

SIGNATURE
강성민
경찰헌법

2025 미래인재 경찰학원

기본서

강성민 변호사 헌법 | 행정법 교실

cafe.daum.net/gangseongmin



경찰채용 / 경찰간부 / 경찰승진

- 체계적이고 안정적인 고득점 완성
- 생소한 헌법을 친숙한 헌법으로
- 시험에서 활용 가능한 스킬 완성

PREFACE 머리말

헌법과목은 유형별로는 ① 이론, ② 판례, ③ 헌법조문, ④ 부속법령을 학습해야하고, 세부적인 편제로는 ① 헌법총론, ② 기본권론, ③ 통치구조론, ④ 헌법재판론을 체계적으로 학습하여야 합니다. 그 중 경찰공무원 시험은 편제상 ① 헌법총론과 ② 기본권론이 그 시험의 출제범위에 포함됩니다.

헌법은 “법”을 공부해야하는 지식형 시험인 동시에, 다른 법과목에 비해 추상적이고 이념적입니다. 실제 생활에서 가깝게 느껴지지 않는 내용들이 담겨있다보니 낯설고 어렵습니다.

헌법에서 다루고 있는 내용이 무엇인지, 헌법이 어떤 실제적인 이야기를 담고 있는지를 이해하면 헌법이 더욱 쉽고 재미있습니다.

지식형 과목에 해당하는 헌법을 공부하기 위해서는 공부방법도 달라야합니다.

추상적이고 정치적인 헌법의 이론과 판례를 스토리텔링 위주로 정리하고, 이해와 함께 암기할 부분은 암기할 수 있도록 체계적인 지식 습득을 목표로 학습하여야 합니다.

본 교재는 위와 같은 고민을 기초로 쓰여졌습니다.

편제와 목차의 구성, 판례와 조문의 배치, 이론의 설명 등 모든 부분에 있어서 가장 효율적이고 이해하기 쉬운 방법으로 기술하기 위해 노력하였습니다.

수험생분들이 본 교재를 통해 학습량이 방대한 헌법의 중요한 부분과 그렇지 않은 부분의 강약을 조절하고, 이 한권으로 시험 대비에 충분할 수 있도록 많은 고민과 수정작업을 거쳤습니다.

본 교재의 특징은 다음과 같습니다.

1. 경찰채용과 간부시험에 헌법 과목이 도입되고 그 범위가 “헌법총론, 기본권론”이라고 정해진 뒤, 저는 2021. 12. 28. “경찰대학”에 정확한 헌법 시험 범위에 대한 정보공개청구를 하였고, 이후 행정심판까지 청구한 뒤 정확한 출제범위에 대한 안내를 받을 수 있었습니다. 이에 따르면 우리 헌법 시험 범위에는 “포괄위임금지, 입법부작위, 대통령의 국가긴급권” 등 통치구조와의 경계선에 있는 내용들이 모두 포함됩니다. 본 교재에는 제가 경찰대학으로부터 전달받은 헌법 시험범위가 모두 반영되어 있습니다.
2. 그동안 시행되었던 채용시험, 간부후보생시험, 경력경쟁채용시험 문제를 모두 분석하여 기출표시를 해두었습니다.

3. 경찰직렬 시험 외에도 국가직·지방직 공무원시험, 5급공채와 입법고시, 변호사 시험 등 타 직렬의 기출문제를 총 분석하여 시험에 출제되는 범위의 내용들을 모두 반영하고 기출표시를 하였습니다. 본 교재로 공부하는 것만으로 최근 모든 직렬의 기출문제들을 다 학습하는 효과가 있고, 기출 표시 위주로 학습하신다면 혼자서도 강약조절을 하면서 공부하실 수 있습니다.
4. 2024년 2월까지 선고된 헌법재판소 결정례와 제·개정된 헌법부속법률 등을 모두 반영하였습니다.

한편 헌법재판소는 2024. 2. 28. 태아의 성별 고지를 금지한 의료법 제20조 제2항에 대해 위헌결정을 선고하였는데(2022헌마356), 해당 사건을 청구하여 위헌결정을 이끌어낸 변호사로서 해당 판례를 본 교재에 수록하고 여러분들에게 강의할 수 있어서 매우 큰 자부심을 느낍니다. 앞으로도 헌법소송실무를 함께 하는 변호사로서 여러분들에게 좋은 강의와 교재를 전달할 수 있도록 하겠습니다.

이 교재로 공부하는 여러분들께 감사한 마음을 전합니다. 수험생분들에게 꼭 도움이 되어야 한다는 마음에 늘 두렵고 떨리는 마음으로 교재작업을 하고 강의를 진행하고 있습니다. 저 역시도 변호사시험이라는 시험의 수험생 생활을 해본 사람으로서, 힘든 길을 걸어가고 계신 모든 수험생분들에게 진심으로 격려와 박수를 보냅니다. 지금 이 고통은 언젠가는 끝이 납니다. 여러분의 노력은 시험장에서 그 빛을 발하게 될 것입니다. 자신감을 가지고 끝까지 성실하게 이 시기를 잘 견뎌내시기를 응원하겠습니다.

본 서 출간 이후에 개정되는 부속법률, 주요 판례변경, 교정 사항 및 오타자에 대한 추록은 미래인재경찰학원 홈페이지 또는 제 개인 카페인 다음카페 【강성민 변호사 헌법/행정법 교실】 (<https://cafe.daum.net/gangseongmin>)에 업로드해두도록 하겠습니다.

합격의 기쁨을 맛보시고 세상에 꼭 필요한 사람이 되시기를 진심으로 응원합니다.

2024. 3. 31.

강성민 변호사 드림

CONTENTS 목차

제1편

기본권

제1장 기본권 총론

| | |
|------------------------------------|----|
| 제1절 기본권 일반 | 4 |
| I. 기본권의 의미 / 4 | |
| II. 기본권의 분류 / 4 | |
| III. 기본권 보장의 역사 / 6 | |
| 제2절 기본권의 성격 | 7 |
| I. 자연권성 및 실정권성, 주관적 공권 / 7 | |
| II. 기본권의 이중적 성격 / 7 | |
| III. 헌법관에 따른 기본권의 성격 / 7 | |
| 제3절 기본권과 제도보장 | 8 |
| I. 제도보장의 의의 / 8 | |
| II. 현행 헌법상 제도보장 / 8 | |
| 제4절 기본권의 주체 | 9 |
| I. 의 의 / 9 | |
| II. 구체적 검토 / 9 | |
| 제5절 기본권의 효력 | 16 |
| I. 의 의 / 16 | |
| II. 기본권의 대국가적 효력 / 16 | |
| III. 기본권의 대사인적 효력 / 17 | |
| 제6절 기본권의 경합과 충돌 | 19 |
| I. 기본권의 경합 / 19 | |
| II. 기본권의 충돌 / 21 | |
| 제7절 기본권의 제한 및 한계 | 24 |
| I. 의 의 / 24 | |
| II. 기본권의 내재적 한계 / 24 | |
| III. 기본권 제한의 유형 / 25 | |
| IV. 기본권 제한의 일반원칙 / 26 | |
| 제8절 기본권의 침해와 구제 | 58 |
| I. 입법부에 의한 침해와 구제 / 58 | |
| II. 행정부에 의한 침해와 구제 / 63 | |
| III. 사법부에 의한 침해와 구제 / 63 | |
| IV. 사인에 의한 침해와 구제 / 63 | |
| V. 국가인권위원회를 통한 구제 / 63 | |
| 제9절 기본권의 보호의무 | 66 |
| I. 의 의 / 66 | |
| II. 헌법적 근거 / 67 | |
| III. 보호의무 이행의 심사기준 - 과소보호금지원칙 / 67 | |

제2장 인간의 존엄과 가치·행복추구권

| | |
|----------------------|--------------|
| 제1절 인간의 존엄과 가치 | 72 |
| I. 의의 및 성격 / 72 | II. 주 체 / 72 |
| III. 일반적 인격권 / 73 | |
| 제2절 행복추구권 | 79 |
| I. 의의 및 법적 성격 / 79 | II. 내 용 / 80 |

제3장 평등권

| | |
|-----------------------|----------------|
| I. 의 의 / 97 | II. 내용 / 97 |
| III. 적극적 평등실현조치 / 106 | IV. 간접차별 / 107 |
| V. 평등원칙에 관한 판례 / 107 | |

제4장 자유권적 기본권

| | |
|-----------------------------|------------------------------|
| 제1절 인신에 관한 자유 | 124 |
| 제1항 생명권 / 124 | |
| I. 의의 및 내용 / 124 | II. 제한 및 한계 / 124 |
| 제2항 신체를 훼손당하지 않을 권리 / 127 | |
| 제3항 신체의 자유 / 127 | |
| I. 의 의 / 127 | II. 신체의 자유의 실제적 보장 / 131 |
| III. 신체의 자유의 절차적 보장 / 146 | |
| 제2절 사생활영역의 자유 | 172 |
| 제1항 사생활의 비밀과 자유 / 172 | |
| I. 의 의 / 172 | II. 표현의 자유와의 관계(기본권충돌) / 175 |
| 제2항 주거의 자유 / 188 | |
| I. 의 의 / 188 | II. 내 용 / 188 |
| 제3항 거주·이전의 자유 / 190 | |
| I. 의 의 / 190 | II. 주 체 / 191 |
| III. 내 용 / 191 | |
| 제4항 통신의 자유 / 193 | |
| I. 의 의 / 193 | II. 내 용 / 193 |
| III. 효 력 / 195 | IV. 제한 및 한계 / 195 |

CONTENTS 목차

| | |
|------------------------|-------------------------|
| 제3절 교육을 받을 권리 | 373 |
| I. 의 의 / 373 | II. 성 격 / 374 |
| III. 주 체 / 375 | IV. 교육을 받을 권리의 내용 / 375 |
| V. 교육제도의 보장 / 381 | |
| 제4절 근로의 권리 | 387 |
| I. 의 의 / 387 | II. 성 격 / 387 |
| III. 주 체 / 388 | IV. 내 용 / 388 |
| 제5절 근로3권 | 393 |
| I. 의 의 / 393 | II. 법적 성격 / 393 |
| III. 주 체 / 394 | IV. 근로3권의 내용 / 395 |
| V. 근로3권의 제한 및 한계 / 400 | |
| 제6절 환경권 | 405 |
| I. 의 의 / 405 | II. 성 격 / 405 |
| III. 환경권의 보호대상 / 406 | IV. 침해와 구제 / 406 |
| 제7절 혼인과 가족생활의 보장 | 408 |
| I. 의 의 / 408 | II. 성 격 / 408 |
| III. 내 용 / 408 | |
| 제8절 모성의 보호 | 417 |
| I. 의 의 / 417 | II. 내 용 / 417 |
| 제9절 보건권 | 417 |
| I. 의 의 / 417 | II. 내 용 / 418 |
| 제8장 국민의 기본적 의무 | |
| I. 의 의 / 420 | II. 기본적 의무의 내용 / 420 |

제2편

헌법총권

제1장 헌법과 헌법학

| | |
|--------------------------|-----|
| 제1절 헌법일반 | 426 |
| I. 헌법의 개념 / 426 | |
| II. 헌법관 / 430 | |
| III. 헌법의 특성 / 431 | |
| 제2절 헌법의 해석 | 432 |
| I. 헌법의 해석 / 432 | |
| II. 합헌적 법률해석 / 433 | |
| 제3절 헌법의 제정 | 435 |
| I. 헌법제정의 의의 / 435 | |
| II. 헌법제정권력 / 436 | |
| 제4절 헌법의 개정 | 436 |
| I. 헌법개정의 의의 및 필요성 / 436 | |
| II. 헌법개정의 한계 인정여부 / 436 | |
| III. 헌법개정한계의 내용 / 437 | |
| IV. 한국헌법의 개정절차 / 438 | |
| 제5절 헌법의 변천 | 440 |
| I. 헌법변천의 의의 / 440 | |
| II. 헌법개정과의 차이 / 441 | |
| III. 헌법변천의 요건 / 441 | |
| IV. 헌법변천의 한계 / 441 | |
| V. 구체적 사례 / 441 | |
| 제6절 헌법의 수호 | 441 |
| I. 헌법의 수호(보호)의 의의 / 441 | |
| II. 헌법의 수호(보호)의 종류 / 442 | |
| III. 저항권 / 442 | |
| IV. 방어적 민주주의 / 444 | |
| V. 국가긴급권 / 445 | |

제2장 대한민국 헌법총설

| | |
|---------------------------|-----|
| 제1절 대한민국 헌정사 | 455 |
| 제2절 대한민국의 국가형태 | 470 |
| I. 국가형태의 의의 / 470 | |
| II. 국가형태에 대한 현대적 분류 / 470 | |
| III. 대한민국의 국가형태 / 470 | |



제 1 편

기본권

제1장 기본권 총론

제1절 기본권 일반

I 기본권의 의미

기본권이란 헌법이 보장하는 국민의 기본적인 권리를 말한다. 인권과 기본권의 개념은 국내외적으로 혼용되어 사용되고 있는데, 인권이란 인간으로서 당연히 가지는 자연적 권리로서 기본권 개념과 언제나 일치하는 것은 아니다. 또한 헌법에 의하여 보장되는 권리가 아닌 개별 법률에 따라 보장되는 권리인 법률상 권리와도 구별해야 한다(예 지방자치법상 주민소환권 등).

II 기본권의 분류

| 기 준 | 내 용 |
|--------|--|
| 기본권 주체 | ① 인간의 권리 : 인간인 이상 국민 뿐만 아니라 외국인에게도 당연히 인정되는 권리(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 생명권, 양심의 자유 등)(22국헌8) 23경제 ② 국민의 권리 : 국민에게만 인정이 되는 권리(참정권 등) |
| 기본권 성질 | ① 절대적 기본권 : 기본권의 성질상 어떠한 경우에도 제한이 불가능한 기본권(내심의 영역에 머무르는 신앙의 자유, 양심형성의 자유 등) ② 상대적 기본권 : 헌법 제37조 제2항 등에 의한 제한이 가능한 기본권(대부분) |
| 기본권 효력 | ① 구체적 기본권 : 명문의 법률규정 없이도 당연히 국가권력을 직접 구속하는 효력을 갖는 기본권 ② 추상적 기본권 : 입법기관의 입법을 통해 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성되는 기본권 |
| 헌법에 열거 | ① 헌법에 열거된 기본권 ② 헌법에 열거되지 않은 기본권 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다(2009.5.28. 2007헌마369).” (기본권 인정○ : 생명권(7입시), 일반적 인격권(성명권(7입시)·명예권·초상권), 일반적 행동자유권, 자기결정권(17입시), 휴식권, 개성의 자유로운 발현권(7입시), 문화향유권, 알 권리 등) (기본권 인정× : 평화적 생존권(17입시) 20행시 23행시, 주민투표권, 주민소환권, 육아휴직신청권(23경위), 국회구성권, 국회의원의 심의·표결권) |
| 기본권 내용 | 고전적인 엘리네크의 지위이론에 따르면 국민은 국가에 대하여 네 가지 지위를 가지는데, 이에 따라 ① 소극적 지위에서의 자유권, ② 적극적 지위에서의 수익권, ③ 능동적 지위에서의 참정권, 그리고 ④ 수동적 지위로부터 의무가 도출된다고 보고 있다. 우리나라에서는 여러 가지 기본권 분류가 제시되고 있는데 대략적으로 일치하는 기본권의 내용상 분류는 다음과 같다. • 인간의 존엄과 가치·행복추구권·평등권·자유권적 기본권·사회권적 기본권(사회권 또는 생존권적 기본권)·청구권적 기본권(권리보장을 위한 기본권 또는 권리구제를 위한 기본권)·참정권(정치적 기본권 또는 정치권) |

제2절

기본권의 성격

I 자연권성 및 실정권성, 주관적 공권

기본권이 자연법적 권리인지 아니면 실정법상 권리인지에 관하여 견해대립이 있으나, 우리 헌법상 기본권은 자연권으로서의 성격을 갖는 기본권과 헌법에 의하여 인정되는 실정법상 권리의 성격을 갖는 기본권으로 나누어 볼 수 있다. 자연법적 권리로는 생명권, 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 종교의 자유 등이 있고, 실정법적 권리로는 공무담임권, 선거권, 재판받을 권리, 청원권, 형사보상청구권, 국가배상청구권 등을 들 수 있다.

한편 주관적 공권이란 개인이 자신을 위해서 국가에 대하여 작위 또는 부작위를 요청할 수 있는 권리를 말한다.

II 기본권의 이중적 성격

기본권이 주관적 공권임과 동시에 객관적 법질서의 성격을 지니는 것을 기본권의 이중적 성격이라 한다. 헌법재판소도 “국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다(1995.6.29. 93헌바45).”라고 하여 기본권의 이중적 성격을 긍정하고 있다.

III 헌법관에 따른 기본권의 성격

1. 법실증주의

1) 켈젠 (Hans Kelsen)

- 켈젠은 실정법질서 이외의 자연법질서를 부정함. 실정법을 떠난 인간의 자유나 권리를 인정하지 않음. 국가만이 진정한 자유를 가능하게 하므로 자유란 국가적 강제질서가 인간의 행동을 규제하지 않는 범위내에서의 반사적 효과로서의 자유에 불과하다고 봄(=반사적 이익설). 즉 기본권은 국가권력이 부여한 은혜적인 것.

2) 옐리네크 (Georg Jellinek)

- 옐리네크의 지위이론에 따르면 국민은 국가에 대하여 네 가지 지위를 가지는데, 이에 따라 ① 소극적 지위에서의 자유권, ② 적극적 지위에서의 수익권, ③ 능동적 지위에서의 참정권, 그리고 ④ 수동적 지위로부터 의무가 도출됨.
- 국가의 권력은 원칙적으로 무제한인데 반해, 개인의 자유는 국가의 법에 의하여 제한이 가능한 ‘법률안에서의 자유’에 불과함. 즉 기본권을 주관적 공권으로 보면서도 실정권으로 봄.

2. 결단주의 - 칼 슈미트 (Carl Schmitt)

- 기본권은 초국가적·전국가적 권리로서 국가가 법률로써 창설하는 것이 아니라 국가 이전에 이미 존재하는 권리. 국가는 제한된 범위에서 예외적으로 기본권을 제한할 수 있음.
- 기본권이 침해된 경우 국가에 대한 소극적인 방어청구권이 발생함.

3. 통합주의 - 스멘트 (Rudolf Smend)

- 기본권은 국가적 생활과정을 실질적으로 통합하는 실질적 통합의 계기가 되는 것일 뿐만 아니라 가치체계로 이해됨.
- 기본권의 주관적 공권의 측면보다 공동체의 객관적 법질서로서의 성격 중시.
- 헷세 (K.Hesse)에 의해 '기본권의 이중적 성격'으로 발전함.

제3절

기본권과 제도보장

I 제도보장의 의의

제도보장(제도적 보장)은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는데 있다. [22.2차] 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다(1997.4.24. 95헌바48). (20국외) [22.2차]

즉 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 '최소한 보장의 원칙'이 적용된다. 이에 반해 기본권 보장은 '최대한 보장의 원칙'이 적용된다.

II 현행 헌법상 제도보장

① 직업공무원제도 보장(헌법 제7조 제2항), ② 복수정당제도 보장(헌법 제8조 제1항), ③ 사유재산제 보장(헌법 제23조 제1항), ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성 보장(헌법 제31조 제4항), ⑤ 혼인과 가족제도 보장(헌법 제36조), ⑥ 모성과 국민보건의 보호(헌법 제36조), ⑦ 지방자치제도 보장(제117조 제1항), ⑧ 근로3권 보장(헌법 제33조), ⑨ 민주적 선거제 보장(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항) 등이 있다.

제4절

기본권의 주체

I 의의

기본권의 주체란 헌법이 보장하는 권리를 누리는 자를 말한다. 구체적으로 구분하자면, ① 기본권 주체가 헌법상 보장된 기본권을 보유 내지 향유할 수 있는 능력을 의미하는 기본권 보유능력과 ② 기본권의 주체가 특정한 기본권을 구체적으로 행사할 수 있는 능력을 의미하는 기본권 행위능력으로 나누어 검토할 수 있다.

① 기본권 보유능력은 민법상 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 ‘민법상 권리능력’과는 구별되는데, 예컨대 ‘사자(死者)’나 태아는 민법상 권리능력은 인정되지 않지만 기본권 보유능력은 인정된다. 또한 외국인의 경우에는 민법상 권리능력이 인정된다 하더라도 기본권 보유능력이 인정되지 않는 경우가 있다. **20경체**

② 한편 기본권 행위능력도 민법상 행위능력과 그 범위가 반드시 일치하는 것은 아니다. 예컨대 미성년자의 경우 민법상 행위능력은 제한되지만 기본권 행위능력의 주체성은 인정이 된다.

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. **20경체**

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

II 구체적 검토

1. 국 민

국민이란 헌법 제2조 및 국적법에 따라 대한민국 국적을 가지고 있는 자를 말한다. 우리 헌법은 제2장에서 ‘국민의 권리와 의무’라고 규정하고 있으며 개별 기본권에서도 ‘모든 국민’은 기본권의 주체가 됨을 명시적으로 규정하고 있다.

※ 헌법재판소 결정례

- 01 초기배아의 기본권 주체성 여부(소극) (2010.5.27. 2005헌마346)
초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, ... 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다. **17행시**
19경체 (20국외8) (20국외9) **20경체** 22.2차 | 23.1차 **변9** (18입시) (23입시)
- 02 태아가 생명권의 주체가 되는지 여부(적극) (2008.7.31. 2004헌바81) (20국외9) **변9** (20입시)
모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.
- 03 미성년자의 기본권 주체성 (2004.5.27. 2003헌가1) (17행시) 22경위 | 23.2차 **변9**
아동과 청소년은 인격의 발전을 위하여 어느 정도 부모와 학교의 교사 등 타인에 의한 결정을 필요로 하는 아직 성숙

하지 못한 인격체이지만, 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이므로 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다.

04 사자(死者)의 기본권 주체성 (2010.10.28. 2007헌가23) (9인사) (22국가7) (23.1차) (변2)

사자의 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야 하고, 사자에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자와의 관계를 통하여 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들의 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 또는 유족의 사자에 대한 경애추모의 정을 침해하는 것에 해당한다.

2. 외국인

외국인이란 대한민국 국적을 보유하지 않은 자를 말한다. 외국인이 기본권의 주체가 되는지에 관하여 견해가 대립하는데, 헌법재판소는 ‘인간’의 권리라고 볼 수 있는 기본권에 대하여는 외국인도 기본권 주체성이 인정된다는 입장이다 (23경제).

※ 외국인에게 인정되는 기본권

01 청구인들이 불법체류 중인 외국인들이라 하더라도, 불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐이므로, ‘인간의 권리’로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 일정한 기본권에 관하여 불법체류 여부에 따라 그 인정 여부가 달라지는 것은 아니다. (2012.8.23. 2008헌마430) (21국외9) (22.1차) (22국외8)

02 인간의 존엄과 가치·행복추구권 (2001.11.29. 99헌마494) (17행사)

03 평등권 : 평등권도 인간의 권리로서 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐, 외국인의 기본권 주체성이 인정된다. (2001.11.29. 99헌마494)

04 자유권적 기본권 : 신체의 자유·주거의 자유·변호인의 조력을 받을 권리(2012.8.23. 2008헌마430) (변12), 양심의 자유, 종교의 자유, 사생활의 자유 (20자방7)

05 직장선택의 자유 : 직업의 자유 중 직장선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다. (2011.9.29. 2007헌마1083) (변2 | 변8 | 변9 | 18인사)

06 청구권적 기본권 : 청원권, 재판청구권(2012.8.23. 2008헌마430), 형사보상청구권은 원칙적으로 인간의 권리와 관련이 있으므로 외국인에게도 기본권의 주체성이 인정되지만, 국가배상청구권¹⁾, 범죄피해자구조청구권²⁾의 경우에는 상호주의의 원칙에 따라 해당 국가와 상호보증이 있는 경우에만 기본권주체성이 인정될 수 있다.

07 사회적 기본권 : 부모의 자녀에 대한 교육권은 인간의 권리에 해당하므로 외국인에게도 인정이 된다. 한편 환경권도 인간의 권리로서의 성격이 있으므로 외국인에게도 인정이 된다고 보는 견해가 있다.

08 근로의 권리 : 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다(2007.8.30. 2004헌마670). (21인사) (22경위) (변8)

1) 국가배상법 제7조 (외국인에 대한 책임) 이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 때에만 적용한다. (23.2차)
 2) 범죄피해자보호법 제23조 (외국인에 대한 구조) 이 법은 외국인이 구조피해자이거나 유족인 경우에는 해당 국가의 상호보증이 있는 경우에만 적용한다.

10 제편 기본권

※ 외국인에게 인정되지 않는 기본권

01 **직업의 자유** : 헌법에서 인정하는 직업의 자유는 원칙적으로 대한민국 국민에게 인정되는 기본권이지만, 외국인에게 인정되는 기본권은 아니다. 국가 정책에 따라 정부의 허가를 받은 외국인은 정부가 허가한 범위 내에서 소득활동을 할 수 있는 것이므로, 외국인이 국내에서 누리는 직업의 자유는 법률 이전에 헌법에 의해서 부여된 기본권이라고 할 수는 없고, 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리이다(2014.8.28. 2013헌마359) **23경제 24.1차**.

비교판례 직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있는 국민의 권리에 해당한다. 국가정책에 따라 정부의 허가를 받은 외국인은 정부가 허가한 범위 내에서 소득활동을 할 수 있는 것이므로, 외국인이 국내에서 누리는 직업의 자유는 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리이다. 따라서 외국인이 청구인에게는 그 기본권주체성이 인정되지 아니하며, 자격제도 자체를 다룰 수 있는 기본권주체성이 인정되지 아니하는 이상 국가자격제도에 관련된 평등권에 관하여 따로 기본권주체성을 인정할 수 없다. (2014.8.28. 2013헌마359) **21인사**

02 **참정권, 입국의 자유, 복수국적을 누릴 자유** : 참정권과 입국의 자유에 대한 외국인의 기본권주체성이 인정되지 않고, 외국인이 대한민국 국적을 취득하면서 자신의 외국 국적을 포기한다 하더라도 이로 인하여 재산권 행사가 직접 제한되지 않으며, 외국인이 복수국적을 누릴 자유가 우리 헌법상 행복추구권에 의하여 보호되는 기본권이라고 보기 어려우므로, 외국인의 기본권주체성 내지 기본권침해가능성을 인정할 수 없다. (2014.6.26. 2011헌마502) **22.2차**

변8

03 **정치적 기본권** : 선거권, 피선거권, 공무원임권과 같은 정치적 기본권은 국민의 권리에 해당하므로 외국인의 기본권 주체성은 인정되지 않는다.
 다만 국가공무원법·지방공무원법은 외국인의 공무원임용 가능성을 규정하고 있으며(국가공무원법 제26조의3, 지방공무원법 제25조의2), 공직선거법은 지방자치단체장 선거와 지방자치의회의원 선거의 경우 일정한 주민등록 요건 등을 충족한 18세 이상 외국인에게는 선거권을 인정하고 있다(제15조 제2항). 또한 주민투표법에서도 일정한 자격을 취득한 외국인의 주민투표권을 인정하고 있다(제5조 제1항 제2호). 그러나 이는 어디까지나 법적 권리에 해당할 뿐 기본권으로서의 선거권이 외국인에게 인정된 것이라고 볼 수는 없다.

04 **사회적 기본권** : 사회적 기본권은 국민의 권리에 해당하므로 원칙적으로 외국인의 기본권이 주체성이 인정되지 않는다.

3. 법인 및 법인격 없는 단체

법인이란 법에 의하여 법인격을 인정받은 권리·의무의 주체를 말한다. 우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 성질상 법인이 향유할 수 있는 기본권에 대하여는 법인의 기본권주체성이 인정된다 **21행시 22.2차**. 이에 따라 자연인을 구성원으로 하지 아니하는 재단법인의 경우에도 기본권 주체성이 인정될 수 있다.

또한, 법인아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 기본권주체성이 인정된다 **21행시**.

한편 헌법재판소는 민법상 비영리사단법인 사단법인 한국영화인협회의 기본권 주체성은 인정하였지만 독립된 별개의 단체가 아니고 그 부분 기관에 불과한 한국영화인협회 감독위원회의 주체성은 부정하였다(1991.6.3. 90헌마56) **21국외9**.

※ 법인에게 인정되는 기본권

- 01 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) (20국외8)
- 02 **직업의 자유** : 법인, 특히 영리법인은 영업활동을 통해 영리를 추구하는 것이 그 존재목적이기 때문에 직업의 자유의 주체성을 인정할 수 있다. (1996.3.28. 94헌바42) 23경채
- 03 **거주·이전의 자유** : 법인의 설립이나 지점 등의 설치, 활동거점의 이전 등 법인도 경제활동의 근거지를 자유롭게 결정할 수 있어야 한다는 점에서 거주·이전의 자유의 주체성을 인정할 수 있다. (1996.3.28. 94헌바42) 변9
- 04 **언론·출판의 자유** : 법인 중에서도 특히 언론사의 경우, 언론·출판의 자유의 보장이 꼭 필요하다는 점에서 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 05 **집회·결사의 자유** : 집회의 자유는 단체나 개인 모두에게 인정되는 기본권이므로 단체도 그 주체가 될 수 있고 (2008.5.29. 2007헌마712), 법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지므로 결사의 자유의 주체성도 인정된다. (2000.6.1. 99헌마553) 21경채 23경위 24.1차 변9
- 06 **인격권** : 법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다고 할 것이다. (2012.8.23. 2009헌가27) (20국외7) 변2 (21행시 18인시) 23인시
- 07 **종교의 자유** : 내심의 영역에 머무르는 신앙의 자유에 대하여는 법인의 기본권주체성을 인정할 수 없지만 종교 활동 내지 종교행사의 자유 등의 측면에서는 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 08 **평등권** : 성질상 법인에게 인정될 수 있는 영역에서의 차별취급 문제가 발생하는 경우 법인의 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 09 **학문과 예술의 자유** : 대학, 연구단체 등 학문과 예술을 목적으로 하는 법인에 있어서는 당연히 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 10 **재판청구권, 청원권, 국가배상청구권** : 기본권주체의 권리나 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있을 때 국가에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 청구권적 기본권 중 재판청구권, 청원권, 국가배상청구권은 그 성질상 법인에게도 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 11 **통신의 자유** : 법인 역시도 영업비밀이 외부로 유출되지 않아야 하는 등 통신의 비밀이 보호되어야 하므로 기본권 주체성이 인정될 수 있다.
- 12 **재산권** : 법인의 재산권도 보장받아야 하므로 기본권주체성이 인정된다.

※ 법인에게 인정되지 않는 기본권

- 01 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이라고 할 것이어서, 법인인 청구인들에게는 적용되지 않는다(2006.12.28. 2004헌바67)(23국외8) 변12 (24행시). 또한 생명·신체의 안전에 관한 기본권도 성질상 자연인에게만 인정되므로 단체의 주체성이 인정되지 않는다. (2008.12.26. 2008헌마419)
이외에도 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 참정권, 형사보상청구권, 범죄피해자구조청구권 등은 성질상 법인에게 기본권 주체성이 인정되지 않는다.

※ 단체의 내부기관의 기본권주체성 부정

- 01 인천전문대학 기성회 이사회는 인천전문대학 기성회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고, 인천전문대학 기성회 내부에 설치된 회의 기관 가운데 하나에 불과하다. 따라서 인천전문대학 기성회 이사회는 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 헌법소원심판 청구능력이 있다고 할 수 없으므로 인천전문대학 기성회 이사회의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다. (2010.7.29. 2009헌마149)

4. 공법인, 국가기관

가. 원칙적 불인정

공법인이란 특정한 공공목적을 위하여 특별한 법적 근거에 따라서 설립된 법인으로서 사법인과 대비되는 개념이다. 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 '수범자'이지 기본권의 주체로서 그 '소지자'가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인이 국가기관의 지위에서 순수한 직무상의 권한행사와 관련하여 기본권 침해를 주장하는 경우에는 기본권의 주체성을 인정할 수 없다(2009.3.26. 2007헌마843) **20경재 23경위 24.1차**.

따라서 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 서울시의회(1998.3.26. 96헌마345), 국회의 일부조직인 상임위원회 가운데 하나에 해당하는 국회노동위원회(1994.12.29. 93헌마2) **21인사**, 지방자치단체 **18인사 21경재 24행시** 나 그 기관인 지방자치단체의 장(1997.12.24. 96헌마365) **24행시**, 농지개량조합(2000.11.30. 99헌마190) 등은 기본권의 주체가 될 수 없다.

국가기관 또는 이를 구성하는 자가 그 직무상의 권한 침해를 이유로 헌법소원을 청구하는 경우에도 기본권 주체성이 인정되지 않는다. **예** ① 국회의원이 입법권을 침해당했다고 주장하며 헌법소원심판을 청구한 경우(2000.8.31. 2000헌마156), ② 검사가 발부한 형집행정지에 의하여 검거된 벌금미납자의 신병에 관한 업무와 관련하여 경찰공무원인 청구인이 헌법소원을 청구한 경우(2009.3.24. 2009헌마118)

01 주택재개발정비사업조합은 노후·불량한 건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하여 도시의 기능을 정비하고 주거생활의 질을 높여야 할 국가의 의무를 대신하여 실현하는 기능을 수행하고 있으므로 구 『도시 및 주거환경정비법』상 주택재개발정비사업 조합이 공법인의 지위에서 기본권의 수범자로 기능하면서 행정심판의 피청구인이 된 경우에는 기본권의 주체가 될 수 없다. (2022.7.21. 2019헌바543) **23.2차**

나. 예외적 인정

1) 공법인의 경우

공법인도 ① 기본권에 의하여 보호되는 생활영역에 속해 있으며, ② 사인의 개인적 기본권을 실현하는 데 기여하고 있을 뿐 아니라, ③ 국가로부터 독립된 또는 구별되는 고유한 업무영역을 가지고 있는 경우에는 기본권주체성이 인정된다. 헌법재판소도 같은 입장이다.

한편 예외적으로 공법인적 성질을 가지는 법인이 기본권의 주체가 되는 경우에는 그 공법인적 성격이 기본권의 제약요소로 작용할 수 있다. 예를 들어 축협중앙회와 같이 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인도 기본권의 주체가 될 수 있다고는 할 것이지만 **21국재20**, 두드러진 공법인적 특성이 축협중앙회가 가지는 기본권의 제약요소로 작용하게 된다.(2000.6.1. 99헌마553) **23경위 2번2**

※ 헌법재판소 결정례

01 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, 공법인이거나 이에 준하는 지위를 가진 자라 하더라도 공무를 수행하거나 고권적 행위를 하는 경우가 아닌 사경제 주체로서 활동하는 경우나 조직법상 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)

- 02 **국립서울대학교의 학문의 자유 및 대학의 자치 주체성 (1992.10.1. 92헌마68)** (21행사) 22.1차 (23입사)
교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 따라서 국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체라는 점도 중요하게 다루어져야 한다.
- 03 **한국방송공사의 언론의 자유의 주체성 (1999.5.27. 98헌바70)**
한국방송공사가 공영방송사로서의 공적 기능을 제대로 수행하면서도 아울러 언론자유의 주체로서 방송의 자유를 제대로 향유하기 위하여서는 그 재원조달의 문제가 결정적으로 중요한 의미를 지닌다.
- 04 **공법상 재단법인이 최다출자자인 방송사업자에게 기본권 주체성이 인정되는지 여부(적극)** (2013.9.26. 2012헌마271) 22.1차 22경위 (22국기7) (24행사)
청구인은 공법상 재단법인인 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자로서 방송법 등 관련 규정에 의하여 공법상의 의무를 부담하고 있지만, 그 설립목적이 언론의 자유의 핵심 영역인 방송 사업이므로 이러한 업무 수행과 관련해서는 기본권 주체가 될 수 있고, 그 운영을 광고수익에 전적으로 의존하고 있는 만큼 이를 위해 사경제 주체로서 활동하는 경우에도 기본권 주체가 될 수 있다.
- 05 **학교안전공제회의 기본권 주체성 (2015.7.30. 2014헌가7)** 22.2차
공제회는 공법인적 성격과 사법인적 성격을 겸유하고 있는데, 공제회가 일부 공법인적 성격을 갖고 있다고 하더라도 공무를 수행하거나 고권적 행위를 하는 경우가 아닌 사경제주체로서 활동하는 경우나 조직법상 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.
- 06 **상공회의소의 기본권 주체성 (2006.5.25. 2004헌가1)**
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.
- 07 **축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 기본권의 주체가 될 수 있다.** (2000.6.1.99헌마553) 21경제 (23경위)
- 08 **중소기업중앙회는, 비록 공법인성을 가지고 있다고 하더라도, 기본적으로는 회원 간의 상호부조, 협동을 통해 중소기업자의 경제적 지위를 향상시키기 위한 자조조직(自助組織)으로서 사법인에 해당한다. 따라서 결사의 자유를 누릴 수 있는 단체에 해당한다.** (2021.7.15. 2020헌가9) 24.1차

2) 국가기관의 경우

국가기관이 개인의 지위를 겸하는 경우, 즉 권한의 문제가 아니라 헌법상 보장된 기본권의 침해를 주장하는 경우에는 기본권주체성이 인정될 수 있다. (변9)

※ 헌법재판소 결정례

- 01 **중앙선거관리위원회 위원장(피청구인)이 대통령(청구인)에게 한 2007. 6. 7.자의 '대통령의 선거중립의무 준수요청 조치'와 2007. 6. 18.자의 '대통령의 선거중립의무 준수 재촉구 조치'(이하 위 각 조치를 '이 사건 조치'라 한다)** (2008.1.17. 2007헌마700)
- 가. **대통령의 기본권 주체성 여부(적극)** (2008.1.17. 2007헌마700) 변1 변2 변12 (21입사)
심판대상조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다.
개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는, 심판대상조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 그러므로 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으

로나마 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 관련하여서는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다. (20국가77) (21국외8) (22,1차)

나. 대통령의 정치인으로서의 지위와 선거중립의무의 관계

대통령은 행정부의 수반이고(헌법 제66조 제4항) 국가공무원법의 적용을 받는 공무원이다. 이러한 공무원은 선거에서 정치적 중립의무를 지고 있는바, 이는 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제47조 제1항 및 제67조 제1항, 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항에서 나오는 헌법적 요청이다(23,1차). 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다(22국가77).

다. 이 사건 법률조항이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

민주주의 국가에서 공무원 특히 대통령의 선거중립으로 인하여 얻게 될 '선거의 공정성'은 매우 크고 중요한 반면, 대통령이 감수하여야 할 '표현의 자유 제한'은 상당히 한정적이다.

라. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

대통령은 국정의 책임자이자 행정부의 수반이므로 공명선거에 대한 궁극적 책무를 지고 있고, 공무원들은 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해칠 우려가 높다. 이에 반하여 국회의원이나 지방의회의원은 공무원의 선거관리에 영향을 미칠 가능성이 높지 않고, ... 합리적인 차별이라고 할 것이므로, 위 법률조항은 평등의 원칙에 반하지 아니한다. (적법절차 원칙 위반×)

02 공직자의 사적인 영역에서의 기본권 주체성 긍정 (2009.3.26. 2007헌마843) (24,1차)

공직자가 국가기관의 지위에서 순수한 직무상의 권한행사와 관련하여 기본권 침해를 주장하는 경우에는 기본권의 주체성을 인정하기 어렵다 할 것이나, 그 외의 사적인 영역에 있어서는 기본권의 주체가 될 수 있는 것이다. 청구인은 선출직 공무원인 하남시장으로서 (「주민 소환에 관한 법률」에서 주민소환의 청구사유에 제한을 두지 아니한) 이 사건 법률조항으로 인하여 공무원담임권 등이 침해된다고 주장하여, 순수하게 직무상의 권한행사와 관련된 것이라기보다는 공직의 상실이라는 개인적인 불이익과 연관된 공무원담임권을 다루고 있으므로, 이 사건에서 청구인에게는 기본권의 주체성이 인정된다 할 것이다.

03 국가기관이나 그 구성원의 지위에 있는 자가 그 직무상 권한을 침해 당했다는 이유로 헌법소원을 청구할 수 있는지 여부(소극) (1995.2.23. 90헌마125) (23행시)

국회의원이 국회 내에서 행하는 질의권·토론권 및 표결권 등은 입법권 등 공권력을 행사하는 국가기관인 국회의 구성원의 지위에 있는 국회의원에 부여된 권한이지 국회의원 개인에게 헌법이 보장하는 권리 즉 기본권으로 인정된 것이라고 할 수 없으므로, 설사 국회의장의 불법적인 의안처리행위로 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하더라도 그로 인하여 헌법상 보장된 구체적 기본권을 침해당한 바 없는 국회의원인 청구인들에게 헌법소원심판청구가 허용된다고 할 수 없다.

5. 정 당

정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직으로 성격상 권리능력 없는 단체에 속하지 만, 구성원과는 독립하여 그 자체로서 기본권의 주체가 될 수 있다(21경제제 23,2차). 정당이 등록취소된 경우 하더라도 '권리능력 없는 사단'으로서의 실질을 유지하고 있는 경우에도 같다.

※ 헌법재판소 결정례

01 청구인(사회당)은 등록이 취소된 이후에도, 취소 전 사회당의 명칭을 사용하면서 대외적인 정치활동을 계속하고 있고, 대내외 조직 구성과 선거에 참여할 것을 전제로 하는 당헌과 대내적 최고 의사결정기구로서 당대회와, 대표단 및 중앙위원회, 지역조직으로 시·도위원회를 두는 등 계속적인 조직을 구비하고 있는 사실 등에 비추어 보면, 청구인은 등록이 취소된 이후에도 '등록정당'에 준하는 '권리능력 없는 사단'으로서의 실질을 유지하고 있다고 볼 수 있으므로 이 사건 헌법소원의 청구인능력을 인정할 수 있다(22국가77) (22국외9) **변12** (7인시) (18인시) (23인시). (2006.3.30. 2004헌마246)