



「2024년 상반기 경찰공무원시험대비」 헌법 모의고사 및 풀이(2)

| 고영동 교수 | 박문각 경찰 노량진학원

04. 입법부작위에 의한 기본권의 침해에 대하여 헌법 재판소가 취하고 있는 입장으로 가장 적절한 것은?

- ① 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 입법자에게 입법의무를 인정한다.
- ② 입법부작위는 입법권자의 형성의 자유 내지 입법재량에 근거한 것으로서 이로 인하여 기본권의 침해가 있다고 볼 수 없다.
- ③ 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 '법률'의 위헌성을 다투는 제도이므로 같은 조항에 의하여 '법률의 부존재', 즉 입법부작위도 다투 수 있다.
- ④ 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 이른바 부진정입법부작위의 경우에도 입법부작위로서 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있으며, 반드시 그 불완전한 규정을 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 청구하여야 하는 것은 아니다.

난이도: 상
[해설]

출제영역: 기본권 총론
정답: ①

① (O), ② (X) 넓은 의미의 입법부작위에는, 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흥결이 있는 경우와 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우가 있는데, 일반적으로 전자를 진정입법부작위, 후자를 부진정입법부작위라고 부르고 있는데, 진정입법부작위에 대하여는 어떠한 사항을 법규로 할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 각종 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고, 법률의 제정을 청구하는 헌법소원은 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 방지하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨서 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다(현재 2003.2.27. 2001헌마461).

③ (X) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 '법률'의 위헌성을 적극적으로 다투는 제도이므로 '법률의 부존재' 즉, 입법부작위를 다투는 것은 그 자체로 허용되지 아니한다. 다만 법률이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률 자체의 위헌성을 다투는 취지로 이해될 경우에는 그 법률이 당해 사건의 재판의 전제가 된다는 것을 요건으로 허용될 수 있다(현재 2004.1.29. 2002헌마36 등).

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원(위헌심사형 헌법소원)은 위헌법률심판의 실질을 가지고 있다.

따라서 심판대상은 형식적 의미의 '법률' 또는 법률적 효력을 갖

는 조약, 긴급명령 등이며 '법률의 부존재' 즉 공권력의 불행사인 '입법부작위'는 헌법 제68조 제1항의 헌법소원(권리구제형 헌법소원)을 통해서 다투어야 한다.

- ④ (X) 불완전입법에 대하여 재판상 다투 경우에는 그 입법규정 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 할 것이고, 이때에는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간의 적용을 받는다(현재 1993.03.11. 89헌마79).

* 진정입법부작위와 부진정입법부작위 구제방법

구제방법	진정입법부작위	부진정입법부작위
청원권 행사	입법제정 청원	입법개폐청원
위헌법률 심판	위헌법률심판대상은 '법률'이므로 '입법부작위'를 대상으로 할 수 없음.	불완전한 '법률' 자체가 재판의 전제가 된 경우에 가능, 현재 법 68조 제2항의 위헌소원도 가능(위헌제정신청이 기각된 경우)
헌법소원 심판	'공권력의 불행사'에 해당하므로 '입법부작위' 헌법소원 가능	법률이 직접 기본권을 침해하는 경우에 '법률' 자체를 직접 대상으로 헌법소원 가능(적극적인 헌법소원 또는 법률헌법소원)
제소기간 제한	제소기간 제한 없음	제소기간 제한 있음

05. 인격권 등과 관련된 헌법재판소의 판례와 일치하지 않는 것은?

- ① 교정시설에 수용할 때마다 알몸 상태의 수용자를 전자영상검사기로 수용자의 항문 부위를 관찰하는 신체검사는 과잉금지원칙에 위배되어 인격권을 침해한다.
- ② 민사법정에 출석하는 수형자에게 운동화착용을 불허하고 고무신을 신게 하였더라도 신발의 종류를 제한한 것에 불과하여 법익침해의 최소성 및 균형성을 충족한다.
- ③ 일제강점기 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조 제9호에서 조선총독부 중추원 침의활동을 친일반민족행위의 하나로 규정한 것은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.
- ④ 미결수용자에게 시설 밖에서 재소자용 의류를 입게 하는 것은 무죄추정원칙에 반하고 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리의 침해하는 것이다.

난이도: 중
[해설]
정답: ①

① (X) 수용자를 교정시설에 수용할 때마다 전자영상검사기를 이용하여 수용자의 항문 부위에 대한 신체검사를 하는 것으로 인하여 수용자가 느끼는 모욕감이나 수치심이 결코 작다고 할 수는 없지만, 흉기 기타 위험물이나 금지물품을 교정시설 내로 반입하는 것을 차단함으로써 수용자 및 교정시설 종사자들의 생명·신체의 안전과 교정시설 내의 질서를 유지한다는 공적인 이익이 훨씬 크다 할 것이므로, 법익의 균형성 요건 또한 충족되므로, 필요한 최소한도를 벗어나 과잉금지원칙에 위배되

어 청구인의 인격권 내지 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(현재 2011.5.26. 2010헌마775).

- ② (O) 이 사건 운동화착용불허행위는 시설 바깥으로의 외출이라는 기회를 이용한 도주를 예방하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 위와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라 할 것이다.

또한 신발의 종류를 제한하는 것에 불과하여 법익침해의 최소성과 균형성도 갖추었다 할 것이므로, 이 사건 운동화착용불허행위가 기본권제한에 있어서의 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해하였다 볼 수 없다(현재 2011.2.24. 2009헌마209).

- ③ (O) 이 사건 법률조항의 입법목적은 러·일 전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주의를 위하여 행한 친일반민족 행위의 진상을 규명하여 역사의 진실과 민족의 정통성을 확인하고 사회정의 구현에 이바지함에 있는바 그 정당성이 인정되고, 조선총독부 중추원이 일제의 식민지정책을 정당화, 합리화하는 기능을 수행하여 왔다고 평가되는 점에 비추어 이 사건 법률조항은 위 입법목적 달성을 기여하는 적합한 수단이 된다.

이 사건 법률조항을 포함한 반민족명법은 여러 차례 개정안이 발의되어 수회의 공청회 및 토론회 등을 거친 후 국회에서 가결된 것으로 실질적으로 우리 사회의 민주적 숙의과정 및 공론적 토대로부터 성립된 것이라고 할 수 있으므로 헌법재판소로서는 원칙적으로 그 입법적 판단을 존중함이 옳은 점, 조선총독부 중추원 침의로 활동한 행위라고 하더라도 예외 없이 친일반민족행위결정을 받는 것도 아닌 점, 조사대상자가 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동에 참여 또는 지원한 사실이 있는 때에는 이러한 사실을 함께 조사하도록 하는 등 조사대상자 등의 불이익을 최소화하기 위한 장치를 마련하고 있는 점 등에 비추어 피해의 최소성 원칙에도 위배되지 않으며, 친일반민족행위의 진상을 규명하여 정의로운 사회가 실현될 수 있도록 공동체의 윤리를 정립하고자 하는 공익의 중대성은 막대한 반면, 이 사건 법률조항으로 인해 제한되는 조사대상자 등의 인격권은 친일반민족행위에 관한 조사보고서와 사료가 공개됨으로 인한 것에 불과하므로, 법익 균형성의 원칙에도 반하지 않는다.

따라서 조사대상자 등의 인격권을 침해하지 아니한다(현재 2010.10.28. 2007헌마23).

- ④ (O) [1] 구치소 등 수용시설 안에서는 재소자용 의류를 입더라도 일반인의 눈에 띠지 않고, 수사 또는 재판에서 변해(辯解)·방어권을 행사하는데 지장을 주는 것도 아닌 반면에, 미결수용자에게 사복을 입도록 하면 의복의 수선이나 세탁 및 계절에 따라 의복을 바꾸는 과정에서 증거인멸 또는 도주를 기도하거나 흉기, 담배, 약품 등 소지금지품이 반입될 염려 등이 있으므로 미결수용자에게 시설 안에서 재소자용 의류를 입게 하는 것은 구금 목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성·합리성을 갖춘 재량의 범위 내의 조치이다.

[2] 수사 및 재판단계에서 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 미결수용자로 하여금 모욕감이나 수치심을 느끼게 하고, 심리적인 위축으로 방어권을 제대로 행사할 수 없게 하여 실제적 진실의 발견을 저해할 우려가 있으므로, 도주 방지 등 어떠한 이유를 내세우더라도 그 제한은 정당화될 수 없어 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에서의 비례원칙에 위반되는 것으로서, 무죄추정의 원칙에 반하고 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다(현재 1999.5.27. 97헌마137 등).



※ QR코드를 통해 "홀릭헌법" 빠른 학습을 위한 올바른 선택" 헌법 고영동 교수의 강의일정 확인 할 수 있습니다.