



「2022년 경찰공무원 시험대비」 헌법 모의고사 및 해설(2)

| **고영동** 교수 | 박문각 경찰학원



06. 기본권 주체에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대통령은 '헌법기관으로서의 지위'에서는 기본권의 주체가 될 수 없으나, '사인으로서의 지위'와 관련해서는 기본권의 주체가 될 수 있다.
- ② 상공회의소는 그 목적이나 설립, 관리 면에서 자주적인 단체로 사법인이라고 할 것이므로 상공회의소와 관련해서도 결사의 자유는 보장된다.
- ③ 과거에는 교정행정의 객체로 파악되었던 수형자도 오늘날에는 일반 국민과 같이 헌법상 보장된 기본권의 한 주체에 해당한다.
- ④ 지방자치단체의 장은 주민의 복리를 증진하기 위하여 활동하는 범위 내에서 기본권을 향유할 수 있다.

[정답] ④

[해설] 기본권 - 기본권의 주체 ■ 난이도 중

- ④ (X) 지방자치단체의 장은 주민의 복리를 증진하기 위하여 활동하는 범위 내에서는 공권력 담당자로서의 지위를 가지므로 기본권 주체가 될 수 없다.
- ① (O) 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다(헌재 2008.1.17. 2007헌마700).
- ② (O) 상공회의소는 사업범위, 조직, 회계 등에 있어서 상공회의소법에 따른 규율을 받고 있는 특수성을 가지고 있으나, 기본적으로는 관할구역의 상공업계를 대표하여 그 권익을 대변하고 회원에게 기술 및 정보 등을 제공하여 회원의 경제적·사회적 지위를 높임으로써 상공업의 발전을 꾀함을 목적으로 하는 조직으로 목적이나 설립, 관리 면에서 자주적인 단체로 사법인이라고 할 것이므로 상공회의소와 관련해서도 결사의 자유는 보장된다고 할 것이다(헌재 2006.5.25. 2004헌가1).

07. 기본권의 효력에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은?

- ① 기본권의 경합은 한 사람의 기본권의 주체가 국가에 대하여 동시에 여러 기본권의 효력을 주장하는 경우이다.
- ② 기본권 충돌은 복수의 기본권 주체의 기본권이 서로 충돌할 때 각자 국가에 대하여 대립되는 기본권의 효력을 주장하는 경우이다.
- ③ 기본권은 대국가적 효력뿐만 아니라 대사인적 효력을 가지는 경우도 있다.
- ④ 현행 헌법상 기본권의 제3자적 효력에 관하여 학설은 여러 가지 입장을 취하고 있지만, 노동3권을 사인 간에 직접 적용되는 기본권으로 보는 데에는 이론이 없다.

[정답] ④

[해설] 기본권 - 기본권의 효력 ■ 난이도 하

- ④ (X) 학설이 대립한다. 국내의 다수설은 기본권의 대사

인적 효력과 관련하여 간접적용의 원칙을 따르고 있으며, 다만 헌법상 일정한 기본권에 대해서만은 사인관계에서도 직접 적용될 수 있다는 제한적 직접적용설을 취하는 결과, 기본권을 대사인적 효력이 부정되는 기본권, 대사인적 효력이 직접 적용되는 기본권, 대사인적 효력이 사법(私法)의 일반조항들(민법 제2조, 제103조, 제750조)을 통하여 간접적용되는 기본권의 3가지로 분류한다.

이때 헌법상 예외적으로 사인에 대해 직접 적용될 수 있는 기본권은 무엇인지 문제되는데, 헌법상 노동3권에 대해서 다수설은 비록 사법관계에서 직접효를 인정하는 명문의 규정은 없지만 그 성질상 당연히 직접효를 갖는다고 하나, 소수설은 헌법상 노동3권은 직접효를 인정하는 명문규정이 없으므로 혹 사법상 효력을 인정하고자 하는 경우에도 간접효를 갖는데 그치는 것으로 보아야 한다고 한다.

08. 과잉금지의 원칙에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 헌법재판소 결정례에 의함)

- ① 과잉금지의 원칙은 법치주의와 헌법 제37조 제2항에서 그 근거를 찾을 수 있다.
- ② 기본권을 제한하는 입법에서 과잉금지원칙은 목적의 정당성, 방법 또는 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 그 내용으로 한다.
- ③ 목적의 정당성은 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 함을 뜻한다.
- ④ 방법 또는 수단의 적정성은 입법 목적을 달성하기 위한 방법 또는 수단으로서 유일하게 효과적이고도 적합한 것을 선택하여야 함을 뜻한다.

[정답] ④

[해설] 기본권 - 기본권의 제한과 한계 ■ 난이도 하

- ④ (X) 무릇 국가가 입법, 행정 등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고, 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한해서 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다.
- 그런데 국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다.
- 국가에 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다(헌재 1989.12.22. 88헌가13).

09. 국가의 기본권 보호의무에 대한 설명으로 가장 적절하지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현행 헌법은 국가의 기본권 보호의무를 명문으로 규정하고 있지 않다.

- ② 국민의 기본권을 보호하는 것은 국민주권의 원리상 국가의 가장 기본적인 의무이므로 입법자는 기본권 보호의무를 최대한 실현하여야 한다.
- ③ 헌법재판소는 국가가 기본권 보호의무를 다하지 않았는지를 심사할 때 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가를 하는 이른바 '과소보호 금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼는다.
- ④ 헌법재판소는 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지, 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다.

[정답] ①

[해설] 기본권 - 기본권의 침해와 구제 ■ 난이도 하

- ① (X) 기본권 보호의무의 헌법상 근거는 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."라고 규정한 헌법 제10조 제2문이다.
- ③ (O), ④ (O) 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가를 하는 이른바 '과소보호 금지원칙'의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다(헌재 2008.12.26. 2008헌마419·423·436(병합)).

10. 헌법이 명시적으로 규정하고 있는 내용이 아닌 것은?

- ① 평화적 생존권
- ② 인간으로서의 존엄과 가치
- ③ 신체의 자유
- ④ 청원권

[정답] ①

[해설] 기본권 - 인간의 존엄과 가치 ■ 난이도 하

- ① (X) 평화적 생존권에 관한 헌법규정은 없다. 헌법재판소는 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이 인정된다는 입장(헌재 2006.2.23. 2005헌마268)이었으나, "평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 평화적 생존권을 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다"(헌재 2009.5.28. 2007헌마369)고 함으로써, 종전의 판례를 변경하여 평화적 생존권의 기본권성을 부정하는 입장이다.

<다음호에 계속...>