

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023추5177 조례안의결무효확인  
원 고 행정안전부장관  
피 고 부산광역시의회  
소송대리인 변호사 김수일  
변 론 종 결 2024. 4. 25.  
판 결 선 고 2024. 7. 25.

주 문

피고가 2023. 9. 25. '부산광역시 옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한  
조례 일부개정조례안'에 관하여 한 의결은 효력이 없다.  
소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

## 1. 사건 개요와 관련 법령

### 가. 사건 개요

1) 피고는 2023. 9. 25. '부산광역시 옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 조례 일부개정조례안'(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)을 의결하여 부산광역시장에게 이송하였다. 부산광역시장은 2023. 10. 11. 이 사건 조례안을 그대로 공포하였다.

2) 이 사건 조례안 제13조의2(이하 '이 사건 조례안 규정'이라 한다)는, 정당이 정당 현수막을 설치·표시하는 경우 '동시에 게시할 수 있는 현수막의 개수는 읍·면·동별로 1개'(제1호), '협오·비방의 내용 및 문구 금지'(제2호)라는 두 개의 기준을 모두 갖추어 지정게시대에 게시하여야 한다는 것이다.

3) 원고는 2023. 10. 12. 이 사건 조례안 규정이 관련 법령에 위반된다는 등의 이유로 부산광역시장에게 재의를 요구하게 하였으나, 부산광역시장은 이에 불응하였다. 이에 원고는 이 사건 조례안 규정의 위법을 주장하며 지방자치법 제192조 제8항을 근거로 이 사건 소를 제기하였다.

### 나. 관련 법령 및 이 사건 조례안 개정 경과

1) 이 사건 조례안의 의결 당시 조례안과 관련된 법령의 내용은 다음과 같다.

가) 구 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」(2024. 1. 12. 법률 제19995호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 옥외광고물법'이라 한다)은 2022. 6. 10. 법률 제18876호로 개정되어 2022. 12. 11.부터 시행되었다(이하, 이 개정을 '1차 개정'이라 한다).

나) 1차 개정의 핵심내용은 구 옥외광고물법 제8조 제8호를 신설한 것이다. 이에 따르면, '정당이 정당법 제37조 제2항에 따라 통상적인 정당활동으로 보장되는 정당의 정

책이나 정치적 현안에 대하여 광고물 등(이하 '정당 현수막'이라 한다)을 표시·설치하는 경우'에는 구 옥외광고물법의 허가·신고에 관한 제3조 및 금지·제한 등에 관한 제4조의 적용이 배제되고, 현수막의 표시 방법 및 기간에 대해서는 대통령령으로 정하도록 하였다.

구 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률 시행령」(2024. 1. 12. 대통령령 제34127호로 개정되기 전의 것) 제35조의2는 위와 같은 위임에 따라 정당 현수막에 표시해야 할 사항과 표시기간을 정하였다.

다) 그런데 이 사건 조례안 규정은 앞서 본 바와 같이 정당 현수막의 설치·표시에 관하여 별도의 기준을 정하였다.

2) 구 옥외광고물법은 이 사건 소송 계속 중 다시 개정되었다.

가) 구 옥외광고물법은 2024. 1. 12. 법률 제19995호로 다시 개정·시행(이하 '개정 옥외광고물법'이라 하고, 이 개정을 '2차 개정'이라 한다)되었다.

나) 2차 개정의 핵심내용은 정당 현수막이 갖추어야 할 요건을 구체적으로 규정한 점에 있다. 정당 현수막에 대한 제3조 및 제4조 적용배제의 특례는 유지하되, ① 정당 현수막은 읍·면·동별로 2개 이내로 설치하고, 다만, 읍·면·동의 면적이 100제곱킬로미터 이상인 경우에는 1개의 현수막을 추가로 설치할 수 있으며, ② 보행자 또는 교통수단의 안전을 저해하는 경우로서 대통령령으로 정하는 장소 외의 장소에 설치하여야 하고, ③ 대통령령으로 정하는 규격, 기간 및 표시·설치 방법을 준수할 것을 규정하였다(제8조 제1항 제8호 단서). 또한, 이에 따라 광고물 등을 표시·설치한 자는 표시·설치 기간이 만료한 경우 광고물 등을 신속하게 철거하여야 하며(제8조 제2항), 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 이를 위반한 광고

물 등에 대하여 제거 등의 조치 권한을 부여하였다(제10조 제1항).

개정된 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률 시행령」 (2024. 1. 12. 대통령령 제34127호로 개정된 것, 이하 '개정 옥외관리물법 시행령'이라 한다) 제35조의2는 위와 같은 위임에 따라 정당 현수막의 설치가 금지되는 장소를 어린이 보호구역 등으로 정하고, 정당 현수막의 규격, 기간 및 표시·설치 방법을 상세히 규정하고 있다.

다) 이후 이 사건 조례안 규정은 2024. 4. 3. 부산광역시조례 제7243호로 개정되었는데, 정당 현수막을 설치·표시하는 경우 동시에 게시할 수 있는 현수막의 개수는 읍·면·동별로 2개(제13조의2 제1항 제1호)로 변경되어 그 기준이 개정 옥외광고물법과 동일하게 되었다. 그러나 혐오·비방의 내용 및 문구 금지(제13조의2 제1항 제2호)라는 기준은 그 내용이 그대로 유지되었고, 구청장·군수는 무분별한 정당 현수막 근절에 적극 노력하여야 하며, 시장은 필요한 경우 현수막 게시대 설치를 위하여 예산을 지원할 수 있다는 규정(제13조의2 제2항)이 신설되었다.

## 2. 원고 주장과 이 사건 쟁점

### 가. 원고 주장의 취지

이 사건 조례안 규정에서 정한 정당 현수막의 표시·설치에 관한 사항은 옥외광고물 법령에서 직접 규정하고 있는 사항이고, 조례로 정할 수 있도록 위임하고 있지도 않으므로, 이 사건 조례안에 대한 피고의 의결은 지방자치법 제28조 제1항에 반하여 무효이다.

### 나. 이 사건의 쟁점

1) 헌법 제117조 제1항은, "지방자치단체는 ... 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규

정을 제정할 수 있다."고 정하고 있고, 지방자치법 제28조 제1항 본문은 "지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다."라고 규정함으로써, 조례에 대한 관계에서 법령우위의 원칙을 선언하고 있다.

2) 따라서 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우 당해 조례가 법령우위의 원칙에 위배되는지 여부가 문제될 수 있다. 원고의 주장처럼 정당 현수막의 표시·설치에 관해서는 관련 법령에서 이를 직접 규율하고 있는데다 조례로 정할 것을 위임하지도 않고 있으므로 피고에게 이 사건 조례안을 제정할 권한이 없다고 볼 것인지, 같은 이유로 이 사건 조례안이 관련 법령에 위배된다고 볼 수 있는지 살펴보아야 한다. 이러한 과정을 거쳐 이 사건 조례안이 헌법 제117조 제1항 및 지방자치법 제28조 제1항 본문을 위반한 것인지 여부를 판단하여야 한다.

### 3. 이 사건 소의 이익에 관한 판단

피고는, 이 사건 소가 제기된 이후 이 사건 조례안 규정이 개정되었으므로, 이 사건 조례안에 대한 의결의 무효 확인을 구할 소의 이익이 없다는 취지로 주장한다.

판단대상이 되었던 조례안이 개정되었다 하더라도 개정된 조례안의 내용이 사실상 변경된 바 없이 동일하게 유지되고 있을 경우에는 개정 전 조례안에 대한 소의 이익은 소멸되지 아니한다. 나아가 조례안의 개정 등으로 법률우위의 원칙 등에 따라 조례안의 위법성을 직접적으로 논할 여지가 소멸하게 되었더라도, 개정 전 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 예외적으

로 소의 이익을 인정할 수 있다.

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 조례안 규정이 개정되었다 하더라도 조례안의 위법성이 문제되고 있는 이 사건 조례안 규정 제2호는 여전히 개정된 조례안 제13조의2 제1항 제2호로 위치를 변경하였을 뿐 그 내용이 동일하게 유지되고 있음을 알 수 있다. 또한 이 사건 조례안 규정 제1호가 개정 옥외광고물법과 그 내용이 동일하게 개정되기는 하였으나, 이 사건 조례안 규정 제1호와 유사한 취지의 조례안이 다른 지방의회에서도 의결되고 있는 등 동종의 무효 확인 소송이 계속될 위험이 있고, 나아가 이는 궁극적으로 개정된 조항의 재개정 여부에 영향을 미칠 수 있다고 할 것이므로, 이에 대해서도 예외적으로 소의 이익을 인정할 수 있다.

#### 4. 본안에 관한 판단

##### 가. 판단기준이 되어야 할 법령

지방자치법 제192조 제8항에 근거한 이 사건 소송은, 조례가 헌법 및 법률 등 상위법규와의 관계에서 효력을 갖는지 여부를 다룰 수 있도록 마련된 것으로 일종의 추상적 규범통제의 성격을 가진다. 그리고 그 취지는 '조례에 대한 관계에서 법령의 우위' 내지 '조례의 적법성'을 관철함으로써 헌법이 상정하고 있는 전체 법질서의 통일성을 확보하기 위한 것으로 볼 수 있다. 따라서 가령 조례안이 그 의결 당시의 법령에 위배된다고 보더라도 이후 법 개정으로 법령 위반의 여지가 사라지면 그런 이유를 들어 조례안의 유효를 선언하고, 반대로 의결 당시의 법령에 부합하는 조례안이라도 이후 법 개정으로 법령에 위반된다고 평가되면 조례안의 무효를 선언하는 것이 이 사건 소송 유형을 제도적으로 마련한 지방자치법 제192조 제8항의 취지에 부합한다. 결국 지방자치법 제192조 제8항에 의해 조례안이 법령에 위반되는지 여부가 문제된 소송에서

그에 관한 심사는 변론종결 당시 규범적 효력을 갖는 법령을 기준으로 하여야 한다.

그렇다면 이 사건의 경우, 개정 옥외광고물법 및 그 시행령에 비추어 이 사건 조례안의 법령 위반 여부를 판단하여야 한다.

#### 나. 구체적인 판단

이 사건 조례안 규정은, 조례에 대한 관계에서 법령의 우위를 명시한 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제28조 제1항 본문에 위배되었다고 본다. 이유는 다음과 같다.

1) 국민의 정치의사형성을 매개하는 정당은 오늘날 민주주의에 있어 필수불가결한 요소이기 때문에 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다(헌재 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정 참조). 이에 헌법은 정당 설립의 자유와 국가의 보호를 규정함으로써(헌법 제8조 제1항, 제3항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있다. 정당의 핵심적 기능이 국민의 의사형성 참여에 있는 까닭에 국민과 밀접한 접촉을 통하여 국민의 의사와 이익을 대변하고 이를 국가와 연결하는 중개자로서의 역할을 수행하기 위해서 정당이 자당의 정책이나 정치적 현안에 대하여 그 입장을 현수막 등을 이용하여 홍보하는 행위는 통상적인 정당활동으로 보장된다(정당법 제37조 제2항).

이처럼 정당 현수막의 표시·설치는 정당과 국민의 정치적 기본권과 밀접하게 연관되어 있다는 점에서, 정당 현수막에 대한 규율을 통하여 정당활동의 자유를 제한할 필요성이 있더라도 그 제한은 원칙적으로 국민의 대표자인 입법자가 스스로 형식적 법률로써 규정하여야 할 사항이다. 따라서 개정 옥외광고물법 제8조 제1항 제8호에도 불구하고 조례로 정당 현수막의 표시·설치 등에 관하여 정할 수 있다고 해석하는 것은 정당활동의 자유에 대한 제한에 있어 고려되어야 할 헌법 원리에 부합하지 않는다.

2) 옥외광고물법의 1차, 2차 개정 경과와 그 내용 등에 비추어 보면, 입법자의 결단 역시 법령을 통하여 직접 정당 현수막의 표시·설치에 관한 사항을 규정함으로써 전국에 걸쳐 통일적이고 일률적으로 규율하려는 취지였음을 알 수 있다.

옥외광고물법이 1차 개정되기 전에는 정당 현수막 역시 옥외광고물로서 옥외광고물법 제3조, 제4조의 적용을 받았는데, 지방자치단체가 이를 근거로 정당 현수막을 단속하여 철거하는 과정에서 단속기준의 모호성이나 법집행의 형평성을 둘러싸고 여러 문제가 제기되는 상황이었다. 즉 옥외광고물법의 1차 개정은, 정당이 정책이나 정치적 현안에 대하여 그 입장을 현수막 등을 이용하여 홍보하는 행위가 헌법과 법률에 의하여 보장되는 정당활동의 자유의 한 내용으로서 보장될 필요가 있음에도 불구하고, 이와 같은 기본권의 법적 보장이 소속 지역마다 달리 규율된다면 형평성의 문제가 초래될 수 있다는 점을 고려하여 법률에서 직접 정당 현수막의 표시·설치에 관한 보장을 규율하기에 이른 것이다.

이와 같은 취지는 옥외광고물법의 2차 개정이 이루어진 계기와 상황을 고려하면 보다 분명해 보인다. 1차 개정으로 구 옥외광고물법 제8조 제8호가 시행되면서 정당 현수막의 설치가 늘어나면서 주민생활의 불편을 초래한다는 지적이 있자, 일부 지방자치단체가 이 사건 조례안처럼 정당 현수막의 표시·설치에 관하여 직접 제한을 두는 조례를 마련하였다. 그러자 각 지방자치단체별 정당 현수막에 대한 단속기준의 형평성에 관한 문제와 더불어 그 조례가 과연 법률적 근거가 있는지 여부에 대해서 논란이 이어졌다. 이러한 사정에 입법자가 적극 대응하여 2차 개정이 이루어진 점을 고려하면, 이는 정당 현수막의 표시·설치에 대한 보장과 제한을 각 지방자치단체의 실정에 맞게 별도로 규율하려는 취지로 보이지는 아니하고, 개정 옥외광고물법에 의하여 정당 현수

막의 표시·설치에 대해서는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보장과 제한을 실시하는 취지라고 보아야 할 것이다.

3) 나아가 개정 옥외광고물법은 정당 현수막에 관한 사항 중 일부를 대통령령에 위임하였을 뿐 달리 조례로 정당 현수막의 표시·설치에 관한 사항을 정할 수 있도록 위임하고 있지도 아니하다. 개정 옥외광고물법 시행령 제35조의2 역시 위임받은 사항을 직접 규정하고 있을 뿐 조례에 정당 현수막의 표시·설치 등에 관하여 위임한 바 없다. 한편, 개정 옥외광고물법 시행령은 법령에서 직접 규정한 사항 외에 현수막의 표시·설치에 필요한 세부 사항은 행정안전부장관이 정하여 고시할 수 있도록 규정하고 있는데(제35조의2 제3항), 이 역시 정당 현수막에 관한 세부적인 사항은 전국적으로 그 기준을 통일하여 마련할 필요성에 기인한 규율구조이다.

4) 이와 같은 점을 종합할 때, 정당 현수막에 관한 규율은 그 본질상 지방자치단체가 법령의 위임 없이도 조례로 규율할 수 있는 사항으로 평가하기 어렵고, 입법자 역시 정당 현수막의 보장과 제한을 직접 규정함으로써 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지라 할 것이며, 달리 조례로 정당 현수막의 표시·설치에 관한 사항을 정할 수 있도록 위임하고 있지도 아니하므로, 하위법령인 조례로서 개정 옥외광고물법령이 정당 현수막의 표시·설치에 관하여 정한 것보다 엄격하게 규정하고 있는 이 사건 조례안 규정은 개정 옥외광고물법령에 위반된다고 할 것이다.

## 5. 결론

위에서 본 바와 같이 이 사건 조례안은 그 일부가 법령에 위반되어 위법하고 이와 같은 경우 이 사건 조례안에 대한 의결은 그 효력이 전부 부인된다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014추19 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2016추5162 판결 참조). 따라서 이

사건 조례안에 대한 의결의 효력 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 인용하고 소송비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            신숙희

                      대법관            이동원

주    심            대법관            김상환

                      대법관            권영준