

공법 민사법 형사법

【편집자 주】

이번 정선특선은 지난 2012년 7월호에 이어 얼마남지 않은 2013년 제2회 변호사 시험 사례형(논술형) 대비로 본사에서 출간한 멘토 시리즈 교재의 내용 중 샘플로 공법, 민사법, 형사법 각각 2문항을 게재한다. 제1회 변호사시험의 합격자들로부터 실제 시험의 문제패턴, 난이도 등에 대한 의견을 반영하고, 10년간에 월간 고시계 잡지에 게재된 200여 문제 중 주요문제와 부족한 문제는 출제위원급 교수님들의 문제를 제공받아, 본 문제집을 구성하였기 때문에 향후 출제될 문제들에 대한 예상 문제집의 역할도 할 수 있도록 하였다. 제2회 변호사시험을 준비하는 원생들에게 必讀을 권한다.

공 법

1. 광고사전심의 위헌여부, 위법한 부담에 관한 취소소송 등 통합형

건설회사로 주택건설사업을 시행하려는 甲은 주택법 제16조에 정하여진 사업 계획 승인을 받기 위하여 승인권자인 서울특별시장에게 관련 서류를 모두 구비하여 주택건설사업에 대한 사업계획승인 신청을 하였다. 그런데 서울특별시장은 “① 사업대상의 토지에 접하고 있는 甲 소유의 토지인 공원용지 약 13,686평, ② 사업대상의 토지에서 멀리 떨어진 甲 소유의 토지 약 50평을 사업계획에 따른 주택 건설공사의 준공 전까지 기부채납할 것”을 조건으로 하여 위 사업계획을 승인하였다. 甲은 이러한 조건에 불만을 갖고 있다. 한편 이 주택사업의 홍보를 위하여 甲은 2005. 3. 25. OO방송국에 방송광고를 청약 하였으나 위 방송국으로부터 방송법 제32조, 방송법시행령 제21조의2 등에 의한 사전심의를 받지 않았다는 이유로 방송청약을 거절당하였다. 구 방송법 제103조 제2항과 방송법시행령 제68조 제3항에 따라 방송위원회는 2000년

부터 방송위원회 고시를 통해 방송광고의 사전심의를 민간기구인 ‘광고자율심의기구’에 위탁해 오고 있으며, 2000. 7. ‘방송광고물 사전심의의 민간위탁고시’(방송위원회 고시 제2000-3호)에서 자율심의기구를 민간위탁기구로 선정하였고, 이 기구는 같은 해 8. 1.부터 업무를 개시하여 현재까지 방송광고 사전심의 업무를 맡고 있다. 한편, 방송법 제32조는 2008. 2. 29. 법률 제 8867호로 개정되어 방송광고 사전심의의 위탁 주체를 ‘방송통신심의위원회’로 변경하였으며, 수탁자는 전과 동일하게 ‘광고자율심의기구’이다. ‘방송통신심의위원회’는 9인의 위원으로 구성되는데, 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 3인의 위원을 상임으로 한다. 심의위원회 위원은 대통령이 위촉하며, 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉한다(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제18조 제2항, 제3항). 이 방송통신심의위원회는 방송법상 방송광고의 사전심의 주체이며(방송법 제32조 제2항), 방송심의에 관한 규정을 제정할 권한을 가지고 있고(방송법 제33조), 방송법 제32조 제2항에 따른 방송광고물의 사전심의에 관한 업무를 민간기구 등에 위탁하는 권한을 가지고 있다(방송법 제103조 제2항).

- (1) 서울특별시시장의 사업계획승인과 관련하여, 사업계획승인의 법적 성질과, 지속행위와 재량행위에 대한 사법심사의 차이를 설명하라(5점).
- (2) 甲은 서울시장에 불인 기부채납 조건에 대해서 취소소송을 제기하였다. 이러한 소송은 적법한가? 만약 적법하다면 법원은 기부채납을 취소할 수 있는가?(35점)
- (3) 甲은 기부채납에 대해 취소소송을 제기하면서 집행정지신청을 하였다. 이는 인용될 수 있는가?(10점)

참조조문

주택법

제16조 (사업계획의 승인) ① 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하려는 자는 사업계획승인신청서에 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등 대통령령으로 정하는 서류를 첨부하여 다음 각 호의 사업계획승인권자에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다.

- 1. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 이상인 경우: 시·도지사 또는 「지방자치법」 제3조제3항에 따라 자치구가 아닌 구를 둔 시의 시장
- 2. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 미만인 경우: 특별시장·광역시장·특별자치도지사 또는 시장·군수

- ③ 제1항에 따라 승인받은 사업계획을 변경하려면 변경승인을 받아야 한다. 다만, 국토해양 부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 제1항의 사업계획은 쾌적하고 문화적인 주거생활을 하는 데에 적합하도록 수립되어야 하며, 그 사업계획에는 부대시설 및 복리시설의 설치에 관한 계획 등이 포함되어야 한다.
- ⑤ 사업계획승인권자는 제1항에 따라 사업계획을 승인할 때 사업주체가 제출하는 사업계획에 해당 주택건설사업 또는 대지조성사업과 직접적으로 관련이 없는 공공청사 등의 용지의 기부채납(기부채납)이나 간선시설 등의 설치에 관한 계획을 포함하도록 요구하여서는 아니 된다.

(4) 甲은 방송법 제32조 제2항, 제3항, 방송법시행령 제21조의2가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 2005. 5. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 다음날인 2005. 5. 24. ‘방송심의에 관한 규정’ 제59조와 ‘방송광고심의에 관한 규정’ 전체를 심판대상에 추가하는 헌법소원심판청구 취지 정정신청서를 헌법재판소에 제출하였다. 甲의 당해 헌법소원심판 청구가 적법요건을 충족하였는가? (10점)

(5) 甲의 헌법소원과 관련하여, 상업적 방송광고가 표현의 자유의 보호범위에 속한다고 볼 수 있는가? (10점)

(6) 甲의 헌법소원은 인용될 수 있는가? (30점)

I. 설문 (1)의 해결

1. 문제의 소재

주택법의 해석 등에 비춰볼 때 주택사업계획승인이 재량행위에 해당하는지, 만약 그러하다면 기속행위와 구별되는 재량행위에서의 사법심사의 방법은 무엇인지 문제 된다.

2. 사업계획승인의 법적 성질

기속행위와 재량행위의 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다(대판 2001.2.9. 98두17593). 사업계획승인의 경우 근거법규의 문언으로서는 기속행위인지 재

량행위인지를 분명히 판단하기 어려우므로, 행위의 성질이나 법의 취지 등을 살펴서 판단해야 할 필요가 있다. 생각건대, 사업계획승인은 甲에게 이윤 창출의 기회를 제공하므로 수익적 행정행위에 해당하는 점, 승인받은 사업계획을 변경하려면 변경승인까지 받아야 하는 점(주택법 제16조 제3항), 쾌적하고 문화적인 주거생활에 대한 적합성(주택법 제16조 제4항)의 판단은 일의적이지 않은 점 등을 고려할 때 사업계획승인은 재량행위라고 봄이 타당하다.

3. 기속행위와 재량행위에 대한 사법심사의 차이

기속행위의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실 인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 재량행위의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(대판 2001.2.9. 98두17593). 나아가 재량행위의 경우 행정소송법 제27조에 의하여 ‘재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에 취소할 수 있다.’

4. 사안의 해결

사업계획승인은 행위의 성질이나 근거법의 취지·목적에 비추어 재량행위에 해당한다. 기속행위는 일의적·확정적인 명문규정에 따라 판단하나, 재량행위는 명문규정의 불확정성과 행위의 공익성 등으로 인하여 재량권의 일탈·남용의 여부를 판단하여 사법심사를 하고, 사법심사의 강도도 기속행위에 대한 그것에 비해 덜 엄격하다.

II. 설문 (2)의 해결

1. 문제의 소재

기부채납의 법적 성질이 무엇인지를 전제로 하여, 부관에 대해 본행정행위와는 독립적으로 취소소송을 제기할 수 있는지, 만약 일정한 범위 내에서 공

정할 경우 부관에 대해 독립취소가능성을 인정할 수 있을지 문제된다. 특히 사안의 기부채납의 위법성 판단의 경우 부당결부금지원칙 위반은 아닌지 역시 관련하여 문제된다.

2. 기부채납의 법적성질

행정행위의 부관이라 함은 행정행위의 효과를 제한 또는 보충하기 위하여 행정기관에 의해 주된 행정행위에 부가된 종된 규율을 의미한다. 부관 중에서 부담이라 함은 행정행위의 주된 내용에 부가하여 그 행정행위의 상대방에게 작위·부작위·금지·수인 등의 의무를 과하는 부관이다. 서울특별시장의 객관화된 의사 등을 고려하여 볼 때 사업계획승인의 효과의 발생을 기부채납에 의존시키는 것으로 볼 수 없고 오히려 기부채납은 사업계획승인과는 별개의 독립한 이행의무라고 할 수 있다. 그러므로 사안의 기부채납은 부담에 해당한다.

3. 기부채납에 대한 취소소송의 적법성

(1) 학설의 대립

① 부담에 대해서만 독립쟁송의 대상성을 인정하고 나머지 부관의 경우에는 부정하는 견해 ② 모든 부관에 대해 부진정일부취소쟁송(쟁송의 대상은 부관 부 행정행위 전체이고, 소송물은 부관만의 위법성인 형태의 쟁송)이 가능하다는 견해 ③ 주된 행정행위와 분리하여 독자적으로 다룰 수 있는 분리가능성이 있는 경우에는 가능하다는 견해 ④ 부담은 진정일부취소쟁송으로 다룰 수 있고, 나머지 부관은 부진정일부취소쟁송으로 다룰 수 있다는 견해 등이 대립한다.

(2) 판례의 태도

행정행위의 부관은 종된 의사표시이지 그 자체로서 직접 법적 효과를 발생시키는 독립된 처분이 아니므로 현행 행정쟁송제도 아래서는 부관 그 자체만을 독립된 쟁송의 대상으로 할 수 없는 것이 원칙이나 부관 중에서도 부담의 경우에는 다른 부관과는 달리 행정행위의 불가분적인 요소가 아니고 그 존속이 본체인 행정행위의 존재를 전제로 하는 것일 뿐이므로 부담 그 자체로서 행정쟁송의 대상이 될 수 있다고 한다(대판 1992.1.21. 91누1264).

(3) 검토

②설은 주된 행정행위와 부관간의 객관적 고찰이 소홀하고 ③설은 본안 문

제를 대상적격에서 판단하는 문제가 있으며 ④설은 부관의 종속성을 간과하는 측면이 있으므로 판례의 태도가 타당하다.

(4) 사안의 경우

판례에 의할 때 부담에 대해서는 그 자체로 행정쟁송의 대상이 된다. 사안의 기부채납은 부담에 해당하므로 그것에 대해서만 취소를 구하였다고 하더라도 甲의 소송은 적법하다. 대상적격 외에 다른 소송요건을 미비하였다는 사정도 보이지 않는다.

4. 기부채납의 위법성

(1) 기부채납의 가능성

주택법 제16조 제5항은 기부채납을 부과할 수 있다는 것을 전제로 하고 있어, 동 조문이 기부채납 부과 가능성에 대한 근거조문이 된다고도 볼 수 있다. 설사, 거기에서 근거를 찾을 수 없다고 하더라도 기부채납의 부과 자체가 법률 유보 원칙 위반으로 위법하다고 할 수 없다. 법률상 명문의 규정이 없더라도 특허 등의 수익적 행정행위에는 부관을 붙일 수 있기 때문이다(대판 1997.3.11, 96다49650).

(2) 부당결부금지의 원칙

부당결부금지의 원칙이라 함은 행정기관이 행정작용을 함에 있어서 그것과 실질적 관련성이 없는 상대방의 반대급부와 결부시켜서는 안된다는 원칙이다. 여기에서 실질적 관련성의 판단에는 원인적 관련성(상당한 인과관계가 있을 것)과 목적적 관련성(관련 법규의 목적과 당해 행정업무의 목적에 기여할 것)이 요구된다. 주택법 제 16조 제 5항은 '사업계획을 승인할 때 사업주체가 제출하는 사업계획에 해당 주택건설사업 또는 대지조성사업과 직접적으로 관련이 없는 공공청사 등의 용지의 기부채납을 포함하도록 요구하여서는 아니 된다'고 하여 상술한 원칙을 입법화하고 있다. 서울특별시장의 ① 사업대상의 토지에 접하고 있는 甲 소유의 토지인 공원용지 약 13,686평에 대한 기부채납 요구는 실질적 관련성이 인정된다. 사업대상 토지에 대한 공원용지는 주택법 제 16조 제4항이 요구하는 부대시설 및 복리시설의 설치에 관한 계획이라는 목적에 기여하기 때문이다. 그러나 ② 사업대상의 토지에서 멀리 떨어진 甲 소유의 토지 약 50평에 대한 기부채납 요구는 처음 토지와는 달리 위치상·용도상 어떠한 원인적·목적적 관련성도 없으므로 부당결부금지의 원칙에 위반되어 위법하다.

5. 기부채납에 대한 독립취소가능성

(1) 학설 및 판례의 태도

① 기속행위의 경우 부관만을 취소할 수 있지만 재량행위에 대해서는 행정청의 권한 존중의 취지상 소극적으로 보는 견해 ② 부진정일부취소쟁송의 방법을 전제로 하여 부관이 주된 행정행위의 중요한 요소가 아닌 경우에는 일부취소의 형식이 되고, 중요한 요소인 경우에는 전부취소의 형식이 되어야 한다는 견해 ③ 부담의 경우에만 '가분성·나머지 부분의 독자성·당해 부담이 없어도 행정청이 본행정행위를 발령하였을 것'이라는 일부취소의 요건이 갖추어지면 독립취소가 가능하다는 견해 ④ 모든 부관에 대해 독립취소가능성을 긍정하되 잔존하게 되는 행정행위에 대해서는 행정청이 직권취소 등으로 해결해야 한다는 견해 등이 있다. 판례는 부담에 대해서는 긍정하고 기타 부관에 대해서는 부정하는 입장이다.

(2) 검토

부관의 독립쟁송가능성에 대해서 부담과 기타 부관을 구분하는 전제하에 ③설이 타당하다고 보인다. 권력 분립의 관점에서 행정청의 가정적 의사를 고려하여야 하고, 재량행위의 경우 부관의 독립취소를 부정하면 실질적으로 독립취소되는 경우가 없다고 볼 수 있기 때문이다.

(3) 사안의 경우

사안의 기부채납 중에서 ① 사업대상의 토지에 접하고 있는 甲 소유의 토지인 공원용지 약 13,686평에 대한 기부채납 요구는 주택법 제16조 제4항이 요구하는 부대시설 및 복리시설의 설치에 관한 계획이라는 목적에 관련된다. 그러므로 동 기부채납은 사업계획승인과 불가분적인 관계에 있어 이에 대한 독립취소는 인정될 수 없다. 다만 ② 사업대상의 토지에서 멀리 떨어진 甲 소유의 토지 약 50평에 대한 기부채납 요구는 당해 토지의 위치가 사업 토지 내에 있지 않아 사업계획승인과 가분적이고, 따라서 이에 대한 기부채납이 없어도 사업계획승인은 독자성이 인정된다. 문제는 서울특별시장이 두 번째 기부채납 없이도 사업계획승인을 했을지 라는 가정적 의사인데, 그 평수가 50평에 불과하므로 가정적 의사가 인정된다고 봄이 합리적이다.

6. 사안의 해결

기부채납은 부담에 해당하여 이에 대한 취소소송의 제기는 적법하다. 기부

채납의 요구 중에서 두 번째 기부채납 부분은 부당결부금지 원칙에 위반하여 위법한데, 그에 대한 독립취소가능성이 인정된다.

III. 설문 (3)의 해결

1. 문제의 소재

행정소송법 제23조에 규정된 집행정지의 요건에 비추어 甲의 집행정지신청이 이유가 있는 것인지 문제된다.

2. 집행정지 신청의 요건

(1) 의 의

① 대상인 처분 등의 존재 ② 적법한 본안소송의 계속 ③ 집행정지신청의 이익이 있을 것 ④ 회복하기 어려운 손해발생의 우려 ⑤ 긴급한 필요 ⑥ 공공복리에 중대한 영향이 없을 것 ⑦ 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것의 요건들이 요구된다. ⑤요건은 ④요건과 연계하여 합일적으로 판단하여야 한다. 사안에서 ① 기부채납은 처분성이 인정되고 ② 甲은 취소소송을 제기하였으며 ③⑥요건도 구비된 것으로 보인다. ⑦ 요건에 대해서는 이를 집행정지신청의 요건으로 필요로 하는지에 대해 견해가 대립하나 판례가 취하는 필요설(대판 1999.11.26, 99부3)에 의하더라도 사안에서는 구비된 것으로 보므로 이에 대한 별도의 검토가 필요하지는 않다. 문제는 '회복하기 어려운 손해발생의 우려'라는 요건인데 이에 대해서는 甲 측에 주장·소명 책임이 있다(대판 1999.12.20, 99부42).

(2) 회복하기 어려운 손해에 대한 판단

'회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다 할 것인바, 당사자가 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 재산상의 손해를 입거나 기업 이미지 및 신용이 훼손당하였다고 주장하는 경우에 그 손해가 금전으로 보상될 수 없어 '회복하기 어려운 손해'에 해당한다고 하기 위해서는 그 경제적 손

실이나 기업 이미지 및 신용의 훼손으로 인하여 사업자의 자금사정이나 경영 전반에 미치는 파급효과가 매우 중대하여 사업자체를 계속할 수 없거나 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것으로 보이는 등의 사정이 존재하여야 한다(대판 2003.10.9. 2003무23). 금전배상의 가능성으로 판단하는 판례의 입장에 의문을 표시하며 여러 사정을 고려하여 사회통념에 따라 결정해야 한다고 보는 비판도 있으나, 일응 명확한 기준을 설정하여 주는 점에서 판례의 태도가 타당하다. 사안에서 甲이 기부채납 대상의 토지를 소유권 이전하게 됨에 따라 생기는 손해는 사후 금전 보상이 가능하고, 그에 의해 甲이 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우에 해당하지 않는다. 또한 그 재산적 손해로 인해 甲이 사업자체를 계속할 수 없거나 중대한 경영상의 위기를 맞게 될 것이라는 사정 등도 보이지 않는다.

3. 사안의 해결

甲의 집행정지신청은 ‘회복하기 어려운 손해발생의 우려’라는 요건이 구비되지 않아 이유 없다.

IV. 설문 (4)의 해결

1. 문제의 소재

甲의 헌법소원심판청구의 적법여부를 판단하기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항이 규정하고 있는 권리구제형 헌법소원의 청구요건 구비여부를 검토하여야 한다. 권리구제형 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 ① 청구인이 기본권 주체로서 청구인능력을 가질 것, ② 공권력의 행사 또는 불행사가 있을 것, ③ 이로 인한 헌법상 보장된 기본권 침해의 주장, ④ 기본권 침해의 법적 관련성, 즉, 자기관련성, 직접관련성, 현재관련성, ⑤ 보충성의 원칙 준수, ⑥ 권리보호의 이익이 인정되어야 하며, 그밖에 청구기간을 준수하고 변호사 강제주의에 따른 요건을 구비하여야 한다. 사안에서는 다른 요건이 갖추어진 것으로 보이나 특히 침해의 직접성과 자기관련성 인정 여부가 문제된다.

2. 적법요건에 대한 판단

(1) 침해의 직접성에 대한 판단

구 방송법 제32조 제2항은 ‘위원회는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 방송되기 전에 그 내용을 심의하여 방송여부를 심의·의결할 수 있다’고 규정하고 있어 마치 이 사건 규정들에 의한 기본권 침해는 방송위원회의 심의·의결이라는 집행행위를 매개로 하여서만 발생하는 것처럼 보인다. 그러나 제3항은, ‘방송사업자는 제2항의 규정에 의한 방송광고에 대해서 위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 아니된다’고 규정함으로써 방송광고를 하고자 하는 자는 누구든지 사전에 심의를 거치도록 의무화하고 있으며, ‘방송심의에 관한 규정’ 제59조가 이를 확인하고 있고, 방송법시행령 제21조의2는 사전심의를 받아야 하는 방송광고의 종류를 나열함으로써 사전심의 대상을 구체화하고 있다. 이와 같이 이 사건 규정들은 서로 불가분적으로 결합하여 그 자체에서 텔레비전 방송광고의 사전심의라는 의무를 부과하고 있으므로 이 사건 규정들은 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 확정적으로 정하고 있다고 할 것이고, 따라서 이 사건 규정들의 권리침해의 직접성은 인정된다.

(2) 자기관련성 여부

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이 적법하려면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다. 여기서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미한다(헌재결 1993.3.11. 91헌마233). 다만 공권력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게도 자기관련성이 있다. 이 사건 규정들은 방송광고의 사전심의 주체로 방송위원회만을, 이러한 절차를 거친 방송광고물에 대한 방송의 주체로 방송사업자만을 정하여 이 사건 청구인과 같은 광고주를 그 법규 수범자 범위에서 제외하고 있다. 이러한 규정 형식 때문에 이 사건 규정들과 청구인의 자기관련성에 의문이 제기될 수 있으나, 청구인과 같이 방송을 통해 광고를 하고자 하는 자는 이 사건 규정들 때문에 반드시 사전에 심의를 거쳐야 하고, 그렇지 않을 경우 자신이 원하는 방송광고를 할 수 없게 되므로 청구인과 같은 광고주의 경우도 이 사건 규정들에 의해 자신의 기본권을 제한 받고 있다. 그러므로 청구인은 공권력으로부터 기본권을 침해하는 침해받은 자에 해당되어 자기관련성이 있다.

3. 사안의 해결

甲의 헌법소원청구는 침해의 직접성, 자기관련성 등을 충족하였으므로 적법하다고 볼 수 있다.

V. 설문 (5)의 해결

1. 문제의 소재

상업적 방송광고가 표현의 자유의 보호범위에 속하는가에 대한 이론 및 헌법재판소의 결정에 대한 견해의 대립을 살펴볼 필요가 있다.

2. 견해의 대립

(1) 제1설(헌법재판소의 다수 견해)

종래 헌법재판소에서는 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 대한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니라고 보았다. 또한 헌법재판소는 “상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 피해의 최소성 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다’(헌재결 2005. 10.27. 2003헌가3)고 판시함으로써, 상업광고에 대하여는 일반 표현행위에 비하여 그 보호정도를 달리할 필요성이 있다고 판시하였다. 그럼에도 불구하고, 이 사건에서 헌법재판소는 상업광고도 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하므로, 결국 상업광고에 대한 사전검열을 규정한 이 사건 규정들은 위헌이라는 견해를 취하였다.

(2) 제2설(헌법재판소의 소수 견해)

이 사건 헌법재판소 결정에서 소수의견으로 제시된 견해에 의하면, 다수의 견은 상업광고에 대한 사전심의회는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 해당하는지 여부를 살펴 볼 필요도 없이 그 자체로 위헌이 되게 되는 불합리한 결과가 발생한다고 한다. 소수의견에 의하면 우리 헌법재판소는 상업광고에 대하여

는 그 특성 때문에 표현의 자유에 대한 제한을 심사할 때 비례의 원칙조차도 완화하여 심사한다고 판단함으로써 일반적 언론과 상업광고에 대한 보호의 정도를 달리하였다. 소수의견 따르면 다수의견에 의할 경우에는 사전규제와 사후규제로 인한 차이는 있지만, 결과적으로 상업광고의 제한에 관한 헌법재판소의 태도는 서로 양립할 수 없는 관계에 놓이게 되는 불합리한 결과가 발생한다는 것이다. 따라서 이 견해에 의하면 절대적 사전검열금지의 대상이 되는 표현행위 및 매체의 범위는 우리 헌법 제21조의 목적에 맞게 제한되어야 하고, 상업광고는 그 특성상 위 헌법상 목적에 부합하는 것이 아니므로, 이에 대하여는 절대적 사전검열금지 원칙을 적용하여서는 아니된다고 주장한다.

3. 검토 및 사안의 해결

이 결정에서 다수의견과 소수의견은 공히 우리 헌법재판소의 종래의 결정에 의하면 적어도 ‘사전검열행위’ 자체에 대하여는 절대적 사전검열금지 원칙을 우리 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내에서 제한적으로만 적용하고 있다. 따라서 두 견해 모두 ‘사전검열행위’ 자체 뿐 아니라, 절대적 사전검열금지 원칙이 적용될 대상에 대하여도 우리 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 목적에 맞게 그 범위를 한정하여야 한다고 보는 점에서는 동일하다. 즉 상업적 광고가 언론·출판의 보호대상이 되는 것과 모든 언론·출판행위에 대해 그 보호범위가 동일하지 않아야 한다는 점에 대해서는 다수의견과 소수의견이 동일하게 이를 인정하는 것이다. 다만 다수의견은 상업광고에 대한 상업광고에 대한 사전심사가 행해지는 경우 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 해당하는지 여부를 살펴 볼 필요도 없이 그 자체로 위헌이 된다고 주장하는 반면, 소수의견에서는 우리 헌법재판소는 상업광고에 대하여는 그 특성 때문에 표현의 자유에 대한 제한을 심사할 때 비례의 원칙조차도 완화하여 심사한다고 판단함으로써, 일반적 언론과 상업광고에 대한 보호의 정도를 달리하여야 하므로 이 사건에서는 상업광고에 대한 사전심사가 행정기관에 의하여 사전에 그 내용을 심의하는 것으로서 이 단계에서의 위헌성 뿐 만이 아니라 나아가 비례성원칙에 의해 과잉금지원칙을 위반하는 것인지의 여부에 대해서도 심사하여야 한다고 보고 있다.

결국 이 사건 결정에 있어 다수의견과 소수의견의 대립은 행정기관에 의해 상업광고에 대한 사전심사가 행해지는 경우 그 자체로 바로 위헌성을 인정할 것인가(다수의견), 아니면 이러한 사전심사가 행해졌다하더라도 상업광고에

대하여는 그 특성으로 인하여 검열에 관한 일반이론 이외에도 부수적으로 비례의 원칙을 적용하여야 하는 것인가(소수의견)에 있다. 소수의견에 따르면 상업광고에 대해서는 절대적 사전검열금지원칙을 적용하여서는 아니되며, 절대적 사전검열금지의 대상이 되는 표현행위 및 매체의 범위는 헌법 제21조의 목적에 적합하도록 제한되어야 한다고 주장한다. 그러나 소수의견의 전제를 수용하더라도 이 사건에 있어서는 상업광고에 대한 사전심의제도가 상대적 사전검열금지 원칙을 적용할 수 있는 경우라고 볼 수 없으므로 헌법재판소의 다수 견해를 따르기로 한다.

VI. 설문 (6)의 해결

1. 문제의 소재

헌법재판소는 헌법이 금지하는 사전검열의 요건으로 다음과 같은 것을 제시하고 있다. 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지할 것, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것 등이다(헌재결 1996.10.4. 93헌가13등 참조). 여기에서는 방송광고에 대한 사전심의제도가 위의 사전검열의 요건에 해당되어 위헌인지의 여부가 문제된다.

2. 표현물의 제출의무 부과여부

(1) 문제의 소재

먼저 광고방송에 대한 심의가 검열에 해당하기 위해서는 광고방송에 대한 심의가 '사전'에 실시되었어야 한다. 즉 헌법재판소에 의하면 사전검열에 해당하여 무효이기 위해서는 첫째, 일반적으로 허가를 받기위한 표현물의 제출의무가 존재하여야 하므로 방송법 제32조 및 '방송광고심의에 관한 규정' 제44조 제1항에서 표현물의 제출의무를 부과하고 있는지에 대해 살펴보아야 한다.

(2) 표현물의 제출의무 부과여부에 관한 판단

구 방송법 제32조는 텔레비전 방송광고를 하고자 하는 자는 방송국에 이에 대한 청약을 하기 전에 먼저 방송위원회로부터 사전심의를 받도록 하고 있다. 또한 '방송광고심의에 관한 규정' 제44조 제1항은 방송광고물의 심의를 받고

자 하는 자는 심의신청서 2부에 방송광고물 및 관련 증빙자료를 첨부하여 위원회에 제출하도록 하고 있다. 이와 같은 것은 사전검열의 요건 중 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출 의무를 부과한 것이라 볼 수 있다.

3. 행정권이 주체가 되는지의 여부

(1) 문제의 소재

헌법재판소에서 제시하는 표현물에 대한 심의가 위헌으로 판정받기 위한 두 번째 기준은 당해 심사(또는 심의)기관이 행정기관인지의 여부이다. 이 사건 당시 구 방송위원회(현재의 방송통신심의위원회)는 구 방송법 제103조 제2항과 방송법시행령 제68조 제3항에 따라 2000년부터 방송위원회 고시를 통해 방송광고의 사전심의를 민간기구에 위탁해 오고 있으며, 2000. 7. '방송광고물 사전심의를 민간위탁고시'(방송위원회 고시 제2000-3호)에서 자율심의 기구를 민간위탁기구로 선정하였고, 이 기구는 같은해 8. 1.부터 업무를 개시하여 현재까지 방송광고 사전심의 업무를 맡고 있다. 이러한 상황에서 방송광고물에 대한 민간위탁기구인 자율심의기구에 의한 방송광고물에 대한 심의가 과연 '행정기관'에 의한 '사전심의'인지 여부를 판단하여야 할 것이다.

(2) 방송위원회의 법적 성격

이 사건 규정들은 방송광고의 사전심의 주체를 방송위원회로 규정하고 있다. 방송위원회는 전문성 및 사회 각 분야의 대표성을 가진 자 중에서 대통령이 임명하는 9인의 위원으로 구성된다(구 방송법 제21조 제1항). 대통령은 위원회 위원을 임명함에 있어 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체대표의원과의 협의하여 추천한 자를 임명하고, 3인은 방송관련 전문성과 시청자대표성을 고려하여 국회 문화관광위원회의 추천의뢰를 받아 국회의장이 추천한 자를 임명하게 된다(구 방송법 제21조 제2항). 또한 구 방송법 제27조에 의하면 방송위원회는 방송에 관한 전반적인 행정권을 행사하고 있다. 방송위원회의 구성방법이나 업무내용 그리고 업무처리 방식 등을 살펴볼 때, 방송위원회는 행정주체에 해당한다. 헌법재판소는 그동안 공연윤리위원회나 영상물등급위원회의 성격을 이들 기구의 구성방식이나 업무 내용 등에 비추어 판단하여 왔으므로 방송위원회 역시 행정기관이라고 본다. 그러므로 이러한 방송위원회가 텔레비전 방송광고에 대한 사전심의를 한다면 이는 행정기관이 주체가 된 사전검열에 해당한다.

(3) 방송통신심의위원회의 법적 성격

이 사건 계속 중 구 방송위원회는 2008.2.29. 법률 제8867호로 개정되어 현행 방송법 제32조에 의하여 방송통신심의위원회로 전환됨으로써 방송광고 사전심의의 주체가 변경되었다. ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제18조 제2항 및 제3항에 의하면 방송통신심의위원회는 9인의 위원으로 구성된다. 이 기관의 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 3인의 위원을 상임으로 하되, 심의위원회 위원은 대통령이 위촉하며, 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉한다. 방송통신심의위원회는 방송법상 방송광고의 사전심의의 주체이며(방송법 제32조 제2항), 방송심의를 관한 규정을 제정할 권한을 가지고 있고(방송법 제33조), 방송법 제32조 제2항에 따른 방송광고물의 사전심의를 관한 업무를 민간기구 등에 위탁하는 권한을 가지고 있다(방송법 제103조 제2항). 이와 같이 방송통신심의위원회는 그 구성방법이나 임명, 업무에 있어 방송위원회와 유사하며, 방송광고 사전심의와 관련해서도 방송위원회가 행하던 업무들을 거의 그대로 수행하고 있으므로 결국 방송광고 사전심의의 업무와 관련하여 방송통신심의위원회는 방송위원회와 그 성격이 다르다고 할 수 없다.

(4) 방송광고자율심의기구의 구성과 법적 성격

1) 문제의 소재

구 방송법 제103조 제2항은, ‘방송위원회는 제32조 제2항의 규정에 의한 방송광고물의 사전심의를 관련된 업무를 대통령령이 정하는 바에 의하여 민간기구·단체에 위탁한다’고 규정하여 방송광고물의 경우 민간기구가 사전심의의 할 수 있도록 하였고, 이에 따라 방송위원회는 방송광고의 사전심의 업무를 자율심의기구에 위탁하였는바, 현재 방송광고의 사전심의를 자율심의기구가 하고 있다. 자율심의기구는 민간이 주도가 되어 설립한 기구로 사단법인 형태로 조직되었으며, 2000년 8월 1일부터 방송위원회로부터 방송광고에 대한 심의 업무를 위탁받아 업무를 수행한 이래 현재까지 방송광고 사전심의를 담당하고 있다. 이와 같이 자율심의기구는 방송위원회로부터 광고에 대한 사전심의 기능을 위탁받은 우리나라 광고심의업무를 총괄하는 민간기구이다. 이와 같이 이 사건 텔레비전 방송광고의 사전심의를 실제 방송위원회가 행하지 않고 방송위원회로부터 위탁을 받은 자율심의기구가 행하고 있는데, 이러

한 형태의 방송광고 사전심의가 행정기관이 주체된 사전검열에 해당하는지의 여부가 문제된다. 사전검열기관성 여부를 살펴보기 위해서는 조직, 활동, 재정 등 여러 가지 측면에서 당해 기관이 행정기관에 예속되어 있는지의 여부를 살펴보아야 한다.

2) 조직 측면의 행정권 개입가능성 여부

조직 측면에서 살펴보면 자율심의기구의 광고심의위원회는 위원장 1인과 부위원장 2인을 포함하여 9인 이내의 위원으로 구성되고(한국광고자율심의기구 정관, 이하 '정관' 제28조 제1항), 1년을 임기로 이사회 의 동의를 얻어 회장이 위촉하는데(정관 제29조, 광고자율심의운영규정 제6조 제1항), 이들을 위촉하고 위촉에 동의권을 행사하는 회장과 이사회 임원은 일정한 요건을 갖춘 자 중 총회에서 선임되며(정관 제13조 제1항 제1호, 제2호), 총회에서 선임된 이들은 문화관광부장관의 승인을 받아 취임하도록 되어 있다(정관 제13조 제1항 제3호). 이와 같이 광고심의위원의 선임에 관여하는 회장과 이사의 선임에 문화관광부장관의 승인을 요하도록 하는 것은 광고심의위원회 위원 선임에 있어 민간에게 완전한 자율을 보장한 것이라 볼 수 없으며, 심의기구 구성에 행정권이 개입하고 있는 것이라 볼 수 있다.

3) 활동 측면에서의 행정권 개입가능성

자율심의기구의 활동측면에서 살펴보더라도 행정권의 개입가능성이 크다. 이 사건 자율심의기구는 행정주체인 방송위원회로부터 위탁을 받아 방송광고의 사전심의라는 공무를 수행하고 있으므로 행정법상 공무수탁사인에 해당한다. 공무수탁사인은 자신의 명의로 권한을 행사하고, 그 법적 효과의 귀속 주체가 될 뿐이며, 국가는 공무수탁사인에 대하여 위임사무 처리에 대하여 지휘·감독권을 가지고 있다. 이러한 법률관계가 있는 경우 행정주체는 사인이 아니라 바로 그에게 공권을 수여한 국가 또는 공공단체 자신이라 할 것이며, 공무수탁사인의 공권력 행사는 국가가 행하는 것과 법적 효과 측면에서 전혀 다르지 않다. 한편 방송위원회와 자율심의기구 사이에 체결된 업무위탁계약서 제7조에 따르면 방송위원회는 위탁업무에 대해 심의기구를 지휘, 감독하고, 필요한 경우 위탁업무와 관련된 지시 및 조치를 할 수 있으며, 위탁업무 처리가 위법 또는 부당한 경우 그 처분을 취소하거나 정지시킬 수 있다.

또한 방송위원회는 방송법상 방송광고의 심의 기준이 되는 방송광고 심의규정을 제정, 개정할 권한을 가지고 있으므로(구 방송법 제33조) 방송위원회는 방송광고 심의규정을 개정함으로써 언제든지 자신이 원하는 대로 자율심의기

구의 심의 내용을 원격 조정할 수 있다. 그러므로 방송광고의 사전심의를 방송위원회가 아닌 이 사건 자율심의기구가 행한다고 하더라도 그 실질은 방송위원회가 행하는 것 같다. 이렇게 되면 국가는 방송광고 심의규정을 통해 자신이 선호하는 내용의 방송광고만을 내보낼 수 있게 될 것이며, 이것은 소비자 또는 시청자를 보호한다는 명분으로 방송광고에서 국가의 의견을 관철시키는 결과가 야기되게 된다. 결국 자율심의기구가 그 방송광고 사전심의에 관한 위탁 업무를 처리함에 있어 방송위원회로부터 관리, 감독을 받고 있는 이상, 이 기구의 성격은 방송위원회와 같이 보는 것이 타당하다.

4) 재정적 측면에서의 행정권 개입가능성

재정적 측면에서 살펴보더라도 방송위원회에 의한 행정권 개입가능성이 크다. 방송위원회와 자율심의기구 사이의 업무위탁계약서 제8조에 의하면, 방송위원회는 위탁업무의 원활한 수행을 위하여 위탁계약기간동안에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 심의기구에 지원할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 실제 자율심의기구의 운영비나 사무실 유지비, 인건비 등은 방송위원회가 비용을 지급하고 있다. 이와 같이 자율심의기구의 운영비용을 방송위원회에 의존하고 있는 상황에서는 그 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어려우므로 자율심의기구의 행정기관성을 부인할 수 없다.

4. 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지하는지의 여부

헌법재판소에서 제시하고 있는 “사전검열금지의 원칙”에 해당하기 위한 세 번째 요건으로서는 당해 행정기관에 의하여 사전에 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지되어야 한다. 이러한 기준에 따라 이 사건 구 방송법 제32조 제3항의 내용을 살펴보면 여기에서는 ‘방송사업자는 방송광고에 대해서 방송위원회의 심의·의결의 내용과 다르게 방송하거나 심의·의결을 받지 않은 방송광고를 방송하여서는 안된다’고 규정하고 있다. 이는 광고주가 사전심의를 받지 않은 방송광고를 청약하는 경우에는 방송할 수 없도록 하는 것으로서 허가받지 않은 의사 표현을 금지하는 것에 해당한다고 볼 수 있다.

5. 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재하는지의 여부

마지막으로 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당하기 위해서는 당해 행정기관이 행한 사전심사절차를 강제할 수 있는 수단이 존재하여야 한다. 구 방송법 제108조 제1항 제2의2호는, 방송사업자가 사전심의를 받지 않은 광

고물이나 사전심의 내용과 다른 광고물을 방송하는 경우 과태료 3,000만원 이하에 처하도록 하여 방송사업자가 사전심의의 받지 않은 방송광고의 청약을 거절하도록 함으로써 광고주가 사전심의의 받을 수밖에 없도록 강제하고 있다. 위와 같은 과태료 처분은 사전심의의 절차를 관철시키기 위한 강제수단에 해당한다.

6. 사안의 해결

이상에서 살펴본 바와 같이 구 방송법상 방송위원회의 위탁을 받은 광고자율심의기구의 방송광고에 대한 사전심의제도 및 현행법상의 방송통신심의위원회로부터 위탁을 받아 행하게 되는 방송광고 사전심의는 행정기관이 행하는 사전검열에 해당한다. 그러므로 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 개정된 방송법에 대해서도 위헌을 선언할 필요가 있다고 할 것이므로 구 방송법 규정과 함께 개정된 방송법 제32조 제2항, 제3항에 대해서도 위헌이라고 볼 수 있다.

2. 정보공개청구 소송, 조례제정의 범위와 기본권의 보호 통합형

청소년들이 주로 이용하는 PC방의 음란물접속과 흡연문제에 대한 심각성으로 그 규제의 필요성이 대두되자, 국회는 '청소년의 성장·발달보호를 위한 법률」을 제정하였고, 정부는 구체적인 사항을 규정한 「청소년의 성장·발달보호를 위한 법률 시행규칙」을 보건복지부령으로 제정하였다.

이에 따라 지방자치단체 K시는 “18세 이하의 청소년이 PC방의 주 이용자이며 음란물접속과 흡연문제가 정신과 건강을 심각하게 위협하고 있다”는 시민단체의 조사보고서와 주민들의 조례제정청구를 받아들여, “PC방을 운영하고자 하는 자는 모든 PC에 음란물차단프로그램을 설치하고 흡연실과 금연실을 분리하여야 한다. 기존의 PC방 운영자는 이 조례에서 정한 사항을 준수하여야 하여야 한다. 이에 위반할 때는 1000만원 이하의 과태료와 1년 이내에서 영업의 정지를 명할 수 있다.”는 내용의 「청소년보호조례」를 제정하여 시행에 들어갔다. 한편 K시의 교육장乙 산하 학교환경위생정화위원회는, K시에 위치한 P학교환경위생구역 내 금지행위(숙박시설)에 대한 해제결정을 하였다. 이에 K시는 명문인 P학교의 학습 환경을 해친다며 반발하고 있다. K시는 2009년

2월 9일에 乙에게 ‘해결결정에 관한 학교환경위생정화위원회의 회의록, 그 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 및 관련 자료 일체’에 대해 정보공개청구를 하였다(이하 각 설문들은 독립적이다).

- (1) K시에서 소규모의 PC방 영업을 하고 있는 甲은 “청소년보호조례가 법률의 구체적 위임도 없이 자신을 포함한 PC방 운영자와 앞으로 PC방을 운영하고자 하는 자들에게만 직업의 자유를 과도하게 제한하고 평등권을 침해하며, 나아가 주민들의 자기결정권과 행복추구권까지도 침해하고 있다”며 조례제정의 위헌성을 다투는 헌법소원을 제기하려 한다. 甲의 주장을 중심으로 헌법적 논점을 제기하여 청소년보호조례의 위헌성 여부를 검토하고 그 인용여부를 논하시오. (50점)
- (2) 乙은 2009년 3월 10일이 지나도록 아무런 응답조차 하고 있지 않다. 기초지방자치단체인 K시는 이를 비공개결정으로 보아 취소소송을 제기할 수 있는가? (5점)
- (3) 乙은 2009년 2월 13일 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 공개법이라 함)상의 비공개사유에 해당하므로 당해 정보를 공개하지 않습니다’라고 K시에 문서로 통지하였다. 동 문서에는 불복방법 및 불복절차가 구체적으로 명시되어 있었다. 절차적인 측면에서 乙의 공개거부는 적법한가? (5점)
- (4) 乙은 2009년 2월 13일 ‘회의록과 발언자의 인적사항에 관한 부분은 업무수행의 공정성과 충돌하여 이는 공개법 제9조 제1항 제5호 소정의 비공개 대상에 해당합니다’라고 K시에게 문서로 통지하였다. 동 문서에는 불복방법 및 불복절차가 구체적으로 명시되어 있었다. 이에 K시는 정보공개청구 거부처분 취소소송을 제기하였다. 법원은 어떠한 본안 판단을 해야 하는가? (30점)
- (5) 乙은 K시의 공개청구에 응하려 하고 있다. 이에 학교환경위생정화위원회의 발언자 중의 한명인 B는 자신에 관한 사항이 공개되지 않기를 원하고 있다. B가 乙의 공개결정 이전에 강구할 수 있는 구제수단에 대해 기술하시오.(10점).

참조법률

(다음의 법령과 그 내용은 사례를 위하여 임의로 작성된 것임)

청소년의 성장·발달보호를 위한 법률

지방자치단체는 유엔아동권리협약(1991년 비준)에 규정된 아동의 성장·발달권을 보장하기 위한 일환으로 청소년이용시설에서의 흡연과 음란물로부터 청소년의 건전하고 건강한 성장이 훼손되지 않도록 제반 조치를 마련하여야 한다. 자세한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

청소년의 성장·발달보호를 위한 법률 시행규칙

청소년이용시설이라 함은 PC방, 비디오방 ...을 말한다. 청소년을 보호하기 위하여 지방자치단체가 정하는 조례로 청소년이용시설에 대하여 제한을 할 수 있다.

참조조문

헌법 제15조, 제117조, 지방자치법 제15조

유엔아동권리협약 제4조 및 제6조(한국은 1991년 비준. 현재 191개국 가입)

당사국은 이 협약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 모든 적절한 입법적·행정적 및 여타의 조치를 취하여야 한다(제4조 전단). 당사국은 가능한 한 최대한도로 아동의 생존과 발전을 보장하여야 한다(제6조 제2항)

I. 설문 (1)의 해결

1. 논점의 정리

설문에서 甲은 PC방을 운영하고 있는 자로서 기존의 모든 PC에 음란물 차단프로그램을 설치하고 영업시설을 금연실과 흡연실로 구분하지 않으면 과태료 내지 영업정지의 처분을 받게 된다는 점에서 영업의 자유의 침해와 다른 청소년이용시설과 달리 PC방 운영자들에게만 이러한 추가적인 시설과 부담이 요구되고 있어 평등권 침해를 주장하며 헌법소원을 제기하고 있다. 설문은 위헌적인 조례에 의한 기본권 침해를 다투는 것이므로 사안의 해결을 위해서는 먼저 헌법소원심판청구의 적법성요건을 충족하고 있는지, 그리고 기본권 제한적인 조례가 헌법의 기본원칙이자 지방자치법 제15조 단서를 통해 확인되고 있는 법률유보의 원칙을 위반하고 있는지 여부에 대해서 검토되어야 한다. 그 다음 사안에서 甲의 주장과 관련하여 직업의 자유와 평등권의 침해여부가 검토되어야 한다. 또한 甲은 PC방을 이용하는 주민들의 자기결정권 내지 행복추구권이 제한당하고 있다고 주장하고 있으므로, 헌법재판이 갖는 객관적 사법판단작용으로서의 성격을 감안하여 甲의 직업의 자유침해 여부와 관련하여 청소년보호조례의 위헌여부를 판단함에 있어서 이들 기본권에 대하

여서도 살펴볼 필요가 있다.

2. 조례제정행위가 헌법소원의 대상이 되는지 여부

(1) 조례에 대한 사법적 통제으로써 헌법소원 가능성

지방의회가 제정한 조례에 의하여 기본권을 침해당한 주민이 헌법소원으로 이를 다룰 수 있는지 여부는 법령체계상의 관점에서 다름이 있다. 헌법 제107조 제2항 및 법원조직법 제7조 제1항 제1호 및 제2호에 의하여 법령의 위헌여부가 '재판의 전제'가 된 경우에 대법원에 최종심사권을 부여하고 있다. 법령의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있기 때문에 조례 자체에 의하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우 헌법재판소가 헌법소원을 통하여 조례의 위헌성을 심사할 수 있는지 문제된다(만약 헌법재판소의 조례에 대한 위헌심사권을 인정한다면, 헌법재판소법 제75조 제1항에 의하여 그 조례는 일반적으로 효력을 상실한다). 이에 대하여는 견해의 대립이 있다.

1) 학 설

① 먼저 헌법 제107조 제2항은 재판의 전제가 된 경우에 한하여 명령규칙에 대한 법원의 위헌위법심사권을 부여하고 있으므로 재판의 전제가 된 경우가 아닌 국민의 기본권 침해의 경우에 헌법소원을 인정하는 것은 헌법 제107조 제2항에 위배되는 것이 아니며, 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거한 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력의 행사·불행사에는 명령·규칙·조례의 제정도 당연히 포함된다는 것을 근거로, 헌법재판소의 조례(명령규칙 포함)에 대한 위헌심사권을 인정하는 견해가 있다. ② 이에 대하여 헌법은 법률의 위헌심사권과 명령·규칙·조례의 위헌심사권을 구분하여 전자의 권한은 헌법재판소에 부여하고 후자의 권한은 법원에 배타적으로 부여하고 있으며, 법규명령에 의하여 권리가 침해된 경우에는 행정소송을 제기할 수 있으므로 헌법소원의 보충성의 요건을 결하게 된다는 것을 근거로, 헌법재판소의 조례(명령규칙 포함)에 대한 위헌심사권을 부정하는 견해가 있다.

2) 판 례

헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위해서는 헌법소원심판청구에 있어서 법률의 하위의 법규명령의 위헌여부를 헌법재판소에서 심사함은 당연하며, 헌법 제107조 제2항이 이를 배제하는 것은 아니라고 한다.

조례 자체가 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해할 때 그 조례 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 구제를 구할 수 있는 절차가 있는 경우가 아니어서, 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이므로 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 원칙에 반하지 아니한다고 한다.¹⁾

반면 대법원은 두밀분교통폐합에 관한 조례에 대하여 “조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.”고 밝힌바 있지만, 이러한 대법원의 태도는 일관되어 있지 못하다.²⁾

(2) 설문의 경우

헌법 제111조 제1항 제5호에 근거한 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는데 여기서 ‘공권력의 행사’에는 지방의회의 자치입법권의 행사인 조례의 제정이 포함된다.³⁾ 그 외에 조례의 제정 자체에 대한 항고소송의 대상성 여부에 대한 대법원의 확립된 태도가 존재하지 아니하여 권리구제 여부가 불확실하다. 또한 대법원이 당해 조례에 대해 위헌·위법의 결정을 하더라도 해당 조례 자체를 무효화시키는 것은 아니기 때문에 당해 사건에 적용을 배제하는 것에 한하지 않는 한계를 갖는다. 설문에서 청소년보호조례는 현재 PC방을 운영하고 있는 甲은 영업을 계속하기 위해서는 추가적인 영업시설의 추가설치 내지 장소이전이 요구되고 있으므로, 동 조례는 집행행위를 기다리지 아니하고 바로 甲의 자유를 제한하고 의무를 부과하고 있으며 권리구제 또한 불확실한 경우이어서, 甲의 헌법소원청구는 자기관련성·현재성·직접성 및 보충성(보충성의 예외)의 요건을 모두 갖추었다고 본다.

1) 헌재결 1995.4.20. 92헌마264, 279(병합); 그 외에 헌재결 1990.10.15. 89헌마78

2) 대판 1996.9.20. 95누8003; 1954.8.19. 4286행상37 참조.

3) 헌재결 1994.12.29. 92헌마216 참조.

3. 청소년보호조례가 법률유보원칙을 충족시키고 있는지 여부

(1) 조례와 법률유보

헌법은 제37조 제2항에서 기본권의 제한에 관한 법률유보규정과 함께 헌법 제75조, 제95조, 제116조 등에서 위임입법과 관련한 규정을 두고 있는 바, 입법자는 법률에 의하여 또는 법률을 근거로 하여 기본권을 제한할 수가 있다. 조례제정권과 관련해서도 지방자치법 제15조의 단서조항이 법률유보 내지 법률의 유보를 요구하고 있는데, 조례제정에 있어서 법률의 위임 정도에 대하여 견해의 대립이 있다(지방자치법 제15조 단서에 대해서는 헌법 제117조 제1항과의 관계에 위헌여부에 대한 대립이 있다).

1) 학 설

먼저 헌법상 지방자치제도보장의 취지와 제117조 제1항이 법률유보를 요구하고 있지 않으므로 지방자치법 제15조 단서가 위헌임을 전제로 하여, 조례로서 법률의 위임이 없이도 권리나 의무의 부과는 물론 벌칙의 규정까지도 가능하다고 하는 견해가 있다. 이에 대하여, 자치입법권에 의한 조례제정 역시 행정으로서의 성질을 가진 이상 법률유보가 적용되어야 하지만, 그 위임 정도는 다른 행정입법의 경우와는 포괄적인 정도로 족하다는 견해가 있다.⁴⁾

2) 판 례

헌법재판소는 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 한다.⁵⁾

(2) 설문의 경우

지방의회가 대표제의 원리에 의하여 민주적 정당성을 부여받은 주민의 대표기관일 뿐만 아니라 헌법에 근거를 둔 국회와 유사한 입법기능을 행사한다는 점을 부인할 수 없으나, 법치국가에서 헌법상 기본권에 대한 법률유보는 불가피한 기본권 제한에 대한 한계를 설정한다는 의미를 가지며 의회의 입법권에 의한 기본권보장과 입법권으로부터의 기본권 보장까지를 의미한다고 보

4) 이에 대해서는 권영성, 헌법학원론, 2003, 239면 이하 참조.

5) 헌재결 1995.4.20. 92헌마264, 279(병합).

아야 한다. 또한 조례제정 역시 행정의 질을 함께 보유한다는 점을 생각한다면, 지방자치제도보장 내지 자치입법권보장이 법률유보를 배척할 수는 없다고 본다. 다만, 법률의 위임 정도는 헌법상 지방자치제도의 보장과 헌법 제 117조의 문언 및 지방의회의 지위와 기능에 비추어 다른 행정입법에서 요구하는 정도의 구체적 위임은 요하지 않으며, 기본권의 제한 정도에 따라 그 위임 정도는 달라질 수 있다고 본다.

설문에서 청소년의 성장·발달보호를 위한 법률은 이미 국내법적 효력을 가진 유엔아동권리협약상의 아동의 성장·발달권을 보장하기 위하여 제정된 법률인바, 동 법률의 제정으로 인하여 국내법체계상의 순위에 대한 논의와 상관없이 동 협약의 내용은 법률적 효력을 가지게 되었다고 볼 수 있다. 그리고 동 법률은 포괄적이거나 청소년이용시설에 대한 제한근거를 마련하고 있으며, 세부 사항에 대하여 보건복지부령에 위임을 하고 있는바, 동 시행령은 PC방을 청소년이용시설로 규정함과 동시에 지방자치단체의 조례로서 제한가능성을 규정하고 있다. 이에 따라 乙지방자치단체는 청소년의 PC방 이용실태와 음란물접속 및 흡연문제의 정신·건강에 대한 영향에 대한 시민단체 조사보고와 주민들의 조례제정청구를 전제로 하여, 「PC방을 운영하고자 하는 자는 모든 PC에 음란물차단프로그램을 설치하고 흡연실과 금연실을 분리하여야 한다. 기존의 PC방 운영자는 이 조례 정한 사항을 준수하여야 하여야 한다. 이에 위반할 때는 1000만원 이하의 과태료와 1년 이내에서 영업의 정지를 명할 수 있다.」는 내용의 청소년보호조례를 제정하게 된 것이다. K시의 청소년보호조례는 법률의 위임규정에 근거를 둔 것이며, 그 위임의 정도는 조례의 기본권 침해여부 심사과정에서 해당 기본권에 제한 정도 내지 기본권에 미치는 정도에 따라 결정되어야 한다.

4. 청소년보호조례가 甲의 직업의 자유를 침해하는지 여부

(1) 직업의 자유의 내용과 제한

1) 직업의 개념 및 직업의 자유의 내용

(가) 직업의 개념

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 하여 개인의 사회적·경제적 생활의 기초가 되는 직업의 자유를 보장하고 있다. 직업의 개념에 대하여는 그 종류와 성질은 불문하고 생활의 기본적 수요를 충족시키기

위한 모든 경제활동 내지 계속적인 소득활동으로 이해한다.⁶⁾ 그 외에 개인의 개성신장과 인격발현의 수단으로써의 직업도 자유민주적 헌법질서 내에서 보호받기 위해서는 공동체의 규범적 가치관에 부합해야 한다는 점에서 공공에 대한 무해성을 추가로 주장하는 견해도 있다.⁷⁾

(나) 직업의 자유의 내용

헌법에서 직업의 자유를 규정함에 있어서 ‘직업선택’이라는 표현을 사용하고 있지만, 직업의 자유에는 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택할 수 있는 ‘직업선택의 자유’는 물론 자신이 선택한 직업을 영위하며 사회적·경제적 생활관계를 자유롭게 형성해갈 수 있는 ‘직업행사의 자유’를 포함하며, 나아가 종사하고 있는 직업으로부터 자유롭게 이탈할 수 있는 ‘전직·이탈의 자유’까지 포함된다고 보아야 한다. 그런데 영업의 자유가 직업의 자유로서 보장되는 지에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 영업의 자유를 협의의 영업의 자유와 영업활동의 자유로 나누어 전자는 직업선택의 자유의 한 내용이지만 후자는 자유라기보다는 재산권보장에 따른 경제적 활동의 자유의 한 내용으로 이해하려는 견해가 있다.⁸⁾ 자유시장경제질서를 전제로 한 재산권보장과 영업의 자유와 밀접한 관계가 있다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 영업활동을 위한 경제적 수단과 그 활용은 재산권으로 보장된다는 점에 의의가 없으나, 영업선택과 영업활동이 재산권으로 보장된다고 한다면 직업의 자유는 단순히 근로자들의 직업선택과 직업수행을 위한 자유 정도로 의미가 축소될 거라는 점과 다수의 견해처럼 직업의 개념을 넓게 이해하는 한 영업선택 및 영업활동을 포함한 영업의 자유 역시 직업수행의 자유의 일환으로 직업의 자유에 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 점에서, 다수의 견해와 판례처럼 영업의 자유 역시 직업의 자유로써 보장된다고 보는 것이 타당하다.

2) 직업의 자유에 대한 제한의 한계

국가의 권력작용은 이러한 직업의 자유를 침해하여서는 아니 되고, 특히 입법작용은 직업의 자유의 제한을 넘는 침해를 방지하고 이를 실질적으로 보장할 수 있는 방향으로 행사되어야 한다. 그러나 직업의 자유 역시 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 또는 법률의 위임에 의하여 제한이 가능하다. 이에 대하여 단계이론이 사법적 판단에 원용되고 있다. 직업의 자유의 제한에

6) 헌재결 1992.5.13. 92헌마80 참조.

7) 허영, 한국헌법론, 2003, 443면 이하.

8) 권형준, 헌법, 2000, 202면.

대한 단계이론은 직업선택의 자유와 직업행사를 구분하여 직업행사의 자유(주관적 사유에 의한 직업선택의 자유) 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유라는 단계구조를 통하여 침해의 진지성이 낮은 단계로부터 제한하고 이를 통해 입법목적을 달성할 수 없는 경우 다음 단계로 넘어가야 한다는 침해의 최소성을 의미한다. 따라서 1단계로써 공익적인 차원에서 격일제, 영업제, 합승행위금지, 영업시간제한 등 직업행사의 자유의 제한이 가능하고, 2단계로써(특히 전문성과 기술성을 요하는 분야에 있어서)자격시험, 국가시험 등에 합격 등 주관적 조건으로 직업선택의 자유를 제한이 가능하며, 3단계로써 업종의 적정분포, 기존업체의 보호, 동일업종의 숫자제한 등 객관적 사유에 의한 제한이 가능하다. 물론 각 단계에서도 기본권의 제한과 관련된 과잉금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙 등은 적용된다고 보는 것이 타당하다.⁹⁾

(2) 甲의 직업의 자유에 대한 침해

1) 직업행사의 자유에 대한 제한

설문에서 甲의 PC방 운영은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 모든 경제활동으로 볼 수 있고 특별히 공공에 유해하다고 볼만한 근거를 발견하기도 힘들므로 직업에 해당한다. 또한 甲이 영위하는 영업활동은 직업수행의 자유에 해당한다. 그런데 설문의 아동·청소년보호조례는 PC방을 운영하고자 하는 자에게 음란물차단프로그램을 설치하고 흡연실과 금연실을 분리하도록 강제하고 있으므로, PC방 운영자의 직업행사의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 있다. 또한 직업의 자유의 제한과 관련한 단계이론과 과잉금지의 원칙은 자치입법권의 행사인 조례제정에 있어서도 적용되어야 함은 당연하다. 사안에서 청소년보호조례에 의한 甲의 PC방 운영과 관련한 제한은 입법형성의 자유가 넓게 인정될 수 있는 직업의 자유에 대한 제한으로써 가장 낮은 단계인 직업행사의 자유의 제한에 해당한다.

2) 과잉금지원칙의 위반 여부

직업행사단계에 있어서의 직업의 자유 제한도 과잉금지의 원칙 즉 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 비례성의 원칙을 충족하여야 한다. 헌법은 청소년의 성장·발달을 권리 또는 헌법상 보호법익으로 보장하고 있다고 할 수 있는데, 이는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장한 헌법 제10조와 국민의 인간다운 생활을 보장한 헌법 제34조 제1항 및 청소년 복

9) 헌재결 1995.4.20. 92헌마264, 279(병합) 참조.

지향상을 위한 국가의 정책실시의무를 규정한 동조 제4항 등은 가정·사회·국가는 미성숙하여 사회적 약자의 지위에 머물 수밖에 없는 아동에 대한 건전하고 건강한 성장을 보호해야 할 의무를 예정하고 있다. 또한 사안에서 한국은 헌법적 요구에 따라 아동의 생존과 발달을 보장하기 위한 입법적·행정적 조치를 강구할 것을 요구하고 있는 「유엔아동권리협약」을 비준하여 법적인 효력을 부여하였을 뿐만 아니라 「청소년의 성장·발달보호를 위한 법률」의 제정에 의해 동 협약은 법률적 효력을 발휘하고 있다. 그리고 흡연과 음란물에의 무차별적인 노출은 성장과정에 있는 청소년들이 육체적·정신적으로 건강하고 건전한 인격체로서 형성되는 것을 방해하게 된다는 점은 의심의 여지가 없다. 이처럼 국가와 지방자치단체가 입법작용을 통해 청소년들이 육체적·정신적으로 건강하고 건전하게 성장·발달을 보장하여 온전한 인격체와 사회의 구성원이 될 수 있도록 하는 것은 헌법상의 요구사항이기도 하고 청소년들의 권리이기도 하다. 따라서 직업행사의 자유는 공공복리 등 공공상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능한 반면, 청소년의 성장발달이라는 입법목적은 헌법을 통하여 정당성을 확보하고 있다. 흡연은 폐암의 주요원인이 될 정도로 건강에 해롭고 간접흡연 역시 직접흡연 못지 않게 해롭다는 것은 일반상식인데, PC방에서의 흡연은 주 이용자인 성장과정에 있는 청소년들에게 원하지 않는 간접흡연을 강요하여 건강을 침해할 뿐만 아니라 장래에 잠재적인 흡연자가 될 가능성을 증가시킨다.

또한 청소년들의 음란물에 대한 접촉 역시 성장과정에 있는 이들에게 성에 대한 왜곡된 가치관을 형성시킬 수 있게 하고 청소년비행을 유발하고 인격장애를 초래할 수도 있다. 청소년 보호법 역시 청소년의 흡연행위를 금지할 뿐만 아니라, 유해약물과 음란매체물에 대한 형벌규제를 통하여 청소년의 건전한 성장과 발달에 지장을 초래하는 행위를 금지하고 있기도 하다. 따라서 PC방의 주 이용자인 청소년들의 건강하고 건전한 성장과 발달이라는 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로써 PC방 운영자에게 음란물차단프로그램을 설치와 흡연실과 금연실을 분리하도록 한 행위는 적절할 뿐만 아니라 다른 약한 제한 수단을 찾기도 힘들다. 또한 청소년의 성장과 발달은 헌법적 권리 내지 헌법이 특별히 보호하고 있는 헌법적 가치로써 PC방 영업에 대한 이상의 규제조치가 PC방 운영자인 甲의 직업행사의 자유와 조화를 이루지 못한다고 볼 수 없으므로 비례성의 원칙도 충족하고 있다. 甲이 주장하는 것처럼 청소년보호조례로 인하여 주민들의 특히 성인들의 자기결정권 내지 행복추구권을 침

해한다고도 볼 수 있지만, 타인의 권리 침해 내지 박탈을 전제로 한 흡연을 자기결정권 내지 행복추구권으로 주장할 여지가 없을 뿐만 아니라 흡연실을 이용함으로써 해결될 수도 있다. 또한 PC방의 영업목적이 성인의 음란물 접촉을 보장하기 위한 것이 아니어서 음란물차단프로그램의 설치로 인한 영향은 반사적 효과에 불과할 뿐이라고 보는 것이 타당하며, 설사 이들에게 음란물에 접촉할 권리가 있다고 할지라도 다양한 이용자를 대상으로 하는 PC방에서는 규제는 불가피하고도 합리적인 것이라고 할 수 있다.

3) 신뢰보호원칙의 위반 여부

설문에서 甲은 이미 PC방 영업을 하고 있는 자로서 청소년보호조례로 인하여 기존의 영업시설에 가중된 요건이 부가됨으로 사업자등록과 인허가 등을 통해 형성된 기존의 신뢰이익이 침해되고 있는지를 문제삼을 수 있을 것이다. 신뢰보호의 원칙 위반 여부는 신뢰보호의 가치성 여부에 따라 결정되어야 할 것인바, 구체적으로는 신뢰를 보호할 필요성 및 법적 안정성의 요청과 법률적합성의 원칙의 실현에 대한 공익과 당해 선행조치의 존속에 대한 관계자의 사익을 비교형량하여 판단되어야 한다. 甲과 같은 기존의 PC방 운영자에 대한 규제의 포기는 청소년의 성장과 발달이라는 입법목적은 무색하게 하고 공익에 반할 뿐만 아니라 경제적 손실을 최소화하면서 직업행사의 자유를 계속적으로 보호하고 있다할 것이므로, 신뢰보호의 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.

5. 청소년보호조례가 甲의 평등권을 침해하는지 여부

(1) 평등권의 헌법적 의의와 합리적 차별

1) 평등권 규정의 헌법적 의의

헌법 제11조의 평등권 관련 규정은 모든 국가기능 즉 입법, 행정, 사법이라는 국가기능수행에 있어서 기본질서(가치질서)로서 ‘평등의 원리’의 보장을 의미함과 동시에 모든 국민에게 인정된 개별기본권으로서의 ‘평등권’의 보장이라는 두 가지 의미를 가진다. 동조 제1항은 법의 실현이라는 의미에서 모든 국가작용은 모든 국민을 평등하게 대하여야 함 의미하는 바, 제2항에 예시된 정치적·경제적·문화적 영역에서 이러한 평등의 원리의 위반은 동시에 평등권의 침해로 이어지게 된다. 평등의 원리 내지 평등권은 국민의 모든 기본권의 실질적 보장을 실현하는 헌법상의 원리 내지 기본권, 즉 기본권 보장을

위한 수단으로서의 성격을 가진다.

헌법 제37조 제2항은 모든 기본권이 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능하다고 규정하고 있으나, 헌법 제11조(특히 제1항 및 제2항)와 제37조 제2항의 관계는 여타 기본권 규정에 대한 법률유보와는 달리 해석되어야 한다. 기본권제한의 법률유보규정인 헌법 제37조 제2항은 헌법 제11조의 평등의 원리 내지 평등권에는 직접 적용되지 않는다고 보아야 하며, 오히려 국가권력 작용의 위헌성 판단의 기준으로서 의미를 가진다고 보아야 한다. 즉 헌법 제37조 제2항에 의하여 평등권이 침해되는 경우란, 국가권력작용이 평등의 원리에 위반하여 개별 기본권을 침해한다는 것을 의미한다. 따라서 평등권의 제한이란 바로 헌법 및 다른 법률에 규정된 기본권 또는 권리 영역에서 평등의 원리의 적용문제이며, 그 제한의 위헌 내지 위법 판단 여부에 대한 심사기준으로 합리적 차별사유의 존재와 자의금지원칙 또는 비례성원칙의 충족여부가 문제된다.

2) 합리적 불평등 또는 차별의 경우 합리성 판단기준

평등 역시 절대적 평등이 아닌 상대적 평등이라는 것은 보편화된 상식이다. 합리적인 차별은 인정된다는 것을 의미한다. 그렇다면 그 판단기준 및 척도 즉 합리적 차별과 불합리한 차별의 기준의 문제이다. 이에 대하여는 인간의 존엄과 가치에 반하지 않으면 합리적 차별이라는 ‘인간존엄성설’과 차별이 정당한 입법목적 달성을 위한 불가피한 차별이면 합리적 차별이라는 ‘입법목적설’이 대립되고 있다. 우리 헌법재판소는 인간의 존엄성이라는 헌법의 최고원리, 정당한 입법목적, 수단의 적정성(과잉금지원칙)을 기준으로 판단하고 있다.¹⁰⁾ 판례와 쟁을 같이하여 인간의 존엄성이라는 이념에 위반하는가 일차적 판단기준이 될 수 있고, 차별을 인정하는 법률의 입법목적이 정당하여야 하고, 특히 헌법에서 직접 차별금지의 표지를 명시하고 있는 경우에는 입법목적이 정당한 것만으로는 부족하고 필요 불가결하게 중요한 것이어야 하고 사용된 수단 역시 목적달성에 필요하여야 하며 덜 제한적인 수단이 없어야 한다고 본다.

(2) 甲의 평등권 침해여부

설문에서 甲은 다른 청소년이용시설과는 달리 PC방 운영자에 대하여서만 흡연실과 금연실로 구분하도록 하는 것은 평등권을 침해하는 것이라고 주장

10) 헌재결 1993.7.29. 89헌마31 참조.

한다. 그러나 PC방의 주 이용대상층이 청소년들이라는 현실적 특성과 헌법이 특별히 청소년의 성장과 발달을 보장하기 위한 복지정책을 국가적 의무사항으로 규정하고 있는 점, 평등권이라는 것이 다른 헌법적 가치나 타인의 기본권의 침해로 전제로 할 수 없다는 헌법적 한계를 가진다는 점을 감안할 때, 이러한 규제조치는 합리적 차별사유에 근거한 것으로 자의적인 입법조치라고 볼 수 없다. 또한 「청소년보호조례」의 규제 내지 요구사항이 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없고 甲의 직업행사의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수도 없다. 따라서 甲의 평등권 침해의 주장은 인용될 수 없다.

6. 사안의 해결

- (1) 설문에서 청소년보호조례는 甲에게 PC방을 운영하기 위해서는 추가적인 영업시설의 추가설치 내지 장소이전을 요구하고 있으며 이에 대한 권리구제 또한 불확실한 경우여서, 甲의 헌법소원청구는 자기관련성·현재성·직접성을 갖추고 있으며 보충성의 예외로서 헌법소원심판은 인정되어야 한다.
- (2) ① 설문에서 자치입법인 청소년보호조례는 헌법과 「유엔아동권리협약」에 의하여 입법목적의 정당성과 주민조례제정청구에 의한 절차적 합법성을 부여받고 있으며, 법률인 「청소년의 성장·발달보호를 위한 법률」과 그 위임에 의한 보건복지부령에 근거하여 법률유보원칙을 충족하고 있으므로, 법률의 위임 정도는 조례의 제정으로 제한되는 기본권이 공익적 차원에서 가장 입법형성의 자유가 광범위한 직업행사의 자유를 제하고 있는 반면 추구하고자 하는 법익은 특별한 헌법적 요구사항이라는 점에 비추어 포괄적인 윤곽을 제시하는 정도로 족하다고 할 것이다. ② 甲이 PC방 운영에 있어 청소년보호조례로 인하여 제한당하고 있는 기본권은 입법형성의 자유가 넓게 인정될 수 있는 직업의 자유에 대한 제한으로써 가장 낮은 단계인 직업행사의 자유의 제한에 해당하고, 직업행사의 자유의 제한과 관련하여 과잉금지의 원칙 즉 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 비례성의 원칙을 충족하고 있을 뿐만 아니라, 동 조례의 제정이 신뢰보호의 원칙에 반하지도 않는다. 또한 동 조례의 제정으로 인하여 성인 주민들의 흡연권이 침해될 여지가 없고, 유란물에 대한 접속 역시 반사적 효과에 불과할 뿐이라 합리적이고도 불가피한 조치여서,

주민들의 자기결정권 내지 행복추구권이 침해된다고 볼 수 없다.

- (3) 설문에서 청소년보호조례의 내용은 PC방의 주 이용대상층이 청소년들이라는 현실적 특성과 헌법이 특별히 청소년의 성장과 발달을 헌법적 가치로 보호하고 있는 점, 평등권이 다른 헌법적 가치나 타인의 기본권의 침해로 전제로 할 수 없다는 점을 감안할 때, 합리적 차별일 뿐만 아니라 과잉금지원칙에 반한다거나 甲의 직업행사의 자유의 본질적 내용을 침해되었다고 볼 수도 없어 甲의 평등권 침해의 주장은 인용될 수 없다.

II. 설문 (2)의 해결

1. 문제의 소재

공개법상 A의 부작위를 비공개결정으로 볼 수 있는지, K시의 법적 지위에 비추어 K시가 공개법 제5조 제1항의 국민에 해당하는지, 만약 그렇다면 K시에게 원고적격에서의 어떠한 법률상 이익이 있는지 문제된다.

2. A의 부작위에 대한 평가

정보공개를 청구한 날부터 20일 이내에 공공기관이 공개여부를 결정하지 아니한 때에는 비공개의 결정이 있는 것으로 본다(공개법 제11조 제5항). 설문상 2009년 2월 9일로부터 20일이 경과하였으므로 A의 부작위는 비공개의 결정으로 평가된다.

3. K시의 법적 지위와 원고 적격

K시는 지방자치단체로서 법인이다(지방자치법 제3조 제1항). 판례는 “정보공개법상 정보공개청구권자인 ‘국민’에는 자연인은 물론 법인도 포함되며 위 법인에 특별한 제한은 없으므로 지방자치단체인 자치구의 경우에도 다른 지방자치단체가 보유하는 정보의 공개를 청구할 권리가 있다”고 한다(서울행정법원 2001.11.27. 2001구12764). 살피건대, 정보공개소송은 행정통제의 객관적 의미가 강하게 작용하고 있으므로 공개법 제5조 제1항의 국민의 범위를 제한할 필요는 없다. 결국 판례는 타당하다.

4. K시의 법률상 이익

공개법 제5조 제1항에 의할 때 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적 인 권리이므로 K시가 A에 대하여 정보공개를 청구하였다가 거부처분을 받은 것 자체가 법률상 이익의 침해에 해당한다. 공개법상의 원고적격에 관한 판례 의 태도 역시 동일하다(대판 2003. 12.12. 2003두8050).

5. 사안의 해결

A의 부작위는 비공개결정으로 그 대상적격이 인정된다. K시는 법인이고, 법인은 국민에 해당하므로 K시에게는 원고적격이 인정된다. K시는 취소소송 을 제기할 수 있다.

III. 설문 (3)의 해결

1. 문제의 소재

A의 공개거부는 정보공개의 청구를 받은 날부터 10일 이내에 이루어졌고, 문서에 의해 이루어졌으며, 비공개이유·불복방법 및 불복절차가 명시되어 있 어 일응 공개법상의 절차를 모두 거친 것으로 보인다(공개법 제11조 제1항, 제 13조 제4항). 다만 그 이유부기의 정도에 있어 절차법적으로 위법하다고 평 가할 수 있는지 문제된다.

2. A의 개괄적 이유부기의 위법성

(1) 판례의 태도

대법원에 의하면 정보공개청구를 거부하는 경우, 대상이 된 정보의 어느 부분이 어떠한 법의 또는 기본권과 충돌되어 공개법 제9조 제1항 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 주장·입증하여야만 할 것이며, 그에 이르지 아니한 채 개괄적인 사유만을 들어 공개를 거부하는 것은 허용되지 아 니한다(대판 2003.12.11. 2001두8827).

(2) 평가 및 사안의 경우

이러한 판시는 공개법의 목적에 근거한 동법의 ‘원칙적 공개’라는 태도와

합치하는 점에서 타당하다. 이유부기는 당사자에게 실효적인 불복절차를 강구할 수 있을 정도로 이루어져야 하기 때문이다. A가 몇 호의 거부 사유인지를 언급하지 않는다면, K시는 취소소송 등을 제기함에 있어 A 주장의 어떠한 부분을 다룰지를 특정할 수 없게 된다.

3. 사안의 해결

A는 단지 공개법상의 거부사유에 해당한다고 했을 뿐 그 구체적 이유 명시를 하지 않았으므로, 동 거부처분은 절차법적으로 위법하다.

IV. 설문 (4)의 해결

1. 문제의 소재

설문 (3)과 대조적으로 설문 (4)에서는 절차법적으로 적법한 거부처분이다. 다만 내용적으로 적법한 거부 사유에 해당하는지 문제될 뿐이다. K시가 정보공개를 요청한 부분은 ① 학교환경위생정착위원회 회의록 ② 그 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 ③ 관련 자료 일체, 이렇게 3가지이다. 공개법 제14조에 의해 각각에 대해 별도로 인용여부를 판단할 수 있을지 문제된다.

2. 공개법 제14조에 대한 해석

공개를 거부한 정보에 비공개대상 정보에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있고 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있을 때에는 청구취지의 변경이 없더라도 공개가 가능한 정보에 관한 부분만의 일부취소를 명할 수 있고, 여기에서 분리할 수 있다고 함은, 이 두 부분이 물리적으로 분리가능한 경우를 의미하는 것이 아니고 당해 정보에서 비공개대상 정보에 관련된 기술 등을 제외하고 그 나머지 정보만을 공개하는 것이 가능하고 나머지 부분만으로도 공개의 가치가 있는 경우를 의미한다(대판 2004.12.9. 2003두12707). K시는 해제결정의 근거 및 그 타당성을 얹으로써 궁극적으로 자치구 내의 주민들의 복리를 위하여 하는데 후술하듯이 회의록에 대한 공개만으로도 그 목적을 달성할 수 있을 것이다. 즉, 그 부분만의 공개가 가능하고 공개의 가치가 있는 경우이므로 각각에 대한 분리

판단이 공개법 제14조에 의해 가능하다.

3. 회의록에 대한 판단

(1) 공개법 제9조 제1항 제5호에 해당할 여지가 있는지

판례는 설문과 유사한 사실관계에서 “공개법 제9조 제1항 제5호에서의 ‘감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토회에 있는 사항’은 비공개대상정보를 예시적으로 열거한 것이므로 의사결정과정에 제공된 회의록 등은 의사가 결정된 경우 더 이상 의사결정과정에 있는 사항 그 자체라고는 할 수 없으나, 의사결정과정에 있는 사항에 준하는 사항으로서 비공개대상정보에 포함될 수 있다.”고 판시한 바 있다(대판 2003.8.22. 2002두12946). 이는 동조문의 ‘구체적 규율의 형식과 그 취지’를 고려하여 유추 해석의 한계를 비교적 명확한 기준으로 실시한 것으로 평가된다. 그러므로 의사결정이 이미 종결되었다는 이유만으로 사안의 회의록이 동조문에 해당할 여지가 없는 것은 아니다.

(2) 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래하는지

1) 의의 및 판단기준

‘업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우’라 함은 같은 법 제1조의 정보공개제도의 목적 및 같은 법 제9조 제1항 제5호의 규정에 의한 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 볼 때 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 의미한다. 여기에 해당하는지 여부는 비공개에 의하여 보호되는 업무수행의 공정성 등의 이익과 공개에 의하여 보호되는 국민의 알권리의 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등의 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단되어야 한다(대판 2003.8.22. 2002두12946).

2) 사안의 경우

K시는 자치구 내부의 P학교에 다니는 학생과 같은 지역 학부모 등 주민들의 이익을 대변할 수가 있다. 비록 학교환경위생정화위원회의 결정의 전문성과 독립성은 고도의 정책적 판단으로 존중될 필요가 있지만, 회의록 그 자체는 공적인 토론의 산물로 그 공개에 의해 보장되는 P학교의 학습환경 확보 등

의 이익이 크다. 전문성과 밀행성이 동의어는 아닌 것이다. 그러므로 회의록은 공개되어야 한다.

4. 발언자의 인적사항에 대한 판단

(1) 판례 및 평가

판례는 설문과 유사한 사실관계에서 ‘학교환경위생정화위원회의 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 부분에 관한 정보는 공개법 제9조 제1항 제5호 소정의 비공개대상에 해당한다’고 판시한 바 있다(대판 2003.8.22. 2002두12946). 동 판례는 그 근거로 ‘발언자의 인적 사항까지 공개된다면 정화위원들은 자신의 발언내용에 관한 공개에 대한 부담으로 인한 심리적 압박 때문에 심의절차에서 솔직하고 자유로운 의사교환을 할 수 없고, 심지어 당사자나 외부의 의사에 영합하는 발언을 하거나 침묵으로 일관할 우려마저 있는 점’을 제시한 바 있다. 타당한 논거이다.

(2) 사안의 경우

발언자의 인적 사항은 K시의 정보공개청구 목적에 기인하는 바가 없고, 판례의 지적처럼 그에 대한 공개는 학교환경위생정화위원회 심의의 충실화와 내실화를 저해시키는 측면이 크다. 그러므로 이는 A의 주장처럼 비공개대상에 해당한다.

5. 관련자료 일체에 대한 판단

(1) 정보공개청구시 요구되는 대상정보 특성의 정도

공개법 제10조 제1항 제2호는 정보의 공개를 청구하는 자는 정보공개청구서에 ‘공개할 정보의 내용’ 등을 기재할 것을 규정하고 있는바, 청구대상정보를 기재함에 있어서는 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정함을 요한다(대판 2007.6.1. 2007두2555). 상술하였듯이 A가 공개거부를 하기 위해서는 어떠한 부분이 공개법 제9조 몇 호에서 정하고 있는 비공개사유에 해당하는지를 밝혀야 한다. 그런데 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 없을 정도라면 A는 그러한 거부를 할 수 없을 것이다. 즉, 판례의 태도는 타당하다. 설문에서 관련자료 일체 부분은 사회일반인의 관점에서 청구대상정보의 내용과 범위를 확정할 수 없으므로 특정이 되지 않았다고 보인다.

(2) 법원의 판단

공개를 청구한 정보의 내용 중 너무 포괄적이어서 사회일반인의 관점에서 그 내용과 범위를 확정할 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수 없는 부분이 포함되어 있다면, 이를 심리하는 법원으로서는 마땅히 공개법 제20조 제2항의 규정에 따라 공공기관에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하는 등의 방법으로 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시켜야 하고, 나아가 위와 같은 방법으로도 특정이 불가능한 경우에는 특정되지 않은 부분과 나머지 부분을 분리할 수 있고 나머지 부분에 대한 비공개결정이 위법한 경우라고 하여도 정보공개청구의 청구 중 특정되지 않은 부분에 대한 비공개결정의 취소를 구하는 부분은 나머지 부분과 분리하여 이를 기각하여야 한다(대판 2007.6.1. 2007두2555). 설문의 경우 공개법 제20조 제2항의 규정에 따라 A에게 그가 보유·관리하고 있는 공개청구정보를 제출하도록 하여 이를 비공개로 열람·심사하더라도 공개청구정보의 내용과 범위를 특정시킬 수 없을 것으로 보인다. 그러므로 관련 자료 일체 부분에 대해서는 나머지 부분과 분리하여 이를 기각하여야 한다.

6. 사안의 해결

법원은 K가 정보공개를 요청한 부분 중에서 ① 학교환경위생정화위원회의 회의록 부분은 인용하고, ② 그 회의록에 기재된 발언내용에 대한 해당 발언자의 인적사항 및 ③ 관련 자료 일체 부분은 기각하여야 한다.

V. 설문 (5)의 해결

1. 문제의 소개

이미 공개가 이루어진 단계에서는 B가 항고소송 등을 제기한다 하더라도 소의 이익이 없게 되어 그 실질적 권리구제가 어렵게 된다. A의 공개결정 이전에 예방적 금지소송을 제기할 수 있는지, 기타 공개법상의 구제수단 등이 문제 된다.

2. 예방적 금지 소송

(1) 의 의

행정청이 특정한 행정행위나 그 밖의 행정작용을 하지 않을 것을 구하는 내용의 행정소송을 예방적 금지 소송이라 한다.

(2) 인정 여부

① 이에 대해 행정소송법 제4조의 항고소송의 유형의 규정은 제한적으로 이해되어야 한다는 소극설, ① 처분이 이루어질 개연성 ② 처분요건의 일의성 ③ 미리 구제할 필요성 ④ 다른 구제방법이 없는 보충성의 요건 하에 소극적 의무이행소송으로서 인정하는 견해, 예방적 부작위의무확인소송으로서 인정하는 견해, 당사자소송의 한 형태로서 인정하는 견해 등의 대립이 있다. ② 판례는 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다고 판시한다(대판 1987.3.24, 86누182). ③ 예방적 금지소송은 행정행위의 부작위뿐만 아니라 사실행위 기타의 직무행위에 대한 부작위를 포함하는 소송이므로, 무명항고소송으로서 예방적 금지소송은 부정되거나 공법상 법률관계 일반을 대상으로 하는 당사자 소송의 한 형태로 인정할 수 있다고 보아야 한다.

(3) 사안의 경우

B는 A가 정보공개를 하지 아니할 것을 내용으로 하는 당사자 소송으로서의 예방적 금지 소송을 제기할 수 있다. 당사자 소송에는 항고소송의 집행정지에 관한 규정이 준용되지 않아(행정소송법 제44조 제1항), 민사집행법상 가처분 규정의 준용이 가능해지므로(행정소송법 제8조) B는 A의 부작위를 내용으로 하는 가처분 신청을 할 수 있다.

3. 공개법상의 구제 수단 등

B는 A로부터 공개청구가 있는 사실을 통지받은 날부터 3일 이내에 A에 대하여 자신과 관련된 정보를 공개하지 아니할 것을 요청할 수 있다(공개법 제21조 제1항). B의 비공개 요청에 대해 A가 거부처분을 내리면 B는 이에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.

4. 사안의 해결

B는 예방적 금지소송을 제기할 수 있고, 비공개 요청거부처분에 대한 취소소송을 제기할 수도 있다. 다만 거부처분과 공개결정은 실질적으로 거의 동일

하게 이루어질 것인 점, 판례에 의하면 거부처분에 대한 집행정지는 인정되지 않는 점 등을 고려할 때 예방적 금지소송이 더 실질적인 권리구제 수단일 것이다.

민사법

1. 명의신탁, 상계항변 통합형

甲과 乙은 2005년 겨울 중매를 통하여 알게 된 후 마음이 맞아 2006년 쌍춘년이라는 절호의 기회를 놓칠 수 없다는 생각 하에 2006. 7. 7. 결혼을 하였다. 결혼 후 甲은 노후를 생각하여 재테크를 하기로 마음먹고 성장도시 주변에서 땅을 매입하려고 하였으나 이미 자신이 갖고 있던 아파트가 있어 세금을 우려하여 동생인 丁 명의로 a토지를 매입하기로 생각하였다. 그에 따라 甲과 합의 후에 甲으로부터 1억원을 건네받은 丁은 a토지의 소유자인 丙과 2006.8.15. 매매계약을 체결하고 대금 1억원을 지급하여 그 토지의 등기명의를 丙으로 하여 당일 소유권이전등기를 마치게 되었다. 丙은 甲과 丁의 위약정을 전혀 알지 못하였다. 이후 2006.9.15 甲은 위 토지를 적금처럼 생각하고 있었는데, 乙이 임신을 하여 아이를 낳게 될 예정이 되자 기존 아파트가 좁아 위 토지를 담보로 넓은 아파트를 구입할 생각을 하게 되었고 戊은행과 근저당권설정계약을 하려고 하였다. 그러나 戊은행은 甲은 위 토지의 소유자가 아니므로 근저당을 설정할 수 없다고 하였다. 이에 甲은 丁에게 말하여 근저당을 설정하려 하였으나 丁은 위 토지는 자신의 소유라고 주장하며 거절하였다. 알고 보니 丁은 2006. 9. 1. 돈이 필요하여 사채를 하는 己에게 5천만 원을 차용하였고 당일 그 담보로 우선 위 a토지를 己 명의로 하여 소유권이전을 위한 가등기를 경료하였던 것으로 밝혀졌다. 위 차용금 변제기인 2006.10.15.에 원금 및 이자 월 3%의 금원을 지급하지 않으면 위 토지의 소유권은 己가 갖기로 하였다고 한다. 이후 丁은 돈이 부족하여 결국 변제기인 2006.10.15.에 위 차용원리금을 갚지 못하고 결국 己가 가등기에 기반 본등기를 경료하여 2006.11.1 현재 위 a토지의 등기는 己의 명의로 된 상태이다 (2006.10.15. 및 현재 a토지의 시가는 1억 2천만원에 해당한다.).

1. 2006.11.1. 현재 위 토지의 소유권자는 누구인가. 만일 甲이 소유자가 아니라면 甲의 구제방안을 언급하시오. (35점)