



『2024년 경찰공무원시험대비』

헌법 난이도별 모의고사 및 풀이(7)

| 박충신 교수 | 박문각 경찰 노량진학원

16. 직업의 자유에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 허가받은 지역 밖에서의 이송업의 영업을 금지하고 처벌하는 응급의료에 관한 법률 제51조 제1항 등은 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.
- ② 중개보조원이 중개의뢰인과 직접 거래하는 것을 금지하고 있는 공인중개사법 제33조 제6호 등은 부동산중개법인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.
- ③ 변호사는 계쟁권리(係爭權利)를 양수할 수 없다고 규정한 변호사법 제32조는 변호사의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.
- ④ 소송사건의 대리인인 변호사가 수형자를 접견하고자 하는 경우 소송계속 사실을 소명할 수 있는 자료를 제출하도록 규정하고 있는 형집행법 시행규칙 조항은 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

난이도 : 중

출제영역 : 기본권론

[해설]

정답 : ④

④ 심판대상조항은 소송사건의 대리인인 변호사라 하더라도 변호사 접견을 하기 위해서는 소송계속 사실 소명자료를 제출하도록 규정함으로써 이를 제출하지 못하는 변호사는 일반접견을 이용할 수밖에 없게 되었다. 일반접견은 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서 10분 내외 짧게 이루어지므로 그 시간은 변호사접견의 1/6 수준에 그친다. 또한 그 대화 내용은 청취·기록·녹음·녹화의 대상이 되므로 교정시설에서 부당한 처우를 당했다는 등의 사정이 있는 수형자는 위축된 나머지 법적 구제를 단념할 가능성마저 배제할 수 없다. 심판대상조항은 소 제기 전 단계에서 충실히 소송준비를 하기 어렵게 하여 변호사의 직무수행에 큰 장애를 초래하고, 변호사의 도움이 가장 필요한 시기에 접견에 대한 제한의 정도가 위와 같이 크다는 점에서 수형자의 재판청구권 역시 심각하게 제한될 수밖에 없고, 이로 인해 법치국가원리로 추구되는 정의에 반하는 결과를 낳을 수도 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉지원칙에 위배되어 변호사인 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다(현재 2021. 10. 28. 2018헌마60 위헌).

① 심판대상조항은 이송업자의 영업범위를 허가받은 지역 안으로 한정하여 구급차들이 신속하게 출동할 수 있도록 하고, 차고지가 위치한 허가지역에서 상시 구급차들이 정비될 수 있도록 하는 한편, 지역에 밝은 이송업자가 해당 지역에서 이송을 담당하게 함으로써, 응급의료의 질을 높임과 동시에 응급이송자원이 지역간에 적절하게 분배·관리될 수 있도록 하여 국민건강을 증진하고 지역주민의 편의를 도모하기 위한 것이다. 이러한 입법목적은 정당하고, 수단의 적합성도 인정된다. 이송업 허가는 광역자치단체 단위로 이루어지는데 광역자치단체의 인구와 면적을 감안할 때, 그리고 여러 지역의 허가를 받아 영업을 하는 것도 가능하다는 점에서 심판대상조항은 침해의 최소성을 충족한다. 국민의 생명과 건강에 직결되는 응급이송체계를 적정하게 확립한다는 공익의 중요성에 비추어 영업지역의 제한에 따라 침해되는 이송업자의 사익이 크다고 보기는 어려우므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(현재 2018. 2. 22. 2016헌바100 합헌).

② 중개보조원이 중개의뢰인과 직접 거래하는 것을 금지하고 있는 심판대상조문으로 인하여 부동산중개법인이 중개보조원과 중개의뢰인 사이의 거래를 중개할 수 없게 되어 중개법인의 직업수행의 자유가 제한되는 면은 있다. 그러나 심판대상조문은 중개보조원과 중개의뢰인 사이의 직접 거래로 인해 중개의뢰인의 이익을 해하거나 부동산거래질서의 공정성이 침해되는 것을 방지하기 위한 규정으로 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정되고, 다른 방법으로는 이러한 위험을 심판대상조문과 동일한 수준에서 방지할 수 있다고 단정할 수 없어 심판대상조문이 필요한 정도를 넘어 중개법인의 직업수행의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 보기도 어렵다. 또한 보호하고자 하는 법익은 중대한 공익인 반면, 중개법인의 직업수행 영역 중 극히 일부가 금지되는 것에 불과하여 법익의 균형성 원

칙에도 위배되지 않는다. 따라서 심판대상조문은 직업수행의 자유를 침해하지 않는다(현재 2019. 11. 28. 2016헌마188 기각).

③ 심판대상조항은 변호사에게 요구되는 윤리성을 담보하고, 의뢰인과의 신뢰관계 균열을 방지하며, 법률사무 취급의 전문성과 공정성을 확보하고자 마련된 것이다. 계쟁권리 양수는 변호사의 직무수행 과정에서 의뢰인과의 사이에 신뢰성과 업무수행의 공정성을 훼손할 우려가 크기에 양수의 대가를 지불하였는지를 불문하고 금지할 필요가 있다. 양수가 금지되는 권리에는 계쟁목적물은 포함되지 않으며 '계쟁 중'에만 양수가 금지된다는 점을 고려하면 변호사로 하여금 계쟁권리를 양수하지 못하도록 하는 것을 과도한 제한이라고 볼 수 없다. 따라서 이 조항은 변호사의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다(현재 2021. 10. 28. 2020헌바488 합헌).

17. 공무담임권에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 승진기능성은 공직신분의 유지나 업무수행과 같은 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것이므로 공무담임권의 보호영역에 포함된다.
- ② 공무담임권은 공직취임의 기회 균등뿐만 아니라 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구한다.
- ③ 기능직공무원이 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회의 보장은 공무담임권에서 당연히 파생되는 것으로 볼 수 없다.
- ④ 공무담임권이 공무원의 퇴직급여 및 공무상 재해보상을 보장할 것까지 그 보호영역으로 하고 있다고 보기 어렵다.

난이도 : 중

출제영역 : 기본권론

[해설]

정답 : ①

① 승진기능성이라는 것은 공직신분의 유지나 업무수행과 같은 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것이 아니고 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계에 영향을 미치는 것에 불과하여 공무담임권의 보호영역에 포함된다고 보기는 어렵다. 이 사건 심판대상조항에 의하여 경찰청 내에 일반직공무원의 정원이 증가하여 승진 경쟁이 치열해졌다 하더라도 그러한 불이익은 승진기회 내지 승진확률이 축소되는 사실상의 불이익에 불과할 뿐이므로 이 사건 심판대상조항으로 인하여 청구인들의 현법상 공무담임권 침해 문제가 생길 어지는 없다(현재 2010. 3. 25. 2009헌마538).

② 공무담임권은 공직취임의 기회 균등뿐만 아니라 취임한 뒤 승진할 때에도 균등한 기회 제공을 요구한다. 청구인의 경우 군 복무 기간이 승진소요 최저연수에 포함되지 않으므로 공무원으로 근무하다가 군 복무를 한 사람보다 더 오래 재직하여야 승진임용절차가 진행된다. 또 군 복무기간이 경력평정에서도 일부만 산입되므로 경력평정점수도 상대적으로 적게 부여된다. 이는 승진임용절차 개시 및 승진임용점수 산정과 관련된 법적 불이익에 해당하므로, 승진경쟁인원 증가에 따라 승진 가능성이 낮아지는 사실상의 불이익 문제나 단순한 내부승진인사 문제와 달리 공무담임권의 제한에 해당한다(현재 2018. 7. 26. 2017헌마1183).

③ 기능직공무원이 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회의 보장은 공무담임권에서 당연히 파생되는 것으로 볼 수 없다(현재 2013. 11. 28. 2011헌마565).

④ 헌법 제25조의 공무담임권이 공무원의 재임 기간 동안 충실히 공무 수행을 담보하기 위하여 공무원의 퇴직급여 및 공무상 재해보상을 보장할 것까지 그 보호영역으로 하고 있다고 보기 어렵다(현재 2014. 6. 26. 2012헌마459).

18. 국가배상청구권에 관한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국가배상법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 없다.

② 소멸시효 기간에 관한 민법 규정을 과거사정리법상 민간인 집단 희생사건, 중대한 인권침해사건·조작의혹사건에 적용하는 것은 국가배상청구권을 침해한다.

③ 5·18민주화운동과 관련하여 보상금 지급 결정에 동의하면 정신적 손해에 관한 부분도 재판상 화해가 성립된 것으로 보는 구 광주민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 규정은 국가배상청구권을 침해한다.

④ 민주화운동관련자 명예회복 및 보상심의위원회의 보상금 등의 지급결정에 동의한 때 재판상 화해의 성립을 간주하는 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 규정은 정신적 손해에 대한 국가배상청구권을 침해한다.

난이도 : 중

출제영역 : 기본권론

[해설]

정답 : ①

① 이 법에 따른 손해배상의 소송은 배상심의회(이하 "심의회"라 한다)에 배상신청을 하지 아니하고도 제기할 수 있다(국가배상법 제9조).

② 불법행위의 피해자가 '손해 및 가해자를 인식하게 된 때'로부터 3년 이내에 손해배상을 청구하도록 하는 것은 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하기 위한 것이므로, 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제766조 제1항의 '주관적 기간'이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정된다. 그러나, 국가가 소속 공무원들의 조직적 관여를 통해 불법적으로 민간인을 집단 희생시키거나 장기간의 불법구금·고문 등에 의한 허위자백으로 유죄판결을 하고 사후에도 조작·은폐를 통해 진상규명을 저해하였음에도 불구하고, 그 불법행위 시점을 소멸시효의 기간으로 삼는 것은 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하는 것으로 보기 어렵고, 발생한 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 지도원리에도 부합하지 않는다. 그려므로 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 '객관적 기간'이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정되지 않는다. 결국, 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 '객관적 기간'을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호 만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 위 사건 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 입법형식의 한계를 일怵하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해한다(현재 2018. 8. 30. 2014헌바148 과거사 국가배상청구 '소멸시효' 사건).

③ 5·18보상법 및 같은 법 시행령의 관련조항을 살펴보면 정신적 손해배상에 상응하는 항목은 존재하지 아니하고, 보상심의위원회가 보상금 등 항목을 산정함에 있어 정신적 손해를 고려할 수 있다는 내용도 발견되지 아니한다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 정신적 손해에 대해 적절한 배상이 이루어지지 않은 상태에서 5·18민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자 및 상이를 입은 자 또는 그 유족이 적극적·소극적 손해의 배상에 상응하는 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 시정만으로 재판상 화해의 성립을 간주하고 있다. 이는 국가배상청구권에 대한 과도한 제한이고, 해당 손해에 대한 적절한 배상이 이루어졌음을 전제로 하여 국가배상청구권 행사를 제한하려 한 5·18보상법의 입법목적에도 부합하지 않는다. 따라서 이 조항이 5·18보상법상 보상금 등의 성격과 종합되지 않는 정신적 손해에 대한 국가배상청구권의 행사까지 금지하는 것은 국가배상청구권을 침해한다(현재 2021. 5. 27. 2019헌가 17).

④ 관련자와 유족이 위원회의 보상금 등 지급결정이 일정 적절한 배상에 해당된다고 판단하여 이에 동의하고 보상금 등을 수령한 경우 보상금 등의 성격과 종합되는 적극적·소극적 손해에 대한 국가배상청구권의 추가적 행사를 제한하는 것은, 동일한 사실관계와 손해를 바탕으로 이미 적절한 배상을 받았음에도 불구하고 다시 동일한 내용의 손해배상청구를 금지하는 것으로, 이를 지나치게 과도한 제한으로 볼 수 없다. 다음 심판대상조항 중 정신적 손해에 관한 부분이 국가배상청구권을 침해하는지 여부를 본다. 앞서 본 바와 같이 민주화보상법상 보상금 등에는 정신적 손해에 대한 배상이 포함되어 있지 않은바, 이처럼 정신적 손해에 대해 적절한 배상이 이루어지지 않은 상태에서 적극적·소극적 손해에 상응하는 배상이 이루어졌다는 시정만으로 정신적 손해에 대한 국가배상청구마저 금지하는 것은, 해당 손해에 대한 적절한 배상이 이루어졌음을 전제로 하여 국가배상청구권 행사를 제한하려 한 민주화보상법의 입법목적에도 부합하지 않으며, 국가의 기본권 보호의무를 규정한 헌법 제10조 제2문의 취지에도 반하는 것으로서, 국가배상청구권에 대한 지나치게 과도한 제한에 해당한다. 따라서 심판대상조항 중 정신적 손해에 관한 부분은 민주화운동 관련자와 유족의 국가배상청구권을 침해한다(현재 2018. 8. 30. 2014헌바180).