

대 법 원

판 결

사 건 2014추521 조례안재의결무효확인
원 고 행정자치부장관
소송대리인 정부법무공단
담당변호사 서규영 외 1인
피 고 강화군의회
소송대리인 변호사 허은강
변 론 종 결 2016. 7. 21.
판 결 선 고 2016. 9. 22.

주 문

이 사건 소를 각하한다.

소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

피고가 2014. 2. 10. 「강화군 도서 주민 정주생활지원금 지원 조례안」에 관하여 한 재의결은 효력이 없다.

이 유

1. 이 사건 조례안의 재의결 경위

갑 제1 내지 4호증(가지번호 생략)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음 사실을 인정할 수 있다.

가. 피고는 2013. 12. 20. 「강화군 도서 주민 정주생활지원금 지원 조례안」(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)을 의결하여 강화군수에게 이송하였다.

나. 강화군수는 이 사건 조례안에 대한 인천광역시장의 재의요구 지시에 따라 피고에게 이 사건 조례안에 대한 재의를 요구하였고, 피고는 2014. 2. 10. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결하였다.

다. 원고는 2014. 3. 7. 강화군수에게 재의결된 이 사건 조례안에 대한 제소를 지시하였으나 강화군수가 이에 응하지 아니하자, 2014. 3. 21. 이 사건 소를 제기하였다.

2. 이 사건 소의 적법 여부에 관한 판단

가. 관련 법률의 내용

지방자치법 제172조는 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 해당 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있고(제1항), 주무부장관이나 시·도지사는 제1항의 재의요구에 대하여 지방의회에서 재의한 결과 전과 같이 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면, 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다고 규정하고 있다(제4항, 제6항).

나. 지방자치법 제172조 제4항, 제6항의 해석

1) 이와 같은 지방의회 의결의 재의와 제소에 관한 지방자치법 제172조 제4항, 제6

항의 문언과 입법 취지, 제·개정 연혁 및 지방자치법령의 체계 등을 종합적으로 고려하여 보면, 아래에서 보는 바와 같이 지방자치법 제172조 제4항, 제6항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다고 해석하는 것이 타당하다.

가) 지방의회의 재의결에 대한 주무부장관이나 시·도지사의 제소 지시 또는 직접 제소는 해당 지방자치단체의 장의 재의요구에 대하여 지방의회가 전과 같은 내용으로 재의결을 한 경우 비로소 할 수 있는 것이므로, 지방의회의 재의결에 대한 제소 지시 또는 직접 제소 권한(이하 '제소 등 권한'이라고 한다)은 관련 의결에 관하여 해당 지방자치단체의 장을 상대로 재의요구를 지시할 권한이 있는 기관에게만 있다고 해석하는 것이 지방자치법 제172조의 체계에 부합한다.

나) 이와 달리 주무부장관의 경우 재의요구 지시 권한과 상관없이 모든 지방의회의 재의결에 대한 제소 등 권한이 있다고 본다면 시·군 및 자치구의회의 재의결에 관하여는 주무부장관과 시·도지사의 제소 등 권한이 중복됨에도 지방자치법은 그 상호관계를 규율하는 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 주무부장관과 시·도지사의 지도·감독 권한이 중복되는 경우에 관한 지방자치법 제163조 제1항 및 제167조 제1항이 '1차로 시·도지사의, 2차로 행정자치부장관 또는 주무부장관의 지도·감독을 받는다'는 명시적인 규정을 두어 중복되는 권한 사이의 상호관계를 규율하고 있는 입법태도와 명백하게 다르다.

다) 지방자치법은 1949년 제정된 이래 장관이 시·군·자치구의회의 재의결에 대하여 직접 통제·감독 권한을 행사할 수 있도록 하는 규정을 두고 있지 아니하다가, 1994. 3.

16. 법률 제4741호로 개정되면서 현행 지방자치법 제172조 제4항과 유사한 규정을 제159조 제4항으로 신설하였으나, 그 개정이유에서 장관의 감독 권한을 시·군·자치구에 대해서까지 확대하는 것인지에 대하여는 전혀 언급이 없는데, 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제라는 중요한 사항에 관하여 입법자가 아무런 설명 없이 권한의 중복관계에 대한 명확한 규정도 두지 아니한 채로 통제 및 감독 권한을 확장하였다고 보기는 어렵다.

라) 그 밖에 지방자치법은 제16조 제3항 내지 제7항, 제170조 제2항, 제172조 제7항 등에서 주민 감사청구에 따른 감사 절차, 직무이행명령의 대집행, 지방의회 의결에 대한 재의요구 지시의 불이행에 따른 제소 지시 또는 직접 제소에 대하여 '주무부장관이나 시·도지사'의 권한과 후속조치를 규정하고 있는데, 관련 규정의 체계와 형식, 내용에 비추어 보면 위 각 조항들은 각조의 제1항에 따라 주무부장관은 시·도에 대하여, 시·도지사는 시·군 및 자치구에 대하여 각각 일정한 권한을 가지고 있는 것이 전제되어 있음을 알 수 있다.

마) 헌법 제107조 제2항은 "명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다."라고 규정함으로써 명령·규칙에 대한 추상적 규범통제가 아닌 구체적 규범통제를 원칙으로 하고 있으므로, 위법 여부가 문제되는 조례는 사후적으로도 법원에 의한 심사의 대상이 될 수 있다고 할 것이어서, 반드시 주무부장관의 제소 지시 또는 직접 제소 방식에 의하여 조례안에 대한 사전 통제를 해야 할 필요성이 크다고 보기도 어렵다.

2) 이와 같이 지방자치법령의 문언과 체계, 제·개정 연혁, 지방자치단체의 조례에 대한 사후통제 가능성 등을 종합적으로 고려하여 보면, 피고의 이 사건 조례안 재의결에

대하여는 인천광역시장의 강화군수에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있을 뿐, 원고가 강화군수에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수는 없다고 할 것이므로, 이 사건 소는 법률상 근거가 없는 소로서 부적법하다.

3. 결론

그러므로 이 사건 소를 각하하고 소송비용은 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 김창석, 대법관 권순일의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

4. 대법관 김창석, 대법관 권순일의 반대의견은 다음과 같다.

법치국가원리는 모든 국가권력의 행사가 법의 지배 원칙에 따라 법적으로 구속을 받는 것을 뜻한다. 국민이 선출하는 대통령과 국회의원을 포함하여 모든 국가기관은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 된다. 지방자치단체라고 하여 여기에서 예외일 수는 없다. 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있으나(헌법 제117조 제1항), 그 조례제정권은 어디까지나 '법령의 범위 안에서' 이루어져야 한다(지방자치법 제22조). 그리고 여기에서 말하는 '법령의 범위 안에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결, 대법원 2007. 2. 9. 선고 2006추45 판결 등 참조).

지방자치단체의 자주성·자율성은 최대한 존중되어야 하므로 이에 대한 국가의 관여는 가능한 한 배제하는 것이 바람직하다. 그러나 지방자치도 헌법과 법률에 의하여 국가법질서의 테두리 안에서 인정되는 것이고, 지방자치행정도 중앙행정과 마찬가지로

국가행정의 일부이므로, 지방자치단체는 지방자치의 본질을 해하지 아니하는 범위 내에서 어느 정도 국가의 지도·감독을 받지 아니할 수 없다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결 참조).

지방자치법 제172조 제1항은 "지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.", 제2항은 "제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.", 제3항은 "지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.", 제4항은 "주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.", 제8항은 "제1항에 따른 지방의회의 의결이나 제2항에 따라 재의결된 사항이 둘 이상의 부처와 관련되거나 주무부장관이 불분명하면 행정자치부장관이 재의요구 또는 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다."라고 각 규정하고 있다.

이 사건 법률조항의 문언상 지방자치단체의 조례가 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니함을 이유로 대법원에 제소를 하는 경우에 그 제소권자를 주무부장관 또는 시·도지사로 병렬적으로 규정하고 있는 점, 이 사건 법률조항의 취지가 국가가 지방자치행정의 합법성을 감독하고 국가법질서

의 통일성을 유지하려는 데 있다는 점 등에 비추어 보면, 주무부장은 해당 지방자치단체가 '시·도' 또는 '시·군 및 자치구'인지 관계없이 그 제소권을 가진다고 보아야 하고, 다수의견과 같이 '시·도'에 대하여는 주무부장관에게, '시·군 및 자치구'에 대하여는 시·도지사에게만 있다고 해석할 것은 아니다. 만약 이와 달리 주무부장관에게 '시·군 및 자치구' 의회의 조례안 재의결에 대하여 제소할 권한이 없다고 해석한다면, 주무부장은 조례안 재의결이 법령에 위반된다고 판단하는 경우에도 시·도지사가 제소하지 아니하면 그 위법한 상태를 용인할 수밖에 없게 되고, 그 결과 법령 위반 여부가 문제되는 동일한 내용의 조례안이 시·도지사의 제소 여부에 따라 그 효력을 달리하는 결과가 발생할 우려가 있다.

또한 상위법령에 위반된다고 판단되는 경우에도 형식적 요건만 갖추면 일정한 절차를 거쳐 조례로 제정될 수 있도록 하고, 사후적으로 사법심사를 거쳐 무효화되도록 하는 것은 지방행정의 낭비를 초래하고, 자치입법에 대한 주민의 신뢰를 실추시키는 결과를 야기하며, 회복하기 어려운 법질서의 혼란을 가져올 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 이를 사전에 시정하기 위한 제도적 장치로서 지방자치제도의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2007헌바75 결정 참조), 이 점에서도 이 사건 법률조항의 적용범위를 축소하여 해석할 것은 아니다.

나아가 위법 여부가 문제되는 조례가 이 사건과 같이 지방자치단체가 개인 등에 대한 기부·보조 등을 하는 내용의 것이어서 지방재정법 위반 여부가 문제되는 경우라면 다수의견처럼 사후적·구체적 규범통제가 그 위법성 시정을 위한 적절한 수단이 될 수 있는지도 의문이다. 예를 들어, 지방재정법 제17조 제1항은 지방자치단체의 개인 또는

법인·단체에 대한 기부·보조, 그 밖의 공금 지출을 법률에 규정이 있는 경우 등으로 제한하고 있는데, 만약 이에 위반되는 내용의 조례안이 재의결된 경우에 그로 인하여 수혜를 받은 주민이 그 조례의 효력을 다투어 제소하는 예는 상정하기 어려울 것이다. 당해 시·군 및 자치구 주민 이외의 사람은 조례의 적용대상이 아니므로 그 효력을 다투 법률상 이익을 인정받기도 어렵다. 이러한 조례는 일단 시행되고 나면 그 효력 여부가 법원의 심사대상이 될 가능성이 크지 아니하다. 지방의회가 위법한 조례를 제정하였다면 법치국가원리상 그 조례의 효력은 부정함이 마땅하다. 그런데 사후적·구체적 규범통제가 이를 위한 적절한 수단이 되지 못한다면 이 사건 법률조항이 그 제소권자를 주무부장관 또는 시·도지사로 병렬적으로 규정한 문언대로 시·군 및 자치구의 조례안에 대하여도 주무부장관이 직접 제소할 수 있다고 보는 것이 옳다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

재판장

대법원장

양승태

대법관

이인복 퇴임으로 서명날인 불능

재판장
대법원장

대법관

이상훈

대법관 박병대

대법관 김용덕

대법관 박보영

대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영

대법관 조희대

대법관 권순일

주 심 대법관 박상옥

대법관 이기택