

2025년도 제14회 변호사시험

예시답안

| | |
|------|------------------|
| 시험과목 | 공법 |
| 시험문형 | 사례형 |
| 담당교수 | 황남기 |
| 시험일 | 2025. 1. 14. (화) |

※ 힘든 시험 고생 많으셨습니다. 2025.1.15. 작성한 예시답안입니다.

편집과 교열, 내용을 보충해서 학연 출판사에서 출간할 예정입니다.

배점 기준은 개인적인 의견에 불과하니 단순 참조하시기 바랍니다.

※ 2025년 제14회 변호사시험 공법 사례 문제에 대한 첨삭 및 상담을 원하시는 분들은 02-3285-8840으로 연락하시고 예약하시기 바랍니다.

공법 사례형 예시 답안

제 1 문

문제 1.

甲과 乙이 청구한 심판 대상 범위 확정, 법적 관련성과 청구기간 검토 (20점)

I. 쟁점의 정리

甲과 乙이 청구한 헌법소원의 대상의 범위를 확정하고, 법적 관련성과 청구기간을 검토하고자 한다.

II. 헌법소원 심판대상 범위 확정 (6점)

1. 헌법소원 심판대상의 의의 (2점)

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 ‘공권력’ 이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용이다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력’ 이란 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다.

2. 甲이 청구한 헌법소원심판 대상범위 확정 (2점)

2024. 9.24 개정된 관광진흥법 시행규칙 제40조 제1항에 따른 [별표 11]와 부칙 제3조 제3항(두 조 항을 합해 ‘이 사건 시행규칙조항’ 이라 한다)으로 甲은 2024.12.31.까지 게임산업에관한법률 제26조에 따른 허가를 받아야 하고 아니면 ‘왕창뽑기방’ 을 폐쇄하여야 한다. 따라서 이 사건 시행규칙조항은 직업의 자유를 제한하는 행정입법권 행사이므로 헌법소원 대상이 된다.

3. 乙이 청구한 헌법소원심판 대상범위 확정 (2점)

2024.12.24. 제정된 B시 인형뽑기 기구 설치조례 제3조 제3항은 乙의 직업의 자유를 제한하는 자치입법권 행사이므로 헌법소원심판의 대상이 된다. 부칙 제2조에 따라 인형뽑기 기구를 조례시행일로부터 6월 이내 폐쇄해야 하는 바, 乙의 재산권에 직접 변동을 가져오므로 헌법소원심판의 대상이 된다.

III. 법적 관련성 (9점)

1. 관련 법리

법령이 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 법령에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이다. 이 경우에 그 적법요건으로서 법령이 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해하는 것이어야 함을 요한다.

2. 현재성 (3점)

1) 관련법리 (1점)

현재성이란 헌법소원을 제기할 수 있기 위해서는 헌법소원청구인의 기본권이 현재 침해되어 있어야 한다는 것을 의미한다. 헌법재판소는 현재성요건을 완화하여 근접한 기본권 침해 또는 기본권 침해가 장래 확실히 발생할 것으로 예상되는 경우에도 현재성을 인정하고 있다

2) 甲이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

관광진흥법 시행규칙 부칙 제3조에 의해 2024.12.31.까지 허가를 받지 않으면 인형뽑기방을 폐쇄하여야 하는바, 기본권 침해가 확실히 예상되므로 현재성의 예외가 인정된다.

3) 乙이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

B시 조례는 2025년 1월 시행예정인바, 기본권 침해가 확실히 예상되므로 현재성의 예외가 인정된다.

3. 자기관련성 (3점)

1) 의의 (1점)

자기관련성이란 특정 공권력 행사로 인한 기본권 침해시 헌법소원심판의 본안심판을 받을 자격을 의미한다. 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미한다.

2) 甲이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

이 사건 시행규칙조항으로 甲은 직접 · 법적으로 직업의 자유를 침해 받을 수 있는 자이므로 자기관련성이 인정된다.

3) 乙이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

B시 조례조항으로 乙은 직접 · 법적으로 직업의 자유 또는 재산권을 침해 받을 수 있는 자이므로 자기관련성이 인정된다.

4. 직접성 (3점)

1) 관련법리 (1점)

기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법령 또는 법령조항에 의한 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다고 할 것이다.

2) 甲이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

이 사건 시행규칙조항으로 게임제공업의 허가를 받거나 폐쇄해야하는 바, 집행기관의 집행행위 없이 직접 기본권 침해를 발생하므로 직접성 요건이 충족된다.

3) 乙이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

B시 조례 제3조로 B시 전역에서 인형뽑기 기구를 설치할 수 없고 부칙2조에 의해 설치된 기구를 폐쇄해야하므로 집행기관의 집행행위 없이 직접 기본권 침해를 발생하므로 직접성 요건이 충족된다.

IV. 청구기간 (5점)

1. 헌법재판소법 조항 (1점)

헌법재판소법 제69조 제1항에 따르면 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 안 날부터 90일과 그 사유가 있는 날부터 1년을 모두 준수하여야 한다.

2. 판례 (1점)

헌법재판소는 헌법소원의 청구기간은 기본권 침해가 발생한 시점을 기산점으로 해야 한다고 한다. 청구기간의 준수 여부에 대한 심사는 ‘이미’ 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제가 되는데, 장래 기본권 침해가 확실히 예측될 뿐, 아직 발생하지 않았다면 청구기간 도과는 문제가 되지 않는다.

3. 甲이 청구한 헌법소원심판의 경우 (2점)

이 사건 시행규칙 부칙 제3조는 2024.12.31.까지 유예기간을 두고 있다. 헌법재판소는 법령에 유예 기간을 둔 경우 법령 시행일이 아니라 유예기간 경과한 날을 기산점으로 삼는다고 판례를 변경한 바 있으므로 이 사건 시행규칙으로 기본권이 침해되는 날은 2025.1.1.이다. 甲이 2024. 12. 26. 헌법

소원심판을 청구하였으므로 청구기간이 도과될 가능성이 없다. 또한 甲이 기본권 침해를 안 날인 2024. 10.1.로부터 90일 이내에 헌법소원심판을 청구하였으므로 청구기간을 준수하였다.

4. 乙이 청구한 헌법소원심판의 경우 (1점)

B시 조례는 2025년 1월 시행예정이고 乙이 헌법소원심판을 2024. 12. 26. 청구하였으므로 청구기간이 도과될 가능성이 없다.

V. 결론

甲의 이 사건 시행규칙에 대한 헌법소원심판청구는 법적관련성이 인정되고 청구기간을 준수하였다. 乙의 B시 조례조항에 대한 헌법소원심판청구는 법적관련성이 인정되고 청구기간을 준수하였다.

문제 2. (1)

헌법 제13조 제2조에 위반되는지 여부 (15점)

I. 쟁점의 정리 (2점)

재산권은 재산을 국가의 간섭없이 자유롭게 이용, 수익, 처분할 권리이다. 이 사건 시행규칙 부칙 제3조는 게임제공업의 허가를 받지 못한 경우 기구를 폐쇄하도록 하고 있고 B시 조례 제2조는 이미 설치된 인형뽑기 기구를 6개월 이내 폐쇄하도록 하고 있다. 이 사건 시행규칙과 조례조항들은 인형뽑기 기구의 사용·수익권을 제한하므로 재산권을 제한하고 있다. 따라서 이 사건 시행규칙조항과 B시 조례 부칙 제2조가 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부를 검토하고자 한다.

II. 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙 (4점)

헌법 제13조 제2조는 소급입법에 의한 참정권 제한 및 재산권 박탈을 금지하고 있다. 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있다. 헌법 제13조 제2항은 진정소급입법은 금지하나 부진정소급입법은 원칙적으로 금지하고 있지 않다.

III. 사안의 해결

1. 이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부 (5점)

이 사건 시행규칙 부칙 조항은 시행일 이전 유원시설업을 하였으나 이후 영업을 종료한 자를 적용 대상으로 하지 않으므로, 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법이다. 또한 이 사건 시행규칙 부칙 조항은 이 사건 시행규칙이 개정된 2024.9.26. 이전의 인형뽑기를 설치·운영자의 해당 기기에 대한 게임산업법 제26조에 따른 게임제공업 등의 허가나 이에 대한 이전 또는 폐쇄 등에 대하여는 규율하는 바가 없고, 장래에 향하여만 위 게임제공업 등의 허가나 인형뽑기 기기에 대한 폐쇄 의무를 부과할 뿐이므로 그 규정의 법적 효과가 이 사건 시행규칙 시행일 이전의 시점에까지 미친다고 할 수 없어 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제되지 아니한다.¹⁾

2. B시 조례 부칙 제2조가 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부 (3점)

B시 조례 부칙 제2조는 이 사건 조례 시행일 이전까지 계속되었던 인형뽑기 기구의 설치·사용에 대해서는 규율하지 않고, 장래에 향하여 인형뽑기 기구의 존치·사용을 규제할 뿐이므로 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점에까지 미친다고 할 수 없어 헌법 제13조 제2항에서 금지하고 있는 진정소급입법이라고 볼 수 없다.²⁾

IV. 결론 (1점)

이 사건 시행규칙 부칙 제3조와 B시 조례 부칙 제2조는 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 진정소급입법에 해당하지 아니한다.

문제 2. (2)

기본권 침해여부 (35점)

I. 쟁점의 정리 (5점)

1) 제한되는 기본권 (5점)

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업수행 내지 행사의 자유까지 포함하는 “직업의 자유”를 뜻하고 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다.

인형뽑기업도 계속적인 소득활동이므로 직업에 해당한다. 이 사건 시행규칙조항에 따라 기존에 관광진흥법 상 유원시설업 허가 등을 통하여 ‘놀이형 인형뽑기’를 설치·운영하던 유원시설업자

1) 서울행정법원 2017.12.21. 선고 2017구합58274 판결

2) 현재 1995. 4. 20. 선고 92헌마264(담배자동판매기 철거조례사건)

는 유예기간이 경과한 후에는 게임산업법 제26조에 따른 게임제공업 등의 허가 등을 받아야 하고, 허가를 받지 아니하고 기존 영업을 계속하는 경우에는 게임산업법상의 형사처벌을 받게 되는 바, 이 사건 시행규칙조항은 유원시설업자의 직업수행의 자유를 제한하고 있다.³⁾

또한 B시 조례는 B시 전지역에 인형뽑기를 설치를 금지하고 있으므로 직업의 자유를 제한한다.

2) 심사기준 *가점2점

이 사건 시행규칙조항과 B시 조례가 법률상 근거 없이 기본권을 제한함으로써 법률유보원칙에 위배되어 청구인의 직업의 자유를 침해하는지 여부를 살펴보기로 한다. 또한 이 사건 시행규칙조항과 B시 조례조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 직업의 자유를 침해하는지 여부를 살펴본다.

III. 이 사건 시행규칙의 기본권 침해여부 (20점)

1. 법률유보원칙 위반 여부 (8점)

1) 법률유보원칙의 의의 (3점)

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다. 이러한 법률유보원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고, 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하면 위임입법에 의하여도 기본권을 제한할 수 있다. 헌법재판소는 오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포한다고 한다. 따라서 법률로 정해야 할 기본권과 관련된 본질적 사항을 법률로 정하지 않았는데 행정입법으로 정한다면 법률유보원칙에 위반된다.

2) 법률유보원칙 위반여부 (5점)

게임산업진흥에관한법률 제2조 제1호는 게임물에 기계장치를 이용하여 오락할 수 있게 하거나 여가선용을 위하여 제작된 기기 및 장치를 포함시키고 있다. 또한 동법 제2조 제1호 나목 단서에서 ‘게임물’의 성격이 섞여있는 유기시설 또는 유기기구는 관광진흥법이 적용되는 것이 아니라 게임산업진흥에관한법률의 적용을 받는 것으로 명시하고 있다. 따라서 유기시설 또는 유기기구 중 게임산업진흥에관한법률의 적용받는 유기시설 또는 유기기구의 기준에 관한 그 본질적 사항은 직접 규정하고 있다.

3) 현재 2022. 9. 29. 2018현마755. 판례는 직업수행의 자유를 제한한다고 보았으나, 허가요건을 갖추지 못한 경우 해당 인형뽑기업을 할 수 없는 바. 직업선택의 자유제한으로 보는 것이 타당하다.

유기시설 또는 유기기구 시설 중 사행성 조장이나 게임과몰입·중독의 위험성이 있는 유기시설·유기기구라면 게임산업법이 적용되어야 하고 그렇지 않은 유기시설·유기기구이라면 관광진흥법이 적용되는 것이 법취지상 타당하다. 유기시설·유기기구의 종류와 기능은 급속히 다양화되고 있으며, 이를 관광진흥법 또는 게임산업법의 규율대상으로 할 것인지는 전문적·기술적 사항으로서, 관광진흥과 관련된 국가의 경제적·사회적 정책, 과학기술의 발달상황 등에 따른 탄력적 혹은 기술적 대응이 필요하다. 따라서 게임산업법 또는 관광진흥법의 적용을 받아야 할 유기시설 또는 유기기구의 구체적인 종류는 법률로 정해야 할 본질적 사항으로 보기 힘들다. 따라서 이 사건 시행규칙 조항이 놀이형 인형뽑기를 게임산업법의 규제대상으로 하였다고 하더라도 법률유보원칙에 위반되지 않는다.⁴⁾

‘놀이형 인형뽑기’는 사행성 조장 또는 게임과몰입·중독 등의 문제를 유발할 우려가 있으므로 ‘안전성검사 대상이 아닌 유기시설·유기기구’에서 삭제하고, 그에 관한 경과조치를 규정한 이 사건 시행규칙조항은 관광진흥법 제33조 제1항의 위임범위 내에서 규정된 것으로서 위임입법한계를 일탈하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행규칙조항이 법률유보원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 과잉금지원칙 (12점)

1) 목적의 정당성 (1점)

이 사건 시행규칙조항은 ‘놀이형 인형뽑기’를 게임산업법상 게임물로 일원화하여 관광진흥법에 따른 유원시설업과 게임산업법에 따른 게임제공업 중 어느 업종으로 관리하여야 하는지에 대한 관할 관청의 혼선을 해소하고, ‘놀이형 인형뽑기’ 영업 규제를 강화함으로써 기기의 확률 조작, 사행성 조장 및 게임중독성으로 인한 청소년 등의 피해를 예방하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정된다.

4) 현재 2022. 9. 29. 2018헌마755에서 판례는 심판대상이 시행규칙임에도 불구하고 관광진흥법 제33조 제1항이 비본질적 사항을 위임하였으므로 법률유보원칙에 위반되지 않는다고 하고 판시하고 있다. 그러나 시행규칙이 심판대상이므로 예시답안에서는 시행규칙을 기준으로 답안을 작성하였다.

‘유기시설·유기기구의 종류와 기능은 급속하게 다양해지고 증가하고 있는데, 그러한 또한 게임산업법 상 게임물의 속성을 지닌 놀이형 유기시설·유기기구를 관광진흥법의 규율대상으로 할 것인지 아니면 게임산업법의 규율대상으로 할 것인지도 전문적·기술적 사항으로서, 관광진흥과 관련된 국가의 경제적·사회적 정책, 과학기술의 발달상황 등에 따른 탄력적 혹은 기술적 대응이 필요하다. 따라서 관광진흥법 제33조 제1항이 그 규율대상인 유기시설·유기기구의 범위를 정하지 않고 하위법령에 위임하였다고 하여 기본권 제한의 본질적 사항에 관한 법률유보원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

‘게임산업진흥에 관한 법률’ 상 게임물은 사행성 조장이나 게임과몰입·중독의 위험성이 있는 유기시설·유기기구를 포함할 수 있음을 쉽게 알 수 있으므로 관광진흥법 제33조 제1항에 따라 문화체육관광부령으로 정해질 관광진흥법의 규율대상이 되는 유기시설·유기기구는 사행성 조장의 문제가 없는 유기시설·유기기구로 정해질 것이라는 점을 예측할 수 있다.

‘놀이형 인형뽑기’는 사행성 조장 또는 게임과몰입·중독 등의 문제를 유발할 우려가 있으므로 ‘안전성검사 대상이 아닌 유기시설·유기기구’에서 삭제하고, 그에 관한 경과조치를 규정한 이 사건 시행규칙조항은 모법의 위임범위 내에서 규정된 것으로서 위임입법한계를 일탈하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시행규칙조항이 법률유보원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(현재 2022. 9. 29. 2018헌마755).”

2) 수단의 적합성 (1점)

‘놀이형 인형뽑기’를 게임산업법상의 게임물로서 관리하여 설치장소, 시간을 통제하도록 하는 것은 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

3) 피해의 최소성 (6점)

① 이 사건 시행규칙 제40조 [별표11] 2 나.1) 중 인형뽑기를 생략한 부분 (3점)

유기시설·유기기구 가운데 어떠한 것을 관광진흥법의 규율대상으로 할 것인지, 게임산업법상 게임물의 속성을 지닌 유기시설·유기기구를 관광진흥법의 규율대상으로 할 것인지 아니면 게임산업법의 규율대상으로 할 것인지의 문제는 사회의 변화, 과학기술 등의 발전 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있는 사항으로 입법자에게 재량이 인정되는 영역이라고 할 수 있다.

‘놀이형 인형뽑기’를 게임산업법으로 일원적으로 규율하는 수단을 택한 것은 ‘놀이형 인형뽑기’ 영업 규제를 강화함으로써 기기의 확률조작, 사행성 조장 및 중독성으로 인한 청소년 등의 피해를 예방하기 위한 것으로서 그 합리성을 수긍할 수 있다.

‘놀이형 인형뽑기’ 기기의 확률조작, 사행성 조장 및 중독성으로 인한 청소년 등의 피해를 예방하기 위해 위와 같이 ‘놀이형 인형뽑기’를 게임산업법상 게임물로 일원화하는 외에 이 사건 시행규칙 제3조 제3항과 동일한 정도로 입법목적을 달성하면서도 유원시설업자의 기본권을 덜 제한하는 입법대안을 상정하기 어려우므로, 피해의 최소성에 반하지 않는다.

② 이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항 (3점)

관광진흥법 시행규칙 개정일은 2024.9.26.인데 부칙 제3조 제3항은 2024.12.31.까지 허가를 받지 못한 경우 기구를 폐쇄하도록 규정하고 있다. 기구폐쇄로 갑의 영업을 할 수 없게 되는데 통상 임대차 계약이 2년 이상임을 감안하면 장기간 임차료를 납부하면서 영업을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 이 사건 부칙이 유예기간을 3개월 정도 부여한 것은 지나치게 짧아 인형뽑기 사업자들에게 불측의 피해를 야기하므로 피해의 최소성원칙에 위반된다.⁵⁾

5) 헌법재판소는 1년 정도 유예기간을 둔 관광진흥법 시행규칙 부칙 제1조에 대해 최소성원칙에 부합된다고 보았다 (2022. 9. 29. 선고 2018헌마755). 예시답안은 3월의 유예기간이 너무 짧다는 관점에서 최소성원칙에 위반된다고 보았다. 최소성원칙 위반이 아닌 것으로 보아도 무방할 듯하다.

“부칙 제1조는 2016. 12. 30. 문화체육관광부령 제276호로 개정된 관광진흥법 시행규칙의 시행일을 2017. 1. 1.로 정하면서도, 제40조 제1항 중 안전성검사 항목에 관한 개정규정의 시행일을 2017. 8. 26.로 정하였다. 그리고 이 사건 부칙조항은 경과조치로서 종전 규정에 따라 안전성검사 대상이 아님을 확인하는 검사를 받은 ‘놀이형 인형뽑기’를 설치·운영하는 기존 유원시설업자에게 2017. 12. 31.까지 게임산업법 제26조에 따른 게임제공업 등의 허가 등을 받거나 해당 기기를 이전 또는 폐쇄하도록 하여, ‘놀이형 인형뽑기’를 설치·운영하는 업자들에게 유예기간을 부여하였는데, ‘놀이형 인형뽑기’를 설치·운영하는 기존 유원시설업자가 그 유예기간 내에 관할 관청에 청소년게임제공업 등록을 하는 등 경과규정에 따른 조치를 취하는 데에 짧은 시간이 부여된 것으로는 보이지 않는다 (2022. 9. 29. 선고 2018헌마755).”

4) 법의균형성 (4점)

① 이 사건 시행규칙 제40조 [별표11] 2 나.1) 중 인형뽑기를 생략한 부분 (2점)

‘놀이형 인형뽑기’ 설치·운영자에 대한 규제를 엄격하게 하여 기기 확률 조작, 사행성 조장 및 중독성으로 인한 청소년 등의 피해를 예방하고자 하는 공익상의 필요성이 크고, 위와 같은 공익상의 요구가 청구인의 직업수행의 자유 제한보다 우위에 있다고 할 것이므로 법의 균형성도 갖추었다.

② 이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항 (2점)

이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항은 유예기간이 지나치게 짧아 제한되는 직업의 자유가 이 사건 규칙이 실현하고자 하는 공익보다 크다고 할 수 있어 법의 균형성에도 위반된다.

3. 소결론

이 사건 시행규칙조항들은 법률유보원칙에 위반되지 않는다. 이 사건 시행규칙 제40조 별표11 2 나.1) 중 인형뽑기를 생략한 부분은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 그러나 이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다.

IV. 이 사건 B시 조례 (10점)

1. 법률우위원칙위반여부 (4점)

헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제28조는 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있도록 하고 있는 바, 조례는 상위법령에 위반해서는 안 된다. 게임산업법 제26조 제2항은 게임제공업의 허가를 받아 영업을 할 수 있도록 하면서 청소년 보호를 위하여 게임물 설치 장소의 제한에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 이 사건 B시 조례 제3조 제3항은 청소년 보호를 위하여 게임물 설치 장소의 제한을 넘어 인형뽑기 기구를 B시의 전 지역에 설치할 수 없도록 하여 B시에서는 인형뽑기업을 전면금지하고 있으므로 게임산업법 제26조 제2항에 위반된다.

2. 과잉금지원칙 위반여부 (6점)

1) 목적의 정당성 (1점)

인형뽑기 기구 설치를 금지한 B시 조례조항은 사행성 조장 및 게임중독성으로 인한 청소년 등의 피해를 예방하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

2) 수단의 적합성 (1점)

인형뽑기 기구 설치 금지는 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

3) 피해의 최소성 (3점)

사행성 조장 및 게임중독성으로 인한 청소년 등의 피해 예방은 고가의 경품을 금지하고 영업시간 및 청소년의 출입시간제한으로도 충분하다. 또한 청소년 보호라는 목적을 위해서는 학교 주변, 주택가 주변만 금지하고 관광지나 성인업소에서는 허용하여도 충분히 입법목적을 달성할 수 있음에도 B시 전지역에서 인형뽑기 기구 설치를 금지하는 B시 조례조항은 피해를 최소화했다고 할 수 없다.

4) 법의균형성 (1점)

이 사건 B시 조례조항으로 실현하고자 하는 사행성 조장 및 중독성으로 인한 청소년 등의 피해라는 공익보다는 제한되는 직업의 자유가 더 크다고 할 수 있는 바, 법의균형성원칙에 위반된다.

3. 소결론

이 사건 B시 조례조항은 법률유보원칙과 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업의 자유를 침해한다.

V. 결론

이 사건 시행규칙 제40조 [별표11] 2 나. 1) 중 인형뽑기를 생략한 부분은 직업의 자유를 침해하지 않는다. 이 사건 시행규칙 부칙 제3조 제3항은 과잉금지원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해한다. 이 사건 B시 조례조항은 청구인의 직업의 자유를 침해한다.

문제 3. (1)

해제결정의 법적 성질 (10점)

I. 쟁점 (1점)

교육환경보호구역 내 금지되는 행위에 대한 해제결정이 어떤 행정행위에 해당하는지와 기속 행위인지 또는 재량행위인지 여부를 검토하고자 한다.

II. 예외적 허가 또는 승인 (5점)

1. 예외적 허가의 의의 (2점)

예외적 허가란 사회적으로 해악이 큰 행위를 법령에서 금지하고 일정한 경우에 예외적으로

금지를 해제하여 당해 행위를 적법하게 해주는 행위이다.

2. 예외적 허가의 법적 성질 *가점2점

예외적 허가의 법적 성질에 대해 허가로 보는 견해, 특허로 보는 견해, 면제로 보는 견해, 독립적 법개념으로 보는 견해가 대립하고 있다.

3. 사안의 경우 (3점)

교육환경보호구역 내 게임물설치는 학생들의 학습활동을 저해하고 학생들에게 사행성 또는 게임중독을 야기할 가능성이 크다는 점을 고려하면 사회적 해악이 심대하다. 따라서 인형뽑기방 금지 해제여부결정은 원칙적으로 금지하고 예외적으로만 해제할 수 있는 예외적 허가에 해당한다.

III. 재량행위 (4점)

1. 허가와 예외적 허가의 비교

허가는 잠정적 금지의 해제이므로 법적 요건이 충족된 신청이라면 특별한 사정이 없는 한 금지를 해제하여야 하는 기속행위이다. 그러나 예외적 허가는 사회적 유해한 행위에 대한 금지를 예외적으로 해제하는 재량행위이다.

2. 사안의 경우

인형뽑기방은 육체적·정신적으로 미성숙한 학생들에게 사행행위나 오락에 빠지게 하여 학습을 소홀하게 할 우려가 큰 시설이다. 따라서 학습과 학교보건에 나쁜 영향을 주지 않는 것인지의 여부를 고려하여 교육소관청이 해제여부를 결정할 재량행위에 해당한다.

IV. 결론

인형뽑기방 금지 해제여부 결정은 예외적 허가에 해당하므로 재량행위에 해당한다.

문제 3. (2)

예방적 금지심판과 예방적 금지소송허용여부 (20점)

I. 쟁점 (2점)

丙이 제기하는 “교육소관청은 甲에게 금지해제를 하여서는 아니된다”는 취지의 청구는 예방적 금지심판과 예방적 금지소송이다. 현행법상 예방적 금지심판과 예방적 금지소송이 허용되는 유형의 청구인지 검토하고자 한다.

II. 행정심판법 예방적 금지심판허용여부 (8점)

1. 의의 (1점)

예방적 금지심판이란 행정청의 공권력의 행사로 국민의 권리가 침해될 것이 예상되는 경우에 사전에 행정청에게 일정한 행위를 하지 말 것을 요구하는 심판이다.

2. 현행 행정심판법 (2점)

현행 행정심판법 제5조는 행정청의 처분이나 처분의 부작위 자체를 대상으로 하는 항고심판으로서 취소심판, 무효등확인심판, 의무이행심판만을 인정하고 있다.

3. 의무이행심판과의 구별 *가점2점

의무이행심판은 당사자의 신청에 대한 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 행정심판이므로 적극적 작위를 구하는 심판이라면 예방적 금지심판은 소극적 작위를 구하는 심판청구라는 점에서 차이가 있다. 따라서 의무이행심판으로는 특정한 처분을 금지하는 청구는 허용되지 않는다.

4. 인정여부 (2점)

행정심판법 제5조의 행정심판 종류를 예시로 보고 예방적 금지심판을 인정하자는 궁정설과 한정적 열거로 보는 부정설이 있다.

5. 검토 (3점)

처분이 발해진 후 취소심판만으로는 권리구제가 어려운 경우 행정심판위원회가 처분을 예방적으로 금지하는 재결할 필요성은 인정될 수 있다. 또한 행정심판위원회는 행정청이기도 하므로 처분할 것인지 여부를 우선적으로 심리해도 권리분립원칙에 반한다고 할 수 없다. 그러나 예방적 금지심판이 인정되려면 청구요건이나 재결 유형이 법정화되어야 한다. 현행 행정심판법은 이에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않으므로 예방적 금지심판은 현행법상 허용되기 힘들다.

III. 예방적 금지소송의 허용여부 (12점)

1. 예방적 금지소송의 개념 (1점)

국민의 권리 침해가 예상될 때 미리 예상되는 침의적 처분을 저지하기 위해 제기하는 소송으로, 예방적 부작위청구소송이라고도 한다.

2. 현행 행정소송법 (1점)

행정소송법 제4조는 항고소송의 종류로 취소소송, 무효확인소송, 부작위법확인소송을 명문화하고 있다.

3. 인정여부에 대한 학설과 판례 (6점)

1) 부정설의 논거 (2점)

예방적 금지소송은 사전적 통제제도이기에 행정청의 1차적 판단권을 침해하여 권력분립 원칙에 반할 수 있다. 또한 행정소송법 제4조는 항고소송의 종류를 열거한 규정으로, 예방적 금지소송은 포함되지 않는다. 다만 현행법상 허용되지 않으나 입법론적 관점에서 긍정설을 취하는 견해도 있다.

2) 긍정설의 논거 (2점)

처분이 발해진 후 사후에 권리구제만으로는 효과적인 수단이 되지 않는 경우 예방적 금지소송을 허용할 필요가 있다. 예를 들면 개인정보공개청구에 대해 정보공개 후 정보공개를 취소하더라도 이미 개인정보가 널리 유포된 경우 침해된 권리를 구제하는 것이 현실적으로 불가능하므로 정보공개금지판결을 인정할 필요가 있다. 또한 행정소송법 제4조는 항고소송의 종류를 한정적으로 열거한 규정으로, 보아서는 안 된다.

3) 판례 (2점)

대법원은 예방적 금지소송은 현행 행정소송법의 규정이 없다 하여 신축건물의 준공처분을 해서는 안 된다는 부작위를 구하는 행정소송이 허용되지 않는다고 하여 부정설을 취한다.

4. 검토 (4점)

국민의 권리구제를 위하여 예방적 금지소송을 인정할 필요는 있다. 허용범위를 제한하여 인정한다면 행정청의 1차적 판단권을 침해하지 않을 수도 있다. 그러나 헌법 제66조 제4항은 정부가 행정권을 가진다고 규정하고 있다. 따라서 법령에 의무사항으로 규정하고 있지 않은 한, 법령을 어떻게 집행할 것인지 여부는 행정청의 고유한 재량이다. 따라서 법원이 행정청에게 처분을 하지 말 것을 미리 명하는 판결은 처분을 할 것인지 여부에 대한 행정부의 고유한 권한을 침해할 가능성이 높다. 다만, 국민의 권리를 심각하게 침해하는 장래 처분을 금지하는 판결을 구하는 소송이 필요다면 어떠한 요건 하에 허용할 것인지는 입법으로 해결해야 한다. 따라서 행정소송법 제3조와 제4조에서는 예방적 금지소송을 인정하고 있지 않으므로 예방적 금지소송은 허용되지 않는다.

IV. 결론

현행 행정심판법과 행정소송법에 청구요건등이 규정되어 있지 않은 예방적 금지심판과 예방적 금지소송은 현행법상 인정될 수 없다.

제 2 문

문제 1. (1)

산업단지개발계획의 법적 성질과 토지소유자의 산업단지개발계획 변경청구권 (10점)

I. 쟁점의 정리

도지사 Y가 수립한 산업단지개발계획의 법적 성질과 토지소유자 甲에게 산업단지개발계획 변경청구권이 인정되는지 검토하기로 하겠다.

II. 산업단지개발계획의 법적 성질 (5점)

1. 처분의 의의 (2점)

처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용이다. 따라서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이란 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공단체 등이 국민의 권리·의무에 관계되는 사항에 관하여 직접 효력을 미치는 공권력의 발동으로서 하는 공법상의 행위를 말한다.

2. 산업단지개발계획의 법적 성질 (3점)

산업단지개발계획은 구속적 행정계획이다. Y의 산업단지개발계획에 따라 산업단지의 위치 및 면적, 수용·사용할 토지등이 결정되고 수용절차가 개시될 수 있으므로 산업단지개발계획은 토지소유자들의 권리에 직접적인 변동을 가져오는 처분이다. 이는 불특정 다수인에게 적용되는 일반처분이다.

III. 산업단지개발계획 변경청구권 유무 (5점)

1. 쟁점 *가점2점

산업단지개발계획변경청구권 유무에 따라 Y의 변경신청거부가 항고소송의 대상이 되는지 여부가 좌우되므로 청구권 유무가 문제가 된다.

2. 행정계획변경청구권 (1점)

행정계획은 공익을 목적으로 하므로 원칙적으로 행정계획변경청구권은 인정되지 않는다. 다만, 예외적으로 법규상 또는 조리상 인정되는 경우에 한해 행정계획변경청구권은 인정된다.

3. 토지소유자 甲의 산업단지개발계획변경청구권 (4점)

산업입지 및 개발에 관한 법률 제10조 제1항에 따르면 주민(이해관계인)은 산업단지지정권자에게 국가산업단지개발계획의 입안 및 변경을 제안할 수 있다. 산업단지에 적합한 시설을 설치해 입주하려는 자와 토지 소유자는 이해관계인으로서 산업단지 지정과 관련한 산업단지 개발계획입안 및 변경을 신청할 권리를 가지고 있다. 또한 산업단지개발계획은 해당 토지소유권자의 헌법상 재산권에 직접적인 변동을 가져오는 처분이므로 토지소유자인 甲은 산업단지개발계획 변경청구권을 가진다.

IV. 결론

산업단지개발계획은 처분이고 토지소유자 甲은 법규상 또는 조리상 산업단지개발계획 변경청구권을 가진다.

문제 1. (2)

乙 수도원의 원고적격 (20점)

I. 쟁점의 정리 (1점)

乙 수도원은 도시첨단산업단지 지정 · 고시의 직접적인 상대방이 아닌 제3자이나 도시첨단산업단지 지정 · 고시의 취소를 구할 원고적격을 가지는지를 검토하고자 한다. 또한 乙수도원이 소속 수도사들의 권리 침해를 이유로 취소소송을 제기할 원고적격을 가지는지를 검토하고자 한다.

II. 원고적격 (5점)

1. 원고적격의 의의 (1점)

원고적격이란 구체적 소송에 있어서 정당한 원고로서 소송을 수행하여 본안판결을 받기에 적합한 자격을 말한다.

2. 법률상 이의 (4점)

1) 행정소송법 조항 (1점)

현행 행정소송법 제12조 전문은 취소소송의 원고적격에 대하여 취소소송은 처분 등의 취소를 구

할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 학설 (2점)

① **권리구제설**: 취소소송은 권리를 침해당한 자만이 제기할 수 있다는 견해로, 법률상 이익을 곧 권리로 보는 견해이다. 원고적격을 너무 좁게 인정하여 원고적격을 확대할 필요성을 부정한다는 점에서 문제가 있다.

② **법률상 보호이익설**: 취소소송은 개인의 법률상 보호되는 이익을 구제하기 위한 수단으로, 실정 법이 보호하는 이익만 원고적격이 인정된다. 근거법규만이 아니라 관련 법규의 해석을 통해 보호되는 이익이냐를 판단하여 원고적격이 확대하고자 한다.

③ **보호가치이익설**: 법률로 보호되지 않는 이익이라도 실질적 내용이 재판으로 보호할 가치가 있다고 판단되면 원고적격을 인정한다. 그러나 추상적 기준으로 법원의 자의적 해석 우려와 실체법을 넘어선 보호라는 비판이 있다.

④ **적법성 보장설**: 취소소송의 목적을 행정의 적법성 보장에 두고, 처분에 가장 적합한 이해관계가 있는 자에게 원고적격을 인정한다. 원고적격의 범위를 넓힐 수 있으나 법관의 자의적 판단 가능성 이 문제점으로 제기된다.

3) 판례 (1점)

판례는 법률상 보호이익설을 취하고 있다. 따라서 법률상 이익이 있는 자라면 제3자라도 원고적격이 인정된다고 해석할 수 있을 것이다.

III. 사안의 해결 (14점)

1. 수도원의 당사자능력 *가점2점

당사자능력은 소송에 있어서 당사자가 될 수 있는 능력을 말하는바, 원칙적으로 사법상 권리능력을 가지는 자는 모두 당사자능력을 가진다(민소법 제51조). 당사자능력은 사법상 권리능력보다 더 넓은 개념이므로, 자연인 또는 법인은 물론이고 법인격 없는 사단·재단도 대표자 또는 관리인이 있으면 단체의 이름으로 당사자가 될 수 있다. 乙 수도원은 재단법인이므로 항고소송의 당사자능력은 인정된다.

2. 乙 수도원이 환경영향평가의 대상지역 내 주민인지 여부 (8점)

1) 환경영향평가의 대상지역 내 주민의 원고적격 (2점)

대법원은 법률상 보호이익설의 관점에서 근거 법령의 범위를 실체법령에서 절차적 법령으로 확대하여 원고적격을 넓히고 있다. 대법원 판례에 따르면 환경영향평가법상 환경영향평가 대상 지역 내 주민은 그 환경상의 이익이 직접적·구체적으로 보호되므로, 해당 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다.

2) 乙 수도원이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주민인지 여부 (6점)

① 쟁점정리 (2점)

사안에서 도시첨단산업단지는 환경영향평가법상 환경영향평가의 대상이 되는 사업이고 乙 수도원은 환경영향평가 대상지역 내에 소재하고 있으므로 지역 내 주민인지가 문제가 될 것이다. 환경영향평가 대상지역내 주민은 해당 공익사업시행으로 직접 환경상 이익에 영향을 받는 자를 의미한다.

② 학설 *가점2점

헌법 제35조는 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 규정하고 있어 단체가 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 되는지가 문제가 된다. 쾌적한 환경은 자연인만 누릴 수 있는 권리이므로 단체는 그 주체가 될 수 없다는 부정설과 단체에게 인정해야 환경 상 이익의 실효성이 확보할 수 있으므로 단체에게도 인정해야한다는 긍정설이 대립한다.

③ 판례 (2점)

대법원은 자연인이 아닌 재단법인인 수녀원이 제기한 공유수면매립목적 변경 승인처분의 무효확인을 구하는 소송에서, 자연인이 아닌 수녀원은 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주체가 아니라고 하여 원고적격을 인정하지 않았다.

④ 소결론 (2점)

乙 수도원은 자연인이 아니므로 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익을 향수할 수 있는 주민에 해당하지 않는다. 따라서 환경영향평가법에서 보호하고자 하는 환경상 이익을 누릴 수 없어 원고적격이 인정될 수 없다.

3. 乙 수도원이 수도사의 권리 침해를 이유로 소를 제기할 원고적격을 가지는지 여부 (5점)

1) 관련 법리 (3점)

행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적인 이익을 말하고, 간접적이거나 사실적·경제적인 이익

까지 포함되는 것은 아니다. 단체와 구성원은 독립적인 권리주체이므로 구성원의 권리를 침해받았다고 하더라도 단체는 간접적으로 이익을 침해받을 뿐이므로 원고적격은 인정되지 않는다.

2) 사안의 경우 (2점)

乙 수도원의 수도사들은 자연인으로서 환경상 이익을 누릴 수 있다. 그러나乙 수도원과 소속 수도사들은 별개의 권리 주체이므로乙 수도원은 소속 수도사들이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경상 이익을 침해받더라도 직접적·구체적인 이익을 침해받았다고 할 수 없는 바, 도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않는다.

4. 결론 (1점)

乙 수도원은 환경상 이익을 누릴 수 없는 단체이고 소속 수도사들의 환경상 이익을 이유로 도시첨단산업단지 지정·고시의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않는다.

문제 2.

민사법원의 수용재결의 하자 심리여부 (25점)

I. 쟁점의 정리 (3점)

수용재결의 법적 성질을 검토하고 수용재결의 취소사유가 있더라도 공정력이 인정되는지 판단하도록 하겠다. 甲이 제소기간의 도과로 수용재결에 대한 취소소송을 제기할 수 없는 경우 소유권이전등기말소청구소송을 제기했다면 수소법원이 수용재결의 하자에 대해 심리하여 그 효력을 부정할 수 있는지 여부를 검토하고자 한다.

II. 수용재결의 법적 성질과 그 효력 (7점)

1. 수용재결의 법적 성질 (2점)

수용재결이란 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 때에 행하는 공용수용의 종국적인 절차를 말한다. 재결은 사업시행자가 보상금을 지급하는 것을 조건으로 토지 등에 관한 권리를 취득하고 피수용자는 그 권리를 상실하게 되는 형성적 행정행위로서 대리행위이다.

2. 수용재결의 공정력 (5점)

1) 의의 (1점)

행정행위의 공정력을 취소할 권한을 가진 기관이 취소하기 전까지 상대방이나 이해관계가 있는

제3자에 대해서 구속력을 의미한다.

2) 행정기본법 조항 (2점)

「행정기본법」 제15조는 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다고 규정하고 있다. 다만, 행정행위의 하자가 중대하고 명백하여 무효인 경우에는 공정력이 인정되지 않는다.

3) 학설과 판례 (1점)

공정력은 처분의 적법성을 추정해주는 의미로 보는 실제설과 취소 또는 철회되기 전까지 유효한 것으로 인정해주는 의미로 보는 절차설이 있다. 이른바 행정행위의 공정력이란 행정행위가 위법하더라도 취소되지 않는 한 유효한 것으로 통용되는 효력을 의미하는 것이다(대판 1994.4.12. 93누 21088)고 하여 절차설을 취하고 있다.

4) 결론 (1점)

무효가 아닌 한 수용재결에 취소사유에 해당하는 하자가 있더라도 수용재결에는 공정력이 인정된다.

III. 민사소송에서의 선결문제 (8점)

1. 구성요건적 효력과 공정력 *가점2점

1) 개념

구성요건적 효력은 유효한 행정행위는 다른 국가기관 등을 구속하므로 국가기관은 그 행정행위의 유효성을 전제로 하여 스스로의 판단의 기초 또는 구성요건으로 삼아야하는 구속력이다.

2) 구성요건적 효력과 공정력의 관계

공정력과 구성요건적 효력을 양자를 동일시하는 견해와 양자를 구별하는 견해가 있다. 판례는 구성요건적 효력이라는 용어 대신 공정력이라는 용어를 쓰고 있어 구별하지 않는다.

2. 관련 법리 (5점)

1) 처분의 무효여부가 선결문제인 경우 (2점)

처분이 무효라면 누구라도 그 효력을 부정할 수 있다. 처분의 무효여부가 민사소송의 선결문제로 된 경우 당해 수소법원은 민사법원은 그 처분의 효력 유무를 심리할 수 있다. 이에 따라 행정소송법 제11조 제1항은 처분등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제로 되어 당해 수소법원이 이를 심리·판단할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 처분의 취소여부가 선결문제인 경우 (3점)

취소사유가 있는 처분이라도 처분은 유효하고 권한을 가진 기관이 취소하기 전까지는 다른 기관은 그 효력을 부정할 수 없다. 따라서 처분의 취소여부가 민사소송의 선결문제로 된 경우 당해 수소법원은 이를 심리·판단할 수 없다. 처분에 취소할 수 있는 위법사유가 있다 해도 그 처분은 공정력에 의하여 그것이 적법하게 취소되기 전까지는 민사소송절차에서 그 처분의 효력을 부인할 수 없기 때문이다.

3. 사안의 해결 (3점)

수소법원이 소유권등기말소청구를 인용하려면 우선 그 원인인 수용재결의 효력부정을 하여야 한다. 수용재결이 무효라면 수소법원이 그 효력을 부정할 있다. 그러나 수용재결의 취소사유만 있는 경우라면 수소법원은 수용재결의 효력을 부정할 수 없다. 사안에서 甲이 수용재결에 취소사유에 해당하는 하자가 있음을 알았다고 하여 이를 주장한다고 하더라도 수소법원은 수용재결의 하자를 심리하여 그 효력을 부정할 수 없는 바, 甲이 소유권이전등기말소청구소송을 제기한 경우 수소법원은 수용재결의 하자를 심리하여 그 효력을 부정할 수 없다.

IV. 결론 (2점)

수용재결이 무효가 아닌 한 공정력이 인정되므로 수소법원은 소유권이전등기말소청구소송에서 수용재결의 하자를 심리·판단하여 등기말소청구를 인용할 수 없다.

문제 3.

잔여지수용청구권의 법적 성질과 소송상 권리구제 방법 (15점)

I. 쟁점 정리

잔여지수용청구권의 법적 성질을 설명하고 지방토지수용위원회가 수용청구를 거부하는 재결을 한 경우 소송상 권리구제 방법에 대해 검토하겠다.

II. 잔여지수용청구권의 법적 성질 (4점)

1. 근거 법조항 (1점)

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조제1항은 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것

이 현저히 곤란할 때에는 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 법적 성질 (3점)

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가진다.

III. 지방토지수용위원회가 수용청구를 거부하는 재결을 한 경우 소송상 권리구제 방법 (10점)

1. 소송상 권리구제 방법 (6점)

잔여지수용청구권은 형성권적 성질을 가지므로 법정요건을 갖추어 잔여지 수용청구를 하면 바로 법률효과가 발생하여 토지소유자는 잔여지토지에 대해 보상을 받을 권리가, 사업시행자는 보상할 의무가 발생한다. 즉 바로 법률관계가 발생한다. 따라서 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당한다.⁶⁾

2. 보상금증감청구소송 (4점)

1) 소송유형

토지수용위원회의 보상금결정에 대해 증감을 청구하는 소송이다. 보상금증감청구소송은 토지수용위원회의 수용재결에 대해 다투면서 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인이다. 따라서 실질은 수용재결이라는 처분을 다투는 항고소송이나 형식적으로는 처분청이 아니라 법률관계의 다른 쪽 당사자를 피고로 하여 제기하는 당사자소송이다. 보상금증감청구소송은 대표적인 형식적 당사자소송이다.

2) 피고

보상금증감청구소송의 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인이다 (동법 제85조 제2항).

IV. 사안의 해결 (1점)

6) 대판 2015.4.9. 2014두46669

잔여지수용청구권은 형성권이므로 甲은 지방토지수용위원회가 수용청구를 거부하는 재결을 한 경우, B시를 피고로 하여 ‘보상금의 증감에 관한 소송’을 제기하여야 한다.

문제 4.

면책특권 (30점)

I. 쟁점의 정리 (2점)

국회의원 丙의 발언이 사실이 아닌 것으로 판명된 경우 면책특권이 적용되는지 살펴보고 본회의 전 기자실에서 기자들에게 한 발표, 국회 본회의에서 한 발언, 인터넷 홈페이지 게시 내용이 면책특권이 적용되는지 여부를 검토하고자 한다.

II. 면책특권의 의의와 요건 (4점)

1. 헌법상 근거 (1점)

헌법 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다”라고 하여 국회의원의 발언과 표결에 관해 법적인 책임을 면책하고 있다.

2. 의의 (2점)

면책특권은 국회의원이 양심에 따른 직무상 발언과 표결에 대해 법적인 책임을 면책해주어 양심에 따라 직무를 수행할 수 있게 해주는 기능을 한다. 또한 고위 공무원들의 불법행위에 대해 수사기관이 침묵하고 있는 경우 국회의원이 국민들의 관심을 환기시켜 문제를 쟁점화하는 기능도 한다.

3. 요건 (1점)

헌법 제45조에서 규정하는 면책특권은 대체로 ① 국회의원이 ② 국회에서 ③ 직무상 행한 ④ 발언과 표결에 적용된다.

III. 사안의 해결

1. 주체요건 : 국회의원 (1점)

면책특권이 인정되는 것은 국회의원에 한정된다. 丙은 국회의원이므로 면책특권이 인정되는 주체 요건이 충족되고 있다.

2. 국회에서 (3점)

“국회에서”라는 요건은 국회의사당이라는 물리적 공간을 의미하는 것이 아니라 실질적인 기준에 의하여 판단하여야 한다. 즉, 공간에 관계없이 실질적으로 국회의 본회의나 위원회와 관련한 직무로써 행하는 국회의원의 활동을 의미한다고 보는 것이다.

3. 사실이 아닌 것으로 판명된 발언도 면책특권의 대상이 되는지 여부 (6점)

1) 관련 법리 (4점)

대법원은 면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 될 수는 없지만 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다고 보았다.

2) 사안의 경우 (2점)

丙의 발언이 결론적으로 새벽일보의 정정보도로 사실이 아닌 것으로 밝혀졌다고 하더라도丙이 발언을 할 당시에 새벽일보의 정정보도가 나오기 전이라서 보도를 신뢰하고 허위라는 것을 인식하지 못한 상태에서 한 발언이므로 면책특권이 적용될 수 있다.

4. 직무상 행한 발언과 표결

1) 丙의 국회 본회의에서 한 발언 (1점)

丙의 국회 본회의에서 한 발언은 국회에서 한 발언이고 직무상 발언이므로 면책특권이 적용된다.

2) 丙의 원내 기자실에서 한 기자들에게 한 발표 (6점)

① 관련법리 (3점)

대법원은 유성환의원사건에서 국회의원의 면책특권의 대상에는 직무상의 발언과 표결에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하고, 부수행위인지의 여부는 “결국 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다”고 판단한 바 있다. 회의 공개성, 시간적 근접성, 장소의 한정성, 목적의 정당성을 기준으로 부수행위에 해당하는지 판단해야 한다고 보았다.

② 사안의 해결 (3점)

丙이 국회본회의 시작 30분 전 국회기자실에서 기자들에게 한 발표는丙의 대정부질문은 공개될 예정이고 대정부질문 30분 전이어서 시간적으로도 근접해있고 그 대상은 국회의사당 내에 위치한 기자실에서 국회출입기자들로 한정되었고 그 목적은 국민의 알권리와 보도의 자유를 위한 것이었

으므로 면책특권이 적용된다.

3) 丙이 홈페이지에 해당 내용을 게시한 행위 (5점)

① 학설 (2점)

면책특권이 적용되지 않는다는 견해는 국회 내부의 심의절차에서 공표한 것이라면 면책 특권의 대상이 되나 공개된 정보를 밖으로 가지고 나와 자신의 개인 홈페이지에 공개한 것은 국회의원으로서가 아니라 개인적인 정치적 활동이므로 면책특권의 대상이 될 수 없다고 한다. 이에 반해 국회기자실에서 기자에게 배포하는 것과 개인 홈페이지에 게시는 외부에 알리는 방법의 차이일 뿐이므로 면책특권이 적용되어야 한다는 견해도 있다.

② 판례 (1점)

대법원은 조전혁 의원의 전교조 교사 명단공개 사건과 노회찬 의원의 검찰간부 이른바 떡값 명목의 금품을 수수 공개사건에서 홈페이지에 내용을 게시한 행위에 대해 면책특권을 적용하지 않았다.

③ 사안의 해결 (2점)

개인 홈페이지에 올리는 것조차 면책특권이 적용된다면 정치적으로 상대방을 공격하기 위하여 무차별적인 폭로로 인하여 면책특권이 흑선선전의 도구로 악용될 소지가 있으므로 丙이 홈페이지에 게시한 행위는 면책특권의 대상이 되기 힘들다. 다만, 그 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하면 명예훼손죄의 위법성은 조각될 수 있다.

IV. 결론 (2점)

국회의원 丙이 한 발언이 사실이 아니더라도 면책특권이 적용될 수 있고 본회의 전 기자실에서 기자들에게 한 발표, 국회 본회의에서 한 발언은 면책특권이 적용될 수 있다. 그러나 인터넷 홈페이지 게시한 행위는 면책특권이 적용된다고 할 수 없다.

☞ 2025년 제14회 변호사시험 공법 사례 문제에 대한 첨삭 및 상담을 원하시는 분들은 02-3285-8840으로 연락하시고 예약하시기 바랍니다.

※ 황남기 합격캠프 긴급구조반

2025년 제14회 변호사시험 황남기 공법 답안첨삭 및 1:1 심층상담

| 일정 및 시간 | 상담일자 | 1:1 상담시간 : 예약자에 한정 / 1시간당 1명 | 상담인원 |
|-----------|---|--|------|
| | 1/22일(수) | ①13:00~14:00 ②14:00~15:00 ③15:00~16:00 ④16:00~17:00 | 4명 |
| | 1/23일(목) | ①13:00~14:00 ②14:00~15:00 ③15:00~16:00 ④16:00~17:00 | 4명 |
| | 1/24일(금) | ①13:00~14:00 ②14:00~15:00 ③15:00~16:00 ④16:00~17:00 | 4명 |
| 준비사항 | 1. 제14회 변호사시험 공법 시험지 2. 가능하면 본인이 작성한 답안(복기) 등 | | |
| 예약 및 문의사항 | 변호사시험 합격캠프 ☎ 02-3285-8840 최철승 원장 ☎ 010-5552-9431 카톡문의 : 황남기 공법 변호사합격캠프 (https://open.kakao.com/o/sBVethRe) | | |

