

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2023추5160 서울특별시문화재보호조례중 개정조례안 의결 무효
확인

원 고 문화체육관광부장관
소송대리인 변호사 정주교

피 고 서울특별시의회
소송대리인 법무법인 천우
담당변호사 김동건 외 1인

피고보조참가인 서울특별시장
소송대리인 법무법인 화현
담당변호사 장호중 외 2인

변 론 종 결 2025. 6. 12.

판 결 선 고 2025. 11. 6.

주 문

1. 이 사건 소 중 원고의 예비적 청구 부분을 각하한다.
2. 원고의 주위적 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

청 구 취 지

주위적으로, 피고가 2023. 9. 15.에 한 '서울특별시 문화재 보호 조례 일부개정조례안'에 대한 의결은 효력이 없다. 예비적으로, 피고가 2024. 5. 20.에 제정한 '서울특별시 국가유산 보존 및 활용에 관한 조례(서울특별시조례 제9268호)' 중 별지 조문 내용을 규정하지 아니한 부분은 효력이 없다.

이 유

1. 조례안의 의결 및 주요 내용

갑 제1호증부터 제10호증, 을 제1호증(각 가지번호 포함)의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면 다음 사실을 인정할 수 있다.

가. 피고는 2023. 9. 15. '서울특별시 문화재 보호 조례 일부개정조례안'(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)을 의결하여 2023. 9. 18. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)에게 이송하였다. 참가인은 2023. 10. 4. 이 사건 조례안을 그대로 공포하였다.

나. 당시 문화재청장(지금의 국가유산청장)은 2023. 10. 6. 이 사건 조례안이 문화재 보호법 제13조에 위반된다는 이유로 원고에게 재의 요구 지시를 요청하였고, 원고는 참가인에게 재의를 요구하게 하였으나, 참가인은 재의 요구 지시에 불응하였다. 원고는 2023. 10. 17. 이 사건 조례안이 위법하다고 주장하며 지방자치법 제192조 제8항을 근거로 이 사건 소를 제기하였다.

다. 이 사건 조례안은 「서울특별시 문화재 보호 조례」(이하 '이 사건 구 조례'라 한다) 제19조 제5항(이하 '이 사건 조례 조항'이라 한다)을 삭제하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 이 사건 구 조례 제19조 각항의 주요 내용은 다음과 같다.

1) 문화재보호법 제13조에 따른 역사문화환경 보존지역의 범위는 국가지정문화재의 경우 해당 문화재의 외곽경계로부터 100미터 이내, 지정문화재 등은 원칙적으로 해당 문화재의 외곽경계로부터 50미터 이내로 한다(제1항).

2) 건설공사의 인가·허가 등을 담당하는 시장 또는 구청장(이하 '시장 또는 구청장'이라 한다)이 국가지정문화재 또는 지정문화재 등의 외곽경계의 외부 지역에서 시행하려는 건설공사로서 제1항에 따라 시장이 정한 역사문화환경 보존지역에서 시행하는 건설공사에 관하여는, 그 공사에 관한 인가·허가 등을 하기 전에 해당 건설공사의 시행이 지정문화재 등의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 해당하는지 등을 검토하여야 한다(제2항, 제3항).

3) 시장 또는 구청장이 제2항, 제3항에 따라 검토한 결과 해당 건설공사가 일정한 경우에 해당하는 경우 국가지정문화재는 문화재청장과, 지정문화재 등은 시장과 협의를 거쳐 문화재보호법 제35조 제1항 제1호 및 제2호에 해당되는지를 판단하여야 한다(제4항).

4) 시장 또는 구청장은 역사문화환경 보존지역의 범위를 초과하더라도 문화재의 특성 및 입지여건 등으로 인하여 해당 공사가 문화재에 영향을 미칠 것이 확실하다고 인정되면 해당 공사가 문화재 보존에 영향을 미치는지를 검토하고, 문화재 보존에 영향을 미칠 것으로 인정되면 제4항을 준용한다(제5항).

2. 관련 법률의 주요 내용과 그 개정 경과 및 이 사건 조례의 폐지 경과 등

가. 이 사건 조례안 공포 당시 시행 중이던 문화재보호법 제13조 각항의 주요 내용은 다음과 같다.

1) 시·도지사는 지정문화재의 역사문화환경 보호를 위하여 문화재청장과 협의하여 조례로 역사문화환경 보존지역을 정하여야 한다(제1항).

2) 건설공사의 인가·허가 등을 담당하는 행정기관은 지정문화재의 외곽경계의 외부 지역에서 시행하려는 건설공사로서 제1항에 따라 시·도지사가 정한 역사문화환경 보존지역에서 시행하는 건설공사에 관하여는, 그 공사에 관한 인가·허가 등을 하기 전에 해당 건설공사의 시행이 지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 해당하는지를 검토(이하 '문화재 보존 영향 검토'라 한다)하여야 한다(제2항).

3) 역사문화환경 보존지역의 범위는 해당 지정문화재의 역사적·예술적·학문적·경관적 가치와 그 주변 환경 및 그 밖에 문화재 보호에 필요한 사항 등을 고려하여 그 외곽경계로부터 500미터 안으로 한다. 다만, 문화재의 특성 및 입지여건 등으로 인하여 지정문화재의 외곽경계로부터 500미터 밖에서 건설공사를 하게 되는 경우에 해당 공사가 문화재에 영향을 미칠 것이 확실하다고 인정되면 500미터를 초과하여 범위를 정할 수 있다(제3항).

4) 문화재청장 또는 시·도지사는 문화재를 지정하면 그 지정 고시가 있는 날부터 6개월 안에 역사문화환경 보존지역에서 지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 관한 구체적인 행위기준을 정하여 고시하여야 하고(제5항), 그와 같은 구체적인 행위기준이 고시된 지역에서 그 행위기준의 범위 안에서 행하여지는 건설공사에 관하여는 문화재 보존 영향 검토를 생략한다(제7항).

나. 문화재보호법은 2023. 8. 8. 법률 제1959호로 개정되면서(2024. 5. 17. 시행),

그 명칭이 「문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률」(이하 '문화유산법'이라 한다)로 변경되었다. 현행 문화유산법 제13조는 종전 문화재보호법상의 '문화재'를 '문화유산'으로, '문화재청장'을 '국가유산청장'으로, '문화재 보존 영향 검토'를 '국가유산영향진단법 제17조에 따른 약식영향진단평가'(이하 '문화유산 보존 영향 검토'라 한다)로 변경한 것 이외에는 종전 문화재보호법 제13조와 동일한 취지로 규정되어 있다.

다. 한편, 이 사건 구 조례는 2024. 5. 20. 서울특별시조례 제9268호로 폐지되었고, 같은 날 「서울특별시 국가유산 보존 및 활용에 관한 조례」(이하 '이 사건 현행 조례'라 한다)가 제정되어 시행되었다.

이 사건 현행 조례는 종전 문화재보호법을 개정한 문화유산법이 2024. 5. 17. 시행됨에 따라 그 개정에 맞추어 '문화재'를 '국가유산'으로 변경하는 등의 내용을 담은 조례이다. 이 사건 현행 조례 제18조 제1항부터 제4항은 이 사건 구 조례 제19조 제1항부터 제4항의 내용과 실질적으로 동일하고, 이 사건 조례안을 통해 삭제된 이 사건 조례 조항의 내용은 이 사건 현행 조례에도 포함되어 있지 않다.

라. 이후 원고는 2025. 5. 14. '피고가 2024. 5. 20.에 제정한 이 사건 현행 조례 중 별지 조문 내용을 규정하지 아니한 부분은 효력이 없다'는 내용의 이 사건 예비적 청구를 추가하였다.

3. 주위적 청구에 대한 판단

가. 피고의 본안전항변에 대한 판단

1) 피고는, 이 사건 소가 제기된 이후 이 사건 구 조례가 2024. 5. 20. 폐지되었고, 원고는 이 사건 구 조례와 유사한 내용을 담은 이 사건 현행 조례의 제정에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았으므로, 이 사건 조례안에 대한 의결의 무효를 구할 소의

이익이 없다고 주장한다.

2) 판단대상이 되었던 조례안이 개정되거나 폐지되었다고 하더라도 개정 또는 폐지되기 전의 조례안의 내용이 사실상 변경된 바 없이 동일하게 유지되고 있을 경우에는 해당 조례안에 대한 소의 이익은 소멸되지 아니한다. 나아가 조례안의 개정 등으로 법률우위의 원칙 등에 따라 조례안의 위법성을 직접적으로 논할 여지가 소멸하게 되었다 하더라도, 개정 또는 폐지되기 전의 조례안에 의하여 형성된 법률관계가 남아 있거나 또는 다른 지방자치단체에서 해당 조례안과 유사한 내용으로의 조례로 제·개정될 가능성이 있거나 실제 그러한 조례가 여러 지방의회에서 의결된 바 있어 해당 조례안의 위법성 확인에 대한 해명이 필요한 경우에는 예외적으로 소의 이익을 인정할 수 있다(대법원 2024. 7. 25. 선고 2023추5177 판결 참조).

3) 이 사건 구 조례가 폐지되고 이 사건 현행 조례가 제정되어 시행 중이라고 하더라도, 원고가 위법성을 문제 삼고 있는 이 사건 구 조례 중 이 사건 조례 조항의 삭제 상태는 이 사건 현행 조례에서도 그대로 유지되고 있다. 또한 이 사건 조례 조항과 유사한 내용을 담은 조례들이 다른 지방자치단체에 의해 제정되어 시행 중이나, 그 조례들 역시 이 사건 현행 조례와 동일한 취지로 개정될 가능성을 배제할 수 없으므로, 동종의 조례안 의결 또는 재의결 무효소송이 계속될 위험이 있다. 나아가 이 사건 구 조례가 폐지되었더라도 이 사건 조례안 의결에 대한 무효 선언을 통해 궁극적으로 이 사건 현행 조례의 재개정에 영향을 미칠 수 있고, 이는 원고가 이 사건 현행 조례의 제정 당시 이익을 제기하지 않았다고 해서 달리 볼 것도 아니다. 따라서 이 사건 조례안에 대한 의결의 무효를 구할 소의 이익을 예외적으로 인정할 수 있다.

나. 본안에 대한 판단

1) 이 사건의 쟁점

이 사건 조례 조항은 역사문화환경 보존지역의 범위를 초과하더라도 문화재의 특성 및 입지여건 등으로 인하여 해당 공사가 문화재에 영향을 미칠 것이 확실하다고 인정되면 시장 또는 구청장으로 하여금 문화재 보존 영향 검토를 거치도록 하고, 그 검토 결과에 따라 문화재청장의 허가가 필요한지를 결정하도록 하고 있다.

원고 주장과 같이 문화재청장과 협의 없이 이 사건 조례 조항을 삭제하는 것이 법령우위원칙에 위반되기 위해서는, 법령에서 이 사건 조례 조항을 개정하기 위해서는 문화재청장과 협의하도록 규정하고 있거나, 혹은 그와 같은 규정이 없더라도 법령에서 이 사건 조례 조항과 같은 규정을 필수적으로 두도록 규정하고 있어야 한다. 이러한 관점에서 이 사건 조례 조항을 삭제하는 내용의 이 사건 조례안의 효력이 검토되어야 한다.

2) 판단 기준이 되어야 할 법령

지방자치법 제192조 제8항에 근거한 이 사건 소송은 일종의 추상적 규범통제의 성격을 갖고, 그 취지는 '조례에 대한 관계에서 법령의 우위' 내지 '조례의 적법성'을 관철함으로써 헌법이 상정하고 있는 전체 법질서의 통일성을 확보하기 위한 것이다. 따라서 지방자치법 제192조 제8항에 의해 조례안이 법령에 위반되는지 여부가 문제된 소송에서 그에 관한 심사는 변론종결 당시 규범적 효력을 갖는 법령을 기준으로 하여야 한다(대법원 2024. 7. 25. 선고 2023추5177 판결 등 참조).

이 사건의 경우 2024. 2. 13. 법률 제20286호로 개정된 문화유산법 및 2025. 2. 13. 대통령령 제35262호로 개정된 같은 법 시행령에 비추어 이 사건 조례안의 법령 위반 여부를 판단한다.

3) 구체적 판단

가) 지방자치법 제28조 제1항 본문은 "지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 '법령의 범위에서'란 '법령에 위반되지 않는 범위 내에서'를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다(대법원 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결 참조). 따라서 법령의 범위를 벗어나 규정되어 효력이 없는 조례를 개정 절차를 통해 삭제하는 것은 적법한 조례 제·개정 권한의 행사로서 특별한 사정이 없는 한 유효하다.

나) 피고가 이 사건 조례 조항을 삭제하는 내용의 이 사건 조례안을 의결한 것이 법령우위원칙에 위반된다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 우선, 법령에서 이 사건 조례 조항과 같은 내용의 조례 규정을 개정하고자 할 때 국가유산청장과 협의하도록 규정하고 있는 내용은 찾을 수 없다.

(가) 문화유산법은 문화유산의 보존·관리 및 활용에 대하여 '원형유지'를 기본 원칙으로 삼고(제3조), 국가지정문화유산 자체의 현상을 변경하는 행위 또는 국가지정 문화유산의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 하고자 하는 자는 사전에 국가유산청장의 허가를 받도록 규정하고 있다(제35조 제1항).

(나) 한편 문화유산법 제13조는 시·도지사 또는 하역금 지정문화유산의 역사문화 환경 보호를 위하여 국가유산청장과 협의하여 조례로 '역사문화환경 보존지역'을 정하도록 하고(제1항), 건설공사의 인가·허가 등을 담당하는 행정기관(이하 '관할 행정기관'이라 한다)으로 하역금 지정문화유산의 외곽경계의 외부 지역에서 시행하려는 건설공사로서 제1항의 '역사문화환경 보존지역'에서 시행하는 건설공사에 관하여는 그 공사

에 관한 인가·허가 등을 하기 전에 문화유산 보존 영향 검토를 하도록 규정하고 있다(제2항). 더 나아가 문화유산법 제13조는 역사문화환경 보존지역의 범위(제3항), 국가유산청장 및 시·도지사가 역사문화환경 보존지역에서 지정문화유산의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 관한 구체적인 행위기준을 정하여 고시하여야 할 의무(제5항), 그와 같은 행위기준이 고시된 지역에서 문화유산 보존 영향 검토가 생략되는 건설공사의 범위(제7항) 등을 정함으로써, 역사문화환경 보존지역의 보호에 관한 구체적인 절차를 규정하고 있다.

(다) 이와 같이 법령은 역사문화환경 보호를 위하여 역사문화환경 보존지역을 정하는 절차 및 그 범위, 역사문화환경 보존지역 안에서 시행되는 건설공사에 관한 관할 행정기관의 문화유산 보존 영향 검토 의무 및 국가유산청장 등의 행위기준 고시 의무 등을 규정하고 있을 뿐, 역사문화환경 보존지역을 초과하는 범위에서까지 문화유산 보존 영향 검토 절차를 거치도록 규정하거나 이와 같은 내용의 조례가 규정되어 있을 때 이를 개정하기 위해서는 국가유산청장과 협의하도록 규정하고 있지 아니하다.

(2) 다음으로, 관계 법령은 이 사건 조례 조항과 같은 내용의 규정을 반드시 두도록 규정하고 있지도 아니하다.

(가) 앞서 살핀 것과 같이 문화유산법 제13조 제1항은 시·도지사로 하여금 국가유산청장과 협의하여 조례로 '역사문화환경 보존지역'을 정하도록 규정하고 있다. 이는 문화유산법 제35조 제1항 제2호에 따라 국가지정문화유산의 보존에 영향을 미치는 행위에 대하여는 어디까지나 국가유산청장이 허가권을 가지는 것이어서, 지정문화유산에 대하여 문화유산 보존 영향 검토를 거쳐야 하는 지역인 역사문화환경 보존지역의 지정에 있어서도 국가유산청장과의 사전 협의를 거치도록 한 것이고, 다만 이 때 각

지역의 문화유산의 특수성 및 입지여건 등과 개발이 필요한 지역의 기존 토지 이용 현황 및 개발 수요 등을 모두 고려하여 국민 재산권의 보호와 문화유산의 보호 사이에 균형을 유지할 수 있도록 각 지방자치단체별로 역사문화환경 보존지역을 조례로 정할 수 있도록 한 것이다.

따라서 문화유산법 제13조 제1항이 국가유산청장과의 협의를 거쳐 조례로써 정하도록 위임하고 있는 사항은 개별 지정문화유산의 특수성 및 입지여건 등을 고려하여 '역사문화환경 보존지역'의 범위를 정하는 것에 한정되어 있고, 이를 벗어나 '역사문화환경 보존지역'을 초과하는 지역에서의 지정문화유산 보호를 위한 사항까지 국가유산청장과 협의하여 조례로 정하도록 위임하였다고 해석할 수는 없다.

(나) 나아가 문화유산법 제35조 제1항 제2호는 국가지정문화유산의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 하고자 하는 자로 하여금 사전에 국가유산청장의 허가를 받도록 규정하고 있고, 이 때 '국가지정문화유산의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위'에 대하여 같은 법 시행령 제21조의2 제2항은 역사문화환경 보존지역에서 하는 행위(제1호)뿐 아니라, 국가지정문화유산이 소재하는 지역의 수로의 수질과 수량에 영향을 줄 수 있는 수계에서 하는 건설공사 등의 행위(제2호), 국가지정문화유산과 연결된 유적지를 훼손함으로써 국가지정문화유산 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위(제3호), 그 밖에 국가지정문화유산 외곽 경계의 외부 지역에서 하는 행위로서 국가유산청장 또는 해당 지방자치단체장이 국가지정문화유산의 역사적·예술적·학술적·경관적 가치에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하여 고시하는 행위(제5호) 등 역사문화환경 보존지역과 무관한 일정한 행위 역시 규정하고 있다. 따라서 역사문화환경 보존지역을 벗어난 지역이라고 하더라도 문화유산법 시행령 제21조의2 제2항 제2호, 제3호

및 제5호에서 정한 경우에 해당하는 때에는 국가유산청장의 허가를 받아야 한다.

그러나 이 경우에도 문화유산법 제35조 제1항 제2호는 국가유산청장의 허가사항을 규정하고 있을 뿐, 관할 행정기관에 대하여 역사문화환경 보존지역인지와 무관하게 문화유산 보존 영향 검토 의무를 부과하고 있다거나, 이를 전제로 국가유산청장과 협의 또는 동의를 요하고 있지 아니하다.

(다) 한편 이 사건 조례 조항과 같이 역사문화환경 보존지역의 범위를 초과하는 지역에서 이루어지는 건설공사에 대하여 일률적으로 문화유산 보존 영향 검토 의무를 부과하지 않더라도, 해당 건설공사가 문화유산을 훼손, 멸실 또는 수몰시킬 우려가 있거나 역사문화환경의 보호를 위하여 필요한 때에는 국가유산청장은 그 건설공사의 시행자에 대하여 필요한 조치를 취할 수 있다(문화유산법 제12조). 또한 역사문화환경 보존지역의 범위는 원칙적으로 지정문화유산의 외곽경계로부터 500미터 안으로 정하여야 하지만, 문화유산의 특성 및 입지여건 등으로 인하여 그 외곽경계로부터 500미터 밖에서 건설공사를 하게 되는 경우에 해당 공사가 문화유산에 영향을 미칠 것이 확실하다고 인정되면 500미터를 초과하여 범위를 정할 수도 있다(문화유산법 제13조 제3항). 게다가 앞서 살핀 것과 같이 어떤 행위가 국가지정문화유산의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 것으로 인정되면 해당 행위를 하려는 자는 국가유산청장의 허가를 받아야 한다(문화유산법 제35조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제21조의2 제2항). 따라서 이 사건 조례 조항을 삭제한다고 하더라도 문화유산 또는 역사문화환경의 보호에 차질이 초래된다고 볼 수도 없다.

다) 결국 법령에서 이 사건 조례 조항을 개정하기 위해 국가유산청장과의 협의를 거치도록 규정하고 있지 아니하고, 법령에서 이 사건 조례 조항과 같은 내용을 반드시

두도록 규정하고 있지도 아니하다. 따라서 피고가 이 사건 조례 조항을 삭제하는 내용의 이 사건 조례안을 의결하면서 당시 문화재청장(지금의 국가유산청장)과 협의를 거치지 아니하였다 하더라도 법령우위원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 예비적 청구에 대한 판단

가. 이 사건 현행 조례 중 별지 조문 내용을 규정하지 아니한 부분의 무효를 구하는 원고의 예비적 청구에 대하여, 피고는 이 부분 청구는 지방자치법 제192조 제8항에서 정한 제소요건을 갖추지 못하였다는 등의 이유로 부적법하다고 본안전항변을 하므로 살펴본다.

나. 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제3조 제4호, 제45조).

지방자치법 제192조에 따르면, 주무부장관은 시·도 지방의회의 의결에 법령 위반 등의 사유가 있다고 판단되면 해당 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하도록 지시할 수 있고(제1항), 만일 재의 요구 지시를 받은 해당 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의 요구 지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우를 포함)에는 주무부장관이 직접 그 지방의회를 상대로 의결의 효력을 다투는 소를 제기할 수 있다(제8항).

그러나 지방자치법은 주무부장관이 지방자치단체의 장에 대한 재의 요구 지시를 거치지 않고도 직접 지방의회를 상대로 조례 그 자체의 효력을 다투는 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있지 아니하고, 달리 지방자치법상 이러한 소의 제기를 허용하고 있는 근거 규정을 찾아볼 수 없다.

다. 원고가 이 사건 현행 조례의 의결에 대하여 참가인에게 재의 요구 지시를 하였음을 인정할 만한 증거가 없다. 원고가 그와 같은 재의 요구 지시 없이 이 사건 현행 조례에 법령 위반의 사유가 있다고 주장하면서 조례 그 자체의 무효를 구하는 것은 지방자치법상 허용되지 아니하므로, 이 사건 소 중 위와 같은 내용의 예비적 청구는 법률상 근거 없는 것으로서 부적법하다.

5. 결론

이 사건 소 중 원고의 예비적 청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 원고의 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하며, 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태악

 대법관 서경환

주 심 대법관 신숙희

 대법관 마용주

(별지 조문 생략)