

# 權限爭議審判制度에 관한 研究

1991. 12

憲法裁判所

# 머 리 말

統治團體로서의 國家와 地方自治團體는 法治主義·民主主義의 基本原理위에 存立하고 活動하고 있다. 統治機構構成의 原理인 權力分立의 原理는 「抑制와 均衡關係」를 立法府·執行府 및 司法府의 세 機關에 유지시키고 있다. 이 「關係」는 숙명적으로 力學關係에 따라 緊張狀態를 나타내고 있다. 이 緊張을 解消시키기 위한 法制度의 하나가 國家機關 相互間의 權限爭議審判制度이다. 權力分立의 原理는 個人的 自由와 權利를 확보하기 위한 自由主義的 組織原理라고 하는데, 그 本質이 있는 만큼 이 「權限爭議審判制度」는 바로 個人的 權利의 保障問題와 직결되는 것이다.

우리 憲法은 第8章에서 地方自治를 基本的인 制度의 하나로 保障하고 있다. 地方自治法은 地方自治團體로서 特別市와 直轄市 및 道 등의 廣域地方自治團體와 市와 郡 및 區 등의 基礎地方自治團體를 인정하고 있다.

그러나 그 동안 우리나라 政治形態는 國家中心的이고 中央集權的으로 운영되어 왔기 때문에 본격적인 「地方時代」를 맞아 國家와 地方自治團體 相互間에서도 일어날 것이 예상된다. 이러한 조짐은 國會의 地方自治團體에 대한 國政監查의 범위문제와 廣域地方議會의 基礎 地方自治團體에 대한 監查를 둘러싼 議會와의 충돌에서도 나타나고 있다. 地方自治의 本質에 대한 견해와 憲法이 保障하고 있는 地方自治의 法的 性格에 관한 견해에 따라, 이 「權限」에 관한 견해도 달라질 수 있다. 따라서 이러한 權限爭議에 관한 審判이 필요하게 된다.

이러한 필요에 부응하기 위하여 本 研究報告書는 ① 國家機關 相互間의 權限爭議審判, ② 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判, ③ 地方自治團體 相互間의 權限爭議審判, ④ 地方自治團體 또는 地方自治聯合會의 憲法訴願에 관한 研究 등 네 分野로 나누어 研究·作成되었다.

1988년 9월에 발족한 우리나라 憲法裁判所는 그 동안 많은 違憲法律審判과 憲法訴願審判 등을 接受·處理하여 명실공히 憲法守護 및 國民의 基本權保障機關으로서의 所任을 훌륭히 수행하고 있다. 그러나 우리의 憲法裁判은 그 역사와 경험이 짧고 특히 「權限爭議審判」에 관하여는 실제적 경험이 없고 學界의 이론적인 研究實績도 부족한 狀態이다. 따라서 이 「權限爭議審判制度에 관한 研究」는 결국 우리 憲法裁判制度를 더욱 活性化하고, 한 걸음 더 나아가 우리 憲法裁判所의 位相을 한층 확고히 定立하는데 一助가 될 것으로 믿어 마지 않는다.

다만 研究機關이 짧았고 關聯文獻이 부족하여 研究者의 熱誠이 충분히 研究結果에 반영되었는지는 독자의 넓은 雅量에 맡기기로 한다. 그러나 憲法裁判을 통한 國民 基本權保障制度의 擴充이라는 우리 公法學徒에게 부과된 使命을 다 한다는 뜻에서, 이 研究가 本 研究報告書의 作成으로 결코 끝나지 않았다는 점을 분명히 하면서, 계속하여 努力할 것을 다짐해 두기로 한다. 끝으로, 이 研究課題를 위촉하고 여러 가지 支援을 아끼지 않은 憲法裁判所 當局에 대하여 깊은 感謝를 드린다.

1991년 12월

研究責任者 金元主

# 目 次

## 第1主題

國家機關과 地方自治團體間の 權限爭議에  
관한 研究.....金 元 主 ··· 9

## 第2主題

國家機關 상호간의 權限爭議審判.....金 雲 龍 · 139

## 第3主題

地方自治團體相互間の 權限爭議審判 .....李 光 潤 · 249

## 第4主題

獨逸에 있어서의 地方自治團體의 憲法訴願 .....石 琮 顯 329

# 第 1 主題

## 國家機關과 地方自治團體간의 權限爭議에 관한 研究

金 元 圭  
(慶北大 法大 教授)  
(法學博士)



# 目 次

第 1 章 問題의 所在 .....	13
第 2 章 地方自治制度에 있어서 國家와 地方自治團體의 關係 .....	24
第 1 節 國家와 地方自治團體 .....	24
第 2 節 地方自治權의 本質 .....	25
第 3 章 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議의 類型과 權限爭議審判制度의 種類 .....	39
第 1 節 權限爭議의 類型 .....	39
第 2 節 權限爭議審判制度의 類型 .....	50
第 4 章 프랑스, 독일, 日本의 權限爭議審判 .....	61
第 1 節 프랑스의 權限爭議審判 .....	61
第 2 節 독일의 權限爭議審判 .....	74
第 3 節 日本의 權限爭議審判 .....	96
第 5 章 우리나라의 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判 .....	115

第 1 節 우리나라의 權限爭議審判制度 .....	115
第 2 節 우리나라 權限爭議審判制度의 問題點 .....	122
第 6 章 우리 나라의 國家機關과 地方自治團體간의 權限爭議 審判制度의 發展方向 .....	130
第 1 節 基本方向 .....	130
第 2 節 審判機關의 發展方向 .....	131
第 3 節 審判節次의 發展方向 .....	133
第 7 章 結 論 .....	137



## 第 1 章 問題의 所在

우리 憲法은 統治團體로서 國家와 地方自治團體에 關하여 規定하고 있다. 國家는 國家權力, 國民, 領域을 基本的構成要素로 한다. 國家權力은 主權과 統治權을 말한다. 統治權은 憲法上 最高國家機關인 有權者集團으로서의 국민과 立法府, 執行府 그리고 司法府등이 憲法 및 法律의 規定에 따라 行使하는 權力이다.

우리 憲法은 第8章에서 地方自治를 制度的으로 保障하고 있다. 地方自治라 함은 一定한 地域을 基礎로 하는 團體나 一定한 地域의 住民이 그 地方的 事務를 自身の 責任下에서 自身이 選出한 機關을 통하여 處理하는 制度이다. 地方自治의 概念은 團體自治와 住民自治라는 두 가지 要請을 그 基盤으로 한다. 地方自治의 本質을 國家가 承認하는 限度內에서만 行使할 수 있는 委任된 權能이라고 보는 自治委任說과 地域住民이 國家成立 以前부터 保有한 固有의 權能이라고 보는 自治固有說의 對立이 있다. 自治委任說이 우리 나라에서는 通說이다.<sup>1)</sup>地方自治權이 國家로부터 委任된 權限이라고 할 때에, 그것은 國家的法秩序內에서만 認定된다. 따라서

---

※本 論文 作成에 있어서, 프랑스의 制度에 대하여는 서울大學校 法科大學 金東熙 教授님, 독일의 制度에 대하여는 啓明大學校 法科大學의 金海龍 教授님과 韓國 法制研究院의 吳峻根 責任 研究官님으로부터 매우 有益하고도 많은 도움을 받았음을 밝히고 다시 한번 感謝드린다. 또한 日本關係의 資料蒐集을 해준 京都 大學 法學部 大學院 行政法 教室의 金徹祚學生에게도 感謝한다.

1) 權寧星, 憲法學原論(法文社,1991),pp.211~212.

國家의 立法府에 의한 立法的統制, 中央行政機關의 法律的監督의 方法에 의한 自治行政事務에 관한 行政的統制 그리고 司法府의 自治行政事務에 관하여 法律適合性 與否의 審査를 하는 司法的 統制가 可能해 진다.

우리 憲法 第118條 第2項은 「地方自治團體의 組織과 운영에 관한 사항은 法律로 정한다」고 規定하고 있으므로 國家의 立法機關인 國會와 密接한 關係를 갖게 된다. 또한 憲法 第117條 第1項은 「法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다」고 規定하고 있는 것을 보면 地方自治團體의 自治立法權을 行使함에 있어서도 國會와 不可分의 關係가 있음을 알 수 있다.

地方自治團體는 公法人인 同時에 統治團體이므로 法治主義가 全面的으로 適用되며, 그 당연한 結果로서 法院의 法的判斷의 對象이 된다. 따라서 地方自治團體는 國家의 司法機關과도 不可分의 關係를 갖게 된다.

國家의 行政機關과 地方自治團體間의 關係는 地方自治의 本質로 비추어 볼 때 國家의 立法機關이나 司法機關처럼 不可欠的인 密接한 關係가 있다고 할 수 없을 것이다. 그러나 歷史적으로 國家의 中央政府에 의한 強力한 統治에 익숙해져 있는 우리 나라에 있어서는 이러한 見解가 關係 實定法을 解釋適用 하는데에 어느 程度 反映될 것인가가 問題이다. 自由民主主義를 根幹으로 한 우리 憲法의 制定이 第2次大戰에 있어서 植民地支配者였던 日本의 敗亡과 聯合國의 勝利에 의해 可能하였을 뿐만 아니라 自由民主的 政治體制가 우리 憲政史에 있어서 몇 차례의 危機에 逢着하였을 때에 國內外的 「힘」의 力學關係에 의해서 修正되었다고 하는 것은 그 憲法에 담겨져 있는 地方自治制度의 內容 역시 그러하였다는 것

을 意味한다.

自己고장의 「일」은 그 고장에서 生을 營爲하고 있는 그 고장의 主人인 住民이 스스로 處理한다고 하는 地方自治制度가 住民들의 先導的 役割에 의해서가 아니라 中央의 政治舞臺에서 制定·改正되었다는 우리의 現實이, 「地方化時代」를 強調하는 現時點에서 너무나 많은 問題를 提示하고 있는 것이다.

近來에 「地方化時代」, 「地方自治의 復權」, 「自治와 分權」이라는 用語가 많이 使用된다. 이러한 用語는 오히려 政治·宣傳的인 側面이 많고, 名實共히 地方化時代에 알맞은 內實을 가진 具體的인 制度는 이루어지지 않고 있다. 國家와 地方自治團體間의 事務再配分, 機關委任事務의 廢止내지는 縮小, 國庫補助金の 整理·合理化 그리고 地方自治團體의 財政面에서의 自主性強化등 解決되어야 할 問題가 많다. 이러한 問題는 地方自治의 健全한 運營을 阻害할 뿐만 아니라 어느 意味에서는 中央集權化를 強化하는 要因이 되어 우리 憲法上의 地方自治制度의 本旨와 相馳되는 結果를 가져올 可能性이 많은 것이다.

産業化, 都市化 그리고 經濟成長은 環境汚染과 破壞, 住宅·交通問題등의 都市問題, 住民의 福祉向上 要求등으로 인하여 地方自治制度는 國民의 現實的 關心事가 되었다. 換言하면 이 問題解決의 責任을 國家가 지느냐? 그렇지 않으면 該當 地域自治團體가 지느냐? 하는 問題가 提起된다.

問題解決의 責任이 있는者에게 그 問題를 解決할 수 있는 權限이 부여되어야 함은 너무나도 당연한 것이다.

政治·經濟社會的環境의 變化에 따라 提高된 市民의 權利意識은 私權의 防衛에서 政治·行政의 水準에서의 參與要求가 擴大

되어 왔다. 都市計劃, 地域開發, 大規模 開發計劃에의 市民參加가 그것이다. 1987年 總務處가 마련한 「行政節次法 草案」에도 이러한 內容을 담고 있다. 이러한 市民參加의 發想은 經濟團體, 勞動組合, 農民團體, 商工會議所, 辯護士會, 醫師會등의 利益團體·職能團體가 各種의 行政委員會, 協議會에 參加하는 것으로서 具體化되기도 했다. 그러나 最近에는 經濟的·職能的 利益을 超越한 市民의 共通的利益을 위해, 環境保護團體, 消費者團體, 文化財保護團體등이 國家나 地方自治團體의 行政施策을 批判하는 데에 그치지 않고 政策形成, 意思決定 그리고 그 執行의 科程에 參加를 要求하고 있다. 이러한 團體의 法的地位는 行政訴訟에 있어서 原告適格, 團體訴訟(Verbandsklage)의 可能與否의 問題등의 形態로 論議되고 있다.

政黨制度에 基礎를 둔 代表民主制는 國民의 多元化된 複雜한 社會的·經濟的 利益과 部分的인 公共의 利益을 充分히 包攝하여 이를 正確히 政治化 行政에 運營에 統合하는 能力을 喪失하고 있으므로, 各種의 團體가 追求하고 있는 各種의 利益을 市民參加라고 하는 公式的制度를 통하여 政治·行政에 反映하는 것이 民主行政의 俱現이라는 側面에서도 重要하다.<sup>2)</sup>

地方自治團體는 國法에 따라 地方自治權의 主體이며, 統治團體로서 國家의 中央政府와 더불어 國家를 構成하는 地域團體라는 點에서는 一般市民의 利益團體나 職能團體와는 그 性質이 다르다. 그러나 地方自治團體는 그러한 利益團體나 職能團體의 利益을 包含하여 地方自治團體內에서 最大公約數化한 共同의 社會的·公

---

2) 成田賴明, 「地方公共團體의 國政參加(上)」, 自治研究 第55卷 9號 (良書普及會, 1979), pp. 3~12.

共의利益을 國家의 立法이나 計劃 그리고 行政등의 意見形成·決定·執行過程에 反映하려고 할 것이고 그것은 어느 意味에서는 地方自治團體의 權限인 것이다.

地方自治團體의 이러한 國政參加는 國家와 地方自治團體間的 基本的關係를 國家의 優位를 前題로 한 上下組織體間的 支配服從關係나 國家行政의 下請機關으로서 地方自治團體에 대한 後見人適 監督 關係라고 하는 古典的 視覺에서 벗어나서, 對等한 地位에 있는 行政主體의 併立的 協力 關係로 본다면 當然히 導出되는 結論인 것이다.

地方自治團體는 國民主權을 그 地域에서 實現하는 地方政府로서, 地域住民의 部分的 公共利益을 統合하고 이를 代表하는 地位가 부여되고 있는 것이다. 全體意思是 部分意思에 의해 이루어지고 部分意思是 全體意思속에서 整序되어야 하는 것이므로 國民全體의 意思와 利益을 結合하는 國家와 地域住民의 部分의 意思와 利益을 代表하는 地方自治團體間에는 恒常情密하고도 活潑한 交流關係가 維持되어야 한다. 그 方法의 하나로서 地方自治團體의 國政에의 參加가 必要해 진다.

現行制度를 보면 國家와 地方自治團體間的 協力關係는 中央行政官廳의 指導·助言·補助金の 交付, 地方自治團體와의 協議, 意見聽取, 同意權의 行使등 個別法令에 의해 마련되어 있다. 그러나 實際 運營面에서는 國家가 優越한 地位에 있고 指導·助言·協議 등은 規制手段으로서 機能을 발휘하고 있는가 하면 補助金 또한 規制手段으로서 援用되는 경우가 많다. 여기에서도 制度와 實際 運營面에서의 乖離現象을 發見할 수 있는가 하면 國家와 地方自治團體의 權限爭議의 發生可能性을 豫側할 수 있다.

前述한 바와 같이 通說의 見解에 따르면 地方自治의 概念은 國法에 의해 獨立한 法人格과 自治權이 부여된 地方自治團體가 國家로부터 獨立하여 特定地域의 住民이 그 地域의 公共事務를 自己自身の 機關을 통하여 自己의 責任下에 處理하는 制度로 理解되어 왔다. 이러한 19世紀以來의 傳統적인 自由主義的 地方自治制度의 解釋은 國家와 社會의 二元的 區分論에 立脚하여 地域의 共同社會의 公共事務의 處理를 地域共同體로서의 地方自治團體의 社會的行政的 自治에 맡기고, 이를 上位의 國家行政과 對峙케 하는 것이었다. 여기에 國家의 中央政府가 擔當하는 事務領域과 地域共同體로서의 自治團體가 處理할 事務의 二元的 區分이 여기에서 導出되었으며, 地方自治制度속에 固有事務 (Eigeneangelegenheiten) 또는 自治行政事務 (Selbstverwaltung-sangelegenheiten)와 委任事務 (Auftragsangelegenheiten)의 區別이 制度化된 것이다.

이와 같은 事務의 區分에 대하여는 獨逸에서도 第二次大戰後에 이를 克服하려는 努力이 地方自治制度의 模範의 草案으로 널리 알려져 있는 Weinheimer 草案에서 나타나고 있다.<sup>3)</sup>

現代國家에서는 地方自治團體가 自己完結的으로 自己固有의 財源으로 決定處理할 수 있는 自治事務와 國家行政의 委任性에 依據해서 國家行政機關의 監督을 받으면서 處理하는 委任事務를 職能的으로 區別하는 것은 不可能해져 가고 있다고 主張되고 있다.<sup>4)</sup>

---

3) 1949년의 Weinheimer Entwurf는 固有事務와 委任事務의 傳統的二分論을 廢止하고 市·邑·面이 處理하는 事務는 모두 市·邑·面事務 (Gemeinde-angelegenheiten)로 하고, 傳統적인 委任事務는 提示에 拘束되는 市·邑·面事務로 하였다.

4) 1963年 12月の 第9次 地方制度調査會의 「行政事務再分配에 關한 答申」은 固有事務, 委任事務의 區別의 廢止를 主張하고 있다.

지난날에는 地方自治團體의 典型的인 自治事務로 생각되었던 것도 行政의 計劃化, 廣域化, 大規模化, 平準化등의 要請에 따라 國家의 法律의 規律의 對象이 되고, 國家의 補助金과 監督을 받아 實施되는 義務的 事務가 되는가 하면 다른 地方自治團體나 上位의 地方自治團體와 共同으로 處理하지 않을 수 없는 事務도 많아지고 있다. 最近에는 環境汚染破壞의 防止와 保全, 水資源 對策, 土地移用規制, 消費者保護등의 事務는 全國的·廣域的 性格을 갖는 동시에 地域的 性格을 갖고 있으므로 國家나 市·道·郡의 行政主體가 單獨으로 自己傳統的으로 處理할 수 있는 性質의 것이 아니다. 各 行政主體가 有機的의 努力을 통해서만 處理될 수 있는 性質의 것이다.<sup>5)</sup>

이러한 새로운 現象은 廣義의 公共事務의 共同管轄領域(Kondominium)化, 混合行政(Gemeinschaftsaufgaben)化, 共同事務(Mischverwaltung)化등으로 불리우고 있다.<sup>6)</sup>여기에서도 權限爭議의 可能性을 發見할 수 있는 것이다. 다른 한편에서는 傳統的인 地方自治制度의 概念의 要素의 하나인 自己責任의 原則도 動搖되고 있다. 地域社會의 行政에 관한 重要한 決定이 國家의 法令, 國家의 計劃, 國家의 經濟財政政策에 의해 左右之되고 地方自治團體는 財政的으로도 自主的 財源으로서 모든 地域的 公共事務를 혼자 그리고 自己責任下에서 處理할 수 없게 되어 있는 것이 우리의 現實이다. 이와 같이 地方自治團體가 完全히 自主的으로 決定·判斷할 수 있는 地域的 公共事務의 範圍는 점차 줄어들어든다는 것은 同

---

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

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

時에 地方自治團體의 自己責任의 原則도 動搖되고 있다는 것을 意味하게 된다. 이러한 狀況에서 行政의 責任의 所在가 問題化되었을 때 國家와 地方自治團體는 서로 그 責任을 廻避하게 되면서 消極의 權限爭議가 發生할 可能性이 있게된다. 위에서 檢討論述한 바와 같이 國家와 地方自治團體間에는 地方自治의 本質을 둘러싼 見解의 差異 즉, 地方自治團體의 固有의 것이냐 그렇지 않으면 國家로부터 傳來된 것이냐에 따라 그 權限을 理解하는 데에 많은 見解의 差異를 나타내게 된다. 또한 傳統的인 地方自治制度의 事務配分二元論 즉, 固有社務와 委任事務의 區別의 曖昧模糊性和 그 區別自體의 動搖 그리고 地方自治團體의 自己責任의 原則의 動搖등은 根本的 問題로서 國家와 地方自治團體間의 權限爭議發生要因을 갖고있음을 指摘할 수 있게 한다.

行政組織의 民主性 내지 行政機關法定主義의 原則에 따라 國家와 地方自治團體間의 權限은 法令에 規定되므로 그것을 그대로 解釋適用하면 權限爭議가 發生할 餘地가 없지 않느냐고 反駁할 形式的 論理도 成立될 수 있다. 그러나 法令에 規定되어 있는 國家와 地方自治團體의 權限이, 그것이 潛在的 權限에서 顯在的 權限으로 나타나면서 또한 利害關係가 尖銳하게 對立될 때에는 權限爭議가 發生하였다는 것은 過去의 우리 現實이 이를 立證하고 있다. 더욱 그 對立關係의 勝敗의 結果가 擔當機關의 能力評價의 尺度가 되는가 하면 引責의 事由가 되므로 해서 爭議는 항상 熾熱한 것이 되지 않을 수 없었다. 앞으로 地方自治團體의 長이 住民의 直接選舉에 의해서 選出되고 그들이 直·間接的으로 政黨과 關聯을 갖게 될 때에는 그 權限爭議의 樣相은 더욱 過激한 것이 된다. 여기에 效率的인 權限爭議의 解決制度의 必要性이 있다. 특히 이 權限爭



議의 解決結果는 國民 내지 住民의 權利救濟制度和 密接한 聯關을 갖게 된다는 뜻에서도 우리 現實에 가장 알맞는 權限爭議의 解決制度의 摸索이 重要한 課題로 登場하는 것이다.

國家와 地方自治間에 權限爭議가 發生하였을 때에 어떠한 審判節次를 거쳐서 이를 解決할 것인가 할 때에 우선 두가지 制度를 提示할 수 있다. 첫째, 三權分立의 原則에 따라 獨立된 司法機關에서 이를 審判解決케 하는 制度이다. 둘째, 國家와 地方自治團體의 權限의 內容과 限界性이 갖고 있는 複雜性·曖昧模糊性 그리고 政治性등을 考慮하여 特別審判機關에서 審判解決케 하는 制度이다.

前者의 경우에 있어서 가장 보편적인 것이 既存 司法府 즉, 一般法院에서 이를 審判케 하는 制度이다. 後者の 경우에는 이 特別審判機關을 行政府內에 두는 경우와 行政府는 勿論이고 既存의 司法府 즉, 一般法院 그리고 立法府로부터도 獨立한 審判機關에서 審判케 하는 制度로 나누어진다. 이러한 여러 審判制度中에서 어떠한 것이 우리나라에 있어서 가장 바람직한 것이냐 하는 問題에 대한 解答은 어떠한 審判制度가 가장 잘 그리고 公平한 審判을 하여 紛爭을 圓滿히 解決할 수 있느냐에 있을 것이다.

權限爭議의 審判에 있어서 公平性의 確保는 첫째, 審判機關이 兩當事者로부터 獨立한 中立의地位가 保障되어야 하고 둘째, 審判機關이 紛爭의 內容을 正確히 把握할 수 있는 權能을 갖고 있어야 할 것이다.

우리나라 憲法裁判所法 第2條(管掌事項)는 4號에서 憲法裁判所가 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議에 관한 審判을 管掌한다고 規定하고 있다. 한편 行政訴訟法 第3條(行政訴訟의 종류)는

4號에 機關訴訟에 관한 規定을 두고 있다. 즉, 國家 또는 公共團體의 機關 상호간에 있어서의 權限의 存否 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 관하여 제기하는 소송을 認定하고 있다. 그러나 但書規定을 두어, 憲法裁判所法, 第2條의 規定에 의하여 憲法裁判所의 管掌事項으로 되는 訴訟은 제외시켰다. 憲法裁判所法 第2條의 規定은 憲法 第111條 第1項 4號의 規定을 그대로 옮겨놓은 것이므로 行政訴訟의 一種으로서의 機關訴訟은 廢止된 것이다.<sup>7)</sup> 그러나 또 다른 見解는 行政訴訟法上的 機關訴訟은 廢止된 것이 아니라 그 範圍가 縮小된 것으로 본다.<sup>8)</sup> 後者の 경우에는 機關訴訟이 憲法裁判所에 의하는 경우와 行政訴訟法에 의하는 경우의 두 種類가 있게 된다.

憲法裁判所法은 第4章(特別審判節次)의 第4節(權限爭議審判)規定中 第62條(權限爭議審判의 종류)第1項 2號에서 國家의 機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判을 ㉞政府和 特別市·直轄市 또는 道間의 權限爭議審判, ㉞政府和 市·郡 또는 地方自治團體인 區間의 權限爭議審判등으로 分類하고 있다. 따라서 ㉞㉞에 該當되는 權限爭議審判은 憲法裁判所가 管掌하게 된다.

우리 憲法裁判所는 아직 한번도 위에 該當되는 權限爭議審判을 經驗하지 않았다. 따라서 앞으로의 憲法裁判所의 이러한 權限爭議에 관한 審判의 決定은 우리나라의 地方自治制度의 發展에 큰 影響을 미칠 것으로 생각된다. 더욱 最近에는 地方自治制度를 人權保障의 次元에서 보는 見解가 擡頭되고 있는 바 그러한 경우에는

---

7) 金道稔, 一般行政法論(上) (靑雲社, 1991), p.772

8) 金南辰, 行政法 I (法文社, 1990), p.640; 下在王, 行政法講義(I) (博英社, 1991), p.702.

國民의 人權保障에도 큰 影響을 미친다고 할 수 있다. 憲法保障機關으로서의 憲法裁判所가 窮極的으로 憲法이 保障하고 있는 國民의 基本權을 保障하는 데에 그 存在價値가 있다고 할 것이므로 이러한 權限爭議를 憲法裁判所가 審判하도록 한 것은 너무나 당연하다 할 것이다. 그러나 重要的 것은 憲法裁判所의 이러한 權限爭議審判이 國民을 위한 審判이어야하고 또한 國民이 充分히 納得하는 審判이어야 한다는 것이다. 國民을 위한 審判이어야 하는 것은 民主的正當化의 要請인 것이다. 憲法裁判所의 決定의 權威의 源泉을 國民의 呼應이라고 하는 民主的基盤에서 얻어야 한다. 統治構造上으로는 國民과는 거리가 먼 憲法裁判所가 國民主權에 合當한 憲法機關으로서 機能을 發揮하기 위해서는 國民의 合意 내지는 納得을 얻는 데에 依存하지 않을 수 없는 것이다. 또한 國民의 呼應을 얻는 權限爭議審判의 決定은 政策形成의 機能을 함으로 그 歷史가 짧은 우리나라 地方自治制度를 바람직한 方向으로 引導하는 데에도 重要的 役割을 할 것이다.

國民을 위하고 國民이 充分히 納得하는 國家와 地方自治團體間의 權限爭議審判制度를 摸索하기 위해서 첫째, 地方自治制度에 있어서 國家와 地方自治團體의 關係를 檢討하고 둘째, 그러한 關係에서 緣由되는 權限爭議의 類型을 抽出한 다음 셋째, 그 權限爭議에 관한 審判制度의 類型을 살펴보고 넷째, 프랑스, 독일, 日本의 權限爭議 審判制度를 檢討한다. 다섯째, 現行 우리나라의 國家와 地方自治團體間의 權限爭議審判制度의 檢討를 통하여 그 問題點을 抽出하고 여섯째, 우리나라에 있어서 國家와 地方自治團體間의 權限爭議審判制度의 바람직한 發展方向을 提示하기로 한다.

## 第2章 地方自治制度에 있어서 國家와 地方自治團體의 關係

### 第1節 國家와 地方自治團體

우리 憲法은 第8章에 地方自治에 관한 規定을 두고, 地方自治團體의 自治를 保障하고 있다. 즉, 地方自治團體는 그 構成員인 住民의 意思에 따라 自主·民主的으로 運營할 수 있음을 憲法에 의해 保障받고 있다. 그러나 다른 한편에서는 國家 즉, 中央의 各政府機關등과 밀접한 關係를 갖고 있다.

從來의 傳統的인 國家와 地方自治團體의 關係에 관한 見解는 첫째, 國家로부터 自治團體의 機關에 委任된 事務에 관하여는 그 事務의 受任機關이 國家 行政組織에 編入되고 國家 行政組織法의 法理가 適用되며 이러한 事務를 除外한 自治團體의 事務에 대해서만 適用되는 作用法的論理의 對象으로 把握하였다. 둘째, 地方自治團體가 行政組織으로 分解·把握되어 行政法論理上의 地方自治問題가 되면서 行政組織法속에 定座하게 되었다. 셋째, 地方議會도 行政機關으로 包攝되어 그가 定立하는 條例가 行政立法으로도 把握될 수 있도록 하였다. 여기에 國家와 地方自治團體의 關係를 國家와 地方의 行政關係로 誤解된 素地가 있었던 것이다. 이러한 樣相은 獨逸에서도 볼 수 있다. 즉, 1948年의 3月革命에 이은

第2帝制의 成立·確立 科程에서 國家(Staat)만이 公權力을 獨占하고, 自治란 Selbstverwaltung(自己行政)이라는 理論이 支配的인 것이 되었다. 이러한 自治가 곧 行政이라는 見解가 獨逸과 이의 影響을 받은 國家에 受容된 것이다.<sup>9)</sup>

國家와 地方自治團體의 關係에 있어서 國家側에서는 立法的, 司法的 그리고 行政的 側面에서 把握될 수 있다. 즉, 立法的 側面에서 보면 法律과 條例의 關係, 法律에 의한 事務의 配分등에 따른 合憲·違憲의 問題가 생긴다. 國家의 行政機關과 地方自治團體의 關係는 前述한 바와 같이 國家權力中心의 傳統的 見解에 따라 廣範圍하고 密接한 것이었다. 그러나 우리 憲法이 保障하고 있는 地方自治는 國家와 地方自治團體를 併立的 關係로 하여, 兩者의 機能配分을 適切히 하여 相互協調속에 兩者의 存在意義를 維持·發展하는 것이다.<sup>10)</sup> 이를 詳論하기 위해서 地方自治卷의 本質을 檢討하고 한다.

## 第 2 節 地方自治權의 本質

### 1. 學說의 現況

地方自治權의 根本的性質에 관한 學說은 Weiniar共和國時代의 影響으로 固有權說, 承認說, 制度的 保障說등이 從來의 主要學說

---

9) 木左茂男, 「國家와 地方自治團體의 關係」, 自治研究 第1卷 第2號(韓國地方自治研究所,1991), pp.82~115.

10) 金鐵容, 「地方自治團體에 대한 國家의 關與」, 公法研究 第18輯(韓國公法學會, 1990), pp.75~91.

이다. 承認說과 制度的保障說은 地方自治團體에게는 固有의 自治權은 認定되지 않고 그 自治權은 國家로부터 由來한다고 하는 廣義의 傳來說이 細分形態이다.

固有權設은 地方自治團體가 固有의 權利로서 一定한 自治權을 갖고 있다는 見解이다. 固有權設은 近代自然法思想을 地方自治團體에 適用하는 地方權(Pouvoir municipal)思想이나, 法人을 自然的創造物로 보고 自然人과 같이 固有의 人格성과 權利를 認定하는 Gierke의 團體法思想등을 그 基礎로 하고 있다. 그러나 地方自治團體가 國家以前에 固有의 自治權을 갖는다고 하는 概念은 國法學上 認定할 수 없다고 하는 多數의 見解에 의해 小數說이다. 固有權設이 小數說에 머물 수밖에 없었던 背景은 첫째, 固有權設을 뒷받침 해줄 歷史의 傳統이 없었으며, 둘째, 學界에서는 一般的으로 國家의 國權・主權・統治權의 單一・不可分性이라고 하는 近代公法の 公理가 明示的・默示的으로 認定되고 있었고, 셋째, 傳來說이 決定的으로 勝利하고 있었던 獨逸公法學의 影響이 컸다는 데에 있다. 그러나 固有權設이 完全히 사라진 것은 아니다. 地方自治가 危機에 逢着하였을 때에 그것의 克服과 復權을 主張할 때에 容授되는 것이 固有權設이다. 그 경우의 論據를 보면 憲法에 地方自治에 관한 規定을 두게 된 것은 自然法의 實定法에의 導入으로 보고 固有權으로서의 地方自治權을 確認한 것으로 理解한다. 또한 法條文의 內容에 관하여 論爭이 있는 경우에는 法의 理想이라고 할 自然法에 그 判斷의 基準을 求해야 한다고 본다. 한 걸음 더 나아가서 憲法이 그 基礎를 英美法의 傳統과 思想을 繼承하고 있다면 그 憲法에 規定되고 있는 地方自治 또한 英美의 地方自治의 本質을 담고 있는 것으로 理解해야 한다고 한다.

承認說은 모든 權限은 원래 國家에 속하는 것이나 國家가 특히 必要하다고 생각되는 것에 한하여 地方自治團體가 이를 대신해서 行使하도록 許容한 것이라 한다. 따라서 이 說에 의하면 地方自治團體는 國家로부터 許容된 權限을 行使하는 것이므로, 그 당연한 귀결로서 國家의 嚴格한 統制와 監督을 받을 뿐만 아니라, 國家가 그 必要에 따라 地方自治制度의 變更을 한다고 하여도 그것은 地方自治의 本質에 反하는 것으로 解釋할 수 없게 된다.

承認說의 論據를 살펴보면 다음과 같이 要約할 수 있다. 첫째, 憲法 第118條 第2項의 「法律로 정한다」고 하는 것은 地方自治團體가 國家로부터 完全히 獨立한 存在가 아니며 또한 國家權力으로부터 獨立한 固有權도 갖지 않는다. 그 存在의 根據는 오로지 國家權力에 있음을 뜻하는 것이다. 둘째, 地方自治의 本質은 團體自治와 住民自治의 原則을 뜻하는 것이나 그 具體的 內容은 明確하지 않다. 地方自治團體도 國家의 統治體制의 一側面이므로 國家의 監督으로부터 完全히 獨立한 地方自治團體란 그 性質上 認定할 수 없다. 셋째, 地方自治는 民主主義의 一方式이다. 따라서 國政에 있어서 民主性이 強化되면 그에 따라 國家의 地方自治團體에 대한 監督도 보다 더 民主主義的인 것이 되므로, 中央集權이 곧 非民主的이라고 할 수 없다. 넷째, 生活圈의 擴大에 따라 古典的 地方自治의 修正은 不可避하다. 社會的 國家의 側面에 따라 經濟的 資源의 能率的이고도 統合的인 確保・利用이 要求됨으로 이에 副應하기 위해 中央集權的 施策이 必要하게 된다. 그것이 어떠한 內容의 것인가 하는 것은 諸般與件을 綜合하여 憲法精神과 一致되도록 立法者가 決定해야 하는 것이다. 다섯째, 憲法 第117條 第1項의 法令의 범위안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다

고 하는 것은 地方自治團體의 條例制定權이 法律이 定하는 制約에 服從함을 뜻한다. 따라서 條例制定의 節次, 條例의 所管事項은 法律로 定하여지며 條例의 形式的 效力도 法律보다는 下位에 있게 된다고 본다. 여섯째, 憲法 第8章의 地方自治의 規定은 憲法 第66條 第4項의 行政權의 中央集權에 대한 例外의 許容내지 承認을 뜻한다. 이 경우의 地方自治의 本質은 分權과 自治이다. 즉, 그 處理結果가 一定한 地域에만 影響을 미치는 地方的 行政事務는 모두 그 地方自治團體의 機能에 歸屬시키는 同時에 形式的으로는 國家와는 別個의 法人으로서, 그 事務의 處理에 있어서는 國家의 干涉을 一切 받지 않음을 뜻한다. 그러나 그 地方的 行政事務는 一定한 不動의 內容을 갖는 固定的인 것은 아니라고 한다. 즉, 地方的 事務의 種類와 內容이 增加하면 이에 따라 地方自治團體의 種類 및 그의 權能에 속하는 事務의 分量은 增大되고 그것에 관한 國家의 監督은 減少된다. 反對로 地方的 事務의 種類 및 內容이 減少하면 그에 따라 地方自治團體의 種類 및 그 權能에 속하는 事務의 分量은 減少되고 國家의 監督範圍는 擴大된다고 한다. 요컨대 地方自治團體의 種類, 그 權能에 속하는 事務의 範圍, 이에 대한 國家의 監督의 範圍등은 地方的 事務의 種類, 內容, 分量에 比例하는 것이며, 반드시 設置되어야 할 地方自治團體라든가, 반드시 그 地方自治團體에 歸屬시켜야 할 事務라든가, 반드시 國家의 監督으로부터 除外시켜야 할 事項은 없다는 것이다. 결국 地方的 事務의 範圍의 增減에 따라 不斷히 그 內容도 變하는 流動的인 것이라는 데에 歸結한다. 그 結果, 狀況의 變化에 따라서는 一切의 地方自治團體를 廢止하고 그 行政을 모두 官治行政으로 하더라도 그것은 憲法에 抵觸되는 것이 아니게 된다.



制度的 保障說은 承認說과 더불어 廣義의 傳來說에 속하는 것이나 承認說과는 달리 保障에 重点을 두고, 國家와 地方自治團體間의 關係를 認定하려고 한다. 특히 歷史적으로 그리고 傳統적으로 形成된 地方自治制度를 國家制度로서 憲法上 保障되었다고 解釋함으로써, 그 本質的 內容을 立法등에 의한 侵害로부터 防禦하려고 한다. 그 具體的인 特色을 보면 첫째, 法律의 規定에 의해 特別市와 直轄市 및 道 그리고 市와 郡 및 自治區의 合併이나 그 權能을 修正하는 것은 違憲이 아니다. 둘째, 地方自治團體나 地方事務를 法律로서도 任意로 規定하는 것은 認定되지 않는다. 즉, 地方自治制度의 本質的 內容을 法律로서도 改廢할 수 없다는 것이다. Weimar憲法과 Bonn基本法下的 獨逸學界와 같이 우리 나라 學界에서 이 見解는 通說的 地位를 차지하고 있다.

制度的 保障說의 主張內容을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 법률로서도 侵害할 수 없는 地方自治制度의 本質的 內容의 究明에 있어서 그 指導的 側面과 規範的 側面을 區別해서 論하고 있다. 前者는 立法府에 대한 指針에 不過하나 後者는 地方自治制度의 核心的 要素 내지 最小限의 骨格을 侵害해서는 안 된다는 것을 拘束적으로 命하고 있다는 것이다. 指導的 側面에서 地方自治의 本質을 論할 때에는 住民自治와 團體自治의 兩者를 包含하여도 좋으나, 規範으로서의 地方自治의 本質을 論할 때에는 主로 法律的 意味에 있어서의 自治, 즉 團體自治의 概念이 中心이 된다. 究明되어야 할 것은 이 概念의 具體的 內容이다. 그것은 地方自治制度의 歷史的 發展, 憲法이 이를 規定하게 된 趣旨나 目的 그리고 現代國家에 있어서 國家와 地方自治의 關係등을 考慮해서 個別的으로 그리고 具體적으로 解答을 얻을 수밖에 없을 것이다. 그 解答은

憲法 第8章이 規定하고 있는 地方自治制度和 地方自治團體의 權能의 本質의 內容의 規定뿐만 아니라 이 條項에 明記되어 있지 않는 事項에도 미친다. 憲法 第118條와 第117條는 地方自治團體의 議會와 地方自治團體의 存在를 保障하고 있으므로 法律로서도 地方議會와 地方自治團體의 存在 그 自體를 廢止하는 것은 許容되지 않는다. 그러나 制度로서의 地方自治團體의 存在의 保障은 個個의 地方自治團體의 存立의 保障을 包含하는 것은 아니다. 또한 憲法 實施當時의 制度의 現狀保障을 뜻하지 않는다. 全國土가 地方自治團體의 區域으로 分割된다는 것을 前提로 하고 있으므로 國家의 直轄區分의 設置는 許容되지 않는다. 憲法이 規定하고 있는 地方自治團體를 決定함에 있어서는 우리나라의 地方制度의 歷史의沿革과 憲法 第8章에 地方自治를 規定하게 된 趣旨등을 綜合적으로 考慮되어야 한다. 따라서 憲法 第117條 第2項의 規定을 受容하여 恣意로 法律로서 特定 地方自治團體의 地方自治團體로서의 性格을 否定하거나 廢止할 수 없게 된다.

둘째, 憲法 第117條 第1項은 自治行政權, 財産管理權, 條例制定權을 保障하고 있고 第118條의 規定과 더불어 自治組織權, 自治財政權도 保障되고 있다. 憲法은 地方自治團體에게 全權限性 또는 活動領域의 普遍性의 原則을 保障하고 있다. 全權限性이라함은 그 地方에 밀접한 관계가 있는 事務는 法律이 特段의 規定으로 禁하지 않는 限 모두 그 地方自治團體의 權限으로 推定되는 것을 意味한다. 따라서 地方自治團體가 自主적으로 處理할 수 있는 地方的 事務를 全部 國家의 委任事務로 한다거나 地方自治團體가 處理해야 할 地方公共事務의 範圍에 대하여 制限列記主義를 취하는 法律은 地方自治의 本質을 侵害하는 것으로 위헌이 된다.

1960年代부터의 經濟成長을 主軸으로 한 先進國群에의 進入이라는 한 時代는 1990年代에 들어서면서 終末을 告하러 하고 있다. 經濟發展에 隨伴한 國民들의 精神的·文化的欲求의 擴大와 多樣化는 政治·法制度面에서의 變化를 必然的인 것으로 하였다. 그것은 우리 歷史에 있어서 「市民革命」을 意味하는 것으로서 地方自治에 있어서도 그 影響이 크게 나타났다. 地方自治團體의 議會議員選舉를 통한 地方議會의 構成 그리고 市·道 知事 및 市長·郡守·自治區의 區廳長의 選舉는 1992年 6月 30日 이내에 실시한다는 것을 地方自治法附則 第2條 第2項에 明文化하게 된 것도 그 影響의 一端을 말하여 주는 것이다. 그러면 이러한 歷史의 흐름의 原動力을 어디에서 찾을 것인가? 하는 물음에 대한 解答은 世界觀 내지 政治觀에 따라 다를 수 있다. 그러나 우리 社會가 直面하고 있는 現實을 보면 그 解答의 하나를 얻을 수 있다. 工業化·產業化에 따라 많은 工場이 建設되고 그 工場의 많은 數는 工業團地라는 一定 地域에 集團的으로 收容되어 工業化·產業化를 먼저 이룩한 先進國이 經驗했던 빠아픈 副作用을 國民·住民의 參與속에 極小化 내지 解消시킨다고 하는 制度마련에는 消極的이었을 뿐만 아니라 그러한 副作用을 經濟成長의 達成이라는 外表로서 糊塗하여왔다. 그 外表의 하나가 國民所得이라는 數值였다. 그러나 그 數值가 올라가는 것과 比例하여 우리의 環境汚染·破壞의 數值도 上昇하였다. 都市化現象은 工業化·產業化가 가져온 必然的 結果라 할지라도 그것은 또한 都市의 住宅·交通·不良住居地域등의 問題를 가져왔다. 이러한 問題點의 樣相은 地域에 따라 相異하므로 그 問題解決의 直接的 責任은 地方自治團體에게 歸屬케 되었다.

그러나 自由組織權·自由財政權에 있어서 從來의 中央集權의

體制에서 完全히 脫皮하지 못한 制度的, 實際的 狀況은 地方自治團體에게 責任만 歸屬시킬 뿐 그것을 解決할 수 있는 制度的 뒷받침이 極히 限定的이고 微弱한 것이었다. 여기에 住民이 自己의 生存을 위해 直接 參與하려는 움직임이 나타나게 되었다. 그것은 人權의 保障, 福祉의 向上등의 要求가 地方自治의 側面에 強力하게 淨刻되었음을 뜻한다. 이러한 움직임을 總括하여 「市民主權的自治」라고 觀念하고 이를 整理하면 다음과 같이 要約될 수 있다.<sup>11)</sup>

첫째, 高度經濟成長期에 있어서 國家財政의 産業基盤에의 集中的導入과 國民의 生活關聯社會資本의 不足은 自然環境・生態系의 破壞뿐만 아니라 國民의 生命・生存을 積極적으로 侵害하는 結果를 가져왔다. 이 侵害에 對備하기 위해서 새로운 人權價値를 住民의 生活이라는 側面에서 再創造해야 한다는 現實的 要求에 直面하게 되었다. 이러한 社會의 構造變動에 따라 憲法構造도 轉換器에 들어서고 있다. 憲法像과 憲法理論도 이에 對應하여 轉換하도록 要請되고 있다. 특히 憲法理論의 理論構成의 原型은 實定化된 憲法制定權力으로서의 國民主權에서 國家主權을 構成하고, 이 國家主權의 基本法으로 憲法の 位置를 부여하고, 法律의 段階에 의해 다시 國民에게 下降한다는 理論構成으로 해서 國民은 國家統治의 對象으로 下落하는 構造를 再檢討하고 轉換할 必要가 있다는 것이다. 그러기 위해서는 一般意思의 概念을 中核으로 하는 國家主權의 理解를 克服하여 그것을 個人의 自由・個人意思의 多樣性에서 出發하는 市民主權으로 代替되어야 한다는 것이다. 憲法理論은

---

11) 針生誠吉, 「自治體憲法學における 人權と福祉」, 法律時報 47卷 3號(日本評論社, 1975), pp.8~13.

組織原理로서 國民主權・一般意思가 아니라 價値原理로서 基本的 人權・個人的自由에서 出發해야 한다고 주장한다. 國民主權은 一般的으로 憲法以前的 憲法制定權力으로부터 導出되과 동시에 憲法以後에 있어서는 選舉에 의해 制度化된다. 이럴 때 國民主權은 前者에 있어서는 例外이며, 後者に 있어서는 消滅한다. 그러한 結果로 해서 國民主權은 國家主權으로 代替되고, 경우에 따라서는 國家統治의 正統原理로 轉化하게 된다. 그러나 國民主權이 例外가 아니며 또한 消滅되지 않는 것이라고 한다면 國民主權은 市民主權에 根據를 두고 恒時 國民・自治團體・國家의 三者에 의해 發動되어야 한다. 住民이 憲法原理에 따른 憲法構造改革의 主體라고 하는 것은 바로 그것이 憲法制定權力의 日常的發動이라고 할 수 있으며 國民主權의 市民主權化라고 할 수 있다. 國民主權이 市民主權으로서 日常的으로 發動될 수 있으면 憲法構造는 市民・市・郡・區, 特別市・直轄市・道, 國家라고 하는 上昇型的 構造와 分節的構造를 갖게 되고 立法權・行政權도 國家에 獨占되는 것이 아니고 地方自治團體도 市民自治의 機構로서 市民의 信託에 의해 이를 獨自적으로 享有할 수 있다고 본다.

둘째, 上述한 見解를 基礎로 하여 憲法, 法律, 條例의 관계에 대한 理論의 再構成, 住民福祉의 憲法論의 再創造, 地方自治團體의 福祉政策을 뒷받침하기 위한 自治財政權擴充을 위한 理論의 構築등이 主張된다. 租稅條例主義도 그 一面이다.

## 2. 學說의 檢討

첫째, 固有權設에 관하여 檢討해보면 國法學上 承認될 수 없다는 點에 見解가 거의 一致하고 있다. 憲法上 地方自治가 豫想하는 國家가 民主主義國家이며 民主主義國家는 地方自治團體의 自治가 이에 育成・強化된 結果라고 보고 固有權設을 正當化하려 한다. 그러나 이에 관한 史的 그리고 理論的으로 明白히 立證못하고 있다. 最近에 固有權設이 注目을 받게 된 것은 地方自治가 懸案에 充分히 對處하지 못하고 問題와 責任만 地方自治團體에게 떠맡겨짐으로서 이 危機를 克服하기 위해서는 地方自治團體가 보다 많은 權限을 享有하고 行使하여야 한다는 要求를 뒷받침하기 위해서였다. 또한 固有權設이 主張하는 自治權의 具體的 內容이 明白하지 않다는 것도 問題이다. 地方自治의 危機를 克服하기 위하여 固有權設을 援用함에는 固有權의 主要한 具體的 內容을 提示하거나 그 基準을 提示하지 않으면 안 된다. 특히 地方自治團體에게 留保되는 事務의 範圍, 法律과 條例의 效力關係, 地方財政의 財源, 住民의 國政에의 參加方法등을 具體的으로 提示해야 한다. 한편 自然法的 固有權設에 관한 規定이 自然法的 實定法에의 導入이라고 볼 수 있는 明白한 說明도 되지 않으며, 우리 憲法上的 地方自治의 制度가 英美法의 傳統을 繼承한 것이라고 할 수 있을 것인가 하는 것도 問題이러니와 과연 그렇다고 하더라도 普遍性을 特質로 하는 自然法思想과 英美法系의 地方自治制度가 兩立할 수 있다는 論據도 明白하지 않다.

둘째, 承認說에 관하여 檢討해 보면, 憲法 第8章의 規定은 憲法

第66條 第4項의 行政權의 中央集權原理에 대한 例外를 認定한 것이고 단순히 地方自治制度의 承認 또는 許容以上の 意義는 없다고 한다.

地方自治制度가 이와 같은 承認 또는 許容 規定이 없으면 과연 그 創設이 憲法上 不可能한 것인가 하는 것은 疑問이다. 憲法의 趣旨는 地方自治團體의 組織과 그 運營事項은 地方自治의 原理이며 根本趣旨인 團體自治와 住民自治에 相當하도록 法律로서 規定하라는 것이고 그 경우에도 地方自治의 內容은 可變的일 수 있으나 결코 地方自治의 內容을 零으로 하는 것까지 憲法이 豫想하고 있지 않다고 해야 할 것이다. 承認說에 관하여는 學界에서는 支持를 하는 者가 없다고 해도 過言이 아니다.

셋째, 制度的 保障說에 관하여 檢討해보면 그것이 現在 우리 학계에서 通說의 地位에 있는 것에 걸맞게 注目할 만한 內容을 담고 있음을 否認할 수 없다. 그러나 이 學說이 과연 地方自治의 危機라고 불리우는 懸案을 어떻게 有效하게 對處할 수 있느냐 하는 것은 問題이다. 問題의 核心은 法律로서도 侵害할 수 없는 地方自治 制度의 本質的 內容이 무엇이나에 歸結된다. 이에 관한 한 見解를 보면, 憲法上の 規範으로서 國會의 立法을 規制할 수 있는 것은 原則적으로 團體自治뿐이며 住民自治는 包含되지 않는다고 본다. 또한 地方自治團體에게 全權限性 또는 活動領域의 普遍性을 保障하고 있으므로, 法律로서 地方自治團體가 自主적으로 處理할 수 있는 地方公共事務를 없게 한 다거나 全部를 國家의 委任事務로 하는 것 혹은 制限列義를 取하는 것은 許容되지 않는다. 憲法 第117條 第1項이 例示列記하는 權限外에도 自治組織權・自治人事權이 保障되므로 이에 관하여 法律로서 그 大綱의 基準을 定할 수

있어도 細部末端까지 정하는 것은 許容되지 않는다. 또한 自治財政權도 保障되므로 地方自治團體의 課稅權을 全적으로 否定하거나 自主財源의 據出을 強要하거나 強制豫算은 許容되지 않는다.<sup>12)</sup> 自治行政權은 明示적으로 保障되고 있으나 地方公共事務인 것과 그렇지 않는 것의 明確한 區別은 거의 不可能하다. 따라서 立法權이 있는 國會는 이 點에서 強力한 權能을 갖게 된다. 以上の 內容이 制度的 保障의 本質的 內容인 主要事項이다. 또한 그것은 規範으로서 憲法상 保障됨으로서 이를 侵害하는 것은 違憲이 된다. 이러한 本質內容의 理解는 逆으로 限界線까지 自治에 관한 規制를 하더라도 違憲이 되지 않는다고 하는 保障을 주는 可能性도 있다. 地方自治制度의 歷史的 傳統을 考慮해서 自治의 本質內容을 決定한다고 하여도 그것의 多樣性이라는 點만을 보다고 극히 어려운 일임을 알 수 있다. 또한 自治制度의 歷史的 傳統에서 現行 地方自治의 本質的 內容을 規定하려는 方法은 憲法原理自體가 轉換期에 있을 때에는 反憲法原理的으로 될 可能도 있다.

넷째, 市民主權的 自治論은 中央政府와 地方自治團體間의 事務配分の 基準이나 原則 그리고 法的關係가 明白하지 않다. 또한 憲法制定權力的 日常的 發動을 國政水準에서 어떠한 憲法機構에 의해 具體化할 것 인가도 明白하지 않다. 그것은 憲法解釋論的 對應으로는 無意味한 것이 된다. 主權原理에 관하여 보더라도 歷史적으로 對立하여 온 여러 集團의 勢力이 어떠한 主權原理를 어떠한 理解아래 이를 標榜하여 抗爭하여 왔는가 하는 것을 歷史的·社會的

---

12) 北野弘久, 「自治體の財政權の憲法的基礎」, 法律時報 47卷 3號(日本評論社, 1975)pp.17~24.



事實속에서 把握한 다음 그것이 現代에 있어서 어떠한 位置에 있는가를 明白히 할 必要가 있는 것이다. 즉, 市民革命以後의 主權原理에 관한 歷史가 「國民主權」과 「人民主權」의 抗爭의 歷史였다면 그것이 現代國家에 있어서 制度的으로 어떠한 意味를 갖느냐하는 것을 再吟味할 必要가 있는 것이다. 政治觀에 따라 이에 관한 理解와 立場이 달라진다고 하는 것을 깨닫게 된다. 歷史的 過渡期에 있어서는 그러한 立場에 따라 團體自治나 住民自治의 構造도 從來와는 다른 것으로 說明될 수 있음을 看過해서는 안될 것이다.

### 3. 地方自治權의 本質

우리 憲法下에서 地方自治權은 根本的으로 어떠한 것이어야 하는 問題는 憲法 第8章이 規定하는 地方自治의 本質이 무엇이나 하는 問題인 동시에 또한 地方自治制度에 있어서 國家와 地方自治團體의 關係에 관한 問題이다. 이에 관한 從來의 세 學說外에도 最近의 市民主權的 自治論과 그 問題點을 檢討한 바 있다. 그 結論으로서 現在 우리나라의 通說은 制度的 保障이긴 하나 地方自治의 危機라고 불리울 程度로 深刻한 現實問題를 가져왔고 그 解決策을 明示하지 못하고 있다는 點을 알 수 있었다.

무릇 學說이나 制度는 그 社會가 當面하고 있는 問題를 解決하기 위한 것인 동시에 解決할 수 있는 것이어야 한다. 그 解決方案이 그 社會構成員, 그것도 보다 많은 數의 構成員을 위하고 그들의 同意를 얻을 수 있는 것이어야 함은 再言을 要치 않는다. 그렇지 못할 때 그 制度는 組織化된 僞善일 수 있기 때문이다. 따라서 本論文에 있어서도 基本的으로는 制度的 保障論에 立脚하되, 보장

되는 本質的 內容은 市民主權的 自治論의 立場에서 提起되고 그리고 提示된 內容이어야 한다는 立場에서 主題에 관한 檢討를 하려고 한다. 그러한 경우에는 많은 側面에서 그 本質的 內容의 廓正에 관하여 見解의 差異가 많을 것이며 또한 權限爭議의 發生可能性이 많음을 豫測할 수 있다. 그것은 兩者의 關係가 갖는 屬性에서 緣由되는 宿命的인 것이며, 權限의 自己發展的性向으로 인하여 必然的인 것이기도 하다. 더욱 地方自治權의 本質이 主權的 存在로서의 市民의 思想에 따라 重疊的으로 形成되어 나갈 것이라는 立場에 선다면 더욱 그러하다. 여기에 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議 審判制度의 重要性을 發見할 수 있는 것이다.

# 第3章 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議의 類型과 權限爭議審判制度의 類型

## 第1節 權限爭議의 類型

### 1. 權限爭議의 類型 檢討의 必要性

地方自治制度에 있어서 國家와 地方自治團體의 關係의 檢討를 통하여 그것에는 많은 權限爭議發生의 可能性이 있음을 發見할 수 있었다. 그러면 그러한 權限爭議가 어떠한 樣相으로 發生할 것인가의 檢討는 바람직한 權限爭議 審判制度의 摸索을 위해 必要하다.

發生할 可能性이 있는 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議의 樣相 내지 類型의 檢討는 여러 側面에서 할 수 있을 것이나 本稿에서는 第2章 第2節에서 檢討한 바가 있는 地方自治權의 本質의 理解를 둘러싸고 全開되고 있는 見解의 差異에서 緣由될 수 있는 問題點을 中心으로 考察하기로 한다.

### 2. 國家와 地方自治團體間的 事務配分

國家와 地方自治團體의 事務配分에 관하여는 많은 原則이 提

示된 바 있다.<sup>13)</sup> 行政責任明確化의 原則, 能率의 原則, 基礎自治團體 優先의 原則이라든가, 現地性의 原則, 統合性의 原則, 經濟性의 原則등이 그 例이다. 그러나 이 原則에 따라 具體적으로 事務를 配分하는 데에 있어서는 相當한 意見差異를 보이고 있다. 우리나라 地方自治法 第9條 第1項 은 「地方自治團體는 그 管轄區域의 自治事務와 法令에 의하여 地方自治團體에 속하는 事務를 처리한다」고 規定하고, 第2項에서 地方自治團體의 事務로서 ①地方自治團體의 區域, 組織 및 行政管理등에 관한 事務 ②住民의 福祉增進에 관한 事務 ③農林·商工業등 産業振興에 관한 事務 ④地域開發 및 住民의 生活環境 施設의 設置·管理에 관한 事務 ⑤教育·體育·文化·藝術의 振興에 관한 事務 ⑥地域民防衛 및 消防에 관한 事務등을 例示規定하고 있다. 이는 自治事務가 國家의 機關委任事務가 되어 自治事務의 領域이 縮小되는 것을 막기 위한 것이다. 더욱 이러한 事務는 例示일뿐 地方自治團體의 事務의 全體를 뜻하는 것이 아니므로 以外에도 더 있을 수 있다. 또한 地方自治法施行令의 別表1은 地方自治團體의 種類別 事務를 規定은 하고 있으나 어디까지가 國家事務이고 地方自治團體事務인지 그 區分이 事實上 曖昧한 경우가 많다.

地方自治法 第9條 第2項 但書의 規定에 의해, 地方自治團體의 事務로 例示된 것이라도 法律에 다른 規定이 있으면 國家事務로 된다. 우리나라에는 이러한 法律이 많아서 地方自治團體의 事務를 例示한 地方自治法 第9條의 趣旨를 無意味한 것으로 만들뿐만 아

---

13) 鄭世煜, 「中央과 地方간의 關係」, 地方自治法 改正方向에 관한 세미나, 第3分科(韓國地方自治學會, 1989. 2. 28).

나라 앞으로 地方自治團體 住民의 自治意識의 提高에 따라 第2章에서 檢討한 地方自治權의 本質과 관련하여 權限爭議가 發生할 可能性이 많다. 이러한 爭議는 憲法이나 憲法原則에 관한 것이거나, 法律的 次元에 관한 것 등으로 分類될 수 있을 것이다.

### 3. 自治立法權의 範圍

#### 1) 總說

地方自治制度의 本質的 保障內容에 속하는 自治權能에는 地方自治團體가 國家의 指示나 監督을 받지 않고, 法이 정하는 바에 따라 獨立的인 責任下에 處理할 수 있는 여러 가지 自治高權이 있는데 그 中の 하나가 自治立法權인 條例制定權이다.<sup>14)</sup> 이 條例制定權에 의거해서 地方自治團體가 自立的인 立法權能의 擴充에 努力하는 것이, 自治立法權을 통하여 우리 憲法 第8章의 趣旨을 살리는 길이다. 그러나 從來의 條例는 國家의 法體制의 補完이나 政策의 地域的 現實을 위한 것에 不過했다. 이른바 法令의 先占理論이 地方自治團體에게도 嚴格히 適用되었다.<sup>15)</sup> 이러한 法令과 條例의 關係는 工業化・都市化에 따른 生活環境의 荒廢 化에 效率的으로 對處하지 못하였을 뿐만 아니라 住民과 바로 近接해 있는 地方自治團體에게 그 解決의 責任을 賦課케 되었다. 人權侵害를 主張하는 住民의 抗議를 解決하고 住民生活의 向上과 安定을 위해서는 地方自治團體가 法令의 先占理論에 얽매이지 않고 獨自의 條例制度

---

14) 許營, 韓國憲法論 (博英社, 1990), pp.782~784.

15) 成田賴明, 「行政改革と 地方自治」, シュエリスト No.750(有斐周, 1981), pp.56~57.

의 必要性이 主張되고 있다.

法律과 條例의 關係에 있어서 法技術的 側面에서는 다음과 같은 세 가지 問題가 提起된다. 첫째, 法律로 制定된 경우에는 條例에 의한 規律을 許容하지 않는 範圍의 確定으로 보는 것이다. 보통 이것은 法令의 先占이라는 觀念으로 論議되고 있다. 둘째, 憲法 第117條 第1項의 文言에도 不拘하고 法令에 의한 制約이 許容되지 않는 領域이 條例에 있는가 하는 問題이다. 셋째, 條例로 規制할 수 없는 事項이 있다고 한다면 그것은 어떠한 것이냐 하는 問題이다.

## 2) 法令先占論

이 主張은 國家는 法律로 하면은 從來에는 地方自治團體가 處理하여 온 事務라도 이를 國家事務로 할 수 있으며 일단 法律事項으로 하면 條例에 의한 二重規制는 許容되지 않는다고 한다. 이 理論에 따른다고 하면 制度的 保障論에 있어서 制度的 核心이 무엇을 뜻하느냐 하는 것이 曖昧하므로 結果적으로는 法律로 하면은 地方自治制度 그 自體를 形骸化할 수 있는 길을 마련해 주게 된다. 地方自治法 第9條 第2項 의 但書는 그러한 意味에서 惡用될 餘地가 있는 것이다. 法令先占論에 대한 再檢討는 深刻해져가는 環境汚染·破壞에 대처하기 위한 實際上的 必要에서 提起되었다. 憲法이 保障하고 있는 地方自治團體住民의 基本權인 生存權·生活權이 環境汚染·破壞에 의해 威脅을 받게 되면서 環境문제가 갖고 있는 地域的 特性, 住民의 生存權이 企業의 自由權보다는 優越하다고 하는 認識, 環境保全行政이 公共의 福祉增進을 위한 積極的 行政이며 또한 積極的 行政이어야 한다고 하는 要請등은 國家의 法令에 의한 環境規制는 地方自治團體의 條例에 의한 規制를 억제하

는 것이 아니라 全國的・全國民的 見地에서의 規制의 最低水準 또는 標準을 提示하는 것으로 解釋, 主張되었다. 한 걸음 더 나아가서 憲法은 固有의 自治事務領域으로서 그것에 관한 制1次的 責任과 權限을 地方自治團體에게 留保하는 地方自治行政의 核心的 部分을 保障하고 있으므로, 이러한 事務領域에 國家가 法律을 制定하여 規定한 경우에는 그것은 全國에 一律의으로 適用되어야 할 national minimum의 規定으로 보아야 한다는 見解가 主張되게 되었다. 이 見解에 따르면 條例는 法令에 積極的으로 明示된 禁止規定이 없는 限自主的으로 基準을 泄精할 수 있게 된다.<sup>16)</sup> 地方自治團體의 自立立法權의 問題點을 再檢討함에 있어서 留念되어야 할 點은 國家의 議會民主主義가 갖고 있는 問題點이나 欠陷을 解消시키기 위해서는 住民參與에 의한 住民自治의 憲法的 機能을 回復 내지 擴充하는 것이 必要하다는 것이다. 地方自治團體가 憲法의 「法律의 範圍內」라는 規定을 지나치게 意識하여 現實的으로 必要한 條例의 制定을 하지 않을 때에는 問題를 더욱 惡化시키며, 또한 法律 보다 더 嚴格한 環境保全條例의 制定은 경우에 따라서 立法不作爲라는 違憲問題도 提起될 可能性도 있다.

### 3) 自律事項

地方自治團體에게 憲法上 自律權이 부여되어 있는 領域, 즉 條例가 法律에 優先하는 領域이 있느냐하는 問題이다. 地方自治制度의 本質에 비추어 地方自治의 內容的 保障制度로서 이러한 領域의 構築이 必要하다. 自己의 內部的 事項에 관한 自己決定의 權限이

---

16) 權寧星, 前揚書, p.216; 鄭世煜, 「地方自治의 開發方向」, 考試界 388號(考試界社, 1989年 6月), pp.32~33.

부정되고선 自治를 論할 수 없을 것이다.<sup>17)</sup> 特定の 事務가 地方自治團體의 事務인지 혹은 國家의 事務인지의 區別은 實際에 있어서는 政治적으로 決定되기 쉽다. 따라서 그 區別은 相對的이다. 여기에 權限爭議의 發生可能性을 發見할 수 있는 것이다. 國家의 所管事項이면서도 地方自治團體의 自主權과 關係가 있는 것은 共同管理事項이다. 이 경우에는 住民의 人權의 侵害程度와 利益의 比較衡量이라는 또 하나의 可變的基準에 의한 決定이 行하여지게 된다. 이것 역시 見解對立의 餘地가 있는 것이다.

#### 4) 條例外 事項

條例의 制定이 許容되지 않는 領域의 問題이다. 즉, 본래부터 條例의 所管事項으로부터 除外되는 領域이 있느냐 하는 問題이다. 地方自治團體內部에 있어서는 條例와 規則과의 關係에서 이 問題가 提起된다. 對外的關係에서는 조례는 해당 地方自治團體의 事務範圍밖에는 미치지 않는다. 이 問題는 法令先占理論과도 관련하여 決定되어야 할 것이다.

#### 5) 罪形法定主義와 條例

憲法 第13條 第1項과 第12條 第1項은 罪形法定主義와 身體自由에 관하여 規定하고 있다. 地方自治法 第20條(罰則의 委任)가 위의 憲法規定에 違背되지 않느냐는 問題가 提起된다. 多數說은 違背되지 않는다고 본다.<sup>18)</sup> 그러나 그 論據는 多樣하다. 條例準法律說의 立場에서는 條例는 住民의 代表機關인 議會의 民主的 節次를 거쳐 制定되는 것인 만큼 實質적으로는 法律에 準한다고 主

---

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

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.



張한다. 委任要件充足說의 立場에서는 地方自治法 第20條의 規定이 包括的 委任規定으로 생각되기 쉬우나 條例制定事項은 同法 第9條에 의해 限定될 뿐 아니라 罰則의 範圍도 限定되므로 委任의 個別性・具體性이라는 要件이 充足 되었다고 主張한다. 憲法 第117條 第1項에 의해 授權되었다고 보는 立場에서는 헌법 第117條 第1項이 地方自治團體가 法令의 범위 안에서 條例를 制定할 수 있다고 規定할 수 있다고 規定하고 있고, 條例로 罰則을 制定할 것인가 하는 것도 法律로 自由로이 規定할 수 있다고 본다. 위 셋 見解 中 어느 것을 취하느냐에 따라 조례로서 罰則을 정하는 경우에 어떠한 根據 下에서 그리고 어느 範圍까지 정할 수 있느냐 하는 것이 달라진다. 여기에 爭議發生의 可能性이 있게 된다.

#### 6) 財產權法定主義와 條例

憲法 第23條 第1項은 「모든 國民의 財產權은 보장된다. 그 내용과 限界는 法律로 정한다」고 規定하고 있으나 條例에 의해 財產權을 規制할 수 있느냐에 대하여 見解의 對立이 있다. 條例制約不可能說의 立場에서는 財產權은 大部分의 경우 全國的인 去來의 對象이 되므로 그 內容을 規制하거나 制約을 하기 위해서는 統一的으로 法律로 해야한다고 主張한다. 條例制約 可能性說 立場에서는 條例準法律說을 내세워 條例로서 財產權을 制約할 수 있다고 主張한다. 이 見解도 地方自治團體의 事務・機能과 地方自治法 第20條(罰則의 委任)에 비추어, 無條件 獨立的으로 條例를 制定해서 財產權을 制約할 수 있는 것은 아니라고 한다.<sup>19)</sup> 財產權의 內容은 全國的이고 劃一的인 것이다. 이것이 공공의 福祉增進을 위해서

---

19) 時岡弘, 地方行政法(評論社, 1971)pp.325~327.

必要한 경우에 法律로서 制限할 수 있다는 것이 憲法の 趣旨이다. 따라서 特定한 地方自治團體의 必要에 의해 條例로서 制約한다면 다른 地方自治團體에게 影響을 주게 되고 結果的으로 國家全體의 秩序에 影響을 주게 될 것이다. 그러한 理由로 條例制約不可能說이 說得力이 있다. 그러나 地方自治團體의 特殊한 自然的・社會的事情에 의해 財產權의 行使方法이나 態樣을 條例로서 最小限度로 規制・調整하는 것은 行政上의 損失補償을 前提로 한다면 可能하다고 보아야 할 것이다. 環境保全問題, 交通問題등에 效率的으로 對處하기 위해서도 더욱 그러하다. 여기에도 爭議發生과 可能性이 있다.

#### 7) 租稅法律主義와 條例

憲法 第59條는 「租稅의 種目과 稅率은 法律로 定한다」고 規定하고 있다. 地方稅法施行規則 第3條는 地方稅의 種目, 租稅客體, 租稅標準, 稅率 기타 賦課徵收에 필요한 事項을 正함에 있어서는 條例로서 하여야 한다고 規定하고 있다. 地方稅의 基準 稅率은 地方稅法에 規定되어 있고 다만 그 稅率의 範圍內에서 地方自治團體의 條例로서 具體的인 稅率을 決定하도록 하였으므로 憲法이 要求하는 租稅法律主義에 反하지 않는다고 한다.<sup>20)</sup> 그러나 最近自動車稅의 稅率을 地方自治團體의 特殊性에 따라 最高 50%까지 差異를 두도록 한 것에 대하여 租稅法律主義에 抵觸되지 않느냐는 主張이 있었다. 地方自治團體가 그의 財政을 全的으로 租稅法律主義에 의해 마련된 國家의 財政에 存在한다는 것은 憲法이 保障한 地方自治團體의 自治權을 無意味한 것으로 만들 가능성이 있다.

---

20) 김도昶, 一般行政法論(下) (靑雲社,1991), p.72.

地方自治法 第132條(經費의 支出)도 地方自治團體는 그 自治事務의 수행에 必要한 經費와 委任된 事務에 關하여 必要한 經費를 支出할 義務가 있다고 規定하고 있는 것 등을 綜合할 때에 地方自治團體의 自治權 中에는 自治財政權의 一環으로서 租稅條例主義의 原則이 內在되어 있다는 主張<sup>21)</sup>은 注目할 價値가 있는 見解라 할 것이다. 이러한 主張과 더불어 地方自治團體의 財政自立度의 擴充을 위한 努力이 앞으로 活潑해지면서 많은 爭議發生의 可能性이 있다.

#### 8) 基本權保障規定과 條例

憲法 第37條 第2項은 國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障・秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요할 경우에 한하여 法律로 제한할 수 있다고 規定하고 있다. 따라서 地方自治團體에 있어서도 條例로서 公共福利나 秩序維持를 위하여 그의 自治事務와 關하여 住民의 自由와 權利를 制限할 수 있다 할 것인가<sup>22)</sup> 그 具體的 內容을 둘러싸고 國家機關과의 關係에서 爭議發生의 可能性이 있다.

### 4. 地方自治團體에 대한 國家의 統制・監督

우리나라 地方自治法 第9章은 國家의 地方自治團體에 대한 指導・監督에 關하여 規定하고 있다. 이 경우에 問題가 되는 것이 統制의 程度・主體・對象 機關등이다. 地方自治法 第157條 第1項

---

21) 北野弘久, 「自治體の 憲法的 基礎」, 特集 憲法と地方自治, 法律時報 47卷 3號 (日本評論社, 1975), pp.328~330.

22) 時岡弘, 前掲書, pp.328~330.

은 地方自治團體의 事務에 관한 그 長의 命令이나 處分이 法令에 위반되거나 현저히 不當하여 公益을 해한다고 인정될 때에는 市·道에 대하여는 主務部長官이 市·郡 및 自治區에 대하여는 市·道知事와 그 是正을 命하고 이를 이행하지 않을 때에는 取消하거나 停止할 수 있다. 다만 自治事務에 관한 命令이나 處分에 있어서는 法令에 위반하는 것에 限한다고 規定하고 있다. 이러한 強力한 統制·監督權에 대하여 問題點이 指摘되고 있다. 첫째, 自治團體 長의 命令·處分の 違法 與否의 判斷은 市·道知事 또는 長官이 내릴 수 없고 그러한 것은 司法府의 機能領域이라는 것이다. 둘째, 地方自治法 第157條 第2項 이 取消·停止에 대하여 異議가 있는 때에는 15日 이내에 大法院에 訴를 提起할 수 있다고 規定하고 있는 바 이것은 本末이 顛倒된 것이라는 것이다. 그 理由는 法運營의 痛念上 違法임을 主張하는 側이 訴를 法院에 提起하도록 하는 것이 法の 常識이라는 것이다. 셋째, 地方自治法 第157條 第1項이 團體委任事務까지도 公益에 反한다는 理由만으로 이를 取消·停止할 수 있도록 한 것은 中央統制의 程度를 지나치게 강화함으로 地方自治團體를 中央政府의 下級行政機關으로 전락시켰다는 것이다. <sup>23)</sup>이러한 問題點은 앞으로 地方自治가 活性化되면서 憲法 第8章과 관련하여 爭議發生의 可能性이 높다.

## 5. 地方自治團體의 國政參加

社會·經濟狀況의 變化에 따라 國家와 地方自治團體의 關係

---

23) 鄭世煜, 前揭發表論文要旨, pp.21~36.

를 새로운 觀點에서의 檢討가 要請되고 있다. 그것은 國家와 地方自治團體의 關係改善과 機能分擔의 適正化, 個別性에 있어서의 協議, 同意등의 竝列의인 協力・協同關係의 促進, 地方自治團體와 利害關係가 있는 法令의 制定, 開發 등에 地方自治團體의 意見의 提示와 反映方案등의 問題를 提起하고 있다. 그 背景은 市民의 行政에의 參加내지 政策決定에의 參加와 그 脈絡을 같이하고 있다. 高度의 産業社會에 있어서 疎外된 市民의 不滿을 解消하고 그들의 意思를 政策形成에 吸收토록 함으로서 政策決定에 參加내지 參與케 할 수 있는 方案의 하나가 地方自治團體의 國政參加인 것이다. 이것은 對等한 地位에 있는 國家와 地方自治團體가 併立적 協力關係에서 오는 당연한 歸結인 것이다. 全體意思是 部分意思에 의해 形成되고 部分意思是 全體意思속에서 整序되어야 하는 것인 만큼 國民의 全體意思・全體利益을 結合하는 國家와 住民의 部分意思・部分利益을 代表하는 地方自治團體에는 意思나 利益의 對流關係가 이루어져야 한다. 이를 위한 方法의 하나로서 地方自治團體의 國政參加가 必要한 것이다. 그 具體的 內容으로는 地方自治團體의 意見陳述權, 共同作業權, 共同決定權등을 들 수 있다. 이러한 權限의 範圍와 行使方法 그리고 그 法的 效果등을 둘러싸고 權限爭議가 發生할 可能性이 있다.<sup>24)</sup>

---

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

## 第2節 權限爭議審判制度의 類型

### 1. 權限爭議審判制度의 類型 檢討의 必要性

憲法 第111條 第1項 4號 및 憲法裁判所法 第62條 第1項 2號가 規定하고 있는 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議가 어떠한 樣相으로 提起될 可能性이 있을 것인가 하는 것을 把握하기 위해 權限爭議의 類型을 檢討한 바 있고, 또한 國家와 地方自治團體가 本質적으로 어떠한 法的關係에 있는가를 檢討하였다. 이 檢討를 통하여 國家와 地方自治團體의 法的關係가 立場에 따라서는 그 內容이 相異하다는 것을 알 수 있었고, 앞으로 地方自治團體의 自治行政이 活性化됨에 따라 地方自治團體의 自治權擴張要求가 強力하게 提起될 것이며, 中央集權의 意識이 아직도 강한 國家機關構成員의 意識構造에 따른 國家機關의 權限行使間에 爭議가 여러 面에서 發生할 可能性이 많음을 알 수 있었다. 이러한 權限爭議를 어떻게 하면 效果적으로 解決할 수 있을 것인가를 檢討하는 데에 있어서의 첫 關門은 어떠한 審判制度가 바람직한 것인가 하는 것을 밝히는 것으로 생각된다.

一般論으로서 바람직한 權限爭議審判制度의 摸索은 그러한 權限爭議審判의 對象이 어떠한 것인가에 따라 달라질 것이다. 第2章과 第3章에서 檢討한 바와 같이 地方自治團體의 自治權의 本質은 政治的 要素를 많이 包含하고 있으며, 國家와 地方自治團體間의 權限爭議에서는 政治的 要素外에 抽象的인 規範的 問題와 具體的 事件등이 있다. 推象인 規範的 問題는 憲法律 및 憲法原則에 관련

되는 問題와 法律的 問題가 있고, 具體的 事件에서도 違憲問題와 違法問題가 있다. 政治的 問題, 抽象的 規範問題, 具體的 事件등을 內包하고 있는 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議를 審判하는 데에 있어서 어떠한 機關이 이를 擔當하는 것이 보다 效果의인가에 대한 解答은 判斷의 公正성과 國民 내지 住民의 基本權保障의 確保與否에 달려 있다.

爭議의 審判에 있어서는 보통 司法事實이라고 불리우는 訴訟事實(facts of the case)의 糾明으로 부터 始作된다. 즉, 누가, 무엇을, 어디에서, 어떻게, 어떠한 動機에서 행하였는가를 밝히는 것이다.<sup>25)</sup> 물론 法院등의 審判機關이 法으로 具體화된 價値基準에 의해 爭議를 判斷함에는 그것이 認定되게 된 背景的 事實 즉, 立法事實 또는 憲法事實을 考慮해야 한다. 「法典속의 法」(law in books)과 「살아있는 法」(law in action)의 差異點을 없애고, 立法의 時代精神을 살리는 것이 審判機關에 부여되고 있는 使命인 것이다. 그러한 審判機關의 審判에는 適用되는 法과 事實에 대한 充分한 把握을 必要로 하며, 또한 그 審判을 통하여 法自體가 變化하는 것이다. 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議를 解決하기 위한 첫째의 方法은 兩當事務間的 直接對話이다. 訴訟事務를 가장 正確하게 發見할 수 있는 方法이다. 그러나 實際에 있어서 直接對話로는 權限爭議가 解決될 수 없는 경우가 大部分일 것으로 생각된다. 왜냐하면 中央集權的 意識이 강한 國家機關構成員과 그러한 意識에 馴化되어 있는 國民意識이 강한 우리 現實에서 權限爭議가 發生한 것은 벌써 間接對話로서 解決될 수 있는 단계를 넘어선 경우가 대부분

---

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

이기 때문이다. 여기에 權限爭議審判制度의 必要性이 存在하게 된다. 또한 公正하고도 迅速한 權限爭議審判制度인 동시에 當事者에게는 費用이 적게 所要되는 制度, 즉 國民을 위한 그리고 國民이 納得할 수 있는 審判制度의 摸索이 必要한 것이다. 이를 위해서 本章 第1節에서 檢討한 豫測될 수 있는 權限爭議事項을 解決할 수 있는 權限爭議審判制度의 類型을 檢討할 必要가 있다.

## 2. 權限爭議審判制度의 類型

### 1) 總 說

權限爭議審判制度의 類型은 그 分類의 基準에 따라 여러 形態로 區分될 수 있다. 大陸型審判制度和 美國型審判制度, 制度的 統制와 裁判籍 統制, 政治的 統制와 司法的 統制등이다.<sup>26)</sup>

大陸型審判制度는 주로 오스트리아, 이태리, 프랑스, 독일의 制度를 말한다. 그것은 最高法規範인 憲法의 保障制度로서의 違憲審判制度를 基準으로 하여, 오스트리아는 以前의 共和制憲法下에서 憲法裁判所를 發足시켰고, 이태리는 라틴語系國家로서는 처음으로 特別한 憲法裁判所를 創設하였으며, 프랑스는 政治的 統制로서는 지난날의 護憲元老院을 두고 있고, 독일에서는 Weimar 憲法下에서 胎動했던 憲法에 의한 基本權의 保障을, 違憲審查로서 充足하는 것이 바람직하다는 觀點에서 Nazis下의 立法權力의 濫用에 대한 反省과 더불어 創設된 聯邦憲法裁判所등을 根據로 하고 있는 것이다.<sup>27)</sup> 독일聯邦憲法裁判所의 權限에 관하여는 基本法 第93條

---

26) 齊藤壽, 各國憲法概說(評論社, 1974), pp.367~371.

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



第1項이 ①聯邦最高機關, 또는 이 基本法과 聯邦最高機關의 規則에 의해 固有의 權利를 認定받은 餘地의 關係機關의 權利 및 義務의 範圍에 관한 爭訟을 契機로 하는 이 基本法의 解釋 ②聯邦法 또는 州法이 이 基本法에 形式的・實質的으로 適合한가의 與否 또는 그것에 관하여意見의 相違나 疑問에 관하여 聯邦政府, 州政府, 聯邦議會會員 3分之 1의 提起에 의한 것 ③聯邦 및 州의 權利義務, 특히 州에 의한 聯邦法의 執行 및 聯邦監督의 遂行에 있어서의 權利義務에 관한 意見의 相違 ④다른 出訴手段이 없는 경우에 있어서 聯邦과 州間, 州와 州間, 또는 州內部에 있어서의 餘地 公法上의 爭訟을 裁判하도록 規定하고 있다.

독일 基本法 第95條 第1項은 聯邦은 通常裁判權, 行政裁判權, 財政裁判權, 勞動裁判權의 領域에 관하여 聯邦은 最上級法院으로서 聯邦通常法院, 聯邦行政法院, 聯邦勞動法院 및 聯邦社會法院을 設置한다고 規定하고 있다. 한편 프랑스에서는 違憲審査를 主導하는 憲法院<sup>28)</sup>과 行政事件의 最高者인 國參事院이 있다. 美國은 聯邦最高裁判所に 의해 代表되는 司法府가 違憲審判을 擔當하여 美國型 違憲審判制度를 確立하였으며 우리 나라 등 많은 國家에 影響을 미치고 있다.

國家機關과 地方自治團體의 權限爭議는 결국 權限의 根據가 되는 憲法, 法律등의 解釋에 歸結되므로 그것은 違憲, 違法을 主張하는 側과 合憲, 適法을 主張하는 側과의 爭議인 것이다. 따라서 어떠한 權限爭議審判制度가 우리에게 가장 바람직한 것인가의 問

---

28) 韓堅愚, 「프랑스 制5共和國 憲法院의 違憲法律審判制度와 그 現況」, 憲法裁判의 理論과 實際(憲法裁判所, 1990), p.93 ff.

題에 接近하는 하나의 方法으로 既히 活用되고 있는 制度와 筆者가 檢討될 價値가 있지 않을까 생각되는 制度를 提示하기로 한다.

## 2) 憲法裁判所

權限을 둘러싼 爭議에 있어서 가장 核心은 그것의 違憲與否이다. 따라서 이러한 問題를 憲法의 守護者(Hüter der Verfassung)로서의 憲法裁判所나 이와 類似한 機關이 審判하는 것은 當然하다.

西歐社會에 있어서 法定立權者의 一定한 行爲를 보다 高次元의이고 永續的 原理에 服從케 할 必要가 있다는 思想은 古代아테네의 nómoi와 psephismata에서도 發見할 수 있다. nómoi는 半永久的인 規範으로서 통상적인 立法節次로는 修正될 수 없고 憲法改正과 類似한 節次가 요구된데에 반하여, psephismata는 市民集會(ecclesia)에 의해 制定되었고 그것은 nómoi와 一致할 때에만 有效했고 아테네의 法官은 nómoi와 psephismata에 따라 裁判을 하되, nómoi에 저촉되지 않는 限 psephismata를 適用할 수 있었던 것이다. 中世에 있어서도 法 내지 權利(jurisdictio)와 統治(gubernaculum)사이에는 政治權力의 二分法이 存在하였다. 즉, jurisdictio의 領域은 憲法的 原理이었고 그것은 主權의 淵源의 하나로서 王도 마음대로 變更할 수 없었다. 그러나 gubernaculum의 領域은 王의 特權 그 自體였고 王이 絶對的 存在였다. 17世紀에 프랑스는 特殊 프랑스的 憲法인 「主權의 法律」(leges imperii)의 이론을 발전시켜 그것은 王이나 遺族社會가 마음대로 變更할 수 없는 것으로 主張되었다. 즉, 그들은 法습이 근본법에의 委叛與否를 審査할 權限과 義務가 있음을 主張하였고 그것은 또한 王의 訴訟諮問會

議(conseil des parties)와의 權限爭議를 招來하였다.<sup>29)</sup> 여기에 우리는 大陸型 違憲審査 내지 權限爭議審判制度의 萌芽를 發見할 수 있다.

독일에서의 違憲審査의 主張은 Weimar共和國時代에도 있었으나 Nazis 登場과 더불어 法治國家 그 自體가 形體化하였다. 1949年の 西獨의 基本法은 聯邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)을 設立하고 聯邦法の 合憲性에 관한 審査權에 있어서는 具體的 規範審査 뿐만 아니라, 抽象的 規範의 審査權을 부여하였으며 權限爭議의 審判權도 行使토록 한 것이다.

1947年の 이태리 共和國憲法 第134條는 15人的 裁判官으로 構成되는 憲法裁判所에게 ① 國家 및 州의 法律 그리고 法律의 效力을 갖는 命令의 合憲性에 관한 爭議, ② 國家의 諸權力間에 있어서의 權限爭議, 그리고 國家와 州, 州相互間의 權限爭議 등의 審判權을 부여하고 있다.

이태리, 오스트리아 등 西歐의 憲法裁判所의 模範이라고 불리우는 독일의 聯邦憲法裁判所는 聯邦憲法裁判所法 第1條가 規定하는 바와 같이, 裁判官의 獨立에 관한 모든 保障이 부여되고 實質的 意味의 裁判活動을 하는 獨立한 法院인 것이다. 그 決定은 基本法에 包含되어 있지 않는 새로운 것을 發見하는 것이 아니라 憲法制定權이나 立法者의 意志의 內容으로 既히 決定되어 있는 것을 確認하고 具體化하는 것이다. 그러나 聯邦憲法裁判所가 憲法의 守護者이고 憲法 그 自體가 政治的인 法임으로 政治的 問題와 必然的으로 연관을 갖게 된다. 이것은 Weimar 憲法上에서의 國

---

29) 和田英夫, 前掲書, pp.6~11.

事裁判所(Staatsgerichtshof)가 모든 憲法爭議의 背景에는 權力問題에까지 發展되어 가는 政治的 問題가 있음을 經驗한 것과 같은 것이다. 動的이고 非合理的 領域으로서의 政治的 問題와 靜的이고 合理的인 領域으로서의 法的 問題間的 緊張關係는 憲法裁判에도 影響을 미쳐 여러 特徵을 갖게 한다. 憲法裁判所의 裁判官이 適用하여야 할 憲法規範이 政治的인 것을 對象으로 하고 있을 때에는 政治的인 것으로부터의 遮斷을 必要로 하며, 訴訟節次에 있어서도 다른 裁判의 訴訟節次와는 달리 보다 融通性이 있는 것이 要求된다. 또한 그 判決의 內容이 많은 경우 確認判決의 型式이 되고 國家와 地方自治團體 등에서 一定한 方向을 提示하는 것이 될 것이다.

國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議의 審判機關으로 憲法裁判所가 大陸型 違憲審判制度를 採擇하고 있는 國家에서 많음을 위에서 檢討하였다. 이 制度를 採擇함에 있어서 考慮되어야 할 事項은 權限에 관한 最高規範인 憲法的인 것의 解釋이 政治的 문제인 만큼, 客觀的 裁判을 위해 어떻게 하면 政治的인 것으로부터의 影響을 遮斷하느냐의 것과 國民이 納得할 裁判節次를 마련하느냐의 問題에 歸一된다 할 것이다. 한편 國家機關과 地方自治團體의 權限爭議가 法律的 次元의 것일 때 이것까지도 憲法裁判所가 擔當해야 하는가 그렇지 않으면 그것은 다른 法院의 權限으로 할 것인가의 問題가 檢討될 必要가 있게 된다.

### 3) 一般法院(大法院)

美國憲法 第3條 第1節(司法權의 歸屬)은 司法權은 하나의 最高裁判所와 聯邦議會가 設置하는 下級法院에 속한다고 規定하고, 第2節(管轄權)에서 美合衆國이 當事者인 爭訟에 司法權을 가지며,

州가 當事者인 事件은 最高裁判所가 第1審管轄權을 가진다고 規定하고 있다. 美國聯邦最高裁判所는 1803年 Marbury v. Madison判決에서 憲法에 明文의 規定이 없음에도 불구하고 憲法の 最高法規性과 司法權의 性質을 根據로 하여 聯邦議會가 制定한 法律의 憲法適合性を 判斷하는 權限 同裁判所가 갖고 있음을 判示하여 違憲審査制를 확립하였다.<sup>30)</sup> 즉 聯邦最高裁判所의 裁判官은 그들이 그 具體的 內容을 判斷한 憲法을 갖고 裁判한 것이다.(We are under a constitution, but the constitution is what judge say it is.).

이러한 違憲審査制度는 權力分立의 侵害, 司法權의 優位, 切迫한 黨派的 政治로부터의 強力한 影響 등의 反對論을 가져왔다. 한 나라에 있어서 最高의, 그리고 最終的 決定을 하는 裁判官은 社會의 어떤 階層에서 어떠한 節次에 의해 選任될 것이며, 그들은 法律家인가 혹은 立法府議員인가, 그렇지 않으면 大學教授인가 등에 따라서 그 決定內容이 달라질 수 있음을 主張한다. 또한 少數의 裁判官에 의해 構成되는 機關에게 國民의 代表로서 構成되는 立法府의 決定을 統制케 하는 것은 國民主權의 原理에 대한 挑戰으로서 받아들이고 이를 批判한다. 「裁判官政治」의 可能性을 警戒하는 것이다. 이러한 問題는 F.D.Roosevelt大統領의 New Deal政策에 대한 最高裁判所의 違憲判決<sup>31)</sup>과 1936年の 司法改革案을 둘러싼 大統領과 最高裁判所의 對立에서도 볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 美國의 法官의 많은 數가 選舉에 의해 選任된다고 하는 事實과 第二次大戰後 美國의 最高裁判所가 「法院에 의한 革

---

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

31) 1935年1月 以後 New Deal諸立法의 合憲性 與否가 問題가 된 重要な 10件中 8件을 違憲으로 判決되었다.

新」(Judicial Innovation)을 감행하여 司法積極主義의 評價를 받게 된 事實을 留念할 必要가 있다.

國家機關과 地方自治團體의 權限爭議의 審判을 一般法院 즉, 大法院 내지 最高裁判所를 據點으로 하는 司法機關에서 審判케 하는 경우에 있어서의 利點과 問題點에 관한 解答은 위에서 檢討한 美國의 制度에서도 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

#### 4) 立法府

立法府가 決定한 法律의 違憲與否의 判斷을 立法權을 갖고 있는 立法府에게 그 審判을 擔當케 하는 것은 立法府의 立法權을 尊重하고 또한 憲法改正節次 등에 關與할 수 있는 경우에는 그러한 權限을 尊重하는 뜻에서도 說得力이 있다. 특히 違憲與否의 問題가 政治的 問題인 경우가 많을 것인 만큼 政治的 場이기도 한 立法府에서 審議하는 것은 解決을 보다 容易하게 할 것이다. 兩院制를 採擇하고 있는 聯邦制의 國家의 경우에는 聯邦과 支邦間의 權限爭議에 있어서는 上院에서 그러한 權限爭議를 審判케 하는 것은 또한 많은 利點이 있을 것이다. 그러나 單一國家인 우리 나라에 있어서 立法府에 의한 權限爭議審判은 政爭을 되풀이하는 結果만을 가져올 憂慮가 있다. 다만 南北韓의 統一後에 狀況에 따라 檢討될 수도 있을 것이다.

#### 5) 仲裁審判

國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議가 發生했을 때 그 爭點은 그러한 權限의 根據規範인 憲法, 法律 등의 解釋을 둘러싼 爭議일 것이다. 따라서 兩當事間에는 나름대로의 正當性을 主張하는 論據가 있게 마련이다. 따라서 爭議 解決의 첫 段階는 이 兩當事者로부터 自由스럽게 그들의 主張을 聽取하여 解決點을 摸索하는

것이다. 勿論 그 解決點은 法테두리 內의 것이어야 함은 再言을 要하지 않는다. 이러한 結果를 導出하기 위해서는 法律家인 仲裁者의 도움이 必要하다. 이 仲裁者를 누구로 할 것인가 하는 것은 仲裁審判結果에 큰 影響을 줄 뿐만 아니라 앞으로의 우리 나라에 있어서 權限爭議審判制度의 發展方向에 많은 도움이 될 것이다.

仲裁審判官은 權限爭議審判機關과 機關이 있는 者가 바람직하다. 仲裁審判段階에서 權限爭議가 解決되지 않으면 결국 그 爭議는 權限爭議審判機關에서 다루어지기 때문이다. 그러한 點에서 볼 때 우리나라에서는 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議의 審判權을 갖고 있는 憲法裁判所의 構成員中에 仲裁審判官이 選任되는 것이 바람직하다. 이 非裁判的 仲裁審判에서 兩當事者의 主張이 充分히 開陳되면 仲裁審判官은 非公式的 意見으로서의 助言을 통하여 그 爭議가 憲法裁判所에 提起되었을 경우의 結果를 暗示할 可能性이 있고 그것은 濫訴의 弊端도 막아줄 것이다. 그것은 또한 憲法裁判所의 負擔도 줄이는 效果도 있다.

이러한 仲裁審判官을 憲法裁判所에서 選任한다고 할 때에는 憲法裁判所構成員의 擴充 내지 機構改編의 問題가 提起된다.

독일의 聯邦憲法裁判所의 構成을 보면 당초에는 24名の 裁判官이 각 12名씩 1部·2部로 나누어져 있었다. 그들 裁判官은 聯邦會議와 聯邦參議院에서 각각 半씩 選任되었고 그중 8名の 裁判官은 聯邦高等法院으로부터 選出되었다. 第1部는 主로 基本權의 侵害에 관한 規範統制節次와 憲法訴訟을 擔當하였고, 第2部는 主로 國家機關의 組織構成의 原則을 擔當하였다. 또한 第1部·第2部の 合同 大法院에서는 大統領의 要請이 있으면 正式提訴에 앞서 聯邦憲法問題에 관한 勸告의 意見을 提出할 수 있었으나 1956年の 聯

邦憲法裁判所の 改正으로 이 權限은 削除되었다.

한편 프랑스의 國參事院은 行政裁判領域에 있어서는 最高裁判所의 地位에서 裁定할 수 있을 뿐만 아니라 同時에 政府의 諮問機關으로서의 機能도 擔當하고 있다. 諮問의 內容은 法律案, 行政立法 등에 관한 것이다. 國參事院의 組織을 보면 1個의 訴訟協會와 5個의 行政府會로 構成된다. 訴訟部會는 10個의 分會로 나누어지고, 5個의 行政府會中 內務, 公土木, 社會, 財務 등 4個의 部會는 諮問의 機能을 遂行하며 나머지 하나의 部會는 調查部會이다.

이러한 獨逸聯邦憲法裁判所와 프랑스의 國參事院의 경우를 參考로 하여, 仲裁審判制度를 採擇할 경우에 仲裁審判部를 憲法裁判所內에 두는 것과 憲法裁判所의 研究官으로 하여금 이러한 仲裁審判을 擔當케 하는 方案도 考慮될 수 있을 것이다.

仲裁審判制度를 採擇할 경우에 考慮되어야 할 또 하나의 事項은 이 仲裁審判을 必要的 節次로 할 것인가 그렇지 않으면 任意的 節次로 해서 兩當事者中 一方이라도 不應하면 바로 憲法裁判所에 提訴할 수 있도록 할 것인가의 問題이다. 行政·訴訟 經濟的面에서 볼 때에는 必要的 節次로 할 것이 바람직하다고 생각된다. 이 仲裁審判制度의 導入에 있어서는 公開的 立場에서 행하여질 수 있도록 場所의 配慮의 問題와 所有主가 多樣한 言論媒體로부터의 保護問題도 檢討될 必要가 있을 것이다.



## 第4章 프랑스, 독일, 日本의 權限爭議審判

### 第1節 프랑스의 權限爭議審判

#### 1. 概 念

프랑스에는 地方自治團體로서 市(commune),道(département), 레지옹(région)이 있는바, 레지옹은 一定數의 道로 構成된다. 레지옹은 프랑스에서의 地方自治를 大幅 強化한 1982年 3月 2日의 法律에 의하여 創設된 것이나, 이에 관하여는 아직 適切한 判例가 나오지 않고 있으므로, 以下에서는 市·道와 國家와의 關係에 관하여만 略述한다. 1982年 以前에는 프랑스는 基本的으로 中央執權制의 國家로서, 中央行政은 市또는 道の 自治行政에 대하여 相當히 廣範圍한 統制(tutelle)를 행하고 있었다.

그러나 1982年 3月2日의 法律로 地方自治權이 擴大되고, 또한 國家에 의한 統제도 從來의 行政的統制方式이 大幅 縮小되어, 地方自治團體의 行政에 대한 適法性統制는 基本的으로 國家의 代表인 Préfet<sup>32)</sup>에 의한 行政裁判所의 越權訴訟提起에 의한 當該行爲

---

32) 韓堅愚, 「프랑스 行政訴訟에 있어서 訴提起의 適合性-越權訴訟에 있어서 訴의 利益을 中心으로-」, 프랑스의 政府와 基本權保障(韓國公法學會 學術發表會, 1987. 12. 5.) P. 21 ff.

의 取消을 求하는 것이 原則으로 되어 있다.

다음에서는 1982年 以前과 以後에 있어서의 市·道와 國家와의 關係에 있어서의 訴訟法制에 관하여 記述기로 한다.

## 2. 1982年 以前의 訴訟關係

地方自治團體의 機關(市·道議會, 市長·道知事)이 國家에 의한 行政統制에 대하여 그 違法을 理由로 越權訴訟을 提起하여 그 取消을 求할 수 있는가의 問題에 대하여는 이미 오래前부터 國參事院의 判例는 이를 認定하고 있었다. 그것은 이들 機關은 機關 自身の 利益이 아니라, 當該 自治團體의 固有한 利益을 防禦하는 것으로 認定되기 때문이다.

市·道議會는 그에 대한 中央政府의 統制作用에 대하여 그 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있는 것으로 오래 前부터 判例上 認定되고 있었다.<sup>33)</sup>

市長이나 道知事も 市の 自治事務 또는 道の 自治事務의 執行에 대한 國家의 統制作用의 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있다. 예컨대 市長은 國家의 外部의 地位에서 道知事が 市長의 警察處分을 取消하는 決定에 대하여는 그 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있는 것이다.<sup>34)</sup>

다만 市長이 地方自治團體의 長에서의 地位가 아니라, 中央政府

---

33) Conseil d'Etat, 「쌍레제르드후르슈」 判決, 1898.12. 6.; C.E., 「세네갈」 道議會判決, 1911. 11. 26.

34) Comseil d'Etat, 「네리레방」 市長判決, 1902. 4. 18.;C.E., 「카이루스」 市長判決, 1908. 5. 22.

의 地方行政機關의 地位에서 行政作用을 하는 경우에, 中央政府가 그에 대한 統制를 하는 경우에는, 그에 대한 越權訴訟의 提起는 許容되지 아니한다. 이것은 一般公務員이 그 上官의 處分の 違法을 理由로 越權訴訟을 提起하는 것은 許容되지 아니한다는 원칙의 당연한 結果이다.

地方自治團體의 統制機關으로서의 中央政府機關도 一定한 경우에는 地方自治團體의 決定의 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있는 것으로 認定되고 있다. 그러나 中央政府의 當該 機關이 地方自治團體에 대하여 혹은 上官의 地位에서, 혹은 地方自治團體에 대한 行政的統制權에 기하여 當해 決定을 取消할 수 있는 權限이 부여되고 있는 경우에는, 이러한 權限을 行使하여야 하는 것으로, 그럼에도 不拘하고 地方自治團體의 當해 行政作用의 取消을 求하는 越權訴訟의 提起는 許容되지 아니하는 것이다.

中央行政機關이 이처럼 職權으로 地方自治團體의 行政處分을 取消할 수 없는 경우에는 越權訴訟이 許容되는 것이다. 예컨대 Préfet는 市長에 의한 市公務員의 罷免, 退職處分 또는 權限委任決定의 取消을 求하는 越權訴訟을 提起할 수 있는 것이다. 35)

### 3. 1982.3.2.의 地方自治法 制定以後

이 法律은 특히 市의 自治權을 強化하고, 그에 대한 從來의 中央政府의 統制를 大幅 縮少하여, 그 統制는 Préfet에 의한 市議會

---

35) Conseil d'Etat, 「푸루즈」, 市長判決, 1911. 8. 7.; 「생프라카르」 市判決, 1911. 11. 24.; 「그라벨스」 市判決, 1913. 4. 11.; 「마르느」 道知事判決, 1951. 2. 2.

또는 市長의 決定의 取消을 求하는 越權訴訟의 提起에 의한 統制가 原則으로 되어 있는 것임은 前述한 바와 같다.

同法 第2條는 自治事務에 관한 市의 重要한 決定은 Préfet에 通知되어야 效力을 發生한다고 規定하고 있다. 그에 해당하는 것으로는, 대체로 市議會의 議決, 市長의 警察에 관한 規則 또는 個別處分, 기타 市長의 制定하는 規則一般, 市의 公務員의 經歷 또는 懲戒에 관한 市長의 規則 또는 個別處分등이다. 前記한 市의 決定은 Préfet에 通知됨으로서 效力을 發生한다. 그러나 이 경우 Préfet는 당해 市의 決定이 違法하다고 判斷하는 경우에는 通知를 받은 날로부터 2個月以內에 越權訴訟을 提起하여 당해 決定의 取消을 請求할 수 있다. Préfet는 1982. 3. 2.의 法律 第2條에 明示的으로 規定되어 있는 事項 以外의 市의 決定에 대하여도 그 違法을 이유로 越權訴訟을 提起할 수 있다고 보는 것이 判例의 立場이다. 36)

前述한 바와 같이 1982. 3. 2.의 法律은 市의 自治事務의 執行에 대한 統制는 從來의 行政的統制를 止場하여 原則的으로 裁判統制로 代替하였다. 그럼에도 불구하고 市의 自治事務에 대한 中央政府의 行政的統制가 전혀 廢止된 것은 아닌 것으로, 예컨대 財政問題에 관하여는 如前히 行政的統制가 행하여지고 있는 것이다. 이러한 部門에서는 市長 또는 市議會는 中央行政機關의 당해 統制作用이 違法하다고 判斷하는 경우에는 그 越權訴訟을 提起하여 그 取消을 求할 수 있음은 勿論이다.

同一 行政主體에 속하는 行政機關 사이에는 越權訴訟의 提起는 許容되지 아니한다. 그것은 이 경우에는 당해 行政機關은 關係 行

---

36) Conseil d'Etat, 地方自治團體 一般共濟組合 判決, 1988. 1. 13

政主體의 固有한 利益을 債用, 主張할 수 없는 것이기 때문이다. 그러나 長官 相互間에 法律問題에 관한 紛爭이 있는 경우에는 위의 原則에 대한 唯一한 例外로서 當事者에 의한 越權訴訟의 提起가 許容되고 있다. 國參事院이 이러한 例外를 認定하는 것은 當該紛爭에 대하여는 裁判에 의한 解決을 하여주는 것이 바람직한 것이고 또한 이 경우는 紛爭當事者는 公務員의 경우와는 달리 上位의 對等한 地位에 있다는 事實을 考慮한 結果라고 생각된다.

#### 4. 裁判籍統制의 問題點

越權訴訟이 진정한 民衆的訴訟이라고 일컬어지고는 있으나 2個의 裁判系統間 그리고 行政裁判內部에서의 權限配分이라는 法的解決이 要求되고 있다. 國參事院과 地方行政裁判所(Tribunaux administratifs)에 公同의 行政訴訟節次法規의 制定에 의한 節次法制의 明確化가 必要하다. 1953年의 改革으로 地方行政裁判所를 設立하였으나 行政裁判의 遲延으로 未濟事件이 累積되어 大規模改革이 必要한 狀態이다.

保全節次規定의 不備에도 問題가 있다. 行政裁判에 있어서의 保全節次는 保全鑑定人 指名程度이고, 1980年의 國參事院의 判決은 民事訴訟法上의 假處分制度의 運用을 拒否하고 있고, 行政決定의 執行停止도 要件이 嚴格하여 平均 6個月이 所要되고 있다.

法院에 의한 對行政命令의 禁止原則이 行政裁判의 現代化를 가로막고 있다. 즉, 行政裁判所의 裁判官은 行政에 대하여 命令은 發할 수 없다고 하는 不文의 命令禁止原則은 行政裁判官이 法的 義務가 있는 行政에 대하여 그 履行을 命하는 것이 權力分立의 原

則에 反하는 것이 아니라는 見解와 正面으로 對立되는 것이다. 이러한 行政 裁判官의 自制的解釋은 克服되어야 할 問題이다.

1980년 7月 16日의 *astreintes*法은 行政裁判判決의 不執行에 대한 制裁金制度를 規定하고 있으나, 國民이 法院에 申請하도록 되어 있는바 이것은 國民에게는 不利한 것이다. 따라서 不執行의 行政에 대하여 訴追할 수 있거나, 國 參事院의 調査部會에서 이를 責任지도록 하는 것이 바람직한 것으로 指摘되고 있다.

現行 行政裁判의 危機의 核心으로서 指摘되고 있는 것이 行政 裁判官의 不足이다. 行政裁判制度의 根本的改革과 더불어 行政訴訟의 豫防策의 必要性이 強調되고 있다.<sup>37)</sup>

## 5. 憲法院의 役割과 그 貢獻

프랑스의 憲法史에 있어서 憲法院과 同價值的인 것은 없다. 1789年 以後, 確立된 傳統은 主權이라고 하는 Rousseau主義的 敎義나 法律의 無謬性으로 인하여, 議會나 議會의 活動에 대한 모든 統制는 敵對的인 것으로 받아들여졌고 外國에서의 憲法裁判의 經驗은 神話的인 裁判官政治로 理解 되었었다.

1959年의 憲法條文에서는 豫測되지 못했던 變化가 1960年代, 1970年代의 改良努力과 憲法院 自身の 發展 그리고 政黨, 學說의 뒷받침 아래 이루어졌다.

1974年 10月 29日의 憲法改正으로 議會의 少數派에게도 議會를

---

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.

준것이 憲法院의 發展을 保證하는 것이 되었다. 또한 政治制度의 變化가 憲法院의 發展에 크게 寄與하였다. 즉, 強力하고도 安定된 多數派權力의 存在가 平衡錘로서의 憲法裁判의 必要性을 가져왔다. 同時에 政權交替라고 하는 새로운 現狀은 調整者로서의 役割도 擔當하도록 하였다. 政黨도 多數派制度 속에서 차츰 憲法裁判의 貢獻을 理解하게 되었다. 더욱 1974年の 憲法改正以後의 새로운 狀況에 빨리 適應하였다. 이렇게 해서 이태리型 또는 독일型的 憲法裁判을 프랑스에 導入하려고 하였던 人民共和派(M.R.P)의 1946年の 草案을, 保守派의 道具로 보고 反對하였던 共產黨과 社會黨은 1970年代에 이르러서는 公共政府의 網領中에 보다 強力한 憲法裁判을 要求하게 되었다. 立法府에 대한 統制가 프랑스에 있어서의 民主主義와 兩立할 수 있음을 認識하게 된 것이다.

憲法院은 처음부터 觀點에 따라 여러 가지로 呼稱되었다. 즉, 스탈린型 合憲性의 統制를 行使하는 政治機關, 法的政治機關, 法院과 政治機關으로서의 兩面을 가진 怪物과 같은 司法的政治機關 그리고 政治的裁判所 등으로 불리워졌다. 이는 프랑스인의 憲法院을 보는 視覺을 뜻하는 것이다. 그럼에도 불구하고 프랑스는 最近 30年 내지 40年間 大陸型的 憲法裁判과 步調를 같이하고 있는 것이다.<sup>38)</sup>

憲法院의 構成을 보면 1959年에서 1980년까지 任命된 45名中 35名은 法曹人 이었고, 20%가 法學教授의 資格을 갖고 있었으며, 약 65%가 法學士, 40%가 法學博士이었다. 많은 構成員이 議會議員이었고 몇 사람은 長官職을 歷任한 바 있어, 通常的인 裁判과는 다른 憲法訴訟의 性格上 職業的裁判官과 함께 貴重한 存在이다.

---

38) 小島武司 등 編,

憲法院에서의 訴訟節次는 選舉에 관한 것과 아닌 것 間에 는 현저한 差異가 있으나, 一般의 性格을 抽出할 수 있다. 즉, 書面에 의해 秘密裏에 행하여지고 職權主義的이다. 모든 節次는 書面으로 행해진다. 非公式으로 口頭로 행하는 것은 禁止하는 規定은 없으나 權利로서 援用될 수 없다. 辯護人의 口頭 辯論은 행하여지지 않는다. 選舉에 관한 것 以外는 辯護人의 關與는 排除되고 있다. 憲法院에의 訴의 提起로부터 判決의 宣告에 이르기까지 秘密主義이었다. 1983年以後 訴提起의 書類와 判決은 官報에 掲載케 되었다. 憲法院裁判官의 表決內容도 原則적으로 公表되지 않는다. 憲法裁判所는 行政裁判所의 節次를 導入했다고 할 수 있다. 訴의 併合, 受理 不可能한 訴의 却下, 審理등 職權主義의 性格을 發揮한다.

憲法院은 單純多數決로 判決을 決定한다. 다만 共和國大統領의 有故의 確認時는 構成員 絶代多數의 贊成을 必要로 한다. 表決이 同數인 경우에는 院長이 決定한다. 判決의 型式은 適用되는 根據條文, 事由 및 主文으로 되어 있다. 憲法院의 最近 6年間은 國參事院의 評定官에 의해 主宰되었다는 理由로 해서 判決書作成의 型式은 國參事院의 것과 類似하다.

憲法院의 判決의 權威는 憲法 第62條 第2項이 「憲法院의 判決에 대하여는 어떠한 救濟도 許容되지 않는다. 憲法院의 判決은 公權力, 모든 行政 및 司法機關을 拘束한다」고 規定한 것을 보면 알 수 있다. 憲法院의 判決에 대하여 異議를 提起할 수 없다. 憲法院 自身도 할 수 없다는 것을 뜻한다. 判決은 公權力 즉, 大統領, 議會, 政府에 科하여 진다. 이러한 權力機關은 憲法院의 判決을 適用할 수 있을 뿐이다. 또한 判決은 모든 行政, 司法機關에게도 科하여 진다. 憲法院은 그 權限의 大部分이 보다 高次元의 國家機關,



특히 立法府에 대하여 行使되는 경우에는 衝突이라고 하는 危險負擔을 안고 있었다. 이 點에 있어서 國參事院이 그 機能에 따른 權威에도 不拘하고 立法行爲나 議會의 行爲에 대한 統制를 自制하므로서 議會와의 關係를 좋게 維持하는 데에 洗心한 配慮를 한 것과는 對照的이었다. 政府에 대하여도 國參事院은 그 統制의 領域에서 「統治行爲」를 除外하므로서 留保의 領域을 維持하였으나, 憲法院은 오히려 그러한 行爲를 統制하는 것을 그 使命으로 하는 것이다.

憲法院과 議會와의 첫 對立은 1959年, 1960年의 議會規則의 統制를 둘러싸고 일어났다. 이 權限은 憲法 第61條 第1項에 規定되어 있는 것이다. 이것은 議會가 內部規則을 制定하는 경우에 憲法이 認定하지 않는 權力을 行使하는 것을 防止하기 위한 것이다. 第3·4 共和國下에서 議會는 그러한 過誤를 犯하였으며 議會에서 制定되거나 修正되는 規則은 憲法院의 義務의 統制下에 놓여 있으며 憲法院은 嚴格한 太刀로서 이 任務를 遂行하였다. 그 結果 第5共和國의 初選에는 憲法院과 議會의 議員들間에는 거의 敵對的이라고 할 만한 緊張이 造成되었다. 더욱 그들 議員의 大部分이 第3·4 共和國의 古參議員이었다. 몇 차례에 걸친 이러한 緊張을 經驗한 後에는 國民議會와 元老院의 議員도 이러한 統制에 따르게 되었다. 現在는 이 統制는 修正에 限定되어 있으나 論難의 餘地가 없는 것으로 되어 있다. 合理化된 議會主義로 불리우는 重要な 要素를 憲法院은 形成한 것이다. 憲法院은 이 領域에서 約 40件의 判決을 하였다. 그 判決의 內容을 보면 많은 경우에 議會나 議員의 權利를 強化하는 것이었다.

1970年代 初까지 憲法院은 法律領域의 劃定에 努力하였다. 憲法

院 創設의 理由中의 하나가 立法權限과 行政立法權限間에 있어서 管轄의 分割을 尊重케 할 必要에서였다. 憲法 第34條(法律事項), 第37條(命令事項)은 이에 관한 事項을 規定하고 있다. 이렇게 해서 憲法院은 立法府인 議會가 그의 權限밖으로 나오지 않도록 하는 監視者로서의 役割을 遂行하게 된 것이다. 이를 위해 세 方案이 主張되었다.

첫째, 憲法 第41條(議員提出法案의 管轄에 관한 爭議)에 의한 節次로서, 政府에게 議員提出의 法律案 또는 修正案이 法律의 所管이 아니고 또한 第38條에 의해 認定된 委任에 反하는 것이 立法節次의 科程에서 明白히 된 경우에는 이를 反對하고 必要하면 憲法院에 提訴할 수 있도록 하는 것이다.

둘째, 憲法 第61條(法律의 合憲性審査)에 의한 節次로서 法律은 審署의 以前에 合憲성이 問題가 되었을 때에는 大統領, 首相, 國民議會議長, 元老院議長, 60名의 國民議會議員, 60名의 元老院議員등에 의해 憲法院에 提訴할 수 있도록 한 것이다.

셋째, 憲法 第37條(命令事項)에 의한 節次로서 法律中에 過誤에 의해 들어간 行政立法的 性格의 條文을 憲法院으로 하여금 確認케 하는 것이다. 憲法 第41條에 의한 첫째 節次는 거의 採用되지 않아 1959年에서 1977年까지 11件의 判決이 있을 뿐이다. 憲法 第61條에 의한 둘째 節次는 극히 드물었고 1982年 7月 30日의 原則的判決로 最終으로 禁止되었다.<sup>39)</sup> 憲法 第37條에 의한 셋째 節次는 널리 행하여지고 있다. décret의 合法性을 裁定하는 國

---

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

參事院의 判例와 一致케 하는 方法으로 憲法院의 判例도 法律의 領域을 強化하는 쪽으로 나아가고 있다.

1974年의 憲法改正以後, 法律의 合憲性審査가 憲法院의 重要한 任務가 되었다.

처음에는 大統領, 首相, 兩院의 議長에게만 憲法院에 提訴할 수 있었다. 1959年에서 1974年까지, 通常의 法에 대한 統制에 관하여는 9件의 判決, 組織法에 관하여는 20件의 判決이 있었을 뿐이다. 그러나 1974년에 60名의 國民議會의 議員이나 60名의 元老院議員이 憲法院에 提訴할 수 있게 되면서 대단히 빨리 增加되었다. 1974年末에서 1987年 3月까지 129件의 通常의 法에 대한 統制가 있었다. 效果面에서 보면 1954年에서 1987年까지 70件의 無效判決이 있었다.

立法權과 行政權의 傳統의인 權力分立이 多數派와 反對派의 對立・妥協에 의해 交替된 民主主義의 體制下에서 憲法院은 平衡을 維持하는 存在가 되었다. 議會에 대한 監視者이기 보다는 政府나 大統領등 多數派에 대한 監視者로서의 役割이 增大되어 갔다. 法案의 90%가 政府 또는 大統領의 發議에 의한 것이므로, 憲法院은 現實적으로는 政府의 活動을 統制하게 된 것이다. 프랑스에서는 通常의 法院에게 法律의 合憲性을 判斷하는 權限이 없기 때문이었다.

憲法院의 判例에 의해 規範의 階層性은 豊富해지고 多樣해 졌다. 規範體系中에서 憲法의 地位가 다른 모든 規範을 뒷받침하는 基本的地位를 確立하게 되었으나, 다른 한편으로는 憲法의 地位가 多樣化됨으로 인하여 憲法規範 自體內에서 階層性을 設定할 必要가 있지 않느냐 하는 問題와 憲法과 法律의 中間에 議會規則이 아

닌 通常의 法の 有效性을 條件 지우는 組織法이 必要하지 않느냐 하는 問題를 提起케 하였다.

政治, 行政, 司法制度에 관하여는 憲法院의 判決은 適用할 수 있는 憲法條文을 明確히 하고, 어느 分野에서는 不明明했던 憲法の 範圍를 明白히 하였다. 行政制度에서는 地方自治團體의 改革에 관하여 憲法院은 많은 判例를 냈다. 그 結果 國家에 있어서 地方自治團體의 地位를 向上시켰고, 地方分權에 있어서의 制限을 明確하게 하였다. 더욱 그 判例는 地方自治團體의 세 分類에 공통된 制度上的 統一性を 제시하였다. 이는 平等에 관한 憲法上的 原理에 의해 科하여질 수 있을 것으로 생각되는 統一性인 것이다.

憲法院이 내린 憲法の 解釋을 行政裁判所와 司法裁判所의 受容與否의 問題가 提起되었다. 오래前에 있었던 意見의 相違로 인하여 그러한 疑問이 通常法院에 의하여 憲法院의 判決의 適用과 관련하여 일어났다. 硯毀院은 1985年 4月 25日의 判決<sup>40)</sup>에서 憲法院의 解釋을 明白히 受容하였다. 그것은 判例를 變更하는 것이었다. 國參事院도 1985年 12月 20日의 判決<sup>41)</sup>에서 憲法院의 判決의 既判力을 明白히 認定하였다. 權限裁判所도 1987年 1月 12日의 判決<sup>42)</sup>에서 憲法院의 判決의 權威를 認定하였다. 이러한 것은 決定的인 轉機를 마련하여, 法の 여러 分野에서 憲法化의 움직임이 加速化되면서 擴散되었다. 이러한 動向속에서 憲法院은 두 가지 問題를 提起하였다. 첫째, 憲法院의 힘의 增大가 政治制度속에서 不均衡을 惹起시키지 않도록 하기 위해 憲法院 스스로가 科하는 制限의 問

---

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.

題이다. 둘째, Europe人權裁判所, EC裁判所등과 더불어 Europe에서 實施되려고 하는 國內憲法裁判所와 超國家的憲法裁判所間의 連帶의 問題이다.<sup>43)</sup>

護憲元老院(Sénat Conservateur), 憲法委員會(ComitéCon-stitutionnel) 그리고 憲法院으로 이어지는 違憲立法審判制는 國參事院, 權限裁判所와 더불어 合憲性的 統制를 통하여 地方自治團體의 組織・活動에 대한 國家의 關與의 限界를 明白히 함으로써 地方自治團體의 地位向上에 貢獻하였다고 할 것이다.

특히 1901年 3月 29日의 Casanora氏등 事件의 越權訴訟에 관한 判決을 契機로 하여 納稅者나 地域住民의 原告適格이 현저히 擴張되어 裁判過程에 의한 直接民主主義의 導入을 가져왔다. 그것은 第3共和國의 地方分權主義가 間接民主主義에 따른 政治過程의 腐敗와 地方自治擔當官의 一般的利益追求의 適格未達을 가져 왔으나 國事參院의 評定官의 裁判官의獨立性を 基礎로 하여, 裁判과정에서 의한 直接民主主義의 導入을 企圖한 것이 바로 Casanova氏 判決의 意義인 것이다. 그것은 地方分權主義가 가져온 現實에 대한 地方分權主義의 眞實한 理念을 救出하기 위한 實效的手段을 地域住民에게 다시 되돌려준 措置였던 것이다.<sup>44)</sup> 여기에 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判制度의 存在意義와 典模的構型을 發見할 수 있는 것으로 생각된다.<sup>45)</sup>

---

43) Louis Favoreu·植野妙實子 譯, 「憲法裁判」, フランスの裁判法制(日本比較法研究所, 1990), PP.5~32.

44) 亓理格, 「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) 亓理格, 「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.

## 第2節 독일의 權限爭議審判

### 1. 序 說

독일의 聯邦制는 國家統一 당시의 事情을 反映하여, 聯邦이 立法權을, Land가 執行權을 각각 優先的으로 갖도록 하는 獨特한 形態를 가지고 있다. 이것은 Reich 統一을 主張하였던 Preußen과 統一 以前에 벌써 有能한 行政官僚制를 整備하고 있었던 다른 中小 Land와의 妥協에서 나온 것이다. 이렇게 해서 Land의 執行能力을 尊重하면서 利用한 結果, Reich가 地方機關을 통하여 행하는 直接行政은 대단히 限定되어, 帝政時代에는 Alsace-Lorraine의 直接行政 및 社會保險事業, 그리고 Weimar共和國時代에는 徵稅 및 失業保險事業 등 몇 안 되는 것이었다. 많은 Reich法은 모든 Land 그리고 最終的으로는 自治團體에 의해 執行되었다. Nazismus時代에 있어서의 聯邦制의 廢止와 敗戰에 의한 中央國家의 消滅이라는 兩極端을 經驗한 後에, 1949년에 發足한 聯邦共和國은 다시 傳統的인 立法·行政權의 配分으로 復歸하였다. 즉 Bonn 基本法은 立法權을 聯邦에 執中케 하는 한편으로는 執行權을 原則的으로 Land에게 歸屬시키고 그에 따라 地方自治制度의 規律權도 Land에게 맡겼다.

독일의 Bonn基本法 第28條 第2項은 「市邑面은 法律의 範圍內에서, 地域의 共同體의 모든 事項을, 自己의 責任하에 規律하는 權利가 保障되어야 한다. 市邑面組合도 또한 그들의 法律상의 任務의 範圍내에서 法律에 따라 自治行政權을 保有한다」고 規定하고 있다. 즉, 基本法 第28條 第2項이 保障하고 있는 自治行政은 地

域的共同體의 事務를 國家의 指示나 後見的監督(Vermundshaft)을 받음이 없이 法秩序의 基準에 따라 合目的的이라고 생각되는 方向으로 執行하는 權利인 것이다.

따라서 基本法 第28條 第2項은 단순히 一般的自治行政概念에 대한 法的正義를 내린 것이 아니라, 그 以上으로 基本法이 保障하고 있는 自治行政概念에는 全權限性 또는 普遍性(Allzuständigkeit oder Universalität)의 原則과 自己責任(Eigenverantwortlichkeit)의 原則이 그 本質的要素로서 內在하고 있음을 規定한 것으로서, 이 두 原則이 憲法이 保障한 自治行政權의 二大支柱이다. 다만 自治行政權속에는 條例判定權이 包含되느냐에 관하여는 見解의 對立이 있음은 前述한 바와 같다. 全權限性的 原則은 市邑面이 地域的 共同體의 모든 事務를 處理할 權利가 있음을 뜻한다. 自己責任의 원칙은 地域내지 區域權(Gebietshoheit), 組織高權(Organisationshoheit), 人事高權(Personalhoheit), 計劃高權(Planungshoheit), 財政高權(Finanzhoheit), 法定立高權(Rechtssetzungshoheit), 自治(Autonomie)등으로 區分된다.<sup>46)</sup>

基本法 第28條 第2項은 地方自治行政을 制度로서 保障하고 있다. 制度的保障理論은 C.Schmidt에 의해 理論이 形成・主張된 것이다. Weimar憲法 第127條는 「市邑面 및 市邑面組合은 法律의 範圍內에 있어서 自治行政의 權利를 保有한다」고 規定하고 있었다. 이 「法律의 範圍內」라고 하는 規定에서 國家의 無制限한 侵害의 權利가 演繹됨으로서, Weimar憲法 第127條는 空虛한 基本權 條項이라고 하는 學說과 Weimar時代의 憲法狀況에 대하여, C.

---

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

Schmidt는 抵抗의立場에서 制度的保障論을 主張한 것이다. 基本法 第28條 第2項은 Weimar憲法の 反省으로서, 「地域共同體의 모든 事務」와 「自己의 責任으로서」라는 文言을 넣으므로 自治行政의 事實上的 空洞化의 危險性을 防止하려고 한 것이다. 基本法下에서 C.Schmidt의 制度的保障理論은 通說로 認定되고 있으나, 保障의 內容은 다음과 같이 세 要素를 包含하는 것으로 理解되고 있다.

첫째, 制度的인 法主體保障(institutionelle Rechtssubjekts- garantie)으로, 市邑面 및 市邑面組合이 存在해야 한다는 것으로서 制度로서 發止할 수 없다는 것을 意味한다. 둘째, 客觀的인 法制度保障(objektive Rechtsinstitutionsgarantie)로서, 市邑面에는 地域的 共同體의 모든 事務를, 市邑面組合에는 權限이 있는 一定한 事務를 法律의 範圍내에서 自己의 責任으로 規律할 權利가 保障되어야 한다는 것이다. 셋째, 主權的法的地位의 保障(subjektive Rechtsstellungs garantie)으로서, 市邑面이 保障內容의 侵害를 主張할 수 있는 경우를 認定하는 것이다. 이를 法制度的으로 認定한 것으로는 基本法 第93條 第1項 4號, 聯邦憲法裁判所法 第91條의 規定이 있다.<sup>47)</sup> 또한 市邑面이 行政裁判所法 第42條 第2項에 의해 抗告訴訟을 提起할 수 있는냐는 問題도 提起된다.

地方自治의 保障에 관한 問題는 地方自治行政의 本質의 內容 또는 核心的 領域을 形成하는 事務가 무엇인가 하는 問題이다. 이 事務를 探究함에도 上述한 세 方法論이 어느 것도 充分하지 않으므로 聯邦憲法裁判所는 실제에는 세 方法論을 모두 適用하고 있다.

---

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



그러나 그 주된 論據는 地方自治制度의 歷史的展開에 求하고 있는 것이다. 市邑面의 國家로부터 隔離된 固有의 生存, 그러나 그 反面에는 生活關係의 社會國家原則과의 一致라는 現實은 相互矛盾된다. 따라서 自治行政은 靜態의 일 수 없다. 그 存續과 活動은 끊임없이 變하는 것이다. 自治行政의 內容과 本質은 具體的인 경우에 歷史的으로 生成된 概念이다. 여기에 독일에 있어서의 權限爭議審判을 檢討할 意義가 있는 것이다.

## 2. 機關爭訟

### 1) 聯邦憲法機關間的 機關爭訟

이것은 聯邦憲法機關들 間的 權利와 義務에 관한 爭訟에 대한 聯邦憲法裁判所에 의한 爭訟을 말한다.<sup>48)</sup> 이들 憲法機關들은 서로 原告와 被告가 될 수가 있다. 이들 機關들은 다같이 하나의 國家에 속하는 것이기 때문에 理論的으로 主觀的인 權利와 義務의 主體라고 하기보다는 管轄權에 관한 相互間的 境界를 明確히 하고자 하는 데에 主目的이 있다.

聯邦憲法裁判所法 第67條 第5項에 의하면 聯邦憲法裁判所는 단지 어떤 憲法機關의 措置가 基本法에 抵觸되는지의 與否만을 確認한다. 그러나 聯邦憲法裁判所의 判決은 被告官廳에 대하여 履行義務를 지우는 效力을 갖는다. 왜냐하면 基本法 第93條 第1項, 第67條 第5項은 憲法機關등이 어떤 措置의 違憲性에 대한

---

48) 基本法 第93條 第1項, 聯邦憲法裁判所法 第63條.

憲法裁判所の 判決에 羈束되어야 한다는 點을 前提條件으로 하는 것이기 때  
문이다. 이는 단지 基本法 第20條 第3項의 法治國家의 原則에서 나오는 것이  
므로, 그것은 통상 被告가 行政官廳일 경우 行政爭訟에 있어서의 確認判決과  
같은 것이다.

聯邦憲法裁判所는 違憲의 狀態의 撤廢를 直接 命하는 것으로 被告憲法機關을  
羈束하는 것이 아니라 法治主義原理에 따라 당해 憲法機關이 그 스스로 違憲  
의 措置를 撤廢하도록 함으로서 그 判決의 效力을 기한다고 할 것이다. 그 예  
로서 聯邦憲法裁判所가 聯邦大統領에 의한 聯邦下院의 解散의 違憲性を 確認  
한다면 聯邦大統領은 그 解散措置를 撤廢하는 形式이 그것이다. 그러므로 機  
關爭訟節次에 있어서 假處分도 가해진다. 이러한 假處分은 憲法裁判所判決이  
단순한 違憲要素의 確認에 不過하다고 하더라도 本案判決의 效力을 保障하기  
위한 경우는 容認된다고 할 것이다.

1989年末까지 36件의 機關爭訟이 다루어졌으며 最近의 것으로는 1986년에 5  
件이 다루어 졌었다. 이 機關爭訟과 관련하여 그것이 法律의 內容으로서 惹  
起되었을 때는 爭訟의 提起其間등이 있는 이 方式보다는 바로 抽象的規範統  
制를 申請하는 것이 選好되고 있다. 主要한 爭訟事案으로는 政黨補助金の 支  
給에 관한 것, 豫算・成權의 配分, 議會의 早期解散, 議會의 調査委員會 權限  
事項등을 들 수 있다.

### 3. 聯邦과 州間의 爭訟

#### 1) 聯邦과 州間의 憲法的爭訟

(1) 聯邦과 州間의 權利와 義務에 관한 見解의 對立에 대한 爭訟(基本法 第 93條 第1項 3號): 이는 특히 州에 의한 聯邦法의 執行이나 州行政에 대한 聯邦의 監督權行使와 관련된 見解의 對立이 爭訟의 要件이다(憲法的意味). 이 爭訟도 主權的인 權利·義務에 관한 紛爭을 前提로 한다. 이 경우의 權利와 義務는 機關爭訟의 경우와 같이 憲法에 기한 것에 한하며 一般法律에 기한 것은 爭訟의 對象이 되지 못한다.<sup>49)</sup> 그러므로 州는 例를 들어 聯邦의 委任行政의 領域에 있어 聯邦政府의 訓令이 違法하다는 理由로 聯邦憲法裁判所에 대하여 同 爭訟을 提起할 수 없다.<sup>50)</sup> 同 爭訟의 對象은 聯邦과 州間에 있어 權利와 義務에 관하여 具體的인 다툼이 있어야 한다. 이는 聯邦國家의 原理에 관한 憲法的事項이어야 하며, 그에 관한 事項이 아닌 限, 憲法的紛爭이라도 이 경우의 爭訟은 아니다. 이러한 理由에서 例를 들어 州가 聯邦에 대하여 聯邦이 國民의 基本權을 侵害하고 있다는 理由로 이 爭訟을 提起할 수 없다.<sup>51)</sup> 그리고 이 爭訟의 對象은 聯邦과 州間에 있어, 權利義務關係上 相互間에 그에 기한 어떠한 法律行爲를 主權的으로 要求할 수 있는 事項이어야 한다. 그러므로 단순히 客觀的인 法律關

---

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

50) BVerfGE, DVBl 1990, 765 ff.

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

係의 形式을 要求하는 것은 該當되지 아니한다. 즉, 이른바 憲法上 法律關係 上에 爭訟의 當事者가 關聯되어야 한다. 그것은 實體的憲法關係(materielles Verfassungsrechtsver- hältnis)를 말한다.

예를 들면 聯邦과 州間의 財政援助關係(Finanzhilfever- hältnis)와 같은 것이다.<sup>52)</sup> 이러한 聯邦과 州의 紛爭은 聯邦과 州의 憲法機關間에 이루어진다. 따라서 聯邦憲法裁判所法 第69條는 이러한 爭訟에 대하여 機關爭訟에 관한 同法 第64~67條가 適用되도록 規定하고 있다. 이 경우의 原·被告는 聯邦政府와 州政府에 限定된다. 그러므로 聯邦內에서 機關爭訟이나 抽象的 規範統制에서와는 달리 議會는 當事者가 될 수 없다. 審理의 基準은 基本法의 管轄權規定 및 憲法上的 聯邦主義原則(der ungesriebene Grundsatz der Bundstreue)이다.

1976년以後 이러한 聯邦과 州間의 爭訟은 原子力施設의 設置 및 運用과 관련하여 聯邦監督權의 行使에 관한 紛爭으로 새로이 浮刻되고 있다. 1990年 5月 Nordrhein- Westfalen州는 州가 行使하는 聯邦法의 執行과 관련하여 聯邦의 監督權에 立脚한 原子力 安全法上的 聯邦訓令이 違憲的인 要素가 있다는 理由에서 聯邦憲法裁判所에 爭訟을 提起하였다. <sup>53)</sup>聯邦法律의 適用과 관련한 聯邦과 州間의 爭訟은 오늘날 抽象的 規範統制의 方式으로 이루어지는 傾向이 있다.

(2) 聯邦과 州間의 機關爭訟에 관한 特別規定(Mängel- rügeverfahren nach Art. 84 IVGG) : 獨逸基本法 第84條 第4項에 의거해서

---

52) BVerfGE 13, 54(72f.)

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

이루어지는 爭訟은 聯邦과 州間의 機關爭訟의 한 形態이다. 즉, 聯邦이 州에 의한 聯邦法執行에 관한 監督의 手段이다. 그러나 이 爭訟은 그 對象과 節次 상에 있어서 前述한 聯邦과 州間의 機關爭訟과 區分된다. 이런 경우의 爭訟 對象은 基本法 第84條 第4項에 의하면, 聯邦이 州의 固有社務로 인하여 聯邦法의 施行에 있어서 障害가 있음을 指摘하였음에도 不拘하고, 그것이 除去되지 않을 때 提起되는 紛爭이다. 이 紛爭에 관하여는 紛爭當事者는 聯邦과 州이며, 一次的으로 聯邦參事院에 대하여 裁決을 要請한다. 동 裁決에 대하여 不服할 때에 紛爭當事者는 聯邦憲法裁判所에 提訴할 수 있다. 이 爭訟 역시 聯邦과 州間에 聯邦法의 適用과 관련된 具體的인 主權의 權理・義務關係에 관해서만 提起할 수 있다.

基本法 第84條 第8項의 規定에서 보는 바와 같이, 基本法 第93條 第1項 3號의 聯邦과 州間의 權利・義務에 대한 見解의 義異에 관한 機關爭訟과는 달리, 爭訟事項은 憲法的問題에 極限되지 않고 聯邦法律의 侵害에 관하여도 可能하다. 具體的으로는 州가 聯邦法에서 內容으로 하고 있는 實事關係를 잘못 認識하고 있거나, 裁量權의 行使에 恣意가 있거나, 또는 同法을 執行하기 위해 州가 만든 施行令이 그 주어진 限界를 逸脫하는 경우 등의 事案이다. 聯邦憲法裁判所에로의 提訴는 聯邦參事院의 決定에 不服할 때에, 그 決定이 있는 後 1個月以內에 하여야 한다(聯邦憲法裁判所法 第70條)

(3) 基本法 第93條 第2項 및 聯邦鐵道法 第52條에 따른 爭訟: 聯邦憲法裁判所는 聯邦政府和 州間에 있어, 聯邦鐵道法 第8項의 規定解釋에 관하여 異見이 提起될 때 이를 判斷한다. 그러나 이것은 實際로 爭訟된 바는 없다.

2) 聯邦과 州間의 非憲法的公法關係(行政法的關係)에 關한 爭訟(Das Verfahren nach Art 93 I Nr 4 GG, § 13 Nr. 8, 71ff. BVerfGG).

基本法 第93條 第1項 4號는 聯邦憲法裁判所가 聯邦과 州間의 余地의 公法上의 紛爭에 關해서도 管轄權을 갖는다고 規定하고 있다. 基本法 第93條 第1項 3號에 의한 爭訟이 憲法的紛爭에 關한 事項임에 反하여 이 경우는 단지 非憲法的關係(öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungrechtlicher Art)로서, 이는 一般法律과 條約에 根據하는 公法上の 紛爭에 關한 것이다. 단 이러한 事項에 關한 聯邦憲法裁判所의 管轄權은 단지 余地의 爭訟手段이 存在하지 않는 限(soweit nicht eine anderer Rechtweg gehen) 成立된다.

憲法的紛爭과 非憲法的紛爭間의 區分은 憲法的 實體的概念으로부터 導出할 수가 있다 따라서 憲法上的 紛爭은 紛爭當事者의 法的地位가 무엇인가에 의할 것이 아니라 그것이 內容으로 하고 있는 法的關係가 憲法的意味를 갖느냐, 즉 憲法에 規定되어 있거나 憲法原理에 關한 事項인가 아닌가에 대한 紛爭이라고 定議할 수 있다.<sup>54)</sup> 例를 들면 政黨과 聯邦下院議長間의 選舉費用의 支援에 關한 紛爭에 대하여, 下院議長은 이 경우에 憲法機關으로서의 作用이 아니라 行政官廳으로서의 作用이라는 理由에서 聯邦憲法裁判所에의 爭訟이 却下된 바가 있다. 이와는 反對로 住民訴訟參加에 關하여 住民과 行政官廳間의 關關節次에 關한 法的關係는 憲法的

---

54) BVerfGE. 62, 295(312).

인 問題로 評價한바가 있다.<sup>55)</sup>

그리고 州의 地方自治法<sup>56)</sup>에 의한 地方自治團體의 內部機關間的 紛爭은 憲法的問題가 아니라 行政法的인 問題이다.<sup>57)</sup> 또한 監督院의 監查內容과 그 公表에 관한 紛爭은 非憲法的인 紛爭이다.<sup>58)</sup>

非憲法的의 公法關係에 관한 事項으로서 大部分을 차지하는 行政法關係에 관한 紛爭은 聯邦行政裁判所法(VwGO) 第40條 및 第50條 第1項 1號에 의거 연방 행정재판소(BVerfG)에 의해 다루어진다. 따라서 基本法 第93條 第1項 4號에 의거하여 聯邦憲法裁判所가 直接 管轄權을 行使하는 경우는 오늘날 그 實際의 意義는 喪失했다고 할 것이다. 聯邦憲法裁判所는 지금까지 이러한 管轄權에 立脚한 訴訟을 단 한 件만을 다룬 적이 있다.<sup>59)</sup> 그것은 聯邦共和國 建國初期, 聯邦과 Bayern 州間에 極貧者 賃貸住宅建設事業을 위한 財源의 分配에 관한 것이었다. 그 理由는 當時까지만 해도 行政裁判所에 의한 爭訟의 길은 주어지지 않았기 때문이었다.<sup>60)</sup>

非憲法的의 公法關係에 대한 聯邦과 州間的 紛爭에 대하여는 聯邦憲法裁判所가 第1審 및 最終審으로서의 管轄權을 갖는다. 이는 州들 間的 紛爭에 관해서도 같다. 그 爭訟의 對象은 州의 固有事務로서 聯邦法의 執行에 있어, 權利와 義務에 관한 非憲法的紛爭 뿐만 아니라, 聯邦의 委任行政에 있어, 州에 대한 聯邦의 訓令과 관련된 紛爭도 包含된다. 그리고 聯邦行政裁判所와 聯邦社會裁判所

---

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) 代表的 判例가 OVG Lüneburg, v. 1. 9. 1950, Amt., Samml. Bd. 2 S. 255ff.

59) ArchöffR Bd. 107, 1982, S. 539ff.

60) BVerfGE 1.299.

는 聯邦과 州間의 紛爭이나 州들 間의 紛爭을 다름에 있어, 그 係爭事案이 憲法的인 것이라고 判斷할 경우에는 이를 憲法裁判所에 대해 判斷을 求하지 않으면 안 된다.<sup>61)</sup>

聯邦行政裁判所에 대한 提訴權者는 聯邦과 州政府이며, 訴訟의 形態는 聯邦行政裁判所 第47條에 의한 抽象的 規範統制 및 形成訴訟(Leistungsklage), 확인소송(Feststellungsklage) 및 履行訴訟(Verpflichtungsklage)등 모두가 可能하다.

#### 4. 州와 地方自治團體間의 公法上 紛爭

##### 1) 州와 地方自治團體間의 憲法的 紛爭

독일의 州도 하나의 國家이므로 各州에는 州의 憲法이 있고, 또한 州憲法裁判所 내지 國家法院이 構成되어 있다. 州憲法裁判所 역시 州의 憲法機關들 間의 機關爭訟, 州法律의 州憲法에 대한 違背與否를 다루는 抽象的 그리고 具體的 規範統制 및 州憲法에서 保障하고 있는 國民의 基本權侵害에 대한 憲法訴願과 그 밖에 選舉訴訟등을 다룬다.

州憲法裁判所는 또한 州와 地方自治團體(Gemeinde und Gemeindeverbände) 間의 憲法的紛爭에 관하여도 管轄權을 갖는다. 州와 地方自治團體間의 憲法的 紛爭은 地方自治團體가 州憲法에 의해 保障된 地方自治行政權이 州法律이나, 法規命令에 의거 侵害당했다고 생각할 경우에 州憲法裁判所에 提起함으로써 成立된다.

---

61) 聯邦行政裁判所法 第50條 第3項, 聯邦社會裁判所法 第39條 第2項.



이러한 憲法訴願形態의 憲法爭訟이 地方自治團體의 自治行政保障의 手段으로 認定되는 理由는 그러한 地方自治行政權이 基本權과 類似的한 權利로 認定되기 때문인데, 爭訟의 內容上으로는 州의 法規範이 地方自治權을 保障하고 있는 憲法規定에의 違背與否에 대한 審査請求라는 點에서 違憲法規의 抽象的 規範統制와 類似的하다고 할 것이다.

따라서 地方自治團體는 州政府의 具體的인 措置나 處分이 州憲法에 保障된 地方自治團體의 自治行政權을 侵害할 경우에도 바로 處分이나 措置의 根據가 되는 法規가 州憲法에 違背된다는 點을 들어 前述한 地方自治團體憲法訴願(Kommunale Verfassungsbeschwerde)을 提起할 수 있을 것이며, 그렇지 아니할 경우에는 당해 處分이나 措置의 違法을 理由로, 行政訴訟을 提起할 수 있다. 이때 行政裁判所는 州政府가 의거한 法規가 州憲法에 違反되는 與否가 疑問인 경우는 州憲法裁判所에 대하여 違憲與否의 判斷을 要請하여야 한다.

Baden-Württemberg州의 地方自治團體는 州憲法 第76條 및 國家法院法 第54條에 의거, 州憲法 第71條~75條의 地方自治保障規定이 州의 法規에 의거 侵害되었을 때, 州國家法院에 提訴할 수 있다. Bayern州에서는 모든 사람에게 주어져 있는 法規의 憲法違背與否에 대한 客觀的 憲法訴訟(Popularklage)形式으로 地方自治權을 侵害하는 法規에 대한 違憲審判을 州憲法裁判所에 提起할 수 있다.<sup>62)</sup> 그리고 Bayern州에서는 地方自治團體의 自治高權도 憲法上的 基本權으로 認定하고 있으므로 地方自治團體는 州行政官

---

62) Bayern州 憲法 第98條 第4項, Bayern州 憲法裁判所法 第53條 第1項.

廳의 具體的인 措置나 處分이 地方自治高權을 侵害하는 것이라 생각할 경우, 法規의 憲法違反에 대해서만 認定되는 前述한 客觀的 憲法訴訟과는 별도로 바로 一般的인 憲法訴願(allgemeine Verfassungsbeschwerde)을 提起할 수 있음이 特色이다.<sup>63)</sup>

Nordrhein-Westfalen에서도 州憲法裁判所法 第50條에 의거, 州法の 州憲法違反에 대한 憲法爭訟이 認定되고 있다. 다만, 州와 地方自治團體間의 州憲法の紛爭의 解決手段이 各州에 存在하지 아니할 경우에 그에 관한 管轄權은 聯邦憲法裁判所에 있다.<sup>64)</sup> 그리고 地方自治團體는 聯邦法이 基本法 第28條 第2項의 地方自治保障規定을 侵害한다고 생각할 경우에는 역시 基本法 第93條 第1項 4號 b에 의거 聯邦憲法裁判所에 대하여 抽象的 規範統制形式의 地方自治團體憲法訴願을 請求할 수 있다.

또한 基本法 第99條 및 聯邦憲法裁判所法 第13條 第10號는 聯邦裁判所에게 州法에 의한 州內의 機關爭訟에 대해 排他的인 管轄權을 認定하고 있다. 단 이는 州法에 그 根據가 있을 때 適用이 可能하다. 이때의 聯邦憲法裁判所는 機關應援(Organleihe)의 形式으로 州에 의해 그 管轄權을 갖는다고 할 것이다. 따라서 그 審判의 根據는 당해 州憲法이 된다. 이러한 形態의 聯邦憲法裁判所 管轄權은 지금까지 Schleswig-Holstein에서만 利用되었다.

---

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

64) 基本法 第93條 第1項 4號 b 및 聯邦憲法裁判所法 第91條 第1項.

## 2) 州와 地方自治團體間의 非憲法的 紛爭

(1) 抽象的 規範統制 : 地方自治團體는 州의 法規가 그의 非憲法的 權限에 대하여 侵害된다고 判斷될 경우 行政裁判所法 第47條에 의거 州孤燈行政裁判所에 대하여 抽象的 規範統制를 申請할 수 있다(Verwaltungsgerichtliche abstrakte Normenkontrolle).

(2) 形式訴訟, 確認訴訟 및 中止訴訟 : 行政裁判所法(VwGO) 第43條 및 第113條에 의거, 地方自治團體는 州行政官廳의 行政處分<sup>65)</sup>으로 인하여 그 固有의 財産上의 權利나, 地方自治高權(Selbstverwaltungsrecht)上의 權利가 侵害당했다고 생각할 경우, 行政裁判所에 대하여 그 無效確認이나 取消을 求하는 訴訟을 提起할 수 있다.<sup>66)</sup>

地方自治團體는 그에 대한 國家의 監督權을 行使에 대하여도 그 違法을 理由로 國家를 相對로 訴訟을 提起할 수 있다. 즉, 地方自治團體의 處分에 대한 國家의 是正命令 또는 職權取消 및 停止, 地方自治團體의 法律行爲에 대한 國家의 承認(Gen-ehmigung)留保, 地方自治團體의 法律上 義務解怠에 대한 國家의 履行命令(例, GOBW 第122條), 代執行(例, GOBW 第123條)등에 대해 서이다.<sup>67)</sup>

地方議會의 機能障導로 인하여 行政遂行이 不可能한 경우의 國家監督機關에 의한 地方議會의 解散등의 法的性質을 一般的으로

---

65) 州建設省에 의한 道路나 空港등의 建設計劃 確定등.

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.

行政行爲로 보고 이에 대한 地方自治團體의 取消訴訟(Anfechtungsklage)이 認定된다. 왜냐하면 독일의 경우 地方議會는 우리 나라와는 달리 地方自治團體長의 行政權에 대한 牽制裝置나 立法機關의 性格을 넘어 그 自體가 하나의 行政官廳의 性格을 띤다. 主要한 事務에 대하여 地方議會의 議決로 行政決定이 이루어지기 때문이다.

또한 이러한 訴訟을 통해 州와 地方自治團體는 相互間的 公法上的 法律關係의 存在與否를 確認할 수 있다. 즉, 州와 地方自治團體間에 公法上契約이나 기타 委任에 의하지 아니한 公法上的 事務處理로 인해 形成된 法律關係에 관한 紛爭을 解決할 수 있다.

州行政官廳에 의하여 法律上 義務화된 措置가 履行되지 않을 경우 地方自治團體는 形成訴訟을 통해 그 履行을 要請할 수 있다. 이러한 訴訟은 國家와 地方自治團體間的 公法商界약에 관한 紛爭時에도 利用된다.

上下關係에 있는 行政官廳에 있어서 上級官廳에 의한 下級官廳에의 訓令이나 指示는 行政處分이라 할 수 없으므로 地方自治團體가 國家委任事務를 處理하는 경우에 州行政官廳의 訓令에 대하여는 地方自治團體가 抗告訴訟을 提起할 수 없다. 그러나 州官廳이 法律上 許容된 訓令權의 範圍를 넘어선 경우에는 地方自治團體의 自治行政權을 侵害한 것이므로 抗告訴訟의 對象이 된다.<sup>68)</sup> 國家의

---

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

法的監督에 있어서도 國家官廳이 地方自治團體에 대하여 法的監督의 範圍를 넘어선 경우도 같다.

## 5. 其他 公法的紛爭

### 1) 州와 州間의 憲法的紛爭<sup>69)</sup>

州間의 紛爭에 관해서도 聯邦憲法裁判所는 管轄權을 갖는다. 이 管轄權 역시 憲法的인 紛爭에 限한다. 이 경우의 憲法的事項은 州에 의한 聯邦構成原理에 관한 것으로서 이는 聯邦制의 存續을 위한 制度的裝置이다. 聯邦憲法裁判所는 大學의 入學定員의 配定에 관한 州間의 合意는 憲法的인 것이 아니고, 行政法的인 것으로 보았다.<sup>70)</sup>

### 2) 聯邦憲法裁判所의 一般的, 補充的 管轄權

聯邦憲法裁判所는 聯邦과 州間, 州와 州間, 州內에서의 余他の 公法關係上の 紛爭에 대하여 다른 憲法的 또는 行政法的 爭訟手段이 없는 範圍內에서는 管轄權을 갖는다(補充性的 原則).

---

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

70) BVerfGE, 42. 103.

## 6. 聯邦과 州間의 立法管轄權 紛爭

### 1) 立法管轄權 分配原則

독일 基本法 第70條(聯邦과 州間의 立法管轄權 分配)는 첫째, 各州는 이 基本法이 聯邦에 立法權限을 부여하지 않는 限, 立法權을 가진다. 둘째, 聯邦과 各 州間의 管轄權의 區分은 基本法이 定하는 專屬的<sup>71)</sup> 및 競合的立法<sup>72)</sup>에 관한

規定에 따라 定하도록 하고 있다.<sup>73)</sup> 이와 같이 독일基本法은 聯邦과 州間의 立法權分配를 明文으로 規定하고 있다. 立法權 分配原則을 第70條에서 定한 後 具體的인 立法事項을 第71條 내지 第75條에서 定함으로써 聯邦과 州間의 立法權에 관한 紛爭의 素地를 最大限 排除하고 있다. 이러한 具體的인 憲法 規定이 存在함에도 不拘하고 基本法 制定以來 聯邦과 州間의 立法管轄權 問題에 관한 紛爭은 끊이지 않고 있다.

### 2) 邦憲法裁判所 判例에 나타난 紛爭解決事例

(1) 聯邦立法管轄權이 問題된 경우: 聯邦憲法裁判所는 基本法의 解釋을 통하여 聯邦과 州間의 管轄權의 所在를 判決하였다. 聯邦에 立法管轄權을 認定한 경우는 다음 세 類型으로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 實體的關聯上(Kraft Sachzusammenhang)聯邦의 立

---

71) 독일基本法上 專屬的 立法에 관한 規定, 第71조(概念), 第73條(立法事項).

72) 독일基本法上 競合的立法에 관한 規定, 第72조(概念), 第74條(立法事項).

73) 독일 基本法上 聯邦의 윤곽입법에 관한 規定, 第75條.

法管轄權을 認定한 경우이다. 實體的關聯上 聯邦의 立法管轄權은 다음과 같은 경우에 認定된다. 즉, 만약 聯邦에 明文으로 부여된 事項이 明文으로 부여되지 않는 다른 事項이 함께 規律되지 않으면 規律될 수 없는 경우, 換言하면 明文으로 規定되지 않은 事項의 捕捉이 聯邦立法으로 부여할 事項의 必須的 前提條件일 경우에 認定된다.<sup>74)</sup> 認定된 具體的事例을 보면, 굴뚝淸掃夫의 養老年金과 手工業者關係法の 關聯性<sup>75)</sup>, 靑少年保護와 公的扶助의 關聯性<sup>76)</sup> 등이다.

認定되지 않은 具體的事例을 보면, 建築法과 基本法 第74條 第18號의 關聯性<sup>77)</sup>, 勞動裁判權과 治療師職業의 許可의 關聯性<sup>78)</sup>, 放送施設과 郵便 및 電信電話施設의 關聯性<sup>79)</sup>, 各州의 行政料金徵收權과 聯邦鐵道 및 通信施設의 關聯性<sup>80)</sup>, 水利境界와 湖沼 및 內水面交通의 關聯性<sup>81)</sup> 등이다.

둘째, 附屬的管轄權(Annexkompetenz)으로써 聯邦의 立法管轄權에 있어서, 첫째의 實體的關聯性에 따른 管轄權의 附隨的 경우 내지는 擴大된 경우이다. 附屬的으로 聯邦에게 立法管轄權이 認定된 具體的 事例을 보면, 해당되는 實體的領域에 대한 秩序維持 및 警察權<sup>82)</sup>, 相應하는 事項에 대한 住民 調査 및 統計에 관한 法律의

---

74) BVerfGE 3, 407/433.

75) 第74條 第11號, BVerfGE 1, 264/272.

76) 第74條 第7號, BVerfGE 22, 180/213.

77) 第74條 第18號, BVerfGE 3, 407/421.

78) 第74條 第18號, BVerfGE 1, 74/83.

79) 第73條 第7號, BVerfGE 12, 205/237.

80) 第73條 第6號, BVerfGE 26, 281/300.

81) 第74條 第21號, BVerfGE 15, 1/20.

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

立法管轄權<sup>83)</sup> 등이다.

셋째, 實體의 本質上(aus der Natur der Sache)聯邦의 立法管轄權을 認定 또는 否認한 경우이다. 實體의 本質上 聯邦의 立法管轄權은 다음과 같은 경우에 認定된다. 즉, 特定한 實體的領域이 그 本質上 固有하게 그 特別한 立法管轄權이 先驗的으로 부여되었기 때문에 오직 그로부터만 規律될 수밖에 없는 경우이다.

實體의 本質로부터의 歸結은 概念上 必須的 構成要素이어야 하며, 보다 나은 解決可能性이 있어서는 안되며, 이와 같은 解決이 반드시 要求되어야 한다.<sup>84)</sup> 認定된 具體的事例로는 聯邦政府의 所在地 및 聯邦旗를 包含한 聯邦의 象徴의 制定이 있다.<sup>85)</sup> 否認된 具體的事例로는 建築法<sup>86)</sup>, 放送施設<sup>87)</sup>, 通信公務員의 休暇<sup>88)</sup>, 水利境界<sup>89)</sup> 등이 있다. 이와 같이 여러 根據下에서 聯邦의 立法管轄權이 否認되는 경우는 州가 立法權을 가진다. 州가 專屬的立法權을 가지는 경우는 聯邦의 경우와는 달리 立法權의 委任이 認定되지 않는다.<sup>90)</sup> 各州의 專屬的立法權이 認定되는 경우는 內部組織, 節次上的 規定, 地方自治法, 一般警察 및 秩序維持法 그리고 文化關係 法分野이다.

州의 立法權이 認定된 個別的인 경우로는, 損失補償法<sup>91)</sup>, 地方自

---

83) BVerfGE 8, 104/118.

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.



治法<sup>92)</sup>, 一般警察法<sup>93)</sup>, 新聞法<sup>94)</sup>, 教育法, 私立學校法<sup>95)</sup>, 大學法<sup>96)</sup>등을 들 수 있다.

(2) 聯邦空間整序法 및 聯邦建築法 : 聯邦에 空間整序 및 建築行政 全般에 걸쳐 立法管轄權이 있는가의 問題는 聯邦과 州間의 多年間 紛爭事項이었다. 이 事項에 관하여 聯邦憲法裁判所는 1954年 6月 16日의 鑑定書 (Rechtsgutachten)를 통해 다음과 같은 聯邦과 州間의 立法管轄權의 境界를 確定하였다.<sup>97)</sup> 즉, 聯邦과 各州 全體領域을 對象으로 空間整序의 輪廓立法權(第75條 第4項)은 聯邦이 가진다. 이것은 聯邦空間整序法(Bundes-raumordnungsgesetz)으로 立法化되었다. 聯邦은 더 나아가 實體의 本質上 聯邦 全體領域에 대한 空間整序를 規定할 立法管轄權을 가진다.

建築分野에서는 聯邦은 都市建築的計劃, 土地區劃整理, 土地評價, 土地去來法 등에 競合的 立法權(基本法 第74條 第18號)을 가진다. 이것은 建築法典(Baugesetzbuch)에 立法化되었다. 또한 各州는 建築秩序關係 (Bauordnungsrecht)에 관한 立法權을 가진다.

---

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.

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.

## 7. 聯邦憲法裁判所에서의 審理, 裁判費用, 判決의 效力

### 1) 審理

爭訟事案에 대한 實體的眞實을 發見하는데 必要한 證據나 事實 調査는 聯邦憲法裁判所に 의해 이루어진다.<sup>98)</sup> 聯邦憲法裁判所는 包括的인 事實關係調査의 義務를 지니며, 同時に 어떠한 事實關係가 審理節次에서 開陳되어야 하며 또 그것이 證據에 의해 뒷받침되고 있는가를 判斷하는 權能을 가진다. 爭訟當事者는 언제나 事實關係를 證明할 書類를 提出할 수 가 있다. 聯邦憲法裁判所에서의 審理節次는 口述審理를 原則으로 한다.<sup>99)</sup> 다만 假處分節次에서는 例外이다. 審理에서의 爭訟當事者는 辯護人에 의해 代理케 할 수 있다. 그러나 實際로는 口述審理가 드물게 이루어지고 있다. 口述審理의 實施與否는 裁判部の 裁量이다.<sup>100)</sup> 聯邦憲法裁判所에서의 審理는 公開를 原則으로 한다. 聯邦憲法裁判所の 審判이 口述審理를 土臺로 이루어질 경우는 판결(Urteil)이라 稱하고, 口述審理없이 이루어진 경우는 決定(Beschluß)이라고 이른다.<sup>101)</sup>

聯邦憲法裁判所에서의 最終審判은 非公開로 이루어진다. 同審判에는 係爭事件에 대한 全審理節次에 參加한 法官만이 參與할 수 있다. 法官의 學術輔佐官은 同 最終審判에 參加할 수 없다. 各 裁判部(Senat)는 最少限 6名以上の 法官의 參度를 審判할 수 있다(Beschlußfähigkeit). 加處分節次는 最少限 3名의 法官으로서도 審判할 수가 있다. 法律에 다르게 定해져 있지 않는 限, 裁判部는 多數로 審判한다. 단, 基本權侵害에 관한 事項, 政黨活動의 禁止,

---

98) 聯邦憲法裁判所法 第26條 第1項.

99) 聯邦憲法裁判所法 第25條 第1항.

100) 聯邦憲法裁判所法 第24條 第1項.

101) 聯邦憲法裁判所 第25條 第2項.

聯邦大統領 및 法官에 대한 爭訟의 경우는 3分之2의 多數決로 審判한다.

## 2) 裁判費用

聯邦憲法裁判所에서의 爭訟은 原則적으로 無料이다.<sup>102)</sup> 憲法訴願의 却下나 棄却, 選舉訴訟의 棄却이나 假處分申請이 棄却되었을 경우에 聯邦憲法裁判所는 약간의 手數料를 1,000마르크를 넘지 않는 範圍內에서 原告에게 부과할 수 있다. 聯邦憲法裁判所는 憲法訴願이나 選舉訴訟 그리고 假處分등의 訴訟이 濫用되어 提起되었을 때에도 爭訟濫用防止手數料를 과할 수가 있다. 단 이는 5,000마르크를 넘지 못한다.

## 3) 判決의 效力

聯邦憲法裁判所에 의한 判決은 形式的, 實質的效力(拘束力)이 있다.<sup>103)</sup> 이는 法院, 行政機關등 國家의 모든 機關, 機關爭訟當事자가 아닌 機關도 包含되며, 그들에 의해 지켜지고 또한 實行되어야 할 法的拘束力을 意味한다. 이 點은 同判決이 단지 確認判決의 性格을 갖는 것 以上の 效力을 認定받는 것이다.

---

102) 聯邦憲法裁判所法 第34條 第1項.

103) 聯邦憲法裁判所法 第31條.

### 第3節 日本의 權限爭議審判

#### 1. 概 說

第2次大戰의 戰後에 제정된 新憲法에 의해 地方自治가 保障되고, 表面的으로는 地方自治團體는 國家와 同等한 統治團體가 되었다. 그러나 實際에 있어서는 여러 面에서 國家에 의한 地方自治團體에 대한 支配・統制가 行하여지고 있다. 그것은 立法・司法・行政・財政的 關與라고 일컬어지며, 法律, 行政指導, 財政, 人事등에 의한 中央支配가 緻密하게 行하여지고 있다. 憲法 第94條는 「地方公共團體는 그의 財産을 管理하고, 事務를 處理하며, 또한 行政을 執行하는 權能을 갖고, 法律의 範圍內에서 條例를 制定할 수 있다」고 規定함으로서, 地方自治團體의 自治立法權, 自治組織權, 自治行政權을 保障하고는 있으나, 自治立法權에는 「法律의 範圍內」라고 하는 制約이 따른다. 이 「法律의 範圍內」라는 規定을 具體적으로 어떻게 解釋하느냐에 대하여 意見의 대립이 있으나, 法律이 큰 影響을 주고 있다는 데에는 疑問의 余地가 없다. 地方自治團體의 日常的인 事務執行에서도 法律이 주는 影響은 決定的이다. 어떠한 法律이 制定되고 그것이 어떻게 運用되느냐 하는 것이 地方自治團體 行政의 存在樣相을 決定한다. 더욱 그러한 法律은 地方自治法이나 地方財政法뿐만 아니라, 都市計画法, 建築基準法, 生活保護法 등 많은 個別 法律과 그 解釋・運用이 큰 影響을 주고 있다. 이러한 法律의 執行에 있어서 指導・統制를 한다. 現實적으로 이를 實施하는 것은 地方自治團體이나 그것을 指導하고 있는 것은 中央部處이고 그 基本은 法律인 것이다.

中央政府의 地方自治團體에 대한 支配・統制는 法律을 基本으로 하여, 具體的으로는 行政指導에 의해 行하여진다. 그것은 中央部

處의 通達과 그에 따른 個別的인 指導에 의해 推進된다. 예를 들면 1985年 1월에 自治省은 모든 都道府縣, 市町村에 대하여 3個年計劃으로서 「地方行政大綱」을 策定해서 提出하도록 하는 自治省事務次官의 通達을 發하였다. 그 策定의 基準으로서 7個項의 重點項目을 設定해서 이에 따라 計劃을 作成하도록 指導되었다. 이것 自體가 憲法이 保障하는 地方自治의 原則에 反하는 것이나, 1989年 7月에는 全國의 都道府縣의 全部와 市町村의 98.2%가 이를 策定・提出한 것이다.

地方自治團體에 대한 行政的關與는 때때로 財政과 結付된다. 특히 地方財政危機의 時代에는 地方自治團體에 대한 強力한 統制手段이 된다. 그 典型的인 例가 起債에 대한 統制이다. 地方自治法 第230條는 「普通地方公共團體는 따로 法律로 定하는 경우에, 豫算이 定하는 바에 따라, 地方債를 起債할 수 있다」고 規定함으로써 地方自治團體가 自由로 이 起債할 수 있는 原則을 明白히 하고 있다.

그러나 다른 한편에서는 地方自治法 第250條에서 「普通地方公共團體는 地方債를 起債하고 또한 起債의 方法, 利子率 및 償還의 方法을 變更하려고 할 때에는 當分間, 政令의 定하는 바에 의해, 自治大臣 또는 都道府縣知事의 許可를 받아야 한다」고 規定하고 있다. 이 規定은 1947年 12月에 制定된 것이나, 그로부터 40年以上 經過했음에도 不拘하고 「當分間」은 그대로 適用되고 있는 것이다. 이 起債許可權은 中央政府가 地方自治團體를 統制하는 手段으로 큰 威力을 發揮하고 있다.

한편 地方自治法 第245條는 自治大臣 또는 都道府縣知事が 組織의 運營과 合理化를 위해 助言과 勸告를 할 수 있다고 規定하고 있는바, 이것 역시 行・財政診斷등의 形式으로 介入하므로써 支配・統制의 機能을 發揮하고 있는 것이다. 또한 中央部處의 官僚들의 都道府縣으로 「落下傘式人事」를 통한 地方自治團體支配도 問

題이다.<sup>104)</sup>

이러한 法律的, 行政的, 財政的인 中央支配에 대하여 地方自治團體도 自治權을 主張하면서 憲法에 規定된 地方自治를 實現하려는 努力을 하여 왔다. 機關委任事務를 둘러싸고 國家와 地方自治團體間의 機關訴訟의 한 形態인 職務執行命令訴訟도 그 一面이다. 日本國 憲法 第76條 第1項은 司法權을 最高裁判所를 頂點으로하는 司法裁判所に 맡겼다. 따라서 最高裁判所를 中心으로한 憲法裁判을 먼저 檢討한 다음 職務執行命令訴訟에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 最高裁判所の 憲法裁判

### 1) 司法權으로서의 憲法裁判權

法院이 裁判을 함에 있어서 法令의 內容이 憲法에 適合與否의 判斷을 最高裁判所가 하도록 憲法 第81條가 規定하고 있다.<sup>105)</sup> 本條는 最高裁判所가 違憲審査를 固有의 權限으로 하는 始期인 同時에 終審인 憲法裁判所로서의 性格을 保有해야함을 規定한 것은 아니다.<sup>106)</sup> 또한 司法權이 發動되기 위해서는 具體的인 爭訟事件이 提起될 必要가 있다. 法院은 具體的인 爭訟事件이 提起되지 않았음에도 不拘하고 將來를 豫想해서, 憲法 및 다른 法律 命令등의 解釋에 관하여 存在하는 擬議・論爭에 대하여 抽象的인 判斷을 내리는 權限은 行使할 수 없다. 最高裁判所는 法律 命令등에 관하여 違憲審査權을 갖 고는 있으나 이 權限은 司法權의 範圍內에서 行

---

104) 山村隆, 「國と地方自治體との關係」, 新・地方自治 ハソドブック(制度論)(新日本出版社, 1991), PP. 217~219.

105) 憲法 第81條(法令等の合法省審査權).

106) 最高裁判所判決, 1953. 4, 15.(敏集 7-4-305).

使되는 것이다.<sup>107)</sup> 裁判所法 第13條 第1項은 法院은 「法律上の 争訟」의 테두리內에서 裁判權을 行使할 수 있음을 規定하고 있다. 더욱 權力分立主義의 採擇, 「統治行爲」, 議院의 自律權, 行政府의 裁量權등이 憲法裁判權을 制限하고 있다. 특히 國家의 高度의 政治性을 갖는 行爲를 뜻하는 「統治行爲」는 基本的人權과 관련되는 바가 많으므로, 이를 憲法裁判權의 對象 外로 하는 것은 憲法裁判에 의한 人權保障을 不充分한 것으로 할 可能性이 있는 것이다. 要컨대 日本國 憲法上の 憲法裁判權은 法院이 司法權을 行使하는 테두리 內의 것이고, 國會, 內閣등의 統治機關과의 關係에서는 보다 謙讓의이고 自制的인 것으로, 制度上 期待되고 있다는 데에, 地方自治制度를 市民主權의 立場에서 人權保障制度의 一環으로서 把握하는 경우에 一定한 限界를 發見하게 된다.

最高裁判所가 終審으로서 既存의 法秩序를 形成하고 있는 法令등에 違憲判斷을 내리는 것은 國會나 行政府의 行爲에 制動을 가하는 것으로 그 政治的 衝擊은 크다. 그러나 憲法은 憲法을 基準으로 한 國家意思의 整序를 部分的 이나마 司法權의 行使를 통하여 法院, 특히 最高裁判所に 期待하고 있는 것이다. 그러나 最高裁判所가 지금까지 法令을 違憲으로 判決한 것은 6件에 不過하다.<sup>108)</sup> 이것은 最高裁判 所가 지금까지 國會나 內閣의 立法活動에 대단히 協調的이었다는 것을 뜻하기도 한다. 또한 그것은 憲法을 둘러싼 國民間의 意見對立에는 無關心 내지는 消極的이었다는 것을 말하는 것이기도 하다.

---

107) 最高裁判所判決, 1952. 10. 8. 警察 豫備隊合憲事件(民集6-9-783)

108) 衆議院議院選舉區의 議員定數의 配分을 法 아래의 平等原則에 反한다고 한 1975年 4月 14日 判決과 1985年 7月 7日 判決, 第三者所有物設收에 관한 1962年 11月 28日 判決, 尊屬殺人 刑罰規定의 平等原則違反에 관한 1973年 4月 4日 判決, 藥局間의 距離規制에 관한 1975年 4月 30日 判決, 公有林의 分割規制에 관한 1987年 4月 22日 判決등이다.

最高裁判所の 裁判官人事가 政黨에 根據를 두고 있는 內閣에 의해 行하여진다고 하는 것은 裁判의 公正性에 대해 國民으로부터 疑問이 提起되고, 때로는 最高裁判所に 의한 憲法裁判이 다른 國家權力의 侍女가 될 危險性이 指摘되고 있는 것이다.<sup>109)</sup>

## 2) 憲法裁判의 限界

日本에 있어서 다른 나라 특히 프랑스에 비해 違憲判決이 적다는 것은 바로 日本에 있어서의 憲法裁判의 限界를 말하는 것이다. 그 理由로서, 日本의 憲法裁判이 美國型에 속한다는 것, 權力分立으로부터 오는 限界, 學問적으로 아직 問題가 充分히 檢討되지 않았음에도 不拘하고 實質적으로 裁判이 拒否되는 경우, 30年 以上 政權交替가 없으므로 해서 司法과 政治의 心情的愈着에서 오는 膠者狀況등이 指摘되고 있다.<sup>110)</sup>

첫째, 美國型 違憲審查制度의 特色은 具體的事件이 必要한 것이다. 이 點에 대하여 最高裁判所도 警察豫備隊事件에서 同旨의 判決을 하고 있다. 이 具體的利害關係의 必要性에서 訴의 利益이 없다고 해서 訴를 却下하는 경우도 있는 것이다. 이에 反하여 大陸型 違憲審查制度下에서는 憲法問題專門의 特別한 法院으로서의 憲法裁判所의 存在는 憲法問題에 관한 專門性을 養成하고, 問題性을 充分히 把握한다는 長點이 있는 것이다.

둘째, 權力分立에서 오는 限界에 있어서는, 基本的人權에 관계되는 重要한 事件에 대하여는 法院이 判決할 수 있고 또한 할 수 있어야 하는 것이다. 그곳에 違憲審查制度의 存在價値를 發見할

---

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て-」, 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.



수 있다. 그러나 日本의 現實은 判斷이 必要한 事件일수록 權力分立을 내세워 判斷이 廻避되고 있는 것이다.

셋째, 問題를 깊게 檢討하지 않고 判斷하는 傾向이 있으며, 그때 援用되는 根據가 「公共의 權利」, 「全體의 奉仕者」 등 多義의 用語로서 問題를 한층 더 不分明하게 하는 것이다.

넷째, 프랑스에서는 行政裁判所, 司法裁判所, 憲法院 등으로 나누어져 있고, 行政裁判所에서는 특히 合法性의 原則에 의거해서 法律을 基準으로 해서 判斷하도록 되어 있으나, 日本의 制度下에서는 모든 法院이 憲法問題를 다루어야 함에도 不拘하고, 憲法의 人權規定에의 直接的인 言及이 許容되지 않고, 法律의 範圍內의 適用으로 끝여야 하는가 하는 문제가 있다.

다섯째, 司法의 消極主義이다. 違憲立法審判權이 과연 그 機能을 發揮하고 있느냐 하는 問題이다. 이는 制度的限界와 더불어 裁判을 擔當하는 裁判官 自身の 問題라는 指摘이 있다.

### 3. 職務執行命令訴訟

#### 1) 機關委任事務<sup>111)</sup>

國家 또는 다른 地方自治團體의 事務를 法律과 이에 따른 政令에 의해 自治團體의 機關의 長・委員會, 委員들에게 委任해서 處理하는 것을 機關委任事務라고 한다. 地方自治團體의 長에 대한 機關委任事務에 대하여는 地方自治法 第150條가 「普通地方公共團體의 長이 國家의 機關으로서 處理하는 行政事務에 대하여는, 普通地方公共團體의 長은 都道府縣에 있어서는 主務大臣, 市町村에

---

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(有斐閣, 1985), PP.13~18.

있어서는 都道府縣知事 및 主務大臣의 指揮・監督을 받는다」고 規定하고 있다.<sup>112)</sup> 즉, 地方自治團體의 長은 國家機關의 地位에 서게 되는 것이다. 機關委任事務는 都道府縣에 관하여 自治法 別表 第3에, 市町村에 대하여는 別表 第4에 具體적으로 列記되어 있다. 그 數는 顯在 都道府縣은 約 370件, 市町村은 約 180件이다. 이 別表는 1952年の 地方自治法 改正時에 國家의 機關委任事務가 增加되는 것을 牽制하기 위해 設定된 것이었다. 設定當時에는 都道府縣이 128件, 市町村이 74件이었던 것을 보면 오히려 增加되었음을 알 수가 있다. 機關委任事務가 地方自治團體의 事務中 차지하는 比率은 都道府縣에서 約 80%, 市町村에서 約 40%가 되는 것으로 推算되고 있다. 機關委任事務의 制度는 明治時代에 市制・町村制가 制定될 때에 만들어진 것이다. 第2次大戰 以前의 市制 第74條는 「市長은 法律・法命令에 따라 다음 事務를 管掌한다」고 規定하고, 「國家의 行政 및 府縣의 行政으로서 市에 屬하는 事務」라는 項目을 두고 있다. 이 制度가 계속해서 存續한 것이다. 國家의 事務를 地方自治團體의 長에게 委任하고, 國家의 指揮・監督에 服從해야 한다는 이 制度는 官僚的, 中央集權의 性格을 나타내는 것으로 指摘되고 있다. 第2次大戰의 前과 後의 差異點은 美國型 訴訟制度가 導入되었다고 하는 것이다. 地方自治團體의 長은 地域住民에 의해 選出된 代表이므로, 法律에 의거 機關委任事務를 執行하는 경우에도 그 法令의 解釋을 둘러싸고 意見의 對立이 있게 된다. 그 경우 國家가 訴를 提起하고, 勝訴한 다음 「代行」을 할 수 있다는 「裁判前置主義」를 취하였었다. 따라서 이 裁判前置主義가 地方自治制度의 防波堤로서 큰 役割을 한 것이다.<sup>113)</sup>

---

112) 國家行政組織法 第15條도 이에 관하여 規定하고 있다.

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 208號(有斐閣, 1960), P. 105 ff.

## 2) 職務執行命令訴訟制度

地方自治團體의 長이 主務大臣의 指揮・監督에 服從하지 않은 경우, 主務大臣은 그 指揮・監督대로 職務를 執行하도록 하는 命수를 期限을 정해서 地方自治團體의 長에게 發할 수가 있다. 이를 「職務執行命令」이라고 한다.<sup>114)</sup> 만약 指定된 期限까지 地方自治團體의 長이 이를 執行하지 않을 경우에는 國家는 都道府縣의 知事인 경우에는 高等法院에, 市町村長의 경우에는 地方法院에 해당 事項을 行하도록 命하는 趣旨의 判決을 請求할 수가 있다. 이를 職務執行命令訴訟이라고 한다. 이것은 地方自治法 諸176條 諸7項이 規定하는 地方自治團體의 長과 議會가 對立한 경우의 訴訟과 함께 典型的인 機關訴訟이다.

機關訴訟은 國家 또는 地方自治團體의 機關相互間에 있어서 權限의 存否 또는 行使에 관한 紛爭에 있어서의 訴訟이며<sup>115)</sup> 그것은 法律이 정한 경우에, 法律이 정한 者에 限하여 提起할 수 있다.<sup>116)</sup> 또한 抗告訴訟이나 當事者訴訟에 관한 規定이 準用되는 것이 通例이다.<sup>117)</sup>

機關訴訟은 行政機關相互間의 權限爭議의 解決을 위해 認定된 訴訟이다. 機關相互間에 主管轄權의 範圍에 관하여 疑問이 있거나, 그 權限의 行使方法에 違法の 問題가 있을 때 등, 法院의 公正한 司法的判斷에 맡기는 方法으로서 機關訴訟의 制度가 認定되는 것이다. 따라서 機關訴訟에서는 紛爭의 理由가 適法이나 違法이나

---

114) 地方自治法 諸146條(國家의 機關으로서의 長에 대한 職務執行命令, 長의 罷免).

115) 行政事件訴訟法 諸6條(機關訴訟).

116) 行政事件訴訟法 諸42條(訴의 利益).

117) 行政事件訴訟法 諸43條(抗告訴訟 또는 當事者訴訟에 관한 規定의 準用).

하는 點에 限定되며, 法院은 形式的뿐만 아니라 實質的으로도 違法與否를 審査해야 한다.<sup>118)</sup>

이러한 制度의 存在理由는 다음과 같은 것으로 理解되고 있다. 즉, 機關相互 間에 紛爭이 있을 때, 司法手段에 의하기보다는 政治的 내지 行政監督的 手段에 의해 解決하는 것이 바람직하나, 이를 解決할 適當한 機關이 없는 경우, 특히 公正한 第三者의 判斷이 要求되는 경우에는, 行政機關의 獨善을 排除하고 法院의 司法的判斷을 求하는 것이 法治主義의 實現을 위해서도 必要한 것이다. 또한 地方自治를 保障하고 있는 現行 憲法下에서 地方自治團體의 機關에 대한 國家의 監督에는 限界가 있으므로 地方公共團體의 國家의 機關委任事務의 執行에 관한 監督手段으로서 違法性의 問題가 있는 限, 司法手段에 의한 監督手段이 必要할 것이다. 그러나 다른 한편 判決確定에 의한 地方自治團體의 長의 罷免이라는 制裁手段이 마련되어 있고, 同時에 機關委任事務의 存在 그 自體에 대한 問題性이 再檢討를 必要로 한다.<sup>119)</sup>

職務執行命令訴訟의 制度는 第2次大戰後에 制定된 制度이다. 그 骨格은 國家가 訴訟을 提起하고, 이 請求를 받은 高等法院 또는 地方法院은 職務執行命令의 裁判을 하게 된다. 이 裁判에서 國家의 主張이 正當하다는 것이 確認되었음에도 不拘하고, 命令에 服從하지 않을 때에는 主務大臣 또는 都道府縣知事は 命令을 違反하고 있다고 하는 事實의 確認의 裁判을 法院에 請求하게 된다. 이를 接受한 法院은 命令違反의 確認을 하는 裁判을 한다. 이 確認의 裁判이 있으면 主務大臣은 地方自治團體의 長에 代身하여 그 事務를 執行할 수 있게 된다. 이것이 「代執行」이다. 또한 이 경우

---

118) 最高裁判所 1960. 6. 17. 判決(民集 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.

에 地方自治團體의 長을 罷免할 수가 있다.

이러한 內容의 職務執行命令訴訟에 있어서 裁判前置主義를 排除한 代執行이라고 하는 이른바 「裁判없는 代執行」을 制度化하려는 움직임이 1985년부터 있게 되었다.<sup>120)</sup> 1986年 3월에 地方自治法 改正案으로서, 機關委任事務의 處理에 있어서 地方自治團體의 議會의 關與, 檢査權과 監査委員의 監査權 認定, 地方自治團體의 長의 罷免權 廢止등의 改正案과 함께 國會에 提出되었고, 1991年 3월에 國會를 通過하고 1991年 4月 2일에 그 改正법이 公布되었다. 改正・修正된 內容은 다음과 같다.

첫째, 改正案은 裁判前置主義 그 自體를 廢止하고, 是正勸告, 職務執行命令을 거쳐, 裁判없이 代執行을 할 수 있도록 하는 것이었다.<sup>121)</sup> 그러나 國會의 論議過程에서 修正되어, 裁判前置主義는 그대로 存續케 되었다. 그러나 從前의 制度에서는 國家로부터 職務執行命令訴訟이 提起되고 이에 대해 法院이 國家의 主張이 政黨하다고 判決한 경우, 다시 한번 命令不履行確認의 裁判을 하도록 되어 있었다. 그러나 이번 改正으로 命令不履行確認의 裁判은 하지 않게 되어 裁判은 1회로서 足하게 되었다. 즉 2審制度에서 1審制度로 바뀐 것이다. 이는 地方自治를 弱화시키고 中央集權化에로 나아가고 있다는 것을 뜻한다.

둘째, 지금까지 規定되어 있던 地方自治團體의 首長의 罷免制度는 削除되었다. 이 罷免制度는 中央集權적인 낡은 制度이므로 廢止는 당연한 것이다.

셋째, 國家가 職務執行命令과 그 訴訟을 提起하는 경우에는, 公

---

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-」, 都市問題研究 第39卷 第4號(都市問題研究會, 1987), pp. 17~30.

121) 兼子 仁, 「裁判ぬき代行 問題と 地方自治の本旨」, ジュリスト No. 863(有斐閣, 1986), pp.30~35.

益上 必要할뿐만 아니라 다른 方法으로는 問題의 解決이 困難하다고 하는 경우에 限해서 許容된다고 하는 制限規定이 設定됨과 同時에 是正勸告를 하도록 하는 明文規定이 만들어졌다.

넷째, 訴訟에서 國家의 主張이 政黨하다고 인정되어 代執行이 된 경우에도 地方自治團體의 長이 上級の 法院에 上訴해서 勝訴한 경우에는 原狀回復措置를 하도록 規定하였다.

### 3) 職務執行命令訴訟의 事例와 檢討

#### (1) 宮崎砂川町長·安井道知事の 土地收用을 둘러싼 訴訟

이 事件은 東京都 砂川町에 있는 立川美軍基地 擴張을 위한 土地收用節次에 있어서, 國家와 地方自治團體間의 對立에 관한 것으로서, 職務執行命令訴訟에 관한 最初의, 그리고 唯一한 最高裁判所判決<sup>122)</sup>로서 重要的 意味가 있다.

事件은 1956年 6月, 東京都 調達局長으로부터 基地擴張을 위한 收用の 裁決申請을 받은 東京都收用委員會가 申請書 및 添加書類의 複寫本을 關係 市町村인 砂川町長에게 發送함으로써 시작되었다. 土地收用法의 規定<sup>123)</sup>에 의하면, 市町村長은 受理한 後 즉시 裁決의 申請이 있는 事實, 收用對象인 土地의 所在등을 公告하고, 2週間の 閱覽에 提供함과 아울러 公告日을 收用委員會에 報告하도록 되어 있다. 그러나 砂川町長은 住民의 強力한 反對運動의 뒷받침 아래, 安條條約違憲, 基地擴張反對의 立場에서 法所定の 節次를 執行시키지 아니하였다. 또한 報告를 促求하는 收用委員會로부터의 照會에 대하여도 回答을 보내지 아니하였다. 道知事は 같은

---

122) 行政事件裁判例例 第14卷 3號, P. 562 ff.

123) 舊 土地收用法 第44條 第2項, 現 土地收用法 第42條 第2,3項.

해 7월에, 期限을 정하여 法所定의 義務를 履行할 것을 要求하는 職務執行 命令을 발하였으나, 町長은 이를 履行하지 않았으므로, 東京地方法院에 裁判을 請求하는 訴訟을 提起하였다.

本件은 먼저 東京地方法院에서 審理되어 1958年 7月 31日에 「形式的合法」 判決로 國家의 主張을 받아 들었다. 國家는, 「行政機關에게는 執行해야 할 法律을 모두 合憲, 有效한 것으로서 취급해야 할 拘束을 받는다. 國家의 機關으로서 事務를 處理해야 할 立場에 있는 地方自治團體의 長은 下級行爲機關으로서, 上級行政機關이 행한 行政行爲를 有效한 것으로 취급해야 할 拘束을 받는다. 따라서 法院은 職務執行命令訴訟과 같은 行政組織內部的의 問題에 관한 特殊한 訴訟에 있어서는 그 審理도 命令의 形式的要件에 限定된다」고 主張하였던 것이다. 이에 대하여 東京地方法院 第1審裁判部는 「町長은 國家의 機關으로서 處理하는 行政事務에 있어서는 道知事와 上命下服의 關係에 서며, 上級機關인 道知事の 命令에 拘束된다. 그 命令이 實質的으로는 違憲 또는 違法的인 行爲의 執行을 命하고 있다는 理由로 이를 拒否하고, 또한 無視할 수 없다고 해야 할 것이다」라고 判示한 것이다.

따라서 最高裁判所に 上告된 것이다. 最高裁判所는 1960년에 原審破棄還送 判決을 하였다.<sup>124)</sup> 즉, 「國家의 委任을 받아 그의 事務를 處理하는 關係에 있는 地方公共團體의 長에 대한 指揮・監督에 있어서, 이른바 上命下服의 關係에 있는 國家의 本來의 行政機構의 內部에 있어서 행하여지는 指揮・監督의 方法과 같은 方法을 採用하는 것은 그 本來의 地位의 自主獨立性を 헤치고 나아가서 地方自治의 本旨에도 반할 結果를 가져올 憂慮가 있다. 따라서 地方公共團體의 長 本來의 地位의 自主獨立性的의 尊重과 國家의 委任事務를 處理하는 地位에 대한 國家의 指揮・監督權의 實效性的의 確保

---

124) 最高裁判所 民集 14卷 8號 P. 1420 ff.

間에 調和를 도모하기 위하여 이른바 職務執行命令訴訟의 制度를 採用하였다 고 보아야 할 것이다」고 한 것이다. 이것은 都道府縣知事와 市町村長과의 관계, 또는 主務大臣과 都道府縣知事와의 關係는 결코 建設省內部에 있어서 建設大臣과 地方建設局長과의 關係와 같은 것이 아니고, 地方自治團體의 長은 憲法의 地方自治의 本旨에 의거하여 獨立性이 있음을 明白히 하고, 그러한 獨立性을 갖고 있는 地方自治團體의 長이 機關委任事務를 執行하는 限 國家의 指揮・監督에 服從하는 것이며, 獨立性을 前提로 하고 있으므로 職務執行命令訴訟가 있음을 明示한 것이다.

東京地方法院은 1963年 3月 28日 本件還送審判決에서, 職務執行命令에 대하여 實質的審査를 하고 統治行爲論을 前提로해서 本件命令은 違憲. 違法은 아니라고 判決하였다. 砂川町長은 이 還送審判決에 대하여 再上告를 하지 않았고, 이 判決은 確定되어 土地收用節次가 進行되었다. 이 砂川事件은 一連의 職務執行命令訴訟의 節次中, 第 1段階의 裁判의 請求로서 끝난 事件이긴 하나 그 동안 土地收用節次가 進行되지 않았다는 事實이 重要하다. 즉, 最高裁判所에의 上告는 執行停止의 效力이 없다.<sup>125)</sup> 그것은 또한 抗告訴訟의 原則이기도 한다.<sup>126)</sup> 따라서 本件에서도 道知事が 砂川町長의 上告에도 不拘하고 第2의 段階인 違法확인 裁判을 請求하고, 代執行을 하는 것이 法律上으로는 可能한 것이다. 그러나 中央과 地方의 對決은 대개의 경우, 深刻한 政治的 背景이 있으며, 地方自治團體도 自主的인 法令解釋권을 갖는 存在이므로<sup>127)</sup> 明白한 法令違反 또는 懈怠의 경우를 제외하고는 國家도 쉽게 事務處理를 強行할 수 없을 것이다. 이러한 法令其間은 中央과 地方의 對立을

---

125) 地方自治法 第146條 11項.

126) 行政事件訴訟法 第25條 第1項.

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



調整하는 重要한 緩衝的要件이 된다.

## (2) 田川市 在日 韓國人の 國籍記載變更의 問題

福岡縣 田川市에서 일어난 事件이다. 韓國籍으로 해놓지 않으면 強制送還된다는 친구의 말을 믿고 韓國籍으로 한 5世帶 14人에 대하여 1973年 8月 外國人登錄法 第10條의 2 第1項에 해당된다고 보고, 登錄原票등을 「韓國」籍에서 「朝鮮」籍으로 다시 變更記載한 데에서 法務省과의 對立이 시작된 것이다.

法務省은 1950年頃부터 原則적으로 韓國에서 朝鮮으로 國籍變更을 認定하지 않는 方針을 취하였으나, 事務處理上의 錯誤를 理由로 한 記載變更이 있어서, 市町村長은 단독으로 記載變更을 하지 말 것과 取扱上 問題가 있는 것은 法務省에 稟申하도록 하는 通達을 再三 全國의 市町村長에게 보냈다. 그리고 田川市에 있어서의 國籍記載變更에 대하여는 福岡縣知事에게 市長이 단독으로 記載變更을 한 것은 잘못이며, 適法한 것으로 認定할 수 없으므로, 國籍欄의 記載를 「韓國」으로 訂正하도록 田川市長에게 命令하도록 通達하였다. 3個月 經過한 後 福岡縣知事は 法務省의 意圖대로, 國籍記載를 從前대로 되돌리도록 하는 趣旨의 職務命令을 發하였다. 이에 대해 市長과 市議會는 現時點에서는 市長의 措置가 잘못이라고 判斷되지 않으며, 그 違法性이 明白하여지면 市民에게 不利益이 돌아가지 않도록 하겠다고 하면서, 그 命令에 服從하지 않는다는 回信을 보냈다.

1971年 1月 提訴에 의한 定式裁判이 시작되기 전에 法務省과 田川市長間에 다음과 같은 和解가 成立하였다. 즉, 職務執行命令을 撤回하며, 命令對象者 以外の 國籍記載變更은 法務省이 無條件 默認하고, 對象者는 「韓國」으로 再訂正한 後 再檢討한다는 內容이었다. 이 和解는 여러 角度에서의 評價가 있었으나, 權限爭議解決을

위한 한 類型을 提示한 것으로서 意義가 있다.

### (3) 外國人登錄法을 둘러싼 指紋捺印問題

이 問題는 1980年 頃부터 表面化되었다. 外國登錄人法은 日本에 在留하는 外國人の 登錄을 實施함으로서 外國人の 居住關係 및 身分關係를 明白히 하여 으로서 在留外國人の 公正한 管理에 活用한다고 規定하고,<sup>128)</sup> 이 登錄事務는 機

關委任事務로서 市(區)町村長에게 委任하고 있다.<sup>129)</sup> 16歲以上の 外國人は 新規登錄이나 再登錄申請時에 登錄原稟에 指紋을 捺印하도록 規定하고 있고<sup>130)</sup> 違反者에게는 罰則이 規定되어 있다. 法務省은 通達등으로 指紋捺印拒否者에 대하여는 市町村長이 즉시 管轄 警察署長에게 告發하도록 要求하였다. 이것은 현저한 人權侵害라는 理由로 많은 捺印拒否者가 나타났다. 1985年 2月 川崎市長은 指紋捺印制度는 外國人을 差別하고, 犯罪者로 取扱하는 것이므로 人道的見地에서 捺印 拒否者를 告發하지 않을 方針임을 明白히 하였다. 이를 契機로 해서 20個 以上の 地方自治團體가 같은 方針을 밝혔고 全國市長會나 約 800余의 地方議會도 外國人登錄法의 改正을 決議하였다. 이에 대하여 法務省은 地方自治團體의 法律無視現象에 危機感을 느껴, 捺印拒否者에 대한 再入國許可의 拒否, 地方自治團體의 告發없이 拒否者의 逮捕등 強硬策을 펴는 한편 이른바 法務省 「5・14通達」을 발하여, 捺印拒否者에 대하여 3個月間 說得하고 그래도 應하지 않을 때에는 外國人登錄法의 交付를 保留하되, 地方自治團體의 固有事務로서 행하고 있는 登錄・證明書에 法律違反者임을 明記하는

---

128) 外國人登錄法 第1條.

129) 地方自治法 別表 第4-2(7); 外國人登錄法 第3條.

130) 外國人登錄法 第14條 第1項.

등의 制裁措置를 要求하였다. 地方自治團體은 이에 反撥하였고, 通達을 返送하는 市도 있었는가 하면 많은 地方自治團體은 通達의 實施에 消極的이었다. 그러나 같은 해의 7月에는 都特別區長會, 大阪市長會가 窓口の 混亂을 理由로 하여, 告發에는 消極的이었으나, 「5・14通達」의 遵守를 決定하였다. 12月에는 捺印拒否者에게도 外國人登錄證을 即時 交付하여 온 川崎市도 即時交付로 「法違反」의 記錄이 남는다고 하는 不利益을 피하기 위하여 通達에 따른 方法과 川崎市の 方式을 併用토록 할 것을 決定하였다. 이것은 外國人登錄證의 交付라고 하는 機關委任事務에 관하여 法務省의 壓力에 讓步하는 한편 捺印拒否者의 即時交付의 要求에도 應하기 위한 政治的判斷이었다고 할 것이다.<sup>131)</sup>

#### 4) 評 價

國家와 地方自治團體間의 對立에서 職務執行命令訴訟이 提起되거나 提起된 檢討事例의 分析을 통하여 日本特有的 權限爭議解決方法을 볼 수 있었다.

日本은 徳川家康에 의해 戰國時代에서 벗어나 幕府政治가 시작되었다. 그러나 戰國時代의 殘影으로서 藩主制度가 維持되었다. 西歐의 封建領主와 같은 存在인 藩主制度는 日本에서의 地方自治制度를 쉽게 定着시킬 수 있을 것으로 생각되었다. 日本人들은 故郷에 가는 것을 「國に 歸る」라고 곧잘 表現한다. 그것을 直譯하면 「나라에 돌아간다」는 뜻이다. 이것은 藩主制度時代의 遺物이다. 그러나

徳川幕府는 藩主의 反亂을 防止・監視하기 위한 手段의 하

---

131) 和田英夫・藤卷秀夫, 「戦後における 中央・地方關係の 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 參勸交代制度를 두고 隔年制로 藩主를 江戸(지금의 東京)에 머물게 한 것 등은 地方分權化속에서의 中央集權化라는 二律背反의인 樣相을 日本에 가져왔다. 더욱 엘리트를 自負하는 中央行政官僚들이 철옹성과도 같은 集團을 形成하면서 그들이 日本의 現代化 즉, 西歐化를 維持하는 한편 軍國主義勢力과의 結合은 總力戰態勢整備의 必要上 더욱 中央集權화를 加速시켰다. 그러면서도 西歐化를 위해 西歐의 法制도를 收用하는 데에는 아주 민첩하였다. 職務執行命令訴訟制度도 英美法의 mandamas節次를 導入한 것이다.<sup>132)</sup> 本音으로서의 中央集權化, 建前으로서의 地方分權이라는 面을 볼 수 있는 日本에서, 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議 審判節次의 하나인 職務執行命令訴訟制度에서도 이러한 兩面性を 볼 수 있는 것이다.

國家와 地方自治團體間的 對立속에서도 이 職務執行命令訴訟制度가 實際에는 거의 活用되지 않은 것도, 이러한 對立이 政治적으로 큰 爭點을 갖고 있고 또한 憲法에 關聯되는 어려운 問題를 包含하고 있어서 訴訟節次에 많은 時日이 所要되어 緊急時에는 별로 效用이 없다는 點도 있으나, 中央政府가 地方自治團體에 대하여 갖고 있는 補助金등 實際上的 強力한 支配力을 看過해서는 안될 것이다. 1945年 後에 活潑한 活動을 展開한 이른바 革新勢力의 政治舞台에의 登場은 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議를 增加시켰다는 事實도 우리에게 示唆하는 바가 있다 할 것이다.

---

132) 乍保幸-, 「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」 亞細亞法學 第20卷 1・2號 合併號(亞細亞大學法學研究所, 1988), PP. 147~170.

#### 4. 機關訴訟 類似的 訴訟

現行法上 機關訴訟이라고는 할 수 없으나 實質上으로는 權限爭議의 內容을 갖고 있는 것이 있다. 이러한 訴訟의 類型은 機關訴訟의 發展方向에 示唆하는 바가 있을 것이다. 그 例의 하나가 地方稅法 第8條가 規定하고 있는 訴訟이다. 同條는 地方自治團體의 長의 課稅權의 歸屬, 地方稅法의 適用에 대하여, 다른 地方自治團體의 長과 意見을 달리하는 경우에는 自治大臣에게 決定을 求하고<sup>133)</sup> 그 決定에 不服하는 경우,<sup>134)</sup> 그 決定, 裁決에 違法이 있다 해서 出許하는 것을 許容하고 있다. 이 訴訟은 權限爭議라는 面에서는 機關訴訟의 性質을 갖는다고 할 수 있으나, 一般的으로는 公權인 課稅權의 保護를 求하는 實質을 갖는다고 해서 抗告訴訟으로 理解되고 있다. 또한 地方自治法 第9條 및 第9條의 2에 規定하는 市町村의 境界紛爭에 관한 訴訟의 性質도 問題가 된다.

市町村의 廢置分合이나 境界確定에 관한 知事の 權限은 機關委任事務이고, 知事は 國家의 機關으로서 權限을 行使한다.<sup>135)</sup> 이 權限行使에 대하여 不服하는 市町村은 訴訟을 提起할 수 있으나, 이 訴訟은 自治權이 미치는 範圍의 確定이라는 側面에서는 機關訴訟에 속하지 않는다고 할 수 있으나, 國家의 地方自治團體에 대한 監督手段으로서의 訴訟이 오늘날 機關訴訟으로 理解되고 있으므로, 國家의 機關인 知事の 處分の 適正化를 求하는 뜻에서는, 市町村으로부터의 職務執行命令訴訟이라는 實質도 갖고 있다고 볼 수가 있을 것이다.<sup>136)</sup>

---

133) 市町村長의 경우에는 知事.

134) 市町村長의 경우에는 自治大臣의 裁決을 經由.

135) 東京地方法院判決 1960. 3. 24. 行裁例集 11卷 3號.

136) 雄川一郎, 「機關訴訟의 法理」, 法學協會雜誌, 第91卷 8號(東京大學法學會, 1974), PP.91~92.

즉, 市町村의 境界에 관한 爭議가 있으면 關係 市町村의 申請에 따라, 知事は 自治紛爭調停을 하고,<sup>137)</sup> 調停이 이루어지지 않을 때, 또는 關係市町村으로부터 裁定을 求하는 申請이 있었을 때에는, 知事は 裁定에 돌리고 裁定에 適合하지 않다고 認定한 경우에는 裁定을 하지 않는 趣旨을 關係 市町村에 通知하는 것이다. 知事の 裁定에 不服하거나, 裁定에 適合하지 않다는 通知를 받은 때에는 관계 市町村의 境界를 判明할 수 없는 경우에, 境界에 관한 爭議가 없을 때에는 知事は 關係 市町村의 意見を 들어 決定하게 되는 것이나, 이 決定에 不服하는 關係 市町村에게 出訴가 認定되고 있다. 이러한 訴訟은 知事の 裁定이나 決定을 다투는 抗告訴訟으로, 혹은 關係 市町村間의 境界確定이라고 하는 當事者訴訟의 形式을 취하지 않더라도 法律上的 爭訟으로서 機關爭議를 解決할 수 있다는 見解<sup>138)</sup>는 示唆하는 바 크다 할 것이다.

土地改良區의 總代選舉를 둘러싼 事件에서 法院에 따라 달리 취급을 하였다. 즉, 土地改良區가, 町選舉管理委員會가 管理한 당해 土地改良區總代選舉를 無效로한 縣選舉管理委員會의 裁決의 取消를 區한 訴訟에서 第1審은 行政事件 訴訟法上的 民象訴訟이므로 法에 정한 바가 없어, 不適法이라고 한데에 대하여, 第2審에서는 取消訴訟으로 취급을 하고 訴의 利益이 없다고 해서 棄却하였다. 그러나 上告審에서는 立法政策으로서 民象訴訟制度로 受容 할 수 있을 것이라는 見解를 보이면서도 機關訴訟의 思考를 示唆하였다.<sup>139)</sup> 이것은 解釋에 따라 訴訟類型도 달라질 수 있음을 示唆하는 것으로 再吟味를 要하는 事項이라 할 것이다.

---

137) 地方自治法 第251條.

138) 田村活一, 前掲論文, P. 12.

139) 最高裁判所判決 1967. 5. 30. 民集 21卷 4號.

## 第5章 우리나라의 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議審判

### 第1節 우리나라의 權限爭議審判制度

#### 1. 權限爭議審判의 意義

우리 나라 現行憲法 第111條 第1項 4號는 憲法裁判所의 權限으로, 國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間的 權限爭議에 관한 審判을 管掌하도록 規定하고 있다. 이것은 第2共和國憲法上的 機關爭議制度가 國家機關間的 權限爭議審判만을 許容하였던 것과는 달리, 現行 憲法은 國家機關과 地方自治團體間 그리고 地方自治團體 相互間에 그 憲法的權限과 義務의 範圍와 內容에 관해서 爭議가 發生한 경우에, 이를 權威的이고 有權的으로 審判함으로써 國家機能의 遂行을 圓滑히 하고, 權力相互間的 견제와 均衡을 維持시켜 憲法의 規範의效力을 保護한다는 데 그 目的과 意義가 있다.<sup>139)</sup>

國家機關에는 立法機關, 行政機關, 司法機關이 包含될 것은 勿論이고, 中央 選舉管理委員會도 包含된다. 다만 憲法裁判所法 第62條

---

139-1) 許 營, 韓國憲法論(博英社, 1990), p.818.

(權限爭議審判의 種類)는 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判을 ㉠ 政府和 特別市・直轄市 또는 道間의 權限爭議審判 ㉡ 政府和 市・郡 또는 地方自治團體인 區(自治區)間의 權限爭議로 規定함으로써, 國家機關을 政府에 限定하고 있다. 地方自治團體를 權限爭議의 訴訟當事者로 하는 것은 Weimar 共和國時代부터 다루어진 問題이나, 우리 나라에서는 地方自治의 實效성을 기하기 위해서 매우 重要的 意味를 갖는 것으로 指摘되고 있다.<sup>140)</sup> 더욱이 地方自治法 第157條1項에 의한 地方自治團體章의 違法的 命令이나 處分에 대한 是正命令 내지 取消・停止權 그리고 地方自治法 第159條1項에 의한 地方議會의 違法的 決定에 대한 再議要求權등으로 많은 爭議가 國家機關과 地方自治團體間에 發生할 것으로 豫想되고 있다. 權限爭議가 教育, 學藝에 관한 地方自治團體의 事務와 관련해서 發生한 경우에는 해당 教育委員會가 訴訟當事者가 된다.<sup>141)</sup> 權限爭議에는 積極的 爭議와 消極的 爭議가 있다. 積極的 爭議는 特定事項이 自身の 管轄에 속하는 것이라고 主張하는 경우에 發生하는 爭議이고, 消極的 爭議는 反對로 特定事項이 自身の 管轄에 속하지 아니한다고 主張하는 경우에 發生하는 爭議이다.

---

140) 許 營, 憲法理論과 憲法(下) (博英社, 1981, p.389).

141) 憲法裁判所法 第62條 第2項.



## 2. 審判節次

### 1) 一般審判節次

憲法裁判所法은 審判節次를 一般審判節次와 特別審判節次로 나누어 規定하고 있다. 特別審判節次는 다시 ① 違憲法律審判節次 ② 彈劾判節次 ③ 政黨解散審判節次 ④ 權限爭議審判節次 ⑤ 憲法訴願審判節次등으로 나누어 規定하고 있다.

#### (1) 裁判部

憲法裁判所法에 特別한 規定이 있는 경우를 제외하고는 憲法裁判所의 審判은 裁判官 全員으로 구성되는 裁判部에서 管掌하며 裁判長은 憲法裁判所長이 된다. (憲裁法 § 22)

#### (2) 審判定足數

裁判部는 裁判官 7人 以上の 出席으로 事件을 審理하고, 終局審理에 關여한 裁判官의 過半數의 贊成으로 事件에 關한 決定을 한다. 다만 法律의 違憲決定, 彈劾의 決定, 政黨解散의 決定 또는 憲法訴願에 關한 認客決定을 하는 경우, 그리고 중전에 憲法裁判所가 判示한 憲法 또는 法律의 解釋適用에 關한 의견을 변경하는 경우에는 裁判官 6人 以上の 贊成이 있어야 한다. (憲裁法 § 23) 또한 一定한 法定事由에 해당되는 경우 裁判官은 除斥·기피 및 回避케 된다. (憲裁法 § 24)

### (3) 辯護士強制主義

각종 審判節次에 있어서 政府가 當事者인 경우인 때에는 法務部長官이 이를 代表하고, 國家機關 또는 地方自治團體가 當事者인 경우에는 辯護士의 資格이 있는 所屬職員을 代理人으로 選任하여 審判을 수행하게 할 수 있다. 그러나 私人이 當事者인 경우에는 辯護士를 代理人으로 選任하지 아니하면 審判諸求를 하거나 審判遂行을 하지 못한다.(憲裁法 § 25)

### (4) 口頭辯論 및 公開

彈劾의 審判, 政黨解散의 審判 및 權限爭議의 審判은 口頭辯論에 의한다.(憲裁法 § 30) 審判의 辯論과 決定의 宣告는 公開한다. (憲裁法 § 34)

### (5) 審判其間 및 一事不再理

憲法裁判所는 審判事件을 접수한 날로 부터 180日 이내에 終局決定의 宣告를 하여야 한다.(憲再法 § 38) 憲法裁判所는 이미 裁判을 거친 동일한 事件에 대하여는 다시 審判할 수 없다.(憲再法 § 39)

### (6) 審判節次에 관한 準用規定

憲法裁判所의 審判節次에 관하여는 憲法裁判所法에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하거나 民事訴訟에 관한 法令의 規定을 準

用한다. 이 경우 彈劾審判의 경우에는 刑事訴訟에 관한 法令을, 權限爭議審判 및 憲法訴願審判의 경우에는 行政訴訟法을 함께 準用한다.(憲再法 § 40)

## (7) 審判費用

裁判費用은 國家負擔을 原則으로 한다. 憲法訴願의 濫訴를 防止하기 위하여 供託金の 納付를 命할 수 있고 또한 一定한 경우에는 國庫귀속을 命할 수 있다.(憲再法 § 37)

## 2) 權限爭議審判節次

憲法裁判所法 第4章은 特別審判節次에 관하여 規定하면서 第4節에 權限爭議審判節次에 관하여 規定하고 있다.

### (1) 當事者

權限爭議에 있어서 當事者가 될 수 있는 것은 ① 國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會를 包含하는 國家機關과 ② 各級地方自治團體 그리고 ③ 教育委員會이다. 國家機關이나 地方自治團體를 相對方으로 하는 私人的 경우에는 權限爭議審判上の 當事者가 될 수 없다. 또한 地方自治法 第62條 第1項 2號는 國家機關을 政府로 限定하고 있다.

## (2) 權限爭議審判의 請求事由

國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間에 權限의 存否 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 國家機關, 또는 地方自治團體는 憲法裁判所에 權限爭議審判을 請求할 수 있다.(憲再法 § 61①) 또한 위의 審判請求는 被請求人의 處分 또는 不作爲가 憲法 또는 法律에 의하여 賦與받은 請求人의 權限을 침해하였거나 침해할 현저한 危險이 있을 때에 한하여 이를 할 수 있다.(憲再法 § 61②) 즉, 具體的인 權利保護의 利益이 있을 때에만 權限爭議審判의 請求가 可能하다.

## (3) 請求書의 記載事項 및 請求其間

權限爭議審判의 請求書에는 다음 사항을 기재하여야 한다. ① 請求人 및 審判修行者 또는 代理人의 표시 ② 被請求機關의 표시 ③ 審判對象이 되는 被請求機關의 處分 또는 不作爲 ④ 請求의 이유 ⑤ 기타 필요한 사항 등이다. (憲再法 § 64) 또한 權限爭議의 審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60日 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180日 이내에 請求하여야 한다. 이 其間은 不變其間으로 한다.(憲再法 § 63)

## (4) 決定 定足數 및 決定의 內容

憲法裁判所는 裁判官 7人 이상이 參席하고 參席裁判官中 過半

數의 贊成으로 權限爭議의 判決을 한다. 憲法裁判所는 審判의 대상이 된 國家機關 또는 地方自治團體의 權限이 存否 또는 범위에 關하여 判斷한다. 위의 경우 被請求機關의 處分 또는 不作爲가 이미 請求人의 權限을 침해한 때에는 이를 取消하거나 그 無效를 확인할 수 있다.(憲再法 § 66) 機關爭議訴訟은 訴訟當事者間에 發生한 紛爭의 解決이 最優先의 任務이기 때문에 憲法裁判所는 그 決定으로 機關爭議의 原因이 된 具體的인 處分이나 措置의 有效・無效를 分明히 해야 하는 것이다.

#### (5) 假處分

憲法裁判所가 權限爭議審判의 請求를 받은 때에는 職權 또는 請求人의 申請에 의하여 終局決定의 宣告時까지 審判對象이 된 被請求機關의 處分の 效力을 停止하는 決定을 할 수 있다.(憲再法 § 65)

#### (6) 決定의 效力

憲法裁判所의 權限爭議審判의 決定은 모든 國家機關과 地方自治團體를 羈束한다. 國家機關 또는 地方自治團體의 處분에 대하여 이미 생긴 效力에 影響을 미치지 아니한다.(憲再法 § 67) 따라서 訴訟當事者인 國家機關이나 地方自治團體는 憲法裁判所의 決定에 따라 그 處分이나 不作爲를 是正해야 하고, 다른 國家機關이나 地方自治團體도 憲法裁判所의 決定을 尊重해야 한다.

## 第2節 우리나라 權限爭議審判制度의 問題點

### 1. 裁判部の 構成問題

憲法 第111條 第2項은 憲法裁判所는 法官의 資格을 가진 9人의 裁判官으로 構成한다고 規定하고 있다.(憲再法 § 3) 따라서 憲法裁判所는 9人의 裁判官으로, 憲法 第111條 第1項이 列記하고 있는 事項의 審判을 管掌하지 않으면 안 된다. 憲法裁判所는 司法的方法에 의하여 憲法을 保障하는 機關이다. 司法的 保障은 第3條의 權力인 法院이 아니면, 中立의 權力인 憲法裁判所에 이를 맡기는 것이 일반적이다. 憲法裁判所에 의한 基本權保障方式은 權限爭議審判등을 통하여 이루어지는 方式이다. 憲法裁判所의 權限爭議審判등은 直接的으로는 國家權力的 恣意的인 公權力行使를 統制하기 위한 것이지만, 이러한 審判들은 權力에 대한 그 統制機能을 통하여 間接的으로는 基本權의 保障에 寄與하는 것이다.<sup>142)</sup>

地方自治의 本質은 市民主權의 立場에서 人權保障의 制度로서 把握할 때에는 憲法裁判所의 機能이 重要한 意味를 가지게 되는 것이다. 또한 우리 憲法裁判所는 司法府의 章에서 規定된 司法機關은 아니고, 그 機關의 構成이 政治的인 것이기 때문에 政治的審判機關이라고 볼 수도 있는 것이다.<sup>143)</sup>

이와 같이 憲法裁判所는 多樣한 事項에 관한 審判을 管掌해야 할뿐만 아니라 政治的事項에 대하여 審判을 하여야 하는 것이다. 國

---

142) 權寧星, 前提書, p.953.

143) 金哲洙, 新稿 憲法學概論(博英社, 1991), p.987.

家와 地方自治團體가 各各 法人格을 가지고, 並列의 立場에서 所管事項을 遂行하는 것이 오늘날의 國家와 地方自治團體의 關係이다. 그러나 李朝時代부터의 強力한 中央統治라는 歷史的背景과 日帝植民地時代下에서의 植民地統治가 가져온 中央支配의 鐵拳政治, 1948年 새 政府樹立以後 國土의 分斷, 6·25 戰爭의 遂行, 中央行政官僚에 의해 主導된 經濟開發의 推進과 行政의 近代化 내지 現代化 努力등은 憲法이 指向하고 있는 國家와 地方自治團體間의 關係가 그렇게 順坦하고 容易하게 維持될 수 있을 것인가에 대하여 많은 疑問을 갖게 하는 것이다. 그것은 앞으로 國家와 地方自治團體間에 權限爭議가 많이 發生할 可能性이 있음을 말하는 것이기도 한 것이다. 더욱 地方議會議院選舉法은 廣域地方自治團體의 議會議員 選舉에 있어서 候補자의 所屬政黨의 推薦書를 添附케 하는 등 政黨의 關與를 許容하고 있다. 따라서 執權黨의 政府와 執權黨 아닌 政黨員이 多數인 特定 地方議會間에는 많은 見解의 差異가 所管事項의 權限을 둘러싸고 發生할 것도 豫見된다. 특히 地方自治團體의 章이 그 住民에 의해 直選되는 경우에는 이러한 現象이 더욱 深化될 可能性이 있다. 이러한 것은 憲法裁判所에로의 國家와 地方自治團體間의 權限爭議에 관한 審判請求의 內容이 政治的인 것이 많으므로, 憲法裁判所에게 많은 負擔을 주게 될 것이다.

憲法裁判所의 裁判官 9人中 3人是 國會에서 選出하는 者를, 3人是 大法院長이 指名하는 者등을 大統領이 任命하도록 되어 있다. 憲法裁判所의 長은 國會의 同意를 얻어 裁判官中에서 大統領이 任命한다.(憲再法 § ②③④) 이와 같이 憲法裁判所를 大統領, 國會, 大法院長의 3者로 하여금 合同으로 構成하게 한 것은 그 機能의 合理化를

위한 것이기도 하지만, 그 管掌事項이 政治的司法의 性格을 띠고 있기 때문에 政治的中立性을 維持하도록 하기 위한 것이라고 指摘되고 있다.<sup>144)</sup> 그러나 大統領도 特定 政黨의 黨員인 것이 일반적이고, 國會議員의 大部分이 特定 政黨員인 것이 一般적이다. 따라서 政治的中立을 憲法裁判所의 裁判官에게 保障해 주기 보다는 政治적으로 中立해야 한다는 負擔을 주는 것이 된다. 이러한 狀況과 負擔속에서 政治的 利害關係가 얽혀져 있고, 政黨이 背後에서 注視하고 있는 國家와 地方自治團體間의 權限爭議의 審判을 現在 制度의 裁判部로서 擔當하는 데에 果重한 負擔이 되지 않을까 생각된다. 憲法裁判所法第38條는 審判其間을 審判事件을 접수한 날로부터 180日 이내에 終局決定의 宣告를 하도록 規定하고 있으므로 해서 時間 上의 負擔도 안고 있는 것이다.

## 2. 權限爭議審判關係의 多元化問題

地方自治團體相互間의 權限爭議事件은 이를 一般法院의 權限으로 하는 것이 바람직하고, 특히 市·郡 또는 自治區 相互間의 權限爭議事件까지 管掌할 重要性에 疑問을 提起하면서, 憲法裁判所는 憲法事件만 擔當하고 行政사건은 大法院 傘下에 行政裁判所를 設置하여 맡기는 것이 옳다는 見解가 있다.<sup>145)</sup> 프랑스, 독일 등의 權限爭議審判制度의 檢討에서 본 바와 같이 이들은 憲法院과 國參事

---

144) 權寧星, 前揭書, p.955.

145) 金鐵洙, 「憲法裁判所法の 改正方向」, 法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象 (憲法裁判所, 1990), p. 243.



院, 聯邦參事院, 聯邦憲法裁判所, 聯邦行政裁判所 등에서 權限爭議事項의 內容 그리고 適用法の 內容 그리고 適用법의 差異등에 따라서 爭議審判機關이 다르다. 그러나 그들 나라와 우리가 政治・社會・文化的背景이 다르고, 憲法事實과 憲法規範의 一致度가 같을 것인가 하는 問題에 대한 明確한 解答을 얻는 것이 先決問題로 생각된다. 또한 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議에 있어서 憲法事件과 法律事件과의 區別이 과연 明白한가 하는 疑問도 提起된다.

### 3. 國家機關을 政府에 限定한 問題

憲法 第111條 第1項 4號는 憲法裁判所의 管掌事項으로 國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間의 權限爭議에 관한 審判을 規定하고 있다. 이 國家機關에는 立法機關, 行政機關, 司法機關은 물론이고 中央選舉管理委員會도 包含되는 것으로 理解되고 있다.<sup>146)</sup> 그러나 憲法裁判所法 第62條 第1項 2號는 國家機關과 地方自治團體의 權限爭議審判을, “가”와 “나”로 나누어, “가”에서 政府와 特別市・直轄市 또는 道間의 權限爭議審判, “나”에서는 政府와 市・郡 또는 地方自治團體인 區間의 權限爭議審判을 規定함으로써 「國家機關」을 政府에 限定하고 있다. 이 경우, 憲法이 國家機關으로 規定하고 있는 「國家」를 憲法裁判所法으로 「政府」로 制定할 수 있는냐고 하는 疑問이 提起된다. 地方自治가 活性化되어 갈수록 政府 以外の 國家機關도 權限爭議가 發

---

146) 金鐵洙, 新稿憲法學概論, p.1002; 權寧星, 憲法學原論 p.976; 許營, 韓國憲法論, pp.819~820.

생활 가능성이 많을 것인즉 이 문제가 더욱 크게擡頭될 것이 아닌가 생각된다.

#### 4. 辯護士強制主義

憲法裁判所法 第25條 第2・3項은 憲法裁判의 代理人의 資格을 辯護士로 限定하여 一般人的 代理나 本人訴訟을 막고, 辯護士強制主義를 採擇하고 있다. 이것은 憲法裁判이 高度의 憲法知識이 必要하므로, 憲法訴訟의 公正化・迅速化를 기하기 위한 것이라고 한다.<sup>147)</sup>

憲法裁判所法 第31條는 裁判部가 事件의 審理를 위하여 必要하다고 인정하는 경우에는 職權에 의하여 證據調査를 할 수 있고 裁判長은 필요하다고 인정할 경우에는 裁判官중 1人을 지정하여 그 證據調査를 할 수 있도록 하는 등 職權主義的節次를 規定하고 있으므로 반드시 辯護士強制主義를 採擇해야 하는가 하는 문제가 提起된다.<sup>148)</sup> 더욱 憲法裁判所法 第37條 第1項은 憲法裁判所의 審判費用을 國家負擔으로 할 것을 規定하고 있고, 第70條에서는 憲法訴訟審判을 請求하고자 하는 者가 辯護士를 代理人으로 選任할 資格이 없는 경우에는 憲法裁判所에 國選辯護人을 選任하여 줄 것을 申請할 수 있도록 規定하고 있는 것 등을 보면 辯護士強制制度의 問題點을 理解할 수가 있다. 우리 地方自治團體의 財政自立도가 아직 많이 낮은 것을 勘案한다면 이 制度는 實際에 있어서

---

147) 金哲洙, 前揭論文, pp. 239~240.

148) 李時潤, 「韓國의 憲法裁判制度」, 憲法裁判의 理論과 實際(憲法裁判所, 1990), p.85.

地方自治團體의 政府에 대한 權限爭議의 審判請求를 抑制 내지는 不可能하게 만들 可能性이 높다. 財政自立度も 낮은 地方自治團體에서는 不足分을 中央政府의 補助에 依存하지 않을 수 없는 것이 오늘날의 우리 現實인만큼 그러한 側面은 弱하게 作用할 憂慮가 있다.

독일에서는 一般法院에서 辯護士強制主義를 採擇하고는 있으나, 憲法訴訟에서는 이를 強制하지 않고 있고, 스페인에서는 濫訴를 防止하기 위하여 憲法訴願에만 辯護士強制主義를 採擇하고 있다.

## 5. 假處分制度

憲法裁判所法 第65條는 憲法裁判所가 權限爭議審判의 請求를 받은 때에는 職權 또는 請求人의 申請에 의하여 終局決定의 宣告 時까지 審判對象이 된 被請求機關의 處分の 效力을 停止하는 決定을 할 수 있도록 規定하고 있다. 이러한 執行停止의 假處分制度는 保全的性質이 있기 때문에 本案請求가 理由 있는 것으로 一應 받아들이기 쉽다. 그러나 그 決定과 本案 權限爭議審判의 終局決定과는 別個의 것으로서 審判節次가 遂行되어야 함은 再言을 要치 않는다 할 것이다. 過去의 例를 보면 法院이 行政事件에 있어서 執行停止에 相當히 인식하였다는 指摘은<sup>149)</sup> 政府와 地方自治團體間의 權限爭議審判에도 그러한 傾向이 나타날 것이 아닌가 하는 憂慮를 하게 한다.

---

149) 李英秀, 「辯護士가 본 行政訴訟」, 變則擔保・行政訴訟事務上の 諸問題(法院 行政處, 1982), p.750.

## 6. 審判節次에의 參加問題

國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判은 具體的인 權利保護의 利益을 前提로 하는 것이나, 國家機關과 地方自治團體의 憲法上 權限과 義務에 관한 明白한 限界를 設定하게 되는 一種의 機關的訴訟으로서의 性質을 갖고 있으며, 憲法裁判所의 審判結果가 다른 國家機關과 地方自治團體도 羈束하기 때문에 다른 國家機關이나 地方自治團體가 要請하면 審判節次에의 參加가 許容되어야 하지 않느냐는 問題가 提起된다. 吟味할 必要가 있다고 생각된다.<sup>150)</sup>

## 7. 前審節次의 導入問題

國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判制度의 目的은 爭議의 解決이다. 이 爭議의 解決方法이 보다 간편하고 신속한 것이 더 바람직하다는 것은 말할 필요가 없을 것이다. 그러한 目的에 合當한 것이 兩當事者間의 直接的인 對話에 의한 解決方法일 것이다. 이 直接的인 對話를 主眼하여 주되, 法的側面에서의 調整과 仲裁을 해주는 國家機關이 있으면 더욱 效果的일 것이다. 이러한 調整 내지 仲裁結果的으로 時間과 經費의 濫費로 解決 될 수 있는 程度의 것이면, 憲法上의 權限爭議審判節次까지 進行되지 않을 것이라는 立場에서는 그러한 主張에도 一理가 있다고 할 것이다.

---

150) 許 營, 韓國憲法論, p.821.

그러나 우리의 紛爭解決手段은 對決보다는 對話였다고 하는 歷史的, 社會的背景을 無視할 수는 없다. 「싸움은 말리고, 흥정은 붙여 주라」는 우리의 俗說속에서 紛爭解決의 方法에 관한 素卜하고도 基本的인 構圖를 發見할 수 있을 것이다. 時間과 經費의 濫費에 지나지 않을 것이라고 主張하는 憂慮에 대하여는 調整 내지 仲裁節次의 經由與否를 自由選擇主義로 하면 解消될 수가 있을 것이다.

國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議審判制度가 처음으로 採擇된 것인 만큼, 爭議의 兩當事者는 이러한 간편한 節次를 통하여 滿足할 만한 所期의 目的을 얻을 수 있을 것인가의 與否를 빨리 把握할 수 있을 것이다. 또한 憲法裁判所에 權限爭議審判請求를 하기 앞서 可能的 限 兩當事者가 各己 自己主張을 充分히 開陳함으로써 서로가 自己判斷의 誤謬를 줄일 수 있다. 또한 事實關係, 法律上の 爭點이 明確해진다. 이러한 調整내지 仲裁審判制度가 兩當事者間에 冷却期를 주게 됨으로써 紛爭解決을 容易하게 할 것이고, 結果적으로 憲法裁判所에게 負擔을 輕減시켜주는 效果를 가져다 줄 것이다. 따라서 問題의 核心은 어떤 國家機關이 이 調整 내지 仲裁審判을 擔當하느냐에 있다 할 것이다.

## 第6章 우리 나라의 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議 審判制度의 發展方向

### 第1節 基本方向

오늘날 國民・住民의 民主意識의 高揚과 社會・經濟狀況의 變化 그리고 國際化에 따른 人權의 國際的保障등은 國家와 地方自治團體間의 關係를 새로운 觀點에서 把握되어야 할 時點에 이르렀다. 國家와 地方自治團體間의 機能分擔의 適正化, 並列的인 協力・協同의 促進, 地方自治團體의 住民의 行政, 政策決定에의 參加등이 國家와 地方自治團體가 對等한 地位에 서서, 併立的協力關係에 있다는 데에 基礎를 두고 있는 것이다. 高度의 産業社會에 있어서 疎外된 住民의 意思를 政策決定에 吸收하고, 住民의 部分意思・部分利益을 代表하는 地方自治團體와 國民의 全體意思・全體利益을 統合하는 國家間에 利益과 意思의 對流昆季를 통하여, 地方自治團體의 住民의 人權이 保障되는 制度의 確立이 要求되는 時點에 이른 것이다. 그러한 要求의 充足은 人權의 國際的保障의 國際的狀況과도 一致하는 것이고, 國內的으로는 「南北사이의 和解와 不可侵 및 交流協力에 관한 合意書」로 象徵되는 統一에로 가는 길을 닦는 데에 一助가 될 것이다.

즉, 地方自治團體의 住民을 위한, 그리고 人權保障을 보다 견고히 하는, 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議 權限爭議審判制度를 俱現

하기 위한 方向을 摸索한다는 立場에서 그 方案을 提示하고자 한다.

## 第2節 審判機關의 發展方向

### 1. 審判機關의 一元化維持

權限爭議의 審判을 二元化 내지는 多元化해야 한다는 主張이 있음은 前述한 바와 같다. 그러나 權限爭議審判은 國家機關과 地方自治團體를 當事者로 하고 있다. 이들 當事者들은 모두 公權力의 主體들이다. 따라서 이러한 公權力의 主體間의 爭議의 審判은 審判機關에게 많은 負擔을 주게 된다. 더욱 우리나라에 있어서의 地方自治는 그 歷史가 말해주듯 險難한 過去를 갖고 있다. 이러한 過去에서 벗어나, 市民主權的 立場에서 住民의 人權保障의 確立이라는 方向에로의 權限爭議의 審判의 展開가 얼마나 어려울 것인가 하는 것은 充分히 豫想할 수 있는 것이다. 더욱 국가와 地方自治團體間의 權限爭議 審判제도는 諸6共和國憲法에서 처음 採擇된 것이다. 따라서 그 紛爭審判에 관한 決定의 先例도 없다. 이제부터 그러한 先例를 쌓아 나아가는 일도 擔當해야 하는 것이다. 따라서 그 앞날은 더욱 어려운 것이 될 것이다.

또한 우리는 독일과 같은 聯邦國家도 아니며, 프랑스와 같은 複合的革命을 겪은 나라도 아니다. 日本과 같이 藩主制度도 經驗하지 못하였다. 그러면서도 南北分斷의 國土속에서, 住民의 凝集을 통한 굳건한 地方自治團體의 確立과 그것을 基盤으로 한 統一의 實現이라는 歷史的狀況속에 우리는 位置하고 있는 것이다. 따라서 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議 審判제도도 가장 바람직

한 것은 權限爭議의 發生을 事前에 豫防할 수 있는 制度인 것이다. 그러한 意味에서는 權限爭議審判機關인 憲法裁判所가 權限爭議發生을 豫防하는 次元에서 國家機關이나 地方自治團體로부터의 質疑에 應答을 하고, 指導하는 機能도 擔當하는 것이 要望된다.

不幸하게도 權限爭議가 發生하고, 그 審判請求가 있으면, 可能한 限 빨리 決定을 해야 하는 것이다. 그 決定에 있어서, 그것이 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議라 할지라도, 國家機關相互間의 權限爭議와 전혀 無間한 것은 아닌 것이다. 따라서 權限爭議審判의 統一性を 維持한다는 次元에서도 權限爭議의 審判을 憲法裁判所가 모두 擔當하는 一元化가 계속 維持되어야 한다.

## 2. 裁判部の 擴充

憲法과 憲法裁判所法은 憲法裁判所의 裁判官은 9人으로 規定하고 있다. 이 9人의 人員으로 上述한 權限爭議審判을 包含하여 憲法과 憲法裁判法에 規定하고 있는 所管事項을 遂行함에는 그 負擔이 重要하다. 그러므로 해서 迅速하고도 效率的인 所管業務의 遂行이 어려울 것으로 생각된다. 따라서 裁判官數의 增員과 部制의 導入이 檢討될 必要가 있다. 독일의 聯邦憲法裁判所가 第1部會와 第2部會로서, 各各 12人의 裁判官 즉, 24人의 裁判官으로, 16人의 裁判官으로 構成되어 있다. 第1部會는 대체로 規範審查와 憲法訴願을, 第2部會는 聯邦爭訟과 機關爭訟을 管掌하고 있는 것을 보면, 우리에게 많은 參考가 될 것이다.



### 第3節 審判節次의 發展方向

#### 1. 辯護士強制主義의 緩和

憲法裁判所法이 辯護士強制主義를 採擇하고 있는 것은 憲法裁判이 高度의 憲法知識등을 必要로 하므로, 憲法訴訟의 公正化・迅速化를 위한 것이라고 한다. 그러나 現實的으로 辯護士強制主義의 規定으로 해서, 財政이 貧困한 地方自治團體가 國家機關을 相對로 權限爭議審判의 請求를 할 수 없다면 오히려 더 深刻한 問題를 惹起케 할 可能性이 있는 것이다.

따라서 辯護士強制主義를 緩和할 必要性이 있게 된다. 法制官, 憲法知識이 豊富한 法學教授 뿐만 아니라, 各級地方自治團體에 勤務하고 있는 法務擔當官에게도 憲法裁判의 代理人으로서의 資格을 認定하여 준다면, 辯護士強制主義의 問題點을 解消시켜 줄 것이다. 그것은 또한 各級 地方自治團體에 勤務하는 法務擔當官에게 教育의效果가 클 것이고, 結果的으로는 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議를 豫防하는 效果도 있을 것으로 期待된다.

#### 2. 假處分制度에 있어서 「效力」停止原則

憲法裁判所法 第65條가 規定하고 있는 假處分制度의 運用에 있어서, 終局決定의 宣告時까지 審判對象이 된 被請求機關의 處分の 效力이 停止되는 原則의 定立이 必要하다. 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議에 있어서 審判請求를 提起하는 側은 大部分 地方自治團體일 것이다. 相對的으로 弱者의 立場에 있다고 볼 수 있

는 地方自治團體가 權限爭議의 審判請求를 하는 것은 그들에게 있어서 그만큼 그 문제가 深刻하고 또한 切迫하다는 것을 뜻한다. 따라서 地方自治團體와 그 住民의 權益保障이라는 側面에서 이러한 原則의 定立이 必要하며, 그것은 權限爭議審判制度의 實效性を 높여 주는 促進劑가 될 것이다.

### 3. 다른 國家機關과 地方自治團體의 審判節次에 參加의 許容

國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議의 審判은 國家機關과 地方自治團體間의 權限과 實務에 관한 限界를 明白히 할뿐만 아니라, 憲法裁判所法 第67條는 憲法裁判所의 權限爭議審判의 判定을 모든 國家機關과 地方自治團體를 지속한다고 規定하고 있다. 따라서 客觀的訴訟의 性質도 갖고 있다고 볼 수 있으므로 다른 國家機關이나 地方自治團體가 審判節次에의 參加를 要請하면 이를 許容해야 할 것이다.<sup>151)</sup>

### 4. 前審節次로서 仲裁審判制度의 導入

憲法裁判所에의 審判請求가 많아질 것이 豫想되는 現實에서 보다 效果的으로 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議를 解消케 할 수 있는 方案의 하나로서 權限爭議審判制度의 導入이 必要하다. 憲法裁判所가 管掌하는 仲裁審判節는 第三者의立場에서의

---

151) 芦部信喜, 憲法訴訟의 理論(有斐閣, 1983), pp.55~112.

仲裁審判을 保障할뿐만 아니라, 설혹 그 事案이 權限爭議審判節次까지 進行된다고 하더라도 憲法裁判所側에서는 그 爭點과 問題點을 充分히 把握하고 있으므로, 審判節次가 보다 빨리 進行될 것이다. 또한 前審節次로서의 仲裁審判節次를 不必要하다고 생각하는 當事者를 위해서는 自由選擇을 許容하는 方案도 檢討될 수 있을 것이다. 그러나 權限爭議審判節次보다 훨씬 더 그 節次를 간편하게 함으로써, 經濟的面에서나 時間的面에서 有益하면 비록 自由選擇을 許容한다 할지라도 이 仲裁審判節次의 經由를 希望하는 當事者가 많을 것이다.

## 5. 「國家機關」에 政府外에 國會, 司法府, 中央選舉管理委員會를 包含

憲法 第111條 第1項 4號가 「國家機關과 地方自治團體」의 權限爭議에 관한 審判을 憲法裁判所가 管掌하도록 規定하고 있는 趣旨에 비추어, 憲法裁判所法 第1項 2號가 「國家機關」을 「政府」에 限定하는 것은 問題이다. 앞으로 地方自治가 活性化되면서 地方自治團體와 政府 以外の 國家機關間의 權限爭議가 發生할 것이므로 이를 위해서 政府이외의 國家機關도 權限爭議의 當事者에 包含토록 해야 할 것이다.

## 6. 審判其間의 短縮

憲法裁判所의 裁判官의 充員, 部制의 導入 등 機關의 擴充이 이

루어지면, 憲法裁判所法 第38條가 規定하고 있는 審判其間の 短縮이 考慮되어야 할 것이다. 특히 權限爭議審判에 있어서는 비록 그 當事者가 國家機關이나 地方自治團體라 할지라도 그것으로 인하여 自己의 權益에 影響을 받는 國民과 住民은 많은 것이다. 따라서 國民, 住民의 人權保障의 擴充이라는 次元에서 審判其間の 短縮이 必要한 것이다.

## 第7章 結 論

制度에 관한 研究・檢討에는 結論이란 있을 수 없을 것이다. 制度는 그 存在價値의 保存・向上을 위해 恒常 發展하기 때문이다. 그 國家, 그 社會에서 實質的效用性이 없는 制度는 早晚間 사라지기 때문이다. 第6共和國憲法에서 처음으로 採擇된 國家機關과 地方自治團體間的 權限爭議審判制度는 憲法이 權限爭議의 發生이 많을 것을 豫想하고 있는 것이고, 또한 우리의 地方自治制度가 憲法이 意圖한대로 發展되도록 保障하기 위해서 規定한 것으로 생각된다. 그것은 憲法裁判所의 權限爭議의 審判의 決定을 통해 우리의 現實에 많은 地方自治團體制度가 具體的으로 다듬어져 가길 期待하고 있는 것을 뜻하기도 한다.

지금까지 憲法裁判所가 그 갖가지 어려운 與件을 克服하면서도 人權保障을 위한 金子塔을 하나 하나씩 쌓아 올려 온 발자취가 더욱 그러한 期待를 갖게 하는 것이다.

市民主權의 立場에서 人權保障을 위한 地方自治制度가 憲法裁判所의 權限爭議審判을 통해서도 完成되어가길 期待하여 마지 않는다.

그 過程과 더불어 이 主題의 研究 또한 連續될 것이다.

第2主題

國家機關 상호간의 權限爭議審判

-當事者問題에 관한 獨逸에서의  
判例와 理論을 中心으로-

金 雲 龍  
(成均館大學教)

## 目 次

第 1 章 序 .....	143
第 2 章 獨逸에서의 權限爭議制度的 成立과 法的 根據 .....	148
第 1 節 歷史的 背景과 成立過程 .....	149
第 2 節 法的 根據 .....	153
1. 基本法(GG)과 聯邦憲法裁判所法(BVerfGG) .....	153
2. 法解釋과 관계된 몇 가지 先決問題 .....	156
가) 抽象的 解釋인가 爭議의 判決인가 .....	157
나) 憲法的 權限의 主權化 .....	161
第 3 章 權限爭議制度的 法的 性格 .....	165
第 1 節 對立當事者간의 爭訟 .....	165
第 2 節 機能保障을 위한 爭訟 .....	170
第 4 章 權限爭議의 發生條件 .....	173
第 1 節 爭議의 對象 .....	174
第 2 節 爭議의 契機 .....	179
第 5 章 權限爭議의 當事者 能力 .....	188
第 1 節 當事者 能力 .....	188
第 2 節 最高國家機關 .....	191
第 3 節 其他 憲法機關 .....	193
第 4 節 其他 利害關係人 .....	198
1. 部分機關 .....	199
가) 聯邦議會的 部分機關 .....	200
나) 聯邦參事院(Bundesrat)의 部分機關 .....	210
다) 聯邦行政政府의 部分機關 .....	213

2. 政黨의 當事者能力 .....	214
第 6 章 權限爭議와 當事者適格 .....	228
第 1 節 請求人의 適格 .....	229
第 2 節 被請求人의 適格 .....	237
第 3 節 爭訟參加 .....	241
第 7 章 맺는 말	246



## 第1章 序

1987年 10월에 개정된 현행 憲法에서는 憲法裁判所制度를 채택하면서, 우리 들로서는 생소하다고 할 수 밖에 없는 몇 가지 새로운 權限事項을 이 機構의 管掌下에 두게 되었다. 憲法裁判所制度 자체도 낯선 것이지만, 이 憲法裁判所가 관장하기로 되어 있는 다섯 가지의 權限事項 가운데서 특히 權限爭議審判과 憲法訴願審判은 우리들에게는 첫 對面하는 것이나 다름없다. 그 중에서도 憲法訴願 審判制度는 韓國의 憲法에 도대체 처음으로 등장하는 것으로서, 참으로 획기적인 制度導入이 아닐 수 없다.

한편 權限爭議審判制度도 韓國에서는 처음 등장하는 것이나 다름없기는 하지만, 우리의 憲法史에서 전혀 생소한 것만은 아니라 하겠다. 1960年の 憲法改正으로 채택된 소위 第二共和國憲法에, 비록 「國家機關間的 權限爭議」로 그 대상이 좁게 限定된 것이기는 하더라도, 이미 한차례 모습을 보인 바 있었기 때문이다.<sup>1)</sup> 그러나 第二共和國憲法 자체가 단명했던 탓도 있었겠지만, 여하튼 이 權限爭議審判制度는 그때의 憲法裁判所制度가 그러했던 것처럼, 한 차례 시행되어 보지도 못하고 폐기되어 망각 속에 사라지고 말

---

1) 1960年の 第二共和國憲法 第83條의 3은 憲法裁判所의 管掌事項으로서

1. 法律의 違憲與否審查
  2. 憲法에 관한 最終的 解釋
  3. 國家機關間的 權限爭議
  4. 政黨의 解散
  5. 彈劾製版
  6. 大統領, 大法院長과 大法官의 選舉에 관한 訴訟
- 등 여섯가지를 열거 하였다.

았다. 그래서 그 이후 現行憲法이 채택되기까지는 行政訴訟法上 機關訴訟에 관한 規定<sup>2)</sup>이 있는 것으로 自足했을 뿐, 學界나 實務界나 어느 쪽에서도 憲法의 次元에서 이 制度를 導入할 必要性이 있다고 力說한 例가 없었을 뿐만 아니라, 外國에서의 法制와 實效를 比較法的 眼目으로 살펴본 例도 거의 없었다. 이 點에서 볼 때, 비록 現行 憲法에서 처음 채택된 制度이기는 하지만, 그간 독일의 理論과 判例를 중심으로 하여 깊은 觀心의 대상이 되어 왔고, 그런 연고로 일단 채택된 다음에는 단시일 내에 널리 보급되어 그 活用度가 가히 폭발적이라 할 수 있을 정도인 憲法訴願審判制度和 크게 對照된다고 하지 않을 수 없다. 學問的으로나 實務的으로나 아무런 照明도 받지 못하던 이 制度는 일단 憲法에 채택된 다음에도 憲法裁判의 다른 分野에 비하여 진지한 觀心의 대상이 되지 못하고 있는 것이 사실이다.

그렇지만 現行 憲法 第111條 1項의 規定만 놓고 볼 때 적어도 憲法起草者들은 權限爭議審判制度를 채택하면서, 대단히 의욕적이었다는 인상을 받지 않을 수 없다. 1960年 憲法에서는 「國家機關間的 權限爭議」로 限定했던 것과는 달리, 現行 憲法에서는 「國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間的 權限爭議에 관한 審判」으로 權限爭議의 폭을 넓게 잡고 있기 때문이다. 새로운 民主化運動의 흐름 속에서 한편 權限爭議審判을 통하여서도 民主的 憲法秩序를 保障하려는 경향이 더욱 뚜렷해지리라는 예상과 함께 앞으로 다가올 地方自治時代에 이르러서는 다양한 內容의 權限爭議가 폭주하리라는 예상 때문에 이처럼 폭넓은 權限爭議審判制度를 받아들여지게 된 것으로 짐작된다. 요컨대 法文으로 나타난 意欲과 學界와 實務界에서 실제로 표명하는 觀心과 意欲이 서로 어긋나는데서 빚어지는 現象을 여기에서

---

2) 이 點과 관련하여 특히 行政訴訟法 第3條 및 4號 및 第45・46條 참조.

도 찾아 볼 수 있다고 하겠다.

여하튼 이러한 憲法條項을 근거로 憲法裁判所法 第61條부터 第67條까지의 規定이 생겨났을 뿐만 아니라 그 테두리 안에서 意味를 지니는 것이다. 특히 權限爭議審判의 請求事由를 규정한 第61條, 權限爭議審判의 種類를 열거한 第62條 그리고 權限爭議審判의 結果로 내려지는 決定의 內容과 範圍를 규정한 第66條는 權限爭議審判制度를 운영해 나가는데 있어서 重要的 意義를 지니는 條項들이라 하겠다. 그러나 制度運營의 밑바탕이 되는 憲法을 비롯한 法制에 있어서는 어느 정도 갖추게 되었음에도 불구하고, 學理的 研究나 實際에 있어서는 이 權限爭議審判制度는 아직도 前人未路의 處女地로 남아있음을 부인하기가 어렵다.

이 論文에서는 權限爭議 가운데서도 특히 國家機關 상호간의 權限爭議만을 대상으로 하려고 하는데, 이것이 전혀 생소한 分野라는 點에 있어서는 다름이 없다. 다만 앞으로 地方自治가 活性化됨에 따라 國家機關과 地方自治團體間 그리고 地方自治團體 상호간의 權限爭議가 상당數 提起되리라고 예상되고, 이러한 추세와 어울려 國家機關 상호간의 權限爭議도 어느 정도의 숫자에 이를 것으로 기대된다. 權限爭議審判制度의 運營에 있어 우리보다 앞서 있는 獨逸의 例를 보더라도, 聯邦과 州間 및 州相互間의 權限爭議審判例가 1951년부터 1989년까지의 其間에 모두 46件이었고, 같은 欺間 동안에 聯邦政府 次元의 國家機關 상호간의 그러한 審判例는 36件이어서<sup>3)</sup> 우리의 예상과 기대를 어느 정도 뒷받침해 주는 것으로 보인다. 요컨대 權限爭議審判制度는 아직까지 우리에게 생소한 것으로 머물러 있지만, 앞으로 이 分野에서의 事例가 적지 않게 提起되리라는 예상이 든다는 뜻이다.

---

3) 이러한 통계수치는 第二次資料에 의한 것으로서, Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl.(München, 1991), S.51 참조.

그러나 法制만 갖추어져 있을 뿐, 실제로 참고할 만한 先例가 전혀 쌓여있지 않은 만큼, 앞으로 具體的인 爭議가 제기되는 경우, 우리로서는 外國에서의 경험과 先例를 중요한 參考資料로 삼지 않을 수 없는 형편이다. 權限爭議 가운데서도 國家機關 상호간의 權限爭議에서 특히 그러하다고 하겠다. 國家機關과 地方自治團體間이나 地方自治團體 상호간의 權限爭議와는 달리, 國家機關 相互間的 權限爭議는 우선 한 國家 內에서 最高의 位置에 있는 對等한 當事者간의 다툼이고, 또 國家機關間的 다툼은 대체로 심각한 政治的 意義를 내포하게 마련이기 때문이다.

우리보다 앞서 있으면서, 많은 경험과 先例를 쌓아가고 있는 나라로서, 그 어느 나라보다도 獨逸을 들 수 있을 것이다. 그런데 獨逸의 경우에 있어서도 聯邦最高의 國家機關 상호간의 權限爭議를 憲法裁判의 方式으로 審判・處理한다는 것은 歷史的으로 생소한 것으로서, 사실상 現行 基本法의 制定에서부터 비롯된 일이다. 그래서 한 學者의 表現에 의하면 『聯邦最高國家機關間的 權限爭議制度를 導入함으로써, 基本法은 未開拓地에 접어들게 된』<sup>4)</sup> 것이다. 그러나 獨逸의 聯邦憲法裁判所는 지나간 40年동안 이 새로운 未開拓地에서 우리로서는 주목할만한 審判例를 내 놓았을 뿐만 아니라 그에 부수하여 다양한 경험과 先例를 쌓아 온 것이 사실이다. 그리고 비록 憲法과 憲法裁判所法을 중심으로 한 法制에 있어서는 韓國과 獨逸간에는 적지 않은 差異가 있더라도, 權限爭議審判制度를 포함한 憲法裁判制度 全般을 實定憲法으로 채택함에 있어서, 獨逸의 憲法例에서 示唆받은바 큰 것은 否認할 수 없겠다. 따라서 앞으로 韓國의 憲法裁判所가 國家機關 상호간의 權限爭議를 審判함에 있어서, 獨逸의 경험과 先例가 훌륭한 參考資料가 되리라고 본다.

---

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

獨逸의 例에 비추어 이 글에서는 當事者能力과 當事者適格에 주로 초점을 둔 當事者問題를 重點課題로 삼고 있다. 그리고 이러한 重點課題를 둘러싸고 있는 다른 問題, 예컨대 權限爭議의 法制上的 與件은 어떻게 되었는가, 그리고 權限爭議의 性格을 어떻게 규정할 것인가 등의 問題도 함께 概觀하려고 한다. 이를 위하여 주로 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例와 이를 둘러싼 學說・理論을 참고로 삼는다.

## 第2章 獨逸에서의 權限爭議制度的 成立과 法的根據

韓國의 憲法과 憲法裁判所法에 규정되어 있는 「國家機關 相互間的 權限爭議」에 해당하는 것으로 獨逸의 경우에 있어서는 獨逸基本法 第93條 1項 1號 (Art. 93, I Nr. 1 GG)와 獨逸聯邦憲法裁判所法 第13條 5號 및 第66條以下 (§13 Nr.5, §63ff. BVerfGG)에 규정해 놓은 權限爭議를 들 수 있을 것이다. 이를 지칭하는 用語로서 일반적으로 權限爭議를 뜻하는 “Organstreit” 또는 “Organstreitigkeit” “Organstreitigkeit innerhalb des Bundes”나 “Bundesorganstreit” 등 여러 가지를 뒤섞어 쓰고 있지만, 그 어느 것도 공식적으로 인정된 法的 名稱은 아니다.<sup>5)</sup>

그러나 聯邦憲法裁判所는 이러한 權限爭議를 간단히 “Organstreit”로 표현하는 것이 보통이며,<sup>6)</sup> 學者들도 대체로 이 用語例에 따르는 것으로 보인다. 따라서 이 글에서도 간단히 줄인 「權限爭議」라는 用語로써 聯邦最高의 國家機關 상호간의 權限爭議를 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 「憲法爭訟」(Verfassungsstreitigkeit)이라는 用語를 쓴 例도 있었다. BVerfGE 1, 208(219)참조.

## 第1節 歷史的 背景과 成立過程

中央政府와 州政府간의 權限爭議라는 것만을 놓고 본다면, 獨逸의 憲法史에서 權限爭議審判制度의 歷史는 결코 짧은 것이 아니다. 中央의 帝國政府가 支邦의 政府를 상대로 벌이는 監督과 統制를 司法的 方式으로 행한 데에서부터 權限爭議制度의 뿌리를 찾는다면, 그 歷史는 神聖로마帝國시대까지 거슬러 올라 갈 수도 있을 것이다.<sup>7)</sup> 그러나 이 制度가 좀더 구체화된 모습으로 선보이기는 立憲主義時代에 접어들어 1894年の 帝國憲法草案에서 엮고, 그러다가 正작 現代的 意味의 憲法에 자리잡기는 1919年の 「바이마르」 憲法에 이르러서이다.<sup>8)</sup>

그러나 帝國과 支邦간의 關係에서와는 달리, 聯邦內 最高國家機關 상호간의 關係에서 제기되는 權限爭議와 관련해서는 그러한 爭議가 지나는 本質的 特殊性 때문에, 이를 憲法上의 制度로 구현하기는 現行 基本法에 이르러 처음이며, 그 以前에는 그런 先例가 없었다. 1871年の 소위 「비스마르크」 憲法은 물론이고 1919年の 「바이마르」 憲法에서도 이러한 國家機關 상호간의 權限爭議에 대해서는 아무런 配慮도 하지 않은 채, 오로지 政治的 힘을 바탕으로 한 調整에만 맡겨 놓고 있을 뿐이었다. 물론 19세기의 立憲主義時

---

7) 이 點에 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」 教授는 權限爭議制度를 일컬어 『憲法爭訟制度의 原型』이라고 까지 했다. Theodor Maunz, in: Maunz u. a., *BVerfGE*, § 13, RdNr. 43. 이와 관련하여 특히 Schlaich, *aa.O.*(FN3), S. 64 및 Klaus Stern, in: *Bonner Kommentar*, Art. 93, RdNr.329 참조.

代에 君主와 等族간의 契約의 형태로 成立된 일부 支邦憲法에서는, 그 支配內的 政府와 等族會議간에 憲法의 解釋과 관련된 意見의 相馳가 있을 경우, 이 問題를 國家裁判所에 提訴한다는 規定을 둔 例가 있기도 했다.<sup>9)</sup> 그리고 1849년의 帝國憲法草案도 中央의 帝國政府와 帝國議會 次元의 權限爭議를 帝國裁判所에서 審判하도록 한다는 條項을 둔 바 있었다.<sup>10)</sup> 그러나 이러한 모든 것은 帝國全體를 위한 實定 憲法은 아니었다. 이미 언급한 바도 있지만, 심지어 「바이마르」 憲法도 州水準의 權限爭議까지만 州의 憲法裁判所나 「라이히」 國事裁判所에서 審判한다고 規定해 놓고 있을 뿐이었다. 따라서 聯邦의 最高國家機關 상호간에 權限爭議가 생겨나는 경우, 이를 聯邦憲法裁判所로 하여금 審判하도록 하는 現行 制度의 채택은 獨逸로서는 전혀 새로운 試圖라고 해도 과언이 아닐 것이다.<sup>11)</sup>

現行 基本法の 起草 當時, 소위 「헤렌힘제」 草案(Herrenhimseer Entwurf) 98條 2號는 『最高聯邦機關 및 이 基本法에 의하여 固有

---

9) 代表的인 例로서 1831년의 「작센」 憲法 153條를 들 수 있을 것이다. 이에 관해서는 Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S.53 참조.

10) 보다 상세한 內容을 위해서는 특히 Ulrich Scheuner, “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert”, in : Christian Starck, hrsg., Bundesverfassungsgesetz, Festgabe, Bd. I(Tübingen, 1976), S. 30 참조.

11) 그렇지만 이미 「바이마르」 共和國時代에도 「안슈츠」(Gerhard Anschütz), 「토마」(Richard Thoma)와 같은 學者 그리고 1927년의 第34次 獨逸法律家會議(34.Deutscher Juristentag)는, 最高國家機關 상호간의 憲法爭訟이 제기 되었을 때 이를 國事裁判所로 하여금 審判하도록 하기 위하여, 州水準의 權限爭議 審判을 규정한 「바이마르」 憲法 第19條와 같은 새로운 條項을 신설해야 한다고 주장한 바 있었다. 이에 관하여서는 Stern, *a.a.O.*(FN 8)RdNr. 71; Pestalozza, *a.a.O.*(FN4), S. 98 참조.



의 權利가 부여된 部分機關 상호간의 憲法爭訟에 관해서』는 憲法裁判所가 審判한다고 되어 있었다. 그러나 이 草案이 制憲會議에 넘어 갔을 때, 반응은 크게 호의적인 것은 아니었다. 그래서 司法制度分科委員會는 그러한 事項은 裁判의 대상이 될 수 없다는 理由를 내세워 이 條項을 전면적으로 삭제하는 것이 바람직하다는 意見을 내놓았다. 이에 대하여 憲法全般을 총체적으로 다룬 總體分科委員會(Der allgemeine Rechtsausschuss)로서는 것처럼 극단으로 치우치기보다도 原案을 修正하는 쪽을 택했다. 그래서 憲法爭訟 자체는 뒷전으로 밀려나고, 대신 이러한 다툼을 계기로 한 基本法의 解釋이 全面으로 부각되게 된 것이다. 이 委員會의 安에 의하면, 聯邦憲法裁判所는 『聯邦最高機關의 權利와 義務의 범위에 관한 爭訟을 계기로 하여 基本法의 解釋에 관하여』 審判해야 하며, 爭訟 그 自體에 관하여 審判해서는 아니 된다고 했다. 이러한 다툼이야말로 不信任投票나 政府案의 拒否와 같은 放送을 거쳐 聯邦議會나 聯邦行政府 또는 聯邦參事院(Bundesrat)에 의해서 처리 되어 할 事項인 만큼, 聯邦憲法裁判所는 具體的인 爭訟을 계기로 삼아, 基本法의 解釋에 관해서만 判斷해야만 한다는 것이다.<sup>12)</sup> 結局 이 案은 獨逸基本法 第93條 1項 1號의 規定으로 나타나게 되었다.

비록 基本法의 解釋이라는 것으로 限定되기는 했지만, 이렇게

---

12) 獨逸聯邦憲法裁判所는 이 點과 관련하여 밝히기를, 現行 基本法 第93條 1項 1號의 規定은 근원에 있어 소위 「헤렌힘제」 草案 98條 2號에 뿌리를 두고 있는 것이기는 하지만, 이것이 制憲會議에서 修正을 받아 현재의 內容으로 바뀌었다고 했다. 따라서 聯邦憲法裁判所의 判斷의 對象은 爭訟 그 自體가 아니며, 憲法裁判所는 先決問題 즉 憲法의 解釋에 관해서만 判斷하는 것을 所任으로 해야 한다는 것이다. 이 點에 관해서는 BVerfGE 2, 143(152~3)참조.

해서 獨逸의 憲政史上 처음으로 中央의 國家機關 상호간의 關係에서 야기되는 憲法上的 問題가 司法府 判斷의 대상이 된 것이다. 그리고 獨逸基本法은 이렇게 立場을 定함으로써 憲法爭訟節次를 포기하고 오히려 憲法解釋節次 쪽을 택한다는 뜻을 基本法의 明文規定으로 표현한 것이다.

그러나 그 후 聯邦憲法裁判所法(BVerfGG)의 制定으로 法的 狀況은 전혀 다른 方向으로 進진되게 되었다. 즉 聯邦憲法裁判所法 第63條 以下 67條까지의 規定, 특히 64條 1項의 規定이 채택됨으로써, 聯邦憲法裁判所는 「基本法의 解釋」보다도 憲法爭訟 自體의 審判을 所任으로 하게 되었다는 것이다. 요컨대 달리 표현하면 本法 第93條 1項 1號는 結果적으로 이미 버려졌던 소위 「헤렌히제」 草案 98條에 2號에 의하여 다시 한번 교란되기에 이르렀다는 뜻이다. 따라서 憲法裁判所法의 해당 條項이 基本法 第93條 1項 1號에 저촉된다는 違憲論이 提起되기도 하였지만, 聯邦裁判所는 일찍부터 合憲을 선언하면서, 正當化해주는 태도를 취했다.<sup>13)</sup> 결국 오늘날에 이르기까지, 聯邦憲法裁判所는 聯邦憲法裁判所法의 規定에 따라 「基本法의 解釋」이라는 추상적인 先決問題에 대한 判斷보다도, 구체적인 憲法爭訟으로서의 權限爭議의 審判을 그의 所任으로 하게 되었다.

---

13) 이 점과 관련하여, 聯邦憲法裁判所는 지적하기를 『基本法 第93條 1號의 文句上的 表現은 分明하지 않으며, 또 확정적인 規定을 보여주고 있는 것이 아니다. 따라서 基本法 第94條 2項에 따라 節次를 정할 目的으로 제정된 聯邦憲法裁判所法은 그러한 憲法條項의 內容을 보다 상세히 定할 수 있다』라고 한 다음, 聯邦憲法裁判所는 一般 法律을 통하여 기타 事案에 대한 管轄權을 부여받을 수 있다고 規定한 基本法 第93條 2項에 이러한 모든 事項이 포용될 수 있다고 했다. BVerfGE 1, 208(231f.) 참조.

## 第2節 法的 根據

聯邦最高 國家機關 상호간의 관계에서 제기되는 權限爭議審判制度和 관련하여 그 根據法規를 基本法과 聯邦憲法裁判所法에서 찾아 볼 수 있다.

### 1. 基本法(GG)과 聯邦憲法裁判所法(BVerfGG)

다른 경우와 마찬가지로 國家機關 상호간의 權限爭議審判이 행하여지기 위해서는 國家機關이나 기타 특정한 利害關係者の 權利・義務에 관한 爭議를 前提하지 않을 수 없다. 이 경우에 있어 당연 自명한 것이면서 특히 강조되는 點은 爭議當事者사이에 憲法的 關係를 바탕으로 한 다툼이 먼저 存在해 있어야 한다는 것이다.<sup>14)</sup> 이 點에서 國家機關간의 權限爭議(Organstreit)가 抽象的 規範統制나 行政法上的 爭訟과 區別될 수 있기 때문이다. 이렇게 「憲法的 關係」와 이를 바탕으로 한 「다툼」을 전제한다고 할 때, 어느 쪽에 더 力點을 두는가에 따라 이 權限爭議審判制度的 性質自體가 달라 질 수 있는 것이다. 法條文만을 놓고 볼 때, 基本法(GG)은 前者에 力點을 두고 있는 것으로 보이는 반면에 聯邦憲法裁判所法(BVerfGG)은 後者에 주로 초점을 맞추고 있는 것으로

---

14) 이에 관해서는 Pestalozza, *aa.O.*(FN4), SS. 99-100; 그리고 聯邦憲法裁判所는 밝히기를 “國家機關간의 權限爭議의 當事者は 憲法的 法律關係를 지니고 있어야 하며, 이러한 法律關係로부터 야기되는 어떤 특정한 結果와 관련하여 當事者간에 다툼이 있어야 한다”고 했다. BVerfGE 2, 143.

보인다.<sup>15)</sup>

國家機關 상호간의 權限爭議와 관련하여 가장 먼저 들 수 있는 法條文은 역시 基本法 第93條 1項 1號(Art. 93 I Nr. 1GG)라 하겠다. 이 條文을 보면, 聯邦憲法裁判所는

聯邦最高機關의 權利와 義務의 範圍, 그리고 이 基本法 또는 聯邦最高機關의 業務規程에 의하여 고유의 權利가 부여된 其他 利害關係人の 權利와 義務의 範圍에 관한 爭訟을 계기로 제기되는 이 基本法의 解釋에 관하여

審判한다고 되어 있다. 이와 對比될 수 있는 韓國憲法上的 條項으로는 역시 第111條 1項 4號밖에 없다. 韓國憲法의 條文이 獨逸基本法의 그것에 比하여 훨씬 간단하게 되어 있음을 알 수 있다.

獨逸基本法의 條文에서 특히 주목되는 部分은 「權利와 義務」, 「其他 利害關係人」(andere Beteiligter) 그리고 「基本法의 解釋」 등의 句節이다. 우선 國家機關의 權限爭議에 관한 條項에서 「權利와 義務」라는 表現을 쓰는 것이 이채롭지 않을 수 없다. 다음으로 韓國憲法 第111條 1項 4號에서는 「國家機關 相互間의 權限爭議에 관한 審判」이라는 단출한 表現을 쓰는 것과는 대조적으로, 獨逸基本法上으로는 國家機關 以外에 기타 利害關係인도 權限爭議의 當事者가 될 수 있도록 되었다는 點에서 우리의 觀心對象이 되는 것이다. 그리고 基本法의 解釋에 관하여 審判한다고 規定함으로써, 일단 權限爭議에서의 爭訟 自體에 대해서는 이를 審判의 對象

---

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

으로 삼지 않는다는 것으로 되어 있으나, 그 후에 制定된 聯邦憲法裁判所法(BVerfGG)의 일부 관계 條項은 이와는 어긋나는 뜻을 담고 있음을 주목하지 않을 수 없다.

聯邦憲法裁判所法 第13條(§13 BVerfGG)는 聯邦憲法裁判所의 管掌事項을 16 個號에 걸쳐 열거하고 있으며, 그 중 第5號는 國家機關 상호간의 권한쟁의에 관한 것이다. 그런데 이 第5號의 文句는 單語하나 바꾸지 않은 채로 基本法 第93條 1項 1號를 그대로 옮겨 놓고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 여기까지는 法條文上으로 특별히 문제될 것이 없다. 그러나 같은 法 第63條는 權限爭議審判의 請求人(Antragsteller)과 被請求人(Antragsgengner)을 聯邦大統領, 聯邦議會, 聯邦參事院, 聯邦行政府 그리고 이들 機關의 部分機關으로서, 基本法과 聯邦議會 및 聯邦參事院의 業務規程에 의하여 고유의 權利가 부여된 部分機關 등으로 밝혀 놓고 있다. 이로써 基本法의 「其他 利害關係人」의 범위를 정해놓은 點과 業務規定을 聯邦議會와 聯邦參事院의 그것으로만 局限시켜놓고 있다는 點이 특히 눈에 띈다고 하겠다.<sup>17)</sup>

같은 法 第64條 1項에 보면, 『被請求人の 處分이나 不作爲로 말미암아 基本法에 의하여 부여받은 請求人 혹은 그가 속해있는

---

16) 이와 對比될 수 있는 韓國의 憲法裁判所法 第2條 4號도 獨逸의 例와 마찬가지로 憲法 第111條 1項 4號를 그대로 옮겨 놓고 있다.

17) 韓國의 憲法裁判所法에서 이에 對比될 수 있는 條項으로서 同法 第62條 1項 1號의 「國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會 相互間の 權限爭議審判」을 들 수 있을 것이다. 이 條項이 請求人 및 被請求人の 범위를 좁혀놓고 있으나, 獨逸의 例처럼 그 범위를 넓게 잡는 확대해석도 가능하리라고 본다. 이 點과 관련하여 李時潤, “憲法裁判에 관한 官見(I)”, 憲法論叢 第1輯(憲法裁判所, 1990), 67面 참조.

機關의 權利와 義務가 침해되었거나 침해당할 직접적인 위험이 있음을 請求인이 주장하는 경우에 限하여 그 爭議審判請求는 허용된다』고 되어있다. 이 條項에 의한건대 聯邦憲法裁判所는 權限爭議로 말미암은 「基本法の 解釋」만을 審判하는 것이 아니고, 그 爭議 自體까지도 審判할 수 있는 것이다. 이를 뒷받침하기 위하여 同法 第64條 2項은 또 “審判請求에서는 被請求人の 爭議對象處分이나 不作爲로 말미암아 저촉되는 基本法の 해당 規定을 적시하여야 한다”고 밝히고 있다.<sup>18)</sup> 그리고 同法 第67條前段에 보면, “聯邦憲法裁判所는 그의 判決가운데서 被請求人の 爭議對象處分이나 不作爲가 基本法の 規定에 저촉되는가 여부를 確認한다”고 되어 있다. 여하튼 이렇게 볼 때, 國家機關 상호간의 權限爭議審判과 관련된 基本法の 規定과 聯邦憲法裁判所法 사이에 상당한 不調和가 있음을 알 수 있다.

## 2. 法解釋과 관계된 몇 가지 先決問題

聯邦最高 國家機關 상호간의 權限爭議審判과 관계된 法的 根據를 基本法和 憲法裁判所法을 중심으로 하여 살펴보는 가운데, 몇 가지 問題點을 발견해 낼 수 있다. 이미 위에서 간단히 지적한 바도 있지만, 우선 「其他 利害關係人」의 범위를 어떻게 잡는가 하는 것이 問題로 제기될 수 있을 뿐만 아니라, 우리에게는 특히 중대한

---

18) 韓國의 憲法裁判所法에서 이와 對比될 수 있는 것은 同法 第61條 2項의 “第1項의 審判請求는 被請求人の 處分 또는 不作爲가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 請求人の 權限을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다”라는 條項이 이라 하겠다.

關心事項이 아닐 수 없다. 둘째로 聯邦憲法裁判所의 所任은 基本法 第93條 1項 1號의 「基本法の 解釋」에 관한 審判인가 아니면 聯邦憲法裁判所法 第64條 1項에서 뜻하는 바처럼 權限爭議에서의 다툼 그 自體를 審判하는 것인가, 따라서 聯邦憲法裁判所法の 이 條項이 基本法에 違背되는 것이 아닌가 하는 것이 問題된다. 그리고 셋째로 國家機關의 權限처럼 客觀的 權能和 관계된 爭議分野에서 「權利와 義務」같은 主觀的 概念을 쓰는 것이 이 爭議審判制度에서 과연 어떤 意味를 지니는가 하는 것이 또 問題된다.

이러한 세 가지 問題點 가운데서, 첫 번째로 지적했던 「其他 理解關係人」의 範圍에 관한 것은 뒤 項目에서 별도로 검토하려고 한다. 이 자리에서는 둘째와 셋째 問題만을 先決問題로서 먼저 살펴 볼 必要가 있을 것 같다.

#### 가) 抽象的 解釋인가 爭議의 判決인가

基本法 第93條 1項 2號의 條文만을 놓고 볼 때, 國家機關 상호간의 權限爭議에서 聯邦憲法裁判所가 맡아서 할 일은 基本法の 解釋에만 局限된 것으로 보인다. 이 경우에 있어서는 「基本法の 解釋」은 어떠한 判決을 내리기 위한 하나의 先決問題로 머무는 것이 아니고, 직접적인 判決對象이 되는 것이다. 그리고 權限爭議에서의 다툼 그 自體는 憲法裁判所의 審判作用을 끌어내기 위한 契機로만 구실 할 뿐이다.<sup>19)</sup> 獨逸의 基本法이 權限爭議와 관련하여

---

19) 이 點을 처음 지적한 學者로서 Ernst Friesenhahn, “Über Begriff und Arten der Rechtsperchung.” in: Richard Thoma Festschrift(Tübingen, 1950), S. 56 을 들 수 있을 것이다. 한편 Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 233 참조.

처음부터 이러한 規定을 갖게 된 것은 獨逸 나뭇의 전통적 배경에서부터 연유하는 것이다. 즉 19世紀 중반 獨逸內의 各 支邦에서 채택되었던 機關간의 權限爭議審判制度는 대체로 憲法解釋 위주로 起草되었던 데에서 연유한다는 뜻이다.

그러나 이처럼 憲法解釋問題에 초점을 맞추어서 權限爭議를 바라보는 태도에 대하여서는, 일찍부터 그러한 權限爭議審判은 어차피 간접적으로는 具體的 事件에 대한 審判일 수밖에 없다는 理由로 反論이 제기되기도 했다.<sup>20)</sup> 이런 反論을 이어받아, 현행 基本法이 채택되자마자 이 基本法 第93條 1項 1號의 規定이 問題點을 지니고 있다고 지적하면서 聯邦憲法裁判所法의 制定을 통하여 이의 是正을 꾀해야 한다는 강력한 주장이 나타났었다.<sup>21)</sup> 여하튼 聯邦憲法裁判所法 第64 및 67條가 채택됨으로써, 그러한 是正論이 관철된 셈이며, 그래서 聯邦憲法裁判所法는 國家機關 상호간의 權限爭議審判에서 抽象的인 基本法解釋으로 그치는 것이 아니고 具體的인 爭訟 자체를 審判하게끔 된 것이다.

이처럼 「基本法의 解釋」에 관한 審判만을 해야 한다는 基本法 第93條 1項 1號의 規定과는 달리, 權限爭議審判은 具體的 紛爭事件에 대한 審判을 위주로 해야 한다는 主張이 지금에 이르러서는 대체적으로 그대로 受容되고 있는 것이 사실이다. 이러한 주장은

---

20) 대표적인 例로서 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 「후리켄한」 敎授의 見解를 들 수 있겠는데, 그의 見解에 의하면, 基本法 第93條 2項에 의거하여 聯邦憲法裁判所는 議會制定法律을 통하여 다른 事項의 管轄權도 가질 수 있는 만큼, 具體的인 立法에 의하여 審判의 對象을 實際에 맞지 않게 한정하는 基本法 第93條 1項 1號의 制限規定을 교정해야 한다는 것이다. Friesengahn, *a.a.O.*(FN19), S.58, FN 1 참조.



그의 妥當根據로서 대체로 다음과 같은 點을 내세우고 있다: 우선 憲法爭訟은 그것이 憲法的 關係를 대상으로 하는 경우에 생겨난다는 것이며, 둘째로 쌍방간의 法的 關係에 관하여 다툼을 벌이는 爭訟主體야말로 憲法生活을 결정짓는 要素들이라는 것이다.<sup>22)</sup>

따라서 國家機關 상호간의 權限爭議의 對象은 단순히 抽象的인 法律問題일 수는 없고, 具體的이고 實際的인 事件爭訟일 수밖에 없다는 것이다.<sup>23)</sup>

國家機關 상호간의 權限爭議인 機關爭訟을 이처럼 구체적인 事件爭訟의 하나로 인정한다는 것은 여하튼 基本法 第93條 1項 1號의 條文과는 상당히 동떨어진 것으로 보이지 않을 수 없으며, 결국 機關간의 權限爭議에서의 法的 保護利益은 “主觀的인 것”으로 바뀌지 않을 수 없게 된 것이다. 여기에 이르다보니, 獨逸基本法上的 權限爭議制度는 基本法 自體의 規定과는 상관없이, 制憲會議에 처음 提出되었던 소위 「헤렌히제」 草案의 모습으로 되돌아간 것이나 다름없게 되었다.<sup>24)</sup> 그리고 이러한 事態는 결국 聯邦憲法裁判所法 (VRerfGG) 第63條 以下 특히 第64條 1項과 第67條 前段이 基本法에 부합되는가 여부에 관한 문제로까지 이어지지 않을 수 없었다. 비록 違憲여부를 묻는 구체적인 事件으로 提起된

---

22) 이러한 理論的 根據를 제시한 例로서 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 聯邦憲法裁判所는 이렇게 천명했다: “聯邦憲法裁判所는 權限爭議에서 抽象的인 法律問題에 관하여 審判하는 것이 아니고 구체적인 法的 爭訟에 관하여 審判한다.” BVerfGE 45, 1(29). 한편 Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, RdNr. 84 참조.

24) 이와 관련하여 BVerfGE 2, 143(152-4) 참조.

바는 없었지만, 聯邦憲法裁判所는 이 문제와 관련하여 스스로 입장을 밝히기에 이르렀다. 즉 우선 基本法 第93條 1項 1號의 條文은 분명하지도 않으려니와 確定的인 것도 아니라는 것이며<sup>25)</sup> 이어서 聯邦憲法裁判所는 단순히 客觀的인 憲法問題만을 判斷의 對象으로 하는 것이 아니고, 對立當事者간의 爭訟을 審判해야 한다는 것이다.<sup>26)</sup>

聯邦憲法裁判所의 이러한 見解에 대하여, 물론 異見의 提起가 없는 것은 아니다. 무엇보다도 基本法 第93條 1項 1號는 爭訟對象에 관한 한, 分명한 것은 물론이거니와 恊결없이 完結되어 있는 만큼, 달리 해석하거나 補完할 여지가 없다는 것이다. 따라서 憲法裁判所法과 같은 立法을 통하여 爭議심판의 對象을 「基本法의 解釋」으로부터 爭訟 그 自體로 바꾸어 놓는다고 할 때, 그것은 결코 基本法規定의 補完으로는 볼 수 없을 것이며, 基本法에 의하여 明示된 審判對象인 「基本法의 解釋」이라는 것을 결국 항구적으로 제거하는 效果를 지닌다는 것이다. 그러나 이러한 異論이 提起되기는 하더라도, 비교적 오랜 세월이 지난 이 時點에 이르러, 基本法 第93條 1項 1號에 명시된 「基本法의 解釋」이라는 것으로 되돌아간다는 것은 사실상 기대하기 어렵게 되었다고 하겠다.<sup>27)</sup>

---

25) BVerfGE1, 208(231-2) 참조.

26) BVerfGE 2, 143(156).

27) 제기된 理論의 內容과 함께 이 點을 지적한 例로서 Pestalozza, *aa.O.*(FN4), S.99, 참조.

## 나) 憲法的 權限의 主權化

이미 위에서 언급했듯이, 이제 獨逸에서 權限爭議를 審判한다고 할 때, 그것은 聯邦憲法裁判所法 第63條 以下の 規定에 따라 「基本法の 解釋」이라는 抽象的인 法律問題에 關하여 審判하는 것이 아니고, 機關 상호간의 權利와 義務에 關한 다툼을 對象으로 하게 마련이다. 따라서 權限爭議는 抽象的인 法律문제를 中心으로 한 客觀的 爭訟으로서 보다도 權利・義務를 다투는 對立當事者간의 主權的 爭訟으로서의 性格을 띠게 된 것이다.

權限爭議審判이 이렇게 主觀的 爭訟으로서의 性格을 띠게 된 까닭은 基本法 第93條 1項 1號의 條文에서도 찾아 볼 수 있다. 엄연히 國家機關의 權限에 關한 다툼임에도 불구하고, 이 條文에서는 「權利와 義務의 範圍」라는 表現을 쓰고 있다는 事實이 바로 그러한 단서가 된다는 것이다. 사실 한 學者의 指摘처럼,<sup>28)</sup> 國家機關의 權利와 義務를 運用하는 表現은 어떤 의미에서는 「그릇된 表現」(falsa demonstratio)이라고 하는 것이 옳을 것이다. 왜냐하면 원래 國家機關에는 權限만이 주어질 뿐 주관적인 權利가 주어지는 것이 아니기 때문이다. 그러나 이러한 基本法上的 「그릇된 表現」을 根據로 삼아 「후리젠한」教授가 權限爭議審判을 단순한 「基本法の 解釋」으로 그치게 해서는 안 된다고 주장한데 힘입어<sup>29)</sup>, 그리고 聯邦憲法裁判所法 의 制定을 계기로 權限爭議를 權利와 義務에 關한 다툼으로 보는 見解는 확고부동하게 자리를 굳히게 되었다.

---

28) Löwer, *a.a.O.*(FN 7), 744-5 참조.

29) 위의 주 21 참조.

따라서 聯邦憲法裁判所는 權限爭議審判에서 각기 利權 및 義務와 관련하여 다툼을 벌이는 憲法機關 상호간의 紛爭을 裁判한다. 이때 紛爭當事者인 쌍방 憲法機關은 請求人과 被請求人의 자격으로 對立當事者간의 爭訟節次에 임하는 것이다. 이것은 분명코 일반 訴訟法的 原則에 비추어 보면 異例의인 것이 아닐 수 없다. 무엇보다도 양쪽의 權限爭議當事者는 하나의 單一的 主體로서의 “國家”를 구성하는 機關인 만큼, 스스로 고유의 權利와 義務를 가지고 있다고 하기보다도 단순히 機關으로서의 權限만이 주어졌다고 하는 것이 옳을 것이다. 이렇게 볼 때, 權限爭議는 本質的으로 「內部者간의 爭訟節次」(Insichprozess)일 수밖에 없다.<sup>30)</sup> 이 點에서 우선 이러한 爭訟方式을 異例의인 것으로 보는 것이다.

國家機關 상호간의 權限爭議가 이처럼 “內部者간의 爭訟”이라는 속성을 지니고 있음에도 불구하고, 獨逸의 聯邦憲法裁判所는 그 爭議審判을 對立當事者간의 主觀的 爭訟으로 이끌어 가고 있는 것이 사실이다. 이렇게 된 데에는 역시 「후리젠한」教授의 주장이 큰 몫을 했음을 부인하기 어렵다.<sup>31)</sup> 聯邦憲法裁判所는 다음과 같이 判示하고 있다:

---

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

31) 聯邦憲法裁判所는 判示하기를 『國家機關 상호간의 權限爭議 뿐만 아니라 聯邦과 州간의 爭議도 對立的 爭訟節次(kontradiktorische Streitverfahren)이며, 여기에서는 請求人과 被請求人은 서로 憲法的 法律關係에 있게 마련이다. 바로 이 憲法的 法律機關에서부터 兩 當事者가 쌍방간에 존중해야 하고 또 그들간에 紛爭을 야기시킨 權利와 義務가 생겨 나는 것이다』라고 한 다음 「후리젠한」教授의 論文을 인용하고 있다. BVerfGE 20, 18(23-4)와 함께 Schlaich, *aa.O.*(FN3), S. 52, 참조.

憲法이 國家機關에 대하여 國家意思形成에 참여함에 있어 그에게 주어진 憲法상의 몫을 憲法裁判所에서의 訴訟 節次를 통하여 주장할 수 있는 가능성을 항시 개방해 놓고 있는 경우에는, 필연적으로 憲法上 인정된 權限을 主 觀化(Subjektivierung)하는 일이 있게 된다. 그렇게 함으로써 基本法과 마찬가지로 國家機關의 “權利”를 云謂하는 것이 正當化되는 것이다.……물론 그러한 國家機關의 “權利”는 主觀的인 私權과 같이 취급할 수 없는 일이고, 한 편 그러한 節次는 客觀的인 憲法을 保全하는데 그 目的이 있다; 다만 訴訟節次法上 다른 法分野에서 法的 紛爭을 司法的으로 處理하는 節次와 비교하여 調和를 이루도록 하는 것은 전반적으로 許容되는 일이기도 하려니와 要望 되는 일이기도 하다.<sup>32)</sup>

이 引用에서 특히 우리의 注意를 끄는 部分은 「權限의 主權化」라는 句節이다. 이것은 곧 憲法에 의하여 부여된 權限이 일반적 意味의 主權的 權利로 전환됨을 이르기 때문이다.

國家機關의 權限을 主權化하는 데에는 訴訟節次上 當事者를 設定해야 한다는 人爲的 理由가 있는 것 以外에도 實體法的으로도 妥當根據를 인정할 수 있다는 주장도 있다. 이 主張에 의하면, 個個 國家機關은 자신의 担当분야에서는 法的으로 固有의 責任을 부담하며 따라서 그의 權限範圍內에서는 排他的 管轄權을 가지

---

32) BVerfGE 2, 143(152). 「후리젠한」教授도 이 部分을 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.

고, 이 점은 특히 最高 國家機關간의 關係에서 더욱 두드러 진다고 한다. 따라서 獨立的인 전담분야 내에서 아무런 방해도 받음이 없이 固有의 業務를 수행하기 위해서는 法の 節次를 밟아 外部의 침해로부터 자신의 管轄領域을 수호하는 것이 당연한 일이고, 이것이 곧 主權적 權利를 낳는다는 것이다.<sup>33)</sup>

이로써 國家機關의 權限이 主權的 權利로 전환되는 것을 理論的으로 正當化하게 되고, 그 바탕 위에서 國家機關 상호간의 權限爭議는 주관적 權利를 위한 對立當事者간의 爭訟이라는 양상으로 행하여지게 된다.

---

33) Lorenz, *aa.O.*(FN15), S.237, 참조.

### 第3章 權限爭議制度的 法的 性格

이미 위에서 지적하였듯이, 獨逸의 權限爭議審判制度에 있어서는, 基本法 制定 初期의 예상이나 기대와는 달리, 抽象的인 法律問題的 審判을 外面하고 있다는 點을 특히 중요한 양상으로 들지 않을 수 없다. 基本法 第93條 1項 1號 에 「基本法の 解釋」에 관하여 審判한다고 명시되어 있음에도 불구하고, 聯邦憲法裁判所는 이러한 憲法的 굴레에서 완전히 벗어나서, 國家機關 상호간의 다툼 그 자체만을 審判의 對象으로 하고 있기 때문이다.

聯邦憲法裁判所가 權限爭議審判에서 이처럼 爭議當事者간의 다툼을 審判하는 데에만 전념한다는 것은 權限爭議審判의 性格을 규명함에 있어 중요한 意義를 지닌다고 보겠다. 그로 말미암아 權限爭議는 客觀的 爭訟으로서의 양상을 지니기 보다는도 일종의 主權的 爭訟으로서의 외양을 갖추게 되고, 따라서 對立當事者간의 爭訟으로서의 性格을 지니게 되기 때문이다.

#### 第 1 節 對立當事者간의 爭訟

國家機關 상호간의 權限爭議에서 爭議의 當事者인 個個 機關은 기실 法人格으로서의 國家를 구성하고 있는 機關에 불과하다. 따라서 國家야말로 하나의 共同社會內에서 진정한 意味의 유일한

權利主體가 될 수 밖에 없다. 따라서 바로 이러한 國家를 構成하는 部分들  
 이라 할 수 있는 여러 國家機關들은 스스로 權利・義務의 擔持者가 될 수 있  
 는 能力을 갖지 못하고, 결국 독자적인 法人性格을 지니지 못한다는 것은 당  
 연한 論理일 것이다. 이렇게 본다면 國家機關 상호간의 權限爭議는 실질적으  
 로 權利主體인 國家라고 하는 일종의 有機的 組織體 內部에서 構成部分 상호  
 간에 벌어지는 「內部者간의 다툼」에 지나지 않을 것이다. 즉 「슈라이히」  
 (Klaus Schlaich)教授의 表現을 빌리면, 『權限爭議의 쌍방 當事者は 다같이  
 동일한 權利主體인 “國家”에 屬하며, 따라서 엄밀하게 살펴건대 결코 고유의  
 主權的 “權利와 義務”로 서로 나뉘어져 있는 것이 아니고 管轄과 權限으로  
 區分된다는 事實이야 말로 이러한 節次를 하나의 “內部者간의 爭訟節次”로  
 만든다』<sup>34)</sup>는 것이다.

權限爭議가 本質的으로 “內部者간의 爭訟”으로서의 性格을 지니고 있음에도  
 불구하고, 聯邦憲法裁判所는 실제로 이를 『憲法機關 및 그 部分機關 상호간  
 의 憲法爭訟을 判斷할 것을 목적으로 하는 對立的 節次』<sup>35)</sup>라고 규정하고 있  
 다. 그러면 聯邦憲法裁判所가 權限爭議를 그의 本質的 性格을 무시한채 對立  
 當事者간의 다툼으로 취급하는 態度를 理論的으로 어떻게 설명할 수 있을 것  
 인가? 달리 표현하면 실질적으로 權利主體도 아닌 國家機關이 어떻게 스스로  
 權利的 侵害를 호소하면서 그의 救濟를 주장할 수 있는가? 이러한 의문과 관  
 련하여, 이미 분명한 法的 根據가 마련되어 있는 만큼, 특별히 문제삼을 것이  
 없다고도 할 수 있을 것이다.<sup>36)</sup>

34) Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S.52 참조.

35) BVerfGE 64, 301(315).

36) Schlaich, *a.a.O.*(FN3), S.52 참조.



즉 基本法 第93條 1項 1號와 聯邦憲法裁判所法 第63條 및 64條에 의하여 權  
限爭議는 利害關係人(Beteiligte)이 내세우는 “權利 및 義務”에 관한 主張을  
爭訟節次上 당연히 前提하게 된다는 것이다. 이러한 實定法上의 根據가 있음  
으로써, 聯邦憲法裁判所도 아무 거리낌없이 『聯邦財務長官이 基本法 第  
110條 1項前段 및 同 2項前段에 근거한 聯邦議會의 權利를 侵害했다』<sup>37)</sup>고  
확인할 수 있었던 것이다.

그러나 이처럼 實定法上의 根據를 내세워 權限爭議를 實質的으로 權利·義  
務에 관한 爭訟으로 보아 넘기는 데에는 몇 가지 理論的 正當化가 先行되어  
야 한다고 본다. 國家와 그 國家를 制度的으로 構成하는 機關과의 關係에 관  
한 限 國家는 하나의 單一體的 組織으로 되어 있는 것이 아니고, 여러 機關  
이 合目的的인 空洞作用을 벌이는 가운데 이루어지는 有機的인 組織이다.<sup>38)</sup>  
여러 機關이 하나의 共同目的을 위하여 제각기 맡은 領域에서 제각기 다른  
方式으로 제각기 다른 所任을 다하는 가운데 國家로서의 統一的 作用이 이루  
어지는 것이다. 여러 機關의 相異한 作用을 바탕으로 해서 이루어지는 國家의  
統一的 作用가운데서 國家는 스스로의 存在를 확인하게 되고, 이런 基礎위  
에서 法人성격을 내세울 수 있게 된다.<sup>39)</sup> 즉 스스로 權利·義務의 擔持者가 될  
수 있는 能力을 지닌 權利主體가 된다는 것이다. 그러나 이 때의 國家의 權  
利主體性은 여러 機關의 제각기 다른 部分作用을 바탕으로 하는 만큼, 絕對  
的인 것이 아니고 相對性을 지닌다고 한다.<sup>40)</sup> 즉 國家만이 유일

---

37) BVerfGE 45, 1(3) 참조.

38) Lorenz, aa.O.(FN15), S.229 참조.

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

40) 이와 관련하여 「로렌즈」教授는 『모든 權利主體의 相對性』(die Relativität jeder Rechtssubjektivität)이라는 表現을 쓰고 있다. Lorenz, aa.O.(FN 15), S.229 참조.

한 權利主體로서, 法人格性を 獨占하는 것이 아니고, 그 國家를 構成하는 여러 機關들도 제각기 所管範圍內에서 權利主體性を 나누어 가진다는 뜻이다. 國家가 權利能力을 가지는 것과 마찬가지로, 個個 機關도 權利能力을 가지며, 이를 바탕으로 자신의 領域과 所管事項을 지키고 또 독자적으로 業務를 수행해 나간다는 것이다.<sup>41)</sup> 國家라고 하는 하나의 有機的 組織속에서 機關은 部分的 權利主體로서 行爲能力을 가지며, 이 行爲能力은 곧 「權限」이라는 것으로 구현된다.

따라서 이 「權限」의 테두리안에서 機關은 고유의 意思決定權을 가지고 또 責任을 지게 된다.

國家機關 상호간의 權限爭議와 관련하여, 基本法 第93條 1項 1號에 『權利와 義務의 範圍에 관한 爭訟』이라는 文句를 둔 것도 실질적으로 이러한 理論的 背景에 비추어 理解해야 할 것이다. 權限爭議임에도 불구하고 主觀的 權利를 言及하고 있는 것은 그 밑바탕에 있어 “權利主體의 相對性” 理論에 근거하고 있다는 뜻이다. 따라서 國家機關 상호간의 關係에서 權限爭議가 일어나는 경우, 이러한 「權限」은 필수적으로 “主權化”되지 않을 수 없고, 그것도 爭訟當事者를 人爲的으로 만들어내기 위하여 節次上으로만 그런 것이 아니고 實體法的으로도 그러하다는 것이다.<sup>42)</sup> 이 點과 관련하여 獨逸聯邦憲法裁判所는 다음과 같이 피력한 바 있다:

法的 爭訟은 서로 法的 關係를 맺고 있는 二人의 利害關係人

---

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

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

을 前提한다.

따라서 基本法 第93條 1項 1號에 의거해서는 단순히 憲法上的 客觀的인 問題만이 聯邦憲法裁判所의 判斷의 대상이 되는 것이 아니고, 쌍방 利害關係人사이에 벌어지는 訴訟法的 對立關係가 當 裁判所의 面前에서 전개되어야 하는 것이다. 例外的으로 法律에 의하여 순수히 外形上 二個의 訴訟法的 利害關係人이 設定되지 못하여, 결국 對立的인 節次에 이르지 못하는 경우일지라도, 그러한 形式的인 訴訟法的 關係는 그 이면에 있는 實體的法律關係를 前提하는 것이다.<sup>43)</sup>

이처럼 憲法の 根據위에서 주어진 權限이 主觀的인 것으로 바뀔으로써, 相對的인 權利主體로서의 國家機關은 權限爭議에서 실제로 主觀的 權利·義務에 관한 다툼을 벌이는 것이다. 따라서 權限爭議는 權限의 存否와 範圍에 관한 抽象的인 憲法解釋問題에만 머무는 것이 아니고, 具體的인 權利의 侵害를 대상으로 하고, 이의 救濟를 目的으로 하지 않을 수 없다. 달리 표현하면, 權限爭議節次는 國家機關간의 權利·義務에 관한 紛爭을 우선 前提하며, 바로 이런 紛爭을 審判하는 과정에서 비로소 憲法の 解釋에 관한 判斷이 이루어지는 것이다. 사실 『紛爭이란 疑問이나 意見相馳 以上の 것』<sup>44)</sup>이어서, 權限爭議審判은 抽象的인 憲法解釋으로만 始終하면서, 어떠한 對象을 놓고서 對立當事者가 벌이는 具體的인 紛爭의 解決은 제쳐놓을 수 없는 일이다. 원래 權限爭議審判의

---

43) BVerfGE 2, 143(156).

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

趣旨는 對立當事者간의 紛爭을 解決하는데 있기 때문이다. 이렇게 볼 때, 權限爭議審判에서 憲法裁判所가 憲法解釋에 관한 審査를 한다면, 그것은 具體的인 爭議事件을 審判하는 過程에서 行하여지는 附隨審査에 불과할 것이다.

여하튼 獨逸의 聯邦憲法裁判所가 國家機關 상호간의 權限爭議를 審判함에 있어서, 基本法 第93條 1項 1號의 文言이 뜻하는 바와는 달리, 基本法의 解釋에 관한 判斷은 뒷전으로 밀어놓고, 대신 해당 機關 상호간의 權利·義務에 관한 다툼을 審判하게 되었다. 機關 상호간에 「主觀化된」 權利와 義務를 다투다 보니, 이런 다툼을 審判하는 權限爭議節次는 어차피 對立當事者간의 爭訟節次가 되지 않을 수 없다.<sup>45)</sup> 비록 基本法規定의 文言은 그러하더라도, 權限爭議審判의 根本趣旨와 聯邦憲法裁判所法の 관계 條項에 비추어 볼 때, 權限爭議節次를 對立된 쌍방 當事者간의 爭訟節次로 파악하여, 이를 처리하고 있는 聯邦憲法裁判所의 태도는 정당화 될 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

## 第 2 節 機能保障을 위한 爭訟

國家機關에 주어진 權限을 主觀的인 權利로 전환시키고 이를 바탕으로 權限行使와 관계된 國家機關간의 紛爭을 對立當事者간의 爭訟으로 처리하는 것이 이제까지의 例이더라도, 그러한 爭訟에서 當事者로서의 國家機關이 추구하는 바를 어떤 意味로든간에

---

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

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

個人的 利益이라고 할 수는 없을 것이다. 權限爭議에 임하는 國家機關이 主觀的 權利的 侵害를 주장하고 또 聯邦憲法裁判所도 權限爭議節次를 對立當事者간의 權利와 義務에 관한 爭訟으로 인식하고 있기는 하지만, 國家機關이 權限爭議를 통하여 얻으려고 하는 것은 주어진 權限領域과 役割의 수호에 지나지 않는다. 聯邦憲法裁判所도 『國家機關의 그러한 “權利”는 결코 主觀的 私權과 같이 취급할 수는 없는 것이고, 그리고 그러한 節次도 客觀的인 憲法을 수호하는 것으로 되어 있다』<sup>47)</sup>고 지적했다. 國家機關 상호간의 機能的 關係를 保全함으로써 客觀的 憲法秩序를 수호하는 데에서 權限爭議制度的 意義를 찾아 볼 수 있다는 뜻이다.

그러나 이처럼 國家機關의 機能을 保全하는 것이 곧 權限爭議에서 目的으로 하는 바라고 해서, 이것이 權限爭議를 對立當事者간의 爭訟으로 理解하여 그렇게 處理해나가는 態度와 相反되는 것은 아니라 하겠다.<sup>48)</sup> 個個 國家機關마다 주어진 權限領域이 다른 國家機關에 의하여 침범당하는 것을 막고, 그렇게 함으로써 자신의 役割을 保全하는 데에 權限爭議의 참 뜻이 있는 것이며, 이것을 憲法裁判所가 裁判方式으로 실현하는 것에 불과하다고 하겠다. 裁判方式을 取하다보니, 權限爭議에 當事者 對立主義의 爭訟方式을 적용하는 데에 특별한 무리가 따르는 것은 아니었다.

國家機關 상호간에 다툼이 일어나는 경우, 그러한 다툼은 그 屬性上 upstairs 組織內部에서 생겨나는 「內部者간의 다툼」에 불과한 것으로 받아들여지는 것이 一般的이다. 그러나 權限爭議에 있어서

---

47) BVerfGE 2, 143(152).

48) 이 點과 관련하여 특히 Löwer, aaO.(FN 7), S.746 참조.

는, 그 다툼의 實效性을 보장하고 또 權限의 保全을 法的으로 담보하기 위하여, 主觀的 公權을 다투는 對立當事者간의 爭訟으로 이를 처리하는 것이다.<sup>49)</sup> 요컨대 權限爭議制度가 궁극적으로 추구하는 바는 바로 國家機關의 機能을 보장하는 것이라 하겠다. 이렇게 볼 때, 위에서 언급했던 權限의 「主觀的 權利로의 轉換」도 진정한 意味의 主觀的 權利로 변질됨을 뜻하는 것이라기 보다는 단순한 法技術的 應用方式이라고 하는 것이 옳을 것이다.<sup>50)</sup> 주어진 權限영역을 지켜주는 것이 곧 個個 國家機關으로 하여금 각기 맡은 役割속에서 제 구실을 하도록 하는 것이고, 이를 위하여 政治的 혹은 行政的 方式이 아닌, 憲法裁判所에 의한 司法的 方式이 凍原된다는 點에 權限爭議審判制度의 또 하나의 特性이 있다고 하겠다.

---

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

50) Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S.238 참조.

## 第 4 章 權限爭議의 發生條件

國家機關 상호간의 權限爭議는 어떠한 與件下에서 發生하는 것인가? 이러한 물음과 관련하여, 우리는 우선 獨逸聯邦憲法裁判所法 第64條 1項을 다시 한번 참조할 필요가 있을 것 같다:

請求人 혹은 그가 屬해 있는 機關이, 被請求人의 處分(Massnahme)이나 不作爲(Unterlassung)로 말미암아, 基本法에 의하여 부여받은 自身の 權利와 義務가 侵害당하였거나 侵害당할 직접적인 위험이 있음을 주장하는 경우에 한하여, 그 爭議審判請求는 許容된다.

이 條文에서 우리가 특히 重視하는 部分은 「被請求人의 處分이나 不作爲」라는 구절과 「侵害당하였거나 侵害당할 직접적인 위험」이라는 구절이다. 이 두個의 구절이야말로 權限爭議가 어떠한 與件下에서 생겨나는가를 말하여주는 단서들이기 때문이다.

일반적으로 權限爭議에서 주로 문제삼는 것은 한 國家機關의 處分이나 不作爲가 憲法規定에 저촉되는 것이 아닌가 그리고 그렇게 저촉됨과 아울러 다른 國家機關에 부여된 權利를 침해하는 것이 아닌가 하는 것이다. 요컨대 權限爭議의 발단은 한 國家機關의 구체적인 處分이나 不作爲에 있다는 것은 否認할 수 없지만,

그렇다고 해서 憲法規定에 저촉되는 모든 處分이나 不作爲가 곧 權限爭議를 야기하는 것은 아니라는 것은 두말 할 나위 없다. 그러한 處分이나 不作爲가운데서도 특히 「法的으로 問題되는 것」(rechts- erheblich)만이 權限爭議로 까지 이어지는 것이다.<sup>51)</sup> 이런 뜻에서 獨逸聯邦憲法裁判所도

爭議對象이 되는 處分이 基本法에 저촉될 수도 있다는 단순한 事實만으로는 當事者能力을 지닌 請求人이 訴訟을 遂行할 수 있게 되는데 충분한 것은 아니다. 權限爭議節次란 請求人으로 하여금 被請求人의 行爲의 合法性을 추상적으로 統制할 수 있게끔 하는 것은 아니다. 오히려 저촉된 것으로 주장되는 基本法規定이 곧 請求人에게 어떠한 權利를 부여하고 있는가에 따라 그러한 權限爭議節次の 成立 與否가 判斷되는 것이다.<sup>52)</sup>

라고 밝힌바 있다. 구체적인 處分이나 不作爲로 말미암아 한 國家機關의 權限이 侵害되는 경우에 비로소 法的으로 다툼만한 問題가 생겨나고 이를 바탕으로 權限爭議가 생겨난다는 뜻이다.

## 第 1 節 爭議의 對象

權限爭議에서는 國家機關이 행한 구체적인 處分이나 不作爲가

---

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

52) BVerfGE 68, 1(73).



다툼의 對象이 된다.

a) 處分. 權限爭議를 유발하는 가장 전형적인 例가 處分에 의한 權限侵害의 경우이다. 이 때의 處分이 곧 한 國家機關의 적극적인 行爲를 뜻한다는 것은 물론이다. 그리고 이 處分の 概念은 대단히 넓은 것으로 받아들여지고 있어서, 단순한 事實行爲뿐만 아니라 기타 모든 法的 行爲까지 포함하는 것이다. 對外的인 것뿐만 아니라 對內的 性質을 지닌 것 그리고 個別的 決定 뿐만 아니라 一般的 規範의 定立까지도 이에 포함된다는 뜻이다.<sup>53)</sup>

聯邦憲法裁判所도 이 “處分” 概念을 廣義로 파악하는 입장이다.<sup>54)</sup> 그래서 聯邦憲法裁判所가 보는 바로는, 他 國家機關에 부담을 지우는 權限踰越行爲가 여기에서 뜻하는 處分에 해당하는 것은 물론이고,<sup>55)</sup> 심지어 議會의 立法까지도 權限爭議의 대상이 될 수 있는 處分에 포함된다는 것이다.<sup>56)</sup> 특히 議會의 立法을 “處分”의 概念에 포함시킴으로써 이를 權限爭議의 對象으로 삼는 경우, 이때의 問題提起는 단순히 立法節次上的 越權에 관한 形式的인 것에만 머물지 않고, 立法의 實質的 內容에까지 미친다고 본다.<sup>57)</sup> 물론 議會의 立法을 이처럼 處分에 해당하는 것으로 보는 데에는 적어도 用語上으로 問題가 없지 않지만,<sup>58)</sup> 議會가 法律의 制定을 통하여 憲

---

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

54) BVerfGE 2, 143(168) 참조.

55) BVerfGE 24, 184(194) 참조.

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

57) 이 點을 지적한 例로서 BVerfGE 1,208(220);4,144(148) 참조 이와 함께 理論的으로는 Stern, *a.a.O.*(FN 8), Art. 93, RdNr. 174; Lorenz, *a.a.O.*(FN 15),S.24 참조.

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

法上으로 부여된 他 國家機關의 權限을 侵害하거나 제거하는 例는 얼마든지 있을 수 있는 일이다.<sup>59)</sup> 따라서 議會의 立法을 權限爭議의 對象이 될 수 있는 處分으로 보는 것은 正當化될 수 있다고 하겠다.

議會의 立法을 “處分”에 포함시킨다고 할 때, 議會나 기타 憲法機關의 業務規程(Geschäftsordnung)이 그러한 處分에 해당하여 權限爭議의 대상이 된다는 것은 더 말할 나위 없을 것이다.<sup>60)</sup>

한편 한 政黨의 目的이 合憲인가 여부와 관련하여 聯邦行政府가 否定的인 評價를 내린 경우처럼<sup>61)</sup> 단순한 見解表明도 法的으로 問題될 수 있는 “處分”에 해당하는 것으로 판단되고 있다. 그

---

59) 이런 경우에 한가지 문제되는 것은 權限爭議가 곧 規範統制와 混同될 수 있다는 點이다. 憲法上 配分된 國家機關의 權限을 議會의 立法을 통하여 침해한다면, 그 法律은 마땅히 違憲審査의 대상이 될 수 있을 것이다. 이런 違憲審査와 관련하여, 두 가지 경우를 생각할 수 있겠다. 우선 具體的 規範統制를 생각할 수 있겠는데, 이 경우에는 具體的인 事件裁判이 前提된다.(Art. 100, Abs, 1 GG). 따라서 이 길은 그러한 立法의 違憲·無效를 얻어내는데 있어 迂廻하는 길로서, 크게 도움이 되지 못할 것이다. 다음으로 抽象的 規範統制를 들 수 있겠는데, 이 경우에는 對立當事者간의 다툼으로서가 아니고 聯邦行政府나 州行政府 또는 聯邦議會議員 1/3 以上の 提請에 의하여 審査가 害하여진다.(Art. 93, abs. 1, Vr. 2 GG 참조). 이것은 權限侵害를 내용으로 하는 立法의 違憲善言을 받아 내는 데에 비교적 손쉽게 활용될 수 있는 것이기는 하지만, 違憲審査提請權者가 위에서 든 三者로 限定되어 있다. 이와는 달리 이러한 立法을 權限爭議審判으로 다루는 경우에는, 審判請求人의 폭이 상대적으로 넓어서(§ 63 BVerfGG 참조) 聯邦大統領, 聯邦參事院(Bundesrat) 및 기타 部分機關까지도 審判請求를 할 수 있도록 되어 있다.

60) 聯邦憲法裁判所가 밝힌 바에 의하면 『法律의 制定이 그러한 것과 마찬가지로 業務規程의 한 條項도 그러한 處分에 해당될 수 있다』는 것이다. BVerfGE 80, 188(209) 참조.

61) 聯邦內務長官이 그의 定例報告書가운데서 NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschland)가 反憲法的 目的을 가지고 과격한 活動을 함으로써 自由民主的 基本秩序에 위배된다고 기술한 것은 法的으로 問題될 수 있는 處分이라고 했다. BVerfGE 40, 287(287f.) 참조.

러나 이와 類似한 例로서, 議會本會議에서 議院이 행한 發言이 議會의 委身에 손상을 준다고 판단하여, 議長이 그 議員에게 詰責性 注意를 준 것은 法的으로 問題될 정도의 處分이라고 할 수 없고 따라서 權限爭議의 對象이 되지 못한다고 하였다.<sup>62)</sup>

요컨대 權限爭議의 對象으로서의 處分은 지극히 폭넓은 概念으로서, 議會의 立法에서부터 가장 구체적이고 個別的인 行政行爲나 事實行爲에 이르기까지, 國家機關의 모든 적극적인 行爲를 포함한다고 하겠다. 이처럼 폭넓은 意味의 것으로서, 한 國家機關의 處分이 他 國家機關의 權限을 侵害하는 것으로 주장하는 경우, 그 處分은 權限爭議의 對象이 되는 것이다.

b) 不作為. 韓國의 權限爭議制度에서도 그러하지만(憲法裁判所法 第61條 2項), 獨逸의 경우에 있어서도 한 國家機關의 不作為가 權限爭議의 對象이 될 수 있다.<sup>63)</sup> 한 國家機關의 不作為를 權限爭議의 對象으로 삼는다고 할 때, 그 國家機關이 어떤 特定한 行爲를 해야 할 憲法상의 義務를 부담한다는 것을 전제하지 않을 수 없다.<sup>64)</sup> 作為義務를 前提하지 않고서는 그 義務의 不履行으로 말미암은 權限侵害를 論할 수 없기 때문이다. 어떠한 行爲를 해야 할 義務와 相對方의 그러한 行爲를 請求할 수 있는 權利, 이 兩者간에 차질이 빚어지는 경우에 不作為로 말미암은 權限爭議가 생겨나는 것이다. 그리고 이러한 義務와 權利야 말로 政府和 議會와

---

62) BVerfGE 60, 374(381f.) 참조.

63) §64 Abs, 1 BVerfGG 참조.

64) 이 點에 관해서는 Pestalozza, aa.O.(FN 4), S.111; Stern, aa.O.(FN 8), RdNr. 177 참조.

의 關係처럼, 機關 상호간에 밀접한 協力關係가 있을 때 비로소 存在할 수 있다.

여하튼 獨逸의 聯邦憲法裁判所는 일찍부터 이러한 不作爲와 관련된 權限爭議事件을 다루어 왔다. 그런 가운데 處分과 不作爲를 區別지으면서 스스로 立場을 定立해 왔다. 예컨대 國際法上的의 條約을 批准함에 앞서 聯邦行政府가 聯邦議會의 同意를 求하지 않은 경우, 이를 憲法上的의 義務를 다하지 않은 不作爲로 判斷했던 것이다.<sup>65)</sup> 이와는 달리 州가 체결한 條約에 대하여 聯邦行政府가 承認함에 있어(基本法 第 32條 3項참조), 聯邦議會의 同意를 求하지 않은 경우라든지<sup>66)</sup> 또는 聯邦行政府가 일부 事案의 法規命令(Rechtsverordnung)을 制定함에 있어 聯邦參事院(Bundesrat)의 同意를 받지 않은 경우<sup>67)</sup> 등을 作爲義務의 不履行으로 보지 않고, 오히려 이를 하나의 具體的인 行爲인 處분에 포함시켜 判斷하였다.<sup>68)</sup>

그러나 위의 例에서 보듯이, 적극적인 行爲로서의 處分과 義務의 不履行으로서의 不作爲를 확연히 區別짓는 다는 것은 그다지 단순한 것이 아니다. 한 國家機關이 어떠한 行爲를 할 義務를 지니고 있음에도 불구하고, 이를 行하지 않음으로써 다른 國家機關의 權限行使를 沮害했다는 것은 다른 각도에서 보면 거쳐야 할 節次를 거치지 않은 채로 스스로 恣의는 權限行使를 했다는 뜻이 되고, 이로써 他 國家機關의 權限을 침해한 것으로 된다.<sup>69)</sup> 따라서

---

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

66) BVerfGE 2, 347(365f.) 참조.

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

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

69) 이러한 例와 說明을 위해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), S. 111의 脚註

94 참조.

이 경우에는 한편 不作為에 의한 權限侵害가 되기도 하지만 다른 한편으로 보면 具體的 行爲에 의한 權限侵害로도 보일 수 있다. 한 예를 든다면, 獨逸의 綠色黨(Die Grünen)이 聯邦議會의 한 部分機關의 資格으로 制定한 1984年의 權限爭議事件을 들 수 있을 것이다. 綠色黨이 審判請求에서 주장한 바에 의하면,<sup>70)</sup> 獨逸領土內의 美軍에 核彈頭미사일을 配置하는 것과 관련하여, 聯邦政府가 聯邦議會의 立法을 통한 授權도 없이 이를 同意함으로써 聯邦議會의 權限을 侵害했다는 것이다.<sup>71)</sup> 이 事件의 審判에서 聯邦憲法裁判所는 이를 不作為로 인한 權限爭議로 보지 않고, 事前의 授權없이 행한 同意 때문에 생겨난 權限爭議로 보아서, 本案審理로 들어갔었다.<sup>72)</sup> 여하튼 處分과 不作為를 區別짓는 일이 때로는 問題點으로 부각될 수도 있지만, 權限爭議事件 自體의 方向을 좌우할 정도는 아니라 하겠다.<sup>73)</sup>

## 第 2 節 爭議의 契機

한 國家機關의 處分이나 不作為가 權限爭議의 對象이 되기 위해

---

70) 綠色黨側의 主張內容에 관해서는 특히 BVerfGE 68, 1(3) 참조.

71) 綠色黨은 이와 같이 주장하면서 聯邦政府가 議會의 授權없이 美軍의 核配置를 同意함으로써 基本法 第79條 1項(基本法改正條項), 24條 1項(集團安全保障體制에 加入할 時, 法律에 의하여 高權을 國際機構에 移管한다는 條項), 59條 2項(聯邦立法과 관계된 條約의 경우에는 聯邦立法機關의 同意를 要한다는 條項)등을 어겼다고 했다.

72) BVerfGE 68, 1(66-9) 참조.

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

서는 그것이 法的 問題를 惹起하는 것이어야 한다.<sup>74)</sup> 달리 表現하면, 그러한 處分이나 不作爲로 말미암아 他 國家機關의 權利가 侵害되거나 義務履行이 沮害되는 일이 있어야 한다는 것이다. 獨逸 聯邦憲法裁判所の 表現에 의하면, 『審判對象이 되는 處分은 法的으로 問題를 惹起하는 것이어야 하거나 아니면 적어도 請求人의 法的 地位를 侵害하는, 法的으로 問題를 惹起하는, 行態에까지 이를 수 있는 것이어야 한다』<sup>75)</sup>는 것이다.

그러면 權限爭議와 관련하여, 國家機關의 處分이나 不作爲가 어떤 경우에 法的 問題를 惹起하여, 權限爭議 發生의 契機를 제공하여 주는가? 이러한 물음에 대하여, 韓國의 憲法裁判所法이 그러하듯이, 獨逸의 聯邦憲法裁判所法의 規程이 적절한 解答을 주고 있다. 韓國의 憲法裁判所法 第61條 1項의 『權利와 義務를 침해하였거나 직접적으로 沮害할 위험성이 있는 경우』라는 條文을 들 수 있을 것이다. 요컨대 한 國家機關의 處分이나 不作爲가 他 國家機關의 權限을 侵害하거나 혹은 侵害할 위험성이 있다는 것이 곧 權限爭議 發生의 계기가 된다는 뜻이다.

여기서 먼저 韓國과 獨逸의 法文上의 差異를 한가지 짚고 넘어갈 필요가 있겠다. 무엇보다도 韓國의 憲法裁判所法에서는 「權限의 侵害」라는 表現을 쓰고 있지만 獨逸의 聯邦憲法裁判所法에서

---

74) 이 점을 獨逸의 學者들은 聯邦憲法裁判所の 判決文例에 따라 Rechtserheblichkeit라는 表現으로 說明하고 있다. ; Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 173; Lorenz, *aa.O.*(FN 15), SS. 240f.; Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S.110 참조.

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

는 「權利와 義務의 侵害」라는 表現을 쓰고 있는 것이 우리의 눈길을 끈다. 그러나 위에서 이미 言及한 바 있듯이, 獨逸에서는 國家機關의 權限을 主權的인 權利로 전환시켜서, 國家機關 상호간의 權限爭議를 權利・義務에 관한 爭訟으로 한다는 것이 立法의 뜻이고, 聯邦憲法裁判所도 이에 따르고 있기 때문에 獨逸法上的 「權利와 義務의 侵害」라는 것이 「權限의 侵害」와는 전혀 性質을 달리 한다고 보기는 어렵다. 요컨대 「權利와 義務」라는 것이 「權限」과 같은 뜻으로 쓰인다는 것이다.<sup>76)</sup> 이에 관해서는 대체로 異論이 없는 것으로 보인다.

a) 憲法上的 權限. 한 國家機關의 處分이나 不作爲로 말미암아 權限爭議가 發生한다고 할 때, 그것은 他 國家機關의 權限이 침해되기 때문이다. 이때 侵害되는 權限은 憲法에 의하여 부여된 것에 限한다. 一般 法律이나 義務規程 같은 것에만 근거를 둔 權限은 이에 해당하지 않으며, 따라서 憲法裁判所의 權限爭議審判에 의한 保護를 받지 못한다. 이 點과 관련하여 韓國의 憲法裁判所法은 특이한 立法例를 보여주고 있다. 즉 이 第61條 2項에 보면, 『憲法 또는 法律에 의하여 附與받은 請求人の 權限』이라고 되어 있어서, 法律에만 근거를 둔 權限이 침해되었을 때에도, 憲法裁判所가 權限爭議審判을 할 수 있도록 되어 있는

---

76) 「權利와 義務」가 獨逸의 權限爭議에서 「權限」과 같은 뜻으로 쓰이기는 하더라도, 政黨과 같은 「其他 利害關係人」(andere Beteiligte)에게는 「權限」이라는 用語가 제대로 어울리지 않는다. 이 點에 관해서는 특히 Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 113 참조.

것이다.<sup>77)</sup>

이 課 관련하여 獨逸聯邦憲法裁判所는 分명한 태도를 보여주고 있다. 즉 國家機關 상호간의 權限爭議는 請求機關과 被請求機關이 憲法的 法律關係에 있고, 이에 근거를 둔 權利와 義務가 침해되었을 때에 비로소 생겨난다는 것이다.<sup>78)</sup> 따라서 憲法上的의 根據는 없고, 오로지 一般 法律과 같은 下位規範에만 根據를 둔 權利와 義務가 침해되었을 때에는 적어도 憲法裁判所의 權限爭議 審判은 있을 수 없다는 결론이 나오게 된다. 한 條例는 이렇게 밝히고 있다:

(權限爭議)節次上的 請求人和 被請求人は 상호간에 憲法的 法律關係를 지니고 있어야 하고, 이 關係에서부터 兩者간에 爭點이 되는 權利와 義務가 나오는 것이다……

選舉費用報償資金을 管理하고 政黨의 會計報告를 審査하는 (聯邦會議議長의)權利와 義務는 基本法(GG)이나 獨逸聯邦憲議會의 業務規程에서 나오는 것이 아니고 政黨法으로부터 나오는 것이다. 이에 관한 爭訟은 權限爭議로는 처리될 수 없다.<sup>79)</sup>

---

77) 같은 뜻에서 李時潤 裁判官은 이렇게 적고 있다; 『獨逸에 있어서는 被請求機關의 處分 또는 不作為가 憲法에 규정한 바 權限을 넘었을 때를 審判의 대상으로 규정함으로써 憲法上的의 權限이 爭點이 된 경우로 국한시킨데 대하여, 우리 憲法(sic!)의 경우는 被請求機關의 處分 또는 不作為가 憲法 또는 法律에 의하여 부여받은 請求機關의 權限을 侵害하였거나 侵害할 현저한 危險을 訴訟物로 함으로써 法律上的의 權限이 爭點이 된 경우까지도 權限爭議審判에 부칠 수 있도록 확대한 것이다. 이 역시 立法論的으로 再考할 바가 있다.』 李時潤 “憲法裁判에 관한 管見 (I)”, 憲法論叢(憲法裁判所刑), 第1輯(1990), 68面.

78) 이 點을 지적한 例로서 BVerfGE 2, 143(151f.); 27, 152(157); 73, 1(30f.) 참조.

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



한편 獨逸基本法 第93條 1項 1號와 聯邦憲法裁判所法 第63條에 보면 聯邦議會와 聯邦參事원의 業務規程(Geschäftsordnung)에 의하여 고유의 權利가 부여된 部分機關도 權限爭議의 한 當事者로서 爭議審判을 請求할 수 있게끔 되어 있다. 이 경우, 이 部分機關이 어떻게 「基本法에 의하여 부여된 權利와 義務」가 侵害되었거나 侵害받을 직접적인 危險性이 있다고 주장할 수 있겠는가?80) 이러한 疑問에 대하여 聯邦憲法裁判所가 내놓은 解明은 간단한 것이었다. 즉 이런 權限爭議에서 部分機關은 그가 屬해 있는 國家機關을 위한 訴訟當事者(Prozeßstandschaft)로서 權利侵害를 주장할 뿐이며, 스스로 憲法上의 權利를 가지고 있지 않기 때문에 自身の 權利가 侵害되었다고 주장하는 것이 아니라는 것이다: 즉

그러나 業務規程에 의하여 設置된 聯邦議會的 常設 構成機關은 자기 自身을 위해서가 아니고 聯邦議會的 權利를 代辯하기 위하여서만 當事者能力을 가진다.81)

는 것이다.

물론 韓國에서처럼 例外的인 경우가 없는 것은 아니지만, 일반적으로 權限爭議에서 請求人이 침해당했다고 주장할 수 있는 權利 또는 權限은 憲法에 의하여 부여된 것에 限한다고 하겠다. 그것은 權限爭議審判의 目的이 단순히 國家機關 상호간의 權限侵害를 바로잡거나 防止하는 데에만 있는 것이 아니고, 이러한 審判과정을 통하여 憲法을 解釋하고 그 意味內容을 밝히는 데에 있기 때문이다.

---

80) 이런 問題提起와 관련하여 Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 113 참조.

81) BVerfGE2, 143(165) 참조.

b) 權限侵害와 侵害의 危險性. 한 國家機關의 處分 또는 不作為로 인하여 權限爭議가 發生한다고 할 때, 그의 핵심적인 爭점은 그로 말미암은 權限侵害나 侵害危險性이 있는가 하는 결일 수밖에 없다. 이 때의 權限侵害란 그런 權限을 부여하여 주는 授權規範으로서의 憲法の 效力을 무시함을 뜻하는 것이고,<sup>82)</sup> 侵害危險性은 그러한 權限侵害에 이르게 될 蓋然性이 현저히 높은 狀況을 이른다.<sup>83)</sup> 그러나 侵害危險性의 경우에 있어서는 侵害가 豫見될 뿐 실제로

侵害가 행하여진 것은 아니기 때문에 侵害의 蓋然性이 어느 程度일 때 이를 權限爭議로써 다룰 수 있겠는가 하는 것이 問題되지 않을 수 없다.

國家機關 상호간에 權限의 侵害 또는 그의 危險性이 있는 경우로서 우리는 세 가지를 들 수 있겠다. 우선 첫째로 憲法上の 授權規程과는 달리, 한 國家機關이 越權함으로써 他 國家機關의 權限을 침범하여 잠식하는 경우를 들 수 있겠고, 둘째 한 國家機關이 다른 國家機關의 正當한 權限行使를 沮害하는 경우가 있고, 셋째로 立法에 의하여 行政府나 法院의 一部權限을 삭제하는 경우처럼 한 國家機關의 權限行使로 말미암아 다른 國家機關의 權限이 박탈당하는 경우를 또한 들 수 있겠다.

---

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

83) 이 侵害危險性이란 概念과 관련하여 韓國과 獨逸의 法文은 약간씩 다르게 되어 있다. 韓國의 憲法裁判所法 第61條 2項에는 “침해할 현저한 危險”이라고 되어 있고, 獨逸의 聯邦憲法裁判所法 第64條 1項에는 “直接的인 危險이 있는”(unmittelbar geäfhrdet ist)이라고 되어 있다. 그러나 兩者가 現實的인 侵害 그 자체보다도 어떠한 處分이나 不作為로 말미암은 狀況을 뜻하는 점에 있어서는 다를 바 없다. 「侵害에 이르게 될 蓋然性이 높은 狀況」을 뜻하기 때문에 그 危險性이 현저한 것이든 직접적인 것이든 結論은 마찬가지라 하겠다.

여기에서 든 세 가지 類型 가운데서, 越權에 의한 權限侵害의 경우는 가장 빈번하게 發生하는 것으로서, 한 國家機關이 다른 國家機關의 權限領域을 침범하여 그 機關에서 맡아서 해야할 일을 自任하는 것을 이른다. 이러한 越權行爲 비교적 쉽사리 判別・確認될 수 있기 때문에 이것이 權限爭議審判過程에서 특별히 어려운 問題를 惹起하는 例가 그다지 많지 않다.

이와는 달리, 한 國家機關의 處分이나 不作為가 딱히 越權行爲는 아니더라도 그로 말미암아 다른 國家機關의 權限行使가 沮害당하는 경우가 있을 수 있으며, 이런 경우에 있어서는 그러한 權限侵害가 쉽사리 확연히 드러나는 것은 아니다. 보는 바에 따라서는, 이러한 權限行使의 沮害와 관련하여 他 國家機關의 權限侵害行爲를 확인할 수 없는 경우가 있는가 하면, 실제로 他 國家機關의 어떠한 行爲가 있었음을 확인할 수 있다고 하더라도, 그것이 그 國家機關의 정당한 權限行爲로서의 外樣을 갖추고 있는 것이 보통이다. 여하간에 한가지 부인할 수 없는 사실은 한 國家機關의 憲法上 부여된 權限이 他 國家機關의 어떠한 行爲로 말미암아 제대로 行使되지 못한다는 點이다.

구체적인 例를 들 必要가 있겠다. 우선 獨逸의 例를 든다면, 聯邦行政府가 法規命令(Rechtsverordnung)을 發함에 있어 일부 限定된 分野에서 聯邦參事院(Bundesrat)의 同意를 얻도록 되었는데(Art. 80 Abs 2 GG), 聯邦行政府가 이에 구애받음이 없이 그러한 法規命令을 일방적으로 定하여 施行하는 경우를 생각할 수 있을 것이다.<sup>84)</sup> 이 경우에 法規命令의 制定・施行을 行政府의 固有權限

---

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

의 行使로 보고, 따라서 이를 越權行爲로는 보지 않을 수도 있다.<sup>85)</sup> 그렇지만 聯邦參事院은 行政府가 同意提請을 하지 않음으로써 그의 憲法上的 權限을 行使하지 못하게 되는 것이다. 한편 韓國憲法에서 예상되는 예를 든다면, 韓國憲法 第60條 1項에 따라 「國家나 國民에게 중대한 財政的 부담을 지우는 條約」을 체결·批准하는 경우 國會의 同意가 있어야 한다. 그러나 行政府가 判斷컨대 스스로 체결한 條約이 國民에게 중대한 부담을 지우는 것이 아니고 따라서 國會의 同意를 요하지 않는다고 結論을 내릴 수도 있을 것이다. 이때 行政府의 決定은 비록 越權行爲는 아니더라도, 그로 말미암아 憲法上 인정된 國會의 同意權行使가 沮害된다는 것은 否認 못할 사실이다.

위에서 든 세 가지 類型가운데서 마지막으로 權限侵害의 例로서 他 國家機關의 憲法上的 權限을 褫奪하는 경우를 검토하여 볼 必要가 있겠다. 이러한 例는 立法府와 他 國家機關간의 關係에서 흔히 찾아 볼 수 있으리라고 본다. 議會가 예컨대 法律을 制定하여 政府나 法院의 一部 權限을 排除하는 경우, 議會는 立法作用을 통하여 他 國家機關의 憲法上的 權限을 侵害하는 결과에 이르게 된다. 적어도 議會의 立法이 權限爭議에 관한 한 하나의 處分으로 認定되는 만큼,<sup>86)</sup> 他 國家機關의 憲法上 인정된 權限을 褫奪하거나 制限하는 內容의 立法이 權限爭議의 對象이 되는 것은 당연한 일이다.

---

85) 한 學者는 이러한 경우를 越權行爲의 例로 들고 있지만, 실제로는 聯邦行政府가 聯邦參事院의 權限을 自任하여 스스로 行使한 것으로 보기는 어렵겠다. Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 240 참조.

86) 代表者인 判例로서 BVerfGE 73, 40(65) 참조.

權限侵害의 危險性を 權限爭議의 對象으로 삼는다고 할 때, 그것은 그러한 危險性を 유발한 行爲를 일단 問題삼지 않을 수 없다. 誘發行爲도 없는 상태에서 權限侵害의 危險性を 論한다는 것은 사실상 無意味한 일이기 때문이다. 요컨대 權限侵害에 이르게 될 蓋然性이 높은 行爲를 中心으로 하여 權限爭議가 이루어진다는 뜻이다.<sup>87)</sup> 따라서 國家機關의 不作爲로부터는 원칙적으로 權限侵害의 危險성은 惹起되지 않는다고 하겠다. 적극적인 作用으로서의 處分이라고는 아무것도 없는, 완전한 不作爲의 狀態가 長期化되면, 그것은 결국 權限侵害로 귀결되는 경우는 있을지언정, 權限侵害의 危險性を 조성한다고 보기는 어렵다.<sup>88)</sup> 마찬가지로 不作爲도 곧 權限侵害로 직결되지만, 직접적으로 그리고 현저하게 權限侵害의 危險성으로 이어질 수는 없는 일이다. 條約의 批准同意權을 규정한 韓國憲法 第60條 1項의 경우를 例로 든다면, 여기에서의 不作爲란 政府가 一方的으로 條約을 체결하여 批准함으로써 國會에 同意提請을 하지 않는 경우에 나타난다. 이렇게 볼 때, 同意提請을 하지 않는 不作爲는 一方的인 批准이라는 적극적인 行爲에 수반되는 것으로서, 兩者는 일종의 表裏關係를 이룬다고 할 수 있다. 問題의 核心은 「法的 問題性」(Rechtserheblichkeit)이 있는가 與否에 있다. 적어도 不作爲가 權限侵害의 危險성으로는 직결되지 않는다고 할 때, 兩者간의 關係에는 「法的 問題性」의 연결고리가 存在하지 않는다고 말할 수 있다.<sup>89)</sup>

---

87) 이 點과 관련하여 Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 241 참조.

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

89) 이런 點을 시사한 例로서 Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 754 참조.

## 第 5 章 權限爭議의 當事者 能力

### 第 1 節 當事者 能力

權限爭議에서 누가 國家機關으로서의 資格으로 當事者가 될 수 있는가? 이것은 權限爭議에서의 一般的인 當事者 能力(Partiefähigkeit)에 관한 問題로서, 이에 관해서는 法律로 밝혀두는 것이 보통의 例이다. 이와 관련하여 韓國憲法에는 「國家機關 相互間의 權限爭議에 관한 審判」(第111조 1項 4號)이라는 句節만 있을 뿐이고, 좀 더 상세한 內容을 위해서는 憲法裁判所法의 條項을 살펴봐야 한다. 同法 第62條 1項 1號에 보면, 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 國家機關으로 國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會 등 네個 憲法機關을 限定 列舉하고 있다. 이와는 對照的으로 獨逸의 경우에 있어서는, 基本法 第93條 1項 1號에 「最高 憲法機關 혹은 其他 利害關係人」이라는 비교적 여유있는 條文을 두고 있다. 한편, 聯邦憲法裁判所法 第63條에서는 權限爭議 審判의 請求人과 被請求人이 될 수 있는 機關으로 聯邦大統領, 聯邦議會, 聯邦參事院, 聯邦行政府 및 其他 部分機關 등을 들고 있다.

韓國의 憲法裁判所法은 權限爭議를 발생시키는 關係主體를 밝히는 데에 치중하고 있지만, 獨逸의 경우에 있어서는 다툼의 對象이 되는 權利와 義務를 중심으로 하여, 누가 이 權利·義務의 擔持者가 되는가를 주로 규정하고 있다. 바로 이러한 法的 根據 위에

서 獨逸의 聯邦憲法裁判所는 國家機關 상호간의 權限爭議를 對立 當事者간의 爭訟으로 규정하여 審判해 오고 있는 것이다.<sup>90)</sup> 그러한 뜻에서 權限爭議의 性格과 具體的 樣相은 어떤 分野의 무엇을 對象으로 하는가에 따라 결정될 뿐만 아니라 역시 紛爭當事者를 어떻게 규정하는가에 따라서도 決定된다고 하겠다. <sup>91)</sup>

사실 權利·義務와 관련하여 紛爭이 일어나는 경우, 이러한 權利·義務의 擔持者만이 그 紛爭의 當事者가 되는 것은 당연한 일이고, 이러한 紛爭當事者(Streitbeteiligter)인 者만이 爭訟當事者(Verfahrensbeteiligter)가 되는 것이다.<sup>92)</sup> 그러나 當事者 能力에 관한 이러한 一般的인 表現이 있더라도, 그로써 權限爭議에서의 當事者의 폭이나 윤곽이 확연히 드러나는 것은 아니라 하겠다. 獨逸의 경우만 하더라도 우선 基本法의 해당 條項을 보면, “其他 利害關係人”이라는 비교적 추상적인 表現을 使用함으로써, 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 資格과 관련하여 基本法 위주의 解釋 根據를 마련해 놓고 있는 것이다. 이로부터 서로간에 基本法 第93條 1項 1號에서 뜻하는 權限爭議가 발생할 수 있는 모든 國家機關이 當事者 能力을 갖는다는 解釋을 끌어내고 있다.<sup>93)</sup>

이런 解釋에 있어서는, 聯邦憲法裁判所法 第63條에 열거된 機關

---

90) 韓國의 경우에 있어서는 앞으로 이 權限爭議가 어떠한 性質의 것으로 다루어 질는지 豫斷키 어렵지만, 獨逸에서는 일찍부터 이 權限爭議審判節次를 對立當事者간의 爭訟節次로 규정해 왔다. BVerfGE 20, 18(23f.); 64, 301(315) 참조. 그래서 최근에는 當事者간에 和解가 成立된 以上, 비록 爭議의 取下가 없었을 지라도 憲法裁判所는 그 爭議를 審判할 必要를 느끼지 않는다는 判決을 내렸다. BVerfGE 83, 175(181).

91) Lorenz, aa.O.(FN 15), S. 242 참조.

92) 이 點과 관련하여 BVerfGE 2, 143(156-7) 참조; 한편 Pestalozza, aa.O.(FN 4), S. 104 참조.

93) Löwer, aa.O.(FN 7), S. 750 참조.

인가 여부에 구애받지 않으며, 憲法에 의하여 設置되어 憲法上的의 地位와 權限을 부여받은 機關으로서 國家를 이끌어가는 最高機關인 한, 機關이거나 部分機關이거나 가리지 않고, 當事者 能力을 가진다는 것이다.<sup>94)</sup> 聯邦憲法裁判所의 解釋에 의하면, 『그 地位와 機能에 있어 最高 聯邦機關에 맞먹고 특히 憲法的 次元의 權利를 지닌, 國家權力所持者만이』<sup>95)</sup> 基本法 第93條 1項 1號의 “基本 理解關

係人”에 해당한다고 한다.

權限爭議에서의 當事者能力에 관한 이러한 解釋論에 있어서 “憲法生活上의 要因”으로서의 國家機關을 바라보는 眼目이 결정적인 구실을 한다고 보겠다.<sup>96)</sup> 하나의 國家機關이 憲法生活 全般에 걸쳐서 어떠한 地位와 구실을 담당하고 있는가, 그리고 그 機關이 國家的 意思形成過程에서 과연 결정적인 要因으로 작용하는가, 주로 이러한 點에 초점을 맞춘 視覺에서 當事者能力의 問題를 바라보아야 한다는 것이다.<sup>97)</sup> 獨逸聯邦憲法裁判所도 이러한 眼目を 가지고서 이 問題에 임해왔기 때문에, 聯邦憲法裁判所法 第63條의 비교적 한정된 列舉의 테두리에서 스스로 벗어나서, 基本法 第93條 1項 1號를 중심으로 한 解釋論에 치중했다는 것을 그간의 많은 判例를 통하여 알 수 있겠다.<sup>98)</sup>

---

94) 「슈테른」敎授의 주장에 의하면 『단순한 法律에 불과한 聯邦憲法裁判所法 第63條는 基本法 第93條 1項 1號에서 뜻하는 最高 聯邦機關의 범위를 좁힐 수는 없는 일이고 따라서 그 以外の 機關도 이에 해당한다』는 것이다. Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 91 참조.

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

96) 當事者能力과 관련하여 “憲法生活上의 要因”(Faktor des Verfassungslebens)을 언급한 判例에 관해서는 특히 BVerfGE 27, 240(246) 참조. 이와 함께 BVerfGE 13, 54(95); 60, 175(199f.) 참조.

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

98) 이 點을 지적한 例로서 Schlaich, *aa.O.*(FN 3), S. 57f. 참조.



## 第 2 節 最高國家機關

當事者能力과 관련하여 獨逸基本法 第93條 1項 1號에서 찾아볼 수 있는 文句는 “最高 聯邦機關”(die obersten Bundesorgan)과 “其他 利害關係人”(andere Beteiligte)이라는 것뿐이다. 이에 根據해서 聯邦憲法裁判所法은 第63條에서 聯邦大統領, 聯邦議會, 聯邦參事院(Bundesrat), 그리고 聯邦行政府 등을 열거한 다음 “이들 機關의 部分”(Teile dieser Organe)이라는 표현으로 일부 部分機關이 權限爭議의 當事者가 될 수 있음을 밝히고 있다.

물론 聯邦憲法裁判所가 그간의 判例를 통하여 보여준 바에 의하면, 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 能力을 判斷하는데 있어, 聯邦憲法裁判所法 第63條가 결정적인 구실을 한 것으로 보기는 어렵겠다. 그러나 同法 第63條에 열거한 4個의 最高 聯邦機關과 관련하여서는 특별한 理論이 없는 것으로 보인다.<sup>99)</sup> 聯邦憲法裁判所는 當事者能力에 관한 한 비교적 폭넓은 解釋을 가능케 하는 基本法 第93條 1項 1號의 規定을 聯邦憲法裁判所보다 더 앞세워 왔던 것이 사실이다. 그렇게 함으로써 이 法 第63條의 意義를 축소시키고 있지만, 위의 4個 國家機關을 열거한 바에 대해서는 달리 問題없이 이를 받아들이고 있는 것으로 보인다.

“最高 聯邦機關”이라는 표현은 基本法의 다른 條項에서는 찾아 볼 수 없는 것으로서, 요컨대 다른 어느 機關에도 종속되지 않는 國家機關을 이르는 것이라 하겠다.<sup>100)</sup> 그런데 이를 具體化하여 聯

---

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

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

邦憲法裁判所法 第63條는 4個의 聯邦機關 열거하고 있다면, 이 第63條의 規定을 확대 해석하여, 基本法에 자리잡고 있는 다른 最高 憲法機關에 대하여서도 當事者能力을 인정하여 줄 수 없겠는가? 예컨대 聯邦大統領 選出機構인 聯邦議會(Art. 54 GG)나 共同委員會(Art. 53a GG)같은 機關은 權限爭議의 當事者가 될 수 없는가? 이러한 問題提起와 관련하여, “最高 聯邦機關”이라는 概念을 확대 해석하여, 위에서 例示한 바와 같은 機關들을 이에 포함시키는 것에 대해서는 否定的인 時角이 있는 것이 사실이다. 이러한 機關들은 “其他 利害關係人”의 범주에는 포함시키지언정, 굳이 “最高 聯邦機關”을 확대 해석하여, 이에 무리하게 포함시키려고 할 필요는 없지 않겠는가 하는 것이 주된 理由이다.<sup>101)</sup>

그러나 이들 憲法機關들을 소위 “最高 聯邦機關”의 대열에는 끼워넣지 않더라도, 이들에 대하여 事例別로 當事者能力을 인정하여 주는 것이 바람직하다는 見解가 부각되고 있는 것이 사실이다.<sup>102)</sup> “最高 聯邦機關”에 견줄만한 것으로서, 憲法上の 地位와 權限을 가지고 있는 몇 個의 憲法機關들을 다음에 個別的으로 살펴보기로 한다.

---

101) Pestalozza, (FN 4), S. 105 참조.

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

以下 참조.

### 第 3 節 其他 憲法機關

#### a. 共同委員會(Der Gemeinsame Ausschuss)<sup>103)</sup>

이 共同委員會는 國防上의 非常事態와 관계된 그의 특수한 役割과 權限으로 해서 基本法 第93條 1項 1號의 “最高 聯邦機關”에 못지 않은 比重과 地位를 位置를 지니고 있다고 하겠다. 이 共同委員會는, 그 具書方式의 特殊性에도 불구하고, 어느 다른 機關에도 종속되어 있지 않은 만큼, 자기 나름의 獨自的인 權限과 役割을 주장 할 수 있으며, 바로 이 점 때문에 國家機關 상호간의 權限爭議에서 當事者가 될 수 있는 것으로 보아야 한다는 것이 근자에 獨逸學界의 주장이다.<sup>104)</sup>

그리고 이 共同委員會의 權限과 役割은 基本法 第115a條 이하의 國防非常事態에만 限定되어 있는 것이 아니고, 國防事案과 관련하여 行政府의 報告를 받는 데에까지 미친다.<sup>105)</sup> 따라서 國防非常事態가 發生하지 않은, 正常的인 상황에서도 스스로 자신에게 부여된 權限을 지킬 수 있는 能力이 인정되어야 한다는 것이다.<sup>106)</sup>

---

103) 1968年 6月 24日의 基本法 改正을 통하여 新設된 第 53a條 1項에 보면 共同委員會 委員의 2/3는 聯邦議會議員 가운데에서, 그리고 나머지 1/3은 聯邦參事院 構成員 가운데에서 選출하도록 되어 있다. 聯邦議會議員인 委員은 交涉團體의 議席數 比例에 따라 選出되고, 聯邦政府에 종속되지 않는다. 그리고 各 州는 聯邦參事원에 과견된 州代表를 통하여 이 委員會에 참여하며, 州의 指示에 따르지 않는다. 그리고 이 共同委員會는 基本法 第115a, 115e, 115h條의 規定에 따라 國防事案과 관계된 非常事態 發生의 確認決定들과 같은 重要한 決定權을 가진다.

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.

b. 聯邦會議(Die Bundesversammlung)<sup>107)</sup>

이 機關은 위의 共同委員會처럼 독립된 章에 規定되어 있는 것이 아니고, 聯邦大統領職에 관한 第5章에 하나의 選出機構로서 부수적으로 規定되어 있다. 그러나 聯邦大統領의 選出이라는 그의 本然의 役割을 수행함에 있어, 이 機關은 獨逸의 憲法生活에 적지 않은 영향을 줄뿐만 아니라, 또 어느 다른 機關의 指示를 받거나 종속되어 있는 것이 아니라는 點에 관해서도 理論이 없다. 따라서 이 聯邦會議는 비록 聯邦憲法裁判所法 第63條에 열거된 機關은 아닐지라도, 이를 하나의 “最高 聯邦機關”으로 받아들여, 權限爭議의 當事者가 될 수 있다고 보는 데에 無理가 없다는 것이 一部 學者들의 見解이다.<sup>108)</sup>

c. 聯邦審計院(Der Bundesrechnungshof)<sup>109)</sup>

聯邦審計院을 하나의 憲法機關으로 볼 수 있을 것인가? 이 問題와 관련하여 이제까지의 대체적인 見解는 否定的이라 하겠다.

---

107) 이 機關은 聯邦大統領의 選出만을 目的으로 하여 集會하는 會議體로서, 聯邦議會議員 全員과 동수의 州議會代表들로 구성된다. 基本法 第54條 1·3項 참조.

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

109) 聯邦審計院은 豫算執行 및 經濟運營과 관련하여 會計와 經濟性 그리고 合法性을 審査하는 權限을 가진 機關으로 基本法에 規定되어 있다. 이 機關의 構成員을 法官에게 부여된 바와 같은 獨立性(richterliche Unabhängigkeit)을 지니는 것으로 되어 있다. 따라서 이 機關은 聯邦行政政府의 견제를 받음이 없이 聯邦議會와 聯邦參事院에 매년 직접 報告書를 제출한다. 基本法 第114條 第2項에 規定된 聯邦審計院은 地位와 權限에 관해서는 특히 Stern, *a.a.O.*(FN 108), SS. 427ff. 참조.

이러한 見解에서 주로 내세우는 理由는 이 機關이 하나의 補助機關에 불과하며, 그 委任의 內容이 대체로 行政作用에 해당하기 때문이라는 것이다.<sup>110)</sup>

그러나 이러한 주장과는 달리 聯邦審計院을 하나의 어엿한 憲法機關으로 보아야 한다는 주장도 있다. 이 見解에 의하면, 聯邦審計院은 國家財政과 관계된 分野에서 獨立的인 中央統制機關으로서의 地位와 權限을 가지고 있을 뿐만 아니라 이러한 地位와 權限이 직접 基本法에 의하여 부여된 만큼, 그 나름으로 憲法機關으로서의 資格을 충분히 갖추고 있다는 것이다. 더욱이 이러한 統制機能을 행사함으로써, 聯邦審計院이 견제와 균형을 내용으로 하는 權力分立原則의 實現에 일익을 담당하고 있다는 點이야말로 이 機關의 憲法機關으로서의 地位를 더욱 분명히 확인해 준다는 것이다.<sup>111)</sup>

이처럼 聯邦審計院의 憲法機關으로서의 地位를 일단 認定한다면, 이 機關이 權限爭議의 當事者가 될 수 있다는 것은 쉽사리 얻어낼 수 있는 結論일 것이다. 비록 聯邦憲法裁判所法 第63條에 걸거되어 있지는 않을지라도 적어도 基本法 第93條 1項 1號의 “最高 聯邦機關”(oberste Bundesorgan)이라는 部分의 解釋·適用을 통하여, 이 機關이 權限爭議의 審判을 聯邦憲法裁判所に 請求할 수 있는 當事者能力을 가진다고 보는 데에 무리가 없다는 뜻이다.<sup>112)</sup>

예컨대 聯邦審計院이 고유의 權限을 행사함에 있어 聯邦行政政府

---

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

111) 이러한 主張의 소상한 내용을 위해서는 Stern, *a.a.O.*(FN 108), S. 443 以下 참조.

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

와 같은 最高 聯邦機關에 의하여 沮害를 받는다면, 이 機關이 이의 是正을 위하여 權限爭議의 방식으로 聯邦憲法裁判所に 호소하는 것은 當然하다 하지 않을 수 없다고 한다.<sup>113)</sup>

#### d. 聯邦憲法裁判所

聯邦憲法裁判所를 하나의 憲法機關으로 보는 것에 대해서는 理論이 여지가 없다. 따라서 이 點에서만 본다면, 聯邦憲法裁判所도 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 能力을 가진다고 해야 할 것이다. 그러나 누구나 한 事件의 利害關係當事者인 者는 스스로 그 事件의 審判者가 될 수 없다는 法의 一般原則에 따라, 聯邦憲法裁判所가 자신에게 부여된 權限을 지키기 위하여 權限爭議를 제기하여, 이를 스스로 審判할 수는 없는 일이다.<sup>114)</sup> 따라서 聯邦憲法裁判所는 자신의 權限을 지키기 위하여서는 별도의 政治的 解決이나 立法的 決定에 호소하는 도리밖에 없을 것이다.

#### e. 基本法上の 其他 機關

基本法에 法規된 機關으로서, 權限爭議의 當事者能力과 관련하여 특히 論及될 만한 것으로 軍務委員(Der Wehrbeauftragter)<sup>115)</sup>과

---

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

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

115) 1956年 3月 19日의 基本法改正에 의하여 軍務委員에 관한 第45b條가 新設되었다. 이 新設條項에 따라 聯邦議會는 基本的 人權의 保障을 위하여 하나의 補助機關으로서 軍務委員을 두도록 되었다. 이것은 獨逸憲法史에서 事例를 찾아 볼 수 없는 특이한 制度로서, 「스칸디나비아」諸國의 「옴부즈만」制度에 유사한 것이다. 이 條項에 근거해서 制定된 法律 즉 Gesetz über den Wehrbeauftragten des Bundestages의 第2條 1項에 의하면, 이 軍務委員은 일종의 1人 委員會로서, 聯邦軍의 軍務와 관계된 分野에서 聯邦議會가 統制權을 行使함에 있어 하나의 補助機關으로 구실하는 한편 軍內部的 人權保障을 위한 役割을 담당한다. 이 點에 관해서는 특히 Stern, *aa.O.*(FN 108), S. 93f. 참조.

聯邦銀行(Die Bundesbank)<sup>116)</sup> 을 들 수 있을 것이다. 우선 軍務委員의 경우를 살펴건대, 이 機關이 人權保障分野에서는 그 나름대로 憲法上的 獨自의 地位를 차지하고 있는 것으로 보이지만, 基本法上 明文으로 聯邦議會의 補助 機關이라고 매겨져 있기 때문에, 이를 “最高 聯邦機關”에 준하는 憲法機關으로 보기는 어려울 것이다.<sup>117)</sup> 따라서 議會의 補助機關인 이 機關에 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 能力을 인정해 줄 수는 없는 일이다.

한편 聯邦銀行의 경우를 살필 때에도 이것이 과연 憲法機關으로서 인정될 수 있겠는가를 먼저 따져보지 않을 수 없다. 한 機關이 憲法機關으로 인정되기 위해서는 우선 그 機關이 직접 憲法에 의하여 構成된 것이어야 하고, 둘째 그 權限이 직접 憲法으로부터 부여된 것일 뿐만 아니라 셋째, 그 機關의 作用이 國家의 政治的 形成에 참여하여 영향을 줄 수 있는 것이어야 한다.<sup>118)</sup> 이 基準을 적용해 볼 때, 聯邦銀行을 憲法機關으로 보기는 어렵다. 聯邦銀行이 비록 어느 한 憲法機關의 補助機關은 아니고 또 나름대로 政治的으로나 經濟的으로 重大한 決定을 내릴 수 있는 權限을 가지고 있기는 하더라도, 그의 構成과 權限이 직접 基本法에 근거를 두기보다 일반 法律에 근거하고 있기 때문에, 이를 憲法機關으로 보기 어렵다는 것이다.<sup>119)</sup> 따라서 聯邦銀行이 權限爭議에서 다른 憲法機關과 더불어 當事者가 된다는 것은 事理에 맞지 않는 일이다.

---

116) 基本法 第88條는 通貨發券銀行으로서 聯邦銀行의 設置를 規定해 놓고 있다.

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

118) 이러한 憲法機關 認定의 基準에 관해서는 Stern, *aa.O.*(FN 108), S. 468 참조.

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

#### 第 4 節 其他 利害關係人

權限爭議에서 當事者의 範圍를 어느 정도로 할 것인가에 관해서, 獨逸의 法制는 신축성 있는 態度를 보이고 있다. 韓國의 憲法이나 憲法裁判所에서 찾아볼 수 있는 단출한 表現과는 대조적으로, 獨逸의 基本法은 “其他 利害關係人”(andere Beteiligte)이라는 여유있는 表現을 쓰고 있고, 이에 상응하는 뜻에서 聯邦憲法裁判所法 第63條는 몇個의 “最高 聯邦機關”을 열거한 다음 “이들 機關의 部分”(Die Teile dieser Organe)이라는 文句를 두어, 소위 “部分機關”(Organteil)의 根據를 마련해 놓고 있다.

그러나 獨逸聯邦憲法裁判所의 이제까지의 判例에 나타난 바에 의하면, 基本法 第93條 1項 1號의 “其他 利害關係人”이라는 것이 聯邦憲法裁判所法 第63條의 “部分機關”이라는 것에 比하여 훨씬 넓은 概念이며, 憲法裁判所는 後者보다도 前者에 置重해서 權限爭議 當事者의 範圍를 잡고 있는 것이다. 聯邦首相이나 個個 長官, 議會의 分科委員會, 聯邦議會議長 등이 “其他 利害關係人”의 資格으로 權限爭議의 當事者가 된다고 할 때, 우리들은 이들이 모두 “最高 聯邦機關”의 “部分機關” 들임을 쉽사리 알 수 있다.<sup>120)</sup> 따라서 이 경우에 “部分機關”이라는 것이 “其他 利害關係人”의 概念과 크게 어긋나지 않으며 또 문제될 것도 없다. 그러나 聯邦憲法裁判所는 일찍부터 政黨의 當事者 能力을 認定하여 왔는데,<sup>121)</sup> 이 때 이 政黨까지도 “部分機關”의 범주에 집어 넣는다는 것은

---

120) 이 部分과 관련하여 특히 Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 105 참조.

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



무리한 일이 아닐 수 없다. 그렇다면 政黨의 當事者能力은 基本法の “其他 利害關係人”의 概念을 가지고 理解하는 도리밖에 없을 것이다. 이에 “部分機關”의 경우와 政黨 등 其他의 경우를 나누어서 說明하려고 한다.

## 1. 部分機關

獨逸聯邦憲法裁判所法 第63條의 後半에 보면, 『基本法에 의하여 서거나 혹은 聯邦議會 및 聯邦參事院의 業務規程에 의하여 固有의 權利가 부여된 이들 機關의 部分』이라고 되어 있다. 聯邦憲法裁判所는 이 後半部分을 그대로 받아들여서, 部分機關의 當事者能力을 대부분 認定하고 있는 것이 사실이다. 이처럼 部分機關의 當事者能力을 認定하는 데에는 분명한 實定法上の 根據가 있지만, 이것을 論理的으로 正當化하려는 노력도 행하여지고 있다.

法人格으로서의 國家라는 한 울타리 안에서 國家機關이라는 여러 개의 部分人格(Teilperson)이 有機的 細帶를 이루고 있는 것과 마찬가지로, 이들 國家機關도 나름대로 獨自的인 機關과 活動領域을 가지고 있는 여러 個의 下位 部分機關으로 構成되어 있다. 國家的 組織과 作用이 이루어지는 데에는 이러한 여러 國家機關이나 部分機關의 참여가 있게 마련이다. 最高 國家機關의 參與만이 絶對的인 比重을 지닌다고는 할 수 없다는 뜻이다. 구체적인 상황에 따라서는 部分機關도 國家作用의 決定的인 要因으로 구실한다는 것이다. 聯邦憲法裁判所가 이제까지 部分機關의 當事者能力을 認定하는데 있어, 이러한 參與能力의 相對性(Relativität der Beteiligtenfähigkeit)理論이 커다란 理論的 뒷받침이 되어 왔음을

부인할 수 없겠다.<sup>122)</sup>

이처럼 參與能力의 相對性理論에 입각하여, 最高機關이 當事者能力을 가지는 것과 마찬가지로 部分機關도 當事者로서의 能力을 갖도록 한다고 해서, 모든 下位의 部分機關이 다 當事者能力을 가지는 것은 아니다. 이들 部分機關가운데서 一部分만이 當事者能力의 認定을 받는다. 이때 認定의 契機가 되는 것이 바로 法的 授權이다. 즉 國家라는 하나의 全體的 機能構造 속에서 어느 한 部分機關이 독자적인 機能과 權限領域을 法에 의하여 부여받았는가 여부가 判斷의 基準이 된다는 것이다. 그래서 法的으로 고유의 權限이 부여된 部分機關으로서, 어느 다른 機關에 예속되어 있지 않고 獨立性을 지닌 경우에만 當事者能力을 인정하게 된다.<sup>123)</sup> 獨逸의 경우에 있어서는 이제 固有의 權限이 부여된 獨立의인 部分機關이면 거의 例外없이 權限爭議의 當事者가 될 수 있게끔 되었다.

## 가) 聯邦議會의 部分機關

### a. 聯邦議會議長(Bundestagspräsident)

한 政黨이 權限爭議審判을 申請한 事件에서 聯邦議會議長이 被請求人(Antragsgegner)의 位置에 설 수 있는가 하는 問題와 關連하여, 聯邦憲法裁判所는 判示하기를 『原則적으로 獨逸聯邦議會議

---

122) 이러한 理論的 뒷받침에 關해서는 특히 Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 245 참조.

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

長도 基本法 第40條 2項과 獨逸聯邦議會業務規程 第7條에 의하여 고유의 權  
限이 부여되어 있는 만큼 權限爭議審判節次에서 被請求人이 될 수 있다』  
124)라고 했다. 이 경우에 議長은 聯邦議會的 部分機關으로서 當事者能力을  
가지는 것이다. 그러나 議長이 議會內에서 秩序維持權과 懲戒權을 行使하는  
경우, 聯邦憲法裁判所는 이를 약간 다른 각도에서 다루고 있다. 즉

秩序維持權과 懲戒權은 基本法 第40條 1項 後段에  
의하여 議會에 부여된 業務規程制定自律權의 한 構成要素이다. 이러한  
秩序維持權을 가진 者는 물론 議長이 아니고 獨逸聯邦議會的 本會議이다.  
聯邦議會的 議長은 業務規程 第7條 1項 後段과 第6章의 諸規程에 따라 議  
會가 委任한 바에 의거하여 議會的秩序維持權을 自己 責任下에 獨自的으  
로 행사한다는 것이다.<sup>125)</sup>

요컨대 이 때의 議會議長은 議會的 部分機關으로서 權限行使를 하는 것이 아  
니고, 議會的 委任下에 議會的 權限을 行使한 것에 불과하다는 것이다.<sup>126)</sup>

---

124) BVerfGE 27, 152(157).

125) BVerfGE 60, 374(379).

126) 이런 뜻에서 「슈라이히」教授는 지적하기를, 이 경우의 議長은 議會的 部  
分機關으로서 보다는 基本法 第93條 1項 1號의 “其他 利害關係人”의 資格으  
로 當事者能力을 가진다고 했다. Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 57 참조.

b. 分科委員會(Die Ausschüsse)

여기서 分科委員會라 하면, 基本法 第43條 1項의 分科委員會를 뜻하고, 이에 第44條의 調査委員會(Die Untersuchungsausschüsse)와 第45a條의 國防委員會(Der Ausschuss für Verteidigung)까지도 포함시키는 것이 보통이다. 이러한 委員會에 대해서도 議會의 部分機關으로 인정하여 權限爭議의 當事者能力을 부여하는 것이 마땅하다는 주장이 강하다.<sup>127)</sup>

1984年の 한 判例에 의하면, “分科委員會內的 交渉團體”(Fraktion im Ausschuss)가 部分機關이듯이 “調査委員會內的 交渉團體”도 議會의 部分機關으로서 當事者能力을 가진다고 했다.<sup>128)</sup> 요컨대 調査委員會를 구성하고 있는 院內交渉團體, 좀더 具體적으로 밝히며, 소위 「綠色黨」(Die Grünen)과 「社會民主黨」(SPD)이 議會의 部分機關이라는 자격으로 權限爭議의 當事者가 될 수 있다는 것이다. 이처럼 調査委員會內的 交渉團體마저 當事者能力의 認定을 받는 마당에, 그런 分科委員會나 調査委員會 자체가 當事者能力을 가진다는 것은 당연한 이치가 아닐 수 없다.

c. 少數(Minderheit)

여기에서 少數라 하면 물론 議會內的 少數를 뜻하는 것으로서,

---

127) 최근의 例로서 Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 112를 들 수 있다. 한편 이처럼 議會의 分科委員會에 當事者能力을 認定해 주자는 주장은 이미 1930年代 초에도 있었다. Ernst Friesenhahn, “Die Staatsgerichtsbarkeit”, in: Gerhard Anschütz U.Richard Thoma, (hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. II (Tübingen, 1932), S. 537 참조.

128) 이 사건은 「후리크」 調査委員會(Flick-Ausschuss)事件으로 알려진 것으로, BVerfGE 67, 100(124) 참조.

基本法の 規程에 規程에 따라 個個 구체적인 경우마다 생겨나는 少數議員集團을 이룬다. 예컨대<sup>129)</sup> 議會의 集會를 요구하는 在籍議員 1/3(Art. 39 Abs 3 GG), 議會의 非公開에 反對하는 在籍議員 1/3(Art. 42 Abs. 1 Satz 2 GG), 議會의 非公開議會를 要求하는 在籍議員 1/4(Art. 44 Abs 1 GG), 議會의 非公開會議를 要求하는 在籍議員 1/10(Art. 43 Abs 1 GG)등의 少數議員集團이 議會의 部分機關으로 인정되며 따라서 當事者能力을 가진다는 것이다.

이러한 議會內 少數의 경우, 그 地位와 그에 따른 權利가 基本法 자체에서 부터 나오는 만큼, 이 地位와 權利가 他機關에 의한 侵害를 받게 되면, 그의 救濟를 위하여 이들 少數로 하여금 權限爭議의 當事者가 되게끔 하는 것이 妥當하다는 것이다.<sup>130)</sup> 그러나 이들은 단순히 어떠한 定足數에 이르렀다고 해서 當事者能力을 가지는 것이 아니고, 보다 本質的으로는 어떠한 憲法上 인정된 少數의 權利와 役割을 지키고 行使하는 과정에서 形成된 少數이기 때문에 이들에게 當事者能力이 인정되는 것이다.<sup>131)</sup> 이 點을 獨逸聯邦憲法裁判所는 이렇게 밝히고 있다 :

制限된 少數(die qualifizierten Minderheit)에게 基本法에 의하여 주어진 그러한 高유의 權利가 인정된다면, 개개 狀況에서 이러한 權利가 위협을 받음으로

---

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

130) 이러한 論旨에 입각하여, 議會內의 少數가 權限爭議의 當事者가 될 수 있어야 한다고 주장한 例는 일찍이 「후리젠한」의 所論에서도 찾아볼 수 있다. Friesenhahn, *a.a.O.*(FN 127), SS. 535-6 참조.

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

해서 이를 수호할 目的으로 그러한 少數가 생겨나는 경우에는, 이들 少數는 스스로 決議를 통하여 聯邦議會의 議決에 앞서서 하나의 當事者能力있는 構成體로서 存在할 수 있을 것이다. 132)

따라서 議會의 個個 票決過程에서 패배한 少數는 여기에서 뜻하는 少數의 概念에 해당되지 않는다.

어느 경우에 議會의 部分機關으로서 當事者能力이 인정될 수 있겠는가 하는 問題와 관련하여, 聯邦憲法裁判所가 원칙적으로 내세운 基準은 「常設적으로 存在하는 構成體」(die ständig vorhandenen Gliederungen)인가 여부였다. 즉 『常設적으로 存立해 있는 構成體만이 議會의 權利를 내세워 주장할 수 있을 뿐이며, 個個 경우에 따라 형성되는 議員集團은 그렇지 못하기』 133) 때문이라는 것이다. 이 基準에 비추어 보면 議會內的 少數에 當事者能力을 인정해 주기에 어려운 點이 없지 않다. 그러나 위에서 열거했듯이 基本法規程에 근거를 둔 少數에 대해서는 그의 「常設性」을 인정하여, 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 것으로 본다는 것이 聯邦憲法裁判所의 입장이다. 134) 바로 여기에서 聯邦憲法裁判所는 또 當事者能力이 인정될 수 있는 少數와 그렇지 못한 少數를 나누어 보고 있다. 즉 같은 少數라는 概念으로 표현되더라도, 그 地位와 權利가 基本法에 근거하고 있는 少數와, 이와는 달리 단순히 議會의 業務規程에 근거하고 있는 少數가 내용적으로 區分될

---

132) BVerfGE 2, 143(164).

133) BVerfGE 2, 143(160).

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

수 있으며,<sup>135)</sup> 前者의 地位와 權利는 곧바로 그의 고유의 權限과 役割로 이어지는 반면에 後者의 그것은 단순히 議會의 議事過程의 한 部分現象에 불과하다는 것이다.<sup>136)</sup> 따라서 權限爭議에서의 當事者能力은 前者에 대해서만 인정될 수 있다는 結論이 나오게 된다.

#### d. 議會內 交渉團體(Die Fraktionen)

基本法 第93條 1項 1號에서 部分機關의 當事者能力을 認定하기로 했을 때, 그 意圖하는 바는 少數者保護機能을 더욱 강화하는 데에도 있음을 부인할 수 없겠다. 그래서 交通法規定에 담겨져 있는 이러한 少數者保護의 意圖에 맞추어, 聯邦憲法裁判所도 초창기부터 交渉團體의 當事者能力을 인정하는데에 적극적이었다고 하겠다.<sup>137)</sup> 그 때 이래 聯邦憲法裁判所는 기회 있을 때마다 이러한 態度를 거듭 확인해 왔다.<sup>138)</sup>

聯邦憲法裁判所의 判斷에 의하면 議會內의 交渉團體야 말로 國家意思의 形成過程에서 하나의 중요한 帝制裝置로 구실하며,<sup>139)</sup> 그

---

135) BVerfGE 2, 143(164-5) 참조.

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

137) 聯邦憲法裁判所는 1952년의 한 判例에서 밝히기를 『聯邦憲法裁判所法 第64條 1項(§ 64 Abs, 1 BVerfGG)에 의하여, 議會의 部分機關으로서의 交渉團體는 議會가 현재의 이 事件처럼, 聯邦行政府의 “處分이나 不作爲”를 승인한 때에는 그 議會의 權利를 主張할 수 있다』라고 했다. BVerfGE 1, 351(359).

138) 이런 立場을 확인한 判例로서 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.).

런 뜻에서 『憲法生活의 필수적인 制度』<sup>140)</sup>

로 인정된다는 것이다. 예컨대 多數派 交渉團體에 의하여 장악된 議會가 對 政府帝制權을 제대로 행사하지 않음으로 말미암아 議會의 權限이 침해되거나 혹은 직접적으로 위협받는 것은 쉽사리 상상할 수 있는 일이다. 이런 경우에 대비하여, 法的으로 少數派 交渉團體로 하여금 權限爭議의 當事者가 될 수 있도록 한 다음, 그러한 當事者로서의 地位에서 議會의 權益을 대신 주장할 수 있게끔 하는 것은 단순히 議會의 地位와 權限을 위해서 뿐만 아니라 少數派 交渉團體의 役割과 存在意義를 위해서도 요청되는 일임에 틀림없다.<sup>141)</sup> 물론 交渉團體에 대하여 當事者能力이 인정된다고 할 때, 그것은 꼭 少數派 交渉團體에만 적용된다고는 할 수 없을 것이다. 그러나 이것이 주로 政府와 與黨의 合勢에 의한 權限侵害를 다루기 위하여 인정되는 當事者能力인 만큼, 交渉團體의 當事者能力은 그 意義에 있어 쉽사리 議會內 少數派의 當事者能力으로 이어지고 이것은 또 少數保護의 原則과도 그대로 연결된다고 하겠다.<sup>142)</sup>

#### e) 個別 議員(Der einzelne Abgeordnete)

獨逸 基本法 第38條 1項의 規定을 근거로 獨逸의 個別 議員은 憲法上 保障된 地位와 權利를 가진다.<sup>143)</sup> 이를 바탕으로 하여 獨

---

140) 交渉團體를 그와 같은 뜻에서 重視하는 見解는 BVerfGE 10, 4(14) 이래 그 후 BVerfGE 20, 56(104); 43, 141(147)로 이어지고 있다.

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

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

143) 獨逸基本法 第38條 1項을 보면, 『獨逸聯邦議會議員은 一般, 直接, 自由, 平等, 秘密選舉에 의하여 選出된다. 議員은 全體 國民의 代表이며 어떠한 委任이나 指示에도 拘束되지 아니하며, 오로지 자신의 良心에만 따를 뿐이다.』라고 되어 있다. 韓國憲法에는 이러한 內容을 담은 단일 條項은 없고, 그러한 意味內容이 憲法 第7條, 41條, 45條, 46條 등에 분산되어 있다고 하겠다.



逸의 聯邦憲法裁判所는 이제까지 여러 차례에 걸쳐 個別 議員이 權限爭議의 當事者가 될 수 있다는 見解를 밝혀왔다.<sup>144)</sup> 聯邦憲法裁判所의 見解도 그러하지만 이러한 憲法上的 地位와 權利가 다른 機關에 의하여 침해당하는 경우, 個別 議員 스스로 그 地位와 權利를 지키거나 救濟받기 위하여, 憲法裁判所에 호소하는 것은 당연한 귀결이라고 할 수 있을 것이다.<sup>145)</sup>

個別 議員이 이처럼 憲法裁判所에 호소한다고 할 때, 그 호소의 方法으로 얼핏 憲法訴願을 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 憲法訴願은 市民의 基本權이 침해된 경우에 提起될 수 있는 것으로서, 議員의 憲法上的 地位와 權利를 지키고 救濟하는 데에 活用될 수 있는 方法으로 보기는 어렵겠다. 따라서 個別 議員이 자신의 地位와 權利에 관한 權限爭議에서 스스로 當事者가 되어 다툼을 벌인다는 것은 어찌면 불가피한 결론일지도 모른다.

個別 議員이 權限爭議의 當事者가 될 수 있다고 보는 點에 있어서는 서로 다를 바 없지만, 그 個別 議員을 議會의 한 部分機關으로 볼 것인가 아니면 그 나름의 獨自性을 지닌 個別的 機關으로 볼 것인가 하는 點에 관해서는 見解가 갈리고 있다. 즉, 한편에서는 議員이 議會의 한 部分機關으로서의 地位에 있는 것으로 본다는 것이고,<sup>146)</sup> 또 다른 한편에서는 個別 議員이 權限爭議의 當

---

144) 초기의 BVerfGE 2, 143(166)에서부터 근년의 BVerfGE 70, 324(350)에 이르기까지 個別 議員의 當事者能力을 인정한 判例는 여럿 있다.

145) 물론 議員의 當事者能力을 인정하는 것은 不當하다는 주장도 있다. 「후리젠한」의 주장에 의하면 『個別 議員은 그 자체로서는 결코 憲法的 比重을 지닌 機關은 아니다』라고 한다. Friesenhahn, aa.O.(FN 127), S. 537 참조.

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

事者が 되어 다툼을 벌이는 경우, 그것은 議會의 한 部分機關으로서 그렇게 하는 것이 아니고, 하나의 別個 機關으로서 獨自의으로 자신의 憲法上的 權利를 주장한다는 것이다.<sup>147)</sup>

이러한 相反된 見解와는 달리, 個別 議員은 議會의 한 部分機關으로서의 地位를 가지는 한편, 個別의 獨自의인 機關으로서의 地位도 함께 가지며, 따라서 이런 각기 다른 地位에서 내세우는 權益도 각기 다를 수밖에 없다는 주장도 있다.<sup>148)</sup>

獨逸聯邦憲法裁判所만 하더라도 일찍이 『政黨國家에서도 基本法 第38條 1項에 따라 個別 議員에게 고유의 憲法上的 地位가 주어진다. 議員도 다른 憲法機關에 대항하여 그의 이러한 地位를 지켜야 할 狀況에 놓이지 않을 수 없을 만큼, 그의 當事者能力은 인정되어야 한다』<sup>149)</sup>라고 밝힌 다음, 이어서 『個別 議員의 當事者能力은 그 나름대로 하나의 機關으로서의 位置로 말미암아 認定되는 것이다.』라고 判決함으로써, 個別 議員의 獨自의 機關性을 認定했다.<sup>150)</sup> 그러나 1983年의 한 判例에 이르러서는 『個別 議員은 權限爭議에서 聯邦憲法裁判所法 第63條의 意味로 當事者能力을 가진다』<sup>151)</sup>고 함으로써, 議員이 部分機關에 해당될 수 있음을 시사하

---

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) 獨逸聯邦憲法裁判所의 이러한 立場은 그후에도 BVerfGE 10, 1(10); 60, 374(378)로 이어졌고 특히 BVerfGE 70, 324(350)에서는 個別 議員이 權限爭議에서 憲法上的 權利를 주장하는 경우, 『자신의 고유의 이름으로 주장한다』(“im eigenen Namen geltend machen”)는 것을 강조하고 있으며 이와 같은 表現은 BVerfGE 80, 188(208-9)에도 나타나 있다.

151) BVerfGE 62, 1(31).

고 있다.<sup>152)</sup>

聯邦憲法裁判所の 이처럼 서로 엇갈리는 몇몇 判例와 관련하여, 「슈라이히」教授가 理解하는 바에 따르면, 『議員이 聯邦議會의 權利를 위하여 이를 主張하고 나서는 경우에는, 그는 聯邦議會의 部分機關으로서의 자격으로 權限爭議提訴를 한다. 그러나 그가 議員으로서의 地位에서부터 나오는 權利를 主張하는 경우에는, 그 議員은 독자적인 憲法機關으로서의 자격으로 權限爭議節次를 提起할 수 있다.』<sup>153)</sup>는 절충적인 結論을 끌어낼 수 있을 것이다. 이렇게 理解한다면, 예컨대 聯邦議會의 本會議에서 議員의 發言權을 制限하는 行爲<sup>154)</sup>라든지 聯邦大統領이 早期에 聯邦의회를 解散하는 行爲<sup>155)</sup> 등은 議員으로서의 地位와 그로부터 나오는 權利를 違憲적으로 침해하거나 박탈하는 것이며, 이 때 議員은 議會의 部分機關으로서가 아니고, 자신의 독자적인 名義로 權限爭議의 當事者가 된다는 것이다. 한편 免責特權과 不逮捕特權의 경우, 이를 議員의 權利로 볼 수도 있겠지만, 議會의 特權으로 理解하는 것이 보통이며, 따라서 個別 議員이 이러한 特權의 수호를 위하여, 權限爭議審判을 청구하게 되면, 그는 이 때 하나의 部分機關으로서

---

152) 이 判決文에서 특히 주목되는 대목은 聯邦憲法裁判所法 第63條를 유독 내세우고 있는 部分이다. 이 63條에서는 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 機關으로 聯邦大統領을 비롯한 4個 最高機關과 기타 部分機關만을 한정적으로 들고 있기 때문이다. 이 以前의 判例가운데서 代表的인 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.

의 位置에 서게 된다고 하지 않을 수 없다.<sup>156)</sup> 다만 近年에 이르러, 權限爭議의 當事者能力과 관계된 個別 議員의 地位가 交渉團體나 憲法上的 定足數에 의한 少數에 의하여 점차 잠식당하고 있다고 하겠다.<sup>157)</sup>

## 나) 聯邦參事院(Bundesrat)의 部分機關

### a. 聯邦參事院議長(Der Bundesratspräsident)

聯邦議會議長의 경우와 마찬가지로, 聯邦參事院의 議長도 權限爭議에서 하나의 部分機關의 자격으로 當事者가 될 수 있다. 이 點에 관해서는 아직 憲法裁判所의 判例에 의한 뒷받침을 받지 못하고 있으나, 學者들의 대체적인 見解는 當事者能力을 인정하는 쪽으로 기울어지고 있는 것으로 보인다.<sup>158)</sup>

### b. 分科委員會(Die Ausschüsse)

基本法 第53條에 의하면, 聯邦行政府의 構成員은 聯邦參事院 및 그 分科委員會의 會議에 참여할 權利와 義務를 가지며, 또 質議에 응하도록 되었다. 이 規定에 따라 聯邦參事院의 分科委員會는 聯邦議會의 分科委員會와 마찬가지로 憲法上的 權限을 가진다. 따라서 이러한 權限이 侵害당하는 경우, 이 分科委員會가 이의 救濟를 權限爭議節次를 밟아 憲法裁判所에 구하는 것이 當然하다고

---

156) 이 點과 관련하여 특히 Stern, *aa.O.*(Fn 8), RdNr. 117, Anm. 16 참조.

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

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

하지 않을 수 없다. 아직 이와 관계된 判例가 없는 만큼, 이 分科委員會의 當事者能力은 學理的 根據 위에서 인정되는 도리밖에 없다고 하겠다.<sup>159)</sup> 이 學理的 根據도 聯邦議會의 分科委員會에 대하여 權限爭議의 當事者能力을 인정하는 理由와 크게 다를 바 없다고 하겠다.

#### c. 특정의 少數(Minderheiten)

聯邦參事院의 경우에 있어서도, 基本法에 의하여 인정되는 少數가 있을 수 있다. 예컨대 基本法 第52條 2項 後段의 「최소한 2個以上の 州의 代表」, 基本法 第61條 1項 2段의 「聯邦參事院 票數의 1/4」, 그리고 基本法 第79條 2項의 意味 속에 들어있는 「聯邦參事院 票數의 1/3」 등은 바로 그러한 少數에 해당하는 것이다.<sup>160)</sup> 이들 少數에 대하여 權限爭議에서의 當事者能力을 인정하여 주는 問題와 관련하여, 아직 이렇다 할 判例가 없는 만큼, 지금으로는 聯邦憲法裁判所의 立場을 알 도리는 없다. 다만 聯邦議會의 少數에 대하여 當事者能力을 인정하여 주었던 點에 비추어, 聯邦憲法裁判所가 聯邦參事院의 少數에 대하여서도 類似한 理論<sup>161)</sup>에 입각하여 當事者能力을 인정하여 주리라는 짐작을 할 수 있을 뿐이다.

#### d. 個別 構成員(Einzelne Mitglieder)

---

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

160) 이 點에 관해서는 Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 124 참조.

161) 이러한 判例上の 理論을 위하여서는 특히 BVerfGE 2, 143(164); 67, 100(125-7) 참조.

獨逸基本法上 聯邦參事院은 그 構成의 方式과 目的 그리고 議決方式에 있어서 대단히 특이한 構成體이고, 따라서 그 院의 個別構成員도 전혀 색다른 地位를 지닌다고 하겠다. 적어도 聯邦參事院의 議事過程과 議決에서는 各 州政府의 代表로 나와 있는 個別構成員은 제각기 독자적인 地位에서 자신의 立場을 표명하는 것이 아니다. 이들은 州單位의 한 묶음으로 州政府을 대표하며, 또 州單位로 議事와 議決에 참여한다. 따라서 聯邦參事院內에서는 個別 構成員은 聯邦議會의 個別 議員처럼 독자적인 地位와 權利를 가지는 것이 아니다. 그러나 基本法 第43條 2項에 보면, 聯邦參事院의 構成員은 聯邦議會 및 그 分科委員會의 會議에 출석하여 發言할 權利를 가진다고 規定되어 있다. 따라서 이 規程의 範圍內에서 個別 構成員은 獨自의인 權利를 가지며, 또 이 테두리 안에서, 그는 權限爭議의 當事者가 될 수 있다고 하겠다.<sup>162)</sup>

e. 州單位 構成員(Die Mitglieder eines Landes)

州單位의 構成員은 基本法 第51條 3項 後段에 따라 각기 州에 부여된 數만큼의 投票權을 行使할 權利를 가진다. 이 權利와 관련하여 權限爭議가 提起될 수 있으며, 그렇게 提起되는 경우에는 이들 州單位의 構成員들은 충분히 當事者로서의 能力을 지니게 된다.<sup>163)</sup>

---

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

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

## 다) 聯邦行政政府의 部分機關

### a. 聯邦首相(Der Bundeskanzler)

基本法上 聯邦首相은 聯邦議會의 集會를 요구할 수 있는 權利(基本法 第39條 3項), 聯邦政府의 各部長官을 任命提請할 수 있는 權利(同 第64條 1項), 政府의 政策方向을 定하고 수행할 수 있는 權利(同 第65條 1·4項), 聯邦議會의 解散을 提請할 수 있는 權利(同 第68條 1項), 國防非常事態下에서의 軍指揮命令權(同 第115b條) 등 다양한 權限을 高유의 權限으로 가지고 있다.<sup>164)</sup> 따라서 이러한 權限이 다른 機關에 의하여 侵害되는 경우, 聯邦首相은 聯邦行政政府의 部分機關의 자격으로 이를 權限爭議에서 다툴 수 있는 能力을 가진다고 보아야 할 것이다.

### b. 各部長官(Der Bundesminister)

聯邦行政政府를 구성하는 各부의 長官은 聯邦議會와 分科委員會의 會議에 出席하여 發言할 수 있는 權利(基本法 第43條 2項), 聯邦參事院 및 그 分科委員會의 會議에 出席하여 發言할 수 있는 權利(同 第53條 1·2項), 副署의 權利(同 第58條), 獨自의인 責任下에 所管業務를 管掌·遂行할 수 있는 權利(同 第65條)등을 가지며, 이러한 權利를 바탕으로 한 當事者能力을 인정할 수 있을 것이다.<sup>165)</sup> 한편 一部 長官들의 경우, 所管事項과 관련하여 憲法上 별도로 명기된 權限을 가지는 例가 있다. 예컨대 國防長官의 軍

---

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

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

指揮·命令權(基本法 第65a條), 聯邦首相代行者的 權限(同 第69條 1項), 關係分野의 法官을 選任함에 있어 해당 部署의 長官이 가지는 權限(同 製95條 2項), 그리고 州의 租稅行政에 대한 監督(同 第108條 3項 後段), 豫算外 支出에 대한 同意(同 第112條), 決算報告의 提出(同 第114條 1項)등에 대하여 財務長官이 가지는 權限<sup>166)</sup> 및 軍事法院에 관한 法務長官등의 權限(同 第96條 2項) 등을 들 수 있겠는데, 이러한 權限이 침해되는 경우, 해당 長官은 당연히 權限爭議의 當事者가 될 수 있다고 하겠다.<sup>167)</sup>

## 2. 政黨의 當事者能力

獨逸에서 聯邦憲法裁判所의 權限爭議審判이 본격적으로 시작된 以來 지금에 이르기까지 가장 열띤 論難의 대상이 되어 온 것이 바로 政黨의 當事者能力을 인정하는 것이 과연 妥當한가 하는 問題이다. 물론 聯邦憲法裁判所로서는 이 問題와 관련하여 肯定的인 立場을 분명히 했기 때문에 司法的으로는 일단 結論이 난 問題라고도 할 수 있을 것이다. 그러나 學理的으로는 아직까지도 論難이 이어지고 있는 것이 사실인 만큼, 問題點과 論難 자체가 매듭지어졌다고 할 수는 없겠다.

獨逸의 聯邦憲法裁判所는 어떤 機關이 權限爭議의 當事者가 될 수 있는가를 判斷함에 있어, 일찍부터 그 機關이 관연 「憲法生活

---

166) 聯邦憲法裁判所는 1977年の 한 判例에서 聯邦財務長官이 權限爭議의 被申請人(Antragsgegner)의 자격으로 當事者能力을 가진다고 밝힌 바 있다. BVerfGE 4, 1(28) 참조.

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



에서 결정적인 要因」으로 구실 하는가를 重要な 尺度로 삼아왔다.<sup>168)</sup> 「憲法生活에서의 要因」이라는 것을 判斷基準으로 함으로써 聯邦憲法裁判所는 초창기부터 거리낌없이 政黨의 當事者能力을 인정할 수 있었다.<sup>169)</sup> 그래서

憲法爭訟에서의 政黨의 當事者能力은 오로지 憲法속에서 政黨이 차지하고 있는 일반적인 地位에서 導出될 수 있는 것이다.……“모든 最高 立法權者와 行政權者는 國民의 選舉나 기타 民選 國家機關의 選任이나 決定에 의하여 選定되는 것인데, 이러한 것을 規程한 憲法이야말로 그 代表者를 다양한 選舉職에 내세우는 團體가 社會에서 자유롭게 형성되지 않고서는 生命력을 갖고 또 살아있는 것이 될 수 없다.” 따라서 오늘날 모든 民主主義國家는 필연적으로 政黨國家이다.……

政黨의 當事者能力은 위에서 언급했듯이, 그 政黨이 選舉過程中서 憲法上的 地位를 가진다는 理由로 正當化된다.<sup>170)</sup>

라는 判決을 내렸다.

政黨의 權限爭議 當事者能力과 관련하여 聯邦憲法裁判所가 보

---

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.

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

여준 이러한 肯定的인 立場은 그 후의 여러 判例에 승계 되었다. 즉 政黨의 存在를 전제하지 않고서는 『現代의 大衆의 民主主義國家에서 選舉의 實施와 高位 國家公職者의 補任은 不可能하며』<sup>171)</sup> 따라서 政黨이야말로 『憲法上の 필수적인 機構』<sup>172)</sup>로서 憲法的으로 高유의 權利가 부여되고, 이를 다른 憲法機關의 侵害로부터 지키기 위하여 政黨이 利用할 수 있는 수단으로는 憲法 訴願보다도 權限爭議가 더 적절하다는 것이다.<sup>173)</sup>

政黨이 權限爭議의 當事者가 될 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 獨逸의 聯邦憲法裁判所가 이처럼 적극적이고 肯定的인 立場을 取하는 데에는 나름대로의 法的인 根據가 있기 때문임을 부인할 수 없겠다. 그것이 바로 基本法 第21條의 政黨 條項이다. 이 後項에 依據해서, 聯邦憲法裁判所는 자신있게 政黨이 憲法機關에 準하는 憲法上の 地位와 “機關으로서의 屬性”(Organschaftliche Qualität)<sup>174)</sup>을 지닌다고 주장할 수 있었던 것이다. 한 例로서 초기의 判決文 가운데에서 다음과 같은 句節을 찾아 볼 수 있다.

---

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

172) BVerfGE 13, 54(82).

173) NPD(Nationaldemokratische Partei Deutschlands)가 제기한 爭訟事件의 判決에서, 聯邦憲法裁判所는 이렇게 判示했다: 『憲法訴願은 憲法機關 상호간의 意見相馳를 해결하는 手段은 되지 못한다.(BVerfGE 15, 298(303); 43, 142(148)). 政黨을 憲法上の 機構로 인정한다는 것은 결과적으로 政黨은 그의 憲法上の 地位가 他 憲法機關에 의하여 침해되었음을 오로지 機關爭訟(Organklage)을 통해서만 주장할 수 있다는 데에 이르게 된다.』 BVerfGE 57, 1(9). 같은 뜻의 判決內容은 BVerfGE 60, 53(62); 66, 107(115); 67, 65(69)에서도 찾아볼 수 있다.

174) BVerfGE 4, 27(31).

政黨에 관하여 분명하게言及한 바 없었던 「바이마르」憲法下에서도, 政黨이 政治生活을 支配했었다.

따라서 「라이히」國事裁判所는 다음과 같은 理由를 내세워 政黨에 대해서도 憲法爭訟에서의 當事者能力을 인정해 주었다: 즉 “現代 憲法에서의 國民代表는 政黨의 存在를 前提하며, 國民代表를 뽑기 위한 選舉의 實施는 政黨을 떠나서는 생각할 수 없다“ (Lammers-Simon Bd. IS. 402)……

그런데 이제 基本法은 政黨을 憲法上의 機構로 格上시켰다.<sup>175)</sup>

요컨대 基本法의 政黨條項이 엄존해 있는 마당에, 政黨이 憲法上의 地位를 가지고 일종의 憲法機關性을 지닌다는 것은 理論의 餘지없이 當然하다는 것이다.

여하튼 政黨이 國民의 政治的 議事形成過程에서 불가결의 구실을 함으로써 「憲法生活에서의 결정적인 要因」으로 存在한다는 點, 그리고 그러한 政黨을 위하여 憲法上 別個의 政黨條項을 두고 있다는 點, 이런 點 때문에 聯邦 憲法裁判所는 政黨의 當事者能力을 거리낌없이 받아들일 수 있었다. 이러한 態度는 근자에까지 이어져서, 『聯邦憲法裁判所의 계속 이어지는 判例에 의하건대, 政黨은 그의 憲法上의 地位가 한 憲法機關에 의하여 침해됐다고 보는 경우, 이를 權限爭議에서 주장할 수 있다』<sup>176)</sup>는 判例를

---

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

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

내놓았다.

이제 적어도 政黨으로 公認되기만 하면, 이를 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 것으로 보는 데에 일단 司法的으로는 별다른 問題가 없게 되었다. 그래서 1986年의 한 判例에서는 權限爭議審判을 청구한 한 請求人이 基本法과 政黨法上的의 要件을 구비한 政黨이 아니라는 理由로 그 請求를 却下하면서,

請求人이 基本法 第93條 1項 1號 및 聯邦憲法裁判所法 第13條 5號, 63條 以下の 規定에 따른 節次에서 當事者能力을 가지지 못하기 때문에, 그의 請求는 却下한다.

權限爭議節次에서는 基本法 第93條 1項 1號 및 聯邦憲法裁判所法 第63條에 열거된 機關과 部分機關만 이 當事者能力을 가진다. 聯邦憲法裁判所의 지속적인 判例에 의하면, 政黨도 그의 憲法上的의 地位가 어떤 憲法機關에 의하여 침해되었다고 權限爭議를 통하여 주장할 수 있다.

AAR(Aktion Ausländerrückführung)는 基本法과 政黨法에서 뜻하는 政黨이 아니다.<sup>177)</sup>

라고 判示했다. 그리고 1989年의 한 判例에서는 政黨의 當事者能力과 관련하여 聯邦憲法裁判所가 초창기부터 가지고 있던 생각을 종합적으로 표명하기에 이르렀다:

---

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

聯邦憲法裁判所の 判例에 의하건대, 政黨은 그의 憲法上的 地位가 어떤 憲法機關에 의하여 침해되었음을 權限爭議에서 주장할 수 있다. 政黨이 憲法生活에서의 그의 특별한 機能으로 말미암아 생겨나는 權利에 관한 다툼을 벌이는 경우에는, 그의 機關으로서의 屬性을 憲法的 節次에 참여하는 그의 參與方式까지도 결정하게 마련이다. 즉 그의 地位에서 나오는 權利가 他 憲法機關에 의하여 침해되어, 이를 다투는 爭訟에서는, 政黨은 限定的으로 權限爭議에만 호소하게 된다는 것이다.<sup>178)</sup>

이렇게 判示함으로써, 政黨이 자신의 憲法上的 地位와 權利를 지키기 위하여, 원래 國家機關 상호간의 爭訟을 처리하는 方式인 權限爭議審判에 호소하는 것을 당연한 것으로 받아들인 것이다.

물론 초창기 聯邦憲法裁判所도 政黨을 모든 要件을 제대로 갖춘 “最高 國家機關”으로는 생각지 않음으로써, 政黨의 國家機關性을 인정하는 데에 어느 정도 留保의이었던 것도 사실이다.<sup>179)</sup> 그래서 1966년의 한 判例에 이르러서는 약간 색다른 見解를 내보이기도 했다:

---

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

179) 聯邦憲法裁判所는 강조하기를, 비록 政黨이 제대로 된 國家機關은 아니라고 하더라도, 그렇다고 해서 選舉過程에서의 그의 機能을 고려하건대 政黨을 일종의 國家機關으로 볼 수 없는 것은 아니라고 한다. BVerfGE 1, 208(225) 참조.

政黨이 國民의 政治的 議事形成에 참여함으로써 憲法機關의 機能을 다하고 따라서 國家機關 혹은 憲法機關으로 말하자면, 「게오르그·예리네크」(GeorgJellinek)가 뜻하는 創造機關으로 인정된다고 해서, 그것을 기화로 政黨을 財政的으로 지원해야 할 義務를 國家에 지울 수는 없는 일이다. 基本法 第21條는 政黨을 國民의 政治的 議事形成을 위하여 憲法上 필수적으로 요청되는 機構로 인정했고 또 政黨을 憲法上的 制度라는 수준으로까지 格上시켰다.

그렇지만 政黨은 最高 國家機關에 해당되지는 않는다. 政黨은 오히려 社會·政治的 領域에 뿌리를 두고서, 자유롭게 形成된 團體로서, 國民의 政治的 意思를 형성하는데 참여하고 制度化된 國家의 領域에 영향을 주는 것을 그의 所任으로 하고 있다. 政黨이 이러한 國家領域에 속해 있지 않기 때문에 國家는 그를 재정적으로 지원해야 할 義務를 부담하지 않는다.<sup>180)</sup>

라고 判示하여, 政黨의 國家機關성에 의문을 제기했던 것이다. 그렇게 함으로써 政黨의 權限爭議 當事者能力을 再檢討하는 듯한

---

180) BVerfGE 20, 56(100-101).

기미를 보이기도 했다.<sup>181)</sup> 그러나 政黨의 當事者能力을 인정하는 聯邦憲法裁判所의 긍정적인 태도는 관계된 判例가 거듭되는 동안에 더욱 확고해졌을 뿐, 실제로 어떠한 修正을 받은 것은 아니었다.

政黨이 자신의 權利를 지키기 위하여 이용할 수 있는 爭訟方式에는 물론 權限爭議만 있는 것은 아니다. 비록 1989년의 한 判例에서,<sup>182)</sup> 聯邦憲法裁判所는 政黨을 위한 權利救濟節次로서 특히 權限爭議節次만을 강조했지만, 실제로 政黨을 위해서는 權限爭議의 길뿐만 아니라 憲法訴願의 길도 열려있는 것이 사실이다. 이 點과 관련하여 1954년의 한 判例<sup>183)</sup>를 특히 주목하지 않을 수 없다. 이 判例에서 聯邦憲法裁判所는 지적하기를 政黨은 憲法上的의 地位와 그에 따른 제반 權利를 가지고서 일종의 憲法機關으로 구실하는 만큼, 이러한 地位와 權利에 대한 他 憲法機關의 侵害를 다투기 위해서는 政黨은 權限爭議審判에 호소하는 도리밖에 없다고 했고, 곧 이어서 또 지적하기를 그렇다고 해서 政黨의 경우 憲法訴願의 길이 완전히 막혀 있는 것은 아니라고 했다.<sup>184)</sup>

1954년의 이 判例를 발판으로 해서, 聯邦憲法裁判所는 1957年 다시 밝히기를 政黨은 憲法機關으로서의 구실을 하는 한편 基本

---

181) 원래 이 事件은 政黨과 관계된 權限爭議事件은 아니었다. 다만 聯邦憲法裁判所 스스로가 政黨의 國家機關性에 의문을 표시했다는 點에서, 이 判例의 意義를 찾아볼 수 있을 것이다. 이 점과 관련하여 Löwer, aa.O.(FN 7), S. 752 참조.

182) BVerfGE 79, 379(384) 참조.

183) BVerfGE 4, 27. 이 判例는 聯邦憲法裁判所의 全員審判部의 判決에 의하여 이루어진 것이다. 第二部(Der Erste Senat)의 判決에서는 政黨은 權限爭議를 통해서만 자신의 憲法上的의 地位와 權利에 대한 침해를 주장할 수 있다고 했음에 반하여, 第一部の 判決에서는 憲法訴願도 政黨의 權利救濟를 위한 또 하나의 節次가 될 수 있다고 했다. 이처럼 兩部の 判決이 엇갈리게 되자 第二部の 申請에 따라 全員審判部의 判決이 나오게 된 것이다.

184) BVerfGE 4, 27(30-31) 참조.

權의 主體이기도 한 만큼 바로 그러한 地位에서 憲法訴願의 當事者도 될 수 있다고 했다.<sup>185)</sup> 이러한 見解는 1984年의 判例에서는 다음과 같이 표현되었다:

政黨이 -當 事件에서 처럼- 어떠한 行政處分으로 말미암아 公權施設을 平等하게 利用할 수 있는 그의 權利가 침해되었다고 주장하는 경우, 政黨으로서의 申請者에게는 憲法訴願의 길이 개방되어 있다.<sup>186)</sup>

요컨대 政黨이 侵害당했다고 주장하는 權利가 어떤 것인가에 따라, 權限爭議이거나 憲法訴願이거나 政黨이 取하는 爭訟方式은 달라질 수 있다는 뜻이다.

여기에서 한가지 문제되는 것은 어느 경우에 政黨은 權限爭議節次를 떠나서 憲法訴願節次에 호소할 수 있는가 하는 것이다. 이 問題의 解答을 위해서, 우리는 두 가지 경우를 나누어서 검토할 수 있을 것이다. 우선 첫째로 政黨이 내세우는 權利를 權限爭議의 대상이 되는 것과 憲法訴願의 대상이 되는 것으로 나누어 보는 경우를 들 수 있겠다.<sup>187)</sup> 政黨이 國民의 政治的 議事形成過程에 참여하여, 결정적인 구실을 함으로써 憲法機關에 준하는 地位를 가지고, 이에 걸맞는 權利를 가지는 한편, 政黨이 비록 政治的 團體이기는 하더라도 그 밑바탕에 있어서는 역시 社會의 一般結

---

185) BVerfGE 6, 273(276-277); 7, 99(104-105) 참조.

186) BVerfGE 67, 149(151).

187) 이 點과 관련하여 Löwer, *aa.O.*(Fn 7), S. 752; Wilhelm Henke, in : Bonner Kommentar, Art. 21, RdNr. 29 참조.



社인 만큼 一般 市民이나 社會團體와 마찬가지로 國家社會의 構成員으로서의 基本權을 함께 가진다는 것이다. 따라서 前者의 權利, 즉 憲法機關으로서의 地位와 權利가 침해되는 경우에는 政黨은 權限爭議의 當事者가 되어 이를 다룰 수 있고, 後者 즉 一般의인 意味의 基本權이 침해받는 경우에는 이의 救濟를 위하여 憲法訴願의 길을 택한다는 結論이 나오게 된다. 이러한 論理야말로 聯邦憲法裁判所가 이제까지 이 問題와 관련하여 내놓은 일련의 判例에서 하나의 일관된 줄거리를 이루어 왔다고 하겠다.<sup>188)</sup>

다음으로 政黨이 자신의 權利가 침해되었음을 理由로 爭訟을 벌인다고 할 때, 그 爭訟의 相對方, 즉 權利侵害者가 누구인가에 따라 그 爭訟의 方式이 權限爭議나 憲法訴願으로 갈라지는 경우를 들 수 있겠다. 이 점은 특히 「슈라이히」教授가 지적한 것으로서,<sup>189)</sup> 침해된 權利가 어떤 것인가 하는 것보다도 被請求人의 地位와 資格에 주로 초점을 맞추고 있는 것이다. 이제까지의 聯邦憲法裁判所의 判例에 의하건대, 政黨은 그의 憲法上의 地位와 權利가 침해된 경우 이를 權限爭議節次를 통하여 다룰 수 있게 되었다. 그런데 獨逸의 경우, 현재 對立當事者간의 爭訟節次로 시행되고 있는 이 權限爭議節次는 원래 最高 國家機關 및 그 部分機關 상호간의 다툼이 있을 때, 成立되는 것이다. 따라서 政黨이 當事者能力의 인정을 받아 權限爭議를 提起한다고 할 때, 적어도 그 爭訟의 相對方 즉, 被請求人이 그러한 最高 國家機關이나 部分機關으로서의 地位에 있어야 한다는 것은 당연한 이치이다. 例를

---

188) BVerfGE 4, 27(31); 6, 273(277); 24, 300(330); 47, 198(232); 57, 1(9); 67, 149(151) 참조. 한편 Stern, a.a.O.(FN 8), RdNr. 154 참조.

189) Schlaich, a.a.O.(FN), S. 59참조.

들어서 憲法上의 權利가 침해되었음을 내세워 政黨이 公共放送社를 상대로 爭訟을 提起한다면, 그 爭訟方式은 權限爭議보다도 憲法訴願이 될 수밖에 없을 것이다.<sup>190)</sup> 왜냐하면 이 때 최고 國家機關이나 部分機關이 아닌 公共放送社로서는 權限爭議의 被請求人이 될 수 있는 當事者能力을 지니지 못하고 따라서 權限爭議자체가 成立되지 못하기 때문이다.

權限爭議에서의 政府의 當事者能力에 관하여 聯邦憲法裁判所가 위에서 밝혔듯이 肯定的인 立場으로 일관해 오고 있음에도 불구하고, 學者들의 見解는 그렇게 肯定的인 것만은 아니다. 이미 1927年 獨逸 「라이히」 國事裁判所가 政黨의 當事者能力을 인정하는 判決을 내렸고,<sup>191)</sup> 이 判決로부터 영향받은 바 없지 않아서 「후리젠한」(Ernst Friesenhahn)教授도 일찍이 政黨이 國民의 政治的 議事形成에 참여하여 결정적인 영향을 끼친다는 點을 重視하여 政黨의 當事者能力을 인정한 바 있었다.<sup>192)</sup>

그러나 오늘날 「슈라이히」 教授같은 學者는 政黨의 當事者能力에 대하여 지극히 냉담한 입장을 보이고 있는 것이 사실이다. 聯邦憲法裁判所가 주장하는 바에 의하면, 憲法에 政黨條項을 두지 않은 「바이마르」 憲法下에서도 政黨은 憲法生活의 결정적인 要因으로 구실했고 또 權限爭議에서의 當事者能力의 인정을 받았는데, 하물며 政黨의 憲法上의 地位를 담보하는 基本法 第21條와 같은 政黨條項이 엄존해 있는 현행 憲法下에서 政黨이 權限爭議에

---

190) 이 예를 위하여 「슈라이히」 教授는 BVerfGE 7, 99(104f.)를 들고 있다.

191) 1927年 2月 17日에 내려진 「라이히」 國事裁判所判決의 部分的인 內容에 관해서는 Friesenhahn, *a.a.O.*(Fn 127), S. 537 참조.

192) Friesenhahn, *a.a.O.*(Fn 127), S. 537 참조.

서 當事者가 된다는 것은 지극히 당연하다는 것이다.<sup>193)</sup> 우선 이 部分에 대하여 「슈라이히」教授는 異議를 提起하고 있다. 그가 주장하는 바를 풀이해 보면,<sup>194)</sup> 「바이마르」時代의 「라이히」國事裁判所가 政黨으로 하여금 權限爭議의 當事者가 될 수 있게끔 했던 것은 憲法訴願制度를 두고 있지 않았던 당시의 憲法下에서 것처럼 중요한 구실을 하는 政黨의 役割과 權益을 지켜주기 위해서는 權限爭議에의 門戶만을 열어주는 도리밖에 없었기 때문이라는 것이다. 그러나 權限爭議制度뿐만 아니라 憲法訴願制度까지 갖추고 있는 현행 基本法下에서 마저 政黨에 대하여 權限爭議의 當事者能力을 인정하여 주는 것은 그릇된 것으로서 正當化 될 수 없다는 것이다. 그가 보는 바로는, 本質적으로 一般結社에 불과한 政黨은 그의 중요한 政治的 役割에도 불구하고, 最高 國家機關의 班列에 설 수 없고, 스스로 憲法上的 權利를 지키기 위해서는 憲法訴願節次를 거쳐 호소하는 도리밖에 없다고 한다.

이처럼 政黨의 權限爭議能力을 전면적으로 否定하는 立場과는 달리, 물론 聯邦憲法裁判所의 肯定的인 判例態度에 동의하는 學者도 없는 것이 아니다. 예컨대 「뢰버」(Wolfgang Löwer)教授의 경우를 보면, 政黨은 그 주장하는 權利의 性質에 따라 權限爭議뿐만 아니라 憲法訴願의 길도 택할 수 있다는 聯邦憲法裁判所의 判例를 거의 그대로 받아들이고 있는 것으로 보인다.<sup>195)</sup>

그러나 憲法秩序속에서 政黨이 차지하는 役割과 比重을 고려하여, 이를 적어도 憲法機關에 준하는 것으로나마 보지 않는 한,

---

193) BVerfGE 1, 208(224f.) 참조.

194) Schlaich, *a.a.O.*(FN 3), S. 59 참조.

195) Löwer, *a.a.O.*(Fn 7), SS. 752-3 참조.

權限爭議에서 政黨이 當事者能力을 가진다고 주장하기에는 역시 상당한 理論的인 어려움이 따르기 마련이다. 더욱이나 政黨이란 本質的으로 市民的 社會生活에 바탕을 둔 一般結社에 불과하여, 결코 國家機關중의 하나일 수는 없다는 理論的 立場에 서는 경우, 政黨이 權限爭議를 提起하여 그의 當事者가 된다는 것은 받아들이기 어려운 主張이 아닐 수 없다. 바로 이 點에서 「슈테른」(Kluas Stern)教授같은 學者는 聯邦憲法裁判所의 肯定的인 判例에 대하여 의문을 제기하는 것이다.<sup>196)</sup>

政黨이 憲法秩序 속에서 차지하고 있는 役割과 比重 그리고 그 政黨의 地位를 뒷받침하는 憲法上的 政黨條項의 存在, 이런 것만을 根據로 하여, 그 政黨에 대하여 「國家機關性」을 인정하여 주는 데에는 法理上的 無理가 있는 것이 사실이다. 따라서 「國家機關性」의 認定을 받을 수 없는 政黨으로서는, 스스로 憲法上的 地位와 權利를 지키기 위하여 憲法訴願節次를 통하여 호소하는 도리 밖에 없다고 하겠다. 政黨을 위한 權利救濟의 길은 權限爭議에서 찾기도보다도 憲法訴願에서 찾아야 한다는 뜻이다.

權限爭議節次에서와는 달리, 憲法訴願節次에서는 「補充性的 原則」(Der Grundsatz der Subsidiarität)에 따라 法에 규정된 모든 救濟節次를 거친 연후에 비로소 憲法訴願審判을 청구할 수 있도록 되었다.<sup>197)</sup> 이것은 분명코 權限爭議節次에 비하여 憲法訴願節次만이

---

196) Kluas Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I(München, 1977), SS. 342-3; Stern, *aa.O.*(FN 8), RdNr. 139 참조.

197) 이에 관해서는 韓國의 憲法裁判所法 第68條 1項 그리고 獨逸의 聯邦憲法裁判所法 第90條 2項에 規程을 두고 있다. 한편 「補充性的 原則」에 관한 說明을 위해서는 Schlaich, *aa.O.*(Fn 3), SS. 141-146; Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), SS. 185-188 참조.

상대적으로 지니고 있는 節次上的 隘路가 아닐 수 없다. 따라서 權限爭議審判은 청구할 수 없고, 오로지 憲法訴願審判만을 청구할 수밖에 없는 政黨으로서, 이러한 節次上的의 隘路로 말미암은 不利益을 피할 수 없게 된다. 이런 不利益이 있다고 해서 그것이 곧 政黨에 대하여 權限爭議에서의 當事者能力을 인정하여 주는 구실이 되지 못한다는 것은 더 말할 나위 없다.

## 第 6 章 權限爭議와 當事者適格

一般的으로 當事者能力이라 하면, 具體的인 訴訟事件과는 아무 상관없이, 추상적으로 어떤 訴訟의 當事者가 될 수 있는 일반적인 適格을 의미하지만, 當事者適格은 이와는 달리 특정의 具體的인 訴訟事件을 앞에 놓고서, 그 訴訟에서 정당한 當事者가 되어 本案判決을 받기에 적합한 資格을 뜻하는 것이 보통이다. 國家機關 상호간의 權限爭議를 對立當事者간의 爭訟으로 취급하고 있는 獨逸의 경우, 當事者能力和 當事者適格에 관한 이러한 概念은 權限爭議에서도 거의 그대로 원용되고 있다.

權限爭議에서 當事者能力은 請求人(Antragsteller)과 被請求人(Antragsgegner)이 추상적으로 當事者로서의 役割을 하기에 적합할 정도의 資格과 能力을 가졌는가를 문제삼는다. 여기에서는 當事者가 될 수 있는 一般的인 範疇를 추상적으로 따지게 된다. 그러나 權限爭議節次에서 當事者適格에 해당하는 概念으로 주로 쓰이고 있는 「能動的 適格」(Aktivlegitimation), 「審判請求權」(Antragsbefugnis) 또는 「爭訟遂行權」(Prozessführungsbefugnis) 등<sup>198)</sup>은 실제의 權利侵害로 말미암아 구체적인 法的 다툼이 있는 가를 주로

---

198) 聯邦憲法裁判所法은 Antragsbefugnis라는 用語 이외에도 Prozessführungsbefugnis나 Aktivlegitimation 또는 Passivlegitimation이라는 用語도 함께 쓰고 있다. BVerfGE 1, 208(228f); 2, 143(165); 20, 119(129); 68, 1(65); 73, 40(65) 참조. 그러나 일부 學者들은 Aktivlegitimation같은 用語를 쓰는 것을 그릇된 것으로 보고 있다. Klein, *a.a.O.*(FN 22), S.566, Anm. 236 참조.

문제삼는다. 그래서 原告인 請求機關은 爭訟을 遂行할 권리를 가졌는가 그리고 그가 請求하는 바는 과연 被告인 被請求機關을 상대로 提起될 수 있는 것인가 하는 것이 주로 검토된다. 요컨대 『그에게 本案判決이 내려질 수 있는 者가 바로 爭訟을 遂行할 權利를 가진다』<sup>199)</sup>는 것이다.

## 第 1 節 請求人の 適格

a. 韓國의 例에서와 마찬가지로 獨逸의 경우에 있어서도, 基本法上 權限爭議의 當事者適格에 관한 분명한 規程을 두고 있지 않다. 그러나 韓國의 憲法裁判所法 第61條 2項에 해당하는 것으로 볼 수 있는 獨逸의 聯邦憲法裁判所法 第64條 1項에 보면, 當事者適格 특히 原告適格(Aktiv- legitimisation 혹은 Die aktive Prozessfähigkeit)에 관하여 비교적 구체화된 規定을 찾아볼 수 있다. 이 條文의 內容은 대체로 다음의 세 가지 點으로 집약될 수 있다. 즉 첫째 被請求人の 不法行爲로 말미암아, 둘째 請求人이 고유의 權利가 侵害되었음을 주장하는 경우에 限하여, 셋째 審判請求가 받아들여 질 수 있다는 것이다.

구체적인 權限爭議 審判請求事件에서 請求人이 政黨한 當事者로 認定받기 위해서는 그가 우선 當事者能力이 있는 者이어야 한다는 것은 더 말할 나위 없다.<sup>200)</sup> 즉 請求人이 最高 國家機關이나 그 部分機關 또는 기타 利害關係人 가운데 어느 하나에 해당하는 者로 인정되어야 한다는 것이다. 일단 이 範疇에 드는 者가

---

199) BVerfGE 68, 1(65).

200) Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753 참조.

아니고서는 權限爭議의 當事者가 될 수 없기 때문이다.

그리고 그 請求人은 自己 또는 그가 屬해 있는 機關의 權利가 侵害되었음을 주장해야 한다. 이 때의 權利는 이미 위에서 說明하였듯이 憲法上의 權限을 뜻하는 것으로서, 비록 客觀的인 意味를 지닌 權限이 主觀化됨으로써 「權利」라는 概念으로 표현되고 있더라도, 실질적으로 國家機關의 權限을 뜻하는 데에는 다를 바 없다. 이 權利가 憲法上 부여된 것에 限하는 만큼, 일반 法律이나 其他 業務規程같은 것에만 근거를 둔 權利인 경우, 이를 權限爭議에서 다룰 수는 없는 일이다.<sup>201)</sup>

여하튼 權限爭議에서 「權利·義務」를 다룬다는 것이 理致에 맞지 않기도 하려니와 이채로운 것임에 틀림없으나, 어떤 意味에서는 이것이 獨逸의 權限爭議制度의 特色을 이룬다고 하겠다. 權限爭議에서 主觀的인 「權利·義務」를 다루도록 함으로써, 獨逸의 權限爭議節次는 對立當事者간의 爭訟으로 다루어지는 것이며, 그로 해서 本質的으로 「內部者간의 爭訟」일 수밖에 없는 權限爭議가 主觀的인 爭訟으로 전환될 수 있게 되는 것이다. 따라서 이런 權限爭議의 請求人은 客觀的인 憲法規範의 效力을 문제삼는 것이 아니고 主觀的인 法的 地位와 權利를 問題삼는다.<sup>202)</sup> 즉 權限爭議審判節次에서는

基本法 第21條 1項 및 第3條 1項에 의하여 請求人에게 부여된 權利를 獨逸聯邦議會가 문제의 처분을

---

201) 이 점을 밝힌 判例로서 BVerfGE 27, 152(157); 73, 1(30f.) 참조.

202) Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), SS. 113-4 참조.



통하여 侵害하거나 직접적으로 위협했는가 여부에 관해서만 判斷할뿐이다. 그 以外에 獨逸聯邦議會의 그 行爲가 基本法에 위배되는가 여부는 이 節次에서의 審判의 대상이 될 수 없다.<sup>203)</sup>

는 것이다.

이러한 權利와 관련하여 權限爭議와 같은 다툼이 생겨나는 것은 그것이 侵害됐을 경우이다. 즉 한 國家機關의 不法行爲가 있고, 그로 해서 다른 國家機關의 正當한 根據의 實제로 尤린되거나 아니면 그러한 權限의 正當적인 行使가 沮害될 정도로 위협을 받는 경우에 獨逸에서는 그것을 權利의 侵害 혹은 權利에 대한 직접적인 危險이라고 바꾸어 부르는 것이다.

한 請求人이 適格의 當事者로서 權限爭議를 遂行할 수 있는 權利를 갖게 되기 위해서는 무엇보다 그가 다른 國家機關의 不法行爲로 말미암아 權利의 侵害를 당했다거나 侵害의 위협을 당했다고 주장함으로써 실질적인 法的 다툼을 벌일 필요성이 있음을 보여주어야 한다. 즉 문제의 不法行爲가 곧 權限侵害로 이어지고, 이것이 法的으로 다투어 보야 할 問題가 된다고 問題提起를 할 때, 비로서 當事者適格의 인정은 받는다는 것이다.<sup>204)</sup> 여기에서 거듭 강조해야 할 것은 不法行爲로 인한 權利侵害를 被害者가 爭訟節次를 밟아 주장해야 한다는 點이다. 아무리 不法行爲와 權

---

203) BVerfGE 73, 1(28).

204) 當事者適格을 판단함에 있어, 「法的 問題性」(Rechtserheblichkeit)이 특히 중요한 意味를 지닌다는 點을 강조한 判例로서 BVerfGE 13, 123(125); 57, 1(4-5); 60, 374(381) 참조.

利侵害가 있었다고 하더라도 被害者 스스로가 자신의 權利가 侵害되었다고 주장함으로써, 쌍방 關係者간의 法的 問題性을 부각시키지 않는다면, 쌍방간의 다툼 자체가 成立되지 않기 때문이다. 이렇게 볼 때, 請求人의 當事者適格이 인정되는데 있어, 請求人과 被請求人間에 하나의 憲法的 法律關係가 形成되어 있어야 하고, 이 關係에서부터 생겨나는 權利를 被請求人이 침해했음을 請求人이 주장한다는 것이 결정적인 要素가 된다고 하겠다. 이 점을 獨逸聯邦憲法裁判所는 이렇게 밝히고 있다.

請求人과 被請求人이 한 憲法的 法律關係에 직접 관여하고 있다는 사실과 이 關係에서 생겨나는 請求人 고유의 權利를 被請求人이 문제의 處分이나 不作爲를 통하여 侵害하거나 혹은 직접적으로 위협했다는 사실을 請求人이 주장하는 경우, 그 請求人은 請求適格을 가진다.<sup>205)</sup>

이 때, 請求人의 主張內容과 實際의 事實이 필히 합치돼야만 하는 것이 아니기 때문에 憲法裁判所로서는 請求人의 모든 陳述이 진실인가 여부를 문제 삼지 않는다. 오로지 被請求人의 문제의 行爲가 객관적으로 存在했는가 그리고 그것이 法的 問題를 야기하는가 하는 것만이 검토 대상이 될 뿐이다.<sup>206)</sup>

---

205) BVerfGE 80, 188(209).

206) 이 점에 관해서는 특히 Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 116 참조.

b. 一般的으로 請求人은 憲法에 의하여 부여된 자신의 權利가 侵害되면 그의 救濟를 위하여 爭訟을 提起하여 호소하는 것이 常例이다. 그러나 部分機關의 當事者能力을 認定하고 있는 獨逸의 權限爭議制度에서는 그러한 常例에 대한 例外가 또한 認定되고 있다. 즉 어떤 특정 部分機關에 대해선 그 部分機關이 속해 있는 母機關의 憲法上的 權利를 지키기 위하여, 그 母機關을 대신하여 爭訟遂行을 하도록 허용하는 例가 있다는 것이다.<sup>207)</sup> 곧 權限爭議節次에서의 「第三者의 訴訟擔當」(Prozeßstandschaft)制度를 이르는 것으로서, 더 말할 나위없이 民事訴訟法上的 制度를 權限爭議節次에 도입하여 採用하는 것이라 하겠다.<sup>208)</sup>

이 制度가 權限爭議節次에 도입되는 데에 교량역할을 담당한 것

---

207) Schlaich, *aa.O.*(FN 3), S. 61; Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 113; Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 753; Klein, *aa.O.*(FN 22), SS. 566-7 참조.

208) 權限爭議節次에 民事訴訟法上的 「第三者의 訴訟擔當」制度를 採用하는데 대하여 「로렌쯔」教授는 否定的이다. 그의 생각으로는, 그렇게 採用하는 것은 憲法爭訟과 民事訴訟의 根本的인 差異를 몰각한데서 연유한다는 것이다. 民事訴訟에서는 主觀的인 權利의 保護만을 目的으로 하는데 반하여 憲法爭訟에서는 社會의 團體的 公益性을 바탕으로 하여 政治的 對立의 調整을 도모하는 것이 兩者간의 差異點이라고 한다. 그리고 民事訴訟에서 「第三者의 訴訟擔當」이라 하면, 本人의 침해된 權利를 救濟받기 위하여 第三者가 本人을 대신하여 訴訟遂行을 담당하는 制度를 이른다. 그러나 權限爭議에서는 部分機關이 母機關을 위하여 訴訟擔當을 한다고 할 때, 그 추구하는 權益은 그의 公益性 때문에 단순히 母機關의 것으로만 그치는 것이 아니고 部分機關의 것이기도 하다는 것이다. 이런 뜻에서 「第三者의 訴訟擔當」概念을 權限爭議에서 여과 없이 사용하는 것은 타당치 않다는 것이다. Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 252 참조. 이러한 見解에 대하여 「뢰버」教授는 지적하기를, 結果에 있어서는 다를 바 없다고 한다. Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 753, Anm. 103 참조. 이러한 論難이 있기는 하지만, 獨逸聯邦憲法裁判所는 일찍부터 이 「第三者의 訴訟擔當」(Prozeßstandschaft)이라는 概念을 사용하고 있다. BVerfGE 2, 143(166); 13, 54(84); 68, 1(65) 참조.

이 바로 聯邦憲法裁判所法 第64條 1項이었다. 이 規程에 의하여 當事者能力을 지닌 部分機關이 그가 속해 있는 母機關의 憲法上的 權利가 침해되었음을 내세워 스스로 權限爭議審判請求를 할 수 있게끔 된 것이다. 이 「第三者의 訴訟擔當」方式에 의하여, 部分機關은 단순히 자신의 權利만을 위해서 뿐만 아니라 母機關의 權利를 위해서도 權限爭議審判請求를 할 수 있게 되었다.<sup>209)</sup> 요컨대 部分機關은 자신의 名義로 他人의 權利를 위하여 爭訟을 提起한다는 것이다.

이처럼 部分機關으로 하여금 母機關을 위하여 訴訟擔當을 하도록 한데에는, 民主憲法秩序에서 多數의 專橫과 이로 말미암은 權力分立의 空洞화를 防止한다는 意圖가 크게 작용하였다.<sup>210)</sup> 따라서 國家意思決定過程 가운데서도 多數의 專橫이 가장 두드러지게 나타나는 議會에서만 「第三者의 訴訟擔當」의 例를 찾아 볼 수 있다는 것은 어쩌면 당연한 일인지도 모른다. 그래서 議會內的 交涉團體(Frakti-

on)에 대하여 議會 자체의 權利가 침해된 것을 權限爭議에서 다룰 수 있는 當事者適格을 인정하여 주고 있음을 알 수 있다.

議會的 交涉團體는 權限爭議節次에서 자신의 名義로 聯邦議會에 속하는 權利를 주장할 수 있음을 聯

---

209) 聯邦憲法裁判所法 第64條 1項의 解釋을 위해서는 특히 Pestalozza, *a.a.O.*(FN 4), SS. 114-5 참조.

210) 비록 「第三者의 訴訟負擔」의 採用에 대하여 회의적인 입장이기는 하지만 「로렌즈」 教授는 權力分立論에 입각하여 部分機關의 訴訟擔當을 說明하고 있다. Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), SS. 252-3; Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 753 참조.

邦憲法裁判所는 지속적인 判例를 통하여 認定하여 왔다; 聯邦憲法裁判所法第64條 1項처럼…… 聯邦議會의 權利가 침해되었음을 스스로 호소하는 限, 交涉團體는 第三者의 訴訟擔當(Prozeßstand-schaft)의 자격으로 행위하는 것이다.<sup>211)</sup>

議會內에서는 交涉團體 以外에도 分科委員會나 個別 議員같은 여러 다른 部分機關이 있음에도 불구하고, 유독 交涉團體에 대해서만 議會를 위한 訴訟擔當의 자격을 인정하여 주는 까닭은 現代國家의 政黨政治를 감안할 때 交涉團體만이 議會의 權限을 다른 國家機關의 侵害로부터 수호할 수 있는 位置에 있다고 보기 때문이다. 그래서 權限爭議에서 「第三者의 訴訟擔當」이 인정되는 것은 議會와 交涉團體간의 關係에서만 있을 수 있으며, 그런 뜻에서 비록 法的 根據는 없지만, 「第三者의 訴訟擔當」의 例는 交涉團體에 의하여 獨占된다고 하는 것이다.<sup>212)</sup>

그런데 사실상 議會를 장악하고 있는 것은 多數議席을 차지한 政黨이고, 이런 多數派 交涉團體가 議會의 救濟를 위하여 權限爭議를 提起하여 「第三者의 訴訟擔當」의 位置에 선다는 것이 無意味한 일이 아닐 수 없다. 따라서 실질적으로는 議會內의 少數派 交涉團體만이 議會를 위한 訴訟擔當자가 된다고 하는 것이 보다 精確한 表現일 것이다.<sup>213)</sup> 이처럼 獨逸聯邦憲法裁判所가 少數派

---

211) BVerfGE 68, 1(65-6).

212) Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 754 참조.

213) Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 113; Löwer, *aa.O.*(FN 7), S. 753; Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 253 참조.

交渉團體의 「第三者의 訴訟擔當」能力을 인정하게 된데에는 少數者保護의 思想이 크게 작용했음을 부인하기 어렵다.<sup>214)</sup> 여기에서의 少數者保護는 요컨대 少數者主張의 존중을 뜻하는 것으로서, 少數者의 主張이 때로는 관철될 수 있는 制度的인 通路를 마련해 놓는다는 데에 그 意義가 있는 것이다. 이 通路를 통하여 議會의 地位와 權限을 保障하는 데에서 少數反對派의 또 다른 存在意義를 찾아보게 된다.<sup>215)</sup> 이런 뜻을 함축하여, 獨逸聯邦憲法裁判所는 이렇게 判示했다;

議會의 한 部分으로서의 交渉團體는 議會 스스로가 被請求人의 處分이나 不作爲를 승인한 경우에도 그 議會의 權利를 權限爭議節次에서 주장할 수 있다고 聯邦憲法裁判所는 判決해 왔다. 議會의 權利를 그 議會의 意思에 反하여 聯邦憲法裁判所에서 주장할 수 있는 그 權能이야말로 少數者 保護에 實效性을 부여하는 것이다……<sup>216)</sup>

議會 자체의 意思, 좀더 구체적으로는 議會內的 多數派 交渉團體의 意思에 反발하여, 少數派 交渉團體가 오히려 議會의 固有

---

214) Klein, *a.a.O.*(FN 22), S.566 참조.

215) Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 253 참조.

216) BVerfGE 45, 1(29-30).

權限을 수호한다는 名分으로 權限爭議에서 「第三者의 訴訟擔當」의 구실을 한다는 것은 獨逸의 權限爭議制度에서 찾아 볼 수 있는 특이한 한 斷面이 아닐 수 없다.<sup>217)</sup> 이처럼 民事訴訟法上的의 한 制度를 權限爭議節次에 도입했다는 사실은 곧 多數의 專橫에 대한 警戒心의 表現이기도 하다. 결과적으로, 獨逸의 경우, 『議會에서의 사실상의 統制機能은 점차 少數反對派 交涉團體로 넘어가게 되고, 반면에 議會의 多數派는 行政府와 더불어 民心을 얻는 작전으로 나가게』<sup>218)</sup>되는 것이다.

## 第 2 節 被請求人の 適格

被請求人の 適格이라 하면 訴訟法上的의 被告適格(Passivlegitimation)에 해당하는 뜻을 나타내는 것으로서, 「被動的 訴訟遂行權」(Die passive Prozessführungsbefugnis)이라는 用語로 表現되기도 한다.<sup>219)</sup> 이것은 權限爭議에서 누가 「正當한 被請求人」(richtige Antragsgegner)이 되는가를 判斷하는 데에 그 論議의 초점을 두고 있다.

일단 權限爭議가 提起된 경우, 그 爭訟이 제대로 遂行되기 위해서는 審判請求人이 適格이어야 함은 물론이려니와 被請求人도 제대로 爭訟을 遂行할 수 있는 資格과 權能을 가지고 있어야 한

---

217) 이러한 內容을 담은 判例는 聯邦憲法裁判所의 초창기부터 형성되어 왔다. 예컨대 BVerfGE 1, 351(359); 2, 347(365f.) 참조. 그리고 學者 가운데서는 특히 「후리젠한」 敎授가 일찍부터 이러한 判例立場을 지지했다. Friesengahn, *aa.O.*(FN 32), S. 125 참조.

218) Klein, *aa.O.*(FN 22), S. 567.

219) Pestalozza, *aa.O.*(FN 4), S. 116 참조. 한편 “Passivlegitimation”이라는 用語를 쓰는 例로는 Lorenz, *aa.O.*(FN 15), S. 254 참조.

다. 被請求人이 適格이기 위해서는 우선 被請求人이 權限爭議의 當事者가 될 수 있는 當事者能力을 가진 機關이어야 한다.<sup>220)</sup> 원래 權限爭議는 最高 國家機關 상호간의 爭訟인 만큼, 被請求人도 이러한 國家機關으로서의 當事者能力을 가지고 있지 않고서는 그러한 權限爭議節次 자체가 成立될 수 없기 때문이다.

다음으로 구체적인 處分이나 不作為로 말미암아 權利의 侵害가 있다고 請求人이 주장하는 만큼, 그러한 주장을 뒷받침할 만한 被請求人의 구체적인 行爲가 있어야 한다. 獨逸聯邦憲法裁判所의 表現을 빌리면, 『聯邦議會는 聯邦選舉法의 議決을 함으로써 문제된 處分을 행하였기 때문에 被告 適格이 있다』<sup>221)</sup>는 것이다.

被請求人의 適格과 관련해서는, 「第三者의 訴訟擔當」같은 것은 인정되지 않는다.

聯邦憲法裁判所法은 그 第64條에서 部分機關으로 하여금 母機關의 權利까지도 주장할 수 있도록함으로써, 그 限度內에서 能動的 適格을 부여해 주고 있다. 그러나 部分機關에게 被請求人의 地位에서의 「第三者의 訴訟擔當」地位를 부여해 주는 것은 아니다. 母機關의 權利와 義務에 관련된 사항에 있어서는 그 部分機關은 被動的 適格으로 인정되지않는다.<sup>222)</sup>

---

220) Schlaich, *aa.O.*(FN 3), S. 59 참조.

221) BVerfGE 6, 84(89). 같은 뜻의 判例로서 BVerfGE 20, 119(131) 참조.

222) BVerfGE 2, 143(166).



따라서 部分機關은 그의 母機關의 行爲로 해서 대신 提訴되지 않으며, 또 어떠한 機關도 그의 部分機關이나 他 機關의 行爲에 대하여 責任을 지는 것이 아니다. 요컨대 被請求人은 오로지 자신의 行爲로 해서만 權限爭議의 被動的 當事者가 될 수 있다고 하겠다.<sup>223)</sup>

어떠한 處分이나 不作爲가 한 機關의 行爲임이 분명히 드러나는 경우에는, 그로 해서 提起되는 權限爭議에서 適格의 被請求人을 지목해 내는 것은 그다지 어려운 일이 아니다. 그러나 責任질 만한 機關이 여럿인 경우에는 문제는 그렇게 단순한 것이 아니다. 예컨대 하나의 法律이 立法過程을 거쳐 최종적으로 效力을 發生하게 되기까지는 議會는 물론이고 議會內的 交渉團體, 分科委員會 그리고 政府, 國務會議, 大統領 등 많은 機關이 그 過程에 參與하는 것이 常例이다. 이런 경우에 이들 가운데서 어느 機關이 「正當한 被請求人」(richtige Antragsgegner)으로 지정될 수 있는가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다. 이런 問題에 當면했을 때, 獨逸聯邦憲法裁判所는 하나의 구체적 인 處分과 關聯하여, 「法的 責任」이 누구에게 귀속되는가를 判斷의 基準으로 삼았다.<sup>224)</sup> 이러한 「法的 責任」의 귀속이라는 基準에 따라 여러 機關 가운데

---

223) 이 點에 관해서는 學者들의 意見도 一致를 보고 있다.

224) 예컨대 1983年 1月 6日 獨逸聯邦大統領이 議會를 解散한 行爲와 關聯하여 個別 議員이 聯邦大統領을 상대로 제기한 權限爭議에서 聯邦憲法裁判所는 判示하기를, 聯邦大統領은 當事者適格을 가지고 있을 뿐만 아니라 基本法 第68條 1項에 의한 法的 責任을 지기 때문에 被請求人 適格이 인정된다고 했다. BVerfGE 62, 1(33) 참조. 같은 뜻의 判例로서 BVerfGE 67, 100(126-7) 참조.

데서 어느 한個 또는 數個 機關만을 골라서 被請求人으로서의 適格을 지닌 것으로 判斷했다.<sup>225)</sup>

不作爲의 경우에 있어서도 사정은 다를 바 없다. 어떤 구체적인 行爲義務가 누구에게 있는가 하는 것이 문제되는 경우를 이르는 것이다. 예컨대 憲法裁判所가 一定 期限을 定해 놓고서 어떠한 改正方法을 해야 할 義務를 議會에 課하는 경우를 생각할 수 있을 것이다.<sup>226)</sup> 이때 時限을 넘기도록 法律이 改正되지 않았다면, 그러한 法律의 改正과 관련하여 누가 作爲義務를 어겼는가를 문제삼게 된다. 만약 改正發議 자체가 없었다면 請求는 發議權者를 向할 것이며, 發議는 있었으나 審議나 議決이 늦어졌다면 이러한 審議나 議決에 대하여 法的 責任을 지는 機關이 被請求人으로 지정되어야 할 것이다. 立法過程에서 이런 段階를 거친 다음, 公布節次를 밟지 않음으로써 法律의 效力이 發生하지 않는 경우에는 政府나 公布權者인 大統領이 適格의 被請求人이 될 수밖에 없다.<sup>227)</sup>

그러나 獨逸의 聯邦憲法裁判所만 하더라도 이 被動的 適格의 問題를 판단함에 있어, 분명한 線을 그어, 一貫性 있는 態度를 보인 것이 아니고, 概略의이고 實用的인 입장에 서서 事例에 따라

---

225) 이 點과 관련하여 BVerfGE 4, 144(152); 73, 1(30); 73, 40(67) 참조.

226) 가장 代表的인 例로서 韓國의 憲法裁判所가 國會議員選舉法 第33條, 第34條의 違憲審判事件에서 내린 違憲決定(89. 9. 8 결정, 88헌가 6)을 들 수 있을 것이다. 이 決定에서 憲法裁判所는 國會議員選舉法 第33條와 第34條는 憲法에 합치되지 아니한다고 밝힌 다음, 이 法律 條項은 1991年 5月 말을 期限으로 立法權者가 改正할 때까지 그 效力을 지속한다고 變形判決을 내린 바 있다. 憲法裁判所判例集, 제1권 199面 以下 참조.

227) 이 點에 관해서는 Pestalozza, a.a.O(FN 4), SS. 117-8 참조.

조금씩 角度를 달리하는 判斷을 내렸던 것이 사실이다. 그래서 法律의 制定過程에서 發議, 完成, 公布 등의 방법으로 참여한다는 理由로 들어 政府에 대하여 被動的 適格을 인정하는가 하면,<sup>228)</sup> 다른 한편으로는 『다른 機關도 立法過程에 참여한다는 事實이 곧 그 機關들을 立法의 共同擔當者로 드는 것은 아닌』<sup>229)</sup>만큼, 議會의 被動的 適格만으로도 足하다는 判斷을 내리기도 했다. 이와 같은 先例를 살피건대 특히 被請求人의 適格을 判斷함에 있어서는 形式的 意味의 法的 責任이거나 아니면 實質的 責任이거나 또는 主導的 役割에 초점을 맞춘 責任論이거나 여하간에 어떤 基準을 확정짓고 이에 따라 一貫性있는 判斷을 내리는 것이 요청된다고 하겠다.

### 第 3 節 爭訟參加

權限爭議審判에서 憲法裁判所가 내리는 判決의 영향은, 다른 部門의 憲法裁判과 마찬가지로, 단순히 請求人과 被請求人에게 미치는 것으로 끝나는 것이 아니고 해당 事件當事者의 테두리를 넘어서서 모든 憲法機關에 대하여 직접적으로나 간접적으로 영향을 주기 마련이다. 이런 點을 고려하여, 聯邦憲法裁判所法 第65條는 當事者能力이 있는 다른 憲法機關도 係屬중의 爭訟에 참가할 수 있도록 爭訟參加制度(Verfahrensbeitritt)를 규정해 두고

---

228) BVerfGE 1, 208(230f.); 4, 31(36) 참조.

229) BVerfGE 4, 144(152).

있는 것이다.<sup>230)</sup> 이것은 요컨대 第三者의 訴訟參加에 해당하는 것으로서, 韓國民事訴訟法상의 訴訟參加制度, 그 중에서도 특히 第65條의 補助參加에 가장 가까운 것이라 하겠다. 그런 뜻에서 獨逸聯邦憲法裁判所는 이것을 獨逸行政訴訟法 第65條에 규정된 「訴訟參與(Beiladung)와는 엄격히 區分짓고 있는 것이다.<sup>231)</sup>

爭訟參加者는 우선 爭訟當事者로서의 地位를 가진다.<sup>232)</sup> 따라서 이 參加者는 독자적인 請求人의 자격으로 원래의 當事者들과 함께 權限爭議에 임한다. 즉

聯邦憲法裁判所法 第65條에 의한 參加者는 독자적인 請求를 提起할 수 있는 權利를 가지며, 비록 그로 해서 訴訟物의 범위가 확대되는 경우일 지라도 역시 마찬가지이다. 그러나 그러한 訴訟內容은 원래의 請求人이 제기했던 請求內容과 內面的인 連繫를 유지하고 있어야 한다.<sup>233)</sup>

獨逸의 경우, 權限爭議는 일단 對立當事者간의 爭訟으로 행하여지는 만큼, 원래의 當事者인 請求人과 被請求人이 그 權限爭議節次에서 主導的인 구실을 담당하는 것은 당연한 일이다. 따라서 爭訟參加者는 비록 독자적인 當事者로서의 地位에 선다고

---

230) 憲法裁判所法 第65條 1項에 보면, 이런 規定을 두고 있다: 『이 法 第63條에 열거된 기타 審判請求權者는 해당 事件의 判決이 자신의 管轄權의 劃定에 대해서도 영향을 끼치게 되는 경우에는, 爭訟節次의 어떠한 段階에서나 請求人側이나 被請求側에 참가할 수 있다.』

231) BVerfGE 20,18(26) 참조.

232) BVerfGE 20, 18(25) 참조.

233) BVerfGE 6, 309(326).

하더라도, 어디까지나 서로 對立된 兩側 當事者중 어느 한쪽 편으로만 參加해야 하는 만큼, 이들 주된 當事者를 뒷받침하는 역할에 머물지 않을 수 없다. 이 點을 聯邦憲法裁判所는 이렇게 밝히고 있다:

法 第65條 1項(聯邦憲法裁判所法-筆者)의 文言에 의하면, 第三 審判請求權者는 항상 “請求人”측으로나 아니면 “被請求人”側으로만 參加할 수 있다. 따라서 그는 係爭중의 法律問題에 관한 자신의 立場을 밝히거나 혹은 主當事者들간의 다툼에서 다루고 있는 것과는 다른 主張을 내세우기 위하여, 主當事者들에 의하여 형성된 爭訟素材와는 아무런 연계도 없이, 第三者로서 爭訟節次에 임할 수 있는 것이 아니다. 爭訟參加는 오히려 主當事者중 어느 한쪽을 뒷받침하는 것을 目的으로 해야 한다.<sup>234)</sup>

적어도 權限爭議審判節次를 추상적인 憲法裁判의 일환으로 보는 것이 아니고, 對立當事者간의 爭訟節次로 보고 또 그렇게 행하고 있는 限, 爭訟參加者의 그러한 地位와 役割은 당연한 것이라 할 수 있겠다. 그래서 爭訟參加者가 주된 兩當事者중 어느 한 쪽에 가담한다고 할 때, 그 參加者는 자신의 法的利益과 그 當事

---

234) BVerfGE 12, 308(310). 그리고 같은 뜻의 判例로서 BVerfGE 20, 18(23) 참조. 이에 관한 說明을 위해서는 Löwer, *a.a.O.*(FN 7), S. 755; Stern, *a.a.O.*(FN 8), RdNr. 170 참조.

자가 추구하는 法的 利益이 부합될 때에 한하여, 그 편에 설 수 있는 것이다. 그 例로서 한 正當이 聯邦議會를 상대로 제기한 權限爭議에서, 다른 正當이 被請求人인 聯邦議會的 편으로 爭訟參加를 申請한 경우를 들 수 있겠다.<sup>235)</sup> 이 事例에서 聯邦憲法裁判所가 判示한 바에 의하면, 權限爭議에서 正當이 추구하는 法的利益과 權限問題를 중심으로 聯邦議회가 추구하는 法的 利益은 서로 같은 方向으로 나가고 있는 것이 아닌 만큼, 다른 正當이 오히려 聯邦議會편에 서서 그 爭訟에 參加하는 것은 결국 理致에 어긋나는 것일 수밖에 없다는 것이다.<sup>236)</sup>

獨逸의 爭訟參加制度에는 나름대로 法的 根據가 있어서 施行에 특별한 어려움은 없지만, 이에 관한 獨逸聯邦憲法裁判所의 態度는 一貫된 것이라고 하기 어렵다. 그래서 爭訟參加制度에 관계된 초기의 判例에서 보면, 그 以後에 나온 判例와 대조컨대, 상당히 다른 면모를 찾아 볼 수 있다. 예컨대, 議會的 少數派 交涉團體와 聯邦行政府간의 權限爭議에서, 議會的 多數派 즉 議會 自體가 聯邦行政府편에 서서 爭訟에 參加하겠다는 申請에 대하여 초기의 聯邦憲法裁判所는 이를 긍정적으로 받아들인 바 있었다.<sup>237)</sup> 이 判例는 분명코 위에서 몇몇 判例를 통하여 지적했던 點과는

---

235) 이것은 Gesamtdeutsche Partei와 Bayernpartei가 聯邦議會를 상대로 제기한 權限爭議에서 생겨난 問題이다. 먼저 社會民主黨側이 요청한 소위 「訴訟參與」(Beiladung)에 대하여, 聯邦憲法裁判所는 이를 받아들이지 않았고, 다음으로 基民黨側(CDU/CSU)과 自由民主黨(FDP)側이 聯邦議會편으로 爭訟參加하는 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.

서로 부합되지 않는다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 聯邦憲法裁判所는 그 以後 이 判例를 수정한다는 意思를 분명하게 내보인 바 없기 때문에, 爭訟參加者는 자신이 추구하는 法的 利益과 부합되는 쪽의 當事者편에서야 한다는 原則과 관련하여, 아직 混線의 여지는 여전히 남아 있다고 하겠다.<sup>238)</sup>

---

238) 일부 學者는 이 초기의 判例(BVerfGE 1, 259f.)에 대하여 否定的인 見解를 가지고 있다. Klein, *a.a.O.*(FN 22), S. 568-9; Lorenz, *a.a.O.*(FN 15), S. 256 참조. 이와는 달리 「뢰버」教授는 지적하기를, 이 초기의 判例야 말로 多數派 交渉團體와 行政府는 한 묶음이라는 것을 憲法爭訟으로 확인해 준 것이라고 한다. 따라서 議會內의 少數派에 의하여 聯邦議會의 것으로 2!장되는 權限을 聯邦議會 스스로가 거부하고서, 오히려 行政府편에 서는 것은 憲法上 오히려 타당하다는 聯邦憲法裁判所의 見解에는 論理의 一貫性이 있다는 것이다. Löwer, *a.a.O.*(FN 7), SS. 755-6 참조.

## 第 7 章 맺는 말

이제까지 獨逸의 法制와 判例를 중심으로 하여 權限爭議制度의 일부 斷面들을 살펴보았다. 最高 國家機關 상호간의 權限爭議를 憲法裁判所로 하여금 審判하도록 한다는 點에 있어, 우리의 制度와 獨逸의 그것은 같은 길로 가고 있다고 할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 制度上的 共通點이 있음에도 불구하고, 實際에 있어서는 엄청난 격차가 있음을 自認하지 않을 수 없다.

우리들로서는 애당초 零의 상태에서 이제 막 시작하는 입장이어서 어쩔 수 없는 일이기도 하지만, 우리가 이제까지 갖추어 놓은 것이라고는 憲法上的 根據條項(憲法 第111條 1項)과 節次法規定(憲法裁判所法 第61條-第67條)뿐이다. 그러나 이러한 法規面에 있어서도, 獨逸의 그것과 대조컨대 재검토해 봐야 할 部分이 있음을 인정할 수 있다. 獨逸의 경우, 이제까지 當事者能力의 폭을 그처럼 넓힐 수 있었던 것도 사실은 그들의 基本法 第93條



1項 1號의 “其他 利害關係人”(Andere Beteiligte)이라든지 또는 聯邦憲法裁判所法 第63條의 部分機關(Die Teile der Organe)에 관한 規定이 있기 때문에 가능한 일이라 하겠다. 즉 이런 規定이 그러한 擴大解釋의 발판을 제공하여 주고 있다는 뜻이다. 獨逸에서처럼 그렇게 擴大解釋하는 것이 權限爭議制度의 정상적인 運營을 위하여 과연 바람직한 일인가 하는 의문은 계속 남지만, 우리의 憲法裁判所法 第62條 1項 1號의 『國會, 政府, 法院 및 中央選舉管理委員會 相互間의 權限爭議審判』이라는 限定的인 句節만 가지고서는 擴大解釋을 위한 약간의 餘地나마 찾아보기 힘든 것이 사실이다. 따라서 獨逸의 憲法裁判所法에 명시되어 있는 「第三者의 訴訟擔當」이나 「爭訟參加」 같은 것도 우리의 權限爭議制度에서 자리잡기는 어렵게 되어 있는 것이 사실이다.

물론 獨逸의 法制와 聯邦憲法裁判所의 認識과 態度에 問題가 없는 것도 아니다. 우선 基本法 第93條 1項 1號와 聯邦憲法裁判所法 第67條의 相衝問題들 들 수 있겠다. 前者는 聯邦憲法裁判所의 구실을 基本法의 解釋에만 局限시키고 있음에 反하여, 後者는 紛爭의 判例만을 강조하고 있는 것이다. 이것은 분명히 聯邦憲法裁判所法 第67條의 違憲問題를 야기하는 것이지만, 聯邦憲法裁判所는 이런 問題를 提起하는 것 자체에 대하여 否定的이다.<sup>239)</sup> 그뿐만 아니라 當事者能力이 인정될 수 있는 範圍를 확장하여, 正當까지도 權限爭議의 當事者로 포함시키는데 이르러서는 法

---

239) 이와 관련하여 한 學者는 주장하기를 이런 違憲問題는 너무도 自명한 것이기 때문에 解釋論으로도 해소될 수 없다고 했다. Pestalozza, aa.O(FN 4), S. 119 참조.

解釋의 限界를 다시 한번 생각하지 않을 수 없다.<sup>240)</sup>

獨逸의 聯邦憲法裁判所는 초창기부터 客觀的인 權限에 관한 紛爭을 主觀的인 權利를 위한 紛爭으로 전환시킴으로써, 本質的으로 「內部者간의 爭訟節次」(Insichprozess)로서의 성격이 강한 權限爭議를 완전히 對立當事者간의 爭訟으로 변질시키기에 이르렀다. 聯邦憲法裁判所가 이렇게 하는 데에는 물론 그럴 만한 法的인 根據가 전혀 없는 것은 아니지만, 주로 判例를 통하여 실현한 것이다. 마찬가지로 韓國에서의 權限爭議의 性格을 앞으로 어떻게 규정하며, 또 制度 자체를 어느 方向으로 이끌어 나갈 것인가는 전적으로 憲法裁判所가 앞으로 判例를 통하여 펼쳐 보일 「權限爭議」觀에 달려 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

---

240) 이 點과 관련하여 「슈라이히」教授는 지적하기를 正當은 社會的 組織(Gesellschaftliche Einrichtungen)인 만큼, 政黨의 當事者能力을 인정하는 것은 그릇된 일이라고 했다. Schlaich, *a.a.O.*(FN), S. 59 참조.

第 3 主齋

# 地方自治團體相互間的 權限爭議審判

李 光 潤

(法博·成均館大學教 助教授)

## 目 次

第 1 章 序 論 .....	253
第 2 章 憲法裁判과 地方自治 .....	256
第 1 節 地方自治에 대한 憲法的 根據 .....	256
第 2 節 國家形態에 따른 自治權의 차이 .....	262
第 3 節 權限爭議審判과 地方自治 .....	270
I. 憲法裁判과 權限爭議審判 .....	270
(1) 우리 나라 憲法裁判制度의 類型(유럽대륙형)의 특징 .....	272
(2) 權限爭議審判의 意義 .....	273
II. 憲法裁判과 地方自治 .....	274
(1) 基礎地方自治團體에 대한 憲法保障에 관한 立法例 .....	275
(2) 中央政府와 地域(région)間, 또는 地域 相互間에 관한 憲法的 保障 .....	275
(3) 聯邦國家 및 地域國家(Etat régional)에서의 違憲 法律審査를 통한 權限爭議의 간접적 해결 .....	278
第 3 章 地方自治團體 相互間의 權限爭議審判의 內容 .....	280
第 1 節 權限爭議審判의 請求事由 .....	281

I. 權限의 侵害 .....	281
II. 地方自治團體의 處分 .....	285
(1) 理論的 檢討 .....	285
(2) 우리 나라 實定法規定에 대한 檢討 .....	290
第 2 節 當事者適格의 問題 .....	294
第 3 節 地方自治團體 相互間의 關係와 權限爭議 .....	296
I. 國家代表의 不存在 .....	297
II. 國家代表의 地方에서의  직접적 존재 .....	297
III. 國家代表機能의 地方奇觀에의 委任 .....	299
IV. 우리나라에서의 地方自治團體 相互間의 관계와 自治事務에 관한 權限爭議 .....	301
第 4 節 權限爭議의 性格과 解決方法 .....	303
I. 機關訴訟의 性格 .....	303
II. 權限爭議(conflict de compétence)審判과 機關訴訟	307
III. 地方自治團體 相互間에 있어서의 紛爭의  해결방법	308
第 5 節 權限爭議審判의 分類 .....	310
I. 事前的 審判 .....	310
II. 事後的 審判 .....	311
第 4 章 地方自治團體 相互間의 限爭議審判의 節次上의 特徵 .....	313
第 1 節 執行의 停止 .....	313
第 2 節 權限爭議審判의 決定의 效力 .....	315
第 5 章 結 論	318

## 第 1 章 序 論

1987年의 6月 抗爭과 6.29善言에 이은 第9次 憲法改正으로 1987年 10月 29日 憲法은 주요 골자로 되었던 大統領 直選制 못지 않은 두 가지 중요한 制度的 改革을 단행하였으니, 그 하나는 憲法裁判所의 탄생이며 다른 하나는 地方自治制의 실시라고 하겠다.

憲法裁判所는 그간의 짧은 활동을 통하여도 특히 憲法訴願 분야에서 두드러진 활약상을 나타내고 있으며, 違憲法律審査 역시 꾸준한 증가세에 있어 特別裁判所로서의 憲法裁判所의 존재는 반석 위에 올라선 느낌이다. 憲法의 機能은 一般的으로 國家權力構造의 調停者로서의 역할과 基本權 保障으로 大別되는 바, 國家權力構造의 調停者로서의 역할을 하기 위하여 憲法裁判所에서 행하는 대표적 행위는 議會의 法律에 대한 違憲審査와 權限爭議審判인바, 權限爭議審判은 우리에게 꼭 생소한 것으로 많은 의문과 문제점이 가로 놓여 있다. 우선 ‘단일국가인 우리 나라에서 國家權力構造의 合憲的 調整을 위해 違憲法律審査이외에 별도로 權限爭議審判이 필요한 것인가? 하는 의문이다. 즉, 憲法上的 國家機關中에서 法院들간의 管轄衝突은 管轄爭議裁判所(tribunal de conflit)를 설치하여 해결하는 것이 보다 합리적이며, 다른 憲法上的 國家機關 相互間의 문제는 違憲法律審査로 충분히 그 목적을 달성할 수 있으며, 기타 문제는 憲法裁判이라는 司法的 解決 보다는 政治的 解決方法에 의하는 것이 보다 합리적인 방법이 아닌가?

그리고 ‘國家와 地方自治團體 또는 地方自治團體 相互間의 權限爭議는 성질로 보아 과연 憲法裁判의 대상이 되는 것인지?’ 하는 것도 의문이다. 더구나 市·郡·區 단위의 地方自治團體 相互間의 權限爭議까지를 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判의 대상으로 삼고 있는 경우는 우리 나라 이외에는 그 예를 발견할 수 없으므로 특별히 우리 나라의 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判의 대상으로 삼고 있는 경우는 우리 나라 이외에는 그 예를 발견할 수 없으므로 특별히 우리 나라의 憲法裁判所가 權限爭議에 관한 管轄權을 확대할 사정에 있는 것인지, 行政裁判과의 관계는 어떻게 되는 것인지 하는 의문의 혼합체들이 이론적인 면에서나 실정법적인 면에서 딜레마를 던져 준다.

한편 우리 나라는 오랜 中央集權的 專制君主國家時代와 日帝의 中央集權的 強占時代를 거쳐 大韓民國이 수립된 이래 오랜 시기동안 政治權力이 國民主權의 合法的 代表로서의 정당성을 의심받아 왔고 地方政治는 制2共和國의 불안정하고 짧았던 시기를 제외하고는 존재하지 못하였다. 따라서 경험이 없는 地方行政의 民主化에는 法制的 未整備, 資質의 未洽 등 이에 따른 문제점이 많을 수밖에 없는 실정이다. 더구나 우리 나라의 地方自治는 1991년부터 시작은 되었다고는 하나, 地方自治를 실시하고 있는 국가 중에서는 가장 中央集權的인 반면 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判은 地方分權(décentralisation)의 한계를 유월하는 연방국가인 독일과 오스트리아의 제도를 모델로 하고 있기 때문에 地方自治團體 相互間의 權限爭議審判의 Identity의 위기가 발생하며 여기에 가장 근본적인 모순과 딜레마가 있다. 따라서 ‘地方自治團體 相互間의 權限爭議’ 라는 주제는 의문과 모순의 자갈밭 위에 ‘政治的 統制’ 보다는 ‘司法的 統制’를 택한 統粹法學의 아스팔트를 포장하는 작업이므로, 우리 나라에 있어서의 地方自治團體 相互間의 관계와 그에

대한 司法的 統制의 토양을 검증하기 위하여 비교법적 연구가 필수적으로 동원되었다.

즉 Kelsen論理의 影響下에 특히 유럽에 광범위하게 과급된 憲法裁判所制度(다소의 변형을 포함하여)를 채택하고 있는 국가 중에서 聯邦國家의 모델로는 독일·오스트리아, 地域國家의 모델로는 스페인·이태리·벨기에, 單一國家의 모델로는 프랑스·터어키를 택하여 비교 연구하였으며, 이밖에 포르투갈 같은 성격상 지역국가와 단일국가의 兩모델로, 또한 Kelsen형의 憲法裁判所는 존재하지 아니하지만 地方自治와 關係訴訟(行政訴訟)의 비교를 위하여 일본을, 그 밖에 地方自治團體의 유형을 설명하기 위하여 영국과 미국의 약간의 예를 곁들였다.

다음으로 우리 實定法 規定에 대한 분석을 행하여 우리가 도입한 제도의 근원을 밝히는 동시에 現行法의 문제점을 지적하였으며, 結論部分에서는 종합적 방법을 동원하여 장래의 地方自治團體 相互間에 있어서의 權限爭議의 방향을 제시하고자 하였다. 연구의 범위는 주로 우리 나라에 있어서의 地方自治團體 相互間의 權限爭議의 성격의 규명에 치중하였기 때문에 절차적인 문제에 있어서는 第4章에서 특징적인 것에 한정하여 다루었다.

本研究를 행하는 데 있어서 가장 염두에 두었던 사항은 우리의 Identity의 파악과 외국법 도입의 선별성 문제이었기 때문에 憲法裁判所의 모델국가로 볼 수 있는 오스트리아와 독일제도의 우리제도와 차이점에 대한 분석 및 이론적인 면에서의 비판적 분석을 하려고 노력하였다. 여기에 本人의 견해뿐만 아니라 외국제도와 외국학자들의 이론이 다수 동원되었으나 균형을 유지하기 위한 불가피한 조치였다는 점 양해를 구하고자 한다.



## 第 2 章 憲法裁判과 地方自治

### 第 1 節 地方自治에 대한 憲法的 根據

우리 나라 憲法은 地方自治에 대한 규정을 두어 第1條에서 “地方自治團體의 福利에 관한 事務를 처리하고 財産을 관리하며 法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다”고 規定하고 第118條에서는 “地方自治團體에 會議을 둔다”고 規定하고 있으며, 기타 地方自治團體의 種類, 組織, 運營 등에 관하여는 法律로 정하게 하고 있다. 이러한 憲法規定을 두고 대부분의 해석은 全權限性(Allzuständigkeit)과 自己責任性(Selbstverantwortlichkeit)을 內實로 하는 自治權(Recht der Selbstverwaltung)을 보장하고 있는 것으로서 西獨基本法 第28條 2項의 地方自治團體(Gemeinde)의 自治權 保障 規定과 뜻을 같이하는 것으로 보고 있다.<sup>1)</sup>

全權限性이라 함은 地方自治團體가 어떠한 사무를 맡을 수 있고, 맡아야 할 것인가를 스스로 결정하고 관리할 수 있는 權限을 말하는 것으로, 독일의 基本法과 대부분의 州憲法은 事務列舉를 하지 않고 事務領域을 概括條項方式으로 規定하고 무엇이 地方自治團體의 事務를 구체적으로 정하는 것은 地方自治團體의 일로 되기 때문에, 地方自治團體의 이해에 관계가 있고 그 地方自治

---

1) 金南辰, 行政法 II. 法文社, 1991, p.92, 93/ 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1998, p.213/許營, 國民憲法論, 博英社, 1990, p.783 등.

團體의 管轄領域內에서 그 地方自治團體의 給付能力으로써 배려 될 수 있고 집행될 수 있는 事務는 모두 地方自治團體의 事務로 포함된다.<sup>2)</sup> 自己責任性이란 地方自治團體가 자기의 事務를 國家의 지시나 國家의 後見的 監督(tutelle)<sup>3)</sup>에서 벗어나 독자적으로 처리하는 權限을 가지는 것을 가리키는 것으로, 地方自治團體는 사무를 자기의 이름으로 자기의 책임으로 수행하며, 地方自治團體의 住民은 그들이 선출한 代議機關을 통해서 스스로를 관리하는 것을 말한다.<sup>4)</sup>

그러나 과연 우리 나라의 憲法規定이 독일에 있어서와 같은 自主的 組織權, 自主的 人事權, 自主的 事務處理權, 自主的 計劃權 등을 내용으로 하는 包括的 自治權과, 自治事務에 관하여 國家의 指揮나 後見的 監督을 받지 아니하고 法에 따라 自主的으로 처리할 自己責任의 原理를 인정하고 있는 것으로까지 볼 수 있느냐고 하는 점에 대하여는 다소 의문이 있으며, 무엇보다도 우리 나라는 역사적으로 고도의 단일성을 유지해 왔으며 또 단일성을 유지하고 있는 단일국가(Etat unitaire)라는 점에서 연방국가(Etat fédéral)에 있어서와 같은 범위의 自治權을 憲法이 認定하고 있다고 보는 데는 무리한 점이 많다고 보아진다.

우선 우리 나라의 地方自治에 관한 憲法規定은 다른 나라에 비해 다소 애매 모호하다. 즉 ‘地方自治團體는 住民의 福利에 관한 事務

---

2) 張志浩, 西瀆地方自治論, 大旺社, pp.32-33 참조.

3) 後見的 監督이란:

1-事前承認權(le pouvoir d' approbation préalable)

2-停止, 取消, 變更權(les pouvoirs de suspension, d' annulation, de réformation)

3-代行權(le pouvoir de substitution)을 말한다.

4) 張志浩, op.cit., p.34 참조.

를 처리하고' 라고 하는 規定은 自治行政에 관한 他國의 規定:

1. 프랑스 憲法 第72條의 “이들 地方自治團體는 選舉된 地方議會에 의하여 그리고 法律에 정하는 諸條件에 따라서 자유로이 行政한다.”

2. 독일 憲法 諸28條의 “市·邑·面에는 自己의 責任에 기하여 法律의 範圍內에서 地方自治團體의 모든 事項을 規律하는 權利가 보장되어야 한다.”

3. 이태리 憲法 第3조의 “하나이며 不可分인 共和國은 地方自治를 인정하며 또한 促進한다. 국가에 속하는 事務에 있어서는 가장 넓은 행정상의 分權을 행하여 그 立法의 原則과 方法을 自治와 分權과의 요구에 적합하도록 한다.”

4. 스페인 憲法 第137조의 “이러한 地方自治團體들은 모두 各各의 利益을 管理하기 위하여 自治(autonomia)를 保有한다.” 第140조 “憲法은 市·邑·面의 自治를 保障한다.”

등에 비하여 自治의 성격이 不分明하다. 즉 우리 憲法條項의 “住民의 福利에 관한 事務의 處理”를 프랑스의 “자유로운 행정”이나 독일의 “모든 事項을 規律하는 權利”, 이태리의 “가장 넓은 행정상의 分權을 행하는 것”이나 스페인의 “自治”와 같은 정도의 自治規定으로 볼 수 있느냐는 점에는 의문이 가는 바, 프랑스의 경우, 憲法 諸72條의 “자유로이 行政한다.”(s' administrent librement)는 규정에도 불구하고 後見的 監督(tutelle)을 폐지하게 되는 것은 1982年 地方自治制度의 개혁<sup>5)</sup>에 의하여 비로소 가능하게 되었다.

우리 나라의 경우 事前承認(地方自治法 第149조 1항), 取消, 停止權(地方自治法 第157조 1항)등의 後見的 監督이 地方自治法에

---

5) 1982년 개혁의 重要내용은 1-事前的 後見監督의 閉止, 2-보통 地方自治團體로서의 地域(Région)의 탄생, 3-地方自治團體 協議會(Conseil)의 議長등이 執行權을 담당, 4-地方會計員의 創設, 5-地方自治團體의 經濟干涉權의 擴大 등. 자세한 것은 李光潤, 프랑스의 地方自治, 比較行政, 1984년 12월호 참조.

서 認定되고 있고, 都市計画法 제10조, 제10조의 2항<sup>6)</sup>에서도 都市計劃權이 건설부 장관에게 있음을 명시하고 있기 때문에 全權限性, 自己責任性을 내용으로 하는 地方自治가 실시되고 있다고 보기는 어렵다. 日本의 경우에 있어서도 日本憲法 제92조는 “地方公共團體의 組織 및 運營에 관한 事項은 地方自治의 本旨에 기하여 法律로써 이를 정한다.”고 매우 애매모호한 표현을 하고 있는 바, 이는 美國 占領軍當局의 강력한 地方分權의 요구에 대한 日本 정치인들의 저항을 외교적 수사로써 절충한 결과라는 것은 이미 알려진 사실이다.<sup>7)</sup>

따라서 日本 憲法이 영미식의 “Self-government”원칙, 즉 국가의 地方自治團體에 대한 감독은 司法的 감독에 한하며 自治事務와 委任事務의 구별없이 지방정부가 그 지역내 대부분의 公共事務를 집행하는 ‘自治政府’의 원칙을 선언하고 있다는 것은 하나의 선전에 불과한 것으로, 日本에 있어 普遍地方自治團體의 權限은 概括條項에 속하는 것이 아니라 地方自治法 제147조 내지 159조에서 자세히 규정되어 있으며, 국가의 委任事務에 대하여는 일반적

---

6) 都市計画法 제10조: 1. 건설부장관은 이 법의 규정에 의한 권한의 일부를 도지사에게 위임할 수 있다.

제10조의 2 : 1. 서울특별시, 부산시 기타 大統領令으로 정하는 都市計劃區域을 관할하는 市場 또는 郡守는 20년을 單位로 하여 長期都市開發의 方向 및 都市計劃立案의 指針이 되는 都市基本計劃을 樹立하여 建設部長官의 承認을 얻어야 한다. 承認을 얻은 都市基本計劃을 變更하고자 할 때에도 또한 같다.

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.

으로 行政的 監督을 인정하고 있으며,<sup>8)</sup> 合法性에 대한 통제만이 아닌 合目的性에 대한 통제에까지 行政的 監督을 인정하고 있다.<sup>9)</sup> 국가의 地方自治團體에 대한 감독방법의 진화는 合目的性에 대한 行政的 監督(contrôle administratif d'opportunité)에서 合憲性에 대한 行政的 監督(contrôle administratif de légalité)으로, 合憲性에 대한 行政的 監督에서 이행하여 온 것으로, 영국에서는 처음부터 selfgovernment의 개념이 있었으나, 과거 유럽대륙에서는 民族國家(Etat-nation)의 출현으로 프랑스·프러시아 등의 국가만이 主權을 향유하며 지방권력이란 국가가 분배해주는 것에 불과하다는 생각에서 地方自治團體는 국가의 下級行政機關으로 간주되었다. 앞서의 진화과정은 中央集權(centralisation)의 전통으로부터 그리이스의 Polis에 기원을 두는 이익공동체로서의 도시 또는 마을 즉 commune (Gemeinde)에 대한 자각에 따라 地方自治團體에 대한 自

---

8) 日本地方自治法

제151조 : 普通地方公共團體의 長은 國家機關으로서 처리하는 行政事務에 관하여는 都道府縣에 있어서는 主務長官, 市町村에 있어서는 都道府縣知事 및 主務長官의 指揮監督을 받는다.

151조 : 1. 都道府縣 知事は 그 管理에 속하는 行政廳 또는 市町村長의 權限에 속하는 國家 또는 當該 都道府縣의 事務에 관하여 그 處分이 法規에 違反되거나, 權限을 超過하는 것으로 認定되는 때에는 그 처분을 取消하거나 停止시킬 수 있다.

2. 市町村長은 前項의 例에 따라 그 管理에 속하는 行政廳의 處分을 取消하거나 停止시킬 수 있다.

9) 同法 제146조: 1. 主務長官은 國家機關으로서의 都道府縣 知事の 權限에 속하는 國家事務의 管理 또는 執行이 法令의 規定이나 主務長官의 處分에 違反하거나 그 國家事務의 管理 또는 執行을 懈怠한다고 인정한 때에는 …… 그 履行할 事項을 命令할 수 있다.

治權을 인정해 나가는 과정을 대변하는 것으로, 日本과 같이 單一性(gomogenité)이 강한 국가에서는 민족국가에 대한 집념이 민주주의나 경제, 기술수준의 진전에도 불구하고 매우 강하기 때문에 아직도 중앙집권적 민족국가에서의 地方自治團體에 대한 국가의 감독방법이 잔재한다고 볼 수 있다. 독일의 라반트에 의하면 국가는 主權의 유일하고 始源的인 향유자로 민족(nation)과는 혼동되지 않아야 하는 것이었다.<sup>10)</sup> 사실 독일에 있어 독일민족을 통일시킨 것은 프러시아라는 국가였으며, 大權(Herrschaft)은 主權的 權利로서 국가 즉 프러시아에게 소속된 것이었기 때문에 국가와 민족은 분리될 수밖에 없는 운명에 있었고, 이러한 국가와 민족의 분리는 중앙집권적 근대 국가로서의 프러시아 전통에도 불구하고 地方自治團體로서의 共同體(Gemeinde)를 부각시킴으로써 地方自治化를 가속시킬 수 있는 內的 要因인 될 수 있었던 것이다.

그러나 日本의 경우, 中央集權的 近代國家는 일본민족중의 어느 한 국가가 아닌 日本의 민족적 종교권력의 상징인 天皇의 大權回復을 통하여 성립되었기 때문에 獨逸에 비해 中央集權에의 凝集力은 한결 끈질긴 것이라 보지 아니할 수 없고, 프러시아의 Keiser는 결국 限時的인 國家機關으로서의 國家元首(Herrscher)에 불과하였던 반면 日本에 있어서는 지금까지 계속하여 天皇이 일본민족(Nation japonaise)과 일본국가(Etat-japon)의 혼합된 상징으로 작용하고 있기 때문에, 국가와 민족을 분리하기가 어려울 뿐만 아니라 共同體로서의 市町村에 始源的 自治權을 인정하는 데는

---

10) Maurice Bourjul, Pouvoir municipal et décentralisation. La commune, l'Etat et le droit, L. G. D. J. 1990.

상당한 정신적 저항이 따를 수 밖에 없다고 보겠다.

따라서 일본에서의 地方自治團體들은 制度的 뿐만 아니라 精神的 側面에서도 中央으로부터 독립적인 自治權을 인정받기가 英國은 물론 獨逸보다도 훨씬 어렵다고 하겠다.

## 第 2 節 國家形態에 따른 自治權의 차이

統獨以前이 西瀆人口는 약6000만명으로 우리나라의 약1.5배, 면적은 약2.54배로 11개의 州(Länder), 237개의 郡(Kreise) 및 88개의 郡獨立市(Kreisfreie Städte)그리고 8501개의 郡부속 게마인테(Kreisangehörige Gemeinde)로 구성되어 있어 9個 道와 1個 特別市, 5個 直轄市의 廣域 地方自治團體와 137個의 郡, 67個의 市, 56個의 區로 구성된 基礎地方自治團體와 비교할 때 그 규모 면에서 우리 나라의 廣域地方自治團體는 獨逸의 州에, 基礎地方自治團體는 郡(Keise) 및 郡獨立市에 해당한다. 우리 나라보다 약 2.5배의 人口를 가지고 있는 日本은 普通地方自治團體로 47개의 道·都·府·縣을 가지고 있으며 그 밑에 3256개의 市町村이 있다. 면적과 인구에 있어 독일과 유사한 유럽 각국의 예를 들어보면, 우리보다 조금 많은 인구(약5400만명)을 가지고 있는 프랑스는 22개의 지역(région)아래 96개의 郡(département), 그 아래 36433개의 市·邑·面(commune)을 가지고 있고, 인구 약 3800만 명의 스페인은 16개의 自治共同體 아래 50개의 道(provincia)와 8150개의 邑·面으로 구성되어 있고, 또한 인구 약 5600만명의 이태리는 20개의 地域(Reigone)아래 95개의 郡(provincia)과 그 아래 8066개의 邑·

面으로 구성되어 있다.

한편 유럽에 있어서는 地域(région)이 유럽공동체법의 普通法上的 정치적 경제적 사회적 개발의 단위가 되어 있고, 따라서 유럽 국가에 있어서의 地方自治團體의 階層構造는 地域(région), 道·郡(province), 邑·面(commune)의 三層制가 一般化되어 있으며 聯邦國家, 地域國家 및 單一國家에 따른 法的地位의 차이에도 불구하고 유사한 사회적 경제적 기능을 담당하고 있다. 한편 유럽의 三層制를 基準으로 볼 때 규모 면에서 日本은 地域(région)과 邑·面(co-mune)의 二層制, 우리나라는 地域(région)과 郡(province, kreis)의 二層制를 채택하고 있다고 볼 수 있다. 聯邦國家에서는 各州가 主權國家로서의 憲法 및 國家機關들을 가지고 있어 사회적 경제적 기능이 單一國家에 있어서의 地域과 유사함에도 불구하고 獨立의인 立法, 司法, 行政權을 가진다.

한편 地域的 國家(Etats régionaux)로 분류되는 이태리의 特別的 立地의 地域(val d' aoste, trentin-haut-adige, frioul-vennetie julienne, Sardaigne Sicile)과 스페인의 自治共同體(특히 Pais Basco와 Catalu ña)는 부분적인 입법권을享有한다. 즉 이태리 憲法 제123조는 “各 地域(région)은 憲法 및 共和國의 法律과의 調和를 維持하면서 地域의 內部組織에 관한 방식을 정하는 法規約(statut)을 가진다”고 하여 立法權 즉 ‘Statut’를 인정하고 있으며, 스페인 憲法 제150조 제1항은 “國民議會는 國家의 權能에 관하여 自治共同體의 全部 또는 一部에 대하여 國家의 法律이 정하는 原則, 基礎 및 方法의 범위 내에서 當該 共同體를 위하여 立法規範을 制定하는 기능을 附與할 수 있다.”고 하고, 제 152조 제1항에서는 “제151조의 規定에 의한 절차에 의하여 承認된 法規約(status)에 있어서 自治



的 組織은 立法議會를 둔다.”고 하고 있고 또한 제153조에서는 法律의 效力을 가지는 規範的 處分(dispositions)의 合憲性에 관한 憲法裁判所의 管轄을 規定하고 있어 自治共同體에게 部分的 立法權을 認定하고 있다.

이에 비하여 프랑스와 같은 單一國家의 地方自治團體는 形式的 의미의 立法權(pouvoir législatif)을 享유하지 못하는 바, 地方分權(décentralisation territoriale)이란 行政權의 分權을 이룸이지 立法權이나 司法權의 分權을 의미하지 아니하기 때문에, 地方自治團體의 自治規範定權(pouvoir nomatif)은 부분적이고 종속적 權力이며 行政權이 발하는 法規命令으로서 國家의 法律이나 法規命令의 空間에만 보충적으로 작용할 뿐이며 地方自治團體는 國家에 의하여 인정된 權限만 행사할 수 있을 뿐이다.<sup>10)</sup> 地域國家의 自治(autonomie)와 單一國家의 地方分權(décentralisation)의 概念을 비교하여 보면, 地方分權이란 憲法에 의한 中央集權國家를 상정하여 法律에 의하여 표시되는 정치적 의사로써 중앙의 권력을 地方自治團體에게 이양하여 주는 것임에 반해, 地域國家에 있어서 ‘自治’가 선언된 地方自治團體는 法律로 표현되는 중앙권력의 의사에 의해서가 아니라 憲法 自體의 기능을 행사하는 데 차이점이 있다. 따라서 地方分權(décentralisation)은 국회에 의하여만 가능하며 立法權(compétence législative)은 행사할 수 없고 中央權力이 정한 범위 내에서의 行政立法權(compétence réglementaire)만을 행사할 수 있을 뿐이나, ‘自治’(autonomia)라고 하는 것은 최소한 스스로의

---

10)-1) Jean-Bernard Auby, Jean Francois Auby, Droit des collectivités Locales, p.u.f., 1990. p.48.

지위를 결정할 권한이상을 수반하는 行政立法權 以上の 權限을 보유함을 의미한다.<sup>11)</sup> 따라서 國會와 地域議會間의 權限을 分배하여야 하며 分배된 權限은 行政立法이 아니라 議會立法의 性格을 가진다.<sup>12)</sup> 여기서 聯邦國家에 있어서의 聯邦과 支邦, 地域國家에 있어서의 中央政府와 自治的 地域(région), 單一國家에 있어서의 國家와 廣域地方自治團體의 關係는 어느 정도 설명이 되었으리라 생각된다.

그러면 聯邦國家나 地域國家에 있어서의 支邦과 그 下部의 地方自治團體와 地域(région)과 그 下部地方自治團體의 自治의 정도는 어떠한가? 우선 聯邦國家인 독일의 경우, 일반적으로는 自治事務에 대해서는 法律監督(Rechtsaufsicht)인 一般地方自治監督(Allgemeine Kommunalaufsicht)을 통하여 合法性에 대한 監督만을 행하며, 예외적으로 게마인데法과 그 施行令 또는 個別法에 열거된 사항에 관한 合目的性에 대한 認可留保(Genehmigungs Vorbehalt)라고 하는 特別監督을 실시한다. 國家委任事務에 대하여는 合目的性 및 合法性에 대한 監督인 專門監督을 실시한다.<sup>13)</sup> Gemeinde는 내부조직의 구체적 내용을 정하는 權限을 포함한 一般的 抽象的 法規範의 制定權을 가지며 이러한 條例는 法律보다는 下位의 效力을 가지나 질적인 면에서는 法律(Gesetz)과 동일한 立法性을 인정받는다.<sup>14)</sup>

地域國家인 스페인에 있어서 地域 단위 이하의 地方自治團體는

---

11) Francois d' Arcy, Marino Baema del Alcazar, Décentralisation en France et en Espagne, Economica, 1986, p.27.

12) ibid., p.28.

13) 張志浩, op.cit., 제13장 地方自治와 國家監督 참조.

14) ibid., p.43 참조.

立法的 權限(compétence législative)을 인정받지 못하고 行政立法權 또는 命令權(compétence réglementaire)밖에는 향유하지 못하나, 合法性에 대한 통제가 가능한 범위 내에서 스스로의 결정을 집행할 수 있다.<sup>15)</sup> 따라서 合目的性에 대한 통제는 배제된다. 地域國家에서 地域 단위이하의 地方自治團體들의 自治는 최소한 내부조직과 그 사이에서의 권한 배분을 할 수 있는 自治的 行政立法權(compétence réglementaire)을 의미한다. 單一國家인 프랑스에서도 1982-1983년의 개혁으로 合法性에 대하여 뿐만 아니라 合目的性에 대한 감독도 하던 後見的 監督(tutelle)을 폐지하여 合法性에 대한 司法的 감독만 인정하고 있다.

우리 나라 地方自治法 制157條에서는 委任事務, 自治事務를 불문하고 地方自治團體長의 命令이나 處分이 違法할뿐만 아니라 不當하여 公益을 害한다고 認定되는 경우에까지 主務長官 또는 市道知事は 是正命令權을 향유하며 自治事務에 관하여는 取消·停止權까지 인정하고 있으며, 制159條에서 地方議會의 議決에 대하여도 合法性의 統制뿐만 아니라 合目的性으로 인한 再議要求를 인정하고 있어 自治權의 범위가 매우 한정되어 있다. 따라서 우리나라에서의 自治權의 범위는 대체로 1982-1983년 개혁 이전의 中央集權的 地方分權(décentralisation)을 실시하던 프랑스에서와 같이 국가로부터 법률에 의하여 부여받은 제한적 自治權에 불과하다고 볼 수 있으며, 독일의 경우 Gemeinde들이 담당하는 委任事務에 대한 전문적 감독과 自治事務에 대한 一般地方自治監督에도 불구하고 獨逸聯邦法 制28조의 規定 自體에 의하여 自治權이

---

15) F.d'Arcy, M.B. del Alcazar, op.cit., p.28.

강하게 보장되고 있고 이미 지역단위(우리 나라의 廣域地方自治單位)에서는 行政·立法·司法의 완전한 自治를 행하는 연방 국가라는 점에서, 독일에서의 自治權은 우리 나라에 있어서의 自治權의 범위와는 그 성격을 달리 한다고 보겠다. 즉 地域的 政府인 州政府의 行政權의 分權을 내용으로 하는 독일의 地方自治와, 單一國家의 唯一政府의 行政權의 分權을 내용으로 하는 우리나라의 地方自治는 歷史적으로 생성된 自治의 概念, 中央政府(독일은 Land)의 權力性 정도, 自治의 範圍등에서 다를 수밖에 없다. 19세기 독일에서의 地方自治(Selbstverwaltung)의 개념은 政治적으로는 독일 사회의 변화에 의해, 法的으로는 근대 국가의 개념을 정립해 감에 따라 형성된 것으로 Gemeinde의 理論은 단계적 사회의 이미지를 건설하고 협동적 국가를 형성하려는 노력의 결과이다.<sup>16)</sup>

즉 自治行政(Selbstverwaltung)의 정치적 개념은 非職業的이고 自願的인 사람들의 집단에 의한 행정을 말하는 바, 지방사무의 운영은 중앙에서의 권력 쟁취를 위한 첫 단계이다. 自治行政의 法的概念은 自治團體의 法人格有無와 自治團體에 의해 운영되는 事務가 국가적 사무인가 아닌가에 구분의 중점이 있었던 것으로<sup>17)</sup> 독일에서의 개혁적 사회국가에 대한 열망을 표현하고 있다. 고도의 中央集權을 유지한 과시스트 지배하의 이테리에서의 1947년 憲法에 의한 地域注意(régionalisme)는 새로운 국가의 이미지를 창출하기 위한 헌법상의 공화국 질서(ordinamento repubblicano)를 구현하

---

16) Spyridom Flogaitas, La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, L.G.D.J., 1979, p.137.

17) ibid.

는 것이다.<sup>18)</sup> 오랜 중앙집권의 역사를 가진 단일국가인 프랑스의 分權(décentralisation)概念은 中央集權(centralisation)에 대한 對比概念으로 정치적 초점은 지방의 대표를 지역주민의 선거를 통해 선출하는 데에 있었으며, 법적으로는 국가와 구분되는 公法上の 法人格을 가진 地方自治團體가 국가적 이익과 구분되는 지역적 이익의 사무를 담당하는 데에 의의가 있었다.<sup>19)</sup>

우리 나라에 있어서도 地方議會의 條例制定權은 어디까지나 行政權의 일부로써 法規命令의 일종으로 단일국가의 특성을 지니고 있다. 우리 나라 憲法 제117조 1항은 “地方自治團體……法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다.”고 하여 “法律의 범위 안에서 條例를 制定할 수 있다.”고 規定하고 있는 日本憲法에 비해서도 自治規定의 制定權의 범위가 좁다. 따라서 현 상태에서의 우리 나라 地方自治는 1982년 地方自治制度 改革以前的 프랑스에서와 같이 선거를 통한 地方代表에 의한 地方行政의 實施, 즉 地方行政의 民主化에 의의가 있기 때문에 우리 나라에서의 地方自治는 地方自治化的 단계에 있는 것이지 全權限的 自己責任的 地方自治의 단계에 있지는 아니하다고 하겠다.

全權限性, 自己責任性을 특징으로 하는 獨逸型의 地方自治의 특징은<sup>20)</sup> 다음과 같다:

1) 基礎地方自治團體인 市·邑·面(Gemeinde)은 별도의 규정이 없는 한 주민의 일반적 이익을 위하여 필요한 모든 사항을 처리할 수 있도록 비교적 넓게 地方分權이 되어 있다.

---

18) *ibid.*, p.231.

19) *ibid.*, p.61.

20) 趙昌鉉, 地方自治論, 博英社, 1991, p.22.

- 2) 地方自治團體에 대한 權限賦與方法은 포괄적 위탁주의를 채택하고 있다.
- 3) 중앙정부의 감독 통제는 최소한에 그치고 있으며, 자치사무에 대해서는 위법성의 감독에 그친다.
- 4) 집행기관의 구성이 독특하여 의회가 선출한 行政委員會(또는 집행위원회, magistrate)가 의회의 통솔 하에 行政執行의 책임을 지며, 대부분의 경우 시·읍·면장은 의례적인 명예직이다.
- 5) 地方自治團體의 사무는 國家事務와 自治事務로 구별되며, 국가사무는 자치단체의 집행기관에 위임하여 처리한다.
- 6) 地方行政에 주민이 참여할 수 있는 폭이 넓고 地方分權의 범위도 비교적 넓어 주민자치와 단체자치의 요소가 가장 잘 결합되어 있다.

이에 비하여 우리 나라는 1982년 이전의 프랑스형의 地方自治類型에 속하여 다음과 같은 특색을 가진다.<sup>21)</sup>

- 1) 機關對立型을 택하되 執行機關優越注意에 입각하고 있다.
- 2) 中央執權性이 강하여 地方自治團體는 自治團體의 성격보다는 國家의 下級機關으로서의 성격이 더 강하다.
- 3) 地方行政事務를 국가의 委任事務와 自治事務로 구별하여 前者는 지방자치단체의 집행기관에게 위임하여 국가의 하급기관의 지위에서 처리하게 한다.
- 4) 지방자치단체에 대한 국가의 감독이 엄격하여 직원의 任免, 의회의 해산, 기능정지, 議員의 免職, 의결사항의 取消, 停止, 예산의 增減·監督등의 감독수단이 채택되고 있다.

---

21) *ibid.*, p.21.

5) 地方行政의 구조는 피라밋형의 다수계층구조로서 정연한 관계를 이루고 있으며 지방자치단체의 차이(규모의 대소, 농촌과 도시의 능력의 우열)에도 불구하고 동일한 法的 地位와 機關構造를 갖고 있다.

6) 地方自治團體의 長은 지방자치단체의 집행기관으로서의 지위와 중앙정부의 하부기관으로서의 지위라는 이중적 성격을 가지고 있다.

7) 地方自治團體의 長은 중앙임명의 경우도 있으나 보통 적어도 기초단체의 경우 議會間選 또는 住民直選에 의한다.

### 第 3 節 權限爭議審判과 地方自治

#### I. 憲法裁判과 權限爭議審判

憲法은 最高의 法規(règles de droit)로서 모든 法規의 法的 有效性은 이 基準에 비추어 검증할 수 있으며, 合憲性에 대한 통제는 어떤 法規가 憲法에 위반되지 않는다는 것을 단순히 검증할 뿐이며 그 以上은 정치적이거나 자연법적 또는 자의적인 것이다.<sup>22)</sup> 憲法裁判에 관하여 H.Kelsen은 “憲法的 保障이란 주로 憲法에 반하는 행위(actes contraires à la constitution)에 대한 최소의 가능성에 있는 것으로 어떠한 경우에 있어서든 그 행위를 한 기관에게

---

22) C. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d' Autriche, L.G.D.J., p.13 et p.20.

違反行爲의 取消을 맡겨서는 아니 된다.<sup>23)</sup>고 말하였던 바 따라서, 違憲行爲의 取消을 담당할 憲法裁判所가 필요하게 된다.

그러면 憲法에 반하는 행위란 무엇을 말하는가? 이에 관하여 명백한 定議는 내려진 것이 없으나 대체로 우선 違憲法律制定行爲 및 기타의 違憲立法行爲, 國家機關 相互間의 違憲的 權限侵害行爲, 違憲的 選舉行爲, 違憲的 政治行爲 등을 가리키는 것으로 볼 수 있겠다.

이러한 행위들은 흔히 *actes, actos, atti(行爲)* 또는 *disposition, disposicion, disposizione(處分)*들로 표현되고, 독일어로는 *Massnahme(處分)*으로 표현되고 있는 바, 성질을 기준으로 볼 때 행정작용, 입법작용, 사법작용을 모두 포함하는 概念으로 볼 수 있다. 따라서 행정법상의 公權力의 발동으로서 단독행위인 具體的 事實에 대한 法執行行爲인 行政處分(*Verwaltungsverfügung*)보다는 넓은 개념이며, 行政處分에 대한 전문적 사법심사제도를 확립한 이른바 行政法體制(*régime administratif*)<sup>24)</sup>를 갖춘 국가의 경우 憲法裁判의 대상으로서의 處分은, 行政處分에 대하여는 전문적인 行政最高裁判所가 존재하기 때문에 오히려 立法作用에 중점이 있으며 機關을 기준으로 하여 볼 때에도 憲法裁判所는 立法機關, 즉 議會의 활동에 대한 司法審査를 하기 위해 탄생한 것이다.

---

23) Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, P.U.F., 1986, p.1.

24) 李光潤, 行政法의 自治와 法治主義, 成均館 法學 제3호, 1990, 참조.



## (1) 우리 나라 憲法裁判制度의 類型(유럽대륙형)의 특징

우리 나라 憲法裁判制度가 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(同年 10月 1日)헌법재판소의 성립, 1931년 스페인에서의 헌법보장재판소를 들 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 權限爭議審判所(1983), 폴란드헌법재판소(1982), 헝가리헌법위원회(1984) 및 1960-1970년대에 걸쳐 헌법재판소 또는 헌법위원회의 형태로 설립은 되었으나 헌법재판소로서의 제기능을 다하지 못하고 있던 중 재건되고 있는 남미의 헌법재판소운동(칠레: 1980, 페루:1982)을 들 수 있겠고, 우리 나라도 헌법재판소 설립의 제4차 운동이 물결에 속한다고 하겠다. 이러한 유럽 헌법재판 제도는 美國型 司法審判제도의 도입을 1900-1920년대에 걸쳐 시도한 끝에 (특히 Edouad Lambert의 논문 「판사의 정부와 미국에서의 사회입법에 대한 투쟁 1921, paris」는 유명)미국형을 거부하고 (스칸디나비아 국가와 스위스, 그리이스 제외)Kelsen의 이론을

따라 입법부에 대한 사법적 통제를 실시하기 위하여 채택한 제도이다.<sup>25)</sup> 이는 議會主義(parlementarisme)가 일반화 되어있는 유럽대륙의 경우 三權分立原則이 엄격한 미국과는 달리 의회가 다수당에 의해 跛行(le parlement peut mal faire)될 수 있다는 정치적 이유, Kelsen, C. 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

制度的 側面에서는 :

- 1) 特別裁判所制度의 채택으로 2개 이상의 최고법원을 가지고 있고
- 2) 憲法上的 機關,
- 3) 憲法裁判의 獨占,
- 4) 非司法官(non-magistrat)의 裁判官에로의 영입,
- 5) 法院構造의 채택
- 6) 司法府와의 分離

이며, 權限적 側面에서는 法律에 대한 違憲審查가 주기능으로 되고 있다.

## (2) 權限爭議審判의 意義

헌법재판소의 역할은 전술한 바와 같이 公權力의 規範的 活動,

---

25) Louis Favoreu, op, cit., pp.6-16.

즉 立法作用에 대한 통제가 주기능으로, 規範的 處分(dispositions normatives)이 헌법에 합치되느냐에 대한 檢證을 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 法律行爲에 있어서와 마찬가지로 권한이 있는 기관에 의하여 행하여졌는가에 대한 심사, 無權限行爲(incompétence)의 여부에 대한 심사를 우선적으로 하지 아니할 수 없다.

다른 한편 憲法은 最高의 法規로서 법치국가의 원리상 모든 국가의 기관은 헌법에 정하여진 권한에 따라 권력을 행사하여야 하며, 그 권력의 행사 즉 處分이 헌법상의 권한을 유월하여 행사되면 이는 無權限行爲(incompétence)로 越權(excès de pouvoir)이 된다. 따라서 국가기관 사이의 憲法的 均衡을 보장하는 權限爭議審判은 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. 權限爭議의 발생은 1) 국가기관 상호간, 2) 국가기관과 지방 기관, 3) 지방 기관 상호간에 발생할 수 있으나 本 研究에서는 지방 기관 상호간에 한정하여 살펴보기로 한다.

## II. 憲法裁判과 地方自治

憲法裁判所制度(régime de juridiction constitutionnelle)를 채택하고 있는 국가들의 地方分權의 다른 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. 地方自治團體에 대한 헌법적 보장은 첫째, 基礎地方自治團體(communes, Gemeinde)에 대한 헌법적 지위의 보장과 둘째, 중앙정부와 지역(région), 또는 지역상호간의 관계에 대한 헌법적 보장의 두 가지로 구분할 수 있겠다.

## (1) 基礎地方自治團體에 대한 憲法保障에 관한 立法例

오스트리아는 지방조직으로서의 州와 市·郡·面(Gemeinden)의 이층구조를 가지고 있는데, 오스트리아 헌법 제115조-120조에 걸쳐 Gemeinden의 조직, 聯邦 및 州와의 관계, Gemeinden의 자치사무 및 위임사무에 대한 권한이 자세히 규정되어 있기 때문에 이에 위반한 20여 개의 規範的 處分을 취소하였다. 오스트리아를 제외한 기타 국가들은 基礎地方自治團體의 조직 및 권한에 관하여 법률에 위임하고 있다.

## (2) 中央政府와 地域(région)間, 또는 地域相互間에 관한 憲法的 保障

### A. 聯邦國家

i) 오스트리아 聯邦憲法 第102條 내지 第107條는 州와 聯邦과의 관계에 대하여 자세히 규정하고 있으며, 第138條 1項 3호는 各州 상호간의 權限爭議 및 州와 聯邦間的 權限爭議를 관할사항으로 정하고 있으며, 同條 2項에서는 “憲法裁判所는 연방정부 또는

주정부의 신청에 따라 입법상, 집행상의 행위가 第10條 내지 第11條에 따라 연방의 권한에 속하는가 또는 주의 권한에 속하는가에 대하여 확정한다.”고 규정하고 있다.

ii) 獨逸聯邦憲法 第93條 1項 3號는 연방헌법재판소의 관할사항으로 ‘연방 및 州의 권리와 의무에 관하여, 특히 州에 관한 연방법의 집행 및 연방감독의 행사에 있어서 의견의 相違가 있을 경우’를 규정하고 同條 同項 4號는 ‘다른 訴訟方法이 있는 경우를 제외하고서 聯邦과 州사이, 다른 州들과의 사이, 또는 州의 내부에 있어서 위의 경우 以外の 公法上의 訴訟에 관하여’를 규정하고 있다.

## B. 지역국가(Etat regional)

i) 이탈리아 憲法 第134條 2項은 국가와 지역(regione) 및 諸地域間의 權限爭議(conflitti 야 attribuzione)를 헌법재판소의 관할로 정하고 있다. 한편 지역의 권한 및 조직에 관하여는 헌법 諸117條-127條에 걸쳐 자세히 규정되어 있다.

ii) 전통적으로 단일국가이었던 벨기에는 1988년 8월 8일의 법률에 의하여 연방국가에 가까운 지역국가가 되었다. 벨기에는 지역적 지방자치단체인 지역(région)이외에 특별지방자치단체인 네델란드어, 불어, 독일어의 3개 언어공동체와 수도인 브뤼셀로 구성된 공동체(communauté)의 이중구조적 광역지방자치단체를 구성하고 있는 바, 1988년 7월에 개정된 헌법 諸59-bis條는 공동체의 권한을 확대하면서 헌법 第107-ter條에서 국가, 지역, 공동체간의 입법규범에 관한 권한쟁의를 權限爭議審判所(la cour d' arbitrage)의 管轄로 정하고 있다.

### c. 單一國家

i) 프랑스헌법 第34條는 地方自治團體의 權限에 관한 기본 원칙을 법률(la loi)로 정하게 하고 있다. 이에 따라 地方自治團體의 權限에 관한 기본 원칙을 정하는 법률은 憲法評議外(conseil constitutionnel)의 심판대상인 바, 憲法評議會는 크로시카섬의 지역(région)으로서의 특수지위를 인정한 1982년 3월 2일의 법률에 대하여 1982년 2월 25일 결정에 의하여 合憲判決을 내려 코르시카 지역의 권한을 확정하는 한편, 해외 郡(départements d' outre-mer)에 해당하는 Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion의 특수성을 고려한 地域(région)의 조직을 부여하는 법안에 대하여 1982년 12월 12일의 판결에 의하여 合憲 결정을 하였으며, 따라서 앞서의 해외 영토들은 1982년 12월 31일 법률에 의하여 지역으로서 지위와 권한을 획득하게 되었다. EK라서 프랑스의 경우는 위헌법률심사의 차원에서 간접적으로 권한쟁의를 심사하고 있다.

이상에서 살펴 보건데 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의는 단일국가에서는 직접적인 헌법재판의 대상이 되지 않으며, 연방 국가의 경우 연방정부와 州정부간 또는 州 상호간에 있어서의 연방소송으로서의 헌법재판의 대상이 될 뿐이며, 지역국가의 경우는 立法에 관한 自治權을 부여받고 있는 지역의 경우에 한하여 연방국가에 있어서의 州에 준하는 헌법재판을 인정하고 있다.

지리적으로 멀리 떨어진 Açores군도와 Madere군도에 대하여만 立法에 관한 自治權을 부여한 自治地域(région autonome)으로서의 지위를 인정하고 본토의 지역에 대하여는 단일 국가인 프랑스와

마찬가지의 行政的 地域(région administrative)만 인정하고 있는 포르투갈의 경우, 헌법재판소에 의한 權限爭議審判은 Açores와 Madere의 자치지역에 한하여 허용되고 있어,<sup>26)</sup> 聯邦訴訟 또는 이에 준하는 自治地域訴訟의 경우를 제외한 지방 自治團體의 權限爭議審判은 단일국가에서는 헌법재판의 대상이 되지 않음을 시사받을 수 있다. 단일국가로서 憲法裁判所를 가지고 있는 터어키에서도 국가와 지방 또는 지방 상호간의 분쟁은 行政訴訟의 대상이 될 뿐 憲法裁判所의 관할에서 벗어나고 있다.<sup>27)</sup>

즉 터어키헌법 제146조는 헌법재판소의 권한으로 법률과 국민 의회의 院內規則에 대한 違憲審查만 인정하고 있다.

### (3) 聯邦國家 및 地域國家(Etat régional)에서의 위헌법률심사를 통한 권한쟁의의 간접적 해결.

오스트리아는 法律案에 대한 예방적 위헌심사와 연방법률과 정부발의의 州法律에 대한 사후적 위헌심사를 통하여 연방과 州와의 관계에 개입하며, 이 태리도 法律 및 지역의 법률에 대한 公布以前의 사전심사 및 公布以後의 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

---

26) F. Moderne, Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal/ Pierre Bon외 7인 著書, La justice constitutionnelle au Portugal economica, 1989.

27) Francisco Rubio Ilorante, Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle, R.F.D.A., 1986, jan.-fev., sirey, p.9.

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 處分을 가리킨다.<sup>28)</sup>

---

28) 스페인 헌법 제82조-86조 및 제92조 참조.



### 第 3 章 地方自治團體 相互間的 權限爭議審判의 內容

우리 나라 헌법 第111條는 憲法裁判所의 管掌事項의 하나로 地方自治團體 相互間的 權限爭議에 관한 審判을 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 3호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로 가) 特別市, 直轄市 또는 道 상호간의 권한 쟁의 심판, 나) 市·郡 또는 自治區 상호간의 권한쟁의심판, 다) 特別市, 直轄市 또는 道와 市 郡 또는 自治區間的 권한쟁의심판을 규정하고, 同條의 제2항은 教育法 제15조의 규정에 의한 教育 學藝에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 教育委員會가 當事者가 된다고 규정하고 있다. 한편, 제61조에 의하면 심판의 청구는 지방 자치단체 상호간에 권한의 存否 또는 範圍에 관하여 다툼이 있을 때, 被請求人의 처분 또는 不作為가 헌법 또는 법률에 의하여 賦與받은 請求人의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 할 수 있으며, 또한 제66조는 ① 地方自治團體의 권한의 存否 또는 範圍에 관하여 판단하는 심판과, ② 被請求奇觀의 처분 또는 不作為가 이미 請求人의 권한을 침해한 경우에 할 수 있는 取消 또는 無效確認審判의 두 가지로 규정하고 있어 결국 權限爭議審判은 被請求人의 處分 또는 不作為가 請求人의 권한을 침해할 현저한 위험이 있는 경우의 권한의 존부 또는 범위에 관한 審判, 請求人의 권한을 이미 침해한 경우의 권한의 존부 또는

범위에 관한 審判과 被請求奇觀의 處分 또는 不作爲에 대한 취소 또는 無效 確認審判이 가능하다.

## 第 1 節 權限爭議審判의 請求事由

審判의 請求事由는 다른 地方自治團體의 處分 또는 不作爲가 審判을 請求하는 地方自治團體의 權限을 침해하였거나, 침해할 현저한 위험이 있는 경우이다.

### I. 權限의 侵害

權限(compétence, Kompetenz)이라 함은 憲法·法律 또는 法規命令에 의하여 부여된 법률상 有效한 행위를 할 수 있는 범위를 말하는 바, 이러한 권한은 憲法, 法律, 命令이라고 하는 ‘객관적인 法’(droit objectif)으로부터 직접 발생하여 法(droit objectif)과 마찬가지로 一般性和 恒久성을 가지기 때문에 客觀的 法的 狀態(situations juridiques objectives)를 의미한다. 따라서 主觀的 法的 狀態(situations juridiques subjectives)인 權利(droit subjectif)와는 다르다. 따라서 ‘基本法에 委任한 權利와 義務를 침해하였거나 직접적으로 위태롭게 하는 경우’(독일연방헌법재판소법 제64조 1항)에 신청이 허용되는 독일의 경우와는 달리 客觀的 爭訟에 해당한다.

독일에 있어서의 行政訴訟은 市民의 主觀的 權利를 보호하기 위하여 생겨난 제도이기 때문에<sup>1)</sup>, 無權限請求訴訟(réclamation d' incompétence)에 起源을 둔 프랑스의 越權訴訟(recours pour excès

---

1) Fritz Fleiner, Les principes généraux du droit administratif allemand, paris, Librairie Delagrave, 1933, p.161.

de pouvoir)이 公權力 行使의 適法性 與否에 중점을 두었던데 비해 독일의 違法無效訴訟(demande en nullité pour violation de la loi)은 우선 개인의 권리가 침해되었다는 것을 전제로 하여 이러한 권리의 침해는 法律(loi), 즉 法規(règle de droit)의 잘못된 적용으로 인하여 발생되었다고 하는 제2차적 권한소송(jurisdiction à compétence)의 성격을 가진다.<sup>2)</sup>

이러한 主觀的 權利的 개념을 일차적 매개체로 하여 訴訟을 시작하는 독일 행정재판의 전통이 헌법소송으로 확대되어 권한쟁의 심판에 있어서도 主觀的 權利的 침해를 전제로 법규위반여부를 심사한다고 보겠다. 그러나 이미 프러시아에서도 1883년 8월 1일의 권한에 관한 Friedrichs법률 제15조와 제17조는 주관적 권리를 창설하지 아니하는 法規範의 보호를 위한 行政訴訟을 인정하였으며,<sup>3)</sup> 1876년 10월 22일 법률에 의하여 權利的 침해에 대하여만 행정소송을 인정하던 오스트리아도 1925년 7월 30일의 헌법개정에 의해 주관적 권리의 침해가 아닌 행정의 적법성에 관한 행정소송을 인정한 바 있다.<sup>4)</sup> 또한 국가에게 권리의 주체로서의 인격을 인정하는 데 대하여, Berthélemy는 公權力의 行使를 ‘국가의 필요한 기능의 수행’으로 보게 되면 공익을 위한 정부의 역할의 증대가 私人的 권리를 제약할 필요가 없지만 공권력의 행사를 국가의 ‘권리행사’로 보게 되면 개인들은 획득할 수 없는 새로운 종류의

---

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.

4) ibid

主觀的 權利를 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 行政法上的의 主觀的 公權은, 국가의 개인에 대한 公權은 제외하고 개인의 국가에 대한 公權만을 논의하는 것이 보통이다.<sup>6)</sup>

만약 국가의 公權力의 行使가 ‘主觀的 權利의 행사’가 아닌 ‘국가 기능의 수행’이라면 憲法訴訟에 있어서의 主觀的 權利概念이라고 하는 매개체는 무엇 때문에 필요한 것인가? 客觀主義者인 Duguit는 권한(compétence)의 문제는 결코 주관적 권리의 문제로 볼 수 없음을 단언하면서<sup>7)</sup> 權限은 권리의 획득 문제가 아니라 법에 의하여 창설된 획득능력이 존재(il existe seulement une capacité d’ acquisition établie par le droit)함을 의미할 뿐임<sup>8)</sup>을 역설하고 있다.

日本이나 우리 나라에서 主管權限의 存否 또는 權限行使에 관한 분쟁을 해결하는 訴訟인 機關訴訟을 主觀的 爭訟이 아닌 客觀的 爭訟으로 분류하고 있음은 국가 또는 公共團體의 상호간에 있어서는 主觀的 權利의 침해가 아닌 객관적 법질서의 적정한 執行의

---

5) Otto Mayer, op.cit., Berthélemy 서문.

6) 主觀的 公權은 문제와 독일, 프랑스에서의 이론전개에 관하여는 고시계 1991년 8월호, 行政法特輯 “公權論”, 大談: 金道☉, 金鐵容- 公權에 관한 諸問題/崔松和: 公權과 反射的 公權理論의 發見/ 李京運: 公權과 訴의 利益/李光潤: 프랑스 法上 公權과 訴의 利益/ 金性洙: 獨逸法上 主觀的 公權理論의 發展/ 金南辰: 行政節次上的 文書閱覽權/徐元宇: 行政法人의 公權概念의 再檢討 참조.

7) Leon Duguit, Traité de droit constitutionnel T. II, 1928, p. 521.

8) Leon Duguit, op.cit. T. I, 1927, p. 356.

문제가 訴訟의 목적으로 되고 있음을 반증해 준다고 하겠다. 다시 말하면 우리 나라와 일본의 경우 국가 또는 공공단체의 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 국민에 대한 公權力의 행사 또는 그 밖에 이에 준하는 행정작용에 대하여는, 즉 抗告訴訟에 대하여는 ‘법률상의 이익=권리’<sup>9)</sup>(사실상의 권리까지 확대하는 경향이 있음)의 침해를 전제로 하여, 제2단계로 법규에 대한 위반 여부를 다투게 되는 主觀的爭訟으로 분류하고 있는데 반하여, 국가기관 또는 공공단체 상호간의 분쟁에 대하여는 권리 또는 이익의 침해를 전제로 하지 않고 바로 법규에 대한 위반 여부를 다투게 되는 객관적 쟁송으로 본다고 하는 것은 국가나 공공단체는 주관적 권리의 향유자로 간주되지 아니한다는 반증이 된다고 하겠다. 따라서 우리 나라 행정소송법상의 機關訴訟은 利益의 분쟁(*conflits d'intérêts*)이 아닌 權限의 분쟁(*conflits de compétence*)이다. 國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體 및 地方自治團體 相互間에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 청구하는 權限爭議審判도 機關訴訟과는 달리 특별히 利益의 분쟁(*conflits d'intérêts*)을 필요로 하는 主觀的爭訟으로 보아 국가 또는 공공단체를 국가 기능의 수행자가 아닌 주관적 권리의 향유자로 만들어야 할 당위성을 발견하기란 어렵다고 하겠다.

---

9) 법률상의 이익과 권리의 異同에 관하여 고시계 1991년 8월호 특집 ‘公權論’에 掲載된 논문 참조.

## II. 地方自治團體의 處分

여기서 處分이라 함은 독일어의 Massnahme를 번역한 것으로 보인다. 그러나 우리 나라와 같은 단일국가에 있어서 地方自治團體상호간의 행위가 독일이나 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서와 같은 성격의 행위로 볼 수 있는가에 대하여는 의문이 있다.

### (1) 理論的 檢討

우선 연방국가인 독일의 경우 機關訴訟(organstreit, organstreitigkeiten)이란 헌법기관 상호간에 헌법상 인정된 ‘權利와 義務’에 대한 다툼이 있는 경우에 행하는 憲法裁判으로, 우리 나라의 地方自治團體는 헌법상의 기관이 아니다. 독일의 機關訴訟(organstreitigkeiten)의 當事者는 聯邦最高奇觀, 聯邦首相이나 院內交涉團體와, 下院議長과 같은 연방최고기관의 일부인 기타 關係者, 政黨, 聯邦下院議長과 같은 연방최고기관의 일부가 아닌 기타 관계자들로,<sup>10)</sup> 독립적인 法人格을 향유하고 있는 地方自治團體와는 관련이 없다. 따라서 地方自治團體 상호간의 權限爭議는 독일의 權限訴訟과는 성격이 다르다. 우리 나라의 地方自治團體 상호간의 權限쟁의의 문제는 地方分權化의 실시 과정에서 문제되는 것으로 연방국가 차원에서는 聯邦과 支邦 또는 支邦 상호간의 權限에 관한 爭議인 聯邦國家爭議制度(독일연방기본법 제93조 제1항 3호, 제84조 제4

---

10) 辛奉起, 權限爭議審判制度小考(上), 司法行政, 91. 9. 참조.

항 제2문/연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조 이하의 분쟁과 기본법 제93조 제1항 제4호/연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71조, 제72조에 의한 연방과 州사이 또는 州상호간의 公法的 法律關係에 관한 분쟁 및 기본법 제99조/연방재판소법 제13조 제10호, 제73조 이하에 의한 州内の 헌법상의 분쟁)에 해당하는 것으로, 오스트리아의 경우에는 헌법 제138조 제1항(92) 各州 相互間的 權限爭議 및 州와 聯邦間的 權限爭議에 해당하고, 지역국가의 경우에는 이태리에 있어서의 국가와 지역(regione) 및 지역상호간의 權限爭議(conflitti attribuzione: 이태리헌법 제134조)와 스페인

헌법 제161조 제1항에 의한 국가와 自治共同體(Comunidades Autonomas)와 自治共同體 相互間的 權限爭議에 해당한다.

한편 단일국가인 프랑스의 경우 국가와 지방자치단체와의 관계나 지방자치단체 상호간의 관계는 違憲法律審査에 의한 간접적 통제를 제외하면 헌법재판의 대상이 아니라 행정재판의 대상이 될 뿐이며, 포르투갈의 경우도 行政的 地域(région admistrative)은 헌법재판의 대상에서 제외된다.

연방국가인 독일과 오스트리아의 경우 처분(Massnahme)이라함은 立法行爲와 執行行爲를 가리킨다.<sup>11)</sup> 왜냐하면 연방국가에 있어서의 연방 및 支邦政府 相互間的 行爲는 立法的 行爲이든 執行的 行爲이든 모두 憲法的 行爲가 되기 때문이다. 뿐만 아니라 독일, 오스트리아에서 機關訴訟(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

---

11) 오스트리아헌법 제138조 제2항: Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 1985, s.52.

개념이며 聯邦과 支邦상호간의 연방소송 역시 그러하다. 이익의 분쟁(conflicts 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 立法權(pouvoir législatif)을 부여받고 있기 때문에, 이를 연방국가에 준하여 집행행위를 憲法上的 處分行爲로 볼 것인가 아니면 지역이 부여받은 部分的 立法權에 해당하는 입법행위만이 憲法裁判의 대상이 되는 處分(disposiciones 또는 actos)에 해당하는가의 문제가 발생하는 바, 이익의 분쟁과 권한의 분쟁을 명확하게 구분하고 있는 벨기에의 경우는 執行行爲에 의한 것은 利益의 분쟁으로, 立法行爲에 의한 것은 權限의 분쟁으로 명확히 구분하여 利益의 분쟁은 조정의 대상으로 삼을 뿐이며 管轄爭議裁判所(la cour d' arbitrage)의 대상이 되는 處分에는 立法行爲인 法律 또는 命令만 해당한다.<sup>12)</sup> 한편 行政行爲는 行政訴訟의 대상이 될 뿐이다.<sup>13)</sup>

스페인의 경우는 일반적으로 법률의 효력을 가지는 규범적 처분(disposiciones normativas) 즉 입법행위만이 헌법재판소의 관할대

---

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) 權限爭議審判所(Cour d' arbitrage)法 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.”



상이 되며 나머지 행위는 행정소송의 대상이 되는 바<sup>14)</sup>, 스페인헌법 제153조는 자치공동체(comunidades Autonomas)의 活動中에서 憲法裁判所의 統制對象은 法律의 效力을 가지는 規範的 處分임을 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 국가평의회를 자문을 얻어 제150조 제2항<sup>15)</sup>에서 언급된 위임작용의 행사.
- ③ 행정재판소는 자치행정과 법규명령(normas reglamentarias)
- ④ 회계원은 경제와 예산사항<sup>16)</sup>

이에 따라 법규명령과 행정행위는 행정소송(스페인에서는 명령

---

14) Luis M. Cazola Prieto, Enrique Analdo Alcubilla, Temas de 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 administración autonoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el economico y pressupuestario.

도 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 이태리에 있어서 헌법재판소에 의한 권한 쟁의의 대상이 되는 처분은 입법 행위만 대상이 된다. 즉 이태리 헌법 제127조는 “共和國政府는 지역 의회에서 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 地域議會에 回送한다. 지역 의회가 의원의 절대다수로 이를 再可決하였을 때에는 공화국 정부는 사실을 통고 받은 15일 이내에 適法性(legittimita)의 문제를 헌법재판소에 제소하거나 또는 利益對立(contrasto di interessi)으로 인한 조정의 문제를 兩院에 제기할 수 있다. 의문이 있는 경우에는 헌법재판소가 관할을 결정한다.”고 규정하고 있는 데 반하여 헌법 제125조에서는 지역의 행정행위의 適法性에 관한 통제(II controllo di legittimita sugli atti amministrativi della regione)는 일차적으로 행정적 통제의 대상이 됨을 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

---

17) 李光潤, 命令과 行政行爲에 관한 비교법적 고찰, 徐元宇 박사님 회갑기념논문집, 법문사, 1991 참조.

18) P.Bon, F.Moderme, Y.Rodriguez, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, 1984, p.139.

19) 제125조: 지역(Regione)의 행정행위에 대한 適法性의 통제는 공화국의 법률에 의하여 규정된 방식과 한계내에서 分權的인 방식으로 국가의 한 기관에 의하여 행하여진다. 법률은 특정의 경우에는 이유를 附한 요구에 의하여, 지역의회에 의한 문제된 결정의 再審議를 促進하는 것만을 그 효과로 하는 조정적 감독(il controllo di merito)의 재심을 인정할 수 있다.

단일국가인 프랑스에 있어서 지방자치단체의 권한침해행위는 입법행위든 집행행위이든 모두 行政訴訟의 대상이 될 뿐 헌법재판의 대상으로서의 행위(acte)또는 처분(disposition)에 해당되지 아니한다. 연방 국가에 있어서도 支邦 以下の 지방자치단체나 지역 국가에 있어서의 地域(région)以下の 지방자치단체에 있어서도 입법 행위, 집행 행위를 불문하고 지방자치단체의 행위는 모두 집행 작용으로 간주되어 행정소송의 대상으로 하고 있다.

왜냐하면 地方分權(décentralisation)이란 국가의 立法權(pouvoir législatif), 行政權(pouvoir exécutif), 司法權(pouvoir judiciaire)中에서 行政權의 分權을 의미하지 立法權이나 司法權의 分權을 의미하지 않기 때문이다. 그러나 연방 국가에 있어서의 支邦은 行政權, 司法權의 三權을 모두 향유하며 지역국가에 있어서의 地域은 부분적 立法權과 行政權을 향유한다. 그러나 단일국가에 있어서의 모든 지방자치단체와 연방국가 또는 지역국가의 지역 이하 단위의 지방자치단체는 行政權만을 分權받은 데 불과하다.

## (2) 우리 나라 實定法規定에 대한 檢討

우리 나라 헌법 제111조 제1항 4호는 지방자치단체 상호간의 權限爭議에 관한 심판을 헌법재판소의 管掌事項으로 정하는 한편, 헌법재판소법 제62조 제1항 3호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를 (가) 特別市, 直轄市 또는 道 상호간의 권한쟁의 심판, (나) 市·郡 또는 自治區間의 권한쟁의심판으로 구분한 다음 同條 제2항에서 教育學藝에 관한 지방자치단체의 사무에 관하여는 교육위원회가 當事者됨을 규정하고 있다.

이에 대한 문제점을 검토해 보면:

#### A. 지방자치단체에 대한 權限爭議審判

우리 나라와 같은 단일국가에서 일반적으로는 행정재판의 대상으로 되는 지역(région)단위의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 헌법재판의 대상으로 삼는 이유는 어디에 있을까? 더구나 市·郡(Kreis, département)단위의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와 지역단위와 시·군 단위 사이의 권한쟁의까지 헌법재판의 대상으로 삼는 이유는 어디에 있을까? 우리 나라 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 自治立法權의 범위를 法令의 범위로 한정시켜 헌법 재판소의 違憲審査의 대상이 되지 아니하고 大法院에 의한 違法, 違憲審査만 가능할 뿐인 從屬命令보다 下位의 효력을 인정하고 있기 때문에 헌법 제107조 제2항에 依據, 행정재판의 대상으로밖에 되지 않는 규칙에 불과한 自治立法에 있어서의 立法作用이 헌법재판으로서의 權限爭議審判의 대상이 된다는 것은 이론적으로 모순이다. 더구나 우리 나라의 지방자치단체의 종류는 헌법 제117조 제2항에 따라 법률로 정하게 되어 있으므로 헌법상의 기관도 아니다.

따라서 헌법재판으로서의 權限爭議審判의 대상을 지방자치단체에까지 확대한 이유는 自治行政의 處理에 대한, 一般司法府에 대한 不信 以外에 다른 이유를 찾기는 어려울 것 같다. 즉 프랑스혁명 직후 혁명정신에 반하는 보수적인 舊法律遺族이 지배하는 司法府는 公益(intérêt général)을 추구하는 公權力에 의한 혁명과업의 수행을 방해하여서는 안 된다는 이유로 1790년 8월 16-24일 법

률에 의해 司法法院이 行政事件에 대한 管轄權을 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 地方分權化(décentralisation)는 地方行政의 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 통제의 독점권을 봉쇄하고 특별재판을 실시하는 데에 크나큰 의미가 있다고 하겠다.

#### B. 權限爭議審判의 대상으로서의 處分

以上에서와 같은 우리 나라에서의 특수한 사정 때문에 地方自治團體 상호간의 권한쟁의가 헌법재판소에 의한 심판의 대상이 되었다면 다른 지방자치단체의 권한을 침해하는 處分이란 무엇을 말하는가? 헌법재판소법 제61조 제2항은 “被請求人の 處分 또는 不行爲가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 請求人の 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 하고 있는 바, ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 主觀的 權利로 볼 수 있는가?’하는 문제가 발생한다. 앞서 설명한 바와 같이 우리 나라의 공법적 전통은 국가 또는 지방자치단체가

主觀的 權利를 향유하는 것이 아니라 客觀的 法秩序에 의한 국가기능을 수행한다고 보고 있기 때문에, 여기서 침해되는 것은 能力(capacité)으로서의 權限(compétence)이지 利益(intérêt)으로서의 주관적 권리(droits subjectifs)로 볼 수는 없다고 하겠다. 따라서 權限爭議審判을 客官訴訟으로서의 權限의 분쟁(conflicts de compétence)으로 보게되면 집행행위는 權限爭議審判의 대상이 되는 處分에서 제외된다고 보는 것이 타당할 것 같으며, 일반적으로 집행행위로서의 無權限行爲(acte pour incompétence)는 行政訴訟(抗告訴訟)의 대상이 된다는 점, 개별 구체적 처분에 대하여는 取消, 停止라고 하는 강력한 行政的 監督의 수단이 마련되어 있다는 점등을 고려하여 볼 때에도 집행행위가 權限爭議審判의 대상이 되는 處分에 포함된다고 보기는 어려우며, 立法權(pouvoir législatif)을 分權받지 못하고 行政權(pouvoir exécutif)만을 分權받은 데 지나지 아니한 우리 나라의 지방자치단체들의 행위가 行政訴訟이 아닌 憲法裁判으로서의 權限爭議審判의 대상이 되기 위하여는 최소한 일반 추상적인 규범성을 갖추어 결여되고 있는 立法權(pouvoir législatif)의 分權을 보상할 것이 요구된다고 하겠다. 더구나 機關訴訟은 ‘權限의 범위 또는 그 權限行使’에 관한 분쟁으로 규정되어 있는데 비하여 權限爭議審判은 ‘權限의 存否 또는 範圍’에 관한 분쟁이므로 權限爭議에 있어서의 處分은 구체적 이익의 문제가 아닌 能力(capacité)의 침해임을 알 수가 있으므로 규범적 처분으로 해석하는 것이 바람직하다고 하겠다.

## 第 2 節 當事者適格의 問題

權限爭議審判의 당사자는 特別市, 直轄市, 道, 市, 郡, 自治區와 市·道教育委員會인 바, 市·道·郡, 自治區에 있어서는 지방자치단체의 長에 의하여 대표된다.(지방자치법 제92조) 여기서 문제가 되는 것은 市·道 教育委員會인 바 憲法裁判所法 제62조 제2항은 權限爭議가 教育法 제15조의 규정에 의한 教育, 學藝에 관한 地方自治團體의 事務에 관한 것일 때 教育委員會가 그 當事자가 된다고 하고 있다. 여기서 教育法 제15조 규정에 의한 教育·學藝에 관한 地方自治團體의 事務라 함은 教育의 自主性, 專門性과 支邦教育의 特殊性을 살리는 地方自治團體의 教育·科學·技術·體育 기타 學藝에 관한 중요 사항을 말한다. 이러한 自治事務는 1991년 3월 8일 제정된 支邦教育自治에 관한 法律에 의하면 審議·議決機關인 市·道 教育委員會와 집행기관인 市·道 教育監에게 분장되어 있다. 地方自治團體의 종류로는 特別市, 直轄市 및 道와 市·郡 및 區가 있으며 地方自治團體의 기관으로는 집행기관인 地方自治團體의 長이 있고 議決·監督 및 調査奇觀으로 地方議會가 있는 바, 일반적으로 教育委員會라 함은 地方自治團體의 집행기관을 이원화시켜 教育·學藝에 관한 사무는 教育委員會로 하여금 집행하게 하고 있으므로<sup>20)</sup> 憲法裁判所 제62조 제2항에서 말하고 있는 教育委員會는 집행기관으로서의 市·道 教育委員會를 뜻하는 것으로 우리 나라의 現行法상 존재하는 명칭은 아니다.

現行法 규정을 살펴보면 特別市, 直轄市 및 道에서 教育·學藝에

---

20) 鄭世煜, 地方行政學, 法文社, 1990. p.558.

관한 사무를 담당하는 기관으로는 집행기관인 教育監(地方教育自治에 관한 법률 제25조)과 審議·議決機關인 教育委員會(同法 제3조)로 나누어져 있는 바, 地方自治團體의 집행기관의 이원화로서의 教育·學藝에 관한 사무의 담당 기관으로서 地方教育自治에 관한 법률 제3조에 의한 教育委員會는 우선 行政委員會의 성격을 가진다. 즉 地方自治法 제35조 제1호 내지 제4호에 해당하는 지방의회의 필요적 의결사항에 있어서 教育·學藝에 대한 地方自治團體(市·道の 경우)의 집행기관의 사무는 教育監과 行政委員會로서의 시·도 위원회가 담당한다.(教育法 제13조 제1항 1-3)다른 한편 地方教育自治에 관한 법률 제13조 제1항 4-9호는 同條 제2항에 의하여 地方議會의 역할을 담당하게 한다.

따라서 제13조 제1항 4-9호의 해당사항에 관하여는 地方議會의 이원화를 통한, 즉 教育·學藝에 대한 地方議會機能을 수행한다. 그러므로 現行法上的 教育委員會는 첫째, 教育·學藝에 대한 市·道の 집행기관의 行政委員會로서의 성격, 둘째, 教育·學藝에 대한 市·道議會의 성격이라고 하는 이중적 성격을 중첩해서 가지고 있으며 헌법재판소법 제62조 제2항에서 말하고 있는 教育委員會 즉 市·道の 教育·學藝를 담당하는 地方自治團體는 앞서의 첫째의 경우나 둘째의 경우를 막론하고 教育·學藝에 관한 地方自治團體의 長인 教育監에 의해 대표될 수밖에 없다. 教育法 제 38조 제2항 “教育長은 教育·學藝에 관하여 당해 지방자치단체를 대표하고……”는 이러한 취지로 해석할 수 있다. 따라서 입법론적으로는 헌법재판소법 제62조 제2항의 ‘教育委員會’를 ‘教育自治團體’ 도로 용어를 변경할 필요성이 있으며, 이러한 ‘教育自治團體’는 地方自治團體의 집행기관의 이원화라고도 볼 수 있으나 地域



的 分權(la décentralisation territoriale)후에 성립된 地方自治團體(collectivités locales)에 있어서 教育·學藝에 관한 事務的 分權(la décentralisation par service)을 행한 결과로도 볼 수 있기 때문에, 이러한 ‘教育自治團體’는 普通 地方自治團體가 아닌 營造物法人(établissement public)<sup>21)</sup>으로서의 성격을 가진다고 하겠다. 요약하면 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判의 당사자가 되는 市·道 教育委員會는 市·道 教育自治團體를 가리키는 말로 地方教育自治에 관한 법률 제3조에서 규정하고 있는 審議 議決奇觀인 教育委員會를 말하는 것이 아니다. 따라서 市·道の 教育·學藝에 관한 사무에 있어서의 權限爭議 審判의 당사자는 집행기관인 教育監에 의하여 대표된다.

### 第 3 節 地方自治團體 相互間的 關係와 權限爭議

우리 나라 지방자치법 제2조는 地方自治團體를 特別市와 直轄市 및 道の 廣域地方自治團體와 市와 郡 및 區의 基礎地方自治團體의 2種으로 나누고 있는 바, 地方自治團體 상호간의 관계는 일반적으로 법적인 평등관계라고 말하여 지나 국가의 지방자치단체에 대한 감독의 방법과 수단여하에 따라 지방자치단체들의 地位나 權限爭議의 방법이 달라지게 된다. 論議의 초점은 지방자치단체에 있어서의 국가대표의 존재여부로서

- ① 국가대표의 부존재
- ② 국가대표가 지방에서 존재하고 활동하는 경우

---

21) 營造物概念에 관하여는 李光潤, “公役務와 直接經濟干涉奇觀으로서의 營造物과 公企業” 公法研究, 第18集, 1990 참조.

③ 국가대표의 기능을 지방의 대표기관에게 위임하는 경우에 따라 지방기관의 역할 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의의 해결방법이 달라지게 된다.

## I. 國家代表의 不存在

英美國家의 경우, 예를 들어 미국의 주지사나 영국의 county의 council議長은 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 域內에 존재하지만 county로부터 독립된 대등한 관계에 있으므로 州(state)에 의한 指揮·監督은 받으나 county의 지도 감독은 받지 않는다.

地方自治團體의 權限을 逾越하는 행위에 대하여는 中央政府가 越權(ultra vires)訴訟을 제기하며 이 訴訟은 普通法上의 訴訟이다.

## II. 國家代表의 地方에서의 직접적 존재

프랑스의 경우가 대표적으로, 國家의 代表인 Commissair de la République (정부감사관)는 1982년 이전에 地域(région)과 郡(département)의 行정을 책임졌던 지사(préfet)와는 달리 순수한 국가의 대표로서 事後的 監督權만을 행사한다.<sup>22)</sup>

---

22) 事典的 後見監督(tutelle)의 폐지 및 1982-1983의 지방자치의 개혁에 관하여는 李光潤, “프랑스의 地方自治” 比較行政, 1984. 12. 창간호, 지방행정연구소 참조.

국가 대표의 역할은:

1. 權限의 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 事後的 司法的 統制의 當事者로서만 행사한다. 따라서 Commissaire de la République는 地方自治團體의 行爲에 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.

- 地方議會의 議決 및 地方議會의 위임에 의한 결정

- 警察權의 行使로써의 地方自治團體長의 命令(一般的) 및 개별적 처분

- 일체의 다른 권한 분야에 있어서의 시·읍·면·군· 또는 지역(région)에 의하여 발하여 지는 법규적 성격 (à caractère réglementaire)의 행위

- 市長과 公職에 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 地方自治團體의 행위는 私法上의 행위와 국가의 이름으로 행하여진 행위 및 국가의 대표가 고유한 제재권을 보유하는 행위인 바, 호적 사무, 선거 권한, 법률과 명

령의 공포 및 집행, 도시계획에 관한 국가 사무와 안전 조치와 같은 국가사무에 관하여는 행정적 통제로서의 계층적 통제(*contrôle hiérarchique*)의 대상이 될 뿐이다.<sup>23)</sup>

그러나 어떠한 경우이든 地方自治團體 상호간에 있어서는 계층이 형성되지 않으면 형성되어서도 안 된다. 오로지 국가만이 일반적 범규와 권한을 구속할 뿐이며 국가만이 조정자로서 (郡이나 地域에서는 국가 대표를 매개로 하여) 地方自治團體들의 爭議를 해결한다.<sup>24)</sup>

따라서 地方自治團體 상호간의 형식적인 직접적분쟁은 존재하지 아니한다. 모든 地方自治團體들의 분쟁은 국가의 대표가 검찰관의 형태로 行政訴訟(抗告訴訟)을 제기하게 되며 따라서 국가의 地方自治團體에 대한 司法的 統制의 形態로 제기된다.

### III. 國家代表機能의 地方奇觀에의 委任

독일에 있어서의 郡(Kreis)은 地方自治區域인 동시에 州(Land)의 下級行政區域이다.<sup>25)</sup> 따라서 郡守(Landrat)는 郡自治團體의 집행기관이면서 또한 일반 하급행정기관(allgemeine untere staatliche verwaltungsbuhorde)이라는 이중적 지위를 담당하고 있어 국가의 대표기능은 지방기관에게 위임되어 있다. 이러한 경우에 있어서의

---

23) Sabine Martin, *Contrôle à posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger Livrault, 1990, pp.63-65.

24) Paul Bernard, *L'Etat et la décentralisation*, La documentation française 1983, p.134.

25) 張志浩, *西瀆地方自治論*, 大旺社, 1989, p.28.

郡(Kreis)과 시·읍·면(Gemeinde)과의 관계는 국가기관으로서의 上下關係와 자치기관으로서의 對等關係라고 하는 이중적 관계가 사무와 역할에 따라 (국가사무에 관하여는 上下關係, 자치사무에 관하여는 對等關係와 국가의 감독기관으로서의 기능에 대하여는 上下關係)성립하게 된다. 郡議會(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 地方自治團體는 委任事務의 처리에 있어서는 국가로부터 무제한의 지시를 받으며 이에 대하여는 行政裁判所에 抗告할 수 없다. 자치사무에 관하여도 국가가 감독기관으로서 지시를 한 것에 대하여는 法院에 抗告할 수 없다.<sup>27)</sup>

스페인의 경우, 스페인헌법 제148조에서 자칭공동체는 다음의 권한을 부여 받을 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 委任체계를 채택하고 있다. 그러나 이태리의 경우, 지역(Regione)에는 국가의 대표가 파견되어 있어 국가의 대표가 지역의 입법에 대한 事前的 違憲審査를 행한다. 그러나 地域以下の 地方自治團體에 대한 監督은 이태리 헌법 제130조에 따라 地域이 감독권을 행사하는 바, 각 지역에서는 정부대표와 회계원판사 1인, 3인의 국가공무원, 지역 의회가 선출한 전문직공무원등 2인으로 구

---

26) C. Debbasch, Institutions et droit administratif, T.I, paris, p.401.

27) 張志浩, 전게서, p.342.

성된 위원회가 구성되어<sup>28)</sup> 지역과 나머지 지방자치단체들과의 사이에서는 독일과 같은 이중구조가 성립되며, 국가 대표의 존재는 지역단위에서는 프랑스에서와 같이 직접적 개입형태로, 지역이하의 단위에서는 간접개입형태를 취하고 있다고 보겠다.

#### IV. 우리나라에서의 地方自治團體 상호간의 관계와 자치사무에 관한 權限爭議

우리 나라에서 市·郡에 대한 道の 지위 및 自治區에 대한 特別市 및 直轄市の 지위는 헌법 제117조 제1항의 “住民의 福利에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 法令의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 制定”하는 범위 내에서는 평등한 對等關係이다. 이러한 自治權의 범위 내에서는 비단 廣域地方自治團體와 基礎地方自治團體間的 관계만 對等關係인 것이 아니라 國家와 廣域地方自治團體 및 國家와 基礎地方自治團體사이의 관계에 있어서도 對等關係이다.

그러나 國家委任事務에 관하여는 廣域地方自治團體는 국가의 下級機關이 되며 基礎地方自治團體는 또한 廣域地方自治團體의 下級機關이 되어 階層的 監督(contrôle hiérarchique)을 받는다. 그리고 自治事務에 대한 국가의 후견적 감독권(tutelle)의 행사에 있어

---

28) Damiele Mazzega, Jean Masitelli, L'organisation régionale en Italie, La documentation française, 1980, p.101.

서도 국가의 대표가 지방에 파견되어 있지 않기 때문에 基礎地方自治團體에 대한 국가의 대표권의 행사는 광역지방자치단체의 장에게 위임되어 있다.

이러한 後見的 監督關係(tutelle)와 階層的 監督(contrôle hiérarchique)의 경우에 국가와 廣域地方自治團體 및 基礎地方自治團體는 계층적 上下關係를 구성한다.

한편 地方自治法 제10조는 事務配分 基準에 있어 “市·道와 市·郡 및 自治區가 그 사무를 처리함에 있어 서로 競合하는 경우에는 市·郡 및 自治區에서 우선적으로 처리한다.”(同條 제3항)고 하여 權限配分에 있어 市·郡 및 自治區에게 권한의 優先權을 주고 있다.

이에 비해 同法 제17조는 “市·郡 및 自治區의 조례나 규칙은 市·郡의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는 바, 同條는 몇 가지 점에서 의문이 제기된다. 우선 同法 제10조 제3항에 의하면 자치사무에 관하여는 기초지방자치단체에게 권한의 優先權을 주고 있기 때문에 市·道와 市·郡 및 自治區사이에는 權限爭議(conflict de compétence)가 발생할 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 同法 제17조에서는 역으로 “市·郡 및 自治區의 조례나 규칙이 市·道の 조례나 규칙에 위반하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있어 자치사무에 관한 광역지방자치단체와 기초지방자치단체사이의 대등관계의 전제가 무너지게 되며, 이는 市·道の 권한행사를 市·郡 및 自治區의 권한행사에 우선시키는 것으로 立法上 또는 憲法上의 조정이 필요하다. 지방자치단체 상호간에 自治事務를 둘러싼 條例나 規則이 충돌하는 경우야 말로 헌법재판소에 의한 지방자치단체 상호간의 權限爭議審判의 핵심사항이 되

므로, 이는 헌법재판소의 관할사항으로 同法 제17조는 헌법 제111조 제1항 제4호의 憲法裁判所의 管轄權을 침해한 違憲規定이다.

다음으로 同法 제10조 제3항도 동일한 違憲問題가 제기될 수 있고 이 조항이 合憲이라면 廣域地方自治團體와 基礎地方自治團體사이의 權限爭議는 발생하지 않는다.

따라서 廣域地方自治團體 상호간에 있어서의 權限爭議의 문제만 남게된다.

## 第 4 節 權限爭議의 性格과 解決方法

### I. 機關訴訟의 性格

독일에서의 機關訴訟(Organstreitigkeiten)은 憲法爭訟으로서의 機關상호간의 주관적인 권리(Rechte)와 의무(Pflichten)에 관한 법률상의 쟁송(Rechtsstreitigkeiten)<sup>29)</sup>을 말한다. 연방과 란트간의 소송, 란트와 란트간의 소송은 機關訴訟으로 부르지 아니한다. 이에 비하여 日本行政訴訟法상의 기관소송이란 객관적인 法秩序의 유지를 목적으로 하는 客觀訴訟으로서 行政訴訟의 하나를 가르키기 때문에<sup>30)</sup>, 裁判所의 당연한 裁判權의 범위에 속하는 당사자간의 구체적인 권리의무 내지는 법률관계의 존부에 관한 爭訟인 主觀訴訟과는 달리 기타 법률에 의하여 특별히 정해진 경우에만 인정

---

29)독일법률용어사전 p.1176: Organstreitigkeiten sind verfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeiten zwischen organen desselhen.

30) 東條武治, 客觀訴訟, 現代行政法大系, V, 行政爭訟 II, 有斐閣, p.109.



되는 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 수단으로서, 둘째 국가 및 공공단체의 기관의 위법한 권한행사에 대한 사법적 통제 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 裁定 또는 특별한 기관에 의한 調停등의 행정적 방법에 의한 분쟁의 해결이 원칙이다.<sup>33)</sup>

이에 따라 보통 지방 공공단체의 집행기관 상호간에 그 권한에 관하여 의문이 생긴 때에는 普通 地方 公共 團體의 長이 調停하거나(日本地方自治法 제138조의 3) 자치분쟁조정위원의 조정에 회부한다.(同法 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. 同法 제176조에 의한 지방의회의 瑕疵있는 議決 또는 선거에 대한 長의 措置에 관한 訴訟<sup>35)</sup>의 두 가지가 정해져 있다.

---

31) *ibid.*, p.110.

32) *ibid.*, p.111.

33) 南博方, 原田尚彦, 田村悦, 新版行政法Ⅱ, 有斐閣, pp.116-117.

34) 日本地方自治法 第146條.

35) 同法 第176條.

우리 나라 行政訴訟法 제3조의 행정소송의 종류로서의 1. 抗告訴訟 2. 當事者訴訟 3. 民衆訴訟 4. 機關訴訟에 관한 분류는 일본행정사건소송법 제2조의 분류와 동일한 것으로 기관소송에 관한 정의도 일본행정사건소송법 제6조의 기관소송에 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 機關訴訟을 法人格 主體가 아닌 機關 相互間에만 국한된다고 볼 이유는 없다.

다만 일본의 職務執行命令訴訟은 국가기관으로서의 地方自治團體와 국가 또는 지방자치단체 상호간의 소송이기 때문에, 법인격 주체 상호간이 아닌 국가기관 사이에서의 訴訟만 해당한다고 볼 여지가 있다.

즉 일본의 경우는 國家事務의 管理 또는 執行에 따라 命令을 履行시키기 위한 履行訴訟을 提起하는 데 반하여 우리 나라는 國家事務에 관하여는 行政的 監督方法만 인정하고 自治事務에 관하여는 司法的 統制方法이 아닌 行政的 統制의 방법을 채택하는 한편 이에 대한 防禦訴訟만 인정하고 있다. 따라서 地方自治團體의 獨立性을 보장하기 위하여 國家事務에 관하여는 상급 기관에게 命令權만 인정할 뿐 직접 取消·停止權은 인정하지 아니하고 訴訟을 통한 取消·修正權을 보장하고 있는 일본에 비하여는 行政的 統制方法이 매우 강력하다. 이러한 中央集權的 行政통제의 수준에 비추어 볼 때 國家事務에 있어서는 市·道와 市·郡 및 自治區사

---

36) 國家 또는 公共機關의 기관 상호간에 있어서의 權限의 存否 또는 그 행사에 관한 紛爭에 관한 訴訟.

이에는 철저한 상하관계가 성립되어 司法的 統制가 排除되며 自治事務에 있어서도 對立等關係에 기초하여 市·郡 및 自治區의 防禦權만을 인정하고 있는 데 불과하다고 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. 客觀的 訴訟이 객관적인 法(droit objectif)을 구성하는 行政作用을 규율하는 다양한 규범의 총체에 대한 行政處分의 適法性 與否를 다루는 訴訟을 의미하며, 主觀的 訴訟이 法人格體에게 부여되어야 할 權利 與否를 다루는 訴訟을 의미하는 것이라면,<sup>37)</sup> 이러한 내부적 행위에 있어서 主觀的 權利의 救濟의 필요성은 감소 내지는 소멸되며 行政의 適法性의 확보에 중점이 두어지게 됨은 당연하다고 하겠다.

따라서 地方自治法 제157조에 따른 訴訟을 독립된 法人格 主體간의 權利·義務를 둘러싼 주관적 訴訟으로서의 抗告訴訟으로 볼 수는 없으며, 현재의 우리 나라에서의 地方自治法상의 국가의 지방자치단체에 대한 감독 방법은 국가와 지방자치단체와의 관계를 외부 관계로 보기에 너무나 강력한 행정적 統制方法에 의지하고 있다.

이렇게 볼 때 현시점에 있어서의 地方行政에 대한 主觀的 權利·侵害에 대한 抗告訴訟은 國民만이 提起할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 지방자치법 제157조에 의한 違法, 부당한 命令, 處

---

37) René Chapus, Droit administratif général, T.I, Montchréstien, p.537.

分の 是正에 대한 訴訟을 抗告訴訟으로 볼 여지는 없다.

한편 地方自治法 제159조의 地方議會 議決의 再議에 대한 訴訟은 “地方議會의 議決이 法令에 위반되거나 公益을 현저히 해한다고 판단될 때”라고 그 訴訟 目的이 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 內務部刺冠이나 市·道 知事의 調整의 대상이 될 뿐 사법적 통제의 대상이 되지 아니하고, 예의적으로 지방자치단체의 독립성을 존중하는 의미에서 법률의 규정에 의하여 허용된 경우에 한하여 客觀訴訟으로서의 機關訴訟이 인정되고 있다고 하겠다.

## II. 權限爭議(conflict de compétence)審判과 機關訴訟

우리 나라 憲法裁判所法 제61조는 權限爭議審判을 국가 또는 地方自治團體 상호간에 있어서 權限의 存否 또는 범위에 관한 爭訟으로 규정하고 있다. 우리나라의 權限爭議審判은 憲法裁判으로서, 法律의 規定에 의하여 한정적으로 인정되는 機關訴訟의 경우와는 달리, 被請求人의 處分 또는 不行爲가 헌법 또는 법률에 의하여 賦與받은 請求人의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에는 언제나 審判의 청구가 가능하며, 집행행위 또는 입법행위가 그 訴訟의 대상인 機關訴訟과는 달리 입법 행위만이 審判請求의 대상이 되며 따라서 地方自治團體 相互間에 있어서는

조례와 규칙만이 그 대상이 된다는 점이 감독 기관의 取消 또는 停止處分과 地方議會의 議決을 대상으로 하는 機關訴訟과의 차이점이다. 그러나 權限爭議審判은 具體的 處分이 다른 당사자의 利益을 침해하는 利益의 紛爭(conflict d' intérêt)은 아니지만 객관적 규범들간의 충돌을 해결하여 객관적인 법질서의 유지를 목적으로 하기 때문에 객관적 쟁송이라는 점에서는 성격을 같이 한다. 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. 地方自治團體 相互間에 있어서의 紛爭의 해결방법

地方自治團體 相互間에 있어서의 분쟁의 해결방법을 지방자치행정의 구조에 따라 분류하면 다음과 같다.

① 국가사무에 대한 감독행위 : 이로 인해 빚어지는 분쟁은 利益의 紛爭(conflict d' intérêt)이다. 지방자치법 제140조에 따른 시·도 지사의 당사자의 신청에 의한 조정만이 가능하다.

② 자치사무에 대한 감독행위: 이로 인한 분쟁은 利益의 분쟁(conflict d' intérêt)과 권한의 분쟁(conflict de compétence)의 두 가지 있다.

- 지방자치법 제140조에 따른 시·도지사의 조정; 이해의 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 權限爭議審判의 청구를 통한 감독이 가능하다: 權限의 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 기관소송이 가능하다.

다만 지방의회의 의결이 조례의 제정 및 폐기에 해당하는 경우에는 지방자치법 제159조에 의한 기관 소송과 헌법 재판소법 제62조에 의한 권한 쟁의심판의 兩者가 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.

## 第 5 節 權限爭議審判의 分類

權限爭議審判은 被請求人의 處分 또는 不行爲가 헌법 또는 법률에 의하여 賦與받은 請求人의 權한을 침해할 위험이 있는 때에 청구하는 사전적 審判과, 權한을 침해하였을 때 청구하는 事後的 審判으로 구분된다.

### I. 事前的 審判

다른 地方自治團體의 條例나 規則의 制定 그 立法案 또는 不作爲가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 權한을 침해할 위험이 있을 때 地方自治團體의 權한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하는 解釋審判(Recours d'interprétation)이다. 즉 다른 地方自治團體의 조례나 규칙 또는 그 입법안이 해당 地方自治團體의 權한의 범위를 침범할 것인지의 여부가 분명하지는 아니하나 범위의 경계에 근접하고 있는 경우에 또는 조례나 규칙의 효력발생 이전에 앞으로 효력이 발생하면 權한의 침해를 방지하기 위하여 權한을 침해할 것이 확실시되는 경우에 헌법재판소의 판단을 구하는 심판이다.

權限爭議審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하게 되어있다. 조례나 규칙의 權한 침해의 위험을 안 날은 기초지방 자치단체의 규칙은 시·도지사가 公布豫定 15日前에 報告를 통하여 알게 되며, 광역 지방자치단체 상호간 또는 기초지방자치단체 상호간의 조례나

규칙은 公布日을 안 날로 간주할 경우 조례나 규칙은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생하므로 공포한 날로부터 20일 이전에 헌법재판소에 權限爭議審判을 청구하고, 終局決定의 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 再審要求를 할 수도 있고 또는 헌법재판소에 權限爭議審判을 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 實效를 거둘 수 있게 하기 위하여는 헌법재판소법 제65조를 개정하여 권한쟁의심판이 청구되면 해당 처분의 효력이 정지 되도록 함이 바람직하다.

## II. 事後的 審判

被請求人の 處分 또는 不作為가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 請求人の 권한을 이미 침해한 경우에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하거나 해당처분 또는 부작위를 취소 또는 무효 확인하는 것이다. 조례나 규칙이 공포된 후 20일을 경과하면 효력을 발생하게 된다. 효력이 발생된 조례나 규칙이 다른 지방자치 단체의 권한을 침해하였거나 권한의 범위를 침범하였는지의 여부



가 분명치 아니한 경우, 이에 대한 解釋審判 및 取消審判(Recours d'annulation) 또는 無效(déclaration de nullité)審判을 구하는 것이다. 즉 地方自治團體의 조례나 규칙이 地方自治團體에게 권한을 부여하고 있는 헌법이나 법률에 합치되는가를 解釋, 取消 또는 無效確認하는 것이다.

여기서 권한을 부여하고 있는 헌법과 법률간에 不一致가 있는 경우, 법률의 合憲性여부라는 선결 문제가 발생하고, 權限爭議審判의 전제로써 발생한 선결 문제로서의 법률에 대한 違憲審査는 헌법재판소가 담당할 수밖에 없다. 사후적 심판으로서의 조례나 규칙에 대한 합헌성 및 합법성에 대한 통제에 관한 방법으로 취소 또는 무효확인을 할 수 있다는 것은 법률상의 爭訟에만 익숙해 온 경험으로 볼 때는 개별적 구체적 처분이 아닌 일반적 추상적 규범에 대한 취소를 인정하였다는 점에서 다소 생소하게 볼 수도 있겠으나, 客觀的 法秩序의 확립이라고 하는 客觀的 爭訟의 성격상 일반 추상적 규범에 대한 취소의 인정은 오히려 당연한 것이라고 하겠다. 行政訴訟의 경우에 있어서도 取消訴訟을 主觀的 訴訟으로 보지 아니하고 客觀的 訴訟으로 보고<sup>38)</sup> 있는 프랑스의 경우는 命令을 越權訴訟(lecontentieux de l'excès de pouvoir)의 대상으로 삼아 취소할 수 있는 것으로 보고 있으며, 1894년이래 일반적 성격의 行政處分(una disposición administrativa de caracter general)에 대한 抗告訴訟을 인정하지 아니하던 스페인에서도 1956년 行政訴訟法 제39조 1항에 의해 命令에 대한 取消訴訟을 인정하고 있다.<sup>39)</sup>

---

38) 李光潤, 프랑스법상의 公權과 訴의 利益, 고시계, 1991, 8월호 참조.

39) 李光潤, 命令과 行政行爲에 관한 比較法的 考案, 現代行政과 公法理論, 徐元宇教授 回甲祈念論文集, 1991, 法文社, p.352.

## 第 4 章 地方自治團體 相互間の 限爭議審判의 節次上の 特徵

### 第 1 節 執行의 停止

訴訟이 提起된 경우 訴訟의 대상이 된 處分의 執行이 停止되는가 停止되지 아니하는가 하는 문제는 일반적으로 처분청이 訴提起人에 대하여 特權을 향유하는가 여부에 따라 달라지는 것으로, 行政處分의 경우 行政廳에게 국민에 대한 特權을 인정하고 있는 프랑스의 경우는 원칙적인 執行不停止主義를 채택하고 있는데 반하여 제2차 세계대전 후 行政廳에게 국민에 대한 특권을 더 이상 인정하고 있지 아니한 독일의 경우는 원칙적인 執行停止主義를 채택하고 있다.

즉 M. Hauriou는 “行政廳의 결정은 다룰 수 없는 것으로 推定되기 때문에 관사의 介入없이 豫先的으로(préalablement)行政廳에 의하여 집행되며 국민은 우선 行政處分에 복종하여야 한다.”고 하여<sup>1)</sup>行政의 特權(prérogative de l'administration)을 인정하였던 바, 이러한 행정의 特權의 결과 특별한 입법규정이 없는 한 執行은 정지되지 아니한다. 그러나 國家機關 또는 地方自治團體 상호간에 있어서는 어느 한쪽 당사자에게 특권이 인정되지 아니하는 바 특권의 관점에서 보면 원칙적인 執行停止主義를 채택

---

1) Maurice Hauriou, Précis de droit administratif, 1933,p.361.

함이 理論의 歸結로 볼 수 있다. 한편 行政訴訟에 있어서의 執行停止主義나 執行不停止主義나 하는 것은 行政判事의 역할과도 밀접한 관련이 있는 것으로, 프랑스와 같이 行政判事가 行政廳에 밀착되어 行政에 고유한 法을 창조할 권한을 가지고 있는 경우, 즉 行政에 관한 法을 建設하고 규명하는 것이 그 첫째의 임무이며 국민의 권리구제는 제2차적 임무에 지나지 않는 경우에는 執行의 不停止를 原則으로 채택하나, 독일과 같이 行政判事에게 行政에 고유한 法을 창설하는 主任務가 있지 아니하고 국민의 권리 구제에 主目的이 있는 경우에는 停止效果를 인정함으로써 判事의 本案判決까지 當事者間의 均衡을 유지할 수 있는 수단을 講究하고 있다.<sup>2)</sup> 즉, 객관적 訴訟일수록 執行이 不停止되며 주관적 爭訟일수록 執行이 停止된다고 볼 수 있다.

이를 權限爭議審判에 對入하면 원칙적인 執行不停止主義를 채택하여야 한다는 논리가 성립하게 된다. 이러한 執行停止主義와 執行不停止主義의 두 가지 논리가 모두 성립될 수 있는 權限爭議審判에 대하여 헌법재판소법 제65조는 중도적 입장을 택하여 職權 또는 請求人의 申請에 의하여 處分의 效力을 停止하는 결정을 할 수 있게 하고 있다.

대부분의 각국의 立法例 역시 중도적 입장을 취하고 있는 바, 여기서 흥미로운 점은, 오스트리아의 경우 法院과 行政官廳과의 權限爭議를 제외한 나머지 權限爭議에 있어서 헌법재판소의 訴訟節次의 開始로 다른 節次는 停止되게 하고 있어(오스트리아 헌법재판소법 제43조 제5항, 제47조 제4항)主觀主義에 입각한 당연

---

2) Yves Gaudemet, Le juge administratif et le prononcé de surcis, A.J.D.A., 1982, pp.630-631.

한 논리적 귀결로 볼 수 있는데 비하여, 독일의 경우에는 權限爭議에 관하여는 別途의 規定을 하지 아니한 채 일반적인 訴訟節次全般에 관하여 헌법재판소의 결정으로 중대한 損失의 防止, 임박한 權限行使의 沮止, 기타의 原因으로 公共福利를 위하여 긴급히 요청되는 경우에 假處分을 통하여 紛爭의 상태를 잠정적으로 규율할 수 있도록 하고 있어(헌법재판소법 제32조 제1항, 제2항)타협적 태도를 보이고 있는 듯한 인상을 준다.

객관주의에 철저한 벨기에의 경우는 執行停止의 효과가 없다. 따라서 예외적으로 執行停止를 하기 위하여는 執行으로 인해 회복하기 어려운 중한 손해로 심각한 성격(caractère sérieux)의 사건이 발생할 우려가 있을 때에 한한다. 여기서 심각한 성격이라 함은 取消審判의 請求를 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 特權關係를 인정할 수 없는 데서 오는 執行停止制度를 收斂하고 있다고 볼 수 있다.

## 第 2 節 權限爭議審判의 決定의 效力

權限爭議審判의 決定의 效力은 결정이 主觀的 行爲에 해당하느

---

3) Francis Delpérée, Anne Resson-Roland, Recueil d' études sur la cour d' arbitrage 1980-1990, Bruylant, Bruxelles, 1990, p.88.

4) ibid., pp. 89-90 참조.

나 아니면 客觀的 行爲에 해당하느냐에 따라 달라진다고 볼 수 있다. 즉 Duguit에 의하면 결정이 主觀的權利의 창설에 관계되는 주관적 행위인 경우에는 當事者에게만 既判力이 미치나,<sup>5)</sup> 결정이 일반적이고 항구적인 객관적 법적 상태(situation juridique objective)를 창설하는 객관적 행위일 때에는 既判力의 相對性이 논의될 여지가 없이 모든 자에게(Erga Omnes)對抗할 수 있으며 처음부터 (Ex tunc)그러했던 것과 같은 遡及效를 가진다.<sup>6)</sup> 그러나 契約과 같은 주관적 행위는 遡及效를 가지지 아니하며 既得權을 발생시킨다. 헌법재판소는 국가기관 또는 地方自治團體의 權限의 存否 또는 범위에 관하여 판단 또는 被請求機關의 處分 혹은 不作爲를 取消하거나 그 無效를 확인하는 결정을 할 수 있는 바, 이러한 결정들은 모두 立法行爲에 대한 決定으로서 規範行爲이기 때문에 客觀的 行爲로서 모든 國家機關과 地方自治團體를 상대로 한 對勢的(Erga Omnes)效力을 가진다. 그러나 기간의 이유나 형식으로 인하여 請求를 각하하는 결정을 하였을 때에는 상대적 既判力밖에는 생기지 아니하며,<sup>7)</sup> 청구사유로 인한 각하의 경우에는 상대적 既判力의 문제는 아니나 동일한 청구인에 의하여 청구사유가 충족되면 再審判의 請求가 가능하다.<sup>8)</sup> 객관적 행위인 결정의 효과는 遡及效에 따른 完全復舊(Restitutio in integrum)원리에 모순된다는 점에서 검토를 요한다고 보겠다.

---

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.

7) ibid., p.423.

8) ibid., p.424.

權限을 위반한 規範에의 취소가 처음부터 溯及效(*effet rétroactif ex tunc*)를 가지는 것은 그러한 흠이 規範의 탄생시부터 발생하였기 때문에 이에 대한 制裁로써 取消의 溯及效를 인정하는 것은 당연하다고 하겠다. 그러나 法的 安定性을 고려해 볼 때 이러한 溯及效原則을 기계적으로 적용하는 데는 불편이 따른다. 따라서 처음부터의 溯及效原則을 채택하고 있는 벨기에의 權限爭議審判은 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 規範의 효력에 대한 法的 安定性에 대한 문제로 우리 나라 헌법재판소법 제67조 제2항의 “상대방에 대하여 이미 생긴 효력”의 원인이 되는 處分이 규범적 處분에 근거한 구체적 효력을 발생시키는 行政處分만을 가리키는지 아니면 抽象的 效力을 발생시키는 規範的 處分까지 포함하여 가리키는지 분명하지 아니하나, 유럽사법재판소의 예에서 보듯이 새로운 規範이 제정될 때까지 취소된 規範에 의거한 行政處분에 대하여는 유형에 따른 분류를 함이 없이 무조건적으로 溯及效를 인정하지 아니할 것인지 하는 문제를 再考해 볼 필요가 있다.

---

9) M.Beckers, *L' autorité et les effets des arrêts de la cour d' arbitrage*, E. story scientia, pp.50-59.

## 第 5 章 結 論

憲法の支配원리에 의하여 憲法裁判所는 모든 法規範의 正當性(regularité)을 검증한다. 法律이 權限이 있는 機關에 의해 制定이 되더라도 立法에 관한 法規를 위반하게 될 때 이를 形式的 違憲(inconstitutionnalité formelle)이라고 하고, 權限이 없는 機關에 의해 法律이 制定될 때에도 無權限으로 인한 違憲이 되는 바 無權限은 國家의 機關이 아닌 機關 또는 私인에 의하였을 때는 絶對的 無權限(incompétence absolue)이라고 하고, 立法機關에 의한 法律이기는 하나 憲法상의 權限分配規定을 위반한 경우를 絶對的 無權限(incompétence relative)이라고 한다. 相對的 無權限에 있어서는 자신의 立法權을 유월하여 다른 기관의 權限을 침해하게 되는 바 이러한 越權(excès de pouvoir)은 협력적 對等關係(soit coordonnés)이거나 上下的 階層關係(soit hiérarchisés)간의 兩機關間에 발생한다.

聯邦國家에 있어서는 閣支邦이 立法權을 향유하고 있는 바 聯邦국가에 있어서의 憲法은 事案에 따라 中央立法과 地方立法으로 立法權을 분배하고 있다. 이에 따라 중앙의 立法權의 行使와 地方의 立法權의 行使間에 越權(excès de pouvoir)으로 인한 相對的 無權限(incompétence relative)의 문제가 발생하며 各各 地方立法權을 行使하고 있는 支邦 相互間에 있어서도 동일한 문제가 발생한다. 1920년 10월 1일 憲法以前의 오스트리아는 매우 地方分權化된 單一國家이었으나 1920년 10월 1일 憲法에 의하여 中

中央集權的 聯邦國家가 되었다. 聯邦의 질서와 支邦의 질서는 모두 聯邦憲法속 에 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 최고 행정재판소는 行政廳의 행위에 대한 소송(Beschwerden)을 담당하며 訴를 제기할 수 있는 者로 1) 行爲에 의하여 權利를 침해받았다고 주장하는 자 (Rechtswidrigkeit) 2) 行政行爲의 節次에 참가하였거나 참가할 권리가 있는 자 3) 관할연방장관을 규정하고 있으며(제129조), 제130조에서는 헌법재판소의 관할사항은 최고행정재판소의 관할에서 제외됨을 규정하고 있다.

以上과 같은 1920년의 오스트리아 헌법규정은 대부분 현재까지 계수되고 있다. 이를 再檢討하여 보면 오스트리아 헌법재판소의 권한 쟁의 심판에 있어서 연방과 지방 또는 지방 상호간의 분쟁은, 단일국가였던 오스트리아가 연방 국가로 전환되면서 중앙정부



만이 가지고 있던 立法權이 연방과 지방에 分權됨에 따라 立法權을 둘러싼 연방과 지방, 또는 지방 상호간의 越權(excès de pouvoir)으로 인한 無權限(incompétence)의 문제가 발생함으로써, 헌법재판소가 헌법의 지배의 원리에 의하여 그러한 越權을 유발하는 法規範에 대하여 正當性を 檢證하기 위하여 가하는 심판이 權限爭議審判의 주요 골자이다.

한편 越權을 하게 되는 행위는 일차적으로는 立法行爲로서 立法行爲의 결과 성립한 法規範이 他機關의 권한에 대해 추상적 침해를 하게 되나, 이러한 추상적 침해를 유발한 法規範에 의거한 구체적 行政處분에 의하여도 第2차의인 구체적 권한침해가 발생한다고 보아, 立法行爲 및 行政行爲를 모두 권한침해를 유발하는 處分으로 보고 있기 때문에 行政行爲의 경우 行政裁判所의 管轄事項에서 제외시키는 규정을 두고 있다고 해석할 수 있다. 우리 나라 헌법재판소법에 규정된 권한쟁의규정 및 行政訴訟法 제3조 제54호의 단서조항 “다만 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관할사항으로 되는 訴訟은 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 權限의 성격 및 내용을 달리할 수밖에 없고, 따라서 헌법재판소에 의한 權限爭議審判도 내용을 달리 하지 않을 수 없으리라 본다.

우선 독일이나 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서는 權限爭議審判의 당사자가 되는 연방이나 지방이 모두 立法權을 향유하고 있으며 스페인, 이태리, 벨기에 등의 지역국가(Etat régional)의 지역들도 부분적 立法權을 향유하고 있다.

이에 반해 地方自治團體는 自治行政權을 부여받은 데 불과하기 때문에 중앙의 법률과 지방의 법률간의 충돌은 想定할 수가 없다. 고로 국가권력구조의 측면에서 보면 독일에서의 헌법상의 국가권력 상호간의 권한쟁의인 “Organstreit” 또는 “Organstreitigkeiten”에 해당하는 國家權力機關 상호간의 權限爭議審判을 제외한 나머지 權限爭議審判은 存在理由(raison d' être)를 상실하게 된다.

한편 우리 나라헌법 제40조에 의하면 立法權을 國會에 속한다고 규정하고 제117조 제1항에서는 “地方自治團體는…… 法令의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 하는 바, 법령의 범위 안에서 제정하는 자치에 관한 규정이 국회의 형식적 立法權이 아닌 行政立法權의 分權에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 오스트리아헌법이 聯邦과 지방의 권한을 상세히 규정하고 있는데 반하여 우리 나라 헌법에 의하면 地方自治團體의 종류 및 地方議會의 組織, 權限, 議員選舉와 地方自治團體의 長의 選任方法 기타 地方自治團體의 組織과 運營에 관한 사항을 法律로 정하게 하고 있기 때문에, 헌법이 규정하는 권한배분에 위반하여 越權을 행하는 訴訟物 自體가 없게 된다. 즉 국가와 지방자치단체간에는 自治에 관한 규정을 法令의 범위 안에서 제정할 수 있기 때문에 지방자치단체의 자치규정에 대한 越權을 이유로 한 審判의 請求는 국가만이 당사자가 될 수 있으며 地方自治團體는 어떠한 경우이든 헌법에 정한 權限配分을 침해한 이유로 국가 또는 다른 지방자치단체를 상대로 심판을 청구할 訴訟物이 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 權限爭議審判의 대상이 되는 소송물 자체가 없으므로, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판은 일체 헌법재판소에서는 다루지 아니하고 却下하는 방법이 가능하다.

두번째는 정책적인 고려로써, 우리 나라에는 行政最高裁判所가 없으며 司法權은 大法院을 정점으로 하는 法院에 소속하는 이른바 普通裁判所制度를 도입하고 있는 바, 普通裁判所制度는 制憲憲法制定과정에서 俞鎮年博士가 提案理由說明에서 밝혔듯이 “……行政訴訟에 대하여 大陸式 特別裁判所制를 취하지 않고 英美式制度를 취해 본 것입니다. 종래의 佛蘭西라든가 이러한 歐羅巴大陸에서는 行政權의 處分에 관해서 그 不法을 주장하는 사람이 있다고 하더라도 普通裁判所에 訴訟을 제기하지 못하고 行政裁判所라는 특별한 기관을 통해서만 할 수 있게 되어 있던 것입니다. 그러나 이렇게 行政權의 處分에 관한 訴訟을 行政權자신에게 맡기는 것은 국민의 자유와 권리를 보장하는 의미에 있어서 적당치 아니하다고 해서, 法律이 정하는 바에 의하여 法令, 規則, 處分, 그런 것이 헌법과 법률에 위반되는 경우에는 普通裁判所에다가 訴訟을 제기할 수 있다고 이렇게 한 것입니다.” 라는 이유로 도입되었다.

이러한 이유는 行政法이란 概念 그 자체가 治者와 被治者에게 동일한 하나의 法體系와 裁判制度만을 인정하는 Common law의 통일성의 원리에 상반된다 하여 프랑스를 行政法 獨載國家라고 비판하였던 Dicey 교수의 ‘Law of Constitution’ 1885년 제1판의 이론이 대표적인 것으로, 이 이론의 영향을 받은 보통법국가들은 그 대신 특별히 설치된 行政審判所(administrative tribunal)의 편의적 混合體를 만들어 왔었다.<sup>1)</sup> 따라서 많은 집단과 개인의 권익을 크게 좌우하는 행정적 결정의 방대한 분야가 전적으로 同法的 통제(judicial contrôle)밖에 처해지게 되는 非法治國家的 矛盾이 발생하는 한편, 法院은 法令解釋 과정에 의하여 명백히 절대적인 裁量을 그 法案을 기초한 의회의 立法者들을 경악시킬 정도로 제한적인 상대적 裁量으로 전환시켜 왔다.<sup>2)</sup>

“이러한 불만족스러운 사태의 원인은 분명히 오늘날 점점 더 복잡하고 다양해진 行政當局의 기능에 대한 감독이 일반적으로 行政經驗과 訓練이 결여된 法官과 普通法 法廷義務의 부수적 측면의 일부로 되어 있다는 데에서 찾아지고 있다. 그들은 또한 普通法の 개인주의적 전통에 깊이 물들어 있으며 사회적 요소를 어느 문제에 있어서나 무시하려는 듯하다는 아쉬운 점이 있는 것이다. 완전한 行政裁判體制를 갖춘 나라들은 行政에 관한 많은 경험을 가진 고도로 훈련된 法曹人들로 충원된 一般最高法院과 같

---

1) de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1968, p.4 참조. 볼프강 프리드만 著, 現代經濟國家의 法原理, 朴秀赫譯, 法文社, 1986, p.93의 소개.

2) Benjafield & Whitmore, *Australien administrative law*, 3rd., ed., 1965, pp.172-186 참조. 앞의 책에서 소개.

은 지위의 行政法院을 정점으로 하고 있다.”<sup>3)</sup>

이러한 普通裁判所制度에 대한 批判은 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 Constituion’의 제7판에서는 제17장으로 위의 두 주제에 관한 글을 본문에 편입하였다. 따라서 普通裁判所制度의 국민의 자유와 권리의 보장을 이유로 한 옹호론은 이미 1902년에 이론적 근거를 상실하였다고 볼 수 있다. 이러한 점을 염두에 두고 볼 때, ‘과연 신라의 삼국통일이래 줄곧 中央集權的 단일국가체계를 유지하여 온 우리 나라에서 유사 이래 처음으로 본격적인 地方自治(제2공화국을 제외하고)를 실시하는 데 있어 地方自治行政에 대한 普通裁判制度를 기본으로 하고 있는 現行 司法府에 의한 司法的 統制가 合理的인 것인가?’하는 문제가 발생하지 아니할 수 없다. 따라서 特別裁判所로서의 行政裁判所가 存在하지 아니하는 우리 나라의 경우 地方自治行政에 대한 一般司法府의 私法統制權을 제한 또는 박탈할 수 있는 길은 憲法裁判所가 特別裁判所의 대표격으로 地方自治行政이라고 하는 특별한 行政에 관한 特別裁判所로서의 역할을 떠맡지 아니할 수 없다.

세번째 해결책으로는 현행법 질서와 정책적 고려를 종합하여 절충적으로 特別裁判所와 一般司法府間에 地方自治에 관한 管轄

---

3) 볼프강 프리드만, 앞의 책. p.99.

을 分配하는 것으로, 구체적으로 말하면 憲法裁判所와 大法院間의 權限을 分配하는 것이다. 즉 憲法裁判所法에 의한 權限爭議審判과 地方自治法에 의한 機關訴訟을 兩立시키는 것으로 여기에는 ‘어떠한 基準에 의하여 憲法裁判인 權限爭議審判의 對象과 行政訴訟인 機關訴訟의 對象을 구분할 것인가?’하는 문제가 발생한다. 우선 憲法裁判으로서의 中央과 地方 相互間의 權限爭議의 발생은 聯邦國家 또는 地域國家에 있어서 地方의 立法權(pouvoir législatif)향유로 말미암아 생겨난 제도이므로, 이러한 立法權을 부여받지 못하고 있는 우리 나라 地方自治團體들에 대하여는 ‘제2차적 立法權에 해당하는 規範的 處分の 충돌만을 憲法裁判所에 의한 權限爭議의 對象으로 삼고 나머지 구체적 집행행위에 의한 제 2차적 權限侵害(이익의 침해로 인한 결과적 權限侵害)에 대하여는 機關訴訟의 對象으로 삼는 것이 합리적인 방법이 되지 아니할까? 라고 생각해 볼 수 있다. 부분적 立法權을 부여받고 있는 地域國家인 벨기에나 이태리에서도 구체적 行政處分은 行政訴訟의 對象으로 하고 있지 憲法裁判所의 管轄로 하고 있지 아니한 점을 고려해 볼 때, 이론적으로 憲法裁判의 對象이 되지 아니하는 단일국가에 있어서의 地方自治團體의 處分에 있어서는 독일, 오스트리아와 같은 연방국가에 있어서 各州의 處分에 대하여 인정하고 있는 것과 같은 利益의 侵害를 유발하는 執行行爲에까지 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判의 對象으로 확대하는 것은 부적절하다고 아니할 수 없다. 더구나 우리 나라에서는 執行行爲로 인한 機關訴訟도 主觀的 權利의 侵害로 인한 主觀的 爭訟이 아닌 中央과 地方間의 권력구조의 운영이라고 하는 客觀的인 法秩序의 유지를 목적으로 하는 客觀訴訟으로 분류하고 있고, 權限爭議審判

의 定義도 “權限의 存否 또는 범위”라고 하여 機關訴訟에 있어서의 “權限의 存否 또는 그 權限行使” 보다는 客觀的 規範性을 더욱 강하게 표시하고 있기 때문에 客觀的 爭訟으로서의 憲法裁判所에 의한 權限爭議審判의 대상으로서는 地方自治團體의 경우 조례와 규칙에 한정하는 것이 타당하리라 본다.

다음으로 機關訴訟에 있어서의 문제점은 우선 行政訴訟法 제45조에 의하여 列記主義를 채택함으로써 訴權이 제한됨으로써 地方行政의 適正性의 확보에 문제가 생길 수 있다는 점에서 行政訴訟法 제45조의 改正 내지는 特別法의 마련이 필요하다고 보겠으며, 一般 司法法院이 과연 法律上의 爭訟이 아닌 行政에 대한 감독기관의 역할을 떠맡을 수 있는가 하는 문제는 執行行爲로 인한 機關訴訟의 경우에도 여전히 의문으로서 남게 된다. 또한 現行 地方自治法 제157조와 제159조에 의한 機關訴訟은 行政訴訟의 一般的 審級을 무시하고 大法院에 訴를 제기하게 하고 있으므로 立法的 정리가 필요하다.

그러나 國家와 地方自治團體 또는 地方自治團體 相互間의 執行行爲의 충돌을 抗告訴訟으로 보기 위하여는 우리 나라에 있어서의 中央과 地方의 權力分配 정도의 變更이 필요한 것으로 現行 憲法上의 地方自治의 정도로 보아서는 독립된 法人格 主體간의 外部的 法律行爲로 보기는 곤란하다고 본다.

結論的으로 종합하면, 우선 입법적 整理가 필요하다고 보겠으나 앞에서 살펴본 바와 같은 문제점을 효율적으로 해결하는 방법은 전문적 行政裁判所를 창설하여 行政裁判所로 하여금 일체의 地方自治에 관한 權限爭議를 관장하도록 함이 필요하다고 보겠다. 그럼으로써 불필요한 혼란과 裁判所間의 權限衝突을 방지할

수 있으리라 본다. 한편 條例와 規則의 制定節次에 있어 法律上의 전문적 見解에 의한 사전적 통제가 결여됨으로써 수많은 條例와 規則이 實定 法律秩序에 위배됨은 물론 相互間의 충돌을 야기할 위험성이 많기 때문에 이를 해결하기 위하여도 전문적인 行政法院의 法律的 助言이 條例나 規則의 제정과정에 반드시 介入할 필요가 있다. 스페인의 경우를 보더라도 自治共同體의 立法인 status의 제정에는 반드시 최고행정재판소의 자문을 거치도록 하고 있으며, 벨기에에서도 콩세이데따의 자문을 반드시 거치도록 하고 있다. 따라서 전문적인 行政法院을 창설할 경우 전문적 行政法院은 충분한 연구를 통하여 條例나 規則에 대한 사전적 통제에 효율적으로 개입할 능력을 보유하여야 하며, 이와 같이 裁判과 諮問의 兩機能을 갖출 수 있는 行政裁判所의 모델로는 프랑스형인 Conseil d' Etat가 제시될 수 있으리라 본다.



## 第 4 主題

# 獨逸에 있어서의 地方自治團體의 憲法訴願

石 琮 顯

(法博・檀國大學校 法科大學 教授)

## 目 次

第 1 節 序 論 .....	337
I. 問題의 提起 .....	337
II. 地方自治團體의 自治行政權 .....	341
1. 權利主體性의 保障 .....	342
2. 法制度의 保障 .....	344
(1) 地方自治團體의 全權能性 .....	344
(2) 自己責任性(Eigenverantwortlichkeit) .....	346
① 計劃高權 .....	347
② 地域高權 .....	348
③ 組織高權 .....	348
④ 人事高權 .....	349
⑤ 條例高權 .....	349
⑥ 財政高權 .....	351
(3) 法律留保(Gesetzesvorbehalt) .....	352
3. 主觀的 法的 地位의 保障 .....	352
第 2 節 基本法 및 聯邦憲法裁判所法上의	
地方自治團體의 憲法訴願 .....	354
第 1 項 本案決定의 要件 .....	356
I. 訴願對象 .....	356
1. 聯邦法律과 州法律 .....	356

2. 法規命令 .....	358
3. 自治條例 .....	358
4. 慣習法 .....	359
5. 立法不作爲 .....	359
II. 參加能力(Beteiligunsfähigkeit) .....	359
1. 參加能力的 意義 .....	359
2. 訴願提起者能力 .....	360
(1) 地方自治團體의 概念 .....	361
(2) 地方自治團體聯合 .....	363
1) 地方自治團體聯合의 概念 .....	363
2) 州法上の 地方自治團體聯合 .....	364
① 「란트크라이스」 .....	365
② 小規模의 地方自治團體聯合 .....	366
③ 中規模의 地方自治團體聯合 .....	366
④ 目的團體 .....	367
3. 節次參參加權 .....	367
III. 訴訟能力(Prozeßfähigkeit) .....	369
1. 訴訟能力的 의의 .....	369
2. 地方憲法이 정한 基準에 의한 訴訟能力 .....	369
3. 自治團體가 閉止된 以後의 訴訟能力 .....	371
IV. 訴願適格(Beschwerdebefugnis) .....	372
1. 訴願適格의 意義 .....	372
2. 主張責任의 對象 .....	373
3. 主張責任의 範圍 .....	377

(1) 自治行政權違背性的의 주장 .....	377
① 權利主體性的의 保障 .....	378
② 地方自治團體의 法的地位의 保障 .....	381
③ 地方自治團體聯合의 法的地位의 保障 .....	381
(2) 自己의 權利障害의 主張 .....	383
① 自己의 自治行政權의 聯關性 .....	384
② 關聯性的의 現在性 .....	386
③ 直接性 .....	388
第 2 項 地方自治團體의 憲法訴願의 補充性的의 原則 .....	389
I. 補充性的의 原則 .....	389
II. 補充性條項의 妥當範圍 .....	390
第 3 項 地方自治團體와 地方自治團體聯合의	
訴訟法上의 地位 .....	394
I. 訴訟代理 .....	394
II. 記錄閱覽權(Akteneinsichtsrecht) .....	395
III. 證據採擇(Beweisaufnahme) .....	396
IV. 口頭辯論(mündliche Verhandlung) .....	397
V. 不公正의 憂慮를 理由로 한 裁判官忌避 .....	398
第 4 項 憲法裁判所의 決定 .....	398
I. 審理基準(Prüfungsmaßstab) .....	398
II. 決定의 內容 .....	400
1. 本案에서의 決定 .....	400
2. 附隨의 決定(Nebenentscheidung) .....	402

第 5 項 假處分 .....	403
I. 假處分の 形式的 要件 .....	404
II. 假處分の 實體的 要件 .....	406
第 3 節 各州에 있어서의 地方自治團體의 憲法訴願 .....	406
第 1 項 概說 .....	407
I. 州法上 憲法訴願이 인정되지 않는 州 .....	407
1. 「헤센」(Hessen)州 .....	408
2. 「니더작센」(Niedersachsen)州 .....	409
3. 「슈레스빅 홀슈타인」州(Schleswig-Holstein) ..	409
II. 州法上 憲法訴願이 인정되는 州 .....	409
1. 「바덴 뷔르템베르크」(Baden-Württemberg)州 ·	409
2. 「바이에른」(Bayern)州 .....	410
3. 「브레멘」(Bremen)州 .....	410
4. 「노드라인 베스트팔렌」(Nordrhein-Westfalen)州	411
5. 「라인란트 팔츠」(Rheinland Plalz)州 .....	411
6. 「자르란트」(Saarland)州 .....	411
第 2 項 本案決定 要件 .....	412
I. 節次對象(Verfahrensgegenstand) .....	412
1. 「바덴 뷔르템베르크」州 .....	413
2. 「바이에른」州 .....	414
3. 「브레멘」州 .....	414
4. 「노드라인 베스트팔렌」州 .....	415
5. 「라인란트 팔츠」州 .....	415

6. 「자르란트」州 .....	416
II. 參加能力(Beteiligungsfähigkeit) .....	416
1. 訴願提起者能力 .....	417
2. 節次補助參加適格 .....	417
III. 訴訟能力(Prozeßfähigkeit) .....	418
IV. 申請適格(Antragsbefugnis) .....	418
1. 主張責任의 對象 .....	418
2. 主張責任의 範圍 .....	421
(1) 自治行政權違背性의 主張 .....	423
① 權利主體性의 保障 .....	424
② 地方自治團體의 法的地位의 保障 .....	425
③ 地方自治團體聯合의 法的地位의 保障 .....	427
(2) 自己의 權利障害의 主張 .....	428
① 自己의 自治行政權의 關聯性 .....	428
② 聯關性의 現在性 .....	429
第 3 項 地方自治團體와 地方自治團體聯合의	
訴訟法上의 地位 .....	430
I. 訴訟代理 .....	430
II. 記錄閱覽權(Akteneinsichtsrecht) .....	432
III. 證據採擇(Beweisaufnahme) .....	432
IV. 口頭辯論(mündliche Verhandlung) .....	433
V. 不公正의 憂慮를 理由로 한 裁判官忌避 .....	434
第 4 項 地方自治團體의 憲法訴願과 州法上의	
憲法訴願과의 관계 .....	435

第 5 項 州法上の 假處分 .....	438
I. 假處分の 形式的 要件 .....	439
II. 假處分の 實體的 要件 .....	440
第 4 節 結論: 地方自治團體의 憲法訴願制度의 導入必要性 ..	442
I. 概 說 .....	442
II. 地方自治의 制度的 保障 .....	443
III. 地方自治團體의 憲法訴願制度의 導入必要性 .....	445
參 考 文 獻	447

## 第 1 節 序 論

### I. 問題의 提起

憲法裁判(Verfassungsgerichtsbarkeit)이란 立法, 私法, 行政 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 意志’를 필수적인 전제로 하는 특수한 권력통제장치이며, 이러한 의미에서 헌법재판은 헌법수호자로서의 기능과 역할을 하는 것이라 할 수 있다. 헌법 제111조는 헌법재판소의 관장사항으로 ① 法律의 違憲與否 審判, ② 彈劾의 審判, ③ 政黨의 解散審判, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 地方自治團體간의 권한쟁의심판, ⑤ 憲法訴願審判을 열거하고 있다. 따라서 헌법재판소는 법률의 위헌심판, 탄핵의 심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판 등에 관한 헌법심판에 의하여 행정부, 입법부, 사법부의 헌법준수의무를 감시하며, 또한 헌법준수의무가 지켜 지도록 파수꾼의 역할을 하는 것이다. 이와 같은 헌법

---

1) 李時潤, 憲法裁判과 立法統制, 考試研究, 1991년 8월호, 14면 참조.

2) 許營, 韓國憲法論, 박영사, 1991, 790면.



재판 중에서 특히 헌법소원심판은 헌법심판의 꽃으로서 국민의 기본권보장을 위한 획기적인 것으로 평가되고 있다. 여기서 憲法訴願 (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 憲法裁判所法 제68조 제1항에서는 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 침해받은 자는 법원의 裁判을 제외하고는 憲法裁判所에 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 憲法訴願制度는 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 獨逸<sup>3)</sup>의 입법예를 보면 地方自治團體 또는 地方自治團體聯合의 憲法訴願을 인정하고 있다.<sup>4)</sup> 즉, 獨逸의 基本法 제93조 제1항 제4b호 및 聯邦憲法裁判所法

---

3) 獨逸의 憲法裁判制度에 관하여 詳細는 許營, 西獨에 있어서의 憲法裁判, 公法研究 제9집(1981), 5면 이하; 趙炳倫, 독일의 헌법재판제도, 公法研究 제9집(1981), 65면 이하; 黃祐呂, 西獨에서의 憲法과 裁判, 公法研究 제13집(1985), 31면 이하 참조.

4) 地方自治團體 또는 地方自治團體聯合이 제기하는 憲法訴願은 보통 ‘地方的 憲法訴願’(Kommunale Verfassungsbeschwerde)으로 지칭되고 있으나 본고에서는 地方自治團體의 憲法訴願으로 표기하기로 한다.

(Bundesverfassungsgerichtsgesetz)은 제90조에서 공권력에 의해서 자기의 기본권을 침해당했다고 주장하는 국민이 제기하는 헌법 소원<sup>5)</sup> 외에도 地方自治團體 또는 地方自治團體聯合이 제기하는 憲法訴願을 인정하고 있어, 地方自治團體(Gemeinde) 또는 地方自治團體聯合은 聯邦과 州의 違憲立法에 의해서 지방자치권을 보장하는 基本法 제28條의 규정이 침해되었다고 주장하는 헌법소원을 제기할 수 있다. 독일의 입법예에서 보듯이 地方自治團體의 자치권은 연방과 州의 違憲立法에 의해서 침해될 수 있다는 점이다. 따라서 한국의 경우에도 현행 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 地方自治團體의 자치권 역시 국가입법 또는 상급 地方自治團體의 위헌입법에 의하여 침해될 수도 있다는 것을 충분히 예상할 수 있다. 그러나 헌법재판소의 관장사항을 규정한 헌법 제111조 제1항은 물론 그에 근거하여 제정된 헌법재판소법 역시 地方自治團體의 헌법소원에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있어 그러한 위헌입법에 대한 헌법 소원의 제기 여부가 현실적인 문제로 부각되는 경우에 대처할 수 없게 되는 문제가 생긴다. 따라서 본 연구에서는 地方自治團體의 헌법 소원의 제기 여부가 현실적인 문제로 대두될 수 있다는 점을 전제로 하여 그에 대처할 수 있는 제도적 방안을 모색하고, 제도 도입과 관련한 헌법 이론적 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, 地方

---

5) 西獨에 있어서의 基本權侵害에 대한 一般的 憲法訴願에 대한 詳細는 金學成, 西獨의 憲法訴願制度, 憲法裁判研究 제1권(1990), 300면 이하 참조.

自治團體의 헌법소원을 제도적으로 채택하고 있는 독일의 경우를 중심으로 비교법학적 방법에 의하여 접근하지 않을 수 없다. 특히 地方自治團體의 헌법소원은 개인의 기본권침해에 대한 헌법 소원의 경우와는 달리 地方自治團體의 自治行政權(Selbstverwaltungsrecht)의 침해를 이유로 하는 헌법소원이므로 자치행정권의 의의와 내용을 제대로 파악할 필요가 있다. 한국의 경우 地方自治團體의 自治權은 보통 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권, 자치재정권 등으로 이해되고 있으며,<sup>6)</sup> 그 내용에 대해서는 地方自治團體의 全權能性(Allzuständigkeit)과 自己責任性(Selbstverantwortlichkeit)으로 보는 견해가 유력하다.<sup>7)</sup> 독일의 경우는 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권을 計劃高權(Planungshoheit), 人事高權, 條例高權(Satzungshoheit), 財政高權 등으로 이해하고 있다.<sup>8)</sup> 여기서 韓國과 獨逸의 自治權을 대비하면 인사고권, 계획고권 등 한국에 있어서의 自治行政權에 포함되는 것이고, 조직고권은 자치조직권에, 條例高權은 자치입법권에, 재정고권은 자치재정권에 해당하는 것이라 할 수 있다. 그러나 한국의 현행 실정법은 물론 공법이론 역시 計劃高權의 관념을 아직 인정하지 않고 있기 때문에 독일의 地方自治團體의 憲法訴願과 같은 또는 유사한 憲法訴願의 도입을 평가하기 위해서는 먼저 地方自治團體의 自治權 내지는 自治行政權의 의의와 내용을 구체적으로 살펴보지 않을

6) 石琮顯, 一般行政法(下), 제4판, 삼영사, 1991, 200면 이하.

7) 權寧星, 憲法學原論, 법문사, 1991, 213면; 金元主, 地方自治權, 考試界, 1989년 5월호, 15면.

8) E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: Ingo v. Münch(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7.Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1985, S. 112ff.

수 없다. 自治權의 범위와 내용을 규명하는 것은 그 自治權 침해를 이유로 하는 지방자치단체의 憲法訴願의 이해를 위한 이론적 전제가 되는 것이기 때문이다.

## II. 地方自治團體의 自治行政權

地方의 自治行政(Selbstverwaltung)에 관하여는 基本法<sup>9)</sup>과 州憲法(Landesverfassung)<sup>10)</sup>의 여러 조항에서 언급하고 있으나, 가장 중요한 조항은 基本法 제28조 제2항이다. 基本法 제28조 제2항은 ‘地方自治團體(Gemeinde)에게는 법률의 범위내에서 그 지역사회의 모든 사무(alle Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft)를 자기책임하에 규제할 권리가 보장되어야 한다. 또한 地方自治團體聯合(Gemeindeverbände)도 법률의 규준에 따른 그 법률상의 임무와 범위 내에서 자치행정권을 가진다’고 규정하여 地方自治團體와 地方自治團體聯合에게 自治行政權(das Recht der Selbstverwaltung)을 부여하고 있다. 자치행정권을 부여하는 기본법 제28조 제2항은 직접적으로 유효한 헌법(Verfassungsrecht)이며, 연방과 주의 입법, 행정과 사법을 구속한다. 그리고 地方自治團體나 地方自治團體聯合에 인접하고 있는 인근 地方自治團體와 란트크라이스도 기본법 제28조 제2항을 존중하여야 한다.<sup>11)</sup> 여기서 기본법 제

---

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.

11) W.Blümel, Gemeinde und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegedwart, VVDStL 36(1978), 171(210).

28조 제2항에서 보장한 자치행정의 내용은 ① 權利主體性的 保障, ② 法制度의 保障(Rechtsinstitutionsgaranatie), ③ 主觀的 法的 地位의 保障등으로 이해되고 있다.<sup>12)</sup>

## 1. 權利主體性的 保障

地方自治團體는 행정구성의 요소가 되는 것이 보장되어야 한다. 기본법에서 전제로 하는 의미에서의 地方自治團體는 公法人(Körperschaft des öffentlichen Rechts)으로서의 固有性을 지닌 일정한 지역을 기초로 하는 단체를 의미한다. 여기서 ‘보장’은 임의로 분할하는 행정 단위에 관련되는 것이 아니라, 오히려 일정한 定型에 관한 것이다. 정형으로서의 地方自治團體와 관련하여 법적으로 중요한 것은 權利能力(Rechtsfähigkeit)과 地域高權(Gebietshoheit)이라고 할 수 있다. 地方自治團體는 권리 능력 있는 단위로서 행정 주체이다. 그러므로 地方自治團體는 법령에 의거 권리와 의무의 주체로서의 능력이 일반적으로 승인되어 있다. 이와 같은 권리능력은 국가와의 관계에서 자립성(Selbständigkeit)의 보장을 의미한다. 地方自治團體는 지역고권을 가지나, 단체로서 그 구성원과의 관계에 있어서는 귀속기준에 의하는 다른 단체와는 달리 법률에 근거하여 주소에 기초하여 포괄적으로 성립된다는 점이다. 이 점에서

---

12) Vgl. E. Schmidt- ABmann, 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.

地方自治團體는 지역단체이다. 여기서 지역단체로서의 地方自治團體의 보장은 제도적으로 보장되는 것이기 때문에 국가가 그 地方自治團體를 폐지하거나 다른 地方自治團體와 병합하지 못하는 것은 아니다. 그러나 地方自治團體의 행정단위의 전부 또는 상당부분을 제거하거나 또는 그 地方自治團體에 대신하여 자치권이 없는 행정단위로 변경하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 국가가 地方自治團體를 廢置分合하는 경우에도 당해 地方自治團體의 의사에 반하여 임의로 폐지 합할 수 없으며, 반드시 사전에 聽聞을 행하고 공공복리를 이유로 하여 廢置分合하거나 區域變更을 할 수 있을 뿐이다. 이러한 점에서는 地方自治團體는 제한적이긴 하지만 개별적인 存續保障(Bestandsgarantie)이 인정되는 것이라 할 수 있다. 예컨대 연방헌법재판소<sup>13)</sup>는 地方自治團體의 폐지분합과 관련하여 정상적인 청문절차를 거치지 않는 경우와 폐지를 정당화시킬 만한 공공복리이유를 충족하지 못한 경우에 있어 編入措置(Eingliederungsmaßnahme)를 무효로 판시한 바 있다.

權利主體의 保障에는 지위 요소로서의 지방자치단체의 名稱은 역사적으로 전래되는 것이므로 그 名稱의 보호도 권리주체의 보장에 포함되는 것으로 보는 것이 보통이다. 그러나 지방자치단체의 名稱에 관한 것은 基本法 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권 보장의 핵심영역이 아니기 때문에 헌법침해의 문제없이 국가의 조직행위에 의하여 행할 수 있다. 名稱에 관하여 구체적인 사항은 地方自治團體令(Gemeindeordnung)으로 규율하고 있다. 지방

---

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.

자치단체가 정당하게 사용한 名稱에 대한 침해에 대하여는 민법 제12조에서 규정한 姓名權에 의거 司法的 去來에서 보호됨은 물론이고 다른 고권주체와의 법적 거래에서도 보호되는 것이다. 따라서 다른 고권주체가 공적인 교신을 하면서 다른 지방자치단체의 명칭을 부적절하게 사용해서는 아니 된다는 것을 요구할 수 있는 청구권은 지방자치단체가 규율한 명칭에 관한 自治團體令(Gemeindeverordnung)과 민법(BGB) 제12조의 姓名權(Namensrecht)의 유추적용에 의하여 보충되게 된다. 민법(BGB) 제12조가 지방자치단체의 명칭과 관련하여 유추적용되는 점위 내에서 동조항은 공법규정이 되는 것이며, 지방자치단체의 명칭이 관청에 의하여 확정된대로 사용되지 않을 때에는 동조항을 침해하는 것이 된다.

## 2. 法制度의 保障

지방자치의 제도적 보장の内容으로는 지방자치단체의 全權能性(Allzuständigkeit), 自己責任性(Eigenverantwortlichkeit) 및 法律留保(Gesetzesvorbehalt)등으로 보는 것이 일반적이다.<sup>14)</sup>

### (1) 地方自治團體의 全權能性

自治行政은 당해 地方自治團體의 地域社會의 모든 事務(alte Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft)에 대하여 보장된다. 지역

---

14) Vgl. E.Schmidt- Aßmann, Kommunalrecht, S. 106 ff.

사회의 사무에 대하여 연방헌법재판소<sup>15)</sup>는 당해 지역사회에 근원이 있거나 또는 당해 지역사회와 특수한 관련이 있어야 함은 물론 당해 지역사회가 自己責任하에 自主的(selbständig)으로 처리할 수 있는 사무로 해석하고 있다. 여기서 事務의 概念은 그 사무의 지역성과 지역사회를 전제로 하는 것이다. 그러나 그 사무가 반드시 지역사회에 근원을 두어야 하기보다는 오히려 당해 지역의 行政力과 財政力의 범위 내에서 수행할 수 있는 事務이어야 한다고 보는 견해도 제기되고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 외교정책, 국방 정책에 관한 사무는 지방자치단체의 사무에 속하지 않는다. 그러나 국방 정책적 관점에서 설치하는 군사시설을 위한 입지가 특정한 지방자치단체의 관할구역 내에 예정되는 경우에 그것은 예외적으로 당해 지방자치단체의 자치행정권의 보장영역에 속하게 될 수 있다. 어떤 사무가 지역의 사무인지 또는 비지역사회의 사무인지의 구분은 위에서 본 연방헌법재판소의 해석기준에 의하여 구분되는 경우도 있지만 그 구분한계가 명백한 것은 아니다. 예컨대 전기나 가스의 공급 사무는 원래는 자치사무였으나, 점증하는 기술적 중앙통제의 필요성으로 인하여 圈域的 事務 및 初圈域的 事務로 파악되다가 遠距離暖房(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 참여하

---

15) BVerfGE 8, 122(134), 195(201); 52, 95(120)

16) Thomas Clemens, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Bild der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts ( I ), Der Städtetag, 1986, S. 258 ff. (262)



게 된다. 따라서 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 것인지와 행정 실무적으로 지방자치단체 또는 초지방자치단체적으로 행하여진 것인지와 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 제28조 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 指定(Zuweisung)이 없을 때에는 지방자치단체가 그 사무에 관하여 규율한다.

## (2) 自己責任性(Eigenverantwortlichkeit)

自己責任性이란 다른 高權主體, 특히 국가의 合目的性指示로 부터의 自由(Freiheit)를 의미한다. 바꾸어 말하면 지방자치단체는 지역사회의 모든 사무에 관한 自治權을 가진다는 것이다. 高權(Hoheitsrecht)으로서의 自治權은 보통 ① 計劃高權(Planungshoheit), ② 地域高權(Gebietshoheit), ③ 組織高權(Organisationsheit), ④ 人事高權(Personalhoheit), ⑤ 條例高權(Satzungshoheit), ⑥ 財政高權(Finanzhoheit)등으로 구분되고 있다.

## ① 計劃高權

計劃高權은 보통 一般的 計劃高權과 地域計劃高權(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 양노원설치계획, 스포츠시설수급계획 등을 수립·시행하는 것은 일반적 계획고권에 근거한 것이다.

지역계획고권은 일반적 計劃高權의 특수한 경우에 해당하며, 이는 지방자치단체가 당해 관할구역내의 토지이용에 관한 기본적인 사항을 정하는 建設基本計劃(Bauleitplan)<sup>18)</sup>을 수립하는 권한을 말한다.<sup>19)</sup>

---

17) Vgl. E.Schmidt- Aßmann, Kommunaltecht, 111ff.

18) 建設基本計劃은 土地利用計劃(Flächennutzungsplan)과 建設詳細計劃(Bebauungsplan)으로 구분되고 있다.

19) 독일의 地域計劃制度 및 計劃高權을 소개한 文獻으로는 石琮顯, 空間規制行政으로서의 國土建設行政에 관한 研究, 檀國大 論文集, 제 14 집(1980), 377면 이하; 同人, 市邑面の 地域計劃을 위한 計劃高權의 意義에 관한 研究, 檀國大 論文集, 제15집(1981), 443면 이하; 同人, 行政計劃과 計劃高權, 考試研究, 1980년 6월호, 108면 이하; 同人, 計劃裁量과 衡量命令, 考試界, 1980년 10월호, 33면 이하.

## ② 地域高權

지방자치단체의 의사에 반하여 당해 지방자치단체를 폐지하거나, 편입 또는 신설합병(Eingemeindung)할 때에는 법률에 근거하여야 한다. 그 외에도 그러한 폐지분합을 행하기 이전에 관계 지방자치단체의 聽聞을 거쳐야 하고, 또 公共福利를 理由로 하되 體制正當性(Systemgerechtigkeit)의 원칙, 恣意禁止의 원칙(Willkürverbot) 및 비례원칙(Verhältnismäßigkeit)을 지켜야 한다.<sup>20)</sup> 地域高權은 1970년대에 모든 州(함부르크, 베르린, 브래멘 등의 都市國家는 제외됨)에서 행한 區域改革(Gebietsreform)과 관련하여 매우 중요한 역할을 하게 되었다.

## ③ 組織高權

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 展開上의 活動餘地(Entfaltungsspielraum)를 가졌으며, 이는 條例 및 營造物命書에 의하여 실현된다. 조직고권의 행사에 대한 법률적 한계는 地方憲法(Kommunalverfassungsrecht)과 地方經濟法(Gemeindegewirtschaftsrecht)이 정하고 있다.

---

20) BVerFGE 50, 50; T. Clemens, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Bild der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II und Schluß), Der Städtetag, 1986, S. 319ff. (319).

#### ④ 人事高權

인사고권이란 지방자치단체가 지방공무원의 직위나 직급계획, 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 條例高權

條例高權이란 지방자치단체가 그의 고유 사무에 관하여 條例(Satzung)로 규율할 수 있는 권한을 말한다. 조례는 자주적인 입법 행위이며, 자치단체의 고유 사무에 관한 일방적·고권적인 규율이다. 따라서 조례는 지방자치단체가 자기책임 하에 책무실현을 행하게 하는 전형적인 수단을 의미한다. 조례는 일반·추상적으로 규율한다. 예컨대 조세조례, 부담금조례 및 수수료조례 등의 公課法의 영역과 공공시설이용과 그 이용자와의 관계를 규율하는 영조물조례 등은 그 예이다. 여기서 규율의 일반성은 행정집행의 平等性(Gleichmäßigkeit)을 담보하기 위한 것이다. 조례는 일반·추상적으로 규율하는 것이 원칙이나, 條例로 확정되는 建築詳細計劃의 예

---

21) BVerfGE 17, 172(182).

에서 보듯이 개별·구체적 및 일반·추상적 규율이 혼합되는 경우도 있다.

條例高權은 기본법상의 自治條項(제28조 제2항)에 근거한 것이기 때문에 위 입법법의 요건을 규정하고 있는 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용을 받지 않는다. 여기서 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용이 없다는 것이 곧 條例의 규율사항이 입법적 授權에의 拘束으로부터 自由를 의미하는 것은 아니다. 따라서 條例가 주민의 自由와 財産, 즉 自由權의 보장 영역을 침해하거나 주민 생활의 본질적인 사항을 규율하는 경우에는 州議會에서 제정한 법률의 근거가 있어야 한다.<sup>22)</sup> 또한 自治立法高權은 법규명령의 제정권을 포함하는 것은 아니므로 地方自治團體가 법률의 授權에 의하여 法規命令을 제정하는 경우에 委任立法을 의미하여, 따라서 그것은 委任立法의 要件을 정한 기본법 제80조 제1항 제2문의 적용을 받는다.<sup>23)</sup>

위에서 본 바와 같이 자치단체는 조례와 법규명령을 제정할 수 있으나, 그 외에도 대내적인 사항을 규율하기 위한 법정립행위도 있다. 이러한 행위는 전통적 의미에서의 對外法規(Außenrechtssätzen)를 의미하는 것은 아니다. 자치단체의 합의제행정기관의 업무예규, 공공시설의 이용규칙 및 건축상세계획 등의 행정계획등은 그 예이다.<sup>24)</sup>

---

22) Vgl. E.Schmidt, a.a.O. 156f.

23) Vgl. T. Clemens, Die Verfassungsgarantie Der kommunalen Selbstverwaltung, in: Der Städtetag 1986. S. 321f.

24) Hierzu vgl. E. Schmidt-Aßmann Die Kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungstformen und Rechtsquellen, 1981, S. 31ff.

## ⑥ 財政高權

재정고권은 지방자치단체가 법률이 정한 예산 제도의 범위 내에서 歲入經濟 및 歲出經濟에 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 “對物稅(Realsteuer)의 수입은 지방자치단체에 귀속되고, 지역적 사용세 및 消費稅(Aufwandsteuer)의 수입은 지방자치단체 또는 州立法을 기준으로 하여 지방자치단체연합에 귀속된다”고 규정하고, 또 106조 제5항은 ‘지방자치단체는 各州가 주민의 소득세 납부를 근거로 지방자치단체에 교부해야 할 所得稅(Einkommensteuer)의 수입에서 할당을 받는다. 상세한 것은 聯邦參事院의 동의를 필요로 하는 연방법률로 정한다. 동법률은 지방자치단체가 그 持分에 관한 徵收率을 정하는 것을 규정할 수 있다’고 규정하였다. 그리고 제106조 제7항은 ‘聯合稅(Gemeinschaftsteuer)의 수입 전체에 대한 各州의 배분관계로부터 지방자치단체와 지방자치단체연합에게는 州立法이 총체적으로 규정하는 百分率이 귀속된다. 또한 州立法은 州稅의 수입이 지방자치단체(지방자치단체연합)에 귀속될 것인가 아닌가 그리고 어느 정도로 귀속될 것인가를 정한다’고 규정하였다.

---

25) BVerfGE 26, 228(244).

### (3) 法律留保(Gesetzesvorbehalt)

지방자치단체의 自治行政權은 법률이 정하는 범위 내에서 보장된다. 따라서 자치행정권의 내용과 그 구체화는 입법형성권에 유보된 것이라 할 수 있다. 여기서 ‘法律’에는 州法律과 聯邦法律은 물론 法規命令<sup>26)</sup>과 다른 지방자치단체의 조례도 포함된다.<sup>27)</sup>

그러나 자치행정에 관한 법률유보규정은 입법권자에게 입법형성 권에 의한 자의적인 입법독재를 허용한 것은 아니기 때문에 일정한 한계를 인정하지 않을 수 없다. 입법형성권의 한계로 學說과 判例는 일반적으로 本質內容保障(Wesensgehaltsgarantie)과 過剩禁止(übermaßverbot)의 원칙을 인정하고 있다.<sup>28)</sup>

### 3. 主觀的 法的 地位의 保障

自治行政에 관한 基本法 제28조 제2항 제1문은 지방자치단체에게 基本權을 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 不作爲請求權, 裁判請求權, 除去請求權, 參與請求權 및 경우에 따라선 履行請求權을 행사할 수 있다.

---

26) BVerfGE 26, 228(237); 56, 298(309).

27) E. Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, 11of.

28) Vgl. BVerfGE 56, 298(312f.); E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, 11of.

자치행정의 保障條項(基本法 제28조 제2항)에 의한 재판청구권외에 基本法 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. 지방자치단체의 권리구제를 위해서는 위에서 본 여러 청구권이 인정되고 있지만, 여기에 추가하여 ‘地方自治團體의 憲法訴願’이 인정되고 있다.

---

29) 基本法 제19조 제4항은 ‘公權力(öffentliche Gewalt)에 의하여 그 權利(Rechte)를 侵害당한 者에게는 訴訟의 길이 열려 있다. 다른 管轄權(Zuständigkeit)이 입증되지 않는 한, 正規訴訟이 인정된다. 제10조 제2항 제2단에 관해서는 그렇지 아니하다’고 규정하여 權利侵害에 대한 裁判請求權을 인정하고 있다.

30) 肯定說이 多數說의 입장이다. Vgl. Schenke, in; Bonner Kommentar, Rdnr. 38 zu Art.19 Abs. 4 GG; E.Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, 113f.



## 第 2 節 基本法 및 聯邦憲法裁判所法上的의 地方自治團體의 憲法訴願

地方自治團體의 憲法訴願이란 地方自治團體와 地方自治團體聯合이 聯邦法 또는 州法이 基本法 제28조의 規定을 침해하는 것을 이유로 하여 聯邦憲法裁判所に 제기하는 憲法訴願을 말한다. 自治行政權(Recht auf Selbstverwaltung)의 侵害를 이유로 하는 소원을 州法에 따라 州憲法裁判소에 제기할 수 있을 때에는 연방헌법재판소에 憲法訴願을 제기할 수 없다.<sup>31)</sup>

지방자치단체의 헌법 소원은 基本權의 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 一般的 憲法 訴願(Individual Verfassungsbeschwerde)과 같은 의미에서의 헌법 소원은 아니다.<sup>33)</sup> 일반적 헌법 소원은 국가의 外部的 法領域(Außenrechtskreis)에 있어서 주관적 權利의 보호를 위한 소송수단인데 대하여, 지방자치단체의 헌법소원은 국가 내부적인 行政構造에 관련된 조직적인 根本決定(Grundentsc

---

31) 기본법 93조 제1항 제4b호, 聯邦憲法裁判所法(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.

heidung)을 보장하기 위한 수단이라는 점에서 구별된다.<sup>34)</sup> 독일의 多數說은 지방자치단체의 헌법소원을 抽象的 規範統制(abstrakte Normkon-tolle)로<sup>35)</sup> 보고 있다. 그러나 抽象的 規範統制와 지방자치단체의 헌법 소원은, 前者는 憲法保障을 위한 객관적 절차인데 대하여 後者는 소원 적격이 있는 자에게 제도적으로 보장된 主觀的, 法的 保障內容(Schutzgehalt)에 대한 연방 입법기관 또는 주입법 기관의 침해로부터 보호하기 위한 것이라는 점에서 구분되는 것으로 보면서, 그것을 基本法 제39조 제1항 제3호<sup>36)</sup>, 연방 헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조에서 규정하고 있는 ‘聯邦과 州간의 爭議’(Bund-Länder-Streit)으로 보는 견해<sup>37)</sup>도 유력하다. ‘聯邦과 州간의 爭議’와 지방자치단체의 헌법 소원이 다른 점은, 前者는 聯邦과 州의 의무에 관한 것이나, 後者는 聯邦 또는 州를 一方으로 하고 지방자치단체를 地方으로 하는 것이라는 점이다. 後者의 특수성은 제도적으로 보장된 권한 관계에 대한 聯邦 또는 州의 허용

---

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).

37) J.Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Verlag Franz Vahlen, München 1977, S.185ff.

되지 않는 침해를 다툼에 있다. 지방자치단체의 헌법 소원에서 지방자치단체는 ‘侵害된 者’이기 때문에 그만이 신청적격을 가지게 된다는 점에서 ‘聯邦 내 지 州와 地方自治團體간의 爭議’로 보아야 한다고 한다.<sup>38)</sup>

## 第 1 項 本案決定의 要件

### I. 訴願對象

#### 1. 聯邦法律과 州法律

地方自治團體의 憲法訴願은 聯邦法律 또는 州法律에 대하여만 제기할 수 있다.<sup>39)</sup> 따라서 판결 및 행정행위와 같은 高權行爲는 地方自治團體의 憲法訴願의 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 입법절차에 따라 제정된 議會的 立法機關(Gesetzgeber)의 모든 意思行爲는 법률에 해당한다. 여기서 소원 대상이 되는 법률 개념이 형식적

---

38) J.Brumeister, Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, 17ff.(22).

39) C. Pestalozza, Verfassungsrozeßrecht, 3.Aufl., C.H.Beck'sche Verlagsbuch-handlung, München 1991, S. 192f.

인 것인지 아니면 실질적인 것인지가 문제되나, 연방 헌법재판소의 관례<sup>40)</sup>와多數說<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 豫算上의 授權)은 대외적 효력이 없으나 形式的 法律에 해당하며, 또는 抽象的·一般的 規律을 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. 소원 대상이 되는 법률 개념을 실질적 의미로 파악하는 것은 실질적인 자치행정 보장을 규정한 기본법 제28조 제2항과 地方的 訴願節次사이에 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 新編入法: Neugliederungsgesetz)에 대해서는 헌법 소원을 제기하지 못하여 권리 구제를 받을 수 없는 문제가 생기게 되는 점에서 비판이 가해지고 있다.<sup>42)</sup>

地方自治團體의 憲法訴願은 聯邦法律 또는 州法律을 대상으로

40) BVerfGE 26, 228(236); Vgl. auch BVerfGE 56, 298(309).

41) Schmidt- Bleibtreu, in; v. Münch, Art. 93 Rdnr. 66.

42) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern, Diss., Kiel, 1985, S. 21f.

하기 때문에 規範草案(Normentwurf)에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다. 형식적 법률과 법규명령은 관보에 게재하여 공포 하기까지는 아직 規範草案을 의미한다. 그러나 法습이 공포된 경우에는 그의 효력 발생일의 도래와 관계없이 헌법 소원의 대상이 된다.

## 2. 法規命令

聯邦政府 또는 州政府가 제정한 法規命令(Rechtsverordnung)은 地方自治團體의 憲法訴願의 대상이 된다.<sup>43)</sup> 여기서 법규명령의 정립기관이 정부인가 또는 部省長官(Ressortminister)인가는 문제되지 않으며, 또 집행기관이 제정한 법규명령이라도 기본법 제80조 제1항 제4호에서 규정한 委任立法의 요건을 갖춘 授權에 의한 경우에는 문제되지 않는다. 그리고 연방 정부 또는 주정부가 법규명령의 형식을 취하여 발령한 命令(Anordnung)이 실질적 의미의 법규적 성격을 가진 경우에도 憲法訴願의 대상이 된다.

## 3. 自治條例

地方自治團體의 憲法訴願은 聯邦法律 또는 州法律을 대상으로 하기 때문에 실질적 의미의 법률 개념에 의하면 법률을 의미하는 自治條例(autonome Satzung)나 州法의 하위 규범에 해당하는 법규정(Rechtsvorschrift)등은 憲法訴願의 대상이 되지 않는다.

---

43) BVerfGE 26, 228(236).

#### 4. 慣習法

慣習法(Gewohnheitsrecht)은 聯邦 또는 州에 의하여 제정된 법(gesetztes Recht)이 아니기 때문에 地方自治團體의 憲法訴願의 對象이 되지 않는다.

#### 5. 立法不作爲

입법부작위는 지방자치단체의 헌법 소원의 대상이 되지 않는 것으로 보는 것이 일반적이나<sup>44)</sup>, 그것을 유독 ‘作爲(Tun)에만 한정해야 하는 확실한 근거를 발견할 수 없다는 점에서 허용되는 것으로 보는 견해<sup>45)</sup>도 있다.

### II. 參加能力(Beteiligungsfähigkeit)

#### 1. 參加能力的 意義

참가 능력이란 자연인 또는 시설이 당사자 또는 기타 참가인으로 재판 절차에 참가하여 소송의 주체가 될 수 있는 능력을 말한다. 민사소송에서 당사자 능력은 원칙적으로 권리 능력에 종속적인 것이나, 행정법원법은 권리 능력 없는 단체와 관청에 대해서까지 당사자 능력을 인정하고 있다. 헌법재판소법은 참가 능력에 관하여

---

44) Vgl. W. Litztenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 30f.

45) Vgl. C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 192f.

일반적 규정을 두고 있지 않고 있기 때문에 절차 유형에 따라 그에 상응하는 관련 규정을 판단할 수밖에 없다. 憲法訴願節次에 있어서는 參加能力과 參加者와는 구별된다. 즉, 헌법소송에서의 참가자는 소원신청인과 신청상대방 및 제기된 소원절차에 실효적으로 참가하게 된 모든 자가 된다. 단순한 聽聞權(Anörungsrecht) 또는 헌법재판소에 의한 聽聞은 參加地位(Beteiligungsstellung)을 보장해 주는 것은 아니다. 地方自治團體의 憲法訴願節次에 있어서 參加者는 소원제기자인 지방자치단체와 지방자치단체 연합 및 헌법재판소법 제94조 제5항 제1문, 제1항, 제2항, 제4항에서 규정한 기관 또는 기관의 일부가 소원 절차에 참가를 선언하면 그 機關 또는 기관의 일부가 된다. 소원 절차에서는 소원의 被告(Beschwerdegegner)는 인정되지 않는다. 그에 반하여 소원적격을 가진 모든 지방단체(kommunale Körperschaft)와 소원 절차에 현실적으로 참가한 모든 機關 또는 機關의 일부는 참가 능력이 있으며, 입증 채택이나 구두 변론에 참여에 관하여 신청하거나 또는 절차 과정에 영향을 끼칠 수 있다.

## 2. 訴願提起者能力

訴願提起者能力(Beschwerdeführerfähigkeit)이란 地方自治團體의 憲法訴願의 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) 地方自治團體의 概念

지방자치단체는 지방자치단체연합, 州(Land) 및 聯邦(Bund)과 마찬가지로 地域團體(Gebietskörperschaft)이다. 地域團體는 國家概念의 구성요소(Begriffstrias)와 마찬가지로 ① 高權의 權力(Hoheitsgewalt), ② 領域(Gebiet), ③ 國民(Volk)으로 구성된다.<sup>46)</sup> 지방자치단체는 州와 郡(Kreis)의 경우와 마찬가지로 주민의 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거로 선출된 議會(Volksvertretung)를 가져야 하나, 地方自治團體議會(Gemeindeversammlung)가 선출되는 議會(Volksvertretung)를 대신할 수 있다(基本法 제28조 제1항). 지방자치단체는 지역단체이지만 다른 지역단체의 관할 내에 위치하는 것이기 때문에 가장 작은 단위의 지역단체이다. 따라서 지방자치단체의 관할 領域은 동시에 다른 지방자치단체 연합 또는 여러 지방자치단체 연합 또는 州의 직접적인 관할 領域에 속하게 되며, 동시에 그 영역들은 聯邦領域(Territorium des Bundes)의 일부가 되는 것이다. 지방자치단체의 領域은 다른 지방자치단체의 高權의 權力의 지배에 예속하지 않는 점에서, 여러 지방자치단체에 걸쳐지는 영역을 갖게 되는 지방 자치단체연합과는 구별된다. 바로 이 점에서 지방자치단체 ‘一分類性的 原則’(Prinzip der Einstufigkeit)에 의하여 구성되는 것이라 할 수 있다.

지방자치단체는 自治行政權을 가진다. 基本法 제28조 제2항에서 규정하고 있는 權利主體性保障(Rechtssubjektsgarantie)은 지방

---

46) Vgl. W. Litzenger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 59f.  
Vgl. auch R.Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, C.H.Beck, 2.Aufl., 1987, S. 417.



자치단체개념을 충족하는 本質이긴 하지만, 책무보장 및 자주정보장으로서의 自治行政權의 범위나 타당범위의 문제는 법적 지위에 관한 것이므로, 自治行政權이 곧 지방자치단체 개념의 구성 요소가 되는 것은 아니다.

지방자치단체는 국가가 原來的 高權(originäre Hogeitsbefrignisse)을 가지게 되는데 반하여 傳來的 高權을 가진 다는 점에서 구분되지만, 지방자치행정은 결코 국가의 恩惠(Wohltat)를 의미하는 것은 아니다. 지방의 자치행정보장은 基本法 제79조 제3항이 정한 의미에서의 절대적 存續保護(Bestandschutz)를 향수 할 수 있는 것은 아니지만, 국가가 자치행정에 대하여 자유롭게 조치할 수 있는 것은 아닌 것이다. 지방자치단체의 高權이 ‘전래적’이라는 것은 헌법에 의하여 부여되었다는 의미이지 국가에 의거 부여되었다는 의미는 아닌 것이다. 특히 민주적 國家權力(Staatsgewalt)의 입장에서 보면 국가의 高權은 물론 지방자치단체의 高權 역시 原來的 性質(originäre Natur)을 가진 것 이라기 보다는 國家權力의 淵源인 ‘國民(Volk)’으로부터 傳來(abgeleitet)것이라 할 수 있는 것이다.<sup>47)</sup> 또 基本法 제20조 제2항 제1문에서 ‘모든 國家權力은 국민으로부터 나온다’고 규정하여 ‘國家權力’이라는 용어만을 사용하고 있지만, 基本法 제28조 제1항 제2문은 ‘州, 郡 및 지방자치단체의 住民은 보통, 직접, 자유, 평등 및 秘密選舉로 선출된 議會(Volks

---

47) Vgl. BVerfGE 47, 253(272); Vgl. E.Schmidt- Jorzig, Verfassungsmäßige und soziologische Legitimaion gemeindlicher Selbstverwaltung in modernen Industriestaat, DVBl 1980, 2; G. C. v. Unruh, Gebiet und Gebietskörperschaften als Organisationsg-rundlagen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1975, 2; O. Gönnerwein, Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinderechts, AöR81(1956), 220.

vertretung)를 가져야 한다'고 규정하여 지방자치단체권력(Gemeindegewalt)의 정치적 正當性(Legitimation)의 淵源이 住民에 있음을 명시하고 있는 것이다.

## (2) 地方自治團體聯合

### 1) 地方自治團體聯合의 概念

地方自治團體聯合(Gemeindeverband)의 개념적 요소는 명백하지 못하며, 聯邦憲法裁判所<sup>48)</sup>는 그것을 '典型的인 集合名稱(typische Sammelbezeichnung)'으로 평가하고 있다. 지방자치단체연합이란 여러 지방자치단체로 회원적(mitgliedschaftlich)으로 구속하는 간접적 團體(Körperschaft)임과 동시에 주민에 의하여 직접적으로 수행되는 점에서는 직접적 團體의 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 자치행정권의 주체로서의 지방자치단체연합에 있어 그 개념을 동일한 것이다. 지방자치단체연합은 지방자치단체와 마찬가지로 地域團體(Gebietskörperschaft)인 것이 보통이며, 지역단체 구성원에 의거 직접 선출된 代表機關(Vertretungsorgan)을 가진다. 다만 지방자치단체연합이 議會를 가져야 하는 점에 대해서는 지

---

48) BVerfGE 52, 95(111).

49) W. Litztenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, 1985, S. 75ff.

방자치단체의 경우와는 달리 기본법 제28조 제1항 제2문에서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그런데 基本法 제28조 제3항은 지방자치단체연합에 대해서도 自治行政權을 보장하고 있다. 여기서 ‘自治’라는 용어의 요소는 단체 구성원으로서의 주민에 관련되는 것이라 할 수 있다. 따라서 지방자치단체연합에 자치행정권을 보장하는 憲法條項은 자치행정의 명예적 또는 주민적 要素를 암시한 것이며, 이와 같은 自治行政은 그 자치행정을 가능하게 하는 조직형태에 상응하는 構造이어야 한다는 것을 나타내는 것이라 할 수 있다. 지방자치단체 연합의 의사 결정은 住民에 의하여 정당화될 수 있는 것이며, 正當性의 직접적인 형태는 모든 住民의 會意(Versammlung)를 통한 결정인 것이다. 따라서 지방자치단체 연합도 지방자치단체의 경우와 마찬가지로 당해 지역단체의 중추적인 결정 권한을 갖는 代議機關을 가져야 하는 것이다.

따라서 지방 자치단체 연합은 주민의 직접 선거 및 民主的 選舉에 의하여 意思決定機關(議會)이 정하여 지고, 여러 개의 지방자치단체의 領域을 그 관할 領域으로 하는 단체를 의미하는 것이라 할 수 있다.

## 2) 州法上的의 地方自治團體聯合

위에서 설명한 의미에서의 지방 자치 단체연합에 대해서 各 州法(Landesrecht)에서는 그 명칭에 있어 일치되지 않고 있으며, 또 규모에 있어서도 소규모의 것과 중규모의 것으로 구분되고 있다. 中規模(höhere Ordnung)의 지방자치단체연합은 지방의 지역단체로서 그 관할 영역이 적어도 郡(Kreis) 내지 「란트크라이스」(Landk

reis)의 영역에 미치는 것을 말하며, 小規模(niedere Ordnung)의 지방자치단체연합은 그 영역이 여러 개의 지방자치단체의 영역에 미치는 것으로 郡 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 憲法律(Kommunalverfassungsgesetze)은 「란트크라이스」居民이라도 基本法 제116조에서 규정한 독일인이 아닌 자, 18세의 성년이 아닌 자, 당해 지역에 3개월 이상 거주하지 않는 자에 대해서는 選舉權을 인정하지 않고 있다.

「란트크라이스」는 地域高權(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 基本法 제28조, 제93조, 聯邦憲法裁判所法 제91조에서 규정한 의

---

50) 「란트크라이스」가 地域團體이고 地方自治團體聯合이라는 점에 대해서는 대부분의 「란트크라이스슈」(Landkreisordnung)에서 규정하고 있다. So vgl § ndsKro; §1 rh-pflKro; §136 saarKSVG; §1 shKro.

미에서의 地方自治團體聯合(Gemeindeverband)을 의미하며, 「란트크라이스」는 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있다.

## ② 小規模의 地方自治團體聯合

소규모의 지방자치단체 연합에 대하여는 各州마다 서로 다르게 규정하고 있다.<sup>51)</sup> 즉, 「슐레스빅-홀스타인」州에서는 「Ämter」, 「니더작센」州에서는 「Samtgemeinde」, 「라인판트팔츠」州에서는 「Verbandsgemeinde」, 바덴 뷔르템베르크州와 「바이에른」州에서는 「Verwaltungsgemeinschaft」, 「자르란트」州에서는 「Stadtverband」라고 하고 있다. 이 중에서 「Ämter」와 「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 中規模의 地方自治團體聯合

중규모의 지방자치단체연합에 해당하는 것으로는 「바이에른」州와 「라인란트 팔츠」州에 있어서는 「Bezirksverband」, 「노드라인 베스터팔렌」州에서는 「Landschaftsverbände Rheinland und WestfalenLippe」, 「올덴부르크」와 「오스트 프리시란트」에서는 「Landschaften」, 「헤센」州와 「바덴 및 뷔르템베르크-호엔졸러른」에서는 「Landeswohlfahrtsverbände」, 「프랑크루르트」의 「Umlandverband」

---

51) Hierzu eingehend vgl. W.Litzenburger, Kommunale Verfassungsbeschwerde, 89ff.

및 「바덴 뷔르템베르크」州에서는 「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 目的團體

目的團體(Zweckverbände)는 地域團體(Gebietskörperschaft)가 아니며, 지역단체로서의 개념적 고유성을 의미하는 全權能性(Allzuständigkeit)을 가지지 않는다는 점에서 지방자치단체 연합이 아니라고 보는 것이 학설과 판례의 거의 일치된 견해이다. 따라서 目的團體는 地方的 憲法訴願을 제기할 수 없다.

### 3. 節次參加權

지방자치단체의 헌법 소원의 제기자 능력은 지방자치단체와 지방자치단체 연합만이 가지나, 聯邦憲法裁判所法 제94조 제5항 제1문의 규정에 근거하여 憲法訴願節次에 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 補助參

---

52) Vgl. W. Litzburger, Kommunale Verfassungsbeschwerde, 95ff.

加能力(Beitrittsfähigkeit)은 節次參與(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 聯邦法 또는 州法에 대한 것인지, 의회법 또는 집행부의 법규명령에 대한 것인지에 관계없이 연방헌법재판소는 聯邦下院, 聯邦上院 그리고 聯邦政府에게 견해표명의 기회를 주어야 하는 것이다. 헌법 소원이 연방법에 대한 것일 때에는 각州 정부는 청문권을 행사할 수 있다.<sup>53)</sup> 그리고 헌법소원의 대상이 州法の 조항일 때에는 관계 州의 州議會와 州政府에게 견해표명의 기회를 주어야 한다.<sup>54)</sup> 또 聯邦政府의 長官 또는 州政府의 長官이 발령한 법규명령의 경우에도 청문의 기회가 부여되어야 한다.<sup>55)</sup> 소원 절차에 참여한 헌법기관은 소원 제기자에 대한 異議를 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 不公正을 이유로 법관을 기피하거나 증거신청을 하거나 기록 열람 등을 행할 수 있다. 그리고 참가자의 동의가 구두 심리에서 불가피한 경우에는 소원 심리일에 출석이 요구되어야 한다. 헌법쟁송대상에 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. 訴訟能力(Prozeßfähigkeit)

#### 1. 訴訟能力的 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 헌법재판소는 직권으로 심사한다.<sup>57)</sup> 지방자치단체의 헌법 소원에 있어 소송 능력은 지방의 지역단체(Gebietskörperschaft)만이 가진다.

#### 2. 地方憲法이 정한 基準에 의한 訴訟能力

소송 능력에 대해서는 州法の 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. 소송능력은 市長 등 당해 지방자치단체의 主 行政公務員(Hauptverwaltungsbeamten)이나 合議制의 관리기관인 경우에는 그 소속 行政機關중에서 소송 대리

---

56) Vgl. C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 172f.

57) BVerfGE 19, 93(101).



인으로 임명된 機關이 수행하게 된다. 이와 같은 소송 능력을 가진 機關만이 憲法節次(Verfassungsprozess)에서 당해 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합을 실효적으로 대표할 수 있으나, 이 경우 訴訟은 主行政公務員의 名義로 수행하게 된다. 여기서 소송대리를 위하여 지방행정 내부적으로 요구되는 正當性을 결여한 경우에 대외적 대리권 그 자체에 영향을 미치게 되는 지에 대해서는 논란이 있으나, 판례<sup>58)</sup>와 학설<sup>59)</sup>은 對外的 代表權(Außenvertretungsbefugnis)은 내부적 권한 분배와는 무관한 것으로 보고 있다. 그러므로 代表權 행사와 관련하여 필요한 議決이 결여된 경우에도 지방적 단체는 소송을 수행할 수 있는 것이다. 이에 대하여 일부 견해는(Organmacht)을 내부적 관할 규정에 근거하여 직접적인 제한을 받는 것으로 보면서 行政公務員(Hauptverwaltungsbeamte)이 소송대리를 위하여 필요한 議決機關(Vertretungsorgan)의 議決없이 결정한 것은 無權限에 의한 행위로 보고 있다. 그러나 위의 견해는 代表權을 제한없이 主執行機關에게 부여하고 있는 모든 地方憲法(Kommunverfassungsgesetz)상의 규정에 반하는 것이라 할 수 있다.<sup>60)</sup> 대부분의 주에서는 지방행정내부적 업무 수행권과 대외적인 대표권 행사를 구분하고 있는 것이 보통이다.

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.

60) So z. B. Vgl § 55 Abs. 1 S. 1 nrwGemO; § 37 lit. e nrwKro.

### 3. 自治團體가 閉止된 以後의 訴訟能力

地方憲法(kommunalverfassung)에 관한 州法上的의 규정은 地域團體의 존재를 전제로 규율하고 있기 때문에 지방자치단체가 廢止된(Auflösung)된 이후에는 그에 관한 규정의 직접적인 적용은 없다. 그러나 지방자치단체가 그의 소멸에 관하여 규정한 법률에 대하여 憲法訴願을 제기하거나 제기하였을 때에는 당해 지방자치단체는 존재하는 것으로 擬制되므로, 이러한 경우에 어떤 기관이 소송 능력을 가지게 되는지가 문제된다.

헌법재판소의 판례<sup>61)</sup>는 지방자치단체의 議決機關, 즉 地方自治團體議會, 「크라이스議會」 등에 대하여 헌법 쟁송에 있어서의 對外的 代表權을 인정하고 있다. 이와 같이 지방자치단체의 집행기관에게 소송능력을 인정하지 않고 의결기관에게 소송능력을 인정하는 이유는 執行機關의 主行政公務員(Hauptverwaltungsbeamte)이 폐지된 자치단체를 위하여 헌법쟁송에서 대표자가 되는 경우에 그 공무원은 廢止된 자치단체를 흡수하는 새로운 지방자치단체, 즉 자치단체의 폐지를 원하는 지방자치단체의 공무원<sup>62)</sup>으로 임용되므로 인하여 자치단체의 폐지나 존속과 관련하여 利益葛藤에 빠질 수 있기 때문이다. 집행기관의 공무원은 모두 새로운 자치단체의 공무원으로 승계되어 脫落되고 나면 議決機關만이 유일한 작용능력있는 機關이 되며, 따라서 대외적 관계에 있어 憲法訴願

---

61) BVerfGE 3, 267(279f.); VfGH NrW. OVGE 26, 306(310); 26, 316(318); 31, 309(310f.)

62) 廢止된 지방자치단체의 公務員은 그 自治團體를 흡수하는 새로운 자치단체의 공무원이 된다. Vgl. § 128 BRRG(Beamt- enrechtsrahmengesetz).

을 제기하거나 기관관리자를 지정하거나 절차 전권을 부여하거나 하는 것은 議決機關의 의무적 사항이 되는 것이다.<sup>63)</sup>

#### IV. 訴願適格(Beschwerdebefugnis)

##### 1. 訴願適格의 意義

지방자치단체의 憲法訴願은 모든 형식적 의미의 법률과 법규명령을 대상으로 하는 것이 아니라, 基本法 제28조의 규정을 침해하는 聯邦法 또는 州法을 대상으로 하여 제기할 수 있다. 이 경우에도 憲法裁判所와 그 管轄權을 규정한 基本法 제93조 제1항 제4b호에 일치되어야 한다. 즉, 基本法 제28조의 自治行政權이 법률에 의해 침해되었거나, 주헌법재판소에 소원이 제기될 수 없는 경우로서 州法律에 의해 침해되었음을 이유로 지방자치단체와 지방자치단체연합이 제기하는 憲法訴願이어야 한다. 여기서 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 憲法訴願適格(Beschwerdebefugnis)은 참여 능력과 소송 능력의 경우와는 달리 인적 固有性을 배제하고 憲法訴願절차의 개시와 수행에 관한 쟁송대상관련 문제인 것이다. 따라서 지방자치단체의 憲法訴願절차는 행정법원법 제42조 제2항에서 규정한 抗告訴訟이나 義務化訴訟節次(Anrechnungs- und Verpflichtungsprozeß)와 관련하여 일반적인 訴訟法이 인정하는 訴訟遂行能力(Prozeßführungsbefugins)과는 구별되는 특수한 유형이라고 할 수 있다. 헌법재판소법 제91조와 행정법원법

---

63) Vgl. VfGH NrW.OVGE 26, 316(318).

제42조 제2항은 다같이 民衆訴訟節次(Popularklageverfahren)를 회피하기 위하여 소송대상관련 주장에 소송 수행권을 결부하고 있다. 따라서 권리구제제도에 있어서 憲法訴願이나 항고소송의 지위나 기능은 동일하다. 그러므로 訴願適格은 理由性的의 要素가 아니라 許容性的의 要素(Zulässigkeits-element)를 의미한다. 헌법재판소법 제91조 제1문에 근거하여 제기하는 主張은 憲法訴願의 허용성의 문제이며, 실제적인 헌법 침해의 존재는 憲法訴願의 이유성의 문제가 된다. 憲法裁判所法은 소원제기자에게 主張責任을 부담시키고 있으며, 따라서 主張責任을 충족하지 못하면 憲法訴願은 不許容性을 이유로 却下된다. 연방헌법재판소의 판례는 허용성심리와 관련하여 자치행정권의 침해가 직접적인 것인지 간접적인 것인지를 구분하지 않는 경향에 있다.<sup>64)</sup>

## 2. 主張責任의 對象

行政法院法 제42조 제2항, 제113조 제1항 제1문에서 규정한 權利侵害(Rechtsverletzung)는 위법한 權利障害(Rechtsbeeinträchtigung)이다. 항고 소송이나 假處分(Einstweilige Anordnung)에 있어 주장 책임의 대상은 係爭 행정행위나 행정행위의 거부의 위법성은 물론 자기의 권리에 대한 障害이다. 개인의 기본권 침해를 이유로 하는 憲法 訴願에 대하여 헌법재판소법 제90조 제1항이 요구하고 있는 「소원 제기자의 기본권이 침해되었다」라는 주장은 객관적

---

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.).

기본권 위법성과 소원제기자 자신의 권리에 대한 障害등의 두 가지를 말하고 있다. 이에 대하여 지방자치단체의 憲法訴願에 있어 그 主張責任(Behauptungslast)에 관한 헌법재판소법 제91조 제1문은 개인의 憲法 訴願에 관한 관련 規定과 행정법 원법의 규정과는 달리 명백성을 결여하고 있다.

지방자치단체의 憲法訴願의 主張責任과 관련하여 法條文으로부터 직접적으로 알 수 있는 것은 지방자치단체는 기본법 제28조의 侵害를 주장하여야 한다는 점뿐이다. 따라서 지방자치단체의 소원 적격은 基本法 제28조 제2항에서 규정한 自治行政權에 대한 침해의 주장에 결부되어 있는 것이다. 따라서 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 기본법상의 다른 헌법 조항의 침해를 이유로 하는 憲法訴願을 제기하지 못한다. 그러나 다른 헌법 조항의 침해를 이유로 하면서 동시에 자치 행정권의 침해를 이유로 하는 憲法訴願은 가능하다. 이 경우에도 자치 행정권 침해를 주장하는 것이 아니라 다른 헌법 조항의 침해를 주장하는 憲法訴願신청을 하게 되면 허용되지 않는 憲法訴願으로 헌법재판소는 각하 하게 된다.

지방자치단체가 憲法訴願에서 권리침해에 대해서도 주장해야 하는 지에 대하여 헌법재판소법은 명시적으로 규정하고 있지 않으며, 따라서 聯邦法과 州法이 基本法 제28조의 조항을 침해하였음을 주장하는 것으로 족하다. 그러나 이와 같이 지방자치단체의 訴願適格이 권리침해의 주장없이 자치행정권 침해만으로도 인정되는 경우에는 민중소원(Popularbeschwerde)이 가능하게 되는 문제가 있기 때문에 대부분의 學說<sup>65)</sup>판례<sup>66)</sup>는 헌법재판소법 제

---

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 Selbstverwaltungsgara-

91조 제1문의 규정에도 불구하고 訴願適格의 요건으로 自治行政權 侵害 외에도 소원제기자 자신의 權利侵害(Rechtshcheinträchtigung)를 주장 책임으로 요구하고 있다. 이와 같은 견해의 이론적 근거에 대해서 정설이 확립되어 있는 것은 아니나 일반적으로 聯邦憲法裁判所法은 민중소송절차에 생소한 것이며 原告適格을 규율하는 모든 규정들의 목적은 非關係人(Nicht-Betroffene)에 의하여 제기되는 訴訟節次를 배제함에 있다는 점에 두고 있다.<sup>67)</sup>

지방자치단체의 憲法訴願에서 訴願適格의 문제와 관련한 구조적 연결점은 一般的 憲法訴願에 있어 主張責任에 관하여 규정하고 있는 憲法裁判所法 제91조 제1항이라고 할 수 있다. 다시 말하면 지방자치단체의 憲法訴願에 관하여도 개인의 憲法訴願에 관한 헌법재판소법 제90조 제1항의 규정을 원용할 수 있다면 자치행정권의 침해 외에도 소원제기자 자신의 권리침해 역시 소원적격의 요건으로 삼을 수 있게 되는 것이다. 헌법재판소법 제90조 제1항의 규정을 지방자치단체의 憲法訴願에 원용할 수 있는지의 문제는 憲法訴願의 본질과 밀접한 관련이 있다. 만약 지방자치단

---

ntie, München 1977, S. 184; W.Geiger, Die Bundesverfassungsgsgerichtbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgsgerichtbarkeit und ihre Entwicklung auf die Verfassungsordnung der Länder, 1952, S. 261; O. Gönnewein, AöR 81(1956), S. 218; E.Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, 1956, S. 184.

66) BVerfGE 25, 124(128); 26, 228(236); 50, 50(52); 56, 298(309).

67) Vgl. W. Litzburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 135f.; Hoppe/Rengeling, S. 188.

체의 憲法訴願을 기본권 침해에 대한 일반적 憲法訴願의 특수한 類型的의 하나로 보게 되면, 그와 관련하여 정립된 기본 원칙들은 법률에서 명시적으로 특수한 규율을 하지 않거나 또는 구조적 차이를 인정하지 않는 한 지방자치단체의 憲法訴願에도 적용할 수 있게 된다. 반대로 지방자치단체의 憲法訴願이 일반적 憲法訴願과 체계상으로 맞지 않더라도 交遊한 爭訟手段이라고 한다면 사정은 다르게 되는 것이다. 위에서 설명한 바와 같이 독일의 다수설은 지방자치단체의 憲法訴願의 본질에 관하여 抽象的 規範統制(abstrakte Normenkontrolle)<sup>68)</sup> 또는 고유한 種類의 權利救濟節次<sup>69)</sup> 또는 ‘聯邦과 主사이의 爭議’의 下位事件(Unterfa $\ell$ )<sup>70)</sup>으로 보는 견해도 제기되고 있다. 이러한 견해들은 聯邦憲法裁判所法 제91조 제1문을 중국적 ‘特別規定’(Sonderregelung)으로 파악하면서 일반적 憲法訴願에 관한 규정은 本質上의 差異(Wesensunterschied)때문에 지방자치단체의 憲法訴願에의 적용은 극히 예외적인 경우에

---

68) W.Geiger, Komm. zu, BVerfGG §91 Anm. 1; ders., Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, S. 261 Fn 27; E. Friesenhh, 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 金學成교수가 ‘자치행정의 침해를 이유로 한 특별헌법소원은 제한된 제소자격만이 인정된 규범통제’로 보고 있다. 同人, 西獨의 憲法訴願制度, 憲法裁判研究 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.

검토의 대상이 될 뿐인 것으로 보고 있다.

그러나 聯邦憲法裁判所法은 지방자치단체의 憲法訴願에 관하여 특수한 규율을 행하지 않고 있음은 물론 일반적 憲法訴願과 지방자치단체의 憲法訴願사이에 구조적 차이를 인정하지 않고 있으며, 따라서 지방자치단체의 憲法訴願에 관하여 일반적 憲法訴願의 요소를 원용할 수 있는 것이라 할 수 있다.<sup>71)</sup> 특히 지방자치단체의 憲法訴願의 소원 적격 여부는 지방자치단체 자신의 자치 행정권의 障害에 관한 주장에 좌우되는 것이다.

### 3. 主張責任의 範圍

主張責任(Behauptungslast)은 지방자치단체가 제기한 憲法訴願이 聯邦憲法裁判所로부터 不許容(unzulässig)을 이유로 却下되지 않기 위하여 주장해야 하는 범위를 말한다. 주장책임은 크게 ① 自治行政權違背性的의 主張과, ② 自己의 權利障害의 主張으로 나누어 볼 수 있다.

#### (1) 自治行政權違背性的의 主張

지방자치단체의 憲法訴願은 聯邦法 또는 州法이 基本法 제28조 제2항에서 규정하고 있는 自治行政權의 侵害를 理由로 제기하는 것이므로 主張責任의 경우에도 자치행정권의 보장내용에 따라 구분하여 살펴 볼 필요가 있다. 위에서 이미 상세히 살펴본

---

71) W. Litztenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerdes, S. 141.



바와 같이 自治行政權의 보장내용은 ① 權利主體性的 保障, ② 法制度的 保障, ③ 主觀的 法的 地位의 保障 등이다.

### ① 權利主體性的 保障

지방자치단체의 보장은 제도의 存續保障(Bestandsschutz)으로서 객관적 권리주체성의 보장이다. 따라서 지방자치단체는 공법인으로서의 고유성을 지닌 일정한 지역을 기초로 하는 단체로서의 存續이 보장된다. 따라서 독일의 모든 지역에는 자치행정권과 자치 의회의 구성권을 가지는 지역단체로서의 지방자치단체가 존속하여야 하는 것이다. 이와 같은 의미에서의 지방자치단체만이 절대적 존속 보장을 향수하며, 모든 개별적 지방자치단체에게 절대적 존속 보장이 인정되는 것은 아니다. 그러므로 법률에 근거한 區域改革(Gebietsreform)措置와 관련하여 지방자치단체를 제도적으로 제거하는 것이 아니라 개별적으로 제거하는 것은 자치행정권을 침해하는 것이 아니다. 그러므로 지방자치단체의 憲法訴願에 있어 본 안 결정은 자치행정권위배성의 주장에 있기 때문에 지방자치단체는 區域改革措置(Gebietsreformmaßnahme)로 인한 경우에는 권리구제를 받을 수 없게 된다는 견해가 유력하다.<sup>72)</sup> 그러나 자치행정권의 권리주체로서의 지방자치단체의 개별적 제거는 지역사회의 자치사무에 관한 자기책임하의 수행권에 대한 가장 중대한 침해를 의미한다는 점이다. 자치 행정권을 보장한 취지에서 볼 때 그에 대한 국가적 침해에 대하여는 권리구제가 가능하여야 하고, 또

---

72) So Vgl. J. Burmeister, JA 1980, 20; ders, Neukonzeption S. 190.

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 高權地域(Hoheitsgebiet)이지만 그 구체적인 규모에 대해서 基本法은 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 恣意的<sup>73)</sup>이고 比例原則에 적합하지 아니하고,<sup>74)</sup> 公共福利<sup>75)</sup>를 기준으로 하지 아니하거나 또는 辭典的 聽聞節次<sup>76)</sup>를 거치지 아니하고 행한 국가의 區域改革措置로부터 구제 받을 수 있어야 하는 것이다.

법률에 근거하여 지방자치단체를 일정한 지방자치단체 연합에 귀속시키는 것은 당해 지방자치단체의 자치행정이 그의 구역과 고유한 사물적 관할권이 보장되는 점에서 자치 행정권을 침해하는

---

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.

76) K. Stern/H.Bethge, Autonomie eines Neugliederungsverfahrens, 1977, S. 16ff.; B. Stüer, Funktionalreform, S. 145ff.

것이 아니다. 이와 같은 개별적 지역 보호와 존속 보장은 자치 행정권의 범위 내에서 속하는 것이며, 이는 自治行政團體(Selbstverwaltungskörperschaft)인 지방자치단체를 보호하는 것이다.

위에서 살펴본 지방자치단체의 권리 주체성의 보장은 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 지방자치단체 단위는 입법기관의 자치단체의 본질적인 構造徵表(自治行政權 및 自治議會構成權)에 관한 모든 침해는 물론 모든 지방자치단체의 전면적 제거로부터 보호된다(절대적 存續保護).

둘째, 基本法 제28조 제2항 제1문에서 우리나라의 限界를 일탈하지 아니한 입법기관이 정하는 개개의 지방자치단체의 폐지나 구역의 변경은 가능하다(상대적 地域保護 및 存續保護).

지방자치단체 연합(Gemeindeverband) 단위에 있어서도 모든 지방자치단체 연합은 기본법 제28조 제2항 제2문에 근거하여 구역 존속 보호가 보장된다.

위에서 설명한 바와 같이 지방자치단체는 법률이 당해 지방자치단체 단위를 전적으로 폐지하고자 하거나 또는 본질적인 構造徵標를 제거하고자 하는 경우에 그 법률에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있다. 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 지역 존속 또는 개개의 지방적 단체의 지역존속이 법률에 의하여 폐지되는 때에는 憲法訴願에서 그와 같은 사실을 지적하는 것으로 족하다. 그러나 공공복리요구성, 범치국가의 원칙, 청문 명령 등이 침해되었다는 점을 憲法訴願에서 적시할 필요는 없다. 聯邦憲法裁判所는 지방자치단체가 구역개혁법에 대하여 제기한 憲法訴願에 대하여 불허용성을 이유로 해서가 아니라 입법기관이 입법상의 한계를

일탈하지 아니 하였다면 승소 가능성이 희박하다는 것을 이유로 기각판결을 한 바 있다.<sup>77)</sup>

## ② 地方自治團體의 法的地位의 保障

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 不作爲請求權, 裁判請求權, 除去請求權, 參與請求權 및 경우에 따라서는 履行請求權을 행사할 수 있다. 그리고 聯邦法 또는 州法에 의하여 자치행정권이 침해된 때에는 지방자치단체는 憲法訴願을 제기할 수 있다.

## ③ 地方自治團體聯合의 法的地位의 保障

지방자치단체와는 달리 지방자치단체 연합의 事務에 관하여 기본법에서 직접 규정하지 않고 있으며, 그에 대해서는 국가적 법률에 의하여 정하여 진다.<sup>78)</sup> 지방자치단체 연합의 事務는 超地域의 事務이며, 지방자치단체의 事務중에서 박탈할 수 없는 本質領域에 속하는 것이 아닌 事務는 자치단체 연합의 사무로 할 수 있다.

지방자치단체 연합의 사무는 州法으로 규율하기 때문에 입법기

---

77) Vgl. R. Granderath, Die kommunale Gebietsreform in der Praxis, DÖV 1973, 333.

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.

관은 어떤 사무를 지방자치단체 연합의 自治事務 (Selbstverwaltungsangelegenheit)로 할 것 인지의 여부와 관련하여 決定自由 (Entschließungsfreiheit)를 가지게 된다. 최근에는 지방자치단체 연합은 그의 존속의 범위 내에서 自治的으로 처리할 사무의 위임을 요구할 청구권이 인정 되는 것으로 보는 것이 일반적이다.<sup>79)</sup> 따라서 지방자치단체 연합은 어떤 사무의 실현에 지정되는 것이 아니라 오히려 기본법 제28조 제2항 제2문은 효과적 자치행정의 수행을 위하여 필요한 사무의 분배를 요구하고 있다. 이러한 지방자치단체 연합이 국가에 대하여 가지는 일정한 事務의 分配請求權은 自治行政團體(Selbstverwaltungskörperschaft)로서 지방자치단체 연합의 기능 수행뿐만 아니라 地方自治團體聯合議會의 민주적 正當性을 위하여 필요한 상관적인 것이라 할 수 있다.

지방자치단체 연합에의 事務分配는 그의 관할 구역과 관련한 超地域的인 自治行政事務가 주된 것이라기보다는 오히려 지방자치단체에 대하여 보충 기능과 조정 기능에 관한 것이라 할 수 있다. 基本法의 규정을 바서는 지방자치단체 연합의 補充機能과 調整機能에 관하여 어느 정도까지 그의 責務로 지정해야 하는 지에 대해서 알 수 없으나, 자기 책임 하의 책무 수행으로서의 자치행정을 위해서는 활동여지가 있어야 한다는 점에서 본다면, 열거적인 관할 지정보다는 총체적인 責務指定(Aufgabenzustimmung)이 요구되는 것이라 하겠다.

기본법 제28조 제2항 제2문은 지방자치단체 연합이 자치행정

---

79) K.Stern, BK, Art, 28 Rdnr. 168; ders., Die verfassungsgerichtliche Garantie, S. 165; B. Stür, Der verfassungsgerichtliche Stellenwert der Stadt-Umland-Verbande, StGB 1980, 45; A.v.Mutius, S. 20.

을 수행함에 있어서의 自己責任性(Eigenverantwortlichkeit)의 요소를 대체하는 표현은 없기 때문에 지방자치단체 연합 역시 지방자치단체의 경우와 마찬가지로 自治事務의 처리에 있어 국가로부터의 自主性(Unabhängigkeit)이 보장되는 것이라 할 수 있다.<sup>80)</sup>

## (2) 自己의 權利障害의 主張

지방자치단체의 憲法訴願의 허용성은 소원제기자의 주장에 좌우된다. 따라서 지방자치단체는 憲法 訴願에서 聯邦 또는 主의 법률에 의하여 기본법 제 28조에서 규정한 그의 自治行政權이 침해되었음을 주장하여야 한다. 다시 말하면 지방자치단체는 지방자치단체의 권리가 침해되었음을 주장하여야 한다. 또 지방자치단체는 그 권리침해가 원인적으로는 연방법 또는 주법에 의한 自己關聯性(Selbstbetroffenheit) 및 現在의 關聯性(gegenwärtige Betroffenheit)을 주장하여야 한다. 그 외에도 聯邦憲法裁判所法 제90조 제1항, 제91조 제1문의 규정으로부터 도출할 수 없긴 하지만 침해가 직접적으로 법률에 의한 것이라는 것(直接的)을 주장하여야 한다. 따라서 自己의 權利障害의 요소는 自己關聯性, 現在의 關聯性, 直接性 등의 세 가지가 복합된 것이라 할 수 있다. 그러므로 지방자치단체의 憲法訴願에서 소원 제기자는 소원 대상이 된 법률 규정이 소원제기자의 현재의 자치 행정권이 관련되었음을 지적하는 것으로 충분하다. 즉, 自己의 權利障害의 主張은 ① 자기의 자

---

80) BVerfGE 21, 117(219); BVerwGE 6, 19(23); K.Stern, in: Art.28 Rdnr. 172; ders, Garantie, S. 166; B. Stürer, S. 165 m.w.N.

치 행정권의 聯關性 ② 聯關性的 現在性(Gegenwärtigkeit), ③ 直接性(unmittelbare Betroffenheit)등을 내용으로 한다.

### ① 自己의 自治行政權의 聯關性

소원적격의 요소의 하나로서 ‘자기의 자치 행정권의 관련성’은 지방의 지역단체가 하나의 법규정의 효력에 포함되는 것인지 아닌지의 문제이다. 이 점과 관련한 헌법재판소의 판례는 「法規-憲法訴願」(Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde)의 허용성에 관한 소송 수행권으로서의 소원제기권의 문제와 중복되는 경향에 있다. 判例에 의하면 소원제기자가 될 수 있는 자는 계쟁 법규범에 自己가 關係된 者만이 된다. 판례가 취한 訴願의 허용성 제한은 民衆訴訟을 방지하기 위한 것이라 할 수 있다. 여기서 판례가 취한 입장이 소원의 허용성 요건에 관한 것인지 아니면 소원 적격의 요소에 관한 것인지에 대하여 疑問과 論難이 따르고 있다. 그러나 聯邦憲法裁判所는 그의 판례에서 허용성 요건과 소원 적격의 구분에 관하여 한번도 입장 정리를 한적이 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 受範者(Adressat)가 아니거나 또는 법률에 관련됨이 없다면 그 법률의 효력이 기본법 제28조 제2항과 일치되지 않더라도 權利障害의 문제는 없게 되는 것이다. 따라서 聯邦憲法裁判所가 憲法訴願과 관련하여 요구하는 ‘自己聯關性’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 受範者에 속하는 때인 것이다.

規範의 受範者는 일정한 作爲, 受忍 또는 不作爲 등의 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(自己의 權利가 침해되는 것)되는 것이라 할 수 있다. 마찬가지로 州法이 특정한 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 당해 州法의 受範者가 되는 것이다.

規範의 수범자의 범위와 관련하여 聯邦憲法裁判所는 규범의 事實上的 效力<sup>83)</sup>과 反射的效力(Reflexwirkung)<sup>84)</sup>을 구분하고, 사실상의 효력의 수범자에 대해서는 憲法訴願의 적격을 인정하고 있다. 사실상의 효력은 「事實(Sachverhalt)에 관한 특별한 關係」가 있을 때에 인정된다. 그러나 사실상의 효력과 반사적 효력의 구분은 쉽지 않으며, 聯邦憲法裁判所의 판례의 입장은 처음에는 규범의 의

---

81) W.Litzenburger, Die Kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 195.

82) D. Volimar, Allgemeiner Rechtsstz und Einzelakt, Berlin 1962, S. 257.

83) BVerfGE 16, 25(27).

84) BVerfGE 6, 273(278).



의와 목적에 따라 兩者의 구별을 하였으나<sup>85)</sup>, 나중에는 규범의 간접적 효력을 반사적 효력으로 보는 등 견해가 일치되지 않고 있다. 예컨대 지방자치단체 연합은 그에 속하는 지방자치단체의 경계가 변경되는 경우에도 결과적으로 주법의 관계 규정에 근거하여 지방자치단체 연합의 관할구역의 변경을 초래하게 되므로 그의 자치 행정권이 침해되는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 법적으로 의미 있는 규범효력(Norm-wirkung)에 대하여 聯邦憲法裁判所는 반사적 효력으로 보고 있다. 규범의 반사적 효력에 대한 憲法訴願은 허용되지 않는다.

## ② 關聯性의 現在性

聯邦憲法裁判所의 일관된 판례 입장<sup>86)</sup>은 일반적 憲法訴願의 허용성과 관련하여 현재의 관련성의 주장을 요구하였으며, 지방자치단체의 憲法訴願과 관련해서도 유지되고 있다. 따라서 지방자치단체의 憲法訴願의 경우에도 일반적 憲法訴願에 있어서와 마찬가지로 관리 침해의 현재성이 요구되는 것이라 할 수 있다.

한편 관련성의 현재성을 본안 결정의 요건으로 구조적 귀속을 시킴에 있어 聯邦憲法裁判所의 판례는 일관된 입장을 유지한 것은 아니다. 경우에 따라서는 흠결 있는 權利救濟必要(Rechtsschutzbedürfnis)<sup>87)</sup>라고 하거나 또는 소원적격에 관하여 명시적인 지적

---

85) BVerfGE 6, 273(278).

86) Grundlegend BVerfGE 1, 97(102).

87) BVerfGE 14, 260(262); 43, 291(386).

을 하지 않은 채 특별한 許容性要素(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 現在(gegenwärtig)에 행위 요건적으로 또는 역시 ‘事實上(faktisch)관련되어야 한다. 여기서 憲法訴願대상이 되는 법률은 법률공보에 공포되는 의회 법률과 법규명령이다. 따라서 연방법률공보에 공포되지 않은 법규는 소원 적격있는 규범이 아니기 때문에 憲法訴願이 제기되더라도 각하되게 된다. 이점과 관련하여 문제가 되는 것은 法規範이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 공포되어 있는 경우에 그 法規範에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있느냐이다. 이 경우에 해당하는 예로는 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합이 법률의 효력발생으로부터 폐지 또는 흡수통합되도록 규율한 新編入法(Neugliederungsgesetz)이 있다. 물론 新編入法에 근거하여 폐지된 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 憲法訴願을 제기할 수 있는 소원 적격을 가진다. 다른 관점에서 보면 당해 지역단체는 新編入法이 효력을 발생하기 이전에 이미 그의 권리 관계가 소극적으로는 침해된다는 점에서 新編入法은 事前效力(Vorwirkung)을 가지지 않는다고 하기 어렵다는 점이다. 따라서 憲法訴願의 허용성의 문제와 관련하여 장래에 있어서의 권리도 실제적으로 중요한 의미를 지니게 된다고 할 수 있다. 聯

---

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.).

邦憲法裁判所法 의 관례<sup>89)</sup>는 법규가 효력을 발생한 이후에는 소원제기자가 현저한 불이익을 받지 않고는 회복할 수 없거나 회복하지 못하게 되는 경우에는 일정한 時點부터 당해 법규의 효력을 긍정하면서 그러한 법규에 대하여는 당해 법규가 효력을 발생하기 이전에라도 憲法訴願의 제기가 허용되는 것으로 보았다. 學說<sup>90)</sup>역시 法規範의 효력 발생 이전에라도 예외적으로 憲法訴願이 허용된다는 점을 인정하고 있다. 따라서 지방자치단체의 憲法訴願의 경우에도 장래에 있어 효력을 발생하게 되는 연방법과 주법이라도 당해 지역단체가 불이익없이 회복할 수 없게 되는 때에는 憲法訴願이 허용되는 것이라 할 수 있다.

### ③ 直接性

일반적 憲法訴願에 관한 헌법재판소법 제90조 제1항은 소원제기자의 관련성과 관련하여 소원 대상이 된 법규가 특수한 종류나 방법에 의할 것을 규정하지 않고 있으나, 聯邦憲法裁判所<sup>91)</sup>의 일관된 입장은 소원제기자는 법률에 의하여 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

89) BVerfGE 38, 326ff.; 48, 64ff.; 50, 290ff.

90) G.Leibholz/R.Rupprecht, §90 Rdnr. 34; O.Kimmich, Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm, 1972, S. 555F.; B.Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/u.a., § 93 Rdnr. 49.

91) BVerfGE 1, 97ff.

것이 아니라 그 법률이 소원제기자의 법적 지위를 침해적으로 규정하는 경우를 말한다.<sup>92)</sup> 따라서 소원제기자의 권리를 간접적으로 침해하는 법률에 대한 憲法訴願은 배제된다. 이와 같은 일반적 憲法訴願에 있어 소원 적격과 관련하여 정립된 침해의 直接性을 요구하는 聯邦憲法裁判所의 입장<sup>93)</sup>은 지방자치단체의 憲法訴願에 있어 그 許容性 판단에서도 그대로 유지되고 있다.

## 第 2 項 地方自治團體의 憲法訴願의 補充性的의 原則

### I. 補充性的의 原則

正規의 다른 법적 救濟節次가 존재하는 경우에는 필요한 모든 절차를 종료하여야만 憲法訴願을 제기할 수 있는 一般的 憲法訴願의 경우와 마찬가지로 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 憲法訴願의 경우에도 補充性的의 原則이 적용된다. 따라서 지방자치단체는 법률에 의한 자치행정권의 침해를 이유로 한 소원을 주법이 정하는 바에 따라 주헌법재판소에 제기할 수 있을 때에는 聯邦憲法裁判所에 憲法訴願을 제기할 수 없다.<sup>94)</sup> 주헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있음에도 불구하고 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하면 허용되지 않는 것으로 각하 된다. 그리고 決定

---

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).

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.

(Entscheidung)의 時點에 補充性條項(Subsidiaritätsklausel)에 의한 충분한 권리 구제의 가능성이 존재하는 때에는<sup>95)</sup> 지방자치단체의 訴訟權(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 補充性條項의 타당 범위라고 할 수 있다.<sup>97)</sup>

## II. 補充性條項의 妥當範圍

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 논외로 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 심

---

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 권한 경계에 관하여 詳細는 vgl. H. Bethge, Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bundes und Landesverfassungsgerichtsbarkeit bei der kommunalen Verfassungsbeschwerde, DÖV 1972, 336ff.

사기준이 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 州立法權에 유보되어 있는 地方的 領域에 대하여 헌법 소원의 도입을 통하여 관여할 수 있는 권한이 없다고 주장하였다. 이러한 문제의 해결을 위하여 연방 헌법재판소법은 보충성 조항을 두기에 이르렀고, 그 결과 헌법 쟁송에 있어서 주헌법재판소의 優先原則이 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 주 헌법재판소를 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 本案決定(Sachentscheidung)의 許容性을 기준으로 판단된다.

지방자치단체는 그의 자치 행정권이 주헌법재판소에 소원이 제기될 수 없는 경우로서 州法律에 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, 州機關(Landesorgan)의 활동에 관하여 배타적 심사권을 행사한다. 여기서 주법률은 주의 기관이 발령한 모든 法規則(Rechtsvorschrift), 議會法律(Parlamentsgesetz), 法規命令등을 포함한다.<sup>98)</sup> 주헌법재판소는 주의 의회 법률에 대해서만 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 소원 적격이 인정되어야 하는 것이다.

효과적 권리 구제의 판단에는 역시 소원 적격도 검토되어야 한다. 소원적격에 관한 州節次法上の 規定은 지방자치단체의 헌법 소원에 있어서의 訴願適格의 요건에 비하여 보다 엄격하게 규율하

---

98) Vgl. dazu E. Friesenhahn, Zuständigkeitsabgrenzung, S. 754.

고 있다. 그 결과 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 소원 적격이 있음에도 불구하고 州節次法이 요구하는 主張責任을 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 효과성의 판단은 위에서 살펴 본 것 외에도 다룰 수 있는 자치행정권을 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 州憲法(Landesverfassung)에서 규정한 自治行政保障을 기준으로 하므로 자치행정권에 관한 기본법상의 條項은 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 各州역시 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>

---

99) Vgl. H. Bethge, DÖV 1972, 339ff.(S. 342f.); K.Stern, Nachstellen zwischen Bundes und Landesverfassungsgericht- sbarkeit, BayVBI 1976, 551.



### 第 3 項 地方自治團體와 地方自治團體聯合의 訴訟法上的의 地位

#### I. 訴訟代理

독일 法院(Gericht)에 등록된 辯護士(Rechtsanwalt)와 독일 대학의 법률학 교수(Rechtslehrer)는 누구나 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하는 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합의 소송 행위를 대리할 수 있다.<sup>100)</sup>

訴訟代理權(Prozeßvollmacht)은 지방자치단체의 헌법 소원절차에서 필요한 모든 행위와 의사표시를 할 권능을 준다. 그러나 訴訟代理權은 개개의 訴訟行爲(Prozeßhandlung)에 있어 口頭의 辯論 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 訴訟行爲이므로, 대리권을 수여하는 법인은 訴訟能力(Prozeßfähigkeit)이 있어야 한다. 지방의 지역단체에서 소송 능력은 대외적 대표권 있는 主行政公務員(Hauptverwaltungsbeamte) 또는 그가 임명한 대리인만이 가진다.<sup>102)</sup>

---

100) § 22 Abs. 1 S. A BVerfGG.

101) § 83 Abs. 2 ZPO analog; vgl. Klein, in: Maunz/ Schmidt-bleibtreu/u.a., § 22 Rdnr 12.

102) BVerfGE 26, 228(236f.); W.Hoppe/H.W.Rengeling, S. 206.

모든 地方憲法(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 自筆로 서명하여야 한다. 경우에 따라서는 관청명칭과 職印의 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 署名(Handzeichen)으로 서명한 서면의 代理權證書(Vollmachtsurkunde)로 증명하여야 한다. 대리권증서에는 이름과 주소등의 인적 사항과 地方的 地域團體를 위하여 어떤 節次에 소송 대리를 하는 지에 대하여 명기하여야 한다.

헌법재판소는 대리권의 흠결 유무에 대하여 직권으로 판단한다.

## II. 記錄閱覽權(Akteneinsichtsrecht)

헌법 소원을 제기한 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합 및 헌법 소원 절차에 참가하게 된 헌법기관 등의 지방자치단체의 헌법 소원의 관계인은 절차와 관련이 있는 연방헌법재판소의 記錄을 열

---

103) 예외적으로 「브레멘」市長의 경우는 브레멘 州憲法 제148조 제1항에 의거하여 지방자치단체인 「브레멘」의 市長을 동시에 겸임하므로 의무적선언을 하지 않도록 하고 있다.

람할 수 있다. 그 외에도 記錄의 複製(Ausfertigung), 複寫, 等本(Abschrift)의 교부를 헌법재판소의 관계 部署에 요구할 수 있다. 기록열람권은 연방헌법재판소에 계속중인 헌법소원절차에 관련된 모든 기록에 대해서 대외비 기록인지에 관계없이 인정된다. 그러나 판결문의 초안, 決定(Beschluß) 및 처분의 준비초안과 협의에 관한 調書에 대해서는 기록열람권이 인정되지 않는다. 기록열람권의 부여 여부에 대해서는 裁判長(Senatsvorsitzende)이 결정하며, 그 결정에 대한 소원은 재판부에 할 수 있다.

### III. 證據採擇(Beweisaufnahme)

연방 헌법재판소의 심리절차에는 職權調查主義(Unterssuchungsgrundsatz)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 心證(Überzeugung)을 굳힌다.<sup>104)</sup> 다만 사실 관계에 속하는 헌법적 문제의 규명은 헌법재판소의 책무가 아니므로 사실 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

---

104) Vgl. W. Geiger, § 26 Anm. 1; G. Leibholz/R.Rupperecht, § 26.

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 증거 수단종류를 활용할 수 있다. 이 경우 민사소송법상의 관계 규정이 준용된다.

헌법소원제기자와 기타 관계인은 증거기일을 통지받을 권리와 證據期日에 참가할 권리를 가진다. 裁判長이 異議를 제기한 문제에 대해서는 재판부가 종국적으로 결정한다.

#### IV. 口頭辯論(mündliche Verhandlung)

연방 헌법재판소는 지방자치단체의 헌법 소원에 대하여 구두변론을 거쳐 결정하여야 한다. 그러나 연방 헌법재판소법은 동법 제24조에서 허용되지 않는 또는 명백한 理由提示없는(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 헌법소원절차에서 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 소원절차에서 지금까지 구두 변론없이 결정하고 있다.

## V. 不公正의 憂慮를 理由로 한 裁判官忌避

지방자치단체 또는 지방자치단체 연합 및 기타 관계인은 불공정을 이유로 하여 재판관을 忌避할 수 있다.<sup>105)</sup> 관계인이 忌避申請(Ablenungsgesuche)을 함에 있어서는 기피하는 재판관과 不公正(Befangenheit)의 憂慮(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.

### 第 4 項 憲法裁判所의 決定

#### I. 審理基準(Prüfungsmaßstab)

審査基準이란 憲法規範(verfassungsnorm)과 憲法原則(verfassungsprinzipien)의 총체로서, 그 내용이 소원 대상을 형성하는 법규를 가늠하게 하는 것을 말한다. 만약 연방 헌법재판소가 소원 대상인 법규가 헌법 규범과 헌법 원칙에의 不合致性(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 결정해서

---

105) § 19. Abs. 1 BVerfGE.

도 안 된다.<sup>106)</sup> 연방 국가인 독일의 경우 연방 헌법재판권과 주헌법재판권은 상호 병렬적으로 존재하며, 兩 機關 사이에는 審級關係(Instanzenverhältnis)에 있는 것은 아니다. 양 기관 사이의 권한 경계는 심리기준의 연방헌법재판소 또는 주헌법재판소에의 歸屬(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 자치행정보장에 관한 주법상의 규정을 고려해서는 안 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 多數說<sup>109)</sup>은 심리 기준을 기본법 제28조 제2항에 한정시키는 경향에 있으나, 자치행정의 헌법상의 형태를 함께 형성하는 규범에 대해서는 심리기준의 확대를 인정한다.<sup>110)</sup> 이와 같이 자치행정권에 관한 심리기준의 제한에 대해서는 訴訟經濟(Prozeßökonomie)의 관점에서 연방 헌법재판소가 소원 대

---

106) Vgl. BVerfGE 6, 376(382); E. Friesenhahn, Zuständigkeitsabgrenzung, S. 751f.

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).

상인 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 憲法規範(mitprägende Verfassungsnorm)’의 概念을 정립하는 계기가 되었다. 소송 경제는 어디까지나 법률상의 한계 내에서 달성되는 것이라는 점에서 위의 논의는 법적으로 중요한 쟁점이 되지 못한다.<sup>111)</sup> 법적으로 중요한 증거점은 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 보장효력의 조사에 불가결하고 심리 대상인 법규에 내용적인 요구를 하고 있는 모든 헌법 규범과 헌법 원칙도 포함되는 것이다.

## II. 決定의 內容

### 1. 本案에서의 決定

연방 헌법재판소법 제95조는 헌법 소원이 인용되면 그 決定에서

---

111) W. Litzenger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 301f.

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 無效를 선언하도록 규정하고 있다.<sup>112)</sup> 이와 같이 헌법재판소의 결정의 내용을 정하고 있는 헌법재판소법 제95조는 지방자치단체의 訴願節次(Beschwerdeverfahren)에서 제기된 소원신청의 許容性的의 판단을 위한 기준이 된다. 연방헌법재판소법 제95조 제3항에 따라 연방헌법재판소는 基本法 제28조 제2항에 규정된 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 自治行政權을 위법하게 침해하는 연방법 또는 州法에 대하여 決定主文(Entscheidungsformel)에서 無效善言을 하여야 한다.

무효선언을 함에 있어서 연방 헌법재판소는 법률의 일부에 대하여 까지 확대하여 무효 선언을 해서는 안 된다. 법률의 一部(Teil)역시 연방 헌법재판소법 제95조 제3항에서 말하는 법률이기 때문이다. 연방 헌법재판소는 一部無效를 인정하고 있으나, 그것은 무효인 규범과 不可分の 一體(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 제2

---

112) 基本權侵害에 대한 一般的 憲法訴願에 있어 決定主文의 類型과 效力에 대해서 詳細는 全光錫, 憲法裁判에 있어서의 決定主文의 類型과 效力, 憲法裁判研究員 제2권(1990), 113면 이하 참조.

113) BVerfGE 5, 25(34); 8, 71(79); 9, 213(217f.); 15, 1(24f.); 22, 134(152); 29, 198(213).



문은 법률에 대한 헌법 소원이 패소하는 때에도 연방 헌법재판소가 그의 결정에서 당해 법률이 기본법에 합치(Vereinbarkeit)된다는 점을 확정할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있으나, 연방 헌법재판소는 아직 그러한 결정을 하지 않고 있다.

## 2. 附隨의 決定(Nebenentscheidung)

연방 헌법재판소의 활동은 그 자체 주관적 권리구제절차에 있어 상당한 부분 역시 공익을 위한 것이기 때문에 연방 헌법재판소법 제34조 제1항은 訴訟經費自由(Gerichtskostenfreiheit)의 原則을 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 그이 결정이 누구에게, 어떤 종류 및 방법으로 집행되어야 하는지에 대해서 결정해야 한다.

## 第 5 項 假處分

### I. 假處分の 形式的要件

假處分(einstweilige Anordnung)은 本案判決의 實效性を 높이기 위한 것으로 연방 헌법재판소법 제32조에서 규정하고 있다.<sup>114)</sup> 연방 헌법재판소의 가처분권은 本案事件(Hauptsache)에 있어 결정권의 부수적인 것으로, 지방자치단체의 헌법 소원의 本案決定의 要件(Sachentscheidungs voraussetzung)이 충족된 때에 할 수 있다. 다만 가처분의 신청은 본안 사건이 헌법재판소에 繫屬되기 전이라도 본안 사건이 제기될 것으로 기대되는 때에는 허용된다. 헌법재판소가 職權으로 가처분을 허용하고자 하는 때에는 본안 사건이 이미 繫屬되는 것을 요구하여야 한다. 여기서 본안 사건은 허용되는 것이어야 한다. 즉, 지방자치단체의 헌법 소원의 본안결정의 요건을 충족하고 있어야 하는 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 가처분의 범위 내에서 본안 결정의 요건이 충족되는 지에 대하여 적극적으로 확정할 필요는 없으며, 그 본안 사건이 명백히 불허용적이지 아닌 것으로 족하다. 그리고 본안 사건이 이유 없이 명백한 경우에 헌법재판소는 가처분을 하지 못한다. 가처분의 신청은 소원 적격이 있거나 본안 사건이 아직 재판소에 繫屬되지 않은 때에는 參加適格(beitrittsberechtigt)이 있는 者이어야 한다.<sup>115)</sup>

---

114) 一般的憲法訴願과 관련한 假處분에 관한 상세한 說明은 金學成, 西獨의 憲法訴願制度, 憲法裁判研究 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.

그 외에도 가처분의 허용성의 유무는 신청목적의 허용성에 좌우된다. 가처분의 목적은 본안 사건의 결정을 방지함에 있기 때문에 본안 사건의 결정을 선취하지 못한다.<sup>116)</sup> 예컨대 연방 헌법재판소가 新編入法 (Neugliederungsgesetz)의 위헌을 이유로 하는 소원 절차와 관련하여 당해 법률이 무효라고 선언하는 假處分을 하는 것은 허용되지 않는다.

연방 헌법재판소가 본안 사건을 適時에 결정함으로써 가처분 결정에 의하여 방지하고자 한 중대한 損害(Nachteil)을 방지할 수 있을 때에는 가처분이 인정되지 않는다.

假處分の 경우에도 일반적 허용성 요건, 특히 權利救濟의 必要 (Rechtsschutzbedürfnis)를 충족하여야 한다.<sup>117)</sup>

## II. 假處分の 實體的 要件

지방자치단체의 헌법소원 절차에서 연방 헌법재판소가 假處分을 할 수 있는 실체적 요건에 대해서는 연방 헌법재판소법 제32조 제1항에 규정하고 있다. 즉, 假處分은 중대한 손해를 방지하거나 위협적인 強制(drohender Gewalt)를 kd지하거나 또는 기타 公共福利의 이유로서 긴급히 필요한 때에 할 수 있다. 여기서 가처분의 필요성은 가처분이 없으면 소원 대상이 된 법률이 本案判決에서 무효 선언되어 법률 집행의 잠정적인 효력정지(Aussetzung)를 초래할 不利益이 생기게 되는 등의 결과를 고려하는 것이다. 가처분의

---

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.

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 가치분이 공익을 위하여 긴급히 필요한 경우에도 법률의 집행에 의하여 생긴 지방자치단체의 손해와 법률집행의 停止의 결과로 생기게 되는 一般性(Allgemeinheit)을 형량하여 가치분을 결정하여야 한다.

연방 헌법재판소는 新編入法에 대한 지방자치단체의 헌법소원과 관련하여 신청한 가치분에 대하여 당해 법률의 효력정지는 공공복리의 관점에서 필요하지 않다고 보고 받아들이지 않았다.<sup>119)</sup> 따라서 지방자치단체의 헌법 소원과 관련해서는 假處分制度의 현실적인 의의를 인정하기 어렵게 되었다.

---

118) BVerfGE 16, 220(226); 20, 363(364).

119) BVerfGE 18, 157(158); BVerfGE 27, 240ff.

### 第 3 節 各州에 있어서의 地方自治團體의 憲法訴願

#### 第 1 項 概說

몇 개의 州憲法(Landesverfassung)과 州의 節次法은 지방자치단체와 지방자치단체 연합에 規範(Norm)이 州法상의 自治行政保障 (Selbstverwaltungsgarantie)과 일치하는 지에 대하여 州憲法裁判所 (Landesverfassungsgericht)에 소원제기를 통하여 심사할 수 있는 기회를 부여하고 있으며, 그것이 부인되는 때에는 당해 規範의 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 州法상의 자치행정보장을 침해하는 것을 理由로 無效宣言 될 수 있어야 한다.

지방자치단체의 헌법 소원과 비교할 수 있는 州法상의 헌법소원은 統獨되기 이전에 9개의 州중에서 6개의 州에서만 인정하고

---

120) 基本法 제93조 제1항 제4b호 및 聯邦憲法裁判所法 제91조에 의거 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 연방헌법재판소에 제기하는 憲法訴願과 州憲法에 의거하여 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 州憲法裁判所に 제기하는 憲法訴願과 구별하기 위하여 이하 本稿에서는 後者에 대하여 「州法上の 憲法訴願」으로 표기하기로 한다.

있다. 1990년 東獨과 西獨이 통일되면서 舊東獨하의 諸州가 統一獨逸에 편입됨으로서 현재는 16개의 州<sup>121)</sup>가 있다. 새로 편입된 諸州의 경우에도 기본법이 적용되고 기본법 제28조 제2항에서 규정한 자치행정권이 보장되므로 地方自治團體의 憲法訴願과 州法上의 憲法訴願이 인정되고 있으나, 그에 관한 資料의 빈곤으로 인하여 本稿에서는 논외로 한다.

## I. 州法上 憲法訴願이 인정되지 않는 州

지방자치단체의 헌법 소원에 해당하는 州法上의 憲法訴願을 인정하지 않는 주는 「헤센」, 「니더작센」, 「슈레스빅 홀슈타인」 등의 州이다. 「함부르크」와 베를린은 그 자체가 都市國家(Stadtstaat)로서 란트(Land)이므로 지방자치단체의 헌법 소원의 문제는 없다.

### 1. 「헤센」(Hessen)州

지방자치단체의 헌법 소원과 비교할 수 있는 權利救濟節次(Rechtsschutzverfahren)로는 추상적 규범통제와 基本權訴訟(Grundrechtsklage)이 있다.<sup>122)</sup> 양 절차에 의거 법규범이 주헌법

---

121) 독일의 州는 Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen 등 16개이다.

122) Art. 131 Abs. 1 hessLV.

에의 일치성 여부에 관하여 심사할 수 있다. 抽象的 規範統制(Normenkontrolle)의 경우 지방자치단체와 지방자치단체연합은 신청권이 인정되지 않는다. 기본권소송의 경우는 地域團體에게도 신청권이 인정된다.<sup>123)</sup> 신청의 許容性은 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 헤센州憲法 제137조를 기준으로 하는 것이 아니라 基本法 제28조 제2항을 기준으로 심사하게 된다.

## 2. 「니더작센」(Niedersachsen)州

니더작센 州憲法 제42조 제1항 제2호는 추상적 규범통제절차를 규정하고 있으나, 신청권을 규정한 제42조 제2항 제2호에서는 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 신청권에 대해서는 언급을 하지 않고 있다. 따라서 「니더작센」州에서는 지방자치단체의 헌법소원에 해당하는 헌법소원절차를 주헌법은 물론 國家法院法(Staatsgerichtshof-gesetz)에서도 인정하지 않고 있다. 따라서 「니더작센」州의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 연방헌법재판소법 제92조 제2문에 근거하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 헌법 소원의 심사 기준은 기본법 제28조 제2항이 된다.

---

123) Art. 131 Abs. 3hessLV; § 45 Abs. 2 hessSTGHG.

한편 니더작센州의 國家法院은 新編入法(Neugliederungsgesetz)이 자치행정 권과 일치되는 것 인지의 여부를 심사한 적이 있으나,<sup>124)</sup> 헌법 소원이 아니라 추상적 규범 통제의 일환이었다.<sup>125)</sup>

### 3. 「슈레스빅 홀슈타인」州(Schleswig-Holstein)

「슈레스빅 홀슈타인」州憲法은 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 규범통제 신청권도 인정되지 않고 있으며, 따라서 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수밖에 없다.

## II. 州法上 憲法訴願이 인정되는 州

### 1. 「바덴 비르템베르크」(Baden-Württemberg)州

「바덴 비르템베르크」州의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 주헌법 제76조, 국가법원법 제54조에 근거하여 주법이 자치행정의 영역을 규정하고 있는 州憲法 제71조 내지 제75조를 침해하

---

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).



는 때에는 國家法院(Staatsgerichtshof)에 소원을 제기할 수 있다.

## 2. 「바이에른」(Bayern)州

「바이에른」州에서는 州法上の 法規(Rechtsvorschrift)의 違憲性에 대하여 民衆訴訟(Popularklage)에 의거 누구나 州憲法裁判所(Verfassungsgerichtshof)에 다룰 수 있다. 소원제기자는 州法上の 規定이 州憲法上の 基本權目錄(Grundrechtskatalog)을 침해하였음을 주장하는 것으로 족하다. 소원 대상은 법률과 법규명령이다.

## 3. 「브레멘」(Bremen)州

「브레멘」州는 州憲法 제143조, 제144조에 의하면 都市인 브레멘과 都市인 브레머하벤으로 구성되는데, 이 都市들은 지방자치단체(Gemeinde)이다. 따라서 州 헌법은 두 개의 도시 자치단체에 자치단체 헌법을 정립할 수 있게 하였고(州憲法 제145조 제1항), 또 법률의 제한의 범위 내에서 자치행정권을 보장하고 있다.(州憲法 제144조).

「브레멘」주의 국가법원은 공법상의 단체가 국가 법원에 제기한 憲法의 解釋 및 기타 國法上の 문제에 관한 의문점에 대한 결정권을 가진다. 이와 같은 헌법재판상의 管轄一般條項(Zuständigkeits-Generalklausel)에 의하면 자치단체로서 도시 브레멘과 브레머하벤은 소원 신청권을 가진다.

#### 4. 「노드라인 베스트팔렌」(Nordrhein-Westfalen)州

「노드라인 베스트팔렌」州의 지방자치단체와 지방자치단체연합은 州法이 자치행정권에 관한 헌법의 규정을 침해하였음을 이유로 하여 州憲法裁判所(verfassungsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기할 수 있다.<sup>126)</sup>

#### 5. 「라인란트 팔츠」(Rheinland Platz)州

「라인란트 팔츠」州의 모든 공법상의 단체는 그의 권리가 침해되었을 때는 법률 또는 국가기관의 행위가 違憲인지(verfassungswidrig)의 여부에 대하여 州憲法裁判所에 결정을 신청할 수 있다.<sup>127)</sup> 州憲法 제49조는 자치행정권을 보장하고 있으며, 따라서 지방자치단체 또는 지방자치단체연합은 법률이 자치 행정권을 보장한 주헌법 제49조를 침해하였음을 이유로 헌법 소원을 제기할 수 있다.

#### 6. 「자르란트」(Saarland)州

「자르란트」州憲法 제117조는 지방자치단체 및 지방자치단체 연합의 자치 행정권을 보장하고 있다. 따라서 지방자치단체와 지방

---

126) § 50 nwVfGHG, Art. 78 nw LVerf.

127) Art. 130 Abs. 1, 135 Abs. 1arh- pf LVerf., §§2 Nr. 1a, 23, 25, 26 rh-pfVfGHG.

자치단체 연합은 법률이 그의 자치 행정권을 침해하였음을 이유로 州憲法裁判所(verfassungsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기할 수 있다. 한편 州憲法 제 49조 제3항에서는 헌법재판소에의 헌법 소원이 허용되는 침해의 경우에는 주 헌법재판소에 헌법 소원을 제기할 수 없다고 규정하여 州憲法裁判權(Landesverfassungsgerichtsbarkeit)의 補充性的 원칙(Subsidiaritätsklausel)을 채택하고 있으나, 이는 州法上的 憲法訴願에 관한 것이라기 보다는 일반적 헌법 소원에 관하여 적용되는 것이라 할 수 있다.<sup>128)</sup>

## 第 2 項 本案決定要件

### I. 節次對象(Verfahrensgegenstand)

節次對象이란 爭訟對象概念(Streitgegenstandsbegriff)과는 달리 구체적인 헌법 쟁송 절차에서 州憲法과의 一致性(Vereinbarkeit)여부를 심사하는 高權的 措置의 總體를 의미한다. 절차 대상은 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의한 지방자치단체의 헌법 소원의 범위에 있어서의 訴願對象(Beschwerdegegenstand)의 경우와 같은 사실 관계를 지칭하는 것이다.<sup>129)</sup> 州法上的 節次對象에 관한 규정은 州마다 서로 다르기 때문에 구체적인 검토를 요한다.

---

128) W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, S. 265f.; C. Pesalozz, Verfassungsprozeßrecht, S. 135.

129) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 334f.

## 1. 「바덴 뷔르템베르크」州

州憲法 제76조는 地方的 團體는 州憲法裁判所に 法律의 合憲性 (Verfassungsmäßigkeit) 審査를 제기할 수 있게 하였다. 이러한 의미에서 法律 (Gesetz)은 일단 모든 형식적 州法을 말한다. 여기서 실질적 법률도 ‘法律 (Gesetz)의 범위에 포함되는지에 대해서 州憲法裁判所(Staatsgerichtshof)<sup>130)</sup>는 1977년 8월 9일자 判決에서 그것을 부인하고 형식적 州法만이 해당되는 것으로 보았다. 판결의 이유로는 일면에서는 국가 법원에서 지방적 규범 통제 절차와 관련하여 명령의 법적합성을 심사하고, 타면에서는 행정법원법 제 47조에 따른 추상적 규범통제절차에 의거 行政法院(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 合法性에 관하여 州憲法 제71조 내지 제75조의 규정을 기준으로 國家法院이 심사하고, 下位法人 법규명령에 대해서는 기본법 제28조 제2항의 규정을 기준으로 聯邦憲法裁判所가 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.

---

130) StGH BW ESUGH 27, 185ff.

131) Vgl. Stern, in: BK, Art. 93 Rdnr. 801; W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 279; W. Litzenger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 336f.

## 2. 「바이에른」州

주헌법 제98조 제4문은 민중 소송의 절차 대상으로서 법률과 명령으로 규정하고 있으며, 주헌법재판소법은 제53조 제1항 제2문에서 바이에른 州法(Landesrecht)상의 모든 법규(Rechtsvorschrift)라고 하고 있다. 여기서 州法(Landesrecht)은 議會法律(Parlamentsgesetz)<sup>132)</sup>과 바이에른 州政府(staatsregierung)의 법규명령<sup>133)</sup>을 의미한다. 한편 바이에른 州憲法裁判所는 立法下作爲에 대해서도 헌법 소원의 대상이 되는 것으로 보았다.<sup>134)</sup>

## 3. 「브레멘」州

브레멘州 國家法院은 憲法の 解釋 및 기타 國法上の 問題(staatsrechtliche Frage)에 관한 의문점에 대한 결정권을 가진다.<sup>135)</sup> 국가 법원의 관할권에 관한 규정은 일반 조항과 같은 유형이며, 그 결과 모든 法規範(Rechtsnorm) 또는 기타 上位的 州法の 州憲法에의 一致性(Vereinbarkeit)與否를 다룰 수 있다. 이

---

132) VfGH Bay 27, 14; VfGH Bay, Bay VBI. 1976, 205(206).

133) C.Koch, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1981, S. 87; 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.

경우 그것이 形式的 法律인지 또는 法規命令 또는 條例(Satzung)인지는 크게 문제되지 않는다.

#### 4. 「노드라인 베스터팔렌」州

노드라인 베스터팔렌州의 州憲法 제50조에 규정한 州法上的 憲法訴願은 모든 州法(Landesrecht)에 대하여 제기할 수 있다. 州法에는 형식적 의미의 州法律과 州의 法規命令<sup>136)</sup> 이 포함된다.

#### 5. 「라인란트 팔츠」州

라인란트 팔츠州는 州憲法 제130조 제1항에 의거 모든 공법상의 단체는 법률 또는 헌법기관의 행위가 위헌인지의 여부에 대하여 州憲法裁判所に 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 州憲法裁判所는 立法下作爲(gesetzgeberisches Unterlassen)도 헌법소원의 대상이 되는 것으로 보았다.<sup>138)</sup>

---

136) Vgl. VfGH NrW, OVGE 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.).

## 6. 「자르란트」州

자르란트州의 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 法律(Gesetz)에 대하여 헌법 소원을 제기할 수 있다. 學說<sup>139)</sup>은 州政府의 법규명령도 헌법 소원의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 따라서 州憲法 제123조에서 규정한 ‘法律’은 實質的 意味의 法律概念을 채택한 것이라 할 수 있다.<sup>140)</sup>

### II. 參加能力(Beteiligungsfähigkeit)

州法上的 憲法訴願節次에 있어 訴願提起者能力(Beschwerdeführerfähigkeit)과 기타의 參加權(Beteiligungsrecht)은 구별되고 있다. 연방 헌법재판소법은 물론 주헌법과 주헌법재판소법에서도 참가 능력에 관하여 일반적 규정을 두지 않고 있다. 소원제기자능력이라는 용어 대신에 申請適格(Antragsberechtigung)이라는 용어를 쓰는 것이 보통이나,<sup>141)</sup> 헌법소원의 許容性의 요건으로서 논의되는 申請資格(Antragsbefugnis)과 구분하기 위하여 本稿에서는 소원제기자능력으로 표기하기로 한다.

---

139) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, S. 135, 149; W. Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 279 Fn. 80.

140) W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 342.

141) Vgl. W.Hoppe, Verfassungsbeschwerde, S. 292; W.Litzenburger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S. 348.

## 1. 訴願提起者能力

바이에른, 브레멘과 라인란트 팔츠 등의 州에서는 州法上の 憲法訴願의 소원제기자능력을 모든 公法上の 法人에 대하여 지방자치단체 또는 지방자치단체연합인지의 여부와 관계없이 인정하고 있으나, 바덴 뷁르템베르크, 노드라인 베스트랄렌 및 자르란트 등의 州에서는 지방자치단체와 지방자치단체 연합에 대해서만 인정하고 있다.

## 2. 節次補助參加適格

바이에른州的의 민중소송절차, 노드라인 베스트랄렌州와 자르란트 州憲法上の 憲法訴願節次를 제외한 다른 州들에 있어서는 위에서 본 소원제기자 능력이 있는 자 외에도 기타 법인, 헌법기관 또는 보조기관에게도 단순한 청문의 단계를 넘는 정식적 방법에 의한 參加(Beteiligung)를 인정하고 있다.

예컨대 바덴 뷁르템베르크州에서는 국가법원법 제44조에 열거하고 있는 헌법기관과 자치행정단체(Selbstverwaltungskörperschaft)를 州法上の 지방적 規範統制節次에 참가시키고 있다. 국가법원법 제48조 제2항은 자치행정단체를 명시적으로 지방적 團體(Körperschaft)로 지칭하고 있지 않기 때문에 目的 團體(Zweckverband)역시 自治行政團體에 포함되는 것이라 할 수 있다.



### III. 訴訟能力(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 헌법 소원과 관련하여 위에서 상세히 고찰하였으므로 여기서 상술은 생략하기로 한다.

### IV. 申請適格(Antragsbefugnis)

申請適格은 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의한 지방자치단체의 헌법 소원에 있어 訴願適格과 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 規範 내지 기타의 高權行爲의 違憲性의 여부에 대하여 헌법 쟁송 절차에서 주장할 수 있는 능력을 말한다.

#### 1. 主張責任의 對象

(1) 바덴 뷚템베르크 州憲法 제76조에 의하면 지방자치단체

또는 지방자치단체 연합은 州憲法 제71조 내지 제75조의 규정이 침해되었음을 주장하는 것으로 족하다. 주헌법은 주장 책임에 관하여 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 자치 행정권의 침해 외에도 委任行政에 관한 州憲法 제71조 제3항, 제73조 제1항, 제75조의 규정이 침해된 경우에도 소원을 제기할 수 있다. 이와 같이 신청 적격이 확대되는 것은 自己의 權利侵害의 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) 바이에른州에서는 법률의 위헌성 또는 기본권을 불용적으로 제한하는 명령의 위헌성을 주장하는 누구에게나 신청적격이 인정된다.<sup>142)</sup> 따라서 민중소송의 허용성은 쟁송대상이 된 법률의 基本權違背性(Grundrechtswidrigkeit)에 좌우된다. 여기서 신청적격과 관련하여 신청제기자의 관련성이 요구되는지 문제되면, 주헌법재판소의 종전의 판례<sup>143)</sup>는 關聯性(Betroffenheit)이 요구되지 않는 것으로 보았으나, 최근의 판례<sup>144)</sup>에서는 지역의 경계를

---

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).

제한하는 신편입법과 관련하여 그 신편입법에 의하여 지방자치단체의 법적 지위가 어느 범위까지 침해되었음을 지적하여야 한다고 판시하여 종전 판례와 모순되는 입장을 취하고 있다. 그러나 民衆訴訟의 本質은 自己의 關聯性이 없음(Entbehrlichkeit)을 특징으로 하기 때문에 지방자치단체의 민중소송 절차의 허용성은 關聯性의 언급과는 무관하다고 할 수 있다.

(3) 브레멘 州憲法 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 申請이 연방 헌법상 문제이거나 都市自治團體(Stadtgemeinde)의 地方議會(Kommunalvertretung)의 내부적 組織, 즉 지방 헌법적 분쟁에 대하여는 관할권이 없다. 브레멘州에 있어서의 신청 적격은 다른 州의 경우와는 자치 행정권의 침해에 대한 주장은 물론 쟁송 대상인 법률에 의하여 자기의 권리 관계의 關聯性의 주장을 요구하는 것도 아니다.

(4) 노드라인 베스트팔렌州에 있어서 신청 적격은 주법이 자치행정권에 관한 헌법 규정을 침해하였음을 주장하는 대에 인정되므로, 여기서 신청 적격은 연방헌법재판소법 제91조 제1문에 의한 訴願適格(Beschwerdebefugnis)과 같은 것을 의미한다.

이와 같이 신청 적격은 자치 행정권 침해에 대해서만 인정되고 있기 때문에 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합은 위임행정에 관한 주헌법 제78조 제3항의 규정이 침해되었음을 이유로 하여

헌법 소원을 제기하지 못한다.

(5) 라인란트 팔츠州에 있어서 신청 적격은 그의 권리가 침해되었다고 믿는 (주장하는) 모든 공법상의 단체에게 인정된다. 여기서 헌법위배성의 주장과 자기의 권리침해의 주장은 서로 구분되어야 한다. 州憲法 제130조 제1항에서 말하는 권리는 소원 신청을 하는 단체의 본지료가 책무에서 나오는 것만을 의미하며, 따라서 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 州憲法 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) 자르란트州의 주헌법 제123조와 헌법재판소법 제55조 제2항은 訴願適格에 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 自己 聯關性을 주장하여야 한다.

## 2. 主張責任의 範圍

---

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 違憲性(Verfassungswidrigkeit)과 自己의 權利侵害(eigene Rechtsbeeinträchtigung)를 요구하는 경우(노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠州, 자르란트州와 憲法侵害(Verfassungsverstoß)만을 요구하는 경우(바덴 뷔르템 베르크州, 바이에른州)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 許容性은 主張(Behauptung)에 좌우되는 것이다. 訴願의 許容性만으로 소원제기자가 정립하는 主張의 理由性(Begründetheit)이 좌우되는 것은 아니지만, 주장되어야 하는 것은 반드시 주장할 필요가 있는 것이다.

다른 측면에서 헌법재판소는 신청 적격을 사실상 인정하기 어렵게 하는 단순한 口頭主張(Verbalbehauptung)에 맞고할 수는 없는 것이다.

따라서 헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원의 경우와 마찬가지로 주법상의 헌법 소원의 경우에도 적절하지 않은 언급이라도 위헌성의 언급이 있어야 하며, 필요에 따라서는 자기

의 권리침해를 주장할 것이 요청되는 것이라 할 수 있다.

이하 주장 책임의 범위에 대해서 ① 自治行政權違背性(Selbstverwaltungsrechtswidrigkeit)의 主張, ② 自己의 權利侵害(Rechtsbeeinträchtigung)의 主張으로 구분하여 살펴보기로 한다.

### (1) 自治行政權違背性的의 主張

구체적인 경우에 있어 主張責任(Behauptungslast)의 범위는 自治行政規定의 規範領域(Normbereich)과 적극적인 保障內容(Gewährleistungsinhalt)을 주의 깊게 구분하여야 결정할 수 있다. 규범 영역은 헌법 규정에 의거 직접적으로 보장된 權限領域과 보장된 自己責任(Eigenverantwortung)의 범위를 판단하게 한다. 법률이 그러한 규범 영역에 대하여 침해적으로 규율하는 경우 당해 법률의 違憲性的의 가능성이 언제나 있게 되지만, 이에 대하여 법률이 그러한 규범 영역의 범위밖에 있는 위임사무에 관하여 규율하는 경우에는 당해 법률의 憲法侵害(Verfassungsverstoß)의 문제는 없다.

憲法裁判所가 신청 적격의 요건을 심사함에 있어서 입법기관이 규범 영역에 대한 규율과 관련하여 입법권의 범위를 일탈한 것 인지의 여부는 문제되지 않으며, 따라서 規範領域에 소극적으로 관련되는 規範의 존재만으로 이미 自治行政權의 침해의 가능성은 이유 있게 되는 것이다. 그러므로 여기서는 州憲法상의 自治行政保障에 관한 규범 영역의 내용을 구체적으로 언급할 필요가 있다.

州法上の 自治行政權의 보장도 基本法 제28조 제2항의 경우와

같이 때문에 그 내용은 ① 制度的 權利主體保障(Rechtssubjektsgarantie), ② 客觀的 法的地位保障(Rechtsstellungsgarantie), ③ 主觀的 法的地位保障으로 나눌 수 있다. 이중 주관적 법적 지위는 州憲法상의 헌법 소원의 제기와 관련하여 명문으로 규율하고 있기 때문에 여기서는 論外로 한다.

### ① 權利主體性的의 保障

모든 州의 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 存續保護(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 充足性(Ausgefülltheit)의 원칙에 적응하기 위한 것이고 또 폐지되었거나 변경된 區域存續(Gebietsbestand)에 대하여 새로운 지방자치

---

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).

단체를 형성하기 위한 것이어야 한다.

자치행정을 위한 區域의 의의라는 점에서 보면 주헌법상의 보장은 相對的 區域保護(Gebietsschutz)라고 할 수 있다.

지방자치단체연합의 경우도 相對的 存續保護(Bestandschutz)와 區域保護(Gebietsschutz)를 향수한다. 헌법상 보장된 자치 행정권의 保護效力(Schutzwirkung)과 保障效力(Garantiewirkung)은 오로지 지방자치단체 연합의 存在(Existenz)에 좌우될 수밖에 없는 것이다. 모든 지방자치단체연합은 제도적 보장과 관계없이 存續保護(Bestandsschutz)를 향수한다.

## ② 地方自治團體의 法的地位의 保障

지방자치단체의 전권능성과 관련하여 주헌법은 기본법 제28조 제2항 제1문의 경우와는 상당한 차이가 있는 규율을 하고 있다. 바덴 뷔르템베르크州, 노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠州의 州憲法은 구역과 관련된 지역적 행정의 主體(Träger)라고 규율하고 있다.<sup>148)</sup> 자르란트州의 州憲法 제117조 제2항에 의하면 지방자치단체는 지역사회의 모든 공법적 책무를 처리할 권한을 갖는다. 바이에른주의 주헌법 제11조 제2항 제2문은 그의 고유한 사무에 관한 지방자치단체의 자치행정권을 보장하면서, 州憲法 제83조 제1항에서는 지방자치단체의 관할 사무에 대하여 상세한 목록 규정을 하고 있다.

위에서 예시한 바와 같이 주헌법은 自治行政權의 보장에 관하

---

148) Art. 71 Abs. 2 S. 1 bayLV; Art. 78 Abs. 2nrwLV; Art. 49 Abs. 1 S. 1 rh-phLV.



여 상이한 규정을 두고 있긴 하지만, 지방자치단체에게 그의 관할 영역에 속하는 地域社會(ortlichen Gemein- schaft)의 공법적 사무의 처리를 보장해 주고 있다.

지방자치단체의 自己責任性에 관하여도 주헌법은 기본법 제28조 제2항과는 다른 표현을 하고 있다. 바덴 뷔르템베르트州憲法 제71조 제1항 제2문, 라인란트 팔츠 州憲法 제49조 제1항 제1문, 자르란트 州憲法 제117조 제3항은 지방자치단체는 그의 事務를 자기의 책임(in eigene Verant- wortung)하에 처리한다고 규정하고 있으나, 바이에른州헌법 제11조 제2항 제2문은 지방자치단체는 그의 사무를 스스로 규제하고 처리한다고 규정하고 있다. 노드라인베스트팔렌州憲法 제78조 제1항은 자치행정의 보장이라고만 규정하면서 감독권을 法道合性統制(Rechtsmäßigkeitsskon- trolle)에 국한시킴으로서 自己責任性(Eigenverantwortig- keit)의 本質은 국가의 감독지시로부터 자유로운 사무 처리에 있음을 보여주고 있다.

州의 영역에 있어서도 지방자치단체의 자기책임성은 高權들의 집합을 의미한다. 여기서 高權은 내재적 및 입법형성적 제한에 의존되지 않는 내용의 것을 말한다. 왜냐하면 고권의 보장을 전제로 자치행정권에 위배되는 침해의 가능성이 존재하며, 이 경우 소원 적격이 긍정되어야 하기 때문이다. 州法上의 자치행정보장에 대한 침해가 사실상 존재하는지에 대하여 憲法裁判所는 理由性審査(Begründetheitsprüfung)의 범위 내에서 판단하게 된다.

자기 책임성의 내용으로서 高權은 ① 計劃高權, ② 地域高權, ③ 組織高權, ④ 人事高權, ⑤ 條例高權, ⑥ 財政高權이 있으며, 이에 관하여는 基本法상의 자치 행정권의 보장과 관련하여 이미

상술하였기 때문에 여기서는 논외로 한다. 高權중에서 州憲法은 특히 財政高權(Finanzhoheit)에 관하여 구체적 규정을 두고 있다.<sup>149)</sup>

### ③ 地方自治團體聯合의 法的地位의 保障

지방자치단체의 경우와는 달리 지방자치연합의 권한영역에 대하여 바덴 뷔르템베르크州, 라인란트 팔츠州, 자르란트州의 州憲法은 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 지방자치 단체의 사무에 대하여 주법은 일정한 사무를 유보시켜 인정하는 것은 아니지만 효과적 자치행정을 가능하게 하는 자치행정 사무가 보장되어야 하는 점에 대해서는 의문이 없다. 그러므로 지방자치단체연합은 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.

---

149) 예컨대 바이에른 州憲法 제81조 제2항, 자르란트 州憲法 제119조 제1항.

## (2) 自己의 權利障害의 主張

바덴 뷔르템베르크州, 바이에른州 및 브레멘州의 경우 지방자치단체와 지방자치단체 연합은 지방적 헌법 쟁송 절차에서 自己의 關聯性(Betroffenheit)없어도 소원 제기를 할 수 있으나, 노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠 州 및 자르란트 州의 경우에 신청 적격은 자기의 권리 침해가 가능한 때에 인정된다. 라인란트 팔츠 州 및 자르란트州의 지방적 단체는 법률 또는 헌법기관의 행위<sup>150)</sup>에 의하여 그의 자치 행정권이 침해되거나<sup>151)</sup> 침해되었음을<sup>152)</sup> 주장하여야 한다. 州法上 규정되고 있는 ‘權利侵害(Rechtsverletzung)’는 위법한 자치 행정권의 침해를 의미하는 것이 보통이다.

州法上の 헌법 소원에 있어서는 自己關聯性(Selbstbetroffenheit), 現在性(Gegenwärtigkeit)의 要求와 이들과 法律과의 連繫(Verknüpfung)는 구별되어야 한다.

### ① 自己의 自治行政權의 關聯性

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.

---

150) Art. 130 Abs.1 rh-pfLV.

151) Art. 130 Abs.1 rh-pfLV.

152) Art. 123 saarLV, § 55 Abs. 2 saarVfGHG.

예컨대 라인란트 팔츠州的 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 자르란트州 憲法裁判所<sup>154)</sup> 역시 다른 團體 (Körperschaft)의 編入(Neugliederung)을 규율한 법률 및 그 편입 조치가 소원제기자의 구역 변경에 직접적인 효력을 발생하지 아니한 경우에 제기된 헌법 소원에서도 自己聯關性을 부인하였다.

## ② 聯關性의 現在性

노드라인 베스트팔렌州的 헌법재판소의 경우를 제외하고 다른 州의 헌법재판소는 현재의 관련성이 필요하다는 점을 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 過去에 있어서의 효력 또는 장래에 있어서의 효력은 申請適格(Antragsbefugnis)의 連結點이 되지 못한다. 현재

---

153) VfGH Rh-Pf, AS 12, 239.

154) VfGH Saar, DOV 1976, 247.

성은 법규의 일반적 효력에 의존된다. 현재성은 법규의 公表(Verkündung)에 의하여 시작되는 것이 아니라 법규의 효력발생으로부터 시작된다. 다만 新編入法에 의거 폐지되는 지방자치단체가 그에 대하여 신편입법의 시행일 이전에 미리 제기하는 헌법 소원의 경우에는 허용성이 인정되어야 할 것이다.<sup>155)</sup> 당해 법률이 시행되어 당해 지역단체가 폐지된 이후에 제기하는 쟁송으로는 불이익 없이 원상회복이 불가능하기 때문이다. 이미 실효된 법률에 대한 헌법 소원의 경우에는 신청 적격이 인정되지 않는다.

### 第 3 項 地方自治團體와 地方自治團體聯合의 訴訟法上的의 地位

#### I. 訴訟代理

노드라인 베스트랄렌州와 자르란트州를 제외한 다른 州에서는 주법상의 헌법 쟁송 절차와 관련하여 소송 대리를 인정하지 않고 있다. 따라서 對外的代表(Anßenvertretung)로 임명된 地方機關(Kommunalorgan)의 관여 하에 직접 소송 행위를 하고 또 절차법상의 의사표시를 하여야 한다. 노드라인 베스트랄렌州의 경우 지방자치단체와 「란트크라이스」에 대하여 구두 변론에서 소송 대리를 인정하고 있으며, 자르란트州의 경우는 지방자치단체와 「란트크라이스」 및 都市聯合(Stadtverband)인 자르브뤼켄은 구두변

---

155) Vgl. W. Litzénbrüger, Die kommunale Verfassungsbeschwerde, S 410.

론에서 물론 소원 제기에 있어 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>156)</sup>

한편 모든 州節次法<sup>157)</sup>에서는 소송 대리 능력 있는 사람의 범위를 규정했으며, 따라서 사물 적합한 보고 능력이 있고, 權利諮問法(Rechtsberatungsgesetz)이 규정하고 있는 他者の 권리 관계가 아닌 사안에 대하여 업무에 적합하게 특별한 허가 없이 대리할 수 있는 한 그 대리인에 의한 소송행위는 허용된다.

州法上の 憲法訴願에서도 독일 법원에 등록된 변호사와 독일 대학의 법률학 교수는 누구나 지방자치단체 또는 지방자치단체연합의 소송 행위를 대리할 수 있다.

바덴 뷔르템베르크州, 노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠州 및 자라란트州에서는 당해 자치단체의 공무원중에서 法官職의 資格이 있는 者에게 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>158)</sup> 바덴 뷔르템베르크州에서는 判事에게도 소송 대리를 인정하고 있다.<sup>159)</sup>

라인란트 팔츠州의 경우를 제외하고 다른 州에 있어서는 訴訟代理權(Prozeßvollmacht)에 대하여 주헌법재판소 또는 국가법원에 書面形式(Schriftform)을 취하여 증명하도록 요구하는 것이

---

156) 자르란트헌법재판소법 제15조 제1항 제2문, 제56조 제1항 제1문.

157) 바덴 뷔르템베르크州의 국가법원법 제14조 제1항; 바이에른州의 헌법재판소법 제14조 제1항 제1문; 브레멘州의 국가법원법 제6조 제4항; 노드라인 베스트팔렌州의 헌법재판소법 제18조 제1항; 라인란트 팔츠州의 헌법재판소법 제15조 제1항; 자르란트州의 헌법재판소법 제15조 제1항.

158) 바덴 뷔르템베르크州의 舊國家法院法 제14조 제1항 제3문 제3호; 자르란트州의 헌법재판소법 제15조 제1항 제4문; 라인란트 팔츠州의 헌법재판소법 제15조 제1항; 노드라인 베스트팔렌州의 헌법재판소법 제18조 제1항 제3문.

159) 바덴 뷔르템베르크州의 舊國家法院法 제14조 제1항 제3문 제3호.

보통이다. 경우에 따라서는<sup>160)</sup> 관계인의 요구에 따라 공증된 형식을 취할 것을 요구하는 경우도 있다.

## II. 記錄閱覽權(Akteneinsichtsrecht)

모든 州에 있어서는 소송관계인으로서의 지방자치단체와 지방자치 단체 연합에게 구체적인 절차에 관련된 記錄의 閱覽을 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. 證據採擇(Beweisaufnahme)

주헌법재판소의 심리 절차에는 職權調查主義(Untersuchungsgrundsatz)가 적용된다. 따라서 헌법재판소는 진실의 규명을 위하여 필요한 증거를 관계인의 증거신청에 관계없이 조사할 수 있다. 그러나 이는 관계인의 증거신청을 부인하는 것은 아니

---

160) 예컨대 바덴 뷔르템베르크州的 舊國家法院法 제14조 제2항; 바이에른州的 헌법재판소법 제14조 제1항 제2문; 노드라인 베스트팔렌州的 헌법재판소법 제18조 제2항 제1문.

며, 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 審問에 관하여 민사소송법상의 그에 관한 규정이 적용된다.

증거 채택은 구두 변론에서 행하는 것이 원칙이며, 그 외의 경우에는 헌법 재판소의 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. 口頭辯論(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. 바이에른州, 노드라인 베트팔렌州, 자를란트州의 헌법재판소는 허용되지 않는 헌법소원신청 또는 명백하게 이유 제시가 없는 헌법 소원 신청에 대해서는 구두변론없이 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.



州憲法裁判所는 소원 절차의 관계인을 구두 변론에 소환하며, 소환 기일은 2週이다. 그리고 기타 관계인도 구두변론절차에 참가할 수 있다. 구두 변론은 신청인 또는 기타의 관계인이 적법한 召喚(Einladung)에도 불구하고 출석하지 않거나 대리인에 의하여 대리되지 않은 때라도 행하여진다.

#### V. 不公正의 憂慮를 理由로 한 裁判官忌避

브레멘州의 국가법원법(Staatsgerichtshofgesetz)의 경우를 제외하고 다른 州에 있어서는 모든 절차법은 不公正(Befangenheit)의 우려를 이유로 한 裁判官忌避(Richterablenkung)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.

忌避申請에 대하여는 기피된 재판관의 공적 해명을 들은 후에 그 재판관을 배제한 채 결정한다.

#### 第 4 項 地方自治團體의 憲法訴願과 州法上の 憲法訴願과의 關係

연방 헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원과 주헌법재판소에 제기하는 지방자치단체의 헌법 소원에 있어서는 補充性

의 원칙이 적용되기 때문에 지방자치단체는 주법에 근거하여 주헌법재판소 또는 國家法院(Statsgerichtshof)에 헌법 소원을 제기 할 수 있을 때에는 연방 헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(1) 바덴 뷔르템베르크州에서는 지방자치단체의 헌법 소원과 주법상의 헌법 소원과의 차이는 절차 대상에 두고 있다. 즉, 연방 헌법재판소법에 의하면 소원 대상에는 법규명령도 포함되지만, 주헌법은 법규명령을 헌법소원의대상에 서 제외시키고 있다. 따라서 바덴 뷔르템베르크州의 지방자치단체 또는 「란트크라이스」는 기본법 제28조 제2항에서 보장한 자치 행정권이 州의 法規명령에 의하여 침해되었을 때에는 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하여야 한다.<sup>161)</sup> 이 경우에는 연방 헌법재판소 상의 보충성조항은 적용되지 않는다.

(2) 바이에른州의 경우 민중 소송 절차에 있어 연방 헌법재판소법 상의 보충성조항이 적용되는지의 문제는 헌법 소원의 허용성의 판단 기준과 관련하여 매우 중요하다. 주헌법 제98조 제4항의 해석에 의하면 지방자치단체는 자치행정권이 기본권 또는 기본권에 유사한 권리도 아니기 때문에 民衆訴訟(Popularklage)을 제기하

---

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.

지 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, 바이에른州 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 지방자치 단체 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.

(3) 브레멘의 경우 지방자치단체는 자치 행정권을 침해하는 법률과 법규명령에 대하여 헌법 소원을 제기할 수 있으므로, 연방헌법재판소에 헌법 소원을 제기하지 못한다.

(4) 노드라인 베스트팔렌州의 지방자치단체는 주헌법 제78조에서 규정한 자치 행정권의 침해를 주장하는 주법상의 헌법소원을

---

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.

주헌법재판소게 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 팔츠州的 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) 자르란트州的 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 주헌법재판소법상의 보충성 조항이 경합되는데, 이 경우 어느 것을 적용할 것인가가 문제되지 않을 수 없다. 그런데 주헌법 제123조에서는 자치 행정권을 침해할 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 규정된 보충성 조항에 근거하여 당해 소원 신청을 각하 하여야 하는 것이다.<sup>163)</sup>

## 第 5 項 州法上的 假處分

바덴 뷔르템베르크州, 노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠州 및 자르란트州의 절차법은 가처분에 관한 연방 헌법재판소법 제32조의 규정과 유사한 가처분에 관한 규정을 두고 있어, 州法上的 지방자치단체의 헌법 소원에도 가처분이 인정되는 것이라 할 수 있다. 바이에른州의 절차법은 假處分에 관한 규정을 두지 않고 있으나, 州憲法裁判所令 제26조는 本令에 가처분 절차에 관한 규정이 없을 때에는 行政法院法(Verwaltungsgerichtsordnung) 및 民事訴訟法(Zi- viprozeßordnung)의 관계 규정을 보충적으로 적용한다고 규정하였고, 주헌법재판소는 1947년의 판결<sup>164)</sup>에서 주헌법재판소가 가처분을 명하는 권한이 있음을 긍정하였고, 그 이후 民衆訴訟節次와 관련하여서도 行政法院法 제123조<sup>165)</sup> 또는 제47조 제47조

---

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.

164) VfGH Bay 1, 1(15ff.).

165) VfGH Bay 25, 83(87.).

제7항<sup>166)</sup>을 類推適用하여 假處分을 인정하였다.<sup>167)</sup>

브레멘의 제1조는 본령에 규정이 없는 절차에 대해서는 행정법원법의 관계 규정을 적용한다고 규정하고 있으므로 행정법원법 제123조를 적용한 가처분이 가능하다고 할 수 있다.

## I. 假處分の 形式的 要件

바이에른州, 브레멘州, 라인란트 팔츠州 및 자르란트州에서는 관계인의 신청에 근거해서만 가처분을 할 수 있으나, 바덴 뷚템베르크州와 노드라인 베스트팔렌州의 헌법재판소는 직권으로 가처분을 발할 수 있다.

바덴 뷚템베르크州, 라인란트 팔츠 및 자르란트州는 繫屬중인 헌법소원 절차의 범위 내에서 관계인의 신청 또는 헌법재판소의 職權으로 假處分을 발할 수 있다.

바이에른州와 브레멘州의 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.

---

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).

假處分은 申請適格이 있는 者, 즉 본안 사건 절차에 관계인이거나 또는 본안 사건이 아직 계속되지 않은 때에는 적어도 신청 적격 내지 참가 적격이 있는 자가 신청할 수 있다. 모든 州法上的의 假處分의 許容성은 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 가처분결정에 의하여 방지하고자 한 중대한 손해를 방지할 수 있을 때에는 가처분이 인정되지 않는다.

假處分의 경우에도 가처분의 일반적 許容性要件(Zulässigkeitsvoraussetzung)을 충족하여야 한다.

## II. 假處分의 實體的 要件

州法上的의 지방자치단체의 헌법소원과 관련한 假處分(einstweilige Anordnung)의 實體的 要件(materielle Voraussetzung)에 대해서 바덴 뷚르템 베르크州, 노드라인 베스트팔렌州, 라인란트 팔츠州 및 자르란트州에서는 중대한 손해의 방지, 위협적 강제의 방지, 공공복리를 위한 기타 事由 등을 이유로 가처분이 긴급히 필요할 때로 하고 있다.

바이에른州와 브레멘州의 경우는 가처분에 관한 聯邦행정법원법 제123조 제1항의 규정을 적용하지만, 이는 州節次法(Landesverfahrensgesetz)과 연방헌법재판소법 제32조에 규정한 假處分事由(Anordnungsgründe)와 구별되는 것은 아니다.

따라서 만약 소원 대상인 법규가 후에 행하여지는 본안사건절차

에 무효로 선언될 수 있게 되는 경우에도 가처분이 인정되지 않는다면, 당해 법률의 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 법률의 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 新編入法(Neugliederungsgesetz)이 자치 행정권을 침해하였음을 이유로 한 州法上의 지방자치단체의 헌법 소원과 관련하여 신청된 가처분에 대하여 법률집행 그 자체의 정지 또는 몇 개의 관련규정의 효력정지를 중심으로 판단하였으나, 各州의 판례의 견해는 일치되지 않고 있다. 예컨대 바덴 뷔르템베르크州的 국가법원과 노드라인 베스트팔렌州的 헌법재판소는 새로 편입 또는 흡수되는 자치단체의 중요한 特殊性에 착안하여 新編入法의 전면적 효력 정지를 假處分으로 인정한 바 있다.<sup>168)</sup> 그러나 대부분의 다른 州헌법재판소는 新編入法과 관련하여 법률의 집행 정지의 例外的性格과 법률 집행과 관련된 損害를 요건으로 하면서 假處分을 인정하지 않고 있다.<sup>169)</sup>

---

168) ESVGH 25, 31 ff.

169) W.Litzenburger, Die kommuanle Verfassungsbeschwerde, S. 503f.



## 第 4 節 結論: 地方自治團體의 憲法訴願制度의 導入必要性

### I. 概說

(1) 헌법 제111조 제1항 및 헌법재판소법 제2조는 헌법재판소의 관장 사항으로 ① 법원에 제청에 의한 법률의 위헌여부심판, ② 탄핵의 심판, ③ 정당 해산 심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판, ⑤ 법률이 정하는 헌법 소원에 관한 심판을 규정하고 있다. 이와 같은 헌법소송 중에서 憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)은 헌법 수호의 기능과 개인의 기본권 보장의 기능도 함께 한다는 점에서 憲法裁判의 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.(憲裁法 제68조 제1항, 제75조). 그러나 憲法은 물론 憲法裁判所法 역시 독일의 基本法 제93조 제1항 제4b호 및 연방헌법재판소법 제91조에서 규정하고 있는 의미에서의 지방자치단체 또는 지방자치단체의 헌법 소원을 인정하지 않고 있다.

---

170) 李時潤, 憲法裁判과 立法統制, 考試研究, 1991년 8월호, 17면.

(2) 지방자치권을 침해할 이유로 하는 지방자치단체의 헌법 소원을 제도적으로 인정할 것 인지의 문제는 입법정책적 문제이지만, 자치제도가 제대로 시행된 바 없는 憲政史를 고려해 보면 自治制度의 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. 地方自治의 制度的 保障

현행 헌법 제117조 제1항은 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 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 自治機能保障, ② 自治團體保障, ③ 自治事務의 保障 등을 본질적인 것으로 한다.<sup>171)</sup> 지방자치단체의 자치 기능에는 지방자치단체나 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 자신의 고유의 책임으로(固有責任性)<sup>172)</sup> 자치사무를 처리할 自治權 또는 自治行政權이 포함된다. 自治權이 범위에 대해서 그것을 自治高權으로 보면서 地域高權(Gebietshoheit), 人事高權(Personalhoheit), 財政高權(Finanzhoheit), 計劃高權(Planungshoheit), 組織高權(organisationshoheit), 租稅高權(Fina

171) 許營, 韓國憲法論, 박영사, 1991. 782면 이하.

172) 洪井善, 地方自治法論, 법영사, 1991, 60면.

anzhoheit), 條例高權(Satzungshoheit) 등으로 구분하는 學者<sup>173)</sup>도 있다.

自治團體保障은 지방자치단체의 존속 보장을 의미하므로 모든 지방자치단체를 폐지하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 지방자치단체의 數를 조정하기 위한 법률에 의한 구역의 변경으로서 廢置·分습이나 警戒變更은 가능하다. 廢置·分습은 ① 하나의 지방자치단체를 둘 이상의 지방자치단체로 나누는 分割, ② 하나의 지방자치단체의 일부를 나누어 새로운 단체를 설립하는 分立, ③ 둘 이상의 지방자치단체를 합하여 하나의 단체를 설립하는 新設併습, ④ 지방자치단체를 다른 단체에 廢止·吸收시키는 編入 또는 吸收併습이 있다.<sup>174)</sup>

自治事務에 대하여 憲法은 ‘주민의 복리에 관한 사무’, ‘재산의 관리’라고 하고 있으나, 이는 매우 포괄적인 사무를 보장해 주는 것을 의미한다. 따라서 지방자치단체는 자치사무에 관한 全權能性(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.

---

173) 許營, 韓國憲法論, 783면.

174) 石琮顯, 一般行政法(下), 삼영사, 1991, 161면.

175) 同旨, 洪井善, 前掲書, 59면.

### Ⅲ. 地方自治團體의 憲法訴願制度的 導入必要性

(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. 國會立法의 原則을 채택하고 있는 현행 헌법하에서 국가기관이던 지방자치단체이던 그의 권한은 모두 형식적 법률에 의하여 규율될 수밖에 없기 때문이다. 따라서 법률에 의한 지방자치단체의 자치 행정권의 침해 문제와 상급지방자치단체의 자치입법권행사에 의한 하급지방자치단체의 자치 행정권의 침해 문제는 한국의 경우에도 충분히 예상할 수 있으며, 이러한 문제에 대처하기 위해서는 지방자치단체가 그의 자치행정권의 침해를 이류로 하여 위헌적인 법률과 위헌적인 법규명령 및 위헌·위법적인 자치법령의 효력을 다룰 수 있게 하는 헌법 소원 제도의 도입이 필요하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 地方自治團體의 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, 자치사무보

장 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 헌법재판소의 관장 사무를 규정한 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제2조의 개정이 선행되어야 하므로 헌법개정 또는 입법 개정을 촉구하는 것으로 결론에 갈음하기로 한다.

## 参 考 文 献

- 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.
- Bettendrmann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze K.A. zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Verwaltung, Beiträge zu

- Art. 19 IV, 93, 100 des GG, §§90-95 des Bundes-Verfassungsgesetzes 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. Rechtsprechung 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 Verfahrensorten, JA 1980, 17ff.
- Clemens, T. Die Verfassungsgarantie der kommunalen

- Selbstverwaltung im Vorbild der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts (I)(II), Der Städtetag 1986, 258ff., 319ff.
- Detterbeck,S. Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatyverfassungsbeschwerde 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 Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band, Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976.
- Friesenhahn, E. Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Starck, C.(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesety, 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 Rechts- sprechung 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  
Landesverfassungs- gerichtsbarkeit und ihre Entwicklung  
auf die Verfassungsordnung, in: Verfassung und  
Verwaltung und Wirklichkeit,  
Festschrift für Herrn Geheimrat Prof. Dr.W.Laforet anlässlich seines 75.  
Geburts-  
tages, 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 Selbstverwal-

- tungskörperschaften 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 Rechtsgrundlage, 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 Rechtssprechung 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. Komunale 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, Gesschichte, 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, Rechtsprechungskommentar, Köln-Marienburg 1968.

- Litzenburger, W. Die kommunale Verfassungsbeschwerde in Bund und Ländern, Diss., Mainz 1985.
- Maunz/Schmidt- Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar , C.H.Beck, München 1987.
- Meyer, W. Kommentar zu Art. 93  
in: Ingo von Münch(Hrsg.),Grundgesetz-Kommentar, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1983, 516ff.
- Mitteilung-Das BVerfG: Zahlen und Kammerzuständigkeiten, 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 Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz, 3.Aulf., C.H.Beck'sche Verlagsverhandlung, 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 Bundesverfassungsgerichts 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.
- Siedentopf, 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./ Anatomie eines Neugliederungsverfahrens,  
Bethge, H. dargestellt an der Einkreisung der Stadt Neuss, München  
1977(Studien zum öffent-  
lichen Recht und zur Verwaltungslehre, Band 16).
- Stier, B. Funktionalreform und kommunale Selbstve-  
rwaltung, Göttingen 1980(Schriftenreihe des De-  
utschen 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  
Bundesverfassungs- gerichts im  
Verfassungsbeschwerde-Verfahren, in: Verantwortlichkeit  
und Freiheit,Festsch-  
rift für W.Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, 762ff.
- Tüttenberg, H.P. Die einstweilige Anordnung im verfass-  
ungsgerichtlichen Verfahren, Diss., Mainz 1968.
- Unruh, G.C.v. Gebiet und Gebietskorperschaften als  
Organisationsgrundlagen nach dem Gru-  
ndgesetz 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, Oranisations- 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.



## 研究者略歷

### (金元主)

서울 大學校 法科大學 卒業(法學士)  
釜山大學校 大學院 法學科 碩士過程 卒業(法學科碩士)  
慶北大學校 大學院 法學科 博士課程 卒業(法學博士)  
美國뉴욕주립 大學校 法學大學 客員教授  
日本 京都大學 法學部 客員教授  
독일 슈파이어 行政大學院 客員教授  
現 慶北大學校 法科大學 公法學科 教授  
現 韓國公法學會 會長

### (金雲龍)

考慮大學校 法科大學 卒業  
美國南이리노이大學校 法學碩士  
考慮大學校 法學博士  
江原大學校 教授  
成均館大學校法科大學 教授

### (李光潤)

成均館大學校 法科大學 卒業  
成均館大學校 法學碩士  
프랑스 파리 12大學 法學博士  
法務部 法務諮問 委員會 參事  
地方行政研究所 유럽 駐在研究員  
成均館大學校 法科大學 助教授

### (石琮顯)

中央大學校 法科大學 卒業  
西獨 슈파이어(Speyer)大學 法學博士  
獨逸 튀빙겐(Tübingen)大學校 法學博士  
제19회, 제25회 외무고시시험위원  
제32회 행정고시 시험위원  
제28회, 제31회, 제32회 司法試驗委員  
제7회, 제9회 軍法務官試驗委員  
公認鑑定士試驗委員  
公務員特採·昇進試驗委員  
西獨 BONN大學校 法科大學 客員教授  
獨逸 TUBINGEN大學校 法科大學 客員教授  
現, 檀國大學校 法科大學 教授  
韓國公法學會常任理事