

[2026년도 변호사시험 공법 기출문제 해설 및 총평]

[제1문의1]

체육지도자의 자격취소·정지 요건을 추가하는 「국민체육진흥법」 개정안(이하 '이 사건 개정안'이라 한다)이 국회에 발의·제출되었다. 국회의장 甲은 이 사건 개정안을 국회 본회의에 보고하고, 소관 상임위원회인 문화체육관광위원회(이하 '문체위'라 한다)에 회부하였다. A당은 의원총회를 개최하여 이 사건 개정안에 찬성하는 것을 당론으로 정하였다. 그러나 문체위 위원인 A당 소속 국회의원 乙은 당론에 따르지 않겠다는 의사를 표명하였다. 그러자 A당 소속 교섭단체 대표의원은 제430회 국회 임시회 회기 중이었던 2025. 12. 12. 甲에게 A당 소속 문체위 위원을 乙에서 다른 의원으로 개선할 것을 요청하였고, 甲은 같은 날 그 요청대로 위원을 개선하였다. 이에 乙은 甲의 개선행위(이하 '이 사건 개선행위'라 한다)가 자신의 심의표결권을 침해한다고 주장하면서 甲을 상대로 권한침해 확인을 구하는 권한쟁의심판(이하 '이 사건 권한쟁의심판'이라 한다)을 청구하였다.

1. 이 사건 권한쟁의심판에서 甲과 乙의 당사자능력과 당사자적격에 관해 검토하시오. (15점)
2. 乙이 제430회 국회 임시회 전에 문체위 위원으로 선임되었다고 가정할 경우, 이 사건 개선행위가 자유위임원칙과 「국회법」 제48조 제6항에 반하여 乙의 심의표결권을 침해하는지 검토하시오. (20점)

[참조 조문]

「국회법」

제48조(위원의 선임 및 개선) ① 상임위원회는 교섭단체 소속 의원 수의 비율에 따라 각 교섭단체 대표위원의 요청으로 의장이 선임하거나 개선한다. 이 경우 각 교섭단체 대표의원은 국회의원 총선거 후 첫 임시회의 집회일로부터 2일 이내에 의장에게 상임위원 선임을 요청하여야 하고, 처음 선임된 상임위원의 임기가 만료되는 경우에는 그 임기만료일 3일 전까지 의장에게 상임위원 선임을 요청하여야 하며, 이 기한까지 요청이 없을 때에는 의장이 상임위원을 선임할 수 있다.

⑥ 제1항부터 제4항까지에 따라 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

[해설]

I. 설문1에 대하여

1. 논점의 정리
2. 당사자능력
 - (1) 당사자능력의 의미
 - (2) 사안의 경우

헌법 제41조 제1항(국회의원), 헌법 제48조(국회의장)를 고려할 때 국회의장 甲과 국회의원 乙은 당사자능력을 가진다.

3. 당사자적격

(1) 당사자적격의 의미

(2) 사안의 경우

문체위 위헌 개선행위는 국회의장 甲의 권한이고, 국회의원 乙은 자신의 법률안 심의·표결권을 침해한다고 주장하고 있다는 점에서 甲, 乙 모두 당사자적격이 인정된다.

4. 사안의 해결

국회의장 甲과 국회의원 乙은 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되며, 당사자적격도 갖추었다.

II. 설문2에 대하여

1. 논점의 정리

2. 국회의 자율권과 이 사건 개선행위의 법적 성격

(1) 국회의 자율권의 의미

(2) 국회의 자율권에 대한 사법심사의 가능성

(3) 사안의 경우

甲이 국회의장으로서 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 그 사무를 감독할 지위에 있고(국회법 제10조), 위원회 위원의 선임 및 개선은 이와 같은 국회의장의 직무 중 의사정리권한에 속하는 것이라는 점에서(2002헌라1 참조), 국회의장이 위원회의 위원을 선임·개선하는 행위는 국회가 그 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체 기관을 구성·조직하는 행위로서, 광범위한 재량에 의하여 자율적으로 정할 수 있는 고유한 영역에 속한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 개선행위가 청구인의 권한을 침해하였는지 여부를 판단할 때 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는지를 심사하는 것으로 충분하다(96헌라2 참조).

3. 자유위임원칙 위배 여부

(1) 자유위임의 원칙의 의미 및 헌법적 근거

(2) 사안의 경우

이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위하여 국회가 자율권을 행사한 것으로서, 이 사건 개선행위로 인하여 자유위임원칙이 제한되는 정도가 위와 같은 헌법적 이익을 명백히 넘어선다고 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임원칙에 위배되지 않는다(헌재 2019헌라1).

4. 국회법 제48조 제6항 위배 여부

(1) 국회법 제48조 제6항의 입법목적

(2) 사안의 경우

국회법 제 제48조 제6항 본문 중 임시회 부분은 개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는

개선된 임시회의 회기 중에 개선하는 것만을 금지하므로 乙은 제430회 국회 임시회 전에 문체위 위원으로 선임되었으므로, 제430회 국회 임시회 회기 중에 이루어진 이 사건 개선행위가 국회법 제48조 제6항을 위반한다고 볼 수 없다.

5. 사안의 해결

이 사건 개선행위는 자유위임원칙과 「국회법」 제48조 제6항에 반하여 乙의 심의표결권을 침해한다고 볼 수 없다.

[제1문의2]

甲은 회원제 골프장을 운영하는 법인이고, 국민체육진흥공단(이하 '진흥공단'이라 한다)은 국민체육진흥기금의 관리·운용 등을 목적으로 설립된 법인이다. 진흥공단은 甲을 비롯한 전국의 회원제 골프장 시설의 운영자에게 해당 골프장 시설의 이용자를 대상으로 하는 부가금 징수안을 통보하였다. 하지만 甲은 골프장 시설 이용자의 자유로운 의사에 따라 부가금을 수납하겠다는 이유로 2024년도 부가금 상당액 중 일부분을 진흥공단에 납부하였다. 이에 진흥공단은 甲을 상대로 해당 기간 동안 골프장 입장 인원 에 기초하여 산정한 부가금 상당액의 손해배상금 및 관련 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 위 소송 계속 중 甲은 「국민체육진흥법」 제20조 제3호(이하 '심판대상조항'이라 한다)에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였지만, 1심법원은 甲의 제청신청을 기각하면서 진흥공단의 청구를 전부 인용하는 판결을 선고하였고, 甲이 항소하지 않아 2025. 12. 30. 그 판결이 확정되었다. 이후 甲은, 골프장 부가금을 국민체육진흥기금의 재원 중 하나로 규정한 심판대상조항으로 인하여 회원제 골프장 시설의 이용자인 '골프장 부가금 납부의무자'가 해당 시설을 이용하지 않는 '그 밖의 국민'과 달리 차별취급을 받아 위헌이라고 주장하면서, 2026. 1. 6. 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하였다.

1. 甲의 헌법소원심판청구에서 재판의 전제성 인정 여부를 검토하시오. (10점)
2. 심판대상조항에 따른 골프장 부가금의 법적 성격과 그 헌법적 정당화 요건을 바탕으로 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부를 검토하시오. (25점)

[참조 조문]

※ 유의 사항

아래 법령은 가상의 것으로, 이와 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선함.

「국민체육진흥법」

제1조(목적) 이 법은 국민체육을 진흥하여 국민의 체력을 증진하고, 건전한 정신을 함양하여 명랑한 국민 생활을 영위하게 하며, 나아가 체육을 통하여 국위 선양에 이바지함을 목적으로 한다.

제19조(기금의 설치 등) ① 다음 각 호에 필요한 경비를 지원하기 위하여 국민체육진흥기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치한다.

1. 체육 진흥에 필요한 시설 비용
2. 체육인의 복지 향상
3. 체육단체 육성
4. 학교 체육 및 직장 체육 육성
5. 체육·문화예술 전문인력 양성
6. 그 밖에 국민체육 진흥 등을 위하여 대통령령으로 정하는 사항

② 기금은 국민체육진흥공단이 관리·운용한다.

제20조(기금의 조성) 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 정부와 정부 외의 자의 출연금
2. 문화체육관광부장관이 승인하는 광고 사업의 수입금
3. 골프장(회원제로 운영하는 골프장을 말한다) 시설의 입장료에 대한 부가금
4. 기금의 운용으로 생기는 수익금
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 수입금

제22조(기금의 사용) 기금은 다음 각 호의 사업이나 지원 등을 위하여 사용한다.

1. 국민체육 진흥을 위한 연구·개발 및 그 보급 사업
2. 국민체육시설 확충을 위한 지원 사업
3. 선수와 체육지도자 양성을 위한 사업
4. 선수·체육지도자 및 체육인의 복지 향상을 위한 사업
5. 그 밖에 체육 진흥을 위한 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업

「부담금관리 기본법」

제3조(부담금 설치의 제한) 부담금은 [별표]에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 설치할 수 없다.

제7조(부담금운용종합보고서의 국회제출 등) ① 부담금의 소관 중앙행정기관의 장은 매년 전년도 부담금의 부과실적 및 사용명세, 제8조에 따른 부담금운용 평가 결과의 이행 실적 등이 포함된 부담금운용보고서를 작성하여 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

② 기획예산처장관은 제1항에 따라 부담금운용보고서를 받으면 이를 기초로 부담금운용종합보고서를 작성하여 매년 5월 31일까지 국회에 제출하여야 한다.

[별표] 이 법에 따라 설치하는 부담금 (제3조 관련)

13. 「국민체육진흥법」 제20조에 따른 회원제 골프장 시설 입장료에 대한 부가금

[해설]

I. 설문1에 대하여

1. 논점의 정리
2. 재판의 전제성
3. 사안의 해결

재판의 전제성의 요건 중 당해 사건이 법원에 계속 중일 것의 요건과 관련하여 위헌심사형 헌법소원의 경우에는 위헌결정 당시가 아니라 위헌제청신청시를 기준으로 하므로 진흥공단이 甲을 상대로 부가금 상당액의 손해배상금 및 관련 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 당해 소송 계속 중 甲이 위헌법률심판제청신청을 하였으므로 구체적인 사건이 법원에 계속 중이고 부가금 상당액의 손해배상금 및 관련 지연손해금의 지급은 심판대상조항을 근거로 한다는 점에서 심판대상조항은 당해사건에 적용되며, 심판대상조항이 위헌으로 결정될 경우 진흥공단의 청구는 인정되지 않게 되는바 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’에 해당한다. 따라서 甲의 헌법소원심판청구는 재판의 전제성이 인정된다.

II. 설문2에 대하여

1. 논점의 정리

2. 골프장 부가금의 법적 성격

(1) 특별부담금의 의미, 유형

(2) 사안의 경우

골프장 부가금은 국민체육진흥계정의 재원을 마련하는 데에 그 목적이 있을 뿐, 그 부과 자체로써 골프장 부가금 납부의무자의 행위를 특정한 방향으로 유도하거나 골프장 부가금 납부의무자 이외의 다른 집단과의 형평성 문제를 조정하고자 하는 등의 목적이 있다고 보기 어렵다는 점 등을 고려할 때, 재정조달목적 부담금에 해당한다(헌재 2017헌가21).

3. 재정조달목적 특별부담금의 헌법적 정당화 요건

재정조달목적의 부담금이 헌법적 정당성을 인정받기 위해서는, ① 조세에 대한 관계에서 예외적으로만 인정되어야 하며, ② 부담금 납부의무자는 일반국민에 비해 '특별히 밀접한 관련성'(집단적 동질성, 객관적 근접성, 집단적 책임성, 집단적 효용성)을 가져야 하고, ③ 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사되어야 한다(헌재 2007허가1). 또한, 부담금은 국민의 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있으므로 부담금을 부과함에 있어서도 평등원칙이나 과잉금지의 원칙과 같은 재산권 제한 입법의 한계 역시 준수되어야 한다(헌재 2007헌가1).

4. 평등원칙 위반 여부

(1) 부담금의 정당화 요건과 평등원칙과의 관계

부담금의 정당화 요건은 일반적으로 헌법상 평등원칙과 밀접한 관련이 있다. 납부의무자들은 일반 국민들과 달리 취급하여 이들을 불리하게 대우함에 있어서 합리적인 이유가 있어야 하는바, 이는 자의적인 차별은 납부의무자들의 평등권을 침해하기 때문이다. 사안의 경우 회원제 골프장 시설의 이용자인 '골프장 부가금 납부의무자'가 해당 시설을 이용하지 않는 '그 밖의 국민'과 달리 차별취급을 받고 있다.

(2) 헌법상 평등의 의미와 심사기준

사안의 경우 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있거나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당되지 않으므로 자의금지원칙에 의한 심사 대상이라 할 것이다.

(3) 사안의 경우

골프장 부가금 납부의무자와 '국민체육의 진흥'이라는 골프장 부가금의 부과 목적 사이에는 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 인정되지 않는다. 수많은 체육시설 중 유독 골프장 부가금 징수 대상 시설의 이용자만을 국민체육진흥계정 조성에 관한 조세 외적 부담을 져야 할 책임이 있는 집단으로 선정한 것에는 합리성이 결여되어 있다. 골프장 부가금 등을 재원으로 하여 조성된 국민체육진흥계정의 설치 목적이 국민체육의 진흥에 관한 사항 전반을 아우르고 있다는 점에 비추어 볼 때, 국민 모두를 대상으로 하는 광범위하고 포괄적인 수준의 효용성을 놓고 부담금의 정당화 요건인 집단적 효용성을 갖추었다고 단정하기도 어렵다(헌재 2017헌가21).

5. 사안의 해결

심판대상조항이 규정하고 있는 골프장 부가금은 합리적 이유가 없는 차별을 초래하는바, 헌법상 평등원칙에 위배된다.

[제1문의3]

K강 둔치 수변시민공원은 A시 소유 행정재산으로, 시민들의 산책 및 체육활동 등에 활용되고 있다. A시의 시장(이하 '시장'이라 한다)은 「국민체육진흥법」에 따라 A시체육회(이하 '甲'이라 한다)에 위 공원 부지의 일부에 대하여 축구장 등 체육시설의 설치 및 사업을 할 수 있도록 5년간 사용허가를 하였다. 시장은 위 사용허가를 하면서 야간에 발생하는 조명탑의 빛과 체육활동으로 인한 소음이 인접한 아파트 단지 주민의 주거의 안온을 해치는 것을 예방하기 위하여 '매일 21시부터 익일 06시까지 시설을 운영하지 말 것'을 내용으로 하는 부관을 붙였다.

1. 시장이 甲에게 한 위 사용허가의 법적 성질을 검토하십시오. (10점)

2. 甲은 퇴근 시간 이후 직장인들의 이용수요가 높다는 점을 들어 매일 21시부터 익일 06시까지의 시설운영금지는 불합리하다고 주장한다. 시장이 붙인 부관의 법적 성질을 밝히고, 甲이 해당 부관만의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있는지 검토하십시오. (20점)

[참조 조문]

※ 유의 사항

아래 법령은 가상의 것으로, 이와 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선함.

「국민체육진흥법」

제33조(공유재산의 사용허가 등) ① 지방자치단체는 지방체육회와 지방장애인체육회의 사업을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 그 용도에 지장을 주지 아니하는 범위에서 지방체육회와 지방장애인체육회에 공유재산 중 행정재산을 사용·수익하도록 허가할 수 있다.

② 제1항에 따른 공유재산의 사용·수익의 내용·조건 및 절차에 필요한 사항은 조례로 정한다.

「A시 체육진흥 조례」

제18조(공유재산의 사용허가 등) ① 시장은 A시체육회와 A시장장애인체육회의 사업을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 그 용도에 지장을 주지 아니하는 범위에서 A시체육회와 A시장장애인체육회에 공유재산 중 행정재산을 사용·수익하도록 허가할 수 있다.

[해설]

I. 설문1에 대하여

1. 문제점

2. 행정재산의 목적외 사용허가의 법적 성질
 - (1) 행정행위인지
학설/판례/검토

(2) 재량행위인지

근거법문연상 재량행위에 해당함

4. 사안의 해결

시장이 甲에게 한 위 사용허가는 강학상 특허의 성질을 가지는 행정행위로서 재량행위에 해당한다.

II. 설문2에 대하여

1. 문제점

2. 시설의 운영시간을 제한하는 부관의 법적 성질

(1) 부담과 법률효과 일부배제의 의의

(2) 사안의 경우

시설의 운영시간을 제한하는 부관은 일정한 의무를 부과하는 부담으로 볼 수도 있고, 법령이 행정행위에 부여한 효과의 일부를 배제하는 법률효과의 일부배제로 볼 여지도 있다. 하지만, 법률효과의 일부배제는 법령에 특별한 근거가 있는 때에 한하여 인정된다는 것이 일반적인데, 사안의 경우 법령에 특별한 근거가 있다는 사정이 보이지 않는바 법률효과의 일부배제로 보기는 어렵다. 따라서 매일 21시부터 익일 06시까지는 시설을 운영할 수 없는 부작위의무를 부과하는 것으로 부담인 부관으로 보아야 할 것이다.

3. 부관의 독립쟁송가능성

학설/판례/검토

4. 사안의 해결

시장이 붙인 부관은 부담에 해당하므로, 판례에 의할 때 甲은 부관만의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있다.

[제2문]

A광역시 B구 구청장(이하 '구청장'이라 한다)은 관내 개발제한구역 도로변에 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」(이하 '액화석유가스법'이라 한다)에 따른 액화석유가스 충전소 1개를 추가로 설치할 수 있도록 액화석유가스충전사업자 모집공고를 하였고, 甲과 乙은 그에 따라 충전사업허가를 신청하였다. 구청장은 甲이 「A광역시 B구 액화석유가스 사업의 허가기준에 관한 조례」(이하 '이 사건 조례'라 한다) 제3조 및 [별표]의 액화석유가스충전사업 허가기준 제1호 및 제2호의 기준을 충족하지 못했다는 이유로 甲에 대하여 충전사업허가 거부처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하면서, 乙을 사업자로 선정하였다. 구청장은 이 사건 처분을 하기 전에 甲에게 처분의 내용 등에 대하여 의견을 제출할 기회를 주지 않았다.

1. 甲이 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하자, 구청장은 '이 사건 처분이 취소되더라도 乙에 대한 선정처분이 취소되거나 효력이 소멸하는 것은 아니므로 甲의 소는 부적법하다'라고 주장한다. 구청장의 주장이 타당한지 검토하시오. (20점)

2. 甲은 '(1) 이 사건 조례에서 정하는 허가기준이 액화석유가스법 및 같은 법 시행규칙에서 정한 허가기준을 2배로 강화하고 있는 등의 사유로 이 사건 조례는 위법하고, (2) 만약 조례가 위법하다면 그에 근거한 이 사건 처분은 무효이다'라고 주장한다. 甲의 각 주장이 타당한지 검토하시오. (30점)

3. 甲은 '구청장이 (1) 이 사건 처분을 함에 있어 의견제출에 관한 사전통지를 하지 않은 것은 위법하고, (2) 설령 허가기준을 충족하지 못했다고 해도 「행정절차법」 제17조 제5항에 따른 보완요구를 하지 않은 채 곧바로 이 사건 처분을 하여 보완할 기회를 부여하지 않은 것은 위법하다'라고 주장한다. 甲의 각 주장이 타당한지 검토하시오. (20점)

4. 한편, 甲은 구청장을 상대로 액화석유가스충전사업 허가심사 과정에서의 논의 내용을 포함한 정보의 공개를 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 '정보공개법'이라 한다)에 따라 청구하였다. 하지만 구청장은 위 정보가 정보공개법 제9조 제1항 제6호 본문(이하 '심판대상조항'이라 한다)의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 정보에 해당한다고 판단하여 공개거부처분을 하였다. 이에 甲은 구청장의 공개거부처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고 1심 계속 중 심판대상조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구하였다. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 정보공개청구권을 침해하는지 검토하시오. (30점)

[참조 조문]

※ 유의 사항

아래 법령은 가상의 것으로, 이와 다른 내용의 현행 법령이 있다면 제시된 법령이 현행 법령에 우선함.

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」

제5조(사업의 허가 등) ① 액화석유가스 충전사업 등을 하려는 자는 그 사업소마다 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다.

⑤ 제1항에 따른 액화석유가스의 충전 등에 관한 시설기준과 기술기준은 산업통상부령으로 정

한다.

제6조(허가의 기준) ① 시장·군수·구청장은 제5조 제1항에 따른 허가의 신청이 있으면 그 신청 내용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 이를 허가하여야 한다.

- 1. 사업의 개시 또는 변경으로 국민의 생명 보호 및 재산상의 위해 방지와 재해발생 방지에 지장이 있다고 판단되는 경우
- 2. 사업을 적정하게 수행하는 데에 필요한 자원과 기술적 능력이 없는 경우
- 3. 연결 도로, 도시계획, 인구 밀집 등을 고려하여 설치를 금지한 지역에 해당 시설을 설치하는 경우

③ 제1항 각 호의 요건에 관한 세부적인 사항은 해당 지방자치단체의 특수한 상황을 고려하여 조례로 정한다.

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법 시행규칙」

제12조(액화석유가스의 충전 등의 시설기준과 기술기준) ① 법 제5조 제5항 등에 따른 액화석유가스 충전 등의 시설기준과 기술기준은 [별표]와 같다.

[별표] 액화석유가스 충전의 시설기준과 기술기준 (제12조 제1항 관련)

1. 용기 충전

가. 시설기준 중 배치기준

- 1) 사업소 부지는 그 한 면이 폭 8m 이상의 도로에 접할 것
- 2) 액화석유가스 충전시설 중 저장설비·충전설비·충전장소는 그 바깥 면으로부터 보호시설(학교, 유치원, 주택 등 시설)까지의 안전거리를 저장설비·충전설비·충전장소로부터 사업소 경계와의 거리 이상으로 유지할 것

「A광역시 B구 액화석유가스 사업의 허가기준에 관한 조례」

제1조(목적) 이 조례는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제6조 제3항에서 위임된 액화석유가스 사업의 허가에 관한 세부기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 조례에서 액화석유가스 사업이란 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제5조에 따른 허가를 받은 사업을 말한다.

제3조(허가기준) 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제6조 제3항에서 위임된 액화석유가스 사업의 세부 허가 기준은 [별표]와 같다.

[별표] 액화석유가스 사업의 세부 허가기준 (제3조 관련)

사업종류	허가기준
액화석유가스 충전사업	1. 사업소 부지는 그 한 면이 폭 16m 이상의 도로에 접할 것 2. 저장설비·충전설비·충전장소는 그 바깥 면으로부터 보호시설(학교, 유치원, 주택 등 시설)까지의 안전거리를 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법 시행규칙」 제12조 제1항 관련 [별표] 제1호 가목 2)에 따른 배치기준의 2배로 한다.

[해설]

I. 설문(1)에 대하여

1. 논점의 정리

2. 협의의 소의 이익

3. 경원관계와 소의 이익

(1) 경원관계

(2) 자신에 대한 거부처분 취소를 구할 수 있는지

인가·허가 등 수익적 행정처분을 신청한 여러 사람이 서로 경원관계에 있어서 한 사람에게 대한 허가 등 처분이 다른 사람에게 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없을 때 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 그 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있고, 그 취소판결이 확정되는 경우 그 판결의 직접적인 효과로 경원자에 대한 허가 등 처분이 취소되거나 그 효력이 소멸되는 것은 아니더라도 행정청은 취소판결의 기속력에 따라 그 판결에서 확인된 위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며, 그 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 취소판결의 원고에게 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 보아야 할 것이다(2013두27517).

4. 사안의 해결

A광역시 B구 관내 개발제한구역 도로변에 액화석유가스 충전소 1개를 추가로 설치할 수 있도록 액화석유가스충전사업자 모집공고를 하였으므로, 甲과 乙은 서로 경쟁관계에 있어 乙에 대한 허가 등의 처분은 甲에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없어 甲과 乙은 경원관계에 있다. 甲과 乙의 각 신청에 관하여 재심사 결과 경원자 乙에 대한 수익적 처분이 직권취소되고 甲에게 선정 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 선정처분을 받지 못한 甲은 자신에 대한 불선정처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다. 따라서 구청장의 주장은 타당하지 않다.

II. 설문2에 대하여

1. 논점의 정리

2. 이 사건 조례의 위법성

(1) 법률우위의 원칙

① 의의

② 조례의 위법 여부에 대한 일반적 판단기준

③ 학설

㉠ 판례

판례는 국가법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령의 목적·효과에 반하지 않는 별도의 목적으로 규율하는 경우, 동일한 목적이라 할지라도 법령이 반드시 전국에 걸쳐 일률적으로 규율하는 취지가 아니고 지방 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인한 취지라고 해석되는 때에는 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 판시하여 기본적으로 완화된 법률선점 이론을 따르고 있다. 다만, 침익적인 내용의 조례가 상위법령에서 정한 기준을 초과하는 경우에는 무효라고 선언하고 있다.

㉡ 검토

조례의 자주입법으로서의 성격과 주민의 권리제한이나 의무를 부과하는 조례의 경우 법률의 위임을 요구하고 있는 지방자치법 제28조 단서를 고려할 때 판례의 입장이 타당하다.

(2) 사안의 경우

이 사건 조례 제3조 [별표] 제1호에서 정하는 허가기준은 상위법령인 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 제5조 제5항의 위임에 의한 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 시행규칙 제12조 제1항 [별표] 제1호 가목 1)에서 정한 허가기준을 2배로 강화하고 있다는 점에서, 침익적 내용의 조례가 상위법령에서 정한 기준을 초과하는 경우에 해당된다. 따라서 이 사건 조례는 무효이다.

3. 이 사건 처분의 효력

(1) 무효인 조례에 근거한 처분의 효력

학설/판례/검토(취소사유설이 타당)

(2) 사안의 경우

이 사건 처분은 취소사유가 있을 뿐이므로 공정력에 의해 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지는 유효하다.

4. 사안의 해결

이 사건 조례가 위법하다는 甲의 주장은 타당하지만, 이 사건 처분이 무효라는 甲의 주장은 타당하지 않다.

Ⅲ. 설문3에 대하여

1. 논점의 정리

2. 사전통지를 결여한 거부처분의 하자

(1) 사전통지의 의의

(2) 거부처분의 사전통지 대상 여부

학설/판례/검토

(3) 사안의 경우

거부처분은 사전통지의 대상이 되지 않는다는 판례에 따른 경우, 甲의 주장은 타당하지 않다.

3. 보완요구를 결여한 거부처분의 하자

(1) 행정절차법 제17조 제5항

판례는 보완의 대상이 되는 흠은 보완이 가능한 경우이어야 함은 물론이고, 그 내용 또한 형식적·절차적인 요건이거나, 실질적인 요건에 관한 흠이 있는 경우라도 그것이 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등이 기한 경우 등이라 한다고 판시한 바 있다. 또한, 최근 판례는 행정청이 거부처분을 하기 전에 반드시 신청인에게 신청의 내용이나 처분의 실제적 발급요건에 관한 사항까지 보완할 기회를 부여하여야 하는 의무를 정한 것은 아니라고 한 바 있다.

(2) 사안의 경우

사안의 경우 허가기준을 충족하지 못한 사실은 형식적·절차적인 요건이 아니라 실질적인 요건에 대한 것이고, 신청인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등이 기인한 것으로 볼 수도 없다는 점에서 보완 또는 보정의 대상이 되는 흠결이 아니라 할 것이다. 따라서 甲의 주장은 타당하지 않다.

4. 사안의 해결

甲의 주장은 타당하지 않다.

IV. 설문4에 대하여

1. 논점의 정리

2. 정보공개청구권의 제한 여부

국민의 알 권리, 특히 국가정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로 그 권리의 내용에는 일반 국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함된다(97누5114 판결). 심판대상조항에 의해 甲의 정보공개청구가 거부될 수 있다는 점에서, 심판대상조항은 甲의 정보공개청구권을 제한한다.

3. 기본권의 충돌

(1) 의의

(2) 해결방법

(3) 사안의 경우

정보공개청구권은 알권리의 당연한 내용이며, 알권리는 헌법 제21조의 표현의 자유에 당연히 포함되는 기본권으로서 개인의 자유권적 기본권에 해당하고, 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 또한 개인의 자유권적 기본권에 해당하므로 국민의 알권리(정보공개청구권)와 개인정보 주체의 사생활의 비밀과 자유 중 어느 하나를 상위 기본권이라고 하거나 어느 쪽이 우월하다고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.

4. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

정보공개법은 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 제정된 것으로서(정보공개법 제1조), 공공기관이 보유·관리하는 정보는 원칙적으로 모든 국민에게 공개되어야 한다(정보공개법 제5조 제1항). 그러나 공공기관이 보유하고 있는 정보 중에는 개인정보가 포함되어 있는 경우가 많기 때문에 개인정보가 정보주체의 의사와 무관하게 누구에게나 노출되어 개인의 사생활의 비밀 또는 자유가 침해될 가능성이 있다. 따라서 이 같은 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 존중하고 개인의 자신에 대한 정보통제권을 보장하는 등 정보공개로 인하여 발생할 수 있는 제3자의 법익침해를 방지하기 위하여, 이 사건 법률조항은 공공기관이 보유·관리하는 개인정보를 공개하면 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 이를 비공개대상으로 할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 따라서 심판대상조항은 그 입법목적이 정당하고, 그 입법목적 달성을 위한 효과적이고 적절한 수단이라고 할 수 있다.

(2) 피해의 최소성

심판대상조항은 개인에 관한 사항 모두를 비공개대상정보로 규정하고 있는 것이 아니라 개인에 관한 사항 중에서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보만을 비공개대상정보로 규율하여 그 요건을 강화하고 있으며, 정보공개법은 공개청구한 정보가 비공개대상정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 비공개대상정보에 해당하는 부분을 제외하고 공개하도록 규정하고 있으며(정보공개법 제14조), 공공기관은 비공개대상정보에 해당하는 개인정보가 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 그 정보를 공개대상으로 하여야 한다고 규정하여(정보공개법 제9조 제2항), 국민의 알권리(정보공개청구권)를 필요·최소한으로 제한하고 있다.

(3) 법익의 균형성

심판대상조항은 국민의 알권리(정보공개청구권)를 일부 제약하는 면이 있으나, 비공개대상으로 정할 수 있는 개인정보의 범위를 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보로 제한하는 등 국민의 알권리(정보공개청구권)와 개인정보 주체의 사생활의 비밀과 자유 사이에 균형을 도모하고 있고, 상충·제한되는 두 기본권 사이에 적절한 비례관계도 유지되고 있다.

5. 사안의 해결

심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 甲의 정보공개청구권을 침해하지 아니한다.

[총평]

변시 기출문제 및 변시모의고사 문제를 통해 다루었던 내용을 중심으로 출제가 되었지만, 수험생들이 시험장에서 답안을 작성하는데 어려움이 있는 문제들이 다수 있었습니다. 통치구조론과 관련된 [제1문의1]의 개선행위 문제, [제1문의2] 골프부가금 문제, [제2문]의 조례의 위법성 판단 문제, 「행정절차법」 제17조 제5항의 보완행위 문제, 경원관관계에서의 소의 이익문제, 정보공개청구권 문제 등을 들 수 있습니다.

(1) [제1문의1]의 개선행위 문제는 미리 준비하지 않은 수험생들은 상당한 어려움을 겪었을 것으로 보입니다. 다행히 제 강의를 따라온 수험생들에게는 기회의 시간이 되었을 것으로 보입니다. 헌법 4순환 전범위 모의고사 추가문제(제1회)에서 다루었던 내용이 그대로 출제가 되었기 때문입니다.

(2) [제1문의2] 골프부가금 문제는 출제가능성이 높아 보여 제1순환 4회 모의고사를 통해 유사 문제를 다루었고, 특별부담금의 정당화 요건을 암기해 두라고 수험생들에게 강조하였던 기억이 있습니다.

(3) 조례의 위법성 판단문제는 4순환 전범위 모의고사(제5회)를 통하여 다루었던 주제이고, 「행정절차법」 제17조 제5항의 보완행위 문제는 조금 지협적인 문제로 보이는바 크게 신경쓸 필요 없다고 보입니다.

(4) 경원관관계에서의 소의 이익문제는 원고적격으로 접근하는 실수를 범할 가능성이 있어 보입니다. 경원관계 문제는 제4순환 전범위 모의고사 추가문제(제4회)를 통해 다루었고, 강의를 통해 허가를 받지 못한 자가 자신에 대한 허가거부를 다투는 경우 원고적격은 문제될 것이 없고, 소의 이익이 핵심 논점이 된다는 것을 강조했던 기억이 있습니다.

(5) 정보공개청구권 문제는 알 권리와 관계되어 있다는 점, 기본권 충돌 두가지를 체크하고 과잉금지원칙의 사안포섭이 포인트인데, 특히 기본권 충돌 논점을 파악 못한 수험생들이 많을 것으로 생각됩니다. 시험은 어차피 상대평가이므로 내가 힘들면 타인도 힘든 것입니다. 편하게 생각하기 바랍니다.

(6) 기타 나머지 문제들은 답안작성에 크게 어려움이 없었을 것으로 보입니다.

수험생 여러분 정말 수고 많았습니다. 합격의 열매로 마무리 되길 기원합니다.

-일비스 한림법학원 공법 강사 서창교-