



22. 4. 1.

Signature

경찰헌법 추록

변호사 강 성 민 편저

IV. 한국헌법의 개정절차

헌법의 안정성과 헌법에 대한 존중이라는 요청 때문에 우리 헌법의 개정은 제한적으로 인정되며, 일반법률과는 다른 엄격한 요건과 절차가 요구된다.

II. 헌법변천의 한계

또한 헌법변천도 무제한적일 수 없으므로, 헌법변천이 끝나는 곳에서 헌법개정이 시작된다.

III. 구체적 사례

영국에는 국왕이 있으나 18세기 이후 국가원수로서의 지위를 상실하고 명목뿐인 권한만을 보유한 상징적인 지위로 전락된 반면 내각은 그 지위가 점차 향상되어 내각지배의 원칙이 확립된 것도 헌법의 변천의 한 예로 소개 된다(김백유).

III. 저항권

1. 저항권의 의의

저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이다(1997.9.25. 97헌가4).

저항권은 고대 그리스 도시국가에서 참주에 대한 국외추방 제도나 고대 중국의 사상가인 맹자의 역성혁명론에서 그 사상적 기원을 찾을 수 있다.

V. 국가긴급권

2. 헌법상 국가긴급권의 종류

국가보위에 관한 특별조치법 제9조 등 위헌제정 (2015.3.26. 2014헌가5) 위헌

가. 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한한 구 ‘국가보위에 관한 특별조치법’(1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정되고, 1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘특별조치법’이라 한다) 제11조 제2항 중 제9조 제1항에 관한 부분이 초헌법적 국가긴급권으로서 국가긴급권의 실체적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되는지 여부(적극)

국가비상사태의 선포를 규정한 특별조치법 제2조는 헌법에 한정적으로 열거된 국가긴급권의 실체적 발동요건 중 어느 하나에도 해당되지 않은 것으로서 ‘초헌법적 국가긴급권’의 창설에 해당되나, 그 제정 당시의 국내외 상황이 이를 정당화할 수 있을 정도의 ‘극단적 위기상황’이라 볼 수 없다. 또한 국가비상사태의 해제를 규정한 특별조치법 제3조는 대통령의 판단에 의하여 국가비상사태가 소멸되었다고 인정될 경우에만 비상사태선포가 해제될 수 있음을 정하고 있을 뿐 국회에 의한 민주적 사후통제절차를 규정하고 있지 아니하며, 이에 따라 임시적·잠정적 성격을 지녀야 할 국가비상사태의 선포가 장기간 유지되었다. 그렇다면 국가비상사태의 선포 및 해제를 규정한 특별조치법 제2조 및 제3조는 헌법이 인정하지 아니하는 초헌법적 국가긴급권을 대통령에게 부여하는 법률로서 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실체적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌이고, 이를 전제로 한 특별조치법상 그 밖의 규정들도 모두 위헌이다.

나. 심판대상조항이 근로3권의 본질적인 내용을 침해하는지 여부(적극)

헌법 제33조는 제1항에서 근로3권을 규정하되, 제2항 및 제3항에서 ‘공무원인 근로자’ 및 ‘법률이 정하는 주요방위산업체 근로자’에 한하여 근로3권의 예외를 규정한다. 그러므로 헌법 제37조 제2항 전단에 의하여 근로자의 근로3권에 대해 일부 제한이 가능하다 하더라도, ‘공무원 또는 주요방위산업체 근로자’가 아닌 근로자의 근로3권을 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용 침해금지에 위반된다. 그런데 심판대상조항은 단체교섭권·단체행동권이 제한되는 근로자의 범위를 구체적으로 제한함이 없이, 단체교섭권·단체행동권의 행사요건 및 한계 등에 관한 기본적 사항조차 법률에서 정하지 아니한 채, 그 허용 여부를 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 하고 있는바, 이는 모든 근로자의 단체교섭권·단체행동권을 사실상 전면적으로 부정하는 것으로서 헌법에 규정된 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

P.29 판례추가

3. 국가긴급권의 통제

다. 법원 및 헌법재판소에 의한 통제

1) 사법심사의 가능성

라) 헌법재판소의 입장

피청구인 대통령의 개성공단 운영 전면중단 조치 (2022.1.27. 2016헌마364)

북한의 핵무기 개발로 인한 위기에 대처하기 위한 조치로서 국가안보와 관련된 대통령의 의사 결정을 포함하고 그러한 의사 결정이 고도의 정치적 결단을 요하는 문제이기는 하나, 그 의사 결정에 따른 조치 결과 투자기업인 청구인들의 영업의 자유 등 기본권에 제한이 발생하였다. 그리고 국민의 기본권 제한과 직접 관련된 공권력의 행사는 고도의 정치적 고려가 필요한 대통령의 행위라도 헌법과 법률에 따라 정책을 결정하고 집행하도록 함으로써 국민의 기본권이 침해되지 않도록 견제하는 것이 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 헌법재판소 본연의 임무이므로, 그 한도에서 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다. 따라서 이 사건 헌법소원심판이 사법심사가 배제되는 행위를 대상으로 한 것이어서 부적법하다고는 볼 수 없다. (적법절차원칙 위반×, 과잉금지원칙 위반× 신뢰보호원칙 위반× 영업의 자유 및 재산권 침해×)

p.38 제5차개헌. 전문

전문	헌법 전문을 최초로 개정 4.19 의거, 5·16혁명 명문화 (cf. 헌법 전문 개정은 제5·7·8·9차 개헌에서 이뤄짐)
----	--

p.40~41 제7차개헌. 헌법개정

헌법개정	헌법개정절차의 이원화 - 대통령제안에 대한 국민투표 - 국회제안에 대한 통일주체국민회의 의결 - 헌법개정안에 대한 공고일을 '30일 이상'에서 '20일 이상'으로 단축
------	--

p.48 1) 선천적 국적취득 / 판례내용추가

출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 국적법 조항이 헌법상 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극) (2000.8.31. 97헌가12) 헌법불합치

부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다. ... 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 "가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙"에 위배된다.

법무부장관은, 헌법 제2조에 의하여 입법자는 국민의 요건을 결정함에 있어서 광범한 재량권이 있으므로 출생지주의를 택할 것인지 혈통주의에 의한 것인지는 입법재량 영역이고, 혈통주의를 택하는 경우에도 출생의 장소나 부모쌍방이 대한민국 국민인지, 출생에 의하여 이중국적자가 될 것인지의 여부 또한 입법재량 문제라고 주장한다. 그러나 헌법의 위임에 따라 국민되는 요건을 법률로 정할 때에는 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 헌법의 요청인 기본권 보장원칙을 준수하여야 하는 입법상의 제한을 받기 때문에, 국적에 관한 모든 규정은 정책의 당부 즉 입법자가 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부가 심사기준이 된다는 법무부장관의 주장은 받아들이지 아니한다.

P.49/ 판례추가

② 간이귀화

일본인 여자가 한국인 남자와의 혼인으로 인하여 한국의 국적을 취득하는 동시에 일본의 국적을 상실한 뒤 한 국인 남자와 이혼하였다 하여 한국 국적을 상실하고 일본 국적을 다시 취득하는 것은 아니고 동녀가 일본국에 복적할 때까지는 여전히 한국의 국적을 그대로 유지한다. (대법원 1976.4.23. 73마1051)

p.53 국적판정 및 허가등 취소 판례 추가

헌법재판소 결정례

법무부장관으로 하여금 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 귀화허가를 받은 자에 대하여 그 허가를 취소할 수 있도록 규정하면서도 그 취소권의 행사기간을 따로 정하고 있지 아니한 국적법 제21조 중 귀화허가취소에 관한 부분은, 국가의 근본요소 중 하나인 국민을 결정하는 기준이 되는 국적의 중요성을 고려하여, 귀화허가신청자의 진실성을 담보하고, 국적 관련 행정의 적법성을 확보하기 위한 것으로서 과잉금지원칙에 위반되지 않아 거주·이전의 자유 및 행복추구권을 침해하지 아니한다. (2015.9.24. 2015헌바26)

p.54 목차 추가

사. 법정대리인이 하는 신고

국적법 제19조(법정대리인이 하는 신고 등) 이 법에 규정된 신청이나 신고와 관련하여 그 신청이나 신고를 하려는 자가 15세 미만이면 법정대리인이 대신하여 이를 행한다.

p.55 나. 재외국민 보호의무 / 내용추가

다만 재외국민 보호의무규정으로부터 중국동포와 같이 특수한 국적상황에 처해 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무 또는 특정한 조약체결의무, 특정한 협약 가입의무가 도출되는 것은 아니다(2006.3.30. 2003헌마806).

P.57 판례추가

다. 북한주민의 법적 지위

외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 남북교류협력에 관한 법률 상 '북한의 주민'에 해당하는 것이므로, 북한의 조선아시아태평양위원회가 외국환거래법 제15조에서 말하는 '거주자'나 '비거주자'에 해당하는지 또는 남북교류협력에 관한 법률 상 '북한의 주민'에 해당하는지 여부는 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다. (2005.6.30. 2003헌바114)

P. 69 판례추가

나. 소급입법금지의 원칙

2) 특수한 경우

※ 진정소급입법에 해당하지 않는다고 한 사례

의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설한 자가 「약사법」 개정으로 시행일 후 1년 뒤에는 기존 약국을 더 이상 운영할 수 없도록 한 부칙규정은 이미 개설 등록된 기존 약국의 효력이나 이제까지의 약국영업과 관련한 사법상의 법률효과를 소급하여 부인하는 것이 아니므로, 헌법 제13조 제2항에서 의미하는 소급입법에 해당되지 아니한다. (2003.10.30. 2001헌바700)

종전의 수산업법에 의하여 아무런 제한 없이 주장이 가능하던 관행어업권에 대하여 수산업법 시행 이후부터는 등록하여야만 주장할 수 있는 것으로 변경하는 것은 종전의 수산업법에 의하여 인정되던 관행어업권을 일방적으로 박탈하는 것이 아니고, 일정한 기간 내에 등록만 하면 관행어업권을 인정하여 주는 것이므로 이를 가리켜 재산권을 소급적으로 박탈하는 규정이라고 할 수 없고, 다만 그 행사방법을 변경 내지 제한하는 규정이라고 할 것이다. (1999.7.22. 97헌바76)

P.60 내용추가

2. 규범적 효력의 내용

헌법적 의무 도출 ○	다만 헌법 전문으로부터 특정 토지에 대한 보상이라는 작위의무(국가가 독립유공자의 후손인 청구인에게 일본제국주의의 각종 통치기구 등으로부터 수탈당한 청구인 조상들의 강릉 일대의 특정 토지에 관하여 보상을 해주어야 할 의무)가 헌법에서 유래하는 작위의무로 특별히 구체적으로 규정되어 있다거나 해석상 도출된다고 볼 수 없다. (2019.7.2. 2019헌마647)
----------------------------------	---

P.64 내용추가

1. 민주주의 원리의 의미

민주주의 원리는 개인의 자율적 판단능력을 존중하고 사회의 자율적인 의사결정이 궁극적으로 올바른 방향으로 전개될 것이라는 신뢰를 바탕으로 하고 있다. 이 신뢰는 국민들이 공동체의 최종적인 정치적 의사를 책임질 수 있다는, 즉 국민들이 주권자로서의 충분한 능력과 자격을 동등하게 가진다는 규범적 판단에 기초한다. (2014.12.19. 2013헌다1)
자유민주적 법치국가는 모든 국민에게 사상의 자유와 법질서에 대하여 비판할 수 있는 자유를 보장하고 정당한 절차에 의하여 헌법과 법률을 개정할 수 있는 장치를 마련하고 있는 만큼 그에 상응하여 다른 한편으로 국민의 국법질서에 대한 자발적인 참여와 복종을 그 존립의 전제로 하고 있다. (2002.4.25. 98헌마425)
근대의 입헌적 민주주의 체제는 사회의 공적 자율성에 기한 정치적 의사결정을 추구하는 민주주의 원리와, 국가권력이나 다수의 정치적 의사로부터 개인의 권리, 즉 개인의 사적 자율성을 보호해 줄 수 있는 법치주의 원리라는 두 가지 주요한 원리에 따라 구성되고 운영된다. (2014.12.19. 2013헌다1)

P.66 표 내용 수정

제4항 법치국가 원리

2. 법치주의 이론의 전개

독일의 법치국가 원리	독일의 법치국가는 법에 의해 권력을 제한하려는 점에서 법의 지배와 목적이 같다. 슈미트(C. Schmitt)는 법치국가를 국가권력의 제한과 통제의 원리로서 시민적 자유의 보장과 국가권력의 상대화체계를 그 구성요소로 한다고 보았다. 즉 법치주의는 국가와 국가권력을 창설하는 원리가 아닌 국가권력을 제한하고 통제한다는 점에서 한편으로는 시민적 안전을 위한 비정치적인 영역으로 보게 된다.
---------------------------	---

3. 체계정당성의 원리

체계정당성의 원리라는 것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청이다. 즉 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이고 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라고 할 수 있다.

그러나 일반적으로 일정한 공권력작용이 체계정당성에 위반한다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니고, 그것이 위헌이 되기 위해서는 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야 한다(2010.6.24. 2007헌바101). 또한 입법의 체계정당성 위반과 관련하여 그러한 위반을 허용할 공익적인 사유가 존재한다면 그 위반은 정당화될 수 있고 따라서 입법상의 자의금지원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다. 나아가 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법의 재량이 인정되어야 한다. 다양한 입법의 수단 가운데서 어느 것을 선택할 것인가 하는 것은 원래 입법의 재량에 속하기 때문이다. 그러므로 이러한 점에 관한 입법의 재량이 현저히 한계를 일탈한 것이 아닌 한 위헌의 문제는 생기지 않는다고 할 것이다(2010.6.24. 2007헌바101).

p.69 / 내용추가 판례추가

다. 부진정소급입법과 신뢰보호의 원칙

부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.

1) 신뢰보호원칙의 의의

신뢰보호원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상 원칙으로서, 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이다(2015.2.26. 2012헌마400). 즉 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당

하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다(2002.11.28. 2002헌바45).

퇴직연금 수급자가 퇴직 후에 사업소득이나 근로소득을 얻게 된 경우 소득심사제에 의하여 퇴직연금 중 일부의 지급을 정지하는 것은 신뢰보호 원칙에 위반되지 않는다. (2009.7.30. 2007헌바113)

이 사건 심판대상조항에 의해 달성하려는 공익은 사학 연금 재정의 악화에 대비하여 사학연금제도의 유지·존속을 도모하려는 것으로 그 공익적 가치는 매우 큰데 반하여, 연금수급자들의 신뢰는 퇴직 후에도 현 제도 그대로 연금액을 받을 것이라는 것이 아니며, 이 사건 심판대상조항은 퇴직연금 중의 일부의 지급을 정지할 뿐이므로, 퇴직연금 수급자들이 입는 불이익은 그다지 크지 않다.

세무당국에 사업자등록을 하고 운전교습업을 영위해오던 운전교습업자라도 「도로교통법」상의 운전학원으로 등록하지 아니하면 운전교육행위를 할 수 없도록 한 것은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다. (2003.9.25. 2001헌마447)

청구인들이 비록 세무당국에 사업자등록을 하고 운전교습업에 종사하였다고 하더라도, 사업자등록은 과세행정의 편의를 위하여 납세자의 인적사항 등을 공부에 등재하는 행위에 불과하므로 운전교습업의 계속에 대하여 국가가 신뢰를 부여하였다고 보기도 어렵다.

P.74 판례추가

다. 부진정소급입법과 신뢰보호의 원칙

현재 공무원으로 재직 중인 자가 퇴직하는 경우 장차 받게 될 퇴직연금의 지급시기를 변경하는 것은, 아직 완성되지 아니한 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 부진정소급입법에 해당되는 것이어서 원칙적으로 허용된다. ... 연금재정 안정 등의 공익이 손상되는 신뢰에 비해 우월하다고 할 것이므로 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항들은 공무원의 재산권을 침해하지 아니한다. (2015.12.23. 2013헌바259)

「개발이익환수에 관한 법률」 시행 전에 개발에 착수하였지만 아직 개발을 완료하지 아니한 사업, 즉 개발이 진행 중인 사업에 개발부담금을 부과하는 「개발이익환수에 관한 법률」 부칙 제2조는 당시 개발이 진행 중인 사업에 대하여 장차 개발이 완료되면 개발부담금을 부과하려는 것이므로, 이는 아직 완성되지 아니하여 진행과정에 있는 사실관계 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급입법에 해당하는 것이어서 원칙적으로 헌법상 허용되는 것이다. ... 인구에 비하여 국토가 좁은 상황에서 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진함을 목적으로 하는 개발부담금제도의 공익적 가치는 매우 중요하므로 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않는다. (2001.2.22. 98헌바19)

종합생활기록부에 의하여 절대평가와 상대평가를 병행, 활용하도록 한 교육부장관 지침은 교육개혁위원회의 교육개혁방안에 따라 절대평가가 이루어 질 것으로 믿고 특수목적고등학교에 입학한 학생들의 신뢰이익을 침해하였다고 볼 수 없다. (1997.7.16. 97헌마38)

3. 경제질서에 대한 규제와 조정

가. 현행 헌법상 경제질서 - 자유시장경제질서의 원칙과 사회적 시장경제질서의 채택

헌법은 제119조에서 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하기 위한 경제질서를 선언하고 있다. 이 규정은 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침이고, 동 조항이 언급하는 '경제적 자유와 창'의 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로3권과 같은 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화된다. (2002.10.31. 99헌바76, 2000헌마505(병합))

헌법 제119조는 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침일 뿐 그 자체가 기본권의 성질을 가진다거나 독자적인 위헌심사의 기준이 된다고 할 수 없다. (2017.7.27. 2015헌바278)

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. (1996.12.26. 96헌가18)

종합부동산세 제도가 헌법 제119조 위반에 해당하는지 여부(소극) (2008.11.13. 2006헌바112)

종합부동산세는 일정한 가액 이상의 부동산을 보유하는 데에 그 담세력을 인정하여 부과하는 조세이고 부동산 가액을 과세표준으로 하고 있어 부동산의 소유 자체를 과세요건으로 하는 것이므로 그 기본적인 성격은 재산세와 마찬가지로 보유세이다. ... 국가에 대하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 헌법 제119조 제2항이 보유세 부과 그 자체를 금지하는 취지로 보이지 아니하므로 주택 등에 보유세인 종합부동산세를 부과하는 그 자체를 헌법 제119조에 위반된다고 보기 어렵다.

4) 농·어촌, 중소기업 등의 보호

의약품 도매상 허가를 받기 위해 필요한 창고면적의 최소기준을 규정하고 있는 「약사법」 조항들의 입법취지는 중소기업에 대상으로 하여 그 영업을 규제하려는 것이 아니며, 그 내용도 중소기업에 대해 제한을 가하는 것이 아니므로, 헌법 제123조 제3항에 규정된 국가의 중소기업 보호·육성의무를 위반하였다고 볼 수 없다. (2014.4.24. 2012헌마811)

P.81 판례추가

III. 현행 헌법상 문화국가 원리의 구현

1. 전통문화의 계승발전과 민족문화의 창달

개인의 정치적 견해를 기준으로 청구인들을 문화예술계 정부지원사업에서 배제되도록 차별취급한 것은 헌법상 문화국가원리와 법률유보원칙에 반하는 자의적인 것으로 정당화될 수 없다. (2020.12.23. 2017헌마416) **인용(위헌확인)**

P.84 / 판례추가

IV. 외국인의 법적지위 보장

헌법재판소 결정례

국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고에게 법원이 소송비용담보제공명령을 하도록 한 구 민사소송법 제117조 제1항이 외국인의 지위를 보장하는 헌법 제6조 제2항에 위배되는지 여부(소극) (2011.12.29. 2011헌바57)

헌법 제6조 제2항에 의하면 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장되는데, 우리나라에 효력이 있는 국제법과 조약 중 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 외국인이 소를 제기한 경우에 소송비용담보제공명령을 금지하는 국제법이나 조약을 찾아볼 수 없고, 이 사건 법률조항은 그 적용대상을 외국인으로 한정하고 있지 아니할 뿐만 아니라 외국인을 포함하여 국내에 주소 등을 두고 있지 아니한 원고의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제6조 제2항에 위배되지 아니한다. (원고의 평등권 침해×)

p.84 / 내용추가

가. 조약의 의의

헌법 제6조 제1항은 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다.」라고 규정하고 있다. 조약이란 명칭을 불문하고 국제법주체간에 국제법률관계를 설정하기 위하여 체결한 명시적인 합의를 말한다(2001.3.21. 99헌마139). 서면에 의한 경우가 대부분이지만 예외적으로 구두합의도 조약의 성격을 가질 수 있다.

조약은 국내에 직접 적용되는지 여부에 따라 ① 별도의 국내입법 없이도 조약 그 자체가 자기집행적 성질을 갖는 자기집행적 조약과 ② 국내 적용을 위해서는 별도의 입법조치가 필요한 비자기집행적 조약으로 분류된다.

나) 동의의 시기

피청구인 대통령이 한 조약 체결·비준행위에 대하여 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하는 권한쟁의심판에서 청구인적격을 갖는지 여부(소극) (2015.11.26. 2013헌라3)

‘제3자 소송담당’이 허용되지 않는 현행법 하에서 국회의 구성원인 국회의원은 국회의 조약 체결·비준 동의권 침해를 주장하는 권한쟁의심판에서 청구인적격이 없다.

피청구인 대통령이 조약 체결·비준에 대한 국회의 동의를 요구하지 않은 경우 국회의원의 심의·표결 권한이 침해될 가능성이 있는지 여부(소극) (2015.11.26. 2013헌라3)

국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 대통령 등 국회 이외의 국가기관과의 사이에서는 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. 따라서 피청구인 대통령이 조약 체결·비준에 대한 국회의 동의를 요구하지 않았다고 하더라도 국회의원인 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다.

P.88 판례추가

다. 일반적으로 승인된 국제법규의 종류

지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행한 사람이 그 수표의 지급제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 경우 수표의 발행인을 처벌하도록 규정한 부정수표단속법 제2조 제2항은 수표의 지급증권성에 대한 일반공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 결코 '계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금' 되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 대한민국이 1990. 7. 10. 가입하여 조약 1007호로 발효된 국제연합의 '시민적및정치적 권리에관한국제규약' 제11조, 즉 '어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다'는 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다. (2001.4.26. 99헌가13)

우리 입법자가 자유권규약위원회의 견해(Views)의 구체적인 내용에 구속되어 그 모든 내용을 그대로 따라야만 하는 의무를 부담한다고 볼 수는 없다. (2018.7.26. 2011헌마306)

‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘자유권규약’이라 한다)의 조약상 기구인 자유권규약위원회의 견해는 규약을 해석함에 있어 중요한 참고기준이 되고, 규약 당사국은 그 견해를 존중하여야 한다.··· 다만, 자유권규약위원회의 심리가 서면으로 비공개로 진행되는 점 등을 고려하면, 개인통보에 대한 자유권규약위원회의 견해(Views)에 사법적인 판결이나 결정과 같은 법적 구속력이 인정된다고 단정하기는 어렵다.

2. 정당의 자유의 제한

경찰청장은 퇴직일부터 2년 이내에는 정당의 발기인이 되거나 당원이 될 수 없다고 규정한 경찰법 조항이 정당 설립 및 가입의 자유를 침해하고 평등원칙에 위반되는지 여부(적극) (1999.12.23. 99헌마135) **위헌**

- ① 민주적 의사형성과정의 개방성을 보장하기 위하여 정당설립의 자유를 최대한으로 보호하려는 헌법의 정신에 비추어, 정당의 설립 및 가입을 금지하는 법률조항은 이를 정당화하는 사유의 중대성에 있어서 적어도 '민주적 기본질서에 대한 위반'에 버금가는 것이어야 한다고 판단된다. ... 경찰청장이 퇴임후 공직선거에 입후보하는 경우 당적취득금지의 형태로써 정당의 추천을 배제하고자 하는 이 사건 법률조항이 어느 정도로 입법목적인 '경찰청장 직무의 정치적 중립성을 확보할 수 있을지 그 실효성이 의문시된다. 따라서 이 사건 법률조항은 정당의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 엄격한 요건을 충족시키지 못한 것으로 판단되므로 이 사건 법률조항은 정당성립 및 가입의 자유를 침해하는 조항이다.
- ② 직무의 독립성이 강조되는 대법원장 및 대법관, 헌법재판소장 및 헌법재판관과 감사원장 등의 경우에도 경찰청장과 마찬가지로 정치적 중립성이 요구되는 점 등에 비추어 경찰청장의 경우에만 퇴직 후 선거직을 통한 공직진출의 길을 봉쇄함으로써 ... 평등의 원칙에 위반된다.
- ③ 청구인들이 공무담임권에 대한 제약을 받는 것은 단지 정당공천을 받는 경우에 일반적으로 기대할 수 있는 보다 높은 선출의 가능성일 뿐이다. 따라서 피선거권에 대한 제한은 이 사건 법률조항이 가져오는 간접적이고 부수적인 효과에 지나지 아니하므로 헌법 제25조의 공무담임권(피선거권)은 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 청구인들의 기본권이 아니다. 또한 청구인들은 직업의 자유도 침해되었다고 주장하나, 공무원직에 관한 한 공무담임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정이고, 위에서 밝힌 바와 같이 공무담임권(피선거권)은 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 청구인들의 기본권이 아니므로, 직업의 자유 또한 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권으로서 고려되지 아니한다.

VI. 정당의 설립

1. 정당의 구성과 조직

정당법 제3조(구성) 정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당(이하 "시·도당"이라 한다)으로 구성한다.

제5조(창당준비위원회) 정당의 창당활동은 발기인으로 구성하는 창당준비위원회가 이를 한다.

제6조(발기인) 창당준비위원회는 중앙당의 경우에는 200명 이상의, 시·도당의 경우에는 100명 이상의 발기인으로 구성한다.

제17조(법정시·도당수) 정당은 5 이상의 시·도당을 가져야 한다.

제18조(시·도당의 법정당원수) ① 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다.

제19조(합당) ①정당이 새로운 당명으로 합당(이하 "신설합당"이라 한다)하거나 다른 정당에 합당(이하 "흡수합당"이라 한다)될 때에는 합당을 하는 정당들의 대의기관이나 그 수임기관의 합동회의의 결의로써 합당할 수 있다.

P.94 판례추가

Ⅶ. 정당의 활동

통상적인 정당활동을 선거운동에서 제외함으로써 무소속 후보자와 정당후보자간에 차별이 생긴다 하더라도 그것을 불합리한 차별로서 평등권을 침해한다고는 볼 수 없고, 또한 위 규정은 무소속 후보자의 선거운동의 준비행위를 금지하거나 법정 선거운동을 제한하는 것이 아니고 무소속 후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것도 아니므로 공무담임권을 침해한다고도 볼 수 없다. (2001.10.25. 2000헌마193)

정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 고유한 기능과 통상적인 활동은 선거에 있어서도 보장되어야 하며, 따라서 그로 인하여 무소속후보자와 정당후보자 간에 차별이 생긴다 하더라도 그것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

p.95 /판례추가

당론과 다른 견해를 가진 국회의원에 대하여 다른 상임위원회의 사보임 조치가 헌법상 용인될 수 있다는 사례 (2003.10.30. 2002헌라1)

국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 '당론')에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없으나 "정당내부의 사실상의 강제" 또는 소속 "정당으로부터의 제명"은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면, 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 헌법상 용인될 수 있는 "정당내부의 사실상 강제"의 범위내에 해당한다고 할 것이다.

P.96 조문 추가

57조의4(당내경선사무의 위탁) ① 「정치자금법」 제27조(보조금의 배분)의 규정에 따라 보조금의 배분대상이 되는 정당은 당내경선사무 중 경선운동, 투표 및 개표에 관한 사무의 관리를 당해 선거의 관할선거구선거관리위원회에 위탁할 수 있다.

② 관할선거구선거관리위원회가 제1항에 따라 당내경선의 투표 및 개표에 관한 사무를 수탁관리하는 경우에는 그 비용은 국가가 부담한다. 다만, 투표 및 개표참관인의 수당은 당해 정당이 부담한다.

p.96 / 조문추가

공직선거법 제52조(등록무효) ① 후보자등록후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 후보자의 등록은 무효로 한다.

2. 제47조(정당의 후보자추천)제1항 본문의 규정에 위반하여 선거구별로 선거할 정수범위를 넘어 추천하거나, 같은 조 제3항에 따른 여성후보자 추천의 비율과 순위를 위반하거나, 제48조(선거권자의 후보자추천)제2항의 규정에 의한 추천인수에 미달한 것이 발견된 때

P.98 내용추가

가. 위헌정당해산제도의 의의

정당해산심판은 어떤 정당의 목적이나 활동이 헌법이 정하는 민주적 기본질서에 위배되는 경우 정부의 청구에 의하여 헌법재판소가 그 정당을 해산할 것인지 여부를 심판하는 것이다(헌법 제8조 제4항). 모든 정당의 존립과 활동은 최대한 보장되며, 설령 어떤 정당이 민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 공격하는 것으로 보인다 하더라도 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 정당으로서 존재하는 한 헌법에 의해 최대한 두텁게 보호되므로, 단순히 행정부의 통상적인 처분에 의해서는 해산될 수 없고, 오직 헌법재판소가 그 정당의 위헌성을 확인하고 해산의 필요성을 인정한 경우에만 정당정치의 영역에서 배제된다.

P.101 / 판례수정

다. 정당해산의 절차적 요건

정당해산심판절차에 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제40조 제1항 전문 중 ‘정당해산심판의 절차’에 관한 부분(이하 ‘준용조항’이라 한다)이 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극) (2014.2.27. 2014헌마7)

준용조항은 헌법재판에서의 불충분한 절차진행규정을 보완하고, 원활한 심판절차진행을 도모하기 위한 조항으로, 그 절차보완적 기능에 비추어 볼 때, 소송절차 일반에 준용되는 절차법으로서의 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 한 것이 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 정당해산심판절차에서는 정당해산심판의 성질에 반하지 않는 한도에서 「헌법재판소법」 제40조에 따라 민사소송에 관한 법령이 준용될 수 있지만, 민사소송에 관한 법령이 준용되지 않아 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 정당해산심판의 성질에 맞는 절차를 창설하여 이를 메울 수밖에 없다. … 준용조항은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

P.103 본문내용추가

X. 정당과 정치자금

1. 정치자금의 의미 및 기본원칙

정당의 정치적 의사결정은 정당에게 정치자금을 제공하는 개인이나 단체에 의하여 현저하게 영향을 받을 수 있으므로, 사인이 정당에 정치자금을 기부하는 것 그 자체를 막을 필요는 없으나, 누가 정당에 대하여 영향력을 행사하려고 하는지, 즉 정치적 이익과 경제적 이익의 연계는 원칙적으로 공개되어야 한다. (1999.11.25. 95헌마154)

P.103 조문추가

2. 정치자금의 종류

가. 당비

정당법 제31조(당비) ② 정당의 당원은 같은 정당의 타인의 당비를 부담할 수 없으며, 타인의 당비를 부담한 자와 타인으로 하여금 자신의 당비를 부담하게 한 자는 당비를 낸 것이 확인된 날부터 1년간 당해 정당의 당원자격이 정지된다.

P.106 본문내용추가

라. 국고보조금

1) 보조금의 의미

보조금 계상의 기준이 되는 선거는 최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원 선거이다(정치자금법 제25조 제1항)

P.106 표 내용 추가

2) 보조금의 종류

경상보조금	정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다(헌법 제8조 제3항). 경상보조금이란 정당의 보호·육성을 위해 국가가 매년 지급하는 보조금을 말한다. 중앙선거관리위원회는 경상보조금을 매년 분기별로 균등분할하여 정당에 지급한다(정치자금법 제25조 제4항).
--------------	---

선거보조금	선거보조금은 공직선거가 있는 때에 지급하는 보조금이다. 이는 선거공영제(헌법 제116조 제2항)에 따라 국가가 선거자금을 부담하는 의미이다. 선거보조금은 당해 선거의 후보자등록마감일 현재 후보자를 추천하지 아니한 정당에 대하여는 이를 배분·지급하지 아니한다(정치자금법 제27조 제4항).
여성추천보조금	국가는 임기만료에 의한 지역구국회의원선거, 지역구시·도의회의원선거 및 지역구자치구·시·군의회의원선거에서 여성후보자를 추천하는 정당에 여성추천보조금을 지급한다(정치자금법 제26조).
장애인추천보조금	국가는 임기만료에 의한 지역구국회의원선거, 지역구시·도의회의원선거 및 지역구자치구·시·군의회의원선거에서 장애인후보자(후보자 중 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 자를 말한다. 이하 같다)를 추천한 정당에 장애인추천보조금을 지급한다(정치자금법 제26조의2).
청년추천보조금	국가는 임기만료에 의한 지역구국회의원선거, 지역구시·도의회의원선거 및 지역구자치구·시·군의회의원선거에서 청년후보자(39세 이하 후보자를 말한다.)를 추천한 정당에 지급하기 위한 보조금으로 최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거권자 총수에 100원을 곱한 금액을 임기만료에 의한 국회의원선거, 시·도의회의원선거 또는 자치구·시·군의회의원선거가 있는 연도의 예산에 계상하여야 한다. (정치자금법 제26조의3 제1항)

P.107 조문 내용 추가

3) 보조금의 배분

경상보조금과 선거보조금은 보조금은 다음의 순서로 배분한다.

제28조(보조금의 용도제한 등) ② 경상보조금을 지급받은 정당은 그 경상보조금 총액의 100분의 30 이상은 정책연구소 [「정당법」 제38조(정책연구소의 설치·운영)에 의한 정책연구소를 말한다. 이하 같다]에, 100분의 10 이상은 시·도당에 배분·지급하여야 하며, 100분의 10 이상은 여성정치발전을 위하여, 100분의 5 이상은 청년정치발전을 위하여 사용하여야 한다.

라. 국고보조금

1) 보조금의 의미

헌법 제8조 제3항은 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 정치자금법에서 정당 운영자금에 대한 국가보조를 규정하고 있다. 그러나 국가보조는 정당의 공적 기능의 중요성을 감안하여 정당의 정치자금 조달을 보완하는 데에 그 의의가 있으므로, 본래 국민의 자발적 정치조직인 정당에 대한 과도한 국가보조는 정당의 국민의존성을 떨어뜨리고 정당과 국민을 멀어지게 할 우려가 있다. 이는 국민과 국가를 잇는 중개자로서의 정당의 기능, 즉 공당으로서의 기능을 약화시킴으로써 정당을 국민과 유리된 정치인들만의 단체, 즉 사당으로 전락시킬 위험이 있다. 뿐만 아니라 과도한 국가보조는 국민의 지지를 얻고자 하는 노력이 실패한 정당이 스스로 책임져야 할 위험부담을 국가가 상쇄하는 것으로서 정당간 자유로운 경쟁을 저해할 수 있다. 정당 스스로 재정충당을 위하여 국민들로부터 모금 활동을 하는 것은 단지 ‘돈을 모으는 것’에 불과한 것이 아니라 궁극적으로 자신의 정강과 정책을 토대로 국민의 동의와 지지를 얻기 위한 활동의 일환이며, 이는 정당의 헌법적 과제 수행에 있어 본질적인 부분의 하나인 것이다. (2015.12.23. 2013헌바168)

2. 선거권의 내용

‘재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인 및 국외부재자신고인(이하 ‘재외선거인등’이라 한다)이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 아니한 부진정입법부작위(공직선거법 제218조의16 제3항 중 ‘재외투표기간 개시일 전에 귀국한 재외선거인등’에 관한 부분)은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 선거권을 침해한다. (2022.1.27. 2020헌마895) **헌법불합치**

재외투표기간은 선거일 전 14일부터 선거일 전 9일까지의 기간 중 6일 이내의 기간이므로, 재외투표기간이 종료된 후 선거일이 도래하기 전까지 적어도 8일의 기간이 있는바, 이 기간 내에 재외투표관리관이 재외선거인등 중 실제로 재외투표를 한 사람들의 명단을 중앙선거관리위원회에 보내거나 중앙선거관리위원회를 경유하여 관할 구·시·군선거관리위원회에 보내어 선거일 전까지 투표 여부에 관한 정보를 확인하는 방법을 상정할 수 있으며, 현재의 기술 수준으로도 이와 같은 방법이 충분히 실현가능한 것으로 보인다. 재외투표기간 개시일에 임박하여 또는 재외투표기간 중에 재외선거사무 중지결정이 있었고 그에 대한 재개결정이 없었던 예외적인 상황에서 재외투표기간 개시일 이후에 귀국한 재외선거인등이 국내에서 선거일에 투표할 수 있도록 하는 절차를 마련하지 아니한 것은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 선거권을 침해한다.

헌법 제25조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

제67조 ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.

공직선거법 제16조(피선거권) ① 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

② 18세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기 준일부터 계속하여 선거일까지) 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 18세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경(제28조 각 호의 어느 하나에 따른 구역변경을 포함한다)에 의하여 중단되지 아니한다.

제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자)제1항제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자
2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자
3. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자
4. 「국회법」 제166조(국회 회의 방해죄)의 죄를 범한 자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자(형이 실효된 자를 포함한다)

헌법재판소는 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권을 인정하는 것이 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 공무담임권을 침해한다고 판시하였다(2007.6.28. 2004헌마644). 위 결정 이후 공직선거법이 개정되어 국내거소신고인명부에 올라 있는 25세 이상 재외국민에게는 지방선거 피선거권을 인정하였다. 이후 재외국민의 국내거소신고제도가 폐지되고 재외국민용 주민등록증 발급제도가 도입됨에 따라 2015. 8. 13. 이후 개정된 현행 공직선거법은 관할구역에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 18세 이상의 국민에게 피선거권을 인정하는 것으로 개정되었다.

p.115 판례추가

대구교육대학교 총장임용후보자선거 후보자가 제1차 투표에서 최종 환산득표율의 100분의 15 이상을 득표한 경우에만 기탁금의 반액을 반환하도록 하고 반환하지 않는 기탁금은 대학 발전기금에 귀속되도록 규정한 '대구교육대학교 총장임용후보자 선정규정' 기탁금귀속조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 재산을 침해한다. (2021.12.23. 2019헌마825) **위헌**

이 사건 기탁금귀속조항에 따르면, 선거를 완주하여 성실성을 충분히 검증 받은 후보자는 물론, 최다 득표를 하여 총장임용후보자로 선정된 사람조차도 기탁금의 반액은 반환 받지 못하게 된다. 이는 난립후보라고 할 수 없는 성실한 후보자들을 상대로도 기탁금의 발전기금 귀속을 일률적으로 강요함으로써 대학의 재정을 확충하는 것과 다르다.

군의 장의 선거의 예비후보자가 되려는 사람은 그 선거기간개시일 전 60일부터 예비후보자등록 신청을 할 수 있다고 규정한 공직선거법 제60조의2 제1항 제4호 중 '군의 장의 선거' 부분은 군은 주로 농촌 지역에 위치하고 있고 대도시의 인구집중 현상으로 인하여 인구가 적고, 자치구·시의 평균 선거인수에 비하여 군의 평균 선거인수가 적다는 것을 고려한 것이므로 선거운동의 자유와 평등권을 침해하지 않는다. (2020.11.26. 20)

지역구국회의원 예비후보자에게 지역구국회의원이 납부할 기탁금의 100분의 20에 해당하는 금액을 기탁금으로 납부하도록 정한 「공직선거법」 조항은 기탁금조항은 예비후보자의 무분별한 난립을 막고 책임성과 성실성을 담보하기 위한 것으로서, 공무담임권을 침해하지 않는다. (2017.10.26. 2016헌마623)

P.117 /판례추가

나. 평등선거원칙이 문제되는 경우

1) 선거구획정

선거구획정에 관한 입법재량의 한계 (2001.10.25. 2000헌마92)

선거구획정에 관하여 국회의 광범한 재량이 인정되지만 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 요청에 의하여 일정한 한계가 있을 수밖에 없는바, 첫째로, 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 기본적으로 일차적인 기준이기 때문에, 합리적 이유없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다는 것이고, 둘째로, 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우, 즉 게리맨더링에 해당하는 경우에는, 그 선거구획정은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다는 것이다.

선거구 획정에 있어서 인구비례 원칙에 의한 투표가치의 평등은 가장 중요하고도 우선적인 기준이어야 한다. (2009.3.26. 2006헌마67)

선거구간의 인구균형 및 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 어느 지역을 1개의 선거구로 구성할지의 문제는 물론이고, 언제까지 선거구를 획정하여 입법화할지의 문제도 기본적으로는 폭넓은 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이고, 그 입법의 결과가 입법재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 헌법위반이 된다고 볼 수는 없다. (2000.3.30. 99헌마594)

III. 대표제와 선거구제

비례대표제	비례대표제의 경우 모든 투표가 동일한 수적 가치와 동등한 성과 가치를 가지고 선거결과에 동등한 영향을 미치기 때문에 비례대표제는 다수대표제보다 평등선거원칙에 부합한다.
-------	---

p.123 / 조문추가 판례추가

공직선거법 제24조(국회의원선거구획정위원회) ① 국회의원지역구의 공정한 획정을 위하여 임기만료에 따른 국회의원선거의 선거일 전 18개월부터 해당 국회의원선거에 적용되는 국회의원지역구의 명칭과 그 구역이 확정되어 효력을 발생하는 날까지 국회의원선거구획정위원회를 설치·운영한다.

② 국회의원선거구획정위원회는 중앙선거관리위원회에 두되, 직무에 관하여 독립의 지위를 가진다.

③ 국회의원선거구획정위원회는 중앙선거관리위원회위원장이 위촉하는 9명의 위원으로 구성하되, 위원장은 위원 중에서 호선한다.

⑦ 국회의원 및 정당의 당원(제1항에 따른 국회의원선거구획정위원회의 설치일부터 과거 1년 동안 정당의 당원이었던 사람을 포함한다)은 위원이 될 수 없다.

⑪ 국회의원선거구획정위원회는 제25조제1항에 규정된 기준에 따라 작성되고 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한 선거구획정안과 그 이유 및 그 밖에 필요한 사항을 기재한 보고서를 임기만료에 따른 국회의원선거의 선거일 전 13개월까지 국회의장에게 제출하여야 한다.

국가가 특정한 선거구제의 채택을 통하여 특정 정당이나 소수 정당의 지방의회 진출을 반드시 보장하여야 한다거나 모든 정당에 대하여 지방의회에 현실적으로 진출하도록 할 의무가 있는 것은 아니다. (2009.3.26. 2006헌마14)

헌법 제41조 ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.

제42조 국회의원의 임기는 4년으로 한다.

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.

공직선거법 제14조(임기개시) ① 대통령의 임기는 전임대통령의 임기만료일의 다음날 0시부터 개시된다. 다만, 전임자의 임기가 만료된 후에 실시하는 선거와 궐위로 인한 선거에 의한 대통령의 임기는 당선일 결정된 때부터 개시된다.

② 국회의원과 지방의회의원(이하 이 항에서 “의원”이라 한다)의 임기는 총선거에 의한 전임의원의 임기만료일의 다음 날부터 개시된다. 다만, 의원의 임기가 개시된 후에 실시하는 선거와 지방의회의원의 증원선거에 의한 의원의 임기는 당선일 결정된 때부터 개시되며 전임자 또는 같은 종류의 의원의 잔임기간으로 한다.

③ 지방자치단체의 장의 임기는 전임지방자치단체의 장의 임기만료일의 다음 날부터 개시된다. 다만, 전임지방자치단체의 장의 임기가 만료된 후에 실시하는 선거와 제30조(지방자치단체의 폐지·분합시의 선거 등)제1항제1호 내지 제3호에 의하여 새로 선거를 실시하는 지방자치단체의 장의 임기는 당선일 결정된 때부터 개시되며 전임자 또는 같은 종류의 지방자치단체의 장의 잔임기간으로 한다.

제195조(재선거) ① 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 재선거를 실시한다.

1. 당해 선거구의 후보자가 없는 때
2. 당선인이 없거나 지역구자치구·시·군의원선거에 있어 당선인이 당해 선거구에서 선거할 지방의회의원정수에 달하지 아니한 때
3. 선거의 전부무효의 판결 또는 결정이 있는 때
4. 당선인이 임기개시전에 사퇴하거나 사망한 때
5. 당선인이 임기개시전에 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효 등)제2항의 규정에 의하여 당선 효력이 상실되거나 같은조제3항의 규정에 의하여 당선 무효로 된 때
6. 제263조(선거비용의 초과지출로 인한 당선무효) 내지 제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선 무효로 된 때

제200조(보궐선거) ① 지역구국회의원·지역구지방의회의원 및 지방자치단체의 장에 궐원 또는 궐위가 생긴 때에는 보궐선거를 실시한다.

2. 선거기간과 선거일

제201조(보궐선거등에 관한 특례) ① 보궐선거 등(대통령선거·비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거를 제외한다. 이하 이 항에서 같다)은 그 선거일부터 임기만료일까지의 기간이 1년 미만이거나, 지방의회의 의원정수의 4분의 1 이상이 궐원(임기만료일까지의 기간이 1년 이상인 때에 재선거·연기된 선거 또는 재투표사유로 인한 경우를 제외한다)되지 아니한 경우에는 실시하지 아니할 수 있다. 이 경우 지방의회의 의원정수의 4분의 1 이상이 궐원되어 보궐선거 등을 실시하는 때에는 그 궐원된 의원 전원에 대하여 실시하여야 한다.

제196조(선거의 연기) ① 천재·지변 기타 부득이한 사유로 인하여 선거를 실시할 수 없거나 실시하지 못한 때에는 대

통령선거와 국회의원선거에 있어서는 대통령, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서는 관할선거구선거관리위원회위원장이 당해 지방자치단체의 장(직무대행자를 포함한다)과 협의하여 선거를 연기하여야 한다.

P.129 판례추가

나. 선거운동자유에 제한

사전선거운동 금지의 예외로서 예비후보자 홍보물의 발송을 허용하면서도 그 수량을 선거구 안에 있는 세대수 100분의 10에 해당하는 수 이내로 제한하는 것은 예비후보자의 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. (2009.7.30. 2008헌마180)

만일 국회의원 지역구 내에 있는 모든 세대에 대하여 모든 예비후보자들이 선거일 전 120일부터 예비후보자홍보물을 작성·발송한다면, 비록 1회에 그치기는 하지만 선거의 조기과열 및 사회·경제적 손실을 초래할 수 있고, 예비후보자들 간의 경쟁력 차이에 따라 자신을 알릴 수 있는 기회를 불균등하게 할 수 있다.

자신의 개인 소셜 네트워크 서비스 계정에 언론의 인터넷기사나 타인의 게시글을 단순히 '공유하기'한 행위만으로는 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하려는 목적의사가 명백히 드러났다고 단정할 수는 없다. (2020.2.27. 2016헌마1071)

p.130 / 조문추가

공직선거법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자

P.131 판례추가

나) 공무원의 정치적 중립

위헌 결정례

지방자치단체의 장의 선거운동을 금지하는 것은 지방자치단체의 장의 업무전념성, 지방자치단체의 장과 해당 지방자치단체 소속 공무원의 정치적 중립성, 선거의 공정성 등을 확보하기 위한 것으로, 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. (2020.3.26. 2018헌바90)

p.131 / 조문추가

공직선거법 제84조(무소속후보자의 정당표방제한) 무소속후보자는 특정 정당으로부터의 지지 또는 추천받음을 표방할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. 정당의 당원경력을 표시하는 행위
2. 해당 선거구에 후보자를 추천하지 아니한 정당이 무소속후보자를 지지하거나 지원하는 경우 그 사실을 표방하는 행위

p.132 / 목차추가

라) 단체의 선거운동 금지

공직선거법 제87조(단체의 선거운동금지) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체(그 대표자와 임직원 또는 구성원을 포함한다)는 그 기관·단체의 명의로 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.

3. 향우회·종친회·동창회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적모임
4. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)
5. 법령에 의하여 정치활동이나 공직선거에의 관여가 금지된 단체

제103조(각종집회 등의 제한) ② 특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다) 및 주민자치위원회는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다.

③ 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다.

헌법재판소 결정례

선거기간 중 국민운동단체인 바르게살기운동협의회의 모임을 개최한 자를 처벌하는 공직선거법조항은 책임주의원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위반되지 않는다. (2013.12.26. 2010헌가90)

국가나 지방자치단체로부터 예산을 지원받아 사용하고, 국·공유시설을 무상으로 사용하는 등 각종 지원을 받으면서 국가나 지방자치단체의 정책에 참여하는 일이 많은 특성을 가지는데, 심판대상조항은 선거운동이 이루어지는 선거기간 중에 개최하는 경우에는 그 모임을 개최하는 행위 자체가 선거에 영향을 미치는 것으로 보고, 그 모임을 개최한 자를 처벌하는 것이다.

단체의 선거운동 금지를 규정한 공직선거및선거부정방지법은 평등권 및 정치적 의사표현의 자유를 침해하지 않는다. (1995.5.25. 95헌마105)

정당이 아닌 단체에게 정당만큼의 선거운동이나 정치활동을 허용하지 아니하였다 하여 곧 그것이 그러한 단체의 평등권이나 정치적 의사표현의 자유를 제한한 것이라고는 말할 수 없을 것이다.

P.132 /판례추가

5) 선거운동방법 제한

비례대표국회의원후보자에게 예비후보자등록제도를 마련하지 않아 사전선거운동을 할 수 없게 한 것은 지역국회의원예비후보자에 비하여 비례대표국회의원후보자를 합리적 이유 없이 차별하는 것은 아니므로 비례대표국회의원후보자의 평등권을 침해하지 않는다. (2011.3.31. 2010헌마314)

비례대표시·도의회의원후보자는 지역구시·도의회의원후보자와는 달리 정당에서 일방적으로 결정하는 것이므로 예비후보자라는 것을 인정할 필요도 없기 때문에 비례대표시·도의회의원후보자에게 예비후보자등록을 허용하지 않는다고 하더라도 그러한 차별에는 합리적인 이유가 있다.

p.133 오타수정 (소극) -> (적극)

인터넷언론사에 대하여 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 명의의 칼럼이나 저술을 게재하는 보도를 제한하는 '인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정' 제8조 제2항 본문('이 사건 시기제한조항'이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극) (2019.11.28. 2016헌마90) **위헌**

이 사건 시기제한조항은 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 명의의 칼럼 등을 게재하는 인터넷 선거보도가 불공정하다고 볼 수 있는지에 대해 구체적으로 판단하지 않고 이를 불공정한 선거보도로 간주하여 선거의 공정성을 해치지 않는 보도까지 광범위하게 제한한다. ... 인터넷언론의 특성과 그에 따른 언론시장에서의 영향력 확대에 비추어 볼 때, 인터넷언론에 대하여는 자율성을 최대한 보장하고 언론의 자유에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직하고, 계속 변화하는 이 분야에서 규제 수단 또한 헌법의 틀 안에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 한다. ... 따라서 이 사건 시기제한조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 표현의 자유를 침해한다.

p.133 판례 추가

▶ 선거운동을 위한 호별방문금지 규정에도 불구하고 '관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소'에서의 지지호소를 허용하는 공직선거법 조항 중 '기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소'란, 해당 장소의 구조와 용도, 외부로부터의 접근성 및 개방성의 정도 등을 종합적으로 고려할 때 '관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실'과 유사하거나 이에 준하여 일반인의 자유로운 출입이 가능한 개방된 곳을 의미한다고 충분히 해석할 수 있다. 따라서 이 사건 지지호소 조항은 죄형법정주의 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다. (2019.5.30. 2017헌바458)

▶ 구 「공직선거법」이 고등학교를 졸업한 공직 후보자에 대해서는 수학기간의 기재를 요구하지 않으면서도 고등학교 졸업학력 검정고시에 합격한 공직 후보자에게는 고등학교를 중퇴한 경력에 대해서 그 학력을 기재할 때 그 수학기간을 기재하도록 요구하는 것은, 수학기간을 기재하지 않고 단순히 중퇴 사실만 기재하면 수학기간 차이에 따른 학력 차이를 비교할 수 없기 때문이므로, 그 수학기간을 기재하도록 요구하는 것이 불합리한 차별이라고 볼 수는 없어 중퇴학력 표시규정이 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다. (명확성 원칙 위반×, 선거운동의 자유 침해×) (2017.12.28. 2015헌바232)

P.137 조문추가

나. 선거소송 (공선법 제222조)

공직선거법 제222조(선거소송) ① 대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30일 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다.

③ 제1항 또는 제2항에 따라 피고로 될 위원장이 궐위된 때에는 해당 선거관리위원회 위원 전원을 피고로 한다.

p.137 / 조문추가

제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) ① 지역구국회의원선거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정한다. 다만, 최고득표자가 2인 이상인 때에는 연장자를 당선인으로 결정한다.

② 후보자등록마감시각에 지역구국회의원후보자가 1인이거나 후보자등록마감후 선거일 투표개시시각전까지 지역구국회의원후보자가 사퇴·사망하거나 등록이 무효로 되어 지역구국회의원후보자가 1인이 된 때에는 지역구국회의원후보자에 대한 투표를 실시하지 아니하고, 선거일에 그 후보자를 당선인으로 결정한다.

③ 선거일의 투표개시시각부터 투표마감시각까지 지역구국회의원후보자가 사퇴·사망하거나 등록이 무효로 되어 지역구국회의원후보자가 1인이 된 때에는 나머지 투표는 실시하지 아니하고 그 후보자를 당선인으로 결정한다.

④ 선거일의 투표마감시각후 당선인결정전까지 지역구국회의원후보자가 사퇴·사망하거나 등록이 무효로 된 경우에는 개표결과 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하되, 사퇴·사망하거나 등록이 무효로 된 자가 유효투표의 다수를 얻은 때에는 그 국회의원지역구는 당선인이 없는 것으로 한다.

제191조(지방자치단체의 장의 당선인의 결정·공고·통지) ① 지방자치단체의 장 선거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하고, 이를 당해 지방의회의장에게 통지하여야 한다. 다만, 최고득표자가 2인 이상인 때에는 연장자를 당선인으로 결정한다.

③ 제187조제4항 및 제188조제2항부터 제6항까지의 규정은 지방자치단체의 장의 당선인의 결정에 이를 준용한다.

P.139 판례추가

11. 당선무효

선거사무장의 선거범죄로 인한 당선무효를 규정하고 있는 「공직선거법」 제265조는 헌법상의 연좌제 금지에 반하지 않는다. (1997.4.11. 96도3451)

P.141 판례추가

Ⅲ. 직업공무원제도

1. 의의

직업공무원제도는 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 함으로써 공무원 개인의 권리나 이익을 보호함에 그치지 아니하고 나아가 국가기능의 측면에서 정치적 안정의 유지에 기여하도록 하는 제도이며, 입법자는 직업공무원제도에 관하여 '최소한 보장'의 원칙의 한계 안에서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다. (1997.4.24. 95헌바48)

P.142 판례추가

2. 내용

가. 공무원의 신분보장

국가공무원법상의 공무원정년제도는 공무원에게 정년까지 계속 근무를 보장함으로써 그 신분을 보장하는 한편 공무원에 대한 계획적인 교체를 통하여 조직의 능력을 유지·향상시킴으로써 직업공무원제를 보완하는 기능을 수행하고 있는 것이므로 공무원의 신분보장과 직업공무원제도를 규정한 헌법 제7조에 위반되지 아니한다. (1997.3.27. 96헌바86)

P.143 / 조문추가 판례추가

2. 내용

가. 공무원의 신분보장

정부조직법 제8조(공무원의 정원 등) ① 각 행정기관에 배치할 공무원의 종류와 정원, 고위공무원단에 속하는 공무원으로 보하는 직위와 고위공무원단에 속하는 공무원의 정원, 공무원배치의 기준 및 절차 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 각 행정기관에 배치하는 정무직공무원(대통령비서실 및 국가안보실에 배치하는 정무직공무원은 제외한다)의 경우에는 법률로 정한다.

나. 공무원의 정치적 중립성

사회복무요원의 정치적 행위를 금지하는 이 사건 법률조항 중 '그 밖의 정치단체에 가입하는 등 정치적 목적을 지닌 행위'에 관한 부분은 명확성원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다. (2021.11.25. 2019헌마534) **위 헌**

헌법상 군무원은 국민의 구성원으로서 정치적 표현의 자유를 보장받지만, 그 특수한 지위로 인하여 국가공무원으로서 헌법 제7조에 따라 그 정치적 중립성을 준수하여야 할 뿐만 아니라, 나아가 국군의 구성원으로서 헌법 제5조제2항에 따라 그 정치적 중립성을 준수할 필요성이 더욱 강조되므로, 정치적 표현의 자유에 대해 일반 국민보다 엄격한 제한을 받을 수밖에 없다. (2018.7.26. 2016헌바139)

정무직 공무원에 관하여 국가공무원법 조항은 일반적 정치활동을 허용하는데 반하여, 공직선거법 조항은 정치활동 중 '선거에 영향을 미치는 행위'만을 금지하고 있으므로, 공직선거법 조항이 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다. (2008.1.17. 2007헌마700)

대통령의 기자회견 시 특정 정당에 대한 지지 발언은 ① 후보자의 특징이 이루어지지 않은 상태에서 특정 정당에 대한 지지발언을 한 것은 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다. 그러나 ② 공정한 선거관리의 궁극적 책임을 지는 대통령이 기자회견에서 전 국민을 상대로, 대통령직의 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것은, 대통령의 지위를 이용하여 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하고 이로써 선거의 결과에 영향을 미치는 행위를 한 것이므로, 선거에서의 중립의무를 위반하였다. (2004.5.14. 2004헌나1)

중앙선거관리위원회의 선거법 위반 결정에 대한 대통령의 선거법 폄하 발언은 법치국가의 정신에 반하는 것이자, 헌법을 수호해야 할 의무를 위반한 것이다. (2004.5.14. 2004헌나1)

P.150 / 판례수정

다. 자치사무의 보장

공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정 원리 (2021.2.25. 2015헌라7)

공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계획정은 명시적인 법령상의 규정이 존재한다면 그에 따르고, 명시적인 법령상의 규정이 존재하지 않는다면 불문법상 해상경계에 따라야 한다. 불문법상 해상경계마저 존재하지 않는다면, 주민·구역·자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없으므로, 권한쟁의심판권을 가지고 있는 헌법재판소가 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정하여야 한다.

불문법상 해상경계의 성립기준 (2021.2.25. 2015헌라7)

지방자치단체 사이의 불문법상 해상경계가 성립하기 위해서는 관계 지방자치단체·주민들 사이에 해상경계에 관한 일정한 관행이 존재하고, 그 해상경계에 관한 관행이 장기간 반복되어야 하며, 그 해상경계에 관한 관행을 법규범이라고 인식하는 관계 지방자치단체·주민들의 법적 확신이 있어야 한다.

국가기본도에 표시된 해상경계선은 그 자체로 불문법상 해상경계선으로 인정되는 것은 아니나, 관할 행정청이 국가기본도에 표시된 해상경계선을 기준으로 하여 과거부터 현재에 이르기까지 반복적으로 처분을 내리고, 지방자치단체가 허가, 면허 및 단속 등의 업무를 지속적으로 수행하여 왔다면 국가기본도상의 해상경계선은 여전히 지방자치단체 관할 경계에 관하여 불문법으로서 그 기준이 될 수 있다.

P.151 판례추가

2. 지방자치단체의 사무

군 공항의 예비이전후보지 선정사업은 국방에 관한 사무이므로 그 성격상 국가사무임이 분명하다. (2017.12.28. 2017헌라2)

p.152 판례 추가

고등교육법 및 같은 법 시행령, 사립학교법, 지방자치법의 관련 규정을 종합하면, 청구인(경기도)의 학교 설치, 운영 및 지도에 관한 사무는 지역적 특성에 따라 달리 다루어야 할 필요성이 있는 사무로서 유아원부터 고등학교 및 이에 준하는 학교에 관한 사무에 한하여 이를 자치사무로 보아야 할 것이고, 대학의 설립 및 대학생정원 증원 등 운영에 관한 사무는 국가적 이익에 관한 것으로서 전국적인 통일을 기할 필요성이 있는 국가사무로 보아야 할 것이다. (2012.7.26. 2010헌라3)

p.156 / 조문수정

지방자치법 제123조(부지사·부시장·부군수·부구청장) ② 특별시·광역시 및 특별자치시의 부시장, 도와 특별자치도의 부지사는 대통령령으로 정하는 바에 따라 정무직 또는 일반직 국가공무원으로 보한다. (단서 생략)
③ 제2항의 정무직 또는 일반직 국가공무원으로 보하는 부시장·부지사는 시·도지사의 제청으로 행정안전부장관을 거쳐 대통령이 임명한다. 이 경우 제청된 사람에게 법적 결격사유가 없으면 시·도지사가 제청한 날부터 30일 이내에 임명절차를 마쳐야 한다.
④ 시의 부시장, 군의 부군수, 자치구의 부구청장은 일반직 지방공무원으로 보하되, 그 직급은 대통령령으로 정하며 시장·군수·구청장이 임명한다.

p.161 / 내용추가

(4) 포괄위임의 허용

조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(1995.4.20. 92헌마264).

다만 자치조례가 아닌 위임조례의 경우 포괄위임이 허용되지 않는다.

4) 조례 및 규칙의 제정 및 개폐청구권

주민조례발안에 관한 법률 제2조(주민조례청구권자) 18세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 사람은 제외한다. 이하 “청구권자”라 한다)은 해당 지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)에 조례를 제정하거나 개정 또는 폐지할 것을 청구(이하 “주민조례청구”라 한다)할 수 있다.

1. 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주(永住)할 수 있는 체류자격 취득일 후 3년이 지난 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

제4조(주민조례청구 제외 대상) 다음 각 호의 사항은 주민조례청구 대상에서 제외한다.

1. 법령을 위반하는 사항
2. 지방세·사용료·수수료·부담금을 부과·징수 또는 감면하는 사항
3. 행정기구를 설치하거나 변경하는 사항
4. 공공시설의 설치를 반대하는 사항

제5조(주민조례청구 요건) ① 청구권자가 주민조례청구를 하려는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따른 기준 이내에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 청구권자 수 이상이 연대 서명하여야 한다.

1. 특별시 및 인구 800만 이상의 광역시·도: 청구권자 총수의 200분의 1
2. 인구 800만 미만의 광역시·도, 특별자치시, 특별자치도 및 인구 100만 이상의 시: 청구권자 총수의 150분의 1
3. 인구 50만 이상 100만 미만의 시·군 및 자치구: 청구권자 총수의 100분의 1
4. 인구 10만 이상 50만 미만의 시·군 및 자치구: 청구권자 총수의 70분의 1
5. 인구 5만 이상 10만 미만의 시·군 및 자치구: 청구권자 총수의 50분의 1
6. 인구 5만 미만의 시·군 및 자치구: 청구권자 총수의 20분의 1

제6조(대표자 증명서 발급 등) ① 청구권자가 주민조례청구를 하려는 경우에는 청구인의 대표자(이하 “대표자”라 한다)를 선정하여야 하며 … (이하 생략)

제12조(청구의 수리 및 각하) ① 지방의회의 의장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 제4조, 제5조 및 제10조제1항(제11조제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 요건에 적합한 경우에는 주민조례청구를 수리하고, 요건에 적합하지 아니한 경우에는 주민조례청구를 각하하여야 한다. 이 경우 수리 또는 각하 사실을 대표자에게 알려야 한다.

1. 제11조제2항(같은 조 제5항에 따라 준용되는 경우를 포함하며, 이하 같다)에 따른 이의신청이 없는 경우
2. 제11조제2항에 따라 제기된 모든 이의신청에 대하여 같은 조 제3항(같은 조 제5항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 결정이 끝난 경우

② 지방의회의 의장은 제1항에 따라 주민조례청구를 각하하려면 대표자에게 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.

제13조(주민청구조례안의 심사 절차) ① 지방의회는 제12조제1항에 따라 주민청구조례안이 수리된 날부터 1년 이내에 주민청구조례안을 의결하여야 한다. 다만, 필요한 경우에는 본회의 의결로 1년 이내의 범위에서 한 차례만 그 기간을 연장할 수 있다.

③ 「지방자치법」 제79조 단서에도 불구하고 주민청구조례안은 제12조제1항에 따라 주민청구조례안을 수리한 당시의 지방의회의원의 임기가 끝나더라도 다음 지방의회의원의 임기까지는 의결되지 못한 것 때문에 폐기되지 아니한다.

1) 조언, 권고, 지도

지방자치법

제184조(지방자치단체의 사무에 대한 지도와 지원) ① 중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요하면 지방자치단체에 자료 제출을 요구할 수 있다.

제120조(지방의회의 의결에 대한 재의 요구와 제소) ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제192조 제4항을 준용한다.

p.174 * 기본권성을 부정한 결정례

청구인들은 납세의무자인 국민은 열거되지 않은 기본권(헌법 제37조 제1항)으로서 자신이 납부한 세금을 국가가 효율적으로 사용하는지를 감시하고 그 사용에 대해 이익을 제기하거나 잘못된 사용의 중지를 요구할 수 있는 권리를 가진다고 주장하나 ... 청구인이 주장하는 재정사용의 합법성과 타당성을 감시하는 납세자의 권리를 헌법에 열거되지 않은 기본권으로 볼 수 없으므로 그에 대한 침해의 가능성 역시 인정될 수 없다. (2008.11.27. 2008헌마517)

I. 의의

기본권 보유능력을 가졌다고 하여 모두 기본권행사능력을 가지는 것은 아니다. 예를 들어 선거권은 국민의 권리이므로 모든 국민이 선거권을 보유하지만, 현행법상 만18세가 된 자만이 선거권을 행사할 수 있다.

기본권의 주체가 될 수 있는 자, 즉 기본권능력이 있는 자에 한하여 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

제4절 기본권의 주체

I. 의의

기본권 보유능력을 가졌다고 하여 모두 기본권행사능력을 가지는 것은 아니다. 예를 들어 선거권은 국민의 권리이므로 모든 국민이 선거권을 보유하지만, 현행법상 만18세가 된 자만이 선거권을 행사할 수 있다.

기본권의 주체가 될 수 있는 자, 즉 기본권능력이 있는 자에 한하여 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

기본권 주체

3. 법인 및 법인격 없는 단체

법인이란 법에 의하여 법인격을 인정받은 권리·의무의 주체를 말한다. 기본권은 원래 자연인의 권리로 인식되어 왔으나 오늘날에 이르러는 법인이론이 발전하여 법인의 기본권 주체성을 인정하여야 하는지에 관하여 논의가 되어왔다. 통설 및 판례는 성질상 법인이 향유할 수 있는 기본권에 대하여는 법인의 기본권주체성을 긍정하고 있다. 이에 따라 자연인을 구성원으로 하지 아니하는 재단법인의 경우에도 기본권 주체성이 인정될 수 있다.

한국신문편집인협회는 언론인들의 협동단체로서 법인격은 없으나 사단으로서의 실체를 가지고 있으므로 권리능력 없는 사단이라고 할 것이고, 따라서 기본권의 성질상 자연인에게만 인정될 수 있는 기본권이 아닌 한 기본권의 주체가 될 수 있다. (1995.7.21. 92헌마177)

P.183 판례추가

나. 예외적 인정

1) 공법인의 경우

공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 '책임'과 '의무'를 지는 주체로서 헌법소원을 청구할 수 없다. 다만, 공법인이나 이에 준하는 지위를 가진 자라 하더라도 공무를 수행하거나 고권적 행위를 하는 경우가 아닌 사경제 주체로서 활동하는 경우나 조직 법상 국가로부터 독립한 고유 업무를 수행하는 경우, 그리고 다른 공권력 주체와의 관계에서 지배복종관계가 성립되어 일반 사인처럼 그 지배하에 있는 경우 등에는 기본권 주체가 될 수 있다. 이러한 경우에는 이들이 기본권을 보호해야 하는 국가적 기능을 담당하고 있다고 볼 수 없기 때문이다. (2013.9.26. 2012헌마271)

P.185 본문내용추가

Ⅲ. 기본권의 대사인적 효력

1. 의의 및 배경

기본권의 대사인적 효력은 기본권의 객관적 법질서성에 기인하므로 기본권의 이중적 성격이 개념필연적으로 요구된다.

P.189 판례추가

3. 기본권 충돌의 해결이론

나. 규범조화적 해석에 의한 방법

위법하게 취득한 타인간의 대화내용을 공개하는 자를 처벌하는 「통신비밀보호법」 조항은 대화자의 통신의 비밀을 보호하기 위한 것이나, 다른 한편으로는 대화내용을 공개하는 자의 표현의 자유를 제한하게 되므로 두 기본권이 충돌하게 된다. 이 사건 법률조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 대화의 비밀을 보호하는 정도 사이에 적절한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다. (2012.8.30. 2009헌바42)

정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 개인정보에 관한 인격권의 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교 형량하여, 어느 쪽의 이익이 더욱 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다. (2011.9.2. 2008다42430)

P.195 판례추가

3. 형식상 한계 - ‘법률로써’

가. 법률유보원칙

1) 내용

헌법상 법치주의의 한 내용인 법률유보의 원칙은 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서 국가 행정권의 행사에 관하여 적용되는 것이지, 기본권규범과 관련 없는 경우에까지 준수되도록 요청되는 것은 아니다. (2010.2.25. 2008헌바160)

엄중격리대상자의 수용거실에 CCTV를 설치하여 24시간 감시하는 행위는 행형법 및 교도관직무규칙 등에 규정된 교도관의 계호활동 중 육안에 의한 시선계호를 CCTV 장비에 의한 시선계호로 대체한 것에 불과하므로, 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 허용하는 법률규정에 의하여 허용된다고 보아야 한다. CCTV에 의하여 감시되는 엄중격리대상자에 대하여는 지속적이고 부단한 감시가 필요할 뿐 아니라 자살·자해나 흉기제작 등의 위험성을 고려하면 기본권 제한의 최소성 요건이나 법익균형성의 요건도 충족하고 있어 사생활의 비밀 및 자유를 침해한다고 볼 수 없다. (2008.5.29. 2005헌마137)

P.196 판례추가

합헌 결정례

입주자대표회의의 구성원인 동별 대표자가 될 수 있는 자격이 반드시 법률로 규율하여야 하는 사항이라고 볼 수 없으므로 입주자대표회의의 구성에 필요한 사항을 대통령령에 위임하도록 한 구 주택법 제43조 제7항은 법률유보원칙에 위반되지 않는다. (2016.7.28. 2014헌바158)

입주자대표회의는 공법상의 단체가 아닌 사법상의 단체로서, 이러한 특정 단체의 구성원이 될 수 있는 자격을 제한하는 것이 국가적 차원에서 형식적 법률로 규율되어야 할 본질적 사항이라고 보기 어렵다.

국회법 제98조의2 (대통령령등의 제출등) ① 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다.

③ 상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개최하여 그 소관 중앙행정기관이 제출한 대통령령·총리령 및 부령(이하 이 조에서 “대통령령등”이라 한다)의 법률 위반 여부 등을 검토하여야 한다.

④ 상임위원회는 제3항에 따른 검토 결과 대통령령 또는 총리령이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니한다고 판단되는 경우에는 검토의 경과와 처리 의견 등을 기재한 검토결과보고서를 의장에게 제출하여야 한다.

⑤ 의장은 제4항에 따라 제출된 검토결과보고서를 본회의에 보고하고, 국회는 본회의 의결로 이를 처리하고 정부에 송부한다.

⑦ 상임위원회는 제3항에 따른 검토 결과 부령이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니한다고 판단되는 경우에는 소관 중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다

법령 등 공포에 관한 법률 제13조(시행일) 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

제13조의2(법령의 시행유예기간) 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 하여야 한다.

P.199 판례추가

다. 행정입법과 포괄위임금지원칙

1) 행정입법의 의의

오늘날 국가가 소극적인 질서유지기능에 그치지 않고 적극적인 질서형성의 기능을 수행하게 되었으므로, 개인의 권리의무와 관련된 모든 생활관계에 대하여 국회입법을 요청하는 것은 현실적이지 못할 뿐만 아니라 국회의 과중한 부담이 된다. 따라서 기술 및 학문적 발전을 입법에 반영하는데 국회입법이 아닌 보다 탄력적인 규율형식을 통하여 보충될 필요가 있다. (2004.10.28. 99헌바91)

부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. (1996.2.29. 94헌마213)

P.200 판례 수정

3) 행정입법의 한계

위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률조항까지 위헌으로 되는 것은 아니다. (2006.2.23. 2004헌바79) 또한 대통령령에서 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우 그 대통령령의 규정이 위헌일 것은 물론이지만, 반대로 하위법규인 대통령령의 내용이 합헌적이라고 하여 수권법률의 합헌성까지를 의미하는 것은 아니다. (1995.11.30. 94헌바14)

P.207 판례추가

※ 포괄위임금지원칙을 위반하지 않았다고 본 판례

▶ 의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 의료법 조항이 예외적 허용사유의 구체적 범위를 하위법령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다. (2015.2.26. 2013헌바374)

신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 금액이 같은 기간 동안에 당해 독자로부터 받은 유료 신문대금의 20퍼센트를 초과하는 경우, 동 무가지와 경품류의 제공행위가 공정거래법 소정의 불공정거래행위에 해당하는 것으로 규정한 공정거래위원회 신문고시 제3조 제1항 제2호는 위임입법 및 재위임의 헌법적 한계를 초과하지 않았다. (2002.7.18. 2001헌마605)

‘불공정거래행위의 유형 또는 기준’이 어떠한 내용을 가질 것인지에 대하여는, 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위하여는 우월적 지위를 이용하여 경쟁사업자나 일반소비자의 이익을 부당하게 침해하는 행위를 규제하여야 할 것인데 이 사건 위임사항이 이러한 의미의 불공정거래행위의 기준과 유형을 한계지우는 내용이 될 것임은 무리없이 예측할 수 있으므로 이 사건 조항인 신문고시 제3조 제1항 제2호는 동 수권사항을 위임받은 범위내에서 이를 구체화하고 있을 뿐이어서 위임입법의 헌법적 한계를 초과하지 아니한다.

사회변화 등에 따른 건설업 등록기준의 가변성을 고려할 때 위임의 구체성·명확성의 요구는 완화된다. ... 일반건설업 또는 전문건설업의 등록기준이 되는 기술능력·자본금·시설 및 장비와 기타 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정한 구 「건설산업기본법」 제10조는 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다. (2008.4.24. 2004헌바48)

P.210 / 판례내용추가

나. 과잉금지원칙의 내용

1) 목적의 정당성

유신헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나, 유신헌법의 개정 또는 폐지를 주장·발의·제안 또는 청원하는 일체의 행위, 유언비어를 날조·유포하는 행위 등을 전면적으로 금지하고, 이를 위반하면 비상군법회의에서 재판하여 처벌하도록 한 대통령 긴급조치 제1호 및 제2호는 입법목적의 정당성이 부인된다. … 긴급조치 제1호는 유신헌법을 부정하거나 반대하고 폐지를 주장하는 행위 중 실제로 국가의 안전보장과 공공의 안녕질서에 대한 심각한 중대한 위협이 명백하고 현존하는 경우 이외에도, 국가긴급권의 발동이 필요한 상황과는 전혀 무관하게 헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순히 표명하는 행위까지 모두 처벌하고 처벌의 대상이 되는 행위를 구체적으로 특정할 수 없으므로 표현의 자유를 침해한다(2013.3.21. 2010헌바70). **위헌**

P.217 판례추가

6. 특별권력관계

라. 특별권력관계와 사법적 구제

「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」상 징벌은 수사 및 재판 등의 절차확보를 위해 미결구금 및 형벌의 집행이라는 불이익을 받고 있는 자들에 대하여 부과되므로, 규율 위반에 대한 제재로서의 불이익은 형벌에 포함된 통상의 구금 및 수용생활이라는 불이익보다 더욱 자유와 권리를 제한하게 된다. (2016.4.28. 2012헌마549)

P.220 조문추가

나. 인권침해 및 차별행위의 조사와 구제

제20조(관계기관등과의 협의) ① 관계 국가행정기관 또는 지방자치단체의 장은 인권의 보호와 향상에 영향을 미치는 내용을 포함하고 있는 법령을 제정하거나 개정하려는 경우 미리 위원회에 통지하여야 한다.

제28조(법원 및 헌법재판소에 대한 의견 제출) ① 위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속 중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정할 때에는 법원의 담당 재판부 또는 헌법재판소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다고 규정한 민법 제3조 및 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다고 규정한 민법 제762조가 태아의 생명권을 보호하는데 미흡하여 국가의 기본권보호의무를 위반하고 있는지 여부(소극) (2008.7.31. 2004헌바81)

태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것 인가와와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. ... 이 사건 법률조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생 시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 이탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다.

국가가 직접 주방용오물분쇄기의 사용을 금지하여 개인의 기본권을 제한하는 경우에는 국가의 기본권 보호의무 위반 여부가 문제되지 않는다. (2018.6.28. 2016헌마1151)

관계규정에서 동물장묘시설의 설치제한 지역을 상세하게 규정하고, 매연, 소음, 분진, 악취 등 오염원 배출을 규제하기 위한 상세한 시설 및 검사기준을 두고 있는 등의 사정을 고려할 때 동물장묘업 등록에 관하여 '장사 등에 관한 법률' 제17조 외에 다른 지역적 제한사유를 규정하지 않았다는 사정만으로 청구인들의 환경권을 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 환경권을 침해하지 않는다. (2020.3.26. 2017헌마1281)

P.235 판례추가

제2절 행복추구권

I. 의의 및 법적성격

행복추구권이 공동체의 이익과 무관하게 무제한의 경제적 이익의 도모를 보장하는 것은 아니다. (1995.7.21. 94헌마125)

P.235 판례추가

1. 일반적 행동자유권

나. 보호영역

■ 합헌 결정례

이동전화 식별번호의 010 통합 추진 사건 (2013.7.25. 2011헌마63)

번호 통합은 충분한 번호자원을 확보하고, 식별번호의 브랜드화 문제를 해결하기 위한 것으로서 그 필요성을 인정할 수 있고, 사용자의 의사에 반하는 번호의 변경을 강제하는 것은 아니고, 번호변경에 따르는 사용자의 불편을 줄이기 위한 여러 방편도 마련하고 있다는 점에서 010번호 이외의 식별번호를 사용하는 청구인들의 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다. (인격권, 개인정보자기결정권, 재산권 제한×)

자동차 운전 중 휴대용 전화를 사용하는 것을 금지하고, 이를 위반 시 처벌하도록 규정한 도로교통법 조항은 운전자의 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다. (2021.6.24. 2019헌바5)

운전 중 전화를 받거나 거는 것, 수신된 문자메시지의 내용을 확인하는 것과 같이 휴대용 전화를 단순 조작하는 경우에도 전방주시의, 돌발 상황에 대한 대처능력 등이 저하되므로 교통사고의 위험이 증가한다. 국민의 생명·신체·재산 보호라는 입법목적의 달성을 위해서는 휴대용 전화의 사용을 원칙적으로 금지할 필요가 있다.

버스전용차로로 통행할 수 있는 차가 아닌 차의 버스전용차로 통행을 원칙적으로 금지하고 대통령령으로 정하는 예외적인 경우에만 이를 허용하도록 규정한 도로교통법 조항은 일반승용차 소유자의 일반적 행동자유권의 일한인 통행의 자유를 침해하지 않는다. (2018.11.29. 2017헌바465)

이 사건 각 심판대상조항은 원활하고 효율적인 교통을 확보하는 것을 목적으로 하는 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다.

P.242 판례추가

- ▶ 무면허의료행위라 할지라도 지속적인 소득활동이 아니라 취미, 일시적 활동 또는 무상의 봉사활동으로 삼는 경우에는 일반적 행동자유권의 보호영역에 포섭된다. ... 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 의료법 조항은 직업선택의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하지 않는다. (2002.12.18. 2001헌마370)

P.247 판례수정

2) 생명 또는 신체에 관한 자기결정권

죽음에 임박한 환자에게 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 보장된 기본권인지 여부(적극)
(2009.11.26. 2008헌마385)

‘연명치료 중단, 즉 생명단축에 관한 자기결정’은 ‘생명권 보호’의 헌법적 가치와 충돌하므로 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부가 문제되는 ‘죽음에 임박한 환자’란 ‘의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우, 즉 ‘회복 불가능한 사망’의 단계’에 이른 경우를 의미한다 할 것이다. 비록 연명치료 중단에 관한 결정 및 그 실행이 환자의 생명단축을 초래한다 하더라도 이를 생명에 대한 임의적 처분으로서 자살이라고 평가할 수 없고, 오히려 인위적인 신체침해 행위에서 벗어나서 자신의 생명을 자연적인 상태에 맡기고자 하는 것으로서 인간의 존엄과 가치에 부합한다 할 것이다. 그렇다면 환자가 장차 죽음에 임박한 상태에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인 등에게 연명치료 거부 또는 중단에 관한 의사를 밝히는 등의 방법으로 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다 할 것이고, 위 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다 할 것이다. (헌법해석상 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’에 관한 입법의무가 인정되는지 여부(소극))

P.249 /판례내용추가

3. 인격의 자유로운 발현권

‘2018학년도 대학수학능력시험 시행기본계획’ 중 대학수학능력시험의 문항 수 기준 70%를 한국교육방송공사(이하 ‘EBS’라 한다) 교재와 연계하여 출제한다는 부분이 2018학년도 대학수학능력시험을 준비하는 학생인 청구인들의 교육을 통한 자유로운 인격발현권을 침해하는지 여부(소극) (2018.2.22. 2017헌마691)

수능시험을 준비하면서 무엇을 어떻게 공부하여야 할지에 관하여 스스로 결정할 자유가 심판대상계획에 따라 제한된다. 이는 자신의 교육에 관하여 스스로 결정할 권리, 즉 교육을 통한 자유로운 인격발현권을 제한받는 것으로 볼 수 있다. (한편, 청구인들은 심판대상계획으로 인해 교육을 받을 권리가 침해된다고 주장하지만, 심판대상계획이 헌법 제31조 제1항의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 직접 제한한다고 보기는 어렵다.)

대학 입학전형자료의 하나인 수능시험은 고등학교 교육과정에 대한 최종적이고 종합적인 평가로서 학교교육 제도와 밀접한 관계가 있기 때문에, 수능시험의 출제 방향이나 원칙을 어떻게 정할 것인지에 대하여 국가는 폭넓은 재량권을 갖는다. 국가의 공권력행사가 학생의 자유로운 인격발현권을 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에 따른 한계를 준수하여야 한다. 다만, 국가는 수능시험 출제 방향이나 원칙을 정할 때 폭넓은 재량권을 가지므로, 심판대상계획이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부를 심사할 때 이러한 국가의 입법형성권을 감안하여야 한다.

심판대상계획은 사교육비를 줄이고 학교교육을 정상화하는 것을 목적으로 하므로 목적의 정당성이 인정된다. EBS는 지상파방송국으로서 손쉽게 시청이 가능하므로, 수능시험을 EBS 교재와 높은 비율로 연계하는 경우 수능시험을 준비하는 학생들의 이에 대한 의존도가 높아져 사교육을 어느 정도 진정시킬 수 있다. 따라서 심판대상계획은 수능시험을 준비하는 청구인들의 교육을 통한 자유로운 인격발현권을 침해한다고 볼 수 없다. (고등학교 교사들의 기본권 침해 가능성×, 성인이 된 자녀를 둔 부모의 자기관련성×)

P.254 판례추가

다. 사회적 신분

일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법에 근거한 친일반민족 행위 결정이 「헌법」 제11조 제2항에 반하여 어떠한 사회적 특수계급을 인정하거나 창설한 것으로 볼 여지는 없다. (2011.3.31. 2008헌바111)

반민규명법의 관련조항에서 반민규명위원회의 조사결과를 토대로 한 보고서 작성 및 그 공개를 통하여 친일반민족행위의 진상을 규명하는 것 외에 친일반민족행위자나 그 후손에게 구체적인 불이익을 규정하고 있는 것도 아니다.

P.255 판례추가

4. 평등권 침해(=평등원칙 위반) 여부의 심사

가. 차별취급의 존재

공상으로 폐질상태에 이른 공무원과 비공상장해 공무원은 폐질상태로 인하여 보호를 받을 사실상의 필요성이 있는 공무원이라는 점만이 같을 뿐, 국가에 의한 보호의 필요성 및 보호가치에 있어 큰 차이가 있고, 공무원연금 제도의 입법취지와 이 사건 법률조항의 의미와 목적에 비추어 보더라도 같다고 할 수 없으므로, 본질적으로 동일한 비교집단이라고 보기 어렵다. (2011.11.24. 2010헌마510)

P.255 판례추가

1) 원칙적 자의금지심사(완화된 심사척도)

- ▶ 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다. (1994.2.24. 92헌바43)

P.258 본문내용추가

V. 평등원칙에 관한 판례

법률이 평등원칙에 위반된다고 판단되는 경우에도 그 위헌적 상태를 제거하여 평등원칙에 합치되는 상태를 실현하는 선택의 문제는 입법자에 맡겨진 것이다. (2001.11.29. 99헌마494)

P.259 판례추가

평등권 판례 추가

자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여 선고유예를 할 수 없도록 규정한 형법 조항은 평등권을 침해하지 않는다. (1998.12.24. 97헌바62)

단기자유형의 폐단을 막고 범죄인의 자발적 개선을 통하여 재범을 방지할 목적으로 초범자나 과거의 범죄일로부터 상당한 기간이 지난 자에 한하여 선고유예 또는 집행유예를 할 수 있게 한 것으로서, 그 입법목적이 정당하고 차별취급의 수단은 합리적인 근거가 있다.

입법자가 전문자격제도의 내용인 결격사유를 정함에 있어 변호사의 경우 변리사나 공인중개사보다 더 가중된 요건을 규정한 것은 평등권을 침해하지 않는다. (2009.10.29. 2008헌마432)

변리사나 공인중개사의 업무는 법률사무 전반을 직무 영역으로 하는 변호사의 경우에 비하여 그 영역 범위가 한정적이고 기술적이다. 또한 변호사는 국민의 기본적 인권의 옹호와 사회질서 유지를 사명으로 하며 품위유지, 공익활동, 독직금지행위 등의 의무를 부담하는 등 공공성이 특히 강조되고 법제도 및 준법에 대한 더욱 고요된 윤리성이 강조되는 직업임에 비추어볼 때, 그 직무의 공공성 및 이에 대한 신뢰의 중요성도 변리사 및 공인중개사보다 더 높은 수준이 요구된다.

공중보건의사가 군사교육에 소집된 기간을 복무기간에 산입하지 않도록 규정한 병역법 조항은 평등권을 침해하지 않는다. (2020.9.24. 2019헌마472)

공중보건의사의 군사교육소집기간을 의무복무기간에 산입한다면, 해당 지역별로 공중보건의사의 소집해제일이 3월경부터 다른 공중보건의사가 통상 배치되는 4월경까지 약 1개월가 필연적으로 의료공백이 발생하게 된다. 공중보건의사는 진료업무 뿐 아니라 지역 보건 사업 등 다방면의 업무를 수행하여야 하고, 일반적으로 한 지역에 배치되는 공중보건의사의 인원이 매우 소수이므로, 공중보건의사의 부재가 매년 1개월씩 일부 지역에서 반복된다면, 보건의료 취약지역의 의료상황이 더욱 악화될 우려가 있다. 심판대상조항이 전문연구요원과 달리 공중보건의사의 군사교육소집기간을 복무기간에 산입하지 않은 데에는 합리적 이유가 있으므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

P.259 판례추가

2. 직업의 자유 영역

법무부장관이 제1회 및 제2회 변호사시험의 시험장을 서울 소재 4개 대학교로 선정하여 하나의 지역에서 집중 실시한 행위는 지방 소재 법학전문대학원 응시자의 평등권을 침해하지 않는다. (2013.9.26. 2011헌마782)

변호사시험은 휴일을 포함하여 총 5일에 걸쳐 실시되는데, 변호사시험을 분산 실시한다면 시험사고의 위험이 증대하여 변호사시험의 공정성과 통일성을 해할 우려가 있다는 점을 종합적으로 고려할 때, '변호사시험을 하나의 지역에서 집중 실시한 것'은 합리적 이유가 있다.

P.260 판례추가

3. 재산권 영역

상속의 경우에는 예외적으로 비상장주식의 물납을 허용하는 것과 달리 증여의 경우는 비상장주식의 물납을 전면적으로 금지하는 구 상속세 및 증여세법 제73조 제1항 부분은 평등원칙에 위배되지 않는다. (2015.4.30. 2013헌바137)

상속은 상속인의 의사와 상관없이 피상속인의 사망이라는 우발적인 사정에 의하여 포괄적으로 승계되는 것인 반면, 증여는 증여자가 증여의 시기나 증여 여부를 선택할 수 있다는 점에서 상속과 증여는 엄연히 구분되는 점, 상속의 경우는 증여와 비교할 때 변칙증여의 수단으로 악용될 가능성이 없는 점 등을 고려하면 비상장주식을 증여받는 경우와는 달리 이를 상속받은 경우에만 예외적으로 물납을 허용하는 데에는 합리적인 이유가 있다.

개인회생절차에 따른 면책결정이 있는 경우 '채무불이행으로 인한 손해배상채무'와 달리 '채무자가 고의로 가한 불법행위로 인한 손해배상채무'는 면책되지 아니하는 것은 고의에 의한 불법행위라는 반규범적 행위를 억제할 필요성 등을 고려한 것이므로 평등의 원칙에 위배되지 않는다. (2011.10.25. 2009헌바234)

P.262 판례추가

5. 청구권적 기본권 영역

검찰청법상 항고제도의 성격과 취지 및 한정된 인적·물적 사법자원의 측면, 그리고 이 사건 법률조항이 헌법소원 심판청구 등 피의자의 다른 불복수단까지 원천적으로 봉쇄하는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 고소인이나 고발인만을 항고권자로 규정한 검찰청법 조항은 동법상 항고를 통하여 불복할 수 없게 된 기소유예 처분을 받은 피의자를 고소인이나 고발인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없다. (2012.7.26. 2010헌마642)

6. 각종 급부청구권 영역

공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 재산권을 침해하고 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극) (2007.3.29. 2005헌바33) **헌법불합치**

공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적에 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 그리고 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다.

{사립학교 교원(2010.7.29. 2008헌가15), 군인(2016.7.28. 2015헌바20)에 대해서도 동일 취지 판례○}

비교판례

공무원이 '직무와 관련 없는 과실로 인한 경우' 및 '소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우'를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 구 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13927호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(이하 '이 사건 감액조항'이라 한다)가 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극) (2016.6.30. 2014헌바365)

헌법재판소는 2005헌바33 결정에서 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(이하 '구법조항'이라 한다)가 공무원의 '신분이나 직무상 의무'와 관련이 없는 범죄의 경우도 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다고 판시하였는데, 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 공무원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반한 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다.

지방자치단체장은 특정 정당을 정치적 기반으로 할 수 있는 선출직공무원으로 임기가 4년이고 계속 재임도 3기로 제한되어 있어, 장기근속을 전제로 하는 공무원을 주된 대상으로 하고 이들이 재직 기간 동안 납부하는 기여금을 일부 재원으로 하여 설계된 공무원연금법의 적용대상에서 지방자치단체장을 제외하는 것에는 합리적 이유가 있다. 따라서 선거로 취임하는 공무원인 지방자치단체장을 공무원연금법의 적용대상에서 제외하는 법률조항은 지방자치단체장들의 평등권을 침해하지 않는다. (2014.6.26. 2012헌마459)

공무원이 재직 중 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급함에 있어, 그 이후 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 및 복권을 받은 경우를 달리 취급하는 규정을 두지 아니한 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호는 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다. (2020.4.23. 2018헌바402)

형의 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면 및 복권을 받았더라도 그 대상인 형의 선고의 효력이나 그로 인한 자격상실 또는 정지의 효력이 장래를 향하여 소멸되는 것에 불과하고, 형사처벌에 이른 범죄사실 자체가 부인되는 것은 아니므로, 공무원 범죄에 대한 제재수단으로서의 실효성을 확보하기 위하여 특별사면 및 복권을 받았더라도 퇴직급여 등을 계속 감액하는 것을 두고 현저히 불합리하다고 평가할 수 없다.

P.272 목차추가

12. 기타 영역

중국국적동포가 재외동포 사증 발급을 신청할 경우, 일정한 첨부서류를 제출하도록 하는 출입국관리법 시행규칙 재외동포(F-4) 체류자격의 첨부서류 가운데 ‘연간납세증명서, 소득증명서류 등 체류기간 중 단순노무행위 등 영 제23조 제3항 각 호에서 규정한 취업활동(이하 ‘단순노무행위 등 취업활동’이라 한다)에 종사하지 않을 것임을 소명하는 서류(법무부장관이 고시하는 불법체류가 많이 발생하는 국가의 외국국적 동포에 한함)’ 부분이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극) (2014.4.24. 2011헌마474)

청구인들이 주장하는 바는 대한민국 국민과의 관계가 아닌 외국국적동포들 사이에 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’(이하 ‘재외동포법’이라 한다)의 수혜대상에서 차별하는 것이 평등권 침해라는 것으로서, 참정권과 같이 관련 기본권의 성질상 제한을 받는 것이 아니고 상호주의가 문제되는 것도 아니므로, 외국인인 청구인들은 이 사건에서 기본권주체성이 인정된다.

출입국관리에 관한 사항 중 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역이므로, 국적에 따라 사증 발급 신청 시의 첨부서류에 관해 다르게 정하고 있는 조항이 평등권을 침해하는지 여부는 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단한다.

일반적으로 노동시장에서 외국인근로자의 유입은 대체관계에 있는 근로자의 임금수준을 하락시키는 것으로 알려져 있고, 단순노무행위에 종사하려는 외국국적동포의 제한 없는 입국 및 체류가 허용될 경우에는 단순노무 분야의 실업률이 상승할 우려가 있으므로, 심판대상조항들이 단순노무행위 등 취업활동 종사자와 그렇지 않은 사람을 달리 취급하는 것은 합리적 이유가 있다. 취업자격 체류외국인 중 불법체류자의 상당수가 단순기능인력이고, 불법체류자가 많이 발생하는 국가에서 비전문취업(E-9) 내지 방문취업(H-2) 외국인의 수도 많은 점을 고려하면, 심판대상조항들이 단순노무행위 등 취업활동 종사자 중 불법체류가 많이 발생하는 중국 등 이 사건 고시의 해당 국가 국민에 대하여 일정한 첨부서류를 제출하도록 한 것을 자의적인 차별이라고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항들은 평등권을 침해하지 않는다.

P.277 판례추가

신체의 자유에 관한 헌법재판소 결정례

형사 법률에 저촉되는 행위 또는 규율 위반 행위를 한 피보호 감호자에 대하여 징벌처분을 내릴 수 있도록 한 구 사회보호법 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않아 청구인의 신체의 자유를 침해하지 않는다. (2016.5.26. 2015헌바378)

이 사건 법률조항은 형사 법률에 저촉되는 행위 또는 규율 위반 행위를 한 피보호감호자에 대하여 징벌처분을 내릴 수 있도록 함으로써 수용시설의 안전과 공동생활의 질서를 유지하기 위한 것으로, 행위의 내용에 비하여 중한 징벌이 부과되지 않도록 하고, 징벌의 필요성을 고려하여 징벌을 감면할 수 있도록 한 점 등을 고려하면, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하지 않는다.

마약류사범인 수용자에게 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 것은 청구인의 일반적인 행동자유권, 신체의 자유를 침해하지 않는다. (2006.7.27. 2005헌마277)

이는 마약류의 반입 및 복용사실을 조기에 발견하고 마약류의 반입시도를 사전에 차단함으로써 교정시설 내의 안전과 질서유지를 위하여 필요하고, 마약의 복용 여부는 외부관찰 등에 의해서는 발견될 수 없으며, 징벌 등 제재처분 없이 자발적으로 소변을 받아 제출하도록 한 후, 3분 내의 짧은 시간에, 시약을 떨어뜨리는 간단한 방법으로 실시되므로, 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

교도소 내 엄중격리대상자에 대하여 이동시 계구를 사용하고 교도관이 동행계호하는 행위 및 1인 운동장을 사용하게 하는 처우가 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있으므로 신체의 자유를 과도하게 제한하여 헌법을 위반한 것이라고 볼 수 없다. (2008.5.29. 2005헌마137)

대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사람을 추행한 사람을 처벌하는 구 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 공중밀집장소추행죄 조항은 예상치 못하게 일어날 수 있어 방어가 어렵고 추행장소가 공개되어 있어 추행의 정도와 상관없이 피해자에게 강한 불쾌감과 수치심을 주므로 유형력이 수반되지 않은 경우라고 하더라도 비난 가능성이 높다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다. (2021.3.25. 2019헌바413)

p281 / 내용추가

2) 형벌불소급의 원칙

헌법 제13조 ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

가) 의의

헌법 제13조 제1항 전단의 형벌불소급원칙은 ‘형벌법규는 시행된 이후의 행위에 대해서만 적용되고 시행 이전의 행위에 대해서는 소급하여 불리하게 적용되어서는 안 된다’는 원칙이므로, 사후에 만들어진 법률로 과거의 행위를 “처벌”할 수 없음을 의미한다(2017.7.27. 2015헌바240). 소급형벌금지원칙은 일반적 소급입법금지원칙과 달리 절대적 금지에 해당한다. 여기서 말하는 절대적 소급효금지의 대상은 “범죄구성요건”과 관련되는 것이다.

P.284 판례추가

2) 형벌불소급의 원칙

(4) 시혜적인 소급입법

계엄은 국가비상사태에 당하여 병력으로써 국가의 안전과 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에 선포되고 평상상태로 회복되었을 때에 해제하는 것으로서 계엄령의 해제는 사태의 호전에 따른 조치이고 계엄령은 부당하다는 반성적 고찰에서 나온 조치는 아니므로 계엄이 해제되었다고 하여 계엄하에서 행해진 위반행위의 가벌성이 소멸된다고는 볼 수 없는 것으로서 계엄기간중의 계엄포고위반의 죄는 계엄해제후에도 행위당시의 법령에 따라 처벌되어야 하고 계엄의 해제를 범죄후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우와 같이 볼 수 없다. (1985.5.28. 81도 1045)

P.284 본문내용추가

4) 유추해석 금지의 원칙

다만 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(2003.1.10. 2002도 2363).

P.285 판례추가

5) 명확성의 원칙

※ 명확성의 원칙에 위반된다고 본 결정례

형벌구성요건의 실질적 내용을 노동조합과 사용자 간의 근로조건에 관한 계약에 지나지 않는 단체협약에 위임하는 것은 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다. (1998.3.26. 96헌가20) **위헌**

구 노동조합법 제46조의3은 그 구성요건을 "단체협약에……위반한 자"라고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외 피(外皮)만 설정하였을 뿐 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 "법률"주의에 위배되고, 그 구성요건도 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

P.287 판례추가

5) 명확성의 원칙

※ 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 본 결정례

▶ 모의총포의 기준을 구체적으로 정한 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률 시행령」 조항에서 ‘범죄에 악용될 소지가 현저한 것’은 진정한 총포로 오인·혼동되어 위협 수단으로 사용될 정도로 총포와 모양이 유사한 것을 의미하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다. (2018.5.31. 2017헌마167)

▶ 정당한 이유 없이 이 법에 규정된 범죄에 공용(供用)될 우려가 있는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대한 사람을 처벌하도록 규정한 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 조항에서 ‘공용(供用)될 우려가 있는’은 흥기나 그 밖의 위험한 물건이 ‘사용될 위험성이 있는’의 뜻으로 해석할 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다. (2018.5.31. 2016헌바250)

▶ 구「군형법」 조항에서 금지하는 연설, 문서 또는 그 밖의 방법으로 ‘정치적 의견을 공표’하는 행위는 ‘군무원이 그 지위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인 또는 그들의 정책이나 활동 등에 대한 지지나 반대 의견 등을 공표하는 행위로서 군조직의 질서와 규율을 무너뜨리거나 민주헌정체제에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 수 있는 의견을 공표하는 행위’로 한정할 수 있으므로 명확성원칙에 위배되지 않는다. (2018.7.26. 2016헌바139)

노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 금지하면서, 사실상 노무에 종사하는 공무원 중 대통령령 등이 정하는 자에 한하여 노동3권을 인정하는 국가공무원법 조항은 명확성원칙에 위반되지 않는다. (2007.8.30. 2003헌바51)

‘노동운동’의 개념은 근로자의 근로조건의 향상을 위한 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 근로3권을 기초로 하여 이에 직접 관련된 행위를 의미하는 것으로 좁게 해석하여야 하고, ‘공무 이외의 일을 위한 집단행위’의 개념도 모든 집단행위를 의미하는 것이 아니라 공무 이외의 일을 위한 집단행위 중 공익에 반하는 행위로 축소하여 해석하여야 하는데, 법원도 위 개념들을 해석·적용함에 있어서 위와 유사하게 해석하고 있다. 아울러 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 개념은 공무원의 주된 직무를 정신행위로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원으로 명확하게 해석된다.

▶ 전문과목을 표시한 치과의원에게 그 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하도록 한 「의료법」조항 (2015.5.28. 2013헌마799)

P.290 / 판례추가

6) 형벌에 관한 책임주의 원칙

음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람을 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 도로교통법 조항(이른바 ‘윤창호법’)은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다. (2021.11.25. 2019헌바446) **위 헌**

심판대상조항은 음주운전 금지규정을 반복하여 위반하는 사람에 대한 처벌을 강화하기 위한 규정인데, 가장요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않고 있다. 그런데 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면 처벌대상이 되는 재범 음주운전이 준법정신이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 행위라거나 교통안전 등을 ‘반복적으로’ 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 일반적 음주운전 금지규정 위반행위와 구별하여 가중처벌할 필요가 있다고 보기 어렵다. 범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 가중된 행위책임을 인정할 수 있다고 하더라도, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하는 예는 찾기 어렵고, 공소시효나 형의 실효를 인정하는 취지에도 부합하지 않는다. (명확성원칙 위반×)

단체나 다중의 위력으로써 「형법」상 상해죄를 범한 사람을 가중처벌하는 구「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 조항은 책임과 형벌의 비례원칙에 위반되지 않는다. (2017.7.27. 2015헌바450)

구 형법에서 단체 또는 다중의 위력으로써 폭행죄, 체포죄, 감금죄, 협박죄, 주거침입죄, 재물손괴죄 등을 범한 경우에는 이를 가중 처벌하는 조항을 두고 있었지만, 상해죄의 경우에는 이와 같은 가중 처벌 조항이 없었으므로, 폭력행위처벌법에 단체 또는 다중의 위력으로써 상해죄를 범한 경우를 가중 처벌하는 규정을 둘 필요성이 있었다. … 특별법인 폭력행위처벌법에 있던 심판대상조항이 삭제되고 형법에 편입되면서 법정형이 하향 조정되었다는 사정만으로 심판대상조항이 책임과 형벌의 비례원칙에 위반된 것이라고 할 수 없다.

「형법」 제129조 제1항의 수뢰죄를 범한 사람에게 수뢰액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과하도록 규정한 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 조항은 징역형 위주의 처벌 규정만으로는 공무원 등의 수뢰행위를 효율적으로 근절하기 어렵다는 취지에서 입법된 것으로 책임과 형벌의 비례원칙에 위반되지 않는다. (2017.7.27. 2015헌바301)

P.292 판례추가

6) 형벌에 관한 책임주의 원칙

금융회사 등의 임직원이 그 직무에 관하여 수수, 요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액이 1억 원 이상인 경우 징역형의 하한을 10년으로 하여 가중처벌하도록 정하고 있는 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률규정은 그 범정과 비난가능성을 높게 평가한 입법자의 합리적 결단에 의한 것인바, 가중처벌조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다. (2020.3.26. 2017헌바129)

P.299 내용추가

1. 적법절차 원칙

나. 적용대상

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. (2017.6.29. 2015헌바29) 즉 국민의 기본권을 제한하는 불이익처분의 근거법률에 이러한 요소가 누락되어 있다고 해서 곧바로 적법절차원칙을 위반한 것으로 볼 수는 없다.

P.301 판례추가

다) 입법절차

적법절차원칙에 의하여 해석상 도출되는 청문절차에 대한 요구에 의하여 헌법이 명문으로 인정한 국회의 입법권을 제약하는 것은 헌법체계적으로도 적절한 것으로 볼 수 없다. 해석을 통해 입법절차에서의 국민의 직접참여권 보장을 내용으로 하는 청문권을 인정할 현실적인 필요성도 크지 않다. 따라서 국회입법에 대하여는 원칙적으로 일반 국민의 지위에서 적법절차에서 파생되는 청문권은 인정되지 않는다. (2005.11.24. 2005헌마579)

P.302 판례추가

2. 영장주의

가. 의의

우리 헌법은 제12조 제3항은 압수수색에 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. (2012.12.27. 2011헌바225)

P.304 / 판례추가

나. 적용범위

1) '강제처분'의 의미

■ 헌법재판소 결정례

범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정한 통신비밀보호법 조항이 영장주의에 위반되는지 여부(소극) (2018.6.28. 2012헌마191)

통신사실 확인자료 제공요청은 수사 또는 내사의 대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 통신비밀보호법이 정한 수사기관의 강제처분이므로 헌법상 영장주의가 적용된다. 헌법상 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있다. 이 사건 허가조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 허가조항은 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

기지국 수사를 허용하는 통신사실 확인자료 제공요청은 「통신비밀보호법」이 규정하는 강제처분에 해당하므로, 헌법상 영장주의가 적용된다. 헌법상 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 이 사건 허가조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다. (2018.6.28. 2012헌마538)

P.304 판례추가

■ 영장주의가 적용되는 강제처분이 아니라고 본 결정례

5	▶ 미결수용자의 접견내용을 녹음·녹화할 수 있도록 한 법률 규정 : 이 사건 녹음조항에 따라 접견내용을 녹음·녹화하는 것은 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분이 아니므로 영장주의가 적용되지 않아 영장주의에 위배된다고 할 수 없다. (2016.11.24. 2014헌바401)
7	▶ 국민건강보험공단이 2013. 12. 20. 서울용산경찰서장에게 청구인들의 요양급여내역을 제공한 행위 : 이 사건 사실조회행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하므로, 이에 응하여 이루어진 이 사건 정보제공행위에도 영장주의가 적용되지 않는다(2018.8.30. 2014헌마368).
8	▶ 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사 : 이는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다. (2013.9.26. 2013도7718)

P.304 판례추가

위헌결정례

수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의회회 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다. (2012.11.15. 2011도15258)

압수·수색영장을 발부받아 압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우 압수대상물인 피의자의 소변을 확보하기 위한 수사기관의 노력에도 불구하고, 피의자가 인근 병원 응급실 등 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관으로서 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용되며, 이는 '압수·수색영장의 집행에 필요한 처분'에 해당한다. (2018.7.12. 2018도6219)

수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 운전자의 동의 없이 혈액을 채취·보관하는 행위는 형사소송법상 '감정에 필요한 처분' 또는 '압수'로서 법원의 감정처분허가장이나 압수영장이 있어야 가능하고, 다만 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 운전자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 채혈에 대한 동의를 받을 수도 없으며 법원으로부터 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 발생한 경우에는 수사기관은 예외적인 요건하에 음주운전 범죄의 증거 수집을 위하여 운전자의 동의나 사전 영장 없이 혈액을 채취하여 압수할 수 있으나 이 경우에도 형사소송법에 따라 사후에 지체 없이 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다. 따라서 음주운전 여부에 대한 조사 과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 또한 법원의 영장도 없이 채혈조사를 한 결과를 근거로 한 운전면허 정지·취소 처분은 도로교통법 제44조 제3항을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 위법한 처분으로 볼 수밖에 없다. (2016.12.27. 2014두46850)

P.306 / 판례추가

나) 행정상 즉시강제에 영장주의가 적용되는지 여부

관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 것은, 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 영장주의에 위배되는 것으로 볼 수 없다. (2002.10.31. 2000헌가12)

P.310 조문추가

5. 변호인의 조력을 받을 권리

2) 변호인과의 접견교통권

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조(변호인과의 접견 및 편지수수) ① 제41조제4항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

P.311 판례내용수정

5. 변호인의 조력을 받을 권리

2) 변호인과의 접견교통권

법정 옆 피고인 대기실에서 재판대기중인 피고인이 공판을 앞두고 호송교도관에게 변호인 접견을 신청하였으나, 교도관이 이를 허용하지 아니한 것이 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(소극) (2009.10.29. 2007헌마992)

구속피고인 변호인 면접·교섭권은 독자적으로 존재하는 것이 아니라 국가형벌권의 적정한 행사와 피고인의 인권 보호라는 형사소송절차의 전체적인 체계 안에서 의미를 갖고 있는 것이다. 따라서 구속피고인의 변호인 면접·교섭권은 최대한 보장되어야 하지만, 형사소송절차의 위와 같은 목적을 구현하기 위하여 제한될 수 있다. 다만 이 경우에도 그 제한은 엄격한 비례의 원칙에 따라야 하고, 시간·장소·방법 등 일반적 기준에 따라 중립적이어야 한다. ... 법정 옆 구속피고인 대기실에는 청구인을 포함하여 14인이 대기 중이었고, 그 중 11인은 살인미수, 강간치상 등 이른바 강력범들이었다. 반면 대기실에서 근무하는 교도관은 위 김○호를 포함하여 2명 뿐이었다.

p315 / 내용추가

※ 정리	
피고인·피의자·피내사자 형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리	헌법상 권리 (헌법 제12조 제4항)
행정절차에서 구속을 당한 사람	헌법상 권리 (헌법 제12조 제4항)
형이 확정된 수형자 또는 민사재판·행정재판·헌법재판·가사소송에서 변호사의 조력을 받을 권리	헌법 제27조 제1항 재판청구권
변호인의 조력할 권리	법률상 권리
변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분 (변호인의 변호권)	헌법상 권리 (헌법 제12조 제4항)
‘변호인이 되려는 자’의 피의자 접견교통권	헌법상 권리 (헌법 제12조 제4항)

미결수용자의 변호인 아닌 자와의 접견교통권	헌법상 권리 (헌법 제10조 일반적 행동 자유권, 헌법 제27조 제4항 무죄추정의 원칙)
미결수용자와 가족 상호간 접견하는 권리	헌법상 권리 (헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권)

P.316 본문내용추가

다. 내용

1) 불구속수사·불구속재판의 원칙

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속 재판이 인정된다(1992.4.14. 90헌마82).

P.318 판례추가

행정소송에 관한 판결이 확정되기 전에 행정청의 처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정하는 것은 징계부가금에 국한되는 것이 아니라 우리 행정법체계에서 일반적으로 채택되고 있는 것이므로, 징계부가금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 곧바로 무죄추정원칙에 위배된다고 할 수 없다. (2015.2.26. 2012헌바435)

P.321 본문내용추가 조문추가 판례추가

10. 인신보호제도

2007년에 제정된 인신보호법은 행정처분이나 사인에 의한 시설 수용으로 피수용자의 인신의 자유가 위법하게 침해될 수 있음에도 불구하고 그 동안 사법심사를 통한 신속하고 효과적인 구제절차가 마련되어 있지 않았다는 반성적 고려 하에, 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 위법하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 제정되었다.

인신보호규칙 제15조(대리인) ④ 법 제12조 제2항에 의한 국선변호인에 관하여 이 규칙에서 따로 정하지 아니한 사항에 대하여는 구제청구사건의 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 「형사소송법」, 「형사소송비용 등에 관한 법률」 중 국선변호인에 관한 규정을 준용한다.

인신보호법 제2조가 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은, 청구인들의 신체의 자유나 평등권을 침해하지 않는다. (2014.8.28. 2012헌마686)

출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적에 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점을 고려한 것이므로 여기에는 합리적 이유가 있다.

P.326 판례추가

헌법재판소 결정례

피보안관찰자에게 자신의 주거지 등 현황을 신고하게 하고, 정당한 이유 없이 신고를 하지 아니한 자를 처벌하는 것은 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다. (2015.11.26. 2014헌바475)

보안관찰처분의 실효성 확보를 위하여 신고의무를 부과하는 입법목적의 정당성이 인정되고, 피보안관찰자에게 과도한 의무를 부과한다고 볼 수 없으며, 신고의무 위반행위에 대한 형벌이 상대적으로 과중하지 아니하다.

P.329 내용추가 조문추가

5. 개인정보자기결정권

라. 내용

개인정보보호법은 개인정보처리자의 범위를 공공기관 뿐만 아니라 법인, 단체 및 개인에게까지 확대하고 있으며, 개인정보주체의 권리를 보장하기 위해 입증책임의 전환(제39조 제1항), 집단 분쟁조정(제49조) 및 단체소송제도(제51조), 법정손해배상제(제39조의2), 제한적인 징벌적 손해배상제(제39조 제2항) 등을 도입하였다.

제39조(손해배상책임) ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

③ 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

제39조의2(법정손해배상의 청구) ① 제39조제1항에도 불구하고 정보주체는 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우에는 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

제49조(집단분쟁조정) ① 국가 및 지방자치단체, 개인정보 보호단체 및 기관, 정보주체, 개인정보처리자는 정보주체의 피해 또는 권리침해가 다수의 정보주체에게 같거나 비슷한 유형으로 발생하는 경우로서 대통령령으로 정하는 사건에 대하여는 분쟁조정위원회에 일괄적인 분쟁조정(이하 “집단분쟁조정”이라 한다)을 의뢰 또는 신청할 수 있다.

P.330 판례추가

야당 소속 후보자 지지 혹은 정부 비판은 정치적 견해로서 개인의 인격주체성을 특징짓는 개인정보에 해당하고, 그것이 지지 선언 등의 형식으로 공개적으로 이루어진 것이라고 하더라도 여전히 개인정보자기결정권의 보호범 위 내에 속한다. ... 피청구인 대통령의 지시로 피청구인 대통령 비서실장, 정무수석비서관, 교육문화수석비서관, 문화체육관광부장관이 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로 개인의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용한 행위는 청구인들의 정치적 견해를 확인하여 야당 후보자를 지지한 이력이 있거나 현 정부에 대한 비판적 의사를 표현한 자에 대한 문화예술 지원을 차단하는 위헌적인 지시를 실행하기 위한 것으로, 그 목적의 정당성을 인정할 여지가 없어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다. (2020.12.23. 2017헌마416) **인용(위헌확인)**

청구인이 공적인 인물의 부당한 행위를 비판하는 과정에서 모욕적인 표현을 사용한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당행위에 해당할 여지가 있음에도, 이에 대한 판단 없이 청구인에게 모욕 혐의를 인정할 피청구인 검사의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다. (2020.9.24. 2019헌마1285) **인용(취소)**

P.333 판례추가

헌법재판소 결정례

송·수신이 완료된 전기통신에 대한 압수·수색 사실을 수사대상이 된 가입자에게만 통지하도록 하고, 그 상대방에 대하여는 통지하지 않도록 한 통신비밀보호법 조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다. (2018.4.26. 2014헌마1178)

전기통신의 특성상 수사대상이 된 가입자와 전기통신을 송·수신한 상대방은 다수일 수 있는데, 이들 모두에 대하여 그 압수·수색 사실을 통지하도록 한다면, 수사대상이 된 가입자가 수사를 받았다는 사실이 상대방 모두에게 알려지게 되어 오히려 위 가입자가 예측하지 못한 피해를 입을 수 있고, 또한 통지를 위하여 상대방의 인적사항을 수집해야 함에 따라 또 다른 개인정보자기결정권의 침해를 야기할 수도 있다.

교육감이 졸업생 관련 증명업무 위해 졸업생의 성명, 생년월일 및 졸업일자에 대한 정보를 교육정보시스템에 보유하는 행위는 피청구인들이 졸업증명서 발급업무에 관한 민원인의 편의 도모, 행정효율성의 제고를 위하여 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어려운 성명, 생년월일, 졸업일자 정보만을 NEIS에 보유하고 있는 것은 목적의 달성에 필요한 최소한의 정보만을 보유하는 것이라 할 수 있으므로, 졸업생의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다. (2005.7.21. 2003헌마282)

법원의 제출명령이 있는 경우 당해 법적 분쟁에 있어서 증명할 사실과 관련된 금융거래정보를 공개할 수 있도록 한 금융실명법은 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다. (2010.9.30. 2008헌바132)

이는 객관적인 증거에 의해 확인되는 실체적 진실에 따라 법적 분쟁을 공정하게 해결하기 위한 것으로서 그 입법 목적의 정당성이 인정되고, 수단의 적합성이 인정된다. (명확성원칙 위반×, 포괄위임금지원칙 위반×)

아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자에 대한 신상정보고지제도는 성범죄자가 거주하는 읍·면·동에 사는 지역주민 중 아동·청소년 자녀를 둔 가구 및 교육기관의 장 등을 상대로 이루어지고, 신상정보 고지조항으로 인하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄자가 입게 되는 불이익이 아동·청소년의 성보호라는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다. (2016.5.26. 2014헌바68)

P.338 판례추가

I. 의의

주거의 자유는 개방되지 않은 사적 공간인 주거를 공권력이나 제3자에 의해 침해당하지 않도록 함으로써 국민의 사생활영역을 보호하기 위한 권리이므로, 주거용 건축물의 사용·수익관계를 정하고 있는 「도시 및 주거환경정비법」 조항은 주거의 자유를 제한하지 않는다. (2014.7.24. 2012헌마662)

P.341 판례추가

3. 국적변경의 자유

단순히 일정 금액 이상의 조세를 미납하였고 그 미납에 정당한 사유가 없다고 하여 바로 출국금지 처분을 할 수는 없다. (2013.12.26. 2012두18363)

조세 미납을 이유로 한 출국금지는 그 미납자가 출국을 이용하여 재산을 해외에 도피시키는 등으로 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지함에 주된 목적이 있는 것이지 조세 미납자의 신병을 확보하거나 출국의 자유를 제한하여 심리적 압박을 가함으로써 미납 세금을 자진납부하도록 하기 위한 것이 아니다. 따라서 재산을 해외로 도피할 우려가 있는지 여부 등을 확인하지 않은 채 단순히 일정 금액 이상의 조세를 미납하였고 그 미납에 정당한 사유가 없다는 사유만으로 바로 출국금지 처분을 하는 것은 헌법상의 기본권 보장 원리 및 과잉금지의 원칙에 비추어 허용되지 않는다.

p.342

2005헌마739 판례 삭제

P.344 본문내용추가

II. 내용

또한 자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신관계의 발생으로 야기된 모든 사실관계, 특히 통신관계자의 인적 동일성·통신장소·통신횟수·통신시간 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장한다 (2018.6.28. 2012헌마191).

나. 통신제한조치

통신비밀보호법 제8조(긴급통신제한조치) ① 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 제5조제1항 또는 제7조제1항제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 제6조 또는 제7조제1항 및 제3항의 규정에 의한 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 통신제한조치를 할 수 있다.

② 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 제1항의 규정에 의한 통신제한조치(이하 “긴급통신제한조치”라 한다)의 집행착수후 지체없이 제6조 및 제7조제3항의 규정에 의하여 법원에 허가청구를 하여야 하며, 그 긴급통신제한조치를 한 때부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 이를 중지하여야 한다.

⑤ 긴급통신제한조치가 단시간내에 종료되어 법원의 허가를 받을 필요가 없는 경우에는 그 종료후 7일 이내에 관할 지방검찰청검사장(제1항의 규정에 의하여 정보수사기관의 장이 제7조제1항제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 긴급통신제한조치를 한 경우에는 관할 고등검찰청검사장)은 이에 대응하는 법원장에게 긴급통신제한조치를 한 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 작성한 긴급통신제한조치통보서를 송부하여야 한다. 다만, 군검사 또는 군사법경찰관이 제5조제1항의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 긴급통신제한조치를 한 경우에는 관할 보통검찰부장이 이에 대응하는 군사법원 군판사에게 긴급통신제한조치통보서를 송부하여야 한다.

제9조의2(통신제한조치의 집행에 관한 통지) ① 검사는 제6조제1항 및 제8조제1항에 따라 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정, 참고인중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 고위공직자범죄수사처(이하 “수사처”라 한다)검사는 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제26조제1항에 따라 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 관계 서류와 증거물을 송부한 사건에 관하여 이를 처리하는 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지결정, 참고인중지결정은 제외한다)의 통보를 받은 경우에도 그 통보를 받은 날부터 30일 이내에 서면으로 통지하여야 한다

제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에도 불구하고 수사를 위하여 통신사실확인자료 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료가 필요한 경우에는 다른 방법으로는 범죄의 실행을 저지하기 어렵거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에만 전기통신사업자에게 해당 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다. 다만, 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄 또는 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대한 통신사실확인자료가 필요한 경우에는 제1항에 따라 열람이나 제출을 요청할 수 있다.

P.349 판례추가

3. 기타 법률상 통신 제한

피청구인 구치소장이 구치소에 수용 중인 수형자에게 온 서신에 ‘허가 없이 수수되는 물품’인 녹취서와 사진이 동봉되어 있음을 확인하여 서신수수를 금지하고 발신자인 청구인에게 위 물품을 반송한 것은 청구인의 통신의 자유를 침해하지 않는다. (2019.12.27. 2017헌마413)

마약류사범인 미결수용자와 변호인이 아닌 접견인 사이의 화상 접견내용을 녹음·녹화하는 것은 화상접견시스템이라는 전기통신수단을 이용하여 개인 간의 대화내용을 녹음·녹화함으로써 증거인멸이나 형사 법령 저촉 행위의 위험을 방지하고, 교정시설 내의 안전과 질서유지에 기여하려는 것으로 미결수용자의 사생활의 비밀과 자유 및 통신의 비밀을 침해하지 아니한다. (2016.11.24. 2014헌바401)

P.348 판례 내용 추가

통신비밀보호법 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신’에 관한 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 통신의 비밀과 자유 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(적극) (2018.8.30. 2016헌마263) **헌법불합치**

‘인터넷회선 감청은 서버에 저장된 정보가 아니라, 인터넷상에서 발신되어 수신되기까지의 과정 중에 수집되는 정보, 즉 전송 중인 정보의 수집을 위한 수사이므로, 압수·수색과 구별된다.

P.355 판례 본문 중 내용 추가

양심적병역거부 제3차 결정 (2018.6.28. 2011헌바379) **헌법불합치**

라. 유럽국가 등 일부국가의 법률 등에서 양심적 병역거부권이 보장된다고 하더라도, 전 세계적으로 양심적 병역거부권의 보장에 관한 일반적으로 승인된 국제법규가 존재한다거나 국제관습법이 형성되었다고 할 수 없다. 따라서 양심적 병역거부가 일반적으로 승인된 국제법규로서 우리나라에 수용될 수는 없다.

P.356 판례 본문 중 내용 추가

양심적 병역거부에 관한 대법원 판례 (2018.11.1. 2016도10912)

가. 이른바 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당하는지 여부(한정 적극)

병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌하고 있는데, 여기에서 '정당한 사유'는 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것이다. ... 병역의무의 부과와 구체적 병역처분 과정에서 고려되지 않은 사정이라 하더라도, 입영하지 않은 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 설령 그 사정이 단순히 일시적이지 않거나 다른 이들에게는 일어나지 않는 일이라 하더라도 마찬가지이다. ... 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 양심을 포기하지 않고서는 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 것이기 때문에 병역의무의 이행을 거부하는 것을 말한다. ... 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌·조정 문제이며, 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한사유'라는 문언의 해석을 통하여 해결하여야 한다. ... 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유가 반드시 질병이나 재난 등 피고인이 그 특정한 입영의무를 이행하기 어려운 일시적·객관적 사정에 한정되는 것은 아니다. 입영의무를 항구적으로 이행하기 어려운 사정, 즉 특정한 입영의무는 물론 그 전제인 구체적 병역의무 자체가 피고인에게 감당하기 어려운 과도한 부담이 되게 하는 것으로서 병역의무의 부과와 처분 과정에서 제대로 고려되지 못한 사정을 포함한다. ... 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체계와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다.

P.352 판례추가

「보안관찰법」상의 보안관찰처분은 보안관찰처분대상자의 내심의 작용을 문제 삼는 것이 아니라, 보안관찰처분 대상자가 보안관찰해당범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범의 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로, 보안관찰처분 근거 규정에 의한 보안관찰처분이 양심의 자유를 침해한다고 할 수 없다. (1997.11.27. 92헌바28)

제2항 종교의 자유

P.359 판례추가

2. 종교적 행위의 자유

종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함되는바, 종교적 선전, 타 종교에 대한 비판 등은 동시에 표현의 자유의 보호대상이 되는 것이나, 그 경우 종교의 자유에 관한 헌법 제20조 제1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 대하여 특별 규정의 성격을 갖는다 할 것이므로 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받게 된다. (1996.9.6. 96다19246)

P.361 판례추가

IV. 제한 및 한계

국가 또는 지방자치단체외의 자가 양로시설을 설치하고자 하는 경우 신고하도록 규정하고 이를 위반한 경우 처벌하는 노인복지법이 과잉금지원칙에 위배되어 종교의 자유를 침해하는지 여부(소극) (2016.6.30. 2015헌바46)

종교단체에서 구호활동의 일환으로 운영하는 양로시설이라고 하더라도 신고대상에서 제외하면 관리·감독의 사각지대가 발생할 수 있으며, 일정 규모 이상의 양로시설의 경우 안전사고나 인권침해 피해정도가 커질 수 있으므로, 예외를 인정함이 없이 신고의무를 부과할 필요가 있다. … 종교의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(한편 심판대상조항은 종교단체에서 운영하는 양로시설도 일정규모 이상의 경우 신고하도록 한 규정일 뿐, 거주 이전의 자유나 인간다운 생활을 할 권리의 제한을 불러온다고 볼 수 없으므로 이에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.)

종교적 비판에 의한 명예훼손행위 (2007.4.26. 2006다87903)

1) 군대 내에서 군종장교는 국가공무원인 참모장교로서의 신분뿐 아니라 성직자로서의 신분을 함께 가지고 소속 종단으로부터 부여된 권한에 따라 설교·강론 또는 설법을 행하거나 종교의식 및 성례를 할 수 있는 종교의 자유를 가지는 것이므로, 군종장교가 최소한 성직자의 신분에서 주재하는 종교활동을 수행함에 있어 소속종단의 종교를 선전하거나 다른 종교를 비판하였다고 할지라도 그것만으로 종교적 중립을 준수할 의무를 위반한 직무상의 위법이 있다고 할 수 없다.

2) 공군참모총장이 전 공군을 지휘·감독할 지위에서 수하의 장병들을 상대로 단결심의 함양과 조직의 유지·관리를 위하여 계몽적인 차원에서 군종장교로 하여금 교계에 널리 알려진 특정 종교에 대한 비판적 정보를 담은 책자를 발행·배포하게 한 행위가 특별한 사정이 없는 한 정교분리의 원칙에 위반하는 위법한 직무집행에 해당하지 않는다고 한 사례.

종교적 목적을 위한 언론·출판의 자유를 행사하는 과정에서 타 종교의 신앙 대상을 우스꽝스럽게 묘사하거나 다소 모욕적이고 불쾌하게 느껴지는 표현을 사용하는 것이 허용되는지 여부(한정 적극) (2014.9.4. 2012도13718)

우리 헌법이 종교의 자유를 보장함으로써 보호하고자 하는 것은 종교 자체나 종교가 신봉하는 신앙의 대상이 아니라, 종교를 신봉하는 국민, 즉 신앙인이고, 종교에 대한 비판은 성질상 어느 정도의 편견과 자극적인 표현을 수반하게 되는 경우가 많으므로, 타 종교의 신앙의 대상에 대한 모욕이 곧바로 그 신앙의 대상을 신봉하는 종교단체나 신도들에 대한 명예훼손이 되는 것은 아니고, 종교적 목적을 위한 언론·출판의 자유를 행사하는 과정에서 타 종교의 신앙의 대상을 우스꽝스럽게 묘사하거나 다소 모욕적이고 불쾌하게 느껴지는 표현을 사용하였더라도 그것이 그 종교를 신봉하는 신도들에 대한 증오의 감정을 드러내는 것이거나 그 자체로 폭행·협박 등을 유발할 우려가 있는 정도가 아닌 이상 허용된다고 보아야 한다.

범죄인에게 적극적으로 은신처를 마련하여 주고 도피자금을 제공하는 행위는 사제의 정당한 직무에 속하는 것이라고 할 수 없다. (1983.3.8. 82도3248)

성직자라 하여 초법규적인 존재일 수는 없으며 성직자의 직무상 행위가 사회상규에 반하지 아니한다 하여 그에 적법성이 부여되는 것은 그것이 성직자의 행위이기 때문이 아니라 그 직무로 인한 행위에 정당, 적법성을 인정하기 때문이다.

P.361 판례 본문 중 내용 추가

학내 종교의 자유 사건 (강의석 사건) (2010.4.22. 2008다38288 전합)

비록 중립학교의 학교법인이 국·공립학교의 경우와는 달리 종교교육을 할 자유와 운영의 자유를 가진다고 하더라도, 그 중립학교가 공교육체계에 편입되어 있는 이상 원칙적으로 학생의 종교의 자유, 교육을 받을 권리를 고려한 대책을 마련하는 등의 조치를 취하는 속에서 그러한 자유를 누린다고 해석하여야 한다.

중립학교가 특정 종교의 교리를 전파하는 종파적인 종교행사와 종교과목 수업을 실시하면서 참가 거부가 사실상 불가능한 분위기를 조성하는 등 신앙을 갖지 않거나 학교와 다른 신앙을 가진 학생들의 기본권을 고려하지 않은 것은, 학생의 종교에 관한 인격적 법익을 침해하는 위법한 행위이고, 그로 인하여 인격적 법익을 침해받는 학생이 있을 것임이 충분히 예견가능하고 그 침해가 회피 가능하므로 과실 역시 인정된다.

제3항 언론·출판의 자유

P.364 판례 본문 중 내용추가

1) 상업광고

교통수단을 이용하여 타인의 광고를 할 수 없도록 하고 있는 옥외광고물등관리법시행령 규정이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극) (2002.12.18. 2000헌마764)

광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. ... 자동차에 무제한적으로 광고를 허용하게 되면, 교통의 안전과 도시미관을 해칠 수가 있으며 운전자들의 운전과 보행자들에게 산란함을 야기하여 운전과 보행에 방해가 됨으로써 도로안전에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 도로안전과 환경·미관을 위하여 자동차에 광고를 부착하는 것을 제한하는 것은 일반 국민들과 운전자들의 공공복리를 위한 것이라 할 수 있고, 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

P.365 / 조문추가

2) 음란표현

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
- ② 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지, 제6호의2 및 제6호의3의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

p373 / 판례내용추가

대한민국 또는 헌법상 국가기관에 대하여 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 또는 기타 방법으로 대한민국의 안전, 이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 표현이나 행위에 대하여 형사처벌 하도록 규정한 구 형법 제104조의2(국가모독죄 조항)가 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극) (2015.10.21. 2013헌가20) **위헌**

국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 '표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다'는 것이며, '국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안된다'는 것이다.

심판대상조항의 신설 당시 제안이유에서는 '국가의 안전과 이익, 위신 보전'을 그 입법목적으로 밝히고 있으나, 언론이 통제되고 있던 당시 상황과 위 조항의 삭제 경위 등에 비추어 볼 때 이를 진정한 입법목적으로 볼 수 있는지의 문이고, 일률적인 형사처벌을 통해 국가의 안전과 이익, 위신 등을 보전할 수 있다고 볼 수도 없으므로 수단의 적합성을 인정할 수 없다. ... 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다.

P.377 판례추가

V. 알 권리, 엑세스권, 언론기관의 자유

1. 알 권리

정보위원회 회의는 공개하지 아니한다고 정하고 있는 국회법 제54조의2 제1항 본문은 헌법 제50조 제1항 의사공개원칙에 위배되어 청구인들의 알 권리를 침해한다. (2022.1.27. 2018헌마1162) **위헌**

헌법 제50조 제1항으로부터 일체의 공개를 불허하는 절대적인 비공개가 허용된다고 볼 수는 없으나, 특정한 내용의 국회의 회의나 특정 위원회의 회의를 일률적으로 비공개한다고 정하면서 공개의 여지를 차단하는 것은 헌법 제50조 제1항에 부합하지 아니한다.

심판대상조항은 정보위원회의 회의 일체를 비공개 하도록 정함으로써 정보위원회 활동에 대한 국민의 감시와 견제를 사실상 불가능하게 하고 있다. 또한 헌법 제50조 제1항 단서에서 정하고 있는 비공개사유는 각 회의마다 충족되어야 하는 요건으로 입법과정에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결되었다는 사실만으로 헌법 제50조 제1항 단서의 '출석의원 과반수의 찬성'이라는 요건이 충족되었다고 볼 수도 없다.

P.382 판례 본문 중 내용 추가

3) 언론기관의 대내적 자유

언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 가지고 있다. 방송매체에 대한 규제의 필요성과 정당성을 논의함에 있어서 방송사업자의 자유와 권리뿐만 아니라 수신자(시청자)의 이익과 권리도 고려되어야 하는 것은 방송의 이와 같은 공적 기능 때문이다. 따라서 방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 자유로운 의견형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다.

누구나 쉽게 접근할 수 있는 방송매체는 음성과 영상을 통하여 동시에 직접적으로 전파되기 때문에 강한 호소력이 있고, 경우에 따라서는 대중조작이 가능하며, 방송매체에 대한 사회적 의존성이 증가하여 방송이 사회적으로 강한 영향력을 발휘하는 추세이므로 이러한 방송매체의 특수성을 고려하면 방송의 기능을 보장하기 위한 규율의 필요성은 신문 등 인쇄매체보다 높다. (2003.12.18. 2002헌바49)

P. 376 목차추가

V. 알 권리, 엑세스권, 언론기관의 자유

1. 알 권리

가. 의의, 근거, 성격, 내용

- ▶ 알 권리가 공공기관의 정보에 대한 공개청구권을 의미하는 경우에는 청구권적 성격을 지니지만, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수집할 수 있는 권리를 의미하는 경우에는 자유권적 성격을 지니는 것으로서, 이 경우 그러한 권리는 별도의 입법을 할 필요도 없이 보장되는 것이므로, 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어 알 권리는 별도의 입법이 없더라도 국가권력의 방해를 받음이 없이 보장되어야 한다. (2010.10.28. 2008헌마638)

P.379 목차추가

나. 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 ‘정보공개법’)에 따른 제한

정보공개법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “정보”란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다) 및 전 자매체를 비롯한 모든 형태의 매체 등에 기록된 사항을 말한다.
2. “공개”란 공공기관이 이 법에 따라 정보를 열람하게 하거나 그 사본·복제물을 제공하는 것 또는 「전자정부 법」 제2조제10호에 따른 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다.
3. “공공기관”이란 다음 각 목의 기관을 말한다.

가. 국가기관

- 1) 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회
- 2) 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관
- 3) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」에 따른 위원회

나. 지방자치단체

다. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 공공기관

라. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단

마. 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관

제3조 (정보공개의 원칙) 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법에서 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 한다.

제4조 (적용범위) ① 정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

제5조 (정보공개 청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제7조 (정보의 사전적 공개 등) ① 공공기관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 공개의 구체적 범위, 주기, 시기 및 방법 등을 미리 정하여 정보통신망 등을 통하여 알리고, 이에 따라 정기적으로 공개하여야 한다. 다만, 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보에 대해서는 그러하지 아니하다.

1. 국민생활에 매우 큰 영향을 미치는 정책에 관한 정보
2. 국가의 시책으로 시행하는 공사(工事) 등 대규모 예산이 투입되는 사업에 관한 정보
3. 예산집행의 내용과 사업평가 결과 등 행정감시를 위하여 필요한 정보
4. 그 밖에 공공기관의 장이 정하는 정보

② 공공기관은 제1항에 규정된 사항 외에도 국민이 알아야 할 필요가 있는 정보를 국민에게 공개하도록 적극적으로 노력하여야 한다.

제10조(정보공개의 청구방법) ① 정보의 공개를 청구하는 자(이하 "청구인"이라 한다)는 해당 정보를 보유하거나 관리하고 있는 공공기관에 다음 각 호의 사항을 적은 정보공개 청구서를 제출하거나 말로써 정보의 공개를 청구할 수 있다.

1. 청구인의 성명·주민등록번호·주소 및 연락처(전화번호·전자우편주소 등을 말한다)
2. 공개를 청구하는 정보의 내용 및 공개방법

제15조(정보의 전자적 공개) ② 공공기관은 전자적 형태로 보유·관리하지 아니하는 정보에 대하여 청구인이 전자적 형태로 공개하여 줄 것을 요청한 경우에는 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래하거나 그 정보의 성질이 훼손될 우려가 없으면 그 정보를 전자적 형태로 변환하여 공개할 수 있다.

1) 공개대상 정보 및 정보공개 원칙

■ 대법원 판례

정보공개법은 공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 적극적으로 공개하여야 한다는 정보공개 원칙을 선언하고 있으며(제3조), 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 하면서(제5조 제1항) 비공개대상정보에 해당하지 않는 한 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다고 규정하고 있을 뿐(제9조 제1항) 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개 청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다. (2017.9.7. 2017두44558)

정보공개법에서 말하는 공개대상 정보는 정보 그 자체가 아닌 정보공개법 제2조 제1호에서 예시하고 있는 매체 등에 기록된 사항을 의미하고, 공개대상 정보는 원칙적으로 공개를 청구하는 자가 정보공개법 제10조 제1항 제2호에 따라 작성한 정보공개청구서의 기재내용에 의하여 특정되며, 만일 공개청구자가 특정한 바와 같은 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있지 않은 경우라면 특별한 사정이 없는 한 해당 정보에 대한 공개거부처분에 대하여는 취소를 구할 법률상 이익이 없다. 이와 관련하여 공개청구자는 그가 공개를 구하는 정보를 공공기관이 보유·관리하고 있을 상당한 개연성이 있다는 점에 대하여 입증할 책임이 있으나, 공개를 구하는 정보를 공공기관이 한때 보유·관리하였으나 후에 그 정보가 담긴 문서들이 폐기되어 존재하지 않게 된 것이라면 그 정보를 더 이상 보유·관리하고 있지 않다는 점에 대한 증명책임은 공공기관에 있다. (2013.1.24. 2010두18918)

나) 비공개대상정보

정보공개법 제9조 (비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보
 2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보
 3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
 4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
 5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 제13조제5항에 따라 통지를 할 때 의사결정 과정 또는 내부검토 과정의 단계 및 종료 예정일을 함께 안내하여야 하며, 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지하여야 한다.
 6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 「개인정보 보호법」 제2조제1호에 따른 개인정보로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 사항은 제외한다. (각호 생략)
 7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인등"이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다.
 - 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
 - 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
 8. 공개될 경우 부동산 투기, 매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보
- ② 공공기관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 그 정보를 공개 대상으로 하여야 한다.

다) 부분공개

정보공개법 제14조 (부분 공개) 공개 청구한 정보가 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분과 공개 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위에서 두 부분을 분리할 수 있는 경우에는 제9조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.

불기소처분 기록이나 내사기록 중 피의자신문조서 등 조서에 기재된 피의자 등의 인적사항 이외의 진술내용은 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 인정되는 경우에는 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문의 비공개 대상 정보에 해당한다. (2017.9.7. 2017두44558)

정보공개법 제9조 제1항 제6호 단서 (다)목은 '공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'를 비공개대상 정보에서 제외하고 있는데 여기에서 '공개하는 것이 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보'에 해당하는지는 비공개에 의하여 보호되는 개인의 사생활의 비밀 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 개인의 권리구제 등의 이익을 비교·교량하여 구체적 사안에 따라 신중히 판단하여야 한다. (2009.10.29. 2009두14224)

법원이 정보공개거부처분의 위법 여부를 심리한 결과, 공개가 거부된 정보에 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있으며, 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있다고 인정할 수 있을 때에는, 공개가 거부된 정보 중 공개가 가능한 부분을 특정하고, 판결의 주문에 정보공개 거부처분 중 공개가 가능한 정보에 관한 부분만을 취소한다고 표시하여야 한다. (2010.2.11. 2009두6001)

교원의 노동조합 가입정보 공개금지 사건 (2011.12.29. 2010헌마293)

이 사건 법률조항은 교원의 개인정보 공개를 일률적으로 금지하는 듯이 보이지만, 위 법에 의해 준용되는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'은 개인정보라고 하더라도 그 공개의 여지를 두고 비공개결정에 대해서는 불복의 수단을 마련하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 학부모들의 알 권리를 침해하지 않는다.

이 사건 시행령조항은 공시대상정보로서 교원의 교원단체 및 노동조합 “가입현황(인원 수)”만을 규정할 뿐 개별 교원의 명단은 규정하고 있지 아니한바, 교원의 교원단체 및 노동조합 가입에 관한 정보는 '개인정보 보호법'상의 민감정보로서 특별히 보호되어야 할 성질의 것이고, 인터넷 게시판에 공개되는 '공시'로 말미암아 발생할 교원의 개인정보 자기결정권에 대한 중대한 침해의 가능성을 고려할 때, 이 사건 시행령조항은 학부모 등 국민의 알 권리와 교원의 개인정보 자기결정권이라는 두 기본권을 합리적으로 조화시킨 것이라 할 수 있으므로, 학부모들의 알 권리를 침해하지 않는다.

시험에 관한 사항으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보는 공개하지 아니할 수 있도록 규정하고 있는 정보공개법 제9조 제1항 제5호 중 '시험'에 관한 부분이 알 권리를 침해하는지 여부(소극) (2011.3.31. 2010헌바291)

시험의 관리에 있어서 가장 중요한 것은 정확성과 공정성이므로, 이를 위하여 시험문제와 정답, 채점기준 등 시험의 정확성과 공정성에 영향을 줄 수 있는 모든 정보는 사전에 엄격하게 비밀로 유지되어야 할 뿐만 아니라, 공공기관에서 시행하는 대부분의 시험들은 평가대상이 되는 지식의 범위가 한정되어 있고 그 시행도 주기적으로 반복되므로 이미 시행된 시험에 관한 정보라 할지라도 이를 제한없이 공개할 경우에는 중요한 영역의 출제가 어려워지는 등 시험의 공정한 관리 및 시행에 영향을 줄 수밖에 없다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 시험문제와 정답을 공개하지 아니할 수 있도록 한 것이 과잉금지원칙에 위반하여 알권리를 침해한다고 볼 수 없다.

제4항 집회·결사의 자유

I. 집회의 자유

1. 의의

집회의 자유의 역할 (2003.10.30. 2000헌바67)

집회의 자유는 공동으로 인격을 발현하기 위하여 타인과 함께 하고자 하는 자유, 즉 타인과의 의견교환을 통하여 공동으로 인격을 발현하는 자유를 보장하는 기본권이자 동시에 국가권력에 의하여 개인이 타인과 사회공동체로부터 고립되는 것으로부터 보호하는 기본권이다. ... 집회의 자유는 소수의 의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다는 점에서 소수의 보호를 위한 중요한 기본권이다. ... 집회의 자유는 국민들이 타인과 접촉하고 정보와 의견을 교환하며 공동의 목적을 위하여 집단적으로 의사표현을 할 수 있게 함으로써 개성신장과 아울러 여론형성에 영향을 미칠 수 있게 하여 동화적 통합을 촉진하는 기능을 가지며, 나아가 정치·사회현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만세력을 사회적으로 통합하여 정치적 안정에 기여하는 역할을 한다.

P.385 판례추가

2) '시위'의 자유가 포함되는지 여부

집시법상의 시위는, 다수인이 공동목적を 가지고 ① 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진함으로써 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 ② 위력 또는 기세를 보여 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다. 따라서 집시법상의 시위는 반드시 '일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소'에서 이루어져야 한다거나 '행진' 등 장소 이동을 동반해야만 성립하는 것은 아니다. (2014.3.27. 2010헌가2)

공중이 자유롭게 통행할 수 없는 대학구내에서의 시위라고 하더라도 다수인이 공동목적을 가지고 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위는 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 규제 대상이 된다. (1994.4.28. 91헌바14)

다. 집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’)에 의한 제한

2) 옥외 집회 및 시위의 사전신고

집시법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "옥외집회"란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회를 말한다.
2. "시위"란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압(制壓)을 가하는 행위를 말한다.

제6조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 시·도경찰청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 시·도경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 시·도경찰청장에게 제출하여야 한다. (각 호 생략)

- ② 관할 경찰서장 또는 시·도경찰청장(이하 "관할경찰관서장"이라 한다)은 제1항에 따른 신고서를 접수하면 신고자에게 접수 일시를 적은 접수증을 즉시 내주어야 한다.
- ③ 주최자는 제1항에 따라 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니하게 된 경우에는 신고서에 적힌 집회 일시 24시간 전에 그 철회사유 등을 적은 철회신고서를 관할경찰관서장에게 제출하여야 한다.
- ④ 제3항에 따라 철회신고서를 받은 관할경찰관서장은 제8조제3항에 따라 금지 통고를 한 집회나 시위가 있는 경우에는 그 금지 통고를 받은 주최자에게 제3항에 따른 사실을 즉시 알려야 한다.
- ⑤ 제4항에 따라 통지를 받은 주최자는 그 금지 통고된 집회 또는 시위를 최초로 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

집시법은 옥외집회·시위에 대하여 집회가 개최되기 48시간 전까지 사전신고를 하도록 규정하고 있다.

그러나 ① 미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회인 이른바 ‘긴급집회’와 ② 집회 또는 시위의 주최자, 목적 등이 특정되지 아니하고 사실상 사전신고가 불가능한 ‘우발적 집회’도 보호되는 집회의 범위에 포함된다. 다만 긴급집회의 경우에는 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 한다.

P.389 판례내용추가

4) 장소를 이유로 한 제한

누구든지 각급 법원의 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회 또는 시위를 할 경우 형사처벌한다고 규정한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제11조 제1호 중 “각급 법원” 부분 및 제23조 제1호 중 제11조 제1호 가운데 “각급 법원”에 관한 부분이 집회의 자유를 침해하는지 여부 (적극) (2018.7.26. 2018헌바137) **헌법불합치**

법원 인근에서의 집회라 할지라도 법관의 독립을 위협하거나 재판에 영향을 미칠 염려가 없는 집회도 있다. 법원을 대상으로 한 집회라도 사법행정과 관련된 의사표시 전달을 목적으로 한 집회 등 법관의 독립이나 구체적 사건의 재판에 영향을 미칠 우려가 없는 집회도 있다. ... 심판대상조항은 법관의 독립이나 법원의 재판에 영향을 미칠 우려가 있는 집회·시위를 제한하는 데 머무르지 않고, 각급 법원 인근의 모든 옥외집회를 전면적으로 금지함으로써 법원의 균형성 원칙에도 어긋난다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 집회의 자유를 침해한다.

P.392 목차추가

8) 그 외의 사항

집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인은 특정한 사람이나 단체가 집회나 시위에 참가하는 것을 막을 수 있으나, 언론사의 기자는 출입이 보장되어야 한다. 기자는 신분증을 제시하고 기자임을 표시한 완장(腕章)을 착용하여야 한다(제4조).

집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위의 질서를 유지하여야 하고, 18세 이상의 사람을 질서유지인으로 임명할 수 있으며, 질서를 유지할 수 없으면 집회 또는 시위의 종결을 선언하여야 한다(제16조).

집회 또는 시위 주최자는 생명·신체에 위협 또는 해를 끼칠수 있는 기구를 휴대하거나 사용하는 행위 또는 다른 사람에게 이를 휴대하게 하거나 사용하게 하는 행위, 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위, 신고한 목적·일시·장소·방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위를 할 수 없고, 옥내집회의 주최자는 확성기를 설치하는 등 주변에서의 옥외 참가를 유발하는 행위를 하여서는 아니 된다(제16조).

경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다. 집회나 시위의 주최자, 질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다.(제19조)

II. 결사의 자유

1. 의의

P.395 / 판례추가

4. 제한 및 한계

새마을금고의 임원선거와 관련하여 법률에서 정하고 있는 방법 외의 방법으로 선거운동을 할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 형사처벌 하도록 정하고 있는 새마을금고법 조항 (2018.2.22. 2016헌바364)

새마을금고는 기본적으로 사법인적인 성격을 지니고 있으므로, 각 금고의 활동도 결사의 자유 보장 대상이 된다. 그리고 임원 선거에 있어서 법률에서 정하고 있는 방법 이외의 방법으로 선거운동을 할 수 없도록 하고, 이를 위반하여 선거운동을 한 사람을 처벌하는 심판대상조항은 단체의 내부적 활동을 스스로 결정하고 형성하고자 하는 결사의 자유를 제한한다. 또한, 심판대상조항은 금고에서 발행하는 선거공보 제작 및 배부, 금고에서 개최하는 합동연설회에서의 지지 호소, 전화 및 컴퓨터통신을 이용한 지지 호소의 방법을 통한 선거운동만을 허용함으로써, 임원 선거에 출마하는 후보자가 자신이 원하는 방법으로 자신의 선거공약 등을 자유롭게 표현할 자유를 제한한다.

한편 헌법 제24조에 의하여 보장되는 선거권이란 국민이 공무원을 선거하는 권리를 의미하는 것으로, 사법인적인 성격을 지니는 새마을금고의 임원 선거에서 임원을 선출하거나 선거운동을 하는 것은 헌법에 의하여 보호되는 선거권의 범위에 포함되지 아니한다.

공적인 역할을 수행하는 결사 또는 그 구성원들이 기본권의 침해를 주장하는 경우 과잉금지원칙 위반 여부를 판단함에 있어, 순수한 사적인 임의결사의 기본권이 제한되는 경우에 비하여 완화된 기준을 적용할 수 있다.

새마을금고 임원 선거의 과열과 혼탁을 방지함으로써 선거의 공정성을 담보하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 정당하고, ... 새마을금고 임원 선거는 선거인들이 비교적 소수이고, 선거인들 간의 연대 및 지역적 폐쇄성이 강하여 선거과정에서 공정성을 확보하는 데 많은 어려움이 있는데 비해 불법적인 행태의 적발이 어렵다는 특수성을 가지므로, 공직선거법에 의해 시행되는 선거에 비해 선거운동의 방법을 제한할 필요성이 인정된다. ... 따라서 심판대상조항은 청구인의 결사의 자유 및 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

P.403 판례추가

※ 재산권에 해당한다고 본 사례

- ▶ '사업인정고시가 있는 후에 3년 이상 토지가 공익용도로 사용된 경우' 토지소유자에게 매수 혹은 수용청구권을 인정한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 조항을 통하여 인정되는 '수용청구권'은 사적유용성을 지닌 것으로서 재산의 사용, 수익, 처분에 관계되는 법적 권리이므로 헌법상 재산권에 포함된다. (1994.2.24. 92헌가15)

1	▶ 광업권 : 광업권은 국가가 일정한 미채굴 광물의 채굴·취득을 위하여 부여하는 권리로서, 토지소유권과 분리된 독자적 권리이다. (2015.7.30. 2014헌바151) 도로의 지표 지하 50미터 이내의 장소에서는 관할 관청의 허가나 소유자 또는 이해관계인의 승낙이 없으면 광물을 채굴할 수 없도록 규정한 구 「광업법」 조항은, 광업권이 정당한 토지사용권 등 공익과 충돌하는 것을 조정하는 정당한 입법목적이 있고, 광업권의 특성을 감안할 때 광업권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것이므로 광업권자의 재산권을 침해하지 아니한다. (2014.2.27. 2010헌바483)
---	--

P.405 판례추가

※ 재산권에 해당하지 않는다고 본 사례

	공무원연금법이 개정되어 시행되기 전에 청구인이 이미 퇴직하여 퇴직연금을 수급할 수 있는 기초를 상실한 경우에는 공무원 퇴직연금의 수급요건을 재직기간 20년에서 10년으로 완화한 개정 공무원연금법 규정이 청구인의 재산권을 제한한다고 볼 수 없다. (2017.5.25. 2015헌마933)
14	▶ 문화재 선의취득배제 : 선의취득의 인정 여부는 무권리자로부터의 동산의 양수인이 그 소유권을 취득하기 위한 요건의 문제로서 이 사건 선의취득 배제 조항에 의하여 일정한 동산문화재의 양수인은 그 문화재의 소유권을 취득할 기회를 제한받을 뿐이며, 이러한 기회는 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리로서 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 해당하지 아니한다. (2009.7.30. 2007헌마870)
	국민연금법상 연금수급권 내지 연금수급기대권이 재산권의 보호대상인 사회보장적 급여라고 한다면 사망일시금은 사회보험의 원리에서 다소 벗어난 강제부조적·보상적 성격을 갖는 급여로 사망일시금은 헌법상 재산권에 해당하지 않는다. (2019.2.28. 2017헌마432)
	의료급여법상 의료급여수급권은 저소득 국민에 대한 공공부조의 일종으로 순수하게 사회정책적 목적에서 주어지는 권리이므로 개인의 노력과 금전적 기여를 통하여 취득되는 재산권의 보호대상에 포함된다고 보기 어렵다. (2009.9.24. 2007헌마1092)
	잠수기어업허가를 받아 키조개 등을 채취하는 직업에 종사한다고 하더라도 이는 원칙적으로 자신의 계획과 책임하에 행동하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용하는 것에 불과하므로 잠수기어업허가를 받지 못하여 상실된 이익 등 청구인 주장의 재산권은 헌법 제23조에서 규정하는 재산권의 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다. (2008.6.26. 2005헌마173)
	퇴임한 종전 이사들이 주장하는 사립학교 운영권 : 종전이사 등은 퇴임함으로써 학교운영의 주체인 학교법인과 사이에 더 이상 구체적인 법률관계가 지속되지 않고, 사립학교의 운영은 건학이념의 구현을 목적으로 하는 공익적 비영리활동으로서 사적 유용성을 본질적 요소로 하는 재산권의 보호대상이 된다고 보기도 어렵다. (2013.11.28. 2007헌마1189)

기
타

영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적 법적 여건은 그것이 청구인과 같은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다. (1996.8.29. 95헌바36)
법률이 일정한 요건을 갖춘 경우 비과세하도록 규정하는데, 비과세요건을 갖추었을 경우 얻을 수 있는 이익은 재산권의 영역에 포함되지 않는다. (2003.11.27. 2003헌바2)

P.410 판례추가

3. 재산권의 사회적 제약과 공용침해의 구별

다. 헌법재판소의 입장

가축전염병의 확산을 막기 위한 방역조치로서 도축장 사용정지·제한명령은 공익목적을 위하여 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈하거나 제한하는 헌법 제23조 제3항의 수용·사용 또는 제한에 해당하는 것이 아니라, 도축장 소유자들이 수인하여야 할 사회적 제약으로서 헌법 제23조 제1항의 재산권의 내용과 한계에 해당한다. 따라서 이에 대한 보상금은 도축장 사용정지·제한명령으로 인한 도축장 소유자들의 경제적인 부담을 완화하고 그러한 명령의 준수를 유도하기 위하여 지급하는 시혜적인 급부에 해당한다. (2015.10.21. 2012헌바367)

P.412 본문내용추가

IV. 재산권의 공용침해

1. 공용침해의 요건

공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용침해는 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 ① 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, ② 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, ③ 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다(1994.2.24. 92헌가15).

한편 재산권의 손실보상은 적법한 공용제한의 경우를 전제한 것이며, 위법한 공용제한의 경우는 원칙상 손해배상법의 법리가 적용된다.(2005.7.21. 2004헌바57)

2. 그 외 재산권

2017.7.27. 2015헌마1052 판례 두군데 삭제

공무원연금법상 퇴직연금수급자가 지방의회의원에 취임한 경우 그 재직기간 중 퇴직연금 전부의 지급을 정지하도록 규정한 공무원연금법 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 재산권을 침해한다. (2022.1.27. 2019헌바161) **위헌**

퇴직공무원의 적절한 생계 보장이라는 공무원연금제도의 취지에 비추어, 연금 지급을 정지하기 위해서는 '연금을 대체할 만한 소득'이 전제되어야 한다. 퇴직연금수급자인 지방의회의원 중 약 4분의 3에 해당하는 의원이 퇴직연금보다 적은 액수의 월정수당을 받고, 2020년 기준 월정수당이 정지된 연금월액보다 100만 원 이상 적은 지방의회의원도 상당 수 있다. 월정수당은 지방자치단체에 따라 편차가 크고 안정성이 낮다. 이 사건 구법 조항과 같이 소득 수준을 고려하지 않으면 재취업 유인을 제공하지 못하여 정책목적 달성에 실패할 가능성도 크다.

종래 이와 견해를 달리하여 이 사건 구법 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌법재판소 결정(헌재 2017. 7. 27. 2015헌마1052)은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 이를 변경한다.

토지의 협의취득 또는 수용 후 당해 공익사업이 다른 공익사업으로 변경되는 경우에 당해 토지의 원소유자 또는 그 포괄승계인의 환매권을 제한하고, 환매권 행사기간을 변환 고시일부터 기산하도록 한 구「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 조항은 이들의 재산권을 침해하지 않는다. (2012.11.29. 2011헌바49)

이 사건 법률조항은 수용된 토지가 애초의 사업목적의 폐지·변경되었다는 사유만으로 다른 공익사업을 위한 필요가 있음에도 예외 없이 원소유자에게 당해 토지를 반환하고 나서 다시 수용절차를 거칠 경우 발생할 수 있는 행정력 낭비를 막고 소유권 취득 지연에 따른 공익사업 시행에 차질이 없도록 하려는 것이므로, 입법목적이 정당하며, 이 사건 법률조항은 이를 위하여 적절한 수단이다.

▶ 토지의 가격이 취득일 당시에 비하여 현저히 상승한 경우 환매금액에 대한 협이가 성립하지 아니한 때에는 사업시행자로 하여금 환매금액의 증액을 청구할 수 있도록 한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 조항은 개발이익은 토지의 취득 당시의 객관적 가치에 포함된다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 입법형성권의 한계를 일탈하여 환매권자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다. (2016.9.29. 2014헌바400)

▶ 소액임차인이 보증금 중 일부를 우선하여 변제받으려면 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 대항력을 갖추어야 한다고 규정한 「주택임대차보호법」 조항은 담보권자 등 이해관계인을 보호하기 위해 필요한 최소한의 조치라고 볼 수 있으므로 입법형성의 한계를 벗어나 청구인의 재산권을 침해한다고 보기 어렵다. (2020.8.28. 2018헌바422)

▶ 농지소유자가 농지를 농업경영에 이용하지 아니하여 농지처분명령을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니하는 경우, 당해 농지가액의 100분의 20에 상당하는 이행강제금을 그 처분명령이 이행될 때까지 매년 1회 부과할 수 있도록 한 것은 농지를 자유롭게 이용할 수 있는 개인의 권리의 제한에 비하여, 농지의 효율적인 이용과 관리를 통하여 국민의 안정적 식량생산기반을 유지하고 헌법상의 경자유전원칙을 실현한다는 공적 이익이 훨씬 크므로, 재산권을 침해하지 아니한다. (2010.2.25. 2008헌바116)

▶ ① 구 「공유재산 및 물품 관리법」상 공유의 잡종재산을 무단점유하는 사람에 대하여 행정청이 통상적인 대부료의 120%에 상당하는 변상금을 징수할 수 있도록 한 규정은 공유의 잡종재산의 효율적인 보존·관리라는 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 헌법상 평등원칙에 반하지 아니하고, 재산권을 침해하지도 아니한다. ② 공유의 잡종재산의 무단점유자에 대하여는 변상금 감액조정조항의 적용을 배제하도록 한 것은, 변상금의 액수가 통상의 대부료나 무단점유로 인한 부당이득금에 비하여 지나치게 과도하다고 할 수도 없어 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다. (2010.3.25. 2009헌바96)

▶ 국채의 원금 및 이자의 소멸시효를 5년으로 규정한 이 사건 국채법 조항은 국가의 채권·채무관계를 조기에 확정하여 재정을 합리적으로 운용하기 위한 합리적인 이유가 있고, 5년의 단기시효기간이 채권자의 재산권을 본질적으로 침해할 정도로 지나치게 짧고 불합리하다고 할 수 없으므로 헌법 제23조 제1항의 재산권보장 규정에 위반된다고 볼 수 없다. (2010.4.29. 2009헌바120)

▶ 등기부 취득시효(부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.)를 규정한 민법 제245조 제2항은 원소유자의 재산권을 침해하지 아니한다. 10년간 소유권을 행사하지 아니한 자보다는 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의·무과실로 부동산을 점유하면서 등기한 자의 부동산에 대한 이해관계가 두텁고, 사실상태가 오랜 기간 계속된 경우 이를 신뢰한 자를 보호하고 법률질서의 안정을 기할 필요가 있다. (2016.2.25. 2015헌바257)

▶ 「친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법」(이하 '친일재산귀속법'이라 한다)에 따라 그 소유권이 국가에 귀속되는 '친일재산'의 범위를 '친일반민족행위자가 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주위에 협력한 대가로 취득하거나 이를 상속받은 재산 또는 친일재산임을 알면서 유증 증여를 받은 재산'으로 규정하고 있는 친일재산귀속법 조항은 재산권을 침해하지 않는다. (2018.4.26. 2017헌바88)

▶ 면책을 받은 채무자에 대하여 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임을 면제하는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 규정은 채권자들에 대한 공평한 변제를 확보하고 채무자의 경제적 재기의 기회를 부여하려는 것으로서 파산채권자의 재산권을 침해한다고 할 수 없다. (2013.3.21. 2012헌마569)

▶ 회사정리절차에 있어서 정리채권 등의 추완신고는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다고 규정한 구 회사정리법 조항은 이해관계인의 헌법상 재산권을 침해하지 아니한다. 만일 정리계획안의 심리가 종결된 후의 추완신고를 인정하면 이러한 채권은 정리계획안에 반영되지 않았으므로 이를 반영한 정리계획안을 다시 작성하여 관계인집회에서 재차 심리해야 하는 등 시간과 비용면에서 큰 부담을 주어 회사정리절차가 순조롭게 진행되는 것을 막을 우려가 있기 때문이다. (2002.10.31. 2001헌바59)

P.420 판례추가

Ⅵ. 특별부담금의 헌법적 한계

1. 특별부담금의 의의 및 유형

조세의 부과·징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙으로 재산권의 침해가 되지 않지만 그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게되는 경우에는 그것도 재산권의 침해가 될 수 있다. (1997.12.24. 96헌가19)

P.428 판례추가

Ⅲ. 내용

헌법재판소 결정례

변호사시험 성적의 비공개를 규정한 관련 법 조항은 성적 공개 청구인들의 법조인으로서의 직역 선택이나 직업수행에 있어서 어떠한 제한을 두고 있는 것은 아니므로 성적 공개 청구인들의 직업선택의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 없다. (2015.6.25. 2011헌마769)

P.433 판례추가

※ 직업수행의 자유 합헌 결정례

의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 없다고 규정한 의료법 조항은 의료인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다. (2019.8.29. 2014헌바212)

이 사건 법률조항은 의료인으로 하여금 하나의 의료기관에서 책임 있는 의료행위를 하게 하여 의료행위의 질을 유지하고, 지나친 영리추구로 인한 의료의 공공성 훼손 및 의료서비스 수급의 불균형을 방지하며, 소수의 의료인에 의한 의료시장의 독과점 및 의료시장의 양극화를 방지하기 위한 것이다. … 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하기 위하여 1인의 의료인에 대하여 운영할 수 있는 의료기관의 수를 제한하고 있는 입법자의 판단이 입법재량을 명백히 일탈하였다고 보기는 어렵다. (명확성 원칙 위반×, 과잉금지원칙 위반×, 신뢰보호원칙 위반×, 평등원칙 위반×)

25

▶ **학원이나 체육시설에서 어린이통학버스를 운영하는 자로 하여금 어린이통학버스에 반드시 보호자를 동승하여 운행하도록 한 「여객자동차 운수사업법」조항** : 어린이 등이 안전사고 위험으로부터 벗어나 안전하고 건강한 생활을 영위하도록 하기 위한 것이다. 어린이통학버스의 동승보호자는 운전자와 함께 탑승함으로써 승·하차 시 뿐만 아니라 운전자만으로 담보하기 어려운 ‘차량 운전 중’ 또는 ‘교통사고 발생 등의 비상상황 발생 시’ 어린이 등의 안전을 효과적으로 담보하는 중요한 역할을 하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 보호자동승조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. (2020.4.23. 2017헌마479)

P.441 판례 내용 수정

★ 객관적 사유로 인한 직업선택의 자유 침해 결정례

법무사시험을 반드시 정기적으로 실시하도록 한 법무사법 제4조 제1항 제2호의 취지에 반하여 법무사시험의 실시여부를 전적으로 법원행정처장의 자유재량에 맡김으로써 법원행정처장이 법무사시험을 실시하지 아니할 수도 있게 규정한 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 모든 국민에게 부여된 법무사 자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈한 것이어서 평등권과 직업선택의 자유를 침해한다. (1990.10.15. 89헌마178) **위헌**

법무사법 제4조 제2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 ‘법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항’이란 시험과목·합격기준·시험실시방법·시험실시시기·실시횟수 등 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시 여부까지도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다.

P.448 조문추가

소비자기본법 제32조(보조금의 지급) 국가 또는 지방자치단체는 등록소비자단체의 건전한 육성·발전을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 보조금을 지급할 수 있다.

P.448 판례 본문 내용 추가

소비자불매운동에 적용된 업무방해죄 등 위헌소원 사건 - 헌법이 보장하는 소비자보호운동의 일환으로 행해지는 소비자불매운동이 헌법적 허용한계를 가지는지 여부(적극)(2011.12.29. 2010헌바54)

(일간신문에 대한 불매운동의 수단으로 해당 신문에 광고를 게재하는 광고주들을 대상으로 한 조직적으로 계획된 비정상적인 전화공세는, 그 내용의 정당성 여부를 떠나서 계속해서 걸려오는 전화 그 자체만으로도 심리적 압박과 두려움을 느낄 정도의 물리적 행사로서 사회통념의 허용한도를 벗어나 피해자의 자유의사를 제압하기에 족한 ‘위력’이 될 수 있다. ... ‘위력에 의한 업무방해죄’의 구성요건을 대부분 충족시킨다.)

소비자불매운동에 적용된 업무방해죄 등 위헌소원 사건 - 헌법이 보장하는 소비자보호운동의 일환으로 행해지는 소비자불매운동이 헌법적 허용한계를 가지는지 여부(적극)(2011.12.29. 2010헌바54)

헌법 제124조는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.”고 규정하고 있는 바, 헌법이 보장하는 소비자보호운동이란 ‘공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 소비자의 제반 권익을 증진할 목적으로 이루어지는 구체적 활동’을 의미하고, 단체를 조직하고 이를 통하여 활동하는 형태, 즉 근로자의 단결권이나 단체행동권에 유사한 활동뿐만 아니라, 하나 또는 그 이상의 소비자가 동일한 목표로 함께 의사를 합치하여 벌이는 운동이면 모두 이에 포함된다 할 것이다.

위 소비자보호운동의 일환으로서, 구매력을 무기로 소비자가 자신의 선호를 시장에 실질적으로 반영하려는 시도인 소비자불매운동은 모든 경우에 있어서 그 정당성이 인정될 수는 없고, 헌법이나 법률의 규정에 비추어 정당하다고 평가되는 범위에 해당하는 경우에만 형사책임이나 민사책임이 면제된다고 할 수 있다. 불매운동의 목표로서의 '소비자의 권익'이란 원칙적으로 사업자가 제공하는 물품이나 용역의 소비생활과 관련된 것으로서 상품의 질이나 가격, 유통구조, 안전성 등 시장적 이익에 국한된다.

우선, i) 객관적으로 진실한 사실을 기초로 행해져야 하고, ii) 소비자불매운동에 참여하는 소비자의 의사결정의 자유가 보장되어야 하며, iii) 불매운동을 하는 과정에서 폭행, 협박, 기물파손 등 위법한 수단이 동원되지 않아야 하고, iv) 특히 물품 등의 공급자나 사업자 이외의 제3자를 상대로 불매운동을 벌일 경우 그 경위나 과정에서 제3자의 영업의 자유 등 권리를 부당하게 침해하지 않을 것이 요구된다. 이 경우 제3자의 정당한 영업의 자유 기타 권리를 부당하게 제한하거나 위축시키는지 여부는, 불매운동의 취지나 목적, 성격에 비추어 볼 때, 제3자를 불매운동 대상으로 선택해야 할 필요성이 있었는지, 또한 제3자를 대상으로 이루어진 불매운동의 내용과 그 경위 및 정도와 사이에 긴밀한 상관관계가 존재하는지를 기준으로 결정될 수 있을 것이다.

P.454 본문내용추가

2) 선거권의 범위 - 지방자치단체장 선거권도 포함되는지 여부

국민대표기관의 선출을 위한 대통령, 국회의원 선거와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선출을 위한 지방선거는 대의제 민주주의의 구현방법이라는 점에서는 동일한 의미의 선거라고 할 수 있으나, 헌법은 이러한 선거제도를 규정하는 방식에 차이를 두고 있다. 즉 우리 헌법은 국회의원(제41조 제1항)과 대통령(제67조 제1항) 및 지방의회의원(118조 제2항)의 선출에 관하여는 선거를 통해야 함을 천명하고 있으나, 지방자치단체의 장에 대해서는 헌법 제118조 제2항에서 「지방자치단체의 장의 '선임방법'에 관한 사항은 법률로 정한다.」라고만 규정하여 지방의회의원의 '선거'와는 문언상 구별하고 있으므로, 지방자치단체의 장 선거권이 헌법상 보장되는 기본권인지 여부가 문제된다.

P.456 판례추가

나. 공무담임권

헌법재판소 결정례

- ▶ 공무담임권은 공직취임의 기회 균등뿐만 아니라 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구한다. (2018.7.26. 2017헌마1183)

4) 공무담임권의 제한에 대한 위헌심사기준

총장후보자 지원자에게 기탁금 1,000만 원을 납부하도록 한 '전북대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정' 제15조 제3항이 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극) (2018.4.26. 2014헌마274) 위헌

현행 총장후보자 선정규정에 따르면 총장후보자는 간선제 방식에 따라 선출하고, 지원자에게 허용되는 선거운동 방법은 총장후보자 추천위원회(이하 '추천위원회'라 한다) 위원을 대상으로 한 합동연설회밖에 없다. 이러한 현행 간선제 방식 하에서는 지원자들의 무분별한 난립과 선거 과열 문제가 발생할 여지가 적다. ... 이 사건 기탁금조항의 1,000만 원 액수는 교원 등 학내 인사뿐만 아니라 일반 국민들 입장에서도 적은 금액이 아니다. 여기에, 추천위원회의 최초 투표만을 기준으로 기탁금 반환 여부가 결정되는 점, 일정한 경우 기탁자 의사와 관계없이 기탁금을 발전기금으로 귀속시키는 점 등을 종합하면, 이 사건 기탁금조항의 1,000만 원이라는 액수는 자력이 부족한 교원 등 학내 인사와 일반 국민으로 하여금 총장후보자 지원 의사를 단념토록 하는 정도에 해당한다. 이러한 사정들을 종합하면, 이 사건 기탁금조항은 침해의 최소성에 반한다.

대구교육대학교 총장임용후보자선거에서 후보자가 되려는 사람은 1,000만 원의 기탁금을 납부하도록 규정한 '대구교육대학교 총장임용후보자 선정규정' 기탁금납부조항은 과잉금지원칙에 위배되어 후보자가 되려는 청구인의 공무담임권을 침해하지 않는다. (2021.12.23. 2019헌마825)

대구교육대학교는 총장임용후보자선거에서 직선제를 채택하면서 다양한 방법의 선거운동을 허용하고 있으므로, 선거가 과열되거나 혼탁해질 위험성이 증대되었다. 기탁금 제도를 두는 대신에 피선거권자의 자격 요건을 강화하면 공무담임권이 오히려 더 제한될 소지가 있고, 추천인 요건을 강화하는 경우 사전 선거운동이 과열될 수 있으며, 선거운동 방법의 제한 및 이에 관한 제재를 강화하면 선거운동이 위축될 염려도 있다. 이 사건 기탁금납부조항이 규정하는 1,000만 원이라는 기탁금액이 후보자가 되려는 사람이 납부할 수 없을 정도로 과다하다거나 후보자의 의사를 단념케 할 정도로 과다하다고 할 수도 없다.

2. 청원대상기관

청원법 제4조(청원기관) 이 법에 따라 국민이 청원을 제출할 수 있는 기관(이하 “청원기관”이라 한다)은 다음 각 호와 같다.

1. 국회·법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한 다)과 그 소속 기관
2. 지방자치단체와 그 소속 기관
3. 법령에 따라 행정권한을 가지고 있거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인

교육의원후보자가 되려는 사람은 5년 이상의 교육경력 또는 교육행정경력을 갖추도록 규정한 구「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」의 해당 조항은 이러한 경력을 갖추지 못한 청구인들의 공무담임권을 침해하지 않는다. (2020.9.24. 2018헌마444)

교육전문가가 교육·학예에 관한 중요안건을 심의·의결할 수 있도록 하여 교육의 전문성을 확보하고, 교육이 외부의 부당한 간섭에 영향 받지 않도록 교육의 자주성을 달성하기 위한 것이다.

행정5급 일반임기제공무원에 관한 경력경쟁채용시험에서 '변호사 자격 등록'을 응시자격요건으로 하는 방위사업청장의 공고는 변호사 자격을 가졌으나 변호사 자격 등록을 하지 아니한 청구인들의 공무담임권을 침해하지 않는다. (2019.8.29. 2019헌마616)

대한변호사협회에 등록된 변호사로서 실제 변호사의 업무를 수행한 경력이 있는 사람을 우대하는 한편, 임용예정자에게 변호사등록 거부사유 등이 있는지를 대한변호사협회의 검증절차를 통하여 확인받도록 하는 데 목적이 있다. 이 사건 공고가 응시자격요건으로 변호사 자격 등록을 요구하는 것은 이러한 목적, 그리고 지원자가 채용예정직위에서 수행할 업무 등에 비추어 합리적이다. 인사권자인 피청구인은 경력경쟁채용시험을 실시하면서 응시자격요건을 구체적으로 어떻게 정할 것인지를 판단하고 결정하는 데 재량이 인정되는데, 이 사건 공고가 그 재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다.

「고등교육법」상 심판대상 조항이 성인에 대한 성폭력범죄 행위로 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받고 확정된 자에 한하여 「고등교육법」상의 교원으로 임용할 수 없도록 한 것은, 죄형법정주의 및 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 할 수 없다. (2020.12.23. 2019헌마502)

고등교육법상의 교원은 학생에 대하여 폭넓게 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 점, 학생을 상대로 성폭력범죄를 저지르는 경우 학생으로서는 이러한 교원의 부당한 행위에 저항하기 힘든 취약한 지위에 있게 되는 점 등에 비추어 보면, 성폭력범죄를 범하는 대상과 형의 종류에 따라 성폭력범죄에 관한 교원으로서의 최소한의 자격기준을 설정하였다고 할 것이다.

아동·청소년대상 성범죄 행위로 형을 선고받아 확정된 사람은 초·중등교육법상의 교원에 임용될 수 없도록 한 법률 규정은 공무담임권을 침해하지 아니한다. (2019.7.25. 2016헌마754)

III. 청원법 이외의 관련 법률

청원법 제3조(적용범위) 국회와 지방의회에 대해서는 제8조부터 제10조까지, 제11조제2항, 제13조부터 제15조까지 및 제21조부터 제23조까지를 적용하지 아니한다.

국회법 제123조 (청원서의 제출) ① 국회에 청원을 하려는 자는 **의원의 소개**를 받거나 국회규칙으로 정하는 기간 동안 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아 청원서를 제출하여야 한다.

③ 청원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 접수하지 아니한다.

1. 재판에 간섭하는 내용의 청원
2. 국가기관을 모독하는 내용의 청원
3. 국가기밀에 관한 내용의 청원

제124조(청원요지서의 작성과 회부) ① 의장은 청원을 접수하였을 때에는 청원요지서를 작성하여 인쇄하거나 전산망에 입력하는 방법으로 각 의원에게 배부하는 동시에 그 청원서를 소관 위원회에 회부하여 심사하게 한다.

제125조(청원 심사·보고 등) ① 위원회는 청원 심사를 위하여 청원심사소위원회를 둔다.

② 위원장은 폐회 중이거나 그 밖에 필요한 경우 청원을 바로 청원심사소위원회에 회부하여 심사보고하게 할 수 있다.

③ 청원을 소개한 의원은 소관 위원회 또는 청원심사소위원회의 요구가 있을 때에는 청원의 취지를 설명하여야 한다.

④ 위원회는 의결로 위원이나 전문위원을 현장이나 관계 기관 등에 파견하여 필요한 사항을 파악하여 보고하게 할 수 있으며, 필요한 경우 청원인·이해관계인 및 학식·경험이 있는 사람으로부터 진술을 들을 수 있다.

⑤ 위원회는 청원이 회부된 날부터 90일 이내에 심사 결과를 의장에게 보고하여야 한다. 다만, 특별한 사유로 그 기간 내에 심사를 마치지 못하였을 때에는 위원장은 의장에게 중간보고를 하고 60일의 범위에서 한 차례만 심사 기간의 연장을 요구할 수 있다.

⑦ 위원회에서 본회의에 부의하기로 결정한 청원은 의견서를 첨부하여 의장에게 보고한다.

⑧ 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정한 청원은 그 처리 결과를 의장에게 보고하고, 의장은 청원인에게 알려야 한다. 다만, 폐회 또는 휴회 기간을 제외한 7일 이내에 의원 30명 이상의 요구가 있을 때에는 이를 본회의에 부의한다.

제126조 (정부이송과 처리보고) ① 국회가 채택한 청원으로서 **정부에서 처리함이 타당하다고 인정되는 청원**은 의견서를 첨부하여 정부에 이송한다.

지방자치법 제85조 (청원서의 제출) ① 지방의회에 청원을 하려는 자는 지방의회의원의 소개를 받아 청원서를 제출하여야 한다.

제86조 (청원의 불수리) 재판에 간섭하거나 법령에 위배되는 내용의 청원은 수리하지 아니한다.

제87조(청원의 심사·처리) ① 지방의회의 의장은 청원서를 접수하면 소관 위원회나 본회의에 회부하여 심사를 하게 한다.

② 청원을 소개한 지방의회의원은 소관 위원회나 본회의가 요구하면 청원의 취지를 설명하여야 한다.

③ 위원회가 청원을 심사하여 본회의에 부칠 필요가 없다고 결정하면 그 처리 결과를 지방의회의 의장에게 보고하고, 지방의회의 의장은 청원한 자에게 알려야 한다.

제88조 (청원의 이송과 처리보고) ① 지방의회가 채택한 청원으로서 **그 지방자치단체의 장이 처리하는 것이 타당하다고 인정되는 청원**은 의견서를 첨부하여 지방자치단체의 장에게 이송한다.

P.468 판례추가

공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 사건 해결의 청탁 등을 명목으로 금품을 수수하는 행위를 규제하는 변호사법 조항이 일반적 행동의 자유와 청원권을 침해하는지 여부(소극) (2012.4.24. 2011헌바40)

청원권 행사를 위한 청원사항이나 청원방식, 청원절차 등에 관해서는 입법자가 그 내용을 자유롭게 형성할 재량권을 가지고 있으므로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 사항의 청탁에 관해 금품을 수수하는 등의 행위를 청원권의 내용으로서 보장할지 여부에 대해서도 입법자에게 폭넓은 재량권이 주어져 있다. ... 유상 로비활동을 허용할 것인지 여부나 시기는 입법자가 판단할 사항인데 우리 사회에서 그간 로비가 공익이 아닌 특정 개인이나 집단의 사익을 추구하는 도구로 이용되어 왔었던 점을 부인할 수 없어 도입되지 않은 상황이며 공무의 공정성 확보의 중요성을 고려할 때 이에 대해 형사처벌을 하는 것이 과도하다고 할 수 없고 법익 균형성도 갖추었다고 할 것이므로, 일반적 행동의 자유 내지 청원권을 침해하지 아니한다.

P.469 본문내용추가

제3절 재판청구권

II. 법적 성격

국민이 재판을 통하여 권리보호를 받기 위해서는 그 전에 최소한 법원조직법에 의하여 법원이 설립되고 민사소송법 등 절차법에 의하여 재판관할이 확정되는 등 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로, 재판청구권에 대해서는 입법자의 입법재량이 인정된다(2013.3.21. 2011헌바219).

법원은 위 기본권에 근거해서 법령에 정한 국민의 정당한 재판청구행위에 대하여만 재판을 할 의무를 부담한다고 할 것이고, 법령이 규정하지 아니한 재판청구행위에 대하여까지 헌법상의 재판청구권에서 유래한 재판을 할 작위 의무가 법원에 있다고 할 수는 없다. (1994.6.30. 93헌마161)

P.470 본문내용 추가

나. 구체적 검토

1) 배심제·참심제

나) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률

국민참여재판은 사법권의 민주적 정당성을 위한 것으로서 모든 국가권력이 국민의 의사에 기초해야 한다는 국민주권주의에 근거하고 있다.

P.472 판례추가

국민참여재판을 받을 권리는 헌법상 기본권으로서 보호될 수는 없지만, 재판참여법에서 정하는 대상 사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 법률상 권리를 가진다고 할 것이고, 이러한 형사소송절차상의 권리를 배제함에 있어서는 헌법에서 정한 적법절차원칙을 따라야 한다. (2014.1.28. 2012헌바298)

참여재판 배제사유를 일일이 열거하는 것은 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률이 국민참여재판의 일반적 배제사유로 '그 밖에 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우'라고 규정한 것은 적법절차원칙에 위배되지 아니한다. (2014.1.28. 2012헌바298)

P.476 판례추가

2) 대법원의 재판을 받을 권리

상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 이에 기속된다. (대법원 2004.9.24. 2003도4781)

P.480 본문내용추가

4. 신속한 재판을 받을 권리

신속한 재판을 받을 권리는 주로 피고인의 이익을 보호하기 위하여 인정된 기본권이지만 동시에 실체적 진실발견, 소송경제, 재판에 대한 국민의 신뢰와 형벌목적의 달성과 같은 공공의 이익에도 근거가 있기 때문에 어느 면에서는 이중적인 성격을 갖고 있다고 할 수 있어, 형사사법체제 자체를 위하여서도 아주 중요한 의미를 갖는 기본권이다(1990.6.3. 90헌마44). 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리의 적용범위에는 판결절차 외에 집행절차도 포함되고, 일반적으로 민사상의 분쟁해결에 있어서 판결절차가 권리 또는 법률관계의 존부의 확정, 즉 청구권의 존부의 관념적 형성을 목적으로 하는 절차라면 강제집행절차는 권리의 강제적 실현, 즉 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 강제집행절차에서는 판결절차에 있어서보다 신속성이 더욱 강하게 요청된다고 할 것이다(2012.2.23. 2011헌바14). 이러한 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다. (1999.9.16. 98헌마75)

P.482 판례추가

5. 공개재판을 받을 권리

3) 방청 및 보도의 제한

피고인이나 변호인에 의한 공판정에서의 녹취는 진술인의 인격권 또는 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해로 수반하고, 실제적 진실발견 등 다른 법익과 충돌할 개연성이 있으므로, 녹취를 금지해야 할 필요성이 녹취를 허용함으로써 달성하고자 하는 이익보다 큰 경우에는 녹취를 금지 또는 제한함이 타당하다. (1995.12.8. 91헌마114)

P.483 / 판례추가

6. 공정한 재판을 받을 권리

영상물에 수록된 '19세 미만 성폭력범죄 피해자'(이하 '미성년 피해자'라 한다)의 진술에 관하여 조사 과정에 등석하였던 신뢰관계인 내지 진술조력인의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 정한 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. (2021.12.23. 2018헌바524) **위헌**

피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하지 않더라도, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시하거나, 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문 등 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도를 적극 활용함으로써 위 조항의 목적을 달성할 수 있다. 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 때, 심판대상조항이 달성하려는 공익이 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다고 쉽게 단정하기는 어렵다.

P.484 판례 본문 중 내용 추가

6. 공정한 재판을 받을 권리

사법경찰관인 피청구인이 위험발생의 염려가 없음에도 불구하고 사건종결 전에 압수물을 폐기한 행위가 적법절차의 원칙에 반하고, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극) (2012.12.27. 2011헌마351) **인용(위헌확인)**

압수물은 검사의 이익을 위해서 뿐만 아니라 이에 대한 증거신청을 통하여 무죄를 입증하고자 하는 피고인의 이익을 위해서도 존재하므로 사건종결 시까지 이를 그대로 보존할 필요성이 있다. ... 설사 피압수자의 소유권포기가 있다 하더라도 폐기가 허용되지 아니한다고 해석하여야 한다. 피청구인은 이 사건 압수물을 보관하는 것 자체가 위험하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이를 보관하는 데 아무런 불편이 없는 물건임이 명백함에도 압수물에 대하여 소유권포기가 있다는 이유로 이를 사건종결 전에 폐기하였는바, 위와 같은 피청구인의 행위는 적법절차의 원칙을 위반하고, 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.

P.486 판례추가

V. 재판청구권의 제한

2. 법률에 의한 일반적 제한

금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대해서는 집행유예를 하지 못하도록 규정하고 있는 「형법」 제62조 제1항 단서는 정당한 재판을 받을 권리 및 법관의 양심에 따른 재판권을 침해하지 않는다. (2005.6.30. 2003헌바49)

민사소송법이 통상의 불복방법이 없는 결정·명령에 대하여도 재판에 영향을 미친 헌법 또는 법률의 위반이 있는 때에는 대법원에 불복할 수 있도록 특별항고제도를 두고 있으므로, 가집행선고부 판결에 대한 집행정지의 재판에 대하여 불복을 신청할 수 없도록 규정하고 있다고 하더라도 헌법에 위반된다고 볼 수 없다. (1993.11.25. 91헌바8)

권리남용으로 인한 패소의 경우에 소송비용 부담에 관한 별도의 예외 규정을 두지 않았다고 하더라도 민사소송법 제98조가 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다. (2013.5.30. 2012헌바335)

변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자의 부담으로 한 것은 정당한 권리행사를 위하여 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 실효적인 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적인 운영을 도모하려는 데 취지가 있다고 할 것이므로 청구인의 재판청구권을 침해하는 것이 아니다. (2002.4.25. 2001헌바20)

P.488 판례추가

V. 재판청구권의 제한

헌법소원심판에 있어 반드시 변호사를 대리인으로 선임하도록 규정하고 있는 헌법재판소법 조항은 재판청구권을 침해하지 않는다. (2010.3.25. 2008헌마439)

헌법소원심판의 경우에는 당사자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 때 또는 공익상 필요한 때에는 국가의 비용으로 변호사를 대리인으로 선임하여 주는 국선대리인제도가 마련되어 있고(법 제70조), 변호사가 선임되어 있는 경우에도 당사자 본인이 스스로의 주장과 자료를 헌법재판소에 제출하여 재판청구권을 행사하는 것이 봉쇄되어 있지 않는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

P.489 판례추가

VI. 형사피해자의 재판절차진술권

형사피해자에게 약식명령을 고지하지 않도록 규정한 것은 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하지 않는다. (2019.9.26. 2018헌마1015)

형사피해자는 약식명령을 고지받지 않으나, 신청을 하는 경우 형사사건의 진행 및 처리 결과에 대한 통지를 받을 수 있고, 고소인인 경우에는 신청 없이도 검사가 약식명령을 청구한 사실을 알 수 있어, 법원이나 수사기관에 자신의 진술을 기재한 진술서나 탄원서 등을 제출하는 등 의견을 밝힐 수 있는 기회를 가질 수 있다.

형사피해자를 정식재판청구권자에서 제외하고 있는 형사소송법 조항은 형사피해자의 재판절차진술권을 침해하지 않는다. (2019.9.26. 2018헌마1015)

형사피해자에게 정식재판청구권을 인정하게 된다면 공공의 이익을 위하여 실현되어야 할 형벌권을 형사피해자의 사적 응보관념에 의존하게 만들어 형벌의 목적에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 남소로 인한 법원의 업무량 폭증으로 본래 약식절차를 도입함으로써 달성하고자 하였던 신속한 재판과 사법자원의 효율적인 배분을 통한 국민의 재판청구권 보장이라는 목적을 저해할 위험도 있다.

P.491 판례추가

제4절 국가배상청구권

II. 법적 성격

헌법상의 국가배상청구권에 관한 규정은 국가배상청구권을 청구권적 기본권으로 보장하며, 국가배상청구권은 그 요건에 해당하는 사유가 발생한 개별 국민에게는 금전청구권으로서의 재산권으로 보장된다. (2015.4.30. 2013헌바395)

국가배상제도에 피해자구제기능 및 손해분산기능이 있는 것 외에 제재기능 및 위법행위 억제기능이 있다는 것이 일반적으로 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 헌법상 국가배상책임은 공무원의 책임을 일정 부분 전제하는 것으로 해석될 수 있다. (2015.4.30. 2013헌바395)

P.492 본문내용수정

IV. 내용

1. 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가배상청구권

가. 요건

공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가배상이 성립하기 위해서는 ① 공무원의, ② 직무상, ③

고의 또는 과실로 ④ 위법하게 ⑤ 타인에게 손해가 발생하고, ⑥ 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 존재할 것의 요건이 필요하다.

나. 구체적 내용

1) 공무원

‘공무원’이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고 있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 이에 포함된다(최광의의 공무원)(2001.1.5. 98다39060). 따라서 공무를 수탁받은 사인도 국가배상법상 ‘공무원’에 포함된다. 이에 따라 판례는 소집중인 향토예비군, 소방원, 시 청소차 운전자, 집행관, 카투사, 교통할아버지, 전투경찰순경, 통장 등은 국가배상책임에서 말하는 ‘공무원’에 해당한다고 본다. 그러나 의용소방대원, 시영버스운전자, 법령에 의해 대집행권한을 위탁받은 한국토지공사 등의 경우에는 공무원이 아니라고 본다.

P.496 조문내용수정

VII. 국가배상청구의 절차

제10조(배상심의회)

③ 본부심의회와 특별심의회와 지구심의회는 법무부장관의 지휘를 받아야 한다.

P.500 본문내용추가

제5절 형사보상청구권

I. 의의

형사보상청구권이란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 경우에 국가에 대하여 물질적·정신적 피해에 대한 정당한 보상을 청구할 수 있는 권리를 말한다.¹⁾ 형사보상청구권은 국가의 형사사법작용에 의해 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민을 구제하기 위하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 일반적인 사법(私法)상의 권리보다 더욱 확실하게 보호되어야 할 권리이다.

1) 형사보상청구권은 1849년 독일 프랑크푸르트 헌법에서 최초로 규정되었고, 우리 헌법에서는 제헌헌법에서 형사피고인의 보상청구권 규정을 두고 있었다. 이후 제8차 개헌(1980년, 제5공화국 헌법)에서 ‘정당한’보상을 청구할 수 있다는 부분이 신설되었고, 제9차 개헌(1987년, 현행헌법)에서 형사피의자에 대한 보상 부분이 신설되었다.

P.502 조문추가

4. 형사피의자의 형사보상청구권

형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제27조 (피의자에 대한 보상) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 피의자보상의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.

1. 본인이 수사 또는 재판을 그르칠 목적으로 거짓 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 구금된 것으로 인정되는 경우
2. 구금기간 중에 다른 사실에 대하여 수사가 이루어지고 그 사실에 관하여 범죄가 성립한 경우
3. 보상을 하는 것이 선량한 풍속이나 그 밖에 사회질서에 위배된다고 인정할 특별한 사정이 있는 경우

P.502 판례내용추가

4. 형사피의자의 형사보상청구권

헌법재판소 결정례

형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 규정하고 있는 형사보상법 조항이 헌법 제28조에 위반된다. (2010.7.29. 2008헌가4) 헌법불합치

형사보상청구에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가의 문제는 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨져 있는 것이지만, 그 청구기간이 지나치게 단기간이거나 불합리하여 무죄재판이 확정된 형사피고인이 형사보상을 청구하는 것을 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 헌법이 보장하는 형사보상청구권을 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다. ... 이 사건 법률조항에서 형사보상청구에 관한 제척기간을 두고 있는 것은 형사보상에 관한 국가의 채무 관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운영하기 위한 것이므로, 이는 공공복리를 추구하기 위한 정당한 입법 목적이라 할 것이다. ... 그러나 형사피고인은 당사자가 책임질 수 없는 사유에 의하여 무죄재판의 확정사실을 모를 수 있는 가능성이 있으므로, 형사피고인이 책임질 수 없는 사유에 의하여 제척기간을 도과할 가능성이 있는바, 이는 국가의 잘못된 형사사법작용에 의하여 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민의 기본권을 사법상의 권리보다도 가볍게 보호하는 것으로서 부당하다.

P.503 내용추가

4. 형사피의자의 형사보상청구권

※ 참고 - 형사비용보상청구권 (2015.4.30. 2014헌바408)

- ① 우리 헌법은 1948. 7. 17. 제정 당시부터 구금되었던 피고인의 형사보상청구권을 헌법상 기본권으로 인정하여 왔고, 이에 따라 1958. 8. 13. 형사보상법을 제정하여 무죄판결이 확정된 사람에게 구금에 대한 보상과 형 집행에 대한 보상을 규정해 왔다. 한편, 2007. 6. 1. 형사소송법이 개정되면서 기존의 형사보상제도와는 별개로 무죄판결이 확정된 피고인이 구금 여부와 상관없이 재판에 들어간 비용의 보상을 법원에 청구할 수 있도록 하는 내용의 비용보상청구 제도가 마련되었다. 형사소송법 제194조의2 내지 제194조의5에 따른 비용보상청구 제도는 형사사법 절차에 내재하는 불가피한 위험성으로 인해 손해를 입은 사람에게 그 위험에 관한 부담을 덜어주기 위해 국가의 고의나 과실 여부를 불문하고 그 손해를 보상해주는 것이다. 이는 구금되었음을 전제로 하는 헌법 제28조의 형사보상청구권이나 국가의 귀책사유를 전제로 하는 헌법 제29조의 국가배상청구권이 헌법적 차원에서 명시적으로 규정되어 보호되고 있는 것과 달리, 입법자가 입법의 목적, 국가의 경제적·사회적·정책적 사정들을 참작하여 제정하는 법률에 적용요건, 적용대상, 범위 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 권리이다
- ② 형사비용보상청구권의 제척기간을 무죄판결이 확정된 날부터 6개월로 규정한 구 형사소송법 조항은 국가의 채무관계를 조속히 확정하여 국가재정을 합리적으로 운영하기 위한 것으로 과잉금지원칙에 위반되어 재판청구권 및 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.
- ③ 입법자가 형사비용보상청구권을 행사할 수 있는 청구기간을 정하면서 국가배상청구권이나 형사보상청구권보다 짧은 기간만 허용하였다고 하여 이러한 차별취급이 합리적 이유 없는 자의적 차별이라 단정할 수 없다.

P.505 판례추가

2. 유족의 범위 및 순위

범죄피해자 보호법에 의한 범죄피해 구조금 중 위 법 제17조 제2항의 유족구조금은 사람의 생명 또는 신체를 해치는 죄에 해당하는 행위로 인하여 사망한 피해자 또는 그 유족들에 대한 손실보상을 목적으로 하는 것으로서, 위 범죄행위로 인한 손실 또는 손해를 전보하기 위하여 지급된다는 점에서 불법행위로 인한 소극적 손해의 배상과 같은 종류의 금원이라고 봄이 타당하다. (2017.11.9. 2017다228083)

P.514 판례추가

제2절 인간다운 생활을 할 권리

IV. 제한 및 한계

생계급여를 지급함에 있어 ‘개별가구 또는 개인의 여건’에 관한 조건 부과 유예 대상자의 범위를 정할 때 ‘대학원에 재학 중인 사람’ 또는 ‘부모에게 버림받아 부모를 알 수 없는 사람’에 대하여 조건 부과 유예사유를 두지 않은 것은 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다. (2017.11.30. 2016헌마448)

국민기초생활 보장법은 조건 부과 유예 대상자에 해당하지 않는다고 하더라도, 수급자의 개인적 사정을 고려하여 근로조건의 제시를 유예할 수 있는 제도를 별도로 두고 있고, 생계급여제도 이외에도 의료급여와 같은 각종 급여제도 등을 통하여서도 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’을 유지하는 데 도움을 받을 수도 있다.

P.514 내용추가

제3절 교육을 받을 권리

II. 성격

※ 교육을 받을 권리의 보호영역 ※

⑤ 서울대학교 재학생이 재학 중인 학교의 법적 형태를 법인이 아닌 공법상 영조물인 국립대학으로 유지하여 줄 것을 요구할 권리는 학생의 교육받을 권리에 포함되지 아니한다. (2014.4.24. 2011헌마612)

⑥ 헌법 제31조 제1항에 따라 국가에게 능력에 따라 균등한 교육기회를 보장할 의무가 부여되어 있다 하더라도, 군인이 자기계발을 위하여 해외 유학하는 경우의 교육비를 청구할 수 있는 권리가 도출된다고 할 수는 없다. (군인이 자비 해외유학을 위하여 휴직하는 경우 다른 국가공무원과 달리 봉급을 지급하지 않도록 하고 있는 군인사법 조항은 헌법에 위반되지 않는다.) (2009.4.30. 2007헌마290)

제3절 교육을 받을 권리

III. 성격

학원의 종류 중 '유아를 대상으로 교습하는 학원'을 학교 교과교습학원으로 분류한 것은 교육기관의 교육 운영에 관한 자주적인 결정권을 제한하거나 교육내용이나 교육방법을 제한하는 규정이 아니므로 교육의 권리를 제한하지 않는다. (2013.5.30. 2011헌바227)

헌법 제31조 제1항의 '교육을 받을 권리'는 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리를 의미한다. 그런데 청구인은 심판대상 법률조항으로 인하여 유아를 대상으로 자유롭게 가르칠 권리를 침해받았다는 취지이므로 그 주장 자체에 의하더라도 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리를 내용으로 하는 교육을 받을 권리와는 무관하다 할 것이다.

고교평준화지역에서 일반계 고등학교에 진학하는 학생을 교육감이 학교군별로 추첨에 의하여 배정하도록 하는 초·중등교육법 시행령 조항은 학생 개개인의 지적 능력과 적성의 차이, 그리고 생활관계의 다양성을 고려하지 않은 채, 교육감이 신입생을 추첨에 의하여 배정함으로써 학부모가 자녀의 능력과 개성 및 적성에 따라 학교를 선택할 수 있는 권리를 제한하고 있다. 그러나 학부모가 자녀의 수학능력에 따라 학교를 선택할 권리는 국가에 의하여 제공된 현존하는 학교유형과 교육과정 중에서 자녀의 능력과 개성에 따라 학교를 선택할 수 있는 권리일 뿐 수학능력 혹은 성적에 따라 맞춤형 교육을 받을 권리나 우수한 학생이 별도로 분리되어 교육받을 권리 내지 동질적인 학습집단 내에서 질 높은 교육을 받을 권리를 그 내용으로 하고 있다고 보기는 어렵다. (2009.4.30. 2005헌마514)

P. 516 본문내용추가

2. '균등하게' 교육을 받을 권리

헌법은 제31조 제1항에서 "능력에 따라 균등하게"라고 하여 교육영역에서 평등원칙을 구체화하고 있다. 헌법 제31조 제1항은 헌법 제11조의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 교육의 영역에서 평등원칙을 실현하고자 하는 것이다(2017.12.28. 2016헌마649).

P.518 판례추가

3. 교육의 의무와 무상의 의무교육

나. 무상의 의무교육

의무교육의 실시범위와 관련하여 의무교육의 무상원칙을 규정한 헌법 제31조 제3항은 초등교육에 관하여는 직접적인 효력규정으로서 개인이 국가에 대하여 입학금·수업료 등을 면제받을 수 있는 헌법상의 권리라고 볼 수 있다. (1991.2.11. 90헌가27)

의무교육 무상의 원칙이 의무교육을 위탁받은 사립학교를 설치·운영하는 학교법인 등과의 관계에서 관련 법령에 의하여 이미 학교법인이 부담하도록 규정되어 있는 경비까지 총국적으로 국가나 지방자치단체의 부담으로 한다는 취지로 볼 수는 없다. (2015.1.29. 2012두7387)

P.522 판례추가

5. 교사의 교육(수업)의 자유

법률이 교사의 학생교육권(수업권)을 인정하고 보장하는 것은 헌법상 당연히 허용된다 할 것이나, 초·중등학교에서의 학생교육은 교사 자신의 인격의 발현 또는 학문과 연구의 자유를 위한 것이라기보다는 교사의 직무에 기초하여 초·중등학교의 교육목표를 실현하기 위한 것이므로, 교사인 청구인들이 교육과정¹에 따라 학생들을 가르치고 평가하여야 하는 법적인 부담이나 제한을 받는다고 하더라도 이는 헌법상 보장된 기본권에 대한 제한이라고 보기 어려워 기본권침해가능성이 인정되지 아니한다. (2021.5.27. 2018헌마1108)

P.522 본문내용추가

6. 사립학교 운영의 자유

사립학교 운영의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이기는 하나, 사립학교도 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다고 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이라고 할 수 있다(2013.11.28. 2007헌마1189).

P.526 판례추가

4. 교육제도 법정주의 및 교원지위 법정주의

교원 재임용의 심사요소로 학생교육·학문연구·학생 지도를 언급하되 이를 모두 필수요소로 강제하지 않는 「사립학교법」 제53조의2 제7항 전문은 교원의 신분에 대한 부당한 박탈을 방지함과 동시에 대학의 자율성을 도모한 것으로서 교원지위법정주의에 위반되지 아니한다. (2014.4.24. 2012헌바336)

학교법인은 다양한 교육수요에 적합한 강의전담교원과 연구전담교원을 재량적으로 임용할 수 있는바, 강의전담교원에 대한 재임용 심사는 직무의 성질상 학생교육이 주된 평가기준이 되어야 할 것인데 법에서 학문연구에 대한 평가를 강제한다면 적절한 평가가 이루어질 수 없을 것이고, 반대로 연구전담교원에 대한 재임용 심사에서 학문연구가 아닌 학생교육에 대한 평가를 강제한다면 역시 불합리할 것이다.

P.529 판례추가

4. 근로자의 적정임금보장 노력의무와 최저임금제 실시

나. 최저임금제 실시

고용노동부 고시로 사용자가 근로자에게 지급하여야 할 최저임금액을 정한 것은 불가분의 긴밀한 관계를 형성하고 있는 사용자와 근로자 사이의 상반되는 사적 이해를 조정하기 위한 것으로서, 개인의 본질적이고 핵심적인 자유 영역에 관한 것이라기보다 사회적 연관관계에 놓여 있는 경제 활동을 규제하는 사항에 해당한다고 볼 수 있으므로 그 위헌성 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다. (2019.12.27. 2017헌마1366)

최저임금의 적용을 위해 주 단위로 정해진 근로자의 임금을 시간에 대한 임금으로 환산할 때, 해당 임금을 1주 동안의 소정근로시간 수와 법정 주휴시간 수를 합산한 시간 수로 나누도록 규정한 최저임금법 시행령 조항은 근로기준법이 근로자에게 유급주휴일을 보장하도록 하고 있다는 점을 고려할 때, 과잉금지원칙에 위배되어 사용자의 계약의 자유 및 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. (2020.6.25. 2019헌마15)

P.529 판례 본문에 내용 추가

8. 국가유공자 등의 근로기회 우선보장

고용 허가를 받아 국내에 입국한 외국인근로자의 출국만기보험금을 출국 후 14일 이내에 지급하도록 한 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 제13조 제3항 중 ‘피보험자등이 출국한 때부터 14일 이내’ 부분이 청구인들의 근로의 권리를 침해하는지 여부(소극) (2016.3.31. 2014헌마367)

이 사건 출국만기보험금은 퇴직금의 성질을 가지고 있어서 그 지급시기에 관한 것은 근로조건의 문제이므로 외국인에게도 기본권 주체성이 인정된다. ... 불법체류자는 임금체불이나 폭행 등 각종 범죄에 노출될 위험이 있고, 그 신분의 취약성으로 인해 강제 근로와 같은 인권침해의 우려가 높으며, 행정관청의 관리 감독의 사각지대에 놓이게 됨으로써 안전사고 등 각종 사회적 문제를 일으킬 가능성이 있다. 또한 단순기능직 외국인근로자의 불법체류를 통한 국내 정주는 일반적으로 사회통합 비용을 증가시키고 국내 고용 상황에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이 사건 출국만기보험금이 근로자의 퇴직 후 생계 보호를 위한 퇴직금의 성격을 가진다고 하더라도 불법체류가 초래하는 여러 가지 문제를 고려할 때 불법체류 방지를 위해 그 지급시기를 출국과 연계시키는 것은 불가피하므로 심판대상조항이 청구인들의 근로의 권리를 침해한다고 보기 어렵다.

P.540 판례추가

V. 근로3권의 제한 및 한계

2. 공무원인 근로자의 근로3권 제한

가. 내용

지방자치단체가 '사실상 노무에 종사하는 공무원'의 구체적인 범위를 정하는 조례를 제정하지 않음으로써 「지방공무원법」 제58조 제1항 단서의 '사실상 노무에 종사하는 공무원'에 해당하는 지방공무원이 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 행사하기 어렵게 한 입법부작위는 근로3권을 침해한다. (2009.7.30. 2006헌마358) **위헌**

그러한 조례가 아예 제정되지 아니하면 지방공무원 중 누구도 단체행동권을 보장받을 수 없게 된다. 피청구인들이 이 지방공무원법 제58조 제2항에 따라 '사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위'를 정하는 조례를 제정하도록 위임받았음에도 불구하고, 이를 정당한 사유 없이 제정하지 아니한 이 사건 부작위는 헌법상 의무를 위반하여 청구인들이 노동3권을 부여받을 기회 자체를 사전에 차단하거나 박탈하였다고 할 것이므로, 청구인들의 이 사건 심판청구를 받아들여 위와 같은 조례입법부작위가 위헌임을 확인하여야 한다.

P.540 조문추가

나. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

제8조(교섭 및 체결 권한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지, 그 밖의 근무조건에 관하여 ... ("정부교섭대표")와 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

P.541 판례추가

▶ 국가 또는 지방자치단체의 정책결정에 관한 사항이나 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항을 공무원노동조합의 단체교섭 대상에서 제외하고 있는 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제8조 제1항 단서 중 '직접'부분은 근무조건과 '직접' 관련되어 교섭대상이 되는 사항은 공무원이 공무를 제공하는 조건이 되는 사항 그 자체를 의미하는 것이므로, 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다. (2013. 6. 27. 2012헌바169)

P.542 본문내용추가 판례추가

다. 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

교원노조법은 사립학교 교원과 국·공립학교 교원에 대하여 구분 없이 규율하고 있다.

구 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’의 의미 및 위 규정이 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙에 반하는지 여부(소극) (대법원 2017.4.13. 2014두8469)

공무원들의 어느 행위가 국가공무원법 제66조 제1항에 규정된 ‘집단행위’에 해당하려면, 그 행위가 반드시 같은 시간, 장소에서 행하여져야 하는 것은 아니지만, 공익에 반하는 어떤 목적을 위한 다수인의 행위로서 집단성이라는 표지를 갖추어야만 한다고 해석함이 타당하다. 따라서 여럿이 같은 시간에 한 장소에 모여 집단의 위세를 과시하는 방법으로 의사를 표현하거나 여럿이 단체를 결성하여 그 단체 명의로 의사를 표현하는 경우, 실제 여럿이 모이는 형태로 의사표현을 하는 것은 아니지만 발표문에 서명날인을 하는 등의 수단으로 여럿이 가담한 행위임을 표명하는 경우 또는 일제 휴가나 집단적인 조퇴, 초과근무 거부 등과 같이 정부활동의 능력을 저해하기 위한 집단적 태업 행위로 볼 수 있는 경우에 속하거나 이에 준할 정도로 행위의 집단성이 인정되어야 국가공무원법 제66조 제1항에 해당한다고 볼 수 있다. 즉 공무원들이 하는 모든 집단행위를 의미하는 것이 아니라, ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위로서 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 해석된다. 따라서 위 규정이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다.

… 이 사건 행위 중 릴레이 1인 시위, 릴레이 언론기고, 릴레이 내부 전산망 게시는 모두 후행자가 선행자에 동조하여 동일한 형태의 행위를 각각 한 것에 불과하고, 여럿이 같은 시간에 한 장소에 모여 집단의 위세를 과시하는 방법으로 의사를 표현하거나 여럿이 단체를 결성하여 그 단체 명의로 의사를 표현하는 경우, 여럿이 가담한 행위임을 표명하는 경우 또는 정부활동의 능력을 저해하기 위한 집단적 태업행위에 해당한다거나 이에 준할 정도로 행위의 집단성이 있다고 보기 어렵다.

p542 / 조문추가

다. 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

제2조 (정의) 이 법에서 “교원”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 「유아교육법」 제20조제1항에 따른 교원
2. 「초·중등교육법」 제19조제1항에 따른 교원
3. 「고등교육법」 제14조제2항 및 제4항에 따른 교원. 다만, 강사는 제외한다.

나. 무과실책임

헌법 제35조 제1항은 환경정책에 관한 국가적 규제와 조정을 뒷받침하는 헌법적 근거가 되며 국가는 환경정책 실현을 위한 재원마련과 환경침해적 행위를 억제하고 환경보전에 적합한 행위를 유도하기 위한 수단으로 환경부담금을 부과·징수하는 방법을 선택할 수 있다. (2007.12.27. 2006헌바25)

폐기물해양배출업자의 폐기물 해양배출행위에 대하여 해양환경개선부담금을 부과·징수하도록 규정하고 있는 해양오염방지법 조항은 재산권 및 평등권을 침해하지 않는다.

헌법 제34조 제4항은 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위하여 정책을 실시할 의무를 진다고 하고 있다. 한편, 헌법은 제35조 제3항에서 국가는 주택정책개발을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력해야 한다고 규정한다. 따라서 국가는 노인의 특성에 적합한 주택정책을 복지향상차원에서 개발하여 노인으로 하여금 쾌적한 주거활동을 할 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부담한다. (2016.6.30. 2015헌바46)

P.551 판례추가

3. 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 보장

1세대 3주택 이상에 해당하는 주택에 대하여 양도소득세 중과세를 규정하고 있는 구 「소득세법」 조항은 헌법 제36조 제1항이 정하고 있는 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배되고, 혼인의 자유를 침해한다. (2011.11.24. 2009헌바146) **헌법불합치**

이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 헌법 제36조 제1항에 근거하는 혼인에 따른 차별금지 또는 혼인의 자유라는 헌법적 가치라 할 것이므로 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없어 법익균형성원칙에도 반한다.

P.552 본문내용추가

4. 자녀에 대한 양육권

가. 부모의 자녀교육권

‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 한편, 자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의 본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 ‘자녀교육에 대한 부모의 책임’으로도 표현될 수 있다(2000.4.27. 98헌가16).