

헌법



목 차

PART 01 헌법총론

chapter 01 헌법의 일반론	6
제1절 헌법관 헌법관	6
1. 헌법개념에 대한 기본적 이해	6
2. 헌법관	6
제2절 헌법의 특징과 기능	8
제3절 헌법의 해석	8
제4절 헌법의 제정, 개정, 변천	8
제5절 헌법의 보호	10
1. 헌법보호 일반론	10
2. 국가긴급권	10
3. 저항권	10
4. 방어적 민주주의	10
chapter 02 대한민국 헌법	13
제1절 대한민국헌정사	13
제2절 대한민국의 국가형태 및 구성요소	13
제3절 대한민국 헌법의 기본원리	14
1. 기본원리 개설	14
2. 헌법전문	14
3. 국민주권원리	14
4. 민주주의원리	14
5. 사회국가원리	15
6. 법치주의원리	17
7. 문화국가원리	17
제4절 대한민국 헌법 기본질서	22
1. 경제질서	22
2. 국제질서	22
제5절 대한민국 헌법 기본제도	28
1. 제도적 보장	28
2. 정당제도	28

목 차

3. 선거제도	29
4. 공무원제도	31
5. 지방자치제도	32
6. 혼인과 가족생활의 보장	33
7. 군사제도	34

PART 02 기본권론 - 1

chapter 01 기본권의 종류	38
제1절 기본권개설	38
제2절 기본권의 법적성격	38
제3절 기본권의 주체	39
1. 기본권보유능력과 기본권행사능력	39
2. 국민의 기본권주체성	39
3. 외국인의 기본권주체성	39
4. 법인의 기본권주체성	39
제4절 기본권의 효력	41
제5절 기본권의 갈등	41
1. 기본권의 경합	41
2. 기본권의 충돌	41
제6절 기본권의 보호영역, 내재적 한계 및 제한	45
1. 기본권의 보호영역	45
2. 기본권의 내재적 한계	45
3. 기본권의 제한	45
제7절 기본권의 침해와 구제	50
제8절 국가의 기본권 보호의무	50
chapter 02 기본권 각론 1	52
제1절 포괄적 기본권	52
1. 인간의 존엄과 가치	52
2. 행복추구권	54

목 차

3. 법앞의 평등	55
제2절 자유권적 기본권	58
1. 자유권적기본권	58
2. 신체의 자유권	60
3. 사회경제적 자유권	63
4. 정신적자유권	66
5. 재산권	72
6. 소비자의 권리	74
제3절 정치적 기본권(참정권)	75
1. 참정권	75
2. 국민투표권	75
3. 선거권	76
4. 공무담임권	76
제4절 청구권적 기본권	80
1. 청구권적기본권	80
2. 청원권	80
3. 재판청구권	82
4. 형사보상청구권	85
5. 국가배상청구권	85
6. 범죄피해자구조청구권	85
제5절 사회적 기본권	86
1. 사회적기본권	86
2. 인간다운 생활을 할 권리	86
3. 교육을 받을 권리	87
4. 근로의 권리	87
5. 근로3권	88
6. 환경권	88
7. 모성을 보호받을 권리와 보건권	89
8. 기본권의 제한	89
chapter 03 국민의 의무	90
1. 납세의 의무	90
2. 국방의 의무	90

P A R T

01

헌법총론

제1절 헌법관 헌법관**1 헌법개념에 대한 기본적 이해**

- 헌법이란 국가를 어떤 형태로 존재하게 할 것인지 그 국가의 구성원인 국민들은 어떤 기본적 가치를 추구할 것인지에 대한 국민적 합의를 법규범형태로 정립한 국가의 최고 기본법이다.
- 실질적 헌법과 형식적 헌법, 성문헌법과 불문헌법, 관습헌법, 연성헌법과 경성헌법, 등으로 분류될 수 있다.

2 헌법관

- 규범주의적 헌법관(법실증주의), 결단주의적 헌법관, 통합주의적 헌법관 등이 있다.

기출문제

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법재판에서 헌법을 해석·적용하는 작업의 범위에는 문제되는 헌법 규정의 내용을 고전적 해석을 통해 밝혀내고 헌법 현실에 적용하는 포섭의 방법 이외에도, 개방적인 헌법규범의 내용을 헌법의 구체화와 보충을 통하여 불문법적 요소에 의하여 보완하는 방법도 포함될 수 있으므로, 우리나라의 수도가 서울이라는 것을 불문의 관습헌법으로 인정하고 이러한 관습헌법에 성문 헌법을 개폐하는 효력을 인정하는 것은 가능하다.
- ② 관습헌법을 개정하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 이루어져야 한다.
- ③ 현행 헌법상 대통령과 일정수의 국회의원만이 헌법개정안을 발의할 수 있으며 국민이 직접 헌법개정안을 발의할 수는 없다.
- ④ 대통령의 발의로 제안된 헌법개정안은 대통령이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 한다.

해설 정답 ①

- ① (X) 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정의 방법에 의하여만 개정될 수 있다.(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554) → 관습헌법도 성문헌법과 동일한 효력을 가지지만 관습헌법이 성문헌법을 개폐할 수는 없다.
- ② (O) 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정의 방법에 의하여만 개정될 수 있다.(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554)
- ③ (O) 현행헌법에서는 국민발안권을 인정하지 않는다. 헌법 제128조 ① 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.
- ④ (O) 헌법개정안은 “대통령”이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 한다.

제2절 헌법의 특징과 기능

- 사실적 관점으로 정치적 특성과 이념적 특성, 역사적 특성이 있고 규범적 관점에서 최고규범적 특성과 기본권보장규범적 특성, 자기보장규범적 특성, 조직 수권규범적 특성, 권력제한규범적 특성 그리고 구조적 관점으로 유동성, 추상성, 개방성, 미완성성, 개방적 특성이 있다.
- 헌법의 기능으로는 정치적 기능, 규범적 기능이 있다.

제3절 헌법의 해석

- 헌법해석이란 헌법문제를 해결하기 위하여 헌법규범의 객관적 의미내용을 확정함으로써 헌법적 쟁점을 해결하려는 헌법 인식작용을 의미한다.
- 합헌적 법률해석의 원칙이란 법률이 외형상 위헌으로 보일지라도 그것이 헌법에 합치 되도록 해석될 여지가 조금이라도 있는 한 이를 습사리 위헌으로 판단해서는 안된다는 법률해석기법을 말한다.

제4절 헌법의 제정, 개정, 변천

- 헌법의 제정이란 헌법제정권자가 헌법사항을 성문헌법화 하는 것(형식적 의미)으로서 정치적 공동체의 형태와 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 법규범화 하는 것(실질적 의미)을 말한다.
- 헌법의 개정이란 헌법에 규정된 절차에 따라 그 기본적 동질성을 유지하면서 헌법의 특정조항을 의식적으로 수정, 삭제, 추가함으로써 헌법의 형식이나 내용에 변경을 가하는 행위를 말한다.
- 헌법의 변천이란 특정 헌법조항이 조문은 변경되지 않은 채 그대로 있으면서 그 의미 또는 내용이 실질적으로 변경되는 것을 말한다.

기출문제

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 대통령이 20일 이상의 기간을 정하여 공고하면 국회는 그 공고기간이 만료된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 한다.
- ② 현재 재적 국회의원정수를 고려할 때, 국회의원 100인이 반대하는 경우라 하더라도 헌법을 개정하는 것이 불가능한 것은 아니다.
- ③ 현행 헌법상 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 부쳐 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
- ④ 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.

해설 정답 ①

- ① (X) 헌법개정안은 “공고된 날”로부터 60일 이내에 국회가 의결하여야 한다.
- ② (O) 헌법개정안은 재적의원 과반수로 발의가 가능하고 개정안에 대해 재적의원 2/3이상의 찬성으로 의결이 가능하므로 국회전체 재적의원 300명 중 1/3에 해당하는 100명이 반대한다고 하더라도 헌법개정이 가능하다.
- ③ (O) 헌법 제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
- ④ (O) 헌법 제128조 제1항.

제5절 헌법의 보호

1 헌법보호 일반론

헌법의 보호란 헌법에 대한 침해행위를 사전에 예방하거나 사후에 구제함으로써 헌법의 핵심적 내용이나 가치를 보호하여 헌법규범의 실효성을 확보하는 것을 말한다.

2 국가긴급권

국가긴급권이라 함은 자연적 요인, 국내적 요인 또는 국외적요인 등 국가비상사태가 발생한 경우, 국가의 존립과 헌정질서를 유지하기 위해 발동되는 비상적 대권을 말한다.

3 저항권

저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리, 자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이다.

4 방어적 민주주의

방어적 민주주의란 민주주의의 이름으로, 민주주의 그 자체를 파괴하거나 자유의 이름으로, 자유의 체제 그 자체를 말살하려는 민주주의의 적에 대해서 민주주의가 그 자신을 효과적으로 방어하고 그와 투쟁하기 위한 자기방어적 자기수호적 민주주의를 의미한다.

기출문제

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법보장수단으로서의 저항권은 폭력적 수단을 사용해서는 안된다.
- ② 저항권은 민주적 기본질서의 유지, 회복을 목적으로 저항할 수 있을 뿐, 기존의 위헌적인 정권을 물리나게 하기 위한 목적으로는 행사할 수 없다.
- ③ 저항권은 헌법이나 법률에 규정된 일체의 법적 구제수단이 이미 유효한 수단이 될 수 없는 경우에 행사될 수 있다.
- ④ 저항권은 사회·경제적 체제개혁이라는 적극적 목적을 위하여 행사될 수 없으며, 평화적인 방법으로만 행사되어야 한다.

해설 정답 ③

- ① (X) 저항권행사의 방법으로 폭력적 수단이 사용될 수도 있다. (헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)
- ② (X) 위헌적인 정권을 물리나게 해야 민주질서를 유지할 수 있다. (헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)
- ③ (O) 보충성의 요건을 갖추어야 한다.(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)
- ④ (X) 폭력적 방법도 허용될 수 있기 때문에, 후단의 평화적인 방법으로만 행사되어야 한다는 부분이 틀렸다.(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 우리나라의 경우 대법원과 헌법재판소는 공히 방어적 민주주의를 수용하고 있다.
- ② 우리 헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 구체적 내용으로 기본적 인권의 존중, 권력분립, 국민 주권, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 직업공무원제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 천명하고 있다.
- ③ 방어적 민주주의는 그 출현의 배경에 비추어 볼 때 적극적이고 공격적인 것일 수밖에 없다.
- ④ 현행 헌법상 방어적 민주주의의 구현을 위하여 반민주적 정당의 강제해산제를 수용하고 있으며, 기본권상실제도 수용하고 있다.

해설 정답 ①

- ① (O) [대법원 입장] 북한을 반국가단체로 규정한 국가보안법이 헌법상 평화통일의 원칙에 배치되는 무효의 법률이라고 할 수 없다.(대법 1992.8.18. 92도1244) [헌법재판소 입장] 국가보

안법 제7조 제1항 및 제5항은 각 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용된다고 할 것이다. (헌재 1990.4.2. 89헌가113)

- ② (X) (헌재 1990. 4. 2. 89헌가113) “직업공무원제도”는 자유민주적 기본질서의 구체적 내용이 아니다.
- ③ (X) 방어적 민주주의는 민주적 헌법질서의 적으로부터 민주주의를 보호하기 위한 것으로 본질적으로 방어적·소극적이다.
- ④ (X) 헌법상 기본권 제한은 가능하지만, 기본권 실효제도는 둔 적이 없다.

제1절 대한민국헌정사

- 직선제 개헌을 주요내용으로 하는 9차 개정헌법은 정치권논의를 거쳐 1987년 9월 18일 여야 공동으로 국회에 발의되었고 같은 해 10월 27일 국민투표를 거친 후 10월 29일에 공포, 확정됨

제2절 대한민국의 국가형태 및 구성요소

- 헌법제1조 제1항은 대한민국은 민주공화국이다라고 하여 우리나라의 국가형태가 민주 공화국임을 밝히고 있다.
- 헌법제1조제2항은 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온 다라고 하고 제2조 제1항은 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정하고 헌법제3조 는 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다고 규정함으로써 국가의 3요서인 주권, 국민, 영토를 규정하였다.

제3절 대한민국 헌법의 기본원리

1 기본원리 개설

헌법의 기본원리라 함은 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리로서

- 1) 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며
- 2) 공무원을 비롯한 모든 국민, 국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며
- 3) 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나
- 4) 기본권의 해석 및 기본권 제한입법의 합헌성심사에 있어서 해석기준의 하나로서 작용한다.

2 헌법전문

- 헌법전문은 헌법의 본문 앞에 위치한 문장으로서 헌법본문규정에 들어있는 규범적 내용의 연혁적 이념적 기초가 된다.
- 헌법전체를 이념적으로 지배하는 성문헌법의 구성부분이나 국가에 따라 헌법전문이 없는 국가도 있으므로 헌법전문이 헌법의 필수적 구성요소는 아니다.

3 국민주권원리

- 헌법 제1조 제2항은 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온 다라고 규정하고 있고
- 국민주권원리라 함은 전반적인 국가의사를 결정하는 최고권력인 주권을 국민이 보유 하며 따라서 모든 국가 통치권력의 정당성이 국민에게서 나온다는 원리를 의미한다.

4 민주주의원리

- 자유민주적 기본질서라 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독 재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유, 평등의 기본원칙 에 의한 법치주의적 통치질서를 말하는 것으로서

- 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등으로 구현되는 질서를 의미한다.

5 사회국가원리

- 우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법제31조~ 36조), 경제영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다.

제31조

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
- ③ 의무교육은 무상으로 한다.
- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
- ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

제32조

- ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.
- ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.
- ③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.
- ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

- ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.
- ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

제33조

- ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

제34조

- ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
- ② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.
- ③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.
- ④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.
- ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.
- ⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

제35조

- ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
- ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.
- ③ 국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

제36조

- ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며,

국가는 이를 보장한다.

- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

6 법치주의원리

- 오늘날의 법치주의는 국민의 권리 의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미한다.

7 문화국가원리

- 헌법재판소는 문화국가의 성립을 위해 불가결한 기본권으로 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유를 언급하였고
- 헌법 제9조는 국가는 전통문화의 계승, 발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다고 선언하였다.

제9조

국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.

제22조

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

기출문제

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법전문에서 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4.19민주이념의 계승 및 조국의 민주개혁의 사명을 명시하였다.
- ② 헌법전문에는 자유민주적 기본질서, 경제의 민주화, 법치주의, 권력분립, 복수정당제도가 규정되어 있다.
- ③ 헌법전문 “불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고”라는 부분을 저항권의 근거규정으로 보는 견해는 없다.
- ④ 헌법전문에 기재된 3.1정신은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률의 해석에 있어서 해석기준으로 작용함과 동시에 헌법소원의 대상인 헌법상 보장된 기본권에 해당한다.

해설 정답 ①

- ① (○) 헌법전문 참고.
- ② (×) 헌법전문에는 자유민주적 기본질서는 명시되어 있다. 그러나 경제의 민주화, 법치주의, 권력분립, 복수정당제도는 명시되어 있지 않다.
- ③ (×) 저항권을 우리 헌법에서 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 헌법전문 “4.19혁명과 관련한 부분을 저항권의 헌법적 근거가 된다는 견해가 있다.”
- ④ (×) 헌법전문에 기재된 “3.1정신”은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만, 그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해낼 수는 없다고 할 것이므로, 헌법소원의 대상인 “헌법상 보장된 기본권”에 해당하지 아니한다.(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등)

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 현행 헌법상 법치주의를 선언하고 있는 명문의 규정은 없으나, 법치주의는 헌법의 기본원리로 인정된다.
- ② 헌법재판소는 법치국가의 원리와 관련하여 신뢰보호의 중요성은 강조하면서도 공권력행사의 예측가능성 보장에 대해서는 언급을 하지 않고 있다.
- ③ 명확성의 원칙은 기본적으로 최소한이 아닌 최대한의 명확성을 요구하는 것이다.
- ④ 법치주의로부터 도출되는 신뢰보호의 원칙상 모든 법규범은 현재와 장래에 한하여 효력을 가지기 때문에 시혜적 소급입법은 금지된다.

해설 정답 ①

- ① (O) 현행헌법의 전문은 법치주의에 대해 규정하고 있지 않다. 그러나 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있다(헌재 2011. 4. 28 2009헌바167)
- ② (X) 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)
- ③ (X) 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)
- ④ (X) 신뢰보호의 원칙상 모든 법규범은 현재와 장래에 한하여 효력을 가지는 것이기 때문에 소급입법은 금지 내지 제한된다. 다만, 신법이 피적용자에게 유리한 경우에는 이른바 시혜적인 소급입법이 가능하다. (헌재 1995. 12. 28. 95헌마196)

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다.
- ② 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반한다.
- ③ 우리 헌법은 권력분립주의에 입각하여 국회로 하여금 국민의 권리와 의무에 관한 모든 사항을 법률의 형식으로 규정하도록 하고 있다.
- ④ 정치적 중립성을 엄격하게 지켜야 할 대법원장을 정치적 사건을 담당하게 될 특별검사 임명에 관여시키는 내용을 담고 있는 국회의 입법은 헌법상 권력분립원칙에 위반된다.

해설 정답 ①

- ① (O) (헌재 2015. 11. 26 2012헌바300)
- ② (X) 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다.(헌재 2015. 11. 26 2012헌바300)
- ③ (X) 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다. (헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289)
- ④ (X) 본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관간에 분산시키는 것이 권력분립원칙에 반한다고 볼 수 없다. (헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468)

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법 전문(前文)과 헌법 제9조에서 말하는 '전통', '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 하므로, 과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로도 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것이다.
- ② 우리 헌법에서 말하는 '전통', '전통문화'란 오늘날의 의미로 재해석되어야 하므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.
- ③ 역사적 전승으로서 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타파의 대상으로 선언한 '사회적 폐습'이 될 수 있을지언정 헌법 제9조가 '계승·발전' 시키라고 한 전통 문화에는 해당하지 않는다고 보는 것이 우리 헌법의 조화적 헌법해석이라 할 것이다.
- ④ 상호방위조약을 체결한 국가에 전쟁이 발발한 경우 그것이 자위전쟁이라면, 그 국가에 군대를 파견하는 것은 헌법에 위반되지 않는다.

해설 정답 ①

- ① (X) 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 '전통', '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 한다. 과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9)
- ② (O) 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9)
- ③ (O) 역사적 전승으로서 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타파의 대상으로 선언한 '사회적 폐습'이 될 수 있을지언정 헌법 제9조가 '계승·발전' 시키라고 한 전통문화에는 해당하지 않는다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9)
- ④ (O) 침략전쟁은 헌법에 의해 부인되지만 자위권 행사로 인한 전쟁은 헌법에 반하지 않는다.

제4절 대한민국 헌법 기본질서

1 경제질서

- 우리 헌법은 전문 및 제119조 이하의 결재에 관한 장에서 균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력 남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자 보호 등 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써
- 우리헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지, 사회정의의 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.

제119조

- ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
- ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

2 국제질서

- 헌법은 헌법전문 등에서 국제평화주의를 선언하고 평화통일을 지향하며 침략전쟁을 부인함과 동시에 조약 및 국제법규 그리고 외국인의 지위를 보장하고 있다.

헌법전문

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고,

모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를

더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며,

자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써

우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

제4조

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

제5조

- ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.
- ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.

제6조

- ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.
- ② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.

제60조

- ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.
- ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

제66조

- ① 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.
- ② 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.
- ③ 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.
- ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

제73조

대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.

제92조

- ① 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다.
- ② 민주평화통일자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

기출문제

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 우리 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.
- ② 우리 헌법은 자유민주적 기본질서 및 시장경제질서를 기본으로 하면서 위 질서들에 수반되는 모순을 제거하기 위하여 사회국가원리를 수용하고 있는 반면에, 사회국가의 원리는 자유민주적 기본질서의 범위 내에서 이루어져야 한다는 한계를 지니고 있다.
- ③ 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다.
- ④ 문화국가원리와 밀접 불가분의 관계를 맺게 되는 국가의 문화정책은 국가의 문화국가 실현에 관한 적극적인 역할을 감안할 때, 문화풍토의 조성이 아니라 특정 문화 그 자체의 산출에 초점을 두어야 한다.

해설 정답 ④

- ① (O) (헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132)
- ② (O) (헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238)
- ③ (O) 헌법 제119조 제2항은 독과점규제라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다(헌재 1996. 12. 26 96헌가18)
- ④ (X) 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1)

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 조약은 '국가·국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면 또는 구두 형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의'라고 할 수 있다.
- ② 헌법은 일반적으로 승인된 국제법규에 대하여 국회의 동의와 같은 별도의 절차 없이도 국내법적 효력을 갖도록 하고 있다.
- ③ 조약은 국회의 동의를 얻어 체결·비준되었다라도 형식적 의미의 법률이 아닌 이상 헌법재판소의 위헌법률심판대상이 될 수 없다.
- ④ 조약의 체결 권한은 대통령에게 있고, 비준권은 국회에 속한다.

해설 정답 ②

- ① (X) 조약은 국가·국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 “서면” 형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의이다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌라4)
- ② (O) 헌법 제6조 제1항.
- ③ (X) 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항에 따르면 위헌심판의 대상을 '법률'이라고 규정하고 있는데, 여기서 '법률'이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함된다(헌재 2016. 4. 28 2013헌바396)
- ④ (X) 헌법 제73조 대통령은 조약을 체결·비준한다.

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법재판소의 위헌심사 대상에는 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는 조약도 포함된다.
- ② 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이란 헌법상의 규정과 절차에 따른 조약을 말하며, 헌법상 조약의 체결권은 대통령에게 있다.
- ③ 조약안은 국무회의의 심의를 거치지 않아도 된다.
- ④ 국회는 중요한 국제조직에 관한 조약, 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

해설 정답 ③

- ① (O) 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항에 따르면 위헌심판의 대상을 '법률'이라고 규정하고 있는데, 여기서 '법률'이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함된다(헌재 2016. 4. 28 2013헌바396)
- ② (O) 헌법 제73조 대통령은 조약을 체결·비준한다.
- ③ (X) 헌법 제89조 국무회의 심의 사항. 제3호. 헌법개정안 · 국민투표안 · 조약안 · 법률안 및 대통령령안.
- ④ (O) 헌법 제60조 제1항.

제5절 대한민국 헌법 기본제도

1 제도적 보장

- 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는데 있다.
- 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면
- 입법자는
 - 1) 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게될 뿐만 아니라
 - 2) 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고
 - 3) 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다.
- 그러나 기본권보장은 “최대한 보장의 원칙”이 적용됨에 반하여 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 “최소한 보장의 원칙”이 적용될 뿐이다.

2 정당제도

- 입법자가 정당으로 하여금 헌법상 부여된 기능을 이행하도록 하기 위하여 그에 필요한 절차적, 형식적 요건을 규정함으로써 정당의 자유를 구체적으로 형성하고 동시에 제한하는 경우를 제외한다면 정당설립에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 아니한다.
- 이는 곧 입법자가 정당설립과 관련하여 형식적 요건을 설정할 수는 있으나 일정한 내용적 요건을 구비해야만 정당을 설립할 수 있다는 소위 허가절차는 헌법적으로 허용되지 아니한다.

제8조

- ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
- ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

3 선거제도

– 선거는

- 1) 주권자인 국민에게 국정에 참여하고 정치적 의사를 표현할 기회를 제공하여 주권의 실질적 행사를 보장하는데 있는 것이고 그로 인하여
- 2) 국가권력의 정당성을 창출하고
- 3) 국법질서를 평온하게 유지해 가는 정치제도라고 본다면 반드시 낙선한 후보자의 선거참여가 제재받을 대상으로만 판단할 수는 없다.

제24조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

제25조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

제41조

- ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.
- ② 국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다.
- ③ 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

제42조

국회의원의 임기는 4년으로 한다.

제67조

- ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.
- ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.
- ③ 대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상이 아니면 대통령으로 당선될 수 없다.
- ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.
- ⑤ 대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

제68조

- ① 대통령의 임기가 만료되는 때에는 임기만료 70일 내지 40일전에 후임자를 선거한다.
- ② 대통령이 궐위된 때 또는 대통령 당선자가 사망하거나 판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때에는 60일 이내에 후임자를 선거한다.

제70조

대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.

제114조

- ① 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 둔다.
- ② 중앙선거관리위원회는 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성한다. 위원장은 위원중에서 호선한다.
- ③ 위원의 임기는 6년으로 한다.
- ④ 위원은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다.
- ⑤ 위원은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.
- ⑥ 중앙선거관리위원회는 법령의 범위안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에

관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

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

제115조

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

② 제1항의 지시를 받은 당해 행정기관은 이에 응하여야 한다.

제116조

① 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.

② 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.

4 공무원제도

- 우리나라는 직업공무원제도를 채택하고 있는데 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 재물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고
- 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다.
- 여기서 말하는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는다.

제7조

① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.

② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

제29조

- ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
- ② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

제33조

- ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

5 지방자치제도

– 헌법은 제117조와 제118조에서 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다.

제107조

- ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.
- ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
- ③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.

제117조

- ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

제118조

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

6 혼인과 가족생활의 보장

- 헌법은 가족제도를 특별히 보장함으로써 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장과 함께
- 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건을 규정한 것이다.
- 따라서 헌법은 제36조제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화, 평준화되고 이념화 되는 것으로부터 보호하고자 하는 것이다.

제36조

- ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

7 군사제도

제74조

- ① 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.
- ② 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다.

제86조

- ① 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
- ② 국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.
- ③ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다.

제87조

- ① 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.
- ② 국무위원은 국정에 관하여 대통령을 보좌하며, 국무회의의 구성원으로서 국정을 심의한다.
- ③ 국무총리는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.
- ④ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무위원으로 임명될 수 없다.

기출문제

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 제도적 보장은 지방자치제도처럼 아무런 관련 없이 독자적으로 보장되는 경우가 있는가 하면, 제도적 보장이 기본권 보장의 수단으로 기능하는 경우도 있고, 제도적 보장과 기본권 보장이 동시에 존재하는 경우도 있다.
- ② 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 양성평등에 반한다고 할지라도, 헌법 제9조의 전통문화와 규범 조화적으로 해석하여 그 헌법적 정당성이 인정될 수도 있다.
- ③ 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되며, 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되더라도 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법 의무를 지는 것은 아니다.
- ④ 제도적 보장이란 것은 그 제도의 폐지나 본질적 침해를 방지하고자 하는 소극적 최소한의 보장을 의미하는 것으로서, 그 본질적 내용이 입법에 의하여 결정된다.

해설 정답 ①

- ① (O) 예컨대 혼인의 자유는 혼인할 수 있는 기본권 보장성과 혼인제도라는 제도보장성을 모두 가진다.
- ② (X) 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9)
- ③ (X) 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법 의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다.(헌재 1997. 4. 24 95헌바48)
- ④ (X) 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법 의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다.(헌재 1997. 4. 24 95헌바48) → 본질적 내용은 헌법으로 보장되므로 입법으로 결정할 수 없다.

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 태아는 생명권의 주체가 될 수 없다.
- ② 태아의 경우에는 생명권 등 한정된 기본권에 대해서만 그 주체가 될 수 있다.
- ③ 태아도 원칙적으로 생명권의 주체이고 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 하나, 자궁에 착상하기 전 혹은 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태의 초기배아에게는 생명권의 주체성을 인정할 수 없다.
- ④ 초기배이는 수정된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떴었다고 볼 여지가 있기는 하지만 인간과 배아간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다는 점에서 기본권 주체성은 부인되는 반면, 배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다.

해설 정답 ①

- ① (X) 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81)
- ② (O) 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81)
- ③ (O) 초기배아는 기본권 주체성을 인정하기 어렵다(헌재 2010. 5. 27 2005헌마346)
- ④ (O) (헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346)

P A R T

02

기본권론

1

제1절 기본권개설

- 기본권이라 함은 헌법이 보장하는 국민의 기본적인 권리를 말한다. 기본권은 개별 법률에 따라 보장되는 법률상의 권리와는 구분되어야 한다.
- 우리나라를 포함한 현대 국가에서는 인권의 개념 역시 실정법화하고 있다는 점에서 기본권과 인권을 동일한 것으로 이해하는 견해가 일반적이다.

제2절 기본권의 법적성격

- 국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다.
- 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법, 사법, 행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.

제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제3절 기본권의 주체

1 기본권보유능력과 기본권행사능력

- 행복추구권이나 신체의 자유와 같은 경우에는 기본권보유능력과 기본권행사능력이 일치하지만 선거권이나 피선거권에서는 기본권보유능력과 기본권행사능력이 구분되어 인정된다.

2 국민의 기본권주체성

- 우리 헌법은 기본권에 관한 헌법제2장(국민의 권리와 의무)에서 개별기본권들의 주체를 “모든 국민은 ~”이라고 규정하여 대한민국 국민이 기본권의 주체가 됨을 분명히 하고 있다.

3 외국인의 기본권주체성

- 인간의 권리로서의 자연권적 기본권은 외국인에게도 기본권주체성이 인정되고 그 외의 실정권적 기본권은 상호주의에 따라 인정해야 한다고 본다.

4 법인의 기본권주체성

- 개별 기본권의 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 대해서는 법인의 기본권주체성을 인정해야 한다는 것이 통설 및 헌법재판소의 견해이다.

기출문제

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 외국인인 입국의 자유의 주체가 될 수 없으며, 외국인이 복수 국적을 누릴 자유는 헌법상 보호되는 기본권으로 볼 수 없다.
- ② 기본권은 그 권리의 성질상 국민의 권리와 인간의 권리로 나눌 수 있고, 인간의 권리에 해당하는 기본권의 경우 외국인에게 기본권주체성이 인정된다.
- ③ 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이므로 법인에게도 적용되지 않는다.
- ④ 자연인으로서 개인의 존재를 전제로 하거나 인간의 감성과 관련된 기본권은 그 성질상 법인에게 적용될 수 없으므로 법인은 인격권의 주체가 될 수 없다.

해설 정답 ④

- ① (O) 외국인이 복수국적을 누릴 자유가 우리 헌법상 행복추구권에 의하여 보호되는 기본권이라고 보기 어렵다.(헌재 2014. 6. 26 2011헌마502)
- ② (O) 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670)
- ③ (O) 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 법인에게도 적용될 수 있지만 자연인을 전제로 한 기본권은 법인에게 적용될 수 없다.
- ④ (X) 법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있다(헌재 2012. 8. 23. 2009헌가 27)

제4절 기본권의 효력

- 대국가적 효력과 대 사인적 효력이 있다.

제5절 기본권의 갈등**1 기본권의 경합**

- 기본권경합이란 동일한 기본권주체가 국가에 대하여 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말한다.

2 기본권의 충돌

- 기본권의 충돌이란 서로 다른 복수의 기본권주체가 서로 상충하는 이해관계의 대립상황하에서 자신의 이익을 관철하기 위하여 국가에 대하여 각자 자신의 기본권 적용을 주장하는 경우를 말하고
- 이 경우 서로 다른 기본권 주체가 주장하는 기본권이 반드시 다른 기본권일 필요는 없으며 동일한 기본권 상호간에도 기본권 충돌이 인정될 수 있다.

기출문제

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이를 위한 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다.
- ② 국가의 관리작용과 국고작용 등 비권력작용에도 기본권의 효력이 미친다고 보는 것이 다수의 견해이다.
- ③ 기본권의 제3자적 효력은 기본권이 국가기관만이 아니라 사적단체나 조직체 그리고 사인에 의해서도 침해될 수 있다는 현실적 문제에서 출발한 이론으로, 사인이나 사적 단체에 의한 기본권 침해 사례가 증가하는 상황에서 사회적 약자를 보호하기 위하여 제기되었다.
- ④ 공무원담임권과 직업의 자유가 경합하는 경우 특별기본권인 직업의 자유의 침해여부만 심사하면 된다.

해설 정답 ④

- ① (O) 법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다고 할 것이다(헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27)
- ② (O) 국가의 국고작용에도 기본권의 효력이 미친다. 다만 헌법소원을 청구할 수는 없고 민사재판을 청구하여야 한다.
- ③ (O) 기본권의 대사인적 효력은 사회적 약자를 보호하기 위해서 나온 이론이다.
- ④ (X) 공무원직의 선택 내지는 제한에 있어서는 공무원담임권에 관한 헌법규정이 직업의 자유에 대한 특별규정으로서 우선적으로 적용되어야 하며 직업의 자유의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이므로(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112)

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 형제·자매에게 가족관계등록부 등의 기록사항에 관한 증명서 교부청구권을 부여하는 것은 본인의 개인정보자기결정권을 제한하는 것으로 개인정보자기결정권 침해 여부를 판단한 이상 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유는 판단하지 않는다.
- ② 기본권 충돌이란 하나의 기본권주체가 국가에 대해 동시에 여러 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말한다.
- ③ 흡연자의 흡연권과 비흡연자의 혐연권이 충돌하는 경우 이 두 기본권은 각기 독자성을 갖는 기본권이므로 양자는 대등한 효력을 갖는다.
- ④ 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라고 할 수는 없으나 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 흡연권보다 우선시되어야 한다.

해설 정답 ①

- ① (O) 청구인의 개인정보에 대한 공개와 이용이 문제되는 이 사건에서 개인정보자기결정권 침해 여부를 판단하는 이상 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유는 별도로 판단하지 않는다(헌재 2016. 6. 30. 2015헌마924)
- ② (X) 위 지문은 기본권의 경합에 대한 설명이다. 기본권의 충돌은 상이한 기본권의 주체가 국가에 대해 각기 대립하는 기본권의 효력을 주장하는 경우이다.
- ③ (X) 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457).
- ④ (X) 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457).

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 기본권충돌의 해결방법으로서 과잉금지의 방법은 이익형량의 방법을 구체화한 것으로 보아야 한다.
- ② 애초부터 두 개의 서로 충돌하는 기본권들 사이의 조정이 전혀 불가능한 경우도 있다.
- ③ 교사의 수업권과 학생의 수험권이 충돌하는 경우 두 기본권 모두 효력을 나타내는 규범조화해석에 따라 기본권 충돌은 해결되어야 한다.
- ④ 근로자의 개인적 단결권과 노동조합의 집단적 단결권이 충돌하는 경우, 기본권의 서열이론에 입각하여 근로자의 개인적 단결권을 상위 기본권이라고 판단하고 있다.

해설 정답 ②

- ① (X) 과잉금지원칙은 규범조화적 해석에 따른 해결방법중 하나이다.
- ② (O) 예컨대 낙태의 경우에는 태아의 생명을 보호할 것인지 임부의 자기결정권을 보호할 것인지 양자택일을 해야만 하기 때문에 과잉금지원칙 내지 규범조화적 해석으로 해결하는 것이 전혀 불가능하다.
- ③ (X) 헌법상 보장되고 있는 학문의 자유 또는 교육을 받을 권리의 규정에서 교사의 수업권이 파생되는 것으로 해석하여 기본권에 준하는 것으로 간주하더라도 수업권을 내세워 수험권(학습권)을 침해할 수는 없다(헌재 1992. 11. 12 89헌마88) <주> 교사의 수업권보다 학생의 수험권이 더 상위기본권이므로 이익형량의 방법을 해결하여야 한다.
- ④ (X) 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이고, 또 노동조합에게 위와 같은 조직강제권을 부여한다고 하여 이를 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없다(헌재 2005. 11. 24 2002헌바95)

제6절 기본권의 보호영역, 내재적 한계 및 제한

1 기본권의 보호영역

- 어떤 기본권에 대한 제한이 가해지고 있는 경우 그것이 해당 기본권에 대한 위헌적인 침해인지를 심사함에 있어서는
 - 1) 1단계로 해당 기본권 보장조항의 해석을 통해 해당 기본권의 보호영역을 확정하고
 - 2) 2단계로 해당 기본권에 대한 제한이 해석을 통해 확정된 해당 기본권의 보호영역에 대한 제한인지 심사한 다음
 - 3) 3단계로 해당 기본권의 보호영역에 대한 제한이라면 그러한 제한이 헌법상 용인되는 범위를 넘는 해당 기본권에 대한 위헌적 침해인지 여부를 판단하게 되는 것이다.

2 기본권의 내재적 한계

- 우리의 헌법재판소는 “개인의 성적 자기결정권도 국가적, 사회적, 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라
- 헌법제37조제2항이 명시하고 있듯이 질서유지, 공공복리 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것이다”라고 하여 기본권에 내재적 한계가 존재함을 긍정하는 듯한 판시를 한 바 있다.

3 기본권의 제한

- 우리 헌법 제37조 제2항은 일반적법률유보규정을 두어 특정기본권이 아닌 기본권 전반에 대한 제한목적과 방법을 일괄적으로 규정하고 있다.

제37조

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한

경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

제29조

- ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
- ② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

기출문제

다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 어떤 법령이 직업의 자유와 행복추구권 양자를 제한하는 외관을 띠는 경우 두 기본권의 경합문제가 발생하는데, 보호영역으로서 '직업'이 문제될 때 직업의 자유는 행복추구권과의 관계에서 특별기본권의 지위를 가지므로, 행복추구권의 침해 여부에 대한 심사는 배제된다.
- ② 수용자가 작성한 집필문의 외부반출을 불허하고 이를 영치할 수 있도록 한 것은 수용자의 통신의 자유와 표현의 자유를 제한한다.
- ③ 종교단체가 양로시설을 설치하고자 하는 경우 신고하도록 의무를 부담시키는 것은 종교단체의 종교의 자유와 인간다운 생활을 할 권리를 제한한다.
- ④ 일반음식점 영업소에 음식점 시설 전체를 금연구역으로 지정하여 운영하여야 할 의무를 부담키는 것은 음식점 운영자의 직업수행의 자유와 음식점 시설에 대한 재산권을 제한한다.

해설 정답 ①

- ① (O) 직업의 자유와 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선하므로, 행복추구권 관련 위헌 여부를 심사는 배제된다고 보아야 한다(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519)

- ② (X) 청구인은 심판대상조항에 의해 표현의 자유 또는 예술창작의 자유가 제한된다고 주장하나, 심판대상조항은 집필문을 창작하거나 표현하는 것을 금지하거나 이에 대한 허가를 요구하는 조항이 아니라 이미 표현된 집필문을 외부의 특정한 상대방에게 발송할 수 있는지 여부에 대해 규율하는 것이므로, 제한되는 기본권은 헌법 제18조에서 정하고 있는 통신의 자유로 봄이 상당하다.(헌재 2016. 5. 26. 2013헌바98)
- ③ (X) 청구인은 심판대상조항이 노인들의 거주·이전의 자유 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 종교단체에서 운영하는 양로시설도 일정규모 이상의 경우 신고하도록 한 규정일 뿐, 거주이전의 자유나 인간다운 생활을 할 권리의 제한을 불러온다고 볼 수 없으므로 이에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다(헌재 2016. 6. 30. 2015헌바46)
- ④ (X) 심판대상조항은 청구인이 선택한 직업을 영위하는 방식과 조건을 규율하고 있으므로 청구인의 직업수행의 자유를 제한한다. 한편, 심판대상조항은 청구인으로 하여금 음식점 시설과 그 내부 장비 등을 철거하거나 변경하도록 강제하는 내용이 아니므로, 재산권이 침해되는 것은 아니다(헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315)

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 있어 일반적 법률유보를 규정한 조항이다.
- ② 기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하여지는 경우에 그 본질적인 요소를 말하는 것으로서, 이는 개별 기본권마다 다를 수 있다.
- ③ 기본권의 제한은 원칙적으로 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하다.
- ④ 법률유보의 원칙은 기본권의 제한에 있어서 법률의 근거뿐만 아니라, 그 형식도 반드시 법률의 형식일 것을 요구한다.

해설 정답 ④

- ① (O) 헌법 제37조 제2항.
- ② (O) (헌재 1995. 4. 20. 92헌바29)
- ③ (O) (헌재 2000. 12. 14. 2000헌마659)
- ④ (X) 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다(헌재 2010. 10. 28 2007헌마890)

다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 법률유보원칙은 법률에 의한 규율을 의미하므로 위임입법에 의한 기본권제한은 헌법상 인정되지 않는다.
- ② 헌법 제37조 제2항의 법률유보의 원칙은 '법률에 의한 규율만을 의미하는 것이 아니라 '법률에 근거한 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식은 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의해서도 기본권제한은 가능하다.
- ③ 과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인(受忍)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.
- ④ 구체적인 전달이나 전파의 상대방이 없는 집필행위도 표현의 자유의 보호영역에 포함된다.

해설 정답 ①

- ① (X) 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다(헌재 2010. 10. 28 2007헌마890)
- ② (O) (헌재 2010. 10. 28 2007헌마890)
- ③ (O) 과잉금지의 원칙이라 함은 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다(헌재 1992. 2. 25 89헌가104)
- ④ (O) 집필은 문자를 통한 모든 의사표현의 기본 전제가 된다는 점에서 당연히 표현의 자유의 보호영역에 속해 있다고 보아야 한다(헌재 2005. 2. 24 2003헌마289)

기본권의 제한과 그 한계에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함)

- ① 대통령은 긴급명령을 통하여 국민의 기본권을 제한할 수 있다.
- ② 기본권 제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙은 법치국가원리에 그 바탕을 두고 있다.
- ③ 법률유보의 원칙은 기본권의 제한에 있어서 법률의 근거뿐만 아니라, 그 형식도 반드시 법률의 형식일 것을 요구한다.
- ④ 기본권 제한과 관련한 법률의 명확성 원칙은 법률을 제정함에 있어서 개괄조항이나 불확정 법개념의 사용을 금지하는 것은 아니다.

해설 정답 ③

- ① (O) 헌법상 기본권도 긴급한 필요가 있을 때에는 대통령의 긴급명령으로도 제한이 가능하다.
- ② (O) 헌법상 기본권을 제한하려면 반드시 법률에 근거를 두어야 하는데, 이를 법치주의라 한다. 또한 너무 지나친 제한을 금지하는데 이를 과잉금지원칙이라 한다.
- ③ (X) 법률유보의 원칙은 '법률에 의한' 규율만을 뜻하는 것이 아니라 '법률에 근거한' 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다(헌재 2010. 10. 28 2007헌마890)
- ④ (O) 법률의 명확성원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 개괄조항이나 불확정 법개념의 사용을 금지하는 것이 아니다(헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35)

제7절 기본권의 침해와 구제

- 입법부, 행정부, 사법부, 사인에 의한 침해와 구제가 있을 수 있고 국가인권위원회에 의한 기본권 구제제도도 있다.

제8절 국가의 기본권 보호의무

- 헌법 제10조 후문이 국가의 기본권보호의무의 헌법적근거조항의 역할을 한다.

제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

기출문제

국가의 기본권 보호의무에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가의 기본권 보호의무란 사인인 제3자에 의한 생명이나 신체에 대한 침해로부터 이를 보호하여야 할 국가의 의무를 말하는 것으로, 국가가 직접 주방용오물분쇄기의 사용을 금지하여 개인의 기본권을 제한하는 경우에는 국가의 기본권 보호의무 위반 여부가 문제되지 않는다.
- ② 국가의 기본권 보호의무로부터 국가 자체가 불법적으로 국민의 생명권, 신체의 자유 등 기본권을 침해하는 경우 그에 대한 손해배상을 해 주어야 할 국가의 작위의무가 도출된다고 볼 수 있다.
- ③ 업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 법률조항은 국가의 기본권 보호의무를 위반한 것이다.
- ④ 원전건설을 내용으로 하는 전원개발사업 실시계획에 대한 승인권한을 다른 전원개발과 마찬가지로 산업통상자원부장관에게 부여하는 법률조항은 국민의 생명·신체의 안전에 관한 국가의 보호의무를 위반한 것이 아니다.

해설 정답 ③

- ① (O) (헌재 2018. 6. 28. 2016헌마1151)
- ② (O) (헌재 2015. 10. 21 2014헌마456)
- ③ (X) 이 사건 법률조항을 두고 국가가 일정한 교통사고범죄에 대하여 형벌권을 행사하지 않음으로써 도로교통의 전반적인 위험으로부터 국민의 생명과 신체를 적절하고 유효하게 보호하는 아무런 조치를 취하지 않았든지, 아니면 국가가 취한 현재의 제반 조치가 명백하게 부적합하거나 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 할 수 없다(헌재 2009. 2. 26 2005헌마764)
- ④ (O) (헌재 2016. 10. 27. 2015헌바358).

제1절 포괄적 기본권

1 인간의 존엄과 가치

- 인간은 그 자체로서 존엄하고 가치있는 존재이므로 다른 어떤 물질 법익보다 우선하는 가치를 갖는다는 의미이다. 이와 같은 “인간의 존엄과 가치”는
 - 1) 국가적 공동생활에서 국가와 국민의 최우선적 실천목표
 - 2) 법의 궁극적 해석기준
 - 3) 헌법개정의 한계로서의 역할을 하게 된다.

제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

기출문제

우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소의 판례에 의함)

- ① 방송사업자의 의사에 반한 사과행위를 강제하는 구 방송법 규정은 방송사업자의 인격권을 침해하지 않는다.
- ② 중혼을 혼인취소의 사유로 정하면서 그 취소청구권의 제척기간 또는 소멸사유를 규정하지 않은 민법 규정은 입법재량의 한계를 일탈하여 후혼 배우자의 인격권 및 행복추구권을 침해하지 않는다.
- ③ 포승과 수갑을 채우고 별도의 포승으로 다른 수용자와 연승하는 행위는 청구인의 인격권 내지 신체의 자유를 침해하지 않는다.

- ④ 한시적 번호이동을 허용하도록 한 방송통신위원회의 이행명령은 010번호 이외의 식별번호를 사용하는 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권, 재산권을 제한한다고 볼 수 없으며, 이동전화번호를 구성하는 숫자가 개인의 인격 내지 인간의 존엄과 관련성을 가진다고 보기 어렵다.

해설 정답 ①

- ① (X) 심의규정을 위반한 방송사업자에게 ‘주의 또는 경고’만으로도 반성을 촉구하고 언론사로서의 공적 책무에 대한 인식을 제고시킬 수 있고, 위 조치만으로도 심의규정에 위반하여 ‘주의 또는 경고’의 제재조치를 받은 사실을 공표하게 되어 이를 다른 방송사업자나 일반 국민에게 알리게 됨으로써 여론의 왜곡 형성 등을 방지하는 한편, 해당 방송사업자에게는 해당 프로그램의 신뢰도 하락에 따른 시청률 하락 등의 불이익을 줄 수 있다. 또한, ‘시청자에 대한 사과’에 대하여는 ‘명령’이 아닌 ‘권고’의 형태를 취할 수도 있다. 이와 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 이 사건 심판대상조항이 추구하는 목적을 달성할 수 있으므로 이 사건 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배된다.(헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27)
- ② (O) 중혼을 혼인취소의 사유로 정하면서 그 취소청구권의 제척기간 또는 소멸사유를 규정하지 않은 이 사건 법률조항은 우리 사회의 중대한 공익이며 헌법 제36조 제1항으로부터 도출되는 일부일처제를 실현하기 위한 것이다. 이 사건 법률조항은 중혼을 혼인무효사유가 아니라 혼인취소사유로 정하고 있는데, 혼인 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니하므로 중혼이라 하더라도 법원의 취소판결이 확정되기 전까지는 유효한 법률혼으로 보호받는다. 후혼의 취소가 가혹한 결과가 발생하는 경우에는 구체적 사건에서 법원이 권리남용의 법리 등으로 해결하고 있다. 따라서 중혼 취소청구권의 소멸에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다 하더라도, 이 사건 법률조항이 현저히 입법재량의 범위를 일탈하여 후혼배우자의 인격권 및 행복추구권을 침해하지 아니한다(헌재 2014. 7. 24 2011헌바275)
- ③ (O) 이 사건 호송행위는 교정시설 안에서보다 높은 수준의 계호가 요구되는 호송과정에서 교정사고와 타인에 대한 위해를 예방하기 위한 것이다. 교도인력만으로 수행자를 호송한다면 많은 인력을 필요로 하고, 그것이 교정사고 예방에 효과적이라 단정할 수도 없으며, 이 사건에서 보호장비가 사용된 시간과 일반에 공개된 시간이 최소한도로 제한되었으며, 최근 그 동선이 일반에의 공개를 최소화하는 구조로 설계되는 추세에 있다. 교정사고의 예방 등을 통한 공익이 수행자가 입게 되는 자유 제한보다 훨씬 크므로, 이 사건 호송행위는 청구인의 인격권 내지 신체의 자유를 침해하지 아니한다(헌재 2014. 5. 29. 2013헌마280)
- ④ (O) 이동전화번호를 구성하는 숫자가 개인의 인격 내지 인간의 존엄과 관련성을 가진다고 보기 어렵고, 이 사건 이행명령으로 인하여 청구인들의 개인정보가 청구인들의 의사에 반하여 수집되거나 이용되지 않으며, 이동전화번호는 유한한 국가자원이어서 청구인들의 번호이용은 사업자와의 서비스 이용계약 관계에 의한 것일 뿐이므로 이 사건 이행명령으로 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권, 재산권이 제한된다고 볼 수 없다(헌재 2013. 7. 25. 2011헌마63·468)

2 행복추구권

- 헌법제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭없이 자유롭게 할수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.

기출문제

행복추구권에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소의 판례에 의함)

- ① '운전면허를 받은 사람이 자동차 등을 이용하여 범죄행위를 한 때'를 필요적 운전면허 취소사유로 규정하는 것은 일반적 행동자유권을 침해하여 헌법에 위반된다.
- ② 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 허용하지 아니한 것은 행복추구권을 침해한다.
- ③ 한자 학습을 통하여 사고력 응용력 창의력을 기를 수 있고, 동아시아에서의 문화적 연대를 확산시킬 수 있으므로 공문서의 한글전용을 규정한 국어기본법은 공무원들의 행복추구권을 침해한다.
- ④ 기부금품의 모집행위도 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장된다.

해설 정답 ③

- ① (O) 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때 반드시 운전면허를 취소하도록 하는 것은 직업의 자유 등을 침해한다(헌재 2005. 11. 24 2004헌가28). <주> 경미한 과실범도 있을 수 있기 때문에 운전면허를 반드시 필요적으로 취소하게 한 규정은 위헌이다.
- ② (O) 수형자라 하더라도 확정되지 않은 별도의 형사재판에서만큼은 미결수용자와 같은 지위에 있으므로, 이러한 수형자로 하여금 형사재판 출석 시 아무런 예외 없이 사복착용을 금지하고 재소자용 의류를 입도록 하여 인격적인 모욕감과 수치심 속에서 재판을 받도록 하는 것은 재판부나 검사 등 소송관계자들에게 유죄의 선입견을 줄 수 있고, 이미 수형자의 지위로 인해 크게 위축된 피고인의 방어권을 필요 이상으로 제약하는 것이다. 또한 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 사복착용을 추가로 허용함으로써 통상의 미결수용자와 구별되는 별도의 계호상 문제점이 발생된다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 허용하지 아니한 것은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다(헌재 2015. 12. 23 2013헌마712)

- ③ (X) 한자어를 굳이 한자로 쓰지 않더라도 앞뒤 문맥으로 그 뜻을 이해할 수 있는 경우가 대부분이고, 뜻을 정확히 전달하기 위하여 필요한 경우에는 괄호 안에 한자를 병기할 수 있으므로 한자혼용방식에 비하여 특별히 한자어의 의미 전달력이나 가독성이 낮아진다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 공문서 조항은 청구인들의 행복추구권을 침해하지 아니한다(헌재 2016. 11. 24 2012헌마854)
- ④ (O) 기부금품의 모집행위도 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장되기 때문에, 법의 허가가 기본권의 본질과 부합하려면, 그 허가절차는 기본권에 의하여 보장된 자유를 행사할 권리 그 자체를 제거해서는 아니되고 허가절차에 규정된 법률요건을 충족시킨 경우에는 기본권의 주체에게 기본권행사의 형식적 제한을 다시 해제할 것을 요구할 수 있는 법적 권리를 부여하여야 한다(헌재 1998. 5. 28 96헌가5)

3 법앞의 평등

- 평등의 원칙이란 국가가 입법을 하거나 법을 해석하거나 법을 집행함에 있어 다르게 취급할 합리적인 근거가 없는 한 모든 국민을 평등하게 취급해야 한다는 원칙이고
- 평등권이란 국가에 대해 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리이다.

제11조

- ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.
- ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.
- ③ 훈장등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.

기출문제

명확성원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① '판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때'를 재심사유로 규정한 민사소송법 제451조 제1항 제9호는 명확성원칙에 위배되지 않는다.
- ② 상습으로 절도죄를 범한 자를 가중처벌하는 형법 제332조 중 '상습' 부분은 명확성원칙에 위배되지 않는다.
- ③ 옥외집회 및 시위의 경우 관할경찰관서장으로 하여금 '최소한의 범위'에서 질서유지선을 설정할 수 있도록 하고, 질서유지선의 효용을 해친 경우 형사처벌하도록 하는 집회 및 시위에 관한 법률 제13조 제1항 중 '최소한의 범위' 부분은 명확성원칙에 위배되지 않는다.
- ④ 공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자를 파견한 사람을 형사처벌하도록 규정한 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제42조 제1항 중 '공중도덕상 유해한 업무' 부분은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

해설 정답 ④

- ① (O) (헌재 2016. 12. 29. 2016헌바43)
- ② (O) (헌재 2016. 10. 27. 2016헌바31)
- ③ (O) (헌재 2016. 11. 24. 2015헌바218)
- ④ (X) '공중도덕(公衆道德)'은 시대상황, 사회가 추구하는 가치 및 관습 등 시간적·공간적 배경에 따라 그 내용이 얼마든지 변할 수 있는 규범적 개념이므로, 그것만으로는 구체적으로 무엇을 의미하는지 설명하기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람으로 하여금 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 볼 수 없으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다(헌재 2016. 11. 24. 2015헌가23)

적법절차의 원칙에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 국회가 법률을 제정하는 과정에서 헌법과 법률이 정하는 절차와 방법을 준수하였다면, 별도의 청문절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 곧 헌법 제12조의 적법절차를 위반하였다고 볼 수 없다.
- ② 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라, 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서, 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다.
- ③ 압수·수색의 사전통지나 집행 당시의 참여권의 보장은, 압수·수색에 있어 국민의 기본권을 보장하고 헌법상의 적법절차원칙의 실현을 위한 구체적인 방법의 하나일 뿐, 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다.
- ④ 압수물에 대한 소유권포기가 있다면, 사법경찰관이 법에서 정한 압수물폐기의 요건과 상관없이 임의로 압수물을 폐기하였어도, 이것이 적법절차원칙을 위반한 것은 아니다.

해설 정답 ④

- ① (O) 정부는 이 사건 폐지법률안을 국회에 제출하기에 앞서 행정절차법 제41조와 법제업무운영 규정 제15조에 따라 입법예고를 통해 이해당사자는 물론 전 국민에게 세무대학 폐지의 의사를 미리 공표하였으며, 헌법 제89조에 따라 국무회의의 심의를 거치는 등 헌법과 법률이 정한 절차와 방법을 준수하였다. 따라서 국회가 이 사건 폐지법을 제정하는 과정에서 별도의 청문절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 곧 헌법 제12조의 적법절차를 위반하였다고 볼 수는 없다(헌재 2001. 2. 22 99헌마613)
- ② (O) 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다(헌재 1992.12.24, 92헌가8)
- ③ (O) 우리 헌법은 제12조 제3항에서 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 규정하고 있을 뿐, 압수·수색에 관한 통지절차 등을 따로 규정하고 있지 않으므로 압수수색의 사전통지나 집행 당시의 참여권의 보장은 압수수색에 있어 국민의 기본권을 보장하고 헌법상의 적법절차원칙의 실현을 위한 구체적인 방법의 하나일 뿐 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다(헌재 2012. 12. 27 2011헌바225)
- ④ (X) 법에서 정한 압수물 폐기의 요건과 무관하게 단지 압수물에 대한 소유권포기가 있다는 사유만으로 임의로 압수물을 폐기한 것은 기본권제한의 법률유보원리로서의 적법절차원칙을 위반한 것으로서 헌법에 위반되고, 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌마351)

제2절 자유권적 기본권

1 자유권적기본권

- 자유권적 기본권은 개인이 신체의 자유, 사회경제적 자유, 정신적 자유, 재산권과 같은 자유영역에 대하여 국가권력으로부터 침해나 간섭을 받지 않을 개인의 방어적 소극적 권리를 말한다.

기출문제

주거의 자유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법 제16조가 보장하는 주거의 자유는 개방되지 않은 사적 공간인 주거를 공권력이나 제3자에 의해 침해당하지 않도록 함으로써 국민의 사생활영역을 보호하기 위한 권리이다.
- ② 헌법 제16조에서 영장주의에 대한 예외를 마련하고 있지 않으므로 주거에 대한 압수나 수색에 있어 영장주의가 예외 없이 반드시 관철되어야 함을 의미하는 것이다.
- ③ 주거의 자유와 관련한 영장주의는 1962년 제5차 헌법개정에서 처음으로 헌법에 명시되었다.
- ④ 출입국관리법에 의한 보호에 있어서 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 것이라면 그 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

해설 정답 ②

- ① (O) 헌법 제16조가 보장하는 주거의 자유는 개방되지 않은 사적 공간인 주거를 공권력이나 제3자에 의해 침해당하지 않도록 함으로써 국민의 사생활영역을 보호하기 위한 권리이다(헌재 2014. 7. 24. 2012헌마662)
- ② (X) 헌법 제12조 제3항과는 달리 헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다. 그러나 헌법 제12조 제3항과 헌법 제16조의 관계, 주거 공간에 대한 긴급한 압수·수색의 필요성, 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 선언하고 있는 헌법 제16조의 취지 등을 종합하면, 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 그 예외를 인정하되, 이는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다(헌재 2018. 4. 26 2015헌바370)

- ④ (O) 출입국관리법에 의한 보호에 있어서 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 것이라면 그 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없으므로 청구인에 대한 긴급보호가 적법한 이상 그 긴급보호 과정에서 청구인의 주거에 들어갔다고 하더라도 주거의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다(헌재 2012. 8. 23 2008헌마430)

사생활의 비밀의 자유와 개인정보자기결정권에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① '협의 없음'의 불기소 처분 등에 관한 수사경력자료의 수입 및 보존은 당사자의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.
- ② 교도소장이 수용자가 없는 상태에서 실시한 거실 및 작업장의 검사행위는 수용자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니다.
- ③ 징벌 혐의로 조사를 받고 있는 수용자라 하더라도 수용자가 변호인이 아닌 자와 접견할 당시 교도관이 참여하여 대화내용을 기록하게 한 행위는 과잉금지원칙을 위반하여 수용자의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.
- ④ 공직선거에 후보자로 등록하려는 자가 제출하여야 하는 금고이상의 형의 범죄경력'에 이미 실효된 형까지 포함시키는 법률 규정은 공직선거후보자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다.

해설 정답 ③

- ① (O) 범죄경력자료를 범인 추적과 실제적 진실 발견, 각종 결격사유 판단 등을 위한 자료로 사용하기 위해 보존하는 것은 그 목적에 있어 정당하고 수단의 적합성을 갖추고 있다. 벌금형에 해당하는 전과나 실효된 전과라고 하여 그 범죄경력자료를 보존할 필요가 없게 되는 것이 아니고 범죄경력을 보존할 필요가 있는지 여부를 결정하는 다양한 요소들을 모두 고려해 각 개의 전과마다 개별화된 보존기간을 설정하는 것 또한 현실적으로 가능하지 않으므로, 입법자가 범죄경력자료의 보존기간을 세분화하지 않았다는 사정만으로 기본권을 덜 침해하는 가능한 수단을 택하지 않았다고 볼 수 없다. 또한 형실효법은 범죄경력자료의 불법조회나 누설에 대한 금지 및 벌칙 규정을 두고 있고 범죄경력자료를 조회·회보할 수 있는 사유를 제한하고 있으므로 개인의 범죄경력에 관한 정보가 수사나 재판 등에 필요한 정도를 넘어 외부의 일반인들에게까지 공개될 가능성은 극히 적고, 범죄경력자료의 보존 그 자체만으로 전과자들의 사회복귀가 저해되는 것도 아니다. 따라서 이 사건 수사경력자료 정리조항에서 범죄경력자료의 삭제를 규정하지 않은 것이 청구인의 개인정보 자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2012. 7. 26 2010헌마446)
- ② (O) 이 사건 검사행위는 교도소의 안전과 질서를 유지하고, 수형자의 교화·개선에 지장을 초래할 수 있는 물품을 차단하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 수단도 적절하며, 검사의

실효성을 확보하기 위한 최소한의 조치로 보이고, 달리 덜 제한적인 대체수단을 찾기 어려운 점 등에 비추어 보면 이 사건 검사행위가 과잉금지원칙에 위배하여 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고 할 수 없다(헌재 2011. 10. 25 2009헌마691)

- ③ (X) 접견내용을 녹음·녹화하는 경우 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 말이나 서면 등으로 알려주어야 하고 취득된 접견기록물은 법령에 의해 보호·관리되고 있으므로 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해를 최소화하는 수단이 마련되어 있다는 점, 청구인이 나는 접견내용에 대한 사생활의 비밀로서의 보호가치에 비해 증거인멸의 위험을 방지하고 교정시설 내의 안전과 질서유지에 기여하려는 공익이 크고 중요하다는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 접견참여 기록이 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 볼 수 없다(헌재 2014. 9. 25. 2012헌마523)
- ④ (O) 후보자의 실효된 형까지 포함한 금고 이상의 형의 범죄경력을 공개함으로써 국민의 알권리를 충족하고 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하며, 이러한 입법 목적을 달성하기 위하여는 선거권자가 후보자의 모든 범죄경력을 인지한 후 그 공직적합성을 판단하는 것이 효과적이다. 또한 금고 이상의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키는 이유는 선거권자가 공직후보자의 자질과 적격성을 판단할 수 있도록 하기 위한 점, 전과기록은 통상 공개재판에서 이루어진 국가의 사법작용의 결과라는 점, 전과기록의 범위와 공개시기 등이 한정되어 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 피해최소성의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 공익적 목적을 위하여 공직선거 후보자의 사생활의 비밀과 자유를 한정적으로 제한하는 것이어서 법익균형성의 원칙도 충족한다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2008. 4. 24. 선고 2006헌마402)

2 신체의 자유권

- 신체의 자유는 모든 기본권보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다.

제12조

- ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
- ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.
- ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.
- ⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.
- ⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

기출문제

수용자에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 금지처분을 받은 사람에 대하여 실외운동을 원칙적으로 금지하고, 다만 소장의 재량에 의하여 이를 예외적으로 허용하는 것은 수용자의 정신적·신체적 건강에 필요 이상의 불이익을 가하고 있어 수용자의 신체의 자유를 침해한다.
- ② 금지처분을 받은 사람에 대하여 금지기간 동안 공동행사 참가를 제한하더라도, 서신수수, 접견을 통해 외부와 통신할 수 있고, 종교상담을 통해 종교활동을 할 수 있으면 종교의 자유를 침해하지 않는다.
- ③ 금지처분을 받은 사람은 금지기간 동안 전화통화, 서신수수, 접견, 라디오, 방송 청취, 신문열람 등을 제한받는데, 여기에 더하여 텔레비전 시청까지 제한되면 정보를 취득할 수 없게 되므로 알 권리를 침해한다.
- ④ 변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 수용자의 재판청구권을 침해한다.

해설 정답 ③

- ① (O) 실외운동은 구금되어 있는 수형자의 신체적·정신적 건강 유지를 위한 최소한의 기본적 요청이라고 할 수 있는데, 금지처분을 받은 수형자는 일반 독거 수용자에 비하여 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 등이 금지되어 외부세계와의 교통이 단절된 상태에 있게 되며, 환기가 잘 안 되는 1평 남짓한 징벌실에 최장 2개월 동안 수용된다는 점을 고려할 때, 금지처분 집행중인 수형자에 대하여 일체의 운동을 금지하는 것은 수형자의 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다. 따라서 금지처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어난 것으로서, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 헌법 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다(헌재 2004.08.26. 2002헌마478)
- ② (O) 형집행법 제112조 제3항 본문 중 제108조 제4호에 관한 부분은 금치의 징벌을 받은 사람에 대해 금지기간 동안 공동행사 참가 정지라는 불이익을 가함으로써, 규율의 준수를 강제하여 수용시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위한 것으로서, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 금지처분을 받은 사람은 최장 30일 이내의 기간 동안 공동행사에 참가할 수 없으나, 서신수수, 접견을 통해 외부와 통신할 수 있고, 종교상담을 통해 종교활동을 할 수 있다. 또한, 위와 같은 불이익은 규율 준수를 통하여 수용질서를 유지한다는 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 위 조항은 청구인의 통신의 자유, 종교의 자유를 침해하지 아니한다(헌재 2016. 5. 26 2014헌마45)
- ③ (X) 형집행법 제112조 제3항 본문 중 제108조 제6호에 관한 부분은 금치의 징벌을 받은 사람에 대해 금지기간 동안 텔레비전 시청 제한이라는 불이익을 가함으로써, 규율의 준수를 강제하여 수용시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 금지처분을 받은 사람을 징벌거실 속에 구금하여 반성에 전념하게 하려는 목적을 가지고 있으므로 그에 대하여 일반 수용자와 같은 수준으로 텔레비전 시청이 이뤄지도록 하는 것은 교정실무상 어려움이 있고, 금지처분을 받은 사람은 텔레비전을 시청하는 대신 수용시설에 보관된 도서를 열람함으로써 다른 정보원에 접근할 수 있다. 또한, 위와 같은 불이익은 규율 준수를 통하여 수용질서를 유지한다는 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 위 조항은 청구인의 알 권리를 침해하지 아니한다(헌재 2016. 5. 26 2014헌마45)
- ④ (O) 이 사건 접견조항에 따르면 수용자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 처우에 대하여 국가 등을 상대로 소송을 하는 경우에는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하게 되어 무기대등의 원칙이 훼손될 수 있다. 변호사 직무의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임성은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약 등 금지물품 반입 시도 등의 우려를 최소화시킬 수 있으며, 변호사접견이라 하더라도 교정시설의 질서 등을 해할 우려가 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 두도록 한다면 악용될 가능성도 방지할 수 있다. 따라서 이 사건 접견조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재판청구권을 지나치게 제한하고 있으므로, 헌법에 위반된다(헌재2013. 8. 29 2011헌마22)

3 사회경제적 자유권

1) 거주이전의 자유

- 헌법 제14조에서 규정하는 거주, 이전의 자유는 국가권력의 간섭없이 자유로이 자신이 원하는 장소에 주소, 거소 내지 체류지를 정하거나 설정한 주소, 거소 내지 체류지를 자유로이 다른 장소로 이전하거나 자신의 의사에 반하여 주소, 거소 내지 체류지를 이전하지 않을 자유를 말한다.

제14조

모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

기출문제

거주이전의 자유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 의함)

- ① 이륜자동차 운전자의 고속도로 통행을 금지하는 도로교통법 조항은 퀵서비스 배달업을 하는 사람의 직업수행의 자유를 침해한다.
- ② 아프카니스탄 등 전쟁 또는 테러위험이 있는 해외 위난지역에서 여권사용을 제한하거나 방문 또는 체류를 금지한 외교통상부 고시는 거주이전의 자유를 침해하는 것이 아니다.
- ③ 누구든지 주민등록 여부와 무관하게 거주지를 자유롭게 이전할 수 있으므로 주민등록 여부가 거주이전의 자유와 직접적인 관계가 있다고 보기 어렵고 영내에 기거하는 현역병은 이미 병역법으로 인해 거주이전의 자유를 제한받게 되므로, 영내에 기거하는 현역병은 그가 속한 세대의 거주지에서 등록하여야 한다는 주민등록법 규정은 그의 거주이전의 자유를 제한하지 않는다.
- ④ 헌법 제14조의 거주이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 해외여행 및 해외이주의 자유가 포함되고, 이는 필연적으로 출국의 자유와 입국의 자유를 포함한다.

해설 정답 ①

- ① (X) 이 사건 법률조항은 이륜자동차 운전자가 고속도로 등을 통행하는 것을 금지하고 있을 뿐, 퀵서비스 배달업의 직업수행행위를 직접적으로 제한하는 것이 아니고, 이로 인하여 청구인들이 퀵서비스 배달업의 수행에 지장을 받는 점이 있다고 하더라도, 그것은 고속도로 통행 금지로 인하여 발생하는 간접적·사실상의 효과일 뿐이므로 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다(헌재 2008. 7. 31 2007헌바90)
- ② (O) 외교통상부가 해외 위난지역에서의 국민을 보호하고자 특정 해외 위난지역에서의 여권사용, 방문 또는 체류를 금지한 이 사건 고시는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되며, 대상지역을 당시 전쟁이 계속 중이던 이라크와 소말리아, 그리고 실제로 한국인에 대한 테러 가능성이 높았던 아프가니스탄 등 3곳으로 한정하고, 그 기간도 1년으로 하여 그다지 장기간으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 부득이한 경우 예외적으로 외교통상부장관의 허가를 받아 여권의 사용 및 방문·체류가 가능하도록 함으로써 국민의 거주·이전의 자유에 대한 제한을 최소화하고 법익의 균형성도 갖추었다(헌재 2008. 6. 26. 2007헌마1366)
- ③ (O) 외교통상부가 해외 위난지역에서의 국민을 보호하고자 특정 해외 위난지역에서의 여권사용, 방문 또는 체류를 금지한 이 사건 고시는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되며, 대상지역을 당시 전쟁이 계속 중이던 이라크와 소말리아, 그리고 실제로 한국인에 대한 테러 가능성이 높았던 아프가니스탄 등 3곳으로 한정하고, 그 기간도 1년으로 하여 그다지 장기간으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 부득이한 경우 예외적으로 외교통상부장관의 허가를 받아 여권의 사용 및 방문·체류가 가능하도록 함으로써 국민의 거주·이전의 자유에 대한 제한을 최소화하고 법익의 균형성도 갖추었다(헌재 2008. 6. 26 2007헌마1366)
- ④ (O) 누구든지 주민등록 여부와 무관하게 거주지를 자유롭게 이전할 수 있으므로 주민등록 여부가 거주·이전의 자유와 직접적인 관계가 있다고 보기 어려우며, 영내 기거하는 현역병은 병역법으로 인해 거주·이전의 자유를 제한받게 되므로 이 사건 법률조항은 영내 기거 현역병의 거주·이전의 자유를 제한하지 않는다(헌재 2011. 6. 30 2009헌마59)

2) 직업의 자유

- 직업의 자유란 자신이 종사할 직업을 선택하고 선택한 직업에 계속하여 종사하거나 변경할 수 있는 자유를 말한다. 단 헌법재판소는 직장준속보장청구권이나 해당 직업에 합당한 보수를 받을 권리 등은 직업의 자유에 포함되지 않는다고 보았다.

제15조

모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

3) 주거의 자유

- 주거의 자유는 자기가 거주하는 장소의 평온함이 공권력의 불법압수, 수색 내지 사인인 제3자의 불법침입등으로부터 침해당하지 않을 권리를 말한다.

제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

4) 사생활의 비밀과 자유

- 사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다.
- 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은
 - 1) 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리
 - 2) 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리
 - 3) 개인의 양심영역이나 성적영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호
 - 4) 인격적인 감정세계의 존중의 권리
 - 5) 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다.

제17조

모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

4 정신적자유권

1) 양심의 자유

- 양심의 자유란 개인이 자신의 자율적인 판단에 따라 무엇이 옳고 그른지 결정할 수 있는 내심적 양심형성의 자유와 이와 같이 형성된 양심에 따라 행동하거나 형성된 내심에 반하는 행동을 강제당하지 않을 자유를 말한다.

제19조

모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

기출문제

양심의 자유에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심결정의 자유를 포함하고 있지만, 비록 내심에 머무르는 경우라 하더라도 내재적 한계는 있다고 보는 것이 헌법재판소의 입장이다.
- ② 침묵의 자유는 단순한 사실에 관한 지식 또는 기술적 지식에 관한 진술을 거부하는 것도 포함하는 것은 아니다.
- ③ 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유다.
- ④ 대법원은 군인이 군수사기관의 민간인사찰 사실을 폭로하기 위하여 군부대를 이탈한 행위를 군무이탈죄로 보았다.

해설 정답 ①

- ① (X) 헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유 뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유를 포함한다고 할 수 있다. 내심적 자유, 즉 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다(헌재 1998. 7. 16 96헌바35)
- ② (O) 사실에 관한 지식 또는 기술적 지식의 진술을 거부하는 자유는 침묵의 자유에 포함되지 않는다.

- ③ (O) 내심적 자유, 즉 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다(헌재 1998. 7. 16 96헌바35)
- ④ (O) 국군보안사령부의 민간인에 대한 정치사찰을 폭로한다는 명목으로 군무를 이탈한 행위는 정당방위나 정당행위에 해당하지 아니한다(대판 1993. 6. 8. 93도766)

2) 종교의 자유

- 종교의 자유란 자신이 원하는 종교를 자신이 원하는 방법으로 믿을 자유를 말한다.

제20조

- ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.
- ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

3) 언론, 출판의 자유

- 언론의 자유는 고전적으로 자신의 사상이나 의견, 지식 등을 언어나 문자로 외부에 자유롭게 표현할 수 있는 자유를 말하고 현대적 의미로는 알권리, 액세스권, 반론권, 언론기관 설립의 자유 및 언론기관의 취재, 편집, 편성의 자유까지 포괄하는 의미로 사용된다.

제21조

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

기출문제

언론·출판의 자유에 대한 설명으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 금치기간 중 30일의 기간 내에서만 신문 열람을 금지하는 조치는 미결수용자의 알 권리를 침해하지 않는다.
- ② 외국음반을 국내에서 제작하고자 하는 때에 영상물 등급위원회의 추천을 받도록 하는 것은 헌법에 위배된다.
- ③ 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제의 필요성이 큰 경우에 사전심의절차를 법률로 규정하여도 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다.
- ④ 법원에 의한 방영금지가처분은 사전에 내용심사를 하는 것이기는 하나, 행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 사법부가 심리 결정하는 것이므로, 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지 않는다.

해설 정답 ③

- ① (O) 미결수용자의 규율위반행위 등에 대한 제재로서 금지처분과 함께 금치기간 중 신문과 자비 구매도서의 열람을 제한하는 것은, 규율위반자에 대해서는 반성을 촉구하고 일반 수용자에 대해서는 규율 위반에 대한 불이익을 경고하여 수용자들의 규율 준수를 유도하며 궁극적으로 수용질서를 확립하기 위한 것이다. 이 사건 신문 및 도서열람제한 조항은 최장 30일의 기간 내에서만 신문이나 도서의 열람을 금지하고 열람을 금지하는 대상에 수용시설 내 비치된 도서는 포함시키지 않고 있으므로 위 조항들이 청구인의 알 권리를 과도하게 제한한다고 보기 어렵다(헌재 2016. 4. 28 2012헌마549)
- ② (O) 외국음반 국내제작 추천제도는 외국음반의 국내제작이라는 의사표현행위 이전에 그 표현물을 행정기관의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출토록 하여 당해 표현행위의 허용 여부가 행정기관의 결정에 좌우되도록 하고 있으며, 더 나아가 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌 등 강제수단까지 규정하고 있는바, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 존재라는 제 요소를 모두 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항들은 우리 헌법 제21조 제2항이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당하여 헌법에 위반된다(헌재 2006. 10. 26. 2005헌가14)
- ③ (X) 식약처장이 심의기준 등의 제정과 개정을 통해 심의 내용과 절차에 영향을 줄 수 있고, 식약처장이 재심의를 권하면 심의기관이 이를 따라야 하며, 분기별로 식약처장에게 보고가 이루어진다는 점에서 그 심의업무의 독립성과 자율성이 있다고 어렵다. 따라서 이 사건 건강기능식품 기능성광고 사전심의를 그 검열이 행정권에 의하여 행하여진다 볼 수 있고, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가8)
- ④ (O) 헌법 제21조 제2항에서 규정한 검열 금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을

금지하는 것을 뜻하므로, 이 사건 법률조항에 의한 방영금지가처분은 행정권에 의한 사전심사나 금지처분이 아니라 개별 당사자간의 분쟁에 관하여 사법부가 사법절차에 의하여 심리, 결정하는 것이어서 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당하지 아니한다(헌재 2001. 8. 30 2000헌바36)

4) 집회의 자유

- 집회의 자유라 함은 국가권력이나 다른 사인의 방해 내지 간섭없이 자유롭게 집회를 개최, 주관, 진행하고 집회에 참가할 수 있는 자유를 말한다.
- 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다.
- 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소, 시간의 선택이나 그러나 집회를 방해할 의도로 집회에 참가하는 것은 보호되지 않는다.

5) 결사의 자유

- 결사의 자유라 함은 다수인이 공동의 목적을 위하여 어느정도 계속성을 갖는 단체를 자유롭게 결성하거나 결성된 단체에 자유롭게 가입할 수 있는 자유를 말한다.

제21조

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

기출문제

집회의 자유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함)

- ① 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린사회’에 대한 헌법적 결단이라고 할 수 있다.
- ② 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것도 원칙적으로 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 ‘사전허가’에 해당한다.
- ③ 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리, 즉 집회를 하루 중 언제 개최할지 등 시간 선택에 대한 자유와 어느 장소에서 개최할지 등 장소 선택에 대한 자유를 내포하고 있다.
- ④ 우리 헌법상 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 오로지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회에 한정된다.

해설 정답 ②

- ① (O) 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린사회’에 대한 헌법적 결단인 것이다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)
- ② (X) 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’는 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당하지 않는다(헌재 2014. 4. 24 2011헌가 29)
- ③ (O) 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리, 즉 집회를 하루 중 언제 개최할지 등 시간 선택에 대한 자유와 어느 장소에서 개최할지 등 장소 선택에 대한 자유를 내포하고 있다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67)
- ④ (O) 우리 헌법상 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 오로지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회에 한정된다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67)

6) 학문의 자유

- 학문의 자유라 함은 국가나 사인의 간섭 방해를 받지 않고 자유롭게 진리를 탐구할 수 있는 일체의 학문적 활동의 자유를 말한다.

제22조

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

제31조

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
- ③ 의무교육은 무상으로 한다.
- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
- ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

7) 예술의 자유

- 예술이란 미적개념을 표현하는 창조적 행위를 말하며 예술의 자유란 국가권력이나 제3자의 방해나 간섭없이 자유롭게 예술을 추구할 수 있는 자유를 말한다.

제22조

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

5 재산권

- 헌법 제23조 제1항 전문에서 보장하고 있는 재산권은 그 재산가액의 다과를 불문하고 경제적 가치가 있는 모든 공, 사법상의 권리를 의미한다.
- 단 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화획득에 관한 기대등은 헌법상 보장되는 재산권이 아니다.

제23조

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

기출문제

재산권의 공용수용(공용침해)에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함)

- ① 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 발생하는 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당보상의 원리에 어긋난다고 볼 수 없다.
- ② 헌법 제23조 제3항이 규정하는 '정당한 보상'이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미한다.
- ③ 공용수용으로 생업의 근거를 상실한 자에 대하여 상업용지 또는 상가분양권 등을 공급하는 생활대책은 헌법 제23조 제3항에 규정된 정당한 보상에 포함되므로 생활대책 수립 여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속하지 아니한다.
- ④ 수용의 주체가 민간기업이라는 것 자체만으로 공공필요성을 갖추지 못한 것으로 볼 수는 없다.

해설 정답 ③

- ① (O) 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되는 피수용자의 손실이라고 볼 수 없으므로, 이러한 개발이익을 배제하고 손실보상액을 산정한다 하여 헌법이 규정한 정당한 보상의 원칙에 위반되지 않는다(헌재 2009. 12. 29 2009헌바142)

- ② (O) 헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산 가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미한다(헌재 1995. 4. 20 93헌바 20)
- ③ (X) '생업의 근거를 상실하게 된 자에 대하여 일정 규모의 상업용지 또는 상가분양권 등을 공급하는' 생활대책은 헌법 제23조 제3항에 규정된 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도이므로, 그 실시 여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속한다(헌재 2013. 7. 25. 2012헌바71)
- ④ (O) 민간기업에게 산업단지개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 이 사건 수용 조항은 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2009. 9. 24 2007헌 바114)

직업의 자유에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 판례에 따름)

- ① 특히, 실용신안, 디자인 또는 상표의 침해로 인한 손해배상, 침해금지 등의 민사소송에서 변리사에게 소송대리를 허용하지 않는 것은 변리사들의 직업의 자유를 침해한다.
- ② 안경사의 안경제조행위 및 그 전제가 되는 도수측정행위를 허용하는 것은 안과 의사의 의료권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.
- ③ 입법자가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 제도의 내용을 구성할 수 있으므로, 입법자의 판단은 존중되어야 한다.
- ④ 자동차운전전문학원을 졸업하고 운전면허를 받은 사람 중 교통사고를 일으킨 비율이 대통령령이 정하는 비율을 초과하는 경우에 운전전문학원의 등록을 취소하거나 운영 정지를 명할 수 있도록 한 것은 자기책임의 범위를 벗어난 과도한 법적 책임을 부과하는 것으로 볼 수 있다.

해설 정답 ①

- ① (X) 이 사건 법률조항은 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것이다. 심결취소소송에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다. 그러나 특허침해소송은 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송으로, 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되어야 하는 일반 민사소송의 영역이므로, 소송당사자의 권익을 보호하기 위해 변호사에게만 특허침해소송의 소송대리를 허용하는 것은 그 합리성

이 인정되며 입법재량의 범위 내라고 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 특허침해소송을 변리사가 예외적으로 소송대리를 할 수 있도록 허용된 범위에 포함시키지 아니한 것은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다(헌재 2012. 8. 23 2010헌마740)

- ② (O) 보건에 관한 국가의 국민보호의무에 정면으로 저촉되지 않는 한 국가는 국민에 대한 보건의료정책에 관하여 폭넓은 입법재량권을 보유하며, 직업수행의 영역조정은 일반공익과의 비교형량 문제로서 입법자의 합리적 재량에 속하는 문제일 것인바, 의료기사법 및 동 법시행령에 의하여 인정되는 안경사의 업무인 안경조제행위 및 그 전제가 되는 도수측정행위는 국민의 보건 및 의료향상행위로서 그것은 의료법 소정의 의료행위와는 별개의 법령에 의하여 안경사에 허용된 업무행위이며 의료법을 근거로 해서 그 가부를 논할 성질의 것이 아닐뿐더러, 안경사에게 허용된 자동굴절기기를 사용하여 하는 안경의 조제, 판매까지 안과의사가 전담하는 것이 공익상 필수적인 것이라고 하기는 어렵고, 이 사건에서 문제된 직업수행의 영역조정은 일반공익과의 비교형량 문제로서 입법자의 합리적 재량에 속하는 문제라 할 것이므로 안경사에게 한정된 범위 내의 시력검사를 허용하고 있는 심판대상규정(의료기사법 시행령 제2조 제1항 제8호)이 안과의사의 전문적인 의료영역을 정면으로 침해하는 것이라고 할 수는 없고, 나아가 그 규정이 청구인의 직업선택(수행)의 자유를 침해하는 것이라고도 보기 어렵다(헌재 1993. 11. 25 92헌마87)
- ③ (O) 입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129)
- ④ (O) 이 사건 조항이 운전전문학원의 귀책사유를 불문하고 수료생이 일으킨 교통사고를 자동적으로 운전전문학원의 법적 책임으로 연관시키고 있는 것은 운전전문학원이 주체적으로 행해야 하는 자기책임의 범위를 벗어난 것이며, 교통사고율이 높아 운전교육이 좀더 충실히 행해져야 하며 오늘날 사회적 위험의 관리를 위한 위험책임제도가 필요하다는 사정만으로 정당화될 수 없다(헌재 2005. 7. 21. 2004헌가30)

6 소비자의 권리

- 소비자의 권리란 소비자가 공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 수 있는 권리를 말한다.

제124조

국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.

제3절 정치적 기본권(참정권)

1 참정권

- 참정권이라 함은 국민이 국가의 의사형성이나 정책결정에 직접 참여하거나 또는 선거나 투표를 통해 참여하거나 공직에 취임할 수 있는 권리를 말한다.

제13조

- ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.
- ② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.
- ③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

2 국민투표권

- 국민주권주의를 구현하기 위하여 헌법은 국가의 의사결정 방식으로 대의제를 채택하고 이를 가능하게 하는 선거제도를 규정함과 아울러 선거권, 피선거권을 기본권으로 보장하며 대의제를 보완하기 위한 방법으로 직접민주제 방식의 하나인 국민투표제도를 두고 있다.

제72조

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

제130조

- ① 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.
- ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
- ③ 헌법개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.

3 선거권

- 선거권이란 국민이 주권행사기관의 지위에서 정책결정권자인 국민의 대표자를 선출할 수 있는 권리를 말한다.

제24조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

4 공무담임권

- 공무담임권이란 공직선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권을 포함하여 선거직 공무원을 포함한 모든 공직에 취임할 수 있는 권리를 말한다.

제25조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

기출문제

헌법 제72조의 투표권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정에 의함)

- ① 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.
- ② 헌법은 대의민주주의를 기본으로 하고 있어, 중요 정책에 관한 사항이라 하더라도 반드시 국민의 직접적인 의사를 확인하여 결정해야 하는 것은 아니다.
- ③ 특정의 국가정책에 대하여 다수의 국민들이 국민투표를 원할 경우 대통령이 국민투표에 회부하지 아니하더라도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
- ④ 국민은 특정의 국가정책에 관하여 국민투표에 회부할 것을 대통령에게 요구할 권리가 있다.

해설 정답 ④

- ① (O) 헌법 제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.
- ② (O) 헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하여 국민투표에 부쳐질 중요정책인지 여부를 대통령이 재량에 의하여 결정하도록 명문으로 규정하고 있다. 특히 우리 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 국민의 대표자가 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의민주주의를 기본으로 하고 있어, 중요 정책에 관한 사항이라 하더라도 반드시 국민의 직접적인 의사를 확인하여 결정해야 한다고 보는 것은 전체적인 헌법체계와 조화를 이룰 수 없다(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579)
- ③ (O), ④ (X) 헌법 제72조는 국민투표에 부쳐질 중요정책인지 여부를 대통령이 재량에 의하여 결정하도록 명문으로 규정하고 있고 헌법재판소 역시 위 규정은 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여하였다고 하여 이를 확인하고 있다. 따라서 특정의 국가정책에 대하여 다수의 국민들이 국민투표를 원하고 있음에도 불구하고 대통령이 이러한 희망과는 달리 국민투표에 회부하지 아니한다고 하여도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없고 국민에게 특정의 국가정책에 관하여 국민투표에 회부할 것을 요구할 권리가 인정된다고 할 수도 없다(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579).

공무담임권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 현행 헌법은 공무담임권을 명시적으로 규정하고 있다.
- ② 공무담임권은 국민이 국가나 공공단체의 구성원으로서 직무를 담당할 수 있는 권리를 뜻하고, 여기서 직무를 담당한다는 것은 공무담임에 관하여 능력과 적성에 따라 평등한 기회를 보장받는 것을 의미한다.
- ③ 공무담임권은 공직취임의 기회균등을 요구하지만, 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구하지는 않는다.
- ④ 선출직 공무원의 공무담임권은 선거를 전제로 하는 대의제의 원리에 의하여 발생하는 것이므로 공직의 취임이나 상실에 관련된 어떠한 법률조항이 대의제의 본질에 반한다면 이는 공무담임권도 침해하는 것이라고 볼 수 있다.

해설 정답 ③

- ① (O) 헌법 제25조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다.
- ② (O) 헌법 제25조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원임권을 가진다."고 하여 공무원임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무원임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다. 여기서 직무를 담당한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 그 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무원임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는 바, 공무원임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다(헌재 2004. 2. 26. 2003헌바4)
- ③ (X) 공무원임권은 공직취임의 기회 균등뿐만 아니라 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구한다(헌재 2018. 7. 26 2017헌마1183)
- ④ (O) 선출직 공무원의 공무원임권은 선거를 전제로 하는 대의제의 원리에 의하여 발생하는 것이므로 공직의 취임이나 상실에 관련된 어떠한 법률조항이 대의제의 본질에 반한다면 이는 공무원임권도 침해하는 것이라고 볼 수 있다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219)

공무원제도 및 공무원임권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 재판소 결정에 의함)

- ① 직업공무원제도는 헌법이 보장하는 제도적 보장 중의 하나이므로 입법자는 직업공무원제도에 관하여 최소한의 보장'의 원칙의 한계 안에서 폭 넓은 입법형성의 자유를 가진다.
- ② 직제가 폐지된 때에 공무원을 직권면직시킬 수 있도록 규정한 지방공무원법의 조항은 공무원의 귀책사유 없이도 그 신분을 박탈할 수 있도록 하여 신분보장을 중추적 요소로 하는 직업공무원제도를 위반한 것으로 볼 수 있다.
- ③ 금고 이상의 형의 선고유예'를 받은 경우에 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 정한 지방공무원법의 조항은 과실범의 경우마저 당연퇴직 사유에서 제외하지 않아 최소 침해성의 원칙에 반하므로 공무원임권을 침해하여 위헌이다.
- ④ 직업공무원제도가 적용되는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이나 임시적 공무원은 포함되지 않는다.

해설 정답 ②

- ① (O) 직업공무원제도는 헌법이 보장하는 제도적 보장중의 하나임이 분명하므로 입법자는 직업 공무원제도에 관하여 '최소한 보장'의 원칙의 한계안에서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48)
- ② (X) 이 사건 직제폐지는 최소한의 합리성을 담보할 수 있는 근거를 가지고 행해진다 할 것이다. 한편, 행정조직의 개폐에 관한 문제에 있어 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다 하더라도 행정조직의 개폐로 인해 행해지는 직권면직은 보다 직접적으로 해당 공무원들의 신분에게 중대한 위협을 주게 되므로 직제 폐지 후 실시되는 면직절차에 있어서는 보다 엄격한 요건이 필요한데, 이와 관련하여 지방공무원법 제62조는 직제의 폐지로 인해 직권면직이 이루어지는 경우 임용권자는 인사위원회의 의견을 듣도록 하고 있고, 면직기준으로 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려하도록 하고 있으며, 면직기준을 정하거나 면직대상을 결정함에 있어서 반드시 인사위원회의 의결을 거치도록 하고 있는바, 이는 합리적인 면직기준을 구체적으로 정함과 동시에 그 공정성을 담보할 수 있는 절차를 마련하고 있는 것이라 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 규정이 직제가 폐지된 경우 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도 이것이 직업공무원제도를 위반하고 있다고는 볼 수 없다(헌재 2004. 11. 25 2002헌바8)
- ③ (O) 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정한 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분은 헌법 제25조의 공무담임권을 침해한다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684)
- ④ (O) 우리나라는 직업공무원제도를 채택하고 있는데, 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 여기서 말하는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는 것이다(헌재 1989. 12. 18 89헌마32)

제4절 청구권적 기본권

1 청구권적기본권

- 청구권적 기본권은 기본권주체의 권리등이 침해되었거나 침해될 우려가 있을 때 국민이 국가에 대해 특정한 행위를 요구할 수 있는 능동적, 적극적 권리를 말한다.

2 청원권

- 청원권이란 국가기관에게 일정한 사항에 관한 의견이나 희망사항을 진술할 수 있는 권리를 말한다.

제26조

- ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.
- ② 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.

기출문제

청원에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사는 국무회의의 심의사항이다.
- ② 헌법에서는 청원에 대하여 심사할 의무만을 규정하므로 국가기관은 청원에 대하여 그 결과를 통지하여야 할 의무를 지지 않는다.
- ③ 국회에 청원을 하려는 자는 국회의원의 소개를 얻어서, 지방의회에 청원을 하려는 자는 지방의회의원의 소개를 받아 청원서를 제출하도록 하는 것은 청원권을 침해하지 아니한다.
- ④ 청원이 청원법상 처리기간 이내에 처리되지 아니하는 경우 청원인은 청원을 관장하는 기관에 이의신청을 할 수 있다.

해설 정답 ②

- ① (O) 헌법 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.
15. 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사
- ② (X) 헌법 제26조와 청원법의 규정에 의할 때, 헌법상 보장된 청원권은 공권력과의 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 적법한 청원을 한 모든 국민에게, 국가 기관이 청원을 수리·심사하여 그 결과를 통지할 것을 요구할 수 있는 권리를 말하므로, 청원서를 접수한 국가기관은 이를 수리·심사하여 그 결과를 통지하여야 할 헌법에서 유래하는 작위의무를 지고 있고, 이에 상응하여 청원인에게는 청원에 대하여 위와 같은 적절한 처리를 할 것을 요구할 수 있는 권리가 있다(헌재 2004. 5. 27 2003헌마851)
- ③ (O) 청원권의 구체적 내용은 입법활동에 의하여 형성되며, 입법형성에는 폭넓은 재량권이 있으므로 입법자는 청원의 내용과 절차는 물론 청원의 심사·처리를 공정하고 효율적으로 행할 수 있게 하는 합리적인 수단을 선택할 수 있는 바, 의회에 대한 청원에 국회의원의 소개를 얻도록 한 것은 청원 심사의 효율성을 확보하기 위한 적절한 수단이다. 또한 청원은 일반의 안과 같이 처리되므로 청원서 제출단계부터 의원의 관여가 필요하고, 의원의 소개가 없는 민원의 경우에는 진정으로 접수하여 처리하고 있으며, 청원의 소개의원은 1인으로 족한 점 등을 감안할 때 이 사건 법률조항이 국회에 청원을 하려는 자의 청원권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2006. 6. 29 2005헌마604)
- 지방의회에 청원을 할 때에 지방의회 의원의 소개를 얻도록 한 것은 의원이 미리 청원의 내용을 확인하고 이를 소개하도록 함으로써 청원의 남발을 규제하고 심사의 효율을 기하기 위한 것이고, 지방의회 의원 모두가 소개의원이 되기를 거절하였다면 그 청원내용에 찬성하는 의원이 없는 것이므로 지방의회에서 심사하더라도 인용가능성이 전혀 없어 심사의 실익이 없으며, 청원의 소개의원도 1인으로 족한 점을 감안하면 이러한 정도의 제한은 공공복리를 위한 필요·최소한의 것이라고 할 수 있다(헌재 1999. 11. 25 97헌마54)
- ④ (O) 청원법 제9조의2(이의신청) 청원이 제9조에 따른 처리기간 이내에 처리되지 아니하는 경우 청원인은 청원을 관장하는 기관에 이의신청을 할 수 있다.

3 재판청구권

- 재판청구권이라 함은 독립된 법원에서 신분이 보장된 법관에 의하여 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 말한다.

제27조

- ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.
- ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.
- ③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.
- ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
- ⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

제64조

- ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
- ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다.
- ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.
- ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

제77조

- ① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.
- ② 계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다.
- ③ 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.
- ④ 계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다.

⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.

제84조 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.

제107조

① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.

② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

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

제110조

① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.

② 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다.

③ 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다.

④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

기출문제

재판청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 국민의 재판청구에 대하여 법원은 신속한 재판을 하여야 할 헌법 및 법률상 작위의무가 존재한다.
- ② 군사시설 중 전투용에 공하는 시설을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 군사법원법 조항은 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.
- ③ 재심을 청구할 권리가 헌법 제27조의 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없다.
- ④ 국민참여재판을 받을 권리가 헌법 제27조의 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없다.

해설 정답 ①

- ① (X) 법원은 민사소송법 제184조에서 정하는 기간내에 판결을 선고하도록 노력해야 하겠지만, 이 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고 볼 수 없으며, 헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하고, 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 이 헌법규정으로부터 직접 발생하지 아니하므로, 보안관찰처분들의 취소청구에 대해서 법원이 그 처분들의 효력이 만료되기 전까지 신속하게 판결을 선고해야 할 헌법이나 법률상의 작위의무가 존재하지 아니한다(헌재 1999. 9. 16 98헌마75)
- ② (O) ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하도록 규정한 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다(헌재 2013. 11. 28 2012헌가10)
- ③ (O) 상소문제가 일반 법률에 맡겨진 우리 법제하에서 재판청구권에 모든 사건에 대해 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 할 수는 없고, 마찬가지로 재심청구권 역시 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없으며, 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제이다(헌재 2004. 12. 16 2003헌바105)
- ④ (O) 형사소송절차에서 국민참여재판제도는 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 배심원이 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 의견을 제시하는 제한적 역할을 수행하게 되고, 헌법상 재판을 받을 권리의 보호범위에는 배심재판을 받을 권리가 포함되지 아니한다(헌재 2014. 1. 28 2012헌바298)

4 형사보상청구권

- 형사보상청구권이란 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 불기소처분이거나 무죄판결을 받은 경우에 그가 입은 정신적·물질적 손실에 대한 정당한 보상을 국가에 청구할 수 있는 권리를 말한다.

제28조

형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

5 국가배상청구권

- 국가배상청구권이라 함은 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 대하여 그 손해의 배상을 청구할 수 있는 권리를 말한다.

제29조

- ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
- ② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

6 범죄피해자구조청구권

- 범죄피해자 구조청구권이라 함은 타인의 범죄행위로 생명, 신체에 대한 피해를 이은 국민이 법률이 정하는 바에 따라 국가에 일정한 구조금을 청구할 수 있는 권리를 말한다.

제30조

타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

제5절 사회적 기본권

1 사회적기본권

- 사회적 기본권은 국민이 국가에 대해 최저한의 인간다운 생활의 보장을 청구할 수 있는 적극적인 권리를 말한다.
- 우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만
 - 1) 헌법의 전문
 - 2) 사회적기본권의 보장
 - 3) 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다.

2 인간다운 생활을 할 권리

- 인간다운 생활을 할 권리라 함은 인간의 존엄성에 상응하는 최저한의 건강하고 문화적인 생활을 할 권리를 말한다.
- 헌법재판소는 최소한의 물질적 생활의 유지에 필요한 범위내에서는 구체적 권리성을 가진다는 입장이다.

제34조

- ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
- ② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.
- ③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.
- ④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.
- ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.
- ⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

3 교육을 받을 권리

– 교육을 받을 권리라 함은

- 1) 개개인이 공권력의 부당한 간섭없이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있는 수
학권
- 2) 적절한 교육기회의 제공 등 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있도록 국가의 적
극적 배려를 요구할 수 있는 교육기회제공청구권을 말한다.

제31조

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할
의무를 진다.
- ③ 의무교육은 무상으로 한다.
- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하
여 보장된다.
- ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한
기본적인 사항은 법률로 정한다.

4 근로의 권리

– 근로의 권리라 함은 근로자가 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고 타인의
방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가
에 대하여 근로기회제공을 요구할 수 있는 권리를 말한다.

제32조

- ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의
증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시
행하여야 한다.
- ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에

따라 법률로 정한다.

- ③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.
- ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.
- ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.
- ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

5 근로3권

- 1) 단결권은 근로자가 근로조건의 유지, 향상을 위해 자주적으로 단체를 조직할 권리를 말한다.
- 2) 단체교섭권은 근로자가 단체의 이름으로 사용자와 교섭을 할 수 있는 권리를 말한다.
- 3) 단체행동권은 근로자가 근로조건의 향상이라는 목적달성을 위해 집단적 단체행동을 할 수 있는 권리를 말한다.

제33조

- ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

6 환경권

- 환경권이라 함은 소극적으로 환경오염의 예방 또는 배제를 국가에 청구하고 나아가 적극적으로 청정한 환경을 보전하고 조성해 줄 것을 국가에 대하여 요구할 수 있는 권리를 말한다.

제35조

- ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
- ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.
- ③ 국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

7 모성을 보호받을 권리와 보건권

- 모성보호라 함은 모성의 건강뿐만 아니라 자녀의 출산과 양육할 수 있는 사회적, 경제적 여건에 대한 국가보호를 의미하는 것이다.
- 보건권이란 국민이 자신과 가족의 건강을 유지하는데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리이다.

제36조

- ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

8 기본권의 제한**제37조**

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

1 납세의 의무

- 조세평등주의란 헌법 제11조의 평등의 원칙이 세법영역에 구현된 것으로 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙을 말한다.

제38조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.

제59조

조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.

2 국방의 의무

- 국방의 의무라 함은 외적의 침략으로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 국토방위의 의무를 말한다.

제39조

- ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.
- ② 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.