선입법 지연 시 위헌 상태가 장기화된다. 따라서 그 사용은 단순위헌결정이 오히려 헌법질서에 반하는 경우로 한정하고, 시한과 잠정 적용 여부를 명확히 정해야 한다.

근거: 헌법 제113조 제1항 · 헌법재판소법 제45조, 제47조 제1항·제3항 · 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25

2021 제2문

위헌결정과 반복입법

30점 · 논술형 · 기속력의 주관적·객관적 범위

제2문.

국회는 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률조항과 같은 내용의 입법을 할 수 있는지 여부에 대해 논하시오.

(30점)

출제 포인트

출제 의도 위헌결정의 기속력이 국회를 구속하는지를 학설·판례·검토의 순서로 논하게 한다. **연결 개념** 헌법재판소법 제47조 제1항, 기속력과 일반적 효력의 구별, 안마사 사건의 재입법 흐름. **합정** 결론을 ‘절대 불가’ 또는 ‘자유롭게 가능’의 극단으로 쓰면 논증이 얇아 보인다. 원칙과 예외, 그리고 반복입법에 대한 통제 방법(재심사)까지 쓴다.

■ 답안 개요

단계	쓸 내용	조문 · 판례 · 이론	분량
I · II	문제의 소재, 위헌결정의 효력	헌법재판소법 제47조 제1항~제3항	약 400자
III	학설 3가지	부정설·긍정설·절충설	약 450자
IV	헌법재판소의 태도	안마사 사건(부령 위헌 → 법률 재입법 → 합헌)	약 350자
V · VI	검토와 결론	헌법 제111조 제1항, 원칙·예외·통제	약 650자

예시답안 — 2021 제2문

I. 문제의 소재

헌법재판소가 어떤 법률조항을 위헌으로 결정한 뒤 국회가 같은 내용의 법률을 다시 제정하는 것(반복입법)이 허용되는지는, 헌법재판소법 제47조 제1항이 정한 위헌결정의 기속력이 입법자인 국회에까지 미치는지의 문제이다.

II. 위헌결정의 효력

헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”고 규정한다. 기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정을 존중하고 이에 따라야 할 의무로서, 결정과 모순되는 행위를 금지하는 효력(반복 금지)을 포함한다. 위헌으로 결정된 법률은 결정이 있는 날부터 효력을 잃고, 형벌조항은 소급하여 효력을 잃는다(같은 조 제2항, 제3항). 반복입법 문제는 이 기속력의 주관적 범위(국회가 포함되는지)와 객관적 범위(주문만인지, 중요 이유까지인지)에 관한 것이다.

III. 학설

(1) 부정설. 입법자는 헌법에만 구속되며, 헌법재판소의 결정이 입법자를 영구히 구속하면 사회 변화에 따른 법의 발전이 막히고 헌법재판소 스스로 판례를 변경할 기회도 사라진다. 국회가 다시 입법하면 헌법재판소가 새 법률을 심사하면 되므로 반복입법 자체를 금지할 필요가 없다는 견해이다.

(2) 긍정설. 헌법재판소법 제47조 제1항의 ‘국가기관’에는 국회도 포함되며, 국회가 위헌결정된 법률을 그대로 되살릴 수 있다면 헌법재판의 실효성과 헌법재판소의 헌법 수호 기능이 무력화된다는 견해이다.

(3) 절충설. 원칙적으로 국회는 위헌결정된 법률과 같은 내용의 법률을 제정할 수 없으나, 위헌결정 이후 사실관계나 법적 상황에 본질적 변화가 있어 위헌결정의 이유가 더 이상 타당하지 않게 된 경우에는 같은 내용의 입법도 허용된다는 견해이다.

IV. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 반복입법 여부가 문제된 사건에서 기속력 위반만을 이유로 곧바로 위헌을 선언하기보다, 새로 제정된 법률이 종전 위헌결정의 이유를 해소하였는지와 그 내용이 헌법에 합치하는지를 다시 심사하는 태도를 보여 왔다. 예컨대 시각장애인에게만 안마사 자격을 인정하는 내용을 보건복지부령으로 정한 조항이 법률유보원칙 위반 등을 이유로 위헌으로 결정된 뒤 국회가 같은 취지를 법률(의료법)에 직접 규정하자, 헌법재판소는 그 법률조항에 대해 본안 판단을 하여 합헌으로 결정하였다. 이는 위헌결정의 이유가 된 형식적 하자를 국회가 해소한 경우 같은 정책을 다시 입법하는 것이 허용됨을 보여 준다.

V. 검토

- (1) 원칙. 권력분립 아래 헌법의 최종적 해석권은 헌법재판소에 있고(헌법 제111조 제1항), 국회가 위헌결정의 이유를 무시하고 같은 내용의 법률을 다시 만드는 것은 헌법재판 제도를 형해화한다. 따라서 위헌결정의 이유가 그대로 타당한 상황에서 동일한 내용을 반복 입법하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.
- (2) 예외. 그러나 헌법재판소의 결정도 당시의 사실관계와 사회적 인식에 기초한 것이므로, ① 위헌결정의 이유가 된 하자(형식, 절차, 과잉 부분)를 제거한 경우, ② 위헌결정 이후 사실관계나 법적 상황에 본질적 변화가 있는 경우, ③ 국회가 새로운 입법 사실과 논거를 제시하여 헌법재판소의 재판단을 구하는 경우에는 같은 정책 목적의 입법이 가능하다. 이 경우 헌법재판소는 새 법률을 다시 심사하여 판례를 유지하거나 변경할 수 있으므로 헌법 수호와 법의 발전이 조화된다.
- (3) 통제 방법. 반복입법된 법률은 위헌법률심판이나 헌법소원으로 다투어질 수 있으며, 위헌결정의 이유가 그대로 남아 있다면 헌법재판소는 다시 위헌결정을 하게 된다.

VI. 결론

국회는 위헌결정의 기속력에 따라 원칙적으로 위헌으로 결정된 법률조항과 같은 내용의 입법을 할 수 없다. 다만 위헌결정의 이유를 해소하였거나 사정이 본질적으로 변경된 경우에는 같은 취지의 입법도 허용되고, 그 합헌성은 헌법재판소의 새로운 심사로 확인된다.

근거: 헌법 제111조 제1항 · 헌법재판소법 제47조 제1항~제3항 · 위헌결정 기속력의 주관적·객관적 범위 · 시각장애인 안마사 제도 사건(부령 위헌 → 법률 재입법 → 합헌)

2023 제2문

한정위헌결정과 재심기각결정

30점 · 소문 2개 · 재판소원 금지의 예외, 한정위헌의 기속력, 재판청구권

제2문.

대학교수인 甲은 구 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원으로 위촉되어 활동하던 중, 2010. 11. 25. 제주지방법원에서 ‘공무원인 심의위원의 직무와 관련하여 뇌물을 수수하였다’는 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)의 범죄사실로 징역 4년을 선고받았다.

甲은 항소심이 계속 중인 2011. 1. 26. 「형법」 제129조 제1항의 ‘공무원’에 위 특별법상 위촉 심의위원이 포함된다고 해석하는 한도에서 헌법에 위반된다는 취지 등의 위헌법률심판 제청신청을 하였으나, 법원은 2011. 5. 4. 이를 기각하고 징역 2년을 선고하였으며, 대법원은 2011. 9. 29. 상고를 기각하여 판결이 확정되었다.

甲은 항소심 법원에 의하여 위헌법률심판 제청신청이 기각되자 「형법」 제129조 제1항에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였는데, 이에 대해 헌법재판소는 2012. 12. 27. 「형법」 제129조 제1항의 ‘공무원’에 위 특별법상 위촉 심의위원이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정(이하 ‘이 사건 한정위헌결정’이라 한다)을 선고하였다.

甲은 이 사건 한정위헌결정 이후 위 항소심 판결에 대하여 재심을 청구하였으나 2013. 11. 25. 청구가 기각되었고, 대법원 재항고도 2014. 8. 11. 기각되었다(이하 ‘이 사건 재심기각결정들’이라 한다).

현재 헌법재판소의 판례에 따라, 때,

(1) 이 사건 재심기각결정들이 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’으로 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부 및 甲의 재판청구권을 침해하는지 여부에 대하여 서술하시오. (20점)

(2) 이 사건 한정위헌결정 이전의 항소심과 대법원의 유죄판결이 취소되어야 하는지 여부에 대하여 서술하시오. (10점)

(30점)

출제 포인트

출제 의도 헌법재판소와 대법원이 오랫동안 대립해 온 한정위헌결정의 기속력 문제를, ‘현재 헌법재판소의 판례’에 따라 정리하게 한다. 문제의 사실관계는 현재 2022. 6. 30. 2014헌마760 등 사건과 같다. **연결 개념** 제68조 제1항의 ‘법원의 재판’, 96헌마172 등, 제75조 제7항, 재판청구권. **합정** (2)에서 유죄판결도 취소해야 한다고 쓰면 틀린다. 판결 선고 시점에는 한정위헌결정이 없었으므로 ‘기속력에 반하는 재판’이 아니다. 날짜(2011. 9. 29. 확정, 2012. 12. 27. 한정위헌)를 대조하여 쓴다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
(1)	법원 · 재심기각결정들의 대상성과 재판청구권	헌법재판소법 제47조 제1항, 제68조 제1항, 제75조 제7항 · 96헌마172 등 · 2014헌마760 등	대상 인정, 재판청구권 침해 → 취소	약 1,200자
(2)	한정위헌 이전 유죄판결	기속력에 반하는 재판의 시간적 요건	대상 아님 → 취소 안 됨	약 500자

예시답안 — 2023 제2문

I. 문제의 소재

헌법재판소는 형법 제129조 제1항에 대해 한정위헌결정을 하였으나, 법원은 이 결정 이후 甲의 재심청구를 기각하였다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외하므로, ① 재심기각결정들이 예외적으로 헌법소원 대상이 되는지와 재판청구권 침해 여부, ② 한정위헌결정 이전에 선고된 유죄판결도 취소되어야 하는지가 문제된다. 문제는 현재 헌법재판소 판례에 따를 것을 요구한다.

II. 물음 (1) — 재심기각결정들의 대상성과 재판청구권 침해

(1) 재판소원 금지와 그 예외. 헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 헌법소원을 청구할 수 있다고 규정한다. 헌법재판소는 이 조항 자체는 합헌이지만, ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판까지 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 하였고, 그러한 대법원 판결을 직접 취소하였다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등). 이후 헌법재판소는 이 예외를 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’으로 정리하였다.

(2) 한정위헌결정의 기속력. 대법원은 법률의 해석·적용 권한은 법원에 전속하므로 한정위헌결정은 법률 해석에 관한 견해에 불과하여 기속력이 없다는 입장을 취해 왔다. 그러나 헌법재판소는 한정위헌결정이 법률의 특정한 해석·적용 부분의 위헌성을 제거하는 질적 일부위헌결정으로서 위헌결정의 일종이며, 따라서 헌법재판소법 제47조 제1항의 기속력과 제75조 제7항의 재심사유가 된다고 본다.

(3) 대상성. 이 사건 재심기각결정들은 이 사건 한정위헌결정이 선고된 뒤에, 그 기속력을 부인하여 甲의 재심청구를 받아들이지 않은 재판이다. 甲은 제68조 제2항 헌법소원의 청구인이므로 인용결정(한정위헌결정)이 있으면 당해 사건의 확정판결에 대해 재심을 청구할 수 있다(제75조 제7항). 그런데 법원이 한정위헌결정은 재심사유가 아니라고 하여 재심을 기각한 것은 위헌결정의 기속력에 반하는 재판이므로, 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다.

(4) 재판청구권 침해. 헌법 제27조 제1항의 재판청구권은 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 재판을 받을 권리이고, 제75조 제7항의 재심은 위헌인 법률이 적용된 확정판결로부터 당사자를 구제하는 법률상 절차이다. 재심기각결정들은 법률이 보장한 재심 절차를 통한 구제를 거부하여 甲의 재판청구권을 침해한다. 헌법재판소도 바로 이 사건에서 재심기각결정들을 취소하였다(헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760 등).

III. 물음 (2) — 한정위헌결정 이전 유죄판결의 취소 여부

헌법소원의 대상이 되는 예외적 재판은 위헌결정의 ‘기속력에 반하는’ 재판이다. 항소심 판결(2011. 5. 4.)과 대법원 판결(2011. 9. 29.)은 이 사건 한정위헌결정(2012. 12. 27.)보다 먼저 선고되었으므로, 선고 당시에는 존중해야 할 위헌결정이 존재하지 않았다. 따라서 이들 판결은 위헌결정의 기속력에 반하는 재판이 아니어서 헌법소원의 대상이 되지 않으며, 이에 대한 취소 청구는 부적법하다. 甲의 구제는 유죄판결을 직접 취소하는 방식이 아니라, 제75조 제7항에 따른 재심을 통해 이루어져야 한다. 재심기각결정들이 취소되면 법원은 다시 재심 개시 여부를 판단하게 되고, 그 재심 절차에서 유죄판결의 당부가 다투어진다.

IV. 결론

이 사건 재심기각결정들은 한정위헌결정의 기속력에 반하는 재판으로서 예외적으로 헌법소원 대상이 되고 甲의 재판청구권을 침해하므로 취소되어야 한다. 반면 한정위헌결정 이전의 항소심과 대법원 유죄판결은 기속력에 반하는 재판이 아니므로 헌법소원 대상이 되지 않아 취소되지 않는다.

근거: 헌법 제27조 제1항, 제111조 제1항·헌법재판소법 제47조 제1항, 제68조, 제75조 제7항·헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등·헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760 등

2024 제2문

비형벌조항 위헌결정과 확정판결의 구제

30점 · 단일 물음 · 장래효, 예외적 소급효, 재심

제2문.

乙은 행정법원에서 형벌에 관한 법률 조항이 아닌 A 법률 조항이 적용되어 패소판결을 받고, 그 판결이 확정되었다. 그 후 甲이 제기한 헌법재판소법 제68조제2항의 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 A 법률 조항에 대하여 위헌결정을 선고하였다. 이 사례에서 헌법재판소법 및 그 해석상 甲과 乙의 구제가능성에 대하여 판단하시오.

(30점)

출제 포인트

출제 의도 위헌결정의 시간적 효력에 관한 조문(제47조)과 판례(예외적 소급효)를 바탕으로, 헌법소원 청구인(甲)과 제3자(乙)의 구제 가능성을 대비시킨다. **연결 개념** 제47조 제2항~제4항, 제75조 제7항, 당해·동종·병행·일반 사건, 기판력, 위헌법률에 근거한 처분의 효력. **합정** 乙에게 제47조 제4항의 재심을 인정하면 틀린다. 그 재심은 형벌조항에 한정된다. 甲에 대해서는 당해 사건이 계속 중인 경우와 확정된 경우를 나누어 쓴다.

■ 답안 개요 — 쟁점 지도

소문	누가 · 무엇을(쟁점)	어떤 근거로	결론	분량
II	위헌결정의 효력 법리	헌법재판소법 제47조 제2항~제4항, 제75조 제7항 · 예외적 소급효	장래효 원칙 + 예외	약 750자
III	甲 · 당해 사건	소급효, 제75조 제7항 재심	구제 가능	약 350자
IV	乙 · 확정된 다른 사건	기판력, 재심 불가, 후속 집행 저지	원칙적 구제 불가	약 650자
V	결론			약 200자

예시답안 — 2024 제2문

I. 문제의 소재

A 법률조항은 형벌조항이 아니며, 甲의 제68조 제2항 헌법소원에서 위헌으로 결정되었다. 위헌결정의 시간적 효력(장래효 원칙과 소급효의 예외)과 재심 제도에 비추어, 헌법소원 청구인인 甲과 이미 판결이 확정된 다른 사건의 당사자 乙이 구제받을 수 있는지가 문제된다.

II. 위헌결정의 효력에 관한 법리

(1) 장래효 원칙. 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다고 규정한다. 다만 형벌에 관한 법률은 소급하여 효력을 상실하고(제3항), 그에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다(제4항). A 법률조항은 형벌조항이 아니므로 원칙적으로 장래효만 가진다.

(2) 예외적 소급효. 헌법재판소는 비형벌조항에 대해서도 구체적 규범통제의 실효성 보장을 위하여 ① 위헌결정의 계기가 된 당해 사건, ② 위헌결정 당시 같은 법률조항에 대해 위헌제청을 하였거나 제청신청을 한 동종 사건, ③ 따로 제청신청은 하지 않았으나 같은 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 병행 사건에는 소급효가 미친다고 본다. 나아가 위헌결정 이후 제소된 일반 사건이라도 소급효를 인정하지 않으면 현저히 정의에 반하는 경우에는 소급효를 인정할 수 있다고 한다. 대법원은 소급효의 범위를 더

넓혀 위헌결정 이후 제소된 일반 사건에도 원칙적으로 미친다고 보면서, 이미 형성된 법률관계나 확정판결의 기판력처럼 법적 안정성을 해치는 경우에는 소급효가 제한된다고 본다.

(3) 제68조 제2항 헌법소원 청구인의 재심. 헌법재판소법 제75조 제7항은 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자가 재심을 청구할 수 있다고 규정한다.

III. 甲의 구제가능성

甲의 사건은 위헌결정의 계기가 된 당해 사건이므로 위헌결정의 소급효가 미친다. ① 당해 사건이 아직 법원에 계속 중이면, 법원은 효력을 잃은 A 법률조항을 적용할 수 없으므로 그 조항을 적용한 판단을 할 수 없고, 甲은 위헌결정에 따른 재판을 받는다. ② 제68조 제2항 헌법소원은 재판이 정지되지 않으므로 그사이 당해 사건이 확정되었을 수 있는데, 이 경우 甲은 제75조 제7항에 따라 재심을 청구하여 구제받을 수 있다. 따라서 甲은 어느 경우든 구제받을 수 있다.

IV. 乙의 구제가능성

(1) 소급효의 범위. 乙은 위헌제청이나 제청신청을 하지 않았고, 위헌결정 당시 이미 판결이 확정되어 법원에 계속 중이지도 않았으므로 당해 사건, 동종 사건, 병행 사건 어디에도 해당하지 않는다. A 법률조항은 비형벌조항이어서 제47조 제3항의 소급효도 적용되지 않는다.

(2) 재심 가능성. 제47조 제4항의 재심은 형벌조항에 근거한 유죄 확정판결에 한정되고, 제75조 제7항의 재심은 헌법소원 청구인인 당사자의 소송사건에 한정되므로 乙에게는 적용되지 않는다. 확정판결의 기판력은 법적 안정성을 위해 존중되어야 하며, 위헌결정이 있다는 사정은 민사소송법·행정소송법상 재심사유에도 해당하지 않는다.

(3) 남은 문제. 다만 乙의 패소판결의 대상이 된 행정처분에 근거한 후속 집행이 아직 남아 있다면, 위헌결정 이후에 위헌인 법률조항에 근거하여 새로운 집행행위를 하는 것은 위헌결정의 기속력에 반하여 허용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다. 그러나 이는 장래의 집행을 막는 것에 그치고, 확정판결 자체를 다룰 수 있게 하는 것은 아니다. 처분의 근거 법률이 위헌으로 결정되더라도 그 하자는 원칙적으로 취소사유에 그쳐 당연무효가 되지 않는다는 것이 대법원의 입장이므로, 제소기간이 지나 확정된 법률관계는 다룰 수 없다.

(4) 소결. 乙은 확정판결의 기판력 때문에 원칙적으로 구제받을 수 없다.

V. 결론

헌법소원 청구인 甲은 당해 사건이 계속 중이면 위헌결정의 소급효에 따라, 이미 확정되었으면 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심으로 구제받을 수 있다. 반면 乙은 비형벌조항에 관한 위헌결정의 장래효 원칙과 확정판결의 기판력 때문에 재심 등으로 구제받을 수 없고, 다만 위헌결정 이후의 새로운 집행을 저지할 수 있을 뿐이다.

근거: 헌법재판소법 제47조 제2항~제4항, 제68조 제2항, 제75조 제7항 · 위헌결정의 예외적 소급효(당해·동종·병행·일반 사건) · 위헌법률에 근거한 처분의 효력

부록

참조 자료

A 연도별 문항 일람 · B 주제 색인 · C 핵심 조문과 심사기준

이 장에서 다루는 내용

부록 A 연도별 문항 일람	93
부록 B 주제 색인	94
부록 C 핵심 조문과 심사기준	95

부록 A 연도별 문항 일람

연도	문	주제	배점	수록 장
2016	1	약국 개설 장소 제한, 부진정소급입법, 신뢰보호	50	1장
	2	국회 위원회와 교섭단체	25	5장
	3	국가의 기본권보호의무	25	1장
2017	1	자기관련성·직접성, 알권리, 결사의 자유	50	3장
	2	대통령 탄핵소추와 탄핵심판	30	7장
	3	직업공무원제도	20	6장
2018	1	의료인 1인 1개소, 명확성원칙	50	2장
	2	포괄위임입법금지와 예측가능성	30	6장
	3	국회의원의 당사자능력, 사임행위의 처분성	20	7장
2019	1	청년의무고용, 고용부담금, 평등권	50	2장
	2	제68조 제2항 적법요건, 법원 인근 집회 금지	30	3장
	3	헌법불합치결정의 사유와 효력	20	8장
2020	1	재판의 전제성, 선고유예와 당연퇴직	50	2장
	2	면책특권과 직무부수행위	30	5장
	3	유전자시료 채취와 소급입법금지	20	1장
2021	1	지위 이용 선거운동, 법정형, 명확성원칙	50	4장
	2	위헌결정과 반복입법	30	8장
	3	국회 자율권의 내용과 한계	20	5장
2023	1	당사자능력, 위원 개선과 심의·표결권	40	7장
	2	한정위헌결정의 기속력, 재심기각결정	30	8장
	3	집회신고제, 금지 통고와 허가 금지	30	3장
2024	1	조례와 법률유보, 집회의 자유	50	3장
	2	비형벌조항 위헌결정의 효력과 구제	30	8장
	3	후원회지정권자와 평등권	20	4장

부록 B 주제 색인

개념에서 기출 문항으로 찾아가는 색인이다. 굵은 글씨의 문항이 그 개념을 중심 쟁점으로 다룬다.

개념	기출 문항
과잉금지원칙	2016-1, 2018-1, 2019-1, 2020-1, 2021-1, 2024-1 , 2017-1, 2019-2
진정·부진정소급입법	2016-1, 2020-3
신뢰보호원칙	2016-1 , 2020-3
형벌불소급과 보안처분	2020-3
기본권보호의무·과소보호금지	2016-3
직업의 자유(선택·수행·유지)	2016-1, 2018-1, 2020-1 , 2019-1
기업의 자유·채용의 자유	2019-1
부담금의 허용 요건	2019-1
평등권(자의금지·엄격한 비례)	2024-3, 2019-1
명확성원칙	2018-1, 2021-1
법정형과 책임주의	2021-1
알권리·개인정보자기결정권	2017-1
결사의 자유	2017-1
집회의 자유(장소 선택)	2019-2, 2024-1 , 2023-3
집회 허가제 금지·신고제	2023-3
조례와 법률유보	2024-1
선거운동의 자유	2021-1
정치자금·후원회	2024-3
법령소원의 자기관련성·직접성	2017-1
재판의 전제성	2020-1 , 2019-2
제68조 제2항 헌법소원의 요건	2019-2 , 2021-1, 2023-2
위원회·교섭단체	2016-2 , 2018-3, 2023-1
자유위임과 정당기속	2023-1 , 2016-2, 2018-3
면책특권	2020-2
국회 자율권	2021-3 , 2023-1
포괄위임입법금지·의회유보	2018-2 , 2019-1
직업공무원제도	2017-3 , 2020-1
탄핵소추·탄핵심판	2017-2
권한쟁의 당사자능력	2018-3, 2023-1
권한쟁의 대상(처분)	2018-3
국회법 제48조 제6항(위원 개선 제한)	2023-1
헌법불합치결정	2019-3 , 2019-2, 2024-3
위헌결정의 기속력과 반복입법	2021-2
한정위헌결정의 기속력·재판소원	2023-2
위헌결정의 소급효와 재심	2024-2 , 2023-2

부록 C 핵심 조문과 심사기준

이 책의 예시답안에서 인용한 주요 조문과 심사기준을 요약하였다. 조문은 문언 그대로가 아니라 내용을 충실히 옮긴 요지이며, 출제 당시 법령을 기준으로 한다.

■ 헌법

조문	요지
7	공무원은 국민 전체에 대한 봉사자(제1항). 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률로 보장(제2항).
10	인간의 존엄과 가치, 행복추구권. 국가의 기본적 인권 확인·보장 의무(제2문, 기본권보호의무의 근거).
11 ①	법 앞의 평등, 차별금지.
13 ①·②	형벌불소급, 일사부재리(제1항). 소급입법에 의한 참정권 제한·재산권 박탈 금지(제2항).
15	직업선택의 자유(직업수행·기업의 자유 포함).
21	언론·출판·집회·결사의 자유(제1항). 언론·출판 허가·검열과 집회·결사 허가 불인정(제2항).
32 ①	근로의 권리. 국가는 사회적·경제적 방법으로 고용의 증진과 적정임금 보장에 노력.
37 ②	기본권은 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해 필요한 경우에 한하여 법률로 제한, 본질적 내용 침해 금지.
40, 41 ①	입법권은 국회에 속함. 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거로 선출된 국회의원으로 구성.
45	국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 않음.
46 ②	국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행함(자유위임).
64	규칙제정(제1항), 자격심사·징계(제2항), 제명은 재적 3분의 2 이상(제3항), 법원 제소 금지(제4항).
65	탄핵소추 사유(제1항), 정족수: 대통령은 재적 과반수 발의·3분의 2 이상 찬성(제2항), 권한 행사 정지(제3항), 파면에 그치되 민·형사책임 불면제(제4항).
75, 95	법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관한 대통령령, 총리령·부령.
107 ①	법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 법원은 헌법재판소에 제청.
111 ①	헌법재판소 관장: 위헌법률심판, 탄핵, 정당해산, 권한쟁의, 헌법소원.
113 ①	위헌·탄핵·정당해산·헌법소원 인용 결정은 재판관 6인 이상 찬성.
117 ①	지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정.

■ 헌법재판소법 · 국회법 · 지방자치법

조문	요지
헌재 41 ①	법원은 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 위헌법률심판 제청.
헌재 45	헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만 결정(변형결정의 근거 논의).
헌재 47	위헌결정의 기속력(제1항), 결정일부터 효력 상실(제2항), 형벌조항 소급 효력 상실(제3항), 유죄 확정판결 재심(제4항).
헌재 49~54	소추위원(제49조), 권한 행사 정지(제50조), 형사소송 진행 시 심판절차 정지 가능(제51조), 파면 결정과 선고 전 파면 시 기각(제53조), 민·형사책임 불면제와 5년 공직 취임 제한(제54조).
헌재 61 ②	피청구인의 처분·부작위가 헌법·법률상 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우 권한쟁의 청구.
헌재 62 ① 1	국가기관 상호간 권한쟁의: 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회 상호간(예시 규정, 96헌라2).

조문	요지
헌재 68	법원의 재판을 제외한 공권력 행사·불행사로 기본권 침해 시 헌법소원(제1항). 제청신청 기각 시 당사자의 헌법소원(제2항).
헌재 69 ②	제68조 제2항 헌법소원은 제청신청 기각 결정을 통지받은 날부터 30일 이내.
헌재 75 ⑦	제68조 제2항 헌법소원 인용 시 관련 소송사건이 확정되었으면 당사자는 재심 청구.
국회 33	20명 이상의 소속 의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체, 다른 교섭단체에 속하지 않는 20명 이상 의원도 교섭단체 구성 가능.
국회 48 ①·⑥	상임위원은 교섭단체 소속 의원 수 비율에 따라 대표의원 요청으로 의장이 선임·개선(제1항). 임시회 회기 중, 정기회 선임·개선 후 30일 이내 개선 금지, 질병 등 부득이한 사유 예외(제6항).
국회 130, 134	탄핵소추 발의 후 법제사법위원회 회부 또는 24시간 이후 72시간 이내 무기명투표(제130조). 소추의결서 송달 시 권한 행사 정지, 사직원 접수·해임 금지(제134조 제2항).
지자 28 ①	법령의 범위 안에서 조례 제정. 주민의 권리 제한·의무 부과·벌칙은 법률의 위임 필요(단서).

■ 심사기준 정리

기준	내용	대표 기출
과잉금지원칙	목적의 정당성 · 수단의 적합성 · 침해의 최소성 · 법익의 균형성	2016-1, 2018-1, 2020-1, 2024-1
신뢰보호원칙	보호가치 있는 신뢰 · 침해의 정도와 방법(유예기간) · 공익과의 형량	2016-1, 2020-3
진정소급의 예외	예상 가능 · 법적 상태 불확실 · 신뢰이익 경미 · 심히 중대한 공익(96헌가2 등)	2016-1
과소보호금지원칙	적절하고 효율적인 최소한의 보호조치 여부, 명백성 통제(90헌마110 등)	2016-3
평등 — 자의금지	본질적으로 같은 것의 차별에 합리적 이유가 있는지	2024-3
평등 — 엄격한 비례	헌법이 특별히 평등을 요구하거나 관련 기본권에 중대한 제한이 생기는 경우(98헌마363)	2019-1
명확성원칙	통상의 법감정으로 예측 가능 · 법관의 보충적 해석으로 확정 가능	2018-1, 2021-1
포괄위임금지	예측가능성 · 관련 조항의 체계적 종합 · 규율 대상에 따른 차등 · 조례는 포괄위임으로 족함	2018-2, 2024-1
허가제 금지	일반적 금지 + 행정청의 재량적 해제 = 허가, 신고와 요건부 금지 통고는 허가 아님	2023-3
재판의 전제성	사건 계속 · 법률의 적용 · 다른 내용의 재판	2020-1, 2019-2
권한쟁의 당사자	헌법상 설치 · 독자적 권한 · 다른 분쟁 해결 수단 부재	2018-3, 2023-1
탄핵 인용	직무집행상 위헌·위법 + 파면을 정당화할 중대성 + 6인	2017-2

AI 논술 첨삭 서비스

써봄

writegrow.net

직접 쓴 답안, 이제 바로 첨삭받으세요.

Google Gemini 3.1 Pro를 활용한 한국어 논술 자동 첨삭 서비스

네 개 영역으로 나누어 점수를 매기고, 고칠 곳을 짚어 줍니다

논리구조

단락의 배치와 흐름이 논지를 따르는가

근거타당성

이론·조문·자료가 주장을 실제로 뒷받침하는가

주장명확성

입장과 결론이 처음부터 끝까지 분명한가

언어표현

문장이 정확하고 간결한가

영역별 점수와 함께 **강점 · 개선점 · 구체적 제언**을 담은 상세 피드백을 제공하고, 첨삭 결과는 PDF 리포트로 내려받을 수 있습니다. PDF·DOCX·TXT 파일을 올릴 수 있고, 여러 편을 한 번에 올리는 일괄 첨삭(최대 10편)도 지원합니다.

이 책과 함께 쓰는 법

- 1 기출 문항을 실전처럼 시간을 재고 씁니다**
예시답안을 보기 전에 답안 개요를 세우고 끝까지 씁니다.
- 2 답안을 써봄에 올려 첨삭을 받습니다**
손글씨 답안은 옮겨 적어 TXT·DOCX로 올리면 됩니다. 영역별 점수와 고칠 곳이 바로 나옵니다.
- 3 책의 출제 포인트·예시답안과 비교해 다시 씁니다**
첨삭에서 약하게 나온 영역을 중심으로 같은 문항을 한 번 더 씁니다.

회원가입하면 3회 무료 분석

요금제	월 이용료
개인 — 수험생	9,900원
교사 — 교사·학원	29,900원

요금과 제공 내용은 2026년 9월 writegrow.net 기준이며 변경될 수 있습니다.



writegrow.net

QR 코드로 바로 접속