

# 지방자치단체의 권한쟁의심판에 관한 연구

A Study on the Adjudication  
on Competence Disputes of Local Government

최성환 외

GYEONGGI  
RESEARCH  
INSTITUTE

**연구책임** 최성환 (경기연구원 연구위원)

**공동연구** 양은진 (경기연구원 연구위원)

정책연구 2018-32

## 지방자치단체의 권한쟁의심판에 관한 연구

- 인 쇄 2018년 7월
- 발 행 2018년 7월
- 발 행 인 김군수
- 발 행 처 경기연구원
- 주 소 (16207) 경기도 수원시 장안구 경수대로 1150
- 전 화 031)250-3114 / 팩스 031)250-3111
- 홈페이지 www.gri.kr

등록번호 제 99-3-6호 © 경기연구원 2018

I S B N 979-11-8884-869-0 93350



# 지방자치단체의 권한쟁의심판에 관한 연구

현행 헌법에서 권한쟁의심판제도는 국가기관 상호 간의 권한쟁의뿐만 아니라 국가기관과 지방자치단체 간, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의까지 그 심판의 범위를 넓혀서 새롭게 등장하게 된다. 권한쟁의심판은 위헌법률심판, 헌법소원과 함께 ‘3대 헌법소송절차’에 속할 정도로 그 중요성을 인정받고 있으나, 역시 현행 헌법 시행과 함께 부활한 지방자치제도의 영역에서는 별다른 역할을 하지 못하는 실정이다. 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위해 권한쟁의심판이라는 헌법적 소송수단을 활용할 수 없는지, 헌법재판제도 중 권한쟁의심판제도와 헌법상 지방자치제도 간의 접점은 없는지에 대한 검토의 필요성이 제기된다고 하겠다.

이러한 문제의식을 바탕으로, 지방자치제도 활성화를 위한 현행 권한쟁의심판제도의 문제점을 분석하고 개선방안을 제안하는 것이 본 연구의 목적이다. 이를 위해 본 연구는 우선 권한쟁의심판의 법적 성격, 기능 및 전개 양상 등 제도의 구체적 의미에 대해 헌법이론적으로 검토하였다. 다음으로, 연동관계에 있다고 볼 수 있는 현행 행정소송수단들과의 관계 분석을 통해 권한쟁의심판제도의 심판 범위도 명확히 하였다. 한편, 본 연구는 지방자치단체의 권한쟁의심판제도의 개선방안 제안을 궁극적 목적으로 상정한 다음, 이를 달성하기 위해 해석론 및 입법론 등 동원 가능한 모든 관점을 사용하였다. 즉, 지방자치단체를 철저히 그 중심에 놓은 다음, 지방자치단체의 자치권 보장과 지방자치제도의 활성화를 위해 종합적인 관점에서 현행 권한쟁의심판제도의 문제

점과 개선방안을 제시하였다.

결론적으로, 본 연구는 권한쟁의심판제도의 법이론적 검토 결과를 바탕으로 지방자치단체를 중심으로 한 동 제도의 개선방안을 다수 제시하였다. 첫째, 지방자치권의 내용에 대한 헌법적 규명이 필요함을 주장하였다. 지방자치단체에게 보장된 헌법상 지방자치권한의 실체가 일의적으로 확정되지 못하고 있다는 점은 지방자치제도 영역 전반의 문제점이다. 둘째, 엄격한 심사기준의 예외적 도입을 제안하였다. 제도적 보장이론과 결부된 완화된 심사기준 하에서는 헌법에 의해 지방자치단체의 권한이 보호되리라 구조적으로 기대하기 어렵다. 셋째, ‘권한침해’의 확대 해석을 제안하였다. 권한쟁의심판의 적법요건에 해당하는 이러한 요건을 확대 해석하여 본 요건에 해당하지 않아 판단을 받지 못하는 상황이 발생되어서는 안 될 것이다. 넷째, 소극적 권한쟁의의 인정 필요성을 주장하였다. 권한쟁의심판의 활용가능성을 보다 확대한다는 측면에서 이에 대해 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 보았다. 다섯째, 제3자 소송담당의 인정 필요성을 주장하였다. 정치적인 이유 등으로 지방자치단체의 장이 국가기관과 권한쟁의심판을 청구할 가능성이 현실적으로 크지 않은 실정을 감안하여 지방의회가 자신이 속한 지방자치단체의 권한쟁의심판을 수행하는 것을 허용해야 할 것이다. 여섯째, 지방자치단체 기관의 당사자능력 인정 필요성을 강조하였다. 헌법 및 헌법재판소법 개정을 통해 지방의회의장과 지방의회의원간의 권한쟁의를 새로운 심판유형으로 도입해야 할 것이다.

**키워드** 지방자치단체의 자치권, 권한쟁의, 권한쟁의심판, 헌법재판, 헌법개정, 사법심사제도



# 차례

## ■ 제1장 서론 / 3

제1절 연구의 배경과 목적 .....	3
1. 연구의 배경 .....	3
2. 연구의 목적 .....	4
제2절 연구의 범위와 방법 .....	4
1. 연구의 범위 .....	4
2. 연구의 방법 .....	5

## ■ 제2장 권한쟁의심판제도의 개관 / 9

제1절 권한쟁의심판의 의의 및 성격 .....	9
1. 의의 .....	9
2. 목적 .....	10
3. 법적 성격 .....	12
제2절 독일의 권한쟁의심판제도와 우리 제도의 특징 .....	15
1. 독일의 권한쟁의심판 .....	15
2. 우리 제도의 특징 .....	17
제3절 지방자치와 권한쟁의심판 .....	19
1. 지방자치단체 권한쟁의심판의 도입 연혁 .....	19
2. 지방자치단체 권한쟁의심판의 기능 .....	21
3. 지방자치단체 권한쟁의심판의 전개 양상 .....	22

## ■ 제3장 권한쟁의심판과 행정소송 / 29

제1절 헌법재판소 권한쟁의 관할권의 성질 .....	29
1. 헌법재판소의 전속적 관할설 .....	29

2. 헌법재판소의 원칙적 관할설 .....	30
3. 검토 .....	32
제2절 권한쟁의심판과 행정소송 .....	35
1. 서설 .....	35
2. 권한쟁의심판과 기관소송 .....	37
3. 권한쟁의심판과 항고소송 .....	40
4. 권한쟁의심판과 당사자소송 .....	43
5. 권한쟁의심판과 지방자치법상 특수소송 .....	45

#### ■ 제4장 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 문제점과 개선방안 / 55

제1절 해석론: 헌법재판소의 적극적 해석사향 .....	55
1. 지방자치권의 내용 규명 .....	55
2. 엄격한 심사기준의 도입 .....	58
3. ‘권한침해 가능성’의 확대 .....	61
제2절 입법론: 제도 활성화를 위한 입법사향 .....	66
1. 소극적 권한쟁의 .....	66
2. 제3자 소송담당 .....	70
3. 지방자치단체 기관의 당사자능력 .....	75

#### ■ 제5장 결론 / 85

1. 요약 및 정리 .....	85
2. 정책 제언 .....	87

#### ■ 참고문헌 / 89

#### ■ Abstract / 93

# 제 1 장

# 서론

- 제 1 절 연구의 배경과 목적
- 제 2 절 연구의 범위와 방법





# 제 1 장

## 서론

### 제1절 연구의 배경과 목적

#### 1. 연구의 배경

제3차 개정 헌법인 ‘1960년6월헌법’은 헌정사상 최초로 권한쟁의심판제도를 도입하였다. 당시 우리 헌법은 헌법재판소제도를 획기적으로 도입하면서 국가기관 간의 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항 중 하나로 규정하였으나, 제2공화국의 단명으로 인해 헌법재판소가 설치되지 못한 채 권한쟁의심판제도 역시 실현되지 못하였다.

현행 헌법에서 권한쟁의심판제도는 국가기관 상호 간의 권한쟁의뿐만 아니라 국가기관과 지방자치단체 간, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의까지 그 심판의 범위를 넓혀서 다시금 부활하게 된다. 국가기관과 지방자치단체에서 헌법 또는 법률에 의해 부여된 권한의 유무 또는 범위를 둘러싸고 발생한 분쟁을 헌법재판소가 사법적 절차에 따라 유권적으로 심판하는 헌법재판제도로 정의할 수 있는 권한쟁의심판제도가 지방자치의 영역에서는 본질적으로 지방자치단체의 자치권을 보호하고, 수직적 권력분립질서를 유지하며, 지방자치단체 간 갈등과 분쟁을 종식시킴으로써 지방자치의 원활한 실현을 도와주는 기능을 한다.

하지만, 위헌법률심판, 헌법소원과 함께 ‘3대 헌법소송절차’에 속할 정도로 그 중요성을 인정받고 있으며 현행 헌법에서 동 제도의 주체로 지방자치단체를 명시적으로 규정하였음에도 불구하고, 지방자치단체를 중심으로 권한쟁의심판제도를 심도 있게 다루는 연구는 발견하기가 어렵다. 국가기관간의 권한쟁의에 관한 연구가 다수를 이루며, 지방자치단체의 권한쟁의심판제도를 그 대상으로 하더라도 종합적인 차원에서의 제도 개선에 대한 연구는 존재하지

않는다. 그로 인해 동 제도가 역시 현행 헌법 시행과 함께 부활한 지방자치제도의 영역에서는 별다른 역할을 하지 못하는 실정인바, 결국 이러한 상황 하에서 권한쟁의심판제도와 지방자치제도 간의 접점에 대한 검토 필요성이 제기된다고 하겠다.

## 2. 연구의 목적

이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구는 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 개선방안을 제시하는 것에 그 목적이 있다. 권한쟁의심판의 법적 성격, 기능, 현황 및 전개 양상 등 동 제도의 의미에 대한 헌법이론적 접근은 본 연구의 목적을 달성하기 위해 필수적으로 선행되는 작업이라 할 것이다. 또한, 연동관계에 있다고 볼 수 있는 현행 행정소송수단들과의 관계 분석을 통해 권한쟁의심판제도의 심판 범위도 명확히 해야 할 것이다. 이렇게 도출된 제도의 본질적 요소 등을 바탕으로 지방자치제도 활성화를 위한 현행 권한쟁의심판제도의 문제점을 분석하고 개선방안을 제안하고자 한다.

본 연구는 지방자치단체의 권한쟁의심판제도의 개선방안 제안을 궁극적 목적으로 상정한 다음, 이를 달성하기 위한 세부적인 해석론 및 입법론 등을 동원 가능한 모든 관점에서 제시한다. 즉 지방자치단체를 철저히 그 중심에 놓은 다음, 지방자치단체의 자치권 보장과 지방자치제도의 활성화를 위해 종합적인 관점에서 현행 권한쟁의심판제도의 문제점과 개선방안을 제시할 것이다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### 1. 연구의 범위

상술한 목적을 달성하기 위해 몇 가지 부분에서 본 연구의 논의 범위를 명확히 하고자 한다.

첫째, 지방자치단체가 주체가 되는 권한쟁의만을 논의 대상으로 한다. 즉, 국가기관과 지방자치단체 간, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판이 검토

대상이며, 국가기관 간의 권한쟁의는 본 연구의 범위에서 당연히 배제된다. 그에 따라 헌법재판소 결정례의 조사 및 분석 역시 지방자치단체가 주체가 되는 사건들로 한정하는바, 2018년 5월 31일을 기준으로 취하 및 심리 중인 사건 등을 제외한 총 68개의 권한쟁의심판사건 중 40건만이 본 연구의 분석대상 판례들이다.

둘째, 비교법적 연구를 진행함에 있어 그 대상 국가를 독일로 한정한다. 후술하는 바와 같이 우리나라의 권한쟁의심판제도는 일반적으로 독일의 권한쟁의 내지 기관쟁의(Organstreit)로부터 유래된 것으로 이해되고 있으므로, 우리나라 제도의 깊이 있는 파악을 위해서는 독일 법제에 대한 분석은 당연하다고 하겠다. 본 연구의 주된 분석대상인 권한쟁의심판제도의 심도 있는 이해를 위해서는 제도 발생국의 법제에 대한 검토가 필요하며, 법문화가 다른 여러 국가들을 모두 비교분석하는 것은 효율적이지 못하며 불필요하다.

셋째, 협의, 조정, 중재 등 행정적 또는 대체적 분쟁해결수단은 본 연구의 논의의 대상에서 제외한다. 제목에서와 같이 본 연구의 주된 검토 대상은 권한쟁의심판이므로 비교 대상 역시 행정소송 등 사법적 구제수단에 한정하며, 본 연구의 목적을 달성하기 위한 논의의 진행을 분산시키지 않기 위해서는 대체적 분쟁해결수단에 대한 검토는 제외함이 옳다고 본다. 소송 외의 방식으로 분쟁을 해결하는 대체적 분쟁해결수단은 시간과 비용이 절감되고 분쟁의 효율적이고 원만한 해결 등의 측면에서 오늘날 지방자치의 영역에서도 나름 그 의미가 없지 않으나, 이에 대한 검토는 별도의 연구를 통해 본격적으로 이루어져야 할 것이다.

## 2. 연구의 방법

본 연구는 앞서 언급한 과제를 해결하기 위해 법해석학적 연구방법에 의존한다. 권한쟁의심판제도에 관한 선행연구의 검토를 통해 기존 논의들을 정리하고 그 의미를 도출한다. 이를 위해서는 동 제도 관련 국내외 서적 및 학술논문들을 조사, 정리, 분석하여야 하며, 경우에 따라서는 국내외 사법기관의 법해석 선례들도 다수 참고한다. 본 연구의 거의 모든 영역에서 이러한 연구방법

을 사용하여 관련 논의들을 명확히 하고 법적 쟁점의 도출 및 검토를 수행할 것이다.

보다 구체적으로는 지방자치단체의 권한쟁의심판에 관한 공법학 분야의 학자와 실무가들의 학술 서적 및 논문, 그리고 연구보고서 등의 문헌연구가 중심이 된다. 그 중에서도 본 연구는 그 특성상 지난 30년간 축적된 헌법재판소 판례를 개별적으로 분석하고 유형화하며 그 의미 도출을 전제로 수행되는 것이므로 판례연구의 비중이 매우 크다고 할 것이다.

## 제 2 장 권한쟁의심판제도의 개관

- 제 1 절 권한쟁의심판의 의의 및 성격
- 제 2 절 독일의 권한쟁의심판제도와 우리 제도의 특징
- 제 3 절 지방자치와 권한쟁의심판



## 제2장

# 권한쟁의심판제도의 개관

### 제1절 권한쟁의심판의 의의 및 성격

#### 1. 의의

권한쟁의심판이란 국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간, 그리고 지방자치단체 상호 간에 헌법 또는 법률에 의해 부여된 권한을 둘러싸고 발생한 분쟁을 헌법재판소가 사법적 절차에 따라 심판하는 헌법재판제도를 말한다. 우리 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제2조 제4호는 ‘국가기관 상호 간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에 관한 심판’을 헌법재판소로 하여금 관장하게 하고 있으며, 헌법재판소법 제61조 내지 제67조에서는 권한쟁의심판의 절차를 세부적으로 규정하고 있다. 권한쟁의심판의 개념을 명확히 이해하기 위해서는 동 개념을 실정법적으로 구성하고 있는 주요 요소에 대해 보다 상세히 살펴볼 필요가 있겠다.<sup>1)</sup>

첫째, 권한쟁의란 ‘권한’에 대한 다툼이다. 헌법상 권한의 개념에 대해서는 다양한 정의가 있을 수 있는바, 우리 헌법재판소는 ‘주관적 권리의무가 아니라 국가나 지방자치단체 등 공법인 또는 그 기관이 헌법 또는 법률에 의하여 부여되어 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력 또는 그 범위’<sup>2)</sup> 내지 ‘헌법 또는 법률이 특정한 국가기관에 대하여 부여한 독자적인 권능’<sup>3)</sup> 등을 권한쟁의심판에서의 권한의 개념으로 정의한다.<sup>4)</sup>

1) 권한쟁의심판의 개념요소에 대한 서술은, 김하열(2000). “권한쟁의심판에 관한 연구 -헌법재판소법의 해석론을 중심으로-”, 고려대학교 법학석사학위논문, 21-23면 참조.  
2) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌라3 결정; 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌라2 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2011헌라1 결정.  
3) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2010헌라1 결정.  
4) 민법상의 개념, 행정법상의 개념, 헌법(권한쟁의심판)에서의 개념 등 권한 개념의 다양한 이론적 정의에 대해서는, 최성환(2016). 『지방의회와 지방자치단체장 간의 권한분쟁에 관한 대법원 판례 연구』, 경기연

둘째, ‘국가기관’과 ‘지방자치단체’의 권한에 대한 다툼이다. 현행 제도상 권한쟁의의 주체는 이들로 법정되어 있고, 이들의 권한에 관한 다툼만이 권한쟁의심판의 개념에 포섭된다. 지방자치단체의 기관 상호 간, 이들과 국가기관 간에도 권한의 다툼이 발생할 수 있으나 이러한 권한분쟁은 현행 제도상 권한쟁의심판의 개념에는 포함될 수 없다. 따라서 지방자치단체의 기관이 행정소송법상의 기관소송의 범위에 포함될 수 있는지는 별론으로 하고, 실정법의 해석상 권한쟁의심판의 주체는 되지 못한다.

셋째, 국가기관과 지방자치단체의 ‘헌법상 또는 법률상’ 권한에 대한 다툼이다. 권한의 권원에 대한 문제인데, 다투어지는 권한이 헌법상의 권한인지 법률상의 권한인지는 권한쟁의의 개념구성에 아무런 영향을 주지 아니한다. 이 점은 후술하는 바와 같이 독일의 권한쟁송법제가 헌법적 권한쟁송은 연방헌법재판소에, 비헌법적인 공법상의 권한쟁송은 연방행정법원의 관할로 양분하고 있는 점과 다르다.

넷째, 국가기관과 지방자치단체의 헌법상 또는 법률상 ‘권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼’이다. 이는 권한분쟁의 사유에 관한 개념 요소인데, 권한쟁의의 개념에서 말하는 권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼이란 권한을 둘러싼 모든 다툼을 의미한다. 나아가 본 영역에서는 논리상 적극적으로 청구인에게 권한이 있음을 다투는 것뿐만 아니라 소극적으로 청구인에게 권한이 없음을 다투는 경우도 포함될 수 있는지 문제되는바, 상세한 논의는 후술하기로 한다.<sup>5)</sup>

## 2. 목적

이러한 권한쟁의심판은 첫째, 헌법과 법률이 사전에 배분한 국가기관과 지방자치단체의 권한이 서로 충돌하지 않도록 하여 국가의 기능과 작용이 원활하게 이루어지도록 하고, 둘째, 국가기관 및 지방자치단체 상호 간의 견제와 균형을 유지시켜 권력분립을 실현하며, 셋째, 소수의 보호를 통하여 민주주의를 실질화하여 헌법질서를 유지하는 데 목적을 두고 있다.<sup>6)</sup>

구원, 28-30면 참조.

5) 본 연구 제4장 제2절 ‘1. 소극적 권한쟁의’ 부분 참조.



우선, 권한쟁의심판제도는 국가기능과 작용의 정상화 및 원활화를 목적으로 한다. 권한쟁의심판제도는 국가의 구체적 통치기능에 따라 헌법에서 배분한 국가권력의 기능과 작용이 원래 정한대로 작동할 수 있도록 한다. 국가작용은 구체적으로 권한과 의무로 나타나는데, 헌법에서 정한 기본적인 내용은 법률에서 더욱 세분화되고 구체화된다. 하지만, 헌법의 추상성과 각 기관들의 자율적 영역으로 인해 언제든 상호 간에 분쟁이 발생할 수 있다. 권한쟁의심판제도는 권한의 행사와 의무의 이행에 있어서 각 국가기관이나 지방자치단체 간에 분쟁이 발생할 때 이를 해결하여 이들 상호간에 권한과 의무의 충돌이나 침해가 없는 상태에서 헌법과 법률에서 정한 국가작용이 정상적으로 이루어지게 하고 나아가 헌법상의 권한질서의 유지를 통해 국가의사의 일의적 형성을 가능하게 한다.

다음으로, 권력분립의 실현도 권한쟁의심판의 주요 목적 중의 하나이다. 오늘날 국가의 권력은 그 기능에 따라 각각의 국가기관과 지방자치단체에 배분되어 있으며 헌법이 정하는 바에 따라 행사되어야 한다. 권한쟁의심판제도는 이렇게 배분되어 있는 권력의 통제와 견제를 효과적으로 실현함에 있어서 중요한 장치로 작용한다. 다시 말해, 권한쟁의심판제도는 국가기관 간이나 지방자치단체 간 또는 국가기관과 지방자치단체 간의 수평적 또는 수직적 권력 통제가 이루어지게 하여 권력분립원리를 실현시킨다. 물론, 권한쟁의심판이 이러한 권력분립을 실현시키는 효과적인 수단이라고 하더라도 이는 어디까지나 헌법재판소가 각 국가기관이나 지방자치단체에게 국가권력을 형성적으로 배분하는 것이 아니라 헌법에서 정하고 있는 국가기관과 지방자치단체의 권한과 의무의 존부 및 범위를 유권적으로 확인할 뿐이다.<sup>7)</sup>

마지막으로, 권한쟁의심판은 소수보호를 통한 민주주의의 실질화에 그 목적이 있다. 권한쟁의심판은 정치적 소수파가 자신들의 견해를 주장할 수 없는 경우 그러한 소수자를 보호하기 수단으로 작동된다.<sup>8)</sup> 과거 의회 내에서 토론

6) 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 504면.

7) 권한쟁의심판제도의 목적에 관한 이상의 내용은, 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 504면. 헌법재판소 역시 국가기능의 원활화 및 권력분립의 실현을 권한쟁의심판제도의 목적으로 보고 있다. 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1; 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 등.

8) 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 822면.

과 표결로 이루어지던 정치적 의사형성이 정당국가화 현상으로 의회보다는 정당의 정책결정에 의해 이루어지고 의회 내 다수세력에 의한 독점적 의사진행이 빈번히 출현하게 되었다. 이러한 상황에서 의회의 정부에 대한 통제라는 고유의 권력통제 기능이 약화되고 경우에 따라서는 의회 내 소수세력의 권한을 무시한 채 입법과정에서 그들의 참여 없이 법률이 입안되는 등 실질적 민주주의 실현의 장애요소들이 생겨나게 되었다. 결국 권한쟁의심판은 소수에게 다수세력의 위헌적 행위에 대한 통제의 기회를 제공함으로써 소수보호를 통한 민주주의의 실질화에 기여한다고 볼 수 있다.<sup>9)</sup>

### 3. 법적 성격

#### 1) 객관적 헌법의 보호와 유지

권한쟁의심판제도는 국가기관 간이나 국가기관과 지방자치단체 간 또는 지방자치단체 상호 간에 권한분쟁이 발생한 경우 이를 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력 간의 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도이다.<sup>10)</sup> 즉, 권한쟁의심판이란 헌법질서의 유지와 발전을 위한 것이라고 할 수 있는바, 특히 그 중에서도 헌법상의 권한질서를 유지하기 위한 헌법재판이라 할 수 있다. 결국, 권한에 관한 분쟁을 사법적 심사의 대상으로 한 것은, 그 주된 이유가 권한을 침해당한 분쟁당사자의 보호가 아니라 헌법상의 권한질서의 유지와 정치적 의사형성과정의 기능보호에 있으며, 궁극적으로는 국가의 의사결정체제 및 헌법적 질서를 보장하는 데 있다.<sup>11)</sup> 우리 헌법재판소 역시 권한쟁의심판의 목적은 객관적 헌법의 유지에 기여하는 객관적인 목적에 있으며, 권한을 침해당한 기관의 보호라는 주관적 목적은 단지 부차적인 목적일 뿐이라고 하고 있다.<sup>12)</sup> 따라서 권한쟁의심판은 객관소송으로서의 성격을 가지며, 이러한 성격은 심판청구취하의 효력 등 적법요건이나 권리보호이익을 판단함에 있어서 중요한 의미를 가진다.<sup>13)</sup>

9) 명재진(2007). “권한쟁의심판제도의 문제점”, 『헌법논총』, 제18집, 173-174면.

10) 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1; 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 등.

11) 명재진(2007). “권한쟁의심판제도의 문제점”, 『헌법논총』, 제18집, 169면.

12) 헌재 2001. 6. 8. 2000헌라1.

권한쟁의심판에서 심판의 대상과 범위는 청구인의 심판청구에 의하여 주관적으로 결정되는 반면, 심판절차의 목적은 헌법의 보호와 유지라는 객관적인 성격을 가진다는 점에서, 권한쟁의심판의 법적 성격은 이중적이라고도 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 그러나 권한쟁의심판의 이러한 이중적 성격은 헌법소원심판의 이중적 성격과는 대조적이다. 헌법소원의 기능이 개인의 기본권보호에 그치지 아니하고 객관적 헌법을 수호하고 보장하는 기능을 가지고 있다는 점에서 개인의 주관적 권리구제절차이자 동시에 객관적 헌법질서의 보장기능이라는 헌법소원제도의 이중적 기능을 인정한다면, 여기서 일차적이고 주된 기능은 주관적 권리구제의 기능이고 객관적 헌법질서의 보장기능은 단지 부차적인 기능이다. 따라서 헌법소원의 객관적 기능을 강조하여 주관적 권리보호이익이 인정되지 않음에도 심판의 이익을 지나치게 폭넓게 인정하는 경우에는 헌법소원제도는 주관적 권리구제절차에서 객관적 헌법보장제도로 객관화되고 변질될 위험이 있다. 이에 대하여 권한쟁의심판은 근본적으로 객관적 성격의 것으로 주관적인 관점에 의하여 보완되고 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 주관적 쟁송성의 보완

헌법적 권한질서의 규명과 유지는 각 분쟁 당사자로 하여금 자신의 권한을 스스로 주장·방어하도록 하는 것이 가장 효율적이므로 헌법재판소법은 권한쟁의제도를 청구인과 피청구인간의 대립적 소송절차로 형성하고 있다. 이로부터 권한쟁의심판의 주관적 성격도 도출할 수 있는바, 다만 권한쟁의심판의 주관적 이익은 앞서 언급한 바와 같이 헌법의 객관적 권한질서를 실현하기 위해 존재하는 부차적인 것으로 이해해야 할 것이다. 이러한 이해를 바탕으로, 우리 권한쟁의심판제도가 가지는 주관적 쟁송으로서의 성격을 제시하면 다음과 같다.<sup>16)</sup>

13) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 818면. 권한쟁의심판이 객관적 소송임을 강조하고 있는 또 다른 견해는, 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사, 304-306면 참조.  
 14) 최갑선(1996). “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』, 제7집, 413면; 박승호(1998). “권한쟁의심판 -독일의 기관쟁의를 중심으로-”, 『공법연구』, 제26집 제1호(1998), 373면.  
 15) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 820면.  
 16) 아래의 권한쟁의심판의 주관적 쟁송성에 대해서는, 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 588-589면 참조.

첫째, 우리 권한쟁의심판제도는 국가기관 간의 권한쟁의뿐만 아니라 국가 기관과 지방자치단체 간, 그리고 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의까지 포함하고 있다는 점에서 기능의 복합성을 그 특징으로 한다. 이러한 권한쟁의의 세부 유형 중 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 분쟁은 지방자치단체의 독립된 법인격을 감안하면 형식적으로 독립된 이익을 가진 주체들 간의 분쟁임을 알 수 있고, 여기에서 대립 당사자 간 주관적 쟁송으로서의 성격이 보다 두드러지게 나타난다.<sup>17)</sup>

둘째, 헌법재판소법 제61조 제2항은 피청구인의 처분 또는 부작위로 청구인의 권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 있는 때에 한하여 권한쟁의 심판을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 국가기관 또는 지방자치단체의 주관적 권한이익이 침해된 때로 청구사유를 제한하는 것으로서 권한쟁의심판의 주관적 쟁송적 성격을 드러내는 것이다.

셋째, 중국결정의 내용에 관하여 법 제66조는 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다고 한 다음, 나아가 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 이미 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다고 규정하고 있다. 권한의 유무 또는 범위에 관한 판단 내지 이와 불가결의 관계에 있는 위헌 또는 위법의 확인에 그치지 않고, 문제된 행위를 취소하거나 무효확인까지 할 수 있도록 한 것은 권한질서에 관한 객관적 확인이라는 객관적 쟁송의 성질을 넘어 직접 침해된 청구인의 권한을 구제하도록 한 것이다. 이 또한 법 제61조 제2항과 함께 권한쟁의심판의 주관적 쟁송의 성격을 나타내는 것이라 하겠다.<sup>18)</sup> 독일 연방헌법재판소법 제67조 제1문<sup>19)</sup>에서 피청구인의 행위가 기본법에 위배되는지 여부만을 심판하도록 한 것과 비교할 때 우리나라의 권한쟁의심판제도는 그 주관적 쟁송성이 보다 강조되고 있음을 알 수 있다.

17) 박승호(1998). “권한쟁의심판 -독일의 기관쟁의를 중심으로-”, 『공법연구』, 제26집 제1호, 372면.

18) 최갑선(1996). “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』, 제7집, 412-413면; 박승호(1998). “권한쟁의심판 -독일의 기관쟁의를 중심으로-”, 『공법연구』, 제26집 제1호, 372-373면.

19) 독일 연방헌법재판소법 제67조 연방헌법재판소는 심판에서, 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인한다. (이하 생략)

## 제2절 독일의 권한쟁의심판제도와 우리 제도의 특징

### 1. 독일의 권한쟁의심판

권한쟁의심판은 독일에서 발전해 온 헌법재판제도이다. 이러한 독일의 제도를 살펴보는 이유는 우리의 권한쟁의심판제도를 보다 선명하게 이해하기 위함이다. 독일의 권한쟁의심판은 19세기 독일 헌정사에서 입헌군주와 국민대표기관 사이에 발생하는 헌법적인 다툼을 국사재판소(Staatsgerichtshof)가 심판하던 제도에 그 뿌리를 두고 있으며,<sup>20)</sup> 1949년 기본법이 헌법재판제도를 광범위하게 규정하면서부터 독일에서 권한쟁의심판제도가 오늘의 형태로 제도화되었다.<sup>21)</sup> 즉, 기본법 제93조 제1항 제1호는 연방최고기관의 권리 및 의무의 범위에 관한 분쟁 또는 기본법이나 헌법기관의 조직법에 의해서 독자적인 권한을 갖도록 설치된 국가기관 또는 기타의 관련 기관 간에 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁이 생긴 경우 이를 계기로 발생하는 기본법의 해석과 관련된 심판권한은 연방헌법재판소가 관장한다고 규정하고 있는바,<sup>22)</sup> 이를 독일의 기관쟁의심판(Organstreitverfahren)이라고 한다.<sup>23)</sup>

독일 헌법재판소가 관장하는 ‘광의의 권한쟁의’에는 연방헌법기관 상호 간

20) 독일의 권한쟁의심판은 헌법쟁송의 핵에 속하는 문제로서 1831년의 Sachsen 헌법 제153조와 1849년 Paulskirchen 헌법 제126b조에서 그 기원을 찾을 수 있다. 신봉기(1991.9.). “권한쟁의심판제도 소고(상) -한국과 독일의 제도를 중심으로-”, 『사법행정』, 369호, 70면.

21) “독일에서 권한쟁의심판제도는 19세기 입헌주의체제의 전개과정에서 그 맹아가 형성되었다. 영주와 신분적 등족 또는 국민대표회의 사이에 헌법상의 분쟁이 생겨 서로 함의로 해결할 수 없을 때, 이를 해결하는 방법으로 국사재판소로 하여금 분쟁을 해결하게 한 것이 그것이다. 이러한 것은 본질적으로 국사재판으로서 성격을 지닌 것이었고, 헌법의 영역 내에 존재하는 각 주체들 사이에 존재하는 다툼이라는 의미에서 헌법쟁의라고 부르기도 했다. 이러한 것은 1849년의 파울스키르헨헌법(Paulskirchenverfassung)에서도 구상되었다. 그러나 이런 헌법쟁의는 1848년과 1849년 이후의 왕정복고의 반동기에는 헌법에 등장하지 않았다. 이런 사정은 1871년의 라이히헌법(Reichsverfassung)에서도 마찬가지였다. 특히 프로이센제국에서는 비스마르크가 국왕과 영주국의회 사이의 권한분배나 그에 관한 분쟁을 사법관에게 맡겨 해결하는 것은 적합하지 않다고 보아 권한쟁의심판제도는 발달하지 못하였다. 1919년의 바이마르 헌법도 라이히 헌법기관들간의 권한쟁의에 대한 심판권을 라이히 국사재판소에 부여하지 않았다. 이 당시 국사재판소는 주의 요구가 있는 경우에 주 내부의 헌법쟁송을 처리하였다. 실무상으로는 차츰 주 내부의 헌법쟁송에서 벗어나 관할의 확대가 시도되었으나 이는 당시 헌법이 인정한 것이 아니었다. …… 1949년 기본법에 와서 비로소 권한쟁의심판제도(기본법 제93조 제1항 제1호, Organstreitverfahren)를 헌법상의 제도로 체계화하였다.” 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 500면.

22) 독일 기본법 제93조 제1항 제1호를 연방헌법재판소법 제13조 제5호는 그대로 반복해서 규정하고 있고, 연방헌법재판소법 제63조 내지 제67조에서 기관쟁의심판절차를 상세히 규정한다.

23) 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사, 303-304면.

의 기관쟁의(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호 등)와 연방쟁의 등이 있으며, 연방쟁의에는 연방과 주 간의 헌법적 쟁의(기본법 제93조 제1항 제3호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호 등), 그리고 연방과 주 간, 주 상호 간 또는 주 내부에서 발생하는 공법적 쟁의(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호 등)가 포함된다.<sup>24)</sup> 연방헌법기관 상호간의 기관쟁의, 즉 ‘협회의 권한쟁의’는 우리나라의 국가기관 상호 간의 권한 쟁의에 대비되는 것이므로 나름 검토의 실익이 있을 것이나, 그 이외의 쟁의 유형은 연방제도를 채택한 독일의 고유한 것이므로 자세한 검토와 비교는 적절하지 못하다고 본다. 연방제도를 채택한 독일에서의 주(Land)와 우리나라의 지방자치단체를 같은 차원에서 비교할 수는 없기 때문이다. 독일에서의 주는 일정 범위에서 중앙국가와 대등한 헌법상 권한을 가지고 있는 반면 우리나라의 지방자치단체의 자치권한은 법률에 의하여 그 범위가 정하여 지고 자치입법권 역시 법령의 범위 안에서만 보장되는 권한에 불과하므로 그 본질이나 위상에서 근본적인 차이가 있는 것이다.<sup>25)</sup> 결국, 연방제국가의 특수성에서 연유하는 독일의 ‘연방쟁의(föderative Streitigkeiten)’ 중 ‘연방과 주 간의 헌법적(기본법 제93조 제1항 제3호) 또는 비헌법적(동항 제4호) 쟁의’를 우리나라의 ‘국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의’와, 독일의 ‘주 상호간의 공법상 쟁의(동항 제4호)’를 우리나라의 ‘지방자치단체 상호간의 권한쟁의’와 유사한 유형이라고 보기에는 무리라고 할 것이다.<sup>26)27)</sup>

24) 기본법 제93조 제1항 제4호는 다른 법적 구제절차가 없는 경우에만 연방헌법재판소의 관할이 된다고 하고 있는바, 연방과 주 간, 그리고 주 상호 간의 비헌법적 성질의 공법상의 분쟁은 행정소송사항의 개괄 주의를 규정한 행정법원법 제40조 제1항과 동법 제50조 제1항에 따라 행정소송의 형태로 해결된다. 따라서, 이에 관한 연방헌법재판소의 권한은 ‘후면권한’에 그치고 있다고 한다. 최갑선(1996). “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』, 제7집, 390면; 김하열(2000). “권한쟁의심판에 관한 연구-헌법재판소법의 해석론을 중심으로-”, 고려대학교 법학석사학위논문, 8면. 참고로, 행정법원법 제40조 제1항은 “비헌법적 성질을 갖는 모든 공법상의 쟁송에 관하여는 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 연방 법률이 명시적으로 그 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 한 경우에는 예외로 한다. 주법률도 또한 주법의 영역에 있어서의 공법상의 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 할 수 있다”라고 규정하고 있다.

25) 홍기태(2001). “권한쟁의심판”, 『헌법재판제도의 이해』, 법원도서관, 620-621면.

26) 김하열(2000). “권한쟁의심판에 관한 연구-헌법재판소법의 해석론을 중심으로-”, 고려대학교 법학석사학위논문, 10면.

27) 참고로, 스페인의 경우 국가와 지방자치단체 간의 권한쟁의, 둘 이상의 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에 대해서도 헌법재판소에서 재판한다. 이러한 유형의 권한쟁의심판은 국가기관 또는 지방자치단체의 행정기관이 청구하며 예외적으로 소극적 권한쟁의의 경우 자연인이나 법인도 그 심판을 청구할 수 있다. 권한쟁의심판의 대상은 국가기관과 지방자치단체가 제정한 규칙, 결정 또는 처분이며, 이에 대한 권한쟁

참고로, 독일의 기관쟁의(기본법 제93조 제1항 제1호)는 당사지능력이 있는 자로서 연방최고기관과 기타관계기관을 들고 있으며, 연방헌법재판소법 제63조는 연방최고기관으로서 연방대통령, 연방의회, 연방참사원 및 연방정부를, 그리고 기타관계기관으로서 기본법 또는 연방의회·연방참사원의 사무규칙이 고유한 권리를 부여한 위 기관의 일부를 의미하는 것이라 함으로써 보다 구체적으로 규정하고 있다.<sup>28)</sup> 동법 제64조는 “청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 소속 기관의 권리와 의무를 침해하였거나 침해의 직접적 위협이 있음을 주장하는 경우에 청구할 수 있다”라고 규정하고 있으며, 동법 제67조 제1문은 “연방헌법재판소는 심판에서, 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인한다”고 규정하고 있다.<sup>29)</sup>

## 2. 우리 제도의 특징

우리 제도만의 특징은 다음과 같다.

첫째, 우리나라 권한쟁의심판은 동일한 법주체인 국가기관, 예를 들어 정부, 국회, 법원 상호 간에 발생하는 권한분쟁 뿐만 아니라, 상이한 법주체인 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간의 권한분쟁도 포함한다.<sup>30)</sup> 이는 독일의 권한쟁의제도와 상이한 점 중의 하나이다. 후술하는 바와 같이 ‘1960년6월헌법’에서는 국가기관 간의 권한쟁의만을 인정했으나 현행 헌법에서 지방자치단체를 제도의 주체로 등장시킨 이유는 지방자치제도의 도입 이후 그 정착과정에서 국가기관과 지방자치단체들 간의 권한준부 등의 다

의심판이 청구된 경우 국가기관과 지방자치단체의 규칙, 결정, 처분은 그 집행이 정지된다. 아울러, 이탈리아의 경우에도 국가와 광역지방자치단체 간의 권한쟁의를 인정하며 헌법 및 헌법재판소법에서 그 내용 및 절차에 대하여 규정하고 있다. 유지태·신봉기(1997). “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 헌법재판소, 130-131면.

28) 당사자가 될 수 있는 기관이나 관계자에 대한 상세한 내용은, 신봉기(1991.9.). “권한쟁의심판제도 소고(상) -한국과 독일의 제도를 중심으로-”, 『사법행정』, 369호, 71-75면 참조.

29) 독일 기본법 제93조 제1항 제1호의 기관쟁의는 우리나라의 권한쟁의심판 유형 중 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판을 이해함에 있어서는 직접적인 참고가 될 수 있겠으나, 본 연구는 국가기관과 지방자치단체 간, 그리고 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판으로 그 범위를 한정하였으므로, 역시 본 연구에서 상세히 다루지 않는다.

30) 이로 인해, 권한쟁의의 개념과 기능, 본질을 단일한 기준으로 일괄적으로 파악하기 어렵다고 한다. 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 454면.

툼이 증대될 것을 예상하여 이에 대한 헌법재판소의 종교적 판단에 의하여 책 임행정 및 지방자치의 실효성을 담보하고 헌법의 규범적 효력을 제고하기 위한 것으로 볼 수 있다고 한다.<sup>31)</sup>

둘째, 헌법재판소법 제61조 제2항에는 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권리를 침해 하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다”라고 규정하고 있는 바, 헌법상의 분쟁뿐만 아니라 법률상의 분쟁도 권한쟁의심판의 대상에 포함 된다. 이에 따라 헌법재판소의 권한쟁의심판권은 일반 법원의 행정소송 관할 권과 중복될 가능성이 있다.<sup>32)</sup> 또한, 법률상의 권한분쟁도 포함한다는 점은 우리나라의 현행 권한쟁의심판제도가 독일의 제도와 다르다는 것을 보여주는 또 하나의 특징적 요소라 할 것이다.<sup>33)</sup>

셋째, 권한쟁의심판에서 논의되는 권한(Kompetenz)은 직무상의 권한이므로 개인이 가지는 주관적 권리와 구별된다.<sup>34)</sup> 전술한 바와 같이 헌법재판소는 권한에 대해 주관적 권리와 의무가 아님을 전제로 헌법 또는 법률이 부여한 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력, 범위, 권능 등으로 정의하고 있다. 이러한 국가기관 또는 지방자치단체의 권한 및 그 행사는 자신의 이익을 위한 것이 아니라 국가 전체의 기능과 활동을 위한 것이다. 이런 점에서 권한쟁의심판은 앞서 언급한 바와 같이 기본적으로 객관소송으로서의 성격을 가진다. 한편, 이러한 점 역시 독일의 제도와 다른 우리 제도만의 특징이라 할 수 있는데, 독일은 기본법 제93조 제1항 제1호화 연방헌법재판소법 제63조 제64조에서 권리(Recht)와 의무(Pflicht)라고 명시하고 있어 기관이 가지는 주관적 권리 침해도 권한쟁의심판으로 다룰 수 있다고 본다.<sup>35)</sup>

31) 최승원(2000). “권한쟁의심판과 기관소송”, 『법학논집』(이화여자대학교), 제4권 제4호, 121면.

32) 이에 대해서는 장을 바꾸어 ‘제3장 권한쟁의심판과 행정소송’에서 보다 상세히 설명하기로 한다.

33) 스페인의 권한쟁의심판제도는 헌법뿐 아니라 법률이 정한 권한의 충돌도 권한쟁의심판의 대상으로 하고 있으며, 이탈리아 역시 권한쟁의심판의 심사기준을 헌법에 국한하지 않고 헌법을 집행하는 법률, 헌법에 따른 중요한 조직법률, 지역자치단체의 법규약에 대한 집행법률, 지역자치단체에 사무를 이양하는 국가의 위임법률 등도 포함한다. 헌법재판소(2015). 『헌법재판소실무제요』(제2개정판), 397면.

34) 권리와 권한의 각각의 개념 요소 분석을 통한다면 양자의 구별이 더욱 용이해진다. 이에 대해서는, 최성환(2016). 『지방의회와 지방자치단체장 간의 권한분쟁에 관한 대법원 판례 연구』, 경기연구원, 30-32면 참조.

35) 정중섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 2014, 542면.



넷째, 권한쟁의심판에 있어서 헌법재판소는 원칙적이고 포괄적인 관할권을 갖는다. 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제2조 제4호가 권한쟁의심판이 헌법재판소의 관장사항임을 명시하고 있다. 또한, 행정소송법 제3조 제4호 본문은 국가 또는 공공단체의 기관 상호 간에 권한의 존부 또는 권한 행사에 다툼이 있을 때의 기관소송에 관하여 행정법원의 관할로 하고 있으나, 같은 호 단서에서 헌법재판소의 관장사항이 되는 심판대상을 기관소송의 대상에서 제외함으로써 기관 간 권한분쟁에 관한 한 헌법재판소에 일반적이고 우선적인 관할권을 인정하고 있다. 이로 인해 이론상 권한분쟁에 관한 법원의 관할로 남을 수 있는 것은 헌법 제111조 제1항 제4호의 국가기관에 해당하지 않는 국가기관들 간의 기관소송, 지방자치단체 기관 상호 간의 기관소송, 항고소송이나 당사자소송 등에서 선결문제로 되는 권한문제 등에 불과하다. 입법자가 헌법소원의 경우에는 보충성의 요건을 설정함으로써 국민의 권리구제에 관한 한 법원의 원칙적·1차적 관할을 인정한 것과 대단히 큰 차이를 보이는 것이다.<sup>36)</sup> 결국, 이와 같은 헌법과 행정소송법의 규정들은 헌법과 법률상의 권한질서에 관한 분쟁의 헌법적 의미와 중요성을 고려하여 헌법재판소에 헌법과 법률상의 권한질서를 수호하는 책임과 권한을 부여한 것으로 볼 수 있다.<sup>37)</sup>

### 제3절 지방자치와 권한쟁의심판

#### 1. 지방자치단체 권한쟁의심판의 도입 연혁

우리 헌정사에서 권한쟁의심판에 대한 최초의 규정은 제3차 개정 헌법인 ‘1960년6월헌법’에서 찾을 수 있다. 동 헌법 제83조의3 제3호는 ‘국가기관간의 권한쟁의’를 당시 헌법재판소의 관장사항 중 하나로 규정하였는바, 획기적인 헌법재판소제도를 처음으로 채택하면서 권한쟁의심판제도 역시 아울러 도입한 것이다.

36) 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 454면.

37) 이상, 우리나라 권한쟁의심판제도의 특징에 대해서는, 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 397-398면 참조.

‘1960년6월헌법’과 ‘1960년11월헌법’ 당시의 헌법재판소법(1961. 4. 17. 제정·시행, 법률 제601호)은 총 26개의 조문으로 구성되었는데 권한쟁의심판에 관한 규정은 제11조 단 1개 조문에 불과했다. 동조 제1항은 “국가기관간의 권한쟁의에 관한 심판을 제청할 때에는 제청서에 다음 사항을 기재하여야 한다. 1. 제청기관의 표시, 2. 권한쟁의의 요지, 3. 관계법령의 조항, 4. 기타 필요한 사항”이라고 정하였고, 동조 제2항은 “전항의 경우에 헌법재판소는 관계국가기관에 권한쟁의심판제청의 사실을 통지하고 쟁점이 된 권한에 의한 처분의 정지를 명령할 수 있다”라고 규정하였다. 하지만 동법은 제정된 지 1개월 만에 5·16 군사정변이 발생하여 헌법재판소가 제대로 구성되지도 못한 채 효력을 상실하였다. 당시 헌법재판소에 관한 헌법규정은 1961년 6월 6일 공포된 국가재건비상조치법 부칙 제5조에 의해 효력이 정지되었고, 헌법재판소법은 1964년 12월 30일 「헌법재판소법폐지에관한법률」(법률 제1667호)에 의해 1963년 12월 17일부터 소급하여 폐지되었다. 결국, 헌법재판소는 실제로 발족되지 못하였는바, 이와 함께 권한쟁의심판제도는 우리 헌법재판제도의 역사에서 사라지게 된다.

권한쟁의심판은 현행 헌법인 ‘1987년헌법’과 1988년 다시 제정된 헌법재판소법(1988. 9. 1. 시행, 법률 제4017호)에서 새롭게 등장하였다. 우리 헌정사에서 두 번째로 규정된 현행 헌법상의 권한쟁의심판은 국가기관 상호간의 권한쟁의뿐만 아니라, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판까지 범위를 넓혀서 규정하고 있는바, 1960년6월헌법이 채택했던 권한쟁의심판보다 심판의 범위를 확대하고 있다.<sup>38)</sup> 즉, 현행 헌법상의 권한쟁의심판제도는 국가기관과 지방자치단체 간 그리고 지방자치단체 상호 간에 현

38) 현행 헌법에서 지방자치단체가 권한쟁의심판의 당사자가 된 것은 당시 외국입법례에 대한 부정확한 정보가 하나의 이유일 수 있다는 시각이 있다. “1987년 8월 12일 국회 법제사법위원회에서 헌법위원회 위원장이 “…… 구라파의 대부분의 나라에서는 서독, 불란서, 스페인, 서서(瑞西), 유고슬라비아, 이태리 기타 등등 …… 중앙정부와 자치기관간에 권한쟁송에 관한 문제 이런 것 또는 지방자치단체 상호간의 권한에 관한 문제라든지 ……”라고 보고한 바 있는데, 내용은 중앙정부와 자치단체간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁송도 헌법재판기관에서 관할한다는 의미 같다. 이 보고는 부정확한 내용을 바탕으로 한 보고이었다. 예시 국가 중 연방국가나 지역국가에서 주, 지역, 자치도에 한해서 헌법재판소에서 권한쟁의당사자로 인정되고 있었던 것은 사실이지만 존재하지 아니했던 지방자치단체 권한쟁의까지 입법례로서 소개한 것이다. 이것은 한 예에 지나지 않지만 당시 입법정보가 그 정도이고, 이렇게 부정확한 정보를 참고하여서 헌법이 개정되었던 것이다.” 이봉환(2005). “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에 관한 연구”, 성균관대학교 법학박사학위논문, 83면.

법적 권한과 의무의 범위 및 내용에 관해서 쟁의가 발생한 경우에 이를 권위적이고 유권적으로 심판함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법의 규범적 효력을 보호한다는 데 그 목적과 의의가 있다.<sup>39)</sup>

## 2. 지방자치단체 권한쟁의심판의 기능

### 1) 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판

권한쟁의심판의 목적은 국가작용과 기능의 정상화, 권력분립의 실현, 그리고 민주주의의 실질화 등이다.<sup>40)</sup> 이러한 목적을 달성하기 위해 국가기관과 지방자치단체 간의 권한분쟁의 영역에서 권한쟁의심판이 가지는 가장 주된 기능은 지방자치단체의 자치권 보호라고 할 수 있다. 물론 통일적 국가행정의 관점에서 국가기관과 지방자치단체 간의 권한의 분배에 관한 다툼을 조정하는 의미도 가지지만,<sup>41)</sup> 이러한 권한다툼의 해결과 조정은 후술하는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판에서 보다 그 의미가 부각된다. 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판은 독립된 법인격체로서의 국가와 지방자치단체 간 수직적 권력분립관계에서 지방자치단체에게 헌법상 보장되는 지방자치권을 보호하고, 지방자치단체로 하여금 이러한 지방자치권 보호를 사법적으로 관철하고 실현하게 할 수 있는 중요한 절차이다.<sup>42)</sup>

단일국가에서 채택할 수 있는 지방자치제도는 중앙정부와 지방자치단체 간에 행정기능을 배분함으로써 수직적 권력분립의 요소로서 인식되고 있다. 지방자치제도는 자치행정의 보장을 통하여 국가의 간섭과 지시로부터 자유로운 과제영역을 보장함으로써, 독자적인 행정의 가능성을 부여하고 행정의 분권화와 수직적인 권력분립에 기여한다. 헌법이 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 헌법재판소의 관할로 규정한 것은, 헌법에 보장된 지방자치권의 확보를 통하여 중앙과 지방 간의 수직적 권력분립질서를 유지하고 보장하고자

39) 허영(2017). 『한국헌법론』(전정13판), 박영사, 909면.

40) 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 504-506면.

41) 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 404면.

42) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 884면.

하는 것이다.<sup>43)</sup>

## 2) 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판

지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판의 주된 기능은 앞서 언급한 바와 같이 지방자치단체 간 권한분쟁의 해결이라는 점에 있다. 지방자치의 활성화는 필연적으로 지방자치단체 간의 이해의 상충 또는 경쟁 관계의 확대를 초래한다. 이에 따라 지방자치단체 상호 간의 갈등과 분쟁이 증가하는 것은 불가피하다. 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의 심판은 이러한 분쟁과 갈등을 사법적·유권적 판단을 통해 해결하여 분쟁을 종식시킴으로써 지방자치의 원활한 실행을 도와주는 기능을 한다.<sup>44)</sup>

지방자치단체 상호 간의 권한쟁의 중 상급지방자치단체와 하급지방자치단체간의 권한쟁의는 상급지방자치단체가 그 감독권을 위법하게 행사하는 경우가 주된 분쟁양상이 될 것이다.<sup>45)</sup> 따라서 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의 심판은 상급지방자치단체로부터 하급지방자치단체의 자치권을 보호하는 기능도 일부 수행하게 된다.<sup>46)</sup>

## 3. 지방자치단체 권한쟁의심판의 전개 양상

### 1) 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판

지방자치단체 권한쟁의심판의 전개 양상은 앞서 본 권한쟁의심판의 제도적 기능과 서로 대응된다. 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의가 발생하는 상황은 지방자치단체가 입법 등 국가의 조치에 의하여 자신의 자치권이 침해당하였다고 주장하는 경우가 대부분이다. 지방자치의 보장은 제도적으로 보장된 지역적 과제를 독자적으로 이행하는 것에 대하여 부당한 간섭과 규율을

43) 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 884면.

44) 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 406면.

45) 이러한 분쟁유형은 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의가 아니라 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의로 보아야 한다는 견해가 있다. 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 898면. 현재 1999. 7. 22. 98헌라4결정도 같은 취지이다.

46) 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 591면.

하지 말 것을 국가에 대하여 요구하는 자치권을 보장하며, 이로써 지방자치제도의 본질적 요소가 사법절차, 즉 헌법재판절차에 의해 주관적으로 보호되는 것이다.

국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의는 지방자치단체의 자치권 보장의 관점에서 몇 가지의 세부유형으로 분류할 수 있다.<sup>47)</sup>

첫째, 소극적 권한쟁의이다.<sup>48)</sup> 소극적 권한쟁의란 청구인과 피청구인이 특정 권한과 의무에 관해서 서로 자신의 관할이 아니라고 주장해서 생기는 권한쟁의를 말한다.<sup>49)</sup> 본 유형은 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판 중 시기적으로 가장 먼저 등장한 사건례이다. 헌법재판소는 소극적 권한쟁의의 실질을 가진 사건들에서 이에 관한 명시적인 언급 없이 다른 논증으로 사건을 해결하였다.<sup>50)</sup>

둘째, 중앙정부의 처분을 다루는 권한쟁의이다. 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의 사건의 대부분이 이 유형에 해당한다. 중앙정부는 법률에 근거하거나 또는 법률의 근거 없는 비권력적 사실행위 등을 통해 지방자치단체에 간섭과 통제를 할 수 있으므로, 법률, 행정입법, 행정처분, 사실행위 등 다양한 형태의 정부행위로부터 지방자치권을 방어하기 위한 전형적인 권한분쟁의 형태이다.<sup>51)52)</sup>

47) 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의 유형의 세부적인 형태 분류는, 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 593-594면 참조.

48) 소극적 권한쟁의와 관련한 권한쟁의심판 개선방안은 본 연구 IV. '1. 소극적 권한쟁의' 참조.

49) 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사, 334-335면.

50) 본 유형에 해당하는 주요 결정으로는, '영일군과 정부 간의 권한쟁의 사건(헌재 1998. 6. 25. 94헌라1)', '시흥시와 정부 간의 권한쟁의 사건(헌재 1998. 8. 27. 96헌라1)', '서울특별시은평구와 기획재정부장관 간의 권한쟁의 사건(헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2)' 등이 있다. 본 사건들의 내용은 역시 후술하는 IV. '1. 소극적 권한쟁의' 부분에서 상세히 소개한다.

51) 지방자치단체의 자치권이 아니라 지방자치단체의 존속 보장 내지 자치사무에 대한 침해 여부가 문제된 사례는 찾아볼 수 없다. 지방자치단체의 전권한성이 문제된 것도 자치권 침해를 주장하는 사안이 자치사무 또는 기관위임사무인지에 관한 것이었다. 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 889면. 심판의 대상행위가 지방자치단체의 권한침해행위이고 심판청구의 원인이 권한을 침해하는 처분의 위헌·위법 여부를 감안하면 이는 당연한 결과라고 하겠다.

52) 본 유형에 해당하는 주요 결정으로는, 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정하도록 규정하고 있는 지방공무원수당등에관한규정의 당해 조항이 지방자치단체의 헌법과 지방자치법상 자치권을 본질적으로 침해한 것인지 여부가 문제된 '강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 사건(헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1)', 행정자치부장관이 '전공노 총과업관련정계업무처리지침'을 울산광역시를 비롯한 각 시도에 통보한 것 및 '전공노 대책 관련 긴급 지시'를 통지한 것 등이 지방자치단체의 자치권 침해인지가 문제되었던 '울산광역시동구

셋째, 법률의 제정 또는 개정행위에 대한 권한쟁의심판이다. 헌법재판소는 법률의 제정·개정행위가 지방자치단체 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 해당한다고 일관되게 보고 있으며,<sup>53)</sup> 이에 대해 이견은 없어 보인다.<sup>54)</sup> 결국, 법률에 의해 지방자치단체의 자치권이 침해되는 상황이 발생하는 경우 지방자치단체는 해당 법률의 제정 또는 개정행위를 대상으로 하고 국회를 피청구인으로 하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

## 2) 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판

지방자치단체 상호 간 권한쟁의심판은 주로 지방자치단체의 관할구역의 경계에 관한 다툼을 기초로 하여 전개된다. 따라서, 관할 또는 권한의 존부 및 범위에 관한 법률 규정의 해석과 적용이 분쟁사건의 판단에 있어 주로 문제된다.<sup>55)</sup> 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의를 보다 세부적으로 유형화하여 그 양

---

등과 행정자치부장관 간의 권한쟁의 사건(헌재 2006. 3. 30. 2005헌라1)', 감사원이 지방자치단체에 대하여 자치사무의 합법성뿐만 아니라 합목적성에 대하여도 감사한 행위가 지방자치단체들에게 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고 주장하며 권한쟁의심판을 청구한 '강남구청 등과 감사원 간의 권한쟁의 사건(헌재 2008. 5. 29. 2005헌라3)', 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니한 채 개시한 행정안전부장관 등의 합동감사가 구 지방자치법 제158조 단서 규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못하여 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 지방자치권을 침해한 것인지에 대한 '서울특별시와 정부 간의 권한쟁의 사건(헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6)', 교육과학기술부장관이 전라북도교육감에게 한 '자율형 사립고 지정·고시 취소 시정명령'을 다투었던 '전라북도과 교육과학기술부장관 간의 권한쟁의 사건(헌재 2011. 8. 30. 2010헌라4)' 등이 있다.

53) 의무교육 경비의 일부를 지방자치단체에게도 부담시킬 수 있도록 법률을 제정한 것이 지방자치단체의 제정에 관한 권한을 침해하는지(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 서울특별시와 정부·국회 간의 권한쟁의 사건), 종합부동산세법이 부동산보유세를 국세화함으로써 지방자치단체의 자치재정권을 침해하는지(2006. 5. 25. 2005헌라4, 강남구 등과 국회 간의 권한쟁의 사건), 지방선거경비를 해당 지방자치단체가 부담하도록 법률을 제정한 것이 지방자치단체의 자치재정권을 침해하는지(헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7, 강남구 등과 국회 등 간의 권한쟁의 사건), 특별시의 관할구역 안에 있는 자치구의 재산세를 특별시 및 구세로 하여 특별시와 자치구가 100분의 50씩 공동과세하도록 하고 특별시분 재산세 전액을 관할구역 안의 자치구에 교부하도록 지방세법을 제정한 행위가 자치구의 지방자치권을 침해하는지(헌재 2010. 10. 28. 2007헌라4, 강남구 등과 국회 간의 권한쟁의 사건) 등이 지금까지 지방자치단체가 법률제정행위에 대해 권한쟁의심판을 청구했던 주요 사례들이다. 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 594면.

54) 다만, '강서구와 진해시 간의 권한쟁의 사건(헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2)'에서 헌법재판소는 "적법요건으로서의 '처분'에는 개별적 행위뿐만 아니라 규범을 제정하는 행위도 포함되며, 입법영역에서는 법률의 제정행위 및 법률 자체를, 행정영역에서는 법규명령 및 모든 개별적인 행정적 행위를 포함한다"라고 판시하여 '법률 자체'가 처분에 포함됨을 명시적으로 언급하고 있기는 하나, 이에 대해 학계와 헌법재판소 재판실무에서의 별다른 언급은 없다. 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 426면 참조.

55) 이러한 이유로 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관할로 하고 있는 것에 대해

상을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 동급 지방자치단체 간의 권한쟁의심판이다. 광역지방자치단체 간<sup>56)</sup> 또는 기초지방자치단체 간의 권한쟁의심판이 여기에 속한다. 지방자치단체 상호 간의 권한분쟁은 대부분 동급 지방자치단체 간의 분쟁유형에 해당하며, 그 중에서도 기초지방자치단체 간의 권한분쟁이 거의 전부이다. 기초지방자치단체 간의 권한분쟁에 해당하는 모든 사건은 지방자치단체의 구역 경계를 다투는 관할분쟁이었다.<sup>57)58)</sup>

다음으로, 서로 다른 계층의 지방자치단체 간의 권한쟁의심판이다. 지금까지 여기에 해당하는 권한쟁의 사건은 매우 드물다. 유형 분류에 논란이 있는 ‘성남시와 경기도 간의 권한쟁의 사건(헌재 1999. 7. 22. 98헌라4)’을 제외하면, ‘강남구와 서울특별시 간의 권한쟁의 사건(헌재 2004. 9. 23. 2003헌라3)’이 본 유형에 해당하는 거의 유일한 사건이라 할 수 있다. 본 사건은 소각장의 반입수수료 산정방식을 변경한 서울특별시의 조례가 서울특별시 강남구의 폐기물처리시설 설치·운영권한을 침해하는지 여부가 문제되었으나, 헌법재판소는 폐기물을 광역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 이러한 관할을 광역자치단체로 이전할 수 있도록 규정하고 있는 폐기물관리법에 따라 소각장의 운영권한과 반입수수료의 결정·부과징수권한은 피청구인에게 있으므로 청구인의 권한을 침해한 것이 아니라고 판단하였다.

---

비판적인 견해가 있다. 이광웅(1991). “지방자치단체상호간의 권한쟁의심판”, 『권한쟁의심판제도에 관한 연구』, 헌법재판소, 321면 이하 참조. 동 견해는 헌법재판이 기본적으로 헌법상의 쟁점 및 헌법기관 사이에서 일어난 법적인 문제 등에 관해 헌법적 차원에서 행해지는 재판이라는 점에서 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에 대해 이를 헌법상의 다툼으로 하고 있는 것은 입법론상으로 문제라는 것이다. 하지만, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의 문제는 단순히 법률상의 문제로만 그치는 것이 아니라 헌법상의 자치권 보장이라는 헌법 문제로서의 성격이 항상 결부되어 있다고 보아야 할 것이다. 지방자치권 보장이라는 헌법적 문제와 관련하여 법률 규정의 해석과 적용에 관해 다툼이 있는 것으로 이해하는 것이 옳다고 본다. 이상의 내용은, 이성환(2005.2.). “권한쟁의심판에서의 당사자능력과 당사자적격”, 『공법연구』, 제 33집 제2호, 202-203면 참조.

56) 교육·학에 사무에 관한 권한쟁의인 경우 교육감이 당사자가 된다는 헌법재판소법 제62조 제2항에 따라 광역지방자치단체 간의 권한쟁의로 볼 수 있는 사례는 ‘경상남도 교육청과 경상남도 간의 권한쟁의 사건(헌재 2016. 6. 30. 2014헌라1)’이 거의 유일하다.

57) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 897면.

58) 본 유형에 해당하는 주요 결정으로는, 당진군과 평택시 간의 권한쟁의 사건(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2), 광양시 등과 순천시 등 간의 권한쟁의 사건(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1), 부산광역시강서구와 진해시 간의 권한쟁의(헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2), 북제주군과 완도군 등 간의 권한쟁의(헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11), 용진군과 태안군 등 간의 권한쟁의(헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2) 등이 있다.





## 제 3 장

# 권한쟁의심판과 행정소송

- 제 1 절 헌법재판소 권한쟁의 관할권의 성질
- 제 2 절 권한쟁의심판과 행정소송



# 제3장

## 권한쟁의심판과 행정소송

### 제1절 헌법재판소 권한쟁의 관할권의 성질

#### 1. 헌법재판소의 전속적 관할설

헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”라고 규정하고, 헌법 제111조 제1항은 “헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, 2. 탄핵의 심판, 3. 정당의 해산심판, 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이라고 규정하고 있다.

헌법재판권의 법적 성질에 관해서는 ‘제4의 국가작용설’<sup>59)</sup> 등 일부 학설을 제외하고는 다수가 사법작용설을 취하고 있다.<sup>60)</sup> 즉, ‘구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우에 당사자로부터 쟁송의 제기를 기다려 독립된 지위를 가진 기관이 제3자적 입장에서 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하는 작용’으로 이해하는 다수의 입장에 의하면 법원뿐만 아니라 헌법재판소도 사법권을 행사하는 국가기관으로 해석되는 것이다. 그렇다면 법원에 속하는 사법작용과 헌법재판소에 속하는 사법작용을 어떻게 구분하여야 하는지, 하나의 법적 분쟁이 법원의 관할에도 속하고 헌법재판소의 관할에도 속하는 관할권 경합의 문제가 발생하였을 경우 이를 어떻게 해결해야 하는지 등의 문제가 생긴다. 이러한 문제를 해결하기 위해 우리 헌법이 헌법 제111조 제1항 각 호의 사항에 대해 헌법재판소의 전속적·배타적 관할권을 규정한 것으로 보

59) 허영(2017), 『한국헌법론』(전정13판), 박영사, 880-881면; 정종섭(2015), 『헌법학원론』(제10판), 박영사, 1456면.

60) 사법작용설을 취하는 견해는 대표적으로, 장영수(2017), 『헌법학』(제10판), 홍문사, 1042-1044면, 1247-1249면.

아야 한다는 견해가 있다.<sup>61)</sup>

동 견해는 헌법이론적 논의보다는 실정헌법조문의 규범적 해석과 규범생성의 연혁적 관점에서 헌법 제101조와 헌법 제111조가 과연 이 문제를 어떻게 해결하고 있는지 살펴보고 있다. 즉, 역사상 헌법위원회, 탄핵심판소 내지 탄핵심판위원회, 1960년6월헌법상의 미실현의 헌법재판소가 존재하였으나, 사법권은 법원에 귀속한다고 하는 헌법 제101조 제1항 본문은 제헌 헌법 이래 동일한 내용으로 유지되고 있는 점을 볼 때, 그동안 법원은 실질적으로 유일한 사법기관이나 다름 없었다고 한다. 그러다가 현행 헌법의 개정 시에 헌법재판소의 장을 신설하고 5개 사항에 관하여 헌법재판소가 관장한다고 규정하였는바, 이로써 헌법개정자는 성실상 사법작용에 해당하는 것 가운데 이제는 헌법재판소에 맡기는 것이 바람직하다고 생각되는 5개 사항들을 묶어 법원이 아닌 헌법재판소에 맡긴 것이라고 보고 있다. 따라서 현행 헌법 아래에서는 헌법재판소에 속하는 관장사항에 대하여 더 이상 법원이 헌법 제101조를 근거로 재판권을 행사할 수 없게 되었다고 한다.

결국, 헌법재판소의 전속적 관할설에 따르면, 첫째, 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항에 명시적으로 열거된 사항들에 한하여 권한을 가질 뿐이다. 이에 따라, 헌법 제111조 제1항 제4호에 규정된 권한쟁의는 헌법재판소의 배타적 관할에 속한다. 둘째, 헌법재판소의 관할로 열거된 사항들은 헌법재판소의 배타적 관할에 속하므로 이 사항들에 대하여는 법원의 관할권이 미칠 수 없다. 권한쟁의에 관하여서도 법원의 관할권이 배제되므로 행정소송법상의 행정소송의 형태로든 특별한 법률에 의한 특별한 형태의 소송으로든 어떠한 형태로든 법원의 관할로 하는 것은 헌법 위반이 된다. 셋째, 위 사항들을 제외한 나머지 사법작용에 대하여만 법원의 관할권이 인정될 수 있다. 즉, 헌법 제111조 제1항 제4호에 규정된 권한쟁의에 해당하지 않는 권한분쟁으로서 그 법적 해결이 사법작용에 해당하는 것은 법원의 관할에 속한다.<sup>62)</sup>

## 2. 헌법재판소의 원칙적 관할설

61) 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 439-441면.

62) 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 440-441면.

이에 대해, 헌법이 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 한 것은 이에 관한 전속적·배타적인 관할권을 부여하고자 한 것이 아니라 원칙적이고 일차적인 관할권을 부여한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다. 동 견해에 따르면 세 가지 유형의 권한쟁의심판마다 그 절차의 본질과 목적, 헌법재판의 본질 및 헌법재판소의 기능 등을 종합적으로 고려하여 각 유형의 내용을 구체적으로 형성할 것을 입법자에게 위임한 것으로 해석할 수 있게 된다.

따라서 이러한 견해에 따르면, 입법자는 헌법재판소법을 통하여 헌법상 관할규정을 구체화함에 있어서 국가기관 상호 간의 권한쟁의의 본질과 기능을 어떻게 이해하는지에 따라 ‘헌법기관 간의 권한쟁의’ 또는 ‘국가의사형성에 적극적으로 참여하는 정치적 헌법기관 간의 권한쟁의’ 등으로 세부적 유형 내지 그 내용을 형성할 수 있을 것이다. 즉, 입법자는 모든 국가기관 간의 권한분쟁을 헌법재판소의 관할로 규율해야 하는 구속을 받는 것이 아니라, 국가기관 간의 권한쟁의를 헌법재판소의 관할로 부여하는 헌법의 객관적 의사를 존중하고 준수하는 한, 당사자범위의 확정을 통하여 국가기관간의 권한쟁의의 핵심적 내용을 이루는 ‘헌법기관간의 권한쟁의’를 헌법재판소의 관할로 귀속시키고, 그 외의 국가기관 간의 권한분쟁은 기관소송의 대상으로 규율함으로써 법원의 관할로 할 수도 있는 것이다. 이와 마찬가지로 동 견해에 따르면 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간 권한쟁의의 경우에도 심판의 관할을 원칙적으로 헌법재판소에게 유보하면서, 각 제도의 본질과 목적, 헌법재판과 헌법재판소의 기능, 헌법재판과 행정재판의 관계 등을 감안하여 구체적으로 형성하도록 입법자에게 위임한 것으로 이해된다.<sup>63)</sup>

동 견해는 위와 같은 주장의 논거로, 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판 및 헌법소원심판과 관련해서는 헌법이 스스로 다른 규정들을 통하여 위 심판절차들을 구체화하고 있고, 이로써 헌법재판소의 관할과 권한도 구체화되고 있는 반면, 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 관할은 헌법적 차원에서 전혀 구체화하고 있지 않다는 점을 제시한다. 헌법재판소의 관장사항 중 권한쟁의심판을 제외한 다른 네 개의 심판절차들의 경우, 그 심판대상이 한정적이고 명확할 뿐만 아니라 헌법재판소의 관할규정 외에도 다른 헌법규정에 의하여 이미 헌

63) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 859면.

법적 차원에서 그 절차의 형성이 구체화되어서 입법자를 구속하고 있다는 공통점을 가지지만, 권한쟁의심판의 경우 헌법은 헌법재판소에 이에 관한 관할권을 부여하는 헌법 제111조 제1항 제4호의 규정내용 외에는 심판절차를 구체화하는 어떠한 헌법규정도 두고 있지 아니하여 권한쟁의의 당사자 외의 사항은 개방적인 상태로 남겨두고 있으므로, 그 내용이 확정되지 않은 개방적인 관할규범에 의하여 배타적인 관할이 부여될 수 없다는 것이다. 게다가 3가지 유형의 권한쟁의심판이 그 기능과 목적, 법적 성격에 있어서 완전히 상이하고 3가지 유형의 권한쟁의심판이 포함하는 그 관할의 포괄성과 광범성에 비추어, 헌법 제111조 제1항 제4호에 언급된 권한쟁의에 관한 심사권을 헌법재판소의 배타적인 관할로 규정하고 있다는 주장은 받아들이기 어렵다고도 한다.

다음으로, 동 견해는 권한쟁의심판의 도입 당시 관련 실무적 경험이 전무하여 장래 어떠한 식으로 전개될 것인지 예측하기 어려웠다는 점을 감안하면 헌법재판소에 권한쟁의에 관한 심판권을 원칙적인 관할권으로 귀속시키면서 그 외의 구체적인 형성에 관하여는 헌법이 스스로 확정하지 아니하고 입법자에게 위임한 것으로 보는 것이 보다 헌법개정 당시의 입법상황과 헌법개정자의 의사에 부합한다는 점도 논거로 제시한다. 이에 따라, 입법자는 가령 국가기관 상호간의 권한쟁의의 경우에는 그 심판대상을 ‘헌법상의 권한분쟁’으로 한정하고 할 수도 있고, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 경우에는 그 심판대상을 ‘법률상의 권한분쟁’으로만 하는 등 심판대상을 확정함에 있어서도 세 가지 상이한 성격의 권한쟁의 유형의 본질과 특성에 부합하게 각 유형마다 별개로 규정할 수 있는 것으로 이해된다. 결국, 동 견해에 따르면, 현행 헌법재판소법에서 세 가지 권한쟁의심판에 대하여 일괄적으로 헌법상의 분쟁뿐만 아니라 법률상의 분쟁도 포함시키고 있는 것과는 달리, 입법자는 국가기관 상호 간의 권한쟁의에서 ‘헌법상의 권한쟁의’로 심판대상을 축소하고 법률분쟁은 제외하더라도 위헌의 문제는 발생하지 않게 된다.<sup>64)</sup>

### 3. 검토

64) 이상의 ‘헌법재판소의 원칙적 관할설’의 논거 등 그 전반적인 내용에 관해서는, 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 859-862면.

지금까지 권한쟁의 사건에서 헌법재판소 관할권의 성질을 놓고 대립되는 양 견해를 살펴보았다. 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정한 헌법 제111조 제1항 제4호의 해석을 놓고 동 규정이 권한쟁의심판에 관한 원칙적이고 일차적인 관할권만을 헌법재판소에 부여하였다고 보는 원칙적 관할설은 무엇보다 헌법 제111조 제1항의 각 호에서 규정하고 있는 심판사항 별로 헌법재판소 관할권의 성질을 달리보고 있다는 점에서 받아들이기가 쉽지 않다. 같은 조항 내에 위치한 다섯 가지의 심판사항 중 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 헌법소원심판의 경우에는 헌법재판소의 전속적·배타적 관할을 인정하면서 권한쟁의심판의 경우에만 원칙적·일차적 관할을 인정하는 식의 해석이 문리적·체계적 해석의 관점에 부합하는지 의문이다. 이는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’과 같은 동항 제5호의 규정방식을 보면 더욱 그러하다. 헌법소원심판의 경우에는 ‘법률이 정하는’과 같은 유보적 표현을 사용하여 입법자에게 그 구체적인 내용 형성을 위임하였다는 점을 용이하게 파악할 수 있으나, 그러한 표현을 같은 조항 내에서 사용하고 있음에도 사용하지 않고 있는 권한쟁의심판의 경우에는 오히려 절차의 구체적이고 세세한 내용 형성을 입법자에 의해 위임하지 않겠다는 헌법개정자의 의지로 보는 것이 보다 이치에 부합하는 해석일 것이다. 헌법재판소 관장사항 중 권한쟁의심판 외의 경우에는 헌법의 다른 규정들이 그것들을 구체화하고 있는 반면 권한쟁의심판은 그렇지 못한 미확정의 개방적 상태이기 때문에 권한분쟁을 헌법재판소의 전속권 관할로 볼 수 없다는 것도 이해하기가 쉽지 않다. 헌법적 차원에서 구체화의 시도를 하지 않았다고 해석하기 보다는 권한쟁의심판의 경우에는 단 하나의 규정으로 간단명료한 지침을 제시하고 있는 것으로도 충분히 해석할 수 있기 때문이다. 결국 원칙적 관할설이 입법론으로 주장되는 것은 별론으로 하더라도 현행 헌법의 해석론으로 주장되기에는 쉽지 않다고 본다.

또한, 권한쟁의심판절차의 구체적인 형성에 관하여는 헌법이 스스로 확정하지 아니하고 입법자에게 위임한 것으로 보는 것이 헌법개정자의 의사에 부합한다는 논거도 설득력이 크지 않다. 입법당시의 구체적이고 명확한 상황적 사료 등이 충분히 뒷받침되지 않는 이상 입법자의 의사 추정은 지극히 가변적이고 불명확할 수밖에 없는 것이다. 권한쟁의심판의 규정 방식에 있어 사항적

제한 방식을 택하고 있는 독일기본법과 달리 우리 헌법은 당사자의 제한만을 두는 식으로 규정하고 있는 점을 보면, 헌법상의 권한분쟁 및 법률상의 권한분쟁 등 모든 성질의 권한분쟁을 헌법재판소의 전속적 심판권에 포함시키고자 하는 헌법개정자의 강력한 의지 표명이라는 반대의 시각도 충분히 제시될 수 있고, 또 그렇게 보는 것이 앞서 언급한 문리적·체계적 해석의 관점에서 일견 설득력을 가지기도 하는 것이다.

오히려 원칙적 관할설이 지금보다 설득력을 가지기 위해서는 기존과는 다른 식의 관점이 필요하고, 본 연구에서 전제하고 있는 ‘지방자치단체의 이익’이라는 관점에서 접근하는 것이 나름 효과적일 수도 있다고 생각한다. 즉, 직접적으로 규명하기 어려운 그 관할권의 성질을 헌법상 지방자치제도와의 조화롭고 합목적적인 해석을 통해 역으로 규명할 수도 있는 것이다. 권한쟁의의 관할권의 성질에 대한 논의는 입법자가 그 절차의 구체적인 내용을 형성할 수 있는지 여부의 문제이고, 이는 헌법재판소와 법원의 관할경합이 발생할 수 있는지 발생한다면 그것을 어떻게 해결해야 하는지의 문제로 귀결된다. 이러한 상황에서 ‘지방자치단체의 이익’이란, 지방자치단체의 자치권 보장 내지 그 침해의 구제를 위한 사법적 소송수단의 접근성, 활용의 용이성, 선택가능한 소송수단의 다양성 등에 있어서 제도의 주체이자 당사자인 지방자치단체에 얼마나 보탬이 되는 것인지를 말한다고 할 수 있다. 즉, 지방자치권 침해 구제를 위한 다양한 소송수단이 존재하고 그러한 소송수단들이 상호 그 이용을 배제하지 않는다면, 소송의 당사자가 되려고 하는 지방자치단체의 입장에서는 다양한 사법적 분쟁해결수단을 선택적으로 활용할 수 있는 것이 자신의 이익에 부합한다고 볼 수 있는 것이다.

이러한 관점에서 보자면, 법률을 통해서 지방자치단체의 권한분쟁에 관한 다양한 소송수단이 마련된다고 하더라도 헌법상 규정들 간의 전체적이고 조화로운 해석의 차원에서 그것이 곧 권한분쟁 관할권을 헌법재판소에 부여한 헌법규정 위반이라고 볼 수 없는 것이다. 하지만, 이러한 관점에서조차 지방자치단체가 다양한 소송수단을 활용할 수 있다는 점에서 지방자치단체의 이익에 일견 부합하는 것으로 보이지만, 만일 그 소송수단의 활용 결과가 헌법재판소와 법원에 의해 서로 달리 나오는 경우 지방자치단체의 이익에 부합한다고만 단



정할 수는 없을 것이다. 단일의 사법적 구제수단만이 마련된 것에 비해 자치행정 현장의 혼란이 보다 장기간 지속될 수 있고 불필요한 행정비용의 다수 발생할 수 있는 등 지방자치단체의 이익을 침해하는 상황의 발생도 배제할 수 없는 것이다.

생각건대, 권한분쟁에 관한 사법적 심사권에 있어 법원과 헌법재판소의 관할 경계 확정 문제, 다시 말해 헌법 제111조 제1항의 해석 문제는 헌법재판소의 전속적 관할설에 의하여 해결하는 것이 보다 논리적이라고 본다. 무엇보다 법원과 헌법재판소 간 관할경합의 상황이 발생할 우려가 있는 경우 이를 가장 간명하게 예방할 수 있다는 점이 전속적 관할설이 학설로서 가지는 가장 큰 장점이라고 하겠다. 지방자치단체의 이익에 부합하는지, 즉 지방자치단체의 자치권의 구제가 보다 수월할 수 있는지에 대한 관점에서 보더라도, 동 견해에 따르면 경합문제 자체가 발생하지 않거나 설령 현행 실정법의 체계가 정비되지 못한 관계로 법원과 헌법재판소 간 관할이 일부 경합되는 경우가 발생한다고 하더라도 앞서 언급한 상황과 같이 분쟁상황의 일의적이고 간명한 해결이 지방자치단체의 이익에 가장 부합하는 것이라고 생각한다.<sup>65)</sup>

## 제2절 권한쟁의심판과 행정소송

### 1. 서설

분쟁의 유형을 공권력을 행사하는 주체의 관점에서 볼 때 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있는 현행 권한쟁의심판은 상이한 두 가지 유형을 포함하고

65) 이와 유사한 취지로, 헌법재판소가 신설되면서 헌법재판소의 권한사항으로 권한쟁의심판권을 부여하였음에도 불구하고 전통적인 행정쟁송의 기본적인 틀을 수정하지 않은 결과 관할중복이라는 혼란 양상을 초래할 수 있는 여지를 남기고 있으므로 입법론적으로는 헌법재판소에 권한쟁의심판권을 부여한 이상 국가 안에서 국가기관과 지방자치단체 및 그 구성조직 사이에 야기되는 일체의 권한쟁의를 헌법재판소의 권한쟁의심판으로 일원화시킬 필요가 있다는 견해가 있다. 이와 같은 논리는 권한분쟁에 있어 헌법재판소와 법원 간의 관할문제를 둘러싼 불필요한 오해와 논란을 최소화시킬 수 있을 뿐만 아니라, 특히 헌법재판소가 초기에 권한쟁의심판의 청구권자를 매우 제한적으로 해석하다가 학계의 비판을 수용하여 청구권자를 확대해석하여 적용하고 있는 현실과도 부합하는 해석이라고 한다. 성낙인(2011.9.), “지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호, 143면.

있다. 즉, 국가라는 독립한 법인격체의 내부기관 간 분쟁인 국가기관 상호 간의 권한쟁의와 서로 독립된 법인격체 간의 권한분쟁인 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의, 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의라는 분쟁 유형이 그것이다.<sup>66)</sup> 헌법과 헌법재판소법이 분쟁유형을 특정하고 있음에도 불구하고 권한쟁의에 의해 해결되어야 할 분쟁과 그 밖의 방법으로 해결되어야 할 분쟁을 구별하는 기준이 무엇인가 하는 부분이 다소 불명확한 경우가 발생할 수 있다. 현행법상의 권한쟁의심판제도가 상이한 분쟁 유형을 모두 관할하고 있다는 사실이 권한쟁의의 대상이 무엇이어야 하는가를 더욱 불분명하게 만드는 요소 중 하나인 것이다.

전술한 바와 같이 독일의 경우는 헌법적 성질의 분쟁인가 아니면 비헌법적 성질의 분쟁인가에 따라 전자는 헌법재판으로 후자는 행정소송으로 관할하고 있어 외견상으로는 비교적 간명한 기준을 채택하고 있다. 그러나 우리의 경우는 헌법뿐만 아니라 법률에 의하여 부여받은 권한분쟁의 경우에도 그것이 법상 규정한 권한쟁의의 주체 상호간에 관한 것이라면 헌법재판소의 관할권이 인정되므로 이와 같은 독일식의 기준을 채택하여 분쟁 유형을 구분할 수 없다. 결국, 다양한 분쟁사례와 유형들 중에서 어느 것을 헌법재판소의 권한쟁의의 관할로 할 것인지에 관한 기준이 간명하다고 볼 수 없으므로, 권한분쟁에 대해 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 연동관계에 있는 법원의 일반사법권과의 관계를 살펴볼 필요성이 있다고 하겠다.<sup>67)</sup> 이러한 양자의 관계에 대한 면밀한 검토를 통해 헌법재판소 권한쟁의심판의 내용과 범위 등을 보다 명확히 알 수 있을 것이다.

또한, 현행법의 규정 간 관계를 보더라도 권한쟁의심판과 행정소송 간의 관할경합 문제는 면밀히 검토되어야 할 사항이다. 헌법 제111조 제1항 제4호

66) 그러나 권한분쟁이 발생할 수 있는 유형은 이러한 두 유형에만 그치지 않는다. 이상의 유형 외에도, 지방자치단체 내부기관간의 권한분쟁(예컨대, 지방자치단체의 장과 지방의회간의 권한분쟁 등), 지방자치단체의 기관과 그 구성원간의 권한분쟁(예컨대, 지방의회와 지방의회의원간의 권한분쟁 등), 상이한 법인격체에 속한 기관 간에 권한분쟁(예컨대, 시·도지사와 시·도지사간의 권한분쟁 또는 시·도지사와 시·군·구청장간의 권한분쟁 등)이 있을 수 있다. 유지태·신봉기(1997). “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 헌법재판소, 242면.

67) 유지태·신봉기(1997). “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 242-243면.

는 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 이에 근거하여 헌법재판소법 제61조 내지 제67조에서는 법률상의 분쟁까지 포함하는 권한쟁의심판을 구체적으로 규율하고 있다. 그런가 하면 헌법 제101조는 사법권이 법원에 속함을 규정하고 있고, 행정소송법은 제1조에서 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 제정되었음을 명시하고 있으며, 이에 따라 행정소송법은 다양한 형태의 행정소송의 유형을 입법화하고 있다. 헌법재판소가 관장하고 있는 권한쟁의심판과 행정소송이 경합 내지는 충돌될 수 있는 개연성이 대단히 큰 상태이다.

이를 해소하기 위해 행정소송법은 제3조 제4호에서 기관소송을 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송으로 개념을 규정지음과 동시에 그 단서에서 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 기관소송의 대상에서 제외됨을 규정하고 있다. 이것은 기관소송의 보충성을 규정한 것이라고 하겠다. 즉, 권한쟁의심판에 해당하는 사항은 일반적이고 포괄적으로 헌법재판소의 관장으로 하고, 그 이외의 사항에 대해서만 보충적으로 행정소송법상 기관소송의 대상으로 하고 있음을 의미한다.

그렇지만 이러한 규정은 단지 권한쟁의심판과 기관소송의 관계에서 문제되는 것을 해결할 수 있을지 모르지만, 항고소송이나 당사자소송 및 민사소송 등에서 나타날 수 있는 관할의 경합이나 충돌을 근본적으로 해결하기는 어려운 형편이라고 하겠다. 게다가 지방자치법과 지방교육자치에관한법률은 권한쟁의심판과 충돌될 수 있는 사항을 대법원의 관할로 하는 다양한 특수소송을 명문으로 규정한 상태이다. 결국, 관할의 충돌문제는 근본적으로 재검토하지 않으면 안 되는 중요한 문제라고 볼 수 있다.<sup>68)</sup> 아래에서 구체적인 관할경합의 내용을 살펴보기로 한다.

## 2. 권한쟁의심판과 기관소송

행정소송법은 제3조 제4호에서 “국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있

68) 양건 등(1999). 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 285-286면.

어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다”라고 하여 기관소송의 정의와 범위에 관해 규정하고 있다. 헌법재판소의 관할 사항인 국가기관 상호간의 소송이 행정소송법 제3조 제4호 단서에 의해 기관소송에서 제외되므로, 행정소송법상 기관소송은 다만 공공단체의 기관 상호간의 소송에 한정된다. 그런데 여기서 말하는 공공단체에는 지방자치단체 외에 공법인도 포함된다고 볼 것이지만, 행정소송법 제45조<sup>69)</sup>의 기관소송 법정주의에 따라 현재로서 지방자치단체를 제외한 공법인의 기관 간에 기관소송을 규정한 예는 찾아보기 어렵다.<sup>70)</sup>

행정소송법 제3조 제4호에 의해 기관소송의 관할은 행정법원이 된다. 이에 반해 헌법과 헌법재판소법은 국가기관 상호 간의 권한쟁의를 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 그리고 헌법재판소의 관장사항으로 되는 것은 행정법원의 기관소송의 대상에서 제외되기 때문에,<sup>71)</sup> 법 제61조 제1항에 의한 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판과 행정소송법 제3조 제4호 상의 기관소송과는 관할 구분의 문제는 원칙적으로 발생하지 않는다. 즉, 이는 권한쟁의심판을 통해 헌법재판소가 국가기관 상호 간의 권한분쟁에 관한 일반적인 관할권을, 대법원은 기관소송을 통한 보충적인 관할권을 가지는 것을 의미한다.

하지만 문제는 국가기관 상호 간의 권한쟁의의 범위가 불명확하다는 점에 있다. 헌법재판소법 제2조의 규정에 의한 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송이 아니면 기관소송의 관할이 될 수 있기 때문에, 동법 제2조에 규정된 국가기관 상호 간의 권한쟁의를 어떻게 획정하는가에 따라 헌법재판소와 법원의 관할영역의 배분이 달라질 수 있게 된다는 것이다. 이 유형의 권한쟁의는 동법 제62조 제1항 제1호에 구체적으로 예시되어 있는바, 결국 이 조항의 의미를 어떻게 해석하여야 하는가 하는 점과 직결된다고 하겠다. 이에 관해 헌법재판소는 국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의사건에 대한 결정에서, 동법 제62조

69) 행정소송법 제45조(소의 제기) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.

70) 홍정선(2015). 『신지방자치법』(제3판), 박영사, 630면.

71) 연혁적으로 보면, 1984년 행정소송법의 전면 개정 시 학계의 주장을 반영하여 기관소송이 명문으로 규정되었고, 1988년 헌법재판소법이 제정되면서 헌법재판소의 권한쟁의심판사항은 기관소송의 대상에서 제외하는 규정을 두게 되었다.

제1항 제1호는 한정적·열거적이 아니라 예시적인 것으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다고 하였고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 범위는 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제라고 하면서, 첫째, 헌법에 의하여 설치되고, 둘째, 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있을 것, 셋째, 이러한 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없을 것이라는 기준을 제시하였다. 따라서 위 조항에 열거되지 아니하였더라도 이러한 기준에 해당하는 국가기관 상호 간의 권한분쟁은 권한쟁의심판의 관할에 속하게 되고, 이러한 경우에 해당하지 아니하는 국가기관 상호 간의 권한분쟁만이 기관소송의 관할영역에 해당하게 될 것이다. 그 예로는, 헌법재판소 판례기준에 해당하지 않는 국가기관들 간의 권한분쟁, 역시 이러한 국가기관과 헌법기관 간의 권한분쟁이 있을 수 있다.

만일 동법 제62조 제1항 제1호를 한정적·열거적인 것으로 해석하면 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호 간의 권한쟁의만이 권한쟁의심판의 대상이 되므로 이를 제외한 나머지 국가기관 간의 권한분쟁은 기관소송의 관할이 될 수 있다. 다만, 이와 같이 해석하는 경우 기관소송의 범위가 확대될 수도 있겠으나 기관소송 법정주의를 규정한 행정소송법 제45조로 인해 실제적으로는 국가기관 간의 권한분쟁에 있어 사법적 관할이 미치지 않는 영역이 보다 확대되는 상황이 발생할 수 있다.<sup>72)</sup>

현행 실정법에 따라 기관소송은 지방자치단체의 기관 상호 간의 권한분쟁의 경우에만 인정된다. 현행법에 의하면 공공단체인 지방자치단체 내에서 지방자치단체의 장과 지방의회 사이의 분쟁인 지방자치법 제107조 제3항 및 제172조 제3항의 소송, 그리고 교육감과 지방의회(시·도의회) 간의 분쟁인 지방교육자치에 관한 법률 제28조 제3항에 의한 소송만이 기관소송으로 일반적으로 분류된다.<sup>73)</sup>

72) 양건 등(1999), 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 286-288면.

73) 이에 대해, 국가나 상급지방자치단체장의 시정명령 또는 취소정지결정에 대한 지방자치단체장의 제소(지방자치법 제169조)와 국가나 상급지방자치단체장의 직무이행명령에 대한 단체장의 제소(동법 제170조)를 기관소송의 예로 보는 견해도 있다. 김해룡, “권한쟁의와 기관소송에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』, 제14권 제3호(2014.9.), 220-223면. 동법 제170조를 기관소송으로 보는 견해는, 성낙인(2011.9.), “지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호, 142면.

한편, 지금까지의 논의는 기관소송이 ‘자기소송’임을 전제로 한 것이었다. 즉, 동일한 법주체 내부의 기관 간의 분쟁을 기관소송의 의미로 보고 권한분쟁에 있어 헌법재판소와 법원 간의 관할경합 문제를 살펴본 것이다. 현행 행정소송법의 문면을 볼 때, 행정소송법상 기관소송은 동일한 법주체 내부의 기관간의 분쟁을 의미하지, 법주체 사이의 분쟁을 의미하는 것은 아니다. 이것은 하나의 법주체의 내부 영역에서 권한행사에 관해 발생한 분쟁의 해결절차이자 기관 상호 간에 우열이 없는 경우와 관련된 개념으로서 기관소송이 인정되는 논거를 보아서도 그러하다고 할 수 있다.<sup>74)</sup> 이에 대해, 상이한 법주체 기관 사이의 소송도 기관소송으로 보는 견해도 있다.<sup>75)</sup> 국가기관과 공공단체의 기관 간 또는 각기 상이한 공공단체의 기관 간의 권한분쟁은 기관소송과 권한쟁의심판 중 어느 쪽에 속하는지에 관하여 독립성이 보장된 기관 상호 간에 발생한 권한분쟁을 법적으로 해결하기 위하여 마련된 소송형태가 기관소송이므로 굳이 법주체 내부의 기관 간의 소송으로만 한정할 필요가 없다는 점,<sup>76)</sup> 국가기관과 지방자치단체의 기관 간의 권한분쟁을 기관소송으로 다룰 수 없게 하면 분쟁 해결의 공백이 생기므로 입법적으로 명확하게 해결되기 전까지는 행정소송법의 문언을 보다 넓게 해석할 필요가 있다는 점<sup>77)</sup> 등을 이유로 이를 기관소송의 대상이 된다고 보는 것이다. 하지만 각기 다른 권리주체에 귀속하는 기관 간의 권한다툼은 기관소송의 개념에 들어오지 않는 것으로 보는 것이 타당하고, 우리 헌법은 권한쟁의심판을 규정함에 있어 그 당사자를 명확히 한정하는 규정 방식을 채택하고 있으므로, 이러한 경우는 기관소송과 권한쟁의심판 어디에도 속하지 않는 관할의 흠결을 인정하는 것이 옳다. 그렇지 않고 무리하게 기관소송으로 보게 되면 기관소송의 개념은 매우 혼란스러워지게 된다.

### 3. 권한쟁의심판과 항고소송

현행 행정소송법에서 정하고 있는 네 가지 행정소송 중 하나인 항고소송은

74) 홍정선(2015). 『신지방자치법』(제3판, 박영사, 630면.

75) 대표적으로, 최승원(2000). “권한쟁의심판과 기관소송”, 『법학논집』(이화여자대학교), 제4권 제4호, 127-130면.

76) 한경우(1995). “기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차”, 『연세법학연구』, 제3집, 871면.

77) 최승원(2000). “권한쟁의심판과 기관소송”, 『법학논집』(이화여자대학교), 제4권 제4호, 128면.

행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송으로, 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송인 취소소송, 행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송인 무효등 확인소송, 그리고 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송인 부작위위법확인소송으로 구분된다. 항고소송은 행정청의 우월한 일방적인 행정권의 행사 또는 불행사에 불복하여 권익구제를 구하는 소송으로서, 행정작용 중 국민에게 일방적인 지배력을 미치는 행위를 대상으로 행해지고, 국민에게 일방적인 지배력을 미치지 않는 행위의 경우에는 후술하는 공법상 당사자소송 또는 민사소송의 대상이 된다.<sup>78)</sup>

따라서 항고소송은 우월적 지위를 가진 상대방의 존재를 전제로 하는 소송으로 국민이 행정권의 행사에 불복하여 제기하는 것이 가장 일반적인 양상이다. 하지만, 지방자치단체도 행정청인 국가기관의 처분에 대하여 항고소송을 제기할 수 있다거나 하급지방자치단체가 상급지방자치단체의 처분에 대하여 지방자치권의 침해를 주장하면서 항고소송을 제기할 수 있다고 한다면, 항고소송과 권한쟁의심판 사이에 관할이 중첩되는 문제가 발생하게 된다.<sup>79)</sup> 예컨대, 국가기관 또는 상급지방자치단체의 위법한 처분으로 인하여 하급지방자치단체가 도시계획법상 자신에게 주어진 도시계획입안권이 침해되었다고 하면서 그 처분의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있고, 이와는 별도로 당해 지방자치단체는 국가나 상급지방자치단체의 처분이 자신의 헌법상 또는 법률상 권한을 침해한다는 이유로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수도 있다. 따라서 이러한 경우, 헌법재판과 행정재판의 관할이 중첩될 수 있고, 그 판단의 결과가 충돌할 수 있는 것이다.

또한, 권한의 존부 및 범위가 항고소송에서의 판단의 전제가 되는 경우도 항고소송과 권한쟁의심판의 관할이 중첩된다.<sup>80)</sup> 국민이 당사자가 되어 국가 또는 지방자치단체가 내린 일정한 처분이 위법하다는 등의 이유로 법원에 그 취소 또는 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하였을 때, 법원은 그 선결문제

78) 박균성(2017). 『행정법론(상)』(제16판), 박영사, 1110면.

79) 학계에서는 지방자치단체도 항고소송의 원고가 될 수 있다는 것이 보다 다수의 견해이다. 대표적으로, 박정훈(2003). “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 『공법연구』, 제31집 제3호, 90-91면 참조. 최근 실무에서도 지방자치단체의 원고적격을 인정하는 판례가 등장하고 있다. 대판 2014. 2. 27. 2012두22980.

80) 이에 대한 이론적 해결은 후술하는 당사자소송과의 관할 중첩 문제에서 함께 다루기로 한다.

로서 해당 행정청에게 처분을 할 법률상의 권한이 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 이 경우 다른 지방자치단체는 그 처분권한이 자신에게 있음을 주장하면서 자신의 헌법상 또는 법률상 권한의 침해를 이유로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수도 있다. 따라서 이들 절차가 함께 진행되는 경우에는 권한의 유무 또는 범위에 관한 판단을 놓고 헌법재판소와 법원의 판단이 충돌하는 상황이 발생할 수 있다.<sup>81)</sup>

이러한 다툼의 본질은 국가기관 등과 지방자치단체와의 권한분쟁이므로 이는 헌법 제111조 제1항 제4호에 따라 헌법재판소의 관할에 속하며, 이를 행정소송의 대상으로 삼아 법원의 관할로 하는 것은 위헌이 아닌지의 문제가 제기된다.<sup>82)</sup> 헌법은 제111조 제1항 제4호에서 ‘국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의’에 관한 원칙적이고 일차적인 심판권을 헌법재판소에게 부여하였고, 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의는 주로 국가의 감독권행사나 국회의 입법행위와 관련하여 발생하는 것이므로, 국가의 감독권행사를 항고소송의 대상으로 법원에 귀속시키는 것은 국가기관과 지방자치단체 간의 핵심적인 권한분쟁을 헌법재판소의 관할로부터 박탈하는 것으로, 헌법재판소의 원칙적인 관할권을 규정하고 있는 상기 헌법규정에 반한다는 것이다.<sup>83)</sup>

다시 말해, 지방자치단체가 국가기관 또는 상급지방자치단체의 처분을 다투며 제기하는 항고소송은 그 이름 여하에 불구하고 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의 또는 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의의 실질을 가지게 되므로 이는 헌법재판소의 관할에 속한다고 보아야 한다.<sup>84)</sup> 따라서, 감독권행사로 인하여 발생하는 국가기관과 지방자치단체 간의 권한분쟁을 항고소송의 대상으로 해야 한다는 주장도 충분히 제기될 수 있으나,<sup>85)</sup> 현행법에서는 헌법의

81) 이상 항고소송과 권한쟁의심판의 관할 중첩 사례의 예시는, 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 414-415면 참조.

82) 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 870면.

83) 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 870면.

84) 이와 같은 항고소송은 헌법재판소의 배타적이고 전속적인 관할권을 침해한다는 견해는, 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 457-458면. 또 다른 시각으로 헌법재판소의 원칙적이고 일차적인 관할권을 박탈한다는 견해는, 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 870면. 양 견해는 권한쟁의심판에 대한 헌법재판소의 관할권의 성질을 달리 보나, 어느 주장에 의하더라도 이와 같은 항고소송의 현행 헌법에 위반된다는 결론은 같다고 할 것이다.

85) 대표적으로, 정호경(2008.12.). “행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰-항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로-”, 『행정법연구』, 제22호, 76면.



개정 없이는 그 실현이 불가능하다고 본다.<sup>86)</sup>

#### 4. 권한쟁의심판과 당사자소송

행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”이라고 규정하고 있다. 당사자소송은 대등한 지위에 있는 당사자 간의 권리관계를 다룬다는 점에서 우월한 지위에서의 행정청의 공권력 행사·불행사를 직접 불복대상으로 하는 항고소송과 구별된다.<sup>87)</sup>

이러한 당사자소송과의 관계에서 다음과 같은 사실관계를 상정해 볼 수 있다. 예컨대, 지방자치단체가 특정 하천에서 발생한 오염물질을 급박하게 제거하면서 지출한 비용의 상환을 국가에게 요청하였으나, 국가가 해당 하천의 관리권한이 자신에게 없다고 주장하며 이를 지급하지 않는 경우에 지방자치단체는 국가를 상대로 공법상의 비용상환청구를 할 수 있다. 이 경우 법원은 선결 문제로서 하천의 관리권한이 누구에게 있는지와 그 범위는 어디까지인지를 판단하여야만 한다. 그런데 이러한 사례에서 지방자치단체가 특정 하천의 관리권한이 자신이 아닌 국가에게 존재한다고 주장하며 권한쟁의심판을 청구하는 것도 예상할 수 있다. 이와 같은 형식의 이른바 ‘소극적 권한쟁의’를 인정한다면 당사자소송과의 중복이 발생할 수 있고, 이러한 점은 일반의 민사소송 절차

86) 권한쟁의심판과 항고소송의 구분과 관련하여 법률의 문언을 중시하여 권한의 존부 및 범위에 관한 것은 권한쟁의심판의 대상이 되고 권한행사의 위법·부당에 관한 것은 항고소송의 대상이 된다고 파악하는 견해가 있다. 박정훈(2003). “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 『공법연구』, 제31집 제3호, 92면 참조. 이에 대해, 일반적으로 권한행사의 위법·부당을 판단하기 위해서는 먼저 권한의 존부 및 범위의 확정을 전제로 하여야 하는 경우가 많고, 권한쟁의심판에서 권한의 존부 및 범위에 관한 판단을 하기 위해서도 처분이 행하여진 구체적인 사건을 전제로 할 수밖에 없으므로, 그와 같은 관점에서 양자를 항상 명확히 구별하는 것은 어렵다는 견해도 있다. 후자의 견해는 권한의 범위 내에 있지만 그 권한을 행사하는 절차나 방법이 잘못되었다면 이는 권한의 범위에 관한 다툼이 아닌 권한의 행사에 관한 다툼으로 쟁송화될 것이므로 권한의 행사와 권한의 존부 내지 범위가 비교적 명확히 구분되는 영역도 상정할 수 있다고 하나, 권한의 범위를 넘어선 권한행사가 있을 때에는 그것이 권한의 범위에 관한 다툼인지 행사에 관한 다툼인지를 구별하기는 어려울 것이라고 한다. 홍기태(2001). “권한쟁의심판”, 『헌법재판제도의 이해』, 법원도서관, 654면. 같은 취지로, 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권, 450-453면 참조.

87) 전학선(2015.12.). “공법상 권한분쟁에 대한 통합적 관할의 필요성”, 『유럽헌법연구』, 제19호, 368면.

에서도 마찬가지로 발생할 수 있다.<sup>88)</sup>

그러나 우리 헌법재판소는 후술하는 바와 같이 소극적 권한쟁의 허용 여부에 관하여 명시적인 입장을 밝힌 바는 없으나 이를 적극적으로 적용하여 사건을 해결하고 있지도 않다.<sup>89)</sup> 헌법재판소는 소극적 권한쟁의가 문제될 수 있었던 ‘영일군과 정부 간의 권한쟁의 사건’, ‘시흥시와 정부 간의 권한쟁의 사건’, ‘서울특별시은평구와 기획재정부장관 간의 권한쟁의 사건’에서 청구인과 피청구인 간의 다툼은 단순한 채권채무관계에 불과한 것이라거나 청구인의 권한이 침해될 여지가 없다는 이유로 심판청구를 각하 또는 기각하였다.<sup>90)</sup> 결국, 아직까지는 권한의 유무 및 범위가 선결문제로서 판단되는 항고소송, 당사자소송, 민사소송과 권한쟁의심판과의 관할 경합 문제가 현실적으로 발생할 여지는 없었다고 하겠다.<sup>91)</sup>

하지만, 이러한 부분에서 법원과 헌법재판소의 관할경합의 문제가 발생할 가능성이 항상 존재하고 있는 것도 사실이므로, 이에 대한 이론적 해결을 검토하지 않을 수 없다. 그 중 하나로, 양 사법기관의 관할경합 문제를 절차법적으로 해결하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 스페인 헌법재판소조직법 제61조 제2항과 같이 권한문제가 재판의 전제가 되어 있고 그 권한분쟁이 헌법재판소에 권한쟁의심판으로 계속 중일 때에는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 법원의 재판을 정지하게 하는 방법이다.<sup>92)</sup> 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 결정은 기속력을 가지므로 그 결정이 있을 이후 법원은 헌법재판소 결정의 취지에 따라 재판하여야 하고 이로써 권한문제에 관한 판단의 상충을 피할 수 있다고 본다. 앞서 본 바와 같이 권한분쟁에 관한 포괄적·원칙적 관할권을 헌법재판소에 부여한 이상 헌법재판소에 최종적 판단권을 집중시키는 이러한 해결방안은 입법적으로 고려해 볼 만하다고 할 것이다.<sup>93)</sup>

88) 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 415면.

89) 소극적 권한쟁의의 논의 이유, 견해의 대립, 헌법재판소의 관련 판례, 검토 및 입법방안 등에 대해서는, 제4장 제2절 ‘1. 소극적 권한쟁의’ 부분 참조.

90) 헌재 1998. 6. 25. 94헌라1; 헌재 1998. 8. 27. 96헌라1; 헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2.

91) 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 415면.

92) 2015년 10월 17일 최종 개정된 스페인 헌법재판소조직법 제61조 제2항은 “전항에 따른 권한쟁의를 청구하였을 때 제기된 처분, 결정 또는 행위가 어떤 법원에서 계속 중이라면, 해당 사건의 절차는 헌법적 권한쟁의의 결정이 있을 때까지 정지된다”라고 규정하고 있다.

93) 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 602면.

## 5. 권한쟁의심판과 지방자치법상 특수소송

### 1) 공유수면 매립지 소송(법 제4조 제8항)

지방자치법 제4조 제3항 및 제8항은 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따른 매립지가 속할 지방자치단체에 관하여는 행정안전부장관이 결정하며, 관계 지방자치단체의 장은 행정안전부장관의 결정에 이의가 있으면 대법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>94)</sup>

본 규정들은 2009년 4월 1일 지방자치법 개정으로 신설되었다. 당시 지방자치법의 개정으로 제4조의 제3항 내지 제9항이 최초로 현행법에 규정되었는데, 공유수면 매립지와 지적공부에 등록이 누락된 토지를 대상으로 공유수면 매립지의 경우에는 공유수면매립법 제9조에 따른 면허관청이나 관련 지방자치단체의 장이, 지적공부 누락토지는 지적소관청이 각각 공유수면매립법 제25조에 따른 준공검사 전과 지적공부에 등록하기 전에 당해 지역이 속할 지방자치단체에 관한 행정안전부장관의 결정을 신청할 수 있게 하였다. 이러한 공유수면 매립지와 지적공부 누락토지가 속할 지방자치단체의 결정을 구하는 신청이 있게 되면 지방자치법 제149조에 따른 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의·의결을 거쳐 행정안전부장관이 결정하고, 이러한 결정에 이의가 있는 관계 지방자치단체의 장은 대법원에 소를 제기할 수 있으며, 만일 대법원의 인용결정이 있으면 행정안전부장관은 그 취지에 따라 다시 결정하여야 한다.<sup>95)</sup>

2009년 4월 1일 지방자치법 제4조가 개정되기 이전까지는 공유수면 매립지 관할구역 결정과 관련하여 분쟁이 발생한 경우, 당사자인 지방자치단체는 당해 분쟁을 지방자치단체 상호 간의 권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼으로 보아 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하여 그 판단에 따라 해결하였다. 이

94) 지방자치법 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역) ③ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 지역이 속할 지방자치단체는 제4항부터 제7항까지의 규정에 따라 행정안전부장관이 결정한다.

1. 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 매립지

2. 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2조제19호의 지적공부에 등록이 누락되어 있는 토지

⑧ 관계 지방자치단체의 장은 제3항부터 제7항까지의 규정에 따른 행정안전부장관의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다.

95) 지방자치법 제4조의 개정경과와 개정내용에 대해서는, 남북현(2017). “지방자치법 제4조와 권한쟁의심판”, 『국가법연구』, 제13집 1호, 123-124면 참조.

후 지방자치법은 개정을 통해 공유수면 매립지 관할구역 결정에 관한 분쟁을 헌법재판소가 아닌 대법원의 관할로 규정하게 되었는데, 과연 이러한 분쟁을 법원의 재판관할로 명시하는 것이 타당한가의 문제가 제기될 수 있다.<sup>96)</sup>

매립지가 어느 지방자치단체에 속하는 것인지에 관한 국가기관의 결정은 관계 지방자치단체의 자치권을 침해할 수 있는 것이어서,<sup>97)</sup> 이로 인하여 발생하는 분쟁은 여전히 국가기관과 지방자치단체 간의 전형적인 권한쟁의에 해당한다고 보아야 한다.<sup>98)</sup> 기존에는 공유수면 매립지의 귀속 결정에 관한 아무런 법적 규율을 두고 있지 않다가 관련 규정들이 대폭 신설된 것은 관련 분쟁의 사법적 관할을 대법원에 귀속시키겠다는 입법자의 결단으로 이해할 수도 있겠으나, 그렇다고 하여 헌법 위반의 의심이 해소되는 것은 아니다. 헌법재판소와 대법원의 심사권한이 중복되는 문제가 법률차원에서 발생하게 되었고, 이는 후술하는 지방자치법 제169조 제2항의 소송과 마찬가지로 대법원 관할 부여 규정의 위헌 문제로 귀결된다.

앞서 검토한 바와 같이, 지방자치단체의 권한분쟁에 대한 우리 헌법재판소의 관할권은 헌법으로부터 전속적·배타적으로 부여받은 것으로 이해하는 것이 옳다고 본다. 헌법 제111조 제1항 제4호를 헌법재판소에 원칙적·일차적 관할권을 부여한 규정으로 해석하는 견해는 문리적·체계적 해석의 관점에 비추어 받아들여지기 어려운 측면이 있고, 법원과 헌법재판소의 경합 관계를 근본적으로 예방하거나 해결하지 못하기 때문에 헌법상 지방자치제도의 실질적 보장, 다시 말해 사법적 구제수단의 활용과 선택의 측면에 있어 고려될 수 있는 지방자치단체의 이익이라는 관점에서 보더라도 다소 적절하지 못하다고 할 수 있다.

결국, 지방자치단체의 권한분쟁에 관한 법원과 헌법재판소의 관할 경계 확정 문제를 보다 간명하게 해결해 준다는 점에서 헌법 제111조 제1항 제4호에서 규정하고 있는 헌법재판소의 관할권은 전속적·배타적인 성질의 것으로

96) 김상태(2011.8.). “공유수면 매립지의 관할구역 결정과 사법적 분쟁해결제도”, 『행정법연구』, 제30호, 139면.

97) 남복현(2010.9.). “공유수면 매립지의 경계획정을 둘러싼 법적 분쟁 -절차법적 사항을 중심으로-”, 『헌법학연구』, 제16권 제3호, 756면.

98) 반면, 공유수면 매립지 관할구역 결정은 권한쟁의심판 대상으로 보기 어렵다는 견해는, 김상태(2011.8.). “공유수면 매립지의 관할구역 결정과 사법적 분쟁해결제도”, 『행정법연구』, 제30호, 139면.

보아야 할 것이다. 비록 구체적이고 개별적인 법률 규정을 통해 권한쟁의 대상 중 일부만을 법원의 관할로 정한다고 하더라도 이는 헌법재판소의 권한쟁의심 판권을 규정한 헌법 규정에 위반된다고 할 것이며, 이에 따라 매립지 등에 대한 분쟁 발생 시 이를 대법원의 관할로 하고 있는 지방자치법 제4조 제8항은 위헌 이라고 할 것이다.<sup>99)</sup>

## 2) 자치사무에 관한 명령·처분의 취소·정지에 대한 소송(법 제169조 제2항)

지방자치법 제169조 제1항 제1문은 지방자치단체의 사무에 관한 지방자치단체장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 상급감독청이 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다고 규정한다. 같은 항 제2문은 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령위반의 사유에 한해 시정명령과 취소 또는 정지를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

지방자치법 제169조 제1항에 의하면, 국가위임사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 공익을 저해한다고 간주되는 경우에는, 상급감독관청에게 이를 시정하도록 감독처분을 내릴 수 있는 권한을 부여함으로써 합법성과 합목적성 여부에 대한 감독권한을 포괄적으로 부여하면서, 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대해서는 법령위반의 경우에 한하여 상급감독기관의 감독처분을 허용함으로써 국가의 감독권한을 합법성 여부에 대한 감독으로 한정하고 있다. 같은 조 제2항은 지방자치단체의 장으로 하여금 자치사무에 대한 국가 등의 감독처분에 대하여 대법원에 소를 제기할 수 있도록 규정하고 있으며 위임사무에 대해서는 언급이 없다. 위임사무에 대한 지방자치단체와 상급감독청 간의 분쟁을 기관소송으로

99) 지방자치법 제4조 제8항이 위헌이라고 주장하는 또 다른 견해는, 남복현(2010.9.). “공유수면 매립지의 경계획정을 둘러싼 법적 분쟁 - 절차법적 사항을 중심으로-”, 『헌법학연구』, 제16권 제3호, 755-757면 참조.

볼 수도 있겠지만, 앞서 본 바와 같이 기관소송은 기관 상호 간에 우열이 없는 경우와 관련된 개념으로 보는 것이 옳으므로, 상·하위 기관 간의 분쟁을 기관소송으로 보기는 어렵다고 할 것이므로, 이러한 경우는 관할의 흠결로 인정함이 타당하다고 본다. 또한, 현행법에 따르면 자치사무에 관한 명령·처분의 취소처분과 정지처분에 대해서만 대법원 제소를 인정되고, 그러한 감독처분이 있기 전에 행하는 시정명령은 소송의 대상이 될 수 없다.<sup>100)</sup>

자치사무에 관한 국가 등의 감독처분은 대부분의 경우 지방자치단체의 지방자치권을 침해할 가능성이 있으므로, 이러한 경우 지방자치단체는 대법원에 제소하는 것과는 별도로 헌법상 보장된 지방자치권의 침해를 주장하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.<sup>101)</sup> 자치사무에 관한 국가의 감독을 둘러싼 다툼은 국가기관과 지방자치단체 간의 전형적인 권한분쟁으로서 헌법재판소의 권한쟁의심판대상에 해당하는 것이다.<sup>102)</sup> 지방자치법 제4조 제8항에 따른 매립지 소송과 마찬가지로 대법원과 헌법재판소의 관할권이 경합되는 또 하나의 영역이라고 하겠다. 앞서 언급한 바와 같이 이는 헌법 제111조 제1항 제4호의 해석 문제이고, 매립지 소송과의 결론을 달리 할 이유는 없으므로, 지방자치법 제169조 제2항은 헌법재판소의 권한쟁의심판관할권을 침해하는 관할권 중복 규정으로서 위헌으로 볼 수밖에 없다고 할 것이다.<sup>103)</sup>

100) “지방자치법 제169조 제1항은 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 사도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.”라고 규정하고, 제2항은 “지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 지방자치법 제169조 제2항은 ‘시·군 및 자치구의 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분에 대하여 시·도지사가 행한 취소 또는 정지’에 대하여 해당 지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 ‘시·도지사가 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·군 및 자치구에 대하여 행한 시정명령’에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로, 이러한 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다.” 대판 2017. 10. 12. 2016추5148.

101) 견해의 대립이 있는 부분이다. 별도로 권한쟁의심판이 가능한지 여부와 관련하여 긍정설과 부정설의 소개는, 홍기태, “권한쟁의심판”, 『헌법재판제도의 이해』, 법원도서관, 2001, 647-651면 참조.

102) 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 866면.

103) 하지만, 동 조항의 위헌 여부와 관련하여, 위헌이 아니라는 견해가 위헌이라는 견해보다 다수설적 지위에 있는 것으로 보인다. 위헌이 아니라는 견해는 대표적으로, 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사, 316-317면. “국가와 지방자치단체 간의 권한쟁의심판을 헌법재판소의 관장사항으로 정하고 있는 헌법과 헌법재판소법의 취지에 비추어 볼 때 지방자치단체의 장의 중복제소가 있는 경우 헌법재판소

### 3) 직무이행명령에 대한 소송(법 제170조 제3항)

지방자치단체는 자치사무 외에도 단체위임사무와 기관위임사무를 처리한다. 단체위임사무란, 지방자치법 제9조 제1항에 근거하여 국가나 상급자치단체로부터 지방자치단체에게 위임된 사무이다. 이에 대해 기관위임사무란, 국가 또는 광역자치단체로부터 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 말한다. 이 중 기관위임사무에 대해서도 국가와 지방자치단체, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 간의 분쟁이 발생할 수 있다.<sup>104)</sup> 지방자치법 제170조는 이러한 상황을 규율하기 위해 지방자치단체장의 위임사무 처리에 대한 국가의 지도·감독을 정하고 있는바,<sup>105)</sup> 지방자치단체장이 국가나 시·도위임사무의 관리와 집행을 게을리 하는 경우 상급감독청이 그 이행을 명하여 시정하게 하는 직무이행명령제도를 규정하고 있다.<sup>106)107)</sup>

---

가 우선적인 심판권을 갖는다고 할 것이다. 헌법의 규정이 법률의 규정보다 우선적인 효력을 가지기 때문이다. 그러나 권한쟁의심판청구의 길을 봉쇄하지 않는 한 지방자치법의 관련규정이 위헌이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.” 한편, 권한쟁의심판과의 관할 중복과 상관없이 지방자치법 제169조 제2항 자체가 위헌성을 내포하고 있다는 견해가 있다. “…… 이러한 통제권은 그 행사 여부에 따라서는 헌법상 지방자치수준에서 보장된 최소한의 민주주의적 질서에 대한 심각한 위협요인으로 작용할 우려가 있다. 주무부장관이나 시·도지사에게 민주적 정당성을 지닌 직선지방자치단체장의 권한행사에 대해, 특히 자치사무에 관해서도 그 임의적인 위법판단에 의거한 직접개입권을 부여한 것은 지방자치단체에 대한 국가적 관여의 필요성에 의해 정당화될 수 있는 한도를 넘은 것으로서 헌법의 일반원칙인 비례원칙에 반하는 것일 뿐만 아니라, 그 남용가능성만으로도 헌법상 지방자치의 제도적 보장을 침해하는 것으로 보아야 할 것이다.” 홍준형(1995), “지방자치분쟁의 사법적 해결 - 그 문제점과 개선방안-”, 『공법학의 현대적 지평』(심천계 회열박사화갑기념논문집), 박영사, 803-804면.

104) “지방교육자치에 관한 법률 제3조, 지방자치법 제170조 제1항에 따르면, 교육부장관이 교육감에 대하여 할 수 있는 직무이행명령의 대상사무는 ‘국가위임사무의 관리와 집행’이다. 그 규정의 문언과 함께 직무이행명령 제도의 취지, 즉 교육감이나 지방자치단체의 장 등, 기관에 위임된 국가사무의 통일적 실현을 강제하고자 하는 점 등을 고려하면, 여기서 국가위임사무란 교육감 등에 위임된 국가사무, 즉 기관위임 국가사무를 뜻한다고 보는 것이 타당하다.” 대판 2013. 6. 27. 2009추206,

105) 여기서의 위임사무를 기관위임사무로 보아야 할지 단체위임사무로 보아야 할지 논란이 있다. 김희진(2017.12.), “지방자치단체의 자치과권 보장을 위한 직무이행명령의 개선에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 제17권 4호, 229면 참조. 법문의 규정형식 등을 고려하여 판례의 입장과 같이 기관위임사무로 보아야 할 것이다.

106) 지방자치법 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

② 주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상 재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우

지방자치단체의 장은 기관위임사무를 처리하는 범위 내에서 그 사무를 위임한 국가나 광역지방자치단체의 기관의 지위에 서게 된다. 국가사무의 경우 위임을 받은 지방자치단체의 장은 ‘지방자치단체의 기관’이 아닌 ‘국가의 하급 기관’으로서 기능하며, 광역지방자치단체로부터 위임받은 사무의 경우 ‘광역지방자치단체의 하급행정기관’으로 기능한다. 위임된 사무의 경우에는 합법성 여부에 대한 감독은 물론이고, 합목적성 여부에 대한 감독도 이루어진다.<sup>108)</sup>

지방자치단체의 장이 국가로부터 위임된 사무를 처리하는 경우, 상급감독관청과 지방자치단체의 장 사이에 발생하는 이러한 분쟁은 ‘상위 감독국가기관과 하위 국가기관 간의 다툼’으로서 국가기관 상호 간의 권한쟁의에 해당하느냐는 문제가 되고, 만일 이에 해당한다면 대법원을 관할로 정하고 있는 제170조 제3항의 위헌 여부를 검토해야 할 것이다. 하지만 헌법재판소가 해석을 통하여 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의’의 심판권을 ‘헌법기관 상호간의 권한쟁의’의 심판권으로 확정함에 따라 지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령을 둘러싼 권한분쟁은 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의’에 해당하지 않음이 명백하므로, 헌법재판소와 법원의 관할중복의 문제는 발생하지 않는다.<sup>109)</sup>

행정대집행에 관하여는 「행정대집행법」을 준용한다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

107) 직무이행명령제도는 1995년 6월 27일 지방자치단체장 선거를 계기로 지방자치가 본격화되기 이전인 1994년 3월 16일 지방자치법 개정을 통해 신설되었다. 지방자치가 활성화되면 국가와 지방자치단체 간의 마찰과 갈등이 빚어지고 지방자치단체들이 국가적 통제로부터 벗어나려고 시도하는 경향이 나타날 것이라는 우려가 있어, 이에 따라 본격적 지방자치 실시 이전에 지방자치단체에 대한 국가의 통제와 감독을 강화하려는 취지에서 도입된 것이라고 한다. 한국지방자치법학회 편(2004), 『지방자치법주해』, 박영사, 722-723면.

108) 지방자치법 제167조.

109) 한수웅 등(2015), 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 868면. 지방자치법상의 직무이행명령에 대한 분쟁은 헌법재판소의 관할이 아니라 법원의 관할로 보는 것에 대해서는 이견이 없는 듯 하므로, 그에 따라 대법원에 제소할 수 있음을 규정한 동법 제170조 제3항의 위헌문제는 발생하지 않는다고 하겠다. 문제는 지방자치단체의 장이 주무부장관 또는 상급지방자치단체의 직무이행명령에 대해 제기하는 이러한 소송을 어떠한 유형의 행정소송으로 보는 것인가 하는 데 있다. 우선, 앞서 언급한 바와 같이 이러한 소송을 기관소송으로 볼 수는 없다. 그렇다면 항고소송, 당사자소송 또는 특수소송 중 어떠한 성격의 소송으로 볼 것인지 문제된다. 문제해결의 관건은 주무부장관 또는 시·도지사가 행한 직무이행명령이 행정소송법상 항고소송의 대상으로서 처분성을 갖는가 하는 데 있다. 직무이행명령은 감독기관으로서 주무부장관 또는 시·도지사와 당해 지방자치단체의 장 사이의 불평등관계를 전제로 행해지는 것이므로, 행정소송법 제2조 제1항에 의한 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사’에 해당한다고 보는 데 지장이 없으나, 결국 직무이행명령에 대한 소송은 처분에 대한 소송으로서 항고소송의 일종이라고 하는 견해가 있다. 한국지방자치법학회 편(2004), 『지방자치법주해』, 박영사, 728-730면



#### 4) 조례안재의결무효확인소송(법 제172조 제3항)

지방자치법 제172조 제1항에 따라 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 상급감독관청은 지방자치단체의 장으로 하여금 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 재의를 요구하여야 하는데, 동조 제2항에 따라 재의요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. 이 경우 동조 제3항에서 지방자치단체의 장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 동조 제4항에서는 상급감독관청은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기하는 경우, 지방의회의 의결을 둘러싼 지방의회와 지방자치단체의 장 사이의 분쟁은 형식적으로는 지방자치단체라는 동일한 법주체 내부기관 간의 기관쟁의로 평가될 수 있으나, 지방자치법 제107조 제3항의 소송이 아닌 동법 제172조 제3항의 소송인 경우에는 지방자치단체의 장은 상급감독관청의 하급기관의 지위에서 상급감독관청을 위하여 활동하며 여기서의 분쟁은 지방의회에 대한 상급감독관청의 감독행위의 범주 내에서 발생한 분쟁이라는 점에서, 실질적으로는 지방의회와 상급감독기관 간의 다툼이라고 볼 수도 있을 것이다. 이는 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 않는 경우 상급감독관청이 직접 제소할 수 있다는 점에서, 이러한 본질은 더욱 뚜렷하게 드러난다. 하지만, 지방의회는 지방자치단체가 아니라 지방자치단체의 기관에 불과하고 지방자치단체의 기관을 일방 당사자로 하는 권한쟁의심판은 허용되지 않으므로, 지방자치법상의 위 분쟁과 권한쟁의심판 간에는 관할의 중복이 발생하지 않는다.<sup>110)</sup>

참조. 직무이행명령 소송의 성격에 대한 견해의 대립은, 김희진(2017.12.). “지방자치단체의 자치고권 보장을 위한 직무이행명령의 개선에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 제17권 4호, 231-232면 참조.

110) 조례안재의결무효확인소송에 관한 이상의 내용은, 한수웅 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판

---

연구원, 868-869면. 추가적으로 본 소송에 대한 보다 상세한 내용은, 송영천(2002). “지방자치제 시행과 관련한 각종 쟁송의 제문제”, 『저스티스』, 통권 제69호, 54-65면 참조.

## 제 4 장

# 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 문제점과 개선방안

- 제 1 절 해석론 : 헌법재판소의 적극적 해석사항
- 제 2 절 입법론 : 제도 활성화를 위한 입법사항



## 제4장

# 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 문제점과 개선방안

### 제1절 해석론: 헌법재판소의 적극적 해석사향

#### 1. 지방자치권의 내용 규명

권한쟁의심판제도의 지방자치권 보장 기능이 제대로 실현되지 못하는 이유 중 하나로 지방자치단체에게 보장된 헌법상의 지방자치권한의 실체를 일의적으로 확정하지 못하고 있는 현행 헌법해석례의 한계를 들 수 있다. 국회 권한의 경우, 국무총리 임명 동의권, 조약 체결·비준의 동의권, 탄핵소추발의권, 예산안 심의·의결권 등 헌법이 구체적으로 부여한 권한이 존재한다. 이에 반해 헌법의 지방자치 보장은 국회 권한과 같이 구체적·개별적이지 않고 추상적이며, 헌법은 제117조와 제118조에서 조례제정권의 범위, 지방자치단체의 조직과 운영 등에 관한 사항을 법률에 위임하고 있다. 지방자치권한이 헌법상 보장되고 있다고 하지만, 많은 부분 법률에 의하여 비로소 형성, 확정된다는 구조적 특성이 있는 것이다.<sup>111)</sup>

이에 관해 헌법재판소의 몇 가지 판시를 살펴보면 다음과 같다. 우선, 시간외근무수당에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정하도록 규정하고 있는 지방공무원 수당 등에 관한 대통령령의 규정이 지방자치단체의 자치권을 본질적으로 침해한 것인지가 문제된 ‘강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 사건’에서, “헌법 제117조 제1항은 …… 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 헌법이 규정하는 이러한 자치권 가운데에는 자치에 관한 규정을 스스로 제정할 수 있는 자치입법권은 물론이고 그밖에 그 소속 공무원에 대한 인사와 처우를 스스로

111) 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집, 484면.

결정하고 이에 관련된 예산을 스스로 편성하여 집행하는 권한이 성질상 당연히 포함된다. 다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항에서 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였고 제 118조 제2항에서 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다”라고 판시하여, 지방자치단체 자치권의 헌법적 근거와 그러한 자치권에 포함될 수 있는 일부 내용 및 한계에 관해 밝히고 있다.<sup>112)</sup> 또한, 지방선거경비를 해당 지방자치단체가 부담하도록 법률을 제정한 것이 지방자치단체의 자치재정권을 침해하는지에 관한 ‘강남구 등과 국회 등 간의 권한쟁의 사건’에서는, “…… (헌법 제117조 제1항, 제118조 제2항, 구 지방자치법 제9조 제1항, 제2항에 의하면) 지방자치단체는 그 조직을 구성할 권한, 즉, 조직고권(자치조직권)을 가지고 있다 할 것이다. 이 조직고권은 지방자치단체가 자신의 조직을 자주적으로 정하는 권능으로서 자치행정을 실시하기 위한 행정조직을 국가의 간섭으로부터 벗어나 스스로 결정하는 권한을 말하고, 이러한 조직고권이 제도적으로 보장되지 않을 때에는 지방자치단체의 자치행정은 그 실현이 불가능하게 될 것이다”라고 하여, 지방자치단체의 자치조직권의 개념 및 의의에 대한 일부 내용을 판시하였다.<sup>113)</sup> 한편, 아산시와 천안시를 통과하는 경부고속철도역의 이름을 ‘아산역’으로 하지 않고 ‘천안아산역’으로 건설교통부장관이 결정한 것이 아산시의 영토고권을 침해하는지 여부가 문제된 ‘아산시와 건설교통부장관 간의 권한쟁의 사건’에서는, “지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것뿐이고, 마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토·영해·영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수는 없다”라고 하여, 청구인이 주장하는 지방자치단체의 영토고권은 현행 헌법과 법률상 자치권으로서 인정되지 아니한다고 판시하였다.<sup>114)</sup>

112) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌라1. 참고로, 본 판례에 대한 평석은, 이광운(2004), “지방자치권에 대한 헌법상의 보장 -강남구청과 대통령간의 권한쟁의(2002.10.31. 2001헌라1)-”, 『헌법실무연구』, 제5권, 335-343면 참조.

113) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7.

이상의 사정을 종합하여 보면, 헌법재판소는 지방자치권의 의미와 그 보호 영역 등 전반적인 내용에 관해 원칙을 가지고 구체적으로 해석하고 있다고 볼 수 없으며, 개별 사건에서 문제되는 자치권이 헌법상 보장되는 자치권인지 여부에 대한 판단만을 내리고 있는 실정임을 엿볼 수 있다. 이러한 이유로 청구인도, 헌법재판소도 막연히 ‘헌법상 보장된 지방자치권’의 침해라고만 할 뿐, 침해 여부의 판단과 관련하여 보다 구체적인 권한의 특징이나 그 내용에 대한 규명이 없는 가운데 심판이 진행되는 경우가 적지 않다. 헌법 제117조 제1항에 규정된 ‘주민의 복리에 관한 사무처리, 재산 관리’라는 기준을 제시하더라도, 그리고 자치권한을 영역별로 자치입법권, 자치조직권, 자치재정권, 자치행정권으로 구분하더라도 지방자치권한의 실체는 여전히 분명하지 못하다.<sup>115)</sup>

물론, 재판실무에서도 지방자치권의 개념과 보호영역 등 구체적인 내용을 파악하는데 어려움이 많을 것으로 본다. 지방자치권은 국민의 주관적 권리인 기본권과는 달리 공법인인 지방자치단체의 권한이므로 그 성립 자체부터가 사실 추상적·관념적이라 할 것이어서 개별 사건에서 구체적으로 적용하기가 쉽지 않은 것이다. 헌법재판소는 스스로도 지방자치권의 본질적 내용 정하는 것이 난해하다는 것을 인정하고 있다. 기본권의 본질적 내용과 마찬가지로, 지방자치권 제한의 한계로서 추상적 개념인 지방자치권의 본질적 내용 범위를 정확하게 정하는 것은 어렵다는 것이다.<sup>116)</sup>

하지만, 구체적인 사건에서 지방자치단체가 중앙정부의 처분 등의 행위에 의해 자신의 자치권이 침해된다고 주장할 때 그 보호영역은 어디까지로 인정하여 침해가능성이 있다고 봐야 할지, 나아가 그 본질적 영역 내지 핵심영역은 무엇으로 봐서 청구인의 주장을 인용해야 할지는 지방자치단체 권한쟁의심판에서의 가장 중요한 판단사항이다. 또한 이러한 지방자치권의 보호영역 등이 아직 헌법적으로 규명되지 못하였다는 문제는 아래의 항목에서 서술하는 자치권 제한의 한계 문제와도 밀접한 관련이 있는 등 지방자치단체 권한쟁의심판제도 전반에 걸쳐 있는 문제점이기도 하다.

114) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2.

115) 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집, 484면.

116) 헌재 2008. 5. 29. 2005헌라3.

헌법소원심판에서 헌법해석을 통해 구체화된 기본권의 침해 여부를 놓고 주장과 판단이 진행되고 있고 이는 그 내용 형성을 법률에 유보한 기본권의 경우에도 마찬가지인 것처럼, 권한쟁의심판에서도 헌법상의 지방자치권의 실제적 내용이 무엇인지에 관한 헌법해석론적 규명이 하루속히 필요하다. 원칙적 개념 정의에서부터 출발하여 핵심영역과 주변영역 등의 보호영역 확정, 그리고 일체로서 포괄되어 있는 개별 자치권에 대한 분류 및 내용 형성까지 지방자치단체에게 헌법적으로 보장된 지방자치권의 실체에 관한 규명 작업이 시급하다고 본다.

## 2. 엄격한 심사기준의 도입

지방자치 보장의 법적 성격에서 비롯되는 심사기준에 관한 문제도 권한쟁의심판제도의 지방자치권 보장 기능이 제대로 실현되지 못하는 이유 중 하나이다. 헌법재판소 판례는 지방자치의 보장을 제도보장으로 이해하면서 본질적 내용을 침해하지 않는 한 지방자치에 관한 입법형성을 허용하는 태도를 취하고 있다. 중앙에 의한 지방자치단체의 주요한 감독과 통제는 통상 입법적 근거를 가지고 행해지게 되므로 제도보장론과 그에 결부된 완화된 심사기준 하에서는 헌법에 근거하여 지방자치단체의 권한을 보호받는 것은 구조적으로 기대하기 어려운 셈이다.<sup>117)</sup>

우리 헌법재판소는 기본권의 보장과 제도적 보장에 관해 그 차이점을 분명히 밝히는 있다.<sup>118)</sup> 즉 기본권의 보장은 ‘최대한 보장의 원칙’이 적용됨에 반해, 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 입법자에게 제도의 구체적 형성과 제한을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의

117) 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집, 485면.

118) “제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법 의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다. 그러나 기본권 보장은 “최대한 보장의 원칙”이 적용됨에 반하여, 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 “최소한 보장의 원칙”이 적용될 뿐이다.” 헌재 1997. 4. 24. 95헌바48.



원칙'이 적용된다는 것이다.<sup>119)</sup>

이러한 입장은 당연히 지방자치단체의 자치권 침해 판단에 있어서도 그대로 적용된다. 지방자치권의 침해 여부가 문제되는 지방자치단체의 권한쟁의심판 사건에서 헌법재판소는 주로 “지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다”라고 함으로써 최소한의 보장 원칙을 적용하여 본질적 내용 침해 여부가 지방자치권 침해의 판단기준임을 반복적으로 판시하고 있다.<sup>120)</sup>

또한, 특별시의 관할구역 안에 있는 자치구의 재산세를 특별시 및 구세로 하여 특별시와 자치구가 100분의 50씩 공동과세하도록 하고 특별시분 재산세 전액을 관할구역 안의 자치구에 교부하도록 지방세법을 제정한 행위가 자치구의 지방자치권을 침해하는지가 문제된 ‘강남구 등과 국회 간의 권한쟁의 사건’에서, “법령에 의하여 지방자치단체의 지방자치권을 제한하는 것이 가능하다고 하더라도, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 제한이 불합리하여 지방자치권의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니된다. 따라서 국회의 입법에 의하여 지방자치권이 침해되었는지 여부를 심사함에 있어서는 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부만을 심사하면 족하고, 기본권침해를 심사하는 데 적용되는 과잉금지원칙이나 평등원칙 등을 적용할 것은 아니다”라고 하여, 명시적으로 과잉금지원칙이나 평등원칙 등 기본권침해의 심사기준들은 헌법상 지방자치권의 침해 여부 판단에 적용되지 않는다고 판시하였다.<sup>121)</sup>

이상의 내용을 종합하면, 헌법재판소는 지방자치권 침해 판단에 있어 기본권침해의 심사기준들은 적용하지 아니하며, 권한쟁의심판에서 지방자치단체의 자치권 침해 주장에 대해 구체적인 논증이나 법익형량의 과정 없이 단지 입법자의 규율이 핵심영역의 침해에 이르지 않았기 때문에 지방자치권을 침해

119) 제도적 보장론을 비판하는 다양한 견해의 소개는, 김재호(2006). “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정 -조례제정권의 범위와 한계를 중심으로-”, 『지방자치법연구』, 제6권 제2호, 307-308면.

120) 현재 2002. 10. 31. 2002헌라2 등.

121) 현재 2010. 10. 28. 2007헌라4.

하지 않는다고 하는 일방적인 확인에 그치고 있음을 알 수 있다.<sup>122)</sup> 이러한 지방자치권 침해의 심사기준 문제는 위헌법률심판을 통하여 지방자치단체의 권한을 보호받으려 할 때에도 마찬가지로 봉착하는 어려움이겠으나,<sup>123)</sup> 권한쟁의심판에서는 중앙으로부터의 지방자치권한의 사법적 보장이 보다 직접적이고 중요한 제도적 기능임을 고려할 때 자치권 침해 여부에 대한 심사기준의 문제는 더욱 시급한 해결과제로 부각된다.<sup>124)</sup>

이러한 헌법재판소의 심사기준과 관련하여 비판의 목소리가 적지 않다. 입법자는 지방자치권의 본질적인 내용이 침해되지 않는 범위 내에서 법령을 통해 동 권한을 제한할 수 있는바, 지방자치권한의 본질적인 내용이 침해되지 않는다면 입법자가 얼마든지 지방자치권한을 과도하게 제한하는 입법을 할 수 있는지 의문이라는 시각이 있다. 기본권 침해가 문제되는 경우에는 본질적 내용 침해 여부와 별도로 비례의 원칙 위반 여부도 심사하는바, 지방자치권한의 경우에도 입법자가 지방자치권의 본질적 내용을 침해하지 않으면서도 동 권한을 침해하는 상황이 발생할 수 있으므로, 지방자치권의 보장을 극대화하기 위해 지방자치권의 본질적 내용이 침해되었는지 여부를 심사할 뿐만 아니라 기본권 제한의 한계인 비례의 원칙을 원용하여 동 원칙 위배 여부도 판단해야 할 필요성이 발생할 수 있다는 것이다.<sup>125)</sup> 또한, 독일에서 주장되는 일부 이론에 따라 지방자치제도의 헌법적 보장과 관련하여 입법에 의한 지방자치권의 제한을 지엽적인 영역의 제한, 중간영역의 제한, 핵심영역의 제한의 3단계로 나누는 다음, 지엽적인 영역에서의 제한은 입법자의 자유이고, 중간영역에서는 공익상의 정당한 이유가 있고 시간적으로나 사항적으로 불가피한 경우 입법자는 지방자치권을 제한할 수 있으며, 핵심적인 영역은 침해할 수 없다는 입장이 있다. 우리 헌법재판소의 판례와 같이 본질적 내용 침해 여부라는 하나의 잣대

122) 한수용(2015). 『헌법학』(제5판), 법문사, 1300-1301면.

123) “지방자치의 본질상 자치행정에 대한 국가의 관여는 가능한 한 배제하는 것이 바람직하지만, 지방자치도 국가적 법질서의 테두리 안에서만 인정되는 것이고, 지방행정도 중앙행정과 마찬가지로 국가행정의 일부이므로 지방자치단체가 어느 정도 국가적 감독, 통제를 받는 것은 불가피하다. 즉, 지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능하다.” 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78; 헌재 2014. 6. 26. 2013헌바122.

124) 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집, 485-486면.

125) 최갑선(2004). “제45회 발표회 지정토론문”, 『헌법실무연구』, 제5권, 359-360면.

만을 적용하여 지방자치단체의 자치권의 형성과 제한을 판단할 것이 아니라 각 단계별로 나누어 검토하자는 견해이다.<sup>126)</sup>

지방자치단체에게 지역적 사무의 자율적인 처리 가능성을 보장하고자 하는 지방자치의 헌법적 보장의 효력은 핵심영역에만 한정되는 것이 아니라 그 밖의 주변영역에도 미치는 것이므로, 핵심영역 내지 본질적 내용 영역 밖에서도 지방자치의 헌법적 보장은 입법자에 의하여 존중되어야 한다. 헌법재판소의 판례와 같이 지방자치의 보장을 핵심적 영역의 보호에만 머무른다면 지방자치행정의 최소화를 초래한다. 지방자치권 침해 여부 판단에 있어 본질적 내용 침해 금지라는 심사기준은 입법자로부터 지방자치권을 보호하는 기능을 거의 수행하지 못한다는 문제점을 가지고 있다.<sup>127)</sup> 결국, 앞으로는 권한쟁의심판을 통한 지방자치권의 실질적 보장을 위해 개별적 분쟁사안에서 완화된 심사기준이 아닌 보다 다양하고 엄격한 심사기준의 예외적 도입을 적극적으로 검토해야 할 것이다.

### 3. ‘권한침해 가능성’의 확대

헌법재판소법 제61조 제2항은 권한쟁의심판청구의 적법요건 중 하나로 권한침해 또는 현저한 침해위험의 가능성을 규정하고 있다. 여기서의 권한이란 권한쟁의심판에서의 다툼의 대상이 되는 것으로서, 헌법 또는 법률이 부여한 독자적인 권능을 말한다.<sup>128)</sup> 적법요건 단계에서는 권한이 법적으로 존재할 가능성이 있는 것만으로 충분하고 권한의 존부 자체는 본안에서 확정된다. 그리고 권한쟁의심판이 적법하기 위해서는 이러한 권한이 침범, 저지, 박탈, 폐지 등의 형태로 침해될 것을 요하는데 역시 적법요건 단계에서는 그 가능성만 있으면 충분하고 실제로 권한침해가 존재하는지 여부는 본안결정에서 판단하게 된다.

이와 같은 권한침해의 가능성 요건과 관련하여 주로 문제되는 것은 지방자치단체의 사무 유형에 따른 당사자적격의 인정 여부이다. 다시 말해, 지방자치

126) 홍정선(2015). 『신지방자치법』(제3판), 박영사, 71-72면.

127) 한수웅(2015). 『헌법학』(제5판), 법문사, 1300-1301면.

128) 헌재 2010. 7. 29. 2010헌라1.

단체의 사무 중 기관위임사무의 수행을 둘러싼 권한분쟁에서 지방자치단체의 권한침해 가능성이 인정될 수 있는지가 문제되는 것이다.<sup>129)</sup> 이러한 문제는 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체장이 권한쟁의심판의 청구인인 경우와 피청구인인 경우로 나누어서 접근하는 것이 효과적이다. 이어서 소개하는 헌법재판소의 판례 역시 이러한 각각의 유형으로 구분하여 살펴본다.

먼저, 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체가 권한쟁의심판의 청구인인 경우이다. 지방자치단체가 기관위임사무에 관하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부가 문제된 ‘성남시와 경기도 간의 권한쟁의 사건’에서 헌법재판소는 “지방자치단체는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한, 즉 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 할 것인데, 도시계획사업실시계획인가사무는 건설교통부장관으로부터 시·도지사에게 위임되었고, 다시 시장·군수에게 재위임된 기관위임사무로서 국가사무라고 할 것이므로, 청구인의 이 사건 심판청구 중 도시계획사업실시계획인가처분에 대한 부분은 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 것으로서 부적법하다”라고 판시하여, 청구인인 성남시의 기관위임사무에 대한 권한쟁의심판청구를 각하하였다.<sup>130)</sup>

다음으로, 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체가 권한쟁의심판의 피청구인인 사례들이다. 섬에 대한 관할권한의 확인과 그 임야대장 등록말소의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 심판청구의 적법 여부가 문제된 ‘북제주군과 완도군 등 간의 권한쟁의 사건’에서 헌법재판소는 “청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 완도군수를 상대로 다투고 있는 것이 분명하므로, 이 부분 심판청구는 그 다툼의 본질을 지방자치권의 침해로 보기 어렵고, 따라서 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구로서 부적법하다”라고 하여 청구인의 권한이 침해될 가능성은 없다고 판

129) 이를 권한침해의 가능성 문제에서 다루지 않고 권한관련성의 문제로 보는 견해도 있다. 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사, 629-631면.

130) 헌재 1999. 7. 22. 98헌라4.

단하였다.<sup>131)</sup> 이와 마찬가지로, 피청구인 태안군수가 청구인의 관할구역에 속하는 사건 해역에 대하여 바다골재(해사)채취허가처분을 하고, 동 처분에 따른 법적 상태를 제거하지 않고 있는 부작위가 청구인의 자치권한을 침해하는지 여부가 문제된 ‘용진군과 태안군 등 간의 권한쟁의 사건’에서도 헌법재판소는 “청구인의 피청구인 태안군수에 대한 심판청구는 그 심판청구의 본질을 지방자치권의 침해로 볼 수 없으며, 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 바다골재(해사)채취허가사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 태안군수를 상대로 다투고 있는 청구라고 할 것이므로, 지방자치단체인 청구인의 이 부분 심판청구는 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구라고 할 것이므로 부적법하다”라고 하여 피청구인의 기관위임사무 수행과 관련한 청구인의 권한쟁의심판청구는 권한침해 가능성을 인정할 수 없어 부적법하다는 기존 입장을 유지하였다.<sup>132)</sup>

앞서 언급한 바와 같이 지방자치단체가 권한쟁의심판의 당사자인 경우 권한침해의 가능성을 판단하기 위해서는 지방자치단체가 수행하는 사무의 성격이 중요하다. 즉, 지방자치단체의 사무에 관한 권한 분쟁에서 지방자치단체의 권한침해 가능성의 유무는 그 사무가 자치사무, 단체위임사무, 기관위임사무 중 어디에 해당하는지에 따라 달리 판단되는 것이다. 나아가, 만일 그것이 자치사무 내지 단체위임사무가 아니라 기관위임사무인 경우에는 동 사무를 수행하는 지방자치단체장이 청구인인 경우와 피청구인인 경우로 구별하여 권한침해 가능성 인정 여부를 판단해야 할 것이다.

‘성남시와 경기도 간의 권한쟁의 사건’에서와 같이 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체장이 권한쟁의심판의 청구인인 경우에는 특별히 문제될 것이 없다고 본다. 헌법재판소는 지방자치단체의 권한침해 가능성이 없어 그러한 심판청구는 부적법하다는 결론을 도출하고 있는바, 이에 대해서는 그 타당성을 인정할 수 있는 것이다.

문제는 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체장이 권한쟁의심판의 피청

131) 헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11.

132) 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2.

구인인 경우이다. 지금까지 살펴본 헌법재판소의 법정의견에 따르면 다툼의 대상이 되는 지방자치단체의 사무가 기관위임사무일 경우 국가기관으로서의 지위를 갖는 지방자치단체의 기관을 상대로 하는 권한쟁의심판청구는 항상 부적법하다는 결론이 도출된다. 이런 경우 실제 발생한 분쟁의 해결방법으로 기관소송이 활용되기도 어렵다. 기관소송은 공법상의 법인 내부에서의 권한분쟁의 해결수단이라는 ‘자기소송’으로 봄이 타당하므로 그 성질상 맞지 않기 때문이다. 결국 현실의 분쟁을 해결하고 권한쟁의심판의 제도적 본질을 실현하기 위해 현행 헌법재판소법의 헌법합치적 해석이 필요하다고 하겠다.

헌법재판소는 헌법재판소법 제61조 제2항의 청구인의 권한침해 가능성 요건을 적극적으로 확대해석해야 할 것이다. 피청구인이 기관위임사무를 수행한다면 청구인인 지방자치단체의 권한침해 가능성조차 인정될 수 없다고 판단하는 것은 이론적으로나 현실적으로 타당하지 못하기 때문이다. 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체의 장이 국가기관으로서의 지위를 갖는다면 동 사무의 범위 내에서는 지방자치단체의 상대방으로서의 자격이 충분하다. 즉, 동법 제62조 제3호가 아닌 제2호의 심판 유형인 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의가 되는 것이다.<sup>133)</sup> 만약 헌법재판소의 판례와 같이 사무의 유형에 따

133) 앞서 소개한 ‘복제주군과 완도군 등 간의 권한쟁의 사건’에서의 반대의견도 이와 같은 입장이다. “이 사건 심이 전라남도 완도군의 관할에 속하지 않음에도 불구하고 피청구인 완도군수가 이 사건 심을 완도군 입야대장에 등록하고 그 등록의 말소를 거부하는 행위는 이 사건 심을 관할하는 지방자치단체를 오해하게 함으로써 청구인의 관할권한 행사를 침해하는 것이다. 따라서 청구인은 청구인의 관할권한 행사를 침해하는 피청구인 완도군수를 상대로 그러한 권한침해행위의 중지를 청구할 수 있다고 할 것이다. 피청구인 완도군수가 위에서 본 바와 같이 청구인의 관할권한 행사를 방해하고 있는 이상, 청구인의 위와 같은 청구는 피청구인 완도군수가 청구인의 관할권한을 침해하는 상태를 제거시키는 적절한 수단이라고 할 것이고, 이를 인용함이 상당하다. …… 청구인이 이 사건 청구원인으로 내세운 것은 이 사건 심에 대한 관할권한의 침해이고 입야대장 등록권한에 관한 다툼이 아니다. 청구인에게 이 사건 심에 관한 입야대장 등록권한이 없으므로 피청구인 완도군수에 대한 청구는 부적법하다고 판단하는 것은 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 청구의 취지를 오해하거나 이 사건 권한분쟁의 본질을 간과하는 것이다. 청구인이 완도군 입야대장을 관장하는 피청구인 완도군수에게 완도군 입야대장에 기재된 이 사건 심에 관한 등록을 말소하라고 청구하지 못한다면, 완도군 입야대장에 이 사건 심을 등록한 기재(청구인의 관할권한을 방해하는 상태)를 그대로 놓아두라는 말인가? 행정소송법상의 기관소송을 제기할 수 있다는 말인가? 이 사건 심이 완도군 입야대장에 등록되었다고 하여 복제주군 군수나 제주특별자치도 도지사가 이 사건 심을 자신이 관할하는 입야대장에 등록하지 못하게 되는 것도 아니고 그 입야대장에 이미 등록되었는데, 제주특별자치도 도지사가 이 사건 심에 관한 입야대장 등록권한이 침해되었다고 주장하여 청구하라는 것인가? 피청구인 완도군수가 이 사건 심을 완도군 입야대장에 등록한 행위가 완도군의 자치권한을 행사한 것이 아니라 입야대장 등록이라는 국가사무를 위임받은 지위에서 한 것이라고 하더라도, 위임받은 국가사무에 관해서는 그 수임기관(국가기관)의 지위에서 위와 같은 청구의 상대방으로 될 수 있다고 할 것이다.”

라서 언제나 청구인인 지방자치단체의 당사자적격이 부인된다면 국가기관으로서의 지위에서 행하는 기관위임사무의 집행행위에 의해서 다른 지방자치단체의 권한침해가 문제되는 경우 이를 해결할 방법을 찾기가 어려우며, 사무의 성격이 명확하게 구분되지 않는 경우에도 그것이 본안판단을 통해 결정되지 않고 적법요건 단계에서 미리 결정되는 문제가 발생한다.<sup>134)</sup> 또한, 피청구인의 기관위임사무의 수행으로 인해 청구인이 자신의 권한침해를 문제삼는 것이 지 피청구인의 기관위임사무 수행권한에 관한 다툼이 아님에도 헌법재판소는 일관되게 이를 후자의 다툼으로 판단하는바, 이 역시 논리적으로 옳지 못하다.

실제로 사무유형의 구분이 어렵다는 점도 주요 이유 중 하나이다. 지방자치단체의 사무는 자치사무, 단체위임사무, 기관위임사무로 크게 나눌 수 있으나 이러한 구별이 현실적으로 쉬운 일이 아니다. 물론 우리 대법원은 사무의 구분과 관련하여, “…… 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임된 국가사무에 해당하는지를 판단할 때에는 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려해야 할 것이지만, 그 밖에도 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단해야 한다”라고 하여 그 판단기준을 일관되게 제시해오고 있으나,<sup>135)</sup> 현실의 법이 이러한 기준에 따라 입법되고 운영되고 있지 않기 때문에 실제에 있어서 대법원이 제시한 각각의 기준을 적용하더라도 그 판단이 쉽지 않은 경우가 많다. 지방자치행정의 실무현장에서 이러한 기준을 적용하여 사무를 구분해내고 이에 따라 권한쟁의심판청구 여부를 결정할 것을 기대하기란 불가능하다.

결론적으로 기관위임사무를 수행하는 자를 상대로 하는 지방자치단체의 권한쟁의심판에서 우리 헌법재판소 판례의 논증은 옳지 못하다. 권한쟁의심판에서 피청구인이 수행하는 사무의 성격에 따라 청구인의 당사자적격의 인정 여부가 결정되는 것은 타당하지 못하다. 지방자치 분쟁 영역에서의 다양한 헌법적 해석례의 축적을 위해서라도 헌법재판소는 권한침해 가능성 요건을 적극

134) 조재현(2011). “권한쟁의심판에 있어서 지방자치단체의 당사자능력에 관한 고찰 -용진군과 태안군 등 간의 권한쟁의 심판에 대한 평석을 중심으로-”, 『동아법학』, 제50호, 53면.

135) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012추145 판결 등 다수.

적으로 확대 해석하여 본 요건에 해당하지 않아 본안판단을 받지 못하는 상황 발생을 미연에 방지해야 할 것이다.

## 제2절 입법론: 제도 활성화를 위한 입법사항

### 1. 소극적 권한쟁의

소극적 권한쟁의란 특정 사안에 대하여 청구인과 피청구인이 서로 자기에 게 권한 또는 관할이 없다고 주장하는 형태의 권한쟁의를 말한다. 예컨대, 어떠한 기관이 국가업무를 수행하기 위하여 특정 권한의 행사나 의무의 수행을 타 기관들에게 요구하였을 때 해당 기관들이 모두 서로 자기의 관할이 아니라고 거부하는 경우나 직무 수행상 인접한 기관 간에 기능적 역할이 서로 겹치거나 지방자치단체 간에 지역적 관할이 겹쳐 해당 업무의 수행이 서로 자기의 권한이 아니라고 하는 경우 등의 상황이 발생할 수 있다. 이러한 경우에 국가기관이나 지방자치단체가 특정 권한이나 의무에 대해 자기의 권한이나 의무가 아니라고 확인을 구하는 심판청구가 인정되는가의 문제가 바로 소극적 권한쟁의의 문제인 것이다.<sup>136)</sup>

현행 헌법재판소법은 제61조 제1항에서 ‘권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼’이라고 규정하여 소극적 권한쟁의가 허용될 수 있는 것처럼 규정하고 있으나, 동조 제2항에서는 ‘청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만’ 권한쟁의심판을 청구할 수 있다는 표현을 사용함으로써 소극적 권한쟁의 인정 여부에 관해 불분명한 입장을 취하고 있다. 또한, 권한쟁의에서 ‘권한의 존부나 그 범위에 대한 다툼’은 통상적으로 특정 사안에 대해서 서로 자기가 권한을 가진다고 주장하는 적극적 권한쟁의의 형태로 나타나는 것이 보통이다. 그 결과 소극적 권한쟁의의 인정 여부를 둘러싸고 견해의 대립이 발생한다.

우선, 부정설이다. 헌법재판소법 제61조 제2항은 소극적 권한쟁의 인정과

136) 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 544면.



관련하여 해석상의 여지를 주지 않고 있으며, 현행 행정소송제도상 소극적 권한쟁의를 통해 실현하고자 하는 소송목적은 해결할 수 있는 법원의 사법구제 절차(당사자소송)가 존재하고 있다는 점을 이유로 제시한다. 또한, 소극적 권한쟁의를 긍정할 경우 법원과 헌법재판소의 관할중복을 야기하여 사법기관 간 충돌을 피하기 어렵고, 헌법재판소는 권한의 존부나 범위만 확인하지만 행정소송절차에 의하게 되면 비용상환의무의 존부는 물론 그 금액까지 인정될 수 있다는 점을 감안할 때 소극적 권한쟁의를 권한쟁의심판의 한 종류로 인정하지 않는 것이 보다 설득력을 지닌다고 보는 견해이다.<sup>137)</sup> 다음으로, 긍정설이다. 소극적 권한쟁의를 긍정하는 견해는, 권한쟁의심판제도의 취지가 권한질서의 유지를 통한 통치기능의 보호에 있다면 적극적 권한쟁의뿐만 아니라 소극적 권한쟁의도 권한질서에 부정적인 영향을 미치는 것은 마찬가지라는 점, 헌법재판소법 제61조 제2항을 적극적인 침해뿐 아니라 소극적인 침해도 포함된다고 함목적적으로 해석하는 것이 바람직하다는 점, 행정소송법이 정하는 부작위위법확인소송 등 기타의 해결방법으로 소극적 권한쟁의의 모든 문제가 해결될 수도 없다는 점, 독일의 경우 소극적 기관쟁의에 관해서 따로 규정하지 않은 이유는 부작위에 의한 권한 침해의 범위에 소극적 기관쟁의도 포함시킬 수 있다는 인식 때문이라는 점 등을 이유로 관련 법률규정을 문의적으로 지나치게 좁게 해석하는 부정설은 찬성하기 어렵다고 한다.<sup>138)</sup>

우리 헌법재판소는 소극적 권한쟁의에 관해 명시적인 입장을 밝힌 바 없다.<sup>139)</sup> 헌법재판소는 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금의 지급사무에 대한 권한이 청구인 또는 피청구인 중 누구에게 속하는가를 확정해달라고 청구한 ‘영일군과 정부 간의 권한쟁의 사건’에서, 문제되는 다툼은 어업면허 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위 자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라, 그 손실보상금 채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사

137) 김학성(2011.6.). “권한쟁의심판의 문제점과 권한쟁의심판과 행정소송과의 관할권 경합”, 『강원법학』, 제33권, 100-101면.

138) 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사, 336-337면.

139) 이에 대해, 현재 1998. 8. 27. 96헌라1 결정을 통해 우리 헌법재판소가 소극적 권한쟁의를 인정한 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다. 이성환(2005.2.). “권한쟁의심판에서의 당사자능력과 당사자적격”, 『공법연구』, 제33집 제2호, 209면.

이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과한 것으로 보인다고 판시하여 심판청구를 각하한 바 있다.<sup>140)</sup> 시화공업단지 내의 공공시설의 관리권자가 누구인지를 둘러싸고 발생한 ‘시흥시와 정부 간의 권한쟁의 사건’에서도, 청구인인 시흥시는 공공시설의 관리권자이므로 그 권한이 침해되지 않았고, 설사 정부가 관리권자라 하더라도 청구인으로서 공공시설을 관리하지 않으면 될 뿐이므로 정부의 부작위로 인해 청구인의 권한이 침해될 여지가 없다고 하여 심판청구를 기각하였다.<sup>141)</sup> 또한, 도로에 연결된 국유의 경사지 암반이 무너져 청구인이 통행의 안전 등을 위해 긴급복구 및 안전시설공사를 시행하고 피청구인에게 그 비용 상당의 예산배정을 요청하였으나 거부당하자 제기한 ‘서울특별시 은평구와 기획재정부장관 간의 권한쟁의 사건’에서도, 이러한 국유지 관리비용 부담을 둘러싼 다툼은 청구인과 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계에 관한 다툼에 불과하고, 위 토지에 대한 관리권한이나 자치재정권 등 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼이라고 할 수 없다는 이유로 각하결정을 하였다.<sup>142)</sup><sup>143)</sup>

헌법재판소법 제61조 제2항이 적극적 권한쟁의만을 염두에 두고 이에 해당되는 청구요건만을 규율하고 있다고 이를 곧 소극적 권한쟁의를 불허하는 취지로 이해한다면 그것은 모든 권한쟁의를 헌법재판소의 일반적 관할로 규정하고 있는 헌법의 취지에 반하게 된다. 또한, 소극적 권한쟁의에서는 당사자가 특정 사안에 대해서 서로 권한 내지 의무가 없음을 주장하며 특정 직무의 행사를 거부하게 되므로 국가업무가 해태되거나 마비될 우려가 있어 객관적 권한질서의 침해 내지 침해의 우려를 야기하게 된다. 일반 사인이 제기한 민원에 대해 국가기관들과 지방자치단체들이 서로 자기에게 권한이 없다고 미루는 경우 국민의 권리구제가 어려워지는 상황도 발생한다. 따라서, 객관적 권한질서

140) 헌재 1998. 6. 25. 94헌라1.

141) 헌재 1998. 8. 27. 96헌라1. 이에 대하여 재판관 1명은 인용의견을, 그리고 재판관 3명은 공공시설의 관리권한이 누구에게 귀속되는지와 관계없이 정부의 부작위로 청구인의 권한이 침해될 우려가 없어 법 제61조 제2항의 적법요건을 갖추지 못한 것이므로 각하하여야 한다는 반대의견을 밝혔다. 본 판례에 대한 평석은, 최승원(2000). “권한쟁의심판과 기관소송”, 『법학논집』(이화여자대학교), 제4권 제4호, 135-138면 참조.

142) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2.

143) 이상의 소극적 권한쟁의에 관한 우리 헌법재판소 판례 소개는, 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』(제2개정판), 헌법재판소, 2015, 409-410면 참조.

의 유지와 국가업무의 지속적 수행이라는 권한쟁의심판의 목적을 위해서 소극적 권한쟁의도 권한쟁의심판의 한 형태로 인정할 필요가 있다고 본다.<sup>144)</sup>

객관적인 권한질서의 유지를 통한 통치기능의 보호 등 소극적 권한쟁의에 대한 헌법적 구제의 필요성이 인정되므로 이를 헌법재판소가 적극적으로 처리함이 옳다. 하지만 소극적 권한쟁의를 부정하는 입장의 논거도 나름 그 타당성을 인정할 수 있는 만큼 소극적 권한쟁의의 도입을 학계와 실무의 해석으로만 맡겨둔다면 불필요한 논란이 종결되지 않을 것이다. 즉, 소극적 권한쟁의의 인정 방식에 관한 별도의 판단이 필요한 것이다. 결론적으로, 소극적 권한쟁의의 논쟁은 헌법적·법률적 해석의 한계 영역으로 인정하고, 그 요건과 절차 등 소극적 권한쟁의의 내용에 관한 입법적 도입이 바람직하다고 본다.

이를 위해서는 몇 가지 점이 고려되어야 한다. 첫째, 소극적 권한쟁의는 그 본질상 법주체나 그 기관이 서로 권한없음을 주장하는 것이다. 따라서, 법제61조 제2항에 규정된 권한의 침해나 침해의 위험성이라는 요건을 요구하기 보다는 당사자인 국가기관이나 지방자치단체가 특정 사안에 대해서 서로 자신의 권한이 아니라고 주장하는 것만으로 구체적 사건성을 인정함이 옳으므로, 이에 대해 명확히 할 필요가 있다고 본다. 즉, 현행 헌법재판소법 제61조 제2항의 요건이 적용되지 않도록 하는 입법기술이 필요한 것이다. 둘째, 남소가능성 방지를 위해 청구인이 피청구인에게 먼저 작위나 부작위를 요구한 다음, 그에 대해 피청구인이 거부하거나 아무런 명시적인 의사표시가 없는 경우에서야 비로소 청구인이 피청구인을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 함이 옳을 것이다. 셋째, 잠재적인 청구인이 잠재적인 피청구인에게 작위나 부작위를 요구하였을 경우 어느 정도의 기간을 정하여 피청구인으로 하여금 명시적인 의사표시를 하도록 하여야 할 것인가 하는 점도 고려되어야 한다. 특정의 기간을 조문에 명시하여 그 기간 내에 명시적인 거부의사를 표명하거나 아무런 의사도 적극적으로 표명하지 아니한 경우에 한해 구체적인 사건으로서의 다툼이 있는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>145)</sup> 결국, 이상의 내용을 중점적으로 고려하여

144) 이성환(2005.2.). “권한쟁의심판에서의 당사자능력과 당사자적격”, 『공법연구』, 제33집 제2호, 208면.

145) 소극적 권한쟁의의 입법방향 및 헌법재판소법 개정안에 관한 상세한 내용은, 양건 등(1999). 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』, 헌법재판소, 236-241면 참조.

청구사유를 규정하고 있는 현행 헌법재판소법 제61조에 제3항의 신설을 통해 소극적 권한쟁의를 입법적으로 도입함이 바람직하다고 본다.

## 2. 제3자 소송담당

소송담당이란 권리주체가 아닌 자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 소송을 수행할 수 있는 자격을 말한다. 이러한 소송담당제도는 일반적으로 권리관계 주체의 의사에 관계없이 법률의 규정에 의하여 제3자가 소송수행권을 갖게 되는 법정소송담당, 권리관계의 주체가 자신의 의사에 의해 제3자에게 소송수행권을 수여하는 경우인 임의적 소송담당, 그리고 법원의 허가에 의한 소송담당인 재정소송담당으로 분류된다.<sup>146)</sup> 이와 관련한 우리 법제의 기본원칙은 자기책임의 원칙에 따라 권리주체가 소송수행권을 행사함이 원칙이고 제3자의 소송담당은 법률의 규정이 있는 경우에만 예외적으로 인정된다는 것이다.<sup>147)</sup>

권한쟁의심판에서 제3자 소송담당의 문제는 제3자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 권한쟁의심판을 청구하였을 때 그 제3자를 정당한 소송수행권을 가진 자로 보아 동 심판에서 청구인적격이 인정될 수 있는지에 관한 것으로, 특히 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한유무 및 범위를 주장할 수 있는지가 문제된다. 우리 헌법재판소법은 이에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 그 필요성 내지 인정 여부에 관해 다양한 견해가 제시되고 있다.

우선, 권한쟁의심판에서의 제3자 소송담당은 나름 그 필요성은 인정되나 우리나라의 현행 실정법상 이를 인정할 근거가 없으므로 부정할 수밖에 없다는 견해가 있다. 헌법재판인 권한쟁의심판에서는 당사자에게 소송물에 관한 임의적 처분권이 없으므로 임의적 소송담당이란 성립할 여지가 없고, 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제64조가 명문으로 특정 기관의 부분이 전체기관

146) 제3자 소송담당의 소송법적 내용에 대한 상세한 설명은, 이시윤(2017). 『신민사소송법』(제11판), 박영사, 157-162면 참조.

147) 정태호(2007). “국가기간상호간의 권한쟁의심판절차에서의 국회의원의 당사자능력과 제3자소송담당-현재 2007.07.26., 2005헌라8 결정에 대한 평석을 곁하여-”, 『경희법학』, 제42권 제2호, 576면.

을 대신하여 권한쟁의심판을 제기할 수 있도록 규정하고 있음에 반해 우리나라의 현행 실정법에는 제3자 소송담당을 허용하는 명문의 규정이 없어 법정소송담당 역시 인정할 수 없다고 한다. 또한, 국회 등의 기관이 기관 내부에서 민주적 토론과 대화를 통해 기관의 의사를 결정하려는 노력이 등한시된다는 점, 권한질서에서 발생한 거의 모든 문제를 사법적 수단으로 해결하려고 하여 헌법재판소에 지나친 부담을 주게 될 우려가 있다는 점 등으로 인해 제3자 소송담당을 인정함에 있어서 신중할 필요가 있다고 한다.<sup>148)</sup>

이에 대해, 학계에서의 보다 다수의 견해는 현행법의 해석상 권한쟁의심판에서 제3자 소송담당은 인정되어야 한다는 입장이다.<sup>149)</sup> 제3자 소송담당이란 소수자 보호를 위한 제도적 장치로서, 정부의 독주나 다수세력의 횡포를 막고 의회가 가진 본래의 통제기능을 확대함으로써 궁극적으로는 헌법의 객관적 권한질서를 보장하는데 상당한 기여를 하므로 그 인정 필요성이 크다는 것이다. 우리 헌법재판소법은 제40조 제1항에서 “헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 준용하고, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 「행정소송법」을 함께 준용한다”라고 규정하여, 권한쟁의심판절차에서 민사소송법령과 행정소송법의 포괄적 준용가능성을 열어놓았다는 것이다.<sup>150)</sup> 민법이나 상법 등에서 제3자 소송담당을 인정하고 있고 이를 부정하는

148) 이성환(2005.2.). “권한쟁의심판에서의 당사자능력과 당사자적격”, 『공법연구』, 제33집 제2호, 211면.

149) 종전에는 권한쟁의심판에 있어 제3자 소송담당의 허용여부에 관해 아무런 규정이 없었기 때문에 해석상 논란이 있었으나, 2003. 3. 12. 개정된 헌법재판소법은 제64조(청구서의 기재사항) 제1호에서 ‘청구인’ 외에 ‘청구인이 속한 기관’을 추가하였는바, 이는 제3자 소송담당이 인정되는 것을 전제로 한 것으로 보인다는 주장이 있다. 하지만 이에 동의하는 견해는 찾아볼 수 없다. 허세진(2003). “기관소송에 관한 연구 -권한쟁의심판과의 관계를 중심으로-”, 한양대학교 법학박사학위논문, 135면 참조.

150) 참고로, 헌법재판소법 제40조는 제3자 소송담당의 인정 근거가 될 수 없다는 견해가 있다. 오늘날 변화한 정당국가적 정치현실에서 국회와 정부 간의 권한쟁의가 가능하기 위해서는 국회의 부분기관이 국회를 대신하여 국회의 권한침해를 주장할 수 있는 제3자 소송담당이 인정되어야 함은 물론이나, 주관적 권리보호를 목적으로 하는 민사소송법상의 제도인 제3자 소송담당은 객관적 헌법의 보호를 목적으로 하는 권한쟁의심판에 준용될 수 없고, 헌법재판소법의 합헌적 해석을 통해 제3자 소송담당을 인정해야 한다는 것이다. 즉, 권한쟁의심판이 헌법상 권력분립질서의 유지라는 본연의 기능을 이행할 수 있도록 청구인적격에 관한 절차규정을 합헌적으로 해석함을 통해 제3자 소송담당을 인정하는 것이 옳다는 것이다. 한수용(2011.9.). “국가기관간의 권한쟁의에 관한 최근 헌법재판소결정의 주요 문제점”, 『중앙법학』, 제13집 제3호, 47-48면.

명문의 행정소송법은 존재하지 않으며, 정당국가적 현실에서 헌법소송을 통해 권한질서를 지키기 위해서는 제3자 소송담당제도를 인정할 필요성이 작지 않다고 한다. 또한, 소송을 통한다고 하더라도 정치적 해결의 자유가 사라지는 것은 아니며 정치적 행위를 통해 문제를 해결할 수 있는지의 여부는 권한쟁의 심판절차가 가능한지 여부와 전혀 무관한 사항이므로 이러한 관점에서 권한쟁의 심판절차의 작동이 가능한지를 판단할 수 없다고 한다. 이와 같은 이유들을 제시하여 권한쟁의절차에서 제3자 소송담당제도를 인정함이 바람직하며, 우리 헌법재판소법의 해석상으로도 인정할 수 있다는 주장이다.<sup>151)</sup>

동 견해는 다시 국회의 권한침해의 경우 제3자 소송담당권자의 범위를 놓고 그 내용이 세분화된다. 먼저, 정부와 원내 다수파의 횡포를 방지하고 소수파를 보호하기 위하여 국회의 상설적인 부분기관인 원내교섭단체에게는 그것이 소수파인지를 불문하고 국회의 권한을 위한 소송담당권이 인정되어야 하나 원내교섭단체를 구성하지 못하는 의원집단이나 개별 국회의원에게는 소송담당권이 없다고 보아야 한다는 주장이 있다.<sup>152)</sup> 이에 대해, 원내교섭단체는 물론이고 개별 국회의원의 경우에도 다수당 소속인지 소수당 소속인지 무소속인지를 불문하고 전체 국민의 대표자로서 국회의 권한에 관한 권한쟁의심판을 청구할 수 있다는 주장이 있다.<sup>153)154)</sup>

151) 이러한 제3자 소송담당 인정설의 논거들은, 정태호(2007). “국가기간상호간의 권한쟁의심판절차에서의 국회의원의 당사자능력과 제3자소송담당-헌재 2007.07.26., 2005헌라8 결정에 대한 평석을 곁하여-”, 『경희법학』, 제42권 제2호, 584-585면 참조.

152) 정태호(2007). “국가기간상호간의 권한쟁의심판절차에서의 국회의원의 당사자능력과 제3자소송담당-헌재 2007.07.26., 2005헌라8 결정에 대한 평석을 곁하여-”, 『경희법학』, 제42권 제2호, 585-586면 참조.

153) 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 519면.

154) 교섭단체의 경우에도 이를 재적의원 과반수로 구성된 교섭단체와 소수의원으로 구성된 교섭단체로 나누어 후자의 경우에만 제3자 소송담당을 인정하지는 논리도 있다. “정부에 의하여 국회의 권한이 침해가 된 때에, 국가가 권한쟁의심판을 청구하는 점에 관하여 다수의원이 찬성하지 아니함으로써 국회의 의결을 거칠 수 없는 경우에는, 침해된 국회의 권한을 회복하고자 하는 소수의원에게도 권한쟁의심판을 통하여 국회의 권한을 회복시킬 수 있는 기회를 주어야만 할 것이다. 그러나 위와 같이 국회의 부분기관에게 국회의 권한을 위한 ‘제3자소송담당’을 허용하는 것은 소수자를 보호하기 위한 것이므로, 일정 수 이상의 소수의원이나 소수의원으로 구성된 교섭단체에게만 국회의 권한을 위한 권한쟁의심판을 청구할 적격이 인정되는 것이지, 재적의원 과반수를 이루는 다수의원이나 그들 의원으로 구성된 교섭단체의 경우에는 그들 스스로 국회의 의결을 거쳐 침해된 국회의 권한을 회복하기 위한 방법을 강구할 수 있으므로, 이들에게까지 굳이 법률에 규정되어 있지도 아니한 ‘제3자소송담당’을 허용할 필요성은 없는 것이다.” 이튼바, ‘국무총리 서리 사건’(대통령과 국회의원 간의 권한쟁의, 헌재 1998. 7. 17. 98헌라1)에서 김용준 재판관의 의견 참조.

우리 헌법재판소는 제3자 소송담당과 관련하여 그간 몇 차례 판시한 바 있으나, 결론적으로는 부정설의 입장이다. 먼저, 대통령과 국회의원 간의 권한쟁의 사건인 이른바 ‘국무총리서리 사건’에서, 국무총리 임명동의안의 처리가 국회에서 무산된 후 대통령이 국회의 동의 없이 국무총리서리를 임명한 데 대하여 다수당(야당) 소속 국회의원들이 국회의 동의권함과 자신들의 표결권한의 침해를 주장하며 권한쟁의심판을 청구한 것에 대해, 기관의 부분기관에게 권한쟁의심판의 당사자로서의 지위를 인정할 것인가와 관련하여 재판관들 사이에 의견 대립이 있었으나 5인의 재판관들은 결론에 있어 각하의견이었다.<sup>155)</sup> 다음으로, 국회의원이 정부를 상대로 한 권한쟁의심판인 이른바 ‘WTO 쌀협상 사건’에서는, “국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있으므로, 국가기관의 부분 기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’을 명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서는 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다”라고 판시하여 제3자 소송담당을 부인하며 심판청구를 각하하였다.<sup>156)</sup>

권한쟁의심판에서의 제3자 소송담당과 관련한 이상의 견해들은 모두 국가 기관 간의 권한쟁의심판 사건의 분석과정에서 제시되는 것들이나, 지방자치단

155) 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1.

156) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8. 이러한 헌법재판소의 태도는 그 후 사건에서도 그대로 이어지는바, 국회의원의 제3자 소송담당을 일관되게 부정하고 있다. “국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있기 위하여는 이른바 ‘제3자 소송담당’이 허용되어야 한다. ‘제3자 소송담당’이라고 하는 것은 권리주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 소송을 수행할 수 있는 권능이다. 권리는 원칙적으로 권리주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, ‘제3자 소송담당’은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정된다. 그런데 헌법 재판소법 제61조에 의하면 권한쟁의심판의 청구인은 청구인의 권한침해만을 주장할 수 있도록 하고 있을 뿐, 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’의 가능성을 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그렇다면 권한쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’을 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서 국회의 구성원인 청구인들은 국회의 ‘예산 외에 국가의 부담이 될 계약’의 체결에 있어 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 할 것이다. 따라서 청구인들의 이 부분 심판청구는 청구인적격이 없어 부적법하다.” 헌재 2008. 1. 17. 2005헌라10.

체의 권한쟁의심판의 경우에도 마찬가지로 논의될 수 있다고 본다. 결론적으로, 지방자치단체의 권한쟁의심판에서도 앞서 살펴본 학계에서의 다수 견해와 마찬가지로 제3자 소송담당을 인정할 필요성이 크다고 하겠다.

우선 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있지만,<sup>157)</sup> 국가기관 간의 권한쟁의심판과는 달리 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 이름으로 특히 국가기관과 권한쟁의심판을 청구할 가능성은 현실적으로 크지 않은 실정이다. 집권 여당과 지방자치단체장의 소속 정당이 일치하는 경우에는 지방자치단체를 대표하는 단체장이 당해 지방자치단체의 권한침해 등을 주장하기가 더욱 어려운 것이 오늘날 지방자치제도의 현실임을 감안할 필요가 있다. 이러한 상황적 여건은 지방자치의 영역에서 권한쟁의심판제도의 활성화를 위해 지방의회가 자신의 이름으로 자신이 속한 지방자치단체의 권한쟁의심판을 수행할 필요성을 뒷받침해주는 주요 이유가 될 것이다. 더욱이 지방의회는 헌법에 근거를 두고 있는 지방자치단체의 의결기관인바, 원내교섭단체에게 소송담당권이 인정되는 주요 이유 중 하나가 국회 내 상설적인 부분기관이라는 점을 고려하면 지방의회에게 지방자치단체를 위한 소송담당권을 인정하지 않는다는 것은 논리상으로도 맞지 않다.

결국, 제도 운용의 현실 등을 고려하여 헌법에서 직접적으로 설치 근거를 규정하고 있는 지방의회에게도 소송수행권을 인정할 필요가 있다. 이를 통해 국가기관을 상대로 하는 권한쟁의심판청구를 보다 용이하게 함으로써 헌법상 권한질서를 보장하고 수평적·수직적 권력분립을 실현하며 국가기능과 작용이 정상적으로 작동하게 하는 권한쟁의심판제도의 본래의 목적 실현이 보다 용이해질 것이다.

이러한 지방의회의 소송담당 인정 문제는 당사자적격에 관한 문제로 권한쟁의심판절차의 적법요건 심사에 있어 중요한 형식적 판단사항이다. 헌법재판소의 해석에 맡겨 둬으로써 비록 제3자 소송담당에 관한 일관된 판례이론이 정립된다고 하더라도 소송요건에 관한 사항은 이러한 해석론의 전개를 통해 인정될 수 있는 성질의 것으로 보기 어렵다.

결국, 실정법에 명문으로 규정함으로써 제3자 소송담당을 도입하는 것이

157) 지방자치법 제101조(지방자치단체의 통할대표권).



바람직하다. 다만 앞서의 논의와 같이 국가기관 간의 권한쟁의의 경우에도 그 필요성이 매우 큰 실정이므로 이를 지방자치단체의 권한쟁의심판에 한정하여 규정할 것은 아니다. 따라서, 원칙적으로는 현행 헌법재판소법 제61조 제2항을 개정하여 도입하되 지방자치단체의 권한쟁의심판의 경우에도 그 인정 여부를 명확히 한다는 측면에서 보다 세밀하게 규정할 필요가 있다고 본다. 즉, “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인이나 청구인이 속한 기관 또는 지방자치단체의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다”라고 함으로써, ‘청구인이 속한 기관 또는 지방자치단체’를 추가·명시하는 방안이 옳다고 본다.

### 3. 지방자치단체 기관의 당사자능력

헌법재판소법 제62조 제3호는 ‘지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판’으로 ‘가. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 상호간의 권한쟁의심판’, ‘나. 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판’, ‘다. 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판’을 규정하고 있다. 이는 헌법 제111조 제1항 제4호의 ‘…… 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 보다 구체적으로 규정한 것으로, 공권력을 행사하는 공법인인 지방자치단체 상호 간의 관할의 유무 또는 범위에 관한 다툼이 헌법재판소에 의해 관장됨을 의미한다.

헌법 및 헌법재판소법은 권한쟁의심판의 당사자로 ‘지방자치단체’로만 규정하고 있는데, 이러한 규정의 해석과 관련하여 여기서의 지방자치단체가 법인 그 자체로서의 지방자치단체만을 의미하는지, 아니면 지방자치단체의 장이나 지방의회와 같은 소속 기관도 포함하는지가 문제된다. 결론적으로, 헌법재판소는 이에 대해 부정적인 입장을 취하고 있다. 헌법재판소는 지방자치단체의 장, 지방의회의장, 지방의회의원의 경우 모두 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정하지 아니한다.

먼저 살펴 볼 헌법재판소 판례는 광양시와 광양시장이 순천시·순천시장을

상대로 특정 회사의 공장과 부대시설 부분은 광양시의 관할구역에 속함을 확인하고, 피청구인들(순천시·순천시장)이 동 목적물에 대하여 도시계획세, 공동시설세 등을 부과한 처분이 무효임을 주장한 권한쟁의심판사건이다. 동 사건에서 헌법재판소는 “권한쟁의 심판청구는 헌법과 법률에 의하여 권한을 부여 받은 자가 그 권한의 침해를 다투는 헌법소송으로서 이러한 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 자에 대하여는 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호가 정하고 있는바, 이에 의하면 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다. 다만 지방자치단체의 장이 국가위임 사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분을 행한 경우에는 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 있다. 그런데 이 사건 ○○주식회사에 대한 피청구인 순천시장의 과세처분은 지방자치단체의 권한에 속하는 사항에 대하여 지방자치단체사무의 집행기관으로서 한 과세처분에 불과하므로 피청구인 순천시장은 이 사건 지방세 과세 권한을 둘러싼 다툼에 있어 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없고, 청구인 광양시장 또한 마찬가지이다. 따라서 청구인 광양시장의 피청구인들에 대한 심판청구와 청구인 광양시의 피청구인 순천시장에 대한 심판청구는 모두 당사자능력을 결한 청구로서 부적법하다”라고 판시하여 지방자치단체의 장은 청구인능력 및 피청구인능력이 없음을 분명히 하였다.<sup>158)</sup>

이러한 헌법재판소의 입장은 경기도 안산시의회 의원과 동 의회 의장 간의 권한쟁의 사건에서도 그대로 이어진다. 본 사건은 안산시의회가 ‘2009년도 공유재산 관리계획 변경안’을 소관 상임위원회에서 의결하고, 의장은 안산시의회 본회의에서 동 변경안을 표결절차 없이 가결된 것으로 선포하였는바, 이에 대해 안산시의회 의원인 청구인들은 위 상임위원회 의결은 겸직금지무를 위반한 의원이 참여하여 가결된 것으로 위법할 뿐만 아니라, 본회의에서 동 변경안에 이의를 제기한 의원이 있었음에도 의장이 표결절차 없이 가결·선포한 행위가 청구인들의 의안심의·표결권 등을 침해하여 무효라는 이유로 청구한 권

158) 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1. 참고로, 본 사건에서 헌법재판소는 청구인 광양시가 피청구인 순천시를 상대로 한 일부 청구(광양시의 관할권한을 침해하여 부과한 순천시의 과세처분 무효확인청구)를 인용하였다.

권쟁의심판사건이다. 이에 대해 헌법재판소는 “헌법 제111조 제1항 제4호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 이를 구체화하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를 ① 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, ② 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판 등으로 규정하고 있는바, 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법 및 헌법재판소법에 의하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다고 볼 수 없으므로 부적법하다”라고 하여,<sup>159)</sup> 지방의회의원과 지방의회의장의 경우에도 앞서 본 지방자치단체장의 경우와 마찬가지로 권한쟁의심판의 당사자능력을 부정하였다.

이상의 두 결정에서 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호를 한정적 열거로 해석하여 법에 규정된 자만이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 보았다. 그 결과 지방의회의원과 지방의회의장은 물론 지방자치단체장에게도 권한쟁의심판의 당사자능력은 인정되지 않는다는 것이다.<sup>160)</sup> 하지만 이는 종래 헌법재판소가 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 예시적 열거 규정으로 보아 국가기관 상호간의 권한쟁의의 당사자 범위를 확대한 것과는 다른 판단이다. 동일한 법조항 내에서 ‘국가기관’은 예시적인 것으로, ‘지방자치단체’는 한정적으로 보는 근거가 무엇인지 의문이다. 우리 헌법상 권한쟁의심판제도의 취지를 고려하여 지방자치단체 기관 사이의 권한에 관한 법적 다툼을 해결할 적절한 방법이 없는 상태에서 헌법재판소의 판례와 같이 과연 동법 조항의 ‘지방자치단체’를 한정적 열거로 해석하는 것이 헌법 합치적인 것인지

159) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11.

160) 참고로, 부산광역시 동래구청장이 건설교통부장관을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 사건에서도 지방자치단체의 기관에게 당사자능력이 있는지에 관해 양 당사자 간 상반된 주장들이 개진되었으나, 헌법재판소는 이에 관하여 판단하지 않고 청구기간 도과를 이유로 각하 결정한 바 있다. 헌재 2007. 3. 29. 2006헌라7. 또한, 지방자치단체의 장이 행정심판의 재결청의 지위에서 행한 처분이 관할구역 내에 있는 하급 지방자치단체의 권한을 침해한 것인지에 관한 권한쟁의 사건에서 그 재결청인 지방자치단체의 장은 국가기관의 지위에 있다고 보아 그 권한쟁의를 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의로 본 판례도 있다. 헌재 1999. 7. 22. 98헌라4.

를 생각해 볼 필요가 있다.<sup>161)</sup>

헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’의 의미와 관련하여, 처음에는 “헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다”라고 판시하여 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 한정적 열거로 파악함으로써 국회 내의 일부기관인 국회의원 및 교섭단체 등이 국회 내의 다른 기관인 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 판시하였다.<sup>162)</sup> 그 후 헌법재판소는 “헌법 제111조 제1항 제4호에서 헌법재판소의 관장사항의 하나로 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”이라고 규정하고 있을 뿐 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 종류나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 특별히 법률로 정하도록 위임하고 있지 않다. 따라서 입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제이다”라고 하면서, 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위와 관련해서는 “헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다”라고 판시함으로써, 종전의 판례를 변경하여 동법 제62조 제1항 제1호의 규정

161) 노회법(2011.9.). “지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호, 75면.

162) 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1.

을 예시적 열거규정으로 해석하여 당사자범위를 확대하였다.<sup>163)</sup> 즉, 헌법재판소는 국회의 부분기관인 국회의장과 국회의원이 첫째, 헌법에 의하여 설치되었고, 둘째, 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받았으며, 셋째, 이들 사이의 권한쟁의를 다른 방법으로 해결할 수 없다는 이유로 국가기관 상호간의 권한쟁의심판절차의 당사자가 될 수 있다고 본 것이다.<sup>164)165)</sup>

결론적으로 헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 범위는 헌법해석을 통해 확정할 문제라고 하면서 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 규정을 예시적 열거규정으로 파악한 반면 동항 제3호의 규정의 해석에서는 엄격한 태도를 유지하고 있음을 알 수 있다.<sup>166)</sup> 하지만 헌법재판소가 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호와 제3호를 달리 취급하는 것은 타당하다고 보기 어려우므로,<sup>167)</sup> 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판에서도 그 당사자범위를 확대함이 옳은바, 아래에서 서술하는 바와 같이 지방의 회의원과 지방의회의장 간의 권한쟁의는 국가기관 상호 간 권한쟁의심판의 당사자를 확대한 헌법재판소의 기준에 비추어 보더라도 인정할 수 있으며 그 실익 또한 크다고 할 것이다.

이에 관해 논의하기에 앞서 우선 지방자치단체장의 당사자능력 인정 문제를 살펴본다. 국가기관 및 다른 지방자치단체와의 관계와 당해 지방자치단체 소속 기관 및 구성원과의 관계로 구분하여 검토한다. 국가기관 및 다른 지방자치단체와의 대외적 관계에서 지방자치단체장의 당사자능력이 인정되기 위해서는 독자적인 권한 침해 가능성이 인정될 수 있어야 할 것이나 현행법상 지방자치단체장의 권한은 해당 지방자치단체의 집행기관으로서의 권한일 뿐이므로 직접적인 권한법적 관계가 형성되는 경우란 일반적으로 존재하지 않는다. 또한 지방의회 등 지방자치단체의 내부 기관과의 대내적인 관계에서는 단체장

163) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2.

164) 이상 헌법재판소 판례의 소개 및 의미 분석은, 정태호(2007). “국가기관상호간의 권한쟁의심판절차에서의 국회의원의 당사자능력과 제3자소송담당-헌재 2007.07.26., 2005헌라8 결정에 대한 평석을 겸하여-”, 『경희법학』, 제42권 제2호, 566-567면.

165) 당사자능력을 가질 수 있는 국가기관의 상세한 예시는, 이성환(2005.2.). “권한쟁의심판에서의 당사자 능력과 당사자적격”, 『공법연구』, 제33집 제2호, 199-201면 참조.

166) 동항 제2호의 ‘정부’의 의미도 예시적으로 보고 정부뿐만 아니라 정부의 부분기관, 국회, 법원 등 다른 국가기관도 당사자가 될 수 있다고 판단한 것도 이와 마찬가지로이다. 헌재 2008. 3. 27. 2006헌라1.

167) 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사, 522면.

의 권한 침해 가능성이 존재할 수 있으나 이러한 권한분쟁에 대해서는 지방자치법상의 기관소송 등 그 사법적 해결방법이 일부 마련되어 있다. 따라서 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에서 지방자치단체의 장은 그 당사자가 될 수 없다고 판시한 앞서의 헌법재판소의 결정은 그 결론에 있어서만큼은 옳다고 본다.

반면, 지방의회의원과 지방의회의장 간의 권한쟁의의 경우는 이와 다르다. 지방의회는 현행 헌법에서 명문으로 그 설치근거를 규정하고 있는 지방자치단체의 최고의사결정기관이다. 이러한 지방의회를 구성하는 지방의회의원과 의장에게는 지방자치법상 독자적인 권한들이 부여된다. 특히나 지방의회의원과 지방의회의장 간의 관계는 국회의원과 국회의장 간의 관계와 법리적으로 동일하다고 볼 수는 없지만, 기관의 구성원과 그 대표자가 소속기관의 의사결정이라는 공동의 법적 효과를 목표로 각자에게 분배된 권한을 독자적인 판단에 따라 행사한다는 점에서 양자 간에는 권한법적 관계가 다수 형성된다.<sup>168)</sup> 또한, 그러한 권한이 상호 간의 분쟁으로 침해된 경우 이를 해결할 사법적 구제수단도 찾아보기 어렵다.<sup>169)</sup> 지방자치법에 의해 단체장의 재의요구 및 제소를 통해 지방의회의원의 권한 침해가 행정적·사법적 구제절차에 의해 간접적으로나마 해소될 수는 있으나 이를 언제나 기대하기는 어렵고 자신의 권한 침해를 단체장의 행위에 의해 맡겨두는 것도 타당하지 않다. 즉 헌법재판소가 이를 바로잡지 아니하면 시정할 방법이 없는바 그것을 위한 가장 적합한 수단이 권한쟁의심판인 것이다.

물론 권한쟁의심판제도에 있어 지방의회의원과 지방의회의장의 당사자능

168) 노회범(2011.9.). “지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호, 79면.

169) 참고로, 본회의장이 아닌 의회 앞에 주차되어 있던 의회 소속 버스 안에서 부의장이 개의 선언을 하여 조례안을 가결시킨 사건에서 법원은 주민들이 지방의회의 조례안 의결절차의 하자를 들어 조례 그 자체의 무효확인을 구할 수 없다고 판단한 바 있다. 창원지법 2006. 4. 27. 2006구합86. 한편, 비록 하급심의 판단이지만 동 사건에서 법원은 “…… 원고(주민)들이 주장하는 이 사건 조례안의 의결절차의 하자로 인하여 직접 침해되는 것은 원고들의 권리나 법률상 이익이 아니라 이 사건 조례안에 대한 심의·표결에 참여하지 못한 도의원의 조례안 심의·표결 등 권한이라고 할 것이므로 원고들은 이 사건 조례의 실제적 내용으로 인하여 현재, 직접적으로 권리나 법률상 이익을 침해받은 경우에 행정소송을 제기할 수 있을 뿐이고, 이와 같은 조례안 의결절차의 하자를 둘러싼 분쟁은 도의회 의장과 권한을 침해당한 도의원 사이 권한쟁의에 관한 심판에서 해결하여야 할 것일 뿐만 아니라, ……”라고 하여, 지방의회의원과 의장 간의 권한쟁의심판을 인정하는 듯한 판시를 한 바 있다.

력을 모든 경우에 전면적으로 인정하는 것은 이론적으로 해결해야 될 문제가 적지 않으므로 신중해야 할 것이다. 일부 견해가 있으나, 그것도 지방자치단체의 의결기관인 지방의회에 한정된 논의이다.<sup>170)</sup> 오히려 앞서 논의한 지방자치단체장의 경우와 마찬가지로 외부 주체와의 권한쟁의는 인정되기 어렵다고 본다. 남소의 우려 등의 이유도 제시할 수 있겠지만 무엇보다 지방의회의 권한도 아니고 그 구성원인 지방의회의원의 권한이 외부의 권한주체에 의해 침해되는 경우란 상정하기 어렵다는 것이 주된 이유이다. 국회의원과 국회의장, 그리고 국회의원과 정부 간의 관계와 마찬가지로 지방의회의원 역시 외부 기관 내지 지방자치단체와 권한법적 관계가 형성된다고 보기 어려운 것이다.<sup>171)</sup>

결국, 국회 의결절차의 적법성을 확보할 필요성이 있는 것과 마찬가지로 지방의회의 의결절차 역시 법률을 위반하지 않도록 통제하여 그 적법성을 확보할 필요가 있다. 지방의회의원도 지방의회나 위원회의 의결절차가 위법하게 자신의 심·표결권을 침해하는 경우에는 지방의회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 보는 것이 권한쟁의심판의 제도 취지에 부합하는 것이 아닌가 한다.<sup>172)</sup>

이를 실현하기 위해서는 우선 헌법재판소가 기존의 입장을 변경하여 새로

170) 지방자치단체 기관 상호간의 권한쟁의심판은 허용되지 않지만 국가기관 간의 권한쟁의심판에서는 지방자치단체 기관의 당사자성을 인정해야 한다는 입장이 그것이다. “국가기관인 국회가 지방의회의 권한을 침해하는 내용의 입법을 하거나 중앙행정기관이 지방의회의 권한을 침해하는 조치를 취하는 경우, 지방자치단체의 장이 지방의회를 위하여 지방자치단체의 이름으로 국가기관을 상대로 권한쟁의심판을 제기하여 줄 것을 늘 기대하기는 힘들다. 특히 지방자치단체의 장이 속한 정당과 지방의회 다수와 정당이 서로 달라 정파적으로 대립하는 경우에는 더욱 그러할 것이다. 이러한 경우에 중앙권력에 의한 자치권한의 침해를 보호받을 수 있는 사법적 구제수단이 필요한데, 행정소송법상의 기관소송은 자기소송으로서 공법상의 법인 내부에서의 권한분쟁의 해결수단이라는 것이 그 본질이므로, 각기 다른 권리주체에 귀속하는 기관 간의 권한분쟁을 기관소송의 관할로 인정하는 것이 쉽지 않고, 위 예와 같은 국가기관과 지방의회간의 분쟁은 그 성격상 순수 사법기관인 법원보다는 헌법재판에 더 적절한 것이므로 이러한 경우에는 제한적으로 지방자치단체 기관의 당사자성을 인정하는 것이 타당하다”는 것이다. 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집, 447-448면.

171) 앞서 소개한 이른바 ‘WTO 쌀협상 사건’에서의 헌법재판소의 법정의견은 지방의회의원의 경우에도 그대로 적용될 수 있다고 할 것이다. “국회의원의 심·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원들 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있을 뿐이고 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. 따라서 피청구인인 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의원인 청구인들의 심·표결권이 침해될 가능성은 없다.” 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8.

172) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11에서의 재판관 2인의 반대이견.

은 해석론을 전개하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 하지만 헌법재판소의 이러한 해석론의 전개는 실정법 규정의 헌법합치적 해석한계를 넘어서는 것으로 봄이 상당하다. 국가기관 상호 간의 권한쟁의심판에서 당사자범위를 확대하기 위해 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에서 열거된 내용이 한정적인지, 예시적인지를 해석하는 경우와는 달리 그리 간단한 문제가 아니기 때문이다. 즉, 해석을 통해 지방의회 내에서의 지방의회의원과 의장 간의 권한쟁의가 인정되기 위해서는 동항 제3호에서 열거된 내용이 한정적 열거가 아니라 예시적 열거인 점이 우선 도출되어야 하고, 나아가 국가기관 및 타 지방자치단체와의 관계가 아닌 당해 지방자치단체의 기관 내의 권한쟁의인 경우로 한정한다는 점까지 인정되어야 한다. 설령 헌법재판소가 기존 입장을 변경하여 전항적으로 이와 같은 두 가지의 내용을 모두 인정한다고 하더라도 그러한 해석은 무리이며 바람직하지도 않다. 전자의 내용은 별론으로 하더라도 후자의 내용까지 동법 제62조 제1항 제3호에 포함되어 있다고 보기는 어려운 것이다.

따라서 헌법과 법률의 적극적 해석을 통해 지방의회의원과 지방의회의장 간의 권한쟁의를 인정하기 보다는 실정법의 개정을 통해 명문화하는 것이 바람직하다고 본다. 다만, 법률만으로 권한쟁의심판의 대상을 확장시키는 것은 헌법이 예정하고 있는 헌법재판제도의 이념 및 본질을 훼손할 우려가 있거나 헌법 제111조 제1항의 헌법재판소의 관장 사항은 예시적 열거가 아닌 한정적 열거라는 점 등으로 인해 또 다른 불필요한 논란이 생산될 수 있다. 결국, 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제2조 제4호의 개정과 헌법재판소법 제62조 제1항 제4호의 신설을 통해 지방의회의원과 지방의회의장 간의 권한쟁의를 권한쟁의심판의 네 번째 유형으로 도입하는 방안이 옳다고 본다.



제 5 장

결론



# 제5장

## 결론

### 1. 요약 및 정리

이상으로, 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 활성화를 위해, 권한쟁의심판제도의 기능 및 전개 양상 등 제도의 현황을 개관하고, 이를 바탕으로 현행 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 문제점 및 개선방안을 도출하였다.

본 연구는 지방자치단체의 자치권 보호를 위해, 그리고 지방자치단체 분쟁의 종국적 해결을 위해 현행 헌법적 소송수단 중 하나인 권한쟁의심판제도 활성화 방안을 모색하는 등 헌법재판제도 중 권한쟁의심판제도와 헌법상 지방자치제도 간의 접점은 없는지에 대한 문제의식에서 출발하였다. 이를 위해 본 연구는 해석론 및 입법론 등 종합적인 측면에서의 검토를 통해 지방자치단체의 권한쟁의심판제도 활성화와 관련하여 법리적으로 타당한 방안들을 제안하였다.

우선, 현행 헌법 및 헌법재판소법 등의 해석론을 통해 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 활성화 방안을 검토하였다. 이를 통해 총 세 가지의 방안을 제시하였는데, 첫째, 본 연구는 지방자치단체의 자치권 내용에 대한 헌법적인 규명이 필요함을 주장하였다. 지방자치제도가 규범적으로 정착되고 현실적으로 시행된 지 오랜 기간이 지났음에도 지방자치단체에게 보장된 헌법상의 지방자치권한의 실체가 일의적으로 확정되지 못하고 있는 실정이며 이는 지방자치제도 영역의 전반적인 문제점이다. 헌법의 지방자치 보장은 추상적이며, 자치권한을 영역별로 자치입법권, 자치조직권, 자치재정권, 자치행정권 등으로 구분한다고 하더라도 지방자치권한의 실체는 여전히 불분명하다. 헌법상 보장된 지방자치권한의 실체적 내용이 무엇인지에 관한 헌법적 규명이 시급하며, 이를 통해 권한쟁의심판제도의 활성화를 도모할 수 있다고 보았다. 둘째, 엄격한 심사기준의 예외적 도입을 제안하였다. 헌법재판소는 지방자치의 보장을

제도보장으로 이해하면서 본질적 내용을 침해하지 않는 한 지방자치에 관한 입법자의 입법형성의 자유를 비교적 폭넓게 보장하는 태도를 취하고 있다. 이러한 제도적 보장이론과 결부된 완화된 심사기준 하에서는 헌법에 근거하여 지방자치단체의 권한이 철저히 보호되리라 구조적으로 기대하기 어렵다. 중앙으로부터의 지방자치권한의 사법적 보장이 권한쟁의심판제도의 주요한 기능 중 하나임을 고려할 때 앞으로는 완화된 심사기준이 아닌 보다 다양하고 엄격한 심사기준을 통해 지방자치단체의 지방자치권한 침해 결정을 용이하게 내릴 수 있어야 할 것이다. 셋째, ‘권한침해 가능성’의 확대 해석을 제안하였다. 국가와 지방자치단체 간, 그리고 지방자치단체 상호 간에 분쟁 발생 시 효과적인 사법적 분쟁해결수단이 마땅치 않은 만큼, 분쟁의 중국적 해결을 위해 권한쟁의심판의 적법요건에 해당하는 이러한 요건을 적극적으로 확대 해석함으로써 본 요건에 해당하지 않아 본안 판단도 받지 못하는 상황이 발생되어서는 안 될 것이다.

다음으로, 지방자치단체 권한쟁의심판제도의 활성화를 규범적으로 보장하기 위한 구체적 입법방안도 아울러 제시하였다. 첫째, 본 연구는 소극적 권한쟁의의 인정 필요성을 주장하였다. 특정 사안에 있어 분쟁의 당사자들이 서로 자신에게 권한이 없음을 다투는 소극적 권한쟁의의 인정 필요성에 관해 긍정설과 부정설이 대립하고 있으나 권한쟁의심판의 활용가능성을 보다 확대한다는 측면에서 이에 대해 전향적인 태도를 취할 필요가 있다고 보았다. 현행 헌법 재판소법 제61조에 제3항의 신설을 통해 소극적 권한쟁의의 입법적 도입을 제안하였다. 둘째, 제3자 소송당당의 인정 필요성을 주장하였다. 지방자치단체의 장은 지방자치법상 당해 지방자치단체를 대표하는 자이므로 자신이 속한 지방자치단체의 이름으로 권한쟁의심판을 청구할 수 있으나, 국가기관과의 분쟁이거나 집권여당과 단체장의 소속 정당이 일치하는 경우에는 정치적인 이유 등으로 지방자치단체장이 권한쟁의심판을 청구할 가능성은 크지 않은 실정이다. 이러한 현실을 감안하여 권한쟁의심판제도의 활성화를 위해 지방의회가 제3자 소송당당을 통해 자신이 속한 지방자치단체의 권한쟁의심판을 수행하는 것을 허용해야 할 것이다. 현행 헌법재판소법 제61조 제2항을 개정하여 도입되 지방자치단체의 권한쟁의심판의 경우에도 그 인정 여부를 명확히 한다

는 측면에서 ‘청구인이 속한 기관 또는 지방자치단체’를 추가·명시하는 방안을 제안하였다. 셋째, 지방자치단체 기관의 당사자능력 인정 필요성을 강조하였다. ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의’의 경우에는 헌법재판소가 헌법재판소법에서 규정한 ‘국가기관’의 규정은 예시적인 의미라고 해석한 반면, ‘지방자치단체’에 관한 규정은 예시적으로 해석하지 않고 있다. 국회의원과 국회의장의 관계에서와 같이 지방의회의원과 지방의회의장 간의 관계에서만은 당사자능력을 인정함이 옳으며, 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제2조 제4호의 개정과 헌법재판소법 제62조 제1항 제4호의 신설을 통해 지방의회의원과 지방의회의장 간의 권한쟁의를 권한쟁의심판의 네 번째 유형으로 도입하는 방안을 제안하였다.

## 2. 정책 제언

상기 논의들을 종합하여, 지방자치행정의 실무적 관점에서의 몇 가지 정책사항을 제언함으로써 결론을 마무리하고자 한다. 정책사항을 제시함에 있어, 헌법상 제도의 개선방안을 제안한 본 연구의 특성상 직접적이고 단기적인 것 보다는 일반적이고 중장기적인 정책적 고려사항의 제시가 보다 적절하다고 할 것이다.

첫째, 권한쟁의심판의 적절한 활용을 고민해야 한다. 지방자치단체 권한쟁의심판에 관한 본 연구의 헌법재판소 결정례 전수 조사 결과를 유용한 참고자료로 활용함으로써 경기도 자치권 침해의 위헌·위법 상태를 효과적으로 확인하고 제거하는 등 권한쟁의심판제도를 경기도의 지방자치권을 보장하는 유용한 법적 수단으로 활용할 필요가 있다. 사법적 구제 그 중에서도 권한쟁의심판 제도가 가지는 특장점을 인식하여 분쟁해결수단의 우선순위 설정 등을 통해 동 제도의 적절한 활용방안을 사전에 마련할 필요가 있다고 본다.

둘째, 경기도의 사전예방적 분쟁 해결 기능의 강화가 필요하다. 평상시 헌법재판소가 실시한 분쟁해결기준 및 방법 등을 철저히 분석·검토한다면 이러한 과정을 통해 궁극적으로 경기도의 사전예방적 분쟁해결기능이 자연스럽게 강화될 것이다. 나아가, 중앙정부와의 관계, 광역 및 기초 등 타 지방자치단체와

의 관계에서 발생하는 다양한 분쟁을 유형화하고 이를 해결하기 위한 사전 컨설팅을 도내 기초지방자치단체들을 대상으로 실시함으로써 경기도의 사전예방적 분쟁해결기능의 도내 확산을 모색하여야 할 것이다.

셋째, 중앙 정부에 대한 지속적인 제도 개선 건의도 중요하다. 본 연구의 제4장을 중심으로 시도지사협의회, 시도의회회장협의회 등 전국적 협의체에 의제 설정을 제안하고 지방자치 활성화를 위한 헌법적 구제제도 개선 논의를 공론화해야 한다. 지방자치제도를 더욱 활성화시키기 위해 권한쟁의심판 영역의 헌법개정안을 제시하는 등 권한쟁의심판제도의 개선을 중앙정부에 지속적으로 건의할 필요가 있으며, 여기에 국내 최대 지방자치단체로서 경기도의 선도적인 자세가 필요하다고 하겠다.



## 참고문헌

- 김하열(2016). 『헌법소송법』(제2판), 박영사.
- 박균성(2017). 『행정법론(상)』(제16판), 박영사.
- 양건 등(1999). “헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서”, 『헌법재판연구』, 제 10권, 헌법재판소.
- 이시윤(2017). 『신민사소송법』(제11판), 박영사.
- 장영수(2017). 『헌법학』(제10판). 홍문사.
- 정종섭(2015). 『헌법학원론』(제10판), 박영사.
- 정종섭(2014). 『헌법소송법』(제8판), 박영사.
- 최성환(2016). 『지방의회와 지방자치단체장 간의 권한분쟁에 관한 대법원 판례 연구』, 경기연구원.
- 한국지방자치법학회 편(2004). 『지방자치법주해』, 박영사.
- 한수용 등(2015). 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원.
- 한수용(2015). 『헌법학』(제5판), 법문사.
- 허영(2017). 『한국헌법론』(전정13판), 박영사.
- 허영(2017). 『헌법소송법론』(제12판), 박영사.
- 헌법재판소(2015). 『헌법재판실무제요』(제2개정판).
- 홍정선(2015). 『신지방자치법』(제3판), 박영사.
- 홍준형(1995). “지방자치분쟁의 사법적 해결 : 그 문제점과 개선방안”, 『공법학의 현대적 지평』(심천계희열박사화갑기념논문집), 박영사.
- 김상태(2011). “공유수면 매립지의 관할구역 결정과 사법적 분쟁해결제도”, 『행정법연구』, 제30호.

- 김재호(2006). “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정 : 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 『지방자치법연구』, 제6권 제2호.
- 김하열(2008). “권한쟁의심판의 발전과 과제”, 『헌법논총』, 제19집.
- 김하열(2003). “권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할”, 『헌법실무연구』, 제4권.
- 김하열(2000). 『권한쟁의심판에 관한 연구 : 헌법재판소법의 해석론을 중심으로』, 고려대학교 법학석사학위논문.
- 김학성(2011). “권한쟁의심판의 문제점과 권한쟁의심판과 행정소송과의 관할권 경합”, 『강원법학』, 제33권.
- 김희진(2017). “지방자치단체의 자치고권 보장을 위한 직무이행명령의 개선에 관한 연구”, 『지방자치법연구』, 제17권 4호.
- 남복현(2017). “지방자치법 제4조와 권한쟁의심판”, 『국가법연구』, 제13집 1호.
- 남복현(2010). “공유수면 매립지의 경계획정을 둘러싼 법적 분쟁 : 절차법적 사항을 중심으로”, 『헌법학연구』, 제16권 제3호.
- 노희범(2011). “지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호.
- 명재진(2007). “권한쟁의심판제도의 문제점”, 『헌법논총』, 제18집.
- 박승호(1998). “권한쟁의심판 : 독일의 기관쟁의를 중심으로”, 『공법연구』, 제26집 제1호.
- 박정훈(2003). “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 『공법연구』, 제31집 제3호.
- 신봉기(1991). “권한쟁의심판제도 소고(상) : 한국과 독일의 제도를 중심으로”, 『사법행정』, 369호.
- 유지태·신봉기(1997). “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구”, 『헌법재판연구』 제9권, 헌법재판소.
- 이광윤(2004). “지방자치권에 대한 헌법상의 보장 : 강남구청과 대통령간의 권한쟁의(2002.10.31. 2001헌라1)”, 『헌법실무연구』, 제5권.
- 이광윤(1991). “지방자치단체상호간의 권한쟁의심판”, 『권한쟁의심판제도에 관한 연구』, 헌법재판소.



- 이봉한(2005). 『국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에 관한 연구』, 성균관대학교 법학박사학위논문.
- 이성환(2005). “권한쟁의심판에서의 당사자능력과 당사자자격”, 『공법연구』, 제33집 제2호.
- 성낙인(2011). “지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제”, 『지방자치법연구』, 제11권 제3호.
- 송영천(2002). “지방자치제 시행과 관련한 각종 쟁송의 제문제”, 『저스티스』, 통권 제69호.
- 전학선(2015). “공법상 권한분쟁에 대한 통합적 관할의 필요성”, 『유럽헌법연구』, 제19호.
- 정태호(2007). “국가기간상호간의 권한쟁의심판절차에서의 국회의원의 당사자능력과 제3자소송담당 : 현재 2007.07.26., 2005헌라8 결정에 대한 평석을 겸하여”, 『경희법학』, 제42권 제2호.
- 정호경(2008). “행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰 : 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로”, 『행정법연구』, 제22호.
- 조재현(2011). “권한쟁의심판에 있어서 지방자치단체의 당사자능력에 관한 고찰 : 옹진군과 태안군 등 간의 권한쟁의 심판에 대한 평석을 중심으로”, 『동아법학』, 제50호.
- 최갑선(2004). “제45회 발표회 지정토론문”, 『헌법실무연구』, 제5권.
- 최갑선(1996). “독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차”, 『헌법논총』, 제7집.
- 최승원(2000). “권한쟁의심판과 기관소송”, 『법학논집』, 제4권 제4호, 이화여자대학교.
- 한건우(1995). “기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차”, 『연세법학연구』, 제3집.
- 한수웅(2011). “국가기관간의 권한쟁의에 관한 최근 헌법재판소결정의 주요 문제점”, 『중앙법학』, 제13집 제3호.
- 허세진(2003). 『기관소송에 관한 연구 : 권한쟁의심판과의 관계를 중심으로』, 한양대학교 법학박사학위논문.
- 홍기태(2001). “권한쟁의심판”, 『헌법재판제도의 이해』, 법원도서관.





## Abstract

# A Study on the Adjudication on Competence Disputes of Local Government

Under the current Constitution, the adjudication on competence disputes has been newly adopted by expanding its scope of coverage to include not only competence disputes between state organs but also those between a state organ and a local government as well as between local governments. The adjudication on competence disputes has been recognized as one of the ‘three most important constitutional litigation procedures’ along with the adjudication on the constitutionality of a law and the adjudication on constitutional complaints. Nevertheless, its role has been limited in the sphere of local autonomy which was reinstated with the enforcement of the current Constitution. In this regard, there lies a necessity to review whether it is possible to use the constitutional litigation procedure of adjudication on competence dispute to guarantee the autonomy of local government, and whether there is any point where the local autonomy system under the Constitution and the adjudication on competence disputes, among the types of constitutional adjudication, meet each other.

Based on the perception on such issues, this study aims to analyze the issues of the current system of adjudication on competence disputes

and to suggest measures for the improvement thereof for the purpose of advancing the local autonomy system. To this end, first, this study reviewed the specific meaning of the system including its legal nature, function and development aspect from the perspective of constitutional theory. Next, this study also clarified the scope of matters subject to the adjudication of competence disputes by analyzing its relationship with the existing means of administrative litigation, with which it can be regarded as in the interlocking relationship. Meanwhile, this study set the ultimate goal of presenting measures to improve the current system of adjudication on competence disputes of local government, and to achieve the goal, it used every available perspective including legislation and interpretation theories. That is, this study set the local government at the very center stage of research, and then presented problems of the current system on adjudication of competence disputes and measures to improve the system from a comprehensive perspective to guarantee the autonomy of local governments and vitalize the local autonomy system.

In conclusion, this study presented a number of measures mainly centered on local governments to improve the system of adjudication on competence disputes based on the results of legal theory review. First, this study argued for the necessity to constitutionally clarify the details of the local autonomy. It is a widespread problem across the sphere of the local autonomy system that the substance of the autonomy granted to local governments pursuant to the Constitution has not been clearly defined and established as a sole and exclusive one. Second, this study proposed the exceptional introduction of strict review criteria. Under the moderate review criteria combined with the theory of institutional guarantee, it is structurally hard to expect that the authorities of the local government are protected by the Constitution.

Third, this study proposed a broad interpretation of an ‘infringement on competence’. By broadly interpreting such requirements for eligibility to adjudication on competence disputes, we should prevent any case where adjudication on competence disputes is denied on the ground that the case does not meet such eligibility requirements. Fourth, this study argued for the necessity to adopt the adjudication on passive competence disputes. This study recognized the necessity to take a positive and forward-looking attitude toward the issue in the sense that the adjudication on competence disputes can be used in a wider range of areas. Fifth, this study argued for the necessity to recognize the third party standing in constitutional litigation. In consideration with the fact that it is practically unlikely for the head of a local government to request for the adjudication on competence disputes against a state organ, the local council needs to be allowed to perform the proceedings of adjudication on competence disputes on behalf of their local government. Finally, this study emphasized the need to recognize the capacity of local government’s organs for being party. To this end, the adjudication on competence disputes between the local council chairman and the local council members needs to be institutionalized as a new adjudication type with the amendment of the Constitution and the Constitutional Court Act.

**Key Word**

Local Autonomy, Competence Disputes, Adjudication on Competence Disputes, Constitutional Adjudication, Constitutional Amendment, System of Judicial Review