지방의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 사법심사 대상성[1)]

1. 사건개요

이와누마시의회(이하 '시의회'라 한다)의 의원이었던 X(원고·항소인·피상고인)가 시의회로부터 부과된 23일간의 출석정지 징벌(이하 '본건 처분'이라 한다)이 위헌, 위법하다고 하여 Y(이와누마시, 피고·피항소인·상고인)를 상대로 ①그 취소를 청구하는 동시에, ②의회 의원의 보수, 비용변상 및 기말수당에 관한 조례(2008년 이와누마시조례 제23호, 이하 '본건 조례'라 한다)에 근거하여 감액된 의원보수 감액분의 지급과 지연손해금을 청구한 사안이다.

X는 2015년 12월 20일에 치러진 시의회 의원의 임기 만료에 의한 일반선거에서 당선되었으며, 본건 처분 당시 시의회 의원이었던 자이다. 시의회의 정례회 횟수는 이와누마시의회 정례회 횟수에 관한 조례(1956년 이와누마시조례 제78호)에 의해 매년 4회로 되어 있으며, 그 회기는 이와누마시의회 회의규칙(1995년 이와누마시의회 규칙 제1호)에 의해 매 회기 초에 의회의 의결로 정하도록 되어 있다.

2016년 6월에 소집된 정례회(이하 '6월 정례회'라 한다)의 회기는 같은 달 14일부터 같은 달 23일까지 10일간, 같은 해 9월에 소집된 정례회(이하 '9월 정례회'라 한다)의 회기는 같은 달 6일부터 같은 달 28일까지의 23일간으로 정해졌다.

본건 조례에 따르면 시의회 의원의 보수는 월액 36만 3000엔으로(제2조), 일정기간 출석정지의 징벌을 받은 의원의 보수는 출석정지 일수분을 일할계산에 의해 감액하도록 규정하고 있다(제6조의2, 제3조 제3항).

X와 동일한 회파(會派)에[2)] 속하는 A의원은 해외 출국을 위해 2016년 4월

1) 2020년 11월 25일 최고재판소 대법정 판결(平成30年(行ヒ)第417号, 출석정지처분취소등청구사건).
2) 의원(議院)내에서 활동을 함께 하고자 하는 의원들로 구성된 단체로, 우리나라의 원내교섭단체에 해당한다. 2명 이상의 의원으로 결성할 수 있는데, 같은 정당에 소속하는 의원들로 구성되는 것이 일반적이나, 무소속 의원들끼리 회파를 결성하거나 복수의 정당이 하나의 회파를 결성하기도 한다.

25일에 실시된 시의회의 교육민생상임위원회에 결석했다. 시의회는 동년 6월 14일, 6월 정례회에서 A의원에게 상기 결석에 대해 의결에 따라 공개 회의장에서 사과하도록 하는 징벌을 부과했다. 이에 A의원은 시의회 의장(議場)에서 사과문을 낭독했다.

X는 2016년 6월 21일, 시의회의 의회운영위원회에서 A의원이 사과문을 낭독한 행위에 관해 '낭독한 것은 사실이지만, 낭독한 내용은 사실이 아닙니다. 또한 만약 낭독하지 않으면 다음 징벌이 있습니다. 이를 정치적 타협이라고 합니다. 정치적으로 타협했습니다.' 라는 발언(이하 '본건 발언'이라고 한다)을 하였다.

시의회는 6월 정례회 마지막 날인 2016년 6월 23일, 본건 발언을 문제삼아 같은 달 22일에 제출된 X에 대한 징벌 동의를 폐회 중에 계속 심사하기로 하고, 징벌특별위원회의 심사를 거친 후, 같은 해 9월 6일, 소집된 9월 정례회에서 X에게 본건 발언에 대해 의결에 따라 23일간 출석 정지의 징벌을 과한다는 취지의 본건 처분을 했다. 이에 Y는 2016년 9월 21일, X에게 본건 조례에 의거하여 본건 처분에 의해 출석정지된 23일간의 금액에 상당하는 27만 8300엔을 감액하고 의원 보수를 지급했다.

원심은[3] 보통지방공공단체 의회 의원에 대한 지방자치법 제135조 제1항 제3호[4] 소정의 출석정지 징벌의 적부는 의원 보수의 감액을 수반하는 경우에는 사법심사의 대상이 되며, 본건 처분의 취소 및 의원 보수의 지급을 청구하는 소는 적법하다고 하여, 이를 부적법하다고 판단한 제1심 판결을[5] 취소하고, 본건을 제1심으로 환송하였다.

이에 Y는 원심의 판단은 보통지방공공단체의 의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 적부는 일률적으로 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판단한 종래의 최고재판소 판결에[6] 반한다고 주장하였다.

---

3) 仙台高判2018(平30)・8・29判時2395号42頁.
4) **지방자치법 제135조(징벌의 종류, 징벌동의, 제명결의)** ① 징벌은 다음과 같다. 3. 일정기간의 출석정지.
5) 仙台地判2018(平30)・3・38判時[参]2395号45頁.
6) 最高裁1959(昭34)(オ)第10号同1960(昭35)・10・19大法廷判決・民集14巻12号2633頁.

2. 판결주문

(1) 상고를 기각한다.

(2) 상고비용은 상고인의 부담으로 한다.

3. 판결이유

[법정의견(재판관 15인 전원일치)]

(1) 보통지방공공단체의 의회는 지방자치법 및 회의규칙과 위원회에 관한 조례를 위반한 의원에게 의결에 의해 징벌을 부과할 수 있는바(동법 제134조 제1항),[7] 징벌의 종류와 절차는 법정되어 있다(동법 제135조). 이러한 규정 등에 비추어 볼 때 출석정지 징벌을 받은 의원이 그 취소를 청구하는 소는 법령의 규정에 근거한 처분의 취소를 요구하는 것으로, 그 성질상 법령의 적용에 의해 종국적으로 해결할 수 있다고 해야 할 것이다.

(2) 1) 헌법은 지방공공단체의 조직과 운영에 관한 기본원칙으로서[8] 시책을 주민의 의사에 근거하여 실시해야 하는 이른바 주민자치의 원칙을 채용하고 있으며,[9] 보통지방공공단체의 의회는 헌법에 설치 근거를 둔 의사기관으로서 주민의 대표인 의원으로 구성되고, 소정의 중요사항에 대해 해당 지방공공단체의 의사를 결정하는 등의 기능을 가진다.[10] 또한 의회의 운영에 관한 사항은 의사기관으로서의 자주적이고 원활한 운영을 확보하기 위해 그 성질상 의회의 자율적인 권능이 존중되어야 하는바, 의원에 대한 징벌은 회의체로서의 의회내 질서를 유지하고 그 운영을 원활하게 하는 것을 목적으로 부과되는

---

7) **지방자치법 제134조(징벌의 원칙)** ① 보통지방공공단체의 의회는 이 법률과 회의규칙 및 위원회에 관한 조례에 위반한 의원에 대하여 의결로써 징벌을 과할 수 있다.

8) **헌법 제92조** 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 취지에 따라 법률로 정한다.

9) **헌법 제93조** ② 지방공공단체의 장, 의회 의원 및 법률이 정하는 그 밖의 공무원은 지방공공단체의 주민이 직접 선거로 선출한다.

10) **헌법 제93조** ① 지방공공단체에는 법률이 정하는 바에 따라 의사기관으로서 의회를 설치한다.

것이며, 그러한 권능은 상기의 자율적인 권능의 한 내용을 구성한다.

2) 한편, 보통지방공공단체의 의회 의원은 해당 보통지방공공단체의 구역 내에 주소를 둔 자의 투표에 의해 선출되고(헌법 제93조 제2항, 지방자치법 제11조,[11] 제17조,[12] 제18조[13]), 의회에 의안을 제출할 수 있으며(지방자치법 제112조),[14] 의회의 의사(議事)에 대해서는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 출석 의원의 과반수로 이를 결정할 수 있다(동법 제116조).[15] 나아가 의회는 조례의 제정과 개폐, 예산의 확정, 소정의 계약을 체결하는 등의 사건을 의결해야 하고(동법 제96조)[16], 그 외에도 해당 보통지방공공단체의 사무관리, 의결 집행과 출납 여부를 검사할 수 있으며, 동 사무에 관한 조사를 실시할 수 있다(동법 제98조,[17] 제100조)[18]. 의원은 헌법상의 주민자치 원칙을 구현하기 위해

---

11) **지방자치법 제11조(주민의 선거권)** 일본국민인 보통지방공공단체의 주민은 이 법률이 정하는 바에 따라 그 소속하는 보통지방공공단체의 선거에 참여할 권리를 가진다.

12) **지방자치법 제17조(의원 및 장의 선거)** 보통지방공공단체의 의원 및 장은 따로 법률이 정하는 바에 따라 선거인이 투표에 의하여 이를 선거한다.

13) **지방자치법 제18조(선거권)** 만20세 이상의 일본국민으로서, 계속하여 3개월 이상 시정촌 구역 내에 주소를 가진 자는 따로 법률이 정하는 바에 따라 그에 속하는 보통지방공공단체의 의회 의원 및 장에 대한 선거권을 가진다.

14) **지방자치법 제112조(의원의 의안제출권)** ① 보통지방공공단체의 의회 의원은 의회에서 의결하여야 할 안건에 관하여 의안을 제출할 수 있다. 다만, 예산에 관하여는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정에 의하여 의안을 제출하는 때에는 의원정수의 8분의 1 이상의 찬성을 얻어야 한다. ③ 제1항의 규정에 의한 의안의 제출은 문서로 하여야 한다.

15) **지방자치법 제116조(표결)** ① 이 법률에 특별히 규정된 경우를 제외하고, 보통지방공공단체의 의사는 출석의원 과반수로 의결하고, 가부동수인 때에는 의장이 이를 결정한다. ② 전항의 경우에 의장은 의원으로서 의결에 참가할 권리를 가지지 아니한다.

16) **지방자치법 제96조(의결사항)** ① 보통지방공공단체의 의회는 다음 사항을 의결하여야 한다. 1. 조례의 설정 및 개폐 2. 예산의 확정 3. 결산의 인정 4. 법률 및 이에 의하여 제정된 법령에 규정된 경우를 제외한 지방세의 부과징수, 분담금, 사용료, 가입금 또는 수수료의 징수에 관한 사항 5. 종류 및 금액에 관하여 정령으로 정한 기준에 따라 조례로써 정하는 계약의 체결 6. 조례로 정한 경우를 제외하고 재산을 교환하거나 출자의 목적 또는 지급수단으로 사용하거나, 적정한 대가없이 이를 양도 또는 대부하는 사항 7. 재산을 신탁하는 사항 8. 제6호 및 제7호에 정한 것 이외에 그 종류 및 금액에 대해서 정령으로 정하는 기준에 따라 조례로 정한 재산의 취득 또는 처분 9. 부담부 기부 또는 증여의 수수 10. 법률 또는 이에 기한 정령이나 조례에 특별히 규정된 경우를 제외하고, 권리를 포기하는 사항 11. 조례로 정하는 중요한 공공시설에 관하여 조례로 정하여 장기적, 독점적으로 이용을 하게 하는 사항 12. 보통지방공공단체가 당사자로 되어 있는 심사청구, 기타 불복신청, 소의 제기, 화해, 알선, 조정 및 중재에 관한 사항 13. 법률상 그 의무에 속하는 손해배상의 금액을 정하는 사항 14. 보통지방공공단체의 구역 내에 있는 공공적 단체 등의 활동을 종합 조정하는 사항 15. 기타 법률 또는 이에 기한 정령에 의하여 의회의 권한에 속하는 사항 ② 전항에 제기된 사항을 제외하고, 보통지방공공단체는 조례에 의하여 보통지방공공단체에 관한 사항에 대해 의회에서 의결하여야 할 사항을 정할 수 있다.

17) **지방자치법 제98조(검열 및 검사, 감사의 청구)** ① 보통지방공공단체의 의회는 당해 보통지방공공단체의 사무에 관한 서류 및 계산서를 검열하고, 당해 보통지방공공단체의 장, 교육위원회, 선거관리위원회, 인사위원회 또는 공평위원회, 농업위원회 또는 감사위원, 기타 법령이나 조례에 기한 위원회 또는 위원 보고를 청구하여 사무의 관리, 의결의 집행 및 출납을 검사할 수 있다. ② 의회는 감사위원에 대하여 당해 보통지방공공단체의 사무에 관한 감사를 요청하고, 그 결과의 보고를 청구할 수 있다.

의회가 수행하는 상기의 각 사항 등에 대해 의사(議事)에 참여하고 의결하는 등 주민의 대표로서 그 의사(意思)를 해당 보통지방공공단체의 의사결정에 반영시킬 수 있도록 활동할 책무를 진다.

3) 출석정지의 징벌은 상기의 책무를 지는 공직선거에 의한 의원에게 의회가 그러한 권능에 대해 과하는 처분으로, 출석정지가 부과되면 해당 의원은 그 기간 동안 회의와 위원회에 출석하는 것이 정지되고, 의사에 참여하여 의결에 참가하는 등 의원으로서의 핵심적인 활동을 할 수 없어 주민에게 위탁받은 의원으로서의 책무를 충분히 다할 수 없게 된다. 이러한 출석정지 징벌의 성질과 의정활동에 대한 제약의 정도에 비추어 보면 이는 의원의 권리행사의 일시적 제한에 지나지 않는다고 하여 그 적부가 전적으로 의회의 자주적, 자율적인 해결에 맡겨져야만 한다고는 할 수 없다.

그렇다면 출석정지 징벌은 의회의 자율적인 권능에 근거하여 이루어진 것으로서 의회에 일정한 재량이 인정되어야 하지만, 재판소는 항상 그 적부를 판단할 수 있다고 해야 한다.

따라서 <u>보통지방공공단체의 의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 적부는 사법심사의 대상이 된다고 해야 한다.(원문하선)</u>

이와 다른 취지의 상고인이 인용하는 최고재판소 대법정 1960년 10월 19일 판결과 그 밖의 최고재판소의 판례는 모두 변경해야 할 것이다.

이상과 같이 시의회 의원인 피상고인에게 출석정지의 징벌인 본건 처분의 적부는 사법심사의 대상이 되므로, 본건 소송 중 본건 처분의 취소를 청구하는 부분은 적법하며, 의원 보수의 지급을 청구하는 부분도 당연히 적법하다. 그렇다면 본건 소가 적법하다고 한 원심의 판단은 결론적으로 긍정할 수 있으며, 상고인의 주장은 받아들일 수 없다.[19]

---

18) **지방자치법 제100조(조사권, 출두증언 및 기록제출 청구, 정부의 간행물 송부, 도서실 설치)** ① 보통지방공공단체의 의회는 당해 보통지방공공단체의 사무에 관한 조사를 하고, 선거인 및 기타 관계인의 출두 및 증언과 기록의 제출을 청구할 수 있다.

19) 본건에 대해 최고재판소는 본안에 대한 판단 없이 적법요건 판단만 하였다.

따라서 재판관 전원일치의 의견으로 주문대로 판결한다. 덧붙여 재판관 宇賀克也(우가 카츠야)의 보충의견이 있다.

[보충의견(재판관 1인)]

나는 법정의견에 찬성하지만 지방의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 사법심사에 대해 보충하여 의견을 개진하고자 한다.

(1) 법률상의 쟁송

법률상의 쟁송은 ①당사자 간의 구체적인 권리의무 내지 법률관계의 존부에 관한 분쟁이며, 또한 ②분쟁이 법령의 적용에 의해 종국적으로 해결할 수 있는 것에 한정된다고 판단한 최고재판소 판례에[20] 비추어, 지방의회 의원에 대한 출석정지의 징벌 취소를 청구하는 소가 ①, ②의 요건을 충족하는 이상 법률상의 쟁송에 해당함은 명백하다고 생각한다.

법률상의 쟁송은 헌법 제32조에[21] 의해 국민에게 재판을 받을 권리가 보장되어 있으며, 법률상의 쟁송에 대해 재판을 행하는 것은 헌법 제76조 제1항에[22] 의해 사법권에 부과된 의무이기 때문에, 본래 사법권을 행사하지 않는 것은 허용되지 않으며, 사법권에 대하여 외재적 제약이 있다는 이유로 사법심사의 대상에서 제외하는 것은 이와 같은 예외를 정당화하는 헌법상의 근거가 있는 경우로 엄격하게 한정될 필요가 있다.

(2) 국회와의 차이

국회는 국가권력의 최고기관으로서의[23] 자율성을 헌법이 존중하고 있음이 명확하며, 헌법에서 의원(議員)의 자격쟁송의 재판권을 의원(議院)에 부여하고,[24]

---

20) 最高裁1976(昭51)(オ)第749号同1981(昭56)・4・7第三小法廷判決・民集35巻3号443頁.
21) **헌법 제32조** 누구든지 재판소에서 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다.
22) **헌법 제76조** ① 모든 사법권은 최고재판소 및 법률이 정하는 바에 따라 설치되는 하급재판소에 속한다.
23) **헌법 제41조** 국회는 국가권력의 최고기관으로서 국가의 유일한 입법기관이다.
24) **헌법 제55조** 양원은 각각 그 의원의 자격에 관한 다툼을 재판한다. 다만, 의원의 의석을 박탈하는

의원(議員)이 의원(議院)에서 행한 연설, 토론 또는 표결에 대해 원외에서의 면책규정을 두고 있다.[25] 그러나 지방의회는 헌법 제55조와 제51조와 같은 규정이 마련되어 있지 않으며, 헌법은 자율성의 관점에서 국회와 지방의회를 동일시하고 있지 않다는 것은 명백하다.

(3) 주민자치

지방의회의 자율성의 근거를 헌법에서 찾는다면 헌법 제92조의 '지방자치의 본지(本旨)' 이외에는 없다고 생각된다. '지방자치의 본지'의 의미에 대해서는 다양한 논의가 있으나 그 핵심이 단체자치와 주민자치임에는 이견이 없다. 또한 단체자치는 그 자신이 목적이라기보다 주민자치를 실현하기 위한 수단으로서 위치한다고 할 수 있을 것이다.

주민자치라 하더라도 일본에서는 국가뿐만 아니라 지방공공단체에서도 간접민주제를 기본으로 하는 한편, 지방공공단체에서는 조례 제정 또는 개폐를 청구하는 직접청구제도 등 국가 이상으로 직접민주제적 요소가 도입되어 있어 주민자치의 요청을 배려하고 있다.

이러한 관점에서 보면 주민이 선거로 지방의회 의원을 선출하고 그 의원이 유권자의 의사를 반영해 의회에 출석하여 발언하고 표결하는 것은 해당 의원의 권리인 동시에 주민자치의 실현을 위해 필수불가결하다고 할 수 있다. 본래 지방의회 의원의 활동은 의회에 출석하여 발언하고 투표하는 것에 한정되지는 않지만 그것이 지방의회 의원의 본질적 책무라고 이해되는 것은 정당한 이유 없이 의회에서 결석하는 것이 일반적인 징벌사유가 된다는 점에서도 명백하다.

따라서 지방의회 의원을 출석정지 시키는 것은 지방의회 의원의 본질적 책무 이행을 불가능하게 하는 것으로, 이는 동시에 해당 의원에게 투표한 유권자의 의사 반영을 제약하게 되어 주민자치를 저해하게 된다.

경우에는 출석의원 3분의 2 이상의 의결이 필요하다.

25) **헌법 제51조** 양원의 의원은 원내에서 한 연설, 토론 또는 표결에 대하여 원외에서 책임을 지지 아니한다.

‘지방자치의 본지’로서의 주민자치를 통해 사법권에 대한 외재적 제약을 기반으로 하면서 주민자치를 저해하는 결과를 초래하는 것은 도리에 어긋나므로, 이로 인해 지방의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 적부를 사법심사의 대상 외로 하는 근거로 할 수 없다고 생각한다.

(4) 의회의 재량

지방의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 적부를 사법심사의 대상으로 하더라도 지방의회의 자율성을 전면적으로 부정하는 것은 아니다. 징벌의 실체 판단에 대해서는 의회에 재량이 인정되어 재량권의 행사가 위법이 되는 것은 그것이 일탈 또는 남용에 해당하는 경우에 한하며, 지방의회의 자율성은 재량권의 여지를 크게 하는 방향으로 작용한다. 따라서 지방의회 의원에 대한 출석정지 징벌의 적부를 사법심사의 대상으로 하는 경우, 남용적인 징벌은 억제될 것으로 기대할 수 있지만, 과도하게 지방의회의 자율성을 저해하지는 않는다고 생각한다.

4. 판결의 의의

60년 전의 판례를 최고재판소 재판관 전원일치로 변경하여 지방의회 의원에 대한 출석정지 처분을 사법심사 대상으로 판단한 중요한 판결이다. 판례 변경 대상으로 명시된 판결은 촌회(村會)의원 출석정지사건이지만,[26] 유사한 구조의 지방의회 내부분쟁뿐만 아니라, 대학 내부분쟁 및 정당 등의 내부분쟁 사법심사 여부에 있어서도 영향을 받을 것으로 예측된다.

(1) 단체의 내부분쟁에 대한 사법심사

재판소가 고유권한에 근거하여 심사할 수 있는 대상은 재판소법 제3조 제1항에[27] 의한 ‘법률상의 쟁송’으로 규정되어 있다. 법률상의 쟁송의 의미에

26) 촌회(村會)의회는 우리나라의 기초의회에 해당한다.
27) **재판소법 제3조** ① 재판소는 일본국헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 법률상의 쟁송을 재판하고, 그 밖의 법률에서 특별히 규정하는 권한을 가진다.

대해 판례는[28] ① 당사자 간의 구체적인 권리의무 내지 법률관계의 존부에 관한 분쟁이며, ② 법령의 적용에 의해 종국적으로 해결할 수 있는 것으로 설명해 왔다. 또한 학설에서는 법률상의 개념인 법률상의 쟁송을 헌법 제76조 제1항의 '사법권'의 정의와 결부시키는 것이 일반적이다. 즉, 통설에 따르면 사법권은 '구체적인 쟁송에 대해 법을 적용하고 선언함으로써 이를 재정(裁定)하는 국가 작용'으로 정의되며, '구체적 쟁송'(구체적 사건성 등으로 불린다)은 '법률상의 쟁송'과 기본적으로[29] 같은 의미로 해석된다.[30]

판례와 학설 모두 법률상의 쟁송은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되는 것에는 다툼이 없다. 다만 지방의회를 포함한 단체의 내부분쟁에 관해 판례는 부분사회의 법리라는[31] 특수한 법리를 채용하여 예외적으로 사법심사를 하지 않을 여지를 두고 있다. 학설도 판례와 같이 일반적·포괄적으로 부분사회의 법리를 논하는 것은 타당하지 않다고 하면서도[32] 예외적으로 사법심사의 대상이 되지 않는 경우가 있음을 인정하며, 예외에 해당하는지 여부는 단체의 목적·성질·기능과 헌법상 자율성의 근거, 분쟁과 다투어지는 권리의 성질 등에서 개별적이고 구체적으로 검토되어야 한다고 하고 있다.[33]

(2) 지방의회 내부분쟁에 대한 사법심사

지방의회의 내부분쟁에 대한 사법심사에 관하여 종래의 판례 법리와 학설은[34]

---

28) 最判1981(昭56)．4．7民集35巻3号443頁.

29) 다만 통설도 현행법이 규정하는 객관소송 중에는 의원정수 불균형소송과 같이 실질적으로는 주관소송으로 볼 수 있는 소송형태는 있다고 한다. 佐藤幸治, 日本国憲法論[第2版], 成文堂, 2020, 637頁. 따라서 통설에서도 '구체적 사건성'과 '법률적 소송'이 완전히 일치하지는 않는다는 지적이다. 毛利透(曽我部真裕ほか), 客観訴訟と司法権. 憲法論点教室[第2版], 日本評論社, 2020, 184頁.

30) 芦部信喜(高橋和之補訂), 憲法[第7版], 岩波書店, 2019, 347~350頁.

31) '부분사회의 법리'의 연원은 田中耕太郎(다나카 고타로) 전 최고재판소 재판관의 견해에 있는데, 판례 법리로 정착한 '부분사회의 법리'와는 다르다. 田近肇, 「判批」憲法判例百選[第7版], 394~395頁.

32) 芦部信喜(高橋和之補訂), 憲法[第7版], 岩波書店, 2019, 356頁; 渋谷秀樹, 事件性の要件と部分社会論, 芦部先生古稀記念現代立憲主義の展開(下), 有斐閣, 1993, 159~176頁.

33) 芦部信喜(高橋和之補訂), 憲法[第7版], 岩波書店, 2019, 644~645頁. 덧붙여 실제로는 판례도 이러한 개별적 판단을 실시해 왔다고 평가할 수 있다. 渡辺康行, 司法権の対象と限界, 法学教室357号, 2017, 17~19頁.

34) 神橋一彦, 地方議会議員に対する懲罰と『法律上の争訟』－出席停止処分に対する司法審査を中心に-, 立教102号, 2020, 1~45頁; 木下智史, 部分社会の法理と司法権の限界, 判時2435号, 2020, 126~138頁; 渡辺康行, 団体の内部自治と司法権－地方議会を中心として-, 判時2446号, 2020, 83~97頁.

다음과 같다.

1) 종래의 판례 법리

종전의 촌회의원 출석정지사건은 촌회 의원이 3일간 출석정지처분의 무효확인 또는 취소 등을 청구한 사안이었다. 당시 판결에서는 출석정지처분은 '의원의 권리행사의 일시적 제한에 지나지 않고' 내부규율의 문제로서 사법심사의 대상으로 하지 않지만, 제명처분과 같은 의원의 신분상실에 관한 '중대사항'에 해당하는 경우에는 사법심사의 대상이 된다고 판단했다. 이후 도야마대학 학점 불인정사건에서[35] 촌회의원 출석정지사건을 인용하면서 '자율적인 법규범을 가진 특수한 부분사회에서의 법률상 계쟁과 같은 것은 그것이 일반 시민법의 질서와 직접적인 관계가 없는 내부적인 문제에 그치는 한, …… 재판소의 사법심사 대상이 되지 않는다'고 하여 촌회의원 출석정지사건의 '중대사항'인지 여부를 묻는 정형화된 공식이 '일반 시민법의 질서와 직접적인 관계'를 가지는지 여부를 묻는 정형화된 공식으로 계승되는[36] 형태로 부분사회의 법리가 확립되었다.

촌회의원 출석정지사건의 논리가 당초부터 확실한 지지를 받았던 것은 아니다. 또한 해당 사건에서는 3일간의 출석정지처분이 다투어 졌으나 장기간의 출석정지처분도 동일하게 생각할 수 있는지 의문이 제기되었으나 '출석정지처분=사법심사의 대상이 되지 않는다'는 공식은 판례로서 정착되게 되었다. 종래의 판례 법리는 소송물이 ① 의회 내부결정의 효력을 다투는 것인지, ② 민사법상의 다툼인지 여부에 따라 '법률상의 쟁송'성의 여부를 판단하고, 후자의 경우에는 지방의회의 자율성 보호는 청구 당부의 판단에서 고려하는 것으로 정리되었다.[37]

---

35) 最判1977(昭52)·3·15民集31巻2号234頁판결에서는 학점수여(인정)행위는 '특단의 사정'이 없는 한, 재판소의 사법심사 대상이 되지 않는다고 했다. 또한 같은 날에 내려진 도야마대학 전공과 수료 불인정 사건(最判1977(昭52)·3·15民集31巻2号280頁)에서는 '전공과 수료의 인정을 하지 않는 것은,…학생이 일반시민으로서 가지는 공공의 시설을 이용할 권리를 침해한다'고 하여, 학장이 전공과 수료의 인정, 불인정의 결정을 하지 않은 것의 위법확인의 소를 사법심사의 대상으로 했다.

36) 渡辺康行, 司法権の対象と限界, 法学教室357号, 2017, 17頁.

37) 木下智史, 部分社会の法理と司法権の限界, 判時2435号, 2020, 126~138頁; 渡辺康行, 団体の内部自治と司法権-地方議会を中心として-, 判時2446号, 2020, 132頁.

2) 학설

판례의 부분사회 논리와 법률상의 쟁송과의 관계는 명시되어 있지 않지만, 법률상의 쟁송 유무의 문제로 정리할 수 있었다.[38] 한편, 많은 학설에서는 지방의회의 자율권에 입각하여 사법심사가 억제되는 것은 법률상의 쟁송이지만 외재적 제약으로서 사법심사가 미치지 않는 경우로 생각되어 왔다.[39] 즉, 판례와 대부분의 학설에는 이론의 위상에 차이가 있었다.

또한 촌회의원 출석정지사건이 3일간의 출석정지처분을 사법심사의 대상으로 하지 않은 판단에 대해 그러한 결론을 지지하는 학설도[40] 있었지만, 출석정지처분도 사법심사의 대상으로 해야 한다는 학설이[41] 유력하였다.

(3) 본 판결

1) 법률상의 쟁송

법정의견은 문언상 '법률상 쟁송'이라는 용어를 사용하고 있지 않다. 이는 보충의견이 학설과 마찬가지로 '법률상의 쟁송'을 충족한다고 단적으로 논하고 있는 것과는 대조적이다. 다만 법정의견도 학설과 마찬가지로 법률상의 쟁송을 인정했다고 해석할 수 있다. '법률상의 쟁송' 개념은 행정사건 판례에서 사법권의 대상을 한정하는 역할을 담당해 왔지만, 본 판결은 그와 같은 경향에서 이탈했다고 평가할 수 있다.

2) 사법권의 외재적 제약

본 판결에서는 헌법에 입각하여 사법권의 외재적 제약에 대한 판단이 이루어지고 있다. 즉, 법정의견은 지방의회의 자율권을 확인하고 의원에 대한

38) 田近肇(曽我部真裕ほか), 団体内部紛争と司法権, 憲法論点教室[第2版], 日本評論社, 2020, 198~199頁.
39) 田近肇(曽我部真裕ほか), 団体内部紛争と司法権, 憲法論点教室[第2版], 日本評論社, 2020, 199~200頁.
40) 佐藤幸治, 日本国憲法論[第2 版], 成文堂, 2020, 644頁.
41) 渋谷秀樹, 憲法[第3版], 有斐閣, 2017, 653頁; 渡辺康行, 司法権の対象と限界, 法学教室357号, 2017, 92頁.

징벌도 자율권 행사의 하나의 내용으로 한다. 그러나 한편으로는 헌법이 주민자치의 원칙을 채택하고 있는바, 주민자치의 원칙을 구현하기 위해 활동할 책무를 의원이 지도록 한 후에, 의원은 출석정지 처분을 받으면 핵심적인 활동을 할 수 없게 되어 주민의 수탁을 받은 의원으로서의 책무를 충분히 다할 수 없다는 논리를 전개한다. 또한 '출석정지 징벌의 성질과 의정활동에 대한 제약 정도에 비추어 볼 때 출석정지가 의원 권리행사의 일시적인 제한에 불과하다고 하여 그 적부가 전적으로 의회의 자주적, 자율적인 해결에 맡겨져야 한다고는 할 수 없다'고 결론짓고 있다. 출석정지처분에 따른 제약의 중대성을 헌법이 채용하는 주민자치의 원칙에서 설명하는 점에서 주목할 만하다.

또한 사법권의 외재적 제약에 관하여 제약되는 권리(권한)의 성질 등을 감안하여 개별적이고 구체적으로 판단하고 있는 점은 학설의 입장에 친화적이다. 개별적이고 구체적으로 판단한 결과, 본 판결은 출석정지처분을 사법심사의 대상으로 해야 한다는 유력설의 입장에 입각해 있는 것으로 해석된다.

덧붙여 보충의견은 '사법권에 대한 외재적 제약이 있다고 해서 사법심사의 대상에서 제외하는 것은 관련된 예외를 정당화하는 헌법상의 근거가 있는 경우에 엄격하게 한정될 필요가 있다'고 하여 향후 관련 판례에서 지침이 될 수 있을지 귀추가 주목된다.