

권한쟁의심판제도에  
관한 연구

1991. 12

헌법재판소

# 발 간 사

우리 헌법재판소가 창립된 이래 3년여에 이르는 동안 많은 중요사건을 처리함으로써 현재 헌법재판제도는 정착단계에 들어섰다고 봅니다.

헌법재판제도의 이론적 정립과 발전을 위하여 매년 시행하고 있는 연구용역사업은 우리나라가 금년에 기초 및 광역지방의회를 구성하여 지방자치제도가 본격적으로 시행됨으로써 우리 헌법재판소의 관장사항과 관련하여 금년도 연구용역과제명을 『권한쟁의심판제도에 관한 연구』로 정하였습니다.

이 방면의 연구가 거의 전무한 실정인 우리나라에서 본 연구결과는 헌법재판소업무에 대한 참고뿐 아니라 공법학 발전에도 기여가 크리라고 보아 책자로 발간 배부합니다.

한국공법학회 김원주 회장을 비롯한 연구진에 감사하며, 이 책의 발간업무등을 맡아온 심판자료국 직원여러분의 노고를 치하합니다.

1991. 12

헌 법 재 판 소

사무처장 변 정 일

## 머 리 말

통치단체로서의 국가와 지방자치단체는 법치주의·민주주의의 기본원리위에 존립하고 활동하고 있다. 통치기구구성의 원리인 권력분립의 원리는 「억제와 균형관계」를 입법부·집행부 및 사법부의 세 기관에 유지시키고 있다. 이 「관계」는 숙명적으로 역학관계에 따라 긴장상태를 나타내고 있다. 이 긴장을 해소시키기 위한 법제도의 하나가 국가기관 상호간의 권한쟁의심판제도이다. 권력분립의 원리는 개인의 자유와 권리를 확보하기 위한 자유주의적 조직원리라고 하는데, 그 본질이 있는 만큼 이 「권한쟁의심판제도」는 바로 개인의 권리의 보장문제와 직결되는 것이다.

우리 헌법은 제8장에서 지방자치를 기본적인 제도의 하나로 보장하고 있다. 지방자치법은 지방자치단체로서 특별시와 직할시 및 도 등의 광역지방자치단체와 시와 군 및 구 등의 기초지방자치단체를 인정하고 있다.

그러나 그 동안 우리나라 정치형태는 국가중심적이고 중앙집권적으로 운영되어 왔기 때문에 본격적인 「지방시대」를 맞아 국가와 지방자치단체 상호간에서도 일어날 것이 예상된다. 이러한 조짐은 국회의 지방자치단체에 대한 국정감사의 범위문제와 광역지방의회의 기초 지방자치단체에 대한 감사를 둘러싼 의회와의 충돌에서도 나타나고 있다. 지방자치의 본질에 대한 견해와 헌법이 보장하고 있는 지방자치의 법적 성격에 관한 견해에 따라, 이 「권한」에

관한 견해도 달라질 수 있다. 따라서 이러한 권한쟁의에 관한 심판이 필요하게 된다.

이러한 필요에 부응하기 위하여 본 연구보고서는 ① 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, ② 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판, ③ 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, ④ 지방자치단체 또는 지방자치연합회의 헌법소원에 관한 연구 등 네 분야로 나누어 연구·작성되었다.

1988년 9월에 발족한 우리나라 헌법재판소는 그 동안 많은 위헌법률심판과 헌법소원심판 등을 접수·처리하여 명실공히 헌법수호 및 국민의 기본권보장기관으로서의 소임을 훌륭히 수행하고 있다. 그러나 우리의 헌법재판은 그 역사와 경험이 짧고 특히 「권한쟁의심판」에 관하여는 실제적 경험이 없고 학계의 이론적인 연구실적도 부족한 상태이다. 따라서 이 「권한쟁의심판제도에 관한 연구」는 결국 우리 헌법재판제도를 더욱 활성화하고, 한 걸음 더 나아가 우리 헌법재판소의 위상을 한층 확고히 정립하는데 일조가 될 것으로 믿어 마지 않는다.

다만 연구기관이 짧았고 관련문헌이 부족하여 연구자의 열성이 충분히 연구결과에 반영되었는지는 독자의 넓은 아량에 맡기기로 한다. 그러나 헌법재판을 통한 국민 기본권 보장제도의 확충이라는 우리 공법학도에게 부과된 사명을 다 한다는 뜻에서, 이 연구가 본 연구보고서의 작성으로 결코 끝나지 않았다는 점을 분명히 하면서, 계속하여 노력할 것을 다짐해 두기로 한다. 끝으로, 이 연구과제를 위촉

하고 여러 가지 지원을 아끼지 않은 헌법재판소 당국에 대하여 깊은 감사를 드린다.

1991년 12월

연구책임자 김 원 주

## 목 차

### 제1주제

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에  
관한 연구.....김 원 주 .....7

### 제2주제

국가기관 상호간의 권한쟁의심판.....김 운 용 ...150

### 제3주제

지방자치단체상호간의 권한쟁의심판 .....이 광 윤 ...269

### 제4주제

독일에 있어서의 지방자치단체의 헌법소원 .....석 중 현 ...356

제 1 주제

국가기관과 지방자치단체간의  
권한쟁의에 관한 연구

김 원 규

(경북대 법대 교수)

(법학박사)

## 목 차

제 1 장 문제의 소재 .....	10
제 2 장 지방자치제도에 있어서 국가와 지방자치단체의 관계 .....	23
제 1 절 국가와 지방자치단체 .....	23
제 2 절 지방자치권의 본질 .....	24
제 3 장 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 유형과 권한쟁의심판제도의 종류 .....	39
제 1 절 권한쟁의의 유형 .....	39
제 2 절 권한쟁의심판제도의 유형 .....	51
제 4 장 프랑스, 독일, 일본의 권한쟁의심판 .....	63
제 1 절 프랑스의 권한쟁의심판 .....	63
제 2 절 독일의 권한쟁의심판 .....	78
제 3 절 일본의 권한쟁의심판 .....	102
제 5 장 우리나라의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 .....	126
제 1 절 우리나라의 권한쟁의심판제도 .....	126
제 2 절 우리나라 권한쟁의심판제도의 문제점 .....	133
제 6 장 우리 나라의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판제도의 발전방향 .....	142
제 1 절 기본방향 .....	142



제 2 절 심판기관의 발전방향 .....	143
제 3 절 심판절차의 발전방향 .....	145
제 7 장 결 론 .....	149

## 제 1 장 문제의 소재

우리 헌법은 통치단체로서 국가와 지방자치단체에 관하여 규정하고 있다. 국가는 국가권력, 국민, 영역을 기본적구성요소로 한다. 국가권력은 주권과 통치권을 말한다. 통치권은 헌법상 최고국가기관인 유권자집단으로서의 국민과 입법부, 집행부 그리고 사법부등이 헌법 및 법률의 규정에 따라 행사하는 권력이다.

우리 헌법은 제8장에서 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 지방자치라 함은 일정한 지역을 기초로 하는 단체나 일정한 지역의 주민이 그 지방적 사무를 자신의 책임하에서 자신이 선출한 기관을 통하여 처리하는 제도이다. 지방자치의 개념은 단체자치와 주민자치라는 두 가지 요청을 그 기반으로 한다. 지방자치의 본질을 국가가 승인하는 한도내에서만 행사할 수 있는 위임된 권능이라고 보는 자치위임설과 지역주민이 국가성립 이전부터 보유한 고유의 권능이라고 보는 자치고유설의 대립이 있다. 자치위임설이 우리 나라에서는 통설이다.<sup>1)</sup>지방자치권이 국가로부터 위임

---

※본 논문 작성에 있어서, 프랑스의 제도에 대하여는 서울대학교 법과대학 김동희 교수님, 독일의 제도에 대하여는 계명대학교 법과대학의 김해용 교수님과 한국법제연구원의 오준근 책임 연구관님으로부터 매우 유익하고도 많은 도움을 받았음을 밝히고 다시 한번 감사드린다. 또한 일본관계의 자료수집을 해준 경도대학 법

된 권한이라고 할 때에, 그것은 국가적법질서내에서만 인정된다. 따라서 국가의 입법부에 의한 입법적통제, 중앙행정기관의 법률적감독의 방법에 의한 자치행정사무에 관한 행정적통제 그리고 사법부의 자치행정사무에 관하여 법률적합성 여부의 심사를 하는 사법적 통제가 가능해 진다.

우리 헌법 제118조 제2항은 「지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다」고 규정하고 있으므로 국가의 입법기관인 국회와 밀접한 관계를 갖게 된다. 또한 헌법 제117조 제1항은 「법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」고 규정하고 있는 것을 보면 지방자치단체의 자치입법권을 행사함에 있어서도 국회와 불가분의 관계가 있음을 알 수 있다.

지방자치단체는 공법인인 동시에 통치단체이므로 법치주의가 전면적으로 적용되며, 그 당연한 결과로서 법원의 법적판단의 대상이 된다. 따라서 지방자치단체는 국가의 사법기관과도 불가분의 관계를 갖게 된다.

국가의 행정기관과 지방자치단체간의 관계는 지방자치의 본질로 비추어 볼 때 국가의 입법기관이나 사법기관처럼 불가침적인 밀접한 관계가 있다고 할 수 없을 것이다. 그러나 역사적으로 국가의 중앙정부에 의한 강력한 통치에 익숙해져 있는 우리 나라에 있어서는 이러한 견해가 관계실정법을 해석·적용하는데 어느 정도 반영될 것인가가 문제이다. 자유민주주의를 근간으로 한 우리 헌법의 제정

---

학부 대학원 행정법 교실의 김창조학생에게도 감사한다.

1) 권영성, 헌법학원론(법문사,1991),pp.211~212.

이 제2차대전에 있어서 식민지 지배자였던 일본의 패망과 연합국의 승리에 의해 가능하였을 뿐만 아니라 자유민주적 정치체제가 우리 헌정사에 있어서 몇 차례의 위기에 봉착하였을 때에 국내외적 「힘」의 역학관계에 의해서 수정되었다고 하는 것은 그 헌법에 담겨져 있는 지방자치제도의 내용 역시 그러하였다는 것을 의미한다.

자기고장의 「일」은 그 고장에서 생을 영위하고 있는 그 고장의 주인인 주민이 스스로 처리한다고 하는 지방자치제도가 주민들의 선도적 역할에 의해서가 아니라 중앙의 정치무대에서 제정·개정되었다는 우리의 현실이, 「지방화시대」를 강조하는 현시점에서 너무나 많은 문제를 제시하고 있는 것이다.

근래에 「지방화시대」, 「지방자치의 부권」, 「자치와 분권」이라는 용어가 많이 사용된다. 이러한 용어는 오히려 정치·선전적인 측면이 많고, 명실공히 지방화시대에 알맞은 내실을 가진 구체적인 제도는 이루어지지 않고 있다. 국가와 지방자치단체간의 사무재배분, 기관위임사무의 폐지내지는 축소, 국고보조금의 정리·합리화 그리고 지방자치단체의 재정면에서의 자주성장화등 해결되어야 할 문제가 많다. 이러한 문제는 지방자치의 건전한 운영을 조해할 뿐만 아니라 어느 의미에서는 중앙집권화를 강화하는 요인이 되어 우리 헌법상의 지방자치제도의 본지와 상치되는 결과를 가져올 가능성이 많은 것이다.

산업화, 도시화 그리고 경제성장은 환경오염과 파괴, 주택·교통문제등의 도시문제, 주민의 복지향상 요구등으로

인하여 지방자치제도는 국민의 현실적 관심사가 되었다. 환언하면 이 문제해결의 책임을 국가가 지느냐? 그렇지 않으면 해당 지역자치단체가 지느냐? 하는 문제가 제기된다. 문제해결의 책임이 있는자에게 그 문제를 해결할 수 있는 권한이 부여되어야 함은 너무나도 당연한 것이다.

정치·경제·사회적환경의 변화에 따라 제고된 시민의 권리의식은 사권의 방위에서 정치·행정의 수준에서의 참여요구가 확대되어 왔다. 도시계획, 지역개발, 대규모 개발계획에의 시민참가가 그것이다. 1987년 총무처가 마련한 「행정절차법 초안」에도 이러한 내용을 담고 있다. 이러한 시민참가의 발상은 경제단체, 노동조합, 농민단체, 상공회의소, 변호사회, 의사회등의 이익단체·직능단체가 각종의 행정위원회, 협의회에 참가하는 것으로서 구체화되기도 했다. 그러나 최근에는 경제적·직능적 이익을 초월한 시민의 공통적이익을 위해, 환경보호단체, 소비자단체, 문화재보호단체등이 국가나 지방자치단체의 행정시책을 비판하는 데에 그치지 않고 정책형성, 의사결정 그리고 그 집행의 과정에 참가를 요구하고 있다. 이러한 단체의 법적지위는 행정소송에 있어서 원고적격, 단체소송(Verbandsklage)의 가능여부의 문제등의 형태로 논의되고 있다.

정당제도에 기초를 둔 대표민주제는 국민의 다원화된 복잡한 사회적·경제적이익과 부분적인 공공의 이익을 충분히 포섭하여 이를 정확히 정치화 행정에 운영에 통합하는 능력을 상실하고 있으므로, 각종의 단체가 추구하고 있는 각종의 이익을 시민참가라고 하는 공식적제도를 통하여 정

치·행정에 반영하는 것이 민주행정의 구현이라는 측면에서도 중요하다.<sup>2)</sup>

지방자치단체는 국법에 따라 지방자치권의 주체이며, 통치단체로서 국가의 중앙정부와 더불어 국가를 구성하는 지역단체라는 점에서는 일반시민의 이익단체나 직능단체와는 그 성질이 다르다. 그러나 지방자치단체는 그러한 이익단체나 직능단체의 이익을 포함하여 지방자치단체내에서 최대공약수화한 공동의 사회적·공공적이익을 국가의 입법이나 계획 그리고 행정등의 의견형성·결정·집행과정에 반영하려고 할 것이고 그것은 어느 의미에서는 지방자치단체의 권한인 것이다.

지방자치단체의 이러한 국정참가는 국가와 지방자치단체간의 기본적인관계를 국가의 우위를 전제로 한 상하조직체간의 지배복종관계나 국가행정의 하청기관으로서 지방자치단체에 대한 후견인적 감독 관계라고 하는 고전적 시각에서 벗어나서, 대등한 지위에 있는 행정주체의 병립적 협력 관계로 본다면 당연히 도출되는 결론인 것이다.

지방자치단체는 국민주권을 그 지역에서 실현하는 지방정부로서, 지역주민의 부분적 공공이익을 통합하고 이를 대표하는 지위가 부여되고 있는 것이다. 전체의사는 부분의사에 의해 이루어지고 부분의사는 전체의사 속에서 정서되어야 하는 것이므로 국민전체의 의사와 이익을 결합하는 국가와 지역주민의 부분적의사와 이익을 대표하는 지방자

---

2) 成田頼明, 「地方公共團體の國政參加(上)」, 자치연구 제55권 9호 (良書普及會, 1979), pp. 3~12.

치단체간에는 항상 정밀하고도 활발한 교류관계가 유지되어야 한다. 그 방법의 하나로서 지방자치단체의 국정에의 참가가 필요해 진다.

현행제도를 보면 국가와 지방자치단체간의 협력관계는 중앙행정관청의 지도·조언·보조금의 교부, 지방자치단체와의 협의, 의견청취, 동의권의 행사등 개별법령에 의해 마련되어 있다. 그러나 실제 운영면에서는 국가가 우월한 지위에 있고 지도·조언·협의 등은 규제수단으로서 기능을 발휘하고 있는가 하면 보조금 또한 규제수단으로서 원용되는 경우가 많다. 여기에서도 제도와 실제운영면에서의 괴리현상을 발견할 수 있는가 하면 국가와 지방자치단체의 권한쟁의의 발생가능성을 예측할 수 있다.

전술한 바와 같이 통설적 견해에 따르면 지방자치의 개념은 국법에 의해 독립한 법인격과 자치권이 부여된 지방자치단체가 국가로부터 독립하여 특정지역의 주민이 그 지역의 공공사무를 자기자신의 기관을 통하여 자기의 책임하에 처리하는 제도로 이해되어 왔다. 이러한 19세기이래의 전통적인 자유주의적 지방자치제도의 해석은 국가와 사회의 이원적 구분론에 입각하여 지역적 공동사회의 공공사무의 처리를 지역공동체로서의 지방자치단체의 사회적·행정적 자치에 맡기고, 이를 상위의 국가행정과 대치케 하는 것이었다. 여기에 국가의 중앙정부가 담당하는 사무영역과 지역공동체로서의 자치단체가 처리할 사무의 이원적 구분이 여기에서 도출되었으며, 지방자치제도속에 고유사무(Eigenangelegenheiten) 또는 자치행정사무(Selbstverwaltung-

sangelegenheiten)와 위임사무(Auftragsangelegenheiten)의 구별이 제도화된 것이다.

이와 같은 사무의 구분에 대하여는 독일에서도 제이차대전후에 이를 극복하려는 노력이 지방자치제도의 모범적 초안으로 널리 알려져 있는 Weinheimer초안에서 나타나고 있다.<sup>3)</sup>

현대국가에서는 지방자치단체가 자기완결적으로 자기고유의 재원으로 결정·처리할 수 있는 자치사무와 국가행정의 위임성에 의거해서 국가행정기관의 감독을 받으면서 처리하는 위임사무를 직능적으로 구별하는 것은 불가능해져 가고 있다고 주장되고 있다.<sup>4)</sup>

지난날에는 지방자치단체의 전형적인 자치사무로 생각되었던 것도 행정의 계획화, 광역화, 대규모화, 평준화등의 요청에 따라 국가의 법률의 규율의 대상이 되고, 국가의 보조금과 감독을 받아 실시되는 의무적 사무가 되는가 하면 다른 지방자치단체나 상위의 지방자치단체와 공동으로 처리하지 않을 수 없는 사무도 많아지고 있다. 최근에는 환경오염·파괴의 방지와 보전, 수자원대책, 토지이용규제, 소비자보호등의 사무는 전국적·광역적 성격을 갖는 동시

---

3) 1949년의 Weinheimer Entwurf는 고유사무와 위임사무의 전통적 이분론을 폐지하고 시·읍·면이 처리하는 사무는 모두 시·읍·면사무 (Gemeinde-angelegenheiten)로 하고, 전통적인 위임사무는 제시에 구속되는 시·읍·면사무로 하였다.

4) 1963년 12월의 제9차 지방제도조사회의 「행정사무재분배에 관한 답신」은 고유사무, 위임사무의 구별의 폐지를 주장하고 있다.



에 지역적 성격을 갖고 있으므로 국가나 시·도·군의 행정주체가 단독으로 자기전통적으로 처리할 수 있는 성질의 것이 아니다. 각 행정주체가 유기적노력을 통해서만 처리될 수 있는 성질의 것이다.<sup>5)</sup>

이러한 새로운 현상은 광의의 공공사무의 공동관할영역(Kondominium)화, 혼합행정(Gemeinschaftsaufgaben)화, 공동사무(Mischverwaltung)화등으로 불리우고 있다.<sup>6)</sup>여기에서도 권한쟁의의 가능성을 발견할 수 있는 것이다. 다른 한편에서는 전통적인 지방자치제도의 개념의 요소의 하나인 자기책임의 원칙도 동요되고 있다. 지역사회의 행정에 관한 중요한 결정이 국가의 법령, 국가의 계획, 국가의 경제·재정정책에 의해 좌우되고 지방자치단체는 재정적으로도 자주적 재원으로서 모든 지역적 공공사무를 혼자 그리고 자기책임하에서 처리할 수 없게 되어 있는 것이 우리의 현실이다. 이와 같이 지방자치단체가 완전히 자주적으로 결정·판단할 수 있는 지역적 공공사무의 범위는 점차 줄어들어든다는 것은 동시에 지방자치단체의 자기책임의 원칙도 동요되고 있다는 것을 의미하게 된다. 이러한 상황에서 행정적 책임의 소재가 문제화되었을 때 국가와 지방자치단체는 서로 그 책임을 회피하게 되면서 소극적 권한쟁의가 발생할 가능성이 있게 된다.

---

5) Voigt, Kommunale Partizipation am staatlichen Entscheidungsprozeß, Schriften zur öffentlichen Verwaltung, 1976, S.139.

6) Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975, S.28.

위에서 검토·논술한 바와 같이 국가와 지방자치단체간에는 지방자치의 본질을 둘러싼 견해의 차이 즉, 지방자치단체의 고유의 것이냐 그렇지 않으면 국가로부터 전래된 것이냐에 따라 그 권한을 이해하는 데에 많은 견해의 차이를 나타내게 된다. 또한 전통적인 지방자치제도의 사무배분 원론 즉, 고유사무와 위임사무의 구별의 애매모호성과 그 구별자체의 동요 그리고 지방자치단체의 자기책임의 원칙의 동요 등은 근본적 문제로서 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의발생요인을 갖고있음을 지적할 수 있게 한다.

행정조직의 민주성 내지 행정기관법정주의의 원칙에 따라 국가와 지방자치단체간의 권한은 법령에 규정되므로 그것을 그대로 해석·적용하면 권한쟁의가 발생할 여지가 없지 않느냐고 반박할 형식적 논리도 성립될 수 있다. 그러나 법령에 규정되어 있는 국가와 지방자치단체의 권한이, 그것이 잠재적 권한에서 현재적 권한으로 나타나면서 또한 이해관계가 첨예하게 대립될 때에는 권한쟁의가 발생하였다는 것은 과거의 우리 현실이 이를 입증하고 있다. 더욱 그 대립관계의 승패의 결과가 담당기관의 능력평가의 척도가 되는가 하면 인책의 사유가 되므로 해서 쟁의는 항상 치열한 것이 되지 않을 수 없었다. 앞으로 지방자치단체의 장이 주민의 직접선거에 의해서 선출되고 그들이 직·간접적으로 정당과 관련을 갖게 될 때에는 그 권한쟁의의 양상은 더욱 과격한 것이 된다. 여기에 효율적인 권한쟁의의 해결제도의 필요성이 있다. 특히 이 권한쟁의의 해결결과는 국민 내지 주민의 권리구제제도와 밀접한 연관을 갖게

된다는 뜻에서도 우리 현실에 가장 알맞는 권한쟁의의 해결제도의 모색이 중요한 과제로 등장하는 것이다.

국가와 지방자치간에 권한쟁의가 발생하였을 때에 어떠한 심판절차를 거쳐서 이를 해결할 것인가 할 때에 우선 두가지 제도를 제시할 수 있다. 첫째, 삼권분립의 원칙에 따라 독립된 사법기관에서 이를 심판·해결케 하는 제도이다. 둘째, 국가와 지방자치단체의 권한의 내용과 한계성이 갖고 있는 복잡성·애매모호성 그리고 정치성등을 고려하여 특별심판기관에서 심판·해결케 하는 제도이다.

전자의 경우에 있어서 가장 보편적인 것이 기존 사법부 즉, 일반법원에서 이를 심판케 하는 제도이다. 후자의 경우에는 이 특별심판기관을 행정부내에 두는 경우와 행정부는 물론이고 기존의 사법부 즉, 일반법원 그리고 입법부로부터도 독립한 심판기관에서 심판케 하는 제도로 나누어진 다. 이러한 여러 심판제도중에서 어떠한 것이 우리나라에 있어서 가장 바람직한 것이냐 하는 문제에 대한 해답은 어떠한 심판제도가 가장 잘 그리고 공평한 심판을 하여 분쟁을 원만히 해결할 수 있느냐에 있을 것이다.

권한쟁의의 심판에 있어서 공평성의 확보는 첫째, 심판기관이 양당사자로부터 독립한 중립적지위가 보장되어야 하고 둘째, 심판기관이 분쟁의 내용을 정확히 파악할 수 있는 권능을 갖고 있어야 할 것이다.

우리나라 헌법재판소법 제2조(관장사항)는 4호에서 헌법재판소가 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장한다고 규정하고 있다. 한편 행정소송법 제3조

(행정소송의 종류)는 4호에 기관소송에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 관하여 제기하는 소송을 인정하고 있다. 그러나 단서규정을 두어, 헌법재판소법, 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외시켰다. 헌법재판소법 제2조의 규정은 헌법 제111조 제1항 4호의 규정을 그대로 옮겨놓은 것이므로 행정소송의 일종으로서의 기관소송은 폐지된 것이다.<sup>7)</sup> 그러나 또 다른 견해는 행정소송법상의 기관소송은 폐지된 것이 아니라 그 범위가 축소된 것으로 본다.<sup>8)</sup> 후자의 경우에는 기관소송이 헌법재판소에 의하는 경우와 행정소송법에 의하는 경우의 두 종류가 있게 된다.

헌법재판소법은 제4장(특별심판절차)의 제4절(권한쟁의심판)규정중 제62조(권한쟁의심판의 종류)제1항 2호에서 국가의 기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 ㉠정부와 특별시·직할시 또는 도간의 권한쟁의심판, ㉡정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구간의 권한쟁의심판등으로 분류하고 있다. 따라서 ㉠·㉡에 해당되는 권한쟁의심판은 헌법재판소가 관장하게 된다.

우리 헌법재판소는 아직 한번도 위에 해당되는 권한쟁의심판을 경험하지 않았다. 따라서 앞으로의 헌법재판소의 이러한 권한쟁의에 관한 심판의 결정은 우리나라의 지방자

7) 김도창, 일반행정법론(상) (청운사, 1991), p.772

8) 김남진, 행정법 I (법문사, 1990), p.640; 하재왕, 행정법강의(I) (박영사, 1991), p.702.

치제도의 발전에 큰 영향을 미칠 것으로 생각된다. 더욱 최근에는 지방자치제도를 인권보장의 차원에서 보는 견해가 대두되고 있는 바 그러한 경우에는 국민의 인권보장에도 큰 영향을 미친다고 할 수 있다. 헌법보장기관으로서의 헌법재판소가 궁극적으로 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보장하는 데에 그 존재가치가 있다고 할 것이므로 이러한 권한쟁의를 헌법재판소가 심판하도록 한 것은 너무나 당연하다 할 것이다. 그러나 중요한 것은 헌법재판소의 이러한 권한쟁의심판이 국민을 위한 심판이어야하고 또한 국민이 충분히 납득하는 심판이어야 한다는 것이다. 국민을 위한 심판이어야 하는 것은 민주적정당화의 요청인 것이다. 헌법재판소의 결정의 권위의 원천을 국민의 호응이라고 하는 민주적기반에서 얻어야 한다. 통치구조상으로는 국민과는 거리가 먼 헌법재판소가 국민주권에 합당한 헌법기관으로서 기능을 발휘하기 위해서는 국민의 합의 내지는 납득을 얻는 데에 의존하지 않을 수 없는 것이다. 또한 국민적호응을 얻는 권한쟁의심판의 결정은 정책형성의 기능을 함으로 그 역사가 짧은 우리나라 지방자치제도를 바람직한 방향으로 인도하는 데에도 중요한 역할을 할 것이다.

국민을 위하고 국민이 충분히 납득하는 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도를 모색하기 위해서 첫째, 지방자치제도에 있어서 국가와 지방자치단체의 관계를 검토하고 둘째, 그러한 관계에서 연유되는 권한쟁의의 유형을 추출한 다음 셋째, 그 권한쟁의에 관한 심판제도의 유형을 살펴보고 넷째, 프랑스, 독일, 일본의 권한쟁의 심판제도를

검토한다. 다섯째, 현행 우리나라의 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 검토를 통하여 그 문제점을 추출하고 여섯째, 우리나라에 있어서 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 바람직한 발전방향을 제시하기로 한다.

## 제2장 지방자치제도에 있어서 국가와 지방자치단체의 관계

### 제1절 국가와 지방자치단체

우리 헌법은 제8장에 지방자치에 관한 규정을 두고, 지방자치단체의 자치를 보장하고 있다. 즉, 지방자치단체는 그 구성원인 주민의 의사에 따라 자주·민주적으로 운영할 수 있음을 헌법에 의해 보장받고 있다. 그러나 다른 한편에서는 국가 즉, 중앙의 각정부기관등과 밀접한 관계를 갖고 있다.

종래의 전통적인 국가와 지방자치단체의 관계에 관한 견해는 첫째, 국가로부터 자치단체의 기관에 위임된 사무에 관하여는 그 사무의 수임기관이 국가행정조직에 편입되고 국가행정조직법의 법리가 적용되며 이러한 사무를 제외한 자치단체의 사무에 대해서만 적용되는 작용법적논리의 대상으로 파악하였다. 둘째, 지방자치단체가 행정조직으로 분해·파악되어 행정법논리상의 지방자치문제가 되면서 행정조직법속에 정좌하게 되었다. 셋째, 지방의회도 행정기관으로 포섭되어 그가 정립하는 조례가 행정입법으로도 파악될 수 있도록 하였다. 여기에 국가와 지방자치단체의 관계를 국가와 지방의 행정관계로 오해된 소지가 있었던 것이다. 이러한 양상은 독일에서도 볼 수 있다. 즉, 1948년의 3월혁

명에 이은 제2제제의 성립·확립 과정에서 국가(Staat)만이 공권력을 독점하고, 자치란 Selbstverwaltung(자기행정)이라는 이론이 지배적인 것이 되었다. 이러한 자치가 곧 행정이라는 견해가 독일과 이의 영향을 받은 국가에 수용된 것이다.<sup>9)</sup>

국가와 지방자치단체의 관계에 있어서 국가측에서는 입법적, 사법적 그리고 행정적 측면에서 파악될 수 있다. 즉, 입법적 측면에서 보면 법률과 조례의 관계, 법률에 의한 사무의 배분 등에 따른 합헌·위헌의 문제가 생긴다. 국가의 행정기관과 지방자치단체의 관계는 전술한 바와 같이 국가권력중심의 전통적 견해에 따라 광범위하고 밀접한 것이었다. 그러나 우리 헌법이 보장하고 있는 지방자치는 국가와 지방자치단체를 병립적 관계로 하여, 양자의 기능배분을 적절히 하여 상호협조 속에 양자의 존재의의를 유지·발전하는 것이다.<sup>10)</sup> 이를 상론하기 위해서 지방자치권의 본질을 검토키고 한다.

## 제 2 절 지방자치권의 본질

### 1. 학설의 현황

---

9) 木左茂男, 「국가와 지방자치단체의 관계」, 자치연구 제1권 제2호(한국지방자치연구소, 1991), pp.82~115.

10) 김철용, 「지방자치단체에 대한 국가의 관여」, 공법연구 제18집(한국공법학회, 1990), pp.75~91.



지방자치권의 근본적성질에 관한 학설은 Weiniar공화국 시대의 영향으로 고유권설, 승인설, 제도적 보장설등이 종래의 주요학설이다. 승인설과 제도적보장설은 지방자치단체에게는 고유의 자치권은 인정되지 않고 그 자치권은 국가로부터 유래한다고 하는 광의의 전래설이 세분형태이다.

고유권설은 지방자치단체가 고유의 권리로서 일정한 자치권을 갖고 있다는 견해이다. 고유권설은 근대자연법사상을 지방자치단체에 적용하는 지방권(Pouvoir municipal)사상이나, 법인을 자연적창조물로 보고 자연인과 같이 고유의 인격성과 권리를 인정하는 Gierke적 단체법사상등을 그 기초로 하고 있다. 그러나 지방자치단체가 국가이전에 고유의 자치권을 갖는다고 하는 개념은 국법학상 인정할 수 없다고 하는 다수의 견해에 의해 소수설이다. 고유권설이 소수설에 머물 수밖에 없었던 배경은 첫째, 고유권설을 뒷받침 해줄 역사적 전통이 없었으며, 둘째, 학계에서는 일반적으로 국가의 국권·주권·통치권의 단일·불가분성이라고 하는 근대공법의 공리가 명시적·묵시적으로 인정되고 있었고, 셋째, 전래설이 결정적으로 승리하고 있었던 독일공법학의 영향이 컸다는 데에 있다. 그러나 고유권설이 완전히 사라진 것은 아니다. 지방자치가 위기에 봉착하였을 때에 그것의 극복과 복권을 주장할 때에 용수되는 것이 고유권설이다. 그 경우의 논거를 보면 헌법에 지방자치에 관한 규정을 두게 된 것은 자연법의 실정법에의 도입으로 보고 고유권으로서의 지방자치권을 확인한 것으로 이해한다. 또

한 법조문의 내용에 관하여 논쟁이 있는 경우에는 법의 리상이라고 할 자연법에 그 판단의 기준을 구해야 한다고 본다. 한 걸음 더 나아가서 헌법이 그 기초를 영미법의 전통과 사상을 계승하고 있다면 그 헌법에 규정되고 있는 지방자치 또한 영미의 지방자치의 본질을 담고 있는 것으로 이해해야 한다고 한다.

승인설은 모든 권한은 원래 국가에 속하는 것이나 국가가 특히 필요하다고 생각되는 것에 한하여 지방자치단체가 이를 대신해서 행사하도록 허용한 것이라 한다. 따라서 이설에 의하면 지방자치단체는 국가로부터 허용된 권한을 행사하는 것이므로, 그 당연한 귀결로서 국가의 엄격한 통제와 감독을 받을 뿐만 아니라, 국가가 그 필요에 따라 지방자치제도의 변경을 한다고 하여도 그것은 지방자치의 본질에 반하는 것으로 해석할 수 없게 된다.

승인설의 논거를 살펴보면 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 헌법 제118조 제2항의 「법률로 정한다」고 하는 것은 지방자치단체가 국가로부터 완전히 독립한 존재가 아니며 또한 국가권력으로부터 독립한 고유권도 갖지 않는다. 그 존재의 근거는 오로지 국가권력에 있음을 뜻하는 것이다. 둘째, 지방자치의 본질은 단체자치와 주민자치의 원칙을 뜻하는 것이나 그 구체적 내용은 명확하지 않다. 지방자치단체도 국가의 통치체제의 일측면이므로 국가의 감독으로부터 완전히 독립한 지방자치단체란 그 성질상 인정할 수 없다. 셋째, 지방자치는 민주주의의 일방식이다. 따라서 국정에 있어서 민주성이 강화되면 그에 따라 국가의 지방

자치단체에 대한 감독도 보다 더 민주주의적인 것이 되므로, 중앙집권이 곧 비민주적이라고 할 수 없다. 넷째, 생활권의 확대에 따라 고전적 지방자치의 수정은 불가피하다. 사회적 국가의 측면에 따라 경제적 자원의 능률적이고도 통합적인 확보·이용이 요구됨으로 이에 부응하기 위해 중앙집권적 시책이 필요하게 된다. 그것이 어떠한 내용의 것인가 하는 것은 제반여건을 종합하여 헌법정신과 일치되도록 입법자가 결정해야 하는 것이다. 다섯째, 헌법 제117조 제1항의 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하는 것은 지방자치단체의 조례제정권이 법률이 정하는 제약에 복종함을 뜻한다. 따라서 조례제정의 절차, 조례의 소관사항은 법률로 정하여지며 조례의 형식적 효력도 법률보다는 하위에 있게 된다고 본다. 여섯째, 헌법 제8장의 지방자치의 규정은 헌법 제66조 제4항의 행정권의 중앙집권에 대한 예외의 허용내지 승인을 뜻한다. 이 경우의 지방자치의 본질은 분권과 자치이다. 즉, 그 처리결과가 일정한 지역에만 영향을 미치는 지방적 행정사무는 모두 그 지방자치단체의 기능에 귀속시키는 동시에 형식적으로는 국가와는 별개의 법인으로서, 그 사무의 처리에 있어서는 국가의 간섭을 일절 받지 않음을 뜻한다. 그러나 그 지방적 행정사무는 일정한 부동의 내용을 갖는 고정적인 것은 아니라고 한다. 즉, 지방적 사무의 종류와 내용이 증가하면 이에 따라 지방자치단체의 종류 및 그의 권능에 속하는 사무의 분량은 증대되고 그것에 관한 국가의 감독은 감소된다. 반대로 지방적 사무의 종류 및 내용이 감소하면 그에

따라 지방자치단체의 종류 및 그 권능에 속하는 사무의 분량은 감소되고 국가의 감독범위는 확대된다고 한다. 요컨대 지방자치단체의 종류, 그 권능에 속하는 사무의 범위, 이에 대한 국가의 감독의 범위등은 지방적 사무의 종류, 내용, 분량에 비례하는 것이며, 반드시 설치되어야 할 지방자치단체라든가, 반드시 그 지방자치단체에 귀속시켜야 할 사무라든가, 반드시 국가의 감독으로부터 제외시켜야 할 사항은 없다는 것이다. 결국 지방적 사무의 범위의 증감에 따라 부단히 그 내용도 변하는 유동적인 것이라는 데에 귀결한다. 그 결과, 상황의 변화에 따라서는 일절의 지방자치단체를 폐지하고 그 행정을 모두 관치행정으로 하더라도 그것은 헌법에 저촉되는 것이 아니게 된다.

제도적 보장설은 승인설과 더불어 광의의 전래설에 속하는 것이나 승인설과는 달리 보장에 중점을 두고, 국가와 지방자치단체간의 관계를 인정하려고 한다. 특히 역사적으로 그리고 전통적으로 형성된 지방자치제도를 국가제도로서 헌법상 보장되었다고 해석함으로써, 그 본질적 내용을 입법등에 의한 침해로부터 방어하려고 한다. 그 구체적인 특색을 보면 첫째, 법률의 규정에 의해 특별시와 직할시 및 도 그리고 시와 군 및 자치구의 합병이나 그 권능을 수정하는 것은 위헌이 아니다. 둘째, 지방자치단체나 지방사무를 법률로서도 임의로 규정하는 것은 인정되지 않는다. 즉, 지방자치제도의 본질적 내용을 법률로서도 개폐할 수 없다는 것이다. Weimar헌법과 Bonn기본법하의 독일학과와 같이 우리 나라 학계에서 이 견해는 통설적 지위를 차

지하고 있다.

제도적 보장설의 주장내용을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 법률로서도 침해할 수 없는 지방자치제도의 본질의 내용의 구명에 있어서 그 지도적 측면과 규범적 측면을 구별해서 논하고 있다. 전자는 입법부에 대한 지침에 불과하나 후자는 지방자치제도의 핵심적 요소 내지 최소한의 골격을 침해해서는 안 된다는 것을 구동적으로 명하고 있다는 것이다. 지도적 측면에서 지방자치의 본질을 논할 때에는 주민자치와 단체자치의 양자를 포함하여도 좋으나, 규범으로서의 지방자치의 본질을 논할 때에는 주로 법률적 의미에 있어서의 자치, 즉 단체자치의 개념이 중심이 된다. 구명되어야 할 것은 이 개념의 구체적 내용이다. 그것은 지방자치제도의 역사적 발전, 헌법이 이를 규정하게 된 취지나 목적 그리고 현대국가에 있어서 국가와 지방자치의 관계등을 고려해서 개별적으로 그리고 구체적으로 해답을 얻을 수밖에 없을 것이다. 그 해답은 헌법 제8장이 규정하고 있는 지방자치제도와 지방자치단체의 권능의 본질적 내용의 규정뿐만 아니라 이 조항에 명기되어 있지 않는 사항에도 미친다. 헌법 제118조와 제117조는 지방자치단체의 의회와 지방자치단체의 존재를 보장하고 있으므로 법률로서도 지방의회와 지방자치단체의 존재 그 자체를 폐지하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 제도로서의 지방자치단체의 존재의 보장은 개개의 지방자치단체의 존립의 보장을 포함하는 것은 아니다. 또한 헌법실시당시의 제도의 현상보장을 뜻하지 않는다. 전국토가 지방자치단체의 구역으로 분할된다는

것을 전제로 하고 있으므로 국가의 직할구분의 설치는 허용되지 않는다. 헌법이 규정하고 있는 지방자치단체를 결정함에 있어서는 우리나라의 지방제도의 역사적연혁과 헌법 제8장에 지방자치를 규정하게 된 취지등을 종합적으로 고려되어야 한다. 따라서 헌법 제117조 제2항의 규정을 수용하여 자의로 법률로서 특정 지방자치단체의 지방자치단체로서의 성격을 부정하거나 폐지할 수 없게 된다.

둘째, 헌법 제117조 제1항은 자치행정권, 재산관리권, 조례제정권을 보장하고 있고 제118조의 규정과 더불어 자치조직권, 자치재정권도 보장되고 있다. 헌법은 지방자치단체에게 전권한성 또는 활동영역의 보편성의 원칙을 보장하고 있다. 전권한성이라함은 그 지방에 밀접한 관계가 있는 사무는 법률이 특단의 규정으로 금하지 않는 한 모두 그 지방자치단체의 권한으로 추정되는 것을 의미한다. 따라서 지방자치단체가 자주적으로 처리할 수 있는 지방적 사무를 전부 국가의 위임사무로 한다거나 지방자치단체가 처리해야 할 지방공공사무의 범위에 대하여 제한열기주의를 취하는 법률은 지방자치의 본질을 침해하는 것으로 위헌이 된다.

1960년대부터의 경제성장을 주축으로 한 선진국군에의 진입이라는 한 시대는 1990년대에 들어서면서 종말을 고하려 하고 있다. 경제발전에 수반한 국민들의 정신적·문화적욕구의 확대와 다양화는 정치·법제도면에서의 변화를 필연적인 것으로 하였다. 그것은 우리 역사에 있어서 「시민혁명」을 의미하는 것으로서 지방자치에 있어서도 그 영향이

크게 나타났다. 지방자치단체의 의회의원선거를 통한 지방 의회의 구성 그리고 시·도 지사 및 시장·군수·자치구의 구청장의 선거는 1992년 6월 30일 이내에 실시한다는 것을 지방자치법부칙 제2조 제2항에 명문화하게 된 것도 그 영향의 일단을 말하여 주는 것이다. 그러면 이러한 역사의 흐름의 원동력을 어디에서 찾을 것인가? 하는 물음에 대한 해답은 세계관 내지 정치관에 따라 다를 수 있다. 그러나 우리 사회가 직면하고 있는 현실을 보면 그 해답의 하나를 얻을 수 있다. 공업화·산업화에 따라 많은 공장이 건설되고 그 공장의 많은 수는 공업단지라는 일정 지역에 집단적으로 수용되어 공업화·산업화를 먼저 이룩한 선진국이 경험했던 뼈아픈 부작용을 국민·주민의 참여속에 극소화 내지 해소시킨다고 하는 제도마련에는 소극적이었을 뿐만 아니라 그러한 부작용을 경제성장의 달성이라는 외표로서 호도하여왔다. 그 외표의 하나가 국민소득이라는 수치였다. 그러나 그 수치가 올라가는 것과 비례하여 우리의 환경오염·과과의 수치도 상승하였다. 도시화현상은 공업화·산업화가 가져온 필연적 결과라 할지라도 그것은 또한 도시의 주택·교통·불량주거지역등의 문제를 가져왔다. 이러한 문제점의 양상은 지역에 따라 상이하므로 그 문제해결의 직접적 책임은 지방자치단체에게 귀속케 되었다.

그러나 자유조직원·자유재정권에 있어서 종래의 중앙집권적체제에서 완전히 탈피하지 못한 제도적, 실제적 상황은 지방자치단체에게 책임만 귀속시킬 뿐 그것을 해결할 수 있는 제도적 뒷받침이 극히 한정적이고 미약한 것이었다.

여기에 주민이 자기의 생존을 위해 직접 참여하려는 움직임이 나타나게 되었다. 그것은 인권의 보장, 복지의 향상 등의 요구가 지방자치의 측면에 강력하게 정각되었음을 뜻한다. 이러한 움직임을 총괄하여 「시민주권적자치」라고 관념하고 이를 정리하면 다음과 같이 요약될 수 있다.<sup>11)</sup>

첫째, 고도경제성장기에 있어서 국가재정의 산업기반에의 집중적도입과 국민의 생활관련사회자본의 부족은 자연환경·생태계의 파괴뿐만 아니라 국민의 생명·생존을 적극적으로 침해하는 결과를 가져왔다. 이 침해에 대비하기 위해서 새로운 인권가치를 주민의 생활이라는 측면에서 재창조해야 한다는 현실적 요구에 직면하게 되었다. 이러한 사회의 구조변동에 따라 헌법구조도 전환기에 들어서고 있다. 헌법상과 헌법이론도 이에 대응하여 전환하도록 요청되고 있다. 특히 헌법이론의 이론구성의 원형은 실정화된 헌법제정권력으로서의 국민주권에서 국가주권을 구성하고, 이 국가주권의 기본법으로 헌법의 위치를 부여하고, 법률의 단계에 의해 다시 국민에게 하강한다는 이론구성으로 해서 국민은 국가통치의 대상으로 하락하는 구조를 재검토하고 전환할 필요가 있다는 것이다. 그러기 위해서는 일반의사의 개념을 중핵으로 하는 국가주권의 이해를 극복하여 그것을 개인의 자유·개인의사의 다양성에서 출발하는 시민주권으로 대체되어야 한다는 것이다. 헌법이론은 조직원리로서의 국민주권·일반의사가 아니라 가치원리로서 기본적인

---

11) 針生誠吉, 「自治體憲法學における 人權と福祉」, 법률시보 47권 3호(일본평론사, 1975), pp.8~13.



권·개인적자유에서 출발해야 한다고 주장한다. 국민주권은 일반적으로 헌법이전의 헌법제정권력으로부터 도출됨과 동시에 헌법이후에 있어서는 선거에 의해 제도화된다. 이럴 때 국민주권은 전자에 있어서는 예외이며, 후자에 있어서는 소멸한다. 그러한 결과로 해서 국민주권은 국가주권으로 대체되고, 경우에 따라서는 국가통치의 정통원리로 전화하게 된다. 그러나 국민주권이 예외가 아니며 또한 소멸되지 않는 것이라고 한다면 국민주권은 시민주권에 근거를 두고 항시 국민·자치단체·국가의 삼자에 의해 발동되어야 한다. 주민이 헌법원리에 따른 헌법구조개혁의 주체라고 하는 것은 바로 그것이 헌법제정권력의 일상적발동이라고 할 수 있으며 국민주권의 시민주권화라고 할 수 있다. 국민주권이 시민주권으로서 일상적으로 발동될 수 있으면 헌법구조는 시민·시·군·구, 특별시·직할시·도, 국가라고 하는 상승형의 구조와 분절적구조를 갖게 되고 입법권·행정권도 국가에 독점되는 것이 아니고 지방자치단체도 시민자치의 기구로서 시민의 신탁에 의해 이를 독자적으로 형유할 수 있다고 본다.

둘째, 상술한 견해를 기초로 하여 헌법, 법률, 조례의 관계에 대한 이론의 재구성, 주민복지의 헌법론의 재창조, 지방자치단체의 복지정책을 뒷받침하기 위한 자치제정권확충을 위한 이론의 구축등이 주장된다. 조세조례주의도 그 일면이다.

## 2. 학설의 검토

첫째, 고유권설에 관하여 검토해보면 국법학상 승인될 수 없다는 점에 견해가 거의 일치하고 있다. 헌법상 지방자치에 예상하는 국가가 민주주의국가이며 민주주의국가는 지방자치단체의 자치가 이에 육성·강화된 결과라고 보고 고유권설을 정당화하려 한다. 그러나 이에 관한 사적 그리고 이론적으로 명백히 입증 못하고 있다. 최근에 고유권설이 주목을 받게 된 것은 지방자치가 현안에 충분히 대처하지 못하고 문제와 책임만 지방자치단체에게 떠맡겨짐으로서 이 위기를 극복하기 위해서는 지방자치단체가 보다 많은 권한을 향유하고 행사하여야 한다는 요구를 뒷받침하기 위해서였다. 또한 고유권설이 주장하는 자치권의 구체적 내용이 명백하지 않다는 것도 문제이다. 지방자치의 위기를 극복하기 위하여 고유권설을 원용함에는 고유권의 주요한 구체적 내용을 제시하거나 그 기준을 제시하지 않으면 안 된다. 특히 지방자치단체에게 유보되는 사무의 범위, 법률과 조례의 효력관계, 지방재정의 재원, 주민의 국정에의 참가방법등을 구체적으로 제시해야 한다. 한편 자연법적 고유권설에 관한 규정이 자연법의 실정법에의 도입이라고 볼 수 있는 명백한 설명도 되지 않으며, 우리 헌법상의 지방자치의 제도가 영미법의 전통을 계승한 것이라고 할 수 있을 것인가 하는 것도 문제이러니와 과연 그렇다고 하더라도 보편성을 특질로 하는 자연법사상과 영미법계의 지방자

치제도가 양립할 수 있다는 논거도 명백하지 않다.

둘째, 승인설에 관하여 검토해 보면, 헌법 제8장의 규정은 헌법 제66조 제4항의 행정권의 중앙집권원리에 대한 예외를 인정한 것이고 단순히 지방자치제도의 승인 또는 허용 이상의 의의는 없다고 한다.

지방자치제도가 이와 같은 승인 또는 허용 규정이 없으면 과연 그 창설이 헌법상 불가능한 것인가 하는 것은 의문이다. 헌법의 취지는 지방자치단체의 조직과 그 운영사항은 지방자치의 원리이며 근본취지인 단체자치와 주민자치에 합당하도록 법률로서 규정하라는 것이고 그 경우에도 지방자치의 내용은 가변적일 수 있으나 결코 지방자치의 내용을 영으로 하는 것까지 헌법이 예상하고 있지 않다고 해야 할 것이다. 승인설에 관하여는 학계에서는 지지를 하는 자가 없다고 해도 과언이 아니다.

셋째, 제도적 보장설에 관하여 검토해보면 그것이 현재 우리 학계에서 통설적 지위에 있는 것에 걸맞게 주목할 만한 내용을 담고 있음을 부인할 수 없다. 그러나 이 학설이 과연 지방자치의 위기라고 불리우는 현안을 어떻게 유효하게 대처할 수 있느냐 하는 것은 문제이다. 문제의 핵심은 법률로서도 침해할 수 없는 지방자치 제도의 본질적 내용이 무엇이나에 귀결된다. 이에 관한 한 견해를 보면, 헌법상의 규범으로서 국회의 입법을 규제할 수 있는 것은 원칙적으로 단체자치뿐이며 주민자치는 포함되지 않는다고 본다. 또한 지방자치단체에게 전권한성 또는 활동영역의 보편성을 보장하고 있으므로, 법률로서 지방자치단체가 자주

적으로 처리할 수 있는 지방공공사무를 없게 한다거나 전부를 국가의 위임사무로 하는 것 혹은 제한열의를 취하는 것은 허용되지 않는다. 헌법 제117조 제1항이 예시열거하는 권한외에도 자치조직권·자치인사권이 보장되므로 이에 관하여 법률로서 그 대강적 기준을 정할 수 있어도 세부말단까지 정하는 것은 허용되지 않는다. 또한 자치재정권도 보장되므로 지방자치단체의 과세권을 전적으로 부정하거나 자주재원의 거출을 강요하거나 강제예산은 허용되지 않는다.<sup>12)</sup> 자치행정권은 명시적으로 보장되고 있으나 지방공공사무인 것과 그렇지 않는 것의 명확한 구별은 거의 불가능하다. 따라서 입법권이 있는 국회는 이 점에서 강력한 권능을 갖게 된다. 이상의 내용이 제도적 보장의 본질적 내용인 주요사항이다. 또한 그것은 규범으로서 헌법상 보장됨으로서 이를 침해하는 것은 위헌이 된다. 이러한 본질내용의 이해는 역으로 한계선까지 자치에 관한 규제를 하더라도 위헌이 되지 않는다고 하는 보장을 주는 가능성도 있다. 지방자치제도의 역사적 전통을 고려해서 자치의 본질내용을 결정한다고 하여도 그것의 다양성이라는 점만을 보다고 극히 어려운 일임을 알 수 있다. 또한 자치제도의 역사적 전통에서 현행 지방자치의 본질의 내용을 규정하려는 방법은 헌법원리자체가 전환기에 있을 때에는 반헌법원리적으로 될 가능성도 있다.

넷째, 시민주권적 자치론은 중앙정부와 지방자치단체간의

---

12) 北野弘久, 「自治體の財政權の憲法的基礎」, 법률시보 47권 3호 (일본평론사, 1975)pp.17~24.

사무배분의 기준이나 원칙 그리고 법적관계가 명백하지 않다. 또한 헌법제정권력의 일상적 발동을 국정수준에서 어떠한 헌법기구에 의해 구체화할 것인가도 명백하지 않다. 그것은 헌법해석논적 대응으로는 무의미한 것이 된다. 주권원리에 관하여 보더라도 역사적으로 대립하여 온 여러 집단적세력이 어떠한 주권원리를 어떠한 이해아래 이를 표방하여 항쟁하여 왔는가 하는 것을 역사적·사회적 사실속에서 파악한 다음 그것이 현대에 있어서 어떠한 위치에 있는가를 명백히 할 필요가 있는 것이다. 즉, 시민혁명이후의 주권원리에 관한 역사가 「국민주권」과 「인민주권」의 항쟁의 역사였다면 그것이 현대국가에 있어서 제도적으로 어떠한 의미를 갖느냐하는 것을 재음미할 필요가 있는 것이다. 정치관에 따라 이에 관한 이해와 입장이 달라진다고 하는 것을 깨닫게 된다. 역사적 과도기에 있어서는 그러한 입장에 따라 단체자치나 주민자치의 구조도 종래와는 다른 것으로 설명될 수 있음을 간과해서는 안될 것이다.

### 3. 지방자치권의 본질

우리 헌법하에서 지방자치권은 근본적으로 어떠한 것이어야 하는 문제는 헌법 제8장이 규정하는 지방자치의 본질이 무엇이나 하는 문제인 동시에 또한 지방자치제도에 있어서 국가와 지방자치단체의 관계에 관한 문제이다. 이에 관한 종래의 세 학설 외에도 최근의 시민주권적 자치론과 그 문

제점을 검토한 바 있다. 그 결론으로서 현재 우리나라의 통설은 제도적 보장이긴 하나 지방자치의 위기라고 불리울 정도로 심각한 현실문제를 가져왔고 그 해결책을 명시하지 못하고 있다는 점을 알 수 있었다.

무릇 학설이나 제도는 그 사회가 당면하고 있는 문제를 해결하기 위한 것인 동시에 해결할 수 있는 것이어야 한다. 그 해결방안이 그 사회구성원, 그것도 보다 많은 수의 구성원을 위하고 그들의 동의를 얻을 수 있는 것이어야 함은 재언을 요치 않는다. 그렇지 못할 때 그 제도는 조직화된 위선일 수 있기 때문이다. 따라서 본론문에 있어서도 기본적으로는 제도적 보장론에 입각하되, 보장되는 본질적 내용은 시민주권적 자치론의 입장에서 제기되고 그리고 제시된 내용이어야 한다는 입장에서 주제에 관한 검토를 하려고 한다. 그러한 경우에는 많은 측면에서 그 본질의 내용의 확정에 관하여 견해의 차이가 많을 것이며 또한 권한쟁의의 발생가능성이 많음을 예측할 수 있다. 그것은 양자의 관계가 갖는 속성에서 연유되는 숙명적인 것이며, 권한의 자기발전적성향으로 인하여 필연적인 것이기도 하다. 더욱 지방자치권의 본질이 주권적 존재로서의 시민의 사상에 따라 중첩적으로 형성되어 나갈 것이라는 입장에 선다면 더욱 그러하다. 여기에 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판제도의 중요성을 발견할 수 있는 것이다.

## 제3장 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 유형과 권한쟁의심판제도의 유형

### 제1절 권한쟁의의 유형

#### 1. 권한쟁의의 유형 검토의 필요성

지방자치제도에 있어서 국가와 지방자치단체의 관계의 검토를 통하여 그것에는 많은 권한쟁의발생의 가능성이 있음을 발견할 수 있었다. 그러면 그러한 권한쟁의가 어떠한 양상으로 발생할 것인가의 검토는 바람직한 권한쟁의심판제도의 모색을 위해 필요하다.

발생할 가능성이 있는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 양상 내지 유형의 검토는 여러 측면에서 할 수 있을 것이나 본고에서는 제2장 제2절에서 검토한 바가 있는 지방자치권의 본질의 이해를 둘러싸고 전개되고 있는 견해의 차이에서 연유될 수 있는 문제점을 중심으로 고찰하기로 한다.

#### 2. 국가와 지방자치단체간의 사무배분

국가와 지방자치단체의 사무배분에 관하여는 많은 원칙이

제시된 바 있다.<sup>13)</sup> 행정책임명확화의 원칙, 능률의 원칙, 기초자치단체 우선의 원칙이라든가, 현지성의 원칙, 통합성의 원칙, 경제성의 원칙등이 그 예이다. 그러나 이 원칙에 따라 구체적으로 사무를 배분하는 데에 있어서는 상당한 의견차이를 보이고 있다. 우리나라 지방자치법 제9조 제1항은 「지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다」고 규정하고, 제2항에서 지방자치단체의 사무로서 ①지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리등에 관한 사무 ②주민의 복지증진에 관한 사무 ③농림·상공업등 산업진흥에 관한 사무 ④지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무 ⑤교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무 ⑥지역민방위 및 소방에 관한 사무등을 예시규정하고 있다. 이는 자치사무가 국가의 기관위임사무가 되어 자치사무의 영역이 축소되는 것을 막기 위한 것이다. 더욱 이러한 사무는 예시일뿐 지방자치단체의 사무의 전체를 뜻하는 것이 아니므로 이외에도 더 있을 수 있다. 또한 지방자치법시행령의 별표1은 지방자치단체의 종류별 사무를 규정은 하고 있으나 어디까지가 국가사무이고 지방자치단체사무인지 그 구분이 사실상 애매한 경우가 많다.

지방자치법 제9조 제2항 단서의 규정에 의해, 지방자치단체의 사무로 예시된 것이라도 법률에 다른 규정이 있으면 국가사무로 된다. 우리나라에는 이러한 법률이 많아서 지

---

13) 정세욱, 「중앙과 지방간의 관계」, 지방자치법 개정방향에 관한 세미나, 제3분과(한국지방자치학회, 1989. 2. 28).



방자치단체의 사무를 예시한 지방자치법 제9조의 취지를 무의미한 것으로 만들뿐만 아니라 앞으로 지방자치단체 주민의 자치의식의 제고에 따라 제2장에서 검토한 지방자치권의 본질과 관련하여 권한쟁의가 발생할 가능성이 많다. 이러한 쟁의는 헌법이나 헌법원칙에 관한 것이거나, 법률적 차원에 관한 것 등으로 분류될 수 있을 것이다.

### 3. 자치입법권의 범위

#### 1) 총설

지방자치제도의 본질적 보장내용에 속하는 자치권능에는 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고, 법이 정하는 바에 따라 독립적인 책임하에 처리할 수 있는 여러 가지 자치고권이 있는데 그 중의 하나가 자치입법권인 조례제정권이다.<sup>14)</sup> 이 조례제정권에 의거해서 지방자치단체가 자립적인 입법권능의 확충에 노력하는 것이, 자치입법권을 통하여 우리 헌법 제8장의 취지를 살리는 길이다. 그러나 종래의 조례는 국가의 법체제의 보완이나 정책의 지역적 현실을 위한 것에 불과했다. 이른바 법령의 선점이론이 지방자치단체에게도 엄격히 적용되었다.<sup>15)</sup> 이러한 법령과 조례의 관계는 공업화·도시화에 따른 생활환경의 황폐화에 효율적으로 대처하지 못하였을 뿐만 아니라 주민과

---

14) 허영, 한국헌법론 (박영사, 1990), pp.782~784.

15) 成田頼明, 「行政改革と 地方自治」, ショウリスト No.750(有斐周, 1981), pp.56~57.

바로 근접해 있는 지방자치단체에게 그 해결의 책임을 부과케 되었다. 인권침해를 주장하는 주민의 항의를 해결하고 주민생활의 향상과 안정을 위해서는 지방자치단체가 법령의 선점이론에 얽매이지 않고 독자적조례제도의 필요성이 주장되고 있다.

법률과 조례의 관계에 있어서 법기술적 측면에서는 다음과 같은 세 가지 문제가 제기된다. 첫째, 법률로 제정된 경우에는 조례에 의한 규율을 허용하지 않는 범위의 확정으로 보는 것이다. 보통 이것은 법령의 선점이라는 관념으로 논의되고 있다. 둘째, 헌법 제117조 제1항의 문언에도 불구하고 법령에 의한 제약이 허용되지 않는 영역이 조례에 있는가 하는 문제이다. 셋째, 조례로 규제할 수 없는 사항이 있다고 한다면 그것은 어떠한 것이냐 하는 문제이다.

## 2) 법령선점론

이 주장은 국가는 법률로 하면은 종래에는 지방자치단체가 처리하여 온 사무라도 이를 국가사무로 할 수 있으며 일단 법률사항으로 하면 조례에 의한 이중규제는 허용되지 않는다고 한다. 이 이론에 따른다고 하면 제도적 보장론에 있어서 제도의 핵심이 무엇을 뜻하느냐 하는 것이 애매하므로 결과적으로는 법률로 하면은 지방자치제도 그 자체를 형해화할 수 있는 길을 마련해 주게 된다. 지방자치법 제9조 제2항의 단서는 그러한 의미에서 악용될 여지가 있는 것이다. 법령선점론에 대한 재검토는 심각해져가는 환경오염·파괴에 대처하기 위한 실제상의 필요에서 제기되었다. 헌법이 보장하고 있는 지방자치단체주민의 기본권인 생존

권·생활권이 환경오염·파괴에 의해 위협을 받게 되면서 환경문제가 갖고 있는 지역적 특성, 주민의 생존권이 기업의 자유권보다는 우월하다고 하는 인식, 환경보전행정이 공공의 복지증진을 위한 적극적 행정이며 또한 적극적 행정이어야 한다고 하는 요청등은 국가의 법령에 의한 환경규제는 지방자치단체의 조례에 의한 규제를 억제하는 것이 아니라 전국적·전국민적 견지에서 규제의 최저수준 또는 표준을 제시하는 것으로 해석, 주장되었다. 한 걸음 더 나아가서 헌법은 고유의 자치사무영역으로서 그것에 관한 제1차적 책임과 권한을 지방자치단체에게 유보하는 지방자치행정의 핵심적 부분을 보장하고 있으므로, 이러한 사무영역에 국가가 법률을 제정하여 규정한 경우에는 그것은 전국에 일률적으로 적용되어야 할 national minimum의 규정으로 보아야 한다는 견해가 주장되게 되었다. 이 견해에 따르면 조례는 법령에 적극적으로 명시된 금지규정이 없는 한 자주적으로 기준을 설정할 수 있게 된다.<sup>16)</sup> 지방자치단체의 자립입법권의 문제점을 재검토함에 있어서 유념되어야 할 점은 국가의 의회민주주의가 갖고 있는 문제점이나 흠함을 해소시키기 위해서는 주민참여에 의한 주민자치의 헌법적 기능을 회복 내지 확충하는 것이 필요하다는 것이다. 지방자치단체가 헌법의 「법률의 범위내」라는 규정을 지나치게 의식하여 현실적으로 필요한 조례의 제정을 하지 않을 때에는 문제를 더욱 악화시키며, 또한 법률 보다 더

---

16) 권영성, 전양서, p.216; 정세욱, 「지방자치의 개발방향」, 고시계 388호(고시계사, 1989년 6월), pp.32~33.

엄격한 환경보전조례의 제정은 경우에 따라서 입법부작위라는 위헌문제도 제기될 가능성도 있다.

### 3) 자율사항

지방자치단체에게 헌법상 자율권이 부여되어 있는 영역, 즉 조례가 법률에 우선하는 영역이 있느냐하는 문제이다. 지방자치제도의 본질에 비추어 지방자치의 내용적 보장제도로써 이러한 영역의 구축이 필요하다. 자기의 내부적 사항에 관한 자기결정의 권한이 부정되고선 자치를 논할 수 없을 것이다.<sup>17)</sup> 특정의 사무가 지방자치단체의 사무인지 혹은 국가의 사무인지의 구별은 실제에 있어서는 정치적으로 결정되기 쉽다. 따라서 그 구별은 상대적이다. 여기에 권한쟁의의 발생가능성을 발견할 수 있는 것이다. 국가의 소관사항이면서도 지방자치단체의 자주권과 관계가 있는 것은 공동관리사항이다. 이 경우에는 주민의 인권의 침해 정도와 이익의 비교형량이라는 또 하나의 가변적기준에 의한 결정이 행하여지게 된다. 이것 역시 견해대립의 여지가 있는 것이다.

### 4) 조예외 사항

조례의 제정이 허용되지 않는 영역의 문제이다. 즉, 본래부터 조례의 소관사항으로부터 제외되는 영역이 있느냐 하는 문제이다. 지방자치단체내부에 있어서는 조례와 규칙과의 관계에서 이 문제가 제기된다. 대외적관계에서는 조례는 해당 지방자치단체의 사무범위밖에는 미치지 않는다.

---

17) 西村弘一, 地方議會-議會の理論と實際-(學院書房, 1987), pp.79~81.

이 문제는 법령선점이론과도 관련하여 결정되어야 할 것이다.

#### 5) 죄형법정주의와 조례

헌법 제13조 제1항과 제12조 제1항은 죄형법정주의와 신체자유에 관하여 규정하고 있다. 지방자치법 제20조(별칙의 위임)가 위의 헌법규정에 위배되지 않는다는 문제가 제기된다. 다수설은 위배되지 않는다고 본다.<sup>18)</sup>그러나 그 논거는 다양하다. 조례준법률설의 입장에서는 조례는 주민의 대표기관인 의회의 민주적 절차를 거쳐 제정되는 것인 만큼 실질적으로는 법률에 준한다고 주장한다. 위임요건충족설의 입장에서는 지방자치법 제20조의 규정이 포괄적 위임 규정으로 생각되기 쉬우나 조례제정사항은 동법 제9조에 의해 한정될 뿐 아니라 별칙의 범위도 한정되므로 위임의 개별성·구체성이라는 요건이 충족되었다고 주장한다. 헌법 제117조 제1항에 의해 수권되었다고 보는 입장에서는 헌법 제117조 제1항이 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다고 규정할 수 있다고 규정하고 있고, 조례로 별칙을 제정할 것인가 하는 것도 법률로 자유로이 규정할 수 있다고 본다. 위 셋 견해 중 어느 것을 취하느냐에 따라 조례로서 별칙을 정하는 경우에 어떠한 근거 하에서 그리고 어느 범위까지 정할 수 있느냐 하는 것이 달라진다. 여기에 쟁의발생의 가능성이 있게 된다.

#### 6) 재산권법정주의와 조례

---

18) 山内一夫, 「條例への罰則の委任」, 別冊ジュリスト 地方自治判例百選(有斐閣, 1981)p.33.

헌법 제23조 제1항은 「모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다」고 규정하고 있으나 조례에 의해 재산권을 규제할 수 있는나에 대하여 견해의 대립이 있다. 조례제약불가능설의 입장에서는 재산권은 대부분의 경우 전국적인 거래의 대상이 되므로 그 내용을 규제하거나 제약을 하기 위해서는 통일적으로 법률로 해야한다고 주장한다. 조례제약 가능성설 입장에서는 조례준법률설을 내세워 조례로서 재산권을 제약할 수 있다고 주장한다. 이 견해도 지방자치단체의 사무·기능과 지방자치법 제20조(벌칙의 위임)에 비추어, 무조건 독립적으로 조례를 제정해서 재산권을 제약할 수 있는 것은 아니라고 한다.<sup>19)</sup> 재산권의 내용은 전국적이고 획일적인 것이다. 이것이 공공의 복지증진을 위해서 필요한 경우에 법률로서 제한할 수 있다는 것이 헌법의 취지이다. 따라서 특정한 지방자치단체의 필요에 의해 조례로서 제약한다면 다른 지방자치단체에 영향을 주게 되고 결과적으로 국가전체의 질서에 영향을 주게 될 것이다. 그러한 이유로 조례제약불가능설이 설득력이 있다. 그러나 지방자치단체의 특수한 자연적·사회적사정에 의해 재산권의 행사방법이나 태양을 조례로서 최소한도로 규제·조정하는 것은 행정상의 손실보상을 전제로 한다면 가능하다고 보아야 할 것이다. 환경보전문제, 교통문제등에 효율적으로 대처하기 위해서도 더욱 그러하다. 여기에도 쟁의발생과 가능성이 있다.

---

19) 時岡弘, 지방행정법(평론사, 1971)pp.325~327.

## 7) 조세법률주의와 조례

헌법 제59조는 「조세의 종목과 세율은 법률로 정한다」고 규정하고 있다. 지방세법시행규칙 제3조는 지방세의 종목, 조세객체, 조세표준, 세율 기타 부과징수에 필요한 사항을 정함에 있어서는 조례로서 하여야 한다고 규정하고 있다. 지방세의 기준 세율은 지방세법에 규정되어 있고 다만 그 세율의 범위내에서 지방자치단체의 조례로서 구체적인 세율을 결정하도록 하였으므로 헌법이 요구하는 조세법률주의에 반하지 않는다고 한다.<sup>20)</sup> 그러나 최근자동차세의 세율을 지방자치단체의 특수성에 따라 최고 50%까지 차이를 두도록 한 것에 대하여 조세법률주의에 저촉되지 않는다는 주장이 있었다. 지방자치단체가 그의 재정을 전적으로 조세법률주의에 의해 마련된 국가의 재정에 존재한다는 것은 헌법이 보장한 지방자치단체의 자치권을 무의미한 것으로 만들 가능성이 있다. 지방자치법 제132조(경비의 지출)도 지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무가 있다고 규정하고 있는 것 등을 종합할 때에 지방자치단체의 자치권 중에는 자치재정권의 일환으로서 조세조례주의의 원칙이 내재되어 있다는 주장<sup>21)</sup>은 주목할 가치가 있는 견해라 할 것이다. 이러한 주장과 더불어 지방자치단체의 재정자립도의 확충을 위한 노력이 앞으로 활발해지면서 많은

20) 김도창, 일반행정법론(하) (청운사,1991), p.72.

21) 北野弘久, 「自治體の 憲法的 基礎」, 特集 憲法と地方自治, 법률시보 47권 3호(일본평론사, 1975), pp.328~330.

쟁의발생의 가능성이 있다.

#### 8) 기본권보장규정과 조례

헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안 전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체에 있어서도 조례로서 공공복리나 질서유지를 위하여 그의 자치사무와 관련하여 주민의 자유와 권리를 제한할 수 있다 할 것인가가<sup>22)</sup> 그 구체적 내용을 둘러싸고 국가기관과의 관계에서 쟁의발생의 가능성이 있다.

### 4. 지방자치단체에 대한 국가의 통제·감독

우리나라 지방자치법 제9장은 국가의 지방자치단체에 대한 지도·감독에 관하여 규정하고 있다. 이 경우에 문제가 되는 것이 통제의 정도·주체·대상기관등이다. 지방자치법 제157조 제1항은 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사와 그 시정을 명하고 이를 이행하지 않을 때에는 취소하거나 정지할 수 있다. 다만 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다고 규정하고 있다. 이러한 강력한 통제·감독권에 대하여 문제점이 지적되고 있다. 첫째, 자치

---

22) 時岡弘, 전계서, pp.328~330.



단체장의 명령·처분의 위법 여부의 판단은 시·도지사 또는 장관이 내릴 수 없고 그러한 것은 사법부의 기능영역이라는 것이다. 둘째, 지방자치법 제157조 제2항 이 취소·정지에 대하여 이의가 있는 때에는 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는 바 이것은 본말이 전도된 것이라는 것이다. 그 이유는 법운영의 통념상 위법임을 주장하는 측이 소를 법원에 제기하도록 하는 것이 법의 상식이라는 것이다. 셋째, 지방자치법 제157조 제1항이 단체위임사무까지도 공익에 반한다는 이유만으로 이를 취소·정지할 수 있도록 한 것은 중앙통제의 정도를 지나치게 강화함으로써 지방자치단체를 중앙정부의 하급행정기관으로 전락시켰다는 것이다.<sup>23)</sup> 이러한 문제점은 앞으로 지방자치가 활성화되면서 헌법 제8장과 관련하여 쟁의발생의 가능성이 높다.

## 5. 지방자치단체의 국정참가

사회·경제상황의 변화에 따라 국가와 지방자치단체의 관계를 새로운 관점에서의 검토가 요청되고 있다. 그것은 국가와 지방자치단체의 관계개선과 기능분담의 적정화, 개별성에 있어서의 협의, 동의등의 병렬적인 협력·협동관계의 촉진, 지방자치단체와 이해관계가 있는 법령의 제정, 개발등에 지방자치단체의 의견의 제시와 반영방안등의 문제를 제

---

23) 정세욱, 전개발표논문요지, pp.21~36.

기하고 있다. 그 배경은 시민의 행정예의 참가내지 정책결정에의 참가와 그 맥락을 같이하고 있다. 고도의 산업사회에 있어서 소외된 시민의 불만을 해소하고 그들의 의사를 정책형성에 흡수토록 함으로서 정책결정에 참가내지 참여케 할 수 있는 방안의 하나가 지방자치단체의 국정참가인 것이다. 이것은 대등한 지위에 있는 국가와 지방자치단체가 병립적 협력관계에서 오는 당연한 귀결인 것이다. 전체의사는 부분의사에 의해 형성되고 부분의사는 전체의사속에서 정서되어야 하는 것인 만큼 국민의 전체의사·전체이익을 결합하는 국가와 주민의 부분의사·부분이익을 대표하는 지방자치단체에는 의사나 이익의 대유관계가 이루어져야 한다. 이를 위한 방법의 하나로서 지방자치단체의 국정참가가 필요한 것이다. 그 구체적 내용으로는 지방자치단체의 의견진술권, 공동작업권, 공동결정권등을 들 수 있다. 이러한 권한의 범위와 행사방법 그리고 그 법적효과등을 둘러싸고 권한쟁의가 발생할 가능성이 있다.<sup>24)</sup>

---

24) 成田頼明, 「地方公共團體の 國政參加(上)」, 自治研究 製55卷 9號(良書普及會, 1979), pp.3~12.

## 제2절 권한쟁의심판제도의 유형

### 1. 권한쟁의심판제도의 유형 검토의 필요성

헌법 제111조 제1항 4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 2호가 규정하고 있는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 어떠한 양상으로 제기될 가능성이 있을 것인가 하는 것을 파악하기 위해 권한쟁의의 유형을 검토한 바 있고, 또한 국가와 지방자치단체가 본질적으로 어떠한 법적관계에 있는가를 검토하였다. 이 검토를 통하여 국가와 지방자치단체의 법적관계가 입장에 따라서는 그 내용이 상이하다는 것을 알 수 있었고, 앞으로 지방자치단체의 자치행정이 활성화됨에 따라 지방자치단체의 자치권확장요구가 강력하게 제기될 것이며, 중앙집권적 의식이 아직도 강한 국가기관구성원의 의식구조에 따른 국가기관의 권한행사간에 쟁의가 여러 면에서 발생할 가능성이 많음을 알 수 있었다. 이러한 권한쟁의를 어떻게 하면 효과적으로 해결할 수 있을 것인가를 검토하는 데에 있어서의 첫 관문은 어떠한 심판제도가 바람직한 것인가 하는 것을 밝히는 것으로 생각된다.

일반론으로서 바람직한 권한쟁의심판제도의 모색은 그러한 권한쟁의심판의 대상이 어떠한 것인가에 따라 달라질 것이다. 제2장과 제3장에서 검토한 바와 같이 지방자치단체의 자치권의 본질은 정치적 요소를 많이 포함하고 있으

며, 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의에서는 정치적 요소 외에 추상적인 규범적 문제와 구체적 사건등이 있다. 추상적인 규범적 문제는 헌법률 및 헌법원칙에 관련되는 문제와 법률적 문제가 있고, 구체적 사건에서도 위헌문제와 위법 문제가 있다. 정치적문제, 추상적 규범문제, 구체적 사건등을 내포하고 있는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 심판하는 데에 있어서 어떠한 기관이 이를 담당하는 것이 보다 효과적인가에 대한 해답은 판단의 공정성과 국민 내지 주민의 기본권보장의 확보여부에 달려 있다.

쟁의의 심판에 있어서는 보통 사법사실이라고 불리우는 소송사실(facts of the case)의 규명으로 부터 시작된다. 즉, 누가, 무엇을, 어디에서, 어떻게, 어떠한 동기에서 행하였는가를 밝히는 것이다.<sup>25)</sup> 물론 법원등의 심판기관이 법으로 구체화된 가치기준에 의해 쟁의를 판단함에는 그것이 인정되게 된 배경적 사실 즉, 입법사실 또는 헌법사실을 고려해야 한다. 「법전속의 법」(law in books)과 「살아있는 법」(law in action)의 차이점을 없애고, 입법의 시대정신을 살리는 것이 심판기관에 부여되고 있는 사명인 것이다. 그러한 심판기관의 심판에는 적용되는 법과 사실에 대한 충분한 파악을 필요로 하며, 또한 그 심판을 통하여 법자체가 변화하는 것이다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 해결하기 위한 첫째의 방법은 양당사무간의 직접대화이다. 소송사무를 가장 정확하게 발견할 수 있는 방

---

25) K.C.Davis, Administrative Law Text 3d ed. (West Publishing Co.), p.296.

법이다. 그러나 실제에 있어서 직접대화로는 권한쟁의가 해결될 수 없는 경우가 대부분일 것으로 생각된다. 왜냐하면 중앙집권적 의식이 강한 국가기관구성원과 그러한 의식에 순화되어 있는 국민의식이 강한 우리 현실에서 권한쟁의가 발생한 것은 벌써 간접대화로서 해결될 수 있는 단계를 넘어선 경우가 대부분이기 때문이다. 여기에 권한쟁의 심판제도의 필요성이 존재하게 된다. 또한 공정하고도 신속한 권한쟁의심판제도인 동시에 당사자에게는 비용이 적게 소요되는 제도, 즉 국민을 위한 그리고 국민이 납득할 수 있는 심판제도의 모색이 필요한 것이다. 이를 위해서 본 장 제1절에서 검토한 예측될 수 있는 권한쟁의사항을 해결할 수 있는 권한쟁의심판제도의 유형을 검토할 필요가 있다.

## 2. 권한쟁의심판제도의 유형

### 1) 총 설

권한쟁의심판제도의 유형은 그 분류의 기준에 따라 여러 형태로 구분될 수 있다. 대륙형심판제도와 미국형심판제도, 제도적 통제와 재판적 통제, 정치적 통제와 사법적 통제등이다.<sup>26)</sup>

대륙형심판제도는 주로 오스트리아, 이태리, 프랑스, 독일의 제도를 말한다. 그것은 최고법규범인 헌법의 보장제도

---

26) 齊藤壽, 각국헌법개설(평론사, 1974), pp.367~371.

로서의 위헌심판제도를 기준으로 하여, 오스트리아는 이전의 공화제헌법하에서 헌법재판소를 발족시켰고, 이태리는 라틴어계국가로서는 처음으로 특별한 헌법재판소를 창설하였으며, 프랑스는 정치적 통제로서는 지난날의 호헌원로원을 두고 있고, 독일에서는 Weimar 헌법하에서 태동했던 헌법에 의한 기본권의 보장을, 위헌심사로서 충족하는 것이 바람직하다는 관점에서 Nazis하의 입법권력의 남용에 대한 반성과 더불어 창설된 연방헌법재판소등을 근거로 하고 있는 것이다.<sup>27)</sup> 독일연방헌법재판소의 권한에 관하여는 기본법 제93조 제1항이 ①연방최고기관, 또는 이 기본법과 연방최고기관의 규칙에 의해 고유의 권리를 인정받은 여지의 관계기관의 권리 및 의무의 범위에 관한 쟁송을 계기로 하는 이 기본법의 해석 ②연방법 또는 주법이 이 기본법에 형식적·실질적으로 적합한가의 여부 또는 그것에 관하여 의견의 상위나 의문에 관하여 연방정부·주정부, 연방의회회원 3분의 1의 제기에 의한 것 ③연방 및 주의 권리의무, 특히 주에 의한 연방법의 집행 및 연방감독의 수행에 있어서의 권리의무에 관한 의견의 상위 ④다른 출소수단이 없는 경우에 있어서 연방과 주간, 주와 주간, 또는 주내부에 있어서의 여타 공법상의 쟁송을 재판하도록 규정하고 있다.

독일 기본법 제95조 제1항은 연방은 통상재판권, 행정재판권, 재정재판권, 노동재판권의 영역에 관하여 연방은 최

---

27) 芦部 信喜, 憲法訴訟の 現代的 展開(有斐周, 1982), p.4~7.

상급법원으로서 연방통상법원, 연방행정법원, 연방노동법원 및 연방사회법원을 설치한다고 규정하고 있다. 한편 프랑스에서는 위헌심사를 주도하는 헌법원<sup>28)</sup>과 행정사건의 최고자인 국참사원이 있다. 미국은 연방최고재판소에 의해 대표되는 사법부가 위헌심판을 담당하여 미국형 위헌심판 제도를 확립하였으며 우리 나라 등 많은 국가에 영향을 미치고 있다.

국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의는 결국 권한의 근거가 되는 헌법, 법률등의 해석에 귀결되므로 그것은 위헌, 위법을 주장하는 측과 합헌, 적법을 주장하는 측과의 쟁의인 것이다. 따라서 어떠한 권한쟁의심판제도가 우리에게 가장 바람직한 것인가의 문제에 접근하는 하나의 방법으로 기히 활용되고 있는 제도와 필자가 검토될 가치가 있지 않을까 생각되는 제도를 제시하기로 한다.

## 2) 헌법재판소

권한을 둘러싼 쟁의에 있어서 가장 핵심은 그것의 위헌여부이다. 따라서 이러한 문제를 헌법의 수호자(Hüter der Verfassung)로서의 헌법재판소나 이와 유사한 기관이 심판하는 것은 당연하다.

서구사회에 있어서 법정입권자의 일정한 행위를 보다 고차원적이고 영속적원리에 복종케 할 필요가 있다는 사상은 고대아테네의 nómoi와 psephismata에서도 발견할 수 있다. nómoi는 반영구적인 규범으로서 통상적인 입법절차로는

---

28) 한건우, 「프랑스 제5공화국 헌법원의 위헌법률심판제도와 그 현황」, 헌법재판의 이론과 실제(헌법재판소, 1990), p.93 ff.

수정될 수 없고 헌법개정과 유사한 절차가 요구된데에 반하여, psephismata는 시민집회(ecclesia)에 의해 제정되었고 그것은 nómoi와 일치할 때에만 유효했고 아테네의 법관은 nómoi와 psephismata에 따라 재판을 하되, nómoi에 저촉되지 않는 한 psephismata를 적용할 수 있었던 것이다. 중세에 있어서도 법 내지 권리(jurisdictio)와 통치(gubernaculum)사이에는 정치권력의 이분법이 존재하였다. 즉, jurisdictio의 영역은 헌법적 원리였고 그것은 주권의 연원의 하나로서 왕도 마음대로 변경할 수 없었다. 그러나 gubernaculum의 영역은 왕의 특권 그 자체였고 왕이 절대적 존재였다. 17세기에 프랑스는 특수 프랑스적 헌법인 「주권의 법률」(leges imperii)의 이론을 발전시켜 그것은 왕이나 유족사회가 마음대로 변경할 수 없는 것으로 주장되었다. 즉, 그들은 법령이 근본법에의 위반여부를 심사할 권한과 의무가 있음을 주장하였고 그것은 또한 왕의 소송자문회의(conseil des parties)와의 권한쟁의를 초래하였다.<sup>29)</sup> 여기에 우리는 대륙형위헌심사 내지 권한쟁의심판제도의 맹아를 발견할 수 있다.

독일에서의 위헌심사의 주장은 Weimar공화국시대에도 있었으나 Nazis 등장과 더불어 법치국가 그 자체가 형체화하였다. 1949년의 서독의 기본법은 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)을 설립하고 연방법의 합헌성에 관한 심사권에 있어서는 구체적 규범심사 뿐만 아니라, 추상적

---

29) 和田英夫, 전게서, pp.6~11.



규범의 심사권을 부여하였으며 권한쟁의의 심판권도 행사토록 한 것이다.

1947년의 이태리 공화국헌법 제134조는 15인의 재판관으로 구성되는 헌법재판소에게 ① 국가 및 주의 법률 그리고 법률의 효력을 갖는 명령의 합헌성에 관한 쟁의, ② 국가의 제권력간에 있어서의 권한쟁의, 그리고 국가와 주, 주 상호간의 권한쟁의 등의 심판권을 부여하고 있다.

이태리, 오스트리아 등 서구의 헌법재판소의 모범이라고 불리우는 독일의 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제1조가 규정하는 바와 같이, 재판관의 독립에 관한 모든 보장이 부여되고 실질적 의미의 재판활동을 하는 독립한 법원인 것이다. 그 결정은 기본법에 포함되어 있지 않는 새로운 것을 발견하는 것이 아니라 헌법제정권이나 입법자의 의지의 내용으로 기히 결정되어 있는 것을 확인하고 구체화하는 것이다. 그러나 연방헌법재판소가 헌법의 수호자이고 헌법 그 자체가 정치적인 법임으로 정치적 문제와 필연적으로 연관을 갖게 된다. 이것은 Weimar 헌법상에서의 국사재판소(Staatsgerichtshof)가 모든 헌법쟁의의 배경에는 권력문제에까지 발전되어 가는 정치적 문제가 있음을 경험한 것과 같은 것이다. 동적이고 비합리적 영역으로서의 정치적 문제와 정적이고 합리적인 영역으로서의 법적 문제간의 긴장관계는 헌법재판에도 영향을 미쳐 여러 특징을 갖게 한다. 헌법재판소의 재판관이 적용하여야 할 헌법규범이 정치적인 것을 대상으로 하고 있을 때에는 정치적인 것으로부터의 차단을 필요로 하며, 소송절차에 있어서

도 다른 재판의 소송절차와는 달리 보다 융통성이 있는 것이 요구된다. 또한 그 판결의 내용이 많은 경우 확인판결의 형식이 되고 국가와 지방자치단체 등에서 일정한 방향을 제시하는 것이 될 것이다.

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 심판기관으로 헌법재판소가 대륙형 위헌심판제도를 채택하고 있는 국가에서 많음을 위에서 검토하였다. 이 제도를 채택함에 있어서 고려되어야 할 사항은 권한에 관한 최고규범인 헌법적인 것의 해석이 정치적 문제인 만큼, 객관적 재판을 위해 어떻게 하면 정치적인 것으로부터의 영향을 차단하느냐의 것과 국민이 납득할 재판절차를 마련하느냐의 문제에 귀일된다 할 것이다. 한편 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의가 법률적 차원의 것일 때 이것까지도 헌법재판소가 담당해야 하는 가 그렇지 않으면 그것은 다른 법원의 권한으로 할 것인가의 문제가 검토될 필요가 있게 된다.

### 3) 일반법원(대법원)

미국헌법 제3조 제1절(사법권의 귀속)은 사법권은 하나의 최고재판소와 연방의회가 설치하는 하급법원에 속한다고 규정하고, 제2절(관할권)에서 미합중국이 당사자인 쟁송에 사법권을 가지며, 주가 당사자인 사건은 최고재판소가 제1심관할권을 가진다고 규정하고 있다. 미국연방최고재판소는 1803년 *Marbury v. Madison* 판결에서 헌법에 명문의 규정이 없음에도 불구하고 헌법의 최고법규성과 사법권의 성질을 근거로 하여 연방의회가 제정한 법률의 헌법적합성을 판단하는 권한 동재판소가 갖고 있음을 판시하여 위헌

심사제를 확립하였다.<sup>30)</sup> 즉 연방최고재판소의 재판관은 그들이 그 구체적 내용을 판단한 헌법을 갖고 재판한 것이다.(We are under a constitution, but the constitution is what judge say it is.).

이러한 위헌심사제도는 권력분립의 침해, 사법권의 우위, 절박한 당파적 정치로부터의 강력한 영향 등의 반대론을 가져왔다. 한 나라에 있어서 최고의, 그리고 최종적 결정을 하는 재판관은 사회의 어떤 계층에서 어떠한 절차에 의해 선임될 것이며, 그들은 법률가인가 혹은 입법부의원인가, 그렇지 않으면 대학교수인가 등에 따라서 그 결정내용이 달라질 수 있음을 주장한다. 또한 소수의 재판관에 의해 구성되는 기관에게 국민의 대표로서 구성되는 입법부의 결정을 통제케 하는 것은 국민주권의 원리에 대한 도전으로서 받아들이고 이를 비판한다. 「재판관정치」의 가능성을 경계하는 것이다. 이러한 문제는 F.D.Roosevelt대통령의 New Deal정책에 대한 최고재판소의 위헌판결<sup>31)</sup>과 1936년의 사법개혁안을 둘러싼 대통령과 최고재판소의 대립에서도 볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 미국의 법관의 많은 수가 선거에 의해 선임된다고 하는 사실과 제이차대전 후 미국의 최고재판소가 「법원에 의한 혁신」(Judicial Innovation)을 감행하여 사법적극주의의 평가를 받게 된 사실을 유념할 필요가 있다.

---

30) 阿部照哉·火田博行, 世界の憲法集(有信堂,1991), pp.2~4.

31) 1935년1월 이후 New Deal제입법의 합헌성 여부가 문제가 된 중요한 10건중 8건을 위헌으로 판결되었다.

국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의의 심판을 일반법원 즉, 대법원 내지 최고재판소를 거점으로 하는 사법기관에서 심판케 하는 경우에 있어서의 이점과 문제점에 관한 해답은 위에서 검토한 미국의 제도에서도 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

#### 4) 입법부

입법부가 결정한 법률의 위헌여부의 판단을 입법권이 갖고 있는 입법부에게 그 심판을 담당케 하는 것은 입법부의 입법권을 존중하고 또한 헌법개정절차 등에 관여할 수 있는 경우에는 그러한 권한을 존중하는 뜻에서도 설득력이 있다. 특히 위헌여부의 문제가 정치적 문제인 경우가 많은 것인 만큼 정치의 장이기도 한 입법부에서 심의하는 것은 해결을 보다 용이하게 할 것이다. 양원제를 채택하고 있는 연방제의 국가의 경우에는 연방과 지방간의 권한쟁의에 있어서는 상원에서 그러한 권한쟁의를 심판케 하는 것은 또한 많은 리점이 있을 것이다. 그러나 단일국가인 우리나라에 있어서 입법부에 의한 권한쟁의심판은 정쟁을 되풀이하는 결과만을 가져올 우려가 있다. 다만 남북한의 통일 후에 상황에 따라 검토될 수도 있을 것이다.

#### 5) 중재심판

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 발생했을 때 그 쟁점은 그러한 권한의 근거규범인 헌법, 법률 등의 해석을 둘러싼 쟁의일 것이다. 따라서 양당사간에는 나름대로의 정당성을 주장하는 논거가 있게 마련이다. 따라서 쟁의해결의 첫 단계는 이 양당사자로부터 자유스럽게 그들의 주

장을 청취하여 해결점을 모색하는 것이다. 물론 그 해결점은 법테두리 내의 것이어야 함은 재언을 요하지 않는다. 이러한 결과를 도출하기 위해서는 법률가인 중재자의 도움이 필요하다. 이 중재자를 누구로 할 것인가 하는 것은 중재심판결과에 큰 영향을 줄 뿐만 아니라 앞으로의 우리나라에 있어서 권한쟁의심판제도의 발전방향에 많은 도움이 될 것이다.

중재심판관은 권한쟁의심판기관과 기관이 있는 자가 바람직하다. 중재심판단계에서 권한쟁의가 해결되지 않으면 결국 그 쟁의는 권한쟁의심판기관에서 다루어지기 때문이다. 그러한 점에서 볼 때 우리나라에서는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 심판권을 갖고 있는 헌법재판소의 구성원중에 중재심판관이 선임되는 것이 바람직하다. 이 비재판적 중재심판에서 양당사자의 주장이 충분히 개진되면 중재심판관은 비공식적 의견으로서의 조언을 통하여 그 쟁의가 헌법재판소에 제기되었을 경우의 결과를 암시할 가능성이 있고 그것은 남소의 폐단도 막아줄 것이다. 그것은 또한 헌법재판소의 부담도 줄이는 효과도 있다.

이러한 중재심판관을 헌법재판소에서 선임한다고 할 때에는 헌법재판소구성원의 확충 내지 기구개편의 문제가 제기된다.

독일의 연방헌법재판소의 구성을 보면 당초에는 24명의 재판관이 각 12명씩 1부·2부로 나누어져 있었다. 이들 재판관은 연방회의와 연방참의원에서 각각 반씩 선임되었고 그중 8명의 재판관은 연방고등법원으로부터 선출되었다.

제1부는 주로 기본권의 침해에 관한 규범통제절차와 헌법소송을 담당하였고, 제2부는 주로 국가기관의 조직구성의 원칙을 담당하였다. 또한 제1부·제2부의 합동 대법정에서는 대통령의 요청이 있으면 정식제소에 앞서 연방헌법문제에 관한 권고적 의견을 제출할 수 있었으나 1956년의 연방헌법재판소의 개정으로 이 권한은 삭제되었다.

한편 프랑스의 국참사원은 행정재판영역에 있어서는 최고 재판소의 지위에서 재정할 수 있을 뿐만 아니라 동시에 정부의 자문기관으로서의 기능도 담당하고 있다. 자문의 내용은 법률안, 행정입법 등에 관한 것이다. 국참사원의 조직을 보면 1개의 소송협회와 5개의 행정부회로 구성된다. 소송부회는 10개의 분회로 나누어지고, 5개의 행정부회중 내무, 공토목, 사회, 재무 등 4개의 부회는 자문적 기능을 수행하며 나머지 하나의 부회는 조사부회이다.

이러한 독일연방헌법재판소와 프랑스의 국참사원의 경우를 참고로 하여, 중재심판제도를 채택할 경우에 중재심판부를 헌법재판소내에 두는 것과 헌법재판소의 연구관으로 하여금 이러한 중재심판을 담당케 하는 방안도 고려될 수 있을 것이다.

중재심판제도를 채택할 경우에 고려되어야 할 또 하나의 사항은 이 중재심판을 필요적 절차로 할 것인가 그렇지 않으면 임의적 절차로 해서 양당사자중 일방이라도 불응하면 바로 헌법재판소에 제소할 수 있도록 할 것인가의 문제이다. 행정·소송 경제적면에서 볼 때에는 필요적 절차로 할 것이 바람직하다고 생각된다. 이 중재심판제도의 도입에

있어서는 공개적 입장에서 행하여질 수 있도록 장소적배려의 문제와 소유주가 다양한 언론매체로부터의 보호문제도 검토될 필요가 있을 것이다.

## 제4장 프랑스, 독일, 일본의 권한쟁의 심판

### 제1절 프랑스의 권한쟁의심판

#### 1. 개 념

프랑스에는 지방자치단체로서 시(commune),도(département), 레지옹(région)이 있는바, 레지옹은 일정수의 도로 구성된다. 레지옹은 프랑스에서의 지방자치를 대폭 강화한 1982년 3월 2일의 법률에 의하여 창설된 것이나, 이에 관하여는 아직 적절한 판례가 나오지 않고 있으므로, 이하에서는 시·도와 국가와의 관계에 관하여만 약술한다. 1982년 이전에는 프랑스는 기본적으로 중앙집권제의 국가로서, 중앙행정은 시 또는 도의 자치행정에 대하여 상당히 광범

위한 통제(tutelle)를 행하고 있었다.

그러나 1982년 3월2일의 법률로 지방자치권이 확대되고, 또한 국가에 의한 통제도 종래의 행정적통제방식이 대폭 축소되어, 지방자치단체의 행정에 대한 적법성통제는 기본적으로 국가의 대표인 Préfet<sup>32)</sup>에 의한 행정재판소의 월권소송제기에 의한 당해행위의 취소를 구하는 것이 원칙으로 되어 있다.

다음에서는 1982년 이전과 이후에 있어서의 시·도와 국가와의 관계에 있어서의 소송법제에 관하여 기술기로 한다.

## 2. 1982년 이전의 소송관계

지방자치단체의 기관(시·도의회, 시장·도지사)이 국가에 의한 행정통제에 대하여 그 위법을 이유로 월권소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있는가의 문제에 대하여는 이미 오래전부터 국참사원의 판례는 이를 인정하고 있었다. 그것은 이들 기관은 기관 자신의 이익이 아니라, 당해 자치단체의 고유한 이익을 방어하는 것으로 인정되기 때문이다.

시·도의회는 그에 대한 중앙정부의 통제작용에 대하여 그

---

32) 한견우, 「프랑스 행정소송에 있어서 소제기의 적합성-월권소송에 있어서 소의 이익을 중심으로-」, 프랑스의 정부와 기본권보장(한국공법학회 학술발표회, 1987. 12. 5.) P. 21 ff.



취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있는 것으로 오래 전부터 판례상 인정되고 있었다.<sup>33)</sup>

시장이나 도지사도 시의 자치사무 또는 도의 자치사무의 집행에 대한 국가의 통제작용의 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있다. 예컨대 시장은 국가의 외부의 지위에서 도지사가 시장의 경찰처분을 취소하는 결정에 대하여는 그 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있는 것이다.<sup>34)</sup>

다만 시장이 지방자치단체의 장에서의 지위가 아니라, 중앙정부의 지방행정기관의 지위에서 행정작용을 하는 경우에, 중앙정부가 그에 대한 통제를 하는 경우에는, 그에 대한 월권소송의 제기는 허락되지 아니한다. 이것은 일반공무원이 그 상관의 처분의 위법을 이유로 월권소송을 제기하는 것은 허락되지 아니한다는 원칙의 당연한 결과이다.

지방자치단체의 통제기관으로서의 중앙정부기관도 일정한 경우에는 지방자치단체의 결정의 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있는 것으로 인정되고 있다. 그러나 중앙정부의 당해 기관이 지방자치단체에 대하여 혹은 상관의 지위에서, 혹은 지방자치단체에 대한 행정적통제권에 기하여 당해 결정을 취소할 수 있는 권한이 부여되고 있는 경우에는, 이러한 권한을 행사하여야 하는 것으로, 그럼에도 불구하고 지방자치단체의 당해 행정작용의 취소를 구하는 월권

---

33) Conseil d'Etat, 「쌍레제르드후르슈」 판결, 1898.12. 6.; C.E., 「세네갈」 도의회판결, 1911. 11. 26.

34) Conseil d'Etat, 「네리레뱅」 시장판결, 1902. 4. 18.;C.E., 「카이루스」 시장판결, 1908. 5. 22.

소송의 제기는 허용되지 아니하는 것이다.

중앙행정기관이 이처럼 직권으로 지방자치단체의 행정처분을 취소할 수 없는 경우에는 월권소송이 허락되는 것이다. 예컨대 Préfet는 시장에 의한 시공무원의 파면, 퇴직처분 또는 권한위임결정의 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있는 것이다. 35)

### 3. 1982.3.2.의 지방자치법 제정이후

이 법률은 특히 시의 자치권을 강화하고, 그에 대한 종래의 중앙정부의 통제를 대폭 축소하여, 그 통제는 Préfet에 의한 시의회 또는 시장의 결정의 취소를 구하는 월권소송의 제기에 의한 통제가 원칙으로 되어 있는 것임은 전술한 바와 같다.

동법 제2조는 자치사무에 관한 시의 중요한 결정은 Préfet에 통지되어야 효력을 발생한다고 규정하고 있다. 그에 해당하는 것으로는, 대체로 시의회의 의결, 시장의 경찰에 관한 규칙 또는 개별처분, 기타 시장의 제정하는 규칙일반, 시의 공무원의 경력 또는 징계에 관한 시장의 규칙 또는 개별처분등이다. 전기한 시의 결정은 Préfet에 통지됨으로써 효력을 발생한다. 그러나 이 경우 Préfet는 당해 시의 결정이 위법하다고 판단하는 경우에는 통지를 받은 날로부

---

35) Conseil d'Etat, 「뚜루즈」, 시장판결, 1911. 8. 7.; 「생프라카르」 시판결, 1911. 11. 24.; 「그라벨스」 시판결, 1913. 4. 11.; 「마르느」 도지사판결, 1951. 2. 2.

터 2개월이내에 월권소송을 제기하여 당해 결정의 취소를 청구할 수 있다. Préfet는 1982. 3. 2.의 법률 제2조에 명시적으로 규정되어 있는 사항 이외의 시의 결정에 대하여도 그 위법을 이유로 월권소송을 제기할 수 있다고 보는 것이 판례의 입장이다. 36)

전술한 바와 같이 1982. 3. 2.의 법률은 시의 자치사무의 집행에 대한 통제는 종래의 행정적통제를 지장하여 원칙적으로 재판통제로 대체하였다. 그럼에도 불구하고 시의 자치사무에 대한 중앙정부의 행정적통제가 전혀 폐지된 것은 아닌 것으로, 예컨대 재정문제에 관하여는 여전히 행정적통제가 행하여지고 있는 것이다. 이러한 부문에서는 시장 또는 시의회는 중앙행정기관의 당해 통제작용이 위법하다고 판단하는 경우에는 그 월권소송을 제기하여 그 취소를 구할 수 있음은 물론이다.

동일 행정주체에 속하는 행정기관 사이에는 월권소송의 제기는 허용되지 아니한다. 그것은 이 경우에는 당해 행정기관은 관계 행정주체의 고유한 이익을 채용, 주장할 수 없는 것이기 때문이다. 그러나 장관 상호간에 법률문제에 관한 분쟁이 있는 경우에는 위의 원칙에 대한 유일한 예외로서 당사자에 의한 월권소송의 제기가 허용되고 있다. 국참사원이 이러한 예외를 인정하는 것은 당해분쟁에 대하여는 재판에 의한 해결을 하여주는 것이 바람직한 것이고 또한 이 경우는 분쟁당사자는 공무원의 경우와는 달리 상위

---

36) Conseil d'Etat, 지방자치단체 일반공제조합 판결, 1988. 1. 13

의 대등한 지위에 있다는 사실을 고려한 결과라고 생각된다.

#### 4. 재판적통제의 문제점

월권소송이 진정한 민중적소송이라고 일컬어지고는 있으나 2개의 재판계통간 그리고 행정재판내부에서의 권한배분이라는 법적해결이 요구되고 있다. 국참사원과 지방행정재판소(Tribunaux administratifs)에 공통의 행정소송절차법규의 제정에 의한 절차법제의 명확화가 필요하다. 1953년의 개혁으로 지방행정재판소를 설립하였으나 행정재판의 지연으로 말제사건이 루적되어 대규모개혁이 필요한 상태이다.

보전절차규정의 불비에도 문제가 있다. 행정재판에 있어서의 보전절차는 보전감정인 지명정도이고, 1980년의 국참사원의 판결은 민사소송법상의 가처분제도의 운용을 거부하고 있고, 행정결정의 집행행정지도 요건이 엄격하여 평균 6개월이 소요되고 있다.

법원에 의한 대행정명령의 금지원칙이 행정재판의 현대화를 가로막고 있다. 즉, 행정재판소의 재판관은 행정에 대하여 명령은 발할 수 없다고 하는 불문의 명령금지원칙은 행정재판관이 법적 의무가 있는 행정에 대하여 그 이행을 명하는 것이 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라는 견해와 정면으로 대립되는 것이다. 이러한 행정재판관의 자제

적해석은 극복되어야 할 문제이다.

1980년 7월 16일의 *astreintes*법은 행정재판판결의 불집행에 대한 제재금제도를 규정하고 있으나, 국민이 법원에 신청하도록 되어 있는바 이것은 국민에게는 불리한 것이다. 따라서 부집행의 행정에 대하여 소추할 수 있거나, 국참사원의 조사부회에서 이를 책임지도록 하는 것이 바람직한 것으로 지적되고 있다.

현행 행정재판의 위기의 핵심으로서 지적되고 있는 것이 행정 재판관의 부족이다. 행정재판제도의 근본적개혁과 더불어 행정소송의 예방책의 필요성이 강조되고 있다.<sup>37)</sup>

## 5. 헌법원의 역할과 그 공헌

프랑스의 헌법사에 있어서 헌법원과 동가치적인 것은 없다. 1789년 이후, 확립된 전통은 주권이라고 하는 Rousseau주의적 교의나 법률의 무류성으로 인하여, 의회나 의회의 활동에 대한 모든 통제는 적대적인 것으로 받아들여졌고 외국에서의 헌법재판의 경험은 신화적인 재판관정치로 이해 되었었다.

1959년의 헌법조문에서는 예측되지 못했던 변화가 1960년대, 1970년대의 개량노력과 헌법원 자신의 발전 그리고 정당, 학설의 뒷받침 아래 이루어졌다.

---

37) 廉子仁, 「フランスにおける 行政統制の 形態と 變造」, 現代 行政の 統制-フランス行政研究-(成文堂, 1990), PP.7~9.

1974년 10월 29일의 헌법개정으로 의회의 소수파에게도 의회를 준 것이 헌법원의 발전을 보증하는 것이 되었다. 또한 정치제도의 변화가 헌법원의 발전에 크게 기여하였다. 즉, 강력하고도 안정된 다수파권력의 존재가 평형추로서의 헌법재판의 필요성을 가져왔다. 동시에 정권교체라고 하는 새로운 현상은 조정자로서의 역할도 담당하도록 하였다. 정당도 다수파제도 속에서 차츰 헌법재판의 공헌을 이해하게 되었다. 더욱 1974년의 헌법개정이후의 새로운 상황에 빨리 적응하였다. 이렇게 해서 이태리형 또는 독일형의 헌법재판을 프랑스에 도입하려고 하였던 인민공화파(M.R.P)의 1946년의 초안을, 보수파의 도구로 보고 반대하였던 공산당과 사회당은 1970년대에 이르러서는 공공정부의 명령중에 보다 강력한 헌법재판을 요구하게 되었다. 입법부에 대한 통제가 프랑스에 있어서의 민주주의와 양립할 수 있음을 인식하게 된 것이다.

헌법원은 처음부터 관점에 따라 여러 가지로 호칭되었다. 즉, 스탈린형 합헌성의 통제를 행사하는 정치기관, 법적정치기관, 법원과 정치기관으로서의 양면을 가진 괴물과 같은 사법적정치기관 그리고 정치적재판소 등으로 불리워졌다. 이는 프랑스인의 헌법원을 보는 시각을 뜻하는 것이다. 그럼에도 불구하고 프랑스는 최근 30년 내지 40년간 대륙형의 헌법재판과 보조를 같이하고 있는 것이다.<sup>38)</sup>

헌법원의 구성을 보면 1959년에서 1980년까지 임명된 45

---

38) 小島武司등 편,

명중 35명은 법조인이었고, 20%가 법학교수의 자격을 갖고 있었으며, 약 65%가 법학사, 40%가 법학박사이었다. 많은 구성원이 의회의원이었고 몇 사람은 장관직을 역임한 바 있어, 통상적인 재판과는 다른 헌법소송의 성격상 직업적재판관과 함께 귀중한 존재이다.

헌법원에서의 소송절차는 선거에 관한 것과 아닌 것 간에는 현저한 차이가 있으나, 일반적성격을 추출할 수 있다. 즉, 서면에 의해 비밀리에 행하여지고 직권주의적이다. 모든 절차는 서면으로 행해진다. 비공식으로 구두로 행하는 것은 금지하는 규정은 없으나 권리로서 원용될 수 없다. 변호인의 구두변론은 행하여지지 않는다. 선거에 관한 것이외는 변호인의 관여는 배제되고 있다. 헌법원에의 소의 제기로부터 판결의 선고에 이르기까지 비밀주의이었다. 1983년 이후 소제기의 서류와 판결은 관보에 게재케 되었다. 헌법원재판관의 표결내용도 원칙적으로 공표되지 않는다. 헌법재판소는 행정재판소의 절차를 도입했다고 할 수 있다. 소의 병합, 수리 불가능한 소의 각하, 심리등 직권주의적성격을 발휘한다.

헌법원은 단순다수결로 판결을 결정한다. 다만 공화국대통령의 유고의 확인시는 구성원 절대다수의 찬성을 필요로 한다. 표결이 동수인 경우에는 원장이 결정한다. 판결의 형식은 적용되는 근거조문, 사유 및 주문으로 되어 있다. 헌법원의 최근 6년간은 국참사원의 평정관에 의해 주재되었다는 이유로 해서 판결서작성의 형식은 국참사원의 것과 유사하다.

헌법원의 판결의 권위는 헌법 제62조 제2항이 「헌법원의 판결에 대하여는 어떠한 구제도 허용되지 않는다. 헌법원의 판결은 공권력, 모든 행정 및 사법기관을 구속한다」고 규정한 것을 보면 알 수 있다. 헌법원의 판결에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 헌법원 자신도 할 수 없다는 것을 뜻한다. 판결은 공권력 즉, 대통령, 의회, 정부에 과하여 진다. 이러한 권력기관은 헌법원의 판결을 적용할 수 있을 뿐이다. 또한 판결은 모든 행정, 사법기관에게도 과하여진다. 헌법원은 그 권한의 대부분이 보다 고차원의 국가기관, 특히 입법부에 대하여 행사되는 경우에는 충돌이라고 하는 위험부담을 안고 있었다. 이 점에 있어서 국참사원이 그 기능에 따른 권위에도 불구하고 입법행위나 의회의 행위에 대한 통제를 자제하므로써 의회와의 관계를 좋게 유지하는데에 세심한 배려를 한 것과는 대조적이었다. 정부에 대하여도 국참사원은 그 통제의 영역에서 「통치행위」를 제외하므로써 유보의 영역을 유지하였으나, 헌법원은 오히려 그러한 행위를 통제하는 것을 그 사명으로 하는 것이다.

헌법원과 의회와의 첫 대립은 1959년, 1960년의 의회규칙의 통제를 둘러싸고 일어났다. 이 권한은 헌법 제61조 제1항에 규정되어 있는 것이다. 이것은 의회가 내부규칙을 제정하는 경우에 헌법이 인정하지 않는 권력을 행사하는 것을 방지하기 위한 것이다. 제3·4 공화국하에서 의회는 그러한 과오를 범하였으므로 의회에서 제정되거나 수정되는 규칙은 헌법원의 의무적통제하에 놓여 있으며 헌법원은 엄격한 태도로서 이 임무를 수행하였다. 그 결과 제5공화국



의 초기에는 헌법원과 의회의 의원들간에는 거의 적대적이라고 할 만한 긴장이 조성되었다. 더욱 그들 의원의 대부분이 제3·4 공화국의 고참의원이었다. 몇 차례에 걸친 이러한 긴장을 경험한 후에는 국민의회와 원로원의 의원도 이러한 통제에 따르게 되었다. 현재는 이 통제는 수정에 한정되어 있으나 논란의 여지가 없는 것으로 되어 있다. 합리화된 의회주의로 불리우는 중요한 요소를 헌법원은 형성한 것이다. 헌법원은 이 영역에서 약 40건의 판결을 하였다. 그 판결의 내용을 보면 많은 경우에 의회나 의원의 권리를 강화하는 것이었다.

1970년대 초까지 헌법원은 법률영역의 확장에 노력하였다. 헌법원 창설의 이유중의 하나가 입법권한과 행정입법권한간에 있어서 관할의 분할을 존중케 할 필요에서였다. 헌법 제34조(법률사항), 제37조(명령사항)은 이에 관한 사항을 규정하고 있다. 이렇게 해서 헌법원은 입법부인 의회가 그의 권한밖으로 나오지 않도록 하는 감시자로서의 역할을 수행하게 된 것이다. 이를 위해 세 방안이 주장되었다.

첫째, 헌법 제41조(의원제출법안의 관할에 관한 정의)에 의한 절차로서, 정부에게 의원제출의 법률안 또는 수정안이 법률의 소관이 아니고 또한 제38조에 의해 인정된 위임에 반하는 것이 입법절차의 과정에서 명백히 된 경우에는 이를 반대하고 필요하면 헌법원에 제소할 수 있도록 하는 것이다.

둘째, 헌법 제61조(법률의 합헌성심사)에 의한 절차로서

법률은 심서의 이전에 합헌성이 문제가 되었을 때에는 대통령, 수상, 국민의회의장, 원로원의장, 60명의 국민의회의원, 60명의 원로원의원등에 의해 헌법원에 제소할 수 있도록 한 것이다.

셋째, 헌법 제37조(명령사항)에 의한 절차로서 법률중에 과오에 의해 들어간 행정입법적 성격의 조문을 헌법원으로 하여금 확인케 하는 것이다. 헌법 제41조에 의한 첫째 절차는 거의 채용되지 않아 1959년에서 1977년까지 11건의 판결이 있을 뿐이다. 헌법 제61조에 의한 둘째 절차는 극히 드물었고 1982년 7월 30일의 원칙적판결로 최종적으로 금지되었다.<sup>39)</sup> 헌법 제37조에 의한 셋째 절차는 널리 행하여지고 있다. décret의 합법성을 재정하는 국참사원의 판례와 일치케 하는 방법으로 헌법원의 판례도 법률의 영역을 강화하는 쪽으로 나아가고 있다.

1974년의 헌법개정 이후, 법률의 합헌성심사가 헌법원의 중요한 임무가 되었다.

처음에는 대통령, 수상, 양원의 의장에게만 헌법원에 제소할 수 있었다. 1959년에서 1974년까지, 통상의 법에 대한 통제에 관하여는 9건의 판결, 조직법에 관하여는 20건의 판결이 있었을 뿐이다. 그러나 1974년에 60명의 국민의회의 의원이나 60명의 원로원의원이 헌법원에 제소할 수 있게 되면서 대단히 빨리 증가되었다. 1974년말에서 1987년 3월까지 129건의 통상의 법에 대한 통제가 있었다. 효과면

---

39) FAVOREU(L.) et PHILIP(L.), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 5 édition 1989, n°37.

에서 보면 1954년에서 1987년까지 70건의 무효판결이 있었다.

입법권과 행정권의 전통적인 권력분립이 다수파와 반대파의 대립·타협에 의해 교체된 민주주의의 체제하에서 헌법원은 평형을 유지하는 존재가 되었다. 의회에 대한 감시자이기 보다는 정부나 대통령 등 다수파에 대한 감시자로서의 역할이 증대되어 갔다. 법안의 90%가 정부 또는 대통령의 발의에 의한 것이므로, 헌법원은 현실적으로는 정부의 활동을 통제하게 된 것이다. 프랑스에서는 통상의 법원에게 법률의 합헌성을 판단하는 권한이 없기 때문이었다.

헌법원의 판례에 의해 규범의 계층성은 풍부해지고 다양해 졌다. 규범체계중에서 헌법의 지위가 다른 모든 규범을 뒷받침하는 기본적지위를 확립하게 되었으나, 다른 한편으로는 헌법의 지위가 다양화됨으로 인하여 헌법규범 자체내에서 계층성을 설정할 필요가 있지 않느냐 하는 문제와 헌법과 법률의 중간에 의회규칙이 아닌 통상의 법의 유효성을 조건 지우는 조직법이 필요하지 않느냐 하는 문제를 제기해 하였다.

정치, 행정, 사법제도에 관하여는 헌법원의 판결은 적용할 수 있는 헌법조문을 명확히 하고, 어느 분야에서는 불분명했던 헌법의 범위를 명백히 하였다. 행정제도에서는 지방자치단체의 개혁에 관하여 헌법원은 많은 판례를 냈다. 그 결과 국가에 있어서 지방자치단체의 지위를 향상시켰고, 지방분권에 있어서의 제한을 명확하게 하였다. 더욱 그 판례는 지방자치단체의 세 분류에 공통된 제도상의 통일성을

제시하였다. 이는 평등에 관한 헌법상의 원리에 의해 과하여질 수 있을 것으로 생각되는 통일성인 것이다.

헌법원이 내린 헌법의 해석을 행정재판소와 사법재판소의 수용여부의 문제가 제기되었다. 오래전에 있었던 의견의 상위로 인하여 그러한 의문이 통상법원에 의하여 헌법원의 판결의 적용과 관련하여 일어났다. 정혜원은 1985년 4월 25일의 판결<sup>40)</sup>에서 헌법원의 해석을 명백히 수용하였다. 그것은 판례를 변경하는 것이었다. 국참사원도 1985년 12월 20일의 판결<sup>41)</sup>에서 헌법원의 판결의 기판력을 명백히 인정하였다. 권한재판소도 1987년 1월 12일의 판결<sup>42)</sup>에서 헌법원의 판결의 권위를 인정하였다. 이러한 것은 결정적인 전기를 마련하여, 법의 여러 분야에서 헌법화의 움직임이 가속화되면서 확산되었다. 이러한 동향속에서 헌법원은 두 가지 문제를 제기하였다. 첫째, 헌법원의 힘의 증대가 정치제도속에서 불균형을 야기시키지 않도록 하기 위해 헌법원 스스로가 과하는 제한의 문제이다. 둘째, Europe인권재판소, EC재판소등과 더불어 Europe에서 실시되려고 하는 국내헌법재판소와 초국가적헌법재판소간의 연대의 문제이다.<sup>43)</sup>

호헌원로원(Sénat Conservateur), 헌법위원회(ComitéCon-

---

40) D. 1985, P.329 concl DONTENVILLE; D.1986, Chron, p.169, observ. FAVAREU.

41) S.A.Ets Outters, D. 1986 p.283, note FAVOREU.

42) Cie des Eaux, RFDA., 1987 n° 2.

43) Louis Favoreu · 植野妙實子 譯, 「憲法裁判」, フランスの裁判法制(일본비교법연구소, 1990), PP.5~32.

stitutionnel) 그리고 헌법원으로 이어지는 위헌입법심판제는 국참사원, 권한재판소와 더불어 합헌성의 통제를 통하여 지방자치단체의 조직·활동에 대한 국가의 관여의 한계를 명백히 함으로써 지방자치단체의 지위향상에 공헌하였다고 할 것이다.

특히 1901년 3월 29일의 Casanora씨등 사건의 월권소송에 관한 판결을 계기로 하여 납세자나 지역주민의 원고적격이 현저히 확장되어 재판과정에 의한 직접민주주의의 도입을 가져왔다. 그것은 제3공화국의 지방분권주의가 간접민주주의에 따른 정치과정의 부패와 지방자치담당관의 일반적이익추구의 적격미달을 가져 왔으나 국사참원의 행정관의 재판관적독립성을 기초로 하여, 재판과정에 의한 직접민주주의의 도입을 기도한 것이 바로 Casanova씨 판결의 의의인 것이다. 그것은 지방분권주의가 가져온 현실에 대한 지방분권주의의 진실한 이념을 구출하기 위한 실효적수단을 지역주민에게 다시 되돌려준 조치였던 것이다.<sup>44)</sup> 여기에 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 존재의의와 전모적구형을 발견할 수 있는 것으로 생각된다.<sup>45)</sup>

---

44) 巨理格, 「フランスにおける 國, 地方團體, 住民(1)」, 自治研究 59卷 3號(良書普及會, 1983), P.92 ff.

45) 巨理格, 「フランスにおける 國, 地方團體, 住民(1)」, 自治研究 59卷 3號(良書普及會, 1983), PP.92~102.

## 제2절 독일의 권한쟁의심판

### 1. 서 설

독일의 연방제는 국가통일 당시의 사정을 반영하여, 연방이 입법권을, Land가 집행권을 각각 우선적으로 갖도록 하는 독특한 형태를 가지고 있다. 이것은 Reich 통일을 주장하였던 Preußen과 통일 이전에 벌써 유능한 행정관료제를 정비하고 있었던 다른 중소 Land와의 타협에서 나온 것이다. 이렇게 해서 Land의 집행능력을 존중하면서 이용한 결과, Reich가 지방기관을 통하여 행하는 직접행정은 대단히 한정되어, 제정시대에는 Alsace-Lorraine의 직접행정 및 사회보험사업, 그리고 Weimar공화국시대에는 징세 및 실업보험사업 등 몇 안 되는 것이었다. 많은 Reich법은 모든 Land 그리고 최종적으로는 자치단체에 의해 집행되었다. Nazismus시대에 있어서의 연방제의 폐지와 패전에 의한 중앙국가의 소멸이라는 양극단을 경험한 후에, 1949년에 발족한 연방공화국은 다시 전통적인 입법·행정권의 배분으로 복귀하였다. 즉 Bonn 기본법은 입법권을 연방에 집중케 하는 한편으로는 집행권을 원칙적으로 Land에게 귀속시키고 그에 따라 지방자치제도의 규율권도 Land에게 맡겼다.

독일의 Bonn기본법 제28조 제2항은 「시읍면은 법률의 범위내에서, 지역적공동체의 모든 사항을, 자기의 책임하에 규율하는 권리가 보장되어야 한다. 시읍면조합도 또한 그들의 법률상의 임무의 범위내에서 법률에 따라 자치행정권을 보유하고 있다」고 규정하고 있다. 즉, 기본법 제28조 제2항이 보장하고 있는 자치행정은 지역적공동체의 사무를 국가의 지시나 후견적감독(Vermundshaft)을 받음이 없이 법질서의 기준에 따라 합목적적이라고 생각되는 방향으로 집행하는 권리인 것이다.

따라서 기본법 제28조 제2항은 단순히 일반적자치행정개념에 대한 법적정의를 내린 것이 아니라, 그 이상으로 기본법이 보장하고 있는 자치행정개념에는 전권한성 또는 보편성(Allzuständigkeit oder Universalität)의 원칙과 자기책임(Eigenverantwortlichkeit)의 원칙이 그 본질적요소로서 내재하고 있음을 규정한 것으로서, 이 두 원칙이 헌법이 보장한 자치행정권의 이대지주이다. 다만 자치행정권속에는 조례관정권이 포함되느냐에 관하여는 견해의 대립이 있음은 전술한 바와 같다. 전권한성의 원칙은 시읍면이 지역적 공동체의 모든 사무를 처리할 권리가 있음을 뜻한다. 자기책임의 원칙은 지역 내지 구역권(Gebietshoheit), 조직고권(Organisationshoheit), 인사고권(Personalhoheit), 계획고권(Planungshoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 법정입고권(Rechtssetzungshoheit), 자치(Auton-omie)등으로 구분된다.<sup>46)</sup>

기본법 제28조 제2항은 지방자치행정을 제도로서 보장하

고 있다. 제도적보장이론은 C.Schmidt에 의해 이론이 형성·주장된 것이다. Weimar헌법 제127조는 「시읍면 및 시읍면조합은 법률의 범위내에 있어서 자치행정의 권리를 보유한다」고 규정하고 있었다. 이 「법률의 범위내」라고 하는 규정에서 국가의 무제한한 침해의 권리가 연역됨으로서, Weimar헌법 제127조는 공허한 기본권 조항이라고 하는 학설과 Weimar시대의 헌법상황에 대하여, C.Schmidt는 저항적입장에서 제도적보장론을 주장한 것이다. 기본법 제28조 제2항은 Weimar헌법의 반성으로서, 「지역공동체의 모든 사무」와 「자기의 책임으로서」라는 문언을 넣으므로 자치행정의 사실상의 공동화의 위험성을 방지하려고 한 것이다. 기본법하에서 C.Schmidt의 제도적보장이론은 통설로 인정되고 있으나, 보장의 내용은 다음과 같이 세 요소를 포함하는 것으로 이해되고 있다.

첫째, 제도적인 범주체보장(institutionelle Rechtssubjektsgarantie)으로, 시읍면 및 시읍면조합이 존재해야 한다는 것으로서 제도로서 발지할 수 없다는 것을 의미한다. 둘째, 객관적인 법제도보장(objektive Rechtsinstitutionsgarantie)로서, 시읍면에는 지역적 공동체의 모든 사무를, 시읍면조합에는 권한이 있는 일정한 사무를 법률의 범위내에서 자기의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다는 것이다. 셋째, 주관적법적지위의 보장(subjektive Rechtsstellungsgarantie)으로서, 시읍면이 보장내용의 침해를 주장할 수 있

---

46) W.Roters, in : I.v.Münch, Grundgesetz-Kommentar, 1976, Art. 28. Rdmr.47.



는 경우를 인정하는 것이다. 이를 법제도적으로 인정한 것으로는 기본법 제93조 제1항 4호, 연방헌법재판소법 제91조의 규정이 있다.<sup>47)</sup> 또한 시읍면이 행정재판소법 제42조 제2항에 의해 항고소송을 제기할 수 있느냐는 문제도 제기된다.

지방자치의 보장에 관한 문제는 지방자치행정의 본질적내용 또는 핵심적 영역을 형성하는 사무가 무엇인가 하는 문제이다. 이 사무를 탐구함에도 상술한 세 방법론이 어느 것도 충분하지 않으므로 연방헌법재판소는 실제에는 세 방법론을 모두 적용하고 있다. 그러나 그 주된 논거는 지방자치제도의 역사적전개에 구하고 있는 것이다. 시읍면의 국가로부터 격리된 고유의 생존, 그러나 그 반면에는 생활관계의 사회국가원칙과의 일치라는 현실은 상호모순된다. 따라서 자치행정은 정태적일 수 없다. 그 존속과 활동은 끊임없이 변하는 것이다. 자치행정의 내용과 본질은 구체적인 경우에 역사적으로 생성된 개념이다. 여기에 독일에 있어서의 권한쟁의심판을 검토할 의의가 있는 것이다.

## 2. 기관쟁송

### 1) 연방헌법기관간의 기관쟁송

---

47) K.Stern, Kommentar zum Bonmer Grundgestz(Bonner Kommentar), 1964, RdNr. 60ff.

이것은 연방헌법기관들 간의 권리와 의무에 관한 쟁송에 대한 연방헌법재판소에 의한 쟁송을 말한다.<sup>48)</sup> 이들 헌법기관들은 서로 원고와 피고가 될 수가 있다. 이들 기관들은 다같이 하나의 국가에 속하는 것이기 때문에 이론적으로 주관적인 권리와 의무의 주체라고 하기보다는 관할권에 관한 상호간의 경계를 명확히 하고자 하는 데에 주목적이었다.

연방헌법재판소법 제67조 제5항에 의하면 연방헌법재판소는 단지 어떤 헌법기관의 조치가 기본법에 저촉되는지의 여부만을 확인한다. 그러나 연방헌법재판소의 판결은 피고관청에 대하여 이행의무를 지우는 효력을 갖는다. 왜냐하면 기본법 제93조 제1항, 제67조 제5항은 헌법기관들이 어떤 조치의 위헌성에 대한 헌법재판소의 판결에 기속되어야 한다는 점을 전제조건으로 하는 것이기 때문이다. 이는 단지 기본법 제20조 제3항의 법치국가의 원칙에서 나오는 것이므로, 그것은 통상 피고가 행정관청일 경우 행정쟁송에 있어서의 확인판결과 같은 것이다.

연방헌법재판소는 위헌적상태의 철폐를 직접 명하는 것으로 피고헌법기관을 기속하는 것이 아니라 법치주의원리에 따라 당해 헌법기관이 그 스스로 위헌적조치를 철폐하도록 함으로서 그 판결의 효력을 기한다고 할 것이다. 그 예로서 연방헌법재판소가 연방대통령에 의한 연방하원의 해산의 위헌성을 확인한다면 연방대통령은 그 해산조치를 철폐

---

48) 기본법 제93조 제1항, 연방헌법재판소법 제63조.

하는 형식이 그것이다. 그러므로 기관쟁송절차에 있어서 가치분도 가해진다. 이러한 가치분은 헌법재판소판결이 단순한 위헌요소의 확인에 불과하다고 하더라도 본안판결의 효력을 보장하기 위한 경우는 용인된다고 할 것이다.

1989년말까지 36건의 기관쟁송이 다루어졌으며 최근의 것으로는 1986년에 5건이 다루어 졌었다. 이 기관쟁송과 관련하여 그것이 법률의 내용으로서 야기되었을 때는 쟁송의 제기기간등이 있는 이 방식보다는 바로 추상적규범통제를 신청하는 것이 선호되고 있다. 주요한 쟁송사안으로는 정당보조금의 지급에 관한 것, 예산·성권의 배분, 의회의 조기해산, 의회의 조사위원회 권한사항등을 들 수 있다.

### 3. 연방과 주간의 쟁송

#### 1) 연방과 주간의 헌법적쟁송

(1) 연방과 주간의 권리와 의무에 관한 견해의 대립에 대한 쟁송(기본법 제93조 제1항 3호): 이는 특히 주에 의한 연방법의 집행이나 주행정에 대한 연방의 감독권행사와 관련된 견해의 대립이 쟁송의 요건이다(헌법적의미). 이 쟁송도 주권적인 권리·의무에 관한 분쟁을 전제로 한다. 이 경우의 권리와 의무는 기관쟁송의 경우와 같이 헌법에 기한 것에 한하며 일반법률에 기한 것은 쟁송의 대상이 되지 못한다.<sup>49)</sup> 그러므로 주는 예를 들어 연방의 위임행정의 영역

에 있어 연방정부의 훈령이 위법하다는 이유로 연방헌법재판소에 대하여 동 쟁송을 제기할 수 없다.<sup>49)</sup> 동 쟁송의 대상은 연방과 주간에 있어 권리와 의무에 관하여 구체적인 다툼이 있어야 한다. 이는 연방국가적원리에 관한 헌법적 사항이어야 하며, 그에 관한 사항이 아닌 한, 헌법적분쟁이라도 이 경우의 쟁송은 아니다. 이러한 이유에서 례를 들어 주가 연방에 대하여 연방이 국민의 기본권을 침해하고 있다는 이유로 이 쟁송을 제기할 수 없다.<sup>50)</sup> 그리고 이 쟁송의 대상은 연방과 주간에 있어, 권리의무관계상 상호간에 그에 기한 어떠한 법률행위를 주권적으로 요구할 수 있는 사항이어야 한다. 그러므로 단순히 객관적인 법률관계의 형식을 요구하는 것은 해당되지 아니한다. 즉, 이른바 헌법상 법률관계상에 쟁송의 당사자가 관련되어야 한다. 그것은 실체적헌법관계(materielles Verfassungsrechtsverhältnis)를 말한다.

예를 들면 연방과 주간의 재정원조관계(Finanzhilfeverhältnis)와 같은 것이다.<sup>52)</sup> 이러한 연방과 주의 분쟁은 연방과 주의 헌법기관간에 이루어진다. 따라서 연방헌법재판소법 제69조는 이러한 쟁송에 대하여 기관쟁송에 관한 동법 제64~67조가 적용되도록 규정하고 있다. 이 경우의 원·피고는 연방정부와 주정부에 한정된다. 그러므로 연방

---

49) BVerfGE 1, 14; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991. S. 135.

50) BVerfGE, DVBI 1990, 765 ff.

51) BVerfGE 12, 205; Pestalozza, S. 135.

52) BVerfGE 13, 54(72f.)

내에서 기관쟁송이나 추상적 규범통제에서와는 달리 의회는 당사자가 될 수 없다. 심리의 기준은 기본법의 관할권 규정 및 헌법상의 연방주의원칙(der ungesriebene Grundsatz der Bundstreue)이다.

1976년 이후 이러한 연방과 주간의 쟁송은 원자력시설의 설치 및 운용과 관련하여 연방감독권의 행사에 관한 분쟁으로 새로이 부각되고 있다. 1990년 5월 Nordrhein-Westfalen주는 주가 행사하는 연방법의 집행과 관련하여 연방의 감독권에 입각한 원자력 안전법상의 연방훈령이 위헌적인 요소가 있다는 이유에서 연방헌법재판소에 쟁송을 제기하였다. 53) 연방법률의 적용과 관련한 연방과 주간의 쟁송은 오늘날 추상적 규범통제의 방식으로 이루어지는 경향이 있다.

(2) 연방과 주간의 기관쟁송에 관한 특별규정(Mängelrügeverfahren nach Art. 84 IVGG) : 독일기본법 제84조 제4항에 의거해서 이루어지는 쟁송은 연방과 주간의 기관쟁송의 한 형태이다. 즉, 연방이 주에 의한 연방법집행에 관한 감독의 수단이다. 그러나 이 쟁송은 그 대상과 절차상에 있어서 전술한 연방과 주간의 기관쟁송과 구분된다. 이런 경우의 쟁송대상은 기본법 제84조 제4항에 의하면, 연방이 주의 고유사무로 인하여 연방법의 시행에 있어서 장애가 있음을 지적하였음에도 불구하고, 그것이 제거되지 않을 때 제기되는 분쟁이다. 이 분쟁에 관하여는 분쟁당사

---

53) VgI, DVBl. 1990, 763(765).

자는 연방과 주이며, 일차적으로 연방참사원에 대하여 재결을 요청한다. 동 재결에 대하여 불복할 때에 분쟁당사자는 연방헌법재판소에 제소할 수 있다. 이 쟁송 역시 연방과 주간에 연방법의 적용과 관련된 구체적인 주권적권리·의무관계에 관해서만 제기할 수 있다.

기본법 제84조 제8항의 규정에서 보는 바와 같이, 기본법 제93조 제 1 항 3호의 연방과 주간의 권리·의무에 대한 견해의 의이(義異)에 관한 기관쟁송과는 달리, 쟁송사항은 헌법적문제에 극한되지 않고 연방법률의 침해에 관하여도 가능하다. 구체적으로는 주가 연방법에서 내용으로 하고 있는 실사관계를 잘못 인식하고 있거나, 재량권의 행사에 흠결이 있거나, 또는 동법을 집행하기 위해 주가 만든 시행령이 그 주어진 한계를 일탈하는 경우 등의 사안이다. 연방헌법재판소에로의 제소는 연방참사원의 결정에 불복할 때에, 그 결정이 있는 후 1개월 이내에 하여야 한다(연방헌법재판소법 제70조)

(3) 기본법 제93조 제2항 및 연방철도법 제52조에 따른 쟁송: 연방헌법재판소는 연방정부와 주간에 있어, 연방철도법 제8항의 규정해석에 관하여 이견이 제기될 때 이를 판단한다. 그러나 이것은 실제로 쟁송된 바는 없다.

2) 연방과 주간의 비헌법적공법관계(행정법적관계)에 관한 쟁송(Das Verfahren nach Art 93 I Nr 4 GG, § 13 Nr. 8, 71ff. BVerfGG).

기본법 제93조 제1항 4호는 연방헌법재판소가 연방과 주간의 여지의 공법상의 분쟁에 관해서도 관할권을 갖는다고 규정하고 있다. 기본법 제93조 제1항 3호에 의한 쟁송이 헌법적분쟁에 관한 사항임에 반하여 이 경우는 단지 비헌법적관계(öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungrechtlicher Art)로서, 이는 일반법률과 조약에 근거하는 공법상의 분쟁에 관한 것이다. 단 이러한 사항에 관한 연방헌법재판소의 관할권은 단지 여지의 쟁송수단이 존재하지 않는 한(soweit nicht eine anderer Rechtsweg gehen) 성립된다.

헌법적분쟁과 비헌법적분쟁간의 구분은 헌법의 실체적개념으로부터 도출할 수가 있다 따라서 헌법상의 분쟁은 분쟁당사자의 법적지위가 무엇인가에 의할 것이 아니라 그것이 내용으로 하고 있는 법적관계가 헌법적의미를 갖느냐, 즉 헌법에 규정되어 있거나 헌법원리에 관한 사항인가 아닌가에 대한 분쟁이라고 정의할 수 있다.<sup>54)</sup> 예를 들면 정당과 연방하원의장 간의 선거비용의 지원에 관한 분쟁에 대하여, 하원의장은 이 경우에 헌법기관으로서의 작용이

---

54) BVerfGE. 62, 295(312).

아니라 행정관청으로서의 작용이라는 이유에서 연방헌법재판소에의 쟁송이 각하된 바가 있다. 이와는 반대로 주민소송참가에 관하여 주민과 행정관청간의 관련절차에 관한 법적관계는 헌법적인 문제로 평가한 바가 있다.<sup>55)</sup>

그리고 주의 지방자치법<sup>56)</sup>에 의한 지방자치단체의 내부기관간의 분쟁은 헌법적문제가 아니라 행정법적인 문제이다.<sup>57)</sup> 또한 감독원의 감사내용과 그 공표에 관한 분쟁은 비헌법적인 분쟁이다.<sup>58)</sup>

비헌법적공법관계에 관한 사항으로서 대부분을 차지하는 행정법관계에 관한 분쟁은 연방행정재판소법(VwGO) 제40조 및 제50조 제1항 1호에 의거 연방행정재판소(BVerfG)에 의해 다루어진다. 따라서 기본법 제93조 제1항 4호에 의거하여 연방헌법재판소가 직접 관할권을 행사하는 경우는 오늘날 그 실제적 의의는 상실했다고 할 것이다. 연방헌법재판소는 지금까지 이러한 관할권에 입각한 소송을 단한 건만을 다룬 적이 있다.<sup>59)</sup> 그것은 연방공화국 건국초기, 연방과 Bayern 주간에 극빈자 임대주택건설사업을 위한 재원의 분배에 관한 것이었다. 그 이유는 당시까지만 해도 행정재판소에 의한 쟁송의 길은 주어지지 않았기 때문이었

---

55) BVerfGE. v. 7. 10. 1969, BVerfGE, 27, 152(157).

56) Besch. DVG Münster v.20. 2. 1974; Ule, Verwaltung prozeßrecht, 9. Aufl, 1987, S. 49.

57) Kommunalverfassung 즉, Gemeindeordnung.

58) 대표적 판례가 OVG Lüneburg, v. 1. 9. 1950, Amt.,Samml. Bd. 2 S. 255ff.

59) ArchöfFR Bd. 107, 1982, S. 539ff.



다.<sup>60)</sup>

비헌법적공법관계에 대한 연방과 주간의 분쟁에 대하여는 연방헌법재판소가 제1심 및 최종심으로서의 관할권을 갖는다. 이는 주들 간의 분쟁에 관해서도 같다. 그 쟁송의 대상은 주의 고유사무로서 연방법의 집행에 있어, 권리와 의무에 관한 비헌법적분쟁 뿐만 아니라, 연방의 위임행정에 있어, 주에 대한 연방의 훈령과 관련된 분쟁도 포함된다. 그리고 연방행정재판소와 연방사회재판소는 연방과 주간의 분쟁이나 주들 간의 분쟁을 다룸에 있어, 그 계쟁사안이 헌법적인 것이라고 판단할 경우에는 이를 헌법재판소에 대해 판단을 구하지 않으면 안 된다.<sup>61)</sup>

연방행정재판소에 대한 제소권자는 연방과 주정부이며, 소송의 형태는 연방행정재판소 제47조에 의한 추상적 규범통제 및 형성소송(Leistungsklage), 확인소송(Feststellungsklage) 및 이행소송(Verpflichtungsklage)등 모두가 가능하다.

#### 4. 주와 지방자치단체간의 공법상 분쟁

##### 1) 주와 지방자치단체간의 헌법적 분쟁

독일의 주도 하나의 국가이므로 각주에는 주의 헌법이

---

60) BVerfGE 1.299.

61) 연방행정재판소법 제50조 제3항, 연방사회재판소법 제39조 제2항.

있고, 또한 주헌법재판소 내지 국가법원이 구성되어 있다. 주헌법재판소 역시 주의 헌법기관들 간의 기관쟁송, 주법률의 주헌법에 대한 위배여부를 다루는 추상적 그리고 구체적규범통제 및 주헌법에서 보장하고 있는 국민의 기본권침해에 대한 헌법소원과 그 밖에 선거소송등을 다룬다.

주헌법재판소는 또한 주와 지방자치단체(Gemeinde und Gemeindeverbände)간의 헌법적분쟁에 관하여도 관할권을 갖는다. 주와 지방자치단체간의 헌법적쟁송은 지방자치단체가 주헌법에 의해 보장된 지방자치행정권이 주법률이나, 법규명령에 의거 침해당했다고 생각할 경우에 주헌법재판소에 제기함으로써 성립된다.

이러한 헌법소원형태의 헌법쟁송이 지방자치단체의 자치행정보장의 수단으로 인정되는 이유는 그러한 지방자치행정권이 기본권과 유사한 권리로 인정되기 때문인데, 쟁송의 내용상으로는 주의 법규범이 지방자치권을 보장하고 있는 헌법규정의 위배여부에 대한 심사청구라는 점에서 위헌법규의 추상적 규범통제와 유사하다고 할 것이다.

따라서 지방자치단체는 주정부의 구체적인 조치나 처분이 주헌법에 보장된 지방자치단체의 자치행정권을 침해할 경우에도 바로 처분이나 조치의 근거가 되는 법규가 주헌법에 위배된다는 점을 들어 전술한 지방자치단체헌법소원(Kommunale Verfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있을 것이며, 그렇지 아니할 경우에는 당해 처분이나 조치의 위법을 이유로, 행정소송을 제기할 수 있다. 이때 행정재판소

는 주정부가 의거한 법규가 주헌법에 위반되는 여부가 의문인 경우는 주헌법재판소에 대하여 위헌여부의 판단을 요청하여야 한다.

Baden-Württemberg주의 지방자치단체는 주헌법 제76조 및 국가법원법 제54조에 의거, 주헌법 제71조~75조의 지방자치보장규정이 주의 법규에 의거 침해되었을 때, 주국가법원에 제소할 수 있다. Bayern주에서는 모든 사람에게 주어져 있는 법규의 헌법위배여부에 대한 객관적 헌법소송(Popularklage)형식으로 지방자치권을 침해하는 법규에 대한 위헌심판을 주헌법재판소에 제기할 수 있다.<sup>62)</sup> 그리고 Bayern주에서는 지방자치단체의 자치고권도 헌법상의 기본권으로 인정하고 있으므로 지방자치단체는 주행정관청의 구체적인 조치나 처분이 지방자치고권을 침해하는 것이라 생각할 경우, 법규의 헌법위반에 대해서만 인정되는 전술한 객관적 헌법소송과는 별도로 바로 일반적인 헌법소원(allgemeine Verfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있음이 특색이다.<sup>63)</sup>

Nordrhein-Westfalen에서도 주헌법재판소법 제50조에 의거, 주법의 주헌법위반에 대한 헌법쟁송이 인정되고 있다. 다만, 주와 지방자치단체간의 주헌법적분쟁의 해결수단이 각주에 존재하지 아니할 경우에 그에 관한 관할권은 연방헌법재판소에 있다.<sup>64)</sup> 그리고 지방자치단체는 연방법이 기

---

62) Bayern주 헌법 제98조 제4항, Bayern주 헌법재판소법 제53조 제1항.

63) Badura, Grundrechte der Gemeinde, Baz VBI, 1989, S. 1(2).

본법 제28조 제2항의 지방자치보장규정을 침해한다고 생각할 경우에는 역시 기본법 제93조 제1항 4호 b에 의거 연방헌법재판소에 대하여 추상적 규범통제형식의 지방자치단체헌법소원을 청구할 수 있다.

또한 기본법 제99조 및 연방헌법재판소법 제13조 제10호는 연방재판소에게 주법에 의한 주내의 기관쟁송에 대해 배타적인 관할권을 인정하고 있다. 단 이는 주법에 그 근거가 있을 때 적용이 가능하다. 이때의 연방헌법재판소는 기관응원(Organleihe)의 형식으로 주에 의해 그 관할권을 갖는다고 할 것이다. 따라서 그 심판의 근거는 당해 주헌법이 된다. 이러한 형태의 연방헌법재판소 관할권은 지금까지 Schleswig-Holstein에서만 이용되었다.

## 2) 주와 지방자치단체간의 비헌법적 분쟁

(1) 추상적 규범통제 : 지방자치단체는 주의 법규가 그의 비헌법적 권한에 대하여 침해된다고 판단될 경우 행정재판소법 제47조에 의거 주고등행정재판소에 대하여 추상적 규범통제를 신청할 수 있다(Verwaltungsgerichtliche abstrakte Normenkontrolle).

(2) 형식소송, 확인소송 및 중지소송 : 행정재판소법(VwGO) 제43조 및 제113조에 의거, 지방자치단체는 주행

---

64) 기본법 제93조 제1항 4호 b 및 연방헌법재판소법 제91조 제1항.

정관청의 행정처분<sup>65)</sup>으로 인하여 그 고유의 재산상의 권리나, 지방자치고권(Selbstverwaltungsrecht)상의 권리가 침해당했다고 생각할 경우, 행정재판소에 대하여 그 무효확인이나 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있다.<sup>66)</sup>

지방자치단체는 그에 대한 국가의 감독권을 행사에 대하여도 그 위법을 이유로 국가를 상대로 소송을 제기할 수 있다. 즉, 지방자치단체의 처분에 대한 국가의 시정명령 또는 직권취소 및 정지, 지방자치단체의 법률행위에 대한 국가의 승인(Genehmigung)유보, 지방자치단체의 법률상의 무해태에 대한 국가의 이행명령(예, GOBW 제122조), 대집행(예, GOBW 제123조)등에 대해서이다.<sup>67)</sup>

지방의회의 기능장애로 인하여 행정수행이 불가능한 경우의 국가감독기관에 의한 지방의회의 해산등의 법적성질을 일반적으로 행정행위로 보고 이에 대한 지방자치단체의 취소소송(Anfechtungsklage)이 인정된다. 왜냐하면 독일의 경우 지방의회는 우리 나라와는 달리 지방자치단체장의 행정권에 대한 견제장치나 입법기관의 성격을 넘어 그 자체가 하나의 행정관청의 성격을 띤다. 주요한 사무에 대하여 지방의회의 의결로 행정결정이 이루어지기 때문이다.

또한 이러한 소송을 통해 주와 지방자치단체는 상호간의 공법상의 법률관계의 존재여부를 확인할 수 있다. 즉, 주와

---

65) 주건설생(州建設省)에 의한 도로나 공항 등의 건설계획 확정등.

66) BVerwG, U. v. 7. 7. 1978, BVerwGE 56, 110ff. BVerwG, U. v.

5. 12. 1986, BVerwGE, 75, 214.

67) BVerwG. v. 12. 12. 1969, BVerwGE, 34, 301.

지방자치단체간에 공법상계약이나 기타 위임에 의하지 아니한 공법상의 사무처리로 인해 형성된 법률관계에 관한 분쟁을 해결할 수 있다.

주행정관청에 의하여 법률상 의무화된 조치가 이행되지 않을 경우 지방자치단체는 형성소송을 통해 그 이행을 요청할 수 있다. 이러한 소송은 국가와 지방자치단체간의 공법상계약에 관한 분쟁시에도 이용된다.

상하관계에 있는 행정관청에 있어서 상급관청에 의한 하급관청에의 훈령이나 지시는 행정처분이라 할 수 없으므로 지방자치단체가 국가위임사무를 처리하는 경우에 주행정관청의 훈령에 대하여는 지방자치단체가 항고소송을 제기할 수 없다. 그러나 주관청이 법률상 허용된 훈령권의 범위를 넘어선 경우에는 지방자치단체의 자치행정권을 침해한 것이므로 항고소송의 대상이 된다.<sup>68)</sup> 국가의 법적감독에 있어서도 국가관청이 지방자치단체에 대하여 법적감독의 범위를 넘어선 경우도 같다.

## 5. 기타 공법적분쟁

### 1) 주와 주간의 헌법적분쟁<sup>69)</sup>

주간의 분쟁에 관해서도 연방헌법재판소는 관할권을 갖는

---

68) BVerwG v. 9. 7. 1964, BVerwGE, 19, 121 ; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl. 1987, S. 195.

69) Art. 93 1 Nr. 4, 2 Var. GG.

다. 이 관할권 역시 헌법적인 분쟁에 한한다. 이 경우의 헌법적사항은 주에 의한 연방구성원리에 관한 것으로서 이는 연방제의 존속을 위한 제도적장치이다. 연방헌법재판소는 대학의 입학정원의 배정에 관한 주간의 합의는 헌법적인 것이 아니고, 행정법적인 것으로 보았다.<sup>70)</sup>

## 2) 연방헌법재판소의 일반적, 보충적 관할권

연방헌법재판소는 연방과 주간, 주와 주간, 주내에서의 여타의 공법관계상의 분쟁에 대하여 다른 헌법적 또는 행정법적 쟁송수단이 없는 범위내에서는 관할권을 갖는다(보충성의 원칙).

# 6. 연방과 주간의 입법관할권 분쟁

## 1) 입법관할권 분배원칙

독일 기본법 제70조(연방과 주간의 입법관할권 분배)는 첫째, 각주는 이 기본법이 연방에 입법권한을 부여하지 않는 한, 입법권을 가진다. 둘째, 연방과 각 주간의 관할권의 구분은 기본법이 정하는 전속적<sup>71)</sup> 및 경합적입법<sup>72)</sup>에 관한

---

70) BVerfGE, 42. 103.

71) 독일기본법상 전속적 입법에 관한 규정, 제71조(개념), 제73조(입

규정에 따라 정하도록 하고 있다.<sup>73)</sup> 이와 같이 독일기본법은 연방과 주간의 입법권분배를 명문으로 규정하고 있다. 입법권 분배원칙을 제70조에서 정한 후 구체적인 입법사항을 제71조 내지 제75조에서 정함으로써 연방과 주간의 입법권에 관한 분쟁의 소지를 최대한 배제하고 있다. 이러한 구체적인 헌법규정이 존재함에도 불구하고 기본법 제정이래 연방과 주간의 입법관할권 문제에 관한 분쟁은 끊이지 않고 있다.

## 2) 연방헌법재판소 판례에 나타난 분쟁해결사례

(1) 연방입법관할권이 문제된 경우: 연방헌법재판소는 기본법의 해석을 통하여 연방과 주간의 관할권의 소재를 판결하였다. 연방에 입법관할권을 인정된 경우는 다음 세 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 실체적관련상(Kraft Sachzusammenhang)연방의 입법관할권을 인정된 경우이다. 실체적관련상 연방의 입법관할권은 다음과 같은 경우에 인정된다. 즉, 만약 연방에 명문으로 부여된 사항이 명문으로 부여되지 않는 다른 사항이 함께 규율되지 않으면 규율될 수 없는 경우, 환언하면 명문으로 규정되지 않은 사항의 포착이 연방입법으로 부여할 사항의 필수적 전제조건일 경

---

법사항).

72) 독일기본법상 경합적입법에 관한 규정, 제72조(개념), 제74조(입

법사항).

73) 독일 기본법상 연방의 윤곽입법에 관한 규정, 제75조.



우에 인정된다.<sup>74)</sup> 인정된 구체적사례를 보면, 굴뚝청소부의 양노년금과 수공업자관계법의 관련성<sup>75)</sup>, 청소년보호와 공적부조의 관련성<sup>76)</sup>등이다.

인정되지 않은 구체적사례를 보면, 건축법과 기본법 제 74조 제18호의 관련성<sup>77)</sup>, 노동재판권과 치료사직업의 허가의 관련성<sup>78)</sup>, 방송시설과 우편 및 전신전화시설의 관련성<sup>79)</sup>, 각주의 행정요금징수권과 연방철도 및 통신시설의 관련성<sup>80)</sup>, 수리경계와 호소 및 내수면교통의 관련성<sup>81)</sup>등이다.

둘째, 부속적관할권(Annexkompetenz)으로써 연방의 입법관할권에 있어서, 첫째의 실체적관련성에 따른 관할권의 부수적 경우 내지는 확대된 경우이다. 부속적으로 연방에게 입법관할권이 인정된 구체적 사례를 보면, 해당되는 실체적영역에 대한 질서유지 및 경찰권<sup>82)</sup>, 상응하는 사항에 대한 주민조사 및 통계에 관한 법률의 입법관할권<sup>83)</sup>등이다.

셋째, 실체의 본질상(aus der Natur der Sache)연방의 입법관할권을 인정 또는 부인한 경우이다. 실체의 본질

---

74) BVerfGE 3, 407/433.

75) 제74조 제11호, BVerfGE 1, 264/272.

76) 제74조 제7호, BVerfGE 22, 180/213.

77) 제74조 제18호, BVerfGE 3, 407/421.

78) 제74조 제18호, BVerfGE 1, 74/83.

79) 제73조 제7호, BVerfGE 12, 205/237.

80) 제73조 제6호, BVerfGE 26, 281/300.

81) 제74조 제21호, BVerfGE 15, 1/20.

82) BVerfGE 3, 407/433 ; 8, 143/149.

83) BVerfGE 8, 104/118.

상 연방의 입법관할권은 다음과 같은 경우에 인정된다. 즉, 특정한 실체적영역이 그 본질상 고유하게 그 특별한 입법관할권이 선형적으로 부여되었기 때문에 오직 그로부터만 규율될 수밖에 없는 경우이다.

실체의 본질로부터의 귀결은 개념상 필수적 구성요소이어야 하며, 보다 나은 해결가능성이 있어서는 안되며, 이와 같은 해결이 반드시 요구되어야 한다.<sup>84)</sup> 인정된 구체적사례로는 연방정부의 소재지 및 연방기를 포함한 연방의 상징의 제정이 있다.<sup>85)</sup> 부인된 구체적사례로는 건축법<sup>86)</sup>, 방송시설<sup>87)</sup>, 통신공무원의 휴가<sup>88)</sup>, 수리경계<sup>89)</sup> 등이 있다. 이와 같이 여러 근거하에서 연방의 입법관할권이 부인되는 경우는 주가 입법권을 가진다. 주가 전속적입법권을 가지는 경우는 연방의 경우와는 달리 입법권의 위임이 인정되지 않는다.<sup>90)</sup> 각주의 전속적입법권이 인정되는 경우는 내부조직, 절차상의 규정, 지방자치법, 일반경찰 및 질서유지법 그리고 문화관계 법분야이다.

주의 입법권이 인정된 개별적인 경우로는, 손실보상법<sup>91)</sup>, 지방자치법<sup>92)</sup>, 일반경찰법<sup>93)</sup>, 신문법<sup>94)</sup>, 교육법, 사

---

84) BVerfGE 11, 89/99.

85) BVerfGE 3, 407/422.

86) BVerfGE 3, 407/422.

87) BVerfGE 12, 205/242.

88) BVerfGE 11, 89/98.

89) BVerfGE 15, 1/24.

90) BVerfGE 16, 64/79.

91) BVerfGE 56, 249/263.

92) BVerfGE 1, 167/176 ; 56, 298/310 ; 57, 43/59 ; 58, 177/191.

93) BVerfGE 3, 407/433 ; 8, 143/150 ; 40, 261/266.

립학교법<sup>95)</sup>, 대학법<sup>96)</sup>등을 들 수 있다.

(2) 연방공간정서법 및 연방건축법 : 연방에 공간정서 및 건축행정 전반에 걸쳐 입법관할권이 있는가의 문제는 연방과 주간의 다년간 분쟁사항이었다. 이 사항에 관하여 연방헌법재판소는 1954년 6월 16일의 감정서(Rechtsgutachten)를 통해 다음과 같은 연방과 주간의 입법관할권의 경계를 확정하였다.<sup>97)</sup> 즉, 연방과 각주 전체영역을 대상으로 공간정서의 유향입법권(제75조 제4항)은 연방이 가진다. 이것은 연방공간정서법(Bundesraumordnungsgesetz)으로 입법화되었다. 연방은 더 나아가 실체의 본질상 연방 전체영역에 대한 공간정서를 규정할 입법관할권을 가진다.

건축분야에서는 연방은 도시건축적계획, 토지구획정리, 토지평가, 토지거래법 등에 경합적 입법권(기본법 제74조 제18호)을 가진다. 이것은 건축법전(Baugesetzbuch)에 입법화되었다. 또한 각주는 건축질서관계(Bauordnungsrecht)에 관한 입법권을 가진다.

## 7. 연방헌법재판소에서의 심리, 재판비용, 판결의 효력

---

94) BVerfGE 7, 29/40 ; 36, 193/201 ; 58, 137/145.

95) BVerfGE 6, 309/354 ; 53, 185/196.

96) BVerfGE 37, 314/322.

97) BVerfGE 3, 407.

## 1) 심 리

쟁송사안에 대한 실제적진실을 발견하는데 필요한 증거나 사실 조사는 연방헌법재판소에 의해 이루어진다.<sup>98)</sup> 연방헌법재판소는 포괄적인 사실관계조사의 의무를 지니며, 동시에 어떠한 사실관계가 심리절차에서 개진되어야 하며 또 그것이 증거에 의해 뒷받침되고 있는가를 판단하는 권능을 가진다. 쟁송당사자는 언제나 사실관계를 증명할 서류를 제출할 수 가 있다. 연방헌법재판소에서의 심리절차는 구술심리를 원칙으로 한다.<sup>99)</sup> 다만 가치분절차에서는 예외이다. 심리에서의 쟁송당사자는 변호인에 의해 대리케 할 수 있다. 그러나 실제로는 구술심리가 드물게 이루어지고 있다. 구술심리의 실시여부는 재판부의 재량이다.<sup>100)</sup> 연방헌법재판소에서의 심리는 공개를 원칙으로 한다. 연방헌법재판소의 심판이 구술심리를 토대로 이루어질 경우는 판결(Urteil)이라 칭하고, 구술심리없이 이루어진 경우는 결정(Beschluß)이라고 이른다.<sup>101)</sup>

연방헌법재판소에서의 최종심판은 비공개로 이루어진다. 동심판에는 계쟁사건에 대한 전심리절차에 참가한 법관만이 참여할 수 있다. 법관의 학술보좌관은 동 최종심판에

---

98) 연방헌법재판소법 제26조 제1항.

99) 연방헌법재판소법 제25조 제1항.

100) 연방헌법재판소법 제24조 제1항.

101) 연방헌법재판소 제25조 제2항.

참가할 수 없다. 각 재판부(Senat)는 최소한 6명이상의 법관의 참도를 심판할 수 있다(Beschlußfähigkeit). 가치분절차는 최소한 3명의 법관으로서도 심판할 수가 있다. 법률에 다르게 정해져 있지 않는 한, 재판부는 다수로 심판한다. 단, 기본권침해에 관한 사항, 정당활동의 금지, 연방대통령 및 법관에 대한 쟁송의 경우는 3분의2의 다수결로 심판한다.

## 2) 재판비용

연방헌법재판소에서의 쟁송은 원칙적으로 무료이다.<sup>102)</sup> 헌법소원의 각하나 기각, 선거소송의 기각이나 가치분신청이 기각되었을 경우에 연방헌법재판소는 약간의 수수료를 1,000마르크를 넘지 않는 범위내에서 원고에게 부과할 수 있다. 연방헌법재판소는 헌법소원이나 선거소송 그리고 가치분등의 소송이 남용되어 제기되었을 때에도 쟁송남용방지 수수료를 과할 수가 있다. 단 이는 5,000마르크를 넘지 못한다.

## 3) 판결의 효력

연방헌법재판소에 의한 판결은 형식적, 실질적효력(구속력)이 있다.<sup>103)</sup> 이는 법원, 행정기관등 국가의 모든 기관,

---

102) 연방헌법재판소법 제34조 제1항.

103) 연방헌법재판소법 제31조.

기관쟁송당사자가 아닌 기관도 포함되며, 그들에 의해 지켜지고 또한 실행되어야 할 법적구속력을 의미한다. 이 점은 동판결이 단지 확인판결의 성격을 갖는 것 이상의 효력을 인정받는 것이다.

### 제3절 일본의 권한쟁의심판

#### 1. 개 설

제2차대전의 전후에 제정된 신헌법에 의해 지방자치가 보장되고, 표면적으로는 지방자치단체는 국가와 동등한 통치단체가 되었다. 그러나 실제에 있어서는 여러 면에서 국가에 의한 지방자치단체에 대한 지배·통제가 행하여지고 있다. 그것은 입법·사법·행정·재정적 관여라고 일컬어지며, 법률, 행정지도, 재정, 인사 등에 의한 중앙지배가 치밀하게 행하여지고 있다. 헌법 제94조는 「지방공공단체는 그의 재산을 관리하고, 사무를 처리하며, 또한 행정을 집행하는 권능을 갖고, 법률의 범위내에서 조례를 제정할 수 있다」고 규정함으로써, 지방자치단체의 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권을 보장하고는 있으나, 자치입법권에는 「법률의 범위내」라고 하는 제약이 따른다. 이 「법률의 범위내」라는 규정을 구체적으로 어떻게 해석하느냐에 대

하여 의견의 대립이 있으나, 법률이 큰 영향을 주고 있다는 데에는 의문의 여지가 없다. 지방자치단체의 일상적인 사무집행에서도 법률이 주는 영향은 결정적이다. 어떠한 법률이 제정되고 그것이 어떻게 운용되느냐 하는 것이 지방자치단체행정의 존재양상을 결정한다. 더욱 그러한 법률은 지방자치법이나 지방재정법뿐만 아니라, 도시계획법, 건축기준법, 생활보호법 등 많은 개별 법률과 그 해석·운용이 큰 영향을 주고 있다. 이러한 법률의 집행에 있어서 지도·통제를 한다. 현실적으로 이를 실시하는 것은 지방자치단체이나 그것을 지도하고 있는 것은 중앙부처이고 그 기본은 법률인 것이다.

중앙정부의 지방자치단체에 대한 지배·통제는 법률을 기본으로 하여, 구체적으로는 행정지도에 의해 행하여진다. 그것은 중앙부처의 통달과 그에 따른 개별적인 지도에 의해 추진된다. 예를 들면 1985년 1월에 자치성은 모든 도도부현, 시정촌에 대하여 3개년계획으로서 「지방행정대주」를 책정해서 제출하도록 하는 자치성사무차관의 통달을 발하였다. 그 책정의 기준으로서 7개항의 중점항목을 설정해서 이에 따라 계획을 작성하도록 지도되었다. 이것 자체가 헌법이 보장하는 지방자치의 원칙에 반하는 것이나, 1989년 7월에는 전국의 도도부현의 전부와 시정촌의 98.2%가 이를 책정·제출한 것이다.

지방자치단체에 대한 행정적관여는 때때로 재정과 결부된다. 특히 지방재정위기의 시대에는 지방자치단체에 대한 강력한 통제수단이 된다. 그 전형적인 예가 기체에 대한

통제이다. 지방자치법 제230조는 「보통지방공공단체는 따로 법률로 정하는 경우에, 예산이 정하는 바에 따라, 지방채를 기채할 수 있다」고 규정함으로써 지방자치단체가 자유로이 기채할 수 있는 원칙을 명백히 하고 있다.

그러나 다른 한편에서는 지방자치법 제250조에서 「보통지방공공단체는 지방채를 기채하고 또한 기채의 방법, 이자율 및 상환의 방법을 변경하려고 할 때에는 당분간, 정령의 정하는 바에 의해, 자치대신 또는 도도부현지사의 허가를 받아야 한다」고 규정하고 있다. 이 규정은 1947년 12월에 제정된 것이나, 그로부터 40년이상 경과했음에도 불구하고 「당분간」은 그대로 적용되고 있는 것이다. 이 기채허가권은 중앙정부가 지방자치단체를 통제하는 수단으로 큰 위력을 발휘하고 있다.

한편 지방자치법 제245조는 자치대신 또는 도도부현지사가 조직의 운영과 합리화를 위해 조언과 권고를 할 수 있다고 규정하고 있는바, 이것 역시 행·재정진단등의 형식으로 개입하므로서 지배·통제의 기능을 발휘하고 있는 것이다. 또한 중앙부처의 관료들의 도도부현으로 「낙하산식인사」를 통한 지방자치단체지배도 문제이다.<sup>104)</sup>

이러한 법률적, 행정적, 재정적인 중앙지배에 대하여 지방자치단체도 자치권을 주장하면서 헌법에 규정된 지방자치를 실현하려는 노력을 하여 왔다. 기관위임사무를 둘러싸고 국가와 지방자치단체간의 기관소송의 한 형태인 직무집

---

104) 山村隆, 「國と地方自治體との關係」, 新・地方自治 ハソドブシク(制度論)(신일본출판사, 1991), PP. 217~219.



행명령소송도 그 일면이다. 일본국 헌법 제76조 제1항은 사법권을 최고재판소를 정점으로 하는 사법재판소에 맡겼다. 따라서 최고재판소를 중심으로한 헌법재판을 먼저 검토한 다음 직무집행명령소송에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 최고재판소의 헌법재판

### 1) 사법권으로서의 헌법재판권

법원이 재판을 함에 있어서 법령의 내용이 헌법에 적합여부의 판단을 최고재판소가 하도록 헌법 제81조가 규정하고 있다.<sup>105)</sup> 본조는 최고재판소가 위헌심사를 고유의 권한으로 하는 시기인 동시에 중심인 헌법재판소로서의 성격을 보유해야함을 규정한 것은 아니다.<sup>106)</sup> 또한 사법권이 발동되기 위해서는 구체적인 쟁송사건이 제기될 필요가 있다. 법원은 구체적인 쟁송사건이 제기되지 않았음에도 불구하고 장래를 예상해서, 헌법 및 다른 법률 명령등의 해석에 관하여 존재하는 의의·논쟁에 대하여 추상적인 판단을 내리는 권한은 행사할 수 없다. 최고재판소는 법률 명령등에 관하여 위헌심사권을 갖고는 있으나 이 권한은 사법권의 범위내에서 행사되는 것이다.<sup>107)</sup> 재판소법 제13조 제1항은 법원은 「법률상의 쟁송」의 테두리내에서 재판권을 행사

---

105) 憲法 第81條(法令等の合法省審査權).

106) 최고재판소판결, 1953. 4. 15.(민집 7-4-305).

107) 최고재판소판결, 1952. 10. 8. 경찰 예비대합헌사건(민집6-9-783)

할 수 있음을 규정하고 있다. 더욱 권력분립주의의 채택, 「통치행위」, 의원의 자율권, 행정부의 재량권 등이 헌법재판권을 제한하고 있다. 특히 국가의 고도의 정치성을 갖는 행위를 뜻하는 「통치행위」는 기본적인권과 관련되는 바가 많으므로, 이를 헌법재판권의 대상 외로 하는 것은 헌법재판에 의한 인권보장을 불충분한 것으로 할 가능성이 있는 것이다. 요컨대 일본국 헌법상의 헌법재판권은 법원이 사법권을 행사하는 테두리 내의 것이고, 국회, 내각 등의 통치기관과의 관계에서는 보다 잠양적이고 자제적인 것으로, 제도상 기대되고 있다는 데에, 지방자치제도를 시민주권적입장에서 인권보장제도의 일환으로서 파악하는 경우에 일정한 한계를 발견하게 된다.

최고재판소가 중심으로서 기존의 법질서를 형성하고 있는 법령등에 위헌판단을 내리는 것은 국회나 행정부의 행위에 제동을 가하는 것으로 그 정치적충격은 크다. 그러나 헌법은 헌법을 기준으로 한 국가의사의 정서를 부분적이거나 사법권의 행사를 통하여 법원, 특히 최고재판소에 기대하고 있는 것이다. 그러나 최고재판소가 지금까지 법령을 위헌으로 판결한 것은 6건에 불과하다.<sup>108)</sup> 이것은 최고재판

---

108) 중의원의원선거구의 의원정수의 배분을 법아래의 평등원칙에 반한다고 한 1975년 4월 14일 판결과 1985년 7월 7일 판결, 제3자소유물설수에 관한 1962년 11월 28일 판결, 존속살인 형벌규정의 평등원칙위반에 관한 1973년 4월 4일 판결, 약국간의 거리규제에 관한 1975년 4월 30일 판결, 공유림의 분할규제에 관한 1987년 4월 22일 판결등이다.

소가 지금까지 국회나 내각의 입법활동에 대단히 협조적이었다는 것을 뜻하기도 한다. 또한 그것은 헌법을 둘러싼 국민간의 의견대립에는 무관심 내지는 소극적이었다는 것을 말하는 것이기도 하다.

최고재판소의 재판관인사가 정당에 근거를 두고 있는 내각에 의해 행하여진다고 하는 것은 재판의 공정성에 대해 국민으로부터 의문이 제기되고, 때로는 최고재판소에 의한 헌법재판이 다른 국가권력의 시녀가 될 위험성이 지적되고 있는 것이다.<sup>109)</sup>

## 2) 헌법재판의 한계

일본에 있어서 다른 나라 특히 프랑스에 비해 위헌판결이 적다는 것은 바로 일본에 있어서의 헌법재판의 한계를 말하는 것이다. 그 이유로서, 일본의 헌법재판이 미국형에 속한다는 것, 권력분립으로부터 오는 한계, 학간적으로 아직 문제가 충분히 검토되지 않았음에도 불구하고 실질적으로 재판이 거부되는 경우, 30년 이상 정권교체가 없으므로 해서 사법과 정치의 심정적유착에서 오는 교자상황등이 지적되고 있다.<sup>110)</sup>

---

109) 清水陸, 「日本の裁判所の憲法裁判における役割-最高裁判所を中心にしで-」, 小島武司등, フランスの裁判法制(日本比較法研究所, 1990), pp. 33~37.

110) 植野 妙實子, 「日本における 憲法裁判の 限界」, 上掲書, pp. 39~42.

첫째, 미국형 위헌심사제도의 특색은 구체적사건이 필요한 것이다. 이 점에 대하여 최고재판소도 경찰예비대사건에서 동지의 판결을 하고 있다. 이 구체적 이해관계의 필요성에서 소의 이익이 없다고 해서 소를 각하하는 경우도 있는 것이다. 이에 반하여 대륙형 위헌심사제도하에서는 헌법문제전문의 특별한 법원으로서의 헌법재판소의 존재는 헌법문제에 관한 전문성을 양성하고, 문제성을 충분히 파악한다는 장점이 있는 것이다.

둘째, 권력분립에서 오는 한계에 있어서는, 기본적 인권에 관계되는 중요한 사건에 대하여는 법원이 판결할 수 있고 또한 할 수 있어야 하는 것이다. 그곳에 위헌심사제도의 존재가치를 발견할 수 있다. 그러나 일본의 현실은 판단이 필요한 사건일수록 권력분립을 내세워 판단이 회피되고 있는 것이다.

셋째, 문제를 깊게 검토하지 않고 판단하는 경향이 있으며, 그때 원용되는 근거가 「공공의 권리」, 「전체의 봉사자」 등 다의적용어로서 문제를 한층 더 불분명하게 하는 것이다.

넷째, 프랑스에서는 행정재판소, 사법재판소, 헌법원 등으로 나누어져 있고, 행정재판소에서는 특히 합법성의 원칙에 의거해서 법률을 기준으로 해서 판단하도록 되어 있으나, 일본의 제도하에서는 모든 법원이 헌법문제를 다루어야 함에도 불구하고, 헌법의 인권규정에의 직접적인 언급이 허용되지 않고, 법률의 범위내의 적용으로 끝여야 하는 문제가 있다.

다섯째, 사법의 소극주의이다. 위헌입법심판권이 과연 그 기능을 발휘하고 있느냐 하는 문제이다. 이는 제도적한계와 더불어 재판을 담당하는 재판관 자신의 문제라는 지적이 있다.

### 3. 직무집행명령소송

#### 1) 기관위임사무<sup>111)</sup>

국가 또는 다른 지방자치단체의 사무를 법률과 이에 따른 정령에 의해 자치단체의 기관의 장·위원회, 위원등에게 위임해서 처리하는 것을 기관위임사무라고 한다. 지방자치단체의 장에 대한 기관위임사무에 대하여는 지방자치법 제150조가 「보통지방공공단체의 장이 국가의 기관으로서 처리하는 행정사무에 대하여는, 보통지방공공단체의 장은 도도부현에 있어서는 주무대신, 시정촌에 있어서는 도도부현지사 및 주무대신의 지휘·감독을 받는다」고 규정하고 있다.<sup>112)</sup> 즉, 지방자치단체의 장은 국가기관의 지위에 서게 되는 것이다. 기관위임사무는 도도부현에 관하여 자치법 별표 제3에, 시정촌에 대하여는 별표 제4에 구체적으로 열거되어 있다. 그 수는 현재 도도부현은 약 370건, 시정촌은 약 180건이다. 이 별표는 1952년의 지방자치법 개정시에 국가의 기관위임사무가 증가되는 것을 견제하기 위해 설정

111) 原田尙彦, 「機關委任事務と職務執行命令訴訟の見職し」, ジュリスト No. 845(유비각, 1985), PP.13~18.

112) 국가행정조직법 제15조도 이에 관하여 규정하고 있다.

된 것이었다. 설정당시에는 도도부현이 128건, 시정촌이 74건이었던 것을 보면 오히려 증가되었음을 알 수가 있다. 기관위임사무가 지방자치단체의 사무중 차지하는 비율은 도도부현에서 약 80%, 시정촌에서 약 40%가 되는 것으로 추산되고 있다. 기관위임사무의 제도는 명치시대에 시제·정촌제가 제정될 때에 만들어진 것이다. 제2차대전이전의 시제 제74조는 「시장은 법률·법명령에 따라 다음 사무를 관장한다」고 규정하고, 「국가의 행정 및 부현의 행정으로서 시에 속하는 사무」라는 항목을 두고 있다. 이 제도가 계속해서 존속한 것이다. 국가의 사무를 지방자치단체의 장에게 위임하고, 국가의 지휘·감독에 복종해야 한다는 이 제도는 관료적, 중앙집권적성격을 나타내는 것으로 지적되고 있다. 제2차대전의 전과 후의 차이점은 미국형 소송제도가 도입되었다고 하는 것이다. 지방자치단체의 장은 지역주민에 의해 선출된 대표이므로, 법률에 의거 기관위임사무를 집행하는 경우에도 그 법령의 해석을 둘러싸고 의견의 대립이 있게 된다. 그 경우 국가가 소를 제기하고, 승소한 다음 「대행」을 할 수 있다는 「재판전치주의」를 취하였었다. 따라서 이 재판전치주의가 지방자치제도의 방과제로서 큰 역할을 한 것이다.<sup>113)</sup>

## 2) 직무집행명령소송제도

---

113) 金子密, 「地方自治法 146條における職務執行命令訴訟の諸問題」, ジュリスト 208호(유문각, 1960), P. 105 ff.

지방자치단체의 장이 주무대신의 지휘·감독에 복종하지 않은 경우, 주무대신은 그 지휘·감독대로 직무를 집행하도록 하는 명령을 기한을 정해서 지방자치단체의 장에게 발할 수가 있다. 이를 「직무집행명령」이라고 한다.<sup>114)</sup> 만약 지정된 기한까지 지방자치단체의 장이 이를 집행하지 않을 경우에는 국가는 도도부현의 지사인 경우에는 고등법원에, 시정촌장의 경우에는 지방법원에 해당 사항을 행하도록 명하는 취지의 판결을 청구할 수가 있다. 이를 직무집행명령 소송이라고 한다. 이것은 지방자치법 제176조 제7항이 규정하는 지방자치단체의 장과 의회가 대립한 경우의 소송과 함께 전형적인 기관소송이다.

기관소송은 국가 또는 지방자치단체의 기관상호간에 있어서 권한의 존부 또는 행사에 관한 분쟁에 있어서의 소송이며<sup>115)</sup> 그것은 법률이 정한 경우에, 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다.<sup>116)</sup> 또한 항고소송이나 당사자소송에 관한 규정이 준용되는 것이 통례이다.<sup>117)</sup>

기관소송은 행정기관상호간의 권한쟁의의 해결을 위해 인정된 소송이다. 기관상호간에 주관할권의 범위에 관하여 의문이 있거나, 그 권한의 행사방법에 위법의 문제가 있을

---

114) 지방자치법 제146조(국가의 기관으로서의 장에 대한 직무집행 명령, 장의 파면).

115) 행정사건소송법 제6조(기관소송).

116) 행정사건소송법 제42조(소의 이익).

117) 행정사건소송법 제43조(항고소송 또는 당사자소송에 관한 규정의 준용).

때 등, 법원의 공정한 사법적판단에 맡기는 방법으로서 기관소송의 제도가 인정되는 것이다. 따라서 기관소송에서는 분쟁의 이유가 적법이나 위법이나 하는 점에 한정되며, 법원은 형식적뿐만 아니라 실질적으로도 위법여부를 심사해야 한다.<sup>118)</sup>

이러한 제도의 존재이유는 다음과 같은 것으로 이해되고 있다. 즉, 기관상호간에 분쟁이 있을 때, 사법수단에 의하기보다는 정치적 내지 행정감독적 수단에 의해 해결하는 것이 바람직하나, 이를 해결할 적당한 기관이 없는 경우, 특히 공정한 제3자의 판단이 요구되는 경우에는, 행정기관의 독선을 배제하고 법원의 사법적판단을 구하는 것이 법치주의의 실현을 위해서도 필요한 것이다. 또한 지방자치체를 보장하고 있는 현행 헌법하에서 지방자치단체의 기관에 대한 국가의 감독에는 한계가 있으므로 지방공공단체의 국가의 기관위임사무의 집행에 관한 감독수단으로서 위법성의 문제가 있는 한, 사법수단에 의한 감독수단이 필요할 것이다. 그러나 다른 한편 판결확정에 의한 지방자치단체의 장의 파면이라는 제재수단이 마련되어 있고, 동시에 기관위임사무의 존재 그 자체에 대한 문제성이 재검토를 필요로 한다.<sup>119)</sup>

직무집행명령소송의 제도는 제2차대전후에 제정된 제도이다. 그 골격은 국가가 소송을 제기하고, 이 청구를 받은 고

---

118) 최고재판소 1960. 6. 17. 판결(민집 14-8).

119) 田村浩-, 「機關訴訟についての若干の疑問」, 法學論集 第36卷 第2號(關西大學 法學會, 1986), PP. 219~222.



등법원 또는 지방법원은 직무집행명령의 재판을 하게 된다. 이 재판에서 국가의 주장이 정당하다는 것이 확인되었음에도 불구하고, 명령에 복종하지 않을 때에는 주무대신 또는 도도부현지사는 명령을 위반하고 있다고 하는 사실의 확인의 재판을 법원에 청구하게 된다. 이를 접수한 법원은 명령위반의 확인을 하는 재판을 한다. 이 확인의 재판이 있으면 주무대신은 지방자치단체의 장에 대신하여 그 사무를 집행할 수 있게 된다. 이것이 「대집행」이다. 또한 이 경우에 지방자치단체의 장을 파면할 수가 있다.

이러한 내용의 직무집행명령소송에 있어서 재판전치주의를 배제한 대집행이라고 하는 이른바 「재판없는 대집행」을 제도화하려는 움직임이 1985년부터 있게 되었다.<sup>120)</sup> 1986년 3월에 지방자치법 개정안으로서, 기관위임사무의 처리에 있어서 지방자치단체의 의회의 관여, 검사권과 감사위원의 감사권 인정, 지방자치단체의 장의 파면권 폐지 등의 개정안과 함께 국회에 제출되었고, 1991년 3월에 국회를 통과하고 1991년 4월 2일에 그 개정법이 공포되었다. 개정·수정된 내용은 다음과 같다.

첫째, 개정안은 재판전치주의 그 자체를 폐지하고, 시정권고, 직무집행명령을 거쳐, 재판없이 대집행을 할 수 있도록 하는 것이었다.<sup>121)</sup> 그러나 국회의 논의과정에서 수정되어,

---

120) 原田尙彦, 「機關委任事務のあり方と職務執行命令訴訟-地方自治法の改正案にして-」, 도시문제연구 제39권 제4호(도시문제연구회, 1987), pp. 17~30.

121) 兼子 仁, 「裁判ぬき代行問題と地方自治の本旨」, ジュリス

재판전치주의는 그대로 존속케 되었다. 그러나 종전의 제도에서는 국가로부터 직무집행명령소송이 제기되고 이에 대해 법원이 국가의 주장이 정당하다고 판결한 경우, 다시 한번 명령불이행확인의 재판을 하도록 되어 있었다. 그러나 이번 개정으로 명령불이행확인의 재판은 하지 않게 되어 재판은 1회로서 족하게 되었다. 즉 2심제도에서 1심제도로 바뀐 것이다. 이는 지방자치를 약화시키고 중앙집권화로 나아가고 있다는 것을 뜻한다.

둘째, 지금까지 규정되어 있던 지방자치단체의 수장의 파면제도는 삭제되었다. 이 파면제도는 중앙집권적인 낡은 제도이므로 폐지는 당연한 것이다.

셋째, 국가가 직무집행명령과 그 소송을 제기하는 경우에는, 공익상 필요할뿐만 아니라 다른 방법으로는 문제의 해결이 곤란하다고 하는 경우에 한해서 허용된다고 하는 제한규정이 설정됨과 동시에 시정권고를 하도록 하는 명문규정이 만들어졌다.

넷째, 소송에서 국가의 주장이 정당하다고 인정되어 대집행이 된 경우에도 지방자치단체의 장이 상급의 법원에 상소해서 승소한 경우에는 원상회복조치를 하도록 규정하였다.

### 3) 직무집행명령소송의 사례와 검토

---

† No. 863(유비각, 1986), PP.30~35.

## (1) 궁기사천정장·안정도지사의 토지수용을 둘러싼 소송

이 사건은 동경도 사천정에 있는 입천미군기지 확장을 위한 토지수용절차에 있어서, 국가와 지방자치단체간의 대립에 관한 것으로서, 직무집행명령소송에 관한 최초의, 그리고 유일한 최고재판소판결<sup>122)</sup>로서 중요한 의미가 있다.

사건은 1956년 6월, 동경도 조달국장으로부터 기지확장을 위한 수용의 재결신청을 받은 동경도수용위원회가 신청서 및 첨가서류의 복사본을 관계 시정촌인 사천정장에게 발송함으로써 시작되었다. 토지수용법의 규정<sup>123)</sup>에 의하면, 시정촌장은 수리한 후 즉시 재결의 신청이 있는 사실, 수용대상인 토지의 소재등을 공고하고, 2주간의 열람에 제공함과 아울러 공고일을 수용위원회에 보고하도록 되어 있다. 그러나 사천정장은 주민의 강력한 반대운동의 뒷받침아래, 안보조약위헌, 기지확장반대의 입장에서 법소정의 절차를 집행시키지 아니하였다. 또한 보고를 촉구하는 수용위원회로부터의 조회에 대하여도 회답을 보내지 아니하였다. 도지사는 같은 해 7월에, 기한을 정하여 법소정의 의무를 이행할 것을 요구하는 직무집행명령을 발하였으나, 정장은 이를 이행하지 않았으므로, 동경지방법원에 재판을 청구하는 소송을 제기하였다.

본건은 먼저 동경지방법원에서 심리되어 1958년 7월 31일

---

122) 행정사건재판례 제14권 3호, P. 562 ff.

123) 구 토지수용법 제44조 제2항, 현 토지수용법 제42조 제2,3항.

에 「형식적합법」 판결로 국가의 주장을 받아 들었다. 국가는, 「행정기관에게는 집행해야 할 법률을 모두 합헌, 유효한 것으로서 취급해야 할 구속을 받는다. 국가의 기관으로서 사무를 처리해야 할 입장에 있는 지방자치단체의 장은 하급행위기관으로서, 상급행정기관이 행한 행정행위를 유효한 것으로 취급해야 할 구속을 받는다. 따라서 법원은 직무집행명령소송과 같은 행정조직내부의 문제에 관한 특수한 소송에 있어서는 그 심리도 명령의 형식적요건에 한정된다」고 주장하였던 것이다. 이에 대하여 동경지방법원 제1심재판부는 「정장은 국가의 기관으로서 처리하는 행정사무에 있어서는 도지사과 상명하복의 관계에 서며, 상급기관인 도지사의 명령에 구속된다. 그 명령이 실질적으로는 위헌 또는 위법적인 행위의 집행을 명하고 있다는 이유로 이를 거부하고, 또한 무시할 수 없다고 해야 할 것이다」라고 판시한 것이다.

따라서 최고재판소에 상고된 것이다. 최고재판소는 1960년에 원심과기환송판결을 하였다.<sup>124)</sup> 즉, 「국가의 위임을 받아 그의 사무를 처리하는 관계에 있는 지방공공단체의 장에 대한 지휘·감독에 있어서, 이른바 상명하복의 관계에 있는 국가의 본래의 행정기구의 내부에 있어서 행하여지는 지휘·감독의 방법과 같은 방법을 채용하는 것은 그 본래의 지위의 자주독립성을 해치고 나아가서 지방자치의 본질에도 반할 결과를 가져올 우려가 있다. 따라서 지방공공단체

---

124) 최고재판소 민집 14권 8호 P. 1420 ff.

의 장 본래의 지위의 자주독립성의 존중과 국가의 위임사무를 처리하는 지위에 대한 국가의 지휘·감독권의 실효성의 확보간에 조화를 도모하기 위하여 이른바 직무집행명령소송의 제도를 채용하였다고 보아야 할 것이다」고 한 것이다. 이것은 도도부현지사와 시정촌장과의 관계, 또는 주무대신과 도도부현지사와의 관계는 결코 건설성내부에 있어서 건설대신과 지방건설국장과의 관계와 같은 것이 아니고, 지방자치단체의 장은 헌법의 지방자치의 본지에 의거하여 독립성이 있음을 명백히 하고, 그러한 독립성을 갖고 있는 지방자치단체의 장이 기관위임사무를 집행하는 한 국가의 지휘·감독에 복종하는 것이며, 독립성을 전제로 하고 있으므로 직무집행명령소송가 있음을 명시한 것이다.

동경지방법원은 1963년 3월 28일 본건환송심판결에서, 직무집행명령에 대하여 실질적심사를 하고 통치행위론을 전제로해서 본건명령은 위헌. 위법은 아니라고 판결하였다. 사천정장은 이 환송심판결에 대하여 재상고를 하지 않았고, 이 판결은 확정되어 토지수용절차가 진행되었다. 이 사천사건은 일련의 직무집행명령소송의 절차중, 제 1단계의 재판의 청구로서 끝난 사건이긴 하나 그 동안 토지수용절차가 진행되지 않았다는 사실이 중요하다. 즉, 최고재판소에의 상고는 집행정지의 효력이 없다.<sup>125)</sup> 그것은 또한 항고소송의 원칙이기도 한다.<sup>126)</sup> 따라서 본건에서도 도지사가 사천정장의 상고에도 불구하고 제2의 단계인 위법확인

---

125) 지방자치법 제146조 11항.

126) 행정사건소송법 제25조 제1항.

의 재판을 청구하고, 대집행을 하는 것이 법률상으로는 가능한 것이다. 그러나 중앙과 지방의 대결은 대개의 경우, 심각한 정치적 배경이 있으며, 지방자치단체도 자주적인 법령해석권을 갖는 존재이므로<sup>127)</sup> 명백한 법령위반 또는 해태의 경우를 제외하고는 국가도 쉽게 사무처리를 강행할 수 없을 것이다. 이러한 법령기간은 중앙과 지방의 대립을 조정하는 중요한 완충적요건이 된다.

## (2) 전천시 제일 한국인의 국적기재변경의 문제

북강현 전천시에서 일어난 사건이다. 한국적으로 해놓지 않으면 강제송환된다는 친구의 말을 믿고 한국적으로 한 5세대 14인에 대하여 1973년 8월 외국인등록법 제10조의 2 제1항에 해당된다고 보고, 등록원표등을 「한국」 적에서 「조선」 적으로 다시 변경기재한 데에서 법무성과의 대립이 시작된 것이다.

법무성은 1950년경부터 원칙적으로 한국에서 조선으로 국적변경을 인정하지 않는 방침을 취하였으나, 사무처리상의 착오를 이유로 한 기재변경이 있어서, 시정촌장은 단독으로 기재변경을 하지 말 것과 취급상 문제가 있는 것은 법무성에 품신하도록 하는 통달을 재삼 전국의 시정촌장에게 보냈다. 그리고 전천시에 있어서의 국적기재변경에 대하여는 북강현지사에게 시장이 단독으로 기재변경을 한 것은

---

127) 兼子仁, 自治體法學(學陽書房, 1988), PP. 111~127.

잘못이며, 적법한 것으로 인정할 수 없으므로, 국적란의 기재를 「한국」으로 정정하도록 전천시장에게 명령하도록 통달하였다. 3개월 경과한 후 북강현지사는 법무성의 의도대로, 국적기재를 종전대로 되돌리도록 하는 취지의 직무명령을 발하였다. 이에 대해 시장과 시의회는 현시점에서는 시장의 조치가 잘못이라고 판단되지 않으며, 그 위법성이 명백하여지면 시민에게 불이익이 돌아가지 않도록 하겠다고 하면서, 그 명령에 복종하지 않는다는 회신을 보냈다. 1971년 1월 제소에 의한 정식재판이 시작되기 전에 법무성과 전천시장간에 다음과 같은 화해가 성립하였다. 즉, 직무집행명령을 철회하며, 명령대상자 이외의 국적기재변경은 법무성이 무조건 묵인하고, 대상자는 「한국」으로 재정정한 후 재검토한다는 내용이었다. 이 화해는 여러 각도에서의 평가가 있었으나, 권한쟁의해결을 위한 한 유형을 제시한 것으로서 의의가 있다.

### (3) 외국인등록법을 둘러싼 지문날인문제

이 문제는 1980년 경부터 표면화되었다. 외국등록인법은 일본에 재류하는 외국인의 등록을 실시함으로써 외국인의 거주관계 및 신분관계를 명백히 하여 그로서 재류외국인의 공정한 관리에 활용한다고 규정하고,<sup>128)</sup> 이 등록사무는 기관위임사무로서 시(구)정촌장에게 위임하고 있다.<sup>129)</sup> 16세

128) 외국인등록법 제1조.

129) 지방자치법 별표 제4-2(7); 외국인등록법 제3조.

이상의 외국인은 신규등록이나 재등록신청시에 등록원폼에 지문을 날인하도록 규정하고 있고<sup>130)</sup> 위반자에게는 벌칙이 규정되어 있다. 법무성은 통달등으로 지문날인거부자에 대하여는 시정촌장이 즉시 관할 경찰서장에게 고발하도록 요구하였다. 이것은 현저한 인권침해라는 이유로 많은 날인거부자가 나타났다. 1985년 2월 천기시장은 지문날인제도는 외국인을 차별하고, 범죄자로 취급하는 것이므로 인도적견지에서 날인 거부자를 고발하지 않을 방침임을 명백히 하였다. 이를 계기로 해서 20개 이상의 지방자치단체가 같은 방침을 밝혔고 전국시장회나 약 800여의 지방의회도 외국인등록법의 개정을 결의하였다. 이에 대하여 법무성은 지방자치단체의 법률무시현상에 위기감을 느껴, 날인거부자에 대한 재입국허가의 거부, 지방자치단체의 고발없이 거부자의 체포등 강경책을 펴는 한편 이른바 법무성 「5·14통달」을 발하여, 날인거부자에 대하여 3개월간 설득하고 그래도 응하지 않을 때에는 외국인등록법의 교부를 보류하되, 지방자치단체의 고유사무로서 행하고 있는 등록·증명서에 법률위반자임을 명기하는 등의 제재조치를 요구하였다. 지방자치단체는 이에 반발하였고, 통달을 반송하는 시도 있었는가 하면 많은 지방자치단체는 통달의 실시 에 소극적이었다. 그러나 같은 해의 7월에는 도특별구장회, 대판시장회가 창구의 혼란을 이유로 하여, 고발에는 소극적이었으나, 「5·14통달」의 준수를 결정하였다. 12월에는

---

130) 외국인등록법 제14조 제1항.



날인거부자에게도 외국인등록증을 즉시 교부하여 온 천기 시도 즉시교부로 「범위반」의 기록이 남는다고 하는 불이익을 피하기 위하여 통달에 따른 방법과 천기시의 방식을 병용토록 할 것을 결정하였다. 이것은 외국인등록증의 교부라고 하는 기관위임사무에 관하여 법무성의 압력에 양보하는 한편 날인거부자의 즉시교부의 요구에도 응하기 위한 정치적판단이었다고 할 것이다.<sup>131)</sup>

#### 4) 평 가

국가와 지방자치단체간의 대립에서 직무집행명령소송이 제기되거나 제기된 검토사례의 분석을 통하여 일본특유의 권한쟁의해결방법을 볼 수 있었다.

일본은 덕천가강에 의해 전국시대에서 벗어나 막부정치기 시작되었다. 그러나 전국시대의 잔영으로서 번주제도가 유지되었다. 서구의 봉건영주와 같은 존재인 번주제도는 일본에서의 지방자치제도를 쉽게 정착시킬 수 있을 것으로 생각되었다. 일본인들은 고향에 가는 것을 「국에 귀る」라고 곧잘 표현한다. 그것을 직역하면 「나라에 돌아간다」는 뜻이다. 이것은 번주제도시대의 유물이다. 그러나 덕천막부는 번주의 반란을 방지·감시하기 위한 수단의 하

---

131) 和田英夫・藤卷秀夫, 「戦後における中央・地方関係の變遷と課題 - 職務執行命令訴訟をめぐる司法的コントロールの側面から-」, 都市問題 第79卷 1號(東京市政調査會, 1988), PP.3~15.

나로 참권교대제도를 두고 격년제로 번주를 강호(지금의 동경)에 머물게 한 것 등은 지방분권화속에서의 중앙집권화라는 이율배반적인 양상을 일본에 가져왔다. 더욱 엘리트를 자부하는 중앙행정관료들이 철옹성과도 같은 집단을 형성하면서 그들이 일본의 현대화 즉, 서구화를 유지하는 한편 군국주의세력과의 결합은 총력전태세정비의 필요상 더욱 중앙집권화를 가속시켰다. 그러면서도 서구화를 위해 서구의 법제도를 수용하는 데에는 아주 민첩하였다. 직무집행명령소송제도도 영미법의 mandamus절차를 도입한 것이다.<sup>132)</sup> 본음으로서의 중앙집권화, 건전으로서의 지방분권이라는 면을 볼 수 있는 일본에서, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판절차의 하나인 직무집행명령소송제도에서도 이러한 양면성을 볼 수 있는 것이다.

국가와 지방자치단체간의 대립속에서도 이 직무집행명령소송제도가 실제에는 거의 활용되지 않은 것도, 이러한 대립이 정치적으로 큰 쟁점을 갖고 있고 또한 헌법에 관련되는 어려운 문제를 포함하고 있어서 소송절차에 많은 시일이 소요되어 긴급시에는 별로 효용이 없다는 점도 있으나, 중앙정부가 지방자치단체에 대하여 갖고 있는 보조금등 실제상의 강력한 지배력을 간과해서는 안될 것이다. 1945년 후에 활발한 활동을 전개한 이른바 혁신세력의 정치무대에

---

132) 자保幸-, 「職務執行命令訴訟」, 行政法 第3卷(有變閣, 1970), P.227 ; 櫻井昭平, 「職務執行命令訴訟制度について」 아세아법학 제20권 1·2호 합병호(아세아대학법학연구소, 1988), PP. 147~170.

의 등장은 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 증가시켰다는 사실도 우리에게 시사하는 바가 있다 할 것이다.

#### 4. 기관소송 유사 소송

현행법상 기관소송이라고는 할 수 없으나 실질상으로는 권한쟁의의 내용을 갖고 있는 것이 있다. 이러한 소송의 유형은 기관소송의 발전방향에 시사하는 바가 있을 것이다. 그 예의 하나가 지방세법 제8조가 규정하고 있는 소송이다. 동조는 지방자치단체의 장의 과세권의 귀속, 지방세법의 적용에 대하여, 다른 지방자치단체의 장과 의견을 달리하는 경우에는 자치대신에게 결정을 구하고<sup>133)</sup> 그 결정에 불복하는 경우,<sup>134)</sup> 그 결정, 재결에 위법이 있다 해서 출허하는 것을 허용하고 있다. 이 소송은 권한쟁의라는 면에서는 기관소송의 성질을 갖는다고 할 수 있으나, 일반적으로는 공권인 과세권의 보호를 구하는 실질을 갖는다고 해서 항고소송으로 이해되고 있다. 또한 지방자치법 제9조 및 제9조의 2에 규정하는 시정촌의 경계분쟁에 관한 소송의 성질도 문제가 된다.

시정촌의 폐치분합이나 경계확정에 관한 지사의 권한은 기관위임사무이고, 지사는 국가의 기관으로서 권한을 행사한다.<sup>135)</sup> 이 권한행사에 대하여 불복하는 시정촌은 소송을

---

133) 시정촌장의 경우에는 지사.

134) 시정촌장의 경우에는 자치대신의 재결을 경유.

제기할 수 있으나, 이 소송은 자치권이 미치는 범위의 확정이라는 측면에서는 기관소송에 속하지 않는다고 할 수 있으나, 국가의 지방자치단체에 대한 감독수단으로서의 소송이 오늘날 기관소송으로 이해되고 있으므로, 국가의 기관인 지사의 처분의 적정화를 구하는 뜻에서는, 시정촌으로부터의 직무집행명령소송이라는 실질도 갖고 있다고 볼 수가 있을 것이다.<sup>136)</sup>

즉, 시정촌의 경계에 관한 쟁의가 있으면 관계 시정촌의 신청에 따라, 지사는 자치분쟁조정을 하고,<sup>137)</sup> 조정이 이루어지지 않을 때, 또는 관계시정촌으로부터 재정을 구하는 신청이 있었을 때에는, 지사는 재정에 돌리고 재정에 적합하지 않다고 인정한 경우에는 재정을 하지 않는 취지를 관계 시정촌에 통지하는 것이다. 지사의 재정에 불복하거나, 재정에 적합하지 않다는 통지를 받은 때에는 관계 시정촌의 경계를 판명할 수 없는 경우에, 경계에 관한 쟁의가 없을 때에는 지사는 관계 시정촌의 의견을 들어 결정하게 되는 것이나, 이 결정에 불복하는 관계 시정촌에게 출허가 인정되고 있다. 이러한 소송은 지사의 재정이나 결정을 다투는 항고소송으로, 혹은 관계 시정촌간의 경계확정이라고 하는 당사자소송의 형식을 취하지 않더라도 법률상의 쟁송으로서 기관쟁의를 해결할 수 있다는 견해<sup>138)</sup>는 시사하는

---

135) 동경지방법원판결 1960. 3. 24. 행재레집 11권 3호.

136) 雄川一郎, 「機關訴訟の法理」, 법학협회잡지, 제91권 8호(동경 대학법학회, 1974), PP.91~92.

137) 지방자치법 제251조.

138) 地方自治法 第251條.

바 크다 할 것이다.

토지개량구의 총대선거를 둘러싼 사건에서 법원에 따라 달리 취급을 하였다. 즉, 토지개량구가, 정선거관리위원회가 관리한 당해 토지개량구총대선거를 무효로한 현선거관리위원회의 재결의 취소를 구한 소송에서 제1심은 행정사건소송법상의 민상소송이므로 법에 정한 바가 없어, 부적법이라고 한데에 대하여, 제2심에서는 취소소송으로 취급을 하고 소의 이익이 없다고 해서 기각하였다. 그러나 상고심에서는 입법정책으로서 민상소송제도로 수용 할 수 있을 것이라는 견해를 보이면서도 기관소송적사고를 시사하였다.<sup>139)</sup> 이것은 해석에 따라 소송유형도 달라질 수 있음을 시사하는 것으로 재음을 요하는 사항이라 할 것이다.

---

139) 최고재판소판결 1967. 5. 30. 민집 21권 4호.

## 제5장 우리나라의 국가기관과 지방자치단체간 의 권한쟁의심판

### 제1절 우리나라의 권한쟁의심판제도

#### 1. 권한쟁의심판의 의의

우리 나라 현행헌법 제111조 제1항 4호는 헌법재판소의 권한으로, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장하도록 규정하고 있다. 이것은 제2공화국헌법상의 기관쟁의제도가 국가기관간의 권한쟁의심판만을 허용하였던 것과는 달리, 현행 헌법은 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간에 그 헌법적권한과 의무의 범위와 내용에 관해서 쟁의가 발생한 경우에, 이를 권위적이고 유권적으로 심판함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고, 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법의 규범적효력을 보호한다는 데 그 목적과 의의가 있다.<sup>139)</sup>

국가기관에는 입법기관, 행정기관, 사법기관이 포함될 것은 물론이고, 중앙선거관리위원회도 포함된다. 다만 헌법재

---

139-1) 허 영, 한국헌법론(박영사, 1990), p.818.

관소법 제62조(권한쟁의심판의 종류)는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판을 ㉠ 정부와 특별시·직할시 또는 도간의 권한쟁의심판 ㉡ 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(자치구)간의 권한쟁의로 규정함으로써, 국가기관을 정부에 한정하고 있다. 지방자치단체를 권한쟁의의 소송당사자로 하는 것은 Weimar공화국시대부터 다투어진 문제이나, 우리 나라에서는 지방자치의 실효성을 기하기 위해서 매우 중요한 의미를 갖는 것으로 지적되고 있다.<sup>140)</sup> 더욱이 지방자치법 제157조1항에 의한 지방자치단체장의 위법한 명령이나 처분에 대한 시정명령 내지 취소·정지권 그리고 지방자치법 제159조1항에 의한 지방의회의 위법한 결정에 대한 재의요구권등으로 많은 쟁의가 국가기관과 지방자치단체간에 발생할 것으로 예상되고 있다. 권한쟁의가 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무와 관련해서 발생한 경우에는 해당 교육위원회가 소송당사자가 된다.<sup>141)</sup> 권한쟁의에는 적극적쟁의와 소극적쟁의가 있다. 적극적쟁의는 특정사항이 자신의 관할에 속하는 것이라고 주장하는 경우에 발생하는 쟁의이고, 소극적쟁의는 반대로 특정사항이 자신의 관할에 속하지 아니한다고 주장하는 경우에 발생하는 쟁의이다.

## 2. 심판절차

---

140) 허 영, 헌법이론과 헌법(하) (박영사, 1981, p.389).

141) 헌법재판소법 제62조 제2항.

## 1) 일반심판절차

헌법재판소법은 심판절차를 일반심판절차와 특별심판절차로 나누어 규정하고 있다. 특별심판절차는 다시 ① 위헌법률심판절차 ② 탄핵판결절차 ③ 정당해산심판절차 ④ 권한쟁의심판절차 ⑤ 헌법소원심판절차등으로 나누어 규정하고 있다.

### (1) 재판부

헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장하며 재판장은 헌법재판소장이 된다. (헌재법 § 22)

### (2) 심판정족수

재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리하고, 종국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인격결정을 하는 경우, 그리고 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우에는 재판관 6인이상의 찬성이 있어야 한다.(헌재법 § 23) 또한 일정한 법정사유에 해당되는 경우 재판관은 제척·기피 및 회피케 된다.



(헌재법 § 24)

(3) 변호사강제주의

각종 심판절차에 있어서 정부가 당사자인 경우인 때에는 법무부장관이 이를 대표하고, 국가기관 또는 지방자치단체가 당사자인 경우에는 변호사의 자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다. 그러나 사인이 당사자인 경우에는 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판제구를 하거나 심판수행을 하지 못한다.(헌재법 § 25)

(4) 구두변론 및 공개

탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다.(헌재법 § 30) 심판의 변론과 결정의 선고는 공개한다. (헌재법 § 34)

(5) 심판기간 및 일사부재리

헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다.(헌재법 § 38) 헌법재판소는 이미 재판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다.(헌재법 § 39)

## (6) 심판절차에 관한 준용규정

헌법재판소의 심판절차에 관하여는 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하거나 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.(헌재법 § 40)

## (7) 심판비용

재판비용은 국가부담을 원칙으로 한다. 헌법소원의 남소를 방지하기 위하여 공탁금의 납부를 명할 수 있고 또한 일정한 경우에는 국고귀속을 명할 수 있다.(헌재법 § 37)

# 2) 권한쟁의심판절차

헌법재판소법 제4장은 특별심판절차에 관하여 규정하면서 제4절에 권한쟁의심판절차에 관하여 규정하고 있다.

## (1) 당사자

권한쟁의에 있어서 당사자가 될 수 있는 것은 ① 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회를 포함하는 국가기관과 ② 각급지방자치단체 그리고 ③ 교육위원회이다. 국가기관

이나 지방자치단체를 상대방으로 하는 사인의 경우에는 권한쟁의심판상의 당사자가 될 수 없다. 또한 지방자치법 제 62조 제1항 2호는 국가기관을 정부로 한정하고 있다.

## (2) 권한쟁의심판의 청구사유

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관, 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.(헌재법 § 61①) 또한 위의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.(헌재법 § 61②) 즉, 구체적인 권리보호의 이익이 있을 때에만 권한쟁의심판의 청구가 가능하다.

## (3) 청구서의 기재사항 및 청구기간

권한쟁의심판의 청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다. ① 청구인 및 심판수행자 또는 대리인의 표시 ② 피청구기관의 표시 ③ 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위 ④ 청구의 이유 ⑤ 기타 필요한 사항 등이다. (헌재법 § 64) 또한 권한쟁의의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 이 기간은 불변기간으로 한다.(헌

## 재법 § 63)

### (4) 결정 정족수 및 결정의 내용

헌법재판소는 재판관 7인 이상이 참석하고 참석재판관중 과반수의 찬성으로 권한쟁의의 판결을 한다. 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한이 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 위의 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.(헌재법 § 66) 기관쟁의소송은 소송당사자간에 발생한 분쟁의 해결이 최우선적임무이기 때문에 헌법재판소는 그 결정으로 기관쟁의의 원인이 된 구체적인 처분이나 조치의 유효·무효를 분명히 해야 하는 것이다.

### (5) 가처분

헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판 대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.(헌재법 § 65)

### (6) 결정의 효력

헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지

방자치단체를 기속한다. 국가기관 또는 지방자치단체의 처분에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. (헌재법 § 67) 따라서 소송당사자인 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 결정에 따라 그 처분이나 부작위를 시정해야 하고, 다른 국가기관이나 지방자치단체도 헌법재판소의 결정을 존중해야 한다.

## 제2절 우리나라 권한쟁의심판제도의 문제점

### 1. 재판부의 구성문제

헌법 제111조 제2항은 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성한다고 규정하고 있다.(헌재법 § 3) 따라서 헌법재판소는 9인의 재판관으로, 헌법 제111조 제1항이 열기하고 있는 사항의 심판을 관장하지 않으면 안 된다. 헌법재판소는 사법적방법에 의하여 헌법을 보장하는 기관이다. 사법적보장은 제3조의 권력인 법원이 아니면, 중립적권력인 헌법재판소에 이를 맡기는 것이 일반적이다. 헌법재판소에 의한 기본권보장방식은 권한쟁의심판등을 통하여 이루어지는 방식이다. 헌법재판소의 권한쟁의심판등은 직접적으로는 국가권력의 자의적인 공권력행사를 통제하기 위한 것이지만, 이러한 심판들은 권력에 대한 그 통제기능을 통하여 간접적으로는 기본권의 보장에 기여하는 것이다.<sup>142)</sup>

지방자치의 본질은 시민주권적입장에서 인권보장의 제도로서 파악할 때에는 헌법재판소의 기능이 중요한 의미를 가지게 되는 것이다. 또한 우리 헌법재판소는 사법부의 장에서 규정된 사법기관은 아니고, 그 기관의 구성이 정치적인 것이기 때문에 정치적심판기관이라고 볼 수도 있는 것이다.<sup>143)</sup>

이와 같이 헌법재판소는 다양한 사항에 관한 심판을 관장해야 할뿐만 아니라 정치적사항에 대하여 심판을 하여야 하는 것이다. 국가와 지방자치단체가 각각 법인격을 가지고, 병렬적 입장에서 소관사항을 수행하는 것이 오늘날의 국가와 지방자치단체의 관계이다. 그러나 이조시대부터의 강력한 중앙통치라는 역사적배경과 일제식민지시대하에서의 식민지통치가 가져온 중앙지배의 철권정치, 1948년 새 정부수립이후 국토의 분단, 6·25전쟁의 수행, 중앙행정관료에 의해 주도된 경제개발의 추진과 행정의 근대화 내지 현대화 노력등은 헌법이 지향하고 있는 국가와 지방자치단체간의 관계가 그렇게 순탄하고 용이하게 유지될 수 있을 것인가에 대하여 많은 의문을 갖게 하는 것이다. 그것은 앞으로 국가와 지방자치단체간에 권한쟁의가 많이 발생할 가능성이 있음을 말하는 것이기도 한 것이다. 더욱 지방의회 의원선거법은 광역지방자치단체의 의회의원 선거에 있어서 후보자의 소속정당의 추천서를 첨부케 하는 등 정당의 관여를 허용하고 있다. 따라서 집권당의 정부와 집권당 아닌

---

142) 권영성, 전제서, p.953.

143) 김철수, 신고 헌법학개론(박영사, 1991), p.987.

정당원이 다수인 특정 지방의회간에는 많은 견해의 차이가 소관사항의 권한을 둘러싸고 발생할 것도 예견된다. 특히 지방자치단체의 장이 그 주민에 의해 직선되는 경우에는 이러한 현상이 더욱 심화될 가능성이 있다. 이러한 것은 헌법재판소에로의 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 심판청구의 내용이 정치적인 것이 많으므로, 헌법재판소에게 많은 부담을 주게 될 것이다.

헌법재판소의 재판관 9인중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자등을 대통령이 임명하도록 되어 있다. 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다.(헌재법 § ②③④) 이와 같이 헌법재판소를 대통령, 국회, 대법원장의 3자로 하여금 합동으로 구성하게 한 것은 그 기능의 합리화를 위한 것이기도 하지만, 그 관장사항이 정치적사법의 성격을 띠고 있기 때문에 정치적중립성을 유지하도록 하기 위한 것이라고 지적되고 있다.<sup>144)</sup> 그러나 대통령도 특정 정당의 당원인 것이 일반적이고, 국회의원의 대부분이 특정 정당원인 것이 일반적이다. 따라서 정치적중립을 헌법재판소의 재판관에게 보장해 주기 보다는 정치적으로 중립해야 한다는 부담을 주는 것이 된다. 이러한 상황과 부담속에서 정치적 이해관계가 얽혀져 있고, 정당이 배후에서 주시하고 있는 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의의 심판을 현재 제도의 재판부로서 담당하는 데에 과중한 부담이 되지 않을까 생

---

144) 권영성, 전게서, p.955.

각된다. 헌법재판소법 제38조는 심판기간을 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하도록 규정하고 있으므로 해서 시간 상의 부담도 안고 있는 것이다.

## 2. 권한쟁의심판관계의 다원화문제

지방자치단체상호간의 권한쟁의사건은 이를 일반법원의 권한으로 하는 것이 바람직하고, 특히 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의사건까지 관장할 중요성에 의문을 제기하면서, 헌법재판소는 헌법사건만 담당하고 행정사건은 대법원 산하에 행정재판소를 설치하여 맡기는 것이 옳다는 견해가 있다.<sup>145)</sup> 프랑스, 독일 등의 권한쟁의심판제도의 검토에서 본 바와 같이 이들은 헌법원과 국참사원, 연방참사원, 연방헌법재판소, 연방행정재판소 등에서 권한쟁의사건의 내용 그리고 적용법의 내용 그리고 적용법의 차이등에 따라서 쟁의심판기관이 다르다. 그러나 그들 나라와 우리가 정치·사회·문화적배경이 다르고, 헌법사실과 헌법규범의 일치도가 같을 것인가 하는 문제에 대한 명확한 해답을 얻는 것이 선결문제로 생각된다. 또한 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 헌법사건과 법률사건과의 구별이 과연 명백한가 하는 의문도 제기된다.

---

145) 김철수, 「헌법재판소법의 개정방향」, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상(헌법재판소, 1990), p. 243.



### 3. 국가기관을 정부에 한정한 문제

헌법 제111조 제1항 4호는 헌법재판소의 관장사항으로 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 규정하고 있다. 이 국가기관에는 입법기관, 행정기관, 사법기관은 물론이고 중앙선거관리위원회도 포함되는 것으로 이해되고 있다.<sup>146)</sup> 그러나 헌법재판소법 제62조 제1항 2호는 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의심판을, “가”와 “나”로 나누어, “가”에서 정부와 특별시·직할시 또는 도간의 권한쟁의심판, “나”에서는 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구간의 권한쟁의심판을 규정함으로써 「국가기관」을 정부에 한정하고 있다. 이 경우, 헌법이 국가기관으로 규정하고 있는 「국가」를 헌법재판소법으로 「정부」로 제정할 수 있는냐고 하는 의문이 제기된다. 지방자치가 활성화되어 갈수록 정부 이외의 국가기관도 권한쟁의가 발생할 가능성이 많을 것인즉 이 문제가 더욱 크게 대두될 것이 아닌가 생각된다.

### 4. 변호사강제주의

---

146) 김철수, 신고헌법학개론, p.1002; 권영성, 헌법학원론 p.976; 허영, 한국헌법론, pp.819~820.

헌법재판소법 제25조 제2·3항은 헌법재판의 대리인의 자격을 변호사로 한정하여 일반인의 대리나 본인소송을 막고, 변호사강제주의를 채택하고 있다. 이것은 헌법재판이 고도의 헌법지식이 필요하므로, 헌법소송의 공정화·신속화를 기하기 위한 것이라고 한다.<sup>147)</sup>

헌법재판소법 제31조는 재판부가 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있고 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 그 증거조사를 할 수 있도록 하는 등 직권주의적절차를 규정하고 있으므로 반드시 변호사강제주의를 채택해야 하는가 하는 문제가 제기된다.<sup>148)</sup> 더욱 헌법재판소법 제37조 제1항은 헌법재판소의 심판비용을 국가 부담으로 할 것을 규정하고 있고, 제70조에서는 헌법소송 심판을 청구하고자 하는 자가 변호사를 대리인으로 선임할 자격이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선변호인을 선임하여 줄 것을 신청할 수 있도록 규정하고 있는 것 등을 보면 변호사강제제도의 문제점을 이해할 수가 있다. 우리 지방자치단체의 재정자립도가 아직 많이 낮은 것을 감안한다면 이 제도는 실제에 있어서 지방자치단체의 정부에 대한 권한쟁의의 심판청구를 억제 내지는 불가능하게 만들 가능성이 높다. 재정자립도도 낮은 지방자치단체에서는 부족분을 중앙정부의 보조에 의존하지 않을 수 없는 것이 오늘날의

---

147) 김철수, 전제논문, pp. 239~240.

148) 이시윤, 「한국의 헌법재판제도」, 헌법재판의 이론과 실제(헌법재판소, 1990), p.85.

우리 현실인만큼 그러한 측면은 약하게 작용할 우려가 있다.

독일에서는 일반법원에서 변호사강제주의를 채택하고는 있으나, 헌법소송에서는 이를 강제하지 않고 있고, 스페인에서는 남소를 방지하기 위하여 헌법소원에만 변호사강제주의를 채택하고 있다.

## 5. 가치분제도

헌법재판소법 제65조는 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고 시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 집행정지적 가치분제도는 보전적성질이 있기 때문에 본안청구가 이유있는 것으로 일응 받아들이기 쉽다. 그러나 그 결정과 본안 권한쟁의심판의 중국결정과는 별개의 것으로서 심판절차가 수행되어야 함은 재언을 요치 않는다 할 것이다. 과거의 예를 보면 법원이 행정사건에 있어서 집행정지에 상당히 인색하였다는 지적은<sup>149)</sup> 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의심판에도 그러한 경향이 나타날 것이 아닌가 하는 우려를 하게 한다.

---

149) 이영수, 「변호사가 본 행정소송」, 변칙담보·행정소송사무상의 제문제(법원행정처, 1982), p.750.

## 6. 심판절차에의 참가문제

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판은 구체적인 권리보호의 이익을 전제로 하는 것이나, 국가기관과 지방자치단체의 헌법상 권한과 의무에 관한 명백한 한계를 설정하게 되는 일종의 기관적소송으로서의 성질을 갖고 있으며, 헌법재판소의 심판결과가 다른 국가기관과 지방자치단체도 기속하기 때문에 다른 국가기관이나 지방자치단체가 요청하면 심판절차에의 참가가 허용되어야 하지 않느냐는 문제가 제기된다. 음미할 필요가 있다고 생각된다.<sup>150)</sup>

## 7. 전심절차의 도입문제

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 목적은 쟁의의 해결이다. 이 쟁의의 해결방법이 보다 간편하고 신속한 것이 더 바람직하다는 것은 말할 필요가 없을 것이다. 그러한 목적에 합당한 것이 양당사자간의 직접적인 대화에 의한 해결방법일 것이다. 이 직접적인 대화를 주선하여 주되, 법적측면에서의 조정과 중재를 해주는 국가기관이 있으면 더욱 효과적일 것이다. 이러한 조정 내지 중재 결과적으로 시간과 경비의 낭비로 해결 될 수 있는 정도의 것이면, 헌법상의 권한쟁의심판절차까지 진행되지 않을 것

---

150) 허 영, 한국헌법론, p.821.

이라는 입장에서는 그러한 주장에도 일리가 있다고 할 것이다.

그러나 우리의 분쟁해결수단은 대결보다는 대화였다고 하는 역사적, 사회적배경을 무시할 수는 없다. 「싸움은 말리고, 흥정은 붙여 주라」는 우리의 속설속에서 분쟁해결의 방법에 관한 소복하고도 기본적인 구도를 발견할 수 있을 것이다. 시간과 경비의 낭비에 지나지 않을 것이라고 주장하는 우려에 대하여는 조정 내지 중재절차의 경유여부를 자유선택주의로 하면 해소될 수가 있을 것이다.

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도가 처음으로 채택된 것인 만큼, 쟁의의 양당사자는 이러한 간편한 절차를 통하여 만족할 만한 소기의 목적을 얻을 수 있을 것인가의 여부를 빨리 파악할 수 있을 것이다. 또한 헌법재판소에 권한쟁의심판청구를 하기 앞서 가능한 한 양당사자가 각기 자기주장을 충분히 개진함으로써 서로가 자기판단의 오류를 줄일 수 있다. 또한 사실관계, 법률상의 쟁점이 명확해진다. 이러한 조정내지 중재심판제도가 양당사자간에 냉각기를 주게 됨으로써 분쟁해결을 용이하게 할 것이고, 결과적으로 헌법재판소에게 부담을 경감시켜주는 효과를 가져다 줄 것이다. 따라서 문제의 핵심은 어떤 국가기관이 이 조정 내지 중재심판을 담당하느냐에 있다 할 것이다.

## 제6장 우리 나라의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판제도의 발전방향

### 제1절 기본방향

오늘날 국민·주민의 민주의식의 고양과 사회·경제상황의 변화 그리고 국제화에 따른 인권의 국제적보장등은 국가와 지방자치단체간의 관계를 새로운 관점에서 파악되어야 할 시점에 이르렀다. 국가와 지방자치단체간의 기능분담의 적정화, 병렬적인 협력·협동의 촉진, 지방자치단체의 주민의 행정, 정책결정에의 참가등이 국가와 지방자치단체가 대등한 지위에 서서, 병립적협력관계에 있다는 데에 기초를 두고 있는 것이다. 고도의 산업사회에 있어서 소외된 주민의 의사를 정책결정에 흡수하고, 주민의 부분의사·부분이익을 대표하는 지방자치단체와 국민의 전체의사·전체이익을 통합하는 국가간에 이익과 의사의 대류곤계를 통하여, 지방자치단체의 주민의 인권이 보장되는 제도의 확립이 요구되는 시점에 이른 것이다. 그러한 요구의 충족은 인권의 국제적보장의 국제적상황과도 일치하는 것이고, 국내적으로는 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서」로 상징되는 통일에로 가는 길을 닦는 데에 일조가 될 것이다.

즉, 지방자치단체의 주민을 위한, 그리고 인권보장을 보다 견고히 하는, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 권한쟁의심판제도를 구현하기 위한 방향을 모색한다는 입장에서 그 방안을 제시하고자 한다.

## 제2절 심판기관의 발전방향

### 1. 심판기관의 일원화유지

권한쟁의의 심판을 이원화 내지는 다원화해야 한다는 주장이 있음은 전술한바와 같다. 그러나 권한쟁의심판은 국가기관과 지방자치단체를 당사자로 하고 있다. 이들 당사자들은 모두 공권력의 주체들이다. 따라서 이러한 공권력의 주체간의 쟁의의 심판은 심판기관에게 많은 부담을 주게 된다. 더욱 우리 나라에 있어서의 지방자치는 그 역사가 말해주듯 험난한 과거를 갖고 있다. 이러한 과거에서 벗어나, 시민주권적 입장에서 주민의 인권보장의 확립이라는 방향으로의 권한쟁의의 심판의 전개가 얼마나 어려울 것인가 하는 것은 충분히 예상할 수 있는 것이다. 더욱 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의 심판제도는 제6공화국헌법에서 처음 채택된 것이다. 따라서 그 분쟁심판에 관한 결정의 선례도 없다. 이제부터 그러한 선례를 쌓아 나아가는 일도 담당해야 하는 것이다. 따라서 그 앞날은 더욱 어려운 것이 될 것이다.

또한 우리는 독일과 같은 연방국가도 아니며, 프랑스와 같은 복합적혁명을 겪은 나라도 아니다. 일본과 같이 번주제도도 경험하지 못하였다. 그러면서도 남북분단의 국토속에서, 주민의 응집을 통한 굳건한 지방자치단체의 확립과 그것을 기반으로 한 통일의 실현이라는 역사적상황속에 우리는 위치하고 있는 것이다. 따라서 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판제도도 가장 바람직한 것은 권한쟁의의 발생을 사전에 예방할 수 있는 제도인 것이다. 그러한 의미에서는 권한쟁의심판기관인 헌법재판소가 권한쟁의 발생을 예방하는 차원에서 국가기관이나 지방자치단체로부터의 질의에 응답을 하고, 지도하는 기능도 담당하는 것이 요망된다.

불행하게도 권한쟁의가 발생하고, 그 심판청구가 있으면, 가능한 한 빨리 결정을 해야 하는 것이다. 그 결정에 있어서, 그것이 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의라 할지라도, 국가기관상호간의 권한쟁의와 전혀 무간한 것은 아닌 것이다. 따라서 권한쟁의심판의 통일성을 유지한다는 차원에서도 권한쟁의의 심판을 헌법재판소가 모두 담당하는 일원화가 계속 유지되어야 한다.

## 2. 재판부의 확충

헌법과 헌법재판소법은 헌법재판소의 재판관은 9인으로 규정하고 있다. 이 9인의 인원으로 상술한 권한쟁의심판을



포함하여 헌법과 헌법재판법에 규정하고 있는 소관사항을 수행함에는 그 부담이 중요하다. 그러므로 해서 신속하고도 효율적인 소관업무의 수행이 어려울 것으로 생각된다. 따라서 재판관수의 증원과 부제의 도입이 검토될 필요가 있다. 독일의 연방헌법재판소가 제1부회와 제2부회로서, 각각 12인의 재판관 즉, 24인의 재판관으로, 16인의 재판관으로 구성되어 있다. 제1부회는 대체로 규범심사와 헌법소원을, 제2부회는 연방쟁송과 기관쟁송을 관장하고 있는 것을 보면, 우리에게 많은 참고가 될 것이다.

### 제3절 심판절차의 발전방향

#### 1. 변호사강제주의의 완화

헌법재판소법이 변호사강제주의를 채택하고 있는 것은 헌법재판이 고도의 헌법지식등을 필요로 하므로, 헌법소송의 공정화·신속화를 위한 것이라고 한다. 그러나 현실적으로 변호사강제주의의 규정으로 해서, 재정이 빈곤한 지방자치단체가 국가기관을 상대로 권한쟁의심판의 청구를 할 수 없다면 오히려 더 심각한 문제를 야기케 할 가능성이 있는 것이다.

따라서 변호사강제주의를 완화할 필요성이 있게 된다. 법제관, 헌법지식이 풍부한 법학교수 뿐만 아니라, 각급지방자치단체에 근무하고 있는 법무담당관에게도 헌법재판의

대리인으로서의 자격을 인정하여 준다면, 변호사강제주의 문제점을 해소시켜 줄 것이다. 그것은 또한 각급 지방자치단체에 근무하는 법무담당관에게 교육적효과가 클 것이고, 결과적으로는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 예방하는 효과도 있을 것으로 기대된다.

## 2. 가치분제도에 있어서 「효력」 정지원칙

헌법재판소법 제65조가 규정하고 있는 가치분제도의 운용에 있어서, 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력이 정지되는 원칙의 정립이 필요하다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 심판청구를 제기하는 측은 대부분 지방자치단체일 것이다. 상대적으로 약자의 입장에 있다고 볼 수 있는 지방자치단체가 권한쟁의의 심판청구를 하는 것은 그들에게 있어서 그만큼 그 문제가 심각하고 또한 절박하다는 것을 뜻한다. 따라서 지방자치단체와 그 주민의 권익보장이라는 측면에서 이러한 원칙의 정립이 필요하며, 그것은 권한쟁의심판제도의 실효성을 높여 주는 촉진제가 될 것이다.

## 3. 다른 국가기관과 지방자치단체의 심판절차에 참가의 허용

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 심판은 국가기

관과 지방자치단체간의 권한과 실무에 관한 한계를 명백히 할뿐만 아니라, 헌법재판소법 제67조는 헌법재판소의 권한쟁의심판의 판정을 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있다. 따라서 객관적소송의 성질도 갖고 있다고 볼 수 있으므로 다른 국가기관이나 지방자치단체가 심판절차에의 참가를 요청하면 이를 허용해야 할 것이다.<sup>151)</sup>

#### 4. 전심절차로서 중재심판제도의 도입

헌법재판소에의 심판청구가 많아질 것이 예상되는 현실에서 보다 효과적으로 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 해소케 할 수 있는 방안의 하나로서 권한쟁의심판제도의 도입이 필요하다. 헌법재판소가 관장하는 중재심판절차는 제3자적입장에서의 중재심판을 보장할뿐만 아니라, 설혹 그 사안이 권한쟁의심판절차까지 진행된다고 하더라도 헌법재판소측에서는 그 쟁점과 문제점을 충분히 파악하고 있으므로, 심판절차가 보다 빨리 진행될 것이다. 또한 전심절차로서의 중재심판절차를 불필요하다고 생각하는 당사자를 위해서는 자유선택을 허용하는 방안도 검토될 수 있을 것이다. 그러나 권한쟁의심판절차보다 훨씬 더 그 절차를 간편하게 함으로써, 경제적면에서나 시간적면에서 유익하면 비록 자유선택을 허용한다 할지라도 이 중재심판절차의

---

151) 芦部信喜, 憲法訴訟の理論(유비각, 1983), pp.55~112.

경유를 희망하는 당사자가 많을 것이다.

## 5. 「국가기관」에 정부외에 국회, 사법부, 중앙선거관리위원회를 포함

헌법 제111조 제1항 4호가 「국가기관과 지방자치단체」의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있는 취지에 비추어, 헌법재판소법 제1항 2호가 「국가기관」을 「정부」에 한정하는 것은 문제이다. 앞으로 지방자치가 활성화되면서 지방자치단체와 정부 이외의 국가기관간의 권한쟁의가 발생할 것이므로 이를 위해서 정부 이외의 국가기관도 권한쟁의의 당사자에 포함토록 해야 할 것이다.

## 6. 심판기간의 단축

헌법재판소의 재판관의 충원, 부제의 도입 등 기관의 확충이 이루어지면, 헌법재판소법 제38조가 규정하고 있는 심판기간의 단축이 고려되어야 할 것이다. 특히 권한쟁의 심판에 있어서는 비록 그 당사자가 국가기관이나 지방자치단체라 할지라도 그것으로 인하여 자기의 권익에 영향을 받는 국민과 주민은 많은 것이다. 따라서 국민, 주민의 인권보장의 확충이라는 차원에서 심판기간의 단축이 필요한

것이다.

## 제7장 결 론

제도에 관한 연구·검토에는 결론이란 있을 수 없을 것이다. 제도는 그 존재가치의 보존·향상을 위해 항상 발전하기 때문이다. 그 국가, 그 사회에서 실질적효용성이 없는 제도는 조만간 사라지기 때문이다. 제6공화국헌법에서 처음으로 채택된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판 제도는 헌법이 권한쟁의의 발생이 많을 것을 예상하고 있는 것이고, 또한 우리의 지방자치제도가 헌법이 의도한대로 발전되도록 보장하기 위해서 규정한 것으로 생각된다. 그것은 헌법재판소의 권한쟁의의 심판의 결정을 통해 우리의 현실에 많은 지방자치단체제도가 구체적으로 다듬어져 가길 기대하고 있는 것을 뜻하기도 한다.

지금까지 헌법재판소가 그 갖가지 어려운 여건을 극복하면서도 인권보장을 위한 금자탑을 하나 하나씩 쌓아 올려 온 발자취가 더욱 그러한 기대를 갖게 하는 것이다.

시민주권적 입장에서 인권보장을 위한 지방자치제도가 헌법재판소의 권한쟁의심판을 통해서도 완성되어가길 기대하여 마지 않는다.

그 과정과 더불어 이 주제의 연구 또한 연속될 것이다.

## 제 2 주제

# 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

-당사자문제에 관한 독일에서의  
판례와 이론을 중심으로-

김 윤 용  
(성균관대학교)

## 목 차

제 1 장 서 .....	154
제 2 장 독일에서의 권한쟁의제도의 성립과 법적 근거 .....	160
제 1 절 역사적 배경과 성립과정 .....	161
제 2 절 법적 근거 .....	166
1. 기본법(GG)과 연방헌법재판소법(BVerfGG) .....	166
2. 법해석과 관계된 몇 가지 선결문제 .....	170
가) 추상적 해석인가 쟁의의 판결인가 .....	171
나) 헌법적 권한의 주권화 .....	175
제 3 장 권한쟁의제도의 법적 성격 .....	179
제 1 절 대립당사자간의 쟁송 .....	180
제 2 절 기능보장을 위한 쟁송 .....	185
제 4 장 권한쟁의의 발생조건 .....	188
제 1 절 쟁의의 대상 .....	190
제 2 절 쟁의의 계기 .....	195
제 5 장 권한쟁의의 당사자 능력 .....	205
제 1 절 당사자 능력 .....	205
제 2 절 최고국가기관 .....	208
제 3 절 기타 헌법기관 .....	210
제 4 절 기타 이해관계인 .....	216
1. 부분기관 .....	217
가) 연방의회 부분기관 .....	219
나) 연방참사원(Bundesrat)의 부분기관 .....	229

다) 연방행정부의 부분기관 .....	232
2. 정당의 당사자능력 .....	234
제 6 장 권한쟁의와 당사자적격 .....	248
제 1 절 청구인의 적격 .....	249
제 2 절 피청구인의 적격 .....	258
제 3 절 쟁송참가 .....	262
제 7 장 맺는 말 .....	267



## 제1장 서

1987년 10월에 개정된 현행 헌법에서는 헌법재판소제도를 채택하면서, 우리들로서는 생소하다고 할 수 밖에 없는 몇 가지 새로운 권한사항을 이 기구의 관장하에 두게 되었다. 헌법재판소제도 자체도 낯선 것이지만, 이 헌법재판소가 관장하기로 되어 있는 다섯 가지의 권한사항 가운데서 특히 권한쟁의심판과 헌법소원심판은 우리들에게는 첫 대면하는 것이나 다름없다. 그 중에서도 헌법소원 심판제도는 한국의 헌법에 도대체 처음으로 등장하는 것으로서, 참으로 획기적인 제도도입이 아닐 수 없다.

한편 권한쟁의심판제도도 한국에서는 처음 등장하는 것이나 다름없기는 하지만, 우리의 헌법사에서 전혀 생소한 것만은 아니라 하겠다. 1960년의 헌법개정으로 채택된 소위 제이공화국헌법에, 비록 「국가기관간의 권한쟁의」로 그 대상이 좁게 한정된 것이기는 하더라도, 이미 한차례 모습을 보인 바 있었기 때문이다.<sup>1)</sup> 그러나 제이공화국헌법 자

---

1) 1960년의 제2공화국헌법 제83조의 3은 헌법재판소의 관장사항으로서

1. 법률의 위헌여부심사
2. 헌법에 관한 최종적 해석

체가 단명했던 탓도 있었겠지만, 여하튼 이 권한쟁의심판 제도는 그때의 헌법재판소제도가 그러했던 것처럼, 한 차례 시행되어 보지도 못하고 폐기되어 망각 속에 사라지고 말았다. 그래서 그 이후 현행헌법이 채택되기까지는 행정소송법상 기관소송에 관한 규정<sup>2)</sup>이 있는 것으로 자족했을 뿐, 학계나 실무계나 어느 쪽에서도 헌법의 차원에서 이 제도를 도입할 필요성이 있다고 달리 역설한 예가 없었을 뿐만 아니라, 외국에서의 법제와 실효를 비교법적 안목으로 살펴본 예도 거의 없었다. 이 점에서 볼 때, 비록 현행 헌법에서 처음 채택된 제도이기는 하지만, 그간 독일의 이론과 판례를 중심으로 하여 깊은 관심의 대상이 되어 왔고, 그런 연고로 일단 채택된 다음에는 단시일 내에 널리 보급되어 그 활용도가 가히 폭발적이라 할 수 있을 정도인 헌법소원심판제도와 크게 대조된다고 하지 않을 수 없다. 학문적으로나 실무적으로나 아무런 조명도 받지 못하던 이 제도는 일단 헌법에 채택된 다음에도 헌법재판의 다른 분야에 비하여 진지한 관심의 대상이 되지 못하고 있는 것이 사실이다.

- 
3. 국가기관간의 권한쟁의
  4. 정당의 해산
  5. 탄핵제관
  6. 대통령, 대법원장과 대법관의 선거에 관한 소송
- 등 여섯가지를 열거 하였다.

2) 이 점과 관련하여 특히 행정소송법 제3조 및 4호 및 제45·46조 참조.

그렇지만 현행 헌법 제111조 1항의 규정만 놓고 볼 때 적어도 헌법기초자들은 권한쟁의심판제도를 채택하면서, 대단히 의욕적이었다는 인상을 받지 않을 수 없다. 1960년 헌법에서는 「국가기관간의 권한쟁의」로 한정했던 것과는 달리, 현행 헌법에서는 「국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판」으로 권한쟁의의 폭을 넓게 잡고 있기 때문이다. 새로운 민주화운동의 흐름 속에서 한편 권한쟁의심판을 통하여서도 민주적 헌법질서를 보장하려는 경향이 더욱 뚜렷해지리라는 예상과 함께 앞으로 다가올 지방자치시대에 이르러서는 다양한 내용의 권한쟁의가 폭주하리라는 예상 때문에 이처럼 폭넓은 권한쟁의심판제도를 받아들이게 된 것으로 짐작된다. 요컨대 법문으로 나타난 의욕과 학계와 실무계에서 실제로 표명하는 관심과 의욕이 서로 어긋나는데서 빚어지는 현상을 여기에서도 찾아 볼 수 있다고 하겠다.

여하튼 이러한 헌법조항을 근거로 헌법재판소법 제61조부터 제67조까지의 규정이 생겨났을 뿐만 아니라 그 테두리 안에서 의미를 지니는 것이다. 특히 권한쟁의심판의 청구사유를 규정한 제61조, 권한쟁의심판의 종류를 열거한 제62조 그리고 권한쟁의심판의 결과로 내려지는 결정의 내용과 범위를 규정한 제66조는 권한쟁의심판제도를 운영해 나가는 데 있어서 중요한 의의를 지니는 조항들이라 하겠다. 그러나 제도운영의 밑바탕이 되는 헌법을 비롯한 법제에 있어서는 어느 정도 갖추게 되었음에도 불구하고, 학리적 연구나 실제에 있어서는 이 권한쟁의심판제도는 아직도 전

인미로의 처녀지로 남아있음을 부인하기가 어렵다.

이 논문에서는 권한쟁의 가운데서도 특히 국가기관 상호간의 권한쟁의만을 대상으로 하려고 하는데, 이것이 전혀 생소한 분야라는 점에 있어서는 다름이 없다. 다만 앞으로 지방자치가 활성화됨에 따라 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 상당수 제기되리라고 예상되고, 이러한 추세와 어울려 국가기관 상호간의 권한쟁의도 어느 정도의 숫자에 이를 것으로 기대된다. 권한쟁의심판제도의 운영에 있어 우리보다 앞서 있는 독일의 예를 보더라도, 연방과 주간 및 주상호간의 권한쟁의심판례가 1951년부터 1989년까지의 기간에 모두 46건이었고, 같은 기간 동안에 연방정부 차원의 국가기관 상호간의 그러한 심판례는 36건이어서<sup>3)</sup> 우리의 예상과 기대를 어느 정도 뒷받침해 주는 것으로 보인다. 요컨대 권한쟁의심판제도는 아직까지 우리에게 생소한 것으로 머물러 있지만, 앞으로 이 분야에서의 사례가 적지 않게 제기되리라는 예상이 든다는 뜻이다.

그러나 법제만 갖추어져 있을 뿐, 실제로 참고할 만한 사례가 전혀 쌓여있지 않은 만큼, 앞으로 구체적인 쟁의가 제기되는 경우, 우리로서는 외국에서의 경험과 선례를 중요한 참고자료로 삼지 않을 수 없는 형편이다. 권한쟁의 가운데서도 국가기관 상호간의 권한쟁의에서 특히 그러하

---

3) 이러한 통계수치는 제이차자료에 의한 것으로서, Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl.(München, 1991), S.51 참조.

다고 하겠다. 국가기관과 지방자치단체간이나 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와는 달리, 국가기관 상호간의 권한쟁의는 우선 한 국가 내에서 최고의 위치에 있는 대등한 당사자간의 다툼이고, 또 국가기관간의 다툼은 대체로 심각한 정치적 의의를 내포하게 마련이기 때문이다.

우리보다 앞서 있으면서, 많은 경험과 선례를 쌓아가고 있는 나라로서, 그 어느 나라보다도 독일을 들 수 있을 것이다. 그런데 독일의 경우에 있어서도 연방최고의 국가기관 상호간의 권한쟁의를 헌법재판의 방식으로 심판·처리한다는 것은 역사적으로 생소한 것으로서, 사실상 현행 기본법의 제정에서부터 비롯된 일이다. 그래서 한 학자의 표현에 의하면 『연방최고국가기관간의 권한쟁의제도를 도입함으로써, 기본법은 미개척지에 접어들게 된』<sup>4)</sup> 것이다. 그러나 독일의 연방헌법재판소는 지나간 40년동안 이 새로운 미개척지에서 우리로서는 주목할만한 심판례를 내놓았을 뿐만 아니라 그에 부수하여 다양한 경험과 선례를 쌓아 온 것이 사실이다. 그리고 비록 헌법과 헌법재판소법을 중심으로 한 법제에 있어서는 한국과 독일간에는 적지 않은 차이가 있더라도, 권한쟁의심판제도를 포함한 헌법재판제도 전반을 실정헌법으로 채택함에 있어서, 독일의 헌법례에서 시사받은바 큰 것은 부인할 수 없겠다. 따라서 앞으로 한국의 헌법재판소가 국가기관 상호간의 권한쟁의를 심판함에 있어서, 독일의 경험과 선례가 훌륭한 참고자료가 되리

---

4) Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl.(München, 1991), S. 98.

라고 본다.

독일의 예에 비추어 이 글에서는 당사자능력과 당사자적격에 주로 초점을 둔 당사자문제를 중점과제로 삼고 있다. 그리고 이러한 중점과제를 둘러싸고 있는 다른 문제, 예컨대 권한쟁의의 법제상의 여건은 어떻게 되었는가, 그리고 권한쟁의의 성격을 어떻게 규정할 것인가 등의 문제도 함께 개관하려고 한다. 이를 위하여 주로 독일연방헌법재판소의 판례와 이를 둘러싼 학설·이론을 참고로 삼는다.

## 제2장 독일에서의 권한쟁의제도의 성립과 법적근거

한국의 헌법과 헌법재판소법에 규정되어 있는 「국가기관 상호간의 권한쟁의」에 해당하는 것으로 독일의 경우에 있어서는 독일기본법 제93조 1항 1호(Art. 93, I Nr. 1 GG)와 독일연방헌법재판소법 제13조 5호 및 제66조이하(§13 Nr.5, §63ff. BVerfGG)에 규정해 놓은 권한쟁의를 들 수 있을 것이다. 이를 지칭하는 용어로서 일반적으로 권한쟁의를 뜻하는 “Organstreit” 또는 “Organstreitigkeit” “Organstreitigkeit innerhalb des Bundes”나 “Bundesorganstreit”등 여러 가지를 뒤섞어 쓰고 있지만, 그 어느 것도 공식적으로 인정된 법적 명칭은 아니다.<sup>5)</sup>

그러나 연방헌법재판소는 이러한 권한쟁의를 간단히 “Organstreit”로 표현하는 것이 보통이며,<sup>6)</sup> 학자들도 대체로 이 용어례에 따르는 것으로 보인다. 따라서 이 글에서도 간단히 줄인 「권한쟁의」라는 용어으로써 연방최고의 국가기관 상호간의 권한쟁의를 뜻하는 것으로 한다.

---

5) Pestalozza, *a.a.O.*, S. 95 참조.

6) BVerfGE 2, 143; 13, 54(95); 20, 18; 45, 1(29); 60, 374(380); 62, 1; 67, 100; 80, 188(190f)참조. 그러나 초기 한 때는 「헌법쟁송」(Verfassungsstreitigkeit)이라는 용어를 쓴 예도 있었다. BVerfGE 1, 208(219)참조.

## 제1절 역사적 배경과 성립과정

중앙정부와 주정부간의 권한쟁의라는 것만을 놓고 본다면, 독일의 헌법사에서 권한쟁의심판제도의 역사는 결코 짧은 것이 아니다. 중앙의 제국정부가 지방의 정부를 상대로 벌이는 감독과 통제를 사법적 방식으로 행한 데에서부터 권한쟁의제도의 뿌리를 찾는다면, 그 역사는 신성로마 제국시대까지 거슬러 올라 갈 수도 있을 것이다.<sup>7)</sup> 그러나 이 제도가 좀더 구체화된 모습으로 선보이기는 입헌주의시대에 접어들어 1894년의 제국헌법초안에서 였고, 그러다가 정작 현대적 의미의 헌법에 자리잡기는 1919년의 「바이마르」 헌법에 이르러서이다.<sup>8)</sup>

그러나 제국과 지방간의 관계에서와는 달리, 연방내 최고 국가기관 상호간의 관계에서 제기되는 권한쟁의와 관련해서는 그러한 쟁의가 지니는 본질적 특수성 때문에, 이를

---

7) 이 점에 관해서는 특히 Wolfgang Löwer, "Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichte," in : Isensee u. Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II (Heidelberg, 1987), SS.757-8 참조.

8) 이런 연유로 해서, 「마운쯔」 교수는 권한쟁의제도를 일컬어 『헌법쟁송제도의 원형』이라고 까지 했다. Theodor Maunz, in: Maunz u. a., *BVerfGE*, § 13, RdNr. 43. 이와 관련하여 특히 Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S. 64 및 Klaus Stern, in: *Bonner Kommentar*, Art. 93, RdNr.329 참조.



헌법상의 제도로 구현하기는 현행 기본법에 이르러 처음이며, 그 이전에는 그런 전례가 없었다. 1871년의 소위 「비스마르크」 헌법은 물론이고 1919년의 「바이마르」 헌법에서도 이러한 국가기관 상호간의 권한쟁의에 대해서는 아무런 배려도 하지 않은 채, 오로지 정치적 힘을 바탕으로 한 조정에만 맡겨 놓고 있을 뿐이었다. 물론 19세기의 입헌주의시대에 군주와 등족간의 계약의 형태로 성립된 일부 지방헌법에서는, 그 지배내의 정부와 등족회의간에 헌법의 해석과 관련된 의견의 상치가 있을 경우, 이 문제를 국가재판소에 제소한다는 규정을 둔 예가 있기도 했다.<sup>9)</sup> 그리고 1849년의 제국헌법초안도 중앙의 제국정부와 제국의회차원의 권한쟁의를 제국재판소에서 심판하도록 한다는 조항을 둔 바 있었다.<sup>10)</sup> 그러나 이러한 모든 것은 제국전체를 위한 실정 헌법은 아니었다. 이미 언급한 바도 있지만, 심지어 「바이마르」 헌법도 주수준의 권한쟁의까지만 주의 헌법재판소나 「라이히」 국사재판소에서 심판한다고 규정해 놓고 있을 뿐이었다. 따라서 연방의 최고국가기관 상호간에 권한쟁의가 생겨나는 경우, 이를 연방헌법재판소로 하여금 심판하도록 하는 현행 제도의 채택은 독일로서는

---

9) 대표적인 예로서 1831년의 「작센」 헌법 153조를 들 수 있을 것이다. 이에 관해서는 Schlaich, *aa.O.*(FN3), S.53 참조.

10) 보다 상세한 내용을 위해서는 특히 Ulrich Scheuner, "Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert", in : Christian Starck, hrsg., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe*, Bd. I(Tübingen, 1976), S. 30 참조.

전혀 새로운 시도라고 해도 과언이 아닐 것이다.<sup>11)</sup>

현행 기본법의 기초 당시, 소위 「헤렌힘제」 초안(Herr-enchimseer Entwurf) 98조 2호는 『최고연방기관 및 이 기본법에 의하여 고유의 권리가 부여된 부분기관 상호간의 헌법쟁송에 관해서』는 헌법재판소가 심판한다고 되어 있었다. 그러나 이 초안이 제헌회의에 넘어 갔을 때, 반응은 크게 호의적인 것은 아니었다. 그래서 사법제도분과위원회는 그러한 사항은 재판의 대상이 될 수 없다는 이유를 내세워 이 조항을 전면적으로 삭제하는 것이 바람직하다는 의견을 내놓았다. 이에 대하여 헌법전반을 총체적으로 다룬 총체분과위원회(Der allgemeine Rechtsausschuss)로서는 것처럼 극단으로 치우치기보다도 원안을 수정하는 쪽을 택했다. 그래서 헌법쟁송 자체는 뒷전으로 밀려나고, 대신 이러한 다툼을 계기로 한 기본법의 해석이 전면으로 부각되게 된 것이다. 이 위원회의 안에 의하면, 연방헌법재판소는 『연방최고기관의 권리와 의무의 범위에 관한 쟁송을 계기로 하여 기본법의 해석에 관하여』 심판해야 하며, 쟁송 그 자체에 관하여 심판해서는 아니 된다고 했다. 이러

---

11) 그렇지만 이미 「바이마르」 공화국시대에도 「안슈츠」(Gerhard Anschütz), 「토마」(Richard Thoma)와 같은 학자 그리고 1927년의 제34차 독일법률가회의(34.Deutscher Juristentag)는, 최고국가기관 상호간의 헌법쟁송이 제기 되었을 때 이를 국가재판소로 하여금 심판하도록 하기 위하여, 주수준의 권한쟁의심판을 규정 한 「바이마르」 헌법 제19조와 같은 새로운 조항을 신설해야 한다고 주장한 바 있었다. 이에 관하여서는 Stern, *a.a.O.*(FN 8)RdNr. 71; Pestalozza, *a.a.O.*(FN4), S. 98 참조.

한 다툼이야말로 불신임투표나 정부안의 거부와 같은 방송을 거쳐 연방의회나 연방행정부 또는 연방참사원(Bundesrat)에 의해서 처리 되어 할 사항인 만큼, 연방헌법재판소는 구체적인 쟁송을 계기로 삼아, 기본법의 해석에 관해서만 판단해야만 한다는 것이다.<sup>12)</sup> 결국 이 안은 독일기본법 제93조 1항 1호의 규정으로 나타나게 되었다.

비록 기본법의 해석이라는 것으로 한정되기는 했지만, 이렇게 해서 독일의 헌정사상 처음으로 중앙의 국가기관 상호간의 관계에서 야기되는 헌법상의 문제가 사법부 판단의 대상이 된 것이다. 그리고 독일기본법은 이렇게 입장을 정함으로써 헌법쟁송절차를 포기하고 오히려 헌법해석절차를 택한다는 뜻을 기본법의 명문규정으로 표현한 것이다.

그러나 그 후 연방헌법재판소법(BVerfGG)의 제정으로 법적 상황은 전혀 다른 방향으로 진전되게 되었다. 즉 연방헌법재판소법 제63조 이하 67조까지의 규정, 특히 64조 1항의 규정이 채택됨으로써, 연방헌법재판소는 「기본법의 해석」보다도 헌법쟁송 자체의 심판을 소임으로 하게 되었

---

12) 독일연방헌법재판소는 이 점과 관련하여 밝히기를, 현행 기본법 제93조 1항 1호의 규정은 근원에 있어 소위 「헤렌힘제」 초안 98조 2호에 뿌리를 두고 있는 것이기는 하지만, 이것이 제헌의회에서 수정을 받아 현재의 내용으로 바뀌었다고 했다. 따라서 연방헌법재판소의 판단의 대상은 쟁송 그 자체가 아니며, 헌법재판소는 선결문제 즉 헌법의 해석에 관해서만 판단하는 것을 소임으로 해야 한다는 것이다. 이 점에 관해서는 BVerfGE 2, 143(152~3)참조.

다는 것이다. 요컨대 달리 표현하면 본법 제93조 1항 1호는 결과적으로 이미 버려졌던 소위 「헤렌힘제」 초안 98조에 2호에 의하여 다시 한번 교란되기에 이르렀다는 뜻이다. 따라서 헌법재판소법의 해당 조항이 기본법 제93조 1항 1호에 저촉된다는 위헌론이 제기되기도 하였지만, 연방재판소는 일찍부터 합헌을 선언하면서, 정당화해주는 태도를 취했다.<sup>13)</sup> 결국 오늘날에 이르기까지, 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법의 규정에 따라 「기본법의 해석」이라는 추상적인 선결문제에 대한 판단보다도, 구체적인 헌법쟁송으로서의 권한쟁의의 심판을 그의 소임으로 하게 되었다.

## 제2절 법적 근거

연방최고 국가기관 상호간의 관계에서 제기되는 권한쟁의 심판제도와 관련하여 그 근거법규를 기본법과 연방헌법재판소법에서 찾아 볼 수 있다.

---

13) 이 점과 관련하여, 연방헌법재판소는 지적하기를 『기본법 제93조 1호의 문구상의 표현은 분명하지 않으며, 또 확정적인 규정을 보여주고 있는 것이 아니다. 따라서 기본법 제94조 2항에 따라 절차를 정할 목적으로 제정된 연방헌법재판소법은 그러한 헌법조항의 내용을 보다 상세히 정할 수 있다』라고 한 다음, 연방헌법재판소는 일반 법률을 통하여 기타 사안에 대한 관할권을 부여받을 수 있다고 규정한 기본법 제93조 2항에 이러한 모든 사항이 포용될 수 있다고 했다. BVerfGE 1, 208(231f.) 참조.

## 1. 기본법(GG)과 연방헌법재판소법(BVerfGG)

다른 경우와 마찬가지로 국가기관 상호간의 권한쟁의심판이 행하여지기 위해서는 국가기관이나 기타 특정한 이해관계자의 권리·의무에 관한 쟁의를 전제하지 않을 수 없다. 이 경우에 있어 당연 자명한 것이면서 특히 강조되는 점은 쟁의당사자사이에 헌법적 관계를 바탕으로 한 다툼이 먼저 존재해 있어야 한다는 것이다.<sup>14)</sup> 이 점에서 국가기관간의 권한쟁의(Organstreit)가 추상적 규범통제나 행정법상의 쟁송과 구별될 수 있기 때문이다. 이렇게 「헌법적 관계」와 이를 바탕으로 한 「다툼」을 전제한다고 할 때, 어느 쪽에 더 역점을 두는가에 따라 이 권한쟁의심판제도의 성질 자체가 달라 질 수 있는 것이다. 법조문만을 놓고 볼 때, 기본법(GG)은 전자에 역점을 두고 있는 것으로 보이는 반면에 연방헌법재판소법(BVerfGG)은 후자에 주로 초점을 맞추고 있는 것으로 보인다.<sup>15)</sup>

국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여 가장 먼저 들 수

---

14) 이에 관해서는 Pestalozza, *a.a.O.*(FN4), SS. 99-100; 그리고 연방헌법재판소는 밝히기를 “국가기관간의 권한쟁의의 당사자는 헌법적 법률관계를 지니고 있어야 하며, 이러한 법률관계로부터 야기되는 어떤 특정한 결과와 관련하여 당사자간에 다툼이 있어야 한다”고 했다. BVerfGE 2, 143.

15) Dieter Lorenz, “Der Organstreit vor dem BVerfG”, in: Christian Starck, hrsg., Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe, Bd. I(Tübingen, 1976), S. 233 참조.

있는 법조문은 역시 기본법 제93조 1항 1호(Art. 93 I Nr. 1GG)라 하겠다. 이 조문을 보면, 연방헌법재판소는

연방최고기관의 권리와 의무의 범위, 그리고 이 기본법 또는 연방최고기관의 업무규정에 의하여 고유의 권리가 부여된 기타 이해관계인의 권리와 의무의 범위에 관한 쟁송을 계기로 제기되는 이 기본법의 해석에 관하여

심판한다고 되어 있다. 이와 대비될 수 있는 한국헌법상의 조항으로는 역시 제111조 1항 4호밖에 없다. 한국헌법의 조문이 독일기본법의 그것에 비하여 훨씬 간단하게 되어 있음을 알 수 있다.

독일기본법의 조문에서 특히 주목되는 부분은 「권리와 의무」, 「기타 이해관계인」(andere Beteiligter) 그리고 「기본법의 해석」 등의 구절이다. 우선 국가기관의 권한쟁의에 관한 조항에서 「권리와 의무」라는 표현을 쓰는 것이 이채롭지 않을 수 없다. 다음으로 한국헌법 제111조 1항 4호에서는 「국가기관 상호간의 권한쟁의에 관한 심판」이라는 단출한 표현을 쓰는 것과는 대조적으로, 독일기본법상으로는 국가기관 이외에 기타 이해관계인도 권한쟁의의 당사자가 될 수 있도록 되었다는 점에서 우리의 관심대상이 되는 것이다. 그리고 기본법의 해석에 관하여 심판한다고 규정함으로써, 일단 권한쟁의에서의 쟁송 자체에 대해서는 이를 심판의 대상으로 삼지 않는다는 것으로 되

어 있으나, 그 후에 제정된 연방헌법재판소법 (BVerfGG)의 일부 관계 조항은 이와는 어긋나는 뜻을 담고 있음을 주목하지 않을 수 없다.

연방헌법재판소법 제13조(§13 BVerfGG)는 연방헌법재판소의 관장사항을 16개호에 걸쳐 열거하고 있으며, 그 중 제5호는 국가기관 상호간의 권한쟁의에 관한 것이다. 그런데 이 제5호의 문구는 단어하나 바꾸지 않은 채로 기본법 제93조 1항 1호를 그대로 옮겨 놓고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 여기까지는 법조문상으로 특별히 문제될 것이 없다. 그러나 같은 법 제63조는 권한쟁의심판의 청구인(Antragsteller)과 피청구인(Antragsgegner)을 연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방행정부 그리고 이들 기관의 부분기관으로서, 기본법과 연방의회 및 연방참사원의 업무규정에 의하여 고유의 권리가 부여된 부분기관 등으로 밝혀 놓고 있다. 이로써 기본법의 「기타 이해관계인」의 범위를 정해놓은 점과 업무규정을 연방의회와 연방참사원의 그것으로만 국한시켜놓고 있다는 점이 특히 눈에 띈다고 하겠다.<sup>17)</sup>

---

16) 이와 대비될 수 있는 한국의 헌법재판소법 제2조 4호도 독일의례와 마찬가지로 헌법 제111조 1항 4호를 그대로 옮겨 놓고 있다.

17) 한국의 헌법재판소법에서 이에 대비될 수 있는 조항으로서 동법 제62조 1항 1호의 「국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판」을 들 수 있을 것이다. 이 조항이 청구인 및 피청구인의 범위를 좁혀놓고 있으나, 독일의 예처럼 그 범위를 넓게 잡는 확대해석도 가능하리라고 본다. 이 점과 관련하여 이시윤, “헌법재판에 관한 관건(I)”, 헌법논총 제1집(헌법재판소,

같은 법 제64조 1항에 보면, 『피청구인의 처분이나 부작위로 말미암아 기본법에 의하여 부여받은 청구인 혹은 그가 속해있는 기관의 권리와 의무가 침해되었거나 침해당할 직접적인 위험이 있음을 청구인이 주장하는 경우에 한하여 그 쟁의심판청구는 허용된다』고 되어있다. 이 조항에 의하면 연방헌법재판소는 권한쟁의로 말미암은 「기본법의 해석」만을 심판하는 것이 아니고, 그 쟁의 자체까지도 심판할 수 있는 것이다. 이를 뒷받침하기 위하여 동법 제64조 2항은 또 “심판청구에서는 피청구인의 쟁의대상처분이나 부작위로 말미암아 저촉되는 기본법의 해당 규정을 적시하여야 한다”고 밝히고 있다.<sup>18)</sup> 그리고 동법 제67조전단에 보면, “연방헌법재판소는 그의 판결가운데서 피청구인의 쟁의대상처분이나 부작위가 기본법의 규정에 저촉되는가 여부를 확인한다”고 되어 있다. 여하튼 이렇게 볼 때, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판과 관련된 기본법의 규정과 연방헌법재판소법 사이에 상당한 부조화가 있음을 알 수 있다.

## 2. 법해석과 관계된 몇 가지 선결문제

---

1990), 67면 참조.

- 18) 한국의 헌법재판소법에서 이와 대비될 수 있는 것은 동법 제61조 2항의 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위로 말미암아 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다”라는 조항이 이라 하겠다.



연방최고 국가기관 상호간의 권한쟁의심판과 관계된 법적 근거를 기본법과 헌법재판소법을 중심으로 하여 살펴보는 가운데, 몇 가지 문제점을 발견해 낼 수 있다. 이미 위에서 간단히 지적한 바도 있지만, 우선 「기타 이해관계인」의 범위를 어떻게 잡는가 하는 것이 문제로 제기될 수 있을 뿐만 아니라, 우리에게는 특히 중대한 관심사항이 아닐 수 없다. 둘째로 연방헌법재판소의 소임은 기본법 제93조 1항 1호의 「기본법의 해석」에 관한 심판인가 아니면 연방헌법재판소법 제64조 1항에서 뜻하는 바처럼 권한쟁의에서의 다툼 그 자체를 심판하는 것인가, 따라서 연방헌법재판소법의 이 조항이 기본법에 위배되는 것이 아닌가 하는 것이 문제된다. 그리고 셋째로 국가기관의 권한처럼 객관적 권능과 관계된 쟁의분야에서 「권리와 의무」같은 주관적 개념을 쓰는 것이 이 쟁의심판제도에서 과연 어떤 의미를 지니는가 하는 것이 또 문제된다.

이러한 세 가지 문제점 가운데서, 첫 번째로 지적했던 「기타 이해관계인」의 범위에 관한 것은 뒤 항목에서 별도로 검토하려고 한다. 이 자리에서는 둘째와 셋째 문제만을 선결문제로서 먼저 살펴 볼 필요가 있을 것 같다.

#### 가) 추상적 해석인가 쟁의의 판결인가

기본법 제93조 1항 2호의 조문만을 놓고 볼 때, 국가기관 상호간의 권한쟁의에서 연방헌법재판소가 맡아서 할 일은

기본법의 해석에만 국한된 것으로 보인다. 이 경우에 있어서 「기본법의 해석」은 어떠한 판결을 내리기 위한 하나의 선결문제로 머무는 것이 아니고, 직접적인 판결대상이 되는 것이다. 그리고 권한쟁의에서의 다툼 그 자체는 헌법재판소의 심판작용을 끌어내기 위한 계기로만 구실할 뿐이다.<sup>19)</sup> 독일의 기본법이 권한쟁의와 관련하여 처음부터 이러한 규정을 갖게 된 것은 독일 나름의 전통적 배경에서부터 연유하는 것이다. 즉 19세기 중반 독일내의 각 지방에서 채택되었던 기관간의 권한쟁의심판제도는 대체로 헌법해석 위주로 기초되었던 데에서 연유한다는 뜻이다.

그러나 이처럼 헌법해석문제에 초점을 맞추어서 권한쟁의를 바라보는 태도에 대하여서는, 일찍부터 그러한 권한쟁의심판은 어차피 간접적으로는 구체적 사건에 대한 심판일 수밖에 없다는 이유로 반론이 제기되기도 했다.<sup>20)</sup> 이런 반론을 이어받아, 현행 기본법이 채택되자마자 이 기본법 제 93조 1항 1호의 규정이 문제점을 지니고 있다고 지적하면서 연방헌법재판소법의 제정을 통하여 이의 시정을 꾀해야 한다는 강력한 주장이 나타났었다.<sup>21)</sup> 여하튼 연방헌법재판

---

19) 이 점을 처음 지적한 학자로서 Ernst Friesenhahn, "Über Begriff und Arten der Rechtsperchung." in: Richard Thoma Festchrift(Tübingen, 1950), S. 56을 들 수 있을 것이다. 한편 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 233 참조.

20) 대표적인 예로서 Heinrich Albert Zachariä, *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, Erster Theil, 1853, S. 583을 든다. 이에 관해서는 Löwer, *a.a.O.*(FN7), S.748 참조.

21) 대표적인 것으로서 「후리젠한」 교수의 견해를 들 수 있겠는데,

소법 제64 및 67조가 채택됨으로써, 그러한 시정론이 관철된 셈이며, 그래서 연방헌법재판소법은 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서 추상적인 기본법해석으로 그치는 것이 아니고 구체적인 쟁송 자체를 심판하게끔 된 것이다.

이처럼 「기본법의 해석」에 관한 심판만을 해야 한다는 기본법 제93조 1항 1호의 규정과는 달리, 권한쟁의심판은 구체적 분쟁사건에 대한 심판을 위주로 해야 한다는 주장이 지금에 이르러서는 대체적으로 그대로 수용되고 있는 것이 사실이다. 이러한 주장은 그의 타당근거로서 대체로 다음과 같은 점을 내세우고 있다: 우선 헌법쟁송은 그것이 헌법적 관계를 대상으로 하는 경우에 생겨난다는 것이며, 둘째로 쌍방간의 법적 관계에 관하여 다툼을 벌이는 쟁송 주체야말로 헌법생활을 결정짓는 요소들이라는 것이다.<sup>22)</sup> 따라서 국가기관 상호간의 권한쟁의의 대상은 단순히 추상적인 법률문제일 수는 없고, 구체적이고 실제적인 사건쟁송일 수밖에 없다는 것이다.<sup>23)</sup>

---

그의 견해에 의하면, 기본법 제93조 2항에 의거하여 연방헌법재판소는 의회제정법률을 통하여 다른 사항의 관할권도 가질 수 있는 만큼, 구체적인 입법에 의하여 심판의 대상을 실제에 맞지 않게 한정하는 기본법 제93조 1항 1호의 제한규정을 교정해야 한다는 것이다. Friesengahn, *aa.O.*(FN19), S.58, FN 1 참조.

22) 이러한 이론적 근거를 제시한 예로서 Eckart Klein, "Verfassungsprozeßrecht Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des BVerfG", *AöR*, Bd. 108, Heft 4(Dez.1983), S. 563 참조.

23) 같은 뜻에서 연방헌법재판소는 이렇게 천명했다.: "연방헌법재판소는 권한쟁의에서 추상적인 법률문제에 관하여 심판하는 것이

국가기관 상호간의 권한쟁의인 기관쟁송을 이처럼 구체적 인 사건쟁송의 하나로 인정한다는 것은 여하튼 기본법 제 93조 1항 1호의 조문과는 상당히 동떨어진 것으로 보이지 않을 수 없으며, 결국 기관간의 권한쟁의에서의 법적 보호 이익은 “주관적인 것”으로 바뀌지 않을 수 없게 된 것이다. 여기에 이르다보니, 독일기본법상의 권한쟁의제도는 기본법 자체의 규정과는 상관없이, 제헌회의에 처음 제출되었던 소위 「헤렌힘제」 초안의 모습으로 되돌아간 것이나 다름없게 되었다.<sup>24)</sup> 그리고 이러한 사태는 결국 연방헌법 재판소법(VRerfGG) 제63조 이하 특히 제64조 1항과 제67조 전단이 기본법에 부합되는가 여부에 관한 문제로까지 이어지지 않을 수 없었다. 비록 위헌여부를 묻는 구체적인 사건으로 제기된 바는 없었지만, 연방헌법재판소는 이 문제와 관련하여 스스로 입장을 밝히기에 이르렀다. 즉 우선 기본법 제93조 1항 1호의 조문은 분명하지도 않으려니와 확정적인 것도 아니라는 것이며<sup>25)</sup> 이어서 연방헌법재판소는 단순히 객관적인 헌법문제만을 판단의 대상으로 하는 것이 아니고, 대립당사자간의 쟁송을 심판해야 한다는 것이다.<sup>26)</sup>

연방헌법재판소의 이러한 견해에 대하여, 물론 이견의 제기가 없는 것은 아니다. 무엇보다도 기본법 제93조 1항 1

---

아니고 구체적인 법적 쟁송에 관하여 심판한다.” BVerfGE 45,

1(29). 한편 Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, RdNr. 84 참조.

24) 이와 관련하여 BVerfGE 2, 143(152-4) 참조.

25) BVerfGE1, 208(231-2) 참조.

26) BVerfGE 2, 143(156).

호는 쟁송대상에 관한 한, 분명한 것은 물론이거니와 흠결 없이 완결되어 있는 만큼, 달리 해석하거나 보완할 여지가 없다는 것이다. 따라서 헌법재판소법과 같은 입법을 통하여 쟁의심판의 대상을 「기본법의 해석」으로부터 쟁송 그 자체로 바꾸어 놓는다고 할 때, 그것은 결코 기본법규정의 보완으로는 볼 수 없을 것이며, 기본법에 의하여 명시된 심판대상인 「기본법의 해석」이라는 것을 결국 항구적으로 제거하는 효과를 지닌다는 것이다. 그러나 이러한 이론이 제기되기는 하더라도, 비교적 오랜 세월이 지난 이 시점에 이르러, 기본법 제93조 1항 1호에 명시된 「기본법의 해석」이라는 것으로 되돌아간다는 것은 사실상 기대하기 어렵게 되었다고 하겠다.<sup>27)</sup>

## 나) 헌법적 권한의 주권화

이미 위에서 언급했듯이, 이제 독일에서 권한쟁의를 심판한다고 할 때, 그것은 연방헌법재판소법 제63조 이하의 규정에 따라 「기본법의 해석」이라는 추상적인 법률문제에 관하여 심판하는 것이 아니고, 기관 상호간의 권리와 의무에 관한 다툼을 대상으로 하게 마련이다. 따라서 권한쟁의는 추상적인 법률문제를 중심으로 한 객관적 쟁송으로서 보다는 권리·의무를 다투는 대립당사자간의 주권적 쟁송으

---

27) 제기된 이론의 내용과 함께 이 점을 지적한 예로서 Pestalozza, *a.a.O.*(FN4), S.99, 참조.

로서의 성격을 띠게 된 것이다.

권한쟁의심판이 이렇게 주관적 쟁송으로서의 성격을 띠게 된 까닭은 기본법 제93조 1항 1호의 조문에서도 찾아 볼 수 있다. 엄연히 국가기관의 권한에 관한 다툼임에도 불구하고, 이 조문에서는 「권리와 의무의 범위」라는 표현을 쓰고 있다는 사실이 바로 그러한 단서가 된다는 것이다. 사실 한 학자의 지적처럼,<sup>28)</sup> 국가기관의 권리와 의무를 운운하는 표현은 어떤 의미에서는 「그릇된 표현」(falsa demonstratio)이라고 하는 것이 옳을 것이다. 왜냐하면 원래 국가기관에는 권한만이 주어질 뿐 주관적인 권리가 주어지는 것이 아니기 때문이다. 그러나 이러한 기본법상의 「그릇된 표현」을 근거로 삼아 「후리젠한」 교수가 권한쟁의심판을 단순한 「기본법의 해석」으로 그치게 해서는 안 된다고 주장한데 힘입어<sup>29)</sup>, 그리고 연방헌법재판소법의 제정을 계기로 권한쟁의를 권리와 의무에 관한 다툼으로 보는 견해는 확고부동하게 자리를 굳히게 되었다.

따라서 연방헌법재판소는 권한쟁의심판에서 각기 이권 및 의무와 관련하여 다툼을 벌이는 헌법기관 상호간의 분쟁을 재판한다. 이때 분쟁당사자인 쌍방 헌법기관은 청구인과 피청구인의 자격으로 대립당사자간의 쟁송절차에 임하는 것이다. 이것은 분명코 일반 소송법적 원칙에 비추어 보면 이례적인 것이 아닐 수 없다. 무엇보다도 양쪽의 권한쟁의 당사자는 하나의 단일적 주체로서의 “국가”를 구성하는 기

---

28) Löwer, *a.a.O.*(FN 7), 744-5 참조.

29) 위의 주 21 참조.

관인 만큼, 스스로 고유의 권리와 의무를 가지고 있다고 하기보다도 단순히 기관으로서의 권한만이 주어졌다고 하는 것이 옳을 것이다. 이렇게 볼 때, 권한쟁의는 본질적으로 「내부자간의 쟁송절차」(Insichprozess)일 수밖에 없다.<sup>30)</sup> 이 점에서 우선 이러한 쟁송방식을 이례적인 것으로 보는 것이다.

국가기관 상호간의 권한쟁의가 이처럼 “내부자간의 쟁송”이라는 속성을 지니고 있음에도 불구하고, 독일의 연방헌법재판소는 그 쟁의심판을 대립당사자간의 주관적 쟁송으로 이끌어 가고 있는 것이 사실이다. 이렇게 된 데에는 역시 「후리젠한」 교수의 주장이 큰 몫을 했음을 부인하기 어렵다.<sup>31)</sup> 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다:

헌법이 국가기관에 대하여 국가의사형성에 참여함에 있어 그에게 주어진 헌법상의 몫을 헌법재판소에서의 소송절차를 통하여 주장할 수 있는 가능성을 항시 개방해 놓고 있는 경우에는, 필연적으로 헌법상 인정된 권한을 주

---

30) 이 점에 관해서는 특히 Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 52; Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S.745 참조.

31) 연방헌법재판소는 판시하기를 『국가기관 상호간의 권한쟁의 뿐만 아니라 연방과 주간의 쟁의도 대립적 쟁송절차(kontradiktorische Streitverfahren)이며, 여기에서는 청구인과 피청구인은 서로 헌법적 법률관계에 있게 마련이다. 바로 이 헌법적 법률기관에서부터 양 당사자가 쌍방간에 존중해야 하고 또 그들간에 분쟁을 야기시킨 권리와 의무가 생겨 나는 것이다』라고 한 다음 「후리젠한」 교수의 논문을 인용하고 있다. BVerfGE 20, 18(23-4)와 함께 Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S. 52, 참조.

관화(Subjektivierung)하는 일이 있게 된다. 그렇게 함으로써 기본법과 마찬가지로 국가기관의 “권리”를 운위하는 것이 정당화되는 것이다.……물론 그러한 국가기관의 “권리”는 주관적인 사권과 같이 취급할 수 없는 일이고, 한편 그러한 절차는 객관적인 헌법을 보전하는데 그 목적이 있다; 다만 소송절차법상 다른 법분야에서 법적 분쟁을 사법적으로 처리하는 절차와 비교하여 조화를 이루도록 하는 것은 전반적으로 허용되는 일이기도 하려니와 요망되는 일이기도 하다.<sup>32)</sup>

이 인용에서 특히 우리의 주의를 끄는 부분은 「권한의 주권화」라는 구절이다. 이것은 곧 헌법에 의하여 부여된 권한이 일반적 의미의 주권적 권리로 전환됨을 이르기 때문이다.

국가기관의 권한을 주권화하는 데에는 소송절차상 당사자를 설정해야 한다는 인위적 이유가 있는 것 이외에도 실체법적으로도 타당근거를 인정할 수 있다는 주장도 있다. 이 주장에 의하면, 개개 국가기관은 자신의 전담분야에서는 법적으로 고유의 책임을 부담하며 따라서 그의 권한범위내에서는 배타적 관할권을 가지고, 이 점

---

32) BVerfGE 2, 143(152). 「후리젠한」 교수도 이 부분을 그대로 인용하고 있다. Ernst Friesenhahn, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland,” in: Hermann Mosler, hrsg., Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart(Berlin, 1962), SS. 122-3 참조.



은 특히 최고 국가기관간의 관계에서 더욱 두드러 진다고 한다. 따라서 독립적인 전담분야 내에서 아무런 방해도 받음이 없이 고유의 업무를 수행하기 위해서는 법의 절차를 밟아 외부의 침해로부터 자신의 관할영역을 수호하는 것이 당연한 일이고, 이것이 곧 주권적 권리를 낳는다는 것이다.<sup>33)</sup>

이로써 국가기관의 권한이 주권적 권리로 전환되는 것을 이론적으로 정당화하게 되고, 그 바탕 위에서 국가기관 상호간의 권한쟁의는 주관적 권리를 위한 대립당사자간의 쟁송이라는 양상으로 행하여지게 된다.

---

33) Lorenz, *aa.O.*(FN15), S.237, 참조.

### 제3장 권한쟁의제도의 법적 성격

이미 위에서 지적하였듯이, 독일의 권한쟁의심판제도에 있어서는, 기본법 제정 초기의 예상이나 기대와는 달리, 추상적인 법률문제의 심판을 외면하고 있다는 점을 특히 중요한 양상으로 들지 않을 수 없다. 기본법 제93조 1항 1호에 「기본법의 해석」에 관하여 심판한다고 명시되어 있음에도 불구하고, 연방헌법재판소는 이러한 헌법적 굴레에서 완전히 벗어나서, 국가기관 상호간의 다툼 그 자체만을 심판의 대상으로 하고 있기 때문이다.

연방헌법재판소가 권한쟁의심판에서 이처럼 쟁의당사자간의 다툼을 심판하는 데에만 전념한다는 것은 권한쟁의심판의 성격을 규명함에 있어 중요한 의의를 지닌다고 보겠다. 그로 말미암아 권한쟁의는 객관적 쟁송으로서의 양상을 지니기 보다는 일종의 주권적 쟁송으로서의 외양을 갖추게 되고, 따라서 대립당사자간의 쟁송으로서의 성격을 지니게 되기 때문이다.

#### 제 1 절 대립당사자간의 쟁송

국가기관 상호간의 권한쟁의에서 쟁의의 당사자인 개개 기관은 기실 법인격으로서의 국가를 구성하고 있는 기관에 불과하다. 따라서 국가야말로 하나의 공동사회내에서 진정한 의미의 유일한 권리주체가 될 수 밖에 없다. 따라서 바

로 이러한 국가를 구성하는 부분들이라 할 수 있는 여러 국가기관들은 스스로 권리·의무의 담지자가 될 수 있는 능력을 갖지 못하고, 결국 독자적인 법인성격을 지니지 못한다는 것은 당연한 논리일 것이다. 이렇게 본다면 국가기관 상호간의 권한쟁의는 실질적으로 권리주체인 국가라고 하는 일종의 유기적 조직체 내부에서 구성부분 상호간에 벌어지는 「내부자간의 다툼」에 지나지 않을 것이다. 즉 「슈라이히」(Klaus Schlaich)교수의 표현을 빌리면, 『권한쟁의의 쌍방 당사자는 다같이 동일한 권리주체인 “국가”에 속하며, 따라서 엄밀하게 살피건대 결코 고유의 주권적 “권리와 의무”로 서로 나뉘어져 있는 것이 아니고 관할과 권한으로 구분된다는 사실이야 말로 이러한 절차를 하나의 “내부자간의 쟁송절차”로 만든다』<sup>34)</sup>는 것이다.

권한쟁의가 본질적으로 “내부자간의 쟁송”으로서의 성격을 지니고 있음에도 불구하고, 연방헌법재판소는 실제로 이를 『헌법기관 및 그 부분기관 상호간의 헌법쟁송을 판단할 것을 목적으로 하는 대립적 절차』<sup>35)</sup>라고 규정하고 있다. 그러면 연방헌법재판소가 권한쟁의를 그의 본질적 성격을 무시한채 대립당사자간의 다툼으로 취급하는 태도를 이론적으로 어떻게 설명할 수 있을 것인가? 달리 표현하면 실질적으로 권리주체도 아닌 국가기관이 어떻게 스스로 권리의 침해를 호소하면서 그의 구제를 주장할 수 있는가? 이러한 의문과 관련하여, 이미 분명한 법적 근거가 마

---

34) Schlaich, *aa.O.*(FN3), S.52 참조.

35) BVerfGE 64, 301(315).

련되어 있는 만큼, 특별히 문제삼을 것이 없다고도 할 수 있을 것이다.<sup>36)</sup>

즉 기본법 제93조 1항 1호와 연방헌법재판소법 제63조 및 64조에 의하여 권한쟁의는 이해관계인(Beteiligte)이 내세우는 “권리 및 의무”에 관한 주장을 쟁송절차상 당연히 전제하게 된다는 것이다. 이러한 실정법상의 근거가 있음으로써, 연방헌법재판소도 아무 거리낌없이 『연방재무장관이 기본법 제110조 1항전단 및 동 2항전단에 근거한 연방의회의 권리를 침해했다』<sup>37)</sup>고 확인할 수 있었던 것이다.

그러나 이처럼 실정법상의 근거를 내세워 권한쟁의를 실질적으로 권리·의무에 관한 쟁송으로 보아 넘기는 데에는 몇 가지 이론적 정당화가 선행되어야 한다고 본다. 국가와 그 국가를 제도적으로 구성하는 기관과의 관계에 관한 한 국가는 하나의 단일체적 조직으로 되어 있는 것이 아니고, 여러 기관이 합목적적인 공동작용을 벌이는 가운데 이루어지는 유기적인 조직이다.<sup>38)</sup> 여러 기관이 하나의 공동목적 을 위하여 제각기 맡은 영역에서 제각기 다른 방식으로 제 각기 다른 소임을 다하는 가운데 국가로서의 통일적 작용이 이루어지는 것이다. 여러 기관의 상이한 작용을 바탕으로 해서 이루어지는 국가의 통일적 작용가운데서 국가는 스스로의 존재를 확인하게 되고, 이런 기초위에서 법인성격을 내세울 수 있게 된다.<sup>39)</sup> 즉 스스로 권리·의무의 담지자

---

36) Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S.52 참조.

37) BVerfGE 45, 1(3) 참조.

38) Lorenz, *a.a.O.*(FN15), S.229 참조.

39) Lorenz, *a.a.O.*(FN15), SS.229-230 참조.

가 될 수 있는 능력을 지닌 권리주체가 된다는 것이다. 그러나 이 때의 국가의 권리주체성은 여러 기관의 제각기 다른 부분작용을 바탕으로 하는 만큼, 절대적인 것이 아니고 상대성을 지닌다고 한다.<sup>40)</sup> 즉 국가만이 유일한 권리주체로서, 법인격성을 독점하는 것이 아니고, 그 국가를 구성하는 여러 기관들도 제각기 소관범위내에서 권리주체성을 나누어 가진다는 뜻이다. 국가가 권리능력을 가지는 것과 마찬가지로, 개개 기관도 권리능력을 가지며, 이를 바탕으로 자신의 영역과 소관사항을 지키고 또 독자적으로 업무를 수행해 나간다는 것이다.<sup>41)</sup> 국가라고 하는 하나의 유기적 조직속에서 기관은 부분적 권리주체로서 행위능력을 가지며, 이 행위능력은 곧 「권한」이라는 것으로 구현된다. 따라서 이 「권한」의 테두리안에서 기관은 고유의 의사결정권을 가지고 또 책임을 지게 된다.

국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여, 기본법 제93조 1항 1호에 『권리와 의무의 범위에 관한 쟁송』이라는 문구를 둔 것도 실질적으로 이러한 이론적 배경에 비추어 이해해야 할 것이다. 권한쟁의임에도 불구하고 주관적 권리를 언급하고 있는 것은 그 밑바탕에 있어 “권리주체의 상대성” 이론에 근거하고 있다는 뜻이다. 따라서 국가기관

---

40) 이와 관련하여 「로렌쯔」 교수는 『모든 권리주체의 상대성』(die Relativität jeder Rechtssubjektivität)이라는 표현을 쓰고 있다. Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S.229 참조.

41) 이 점을 특히 강조한 설명을 위해서는 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), SS.236-7 참조.

상호간의 관계에서 권한쟁의가 일어나는 경우, 이러한 「권한」은 필수적으로 “주권화”되지 않을 수 없고, 그것도 쟁송당사자를 인위적으로 만들어내기 위하여 절차상으로만 그런 것이 아니고 실체법적으로도 그러하다는 것이다.<sup>42)</sup> 이 점과 관련하여 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 피력한 바 있다:

법적 쟁송은 서로 법적 관계를 맺고 있는 이인의 이해 관계인을 전제한다.

따라서 기본법 제93조 1항 1호에 의거해서는 단순히 헌법상의 객관적인 문제만이 연방헌법재판소의 판단의 대상이 되는 것이 아니고, 쌍방 이해관계인사이에 벌어지는 소송법적 대립관계가 당 재판소의 면전에서 전개되어야 하는 것이다. 예외적으로 법률에 의하여 순수히 외형상 이개의 소송법적 이해관계인이 설정되지 못하여, 결국 대립적인 절차에 이르지 못하는 경우일지라도, 그러한 형식적인 소송법적 관계는 그 이면에 있는 실체적 법률관계를 전제하는 것이다.<sup>43)</sup>

이처럼 헌법의 근거위에서 주어진 권한이 주관적인 것으로 바뀔으로써, 상대적인 권리주체로서의 국가기관은 권한쟁의에서 실제로 주관적 권리·의무에 관한 다툼을 벌이는 것이다. 따라서 권한쟁의는 권한의 존부와 범위에 관한 추

---

42) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S.237 참조.

43) BVerfGE 2, 143(156).

상적인 헌법해석문제에만 머무는 것이 아니고, 구체적인 권리의 침해를 대상으로 하고, 이의 구제를 목적으로 하지 않을 수 없다. 달리 표현하면, 권한쟁의절차는 국가기관간의 권리·의무에 관한 분쟁을 우선 전제하며, 바로 이런 분쟁을 심판하는 과정에서 비로소 헌법의 해석에 관한 판단이 이루어지는 것이다. 사실 『분쟁이란 의문이나 의견상치 이상의 것』<sup>44)</sup>이어서, 권한쟁의심판은 추상적인 헌법해석으로만 시종하면서, 어떠한 대상을 놓고서 대립당사자가 벌이는 구체적인 분쟁의 해결은 제쳐놓을 수 없는 일이다. 원래 권한쟁의심판의 취지는 대립당사자간의 분쟁을 해결하는데 있기 때문이다. 이렇게 볼 때, 권한쟁의심판에서 헌법재판소가 헌법해석에 관한 심사를 한다면, 그것은 구체적인 쟁의사건을 심판하는 과정에서 행하여지는 부수심사에 불과할 것이다.

여하튼 독일의 연방헌법재판소가 국가기관 상호간의 권한쟁의를 심판함에 있어서, 기본법 제93조 1항 1호의 문언이 뜻하는 바와는 달리, 기본법의 해석에 관한 판단은 뒷전으로 밀어놓고, 대신 해당 기관 상호간의 권리·의무에 관한 다툼을 심판하게 되었다. 기관 상호간에 「주관화된」 권리와 의무를 다투다 보니, 이런 다툼을 심판하는 권한쟁의절차는 어차피 대립당사자간의 쟁송절차가 되지 않을 수 없다.<sup>45)</sup> 비록 기본법규정의 문언은 그러하더라도, 권한쟁의심판의 근본취지와 연방헌법재판소법의 관계 조항에 비추어

---

44) Pestalozza. *a.a.O.*(FN 4), S.99.

45) Friesenhahn, *a.a.O.*(FN 32), S.12 참조.

불 때, 권한쟁의절차를 대립된 쌍방 당사자간의 쟁송절차로 파악하여, 이를 처리하고 있는 연방헌법재판소의 태도는 정당화 될 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

## 제 2 절 기능보장을 위한 쟁송

국가기관에 주어진 권한을 주관적인 권리로 전환시키고 이를 바탕으로 권한행사와 관계된 국가기관간의 분쟁을 대립당사자간의 쟁송으로 처리하는 것이 이제까지의 예이더라도, 그러한 쟁송에서 당사자로서의 국가기관이 추구하는 바를 어떤 의미로든간에 개인적 이익이라고 할 수는 없을 것이다. 권한쟁의에 임하는 국가기관이 주관적 권리의 침해를 주장하고 또 연방헌법재판소도 권한쟁의절차를 대립당사자간의 권리와 의무에 관한 쟁송으로 인식하고 있기는 하지만, 국가기관이 권한쟁의를 통하여 얻으려고 하는 것은 주어진 권한영역과 역할의 수호에 지나지 않는다. 연방헌법재판소도 『국가기관의 그러한 “권리”는 결코 주관적 사권과 같이 취급할 수는 없는 것이고, 그리고 그러한 절차도 객관적인 헌법을 수호하는 것으로 되어 있다』<sup>47)</sup>고 지적했다. 국가기관 상호간의 기능적 관계를 보전함으로써 객관적 헌법질서를 수호하는 데에서 권한쟁의제도의 의의를 찾아 볼 수 있다는 뜻이다.

그러나 이처럼 국가기관의 기능을 보전하는 것이 곧 권한

---

46) BVerfGE 1, 14(30f.); 20,18(23f); 64, 301(315) 참조.

47) BVerfGE 2, 143(152).



쟁의에서 목적으로 하는 바라고 해서, 이것이 권한쟁의를 대립당사자간의 쟁송으로 이해하여 그렇게 처리해나가는 태도와 상반되는 것은 아니라 하겠다.<sup>48)</sup> 개개 국가기관마다 주어진 권한영역이 다른 국가기관에 의하여 침범당하는 것을 막고, 그렇게 함으로써 자신의 역할을 보전하는 데에 권한쟁의의 참 뜻이 있는 것이며, 이것을 헌법재판소가 재판방식으로 실현하는 것에 불과하다고 하겠다. 재판방식을 취하다보니, 권한쟁의에 당사자 대립주의의 쟁송방식을 적용하는 데에 특별한 무리가 따르는 것은 아니었다.

국가기관 상호간에 다툼이 일어나는 경우, 그러한 다툼은 그 속성상 쉽사리 조직내부에서 생겨나는 「내부자간의 다툼」에 불과한 것으로 받아들여지는 것이 일반적이다. 그러나 권한쟁의에 있어서는, 그 다툼의 실효성을 보장하고 또 권한의 보전을 법적으로 담보하기 위하여, 주관적 공권을 다투는 대립당사자간의 쟁송으로 이를 처리하는 것이다.<sup>49)</sup> 요컨대 권한쟁의제도가 궁극적으로 추구하는 바는 바로 국가기관의 기능을 보장하는 것이라 하겠다. 이렇게 볼 때, 위에서 언급했던 권한의 「주관적 권리로의 전환」도 진정한 의미의 주관적 권리로 변질됨을 뜻하는 것이라기 보다는 단순한 법기술적 응용방식이라고 하는 것이 옳을 것이다.<sup>50)</sup> 주어진 권한영역을 지켜주는 것이 곧 개개

---

48) 이 점과 관련하여 특히 Löwer, *aa.O.*(FN 7), S.746 참조.

49) 같은 뜻의 설명을 위해서는 특히 Stern, (FN 8), Art. 93, RdNr.87 참조.

50) Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S.238 참조.

국가기관으로 하여금 각기 맡은 역할속에서 제 구실을 하도록 하는 것이고, 이를 위하여 정치적 혹은 행정적 방식이 아닌, 헌법재판소에 의한 사법적 방식이 동원된다는 점에 권한쟁의심판제도의 또 하나의 특성이 있다고 하겠다.

## 제 4 장 권한쟁의의 발생조건

국가기관 상호간의 권한쟁의는 어떠한 여건하에서 발생하는 것인가? 이러한 물음과 관련하여, 우리는 우선 독일연방헌법재판소법 제64조 1항을 다시 한번 참조할 필요가 있을 것 같다:

청구인 혹은 그가 속해 있는 기관이, 피청구인의 처분(Massnahme)이나 부작위(Unterlassung)로 말미암아, 기본법에 의하여 부여받은 자신의 권리와 의무가 침해당하였거나 침해당할 직접적인 위험이 있음을 주장하는 경우에 한하여, 그 쟁의심판청구는 허용된다.

이 조문에서 우리가 특히 중시하는 부분은 「피청구인의 처분이나 부작위」라는 구절과 「침해당하였거나 침해당할 직접적인 위험」이라는 구절이다. 이 두개의 구절이야말로 권한쟁의가 어떠한 여건하에서 생겨나는가를 말하여주는 단서들이기 때문이다.

일반적으로 권한쟁의에서 주로 문제삼는 것은 한 국가기관의 처분이나 부작위가 헌법규정에 저촉되는 것이 아닌가 그리고 그렇게 저촉됨과 아울러 다른 국가기관에 부여된 권리를 침해하는 것이 아닌가 하는 것이다. 요컨대 권한쟁의의 발단은 한 국가기관의 구체적인 처분이나 부작위에 있다는 것은 부인할 수 없지만, 그렇다고 해서 헌법규정에

저촉되는 모든 처분이나 부작위가 곧 권한쟁의를 야기하는 것은 아니라는 것은 두말 할 나위 없다. 그러한 처분이나 부작위가운데서도 특히 「법적으로 문제되는 것」(rechts-erheblich)만이 권한쟁의로까지 이어지는 것이다.<sup>51)</sup> 이런 뜻에서 독일연방헌법재판소도

쟁의대상이 되는 처분이 기본법에 저촉될 수도 있다는 단순한 사실만으로는 당사자능력을 지닌 청구인이 소송을 수행할 수 있게 되는데 충분한 것은 아니다. 권한쟁의절차란 청구인으로 하여금 피청구인의 행위의 합법성을 추상적으로 통제할 수 있게끔 하는 것은 아니다. 오히려 저촉된 것으로 주장되는 기본법규정이 곧 청구인에게 어떠한 권리를 부여하고 있는가에 따라 그러한 권한쟁의절차의 성립 여부가 판단되는 것이다.<sup>52)</sup>

라고 밝힌바 있다. 구체적인 처분이나 부작위로 말미암아 한 국가기관의 권한이 침해되는 경우에 비로소 법적으로 다툼만한 문제가 생겨나고 이를 바탕으로 권한쟁의가 생겨난다는 뜻이다.

## 제 1 절 쟁의의 대상

권한쟁의에서는 국가기관이 행한 구체적인 처분이나 부작위가 다툼의 대상이 된다.

---

51) Stern, *a.a.O.*(FN 8), Art. 93 RdNr. 173 참조.

52) BVerfGE 68, 1(73).

a) 처분. 권한쟁의를 유발하는 가장 전형적인 예가 처분에 의한 권한침해의 경우이다. 이 때의 처분이 곧 한 국가기관의 적극적인 행위를 뜻한다는 것은 물론이다. 그리고 이 처분의 개념은 대단히 넓은 것으로 받아들여지고 있어서, 단순한 사실행위뿐만 아니라 기타 모든 법적 행위까지 포함하는 것이다. 대외적인 것뿐만 아니라 대내적 성질을 지닌 것 그리고 개별적 결정 뿐만 아니라 일반적 규범의 정립까지도 이에 포함된다는 뜻이다.<sup>53)</sup>

연방헌법재판소도 이 “처분” 개념을 광의로 파악하는 입장이다.<sup>54)</sup> 그래서 연방헌법재판소가 보는 바로는, 타 국가기관에 부담을 지우는 권한유월행위가 여기에서 뜻하는 처분에 해당하는 것은 물론이고,<sup>55)</sup> 심지어 의회의 입법까지도 권한쟁의의 대상이 될 수 있는 처분에 포함된다는 것이다.<sup>56)</sup> 특히 의회의 입법을 “처분”의 개념에 포함시킴으로써 이를 권한쟁의의 대상으로 삼는 경우, 이때의 문제제기는 단순히 입법절차상의 월권에 관한 형식적인 것에만 머물지 않고, 입법의 실질적 내용에까지 미친다고 본다.<sup>57)</sup> 물론 의회의 입법을 이처럼 처분에 해당하는 것으로 보는 데

---

53) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 24 참조.

54) BVerfGE 2, 143(168) 참조.

55) BVerfGE 24, 184(194) 참조.

56) 초기의 예로서는 BVerfGE 2, 143(177); 근년의 예로서는 73, 40(65) 참조.

57) 이 점을 지적한 예로서 BVerfGE 1,208(220);4,144(148) 참조 이와 함께 이론적으로는 Stern, *a. a. O.*(FN 8), Art. 93, RdNr. 174: Lorenz, *a. a. O.* (FN 15),S.24 참조.

에는 적어도 용어상으로 문제가 없지 않지만,<sup>58)</sup> 의회가 법률의 제정을 통하여 헌법상으로 부여된 타 국가기관의 권한을 침해하거나 제거하는 예는 얼마든지 있을 수 있는 일이다.<sup>59)</sup> 따라서 의회의 입법을 권한쟁의의 대상이 될 수 있는 처분으로 보는 것은 정당화될 수 있다고 하겠다.

의회의 입법을 “처분”에 포함시킨다고 할 때, 의회나 기타 헌법기관의 업무규정(Geschäftsordnung)이 그러한 처분에 해당하여 권한쟁의의 대상이 된다는 것은 더 말할 나위 없을 것이다.<sup>60)</sup>

---

58) Stern, *aa.O.*(FN 8), Art. 93 RdNr. 174 참조.

59) 이런 경우에 한가지 문제되는 것은 권한쟁의가 곧 규범통제와 혼동될 수 있다는 점이다. 헌법상 배분된 국가기관의 권한을 의회의 입법을 통하여 침해한다면, 그 법률은 마땅히 위헌심사의 대상이 될 수 있을 것이다. 이런 위헌심사와 관련하여, 두 가지 경우를 생각할 수 있겠다. 우선 구체적 규범통제를 생각할 수 있겠는데, 이 경우에는 구체적인 사건재판이 전제된다.(Art. 100, Abs, 1 GG). 따라서 이 길은 그러한 입법의 위헌·무효를 얻어내는데 있어 우회하는 길로서, 크게 도움이 되지 못할 것이다. 다음으로 추상적 규범통제를 들 수 있겠는데, 이 경우에는 대립당사자간의 다툼으로서가 아니고 연방행정부나 주정부 또는 연방의회의원 1/3 이상의 제청에 의하여 심사가 해하여 진다.(Art. 93, abs. 1, Vr. 2 GG 참조). 이것은 권한침해를 내용으로 하는 입법의 위헌선언을 받아 내는 데에 비교적 손쉽게 활용될 수 있는 것이기는 하지만, 위헌심사제청권자가 위에서 든 삼자로 한정되어 있다. 이와는 달리 이러한 입법을 권한쟁의심판으로 다루는 경우에는, 심판청구인의 폭이 상대적으로 넓어서(§ 63 BVerfGG 참조) 연방대통령, 연방참사원(Bundesrat) 및 기타 부분기관까지도 심판청구를 할 수 있도록 되어 있다.

60) 연방헌법재판소가 밝힌 바에 의하면 『법률의 제정이 그러한 것과 마찬가지로 업무규정의 한 조항도 그러한 처분에 해당될 수

한편 한 정당의 목적이 합헌인가 여부와 관련하여 연방행 정부가 부정적인 평가를 내린 경우처럼<sup>61)</sup> 단순한 견해표명도 법적으로 문제될 수 있는 “처분”에 해당하는 것으로 판단되고 있다. 그러나 이와 유사한 예로서, 의회본회의에서 의원이 행한 발언이 의회의 위신에 손상을 준다고 판단하여, 의장이 그 의원에게 힐책성 주의를 준 것은 법적으로 문제될 정도의 처분이라고 할 수 없고 따라서 권한쟁의의 대상이 되지 못한다고 하였다.<sup>62)</sup>

요컨대 권한쟁의의 대상으로서의 처분은 지극히 폭넓은 개념으로서, 의회의 입법에서부터 가장 구체적이고 개별적인 행정행위나 사실행위에 이르기까지, 국가기관의 모든 적극적인 행위를 포함한다고 하겠다. 이처럼 폭넓은 의미의 것으로서, 한 국가기관의 처분이 타 국가기관의 권한을 침해하는 것으로 주장하는 경우, 그 처분은 권한쟁의의 대상이 되는 것이다.

b) 부작위. 한국의 권한쟁의제도에서도 그러하지만(헌법 재판소법 제61조 2항), 독일의 경우에 있어서도 한 국가기관의 부작위가 권한쟁의의 대상이 될 수 있다.<sup>63)</sup> 한 국가

---

있다』는 것이다. BVerfGE 80, 188(209) 참조.

61) 연방내무장관이 그의 정례보고서 가운데서 NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschland)가 반헌법적 목적을 가지고 과격한 활동을 함으로써 자유민주적 기본질서에 위배된다고 기술한 것은 법적으로 문제될 수 있는 처분이라고 했다. BVerfGE 40, 287(287f.) 참조.

62) BVerfGE 60, 374(381f.) 참조.

기관의 부작위를 권한쟁의의 대상으로 삼는다고 할 때, 그 국가기관이 어떤 특정한 행위를 해야 할 헌법상의 의무를 부담한다는 것을 전제하지 않을 수 없다.<sup>64)</sup> 작위의무를 전제하지 않고서는 그 의무의 불이행으로 말미암은 권한침해를 논할 수 없기 때문이다. 어떠한 행위를 해야 할 의무와 상대방의 그러한 행위를 청구할 수 있는 권리, 이 양자간에 차질이 빚어지는 경우에 부작위로 말미암은 권한쟁의가 생겨나는 것이다. 그리고 이러한 의무와 권리가 말로 정부와 의회와의 관계처럼, 기관상호간에 밀접한 협력관계가 있을 때 비로소 존재할 수 있다.

여하튼 독일의 연방헌법재판소는 일찍부터 이러한 부작위와 관련한 권한쟁의사건을 다루어 왔다. 그런 가운데 처분과 부작위를 구별지으면서 스스로 입장을 정립해 왔다. 예컨대 국제법상의 조약을 비준함에 앞서 연방행정부가 연방의회의 동의를 구하지 않은 경우, 이를 헌법상의 의무를 다하지 않은 부작위로 판단했던 것이다.<sup>65)</sup> 이와는 달리 주가 체결한 조약에 대하여 연방행정부가 승인함에 있어(기본법 제 32조 3항참조), 연방의회의 동의를 구하지 않은 경우라든지<sup>66)</sup> 또는 연방행정부가 일부 사안의 법규명령(Rechtsverordnung)을 제정함에 있어 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 받지 않은 경우<sup>67)</sup> 등을 작위의무의 불이행

---

63) §64 Abs, 1 BVerfGG 참조.

64) 이 점에 관해서는 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S.111; Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 177 참조.

65) BVerfGE 1, 351(352, 359); 1, 372(373) 참조.

66) BVerfGE 2, 347(365f.) 참조.



으로 보지 않고, 오히려 이를 하나의 구체적인 행위인 처분에 포함시켜 판단하였다.<sup>68)</sup>

그러나 위의 예에서 보듯이, 적극적인 행위로서의 처분과 의무의 불이행으로서의 부작위를 확연히 구별짓는 것은 그다지 단순한 것이 아니다. 한 국가기관이 어떠한 행위를 할 의무를 지니고 있음에도 불구하고, 이를 행하지 않음으로써 다른 국가기관의 권한행사를 저해했다는 것은 다른 각도에서 보면 거쳐야 할 절차를 거치지 않은 채로 스스로 흠있는 권한행사를 했다는 뜻이 되고, 이로써 타 국가기관의 권한을 침해한 것으로 된다.<sup>69)</sup> 따라서 이 경우에는 한편 부작위에 의한 권한침해가 되기도 하지만 다른 한편으로 보면 구체적 행위에 의한 권한침해로도 보일 수 있다. 한 예를 든다면, 독일의 녹색당(Die Grünen)이 연방 의회의 한 부분기관의 자격으로 제정한 1984년의 권한쟁의 사건을 들 수 있을 것이다. 녹색당이 심판청구에서 주장한 바에 의하면,<sup>70)</sup> 독일영토내의 미군에 핵탄두미사일을 배치하는 것과 관련하여, 연방행정부가 연방의회의 입법을 통한 수권도 없이 이를 동의함으로써 연방의회의 권한을 침해했다는 것이다.<sup>71)</sup> 이 사건의 심판에서 연방헌법재판소는

---

67) BVerfGE 24, 184(194) 참조. 이와 함께 Art. 80 Abs 2 GG 참조.

68) 이 점과 관련하여 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 241 참조.

69) 이러한 예와 설명을 위해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 111의 각주 94 참조.

70) 녹색당측의 주장내용에 관해서는 특히 BVerfGE 68, 1(3) 참조.

71) 녹색당은 이와 같이 주장하면서 연방행정부가 의회의 수권없이 미군의 핵배치를 동의함으로써 기본법 제79조 1항(기본법개정조항), 24조 1항(집단안전보장체제에 가입할 시, 법률에 의하여 고

이를 부작위로 인한 권한쟁의로 보지 않고, 사전의 수권없이 행한 동의 때문에 생겨난 권한쟁의로 보아서, 본안심리로 들어갔었다.<sup>72)</sup> 여하튼 처분과 부작위를 구별짓는 일이 때로는 문제점으로 부각될 수도 있지만, 권한쟁의사건 자체의 방향을 좌우할 정도는 아니라 하겠다.<sup>73)</sup>

## 제 2 절 쟁의의 계기

한 국가기관의 처분이나 부작위가 권한쟁의의 대상이 되기 위해서는 그것이 법적 문제를 야기하는 것이어야 한다.<sup>74)</sup> 달리 표현하면, 그러한 처분이나 부작위로 말미암아 타 국가기관의 권리가 침해되거나 의무이행이 저해되는 일이 있어야 한다는 것이다. 독일 연방헌법재판소의 표현에 의하면, 『심판대상이 되는 처분은 법적으로 문제를 야기하는 것이어야 하거나 아니면 적어도 청구인의 법적 지위를 침해하는, 법적으로 문제를 야기하는, 행태에까지 이를 수 있는 것이어야 한다』<sup>75)</sup>는 것이다.

---

권을 국제기구에 이관한다는 조항), 59조 2항(연방입법과 관계된 조약의 경우에는 연방입법기관의 동의를 요한다는 조항)등을 어겼다고 했다.

72) BVerfGE 68, 1(66-9) 참조.

73) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 177 참조.

74) 이 점을 독일의 학자들은 연방헌법재판소의 판결문례에 따라 *Rechtserheblichkeit*라는 표현으로 설명하고 있다. ; Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 173; Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), SS. 240f.; Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S.110 참조.

그러면 권한쟁의와 관련하여, 국가기관의 처분이나 부작위가 어떤 경우에 법적 문제를 야기하여, 권한쟁의 발생의 계기를 제공하여 주는가? 이러한 물음에 대하여, 한국의 헌법재판소법이 그러하듯이, 독일의 연방헌법재판소법의 규정이 적절한 해답을 주고 있다. 한국의 헌법재판소법 제 61조 1항의 『권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 침해할 위험성이 있는 경우』라는 조문을 들 수 있을 것이다. 요컨대 한 국가기관의 처분이나 부작위가 타 국가기관의 권한을 침해하거나 혹은 침해할 위험성이 있다는 것이 곧 권한쟁의 발생의 계기가 된다는 뜻이다.

여기서 먼저 한국과 독일의 법문상의 차이를 한가지 짚고 넘어갈 필요가 있겠다. 무엇보다도 한국의 헌법재판소법에서는 「권한의 침해」라는 표현을 쓰고 있지만 독일의 연방헌법재판소법에서는 「권리와 의무의 침해」라는 표현을 쓰고 있는 것이 우리의 눈길을 끈다. 그러나 위에서 이미 언급한 바 있듯이, 독일에서는 국가기관의 권한을 주권적인 권리로 전환시켜서, 국가기관 상호간의 권한쟁의를 권리·의무에 관한 쟁송으로 한다는 것이 입법의 뜻이고, 연방헌법재판소도 이에 따르고 있기 때문에 독일법상의 「권리와 의무의 침해」라는 것이 「권한의 침해」와는 전혀 성질을 달리 한다고 보기는 어렵다. 요컨대 「권리와 의무」라는 것이 「권한」과 같은 뜻으로 쓰인다는 것이다.<sup>75)</sup> 이에 관해서는 대체로 이론이 없는 것으로 보인다.

---

75) BVerfGE 13, 123(125). 이와함께 BVerfGE 2, 143(168); 3, 12(17) 참조.

a) 헌법상의 권한. 한 국가기관의 처분이나 부작위로 말미암아 권한쟁의가 발생한다고 할 때, 그것은 타 국가기관의 권한이 침해되기 때문이다. 이때 침해되는 권한은 헌법에 의하여 부여된 것에 한한다. 일반 법률이나 의무규정같은 것에만 근거를 둔 권한은 이에 해당하지 않으며, 따라서 헌법재판소의 권한쟁의심판에 의한 보호를 받지 못한다. 이 점과 관련하여 한국의 헌법재판소법은 특이한 입법례를 보여주고 있다. 즉 이 제61조 2항에 보면, 『헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한』이라고 되어 있어서, 법률에만 근거를 둔 권한이 침해되었을 때에도, 헌법재판소가 권한쟁의심판을 할 수 있도록 되어 있는 것이다.<sup>77)</sup>

---

76) 「권리와 의무」가 독일의 권한쟁의에서 「권한」과 같은 뜻으로 쓰이기는 하더라도, 정당과 같은 「기타 이해관계인」(andere Beteiligte)에게는 「권한」이라는 용어가 제대로 어울리지 않는다. 이 점에 관해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 113 참조.

77) 같은 뜻에서 이시윤 재판관은 이렇게 적고 있다; 『독일에 있어서는 피청구기관의 처분 또는 부작위가 헌법에 규정한 바 권한을 넘었을 때를 심판의 대상으로 규정함으로써 헌법상의 권한이 쟁점이 된 경우로 국한시키는데 대하여, 우리 헌법(sic!)의 경우는 피청구기관의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험을 소송물로 함으로써 법률상의 권한이 쟁점이 된 경우까지도 권한쟁의심판에 부칠 수 있도록 확대한 것이다. 이 역시 입법논적으로 재고할 바가 있다.』 이시윤 “헌법재판에 관한 관견(I)”, 헌법논총(헌법재판소형), 제1집(1990), 68면.

이 과 관련하여 독일연방헌법재판소는 분명한 태도를 보여주고 있다. 즉 국가기관 상호간의 권한쟁의는 청구기관과 피청구기관이 헌법적 법률관계에 있고, 이에 근거를 둔 권리와 의무가 침해되었을 때에 비로소 생겨난다는 것이다.<sup>78)</sup> 따라서 헌법상의 근거는 없고, 오로지 일반 법률과 같은 하위규범에만 근거를 둔 권리와 의무가 침해되었을 때에는 적어도 헌법재판소의 권한쟁의심판은 있을 수 없다는 결론이 나오게 된다. 한 조례는 이렇게 밝히고 있다:

(권한쟁의)절차상의 청구인과 피청구인은 상호간에 헌법적 법률관계를 지니고 있어야 하고, 이 관계에서부터 양자간에 쟁점이 되는 권리와 의무가 나오는 것이다……

선거비용보상자금을 관리하고 정당의 회계보고를 심사하는 (연방회의의장의)권리와 의무는 기본법(GG)이나 독일연방헌회의의 업무규정에서 나오는 것이 아니고 정당법으로부터 나오는 것이다. 이에 관한 쟁송은 권한쟁의로는 처리될 수 없다.<sup>79)</sup>

한편 독일기본법 제93조 1항 1호와 연방헌법재판소법 제63조에 보면 연방의회와 연방참사원의 업무규정(Geschäftsordnung)에 의하여 고유의 권리가 부여된 부분기관도 권

---

78) 이 점을 지적한 예로서 BVerfGE 2, 143(151f.); 27, 152(157); 73, 1(30f.) 참조.

79) BVerfGE 73, 1(30-31).

한쟁의의 한 당사자로서 쟁의심판을 청구할 수 있게끔 되어 있다. 이 경우, 이 부분기관이 어떻게 「기본법에 의하여 부여된 권리와 의무」가 침해되었거나 침해받을 직접적인 위험성이 있다고 주장할 수 있겠는가?80) 이러한 의문에 대하여 연방헌법재판소가 내놓은 해명은 간단한 것이었다. 즉 이런 권한쟁의에서 부분기관은 그가 속해 있는 국가기관을 위한 소송당사자(Prozeßstandschaft)로서 권리침해를 주장할 뿐이며, 스스로 헌법상의 권리를 가지고 있지 않기 때문에 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 것이 아니라 는 것이다: 즉

그러나 업무규정에 의하여 설치된 연방의회의 상설 구성기관은 자기 자신을 위해서가 아니고 연방의회의 권리를 대변하기 위하여서만 당사자능력을 가진다.81)

는 것이다.

물론 한국에서처럼 예외적인 경우가 없는 것은 아니지만, 일반적으로 권한쟁의에서 청구인이 침해당했다고 주장할 수 있는 권리 또는 권한은 헌법에 의하여 부여된 것에 한한다고 하겠다. 그것은 권한쟁의심판의 목적이 단순히 국가기관 상호간의 권한침해를 바로잡거나 방지하는 데에만 있는 것이 아니고, 이러한 심판과정을 통하여 헌법을 해석하고 그 의미내용을 밝히는 데에 있기 때문이다.

---

80) 이런 문제제기와 관련하여 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 113 참조.

81) BVerfGE2, 143(165) 참조.

b) 권한침해와 침해의 위험성. 한 국가기관의 처분 또는 부작위로 인하여 권한쟁의가 발생한다고 할 때, 그의 핵심적인 쟁점은 그로 말미암은 권한침해나 침해위험성이 있는가 하는 결일 수밖에 없다. 이 때의 권한침해란 그런 권한을 부여하여 주는 수권규범으로서의 헌법의 효력을 무시함을 뜻하는 것이고,<sup>82)</sup> 침해위험성은 그러한 권한침해에 이르게 될 개연성이 현저히 높은 상황을 이른다.<sup>83)</sup> 그러나 침해위험성의 경우에 있어서는 침해가 예견될 뿐 실제로 침해가 행하여진 것은 아니기 때문에 침해의 개연성이 어느 정도일 때 이를 권한쟁의로써 다룰 수 있겠는가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다.

국가기관 상호간에 권한의 침해 또는 그의 위험성이 있는 경우로서 우리는 세 가지를 들 수 있겠다. 우선 첫째로 헌법상의 수권규정과는 달리, 한 국가기관이 월권함으로써 타 국가기관의 권한을 침범하여 잠식하는 경우를 들 수 있겠고, 둘째 한 국가기관이 다른 국가기관의 정당한 권한행사를 저해하는 경우가 있고, 셋째로 입법에 의하여 행정부

---

82) Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 240 참조.

83) 이 침해위험성이란 개념과 관련하여 한국과 독일의 법문은 약간씩 다르게 되어 있다. 한국의 헌법재판소법 제61조 2항에는 “침해할 현저한 위험”이라고 되어 있고, 독일의 연방헌법재판소법 제64조 1항에는 “직접적인 위험이 있는”(unmittelbar geäfhrdet)이라고 되어 있다. 그러나 양자가 현실적인 침해 그 자체보다도 어떠한 처분이나 부작위로 말미암은 상황을 뜻하는 점에 있어서는 다를 바 없다. 「침해에 이르게 될 개연성이 높은 상황」을 뜻하기 때문에 그 위험성이 현저한 것이든 직접적인 것이든 결론은 마찬가지라 하겠다.

나 법원의 일부권한을 삭제하는 경우처럼 한 국가기관의 권한행사로 말미암아 다른 국가기관의 권한이 박탈당하는 경우를 또한 들 수 있겠다.

여기에서 든 세 가지 유형 가운데서, 월권에 의한 권한침해의 경우는 가장 빈번하게 발생하는 것으로서, 한 국가기관이 다른 국가기관의 권한영역을 침범하여 그 기관에서 맡아서 해야 할 일을 자임하는 것을 이른다. 이러한 월권행위 비교적 쉽사리 판별·확인될 수 있기 때문에 이것이 권한쟁의심판과정에서 특별히 어려운 문제를 야기하는 예가 그다지 많지 않다.

이와는 달리, 한 국가기관의 처분이나 부작위가 딱히 월권행위는 아니더라도 그로 말미암아 다른 국가기관의 권한행사가 저해당하는 경우가 있을 수 있으며, 이런 경우에 있어서는 그러한 권한침해가 쉽사리 확연히 드러나는 것은 아니다. 보는 바에 따라서는, 이러한 권한행사의 저해와 관련하여 타 국가기관의 권한침해행위를 확인할 수 없는 경우가 있는가 하면, 실제로 타 국가기관의 어떠한 행위가 있었음을 확인할 수 있다고 하더라도, 그것이 그 국가기관의 정당한 권한행위로서의 외양을 갖추고 있는 것이 보통이다. 여하간에 한가지 부인할 수 없는 사실은 한 국가기관의 헌법상 부여된 권한이 타 국가기관의 어떠한 행위로 말미암아 제대로 행사되지 못한다는 점이다.

구체적인 예를 들 필요가 있겠다. 우선 독일의 예를 든다면, 연방행정부가 법규명령(Rechtsverordnung)을 발함에 있어 일부 한정된 분야에서 연방참사원(Bundesrat)의 동의



를 얻도록 되었는데(Art. 80 Abs 2 GG), 연방행정부가 이에 구애받음이 없이 그러한 법규명령을 일방적으로 정하여 시행하는 경우를 생각할 수 있을 것이다.<sup>84)</sup> 이 경우에 법규명령의 제정·시행을 행정부의 고유권한의 행사로 보고, 따라서 이를 월권행위로는 보지 않을 수도 있다.<sup>85)</sup> 그렇지만 연방참사원은 행정부가 동의제정을 하지 않음으로써 그의 헌법상의 권한을 행사하지 못하게 되는 것이다. 한편 한국헌법에서 예상되는 예를 든다면, 한국헌법 제60조 1항에 따라 「국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약」을 체결·비준하는 경우 국회의 동의를 있어야 한다. 그러나 행정부가 판단컨대 스스로 체결한 조약이 국민에게 중대한 부담을 지우는 것이 아니고 따라서 국회의 동의를 요하지 않는다고 결론을 내릴 수도 있을 것이다. 이때 행정부의 결정은 비록 월권행위는 아니더라도, 그로 말미암아 헌법상 인정된 국회의 동의권행사가 저해된다는 것은 부인 못할 사실이다.

위에서 든 세 가지 유형가운데서 마지막으로 권한침해의 예로서 타 국가기관의 헌법상의 권한을 박탈당하는 경우를 검토하여 볼 필요가 있겠다. 이러한 예는 입법부와 타 국가기관간의 관계에서 흔히 찾아 볼 수 있으리라고 본다. 의회가 예컨대 법률을 제정하여 정부나 법원의 일부 권한

---

84) 이러한 사례를 위해서는 특히 BVerfGE 24, 184(194ff.)참조.

85) 한 학자는 이러한 경우를 월권행위의 예로 들고 있지만, 실제로는 연방행정부가 연방참사원의 권한을 자임하여 스스로 행사한 것으로 보기는 어렵겠다. Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 240 참조.

을 배제하는 경우, 의회는 입법작용을 통하여 타 국가기관의 헌법상의 권한을 침해하는 결과에 이르게 된다. 적어도 의회의 입법이 권한쟁의에 관한 한 하나의 처분으로 인정되는 만큼,<sup>86)</sup> 타 국가기관의 헌법상 인정된 권한을 박탈하거나 제한하는 내용의 입법이 권한쟁의의 대상이 되는 것은 당연한 일이다.

권한침해의 위험성을 권한쟁의의 대상으로 삼는다고 할 때, 그것은 그러한 위험성을 유발한 행위를 일단 문제삼지 않을 수 없다. 유발행위도 없는 상태에서 권한침해의 위험성을 논한다는 것은 사실상 무의미한 일이기 때문이다. 요컨대 권한침해에 이르게 될 개연성이 높은 행위를 중심으로 하여 권한쟁의가 이루어진다는 뜻이다.<sup>87)</sup> 따라서 국가기관의 부작위로부터는 원칙적으로 권한침해의 위험성은 야기되지 않는다고 하겠다. 적극적인 작용으로서의 처분이라고는 아무것도 없는, 완전한 부작위의 상태가 장기화되면, 그것은 결국 권한침해로 귀결되는 경우는 있을지언정, 권한침해의 위험성을 조성한다고 보기는 어렵다.<sup>88)</sup> 마찬가지로 부작위도 곧 권한침해로 직결되지만, 직접적으로 그리고 현저하게 권한침해의 위험성으로 이어질 수는 없는 일이다. 조약의 비준동의권을 규정한 한국헌법 제60조 1항의 경우를 예로 든다면, 여기에서의 부작위란 정부가 일방적으로 조약을 체결하여 비준함으로써 국회에 동의제청을

---

86) 대표자인 판례로서 BVerfGE 73, 40(65) 참조.

87) 이 점과 관련하여 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 241 참조.

88) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 242 참조.

하지 않는 경우에 나타난다. 이렇게 볼 때, 동의제청을 하지 않는 부작위는 일방적인 비준이라는 적극적인 행위에 수반되는 것으로서, 양자는 일종의 표리관계를 이룬다고 할 수 있다. 문제의 핵심은 「법적 문제성」(Rechtserheblichkeit)이 있는가 여부에 있다. 적어도 부작위가 권한침해의 위험성으로는 직결되지 않는다고 할 때, 양자간의 관계에는 「법적 문제성」의 연결고리가 존재하지 않는다고 말할 수 있다.<sup>89)</sup>

---

89) 이런 점을 시사한 예로서 Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 754 참조.

## 제 5 장 권한쟁의의 당사자 능력

### 제 1 절 당사자 능력

권한쟁의에서 누가 국가기관으로서의 자격으로 당사자가 될 수 있는가? 이것은 권한쟁의에서의 일반적인 당사자 능력(Partiefähigkeit)에 관한 문제로서, 이에 관해서는 법률로 밝혀두는 것이 보통의 예이다. 이와 관련하여 한국헌법에는 「국가기관 상호간의 권한쟁의에 관한 심판」(제111조 1항 4호)이라는 구절만 있을 뿐이고, 좀 더 상세한 내용을 위해서는 헌법재판소법의 조항을 살펴봐야 한다. 동법 제62조 1항 1호에 보면, 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등 네개 헌법기관을 한정 열거하고 있다. 이와는 대조적으로 독일의 경우에 있어서는, 기본법 제93조 1항 1호에 「최고 헌법기관 혹은 기타 이해관계인」이라는 비교적 여유있는 조문을 두고 있다. 한편, 연방헌법재판소법 제63조에서는 권한쟁의심판의 청구인과 피청구인이 될 수 있는 기관으로 연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방행정부 및 기타 부분기관 등을 들고 있다.

한국의 헌법재판소법은 권한쟁의를 발생시키는 관계주체를 밝히는 데에 치중하고 있지만, 독일의 경우에 있어서는 다툼의 대상이 되는 권리와 의무를 중심으로 하여, 누가 이 권리·의무의 담지자가 되는가를 주로 규정하고 있다.

바로 이러한 법적 근거 위에서 독일의 연방헌법재판소는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 대립 당사자간의 쟁송으로 규정하여 심판해 오고 있는 것이다.<sup>90)</sup> 그러한 뜻에서 권한쟁의의 성격과 구체적 양상은 어떤 분야의 무엇을 대상으로 하는가에 따라 결정될 뿐만 아니라 역시 분쟁당사자를 어떻게 규정하는가에 따라서도 결정된다고 하겠다. <sup>91)</sup>

사실 권리·의무와 관련하여 분쟁이 일어나는 경우, 이러한 권리·의무의 담지자만이 그 분쟁의 당사자가 되는 것은 당연한 일이고, 이러한 분쟁당사자(Streitbeteiligter)인 자만이 쟁송당사자(Verfahrensbeteiligter)가 되는 것이다.<sup>92)</sup> 그러나 당사자 능력에 관한 이러한 일반적인 표현이 있더라도, 그로써 권한쟁의에서의 당사자의 폭이나 윤곽이 확연히 드러나는 것은 아니라 하겠다. 독일의 경우만 하더라도 우선 기본법의 해당 조항을 보면, “기타 이해관계인”이라는 비교적 추상적인 표현을 사용함으로써, 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 자격과 관련하여 기본법 위주의 해석 근거를 마련해 놓고 있는 것이다. 이로부터 서로간에 기본

---

90) 한국의 경우에 있어서는 앞으로 이 권한쟁의가 어떠한 성질의 것으로 다루어질는지 예단키 어렵지만, 독일에서는 일찍부터 이 권한쟁의심판절차를 대립당사자간의 쟁송절차로 규정해 왔다. BVerfGE 20, 18(23f.); 64, 301(315) 참조. 그래서 최근에는 당사자간에 화해가 성립된 이상, 비록 쟁의의 취하가 없었을 지라도 헌법재판소는 그 쟁의를 심판할 필요를 느끼지 않는다는 판결을 내렸다. BVerfGE 83, 175(181).

91) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 242 참조.

92) 이 점과 관련하여 BVerfGE 2, 143(156-7) 참조; 한편 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 104 참조.

법 제93조 1항 1호에서 뜻하는 권한쟁의가 발생할 수 있는 모든 국가기관이 당사자 능력을 갖는다는 해석을 끌어내고 있다.<sup>93)</sup>

이런 해석에 있어서는, 연방헌법재판소법 제63조에 열거된 기관인가 여부에 구애받지 않으며, 헌법에 의하여 설치되어 헌법상의 지위와 권한을 부여받은 기관으로서 국가를 이끌어가는 최고기관인 한, 기관이거나 부분기관이거나 가리지 않고, 당사자 능력을 가진다는 것이다.<sup>94)</sup> 연방헌법재판소의 해석에 의하면, 『그 지위와 기능에 있어 최고 연방기관에 맞먹고 특히 헌법적 차원의 권리를 지닌, 국가권력소지자만이』<sup>95)</sup> 기본법 제93조 1항 1호의 “기본 이해관계인”에 해당한다고 한다.

권한쟁의에서의 당사자능력에 관한 이러한 해석론에 있어서 “헌법생활상의 요인”으로서의 국가기관을 바라보는 안목이 결정적인 구실을 한다고 보겠다.<sup>96)</sup> 하나의 국가기관이 헌법생활 전반에 걸쳐서 어떠한 지위와 구실을 담당하고 있는가, 그리고 그 기관이 국가적 의사형성과정에서 과

---

93) Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 750 참조.

94) 「슈테른」 교수의 주장에 의하면 『단순한 법률에 불과한 연방헌법재판소법 제63조는 기본법 제93조 1항 1호에서 뜻하는 최고 연방기관의 범위를 좁힐 수는 없는 일이고 따라서 그 이외의 기관도 이에 해당한다』는 것이다. Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 91 참조.

95) BVerfGE 13, 54(95f.); 27, 240(244) 참조.

96) 당사자능력과 관련하여 “헌법생활상의 요인”(Faktor des Verfassungslebens)을 언급한 판례에 관해서는 특히 BVerfGE 27, 240(246) 참조. 이와 함께 BVerfGE 13, 54(95); 60, 175(199f.) 참조.

연 결정적인 요인으로 작용하는가, 주로 이러한 점에 초점을 맞춘 시각에서 당사자능력의 문제를 바라보아야 한다는 것이다.<sup>97)</sup> 독일연방헌법재판소도 이러한 안목을 가지고서 이 문제에 임해왔기 때문에, 연방헌법재판소법 제63조의 비교적 한정된 열거의 테두리에서 스스로 벗어나서, 기본법 제93조 1항 1호를 중심으로 한 해석론에 치중했다는 것을 그간의 많은 판례를 통하여 알 수 있겠다.<sup>98)</sup>

## 제 2 절 최고국가기관

당사자능력과 관련하여 독일기본법 제93조 1항 1호에서 찾아볼 수 있는 문구는 “최고 연방기관”(die obersten Bundesorgan)과 “기타 이해관계인”(andere Beteiligte)이라는 것뿐이다. 이에 근거해서 연방헌법재판소법은 제 63조에서 연방대통령, 연방의회, 연방참사원(Bundesrat), 그리고 연방행정부 등을 열거한 다음 “이들 기관의 부분”(Teile dieser Organe)이라는 표현으로 일부 부분기관이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있음을 밝히고 있다.

물론 연방헌법재판소가 그간의 판례를 통하여 보여준 바에 의하면, 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 능력을 판단하는데 있어, 연방헌법재판소법 제63조가 결정적인 구실을 한 것으로 보기는 어렵겠다. 그러나 동법 제63조에 열거한

---

97) 이 점과 관련하여 특히 Klein, *a.a.O.*(FN 22), S. 564 및 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 92 참조.

98) 이 점을 지적한 예로서 Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 57f. 참조.

4개의 최고 연방기관과 관련하여서는 특별한 이론이 없는 것으로 보인다.<sup>99)</sup> 연방헌법재판소는 당사자능력에 관한 한 비교적 폭넓은 해석을 가능케 하는 기본법 제93조 1항 1호의 규정을 연방헌법재판소보다 더 앞세워 왔던 것이 사실이다. 그렇게 함으로써 이 법 제63조의 의의를 축소시키고 있지만, 위의 4개 국가기관을 열거한 바에 대해서는 달리 문제없이 이를 받아들이고 있는 것으로 보인다.

“최고 연방기관”이라는 표현은 기본법의 다른 조항에서는 찾아 볼 수 없는 것으로서, 요컨대 다른 어느 기관에도 종속되지 않는 국가기관을 이르는 것이라 하겠다.<sup>100)</sup> 그런데 이를 구체화하여 연방헌법재판소법 제63조는 4개의 연방기관 열거하고 있다면, 이 제63조의 규정을 확대 해석하여, 기본법에 자리잡고 있는 다른 최고 헌법기관에 대하여서도 당사자능력을 인정하여 줄 수 없겠는가? 예컨대 연방대통령 선출기구인 연방의회(Art. 54 GG)나 공동위원회(Art. 53a GG)같은 기관은 권한쟁의의 당사자가 될 수 없는가? 이러한 문제제기와 관련하여, “최고 연방기관”이라는 개념을 확대 해석하여, 위에서 예시한 바와 같은 기관들을 이에 포함시키는 것에 대해서는 부정적인 시각이 있는 것이 사실이다. 이러한 기관들은 “기타 이해관계인”의 범주에는 포함시킬지언정, 굳이 “최고 연방기관”을 확대 해석하여, 이에 무리하게 포함시키려고 할 필요는 없지 않겠는가 하는 것이 주된 이유이다.<sup>101)</sup>

---

99) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 90 참조.

100) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 91 참조.



그러나 이들 헌법기관들을 소위 “최고 연방기관”의 대열에는 끼워넣지 않더라도, 이들에 대하여 사례별로 당사자 능력을 인정하여 주는 것이 바람직하다는 견해가 부각되고 있는 것이 사실이다.<sup>102)</sup> “최고 연방기관”에 견줄만한 것으로서, 헌법상의 지위와 권한을 가지고 있는 몇 개의 헌법기관들을 다음에 개별적으로 살펴보기로 한다.

### 제 3 절 기타 헌법기관

#### a. 공동위원회(Der Gemeinsame Ausschuss)<sup>103)</sup>

이 공동위원회는 국방상의 비상사태와 관계된 그의 특수한 역할과 권한으로 해서 기본법 제93조 1항 1호의 “최고 연방기관”에 못지 않은 비중과 지위를 위치를 지니고 있다고 하겠다. 이 공동위원회는, 그 구서방식의 특수성에도 불

---

101) Pestalozza, (FN 4), S. 105 참조.

102) Schlaich, (FN 3), S. 57; Lorenz, (FN 15), S. 243; Stern, (FN 8), RdNr. 93 이하 참조.

103) 1968년 6월 24일의 기본법 개정을 통하여 신설된 제 53a조 1항에 보면 공동위원회 위원의 2/3는 연방의회의원 가운데에서, 그리고 나머지 1/3은 연방참사원 구성원 가운데에서 선출하도록 되어 있다. 연방의회의원인 위원은 교섭단체의 의석수 비례에 따라 선출되고, 연방정부에 종속되지 않는다. 그리고 각 주는 연방참사원에 파견된 주대표를 통하여 이 위원회에 참여하며, 주의 지시에 따르지 않는다. 그리고 이 공동위원회는 기본법 제 115a, 115e, 115h조의 규정에 따라 국방사안과 관계된 비상사태 발생의 확인결정들과 같은 중요한 결정권을 가진다.

구하고, 어느 다른 기관에도 종속되어 있지 않은 만큼, 자기 나름의 독자적인 권한과 역할을 주장 할 수 있으며, 바로 이 점 때문에 국가기관 상호간의 권한쟁의에서 당사자가 될 수 있는 것으로 보아야 한다는 것이 근자에 독일학계의 주장이다.<sup>104)</sup>

그리고 이 공동위원회의 권한과 역할은 기본법 제115a조 이하의 국방비상사태에만 한정되어 있는 것이 아니고, 국방사안과 관련하여 행정부의 보고를 받는 데까지 미친다.<sup>105)</sup> 따라서 국방비상사태가 발생하지 않은, 정상적인 상황에서도 스스로 자신에게 부여된 권한을 지킬 수 있는 능력이 인정되어야 한다는 것이다.<sup>106)</sup>

#### b. 연방회의(Die Bundesversammlung)<sup>107)</sup>

이 기관은 위의 공동위원회처럼 독립된 장에 규정되어 있는 것이 아니고, 연방대통령직에 관한 제5장에 하나의 선출기구로서 부수적으로 규정되어 있다. 그러나 연방대통령의 선출이라는 그의 본연의 역할을 수행함에 있어, 이 기관은 독일의 헌법생활에 적지 않은 영향을 줄뿐만 아니라, 또 어느 다른 기관의 지시를 받거나 종속되어 있는 것이 아니라는 점에 관해서도 이론이 없다. 따라서 이 연방회의

---

104) Stern, (FN 8), RdNr. 93; Lorenz, (Fn 15), S.243 참조.

105) Art. 53a, Abs 2. GG 참조.

106) Stern, (FN 8), RdNr. 93 참조.

107) 이 기관은 연방대통령의 선출만을 목적으로 하여 집회하는 회의체로서, 연방의회의원 전원과 동수의 주의회대표들로 구성된다. 기본법 제54조 1·3항 참조.

는 비록 연방헌법재판소법 제63조에 열거된 기관은 아닐지라도, 이를 하나의 “최고 연방기관”으로 받아들여, 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다고 보는 데에 무리가 없다는 것이 일부 학자들의 견해이다.<sup>108)</sup>

c. 연방심계원(Der Bundesrechnungshof)<sup>109)</sup>

연방심계원을 하나의 헌법기관으로 볼 수 있을 것인가? 이 문제와 관련하여 이제까지의 대체적인 견해는 부정적이라 하겠다. 이러한 견해에서 주로 내세우는 이유는 이 기관이 하나의 보조기관에 불과하며, 그 위임의 내용이 대체로 행정작용에 해당하기 때문이라는 것이다.<sup>110)</sup>

그러나 이러한 주장과는 달리 연방심계원을 하나의 어엿한 헌법기관으로 보아야 한다는 주장도 있다. 이 견해에 의하면, 연방심계원은 국가재정과 관계된 분야에서 독립적인 중앙통제기관으로서의 지위와 권한을 가지고 있을 뿐만

---

108) 이러한 견해의 보다 상세한 내용을 위해서는 특히 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd, II (München, 1980), S, 179 참조.

109) 연방심계원은 예산집행 및 경제운영과 관련하여 회계와 경제성 그리고 합법성을 심사하는 권한을 가진 기관으로 기본법에 규정되어 있다. 이 기관의 구성원을 법관에게 부여된 바와 같은 독립성(richterliche Unabhängigkeit)을 지니는 것으로 되어 있다. 따라서 이 기관은 연방행정부의 견제를 받음이 없이 연방의회와 연방참사원에 매년 직접 보고서를 제출한다. 기본법 제114조 제2항에 규정된 연방심계원은 지위와 권한에 관해서는 특히 Stern, *a.a.O.*(FN 108), SS. 427ff. 참조.

110) 이 점에 관해서는 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 98 u. Anm. 12 참조.

아니라 이러한 지위와 권한이 직접 기본법에 의하여 부여된 만큼, 그 나름으로 헌법기관으로서의 자격을 충분히 갖추고 있다는 것이다. 더욱이 이러한 통제기능을 행사함으로써, 연방심계원이 견제와 균형을 내용으로 하는 권력분립원칙의 실현에 일익을 담당하고 있다는 점이야말로 이 기관의 헌법기관으로서의 지위를 더욱 분명히 확인해 준다는 것이다.<sup>111)</sup>

이처럼 연방심계원의 헌법기관으로서의 지위를 일단 인정한다면, 이 기관이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다는 것은 쉽사리 얻어낼 수 있는 결론일 것이다. 비록 연방헌법재판소법 제63조에 걸거되어 있지는 않을지라도 적어도 기본법 제93조 1항 1호의 “최고 연방기관”(oberste Bundesorgan)이라는 부분의 해석·적용을 통하여, 이 기관이 권한쟁의의 심판을 연방헌법재판소에 청구할 수 있는 당사자능력을 가진다고 보는 데에 무리가 없다는 뜻이다.<sup>112)</sup>

예컨대 연방심계원이 고유의 권한을 행사함에 있어 연방행정부와 같은 최고 연방기관에 의하여 저해를 받는다면, 이 기관이 이의 시정을 위하여 권한쟁의의 방식으로 연방헌법재판소에 호소하는 것은 당연하다 하지 않을 수 없다고 한다.<sup>113)</sup>

#### d. 연방헌법재판소

---

111) 이러한 주장의 소상한 내용을 위해서는 Stern, *a.a.O.*(FN 108), S. 443 이하 참조.

112) Stern, *a.a.O.*(FN 108), S. 449 참조.

113) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr, 98 참조.

연방헌법재판소를 하나의 헌법기관으로 보는 것에 대해서는 이론이 여지가 없다. 따라서 이 점에서만 본다면, 연방헌법재판소도 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 능력을 가진다고 해야 할 것이다. 그러나 누구나 한 사건의 이해관계당사자인 자는 스스로 그 사건의 심판자가 될 수 없다는 법의 일반원칙에 따라, 연방헌법재판소가 자신에게 부여된 권한을 지키기 위하여 권한쟁의를 제기하여, 이를 스스로 심판할 수는 없는 일이다.<sup>114)</sup> 따라서 연방헌법재판소는 자신의 권한을 지키기 위하여서는 별도의 정치적 해결이나 입법적 결정에 호소하는 도리밖에 없을 것이다.

e. 기본법상의 기타 기관

기본법에 범규된 기관으로서, 권한쟁의의 당사자능력과 관련하여 특히 언급될 만한 것으로 군무위원(Der Wehrbeauftragter)<sup>115)</sup>과 연방은행(Die Bundesbank)<sup>116)</sup> 을 들 수

---

114) Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 95 참조.

115) 1956년 3월 19일의 기본법개정에 의하여 군무위원에 관한 제 45b조가 신설되었다. 이 신설조항에 따라 연방의회는 기본적인 인권의 보장을 위하여 하나의 보조기관으로서 군무위원을 두도록 되었다. 이것은 독일헌법사에서 사례를 찾아 볼 수 없는 특이한 제도로서, 「스칸디나비아」 제국의 「옴부즈만」 제도에 유사한 것이다. 이 조항에 근거해서 제정된 법률 즉 Gesetz über den Wehrbeauftragten des Bundestages의 제2조 1항에 의하면, 이 군무위원은 일종의 1인 위원회로서, 연방군의 군무와 관계된 분야에서 연방의회가 통제권을 행사함에 있어 하나의 보조기관으로 구실하는 한편 군내부의 인권보장을 위한 역할을 담당한다. 이 점에 관해서는 특히 Stern, *aa.O.*(FN 108), S. 93f. 참조.

116) 기본법 제88조는 통화발권은행으로서 연방은행의 설치를 규정

있을 것이다. 우선 군무위원의 경우를 살피건대, 이 기관이 인권보장분야에서는 그 나름대로 헌법상의 독자적인 지위를 차지하고 있는 것으로 보이지만, 기본법상 명문으로 연방의회의 보조기관이라고 매겨져 있기 때문에, 이를 “최고 연방기관”에 준하는 헌법기관으로 보기는 어려울 것이다.<sup>117)</sup> 따라서 의회의 보조기관인 이 기관에 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 능력을 인정해 줄 수는 없는 일이다.

한편 연방은행의 경우를 살필 때에도 이것이 과연 헌법기관으로서 인정될 수 있겠는가를 먼저 따져보지 않을 수 없다. 한 기관이 헌법기관으로 인정되기 위해서는 우선 그 기관이 직접 헌법에 의하여 구성된 것이어야 하고, 둘째 그 권한이 직접 헌법으로부터 부여된 것일 뿐만 아니라 셋째, 그 기관의 작용이 국가의 정치적 형성에 참여하여 영향을 줄 수 있는 것이어야 한다.<sup>118)</sup> 이 기준을 적용해 볼 때, 연방은행을 헌법기관으로 보기는 어렵다. 연방은행이 비록 어느 한 헌법기관의 보조기관은 아니고 또 나름대로 정치적으로나 경제적으로 중대한 결정을 내릴 수 있는 권한을 가지고 있기는 하더라도, 그의 구성과 권한이 직접 기본법에 근거를 두기보다 일반 법률에 근거하고 있기 때문에, 이를 헌법기관으로 보기 어렵다는 것이다.<sup>119)</sup> 따라서 연방은행이 권한쟁의에서 다른 헌법기관과 더불어 당사자

---

해 놓고 있다.

117) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 99 참조.

118) 이러한 헌법기관 인정의 기준에 관해서는 Stern, *a.a.O.*(FN 108), S. 468 참조.

119) Stern, *a.a.O.*(fn 108), S. 469;(FN 8), RdNr. 100 참조.

가 된다는 것은 사리에 맞지 않는 일이다.

#### 제 4 절 기타 이해관계인

권한쟁의에서 당사자의 범위를 어느 정도로 할 것인가에 관해서, 독일의 법제는 신축성 있는 태도를 보이고 있다. 한국의 헌법이나 헌법재판소에서 찾아볼 수 있는 단출한 표현과는 대조적으로, 독일의 기본법은 “기타 이해관계인”(andere Beteiligte)이라는 여유있는 표현을 쓰고 있고, 이에 상응하는 뜻에서 연방헌법재판소법 제63조는 몇 개의 “최고 연방기관”을 열거한 다음 “이들 기관의 부분”(Die Teile dieser Organe)이라는 문구를 두어, 소위 “부분기관”(Organteil)의 근거를 마련해 놓고 있다.

그러나 독일연방헌법재판소의 이제까지의 판례에 나타난 바에 의하면, 기본법 제93조 1항 1호의 “기타 이해관계인”이라는 것이 연방헌법재판소법 제63조의 “부분기관”이라는 것에 비하여 훨씬 넓은 개념이며, 헌법재판소는 후자보다도 전자에 치중해서 권한쟁의 당사자의 범위를 잡고 있는 것이다. 연방수상이나 개개 장관, 의회의 분과위원회, 연방 의회의장 등이 “기타 이해관계인”의 자격으로 권한쟁의의 당사자가 된다고 할 때, 우리들은 이들이 모두 “최고 연방기관”의 “부분기관” 들임을 쉽사리 알 수 있다.<sup>120)</sup> 따라서 이 경우에 “부분기관”이라는 것이 “기타 이해관계인”의 개

---

120) 이 부분과 관련하여 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 105 참조.

념과 크게 어긋나지 않으며 또 문제될 것도 없다. 그러나 연방헌법재판소는 일찍부터 정당의 당사자능력을 인정하여 왔는데,<sup>121)</sup> 이 때 이 정당까지도 “부분기관”의 범주에 집어 넣는다는 것은 무리한 일이 아닐 수 없다. 그렇다면 정당의 당사자능력은 기본법의 “기타 이해관계인”의 개념을 가지고 이해하는 도리밖에 없을 것이다. 이에 “부분기관”의 경우와 정당 등 기타의 경우를 나누어서 설명하려고 한다.

## 1. 부분기관

독일연방헌법재판소법 제63조의 후반에 보면, 『기본법에 의하여 서거나 혹은 연방의회 및 연방참사원의 업무규정에 의하여 고유의 권리가 부여된 이들 기관의 부분』이라고 되어 있다. 연방헌법재판소는 이 후반부분을 그대로 받아들여서, 부분기관의 당사자능력을 대부분 인정하고 있는 것이 사실이다. 이처럼 부분기관의 당사자능력을 인정하는데에는 분명한 실정법상의 근거가 있지만, 이것을 논리적으로 정당화하려는 노력도 행하여지고 있다.

법인격으로서의 국가라는 한 울타리 안에서 국가기관이라는 여러 개의 부분인격(Teilperson)이 유기적 세대를 이루고 있는 것과 마찬가지로, 이들 국가기관도 나름대로 독자적인 기관과 활동영역을 가지고 있는 여러 개의 하위 부분기관으로 구성되어 있다. 국가적 조직과 작용이 이루어지

---

121) 초기의 예로서 BVerfGE 1, 208; 4, 27; 특히 6, 84(88) 등을 드는 것이 일반적이다.



는 데에는 이러한 여러 국가기관이나 부분기관의 참여가 있게 마련이다. 최고 국가기관의 참여만이 절대적인 비중을 지닌다고는 할 수 없다는 뜻이다. 구체적인 상황에 따라서는 부분기관도 국가작용의 결정적인 요인으로 구실한다는 것이다. 연방헌법재판소가 이제까지 부분기관의 당사자능력을 인정하는데 있어, 이러한 참여능력의 상대성(Relativität der Beteiligtenfähigkeit)이론이 커다란 이론적 뒷받침이 되어 왔음을 부인할 수 없겠다.<sup>122)</sup>

이처럼 참여능력의 상대성이론에 입각하여, 최고기관이 당사자능력을 가지는 것과 마찬가지로 부분기관도 당사자로서의 능력을 갖도록 한다고 해서, 모든 하위의 부분기관이 다 당사자능력을 가지는 것은 아니다. 이들 부분기관 가운데서 일부만이 당사자능력의 인정을 받는다. 이때 인정의 계기가 되는 것이 바로 법적 수권이다. 즉 국가라는 하나의 전체적 기능구조 속에서 어느 한 부분기관이 독자적인 기능과 권한영역을 법에 의하여 부여받았는가 여부가 판단의 기준이 된다는 것이다. 그래서 법적으로 고유의 권한이 부여된 부분기관으로서, 어느 다른 기관에 예속되어 있지 않고 독립성을 지닌 경우에만 당사자능력을 인정하게 된다.<sup>123)</sup> 독일의 경우에 있어서는 이제 고유의 권한이 부여된 독립적인 부분기관이면 거의 예외없이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있게끔 되었다.

---

122) 이러한 이론적 뒷받침에 관해서는 특히 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 245 참조.

123) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 109 참조.

## 가) 연방의회의 부분기관

### a. 연방의회의장(Bundestagspräsident)

한 정당이 권한쟁의심판을 신청한 사건에서 연방의회의장이 피청구인(Antragsgegner)의 위치에 설 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 연방헌법재판소는 판시하기를 『원칙적으로 독일연방의회의장도 기본법 제40조 2항과 독일연방의회업무규정 제7조에 의하여 고유의 권한이 부여되어 있는 만큼 권한쟁의심판절차에서 피청구인이 될 수 있다』<sup>124)</sup>라고 했다. 이 경우에 의장은 연방의회의 부분기관으로서 당사자능력을 가지는 것이다. 그러나 의장이 의회내에서 질서유지권과 징계권을 행사하는 경우, 연방헌법재판소는 이를 약간 다른 각도에서 다루고 있다. 즉

질서유지권과 징계권은 기본법 제40조 1항 후단에 의하여 의회에 부여된 업무규정제정자율권의 한 구성요소이다. 이러한 질서유지권을 가진 자는 물론 의장이 아니고 독일연방의회의 본회의이다. 연방의회의 의장은 업무규정 제7조 1항 후단과 제6장의 제규정에 따라 의회가 위임한 바에 의거하여 의회의 질서유지권을 자기 책임하에 독자적으로 행사한다는 것이다.<sup>125)</sup>

---

124) BVerfGE 27, 152(157).

125) BVerfGE 60, 374(379).

요컨대 이 때의 의회의장은 의회의 부분기관으로서 권한 행사를 하는 것이 아니고, 의회의 위임하에 의회의 권한을 행사한 것에 불과하다는 것이다.<sup>126)</sup>

b. 분과위원회(Die Ausschüsse)

여기서 분과위원회라 하면, 기본법 제43조 1항의 분과위원회를 뜻하고, 이에 제44조의 조사위원회(Die Untersuchungsausschüsse)와 제45a조의 국방위원회(Der Ausschuss für Verteidigung)까지도 포함시키는 것이 보통이다. 이러한 위원회에 대해서도 의회의 부분기관으로 인정하여 권한쟁의의 당사자능력을 부여하는 것이 마땅하다는 주장이 강하다.<sup>127)</sup>

1984년의 한 판례에 의하면, “분과위원회내의 교섭단체”(Fraktion im Ausschuss)가 부분기관이듯이 “조사위원회내의 교섭단체”도 의회의 부분기관으로서 당사자능력을 가진다고 했다.<sup>128)</sup> 요컨대 조사위원회를 구성하고 있는 원

---

126) 이런 뜻에서 「슈라이히」 교수는 지적하기를, 이 경우의 의장은 의회의 부분기관으로서 보다는 기본법 제93조 1항 1호의 “기타 이해관계인”의 자격으로 당사자능력을 가진다고 했다. Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 57 참조.

127) 최근의 예로서 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 112를 들 수 있다. 한편 이처럼 의회의 분과위원회에 당사자능력을 인정해 주자는 주장은 이미 1930년대 초에도 있었다. Ernst Friesenhahn, “Die Staatsgerichtsbarkeit”, in: Gerhard Anschütz U.Richard Thoma, (hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. II (Tübingen, 1932), S. 537 참조.

내교섭단체, 좀더 구체적으로 밝히며, 소위 「녹색당」(Die Grünen)과 「사회민주당」(SPD)이 의회의 부분기관이라는 자격으로 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다는 것이다. 이처럼 조사위원회내의 교섭단체마저 당사자능력의 인정을 받는 마당에, 그런 분과위원회나 조사위원회 자체가 당사자능력을 가진다는 것은 당연한 이치가 아닐 수 없다.

### c. 소수(Minderheit)

여기에서 소수라 하면 물론 의회내의 소수를 뜻하는 것으로서, 기본법의 규정에 규정에 따라 개개 구체적인 경우마다 생겨나는 소수의원집단을 이른다. 예컨대<sup>129)</sup> 의회의 집회를 요구하는 재적의원 1/3(Art. 39 Abs 3 GG), 의회의 비공개에 반대하는 재적의원 1/3(Art. 42 Abs. 1 Satz 2 GG), 의회의 비공개회의를 요구하는 재적의원 1/4(Art. 44 Abs 1 GG), 의회의 비공개회의를 요구하는 재적의원 1/10(Art. 43 Abs 1 GG)등의 소수의원집단이 의회의 부분기관으로 인정되며 따라서 당사자능력을 가진다는 것이다.

이러한 의회내 소수의 경우, 그 지위와 그에 따른 권리가 기본법 자체에서부터 나오는 만큼, 이 지위와 권리가 타기관에 의한 침해를 받게 되면, 그의 구제를 이하하여 이들 소수로 하여금 권한쟁의의 당사자가 되게끔 하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>130)</sup> 그러나 이들은 단순히 어떠한 정족수에

---

128) 이 사건은 「후리크」 조사위원회(Flick-Ausschüss)사건으로 알려진 것으로, BVerfGE 67, 100(124) 참조.

129) 이러한 예는 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 113 참조.

130) 이러한 논지에 입각하여, 의회내의 소수가 권한쟁의의 당사자가

이르렀다고 해서 당사자능력을 가지는 것이 아니고, 보다 본질적으로는 어떠한 헌법상 인정된 소수의 권리와 역할을 지키고 행사하는 과정에서 형성된 소수이기 때문에 이들에게 당사자능력이 인정되는 것이다.<sup>131)</sup> 이 점을 독일연방헌법재판소는 이렇게 밝히고 있다 :

제한된 소수(die qualifizierten Minderheit)에게 기본법에 의하여 주어진 그러한 고유의 권리가 인정된다면, 개개 상황에서 이러한 권리가 위협을 받음으로써 이를 수호할 목적으로 그러한 소수가 생겨나는 경우에는, 이들 소수는 스스로 결의를 통하여 연방의회의 의결에 앞서서 하나의 당사자능력있는 구성체로서 존재할 수 있을 것이다. <sup>132)</sup>

따라서 의회의 개개 표결과정에서 패배한 소수는 여기서 뜻하는 소수의 개념에 해당되지 않는다.

어느 경우에 의회의 부분기관으로서 당사자능력이 인정될 수 있겠는가 하는 문제와 관련하여, 연방헌법재판소가 원칙적으로 내세운 기준은 「상설적으로 존재하는 구성체」(die ständig vorhandenen Gliederungen)인가 여부였다. 즉 『상설적으로 존립해 있는 구성체만이 의회의 권리를 내세

---

될 수 있어야 한다고 주장한 예는 일찍이 「후리젠한」의 소론에서도 찾아볼 수 있다. Friesenhahn, *a.a.O.*(FN 127), SS. 535-6 참조.

131) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 114 참조.

132) BVerfGE 2, 143(164).

위 주장할 수 있을 뿐이며, 개개 경우에 따라 형성되는 의원집단은 그렇지 못하기』<sup>133)</sup> 때문이라는 것이다. 이 기준에 비추어 보면 의회내의 소수에 당사자능력을 인정해 주기에 어려운 점이 없지 않다. 그러나 위에서 열거했듯이 기본법규정에 근거를 둔 소수에 대해서는 그의 「상설성」을 인정하여, 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 것으로 본다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다.<sup>134)</sup> 바로 여기에서 연방헌법재판소는 또 당사자능력이 인정될 수 있는 소수와 그렇지 못한 소수를 나누어 보고 있다. 즉 같은 소수라는 개념으로 표현되더라도, 그 지위와 권리가 기본법에 근거하고 있는 소수와, 이와는 달리 단순히 의회의 업무규정에 근거하고 있는 소수가 내용적으로 구분될 수 있으며,<sup>135)</sup> 전자의 지위와 권리는 곧바로 그의 고유의 권한과 역할로 이어지는 반면에 후자의 그것은 단순히 의회의 의사과정의 한 부분현상에 불과하다는 것이다.<sup>136)</sup> 따라서 권한쟁의에서의 당사자능력은 전자에 대해서만 인정될 수 있다는 결론이 나오게 된다.

#### d. 의회내 교섭단체(Die Fraktionen)

기본법 제93조 1항 1호에서 부분기관의 당사자능력을 인정하기로 했을 때, 그 의도하는 바는 소수자보호기능을 더욱 강화하는 데에도 있음을 부인할 수 없겠다. 그래서 교

---

133) BVerfGE 2, 143(160).

134) 이 점과 관련하여 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 107 참조.

135) BVerfGE 2, 143(164-5) 참조.

136) 이 점과 관련하여 특히 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 15 참조.

통법규정에 담겨져 있는 이러한 소수자보호의 의도에 맞추어, 연방헌법재판소도 초창기부터 교섭단체의 당사자능력을 인정하는데에 적극적이었다고 하겠다.<sup>137)</sup> 그 때 이래 연방헌법재판소는 기회 있을 때마다 이러한 태도를 거듭 확인해 왔다.<sup>138)</sup>

연방헌법재판소의 판단에 의하면 의회내의 교섭단체야말로 국가의사의 형성과정에서 하나의 중요한 제제장치로 구실하며,<sup>139)</sup> 그런 뜻에서 『헌법생활의 필수적인 제도』<sup>140)</sup>로 인정된다는 것이다. 예컨대 다수와 교섭단체에 의하여 장악된 의회가 대정부제제권을 제대로 행사하지 않음으로 말미암아 의회의 권한이 침해되거나 혹은 직접적으로 위협 받는 것은 쉽사리 상상할 수 있는 일이다. 이런 경우에 대비하여, 법적으로 소수와 교섭단체로 하여금 권한쟁의의 당사자가 될 수 있도록 한 다음, 그러한 당사자로서의 지위에서 의회의 권익을 대신 주장할 수 있게끔 하는 것은 단순히 의회의 지위와 권한을 위해서 뿐만 아니라 소수와

---

137) 연방헌법재판소는 1952년의 한 판례에서 밝히기를 『연방헌법재판소법 제64조 1항(§ 64 Abs, 1 BVerfGG)에 의하여, 의회의 부분기관으로서의 교섭단체는 의회가 현재의 이 사건처럼, 연방행정부의 “처분이나 부작위”를 승인한 때에는 그 의회의 권리를 주장할 수 있다』라고 했다. BVerfGE 1, 351(359).

138) 이런 입장을 확인한 판례로서 BVerfGE 2, 143(160); 20, 56(104); 45, 1, (28); 67, 100(124); 68, 1(63) 등을 들 수 있겠다.

139) BVerfGE 45, 1(29f.).

140) 교섭단체를 그와 같은 뜻에서 중시하는 견해는 BVerfGE 10, 4(14) 이래 그후 BVerfGE 20, 56(104); 43, 141(147)로 이어지고 있다.

교섭단체의 역할과 존재의의를 위해서도 요청되는 일임에 틀림없다.<sup>141)</sup> 물론 교섭단체에 대하여 당사자능력이 인정된다고 할 때, 그것은 꼭 소수와 교섭단체에만 적용된다고는 할 수 없을 것이다. 그러나 이것이 주로 정부와 여당의 합세에 의한 권한침해를 다투기 위하여 인정되는 당사자능력인 만큼, 교섭단체의 당사자능력은 그 의의에 있어 쉽사리 의회내 소수파의 당사자능력으로 이어지고 이것은 또 소수보호의 원칙과도 그대로 연결된다고 하겠다.<sup>142)</sup>

e) 개별 의원(Der einzelne Abgeordnete)

독일 기본법 제38조 1항의 규정을 근거로 독일의 개별 의원은 헌법상 보장된 지위와 권리를 가진다.<sup>143)</sup> 이를 바탕으로 하여 독일의 연방헌법재판소는 이제까지 여러 차례에 걸쳐 개별 의원이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다는 견해를 밝혀왔다.<sup>144)</sup> 연방헌법재판소의 견해도 그리하지만 이러한 헌법상의 지위와 권리가 다른 기관에 의하여 침해당하는 경우, 개별 의원 스스로 그 지위와 권리를 지키거나

141) 이러한 설명과 관련하여 BVerfGE 70, 324(350-1) 참조.

142) 이 점과 관련하여 Friesenhahn, *aa.O.*(FN 127), S. 536f 참조.

143) 독일기본법 제38조 1항을 보면, 『독일연방의회의원은 일반, 직접, 자유, 평등, 비밀선거에 의하여 선출된다. 의원은 전체 국민의 대표이며 어떠한 위임이나 지시에도 기속되지 아니하며, 오로지 자신의 양심에만 따를 뿐이다.』라고 되어 있다. 한국헌법에는 이러한 내용을 담은 단일 조항은 없고, 그러한 의미내용이 헌법 제7조, 41조, 45조, 46조 등에 분산되어 있다고 하겠다.

144) 초기의 BVerfGE 2, 143(166)에서부터 근년의 BVerfGE 70, 324(350)에 이르기까지 개별의원의 당사자능력을 인정한 판례는 여럿 있다.



구제받기 위하여, 헌법재판소에 호소하는 것은 당연한 귀결이라고 할 수 있을 것이다.<sup>145)</sup>

개별 의원이 이처럼 헌법재판소에 호소한다고 할 때, 그 호소의 방법으로 얼핏 헌법소원을 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 헌법소원은 시민의 기본권이 침해된 경우에 제기될 수 있는 것으로서, 의원의 헌법상의 지위와 권리를 지키고 구체화하는 데에 활용될 수 있는 방법으로 보기는 어렵겠다. 따라서 개별의원이 자신의 지위와 권리에 관한 권한쟁의에서 스스로 당사자가 되어 다툼을 벌인다는 것은 어쩌면 불가피한 결론일는지도 모른다.

개별 의원이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다고 보는 점에 있어서는 서로 다를 바 없지만, 그 개별 의원을 의회의 한 부분기관으로 볼 것인가 아니면 그 나름의 독자성을 지닌 개별의 기관으로 볼 것인가 하는 점에 관해서는 견해가 갈리고 있다. 즉, 한편에서는 의원이 의회의 한 부분기관으로서의 지위에 있는 것으로 본다는 것이고,<sup>146)</sup> 또 다른 한편에서는 개별 의원이 권한쟁의의 당사자가 되어 다툼을 벌이는 경우, 그것은 의회의 한 부분기관으로서 그렇게 하는 것이 아니고, 하나의 별개 기관으로서 독자적으로 자신의 헌법상의 권리를 주장한다는 것이다.<sup>147)</sup>

---

145) 물론 의원의 당사자능력을 인정하는 것은 부당하다는 주장도 있다. 「후리젠한」의 주장에 의하면 『개별 의원은 그 자체로서는 결코 헌법적 비중을 지닌 기관은 아니다』라고 한다. Friesenhahn, *a.a.O.*(FN 127), S. 537 참조.

146) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 117; Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 105, Anm. 58 참조.

이러한 상반된 견해와는 달리, 개별 의원은 의회의 한 부분기관으로서의 지위를 가지는 한편, 개별의 독자적인 기관으로서의 지위도 함께 가지며, 따라서 이런 각기 다른 지위에서 내세우는 권익도 각기 다를 수밖에 없다는 주장도 있다.<sup>148)</sup>

독일연방헌법재판소만 하더라도 일찍이 『정당국가에서도 기본법 제38조 1항에 따라 개별 의원에게 고유의 헌법상의 지위가 주어진다. 의원도 다른 헌법기관에 대항하여 그의 이러한 지위를 지켜야 할 상황에 놓이지 않을 수 없을 만큼, 그의 당사자능력은 인정되어야 한다』<sup>149)</sup>라고 밝힌 다음, 이어서 『개별 의원의 당사자능력은 그 나름대로 하나의 기관으로서의 위치로 말미암아 인정되는 것이다.』라고 판결함으로써, 개별 의원의 독자적 기관성을 인정했다.<sup>150)</sup> 그러나 1983년의 한 판례에 이르러서는 『개별 의원은 권한쟁의에서 연방헌법재판소법 제63조의 의미로 당사자능력을 가진다』<sup>151)</sup>고 함으로써, 의원이 부분기관에 해당될 수 있음을 시사하고 있다.<sup>152)</sup>

---

147) Löwer, *a.a.O.*(FN 7); Klein, *a.a.O.*(FN 22), S. 565 참조.

148) Schlaich *a. a. O.* (FN 3), S.58 참조

149) BVerfGE 2, 143(164).

150) 독일연방헌법재판소의 이러한 입장은 그후에도 BVerfGE 10, 1(10); 60, 374(378)로 이어졌고 특히 BVerfGE 70, 324(350)에서는 개별 의원이 권한쟁의에서 헌법상의 권리를 주장하는 경우, 『자신의 고유의 이름으로 주장한다』(“im eigenen Mamen geltend machen”)는 것을 강조하고 있으며 이와 같은 표현은 BVerfGE 80, 188(208-9)에도 나타나 있다.

151) BVerfGE 62, 1(31).

152) 이 판결문에서 특히 주목되는 대목은 연방헌법재판소법 제63조

연방헌법재판소의 이처럼 서로 엇갈리는 몇몇 관례와 관련하여, 「슈라이히」 교수가 이해하는 바에 따르면, 『의원이 연방의회의 권리를 위하여 이를 주장하고 나서는 경우에는, 그는 연방의회의 부분기관으로서의 자격으로 권한쟁의제소를 한다. 그러나 그가 의원으로서의 지위에서부터 나오는 권리를 주장하는 경우에는, 그 의원은 독자적인 헌법기관으로서의 자격으로 권한쟁의절차를 제기할 수 있다.』<sup>153)</sup>는 절충적인 결론을 끌어낼 수 있을 것이다. 이렇게 이해한다면, 예컨대 연방의회의 본회의에서 의원의 발언권을 제한하는 행위<sup>154)</sup>라든지 연방대통령이 조기에 연방의회를 해산하는 행위<sup>155)</sup> 등은 의원으로서의 지위와 그로부터 나오는 권리를 위헌적으로 침해하거나 박탈하는 것이며, 이 때 의원은 의회의 부분기관으로서가 아니고, 자신의 독자적인 명의로 권한쟁의의 당사자가 된다는 것이다. 한편 면책특권과 불체포특권의 경우, 이를 의원의 권리로 볼 수도 있겠지만, 의회의 특권으로 이해하는 것이 보통이며, 따라서 개별 의원이 이러한 특권의 수호를 위하여, 권한쟁의심판을 청구하게 되면, 그는 이 때 하나의 부분기관으로서의 위치에 서게 된다고 하지 않을 수 없다.<sup>156)</sup> 다만 근

---

를 유독 내세우고 있는 부분이다. 이 63조에서는 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 기관으로 연방대통령을 비롯한 4개 최고기관과 기타 부분기관만을 한정적으로 들고 있기 때문이다. 이 이전의 판례가운데서 대표적인 것으로 BVerfGE 4, 144(148) 참조.

153) Schlaich, *aa.O.*(FN 3), S. 58.

154) BVerfGE 10, 4(특히 10ff.)참조.

155) BVerfGE 62, 1(특히 4ff.) 참조.

년에 이르러, 권한쟁의의 당사자능력과 관계된 개별 의원의 지위가 교섭단체나 헌법상의 정족수에 의한 소수에 의하여 점차 잠식당하고 있다고 하겠다.<sup>157)</sup>

## 나) 연방참사원(Bundesrat)의 부분기관

### a. 연방참사원의장(Der Bundesratspräsident)

연방의회의장의 경우와 마찬가지로, 연방참사원의 의장도 권한쟁의에서 하나의 부분기관의 자격으로 당사자가 될 수 있다. 이 점에 관해서는 아직 헌법재판소의 판례에 의한 뒷받침을 받지 못하고 있으나, 학자들의 대체적인 견해는 당사자능력을 인정하는 쪽으로 기울어지고 있는 것으로 보인다.<sup>158)</sup>

### b. 분과위원회(Die Ausschüsse)

기본법 제53조에 의하면, 연방행정부의 구성원은 연방참사원 및 그 분과위원회의 회의에 참여할 권리와 의무를 가지며, 또 질의에 응하도록 되었다. 이 규정에 따라 연방참사원의 분과위원회는 연방의회의 분과위원회와 마찬가지로 헌법상의 권한을 가진다. 따라서 이러한 권한이 침해당하는 경우, 이 분과위원회가 이의 구제를 권한쟁의절차를 밟

---

156) 이 점과 관련하여 특히 Stern, *a.a.O.*(Fn 8), RdNr. 117, Anm. 16 참조.

157) Schlaich, *a.a.O.*(FN3), SS. 57f 참조.

158) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 122; Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S.105; Schlaich, *a.a.O.*(Fn), S. 57 참조.

아 헌법재판소에 구하는 것이 당연하다고 하지 않을 수 없다. 아직 이와 관계된 판례가 없는 만큼, 이 분과위원회의 당사자능력은 학리적 근거 위에서 인정되는 도리밖에 없다고 하겠다.<sup>159)</sup> 이 학리적 근거도 연방의회의 분과위원회에 대하여 권한쟁의의 당사자능력을 인정하는 이유와 크게 다를 바 없다고 하겠다.

### c. 특정의 소수(Minderheiten)

연방참사원의 경우에 있어서도, 기본법에 의하여 인정되는 소수가 있을 수 있다. 예컨대 기본법 제52조 2항 후단의 「최소한 2개이상의 주의 대표」, 기본법 제61조 1항 2단의 「연방참사원 표수의 1/4」, 그리고 기본법 제79조 2항의 의미 속에 들어있는 「연방참사원 표수의 1/3」 등은 바로 그러한 소수에 해당하는 것이다.<sup>160)</sup> 이들 소수에 대하여 권한쟁의에서의 당사자능력을 인정하여 주는 문제와 관련하여, 아직 이렇다 할 판례가 없는 만큼, 지금으로는 연방헌법재판소의 입장을 알 도리는 없다. 다만 연방의회의 소수에 대하여 당사자능력을 인정하여 주었던 점에 비추어, 연방헌법재판소가 연방참사원의 소수에 대하여서도 유사한 이론<sup>161)</sup>에 입각하여 당사자능력을 인정하여 주리라는 짐작을 할 수 있을 뿐이다.

---

159) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 123 참조.

160) 이 점에 관해서는 Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 124 참조.

161) 이러한 판례상의 이론을 위하여서는 특히 BVerfGE 2, 143(164); 67, 100(125-7) 참조.

#### d. 개별 구성원(Einzelne Mitglieder)

독일기본법상 연방참사원은 그 구성의 방식과 목적 그리고 의결방식에 있어서 대단히 특이한 구성체이고, 따라서 그 원의 개별구성원도 전혀 색다른 지위를 지닌다고 하겠다. 적어도 연방참사원의 의사과정과 의결에서는 각 주정부의 대표로 나와 있는 개별구성원은 제각기 독자적인 지위에서 자신의 입장을 표명하는 것이 아니다. 이들은 주단위의 한 묶음으로 주정부를 대표하며, 또 주단위로 의사와 의결에 참여한다. 따라서 연방참사원내에서는 개별 구성원은 연방의회의 개별 의원처럼 독자적인 지위와 권리를 가지는 것이 아니다.

그러나 기본법 제43조 2항에 보면, 연방참사원의 구성원은 연방의회 및 그 분과위원회의 회의에 출석하여 발언할 권리를 가진다고 규정되어 있다. 따라서 이 규정의 범위내에서 개별 구성원은 독자적인 권리를 가지며, 또 이 테두리 안에서, 그는 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다고 하겠다.<sup>162)</sup>

#### e. 주단위 구성원(Die Mitglieder eines Landes)

주단위의 구성원은 기본법 제51조 3항 후단에 따라 각기 주에 부여된 수만큼의 투표권을 행사할 권리를 가진다. 이 권리와 관련하여 권한쟁의가 제기될 수 있으며, 그렇게 제기되는 경우에는 이들 주단위의 구성원들은 충분히 당사자

---

162) Stern, *a.a.O.*(Fn 8), RdNr. 125 참조.

로서의 능력을 지니게 된다.<sup>163)</sup>

## 다) 연방행정부의 부분기관

### a. 연방수상(Der Bundeskanzler)

기본법상 연방수상은 연방의회의 집회를 요구할 수 있는 권리(기본법 제39조 3항), 연방정부의 각부장관을 임명제청할 수 있는 권리(동 제64조 1항), 정부의 정책방향을 정하고 수행할 수 있는 권리(동 제65조 1·4항), 연방의회의 해산을 제청할 수 있는 권리(동 제68조 1항), 국방비상사태하에서의 군지휘명령권(동 제115b조) 등 다양한 권한을 고유의 권한으로 가지고 있다.<sup>164)</sup> 따라서 이러한 권한이 다른 기관에 의하여 침해되는 경우, 연방수상은 연방행정부의 부분기관의 자격으로 이를 권한쟁의에서 다룰 수 있는 능력을 가진다고 보아야 할 것이다.

### b. 각부장관(Der Bundesminister)

연방행정부를 구성하는 각부의 장관은 연방의회와 분과위원회의 회의에 출석하여 발언할 수 있는 권리(기본법 제43조 2항), 연방참사원 및 그 분과위원회의 회의에 출석하여 발언할 수 있는 권리(동 제53조 1·2항), 부서의 권리(동 제58조), 독자적인 책임하에 소관업무를 관장·수행할 수 있는 권리(동 제65조)등을 가지며, 이러한 권리를 바탕으로

---

163) Stern, *a.a.O.*(Fn 8), RdNr. 126 참조.

164) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 130 참조.

한 당사자능력을 인정할 수 있을 것이다.<sup>165)</sup> 한편 일부 장관들의 경우, 소관사항과 관련하여 헌법상 별도로 명기된 권한을 가지는 예가 있다. 예컨대 국방장관의 군지휘·명령권(기본법 제65a조), 연방수상대행자의 권한(동 제69조 1항), 관계분야의 법관을 선임함에 있어 해당 부서의 장관이 가지는 권한(동 제95조 2항), 그리고 주의 조세행정에 대한 감독(동 제108조 3항 후단), 예산외 지출에 대한 동의(동 제112조), 결산보고의 제출(동 제114조 1항)등에 대하여 재무장관이 가지는 권한<sup>166)</sup> 및 군사법원에 관한 법무장관등의 권한(동 제96조 2항)등을 들 수 있겠는데, 이러한 권한이 침해되는 경우, 해당 장관은 당연히 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다고 하겠다.<sup>167)</sup>

## 2. 정당의 당사자능력

독일에서 연방헌법재판소의 권한쟁의심판이 본격적으로 시작된 이래 지금에 이르기까지 가장 열띤 논란의 대상이 되어 온 것이 바로 정당의 당사자능력을 인정하는 것이 과연 타당한가 하는 문제이다. 물론 연방헌법재판소로서는 이 문제와 관련하여 긍정적인 입장을 분명히 했기 때문에

---

165) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 131 참조.

166) 연방헌법재판소는 1977년의 한 판례에서 연방재무장관이 권한쟁의의 피신청인(Antragsgegner)의 자격으로 당사자능력을 가진다고 밝힌 바 있다. BVerfGE 4, 1(28) 참조.

167) Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 132 참조.



사법적으로는 일단 결판이 난 문제라고도 할 수 있을 것이다. 그러나 학리적으로는 아직까지도 논란이 이어지고 있는 것이 사실인 만큼, 문제점과 논란 자체가 매듭지어졌다고 할 수는 없겠다.

독일의 연방헌법재판소는 어떤 기관이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는가를 판단함에 있어, 일찍부터 그 기관이 관련 「헌법생활에서 결정적인 요인」으로 구실 하는가를 중요한 척도로 삼아왔다.<sup>168)</sup> 「헌법생활에서의 요인」이라는 것을 판단기준으로 함으로써 연방헌법재판소는 초창기부터 거리낌없이 정당의 당사자능력을 인정할 수 있었다.<sup>169)</sup> 그래서

헌법쟁송에서의 정당의 당사자능력은 오로지 헌법 속에서 정당이 차지하고 있는 일반적인 지위에서도 출될 수 있는 것이다.……“모든 최고 입법권자와 행정권자는 국민의 선거나 기타 민선 국가기관의 선임이나 결정에 의하여 선정되는 것인데, 이러한 것을 규정한 헌법이야말로 그 대표자를 다양한 선거직에 내세우는 단체가 사회에서 자유롭게 형성되지 않고서는 생명력을 갖고 또 살아있는 것이 될 수 없다.” 따라서 오늘날 모든 민주주의국가는 필연적으로 정당국가이다.……

---

168) BVerfGE 1, 208(221); 4, 27(31); 27, 240(246); 45, 1(29); 60, 374; 77, 1(39ff); 80, 188(223) 참조.

169) Klein, *a.a.O.*(FN 22), S. 564 참조.

정당의 당사자능력은 위에서 언급했듯이, 그 정당이 선거과정에서 헌법상의 지위를 가진다는 이유로 정당화된다.<sup>170)</sup>

라는 판결을 내렸다.

정당의 권한쟁의 당사자능력과 관련하여 연방헌법재판소가 보여준 이러한 긍정적인 입장은 그 후의 여러 판례에 승계되었다. 즉 정당의 존재를 전제하지 않고서는 『현대의 대중적 민주주의국가에서 선거의 실시와 고위 국가공직자의 보임은 불가능하며』<sup>171)</sup> 따라서 정당이야말로 『헌법상의 필수적인 기구』<sup>172)</sup>로서 헌법적으로 고유의 권리가 부여되고, 이를 다른 헌법기관의 침해로부터 지키기 위하여 정당이 이용할 수 있는 수단으로는 헌법소원보다도 권한쟁의가 더 적절하다는 것이다.<sup>173)</sup>

정당이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 독일의 연방헌법재판소가 이처럼 적극적이고 긍

---

170) BVerfGE 1, 208(223-4, 229).

171) BVerfGE 13, 54(81); 44, 125(137).

172) BVerfGE 13, 54(82).

173) NPD(Nationaldemokratische Partei Deutschlands)가 제기한 쟁송사건의 판결에서, 연방헌법재판소는 이렇게 판시했다: 『헌법소원은 헌법기관 상호간의 의견상치를 해결하는 수단은 되지 못한다.(BVerfGE 15, 298(303); 43, 142(148)). 정당을 헌법상의 기구로 인정한다는 것은 결과적으로 정당은 그의 헌법상의 지위가 타 헌법기관에 의하여 침해되었음을 오로지 기관쟁송(Organklage)을 통해서만 주장할 수 있다는 데에 이르게 된다.』 BVerfGE 57, 1(9). 같은 뜻의 판결내용은 BVerfGE 60, 53(62); 66, 107(115); 67, 65(69)에서도 찾아볼 수 있다.

정적인 입장을 취하는 데에는 나름대로의 법적인 근거가 있기 때문임을 부인할 수 없겠다. 그것이 바로 기본법 제 21조의 정당 조항이다. 이 후항에 의거해서, 연방헌법재판소는 자신있게 정당이 헌법기관에 준하는 헌법상의 지위와 “기관으로서의 속성”(Organschaftliche Qualität)<sup>174)</sup>을 지닌다고 주장할 수 있었던 것이다. 한 예로서 초기의 판결문 가운데에서 다음과 같은 구절을 찾아 볼 수 있다.

정당에 관하여 분명하게 언급한 바 없었던 「바이마르」 헌법하에서도, 정당이 정치생활을 지배했었다. 따라서 「라이히」 국사재판소는 다음과 같은 이유를 내세워 정당에 대해서도 헌법쟁송에서의 당사자능력을 인정해 주었다: 즉 “현대 헌법에서의 국민대표는 정당의 존재를 전제하며, 국민대표를 뽑기 위한 선거의 실시는 정당을 떠나서는 생각할 수 없다” (Lammers-Simon Bd. IS. 402)……

그런데 이제 기본법은 정당을 헌법상의 기구로 격상시켰다.<sup>175)</sup>

요컨대 기본법의 정당조항이 엄존해 있는 마당에, 정당이 헌법상의 지위를 가지고 일종의 헌법기관성을 지닌다는 것은 이론의 여지없이 당연하다는 것이다.

여하튼 정당이 국민의 정치적 의사형성과정에서 불가결의

---

174) BVerfGE 4, 27(31).

175) BVerfGE 1, 208(224-5).

구실을 함으로써 「헌법생활에서의 결정적인 요인」으로 존재한다는 점, 그리고 그러한 정당을 위하여 헌법상 별개의 정당조항을 두고 있다는 점, 이런 점 때문에 연방헌법재판소는 정당의 당사자능력을 거리낌없이 받아들일 수 있었다. 이러한 태도는 근자에까지 이어져서, 『연방헌법재판소의 계속 이어지는 판례에 의하건대, 정당은 그의 헌법상의 지위가 한 헌법기관에 의하여 침해됐다고 보는 경우, 이를 권한쟁의에서 주장할 수 있다』<sup>176)</sup>는 판례를 내놓았다.

이제 적어도 정당으로 공인되기만 하면, 이를 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 것으로 보는 데에 일단 사법적으로는 별다른 문제가 없게 되었다. 그래서 1986년의 한 판례에서는 권한쟁의심판을 청구한 한 청구인이 기본법과 정당법상의 요건을 구비한 정당이 아니라는 이유로 그 청구를 각하하면서,

청구인이 기본법 제93조 1항 1호 및 연방헌법재판소법 제13조 5호, 63조 이하의 규정에 따른 절차에서 당사자능력을 가지지 못하기 때문에, 그의 청구는 각하한다.

권한쟁의절차에서는 기본법 제93조 1항 1호 및 연방헌법재판소법 제63조에 열거된 기관과 부분기관만이 당사자능력을 가진다. 연방헌법재판소의 지속적

---

176) BVerfGE 73, 1(28-9); 73, 40(65).

인 판례에 의하면, 정당도 그의 헌법상의 지위가 어떤 헌법기관에 의하여 침해되었다고 권한쟁의를 통하여 주장할 수 있다.

AAR(Aktion Ausländerrückführung)는 기본법과 정당법에서 뜻하는 정당이 아니다.<sup>177)</sup>

라고 판시했다. 그리고 1989년의 한 판례에서는 정당의 당사자능력과 관련하여 연방헌법재판소가 초창기부터 가지고 있던 생각을 종합적으로 표명하기에 이르렀다:

연방헌법재판소의 판례에 의하건대, 정당은 그의 헌법상의 지위가 어떤 헌법기관에 의하여 침해되었음을 권한쟁의에서 주장할 수 있다. 정당이 헌법생활에서의 그의 특별한 기능으로 말미암아 생겨나는 권리에 관한 다툼을 벌이는 경우에는, 그의 기관으로서의 속성을 헌법적 절차에 참여하는 그의 참여 방식까지도 결정하게 마련이다. 즉 그의 지위에서 나오는 권리가 타 헌법기관에 의하여 침해되어, 이를 다투는 쟁송에서는, 정당은 한정적으로 권한쟁의에만 호소하게 된다는 것이다.<sup>178)</sup>

이렇게 판시함으로써, 정당이 자신의 헌법상의 지위와 권리를 지키기 위하여, 원래 국가기관 상호간의 쟁송을 처리

---

177) BVerfGE 74, 44(48-49); 74, 96(100-101).

178) BVerfGE 79, 379(383-384).

하는 방식인 권한쟁의심판에 호소하는 것을 당연한 것으로 받아들인 것이다.

물론 초창기 연방헌법재판소도 정당을 모든 요건을 제대로 갖춘 “최고 국가기관”으로는 생각지 않음으로써, 정당의 국가기관성을 인정하는 데에 어느정도 유보적이었던 것도 사실이다.<sup>179)</sup> 그래서 1966년의 한 판례에 이르러서는 약간 색다른 견해를 내보이기도 했다:

정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여함으로써 헌법기관의 기능을 다하고 따라서 국가기관 혹은 헌법기관으로 말하자면, 「게오르그·예리네크」(Georg Jellinek)가 뜻하는 창조기관으로 인정된다고 해서, 그것을 기화로 정당을 재정적으로 지원해야 할 의무를 국가에 지울 수는 없는 일이다. 기본법 제21조는 정당을 국민의 정치적 의사형성을 위하여 헌법상 필수적으로 요청되는 기구로 인정했고 또 정당을 헌법상의 제도라는 수준으로까지 격상시켰다. 그렇지만 정당은 최고 국가기관에 해당되지는 않는다. 정당은 오히려 사회·정치적 영역에 뿌리를 두고서, 자유롭게 형성된 단체로서, 국민의 정치적 의사를 형성하는데 참여하고 제도화된 국가의 영역에

---

179) 연방헌법재판소는 강조하기를, 비록 정당이 제대로 된 국가기관은 아니라고 하더라도, 그렇다고 해서 선거과정에서의 그의 기능을 고려하건대 정당을 일종의 국가기관으로 볼 수 없는 것은 아니라고 한다. BVerfGE 1, 208(225) 참조.

영향을 주는 것을 그의 소임으로 하고 있다. 정당이 이러한 국가영역에 속해 있지 않기 때문에 국가는 그를 재정적으로 지원해야 할 의무를 부담하지 않는다.<sup>180)</sup>

라고 판시하여, 정당의 국가기관성에 의문을 제기했던 것이다. 그렇게 함으로써 정당의 권한쟁의 당사자능력을 재검토하는 듯한 기미를 보이기도 했다.<sup>181)</sup> 그러나 정당의 당사자능력을 인정하는 연방헌법재판소의 긍정적인 태도는 관계된 판례가 거듭되는 동안에 더욱 확고해졌을 뿐, 실제로 어떠한 수정을 받은 것은 아니었다.

정당이 자신의 권리를 지키기 위하여 이용할 수 있는 쟁송방식에는 물론 권한쟁의만 있는 것은 아니다. 비록 1989년의 한 판례에서,<sup>182)</sup> 연방헌법재판소는 정당을 위한 권리구제절차로서 특히 권한쟁의절차만을 강조했지만, 실제로 정당을 위해서는 권한쟁의의 길뿐만 아니라 헌법소원의 길도 열려있는 것이 사실이다. 이 점과 관련하여 1954년의 한 판례<sup>183)</sup>를 특히 주목하지 않을 수 없다. 이 판례에서

---

180) BVerfGE 20, 56(100-101).

181) 원래 이 사건은 정당과 관계된 권한쟁의사건은 아니었다. 다만 연방헌법재판소 스스로가 정당의 국가기관성에 의문을 표시했다는 점에서, 이 판례의 의의를 찾아볼 수 있을 것이다. 이 점과 관련하여 Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 752 참조.

182) BVerfGE 79, 379(384) 참조.

183) BVerfGE 4, 27. 이 판례는 연방헌법재판소의 전원심판부의 판결에 의하여 이루어진 것이다. 제이부(Der Erste Senat)의 판결에서는 정당은 권한쟁의를 통해서만 자신의 헌법상의 지위와

연방헌법재판소는 지적하기를 정당은 헌법상의 지위와 그에 따른 제반 권리를 가지고서 일종의 헌법기관으로 구실하는 만큼, 이러한 지위와 권리에 대한 타 헌법기관의 침해를 다투기 위해서는 정당은 권한쟁의심판에 호소하는 도리밖에 없다고 했고, 곧 이어서 또 지적하기를 그렇다고 해서 정당의 경우 헌법소원의 길이 완전히 막혀 있는 것은 아니라고 했다.<sup>184)</sup>

1954년의 이 판례를 발판으로 해서, 연방헌법재판소는 1957년 다시 밝히기를 정당은 헌법기관으로서의 구실을 하는 한편 기본권의 주체이기도 한 만큼 바로 그러한 지위에서 헌법소원의 당사자도 될 수 있다고 했다.<sup>185)</sup> 이러한 견해는 1984년의 판례에서는 다음과 같이 표현되었다:

정당이 -당 사건에서 처럼- 어떠한 행정처분으로 말미암아 공권시설을 평등하게 이용할 수 있는 그의 권리가 침해되었다고 주장하는 경우, 정당으로서의 신청자에게는 헌법소원의 길이 개방되어 있다.<sup>186)</sup>

요컨대 정당이 침해당했다고 주장하는 권리가 어떤 것인

---

권리에 대한 침해를 주장할 수 있다고 했음에 반하여, 제1부의 판결에서는 헌법소원도 정당의 권리구제를 위한 또 하나의 절차가 될 수 있다고 했다. 이처럼 양부의 판결이 엇갈리게 되자 제이부의 신청에 따라 전원심판부의 판결이 나오게 된 것이다.

184) BVerfGE 4, 27(30-31) 참조.

185) BVerfGE 6, 273(276-277); 7, 99(104-105) 참조.

186) BVerfGE 67, 149(151).



가에 따라, 권한쟁의이거나 헌법소원이거나 정당이 취하는  
쟁송방식은 달라질 수 있다는 뜻이다.

여기에서 한가지 문제되는 것은 어느 경우에 정당은 권한  
쟁의절차를 떠나서 헌법소원절차에 호소할 수 있는가 하는  
것이다. 이 문제의 해답을 위해서, 우리는 두 가지 경우를  
나누어서 검토할 수 있을 것이다. 우선 첫째로 정당이 내  
세우는 권리를 권한쟁의의 대상이 되는 것과 헌법소원의  
대상이 되는 것으로 나누어 보는 경우를 들 수 있겠다.<sup>187)</sup>  
정당이 국민의 정치적 의사형성과정에 참여하여, 결정적인  
구실을 함으로써 헌법기관에 준하는 지위를 가지고, 이에  
걸맞는 권리를 가지는 한편, 정당이 비록 정치적 단체이기  
는 하더라도 그 밑바탕에 있어서는 역시 사회의 일반결사  
인 만큼 일반 시민이나 사회단체와 마찬가지로 국가사회의  
구성원으로서의 기본권을 함께 가진다는 것이다. 따라서  
전자의 권리, 즉 헌법기관으로서의 지위와 권리가 침해되  
는 경우에는 정당은 권한쟁의의 당사자가 되어 이를 다룰  
수 있고, 후자 즉 일반적인 의미의 기본권이 침해받는 경  
우에는 이의 구제를 위하여 헌법소원의 길을 택한다는 결  
론이 나오게 된다. 이러한 논리야말로 연방헌법재판소가  
이제까지 이 문제와 관련하여 내놓은 일련의 판례에서 하  
나의 일관된 줄거리를 이루어 왔다고 하겠다.<sup>188)</sup>

---

187) 이 점과 관련하여 Löwer, *aa.O.*(Fn 7), S. 752; Wilhelm  
Henke, in : Bonner Kommentar, Art. 21, RdNr. 29 참조.

188) BVerfGE 4, 27(31); 6, 273(277); 24, 300(330); 47, 198(232); 57,  
1(9); 67, 149(151) 참조. 한편 Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 154  
참조.

다음으로 정당이 자신의 권리가 침해되었음을 이유로 쟁송을 벌인다고 할 때, 그 쟁송의 상대방, 즉 권리침해자가 누구인가에 따라 그 쟁송의 방식이 권한쟁의나 헌법소원으로 갈라지는 경우를 들 수 있겠다. 이 점은 특히 「슈라이히」 교수가 지적한 것으로서,<sup>189)</sup> 침해된 권리가 어떤 것인가 하는 것보다도 피청구인의 지위와 자격에 주로 초점을 맞추고 있는 것이다. 이제까지의 연방헌법재판소의 판례에 의하건대, 정당은 그의 헌법상의 지위와 권리가 침해된 경우 이를 권한쟁의절차를 통하여 다룰 수 있게 되었다. 그런데 독일의 경우, 현재 대립당사자간의 쟁송절차로 시행되고 있는 이 권한쟁의절차는 원래 최고 국가기관 및 그 부분기관 상호간의 다툼이 있을 때, 성립되는 것이다. 따라서 정당이 당사자능력의 인정을 받아 권한쟁의를 제기한다고 할 때, 적어도 그 쟁송의 상대방 즉, 피청구인이 그러한 최고 국가기관이나 부분기관으로서의 지위에 있어야 한다는 것은 당연한 이치이다. 예를 들어서 헌법상의 권리가 침해되었음을 내세워 정당이 공공방송사를 상대로 쟁송을 제기한다면, 그 쟁송방식은 권한쟁의보다도 헌법소원이 될 수밖에 없을 것이다.<sup>190)</sup> 왜냐하면 이 때 최고 국가기관이나 부분기관이 아닌 공공방송사로서는 권한쟁의의 피청구인이 될 수 있는 당사자능력을 지니지 못하고 따라서 권한쟁의자체가 성립되지 못하기 때문이다.

---

189) Schlaich, *aa.O.*(FN), S. 59참조.

190) 이 예를 위하여 「슈라이히」 교수는 BVerfGE 7, 99(104f.)를 들고 있다.

권한쟁의에서의 정부의 당사자능력에 관하여 연방헌법재판소가 위에서 밝혔듯이 긍정적인 입장으로 일관해 오고 있음에도 불구하고, 학자들의 견해는 그렇게 긍정적인 것만은 아니다. 이미 1927년 독일 「라이히」 국사재판소가 정당의 당사자능력을 인정하는 판결을 내렸고,<sup>191)</sup> 이 판결로부터 영향받은 바 없지 않아서 「후리젠한」(Ernst Friesenhahn)교수도 일찍이 정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여하여 결정적인 영향을 끼친다는 점을 중시하여 정당의 당사자능력을 인정한 바 있었다.<sup>192)</sup>

그러나 오늘날 「슈라이히」 교수같은 학자는 정당의 당사자능력에 대하여 지극히 냉담한 입장을 보이고 있는 것이 사실이다. 연방헌법재판소가 주장하는 바에 의하면, 헌법에 정당조항을 두지 않은 「바이마르」 헌법하에서도 정당은 헌법생활의 결정적인 요인으로 구실했고 또 권한쟁의에서의 당사자능력의 인정을 받았는데, 하물며 정당의 헌법상의 지위를 담보하는 기본법 제21조와 같은 정당조항이 엄존해 있는 현행 헌법하에서 정당이 권한쟁의에서 당사자가 된다는 것은 지극히 당연하다는 것이다.<sup>193)</sup> 우선 이 부분에 대하여 「슈라이히」 교수는 이의를 제기하고 있다. 그가 주장하는 바를 풀이해 보면,<sup>194)</sup> 「바이마르」 시대의 「라이히」 국사재판소가 정당으로 하여금 권한쟁의의 당사

---

191) 1927년 2월 17일에 내려진 「라이히」 국사재판소판결의 부분적인 내용에 관해서는 Friesenhahn, *a.a.O.*(Fn 127), S. 537 참조.

192) Friesenhahn, *a.a.O.*(Fn 127), S. 537 참조.

193) BVerfGE 1, 208(224f.) 참조.

194) Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 59 참조.

자가 될 수 있게끔 했던 것은 헌법소원제도를 두고 있지 않았던 당시의 헌법하에서 것처럼 중요한 구실을 하는 정당의 역할과 권익을 지켜주기 위해서는 권한쟁의에의 문호만을 열어주는 도리밖에 없었기 때문이라는 것이다. 그러나 권한쟁의제도뿐만 아니라 헌법소원제도까지 갖추고 있는 현행 기본법하에서 마저 정당에 대하여 권한쟁의의 당사자능력을 인정하여 주는 것은 그릇된 것으로서 정당화될 수 없다는 것이다. 그가 보는 바로는, 본질적으로 일반 결사에 불과한 정당은 그의 중요한 정치적 역할에도 불구하고, 최고 국가기관의 반열에 설 수 없고, 스스로 헌법상의 권리를 지키기 위해서는 헌법소원절차를 거쳐 호소하는 도리밖에 없다고 한다.

이처럼 정당의 권한쟁의능력을 전면적으로 부정하는 입장과는 달리, 물론 연방헌법재판소의 긍정적인 판례태도에 동의하는 학자도 없는 것이 아니다. 예컨대 「퇴버」(Wolfgang Löwer)교수의 경우를 보면, 정당은 그 주장하는 권리의 성질에 따라 권한쟁의뿐만 아니라 헌법소원의 길도 택할 수 있다는 연방헌법재판소의 판례를 거의 그대로 받아들이고 있는 것으로 보인다.<sup>195)</sup>

그러나 헌법질서속에서 정당이 차지하는 역할과 비중을 고려하여, 이를 적어도 헌법기관에 준하는 것으로나마 보지 않는 한, 권한쟁의에서 정당이 당사자능력을 가진다고 주장하기에는 역시 상당한 이론적인 어려움이 따르기 마련

---

195) Löwer, *a.a.O.*(Fn 7), SS. 752-3 참조.

이다. 더욱이나 정당이란 본질적으로 시민적 사회생활에 바탕을 둔 일반결사에 불과하여, 결코 국가기관중의 하나 일 수는 없다는 이론적 입장에 서는 경우, 정당이 권한쟁의를 제기하여 그의 당사자가 된다는 것은 받아들이기 어려운 주장이 아닐 수 없다. 바로 이 점에서 「슈테른」(Kluas Stern)교수같은 학자는 연방헌법재판소의 긍정적인 판례에 대하여 의문을 제기하는 것이다.<sup>196)</sup>

정당이 헌법질서 속에서 차지하고 있는 역할과 비중 그리고 그 정당의 지위를 뒷받침하는 헌법상의 정당조항의 존재, 이런 것만을 근거로 하여, 그 정당에 대하여 「국가기관성」을 인정하여 주는 데에는 법리상의 무리가 있는 것이 사실이다. 따라서 「국가기관성」의 인정을 받을 수 없는 정당으로서, 스스로 헌법상의 지위와 권리를 지키기 위하여 헌법소원절차를 통하여 호소하는 도리 밖에 없다고 하겠다. 정당을 위한 권리구제의 길은 권한쟁의에서 찾기보다도 헌법소원에서 찾아야 한다는 뜻이다.

권한쟁의절차에서와는 달리, 헌법소원절차에서는 「보충성의 원칙」(Der Grundsatz der Subsidiarität)에 따라 법에 규정된 모든 구제절차를 거친 연후에 비로소 헌법소원 심판을 청구할 수 있도록 되었다.<sup>197)</sup> 이것은 분명코 권한

---

196) Kluas Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I(München, 1977), SS. 342-3; Stern, *a.a.O.*(Fn 8), RdNr. 139 참조.

197) 이에 관해서는 한국의 헌법재판소법 제68조 1항 그리고 독일의 연방헌법재판소법 제90조 2항에 규정을 두고 있다. 한편 「보충성의 원칙」에 관한 설명을 위해서는 Schlaich, *a.a.O.*(Fn 3),

쟁의절차에 비하여 헌법소원절차만이 상대적으로 지니고 있는 절차상의 애로가 아닐 수 없다. 따라서 권한쟁의심판은 청구할 수 없고, 오로지 헌법소원심판만을 청구할 수밖에 없는 정당으로서, 이러한 절차상의 애로로 말미암은 불이익을 피할 수 없게 된다. 이런 불이익이 있다고 해서 그것이 곧 정당에 대하여 권한쟁의에서의 당사자능력을 인정하여 주는 구실이 되지 못한다는 것은 더 말할 나위 없다.

---

SS. 141-146; Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), SS. 185-188 참조.

## 제 6 장 권한쟁의와 당사자적격

일반적으로 당사자능력이라 하면, 구체적인 소송사건과는 아무 상관없이, 추상적으로 어떤 소송의 당사자가 될 수 있는 일반적인 적격을 의미하지만, 당사자적격은 이와는 달리 특정의 구체적인 소송사건을 앞에 놓고서, 그 소송에서 정당한 당사자가 되어 본안판결을 받기에 적합한 자격을 뜻하는 것이 보통이다. 국가기관 상호간의 권한쟁의를 대립당사자간의 쟁송으로 취급하고 있는 독일의 경우, 당사자능력과 당사자적격에 관한 이러한 개념은 권한쟁의에서도 거의 그대로 원용되고 있다.

권한쟁의에서 당사자능력은 청구인(Antragsteller)과 피청구인(Antragsgegner)이 추상적으로 당사자로서의 역할을 하기에 적합할 정도의 자격과 능력을 가졌는가를 문제삼는다. 여기에서는 당사자가 될 수 있는 일반적인 범주를 추상적으로 따지게 된다. 그러나 권한쟁의절차에서 당사자적격에 해당하는 개념으로 주로 쓰이고 있는 「능동적 적격」(Aktivlegitimation), 「심판청구권」(Antragsbefugnis) 또는 「쟁송수행권」(Prozessführungsbefugnis) 등<sup>198)</sup>은

---

198) 연방헌법재판소법은 Antragsbefugnis라는 용어 이외에도 Prozessführungsbefugnis나 Aktivlegitimation 또는 Passivlegitimation이라는 용어도 함께 쓰고 있다. BVerfGE 1, 208(228f); 2, 143(165); 20, 119(129); 68, 1(65); 73, 40(65) 참조. 그러나 일부 학자들은 Aktivlegitimation같은 용어를 쓰는

실제의 권리침해로 말미암아 구체적인 법적 다툼이 있는  
가를 주로 문제삼는다. 그래서 원고인 청구기관은 쟁송을  
수행할 권리를 가졌는가 그리고 그가 청구하는 바는 과연  
피고인 피청구기관을 상대로 제기될 수 있는 것인가 하는  
것이 주로 검토된다. 요컨대 『그에게 본안판결이 내려질  
수 있는 자가 바로 쟁송을 수행할 권리를 가진다』<sup>199)</sup>는  
것이다.

## 제 1 절 청구인의 적격

a. 한국의 예에서와 마찬가지로 독일의 경우에 있어서도,  
기본법상 권한쟁의의 당사자적격에 관한 분명한 규정을 두  
고 있지 않다. 그러나 한국의 헌법재판소법 제61조 2항에  
해당하는 것으로 볼 수 있는 독일의 연방헌법재판소법 제  
64조 1항에 보면, 당사자적격 특히 원고적격(Aktiv-  
legitimation 혹은 Die aktive Prozessführungsbe-  
fugnis)에 관하여 비교적 구체화된 규정을 찾아볼 수 있다. 이 조문  
의 내용은 대체로 다음의 세 가지 점으로 집약될 수 있다.  
즉 첫째 피청구인의 불법행위로 말미암아, 둘째 청구인이  
고유의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여, 셋  
째 심판청구가 받아들여 질 수 있다는 것이다.

구체적인 권한쟁의 심판청구사건에서 청구인이 정당한 당

---

것을 그릇된 것으로 보고 있다. Klein, *aa.O.*(FN 22), S.566,

Ann. 236 참조.

199) BVerfGE 68, 1(65).



사자로 인정받기 위해서는 그가 우선 당사자능력이 있는 자이어야 한다는 것은 더 말할 나위 없다.<sup>200)</sup> 즉 청구인이 최고 국가기관이나 그 부분기관 또는 기타 이해관계인 가운데 어느 하나에 해당하는 자로 인정되어야 한다는 것이다. 일단 이 범주에 드는 자가 아니고서는 권한쟁의의 당사자가 될 수 없기 때문이다.

그리고 그 청구인은 자기 또는 그가 속해 있는 기관의 권리가 침해되었음을 주장해야 한다. 이 때의 권리는 이미 위에서 설명하였듯이 헌법상의 권한을 뜻하는 것으로서, 비록 객관적인 의미를 지닌 권한이 주관화됨으로써 「권리」라는 개념으로 표현되고 있더라도, 실질적으로 국가기관의 권한을 뜻하는 데에는 다를 바 없다. 이 권리가 헌법상 부여된 것에 한하는 만큼, 일반 법률이나 기타 업무규정같은 것에만 근거를 둔 권리인 경우, 이를 권한쟁의에서 다룰 수는 없는 일이다.<sup>201)</sup>

여하튼 권한쟁의에서 「권리·의무」를 다룬다는 것이 리치에 맞지 않기도 하려니와 이채로운 것임에 틀림없으나, 어떤 의미에서는 이것이 독일의 권한쟁의제도의 특색을 이룬다고 하겠다. 권한쟁의에서 주관적인 「권리·의무」를 다투도록 함으로써, 독일의 권한쟁의절차는 대립당사자간의 쟁송으로 다루어지는 것이며, 그로 해서 본질적으로 「내부자간의 쟁송」일 수밖에 없는 권한쟁의가 주관적인 쟁송으로 전환될 수 있게 되는 것이다. 따라서 이런 권한

---

200) Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753 참조.

201) 이 점을 밝힌 판례로서 BVerfGE 27, 152(157); 73, 1(30f.) 참조.

쟁의의 청구인은 객관적인 헌법규범의 효력을 문제삼는 것이 아니고 주관적인 법적 지위와 권리를 문제삼는다.<sup>202)</sup> 즉 권한쟁의심판절차에서는

기본법 제21조 1항 및 제3조 1항에 의하여 청구인에게 부여된 권리를 독일연방의회가 문제의 처분을 통하여 침해하거나 직접적으로 위협했는가 여부에 관해서만 판단할뿐이다. 그 이외에 독일연방의회의 그 행위가 기본법에 위배되는가 여부는 이 절차에서의 심판의 대상이 될 수 없다.<sup>203)</sup>

는 것이다.

이러한 권리와 관련하여 권한쟁의와 같은 다툼이 생겨나는 것은 그것이 침해됐을 경우이다. 즉 한 국가기관의 불법행위가 있고, 그로 해서 다른 국가기관의 정당한 근거의 실제로 유린되거나 아니면 그러한 권한의 정상적인 행사가 저해될 정도로 위협을 받는 경우에 독일에서는 그것을 권리의 침해 혹은 권리에 대한 직접적인 위협이라고 바꾸어 부르는 것이다.

한 청구인이 적격의 당사자로서 권한쟁의를 수행할 수 있는 권리를 갖게 되기 위해서는 무엇보다 그가 다른 국가기관의 불법행위로 말미암아 권리의 침해를 당했다거나 침해의 위협을 당했다고 주장함으로써 실질적인 법적 다툼을

---

202) Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), SS. 113-4 참조.

203) BVerfGE 73, 1(28).

별일 필요성이 있음을 보여주어야 한다. 즉 문제의 불법행위가 곧 권리침해로 이어지고, 이것이 법적으로 다투어 보아야 할 문제가 된다고 문제제기를 할 때, 비로소 당사자적격의 인정을 받는다는 것이다.<sup>204)</sup> 여기에서 거듭 강조해야 할 것은 불법행위로 인한 권리침해를 피해자가 소송절차를 밟아 주장해야 한다는 점이다. 아무리 불법행위와 권리침해가 있었다고 하더라도 피해자 스스로가 자신의 권리가 침해되었다고 주장함으로써, 쌍방 관계자간의 법적 문제성을 부각시키지 않는다면, 쌍방간의 다툼 자체가 성립되지 않기 때문이다. 이렇게 볼 때, 청구인의 당사자적격이 인정되는데 있어, 청구인과 피청구인간에 하나의 헌법적 법률관계가 형성되어 있어야 하고, 이 관계에서부터 생겨나는 권리를 피청구인이 침해했음을 청구인이 주장한다는 것이 결정적인 요소가 된다고 하겠다. 이 점을 독일연방헌법재판소는 이렇게 밝히고 있다.

청구인과 피청구인이 한 헌법적 법률관계에 직접 관여하고 있다는 사실과 이 관계에서 생겨나는 청구인 고유의 권리를 피청구인이 문제의 처분이나 부작위를 통하여 침해하거나 혹은 직접적으로 위협했다는 사실을 청구인이 주장하는 경우, 그 청구인

---

204) 당사자적격을 판단함에 있어, 「법적 문제성」(Rechtserheblichkeit)이 특히 중요한 의미를 지닌다는 점을 강조한 판례로서 BVerfGE 13, 123(125); 57, 1(4-5); 60, 374(381) 참조.

은 청구적격을 가진다.<sup>205)</sup>

이 때, 청구인의 주장내용과 실제의 사실이 필히 합치되어야만 하는 것이 아니기 때문에 헌법재판소로서는 청구인의 모든 진술이 진실인가 여부를 문제삼지 않는다. 오로지 피청구인의 문제의 행위가 객관적으로 존재했는가 그리고 그것이 법적 문제를 야기하는가 하는 것만이 검토 대상이 될 뿐이다.<sup>206)</sup>

b. 일반적으로 청구인은 헌법에 의하여 부여된 자신의 권리가 침해되면 그의 구제를 위하여 쟁송을 제기하여 호소하는 것이 상례이다. 그러나 부분기관의 당사자능력을 인정하고 있는 독일의 권한쟁의제도에서는 그러한 상례에 대한 예외가 또한 인정되고 있다. 즉 어떤 특정 부분기관에 대해선 그 부분기관이 속해 있는 모기관의 헌법상의 권리를 지키기 위하여, 그 모기관을 대신하여 쟁송수행을 하도록 허용하는 예가 있다는 것이다.<sup>207)</sup> 곧 권한쟁의절차에서의 「제삼자의 소송담당」(Prozeßstandschaft)제도를 이르는 것으로서, 더 말할 나위없이 민사소송법상의 제도를 권한쟁의절차에 도입하여 채용하는 것이라 하겠다.<sup>208)</sup>

---

205) BVerfGE 80, 188(209).

206) 이 점에 관해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 116 참조.

207) Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 61; Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 113; Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753; Klein, *a.a.O.*(FN 22), SS. 566-7 참조.

208) 권한쟁의절차에 민사소송법상의 「제삼자의 소송담당」 제도를 채용하는데 대하여 「로렌쯔」 교수는 부정적이다. 그의 생각으

이 제도가 권한쟁의절차에 도입되는 데에 교량역할을 담당한 것이 바로 연방헌법재판소법 제64조 1항이었다. 이 규정에 의하여 당사자능력을 지닌 부분기관이 그가 속해 있는 모기관의 헌법상의 권리가 침해되었음을 내세워 스스로 권한쟁의심판청구를 할 수 있게끔 된 것이다. 이 「제삼자의 소송담당」 방식에 의하여, 부분기관은 단순히 자신의 권리만을 위해서 뿐만 아니라 모기관의 권리를 위해서도 권한쟁의심판청구를 할 수 있게 되었다.<sup>209)</sup> 요컨대 부분기관은 자신의 명의로 타인의 권리를 위하여 쟁송을 제기한다는 것이다.

이처럼 부분기관으로 하여금 모기관을 위하여 소송담당을

---

로는, 그렇게 채용하는 것은 헌법쟁송과 민사소송의 근본적인 차이를 몰각한데서 연유한다는 것이다. 민사소송에서는 주관적인 권리의 보호만을 목적으로 하는데 반하여 헌법쟁송에서는 사회의 단체적 공익성을 바탕으로 하여 정치적 대립의 조정을 도모하는 것이 양자간의 차이점이라고 한다. 그리고 민사소송에서 「제삼자의 소송담당」이라 하면, 본인의 침해된 권리를 구제받기 위하여 제삼자가 본인을 대신하여 소송수행을 담당하는 제도를 이른다. 그러나 권한쟁의에서는 부분기관이 모기관을 위하여 소송담당을 한다고 할 때, 그 추구하는 권익은 그의 공익성 때문에 단순히 모기관의 것으로만 그치는 것이 아니고 부분기관의 것이기도 하다는 것이다. 이런 뜻에서 「제삼자의 소송담당」 개념을 권한쟁의에서 여과 없이 사용하는 것은 타당치 않다는 것이다. Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 252 참조. 이러한 견해에 대하여 「뢰버」 교수는 지적하기를, 결과에 있어서는 다를 바 없다고 한다. Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753, Anm. 103 참조. 이러한 논란이 있기는 하지만, 독일연방헌법재판소는 일찍부터 이 「제삼자의 소송담당」(Prozeßstandschaft)이라는 개념을 사용하고 있다. BVerfGE 2, 143(166); 13, 54(84); 68, 1(65) 참조.

209) 연방헌법재판소법 제64조 1항의 해석을 위해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), SS. 114-5 참조.

하도록 한데에는, 민주헌법질서에서 다수의 전횡과 이로 말미암은 권력분립의 공동화를 방지한다는 의도가 크게 작용하였다.<sup>210)</sup> 따라서 국가의사결정과정 가운데서도 다수의 전횡이 가장 두드러지게 나타나는 의회에서만이 「제삼자의 소송담당」의 예를 찾아 볼 수 있다는 것은 어찌면 당연한 일인지도 모른다. 그래서 의회내의 교섭단체(Fraktion)에 대하여 의회 자체의 권리가 침해된 것을 권한쟁의에서 다룰 수 있는 당사자적격을 인정하여 주고 있음을 알 수 있다.

의회내의 교섭단체는 권한쟁의절차에서 자신의 명의로 연방의회에 속하는 권리를 주장할 수 있음을 연방헌법재판소는 지속적인 판례를 통하여 인정하여 왔다; 연방헌법재판소법 제64조 1항처럼…… 연방의회의 권리가 침해되었음을 스스로 호소하는 한, 교섭단체는 제삼자의 소송담당(Prozeßstandschaft)의 자격으로 행위하는 것이다.<sup>211)</sup>

의회내에서는 교섭단체 이외에도 분과위원회나 개별 의원 같은 여러 다른 부분기관이 있음에도 불구하고, 유독 교섭단체에 대해서만 의회를 위한 소송담당의 자격을 인정하여

---

210) 비록 「제삼자의 소송부담」의 채용에 대하여 회의적인 입장이기는 하지만 「로렌츠」 교수는 권력분립론에 입각하여 부분기관의 소송담당을 설명하고 있다. Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), SS. 252-3; Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753 참조.

211) BVerfGE 68, 1(65-6).

주는 까닭은 현대국가의 정당정치를 감안할 때 교섭단체만이 의회의 권한을 다른 국가기관의 침해로부터 수호할 수 있는 위치에 있다고 보기 때문이다. 그래서 권한쟁의에서 「제삼자의 소송담당」이 인정되는 것은 의회와 교섭단체간의 관계에서만 있을 수 있으며, 그런 뜻에서 비록 법적 근거는 없지만, 「제삼자의 소송담당」의 예는 교섭단체에 의하여 독점된다고 하는 것이다.<sup>212)</sup>

그런데 사실상 의회를 장악하고 있는 것은 다수의석을 차지한 정당이고, 이런 다수와 교섭단체가 의회의 구제를 위하여 권한쟁의를 제기하여 「제삼자의 소송담당」의 위치에 선다는 것이 무의미한 일이 아닐 수 없다. 따라서 실질적으로는 의회내의 소수와 교섭단체만이 의회를 위한 소송담당자가 된다고 하는 것이 보다 정확한 표현일 것이다.<sup>213)</sup> 이처럼 독일연방헌법재판소가 소수와 교섭단체의 「제삼자의 소송담당」능력을 인정하게 된 데에는 소수자보호의 사상이 크게 작용했음을 부인하기 어렵다.<sup>214)</sup> 여기에서의 소수자보호는 요컨대 소수자주장의 존중을 뜻하는 것으로서, 소수자의 주장이 때로는 관철될 수 있는 제도적인 통로를 마련해 놓는다는 데에 그 의의가 있는 것이다. 이 통로를 통하여 의회의 지위와 권한을 보장하는 데에서 소수반대파의 또 다른 존재의의를 찾아보게 된다.<sup>215)</sup> 이런

---

212) Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 754 참조.

213) Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 113; Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753;

Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 253 참조.

214) Klein, *a.a.O.*(FN 22), S.566 참조.

215) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 253 참조.

뜻을 함축하여, 독일연방헌법재판소는 이렇게 판시했다;

의회는 한 부분으로서의 교섭단체는 의회 스스로가 피청구인의 처분이나 부작위를 승인한 경우에도 그 의회의 권리를 권한쟁의절차에서 주장할 수 있다고 연방헌법재판소는 판결해 왔다. 의회의 권리를 그 의회의 의사에 반하여 연방헌법재판소에서 주장할 수 있는 그 권능이야말로 소수자보호에 실효성을 부여하는 것이다……216)

의회 자체의 의사, 좀더 구체적으로는 의회내의 다수파 교섭단체의 의사에 반발하여, 소수파 교섭단체가 오히려 의회의 고유권한을 수호한다는 명분으로 권한쟁의에서 「제삼자의 소송담당」의 구실을 한다는 것은 독일의 권한쟁의제도에서 찾아 볼 수 있는 특이한 한 단면이 아닐 수 없다.<sup>217)</sup> 이처럼 민사소송법상의 한 제도를 권한쟁의절차에 도입했다는 사실은 곧 다수의 전횡에 대한 경계심의 표현이기도 하다. 결과적으로, 독일의 경우, 『의회에서의 사실상의 통제기능은 점차 소수반대파 교섭단체로 넘어가게 되고, 반면에 의회의 다수파는 행정부와 더불어 민심을 얻

---

216) BVerfGE 45, 1(29-30).

217) 이러한 내용을 담은 판례는 연방헌법재판소의 초창기부터 형성되어 왔다. 예컨대 BVerfGE 1, 351(359); 2, 347(365f.) 참조. 그리고 학자 가운데서는 특히 「후리젠한」 교수가 일찍부터 이러한 판례입장을 지지했다. Friesengahn, *aa.O.*(FN 32), S. 125 참조.



는 작전으로 나가게』<sup>218)</sup>되는 것이다.

## 제 2 절 피청구인의 적격

피청구인의 적격이라 하면 소송법상의 피고적격(Passivlegitimation)에 해당하는 뜻을 나타내는 것으로서, 「피동적 소송수행권」(Die passive Prozessführungsbefugnis)이라는 용어로 표현되기도 한다.<sup>219)</sup> 이것은 권한쟁의에서 누가 「정당한 피청구인」(richtige Antragsgegner)이 되는가를 판단하는 데에 그 논의의 초점을 두고 있다.

일단 권한쟁의가 제기된 경우, 그 쟁송이 제대로 수행되기 위해서는 심판청구인이 적격이어야 함은 물론이려니와 피청구인도 제대로 쟁송을 수행할 수 있는 자격과 권능을 가지고 있어야 한다. 피청구인이 적격이기 위해서는 우선 피청구인이 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 당사자능력을 가진 기관이어야 한다.<sup>220)</sup> 원래 권한쟁의는 최고 국가기관 상호간의 쟁송인 만큼, 피청구인도 이러한 국가기관으로서의 당사자능력을 가지고 있지 않고서는 그러한 권한쟁의절차 자체가 성립될 수 없기 때문이다.

다음으로 구체적인 처분이나 부작위로 말미암아 권리의 침해가 있다고 청구인이 주장하는 만큼, 그러한 주장을 뒷

---

218) Klein, *a.a.O.*(FN 22), S. 567.

219) Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 116 참조. 한편 “Passivlegitimation”

이라는 용어를 쓰는 예로는 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 254 참조.

220) Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 59 참조.

받침할 만한 피청구인의 구체적인 행위가 있어야 한다. 독일연방헌법재판소의 표현을 빌리면, 『연방의회는 연방선거법의 의결을 함으로써 문제된 처분을 행하였기 때문에 피고 적격이 있다』<sup>221)</sup>는 것이다.

피청구인의 적격과 관련해서는, 「제삼자의 소송담당」 같은 것은 인정되지 않는다.

연방헌법재판소법은 그 제64조에서 부분기관으로 하여금 모기관의 권리까지도 주장할 수 있도록 함으로써, 그 한도내에서 능동적 적격을 부여해 주고 있다. 그러나 부분기관에게 피청구인의 지위에서의 「제삼자의 소송담당」 지위를 부여해 주는 것은 아니다. 모기관의 권리와 의무에 관련된 사항에 있어서는 그 부분기관은 피동적 적격으로 인정되지 않는다.<sup>222)</sup>

따라서 부분기관은 그의 모기관의 행위로 해서 대신 제소되지 않으며, 또 어떠한 기관도 그의 부분기관이나 타 기관의 행위에 대하여 책임을 지는 것이 아니다. 요컨대 피청구인은 오로지 자신의 행위로 해서만 권한쟁의의 피동적 당사자가 될 수 있다고 하겠다.<sup>223)</sup>

어떠한 처분이나 부작위가 한 기관의 행위임이 분명히 드

---

221) BVerfGE 6, 84(89). 같은 뜻의 판례로서 BVerfGE 20, 119(131) 참조.

222) BVerfGE 2, 143(166).

223) 이 점에 관해서는 학자들의 의견도 일치를 보고 있다.

러나는 경우에는, 그로 해서 제기되는 권한쟁의에서 적격의 피청구인을 지목해 내는 것은 그다지 어려운 일이 아니다. 그러나 책임질 만한 기관이 여럿인 경우에는 문제는 그렇게 단순한 것이 아니다. 예컨대 하나의 법률이 입법과정을 거쳐 최종적으로 효력을 발생하게 되기까지는 의회는 물론이고 의회내의 교섭단체, 분과위원회 그리고 정부, 국무회의, 대통령 등 많은 기관이 그 과정에 관여하는 것이 상례이다. 이런 경우에 이들 가운데서 어느 기관이 「정당한 피청구인」(richtige Antragsgegner)으로 지정될 수 있는가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다. 이런 문제에 당면했을 때, 독일연방헌법재판소는 하나의 구체적인 처분과 관련하여, 「법적 책임」이 누구에게 귀속되는가를 판단의 기준으로 삼았다.<sup>224)</sup> 이러한 「법적 책임」의 귀속이라는 기준에 따라 여러 기관 가운데서 어느 한개 또는 수개 기관만을 골라서 피청구인으로서의 적격을 지닌 것으로 판단했다.<sup>225)</sup>

부작위의 경우에 있어서도 사정은 다를 바 없다. 어떤 구체적인 행위의무가 누구에게 있는가 하는 것이 문제되는

---

224) 예컨대 1983년 1월 6일 독일연방대통령이 의회를 해산한 행위와 관련하여 개별 의원이 연방대통령을 상대로 제기한 권한쟁의에서 연방헌법재판소는 판시하기를, 연방대통령은 당사자적격을 가지고 있을 뿐만 아니라 기본법 제68조 1항에 의한 법적 책임을 지기 때문에 피청구인 적격이 인정된다고 했다. BVerfGE 62, 1(33) 참조. 같은 뜻의 판례로서 BVerfGE 67, 100(126-7) 참조.

225) 이 점과 관련하여 BVerfGE 4, 144(152); 73, 1(30); 73, 40(67) 참조.

경우를 이르는 것이다. 예컨대 헌법재판소가 일정 기한을 정해 놓고서 어떠한 개정방법을 해야 할 의무를 의회에 과하는 경우를 생각할 수 있을 것이다.<sup>226)</sup> 이때 시한을 넘기도록 법률이 개정되지 않았다면, 그러한 법률의 개정과 관련하여 누가 작위의무를 어겼는가를 문제삼게 된다. 만약 개정발의 자체가 없었다면 청구는 발의권자를 향할 것이며, 발의는 있었으나 심의나 의결이 늦어졌다면 이러한 심의나 의결에 대하여 법적 책임을 지는 기관이 피청구인으로 지정돼야 할 것이다. 입법과정에서 이런 단계를 거친 다음, 공포절차를 밟지 않음으로써 법률의 효력이 발생하지 않는 경우에는 정부나 공포권자인 대통령이 적격의 피청구인이 될 수밖에 없다.<sup>227)</sup>

그러나 독일의 연방헌법재판소만 하더라도 이 피동적 적격의 문제를 판단함에 있어, 분명한 선을 그어, 일관성 있는 태도를 보인 것이 아니고, 개략적이고 실용적인 입장에서 사례에 따라 조금씩 각도를 달리하는 판단을 내렸던 것이 사실이다. 그래서 법률의 제정과정에서 발의, 완성, 공포 등의 방법으로 참여한다는 이유로 들어 정부에 대하

---

226) 가장 대표적인 예로서 한국의 헌법재판소가 국회의원선거법 제 33조, 제34조의 위헌심판사건에서 내린 위헌결정(89. 9. 8 결정, 88헌가 6)을 들 수 있을 것이다. 이 결정에서 헌법재판소는 국회의원선거법 제33조와 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다고 밝힌 다음, 이 법률 조항은 1991년 5월 말을 기한으로 입법권자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다고 변형판결을 내린 바 있다. 헌법재판소판례집, 제1권 199면 이하 참조.

227) 이 점에 관해서는 Pestalozza, *a.a.O*(FN 4), SS. 117-8 참조.

여 피동적 적격을 인정하는가 하면,<sup>228)</sup> 다른 한편으로는 『다른 기관도 입법과정에 참여한다는 사실이 곧 그 기관들을 입법의 공동담당자로 드는 것은 아닌』<sup>229)</sup>만큼, 의회의 피동적 적격만으로도 족하다는 판단을 내리기도 했다. 이와 같은 선례를 살피건대 특히 피청구인의 적격을 판단함에 있어서는 형식적 의미의 법적 책임이거나 아니면 실질적 책임이거나 또는 주도적 역할에 초점을 맞춘 책임론이거나 여하간에 어떤 기준을 확정짓고 이에 따라 일관성있는 판단을 내리는 것이 요청된다고 하겠다.

### 제 3 절 쟁송참가

권한쟁의심판에서 헌법재판소가 내리는 판결의 영향은, 다른 부문의 헌법재판과 마찬가지로, 단순히 청구인과 피청구인에게 미치는 것으로 끝나는 것이 아니고 해당 사건 당사자의 테두리를 넘어서서 모든 헌법기관에 대하여 직접적으로나 간접적으로 영향을 주기 마련이다. 이런 점을 고려하여, 연방헌법재판소법 제65조는 당사자능력이 있는 다른 헌법기관도 계속중의 쟁송에 참가할 수 있도록 쟁송참가제도(Verfahrensbeitrag)를 규정해 두고 있는 것이다.<sup>230)</sup>

---

228) BVerfGE 1, 208(230f.); 4, 31(36) 참조.

229) BVerfGE 4, 144(152).

230) 헌법재판소법 제65조 1항에 보면, 이런 규정을 두고 있다: 『이 법 제63조에 열거된 기타 심판청구권자는 해당 사건의 판결이 자신의 관할권의 확정에 대해서도 영향을 끼치게 되는 경우에는, 쟁송절차의 어떠한 단계에서나 청구인측이나 피청구인측에

이것은 요컨대 제삼자의 소송참가에 해당하는 것으로서, 한국민사소송법상의 소송참가제도, 그 중에서도 특히 제65조의 보조참가에 가장 가까운 것이라 하겠다. 그런 뜻에서 독일연방헌법재판소는 이것을 독일행정소송법 제65조에 규정된 「소송참여(Beiladung)와는 엄격히 구분짓고 있는 것이다.<sup>231)</sup>

쟁송참가자는 우선 쟁송당사자로서의 지위를 가진다.<sup>232)</sup> 따라서 이 참가자는 독자적인 청구인의 자격으로 원래의 당사자들과 함께 권한쟁의에 임한다. 즉

연방헌법재판소법 제65조에 의한 참가자는 독자적인 청구를 제기할 수 있는 권리를 가지며, 비록 그로 해서 소송물의 범위가 확대되는 경우일지라도 역시 마찬가지이다. 그러나 그러한 소송내용은 원래의 청구인이 제기했던 청구내용과 내면적인 연계를 유지하고 있어야 한다.<sup>233)</sup>

독일의 경우, 권한쟁의는 일단 대립당사자간의 쟁송으로 행하여지는 만큼, 원래의 당사자인 청구인과 피청구인이 그 권한쟁의절차에서 주도적인 구실을 담당하는 것은 당연한 일이다. 따라서 쟁송참가자는 비록 독자적인 당사자로서의 지위에 선다고 하더라도, 어디까지나 서로 대립된 양

---

참가할 수 있다.」

231) BVerfGE 20,18(26) 참조.

232) BVerfGE 20, 18(25) 참조.

233) BVerfGE 6, 309(326).

측 당사자중 어느 한쪽 편으로만 참가해야 하는 만큼, 이들 주된 당사자를 뒷받침하는 역할에 머물지 않을 수 없다. 이 점을 연방헌법재판소는 이렇게 밝히고 있다:

법 제65조 1항(연방헌법재판소법-필자)의 문언에 의하면, 제삼 심판청구권자는 항상 “청구인”측으로나 아니면 “피청구인”측으로만 참가할 수 있다. 따라서 그는 계쟁중의 법률문제에 관한 자신의 입장을 밝히거나 혹은 주당사자들간의 다툼에서 다루고 있는 것과는 다른 주장을 내세우기 위하여, 주당사자들에 의하여 형성된 쟁송소재와는 아무런 연계도 없이, 제삼자로서 쟁송절차에 임할 수 있는 것이 아니다. 쟁송참가는 오히려 주당사자중 어느 한쪽을 뒷받침하는 것을 목적으로 해야 한다.<sup>234)</sup>

적어도 권한쟁의심판절차를 추상적인 헌법재판의 일환으로 보는 것이 아니고, 대립당사자간의 쟁송절차로 보고 또 그렇게 행하고 있는 한, 쟁송참가자의 그러한 지위와 역할은 당연한 것이라 할 수 있겠다. 그래서 쟁송참가자가 주된 양당사자중 어느 한 쪽에 가담한다고 할 때, 그 참가자는 자신의 법적 이익과 그 당사자가 추구하는 법적 이익이 부합될 때에 한하여, 그 편에 설 수 있는 것이다. 그 예로

---

234) BVerfGE 12, 308(310). 그리고 같은 뜻의 판례로서 BVerfGE 20, 18(23) 참조. 이에 관한 설명을 위해서는 Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 755; Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 170 참조.

서 한 정당이 연방의회를 상대로 제기한 권한쟁의에서, 다른 정당이 피청구인인 연방의회의 편으로 쟁송참가를 신청한 경우를 들 수 있겠다.<sup>235)</sup> 이 사례에서 연방헌법재판소가 판시한 바에 의하면, 권한쟁의에서 정당이 추구하는 법적이익과 권한문제를 중심으로 연방의회가 추구하는 법적이익은 서로 같은 방향으로 나가고 있는 것이 아닌 만큼, 다른 정당이 오히려 연방의회편에 서서 그 쟁송에 참가하는 것은 결국 리치에 어긋나는 것일 수밖에 없다는 것이다.<sup>236)</sup>

독일의 쟁송참가제도에는 나름대로 법적 근거가 있어서 시행에 특별한 어려움은 없지만, 이에 관한 독일연방헌법재판소의 태도는 일관된 것이라고 하기 어렵다. 그래서 쟁송참가제도에 관계된 초기의 판례에서 보면, 그 이후에 나온 판례와 대조컨대, 상당히 다른 면모를 찾아 볼 수 있다. 예컨대, 의회의 소수와 교섭단체와 연방행정부간의 권한쟁의에서, 의회의 다수와 즉 의회 자체가 연방행정부편에 서서 쟁송에 참가하겠다는 신청에 대하여 초기의 연방헌법재판소는 이를 긍정적으로 받아들인 바 있었다.<sup>237)</sup> 이 판례

---

235) 이것은 Gesamtdeutsche Partei와 Bayernpartei가 연방의회를 상대로 제기한 권한쟁의에서 생겨난 문제이다. 먼저 사회민주당측이 요청한 소위 「소송참여」(Beiladung)에 대하여, 연방헌법재판소는 이를 받아들이지 않았고, 다음으로 기민당측(CDU/CSU)과 자유민주당(FDP)측이 연방의회편으로 쟁송참가하는 것도 이를 받아들이지 않았다. 이에 관해서는 BVerfGE 20, 18(20-22, 22-26) 참조.

236) BVerfGE 20, 18(24~5) 참조.

237) BVerfGE 1, 351(359-360) 참조.



는 분명코 위에서 몇몇 판례를 통하여 지적했던 점과는 서로 부합되지 않는다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소는 그 이후 이 판례를 수정한다는 의사를 분명하게 내보인 바 없기 때문에, 쟁송참가자는 자신이 추구하는 법적 이익과 부합되는 쪽의 당사자편에서야 한다는 원칙과 관련하여, 아직 혼선의 여지는 여전히 남아 있다고 하겠다.<sup>238)</sup>

---

238) 일부 학자는 이 초기의 판례(BVerfGE 1, 259f.)에 대하여 부정적인 견해를 가지고 있다. Klein, *aa.O.*(FN 22), S. 568-9; Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 256 참조. 이와는 달리 「뢰버」 교수는 지적하기를, 이 초기의 판례야말로 다수파 교섭단체와 행정부는 한 묶음이라는 것을 헌법쟁송으로 확인해 준 것이라고 한다. 따라서 의회내의 소수파에 의하여 연방의회회의 것으로?! 장되는 권한을 연방의회 스스로가 거부하고서, 오히려 행정부편에 서는 것은 헌법상 오히려 타당하다는 연방헌법재판소의 견해에는 논리적 일관성이 있다는 것이다. Löwer, *aa.O.*(FN 7), SS. 755-6 참조.

## 제 7 장 맺는 말

이제까지 독일의 법제와 판례를 중심으로 하여 권한쟁의 제도의 일부 단면들을 살펴보았다. 최고 국가기관 상호간의 권한쟁의를 헌법재판소로 하여금 심판하도록 한다는 점에 있어, 우리의 제도와 독일의 그것은 같은 길로 가고 있다고 할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 제도상의 공통점이 있음에도 불구하고, 실제에 있어서는 엄청난 격차가 있음을 자인하지 않을 수 없다.

우리들로서는 애당초 영의 상태에서 이제 막 시작하는 입장이어서 어쩔 수 없는 일이기도 하지만, 우리가 이제까지 갖추어 놓은 것이라고는 헌법상의 근거조항(헌법 제111조 1항)과 절차법규정(헌법재판소법 제61조-제67조)뿐이다. 그러나 이러한 법규면에 있어서도, 독일의 그것과 대조컨대 재검토해 봐야 할 부분이 있음을 인정할 수 있다. 독일의 경우, 이제까지 당사자능력의 폭을 것처럼 넓힐 수 있었던 것도 사실은 그들의 기본법 제93조 1항 1호의 “기타 이해관계인”(Andere Beteiligte)이라든지 또는 연방헌법재판소법 제63조의 부분기관(Die Teile der Organe)에 관한 규정이 있기 때문에 가능한 일이라 하겠다. 즉 이런 규정이 그러한 확대해석의 발판을 제공하여 주고 있다는 뜻이다. 독일에서처럼 그렇게 확대해석하는 것이 권한쟁의제도의 정상적인 운영을 위하여 과연 바람직한 일인가 하는 의문은

계속 남지만, 우리의 헌법재판소법 제62조 1항 1호의 『국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의 심판』이라는 한정적인 구절만 가지고서는 확대해석을 위한 약간의 여지나마 찾아보기 힘든 것이 사실이다. 따라서 독일의 헌법재판소법에 명시되어 있는 「제삼자의 소송담당」이나 「쟁송참가」같은 것도 우리의 권한쟁의제도에서 자리잡기는 어렵게 되어 있는 것이 사실이다.

물론 독일의 법제와 연방헌법재판소의 인식과 태도에 문제가 없는 것도 아니다. 우선 기본법 제93조 1항 1호와 연방헌법재판소법 제67조의 상충문제를 들 수 있겠다. 전자는 연방헌법재판소의 구실을 기본법의 해석에만 국한시키고 있음에 반하여, 후자는 분쟁의 판례만을 강조하고 있는 것이다. 이것은 분명히 연방헌법재판소법 제67조의 위헌문제를 야기하는 것이지만, 연방헌법재판소는 이런 문제를 제기하는 것 자체에 대하여 부정적이다.<sup>239)</sup> 그뿐만 아니라 당사자능력이 인정될 수 있는 범위를 확장하여, 정당까지도 권한쟁의의 당사자로 포함시키는데 이르러서는 법해석의 한계를 다시 한번 생각하지 않을 수 없다.<sup>240)</sup>

독일의 연방헌법재판소는 초창기부터 객관적인 권한에 관

---

239) 이와 관련하여 한 학자는 주장하기를 이런 위헌문제는 너무도 자명한 것이기 때문에 해석론으로도 해소될 수 없다고 했다. Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 119 참조.

240) 이 점과 관련하여 「슈라이히」 교수는 지적하기를 정당은 사회적 조직(*Gesellschaftliche Einrichtungen*)인 만큼, 정당의 당사자능력을 인정하는 것은 그릇된 일이라고 했다. Schlaich, *a.a.O.*(FN), S. 59 참조.

한 분쟁을 주관적인 권리를 위한 분쟁으로 전환시킴으로써, 본질적으로 「내부자간의 쟁송절차」(Insichprozess)로서의 성격이 강한 권한쟁의를 완전히 대립당사자간의 쟁송으로 변질시키기에 이르렀다. 연방헌법재판소가 이렇게 하는 데에는 물론 그럴 만한 법적인 근거가 전혀 없는 것은 아니지만, 주로 판례를 통하여 실현한 것이다. 마찬가지로 한국에서의 권한쟁의의 성격을 앞으로 어떻게 규정하며, 또 제도 자체를 어느 방향으로 이끌어 나갈 것인가는 전적으로 헌법재판소가 앞으로 판례를 통하여 펼쳐 보일 「권한쟁의」 관에 달려 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

## 제 3 주제

# 지방자치단체상호간의 권한쟁의심판

이 광 윤

(법박 · 성균관대학교 조교수)

## 목 차

제 1 장 서 론 .....	272
제 2 장 헌법재판과 지방자치 .....	276
제 1 절 지방자치에 대한 헌법적 근거 .....	276
제 2 절 국가형태에 따른 자치권의 차이 .....	282
제 3 절 권한쟁의심판과 지방자치 .....	292
I. 헌법재판과 권한쟁의심판 .....	292
(1) 우리 나라 헌법재판제도의 유형(유럽대륙형)의 특징 .....	293
(2) 권한쟁의심판의 의의 .....	295
II. 헌법재판과 지방자치 .....	296
(1) 기초지방자치단체에 대한 헌법보장에 관한 입법례 .....	297
(2) 중앙정부와 지역(région)간, 또는 지역 상호간에 관한 헌법적 보장 .....	297
(3) 연방국가 및 지역국가(Etat régional)에서의 위헌 법률심사를 통한 권한쟁의의 간접적 해결 .....	301
제 3 장 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 내용 .....	302
제 1 절 권한쟁의심판의 청구사유 .....	303
I. 권한의 침해 .....	303
II. 지방자치단체의 처분 .....	307
(1) 이론적 검토 .....	307

(2) 우리 나라 실정법규정에 대한 검토 .....	314
제 2 절 당사자적격의 문제 .....	317
제 3 절 지방자치단체 상호간의 관계와 권한쟁의 .....	320
I. 국가대표의 부존재 .....	321
II. 국가대표의 지방에서의 직접적 존재 .....	321
III. 국가대표기능의 지방기관에의 위임 .....	324
IV. 우리나라에서의 지방자치단체 상호간의 관계와 자치사무에 관한 권한쟁의 .....	326
제 4 절 권한쟁의의 성격과 해결방법 .....	328
I. 기관소송의 성격 .....	328
II. 권한쟁의(conflict de compétence)심판과 기관소송 ..	332
III. 지방자치단체 상호간에 있어서의 분쟁의 해결방법	333
제 5 절 권한쟁의심판의 분류 .....	335
I. 사전적 심판 .....	335
II. 사후적 심판 .....	337
제 4 장 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 절차상의 특징 .....	339
제 1 절 집행의 정지 .....	339
제 2 절 권한쟁의심판의 결정의 효력 .....	342
제 5 장 결 론 .....	345

## 제 1 장 서 론

1987년의 6월 항쟁과 6.29선언에 이은 제9차 헌법개정으로 1987년 10월 29일 헌법은 주요 골자로 되었던 대통령 직선제 못지 않은 두 가지 중요한 제도적 개혁을 단행하였으니, 그 하나는 헌법재판소의 탄생이며 다른 하나는 지방자치제의 실시라고 하겠다.

헌법재판소는 그간의 짧은 활동을 통하여도 특히 헌법소원 분야에서 두드러진 활약상을 나타내고 있으며, 위헌법률심사 역시 꾸준한 증가세에 있어 특별재판소로서의 헌법재판소의 존재는 반석 위에 올라선 느낌이다. 헌법의 기능은 일반적으로 국가권력구조의 조정자로서의 역할과 기본권 보장으로 대별되는 바, 국가권력구조의 조정자로서의 역할을 하기 위하여 헌법재판소에서 행하는 대표적 행위는 의회의 법률에 대한 위헌심사와 권한쟁의심판인바, 권한쟁의심판은 우리에게 꼭 생소한 것으로 많은 의문과 문제점이 가로 놓여 있다. 우선 ‘단일국가인 우리 나라에서 국가권력구조의 합헌적 조정을 위해 위헌법률심사이외에 별도로 권한쟁의심판이 필요한 것인가? 하는 의문이다. 즉, 헌법상의 국가기관중에서 법원들간의 관할충돌은 관할쟁의재판소(tribunal de conflit)를 설치하여 해결하는 것이 보다



합리적이며, 다른 헌법상의 국가기관 상호간의 문제는 위헌법률심사로 충분히 그 목적을 달성할 수 있으며, 기타 문제는 헌법재판이라는 사법적 해결 보다는 정치적 해결방법에 의하는 것이 보다 합리적인 방법이 아닌가?

그리고 ‘국가와 지방자치단체 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 성질로 보아 과연 헌법재판의 대상이 되는 것인지?’ 하는 것도 의문이다. 더구나 시·군·구 단위의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의까지를 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상으로 삼고 있는 경우는 우리 나라 이외에는 그 예를 발견할 수 없으므로 특별히 우리 나라의 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상으로 삼고 있는 경우는 우리 나라 이외에는 그 예를 발견할 수 없으므로 특별히 우리 나라의 헌법재판소가 권한쟁의에 관한 관할권을 확대할 사정에 있는 것인지, 행정재판과의 관계는 어떻게 되는 것인지 하는 의문의 혼합체들이 이론적인 면에서나 실정법적인 면에서 딜레마를 던져 준다.

한편 우리 나라는 오랜 중앙집권적 전제군주국가시대와 일제의 중앙집권적 강점시대를 거쳐 대한민국이 수립된 이래 오랜 시기동안 정치권력이 국민주권의 합법적 대표로서의 정당성을 의심받아 왔고 지방정치는 제2공화국의 불안정하고 짧았던 시기를 제외하고는 존재하지 못하였다. 따라서 경험이 없는 지방행정의 민주화에는 법제의 미정비, 자질의 미흡 등 이에 따른 문제점이 많을 수밖에 없는 실정이다. 더구나 우리 나라의 지방자치는 1991년부터 시작된 되었다고는 하나, 지방자치를 실시하고 있는 국가 중에

서는 가장 중앙집권적인 반면 헌법재판소에 의한 권한쟁의 심판은 지방분권(décentralisation)의 한계를 유월하는 연방 국가인 독일과 오스트리아의 제도를 모델로 하고 있기 때문에 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 Identity의 위기가 발생하며 여기에 가장 근본적인 모순과 딜레마가 있다. 따라서 ‘지방자치단체 상호간의 권한쟁의’ 라는 주제는 의문과 모순의 자갈밭 위에 ‘정치적 통제’ 보다는 ‘사법적 통제’를 택한 통수법학의 아스팔트를 포장하는 작업이므로, 우리 나라에 있어서의 지방자치단체 상호간의 관계와 그에 대한 사법적 통제의 토양을 검증하기 위하여 비교법적 연구가 필수적으로 동원되었다.

즉 Kelsen논리의 영향하에 특히 유럽에 광범위하게 파급된 헌법재판소제도(다소의 변형을 포함하여)를 채택하고 있는 국가 중에서 연방국가의 모델로는 독일·오스트리아, 지역국가의 모델로는 스페인·이태리·벨기에, 단일국가의 모델로는 프랑스·터어키를 택하여 비교 연구하였으며, 이 밖에 포르투갈은 성격상 지역국가와 단일국가의 양모델로, 또한 Kelsen형의 헌법재판소는 존재하지 아니하지만 지방자치와 관계소송(행정소송)의 비교를 위하여 일본을, 그 밖에 지방자치단체의 유형을 설명하기 위하여 영국과 미국의 약간의 예를 곁들였다.

다음으로 우리 실정법 규정에 대한 분석을 행하여 우리가 도입한 제도의 근원을 밝히는 동시에 현행법의 문제점을 지적하였으며, 결론부분에서는 종합적 방법을 동원하여 장래의 지방자치단체 상호간에 있어서의 권한쟁의의 방향을

제시하고자 하였다. 연구의 범위는 주로 우리 나라에 있어서의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 성격의 규명에 치중하였기 때문에 절차적인 문제에 있어서는 제4장에서 특징적인 것에 한정하여 다루었다.

본연구를 행하는 데 있어서 가장 염두에 두었던 사항은 우리의 Identity의 파악과 외국법 도입의 선별성 문제이었기 때문에 헌법재판소의 모델국가로 볼 수 있는 오스트리아와 독일제도의 우리제도와와의 차이점에 대한 분석 및 이론적인 면에서의 비판적 분석을 하려고 노력하였다. 여기에 본인의 견해뿐만 아니라 외국제도와 외국학자들의 이론이 다수 동원되었으나 균형을 유지하기 위한 불가피한 조치였다는 점 양해를 구하고자 한다.

## 제 2 장 헌법재판과 지방자치

### 제 1 절 지방자치에 대한 헌법적 근거

우리 나라 헌법은 지방자치에 대한 규정을 두어 제1조에서 “지방자치단체의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 제118조에서는 “지방자치단체에 회의를 둔다”고 규정하고 있으며, 기타 지방자치단체의 종류, 조직, 운영 등에 관하여는 법률로 정하게 하고 있다. 이러한 헌법규정을 두고 대부분의 해석은 전권한성(Allzuständigkeit)과 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)을 내실로 하는 자치권(Recht der Selbstverwaltung)을 보장하고 있는 것으로서 서독 기본법 제28조 2항의 지방자치단체(Gemeinde)의 자치권 보장 규정과 뜻을 같이하는 것으로 보고 있다.<sup>1)</sup>

전권한성이라 함은 지방자치단체가 어떠한 사무를 맡을 수 있고, 맡아야 할 것인가를 스스로 결정하고 관리할 수 있는 권한을 말하는 것으로, 독일의 기본법과 대부분의 주

---

1) 김남진, 행정법 II. 법문사, 1991, p.92, 93/ 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1998, p.213/허영, 국민헌법론, 박영사, 1990, p.783 등.

헌법은 사무열거를 하지 않고 사무영역을 개괄조항방식으로 규정하고 무엇이 지방자치단체의 사무를 구체적으로 정하는 것은 지방자치단체의 일로 되기 때문에, 지방자치단체의 이해에 관계가 있고 그 지방자치단체의 관할영역내에서 그 지방자치단체의 급부능력으로써 배려 될 수 있고 집행될 수 있는 사무는 모두 지방자치단체의 사무로 포함된다.<sup>2)</sup> 자기책임성이란 지방자치단체가 자기의 사무를 국가의 지시나 국가의 후견적 감독(tutelle)<sup>3)</sup>에서 벗어나 독자적으로 처리하는 권한을 가지는 것을 가리키는 것으로, 지방자치단체는 사무를 자기의 이름으로 자기의 책임으로 수행하며, 지방자치단체의 주민은 그들이 선출한 대의기관을 통해서 스스로를 관리하는 것을 말한다.<sup>4)</sup>

그러나 과연 우리 나라의 헌법규정이 독일에 있어서와 같은 자주적 조직권, 자주적 인사권, 자주적 사무처리권, 자주적 계획권 등을 내용으로 하는 포괄적 자치권과, 자치사무에 관하여 국가의 지휘나 후견적 감독을 받지 아니하고 법에 따라 자주적으로 처리할 자기책임의 원리를 인정하고 있는 것으로까지 볼 수 있느냐고 하는 점에 대하여는 다소 의문이 있으며, 무엇보다도 우리 나라는 역사적으로 고도

---

2) 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, pp.32-33 참조.

3) 후견적 감독이란:

1-사전승인권(le pouvoir d' approbation préalable)

2-정지, 취소, 변경권(les pouvoirs de suspension, d' annulation, de réformation)

3-대행권(le pouvoir de substitution)을 말한다.

4) 장지호, op.cit., p.34 참조.

의 단일성을 유지해 왔으며 또 단일성을 유지하고 있는 단일국가(Etat unitaire)라는 점에서 연방국가(Etat fédéral)에 있어서와 같은 범위의 자치권을 헌법이 인정하고 있다고 보는 데는 무리한 점이 많다고 보아진다.

우선 우리 나라의 지방자치에 관한 헌법규정은 다른 나라에 비해 다소 애매모호하다. 즉 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고’ 라고 하는 규정은 자치행정에 관한 타국의 규정:

1. 프랑스 헌법 제72조의 “이들 지방자치단체는 선거된 지방의회에 의하여 그리고 법률에 정하는 제조건에 따라서 자유로이 행정한다.”

2. 독일 헌법 제28조의 “시·읍·면에는 자기의 책임에 기하여 법률의 범위내에서 지방자치단체의 모든 사항을 규율하는 권리가 보장되어야 한다.”

3. 이태리 헌법 제3조의 “하나이며 불가분인 공화국은 지방자치를 인정하며 또한 촉진한다. 국가에 속하는 사무에 있어서는 가장 넓은 행정상의 분권을 행하여 그 입법의 원칙과 방법을 자치와 분권과의 요구에 적합하도록 한다.”

4. 스페인 헌법 제137조의 “이러한 지방자치단체들은 모두 각각의 이익을 관리하기 위하여 자치(autonomia)를 보유한다.” 제140조 “헌법은 시·읍·면의 자치를 보장한다.”

등에 비하여 자치의 성격이 불분명하다. 즉 우리 헌법조항의 “주민의 복리에 관한 사무의 처리”를 프랑스의 “자유로운 행정”이나 독일의 “모든 사항을 규율하는 권리”, 이태리의 “가장 넓은 행정상의 분권을 행하는 것”이나 스페인

의 “자치”와 같은 정도의 자치규정으로 볼 수 있느냐는 점에는 의문이 가는 바, 프랑스의 경우, 헌법 제72조의 “자유로이 행정한다.”(s’ administrer librement)는 규정에도 불구하고 후견적 감독(tutelle)을 폐지하게 되는 것은 1982년 지방자치제도의 개혁<sup>5)</sup>에 의하여 비로소 가능하게 되었다.

우리 나라의 경우 사전승인(지방자치법 제149조 1항), 취소, 정지권(지방자치법 제157조 1항)등의 후견적 감독이 지방자치법에서 인정되고 있고, 도시계획법 제10조, 제10조의 2항<sup>6)</sup>에서도 도시계획권이 건설부 장관에게 있음을 명시하고 있기 때문에 전권한성, 자기책임성을 내용으로 하는 지방자치가 실시되고 있다고 보기는 어렵다. 일본의 경우에 있어서도 일본헌법 제92조는 “지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지에 기하여 법률로써 이를 정한다.”고 매우 애매모호한 표현을 하고 있는 바, 이는

---

5) 1982년 개혁의 중요내용은 1-사전적 후견감독의 폐지, 2-보통 지방자치단체로서의 지역(Région)의 탄생, 3-지방자치단체 협의회(Conseil)의 의장등이 집행권을 담당, 4-지방회계원의 창설, 5-지방자치단체의 경제간섭권의 확대 등. 자세한 것은 이광윤, 프랑스의 지방자치, 비교행정, 1984년 12월호 참조.

6) 도시계획법 제10조: 1. 건설부장관은 이 법의 규정에 의한 권한의 일부를 도지사에게 위임할 수 있다.

제10조의 2 : 1. 서울특별시, 부산시 기타 대통령령으로 정하는 도시계획구역을 관할하는 시장 또는 군수는 20년을 단위로 하여 장기도시개발의 방향 및 도시계획입안의 지침이 되는 도시기본계획을 수립하여 건설부장관의 승인을 얻어야 한다. 승인을 얻은 도시기본계획을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

미국 점령군당국의 강력한 지방분권의 요구에 대한 일본 정치인들의 저항을 외교적 수사로써 절충한 결과라는 것은 이미 알려진 사실이다.<sup>7)</sup>

따라서 일본 헌법이 영미식의 “Self-government”원칙, 즉 국가의 지방자치단체에 대한 감독은 사법적 감독에 한하며 자치사무와 위임사무의 구별없이 지방정부가 그 지역내 대부분의 공공사무를 집행하는 ‘자치정부’의 원칙을 선언하고 있다는 것은 하나의 선전에 불과한 것으로, 일본에 있어 보편지방자치단체의 권한은 개괄조항에 속하는 것이 아니라 지방자치법 제147조 내지 159조에서 자세히 규정되어 있으며, 국가의 위임사무에 대하여는 일반적으로 행정적 감독을 인정하고 있으며,<sup>8)</sup> 합법성에 대한 통제만이 아닌 합목적성에 대한 통제에까지 행정적 감독을 인정하고 있다.<sup>9)</sup> 국가의 지방자치단체에 대한 감독방법의 진화는 합목

---

7) 辻情明, 日本の地方自治, 岩波新書, 1981, II. 日本國憲法の制定と “地方自治の本旨” pp.55-82 참조.

8) 일본지방자치법

제150조 : 보통지방공공단체의 장은 국가기관으로서 처리하는 행정사무에 관하여는 도도부현에 있어서는 주무장관, 시정촌에 있어서는 도도부현지사 및 주무장관의 지휘감독을 받는다.

151조 : 1. 도도부현 지사는 그 관리에 속하는 행정청 또는 시정촌장의 권한에 속하는 국가 또는 당해 도도부현의 사무에 관하여 그 처분이 법규에 위반되거나, 권한을 초과하는 것으로 인정되는 때에는 그 처분을 취소하거나 정지시킬 수 있다.

2. 시정촌장은 전항의 예에 따라 그 관리에 속하는 행정청의 처분을 취소하거나 정지시킬 수 있다.

9) 동법 제146조: 1. 주무장관은 국가기관으로서의 도도부현 지사의 권한에 속하는 국가사무의 관리 또는 집행이 법령의 규정이나 주



적성에 대한 행정적 감독(contrôle administratif d'opportunité)에서 합헌성에 대한 행정적 감독(contrôle administratif de légalité)으로, 합헌성에 대한 행정적 감독에서 이행하여 온 것으로, 영국에서는 처음부터 selfgovernment의 개념이 있었으나, 과거 유럽대륙에서는 민족국가(État-nation)의 출현으로 프랑스·프로시아 등의 국가만이 주권을 향유하며 지방권력이란 국가가 분배해주는 것에 불과하다는 생각에서 지방자치단체는 국가의 하급행정기관으로 간주되었다. 앞서의 진화과정은 중앙집권(centralisation)의 전통으로부터 그리이스의 Polis에 기원을 두는 이익공동체로서의 도시 또는 마을 즉 commune (Gemeinde)에 대한 자각에 따라 지방자치단체에 대한 자치권을 인정해 나가는 과정을 대변하는 것으로, 일본과 같이 단일성(gomogenité)이 강한 국가에서는 민족국가에 대한 집념이 민주주의나 경제, 기술수준의 진전에도 불구하고 매우 강하기 때문에 아직도 중앙집권적 민족국가에서의 지방자치단체에 대한 국가의 감독방법이 잔재한다고 볼 수 있다. 독일의 라반트에 의하면 국가는 주권의 유일하고 시원적인 향유자요 민족(nation)과는 혼동되지 않아야 하는 것이었다.<sup>10)</sup> 사실 독일에 있어 독일민족을 통일시킨 것은 프로시아라는 국가였으며, 대권(Herrschaft)은 주권적 권리로서 국가 즉

---

무장관의 처분에 위반하거나 그 국가사무의 관리 또는 집행을 해태한다고 인정한 때에는 …… 그 이행할 사항을 명령할 수 있다.

10) Maurice Bourjul, Pouvoir municipal et décentralisation. La commune, l'Etat et le droit, L. G. D. J. 1990.

프러시아에게 소속된 것이었기 때문에 국가와 민족은 분리될 수밖에 없는 운명에 있었고, 이러한 국가와 민족의 분리는 중앙집권적 근대국가로서의 프러시아 전통에도 불구하고 지방자치단체로서의 공동체(Gemeinde)를 부각시킴으로써 지방자치화를 가속시킬 수 있는 내적 요인인 될 수 있었던 것이다.

그러나 일본의 경우, 중앙집권적 근대국가는 일본민족중의 어느 한 국가가 아닌 일본의 민족적 종교권력의 상징인 천황의 대권회복을 통하여 성립되었기 때문에 독일에 비해 중앙집권에의 응집력은 한결 끈질긴 것이라 보지 아니할 수 없고, 프러시아의 Keiser는 결국 한시적인 국가기관으로서의 국가원수(Herrscher)에 불과하였던 반면 일본에 있어서는 지금까지 계속하여 천황이 일본민족(Nation japonaise)과 일본국가(Etat-japon)의 혼합된 상징으로 작용하고 있기 때문에, 국가와 민족을 분리하기가 어려울 뿐만 아니라 공동체로서의 시정촌에 시원적 자치권을 인정하는 데는 상당한 정신적 저항이 따를 수 밖에 없다고 보겠다.

따라서 일본에서의 지방자치단체들은 제도적 뿐만 아니라 정신적 측면에서도 중앙으로부터 독립적인 자치권을 인정받기가 영국은 물론 독일보다도 훨씬 어렵다고 하겠다.

## 제 2 절 국가형태에 따른 자치권의 차이

통독이전이 서독인구는 약6000만명으로 우리나라의 약1.5

배, 면적은 약2.54배로 11개의 주(Länder), 237개의 군(Kreise) 및 88개의 군독립시(Kreisfreie Städte)그리고 8501개의 군부속 게마인데(Kreisangehörige Gemeinde)로 구성되어 있어 9개 도와 1개 특별시, 5개 직할시의 광역지방자치단체와 137개의 군, 67개의 시, 56개의 구로 구성된 기초지방자치단체와 비교할 때 그 규모 면에서 우리나라의 광역지방자치단체는 독일의 주에, 기초지방자치단체는 군(Keise) 및 군독립시에 해당한다. 우리나라보다 약 2.5배의 인구를 가지고 있는 일본은 보통지방자치단체로 47개의 도·도·부·현을 가지고 있으며 그 밑에 3256개의 시정촌이 있다. 면적과 인구에 있어 독일과 유사한 유럽 각국의 예를 들어보면, 우리보다 조금 많은 인구(약5400만명)을 가지고 있는 프랑스는 22개의 지역(région)아래 96개의 군(département), 그 아래 36433개의 시·읍·면(commune)을 가지고 있고, 인구 약 3800만 명의 스페인은 16개의 자치공동체 아래 50개의 도(provincia)와 8150개의 읍·면으로 구성되어 있고, 또한 인구 약 5600만명의 이태리는 20개의 지역(Reigone)아래 95개의 군(provincia)과 그 아래 8066개의 읍·면으로 구성되어 있다.

한편 유럽에 있어서는 지역(région)이 유럽공동체법의 보통법상의 정치적 경제적 사회적 개발의 단위가 되어 있고, 따라서 유럽 국가에 있어서는 지방자치단체의 계층구조는 지역(région), 도·군(province), 읍·면(commune)의 삼층체가 일반화되어 있으며 연방국가, 지역국가 및 단일국가에 따른 법적 지위의 차이에도 불구하고 유사한 사회적 경

체적 기능을 담당하고 있다. 한편 유럽의 삼층제를 기준으로 볼 때 규모 면에서 일본은 지역(région)과 읍·면(commune)의 이층제, 우리나라는 지역(région)과 군(province, kreis)의 이층제를 채택하고 있다고 볼 수 있다. 연방국가에서는 각주가 주권국가로서의 헌법 및 국가기관들을 가지고 있어 사회적 경제적 기능이 단일국가에 있어서의 지역과 유사함에도 불구하고 독립적인 입법, 사법, 행정권을 가진다.

한편 지역적 국가(Etats régionaux)로 분류되는 이태리의 특별적 입지의 지역(val d' aoste, trentin-haut-adige, frioul-vennetie julienne, Sardaigne Sicile)과 스페인의 자치공동체(특히 Pais Basco와 Catalu ña)는 부분적인 입법권을 형유한다. 즉 이태리 헌법 제123조는 “각 지역(région)은 헌법 및 공화국의 법률과의 조화를 유지하면서 지역의 내부조직에 관한 방식을 정하는 법규약(statut)을 가진다”고 하여 입법권 즉 ‘Statut’를 인정하고 있으며, 스페인 헌법 제150조 제1항은 “국민의회는 국가의 권능에 관하여 자치공동체의 전부 또는 일부에 대하여 국가의 법률이 정하는 원칙, 기초 및 방법의 범위내에서 당해 공동체를 위하여 입법규범을 제정하는 기능을 부여할 수 있다.”고 하고, 제 152조 제1항에서는 “제151조의 규정에 의한 절차에 의하여 승인된 법규약(status)에 있어서 자치적 조직은 입법의회를 둔다.”고 하고 있고 또한 제153조에서는 법률의 효력을 가지는 규범적 처분(dispositions)의 합헌성에 관한 헌법재판소의 관할을 규정하고 있어 자치공동체에

게 부분적 입법권을 인정하고 있다.

이에 비하여 프랑스와 같은 단일국가의 지방자치단체는 형식적 의미의 입법권(pouvoir législatif)을 향유하지 못하는 바, 지방분권(décentralisation territoriale)이란 행정권의 분권을 이룸이지 입법권이나 사법권의 분권을 의미하지 아니하기 때문에, 지방자치단체의 자치규범정권(pouvoir normatif)은 부분적이고 종속적 권력이며 행정권이 발하는 법규명령으로서 국가의 법률이나 법규명령의 공간에만 보충적으로 작용할 뿐이며 지방자치단체는 국가에 의하여 인정된 권한만 행사할 수 있을 뿐이다.<sup>10)</sup> 지역국가의 자치(autonomie)와 단일국가의 지방분권(décentralisation)의 개념을 비교하여 보면, 지방분권이란 헌법에 의한 중앙집권 국가를 상정하여 법률에 의하여 표시되는 정치적 의사로써 중앙의 권력을 지방자치단체에게 이양하여 주는 것임에 반해, 지역국가에 있어서 ‘자치’가 선언된 지방자치단체는 법률로 표현되는 중앙권력의 의사에 의해서가 아니라 헌법 자체의 기능을 행사하는 데 차이점이 있다. 따라서 지방분권(décentralisation)은 국회에 의하여만 가능하며 입법권(compétence législative)은 행사할 수 없고 중앙권력이 정한 범위 내에서의 행정입법권(compétence réglementaire)만을 행사할 수 있을 뿐이나, ‘자치’(autonomia)라고 하는 것은 최소한 스스로의 지위를 결정할 권한이상을 수반하는 행정입법권 이상의 권한을 보유함을 의미한다.<sup>11)</sup>

---

10)-1) Jean-Bernard Auby, Jean Francois Auby, Droit des collectivités Locales, p.u.f., 1990. p.48.

따라서 국회와 지역의회간의 권한을 분배하여야 하며 분배된 권한은 행정입법이 아니라 의회입법의 성격을 가진다.<sup>11)</sup> 여기서 연방국가에 있어서의 연방과 지방, 지역국가에 있어서의 중앙정부와 자치적 지역(région), 단일국가에 있어서의 국가와 광역지방자치단체의 관계는 어느 정도 설명이 되었으리라 생각된다.

그러면 연방국가나 지역국가에 있어서의 지방과 그 하부의 지방자치단체와 지역(région)과 그 하부지방자치단체의 자치의 정도는 어떠한가? 우선 연방국가인 독일의 경우, 일반적으로는 자치사무에 대해서는 법률감독(Rechtsaufsicht)인 일반지방자치감독(Allgemeine Kommunalaufsicht)을 통하여 합법성에 대한 감독만을 행하며, 예외적으로 게마인데법과 그 시행령 또는 개별법에 열거된 사항에 관한 합목적성에 대한 인가유보(Genehmigungs Vorbehalt)라고 하는 특별감독을 실시한다. 국가위임사무에 대하여는 합목적성 및 합법성에 대한 감독인 전문감독을 실시한다.<sup>12)</sup> Gemeinde는 내부조직의 구체적 내용을 정하는 권한을 포함한 일반적 추상적 법규범의 제정권을 가지며 이러한 조례는 법률보다는 하위의 효력을 가지나 질적인 면에서는 법률(Gesetz)과 동일한 입법성을 인정받는다.<sup>13)</sup>

지역국가인 스페인에 있어서 지역 단위 이하의 지방자치

---

10) Francois d' Arcy, Marino Baema del Alcazar, Décentralisation en France et en Espagne, Economica, 1986, p.27.

11) *ibid.*, p.28.

12) 장지호, *op.cit.*, 제13장 지방자치와 국가감독 참조.

13) *ibid.*, p.43 참조.

단체는 입법적 권한(compétence législative)을 인정받지 못하고 행정입법권 또는 명령권(compétence réglementaire)밖에는 향유하지 못하나, 합법성에 대한 통제가 가능한 범위 내에서 스스로의 결정을 집행할 수 있다.<sup>14)</sup> 따라서 합목적성에 대한 통제는 배제된다. 지역국가에서 지역 단위이하의 지방자치단체들의 자치는 최소한 내부조직과 그 사이에서의 권한 배분을 할 수 있는 자치적 행정입법권(compétence réglementaire)을 의미한다. 단일국가인 프랑스에서도 1982-1983년의 개혁으로 합법성에 대하여 뿐만 아니라 합목적성에 대한 감독도 하던 후견적 감독(tutelle)을 폐지하여 합법성에 대한 사법적 감독만 인정하고 있다.

우리 나라 지방자치법 제157조에서는 위임사무, 자치사무를 불문하고 지방자치단체장의 명령이나 처분이 위법할뿐만 아니라 부당하여 공익을 해한다고 인정되는 경우에까지 주무장관 또는 시도지사는 시정명령권을 향유하며 자치사무에 관하여는 취소·정지권까지 인정하고 있으며, 제159조에서 지방의회의 의결에 대하여도 합법성의 통제뿐만 아니라 합목적성으로 인한 재의요구를 인정하고 있어 자치권의 범위가 매우 한정되어 있다. 따라서 우리 나라에서의 자치권의 범위는 대체로 1982-1983년 개혁 이전의 중앙집권적 지방분권(décentralisation)을 실시하던 프랑스에서와 같이 국가로부터 법률에 의하여 부여받은 제한적 자치권에 불과하다고 볼 수 있으며, 독일의 경우 Gemeinde들이 담

---

14) F.d'Arcy, M.B. del Alcazar, op.cit., p.28.

당하는 위임사무에 대한 전문적 감독과 자치사무에 대한 일반지방자치감독에도 불구하고 독일연방법 제28조의 규정 자체에 의하여 자치권이 강하게 보장되고 있고 이미 지역 단위(우리 나라의 광역지방자치단위)에서는 행정·입법·사법의 완전한 자치를 행하는 연방 국가라는 점에서, 독일에서의 자치권은 우리 나라에 있어서의 자치권의 범위와는 그 성격을 달리 한다고 보겠다. 즉 지역적 정부인 주정부의 행정권의 분권을 내용으로 하는 독일의 지방자치와, 단일국가의 유일정부의 행정권의 분권을 내용으로 하는 우리나라의 지방자치는 역사적으로 생성된 자치의 개념, 중앙정부(독일은 Land)의 권력성 정도, 자치의 범위등에서 다를 수밖에 없다. 19세기 독일에서의 지방자치(Selbstverwaltung)의 개념은 정치적으로는 독일 사회의 변화에 의해, 법적으로는 근대 국가의 개념을 정립해 감에 따라 형성된 것으로 Gemeinde의 이론은 단계적 사회의 이미지를 건설하고 협동적 국가를 형성하려는 노력의 결과이다.<sup>15)</sup>

즉 자치행정(Selbstverwaltung)의 정치적 개념은 비직업적이고 자원적인 사람들의 집단에 의한 행정을 말하는 바, 지방사무의 운영은 중앙에서의 권력쟁취를 위한 첫 단계이다. 자치행정의 법적개념은 자치단체의 법인격유무와 자치단체에 의해 운영되는 사무가 국가적 사무인가 아닌가에 구분의 중점이 있었던 것으로<sup>16)</sup> 독일에서의 개혁적 사회국

---

15) Spyridom Flogaitas, La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, L.G.D.J., 1979, p.137.

16) *ibid.*



가에 대한 열망을 표현하고 있다. 고도의 중앙집권을 유지한 파시스트 지배하의 이테리에서의 1947년 헌법에 의한 지역주의(régionalisme)는 새로운 국가의 이미지를 창출하기 위한 헌법상의 공화국 질서(ordinamento repubblicano)를 구현하는 것이다.<sup>17)</sup> 오랜 중앙집권의 역사를 가진 단일국가인 프랑스의 분권(décentralisation)개념은 중앙집권(centralisation)에 대한 대비개념으로 정치적 초점은 지방의 대표를 지역주민의 선거를 통해 선출하는 데에 있었으며, 법적으로는 국가와 구분되는 공법상의 법인격을 가진 지방자치단체가 국가적 이익과 구분되는 지역적 이익의 사무를 담당하는 데에 의의가 있었다.<sup>18)</sup>

우리 나라에 있어서도 지방의회의 조례제정권은 어디까지나 행정권의 일부로써 법규명령의 일종으로 단일국가의 특성을 지니고 있다. 우리 나라 헌법 제117조 1항은 “지방자치단체……법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 하여 “법률의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하고 있는 일본헌법에 비해서도 자치규정의 제정권의 범위가 좁다. 따라서 현 상태에서의 우리 나라 지방자치는 1982년 지방자치제도 개혁이전의 프랑스에서와 같이 선거를 통한 지방대표에 의한 지방행정의 실시, 즉 지방행정의 민주화에 의의가 있기 때문에 우리 나라에서의 지방자치는 지방자치화의 단계에 있는 것이지 전권한적 자기책임적 지방자치의 단계에 있지는 아니하다고 하겠다.

---

17) *ibid.*, p.231.

18) *ibid.*, p.61.

전권한성, 자기책임성을 특징으로 하는 독일형의 지방자치의 특징은<sup>19)</sup> 다음과 같다:

1) 기초지방자치단체인 시·읍·면(Gemeinde)은 별도의 규정이 없는 한 주민의 일반적 이익을 위하여 필요한 모든 사항을 처리할 수 있도록 비교적 넓게 지방분권이 되어 있다.

2) 지방자치단체에 대한 권한부여방법은 포괄적 위탁주의를 채택하고 있다.

3) 중앙정부의 감독 통제는 최소한에 그치고 있으며, 자치사무에 대해서는 위법성의 감독에 그친다.

4) 집행기관의 구성이 독특하여 의회가 선출한 행정위원회(또는 집행위원회, magistrate)가 의회의 통솔 하에 행정집행의 책임을 지며, 대부분의 경우 시·읍·면장은 의례적인 명예직이다.

5) 지방자치단체의 사무는 국가사무와 자치사무로 구별되며, 국가사무는 자치단체의 집행기관에 위임하여 처리한다.

6) 지방행정에 주민이 참여할 수 있는 폭이 넓고 지방분권의 범위도 비교적 넓어 주민자치와 단체자치의 요소가 가장 잘 결합되어 있다.

이에 비하여 우리 나라는 1982년 이전의 프랑스형의 지방자치유형에 속하여 다음과 같은 특색을 가진다.<sup>20)</sup>

1) 기관대립형을 택하되 집행기관우월주의에 입각하고 있다.

---

19) 조창현, 지방자치론, 박영사, 1991, p.22.

20) *ibid.*, p.21.

- 2) 중앙집권성이 강하여 지방자치단체는 자치단체의 성격보다는 국가의 하급기관으로서의 성격이 더 강하다.
- 3) 지방행정사무를 국가의 위임사무와 자치사무로 구별하여 전자는 지방자치단체의 집행기관에게 위임하여 국가의 하급기관의 지위에서 처리하게 한다.
- 4) 지방자치단체에 대한 국가의 감독이 엄격하여 직원의 임면, 의회의 해산, 기능정지, 의원의 면직, 의결사항의 취소, 정지, 예산의 증감·감독등의 감독수단이 채택되고 있다.
- 5) 지방행정의 구조는 피라밋형의 다수계층구조로서 정연한 관계를 이루고 있으며 지방자치단체의 차이(규모의 대소, 농촌과 도시의 능력의 우열)에도 불구하고 동일한 법적 지위와 기관구조를 갖고 있다.
- 6) 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 집행기관으로서의 지위와 중앙정부의 하부기관으로서의 지위라는 이중적 성격을 가지고 있다.
- 7) 지방자치단체의 장은 중앙임명의 경우도 있으나 보통 적어도 기초단체의 경우 의회간선 또는 주민직선에 의한다.

### 제 3 절 권한쟁의심판과 지방자치

#### I. 헌법재판과 권한쟁의심판

헌법은 최고의 법규(règles de droit)로서 모든 법규의 법적 유효성은 이 기준에 비추어 검증할 수 있으며, 합헌성에 대한 통제는 어떤 법규가 헌법에 위반되지 않는다는 것을 단순히 검증할 뿐이며 그 이상은 정치적이거나 자연법적 또는 자의적인 것이다.<sup>21)</sup> 헌법재판에 관하여 H.Kelsen은 “헌법적 보장이란 주로 헌법에 반하는 행위(actes contraires à la constitution)에 대한 최소의 가능성에 있는 것으로 어떠한 경우에 있어서든 그 행위를 한 기관에게 위반행위의 취소를 맡겨서는 아니 된다.<sup>22)</sup>고 말하였던 바 따라서, 위헌행위의 취소를 담당할 헌법재판소가 필요하게 된다.

그러면 헌법에 반하는 행위란 무엇을 말하는가? 이에 관하여 명백한 정의는 내려진 것이 없으나 대체로 우선 위헌 법률제정행위 및 기타의 위헌입법행위, 국가기관 상호간의 위헌적 권한침해행위, 위헌적 선거행위, 위헌적 정치행위 등을 가리키는 것으로 볼 수 있겠다.

이러한 행위들은 흔히 actes, actos, atti(행위) 또는 disposition, disposicion, disposizione(처분)들로 표현되고,

---

21) C. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d' Autriche, L.G.D.J., p.13 et p.20.

22) Louis Favoreu, Les cours constitutionnelles, P.U.F., 1986, p.1.

독일어로는 Massnahme(처분)으로 표현되고 있는 바, 성질을 기준으로 볼 때 행정작용, 입법작용, 사법작용을 모두 포함하는 개념으로 볼 수 있다. 따라서 행정법상의 공권력의 발동으로서 단독행위인 구체적 사실에 대한 법집행행위인 행정처분(Verwaltungsverfügung)보다는 넓은 개념이며, 행정처분에 대한 전문적 사법심사제도를 확립한 이른바 행정법체제(régime administratif)<sup>23)</sup>를 갖춘 국가의 경우 헌법재판의 대상으로서의 처분은, 행정처분에 대하여는 전문적인 행정최고재판소가 존재하기 때문에 오히려 입법작용에 중점이 있으며 기관을 기준으로 하여 볼 때에도 헌법재판소는 입법기관, 즉 의회의 활동에 대한 사법심사를 하기 위해 탄생한 것이다.

### (1) 우리 나라 헌법재판제도의 유형(유럽대륙형)의 특징

우리 나라 헌법재판제도가 오스트리아, 독일을 중심으로 한 유럽 대륙형에 속함에 대하여는 상론할 필요가 없다고 하겠다. 유럽대륙형 헌법재판소는 비엔나학파의 거두인 Kelsen이 1920년의 오스트리아 헌법초안을 비롯한 많은 저술을 통하여 이론적 기초를 마련한 것으로, 제1차 운동으로는 1920년 2월 29일 헌법에 의한 체코슬로바키아의 헌법재판소의 탄생을 효시로 오스트리아(동년 10월 1일)헌법재판소의 성립, 1931년 스페인에서의 헌법보장재판소를 들

---

<sup>23)</sup> 이광윤, 행정법의 자치와 법치주의, 성균관 법학 제3호, 1990, 참조.

수 있고, 제2차 운동으로 1945년 오스트리아 헌법재판소의 재판, 1948년의 이탈리아, 1949년의 독일, 1961년의 터어키, 1963년의 유고에서의 헌법재판소의 성립 및 다소 변경되기는 하였으나 1959년 프랑스 헌법위원회도 이 운동에 기초하였으며, 제3차 운동으로는 1976년의 포르투갈 헌법재판소, 1978년의 스페인 헌법재판소의 성립을 통해 범유럽화 되었으며, 제4차 운동으로는 1983년의 벨기에에서의 권한쟁의심판소(1983), 폴란드헌법재판소(1982), 헝가리헌법위원회(1984) 및 1960-1970년대에 걸쳐 헌법재판소 또는 헌법위원회의 형태로 설립은 되었으나 헌법재판소로서의 제 기능을 다하지 못하고 있던 중 재건되고 있는 남미의 헌법재판소운동(칠레: 1980, 페루:1982)을 들 수 있겠고, 우리나라도 헌법재판소 설립의 제4차 운동이 물결에 속한다고 하겠다. 이러한 유럽 헌법재판 제도는 미국형 사법심판제도의 도입을 1900-1920년대에 걸쳐 시도한 끝에 (특히 Edouad Lambert의 논문 「판사의 정부와 미국에서의 사회입법에 대한 투쟁 1921, paris」 는 유명)미국형을 거부하고 (스칸디나비아국가와 스위스, 그리이스 제외)Kelsen의 이론을 따라 입법부에 대한 사법적 통제를 실시하기 위하여 채택한 제도이다.<sup>24)</sup> 이는 의회주의(parlementarisme)가 일반화 되어있는 유럽대륙의 경우 삼권분립원칙이 엄격한 미국과는 달리 의회가 다수당에 의해 파행(le parlement peut mal faire)될 수 있다는 정치적 이유, Kelsen, C.

---

24) Louis Favoreu, op, cit., pp.6-16.

Eisenmann 등의 이론적 이유와 나찌스, 파시스트, 프랑키스트 들의 등장에 따른 역사적 이유로 헌법적 보장장치의 필요성이 증대된 이유로 미국형에 대한 명백한 거부로 나타난 것으로 우리 나라에도 거의 해당된다고 하겠다.

이러한 유럽형 헌법재판제도의 특징은

제도적 측면에서는 :

- 1) 특별재판소제도의 채택으로 2개 이상의 최고법원을 가지고 있고
- 2) 헌법상의 기관,
- 3) 헌법재판의 독점,
- 4) 비사법관(non-magistrat)의 재판관제로의 영입,
- 5) 법원구조의 채택
- 6) 사법부와의 분리

이며, 권한적 측면에서는 법률에 대한 위헌심사가 주기능으로 되고 있다.

## (2) 권한쟁의심판의 의의

헌법재판소의 역할은 전술한 바와 같이 공권력의 규범적 활동, 즉 입법작용에 대한 통제가 주기능으로, 규범적 처분(dispositions normatives)이 헌법에 합치되느냐에 대한 검증을 하게 된다. 그러나 규범적 처분에 대한 합헌성 여부의 검증은 실질적(matérielle)합헌성에 대한 검증뿐만 아니라 형식적(formelle)합헌성에 대한 검증을 필요로 하는 것이기 때문에, 그러한 규범적 처분이 모든 다른 법률행위에

있어서와 마찬가지로 권한이 있는 기관에 의하여 행하여졌는가에 대한 심사, 무권한행위(*incompétence*)의 여부에 대한 심사를 우선적으로 하지 아니할 수 없다.

다른 한편 헌법은 최고의 법규로서 법치국가의 원리상 모든 국가의 기관은 헌법에 정하여진 권한에 따라 권력을 행사하여야 하며, 그 권력의 행사 즉 처분이 헌법상의 권한을 유월하여 행사되면 이는 무권한행위(*incompétence*)로 월권(*excès de pouvoir*)이 된다. 따라서 국가기관 사이의 헌법적 균형을 보장하는 권한쟁의심판은 첫째, 헌법의 최고규범성에 따른 법치국가원리의 적용, 둘째, 규범적 처분(*dispositions normatives*)에 대한 형식적 합헌성(*constitutionnalité formelle*)에 대한 통제의 수단으로서 헌법재판의 중요분야가 되고 있다. 권한쟁의의 발생은 1) 국가기관 상호간, 2) 국가기관과 지방 기관, 3) 지방 기관 상호간에 발생할 수 있으나 본 연구에서는 지방 기관 상호간에 한정하여 살펴보기로 한다.

## II. 헌법재판과 지방자치

헌법재판소제도(*régime de juridiction constitutionnelle*)를 채택하고 있는 국가들의 지방분권의 따른 국가형태를 살펴보면 우선 연방국가형(독일, 오스트리아 등)과 지역국가형(이태리, 스페인 등), 단일국가형(프랑스, 터키, 한국 등)으로 나눌 수 있는 바, 국가형태에 따라 헌법적 보장내용이



다르다는 것은 이미 고찰한 바와 같다. 지방자치단체에 대한 헌법적 보장은 첫째, 기초지방자치단체(communes, Gemeinde)에 대한 헌법적 지위의 보장과 둘째, 중앙정부와 지역(région), 또는 지역상호간의 관계에 대한 헌법적 보장의 두 가지로 구분할 수 있겠다.

### (1) 기초지방자치단체에 대한 헌법보장에 관한 입법에

오스트리아는 지방조직으로서의 주와 시·읍·면(Gemeinden)의 이층구조를 가지고 있는데, 오스트리아 헌법 제 115조-120조에 걸쳐 Gemeinden의 조직, 연방 및 주와의 관계, Gemeinden의 자치사무 및 위임사무에 대한 권한이 자세히 규정되어 있기 때문에 이에 위반한 20여 개의 규범적 처분을 취소하였다. 오스트리아를 제외한 기타 국가들은 기초지방자치단체의 조직 및 권한에 관하여 법률에 위임하고 있다.

### (2) 중앙정부와 지역(région)간, 또는 지역 상호간에 관한 헌법적 보장

#### A. 연방국가

i) 오스트리아 연방헌법 제102조 내지 제107조는 주와 연방과의 관계에 대하여 자세히 규정하고 있으며, 제138조 1항 3호는 각주 상호간의 권한쟁의 및 주와 연방간의 권한

쟁의를 관할사항으로 정하고 있으며, 동조 2항에서는 “헌법재판소는 연방정부 또는 주정부의 신청에 따라 입법상, 집행상의 행위가 제10조 내지 제11조에 따라 연방의 권한에 속하는가 또는 주의 권한에 속하는가에 대하여 확정한다.”고 규정하고 있다.

ii) 독일연방헌법 제93조 1항 3호는 연방헌법재판소의 관할사항으로 ‘연방 및 주의 권리와 의무에 관하여, 특히 주에 관한 연방법의 집행 및 연방감독의 행사에 있어서 의견의 상위가 있을 경우’를 규정하고 동조 동항 4호는 ‘다른 소송방법이 있는 경우를 제외하고서 연방과 주사이, 다른 주들과의 사이, 또는 주의 내부에 있어서 위의 경우 이외의 공법상의 소송에 관하여’를 규정하고 있다.

## B. 지역국가(Etat regional)

i) 이탈리아 헌법 제134조 2항은 국가와 지역(regione) 및 제지역간의 권한쟁의(conflitti 야 attribuzione)를 헌법재판소의 관할로 정하고 있다. 한편 지역의 권한 및 조직에 관하여는 헌법 제117조-127조에 걸쳐 자세히 규정되어 있다.

ii) 전통적으로 단일국가이었던 벨기에는 1988년 8월 8일의 법률에 의하여 연방국가에 가까운 지역국가가 되었다. 벨기에는 지역적 지방자치단체인 지역(région)이외에 특별 지방자치단체인 네델란드어, 불어, 독일어의 3개 언어공동체와 수도인 브뤼셀로 구성된 공동체(communauté)의 이중

구조적 광역지방자치단체를 구성하고 있는 바, 1988년 7월에 개정된 헌법 제59-bis조는 공동체의 권한을 확대하면서 헌법 제107-ter조에서 국가, 지역, 공동체간의 입법규범에 관한 권한쟁의를 권한쟁의심판소(la cour d'arbitrage)의 관할로 정하고 있다.

### c. 단일국가

i) 프랑스헌법 제34조는 지방자치단체의 권한에 관한 기본 원칙을 법률(la loi)로 정하게 하고 있다. 이에 따라 지방자치단체의 권한에 관한 기본 원칙을 정하는 법률은 헌법평의회(conseil constitutionnel)의 심판대상인 바, 헌법평의회는 크로시카섬의 지역(région)으로서의 특수지위를 인정한 1982년 3월 2일의 법률에 대하여 1982년 2월 25일 결정에 의하여 합헌판결을 내려 코르시카지역의 권한을 확정하는 한편, 해외 군(départements d'outre-mer)에 해당하는 Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion의 특수성을 고려한 지역(région)의 조직을 부여하는 법안에 대하여 1982년 12월 12일의 판결에 의하여 합헌 결정을 하였으며, 따라서 앞서의 해외 영토들은 1982년 12월 31일 법률에 의하여 지역으로서 지위와 권한을 획득하게 되었다. EK로서 프랑스의 경우는 위헌법률심사의 차원에서 간접적으로 권한쟁의를 심사하고 있다.

이상에서 살펴 보건데 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의는 단일국가에서는 직접적인

헌법재판의 대상이 되지 않으며, 연방국가의 경우 연방정부와 주정부간 또는 주 상호간에 있어서의 연방소송으로서의 헌법재판의 대상이 될 뿐이며, 지역국가의 경우는 입법에 관한 자치권을 부여받고 있는 지역의 경우에 한하여 연방국가에 있어서의 주에 준하는 헌법재판을 인정하고 있다.

지리적으로 멀리 떨어진 Açores군도와 Madere군도에 대하여만 입법에 관한 자치권을 부여한 자치지역(région autonome)으로서의 지위를 인정하고 본토의 지역에 대하여는 단일 국가인 프랑스와 마찬가지로의 행정적 지역(région administrative)만 인정하고 있는 포르투갈의 경우, 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판은 Açores와 Madere의 자치지역에 한하여 허용되고 있어,<sup>25)</sup> 연방소송 또는 이에 준하는 자치지역소송의 경우를 제외한 지방 자치단체의 권한쟁의심판은 단일국가에서는 헌법재판의 대상이 되지 않음을 시사받을 수 있다. 단일국가로서 헌법재판소를 가지고 있는 터어키에서도 국가와 지방 또는 지방 상호간의 분쟁은 행정소송의 대상이 될 뿐 헌법재판소의 관할에서 벗어나고 있다.<sup>26)</sup>

즉 터어키헌법 제146조는 헌법재판소의 권한으로 법률과

---

25) F. Moderne, Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal/ Pierre Bon의 7인 저서, La justice constitutionnelle au Portugal economica, 1989.

26) Francisco Rubio Ilorante, Les relations entre le pouvoir central et les pouvoir teritoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, R.F.D.A., 1986, jan.-fev., sirey, p.9.

국민 의회의 원내규칙에 대한 위헌심사만 인정하고 있다.

### (3) 연방국가 및 지역국가(Etat régional)에서의 위헌법률심사를 통한 권한쟁의의 간접적 해결.

오스트리아는 법률안에 대한 예방적 위헌심사와 연방법률과 정부발의의 주법률에 대한 사후적 위헌심사를 통하여 연방과 주와의 관계에 개입하며, 이태리도 법률 및 지역의 법률에 대한 공포이전의 사전심사 및 공포이후의 사후심사를 통하여 위헌심사를 함으로써 권한쟁의의 간접적 해결을 도모하고 있으며, 스페인에서도 헌법재판소는 국가가 제정한 지방자치법, 조직법 및 그 밖의 법률과 법률의 효력을 가지는 행위(actos)와 규범적 처분(disposiciones normativas)과, 자치공동체가 제정한 법률적 효력을 가지는 행위(actos)와 규범적 처분(disposiciones normativas)에 대한 추상적 규범통제 및 구체적 규범통제를 통하여 간접적으로 권한쟁의에 개입한다.(헌법재판소법 제32조) 여기에서 법률의 효력을 가지는 규범적 처분(disposiciones normativas con fuerza de ley)이란 무엇을 의미하는가? 규범적 처분이란 우선 국가의 행위인 경우:

헌법 제92조에 규정된 국민투표에 관한 법률, 헌법 제82조에서 제85조에 걸쳐 규정된 입법적 법규명령(decretos legislativos)과 헌법 제86조의 법률명령(decreto-ley)을 말하며, 자치공동체(comunidades autonomas)의 경우 이에 준하는 처분을 가리킨다.<sup>27)</sup>

### 제 3 장 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 내용

우리 나라 헌법 제111조는 헌법재판소의 관장사항의 하나로 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 3호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로 가) 특별시, 직할시 또는 도 상호간의 권한 쟁의 심판, 나) 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, 다) 특별시, 직할시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판을 규정하고, 동조의 제2항은 교육법 제15조의 규정에 의한 교육 학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육위원회가 당사자가 된다고 규정하고 있다. 한편, 제61조에 의하면 심판의 청구는 지방 자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 할 수 있으며, 또한 제66조는 ① 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하는 심판과, ② 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 경우에 할 수 있는 취소 또는 무효확인심판의 두 가지로 규정하고 있어 결국 권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의

---

27) 스페인 헌법 제82조-86조 및 제92조 참조.

권한을 침해할 현저한 위험이 있는 경우의 권한의 존부 또는 범위에 관한 심판, 청구인의 권한을 이미 침해한 경우의 권한의 존부 또는 범위에 관한 심판과 피청구기관의 처분 또는 부작위에 대한 취소 또는 무효확인심판이 가능하다.

## 제 1 절 권한쟁의심판의 청구사유

심판의 청구사유는 다른 지방자치단체의 처분 또는 부작위가 심판을 청구하는 지방자치단체의 권한을 침해하였거나, 침해할 현저한 위험이 있는 경우이다.

### I. 권한의 침해

권한(compétence, Kompetenz)이라 함은 헌법·법률 또는 법규명령에 의하여 부여된 법률상 유효한 행위를 할 수 있는 범위를 말하는 바, 이러한 권한은 헌법, 법률, 명령이라고 하는 ‘객관적인 법’(droit objectif)으로부터 직접 발생하여 법(droit objectif)과 마찬가지로 일반성과 항구성을 가지기 때문에 객관적 법적 상태(situations juridiques objectives)를 의미한다. 따라서 주관적 법적 상태(situations juridiques subjectives)인 권리(droit subjectif)와는 다르다. 따라서 ‘기본법에 위임한 권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 위태롭게 하는 경우’(독일연방헌법재판소법

제64조 1항)에 신청이 허용되는 독일의 경우와는 달리 객관적 쟁송에 해당한다.

독일에 있어서의 행정소송은 시민의 주관적 권리를 보호하기 위하여 생겨난 제도이기 때문에<sup>1)</sup>, 무권한청구소송(réclamation d' incompétence)에 기원을 둔 프랑스의 월권소송(recours pour excès de pouvoir)이 공권력 행사의 적법성 여부에 중점을 두었던데 비해 독일의 위법무효소송(demande en nullité pour violation de la loi)은 우선 개인의 권리가 침해되었다는 것을 전제로 하여 이러한 권리의 침해는 법률(loi), 즉 법규(règle de droit)의 잘못된 적용으로 인하여 발생되었다고 하는 제2차적 권한소송(juridiction à compétence)의 성격을 가진다.<sup>2)</sup>

이러한 주관적 권리의 개념을 일차적 매개체로 하여 소송을 시작하는 독일행정재판의 전통이 헌법소송으로 확대되어 권한쟁의 심판에 있어서도 주관적 권리의 침해를 전제로 법규위반여부를 심사한다고 보겠다. 그러나 이미 프리시아에서도 1883년 8월 1일의 권한에 관한 Friedrichs법률 제15조와 제17조는 주관적 권리를 창설하지 아니하는 법규범의 보호를 위한 행정소송을 인정하였으며,<sup>3)</sup> 1876년 10월 22일 법률에 의하여 권리의 침해에 대하여만 행정소송을 인정하던 오스트리아도 1925년 7월 30일의 헌법개정에 의

---

1) Fritz Fleiner, Les principes généraux du droit administratif allemand, paris, Librairie Delagrave, 1933, p.161.

2) Otto Mayer, Le droit administratif allemand. T. I, paris, V. Giand & E. Briere, 1903, pp. 246-248 참조.

3) Fritz Fleiner, op. cit., p. 162.



해 주관적 권리의 침해가 아닌 행정의 적법성에 관한 행정소송을 인정한 바 있다.<sup>4)</sup> 또한 국가에게 권리의 주체로서의 인격을 인정하는 데 대하여, Berthélemy는 공권력의 행사를 ‘국가의 필요한 기능의 수행’으로 보게 되면 공익을 위한 정부의 역할의 증대가 사인의 권리를 제약할 필요가 없지만 공권력의 행사를 국가의 ‘권리행사’로 보게 되면 개인들은 획득할 수 없는 새로운 종류의 주관적 권리를 국가가 행사하게 된다는 것을 의미하게 되는 위험한 발상이라고 비판한 바 있으며,<sup>5)</sup> Duguit를 비롯한 다른 학자들도 국가의 개인에 대한 권리의 인정은 개인의 자유를 위협하는 위험한 발상이란 점을 경고하였던 바, 이는 국가사회주의의 등장이라는 현실로 나타난 바 있다. 그 후의 독일이론들도 행정법상의 주관적 공권은, 국가의 개인에 대한 공권은 제외하고 개인의 국가에 대한 공권만을 논의하는 것이 보통이다.<sup>6)</sup>

만약 국가의 공권력의 행사가 ‘주관적 권리의 행사’가 아닌 ‘국가 기능의 수행’이라면 헌법소송에 있어서의 주관적 권리개념이라고 하는 매개체는 무엇 때문에 필요한 것인가? 객관주의자인 Duguit는 권한(compétence)의 문제는

4) 또한 국가에게 권리의 주체로서의 인격을 인정한 바 있다.

5) Otto Mayer, op.cit., Berthélemy 서문.

6) 주관적 공권은 문제와 독일, 프랑스에서의 이론전개에 관하여는 고시계 1991년 8월호, 행정법특집 “공권론”, 대담: 김도☺, 김철용 - 공권에 관한 제문제/최송화: 공권과 반사적 공권이론의 발전/이경운: 공권과 소의 이익/이광윤: 프랑스법상 공권과 소의 이익/김성수: 독일법상 주관적 공권이론의 발전/ 김남진: 행정절차상의 문서열람권/서원우: 행정법인의 공권개념의 재검토 참조.

결코 주관적 권리의 문제로 볼 수 없음을 단언하면서<sup>7)</sup> 권한은 권리의 획득 문제가 아니라 법에 의하여 창설된 획득 능력이 존재(il existe seulement une capacité d' acquisition établie par le droit)함을 의미할 뿐임<sup>8)</sup>을 역설하고 있다.

일본이나 우리 나라에서 주관권한의 존부 또는 권한행사에 관한 분쟁을 해결하는 소송인 기관소송을 주관적 쟁송이 아닌 객관적 쟁송으로 분류하고 있음은 국가 또는 공공단체의 상호간에 있어서는 주관적 권리의 침해가 아닌 객관적 법질서의 적정한 집행의 문제가 소송의 목적으로 되고 있음을 반증해 준다고 하겠다. 다시 말하면 우리 나라와 일본의 경우 국가 또는 공공단체의 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 국민에 대한 공권력의 행사 또는 그 밖에 이에 준하는 행정작용에 대하여는, 즉 항고소송에 대하여는 '법률상의 이익=권리'<sup>9)</sup>(사실상의 권리까지 확대하는 경향이 있음)의 침해를 전제로 하여, 제2단계로 법규에 대한 위반여부를 다투게 되는 주관적 쟁송으로 분류하고 있는데 반하여, 국가기관 또는 공공단체 상호간의 분쟁에 대하여는 권리 또는 이익의 침해를 전제로 하지 않고 바로 법규에 대한 위반여부를 다투게 되는 객관적 쟁송으로 본다고 하는 것은 국가나 공공단체는 주관적 권리의 향유자로 간주되지 아니한다는 반증이 된다고 하겠다. 따라서 우리 나

---

7) Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel* T. II, 1928, p. 521.

8) Leon Duguit, *op.cit.* T. I, 1927, p. 356.

9) 법률상의 이익과 권리의 이동에 관하여 고시계 1991년 8월호 특집 '공권론'에 게재된 논문 참조.

라 행정소송법상의 기관소송은 이익의 분쟁(*conflits d'intérêts*)이 아닌 권한의 분쟁(*conflits de compétence*)이다. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 청구하는 권한쟁의심판도 기관소송과는 달리 특별히 이익의 분쟁(*conflits d'intérêts*)을 필요로 하는 주관적 쟁송으로 보아 국가 또는 공공단체를 국가 기능의 수행자가 아닌 주관적 권리의 향유자로 만들어야 할 당위성을 발견하기란 어렵다고 하겠다.

## II. 지방자치단체의 처분

여기서 처분이라 함은 독일어의 *Massnahme*를 번역한 것으로 보인다. 그러나 우리 나라와 같은 단일국가에 있어서 지방자치단체상호간의 행위가 독일이나 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서와 같은 성격의 행위로 볼 수 있는가에 대하여는 의문이 있다.

### (1) 이론적 검토

우선 연방국가인 독일의 경우 기관소송(*organstreit, organstreitigkeiten*)이란 헌법기관 상호간에 헌법상 인정된 '권리와 의무'에 대한 다툼이 있는 경우에 행하는 헌법재판으로, 우리 나라의 지방자치단체는 헌법상의 기관이 아니

다. 독일의 기관소송(organstreitigkeiten)의 당사자는 연방 최고기관, 연방수상이나 원내교섭단체와, 하원의장과 같은 연방최고기관의 일부인 기타 관계자, 정당, 연방하원의장과 같은 연방최고기관의 일부가 아닌 기타 관계자들로,<sup>10)</sup> 독립적인 법인격을 향유하고 있는 지방자치단체와는 관련이 없다. 따라서 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 독일의 권한소송과는 성격이 다르다. 우리 나라의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 문제는 지방분권화의 실시 과정에서 문제되는 것으로 연방국가 차원에서는 연방과 지방 또는 지방 상호간의 권한에 관한 쟁의인 연방국가쟁의제도(독일 연방기본법 제93조 제1항 3호, 제84조 제4항 제2문/연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조 이하의 분쟁과 기본법 제93조 제1항 제4호/연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71조, 제72조에 의한 연방과 주사이 또는 주상호간의 공법적 법률관계에 관한 분쟁 및 기본법 제99조/연방재판소법 제13조 제10호, 제73조 이하에 의한 주내의 헌법상의 분쟁)에 해당하는 것으로, 오스트리아의 경우에는 헌법 제138조 제1항'92) 각주 상호간의 권한쟁의 및 주와 연방간의 권한쟁의'에 해당하고, 지역국가의 경우에는 이태리에 있어서의 국가와 지역(regione) 및 지역상호간의 권한쟁의(conflicti 야 attribuzione: 이태리헌법 제134조)와 스페인 헌법 제161조 제1항에 의한 국가와 자치공동체(Comunidades Autonomas)와 자치공동체 상호간의 권한쟁

---

10) 신봉기, 권한쟁의심판제도소고(상), 사법행정, 91. 9. 참조.

의에 해당한다.

한편 단일국가인 프랑스의 경우 국가와 지방자치단체와의 관계나 지방자치단체 상호간의 관계는 위헌법률심사에 의한 간접적 통제를 제외하면 헌법재판의 대상이 아니라 행정재판의 대상이 될 뿐이며, 포르투갈의 경우도 행정적 지역(région administrative)은 헌법재판의 대상에서 제외된다.

연방국가인 독일과 오스트리아의 경우 처분(Massnahme)이라 함은 입법행위와 집행행위를 가리킨다.<sup>11)</sup> 왜냐하면 연방국가에 있어서의 연방 및 지방정부 상호간의 행위는 입법적 행위이든 집행적 행위이든 모두 헌법적 행위가 되기 때문이다. 뿐만 아니라 독일, 오스트리아에서 기관소송(organstreit)은 주관적 권리의 침해를 전제로 하고 있기 때문에 엄밀한 의미에서의 권한의 분쟁(conflits de compétence)과 이익의 분쟁(conflits d'intérêts)을 모두 포함하는 개념이며 연방과 지방상호간의 연방소송 역시 그러하다. 이익의 분쟁(conflits d'intérêts)에 있어서는 일반적이고, 객관적인 법규 즉 입법행위뿐만 아니라 개별 구체적인 이익의 침해 즉 주관적 법적상태(situation juridique subjective)를 발생시키기 때문에 집행행위도 처분에 포함된다.

지역국가(Etat régional)의 경우에 있어서는 지역(région)이 부분적 입법권(pouvoir législatif)을 부여받고 있기 때문에, 이를 연방국가에 준하여 집행행위를 헌법상의 처분

---

11) 오스트리아헌법 제138조 제2항: Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 1985, s.52.

행위로 볼 것인가 아니면 지역이 부여받은 부분적 입법권에 해당하는 입법행위만이 헌법재판의 대상이 되는 처분(disposiciones 또는 actos)에 해당하는가의 문제가 발생하는 바, 이익의 분쟁과 권한의 분쟁을 명확하게 구분하고 있는 벨기에의 경우는 집행행위에 의한 것은 이익의 분쟁으로, 입법행위에 의한 것은 권한의 분쟁으로 명확히 구분하여 이익의 분쟁은 조정의 대상으로 삼을 뿐이며 관할쟁의재판소(la cour d'arbitrage)의 대상이 되는 처분에는 입법행위인 법률 또는 명령만 해당한다.<sup>12)</sup> 한편 행정행위는 행정소송의 대상이 될 뿐이다.<sup>13)</sup>

스페인의 경우는 일반적으로 법률의 효력을 가지는 규범적 처분(disposiciones normativas) 즉 입법행위만이 헌법재판소의 관할대상이 되며 나머지 행위는 행정소송의 대상이 되는 바<sup>14)</sup>, 스페인헌법 제153조는 자치공동체(comuni-

---

12) Jacques Brassinne, Les nouvelles institutions politiques de la Belgique, Dossier du CRISP 1989, Fascicule 6, 2 ,1, La nature des conflits: les conflits d'intérêts et les conflits de compétence.

13) 권한쟁의심판소(Cour d'arbitrage)법 제1조 제1항 “La Cour d'Arbitrage statue, par voie d'arrêts, sur les recours introduits par le conseil des Ministres ou par l'exécutif d'une Communauté ou d'une Région et qui tendent à l'annulation, en tout ou en partie, d'une loi ou d'un décret pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions.”

14) Luis M. Cazola Prieto, Enrique Analdo Alcubilla, Temas de

dades Autonomas)의 활동중에서 헌법재판소의 통제대상은 법률의 효력을 가지는 규범적 처분임을 명시하면서 자치공동체의 활동에 대한 통제방법을 다음과 같이 분류하고 있다.

제153조, 자치공동체의 기관의 활동에 대한 통제는 다음과 같다:

- ① 헌법재판소는 법률의 효력을 가지는 규범적 처분에 대한 합헌성에 관계되는 것.
- ② 정부는 국가평의회 의 자문을 얻어 제150조 제2항15)에서 언급된 위임작용의 행사.
- ③ 행정재판소는 자치행정과 법규명령(normas reglamentarias)
- ④ 회계원은 경제와 예산사항<sup>16)</sup>

---

derechos constitucional y derecho administrativo, Marcial pons, madrid, 1988, p.122.

15) 국가가 위임한 국가사무:

Art. 150. 2: El Estado podra transferir o delegar en las Comunidades Autonomas mediante ley organica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal sean susceptibles de transferencia o delegacion. La ley prevera en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, asi como las formas de control que se resevrve el Estado.

16) Art. 153. El control de la actividad de los organos de las Comunidades Autonomas se ejercera:

a) Por el Tribunal constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del articulo 150.

c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la

이에 따라 법규명령과 행정행위는 행정소송(스페인에서는 명령도 취소소송의 대상이 됨)<sup>17)</sup>이 된다. 그러나 Almagro Noeste교수는 행정행위도 헌법과 헌법을 적용하는 규범에 의한 권한분배를 침해할 경우에는 일반적으로는 행정소송의 대상이 되지만 헌법재판소에서도 다룰 수 있는 것이라고 한다.<sup>18)</sup>

그러나 이탈리아에 있어서 헌법재판소에 의한 권한 쟁의의 대상이 되는 처분은 입법 행위만 대상이 된다. 즉 이탈리아 헌법 제127조는 “공화국정부는 지역의회에서 통과된 법률이 지역의 권한을 유월(ecceda la competenza della regione)하거나 국가의 이익(interessi) 또는 다른 지역의 이익에 저촉된다고 판단할 때에는 승인 기간 내에 그것을 지역의회에 회송한다. 지역 의회가 의원의 절대다수로 이를 재가결하였을 때에는 공화국 정부는 사실을 통고 받은 15일 이내에 적법성(legittimita)의 문제를 헌법재판소에 제소하거나 또는 이익대립(contrasto di interessi)으로 인한 조정의 문제를 양원에 제기할 수 있다. 의문이 있는 경우에는 헌법재판소가 관할을 결정한다.”고 규정하고 있는 데 반하여 헌법 제125조에서는 지역의 행정행위의 적법성에

---

administración autonoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el economico y presupuestario.

17) 이광윤, 명령과 행정행위에 관한 비교법적 고찰, 서원우 박사님 회갑기념논문집, 법문사, 1991 참조.

18) P.Bon, F.Moderme, Y.Rodriguez, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, 1984, p.139.



관한 통제(II controllo di legittimità sugli atti amministrativi della regione)는 일차적으로 행정적 통제의 대상이 됨을 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

단일국가인 프랑스에 있어서 지방자치단체의 권한침해행위는 입법행위든 집행행위이든 모두 행정소송의 대상이 될 뿐 헌법재판의 대상으로서의 행위(acte)또는 처분(disposition)에 해당되지 아니한다. 연방 국가에 있어서도 지방이하의 지방자치단체나 지역 국가에 있어서의 지역(région)이하의 지방자치단체에 있어서도 입법 행위, 집행 행위를 불문하고 지방자치단체의 행위는 모두 집행 작용으로 간주되어 행정소송의 대상으로 하고 있다.

왜냐하면 지방분권(décentralisation)이란 국가의 입법권(pouvoir législatif), 행정권(pouvoir exécutif), 사법권(pouvoir judiciaire)중에서 행정권의 분권을 의미하지 입법권이나 사법권의 분권을 의미하지 않기 때문이다. 그러나 연방국가에 있어서의 지방은 행정권, 사법권의 삼권을 모두 향유하며 지역국가에 있어서의 지역은 부분적 입법권과 행정권을 향유한다. 그러나 단일국가에 있어서의 모든 지방자치단체와 연방국가 또는 지역국가의 지역 이하 단위의

---

19) 제125조: 지역(Regione)의 행정행위에 대한 적법성의 통제는 공화국의 법률에 의하여 규정된 방식과 한계내에서 분권적인 방식으로 국가의 한 기관에 의하여 행하여진다. 법률은 특정의 경우에는 이유를 부한 요구에 의하여, 지역의회에 의한 문제된 결정의 재심의를 촉진하는 것만을 그 효과로 하는 조정적 감독(il controllo di merito)의 재심을 인정할 수 있다.

지방자치단체는 행정권만을 분권받은 데 불과하다.

## (2) 우리 나라 실정법규정에 대한 검토

우리 나라 헌법 제111조 제1항 4호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소의 관장사항으로 정하는 한편, 헌법재판소법 제62조 제1항 3호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를 (가) 특별시, 직할시 또는 도 상호간의 권한쟁의 심판, (나) 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판으로 구분한 다음 동조 제2항에서 교육학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관하여는 교육위원회가 당사자됨을 규정하고 있다.

이에 대한 문제점을 검토해 보면:

### A. 지방자치단체에 대한 권한쟁의심판

우리 나라와 같은 단일국가에서 일반적으로는 행정재판의 대상으로 되는 지역(région)단위의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 헌법재판의 대상으로 삼는 이유는 어디에 있을까? 더구나 시·군(Kreis, département)단위의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와 지역단위와 시·군 단위 사이의 권한쟁의까지 헌법재판의 대상으로 삼는 이유는 어디에 있을까? 우리 나라 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치입법권의 범위를 법령의 범위로 한정시켜 헌법 재판소의 위헌심사의 대상이 되지 아니하고 대법원에 의한 위법,

위헌심사만 가능할 뿐인 종속명령보다 하위의 효력을 인정하고 있기 때문에 헌법 제107조 제2항에 의거, 행정재판의 대상으로밖에 되지 않는 규칙에 불과한 자치입법에 있어서의 입법작용이 헌법재판으로서의 권한쟁의심판의 대상이 된다는 것은 이론적으로 모순이다. 더구나 우리 나라의 지방자치단체의 종류는 헌법 제117조 제2항에 따라 법률로 정하게 되어 있으므로 헌법상의 기관도 아니다.

따라서 헌법재판으로서의 권한쟁의심판의 대상을 지방자치단체에까지 확대한 이유는 자치행정의 처리에 대한, 일반사법부에 대한 불신 이외에 다른 이유를 찾기는 어려울 것 같다. 즉 프랑스혁명 직후 혁명정신에 반하는 보수적인 구법유족이 지배하는 사법부는 공익(intérêt général)을 추구하는 공권력에 의한 혁명과업의 수행을 방해하여서는 안 된다는 이유로 1790년 8월 16-24일 법률에 의해 사법법원이 행정사건에 대한 관할권을 상실하게 된 것과 마찬가지로, 신라의 삼국 통일 이후 형성된 강력한 중앙집권전통의 우리 나라에서 유사 이래 처음으로 실시하는 본격적인 지방자치에 대한 사법적 통제를 전적으로 일반사법부에 맡기는 데에 대한 거부감이 작용한 것으로밖에는 달리 해석할 길이 없다고 하겠다.

더구나 앞서서도 언급한 바와 같이 우리 나라의 지방분권화(décentralisation)는 지방행정의 담당자와 대표를 지방주민이 선거를 통하여 선출한다는 지방행정의 민주화에 우선적 의미가 있기 때문에 정치 재판 기관으로서의 헌법재판소가 권한 쟁의를 담당하는 것이 무리가 없으며, 전문적

행정 재판소가 없기 때문에 헌법재판소가 특별 재판소의 대표격으로 보통재판소에 의한 자치행정에 대한 사법적 통제 의 독점권을 봉쇄하고 특별재판을 실시하는 데에 크나큰 의미가 있다고 하겠다.

## B. 권한쟁의심판의 대상으로서의 처분

이상에서와 같은 우리 나라에서의 특수한 사정 때문에 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 헌법재판소에 의한 심판의 대상이 되었다면 다른 지방자치단체의 권한을 침해하는 처분이란 무엇을 말하는가? 헌법재판소법 제61조 제2항은 “피청구인의 처분 또는 불행위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 하고 있는 바, ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 주관적 권리로 볼 수 있는가?’하는 문제가 발생한다. 앞서 설명한 바와 같이 우리 나라의 공법적 전통은 국가 또는 지방자치단체가 주관적 권리를 향유하는 것이 아니라 객관적 법질서에 의한 국가기능을 수행한다고 보고 있기 때문에, 여기서 침해되는 것은 능력(capacité)으로서의 권한(compétence)이지 이익(intérêt)으로서의 주관적 권리(droits subjectifs)로 볼 수는 없다고 하겠다. 따라서 권한쟁의심판을 객관소송으로서의 권한의 분쟁(conflicts de compétence)으로 보게되면 집행행위는 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에서 제외된다고 보는 것이 타당할 것 같으며, 일반적으로 집행행위로

서의 무권한행위(acte pour incompétence)는 행정소송(항고소송)의 대상이 된다는 점, 개별 구체적 처분에 대하여는 취소, 정지라고 하는 강력한 행정적 감독의 수단이 마련되어 있다는 점등을 고려하여 볼 때에도 집행행위가 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 포함된다고 보기는 어려우며, 입법권(pouvoir législatif)을 분권받지 못하고 행정권(pouvoir exécutif)만을 분권받은 데 지나지 아니한 우리나라의 지방자치단체들의 행위가 행정소송이 아닌 헌법재판으로서의 권한쟁의심판의 대상이 되기 위하여는 최소한 일반 추상적인 규범성을 갖추어 결여되고 있는 입법권(pouvoir législatif)의 분권을 보상할 것이 요구된다고 하겠다. 더구나 기관소송은 ‘권한의 범위 또는 그 권한행사’에 관한 분쟁으로 규정되어 있는데 비하여 권한쟁의심판은 ‘권한의 존부 또는 범위’에 관한 분쟁이므로 권한쟁의에 있어서의 처분은 구체적 이익의 문제가 아닌 능력(capacité)의 침해임을 알 수가 있으므로 규범적 처분으로 해석하는 것이 바람직하다고 하겠다.

## 제 2 절 당사자적격의 문제

권한쟁의심판의 당사자는 특별시, 직할시, 도, 시, 군, 자치구와 시·도교육위원회인 바, 시·도·군, 자치구에 있어서는 지방자치단체의 장에 의하여 대표된다.(지방자치법 제92조) 여기서 문제가 되는 것은 시·도 교육위원회인 바

헌법재판소법 제62조 제2항은 권한쟁의가 교육법 제15조의 규정에 의한 교육, 학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것일 때 교육위원회가 그 당사자가 된다고 하고 있다. 여기서 교육법 제15조 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무라 함은 교육의 자주성, 전문성과 지방교육의 특수성을 살리는 지방자치단체의 교육·과학·기술·체육 기타 학예에 관한 중요 사항을 말한다. 이러한 자치사무는 1991년 3월 8일 제정된 지방교육자치에 관한 법률에 의하면 심의·의결기관인 시·도 교육위원회와 집행기관인 시·도 교육감에게 분장되어 있다. 지방자치단체의 종류로는 특별시, 직할시 및 도와 시·군 및 구가 있으며 지방자치단체의 기관으로는 집행기관인 지방자치단체의장이 있고 의결·감독 및 조사기관으로 지방의회가 있는 바, 일반적으로 교육위원회라 함은 지방자치단체의 집행기관을 이원화시켜 교육·학예에 관한 사무는 교육위원회로 하여금 집행하게 하고 있으므로<sup>20)</sup> 헌법재판소 제62조 제2항에서 말하고 있는 교육위원회는 집행기관으로서의 시·도 교육위원회를 뜻하는 것으로 우리나라의 현행법상 존재하는 명칭은 아니다.

현행법 규정을 살펴보면 특별시, 직할시 및 도에서 교육·학예에 관한 사무를 담당하는 기관으로는 집행기관인 교육감(지방교육자치에 관한 법률 제25조)과 심의·의결기관인 교육위원회(동법 제3조)로 나누어져 있는 바, 지방자

---

20) 정세욱, 지방행정학, 법문사, 1990. p.558.

치단체의 집행기관의 이원화로서의 교육·학예에 관한 사무의 담당 기관으로서 지방교육자치에 관한 법률 제3조에 의한 교육위원회는 우선 행정위원회의 성격을 가진다. 즉 지방자치법 제35조 제1호 내지 제4호에 해당하는 지방의회의 필요적 의결사항에 있어서 교육·학예에 대한 지방자치단체(시·도의 경우)의 집행기관의 사무는 교육감과 행정위원회로서의 시·도위원회가 담당한다.(교육법 제13조 제1항 1-3)다른 한편 지방교육자치에 관한 법률 제13조 제1항 4-9호는 동조 제2항에 의하여 지방의회의 역할을 담당하게 한다.

따라서 제13조 제1항 4-9호의 해당사항에 관하여는 지방의회의 이원화를 통한, 즉 교육·학예에 대한 지방의회기능을 수행한다. 그러므로 현행법상의 교육위원회는 첫째, 교육·학예에 대한 시·도의 집행기관의 행정위원회로서의 성격, 둘째, 교육·학예에 대한 시·도의회 성격이라고 하는 이중적 성격을 중첩해서 가지고 있으며 헌법재판소법 제62조 제2항에서 말하고 있는 교육위원회 즉 시·도의 교육·학예를 담당하는 지방자치단체는 앞서의 첫째의 경우나 둘째의 경우를 막론하고 교육·학예에 관한 지방자치단체의 장인 교육감에 의해 대표될 수밖에 없다. 교육법 제38조 제2항 “교육장은 교육·학예에 관하여 당해 지방자치단체를 대표하고……”는 이러한 취지로 해석할 수 있다. 따라서 입법론적으로는 헌법재판소법 제62조 제2항의 ‘교육위원회’를 ‘교육자치단체’ 도로 용어를 변경할 필요성이 있으며, 이러한 ‘교육자치단체’는 지방자치단체의 집행기관

의 이원화라고도 볼 수 있으나 지역적 분권(la décentralisation territoriale) 후에 성립된 지방자치단체(collectivités locales)에 있어서 교육·학예에 관한 사무적 분권(la décentralisation par service)을 행한 결과로도 볼 수 있기 때문에, 이러한 ‘교육자치단체’는 보통지방자치단체가 아닌 영조물법인(établissement public)<sup>21)</sup>으로서의 성격을 가진다고 하겠다. 요약하면 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 당사자가 되는 시·도 교육위원회는 시·도 교육자치단체를 가리키는 말로 지방교육자치에 관한 법률 제3조에서 규정하고 있는 심의 의결기관인 교육위원회를 말하는 것이 아니다. 따라서 시·도의 교육·학예에 관한 사무에 있어서의 권한쟁의심판의 당사자는 집행기관인 교육감에 의하여 대표된다.

### 제 3 절 지방자치단체 상호간의 관계와 권한쟁의

우리 나라 지방자치법 제2조는 지방자치단체를 특별시와 직할시 및 도의 광역지방자치단체와 시와 군 및 구의 기초지방자치단체의 2종으로 나누고 있는 바, 지방자치단체 상호간의 관계는 일반적으로 법적인 평등관계라고 말하여지나 국가의 지방자치단체에 대한 감독의 방법과 수단여하에 따라 지방자치단체들의 지위나 권한쟁의의 방법이 달라지게 된다. 논의의 초점은 지방자치단체에 있어서의 국가대

21) 영조물개념에 관하여는 이광윤, “공역무와 직접경제간섭기관으로서의 영조물과 공기업” 공법연구, 제18집, 1990 참조.



표의 존재여부로서

- ① 국가대표의 부존재
- ② 국가대표가 지방에서 존재하고 활동하는 경우
- ③ 국가대표의 기능을 지방의 대표기관에게 위임하는 경우

에 따라 지방기관의 역할 및 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의의 해결방법이 달라지게 된다.

## I. 국가대표의 부존재

영미국가의 경우, 예를 들어 미국의 주지사나 영국의 county의 council의장은 어떠한 경우든 중앙 정부를 대표하지 아니하며 중앙 정부로부터 파견된 국가의 대표로서 지방에 존재하지 않는다. 따라서 영국의 county와 district는 완전히 평등한 관계에 있다. 미국에 있어서의 municipalities, town, township은 county의 역내에 존재하지만 county로부터 독립된 대등한 관계에 있으므로 주(state)에 의한 지휘·감독은 받으나 county의 지도 감독은 받지 않는다.

지방자치단체의 권한을 유월하는 행위에 대하여는 중앙정부가 월권(ultra vires)소송을 제기하며 이 소송은 보통법상의 소송이다.

## II. 국가대표의 지방에서의 직접적 존재

프랑스의 경우가 대표적으로, 국가의 대표인 Commissaire de la République(정부감사관)는 1982년 이전에 지역(région)과 군(département)의 행정을 책임졌던 지사(préfet)와는 달리 순수한 국가의 대표로서 사후적 감독권만을 행사한다.<sup>22)</sup>

국가 대표의 역할은:

1. 권한의 시각에서의 지방자치단체의 행위와 그 행위에 대한 형식과 절차에 대한 합헌성의 통제(외형적 통제)
2. 법규에 대한 위반이나 지방자치단체의 행위의 목적과 동기에 대한 내면적 합헌성에 대한 통제(조약은 헌법 평의회에 의한 헌법재판에 의하고, 나머지는 행정재판이 행함)를 위하여는 사후적 사법적 통제의 당사자로서만 행사한다. 따라서 Commissaire de la République는 지방자치단체의 행위에 대한 일종의 검찰관(procureur)의 역할을 수행한다고 할 수 있다. 국가 대표의 지방자치단체의 행위에 대한 합법성에 대한 통제를 위하여 국가 대표에게 의무적으로 보고하여야 할 지방자치단체의 행위는 다음과 같다.
  - 지방의회의 의결 및 지방의회의 위임에 의한 결정
  - 경찰권의 행사로써의 지방자치단체장의 명령(일반적) 및 개별적 처분
  - 일체의 다른 권한 분야에 있어서의 시·읍·면·군·또는 지역(région)에 의하여 발하여 지는 법규적 성격

---

22) 사전적 후견감독(tutelle)의 폐지 및 1982-1983의 지방자치의 개혁에 관하여는 이광윤, “프랑스의 지방자치” 비교행정, 1984. 12. 창간호, 지방행정연구소 참조.

(à caractère réglementaire)의 행위

- 시장과 공직에 관한 임명, 승진, 징계 및 해고 결정

Commissaire de la République는 위의 사항에 대하여 보고를 받은 지 2개월 이내에 합법성에 위반된다고 생각하는 행위를 행정 법원에 제소하며, 행정 법원은 위법성을 선언하거나 필요한 경우에는 행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 한편 합법성에 관한 통제의 대상에서 제외되는 지방자치단체의 행위는 사법상의 행위와 국가의 이름으로 행하여진 행위 및 국가의 대표가 고유한 제재권을 보유하는 행위인 바, 호적 사무, 선거 권한, 법률과 명령의 공포 및 집행, 도시계획에 관한 국가 사무와 안전 조치와 같은 국가사무에 관하여는 행정적 통제로서의 계층적 통제(co-contrôle hiérarchique)의 대상이 될 뿐이다.<sup>23)</sup>

그러나 어떠한 경우이든 지방자치단체 상호간에 있어서는 계층이 형성되지 않으면 형성되어서도 안 된다. 오로지 국가만이 일반적 법규와 권한을 구속할 뿐이며 국가만이 조정자로서 (군이나 지역에서는 국가 대표를 매개로 하여) 지방자치단체들의 쟁의를 해결한다.<sup>24)</sup>

따라서 지방자치단체 상호간의 형식적인 직접적분쟁은 존재하지 아니한다. 모든 지방자치단체들의 분쟁은 국가의 대표가 검찰관의 형태로 행정소송(항고소송)을 제기하게

---

23) Sabine Martin, Contrôle à posteriori de la légalité des actes des collectivités locales, Berger Lievrault, 1990, pp.63-65.

24) Paul Bernard, L'Etat et la décentralisation, La documentation française 1983, p.134.

되며 따라서 국가의 지방자치단체에 대한 사법적 통제의 형태로 제기된다.

### III. 국가대표기능의 지방기관에의 위임

독일에 있어서의 군(Kreis)은 지방자치구역인 동시에 주(Land)의 하급행정구역이다.<sup>25)</sup> 따라서 군수(Landrat)는 군자치단체의 집행기관이면서 또한 일반 하급행정기관(allgemeine untere staatliche Verwaltungsbuherde)이라는 이중적 지위를 담당하고 있어 국가의 대표기능은 지방기관에게 위임되어 있다. 이러한 경우에 있어서의 군(Kreis)과 시·읍·면(Gemeinde)과의 관계는 국가기관으로서의 상하관계와 자치기관으로서의 대등관계라고 하는 이중적 관계가 사무와 역할에 따라(국가사무에 관하여는 상하관계, 자치사무에 관하여는 대등관계와 국가의 감독기관으로서의 기능에 대하여는 상하관계)성립하게 된다. 군의회(Kreistag)의 의결에 관하여 의장은 반대할 수 있으며 이에 관한 분쟁은 상급관청(Regierungspräsident)에 대한 후견적 감독(tutelle)에 의해 해결된다.<sup>26)</sup>

즉 지방자치단체는 위임사무의 처리에 있어서는 국가로부터 무제한의 지시를 받으며 이에 대하여는 행정재판소에 항고할 수 없다. 자치사무에 관하여도 국가가 감독기관으

---

25) 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, 1989, p.28.

26) C. Debbasch, Institutions et droit administratif, T.I, paris, p.401.

로서 지시를 한 것에 대하여는 법원에 항고할 수 없다.<sup>27)</sup>

스페인의 경우, 스페인헌법 제148조에서 자칭공동체는 다음의 권한을 부여받을 수 있다고 한 다음, 제2호에서 “영역내의 시·읍·면의 경계 및 일반적으로 지방자치단체에 관하여 국가의 행정에 귀속하는 권능으로서 그 위임에 관하여 지방제도에 관한 입법을 필요로 하는 것”이라고 하여 독일에 있어서와 같은 국가 대표의 위임체계를 채택하고 있다. 그러나 이태리의 경우, 지역(Regione)에는 국가의 대표가 파견되어 있어 국가의 대표가 지역의 입법에 대한 사전적 위헌심사를 행한다. 그러나 지역이하의 지방자치단체에 대한 감독은 이태리 헌법 제130조에 따라 지역이 감독권을 행사하는 바, 각 지역에서는 정부대표와 회계원판사 1인, 3인의 국가공무원, 지역 의회가 선출한 전문직공무원 등 2인으로 구성된 위원회가 구성되어<sup>28)</sup> 지역과 나머지 지방자치단체들과의 사이에서는 독일과 같은 이중구조가 성립되며, 국가 대표의 존재는 지역단위에서는 프랑스에서와 같이 직접적 개입형태로, 지역이하의 단위에서는 간접개입 형태를 취하고 있다고 보겠다.

---

27) 장지호, 전게서, p.342.

28) Damiele Mazzega, Jean Masitelli, L'organisation régionale en Italie, La documentation française, 1980, p.101.

#### IV. 우리나라에서의 지방자치단체 상호간의 관계와 자치사무에 관한 권한쟁의

우리 나라에서 시·군에 대한 도의 지위 및 자치구에 대한 특별시 및 직할시의 지위는 헌법 제117조 제1항의 “주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정”하는 범위 내에서는 평등한 대등관계이다. 이러한 자치권의 범위 내에서는 비단 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 관계만 대등관계인 것이 아니라 국가와 광역지방자치단체 및 국가와 기초지방자치단체사이의 관계에 있어서도 대등관계이다.

그러나 국가위임사무에 관하여는 광역지방자치단체는 국가의 하급기관이 되며 기초지방자치단체는 또한 광역지방자치단체의 하급기관이 되어 계층적 감독(contrôle hiérarchique)을 받는다. 그리고 자치사무에 대한 국가의 후견적 감독권(tutelle)의 행사에 있어서도 국가의 대표가 지방에 파견되어 있지 않기 때문에 기초지방자치단체에 대한 국가의 대표권의 행사는 광역지방자치단체의 장에게 위임되어 있다.

이러한 후견적 감독관계(tutelle)와 계층적 감독(contrôle hiérarchique)의 경우에 국가와 광역지방자치단체 및 기초지방자치단체는 계층적 상하관계를 구성한다.

한편 지방자치법 제10조는 사무배분 기준에 있어 “시·도

와 시·군 및 자치구가 그 사무를 처리함에 있어 서로 결합하는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다.”(동조 제3항)고 하여 권한배분에 있어 시·군 및 자치구에게 권한의 우선권을 주고 있다.

이에 비해 동법 제17조는 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·군 의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는 바, 동조는 몇 가지 점에서 의문이 제기된다. 우선 동법 제10조 제3항에 의하면 자치사무에 관하여는 기초지방자치단체에게 권한의 우선권을 주고 있기 때문에 시·도와 시·군 및 자치구사이에는 권한쟁의(conflict de compétence)가 발생할 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 동법 제17조에서는 역으로 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙이 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있어 자치사무에 관한 광역지방자치단체와 기초지방자치단체사이의 대등관계의 전제가 무너지게 되며, 이는 시·도의 권한행사를 시·군 및 자치구의 권한행사에 우선시키는 것으로 입법상 또는 헌법상의 조정이 필요하다. 지방자치단체 상호간에 자치사무를 둘러싼 조례나 규칙이 충돌하는 경우야 말로 헌법재판소에 의한 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 핵심사항이 되므로, 이는 헌법재판소의 관할사항으로 동법 제17조는 헌법 제111조 제1항 제4호의 헌법재판소의 관할권을 침해한 위헌규정이다.

다음으로 동법 제10조 제3항도 동일한 위헌문제가 제기될 수 있고 이 조항이 합헌이라면 광역지방자치단체와 기초지방자치단체사이의 권한쟁의는 발생하지 않는다.

따라서 광역지방자치단체 상호간에 있어서의 권한쟁의의 문제만 남게된다.

## 제 4 절 권한쟁의의 성격과 해결방법

### I. 기관소송의 성격

독일에서의 기관소송(Organstreitigkeiten)은 헌법쟁송으로서의 기관상호간의 주관적인 권리(Rechte)와 의무(Pflichten)에 관한 법률상의 쟁송(Rechtstreitigkeiten)<sup>29)</sup>을 말한다. 연방과 란트간의 소송, 란트와 란트간의 소송은 기관소송으로 부르지 아니한다. 이에 비하여 일본행정소송법상의 기관소송이란 객관적인 법질서의 유지를 목적으로 하는 객관소송으로서 행정소송의 하나를 가르키기 때문에<sup>30)</sup>, 재판소의 당연한 재판권의 범위에 속하는 당사자간의 구체적인 권리의무 내지는 법률관계의 존부에 관한 쟁송인 주관소송과는 달리 기타 법률에 의하여 특별히 정해진 경우에만 인정되는 것으로<sup>31)</sup> 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 관한 권한의 존부 또는 권한의 행사에 관한 분쟁의 소송을 말하는 바, 첫째 행정주체인 국가 및 공공단체의 기관 상호간에 관한 권한의 존부, 권한행사의 적정을 확보하는 수

---

29)독일법률용어사전 p.1176: Organstreitigkeiten sind verfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeiten zwischen organen desselhen.

30) 東條武治, 객관소송, 현대행정법대계, V, 행정쟁송 II, 유비각, p.109.

31) ibid, p.110.



단으로서, 둘째 국가 및 공공단체의 기관의 위법한 권한행사에 대한 사법적 통제의 수단으로서의 의의를 지닌다.<sup>32)</sup> 일본의 경우, 통상 국가 및 지방공공단체의 기관 상호간에 권한에 관한 쟁의가 있는 경우에는 사법적 방법에 의하지 않고 상급 기관에 의한 재정 또는 특별한 기관에 의한 조정등의 행정적 방법에 의한 분쟁의 해결이 원칙이다.<sup>33)</sup>

이에 따라 보통 지방 공공단체의 집행기관 상호간에 그 권한에 관하여 의문이 생긴 때에는 보통 지방 공공 단체의 장이 조정하거나(일본지방자치법 제138조의 3) 자치분쟁조정위원의 조정에 회부한다.(동법 제251조) 따라서 지방자치단체 상호간에 있어서의 권한 쟁의는 1. 원칙적으로 행정적 조정의 대상으로 사법 심사의 대상이 아니며, 2. 필요한 경우에는 법률의 특별한 규정에 의하여만 사법 심사가 가능한 바, 이러한 사법 심사는 객관적 소송으로서의 기관소송으로서 지방자치단체에 관한 것은 1. 일본지방자치법 제146조에 의한 직무집행명령소송<sup>34)</sup>, 2. 동법 제176조에 의한 지방의회의 하자있는 의결 또는 선거에 대한 장의 조치에 관한 소송<sup>35)</sup>의 두 가지가 정해져 있다.

우리 나라 행정소송법 제3조의 행정소송의 종류로서의 1. 항고소송 2. 당사자소송 3. 민중소송 4. 기관소송에 관한 분류는 일본행정사건소송법 제2조의 분류와 동일한 것으로 기관소송에 관한 정의도 일본행정사건소송법 제6조의 기관

---

32) *ibid.*, p.111.

33) 南博方, 原田尙彦, 田村悦, 신판행정법Ⅱ, 유비각, pp.116-117.

34) 일본지방자치법 제146조.

35) 동법 제176조.

소송에 관한 정의와 동일하다.<sup>36)</sup> 또한 우리 나라 지방자치법 제157조에는 자치사무에 관한 명령이나 처분에 관한 감독기관의 취소 또는 정지에 대한 소송이 인정되어 있다. 이점에서 우리 나라의 기관소송을 법인격 주체가 아닌 기관 상호간에만 국한된다고 볼 이유는 없다.

다만 일본의 직무집행명령소송은 국가기관으로서의 지방자치단체와 국가 또는 지방자치단체 상호간의 소송이기 때문에, 법인격 주체 상호간이 아닌 국가기관 사이에서의 소송만 해당한다고 볼 여지가 있다.

즉 일본의 경우는 국가사무의 관리 또는 집행에 따라 명령을 이행시키기 위한 이행소송을 제기하는 데 반하여 우리나라는 국가사무에 관하여는 행정적 감독방법만 인정하고 자치사무에 관하여는 사법적 통제방법이 아닌 행정적 통제의 방법을 채택하는 한편 이에 대한 방어소송만 인정하고 있다. 따라서 지방자치단체의 독립성을 보장하기 위하여 국가사무에 관하여는 상급 기관에게 명령권만 인정할 뿐 직접 취소·정지권은 인정하지 아니하고 소송을 통한 취소·수정권을 보장하고 있는 일본에 비하여는 행정적 통제방법이 매우 강력하다. 이러한 중앙집권적 행정통제의 수준에 비추어 볼 때 국가사무에 있어서는 시·도와 시·군 및 자치구사이에는 철저한 상하관계가 성립되어 사법적 통제가 배제되며 자치사무에 있어서는 대립등관계에 기초하여 시·군 및 자치구의 방어권만을 인정하고 있는 데 불

---

36) 국가 또는 공공기관의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 분쟁에 관한 소송.

과하다고 하겠다.

따라서 이는 아직까지는 우리 나라의 경우, 국가와 지방자치단체 또는 광역 지방자치단체와 기초 지방자치단체간의 감독 관계를 법률에 의한 행정의 원리가 직접적으로 적용되는 처분을 발할 수 있는 ‘외부 관계’로 보는 것이 아니라 행정조직의 내부적 행위로 본다는 것을 의미한다. 객관적 소송이 객관적인 법(droit objectif)을 구성하는 행정작용을 규율하는 다양한 규범의 총체에 대한 행정처분의 적법성 여부를 다루는 소송을 의미하며, 주관적 소송이 법인격체에게 부여되어야 할 권리 여부를 다루는 소송을 의미하는 것이라면,<sup>37)</sup> 이러한 내부적 행위에 있어서 주관적 권리의 구제의 필요성은 감소 내지는 소멸되며 행정의 적법성의 확보에 중점이 두어지게 됨은 당연하다고 하겠다.

따라서 지방자치법 제157조에 따른 소송을 독립된 법인격주체간의 권리·의무를 둘러싼 주관적 소송으로서의 항고소송으로 볼 수는 없으며, 현재의 우리 나라에서의 지방자치법상의 국가의 지방자치단체에 대한 감독 방법은 국가와 지방자치단체와의 관계를 외부 관계로 보기에 너무나 강력한 행정적 통제방법에 의지하고 있다.

이렇게 볼 때 현시점에 있어서의 지방행정에 대한 주관적 권리·침해에 대한 항고소송은 국민만이 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 지방자치법 제157조에 의한 위법, 부당한 명령, 처분의 시정에 대한 소송을 항고소송으로

---

37) René Chapus, Droit administratif général, T.I, Montchrétien, p.537.

불 여지는 없다.

한편 지방자치법 제159조의 지방의회 의결의 재의에 대한 소송은 “지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때”라고 그 소송 목적이 객관적인 법질서의 유지와 공익을 도모한다고 하는 객관소송임을 명시하고 있기 때문에 지방자치법 제159조가 객관소송으로서의 기관소송이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 즉 지방자치단체 상호간의 분쟁은 지방자치법 제140조에 의한 내무부 장관이나 시·도 지사의 조정의 대상이 될 뿐 사법적 통제의 대상이 되지 아니하고, 예외적으로 지방자치단체의 독립성을 존중하는 의미에서 법률의 규정에 의하여 허용된 경우에 한하여 객관소송으로서의 기관소송이 인정되고 있다고 하겠다.

## II. 권한쟁의(conflict de compétence)심판과 기관소송

우리 나라 헌법재판소법 제61조는 권한쟁의심판을 국가 또는 지방자치단체상호간에 있어서 권한의 존부 또는 범위에 관한 쟁송으로 규정하고 있다. 우리 나라의 권한쟁의심판은 헌법재판으로서, 법률의 규정에 의하여 한정적으로 인정되는 기관소송의 경우와는 달리, 피청구인의 처분 또는 불행위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에는 언제나 심판의 청구가 가능하며, 집행행위 또는 입법행위가 그 소송의 대상인 기관소송과는 달리 입법 행위만이 심

관청구의 대상이 되며 따라서 지방자치단체 상호간에 있어서서는 조례와 규칙만이 그 대상이 된다는 점이 감독 기관의 취소 또는 정지처분과 지방의회의 의결을 대상으로 하는 기관소송과의 차이점이다. 그러나 권한쟁의심판은 구체적 처분이 다른 당사자의 이익을 침해하는 이익의 분쟁 (conflit d' intérêt)은 아니지만 객관적 규범들간의 충돌을 해결하여 객관적인 법질서의 유지를 목적으로 하기 때문에 객관적 쟁송이라는 점에서는 성격을 같이한다. 즉 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한의 침해는 주관적 권리로서의 법률상의 이익의 침해가 아닌 객관적 규범 질서로서의 권한을 유월하는 입법행위를 의미하는 것으로 볼 수 있다.

### Ⅲ. 지방자치단체 상호간에 있어서의 분쟁의 해결방법

지방자치단체 상호간에 있어서의 분쟁의 해결방법을 지방자치행정의 구조에 따라 분류하면 다음과 같다.

① 국가사무에 대한 감독행위 : 이로 인해 빚어지는 분쟁은 이익의 분쟁(conflit d' intérêt)이다. 지방자치법 제140조에 따른 시·도 지사의 당사자의 신청에 의한 조정만이 가능하다.

② 자치사무에 대한 감독행위: 이로 인한 분쟁은 이익의 분쟁(conflit d' intérêt)과 권한의 분쟁(conflit de compétence)의 두 가지 있다.

- 지방자치법 제140조에 따른 시·도지사의 조정; 이

### 해의 분쟁

- 지방자치법 제157조 제2항에 따른 기관 소송: 이해의 분쟁
- 지방자치법 제159조에 따른 기관 소송: 조례의 경우는 권한의 분쟁, 기타의 경우는 이해의 분쟁
- 다른 지방자치단체의 권한을 침해하거나 할 우려가 있는 조례에 대하여는 헌법재판소에 권한쟁의심판의 청구를 통한 감독이 가능하다: 권한의 분쟁

③ 자치사무에 대한 집행행위: 이익의 분쟁으로 자치사무에 대한 집행행위는 지방자치법 제140조에 의한 조정만이 가능하다.

④ 자치사무에 대한 입법행위: 권한의 분쟁으로 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 청구, 지방자치단체장의 규칙의 경우에는 지방자치법 제140조에 의한 조정이 가능하다.

한편 지방자치법 제157조에 의한 기관소송은 집행행위에 대한 것으로 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상이 되지 아니하므로 행정소송법 제3조 제4호의 “다만 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관할사항으로 하는 소송은 제외한다.”는 단서 규정에도 불구하고 사법적 해결 방법으로는 기관 소송의 제기만이 가능하며, 지방자치법 제159조의 지방의회 의결에 대한 지방자치단체장의 국가기관으로서의 소송제기 또한 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판은 국가기관 상호간, 국가와 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간에만 가능하므로 행정소송으로서의 기관 소송이 가능하다.

다만 지방의회의 의결이 조례의 제정 및 폐지에 해당하는 경우에는 지방자치법 제159조에 의한 기관 소송과 헌법 재판소법 제62조에 의한 권한 쟁의 심판의 양자가 모두 가능하겠으며 지방자치법 제157조와 제159조에 의한 소송이 행정소송법 제9조와 제46조에 의한 고등법원을 제1심 관할법원으로 하지 않고 대법원을 관할법원으로 하고 있는 것은 입법상의 오류이나 행정소송으로서의 기관소송의 성격을 상실하는 것은 아니라고 할 것이다.

## 제 5 절 권한쟁의심판의 분류

권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 불행위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해할 위험이 있는 때에 청구하는 사전적 심판과, 권한을 침해하였을 때 청구하는 사후적 심판으로 구분된다.

### I. 사전적 심판

다른 지방자치단체의 조례나 규칙의 제정 그 입법안 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 침해할 위험이 있을 때 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하는 해석심판(Recours d' interprétation)이다. 즉 다른 지방자치단체의 조례나 규칙 또는 그 입법안이 해당 지방자치단체의 권한의 범위를 침범할 것인지의

여부가 분명하지는 아니하나 범위의 경계에 근접하고 있는 경우에 또는 조례나 규칙의 효력발생 이전에 앞으로 효력이 발생하면 권한의 침해를 방지하기 위하여 권한을 침해할 것이 확실시되는 경우에 헌법재판소의 판단을 구하는 심판이다.

권한쟁의심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하게 되어 있다. 조례나 규칙의 권한 침해의 위험을 안 날은 기초지방자치단체의 규칙은 시·도지사가 공포예정 15일전에 보고를 통하여 알게 되며, 광역 지방자치단체 상호간 또는 기초지방자치단체 상호간의 조례나 규칙은 공포일을 안 날로 간주할 경우 조례나 규칙은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생하므로 공포한 날로부터 20일 이전에 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하고, 종국결정의 선고시까지 해당 처분의 효력을 정지하는 결정을 하게 되면 헌법재판소는 조례나 규칙에 대한 사전적 심판기관이 된다. 따라서 광역지방자치단체의 권한을 침해하는 기초지방자치단체의 조례에 대하여는 시·도지사가 지방자치법 제159조에 의한 재심요구를 할 수도 있고 또는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수도 있다. 그러나 규칙에 의한 권한침해 및 광역지방자치단체 상호간 또는 기초지방자치단체 상호간의 권한을 침해하는 조례에 대하여는 헌법재판소에 의한 권한쟁의 심판만이 사전적 통제수단이 된다. 권한침해 위험을 제거하기 위한 이러한 사전적 권한쟁의심판이 실효를 거둘 수 있게 하기 위



하여는 헌법재판소법 제65조를 개정하여 권한쟁의심판이 청구되면 해당 처분의 효력이 정지되도록 함이 바람직하다.

## II. 사후적 심판

피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 이미 침해한 경우에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하거나 해당처분 또는 부작위를 취소 또는 무효 확인하는 것이다. 조례나 규칙이 공포된 후20일을 경과하면 효력을 발생하게 된다. 효력이 발생된 조례나 규칙이 다른 지방자치 단체의 권한을 침해하였거나 권한의 범위를 침범하였는지의 여부가 분명치 아니한 경우, 이에 대한 해석심판 및 취소심판(Recours d'annulation) 또는 무효(déclaration de nullité)심판을 구하는 것이다. 즉 지방자치단체의 조례나 규칙이 지방자치단체에게 권한을 부여하고 있는 헌법이나 법률에 합치되는가를 해석, 취소 또는 무효확인하는 것이다.

여기서 권한을 부여하고 있는 헌법과 법률간에 불일치가 있는 경우, 법률의 합헌성여부라는 선결 문제가 발생하고, 권한쟁의심판의 전제로써 발생한 선결 문제로서의 법률에 대한 위헌심사는 헌법재판소가 담당할 수밖에 없다. 사후적 심판으로서의 조례나 규칙에 대한 합헌성 및 합법성에 대한 통제에 관한 방법으로 취소 또는 무효확인을 할 수 있다는 것은 법률상의 쟁송에만 익숙해 온 경험으로 볼 때

는 개별적 구체적 처분이 아닌 일반적 추상적 규범에 대한 취소를 인정하였다는 점에서 다소 생소하게 볼 수도 있겠으나, 객관적 법질서의 확립이라고 하는 객관적 쟁송의 성격상 일반 추상적 규범에 대한 취소의 인정은 오히려 당연한 것이라고 하겠다. 행정소송의 경우에 있어서도 취소소송을 주관적 소송으로 보지 아니하고 객관적 소송으로 보고<sup>38)</sup> 있는 프랑스의 경우는 명령을 월권소송(lecontentieux de l' excès de pouvoir)의 대상으로 삼아 취소할 수 있는 것으로 보고 있으며, 1894년이래 일반적 성격의 행정 처분(una disposición administrativa de caracter general)에 대한 항고소송을 인정하지 아니하던 스페인에서도 1956년 행정소송법 제39조 1항에 의해 명령에 대한 취소소송을 인정하고 있다.<sup>39)</sup>

---

38) 이광윤, 프랑스법상의 공권과 소의 이익, 고시계, 1991, 8월호 참조.

39) 이광윤, 명령과 행정행위에 관한 비교법적 고안, 현대행정과 공법이론, 서원우 교수 회갑기념논문집, 1991, 법문사, p.352.

## 제 4 장 지방자치단체 상호간의 행정의심판의 절차상의 특징

### 제 1 절 집행의 정지

소송이 제기된 경우 소송의 대상이 된 처분의 집행이 정지되는가 정지되지 아니하는가 하는 문제는 일반적으로 처분청이 소제기인에 대하여 특권을 향유하는가 여부에 따라 달라지는 것으로, 행정처분의 경우 행정청에게 국민에 대한 특권을 인정하고 있는 프랑스의 경우는 원칙적인 집행부정지주의를 채택하고 있는데 반하여 제2차 세계대전 후 행정청에게 국민에 대한 특권을 더 이상 인정하고 있지 아니한 독일의 경우는 원칙적인 집행정지주의를 채택하고 있다.

즉 M. Hauriou는 “행정청의 결정은 다룰 수 없는 것으로 추정되기 때문에 관사의 개입없이 예선적으로(préalablement) 행정청에 의하여 집행되며 국민은 우선 행정처분에 복종하여야 한다.”고 하여<sup>1)</sup> 행정의 특권(prérogative de l'administration)을 인정하였던 바, 이러한 행정의 특권의 결과 특별한 입법규정이 없는 한 집행은 정지되지 아니한다. 그러나 국가기관 또는 지방자치단체 상호간에 있어서는 어느 한쪽 당사자에게 특권이 인정되지 아니하는 바 특

---

1) Maurice Hauriou, Précis de droit administratif, 1933,p.361.

권의 관점에서 보면 원칙적인 집행정지주의를 채택함이 이론의 귀결로 볼 수 있다. 한편 행정소송에 있어서의 집행정지주의나 집행부정지주의나 하는 것은 행정판사의 역할과도 밀접한 관련이 있는 것으로, 프랑스와 같이 행정판사가 행정청에 밀착되어 행정에 고유한 법을 창조할 권한을 가지고 있는 경우, 즉 행정에 관한 법을 건설하고 규명하는 것이 그 첫째의 임무이며 국민의 권리구제는 제2차적 임무에 지나지 않는 경우에는 집행의 부정지를 원칙으로 채택하나, 독일과 같이 행정판사에게 행정에 고유한 법을 창설하는 주임무가 있지 아니하고 국민의 권리 구제에 주목적이 있는 경우에는 정지효과를 인정함으로써 판사의 본안판결까지 당사자간의 균형을 유지할 수 있는 수단을 강구하고 있다.<sup>2)</sup> 즉, 객관적 소송일수록 집행이 부정지되며 주관적 쟁송일수록 집행이 정지된다고 볼 수 있다.

이를 권한쟁의심판에 대입하면 원칙적인 집행부정지주의를 채택하여야 한다는 논리가 성립하게 된다. 이러한 집행정지주의와 집행부정지주의의 두 가지 논리가 모두 성립될 수 있는 권한쟁의심판에 대하여 헌법재판소법 제65조는 중도적 입장을 택하여 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있게 하고 있다.

대부분의 각국의 입법례 역시 중도적 입장을 취하고 있는바, 여기서 흥미로운 점은, 오스트리아의 경우 법원과 행정관청과의 권한쟁의를 제외한 나머지 권한쟁의에 있어서 헌

---

2) Yves Gaudemet, Le juge administratif et le prononcé de surcis, A.J.D.A., 1982, pp.630-631.

법재판소의 소송절차의 개시로 다른 절차는 정지되게 하고 있어(오스트리아 헌법재판소법 제43조 제5항, 제47조 제4항)주관주의에 입각한 당연한 논리적 귀결로 볼 수 있는데 비하여, 독일의 경우에는 권한쟁의에 관하여는 별도의 규정을 하지 아니한 채 일반적인 소송절차전반에 관하여 헌법재판소의 결정으로 중대한 손실의 방지, 임박한 권한행사의 저지, 기타의 원인으로 공공복리를 위하여 긴급히 요청되는 경우에 가처분을 통하여 분쟁의 상태를 잠정적으로 규율할 수 있도록 하고 있어(헌법재판소법 제32조 제1항, 제2항)타협적 태도를 보이고 있는 듯한 인상을 준다.

객관주의에 철저한 벨기에의 경우는 집행정지의 효과가 없다. 따라서 예외적으로 집행정지를 하기 위하여는 집행으로 인해 회복하기 어려운 중한 손해로 심각한 성격(caractère sérieux)의 사건이 발생할 우려가 있을 때에 한한다. 여기서 심각한 성격이라 함은 취소심판의 청구를 정당화하는 정도가 아닌 중대한 것이어야 하며,<sup>3)</sup> 회복하기 어려운 중대한 손해(un préjudice grave difficilement réparable)라고 함은 현실적으로 회복 불가능한 손해를 말하며 여기서 정신적 손해는 배제된다.<sup>4)</sup>

따라서 우리의 경우는 원칙적인 객관주의에 입각하면서도 특권관계를 인정할 수 없는 데서 오는 집행정지체도를 수렴하고 있다고 볼 수 있다.

---

3) Francis Delpérée, Anne Rasson-Roland, Recueil d' études sur la cour d' arbitrage 1980-1990, Bruylant, Bruxelles, 1990, p.88.

4) *ibid.*, pp. 89-90 참조.

## 제 2 절 권한쟁의심판의 결정의 효력

권한쟁의심판의 결정의 효력은 결정이 주관적 행위에 해당하느냐 아니면 객관적 행위에 해당하느냐에 따라 달라진다고 볼 수 있다. 즉 Duguit에 의하면 결정이 주관적권리의 창설에 관계되는 주관적 행위인 경우에는 당사자에게만 기판력이 미치나,<sup>5)</sup> 결정이 일반적이고 항구적인 객관적 법적 상태(situation juridique objective)를 창설하는 객관적 행위일 때에는 기판력의 상대성이 논의될 여지가 없이 모든 자에게(*Erga Omnes*)대항할 수 있으며 처음부터 (*Ex tunc*)그러했던 것과 같은 소급효를 가진다.<sup>6)</sup> 그러나 계약과 같은 주관적 행위는 소급효를 가지지 아니하며 기득권을 발생시킨다. 헌법재판소는 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단 또는 피청구기관의 처분 혹은 부작위를 취소하거나 그 무효를 확인하는 결정을 할 수 있는 바, 이러한 결정들은 모두 입법행위에 대한 결정으로서 규범행위이기 때문에 객관적 행위로서 모든 국가기관과 지방자치단체를 상대로 한 대세적(*Erga Omnes*)효력을 가진다. 그러나 기간의 이유나 형식으로 인하여 청구를 각하하는 결정을 하였을 때에는 상대적 기판력

---

5) Léon Duguit, *Leçon de droit public général*, E.de Boccard, 1926, pp.188-189 참조.

6) J.M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, T. 2, L.G.D.J. 1984, P.425.

밖에는 생기지 아니하며,<sup>7)</sup> 청구사유로 인한 각하의 경우에는 상대적 기판력의 문제는 아니나 동일한 청구인에 의하여 청구사유가 충족되면 재심판의 청구가 가능하다.<sup>8)</sup> 객관적 행위인 결정의 효과는 소급효에 따른 완전복구(*Restitutio in integrum*)원리에 모순된다는 점에서 검토를 요한다고 보겠다.

권한을 위반한 규범에의 취소가 처음부터 소급효(*effet rétroactif ex tunc*)를 가지는 것은 그러한 흠이 규범의 탄생시부터 발생하였기 때문에 이에 대한 제재로써 취소의 소급효를 인정하는 것은 당연하다고 하겠다. 그러나 법적 안정성을 고려해 볼 때 이러한 소급효원칙을 기계적으로 적용하는 데는 불편이 따른다. 따라서 처음부터의 소급효원칙을 채택하고 있는 벨기에의 권한쟁의심판은 이 원칙을 다소 완화시켜 잠정적으로 효력을 유지시키는 예외를 인정하게 되었으며,<sup>9)</sup> 유럽사법재판소는 1973년 6월 6일 *Commission C/Conseil* 판결에서 “위원회(*conseil*)가 이 판결에 따른 새로운 명령을 제정할 때까지 취소된 조문의 효력을 계속한다.”고 하는 잠정적 효력 유지를 인정한 있다.

이러한 판결은 규범의 효력에 대한 법적 안정성에 대한 문제로 우리 나라 헌법재판소법 제67조 제2항의 “상대방에 대하여 이미 생긴 효력”의 원인이 되는 처분이 규범적 처분에 근거한 구체적 효력을 발생시키는 행정처분만을 가리

---

7) *ibid.*, p.423.

8) *ibid.*, p.424.

9) M.Beckers, *L' autorité et les effets des arrêts de la cour d' arbitrage*, E. story scientia, pp.50-59.

키는지 아니면 추상적 효력을 발생시키는 규범적 처분까지 포함하여 가리키는지 분명하지 아니하나, 유럽사법재판소의 예에서 보듯이 새로운 규범이 제정될 때까지 취소된 규범에 의거한 행정처분에 대하여는 유형에 따른 분류를 함이 없이 무조건적으로 소급효를 인정하지 아니할 것인지를 하는 문제를 재고해 볼 필요가 있다.



## 제 5 장 결 론

헌법의 지배원리에 의하여 헌법재판소는 모든 법규범의 정당성(regularité)을 검증한다. 법률이 권한이 있는 기관에 의해 제정이 되더라도 입법에 관한 법규를 위반하게 될 때 이를 형식적 위헌(inconstitutionnalité formelle)이라고 하고, 권한이 없는 기관에 의해 법률이 제정될 때에도 무권한으로 인한 위헌이 되는 바 무권한은 국가의 기관이 아닌 기관 또는 사인에 의하였을 때는 절대적 무권한(incompétence absolue)이라고 하고, 입법기관에 의한 법률이기는 하나 헌법상의 권한분배규정을 위반한 경우를 절대적 무권한(incompétence relative)이라고 한다. 상대적 무권한에 있어서는 자신의 입법권을 유월하여 다른 기관의 권한을 침해하게 되는 바 이러한 월권(excès de pouvoir)은 협력적 대등관계(soit coordonnés)이거나 상하적 계층관계(soit hiérarchisés)간의 양기관간에 발생한다.

연방국가에 있어서는 각지방이 입법권을 향유하고 있는 바 연방국가에 있어서의 헌법은 사안에 따라 중앙입법과 지방입법으로 입법권을 분배하고 있다. 이에 따라 중앙의 입법권의 행사와 지방의 입법권의 행사간에 월권(excès de pouvoir)으로 인한 상대적 무권한(incompétence relative)의 문제가 발생하며 각각 지방입법권을 행사하고 있는 지방 상호간에 있어서도 동일한 문제가 발생한다. 1920년 10월

1일 헌법이전의 오스트리아는 매우 지방분권화된 단일국가이었으나 1920년 10월 1일 헌법에 의하여 중앙집권적 연방국가가 되었다. 연방의 질서와 지방의 질서는 모두 연방헌법속에 규정되고 연방헌법에 종속되기 때문에 연방헌법은 연방과 지방 및 지방 상호간의 관계를 조정하는 기능을 하게 된다. 이리하여 1920년 10월 1일의 오스트리아헌법 제4장 제95조 내지 제120조는 지방의 입법권과 그 집행에 관하여 자세히 규정하는 한편 제137조 내지 제148조에서 헌법재판소에 관하여 규정하고, 제138조에서는 지방과 지방사이와 지방과 연방사이의 권한쟁의를 헌법재판소의 관할사항으로 정함으로써 헌법재판소 제도의 선두주자가 되었을 뿐만 아니라 권한쟁의심판에 있어서도 선두주자가 되었다.(체코슬로바키아 제외) 그리하여 오스트리아 헌법재판소는 입법행위나 행정행위가 제10조 내지 제15조에서 규정된 연방 또는 지방의 권한에 속하는지를 결정하며 헌법재판소에 의한 취소의 판결은 불소급의 효과를 가진다. 한편 오스트리아 최고행정재판소는 행정청의 행위에 대한 소송(Beschwerden)을 담당하며 소를 제기할 수 있는 자로 1) 행위에 의하여 권리를 침해받았다고 주장하는 자(Rechtswidrigkeit) 2) 행정행위의 절차에 참가하였거나 참가할 권리가 있는 자 3) 관할연방장관을 규정하고 있으며(제129조), 제130조에서는 헌법재판소의 관할사항은 최고행정재판소의 관할에서 제외됨을 규정하고 있다.

이상과 같은 1920년의 오스트리아 헌법규정은 대부분 현재까지 계수되고 있다. 이를 재검토하여 보면 오스트리아

헌법재판소의 권한 쟁의 심판에 있어서 연방과 지방 또는 지방 상호간의 분쟁은, 단일국가였던 오스트리아가 연방 국가로 전환되면서 중앙정부만이 가지고 있던 입법권이 연방과 지방에 분권됨에 따라 입법권을 둘러싼 연방과 지방, 또는 지방 상호간의 월권(excès de pouvoir)으로 인한 무권한(incompétence)의 문제가 발생함으로써, 헌법재판소가 헌법의 지배의 원리에 의하여 그러한 월권을 유발하는 법규범에 대하여 정당성을 검증하기 위하여 가하는 심판이 권한쟁의심판의 주요 골자이다.

한편 월권을 하게 되는 행위는 일차적으로는 입법행위로서 입법행위의 결과 성립한 법규범이 타기관의 권한에 대해 추상적 침해로 하게 되나, 이러한 추상적 침해를 유발한 법규범에 의거한 구체적 행정처분에 의하여도 제2차적인 구체적 권한침해가 발생한다고 보아, 입법행위 및 행정행위를 모두 권한침해를 유발하는 처분으로 보고 있기 때문에 행정행위의 경우 행정재판소의 관할사항에서 제외시키는 규정을 두고 있다고 해석할 수 있다. 우리 나라 헌법재판소법에 규정된 권한쟁의규정 및 행정소송법 제3조 제54호의 단서조항 “다만 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관할사항으로 되는 소송은 제외한다.”라는 규정은 오스트리아헌법의 이상과 같은 규정들을 대체로 계수하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 오스트리아와 같은 연방국가와 우리 나라와 같은 단일국가는 근본적인 국가권력구조가 상이하므로 각 기관에 할당된 권한의 성격 및 내용을 달리할 수밖에 없고, 따라서 헌법재판소에 의한

권한쟁의심판도 내용을 달리 하지 않을 수 없으리라 본다. 우선 독일이나 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서는 권한쟁의심판의 당사자가 되는 연방이나 지방이 모두 입법권을 향유하고 있으며 스페인, 이태리, 벨기에 등의 지역국가(Etat régional)의 지역들도 부분적 입법권을 향유하고 있다.

이에 반해 지방자치단체는 자치행정권을 부여받은 데 불과하기 때문에 중앙의 법률과 지방의 법률간의 충돌은 상정할 수가 없다. 고로 국가권력구조의 측면에서 보면 독일에서의 헌법상의 국가권력 상호간의 권한쟁의인 “Organs-treit” 또는 “Organstreitigkeiten”에 해당하는 국가권력기관 상호간의 권한쟁의심판을 제외한 나머지 권한쟁의심판은 존재이유(raison d' être)를 상실하게 된다.

한편 우리 나라헌법 제40조에 의하면 입법권을 국회에 속한다고 규정하고 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는…… 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 하는 바, 법령의 범위 안에서 제정하는 자치에 관한 규정이 국회의 형식적 입법권이 아닌 행정입법권의 분권에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 오스트리아헌법이 연방과 지방의 권한을 상세히 규정하고 있는 데 반하여 우리나라 헌법에 의하면 지방자치단체의 종류 및 지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정하게 하고 있기 때문에, 헌법이 규정하는 권한배분에 위반하여 월권을 행하는 소송물 자체가 없게 된다. 즉 국가와

지방자치단체간에는 자치에 관한 규정을 법령의 범위 안에서 제정할 수 있기 때문에 지방자치단체의 자치규정에 대한 월권을 이유로 한 심판의 청구는 국가만이 당사자가 될 수 있으며 지방자치단체는 어떠한 경우이든 헌법에 정한 권한배분을 침해한 이유로 국가 또는 다른 지방자치단체를 상대로 심판을 청구할 소송물이 없는 것이다.

그럼에도 불구하고 헌법 제111조 제1항 4호에서는 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판을 헌법재판소의 관할 사항으로 하고 있고, 여기에 지방자치단체 상호간에 있어서의 권한 쟁의 심판의 최대의 난점이 있다.

이에 대한 해결책은 우선 이론적으로는 아무리 헌법재판소의 관할사항으로 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 규정하고 있다고 하여도 지방자치단체 상호간에 있어서의 권한침해는 헌법상의 권한배분을 위반한 것이 아닌 법률에 대한 위반에 불과하기 때문에 우선 보충성의 원리에 어긋나며, 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상이 되는 소송물 자체가 없으므로, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 일체 헌법재판소에서는 다루지 아니하고 각하하는 방법이 가능하다.

두번째는 정책적인 고려로써, 우리 나라에는 행정최고재판소가 없으며 사법권은 대법원을 정점으로 하는 법원에 소속하는 이른바 보통재판소제도를 도입하고 있는 바, 보통재판소제도는 제헌헌법제정과정에서 유진년박사가 제안 이유설명에서 밝혔듯이 “.....행정소송에 대하여 대륙식 특별재판소제를 취하지 않고 영미식제도를 취해 본 것입니

다. 종래의 불란서라든가 이러한 구라파대륙에서는 행정권의 처분에 관해서 그 불법을 주장하는 사람이 있다고 하더라도 보통재판소에 소송을 제기하지 못하고 행정재판소라는 특별한 기관을 통해서만 할 수 있게 되어 있던 것입니다. 그러나 이렇게 행정권의 처분에 관한 소송을 행정권자 신에게 맡기는 것은 국민의 자유와 권리를 보장하는 의미에 있어서 적당치 아니하다고 해서, 법률이 정하는 바에 의하여 법령, 규칙, 처분, 그런 것이 헌법과 법률에 위반되는 경우에는 보통재판소에다가 소송을 제기할 수 있다고 이렇게 한 것입니다.” 라는 이유로 도입되었다.

이러한 이유는 행정법이란 개념 그 자체가 치자와 피치자에게 동일한 하나의 법체계와 재판제도만을 인정하는 Common law의 통일성의 원리에 상반된다 하여 프랑스를 행정법 독재국가라고 비판하였던 Dicey 교수의 ‘Law of Constitution’ 1885년 제1권의 이론이 대표적인 것으로, 이 이론의 영향을 받은 보통법국가들은 그 대신 특별히 설치된 행정심판소(administrative tribunal)의 편의적 혼합체를 만들어 왔었다.<sup>1)</sup> 따라서 많은 집단과 개인의 권익을 크게 좌우하는 행정적 결정의 방대한 분야가 전적으로 동법적 통제(judicial contrôle)밖에 처해지게 되는 비법치국가적 모순이 발생하는 한편, 법원은 법령해석 과정에 의하여 명백히 절대적인 재량을 그 법안을 기초한 의회의 입법자들

---

1) de Smith, Judicial Review of Administrative Action, 1968, p.4 참조. 볼프강 프리드만 저, 현대경제국가의 법원리, 박수혁역, 법문사, 1986, p.93의 소개.

을 경악시킬 정도로 제한적인 상대적 재량으로 전환시켜 왔다.<sup>2)</sup>

“이러한 불만족스러운 사태의 원인은 분명히 오늘날 점점 더 복잡하고 다양해진 행정당국의 기능에 대한 감독이 일반적으로 행정경험과 훈련이 결여된 법관과 보통법 법정의 무의 부수적 측면의 일부로 되어 있다는 데에서 찾아지고 있다. 그들은 또한 보통법의 개인주의적 전통에 깊이 물들어 있으며 사회적 요소를 어느 문제에 있어서나 무시하려는 듯하다는 아쉬운 점이 있는 것이다. 완전한 행정재판체제를 갖춘 나라들은 행정에 관한 많은 경험을 가진 고도로 훈련된 법조인들로 충원된 일반최고법원과 같은 지위의 행정법원을 정점으로 하고 있다.”<sup>3)</sup>

이러한 보통재판소제도에 대한 비판은 이미 Dicey교수 자신이 1902년 발행된 ‘Law of the Constitution’ 제6판에서 1)English misconceptions as to “Droit administratif”(프랑스행정법에 대한 영국인의 오해) 2)The Evolution of “Droit administratif”(행정법체제의 영국에서의 발전)이라고 하는 두 개의 appendice를 삽입함으로써 이미 그의 견해를 수정하였으며, 1908년 발행된 ‘Law of the Constitution’의 제7판에서는 제17장으로 위의 두 주제에 관한 글을 본문에 편입하였다. 따라서 보통재판소제도의 국민의 자유와 권리의 보장을 이유로 한 옹호론은 이미 1902년에

---

2) Benjafield & Whitmore, Australien administrative law, 3rd., ed., 1965, pp.172-186 참조. 앞의 책에서 소개.  
3) 볼프강 프리드만, 앞의 책. p.99.

이론적 근거를 상실하였다고 볼 수 있다. 이러한 점을 염두에 두고 볼 때, ‘과연 신라의 삼국통일이래 줄곧 중앙집권적 단일국가체계를 유지하여 온 우리 나라에서 유사 이래 처음으로 본격적인 지방자치(제2공화국을 제외하고)를 실시하는 데 있어 지방자치행정에 대한 보통재판제도를 기본으로 하고 있는 현행 사법부에 의한 사법적 통제가 합리적인 것인가?’하는 문제가 발생하지 아니할 수 없다. 따라서 특별재판소로서의 행정재판소가 존재하지 아니하는 우리나라의 경우 지방자치행정에 대한 일반사법부의 사법통제권을 제한 또는 박탈할 수 있는 길은 헌법재판소가 특별재판소의 대표격으로 지방자치행정이라고 하는 특별한 행정에 관한 특별재판소로서의 역할을 떠맡지 아니할 수 없다.

세번째 해결책으로는 현행법 질서와 정책적 고려를 종합하여 절충적으로 특별재판소와 일반사법부간에 지방자치에 관한 관할을 분배하는 것으로, 구체적으로 말하면 헌법재판소와 대법원간의 권한을 분배하는 것이다. 즉 헌법재판소법에 의한 권한쟁의심판과 지방자치법에 의한 기관소송을 양립시키는 것으로 여기에는 ‘어떠한 기준에 의하여 헌법재판인 권한쟁의심판의 대상과 행정소송인 기관소송의 대상을 구분할 것인가?’하는 문제가 발생한다. 우선 헌법재판소로서의 중앙과 지방 상호간의 권한쟁의의 발생은 연방국가 또는 지역국가에 있어서 지방의 입법권(pouvoir législatif)향유로 말미암아 생겨난 제도이므로, 이러한 입법권을 부여받지 못하고 있는 우리 나라 지방자치단체들에 대하여는 ‘제2차적 입법권에 해당하는 규범적 처분의 충돌



만을 헌법재판소에 의한 권한쟁의의 대상으로 삼고 나머지 구체적 집행행위에 의한 제 2차적 권한침해(이익의 침해로 인한 결과적 권한침해)에 대하여는 기관소송의 대상으로 삼는 것이 합리적인 방법이 되지 아니할까? 라고 생각해 볼 수 있다. 부분적 입법권을 부여받고 있는 지역국가인 벨기에나 이태리에서도 구체적 행정처분은 행정소송의 대상으로 하고 있지 헌법재판소의 관할로 하고 있지 아니한 점을 고려해 볼 때, 이론적으로 헌법재판의 대상이 되지 아니하는 단일국가에 있어서의 지방자치단체의 처분에 있어서는 독일, 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서 각 주의 처분에 대하여 인정하고 있는 것과 같은 이익의 침해를 유발하는 집행행위에까지 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상으로 확대하는 것은 부적절하다고 아니할 수 없다. 더구나 우리 나라에서는 집행행위로 인한 기관소송도 주관적 권리의 침해로 인한 주관적 쟁송이 아닌 중앙과 지방간의 권력구조의 운영이라고 하는 객관적인 법질서의 유지를 목적으로 하는 객관소송으로 분류하고 있고, 권한쟁의심판의 정의도 “권한의 존부 또는 범위”라고 하여 기관소송에 있어서의 “권한의 존부 또는 그 권한행사” 보다는 객관적 규범성을 더욱 강하게 표시하고 있기 때문에 객관적 쟁송으로서의 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판의 대상으로서는 지방자치단체의 경우 조례와 규칙에 한정하는 것이 타당하리라 본다.

다음으로 기관소송에 있어서의 문제점은 우선 행정소송법 제45조에 의하여 열기주의를 채택함으로써 소권이 제한됨

으로써 지방행정의 적정성의 확보에 문제가 생길 수 있다는 점에서 행정소송법 제45조의 개정 내지는 특별법의 마련이 필요하다고 보겠으며, 일반 사법법원이 과연 법률상의 쟁송이 아닌 행정에 대한 감독기관의 역할을 떠맡을 수 있는가 하는 문제는 집행행위로 인한 기관소송의 경우에도 여전히 의문으로서 남게 된다. 또한 현행 지방자치법 제157조와 제159조에 의한 기관소송은 행정소송의 일반적 심급을 무시하고 대법원에 소를 제기하게 하고 있으므로 입법적 정리가 필요하다.

그러나 국가와 지방자치단체 또는 지방자치단체 상호간의 집행행위의 충돌을 항고소송으로 보기 위하여는 우리나라에 있어서의 중앙과 지방의 권력분배 정도의 변경이 필요한 것으로 현행 헌법상의 지방자치의 정도로 보아서 독립된 법인격 주체간의 외부적 법률행위로 보기는 곤란하다고 본다.

결론적으로 종합하면, 우선 입법적 정리가 필요하다고 보겠으나 앞에서 살펴본 바와 같은 문제점을 효율적으로 해결하는 방법은 전문적 행정재판소를 창설하여 행정재판소로 하여금 일체의 지방자치에 관한 권한쟁의를 관장하도록 함이 필요하다고 보겠다. 그럼으로써 불필요한 혼란과 재판소간의 권한충돌을 방지할 수 있으리라 본다. 한편 조례와 규칙의 제정절차에 있어 법률상의 전문적 견해에 의한 사전적 통제가 결여됨으로써 수많은 조례와 규칙이 실정 법률질서에 위배됨은 물론 상호간의 충돌을 야기할 위험성이 많기 때문에 이를 해결하기 위하여도 전문적인 행정법

원의 법률적 조언이 조례나 규칙의 제정과정에 반드시 개입할 필요가 있다. 스페인의 경우를 보더라도 자치공동체의 입법인 status의 제정에는 반드시 최고행정재판소의 자문을 거치도록 하고 있으며, 벨기에에서도 콩세이데따의 자문을 반드시 거치도록 하고 있다. 따라서 전문적인 행정법원을 창설할 경우 전문적 행정법원은 충분한 연구를 통하여 조례나 규칙에 대한 사전적 통제에 효율적으로 개입할 능력을 보유하여야 하며, 이와 같이 재판과 자문의 양기능을 갖출 수 있는 행정재판소의 모델로는 프랑스형인 Conseil d' Etat가 제시될 수 있으리라 본다.



제 4 주 제

독일에 있어서의  
지방자치단체의 헌법소원

석 종 현  
(법박·단국대학교 법과대학 교수)

## 목 차

제 1 절 서 론 .....	363
I. 문제의 제기 .....	363
II. 지방자치단체의 자치행정권 .....	367
1. 권리주체성의 보장 .....	368
2. 법제도의 보장 .....	371
(1) 지방자치단체의 전권능성 .....	371
(2) 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit) .....	373
① 계획고권 .....	374
② 지역고권 .....	375
③ 조직고권 .....	375
④ 인사고권 .....	376
⑤ 조례고권 .....	376
⑥ 재정고권 .....	378
(3) 법률유보(Gesetzesvorbehalt) .....	379
3. 주관적 법적 지위의 보장 .....	380
제 2 절 기본법 및 연방헌법재판소법상의	
지방자치단체의 헌법소원 .....	382
제 1 항 본안결정의 요건 .....	384
I. 소원대상 .....	384
1. 연방법률과 주법률 .....	384
2. 법규명령 .....	386
3. 자치조례 .....	387
4. 관습법 .....	387
5. 입법부작위 .....	387
II. 참가능력(Beteiligunsfähigkeit) .....	388
1. 참가능력의 의의 .....	388
2. 소원제기자능력 .....	389

(1) 지방자치단체의 개념 .....	389
(2) 지방자치단체연합 .....	392
1) 지방자치단체연합의 개념 .....	392
2) 주법상의 지방자치단체연합 .....	394
① 「란트크라이스」 .....	394
② 소규모의 지방자치단체연합 .....	395
③ 중규모의 지방자치단체연합 .....	396
④ 목적단체 .....	397
3. 절차참참가권 .....	397
III. 소송능력(Prozeßfähigkeit) .....	399
1. 소송능력의 의의 .....	399
2. 지방헌법이 정한 기준에 의한 소송능력 .....	399
3. 자치단체가 폐지된 이후의 소송능력 .....	401
IV. 소원적격(Beschwerdebefugnis) .....	402
1. 소원적격의 의의 .....	402
2. 주장책임의 대상 .....	404
3. 주장책임의 범위 .....	408
(1) 자치행정권위배성의 주장 .....	408
① 권리주체성의 보장 .....	409
② 지방자치단체의 법적지위의 보장 .....	412
③ 지방자치단체연합의 법적지위의 보장 .....	413
(2) 자기의 권리장해의 주장 .....	415
① 자기의 자치행정권의 연관성 .....	415
② 관련성의 현재성 .....	418
③ 직접성 .....	420
제 2 항 지방자치단체의 헌법소원의 보충성의 원칙 .....	421
I. 보충성의 원칙 .....	421
II. 보충성조항의 타당범위 .....	423
제 3 항 지방자치단체와 지방자치단체연합의	
소송법상의 지위 .....	426

I. 소송대리 .....	426
II. 기록열람권(Akteneinsichtsrecht) .....	428
III. 증거채택(Beweisaufnahme) .....	429
IV. 구두변론(mündliche Verhandlung) .....	430
V. 불공정의 우려를 이유로 한 재판관기피 .....	431
제 4 항 헌법재판소의 결정 .....	431
I. 심리기준(Prüfungsmaßstab) .....	431
II. 결정의 내용 .....	434
1. 본안에서의 결정 .....	434
2. 부수의 결정(Nebenentscheidung) .....	435
제 5 항 가치분 .....	436
I. 가치분의 형식적 요건 .....	436
II. 가치분의 실제적 요건 .....	437
제 3 절 각주에 있어서의 지방자치단체의 헌법소원 .....	439
제 1 항 개 설 .....	439
I. 주법상 헌법소원이 인정되지 않는 주 .....	441
1. 「헤센」(Hessen)주 .....	441
2. 「니더작센」(Niedersachsen)주 .....	442
3. 「슈레스빅 홀슈타인」주(Schleswig-Holstein) .....	443
II. 주법상 헌법소원이 인정되는 주 .....	443
1. 「바덴 뷔르템베르크」(Baden-Württemberg)주 .....	443
2. 「바이에른」(Bayern)주 .....	444
3. 「브레멘」(Bremen)주 .....	444
4. 「노드라인 베스트팔렌」(Nordrhein-Westfalen)주 .....	445
5. 「라인란트 팔츠」(Rheinland Pfalz)주 .....	445
6. 「자르란트」(Saarland)주 .....	446
제 2 항 본안결정 요건 .....	446
I. 절차대상(Verfahrensgegenstand) .....	446
1. 「바덴 뷔르템베르크」주 .....	447
2. 「바이에른」주 .....	448



3. 「브레멘」 주 .....	448
4. 「노드라인 베스터팔렌」 주 .....	449
5. 「라인란트 팔츠」 주 .....	449
6. 「자르란트」 주 .....	450
II. 참가능력(Beteiligungsfähigkeit) .....	450
1. 소원제기자능력 .....	451
2. 절차보조참가자격 .....	451
III. 소송능력(Prozeßfähigkeit) .....	452
IV. 신청적격(Antragsbefugnis) .....	453
1. 주장책임의 대상 .....	453
2. 주장책임의 범위 .....	456
(1) 자치행정권위배성의 주장 .....	458
① 권리주체성의 보장 .....	459
② 지방자치단체의 법적지위의 보장 .....	460
③ 지방자치단체연합의 법적지위의 보장 .....	462
(2) 자기의 권리장해의 주장 .....	463
① 자기의 자치행정권의 관련성 .....	463
② 연관성의 현재성 .....	464
제 3 항 지방자치단체와 지방자치단체연합의 소송법상의 지위 .....	465
I. 소송대리 .....	465
II. 기록열람권(Akteneinsichtsrecht) .....	467
III. 증거채택(Beweisaufnahme) .....	468
IV. 구두변론(mündliche Verhandlung) .....	468
V. 불공정의 우려를 이유로 한 재판관기피 .....	469
제 4 항 지방자치단체의 헌법소원과 주법상의 헌법소원과의 관계 .....	470
제 5 항 주법상의 가치분 .....	474
I. 가치분의 형식적 요건 .....	475
II. 가치분의 실체적 요건 .....	476

제 4 절 결론: 지방자치단체의 헌법소원제도의 도입필요성 ...	478
I. 개 설 .....	478
II. 지방자치의 제도적 보장 .....	479
III. 지방자치단체의 헌법소원제도의 도입필요성 .....	481
참 고 문 헌 .....	482

# 제 1 절 서 론

## I. 문제의 제기

헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit)이란 입법, 사법, 행정 등 3권력이 하는 국사가 국가 최고 통치 이념인 헌법에 맞도록 헌법재판소가 통제하여 헌법이 지배하는 국가 사회를 이룩하려는 배려에서 마련된 것이며<sup>1)</sup>, 이러한 헌법재판 제도는 자유민주적 통치구조에서 가장 우선적이고 선결적인 과제로 평가되고 있다.<sup>2)</sup> 따라서 헌법재판은 헌법을 존중하고 지키려는 강한 ‘헌법에의 의지’를 필수적인 전제로 하는 특수한 권력통제장치이며, 이러한 의미에서 헌법재판은 헌법수호자로서의 기능과 역할을 하는 것이라 할 수 있다. 헌법 제111조는 헌법재판소의 관장사항으로 ① 법률의 위헌여부 심판, ② 탄핵의 심판, ③ 정당의 해산심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 심판, ⑤ 헌법소원심판을 열거하고 있다. 따라서 헌법재판소는 법률의 위헌심판, 탄핵의 심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판 등에 관한 헌법심판에 의하여 행정부, 입법부, 사법

---

1) 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구, 1991년 8월호, 14면 참조.  
2) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1991, 790면.

부의 헌법준수의무를 감시하며, 또한 헌법준수의무가 지켜지도록 파수꾼의 역할을 하는 것이다. 이와 같은 헌법재판 중에서 특히 헌법소원심판은 헌법심판의 꽃으로서 국민의 기본권보장을 위한 획기적인 것으로 평가되고 있다. 여기서 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)이란 국민의 헌법상의 권리가 국가권력에 의하여 침해된 경우에 헌법재판소에 제소하여 구제를 청구하는 특수한 권리구제제도를 의미하는 것이 보통이다. 헌법소원은 개인의 기본권침해를 제소요건으로 하는 점에서 개인의 기본권 보장제도이지만, 객관적인 헌법질서 유지기능도 가지고 있다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 제기할 수 있다. 다만 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다’고 규정하여 개인의 기본권보장을 위한 헌법소원을 인정하고 있다. 다시 말하면 현행 헌법소원제도는 개인의 기본권 보장을 위한 헌법소원과 객관적 헌법보장의 기능을 가지는 위헌법률심사형 헌법소원을 중심으로 하고 있다고 할 수 있다. 물론 헌법소원의 범위를 어디까지 인정할 것 인지의 문제는 입법정책적 문제이긴 하지만, 외국, 특히 독일<sup>3)</sup>의 입법예를 보면 지방자치

---

3) 독일의 헌법재판제도에 관하여 상세는 허영, 서독에 있어서의 헌법재판, 공법연구 제9집(1981), 5면 이하; 조병륜, 독일의 헌법재판제도, 공법연구 제9집(1981), 65면 이하; 황우여, 서독에서의 헌법과 재판, 공법연구 제13집(1985), 31면 이하 참조.

단체 또는 지방자치단체연합의 헌법소원을 인정하고 있다.<sup>4)</sup> 즉, 독일의 기본법 제93조 제1항 제4b호 및 연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz)은 제90조에서 공권력에 의해서 자기의 기본권을 침해당했다고 주장하는 국민이 제기하는 헌법 소원<sup>5)</sup> 외에도 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 제기하는 헌법소원을 인정하고 있어, 지방자치단체(Gemeinde) 또는 지방자치단체연합은 연방과 주의 위헌입법에 의해서 지방자치를 보장하는 기본법 제28조의 규정이 침해되었다고 주장하는 헌법소원을 제기할 수 있다. 독일의 입법예에서 보듯이 지방자치단체의 자치권은 연방과 주의 위헌입법에 의해서 침해될 수 있다는 점이다. 따라서 한국의 경우에도 현행 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 자치권 역시 국가입법 또는 상급 지방자치단체의 위헌입법에 의하여 침해될 수도 있다는 것을 충분히 예상할 수 있다. 그러나 헌법재판소의 관장사항을 규정한 헌법 제111조 제1항은 물론 그에 근거하여 제정된 헌법재판소법 역시 지방자치단체의 헌법소원에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있어 그러한 위헌입법에 대한 헌법 소원의 제기 여부가 현실적인 문제로 부각

---

4) 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 제기하는 헌법소원은 보통 ‘지방적 헌법소원’(Kommunale Verfassungsbeschwerde)으로 지칭되고 있으나 본고에서는 지방자치단체의 헌법소원으로 표기하기로 한다.

5) 서독에 있어서의 기본권침해에 대한 일반적 헌법소원에 대한 상세는 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권(1990), 300면 이하 참조.

되는 경우에 대처할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 따라서 본 연구에서는 지방자치단체의 헌법 소원의 제기 여부가 현실적인 문제로 대두될 수 있다는 점을 전제로 하여 그에 대처할 수 있는 제도적 방안을 모색하고, 제도 도입과 관련한 헌법이론적 문제를 검토하고 분석하고자 한다. 본 연구는 위에서 지적한 바와 같이 현행 헌법과 헌법재판소법의 헌법 소원의 유형의 하나로 인정하지 않고 있는 헌법소원의 도입 가능성을 검토함에 있기 때문에, 지방자치단체의 헌법소원을 제도적으로 채택하고 있는 독일의 경우를 중심으로 비교법학적 방법에 의하여 접근하지 않을 수 없다. 특히 지방자치단체의 헌법소원은 개인의 기본권침해에 대한 헌법 소원의 경우와는 달리 지방자치단체의 자치행정권(Selbstverwaltungsrecht)의 침해를 이유로 하는 헌법소원이므로 자치행정권의 의의와 내용을 제대로 파악할 필요가 있다. 한국의 경우 지방자치단체의 자치권은 보통 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권, 자치재정권 등으로 이해되고 있으며,<sup>6)</sup> 그 내용에 대해서는 지방자치단체의 전권능성(Allzuständigkeit)과 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)으로 보는 견해가 유력하다.<sup>7)</sup> 독일의 경우는 기본법 제 28조 제2항에서 규정한 자치행정권을 계획고권(Planungshoheit), 인사고권, 조례고권(Satzungshoheit), 재정고권 등으로 이해하고 있다.<sup>8)</sup> 여기서 한국과 독일의 자치권을 대

6) 석종현, 일반행정법(하), 제4판, 삼영사, 1991, 200면 이하.

7) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1991, 213면; 김원주, 지방자치권, 고시계, 1989년 5월호, 15면.

8) E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: Ingo v. Münch(Hrsg.),

비하면 인사고권, 계획고권 등 한국에 있어서의 자치행정권에 포함되는 것이고, 조직고권은 자치조직권에, 조례고권은 자치입법권에, 재정고권은 자치재정권에 해당하는 것이라 할 수 있다. 그러나 한국의 현행 실정법은 물론 공법이론 역시 계획고권의 관념을 아직 인정하지 않고 있기 때문에 독일의 지방자치단체의 헌법소원과 같은 또는 유사한 헌법소원의 도입을 평가하기 위해서는 먼저 지방자치단체의 자치권 내지는 자치행정권의 의의와 내용을 구체적으로 살펴보지 않을 수 없다. 자치권의 범위와 내용을 규명하는 것은 그 자치권 침해를 이유로 하는 지방자치단체의 헌법소원의 이해를 위한 이론적 전제가 되는 것이기 때문이다.

## II. 지방자치단체의 자치행정권

지방의 자치행정(Selbstverwaltung)에 관하여는 기본법<sup>9)</sup>과 주헌법(Landesverfassung)<sup>10)</sup>의 여러 조항에서 언급하고 있으나, 가장 중요한 조항은 기본법 제28조 제2항이다. 기본법 제28조 제2항은 ‘지방자치단체(Gemeinde)에게는 법률

---

Besonderes Verwaltungsrecht, 7.Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1985, S. 112ff.

9) Vgl. Art. 28 Abs.1 und 2, Art 93 Abs. 1 Nr. 4b, Art. 115 Abs.3 GG.

10) Vgl. Verf. Baden- Württemberg Art. 69, 71, 73, 74, 75; Verf. des Landes Nordrhein- Westfalen, Art. 78 und 79; Verf. Rheinland- Plalz, Art. 49 und 50; Verf. des Saarlandes, Art. 122/128.

의 범위내에서 그 지역사회의 모든 사무(alle Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft)를 자기책임하에 규제할 권리가 보장되어야 한다. 또한 지방자치단체연합(Gemeindeverbände)도 법률의 기준에 따른 그 법률상의 임무와 범위 내에서 자치행정권을 가진다'고 규정하여 지방자치단체와 지방자치단체연합에게 자치행정권(das Recht der Selbstverwaltung)을 부여하고 있다. 자치행정권을 부여하는 기본법 제28조 제2항은 직접적으로 유효한 헌법(Verfassungsrecht)이며, 연방과 주의 입법, 행정과 사법을 구속한다. 그리고 지방자치단체나 지방자치단체연합에 인접하고 있는 인근 지방자치단체와 란트크라이스도 기본법 제28조 제2항을 존중하여야 한다.<sup>11)</sup> 여기서 기본법 제28조 제2항에서 보장한 자치행정의 내용은 ① 권리주체성의 보장, ② 법제도의 보장(Rechtsinstitutionsgaranatie), ③ 주관적 법적 지위의 보장등으로 이해되고 있다.<sup>12)</sup>

## 1. 권리주체성의 보장

11) W.Blümel, Gemeinde und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegedwart, VVDStL 36(1978), 171(210).

12) Vgl. E. Schmidt- Aßmann, Kommunalrecht, S.104ff. ; K Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, C.H.Beck, München 1977, S. 306f.; Jong H. Seok, Raumordnung in der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Korea unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens zur Aufstellung von Raumordnungsplänen nach § 5 ROG vom 8. April 1965(BGB1. I. S. 306), Diss., Speyer 1978, S. 56ff.



지방자치단체는 행정구성의 요소가 되는 것이 보장되어야 한다. 기본법에서 전제로 하는 의미에서의 지방자치단체는 공법인(Körperschaft des öffentlichen Rechts)으로서의 고유성을 지닌 일정한 지역을 기초로 하는 단체를 의미한다. 여기서 ‘보장’은 임의로 분할하는 행정 단위에 관련되는 것이 아니라, 오히려 일정한 정형에 관한 것이다. 정형으로서의 지방자치단체와 관련하여 법적으로 중요한 것은 권리능력(Rechtsfähigkeit)과 지역고권(Gebietshoheit)이라고 할 수 있다. 지방자치단체는 권리 능력 있는 단위로서 행정주체이다. 그러므로 지방자치단체는 법령에 의거 권리와 의무의 주체로서의 능력이 일반적으로 승인되어 있다. 이와 같은 권리능력은 국가와의 관계에서 자립성(Selbständigkeit)의 보장을 의미한다. 지방자치단체는 지역고권을 가지나, 단체로서 그 구성원과의 관계에 있어서는 귀속기준에 의하는 다른 단체와는 달리 법률에 근거하여 주소에 기초하여 포괄적으로 성립된다는 점이다. 이 점에서 지방자치단체는 지역단체이다. 여기서 지역단체로서의 지방자치단체의 보장은 제도적으로 보장되는 것이기 때문에 국가가 그 지방자치단체를 폐지하거나 다른 지방자치단체와 병합하지 못하는 것은 아니다. 그러나 지방자치단체의 행정단위의 전부 또는 상당부분을 제거하거나 또는 그 지방자치단체에 대신하여 자치권이 없는 행정단위로 변경하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 국가가 지방자치단체를 폐지분합하는 경우에도 당해 지방자치단체의 의사에 반하여 임의로 폐지 분합할 수 없으며, 반드시 사전에 청문을 행하고 공

공복리를 이유로 하여 폐지분합하거나 구역변경을 할 수 있을 뿐이다. 이러한 점에서는 지방자치단체는 제한적이긴 하지만 개별적인 존속보장(Bestandgarantie)이 인정되는 것이라 할 수 있다. 예컨대 연방헌법재판소<sup>13)</sup>는 지방자치단체의 폐지분합과 관련하여 정상적인 청문절차를 거치지 않는 경우와 폐지를 정당화시킬 만한 공공복리이유를 충족하지 못한 경우에 있어 편입조치(Eingliederungsmaßnahme)를 무효로 판시한 바 있다.

권리주체의 보장에는 지위 요소로서의 지방자치단체의 명칭은 역사적으로 전래되는 것이므로 그 명칭의 보호도 권리주체의 보장에 포함되는 것으로 보는 것이 보통이다. 그러나 지방자치단체의 명칭에 관한 것은 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권 보장의 핵심영역이 아니기 때문에 헌법침해의 문제없이 국가의 조직행위에 의하여 행할 수 있다. 명칭에 관하여 구체적인 사항은 지방자치단체령(Gemeindeordnung)으로 규율하고 있다. 지방자치단체가 정당하게 사용한 명칭에 대한 침해에 대하여는 민법 제12조에서 규정한 성명권에 의거 사법적 거래에서 보호됨은 물론이고 다른 고권주체와의 법적 거래에서도 보호되는 것이다. 따라서 다른 고권주체가 공적인 교신을 하면서 다른 지방자치단체의 명칭을 부적절하게 사용해서는 아니 된다

---

13) BVerfGE 50, 50f= NJW 1979, 413; BVerfGE, Beschlüsse vom 17.7.1973-2 BvR 867/ 774; NRWVerfGH, OVG 30, 312ff.; vgl. auch BVerfGE BvR 377/ 73, und uom 23.7.1979 NVwZ 1982, 95f.

는 것을 요구할 수 있는 청구권은 지방자치단체가 규율한 명칭에 관한 자치단체령(Gemeindevorordnung)과 민법(BGB) 제12조의 성명권(Namensrecht)의 유추적용에 의하여 보충되게 된다. 민법(BGB) 제12조가 지방자치단체의 명칭과 관련하여 유추적용되는 점위 내에서 동조항은 공법 규정이 되는 것이며, 지방자치단체의 명칭이 관청에 의하여 확정된대로 사용되지 않을 때에는 동조항을 침해하는 것이 된다.

## 2. 법제도의 보장

지방자치의 제도적 보장의 내용으로는 지방자치단체의 전권능성(Allzuständigkeit), 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit) 및 법률유보(Gesetzesvorbehalt)등으로 보는 것이 일반적이다.<sup>14)</sup>

### (1) 지방자치단체의 전권능성

자치행정은 당해 지방자치단체의 지역사회의 모든 사무(alles Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft)에 대하여 보장된다. 지역사회 사무에 대하여 연방헌법재판소<sup>15)</sup>는 당해 지역사회에 근원이 있거나 또는 당해 지역사회와 특수한 관련이 있어야 함은 물론 당해 지역사회가 자기책임

---

14) Vgl. E.Schmidt- Abmann, Kommunalrecht, S. 106 ff.

15) BVerfGE 8, 122(134), 195(201); 52, 95(120)

하에 자주적(selbständig)으로 처리할 수 있는 사무로 해석하고 있다. 여기서 사무의 개념은 그 사무의 지역성과 지역사회를 전제로 하는 것이다. 그러나 그 사무가 반드시 지역사회에 근원을 두어야 하기보다는 오히려 당해 지역사회의 행정력과 재정력의 범위 내에서 수행할 수 있는 사무이어야 한다고 보는 견해도 제기되고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 외교 정책, 국방 정책에 관한 사무는 지방자치단체의 사무에 속하지 않는다. 그러나 국방 정책적 관점에서 설치하는 군사 시설을 위한 입지가 특정한 지방자치단체의 관할구역 내에 예정되는 경우에 그것은 예외적으로 당해 지방자치단체의 자치행정권의 보장영역에 속하게 될 수 있다. 어떤 사무가 지역사회의 사무인지 또는 비지역사회의 사무인지의 구분은 위에서 본 연방헌법재판소의 해석기준에 의하여 구분되는 경우도 있지만 그 구분한계가 명백한 것은 아니다. 예컨대 전기나 가스의 공급사무는 원래는 자치사무였으나, 점증하는 기술적 중앙통제의 필요성으로 인하여 권역적 사무 및 초권역적 사무로 파악되다가 원거리난방(Fernwärme)과 관련해서는 다시 지역적 사무라는 점이 재인식되는 등 역사적 발전과정과 관련하여 변천되고 있기 때문이다. 이와 같이 변천과정을 겪는 사무에 있어서는 지역사회와 초지역사회는 똑같이 관심을 가지고 참여하게 된다. 따라

---

16) Thomas Clemens, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Bild der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts ( I ), Der Städtetag, 1986, S. 258 ff. (262)

서 지역사회의 사무인지의 여부를 구분하는 것은 딜레마에 빠지게 마련이지만, 최근의 학설은 다시 연방헌법재판소의 판례가 제시한 기준에 따라 구분하려는 경향에 있다. 즉, 당해 사무가 전래적인 법률에 의한 것 인지와 행정 실무적으로 지방자치단체 또는 초지방자치단체적으로 행하여진 것 인지와 어느 정도까지 지방자치단체의 기관이 사물에 적합하게, 또한 다른 지방자치단체의 책무의 존립에 필요한 실현을 하는 것인지를 기준으로 평가하는 것이다.

어떤 사무가 지역사회의 사무에 해당할 때에는 기본법 제 28조 제2항 제1문에서 규정한 보장내용이 되므로 그것은 지방자치단체의 책무에 해당한다. 이러한 사무에 대해서도 입법기관은 규율유보의 범위 내에서 다른 관할을 정할 수 있으나, 법률유보에 의한 한계가 따른다. 다른 지정(Zuweisung)이 없을 때에는 지방자치단체가 그 사무에 관하여 규율한다.

## (2) 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)

자기책임성이란 다른 고권주체, 특히 국가의 합목적성지시로 부터의 자유(Freiheit)를 의미한다. 바꾸어 말하면 지방자치단체는 지역사회의 모든 사무에 관한 자치권을 가진다는 것이다. 고권(Hoheitsrecht)으로서의 자치권은 보통 ① 계획고권(Planungshoheit), ② 지역고권(Gebietshoheit), ③ 조직고권(Organisationshoheit), ④ 인사고권(Personalhoheit), ⑤ 조례고권(Satzungshoheit), ⑥ 재정고권(Finanzhoheit)등

으로 구분되고 있다.

### ① 계획고권

계획고권은 보통 일반적 계획고권과 지역계획고권(Raumplanungshoheit)으로 구분되고 있다.<sup>17)</sup> 일반적 계획고권이란 지방자치단체가 행정의 발전 경향을 분석하고 예측한 것을 근거로 하여 구체적인 행정과정의 범위와 목표를 정하는 계획을 책정하는 권한을 말한다. 계획은 원칙적으로 추가된 책무가 아니라 책무실현을 위한 수단이기 때문에 계획권은 원칙적으로 처분권에 속하는 것이라 할 수 있다. 따라서 지방자치단체는 다른 특별한 규정이 없는 한 그의 사무에 관한 계획고권을 가진다. 조직계획과 사무분장계획, 유치원과 양로원설치계획, 스포츠시설수급계획 등을 수립·시행하는 것은 일반적 계획고권에 근거한 것이다.

지역계획고권은 일반적 계획고권의 특수한 경우에 해당하며, 이는 지방자치단체가 당해 관할구역내의 토지이용에 관한 기본적인 사항을 정하는 건설기본계획(Bauleitplan)<sup>18)</sup>을 수립하는 권한을 말한다.<sup>19)</sup>

---

17) Vgl. E.Schmidt- Abmann, Kommunaltecht, 111ff.

18) 건설기본계획은 토지이용계획(Flächennutzungsplan)과 건설상세계획(Bebauungsplan)으로 구분되고 있다.

19) 독일의 지역계획제도 및 계획고권을 소개한 문헌으로는 석중현, 공간규제행정으로서의 국토건설행정에 관한 연구, 단국대 논문집, 제 14 집(1980), 377면 이하; 동인, 시읍면의 지역계획을 위한 계획고권의 의의에 관한 연구, 단국대 논문집, 제15집(1981), 443면 이하; 동인, 행정계획과 계획고권, 고시연구, 1980년 6월호,

## ② 지역고권

지방자치단체의 의사에 반하여 당해 지방자치단체를 폐지하거나, 편입 또는 신설합병(Eingemeindung)할 때에는 법률에 근거하여야 한다. 그 외에도 그러한 폐치분합을 행하기 이전에 관계 지방자치단체의 청문을 거쳐야 하고, 또 공공복리를 이유로 하되 체제정당성(Systemgerechtigkeit)의 원칙, 자의금지의 원칙(Willkürverbot) 및 비례원칙(Verhältnismäßigkeit)을 지켜야 한다.<sup>20)</sup> 지역고권은 1970년대에 모든 주(함부르크, 베르린, 브래멘 등의 도시국가 제외됨)에서 행한 구역개혁(Gebietsreform)과 관련하여 매우 중요한 역할을 하게 되었다.

## ③ 조직고권

조직고권이란 지방자치단체가 그의 조직기구의 설치와 의결기관과 집행기관과의 협력, 지역내의 공간적 구역획정, 단체고유의 공공시설 및 지방공기업과 이들의 업무과정에 관하여 규율할 수 있는 권한을 말한다. 조직고권의 영역에서 지방자치단체는 전통적으로 폭넓은 전개상의 활동여지

---

108면 이하; 동인, 계획재량과 형량명령, 고시계, 1980년 10월호, 33면 이하.

20) BVerFGE 50, 50; T. Clemens, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Bild der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts (II und Schluß), Der Städtetag, 1986, S. 319ff. (319).

(Entfaltungsspielraum)를 가졌으며, 이는 조례 및 영조물 명령에 의하여 실현된다. 조직고권의 행사에 대한 법률적 한계는 지방헌법(Kommunalverfassungsrecht)과 지방경제법(Gemeindegewirtschaftsrecht)이 정하고 있다.

#### ④ 인사고권

인사고권이란 지방자치단체가 지방공무원의 직위나 직급 계획, 모집 및 승진요건, 급여 및 보수기준 등의 인사행정에 관한 일반적인 사항은 물론 공무원의 채용, 승진 및 전보에 관한 구체적 조치를 그의 고유한 재량에 따라 행사할 수 있는 권한을 말한다. 그러나 연방헌법재판소<sup>21)</sup>는 지방자치단체의 인사고권의 범위를 지방공무원의 선출, 임용, 승진, 해임에 한정되는 것으로 보고 있다. 따라서 공무원의 경력과 급여제도에 관한 일반적인 결정은 오래 전부터 상급지방자치단체가 정하고 있다.

#### ⑤ 조례고권

조례고권이란 지방자치단체가 그의 고유 사무에 관하여 조례(Satzung)로 규율할 수 있는 권한을 말한다. 조례는 자주적인 입법 행위이며, 자치단체의 고유 사무에 관한 일반적·고권적인 규율이다. 따라서 조례는 지방자치단체가

---

21) BVerfGE 17, 172(182).



자기책임 하에 책무실현을 행하게 하는 전형적인 수단을 의미한다. 조례는 일반·추상적으로 규율한다. 예컨대 조세조례, 부담금조례 및 수수료조례 등의 공과법의 영역과 공공시설이용과 그 이용자와의 관계를 규율하는 영조물조례 등은 그 예이다. 여기서 규율의 일반성은 행정집행의 평등성(Gleichmäßigkeit)을 담보하기 위한 것이다. 조례는 일반·추상적으로 규율하는 것이 원칙이나, 조례로 확정되는 건축상세계획의 예에서 보듯이 개별·구체적 및 일반·추상적 규율이 혼합되는 경우도 있다.

조례고권은 기본법상의 자치조항(제28조 제2항)에 근거한 것이기 때문에 위임입법의 요건을 규정하고 있는 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용을 받지 않는다. 여기서 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용이 없다는 것이 곧 조례의 규율사항이 입법적 수권에의 구속으로부터 자유를 의미하는 것은 아니다. 따라서 조례가 주민의 자유와 재산, 즉 자유권의 보장 영역을 침해하거나 주민 생활의 본질적인 사항을 규율하는 경우에는 주의회에서 제정한 법률의 근거가 있어야 한다.<sup>22)</sup> 또한 자치입법고권은 법규명령의 제정권을 포함하는 것은 아니므로 지방자치단체가 법률의 수권에 의하여 법규명령을 제정하는 경우에 위임입법을 의미하여, 따라서 그것은 위임입법의 요건을 정한 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용을 받는다.<sup>23)</sup>

---

22) Vgl. E.Schmidt, a.a.O. 156f.

23) Vgl. T. Clemens, Die Verfassungsgarantie Der kommunalen Selbstverwaltung, in: Der Städtetag 1986. S. 321f.

위에서 본 바와 같이 자치단체는 조례와 법규명령을 제정할 수 있으나, 그 외에도 대내적인 사항을 규율하기 위한 법정립행위도 있다. 이러한 행위는 전통적 의미에서의 대외법규(Außenrechtssätzen)를 의미하는 것은 아니다. 자치단체의 합의제행정기관의 업무예규, 공공시설의 이용규칙 및 건축상세계획 등의 행정계획등은 그 예이다.<sup>24)</sup>

## ⑥ 재정고권

재정고권은 지방자치단체가 법률이 정한 예산 제도의 범위 내에서 세입경제 및 세출경제에 관하여 자기책임하에 규율할 수 있는 권한을 말한다.<sup>25)</sup> 지방자치단체의 재정고권을 보장하기 위하여 기본법은 여러 조항에 그에 관하여 규정하고 있다. 즉, 제106조 제1항 제1문은 “대물세(Realssteuer)의 수입은 지방자치단체에 귀속되고, 지역적 사용세 및 소비세(Aufwandsteuer)의 수입은 지방자치단체 또는 주입법을 기준으로 하여 지방자치단체연합에 귀속된다”고 규정하고, 또 106조 제5항은 ‘지방자치단체는 각주가 주민의 소득세 납부를 근거로 지방자치단체에 교부해야 할 소득세(Einkommensteuer)의 수입에서 할당을 받는다. 상세한 것은 연방참사원의 동의를 필요로 하는 연방법률로 정한

---

24) Hierzu vgl. E. Schmidt-Aßmann Die Kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungstformen und Rechtsquellen, 1981, S. 31ff.

25) BVerfGE 26, 228(244).

다. 동법률은 지방자치단체가 그 지분에 관한 징수율을 정하는 것을 규정할 수 있다'고 규정하였다. 그리고 제106조 제7항은 '연합세(Gemeinschaftsteuer)의 수입 전체에 대한 각주의 배분관계로부터 지방자치단체와 지방자치단체연합에게는 주입법이 총체적으로 규정하는 백분율이 귀속된다. 또한 주입법은 주세의 수입이 지방자치단체(지방자치단체연합)에 귀속될 것인가 아닌가 그리고 어느 정도로 귀속될 것인가를 정한다'고 규정하였다.

### (3) 법률유보(Gesetzesvorbehalt)

지방자치단체의 자치행정권은 법률이 정하는 범위 내에서 보장된다. 따라서 자치행정권의 내용과 그 구체화는 입법형성권에 유보된 것이라 할 수 있다. 여기서 '법률'에는 주법률과 연방법률은 물론 법규명령<sup>26)</sup>과 다른 지방자치단체의 조례도 포함된다.<sup>27)</sup>

그러나 자치행정에 관한 법률유보규정은 입법권자에게 입법형성권에 의한 자의적인 입법독재를 허용한 것은 아니기 때문에 일정한 한계를 인정하지 않을 수 없다. 입법형성권의 한계로 학설과 판례는 일반적으로 본질내용보장(Wesensgehaltsgarantie)과 과잉금지(übermaßverbot)의 원칙을 인정하고 있다.<sup>28)</sup>

---

26) BVerfGE 26, 228(237); 56, 298(309).

27) E. Schmidt-Abmann, Kommunalrecht, 11of.

### 3. 주관적 법적 지위의 보장

자치행정에 관한 기본법 제28조 제2항 제1문은 지방자치단체에게 기본권을 보장하는 것은 아니다. 지방자치단체는 기본권주체로서의 국민은 아니며, 따라서 기본권주체에 관한 객관적 헌법 원칙을 원용할 수는 없으나, 주관적 법적 지위(Rechtsstellung)는 보장된다. 그러므로 각 지방자치단체는 보장의무를 지고 있는 자에 대하여 보장내용의 실행을 요구할 수 있다. 즉, 지방자치단체는 부작위청구권, 재판청구권, 제거청구권, 참여청구권 및 경우에 따라선 이행청구권을 행사할 수 있다.

자치행정의 보장조항(기본법 제28조 제2항)에 의한 재판청구권외에 기본법 제19조 제4항<sup>29)</sup>에 근거하여 지방자치단체가 재판청구권을 행사할 수 있는 지에 대하여는 견해가 대립되고 있으나,<sup>30)</sup> 현행 소송법들은 지방자치단체의 주관적 권리와 개인적 공권을 같은 것으로 취급하고 있다. 지

---

28) Vgl. BVerfGE 56, 298(312f.): E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, 110f.

29) 기본법 제19조 제4항은 ‘공권력(öffentliche Gewalt)에 의하여 그 권리(Rechte)를 침해당한 자에게는 소송의 길이 열려 있다. 다른 관할권(Zuständigkeit)이 입증되지 않는 한, 정규소송이 인정된다. 제10조 제2항 제2단에 관해서는 그렇지 아니하다’고 규정하여 권리침해에 대한 재판청구권을 인정하고 있다.

30) 긍정설이 다수설의 입장이다. Vgl. Schenke, in: Bonner Kommentar, Rdnr. 38 zu Art.19 Abs. 4 GG; E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, 113f.

방자치단체의 권리구제를 위해서는 위에서 본 여러 청구권이 인정되고 있지만, 여기에 추가하여 ‘지방자치단체의 헌법소원’이 인정되고 있다.

## 제 2 절 기본법 및 연방헌법재판소법상의 지방자치단체의 헌법소원

지방자치단체의 헌법소원이란 지방자치단체와 지방자치단체연합이 연방법 또는 주법이 기본법 제28조의 규정을 침해하는 것을 이유로 하여 연방헌법재판소에 제기하는 헌법소원을 말한다. 자치행정권(Recht auf Selbstverwaltung)의 침해를 이유로 하는 소원을 주법에 따라 주헌법재판소에 제기할 수 있을 때에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없다.<sup>31)</sup>

지방자치단체의 헌법 소원은 기본권의 성질<sup>32)</sup>을 가지지 않는 자치 행정권의 침해를 이유로 하고, 소원 적격도 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 가지게 되는 점에서 개인의 기본권 침해를 이유로 제기하는 일반적 헌법 소원(Individual Verfassungsbeschwerde)과 같은 의미에서의 헌법 소원은 아니다.<sup>33)</sup> 일반적 헌법 소원은 국가의 외부적 법영역(Außenrechtskreis)에 있어서 주관적 권리의 보호를

---

31) 기본법 93조 제1항 제4b호, 연방헌법재판소법(Gesetz über Bundesverfassungsgericht i.d.F. v.12.12.1985, BGB1. IS2229), 제91조.

32) Vgl. J. Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, Der Staat, Bd.10(1971), S. 484f.; ders., DÖV 1972, S. 1554; M. Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, Verlag Franz Vahlen, München 1977, 387f.

33) E.Schmidt-Bleibtreu/F.Klein/G.Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1976 § 91 Rdnr. 1.

위한 소송수단인데 대하여, 지방자치단체의 헌법소원은 국가 내부적인 행정구조에 관련된 조직적인 근본결정(Grundentscheidung)을 보장하기 위한 수단이라는 점에서 구별된다.<sup>34)</sup> 독일의 다수설은 지방자치단체의 헌법소원을 추상적 규범통제(abstrakte Normkontrolle)<sup>35)</sup>로 보고 있다. 그러나 추상적 규범통제와 지방자치단체의 헌법소원은, 전자는 헌법보장을 위한 객관적 절차인데 대하여 후자는 소원 적격이 있는 자에게 제도적으로 보장된 주관적, 법적 보장내용(Schutzgehalt)에 대한 연방 입법기관 또는 주입법기관의 침해로부터 보호하기 위한 것이라는 점에서 구분되는 것으로 보면서, 그것을 기본법 제39조 제1항 제3호<sup>36)</sup>, 연방 헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조에서 규정하고 있는 ‘연방과 주간의 쟁의’(Bund-Länder-Streit)으로 보

---

34) M. Sachs, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, BayVBl.1982, 37ff.(38).

35) H. Bethge, Der Umfang des Prüfungsmaßstabs des Bundesverfassungsgerichts im Entwicklungslinien in der Rechtssprechung des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshof zu kommunalen Gebietsänderungen, in: Festgabe für W.Hefermehl, 1972, S.90; W.Weber, Staatsbund Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2.Aufl., 1967, AS.41; O. Bachof, Der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden - Württemberg in: Festschrift für E.Kern, 1968, S.b; Th.Maunz, Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl., 1975, §31IV b, S.301.

36) 특히 주에 의한 연방법의 집행과 연방감독의 행사에 있어서 연방과 주의 권리·의무에 관한 의견차이에 관한 사항은 연방헌법재판소의 관할권에 속한다(기본법 제39조 제1항 제3호).

는 견해<sup>37)</sup>도 유력하다. ‘연방과 주간의 쟁의’와 지방자치단체의 헌법 소원이 다른 점은, 전자는 연방과 주의 의무에 관한 것이나, 후자는 연방 또는 주를 일방으로 하고 지방자치단체를 지방으로 하는 것이라는 점이다. 후자의 특수성은 제도적으로 보장된 권한 관계에 대한 연방 또는 주의 허용되지 않는 침해를 다툼에 있다. 지방자치단체의 헌법 소원에서 지방자치단체는 ‘침해된 자’이기 때문에 그만이 신청적격을 가지게 된다는 점에서 ‘연방 내지 주와 지방자치단체간의 쟁의’로 보아야 한다고 한다.<sup>38)</sup>

## 제 1 항 본안결정의 요건

### I. 소원대상

#### 1. 연방법률과 주법률

지방자치단체의 헌법소원은 연방법률 또는 주법률에 대하여만 제기할 수 있다.<sup>39)</sup> 따라서 판결 및 행정행위와 같은

---

37) J.Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Verlag Franz Vahlen, München 1977, S.185ff.

38) J.Brumeister, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, 17ff.(22).

39) C. Pestalozza, Verfassungsroßeßrecht, 3.Aufl., C.H.Beck'sche Verlagsbuch-handlung, München 1991, S. 192f.



고권행위는 지방자치단체의 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 헌법 소원의 대상이 되는 ‘법률 개념’은 다의적이다. 실질적 법률 개념은 규범 내용을 중심으로 이해하며 모든 추상적-일반적 명령, 모든 법규 또는 모든 법규범은 실질적 의미의 법률에 해당한다. 이에 대하여 형식적 법률 개념은 규범 내용이 아니라 그 성립을 중심으로 이해하며, 따라서 당해 규범의 내용에 관계없이 헌법이 규정하고 있는 입법 절차에 따라 제정된 의회적 입법기관(Gesetzgeber)의 모든 의사행위는 법률에 해당한다. 여기서 소원 대상이 되는 법률 개념이 형식적인 것인지 아니면 실질적인 것인지가 문제되나, 연방 헌법재판소의 판례<sup>40)</sup>와 다수설<sup>41)</sup>은 형식적 법률 개념을 취하고 있다. 여기서 형식적 법률에 해당하는 것 중에는 추상적·일반적 규율 내용을 가진 실질적 법률에 해당하는 것이 포함될 수 있다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 그리고 형식적 법률 개념은 그 성립과 법률 의결의 형식을 기준으로 파악한 것이기 때문에 의회적 의사결정(예컨대 예산상의 수권)은 대외적 효력이 없으나 형식적 법률에 해당하며, 또는 추상적·일반적 규율을 행하는 것이 아니라 개별적 행위인 경우에도 형식적 법률에 해당한다. 이와 같이 소원 대상이 되는 법률 개념을 형식적으로 보는 견해가 다수설이지만, 반대로 그것을 실질적 법률 개념으로 파악하여 단지 형식적 법률에 대하여 제기하는 헌법 소원은 허용되지 않는 것으로 보는 반대 견해도 있다.

---

40) BVerfGE 26, 228(236); Vgl. auch BVerfGE 56, 298(309).

41) Schmidt- Bleibtreu, in; v. Münch, Art. 93 Rdnr. 66.

소원 대상이 되는 법률 개념을 실질적 의미로 파악하는 것은 실질적인 자치행정 보장을 규정한 기본법 제28조 제2항과 지방적 소원절차사이에 존재하는 기능적 관련을 고려하지 않는 문제가 있으며, 또 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 실질적 법률에 대해서만 소원 제기를 해야 한다면 형식적으로는 법률이나 실질적으로는 구체적 규율을 행하는 명령(예컨대 신편입법: Neugliederungsgesetz)에 대해서는 헌법 소원을 제기하지 못하여 권리 구제를 받을 수 없는 문제가 생기게 되는 점에서 비판이 가해지고 있다.<sup>42)</sup> 지방자치단체의 헌법소원은 연방법률 또는 주법률을 대상으로 하기 때문에 규범초안(Normentwurf)에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다. 형식적 법률과 법규명령은 관보에 게재하여 공표 하기까지는 아직 규범초안을 의미한다. 그러나 법령이 공표된 경우에는 그의 효력 발생일의 도래와 관계없이 헌법 소원의 대상이 된다.

## 2. 법규명령

연방정부 또는 주정부가 제정한 법규명령(Rechtsverordnung)은 지방자치단체의 헌법소원의 대상이 된다.<sup>43)</sup> 여기서 법규명령의 정립기관이 정부인가 또는 부성장관(Ressortminister)인가는 문제되지 않으며, 또 집행기관이 제정

---

42) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern, Diss., Kiel, 1985, S. 21f.

43) BVerfGE 26, 228(236).

한 법규명령이라도 기본법 제80조 제1항 제4호에서 규정한 위임입법의 요건을 갖춘 수권에 의한 경우에는 문제되지 않는다. 그리고 연방 정부 또는 주정부가 법규명령의 형식을 취하여 발령한 명령(Anordnung)이 실질적 의미의 법규적 성격을 가진 경우에도 헌법소원의 대상이 된다.

### 3. 자치조례

지방자치단체의 헌법소원은 연방법률 또는 주법률을 대상으로 하기 때문에 실질적 의미의 법률 개념에 의하면 법률을 의미하는 자치조례(autonome Satzung)나 주법의 하위규범에 해당하는 법규정(Rechtsvorschrift)등은 헌법소원의 대상이 되지 않는다.

### 4. 관습법

관습법(Gewohnheitsrecht)은 연방 또는 주에 의하여 제정된 법(gesetztes Recht)이 아니기 때문에 지방자치단체의 헌법소원의 대상이 되지 않는다.

### 5. 입법부작위

입법부작위는 지방자치단체의 헌법 소원의 대상이 되지 않는 것으로 보는 것이 일반적이나<sup>44)</sup>, 그것을 유독 ‘작위

(Tun)에만 한정해야 하는 확실한 근거를 발견할 수 없다는 점에서 허용되는 것으로 보는 견해<sup>45)</sup>도 있다.

## II. 참가능력(Beteiligunsfähigkeit)

### 1. 참가능력의 의의

참가 능력이란 자연인 또는 시설이 당사자 또는 기타 참가인으로 재판 절차에 참가하여 소송의 주체가 될 수 있는 능력을 말한다. 민사소송에서 당사자능력은 원칙적으로 권리 능력에 종속적인 것이나, 행정법원법은 권리 능력 없는 단체와 관청에 대해서까지 당사자 능력을 인정하고 있다. 헌법재판소법은 참가 능력에 관하여 일반적 규정을 두고 있지 않고 있기 때문에 절차 유형에 따라 그에 상응하는 관련 규정을 판단할 수밖에 없다. 헌법소원절차에 있어서는 참가능력과 참가자와는 구별된다. 즉, 헌법소송에서의 참가자는 소원신청인과 신청상대방 및 제기된 소원절차에 실효적으로 참가하게 된 모든 자가 된다. 단순한 청문권(Anörungsrecht) 또는 헌법재판소에 의한 청문은 참가지위(Beteiligungsstellung)을 보장해 주는 것은 아니다. 지방자치단체의 헌법소원절차에 있어서 참가자는 소원제기자인

---

44) Vgl. W. Litzemberger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 30f.

45) Vgl. C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 192f.

지방자치단체와 지방자치단체 연합 및 헌법재판소법 제94조 제5항 제1문, 제1항, 제2항, 제4항에서 규정한 기관 또는 기관의 일부가 소원 절차에 참가를 선언하면 그 기관 또는 기관의 일부가 된다. 소원 절차에서는 소원의 피고(Beschwerdegegner)는 인정되지 않는다. 그에 반하여 소원적격을 가진 모든 지방단체(kommunale Körperschaft)와 소원 절차에 현실적으로 참가한 모든 기관 또는 기관의 일부는 참가 능력이 있으며, 입증 채택이나 구두 변론에 참여에 관하여 신청하거나 또는 절차 과정에 영향을 끼칠 수 있다.

## 2. 소원제기자능력

소원제기자능력(Beschwerdeführerfähigkeit)이란 지방자치단체의 헌법소원의 절차에서 소원제기자가 되는 능력을 말한다. 기본법 제93조 제1항 제4b호 및 연방 헌법재판소법 제91조 제1문의 규정에 의하면 지방자치단체의 헌법 소원은 지방자치단체(Gemeinde)와 지방자치단체연합(Gemeindeverbände)만이 제기할 수 있다.

### (1) 지방자치단체의 개념

지방자치단체는 지방자치단체연합, 주(Land) 및 연방(Bund)과 마찬가지로 지역단체(Gebietskörperschaft)이다. 지역

단체는 국가개념의 구성요소(Begriffstrias)와 마찬가지로 ① 고권적 권력(Hoheitsgewalt), ② 영역(Gebiet), ③ 국민(Volk)으로 구성된다.<sup>46)</sup> 지방자치단체는 주와 군(Kreis)의 경우와 마찬가지로 주민의 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀 선거로 선출된 의회(Volksvertretung)를 가져야 하나, 지방자치단체의회(Gemeindeversammlung)가 선출되는 의회(Volksvertretung)를 대신할 수 있다(기본법 제28조 제1항). 지방자치단체는 지역단체이지만 다른 지역단체의 관할 내에 위치하는 것이기 때문에 가장 작은 단위의 지역단체이다. 따라서 지방자치단체의 관할 영역은 동시에 다른 지방자치단체 연합 또는 여러 지방자치단체 연합 또는 주의 직접적인 관할 영역에 속하게 되며, 동시에 그 영역들은 연방영역(Territorium des Bundes)의 일부가 되는 것이다. 지방자치단체의 영역은 다른 지방자치단체의 고권적 권력의 지배에 예속하지 않는 점에서, 여러 지방자치단체에 걸치는 영역을 갖게 되는 지방자치단체연합과는 구별된다. 바로 이 점에서 지방자치단체 ‘일분류성의 원칙’(Prinzip der Einstufigkeit)에 의하여 구성되는 것이라 할 수 있다.

지방자치단체는 자치행정권을 가진다. 기본법 제28조 제2항에서 규정하고 있는 권리주체성보장(Rechtssubjektsgarantie)은 지방자치단체개념을 충족하는 본질이긴 하지

---

46) Vgl. W. Litzemberger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 59f. Vgl. auch R.Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, C.H.Beck, 2.Aufl., 1987, S. 417.

만, 책무보장 및 자주성보장으로서의 자치행정권의 범위나 타당범위의 문제는 법적 지위에 관한 것이므로, 자치행정권이 곧 지방자치단체 개념의 구성 요소가 되는 것은 아니다.

지방자치단체는 국가가 원래적 고권(originäre Hoheitsbefugnisse)을 가지게 되는데 반하여 전래적 고권을 가진다는 점에서 구분되지만, 지방자치행정은 결코 국가의 은혜(Wohltat)를 의미하는 것은 아니다. 지방의 자치행정보장은 기본법 제79조 제3항이 정한 의미에서의 절대적 존속보호(Bestandsschutz)를 향수 할 수 있는 것은 아니지만, 국가가 자치행정에 대하여 자유롭게 조치할 수 있는 것은 아닌 것이다. 지방자치단체의 고권이 ‘전래적’이라는 것은 헌법에 의하여 부여되었다는 의미이지 국가에 의거 부여되었다는 의미는 아닌 것이다. 특히 민주적 국가권력(Staatsgewalt)의 입장에서 보면 국가의 고권은 물론 지방자치단체의 고권 역시 원래적 성질(originäre Natur)을 가진 것 이라기 보다는 국가권력의 연원인 ‘국민(Volk)’으로부터 전래(abgeleitet)것이라 할 수 있는 것이다.<sup>47)</sup> 또 기본법 제20조 제2항 제1문에서 ‘모든 국가권력은 국민으로부터

---

47) Vgl. BVerfGE 47, 253(272); Vgl. E.Schmidt- Jorzig, Verfassungsmäßige und soziologische Legitimaion gemeindlicher Selbstverwaltung in modernen Industriestaat, DVB1 1980, 2; G. C. v. Unruh, Gebiet und Gebietskörperschaften als Organisationsg-rundlagen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, DVB1. 1975, 2; O. Gönnerwein, Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinderecht, AöR81(1956), 220.

터 나온다'고 규정하여 '국가권력'이라는 용어만을 사용하고 있지만, 기본법 제28조 제1항 제2문은 '주, 군 및 지방자치단체의 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거로 선출된 의회(Volksvertretung)를 가져야 한다'고 규정하여 지방자치단체권력(Gemeindegewalt)의 정치적 정당성(Legitimation)의 연원이 주민에 있음을 명시하고 있는 것이다.

## (2) 지방자치단체연합

### 1) 지방자치단체연합의 개념

지방자치단체연합(Gemeindeverband)의 개념적 요소는 명백하지 못하며, 연방헌법재판소<sup>48)</sup>는 그것을 '전형적인 집합명칭(typische Sammelbezeichnung)'으로 평가하고 있다. 지방자치단체연합이란 여러 지방자치단체로 회원적 (mitgliedschaftlich)으로 구속하는 간접적 단체(Körperschaft)임과 동시에 주민에 의하여 직접적으로 수행되는 점에서는 직접적 단체의 성격을 가지는 것을 말한다.<sup>49)</sup> 지방자치단체연합의 개념을 명백히 하는 것은 지방적 단체로서 소원제기능력이 있는지의 여부와도 관련이 있으나, 자치행정권의 주체가 되는 지에 보다 큰 의의가 있다. 소원제기자로서의 지방자치단체 연합과 자치 행정권의 주체로서의 지방

---

48) BVerfGE 52, 95(111).

49) W. Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 75ff.



자치단체연합에 있어 그 개념을 동일한 것이다. 지방자치단체연합은 지방자치단체와 마찬가지로 지역단체(Gebietskörperschaft)인 것이 보통이며, 지역단체 구성원에 의거 직접 선출된 대표기관(Vertretungsorgan)을 가진다. 다만 지방자치단체연합이 의회를 가져야 하는 점에 대해서는 지방자치단체의 경우와는 달리 기본법 제28조 제1항 제2문에서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그런데 기본법 제28조 제3항은 지방자치단체연합에 대해서도 자치행정권을 보장하고 있다. 여기서 ‘자치’라는 용어의 요소는 단체구성원으로서의 주민에 관련되는 것이라 할 수 있다. 따라서 지방자치단체연합에 자치행정권을 보장하는 헌법조항은 자치행정의 명예적 또는 주민적 요소를 암시한 것이며, 이와 같은 자치행정은 그 자치행정을 가능하게 하는 조직형태에 상응하는 구조이어야 한다는 것을 나타내는 것이라 할 수 있다. 지방자치단체 연합의 의사 결정은 주민에 의하여 정당화될 수 있는 것이며, 정당성의 직접적인 형태는 모든 주민의 회의(Versammlung)를 통한 결정인 것이다. 따라서 지방자치단체 연합도 지방자치단체의 경우와 마찬가지로 당해 지역단체의 중추적인 결정 권한을 갖는 대의기관을 가져야 하는 것이다.

따라서 지방 자치단체 연합은 주민의 직접 선거 및 민주적 선거에 의하여 의사결정기관(의회)이 정하여 지고, 여러 개의 지방자치단체의 영역을 그 관할 영역으로 하는 단체를 의미하는 것이라 할 수 있다.

## 2) 주법상의 지방자치단체연합

위에서 설명한 의미에서의 지방 자치 단체연합에 대해서 각 주법(Landesrecht)에서는 그 명칭에 있어 일치되지 않고 있으며, 또 규모에 있어서도 소규모의 것과 중규모의 것으로 구분되고 있다. 중규모(höhere Ordnung)의 지방자치단체연합은 지방의 지역단체로서 그 관할 영역이 적어도 군(Kreis) 내지 「란트크라이스」(Landkreis)의 영역에 미치는 것을 말하며, 소규모(niedere Ordnung)의 지방자치단체연합은 그 영역이 여러 개의 지방자치단체의 영역에 미치는 것으로 군 내지 「란트크라이스」의 영역에는 미치지 못하는 경우의 것을 말한다.

### ① 「란트크라이스」

「란트크라이스」는 지역단체이며 지방자치단체연합이다.<sup>50)</sup> 「란트크라이스」역시 그의 고권적 관할영역은 지역적인 경계가 설정되어 있으며, 그 지역에 상주하는 모든 자연인과 법인을 그 인적 구성요소로 하되, 법인의 전부와 일정한 자연인의 경우에 일정한 요건 하에서 단체 내부적 의사결정으로부터 배제될 수도 있다. 따라서 모든 지방의 헌법률(Kommunalverfassungsgesetze)은 「란트크라이스」

---

50) 「란트크라이스」가 지역단체이고 지방자치단체연합이라는 점에 대해서는 대부분의 「란트크라이스령」(Landkreisordnung)에서 규정하고 있다. So vgl. § ndsKro; §1 rh-pflKro; §136 saarKSVG; §1 shKro.

거주민이라도 기본법 제116조에서 규정한 독일인이 아닌 자, 18세의 성년이 아닌 자, 당해 지역에 3개월 이상 거주하지 않는 자에 대해서는 선거권을 인정하지 않고 있다.

「란트크라이스」는 지역고권(Gebietshoheit)과 자치행정권을 가진다. 「란트크라이스의회」는 자치사무에 관한 기본적인 사항을 결정하는 중추적인 기관이다. 「란트크라이스의회」는 선거권있는 자연인에 의하여 직접 선출된다. 「란트크라이스」의 관할구역은 여러 개의 지방자치단체의 구역을 포함한다. 따라서 「란트크라이스」는 기본법 제28조, 제93조, 연방헌법재판소법 제91조에서 규정한 의미에서의 지방자치단체연합(Gemeindeverband)을 의미하며, 「란트크라이스」는 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있다.

## ② 소규모의 지방자치단체연합

소규모의 지방자치단체 연합에 대하여는 각주마다 서로 다르게 규정하고 있다.<sup>51)</sup> 즉, 「슐레스빅-홀스타인」주에서는 「Ämter」, 「니더작센」주에서는 「Samtgemeinde」, 「라인판트팔츠」주에서는 「Verbandsgemeinde」, 바덴 뷁르템베르크주와 「바이에른」주에서는 「Verwaltungs-gemeinschaft」, 「자르란트」주에서는 「Stadtverband」라고 하고 있다. 이 중에서 「Ämter」와

---

51) Hierzu eingehend vgl. W.Litzenburger, Kommunale Verfassungsbeschwerde, 89ff.

「Verwaltungsgemeinschaft」는 지방자치단체연합이 아니며, 따라서 지방적 헌법 소원을 제기할 수 없다. 그 외에 Verbandsgemeinde, Samtgemeinde, Stadtverband는 지방자치단체 연합이므로 지방적 헌법 소원을 제기할 수 있다.

### ③ 중규모의 지방자치단체연합

중규모의 지방자치단체연합에 해당하는 것으로는 「바이에른」주와 「라인란트 팔츠」주에 있어서는 「Bezirksverband」, 「노드라인 베스터팔렌」주에서는 「Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe」, 「올덴부르크」와 「오스트 프리시란트」에서는 「Landschaften」, 「헤센」주와 「바덴 및 뷔르템베르크-호엔졸러른」에서는 「Landeswohlfahrtsverbände」, 「프랑크푸르트」의 「Umlandverband」 및 「바덴 뷔르템베르크」주에서는 「Nachbarschaftsverbände」 등이 있다. 이 중에서 Bezirksverband와 Umlandverband Frankfurt는 지방자치단체연합이므로 지방적 헌법 소원을 제기할 수 있으나, 그 이외의 경우에는 지방자치단체 연합이 아니므로 지방적 헌법소원을 제기할 수 없다.<sup>52)</sup>

### ④ 목적단체

---

52) Vgl. W. Litzburger, Kommunale Verfassungsbeschwerde, 95ff.

목적단체(Zweckverbände)는 지역단체(Gebietskörperschaft)가 아니며, 지역단체로서의 개념적 고유성을 의미하는 전권능력(Allzuständigkeit)을 가지지 않는다는 점에서 지방자치단체 연합이 아니라고 보는 것이 학설과 판례의 거의 일치된 견해이다. 따라서 목적단체는 지방적 헌법소원을 제기할 수 없다.

### 3. 절차참가권

지방자치단체의 헌법 소원의 제기자 능력은 지방자치단체와 지방자치단체 연합만이 가지나, 연방헌법재판소법 제94조 제5항 제1문의 규정에 근거하여 헌법소원절차에 참가를 선언한 모든 헌법기관은 참가자가 된다. 여기서 의무적 청문의 방법에 의한 절차 참가와 그러한 절차적 방법에 따라 소원 절차에 참여하게 되는 능력(Fähigkeit)은 구분된다. 따라서 청문은 절차 참가자로서의 지위를 보장해 주는 것은 아니다. 그리고 이와 같은 청문에 의한 보조참가능력(Beitrittsfähigkeit)은 절차참여(Verfahrensbeteiligung)와는 구별되는 것이다. 참가자 지위는 참가능력있는 헌법기관이 그의 참가를 선언함에 따라 정하여 지는 것이나, 절차 참가에 있어 그것은 보조참가능력이며, 이는 의무적 청문권의 존재에 따른 것이다.

지방자치단체의 헌법 소원이 연방법 또는 주법에 대한 것인지, 의회법 또는 집행부의 법규명령에 대한 것인지에 관

계없이 연방헌법재판소는 연방하원, 연방상원 그리고 연방 정부에게 견해표명의 기회를 주어야 하는 것이다. 헌법 소원이 연방법에 대한 것일 때에는 각주 정부는 청문권을 행사할 수 있다.<sup>53)</sup> 그리고 헌법소원의 대상이 주법의 조항일 때에는 관계 주의 주의회와 주정부에게 견해표명의 기회를 주어야 한다.<sup>54)</sup> 또 연방정부의 장관 또는 주정부의 장관이 발령한 법규명령의 경우에도 청문의 기회가 부여되어야 한다.<sup>55)</sup> 소원 절차에 참여한 헌법기관은 소원 제기자에 대한 이의를 제기하는 것이 아닌 한 스스로 절차 행위를 할 수 있다. 그러므로 헌법기관은 소원신청의 철회에 대하여 이의제기를 하고 당해 소원절차를 스스로 진행시킬 수 없다. 한편 모든 소원절차참가자는 스스로 불공정을 이유로 법관을 기피하거나 증거신청을 하거나 기록 열람 등을 행할 수 있다. 그리고 참가자의 동의가 구두 심리에서 불가피한 경우에는 소원 심리일에 출석이 요구되어야 한다. 헌법쟁송 대상에 대하여 입장을 표시하는 권리는 형식적 참여와는 무관한 것이므로 실제적으로 큰 의의가 없는 것이 보통이다.

---

53) §§ 94 Abs. 4, 77 BVerfGG.

54) §§ 94 Abs. 4, 77 BVerfGG.

55) § 94 Abs. 2 BVerfGG.

### Ⅲ. 소송능력(Prozeßfähigkeit)

#### 1. 소송능력의 의의

지방자치단체의 헌법 소원에 있어서 소송 능력이란 소송 절차를 스스로 또는 대리인이 수행할 수 있게 하는 능력을 말한다.<sup>56)</sup> 소송 능력은 절차 요건이라기 보다는 소송 행위의 요건이며, 소송 능력의 존재는 예컨대 소원 신청, 신청서의 철회 또는 절차권의 부여 등 모든 개개의 소송행위 실효성을 위하여 필요한 것이다. 소송 능력에 대해서 헌법 재판소는 직권으로 심사한다.<sup>57)</sup> 지방자치단체의 헌법 소원에 있어 소송 능력은 지방의 지역단체(Gebietskörperschaft)만이 가진다.

#### 2. 지방헌법이 정한 기준에 의한 소송능력

소송 능력에 대해서는 주법의 규정이 정하는 바에 따라 지방 헌법에서 정하고 있으며, 각 주법에서 규정하는 자치단체의 다양한 유형에도 불구하고 공통점이 있다.

지방자치단체 및 지방자치단체 연합의 소송 능력은 지역단체가 외부에 대하여 대표하는 권능의 요소이다. 소송능

---

56) Vgl. C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 172f.

57) BVerfGE 19, 93(101).

력은 시장 등 당해 지방자치단체의 주행정공무원(Hauptverwaltungsbeamten)이나 합의회 관리기관인 경우에는 그 소속 행정기관중에서 소송 대리인으로 임명된 기관이 수행하게 된다. 이와 같은 소송 능력을 가진 기관만이 헌법절차(Verfassungsprozeß)에서 당해 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합을 실효적으로 대표할 수 있으나, 이 경우 소송은 주행정공무원의 명의로 수행하게 된다. 여기서 소송대리를 위하여 지방행정 내부적으로 요구되는 정당성을 결여한 경우에 대외적 대리권 그 자체에 영향을 미치게 되는 지에 대해서는 논란이 있으나, 판례<sup>58)</sup>와 학설<sup>59)</sup>은 대외적 대표권(Außenvertretungsbefugnis)은 내부적 권한 분배와는 무관한 것으로 보고 있다. 그러므로 대표권 행사와 관련하여 필요한 의결이 결여된 경우에도 지방적 단체는 소송을 수행할 수 있는 것이다. 이에 대하여 일부 견해는(Organmacht)을 내부적 관할 규정에 근거하여 직접적인 제한을 받는 것으로 보면서 행정공무원(Hauptverwaltungsbeamte)이 소송대리를 위하여 필요한 의결기관(Vertretungsorgan)의 의결없이 결정한 것은 무권한에 의한 행위로 보고 있다. 그러나 위의 견해는 대표권을 제한없이 주집행기관에게 부여하고 있는 모든 지방헌법(Kommunaverfassungsgesetz)상

---

58) BVerfGE 26, 228(236f.); VfGH Rh-Pf, AS 12, 153(160f).

59) H. Wolff/ O. Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., München 1976, § 87; B. Stüber, Verfassungsbeschwerde durch aufgelösten Gemeindeverband, NJW 1976, 1926; C. Heinze, Die Verfassungsbeschwerde der Selbstverwaltungs-körperschaften nach Bundesrecht, Bay VBI 1970, 9.



의 규정에 반하는 것이라 할 수 있다.<sup>60)</sup> 대부분의 주에서는 지방행정내부적 업무 수행권과 대외적인 대표권 행사를 구분하고 있는 것이 보통이다.

### 3. 자치단체가 폐지된 이후의 소송능력

지방헌법(kommunalverfassung)에 관한 주법상의 규정은 지역단체의 존재를 전제로 규율하고 있기 때문에 지방자치단체가 폐지된(Auflösung)된 이후에는 그에 관한 규정의 직접적인 적용은 없다. 그러나 지방자치단체가 그의 소멸에 관하여 규정한 법률에 대하여 헌법소원을 제기하거나 제기하였을 때에는 당해 지방자치단체는 존재하는 것으로 의제되므로, 이러한 경우에 어떤 기관이 소송 능력을 가지게 되는지가 문제된다.

헌법재판소의 판례<sup>61)</sup>는 지방자치단체의 의결기관, 즉 지방자치단체의회, 「크라이스의회」 등에 대하여 헌법 쟁송에 있어서의 대외적 대표권을 인정하고 있다. 이와 같이 지방자치단체의 집행기관에게 소송능력을 인정하지 않고 의결기관에게 소송능력을 인정하는 이유는 집행기관의 주행정공무원(Hauptverwaltungsbeamte)이 폐지된 자치단체를 위하여 헌법쟁송에서 대표자가 되는 경우에 그 공무원은 폐지된 자치단체를 흡수하는 새로운 지방자치단체, 즉 자치단체의 폐지

---

60) So z. B. Vgl § 55 Abs. 1 S. 1 nrwGemO; § 37 lit. e nrwKro.

61) BVerfGE 3, 267(279f.); VfGH NrW. OVG 26, 306(310); 26, 316(318); 31, 309(310f.)

를 원하는 지방자치단체의 공무원<sup>62)</sup>으로 임용되므로 인하여 자치단체의 폐지나 존속과 관련하여 이익갈등에 빠질 수 있기 때문이다. 집행기관의 공무원은 모두 새로운 자치단체의 공무원으로 승계되어 탈락되고 나면 의결기관만이 유일한 작용능력있는 기관이 되며, 따라서 대외적 관계에 있어 헌법소원을 제기하거나 기관관리자를 지정하거나 절차 전권을 부여하거나 하는 것은 의결기관의 의무적 사항이 되는 것이다.<sup>63)</sup>

## IV. 소원적격(Beschwerdebefugnis)

### 1. 소원적격의 의의

지방자치단체의 헌법소원은 모든 형식적 의미의 법률과 법규명령을 대상으로 하는 것이 아니라, 기본법 제28조의 규정을 침해하는 연방법 또는 주법을 대상으로 하여 제기할 수 있다. 이 경우에도 헌법재판소와 그 관할권을 규정한 기본법 제93조 제1항 제4b호에 일치되어야 한다. 즉, 기본법 제28조의 자치행정권이 법률에 의해 침해되었거나, 주헌법재판소에 소원이 제기될 수 없는 경우로서 주법률에 의해 침해되었음을 이유로 지방자치단체와 지방자치단체연합이 제기하는 헌법소원이어야 한다. 여기서 지방자치단체

---

62) 폐지된 지방자치단체의 공무원은 그 자치단체를 흡수하는 새로운 자치단체의 공무원이 된다. Vgl. § 128 BRRG(Beamtenrechtsrahmengesetz).

63) Vgl. VfGH NrW.OVGE 26, 316(318).

또는 지방자치단체 연합의 헌법소원적격(Beschwerdebefugnis)은 참여 능력과 소송 능력의 경우와는 달리 인적 고유성을 배제하고 헌법소원절차의 개시와 수행에 관한 쟁송대상관련 문제인 것이다. 따라서 지방자치단체의 헌법소원절차는 행정법원법 제42조 제2항에서 규정한 항고소송이나 의무화소송절차(Anrechnungs- und Verpflichtungsprozeß)와 관련하여 일반적인 소송법이 인정하는 소송수행능력(Prozeßführungsbefugnis)과는 구별되는 특수한 유형이라고 할 수 있다. 헌법재판소법 제91조와 행정법원법 제42조 제2항은 다같이 민중소송절차(Popularklageverfahren)를 회피하기 위하여 소송대상관련 주장에 소송 수행권을 결부하고 있다. 따라서 권리구제제도에 있어서 헌법소원이나 항고소송의 지위나 기능은 동일하다. 그러므로 소원적격은 이유성의 요소가 아니라 허용성의 요소(Zulässigkeits-element)를 의미한다. 헌법재판소법 제91조 제1문에 근거하여 제기하는 주장은 헌법소원의 허용성의 문제이며, 실제적인 헌법 침해의 존재는 헌법소원의 이유성의 문제가 된다. 헌법재판소법은 소원제기자에게 주장책임을 부담시키고 있으며, 따라서 주장책임을 충족하지 못하면 헌법소원은 불허용성을 이유로 각하된다. 연방헌법재판소의 판례는 허용성심리와 관련하여 자치행정권의 침해가 직접적인 것인지 간접적인 것인지를 구분하지 않는 경향에 있다.<sup>64)</sup>

---

64) BVerfGE 25, 124(128f.); C. Pestalozza, Die Sicherung des Selbstverwaltung-srecht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von G. C. von Unruh, Heidelberg 1983, S. 1057ff.(1058f.).

## 2. 주장책임의 대상

행정법원법 제42조 제2항, 제113조 제1항 제1문에서 규정한 권리침해(Rechtsverletzung)는 위법한 권리장해(Rechtsbeeinträchtigung)이다. 항고 소송이나 가처분(Einstweilige Anordnung)에 있어 주장 책임의 대상은 계쟁 행정행위나 행정행위의 거부의 위법성은 물론 자기의 권리에 대한 장해이다. 개인의 기본권 침해를 이유로 하는 헌법 소원에 대하여 헌법재판소법 제90조 제1항이 요구하고 있는 「소원 제기자의 기본권이 침해되었다」라는 주장은 객관적 기본권 위법성과 소원제기자 자신의 권리에 대한 장해등의 두 가지를 말하고 있다. 이에 대하여 지방자치단체의 헌법소원에 있어 그 주장책임(Behauptungslast)에 관한 헌법재판소법 제91조 제1문은 개인의 헌법 소원에 관한 관련 규정과 행정법 원법의 규정과는 달리 명백성을 결여하고 있다.

지방자치단체의 헌법소원의 주장책임과 관련하여 법조문으로부터 직접적으로 알 수 있는 것은 지방자치단체는 기본법 제28조의 침해를 주장하여야 한다는 점뿐이다. 따라서 지방자치단체의 소원 적격은 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권에 대한 침해의 주장에 결부되어 있는 것이다. 따라서 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 기본법상의 다른 헌법 조항의 침해를 이유로 하는 헌법소원을 제기하지 못한다. 그러나 다른 헌법 조항의 침해를 이유로 하면서 동시에 자치 행정

권의 침해로 이유로 하는 헌법소원은 가능하다. 이 경우에도 자치 행정권 침해를 주장하는 것이 아니라 다른 헌법 조항의 침해를 주장하는 헌법소원신청을 하게 되면 허용되지 않는 헌법소원으로 헌법재판소는 각하 하게 된다.

지방자치단체가 헌법소원에서 권리침해에 대해서도 주장해야 하는 지에 대하여 헌법재판소법은 명시적으로 규정하고 있지 않으며, 따라서 연방법과 주법이 기본법 제28조의 조항을 침해하였음을 주장하는 것으로 족하다. 그러나 이와 같이 지방자치단체의 소원적격이 권리침해의 주장없이 자치행정권 침해만으로도 인정되는 경우에는 민중소원(Popularbeschwerde)이 가능하게 되는 문제가 있기 때문에 대부분의 학설<sup>65)</sup>과 판례<sup>66)</sup>는 헌법재판소법 제91조 제1문의 규정에도 불구하고 소원적격의 요건으로 자치행정권 침해 외에도 소원제기자 자신의

---

65) B. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München 1979, § 91 Rdnr. 7; ders., Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden nach Bundesrecht, DVBl. 1967, 599; W.Hope/H.W.Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973, S. 183 Fn. 5. 188f.; A.v.Mutius, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1977, 99; J.Burmeister, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, 22; ders., Verfassungstheretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977, S. 184; W.Geiger, Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Entwicklung auf die Verfassungsordnung der Länder, 1952, S. 261; O. Gönnerwein, AöR 81(1956), S. 218; E.Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der, kommunalen Ordnung in Bund und Lädern, 1956, S. 184.

66) BVerfGE 25, 124(128); 26, 228(236); 50, 50(52); 56, 298(309).

권리침해(Rechtsseeinträchtigung)를 주장 책임으로 요구하고 있다. 이와 같은 견해의 이론적 근거에 대해서 정설이 확립되어 있는 것은 아니나 일반적으로 연방헌법재판소법은 민중소송절차에 생소한 것이며 원고적격을 규율하는 모든 규정들의 목적은 비관계인(Nicht-Betroffene)에 의하여 제기되는 소송절차를 배제함에 있다는 점에 두고 있다.<sup>67)</sup>

지방자치단체의 헌법소원에서 소원적격의 문제와 관련한 구조적 연결점은 일반적 헌법소원에 있어 주장책임에 관하여 규정하고 있는 헌법재판소법 제91조 제1항이라고 할 수 있다. 다시 말하면 지방자치단체의 헌법소원에 관하여도 개인의 헌법소원에 관한 헌법재판소법 제90조 제1항의 규정을 원용할 수 있다면 자치행정권의 침해 외에도 소원제기자 자신의 권리 침해 역시 소원적격의 요건으로 삼을 수 있게 되는 것이다. 헌법재판소법 제90조 제1항의 규정을 지방자치단체의 헌법소원에 원용할 수 있는지의 문제는 헌법소원의 본질과 밀접한 관련이 있다. 만약 지방자치단체의 헌법소원을 기본권 침해에 대한 일반적 헌법소원의 특수한 유형의 하나로 보게 되면, 그와 관련하여 정립된 기본 원칙들은 법률에서 명시적으로 특수한 규율을 하지 않거나 또는 구조적 차이를 인정하지 않는 한 지방자치단체의 헌법소원에도 적용할 수 있게 된다. 반대로 지방자치단체의 헌법소원이 일반적 헌법소원과 체계상으로 맞지 않더라도 교유한 쟁송수단이라고 한다면 사정은 다르게 되는 것이다. 위에서 설명한 바와 같이 독일의 다수설은 지방자

---

67) Vgl. W. Litzburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 135f.; Hoppe/Rengeling, S. 188.

치단체의 헌법소원의 본질에 관하여 추상적 규범통제 (abstrakte Normenkontrolle)<sup>68)</sup> 또는 고유한 종류의 권리구제 절차<sup>69)</sup> 또는 ‘연방과 주사이의 쟁의’의 하위사건(Unterfall)<sup>70)</sup>으로 보는 견해도 제기되고 있다. 이러한 견해들은 연방헌법 재판소법 제91조 제1문을 중국적 ‘특별규정’(Sonderregelung)으로 파악하면서 일반적 헌법소원에 관한 규정은 본질상의 차이(Wesensunterschied)때문에 지방자치단체의 헌법소원에의 적용은 극히 예외적인 경우에 검토의 대상이 될 뿐인 것으로 보고 있다.

그러나 연방헌법재판소법은 지방자치단체의 헌법소원에 관하여 특수한 규율을 행하지 않고 있음은 물론 일반적 헌법소원

---

68) W.Geiger, Komm. zu, BVerfGG §91 Anm. 1; ders., Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, S. 261 Fn 27; E. Friesenh, Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 787; ders., Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, 1972, S. 123; W.H.Bott, Rechtsprechung und Gebietsreform, Diss., 1977, S. 243. 국내학자로는 김학성교수가 ‘자치행정의 침해를 이유로 한 특별헌법소원은 제한된 제소자격만이 인정된 규범통제’로 보고 있다. 동인, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권(1990), 306면.

69) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/u.a., § 91 Rdnr. 3, 27; ders., DVBl. 1967, 599; W.Hoppe/H.W Rengeling, Rechtsschutz, S. 184; G. Schmitz, Die Bedeutung der Anträge für die Einleitung und Beendigung des Verfassungsprozesses, Diss., 1968, S. 62; W.Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1967, S/41; Lechner, Komm., § 91 Anm. 2; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 273.

70) J. Burmeister, JA 1980, 22; dersl, Verfassungstheoretische Neukonzeption, S. 182ff.

과 지방자치단체의 헌법소원사이에 구조적 차이를 인정하지 않고 있으며, 따라서 지방자치단체의 헌법소원에 관하여 일반적인 헌법소원의 요소를 원용할 수 있는 것이라 할 수 있다.<sup>71)</sup> 특히 지방자치단체의 헌법소원의 소원 적격 여부는 지방자치단체 자신의 자치 행정권의 장해에 관한 주장에 좌우되는 것이다.

### 3. 주장책임의 범위

주장책임(Behauptungslast)은 지방자치단체가 제기한 헌법소원이 연방헌법재판소로부터 불허용(unzulässig)을 이유로 각하되지 않기 위하여 주장해야 하는 범위를 말한다. 주장책임은 크게 ① 자치행정권위배성의 주장과, ② 자기의 권리장해의 주장으로 나누어 볼 수 있다.

#### (1) 자치행정권위배성의 주장

지방자치단체의 헌법소원은 연방법 또는 주법이 기본법 제28조 제2항에서 규정하고 있는 자치행정권의 침해를 이유로 제기하는 것이므로 주장책임의 경우에도 자치행정권의 보장내용에 따라 구분하여 살펴 볼 필요가 있다. 위에

---

71) W. Litzenger, Die kommunale Verfassungsbeschwerdes, S. 141.



서 이미 상세히 살펴본 바와 같이 자치행정권의 보장내용은 ① 권리주체성의 보장, ② 법제도의 보장, ③ 주관적 법적 지위의 보장 등이다.

### ① 권리주체성의 보장

지방자치단체의 보장은 제도의 존속보장(Bestandschutz)으로서 객관적 권리 주체성의 보장이다. 따라서 지방자치단체는 공법인으로서의 고유성을 지닌 일정한 지역을 기초로 하는 단체로서의 존속이 보장된다. 따라서 독일의 모든 지역에는 자치행정권과 자치 의회의 구성권을 가지는 지역 단체로서의 지방자치단체가 존속하여야 하는 것이다. 이와 같은 의미에서의 지방자치단체만이 절대적 존속 보장을 향수하며, 모든 개별적 지방자치단체에게 절대적 존속 보장이 인정되는 것은 아니다. 그러므로 법률에 근거한 구역개혁(Gebietsreform)조치와 관련하여 지방자치단체를 제도적으로 제거하는 것이 아니라 개별적으로 제거하는 것은 자치행정권을 침해하는 것이 아니다. 그러므로 지방자치단체의 헌법소원에 있어 본 안 결정은 자치행정권위배성의 주장에 있기 때문에 지방자치단체는 구역개혁조치(Gebietsreformmaßnahme)로 인한 경우에는 권리구제를 받을 수 없게 된다는 견해가 유력하다.<sup>72)</sup> 그러나 자치행정권의 권리주체로서의 지방자치단체의 개별적 제거는 지역사회의 자

---

72) So Vgl. J. Burmeister, JA 1980, 20; ders, Neukonzeption S. 190.

치사무에 관한 자기책임하의 수행권에 대한 가장 중대한 침해를 의미한다는 점이다. 자치 행정권을 보장한 취지에서 볼 때 그에 대한 국가적 침해에 대하여는 권리구제가 가능하여야 하고, 또 침해에 제한이 있어야 하는 것이라 할 수 있다. 이러한 점에서 보면 개개의 지방자치단체는 절대적 존속 보장은 아니지만 상대적 존속 보장은 누리게 되는 것이라 할 수 있다. 지방자치단체가 그의 존속을 전제로 한 구역 변경 조치와 관련해서도 상대적 존속 보장을 향수하는 지에 대해서는 논란의 여지가 많다. 지방자치단체의 구역은 당해 단체의 고권지역(Hoheitsgebiet)이지만 그 구체적인 규모에 대해서 기본법은 명시하지 않고 있다. 그러나 자치행정의 수행 능력이라는 측면에서 지방자치단체의 구역 규모는 매우 중요하기 때문에 자치행정의 보장은 주체 보장과 밀접한 관련이 있으며 그것은 특히 일정한 지역적 규모라고 할 수 있는 것이다. 따라서 기본법 제28조 제2항 제1문은 적어도 개개의 지방자치단체에게 상대적 지역 보장과 존속 보장을 하고 있는 것이라 할 수 있는 것이다. 그러므로 지방자치단체는 국가의 자의적<sup>73)</sup>이고 비례 원칙에 적합하지 아니하고,<sup>74)</sup> 공공복리<sup>75)</sup>를 기준으로 하지 아니하거나 또는 사전적 청문절차<sup>76)</sup>를 거치지 아니하고 행

---

73) B.Stüer, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 154; K.Lange, Systemgerechtigkeit, Verw. 1971, 268.

74) B. Stüer, S. 151; W.H.Bott, Rechtsprechung und Gebietsreform, Diss, 1977, S. 14.

75) Vgl. O. Seewald, Juristische und Verwaltungswissenschaftliche Maßstäbe in der kommunalen Gebietsreform, Verw. 1973, 391ff.; B. Stüer, Funktionalreform, S. 142ff.

한 국가의 구역개혁조치로부터 구제 받을 수 있어야 하는 것이다.

법률에 근거하여 지방자치단체를 일정한 지방자치단체 연합에 귀속시키는 것은 당해 지방자치단체의 자치행정이 그의 구역과 고유한 사물적 관할권이 보장되는 점에서 자치행정권을 침해하는 것이 아니다. 이와 같은 개별적 지역 보호와 존속 보장은 자치 행정권의 범위 내에서 속하는 것이며, 이는 자치행정단체(Selbstverwaltungskörperschaft)인 지방자치단체를 보호하는 것이다.

위에서 살펴본 지방자치단체의 권리 주체성의 보장은 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 지방자치단체 단위는 입법기관의 자치단체의 본질적인 구조징표(자치행정권 및 자치의회구성권)에 관한 모든 침해는 물론 모든 지방자치단체의 전면적 제거로부터 보호된다(절대적 존속보호).

둘째, 기본법 제28조 제2항 제1문에서 우리나라는 한계를 일탈하지 아니한 입법기관이 정하는 개개의 지방자치단체의 폐지나 구역의 변경은 가능하다(상대적 지역보호 및 존속보호).

지방자치단체 연합(Gemeindeverband) 단위에 있어서도 모든 지방자치단체 연합은 기본법 제28조 제2항 제2문에 근거하여 구역 존속 보호가 보장된다.

위에서 설명한 바와 같이 지방자치단체는 법률이 당해 지

---

76) K. Stern/H.Bethge, Autonomie eines Neugliederungsverfahrens, 1977, S. 16ff.; B. Stür, Funktionalreform, S. 145ff.

방자치단체 단위를 전적으로 폐지하고자 하거나 또는 본질적인 구조징표를 제거하고자 하는 경우에 그 법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다. 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 지역 존속 또는 개개의 지방적 단체의 지역 존속이 법률에 의하여 폐지되는 때에는 헌법소원에서 그와 같은 사실을 지적하는 것으로 족하다. 그러나 공공복리요구성, 법치국가의 원칙, 청문 명령 등이 침해되었다는 점을 헌법소원에서 적시할 필요는 없다. 연방헌법재판소는 지방자치단체가 구역개혁법에 대하여 제기한 헌법소원에 대하여 불허용성을 이유로 해서가 아니라 입법기관이 입법상의 한계를 일탈하지 아니 하였다면 승소 가능성이 희박하다는 것을 이유로 기각판결을 한 바 있다.<sup>77)</sup>

## ② 지방자치단체의 법적지위의 보장

위에서 이미 설명한 바와 같이 지방자치단체는 기본권 주체로서의 국민은 아니며, 따라서 기본권 주체에 관한 객관적 헌법 원칙을 원용할 수는 없으나, 주관적 법적 지위는 보장된다. 그러므로 지방자치단체는 부작위청구권, 재판청구권, 제거청구권, 참여청구권 및 경우에 따라서는 이행청구권을 행사할 수 있다. 그리고 연방법 또는 주법에 의하여 자치행정권이 침해된 때에는 지방자치단체는 헌법소원을 제기할 수 있다.

---

77) Vgl. R. Granderath, Die kommunale Gebietsreform in der Praxis, DÖV 1973, 333.

### ③ 지방자치단체연합의 법적지위의 보장

지방자치단체와는 달리 지방자치단체 연합의 사무에 관하여 기본법에서 직접 규정하지 않고 있으며, 그에 대해서는 국가적 법률에 의하여 정하여 진다.<sup>78)</sup> 지방자치단체 연합의 사무는 초지역적사무이며, 지방자치단체의 사무중에서 박탈할 수 없는 본질영역에 속하는 것이 아닌 사무는 자치단체 연합의 사무로 할 수 있다.

지방자치단체 연합의 사무는 주범으로 규율하기 때문에 입법기관은 어떤 사무를 지방자치단체 연합의 자치사무(Selbstverwaltungsangelegenheit)로 할 것 인지의 여부와 관련하여 결정자유(Entschließungsfreiheit)를 가지게 된다. 최근에는 지방자치단체 연합은 그의 존속의 범위 내에서 자치적으로 처리할 사무의 위임을 요구할 청구권이 인정되는 것으로 보는 것이 일반적이다.<sup>79)</sup> 따라서 지방자치단체 연합은 어떤 사무의 실현에 지정되는 것이 아니라 오히려 기본법 제28조 제2항 제2문은 효과적 자치행정의 수행을

---

78) Vgl. H.Klüber, Das Gemeinderecht in den Ländern, 1972, S. 299; H. Siedentopf, Die Kreise vor einem neuen Leistungs- und Gestaltungsauftrag?, DVBl. 1975, 17; A.v.Mutius, S. 20; ders., JuS 1977, 456 m.w.N; K.Stern, BK, Art. 28 Rdnr, 174.

79) K.Stern, BK, Art, 28 Rdnr. 168; ders., Die verfassungsgerichtliche Garantie, S. 165; B. Stürer, Der verfassungsgerichtliche Stellenwert der Stadt-Umland-Verbande, StGB 1980, 45; A.v.Mutius, S. 20.

위하여 필요한 사무의 분배를 요구하고 있다. 이러한 지방자치단체 연합이 국가에 대하여 가지는 일정한 사무의 분배청구권은 자치행정단체(Selbstverwaltungskörperschaft)로서 지방자치단체 연합의 기능수행뿐만 아니라 지방자치단체연합회의의 민주적 정당성을 위하여 필요한 상관적인 것이라 할 수 있다.

지방자치단체 연합에의 사무분배는 그의 관할 구역과 관련한 초지역적인 자치행정사무가 주된 것이라기보다는 오히려 지방자치단체에 대하여 보충 기능과 조정 기능에 관한 것이라 할 수 있다. 기본법의 규정을 봐서는 지방자치단체 연합의 보충기능과 조정기능에 관하여 어느 정도까지 그의 책무로 지정해야 하는 지에 대해서 알 수 없으나, 자기 책임 하의 책무 수행으로서의 자치행정을 위해서는 활동여지가 있어야 한다는 점에서 본다면, 열거적인 관할지정보다는 총체적인 책무지정(Aufgabenzustimmung)이 요구되는 것이라 하겠다.

기본법 제28조 제2항 제2문은 지방자치단체 연합이 자치행정을 수행함에 있어서의 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)의 요소를 대체하는 표현은 없기 때문에 지방자치단체 연합 역시 지방자치단체의 경우와 마찬가지로 자치사무의 처리에 있어 국가로부터의 자주성(Unabhängigkeit)이 보장되는 것이라 할 수 있다.<sup>80)</sup>

---

80) BVerfGE 21, 117(219); BVerwGE 6, 19(23); K.Stern, in: Art.28 Rdnr. 172; ders, Garantie, S. 166; B. Stür, S. 165 m.w.N.

## (2) 자기의 권리장해의 주장

지방자치단체의 헌법소원의 허용성은 소원제기자의 주장에 좌우된다. 따라서 지방자치단체는 헌법 소원에서 연방 또는 주의 법률에 의하여 기본법 제28조에서 규정한 그의 자치행정권이 침해되었음을 주장하여야 한다. 다시 말하면 지방자치단체는 지방자치단체의 권리가 침해되었음을 주장하여야 한다. 또 지방자치단체는 그 권리침해가 원인적으로는 연방법 또는 주법에 의한 자기관련성(Selbstbetroffenheit) 및 현재의 연관성(gegenwärtige Betroffenheit)을 주장하여야 한다. 그 외에도 연방헌법재판소법 제90조 제1항, 제91조 제1문의 규정으로부터 도출할 수 없긴 하지만 침해가 직접적으로 법률에 의한 것이라는 것(직접적)을 주장하여야 한다. 따라서 자기의 권리장해의 요소는 자기연관성, 현재의 연관성, 직접성 등의 세 가지가 복합된 것이라 할 수 있다. 그러므로 지방자치단체의 헌법소원에서 소원 제기자는 소원 대상이 된 법률 규정이 소원제기자의 현재의 자치 행정권이 관련되었음을 지적하는 것으로 충분하다. 즉, 자기의 권리장해의 주장은 ① 자기의 자치 행정권의 연관성 ② 연관성의 현재성(Gegenwärtigkeit), ③ 직접성(unmittelbare Betroffenheit)등을 내용으로 한다.

### ① 자기의 자치 행정권의 연관성

소원적격의 요소의 하나로서 ‘자기의 자치 행정권의 관련성’은 지방의 지역단체가 하나의 법규정의 효력에 포함되는 것인지 아닌지의 문제이다. 이 점과 관련한 헌법재판소의 판례는 「법규-헌법소원」(Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde)의 허용성에 관한 소송 수행권으로서의 소원 제기권의 문제와 중복되는 경향에 있다. 판례에 의하면 소원제기자가 될 수 있는 자는 계쟁 법규범에 자기가 관계된 자만이 된다. 판례가 취한 소원의 허용성 제한은 민중소송을 방지하기 위한 것이라 할 수 있다. 여기서 판례가 취한 입장이 소원의 허용성 요건에 관한 것인지 아니면 소원 적격의 요소에 관한 것인지에 대하여 의문과 논란이 따르고 있다. 그러나 연방헌법재판소는 그의 판례에서 허용성 요건과 소원 적격의 구분에 관하여 한번도 입장 정리를 한 적이 없다는 점에서 위의 판례는 별로 도움이 되지 않는다. 문제는 지방의 지역단체가 동시에 자기 관련됨이 없이도 자기의 자치 행정권의 침해가 고려될 수 있느냐에 있으나, 자기 관련없이 자기의 자치 행정권이 침해되는 경우는 없는 것이다. 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 법률의 수범자(Adressat)가 아니거나 또는 법률에 관련됨이 없다면 그 법률의 효력이 기본법 제28조 제2항과 일치되지 않더라도 권리장해의 문제는 없게 되는 것이다. 따라서 연방헌법재판소가 헌법소원과 관련하여 요구하는 ‘자기연관성’은 허용성 제한이 아니라 오히려 소원 적격의 요소를 말하는 것이라 할 수 있다.<sup>81)</sup> 이 경우 지방의 지역단체가 당해 법규범에 관련되는 경우는 그 법규범의 수범자에 속



하는 때인 것이다.

규범의 수범자는 일정한 작위, 수인 또는 부작위등의 구체적 의무를 지거나 구체적 권리를 가지게 되는 자연인 또는 법인 또는 형성되는 법률관계의 주체로서 관련되는 자연인 또는 법인이 되는 것이 보통이다.<sup>82)</sup> 따라서 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 자치행정권에 근거한 그의 권한영역과 책임영역이 국가의 법률 또는 법규명령에 의하여 일정한 행위가 규율되는 때에는 당해 규범의 수범자가 되며, 수범자가 된다는 의미에서 당해 규범에 관련(자기의 권리가 침해되는 것)되는 것이라 할 수 있다. 마찬가지로 주법이 특정한 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 당해 주법의 수범자가 되는 것이다.

규범의 수범자의 범위와 관련하여 연방헌법재판소는 규범의 사실상의 효력<sup>83)</sup>과 반사적효력(Reflexwirkung)<sup>84)</sup>을 구분하고, 사실상의 효력의 수범자에 대해서는 헌법소원의 적격을 인정하고 있다. 사실상의 효력은 「사실(Sachverhalt)에 관한 특별한 관계」가 있을 때에 인정된다. 그러나 사실상의 효력과 반사적 효력의 구분은 쉽지 않으며, 연방헌법재판소의 관례의 입장은 처음에는 규범의 의의와 목적에 따라 양자의 구별을 하였으나<sup>85)</sup>, 나중에는 규범의 간접

---

81) W.Litzenburger, Die Kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 195.

82) D. Volmar, Allgemeiner Rechtsstz und Einzelakt, Berlin 1962, S. 257.

83) BVerfGE 16, 25(27).

84) BVerfGE 6, 273(278).

적 효력을 반사적 효력으로 보는 등 견해가 일치되지 않고 있다. 예컨대 지방자치단체 연합은 그에 속하는 지방자치단체의 경계가 변경되는 경우에도 결과적으로 주법의 관계규정에 근거하여 지방자치단체 연합의 관할구역의 변경을 초래하게 되므로 그의 자치 행정권이 침해되는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 법적으로 의미 있는 규범효력(Normwirkung)에 대하여 연방헌법재판소는 반사적 효력으로 보고 있다. 규범의 반사적 효력에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다.

## ② 관련성의 현재성

연방헌법재판소의 일관된 판례 입장<sup>85)</sup>은 일반적 헌법소원의 허용성과 관련하여 현재의 관련성의 주장을 요구하였으며, 지방자치단체의 헌법소원과 관련해서도 유지되고 있다. 따라서 지방자치단체의 헌법소원의 경우에도 일반적 헌법소원에 있어서와 마찬가지로 관리 침해의 현재성이 요구되는 것이라 할 수 있다.

한편 관련성의 현재성을 본안 결정의 요건으로 구조적 귀속을 시킴에 있어 연방헌법재판소의 판례는 일관된 입장을 유지한 것은 아니다. 경우에 따라서는 흠결 있는 권리구제 필요(Rechtsschutzbedürfnis)<sup>87)</sup>라고 하거나 또는 소원 적

---

85) BVerfGE 6, 273(278).

86) Grundlegend BVerfGE 1, 97(102).

87) BVerfGE 14, 260(262); 43, 291(386).

격에 관하여 명시적인 지적을 하지 않은 채 특별한 허용성 요소(Zulässigkeitsselement)<sup>88)</sup>로 파악한 경우도 있었다.

법규범에 의한 현재의 관련성의 요건으로는 첫째 법규가 효력을 발생하여야 하고 또 아직 존재하고 있어야 한다. 둘째 소원 제기자는 그 법규의 효력에 의하여 장래에 있어서 또는 과거에 있어서의 관련이 아니라 현재(gegenwärtig)에 행위 요건적으로 또는 역시 ‘사실상(faktisch)관련되어야 한다. 여기서 헌법소원대상이 되는 법률은 법률공보에 공포되는 의회 법률과 법규명령이다. 따라서 연방 법률공보에 공포되지 않은 법규는 소원 적격있는 규범이 아니기 때문에 헌법소원이 제기되더라도 각하되게 된다. 이점과 관련하여 문제가 되는 것은 법규범이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 공포되어 있는 경우에 그 법규범에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있느냐이다. 이 경우에 해당하는 예로는 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 법률의 효력발생으로부터 폐지 또는 흡수통합되도록 규율한 신편입법(Neugliederungsgesetz)이 있다. 물론 신편입법에 근거하여 폐지된 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 헌법소원을 제기할 수 있는 소원 적격을 가진다. 다른 관점에서 보면 당해 지역단체는 신편입법이 효력을 발생하기 이전에 이미 그의 권리 관계가 소극적으로는 침해된다는 점에서 신편입법은 사전효력(Vorwirkung)을 가지지 않는

---

88) BVerfGE 1, 264(269f.); 3, 58(74f.); 6, 121(128); 15, 126(131); 23, 208(223); 26, 10(110); 34, 165(180); 40, 296(310); 41, 29(43); 43, 242(246); 47, 253(271); 47, 327(366); 48, 64(80); 50, 290(319f.).

다고 하기 어렵다는 점이다. 따라서 헌법소원의 허용성의 문제와 관련하여 장래에 있어서의 권리도 실제로 중요한 의미를 지니게 된다고 할 수 있다. 연방헌법재판소법의 판례<sup>89)</sup>는 법규가 효력을 발생한 이후에는 소원제기자가 현저한 불이익을 받지 않고는 회복할 수 없거나 회복하지 못하게 되는 경우에는 일정한 시점부터 당해 법규의 효력을 긍정하면서 그러한 법규에 대하여는 당해 법규가 효력을 발생하기 이전에라도 헌법소원의 제기가 허용되는 것으로 보았다. 학설<sup>90)</sup>역시 법규범의 효력 발생 이전에라도 예외적으로 헌법소원이 허용된다는 점을 인정하고 있다. 따라서 지방자치단체의 헌법소원의 경우에도 장래에 있어 효력을 발생하게 되는 연방법과 주법이라도 당해 지역단체가 불이익없이 회복할 수 없게 되는 때에는 헌법소원이 허용되는 것이라 할 수 있다.

### ③ 직접성

일반적 헌법소원에 관한 헌법재판소법 제90조 제1항은 소원제기자의 관련성과 관련하여 소원 대상이 된 법규가 특수한 종류나 방법에 의할 것을 규정하지 않고 있으나, 연방헌법재판소<sup>91)</sup>의 일관된 입장은 소원제기자는 법률에 의

---

89) BVerfGE 38, 326ff.; 48, 64ff.; 50, 290ff.

90) G.Leibholz/R.Rupperecht, §90 Rdnr. 34; O.Kimmnich, Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm, 1972, S. 555F.; B.Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/u.a., § 93 Rdnr. 49.

하여 직접적으로(unmittelbar)침해되어야 하는 것으로 보고 있다. 여기서 법률에 의한 직접적인 관련이란 당해 법률에 의하여 의무를 지거나 금지를 받게 되는 규범수범자의 자유가 제한되거나 또는 권리 또는 법적 지위가 박탈되거나 법률의 적용과 관련하여 행하는 행정행위에 의한 것이 아니라 그 법률이 소원제기자의 법적 지위를 침해적으로 규정하는 경우를 말한다.<sup>92)</sup> 따라서 소원제기자의 권리를 간접적으로 침해하는 법률에 대한 헌법소원은 배제된다. 이와 같은 일반적 헌법소원에 있어 소원 적격과 관련하여 정립된 침해의 직접성을 요구하는 연방헌법재판소의 입장<sup>93)</sup>은 지방자치단체의 헌법소원에 있어 그 허용성 판단에서도 그대로 유지되고 있다.

## 제 2 항 지방자치단체의 헌법소원의 보충성의 원칙

### I. 보충성의 원칙

정규의 다른 법적 구제절차가 존재하는 경우에는 필요한 모든 절차를 종료하여야만 헌법소원을 제기할 수 있는 일반적 헌법소원의 경우와 마찬가지로 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 헌법소원의 경우에도 보충성의 원칙이

---

91) BVerfGE 1, 97ff.

92) K.A.Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, AöR 86(1961), 133f.

93) So z. B.vgl.BVerfGE 25, 124(128); 26, 228(236); 59, 216(225).

적용된다. 따라서 지방자치단체는 법률에 의한 자치행정권의 침해를 이유로 한 소원을 주법이 정하는 바에 따라 주헌법재판소에 제기할 수 있을 때에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없다.<sup>94)</sup> 주헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있음에도 불구하고 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하면 허용되지 않는 것으로 각하 된다. 그리고 결정(Entscheidung)의 시점에 보충성조항(Subsidiaritätsklausel)에 의한 충분한 권리 구제의 가능성이 존재하는 때에는<sup>95)</sup> 지방자치단체의 소송권(Beschwerderecht)은 배제된다. 그러나 주헌법재판소에 소원 절차를 수행한 것인지 아닌지와 어떤 결과로 수행한 것 인지의 여부는 문제되지 않는다.<sup>96)</sup> 지방자치단체의 헌법 소원의 보충성을 규정한 연방헌법재판소법 제91조 제2문의 핵심적인 문제는 그 보충성조항의 타당 범위라고 할 수 있다.<sup>97)</sup>

---

94) Hierzu eingehend vgl. E. Klein, Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: Festschrift für W.Zeidler, Bd. 2, Walter de Gruyter, Berlin 1987, 1305ff.

95) Vgl. BVerfGE 6, 376(282f.); Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ u., § 91 Rdnr. 37.

96) Vgl. W. Geiger, § 91 Anm. 4; R. Heer, Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände, S. 116; C. Münzer, Rechtsschutz der Gemeinden, 1971, S. 81f.

97) 지방자치단체의 헌법소원에 있어 연방헌법재판권과 주헌법재판권 사이의 권한경계에 관하여 상세는 vgl. H. Bethge, Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bundes und Landesverfassungsgerichtsbarkeit bei der kommunalen Verfassungsbeschwerde, DÖV 1972, 336ff.

## II. 보충성조항의 타당범위

보충성 조항의 타당 범위를 어떻게 보느냐는 지방자치단체의 효과적 권리 구제가 좌우되는 중요한 문제이지만, 판례와 학설은 그에 관하여 충분히 규명하지 않고 있다. 여기서 타당 범위에 관한 논점에 대하여 구체적 언급은 논의로 하되 그 의의를 중심으로 살펴보기로 한다.

일면에서는 연방 헌법재판소에 제기하는 헌법 소원과 관련한 소원 절차에 여러 심사 기준이 있을 수 있고, 타면에서는 주헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여 여러 가지 심사기준이 있을 수 있으나, 동일한 쟁송대상에 대하여 상이한 결정이 행하여져서는 안 된다. 따라서 보충성조항의 의의는 상호 독립적으로 존재하는 연방헌법재판소와 주헌법재판소가 서로 상반되는 결정을 행하는 것을 방지하기 위함에 있는 것은 아니다. 이와 같은 보충성 조항을 두게 된 배경을 살펴보면 그 의의를 알 수 있게 된다. 지방자치단체의 헌법 소원을 입법적으로 도입함에 있어 그 도입에 관한 헌법상의 문제로 부각된 것을 타협적으로 조종한 것이 보충성 조항이라고 할 수 있다. 지방자치단체의 헌법 소원의 도입을 긍정하는 입장에서는 기본법 제28조 제3항에 근거하여 지방자치단체에게 헌법 소원을 통한 권리구제가능성을 부여하여야 한다고 한 반면에, 반대하는 입장에서는 연방(Bund)은 주입법권에 유보되어 있는 지방적 영역에 대하여 헌법 소원의 도입을 통

하여 관여할 수 있는 권한이 없다고 주장하였다. 이러한 문제의 해결을 위하여 연방 헌법재판소법은 보충성 조항을 두기에 이르렀고, 그 결과 헌법 쟁송에 있어서 주헌법재판소의 우선원칙이 확립되었다.

보충성 조항을 해석함에 있어서는 지방자치단체와 지방자치단체 연합의 효과적 권리구제를 중심으로 하여야 한다. 보충성 조항에 따라 연방 헌법재판소의 헌법 소원 절차와 주헌법재판소의 권리 구제절차 사이에 경쟁상황은 해소되었지만, 자치 행정권을 침해하는 법률에 대한 권리 구제를 연방 또는 주헌법재판소를 통하여 받지 못하게 되는 경우는 없어야 하는 것이다. 따라서 지방자치단체는 주헌법재판소에 제기하는 헌법소원절차를 통해서도 권리구제의 효과성을 얻을 수 없을 때에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 여기서 권리 구제의 효과성은 본안결정(Sachentscheidung)의 허용성을 기준으로 판단된다.

지방자치단체는 그의 자치 행정권이 주헌법재판소에 소원이 제기될 수 없는 경우로서 주법률에 의해 침해되었을 때에는 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기 할 수 있다(기본법 제93조 제1항 제4b호). 연방국가에서 연방헌법재판권과 주헌법재판권은 상호 독립적으로 인정되고 있기 때문에 연방법률에 대한 주헌법재판소의 심사권은 배제되며, 주기관(Landesorgan)의 활동에 관하여 배타적 심사권을 행사한다. 여기서 주법률은 주의 기관이 발령한 모든 법규칙(Rechtsvorschrift), 의회법률(Parlamentsgesetz), 법규명령 등을 포함한다.<sup>98)</sup> 주헌법재판소는 주의 의회 법률에 대해



서만 심사권을 가지기 때문에 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 주의 법규명령에 대하여 소원을 제기하는 때에는 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있다. 연방헌법재판소법 제91조 제2문은 주헌법재판소의 우선원칙을 규정하고 있으나, 이는 효과적 권리 구제가 가능한 범위 내에서만 적용되는 것이다. 주의 법규명령에 대하여는 적절한 권리 구제 절차가 결여되어 있으므로 여기에는 보충성 조항의 적용이 없는 것이다. 주헌법재판에 있어서 효과적 권리구제절차라고 말할 수 있기 위해서는 모든 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 기본법 제93조 제1항 제4b호에 따른 헌법 소원을 제기할 수 있어야 하고, 또 소원적격이 인정되어야 하는 것이다.

효과적 권리 구제의 판단에는 역시 소원 적격도 검토되어야 한다. 소원적격에 관한 주절차법상의 규정은 지방자치단체의 헌법 소원에 있어서의 소원적격의 요건에 비하여 보다 엄격하게 규율하고 있다. 그 결과 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 소원 적격이 있음에도 불구하고 주절차법이 요구하는 주장책임을 충족할 수 없게 되어 권리 구제를 받을 수 없는 경우가 있을 수 있는 것이다.

일반적 헌법 소원과 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 헌법 소원에 있어 소원 적격은 자기의 권리 장해 외에도 쟁송 대상이 된 법률이 그의 자치 행정권을 위법하게 침해하였음을 주장하여야 한다. 따라서 권리 구제의 효과

---

98) Vgl. dazu E. Friesenhahn, Zuständigkeitsabgrenzung, S. 754.

성의 판단은 위에서 살펴 본 것 외에도 다를 수 있는 자치 행정권을 중심으로 검토할 필요가 있게 된다. 자치행정권을 판단하는 기준에 있어 연방 헌법재판소와 주헌법재판소의 기준은 서로 다르다. 연방 헌법재판소는 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치 행정권을 기준으로 하지만, 주헌법재판소는 관계 주헌법(Landesverfassung)에서 규정한 자치 행정보장을 기준으로 하므로 자치행정권에 관한 기본법상의 조항은 기준이 될 수 없게 되는 것이다. 주헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법소원에서는 주헌법에서 규정한 자치행정권이 침해되었음을 이유로 하여야 하며, 주헌법은 기본법 제28조 제2항에서 보장한 자치행정권을 내용적으로 축소해서는 안 된다. 따라서 보충성 조항은 기본법 제28조 제2항은 각주역시 기본법에서 보장한 자치행정권과 동일하게 주헌법에서도 규정하도록 하는 동질성명령을 도출하며, 그 결과 주법이 추상적 규율의 결과이든 또는 주헌법재판소의 구체적인 심사와 관련해서든 기본법 제28조 제2항이 보장한 자치행정권에 미치지 못할 때에는 지방자치단체의 연방헌법재판소에의 헌법소원이 허용되는 것이다.<sup>99)</sup>

### 제 3 항 지방자치단체와 지방자치단체연합의 소송법상의 지위

---

99) Vgl. H. Bethge, DÖV 1972, 339ff.(S. 342f.); K.Stern, Nachstellen zwischen Bundes und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, BayVBI 1976, 551.

## I. 소송대리

독일 법원(Gericht)에 등록된 변호사(Rechtsanwalt)와 독일 대학의 법률학교수(Rechtslehrer)는 누구나 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하는 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 소송 행위를 대리할 수 있다.<sup>100)</sup>

소송대리권(Prozeßvollmacht)은 지방자치단체의 헌법 소원절차에서 필요한 모든 행위와 의사표시를 할 권능을 준다. 그러나 소송대리권은 개개의 소송행위(Prozeßhandlung)에 있어 구두의 변론 또는 서면적 절차에 한정된다.<sup>101)</sup> 소송 대리권의 내용적 제한은 민사소송법 제83조 제1항을 유추 적용하면, 그 내용적 제한은 소원 신청의 철회에 따른 절차 종료에 관한 것이고 법원에 통지되었을 때에만 유효하다. 헌법 소원을 제기하는 지역단체는 여러 명의 대리인을 선정할 수 있다.

대리권 수여 그 자체가 이미 소송행위이므로, 대리권을 수여하는 법인은 소송능력(Prozeßfähigkeit)이 있어야 한다. 지방의 지역단체에서 소송 능력은 대외적 대표권 있는 주 행정공무원(Hauptverwaltungsbeamte) 또는 그가 임명한 대리인만이 가진다.<sup>102)</sup>

---

100) § 22 Abs. 1 S. A BVerfGG.

101) § 83 Abs. 2 ZPO ananlog; vgl. Klein, in: Maunz/Schmidt-bleibtreu/u.a., § 22 Rdnr 12.

102) BVerfGE 26, 228(236f.); W.Hoppe/H.W.Rengeling, S. 206.

모든 지방헌법(Kommunalverfassungsgesetz)<sup>103)</sup>은 일정한 형식요구의 유지에 관한 의무적선언(Verpflichtungserklärung)을 하도록 규정하고 있다. 따라서 대리권 수여는 서면형식을 갖추어야 하며, 그것이 법적 구속력을 발생하기 위해서는 주행정공무원 또는 그가 임명한 대리인이 자필로 서명하여야 한다. 경우에 따라서는 관청명칭과 직인의 날인이 요구되기도 한다.

헌법 소원을 제기한 지역단체가 폐지된 이후에도 대리권 부여는 폐지 전과 차이가 없다. 부여된 소송 대리권은 연방헌법재판소에 제기한 헌법 소원의 유효요건이므로 대리자 자필의 또는 공증된 서명(Handzeichen)으로 서명한 서면의 대리권증서(Vollmachtsurkunde)로 증명하여야 한다. 대리권증서에는 이름과 주소등의 인적 사항과 지방적 지역단체를 위하여 어떤 절차에 소송 대리를 하는 지에 대하여 명기하여야 한다.

헌법재판소는 대리권의 흠결 유무에 대하여 직권으로 판단한다.

## II. 기록열람권(Akteneinsichtsrecht)

헌법 소원을 제기한 지방자치단체 또는 지방자치단체 연

---

103) 예외적으로 「브레멘」 시장의 경우는 브레민 주헌법 제148조 제1항에 의거하여 지방자치단체인 「브레멘」의 시장을 동시에 겸임하므로 의무적선언을 하지 않도록 하고 있다.

합 및 헌법 소원 절차에 참가하게 된 헌법기관 등의 지방자치단체의 헌법 소원의 관계인은 절차와 관련이 있는 연방헌법재판소의 기록을 열람할 수 있다. 그 외에도 기록의 복제(Ausfertigung), 복사, 등본(Abschrift)의 교부를 헌법재판소의 관계 부서에 요구할 수 있다. 기록열람권은 연방헌법재판소에 계속중인 헌법소원절차에 관련된 모든 기록에 대해서 대외비 기록인지에 관계없이 인정된다. 그러나 판결문의 초안, 결정(Beschluß) 및 처분의 준비초안과 협의에 관한 조서에 대해서는 기록열람권이 인정되지 않는다. 기록열람권의 부여 여부에 대해서는 재판장(Senatsvorsitzende)이 결정하며, 그 결정에 대한 소원은 재판부에 할 수 있다.

### Ⅲ. 증거 채택(Beweisaufnahme)

연방 헌법재판소의 심리절차에는 직권조사주의(Untersuchungsgrundsatz)가 적용된다.

연방 헌법재판소는 관계인이 제출한 또는 증거신청에 구속받지 않고 결정에 현저한 사실에 대한 인식을 준비한다. 연방 헌법재판소는 관계인이 제출한 모든 기록과 모든 알려진 상황에 대한 자유로운 평가에 근거하여 그의 심증(Überzeugung)을 굳힌다.<sup>104)</sup> 다만 사실 관계에 속하는 헌법적 문제의 규명은 헌법재판소의 책무가 아니므로 사실

---

104) Vgl. W. Geiger, § 26 Anm. 1; G. Leibholz/R.Rupperecht, § 26.

관계의 조사를 위해서 주로 관계인을 활용한다. 따라서 절차개시의 신청에는 필요한 증거자료(Beweismittel)에 대한 언급을 포함시켜야 한다. 그러므로 소원 제기자는 증거신청을 하여야 하며, 그 증거신청에 대해서는 형사소송법 제244조 제2항 내지 제6항을 유추 적용하여 법원 결정의 대상이 된다. 증거 주제 또는 증거 수단이 충분히 기재되지 않은 증거 조사 신청인 때에는 법원은 그의 사실관계의 조사에 관한 의무를 일정한 방향으로 행사함에 있어서 참고로 할뿐이다. 연방헌법재판소는 증인 심문과 전문가의 감정 등 실제적으로 의미 있는 증거수단종류를 활용할 수 있다. 이 경우 민사소송법상의 관계 규정이 준용된다.

헌법소원제기자와 기타 관계인은 증거기일을 통지받을 권리와 증거기일에 참가할 권리를 가진다. 재판장이 이의를 제기한 문제에 대해서는 재판부가 종국적으로 결정한다.

#### IV. 구두변론(mündliche Verhandlung)

연방 헌법재판소는 지방자치단체의 헌법 소원에 대하여 구두변론을 거쳐 결정하여야 한다. 그러나 연방 헌법재판소법은 동법 제24조에서 허용되지 않는 또는 명백한 이유 제시없는(unbegrundet)신청에 대해서는 구두변론없이 결정할 수 있음을 명시적으로 정하고 있으며, 또 동법 제25조에서는 모든 관계인이 구두 변론을 포기한 때에도 구두변론없이 결정할 수 있음을 규정하고 있다. 그리고 헌법소원

절차에서 소원제기자의 동의가 아니라 소원절차에 정식으로 참가한 헌법기관이 구두변론을 포기하면 연방헌법재판소식으로 참가한 헌법기관이 구두 변론을 포기하면 연방헌법재판소는 구두 변론을 생략한다. 헌법기관이 소원절차에 참가하지 아니한 때에는 구두 변론의 여부는 재판부의 전적인 재량에 해당된다. 연방 헌법재판소는 지방자치단체의 헌법 소원 절차에서 지금까지 구두 변론없이 결정하고 있다.

## V. 불공정의 우려를 이유로 한 재판관기피

지방자치단체 또는 지방자치단체 연합 및 기타 관계인은 불공정을 이유로 하여 재판관을 기피할 수 있다.<sup>105)</sup> 관계인이 기피신청(Ablenungsgesuche)을 함에 있어서는 기피하는 재판관과 불공정(Befangenheit)의 우려(Besorgnis)가 되는 원인에 대하여 구체적으로 지적하여야 한다. 기피신청은 신청인이 기피 사유를 인식한 시기와 관계없이 늦어도 구두 변론의 개시까지는 제출되어야 한다. 헌법재판소는 기피된 재판관의 공적 해명을 듣고 결정한다.

### 제 4 항 헌법재판소의 결정

#### I. 심리기준(Prüfungsmaßstab)

---

105) § 19. Abs. 1 BVerfGE.

심사기준이란 헌법규범(verfassungsnorm)과 헌법원칙(verfassungsprinzipien)의 총체로서, 그 내용이 소원 대상을 형성하는 법규를 가늠하게 하는 것을 말한다. 만약 연방 헌법재판소가 소원 대상인 법규가 헌법 규범과 헌법 원칙에의 불합치성(Unvereinbarkeit)만을 확정하고자 하는 경우, 헌법재판소는 소원 대상인 법률의 무효 또는 기본법에 불합치성을 선언할 수 있다.

연방 헌법재판상의 결정을 위한 기준은 오로지 기본법상의 규범과 원칙이 된다. 따라서 연방 헌법재판소는 소원대상인 법규가 주헌법에의 합치성의 여부에 대해서는 결정할 수도 없고 결정해서도 안 된다.<sup>106)</sup> 연방 국가인 독일의 경우 연방 헌법재판권과 주헌법재판권은 상호 병렬적으로 존재하며, 양 기관 사이에는 심급관계(Instanzenverhältnis)에 있는 것은 아니다. 양 기관 사이의 권한 경계는 심리기준의 연방헌법재판소 또는 주헌법재판소에의 귀속(Zuordnung)에 따른 것이라 할 수 있다. 만약 어떤 주에서 주법상의 헌법소원의 가능성이 결여됨으로써 연방 헌법재판소가 관여하는 것은 위에서 말한 귀속과는 무관한 것이다. 헌법재판소법 제91조 제1문의 명시적 규정에 근거하여 연방헌법재판소는 소원대상이 된 주법이 기본법 제28조 제2항의 합치성 여부를 심리하여야 한다. 이 경우 연방헌법재판소는 자치행정정보장에 관한 주법상의 규정을 고려해서는 안

---

106) Vgl. BVerfGE 6, 376(382); E. Friesenhahn, Zuständigkeitsabgrenzung, S. 751f.



된다. 또한 연방 헌법재판소는 소원 대상인 주법이 다른 연방법 또는 주법에의 합치성 여부를 심리할 수도 없다.<sup>107)</sup>

연방 헌법재판소의 판례<sup>108)</sup>와 다수설<sup>109)</sup>은 심리 기준을 기본법 제28조 제2항에 한정시키는 경향에 있으나, 자치행정 의 헌법상의 형태를 함께 형성하는 규범에 대해서는 심리기준의 확대를 인정한다.<sup>110)</sup> 이와 같이 자치행정권에 관한 심리기준의 제한에 대해서는 소송경제(Prozeßökonomie)의 관점에서 연방 헌법재판소가 소원 대상인 규범이 기본법에의 합치성 여부에 대한 의문점에 대하여 종국적인 결정을 하지 못하게 되고, 추상적 또는 구체적 규범통제절차와 관련하여 거기에 적용되는 광범위한 심리 기준을 적용하여야 하는 문제가 생긴다. 이러한 문제점은 헌법재판소가 ‘함께 형성하는 헌법규범(mitprägende Verfassungsnorm)’의 개념을 정립하는 계기가 되었다. 소송 경제는 어디까지나 법률상의 한계 내에서 달성되는 것이라는 점에서 위의 논의는 법적으로 중요한 쟁점이 되지 못한다.<sup>111)</sup> 법

---

107) H.Bethge, DÖV 1972, 158; ders., Die Aktualisierung der kommunalen Selbstverwaltung, Verw. 1973, 406 m.w.N.; G.Pütter, Anmerkung, AöR 95(1970), 613; ders., Unterschiedlicher Rang, DÖV 1970, 323.

108) BVerfGE 1, 167(181).

109) B. Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ u.a, § 91 Rdnr. 36; H.Bethge, DÖV 1972, 157; O.Gönnenwein, S. 218; H.Lechner, § 91 Anm. 5.

110) Vgl. BVerfGE 1, 167(181); 56, 298(310).

111) W. Litzemberger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 301f.

적으로 중요한 준거점은 연방헌법재판소법 제90조 제1항, 제91조 제2문에서 규정하고 있는 소원 적격이며, 여기서 소원 적격은 기본법 제28조 제2항에 규정한 자치 행정권이 침해된 경우에만 인정된다는 점이다. 따라서 심리기준의 설정은 기본법상의 자치행정권보장에서 찾아야 하는 것이다. 다시 말하면 심리 기준은 기본법 제28조 제2항이 되는 것이나, 그 외에도 기본법 제28조 제2항의 현실적인 보장 효력의 조사에 불가결하고 심리 대상인 법규에 내용적인 요구를 하고 있는 모든 헌법 규범과 헌법 원칙도 포함되는 것이다.

## II. 결정의 내용

### 1. 본안에서의 결정

연방 헌법재판소법 제95조는 헌법 소원이 인용되면 그 결정에서 기본법상의 어떤 규정이 어떤 행위 또는 부작위에 의하여 침해된 것인지를 확정하고, 또 결정에 대한 헌법소원이 인용되면 연방 헌법재판소는 그 결정을 취소하며, 또 법률에 대한 헌법 소원이 인용되면 연방 헌법재판소는 당해 법률의 무효를 선언하도록 규정하고 있다.<sup>112)</sup> 이와 같

---

112) 기본권침해에 대한 일반적 헌법소원에 있어 결정주문의 유형과 효력에 대해서 상세는 전광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 헌법재판연구원 제2권(1990), 113면 이하 참조.

이 헌법재판소의 결정의 내용을 정하고 있는 헌법재판소법 제95조는 지방자치단체의 소원절차(Beschwerdeverfahren)에서 제기된 소원신청의 허용성의 판단을 위한 기준이 된다. 연방헌법재판소법 제95조 제3항에 따라 연방헌법재판소는 기본법 제28조 제2항에 규정된 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 자치행정권을 위법하게 침해하는 연방법 또는 주법에 대하여 결정주문(Entscheidungsformel)에서 무효선언을 하여야 한다.

무효선언을 함에 있어서 연방 헌법재판소는 법률의 일부에 대하여 까지 확대하여 무효 선언을 해서는 안 된다. 법률의 일부(Teil)역시 연방 헌법재판소법 제95조 제3항에서 말하는 법률이기 때문이다. 연방 헌법재판소는 일부무효를 인정하고 있으나, 그것은 무효인 규범과 불가분의 일체(untrennbare Einheit)<sup>113)</sup>에 있는 법규정(Rechtsvorschrift)의 무효에 포함되는 경우이어야 한다.

연방 헌법재판소법 제95조는 패소하는 헌법 소원에 있어 결정해야 하는 내용에 대해서 규정하지 않고 있으나, 실무적으로는 허용되지 않는 헌법 소원은 각하시키고 있으며, 이유 없는 헌법 소원의 경우는 기각시키고 있다. 연방 헌법재판소법 제31조 제2항 제2문은 법률에 대한 헌법 소원이 패소하는 때에도 연방 헌법재판소가 그의 결정에서 당해 법률이 기본법에 합치(Vereinbarkeit)된다는 점을 확정할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있으나, 연방 헌법재판

---

113) BVerfGE 5, 25(34); 8, 71(79); 9, 213(217f.); 15, 1(24f.); 22, 134(152); 29, 198(213).

소는 아직 그러한 결정을 하지 않고 있다.

## 2. 부수의 결정(Nebenentscheidung)

연방 헌법재판소의 활동은 그 자체 주관적 권리구제절차에 있어 상당한 부분 역시 공익을 위한 것이기 때문에 연방 헌법재판소법 제34조 제1항은 소송경비자유(Gerichtskostenfreiheit)의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 소원제기자는 소송경비는 물론 기타 소송적 부대경비, 즉 증인경비, 전문가용역비, 판사의 여행경비 등을 부담하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 직접 출석명령에도 불구하고 출석하지 않거나 필요한 등본을 제출하지 않음으로써 생긴 추가적 경비에 대해서는 관계인에게 부담시킬 수 있다.

헌법 소원의 소송대리인의 수입료는 6,000마르크로 하는 것이 원칙이며, 그것을 상회하는 액수를 청구하고자 하는 때에는 헌법재판소의 결정을 받아야 한다.

헌법재판소는 직권으로 그 결정이 누구에게, 어떤 종류 및 방법으로 집행되어야 하는지에 대해서 결정해야 한다.

## 제 5 항 가처분

### I. 가처분의 형식적요건

가처분(einstweilige Anordnung)은 본안판결의 실효성을

높이기 위한 것으로 연방 헌법재판소법 제32조에서 규정하고 있다.<sup>114)</sup>

연방 헌법재판소의 가치분권은 본안사건(Hauptsache)에 있어 결정권의 부수적인 것으로, 지방자치단체의 헌법 소원의 본안결정의 요건(Sachentscheidungs voraussetzung)이 충족된 때에 할 수 있다. 다만 가치분의 신청은 본안 사건이 헌법재판소에 계속되기 전이라도 본안 사건이 제기될 것으로 기대되는 때에는 허용된다. 헌법재판소가 직권으로 가치분을 허용하고자 하는 때에는 본안 사건이 이미 계속되는 것을 요구하여야 한다. 여기서 본안 사건은 허용되는 것이어야 한다. 즉, 지방자치단체의 헌법 소원의 본안결정의 요건을 충족하고 있어야 하는 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 가치분의 범위 내에서 본안 결정의 요건이 충족되는 지에 대하여 적극적으로 확정할 필요는 없으며, 그 본안 사건이 명백히 불허용적이 아닌 것으로 족하다. 그리고 본안 사건이 이유 없이 명백한 경우에 헌법재판소는 가치분을 하지 못한다. 가치분의 신청은 소원 적격이 있거나 본안 사건이 아직 재판소에 계속되지 않은 때에는 참가적격(beitrittsberechtigt)이 있는 자이어야 한다.<sup>115)</sup>

그 외에도 가치분의 허용성의 유무는 신청목적의 허용성

---

114) 일반적헌법소원과 관련한 가치분에 관한 상세한 설명은 김학성, 서독의 헌법소원제도, 헌법재판연구 제1권(1990), 350면 이하 참조.

115) BVerfGE 11, 339(342); 16, 236(237); G.Leibholz/R.Ruprecht, § 32 Rdnr. 3; H.W. Erichsen, Die einstweilige Anordnung, 1976, S. 179f.

에 좌우된다. 가처분의 목적은 본안 사건의 결정을 방지함에 있기 때문에 본안 사건의 결정을 선취하지 못한다.<sup>116)</sup> 예컨대 연방 헌법재판소가 신편입법(Neugliederungsgesetz)의 위헌을 이유로 하는 소원 절차와 관련하여 당해 법률이 무효라고 선언하는 가처분을 하는 것은 허용되지 않는다.

연방 헌법재판소가 본안 사건을 적시에 결정함으로써 가처분 결정에 의하여 방지하고자 한 중대한 손해(Nachteil)를 방지할 수 있을 때에는 가처분이 인정되지 않는다.

가처분의 경우에도 일반적 허용성 요건, 특히 권리구제의 필요(Rechtsschutzbedürfnis)를 충족하여야 한다.<sup>117)</sup>

## II. 가처분의 실체적 요건

지방자치단체의 헌법소원 절차에서 연방 헌법재판소가 가처분을 할 수 있는 실체적 요건에 대해서는 연방 헌법재판소법 제32조 제1항에 규정하고 있다. 즉, 가처분은 중대한 손해를 방지하거나 위협적인 강제(drohender Gewalt)를 금지하거나 또는 기타 공공복리의 이유로서 긴급히 필요한 때에 할 수 있다. 여기서 가처분의 필요성은 가처분이 없으면 소원 대상이 된 법률이 본안판결에서 무효 선언되어

---

116) BVerfGE 11, 306; 14, 192(193); 16, 229(226); 34, 160(162).

117) W. Hoppe/B.Rengeling, Rechtsschutz, S. 182ff.; H.P.Tüttenberg, Die einseitige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, Diss, 1968, S. 65ff.

법률 집행의 잠정적인 효력정지(Aussetzung)를 초래할 불이익이 생기게 되는 등의 결과를 고려하는 것이다. 가처분의 필요성 유무를 판단함에 있어서는 신청인이 소원 대상인 법규의 무효성의 이류를 심사함에 있어서는 당해 법규의 집행의 정지가 필요한 지의 여부에 대해서는 고려하지 않는다. 다만 신청인의 헌법 소원이 본안 판결에서 패소할 것이 명백하거나 아니면 헌법재판소가 소원 대상인 법률을 위헌으로 선언할 것이 명백한 때에는<sup>118)</sup> 그러하지 아니하다.

따라서 연방 헌법재판소는 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여 가처분이 공익을 위하여 긴급히 필요한 경우에도 법률의 집행에 의하여 생긴 지방자치단체의 손해와 법률집행의 정지의 결과로 생기게 되는 일반성(Allgemeinheit)을衡量하여 가처분을 결정하여야 한다.

연방 헌법재판소는 신편입법에 대한 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여 신청한 가처분에 대하여 당해 법률의 효력정지는 공공복리의 관점에서 필요하지 않다고 보고 받아들이지 않았다.<sup>119)</sup> 따라서 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여서는 가처분제도의 현실적인 의의를 인정하기 어렵게 되었다.

### 제 3 절 각주에 있어서의 지방자치단체의 헌법소원

---

118) BVerfGE 16, 220(226); 20, 363(364).

119) BVerfGE 18, 157(158); BVerfGE 27, 240ff.

## 제 1 항 개 설

몇 개의 주헌법(Landesverfassung)과 주의 절차법은 지방 자치단체와 지방자치단체 연합에 규범(Norm)이 주법상의 자치행정보장(Selbstverwaltungsgarantie)과 일치하는 지에 대하여 주헌법재판소(Landesverfassungsgericht)에 소원제기를 통하여 심사할 수 있는 기회를 부여하고 있으며, 그것이 부인되는 때에는 당해 규범의 무효 선언을 받을 수 있는 기회를 부여하고 있다. 연방 헌법재판소법은 제91조 제2문에서 지방자치단체의 헌법 소원의 보충성의 원칙을 규정하고 있기 때문에 주법상의 헌법 소원 절차는 기본법 제93조 제1항 제4b호에 따라 지방자치단체의 헌법 소원의 허용성이 좌우되기도 한다.

주법상의 헌법 소원<sup>120)</sup>이 지방자치단체의 헌법 소원과 유사한 것이기 위해서는 소원 절차가 지방자치단체 또는 지방 자치단체연합의 신청에 의하여 개시되고, 또 규범이 주법상의 자치행정보장을 침해하는 것을 이유로 무효선언될 수 있어야 한다.

지방자치단체의 헌법 소원과 비교할 수 있는 주법상의 헌

---

120) 기본법 제93조 제1항 제4b호 및 연방헌법재판소법 제91조에 의거 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 연방헌법재판소에 제기하는 헌법소원과 주헌법에 의거하여 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 주헌법재판소에 제기하는 헌법소원과 구별하기 위하여 이하 본고에서는 후자에 대하여 「주법상의 헌법소원」으로 표기하기로 한다.



법소원은 통독되기 이전에 9개의 주중에서 6개의 주에서만 인정하고 있다. 1990년 동독과 서독이 통일되면서 구동독 하의 제주가 통일독일에 편입됨으로서 현재는 16개의 주<sup>121)</sup>가 있다. 새로 편입된 제주의 경우에도 기본법이 적용되고 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권이 보장되므로 지방자치단체의 헌법소원과 주법상의 헌법소원이 인정되고 있으나, 그에 관한 자료의 빈곤으로 인하여 본고에서는 논외로 한다.

## I. 주법상 헌법소원이 인정되지 않는 주

지방자치단체의 헌법 소원에 해당하는 주법상의 헌법소원을 인정하지 않는 주는 「헤센」, 「니더작센」, 「슈레스빅 홀슈타인」 등의 주이다. 「함부르크」와 베를린은 그 자체가 도시국가(Stadtstaat)로서 란트(Land)이므로 지방자치단체의 헌법 소원의 문제는 없다.

### 1. 「헤센」(Hessen)주

지방자치단체의 헌법 소원과 비교할 수 있는 권리구제절

---

121) 독일의 주는 Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklemburg-Vorpommern, Niedersachsen, Bordrehein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen 등 16개이다.

차(Rechtsschutzverfahren)로는 추상적 규범통제와 기본권 소송(Grundrechtsklage)이 있다.<sup>122)</sup> 양 절차에 의거 법규범이 주헌법에의 일치성 여부에 관하여 심사할 수 있다. 추상적 규범통제(Normenkontrolle)의 경우 지방자치단체와 지방자치단체연합은 신청권이 인정되지 않는다. 기본권소송의 경우는 지역단체에게도 신청권이 인정된다.<sup>123)</sup> 신청의 허용성은 신청인이 기본권 침해를 주장하는 경우에만 인정된다. 주헌법 제137조는 기본권이 아니라 제도적 보장을 규정하고 있기 때문에, 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 자치 행정권의 침해를 이유로 하여 연방 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 소원대상이 된 규범에 대하여 헤센주헌법 제137조를 기준으로 하는 것이 아니라 기본법 제28조 제2항을 기준으로 심사하게 된다.

## 2. 「니더작센」(Niedersachsen)주

니더작센 주헌법 제42조 제1항 제2호는 추상적 규범통제 절차를 규정하고 있으나, 신청권을 규정한 제42조 제2항 제2호에서는 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 신청권에 대해서는 언급을 하지 않고 있다. 따라서 「니더작센」 주에서는 지방자치단체의 헌법소원에 해당하는 헌법소원절차를 주헌법은 물론 국가법원법(Staatsgerichtshofgesetz)에서도 인정하지 않고 있다. 따라서 「니더작센」주

---

122) Art. 131 Abs. 1 hessLV.

123) Art. 131 Abs. 3hessLV; § 45 Abs. 2 hessSTGHG.

의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 연방헌법재판소법 제92조 제2문에 근거하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 헌법 소원의 심사 기준은 기본법 제28조 제2항이 된다.

한편 니더작센주의 국가법원은 신편입법(Neugliederungsgesetz)이 자치행정권과 일치되는 것 인지의 여부를 심사한 적이 있으나,<sup>124)</sup> 헌법 소원이 아니라 추상적 규범 통제 의 일환이었다.<sup>125)</sup>

### 3. 「슈레스빅 홀슈타인」 주(Schleswig-Holstein)

「슈레스빅 홀슈타인」 주헌법은 지방자치단체와 지방자치단체에 자치행정을 보장하고 있으나, 주헌법재판소의 설치를 규정하지 않은 채 주헌법상의 쟁송에 관한 결정을 연방헌법 재판소에 위임하고 있다. 연방헌법재판소가 주헌법상의 쟁송에 관하여 결정함에 있어서는 주헌법에 근거하여야 한다. 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 추상적 규범 통제 신청권도 인정되지 않고 있으며, 따라서 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수밖에 없다.

---

124) Vgl. z. B. Urt. v. 14. 2. 1979-StGH-, OVG 33, S. 497ff.

125) Vgl. W.Hoppe, Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, n: Starck/ Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II, Nomos, 1983 S. 257ff. (266).

## II. 주법상 헌법소원이 인정되는 주

### 1. 「바덴 비르템베르크」(Baden-Württemberg)주

「바덴 비르템베르크」주의 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 주헌법 제76조, 국가법원법 제54조에 근거하여 주법이 자치행정의 영역을 규정하고 있는 주헌법 제71조 내지 제75조를 침해하는 때에는 국가법원(Staatsgerichtshof)에 소원을 제기할 수 있다.

### 2. 「바이에른」(Bayern)주

「바이에른」주에서는 주법상의 법규(Rechtsvorschrift)의 위헌성에 대하여 민중소송(Popularklage)에 의거 누구나 주헌법재판소(Verfassungsgerichtshof)에 다룰 수 있다. 소원제기자는 주법상의 규정이 주헌법상의 기본권목록(Grundrechtskatalog)을 침해하였음을 주장하는 것으로 족하다. 소원 대상은 법률과 법규명령이다.

### 3. 「브레멘」(Bremen)주

「브레멘」주는 주헌법 제143조, 제144조에 의하면 도시인 브레멘과 도시인 브레머하벤으로 구성되는데, 이 도시들은 지방자치단체(Gemeinde)이다. 따라서 주 헌법은 두

개의 도시 자치단체에 자치단체 헌법을 정립할 수 있게 하였고(주헌법 제145조 제1항), 또 법률의 제한의 범위 내에서 자치행정권을 보장하고 있다.(주헌법 제144조).

「브레멘」 주의 국가법원은 공법상의 단체가 국가 법원에 제기한 헌법의 해석 및 기타 국법상의 문제에 관한 의문점에 대한 결정권을 가진다. 이와 같은 헌법재판상의 관할일 반조항(Zuständigkeits-Generalklausel)에 의하면 자치단체로서 도시 브레멘과 브레머하벤은 소원 신청권을 가진다.

#### 4. 「노드라인 베스트팔렌」(Nordrhein-Westfalen)주

「노드라인 베스트팔렌」 주의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 주법이 자치행정권에 관한 헌법의 규정을 침해하였음을 이유로 하여 주헌법재판소(verfassungsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기할 수 있다.<sup>126)</sup>

#### 5. 「라인란트 팔츠」(Rheinland Pfalz)주

「라인란트 팔츠」 주의 모든 공법상의 단체는 그의 권리가 침해되었을 때는 법률 또는 국가기관의 행위가 위헌인지(verfassungswidrig)의 여부에 대하여 주헌법재판소에 결정을 신청할 수 있다.<sup>127)</sup> 주헌법 제49조는 자치행정권을

---

126) § 50 nwVfGHG, Art. 78 nw LVerf.

127) Art. 130 Abs. 1, 135 Abs. 1 rh-pf LVerf., §§2 Nr. 1a, 23, 25, 26 rh-pfVfGHG.

보장하고 있으며, 따라서 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 법률이 자치 행정권을 보장한 주헌법 제49조를 침해하였음을 이유로 헌법 소원을 제기할 수 있다.

## 6. 「자르란트」(Saarland)주

「자르란트」주헌법 제117조는 지방자치단체 및 지방자치단체 연합의 자치 행정권을 보장하고 있다. 따라서 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 법률이 그의 자치 행정권을 침해하였음을 이유로 주헌법재판소(verfassungsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기할 수 있다. 한편 주헌법 제49조 제3항에서는 헌법재판소에의 헌법 소원이 허용되는 침해의 경우에는 주헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 없다고 규정하여 주헌법재판권(Landesverfassungsgerichtsbarkeit)의 보충성의 원칙(Subsidiaritätsklausel)을 채택하고 있으나, 이는 주법상의 헌법소원에 관한 것이라기 보다는 일반적 헌법 소원에 관하여 적용되는 것이라 할 수 있다.<sup>128)</sup>

### 제 2 항 본안결정 요건

---

128) W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, S. 265f.; C. Pesalozz, Verfassungsprozeßrecht, S. 135.

## I. 절차대상(Verfahrensgegenstand)

절차대상이란 쟁송대상개념(Streitgegenstandsbegriff)과는 달리 구체적인 헌법 쟁송 절차에서 주헌법과의 일치성(Vereinbarkeit)여부를 심사하는 고권적 조치의 총체를 의미한다. 절차 대상은 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의한 지방자치단체의 헌법 소원의 범위에 있어서의 소원대상(Beschwerdegegenstand)의 경우와 같은 사실 관계를 지칭하는 것이다.<sup>129)</sup> 주법상의 절차대상에 관한 규정은 주마다 서로 다르기 때문에 구체적인 검토를 요한다.

### 1. 「바덴 뷔르템베르크」 주

주헌법 제76조는 지방적 단체는 주헌법재판소에 법률의 합헌성(Verfassungsmäßigkeit)심사를 제기할 수 있게 하였다. 이러한 의미에서 법률(Gesetz)은 일단 모든 형식적 주법을 말한다. 여기서 실질적 법률도 ‘법률(Gesetz)의 범위에 포함되는지에 대해서 주헌법재판소(Staatsgerichtshof)<sup>130)</sup>는 1977년 8월 9일자 판결에서 그것을 부인하고 형식적 주법만이 해당되는 것으로 보았다. 판결의 이유로는 일면에서는 국가 법원에서 지방적 규범 통제 절차와 관련하여 명령의 법적합성을 심사하고, 타면에서는 행정법원법

---

129) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 334f.

130) StGH BW ESUGH 27, 185ff.

제47조에 따른 추상적 규범통제절차에 의거 행정법원(Verwaltungsgerichtshof)이 심사하게 된다면 서로 모순되는 결정이 행하여질 수 있다는 점을 들고 있다. 소원 대상을 형식적 법률에 한정하는 국가 법원의 태도는 비판을 받고 있다.<sup>131)</sup> 즉, 형식적 법률의 경우는 그의 합법성에 관하여 주헌법 제71조 내지 제75조의 규정을 기준으로 국가법원이 심사하고, 하위법인 법규명령에 대해서는 기본법 제28조 제2항의 규정을 기준으로 연방헌법재판소가 심사하게 되는 문제가 있다는 점이다. 그러나 이러한 비판이 있음에도 불구하고 법개정 작업이 추진되지 않고 있기 때문에 지방자치단체는 여전히 법률은 국가 법원에, 법규명령은 연방 헌법재판소에 소원 제기를 하여야 하는 것이다.

## 2. 「바이에른」 주

주헌법 제98조 제4문은 민중 소송의 절차 대상으로서 법률과 명령으로 규정하고 있으며, 주헌법재판소법은 제53조 제1항 제2문에서 바이에른 주법(Landesrecht)상의 모든 법규(Rechtsvorschrift)라고 하고 있다. 여기서 주법(Landesrecht)은 의회법률(Parlamentsgesetz)<sup>132)</sup>과 바이에른 주정부(staatsregierung)의 법규명령<sup>133)</sup>을 의미한다.

---

131) Vgl. Stern, in: BK, Art. 93 Rdnr. 801; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 279; W. Litzemberger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 336f.

132) VfGH Bay 27, 14; VfGH Bay, Bay VBl. 1976, 205(206).

133) C.Koch, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1981, S. 87;



한편 바이에른 주헌법재판소는 입법하작위에 대해서도 헌법 소원의 대상이 되는 것으로 보았다.<sup>134)</sup>

### 3. 「브레멘」 주

브레멘주 국가법원은 헌법의 해석 및 기타 국법상의 문제(staatsrechtliche Frage)에 관한 의문점에 대한 결정권을 가진다.<sup>135)</sup> 국가 법원의 관할권에 관한 규정은 일반 조항과 같은 유형이며, 그 결과 모든 법규범(Rechtsnorm) 또는 기타 상위적 주법의 주헌법에의 일치성(Vereinbarkeit) 여부를 다룰 수 있다. 이 경우 그것이 형식적 법률인지 또는 법규명령 또는 조례(Satzung)인지는 크게 문제되지 않는다.

### 4. 「노드라인 베스터팔렌」 주

노드라인 베스터팔렌주의 주헌법 제50조에 규정한 주법상의 헌법소원은 모든 주법(Landesrecht)에 대하여 제기할 수 있다. 주법에는 형식적 의미의 주법률과 주의 법규명령<sup>136)</sup> 이 포함된다.

---

K.A.Bettermann, Das Verhältnis der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 1983, S.480.

134) Vgl. BayVerfGH, Entscheidung v.19.2.1971, VGHE 27, II. Teil, S.27; Entscheidung v.4.10.1974, VGHE 27, II. Teil, S.137.

135) Art.140 breLV, § 1 Nr. 1 breStGHG.

## 5. 「라인란트 팔츠」 주

라인란트 팔츠주는 주헌법 제130조 제1항에 의거 모든 공법상의 단체는 법률 또는 헌법기관의 행위가 위헌인지의 여부에 대하여 주헌법재판소에 결정을 신청할 수 있다. 여기서 법률은 형식적 의미의 법률을 의미한다. 주정부의 법규명령을 법률로 볼 것 인지의 문제가 있으나, 그것은 헌법기관의 행위에 해당한다고 할 수 있다.<sup>137)</sup>

한편 주헌법재판소는 입법하작위(gesetzgeberisches Unt-  
erlassen)도 헌법소원의 대상이 되는 것으로 보았다.<sup>138)</sup>

## 6. 「자르란트」 주

자르란트주의 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 법률(Gesetz)에 대하여 헌법 소원을 제기할 수 있다. 학설<sup>139)</sup>은 주정부의 법규명령도 헌법 소원의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 따라서 주헌법 제123조에서 규정한 ‘법률’은 실질

---

136) Vgl. VfGH NrW, OVG 33, 318; C.Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 135.

137) Vgl. A.Süsterhenn/H.Schäfer, Art. 130 Anm. 3b aa; H.Bethege, DOV 1972, 338 Fn. 8.

138) Rh-Pf VerfGH, Urt.v.15.11.1971-VGH 7/71-, DVBl. 1972, S. 783(784f.).

139) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 135, 149; W. Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 279 Fn. 80.

적 의미의 법률개념을 채택한 것이라 할 수 있다.<sup>140)</sup>

## II. 참가능력(Beteiligungsfähigkeit)

주법상의 헌법소원절차에 있어 소원제기자능력(Beschwerdeführerfähigkeit)과 기타의 참가권(Beteiligungsrecht)은 구별되고 있다. 연방 헌법재판소법은 물론 주헌법과 주헌법재판소법에서도 참가 능력에 관하여 일반적 규정을 두지 않고 있다. 소원제기자능력이라는 용어 대신에 신청자격(Antragsberechtigung)이라는 용어를 쓰는 것이 보통이나,<sup>141)</sup> 헌법소원의 허용성의 요건으로서 논의되는 신청자격(Antragsbefugnis)과 구분하기 위하여 본고에서는 소원제기자능력으로 표기하기로 한다.

### 1. 소원제기자능력

바이에른, 브레멘과 라인란트 팔츠 등의 주에서는 주법상의 헌법소원의 소원제기자능력을 모든 공법상의 법인에 대하여 지방자치단체 또는 지방자치단체연합인의 여부와 관계없이 인정하고 있으나, 바덴 뷤르템베르크, 노드라인 베스트랄렌 및 자르란트 등의 주에서는 지방자치단체와 지

---

140) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 342.

141) Vgl. W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 292; W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 348.

방자치단체 연합에 대해서만 인정하고 있다.

## 2. 절차보조참가적격

바에에른주의 민중소송절차, 노드라인 베스트랄렌주와 자르란트 주헌법상의 헌법소원절차를 제외한 다른 주들에 있어서는 위에서 본 소원제기자 능력이 있는 자 외에도 기타 법인, 헌법기관 또는 보조기관에게도 단순한 청문의 단계를 넘는 정식적 방법에 의한 참가(Beteiligung)를 인정하고 있다.

예컨대 바덴 뷔르템베르크주에서는 국가법원법 제44조에 열거하고 있는 헌법기관과 자치행정단체(Selbstverwaltungskörperschaft)를 주법상의 지방적 규범통제절차에 참가시키고 있다. 국가법원법 제48조 제2항은 자치행정단체를 명시적으로 지방적 단체(Körperschaft)로 지칭하고 있지 않기 때문에 목적단체(Zweckverband)역시 자치행정단체에 포함되는 것이라 할 수 있다.

## Ⅲ. 소송능력(Prozeßfähigkeit)

연방 헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원의 경우와 마찬가지로 주법상의 헌법 쟁송 절차에 있어서도 소송 능력은 소송 행위의 유효 요건이 된다.

소송 능력이 결여되면 이전에 행한 소송 행위는 효력이

없게 되며, 그에 관하여 주헌법재판소는 직권으로 판단한다. 소송 능력에 관한 주법상의 절차 규정은 연방 헌법재판소의 규정과 다르지 않다. 따라서 지방자치단체의 헌법소원과 관련하여 위에서 상세히 고찰하였으므로 여기서 상술은 생략하기로 한다.

#### IV. 신청적격(Antragsbefugnis)

신청적격은 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의한 지방자치단체의 헌법 소원에 있어 소원적격과 내용적으로 차이가 없으나, 주헌법과 주의 절차법에서는 상이한 용어를 쓰고 있기 때문에 용어의 통일을 기하기 위하여 신청적격이라는 용어를 쓰기로 한다.

신청 적격이란 자치단체 또는 지방자치단체 연합이 규범 내지 기타의 고권행위의 위헌성의 여부에 대하여 헌법 쟁송 절차에서 주장할 수 있는 능력을 말한다.

##### 1. 주장책임의 대상

(1) 바덴 뷔르템베르크 주헌법 제76조에 의하면 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 주헌법 제71조 내지 제75조의 규정이 침해되었음을 주장하는 것으로 족하다. 주헌법은 주장 책임에 관하여 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 자치 행정권의 침해 외에도 위임행정에 관한 주헌법 제

71조 제3항, 제73조 제1항, 제75조의 규정이 침해된 경우에도 소원을 제기할 수 있다. 이와 같이 신청 적격이 확대되는 것은 자기의 권리침해의 주장을 요구하지 않고 있기 때문이다. 즉, 지방자치단체의 헌법 소원의 경우와는 달리 주헌법은 연방 헌법재판소법 제90조 제1항과 같은 규정을 두지 않고 있는 것이다.

주장책임에 관한 국가 법원의 입장은 지방적 규범통제절차에 있어 신청제기자는 쟁송의 대상인 법규가 주헌법 제71조 내지 제75조에 규정된 자기의 법적 지위가 관련되었음을 지적하여야 하는 것으로 보고 있다.

(2) 바이에른주에서는 법률의 위헌성 또는 기본권을 불용적으로 제한하는 명령의 위헌성을 주장하는 누구에게나 신청적격이 인정된다.<sup>142)</sup> 따라서 민중소송의 허용성은 쟁송대상이 된 법률의 기본권위배성(Grundrechtswidrigkeit)에 좌우된다. 여기서 신청적격과 관련하여 신청제기자의 관련성이 요구되는지 문제되면, 주헌법재판소의 종전의 판례<sup>143)</sup>는 관련성(Betroffenheit)이 요구되지 않는 것으로 보았으나, 최근의 판례<sup>144)</sup>에서는 지역의 경계를 제한하는 신편입법과 관련하여 그 신편입법에 의하여 지방자치단체의 법적 지위가 어느 범위까지 침해되었음을 지적하여야 한다고 판시하여 종전 판례와 모순되는 입장을 취하고 있다.

---

142) Art. 53 Abs. 1 Satz 1 BayVfGHG.

143) Vgl. VfGH Baz 28, 88(94).

144) VfGH Baz 31, 99(199); Vf호 Bay 29, 191(200).

그러나 민중소송의 본질은 자기의 관련성이 없음(Entbehrlichkeit)을 특징으로 하기 때문에 지방자치단체의 민중소송절차의 허용성은 관련성의 언급과는 무관하다고 할 수 있다.

(3) 브레멘 주헌법 제140조와 국가법원법 제1조 제1호에서는 신청 적격에 관하여 헌법의 해석 및 다른 국법상의 문제에 국가 법원의 결정을 요구할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 따라서 국가 법원은 제기된 신청이 브레멘 국법상의 문제에 관한 것일 때에만 관할권을 가진다. 국가 법원은 신청이 연방 헌법상 문제이거나 도시자치단체(Stadt-gemeinde)의 지방의회(Kommunalvertretung)의 내부적 조직, 즉 지방 헌법적 분쟁에 대하여는 관할권이 없다. 브레멘주에 있어서의 신청 적격은 다른 주의 경우와는 자치 행정권의 침해에 대한 주장은 물론 쟁송 대상인 법률에 의하여 자기의 권리 관계의 관련성의 주장을 요구하는 것도 아니다.

(4) 노드라인 베스트팔렌주에 있어서 신청 적격은 주법이 자치행정권에 관한 헌법 규정을 침해하였음을 주장하는 대에 인정되므로, 여기서 신청 적격은 연방헌법재판소법 제91조 제1문에 의한 소원적격(Beschwerdebefugnis)과 같은 것을 의미한다.

이와 같이 신청 적격은 자치 행정권 침해에 대해서만 인정되고 있기 때문에 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합

은 위임행정에 관한 주헌법 제78조 제3항의 규정이 침해되었음을 이유로 하여 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(5) 라인란트 팔츠주에 있어서 신청 적격은 그의 권리가 침해되었다고 믿는(주장하는) 모든 공법상의 단체에게 인정된다. 여기서 헌법위배성의 주장과 자기의 권리침해의 주장은 서로 구분되어야 한다. 주헌법 제130조 제1항에서 말하는 권리는 소원 신청을 하는 단체의 본지료가 책무에서 나오는 것만을 의미하며, 따라서 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 주헌법 제49조, 제50조, 제78조의 규정에 의하여 보장되는 자치 행정권 침해만을 다룰 수 있으며,<sup>145)</sup> 다른 헌법조항에 의하여 부여된 권리의 침해는 다룰 수 없다.<sup>146)</sup>

(6) 자르란트주의 주헌법 제123조와 헌법재판소법 제55조 제2항은 소원적격에 관하여 기본법 제93조 제1항 제4b호, 연방 헌법재판소법 제91조 제1문의 규정보다 명백히 규정하고 있다. 먼저 소원 제기자는 법률이 주헌법 제117조에 규정한 자치 행정권 침해하였음을 주장하여야 한다. 여기에 추가하여 자기의 권리가 침해되었음을 언급, 즉 쟁송 대상인 법규에 의한 자기 연관성을 주장하여야 한다.

## 2. 주장책임의 범위

---

145) W Hoppe/H.W.Rengeling, S. 193; H.Klüber, StGB 1969, 221.

146) VfGH Rh-Pf, AS 11, 73(76); 11, 118(120).



주장책임의 범위와 관련하여 위헌성(Verfassungswidrigkeit)과 자기의 권리침해(eigene Rechtsbeeinträchtigung)를 요구하는 경우(노드라인 베스트팔렌주, 라인란트팔츠주, 자르란트주와 헌법침해(Verfassungsverstoß)만을 요구하는 경우(바덴 뷔르템 베르크주, 바이에른주)가 있으나, 그것은 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 정립하는 주장의 문제라고 할 수 있다. 주장 책임의 범위는 역시 그에 관하여 규정하고 있는 관계 절차 규정의 내용과 본안 결정 요건과 관련한 기능의 문제인 것이다.

자기의 권리침해의 주장을 신청 적격의 요건으로 하는 경우, 이는 민중 소송을 방지하기 위한 헌법 소원의 허용성 제한을 의미하게 되며, 반대로 그와 같은 허용성 제한을 포기하면 민중 소송의 문을 열어 주게 되는 것이다. 따라서 신청 적격의 제한은 헌법재판소의 소송 부담을 경감시켜 주는 기능을 하게 되는 것이라 할 수 있다. 쟁송대상인 법률이 헌법을 사실상 침해하는 것이거나 소원 절차의 성격에 따라 소원 제기자의 권리침해가 인정되는 것이거나 간에 헌법 소원 신청의 허용성은 주장(Behauptung)에 좌우되는 것이다. 소원의 허용성만으로 소원제기자가 정립하는 주장의 이유성(Begründetheit)이 좌우되는 것은 아니지만, 주장되어야 하는 것은 반드시 주장할 필요가 있는 것이다.

다른 측면에서 헌법재판소는 신청 적격을 사실상 인정하기 어렵게 하는 단순한 구두주장(Verbalbehauptung)에 맞

고할 수는 없는 것이다.

따라서 헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원의 경우와 마찬가지로 주법상의 헌법 소원의 경우에도 적절하지 않은 언급이라도 위헌성의 언급이 있어야 하며, 필요에 따라서는 자기의 권리침해를 주장할 것이 요청되는 것이라 할 수 있다.

이하 주장 책임의 범위에 대해서 ① 자치행정권위배성(Selbstverwaltungsrechtswidrigkeit)의 주장, ② 자기의 권리침해(Rechtsbeeinträchtigung)의 주장으로 구분하여 살펴보기로 한다.

### (1) 자치행정권위배성의 주장

구체적인 경우에 있어 주장책임(Behauptungslast)의 범위는 자치행정규정의 규범영역(Normbereich)과 적극적인 보장내용(Gewährleistungsinhalt)을 주의 깊게 구분하여야 결정할 수 있다. 규범 영역은 헌법 규정에 의거 직접적으로 보장된 권한영역과 보장된 자기책임(Eigenverantwortung)의 범위를 판단하게 한다. 법률이 그러한 규범 영역에 대하여 침해적으로 규율하는 경우 당해 법률의 위헌성의 가능성이 언제나 있게 되지만, 이에 대하여 법률이 그러한 규범 영역의 범위밖에 있는 위임사무에 관하여 규율하는 경우에는 당해 법률의 헌법침해(Verfassungsverstoß)의 문제는 없다.

헌법재판소가 신청 적격의 요건을 심사함에 있어서 입법

기관이 규범 영역에 대한 규율과 관련하여 입법권의 범위를 일탈한 것 인지의 여부는 문제되지 않으며, 따라서 규범영역에 소극적으로 관련되는 규범의 존재만으로 이미 자치행정권의 침해의 가능성은 이유 있게 되는 것이다. 그러므로 여기서는 주헌법상의 자치행정보장에 관한 규범 영역의 내용을 구체적으로 언급할 필요가 있다.

주법상의 자치행정권의 보장도 기본법 제28조 제2항의 경우와 같기 때문에 그 내용은 ① 제도적 권리주체보장(Rechtssubjektsgarantie), ② 객관적 법적지위보장(Rechtsste-

llungsgarantie), ③ 주관적 법적지위보장으로 나눌 수 있다. 이 중 주관적 법적 지위는 주헌법상의 헌법 소원의 제기와 관련하여 명문으로 규율하고 있기 때문에 여기서는 논외로 한다.

#### ① 권리주체성의 보장

모든 주의 경우에도 지방자치단체는 기본법 제28조 제2항 제2문, 제1항 제2문의 경우와 같이 자치행정은 제도적으로 보장되고 있다. 모든 지방자치단체를 전면적으로 폐지하는 것은 제도적 보장을 침해하며, 또 법률이 지방자치단체의 구조적 요소, 즉 중추적인 자치단체 기관의 직접적·민주적 선거 제도를 폐지하는 것도 허용되지 않는다. 이와 같은 절대적 존속보호(Bestandschutz)는 지방자치단체 단위(Gemeindeebene)에서만 인정되는 것이며, 개개의 지방자치단체(Gemeinde)<sup>147)</sup>에게 보장되는 것은 아니다. 이 경우

그러한 조치들은 국가 지역(Staatsgebiet)의 충족성(Ausgefülltheit)의 원칙에 적응하기 위한 것이고 또 폐지되었거나 변경된 구역존속(Gebietsbestand)에 대하여 새로운 지방자치단체를 형성하기 위한 것이어야 한다.

자치행정을 위한 구역의 의의라는 점에서 보면 주헌법상의 보장은 상대적 구역보호(Gebietsschutz)라고 할 수 있다.

지방자치단체연합의 경우도 상대적 존속보호(Bestandsschutz)와 구역보호(Gebietsschutz)를 향수한다. 헌법상 보장된 자치 행정권의 보호효력(Schutzwirkung)과 보장효력(Garantiewirkung)은 오로지 지방자치단체 연합의 존재(Existenz)에 좌우될 수밖에 없는 것이다. 모든 지방자치단체연합은 제도적 보장과 관계없이 존속보호(Bestandsschutz)를 향수한다.

## ② 지방자치단체의 법적지위의 보장

지방자치단체의 전권능성과 관련하여 주헌법은 기본법 제 28조 제2항 제1문의 경우와는 상당한 차이가 있는 규율을 하고 있다. 바덴 뷔르템베르크주, 노드라인 베스트팔렌주, 라인란트 팔츠주의 주헌법은 구역과 관련된 지역적 행정의 주체(Träger)라고 규율하고 있다.<sup>147)</sup> 자르란트주의 주헌법

---

147) Vgl. VfGH Rh- Pf, AS 11, 73; Meder, Art. 11 Rdnr. 5(für Bay); Körner, § 1 Anm. 2(für NrW); Hofmann/Beth/Dreibus, § 10 GemO Anm. 1(für Rh-Pf).

148) Art. 71 Abs. 2 S. 1 bayLV; Art. 78 Abs. 2nrwLV; Art. 49 Abs. 1 S. 1 rh-phLV.

제117조 제2항에 의하면 지방자치단체는 지역사회의 모든 공법적 책무를 처리할 권한을 갖는다. 바이에른주의 주헌법 제11조 제2항 제2문은 그의 고유한 사무에 관한 지방자치단체의 자치행정권을 보장하면서, 주헌법 제83조 제1항에서는 지방자치단체의 관할 사무에 대하여 상세한 목록 규정을 하고 있다.

위에서 예시한 바와 같이 주헌법은 자치행정권의 보장에 관하여 상이한 규정을 두고 있긴 하지만, 지방자치단체에게 그의 관할 영역에 속하는 지역사회(ortlichen Gemeinschaft)의 공법적 사무의 처리를 보장해 주고 있다.

지방자치단체의 자기책임성에 관하여도 주헌법은 기본법 제28조 제2항과는 다른 표현을 하고 있다. 바덴 뷔르템베르트주헌법 제71조 제1항 제2문, 라인란트 팔츠 주헌법 제49조 제1항 제1문, 자르란트 주헌법 제117조 제3항은 지방자치단체는 그의 사무를 자기의 책임(in eigene Verantwortung)하에 처리한다고 규정하고 있으나, 바이에른주헌법 제11조 제2항 제2문은 지방자치단체는 그의 사무를 스스로 규제하고 처리한다고 규정하고 있다. 노드라인 베스트팔렌주헌법 제78조 제1항은 자치행정의 보장이라고만 규정하면서 감독권을 법도합성통제(Rechtmäßigkeitskontrolle)에 국한시킴으로서 자기책임성(Eigenverantwortigkeit)의 본질은 국가의 감독지시로부터 자유로운 사무처리에 있음을 보여주고 있다.

주의 영역에 있어서도 지방자치단체의 자기책임성은 고권들의 집합을 의미한다. 여기서 고권은 내재적 및 입법형성

적 제한에 의존되지 않는 내용의 것을 말한다. 왜냐하면 고권의 보장을 전제로 자치행정권에 위배되는 침해의 가능성이 존재하며, 이 경우 소원 적격이 긍정되어야 하기 때문이다. 주법상의 자치행정보장에 대한 침해가 사실상 존재하는지에 대하여 헌법재판소는 이유성심사(Begründetheitsprüfung)의 범위 내에서 판단하게 된다.

자기 책임성의 내용으로서 고권은 ① 계획고권, ② 지역고권, ③ 조직고권, ④ 인사고권, ⑤ 조례고권, ⑥ 재정고권이 있으며, 이에 관하여는 기본법상의 자치 행정권의 보장과 관련하여 이미 상술하였기 때문에 여기서는 논외로 한다. 고권중에서 주헌법은 특히 재정고권(Finanzhoheit)에 관하여 구체적 규정을 두고 있다.<sup>149)</sup>

### ③ 지방자치단체연합의 법적지위의 보장

지방자치단체의 경우와는 달리 지방자치연합의 권한영역에 대하여 바덴 뷤르템베르크주, 라인란트 팔츠주, 자르란트주의 주헌법은 아무런 규정을 두지 않고 있다. 그 대신 주법에 의하여 초지방적 사무 또는 지방자치단체에 속하는 사무 중에서 박탈할 수 없는 본질 영역에 속하지 아니하는 지방자치단체의 사무를 지방자치 단체 연합의 사무로 규정하고 있다. 이와 같이 지방자치단체의 사무에 대하여 주법은 일정한 사무를 유보시켜 인정하는 것은 아니지만 효과적 자치행정을 가능하게 하는 자치행정 사무가 보장되어야

---

149) 예컨대 바이에른 주헌법 제81조 제2항, 자르란트 주헌법 제119조 제1항.

하는 점에 대해서는 의문이 없다. 그러므로 지방자치단체 연합은 그 사무에 대한 침해로부터 보호되는 것이라 할 수 있다. 그러므로 지방자치단체는 주법에 의하여 그에게 지정된 사무에 대하여 지방자치단체의 경우와 마찬가지로 자주적으로 처리하고 규율할 수 있다. 이러한 점에서는 지방자치 단체 연합의 법적 지위의 보장은 지방자치단체의 법적 지위의 보장에 비하여 특수성을 띠고 있는 것은 아니다.

## (2) 자기의 권리장해의 주장

바덴 뷔르템베르크주, 바이에른주 및 브레멘주의 경우 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 지방적 헌법 쟁송 절차에서 자기의 관련성(Betroffenheit)없이도 소원 제기를 할 수 있으나, 노드라인 베스트팔렌주, 라인란트 팔츠 주 및 자르란트 주의 경우에 신청 적격은 자기의 권리 침해가 가능한 때에 인정된다. 라인란트 팔츠 주 및 자르란트주의 지방적 단체는 법률 또는 헌법기관의 행위<sup>150)</sup>에 의하여 그의 자치 행정권이 침해되거나<sup>151)</sup> 침해되었음을<sup>152)</sup> 주장하여야 한다. 주법상 규정되고 있는 ‘권리침해(Rechtsverletzung)’는 위법한 자치 행정권의 침해를 의미하는 것이 보통이다.

---

150) Art. 130 Abs.1 rh-pfLV.

151) Art. 130 Abs.1 rh-pfLV.

152) Art. 123 saarLV, § 55 Abs. 2 saarVfGHG.

주법상의 헌법 소원에 있어서는 자기관련성(Selbstbetreffenheit), 현재성(Gegenwärtigkeit)의 요구와 이들과 법률과의 연계(Verknüpfung)는 구별되어야 한다.

① 자기의 자치행정권의 관련성

쟁송대상인 법률의 수범자인 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 자기 관련성이 인정된다. 그 외에도 당해 법률의 직접 수범자는 아니지만 규범수범자의 행위를 함으로써 그의 권리 관계에 규범의 효력이 미치게 되는 경우도 자기 관련성이 인정된다.

예컨대 라인란트 팔츠주의 헌법재판소<sup>153)</sup>는 지방자치단체 연합에 속한 지방자치단체의 구역을 다른 지방자치단체 연합으로 편입시키는 조치를 한 경우에 특별한 사유가 없는 한 그것은 자치 행정권을 침해하는 것은 아니라고 보아 자기 관련성을 부인하였다. 또 자르란트주 헌법재판소<sup>154)</sup> 역시 다른 단체(Körperschaft)의 편입(Neugliederung)을 규율한 법률 및 그 편입 조치가 소원제기자의 구역 변경에 직접적인 효력을 발생하지 아니한 경우에 제기된 헌법 소원에서도 자기연관성을 부인하였다.

② 연관성의 현재성

노드라인 베스트팔렌주의 헌법재판소의 경우를 제외하고 다른 주의 헌법재판소는 현재의 관련성이 필요하다는 점을

---

153) VfGH Rh-Pf, AS 12, 239.

154) VfGH Saar, DOV 1976, 247.



강조하지 않는 경향에 있다. 그러나 법률상의 규정을 보면 ‘침해된(verletzt)’, ‘장해된(beeinträchtigt)’, ‘침해되었음(verletzt zu sein)’이라고 하여 현재의 관련성이 필요하다는 것을 암시하고 있다. 따라서 주법상의 헌법 소원에 있어서도 연방 헌법재판소에 제기하는 헌법 소원의 경우와 같이 현재의 관련성이 있어야 하며 관련성의 요건은 두 가지이다. 첫째 법규가 효력을 발생하여야 하고 또 아직 유효하게 존재하고 있어야 한다. 둘째 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 법규의 효력에 따라 현재 관련되어야 한다. 따라서 과거에 있어서의 효력 또는 장래에 있어서의 효력은 신청적격(Antragsbefugnis)의 연결점이 되지 못한다. 현재성은 법규의 일반적 효력에 의존된다. 현재성은 법규의 공표(Verkündung)에 의하여 시작되는 것이 아니라 법규의 효력발생으로부터 시작된다. 다만 신편입법에 의거 폐지되는 지방자치단체가 그에 대하여 신편입법의 시행일 이전에 미리 제기하는 헌법 소원의 경우에는 허용성이 인정되어야 할 것이다.<sup>155)</sup> 당해 법률이 시행되어 당해 지역 단체가 폐지된 이후에 제기하는 소송으로는 불이익 없이 원상회복이 불가능하기 때문이다. 이미 실효된 법률에 대한 헌법 소원의 경우에는 신청 적격이 인정되지 않는다.

### 제 3 항 지방자치단체와 지방자치단체연합의

---

155) Vgl. W. Litzenbruger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S 410.

## 소송법상의 지위

### I. 소송대리

노드라인 베스트랄렌주와 자르란트주를 제외한 다른 주에 서는 주법상의 헌법 쟁송 절차와 관련하여 소송 대리를 인정하지 않고 있다. 따라서 대외적대표(Außenvertretung)로 임명된 지방기관(Kommunalorgan)의 관여 하에 직접 소송 행위를 하고 또 절차법상의 의사표시를 하여야 한다. 노드라인 베스트랄렌주의 경우 지방자치단체와 「란트크라이스」에 대하여 구두 변론에서 소송 대리를 인정하고 있으며, 자르란트주의 경우는 지방자치단체와 「란트크라이스」 및 도시연합(Stadtverband)인 자르브뤼켄은 구두변론에서 물론 소원 제기에 있어 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>156)</sup>

한편 모든 주절차법<sup>157)</sup>에서는 소송 대리 능력 있는 사람의 범위를 규정했으며, 따라서 사물 적합한 보고 능력이 있고, 권리자문법(Rechtsberatungsgesetz)이 규정하고 있는

---

156) 자르란트헌법재판소법 제15조 제1항 제2문, 제56조 제1항 제1문.

157) 바덴 뷚템베르크주의 국가법원법 제14조 제1항; 바이에른주의 헌법재판소법 제14조 제1항 제1문; 브레멘주의 국가법원법 제6조 제4항; 노드라인 베스트랄렌주의 헌법재판소법 제18조 제1항; 라인란트 팔츠주의 헌법재판소법 제15조 제1항; 자르란트주의 헌법재판소법 제15조 제1항.

타자의 권리 관계가 아닌 사안에 대하여 업무에 적합하게 특별한 허가 없이 대리할 수 있는 한 그 대리인에 의한 소송행위는 허용된다.

주법상의 헌법소원에서 독일 법원에 등록된 변호사와 독일 대학의 법률학교수는 누구나 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 소송 행위를 대리할 수 있다.

바덴 뷔르템베르크주, 노드라인 베스트팔렌주, 라인란트 팔츠주 및 자라란트주에서는 당해 자치단체의 공무원중에서 법관직의 자격이 있는 자에게 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>158)</sup> 바덴 뷔르템베르크주에서는 판사에게도 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>159)</sup>

라인란트 팔츠주의 경우를 제외하고 다른 주에 있어서는 소송대리권(Prozeßvollmacht)에 대하여 주헌법재판소 또는 국가법원에 서면형식(Schriftform)을 취하여 증명하도록 요구하는 것이 보통이다. 경우에 따라서는<sup>160)</sup> 관계인의 요구에 따라 공증된 형식을 취할 것을 요구하는 경우도 있다.

## II. 기록열람권(Akteneinsichtsrecht)

---

158) 바덴 뷔르템베르크주의 구국가법원법 제14조 제1항 제3문 제3호; 자르란트주의 헌법재판소법 제15조 제1항 제4문; 라인란트 팔츠주의 헌법재판소법 제15조 제1항; 노드라인 베스트팔렌주의 헌법재판소법 제18조 제1항 제3문.

159) 바덴 뷔르템베르크주의 구국가법원법 제14조 제1항 제3문 제3호.

160) 예컨대 바덴 뷔르템베르크주의 구국가법원법 제14조 제2항; 바이에른주의 헌법재판소법 제14조 제1항 제2문; 노드라인 베스트팔렌주의 헌법재판소법 제18조 제2항 제1문.

모든 주에 있어서는 소송관계인으로서의 지방자치단체와 지방자치 단체 연합에게 구체적인 절차에 관련된 기록의 열람을 헌법재판소에 요구할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 명문의 규정이 있는 것은 아니지만 지방자치단체 등은 기록 열람권에 근거하여 기록 등본의 교부를 요구할 수 있는 권리도 인정되는 것이라 할 수 있다.

기록 열람권은 지방자치단체 등이 직접 행사할 수 있음은 물론 그의 소송 대리인도 행사할 수 있다. 기록 열람의 시간 및 장소에 대하여는 헌법재판소의 재판장이 정하며, 기록 열람의 거부에 대해서는 당해 재판소에 소원을 제기할 수 있다.

### Ⅲ. 증거채택(Beweisaufnahme)

주헌법재판소의 심리 절차에는 직권조사주의(Untersuchungsgrundsatz)가 적용된다. 따라서 헌법재판소는 진실의 규명을 위하여 필요한 증거를 관계인의 증거신청에 관계없이 조사할 수 있다. 그러나 이는 관계인의 증거신청을 부인하는 것은 아니며, 신청의 거부를 위하여는 법원의 결정에 의하여 한다. 증거신청에는 증거 사실과 증거 수단을 정확하게 표기하여야 한다. 헌법 소원 절차에 있어서 증거 수단의 경우에도 다른 소송법의 경우와 큰 차이가 없으나, 헌법 소송에서는 특히 증인 심문 및 전문가의 심문에 관하

여 민사소송법상의 그에 관한 규정이 적용된다.

증거 채택은 구두 변론에서 행하는 것이 원칙이며, 그 외의 경우에는 헌법재판소의 직원에게 임무를 부여하거나 다른 법원에 요청하게 된다. 헌법 소원의 관계인은 증거기일을 통지 받을 권리와 증거기일에 참가할 권리를 가진다. 그리고 관계인은 증인과 전문가에게 질문을 할 수 있으며, 관계인이 제기한 이의에 대해서는 재판장 또는 법원이 결정한다.

#### IV. 구두 변론(mündliche Verhandlung)

주헌법재판소는 지방자치단체와 지방자치 단체 연합의 구두 변론의 신청에 대하여 결정한다. 즉, 헌법 소원 절차의 심리에는 구두 변론주의가 적용되지만, 그에 대한 예외적인 경우도 있다. 바이에른주, 노드라인 베트팔렌주, 자를란트주의 헌법재판소는 허용되지 않는 헌법소원신청 또는 명백하게 이유 제시가 없는 헌법 소원 신청에 대해서는 구두 변론없이 각하할 수 있다.

구두 변론주의가 적용되지 않는 예외적인 경우를 제외하고는 주헌법재판소는 헌법 소원의 신청인 및 소원 절차에 참가한 관계인과 기관의 동의를 받아야 구두 변론을 생략할 수 있다. 그러나 관계인의 동의가 있을 때에 주헌법재판소가 의무적으로 구두 변론을 생략해야 하는 것은 아니며, 이는 헌법재판소의 재량 행위이다.

주헌법재판소는 소원 절차의 관계인을 구두 변론에 소환하며, 소환 기일은 2주이다. 그리고 기타 관계인도 구두 변론절차에 참가할 수 있다. 구두 변론은 신청인 또는 기타의 관계인이 적법한 소환(Einladung)에도 불구하고 출석하지 않거나 대리인에 의하여 대리되지 않은 때라도 행하여진다.

## V. 불공정의 우려를 이유로 한 재판관기피

브레멘주의 국가법원법(Staatsgerichtshofgesetz)의 경우를 제외하고 다른 주에 있어서는 모든 절차법은 불공정(Befangenheit)의 우려를 이유로 한 재판관기피(Richteralblehnung)를 인정하고 있다. 재판관기피는 신청인 또는 기타 관계인의 기피신청을 요건으로 한다. 기피신청서에는 기피하는 재판관 및 불공정의 우려가 되는 원인에 대하여 적시하여야 한다. 그러나 공지된 기피 사유를 다툼이 없이 절차에 참가하게 된 관계인의 경우는 재판관기피신청을 하지 못한다.

기피신청에 대하여는 기피된 재판관의 공적 해명을 들은 후에 그 재판관을 배제한 채 결정한다.

## 제 4 항 지방자치단체의 헌법소원과 주법상의 헌법소원과의 관계

연방 헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원과 주헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원에 있어서는 보충성의 원칙이 적용되기 때문에 지방자치단체는 주법에 근거하여 주헌법재판소 또는 국가법원(Statsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기 할 수 있을 때에는 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(1) 바덴 뷚템베르크주에서는 지방자치단체의 헌법 소원과 주법상의 헌법 소원과의 차이는 절차 대상에 두고 있다. 즉, 연방 헌법재판소법에 의하면 소원 대상에는 법규명령도 포함되지만, 주헌법은 법규명령을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있다. 따라서 바덴 뷚템베르크주의 지방자치단체 또는 「란트크라이스」는 기본법 제28조 제2항에서 보장한 자치 행정권이 주의 법규명령에 의하여 침해되었을 때에는 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하여야 한다.<sup>161)</sup> 이 경우에는 연방 헌법재판소 상의 보충성조항은 적용되지 않는다.

(2) 바이에른주의 경우 민중 소송 절차에 있어 연방 헌법재판소법 상의 보충성조항이 적용되는지의 문제는 헌법 소

---

161) StGH BW, ESVGh 27, 185)187ff.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/u.a., § 91 Rdnr. 38; C.Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 134; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 279; F.L.Knemeyer, Kommunale Neugliederung vor den Landesverfassungsgerichten, 1983, S. 155, 152.

원의 허용성의 판단 기준과 관련하여 매우 중요하다. 주헌법 제98조 제4항의 해석에 의하면 지방자치단체는 자치행정권이 기본권 또는 기본권에 유사한 권리도 아니기 때문에 민중소송(Popularklage)을 제기하지 못하나, 주헌법재판소의 판례는 헌법 소원의 신청권을 긍정하고 있다. 이와 같은 판례는 결과적으로 연방 헌법재판소가 주법에 따라 자치행정권의 침해를 이유로 주헌법재판소에 제기하는 헌법소원이 허용되는 것인지 아닌지를 확정함에 있어서 관계 주헌법재판소의 입장에 기속되는 문제가 생긴다. 따라서 지방자치단체는 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의거하여 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있으나, 바이에른주 헌법재판소의 견해에 따르면 연방 헌법재판소법 상의 보충성의 원칙이 적용되어 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못하게 되는 것이다.<sup>162)</sup>

지방자치단체 연합은 법률이 자치 행정권을 침해하는 것을 이유로 민중 소송을 제기할 수 없다. 그러나 지방자치단체 연합은 기본권 침해를 이유로 한 민중 소송은 주헌법재판소에 제기할 수 있다. 지방자치 단체 연합이 자치 행정권의 침해를 주장하여 헌법 소원을 제기하고자 하는 경우에는 보충성의 원칙이 적용되어 헌법 소원을 제기하지 못한다.

---

162) VfGH bay 10, 113(121); 25, 95; 29, 105(124); Hoppe/Rengeling, S. 133; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 263; C.Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 135.



(3) 브레멘의 경우 지방자치단체는 자치 행정권을 침해하는 법률과 법규명령에 대하여 헌법 소원을 제기할 수 있으므로, 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(4) 노드라인 베스트팔렌주의 지방자치단체는 주헌법 제 78조에서 규정한 자치 행정권의 침해를 주장하는 주법상의 헌법소원을 주헌법재판소에 제기할 수 있다. 다만 주헌법은 「란트 크라이스」에 대하여는 제도적 보장을 하지 않고 있으므로, 「란트크라이스」는 그의 존속을 전면적으로 제거하고자 하는 법규범에 대해서 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있다.

(5) 라인란트 팔츠주의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 그의 권리를 침해하는 법률 또는 법규명령에 대하여 주헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있다. 따라서 기본법 제93조 제1항 4b호에 근거하여 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(6) 자르란트주의 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 주헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있으며, 연방 헌법재판소법 제91조 제2문을 적용하여 연방 헌법재판소에 소원을 제기하지 못한다. 다만 주헌법재판소법 제55조 제3항에 의하면 같은 침해를 이유로 하여 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있을 때에는 주헌법재판소의 관할은 배제된다. 여기서 연방헌법재판소상의 보충성조항과 주헌

법재판소법상의 보충성 조항이 경합되는데, 이 경우 어느 것을 적용할 것인지가 문제되지 않을 수 없다. 그런데 주헌법 제123조에서는 자치 행정권을 침해를 이유로 하여 주헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있어, 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하게 되면 주헌법 제123조의 규정에 위배되는 문제가 생긴다. 따라서 주헌법재판소법상의 보충성 조항은 주법상의 헌법 소원에는 적용되지 않는 것으로 보아야 한다. 그러므로 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 주헌법재판소에 헌법 소원을 제기하여야 하는 것이며, 만약 기본법 제93조 제1항 제4b호에 근거하여 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기한 때에는 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제91조 제2문에 규정한 보충성 조항에 근거하여 당해 소원 신청을 각하 하여야 하는 것이다.<sup>163)</sup>

## 제 5 항 주법상의 가치분

바덴 뷔르템베르크주, 노드라인 베스트팔렌주, 라인란트 팔츠주 및 자르란트주의 절차법은 가치분에 관한 연방 헌법재판소법 제32조의 규정과 유사한 가치분에 관한 규정을

---

163) C.Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 135, 148f.; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 265; K.A.Bettermann, Das Verhältnis der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 1982, S. 487; F.L.Knemeyer, Kommunale Neugliederung, 1983, S. 155.

두고 있어, 주법상의 지방자치단체의 헌법 소원에도 가처분이 인정되는 것이라 할 수 있다. 바이에른주의 절차법은 가처분에 관한 규정을 두지 않고 있으나, 주헌법재판소령 제26조는 본령에 가처분 절차에 관한 규정이 없을 때에는 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung) 및 민사소송법(Ziviprozeßordnung)의 관계 규정을 보충적으로 적용한다고 규정하였고, 주헌법재판소는 1947년의 판결<sup>164)</sup>에서 주헌법재판소가 가처분을 명하는 권한이 있음을 긍정하였고, 그 이후 민중소송절차와 관련해서도 행정법원법 제123조<sup>165)</sup> 또는 제47조 제7항<sup>166)</sup>을 유추적용하여 가처분을 인정하였다.<sup>167)</sup>

## I. 가처분의 형식적 요건

바이에른주, 브레멘주, 라이란트 팔츠주 및 자르란트주에서는 관계인의 신청에 근거해서만 가처분을 할 수 있으나, 바덴 뷚템베르크주와 노드라인 베스트팔렌주의 헌법재판소는 직권으로 가처분을 발할 수 있다.

바덴 뷚템베르크주, 라인란트 팔츠 및 자르란트주는 계속중인 헌법소원절차의 범위 내에서 관계인의 신청 또는

---

164) VfGH Bay 1, 1(15ff.).

165) VfGH Bay 25, 83(87.).

166) VfGH Bay, Beschluß v. 28.2. 1978; v. 30.3.1978; v. 4.9.1978.

167) VfGH Bay 8, 33(34); 10, 54(55); 15, 80(81); 16, 53(54); 18, 50; 25, 83(87).

헌법재판소의 직권으로 가처분을 발할 수 있다.

바이에른주와 브레멘주의 경우는 행정법원법 제123조 제1항을 적용하여 소송제기전에 가처분을 발할 수 있다. 주헌법재판소의 가처분권은 본안판결의 결정권에 부수적인 것이라 할 수 있다. 따라서 본안 판결의 요건이 충족되어야 하나, 이 경우 요건충족에 대한 적극적인 확정을 전제로 하는 것은 아니며, 보안 사건이 명백히 허용되는 것이면 족하다.

가처분은 신청적격이 있는 자, 즉 본안 사건 절차에 관계인이거나 또는 본안 사건이 아직 계속되지 않은 때에는 적어도 신청 적격 내지 참가 적격이 있는 자가 신청할 수 있다. 모든 주법상의 가처분의 허용성은 신청 목적의 허용성에 좌우된다. 따라서 주헌법재판소는 가처분에서 본안 판결을 선취하는 것은 물론 본안 판결에서 허용되지 않는 법적 효과를 명하지 못한다.

주헌법재판소가 본안 사건을 적시에 결정함으로써 가처분 결정에 의하여 방지하고자 한 중대한 손해를 방지할 수 있을 때에는 가처분이 인정되지 않는다.

가처분의 경우에도 가처분의 일반적 허용성요건(Zulässigkeitsvoraussetzung)을 충족하여야 한다.

## II. 가처분의 실체적 요건

주법상의 지방자치단체의 헌법소원과 관련한 가처분(ein-

stweilige Anordnung)의 실체적 요건(materielle Voraussetzung)에 대해서 바덴 뷔르템베르크주, 노드라인 베스트팔렌주, 라인란트 팔츠주 및 자르란트주에서는 중대한 손해의 방지, 위협적 강제외 방지, 공공복리를 위한 기타 사유 등을 이유로 가처분이 긴급히 필요할 때로 하고 있다.

바이에른주와 브레멘주의 경우는 가처분에 관한 연방행정법원법 제123조 제1항의 규정을 적용하지만, 이는 주절차법(Landesverfahrensgesetz)과 연방헌법재판소법 제32조에 규정한 가처분사유(Anordnungsgründe)와 구별되는 것은 아니다.

따라서 만약 소원 대상인 법규가 후에 행하여지는 본안사건절차에 무효로 선언될 수 있게 되는 경우에도 가처분이 인정되지 않는다면, 당해 법규의 잠정적인 적용 배제로 인해 생기게 될 손해를 고려하여야 하는 것이다. 그러므로 법률의 집행 정지를 가처분으로 명함에 있어서는 특히 엄격한 기준이 적용되며, 그것은 특별한 예외적인 사유에 한하여 검토될 수 있다. 이 경우 소원 신청인이 주장한 소원 대상인 법규의 위헌성을 사유로 하여 본안 사건과 관련하여 예측적으로 판단하지 못한다. 이에 대한 예외로서는 소원 대상인 법률의 위헌성이 명백하거나 또는 법률의 합헌성이 명백하여 위헌적 법률의 효력 정지 또는 합헌적 법률의 집행이 공공복리를 위하여 긴급히 필요한 때이다.

주헌법재판소는 그 동안 신편입법(Neugliederungsgesetz)이 자치 행정권을 침해하였음을 이유로 한 주법상의 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여 신청된 가처분에 대하여

법률집행 그 자체의 정지 또는 몇 개의 관련규정의 효력정지를 중심으로 판단하였으나, 각주의 판례의 견해는 일치되지 않고 있다. 예컨대 바덴 뷔르템베르크주의 국가법원과 노드라인 베스트팔렌주의 헌법재판소는 새로 편입 또는 흡수되는 자치단체의 중요한 특수성에 착안하여 신편입법의 전면적 효력 정지를 가처분으로 인정한 바 있다.<sup>168)</sup> 그러나 대부분의 다른 주헌법재판소는 신편입법과 관련하여 법률의 집행 정지의 예외적성격과 법률 집행과 관련된 손해를 요건으로 하면서 가처분을 인정하지 않고 있다.<sup>169)</sup>

## 제 4 절 결론: 지방자치단체의 헌법소원제도의 도입필요성

### I. 개 설

(1) 헌법 제111조 제1항 및 헌법재판소법 제2조는 헌법재판소의 관장 사항으로 ① 법원에 제청에 의한 법률의 위헌 여부심판, ② 탄핵의 심판, ③ 정당의 해산 심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판, ⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 규정하고 있다. 이와 같은 헌법소송 중에서 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)은 헌법 수호의

---

168) ESVGH 25, 31 ff.

169) W.Litzenburger, Die kommuanle Verfassungsbeschwerde, S. 503f.

기능과 개인의 기본권 보장의 기능도 함께 한다는 점에서 헌법재판의 꽃<sup>170)</sup>으로 평가되고 있다. 여기서 헌법 소원이라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에 헌법재판소에 심판청구를 하여 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌(Verfassungswidrigkeit)임을 확인받고자 하는 것이다.(헌재법 제68조 제1항, 제75조). 그러나 헌법은 물론 헌법재판소법 역시 독일의 기본법 제93조 제1항 제4b호 및 연방헌법재판소법 제91조에서 규정하고 있는 의미에서의 지방자치단체 또는 지방자치단체의 헌법 소원을 인정하지 않고 있다.

(2) 지방자치권을 침해할 이유로 하는 지방자치단체의 헌법 소원을 제도적으로 인정할 것 인지의 문제는 입법정책적 문제이지만, 자치제도가 제대로 시행된 바 없는 헌정사를 고려해 보면 자치제도의 정착이 보다 우선적인 과제로 인식될 수밖에 없었다는 점을 부인하기 어렵다. 그러나 자치제도의 정착은 또한 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 자치 행정권의 보장을 전제로 하게 된다는 점에 유의할 필요가 있다.

## II. 지방자치의 제도적 보장

현행 헌법 제117조 제1항은 ‘지방자치단체는 주민의 복리

---

170) 이시윤, 헌법재판과 입법통제, 고시연구, 1991년 8월호, 17면.

에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다'고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 이와 같은 제도적 보장의 내용은 ① 자치기능보장, ② 자치단체보장, ③ 자치사무의 보장 등을 본질적인 것으로 한다.<sup>171)</sup> 지방자치단체의 자치 기능에는 지방자치단체나 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 자신의 고유의 책임으로 (고유책임성)<sup>172)</sup> 자치사무를 처리할 자치권 또는 자치행정권이 포함된다. 자치권이 범위에 대해서 그것을 자치고권으로 보면서 지역고권(Gebietshoheit), 인사고권(Personalhoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 계획고권(Planungshoheit), 조직고권(organisationshoheit), 조세고권(Finanzhoheit), 조례고권(Satzungshoheit) 등으로 구분하는 학자<sup>173)</sup>도 있다.

자치단체보장은 지방자치단체의 존속 보장을 의미하므로 모든 지방자치단체를 폐지하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 지방자치단체의 수를 조정하기 위한 법률에 의한 구역의 변경으로서 폐지·분합이나 경계변경은 가능하다. 폐지·분합은 ① 하나의 지방자치단체를 둘 이상의 지방자치단체로 나누는 분할, ② 하나의 지방자치단체의 일부를 나누어 새로운 단체를 설립하는 분립, ③ 둘 이상의 지방자치단체를 합하여 하나의 단체를 설립하는 신설병합, ④ 지

---

171) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1991. 782면 이하.

172) 홍정선, 지방자치법론, 법영사, 1991, 60면.

173) 허영, 한국헌법론, 783면.



방자치단체를 다른 단체에 폐지·흡수시키는 편입 또는 흡수병합이 있다.<sup>174)</sup>

자치사무에 대하여 헌법은 ‘주민의 복리에 관한 사무’, ‘재산의 관리’라고 하고 있으나, 이는 매우 포괄적인 사무를 보장해 주는 것을 의미한다. 따라서 지방자치단체는 자치사무에 관한 전권능성(Alzuständigkeit)을 가진다고 할 수 있다.<sup>175)</sup> 국가는 자치사무의 범위를 조정할 수는 있으나, 오로지 국가의 위임사무만을 처리하게 하여 지방자치단체가 국가의 집행기관으로 기능하게 하는 것은 허용되지 않는다.

### Ⅲ. 지방자치단체의 헌법소원제도의 도입필요성

(1) 헌법재판이 헌법수호자로서의 기능과 역할을 하는 것이라면 헌법상의 자치제도 역시 그 침해에 대한 헌법소송을 통한 구제 수단이 요청되는 것이라 하지 않을 수 없다. 현행 헌법과 헌법 재판소법이 규정하고 있는 권한쟁의심판만으로는 지방자치단체의 자치 행정권의 보장을 위해서는 미흡하다. 국회입법의 원칙을 채택하고 있는 현행 헌법하에서 국가기관이던 지방자치단체이던 그의 권한은 모두 형식적 법률에 의하여 규율될 수밖에 없기 때문이다. 따라서 법률에 의한 지방자치단체의 자치 행정권의 침해 문제와

---

174) 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 1991, 161면.

175) 동지, 행정선, 전개서, 59면.

상급지방자치단체의 자치입법권행사에 의한 하급지방자치단체의 자치 행정권의 침해 문제는 한국의 경우에도 충분히 예상할 수 있으며, 이러한 문제에 대처하기 위해서는 지방자치단체가 그의 자치행정권의 침해를 이유로 하여 위헌적인 법률과 위헌적인 법규명령 및 위헌·위법적인 자치법령의 효력을 다룰 수 있게 하는 헌법 소원 제도의 도입이 필요하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 지방자치단체의 헌법 소원 제도의 도입을 긍정적으로 평가하는 경우에 지방 자치제도 내지 자치 행정권의 제도적 보장의 내용이 문제된다. 바꾸어 말하면 지방자치단체의 헌법 소원의 대상인 자치 행정권이 이미 그러한 헌법 소원이 제도화되어 있는 외국, 특히 독일에서 인정되고 있는 것과 같은 범위에서 인정되고 있는 지가 문제된다. 만약 지방 자치 제도의 제도적 보장의 내용이 앞에서 살펴본 바와 같이 자치기능보장, 자치단체보장, 자치사무보장 외에도 권리 주체성의 보장과 주관적 법적 지위의 보장을 의미한다면, 법률에 의하여 자치 행정권이 침해되었음에도 불구하고 그에 대하여 쟁송을 통하여 다룰 수 있는 수단이 보장되어 있지 않는 것은 곧 지방자치단체는 주관적 지위가 보장되지 않는다는 것을 의미할 수 있다. 따라서 지방자치단체의 헌법 소원권을 인정하는 것은 지방자치제도의 제도적 보장의 내용에 해당하는 것이다

(3) 지방자치 제도의 헌법 소원을 도입하기 위해서는 헌

법재판소의 관장 사무를 규정한 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제2조의 개정이 선행되어야 하므로 헌법개정 또는 입법 개정을 촉구하는 것으로 결론에 갈음하기로 한다.

## 참 고 문 헌

- Becker, E. Die Selbstverwaltung als verfassungsgerichtliche Grundlage der kommunalen Ordnung, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Erster Band, Kommunalverfassung. Berlin. Göttingen. Heidelberg 1956, S. 113ff.
- Bender, M. Vortrag vor den Gerichten und Verfassungsbeschwerde, NJW 1988, 808ff.
- Bethge, H. Die aktualisierung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch die Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Überprüfung staatlicher Neugliederungsgesetze, Die Verwaltung, Bd. 6(1973), S. 403ff.
- ders., Der Umfang des Prüfungsmaßstabs des BVerfG im Verfahren der kommunalen Verfassungsbeschwerde, DÖV 1972, 155ff.
- ders., Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bundes und Landesverfassungsgerichtsbarkeit bei der kommunalen Verfassungsbeschwerde, DÖV 1972, 336ff.
- Bettedrmann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze  
K.A zum Rechtsschutz des Bürgers gegen

- Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, Beiträge zu Art. 19 IV, 93, 100 des GG, §§90-95 des Bundes-Verfassungsgerichtsgesetzes und § 47 Verwaltungsgerichtsordnung, in: AöR 86 (1961), S. 129ff.
- ders., Das Verhältnis der verfassungsgerichtlichen zur oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeiten, Teilband II, Zuständigkeiten und Verfahren der Landesverfassungsgerichte, Baden-Baden 1983(Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 25(II), S. 467ff.
- Bott, W. H. Rechtssprechung und Gebietsreform, Eine Analyse der Verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, Diss., Speyer, 1977.
- Brox.H. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, in: Gedächtnisschrift für F.Klein, Verlag Franz Vahlen, München 1977, 49ff.
- Burmeister, J. Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Verlag Franz Vahlen, München 1977.
- ders., Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Ver-

- f ahrensarten, JA 1980, 17ff.
- Clemens, T. Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Vorbild der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ( I ) ( II ), Der Städtetag 1986, 258ff., 319ff.
- Detterbeck, S. Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, DÖV 1990, 558ff.
- ders., Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auch bei normativen Unterlassen, DÖV 1990, 858ff.
- Erichsen, H.U. Die einstweilige Anordnung, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976.
- Friesenhahn, E. Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Starck, C. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1976.

- ders., Die verfassungsgerichtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland und im Land Nordrhein-Westfalen und die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für M.Imboden, Basel. Stuttgart. 1972.
- Geiger,W. Überlegungen zum Institut der Verfassungsbeschwerde, EuGRY 1988, 481ff.
- ders., Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Entwicklung auf die Verfassungsordnung, in: Verfassung und Verwaltung und Wirklichkeit, Festschrift für Herrn Geheimrat Prof. Dr.W.Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, München 1952, S. 251ff.
- ders., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1952.
- Gönnenwein, O. Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinderechts, in: AöR 81(1956), S. 214ff.
- Granderath, R. Die kommunale Gebietsreform in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in:

- DÖV 1973, S. 332ff.
- Heer, R. Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeinderbände, Diss., Heidelberg 1954.
- Heinze,C. Die Verfassungsbeschwerde der Selbstverwaltungskörperschaften nach Bundesrecht, BaVBl. 1970, 7ff.
- Hoppe, W. Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Länderverfassungsgerichten, in:Strack/Stern(Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II, Nomos 1983, 257ff.
- Hoppe, W./ Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform,
- Rengeling,H.W. Frankfurt 1973 (Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Band 30).
- Isensee, J./ Handbuch des Staatsrechts der
- Kirchhof, P. Bundesrepublik Deutschland, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heilderlberg 1987.
- Jarass, H.D./ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
- Pieroth,B. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1989.
- Kimminich, O. Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm: Möglichkeiten der vorherigen Verkündung und des Nachschiebens der Rechtsgrund-



- age, in: Festschrift für G.Küchenhof, 2.Halbband, Berlin 1972, S. 541ff.
- Kirchberg, C. Willkürschutz statt Grundrechtsschutz, NJW 1987, 1988ff.
- Klein, E. Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in: FS für W.Zeidler, Walter de Gruyter, Berlin 1987, 1305ff.
- ders. Verfassungsprozeßrecht-Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: AöR 108(1983), 410ff.
- Klüber, H. Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Berlin. Heidelberg. New York 1972.
- Kneymeyer, F.L. Kommunale Neugliederung vor den Landesverfassungsgerichten, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband III, Verfassungsauslegung, Baden-Baden 1983 (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 25/III), S. 143ff.
- Koch, C. Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit der Freien Hansestadt Bremen, Geschichte, Organisation, Zuständigkeit, Verfahren, Berlin 1981 (Schriften zum Öffentlichen

- Recht, Band 388).
- Lange, K. Systemgerchtigkeit, in: Verw. 1971, S.259ff.
- Lechner, H. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 1973.
- Leibholz, G./ Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtspre-  
Rupperecht, R. chungskommentar, Köln-Marienburg 1968.
- Litzenburger, W. Die kommunale Verfassungsbeschwerde in  
Bund und Ländern, Diss., Mainz 1985.
- Maunz/Schmidt- Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundes  
verfassungsgerichtsgesetz, Kommentar , C.H.B-  
eck, München 1987.
- Meyer, W. Kommentar zu Art. 93  
in: Ingo von Münch(Hrsg.),Grundgesetz-  
Kommentar, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhand-  
lung, München 1983, 516ff.
- Mitteilung-Das BVerfG: Zahlen und Kammerzuständi-  
gkeiten, NJW 1990, 2452f.
- Münzer, C. Rechtsschutz der Gemeinden im Verfahren  
zur kommunalen Gebietsänderung nach  
nordrheinwestfälischem Recht, Münster  
1971.
- Mutius, A.von. Art. 19 Abs. 3, in: Kommentar zum  
Bonner Grundgesetz, 1975.
- ders., Grundfälle zum Kommunalrecht, in: JuS  
1977, S.99f; 1977, S.542ff.; 1978, S.537ff.;  
1979, S.37ff.
- Pestalozza, C., Verfassungsprozeßrecht. Die Verfa-

- ssungsgerichtsbarkeit des Bundes und der  
Länder mit einem Anhang zum Internatio-  
nalen Rechtsschutz, 3.Auf., C.H.Beck'sche  
Verlagsver- handlung, München 1991.
- ders., Die Sicherung des Selbstverwaltungsrecht  
in der Verfassungsgerichtsbarkeit in:  
v.Mutius A.(Hrsg), Selbstverwaltung im  
Staat der Industriegesellschaft,R.v.Decker-  
's Verlag, Heidelberg 1983 Ischaft, FS für  
von Unruh, 1983, 1057ff.
- Püttner, G. Anmerkung(zum Urteil des VfGH Rh-Pf  
vom 2. 4. 1969), AöR 95(1970), S. 610ff.
- ders., Unterschiedlicher Rang der Gesetze, in:  
DÖV 1970, S. 322ff.
- Sachs, M., Die Bindung des Bundesverfassung-  
sgerichts an seine Entscheidungen, Verlag  
Franz Vahlen, München 1977.
- ders., Die kommunale Verfassungsbeschwerde  
im System der verfassungsgerichtlichen  
Verfahrensarten, Bay VBI. 1982. 37ff.
- Schlaich, K. Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl.,  
Verlag C.H.Beck, München 1991.
- Schmidt-Bleibtreu, B. Die Verfassungsbeschwerde der  
Gemeinden nach Bundesrecht, in: DVBL.  
1967, S.597ff.

- Schmidt-Bleibtreu, B./Klein, F. Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Luchterhand, 1991.
- Schmidt-Jortzig, E. Die Gemeinden und die Kreise vor den Aufgaben der Gegenwart, in: DVBl. 1977, S. 801ff.
- ders., Verfassungsmäßige und soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung im modernen Industriestaat, in: DVBl. 1980, S. 1 ff.
- Schmitz, G. Die Bedeutung der Anträge für die Einleitung und Beendigung des Verfassungsprozesses, Diss., München 1968.
- Seewald, O. Juristische und verwaltungswissenschaftliche Maßstäbe in der kommunalen Gebietsreform, in: Verw. 1973, S. 389 ff.
- Seibert, G., Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des BVerfG, in: FS für M.Hirsch, Nomos, Baden-Baden 1981, 491ff.
- Siedentoopf, H. Die Kreise vor einem neuen Leistung- und Gestaltungsauftrag? Von der Territorialform zur Funktionalreform, in: DVBl. 1975, S. 13ff.
- Stern, K. Art. 28, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1964.

- ders., Die verfassungsgerichtliche Garantie des Kreises, in: Der Kreis Handbuch, Erster Band, Köln und Berlin 1972, S. 156ff.
- ders., Nachstellen zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Bay VBl. 1976, S. 547ff.
- Stern, K./ Bethge, H. Anatomie eines Neugliederungsverfahrens, dargestellt an der Einkreisung der Stadt Neuss, München 1977 (Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Band 16).
- Stürer, B. Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, Göttingen 1980 (Schriftenreihe des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Heft 33).
- ders., Der verfassungsgerichtliche Stellenwert der Stadt-Umland-Verbände, in: Städte- und Gemeindebund 1980, S. 41ff.
- ders., Verfassungsbeschwerde durch aufgelösten Gemeindeverband, in: NJW 1976, S. 1925ff.
- Träger, E., Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, in: Verantwortlichkeit und Freiheit, Festschrift für W. Geiger zum 80. Geburtstag,

- 1989, 762ff.
- Tüttenberg, H.P. Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, Diss., Mainz 1968.
- Unruh, G.C.v. Gebiet und Gebietskörperschaften als Organisationsgrundlagen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: DVBl. 1975, S. 1ff.
- Volkmar, D. Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962(Schriften zum öffentlichen Recht, Band 8).
- Wassermann, R.(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 2, Luchterhand 1989.
- Weber, W. Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2.Aufl., Göttingen 1967(Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 9).
- Wolff, H.J./ Verwaltungsrecht II, Organisations- und  
Bachof, O. Dienstrecht, 4.Aufl., München 1976.
- Zuck, R., Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, JuS 1988, 370ff.
- ders., Das Recht der Verfassungsbeschwerde, C.H.Beck, 2.Aufl., 1987.

## 연구자약력

(김원주)

서울 대학교 법과대학 졸업(법학사)  
부산대학교 대학원 법학과 석사과정 졸업(법학과석사)  
경북대학교 대학원 법학과 박사과정 졸업(법학박사)  
미국뉴욕주립 대학교 법학대학 객원교수  
일본 경도대학 법학부 객원교수  
독일 슈파이어 행정대학원 객원교수  
현 경북대학교 법과대학 공법학과 교수  
현 한국공법학회 회장

**(김 운 용)**

고려대학교 법과대학 졸업  
미국남이리노이대학교 법학석사  
고려대학교 법학박사  
강원대학교 교수  
성균관대학교법과대학 교수

**(이 광 윤)**

성균관대학교 법과대학 졸업  
성균관대학교 법학석사  
프랑스 파리 12대학 법학박사  
법무부 법무자문 위원회 참사  
지방행정연구소 유럽 주재연구원  
성균관대학교 법과대학 조교수

**(석 중 현)**

중앙대학교 법과대학 졸업  
서독 슈파이어(Speyer)대학 법학박사  
독일 튀빙겐(Tübingen)대학교 법학박사  
제19회, 제25회 외무고시시험위원  
제32회 행정고시 시험위원  
제28회, 제31회, 제32회 사법시험위원  
제7회, 제9회 군법무관시험위원  
공인감정사시험위원  
공무원특채·승진시험위원  
서독 BONN대학교 법과대학 객원교수  
독일 TUBINGEN대학교 법과대학 객원교수  
현, 단국대학교 법과대학 교수  
한국공법학회상임이사