

지방의회는 행정기관인가?: 국회의원과 지방의회의원의 본질적 차이에 관한 이론적 검토

김한나 | 서울대학교

| 국문요약 |

최근 대법원은 위헌 정당 해산 결정이 있더라도 국회의원과 달리 비례대표 지방의원은 의원직을 자동 상실하지 않는다는 판결을 내렸다. 국회의원은 정치적 역할을 하지만 지방의원은 행정적 역할을 하므로 둘은 본질적으로 다르다는 이유였다. 그런데 이 논리는 과연 타당한가?

이 글은 국회의원과 지방의원의 특성에 관한 기존 사법부의 논리를 비판적으로 검토하고, 두 기관이 위상은 달라도 그 정치적 역할에는 본질적 차이가 없음을 주장한다. 둘 다 선거를 통한 권력 위임과 토론을 통한 의결이라는 대의기관의 특징을 공통으로 갖기 때문이다. 사법부의 인식은 바이마르공화국 시기 탄생한 제도보장이론에 기초한 것으로서, 헌법상 지방자치의 의미를 소극적으로 이해한다는 점에서 한계가 있다. 지방자치를 더 강화해야 한다는 시대적 흐름에 맞추어 헌법과 법률상 자치권의 의미도 재해석될 필요가 있다.

주제어 | 국회의원, 지방의회의원, 민주적 정당성, 지방자치, 지방선거

I. 들어가며

2014년 12월 19일 대한민국 헌정사상 최초로 정부가 청구한 정당해산심판 청구를 인용하여 헌법재판소는 통합진보당에 대한 위헌 정당 해산 결정을 내렸다. 헌법재판소가 내린 통합진보당 해산 청구 사건(2013헌다1) 주문(主文)은 다음과 같은 두 문장으로 구성되어 있다.

1. 피청구인 통합진보당을 해산한다.
2. 피청구인 소속 국회의원 김○희, 김○연, 오○윤, 이○규, 이○기는 의원직을 상실한다.

이에 따라 현재 판결에 관한 학계의 해석과 비판도 주로 위 두 결정에 관한 내용으로 이루어졌다. 즉 통합진보당 해산 판결을 분석 대상으로 삼는 선행 연구들은 크게 두 분야로 구분할 수 있다. 하나는 통합진보당에 대한 현재의 정당 해산 결정이 과연 현재 대한민국의 정치 환경에서 정당성을 갖춘 판결인지 현재 결정의 논리를 이룬바 ‘방어적 민주주의(defensive democracy)’에 관한 이론을 중심으로 하여 비판적으로 검토하는 작업이다(김종현 2020; 송기춘 2014; 이종수 2015; 임지봉 2015; 채진원 2015; 한상희 2014; 홍철기 2014). 그리고 다른 하나는 정당 해산 결정의 후속 조치에 관한 논쟁으로서, 현재의 위헌 정당 해산 결정으로 해산된 정당 소속 국회의원들의 의원직을 박탈하는 조치가 과연 합당한가에 관하여 현재 대한민국의 법체계 안에서 법리를 검토하거나 해외 사례와 비교하는 작업이다(김종세 2015; 이상경 2016; 장영수 2015; 한명진 2018).

그런데 위 주문에서 보는 바와 같이, 2014년 판결 당시 헌법재판소는 해산 결정을 내릴 때 통합진보당 소속 ‘국회의원’의 의원직 상실에 대해서만 판결을 내렸고, ‘지방의회의원’의 의원직 상실 여부에 관해서는 판단을 내리지 않았다. 일차적으로는 위헌 정당 해산 심판의 청구권을 가진 정부가 지방의회의원에 대해

서는 청구를 하지 않았기 때문이지만, 헌법재판소의 직권으로 지방의원 의원직에 관한 판단을 함께 내릴 수 있었음에도 현재는 이 사안에 관한 판단을 내리지 않았다(임지봉 2015; 정연주 2015). 그리고 이에 따라 헌법재판소의 정당해산심판에 의하여 해산된 정당 소속 지방의회의원들도 국회의원처럼 의원직을 상실하는가에 관한 판단은 다시 법원의 몫이 되었고, 아직 선행 연구들에서는 충분히 다루어지지 않은 미지의 영역으로 남게 되었다. 특히 기존 연구들은 국회의원에 관한 논의를 지방의회의원에 확장하여 적용할 뿐, 지방의회의원과 지방자치제도에 관한 특별한 논의를 전개하지 않았다(서범욱 2020).

이러한 상태에서 최근 2021년 4월 29일, 지방의회의원 지위와 관련된 대법원의 판결이 내려졌다. 대법원 판결에 따르면, 헌법재판소의 위헌정당 해산 결정이 있을지라도 국회의원과 달리 비례대표 지방의회의원의 경우에는 의원직을 자동으로 상실하지 않는다. 그리고 그 상반된 결정의 주된 근거로서 국회의원은 국민의 정치적 의사 형성에 관여하는 역할을 담당하지만 지방의회의원은 주로 지방자치단체에서 행정적 역할을 담당하므로 이 두 주체 간에는 그 역할에 있어 ‘본질적인 차이’가 있다는 이유를 거론한다. 즉 국회의원의 역할은 정치 영역에 있는 데 비해 지방의회의원의 역할은 행정의 영역에 있다는 점에서 이 둘의 기능이 근본적으로 다르다는 것이다. 따라서 통합진보당 소속 국회의원은 의원직을 상실하는 것과 다르게 지방의회의원은 의원직을 상실하지 않는다는 것이 법원의 최종 판단이었다.

상기한 사법부 판결의 기저에 놓인 논리에 관하여 본 논문은 비판적으로 접근하고자 한다. 이 글에서는 법리적 차원에서 왜 사법부가 국회의원과 지방의회의원의 역할을 다르게 바라보고 본질적 차이가 있다고 주장하였는지 법조문과 판례를 통해 구체적으로 파악한다. 그리고 대의제에서 선거라고 하는 동일한 양식의 선출방식을 취하는 이상, 국회의원과 지방의회의원 간에는 역할에 있어 본질적 차이가 있지 않음을 주장하고자 한다. 두 유형은 비록 대표하는 대상과 법률적 권한은 다를지라도 선거라는 절차를 거쳐 권력의 위임을 받은 이상 모두 정치

적 역할을 하는 대의제의 의결기관이다. 또한, 이러한 사법부의 인식은 20세기 초 바이마르공화국 시기 역사적 맥락에서 탄생한 제도보장이론에 기초한 것으로서, 헌법상 지방자치의 의미를 소극적으로 이해하고 있다는 점에서 한계가 있을 것을 지적할 것이다.

이러한 논의는 헌법재판소의 통합진보당 해산 결정의 타당성을 검토하는 선행 연구들의 작업과는 별도로 정치학, 특히 지방정치를 연구하는 분야에서 중요하게 다루어질 필요가 있다. 왜냐하면, 이 작업은 ‘지방분권과 지방자치’를 실천하고자 하는 개혁적인 주장들이 애당초 대한민국의 법체계와 정치적 현실 속에서 가능했던 일인지 묻는 근본적인 질문들과 연결되기 때문이다. 또한, 이 작업은 사법부의 법리를 극복할 수 있는 정치 이론의 기초를 개발하는 작업이 되므로 학술적인 의미가 있다.

민주화 이후 한국 사회에서 ‘지방분권’과 ‘지방자치’라는 화두는 시대적 과제로서 우리에게 상당히 규범적으로 인식되고 있고 다양한 국정과제의 형태로도 실천되고 있다. 하지만 이에 비해 지방분권과 지방자치 담론과 제도의 근간을 구성하는 이른바 ‘주민주권’의 개념이나 지방의회의원의 대표성 또는 지방자치 단체의 자치권 등과 같은 개념들의 근원에 관해서는 아직 정치학계에 이론적으로 충분히 견고한 토대가 마련되지 않은 듯하다. 이론의 공백은 향후 지방분권화와 지방자치에 관한 담론과 정책들의 질은 물론이고 실현 가능성마저도 침식시킬 수 있다. 또한, 상기한 위헌정당해산심판 사건과 같은 정치적으로 중대한 사건이 다시 벌어지게 된다면 정치학 이론의 부재는 결국 사법부의 법리적 해석과 판단에 전적으로 의존하고 마는 정치의 사법화를 다시 유발할 수 있으므로 지방의회와 지방의회의원의 위상과 정치적 역할에 관하여 개념을 정립하는 사전 작업은 지방정치 연구에 꼭 필요할 것이다.

II. 정당 해산과 지방의회의원의 의원직 상실에 관한 사법부의 판결

1. 사건 개요

헌법재판소는 2014년 12월 19일 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 이유로 통합진보당을 해산하였고, 그 정당의 소속 국회의원은 의원직을 상실한다는 결정을 하였다. 이때 통합진보당에 소속되어 있던 지방의회의원의 의원직 상실 여부에 대하여는 언급하지 않은 채로 남겨두었다.

그런데 현재의 판결이 있는 다음 2014년 12월 22일 중앙선거관리위원회는 현재의 정당해산판결에 따라서 통진당 소속 비례대표 지방의회의원 6명(전북·광주·전남·여수·순천·해남)도 공직선거법 제192조 제4항에 의하여 현재의 해산 결정에 따른 당적 이탈에 해당하므로 의원직을 상실한다고 의결을 하였다. 그리고 그 사항을 행정자치부장관과 각급 선거관리위원회 및 지방의회 등에 통보하였다. 그리하여 그 결과로, 광역의원 3명과 기초의원 3명 등 모두 6명의 통진당 소속 비례대표 지방의원은 각급의 선관위와 지방의회 의장의 의원직 퇴직 처리 통보를 받게 되었고 남은 임기 동안의 의정 활동을 마칠 수 없게 되었다. 이에 따라 의원직을 상실한 통합진보당 소속 비례대표 지방의원 6명은 2015년 1월 7일, 각급 선관위를 상대로 지방의회의원 퇴직 처분 취소청구 소송과 지방의회의원 지위 확인 소송을 제기했다.

이에 2015년 11월 전주지방법원 1심 판결¹⁾과 2016년 4월 광주고등법원 2심 판결²⁾이 진행되었고, 두 판결에서 각 법원은 모두 원고인 통합진보당 소속 비례대표 지방의원 측의 손을 들어주었다. 그리고 2021년 4월 29일, 대법원이 내린 판결³⁾에서도 앞서 원고가 승소한 판결들이 최종적으로 확정되어, 결국 현재의 위헌 정당 해산 심판과 공직선거법 제192조 4항의 규정 등을 통해 비례대표 지

1) 전주지방법원 제2행정부, 2015구합407 2015.11.25. 선고.

2) 광주고등법원 전주제1행정부, (전주)2015누1125 2016. 4.25. 선고.

3) 대법원, 2016두39825, 2021. 4. 29. 선고.

방의원들까지 의원직을 상실하는 것은 아니라는 결론이 도출되었다.

2. 사법부의 논리

헌법재판소의 통합진보당 해산에 따른 비례대표 지방의회의원의 의원직 상실에 관한 1심과 2심, 그리고 대법원의 판단을 종합하면, 현재의 위헌정당해산결정이 있더라도 곧바로 비례대표 지방의회의원이 당연 퇴직 되는 것은 아니다. 그 이유를 구성하는 논리는 크게 두 축으로 구분된다.

첫 번째는 공직선거법 제192조 제4항에 관한 것으로서, 조문에 명시된 ‘소속정당의 해산’이란 말이 정당의 자발적인 해산과 위헌정당해산심판에 따른 강제해산을 특별히 구분하지 않는다는 것이다.⁴⁾ 공직선거법 제192조 제4항은 비례대표 지방의회의원 등의 퇴직 사유로 당적 이탈 등을 규정하되, 그 당적의 이탈이 소속정당의 합당·해산 또는 제명으로 인한 경우 등에는 그러하지 아니하는 것으로 예외사유를 인정하고 있다.

여기서 ‘해산’은 자진하여 해체하여 없어진다는 의미와 자신의 의사와 무관하게 타인이 없어지게 한다는 강제해산의 의미를 모두 포함한다. 따라서 현재의 위헌 정당 해산 판결에 따른, 즉 비자발적인 해산도 ‘소속정당의 해산’의 개념에 함께 포함되어 있다고 보는 것이 문언상 자연스러운 해석이라는 것이다. 그러므로 통합진보당 비례대표 지방의원들은 공직선거법 제192조 제4항에 따른 의원직 상실 사유에서 제외되는 것이고, 이들이 당연 퇴직으로 처리될 이유는 없다. 이러한 논리는 2015년 11월 25일에 선고한 전주지방법원의 1심 판결문(각주 1)

4) 공직선거법 제192조 ④비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 「국회법」 제136조(退職) 또는 「지방자치법」 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다. 다만, 비례대표국회의원이 국회의장으로 당선되어 「국회법」 규정에 의하여 당적을 이탈한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1995.4.1, 2000.2.16, 2002.3.7, 2005.8.4, 2007.5.11>

에 구체적으로 드러나 있고 선행 연구들에서도 많이 논해진다.

그런데 두 번째는, 본 논문이 중점적으로 살펴보고자 하는 것으로서, 국회의원과 지방의회의원의 역할에 본질적인 차이가 있으므로 헌법재판소의 정당해산결정 효력이 후자에게까지 미치지 않는다는 논거이다. 법원의 판결에 의하면 “국회의원이 국민의 정치적 의사형성에 관여하는 역할을 담당하는 반면 지방의회의원은 주로 지방자치단체의 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 행정적 역할을 담당”한다. 따라서 지방의회의원은 국회의원과 그 역할에 있어 본질적인 차이가 있고, 헌법과 법률이 지위를 보장하는 정도도 다르며, 정당에 대한 기속성(羈束性) 정도 또한 다르다는 것이다. 그러므로 민주적 기본질서를 수호해야 한다는 방어적 민주주의의 이념을 명목으로 삼는다고 할지라도 그 실효성을 확보하기 위해 헌법이나 법률의 근거도 없이 ‘지방의회의원’까지 퇴직하게 만드는 것은 정당하지 못한 처분이라는 뜻이다. 이러한 논지 전개는 2016년 4월 25일에 선고한 광주고등법원의 2심 판결문(각주 2)에 잘 드러나 있는데, 관련 내용을 인용하면 다음과 같다.

나아가 헌법은 국민의 선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된 국회에게 국회에게 국가의 입법(제40조), 재정(제54조, 제59조), 인사 및 국정통제(제62조, 제63조)에 관한 권한을 부여하고, 국회의원에게 국민의 정치적 의사형성에 관여하는 역할을 담당하게 하는 반면, 지방자치단체에게는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리할 권한을 부여하고 있으며(제117조, 제118조), 지방자치법은 “지방자치단체의 사무범위에는 지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등에 관한 사무, 주민의 복리증진에 관한 사무 등이 포함되며”(제9조), “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있으나, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”(제22조)고 규정하고 있다. 위와

같이 국회의원이 국민의 정치적 의사형성에 관여하는 역할을 담당하고 있는 반면, 지방의회의원은 주로 지방자치단체 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 행정적 역할을 담당하므로 지방의회의원은 국회의원과 그 역할에 있어 본질적인 차이가 있고, 헌법과 법률이 지위를 보장하는 정도도 다르며, 정당에 대한 기속성의 정도 또한 동일하다고 할 수 없으므로, 방어적 민주주의의 이념을 강조하여 헌법 또는 법률의 규정도 없이 소속정당이 강제해산되었다는 사정만으로 비례대표지방의회의원이 신분유지의 헌법적인 정당성을 잃게 된다고 단정할 수 없다.

국회의원과 지방의회의원 간 본질적 차이를 강조하는 위 두 번째 논리에 따르면 지방의회는 행정적 역할을 담당하는 기관이고 지방의회의원은 그러한 기관의 구성원이다. 다시 말해 오늘날 대한민국의 법체계 하에서 지방의회는 권력분립론의 원리에 따라 수직적으로는 국회를 견제하고 수평적으로는 지방자치단체장의 행정 집행을 견제할 수 있는 권력 기관이나 대의기관이라기보다는, 지방자치단체 사무 처리의 기능을 나누어 갖는 자치행정기관의 일부로 간주되고 있는 것이다. 바로 이 지점이 법리적 시각에 의해 대표 선출의 정치적 의미가 간과되는 지점이라고 지적하면서, 본 논문은 그렇다면 사법부는 왜 지방의회를 행정적 역할을 담당하는 기관으로 판단하였는지 좀 더 구체적으로 그 근거들을 법조문과 판례를 통해 살펴보고자 한다.

III. 법리적 차원에서 본 국회의원과 지방의회의원 간 본질적 차이

1. 대표성

우선 국회의원과 지방의회의원은 보통·평등·직접·비밀선거를 통해 선출된다는 선임방식의 공통점이 있다. 하지만 국회의원은 ‘국민’을 대표하는 반면 지방의회의원은 ‘주민’을 대표함으로써 각 주체가 권한의 위임을 받는 대상이 서로 다르다. 관념적으로 국민이란 대한민국의 주권이 비롯되는 시원(始原)으로서 국민주권 원리에 따라 헌법은 제1조 2항에서도 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정하고 있다. 그리고 국민의 권리에 대해서는 헌법 제2장의 제10조부터 제36조까지 구체적으로 국민의 기본권을 열거하고 있다. 실질적으로는 대한민국 국적법에 의하여 출생이나 인지, 귀화 등의 법적 요건을 갖춘 자에게 국민의 자격을 부여한다.

헌법 제1조 2항으로 인해 국민은 상당히 추상적인 의미를 지니는 데 비하여 주민(住民)은 그렇지 않다. 주민은 말 그대로 ‘일정한 지역에 살고 있는 사람’으로서 지방자치법으로도 “지방자치단체의 구역에 주소를 가진 자”로 정의된다(제16조). 국민과 달리 헌법상 주민의 권리에 관한 내용은 명시적으로 존재하지 않는다. 대신에 그에 관한 법은 지방자치법 제17조에서 찾을 수 있는데, 이에 따르면 주민의 권리란 국민의 권리처럼 헌법에서 보장하는 기본권의 차원에서 다루어지는 것이 아니다. 어디까지나 ‘법령으로 정하는 바에 따라’ 주민은 지방자치단체 정책참여권, 지자체 재산·공공시설 이용권, 지자체 선거참여권 등을 가지는 것으로 제한적으로만 열거되어 있다.

한편, 주민의 총합이 반드시 국민으로 귀결되는 것도 아니다. 대한민국 영토에서 살고 있는 사람의 비율을 보면, 물론 대한민국의 국적을 가진 인구가 상당수를 차지하지만, 외국인인 주민도 일부 존재하기 때문이다. 즉 지방자치법과 공직선거법, 주민투표법의 내용을 살펴보면 지방자치단체의 구역에 주소를 가진 자

는 그 지방자치단체의 주민 자격이 되므로, 주민의 개념에는 소수의 외국인도 포함되어 있다(김동희 2018; 박균성 2018; 서범옥 2020; 홍정선 2018).

주민에 외국인이 포함될 수 있기 때문에 공직선거법 제15조 제2항 3호에 의하여 대한민국에서 영주권을 취득한 외국인은 취득일 후 3년이 지나면 거주하는 구역에서 지방의회의원과 단체장을 선출할 수 있는 선거권을 갖는다.⁵⁾ 주민투표법 제5조 제1항 제2호에서도 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람은 주민투표권이 있는 것으로 규정하고 있다.⁶⁾ 통·반장에 위촉될 수 있는 사람에 외국인이 주민의 자격을 가지므로 포함될 수 있다고 해석한 법제처 선례도 있다(법제처 2014).

이렇듯, 국회의원이 대표하는 국민과 지방의회의원이 대표하는 주민은 법률적 개념상의 차이가 존재한다. 국민은 국가의 권력이 시작되는 주권자이고 국회는 그러한 주권자가 권력을 위임한 입법기관이지만, 주민은 그러한 주권을 가진 주체로서 헌법이나 법률에 규정된 바가 없다. 게다가 주민의 개념에는 국내 거주하는 외국인이 포함되어 있고, 외국인은 대한민국 주권을 갖는 국민과는 배타적으로 구분된다. 따라서 법리적 관점에서 보면, 주민을 대표하는 대의기관인 지방의회에 비해 국민을 대표하는 대의기관인 국회가 더 우선적인 성질을 갖는다고 여겨지는 것이다.

5) 한국은 영주자격 취득 후 3년이 경과된 외국인에 한하여 지방선거에서 참정권을 허용하고 있다. 이에 따라 2006년 제4회 전국동시지방선거부터 선거권을 가진 외국인이 투표를 행사하고 있고 그 규모도 점점 증가하고 있는 추세이다(김종갑·김유정 2021).

6) 단, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 피선거권의 경우, 해당 지방자치단체의 관할구역에 ‘주민등록이 되어 있는’ 주민을 자격 요건으로 들고 있다. 그런데 주민등록법 제6조에 따라 주민등록의 대상자에서 외국인은 예외로 하고 있으므로 외국인은 지방선거에서 피선거권의 자격이 없다. 외국인은 주민등록이 아닌, 출입국관리법에 따른 외국인등록에 서류 사실을 등록하는 대상이다.

2. 역할과 권한의 차이

한편, 국회의원이거나 지방의회의원이거나 모두 헌법에서 규정하고 있는 헌법기관이라는 점에서 공통점이 있다. 하지만 자세히 들여다보면 국회의원의 권한은 헌법에서 직접적이고 구체적인 방식으로 제도보장을 받는 데 비해 지방의회의원은 그렇지 못하다. 그래서 법리적 차원에서 보면 둘 간에는 보장받는 지위의 차이가 존재하므로 대등한 헌법기관이라 볼 수 없게 된다.

국회의원은 국회의 구성원이고 헌법에서 규율하는 바에 따라 헌법개정 제안 및 의결권(제128조, 제130조), 입법권(제40조), 예산안 심의권(제54조), 재정입법권(제59조), 국정감사 및 조사권(제61조), 탄핵소추권(제65조) 등의 권한을 갖는다. 반면에 지방자치단체 행정의 집행기관과 차별화되는 지방의회만의 고유한 역할과 권한에 대해서는 헌법에서 특별히 다루어지지 않고 있다. 헌법 제117조 제1항에서 지방자치단체가 “주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정”할 수 있는 권한을 갖는다고 명시되어 있으나, 이것은 지방의회만의 고유한 권한이 아닌, 집행기관과 의결기관을 포괄하는 ‘지방자치단체’의 권한이다.

헌법 제117조

- ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

헌법 제118조

- ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
- ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

지방자치법 제28조(조례)

- ① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.
- ② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

지방의회를 언급하는 헌법의 조문은 제118조 제1항인데, 이것도 “지방자치단체에 의회를 둔다.”고 하여 설치에 관한 사항만 정할 뿐이고 제2항에서 지방의회의 조직·권한·의원선거 등에 관한 사항은 법률로 정하도록 규율한다. 이에 따라 지방자치법에서는 지방의회 의결사항에 관한 제47조부터 의회규칙에 관한 제52조까지 지방의회의 권한에 관한 내용을 ‘법률로써’ 구체적으로 규정하고 있다.

한편, 주지하듯 법률의 제정·개정 및 폐지는 ‘국회’의 가장 중요하고 본질적인 권한이기 때문에 결국 지방의회의 권한은 국회가 제정·개정·폐지하는 법률의 범위 안에서 정해지게 된다. 게다가, 지방의회가 지역에서 의결하는 지자체 조례의 내용도 ‘법령의 범위에서’, 즉 국회가 정하는 법률과 행정부가 만드는 시행령의 범위 내에서 제정할 수 있다(지방자치법 제28조). 그래서 조례는 범규범이지만 지방자치단체에서 조례를 제정하는 일은 입법의 영역에 속하지 않고 행정작용에 해당하는 것이 된다. 따라서 법리적 관점에서 지방의회는 국회 같은 입법기관이 아닌 자치행정기관으로서 간주된다(김명식 2015, 78; 홍정선 2018). 그러므로 이렇게 헌법과 법률이 규정하는 역할과 권한, 법률과 조례의 성격 등을 살펴보면 국회의원과 지방의회의원 간에는 질적인 차이가 존재하게 되는 것이다.

3. 관련 판례

상기한 비례대표 지방의원의 의원직 상실 건에서만 아니라, 지방의원의 지위

와 관련 다른 사례들에서도 사법부는 이러한 법리적 근거를 토대로 유사한 판결을 내려왔다. 예컨대 국회의원에 대해서는 개인후원회를 허용하면서 지방의회의원에게는 개인후원회를 금지하는 이유에 관하여, 헌법재판소는 국회의 구성원인 국회의원이 국민의 대표로서 국정 전반에 걸쳐 국민의 추정적 의사를 대변할 책임을 지는 데 반해 지방의회의원의 책임은 해당 지역의 지역 사무에 국한되기 때문에 차별을 두는 것이 정당하다는 판단을 내린 바 있다.

[헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌마576 결정]

시·도의원은 시·도 전체 주민의 대표자이며 시·도의회의 구성원으로서 주민의 개별적·이질적 그리고 다양한 의사와 이해관계를 통합하고 시·도의 의사를 형성하는 역할을 한다. 그러나 국회의 구성원인 국회의원이 국민의 대표로서 국정 전반에 걸쳐 국민의 추정적 의사를 대변할 책임을 지는 데에 반해 시·도의원은 국가의 영토의 일부를 기초로 하는 시·도 의회의 구성원으로서 조례제정, 예산의 심의·확정 기타 법령이 정하는 사항의 의결, 행정사무의 감사·조사 등의 사무를 수행하나(지방자치법 제35조, 제36조 및 제68조 등), 그 활동범위는 해당 시·도의 지역사무에 국한된다. 또 국회의원이 정치를 전업으로 하는데 비해 시·도의원은 무보수의 명예직으로서 별도의 직업에 종사하는 한편으로 지역발전과 지역주민의 복리를 위하여 봉사하는 자로서 정치는 비전업의 부업에 지나지 않는다. 따라서 같은 정치활동이라 하더라도 그 수행하는 정치활동의 질과 양에서 국회의원과 시·도의원 사이에는 근본적인 차이가 있고 그에 수반하여 정치자금을 필요로 하는 정도나 소요자금의 양에서도 현격한 차이가 있을 수밖에 없다.

[헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마301, 430(병합) 결정]

자치구의회의원은 대통령, 국회의원과 그 지위나 성격, 기능, 활동

범위, 정치적 역할 등에서 본질적으로 다르다. 자치구의회의원의 활동 범위는 해당 자치구의 지역 사무에 국한되고, 그에 수반하여 정치자금을 필요로 하는 정도나 소요자금의 양에서도 현격한 차이가 있을 수 밖에 없다. (중략) 자치구의회의원의 경우 선거비용 이외에 정치자금의 필요성이 크지 않으며 선거비용 측면에서도 대통령선거나 국회의원선거에 비하여 선거운동 기간이 비교적 단기여서 상대적으로 선거비용이 적게 드는 점 등에 비추어 보면, 국회의원선거의 예비후보자와 달리 자치구의회의원선거의 예비후보자에게 후원회를 통한 정치자금의 조달을 불허하는 것에는 합리적인 이유가 있다.

한편, 헌법재판소는 행정심판제도에 관한 판결에서도, 대한민국 헌법에서 지방자치를 보장하고 있지만, 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서만 인정되는 것이므로 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독, 통제를 받는 것은 불가피하다고 다음 인용과 같이 판시한 바 있다. 또 강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 사건에서도 헌법 제117조 제1항이 보장하는 자치권의 의미를 해석하면서 지자체의 권한은 법령에 의하여 형성되고 제한된다는 한계점을 밝히고 있다.

[헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바122 결정]

헌법 제117조와 제118조에 의하여 제도적으로 보장되는 지방자치는 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체 간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안 되는 것이며, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기

본권 보장에도 이바지하는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62 참조). 다만, 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서만 인정되는 것이고, 지방행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이므로, 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독, 통제를 받는 것은 불가피하다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78 참조). 만일 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이지만(헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2 참조), 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능하다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78 참조).

[헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정]

헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그 밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로 결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다.

상술한 바와 같이 법리적 차원에서 검토했을 때 드러나는 국회의원과 지방의회의원 간 본질적 차이는 근본적으로 이들이 '어떠한 권리를 가진 이를 대표하는

가'에서부터 발생한다. 국회의원이 대표하는 이는 국가의 주권을 가지고 헌법상 기본권을 보장받는 국민이다. 반면 지방자치단체장과 지방의회의원이 대표하는 이는 주민이며, 주민의 개념은 국가의 영토 중 일부인 지방자치단체의 관할 구역 안에 거주하는 사람으로서 외국인인 주민까지 포함한다. 따라서 국민과 달리, 주권적 권한이나 헌법에서 보장하는 기본권이 주민에게는 부여되어 있지 않다. 그러므로 법률상 주민과 그 주민을 대표하는 지방자치단체 지방의회 및 집행기관의 자치 권한도 어디까지나 법령의 범위 안에 행사할 수 있는 제한적인 권한으로 인식될 수밖에 없다.

IV. 사법부 논리에 대한 비판적 검토

이렇듯 앞 장을 통해 법리적으로 검토할 때 국민과 주민 간 권한의 차이, 법률과 자치법규 간 위계의 차이 등으로 국회의원과 지방의회의원의 역할과 권한에 차이가 파생된다는 점을 확인했다. 그러나 여기서부터는 상기한 사법부의 논리와 그 판단을 세 가지 측면에서 비판하고자 한다.

1. 선거를 통한 선출의 중요성

우선 첫 번째는 국회의원과 지방의회의원 간 역할의 본질적인 차이를 국민과 주민의 위상 차이나 헌법과 법률의 위상 차이로부터 도출하여, 하나는 정치적 기관으로 다른 하나는 행정적 기관으로 구분하는 사법부의 논지 전개가 과연 타당한가 하는 점이다. 상술하였듯 국회의원은 국회에서 국민을 대표하며 헌법에서 보장받은 권한과 역할을 수행하는 데 비해, 지방의회의원은 지방자치단체에 속한 지방의회에서 주민을 대표하며 국회가 제정하는 지방자치법에서 열거된 권한과 역할을 수행한다. 따라서 현행 법체계에서 기관의 위상 면에서 국회가 지방

의회보다 상위의 기관임은 분명하며 이를 부정할 수는 없다.

하지만 이 위상의 차이를 근거로 지방의회를 정치적 기관이 아닌 행정기관이라고 구분할 수는 없다. 왜냐하면, 두 종류의 의회가 서로 대표하는 집단이 다르고 법률 체계상으로 명백한 권한 차이가 있다고 할지라도, 둘 다 ‘선거’라고 하는 매우 특별하고 민주적인 방식을 통해 선출되기 때문이다. 선거는 인민으로부터 권력을 위임받아 그들의 정치적 의사를 대신하여 대표로서 의회에서 권한을 행사하도록 하는 대의 민주주의 제도의 핵심을 구성하는 제도이다. 선거라는 권한 위임 절차를 공통으로 하는 이상 두 유형 간의 역할에 본질적 차이가 있다고 보기는 어렵다.

선거를 통한 대표의 선출이라는 선임 방식이 행위 주체의 본질을 논할 때 왜 결정적으로 중요한 요인인가. 세습이나 하향식 임명과 달리 선거는 권력에 대한 피치자인 인민의 동의를 요구함으로써 공직에 관한 합법적 정당성을 부여하는 민주적인⁷⁾ 과정이기 때문이다. 선거는 인민의 동의를 만들어 내는 제도이고, 근대의 자연법 이론가들은 인민의 동의가 합법적으로 대표에게 권위를 부여할 수 있는 유일한 근원이자 정치적 복종의 근거라는 신념을 공유하고 있었다(Manin 1997). 근대의 대의제 형식을 취하고 있는 한국의 정치체제에도 이러한 정치적 신념이 적용된다. 그렇다면, 국회의원이 국회 구성원으로서 의정 활동을 할 수 있는, 즉 권력의 사용이 가능한 근본적인 이유는 이들이 대표하는 국민이 선거라는 동의를 방식으로 그들에게 권력을 위임해 주었기 때문이다. 마찬가지로, 지방의회의원이 지방의회라는 주민의 권력이 재현(representation)되는 장소에서 주민을 대신하여 조례나 자치법규를 제정하는 등의 의정 활동을 할 수 있는 근본적인 이유도 바로 선거를 통해 주민들로부터 권력 사용에 대한 동의를 얻는 정당화의 과정을 거쳤기 때문이다.

7) 그러나 선거는 세습에 비해서는 민주적이지만 추첨이나 직접 민주주의 체제에 비하여 귀족적 속성을 가지기 때문에 온전하게 ‘민주적인 방식’이라고 표현할 수 없고, 엄밀히 말해 반(半)민주적이다. 대표의 개념에는 민주적 속성과 비민주적 속성이 함께 담겨 있으므로 대의제 민주주의는 야누스적 얼굴을 가지고 있다(Manin 1997).

지방의회의원이나 지방자치단체장이 단지 중앙정부의 부속으로서 행정적 역할을 담당한다고 가정하면, 처음부터 구태여 선거라고 하는, 인민 동의에 의한 권한 위임의 방식을 가질 필요가 없었다. 반면 이들이 선거라는 인민 동의의 방식으로 공직자가 되었다는 점은 그들이 지방자치단체와 지방의회의 현장에서 그 뜻을 대신 표명하고 있는 주체가 중앙부처나 대통령이 아니라 바로 주민들이라는 것을 의미한다. 대의제 정치체제에서 의원이 정치공동체의 대표로 선출되어 활동한다는 것의 이론적인 의미는 의원-유권자의 관계에서 의원이 유권자를 위해 행동해야만 하고, 의원이 하는 일에 유권자를 개입시키며, 의원의 의정 활동의 책임을 유권자에게 지우는 방식으로 행동한다는 것을 의미한다(Vieira and Runciman 2008). 이 양자 간 직접적인 관계성에 있어 중앙행정부처나 대통령, 국회의원 혹은 다른 동료 지방의회의원은 개입되지 않는다.

지방의회가 정말로 행정기관으로서의 기관 정체성을 가지려면 주민에 의한 선거가 아닌 중앙행정기관에 의한 임명으로 권한을 위임받았어야 했다. 한국에서 지방자치제도와 지방선거의 역사를 돌아보면 그러한 하향식 임명이 이루어지던 시기가 없었던 건 아니다. 한국 정치사에서 지방정치제도는 1948년 제헌헌법에서 도입하여 단기간 실시되었지만, 1961년 5·16 군사쿠데타에 의해 중단되었다. 그리고 권위주의 정부에서 지방의회는 해산되었고 지방자치는 명목상으로만 존재하게 되었다. 권위주의 정부에서 전국의 지방자치단체장들은, ‘지방자치에 관한 임시조치법’에 따라 내무부 장관의 제청에 의하여 국무총리를 경유하여 대통령이 임명하는 방식으로 직위를 하달받았기 때문에(엄태석 2016), 이 경우에는 말 그대로 지방자치단체가 중앙행정기관의 하위 기관으로서 정체성을 갖는 경우라고 간주할 수 있겠다.

1987년 민주화 이후 한국에서 지방선거는 1991년 3월 기초의원 선거와 6월 광역의원 선거로 31년여 만에 치러진 지방의회선거를 시작으로 부활할 수 있었다. 그 후 1995년 6월 27일, 지방의회의원과 지방자치단체의 장을 선출하는 제1회 전국동시지방선거가 실시된 이래로 진정한 의미로서의 지방자치가 실시될 수

있는 바탕이 마련되었다(엄태석 2016). 1995년부터 현재에 이르기까지 지방자치 제도에서 선거라고 하는 동의의 절차가 그 자체로 수행될 수 있었던 까닭에 관하여 역으로 추론해보자면, 지방자치단체의 주민에게 각 한정된 지역에 관한 자치의 권한이 주어져 있었기 때문이다.

주권자 혹은 자치권자로서 합당한 권한이 없는 집단에게는 애초에 대표를 선출할 선거권이 주어질 수가 없고, 따라서 그들에게 동의를 구하여 대표를 선출할 필요도 없었을 것이다. 그러므로 지방의회가 지역 자치권자인 주민으로부터 권한을 위임받아 지방의회에서 그들의 뜻을 대의하고 있다는 것은 그 자체로 이들이 정치 권력의 수임 기관임을 의미한다. 따라서 정치적 의사 형성에 관여하는 역할을 한다는 국회와 대비하면서 지방의회는 지방자치단체에서 행정적 역할을 담당하므로 이 둘 간에 본질적 차이가 존재한다는 헌법재판소의 주장은 그 타당성에 한계가 있다. 국회와 지방의회 모두 정치적 기관이며, 그 정치적 위상에 있어 차이가 있다고 해석하는 편이 차라리 더 타당하다. 지금처럼 지방의회를 행정 기관이라고 간주하면 민주적 절차에 따른 지방의회에 대한 유권자 주민의 정당한 권력 위임이 부정되는 결과로 귀결될 수 있기 때문이다.

2. 의결 수단으로서 토론

선거의 중요성과 함께 지방의회를 행정기관이라고 볼 수 없는 또 다른 이유는 의회가 공동체의 구성원을 대표하며 ‘토론’을 거쳐 사안에 관한 의결을 수행한다는 점 때문이다. 토론은 의회를 행정기관과 차별화시켜주는 대의기관으로서의 독특한 특징이다. 현대 대의 민주주의 정치체제에서 토론의 정당화 절차 없이 표결로만 안건을 처리하는 의회란 존재하지 않으며 한국의 지방의회 또한 예외는 아니다.

위계질서와 상명하복의 관계로 체계화된 행정기관과 달리 의회에서는, 적어도 의결을 위하여 토론을 수행하는 공간에서는, 원칙상 대표 간 그러한 수직적인

관계가 성립하지 않는다. 즉 집합적 권위체로서 의회는 다양하고 이질적인 인구 집단의 정치적 의지가 각 대표에 의해 동등하게 현존하도록 도모한 정치적인 공간이다. 이때 의회에서 대표들 간의 관계에는 ‘의지의 평등(the equality of wills)’이라는 수평적 관계 개념이 성립된다. 다시 말해서 의원들이 각자 선출된 지역의 인구를 동등하게 대표하며 의회에 모인 것이기 때문에 의회에서는 한 의원이 자신 개인의 의사를 다른 의원에게 강제할 수 있는 선천적인 권리가 없다. 그런 평등한 상태의 의원들이 모인 의회라는 공간에서 토론은 동의를 만들어 내는 수단으로 작동한다(이관후 2015). 의회에 상정되는 안건들이 중국에는 다수결의 표결로 결정되어 법의 형식을 갖게 되지만, 그 다수결 표결의 합의를 만들어 내는 기제는 바로 의회의 ‘토론’이라는 것이다(Manin 1997).

참고로 밀(John Stuart Mill) 같은 사상가는 법률안이 관료나 비선출 전문가에 의해 기초가 구상되고 작성된다고 할지라도 선출된 집합적 권위체인 의회가 ‘토론’을 통해서 제정할 수 있다면 대의제 원칙이 위반되는 것은 아니라고 생각했고, 이런 점에서 대의제의 의회는 관료제와 양립할 수 있다고 보았다. 이처럼 의회의 핵심적인 기관 정체성은 법률안의 제정보다 ‘토론’에 있다. 마닝에 의하면 “법안이 반드시 토론 기구에 의해서 발의될 필요는 없다. 그러나 심사에 회부되지 않는 한, 어떠한 법안도 통과될 수 없다(Manin 1997, 234-235).”

그러므로 지방의회 역시 의회로서 토론을 수행하는 한, 지방의회를 행정기관이라고 간주할 수 없다. 관료제의 위계관계가 아닌 의원 간 수평적 관계를 전제로 한 상태에서 의원들이 의회에서 토론을 수행하고 그것이 이 의결기관의 핵심 기능과 정체성을 구성하기 때문에 지방의회는 행정기관이 아닌 정치적 대의기관이다. 현행 지방자치법도 제47조에서 토론을 통해 결정하는 사항들에 관해 자세히 규정하고 있으며, 제5장 제7절의 제72조부터 제84조까지 지방의회의 회의에 관한 사항을 따로 규정하고 있다. 지방의회가 행정기관이라면 이와 같은 의결 절차를 가질 특별한 이유가 없다.

3. 제도보장이론에 관한 비판

앞서 ‘선거에 의한 민주적 정당성의 획득’과 ‘의회의 토론에 의한 의결’이란 두 가지 특성을 들어 국회와 지방의회가 모두 정치적 역할을 하는 기관인 점에서 본질적 차이가 없음을 주장하였다. 이와는 다른 차원으로, 이번에는 사법부의 헌법 해석 방식이 제도보장이론에 기반하고 있다는 점에서 근본적인 한계가 있음을 지적하고자 한다.

통합진보당 해산에 따른 비례대표 지방의회의원의 의원직 상실에 관한 판단에서 사법부는, 국회에는 헌법에 입법권을 비롯하여 재정, 인사 및 국정 통제 등 여러 가지 권한들이 부여되어 있는 반면에 지방자치단체에는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 등의 제한적인 권한들만 헌법에 부여되어 있음을 대비하면서 국회를 정치적 역할을 하는 기관으로, 지방의회를 행정적 역할을 하는 기관으로 정의하고 전자의 우월성을 시사하였다.

그런데 지방자치단체의 권한이 헌법에 직접 보장되어 있지 않았다고 해서 지방자치단체나 주민의 자치권을 아예 도출해낼 수 없는 것은 아니다. 다시 말해 지방자치에 관한 헌법 내용을 장래의 법 발전과 법 형성의 방침으로서 적극적으로 해석할 수 있는 대안도 있다는 것이다. 예컨대 주민과 지방자치단체의 자치권은 헌법 제37조에서 말하는 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하는 국민 ‘기본권’의 일종으로서⁸⁾ 지방분권과 지방자치를 강조하는 시대의 흐름에 맞추어 새롭게 인식될 수도 있었다. 그리고 그런 주민의 자치권에 기초해 지방의회를 인식했다면 이를 단순히 행정적 역할을 하는 기관으로 간주하지는 않았을 것이다.

이런 점에서, 지방자치제도에 관한 사법부의 논리는 독일 바이마르공화국 시

8) 이때 외국인 주민이 자치권의 주체가 될 수 있는가에 관해서는 논의할 가치가 있다. 매우 중요한 문제이나 본 논문의 관심사는 아니므로 이 문제는 여기서 자세히 논하지 않는다. 다만, 자치권을 국민 기본권의 일종으로 해석한다면, 외국인과 국민의 권리를 동등하게 취급할 수는 없을 것이다. 현재는 자치권을 국민의 기본권으로 간주하지 않기 때문에 주민의 개념에 외국인까지 포함될 수 있다.

대의 역사적 맥락에 의해서 구성된 제도보장(制度保障) 이론을 바탕으로 정립된 것이며, 거기에 머물러 체제의 현상 유지를 옹호하고 있다고 할 수 있다. 이 사건 뿐만 아니라 기존 판례들을 보면 사법부는 지방자치제도를 헌법상 제도보장의 일종으로 이해하고 있고 그 제도보장의 본질적 내용을 단순히 “주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정”하는 것으로서, 즉 지방자치단체 일반의 존립 유지 보장만을 의미하는 것으로서 인식하고 있다. 다음의 판례를 보면 그러한 인식을 확인할 수 있다.

[헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403 선고]

지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치 사무의 보장이고(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522), 우리 헌법상 자치단체의 보장은 단체자치와 주민자치를 포괄하는 것이다.

그런데 지방자치제도는 제도적 보장의 하나로서(헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317, 339; 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384), 「제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 그러나 기본권의 보장은 ... (중략) ... ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적

보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용」된다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 444-445).

한편, 제도적 보장으로서 주민의 자치권은 원칙적으로 개별 주민들에게 인정된 권리라 볼 수 없으며, 청구인들의 주장을 주민들의 지역에 관한 의사결정에 참여 내지 주민투표에 관한 권리침해로 이해하더라도 이러한 권리를 헌법이 보장하는 기본권인 참정권이라고 할 수 없는 것이다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439-1440). 즉, 헌법상의 주민자치의 범위는 법률에 의하여 형성되고, 핵심영역이 아닌 한 법률에 의하여 제한될 수 있는 것이다.

제도보장이란 “역사적·전통적으로 확립된 기존의 객관적 제도 그 자체의 본질적 내용이 입법에 의하여 폐지되거나 본질이 훼손되는 것을 방지하기 위하여 헌법이 객관적 법규범으로서 보장하는 것”으로 정의될 수 있고, 기본권의 개념과 구분된다(성낙인 2020, 989). 제도보장이론에 따르면, 헌법에서는 절대적·초국가적 자연권으로서의 천부인권인 ‘기본권’과 그러한 절대적인 성격을 담지하지 않고도 객관적 법규범으로 보장되어야 하는 ‘제도보장’이 존재한다.

기본권은 헌법 그 자체의 운명과 동일시되고 헌법 개정 절차를 통해서도 폐지될 수 없는 초월적인 성격을 가지는 양심의 자유, 인격적 자유, 주거의 불가침, 그리고 사적 소유권 등을 의미한다면, 후자인 제도 또는 제도보장은 헌법에서 객관적인 법규범으로 표현되며, 헌법개정절차를 통해 변경될 수 있다. 제도보장의 예로는 대표적으로 지방자치의 보장, 공무원 제도의 보장, 학문·교수의 자유 보장, 대학 신학부의 존치, 일요일·경축일의 보장 등을 들 수 있다(오동석 2000a). 기본권이 자연권으로서 ‘최대한의 보장 원칙’이 적용되는 반면에 후자인 제도보장의 경우는, 제도가 보장하는 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 안에서 입법

자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정하도록 한다는 의미로서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용된다(헌법재판소 1997.4.24. 95헌바48 선고).

제도보장이론에서 이렇게 기본권과 다른 성격의 제도보장을 구분 짓는 까닭은 헌법에서 보장하는 ‘제도’의 본질을 입법자가 법 개정이나 폐지를 통해 그 객관적 범규범의 제도를 훼손하지 못하도록 사전에 예방하기 위함이었다. 사실, 이 제도보장이론은 20세기 초 제1차 세계대전을 종결한 독일의 바이마르 공화국 시기 헌법을 제정하고 해석하는 과정에서 칼 슈미트(Carl Schmitt)에 의해 체계화된 이론이다.

반(反)의회주의 사상가였던 칼 슈미트는 바이마르공화국이 의회 다수파의 결정에 따른 합법적인 체제 변혁의 방식으로 사회주의 체제로 이행하는 것을 매우 우려하였는데, 그러한 체제 변동의 가능성을 사전에 차단하기 위하여 고안했던 이론이 바로 제도보장이론이었다. 자연적 권리인 기본권은 국가에 그 권리를 양도할 수 없기 때문에 문제가 되지 않지만, 기본권이 아닌 헌법에서 규정하는 여러 가지 제도들은 그런 절대성을 갖지 못하므로 입법자의 의결을 통해 변경될 수도 있는 위험이 존재했다. 그래서 칼 슈미트는 사적 소유권을 자유권적 기본권으로 간주하는 동시에 사적 소유제도를 제도보장으로 간주함으로써 그러한 체제 이행의 가능성을 이론적으로 이중 차단할 필요가 있었던 것이다(오동석 2000a).

이와 같은 역사적 맥락에서 탄생한 제도보장이론에 따르면 지방자치제도는 기본권이 아닌, 대표적인 제도보장에 속한다. 그리고 대한민국 헌법에서 무엇이 기본권과 구별되는 제도보장에 해당하는가에 관해서는 학자마다 다소 차이가 있지만 ‘지방자치제도’에 대해서는 제도보장으로 인정한다는 것이 헌법학계 학설과 현재 판례의 다수설을 차지하고 있다(성낙인 2020, 993).

하지만 이렇게 지방자치를 제도보장으로 이해하는 방식에 대한 비판론도 존재해왔다. 그 이유는, 애초에 제도보장이란 본래 역사적으로 확립된 기존의 객관적 제도 그 자체의 본질적 내용이 존재한 상태에서 그것이 입법자에 의해 훼손되는 것을 방지하는 게 목적인데, 과거부터 중앙집권체제였던 대한민국의 정치체제에

서 지방자치제도란 헌법 제정에 따라 비로소 창설된 제도였고, 따라서 역사적 전통에 의해 확립된 지방자치제도의 본질을 구성하는 내용이 애초에 존재할 수 없었기 때문이다(서재호 2020). 그래서 20세기 초 독일 바이마르 공화국 시기 고유한 역사적 맥락에서 탄생했던 제도보장이론을 현재 우리 헌법 해석에 원용해 지방자치제도의 의미를 해석하는 데 의존할 것이 아니라, 헌법 제정자가 의도했던 지방자치제도의 본질적 내용을 어떻게 새롭게 구성할 것인가를 고민해야 한다는 것이다(오동석 2000b).

이런 점에서 지방자치제도 해석에 적용되고 있는 오늘날 제도보장이론은 주권자나 입법자의 영향력으로부터 헌법 해석의 가능성을 원천적으로 차단하면서, 사법부가 지방분권과 지방자치에 관한 판단을 자의적으로 내려도 무방하도록 허용하는 결과를 초래한다는 점에서 한계가 있다.

V. 결론

지금까지 헌법재판소의 통합진보당 해산 결정과 그에 따른 비례대표 지방의회의원의 의원직 상실에 관한 사법부 판결의 논리를 법리적 차원에서 검토하고, 이러한 시각을 세 가지 차원에서 비판하였다. 본 논문의 주장을 정리하면, 사법부는 국회의원과 달리 지방의회의원을 행정적 역할을 담당하는 기관이므로 국회의원과 지방의회의원 간에는 그 역할에 있어 본질적인 차이가 있다고 판시하였지만, 법리에 따른 그러한 논지 전개 방식은 다음과 같은 문제점이 있다.

우선 두 기관 모두 선거를 통해 선출되어 민주적 정당성을 획득한 대의기관이라는 점에서 정치적인 역할을 하므로, 이 점에서 본질적인 차이가 없다. 대의제에서 선거는 유권자로부터 대표에게 정치 권력의 합법적인 위임이 이루어졌음을 의미한다. 그렇다면 그 정치 권력은 본래 국회의원의 경우 국민에게, 지방의회의원의 경우 주민에게 있었다. 지방의회의원이 중앙행정기관의 역할을 대신하는

사무기관에 불과하다면 그 권한의 위임 방식도 선거가 아닌 하향식 임명이 되어야 했다. 하지만 현실에서는 선거를 통한 권한의 위임이 명백히 이루어지고 있으므로 지방의회를 정치적 역할이 아닌 행정적 역할을 하는 집행기관으로 간주할 이유가 없다.

또한, 국회에서든 지방의회에서든 사안을 의결하기 전에 토론의 과정을 반드시 거쳐야 한다는 점이 중요하다. 토론은 구성원 간에 평등한 관계가 성립하고 있음을 의미하기 때문이다. 의회는 다양하고 이질적인 인구 집단을 대표하는 의원들로 구성된 집합적 권위체이며, 그 의회에서는 대표 간 위계적 관계가 성립하지 않는다. 이 점은 수직적인 하향식 명령체계가 작동하는 행정기관이 대의기관이자 의결기관인 의회와 차별화되는 지점이다. 지방의회에서 토론이 다수결의 동의를 얻기 위한 수단으로서 작동하고 있는 이상 지방의회를 행정집행기관으로 간주할 이유는 없다.

한편, 사법부는 지방자치를 제도보장이론에 기초하여 헌법이 보호해야 할 지방자치제도로써 소극적으로 이해하고, 지방자치단체 및 주민의 자치권은 기본권의 하나로 인정하지 않고 있다. 그러나 제도보장이론은 20세기 초 바이마르 공화국 시기라는 역사적 맥락에서 헌법을 다른 정치이념 세력으로부터 수호하기 위하여 고안한 방어이론이므로, 지방자치 개념에 적용하기에는 무리가 있다. 한국은 헌법제정과 함께 지방자치제도가 비로소 성립할 수 있었으므로 입법자로부터 지켜야 할 역사적·전통적 지방자치의 본질적 개념이 애초에 존재하지 않았기 때문이다. 이렇듯, 제도보장이론에 기반한 지방자치에 관한 사법부의 이해는 결과적으로 한정된 지방자치의 실현만을 소극적으로 보장하고 있다. 하지만 점점 지방분권과 지방자치가 강조되고 있는 시대적 흐름에 따라 우리 헌법도 시대의 요청에 맞추어 지방자치에서 주민의 자치권을 좀 더 적극적으로 재해석할 필요가 있을 것이다.

민주화 이후 한국 사회에서 ‘지방분권과 지방자치’라는 화두는 형식적 민주주의의 제도화에서 그친 87년 체제가 앞으로 극복해야 할 시대적인 개혁 과제로서

그 중요성이 줄곧 강조되어왔다. 특히 정치권에서 지방분권과 지방자치에 관한 담론은, 정치적으로는 대통령에게 집중된 중앙정부의 행정 권력을 각 지역으로 분산하고 경제적으로는 수도권으로 초과밀·초집중된 불균형 성장 구조를 타파하여 실질적인 민주화와 지속 가능한 경제발전을 함께 달성해야 한다는 개혁 의지로 표현되어왔다. 그리고 이는 역대 정부에서 행정수도의 이전이나 수도권 공공기관의 지방 혁신도시 이전 등과 같은 다양한 국정과제의 형태로 실천되어왔다.

그런데 이렇게 한편에서는 중앙정치를 중심으로 민주화 이후로 지방분권과 지방자치에 관한 시대적 당위성이 계속 강조되고 있고, 대통령을 비롯한 정치 엘리트와 관료의 주도로 지방분권화를 위한 개혁 정책들이 꾸준히 추진되고 있지만, 안타깝게도 이런 노력들과 별개로 현재 지방분권과 지방자치 담론의 근간을 구성하고 있는 ‘주민주권’이나 ‘자치권’ 등과 같은 자유주의·민주주의 사상과 밀접한 개념들이 현실에서 무엇을 의미하고 어떠한 가치를 지향하는지에 관한 정치적인 이론은 충분히 누적되어 있지 않은 상태이다.

지방분권이 곧바로 민주주의 발전 혹은 자치의 활성화를 의미하지는 않는다. 그렇다면 지방분권과 민주주의가 함께 촉진되기 위해서는 지방의회의 정치적 역할과 대표 기능을 인정하는 한편, 헌법상 자치권의 의미를 개인의 자연적 기본권으로 수용함으로써 좀 더 적극적으로 해석할 필요도 있다. 지역 차원에서의 자유의 의미를 중앙으로부터 소극적 자유를 의미하는 것에서 나아가 중앙에 대한 적극적 자유까지 포괄할 때, 진정한 의미의 지방분권과 지방자치도 가능할 것이다(정병기 2018). 또한, 만약 현재의 헌법과 법률 체계에서 자치권을 기본권으로 인정하는 것에 실질적인 한계가 있다면 지방분권과 주민 자치권을 명시적으로 표명하는 분권형 개헌을 추진하는 것도 고려할 필요가 있다(차재권 2022).

참고문헌

- 김동희. 2018. 『행정법 II(제24판)』 서울: 박영사.
- 김명식. 2015. “지방자치의 본질과 자치입법권에 관한 재고찰.” 『공법학연구』 16권 4호, 69-94.
- 김종갑·김유정. “외국인 지방참정권 현황과 시사점.” 『이슈와 논점』 제1824호, 1-4.
- 김종세. 2015. “위헌정당해산과 의원직 상실여부에 대한 입법정책적 소고.” 『법학연구』 58호, 1-20.
- 김종현. 2020. “우리헌법상 방어적 민주주의의 독자적 인정가능성과 존재의의 — 일반적 법률유보조항과의 관계를 중심으로.” 『공법연구』 48권 3호, 79-107.
- 박균성. 2019. 『행정법론(하) (제17판)』 서울: 박영사.
- 법제처. 2014. “통·반장으로 위촉될 수 있는 사람에 외국인(화교)이 포함되는지 여부.” 『법제소식』 4월호, 11-13.
- 서범욱. 2020. 『정당해산결정과 지방의회의원의 지위』 서울대학교 대학원 법학과 석사 학위 논문.
- 서재호. 2020. “권리, 제도, 주권: 지방자치에서 자치권의 본질에 대한 연구.” 『한국행정학보』 54권 4호, 297-322.
- 성낙인. 2020. 『헌법학 (제20판)』 서울: 법문사.
- 송기춘. 2014. “통합진보당 정당해산심판 사건에 대한 비판적 분석.” 『민주법학』 56호, 97-153.
- 엄태석. 2016. “제3장 우리나라의 지방정치 발전사.” 59-83. 강원택 편. 2016. 『지방 정치의 이해』 서울: 박영사.
- 오동석. 2000a. “제도적 보장론 비판 서설” 『헌법학연구』 6권 2호, 50-68.
- 오동석. 2000b. “지방자치의 제도적 보장론 비판.” 『공법연구』 29권 1호, 219-234.
- 이관후. 2015. “정치적 정당성의 기초에 대한 비판적 검토: 법, 동의, 정의, 토의를 중심으로.” 『현대정치연구』 8권 2호, 97-123.
- 이상경. 2016. “위헌해산정당 소속 국회의원 및 지방의회 의원의 자격상실 여부에 대한 헌법적 고찰.” 『서울법학』 24권 1호, 35-66.

- 이종수. 2015. “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론: 통합진보당에 대한 정당해산심판과 관련하여.” 『법과 사회』 48호, 217-248.
- 임지봉. 2015. “헌법재판소의 통합진보당 해산 결정에 대한 분석과 평가.” 『법학논총』 33집, 369-387.
- 장영수. 2015. “통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제.” 『고려법학』 76호, 111-148.
- 정연주. 2015. “통합진보당 해산결정에 대한 검토.” 『입법과 정책』 7권 1호, 219-255.
- 정병기. 2018. “지방 분권과 민주주의: 민주주의 발전을 위한 지방 분권의 이론과 요건.” 『한국과 국제정치』 34권 1호, 1-24.
- 차재권. 2022. “자치분권의 새로운 패러다임과 미완의 과제: 지방분권형 개헌의 필요성.” 『전부개정 지방자치법 시행에 따른 자치분권과 지역정치의 전망과 과제』 113-146. 한국정치학회 학술회의. 서울. 1월.
- 채진원. 2014. “정당민주주의 수호를 위한 공화주의적 방어: 독일과 한국의 위헌정당해산 비교논의.” 『한국정치학회보』 49권 4호, 241-266.
- 한명진. 2018. “위헌정당 소속 의원의 자격상실에 대한 비교법적 검토.” 『공법학연구』 19권 3호, 109-140.
- 한상희. 2014. “위헌정당해산심판제도, 그 의미와 문제점: 통합진보당 사건과 관련하여.” 『민주법학』 54호, 369-430.
- 홍정선. 2018. 『신지방자치법 (제4판)』서울: 박영사.
- 홍철기. 2014. “통합진보당 해산 판결과 민주 헌법의 이론.” 『진보평론』 63호, 73-95.
- Manin, Bernard. 1997. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press. 광준혁 역. 2015. 『선거는 민주적인가: 현대 대의민주주의 원칙에 대한 비판적 고찰』 서울: 후마니타스.
- Vieira, Mónica Brito, and David Runciman. 2008. *Representation*. Polity Press. 노시내 역. 2020. 『대표: 역사, 논리, 정치』 서울: 후마니타스.

A Theoretical Review on the Fundamental Differences Between National Assembly Members and Local Council Members

Kim, Hanna | Seoul National University

In the aftermath of the Constitutional Court's ruling on dissolution of the unconstitutional party in 2014, proportional local council members of the Unified Progressive Party lost their membership. However, in this case, the Supreme Court recently ruled that unlike National Assembly members, the membership of proportional local councilors is not automatically deprived. According to the Supreme Court, this is because local council members play an administrative role in contrast to the political role of National Assembly members. But is this logic really valid?

This study critically reviews the logic of the judgment from a political point of view, and argues that there is no essential difference in the roles between National Assembly members and local council members. Although both types have different mandates and legal powers, they are representative institutions that play a political role since their legitimacy on power has been democratically approved through the election process. In addition, the court's perception is based on a theory of 'institutional guarantees' born in the historical context of the Weimar Republic in the early 20th century, and their judgment has limitations as they passively understand the meaning of local autonomy in the Constitution. If decentralization and local autonomy are essential concepts in the present era, the meaning of autonomy in the constitution needs to be actively reinterpreted in line with this trend of the times.

Key Words | National Assembly Member, Local Council Member, Democratic Legitimacy, Local Democracy, Local Election