

헌법 · 민법 · 형법 · 상법

행정법 · 민사소송법 · 형사소송법

편집자 주

2011년도 제53회 사법시험 제2차시험을 준비하고 있는 수험생들을 위해서 지난 2010년 5월호부터 2011년 4월호까지 고시계에 게재되었던 사례연구(케이스)를 설문, 출제선정의도, 목차, 결론부분만을 엄선하여 제2차준비 수험생들에게 시간절약을 기할수 있도록 사례연구(케이스)문제선을 특별기획으로 구성하였다. 2차시험을 준비하는 수험생들에게 필독을 권한다.

헌 법

1. 언론의 자유의 보호영역과 음란의 개념

【設問】

서울과 부산에 거주하는 甲과 乙은 친구사이로 A회사와 B회사의 모바일 콘텐츠 관련분야의 팀장과 사원으로 각각 근무하고 있는 자이다. 甲은 자신의 PC에 보유하고 있는 음란한 영상을 친구인 乙에게 이메일로 보내주었고, 乙은 甲이 보내준 음란한 영상을 자신의 회사가 운영하는 이동통신서비스에 배포하고 공연히 이를 전시하였다. 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률(이하 정보통신망법) 제66조 제1항에서는 “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 소지하거나 타인에게 전송하는 행위 및 배포·판매·임대와 이를 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 甲과 乙은 정보통신망법 제66조 제1항 위반으로 서울과 부산에서 C법원과 D법원에 각각 기소되었다. 甲은 형사재판 계속 중에 정보통신망법에서 음란영상을 소지하거나 이를 전송하는 것을 처벌하는 것은 자신의 표현의 자유 및 사생활의 자유를 침해하는 것이라는 취지로 C법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나, C법원은 甲의 위헌법률심판제청신청에 대하여 기각결정을 하였다. 이에 甲은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하지 않고 있다가 2심 법원에서 다시 위헌법률심판제청을 신청하였다. 乙도 형사재판 계속 중 위 조항이 자신의 표현의 자유를 침해하는 것이라는 취지로 위 법률조항에 대하여 D법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나, D법원은 3개월이 지나도록 乙의 제청신청에 대한 결정을 하지 않고 차일피일 미루고 있었다. 이에 乙은 직접 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다. 甲과 乙의 행위를 헌법적으로 평가하시오.

이 사례는 헌법재판절차와 언론의 자유의 보호영역에 관하여 묻고 있다. 먼저 헌법 재판절차가 있어서 적법요건과 관련하여 위헌법률심판제청절차의 효과에 대하여 이해할 필요가 있다. 위헌법률심판의 제청신청에 대하여 기각결정을 한 경우에 당해 심급이나 상급심 법원에서 다시 위헌법률심판제청신청을 할 수 있는가가 이 사례의 첫 번째 쟁점이다. 다음으로 위헌제청신청에 대하여 법원이 결정을 하지 않고 이를 미루는 경우 바로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있는지가 문제된다. 본안과 관련하여서는 음란표현이 언론의 자유의 보호영역에 포함되는지의 그 여부가 중요한 헌법적 쟁점이다. 음란표현이 언론의 자유의 보호영역에 포함되는지에 관하여 판례의 변천이 있었다. 그러한 판례변경에 대한 이해를 묻고 있다.

【답안구성 예】

I. 사안의 쟁점

II. 적법요건판단에서의 쟁점

1. 甲의 청구의 적법성

- (1) 소송 계속 중 상급심에서 다시 위헌법률심판제청신청을 할 수 있는가의 문제
- (2) 재판의 전제성의 인정여부

2. 乙의 청구의 적법성

- (1) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구의 적법성
- (2) 재판지연행위의 헌법소원심판청구여부

III. 본안판단에서의 쟁점

1. 음란의 개념과 헌법상 언론의 자유의 보호영역
2. 음란한 표현에 대한 정보통신망법에서의 제한
3. 제한의 정당성
 - (1) 명확성원칙의 위반여부
 - (2) 과잉금지원칙 위반여부

IV. 결 론

甲은 음란물의 소지 및 전송으로 乙은 이를 배포 및 전신을 하였다는 이유로 기소되었으며, 甲과 乙은 이들의 행위를 처벌하는 정보통신망법의 위헌성을 문제 삼아 위헌법률심판제청을 신청하였다. 적법요건을 검토해보면 甲의 청구는 판례에 의할 경우 상급심법원에서 위헌법률심판제청신청을 다시 청구하는 것은 부적법하다고 판단되지만, 지배적인 일부 학설에 의할 때 상급심법원에서도 다시 위헌법률심판제청신청을 하는 것은 가능하고 법원은 이를 판단하여 위헌제청여부를 결정해야 한다. 乙의 경우 법원의 판단을 기다리지 않고 바로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구한 것은 부적법하다. 학설의 판단대로 甲의 위헌법률심판제청신청이 받아들여져서 법원이

위헌제청을 하게 되면 헌법재판소는 본안에 대한 판단을 하여야 한다. 본안판단에서의 쟁점은 음란한 영상의 소지, 전송, 배포 등에 대하여 형사처벌을 부과하는 것이 언론의 자유를 침해하는 것인지의 여부에 관한 문제이다. 먼저 음란한 영상의 소지·전송·배포 등은 언론의 자유의 보호영역에 포함된다. 그러므로 그러한 행위태양에 대하여 형벌을 부과하는 것은 언론의 자유에 대한 제한을 의미한다. 하지만 이러한 제한 중에서도 음란물의 단순한 소지나 특정인에게의 전송에 대하여 형사처벌을 부과하도록 하는 것은 사생활의 비밀과 자유, 언론의 자유라는 기본권적 가치에 비추어 볼 때 헌법상 과잉금지원칙에 위배될 가능성이 크지만, 음란한 영상을 배포·전시하는 것에 대하여 형사처벌을 부과하는 것은 헌법상 기본권제한입법의 한계원리인 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

2010년 5월호 고시계
 동아대학교 교수 조재현

2. 국정조사권과 조세비밀

【設問】

2009년, 2005년부터 2008년까지 대기업 X로부터 거액의 정치자금인 여당으로 흘러 들어갔다는 사실이 밝혀졌다. 그리고 그 대가로 X가 조세감면 혜택을 받았다는 소문이 나돌았다. 2010년, 야당원들의 제안으로 진상 규명을 위한 국정조사위원회가 구성되었다. 조사위원회는 정부에 대하여 조사에 필요한 세무서류의 제출을 요구하였다. 그러나 정부는 조세비밀을 주장하며 서류제출을 거부하였다. 그럼에도 불구하고 재적의원 과반수를 이루는 여당원들과 그 교섭단체는 서류제출요구권을 관철시키는 데 소극적인 태도를 보였다. 이에 야당의 교섭단체 A는 정부의 서류제출 거부행위가 국회의 권한을 침해하였다고 주장하며 정부를 상대로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다.

1. 교섭단체 A의 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부를 판단하시오.
2. 정부의 서류제출 거부행위가 국회의 권한을 침해하였는지 여부를 판단하시오.

출제의도

실문은 권한쟁의심판에서 이른바 '제3자 소송담당'이 허용되는지 여부와 국정조사에

서 조세비밀이 국회의 서류제출요구권의 한계로 작용하는지 여부를 묻고 있다. 이와 관련, 헌법재판소는 권한쟁의심판에서 제3자 소송담당을 허용하는 법률규정이 없는 한 제3자 소송담당을 허용할 수 없다는 입장이다. 그러나 국회의 다수와 또는 특정 안전에 관한 다수세력의 횡포로 인해 국회의 대정부 견제기능이 정상적으로 작동할 수 없는 예외적 상황에서는 헌법과 헌법재판소법의 구체화를 통해 그 허용 가능성을 적극적으로 검토해 보는 것도 매우 의미 있는 일이다.

【답안구성 예】

I. 교섭단체 A의 권한쟁의심판청구가 적법한지 여부

1. 당사자능력
 - (1) 청구인: 교섭단체 A
 - (2) 피청구인: 정부
2. 심판의 대상
3. 당사자적격
 - (1) 권한 침해의 가능성
 - (2) 제3자 소송담당이 허용되는지 여부
4. 청구 기간 및 형식
5. 결론

청구인 A의 권한쟁의심판청구는 적법하다.('제3자 소송담당' 부정설에 따른 반대의견 가능)

II. 정부의 서류제출 거부행위가 국회의 권한을 침해하였는지 여부

1. 권한의 침해
 - (1) 국회의 국정통제권
 - (2) 조사위원회 구성의 적법성
 - (3) 서류제출요구권과 서류제출의무
2. 권한 침해의 헌법적 정당성 여부
 - (1) 국정조사권의 한계
 - (2) 국정조사권과 조세비밀
3. 결론

정부의 서류제출 거부행위는 국회의 권한을 침해한 것이다.

2010년 7월호 고시계
홍익대 교수 김주환

3. 위헌정당해산제도와 국가긴급권제도

【設問】

甲은 우국총정당의 총재이다. 우국총정당은 당헌에서, “우리 당은 순수 자본주의 경제체제를 지향하며 경제에 있어 어떠한 명분으로도 국가가 시장에 개입해 규제와 조정을 할 수 없다.”고 선언하고 있다. 그러면서, 일체의 누진세제도를 폐지하고, 富의 균등 분배를 배격하며, 경쟁과 자율을 중시하는 시장경제체제로 나아가야 한다고 규정하고 있다. 甲도 그러한 취지의 대국민 연설을 여러 차례 하였다.

(1) 이러한 우국총정당은 위헌정당인가?(15점)

乙은 우리 헌법이 정당 설립의 자유를 보장하고 있지만, 헌법재판소에 의해 위헌정당임이 밝혀지면 해산되어야 한다고 주장하면서, 이것이 ‘방어적 민주주의’를 구현한 것이라 강변한다.

(2) 乙의 이 ‘방어적 민주주의’ 주장은 정당한가?(10점)

대통령 丙은 우리나라에서 금융거래와 관련해 ‘가명’이 인정되어 지하경제가 너무 커지고 이것이 경제 발전을 저해한다고 평소 생각해왔다. 그 대안으로 금융실명제의 전격 실시를 생각한 丙은 정기국회가 열리고 있던 중 금융실명제를 내용으로 하는 긴급재정경제명령을 4월 1일에 발표하였다. 그러자 국회의원 丁은 이 긴급재정경제명령 발표가 헌법이 규정한 긴급재정경제명령 발표의 상황적 요건에 위배되는 위헌적 행위라고 주장하고 나섰다.

(3) 국회의원 丁의 주장은 옳은가?(15점)

대통령 丙은 위의 긴급재정경제명령을 발표한 뒤 즉시 국회에 보고해 승인을 얻으려 했으나 국회의원 乙을 비롯한 절대 다수 국회의원들의 반대로 5월 1일의 국회 표결 결과 국회의 승인을 얻는데 실패했다.

(4) 금융거래에 관해 가명도 가능하다고 규정하고 있던 ‘금융거래법’의 관련조항은 4월 15일을 시점으로 효력을 가지는가? 또한 5월 2일에는 효력을 가지는가?(10점)

출제의도

‘헌법의 보장’이란 헌법의 규범력이 헌법에 대한 위협이나 침해로 훼손되지 않도록 이러한 행위를 사전에 예방하거나 사후에 배제하는 것을 말한다. 이러한 ‘헌법의 보장’을 위한 제도로서 ‘평상적 헌법보장제도’중 하나인 위헌정당해산제도와 ‘비상적 헌법보장제도’중 하나인 국가긴급권제도에 대해 그 의의와 요건 및 효과 등에 대해 잘 알고 있는지, 그리고 이러한 법리들을 구체적 사안에 잘 적용할 수 있도록 충분히 이해하고 있는지를 점검하기 위해 출제된 문제이다. 헌법을 잘 만드는 것 못지않게 중요

한 것이 만들어진 헌법을 잘 수호하는 것이다. 따라서 헌법의 수호에 관한 헌법보장 제도도 중요한 헌법상의 쟁점이며, 각종 시험에서도 언제나 사례형문제로 출제될 가능성이 가진 주제이다.

【답안구성 예】

I. 논점의 정리

II. 우국총정당이 위헌정당인지 여부

1. 관련 사실관계
2. 학설 및 판례
 - (1) 제1설
 - (2) 제2설
3. 적용
4. 소결

III. 위헌정당해산이 방어적 민주주의를 구현한 것이라는 乙의 주장이 정당한지 여부

1. 관련 사실관계
2. 학설 및 판례
 - (1) 방어적 민주주의의 의의
 - (2) 연혁과 입법례
 - (3) 우리 헌법과 방어적 민주주의
3. 적용
4. 소결

IV. 대통령 丙의 긴급재정경제명령 발포가 위헌적 행위라는 국회의원 丁의 주장이 옳은지 여부

1. 관련 사실관계
2. 학설 및 판례
 - (1) 상황적 요건
 - (2) 국가긴급권의 한계
3. 적용
4. 소결

V. 기존의 ‘금융거래법’ 관련조항이 4월 15일과 5월 2일 시점에 효력을 가지는지 여부

1. 관련 사실관계
2. 학설 및 판례
3. 적용
4. 소결

VI. 결 론

우국총정당은 그 목적이나 활동이 ‘자유민주적 기본질서’에 위배되지는 않기 때문에 헌법 제8조 제4항에 규정된 위헌정당에 해당하지는 않으며, 우리 헌법상의 이 위헌정

당해산제도가 방어적 민주주의를 구현한 것이라는 乙의 주장은 정당하다. 또한 대통령 丙의 긴급재정경제명령 발포는 헌법상의 상황적 요건에 위배되는 위헌적 행위라는 국회의원 丁의 주장은 옳으며, 4월 1일 위 긴급재정경제명령의 발포로 효력을 잃었던 금융거래법 관련 조항들은 4월 15일에도 여전히 효력이 없으나 긴급재정경제명령이 국회의 사후승인을 받지 못한 5월 1일 이후인 5월 2일에는 효력이 있다.

2010년 8월호 고시계
서강대 교수 임지봉

4. 직업선택의 자유와 신뢰보호원칙

【設問】

A는 국가기술자격법상의 기술사자격증 소지자로 1997년 9월 특허청 5급 공무원으로 특별채용되었다. A가 채용될 당시의 구 변리사법 제3조 제1항 제3호에 따르면 특허청에서 5급 이상의 공무원으로서 통산하여 5년 이상 심판 및 심사사무에 종사한 자에게는 당연히 변리사자격이 부여되었다. 그런데 2000년 1월 변리사법이 개정되어 개정법 제3조 제1항과 부칙 제4항 등에 의하면 A가 5년 이상 특허행정사무에 종사하는 경우에도 변리사시험의 제1차 시험의 전 과목과 제2차 시험의 과목 중 변리사자격심의위원회에서 정하는 일부를 추가로 면제받을 수 있다고만 규정하고 있다. 그에 따라 A는 구법 규정에 따라 변리사시험을 거치지 않고도 당연히 변리사자격이 부여되는 지위를 상실하였다. 이에 A는 관련조항이 헌법에 위배된다고 주장하면서 2000년 3월 헌법소원심판을 청구하였다.

A의 헌법소원심판청구에 대하여 판단하시오.

□ 참조조문

개정 변리사법 제3조(자격) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 변리사의 자격이 있다.

1. 변리사시험에 합격한 자
2. 변호사법에 의하여 변호사의 자격을 가진 자로서 변리사등록을 한 자
3. 삭제

부칙 ③ (변리사자동자격취득자에 관한 경과조치) 2001년 1월 1일 전에 종전의 제3조 제1항 제3호의 규정에 해당하는 자에 대하여는 동조 동항 동호의 개정규정에 불구하고 종전의 규정을 적용한다.

④ (특별채용자에 관한 경과조치) 1999년 12월 31일 당시 특허청에 재직중인 5급 이상의 공무원으로서 국가공무원법 제28조 제2항 제2호 및 동항 제10호의 규정에 의하여 특별채용된 자가 5년 이상 특허행정사무에 종사한 경우에는 제4조의3 제2항의 개정규정에 불구하고 변리사시험의 제1차시험의 전과목과 제2차시험의 과목 중 일부를 추가로 면제하되, 추가로 면제되는 과목은 제4조

의 4의 개정규정에 의한 변리사자격심의위원회에서 정하는 바에 의한다.

구법 제3조(자격) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 변리사의 자격을 가진다.

1. 2. 생략 (현행규정과 같다)

3. 특허청에서 5급 이상의 공무원으로서 통산하여 5년 이상 심판 및 심사사무에 종사한 자.

출제의도

본 사례는 기본권 침해에 대한 예외적인 구제수단으로서 헌법소원심판을 대상으로 하고 있다. 이 문제는 헌법소원심판의 적법요건, 기본권침해 여부, 신뢰보호의 원칙과 평등의 원칙 위반 여부 등 몇 가지의 헌법적 쟁점으로 구성되어 있다. 최근의 출제경향으로 보건데, 이렇게 단일화된 유형보다는 하나의 사례에 대하여 세분화된 설문으로 보다 정확한 헌법적 지식을 묻는 방법으로 문제가 출제될 것이라 본다. 그렇기 때문에 그 경우 답안의 구성도 좀 더 설문에 맞게 달라져야 할 것이다. 또한 실제 시험에서는 많은 내용의 답안을 작성해서는 안 되고, 보다 간결하면서도 체계화된 구성과 내용으로 작성되어야 한다. 문장의 경우에도 보다 축약되고 간결해야 하며, 쟁점을 중심으로 필요 없는 내용은 쓰지 말아야 한다. 아무튼 주관식 문제에서는 출제자의 의도가 무엇인지 파악하여 그에 맞게끔 답안이 작성되어야 한다.

【답안구성 예】

I. 문제의 소재

II. 헌법소원심판의 적법성 판단

- 헌법소원심판의 의의
 - 헌법소원의 개념
 - 법적 근거와 성격
- 헌법소원심판청구의 적법여부
 - 헌법소원심판의 적법요건
 - 사안의 헌법소원심판청구 적법여부

III. 직업선택의 자유 침해여부

- 직업선택의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부
 - 직업의 개념과 내용
 - 직업의 자유 제한과 그 정당화 여부

IV. 신뢰보호원칙의 위반여부

- 신뢰보호원칙의 의미
- 신뢰보호원칙의 위반에 대한 판단기준
- 사안의 적용 및 판단

V. 평등의 원칙 침해여부

- 헌법상 평등의 원칙의 의미

2. A에 대한 차별의 정당성 여부

VI. 문제의 해결

이 사안에서 A의 헌법소원심판청구는 대상법률조항 자체가 기본권을 침해하고 이를 구제할 별 다른 수단이 존재하지 않는다는 점, 그리고 공권력의 침해로 인한 권리보호의 필요성이 있으며, 청구기간 등의 적법요건을 충족시킴으로 인하여 적법성 판단에 문제가 없다. A에 대한 직업선택의 자유 침해여부는 변리사자격의 부여문제가 국가의 입법정책적 고려대상이란 점에서 법률로 그 자격을 제한하는 것은 위헌의 소지는 없다. 그리고 A의 신뢰를 보호해야 하는지 여부와 관련하여 개정 변리사법 조항으로 인하여 A의 신뢰이익이 중대하게 손상되었기 때문에 신뢰보호원칙에 반한다. 나아가 개정 변리사법의 부칙조항에서 변리사자격과 관련하여 입법자가 정당한 합리적인 사유 없이 A를 차별하고 있어서 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 있다.

2010년 12월호 고시계
동국대 김상겸 교수

5. 대학의 자율권과 총장선거

【설문】

A는 B국립대학교 소속의 교수로서 교수평의회 의장으로 재직 중이다. B국립대학교는 전임강사 이상의 교원이 직접·비밀투표로 총장후보자를 선출하여 교수평의회 전원회의로 구성된 총장임명추천위원회에서 1위자와 2위자를 총장후보자로 추천하도록 되어 있다.

그런데 A는 “대학의 자치입법권은 대학자치 내지 자율성의 본질적 내용에 해당되고, 대학은 자신의 의사결정기구를 통하여 대학운영과 관련된 사항들을 규칙으로 제정할 수 있는 고유한 권한을 가져야 하며, 대학의 장 선출방식도 여기에 포함되어야 함에도 불구하고 교육공무원법(이하 ‘법’이라 한다) 제24조 제4항은 대학의 장 후보자 선출과 관련하여 교원의 합의가 존재하지 않는다면 원칙적으로 간접선거에 해당하는 대학의장임용추천위원회(이하 ‘위원회’라 한다)에서 선정하도록 강요하고 있어 대학구성원인 교수와 교수자치회의의 자율성을 침해하고 있다.”고 주장하면서 “대학의 대표자를 대학의 구성원이 스스로 결정할 수 있도록 하는 것이 대학의 자율성의 최소한의 전제라고 할 때 대학구성원의 동의를 전제로 하지 않고 일시적인 임용도 아닌 형태로 교육과학기술부장관의 일방적인 제청과 그에 따른 대통령의 총장 임용이 가능하도록 한 법 제24조 제6항은 학문의 자유, 대학자치제를 침해하는 규정이다. 또한 법 제24조 제7항은 위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고만 규정하고 있을 뿐 구체적으로 총장추천위원회의 구성에 대하여는 대통령령에 백지위임을 하고 있다. 구성원의 비율에 관한 사항이나 구성원 중 대학교수가 어떤 결정적인 영향력을 행사할 수 있을 것인지의 내용은 법률에 규정되어야 할 사항이므로

이 규정은 포괄위임법금지의 원칙(헌법 제75조)이나 교육제도의 법정주의(헌법 제31조 제6항)에 반한다.”고 주장하고 있다. A는 결국 위의 각 규정은 대학자치의 본질적 내용의 침해에 해당하고, 또한 과잉금지의 원칙에도 반한다며 그 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였다. A의 헌법소원 심판청구에 대해서 적법요건과 본안에 대한 판단을 하고 결론을 유도하시오.

[참조조문]

교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정된 것) 제24조(대학의 장의 임용) ① 대학(공립대학을 제외한다. 이하 제27조까지 같다)의 장은 당해 대학의 추천을 받아 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다. 새로이 설립되는 대학의 장을 임용하거나 대학의 장의 명칭변경으로 인하여 학장으로 재직 중인 자를 당해 대학의 총장으로, 총장으로 재직 중인 자를 당해 대학의 학장으로 그 임기 중에 임용하는 경우에는 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

② 제1항 및 제6항의 규정에 의하여 교육과학기술부장관이 대학의 장을 임용제청하고자 할 때에는 인사위원회의 자문을 거쳐야 한다.

③ 제1항 본문의 규정에 의한 대학의 장의 임용추천을 위하여 대학에 대학의장임용추천위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

④ 위원회는 해당 대학이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나의 방법에 의하여 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다.

1. 위원회에서의 선정
2. 해당 대학 교원의 합의된 방식과 절차에 따른 선정

⑤ 대학의 교원으로 재직 중에 당해 대학의 장으로 임용된 자가 제28조 제1호의 임기를 마친 경우에는 제25조의 규정에 불구하고 대학의 장의 임기가 만료되는 날의 다음날에 대학의 장 임용직전의 교원으로 임용된 것으로 본다.

⑥ 제1항의 규정에도 불구하고 대학의 장 임기만료 후 3월 이내에 해당 대학이 대학의 장 후보자를 추천하지 아니하는 경우 해당 대학의 장은 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

⑦ 위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하되, 위원의 일정비율 이상은 여성으로 한다.

출제의도

본 사례는 청구인A가 대학의 자치의 주체로서 대학의 장 후보자 선출에 참여할 권리가 있는지, 그리고 이러한 권리가 대학의 자치에 포함되는 헌법상의 기본권인지, 그 밖에 교수나 교수회에겐 헌법 제31조 제4항의 대학의 자율의 보장내용에 포함되는 헌법상의 기본권인 국립대학의 장 후보자 선정에 참여할 권리가 있는지, 대학의 자율을 제한하는 법률에 대한 위헌심사기준은 무엇인지, 대학의 장 후보자 선정의 방식으로 ‘대학의장임용추천위원회에서의 선정’을 규정한 법 제24조 제4항은 간선택제를 강요하여 대학의 자율을 침해하는 것인지, 대학의 장 임기만료 후 3월 이내에 후보자를 추천하지 아니하는 경우 대학의 추천 없이 대통령이 교육과학기술부장관의 제청을

받아 대학의 장을 임용하도록 한 법 제24조 제6항은 대학의 자율을 침해하는 것인지, 위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 정하도록 위임한 법 제24조 제7항은 포괄위임법금지의 원칙이나 교육제도 법정주의에 반하는 것인지 여부 등에 대한 수험생의 판단 능력을 평가하기 위한 것이다.

【답안구성 예】

I. 적법요건에 대한 판단

1. 기본권주체성 및 기본권성
2. 자기관련성
3. 직접성
4. 기타 적법요건

II. 본안에 관한 판단

1. 대학의 자율과 위헌 심사기준
2. 국립대학의 총장임명제도의 변천과 제·개정취지
3. 대학의 자율의 침해 여부
4. 포괄위임법금지의 원칙 위반 여부 등 - 법 제24조 제7항 관련
5. 기타 기본권침해 여부

III. 결 론

(1) 헌법재판소는 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상의 기본권으로 보고 있다. 그러나 대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전 구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 나아가 전통적으로 대학자치는 학문활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 현행법상 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다.

(2) 대학의 자율도 헌법상의 기본권이므로 기본권제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있고, 대학의 자율의 구체적인 내용은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되며, 또한 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있고, 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과

각급 학교에 따라 다를 수 밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있다. 따라서 법 제24조 제4항 본문 및 제1호, 제6항, 제7항 중 위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하되 부분이 대학의 자유를 제한하고 있다고 하더라도 그 위헌 여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다.

(3) 위원회에서의 선정은 원칙적인 방식이 아닌 교원의 합의된 방식과 선택적이거나 혹은 실제로는 보충적인 방식으로 규정되어 있는 점, 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 다만 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다고 할 것인데, 법 제24조 제4항은 대학의 장 후보자 선정을 위원회에서 할 것인지, 아니면 교원의 합의된 방식에 의한 것인지를 대학에서 우선적으로 결정하도록 하여 이를 충분히 보장하고 있는 점, 또한 이 규정은 개정 전 교육공무원임용령 제12조의3 제4항과 동일한 내용으로서 청구인들이 속한 각 대학은 개정 전 위 시행령에 근거하여 직선제의 방식으로 대학의 장 후보자를 선출해 온 점을 고려하면, 이전의 시행령의 내용을 그대로 담고 있는 법 제24조 제4항이 대학에게 총장 후보자 선출에 있어서 새로운 제한을 추가하거나 가중한 것이라고 볼 수 없으므로 위 규정이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

(4) 국립대학에서 총장이 임명되지 못하는 경우에 대통령이 교육과학기술부장관의 제청으로 총장을 임용하는 것은 그 공백상태를 해결하기 위한 적절한 수단이며 이 경우 임시적 지위를 갖는 총장을 임용하는 일시적인 임용형태를 취할 것인지 아니면 통상의 총장지위를 갖는 정식의 임용형태를 취할 것인지는 입법자의 재량사항에 속한 것으로 볼 수 있는 점, 또한 총장 임기만료 후 3개월이 경과한 경우에만 대통령이 위의 권한을 행사하도록 함으로써 대학에게 그 총장후보자의 선출에 대한 자율권을 행사할 충분한 기간과 기회를 제공하고 있는 점, 대학의 자율도 국민의 교육받을 권리를 존중하여 가능한 한 이를 침해하여서는 안되며, 대학이 총장의 임기만료 후에도 만연히 대학의 장 후보자를 선출하지 아니한 채 국가가 관여하는 것을 배제해달라고 주장하는 것은 합리적인 대학의 자율의 범위라고 볼 수 없는 점, 국립대학의 총장은 구성원의 대표로서의 성격 외에도 국가행정관청의 장으로서의 성격도 겸하고 있으므로 국립대학의 총장 미임명으로 인한 국가행정의 공백이나 불안정상태를 막을 긴급한 필요가 있는 점 등을 고려할 때 법 제24조 제6항이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

(5) 법 제24조 제7항은 위원회의 구성, 운영 등에 관하여 구체적인 위임의 범위를 정하지 아니하고 시행령에 위임하였으나, 이 위원회는 대학의 장 후보자를 추천하기 위한 위원회임은 목적상 명백하고, 또한 위원회는 대학의 모든 구성원이 아닌 해당 대학 교원을 중심으로 구성될 것임을 알 수 있어 그 대강의 내용을 예측할 수 있고, 각 대학마다 규모나 지역 등의 사정에 따라 탄력적으로 위원수나 위원자격을 정하도록 할 필요

가 있어 구성과 운영 등에 관한 사항을 시행령에 위임하여야 할 합리적인 이유가 있으므로 위임입법의 한계를 일탈하였다고 할 수 없다. 한편 위의 연혁과 관련규정의 내용에 기초하여 볼 때, 위원회는 해당 대학이 대학의 장 후보자 추천권한을 행사하기 위한 것으로서 위 규정은 청구인들의 권리를 제한하는 규정이라기 보다는 추천권행사를 위한 형성적 법률규정에 가깝다고 볼 수 있고, 위 규정은 교수들이나 특히 여성위원들의 참여를 보장하고 있어 청구인들의 기본권이나 대학의 자율을 증진시키는 측면도 있으므로 위 규정이 대학자치의 본질을 침해한다거나, 교육제도 법정주의에 반하여 위헌이라고 보기도 어렵다.

(6) 그렇다면 청구인A의 심판청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것이다.

2011년 1월호 고시계
조선대학교 교수 김병록

6. 직업의 자유, 평등의 원칙, 적용위헌 등

【設問】

1. 지난 2008. 10. 30. 헌법재판소는 형법 제241조 간통죄 규정의 위헌여부에 관하여 1990. 9. 10. 89헌마82, 1993. 3. 11. 90헌가70, 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에 이어 4번째로 합헌결정을 하였다. 다만 이번 결정에서는 재판관의 의견이 4:5로 위헌의견이 우세하였으나 위헌선언에 필요한 정족수 미달로 합헌으로 선고되었다.

2. 부산에서 공인회계사로 재직 중인 피고인 甲은 2010. 1. 8. 부산지방법원에서 간통죄로 징역 1년을 선고받았고, 항소심에서는 피고인에 대하여 징역 1년에 집행유예 2년이 선고되었으며, 동 판결은 2011. 2. 25. 대법원에서 확정되었다(피고인 甲은 형사재판에서 간통죄에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하지는 않았고, 법원도 직권으로 위헌법률심판제청신청을 하지는 않았다)

3. 위 사건 후 공인회계사인 甲은 공인회계사법 제9조 제1항 제1호, 제4조 제3호에 의하여 공인회계사 등록이 취소될 예정이고, 집행유예 종료일로부터 2년간 공인회계사업무에 종사할 수 없게 되었다. 이는 공인회계사법 제9조 제1항 제1호가 “제7조의 규정에 의하여 등록된 공인회계사가 제4조 각호의 1에 해당하게 된 때에는 금융위원회는 그 공인회계사의 등록을 취소”하도록 규정하고 있고, 같은 법 제4조 제3호는 “금고이상의 형의 집행유예 선고를 받고 그 유예기간이 종료된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자”를 공인회계사 결격 사유로 규정하고 있기 때문이다.

4. 위의 경우에 있어서 헌법적 쟁점을 논하라. (다만 간통죄 자체에 대한 위헌여부는 논의를 생략하고, 논점과 관계있는 부분은 논하되, 구제방안에 대하여도 논하여야 함)

출제의도

이 문제의 출제의도는 기본적으로 직업선택의 자유 및 평등권의 제한에 관한 기본 지식을 물어보고, 이에 대하여 구체적으로 헌법상의 구체방안을 정확히 알고 있는가를 측정하기 위한 것이다.

이와 관련하여 구체적으로 논의되어야 하는 것은 다음의 점이다. (i) 직업선택의 자유의 제한법리, 특히 면허제 내지는 자격제 직업에 있어서의 기본권 제한법리, (ii) 직업선택의 자유와 행복추구권 등 주기본권과의 관계(다만 이에 대하여는 극히 간단한 언급만으로 족하다), (iii) 평등권 제한 입법의 위헌심사구조 및 본 사건에 있어서의 심사구조, iv) 차별취급과 관련하여 구체적으로 어느 집단을 비교집단으로 삼을지 여부, (v) 쟁송방법 선택의 문제, 즉 취소소송을 제기한 후 위헌법률심판제 청신청을 할 것인지 혹은 헌법소원을 할 것인지 여부, (vi) 헌법소송에서 입증책임은 누구에게 있는지 여부, (vii) 현재의 결정과 관련하여 만일 위헌이라면 단순위헌 결정을 하여야 하는지 변형결정을 하여야 하는지 여부 및, (viii) 변형결정을 한다면 그 이유는 무엇인지와 관련하여 간통죄에 대한 처벌로 벌금형이 없고 집행유예만 규정되어 있는 점이 비례(책임)의 원칙에 반하는 것은 아닌지가 논의되어야 한다.

평소 접하던 문제보다 상당히 어렵다고 생각되기는 하지만, 실제 사회에서 일어나는 케이스이므로 한 번 진지하게 고민하여 문제를 해결해보도록 한다면 수험생들의 헌법실력이 일취월장할 것이라 생각된다.

【답안구성 예】

- I. 서언
- II. 간통죄에 대하여 징역형만을 법정형으로 정하고 있는 점에 관하여
 1. 판례의 입장
 2. 비판
- III. 비례의 원칙과 관련한 위헌성 논의
 1. 서언
 2. 직업의 자유 및 그 제한에 관한 일반론
 3. 본 사건에 적용되어야 하는 심사기준 및 구체적 심사
- IV. 평등의 원칙 관련한 위헌성 논의
 1. 서언 : 평등의 원칙의 의의 및 전문가자격증 등록취소규정 개괄
 2. 판례의 입장
 3. 비판
- V. 소송법적 문제
 1. 서언
 2. 쟁송방법 및 그 요건 검토

- 3. 입법사실에 대한 입증책임
- 4. 위헌판단의 방법(주문 결정 형식)

VI. 결 어

첫째, 형법상 간통죄의 법정형으로 징역형만을 규정하고 있는 것은 형벌의 개별 책임주의 원칙에 반한다. 둘째, 공인회계사법 제9조 제1항 제1호, 제4조 제3호의 등록취소 및 결격사유 규정은 범죄의 종류를 불문하고, 모든 범죄에 대하여 형의 집행유예를 선고받은 경우까지 일정 기간 공인회계사의 자격을 박탈하는 것으로 이는 직업선택의 자유를 비례의 원칙(피해의 최소성의 원칙)에 위반하여 제한하는 것으로 위헌이다. 셋째, 위 규정은 직무관련 범죄로 인하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우에만 그 자격을 일정 기간 박탈하도록 하고 있는 의사, 약사, 관세사의 경우와 비교하여 차별의 합리적 이유도 없을 뿐 만 아니라, 차별의 목적과 이를 달성하려는 수단 간에 엄격한 비례관계가 인정되지 않으므로 평등의 원칙에 반하는 규정이다. 넷째, 소송법적 측면에서 살펴볼 때, 국가(입법자)가 위와 같은 제한수단이 공인회계사 직무의 공정성, 국민의 신뢰를 담보할 수 있다는 점을 입증하여야 한다. 다섯째, 이 사건의 경우, 혼인이 사실상 파탄의 지경에 이른 공인회계사에 대하여도 징역형의 집행유예를 선고할 수 밖에 없고, 이에 따라 위 공인회계사에 대하여 필요적으로 공인회계사 등록을 취소하도록 하였으므로, “청구인에 대하여 공인회계사법상의 등록취소, 결격사유 규정을 적용하는 한 위헌이다”라는 ‘적용위헌’의 주문결정을 하는 것이 바람직할 것이다.

2011년 4월호 고시계
단국대 교수 김래영