

『보상없는 재산권제한의 한계』와
『국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의』

1997. 11

헌법재판소

헌법재판소에서는 1989년부터 매년 학술단체 등에 연구
용역을 의뢰하여 헌법재판제도에 관한 연구를 하여 왔
습니다. 이 책자는 1997년도 연구계획에 의하여 한국공
법학회로부터 제출받은 연구보고서로서 헌법재판제도연
구에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

지방자치가 본격적으로 확대되고 있다. 지방자치의 확대는 많은 법적 분쟁을 양산하고 있으며, 이에 따라 지방자치단체와 국가와의 분쟁은 적절한 해결을 요구하게 된다.

헌법재판으로서의 권한쟁의심판은 권한의 존부와 그 범위에 관한 다툼을 그 분쟁의 대상으로 하고 있다. 따라서 국가기관과 지방자치단체사이의 권한의 존재여부와 그 행사와 관련된 분쟁은 권한쟁의심판의 대상이 된다. 그러나 국가기관과 지방자치단체사이의 권한의 부존재에 관한 다툼에 대해서는 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는가와 관련하여 논란이 제기되고 있다.

이는 한편으로 권한쟁의심판에 관한 근거규정인 헌법재판소법의 해석과 관련된 문제이면서, 다른 한편으로 헌법재판과 행정소송의 관계에 관한 문제의 성격을 갖는다.

국가작용의 확대는 오늘날 국민들의 재산권에 대한 제약을 야기하고 있다. 국민의 기본권인 재산권은 그러나 정당한 보상하에서만 제약될 수 있으며, 이를 위하여 헌법 제23조 3항은 손실보상에 관한 법률규정을 요구하고 있다. 그러나 실정법 체계에서는 이러한 손실보상에 관한 법률규정이 없는 경우가 존재하며, 이때에는 다른 해결방법을 강구할 것이 필요로 된다.

본 연구는 이러한 두가지 과제를 해결하기 위한 작은 시도로
서 시작되었다. 이 연구를 맡은 공동연구자인 류지태, 신봉기,
이덕인은 자신의 연구과제에서 최선을 다하여 중요한 해결방법
을 제시하려고 노력하였다.

그러나 연구보고서를 제출하는 이 시점에서 돌이켜 볼 때에
많은 미련이 남는 것은 부인하기 어렵다. 그러나 다른 한편으
로 이러한 중요한 연구과제를 수행하면서, 우리 공동연구자들은
현실문제의 해결을 위한 법학의 과제에 대해 절실하게 느낄 수
있었고, 앞으로의 연구방향과 관련하여 많은 것을 정리할 수 있
었다.

끝으로 이 연구과제를 통하여 한국공법학회와 지속적인 관계
를 구축하고 있는 헌법재판소의 지원에 대해 고마움을 전한다.

1997년 11월

연구책임자 유 지 태

목 차

제일편 보상없는 재산권 제한의 한계에 관한 연구

- 이덕연 : 공주대학교 법학과 교수

I. 서론	3
1. 문제의 제기	3
2. 연구의 목적과 범위	7
3. 용어 및 개념 정리	11
(1) 공용침해 - 수용, 사용, 제한	11
(2) 보상없는 「재산권제한」	14
II. 헌법상 재산권보장의 의의와 내용	17
1. 재산권보장의 의의	17
2. 재산권보장의 내용	19
(1) 보장의 대상 - 헌법상 재산권의 개념	19
(2) 구체적인 재산권의 범위	23
(3) 재산권보장의 범위	30
III. 재산권이론체계에 대한 재검토	34
1. 재산권내용규정과 수용의 법제형식상 구별	34
2. 재산권제한유형의 새로운 구별이론	36
-보상의무있는 재산권 내용규정(Ausgleichspflichtige	

Eigentumsinhaltsbestimmung)

3. '단절이론'의 비판적 검토	40
4. 수용유사침해보상이론 도입의 가능성 및 필요성에 관한 논란	46
5. 요점 정리	49
6. 우리 헌법상 검토의 필요성과 도입의 법리적 가능성	51
7. 미국에서의 수용과 손실보상에 관한 판례와 학설의 동향 개요	58
IV. 보상없는 재산권제한의 한계	66
- 재산권형성에 대한 헌법적 지침 및 한계	
1. 개요	66
2. 재산권의 사회적 기속성의 헌법적 의의	67
3. 사회적 기속성의 한계 - 헌법상 이익형량	69
(1) 헌법적 의의	69
(2) 한계설정이론의 비판적 검토	72
(3) 기타 입법형성권의 한계로서 헌법원칙	76
V. 우리나라 현행 재산권제한법제의 현황과 헌법적 평가	80
1. 개요	80
2. 도시계획법상 개발제한구역의 문제	83
(1) 현황 및 문제제기	83
(2) 재산권제한의 한계유월여부	86
(3) 해결 대안	90

3. 경제규제법과 재산권문제	97
VI. 결 론	101
* 별표	103
* 주요 참고문헌	115

제이편 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에
관한 연구

- 유지태 : 고려대학교 법과대학 교수
- 신봉기 : 동아대학교 법과대학 교수

I. 서론	123
1. 연구의 목적	123
2. 연구의 방법 및 범위	126
(1) 연구의 방법 및 범위	126
(2) 우리나라 헌법 및 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 인정범위	127
(3) 주요 외국의 권한쟁의심판제도 인정실태와 내용	129
(4) 세부적 연구내용	131
II. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 인정배경과 인정범위	137
1. 우리나라 제도의 경우	137
(1) 인정배경	137
(2) 적극적 의지에 기한 제도도입	138
(3) 제도도입의 경위	146
(4) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 발생가능성과 쟁의유형	149
2. 인정범위	153
(1) 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의의 본질과 범위	153

(2) 관련규정의 해석문제	175
3. 주요국가의 경우	176
(1) 독 일	176
(2) 오스트리아	200
(3) 스페인	208
(4) 이탈리아	221
III. 권한쟁의심판과 행정소송의 관계	229
1. 개관	229
2. 행정소송 개관	235
(1) 행정소송의 의의	235
(2) 행정소송의 기능	240
3. 권한쟁의와 행정소송과의 관계	241
(1) 개관	241
(2) 권한쟁의와 기관소송	244
(3) 권한쟁의와 항고소송	267
(4) 권한쟁의와 당사자소송	276
IV. 권한쟁의의 인정유형	282
1. 입법례에 비추어 본 권한쟁의의 유형	282
(1) 통합형과 분리형의 구분	282
(2) 통합형과 분리형의 동질성	283
2. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의	287
(1) 적극적 권한쟁의	288

(2) 소극적 권한쟁의	289
V. 권한쟁의심판의 적법요건	292
1. 적극적 권한쟁의의 적법요건	292
(1) 당사자능력과 당사자적격	293
(2) 권한쟁의심판대상인 “처분·부작위”	298
(3) 권한쟁의의 계기인 ‘다툼’의 존재	307
(4) “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”의 의미와 범위 · 316	
(5) 다툼의 대상인 “권한의 존부 또는 범위”의 의미	330
(6) “권한침해·침해위험성”의 존재	333
(7) 청구기간	340
(8) 권리보호이익및 동일사안요건	343
2. 소극적 권한쟁의의 적법요건	344
(1) 당사자능력과 당사자적격	344
(2) 처분·부작위	347
(3) 권한쟁의의 계기로서의 ‘다툼’	347
(4) “헌법상 또는 법률상 권한” 및 그 “권한의 존부 또는 범위” 349	
(5) 청구기간	350
VI. 권한쟁의심판청구의 인용에 있어서 결정주문의 형식	352
1. 외국의 경우	352
(1) 독일	352
(2) 오스트리아	369
(3) 스페인	372

(4) 이탈리아	374
2. 우리나라의 경우	376
(1) 결정의 내용과 유형	376
(2) 주문의 형식	384
VII. 결 론	391

보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구

이덕연(공주대학교 법학과 교수)

I. 서 론

1. 문제의 제기

최근에 서울고등법원(서울고법 특별4부 95구32220)은 한남동 단국대부지와 관련하여 도시계획법 제10조를 근거로 한 도시계획 용도지구변경결정처분무효소송에서 기각결정을 하면서 다음과 같이 실시하였다. 「이 사건 토지를 포함한 위 학교부지는 한강변에서 볼 때 서울시의 경관을 대표할 수 있는 남산과 조망상 일체를 이루므로 서울시민이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 그 경관 유지를 위해 최고고도를 제한해야 할 필요성은 이로 인해 침해받는 개인의 이익보다 결코 적다고 볼 수 없다.」

한편 이른바 ‘그린벨트’와 관련된 판결에서 대법원은 다음과 같은 견해를 보였다. 「도시계획법 제21조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 개발제한구역안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고, 그 한도내에서 일반토지소유자에 비

하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만, “도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시개발을 제한할 필요가 있다고 인정하는 때”에 한하여 가해지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안될 정도의 것이라고 인정되므로 손실보상의 규정을 하지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조 제1항, 제2항의 규정을 헌법 제23조 제3항이나 제37조 제2항에 위배되는 것이라고 할 수 없는 것이다.¹⁾

소송물이 다르기는 하지만 위의 두 판결에서 우리는 보상없는 ‘재산권제한’²⁾의 문제에 대한 유용한 접근의 단서를 찾아 볼 수 있다. 두 판결에서는 공히 재산권을 제한함으로써 얻어지는 공익이 제한되는 사익보다 크다는 점만을 강조하고 있지 ‘왜’ 시민의 입장에서 아무런 보상없이 그것을 참아낼 수 밖에 없는지 납득시킬 만한 설득력 있는 설명은 전혀 없다. 다만 전자의 경우에는 일반적인 통념에 따라 생각하는 경우에도 우선 서울 한복판에 있는 해당 토지재산의 지역적 여건과 외부적인 개발이익 등에 비추어 볼 때 그것은 재산권의 사회적 기속성의 한계내의 것이라는 대체적인 사회적 합의에 의해 납득될 수 있을 것으로 생각된다. 반면에 후자의 경우에는 그 ‘부담전가’에 대한 법리적 소명논리로서는 아무런 합리적인 논거가 제시되지 않았다는 점에서 궁극적으로 판결의 힘을 뒷받침해주는 객관적인 설득력은 찾아지지 아

1) 대판 1990. 5. 8, 89부 2

2) 재산권제한의 정확한 개념은 별도로 정리함.

니한다.

과연 이러한 판결이 「그린벨트가 도시민의 건전한 생활환경을 위하여 필요한 것이라면 그 지정의 원인제공자와 수익자는 수익자부담의 원칙에 따라 최소한의 부담도 하지 않고 남의 희생 위에 무임승차하면서 무고한 그린벨트 주민에게는 그 부담의 전부를 전가하는 것은 형평과 사회정의의 요청에 의한 공평부담의 원리에 정면으로 배치된다」고 주장하는 이해당사자들을 납득시킬 수 있는 설득력을 가지고 있는가는 의문이 아닐 수 없다. 예컨대 경기도 하남시, 고양시 등 서울과 인접한 개발제한구역에서 길 하나를 사이로 한쪽편은 개발제한구역으로 묶여서 일상생활상의 극심한 불편까지도 감내하여야 하는 정도로 토지재산권행사가 극도로 제한되어 있는 반면에, 길 건너편은 아파트단지나 상가 등 대규모 건물이 들어서고 있는 상황에서 제기되는 이른바 ‘그린벨트민원’을 단순히 ‘지역이기주의의 발로’라고 무시할 수 있는 것인가?

그린벨트로 대표되는 이러한 보상없는 재산권제한의 문제는 그 문제성의 정도에서 차이가 있을 뿐 사실상 재산권제한법제의 거의 대부분의 경우에 해당된다. 그 근본적인 원인은 우선 충분한 법리적 검토없이 정책당국의 일방적인 시각에서 제정된 각종 재산권규제법령에서 찾아진다. 또 한편으로는 국가공권력 자신 부터 재산권제한의 취지에 역행하는 행태를 보이고³⁾, 재산권규제법령의 구체적인 집행과정에서도 종종 일관성과 형평성이 지켜지지

3) 내곡동의 안기부청사, 우이동 북한산역내의 통일연수원, 서초구 우면동의 교육문화회관 등 대규모 공공기관건물의 그린벨트내 신축 등이 그 대표적인 예이다.

않는 사례가 빈번해서 민원을 증폭시키기도 하였다.⁴⁾ 최근 들어서 관련민원이 증폭·표출되는 배경에는 위헌법률심사제도 등 헌법재판제도가 유명무실하였던 제도적 여건을 차치하더라도, 사실상 공권력에 의한 재산권침해에 대하여 아무런 현실적인 불이익에 대한 우려나 심리적 부담감없이 자유롭게 방어하고 구제받을 수 있는 범문화적 환경조건이 정착되지 못하였던 사정도 작용되는 것으로 여겨진다.

또 한편 많은 경제규제법령의 경우에도 위임입법의 한계를 벗어났다는 입법형식상의 문제를 넘어서, 영업의 자유 혹은 기업의 자유와 함께 재산권에 대한 침해를 이유로 그 위헌성에 대한 문제제기가 많아지고 있다. 그 이유는 우선 경제관계법령의 경우에 흔히 단기적인 경제정책적 목적때문에 입법을 서두르는 경향이었고, 그에 따라 충분한 법리적 검토없이 졸속입법을 하던 파행적인 정책결정 및 시행과정에서 찾아 볼 수 있을 것이다. 물론 그 근원은 ‘헌법속의 정책’이 아니라 정책의 효율성만을 우선시하였던 후진적인 우리 법문화현실과 성장제일주의 혹은 효율성만능주의에서 벗어나지 못하였던 정책결정권자들의 헌법경시현상에 있다고 할 수 있다. 이러한 졸속입법을 통한 경제정책이 더 이상 국민과 기업에 대한 설득력을 가질 수 없고, 그에 따라 궁극적으로는 정책으로서 타당성과 실효성을 가질 수 없다는 비판은 비단 경제정책적인 관점에서의 지적에 그치는 것이 아니다. 이는 바로 헌법의 테두리내에서 법과 정책의 조화의 명제가 왜 중요한지를

4) 예컨대 경기도 고양시, 하남시 등에서 만연되고 있는 탈법적인 호화별장신축, 이른바 ‘딱지거래’를 통한 개발권매매를 통해 원지인명으로 건축한 후 나중에 명의이전을 하는 현상은 그린벨트의 근본취지를 퇴색시키고 있다.

잘 말해주고, 경제관계법령 전반에 걸친 헌법적 검토가 시급하게 요구된다는 점을 역설하는 것이기도 하다.

헌법의 재판규범성이 확보되고 국민의 권리의식이 높아진 우리 사회에서 더 이상 고도성장 혹은 개발, 자연보호 등의 공공복리를 위해서는 개인 혹은 기업의 개별적인 사익은 제한될 수 밖에 없다는 일방적인 구호는 설득력을 가질 수 없게 되었다. 토지재산권관계법령이나 경제규제법령을 포함하여 모든 재산권관련 법령에 있어서 우리는 특별한 희생 혹은 일방적인 양보의 시대가 아니라 조화와 타협의 시대로 넘어가는 전환기에 있다. 이러한 점에서 ‘보상없는 재산권제한의 한계’의 문제는 법리적으로나 정책적으로나 그 자체로서 매우 중요한 문제임은 두말할 나위없고, 더 나아가서는 전체 법규범의 실효성을 확보하고 법에 대한 국민의 신뢰를 회복하여 올바른 법문화와 정책문화를 정착·발전시키는데 큰 의미를 가지는 주목의 대상이기도 하다.

2. 연구의 목적과 범위

본 연구는 다음과 같은 전제하에 설정된 제한된 범주에서 진행된다.

i) 본 연구에서는 힘의 논리에 따른 정치적 선택, 말하자면 이데올로기나 특정집단의 부분적인 이익을 추구하는 초헌법적인 영역에서 상징적인 구호로서 의미를 가지는 진보나 보수 혹은 절대적인 정책만능주의를 전제로 한 효율성 등이 키워드일 수는 없다. 본 연구는 헌법의 테두리 내에서 헌법원리를 구체화하는 작

업, 즉 헌법원리에 따른 재산권제한의 한계와 지침을 밝히는 헌법해석작업에 지향된 것으로서 합리적인 규범논리와 최소한의 객관적이고 합리적인 설득력으로 뒷받침되는 법리적인 작업을 그 내용으로 한다.

ii) 재산권보장의 범위와 내용 혹은 재산권에 대한 규제가 경제·사회·문화 등 전반적인 국가정책과 전방위적으로 연계되어 있다는 점에서 재산권문제는 단순히 좁은 의미에서의 법리적인 접근만으로 해결될 수 있는 문제는 아니다. 그러나 또 한편 재산권문제에 대한 헌법적 담론이 단순히 정책의 오류 내지는 부작용을 사후에 법리적으로 정당화시켜준다든지 혹은 그에 따른 법적 분쟁에서 정책결정 혹은 집행당국의 입장을 변호하기 위한 논리 제공을 위한 것도 아니다. 당연한 것이기는 하지만 올바른 문제 설정을 위해 재확인이 필요한 것으로 여겨지는 전제는 헌법상 보장되는 재산권의 효력과 내용이 유동적일 수밖에 없는 정책적 판단에만 편향되어서 일관성없게 자의적으로 결정되어서는 아니된다는 당위적 사실이다. 특히 재산권규제의 허용성과 자유성, 즉 재산권보장의 효력이 원천적으로 국가의 재정부담 혹은 재정상의 한계에 의해서만 결정되는 것은 법리적으로 전혀 설득력을 갖지 못한다. 재산권문제는 당위와 현실, 법과 정책이 상호배제의 관계가 아닌, 상호교차, 조화 혹은 상승의 관계로 이해, 접근되어야 할 필요성이 가장 극명하게 드러나는 예라고 할 수 있다.

iii) 반면에 입법영역에서 요구되는 법정정책적 접근이 헌법조문 해석에 의해 경시되어서도 아니된다. 옳은 법률을 둘러 싸고 진행되는 경쟁작업은 다양한 정치적 대안간의 설득력을 바탕으로 하는 토론게임이다. 이는 추론적인 규범해석작업과는 본질과 기

능이 다른 정치적 혹은 정책적인 담론의 과정이다. 이러한 과정의 산물인 법률의 독자성의 정도와 범위는 법률의 해석과 적용에서 실정법률상의 기준과 구성요건들이 충분한 지침을 제공하는가, 아니면 개별적인 경우마다 항상 헌법상 원칙의 원용을 필요로 하는가 하는 점을 기준으로 판단할 수 있다. 요컨대 법률의 매개없이 개별적인 사항의 규율이 헌법에 유보되는 것은 용인될 수 없다. 이는 과잉금지원칙 혹은 기본권의 방사효과이론 등을 적용하는 기본권이론형성에 있어서 항상 유의해야만 하는 점이다. 헌법의 ‘화려한 고립’(splendid isolation)은 가능하지도, 바람직하지도 아니하다. 이는 특히 헌법상 확정된 보호영역을 전제로 하지 않는 재산권, 즉 그 내용과 한계를 법률로 정하도록 되어 있는 재산권영역에서 가장 들어맞는 말이다.⁵⁾

iv) 정책적인 혹은 법경제학적인 관점에서 제시되는 기준들은 법률에 대한 사법심사의 관점에서 보면 입법자가 단순히 주도적인 이익집단들의 요구에 기계적으로 반응하였다거나 혹은 정부가 자신의 정책상의 오류를 특정집단의 희생을 댓가로 시정 혹은 수습하려는 것이 아니라 공익의 실현을 위해 합리적인 최적의 수단을 선택하였는지 여부에 대한 판단의 기준이다. 이는 정책결정자에 대해서 객관적인 책임추궁수단을 확보하는 관점에서 중요한 의미를 갖는다. 이러한 점에서 거래비용과 효율성을 핵심적인 기준으로 법의 기능을 분석, 평가하는 미국의 법경제학에서 사용되고 있는 비용편익분석적 기준은 수용이론과 관련된 법정책론적인 개념형식으로는 매우 유용한 바, 전향적인 연구검토가 요망된다.

5) Vgl. R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, *NVwZ* 1984, S. 408f.

그러나 특히 법률 및 행정행위에 대한 법원의 사법심사에 대한 지침으로서는 그 체계정합성과 현실적인 적용가능성의 관점에서 치밀한 이론적 검토작업이 선행되어야만 한다. 법정정책학적인 관점에서는 규율대상의 독자적인 특성과 문제점을 고려하여야 하는 반면에 법이론은 법질서의 구조형성과 체계정립을 지향하기 때문이다. 예컨대 토지이용의 특성에 초점을 맞추어서 ‘유해한 이용’(noxious use)의 기준 대신에 ‘외부효과’ 혹은 ‘외부적 불경제’라는 경제학적 개념을 동원하여 보상필요유무를 판단하고자 하는 Sax⁶⁾의 이론이나, 토지이용규제를 희소한 토지재산을 효율적으로 배분하기 위한 조정장치로 이해하는 관점에서 사회적 효용과 공평성의 기준에 따라 보상이 필요한 규제와 보상이 필요없는 규제를 구별하고자 한 Michelman⁷⁾의 시도 등은 입법영역에서의 정책형성과정에서는 일정한 효용이 기대되지만, 비용편익에 대한 객관적인 가치평가의 척도와 방법이 정립되어 있지 못하고 또한 구체적으로 계량화하기 어렵다는 점에서 적어도 사법심사에서 구체적인 지침으로 활용되기에는 한계가 있다.⁸⁾

v) 재산권제한의 허용성과 자유성에 대한 일반적이고 절대적인 기준의 정립은 불가능하다. 목적과 그에 따라 활용가능한 수단이 상이한 범영역을 작위적인 일반이론화작업을 통해서 통일된 원칙

6) *J. Sax, Taking and Police Power, 74 Yale L. J. 36(1964).*

7) *F. I. Michelman, Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundation of "Just Compensation" Law, 80 Harvard L. Rev. 1165(1967).*

8) 이러한 관점에서 본 연구에서는 미국의 법경제학적인 관점에서 제시되고 있는 이론에 대한 상세한 논의는 약하고 미국대법원판례와 이론상의 일반적인 동향만을 요약·정리한다. 위의 두가지 이론에 대해서는 박윤훈, 미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상, 「미국헌법연구(II)」, 1992, 63면 이하 참조.

을 도출하고, 이를 무차별적으로 적용하는 것은 이제까지의 실무 정책과정이나 이론적인 논의를 통해서 충분히 입증된 바와 같이 가능하지도, 바람직하지도 아니하다. 다만 일면 효과적이고 효율적인 정책의 결정과 집행을 위해서나, 타면 개인재산권의 무제한적인 상대화를 방지하기 위해서나 양측에 공히 필수불가결한 일정한 정도의 예측가능성을 담보할 수 있는 체계적인 문제인식과 재산권법제에 대한 헌법적 판단을 위한 재산권이론적 준거점은 마련되어야 한다. 또한 여기에서 전제되는 공통된 문제인식은 투입측면에서의 ‘자원배분’(allocation)의 ‘효율성’(efficiency)이 아니라, 산출측면에서의 ‘가치배분’(distribution)의 ‘공평성’(fairness)을 지향한다. 이러한 정향점에 따라 다양한 재산권규제를 각각의 상이한 제도적 특성과 기능, 규제의 목적 혹은 동기 및 그 영향 등을 기준으로 필요한 만큼 유형화하여 각각의 유형에 따라 구체적이고 실천적인 해결책의 단서를 제시하는 것이 재산권이론의 핵심적인 과제이다.

3. 용어 및 개념 정리

(1) 공용침해 - 수용, 사용, 제한

우리 헌법 제23조는 재산권은 그 내용과 한계가 법률로써 정해진다는 전제하에 입법자에 의해 구체적으로 그 보호영역이 설정되는 재산권을 공공필요에 의해 「수용」·「사용」 또는 「제한」하는 경우에 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 이와같이 우리 헌법은 재산권의 「수용」과 「사용」

및 「제한」을 각각 상이한 공용제한 혹은 공용침해의 유형으로 구별하여 개념을 사용하고 있기 때문에 일반적으로 기본권의 구성요건, 즉 기본권보호영역의 설정과 그에 대한 제한 및 그 제한의 정당성, 즉 ‘한계의 한계’(Schranken-Schranken)유월여부에 대한 단계적인 판단을 내용으로 하는 전통적인 3단계구조의 기본권이론체계에서의 제한의 개념과는 구별하여 이해하여야 할 필요성이 제기된다. 기본권제한입법에 대한 헌법적 한계를 규정하고 있는 우리 헌법 제37조 제2항에서 사용하고 있는 기본권 제한의 개념은 전통적인 3단계 기본권이론체계상 사용되는 제한(Eingriff), 즉 법리상 그 적법성 혹은 불법성여부에 대한 판단 이전의 과도적이고 중립적인 개념이다. 또한 여기에서 사용되는 제한의 개념은 예컨대 해석상 논란이 되고는 있지만 재산권제한의 한 유형으로 「수용」(Enteignung)만을 규정하고 있는 독일 기본법(기본법 제14조 제3항)과 달리 우리 헌법의 재산권규정에서는 구별되어 사용되고 있는 「수용」과 「사용」이 포함되는 포괄적인 상위개념이다.

이러한 헌법상의 「제한」 개념의 중복·혼용례로 인해 개념이 입법적으로 통일되지 못하고, 이론적으로도 왕왕 혼용되기도 하여 단순한 용어사용의 불일치를 넘어서 다른 기본권과는 구별되는 특별한 구조와 속성을 가지는 기본권인 재산권의 문제, 특히 재산권제한의 문제에 대한 이론적 논의에 있어서 불필요한 오해나 낭비가 초래되고 있는바, 최소한 재확인하는 의미에서라도 개념을 정리할 필요가 있다.

위에서 언급한 바와 같이 독일기본법과 달리 「수용」및 「사용」과 구별하여 재산권제한의 한 유형으로 「제한」을 따로 규정하고 있는 우리 헌법상의 재산권조항에 있어서 「제한」의 개념은 그 내

용상으로는 통상적으로 많이 사용되는 재산권 「규제」(regulation)에 해당되는 것으로 이해된다. 즉 독일에서 ‘고전적인 의미의 수용’에 가까운 ‘소유권의 전체적인 혹은 부분적인 박탈’을 의미하는 좁은 의미의 「수용」이나 적극적인 공용 「사용」과는 달리 소유권의 변동이나 재산권자의 기존의 법적 지위 자체에 대한 적극적이고 형성적인 변경없이 단순히 특정 재산권에 대한 사용 및 수익과 관련된 부작위부담 혹은 거래제한 등을 통해서 재산권의 사용·수익·처분권을 규제하는 제한유형이다. 다만 위에서 언급한 좁은 의미에서의 「수용」 개념을 전제하지 아니하고 재산권제한의 세 가지유형을 제한의 내용과 양식에 따라 그 기능적 연관성을 이해하면 「사용」은 ‘부분적이고, 제한적인 수용’, 「제한」은 ‘소극적이고, 간접적인 사용’, 말하자면 ‘소극적이고 제한적이고, 간접적인 수용’에 해당되는 것으로 여겨진다.

그러나 이는 과거 독일에서 협의 또는 광의의 ‘수용’(Enteignung)개념을 둘러싸고 벌어졌던 논란을 우리 헌법상의 재산권이론에서 그대로 반복해야 할 이유는 되지 못한다. 또한 독일 연방헌법재판소의 정의에 따르면 ‘재산권적 법적 지위에 대한 부분적인 박탈’이 포함되는 협의의 ‘수용’(Enteignung), 따라서 우리 헌법상 제23조 제3항의 ‘수용’과 일치되는 것으로 볼 수 없는 개념을 전제로 하는 경우에 초래되는 개념론상의 논란, 재산권이론체계상의 혼선 및 그에 따른 재산권이론적인 문제점 등을 해결하기 위한 이론적 논의, 예컨대 이른바 ‘보상의무있는 재산권내용규정’(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)등의 논의도 후에 기술하는 바와 같이 재산권규제와 관련된 새로운 환경조건에서 재산권보장의 효력범위를 확장하기 위한 이론적 단서로서는 우리 입

장에서도 충분히 검토되어야 할 필요성이 있지만, 적어도 똑같은 관점과 맥락에서 우리가 추종할 이유가 없음은 분명하다. 독일 기본법과 달리 우리 헌법은 명시적으로 재산권의 「수용」과 「사용」 및 「제한」을 구별하고 있기 때문이다.

요컨대, 우리 헌법 제23조 제3항에 규정된 재산권 「제한」의 개념은 재산권제한의 한 유형으로서 넓은 의미에서의 제한 즉, 일반기본권이론 혹은 우리 헌법 제37조에서 사용되는 기본권의 제한과는 분명히 구별해서 이해하여야 한다. 이러한 이유 때문에 종래에 상위개념으로 많이 사용되던 ‘공용제한’ 혹은 ‘(광의의) 공용수용’ 개념 대신에 ‘공용침해’ 라는 용어를 사용하는 경향이 주목되는데, 이 용어 역시 독일에서의 용어사용례를 떠나서, 우리나라에서의 법이론적 논의에서도 일반적으로 ‘침해’(Verletzung)가 ‘위법한 제한’(rechtswidriger Eingriff)의 개념으로 사용되는 점에서는 부적절한 점이 없지 아니하다.⁹⁾

(2) 보상없는 「재산권제한」

다만 이러한 용어사용례를 엄격하게 적용하고 또한 재산권에 대한 규율양식을 전통적인 수용이론에 따라 보상이 필요없는 ‘재산권정의’(Definition des Eigentumsrechts), 말하자면 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법작용과 정당한 보상의 지급을 전제조

9) 예컨대 김남진, 「행정법 I」, 429면; 공용제한과 손실보상, 「고시연구」, 1994. 6, 63면 주석 16 참조. 바로 이러한 문제점 때문에 적절한 새로운 용어의 개발이 요망된다는 점을 전제하면서 본 논문에서도 일단 우리 헌법 제23조 제3항의 재산권의 수용·사용 및 제한을 포괄하는 상위개념으로 ‘공용침해’라는 용어를 사용하기로 한다. 유지태교수(「행정법신론」, 1997, 360면)가 ‘공용제약’이라는 용어를 제안하는 것도 같은 이유에서 이다.

건으로 허용되는 ‘공용침해’ 두 가지로만 제한하여 구별하는 경우에 본 논문의 연구주제로 제시되고 있고, 일반적으로 사용되고 있는 ‘보상없는 재산권제한’이라는 용어는 개념논리적으로 논의의 범위를 성급하게 제한하게 되는 문제점을 내포하고 있다. 즉 이에 포함되어 있는 재산권의 내용규정과 공용제한의 구별이라는 여전히 의미있는 논점에도 불구하고 그것을 ‘보상없는 공용제한’에 해당되는 것으로 보는 경우에는 적어도 개념논리상 더 이상 그 적법성여부에 대한 검토작업을 필요로 하지 않기 때문이다.

그러나 독일에서 새로운 재산권제한유형으로 논의되고 있는 이른바 ‘보상의무있는 재산권내용규정’의 예를 차치하더라도, 재산권관련 법제, 특히 공용제한법제의 극심한 다양성과 복잡성 때문에 이론적으로나 입법 혹은 사법심사실무상 설득력 있는 객관적인 기준에 따라 공용제한과 재산권내용규정의 구체적인 재산권규율에 따른 재산권적 제한을 간명하게 구별하는 것이 쉽지 않다.

또한 이러한 2원적인 구도를 바탕으로 정당한 보상지급이 요구되는 공용침해의 세 가지 유형만을 전제하는 경우에는 일면 헌법상 재산권보장의 효력범위와 그 내용이 자의적으로 축소될 수도 있다는 점이 우려되고, 또 한편으로는 효과적이고 일관된 재산권관련정책의 결정과 집행을 법리적으로 뒷받침해줄 수 있는 이론적 가능성이 사전에 봉쇄되는 것이 아닌가 하는 지적이 있을 수 있다. 다만 여기에서는 새로운 재산권침해유형에 대한 논의의 필요성과 그 가능성에 대한 이론적 검토의 결론을 예단하고자 하는 것은 아니다. 요컨대 충분한 이론적 검토없이 개념논리에 의해 원천적으로 재산권이론적 논의의 가능성과 방향이 봉쇄되거나 왜곡되지 않도록 개념을 분명하게 확인(정)해 두고자 하는 것이다.

요컨대, 본논문의 연구테마로 제시된 ‘보상없는 재산권제한’은 일반적으로 통용되고 있는 개념이기 때문에 그대로 사용하되, 다만 여기에서 ‘재산권제한’의 개념은 헌법 제23조 제3항의 ‘공용제한’을 의미하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 전통적인 기본권이론적 개념인 ‘재산권제한’, 말하자면 ‘공용침해’보다 확장된 개념, 말하자면 ‘기본권으로 보호되는 재산권적 법익에 대한 영향’의 의미로 사용된다. 여기서 ‘영향’의 개념에는 ‘법적으로 존재하는 무엇’인가가 사전에 확정되어야만 상정가능한 전통적인 기본권이론상의 ‘제한’(Eingriff)의 양식 뿐만이 아니라, ‘법적 형성’(rechtliche Ausgestaltung) 및 ‘사실상의 제한’(faktische Beeinträchtigung) 등과 같은 다양한 양식의 영향이 포함된다.

특히 이러한 개념정리가 필요한 까닭은 재산권의 경우에는 그 ‘무엇’, 즉 재산가치있는 권리 자체가 법률로 정해지게 되어 있기 때문에 논리적으로 보호영역이 헌법차원에서 확정되는 기본권에 연계된 전형적인 기본권이론만으로는 제대로 접근될 수 없기 때문이다. 이는 독일 연방헌법재판소의 새로운 재산권이해에 따라 ‘존속보장’(Bestandsgarantie)을 재산권의 보호영역을 설정하는 개념으로 보는 경우에도 마찬가지이다. 재산권의 경우에 다른 기본권과 비교해서 기본권형성적 법률유보의 기능영역의 크기에서 다른 접근을 요하는 점은 부인되지 아니하기 때문이다. 이러한 점에서 기본권의 구성요건, 즉 보호영역과 제한 및 그 정당화의 전통적인 3원론적 구조의 고전적인 기본권이론은 다양한 기본권양상에 비추어 볼 때 적어도 일반적으로 타당할 수는 없다는 입장에 설득력이 더해진다고 할 수 있다.¹⁰⁾

II. 헌법상 재산권보장의 의의와 내용

1. 재산권보장의 의의

헌법상 보장되는 재산권은 ‘권리성’과 ‘질서성’의 이른바 ‘양면성’이 특히 부각되는 기본권이다. 재산권은 일차적으로 주관적 공권으로서 개인의 사유재산에 대한 독자적인 사용, 수익, 처분권과 이에 대한 침해에 대하여 대항하고 방어할 수 있는 권리이다. 그러나 재산권은 주관적인 권리성과 함께 객관적인 가치질서로서의 성격을 동시에 내포하고 있다. 재산권은 우선 개인의 독자적인 생활설계와 자유로운 개성신장의 경제적인 필수조건인 부의 창출·유지 및 그 축적과정의 결과 및 수단에 대한 법적 보장장치로서 경제영역을 포함한 모든 생활영역에에서의 실질적인 자유의 전제조건이다. 이러한 점에서 개인의 재산권을 보장하는 것은 개인의 능력과 노력에 따른 가치배분을 바탕으로 하는 자유시장경제질서의 이념적 기초이다. 더 나아가서 재산권은 ‘자율적인 생활설계의 자유’와 함께 모든 국민의 ‘인간다운 생활’을 추구하는 사회국가이념실현의 조건인 동시에 실현수단이기도 하다. 우리 헌법재판소도 다음과 같은 설시를 통해 재산권의 객관적인 질서성을 확인하고 있다. 「우리 헌법은 사유재산제도와 경제활동에 대한 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를

10) Vgl. J. Ipsen, Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, S. 473ff.

기본으로 하고 있음을 선언하고」, 「이는 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산과 그 처분 및 상속을 보장해주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다.」¹¹⁾

이렇게 특히 부각되는 재산권의 객관적인 질서성과 가치질서로서의 다양한 기능때문에 헌법사가 여실히 보여주듯이 헌법상 보장되는 재산권의 내용과 범위는 고정적인 것일 수 없고, 항상 정치·경제·사회적 여건의 변화에 따라 유동적일 수 밖에 없다. 또한 경제성장, 물가안정, 합리적인 소득분배, 산업정책 등 거시적인 국민경제정책이나 환경보호, 도시정책, 효과적인 국토개발전략 등 현대산업사회에서 경제·사회·문화분야등 각종 주요 국가정책 영역에서 재산권과 직·간접적인 관련성을 갖지 않는 경우가 거의 없다고 할 수 있을 정도로 재산권은 주요정책의 대상 자체인 동시에 수단이기도 하다. 이러한 점에서 재산권보장의 대상과 그 내용을 설정하는 것은 특히 법과 정책간에 균형된 시각이 요구되는 문제이기도 하다. 특히 우리 헌법은 제121조 이하의 개별적인 경제조항을 두어 별도로 각종 자원과 농지 및 토지 등에 대한 특별한 제한의 헌법적 근거를 마련해 놓고 있다. 다른 기본권과 달리 재산권의 경우에 그 보호영역자체의 설정, 즉 재산권의 내용과 한계를 정하는 데 있어서 특히 폭넓은 입법형성의 자유가 인정되고, 그에 따라 통일된 재산권이론과 간명한 보상법제가 정립

11) 헌재결 1989. 12. 22, 88헌가13(헌재판례집 제1권 368면).

되지 못하고 있는 것도 바로 재산권의 강한 객관적 질서성이 표
현된 것이라고 볼 수 있다.

2. 재산권보장의 내용

(1) 보장의 대상 - 헌법상 재산권의 개념

우리 헌법 제23조 제1항은 「모든 국민의 재산권은 보장된다」
고 규정하는 동시에 그 「내용과 한계는 법률로 정한다」고 규정
하고 있는 바, 재산권조항은 기타 기본권규정과 다른 특징을 가
지고 있다. 즉 통설적인 기본권이론에 따르면 다른 일반적인 기
본권들의 경우에는 기본권의 보호영역이 법리상 헌법차원에서 설
정되고 입법자에게는 엄격한 헌법적 한계내에서 기본권을 제한할
수 있는 권능만이 주어지는데 반해서, 재산권은 그 내용 자체가
입법자에 의해 법률로 정해진다. 말하자면 재산권은 매우 폭넓은 형
성의 자유가 주어져 있는 입법자에게 사실상 ‘재산권정의권’(Defini-
tionsmacht des Eigentums)이 주어져 있기 때문에 이른바 ‘기본
권형성적 법률유보’에 의해서 구체적으로 그 존속보장의 영역이
설정되는 특이한 규범구조를 가지고 있다. 다시 말해서 헌법상 보
장되는 재산권은 ‘법적인 기본장치’(rechtliche Infrastruktur) 없이는
실현될 수 없는 공허한 개념형식일 뿐이다.¹²⁾

따라서 이러한 재산권규정의 규범구조적인 특성에 대한 깊은
고려없이 헌법상 보장되는 재산권의 범위를 “사적인 유용성과 임

12) Vgl. W. Böhmert, Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung
des Eigentums, NJW, 1988, S. 2568.

의적인 처분권능이 인정되는 모든 재산가치있는 권리”¹³⁾라거나, “경제적 가치가 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리” 혹은 “사회 통념에 의하여 형성된 모든 재산가치적 법익”¹⁴⁾으로 확정적으로 전제하는 일반적인 서술경향은 논리적으로 문제가 있다. 즉 법률에 의해 재산권의 내용과 한계가 정해진다는 규정의 의미는 개념에 충실하게 해석한다면 헌법상 재산권적 권리의 ‘존속보장’과 ‘가치보장’의 범위가 법률에 의해 ‘비로소’ 설정된다는 의미이고, 재산권의 내용을 정하는 것은 객관적인 법적 차원에서 재산권자의 법적 지위, 즉 재산권자의 주관적인 권리와 의무를 규정하는 것이기 때문이다. 이렇게 본다면 재산권의 사회적 지속성을 구체화하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률규정은 사전에 확정된 재산권개념을 전제로 하는 것이 아니라 재산권제도 자체의 내용을 형성적으로 결정하는 규범이기 때문이다. 재산권이론에 따르는 어려움은 바로 이러한 사실상 입법자에 대한 ‘재산권정의권의 위임’에 해당되는 재산권형성적 법률유보와 이에 대한 헌법적 한계간의 분명한 관계설정이 불분명하다는 점에서 비롯된다.

법률유보를 기본권제한의 관점에서 보지 아니하고, 오히려 기본권을 구체적으로 실현하고 강화하는 수단이라고 이해함으로써 기본권과 제도를 동일시하는 P. Häberle의 이른바 ‘제도적 기본권이론’(Institutionelle Grundrechtstheorie)¹⁵⁾은 차치하더라도 기본권제한이 입법자에게 맡겨져 있지 아니한 절대적 기본권을 명시

13) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 1995, 594면.

14) 권영성, 「헌법학원론」, 1995, 479면, 481면.

15) Vgl. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 2 Aufl., 1972, insbes. S. 180ff.

적으로 규정하지 아니하고, 기본권제한의 일반적 법률유보를 채택하고 있는 우리 헌법체계상 피상적으로 접근하면 그 차별성은 간과하기 쉽다. 그러나 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법이론적으로 기본권제한에 관한 일반적인 법률유보와는 구별된다. 일반적인 경우와 달리 헌법 제 23조 제1항상의 재산권형성적 법률유보, 즉 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하는 것은 입법자가 재산권의 보호영역 자체를 확정적으로 설정하는 것이다.

그러나 또 한편으로는 헌법 제23조에서 보장하는 재산권은 사유재산권영역에 대한 입법자의 침해를 제한하는 한계설정의 의미를 갖는다. 여기에서 일견 제기되는 논리적인 모순의 문제가 바로 재산권형성적 법률유보와 기타의 일반적인 기본권제한적 법률유보를 구별지우는 차이점인 동시에 재산권제한의 한계문제에 대한 이론적 해결을 어렵게 만드는 결정적인 요인이기도 하다.

물론 입법자에 대한 ‘재산권정의권’의 위임은 백지위임은 아니다. 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법형성의 자유는 무제한적인 것이 아니고, 과잉금지의 원칙, 자의금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 헌법상의 원칙이나 위에서 언급한 객관적인 가치질서로서 재산권의 자유보장기능등에 의해 제한된다. 따라서 독일 연방헌법재판소가 분명하게 밝히고 있는 바와 같이 헌법상의 재산권 개념은 궁극적으로는 헌법 자체에서 설정된다.¹⁶⁾ 말하자면 헌법의 하위규범인 법률규정에서 헌법상의 재산권개념이 도출될 수 없고 또한 단지 혹은 우선적으로 私法상의 권리설정에 따라 구체

16) Vgl. BVerfGE 58, 300(335f.)

적인 재산권보장의 범위가 정해질 수는 없는 것이다. 이렇게 본다면 특정한 시점에서의 재산권자가 가지는 구체적인 권능의 내용과 범위는 재산권자의 법적 지위를 규율하고 있는 모든 ‘합헌적인 법규정’들에 의해 결정된다고 할 수밖에 없다.¹⁷⁾ 바로 이러한 특정한 시점과의 연계성때문에 재산권개념은 가변적이고 유동적일 수 밖에 없다. 여기에서 법규정에는 당연히 공법, 사법규정이 다 포함된다. 예컨대 재산권에 포함되는 것으로 인정되고 있는 건축의 자유는 토지소유자의 임의적 처분권으로 보호되는 것이 아니고, 따라서 그것이 건축관련법에 의해 규제된다고 해도 그것은 재산권이 제한되는 것이 아니라 원칙적으로 법률이 허용하는 범위내에서 건축할 수 있는 내용의 재산권으로 보장되는 것이다.¹⁸⁾

요컨대, 헌법상 재산권으로 보호되는 재산권적 범익의 범위는 궁극적으로는 통일된 질서체계로서 이해되는 헌법의 전체구조 속에서 재산권보장이 갖는 의미와 연계되는 재산권보장의 목적과 기능에 따라 결정된다. 다만 이러한 ‘한계의 한계’를 의미하는 헌법상 재산권개념이 구체화되어 재산권의 범위가 확정되는 것은 법률에 의한 내용규정에 의한 것이다. 따라서 정확하게 말하면 헌법상 보장되는 재산권의 범위는 헌법상의 재산권제도보장의 한계에 따라 법률로써 그 대상에서 배제할 수 없는 것으로 평가되는 재산가치 있는 권리와 그 외의 범주에 속하는 재산가치있는 권리중에 법률에 의해 재산권으로 형성된 권리의 합에 해당된다고 할 수 있다. 전자의 범주를 설정하는데 일정한 기준으로 제시

17) Vgl. *J. Ipsen*, aa.O., S. 473ff.

18) Vgl. *BVerfGE* 35, 263(276).

되고 있는 것이 바로 ‘사적 유용성’(Privatnützigkeit)과 ‘원칙적인 임의적 처분권능’(grundsätzlich beliebige Verfügungsbefugnis)이다.

(2) 구체적인 재산권의 범위

여기에서는 구체적인 재산권의 범위에 관한 상세한 논의는 생략하고 몇 가지 중요한 논점만을 정리한다.

i) 우선 헌법상 재산권의 범위는 ‘私法상 재산가치를 가지는 모든 권리와 재화’의 범위를 넘어선다는 점을 지적할 수 있다. ‘물건’에 대한 절대적인 지배권을 뜻하는 민법상의 소유권에 비해 헌법상 재산권의 범주에는 재산가치있는 모든 사법·공법상의 권리가 포함된다.¹⁹⁾ 따라서 민법상의 모든 물권은 물론이고 급료청구권, 주식권, 임차권 등 재산가치있는 모든 사법상의 채권과 광업권, 어업권 등 특별법상의 권리가 모두 헌법상 재산권에 속한다. 뿐만 아니라 공무원의 급료청구권이나 연금청구권 등과 같은 재산가치있는 공법상의 권리도 원칙적으로 헌법상의 재산권에 포함된다. 우리 헌법상 명시적인 규정은 두고 있지 아니하지만 상속권도 재산권에 포함되는 것은 물론이다.²⁰⁾

오늘날 헌법상의 재산권의 범위가 소유권중심의 물적재산권의 범주를 넘어서 재산가치있는 모든 私法상, 공법상의 권리의 범주로 확대된 이유는 우선적으로 국가구조와 사회경제질서의 근본적

19) 이른바 ‘지적소유권’에 속하는 저작권, 산업재산권 등의 정신적 재산권은 당연히 재산권에 속하는 것이지만 우리 헌법은 ‘학문과 예술의 자유’(제22조)와 연계하여 보호하고 있다.

20) 예컨대 독일 기본법 제14조 1항은 상속권(Erbrecht)이 재산권과 함께 보장된다는 것을 명시적으로 규정하고 있다.

인 변화에 따른 생활양식의 변화에서 찾아진다.²¹⁾ 예컨대 19세기 당시에만 해도 물권, 특히 토지소유권이 생산관계의 핵심적인 축이었고, 개인의 생존과 독자적인 생활설계의 자유를 보장해주는 가장 중요한 경제적 기반이었던 것에 비해, 오늘날에는 저당권 등의 담보물권, 주식권, 봉급청구권 등의 채권을 비롯해서 연금청구권, 사회보장법상의 급부청구권 등 공법상의 권리가 자유와 생존보장의 기초로서 적어도 그에 못지 않은 중요한 의미를 가지게 되었다. 앞으로 재산권과 관련된 어려운 문제들은 바로 이러한 재산권의 내용과 한계를 정하고 또한 그 제한에 대한 헌법적 한계를 설정하는 과제와 관련된 범주에서 비롯될 것으로 전망된다. 특히 재산권에 포함되는 공법상의 권리중에서 사회국가적 경향이 심화되면서 확대일로에 있는 연금, 사회보험 등 각종 사회보장법상의 급부청구권은 경제 및 재정상황과의 각별한 연관성과 개인 생활에 대한 막대한 영향력 등 때문에 헌법이론적으로 해결하기 어려운 난제로 대두되고 있다.

ii) 이른바 ‘자리잡힌 사업체’(eigerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)가 재산권의 범위에 포함되는가의 문제가 논의되고 있다. 긍정적으로 보는 입장이 압도적인 다수의 입장인지는 하지만 예컨대 독일의 연방헌법재판소는 그것이 단순한 사실상의 결합이라는 점에서 부정적인 견해를 보이고 있다.²²⁾ 다만 ‘자리잡힌 사업체’가 현실적으로 한 단위의 인적·물적 종합체로서 인식이 가능하고 또한 그것이 독자적인 경제적 기능을 가지고 있는 경우에는 특정영업과 관련된 신용·영업능력등의 인적요소와 재화 및 권

21) 허영, 전게서, 596면.

22) Vgl. BVerfGE 51, 193(221f); 74, 129(148).

리등의 단일복합체로서 재산권에 포함되는 방향으로 적극적으로 고려해야 할 것이다. 즉 구체적으로 사업운영의 전체가 한 단위의 경제적 가치로 평가되는 것이 사업주의 독자적인 자본투자와 노력의 산물에 해당되는 경우에 이들 재산적 가치들은 경제적인 관점에서 볼 때 물적재산권자의 지위와 재산법적으로 달리 평가할 이유가 없기 때문이다. 여기에서 사업장부동산이나 설비는 물론이고 재고상품, 단골손님, 거래선, 영업보호권 등 모든 재산적 가치가 포함된다. 또한 서비스업종을 포함해서 제조업, 농업 등 모든 업종이 포함되는 것은 물론이다.²³⁾

그러나 개별적인 단순한 영업의 기회나 사실상의 혹은 법적 영업여건 등은 독자적인 재산권의 대상에서 제외된다. 예컨대 접객업소의 위치가 손님을 많이 끌 수 있는 병영근처에 자리잡고 있는 영업장여건이나 점포주변 공로상에 여유있는 주차공간이 주어져 있는 여건 등은 재산권의 대상에서 배제된다.²⁴⁾ 또한 세법이나 관세법 및 기타 경제관계법령 등의 법적 상황에 따라 주어진 영업 혹은 수익전망 등은 제외된다.

iii) 재산자체가 재산권보장의 범위에 포함되는가의 문제도 단순한 개념적인 혼용에 따른 문제만은 아니다. 이 문제는 국가에 대한 금전지급의무의 부과, 특히 조세의 부과와 재산권제한의 연관성의 문제와 관련된 중요한 의미를 가진다. 대체적으로 재산자체가 재산권의 범위에 포함되지 않는 것으로 보는 입장으로 정리되기는 하였지만 과세권과 재산권의 관계에 대하여는 논란이

23) Vgl. *Nußgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, 1987, S. 40f.

24) Vgl. *BGHZ* 55, 261.

계속되고 있다.²⁵⁾ 조세입법을 재산권의 내용을 정하는 것으로 이해하는 입장²⁶⁾과 혹은 조세입법이 재산권을 제한하는 효과를 가져오는 것으로 보아 재산권의 한계를 구체화하는 것으로 보는 입장²⁷⁾이 대립되고 있으나, 재산권의 내용규정과 한계규정을 적어도 재산권제한의 문제와 관련시켜서 구별할 필요가 없다고 보는 입장에서는 중요한 의미를 갖지 못한다.

국가의 과세권행사로 인하여 특정한 재산권의 내용이 확정된다기보다는 과세는 이미 실현된 소득이나 재산 기타의 소비행위에 대한 간접적인 사실상의 제한으로 보아야 할 것이다.²⁸⁾ 법질서에 의해 형성된 구체적이고 개별적인 특정한 재산권에 대한 제한은 아닌 것이다. 물론 조세가 부과되는 경우에 어떤 방법으로 자금을 마련하여 조세채무를 이행하건 간에 전체적인 재산가치의 감소를 가져오기 때문에 궁극적으로 조세채무자는 자신의 전체적인 재산권중에서 일부분을 포기할 수 밖에 없게 된다. 그러나 이는 재산권의 보호대상에서 제외되는 재산자체와 관련된 결과적인 부담일 뿐이다. 최소한 조세채권자에게 어떤 수단으로 세금을 충당할 것인가에 대한 선택권은 남아 있기 때문이다.²⁹⁾

또한 법률에 의해서 그 내용이 정해지는 구체화된 재산권을 보호대상으로 하는 재산권보장의 범주에서 모든 재산적 교환가치의 변동까지 배려되는 것을 기대할 수는 없다. 헌법상 보장되는 재

25) 김성수, 국가의 과세권과 국민의 재산권보장의 관계, 1991. 2, 「고시계」, 68ff; 허영, 전계서, 601면이하.

26) P. Kirchhof, *Besteuerungsgewalt und Grundgesetz*, S. 24ff.

27) Schmidt-Bleibtreu/Schäfer, *Besteuerung und Eigentum*, DÖV 1980, S. 494f.

28) 김성수, 전계논문, 85면.

29) Vgl. D. Ehlers, *Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt*, VVDStRL 51(1992), S. 224.

산권이 과세권을 현실적으로 제한한다거나 혹은 제한할 수 있다는 이론이 다수 제시되고 있기는 하지만³⁰⁾ 다만 현재까지 과세권과 재산권보장과의 관계에 대해서 일반적으로 승인되거나 이론적으로 정립된 원칙은 찾아볼 수 없다. 독일 연방헌법재판소도 재산권을 과세권행사의 합헌성여부를 심사하는 기준으로 적용하는 방향으로 이론을 발전시켜 왔지만 아직 분명한 입장을 정리하지 못하고 있는 실정이다. 다만 조세법상 이른바 ‘몰수적 조세’(konfiskatorische Besteuerung),³¹⁾ 즉 조세채무자에게 지나친 부담을 주거나 재산상 원본을 잠식하는 정도의 과잉과세의 경우에는 재산권침해여부가 검토될 수 있다는 입장을 수정하지 않고 있는 것도 재산 자체는 재산권개념에 포함되지 않는다는 일관된 입장 때문이다.³²⁾ 반면에 조세부과요건이 재산권의 취득, 유지 및 사용과 연계되어 있는 경우에는 근거세법은 재산권을 기준으로 그 위헌여부가 판단될 수 있다고 보는 것도 같은 맥락에서의 반증으로 이해된다. 우리 헌법재판소도 토지초과이득세법에 대한 헌법불합치결정³³⁾등 세법에 관한 다수의 위헌결정을 통해 재산권을 세법에 대한 위헌심사기준으로 보는 입장을 전제하고 있다.³⁴⁾

30) Vgl. P. Kirchhof, Besteuerung und Eigentum, *VVDStRL* 39, S. 217(281 ff.); ders., *Besteuerungsgewalt und Grundgesetz*, S. 12, 20ff.

31) Vgl. Tipke/Lang, *Steuerrecht*, 13.Aufl., 1991, S. 56f.

32) Vgl. BVerfGE 65, 196(209); 74, 129(148).

33) 헌재결 1994. 7. 29. 92헌바49,52.

34) 다만 재산과 재산권간의 관계에 대한 충분한 이론적 검토가 결여되어 있다. 예컨대 배우자나 직계존비속간의 채무인수를 조건으로 하는 부담부증여의 경우 그 채무액을 과세가액에서 공제하지 않는다는 상속세법규정(제29조의 4 제2항)에 대한 위헌결정(1992. 2. 29. 91헌가5; 90헌바3; 90헌가69), 조세 부과당시를 기준으로 상속 또는 증여재산의 가액을 평가하도록 규정한 구 상속세법규정(제9조 제2항)에 대한 위헌결정(1992. 12. 24. 90헌바21).

iv) 앞에서 언급하였듯이 재산가치있는 주관적 공권이 재산권에 포함되는지 혹은 어느 정도 포함되는지의 문제가 사회국가경향이 확대되면서 매우 중요한 재산권문제로 제기되고 있다. 재산가치있는 사인의 주관적인 공법상의 지위에 대한 재산권보호문제는 오랜기간의 논란을 거쳐 오늘날에는 긍정적으로 보는데 의견이 모아졌다. 즉 법상, 사실상의 조건상 재산권자의 법적 지위에 비견되는 법적 지위가 개인에게 인정되는 경우에는 재산권보장의 대상에서 제외시킬 이유가 없다는 입장이 바로 그것이다.³⁵⁾ 연금청구권, 의료보험금, 실업보험금 혹은 실업수당청구권, 원호보상금급부청구권 등 각종 사회보장법적 청구권이 이에 포함된다. 여기에서 그 비교기준은 배타적인 독점성, 사적유용성, 권리귀속의 생존보장기능과 함께 그 법적 지위의 형성에 개인의 기여분이 어느 정도인가 하는 점들이다. 개인의 공법상의 지위가 사회국가적 원리에 따른 생존배려적 차원에서 주어지는 일방적인 성격의 급부가 아니라 개인의 독자적인 자본투자 혹은 노력의 결과인 경우에는 당연히 재산권에 포함되어야 한다는 입장이다. 헌법상 재산권개념의 중요한 요소인 임의적인 처분권능은 재산권객체에 대한 지배권과 재산권자와 재산권객체간의 각별한 인적 관련성을 의미하는 바, 예컨대 연금청구권과 연금기대권의 경우에 이러한 특별한 인적 관련성은 장래에 연금이 실제로 지급되기 이전의 단계에서도 그 법적 지위가 소득기준에 따른 부담액 등 가입자의

35) Vgl. *BVerfGE*, 1, 264(277); 14,288(293); 22,241(253); 24,220(226); 53,257(281); *F. Ossenbühl*, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *W. Fürst (Hg.)*, *Fs. f. W. Zeidler* Bd. I, S. 636.

개인적인 기여분에 의해 형성된다는 점에서 확인되기 때문이다.

따라서 재산가치있는 주관적 공권의 경우에 그것이 재산권에 포함되는지 그 여부의 문제는 단순히 가부만을 판단하는 문제를 넘어서 실제로 더욱 중요하고 어려운 문제는 재산권보장의 대상으로 인정되는 범위를 설정하는 문제이다. 여기에서는 상세한 논의를 약하고 독일 연방헌법재판소가 제시하였고 일반적으로 받아들여지고 있는 단계적 차별화의 기준만을 지적한다. 이에 따르면 우선 재산가치있는 주관적 공권의 자유보장기능, 즉 그것이 개인의 기본적인 생존과 생활에 필수불가결한 전제조건인가 혹은 사회적 연관성과 그에 따른 사회적 기능이 부각되는가에 따라 입법형성의 자유의 크기가 달라진다. 또한 청구권에 대한 개인의 기여분의 크기에 따라 헌법적으로 달리 평가되어야만 하는 인적 관련성에 따라 재산권보장의 범위가 차별화될 수 있고, 더 나아가서는 이미 성립된 ‘완전권’(Vollrecht)과 이른바 ‘기대권’(Anwartsrecht)도 달리 평가될 수 있다는 것이다.³⁶⁾

그런데 주지하는 바와 같이 사회보장법영역은 입법형성의 자유가 각별하게 강조될 수 밖에 없는 영역이다. 사회보장체계 혹은 관련 법제의 구체적인 형성은 고도의 정치성때문에 헌법해석을 통해 그에 대한 구체적인 지침 혹은 평가기준이 추론되어 나올 수 없는 전형적인 정치적인 과제이기 때문이다. 사회보장체계의 기능과 재정능력의 유지 및 개선을 위해서 혹은 급변하는 경제상황의 변화에 적응할 수 있기 위해서는 구체적으로 재산권의 범위를 정하는데 있어서 입법자에게 특히 폭넓은 형성의 자유가 인정

36) Vgl. BVerfGE 53, 257(291).

될 수 밖에 없다. 다만 공공복리목적이나 과잉금지원칙, 신뢰보호의 원칙 등 헌법상의 일반원칙과 위에서 언급된 기준들이 그에 대한 최소한의 헌법적 평가기준이라고 할 수 있다.

사회보장정책시행의 경험이 그리 많지 못한 우리나라에서는 아직 재산권과 관련해서는 충분한 논의기회를 갖지 못하고 있지만, 의료보험제도, 국민연금제도 기타 사회보험 등 각종 관련정책이 시행되는 과정에서 매우 심각한 문제로 대두될 것으로 전망된다.

(3) 재산권보장의 범위

재산권은 재산적 가치있는 재화라고 하는 객체와 특정한 권리주체간의 귀속관계이다. 재산권보장에서 ‘존속보장’은 이러한 귀속관계의 인적 측면과, ‘가치보장’은 물적 측면과 연계된 이론적 개념이라고 할 수 있다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이 재산권보장의 핵심적인 과제는 기본권주체에게 재산법적 영역에서 능력과 개성에 따라 마음놓고 경제생활을 영위할 수 있는 자유의 영역을 보장해 주고 이를 통해 궁극적으로 자기 책임하에 독자적인 생활을 영위할 수 있게 하는 것이다. 이러한 재산권이념은 오늘날 재산권이론에서는 당연한 것으로 받아들여 지고 있지만, 그렇게 된 것은 사실상 그리 오래지 않다.

실질적인 법치국가원리가 실현되기 이전의, 예컨대 독일의 경우에는 기본법제정 이전까지의 지배적인 재산권이해에 따르면 그것은 ‘상대적인 보상의 보장’(relative Entschädigungsgarantie)만을 의미하는 것이었다.³⁷⁾ 재산권에 대한 공용제한의 경우에 보상

37) Vgl. W. Böhmert, a.a.O., S. 2568.

을 약속하는 것에 지나지 않았다. 그 보상도 입법자에게 유보되어 있는 것이었음은 물론이다. 이러한 입장에서는 재산권제한의 허용여부는 문제가 아니었다. 재산권제한으로 인해 초래된 재산적, 즉 물적 손해를 보상을 통해 보충해 주기만 하면 그것이 헌법적 한계를 넘는 불법적인 재산권제한인 경우에도 그 위법성이 치유된다는 결론이 가능하였다. 결국 재산권주체의 입장에서 대국가적인 측면에서 보장받는 재산권의 내용은 재산권제한의 적법성 여부, 즉 허용여부와 관계없는 이른바 ‘수인후 보상’(dulde und liquidiere)의 범주에 국한되는 것이었다. 이러한 재산권이해는 국가에 의한 모든 재산권제한이 우선적으로 개인적인 법적 지위에 대한 제한, 즉 물적 보호대상으로서의 재산이 아니라 재산권주체의 인적 자유영역을 축소 혹은 부인하게 된다는 점을 무시 내지는 경시하는 결정적인 오류를 내포하고 있었다.

「재산권보장은 ‘물적보장’(Sachgarantie)이기에 앞서 ‘권리주체에 대한 인적보장’(Rechtsträgergarantie)이다」라는 독일연방헌법재판소³⁸⁾의 확인은 이러한 오류로 부터 재산권에 대한 헌법적 보장의 역사를 바로 잡는 것이었다. 이러한 재산권이념의 근본적인 전환에 따라 재산권보장의 기능을 재산권적인 관점에 우선해서 인적인 자유권적 관점에서 바라보게 되었다. 이에 따르면 자율적인 인간상을 전제로 하는 사회적 법치국가에서 재산권보장의 범위는 단순히 재산에 체화된 가치를 보장하는데 그치는 것으로 이해되지 아니한다. 말하자면 재산권보장이 더 이상 재산가치의 손실에 대한 대체물로 주어지는 보상을 보장하는 것에 그치는 것이

38) Vgl. BVerfGE 24, 367(404).

아니라, 그 존속 자체가 보장되고, 그 ‘존속보장’에 모든 국가권력이 기속되고 또한 법적으로 보호되는 실질적인 기본권으로서 재산권을 보장하는 것을 뜻한다. 이에 따르면 재산권자는 당연히 재산을 개인적으로 소유할 수 있는 자유 뿐만이 아니라 그것을 사용, 수익 및 처분하는 인적 권리도 갖는다. 또한 이러한 권리의 침해에 대한 완전한 법적 대항 혹은 방어, 즉 합헌적인 재산권상태를 유지하고 회복할 수 있는 소송청구권 등의 포괄적인 법적 보호장치가 주어져야 한다.

이러한 재산권보장의 인적 측면을 전면적으로 수용하여 재산권이론을 재구성하고 나온 입장이 바로 독일 연방헌법재판소가 ‘자갈채취판결’(Naßauskiesungsbeschuß)³⁹⁾에서 정리·제시한 이른바 ‘단절이론’(Trennungstheorie)이다. 종래의 재산권이론에 따르면 ‘사유재산제도보장’과 ‘존속보장’이 각각 같은 동전의 양면같은 관계에 있는 재산권보장의 객관법적, 주관법적인 측면인 것으로 보고, 공용수용시 재산권보장의 내용이 존속보장에서 가치보장으로 변하게 되는 것으로 보았는데 ‘단절이론’은 이러한 재산권이론체계를 완전히 새롭게 재편하였다. 즉 ‘제도보장’과 ‘존속보장’을 별개의 독립된 보장범주로 보는 입장에서 ‘존속보장’은 재산권의 보호영역에 해당되고, 제도보장은 존속보장의 제한에 대한 한계, 이른바 ‘한계의 한계’(Schränken-Schränken)에 해당되는 것으로 이해하였다. 또한 재산권의 ‘존속보장’과 ‘가치보장’을 완전히 ‘단절된’ 상이한 차원의 보장으로 보는 입장에서 새롭게 재산권조항을 해석하였다. 이러한 새로운 재산권이론은 일부 비판적인 견해가 없

39) BVerfGE 58, 300ff.

지는 아니하지만⁴⁰⁾ 지배적인 다수에 의해 지지되어 오고 있다.

우리 헌법상의 재산권조항과 유사하기는 하지만 경시할 수 없는 다른 내용으로 규정되어 있는 독일 기본법상의 새로운 재산권 이론을 우리가 그대로 수용할 이유는 없다고 할 것이다. 그러나 후에 상술하겠지만 그 문제제기의 동인이 다를 뿐 문제상황과 그에 따른 진지한 이론적 검토의 필요성은 우리의 경우에도 동일한 것으로 여겨진다. 특히 ‘보상의무없는 재산권내용규정’과 이른바 ‘구제적 보상규정’을 중심으로 하는 새로운 재산권제한유형의 구별이나 이와 관련된 수용유사침해이론의 도입필요성과 그 법리적 가능성에 대해서는 보다 활발한 논의가 기대된다. 이는 재산권질서형성의 핵심적인 주체인 입법자는 물론이고 법원과 헌법재판소를 포함한 모든 법운동자들에게 오늘날 매우 중대한 난제로 제기되고 있는 ‘보상없는 재산권제한’의 문제점을 보다 정확하게 인식하고 또한 바람직한 해결방안을 모색하는데 상당한 시사점을 제공해줄 것으로 믿기 때문이다. 이에 관해서는 다음에서 ‘단절이론’의 내용과 그에 대한 비판을 정리하기로 한다.

40) Vgl. *J. Papier, Maunz/Dürig, GG-Kommentar*, Art. 14 Rn. 313ff.

Ⅲ. 재산권이론체계에 대한 재검토

1. 재산권내용규정과 수용의 법제형식상 구별

이른바 ‘단절이론’의 출발점은 재산권에 대해 상이한 영향을 주는 국가작용은 그 결과가 아니라 작용양식을 기준으로 구분되어야 한다는 인식이다. 이에 따르면 재산권이론체계상 수용은 특정한 법적 지위를 박탈하는데 지향되어 있는 고권적 조치이고, 재산권의 내용규정은 장래에 대한 재산권자의 권리와 의무를 확정하는 것으로서 별개의 재산권법제인 것이다. 말하자면 재산권의 내용규정이 이른바 수용적 효과를 초래한다고 해서 그것이 수용으로 전환되는 것은 아니라는 것이다.

독일 연방헌법재판소의 ‘단절이론’에 따르면 재산권내용규정은 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권내용, 즉 재산권자의 권리와 의무를 새롭게 정의하는 것을 뜻한다. 이는 현재와 장래의 특정한 사안을 대상으로 하지 않고 추상적으로 재산권제도를 형성하고 객관적인 재산권의 범위를 설정하는 작용이다.

이에 반해 수용은 이미 설정된 객관적인 재산권적 상태에 따라 그 자체로서 헌법상 재산권으로 보장되는 구체적이고 개인적인 법적 지위를 박탈하는 것으로 본다. 즉 재산권의 내용규정에 의해 설정된 객관적인 재산권상태를 특정시점에서 확정되는 재산권자와의 관계에서 의도적이고 계획적으로 파기하는 것이다. 여기에서 관련 당사자의 수는 결정적인 기준이 아니다. 재산권내용규

정의 경우에도 적은 수의 재산권자에게만 해당되는 예가 있을 수 있고, 반면에 수용의 경우에도 오히려 많은 재산권자를 대상으로 하는 이른바 ‘집단적 수용’(Massenenteignung)도 있을 수 있기 때문이다.

다만 여기에서 주목해야 하는 점은 우리 학계에서 흔히 오해하고 있는 것과 달리 여기에서 형식적인 기준에 따른 좁은 의미의 ‘수용’(Enteignung)개념이 19세기의 고전적인 수용개념, 즉 부동산의 종국적인 ‘소유권이전’(Übertragung)만을 내용으로 하는 것이 아니라는 점이다. 이 개념에는 재산권의 내용규정에 의하여 설정된 범위내에 있는 모든 재산권적 법적 지위에 대한 전면적인 혹은 부분적인 박탈이 포함된다. 다만 여기에서 부분적인 박탈은 재산권자의 포괄적인 법적 지위중에 법적으로 독자성을 가지는 혹은 독자성이 확인될 수 있는 부분에 대해서만 인정된다고 보는 것이 일반적인 입장이다.⁴¹⁾ 예컨대 부동산에 대한 ‘물적부담’등과 달리 천연기념물지정이나 토지에 대한 일정한 양식의 사용을 제한하는 지역 혹은 지구지정 등과 같은 경우에는 분리·제한되는 권능의 법적 독자성이 결여되어 있기 때문에 수용에 해당되는 ‘부분적인 박탈’ 자체를 인정할 수 없다는 것이다. 이는 매우 중요한 의미를 갖는 경제적 사용이 제한되는 경우에도 마찬가지로이다. 즉 그에 따른 손해에 대한 재정적 전보가 보장되고 재산권자가 그것을 받아들이면 합헌적인 ‘보상의무있는 내용규정’으로 정리되는 것이고, 그렇지 못한 경우에는 허용되지 않는 재산권제한, 즉 위헌적인 재산권침해로 정리되는 것이다.

41) Vgl. D. Ehlers, aa.O., S. 236.

그러나 적어도 이론적으로는 간명한 장점을 갖는 ‘단절이론’은 아래에서 상세히 검토되겠지만 오히려 그 간명함 때문에 실제 적용상 새로운 문제점을 내포하고 있다.

2. 재산권제한유형의 새로운 구별이론

- 보상의무있는 재산권 내용규정(Ausgleichspflichtige Eigentumsinhaltsbestimmung) -

재산권의 정의 즉, 그 내용 및 한계규정의 반사적인 결과로서, 말하자면 특정재산권에 대한 의도적인 제한이 아니라, 일반적이고 추상적인 내용규정에 의해 결과적으로 주어지는 부담 혹은 제약으로써 재산권의 사회적 기속성의 한계에 따라 법적으로 수인이 허용되고 요구되는 제한은 재산권이론상 공용제한과는 구별된다. 공용제한의 경우는 그 범주설정 혹은 재산권내용규정과의 구별이 문제이지, 보상이 없는 공용제한은 위법이다. 그러나 재산권의 내용규정과 공용제한을 통한 재산적 가치에 대한 효과는 사실상 그 결과에 있어서는 동일하되 그 과정과 수단 혹은 규율의 양식, 즉 일반적, 추상적, 비의도성과 개별성, 구체성, 의도성 또한 제한의 결과에 이르는 방향성만이 다르기 때문에 객관적인 기준에 따른 구별이 어려운 경우가 적지 아니하다.

그렇다면 공용제한이나 아니면 재산권의 내용규정이냐의 일차적인 구별은 현실적으로 입법자의 형식선택에 따라 결정될 수밖에 없다. 문제는 입법자의 결정이 잘못되었다고 판단되는 경우의 그 해결방법이다. 즉 입법자가 보상규정 없이 재산권내용규정

형식의 법제를 택하였지만 그것이 법제의 형식과 내용상 공용제한에 해당되는 경우나, 제한의 경우와 다름없는 특별한 혹은 중대한 부담, 즉 ‘수용적 효과’를 가져 오는 경우에 또한 보상규정을 두기는 하였지만 보상의 기준과 범위를 제시하지 아니하는 백지형식의 이른바 ‘구제적 보상규정’을 두는 경우에 어떻게 해결할 것인가의 문제이다. 그 해결방안을 둘러싸고 근본적으로 대립되는 두 이론이 바로 독일최고재판소와 연방행정재판소의 이른바 ‘문턱이론’(Schwellentheorie)과 연방헌법재판소의 ‘단절이론’(Trennungstheorie)이다.⁴²⁾

‘문턱이론’의 핵심적인 내용은 입법자가 보상에 관한 규정을 두지 않은 경우에도 그것이 수용에 해당된다고 판단되는 경우 혹은 재산권의 내용을 규정한 경우일지라도 재산권제한의 한계를 넘어서 수용과 유사한 이른바 ‘수용적 효과’를 가져오는 때는 법원이 독자적으로 직접 보상에 관한 결정을 할 수 있다는 것이다. 역으로 시민의 입장에서는 그러한 내용의 법률을 근거로 한 조치 혹은 법률자체에만 국한해서 대항해야 하는 것은 아니라는 입장이다. 결국 보상이 필요없는 재산권의 내용규정과 보상이 필수불가결한 수용을 ‘유이한’ 재산권규율법제로 볼 수 없고 또한 입법자의 법제형식선택이 그 자체로 최종 확정되는 것이 아니라, 특별 희생 혹은 중대성등의 기준에 따라 평가되는 그 제한의 질에 따라 법원에 의해 재평가될 수 있다는 것이다.

이러한 ‘문턱이론’과 근본적으로 대립되는 입장이 바로 이른바 ‘자갈채취판결’⁴³⁾에 의해 분명하게 정리된 연방헌법재판소의 ‘단

42) Vgl. vor allem *J. Lege*, *Wohin mit den Schwellentheorie?*, *JZ* 1994, S. 431ff.

절이론'이다. 1981년에 연방헌법재판소는 '물관리법'(Wasserhaltungsgesetz)과 관련된 동 결정에서 종래의 재산권조항해석과는 근본적으로 다른 입장에서 재산권법제의 체계를 재편하는 이론을 제시하였다. 즉 종래의 해석에 따르면 사유재산제도의 보장(Insitutsgarantie)과 존속보장(Bestandsgarantie)은 재산권보장의 두 가지 측면, 즉 객관적인 법적 측면과 주관적인 법적 측면으로 동전의 앞뒷면과 같은 관계에 있는 것이고, 입법자나 행정에 의해 평등의 원칙에 어긋나게 혹은 수인한도를 넘는 정도로 재산권적 법익이 제한되는 경우에는 보장의 내용이 '존속보장'에서 '가치보장'(Wertgarantie)으로 전이되는 것으로 보았다. 그러나 연방헌법재판소는 기본법 제14조의 재산권조항을 새롭게 해석하여 '제도보장'과 '존속보장', '존속보장'과 '가치보장'의 범주를 상호 단절된 체계로 재구성하였다. 우선 연방헌법재판소는 '존속보장'은 재산권의 보호영역을 설정하는 개념으로, '제도보장'은 그 보호영역에 대한 제한의 헌법적 한계, 이른바 '한계의 한계'(Schranken Schranken)를 내용으로 하는 개념으로 이해하여 두가지 보장이 각각 그 범주가 다른 독립된 관계에 있는 것으로 보았다. 또한 '존속보장'을 내용으로 하는 보호영역에 대한 제한에 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법작용을 포함시켰다. 이러한 재산권체계 속에서 '가치보장'은 수용의 경우에 '존속보장'에 대체되는 것이 아니라, 수용은 물론이고 재산권의 내용규정의 경우에도 그에 따른 '존속보장'에 대한 제한이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 존중되어야 하는 조건으로 이해되었다.

43) BVerfGE 58, 300ff.

이러한 새로운 이론들을 전제로 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항상의 ‘수용’(Enteignung)을 협의의 개념, 즉 ‘구체적이고 주관적인 재산권적 법적 지위의 전면적인 혹은 부분적인 박탈’(die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver eigentumsrechtlicher Positionen)의 개념으로 해석하고, 그에 따라 ‘재산권자의 권리와 의무에 대한 일반적이고 추상적인 확정’을 내용으로 하는 재산권내용규정의 법제와 준별하여 수용법상 보상문제에 대한 입장을 분명히 하는 동시에 재산권질서의 형성에 관한 입법자와 법원 및 헌법재판소간의 관할권을 재확인하였다.

우선 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제3항의 적법한 수용에 연계되어 있는 보상제도를 엄격하게 해석하여 법률상 명시적인 근거가 있는 경우에만 보상청구권이 인정될 수 있음을 분명히 하였다. 보상규정이 결여되어 있는 경우에 침해 당사자는 해당 처분 자체에 대한 취소소송이나 근거 법률에 대한 위헌심판등을 통해 방어권 행사를 할 수 있을 뿐이고, 또한 법원의 판결 역시 이에 국한된다는 입장이다. 이는 궁극적으로 재산권 및 수용개념의 해석은 헌법재판소의 고유권한에 속하는 사항이며, 따라서 일반 법원은 기본법상의 수용보상청구권을 유추 혹은 확대해석하여 이를 근거로 공용침해보상을 인정하는 내용의 판결을 할 수 있는 권한을 갖고 있지 못하다는 논리이다.

결국 연방헌법재판소의 ‘단절이론’에 따르면 헌법규정상 재산권 내용규정과 수용은 정형화된 형식적인 기준에 따라 상호 ‘단절적으로’ 구별되는 각각의 독립된 법제일 뿐이다. 헌법상의 한계를 넘어서 수용적 효과를 가져오는 재산권내용규정일지라도 그것이

수용으로 바뀌어질 수는 없고, 재산권내용규정은 재산권내용규정 일 뿐이고 그 위헌여부에 대한 판단만이 헌법재판소의 몫으로 남게 된다는 것이다. 말하자면 법원의 입장에서는 입법자의 두 법제간의 형식선택은 최종적인 것으로 받아들일 수 밖에 없다는 결론이다. 법원은 입법자가 수용의 형식을 택하여 보상규정을 둔 경우에 한해서 구체적으로 ‘정당한 보상’에 관해서만 판단해주면 되고, 법제형식에 대한 입법자의 선택에 오류가 있는지 혹은 재산권내용규정이 헌법상의 한계를 넘었는지에 대한 판단은 법원의 관할사항이 아니라는 입장이다. 요컨대 보상규정을 두지 않은 입법자의 결정을 그 의사에 반해서 혹은 최소한 입법자가 의도하지 아니한 내용으로 적극적으로 변형시킬 수 있는 법원의 헌법적 권한은 인정될 수 없고, 법제형식선택의 최종적인 권한과 책임은 궁극적으로 예산고권을 가지는 입법자에게 있고, 그에 대한 법적 통제는 최종적인 헌법유권해석기관인 헌법재판소의 독점관할사항이라는 것이다.

3. ‘단절이론’의 비판적 검토

그러나 문제는 이와 같이 재산권법제를 간명하게 단절적인 이원적 체계로 이해하고, 적극적인 법해석을 통한 법원의 보상결정권을 회수한 ‘단절이론’은 시민의 재산권보장과 재산권관련 정책결정과 집행의 효율성보장이란, 배척의 관계가 아닌 조화의 관계에 있는 두 가지 당위적인 요청을 제대로 수용해 내지 못한다는 데 있다.

우선 지적할 수 있는 문제는 이른바 ‘보상의무있는 재산권내용 규정’이라는 새로운 재산권제한유형에 관한 최근의 논의과정에서 충분히 지적된 바와 같이 극도로 다양하고 복잡한 정책환경조건의 변화에 따라 재산권내용규정과 수용간에 재산권법제를 선택하는 입법자의 입장에서 형식오용여부나 재산권내용규정이 구체적으로 이른바 ‘수용적 효과’를 초래할지 여부에 대하여 입법단계에서 충분히 예견할 수 없다는 점이다. 따라서 적지 않은 경우에 입법자의 입장에서는 일정한 재산권법제가 사후에 구체적으로 아무런 ‘수용적 효과’를 가져오지 않는 경우에는 결과적으로 불요불급한 재정부담만 초래하는 관대한 보상규정을 두든지, 아니면 장래 법률의 위헌결정가능성에 대한 위험부담을 안을 수 밖에 없다.

이러한 딜레마적인 문제해결을 위한 대안으로 모색되고 있는 것이 바로 이른바 ‘구제적 보상규정’이다. 보상의 기준이나 방법 등에 관한 구체적인 내용없이 ‘필요하면 보상해줄 수도 있다’는 식의, 말하자면 법원에 대한 백지위임형식의 보상규정을 두면서 형식선택에 관한 분명한 결정을 보류 혹은 회피하는 방법이다. ‘구제적 보상규정’의 헌법적 허용성여부에 대해서는 비판적인 입장이 우세한 가운데 논란이 계속되고 있지만 어쨌든 ‘단절이론’의 한계를 잘 보여주는 사례임은 분명하다. ‘단절이론’에 따라 재산권법제를 이해하는 연방헌법재판소가 전제한 헌법상 수용과 보상을 연계시킨 ‘불가분조항’(Junktivsklausel)의 기능이 제대로 실현될 수 없다는 반증현상으로 볼 수 있기 때문이다.

주지하는 바와 같이 ‘불가분조항’의 헌법적 의의는 한편으로는 재산권관련 법률을 제정하는 경우에 재산권질서형성의 주체이고

재정고권을 가지는 입법자로 하여금 분명한 형식선택을 하게 하고, 언제, 어느 정도의 보상청구권이 발생하고 그에 따라 어느 정도의 재정부담이 소요되는지에 대한 사전확인을 강제하는 것이다. 또 한편으로는 시민의 입장에서 언제 보상조건부로 혹은 보상없이 재산권제한을 수인해야 하는지를 분명하게 알 수 있게 하여 재산법적 안정성과 예측가능성이 보장되어야 한다는 것이다. 이른바 ‘구제적 보상규정’은 ‘불가분조항’의 이러한 두가지 헌법적 의의에 정면으로 위배되는 것이다. 다만 연방헌법재판소는 ‘구제적 보상규정’의 위헌여부문제를 미결로 남겨 놓았다.⁴⁴⁾

또한 ‘단절이론’은 예산고권을 가지는 의회가 의도하지 않았거나 혹은 예상하지 못하였던 재정부담을 지울 수 없다는 권력분립 원칙에 충실한 논리를 전제하고 있는데, 이에 대해서는 법원이 개별적으로 보상여부를 결정하는 경우에도 ‘일차적 권리구제수단 우선의 원칙’을 엄격하게 적용함으로써 재정적인 문제는 대부분 해결될 수 있다.⁴⁵⁾ 실제로 독일최고법원(BGH)은 동 원칙을 일관되게 적용하고 있다.⁴⁶⁾ 즉 동 법원에 따르면 제1차적, 제2차적 권리구제수단, 즉 관련된 고권적 조치나 근거법률 자체에 대한 대항과 수인후 보상청구에 대한 선택권은 무제한 허용되는 것이 아니고, 시민의 입장에서 1차적 권리구제수단의 동원이 불가능하거나 현실적으로 기대하기 어려운 경우에만 주어지는 것이다. 그런

44) 구제적 보상규정에 관해서는 S. Detterbeck, *Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts*, DÖV, 1994, S. 273ff

45) Vgl. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.Aufl. 1992, §26 Rn 75; F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 4.Aufl. 1991, S. 217ff.

46) Vgl. BGHZ 102, 350(357); 91,20(28); 90,17(30f.).

데 이러한 경우의 대부분은 입법자가 형식선택을 분명히 할 수 없고 따라서 위헌결정의 위험을 회피하면서 사실상 법원에 그 보상에 관한 결정권을 위임할 수 밖에 없는 사안에 해당되는 것이다. 요컨대 입법자의 입장에서나 일반법원의 입장에서나 또 하나의 유용한 재산권법제의 제3의 대안이 모색될 수도 있는 것이다. 그것이 이론적으로 정리 제시된 것이 ‘보상의무있는 재산권내용 규정’이고, 같은 맥락에서 많은 비판에도 불구하고 실제로 일부 법률에 수용된 것이 바로 ‘구제적 보상규정’이기도 하다.

재산권법제를 일반성과 추상성, 개별성과 구체성이라는 정형화된 형식적 기준에 따라 보상이 필요없는 재산권내용규정과 보상조건부로서 허용되는 수용을 구분하는 ‘단절이론’은 이론적으로는 간명하고, 위에서 언급한 ‘불가분조항’의 헌법적 의의에 부응하는 것이기도 하지만 실제로 다양하고 복합적인 재산권법제에 그대로 적용하기에는 한계가 있다. 여기에서 제기되는 의문은 ‘단절이론’에 따르는 경우에 재산권내용규정이 아니면서 재산권과 관련되는 모든 고권적 조치가 아무런 추가검토없이 당연히 불가분조항에 따른 보상규정의 입법의무가 전제되는 수용에 해당되는 것으로 되는 것인가 아니면 이러한 범주에 속하는 고권적 조치일지라도 일정한 경우에만 불가분조항이 요구되는 것인가의 문제이다.⁴⁷⁾ 또한 재산권의 내용과 한계를 새롭게 정하는 내용의 재산권관련 법률개정을 하는 경우에 그것은 보호영역을 설정하는 것인 동시에 입법수용에 해당되는 내용이 중첩적으로 포함될 수도 있다.

47) Vgl. A. Schmitt-Kammler, Ungelöste Probleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsdogmatik, in: *Fs. f. der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr der Universität Köln*, S. 824.

즉, 개정전의 구법에 따라 성립되었던 재산권은 신법에 의해 제한되는 것이고 반면에 개정시점 이후를 기준으로 보면 신법에서 정하는 내용의 재산권이 성립될 뿐인 것이다.⁴⁸⁾

이러한 의문에 대하여 설득력있는 대안을 제시하지 못하는 한정형화된 형식적인 기준 자체가 극히 상대적인 것일 뿐만 아니라, 그 이론적 간명성이 현실적으로는 대안모색의 가능성을 봉쇄하는 이론적 경직성으로 작용된다는 비난을 피할 수 없다. 예컨대 일반적이고 추상적인 재산권법체를 규정한 법률이 구체적으로 적용되는 과정에서 개별적인 고권적 조치를 통해 구체적인 재산권침해의 효과를 가져오는 경우 그 수권규정과 일반적이고 추상적인 형식으로 제정된 수용법률은 형식적인 기준에 따라 구별되지 못한다. 특히 환경보호관련법률 혹은 넓은 의미에서 경찰목적상의 재산권제한법제에서 많이 볼 수 있는 경우로서, 협의의 수용에 포함되는 것으로 여겨지는 ‘재산권적 법적 지위의 부분적인 박탈’과 재산권내용규정에 의한 재산권능의 축소 혹은 재산권에 대한 법적 제약은 그 구별이 쉽지 아니하다.

그렇다면 어쨌든 현실적으로 입법자가 보상규정을 두었는지 여부에 따라 수용인지, 재산권의 내용규정인지가 결정될 수 밖에 없다는 결론인데, 이러한 결론에 따르면 재산권의 사회적기속성을 명분으로 보상없이 수인을 요구하기에는 지나친 부담을 주는 재산권법제이면서도 입법자가 보상규정을 두지 않은 경우에 그것은 위헌인 재산권내용의 결정일 뿐이다. 물론 이러한 경우에 입법자는 당연히 경과규정이나 예외규정 혹은 조정적 보상규정 등

48) 독일 연방헌법재판소도 이러한 중첩적인 경우를 배제하지 않고 있다. Vgl. *BVerfGE* 58,300(331f).

의 이른바 ‘비례성보완규정’(Verhältnismäßigkeitsausgleichsregelung)을 통해서 예외적으로 발생한 특별한 부담을 경감시켜 위헌의 소지를 줄여야 한다. 그러나 문제는 법률제정단계에서 장래의 예외적인 가능성에 대한 충분한 예측이 불가능한 경우가 적지 아니하다는 점은 이미 지적한 바 있거니와, 그러한 경우에 해당되어 아무런 ‘비례성보완규정’을 두지 아니하였지만 그 법률자체를 위헌으로 결정하여 무효화하는 것보다는 이른바 ‘원칙과 예외’의 형식에 따라 예외적으로 비례성보완을 조건으로 합헌성을 유지하게 하는 것이 입법자의 의도에도 맞고, 정책의 안정성과 계속성을 유지시키면서 효과적인 권리구제의 요청을 동시에 수용하는 보다 합리적인 해결책으로 요구되는 상황이 적지 않다는 점이다. ‘보상의무있는 재산권내용규정’이 바로 이러한 현실적인 문제에 대한 이론적 대안으로 제시된 새로운 재산권침해 및 보상유형인 것이다. 실제로 독일헌법재판소는 ‘의무납본판결’(Pflichtexemplar Entscheidung) 이후 계속 이를 인정해오고 있고⁴⁹⁾ 연방행정재판소와 최고재판소도 같은 입장을 보이고 있다.⁵⁰⁾

이에 따라 재산권제한법제의 유형을 보상이 필요없는 재산권내용규정과 보상이 필요한 공용침해 및 보상의무있는 재산권내용규정 세 가지로 본다면 전통적인 수용이론에서 제시된 기준은 적어도 수용과 재산권내용규정의 구별, 즉 보상필요성 유무를 판단하기 위한 기준으로는 더이상 아무런 의미를 갖지 못한다. 다만 그것은 오히려 보상이 필요없는 재산권내용규정과 보상의무있는 재산권내용규정을 구별하기 위한 것으로서 결국 보상이 필요 없는

49) Vgl. BVerfGE 58,137(147ff.); 77, 295(297f.); 79,174(192); 81,329(340).

50) Vgl. BVerwGE 84,361(368f.); BGHZ 102,350(360); 110,12(16).

법률에 의한 재산권내용규정의 범위와 그 헌법적 한계를 설정하는 기준으로 그 효용이 그대로 유지되고 있다. 즉 그 활용영역이 이전되었을 뿐 수용이론의 문제는 그대로 남아 있다.

4. 수용유사침해보상이론 도입의 가능성 및 필요성에 관한 논란

우리 헌법상 독일에서 고안된 수용유사침해법리를 도입할 수 있는 가능성과 필요성에 대한 이론적 논란이 계속되고 있다. 이러한 의문은 독일기본법 제14조 제3항과 우리 헌법 제23조 제3항의 공용침해규정이 다르게 규정되어 있기 때문이다. 앞에서 개념 정리의 맥락에서 이미 언급되었듯이 기본법 제14조 제3항은 「수용」만을 공용침해유형으로 규정하고 있는데 반해, 우리 헌법 제23조 제3항은 「수용」외에 별도로 「사용」과 「제한」을 명시적으로 공용침해의 유형으로 규정해 놓고 있다. 또한 기본법 제14조 제3항의 수용개념은 독일 연방헌법재판소의 이른바 ‘자갈채취판결’ 이후에 엄격하게 제한적으로 해석되어 형식적 의미의 수용으로 축소되었다. 이에 따라 독일연방헌법재판소의 동 결정의 의미, 즉 동 결정에 의해 이론적으로 정리된 문제와 미결로 남아있는 문제들에 대한 다양한 논의, 특히 수용유사침해법리의 운명에 관한 독일에서의 논의가 우리나라에 그대로 적용될 수는 없다. 그 논증의 전제조건과 배경이 다르기 때문이다.

그동안 ‘자갈채취판결’의 내용과 재산권이론적 의의에 관해서는 그 결론과 도입의 필요성이나 가능성에 대한 의견은 엇갈리고 있

지만 우리나라에서도 충분히 검토되었다고 할 수 있는 바,⁵¹⁾ 여기에서는 이를 그대로 재론할 필요는 없다. 그러나 ‘자갈채취판결’의 결론중 ‘수용유사책임이론’의 이론적 의미와 그 실제적 기능에 대한 그릇된 평가의 예가 없지 아니하다. 또한 동 판결 이후, 특히 1993년 Saarland주의 자연보호법과 관련된 연방최고법원의 이른바 ‘Birzberg결정’⁵²⁾이후의 새로운 이론적 논의가 충분히 검토되지 못하였다.

우선 지적할 수 있는 것은 ‘자갈채취판결’ 이후에 수용유사침해 제도가 전면적으로 부인되게 되었다는 일부학자들의 주장은⁵³⁾ 그간의 계속된 논의를 통해 더 이상 설득력을 갖지 못하는 것으로 정리되었다는 점이다.⁵⁴⁾ 즉 수용유사침해보상제도를 기본법상 ‘수용’의 개념을 확대해석하여, 즉 일반법원이 헌법재판소의 독점적인 헌법해석권을 침해하면서 수용보상청구권에서 유추하는 논리 형식에 따라 도출된 국가책임제도가 아니라, 다수설이 주장하는 바와 같이 프로이센 일반국가법(Allgemeines Landrecht) 제74조, 제75조 이래 ‘헌법관습법’(Verfassungsgewohnheitsrecht)으로 인정되고 있는 ‘일반희생원칙’(Allgemeiner Aufopferungsgrundsatz)을 바탕으로 관습법상 확립된 독자적인 국가책임제도로써 인정하여 기본법 제14조 제3항에서 그 법적 근거를 찾아야 할 이유가

51) 예컨대, 홍준형, 「행정구제법」, 제2판, 1996, 169면 이하; 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 「고시연구」, 1994. 3, 106면 이하.

52) BGH-Urteil v.18.2.1993, BGHZ 121, 328ff=NJW, 1993, 2095ff.

53) Vgl. vor allem R. Scholz, Identitätsprobleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, NVwZ 1982, S. 346f.

54) Vgl. F. Ossenbühl, Der Anspruch wegen rechtswidriger Eigentumsverletzung (enteignungsgleicher Eingriff) - eine Zwischenbilanz, in: Fs. f. W. Geiger, 1989, S. 476ff.

없는 것으로 본다면 동 판결은 수용유사침해제도의 효력 자체에 대해서는 아무런 종국적인 판단을 하고 있지 아니한 것으로 이해된다고 보는 입장이 바로 그것이다.⁵⁵⁾ 연방최고법원도 비록 제한적이기는 하지만 수용유사침해법리를 계속 유지하고 있다. 특히 동 재판소는 특히 많은 논란의 대상이 되고 있는 ‘Birzberg결정’을 통해 법률에 보상규정을 두지 않고 있는 경우에도 그것이 이른바 ‘수용적 효과’를 가져오는 보상의무있는 재산권내용규정에 해당되는 것으로 판단되는 경우에는 직접 보상에 관한 결정을 할 수 있다는 입장을 분명히 하였고, 그 이론적 근거가 바로 수용유사침해법리인 것이다.⁵⁶⁾ 또한 사실행위(Realakte)나 의도하지 않은 법적 작용으로 결과적으로 초래된 재산권침해나 기타 현실적으로 제1차적 권리구제수단의 활용을 기대하기 어려운 경우에 결과적으로 초래된 재산권침해에 대해서는 계속해서 손실보상청구권의 독자적인 근거로 판례상 인정되고 있고, 학설상으로도 대체로 긍정적으로 평가되고 있다.⁵⁷⁾

요컨대, 수용유사침해에 대한 국가책임제도는 그 용어상의 유사점에도 불구하고 그 법적 체계를 달리하는 수용에 대한 손실보상과는 법리상 전혀 연관되어 있지 아니한 별개의 보상제도로 운용되고 있다. 따라서 기본법 제14조의 ‘재산권’(Eigentum)과 ‘수

55) Vgl. *J. Ipsen*, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, *DVBZ* 1983, S.1032f.

56) Vgl. *W.-R. Schenke*, Der Rechtsweg für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums, *NJW* 1995, S. 3145ff.; *F. Schoch*, Der Rechtsweg bei ausgleichspflichtigen Eigentumsinhaltsbestimmungen, *JZ* 1995, S. 768ff.

57) Vgl. BGH=*JZ* 1994,S. 259ff.

용'(Enteignung)의 개념에 대한 헌법재판소의 독점적인 해석권한을 핵심적인 논거로 한 동 판결을 수용유사침해보상청구권의 적용범위에 대한 일정한 제한 이상의 내용, 즉 수용유사침해제도에 대한 終焉으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

5. 요점 정리

위에서 살펴본 ‘자갈채취판결’ 이후 독일에서 계속되고 있는 논의에서 국가책임법상 소송절차 등과 관련되는 쟁점을 제외하면 대체로 재산권이론체계상 기초적인 쟁점은 정리되었다고 할 수 있다. 또한 연방헌법재판소, 행정재판소 및 연방최고법원간에도 부분적으로 중요한 입장차이는 여전히 존재하는 것이 사실이지만, 멀지 않은 장래에 개별적인 문제에 있어서 까지도 이견이 해소될 수 있을 것이라고 전망할 수 있을 정도로 기본적인 입장에서는 상당히 근접하고 있는 것으로 평가되고 있다.⁵⁸⁾

사실상 ‘단절이론’으로 정리되는 연방헌법재판소의 재산권이론이 재산권침해에 대한 ‘방어’에 중점을 두고 있는 것이라고 한다면, 연방최고재판소의 입장은 효과적인 ‘보상’에 일차적인 관심을 두고 있는 차이가 있을 뿐이다. 또한 그 차이는 개인재산권의 보장과 공공복리의 규범적 조화라는 재산권이론의 궁극적인 목표를 달성하기 위해서 가장 효과적인 수단과 방법을 모색하는 과정일 뿐이다. 그것은 재산권이론의 혼란이라기 보다는 보다 많은 대안을 검토하는 적극적인 담론의 과정으로 보아야 할 것이다. 어쨌

58) Vgl. *F. Schoch*, aa.O., S. 768.

든 일부 학자들이 지적하고 있는 바와 같이 실질적인 이유보다는 독일법원체계상 특유의 전통적인 이유나⁵⁹⁾ ‘시대착오적인 입법불비’⁶⁰⁾에서 비롯되는 입장차이, 즉 소송절차를 둘러싼 법원간의 대립을 제외하면 ‘단절이론’ 이후 독일에서의 재산권논의에서 의견이 모아진 내용은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, ‘단절이론’에 따라 ‘제도보장’과 ‘존속보장’ 또한 ‘존속보장’과 ‘가치보장’이 단절, 독립되어 있는 범주로 설정된다. ‘가치보장’에 우선하는 ‘존속보장’은 재산권의 보호영역으로, 제도보장은 이 보호영역에 대한 제한의 헌법적 한계, 즉 ‘한계의 한계’로 이해한다.

둘째, 일반성, 추상성과 개별성, 구체성의 형식적 기준에 따라 구별되는 재산권내용규정과 수용은 각각 단절된 범주의 존속보장과 가치보장에 연계되어 있는 것이다. 말하자면 재산권내용규정은 재산권내용규정이요, 수용은 수용이라는 것이다. 결국 재산권내용규정이 개별적으로 이른바 ‘수용적 효과’를 초래하는 경우에도 그것이 수용으로 전환되는 것이 아니라 위헌인 재산권내용규정일 뿐이다. 결국 재산권내용규정인지 아니면 수용인지는 궁극적으로 재정고권을 가지는 입법자의 결정에 맡겨져 있다.

셋째, 다만 재산권적 가치에 대한 전면적인 혹은 부분적인 박탈의 범주로 설정되는 좁은 의미에서의 수용과 함께 재산권의 내용규정도 재산권제한의 한 유형으로 인정된다. 재산권의 내용규정이 예외적인 경우에 개별적으로 비례의 원칙이나 평등원칙에 어긋나는 가혹한 부담을 초래하는 경우에는 이른바 ‘보상의무있

59) A.a.O., S. 773.

60) W.-R. Schenke, a.a.O., S. 3152.

는 재산권내용규정'에 해당되는 것으로 본다.

네째, 결국 이러한 새로운 재산권이론체계에 따르면 재산권의 사회적 기속성과 수용의 구별에 지향된 독일에서의 전통적인 '수용이론'은 재산권내용규정과 수용의 구별이 아니라 보상이 필요 없는 내용규정과 보상의무있는 내용규정을 구별하는데 그 초점이 맞추어져 있다.

다섯째, 다만 이러한 경우에 재산권자의 입장에서 당해 고권적인 조치나 근거법률 자체에 대한 제1차적인 대항과 이른바 제2차적인 '수인후 보상'(dulde und liquidiere)에 대한 선택권을 가지는지의 여부와 법원의 입장에서 독자적으로 보상에 관한 결정을 할 수 있는지에 관해서는 연방최고법원과 연방헌법, 행정재판소간에 이견이 대립되고 있다. 또한 이른바 '구제적 보상규정'의 헌법적 허용성여부도 특히 '특정성의 원칙'과 관련하여 논란이 계속되고 있는 실정이다.⁶¹⁾

6. 우리 헌법상 검토의 필요성과 도입의 법리적 가능성

우리 헌법은 독일기본법과 달리 '공용수용', '공용사용'과 함께 '공용제한'을 별도의 공용침해유형으로 명시적으로 규정해 놓고 있다. 따라서 독일에서 좁은 의미의 수용의 개념을 전제로 우리의 '공용제한'에 속하는 고권적 조치가 '재산권의 내용규정'에 해당되는 것인지 아니면 '수용'에 해당되는 것인지의 문제를 둘러싸

61) 다만 최근에 연방최고재판소는 이전의 부정적인 입장에서 다시 긍정적인 입장으로 선회하는 경향을 보이고 있다. vgl. BGH=DÖV, 1995, S.157ff.

고 계속되고 있는 논의는 적어도 개념형식론적인 면에서는 우리와는 그 문제상황이 다르다. 왜냐하면 독일에서 좁은 의미의 수용에 해당되는 것으로 볼 수 없고, 따라서 재산권내용규정이 구체화된 결과로 볼 수 밖에 없는, 그러나 예외적으로 보상없는 수인을 기대하기에는 한계를 넘는 가혹한 부담이 주어지는 경우에 이른바 ‘보상의무없는 재산권내용규정’의 형식을 통해 이론적으로 해결할 수 밖에 없는 많은 경우를 우리는 적어도 형식적으로는 헌법상 명시적으로 공용침해유형의 하나로 규정하고 있는 ‘공용제한’에 포섭하여 해결할 수 있는 것으로 이해되기 때문이다.

그러나 실질적인 관점에서 보면 우리에게도 문제상황은 그대로 적용된다. 말하자면 ‘재산권내용규정’인지 혹은 ‘수용’인지를 구별하는 난제 대신 우리는 ‘재산권내용규정’인지 아니면 ‘공용제한’인지를 구별하는 문제를 그대로 안고 있는 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이 독일 기본법 제14조 제3항상의 ‘수용’의 개념을 연방헌법재판소의 단절이론에 따라 협의의 개념으로 보는 경우에도 그것이 우리 헌법 제23조 제3항상의 공용침해유형 중 하나인 ‘공용수용’과 전혀 차이가 없는 동일한 범주를 내용으로 하고 있는 것은 아니다. 또한 일반적이고 객관적인 재산권내용규정에 따른 입법당시에 예상하지 못한 혹은 예상하기 어려웠던 개별적인 재산권침해와 입법자의 의도적이고 계획적인 ‘공용제한’은 결과에 따른 구별이 아니고 작용양식에 따라 구별되는 것이기 때문에 우리의 경우에도 그 구별이 가능하고 또한 구별하여 취급하여야 할 이론적인, 실제적인 이유가 있기 때문이다. 해당 법률에 대한 헌법적 평가에서 단순한 위헌여부가 아닌 이른바 ‘원칙과 예외’(Regel-Ausnahme)의 기준을 교차적으로 적용하는

제3의 대안모색의 가능성을 열어 두는 것이 바람직하기 때문이다.

이러한 점에서 독일에서 「보상을 요하는 재산권규정에 의한 재산권침해의 경우에, 즉 기본법 제14조 제1항에 반하여 재산권의 내용을 정한 법률에 의거한 재산권침해는 기본법 제14조 제3항에 의한 수용보상이 아니라 그 침해조치에 대한 취소소송이나 보충적으로 기본법 제14조 제3항과는 별개의 법규정이나 법원칙에 의한 손실보상의 대상이 된다고 하겠지만, 우리나라의 경우 그러한 재산권침해는 의연 헌법 제23조 제3항의 재산권에 대한 공용제한으로서 같은 조항에 의한 손실보상의 대상이 되는 것」이라고 보는 입장⁶²⁾에는 문제가 없지 아니하다.

예컨대, 보상의무있는 내용규정을 인정한 ‘의무납본판결’의 사안의 경우 과연 우리 헌법 제23조 제3항의 공용제한으로 해결할 수 있는지 의문이 아닐 수 없기 때문이다. 또한 ‘수용이론’을 통해 제시된 여러가지 이론적 기준들에 따라서 엄격하게 구별되는 보상이 필요없는 재산권내용규정과 보상이 필수적으로 요구되는 공용제한의 두법제간 어느 것에 해당되는가를 명확하게 구별하는 것이 현실적으로 매우 어렵다는 문제상황은 동일하기 때문이다. 말하자면 사회적 기속성(Sozialbindung), 특별희생(Sonderopfer), 기대가능성(Zumutbarkeit), 중대성(Schwere), 사적 유용성(Privatnützigkeit), 상황기속성(Situationsgebundenheit) 등의 기준들 자체가 상대적인 것일 수 밖에 없고, 따라서 이들 기준들이 두 법제간 양자택일을 해야 하는 입법자에게 구체적인 준거척도가 되지 못

62) 예컨대 홍준형, 전게서, 138면.

하는 것은 물론이고, 또한 적지 않은 경우에 이 기준들에 따른 구별이 그 결과에 따라 재산권내용규정에 해당되는 것일 경우에는 아무런 보상없이 참을 수 밖에 없는 시민들에게 설득력있는 것으로 받아 들여지기를 기대하기 어려운 것이 현실이다.

이러한 어려움은 특히 오늘날 재산권관련 정책의 구조적 특성과 그 내용상 재산권법제가 점점 다양해지고 그에 따른 효과가 갈수록 복잡하고 중첩적일 수 밖에 없는 현실상황 때문에 더욱 심화될 것으로 전망된다. 이른바 ‘그린벨트’문제를 비롯한 각종 환경보호정책은 물론이고 도시계획, 국토개발, 지역균형개발정책, 경제정책, 문화정책 등 거의 모든 정책영역에서 재산권과 관련된 심각한 갈등이 야기되고 있는데, 많은 경우에 그것이 ‘공용제한’에 해당되는 것인지 아니면 재산권의 내재적인 사회적 기속성에 따른 반사적인 불이익, 즉 보상없이 수인할 수 밖에 없는 불가피한 손해일 뿐인지를 판단하는 것은 극히 어려운 일이 아닐 수 없다. 특히 1989년 12월에 이념적, 법리적 내용에 대한 충분한 검토 없이 유행어처럼 되버린 이른바 ‘토지공개념’을 바탕으로 한 ‘택지소유상한법’, ‘개발이익환수법’ 및 ‘토지초과이득세법’ 등이 새로 입법·시행되면서 재산권에 대한 침해여부를 둘러 싸고 논란이 계속되고 있고, ‘토지초과이득세법’에 관해서는 이미 사실상 위헌판결에 해당하는 헌법불합치결정이 내려진 바 있다. 동 결정으로 인해서 토초세법의 운용 자체에 엄청난 혼란이 초래되었음은 물론이고, 더 나아가서는 법과 국가정책에 대한 국민의 신뢰가 크게 손상되어 올바른 법문화발전에 큰 부담으로 작용하고 있는 것은 주지의 사실이다.

또한 많은 경우에 현실적으로 ‘공용제한’과 ‘재산권내용규정’ 두

법제형식의 간명한 구별이 어렵다고 한다면, 실제로 시행되고 있는 재산권법제중 보상규정을 두고 있지 않은 많은 경우와 또한 이른바 백지위임식의 ‘구제적 보상규정’만을 두고 있는 법령들을 어떻게 평가할 것인지 문제가 아닐 수 없다. 결국 문제는 우선 한편으로는 헌법상 부여받은 폭넓은 형성의 자유에 따라 사실상 ‘재산권정의권’을 가지고 재산권형성을 책임지고 있고 적지 않은 많은 경우에 입법 당시에 장래의 결과, 특히 헌법적 한계를 넘는 가혹한 부담이 초래될 수도 있는 예외적인 가능성을 예상할 수 없는 입법자에게 장래 위헌결정에 대한 부담을 덜어주면서 동시에 정책적 효율성과 일관성을 담보해줄 수 있는 객관적이고 합리적인 통일된 지침이 주어진 것이 없다. 또한 그것은 현실적인 여건상 불가능하다는 점이다.

또 한편으로는 법원과 헌법재판소의 보상의무여부에 대한 결정, 말하자면 ‘보상없는 재산권제한’이 ‘공용제한’에 해당됨에도 불구하고 보상규정이 없기 때문에 근거 법령이 위헌이라든지 혹은 재산권내용규정에 해당되기 때문에 보상이 필요없고 따라서 합헌이라는 간명하지만 극히 도식적인, 따라서 유연성을 가질 수 없는 결정양식이 정책당국자에게나 일반 국민들에게 공히 설득력 있는 결정으로 받아 들여지기 어려운 경우가 적지 않다는 점이다.

헌법상 재산권이론의 정향점이 궁극적으로 자유보장기능을 가지는 개인재산권의 보장의 측면과 공공복리실현의 측면, 말하자면 정당한 국가정책의 효율성의 측면의 바람직한 조화, 즉 ‘규범적 조화’를 도출해내는 것이라고 한다면 재산권문제의 현황에 비추어 볼 때 우리의 경우에도 재산권이론체계에 대한 면밀한 재검

토와 합리적인 대안모색이 시도되어야 할 것으로 생각된다. 이러한 점에서 독일 연방헌법재판소가 이른바 ‘자갈채취판결’을 통해서 제시하고, 그 후 많은 학자들의 비판적 지지를 받고 있는 이른바 ‘단절이론’을 중심으로 한 새로운 재산권이론체계와 그에 따른 많은 논의의 성과들은 우리에게도 매우 유용한 것이 아닐 수 없다.

우선 독일에서 재산권제한의 한 유형으로 새롭게 인정되고 있는 ‘보상의무있는 재산권내용규정’의 입법형식과 또한 독일에서도 아직 많은 논란속에서 일반적으로 인정되고 있지는 못하지만 ‘구제적 보상규정’은 우리에게도 매우 유용한 제도나 대안모색을 위한 유용한 단서로서 활용이 가능하다고 본다.⁶³⁾ 논란이 계속되고 있기는 하지만 ‘구제적 보상규정’은 재산권내용규정에 있어서 예상하기 어려운 부수적인 재산권침해의 결과를 해결하기 위한 수단으로 ‘일반조항’이나 ‘예외규정’ 등 기타 유용한 보완입법수단의 활용이 불가능한 경우에 한해서 보충적이고 예외적인 수단으로만 허용하는 것이 바람직하다. 재산권의 내용을 규정하는 법률의 경우에 예외적으로 보상을 요하는 재산권침해의 결과를 사전에 유형화하기 어려울 뿐만 아니라 입법당시에는 충분히 예견하지 못하는 부수적인 효과가 법집행단계에서야 사후에 가시화되는 경우가 많기 때문에 학설상 많은 비판⁶⁴⁾에도 불구하고 최소한 보충적

63) 우리나라에서는 보상의무있는 재산권내용규정의 법제에 관하여는 일부 학자가 긍정적인 입장을 보이고 있다. 김남진, 「행정법의 기본문제」, 1054면 이하; 특히 도시계획법상 개발제한구역, 보존지구, 제4종미관지구, 시가화조정지역 등을 그 대표적인 적용가능사례로 들고 있다. 박상희, 재산권침해유형에 대한 구별이론의 새로운 필요성, 「법제연구」, 1994, 193면 이하 참조. .

64) Vgl. J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Kopmmentar, Art. 14 Rn 283ff.

인 제도로서는 입법정책적인 의도와 비례의 원칙을 조화시킬 수 있는 적절한 방책이 될 수 있다.⁶⁵⁾ 그 예로는 철도법 제76조 1항, 원자력법 제96조 2항, 문화재보호법 제25조 1항, 소방법 제8조 등을 들 수 있다.

또한 수용유사침해이론의 도입가능성의 문제도 권리구제의 사각지대가 현존하고 있는 것이 분명하다면 그 적실성에 대한 진지한 검토를 거쳐 적극적으로 도입하는 것이 바람직할 것이다. 여기에서 주목해야 할 점은 앞에서 언급한 ‘보상의무있는 재산권내용규정’이나 수용유사침해보상의 법리가 궁극적으로는 개인재산권의 보장과 공공복리실현수단인 국가정책의 효율성을 규범적으로 조화시키기 위한 이론구성의 결과였고, 특히 수용유사침해보상의 법리는 당연히 규범적 조화라는 헌법적 명제를 인식하면서 현실적으로 제1차적인 권리구제수단을 통해서는 피해구제가 불가능하거나 충분하지 못한 경우에 그에 따른 불가피한 피해의 구제에 중점을 둔 독일최고법원의 적극적인 법해석의 산물이었다는 점이다.⁶⁶⁾

재산권에 관한 논의에서 우리에게 가장 절실하게 필요한 것은 어떤 방향, 내용의 입장이건 불문하고 균형성을 잃지 않으면서도 보다 진지하고, 적극적인 법운용의 자세임은 물론이다. 재산권문제의 현실여건에 따라 입법상, 사법실무상 헌법상의 불가분조항 등의 문제 등과 같은 여러가지 어려운 문제가 단시간내에 간명하게 해결되기를 기대할 수 없는 사정이 본질적으로 독일과 우리의 경우가 크게 다르지 않다고 한다면 우리에게도 최소한 과도적인

65) Vgl. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., 1994, Rn. 83.

66) 홍준형, 전게서, 189면 이하 참조.

차선책으로서는 적극적인 도입이 바람직하다고 여겨진다. 이러한 지적과 논의가 가장 절실하게 요구되는 문제영역이 바로 본 논문의 테마인 ‘보상없는 재산권제한’의 영역이다. 문제의 양적, 질적 크기 때문에 심각한 재산권문제로 제기되어 있는 도시계획법상의 개발제한구역문제를 예로 들지 않더라도, 우리나라에서 보상여부가 다투어지는 ‘보상없는 재산권제한’의 문제야말로 한편으로는 분명한 원칙의 정립과 그에 따른 일관된 입장과 또 한편으로는 적극적이고 유연한 입장이 동시에 요구되는 딜레마적인 상황에서 설득력 있는 대안을 제시해야 하는 난제이기 때문이다.

7. 미국에서의 수용 및 손실보상에 관한 판례와 학설의 동향 개요

앞에서의 검토는 주로 독일의 재산권이론을 중심으로 한 것이었다. 그러나 우리 법원의 입장에서는 물론이고 입법정책적인 관점에서도 미국에서 축적된 재산권규제와 수용에 관한 다양하고 실용적인 이론적 논의와 판례도 매우 유용한 참고 자료임이 분명하다. 다만 여기에서는 앞에서 언급한 바와 같이 토지이용규제와 손실보상에 관한 판례와 학설상 논의의 일반적인 동향만을 요약·정리한다.

우선 「사유재산은 정당한 보상이 없이는 공용을 위해 수용되지 아니한다」고 규정하여 ‘공용목적’(public use)과 ‘정당한 보상’(just compensation)을 ‘수용’(taking)의 정당성요건으로 정해놓고 있는 수정헌법 제5조는 적법절차조항과 연계되어 주헌법상 수용조

함을 두고 있지 않은 경우에도 광범위하게 허용되는 경찰권을 근거로 하여 수용권이 인정되는 주에게도 적용된다. 다만 각 주의 법원은 주헌법에 따른 독자적인 판단에 따라 상이한 입장을 취할 수 있다.⁶⁷⁾

수정헌법 제5조의 기본사상, 즉 미국 헌법의 전통상 자연법적인 기본권으로 이해되는 재산권의 보장과 수익과 부담의 정당한 배분의 원칙은 판례를 통해 일관성있는 도그마틱으로 체계화되지는 못한 상태이다. 동 조항의 기본적인 취지는 한편으로는 공용목적의 요건에 부합되지 않는 부정당한 수용을 방지하고, 또 한편으로는 공익의 관점에서 정당화되는 수용의 경우에도 그에 수반되는 재산적 가치의 손실을 특정한 피수용자에게 전가하지 아니하고 수익자 전체에게 공평배분하는 것이다. 따라서 핵심적인 논점은 공용목적과 정당한 보상요건에 대한 구체적인 판단기준이다. 이에 관해 미국판례상 정리된 입장이 있다면 역설적으로 표현해서 ‘구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다’(ad-hoc-factual-inquiry)는 것이다. 말하자면 공권력작용에 의해 초래된 경제적 손실이 어떤 경우에 특정한 혹은 특정집단에게 전가되어서는 아니되는지를 판단하는 정의와 형평성의 원칙이 구체적으로 적용가능한 정형화된 기준체계로 정립되지는 못하였다.

다만 시대상황의 변화에 따라 보수적인 입장과 진보적인 입장이 교차되는 큰 흐름의 변화를 보여 왔던 미국 대법원의 최근 입

67) 예컨대 1991년에 Pennsylvania주 대법원은 Philadelphia문화재보존위원회가 소유주의 반대에도 불구하고 특정 극장건물을 보존가치있는 유적으로 지정한 사안을 위헌적인 수용으로 판단하였다. *United Artist v. Historical Commission*, 595 A. 2d 6 (pa. 1991)

장은 재산권에 대한 보다 강력한 보장을 기조로 하는 보수적인 경향을 보이고 있다. 미국 대법원에서 종래 보상의무여부에 대한 판단을 위해 제시되어 기준은 ‘물리적 침해’(physical invasion), ‘유해한 사용’(noxious use) 및 ‘재산치의 감소’(diminution in value)등을 들 수 있다.⁶⁸⁾

우선 ‘물리적 침해’의 기준은 19세기적인 재산권질서 혹은 정책 환경조건에서는 몰라도 재산권의 의미와 기능의 변화에 따라 물리적인 침해 못지 않은 중대한 재산권침해를 초래하는 비물리적인 침해가 일상화된 오늘날에는 일반적인 설득력을 갖지 못한다. 다만 특정한 사유재산권자와 전체 사회간의 정당한 가치배분의 관념에 따라 재산권보장의 효력범위를 확장하여 공적 규제의 채널을 열어 놓는 동시에 공적 침해에 대한 간명한 법적 한계를 설정함으로써 특별한 희생에 대한 구제가능성을 보장하고자 하는 기본적인 취지는 여전히 중요한 의미를 갖는다.

‘유해한 사용’의 기준이나 이를 탈가치화하여 자의적인 평가의 위험을 배제하고 객관적인 공평성을 확보하고자 한 J. Sax⁶⁹⁾의 ‘외부적 효과’나 ‘외부불경제’의 기준도 각각 개념상의 애매함이나 실제 적용상 구체적이고 객관적인 계량화의 어려움 때문에 사법심사의 일반적인 척도로는 그 한계가 분명하다.

또한 유명한 Mahon판결⁷⁰⁾에서 Holmes대법관이 제시한 ‘재산 가치의 감소’의 기준도 재산권보장의 한계를 정하는 선형적인 확

68) 이에 관해서 자세한 것은 *Developments in The Law, Zoning*, 91 *Harvard L. Rev.* 1462(1978) 참조.

69) *Taking, Private Property and Public Rights*, 81 *Yale L. J.* 149(1971).

70) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393(1922).

정된 기준을 거부하고 개방적인 기준에 따라 수용여부를 판단하여 구체적인 타당성을 확보하고자 한 점에서는 이론적으로 중요한 의미를 갖지만 그것을 구체적으로 적용할 수 있는 객관적인 가치판단의 척도를 제시하지는 못하고 있다. 즉 궁극적으로 어느 정도의 가치감소가 보상을 필요로 하는 ‘지나친 가치감소’인가에 대한 기준을 제시하지 못하고 있다. 예컨대 도시계획, 환경보호, 문화재보호 및 기타 공익목적상의 재산권규제와 같이 재산권사용의 종류와 방법 및 그 범위를 제한하여 부분적으로 상당한 정도의 재산적 가치의 감소를 수반하는 경우에 수용여부에 대한 판단 기준으로 활용하기에는 한계가 있다.

다만 분명하게 정리된 것은 보상을 요하는 수용의 범주는 통상적인 ‘수용’(taking)개념의 문리적인 해석에 따라 정해지는 것이 아니라, 결국 재산보호의 필요성, 신뢰보호, 재산적 가치의 감소 및 구체적인 제한의 정도와 연계된 형평성등이 총체적으로 고려되어서 확정된다는 인식이다.

근래의 동향만을 보면 전체적으로 미국대법원은 1980년대 이전까지는 경찰권한을 폭넓게 인정하여 폭넓은 입법형성의 자유를 허용하는 입장에서 자의금지의 원칙에 대한 합리성판단만을 함으로써 ‘공공필요’의 개념을 넓게 해석하는 경향을 보였다. 이에 따르면 규제목적의 공적 성격이 분명하지 아니하다든지 혹은 지나친 재산가치적 손실부담이 특정인에게만 전가되는 극단적인 경우가 아닌 한 ‘정당한 보상’이 필요한 수용에 해당되지 않는 것으로 판단된다. 사유재산의 재분배와 토지소유집중방지의 수단으로 수용을 명령한 사안을 ‘유효한 공공사용’(valid public use)으로 본 Hawaii Housing Authority v. Midkiff 판결⁷¹⁾이 그 대표적인 예

로써 이는 수용조항이 얼마나 다양하고 또한 광범위하게 적용될 수 있는지를 극명하게 보여 주었다.⁷²⁾

그러나 전반적으로 보수적인 경향을 보이고 있는 미국 대법원이 언제까지 이러한 소극적인 입장을 견지할 것인지는 장담할 수 없다. 이러한 지적을 뒷받침해주는 판례가 바로 Nollan판결⁷³⁾이다. 5대 4로 합헌결정되기는 하였지만 다수의견 자체가 적법절차나 평등보호와 관련된 합리성심사와 수용의 정당성여부에 대한 합리성판단을 차별화하는 전제하에 후자의 경우에 보다 엄격한 심사기준을 적용하려고 하는 적극적인 입장이었다. 그러나 특히 동 판결에서 Brennan대법관에 의해 주도된 소수의견은 이보다 훨씬 더 단호한 입장이었다. 이에 따르면 다수의견은 이미 오래 전 부터 불신되어 온 주경찰권한행사에 대한 형식적인 합리성심사의 기준을 고수하고 있다는 것이다. 구체적으로 동 사안에서 문제가 되는 토지소유자의 개발계획은 전면의 조망을 해치는 것인데 반해서 위원회는 해변을 따라 측면에서 접근할 수 있는 가능성을 확보하고자 하는 것이었던 바, 이는 주 공권력행사의 명백한 부당성을 입증하는 것으로 보아야 한다는 것이다.⁷⁴⁾

또한 1978년에 뉴욕시의 풍치보호법과 관련된 Penn Central Transportation판결⁷⁵⁾에서 제시된 Rehnquist대법관의 설득력있는 소수의견도 사법적극주의로의 선화를 예고해주기에 충분한 것이었다. 그에 따르면 ‘재산권의 침해’(destruction of property)를 보

71) 467 U.S. 227(1984).

72) L. Fisher, *American Constitutional Law*, Vol., 2nd. ed., 1995, 524.

73) Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825(1987).

74) G. Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law*. 5th ed., 1992, 147.

75) Penn Central Transportation Co. v. N.Y. City 438 U.S.104(1978).

상이 요구되는 수용에 해당되는 것으로 보는 일반원칙의 적용을 배제하는 두가지 요건, 즉 ‘유해한 사용’(noxious use)의 금지와 재산권제한에 의해 얻어지는 ‘이익의 상호균형성’(average reciprocity of advantage)의 요건이 보다 엄격하게 적용되어야 한다는 것이다. 예컨대 동 사안에서 운송회사가 부담하게 되는 수백만달러의 경제적 손실은 뉴욕시 전체에서 시행되는 다른 500건의 풍치보호조치에 의한 이익에 의해서도 상쇄되지 아니하고 또한 뉴욕시가 시민 전체의 일반적인 공익을 위하여 0.1%에 지나지 않는 소수의 특정 건물에 그 부담을 전가시키는 것은 수용조항에 내포되어 있는 공평부담원칙에 배치된다는 견해이다. 결국 정부가 일정한 재산권사용의 가능성을 허용하였다는 이유만으로 수용에 해당되는 공권력의 행사가 보상을 필요로 하지 않는 경찰권의 행사로 인정될 수는 없다는 지적이다.

특히 1992년에 내려진 몇몇 판결례는 그 영향의 크기는 분명하지 아니하지만 좀 더 강력한 재산권보장의 경향을 예견케 하였다. 예컨대 California대법원은 임대료제한의 명령이 이동임대주택에 대한 물리적인 수용에는 해당되지 아니하지만 이른바 ‘규제적 수용’(regulatory taking)에 해당되는 것으로 보았다.⁷⁶⁾ 또 한편 재산권의 경제적 사용기회를 박탈하는 ‘규제적 수용’의 허용범위를 크게 축소시키는 내용의 판결은 South Carolina대법원에서 나왔다.⁷⁷⁾ 동 법원은 개인이 해변가에 주택을 지을 요량으로 두

76) Yee v. City of Escondido, Cal., 112 S.Ct. 1522(1992). 이러한 판결의 적극적인 입장은 Euclid판결 이래 Zoning에 따른 토지이용규제의 합헌성이 확인된 후 사실상 보상규정을 두는 일반적인 토지이용규제가 거의 없었던 실정에 비추어 보면 매우 획기적인 것이라고 할 수 있다.

77) Lucas v. South Carolina Coastal Council, 112 S. Ct. 2886(1992).

필지의 토지를 구입하고 2년이 지난 시점에서 주의회가 해당 지역의 개발을 전면적으로 금지하는 환경관련법률을 통과시킨데 대하여 위헌판결을 내렸다. 동 법원의 입장에 따르면 재산권자에 대한 보상을 피하기 위해서는 입법자는 ‘일반적인 공익’(general public interest) 혹은 ‘중대한 공공위험을 방지하는 이익’(interest in preventing serious harm)이상의 정당성 논거를 제시해야 한다는 것이다.

이러한 법원의 전반적인 보수경향으로의 회귀에 따라 최근에 연방의회는 행정부에 대하여 시행중인 재산권규제가 사유재산권의 수용에 해당되는지 여부를 전면적으로 재검토하도록 요구하는 내용의 입법을 고려하고 있다. 그 목적은 한편으로는 정부에 대하여 재산권자에 대한 보상을 강제하고, 또 한편으로는 재산권규제조치의 완화 내지는 축소를 유도하는 것이다. 상원에서는 이미 1988년에 Reagan대통령에 의해 시행된 행정명령에 부응하여 1991년에 이러한 내용의 요구안이 통과되었으나 아직 법률로서 제정되지는 못한 상태이다.⁷⁸⁾

이러한 미국 법원의 입장전환과 전반적인 입법정책기조의 변화는 우리에게도 시사하는 바가 크다. 특히 보상부 토지이용규제법에 관한 이론정립과 이를 바탕으로 한 이른바 ‘역수용소송’(inverse condemnation), 즉 보상규정을 두고 있지 않는 재산권규제의 경우에도 수용적 침해에 해당되는 재산가치의 손실을 가져 오는 경우에 동 규제의 위헌·무효의 선언을 구하거나 혹은 규제조치의 금지를 구하는 것 외에 직접 손실보상을 청구하는 것을 인

78) L. Fisher, *Constitutional Structures: Separated Powers and Federalism, American Constitutional Law* Vol.1., 2nd ed., 1995, 524.

정할 것인지 여부에 관한 적극적인 논의⁷⁹⁾는 대부분 보상규정없는 재산권제한법제를 운용하고 있는 우리 현실에서 법원과 입법자에게 적극적인 대안모색의 관점에서 적절한 자극과 함께 구체적인 접근의 단서를 제공하는 것으로 생각된다.

79) 이에 관해서는 박윤훈, 전계논문, 119면 참조.

IV. 보상없는 재산권제한의 한계 - 재산권형성에 대한 헌법적 지침 및 한계

1. 개요

정당한 공익목적상 필수불가결한 경우에 법률로써 그에 대한
정당한 보상을 조건으로 또한 그 양식과 정도에 있어서 과잉금지
원칙에 어긋나지 않는 범위내에서 재산권을 수용, 사용 및 제한
하는 ‘공용침해’와 함께 위에서 지적한 ‘보상의무없는 재산권내용
규정’이 우리나라에서도 재산권제한의 한 유형으로 인정된다면
보면, 결국 재산권제도보장과 재산권의 사회적 기속성(Sozialbindun-
gdes Eigentums) 또한 모든 기본권제한에 적용되는 헌법원칙들
에 의해 설정되는 보상없는 재산권제한의 한계는 공용침해와 재
산권의 내용규정을 구별하는데 그치는 것이 아니라, 재산권의 내
용과 한계를 정하는 입법형성권에 대한 헌법적 한계이기도 하다.
또한 재산권에 대한 입법형성권은 당연히 그 규율목적상의 정당
성요건을 포함하는 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙, 신뢰보호의
원칙 등 헌법원칙에 의해 제약되고, 재산권의 본질적인 요소라고
할 수 있는 사적 유용성과 원칙적인 임의적 처분가능성을 부인해
서는 아니된다.

다만 재산권의 내용규정에 따른 구체적인 결과로서 초래되는
개별적인 재산권능의 축소와 공용제한을 실질적인 기준에 따라

구분하는 것이 어렵다고 보면 우선 재산권내용규정과 공용제한형식의 법제를 각각 그 재산권제한의 결과가 아니라 작용양식에 따라, 즉 작용양식의 추상성·일반성과 구체성·개별성의 형식적인 기준에 따라 구별하고, 전자에 해당되는 경우에 입법자가 아무런 보상규정을 두지 않은 경우에는 예외적으로 그것이 ‘보상의무있는 재산권내용규정’에 해당되는지 여부를 판단하면 되고, 반면에 후자에 해당되는 경우에도 입법자가 보상규정을 두지 않은 경우에는 원칙적으로 위헌인 것으로 보면 된다.

여기서 형식적인 구별기준은 해당 법제의 상이한 법리적, 기능적 의미를 내포하고 있다. 즉 일반적이고 추상적인 재산권내용규정은 그 자체가 특정 재산권자의 법적 지위와 상관 없이 재산권의 사회적 기속성을 구체화하는 것이고, 반면에 개별적이고 구체적인 공용제한은 이미 설정된 재산권질서의 틀, 말하자면 재산권의 보호영역을 ‘공공의 필요’에 따라 의도적이고 계획적으로 침범하여 특정한 재산권자의 특별희생을 야기시키는 것이다. 이렇게 본다면 보상없는 재산권제한의 정당성 혹은 그 한계의 문제가 이론상, 실무상 심각하게 제기되는 사례군은 전자의 경우에 해당된다고 할 수 있다.

2. 재산권의 사회적 기속성의 헌법적 의의

앞에서 자세히 언급한 바 있듯이 재산권은 그 내용과 한계를 정하는 것, 즉 보호영역을 설정하는 사실상의 ‘재산권정의권’이 입법자에게 위임되어 있다. 그러나 그것이 특별히 폭넓은 입법형성권

이기는 하지만 무제한 허용되는 것이 아님은 물론이다. 우리 헌법상 재산권의 내용과 한계에 대한 입법형성적 법률유보(제23조 제1항)도 재산권의 사회적 기속성을 구체화하는 것이고, 사회적 기속성은 폭넓은 입법형성권의 이념적 기초인 동시에 그 한계이기 때문이다. 또한 재산권의 사회적 기속성은 재산권자에 대하여 공공복리존중의 의무를 부과하는 헌법적 근거이고, 법원과 행정부에 대해서는 법해석과 적용의 지침이기도 하다.

이러한 사회적 기속성의 기능적 특성은 우선 공공복리에 대한 개인재산권적 법익의 절대적인 우위가 부인되는 것과 마찬가지로 재산권의 사회적 기속성 또한 재산적 가치있는 권리가 오로지 공적인 목적 혹은 타인을 위한 목적에 공여하기 위해 존재하는 것으로 보는 논리를 정당화시키는 근거는 되지 못한다는 명제를 전제로 한다.⁸⁰⁾ 결국 이에 따르면 헌법상의 재산권보장을 구체적으로 실현하는데 있어서 관건은 헌법적인 법률유보와 입법자에게도 적용되는 헌법상의 재산권보호를 상호 연계시켜서 적절한 균형관계를 정립하는 것이다. 그 구체적인 내용이 바로 재산권제한의 한계와 근거로 각각 이해되는 재산권‘제도보장’과 재산권의 사회적 기속성의 규범적 조화를 도출해내는 것이다. 따라서 사회적 기속성의 헌법적 의의는 우선 현대 사회에서 더 이상 무제한적인 자유권으로 인정될 수 없는 재산권의 사회적 연계성과 사회적 기능을 강조함으로써 사회국가적 현실에서 사익과 공익의 적절한 조화점을 모색하는 수단이라는 점에서 찾아진다.⁸¹⁾ 우리 헌법은

80) Vgl. *W. Leisner*, Regalien und Sozialbindung des Eigentums, *DVBl.* 1984, S.701; *J. Papier*, in: *aa.O.*, Art.14 Rn 275.

81) 허영, 전제서, 604면.

「재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다」(제23조 2항)고 규정하고 있으나, 재산권의 사회적 기속성이 재산권적인 권능의 ‘행사’ 뿐만 아니라 헌법상 재산권개념의 내용 전체에 적용됨은 물론이다. 또한 국민경제목적상 국가가 경제에 관하여 규제와 조정을 할 수 있다는 경제질서형성에 관한 포괄적인 국가위임규정(제119조 제2항)을 포함하여 이례적으로 다양하고 구체적인 경제조항을 두고 있는 우리 헌법상의 재산권의 사회적 기속성은 농지소작제도의 원칙적인 금지(제121조), 지하자원 등에 대한 제한(제120조), 대외무역의 규제조정(제125조) 등 여러가지 특수한 형태의 재산권제한을 정당화시켜 주는 이념적 근거로서의 기능도 가지고 있다.

3. 사회적 기속성의 한계 - 헌법상 이익형량

(1) 헌법적 의의

그러나 재산권의 사회적 기속성이 재산권적 지위에 대한 공권력의 임의적인 혹은 무제한적인 제한을 허용하거나, 이른바 ‘사회적 유해성’(Sozialschädlichkeit)을 명분으로 자의적으로 권리를 박탈하거나 합리적인 근거없이 개별적인 재산권자들을 차별취급할 수 있는 근거가 될 수 없음은 물론이다. 재산권의 사회적 기속성은 법적 해석의 가능성과 필요성을 전제로 하는 법적 기준이지, 오로지 정치적 의사에 의해서만 그 내용이 채워질 수 있는 이른바 ‘공백규범’(Blankettnorm)이 아니다.⁸²⁾ 재산권의 사회적 기속성

⁸²⁾ Vgl. P. Badura, Eigentum, in: E. Benda(Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*,

을 구체화하는 입법자는 사회적으로 정당한 재산권질서의 요청과 함께 헌법상 보장되는 재산권의 자유보장적 기능을 동일 선상에서 고려해야만 한다. 재산권에 내제되어 있는 이 두가지 요소는 헌법적으로 조화의 대상으로서 상호 교차되는 변증법적인 관계로 설정되어 있는 것이지, 형량에 따른 우열의 관계에 있는 것이 아니다. 또한 재산권을 형성함에 있어서 입법자는 모든 관련 당사자의 보호법익을 정당하게 조정하여야 한다.

다만 재산권의 사회적 기속성의 내용과 그 한계는 가변적이고 유동적일 수 밖에 없다. 경제, 사회 및 과학기술발전의 상황등의 변화에 따라 가치평가기준이 달라지고, 따라서 헌법적 이익형량의 척도 자체가 모든 시대, 모든 상황에서 같을 수는 없기 때문이다. 형량되는 이익은 평형추로 손쉽게 비교할 수 있는 무게를 가지고 있는 것들이 아니다. 즉 헌법의 중력에 의해서 통일적으로 정해지는 무게를 가지는 것이 아니라, 각각 그 기준에 따라 달리 평가될 수 밖에 없는 개별적인 가치를 갖는다. 궁극적으로 가치평가의 내용은 평가방법과 자료, 즉 사실 혹은 정책에 대한 판단과 법적용자의 주관적인 가치관에 의해 결정된다고 할 수 있다.⁸³⁾ 이러한 관점에서 새로운 의미의 사실의 규범력(normative Macht des Faktischen in einem neuen Sinne)이 지적되기도 한다.⁸⁴⁾ 결국 문제는 자유로운 설득력의 경쟁이다.

1994, § 10, Rn. 58.

83) Vgl. W. Leisner, "Awägung überall" - Gefahr für den Rechtsstaat, *NJW* 1997, S. 638.

84) Vgl. C. Starck, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: P. Kirchhof(Hg.) *Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung; Fs. f. W. Geiger zum 80. GT.*, 1989, S. 40ff.

이러한 변화는 특히 재산권보장의 대상이 크게 확대되고, 그에 따라 재산권보장의 의미가 사안영역에 따라 상대화되면서 부각될 수 밖에 없었던 점도 주목된다. 예컨대 사회보장법상의 급부청구권 등과 같이 사회적 관련성이 큰 공법상의 청구권의 경우에는 사회적 기속성이 특히 강조되게 되는 전형적인 사례이다. 또한 헌법상 규정된 환경보호의 명제가 거의 최우선적인 국가과제로 인식되고 있는 오늘날의 상황에서 환경문제와 관련된 재산권의 사회적 기속성의 의미는 환경문제가 심각하게 제기되지도, 인식되지도 않았던 자유주의적 재산권이념이 지배하던 19세기의 그것과는 본질적으로 다르다.

재산권의 사회적 기속성의 한계로 지적되고 있는 특별희생, 수인기대가능성, 중대성, 사적 유용성, 상황기속성 등의 기준들은 원래는 보상이 필요한 수용과 보상이 필요없는 재산권내용규정을 구별하기 위하여 판례와 학설을 통해 변증법적으로 발전되어 온 ‘수용이론’에서 제시된 것이다. 즉 헌법상의 재산권형성적 법률유보와 재산권의 사회적 기속성이 지나치게 확대해석되어 재산권이 유명무실해지는 것을 막기 위해 분계선을 설정하기 위한 기준이었던 것이다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 재산권내용규정과 수용, 특히 우리 헌법의 공용제한의 경우 상호간의 구별이 적어도 보상의무여부의 관점에서는 상대적인 것에 지나지 않는 것으로 본다면 이제 수용이론은 재산권에 대한 입법형성의 영역을 제한하는데 그 초점이 옮겨졌다고 해야 할 것이다. 말하자면 헌법상 폭넓게 인정되는 입법형성권에 의해 재산권의 보호영역이 서서히 잠식되어 결국은 재산권제도보장의 본질인 내용자체가 부인될 수도 있는 결과를 방지하기 위한 마지노선을 긋는 것이다.

(2) 한계설정이론의 비판적 검토

다양하게 제시되고 있는 구체적인 기준의 내용과 그 이론적 한계 등에 관해서는 충분히 검토된 바 있다. 또한 재산권객체의 속성과 재산권자의 주관적 사정 혹은 제한의 목적, 양식, 정도 등 구체적인 상황조건에 따라 「연관되는 여러가지 판단기준을 함께 고려하여 종합적으로 평가」 할 수 밖에 없고, 결국은 「정형적·사례유형별 접근방식에 의해 해결」 될 수 밖에 없다는 일반적인 결론을 여기에서 재론할 필요는 없다.⁸⁵⁾ 여기에서는 재산권의 사회적 기속성에 내포되어 있는 규범조화의 헌법적 명제, 즉 재산권형성에 대한 포괄적인 헌법지침으로 주어지는 헌법상의 정당한 이익형량의 의미와 그에 따른 문제점만을 비판적으로 재검토한다.

우선 재산권의 사회적 기속성은 입법자가 재산권의 내용과 한계를 정하는데 있어서 절대우선적인 가치가 아니라는 점을 주목해야 한다. 물론 우리 헌법 제23조 제2항상의 재산권의 공공복리 기속성은 재산권객체의 사회적 관련성이 클수록 더욱 강조될 수 밖에 없다. 특히 입법자가 권한과 함께 의무를 가지고 있는 환경보전의 영역이 그 전형적인 예이다.(헌법 제35조) 그러나 재산권의 사용이 오로지 공공복리에만 적합해야 하는 것은 아니다. 말하자면 개인의 사적유용성과 임의적인 처분가능성도 일반공익과 함께 교량되어야 하는 헌법적 가치인 것이다. 또 한편으로는 반대방향에서의 지적도 유의해야 한다. 예컨대 재산권제한의 ‘중대

85) 예컨대 허영, 전게서, 607면; 김남진, 전게서, 538면; 박상희, 「공용침해의 요건에 관한 연구」, 고려대박사학위논문, 1993년, 27면 이하; 박영도의 4인, 「현행공용침해법제의 현황과 개선방향」, 1992, 5면.

성'만을 기준으로 한계유월여부를 판단하는 것은 공공복리목적을 추구하는 입법자의 입장을 무시하고 일방적으로 재산권자 개인의 입장만을 배려하는 오류를 범하기 쉽다는 점이다.

이는 타인과 비교해서 '특별한 희생'여부를 판단하는 특별희생 이론의 관점에서나 아니면 관련 재산권자 개인의 주관적인 사정을 고려하여 '수인기대가능성'을 평가하는 기대가능성이론에서나 마찬가지인 바, 바로 이러한 점에서 특별희생설의 논리적인 문제점이 지적될 수 있다. 특별희생여부를 기준으로 사회적 기속성의 한계유월여부를 판단하는 경우에는 현실적으로 거의 모든 재산권 제한이 수용에 해당될 수 밖에 없다. 예컨대 일반적이고 추상적인 재산권내용규정의 형식으로 자연보호등의 공익목적상 특정한 보전지구를 설정하거나 혹은 설정할 수 있는 법적 근거를 마련한 경우에도 단지 차별취급하였다는 사실만으로 사회적 기속성의 한계를 넘었다고 볼 수는 없는 것이다. 모든 해당 재산권객체가 동시에, 같은 양식으로 제한될 수는 없기 때문이다.

이러한 특별희생설의 문제점을 극복하기 위하여 제시된 대안이 바로 상황기속성의 기준이다. 그러나 자연보호나 문화재보호관련법의 영역에서 강조되는 토지등 부동산재산권의 상황기속성의 기준의 적용도 일정한 문제점을 안고 있다. 환경조건이나 자연적인 속성 및 일반적인 이용관행등에 따른 상황기속성은 독일의 학설과 판례상 일반적으로 재산권자의 권리에 대한 내재적 한계로 받아들여지고 있다.⁸⁶⁾ 그러나 재산권의 사회적 기속성이 해당 재

86) Vgl. W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 167, 210; BVerwGE 3,335; 4,57; 5,143; 32,173; 49,368; BGHZ 23,301; 30,338; 72, 216; 77,354; 80,115. 또한 '그린벨트'와 관련된 도시계획법 제21조 제1항에 대한 우

산권객체의 자연적인 속성에서 직접 도출된다고 보는 것은 문제가 있다. 자연적 속성은 헌법상 사회적 기속성을 구체화하는 과정에서 고려되는 중요한 여러 요소중 하나일 뿐이기 때문이다. 상황기속성은 특정된 재산권객체의 상황에서 그 사회적 기속성이 구체화된 결과이다. 예컨대 토지 등의 부동산재산권의 객체는 말 그대로 부동의 재산이기 때문에 그 공간적인 상황이 확정되어 있기 때문에 상황기속성이 부각될 수 밖에 없는 것이다. 오히려 상황기속성 그 자체는 대부분 입법자의 재산권형성의 결과로서 주어진다. 결과적으로 독일연방최고재판소⁸⁷⁾와 행정재판소⁸⁸⁾가 각각 제시하고 있는 공공복리의 요청을 전혀 무시하지는 않는 ‘이성적인 재산권자’(vernünftiger Eigentümer)나 ‘거래관행’(Verkehrsan-schauung)으로부터 재산권자의 헌법적인 의무가 도출되는 것으로 보는 것은 논리적으로 문제가 있다. 즉 이러한 요소는 재산의 구체적인 상황이 어느 정도까지 사회적 기속성의 용인을 정당화시키는가 하는 문제는 해결하지 못한다. 다만 이 관점들은 재산권의 내용을 규정함에 있어서 전체공동체의 요청과 개인의 이익을 적정하게 고려하여야 한다는 추상적인 헌법상 지침을 구체화시키는 유용한 단서를 제공해 준다.

요컨대, 다양하게 제시되고 있는 기준들은 현실적 요소를 비교형량해야 하는 입법자에 대한 지침 혹은 그 판단기준으로 원용하기에는 최소한 일반적인 설득력은 갖지 못한다. 결국 하나의 통

리 대법원의 합헌판결(대판 1990. 5. 8, 89헌부2)에서도 자세한 논증은 없으나 개발제한구역으로 지정된 토지의 지역적 환경에 따른 내재적인 기속성을 전제로 하고 있는 것으로 여겨진다.

87) Vgl. BGHZ 87,66(71f.).

88) Vgl. BVerwGE 49,365(372).

일된 기준에 의하여 문제가 해결될 수 없다는 점이 결론 아닌 결론으로 재확인된다. 다만 이익형량척도 자체의 가변성과 유동성의 전제하에 학설과 판례에 의해 일반적으로 인정되고 있는 사회적 기속성의 한계의 설정, 즉 헌법적 이익형량에 대한 기본지침으로 다음 세 가지는 확인될 수 있다. 즉 재산권의 자유보장기능, 재산권객체의 사회적 연관성과 사회적 기능 및 과잉금지원칙 등의 헌법원칙이 그것이다. 그러나 이러한 결론아닌 결론은 재산권형성에 대한 헌법적 지침으로 주어지는 헌법적인 이익형량의 요청이 상이한 이론 혹은 기준들간의 담론을 요구하는 것이고 또한 여기에서 이익형량은 현재시점에서의 담론에 그치는 것이 아니라 미래지향적인 관점에서 시대간 혹은 세대간의 가치의 비례적인 배분과 조화라는 요청을 담아내야 하는 것이라는 것을 확인해주는 중요한 의미를 갖는다.

이러한 관점에서 재산권질서의 형성에서 요구되는 헌법적 이익형량의 요청에는 단순한 개별적인 이익간의 형량을 넘어서 원리간의 형량이 포함되는 것이라고 할 수 있다. 국가와 사회와 개인, 효율성과 자유, 공익과 사익의 최적형량, 사회국가원리와 민주적 법치국가원리, 즉 사회적 법치국가원리의 구체적인 형성이 바로 그 구체적인 내용이다. 이러한 의미에서의 이익형량에서 핵심적인 문제는 형량가치요소에 대한 규범적 평가와 연계된 가치판단의 기준을 정립하는 것이다. 이는 우선 헌법도그마틱의 문제인 것은 물론이지만, 그 문제의 성격과 구조 및 접근단서의 측면에서 보면 현재의 상황에 대한 정확한 판단과 당위적인 지향점의 설정을 바탕으로 한 거시적인 사회경제정책적 프로그램과의 연계성과 개별적인 사안에서의 미시적인 타당성을 동시에 충족시켜야

만 하는 고도의 정책평가적인 문제이기도 하다. 재산권질서형성에서 요구되는 헌법적 이익형량의 이러한 의미는 전반적으로 전환기적 상황에 있는 우리 현실상황에서 더욱 부각된다. 이는 특히 환경보호나 경제질서와 관련된 재산권규제의 영역에서 공공복리의 명분아래 국가의 일방적인 이익형량에 따라 정책이 결정·집행되던 단계에서 개인과 기업의 자유와 창의를 존중하는 방향으로의 전환이 요구되는 시점에서 특히 강조되어야 하는 헌법적 명제이기 때문이다.

(3) 기타 입법형성권의 한계로서 헌법원칙

헌법상 인정되는 폭넓은 입법형성권은 위에서 검토된 사회적 기속성의 한계외에도 과잉금지의 원칙, 자의금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙등의 헌법원칙에 의하여 당연히 제한된다. 다만 여기에서 이 원칙들에 대한 상세한 논의는 생략한다. 위에서 검토한 사회적 기속성의 한계의 기준들은 이러한 헌법원칙들을 재산권제도 보장의 측면에서 구체적으로 함께 고려하고 평가한 이론적 검토의 결과이기도 하기 때문이다.

다만 구체적인 재산권관련 법률의 입법형성의 자유의 한계유일 여부를 판단하는 관점에서 이러한 원칙들의 의미와 기능은 다음의 측면에서 찾아진다.

우선 이 헌법원칙들은 재산권의 사회적 기속의 한계를 설정하기 위한 기준들이 구체적으로 어떠한 방법으로 적용되고 또한 그 문제점들이 무엇인지를 재검토할 수 있는 유용한 지침을 제공해 준다고 할 수 있다. 예컨대 개인적 법익과 공공복리의 정당한 형량과 비례원칙에 맞는 조정의 관점에서 사회적 기속성의 한계를

판단하는데 있어서 위에서 검토한 어떤 기준도 일반적인 타당성을 가질 수 없다고 한다면 1차적인 판단의 기초자료는 입법형성의 과정과 그 결과 자체에서 찾아진다. 그러나 비례의 원칙에 관한 그간의 논의에서 지적된 바와 같이 한편으로는 가치판단을 내용으로 하는 이익형량의 실질적인 기준자체가 사안에 따라 상대화되었고, 또 한편으로는 심사척도로서의 비례원칙이 입법형성의 과정에 영향을 미치고 있다.⁸⁹⁾ 따라서 우선적으로 요구되는 것은 입법자가 자신의 정책목적을 분명하게 제시하고 그 목적에 연계된 정책적인 고려와 의도를 구체적으로 밝히는 것이다. 그렇지 않으면 이익형량의 기준 자체가 설정되지 않는 것이다. 또한 입법자는 사안에 따라 일반조항형식이나 혹은 면제허용규정 기타 조정적 보상규정등 입법기술적으로 여러가지 형식을 활용할 수 있는 바, 각각 비례성심사의 대상과 기준 자체가 다를 수밖에 없다.

이러한 점에서 비례의 원칙은 사회적 기속성의 한계설정에만 관한 '기준의 기준'에 해당된다고 할 수 있을 것이다. 말하자면 입법자의 의도가 불분명하거나 혹은 입법의도와 재산권질서형성의 현실간에 괴리가 있는 경우에 입법자의 입장에서 설득력있는 기준을 선택·적용하거나 혹은 절충·적용하는 데 필요한 준거틀을 제공해 준다. 예컨대 문화재 혹은 기념물보호와 관련된 재산권제한조치에 대하여 기대가능성설에 따라 판단하는 경우에도 구체적인 재산권객체를 기준으로 이익형량의 비례성심사가 이루어져야 한다는 구체적인 지침이 주어진다. 재산권자의 일반적인 재산상

89) Vgl. F. Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: P. Badura/R. Scholz(Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, S.151ff.

황의 기준이 아니라, 조치 후의 해당 재산의 잔존가치, 즉 허용되는 사용 및 수익가능성의 질에 따라 평가되어야 한다는 것이다. 반면에 부분적으로 재산권이 제한되는 경우에는 제한되는 재산권의 객체와 재산권 전체와의 연관성도 고려되어야 한다. 예컨대, 업무용 토지중 일부 면적이 자연보호지역으로 지정되어 개발이 제한된다는지 혹은 기술적으로 특정한 영업시설에 편입되어 있는 오염방지시설의 사용금지 혹은 교체를 요구하는 경우에 그 자체만을 기준으로 평가되는 것이 아니라 사업 혹은 영업 전체에 대한 영향이 함께 고려되어야 하는 것이다.

한편 평등의 원칙과 신뢰보호의 원칙은 최후의 보완적인 추가 검토장치로서 기능을 갖는다. 예컨대 실제로 판례에서 많이 인용하고 있는 상황기속성의 기준에 따라 판단한 결과가 충분한 설득력을 갖지 못하는 경우에 필수적으로 요구되는 헌법적 이익형량에 대한 보완적인 재검토의 기준으로 활용될 수 있다. 특히 일정한 법적 상황의 지속성에 대한 신뢰를 전제조건으로 하는 ‘독자적인 생활설계의 보호’(Dispositionsschutz)를 뜻하는 신뢰보호의 원칙⁹⁰⁾은 사회보장법상의 급부청구권과 관련된 재산권규율영역에서 경과규정 혹은 예외규정 등에 의한 비례성보완을 요구할 수 있는 헌법적 근거로서 적용되어 해당 영역에서 수인기대가능성기준의 적합성을 부각시키거나 혹은 수인기대가능성의 기준을 보완해 줄 수 있다. 또한 평등의 원칙도 예컨대 환경보호를 절대우선적인 가치로 전제하는 편향된 관점에서 상황기속성의 기준을 지나치게 확대적용하는 것을 제지하거나 혹은 필요한 경우에는 그

90) Vgl. F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25ff.

결론을 수정 혹은 완화시킬 수 있는 추가적인 제동 내지는 시정 장치로서 기능을 갖는다. 물론 이러한 보완적인 기능은 비례의 원칙의 경우에도 인정된다. 다만 그 구체적인 적용가능성과 필요성은 사회기속성의 한계와 마찬가지로 재산권제한의 목적과 내용 및 재산권객체의 특성등에 따라 구별되는 사례유형별로 접근될 수밖에 없다.

V. 우리나라 현행 재산권제한법제의 현황과 헌법적 평가

1. 개요

우리나라에서 현재 시행되고 있는 재산권제한법제의 대부분은 보상에 관한 규정을 두고 있지 아니하다. 그나마 보상규정을 두고 있는 경우에도 보상의 구체적인 기준과 방법을 명시하지 아니하고 막연히 필요하면 ‘정당한 보상을 하여야 한다’는 식의 거의 백지규범에 가까운 규정을 두고 있는 경우가 적지 아니하다. 그 예로는 철도법(제76조 제1항), 원자력법(제96조 제2항), 문화재보호법(제25조 제1항), 소방법(제8조) 등을 들 수 있다. 또는 수도법(제5조 제5항)과 산림법(제63조) 등의 경우에는 보상에 관한 구체적인 내용은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 실정이다. 또한 수도법(제6조의 2)등 일부 입법례의 경우에는 ‘주민지원사업’이 아닌 소득증대사업 등의 ‘주민지원사업’을 규정하면서 그 구체적인 내용규정을 대통령령에 위임하고 있다. 자세한 내용은 도표로 대신한다.⁹¹⁾

91) 도표는 박영도의 4인, 「현행 공용침해법제의 현황과 개선방향」, 1992, 에 정리되어 있는 것을 일부 수정·보완하여 원용한 것이다. 기타 소유 자체를 제한하는 법률은 농지개혁법(1949년 법 제31호), 택지소유상한에 관한 법률(1989년 법 제4174호) 등이 그 대표적인 예이고, 토지의 거래를 제한하는 법률로는 농지개혁법(제19조 제2항), 산림법(제111조) 및 최근에 헌법재판소에 의해 합헌결정이 재확인된(헌재결 1997. 6. 26. 92헌바2) 국토이용관리

문제는 보상규정을 두고 있지 않은 대부분의 법령들에 의해 주어지는 재산적 부담이나 손해가 과연 재산권의 사회적 제약에 해당되는, 즉 시민의 입장에서 보상없이 참고 받아들일 수 밖에 없는 것인가 하는 점이다. 1971년이래 약 27년이상 시행되어 온 도시계획법에 따른 개발제한구역과 관련된 민원이나, 이른바 ‘토지공개념’⁹²⁾의 실천입법으로 1989년 12월 이후에 전격적으로 제정된 택지소유상한법, 토지초과이득세법 등 일련의 토지공법에 대해 계속되는 위헌논란 또한 규제철폐 혹은 규제완화의 흐름속에서 수많은 경제규제법령에 대한 전면적이고 무차별적인 위헌성의 제기⁹³⁾등은 바로 현안으로서 이 문제에 내포되어 있는 현실적, 법리적 의미의 크기를 잘 보여주는 예라고 할 수 있다.

다만 앞에서 언급한 바와 같이 특정한 재산권제한법제가 재산권내용규정인지 아니면 공용제한에 해당되는지 현실적으로 그 구별이 어려운 경우가 적지 아니하다. 예컨대 공용제한과 연계된

법(제21조의3) 등이 있다.

92) ‘토지공개념’이라는 용어가 언제부터 사용되었는지는 분명하지 않으나, 대체로 1970년대 이후 정책당국자들에 의해 사용되기 시작하였던 것으로 알려져 있다. 이에 관해서는 강경근, 토지공개념의 헌법상 문제, 『사법행정』, 1991. 11, 34면. 다만 토지공개념은 정확한 개념정의를 전제로 매우 조심스럽게 사용되어야 한다는 점이 지적되고 있다. 민경식, 인권과 정의 1989년 7월. 토지공개념이라는 용어의 헌법적 의미에 대한 분명한 인식과 정리의 필요성과 규범적·제도적 한계에 대해서는 허영, 토지거래허가제의 헌법적 문제점, 『고시연구』, 1989년 8월, 184면 이하; 김남진, 토지공개념의 사상적 기초, 『사법행정』, 1991. 11, 11면; 권오승, 토지문제와 토지공개념, 『인권과 정의』, 1989. 7, 46면이하; 김상용, 전통적 재산권제한원리와 토지공개념과의 관계, 『사법행정』, 1991. 11. 12면 이하 참조.

93) 예컨대 특정한 이익단체인 전국경제인연합회에 의해 주최된 심포지움에서 발표된 것이기는 하지만, 경제법령의 선진화를 위한 위헌요소검색, 이철송, 『경제법령의 선진화과제』(심포지움자료집), 1996년 6월.

특정한 정책 혹은 사업의 구체성과 개별성의 특성도 광역화된 국토개발계획이나 환경보호정책 등에 의해 특정성이 희석되면서 상대적인 의미만을 가지게 되었다. 따라서 형식적인 기준에 따른 구분 자체가 상대화되었다고 본다면 결국 보상규정을 두고 있지 않은 재산권제한법제가 구체적으로 사회적 기속성의 한계를 넘었는지 여부에 대해 헌법적으로 판단하는 문제는 사례별 접근방식에 의해 개별적으로 해결될 수 밖에 없다. ‘원칙과 예외’형식을 상반되게 교차적용하는 접근방법도 재산권제한법제의 선택에 있어서 합리적인 기준을 갖지 아니하고 무차별적으로 보상규정을 두지 않고 있는 우리 입법현실에서는 그 효과를 기대하기 어려운 것이 사실이다. 다만 제한적이고 보완적인 기능이상을 기대하기는 어렵겠지만 사례유형별로 정형화하여 일정한 공통된 판단준거점을 도출하는 것은 가능하다고 할 것이다. 구별기준은 관련 공익사업수요의 종류, 제한의 내용 혹은 양식등 여러가지 관점에서 제시될 수 있을 것이다. 어쨌든 재산권제한법제가 재산권의 사회적 기속성의 한계내의 것인지 여부는 재산권제한의 목적과 내용 및 재산권객체의 특성 등을 고려하여 개별적으로 판단될 수 밖에 없다.

다음에서는 ‘보상없는 재산권제한의 한계’의 문제가 심각하게 부각되고 있는 대표적인 두가지 정책영역, 즉 넓은 의미에서 환경보호정책과 경제정책영역에서 각각 가장 중요한 현안으로 제기되어 있는 개발제한구역(그린벨트)문제와 경제규제법령의 문제점을 검토해 본다.

2. 도시계획법상 개발제한구역의 문제

(1) 현황 및 문제제기

그린벨트, 즉 도시계획법 제21조에 의한 개발제한구역은 「도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시개발을 제한할 필요가 있다고 인정하는 때」 각종 재산권사용이 제한되는 구역을 말한다. 1971년 1월 19일 개정·공포된 도시계획법 제21조 제2항은 개발제한구역으로 지정된 구역안에서는 「그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업의 시행을 할 수 없다」고 규정하고 있다. 또한 동조 제3항에서는 「제2항의 규정에 의하여 제한될 행위의 범위 기타 개발제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 범위 안에서 건설교통부령으로 정한다」고 규정하고 있고, 동법시행령 제20조와 시행규칙 제7조에서 제한되는 행위와 기타 제한의 범위를 구체적으로 정하고 있다. 관련 법령에 따른 광범위한 제한은 개발제한구역지정의 목적 자체가 개발목적의 토지이용을 원칙적으로 지정 당시 현재를 기준으로 동결하는 것이기 때문에 사실상 장래의 개발권에 대한 전면적인 제한이라고 할 수 있다.

개발제한구역은 1971년부터 1977년까지 8차에 걸쳐서 시차를 두고 지정되었는데, 1997년 현재 서울과 5개 광역시, 36개 시, 21개 군에 걸쳐서 총 5천3백97.1km²(16억2천만평)이 그린벨트로 묶여 있다. 이는 국토 총면적의 5.4%, 도시계획구역의 36.9%에

해당된다. 그린벨트내 거주인구는 96만5천명이고 그중에 약 45%인 43만4천명이 원거주인이다. 또한 전체구역내 토지의 53.2%가 구역지정후 소유권이 변동되었다.

1971년 도시계획법 개정에 따라 강력한 그린벨트정책이 본격적으로 실시된 이래 계속 제기되어 온 지역주민들의 ‘재산권의 부당한 침해’와 ‘생활불편’에 대한 민원은 현실적으로 더 이상 지역이기주의로 무시할 수는 없게 된 것이 사실이다. 게다가 시간이 지나감에 따라 도시지역의 급속한 확산 등 여러가지 여건의 변화에 따라 개발이익배분의 불평등성이나 구역지정 당시의 필요성과 현실간의 괴리현상이 심화되면서 개발제한구역내에서의 규제를 일괄적으로 헌법상 재산권의 사회적 기속성의 한계내에 있는 것으로 볼 수 없다는 비판이 제기되기에 이르렀다.⁹⁴⁾ 개발제한구역지정으로 재산상 권리행사에 막대한 제한을 받는 토지소유자의 손실에 관하여 아무런 보상규정을 두고 있지 않은 도시계획법 제21조의 위헌성여부에 대한 논란이 그 핵심적인 내용이다. 최근에 파격적인 규제완화조치가 입법예고되어 있기는 하지만⁹⁵⁾ 현실적

94) 예컨대 유해웅, 「토지이용계획제한과 손실보상」, 건국대학교 박사학위논문, 1989년; 개발제한구역의 규제에 관한 고찰, 「사법행정」, 1992. 7, 41면; 김남진, 도시계획법 제21조(개발제한구역지정)의 위헌심판, 「판례월보」, 1992. 11, 39면; 그린벨트와 행정규제, 전개서, 738면이하; 박윤훈, 계획제한과 손실보상, 「고시계」, 1995. 8, 128면; 홍준형, 전개서, 192면.

95) 정부는 최근에 시행령과 시행규칙의 개정을 통해 1971년 개발제한구역지정 이후 가장 파격적인 규제완화조치를 하여 선거전략용 선심이 아니냐는 의혹과 함께 환경파괴위험이 지적되고 있는데, 여기서는 건설교통부가 발표한 「그린벨트의 기본골격은 그대로 유지하면서 지역주민의 생활불편해소에 도움이 되도록 생활기초시설의 설치허용 등 주민생활불편을 해소하기 위한 최소한의 조치」라는 기본취지를 그대로 수용한다. 입법예고된 개편안이 그대로 확정되면 전국의 그린벨트의 약 0.2%에 해당되는 약 44만평에 생활편익시

으로 근본적인 민원해결은 기대하기 어렵고 헌법해석론을 통한 법리적 정리와 설득력 있는 적절한 대안제시의 과제는 그대로 남아 있는 실정이다. 그 구체적인 내용은 다음 별표와 같다.

항 목		입 법 예 고(안)
자녀 분가용 주택 증축 허용	대상자	-구역지정 당시부터 거주하고 있는 주민중 기혼 자녀와 동거하고 있는 주민
	세부방안	-300㎡이하, 3층이하, 100㎡는 분할등기가능 -대지면적이 500㎡이상이거나 취락정비지구내 대지 -용도변경 및 부속사 건축 금지
생활 편의 시설 신축	대상지역	-행정구역면적의 3분의 2이상 또는 인구의 2분 의1 이상이 개발제한 구역인 시-군-구 -면적 또는 인구의 10분의 9이상이 제한개발 구역인 읍-면-동
	대상토지	-구역지정 당시부터 소유권변동이 없는 공부 상나대지중 6m이상 도로에 접한 대지
	허용대상 시 설	-생활체육시설 · 시-군-구단위: 테니스장 등 8개시설 · 읍-면-동단위: 배드민턴장 등 5개시설 -의료시설 : 병-의원 등 5개 -문화시설 : 도서관 등 3개 -금융시설 : 은행-보험시설 등 3개 -판매시설 : 생필품 슈퍼마켓

설의 설치가 가능하게 된다. 다만 이 개편안에 의해 개발이 활성화 될 것으로 예상되는 지역이 서울 주변의 경기도 일원의 시지역을 중심으로 부산, 대전, 광주 등 대도시주변지역이기 때문에 환경훼손과 부동산 투기 등의 부작용이 우려되고 있다. 조선일보, 1997년 9월 12일, 3면 참조.

(2) 재산권제한의 한계유월여부

도시계획법 제21조의 위헌성여부의 문제는 개발제한구역내의 토지이용규제가 참고 받아들일 수 밖에 없는 재산권의 내재적인 사회적 제약에 해당되는지 아니면 보상없는 재산권제한의 한계를 넘었는지 그 여부를 판단하는 문제이다. 앞에서 언급한 바와 같이 그간 학설상 여러가지 상황변화에 따른 재산권제한의 질적 변화에 대한 지적과 함께 그에 따른 보상과 효과적인 권리구제수단 강구의 필요성이 역설되어 왔지만 우리 대법원은 기본적으로 개발제한구역내의 토지소유자가 받는 재산상의 특별한 손해를 인정하는 입장을 보이면서도 이에 대하여 부정적인 입장을 견지하고 있다. 대법원의 입장은 다음과 같다.

「도시계획법 제21조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 개발제한구역안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고, 그 한도내에서 일반토지소유자에 비하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만, “도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시개발을 제한할 필요가 있다고 인정하는 때”에 한하여 가해지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안될 정도의 것이라고 인정되므로 손실보상의 규정을 하지 아니하였다 하여 도시계획법 제21조 제1항, 제2항의 규정을 헌법 제23조 제3항이나 제37조 제2항에 위배되는 것이라고 할 수 없는 것이다.»⁹⁶⁾

96) 대판 1990. 5. 8, 89부2.

그러나 앞서서도 지적한 바와 같이 이러한 법리만으로 이해당사자들을 설득할 수 없다는 것은 대법원 자신부터 잘 알고 있을 것으로 생각된다. 그간 학설상 많은 논의를 거친 형식설, 실질설 혹은 통설적 견해로 정리된 절충설중 어떤 기준에 따르는 경우에도 이러한 대법원의 입장과는 상반되는 결론에 이를 수 밖에 없다. 또한 개발구역으로 지정되었던 초기의 잠재적, 명목적이었던 개발권의 제한이 개발여건의 성숙에 따라 현실적인 개발권으로 전환된 상황변화와 그에 대한 당사자와 일반 시민들의 현실인식은 대법원의 기본입장과는 다른 새로운 문제인식과 그에 따른 설득력 있는 법적 대안을 요구하고 있다.⁹⁷⁾ 그 설득력은 바로 형평성에서 나오고, 형평성은 문제상황에 대한 총체적이고 균형적인 인식과 이를 바탕으로 한 상충법익간의 비례적인 조정, 즉 규범조화적인 조정에 의해서만 도출될 수 있다.

도시계획법 제21조에서 명시적으로 입법취지를 밝히고 있듯이 개발제한구역제도는 환경보호의 공익목적상 개발을 현상에서 동결하는 것으로서 “단순한 이익형량의 관점을 넘어서서 환경보전에 우월성을 인정하는 환경정책적 고려가 반영된 제도”라고 할 수 있다.⁹⁸⁾ 오늘날 환경보호의 절박한 필요성과 당위성을 부인하는 사람은 아무도 없을 것이다. 우리 헌법은 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환

97) 정책당국 스스로도 제도개선 필요성에 대해서는 인식을 같이 하고 있다. 다만 보상문제에 대해서는 법적으로 정리되지 않은 상황에서 구체적인 대안을 제시할 수 없다는 입장을 표명하고 있는 실정이다. 개발제한구역제도 개선방안, 개발제한구역제도개선을 위한 공청회자료집, 1993.9, 김남진, 공용제한과 손실보장, 「고시연구」, 1994. 6, 59면에서 재인용.

98) 홍준형, 전게서, 158면.

경보전을 위하여 노력하여야 한다」고 규정하여 환경보전이 국가 과제인 동시에 국민 모두에게 권리와 의무를 함께 부여하고 있음을 분명히 천명하고 있고(제35조 제1항), 더 나아가서 「국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다」는 별도의 규정(제122조)을 두고 있는 바, 여기에서 우리는 환경보전과 관련된 재산권, 특히 토지재산권의 강한 사회적 기속성과 그에 따른 보다 가중된 규제의 허용성과 자유성을 도출해 낼 수 있다.

다만 그렇다고 해서 우리 헌법질서에서 환경보전이 절대적 위치에 있는 유일한 가치라고 할 수는 없다. 자유보장기능을 갖는 재산권보장도 공공복리목적상 환경보호와 동렬선상에 있는 헌법적 가치이다. 환경보호없이 인간의 생존과 자유가 불가능지만, 재산권이 보장되지 아니하는 경우에도 자유보장은 불가능하다. 우리 헌법재판소도 헌법에 명문화된 재산권의 사회적 기속성이 「사유재산제도의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위내에서의 보장」임을 분명히 확인하는 한편, 또 한편으로는 「사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장」 하는 것이 「자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법」이라는 이상을 재산권보장의 배경으로 강조하고 있다.⁹⁹⁾

문제는 손실부담의 형평성이다. 위험과 부담의 배분에 관한 구

99) 헌재결 1989. 12. 12, 88헌가13.

체적인 결정은 원칙적으로 헌법상 폭넓은 형성의 자유를 부여 받고 있는 입법자의 몫이기는 하지만, 그것은 무제한적인 것이 아니라 합리적인 헌법적 이익형량과 상충되는 이익간의 비례적인 조정의 헌법적 한계내에서 재산권의 사회적 기속성을 구체화하는 것이다. 이러한 비례적인 조정의 관점에서 볼 때 환경보호와 관련된 개발제한구역제도에서 사회적 기속성은 환경보전과 연계된 전체적인 이익과 손실 상호간의 국민전체 혹은 국토전체차원에서의 교차적인 균형관계를 전제로 한다. 도식적으로 말하면 수자원 보호를 위한 강가에 사는 사람에 대한 재산권제한과 산림환경의 보호를 위한 산에 사는 사람의 재산권제한에 따른 손실이 상호교차되는 이익과 균형적인 비례관계에 있어야 한다는 것이다. 이러한 균형관계가 산술적인 정확성을 요하는 개념이 아님은 물론이다. 그것은 가치판단을 내용으로 하는 규범적 평가의 문제이고, 따라서 내재적인 혹은 의도적인 오차의 허용을 전제하는 것이다. 그 허용오차의 한계가 바로 부담형평성의 원칙이다. 대법원의 판결은 개발제한구역지정에 따른 제한이 「공공복리에 적합한 합리적인 제한」이기는 하지만, 그 제한으로 인한 토지소유자의 재산적 가치의 손실이 “왜” 「공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안될 정도의 것」으로 인정되는지에 대해서는 아무런 설명을 하고 있지 못하다. 말하자면 부담편중의 정도가 허용오차를 넘었는지 여부에 대해서는 논의를 회피한 것이라고 할 수 있다.

관련된 독일의 판례를¹⁰⁰⁾ 원용하지 않더라도 환경보전을 위해 재산권이 제한되는 경우에 보상의무가 발생하는 것은 단지 이미

100) Vgl. BGH 60,126(131)=NJW 1973,S. 623f.; 90,4(16)=NJW 1984, 1172ff.

행사된 혹은 합리적인 범위내 에서 인정되는 사용가능성이 제한되는 때에만 국한되는 것이 아님은 물론이고, 장래의 사용가능성이 제한되는 경우에도 그것이 재산권객체의 속성상 인정되는 사용가능성과 경제적 활용가능성을 부인하는 것이거나 혹은 본질적인 제한인 때에도 보상이 요구된다. 여기에서 재산권객체의 속성은 지역적인 주변정황과 해당 토지의 특성 및 기타 환경보전과 관련된 제반 여건에 비추어 객관적으로 평가된다. 다만 합리적인 범위 내에서 인정되는 사용가능성의 기준은 단순히 경제적인 관점에만 국한되는 것은 아니다. 또한 거래관행에 따라 아직 실현되지 않은 사용가능성도 고려되어야 한다. 요컨대 자연보전목적과 연계된 토지재산권제한의 경우에도 계속적인 사용제한의 결과, 토지재산권의 사적유용성이 본질적으로 제약되어서 법적으로 허용되는 사용가능성의 질적 크기가 재산권자의 입장에서 보상없이 참아내기를 기대하기 어려운 경우, 즉 비례성의 한계를 넘어서는 경우에는 보상이 필요하다고 할 것이다. 다만 다음에서 검토되는 바와 같이 여기에서 보상만이 유일한 해결방안은 아니다.

(3) 해결 대안

도시개발, 사회간접자본의 확충 등 우연한 사정으로 불로이득이 발생한 경우에 그것을 환수하여 일반에 배분하는 것이 정당하다는 논리는 그 반대의 경우에도 당연히 해당된다. 문제는 위에서 언급한 이익과 손실간의 교차적인 균형관계의 설정에서 그 허용오차의 한계이다. 앞에서 검토한 바에 따르면 개발제한구역지정에 따른 토지소유자의 재산적 손실을 최소한 일괄적으로 재산권의 사회적 제약에 해당되는 것으로 볼 수는 없다는 대다수 학

설상의 지적은 상당한 설득력을 가진다. 또한 정책당국도 불합리한 문제점과 그에 따른 대안제시의 필요성에 대해서는 공감하고 있다는 점도 이미 지적하였다. 그러나 그 해결방안에 대해서는 통일된 입장이 정리되지 못하고 있는 실정이다. 헌법상 보상의무가 인정됨에도 불구하고 보상규정을 두고 있지 않은 재산권제한 법제의 처리방법과 관련된 위헌무효설, 직접효력설, 유추적용설 등의 입장이 분분하고 또한 이는 특히 수용유사침해이론도입의 필요성과 가능성에 대한 입장차이와 연결되어 논란이 계속되고 있는 실정이다.

바람직한 해결대안을 모색하는데 있어서 우선 다음 세 가지 사항이 전제되어야 한다. 첫째는 그린벨트제도 자체의 기본골격은 유지되어야 한다는 점이다. 환경보호절대론적인 입장에 동조하지 않는다 할지라도 갈수록 심각해져 가는 도시문제, 공해문제 등에 비추어 볼 때 필수적인 환경보전정책의 포기나 지체의 이유로 재산권보장을 거론하는 것은 용인될 수 없다. 둘째는 전면적으로 보상을 인정하는 것은 국가의 재정여건상 최소한 상당기간내에는 현실적으로 실효성있는 해결방안이 될 수 없다. 헌법해석이 정책적인 관점에서 좌지우지되는 것은 있을 수 없지만, 헌법해석이론의 타당성은, 특히 재정문제와 관련된 경우에는 현실적 가능성에 유보되어 있다는 점도 고려하지 않을 수 없다. 셋째는 가장 바람직하고 또한 장기적으로 당연한 것으로 기대되는 것은 입법적으로 해결하는 방법이다. 상충되는 이익간의 규범조화적인 조정을 하는 것은 바로 헌법상 광범위한 입법형성권과 함께 재정고권을 가지고 있는 입법자의 헌법상 고유권한이고 의무이기 때문이다.

그렇다면 이러한 전제조건하에 입법적으로 해결되기 전까지 현

제상황에서 가장 바람직하고 또한 중장기적인 입법적 해결에 자연스럽게 연결될 수 있는 대안은 무엇인가? 이제까지 우리나라에서 논의·정리된 핵심적인 내용은 다음과 같다. 즉 보상을 필요로 하지 않는 재산권내용규정과 보상이 필요한 공용침해로 구별하는 이른바 ‘양분론’을 바탕으로 하여 개발제한구역지정에 따른 토지재산권의 제한을 그것이 사회적 기속성의 한계를 넘는 것으로 인정되는 경우에는 공용제한에 해당되는 것으로 보고, 그렇지 않으면 재산권의 사회적 제약을 구체화한 재산권내용규정의 결과로 본다는 논리를 전제로 개발제한구역에 따른 재산권제한이 상황변화에 따라 사회적 기속성의 한계를 벗어난 것으로 평가되기 때문에 헌법 제23조 제3항상의 공용제한에 해당됨에도 불구하고 아무런 보상규정을 두지 않고 있는 도시계획법은 위헌의 소지가 크다는 것이다.

다만 그 구체적인 해결방법에 있어서는 입장이 대립되고 있다. 우선 헌법 제23조 제3항상 불가분조항의 요청은 공용제한에도 당연히 적용되기 때문에 도시계획법은 위헌무효이되, 그로 인한 재산적 가치의 손실은 손실보상이 아니라 입법불법 혹은 이를 근거로 한 제2차적인 재산권침해에 대한 손해배상형식으로 구제받을 수 있다는 입장이 이른바 위헌무효설인데, 이 견해는 위에서 제시한 전제조건에 맞지 아닐 뿐만 아니라, 향후무효로 제한되는 위헌법률결정의 효력과 위헌법률에 근거한 행정처분의 경우에 중대하기는 하지만 명백한 흠은 아니고 따라서 취소할 수 있는 행정행위에 그친다고 보는 우리 대법원의 관례¹⁰¹⁾에 비추어 볼 때

101) 대판 1994. 10. 28, 93다41860; 이에 대한 설득력 있는 평석으로는 이상규, 위헌법률에 근거한 처분의 효력, 「판례연구」 제9집, 1996, 25면 이하.

효과적인 권리구제방법이라고 볼 수 없다.

한편 위헌무효로 보되, 보상규정을 두고 있지 아니한 법률에 의해 재산권이 침해되는 경우에 헌법상 재산권조항을 법률의 매개없이도 직접 손실보상을 청구할 수 있는 법적 근거로 보는 입장이 직접효력설인데, 앞에서 검토된 ‘불가분조항’(Junktivsklausel)의 헌법적 의미와 기능을 고려할 때 헌법해석상 문리해석의 한계를 넘는 것으로 생각된다.¹⁰²⁾ 이에 대해 헌법 제23조 제3항의 보상규정의 법률유보에 관해 적어도 공용제한에 대해서는 그것이 필연적으로 ‘불가분조항’으로 해석될 수 밖에 없는 것은 아니라고 보는 입장에서 반론이 제기되기는 하지만,¹⁰³⁾ 재정고권을 가지는 입법자가 예상하지 못하였건 혹은 의도적으로 회피하였건 보상규정을 두지 않은 경우에 일반법원이 직접 헌법을 근거로 입법자의 역할을 전면적으로 대신하게 되는 결과는 헌법이론적으로나 현실적으로 받아 들이기 어렵다.

이른바 유추해석론의 입장에서는 헌법해석상의 한계 때문에 헌법 제23조 제3항을 직접적인 보상청구권의 근거로 볼 수 없다는 입장에서 헌법 제23조 제1항 및 제11조와 연계하여 헌법 제23조 제3항을 유추해석하는 우회적인 논리형식을 통해 손실보상의 법적 근거가 도출될 수 있다고 보는 견해이다. 최근에는 헌법재판소의 독점관할하에 있는 헌법규정의 유추해석을 통해서가 아니라, 독일최고법원에 의해 발전되어온 수용유사적침해이론을 원용하여 보상근거를 도출하고자 하는 유력한 견해가 제기되고 있

102) 정하중, 독일기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제23조 제3항의 해석(하), 『사법행정』, 1992.10, 34면 이하.

103) 홍준형, 전게서, 142면 이하.

다.¹⁰⁴⁾

위에서 살펴본 바와 같이 대다수 학설은 개발제한구역지정에 따른 재산권제한이 적지 않은 경우에 공용제한에 해당될 수 있는 것으로 보는 공통된 전제하에 권리구제방법에 있어서는 이견을 보이고 있다. 그러나 독일에서 제기된 새로운 재산권이론, 특히 새로운 재산권침해유형으로 인정되고 있는 ‘보상의무없는 재산권 내용규정’ 형식과 이른바 ‘구제적 보상규정’ 또한 그와 관련하여 수용유사침해이론 등에 대한 앞에서의 검토를 통해 그 도입의 필요성과 법리적 가능성을 가늠해 본 결과는 바로 이러한 개발제한 구역문제를 해결하는데 매우 유용한 단서가 될 수 있을 것으로 생각된다. 즉, 앞에서 제시한 대안모색의 전제하에 개발제한구역 지정에 따른 재산권제한을 공용제한이 아니라 재산권내용규정으로 보는 사고전환을 통해 그것이 사회적 기속성의 한계를 넘는 가혹한 부담으로 판단되는 경우에는 이른바 ‘보상의무없는 재산권규정’의 결과로 보는 이론구성이 가능하고 또한 그것이 최소한 과도적으로는 유용한 해결방안을 찾을 수 있는 단서가 될 수 있다고 여겨진다.

이러한 입장이 설득력을 가질 수 있는 이론적 장점은 다음과 같다. 우선 그린벨트제도 자체를 폐지해서는 아니된다는 헌법상의 당위적인 요청을 수렴할 수 있는 헌법해석상의 유연성이 확보될 수 있다. 공용제한의 경우에는 ‘불가분조항’의 적용대상에서 배제될 수도 있다는 반론이 있기는 하지만, 어쨌든 반대의 입장에 서있는 다수설에 따른다면 도시계획법 자체는 위헌무효결정의

104) 예컨대 김남진, 전게서, 448면 참조.

에는 대안이 있을 수 없지만, 도시계획법 제21조를 원칙적으로 보상이 필요없는 재산권의 내용규정의 형식으로 이해하면 그것이 예외적으로 수인을 기대하기 어려운, 즉 사회적 기속성의 한계를 넘는 가혹한 부담을 초래하는 경우에도 이론구성을 어떻게 하건 근거 법률의 효력 자체는 유지시키면서도 ‘조정적 의미에서의 보상’(Ausgleich)을 통한 권리구제가능성이 남게 된다.

둘째는 근거 법률을 그대로 유지하면서, 즉 그린벨트제도 자체의 골격을 훼손하지 않는 범위내에서 시행령이나 시행규칙의 개정을 통해서 그 부담을 줄여줌으로써 비례성을 보완하여 그 위헌성의 소지를 줄여 나갈 수 있는, 적어도 과도기적으로는 유용한 대안의 모색이 가능하다는 점이다. 즉 상황변화에 따른 유연한 적용이 가능하다.

셋째는 법률에 대한 위헌결정이 불가피하다고 판단되는 경우에도 단순한 위헌결정이나 혹은 보상규정을 보충하라는 취지의 촉구결정을 하는 것보다는 ‘손실보상에 같음하거나 혹은 손실을 완화시킬 수 있는 제도’¹⁰⁵⁾의 보완을 통한 ‘비례성의 보완’(Ausgleichung der Verhältnismäßigkeit)을 촉구하는 내용의 결정을 할 수 있는 여지가 마련된다는 이론적 장점이 있다. 즉 미국에서 많이 활용되고 있는 토지매수청구권제도, 개발권이전제도, 공공지역권제도 등의 적극적인 대상보상제도나 유도적·차별적 지구제(Incentive Zoning)¹⁰⁶⁾등과 같은 소극적인 정책보상제도들이 비례성을 보완할 수 있는 구체적인 제도로 검토될 수 있을 것이다.

105) 이에 관해서는 박윤훈, 전계논문, 141면 이하 참조.

106) 박윤훈, 전계논문, 144면; 미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상, 「미국헌법연구」, 제2호, 1992, 88면 참조.

네째는 법리적 문제점과 실제 부작용의 가능성에 대한 충분한 검토가 필요한 것으로 생각되지만, 같은 정책의 내용과 특성상 불가피한 경우에는 위헌성에 대한 우려를 피하면서 보상의 구체적인 기준과 방법을 명시하지 않는 이른바 ‘구제적 보상규정’의 법제형식을 활용할 수 있는 가능성이 보장된다. 헌법합치적 해석을 논거로 들지 않더라도¹⁰⁷⁾ 공용제한에 대한 손실보상이 아니라 조정적 의미에서의 보상에 대한 법제형식으로서 그 위헌성이 제기될 소지가 상대적으로 적은 것만은 분명하기 때문이다.

다만 이러한 이론구성의 장점은 법원의 적극적인 법운용자세에 의해서 뒷받침되는 경우에만 실현이 가능한 것은 물론이다. 이러한 점에서 최근에 법원에서 수용유사침해이론에 대한 구체적인 원용가능성을 엿볼 수 있게 하는 적극적인 시도를 보이는 것은 주목되는 바가 크다.¹⁰⁸⁾ 또한 앞에서 전제하였듯이 개발제한구역 제도를 포함하여 부당한 재산권침해에 대한 논란이 일고 있는 모든 보상없는 재산권제한법제의 문제는 궁극적으로는 일관성과 유연성을 동시에 수렴하는 합리적인 입법개선을 통해 해결되어야 하지만, 적지 않은 경우에 다양한 정책환경조건과 일반적이고 추상적인 규범정립작용으로서 입법의 내재적인 한계 때문에 현실적으로 완벽하고 간명한 문제해결이 불가능하다고 한다면 입법자와 법원 및 헌법재판소와의 적정한 기능분담, 말하자면 상호보완적인 규범조화적 기능배분이 필연적으로 요구된다고 할 수 있다.

107) 박윤훈, 『행정법강의(상)』, 1995, 773면.

108) 예컨대 서울고법판결, 1992. 12. 24, 92나20073; 대판 1993. 10. 26, 93다6409.

3. 경제규제법과 재산권문제

우리 헌법은 제119조 제1항에서 「대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다」고 규정하고, 제2항에서는 「경제성장과 안정, 적정한 소득분배, 경제력남용방지 및 경제의 민주화를 위해 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다」고 규정하고 있다. 또한 제120조 이하에서는 농지소작제도의 금지(제121조)등 각종 특수한 형태의 경제에 대한 국가간섭제도에 대한 헌법적 근거를 마련해 놓고 있다. 이는 입법자에게 폭넓은 형성의 자유가 인정되는 경제정책과정에서 우리 헌법상의 기본적인 경제질서를 유지하면서 경제정책기조의 방향과 그 한계를 구체적으로 명문화한 것이기 때문에 재산권질서의 형성과 밀접한 기능적 관련성을 갖는다. 경제에 관한 규제와 조정은 대부분의 경우에 경제정책적 목적과 연계된 특수한 형태의 재산권제한이기도 한 것이다. 재산권의 사회적 기속성과 경제조항간의 상호 불가분의 이념적 관계를 강조하는 것도 이 때문이다.¹⁰⁹⁾

그러나 현행 헌법상의 경제조항은 규정내용 자체가 ‘불명료한 조문의 나열’에 지나지 않고, 또한 경제정책의 기조와 국가의 경제영역에 대한 간섭의 범위와 그 수단에 대한 한계설정이 불분명하기 때문에 무제한적인 국가간섭이 우려된다는 설득력 있는 지적이 제기되고 있다.¹¹⁰⁾ 사실상 이러한 우려는 우려로만 남지 아니

109) 허영, 「한국헌법론」, 1997년, 458면 참조.

하고 불행하게도 현재 우리의 실상이기도 하다. 다만 국가주도의 경제성장전략이 구조적인 한계를 보이면서 부각된 경제자유화 혹은 경제민주화의 명분 속에 규제철폐와 완화에 대한 목소리는 높지만, 경제학적, 정책론적인 관점에서의 논의나 일부 이익단체에서 경제규제법령에 대하여 거의 전면적인 위헌성을 주장하는 입장을 발표한 것¹¹¹⁾ 외에는 그에 대한 헌법적 검토작업은 의외로 부진하다.

재산권의 사회적 기속성의 한계의 기준은 경제정책에 대한 헌법적 판단에서도 가장 중요한 준거점의 하나이다. 이러한 관점에서 다음에서는 공정거래법상 위헌성의 논란이 제기되는 규제제도를 중심으로 재산권침해여부에 대한 기본적인 입장을 정리해 본다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(공정거래법)은 1987년의 개정을 통해 경제력집중억제를 목적으로 하는 다양한 제도를 도입하였는 바, 그중에 특히 위헌성이 지적되고 있는 것은 대규모기업집단에 대한 지주회사설립의 금지(제10조), 상호출자금지(제11조), 출자총액제한(제12조), 계열회사에 대한 채무보증의 제한(제11조), 금융보험회사의 의결권제한(제13조) 등의 규제이다.

우선 이러한 제도의 도입배경인 경제력집중억제의 입법목적에 대한 타당성여부는 우리나라의 특유한 ‘재벌문제’를 거론하지 않더라도 입법자의 고도의 정책적인 결정에 맡겨져 있는 문제라는 점에서 「경제력집중억제라는 입법목적이 매우 추상적인데다 입법

110) 정순훈, 「경제헌법」, 1993, 241면 이하.

111) 이철송, 경제법령의 선진화를 위한 위헌요소검색, 이철송, 경제법령의 선진화를 위한 위헌요소검색, 「경제법령의 선진화과제」(심포지움자료집), 1996. 6.

당시 만연했던 분배의 불균형에 대한 대중적 감정을 배경으로 한 까닭에 입법상 객관성을 잃은 부분이 많다」는 일부의 강한 비판¹¹²⁾에도 불구하고 쉽게 예단할 수 없는 문제이다. 또한 기타 규제제도의 재산권침해여부도 예컨대 주식지분 등과 같이 재산권객체의 속성상 특히 강한 사회적 연관성과 사회적 기능 때문에 기타 재산권에 비해서 상대적으로 재산권의 사회적 기속성이 강조될 수 밖에 없다는 점에서 많은 이론적 검토를 필요로 한다. 특히 국가의 경제에 대한 거의 포괄적인 규제 및 조정권한을 헌법상 명시적으로 허용하고 있는 우리 헌법질서에서는 더욱 그러하다.

이러한 점에서 예컨대 독일 연방헌법재판소가 주권행사를 5% 이내로 제한 하는 것을 사회적 기속성의 범위내에 있는 것으로 본 이른바 ‘폴크스바겐결정’(Volkswagen-Urteil)¹¹³⁾이나 회사경영에 근로자들이 상당부분 동참하게 하는 것을 내용으로 하는 1976년 제정된 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)에 대한 합헌결정, 이른바 ‘공동결정판결’(Mitbestimmungs-Urteil)¹¹⁴⁾에서 지분재산권에 대한 제한과 사회적 기속성의 한계에 대한 설시는 참고할 만하다. 그에 따르면 주식 혹은 지분권에 대한 제한의 경우에 주주 혹은 지분권자는 원칙적으로 직접 재산권과 그에 대한 처분권능을 직접 행사하는 것은 아니다. 오히려 그러한 재산권은 재산가치에 국한되어 행사되는 것이고 그 처분권능은 회사의 기관을 통해 행사된다. 따라서 이러한 주식지분권에 대한 제한은 주권

112) 이철송, 전계발표논문, 16면이하.

113) *BVerfGE* 35, 377ff.

114) *BVerfGE* 50,290(341ff.).

혹은 지분재산권에 대한 실체적인 변경을 내용으로 하는 것이라고 할 수 없다. 또한 주식지분권은 해당 회사 종업원들의 생활기반에 직접 영향을 미친다는 점에서 사회적 연관성이 특히 크다고 할 수 있다. 다만 종업원들의 공동결정권이 주식소유자의 의사에 반해서 회사자본에 대한 결정을 허용한다거나, 주주의 회사임원의 선출권이 상실된다거나 혹은 중요한 경영상의 정책결정권이 근로자들에게 이전되는 결과를 초래하는 경우에는 주식재산권의 내용규정에 있어서 사회적 기속성의 한계를 넘는 것으로 볼 수 있다는 견해를 밝혔다. 또한 기업의 영업기회 및 수익전망을 축소시키는 영향을 초래하는 시장조정적 혹은 시장규제적 조치들의 경우에도 과잉금지원칙에 위배되지 않는 한 대체로 재산권의 사회적 기속성의 한계내에 있는 것으로 판단하고 있는 경향도 주목된다.

VI. 결 론

입법자의 재산권형성권의 헌법적 한계는 궁극적으로 관련 당사자들의 보호가치있는 모든 이익들이 정당하고 합리적으로 배려, 조정되어야 한다는 요청에서 도출된다.

이제까지 법학적인 관점에서는 재산권의 한계와 내용, 즉 다른 편에서 접근하면 재산권제한의 가능성 혹은 재산권제한에 대한 헌법적 한계의 문제에만 초점을 맞추어서 규범논리적인 접근만을 해왔는데 이는 법정정책적인 관점을 경시 내지는 배제시키는 역기능을 가져왔다. 또 한편으로는 폭넓은 입법형성의 영역은 결코 초헌법적인 혹은 탈헌법적인 무법지대일 수는 없다. 그것은 단순히 적나라한 힘이나 이익만을 둘러싼 투쟁의 마당으로 주어져 있는 것이 아니라, 사리적으로 정당하고, 규범조화적인 해결책이 추구되어야 하는 토론과 타협의 장이다. 결국 사유재산제도는 매우 제한된 그러나 결코 무의미한 것으로 볼 수는 없는, 최소한 입법자에 대한 비상제동기 혹은 마지막 울타리 기능을 가지는 헌법적 안전장치라고 할 수 있다. 따라서 입법자에 의한 재산권내용규정의 독자성이 부인되지 않는 것과 마찬가지로 법률에 대한 헌법의 우위 또한 그 의미와 기능은 유지되는 것이다. 재산권의 내용규정에 있어서 양자는 결코 상호배척의 관계에 있지 아니하다.

결국 보상없는 재산권제한의 한계의 문제의 적정한 해결을 위한 최선의 방법은 이러한 헌법해석의 알파요 오메가인 규범조화의 정신에 따라 원칙에 따르는 일관성과 유연성, 법과 정책간의

균형을 잃지 않는 자세라는 점을 마지막으로 강조하면서 앞으로
가시적인 입법개선의 조치와 또한 이를 위한 학계와 실무 법조계
간의 좀더 진지하고 폭넓은 논의와 현행 재산권제한법제의 헌법
적 정당성에 대한 전면적인 재검토를 기대해 본다.

별 표

* 보상규정을 두고 있는 공용제한법제의 보상유형(표1)

법률명	행 위 제 한	보 상 주 체	보 상 법	보 상 절 차	비 고
하 천 법	-하천구역의 지정 (제2조① 2호 다목) -하천예정지의 지정 (제9조의2) -새로이 하천구역(제2조 ① 2호 가목에 해당 되는 하천구역)으로 지정 된 경우(제74조②)	-제74조① · 건교부장관 이 행한 처분 :국고 · 도지사가 행 한 처분:도		-제74조③, ④ · 협의(건교부 장관 또는 도 지사와 손실 을 받은 자) -협이가 성립 하지 않거나 협의를 할 수 없을 때 :관 할 토지수용위 원회에 재결 신청	보상의 구체적 내용을 정한 법률
철 도 법	-철도경계선으로부터 30미터 이내의 철도노선 인접지역안에서는 건물 기타 공작물등의 설치·증축·증설 또는 개량이나 토석의 채취·채굴, 토지의 형질변경 또는 죽목의 식재등 제한(제76조①)	-국가	-법률에서 대통령령에 위임하고있 으나 대통령 이 제정 되어 있지 않음		보 상 의 구체적인 내용을 정 하고 있지 않 은 법률
원 자 력 법	-방사선에 의한 인체· 물체 및 공공의 재해를 방어하기 위하여 정하여진 일정범위의 제한구역 안에서 일반인의 출입이 나 거주 제한(제96조 ②)	-정당한 보상 (제96조④)	-대통령령에 위 임 하고 있 으나 , 대 통 령 에 는 이에 대한 규정을 두고 있지 않음		

법률명	행위 제한	보상주체	보상방법	보상절차	비고
문화재보호법	-국가지정문화재의 관리상황이 그 문화재의 보존상 부적당하거나 특히 필요하다고 인정되는 경우 그 소유자·보유자·관리자 또는 관리단체에 대한 일정한 행위의 금지 또는 제한 (제25조①1호)	-국가 (제30조)	-규정되어 있지 않음		
산림법	-보안림안에서의 행위제한(제62조)	-국가 (제63조)	-통상 받을 손실을 보상(제63조)	-산림소유자는 허가를 하지 아니하기로 결정된 날로부터 1월 이내에 산림청장에게 손실보상을 청구(습제 53조①) -산림청장은 손실보상 청구를 접수한 날로부터 25일 이내에 보상에 관한 결정을 하고 그 결과를 청구인에게 통지(습제 53조②)	보상의 구체적 내용을 대통령령으로 정한 법률

법률명	행위 제한	보상주체	보상방법	보상 절차	비고
군용전기통신법	-특별구역안에서 군용통신에 장애요소가 되는 각종 장애설비 등의 사용을 제한(제9조④)	-국방부장관(제11조①)	-정당한 보상금을 지급(제11조①)	-손실보상을 받고자하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 손실보상청구서와 기타 필요한 서류를 첨부하여 국방부장관에게 청구(제11조②) -국방부장관은 보상청구를 받은 날로부터 3월 이내에 보상금액을 결정하여 청구자에게 서면으로 통지(제12조) -보상금액의 결정에 대하여 불복이 있는 자는 그 결정의 통지를 받은 날로부터 1월 이내에 국방부장관에게 이의 신청(제13조) -손실보상의 청구는 그 청구의 원인이 된 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 하여야 함(제14조)	

법률명	행 위 제 한	보상 주체	보상 방법	보상절차	비 고
소 방 법	-시장 또는 군수는 소방대 상물의 위치·구조·설비 또 는 관리의 상황에 관하여 화재 예방상 필요하거나 또는 화재가 발생하면 인 명에 위험이 미칠 것으로 인정된 때에는 그 근원을 가진 관계자에 대하여 당 해 소방대상물의 개조, 이 진, 제거, 사용의 금지 또 는 제한, 공사의 정지나 중지 기타 필요한 조치를 명할 수 있음(제6조)	-시 또는 군(제8조)	-규 정 되 어 있지않음		
제 주 도 개 별 특 별 법	-도지사는 법 제23조①에 의하여 지정된 보존자원 보호를 위하여 특별히 필 요하다고 인정되는 경우 에는 신고·공개금지·이동 금지 등의 필요한 조치를 할 수 있음(제23조③)	-도지사 (제2조⑥)	-규정이 마련 되어 있지 않음		

* 보상규정이 없는 부작위부담(행위제한)법제(표2)

법 률 명	지 역·지 구 등	행 위 제 한 의 내 용
국 토 이 용 관 리 법 (제15조)	-도시지역	-다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 · 토지의 형질변경 · 축목의 별채·재식 · 토석의 채취 · 건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축 · 건설자재 또는 콘테이너를 장기간 쌓아 놓는 행위 · 토지의 분할
	-취락지역	-환경오염의 위험이 있는 공장, 유류 및 화학류저장소 등의 시설·건축물 또는 공작물의 설치가 금지됨
	-경지지역	-농축산업에 직접관련된 목적 이외의 토지이용행위가 금지됨
	-산림보전 지역	-영림과 관련되지 아니한 농지조성, 택지조성, 공장설치, 집단묘지의 설치 그리고 채토장 또는 채석장의 설치가 금지됨
	-공업지역	-공장 및 산업시설과 이의 운용·관리를 위한 건축물, 종업원의 사택 등의 시설·건축물 또는 공작물만 설치할 수 있음
	-자연환경보전 지역	-다음의 행위가 금지됨 · 건축물 기타 공작물의 신축·개축 기타 증축 · 입목·죽의 별채 · 개간·매립 또는 간척 · 토지의 형질변경 · 가축의 방목 · 야생 동·식물의 포획·채집 · 토석·사력의 채취
	-관광휴양지역	-관광진흥법의 관광지에 관한 규정에 의함
	-수산자원보 전 지역	-다음의 행위가 금지됨 · 공장의 설치 · 공유수면의 매립 또는 간척 · 준설 · 광물의 채굴 · 가축의 방목
	-개발촉진지역	-지역을 세분하는 경우 세분목적에 어긋나는 행위가 금지됨
	-유보지역	-별도의 행위제한이 없음

법률명	지역·지구 등	행위 제한의 내용
수도권 정비계획법(제9조~13조)	-개발유보권역	-다음의 행위가 금지됨 · 토지구획정리사업, 택지조성사업, 공업용지조성 등 시가화를 촉진하는 사업 · 공장의 신설 또는 증설
	-환경보전권역	-다음의 행위가 금지됨 · 일정규모 이상의 택지조성사업, 공업용지조성사업과 공유수면매립 및 간척사업 · 공장의 신설 또는 증설 · 기타 자연보전권역의 지정목적에 위배되는 행위
	-이전촉진권역	-인구집중유발시설의 신설 또는 증설이 금지됨
	-제한정비권역	-인구집중유발시설의 신설이 금지됨
	-개발유도권역	
도시 계획법 (제4조, 제19조 ~22조)	-도시계획구역	-다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 · 토지의 형질변경 · 죽목의 벌채·재식 · 토석의 채취 · 건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축 · 건설자재 또는 콘테이너를 장시간 쌓아놓는 행위 · 토지의 분할
	-전용주거,일반주거,준주거,중심상업,일반상업,근린상업,전용공업,일반공업,준공업,보전녹지,생산녹지,자연녹지지역	-건축법에서 허용하고 있는 용도의 건축물만 건축할 수 있음
	-풍치,미관,고도,방화,보존,주차장,정비,공항,시설보호,도시설계,아파트,방재지구	-건축법 및 건축조례에서 정한 기준에 따라 건축하여야 함
	-구역 · 특정시설제한 · 시가화조정	-규모가 큰 공장, 학교, 중앙도매시장 등 특정시설의 설치가 금지됨 -농·임·어업용건축물의 건축, 죽목의 벌채·재식, 토석의 채취 등만 허용됨
	-개발제한구역	-구역지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할 그리고 도시계획사업의 시행이 금지됨
	-도시개발예정구역	-도시계획이 결정될 때까지 건축, 토지형질변경 등의 토지이용행위에 대한 허가를 거부할 수 있음

법률명	지역·지구등	행 위 제 한 의 내 용
자연공원법(제16조②, 제25조)	-공원구역 · 자연보존지구 · 자연환경지구 · 취락지구 · 집단시설지구	-학술연구 또는 자연보호상 필요한 행위, 최소한의 공원시설의 설치, 자연경관을 해치지 아니하는 조립·육림 등만 허용됨 -자연보존지구 안에서 할 수 있는 행위, 1차 산업행위, 밀집하지 아니한 공원시설의 설치, 조립·육림·벌채, 기존 건축물의 증축·개축·재축 등만 허용됨 -자연보존지구와 자연환경지구에서 할 수 있는 행위, 주거용건축물의 건축 등 주민의 생활환경조성행위, 비공해가내공업, 의원·약국·이용원·미용원 일용품판매점 등의 설치만 허용됨 -탐방휴양에 적합한 공원시설 및 그 부대시설의 설치만 허용됨
	-공원보호구역	-취락지구안에서 할 수 있는 행위만 허용됨
환경정책기본법(제22조②)	-특별대책지역	-다음의 경우에는 토지이용과 시설설치를 제한할 수 있음 · 주민의 건강·재산이나 생물의 생육에 중대한 위해를 가져올 우려가 있는 경우 · 자연생태계가 심하게 파괴될 우려가 있는 경우 · 토양 또는 수역이 특정유해물질에 의하여 심하게 오염된 경우
자연환경보전법(제23조)	-자연생태계보호지역	-다음의 행위가 금지됨 · 건축물 기타 공작물의 신축·개축 또는 증축 · 하천·호소 등의 수위 또는 수량에 증감을 가져오는 행위 · 입목·죽의 식재 · 택지의 조성, 토지의 개간 기타 토지의 형질변경 · 토석의 채취 · 입목·죽의 벌채 또는 훼손 · 입목·죽이외의 식물이나 낙엽 또는 나뭇가지의 채취 · 동물의 포획 또는 동물의 알의 채취 · 가축의 방목
	-보전지역	-다음의 행위가 금지됨 · 폐기물을 버리는 행위 · 합성세제나 특정수질유해물질을 사용하여 수질을 오염시키는 행위 · 산불예방을 위하여 금지된 인화물질의 소지, 불을 이용한 취사 야영하는 행위 · 자연환경보전에 관한 안내판 기타 표지물을 이전·오손 또는 훼손한 행위

법률명	지역·지구등	행 위 제 한 의 내 용
제주도 개발특별법 (제20조- 제22조)	-절대보전지역	-자연환경의 고유한 특성을 보호하기 위한 지역지정 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물 기타 시설의 설치, 토지의 형질변경, 토지의 분할, 공유수면의 매립, 수목의 벌채, 토석의 채취, 도로의 신설 등이 금지됨
	-상대보전지역	-자연환경의 보전과 적절한 개발을 유도하기 위한 지역지정목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치 등이 금지됨
	-특별관리지구	-자연환경의 계획적 보전·관리를 위한 지역지정 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 공유수면의 매립 그리고 하천의 복개가 금지됨
공업배 치 및 공 장설립 에 관한 법률 (제20조)	-과밀억제·성장관리 및 자연보전지역	-연면적이500㎡ 이상의 공장 신설·증설 또는 이전 및 업종변경이 원칙적으로 금지됨(다만, 국민경제의 발전과 지역주민의 생활환경조성등을 위하여 부득이 하다고 인정하여 대통령령이 정하는 경우에는 허용)
고속국 도법 (제8조)	-접도구역	-도로법에 의한 접도구역 안에서의 행위제한에 의함
하천법 (제45조)	-연안구역	-다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 · 공작물의 신축·개축 또는 제거 · 죽목의 채식 또는 벌채 · 토지의 굴착·성토·절토 기타 토지의 형질변경

법률명	지역·지구등	행 위 제 한 의 내 용
군사시설보호법(제10조)	-군사시설보호구역	-행정청이 다음 사항을 허용하는 처분을 할 때에는 미리 군부대장과 협의하여야 함 <ul style="list-style-type: none"> · 도로·철도·교량·운하·수로·수로 등과 그 부속 공작물의 설치·변경 · 하천 또는 해면의 매립·준설 및 항만의 축조·변경 · 가옥 기타 축조물의 신축 또는 증축 · 통신시설의 설치 및 사용 · 광물·토석 또는 토사의 채취 · 조립 또는 임목의 벌채 · 토지의 개간 또는 지형의 변경
군용항공기지법(제8조)	-비행안전구역 · 제1구역 · 제2~6구역	-군사시설이 아닌 건조물·수목 등 장애물의 설치 또는 제배가 금지됨 -일정높이 이상의 건조물·수목 등 장애물의 설치, 제배 또는 방치가 금지됨
해군기지법(제6조)	-해군기지구역	-행정청이 다음 사항을 허용하는 처분을 할 때에는 미리 군부대장과 협의하여야 함 <ul style="list-style-type: none"> · 항만의 축소·변경 · 해안의 굴착 · 하천 또는 해안의 매립·준설 · 해저시설물의 부설 또는 변경 · 해운의 영위 · 어업권설정, 어업 또는 해조채취 · 부표·입표 기타 표지의 설치 또는 변경 · 각종 포의 발사, 폭발물의 파열 · 지반의 개착, 매립 기타 지형의 변경 · 도로·철도·교량·운하·터널·수로 등과 그 부속 공작물의 설치 또는 변경 · 광물 또는 토사의 채취 · 가옥 기타 건축물의 신축 또는 증축 · 통신시설의 설치·사용 또는 전파의 발사

법률명	지역·지구등	행 위 제 한 의 내 용
방 어 해 면 법 (제6조)	-방어해면구역	-어로·채조·시설물설치 기타 군사상 장애가 될 행위를 금지 또는 제한할 수 있음
학 교 보 건 법 (제6조)	-학교환경위생 정화 구역	-다음의 행위와 시설의 설치가 금지됨 · 오염물질배출 허용기준을 초과하여 학습과 보건 위생에 지장을 주는 행위 및 시설 · 극장·총포화약류의 제조장 및 저장소 압축가스·액화가스의 제조장 및 저장소 · 도축장·화장장 · 오물수집장소 · 오물매립장, 오물진개소각장, 쓰레기종말처리시설 및 분뇨종말처리시설 · 폐수처리장, 화제장 · 전염병원, 전염병격리병원, 격리소 · 전염병요양소, 진료소 · 가축시장 · 전문음식점, 각종유흥음식점, 간이주점 · 호텔, 여관, 여인숙 · 공중목욕장 중 휴게시설 · 사행행위장, 당구장, 경마장
문 화 재 보호 법 (제20조)	-문화재보호구역	-다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 · 보호구역안의 동물·식물·광물을 포획·채취하거나 이를 그 구역 밖으로 반출하는 행위 · 보호구역의 현상을 변경하거나 문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위
전 통 건 조 물 보 존 법 (제8조)	-보존대상 전통 건조물의 보호구역 -전통건조물 보존지구	-건조물을 신축·개축 또는 증축하거나 그 토지의 형질을 변경하는 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 -다음의 행위는 허가를 받아야 할 수 있음 · 건조물의 현상을 변경하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위 · 건조물을 신축·개축 또는 증축하거나 그 토지의 형질을 변경하는 행위
전 과 법 (제74조의3)	-전과방해방지구역	-다음의 행위는 승인을 받아야 할 수 있음 · 최고부의 높이가 지표에서 50m를 넘는 건축물 또는 공작물의 신축·증축·개축 또는 수선

* 긴급시의 공용침해(표3)

법률명	행위주체	사 유	공용침해의 내용	손 실 보 상
도로법 (제49조, 제79조)	관리청	재해로 인한 도로의 구조와 교통에 대한 위협을 방지하여 특히 필요한 때	-토지·가옥 기타 공작물의 일시사용 -장애물의 변경·제거 -토석·죽목·운반기구 기타 물건의 수·사용	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의 불성립시에는 관할 토지수용위원회에 재결신청 -관할 토지수용위원회의 재결에 불복할 때에는 법원에 제소(정당한 보상)
항만법 (제46조, 제65조)	관리청	재해로 인한 항만시설 또는 항만 사용에 대한 위협을 방지하여 특히 필요한 때	-토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 -공작물 기타 장애물의 변경·제거 -토석·죽목·운반기구 기타물건의 수 용·사용	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의 불성립시에는 관할토지수용위원회에 재결신청 -관할 토지수용위원회의 재결에 불복할 때에는 법원에 제소 (정당한 보상)
어항법 (제21- 23조)	해양수산부 장관, 광역시장	천 재·지 변 기타 비상재해로 인하여 어항 관리가 필요한 때	-토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 -공작물 기타 장애물의 변경·제거 -토석·죽목·운반기구 기타물건의 수 용·사용	-손실을 받은 자와 협의하여 정함 -협의 불성립시에는 광역시장이 결정(정당한 보상)
방조제 관리법 (제10조, 제11조)	농림부장관, 지방자치단체의장	천 재·지 변 기타 긴급한 사태로 인하여 관리방조제의 위협을 방지하거나 재해복구에 필요한 때	-토지·가옥·선박 기타 공작물의 일시사용 -공작물 기타 장애물의 변경·제거 -토석·죽목·운반기구 기타물건의 사 용	-광역시장·도지사·시장 또는 군수가 결정(정당한 보상)
광업법 (제83조)	광업권자, 조광권자	광업상 긴급한 위협 방지에 필요한 때	-토지에의 출입 -토지의 사용	보상한다는 규정만 있음

법률명	행위주체	사 유	공용침해의 내용	손 실 보 상
전 기 사 업법(제 55조②, 제58조)	전기 사업자	천재·지변 기 타 긴급한 사태 로 인하여 전기 사업용 전기설 비가 손괴되거나 손괴될 우 려가 있는 때	-토지 또는 이에 정착한 건물 기타 공작물의 일 시 사용 (15일 이내)	-손실을 받은 자와 협의 하여 정함 -협의불성립시에는 서울 특별시장, 광역시장 또는 도지사가 결정 (정당한 보상)
집 단 예 너 지 사 업법(제 46조)	집단에너 지사업자	천재·지변 기 타 긴급한 사 태로 인하여 공 급시설이 손괴 되거나 손괴될 우려가 있는 때	-토지 또는 이에 정착한 건물 기타 공작물의 일 시 사용(15일 이내)	-토지수용법 준용(협의→ 관할토지수용위원회 재결 신청→중앙토지수용위원 회 이의신청)

주요 참고문헌

1. 국내문헌

강경근, 토지공개념의 헌법상 문제, 「사법행정」, 1991. 11, 34면 이하.

권영성, 「헌법학원론」, 1995.

권오승, 토지문제와 토지공개념, 「인권과 정의」, 1989. 7, 46면 이하.

김남진, 「행정법(I)」, 1990.

김남진, 토지공개념의 사상적 기초, 「사법행정」, 1991. 11.

김남진, 도시계획법 제21조(개발제한구역지정)의 위헌심판, 「판례월보」, 1992. 11.

김남진, 공용제한과 손실보상, 「고시연구」, 1994. 6, 59면 이하.

김남진, 그린벨트와 행정구제, 「행정법과 기본문제」, 738면 이하.

김상용, 전통적 재산권제한원리와 토지공개념과의 관계, 「사법행정」, 1991. 11. 12면 이하.

김성수, 국가의 과세권과 국민의 재산권보장과의 관계, 「고시계」, 1991. 2, 68면 이하.

민경식, 토지공개념에의 헌법적 접근, 「인권과 정의」, 1989. 7, 20면 이하.

박상희, 「공용침해의 요건에 관한 연구」, 고려대박사학위논문, 1993년.

- 박상희, 재산권침해유형에 대한 구별이론의 새로운 필요성, 「법제 연구」, 1994, 193면 이하.
- 박영도의 4인, 현행공용침해법제의 현황과 개선방향, 「현행법제 개선방안연구(I)」,1992.
- 박윤훈, 미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상, 「미국헌법연구」 제2호, 1992, 63면이하
- 박윤훈, 계획제한과 손실보상, 「고시계」, 1995. 8, 128면 이하.
- 유지태, 「행정법신론」, 1997.
- 유해웅, 「토지이용계획제한과 손실보상」, 건국대학교박사학위논문, 1989년.
- 유해웅, 개발제한구역의 규제에 관한 고찰, 「사법행정」, 1992. 7, 41면 이하
- 이상규, 위헌법률에 근거한 처분의 효력, 「판례연구」, 제9집, 1996, 25면 이하.
- 이철송, 경제법령의 선진화를 위한 위헌요소검색, 「경제법령의 선진화과제」(전경련주최 심포지움자료집), 1996. 6.
- 정하중, 독일기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제 23조 제3항의 해석(하), 「사법행정」, 1992. 10, 34면 이하.
- 정하중, 수용유사적 그리고 수용적 침해제도, 「고시연구」, 1994. 3, 106면 이하.
- 허 영, 토지거래허가제의 헌법적 문제점, 「고시연구」, 1989. 8, 173면이하.
- 허 영, 「헌법이론과 헌법」, 1995.
- 허 영, 「한국헌법론」, 1997.
- 홍준형, 「행정구제법」, 1996.

2. 외국문헌

- P. Badura*, Eigentum, in; *E. Benda*(Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1994, § 10.
- W. Böhmer*, Grundfragen der verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums, *NJW*, 1988, S. 2561ff..
- S. Detterbeck*, Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, *DÖV 1994*, S. 273ff
- D. Ehlers*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, *VVDStRL* 51(1992), S. 214ff.
- L. Fisher*, *Constitutional Structures: Separated Powers and Federalism*, *American Constitutional Law* Vol. 1. 2nd ed., 1995.
- G. Gunther*, *Individual Rights in Constitutional Law*, 5th. ed., 1992.
- P. Häberle*, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 2 Aufl., 1972.
- J. Ipsen*, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, *DVBl.* 1983, S.1032f.
- P. Kirchhof*, Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, *VVDStRL* 39(1981), S. 217ff. 20ff.

- J. Lege*, Wohin mit den Schwellentheorie?, *JZ* 1994, S. 431ff.
- W. Leisner*, *Sozialbindung des Eigentums*, 1972.
- W. Leisner*, Regalien und Sozialbindung des Eigentums, *DVBf.* 1984, S.701.
- W. Leisner*, "Awägung überall" Gefahr für den Rechtsstaat, *NJW* 1997, S. 638.
- H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9.Aufl. 1994.
- F. I. Michelman*, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, *Harvard L. Rev.* Vol. 80, 1165(1967).
- K. Nüßgens/K. Boujong*, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, 1987,
- F. Ossenbühl*, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, *DÖV* 1972, S. 25ff.
- F. Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: *P. Badura/R. Scholz(Hg.)*, *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, S.151ff.
- F. Ossenbühl*, Der Anspruch wegen rechtswidriger Eigentumsverletzung(enteignungsgleicherEingriff) eine Zwischenbilanz, in: *Fs. f. W. Geiger*, 1989, S. 476ff.
- F. Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 4.Aufl. 1991,
- F. Ossenbühl*, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *W. Fürst(Hg.)*, *Fs. f. W. Zeidler* Bd. I, S. 636.

- J. Papier*, in: *Maunz/Dürig, GG-Kommentar*, Art.14, Rn. 275.
- J. Sax*, Taking, Property and Public Rights, 81 *Yale L. J.* 149(1971).
- W.-R. Schenke*, Der Rechtsweg für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums, *NJW*, 1995, S. 3145ff.
- A. Schmitt-Kammler*, Ungelöste Probleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsdogmatik, in: *Fs. f. der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr der Universität Köln*, S.824.
- F. Schoch*, Der Rechtsweg bei ausgleichspflichtigen Eigentumsinhaltsbestimmungen, *JZ* 1995, S. 768ff.
- R. Scholz*, Identitätsprobleme der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, *NVwZ* 1982, S. 346f
- C. Starck*, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: *P. Kirchhof(Hg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung; Fs. f. W. Geiger zum 80. GT.*, 1989, S. 40ff.
- K. Tipke/J. Lang*, *Steuerrecht*, 13.Aufl. 1991.
- R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, *NVwZ* 1984, S. 408f.

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구

유지태(고려대학교 법과대학 교수)

신봉기(동아대학교 법과대학 교수)

I. 서 론

1. 연구의 목적

국가와 사회의 이원적 구분론은 국가와 지방자치단체의 구분을 당연시하는 시각을 가져왔고, 그에 따라 지방자치단체의 조직과 사무 및 행정 등에 있어서 국가로부터의 독립성이 근대 민주적 지방자치제도의 기본으로 이해되어 왔지만, 현대자유민주국가에 이르러 전통적 지방자치제도론은 많은 변모를 겪게 되었다. 이 현상은 지방자치의 영역에서도 마찬가지로의 결과를 가져왔으며, 특히 국가의 위임사무(Auftragsangelegenheiten)와 지방자치단체의 자치사무 내지 고유사무(Eigenangelegenheiten)의 구분에 있어서도 그러하였다. 즉 위임사무와 고유사무의 구별의 명확성을 기하기가 점차 어려워지고 있을 뿐 아니라 지방자치단체의 사무 가운데 성질상 전통적으로 자치사무로 이해되었던 것이 현대행정의 대규모화·광역화·평준화 등으로 인하여 오히려 국가의 법률에

의한 규율대상으로서 위임사무로의 전환이 타당시 되는 사무도 있고, 국가와 지방자치단체가 공동으로 처리하는 것이 요구되는 사무도 있는 것이다. 예컨대 환경오염 내지 환경파괴의 방지, 수자원대책, 토지이용규제 등 많은 부분에 있어 현실적으로 더 이상 단순히 고유사무임을 주장할 수만은 없는 상황에 이르러 있는 것이다.

이러한 상황은 국가와 지방자치단체의 사무배분에 있어서도 그 구분을 명확히 할 수 없다는 것을 보여주는 것이고, 따라서 합리성에 기초한 제도적 사무배분과 함께 지방자치단체의 자치권확보를 최대한 보장해 줄 수 있는 방향으로 해결책이 마련되어야 한다는 것을 요구하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 그 해결방안의 모색은 현실 제도와 법이론을 무시한 이상적인 것이어서는 안된다. 모든 조직이 저마다 현존상태에 대한 강한 존립의지를 가지는 것과 마찬가지로 국가와 지방자치단체에 있어서도 이러한 일반적인 조직생존욕구를 무시할 수는 없는 것이다. 설령 국가와 지방자치단체간에 합리적인 사무배분기준이 이루어져 있다 하더라도 그 실행에 있어서 이상적인 집행을 기대하기란 쉽지 않을 뿐 아니라 이에 더하여 그 배분이 아직 비합리적이고 사무의 집행이 재정지원 등의 측면에서 국가, 즉 중앙정부의 시혜적 결단에 좌우되는 경우가 적지 않을 것이라는 점을 간과할 수는 없는 것이다.

주지하듯이 현행 헌법 제117조는 자치재정권·자치입법권·자치행정권 등 지방자치단체의 권능을 선언하고 있고, 지방자치법은 이에 따른 많은 구체적인 규정들을 마련해 두고 있다. 그러나 예컨대, 지방자치법 제132조에서는 “지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 진다. 다만, 국가사무 또는 지방자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다”고 규정하고 있는바, 이 규정에서만 보더라도

도 자치사무와 위임사무의 명확한 구분이 이루어져 있는지, 위임 사무에 대한 지방자치단체의 필요경비지출의무가 어디까지인지, 지방자치단체의 필요경비지출의무와 위 단서 소정의 국가의 경비 부담의무는 어떠한 관계에 있는 것인지, 동조 본문 소정의 “위임된 사무에 관하여 필요한 경비”와 단서 소정의 “국가사무...를 위임하는 때”에 지방자치단체가 부담할 경비를 해석함에 있어 단체 위임사무와 기관위임사무의 어느 정도가 국가 또는 지방자치단체의 부담에 속하는 것인지, 비록 국가사무에 귀속된 국가시설이라 하더라도 그 관리권과 함께 수익취득권을 지방자치단체에 위임한 경우에 국가가 경비부담을 계속 하여야 하는지 등의 점을 놓고 국가와 지방자치단체간에 문제가 발생할 소지가 대단히 크다는 점을 알 수 있다.

그런데 이러한 문제가 발생한 경우 당해 국가나 지방자치단체는 어떠한 방법으로 구제를 받을 것인가. 단순한 경비부담관계만을 놓고 본다면 일반 소송으로 다룰 여지가 있겠지만, 예컨대 국가위임사무에 따른 지방자치단체의 경비부담으로 인하여 당해 지방자치단체의 재정과탄을 초래할 우려가 큰 경우에는 그로 인하여 헌법상 보장된 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하는 것이 될 가능성이 크다. 이 경우 국가의 특별교부금의 지급 등 재정지원방법이 있다는 사실만으로는 그 위헌성을 상쇄하지는 못할 것이다. 이 경우 지방자치단체와 국가기관간에는 당해 사무를 떠맡지 않으려고 하는, 이른바 “소극적 권한쟁의”가 발생할 우려가 큰 것이다. 물론 반대로 재정에 도움이 되는 경우에는 자기의 권한 내지 사무라고 주장함으로써 이른바 “적극적 권한쟁의”도 발생할 수가 있을 것이다. 이같은 문제는 단순히 경비부담에 있어서만의 문제는 아니다. 지방자치단체의 고위 공무원에 대한 인사권한을 중앙정부 또는 상급 지방자치단체가 가지는 경우에도 자치조직권의 침해가 문제될 수 있는 등 자치권의 침해가능성이란 얼마든지 다양하게 존재할 수 있는 것이다. 이러한 문제점을 어떻게 해결

할 것인지가 당연한 과제인 것이다.

본 연구는 현행 헌법 및 헌법재판소법에서 정하고 있는 권한쟁의심판에 관한 헌법재판소의 권한 중 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관하여 오스트리아, 독일, 스페인 등 각국의 헌법 등 관련 법제와 판례 및 학설을 비교·분석함으로써 우리나라 헌법 및 헌법재판소법의 해석·적용을 위한 이론적 가능성과 준거들을 제시하고 헌법재판의 실제에 응용될 수 있는 법리적 기초를 마련하는 데 목적을 두고 있다.

2. 연구의 방법 및 범위

(1) 연구의 방법 및 범위

본 연구를 수행하기 위하여는 현행 헌법 및 지방자치법 등에 대한 형식논리적 검토에 그칠 수는 없다. 오히려 우리나라의 법제가 그 해석·적용을 함에 있어서 미비 내지 불명확한 부분이 많이 있으므로 이를 해결하기 위하여는 외국의 이론과 실제 및 판례 등을 비교·분석할 필요가 있으며, 이를 기초로 우리나라에 합당한 제도적 및 실무적 모델과 방향을 제시함으로써 헌법재판소로 하여금 권한쟁의심판을 효과적으로 수행하는 데 참고가 될 수 있도록 하기 위하여 비교공법적 접근방식이 요구된다. 본 연구는 주로 문헌조사와 비교공법적 접근방법에 의하여 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 오스트리아, 독일, 스페인 등의 판례와 학설을 비교 검토하고 이를 기초로 우리나라의 권한쟁의제도의 각종 문제점과 미비점 등을 분석·비판하고 개선방향을 제시함으로써 헌법재판소의 심판에 기여하고자 하는 것이다.

본고에서 특히 중요한 연구분야와 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- 우리나라 헌법 및 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 인정범위

- 주요 외국의 권한쟁의심판제도 인정실태와 내용
- 세부적 연구내용
 - 권한쟁의의 종류(분쟁의 유형) - 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의
 - 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 특색
 - 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 적법요건
 - 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판의 결정

(2) 우리나라 헌법 및 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 인정범위

현행 헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 관장사항으로서 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 들고 있으며, 헌법재판소법 제2조 제4호에서도 이를 그대로 규정하면서 그 제61조 이하에서 권한쟁의심판의 종류, 당사자 및 절차에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있다. 특히 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에서는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에 해당하는 것으로 “가. 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판, 나. 정부와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판”으로 규정함으로써 국가기관을 정부에 한정시키고 있어 문제로 지적되고 있다. 지방자치단체에 대한 국정감사권의 행사 등의 경우에서 볼 수 있듯이 국회와 지방자치단체간에 권한쟁의가 발생할 가능성도 배제할 수 없으므로, 국회 및 다른 국가기관들과 지방자치단체간의 권한쟁의에까지도 이를 확대할 필요성이 있는지에 대하여 검토할 필요성이 요청된다. 이 점에 대하여는 헌법정책의 문제와 입법체계상

의 문제 등의 시각에서 비판이 제기되고 있어 다른 외국의 예를 참조하여 연구할 필요성이 있다.

뿐만 아니라 현행의 경우에 있어서도 문제가 없는 것이 아니다. 즉 실제상 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의가 발생할 수 있는 구체적 사안이 어떠한 경우가 될 수 있을 것인가도 의문이 있다. 정부의 일정한 조치에 의하여 침해받았거나 또는 현저한 침해의 위험성이 있는 지방자치단체의 “권한의 존부 또는 범위”가 실제의 구체적인 개별 사안에 있어서는 종래의 일반적인 행정소송의 하나인 당사자소송 등의 형식으로 해결될 수 있는 것은 아닌가 하는 점에 대한 의심도 여전히 남아 있다. 이러한 점들은 외국의 제도와 이론 및 판례에 대한 비교법적인 연구를 거치지 않고서는 해결하기 어려운 문제이다.

(3) 주요 외국의 권한쟁의심판제도 인정실태와 내용

독일의 경우 심판제도는 크게 일종의 국가기관 상호간의 권한쟁의에 유사한 기관쟁송(Organstreitigkeiten)과 연방쟁송으로 나누어지고 있는 것으로 파악되고 있다. 연방쟁송이란 연방과 주간의 쟁송(Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern), 연방과 주간의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송 및 주 내부의 헌법상 쟁송 등을 포함하는 것이다. 이와는 별도로 “기관 상호간의 비헌법적 성질의 공법상 분쟁”이 우리나라 행정소송법상의 기관소송에 유사한 것으로 판례상 인정되고 있다. 특히 기관쟁송은 헌법쟁송의 핵심적인 문제로서 1831년의 Sachsen주 헌법 제153조와 1849년의 Paulskirchen헌법 제126b조에 그 기원을 두며, 현행 기본법 제93조 제1항 제1호와 연방헌법재판소법 제63조 이하에서 그 법적 근거를 규정하고 있다. 독일에서는 주로 연방국가 구조의 균형적 체계 유지를 위하여 전통적 3권력으로부터 독립된 제4권력(Die Vierte Gewalt)으로서의 헌법재판기관에서 이를 담당하도록 하고 있는 것으로 보이는데, 그 동안 발표되었던 우리나라의 문헌에 의하면 이것을 권한쟁의심판의 각종 유형으로 구

분하여 이해되었고 또한 입법화된 것이 아닌가 의문이 든다. 즉 독일의 기관쟁송(Organstreitigkeiten)은 우리나라의 “국가기관 상호간의 권한쟁의”에 해당할 수 있을 것이나 기타 연방쟁송의 각 유형은 우리나라의 “국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의”에 해당하는 것으로 보기에 다소 무리가 따르는 것이 아닌가 사료되는 것이다. 그러므로 독일의 권한쟁의심판제도에 대하여 새로운 시각에서 전반적인 재검토를 필요로 한다.

한편 오스트리아의 경우 헌법재판소는 법원과 행정청간의 권한쟁의, 행정법원과 다른 모든 법원간, 특히 행정법원과 헌법재판소간, 일반법원 상호간의 권한쟁의 및 연방과 주간, 주 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다. 연방헌법 제138조 제1항의 권한충돌이 있는 경우 헌법재판소법은 제42조 내지 제52조에서 상세히 규정하고 있다. 이와 달리 입법기관과 명령제정권한을 가진 기관간의 권한쟁의는 연방헌법 제138조 제1항의 권한쟁의에 속하지 않으며, 이 경우에는 연방헌법 제139조 및 제140조 소정의 헌법재판소의 법률·명령심사권한(GesetzesundVerordnungsprüfungskompetenz)이 적용된다. 또한 헌법재판소는 연방정부 또는 주정부에 의하여 입법상, 집행상의 행위가 연방의 권한인지 주의 권한인지에 대하여 확정하고, 또 연방정부나 관련 주정부에 의해 연방과 주간의 협정체결 여부 또는 협정에 따른 의무이행 여부를 재판한다. 권한쟁의심판절차가 개시됨으로써 관계 법원에 계속중인 재판절차는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 정지되도록 하고 있다.

또한 스페인의 경우 헌법재판소는 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의, 둘 이상의 지방자치단체 상호간의 권한쟁의 및 행정부·하원·상원·사법부 상호간의 권한쟁의에 대하여 재판한다. 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 국가기관 또는 지방자치단체의 행정기관이 청구하며, 예외적으로 자

연인이나 법인도 그 심판을 구할 수 있다(소극적 권한쟁의의 경우). 여기서 권한쟁의의 대상은 국가기관이나 국가기관이나 지방자치단체기관이 제정한 규칙, 결정 및 처분이며, 이에 대한 권한쟁의가 제기된 경우에는 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 그 규칙, 결정 및 처분을 집행할 수 없다. 그밖에 헌법재판소는 판결로써 문제된 헌법적 권한이 어느 기관에게 속하는지를 결정하고, 위반행위의 무효를 선언하며 나아가 무엇이 합법적인 구제인가를 결정하도록 하고 있다. 그리고 이탈리아의 경우에도 국가와 광역자치단체인 레종(Regione)간의 권한쟁의를 인정하여 헌법 및 헌법재판소법에서 그 내용 및 절차에 대하여 규정하고 있다.

이와 같이 주요 외국에서 권한쟁의심판제도를 법제화 해 두고 있는 것을 보면, 우리나라의 제도와 다른 각국 고유의 특징이 있음을 일응 알 수 있다. 본 연구는 이러한 인식 아래 오스트리아, 독일, 스페인 등 주요 외국에서의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관하여 검토하기로 하되 각국의 제도와 이론 및 구체적인 판례 등을 중심으로 비교·분석하고자 한다.

(4) 세부적 연구내용

1) 권한쟁의의 종류(분쟁의 유형): 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의

그렇다면 구체적으로 권한쟁의를 어떻게 이해할 것인가. 먼저 우리 현행 헌법 및 헌법재판소법에 의하면 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 있어서 일방(피청구인)의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여 받은 타방(청구인)의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 그 권한의 존부 또는 범위에 관하여 최종적인 심판을 구하는 제도라고 할 수 있다. 이와 달리 “국가기관 등 상

호간에 헌법적 권한과 의무의 존부 또는 범위, 내용에 관하여 다툼이 발생한 경우에 제3의 독립된 기관인 헌법재판소가 이를 유권적으로 심판함으로써 그 분쟁을 해결하는 제도”라고 설명하기도 한다. 또한 분쟁의 유형을 구분하여 “둘 이상의 기관이 특정 사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하거나(적극적 권한쟁의), 또는 각각 자기의 관할에 속하지 아니한다고 주장하는 경우(소극적 권한쟁의)에 이를 최종적으로 심판하는 것”을 이르기도 한다.

이와 같이 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것은 오스트리아와 이탈리아의 헌법재판소법이 명문으로 채택하고 있는 것으로 파악되고 있다.¹⁾ 그렇지만 성문의 법규정을 떠나 권한쟁의의 의미와 실제 사안을 검토함에 있어서는 소극적 및 적극적인 상황을 설정하여 살펴보는 것이 순서일 것이다. 본 연구에서는 보다 구체적으로 소극적 권한쟁의와 적극적 권한쟁의의 내용과 유형을 살펴보고, 특히 소극적 형태의 구체적 사례를 국내 및 국외의 문헌과 판례 및 기타 각종 자료를 기초로 하여 살펴볼 수 가능하다면 우리나라 고유의 권한쟁의 유형의 모델을 연구해 볼 필요가 있다.

2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 특색

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 대하여 우리 헌법재판소법은 범위를 축소하여 정부와(광역 또는 기초) 지방자치단체간의 권한쟁의만을 권한쟁의심판의 종류로 열거하고 있다. 여기서 헌법상의 “국가기관”의 범위를 “정부”로 한정된 데 대한 문제점의 지적은 논외로 하더라도,²⁾ 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호 소정의 “가. 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판, 나. 정부와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판”으로 그 유형을 열거하고 있어 문제인 것이다. 특히 헌법재판소는 이미 “국

1) ÖsVerfGG §42 ff., ItVerfGG §62 ff.

2) 그에 대하여는 앞의 'a)' 참조.

가기관 상호간의 권한쟁의심판”의 당사자로서 “국회·정부·법원 및 중앙선거관리위원회”로 규정한 동 조항 제1호를 예시규정이 아닌 열거규정으로 단정지은 바 있어 본건의 경우에도 엄격한 해석이 나올 가능성이 대단히 큰 것으로 예상되고 있다. 즉, 위에서 정하고 있는 부분은 “그 심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여 헌법의 위 규정을 명확하게 구체화한 것”³⁾이라는 것이다. 다만 이 해석 부분에 대하여는 법률에 의한 헌법해석의 제한이라는 비판의 우려가 제기될 여지가 남아 있다.

이와 함께 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에서 궁극적으로 다투고자 하는 내용이 단순히 양 기관의 권한의 존부·범위에 대한 판단에 따른 분쟁의 해결인 결과, 구체적으로 무엇이 이에 해당할 것인지, 그 다투는 내용이 행정소송을 통한 해결로써 가능한 것인지, 행정소송(특히 당사자소송 등)을 통하더라도 궁극적으로 권한쟁의에 의한 분쟁해결과 동일한 효과를 가져오는 것은 아닌지, 또는 기관소송이나 당사자소송등 행정소송의 방법에 의한 구제가 법논리 및 체계적으로 오히려 합리적인 것은 아닌지 등의 의문도 있으므로 이 부분에 대한 현행 제도 또한 비판적 관점에서 살펴 볼 필요성이 인정된다. 그밖에 현행 제도 하에서도 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 특색과 행정소송과의 구별기준이 연구·검토되어야 한다. 이 경우에도 외국의 입법례와 문헌은 좋은 참고가 될 것이므로 비교연구에 의할 것이 요청된다.

3) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 적법요건

3) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1 결정.

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 헌법재판소의 심판대상이 되기 위하여는 그 적법요건을 갖추어야 할 것임은 두말할 나위가 없지만, 현재 이 유형의 권한쟁의심판의 전례가 전혀 없는 우리나라에 있어서 그 적법요건(당사자능력, 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 의미, 심판의 대상, 처분·부작위, 침해 또는 현저한 침해의 위험성, 권리보호이익 등)을 구성하기란 대단히 난해하다고 할 것이다. 특히 심판 대상 등의 점에 있어서는 명확한 법적 근거를 찾을 수 없는 이유로 어려움이 더하다고 할 것이다. 이에 본 연구에서는 단순히 평면적인 관점에서 그 적법요건을 검토함에 그치지 않고, 장차 발생가능한 또는 이미 발생하였지만 권한쟁의심판제도를 간과하고 넘겼던 각종 사안을 검토 대상으로 상정한 후 각 그 적법요건을 구체적으로 적용시켜 나가는 방법으로써 권한쟁의 적법요건의 일반적인 적용기준과 모델을 체계화하여 헌법재판에 도움이 될 수 있도록 하여야 할 것이다. 이 경우 그 적법요건의 개발을 위하여는 필요한 범위에서 오스트리아, 독일, 스페인, 이탈리아 등 주요 외국의 판례와 이론을 함께 비교 검토하는 방법으로 진행시킬 것이 요구된다.

한편 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 관점에서, 특히 소극적 쟁의의 경우 현행 헌법재판소법의 전체 체계, 다른 행정소송(특히 당사자소송)과의 관계 등을 고려하여 그 고유한 또는 특유한 적법요건을 체계화 할 필요가 있으며, 연구작업 과정에서 필요한 때에는 외국의 법제·이론 및 판례를 함께 비교법적으로 검토하여야 한다.

4) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판의 결정

헌법재판소는 권한쟁의심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단하도록 하고 있으나, 여기서 “권한의 존부·범위에 관한 판단”이 무엇을 의미하는

지에 대하여는 전혀 아무런 언급이 없다. 다만 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 이 때 피청구인이 한 처분의 취소결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 않는다는 것을 선언하고 있을 뿐, 그 외의 헌법재판소가 행한 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다는 규정이 있는 것에 불과하다(헌법재판소법 제66조, 제67조). 이것은 곧 헌법재판소가 권한쟁의심판을 단순히 각하하거나 기각하는 경우에는 문제될 여지가 없으나, 인용결정을 하는 경우에는 그 결정주문을 어떻게 해야 할 것인지가 바로 난제로 등장한다.

독일의 경우 연방헌법재판소는 문제된 처분 또는 부작위가 기본법의 규정을 침해하는지 여부를 “확인”하는 재판에 그치고 있기는 하지만,⁴⁾ 인용재판을 하는 경우에 침해된 기본법 규정을 특정하는 것에서 더 나아가 기본법의 해석에 중대한 법적 문제를 재판할 수도 있도록 명문화하고 있을 뿐 아니라,⁵⁾ 판례에서도 이를 따르고 있기도 하다.⁶⁾

따라서 외국의 판례와 문헌을 전반적으로 검토하여 우리 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정에 있어 그 주문의 형식을 체계화할 필요성이 있으며, 동시에 미비된 규정의 개정방향을 함께 제시할 필요성도 요구된다. 이 경우 특히 적극적 권한쟁의심판의 결정주문에 그치지 않고 이른바 소극적 권한쟁의의 결정에 있어서도 그 인용결정의 경우 주문의 형식을 어떻게 할 것인지에 대한 연구도 함께 이루어져야 한다.

4) 연방헌법재판소법 제67조 제1문. 그런데 기본법 제93조 제1항 제1문에서는 “재판한다”고 규정하고 있으므로 확인판결에 한정시킨 위 연방헌법재판소법규정이 위헌이라는 주장도 있다. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., S. 119 Rn. 43.

5) 연방헌법재판소법 제67조 제3문.

6) BVerfGE 1, 351, 371; 6, 309, 325.

II. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도의 인정배경과 인정범위

1. 우리나라 제도의 경우

(1) 인정배경

현행 헌법 제111조 제1항 제4호 및 그에 터잡은 헌법재판소법 제2항 제4호는 국가기관 상호간과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와 함께 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 대하여도 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 또한 헌법재판소법 제61조 내지 제67조에서는 청구사유, 심판의 종류 등을 보다 상세하게 규정해 두고 있다. 특히 동법 제62조 제1항 제2호에서는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판의 종류로 “정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의심판과 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(자치구)간의 권한쟁의심판”을 정하고 있다. 그런데 현행 행정소송법은 이미 이와 유사한 소송의 종류를 규정하고 있는바, 기관소송이 그것이다. 즉 행정소송법 제3조 제4호는 행정소송의 한 종류로 기관소송을 규정하면서 이를 “국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송”으로 정의하는 한편, 그 관할범위를 명확히 하기 위하여 그 단서에서 “다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.”고 밝히면서 그 구체적인 절차적 사항을 동법 제45조부터 제46조에서 정하고 있다.

결국 여기에서의 쟁점은 이미 행정소송법에서 기관간의 쟁송제도를 두고 있음에도 불구하고 일응 유사한 내지 동일한⁷⁾ 제도로

평가되기도 하는 헌법재판소법상의 권한쟁의심판제도, 특히 “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의”를 헌법재판소의 관장사항으로 규정하게 된 근본적인 배경이 어디에 있는가 하는 점이라고 할 수 있다. 그와 아울러 중요한 것은 이러한 종류의 권한쟁의가 현행 법제 하에서 어느 정도까지 인정되며 또한 인정되어야 할 것인지 하는 점도 함께 논의되어야 할 필요성이 있다. 그럼으로써 권한쟁의심판의 시행에서 발생할 수 있는 몇가지 중요한 실체적·절차적 문제점을 해결할 수 있을 것이기 때문이다.

(2) 적극적 의지에 기한 제도도입

현행 헌법 및 헌법재판소법에서 채택하고 있는, 논제와 같은 유형의 권한쟁의를 도입할 것인지 여부 및 그 필요성과 도입효과 등에 관하여 제도도입 당시 얼마나 깊이 있는 논의를 거쳤는지를 판단하기 위한 자료는 전혀 찾아 볼 수가 없다. 다만, 그동안 지방정부, 즉 지방자치단체의 행정에 대하여 국가기관의 관여범위가 너무 광범위하여 이른바 지방수준에서의 관치행정이라는 비판과 개선요구가 비등해 왔고, 이를 반영하여 개헌과 함께 지방자치단체의 지위와 권한을 확보해 주기 위한 제도적 장치의 하나로써 기본적인 근거규정을 두게 된 것이었다고 할 수 있을 것이다.

현행 헌법으로의 개정이 논의될 당시는 주지하듯이 전국적인 민주화물결에 밀려 여권핵심부에 의하여 이른바 6.29선언이라는 획기적인 카드가 제시되었고 국가권력의 중앙집권화에 대한 반대론과 비판론이 거세었던 때였다. 지방자치의 영역에서는 사실 당

7) 권한쟁의심판제도의 도입으로 행정소송의 하나인 기관소송이 헌법재판소의 관할로 되었다거나 (김도창, 일반행정법론(상), 1988. 772면), 기관소송 제도가 폐지되었다고 보는 시각은(동인, 일반 행정법론(상), 1993. 847면) 양 제도를 동일한 것으로 이해하는 입장이라고 할 수 있다.

시의 정치풍향계를 볼 때 지방자치권을 확보하기 위한 더없이 좋은 시기였다고 할 수 있었다. 그러나 헌법에서의 지방자치권의 확보의지는 예상하였던 것보다 충실히 반영되지는 못하였다고 할 수 있다. 헌법 제8장의 지방자치에 관한 규정은 비교적 변화를 겪지 않았을 뿐 아니라⁸⁾ 특히 제5공화국헌법과는 자구까지 동일하며 다만, 헌법 제6장에서 헌법재판소에 관한 부분을 신설하여 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판 규정인 헌법 제111조 제1항 제4호에서 지방자치단체를 분쟁의 당사자로 확정된 것 정도로 나타난 것에 불과하였다. 그렇지만 종래의 헌법제도적 시각에 의한다

8) 제헌헌법 이래 지방자치에 관한 규정을 보면 다음과 같다.

- (1) 1948년 제헌헌법 제96조: ① 지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. ② 자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. 제97조: ① 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ② 지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ③ 지방의회의 조직·권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다. (2) 1960년 제2공화국헌법 제96조: 1948년 제헌헌법 제96조와 같다. 제97조: ① 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ② 지방자치단체의 장의 선임방법은 법률로써 정하되 적어도 시, 읍, 면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다. ③ 지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ④ 지방의회의 조직·권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다. (3) 1962년 제3공화국헌법 제109조: ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제110조: ① 지방자치단체에는 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법, 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. (4) 1980년 제5공화국헌법 제118조(현행헌법 제117조): ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제119조(현행헌법 제118조): ① 지방자치단체에 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

면 지방자치단체는 국가의 일선행정의 집행사무를 담당하는 소위 간접적 국가행정기관의 의미로 이해되어 왔었다는 점에서 국가기관과의 대등관계에 서게되는 지방자치단체를 법적으로 상정하는 것은 예상하기 어려웠고, 따라서 당시의 권한쟁의 규정은 그 실효성 여부에 대하여 긍정론과 회의론이 다분히 교차하였다고 할 수 있다.

이러한 시각은 문헌에서도 비추어지고 있다. 먼저 권한쟁의제도가 헌법기초자들의 적극적 의지에 의하여 도입된 것으로 이해하는 긍정론의 입장에서는 이 제도가 대단히 활성화될 것으로 예상하였던 듯하다. 즉 「현행 헌법 제111조 제1항의 규정만 놓고 볼 때 적어도 헌법기초자들은 권한쟁의심판제도를 채택하면서 대단히 의욕적이었던다는 인상을 받지 않을 수 없다. 1960년 헌법에서는 ‘국가기관간의 권한쟁의’로 한정했던 것과는 달리, 현행 헌법에서는 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’으로 권한쟁의의 폭을 넓게 잡고 있기 때문이다. 새로운 민주화운동의 흐름속에서 한편 권한쟁의심판을 통하여서도 민주적 헌법질서를 회복하려는 경향이 더욱 뚜렷해지리라는 예상과 함께 앞으로 다가올 지방자치시대에 이르러서는 다양한 내용의 권한쟁의가 폭주하리라는 예상 때문에 이처럼 폭넓은 권한쟁의심판제도를 받아들이게 된 것으로 짐작된다. … 앞으로 지방자치가 활성화됨에 따라 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 상당수 제기되리라고 예상되고, … 권한쟁의제도의 운영에 있어 우리보다 앞서있는 독일의 예를 보더라도, 연방과 주간 및 주상호간의 권한쟁의심판례가 1951년부터 1989년까지의 기간에 모두 46건이었고, 같은 기간동안에 연방정부 차원의 국가기관 상호간의 그러한 심판례는 36건이어서 우리의 예상과 기대를 어느정도 뒷받침해주는 것으로 보인다」⁹⁾라고 밝히고 있는 데서도 잘 알 수가 있다.

다만, 이 견해는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 독일 법상의 연방과 주간의 권한쟁의에 해당된다는 전제하에 그 실례에 기한 통계를 인용하고 있는 듯한 뉘앙스를 느끼게 하고 있어 양자를 동일한 권한쟁의 유형으로 볼 수 없다는 입장에서 비판이 제기될 가능성이 있다.

이와 달리 부정론 내지 회의론의 입장에서는 곧 국가기관과 지방자치단체간의 권한 쟁의가 체계상으로는 모순적 제도이지만 일반사법부에 대하여 팽배해있는 불신에 따라 도입된 것으로 보고 있다. 즉 「헌법재판으로서의 권한쟁의심판의 대상을 지방자치단체에까지 확대한 이유는 자치행정의 처리에 대한, 일반사법부에 대한 불신 이외에 다른 이유를 찾기는 어려울 것 같다... 강력한 중앙집권전통의 우리나라에서 유사 이래 처음으로 실시하는 본격적인 지방자치에 대한 사법적 통제를 전적으로 일반사법부에 맡기는 데에 대한 거부감이 작용한 것으로밖에는 달리 해석할 길이 없다고 하겠다. 더구나... 우리나라의 지방분권화는 지방행정의 담당자와 대표를 지방주민이 선거를 통하여 선출한다는 지방행정의 민주화에 우선적 의미가 있기 때문에 정치재판기관으로서의 헌법재판소가 권한쟁의를 담당하는 것이 무리가 없으며, 전문적 행정재판소가 없기 때문에 헌법재판소가 특별재판소의 대표격으로 보통재판소에 의한 자치행정에 대한 사법적 통제의 독점권을 봉쇄하고 특별재판을 실시하는 데에 크나큰 의미가 있다」¹⁰⁾는 것

9) 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 144/145면. 특히 김원주교수는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의 해결책으로서 무엇보다도 양당사자간의 직접대화를 필요로 한다고 밝히면서도 실제에 있어서는 직접대화로는 해결될 수 없는 경우가 대부분일 것이라고 한다. 그 이유로서 중앙집권적 의식이 강한 국가기관 구성원과 그러한 의식에 순화되어 있는 국민의식이 강한 우리 현실에서 권한쟁의가 발생한 것은 벌써 직접 대화로서 해결될 수 있는 단계를 넘어선 경우가 대부분일 것이기 때문이라는 것이다(동인, 전게서, 51/52면 참조).

이다.

이와 같이 긍정론과 회의론이 교차하는 가운데 도입된 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의제도가 과연 앞으로 입법자의 의지대로 잘 활용되어 실효성을 가질 수 있을 것인가에 대하여도 비판론과 낙관론으로 견해가 나뉘고 있다. 1988년 “헌법재판의 활성화 방안”이라는 주제를 놓고 서울대학교 법학연구소가 주최한 국제학술세미나에서 한국의 헌법재판제도에 관한 발제를 맡은 권영성교수는 다음과 같이 이 유형의 권한쟁의의 장래를 비관적으로 보고 있다. 「국가기관 등간의 권한쟁의의 경우는 현행 행정소송법상으로도 기관소송을 규정하고 있지만 이 법 보다도 신헌법이 규정하는 권한쟁의의 영역이 확대되었습니다. 하지만 과거의 행정법 영역에서의 그 수많은 판례 중에서 국가기관소송이 제기된 것은 한두건 있을까 말까 합니다. 엄격히 검토해 보면 판례집에서 기관소송에 관한 판례로 분류하고 있는 사건도 엄격한 의미에서는 기관쟁송에 관한 판례가 아닙니다. 이렇게 보면 결국은 행정소송법에서 규정하고 있는 기관소송이라는 것이 우리나라에서는 한 번도 제기된 일이 없었다는 이야기가 됩니다. 그러면 왜 이렇게 되었는가? 이것은 행정각부간의 권한의 획정은 헌법이 국무회의에서 조정하라고 하고 있으므로 국무회의에서 조정해버리기 때문입니다. 그러면 앞으로는 어떻게 될 것인가? 국가기관간의 권한쟁의는 역시 국무회의 차원에서 해결할 것이고 또 국가기관과 지방자치단체간의 분쟁이 있을 경우에는 중앙집권주의적 경향이 계속 지배한다고 하면 비록 지방자치단체가 불만이 있는 경우에도 지방자치단체가 자제하여 기관소송을 제기하는 일이 드물지 않을까 이렇게 생각합니다. 따라서 앞으로도 기관쟁의심판은 별로 일어나지 않을 것이라 예상합니다.」¹¹⁾ 같은 입장에서 이

10) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제 3권, 1991. 291/292면.

상규변호사도 1989년 대한변호사협회 심포지움에서 「넓은 의미의 기관쟁송이 헌법 제111조 제1항, 헌법재판소법 제61조, 제62조에 의해서 허용되는 것이 아니고, 넓은 의미의 갖가지 기관쟁송 가운데 오직 권한쟁의만이 헌법재판소의 권한사항으로 규정이 되어 있는데, 잘 아시는 바와 같이 권한쟁의라는 것은 그 예가 발생하기가 현실적으로 대단히 어렵습니다. 권한쟁의는 크게 적극적 권한 쟁의와 소극적 권한쟁의로 나누어서 적극적으로 하나의 일을 놓고 서로 입법부와 행정부가 내 것이냐, 네 것이냐고 싸우는 경우 심판노릇을 해 주시오, 그리고 궂은 일을 서로 안하려고 해서 어떤 일을 하긴 해야 할텐데 궂은 일이라서 서로 안하려고 네 것이 아니냐고 할 때에 소극적 권한쟁의가 나올 수 있습니다. 그래서 결국 권한쟁의심판에 한하기 때문에 과연 현실적으로 그 권한쟁의가 물론 앞으로 지방자치가 활성화되면 지방자치단체의 권한쟁의를 예상할 수 있습니다만, 과연 어느 정도 기관소송으로서 일어 날 수 있을 것인지, 이 점에 관해서는 더 두고 음미해 볼 점이 아닌가…」¹²⁾라고 밝히고 있다. 이에 반해 조선일보 김대중 논술주간은 「기관쟁의문제에 있어서도 앞으로 지방자치 실시되고 나면 여러가지로 전에 말씀하신 바와 같이 국무회의에서 조정이 되기 어려운 또는 각자가 직선에 의해 설치된 도지사라든가 지방의회가 그 지역을 대표하면서 강한 독자성을 발휘할 때에는 그것이 국무회의 같은데서 정치적으로 타결되기 어렵다 할 것입니다. 물론 중앙집권적 경향이 전혀 배제되지 않겠지만 지방자치제도를 실시하는 목적이 바로 그런 중앙집권적·권위적인 것을 없애기 위한 것이라고 본다면 그런 시각에서는 기관간 권한쟁의가 앞으로도 대단히 활성화되지 않겠는가…」라는 시각에서 낙관적 입장에서 견해를 밝히고 있다.¹³⁾ 변재옥교수도 같은 입장을

11) 권영성, 한국의 헌법재판제도, 법학(서울대) 제29권 3·4호, 1988. 43면.

12) 이상규, 헌법재판제도의 운영, 헌법재판자료(헌법재판소) 제3권, 1990. 501면 이하 참조.

보이고 있다.¹⁴⁾

이처럼 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판제도를 도입한 것에 대하여 그 평가가 엇갈리고 있는 것은 각 입장의 출발점이 상이한 데에 기인하는 것으로 보인다. 즉, 긍정론의 입장은 법제적 측면을 떠나 일종의 정치적 논리에 입각한 것인 반면에, 부정론은 일반사법부에 대한 불신에 기초한 일종의 권력상호간의 견제논리에 입각한 것이라고 할 수 있을 것이다. 다시 말하면 전자는 민주화운동의 흐름을 바탕으로 한 지방자치 영역에서의 민주적 헌법질서의 확보와 지방자치의 시행 및 정착으로써 증가된 자치의식에 기초한 자치단체 상호간에 예상되는 수많은 권한다툼을 해결하기 위한 장치를 미리 마련해 둘 필요성에서 도입된 것으로 보는 시각이라고 할 수 있다. 그러나 후자는 종래 정치적 성향의 재판에 대하여 소극적이고 광범한 권력의 예속으로부터 벗어나지 못하고 있다는 비판을 받아왔던 사법권으로 하여금, 중앙과 지방자치단체간의 권한분쟁을 판단 하도록 맡기는 것은 민주주의의 초석이라 할 수 있는 지방자치의 도입에 중대한 차질을 초래할 것이라는 소극적 평가에 기한 시각이라고 할 수 있다. 그런데 이 두 입장은 비록 그 평가에 있어 서로 대립적인 결론에 이르고 있기는 하나 그 보다는 오히려 상호보완적 견해라고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 결국 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도는 일면 지방자치의 정착에 대한 국민적 기대와 타면 종래부터 있어왔던 제도권조직의 행태에 대한 불신과 함께 새로이 신설된 제4권력으로서 어느 권력과도 등거리관계를 유지하고 있는 독립된 헌법재판소에게 이러한 막중한 임무를 부여하자

13) 김대중, 법학(서울대) 제29권 3·4호, 1988. 48면 토론요지.

14) 변재옥, 법학(서울대) 제29권 3·4호, 1988. 53면 토론요지. 「과거에 비해서 는 훨씬 낙관적이다 ... 앞으로 지방자치가 시행되면 지방자치단체의 장에 빼대있는 장이 나오면 역시 권한쟁의가 빈번해지지 않을까... 생각합니다.」

는 적극적 입장이 공감대를 형성하게 됨으로써 인정된 것이라고 보는 것이 더욱 타당하지 않을까 생각된다.

(3) 제도도입의 경위

국가기관과 독립된 법인의 지위를 갖는 지방자치단체 사이의 권한다툼이 우리 법제상 권한쟁의심판의 한 유형으로 규정된 것에 대하여는 지방자치제의 도입에 따른 지방자치단체의 지위를 확고히 하기 위한 적극적 의지에 기한 것이라는 긍정적 평가가 보다 설득력이 있는 것으로 보인다. 하지만 이러한 긍정론의 이면에는 이 유형의 권한쟁의가 현행 헌법 제정 당시의 사법심사제도하에서 충분한 논의를 거치지 못한 상황에서 입법화된 것이 아닌가 하는 의문이 강력히 제기되고 있는 것도 결코 무시할 수 없음은 어떠한 이유때문인가.

현행헌법 제정당시만 하더라도 집권자의 입장에서는 정치적 난국타개를 주된 목적으로 내세웠던 이른바 6.29선언이라는 카드가 현실적으로는 단순한 일회성 정치난국의 탈피효과에 그치지 않고 오히려 전국적인 범위에서의 민주화운동의 결실로 받아들여지기에 이르렀고 그 결과 최고권력자에의 권력집중의 배제나 중앙집권적 국가체제의 개혁과 같은, 과거에는 쉽게 공론화하기 어려웠던 각종 제도도입론이 주장되었다. 개헌논의 뿐 아니라 실질적인 지방자치제의 실현이나 갑작스러운 헌법재판소제도의 도입결정 등도 이면적으로는 사실상 강력한 민주화세력의 요구에 떠밀려 소극적 태도에서 이루어진 것이라고 보는 견해가 강한 것도 당시의 집권자의 의지가 어떠하였는지를 고려한다면 어느 정도 이해가 되기도 한다. 현행헌법의 최대 역작이라고까지 평가된 바 있는 헌법재판소의 설치 역시 도입당시에는 그 기능에 대한 회의론이 지배적이었다는 사실에서도 잘 알 수가 있는 것이다. 또한 지방에 대한 중앙정부의 통제가 당연시되고 지방자치단체의 중앙에 대한 이의를 사회안정의 저해요인으로 여겨 내무부 등 국가기관

의 주도로 분쟁을 억지하는 데에만 급급했던 과거의 권위주의적 행정풍토도 회의론의 입장을 뒷받침해 주었던 것이다. 즉 1987년의 헌법에 헌법재판소 및 헌법재판제도가 도입될 당시에는 아직 지방자치가 실시되지 않고 있었기 때문에 지방자치단체간의 권한쟁의 외에 국가기관과 지방자치단체간의 권한분쟁까지 모두 헌법재판소에 맡겨도 무방하다는 중앙집권적 발상도 이렇다 할 사회적 저항이나 관심을 불러일으키지 못하여 관철될 수 있었던 것이다. 그리하여 헌법은 이러한 권한분쟁을 국가기관간의 분쟁과 마찬가지로 일종의 국가 내부의 기관쟁송으로 파악하여 이를 헌법재판소의 배타적 관할에 귀속시켰고(헌법제111조 제1항 제4호), 이에 따라 헌법재판소법 역시 제61조 이하에서 이를 그대로 답습하게 된 것이라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 상황이 이러할진대 그 조직이나 구성, 재판절차 등에 있어서의 부실함은 논외로 하더라도, 특히 그 기능의 한계를 정하여야 할 권한범위에 관한 규정조차도 명확성을 결여하거나 다른 국가기관과의 권한범위를 깊이 고려하지 않고 이루어져 있는 것은 오늘날의 현실에서는 더 이상 통용될 수 없으며 충분한 논의의 부족에 따른 졸속입법이라는 비판을 받지 않을 수가 없는 것이다.

그렇다면 졸속입법의 원인은 어디에 있는 것인가. 무엇보다도 외국입법례에 대한 부정확한 정보가 주된 이유가 아니었나 생각된다. 그 가운데 특히 우리나라의 헌법학논의에 가장 큰 영향을 미치고 또 헌법재판소법 제정에 가장 모범이 된 독일법제에 대한 정확한 이해가 전제되었는가 하는 점에 가장 큰 혐의를 둘 수 있을 것이다.¹⁶⁾ 그것이 아니라면 긍정론의 입장과 같이 적극적인 의

15) 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 공법학의 현대적 지평(계희열교수 화갑기념논문집), 1995. 827/828면 참조.

16) 제도도입 당시 독일법제, 특히 연방헌법재판소법을 바탕으로 하고 동법상의 연방쟁송을 국가와 지방자치단체간의 쟁송으로 판단하여 규정하기에 이른것은 아닌가 하는 의문이 제기되고 있다. 독일에서는 광의의 권한쟁의심판제도로서 국가기관간의 헌법적 분쟁을 규정하고 있는 바, 이를 권

지에 따라 도입한 것으로 보는 수밖에 없다. 즉 우리나라 고유의 현실에 비추어 지방자치단체의 권한확보와 국가기관과의 분쟁해결방안의 제도적 도입 필요성에 기하여 규정된 것이라는 것이다. 하지만 이와 같은 긍정론의 논거도 타당성이 있지만 우리 제도의 현실상 반드시 그것이 유일한 이유가 될 수는 없을 것이다. 오히려 회의론의 입장도 부분적으로는 타당성이 있기 때문이다. 그렇다면 우리 제도가 채택하고 있는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도는 고유의 특수한 제도로서 규정되어 있는 것으로밖에 볼 수 없게 된다.¹⁷⁾ 결국 권한쟁의심판제도, 특히 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도의 졸속입법은 그 도입과정을 비추어 볼 때 복합적 이유에 기한 것이라고 할 수 있을 것이다. 한편 위 제도가 비록 부정적 입장과 같이 부정확한 정보에 기한 제도라고 본다 하더라도 우리 현행 법제상 이미 입법화되어 시행되고 있는 이상 이론적 논증의 필요성은 여전히 존재한다. 그렇다면 위 제도의 성격을 규명하기 위하여는 각국의 제도를 비교법적으로 검토한 후 연방국가·‘지역국가’¹⁸⁾·단일국가 등의 제도와 관련하여 우리의 고유제도이자 특유한 결론을 이끌어내는 것이 올바른 태도라고 할 것이다.¹⁹⁾

(4) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 발생가능성과 쟁의유형

한쟁의와 연방쟁송으로 구분하여 규정하고 있다. 권한쟁의(기관쟁송) 이외의 것, 즉 연방쟁송은 모두 연방국가구조에서 문제될 수 있는 것이라고 할 수 있다. 독일의 권한쟁의와 연방쟁송에 대하여는 아래 ‘제2장 제2절 I. 1. 나.’ 부분 참조.

- 17) 다만 동일한 규정형식을 둔 입법례로는 스페인을 들 수 있다. 스페인헌법 제161조 제1항, 헌법재판소법 제56조, 제60조.
 18) 예컨대 이탈리아의 경우가 이에 해당한다. 그에 대하여는 뒤의 관련부분 참조.
 19) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 291/292 면.

1) 권한쟁의의 발생가능성

국민주권의 지역적 차원에서의 실현주체로서 지방자치단체는 지방정부의 지위에서 지역주민의 부분적 공공이익을 통합하고 이를 대표하는 지위를 갖는다. 국가와 지방자치단체의 관계는 지역주민의 부분의사와 이익을 국민전체의 의사와 이익으로 통합하는 전체와 부분의 관계를 의미한다. 여기서 전체의 의사가 도식적 구분에 따라 부분의사로 이행될 것을 요구한다면 상호의 관계는 균형을 잃게되고 만다. 국가와 지방자치단체는 협력관계로서 유지되는 것이 바람직스러운 것이라 할 것이나 전체의사의 부분의사에 대한 한계와 조화의 요구라는 점에서 사실상 지방자치단체에 대한 국가의 우월적 지위는 여러 측면에서 나타나고 있는 것이다. 특히 우리나라에 있어 국가권력의 중앙집권화는 중앙정부의 권위의식으로 이어져 지방자치단체에 대한 관계에서도 규제적·감독적·후견적 기능을 더욱 강하게 주장하고 있다고 할 수 있다. 각 영역에서의 법제도는 예컨대 상급 국가기관의 지도나 조언·협의 등과 같은 전국적인 통일성 확보차원에서 요구되는 규정들이나 지방자치단체의 재정지원을 위한 보조금제도 등을 두고 있지만 그 실체에 있어서는 이러한 제도들은 지방자치단체의 중앙정부에 대한 예속과 속박을 강화시키는 방향으로 적용되고 있음은 지방자치단체의 중앙에 대한 불만을 고조시키는 상황으로 진전되고 있는 것이 작금의 상황이라 할 수 있다. 이러한 상황에서 도입된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 그 활용가능성이 대단히 크다고 할 수 있지만 실제상으로는 법감정에 비추어 중앙의 권한에 대하여 적극적으로 법적 대응을 행하는 지방자치단체가 의외로 소수에 그치는 것으로 나타나고 있다. 그 배경은 양기관간의 갈등은 상호간의 협의와 타협으로 해결가능하다는 사고와 비록 원하는 목적 달성에는 이르지 못하였다 하더라도 정부와 지방자치단체간의 갈등양상을 국무회의의 조정방법이 있음에도 이를 법정에서 가리도록 하는 데 대한 거부감이 크게 작용하

고 있으며 그 결과 양보에 의한 종결을 선호하는 경향이 있다는 점이 설득력을 얻고 있는 것은 나름대로 이유가 있다. 하지만 국가기관과 지방자치단체간의 갈등에서 패자 또는 양보한 기관은 곧 권한의 포기 내지 축소를 의미하는 것이고 이는 바로 지방자치단체의 행정능력 내지 경영능력의 무능을 뜻하기 때문에 주민의 직접선거를 통해 민주적 정당성을 확보한 오늘날의 지방자치단체로서는 자치권의 수호에 대한 의지가 과거와는 사뭇 다르다고 할 수 있을 것이다. 지방자치단체의 이른바 자기책임의 원칙(Eigenverantwortlichkeit)은 자치권의 본질적 내용의 수호에 핵심적 요소라는 인식도 일익을 담당한다. 따라서 헌법재판소법에서 도입한 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도는 다양한 쟁의발생가능성과 그 해결제도의 필요성이라는 점에서 본다면 앞으로 크게 기대할 가치있는 중요한 제도라고 할 것이다.

2) 권한쟁의의 유형

그렇다면 국가기관과 지방자치단체의 분쟁은 어떠한 형태로 나타날 것인가. 그 구분은 관점에 따라 다르겠으나 어느 경우든 결국에는 지방자치권의 본질을 여하히 이해할 것인가에 따라 나누어진다고 할 것이다. 이러한 관점에서는 국가기관과 지방자치단체간의 사무배분, 자치입법권의 범위, 지방자치단체에 대한 국가의 통제·감독 및 지방자치단체의 국정참여 등이 주요 논점사항이 될 것이다.²⁰⁾ 먼저 사무배분의 문제와 관련하여 현행 지방자치법 제9조는 제1항에서 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 고하는 사무를 처리한다”고 규정하면서, 제2항에서 6개항목에 걸쳐 그 사무를 예시적으로 명시해 두고 있다. 그런데 제2항 단서는 “다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고하여 지방자치단체의

20) 그에 대하여는 김원주, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 39/49면 참조.

사무로 예시된 것 조차도 국가사무로 될 수 있는 여지를 남겨두고 있어 자치권의 본질적 내용과 관련하여 논란의 여지가 크다.

다음으로 자치입법권의 문제인바, 조례와 관련하여 죄형법정주의(구지방자치법 제20조의 징역 등 벌칙규정²¹⁾·재산권법정주의(조례로써 행정상 손실보상을 전제로 한, 특수한 사정에 의한 재산권의 최소한의 규제규정)·조세법률주의(이른바 조세조례주의 원칙을 내재하고 있다는 지방자치법 제132조²²⁾·지방세법 제3조²³⁾ 등) 및 기본권보장규정(헌법 제37조 제2항과 같이 조례로써도 공공복리 등을 위하여 자치사무에 관한 주민의 자유와 권리의 제한이 가능할 것인지의 문제) 등이 특히 쟁의발생 가능성이 있다고 할 수 있다. 또한 지방자치단체에 대한 국가의 통제·감독적 측면에서도 권한분쟁의 여지가 존재한다. 즉 지방자치법 제

-
- 21) 구지방자치법 제20조는 다음과 같다: 시·도는 당해 지방자치단체의 조례로써 3월이하의 징역 또는 금고, 10만원이하의 벌금, 구류, 과료 또는 50만원이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있다. 죄형법정주의에 반하는지 여부를 놓고 논란을 빚어왔던 이 규정은 1994. 3. 16. 다음과 같이 개정함으로써 위헌성을 제거하고자 하였다. “지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원이하의 과태료를 정할 수 있다”(현행 제20조 제1항). 하지만 이 규정 역시 여전히 위헌성 문제가 불식되지 못하였다는 비판을 받고 있다.
- 22) 동법 제132조: 지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 진다. 다만, 국가사무 또는 지방자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다.
- 23) 동법 제3조 제1항은 다음과 같다.: 지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 조례로써 하여야 한다. 지방세의 경우 지방세법은 전체적인 기준세율만 정하고 구체적으로는 조례에 의하여 정해지므로 조세조례주의라는 용어가 사용되고 있는 것이다. 이는 지방세법이 정한 기준세율의 범위내에서 지방자치단체가 조례로 구체적인 세율을 결정하도록 하였으므로 헌법이 요구하는 조세법률주의에 저촉되지 않는다고 할 것이다. 김도창, 일반행정법론(하), 1993, 658면 참조.

157조²⁴⁾는 지방자치단체의 사무에 관한 단체장의 명령·처분이 위법 또는 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우 감독청이 행하는 시정명령 및 취소·정지권이 지방자치단체의 자치권에 대한 과도한 제약일 수가 있는 것이다. 특히 단체장의 명령·처분의 위법여부의 판단권한은 사법부의 기능영역이라는 점, 동조 제2항은 15일 이내에 대법원에 취소·정지에 대한 이의제소를 할 수 있도록하고 있는바 그 제소를 위법임을 주장하는 측이 아닌 단체장으로 하여금 하게 한 것은 통념상 납득될 수 없어 본말이 전도된 것이라는 점 및 감독청이 단체위임사무까지도 공익위반을 이유로 취소·정지할 수 있도록 한 점 등은 중앙통제의 정도를 지나치게 강화시켰다는 것이다.²⁵⁾ 마지막으로 지방자치단체의 국가와의 병립적 협력관계라는 관점에서 본다면, 지방자치단체에 관련된 국정사안에 대하여 지방자치단체의 의견진술권, 공동작업권, 공동결정권 등이 인정될 필요성이 있다는 점에서²⁶⁾ 그 권한의 범위와 행사방법, 그 법적 효과 등과 관련하여 분쟁의 가능성이 있을 수가 있다고 할 것이다.

2. 인정범위

(1) 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의의 본질과 범위

24) 동조는 다음과 같다. 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군·자치구에 대하여는 시·도지사가 그 시정을 명하고 이를 이행하지 않을 때에는 취소하나 정지할 수 있다. 다만 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.

25) 김원주, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 48면.

26) 成田頼明, 地方自治團體の國政參與(上), 자치연구 제55권 제9호(양서보급회, 1979) 3/12면 참조.

1) 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의의 본질

현행 헌법 및 헌법재판소법에서 채택한 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의가 종래 행정소송법 체계에서 인정되어 왔던 기관소송과 본질적인 차이점이 인정될 정도의 특수성을 가진 제도로 할 수 있는 것인가? 기존의 기관소송제도를 두면서도 논제 유형의 권한쟁의를 특별히 두게 된 것이 설득력을 갖기 위하여는 근본적으로 양자의 성질상 차이점이 인정된다는 전제가 성립될 때에 비로소 가능한 것이라고 할 수 있기 때문에 논제와 같은 권한쟁의의 본질을 논하는 것은 그 의미가 있다 할 것이다. 그런데 기관소송과 권한쟁의의 본질적 구분은 분쟁의 법적 관계의 측면에서 특히 중요한 의미가 있다고 할 것이므로 이를 중심으로 살펴본다.

행정소송법상의 기관소송은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송으로서 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 경우를 제외한 소송을 의미하고(동법 제3조 제4호), 헌법재판소법상 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의는 양 당사자간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 즉, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구하는 심판을 의미한다(동법 제61조).

분쟁의 법적 관계를 보면, 먼저 기관소송의 경우에는 그 소송으로서 처분 등의 취소나 무효확인 등을 구하는 경우에는 각 관련된 항고소송이나 당사자소송을 준용한다고 하고 있으므로(행정소송법 제46조) 문언상 처분 등을 둘러싸고 다투는 기관간의 분쟁의 성격이 헌법관계이어야 하는지 아니면 단순한 비헌법적 법률관계 내지 공법관계에 해당하면 족한 것인지를 분명히 하지 않고 있다. 하지만 내용상 그 분쟁의 성격이 공법관계에 해당하면

되는 것으로 판단된다. 또한 권한쟁의의 경우에도 그 심사기준을 헌법과 법률로 정하고 있어 그 심판의 기초가 된 법률관계는 단순히 헌법 관계만을 뜻하지 않고 더 나아가 광범위한 공법적 법률관계를 포함하고 있다고 할 수 있다.

국가기관 상호간의 권한쟁의제도는 자기소송인데 비하여 여타의 권한쟁의유형, 즉 국가와 지방자치단체 상호간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의제도는 권리주체 상호간의 대외적 법률관계에 관한 소송이라는 점에서 차이가 있다. 뿐만 아니라 분쟁의 법적 차원의 면에서도 권한쟁의의 유형별로 차이가 있음을 확인할 수 있다. 먼저 국가기관 상호간의 권한쟁의는 헌법과 법률의 양 차원에서 가능하지만, 이 유형의 권한쟁의는 그 본래의 취지상 최고국가기관들 및 그러한 비중을 갖는 기타의 헌법요소들 상호간의 헌법상의 권한을 둘러싼 다툼에 국한시키는 것이 합목적적이기 때문에 쟁의가 일어나는 법적 차원은 헌법영역에 국한된다고 보아야 할 것이다. … 나아가 국가와 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 지방자치체도가 헌법상의 제도보장으로서의 성격을 갖고 있기 때문에 그 권한쟁의도 법률과 헌법 양 차원에서 발생할 수 있지만, 분쟁은 주로 법령에 의한 구체적 권한배분과 그 해석·적용을 둘러싸고 벌어질 것이기 때문에 비헌법적인 공법적 분쟁이 주종을 이룰 것이다. 끝으로 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 이들의 관계가 헌법이 아닌, 법령에 의하여 규율되고 있기 때문에 전적으로 법령 차원에서의 분쟁만이 가능하다. 이렇게 분쟁발생의 법적 차원이 각기 다른 쟁의유형들을 권한쟁의라는 하나의 타이틀하에 마치 모두 공통적인 속성을 가진 것처럼 헌법이 같은 조의 같은

호에 일체적으로 규율함으로써 입법자에 의한 구체화의 오류가 발생하게 된 원인을 제공하고 있다고 보여진다. 즉 헌법사적으로 볼 때 사실상 미답의 분야인 권한쟁의제도를 규율하는 입법자도 헌법의 그와 같은 규정방식으로 인하여 각 쟁의유형들 상호간의 이질성을 간과하고 하나의 통일적인 절차로 구체화하게 되었다고 추정된다. 그러나 권한쟁의의 세가지 유형은 쟁의의 법적 차원에 차이가 있으므로 각각 분리하여 독자적인 쟁의유형으로 구체화하는 것이 입법의 올바른 방향이라 판단된다.²⁷⁾

결국 이는 양자 모두 비헌법적인 공법적 법률관계를 기초로 이루어질 수 있다는 것을 의미하는 것으로 행정소송법상의 기관소송과 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 포함한 헌법상의 권한쟁의는 상호간에 그 본질적 차이를 찾기 어렵게 되어 있다는 결론에 이르게 되는 것이다. 그러므로 양자는 헌법재판소법에 의하여 권한쟁의의 심판대상으로 정하여졌느냐의 여부에 의하여서만 형식적으로 구분될 수 있게 되어있다고 할 수 있는 것이다.²⁸⁾ 그렇다면 기관소송과 권한쟁의 사이에 그 본질적 차이에 기한 특수성을 인정할 수 있을 것인지는 대단히 의문이다.²⁹⁾

27) 정태호, 국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서(계희열 교수 화갑기념논문집), 1995. 417면.

28) 동지, 정태호, 전계논문, 416면 참조.

29) 정태호박사는 국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여 “과연 이것이 국가기관 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판을 헌법재판소의 관할하에 둔 헌법의 의도를 올바르게 반영한 결과인가? 이 문제는 국가기관 상호간의 권한쟁의의 당사자의 범위의 문제와 함께 현행 헌법재판소법에 의한 헌법규정의 구체화에 대한 회의를 품게하고 있다”고 하면서 필자와 같은 입장에서 근본적인 의문을 제기하고 있다(동인, 전계논문, 416면). 국가기관과 지방자

한편 분쟁의 법적 관계에서 본질적 차이가 없다 하더라도 행정소송법상의 기관소송과 달리 권한쟁의의 경우에는 특히 그 본질 판단의 중요한 척도로서 ‘헌법 또는 법률’에 의한 권한침해를 명시적으로 들고 있다는 점에서 그 해석을 둘러싸고 비판이 제기되고 있다. 특히 정태호박사는 권한쟁의의 심사기준과 관련하여 다음과 같이 설득력있는 논의를 하고 있다. 「국가기관 상호간에 다투어지는 권한은 헌법에 의하여 직접 주어진 것일 수도 있고, 법률에 의하여 구성된 것일 수도 있다. 아마도 이러한 관점에서 헌법재판소법 제61조 제2항은 권한쟁의심판의 심판기준으로 ‘헌법과 법률’을 들고 있는 것으로 추정된다. 그러나 이 법률규정의 입법자는 국가기관 상호간의 권한쟁의에 관한 심판이 ‘헌법’재판소의 권한사항이라는 점을 간과하고 있다. 다시 말하면 광의의 헌법쟁의, 즉 헌법문제에 대한 분쟁에 대하여 헌법을 기준으로 하여 심판함으로써 헌법의 수호자로서의 역할을 하는 것이 헌법재판소 본연의 임무라는 점이 무시되고 있다. 헌법재판소법이 권한쟁의심판의 기준을 헌법 및 법률이 되도록 함으로써, 권한쟁의가 발생하는 법적 차원이 헌법에 국한될 것이 아니라, 법률에까지 확대되고 있다. 따라서 현행 헌법재판소법에 따를 때, 우리의 권한쟁의제도의 본질은 독일과는 달리 협의의 ‘헌법쟁의’, 즉 헌법기관 상호간의 헌법문제에 관한 다툼을 사법적으로 해결하는 제도가 아님은 물론, 광의의 헌법쟁의제도, 즉 그 쟁의의 주체가 헌법기관이나를 불문하고 헌법문제를 둘러싼 분쟁에 대한 사법적 해결제도도 아니다. 오히려 우리의 권한쟁의제도는 헌법을 비롯

치단체간의 권한쟁의에서도 같은 의문이 제기될 수 있을 것이다.

한 공법전반의 권한분쟁해결제도로의 성격을 띠게 되었다. 입법자가 권한쟁의심판의 심판기준을 법률에까지 확대한 1차적 원인은 각 쟁의유형들의 차이를 무시하고 권한쟁의라는 상위개념하에 이질적인 제도들을 일률적으로 규율한 데 있다.³⁰⁾ 즉, 우리의 권한쟁의제도는 다른 외국법제를 그대로 차용하였다기 보다는 제도의 내용상 우리나라 특유의 공법전반의 권한분쟁제도로써의 성격을 갖는 것으로 봄이 타당하다는 것이다. 그렇지만 제도의 내용상 헌법재판소법에서 권한쟁의에 관한 ‘제4장 제4절’ 안에서 동일한 절차적 규율을 받도록 정하고 있음으로써 이질적 내용의 제도를 하나의 체계내에 둔 것은 우리 제도의 특수성이라기 보다는 오히려 법체계의 불완전성을 지적함이 타당할 것이다. 어쨌든 행정소송법상의 기관소송과 헌법재판소법상의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 그 성질상 동일한 바탕위에서 제도화된 것이라고 할 수 있으며, 그 구체적 구분은 형식적 기준에 따라 즉, 행정소송법 제3조 제4호 단서에서 정한 바와 같이 헌법재판소법 제2조의 규정에 따라 행정소송법상의 기관소송의 광범이 정해지는 양적인 구분기준으로 이해되는 것이 타당한 것으로 생각된다.

2) 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의의 범위

(가) ‘국가기관’과 ‘지방자치단체’의 용어 및 개념상 문제점

헌법과 헌법재판소법 소정의 국가기관의 개념이 각 달리 이해되고 있는 것은 문제이다. 즉, 헌법 제111조 제1항 제4호는 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상

30) 정태호, 전계논문, 416/417면.

호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 규정하고 있으나, 권한쟁의심판의 종류를 정한 헌법재판소법 제62조 제1항에서 사용하는 국가기관의 개념은 한편으로는 “국회·정부·법원·중앙선거관리위원회”를(제1호), 다른 한편으로는 “정부”만을(제2호) 가리키고 있어 동일한 법조항 내에서 하나의 용어를 각기 다른 의미로 사용하고 있는 것으로 입법기술상 문제가 있을 뿐 아니라 규범의 체계부조화에 따른 위헌의 소지가 있다고 할 것이다.³¹⁾ 또한 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 법인격주체간의 권한쟁의를 말한다는 점에서³²⁾ 그 용어상의 불합리성이 지적되고 있다. 즉 「국회, 정부

31) 동지, 정태호, 전계논문, 425면.

32) 권한쟁의를 국가라는 하나의 법주체 내부에서의 헌법상 최고기관이 서로 당사자가 되는 형태(내부적 권한쟁의)와 서로 다른 법인격을 가진 주체 상호간의 분쟁형태(외부적 권한쟁의)로 2분할 수 있다거나(신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 138면), 행정소송법상의 기관소송을 ‘동일한 법주체(권리주체) 내부의 기관간의 소송’으로, 헌법재판소법상의 권한쟁의심판을 ‘하나의 법주체인 국가의 내부에서 국가기관이 서로 당사자가 되는 소송형태(본래 의미의 기관소송)’와 ‘법인격을 달리하는 주체 사이의 소송형태(협의의 권한쟁의)’로 보아 양자를 기관소송과 (광의의) 권한쟁의 심판으로 구분하고 후자에는 본래의 의미의 기관소송과 협의의 권한쟁의가 포함되는 것으로 보기도 한다(홍정선, 기관소송, 고시계 1991. 8, 107면). 그러나 후자는 적어도 그 명칭상으로는 바람직하지 않은 것으로 보인다. 기관소송과 권한쟁의는 모두 기관간의 권한의 존부 등에 대한 다툼이라는 점에서는 일치하는 것이라 할 것이나 “기관간”의 분쟁을 너무 강조하게 되면 양제도의 본질을 제대로 파악할 수 없게 될 우려가 있기 때문이다. 따라서 기관소송은 행정기관(국가 또는 공공단체의 기관) 상호간의 다툼이라는 점을 강조할 때 합당한 용어라고 볼 수 있는 것이라 하겠지만, 반면 국가기관이나 지방자치단체 등이 당사자로서 헌법 또는 법률이 부여한 자기의 “헌법적 권한”의 존부 또는 범위를 다투는 것이란 점에서 이러한 헌법재판소법상의 분쟁해결방법은 오히려 권한쟁의로 통일하여 칭하는 것이 옳다고 생각된다. 따라서 “권한쟁의 = 내부적 권한쟁의 + 외부적 권한쟁의”로 분류하는 것이 보다 타당할 것이다.

또는 정부의 각 기관들이 독자적으로 대외적 권리관계인 지방자치단체와의 권한쟁의의 당사자가 될 수 있다는 것은 아무래도 불합리하다. 국가의 기관은 그 행위의 법적 효과의 귀속주체가 되지 못하고, 그 효과는 법인으로서의 국가에 귀속된다는 점을 감안하면 국가기관과 지방자치단체의 관계는 결국 국가와 지방자치단체 상호간의 관계라고 할 것이다. 따라서 ‘국가기관과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’에서 국가기관이라는 용어는 잘못 사용된 것이며, 국가라는 말로 대체되어야 한다」는 주장³³⁾이 그것이다. 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호는 아마도 이러한 비난을 의식하여 이 쟁의의 세부종류로서 정부와 광역자치단체간 및 정부와 기초자치단체간의 권한쟁의심판을 열거적 누양으로 규정한 것이 아닌가 생각된다. 동조항 제2호 각목의 쟁의유형을 열거적 의미로 해석한다면 비록 표현상 “국가기관=정부”의 등식이 성립되는 것으로 견강부회적으로 이해할 수도 있겠지만 이를 예시규정으로 보는 경우에는 위의 비판적 견해는 설득력이 있다고 할 것이다. 그러나 한편으로는 국가기관을 ‘국가’로 규정하고 그 세부종류도 국가와 공역 또는 기초자치단체간의 권한쟁의로 하게 되면 권한쟁의의 실제에 있어서 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률이 적용되게 되어 그 소송수행을 법무부장관이 하게 되나,³⁴⁾ 이와 달리 ‘정부’로 이해하게 되면 그 정부의 개념에 따라 구체적인 소송당사자 내지 소송수행자가 달라지게 되는 문제가 있다.

또한 지방자치단체의 경우에 있어 국가기관 또는 다른 지방자

33) 정태호, 전제논문, 412면 주162 참조.

34) 동법 제2조 참조.

치단체와의 관계에서 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 자기의 권한의 침해 또는 현저한 침해위험이 있는 때에는 이를 피청구인으로 하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(동법 제61조). 그런데 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한의 존부·범위에 관한 다툼은 항고소송이나 기관소송 등 행정소송으로 구제를 받아야 할 사항이지 권한쟁의의 일종으로 보아 헌법재판소의 관장사항으로 한 것은 불합리하다는 비판적인 견해가 있으나, 독립성을 띤 국가기관과 공공단체 또는 공공단체 사이의 다툼을 권한분쟁으로 보아 권한쟁의심판대상으로 한 것은 나름대로 합리적 타당성이 있다고 할 것이다. 입법례로서 스페인의 경우에도 헌법재판소는 우리와 같이 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판권을 가지고 있다.³⁵⁾ 그러나 국가기관이나 지방자치단체의 권한이 헌법이나 법률에 의하여 부여받은 것이라 하더라도 그 다툼이 단순한 법률적 차원의 분쟁에 불과하고 헌법적 성질을 갖지 않는 경우까지도 권한쟁의사안으로 하는 것에는 의문이 있다. 교육위원회가 당사자인 경우도 문제의 여지가 있으나 개정법률에서 이를 해결하였다. 당초 헌법재판소법은 권한쟁의가 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육위원회가 당사자로 된다고 규정하고 있었으나(동법 제62조 제2항), 이는 현행 지방교육자치에 관한 법률과 일치하지 않는다는 비판을 받아왔다.³⁶⁾ 즉 구 교육법과 달리 1991년 3월 8일 제정된 현행 지방교육자치에 관한 법률에 의하면

35) 스페인헌법 제161조 제1항, 헌법재판소법 제59조.

36) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 294/296면.

시·도교육위원회를 심의·의결기관으로(동법 제3조), 시·도교육감을 집행기관으로 규정하고 있다(동법 제25조). 헌법재판소법 제62조 제2항의 교육위원회가 일종의 행정위원회로서의 시·도교육위원회를 가리키는 것이라면 이는 권한쟁의심판의 당사자를 잘못 설정한 것이라고 밖에 할 수 없을 것이다. 현행법상 시·도의 교육·학예에 관한 사무에 관하여 권한쟁의심판을 청구하는 경우 그 당사자는 그 집행기관인 교육감이 되는 것이 타당하다. 최근 헌법재판소법 개정법률(1995. 8. 4. 법률 제4963호로 개정)에서는 동조항 소정의 교육위원회를 교육감으로 개정함으로써 이를 정비하였다.

(나) 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호의 해석

동법 제62조 제1항 제2호는 “국가기관과 지방자치단체간”의 권한쟁의심판을 “가. 정부와 특별시·직할시 또는 도간의 권한쟁의심판, 나. 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(자치구)간의 권한쟁의심판”으로 규정함으로써 국가기관을 정부에 한정 축소시키고 있다. 그러나 지방자치단체에 대한 국회의 국정감사권의 행사와 같이 국회와 지방자치단체간에 권한쟁의가 발생할 가능성이 적지 않다고 할 것이고 이러한 경우에는 정치적 해결이나 여론에 의한 재판을 하는 방법 외에 현재로서는 전혀 해결의 가능성이 없다.³⁷⁾ 이러한 문제는 지방자치체의 활성화와 함께 앞으로 더욱 빈번해질 것으로 보인다. 따라서 이 경우에 국가기관을 정부에 한정하지 않고 입법권, 행정권 및 사법권과 중앙선거관리위원회

37) 물론 국정감사에 있어 국회가 지방자치단체의 행정에 대하여 존중하는 입장을 취하는 것은 별개의 문제이다.

등의 국가기관에까지 확대하는 것이 바람직하다. 비록 동일한 차원에서 볼 수는 없다 하더라도 독일의 권한쟁의 및 연방쟁송에 관한 규정은 우리 헌법재판소법 제62조 제1항 각호를 해석하는데 도움이 될 것으로 본다. 즉, 국가기관 상호간의 권한쟁의에 해당하는 연방헌법재판소법 제63조, 연방과 주간의 권한쟁의 등(연방쟁송)인 동법 제71조 제1항, 제73조 제1항은 “Antragsteller und Antragsgegner können ‘nur’ sein: …”(…‘자만이’ 청구인과 피청구인이 될 수 있다) 또는 “An einer Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes können ‘nur’ die obersten Organe des Landes … beteiligt sein.”(주내부의 헌법쟁송에서는 …‘자만이’ 당사자가 될 수 있다)와 같이 규정하고 있는 것에 비추어 본다면 우리의 경우를 반드시 열거적 의미로 이해하여야 한다는 것은 설득력이 부족하다.

뿐만 아니라 동 조항 제1호를 보면 “국가기관 상호간”의 권한쟁의심판의 종류를 “국회·정부·법원·중앙선거관리위원회 상호간”으로 규정함으로써 그 범위를 크게 축소시키고 있음을 알 수 있다. 이 규정을 엄격히 문리해석하게 되면 이 유형의 권한쟁의심판은 거의 발생할 수 없게 되는 결과가 되어 제1호는 사문화될 수밖에 없고³⁸⁾ 또한 실제에 있어서는 위에서 열거한 각 국가기관 내부에 있어서 독립된 국가기관으로서의 지위를 가지는 기관 상호간에 권한쟁의가 발생할 가능성이 높고 이러한 쟁의의 해결을

38) 최근 사법제도, 법조인양성 및 법학교육제도의 개혁을 둘러싸고 정부(국무총리)와 대법원간에 갈등을 빚고 있다(서울신문 1995년 10월 6일자 1면 등 참조). 이러한 갈등이 조정되지 않고 헌법재판소에 제소되는 경우에는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 권한쟁의 사안이 될 것이다.

하는 것이 제1호의 본래의 기능이라고 할 수 있을 것이므로 이를 예시적인 것으로 보아 확대해석함으로써 제1호의 실효성을 확보하여야 할 것이라는 견해가 주장되고 있다.³⁹⁾ 이 규정에 대하여 헌법재판소는 1995년 2월 23일 결정에서 다음과 같이 엄격한 문리해석의 태도를 취한 바 있다.

“권한쟁의제도의 목적에 비추어 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의’는 우리 헌법이 국민주권주의와 권력분립의 원칙에 따라 주권자인 국민으로부터 나온 국가권력을 나누어 상호 견제와 균형을 유지하도록 권한을 분배한 대등한 권력행사기관 사이의 권한에 관한 다툼을 의미한다고 할 것이므로, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 ‘국가기관 상호간의 권한쟁의심판’을 ‘국회·정부·법원·중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’이라고 규정한 것은 그 심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여 헌법의 위 규정을 명확하게 구체화한 것이라고 할 것이다.… 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있

39) 이시윤, 헌법재판에 관한 관건 I, 헌법논총 제1집(헌법재판소), 1990. 67면; 신봉기, 권한쟁의 심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법논총 제2집(헌법재판소), 1991. 629면; 동인, 권한쟁의심판제도 소고, -한국과 독일의 제도를 중심으로-, 사법행정 1991. 10. 45면; 정태호, 전개논문, 425면 참조.

으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가 기관 내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다고 볼 수밖에 없다.⁴⁰⁾

이러한 입장에서는 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의는 인정될 수 없다는 결론이 된다. 그러나 최근 헌법재판소는 1997년 7월 16일 결정⁴¹⁾에서 다음과 같은 판시를 함으로써 종래의 이같은 입장을 전면 폐기하고 위 당사자간의 권한쟁의를 국가기관 상호간의 권한쟁의심판범위에 포함시켜 그 범위를 넓혔다. 이 입장과 논리에 의하면 국가기관 즉, 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어 국가기관을 정부에 한정할 것도 예시규정으로 해석할 수 있는 여지를 남겨두고 있어 앞으로 그 추이를 주목할 만하다.

헌법 제111조 제1항 제4호에서는 헌법재판소의 관장사항으로 권한쟁의를 “국가기관 상호간”의 권한쟁의로 구분하고 있을 뿐 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 구체적인 종류나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 특별히 법률로 정하도록 위임하고 있지 않으므로 입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 없고 이 문제에 대하여는 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제이다. … 헌법 제111조 제1항 제4호의 규정을 구체화한 헌법재

40) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1 결정.

41) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2 결정.

판소법 제62조 제1항 제1호가 비록 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판”이라고 규정하고 있을지라도 이는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관을 예시하고 있는 것에 불과하기 때문에 이들 기관 외에도 헌법재판소의 해석에 따라서는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.··· 국회의원이 헌법과 법률에 기초하여 행사하는 여러가지 독자적 권한을 둘러싸고 국회의원과 국회의장간에 발생하는 분쟁은 권한쟁의심판외에 달리 해결할 방법이 없다는 점에서 국회의원은 권한쟁의심판의 당사자가 된다고 보아야 한다.⁴²⁾

그리고 동 조항 제1호 및 제2호의 “국가기관”을 위와 같이 ‘국회·정부·법원·중앙선거관리위원회’ 또는 ‘정부’로 한정함으로써 기타의 경우를 기관소송으로 흡수할 수 있는 것인지에 대하여도 의문이 있으나, 현행 행정소송법은 기관소송의 사안과 청구인(당사자)을 법률이 정한 경우로 엄격히 규정함으로써 법적 공백이 남는 문제가 있다. 먼저 행정소송법상 기관소송은 법률이 정한 경우에 한하여 제기할 수 있다(동법 제45조: 기관소송사안제한의 문제). 따라서 성질상 기관소송에 해당하는 경우에도 이를 법률로써 규정하지 않는 경우에는 기관소송이 허용되지 않아 권리구제의 사각지대가 발생할 수 있다. 물론 국가의 기관 또는 공공단체의 기관 사이에 분쟁이 있는 경우에 이를 행정기능의 합리

42) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2 결정. 종래의 각하의견을 유지하는 3인과 적극적으로 판례변경을 주장한 의견을 제시한 6인의 대립이 있었다. 그에 대한 비판으로는 임중훈, 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판, 법률신문 1997. 10. 13. 14/15면.

적 분장이라는 정책적 견지에서 최고 중앙행정기관의 조정 등을 통하여 해결하고자 하는 목적에서 예외적으로만 기관소송을 인정하고 있는 것이라는 점에서는 이해할 수가 있다.⁴³⁾ 그렇지만 지방자치단체가 당사자인 경우는 중앙의 조정기능은 큰 역할을 할 수 없고 더우기 지방자치단체의 독립성이 강화된 현재로서는 단순한 법률문제를 쟁점으로 하여 중앙정부나 인근 지방자치단체와의 마찰이나 갈등이 발생하여 이를 법적으로 해결해야 하는 경우가 적지 않게 예상되기 때문에 이러한 경우를 위한 해결책은 기관소송사안을 보다 법률로써 확대함으로써 보완이 가능한 것이다. 따라서 갈등을 집단적 행동이나 집단민원에 대한 행정청의 대응으로 해결할 것이 아니라 법적 제도적 보완을 통하여 완벽한 구제제도를 둠으로써 그 해결책을 찾도록 하는 것이 보다 바람직하다고 본다. 현행법상 기관소송이 인정되고 있는 예는 지방자치법 제98조 제3항 및 지방교육자치에관한법률 제38조 제3항 등에 그치고 있다. 또한 기관소송은 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(동법 제45조: 기관소송 당사자제한의 문제). 이와 관련하여 문제가 되는 것은 기관소송을 제기할 수 있는 “국가 또는 공공단체의 기관”(동법 제3조 제4호)의 범위이다.⁴⁴⁾ 우선 “국가...의 기관”이 무엇을 뜻하는 것인지 의문이 있다. 여기서 국가의 기관

43) 실제로 행정부처간의 갈등도 자주 발생하고 있다. 최근의 예만 하더라도 대미자동차협상을 둘러싼 통상산업부와 외무부간, 테러·국제조직범죄·마약 등 특수범죄에 관한 수사권을 둘러싼 법무부(검찰)와 국가안전기획부간, 근로자파견제도 도입에 관한 법률안제출권을 둘러싼 통상산업부와 노동부간의 분쟁이 있다.

44) 김남진교수는 행정소송법상의 기관소송의 유형을 ① 국가기관 상호간의 기관소송과 ② 공공단체의 기관 상호간의 기관소송으로 구분한다. 행정법 I, 1997. 863면.

이란 국가권력을 상호 견제와 균형을 유지하도록 분배한 대등한 권력행사기관인 국회·정부·법원 등 뿐 아니라 그밖에 각 국가 권력의 내부에 속한 기관을 포함하는 것이라 할 것이다. 그렇다면 行政訴訟法 제3조 제4호 소정의 국가의 기관은 정부에 속하는 행정기관 뿐 아니라 실질적 의미의 행정기관인 국회·법원 등에 속하는 기관들도 여기에 포함되는 것이라고 할 것이다. 따라서 행정각부 또는 행정각부장관 상호간이나 행정각부소속 중앙행정기관, 행정각부와 독립중앙행정기관 사이의 권한다툼 외에도, 국회 또는 법원의 각 기관들 사이에 존재하는 권한다툼도 여기서 말하는 국가의 기관 사이의 다툼으로 볼 수 있다. 그러므로 “국가의 기관”은 헌법재판소법 소정의 국가기관보다도 범위가 넓은 것이라 할 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 국가기관으로서 국회·정부·법원·중앙선거관리위원회는 그것이 열거적이든 예시적이든간에 헌법재판소법상 권한쟁의의 당사자로 정하고 있으므로 이를 제외한 모든 국가기관을 지칭하는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 “공공단체의 기관” 사이에도 기관소송이 가능하다. 여기서 공공단체란 지역을 기반으로 하는 지방자치단체 외에도 공공조합, 공법상의 영조물법인이나 재단 등을 모두 포함한다. 그러나 현행법상 기관소송이 인정되는 것은 지방자치단체의 장과 지방의회 상호간에 다툼이 있는 경우에 제기하는 지방자치법 제98조와 지방교육자치에 관한 법률 제38조에 불과하다. 이처럼 “국가 또는 공공단체의 기관”이 기관소송을 제기하도록 행정소송법 제3조 제4호가 정하고 있다 하더라도 동법 제45조는 기관소송 사안을 “법률이 정한

45) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 김도창교수화갑기념 논문집, 1993. 570/571면 참조.

경우”로 하여 이를 제한하고 있다. 이 문제 역시 국가조직 상호간의 권한의 부조화는 조정의 문제이지 그 다툼을 소송의 방법으로 해결하는 것이 바람직하지 않다는 기본적 관념에서 나온 것이라고 할 수 있으나, 현재 기관소송을 정한 법규정을 보면 이를 너무 제한 규정하고 있어 기관소송을 봉쇄하는 것이라는 비판이 있다. 그러나 기관소송사안을 불충분하게 제한하였다 하더라도 이는 원칙적으로 입법재량권의 범위내에서 이루어진 것이므로 이를 입법불비 내지 미비로 보아 입법부작위로 다룰 수는 없기 때문에(헌법상 작위의무가 없다) 이 부분을 개정하여 확대하는 것이 바람직하다는 지적을 하는 것에 그칠 수밖에 없다. 그러한 이유로 하여 기관소송무용론까지 주장되고 있기도 하다.⁴⁶⁾ 이 점과 관련하여 헌법재판소는

행정소송법 제3조 제4호가 행정소송의 종류 중 하나인 기관소송을 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송’이라고 정의하면서 그 단서에서 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 이를 제외하고 있으며 같

46) 그런데 일본 행정사건소송법은 기관소송을 “국가 또는 공공단체 상호간에 있어 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 분쟁에 있어서의 소송”이라고 정의하고 있어(행정사건소송법 제2조, 제6조) 우리의 기관소송과 아주 흡사하다. 그러나 일본의 기관소송은 우리와 마찬가지로 활성화 되어 있지 못할 뿐 아니라 달리 헌법재판소와 같은 권한다툼을 심사할 독립된 재판기관을 두고 있지 않으므로 이 부분에 관한 일본의 제도와 이론은 우리에게 는 별로 참고가 되지 못한다고 본다. 따라서 이 점에 관한 한 일본의 현행 제도가 기관소송을 그대로 존치시키고 있다는 것은 우리나라에서의 기관소송존치론의 합당한 이유가 되지 못한다고 생각된다.

은 법 제45조는 기관소송을 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 규정하고 있으므로, 결국 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판은 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어 그 중 어느 국가기관의 처분 또는 부작위가 헌법과 법률에 의하여 부여받은 다른 국가기관의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구할 수 있고, 그 밖의 기관 상호간에 권한의 존부 등에 관한 다툼이 있는 때에는 그것이 법률의 규정에 의하여 행정소송법상 기관소송의 대상이 되는 경우 그 기관소송의 방법에 의하도록 제도가 마련되어 있는 것이다.⁴⁷⁾

라고 판시함으로써 권한쟁의 및 법률의 규정이 없기 때문에 기관소송으로써 불복할 수 없는 경우에는 그 구제절차가 더이상 존재하지 않는다는 것을 확실히 한 것이라고 할 수 있다. 결국 현행 권한쟁송법의 체계상 구제의 사각지대가 있다는 점을 헌법 재판소 스스로도 인정하고 있다는 점을 알 수가 있다.

또한 혼치는 않겠지만 권한쟁의의 당사자로서의 국가기관이 헌법재판소 스스로인 경우도 상정할 수가 있다. 헌법재판소법은 헌법재판소가 직접 권한쟁의의 당사자가 되는 경우에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다(헌법재판소와 지방자치단체간의 권한쟁의에 대하여도 마찬가지다). 이 경우에는 국가최고기관의 하나로서 당연히 당사자가 된다는 견해와 우리 현행법상 명시적으

47) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1 결정.

로 헌법재판소를 열거하고 있지 않으므로 헌법재판소의 경우에는 당사자가 될 수 없다는 견해가 대립되고 있다. 헌법재판소의 관장사항의 구체적인 범위에 대하여 논란을 빚고 있는 현재의 상황에 비추어 본다면⁴⁸⁾ 헌법재판소 역시 권한쟁의의 당사자가 되지 않을 것이라고 단언하기는 어렵다. 그런데 헌법재판소는 권한쟁의심판의 당사자로 동조항 제1호에서 “국회·정부·법원 및 중앙선거관리위원회”로 규정하고 있는 것은 “그 심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여 헌법의 위 규정을 명확하게 구체화한 것”이라고 하고 있으므로 이러한 해석에 따르면 헌법재판소는 권한쟁의를 청구할 당사자가 될 수 없는 것으로 해석된다. 헌법재판소의 이러한 논거는 동조항 제2호의 지방자치단체와의 권한쟁의에도 그대로 유지될 것으로 보이므로 이 경우에도 결국 같은 의문이 제기될 것이다. 동 조항 제1호 및 제2호에서 헌법재판소를 제외한 것이 입법적 불비로 보아 헌법재판소를 새로이 삼입하거나(입법적 불비론)⁴⁹⁾ 또는 국가기관을 국가최고독립기관으로서의 국회·정부·법원·중앙선거관리위원회와 함께 헌법재판소

48) 예컨대 헌법 제107조 제2항과 제111조 제1항 제5호의 해석을 둘러싸고 빚어졌던 헌법재판소와 대법원 사이의 법령소원의 가능성에 관한 논쟁이 경우에 따라서는 국가최고기관 상호간의 권한쟁의로 발전할 수 있고 그러한 상황이 발생한 경우에는 또다시 제62조 제1항 제1호의 해석을 둘러싸고 심각한 갈등이 있을 수 있다.

49) 오스트리아의 경우 헌법재판소 스스로가 행정법원 등과 직접 권한쟁의의 당사자가 된 때에도 헌법재판소가 관장할 수 있도록 하고 있다(연방헌법 제138조 제1항).

도 포함하는 것으로 다소 확대해석하거나(제한적 확대론) 아니면 위 규정에서 구체적으로 열거하고 있는 국가기관을 예시적으로 보아 그 적용대상을 합리적·합헌적인 범위에서 확대해석함으로써(예시규정론) 이 문제는 해결될 수 있다고 생각된다.

(다) 권한쟁의에 있어서 헌법사건과 법률사건의 구분의 불명확성 - 조화적 소송체계의 요청 -

행정소송법 제3조 제4호는 “기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.”라고 규정하여 기관소송을 정의하고 있고, 다른 한편 헌법재판소법 제61조는 “① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. ② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”라고 하여 권한쟁의심판의 청구 사유를 규정하고 있다. 이들 각 규정에서 보듯이 기관소송과 권한쟁의는 그 당사자, 쟁송사안 및 심급 등의 점에서 큰 차이가 없으므로 양자를 구분하는 것이 쉽지가 않다.⁵⁰⁾ 그런데 기관소송과 권한쟁의의 차이점에 대하여는 아직도 여전히 견해가

50) 그 차이점에 대한 상세한 것은 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 134면 이하 참조.

나뉘고 있을 뿐 아니라⁵¹⁾ 단순히 이러한 차이점을 가려내는 것만으로 문제를 해결하였다고 볼 수는 없을 것 같다. 왜냐하면 유사한 제도의 병존은 소송체계에 있어 법원 뿐 아니라 당사자에게 혼란을 초래하기 때문에 이를 지양하는 것이 바람직하며 그럼으로써 소송 실무에 있어서도 보다 정확을 기할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 기관소송의 문제는 전체 권한쟁송 및 행정소송의 체계안에서 조화롭게 구성되어야 할 필요가 있다.

국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁송의 내용을 헌법문제와 법률문제로 구분하여 이를 헌법재판소와 일반법원에 분장시켜야 한다는 주장이나 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁송의는 그 성질상 일반법원에서 담당하거나 행정법원을 설치하여 그로 하여금 전담적으로 맡도록 해야 할 것이라는 주장도 있다. 그러나 헌법사건과 법률사건을 구별하기가 대단히 어려울 뿐 아니라 현행 헌법(제111조 제1항 제4호)·헌법재판소법(제62조 제1항 제2호, 제3호)·행정소송법(제3조 제4호 단서) 등 각 조항의 입법취지와 내용에 비추어 볼 때 현행 권한쟁송제도가 권한쟁송의와 기관소송으로 다룰 수 있는 사항을 본질적 차이에 따른 분장이 아닌 단순한 입법정책적인 측면에서 구분하여 헌법재판소와 일반법원의 권한으로 하고 있다는 점에서 다시 권한쟁

51) 지방자치법 제159조 제3항을 기관소송이 아니라 그 소송의 종류에 따라 지방의회의 조례에 대한 제소는 추상적규범통제로, 지방의회의 처분적 의결에 대한 제소는 항고소송으로 보아야 한다는 견해(이기우, 기관소송, 고시계 1992. 11. 58면)가 있는가 하면, 동법 제157조를 항고소송이 아닌 기관소송으로 보아야 한다는 견해(이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시연구 1994. 8. 107/108면)도 있다. 후자의 경우 김남진교수께서는 이를 기관소송의 예로 드셨다가 지금은 항고소송의 일종으로 보고 계신다(김남진, 행정법 I, 1997. 864면).

송의 내용을 엄격히 구분하여 각기 다른 기관으로 하여금 관장하도록 하는 것은 또 다른 문제점이 발생할 소지가 적지 않다. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 그 성질상 법률사건을 다투는 것이므로 일반법원이나 행정법원의 관장사항으로 해야 한다는 주장도 같은 이유로 문제가 있다.⁵²⁾

(라) 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 절차와 재판

쟁의당사자간의 권한다툼으로 인하여 권한쟁의심판을 청구하는 경우에 국가기관과 지방자치단체는 변호사를 선임하여야 하나 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속 직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다(변호사강제주의) (동법 제25조 제2항). 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의하고 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정한 후 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(동법 제30조 제1항 및 제3항). 또한 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다(동법 제65조).⁵³⁾ 권한쟁의심판의 청구는 권리

52) 특히 우리의 행정소송법은 일본의 행정사건소송법으로부터 크게 영향을 받았다는 것은 이미 공지의 사실인 바, 그러한 이유로 현행법으로의 개정 당시 행정사건소송법과는 다른 우리 고유의 행정소송체계를 확립하지 못하였다는 비판을 받고 있는 것이다. 그 후 헌법재판소법 제정시 동법에서 정한 권한쟁의와의 조정을 위하여 행정소송법을 정비할 당시에도 체계제정립을 위한 기회가 있었으나 행정소송법 제3조 제4호에 단서부분만을 새로이 삽입하는데 그치고 만 것에서 지금까지 문제가 남아 있는 것이라고 할 수 있다.

53) 현행 헌법재판소법은 관장사항 중 권한쟁의심판외에 정당해산심판(제57조)의 경우에만 가져분을 명시적으로 인정하고 있다.

침해의 작위 또는 부작위가 명백히 표현된 때부터 일정한 기간 내에 정해진 기재사항을 갖춘 서면으로 하여야 하며, 이 경우 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 하여야 한다(동법 제63조, 제64조). 헌법재판소가 기관간 권한쟁의를 심판하는 경우에는 재판관 7인 이상의 출석으로 심리하고 관여한 재판관의 과반수로서 결정한다(동법 제23조). 헌법재판소가 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단함에 있어 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다(동법 제66조). 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(동법 제67조 제1항). 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다(동법 제67조 제2항). 기타 권한쟁의심판에 필요한 절차는 민사소송법과 행정소송법을 함께 준용한다(동법 제40조 제1항).

(2) 관련규정의 해석문제

국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의는 양 당사자간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 즉, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구하는 심판이다(헌법재판소법 제61조 제1항, 제2항). 이 유형의 권한쟁의가 성립하기 위하여는 그 법정 요건을 명백히 하여야 할 필요가 있다. 권한쟁의의 대상이 된 피청구인의 처분 또는 부작

위, 당사자간의 다툼, 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한, 권한의 존부 또는 범위, 권한의 침해 또는 침해위험성의 의미 등의 문제가 그것이다. 그에 대하여는 이하의 관련부분(제5장)에서 다시 살펴보기로 한다.

3. 주요국가의 경우

(1) 독 일

1) 권한쟁의의 인정범위

가. 권한쟁의의 개념

(가) 권한쟁의·연방쟁송·기관소송의 구분⁵⁴⁾

독일의 권한분쟁에 관한 법은 우리나라와 같이⁵⁵⁾ 개별법률에서 권한쟁의와 기관소송을 엄격히 분리하여 규정하고 있지 않다. 독

54) 독일의 권한분쟁의 해결제도가 복잡하고 우리 제도와 구별이 난해하다는 이유로 ‘권한쟁의와 기관소송’과는 별도로 이를 포괄하는 개념으로 ‘권한쟁송’이란 용어를 사용하기도 한다. 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995. 377/380면 및 385/386면 참조. 그에 따르면 독일의 권한쟁송법은 “권한쟁송법 = 권한쟁의(헌법재판소법) + 연방쟁송(헌법재판소법) + 이른바 기관소송(판례)”을 의미하게 된다.

55) 우리나라의 현행법제에 비추어 권한분쟁에 관한 법을 총칭하여 권한쟁송법이라는 용어를 사용하기도 한다. 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 377/378면 참조. 그에 따르면 권한쟁송법의 개념은 광의와 협의로 구분되고, 넓은 의미의 권한쟁송법은 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송 및 개별법에서 인정된 조정 등 모든 제도 뿐 아니라 대통령을 의장으로 하는 국무회의에서의 행정각부간의 권한의 획정(헌법 제89조 제10호)을 총칭하는 것인데 대하여, 좁은 의미의 권한쟁송법은 권한쟁의와 기관소송을 포함하는 것이라 할 수 있다. 이 견해에 의한 구분에 따르면 본고에서의 권한쟁송법이란 좁은 의미의 것을 뜻한다. 즉, “권한쟁송법 = 권한쟁의(헌법재판소법) + 기관소송(행정소송법)”을 의미한다.

일의 제도상 권한분쟁의 해결을 위한 쟁송방법은 권한쟁의, 연방 쟁송 및 이른바 기관소송 등 세가지로 구분할 수 있다. 그러나 행정소송의 하나로서의 기관소송의 명칭은 독일의 소송법상 찾아 보기 힘들며 다만 편의상 권한쟁의 및 연방쟁송과 구분하여 권한 분쟁의 하나로서 이른바 ‘기관소송’으로 칭하는 것이다. 연방헌법재판소법은 기본법에서 정한 권한쟁의와 연방쟁송에 관한 사항을 규정하고 있고 이를 제외한 모든 행정쟁송은 행정소송법에 의하도록 하고 있지만, 행정소송법 제40조 제1항⁵⁶⁾ 제1문은 “비헌법적 성질을 갖는 모든 공법상의 쟁송에 관하여는 행정소송을 제기할 수 있다”고 함으로써 공법상 쟁송 가운데 헌법적 성질을 갖는 것은 헌법재판소의 심판대상으로 하여 행정소송의 대상에서 제외함으로써 헌법상의 권한분쟁(권한쟁의와 연방쟁송)과 기관간의 비헌법적 권한분쟁인 행정소송(이른바 기관소송)으로 구분된다. 독일에 있어서 공법상 분쟁은 그것이 헌법적 성질을 갖는 것인지 여부에 따라 나누어 진다고 할 수 있다.

(나) 헌법적·비헌법적 성질의 공법상 권한분쟁

헌법적 성질을 갖는 공법상분쟁은 원칙적으로 연방헌법재판소⁵⁷⁾에 의한 쟁송대상이 되며, 조세·노동 등 연방특별법원의 관할에 속하지 않는 기타의 ‘모든 공법상 분쟁’은 행정소송 대상이 된다

56) 행정소송법 제40조[행정소송의 적법성] 제1항: 비헌법적 성질을 갖는 모든 공법상의 쟁송에 관하여는 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 연방법률이 명시적으로 그 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 한 경우에는 예외로 한다. 주법률도 또한 주법의 영역에 있어서의 공법상의 쟁송을 어떤 다른 법원의 관할로 할 수 있다.

57) 독일연방헌법재판소의 발전과 헌법상 지위에 대하여는 문홍수/신봉기, 세계 각국의 헌법재판제도, 1994. 27/34면 참조.

고 함은 행정소송법 제40조에서 보는 바와 같다. 그러므로 행정소송의 허용은 행정소송법 제40조 1항에 의거 비헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁에 한정된다. 따라서 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 처음부터 일반 행정소송대상에서 배제된다.⁵⁸⁾ 그렇지만 “헌법적” 성질을 갖는 공법상 분쟁과 “비헌법적”인 공법상 분쟁은 엄격히 구별하기 힘들고 헌법의 실체적 개념을 파악함으로써 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 여기서 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁은 실체적 의미의 헌법에 속하는 법관계에 대한 분쟁을 말한다.⁵⁹⁾ 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁과 헌법적 성질을 갖지 않는 공법상 분쟁의 구별에 관한 판례의 예를 보면 다음과 같다. 먼저 헌법기관과 그 일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관이나 개인간의 법관계, 즉 정당 상호간이나 의회적 단체의 교섭단체 상호간(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제63조), 연방과 주간 및 주 상호간(기본법 제93조 제1항 제3호·제4호, 연방헌법재판소법 제68조, 제71조)의 경우는 권한쟁의 및 연방쟁송에 속하는 것으로 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁에 속한다. 또한 주민청원에의 참여 및 이에 요청되는 절차에서 생긴 주민과 관할관청간의 법관계도 헌법적 성질의 분쟁에 해당한다.⁶⁰⁾ 그리고 정당이나 교섭단체간의 동맹협정이나 그러한 동맹협상에 선행하는 단순한 ‘기술적’ 협정도 이에 속한다.⁶¹⁾ 그러나 개인이 헌법생활에 관여한 경우에 있어서 그 개인과 공권력주체와의 관계는 비헌법적 성질의 공법상 분쟁에 해당한다.⁶²⁾ 또한 선거비용 지급에 관한 정당과 국회의장간의 법적 분쟁은, 국회의장이 헌법

58) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 48/49.

59) OVG Münster NJW 1974, 1671; BVerfGE 42, 103ff., 110f.; BVerfGE 62, 295ff., 312f.

60) OVG Münster NJW 1974, 1671.

61) 반대입장 BGHZ 29, 187ff.

62) OVG Hamburg, DVBl. 1967, 86f.; 청원권; BVerwGE 36, 218ff. 227f.: 복무부서평가.

기관일부로서 그 기능을 행한 것이 아니라 행정관청으로서 행한 것이기 때문에 헌법상 분쟁에 해당되지 않는다.⁶³⁾ 그리고 정부대표자가 의회에서 행한 견해표명은 헌법적 성질에 속하는 것이 아니며, 따라서 국민이 그러한 견해표명의 철회를 구하는 소송은 행정소송으로 다루어야 한다.⁶⁴⁾

(다) 권한쟁의의 개념과 특징

행정소송법 제40조 제1항에 기한 행정소송의 대상이 아닌 것으로서 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁 가운데 연방쟁송을 제외한 권한분쟁은 연방헌법재판소의 심판대상이 된다. 연방쟁송의 형태는 연방국가 구조에서 특유하게 인정되고 있는 제도로서 우리나라의 권한쟁의에 있어서 직접적인 대비를 할 수 있는 합당한 예를 찾기가 어렵다. 따라서 연방헌법재판소에 의한 권한쟁의란 결국 연방헌법재판소법 제63조에 정한 당사자간의 분쟁 즉, “국가기관 상호간”의 권한쟁의를 의미하는 것이라고 할 수 있다. 이 점에서 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한다툼에까지 헌법재판소에 의한 권한쟁의의 범주에 포함시키는 우리나라의 경우와 근본적인 제도상의 차이점이 있다.

나. 권한쟁의 · 연방쟁송 · 기관소송의 내용 및 당사자

기본법 제93조 제1호, 제3호 및 제4호와 제99조에서 정한 권한쟁의 및 연방쟁송에 관한 헌법적 근거에 따라 연방헌법재판소법 제63조 내지 제75조에서 규정하고 있으며 기타의 권한분쟁은 행

63) BVerfGE 27, 152ff. 157.

64) VG Köln DVBl. 1965,882ff.; OVG Münster DVBl. 1967, 51ff.; OVG Lüneburg NJW 1975, 76ff.

정소송법 제40조 제1항에 따르도록 하고 있을 뿐이다. 독일의 기본법 및 연방헌법재판소법상 인정된 권한분쟁으로는 ㉠권한쟁의 (Organstreitigkeiten), ㉡연방과 주간의 분쟁, ㉢연방과 주간이나 주상호간 또는 주내부기관간의 비헌법적 성질의 공법상 분쟁, ㉣주내의 헌법상 분쟁 등이 있다.⁶⁵⁾ 각 권한분쟁은 다음 도표에서 보는 바와 같이 구분된다.

공 법 상 쟁 송 (헌법 상·행 정법상 쟁송)	헌법적 성질	- 국가기관 상호간의 분쟁 (BVerfGG§63-67)	권한쟁의
		- 주내부의 헌법상 분쟁 (BVerfGG§73-75)	(연방쟁송)
		- 연방과 주간의 분쟁 (BVerfGG§68-70)	(연방쟁송)
	비헌법 적성질	- 연방과 주간의 분쟁 (BVerfGG§68-70)	(연방쟁송)
		- 연방과 주간, 주상호간, 주내부기관간의 비헌법적 성질의 공법상분쟁 (BVerfGG§71-72)	(연방쟁송)
		- 기타 모든 비헌법적 성질의 공법상 쟁송 (VwGO§40 I) → 권한쟁의·연방쟁송을 제외한 공법상쟁송	행정소송

65) 독일은 국가기관간의 헌법적 분쟁을 권한쟁의와 연방쟁송으로 구분하여 이해하는 입장을 취하고 있다. 권한쟁의(기관쟁송, Organstreitigkeiten)는 기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호 및 제63-67조에서 정하고 있고, 권한쟁의(기관쟁송) 이외의 것 즉, 연방쟁송은 연방과 주간의 분쟁(기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68-70조), 연방과 주간이나 주 상호간 또는 주내부기관간의 비헌법적 성질의 공법상 분쟁(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호, 제71-72조) 및 주내부의 헌법상 분쟁(기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호, 제73-75조)으로 구분하여 정하고 있다.

(가) 권한쟁의의 경우

권한쟁의란 연방최고기관의 권리·의무의 범위 또는 기본법이
나 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리를 부여받은
기타 관계기관의 권리·의무의 범위에 관하여 야기되는 기본법의
해석문제에 관한 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방
헌법재판소법 제13조 제5호). 여기서 연방최고기관이란 연방대통
령, 연방정부, 연방하원 및 연방상원 등을 뜻하고(연방헌법재판소
법 제63조⁶⁶⁾), 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고
유의 권리를 부여받은 기타 관계기관에는 연방하원의 상임위원
회, 교섭단체, 소수파, 국회의원, 정당 등이 이에 해당된다고 보는
것이 판례의 입장이다.⁶⁷⁾

(나) 연방쟁송의 경우

연방쟁송에는 연방과 주간의 분쟁, 연방과 주간 또는 주상호간
의 공법적 분쟁 및 주내의 헌법상 분쟁이 있다.

① 연방과 주간의 쟁송

66) 연방헌법재판소법 제63조[청구인 및 피청구인]: 연방대통령, 연방하원, 연방
상원, 연방정부 및 기본법상 또는 연방하원과 연방상원의 직무규정상 고유
의 권리를 부여받은 이들 기관의 일부만이 청구인 및 피청구인이 될 수
있다.

67) 무엇보다 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권,
1991. 188/227면; 신봉기, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법은
총 제2집, 1991. 596/602면 참조.

연방과 주간의 분쟁이란 연방과 주의 권리·의무에 관한 견해 차이, 특히 각주에 의한 연방법의 집행 및 연방감독의 행사에 관한 연방과 주간의 견해차이에 관한 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제3호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호). 다시 말하면 연방정부가 주정부의 연방법 집행과정에 어떤 잘못이 있다는 것을 발견하고 주정부에 대해서 그 시정을 요구했을 때 주정부가 이에 응하지 않거나 다른 견해를 가지는 경우가 이에 해당한다. 그 밖에 주에 있어서 연방법률의 집행에 관하여 연방정부가 확인한 하자가 제거되지 아니한 경우 연방상원은 연방정부 또는 주의 청구에 의해 주가 연방법을 위반하였는지 여부를 결정할 수 있고 이 경우 연방상원의 결정에 대하여 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 바, 이 경우의 분쟁도 연방과 주간의 분쟁에 해당한다(기본법 제84조 제4항 제2문). 연방과 주간의 쟁송에 있어 청구인이나 피청구인은 연방을 위하여서는 연방정부만이, 주를 위하여서는 주정부만이 될 수 있다(연방헌법재판소법 제68조).

② 연방과 주간 등의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송 이 쟁송은 다른 쟁송수단이 있는 경우를 제외하고, 연방과 주간, 주 상호간 또는 주내부기관간에 있어서의 기타 공법적 분쟁으로서 헌법적 성질을 갖지 아니하는 쟁송을 말한다(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호). 연방과 주 또는 여러 주 사이에 헌법이외의 단순한 법률적인 차원에서 발생하는 분쟁이라든지 또는 이들간에 체결된 공법상의 계약에 관해서 발생하는 분쟁 등이 그 대표적인 예가 될 것이나, 이 유형의 분쟁은 대부분이 실정법에 의해 연방행정법원 등 다른 법원의 관할

사항으로 되어 있어서 실제상 별로 그 예를 찾기 어렵다. 이 쟁송의 청구인 및 피청구인은 다음의 자만이 될 수 있다. 즉, 기본법 제93조 제1항 제4호에 의한 ㉠ 연방과 주간의 공법상 분쟁의 경우에는 연방정부 및 주정부, ㉡ 주 상호간의 공법상 분쟁의 경우에는 주정부, ㉢ 주 내부의 공법상 분쟁의 경우에는 주최고기관 및 그 기관의 일부로서 주헌법상 또는 주최고기관의 직무규칙상 고유의 권리를 부여받은 기관(다만, 분쟁의 대상이 당해 기관의 권리 또는 권한에 직접 관련이 있는 경우에 한한다)이 그것이다(연방헌법재판소법 제71조 제1항). 마지막의 경우는 주에 속하는 기관간의 분쟁을 의미하는 것이지 주와 지방자치단체간의 공법상 분쟁까지 포함하는 것은 아니다.

③ 주내부의 헌법상 쟁송

주내부의 헌법상 쟁송이란 예컨대 주의회나 주정부 등의 권리·의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 하여 주헌법의 해석에 관하여 분쟁이 있거나 또는 주의회의 조사위원회에 대하여 주정부가 정보를 제공하여야 할 의무가 있는지 여부가 사안의 해결에 근본적인 중요성이 있는 경우 그에 대한 분쟁과 같이 주내부에 헌법적 문제의 해결을 연방헌법재판소가 담당하는 경우를 말한다(기본법 제99조, 연방헌법재판소법 제13조 제10호). 주내부의 헌법상 쟁송에서는 당해 주의 최고기관 및 기관의 일부로서 주헌법상 또는 주최고기관의 직무규칙상 고유의 권리를 부여받은 자만이 당사자가 될 수 있다(연방 헌법재판소법 제73조 제1항).

(다) 이른바 기관소송의 경우

독일의 기관소송은 항고소송의 일종으로 이해되고, 그에 따라 인정되는 쟁송에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

① 항고소송의 일종으로서의 지방자치단체의 기관소송

독일의 기관소송은 권한쟁의와 연방쟁송을 제외한 국가 또는 공공단체의 기관 상호간의 권한분쟁을 말한다고 할 수 있다. 그런데 기본법 및 연방헌법재판소법에서는 권한 쟁의와 기타 “헌법적 성질을 갖는” 연방쟁송 외에도 특별히 “연방과 주간, 주 상호간 및 주내부기관간의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송”도 연방헌법재판소의 관장 사항으로 하고 있다. 따라서 공법상 쟁송 가운데 이를 제외하고 남는 것이 곧 이른바 기관소송으로 다룰 수 있는 분쟁에 해당하느냐, 독일에서의 기관소송은 지방자치단체를 중심으로 이루어지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이다. 이 경우 그 소송은 행정소송법에서 정하고 있는 기존의 취소소송이나 무효확인소송 등과 같은 항고소송의 방법으로 행하여지고 있다. 한편 연방헌법재판소법에서 권한쟁의와 연방쟁송을 구분하고 있는 것과 달리 이른바 기관소송의 형태에 대하여는 행정소송법에서 전혀 규정하고 있지 아니하다. 즉, 연방이나 주의 권한분쟁과 달리 지방자치단체의 조직에 관한 분쟁(Kommunalverfassungsstreit⁶⁸⁾) 즉, 기관소송에 대하여는 명문의 법규정이 없으며 그것은 판례에 의하여 생성된 개념이라고 할 수 있다.

68) 또는 Kommunalverfassungsstreitigkeit라고도 한다. 이 경우에는 지방자치단체의 헌법상 분쟁이 아니라 그 조직에 관한 분쟁으로 이해함이 타당하다.

② 이른바 기관소송으로 쟁송이 가능한 경우

독일에 있어서 국가 또는 연방이나 주 및 공공단체의 기관 상호간의 여러 문제에 대하여 그 해결을 위한 시도가 계속되어 왔지만, 아직도 외부법과 내부법의 관계를 설정함에 있어 특히 그 성질 및 사안의 다양성과 기관 상호간의 맞물린 관계 등의 점에서 깊이있는 논의가 없어 적지않은 어려움이 있다는 비판이 제기되고 있다.⁶⁹⁾ 그 해결책으로 상하관계에 있는 기관 상호간의 분쟁과 대등기관 상호간의 분쟁을 구분하는 방법을 제시한다. 즉, 먼저 ㉠ “행정의 계층적 구조에 속한 기관들”은 관할권 및 그밖의 기관권리를 갖지 않으므로 권한쟁송으로 다투기 부적합하다는 것이다. 이 경우 관할의 충돌은 그 기관이 속한 최상급관청에 의하여 해결되어야 하는 것이고 나아가 개별 행정부처를 초월하여 범정부적 차원에서 소송이 아닌 조정의 관점에서 해결되어야 할 것이라고 한다. 그러나 ㉡ “대표적 성격을 가지고 또한 다른 기관에 대하여 법률상 수평적 관계에서 고유한 의견을 제시하고 주장하는 기관”에게는 권한쟁송이 인정되어야 한다고 한다. 이 점은 헌법기관(의회, 정부) 뿐 아니라 지방자치단체 및 기타 자치행정단체의 기관에도 적용된다. 이들 기관은 다른 기관의 침해에 대하여도 자기 관할권을 방어하여야 하며, 따라서 쟁송으로써 관철할 수 있는 기관의 권리를 가진다. 여기서 의회·정부 등의 경우에는 권한쟁의로써 다퉴 수 있으므로 그 밖의 기관은 이른바 기관소송으로써 구제를 받을 수 있는 것이다. 특히 지방자치단체의 기관과 기관일부간(지방의회와 지방의원) 및 기관일부 상호간

69) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1990. S. 448.

(지방법회의장과 지방의원)에 분쟁이 있는 경우에도 기관소송으로 다투어야 한다. 또한 지방자치단체, 국·공립대학교 및 기타 공법상의 단체 영역에서도 기관소송으로 다투어야 한다는 것이 통설의 입장이다.⁷⁰⁾ 결국 기관소송은 헌법적인 성질이 아니라 행정법적인 성질을 갖는 것이기 때문에 헌법재판소가 아닌 행정법원이 관할권을 가진다. 물론 행정소송으로 다투기 위해서는 필요한 요건을 갖추어야 할 것이나 그렇지 않은 경우라 하더라도 예외적으로 행정법원의 관할에 속하도록 함으로써 구제영역을 넓히고 있다.

다. 권한쟁의·연방쟁송·기관소송의 절차

(가) 권한쟁의심판의 절차

권한쟁의는 청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 그가 속한 기관의 권리와 의무를 침해하였다거나 직접 위태롭게 하였다고 주장하는 경우에 한하여 청구를 할 수 있다. 여기서 기본법이 부여한 권리·의무란 다른 일반 법률이나 기타 법규에서만 근거를 둔 권리·의무의 침해나 위해에 대한 문제여서는 안되고 또한 청구인의 주관적 권리에 관련된 것이어야 한다는 것을 의미한다. 청구는 서면으로 제출하여야 하고 청구이유를 기재하여야 한다. 청구에는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 위반된 기본법의 규정을 명시하여야 한다. 청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 제기하여야 한다. 현행 연방헌법

70) Maurer, a.a.O., S. 448.

재판소법의 시행시에 그 기간이 이미 경과한 경우에는 본법 시행 후 3월 이내에 청구를 제기할 수 있다(연방헌법재판소법 제64조 제2항 내지 제4항, 제23조). 권한쟁의의 청구권자는 당해 재판이 그들의 권한의 범위에 관하여 중요한 의의가 있는 때에는 절차의 어느 단계에서도 청구인 및 피청구인에게 참가할 수 있다. 연방헌법재판소는 권한쟁의심판절차의 개시를 연방대통령, 연방하원, 연방상원 및 연방정부에 통지하여야 한다(동법 제65조). 연방헌법재판소는 계속중인 절차를 병합하거나 병합된 절차를 분리할 수 있다(동법 제66조). 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인하는 재판을 한다.⁷¹⁾ 그리고 인용결정을 하는 경우 위헌이 확인된 규정을 주문에 명시하여야 한다. 이 경우 연방헌법재판소는 판결주문에서 그 침해의 여부를 단순히 확인하는 것에 그치고, 피청구인인 헌법기관에게 의무를 지우거나 어떤 특정의 것을 이행하도록 명령하지는 못한다. 또한 헌법재판소의 결정을 강제집행하지도 못한다.⁷²⁾ 그밖에 연방헌법재판소는 판결주문에서 동시에 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제67조). 헌법재판소가 인용재판을 하는 경우에는 침해된 기본법의 규정을 특정하여야 한다(동법 제

71) 이와 같이 확인판결에 한정하는 것은 기본법 제93조 제1항 제1문의 “...재판 한다.”는 문언과 비교하여 후퇴한 것이라고 할 수 있지만 기본법 제93조 제2항에는 합치하는 것이므로 문제가 없다고 한다. BVerfGE 1, 208, 232. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., S. 65. 그러나 Pestalozza는 그의 제3권 저서에서 연방헌법재판소법 제67조 제1문은 명백히 위헌이며 해석으로 이를 긍정할 수도 없다고 하여 위헌적 견해를 분명히 하였다 (Vgl. S. 119, Rn. 43).

72) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., Rn. 338.

67조 제2문). 규범에 의하여 침해되었다 하더라도 기본법규정의 침해를 확인하는 것에 그쳐야 하며, 권리의 실효나 처분의 무효를 확인하는 것은 아니다.⁷³⁾ 청구기각의 재판을 하는 경우에는 상황에 따라서는 그 주문에서 재판의 실제적 내용을 명백하게 밝히는 문구를 기재할 수 있다.⁷⁴⁾ 연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 국가기관과 법원 및 행정관청 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 관계자를 구속한다(동법 제31조).

(나) 연방쟁송의 절차

연방쟁송의 각 종류별로 다소 상이한 절차를 두고 있다.

① 연방과 주간의 쟁송절차

이 쟁송에서의 절차는 앞에서 본 권한쟁의심판절차를 준용한다(동법 제69조). 그밖에 기본법 제84조 제4항 제1단에 의한 연방하원의 의결에 대하여는 의결한 때로부터 1월 이내에 한하여 이의를 제기할 수 있다(동법 제70조).

② 연방과 주간 등의 공법적 분쟁으로서 비헌법적 성질의 쟁송절차

이 쟁송의 청구는 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 제기하여야 한다(동법 제71조 제2항). 연방헌법재판소는 그 재판에서 ㉠ 처분의 적법성 또는 부적법성,

73) 연방헌법재판소도 같은 입장이다. BVerfGE 1, 351, 371; 20, 119, 129. Pestalozza, Verfassungsprüfung, 3. Aufl., S. 120, Rn. 44.

74) BVerfGE 1, 351, 352, 371f.

⑥ 처분의 중지·취소·실시 또는 수인의 피청구인에 대한 의무 부과, ㉔ 급부이행의무의 부과 등의 사항을 선언할 수 있다(동법 제72조 제1항). 특히 주내부의 공법상 분쟁이 있는 경우에 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 주헌법에 위반하는지 여부를 확인한다. 이 경우 연방헌법재판소는 위헌이 확인된 규정을 명시하여야 한다. 또한 동시에 연방헌법재판소는 판결주문에서 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법제72조제2항).⁷⁵⁾

③ 주내부의 헌법상 쟁송절차

주의 내부에 있어서의 헌법상 쟁송은 주법에서 달리 규정하지 아니하는 한 이의가 제기된 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6월 이내에 청구를 제기하여야 한다(동법 제73조 제2항). 이 쟁송에 있어 연방헌법재판소의 재판이 어떠한 내용과 효력을 가지는가에 대하여 주법이 규정하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 이의가 제기된 피청구인의 처분 또는 부작위가 주헌법에 위반하는지 여부를 확인한다. 이 경우 연방헌법재판소는 위헌이 확인된 규정을 명시하여야 하고, 동시에 필요한 경우에는 연방헌법재판소는 판결주문에서 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 재판할 수 있다(동법 제74조). 소송절차는 연방헌법재판소법 제2장의 일반 절차규정을 준용한다(동법 제75조).

75) 이 유형의 분쟁에 있어서는 일정한 의무를 행하도록 하는 내용의 선고도 할 수 있다(연방헌법재판소법 제72조 제1항 제2호, 제3호). Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2.Aufl., Rn. 338.

(다) 이른바 기관소송의 절차

이른바 기관소송을 통한 구제는 행정소송법이 정한 바에 따르며 각 사안에 따른 행정소송의 종류의 선택도 행정소송의 일반적 기준에 의한다. 그러나 행정소송법상 기관소송이 명시적으로 인정되지 않음으로 인하여 관례에 의존할 수밖에 없다.

① 통상적 행정소송절차에 따른 기관소송의 진행

공공단체(특히 지방자치단체)에 있어서 공법상 분쟁이 있는 경우 즉, 공공단체의 기관이나 기관의 일부 및 그밖의 헌법생활에 관련있는 기관간에 그 관할 및 권한행사에 관하여 공법적 문제가 있어 분쟁이 있는 경우에는 원칙적으로 행정소송법상 인정된 통상의 행정소송을 통하여 구제를 받게 된다. 이 경우 비록 그 분쟁이 헌법적 성질이 있다하더라도 기본법 및 연방헌법재판소법 소정의 연방쟁송과는 그 당사자에 차이가 있고 또 조직법상의 문제는 법률적 차원의 문제라고 할 것이므로 행정소송이 가능하다. 물론 이 때에도 독립된 특별법원으로서의 재정법원·사회법원 등에서 다룰 수 있는 때에는 연방행정법원을 중심으로 하는 행정소송은 인정되지 않는다. 지방자치단체·지방자치단체조합·기타 국가에 편입된 공공단체의 헌법기관(국가행정조직에 속하는 기관)등이 그 권한과 관련하여 문제가 있는 경우 당해 헌법기관과 그 일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관이나 개인간의 법관계는 실체적 의미의 헌법에 속하는 것이 아니라 일반 법률의 하위에 놓이는 조직 및 관할에 관한 명령(즉, 조직·관할령(Organisationsu. Zuständigkeitsordnungen)의 적용을 받는 것이므로 헌법재판소의

권한쟁의로써 다툼 사항이 아닌 것으로 이해된다. 즉, 이러한 단체의 헌법기관(조직령·관할령에서 정한 기관) 상호간의 법관계는 헌법적 성질이 아니라 행정법적 성질을 갖는 것이므로 이에 대하여는 헌법재판소가 아니라 일반 행정법원에 의하여 구제를 받게 된다. 특히 지방자치단체의 조직법상의 분쟁은 행정법원의 심사대상으로 하고 있다.⁷⁶⁾ 지방자치단체 및 기타 공공단체의 조직에 관한 분쟁에 대하여 행정소송으로 다툴 수 있는 방법이 있는 경우에는, 지방자치단체·지방자치단체조합·기타 국가에 편입된 단체의 기관·기관일부 및 기타 헌법생활에 관련있는 기관에게도 당사자능력이 인정된다. 따라서 지방의회의 교섭단체도 행정소송의 당사자가 될 수 있다.⁷⁷⁾ 하위의 지방자치단체도 자치단체통합 및 편입계약의 적법 여부를 다투는 분쟁에서 당사자능력이 있다.⁷⁸⁾

② 행정소송 유형의 선택

지방자치단체 등 공공단체에 있어서 그 관할 및 권한행사에 관한 헌법적 분쟁이 있는 경우에는 행정소송법에 의거 행정소송으로 다툴 수 있으나 구체적인 행정소송의 종류를 선택함에는 각사안에 따라 판례상 달리 인정되고 있다. 특히 공공단체에 있어서 헌법적 분쟁이 공공단체 또는 그 기관의 일방 당사자가 행한 권한행사로 야기된 때에는 그 권한행사의 성격상 행정행위에 해당되는 경우에는 취소소송(행정소송법 제42조)이나 무효확인소송

76) OVG Lüneburg v. 1. 9. 1950; Heinrichs, DVBl. 1959, 548ff.

77) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 103. VGH Mannheim v. 29. 3. 1979, DÖV 1979, 605f.

78) VGH Mannheim v. 29. 3. 1979, DÖV 1979, 605f.

(동법 제43조)으로 다룰 수 있다.⁷⁹⁾ 그 외에도 관례상 폐지소송과 단체의 기관이 내린 결정(Beschluß)의 무효확인을 구하는 소송도 인정되고 있다.⁸⁰⁾ 여기서 취소소송 또는 확인소송으로써 다룰 수 있는지 여부의 문제는 먼저 당해 소송의 대상을 취소 또는 무효라고 확인함으로써 당해 결정이 폐지될 수 있거나 무효가 되는지 여부에 달려 있다고 할 수 있다. 또한 당해 결정이 무효인 경우에는 (무효인 행정행위에 대한 취소소송의 경우와 같이) 무효를 구하는 취소소송도 가능하다고 보고 있다.⁸¹⁾ 사안에 따라서는 일반 이행소송으로 다루는 것도 관례상 인정되고 있다.⁸²⁾

2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의⁸³⁾와 그 해결방법

가. 주와 지방자치단체간의 권한의 다툼

(가) 권한다툼의 일반적 형태

독일에 있어서 권한쟁의는 연방최고기관과 기본법 및 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유한 권리를 부여받은 기타 관계기

79) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 159. 독일의 행정소송의 종류에 대하여는 서원우, 비교행정소송제도, 월간고시 1983. 5. 46/58면; 김철용, 독일의 행정재판제도, 공법연구 제9집, 1981. 105/118면; 석중현, 신행정법, 1984, 584/599면 등 참조.

80) Vgl. OVG Lüneburg v. 1. 9. 1950; v. 11. 10. 1960, DÖV 1961, 548f.; v. 29. 8. 1978, DÖV 1979, 170ff.; OVG Münster v. 4. 4. 1962, DÖV 1962, 710ff.; v. 22. 8. 1979, NJW 1979, 1726 ff. usw.

81) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1987. S. 159.

82) OVG Münster v. 10. 9. 1982 DVBl. 1983. 53ff.

83) 독일의 경우 권한쟁의란 Organstreit 또는 Organstreitigkeit를 의미하는 것으로 연방헌법재판소법 제63조의 국가기관 상호간의 권한쟁의로 이해하는 것이 일반적이다. 이러한 이해태도에 따르면 독일에 있어서 국가기관과 지방자치단체간의 '권한쟁의'라는 표현은 타당하지 않으며 오히려 '권한다툼'이 타당할 것이다.

관 등의 사이에 발생한 분쟁 즉, 국가기관 상호간의 분쟁의 경우에 한정되고, 연방국가구조에서 인정되는 연방과 주간 또는 주내부 기관간의 분쟁은 단일국가인 우리 헌법체계에서는 인정되지 않는다. 이는 헌법재판으로서의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 독일의 현행법상으로는 인정되지 아니한다는 것을 의미한다. 그렇지만 국가기관과 지방자치단체간에 권한을 둘러싼 갈등은 여전히 존재하고, 그 갈등의 관계는 헌법재판이 아닌 행정소송으로 다루어지는 것이 독일의 상황임은 이미 앞에서 본 바와 같다. 다만, 우리 헌법 및 헌법재판소법상의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 지방자치단체에 대한 권한쟁의의 타방 당사자에 해당하는 독일의 ‘국가기관’은 연방이 아닌 ‘주’라는 점에서만 차이가 있다. 즉, 독일기본법 제30조는 “국가적 권능의 행사 및 국가적 임무의 실현은 이 기본법에 따로 정해진 것이 없는 한, 주의 권한에 속한다”고 규정함으로써 문화·교육, 법적 보호, 사회복지, 경찰, 산업진흥 등 내정일반에 대한 권한을 주가 가지고 있고, 지방자치의 분야도 주의 권한으로 되어 있으며, 기본법은 단지 지방자치의 큰 테두리를 정함으로써 주로 하여금 지방자치의 본질적 내용을 침해하지 못하도록 하고 있기 때문이다(동법 제28조). 따라서 지방자치단체의 권한 내지 관할에 관한 다툼은 연방이 아닌 주와의 다툼이 되는 것이 일반적이다.

주와 지방자치단체간의 권한분쟁이 곧 우리나라의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 해당한다고 할 수 있다. 그렇지만 독일에 있어서 주와 지방자치단체간의 권한분쟁은 연방헌법재판소법상의 권한쟁의에 포함되지도 않고, 그렇다고 하여 행정소송법상 기관소송을 염두에 둔 특별한 규정을 찾을 수도 없다. 다만,

연방헌법재판소법과 행정소송법의 각 규정을 볼 때 주와 지방자치단체간의 권한분쟁은 공법적 분쟁의 하나로서 조직법상의 분쟁이 되는 것이 일반적이고 그 분쟁은 조직의 권한과 관할권의 침해를 다투는 것이 대종이라고 할 것이다. 우리나라의 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의가 헌법재판소의 관장사항으로 되어 있는 것과는 근본적으로 차이가 있다.⁸⁴⁾

(나) 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의의 비구별

독일 기본법과 연방헌법재판소법의 어디에도 권한쟁의의 종류를 적극적·소극적 쟁의로 구분하고 있는 것을 찾기 어렵다.

3) 주와 지방자치단체간의 권한다툼의 해결방법

(가) 헌법적·비헌법적 분쟁의 구분

주와 지방자치단체간의 권한다툼은 헌법적 또는 비헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁으로 구분할 수 있다. 헌법적 분쟁은 주헌법재판소의 관할권에 속하는 반면, 비헌법적분쟁은 행정법원의 관할권에 속한다. 전자는 주헌법이 보장한 지방자치행정권이 주의 법령에 의하여 침해당한 경우에 그 자치행정권의 수호를 위한 분쟁인 반면, 후자는 주의 법규가 주의 비헌법적 권한을 침해하거나 주의 기관이 행한 일정한 처분으로 인하여 지방자치단체가 고유한 재산상의 권리나 자치고권상의 권리를 침해당한 경우에 그 구제를 구하는 분쟁이다. 독일에 있어서 주와 지방자치단체간의

84) 물론 우리나라와 독일의 경우에 있어서 나타나는 제도적 차이점은 당해 권한다툼의 성질에 따른 것이 아니라 권한쟁의제도의 도입당시의 입법 배경에 따른 것으로 볼 수 있을 것이다.

권한분쟁은 우리나라와 달리 권한쟁의심판의 방법에 의한 구제가 아닌, 이른바 “지방자치단체의 헌법소원”(Kommunalverfassungsbeschwerde)의 형식으로 그 헌법상 권한의 침해를 구제하는 한편, 주와 지방자치단체의 비헌법상 권한의 침해는 통상적인 행정소송의 방법에 의하여 해결하고 있다.

(나) 주와 지방자치단체간의 헌법상 권한다툼

먼저 전자의 경우, 기본법은 지방자치단체 및 그 조합이 연방의 법률에 의하여 기본법 제28조가 보장한 자치행정권을 침해받았음을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고 있다(동법 제93조 제1항 제4b호). 또한 자치행정권의 침해가 연방법률이 아닌 주법률로 인한 경우에는 주헌법재판소에 헌법소원을 제기한 연후에야 비로소 연방헌법재판소에 제기할 수 있다는 보충성원칙의 적용이 요구된다. 이에 따라 연방헌법재판소법은 지방자치단체와 그 조합이 헌법소원을 제기할 수 있다는 원고적격에 관한 규정을 두고 있다(동법 제91조). 이 유형의 헌법소원을 인정한 이유는 독일의 고유한 제도적 특성에 기인한 것으로 보인다. 즉, 지방자치단체에게는 권한쟁의와 연방쟁송을 통한 자치행정권의 보장을 확보할 수 있는 방법이 없고, 헌법소원에 있어서도 자치 행정권의 보장을 목적으로 하여서는 지방자치단체에게 당사자능력이 인정되지 않기 때문에 헌법 제28조 제2항이 정한 자치행정권을 보장하기 위한 필요성에서 이 유형의 헌법소원을 인정하기에 이른 것이라고 할 수 있기 때문이다. 우리나라의 국가기관과 지방자치단체간의 헌법적 성질의 권한쟁의를 독일에서는 헌법재판소의 관장사항이기는 하되 권한쟁의의 방식이 아닌

자치행정권의 본질침해의 문제로 보아 기본권유사권리를 유추하여⁸⁵⁾ “지방자치단체의 헌법소원”의 방식으로 해결하고 있음을 알 수 있다.⁸⁶⁾

지방자치단체와 지방자치단체조합은 공법인이므로 기본권능력이 없고 따라서 개인의 헌법소원절차에서는 당사자능력이 없다. 그러나 지방자치단체와 지방자치단체조합에게는 그에 게만 허용되는 특별한 헌법소원이 인정된다. 즉, 지방자치단체와 지방자치단체조합은 법률(주법률인 경우에는 주헌법재판소에 소원을 제기할 수 없어야 한다)이 기본법 제28조 제2항이 정하는 자치행정권을 침해하였음을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있다. 기본법은 제93조 제1항 제4b조에 이 절

85) 김원주, 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991. 85면 참조.

86) 보다 상세한 내용은 vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991. S.191/195, §12 Rn. 56/63; 김원주, 전제논문, 85/86면 참조. 각 주에서의 태도를 보면, Baden-Württemberg주는 주법률이 주헌법 제71조 내지 제75조의 지방자치보장규정을 침해한 경우 주국가법원에 제소할 수 있도록 하고 있고(주헌법 제76조, 주국가법원법 제54조: 지방자치법상 규범통제, Kommunalrechtliche Normenkontrolle), Bayern주는 국가와 지방자치단체간의 행정상 분쟁은 행정법원이 재판한다고 하고(주헌법 제83조 제5항, 제93조), 주법률이 위헌인 경우에는 주국가법원이 재판하되(주헌법 제92조), 위헌적기본권 제약 법령의 무효선언을 할 수 있도록 하고 있다(주헌법 제98조 제4호). 주국가법원법(StGHG) 제2조 제7호 및 제55조는 민중소송(Popularklage)을 인정하여 “누구든지”(jedermann) 헌법소원을 제기할 수 있도록 하고 그 “jedermann”에는 지방자치단체도 당연히 포함되는 것으로 본다. 따라서 지방자치단체는 자치고권침해를 이유로 민중소송을 제기할 수 있다. 특히 지방자치단체의 자치고권도 기본권으로 인정됨으로써 일반 헌법소원의 제기도 가능하다(주헌법 제120조, 주국가법원법 제51조). 또한 Nordrhein-Westfalen주는 주법이 지방자치권의 보장에 관한 주헌법규정(동법제78조)을 침해하는 경우에 보충성원칙의 전제하에 지방자치단체의 헌법소원을 인정하고 있다(주헌법재판소법 제52조).

차를 개인의 헌법소원과 같이 1969년부터 명문으로 규정하고 있다. 법률차원에서는 1951년부터 연방헌법재판소법 제91조에 이미 이 절차가 채택되어 있었다. 이 절차는 세가지 면에서 특징을 갖고 있다. 오로지 지방자치단체와 지방자치단체조합만이 소원청구인이 될 수 있다. 오로지 기본법 제28조 제2항이 정하는 자치행정권만이 심사기준이 된다. 법률만이 심사대상이다...⁸⁷⁾

(다) 주와 지방자치단체간의 비헌법상 권한다툼

후자의 경우에는 행정소송법에 의한 추상적 규범통제나 행정소송으로써 권한의 침해를 다룰 수 있다. 비헌법상 분쟁으로서 주와 지방자치단체간에 발생하는 다툼은 반드시 권한의 다툼일 것을 요구하지 않고 단순히 권리의 침해인 경우에도 가능하며, 또한 그 다툼이 규범 그 자체로 인한 것이거나 법령에 기한 처분에 의한 경우에도 가능하다.

① 추상적 규범통제⁸⁸⁾에 의한 다툼

먼저 지방자치단체는 주의 법규가 그의 비헌법적 권한을 침해한다고 판단되는 경우 주고등행정법원에 추상적 규범통제를 신청

87) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991. S. 191, § 12 Rn. 56; 관련 부분에 대한 번역(역자: 황도수)은 다음 문헌에 게재되어 있음.

헌법소원에 대한 재판, 헌법재판자료 제5집(헌법재판소), 473/474면 참조.

88) 행정소송법 제47조 제1항에 의하면, 고등행정법원(OVG)은 연방건설법전(BauGB)에 의거 제정된 조례(Satzungen)와 동법 제246조에 근거한 법규명령(Rechtsverordnungen)에 관한 통제를 할 수 있으며, 또한 주법이 규정하는 범위내에서 각주 법률보다 하위에 있는 법규(Rechtswor-schriften)의 유효성에 관하여 자기 권한의 범위내에서 결정한다.

할 수 있다(행정소송법 제47조 제1항 제2호). 여기서 주의 법규(Rechtsvorschriften)로는 법률이 아닌, 법규명령이나 법정립적 협정(Vereinbarung)·조례·전래적 관습법 등이 해당된다. 규범통제의 신청권자는 자연인과 법인 및 모든 행정청이 된다(동법 제47조 제2항 제1문). 예컨대 주 및 (Landesund Regionalplanung)이 법규로서 간주되고⁸⁹⁾ 그 결과 규범통제절차에서 그에 대한 심사가 허용되는 경우에 있어서 지방자치단체는 법규성을 갖는 당해 계획이 헌법상 지방자치단체에게 보장된 계획고권(Planungshoheit)을 침해하였음을 이유로 규범통제를 신청할 수 있는 권리를 가지게 된다.⁹⁰⁾ 자연인과 법인이 규범통제를 신청하는 경우에는 그에 대한 손해(Nachteil) 내지 불리가 이미 발생하였거나 조만간에 발생할 것이 확실하여야 한다. 특히 행정소송법은 추상적 규범통제를 통하여 지방자치단체의 관할 (Zuständigkeit)에 대한 분쟁의 발생을 전제로 하고 있음을 알 수 있다. 즉, 주의 고등행정법원은 당해 법규를 제정한 주와 그 법규로 인하여 그 관할권이 침해되었음을 주장하는 지방자치단체 등의 공법상 법인에게 의견진술의 기회를 부여할 수 있도록 하고 있어(동법 제47조 제2항 제3문),

89) 주 및 지방계획은 형식적 법률, 조례 또는 법규명령과 같은 여러 종류의 법적 형태를 취하고 있어 그 법적 성질이 명확하지 않다. 법률의 성질을 갖는 것으로 Baden-Württemberg주계획법 제25조 제1항 및 제27조 제1항에 의한 주개발계획(Landesentwicklungsplan), 조례의 성질을 갖는 것으로 Baden-Württemberg주계획법 제28조 제3항에 의한 지방계획(Regionalplanung), 법규명령의 성질을 갖는 것으로는 Bayern주계획법 제14조 제3항에 의한 주개발지침(Landesentwicklungsprogramm)이 있다.

90) Vgl. Erbguth, Raumordnungs und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, M500 Rn. 68; Hoppe, das Recht der Raumordnung und Landesplanung in Bund und Ländern, Rn. 397.

추상적 규범통제의 신청을 통하여 주와 지방자치단체간의 비헌법적 관할권 분쟁을 해결하는 제도로서의 기능을 긍정하고 있는 것이다.

② 행정소송에 의한 다툼

지방자치단체는 일반 행정소송의 방식으로 주의 처분에 대한 불복을 제기할 수 있다. 즉, 주건설성에 의한 도로·공항 등 건설계획의 확정 등과 같은 주행정관청의 행정처분으로 인하여 고유의 재산상 권리 또는 지방자치고권상 권리를 침해당한 경우에 지방자치단체는 행정법원에 형성소송·확인소송·중지소송 등을 제기할 수 있다.⁹¹⁾ 취소소송으로 다룰 수 있는 경우로 먼저 지방자치단체에 대한 국가(주)의 감독권행사가 위법임을 다투는 소송을 들 수 있다. 이때 소의 대상은 지방자치단체의 처분에 대한 국가의 시정명령·직권취소·정지, 지방자치단체의 법률행위에 대한 국가의 승인유보, 지방자치단체의 법률상 의무해태에 대한 국가의 이행명령이나 대집행 등이 될 것이다. 또한 지방의회의 기능장애로 인하여 행정수행이 불가능한 경우에 국가감독기관에 의한 지방의회의 해산⁹²⁾ 등의 위법을 다투는 취소소송도 지방자치단체에게 인정된다. 그리고 확인소송으로 다룰 수 있는 경우로 주와 지방자치단체간에 공법상 계약이나 기타 위임에 의하지 아니한 공법상의 사무처리로 인해 형성된 법률관계에 관한 분쟁이 있다. 마지막으로 이행소송·중지소송으로 다룰 수 있는 경우로는 주행

91) BVerwGE 56, 110ff.; 75, 214; 김원주, 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991. 87면 참조.

92) 그 법적 성질은 행정행위로 본다.

정관청이 법률상 의무화된 조치를 이행하지 않을 경우 지방자치단체는 이행소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라 그 위법·부당한 행위의 중지를 요구할 수 있다. 이 소송은 주와 지방자치단체간의 공법상 계약에 관한 분쟁이 있는 경우에도 가능하다. 또한 지방자치단체가 위임사무를 처리하는 경우에 주행정관청의 훈령에 대하여는 항고소송을 제기할 수 없으나, 주관청이 법률상 허용된 훈령권의 범위를 넘어선 경우에는 자치행정권의 침해를 이유로 그 훈령에 대한 항고소송은 허용된다고 할 것이다.⁹³⁾ 국가의 법적 감독에 있어 그 범위를 벗어난 경우도 마찬가지일 것이다.⁹⁴⁾

(2) 오스트리아

1) 권한쟁의의 인정범위

가. 권한쟁의의 개념·내용 및 당사자

헌법재판소⁹⁵⁾는 법원과 행정청간의 권한분쟁, 특히 행정법원과 헌법재판소간의 분쟁을 포함한 행정법원과 다른 모든 법원간 및 민·형사사건을 전담하는 통상법원과 다른 법원간의 권한분쟁 그리고 연방과 주간 및 주 상호간의 권한분쟁에 대하여 재판한다(연방헌법 제138조 제1항). 뿐만아니라 헌법재판소는 입법권 또는 집행권의 행사가 연방의 관할에 속하는지 아니면 주의 관할에 속하는지 여부에 대하여 연방정부 또는 주정부의 청구가 있는 경우

93) BVerwGE 19, 121; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1987, S. 195.

94) 김원주, 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991. 87/89면 참조.

95) 오스트리아 헌법재판소의 발전경위에 대하여는 문홍수/신봉기, 세계각국의 헌법재판제도, 1994. 15/18면 참조.

에 그 확인을 할 권한을 가진다(연방헌법 제138조 제2항). 헌법재판소는 앞에서 열거한 기관간의 권한분쟁이 있는 경우에 재판할 권한이 있다.⁹⁶⁾ 이는 헌법재판소가 국가기관의 권한분배의 다툼(Kompetenzkonflikt) 뿐만 아니라⁹⁷⁾ 연방과 주 사이의 관할권다툼(Zuständigkeitskonkurrenz)의 문제까지도 포함하고 있는 것을 의미한다. 위의 각 분쟁 유형 중 연방과 주간 및 주 상호간의 권한분쟁은 연방쟁송에 해당한다.⁹⁸⁾ 따라서 우리나라의 권한쟁의에 해당하는 유형은 연방쟁송을 제외한 것으로서 법원과 행정청간의 권한분쟁, 행정법원과 헌법재판소를 포함한 다른 모든 법원간의 권한분쟁 및 통상법원과 다른 법원간의 권한분쟁을 포함하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 이는 당사자에 있어 차이는 있으나 우리나라의 국가기관 상호간의 권한쟁의에 해당하는 차원의 것으로서 국회와 중앙선거관리위원회를 제외한 것을 뜻하는 것이다.

우리나라와 달리 오스트리아의 권한쟁의는 입법권에게는 인정되지 않는다. 입법기관과 명령제정권한을 가진 기관간의 권한쟁의는 연방헌법 제138조 제1항이 정한 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 권한에 속하는 것이 아니라, 이와는 별도로 연방헌법 제139조 및 제140조에 의하여 헌법재판소에게 인정된 법률 및 명령의 위헌·위법심사권(Gesetzesund Verordnungsprüfungskompetenz)에

96) Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Aufl., 1988. S.356, Rn. 1082.

97) 오스트리아의 경우 헌법재판소법에서 인정된 소극적 권한쟁의는 관할권없음의 주장에 대한 다툼으로서 국가기관간의 관할권다툼으로서의 성질도 갖는다.

98) 연방쟁송에 유사한 형태로서 감사원(연방헌법 제126a조)과 검찰(연방헌법 제148f조)간의 권한에 대한 확인권한도 헌법재판소의 관할에 속한다.

기한 판단을 통하여 해결될 수 있도록 하고 있기 때문이다.

그리고 연방헌법은 권한쟁의와 연방쟁송을 헌법재판소의 권한으로 규정하고 나머지 지방자치단체와 정부간의 공법상의 분쟁은 연방헌법에 의하여 별도로 설치된 행정재판소에서 관장하도록 하고 있음이 특징이다(연방헌법 제129조). 또한 연방헌법은 지방자치 단체에게 감독청의 결정에 대하여 불복이 있는 경우에 행정재판소에 행정소송을 제기할 수 있는 정당한 권한을 인정하고 있는 것과 같이(동법 제119a조 제9항) 일종의 항고소송의 방식으로 지방자치단체와 정부와의 공법상 분쟁을 해결하고 있다.⁹⁹⁾

나. 권한쟁의와 연방쟁송의 절차

(가) 권한쟁의의 절차

쟁의당사자간에 관할다툼이 있는 경우 권한쟁의심판절차가 개시됨으로써 관계법원에 계속중인 재판절차는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 중단된다(헌법재판소법 제42조 제5항, 제43조 제5항, 제47조 제4항). 변론이 행하여지면 청구인과 피청구인 및 기타 이해관계자를 소환하여야 하며, 그 당사자가 행정청이든 법원이든 관계가 없다. 다만, 소환을 받은 당사자가 그 변론절차에 출석하는 것이 의무적인 것은 아니다(동법 제19조, 제45조, 제49조, 제50조 제2항). 헌법재판소는 권한쟁의심판을 함에 있어서 어느 기관에 관할권이 있는지를 선고한다.¹⁰⁰⁾ 나아가 이 재판결론에 반하는 행위는 그것이 행정청의 행위든 법원의 행위든 관계없이 그 취소를 선고하여야 한다(동법 제51조).¹⁰¹⁾

99) 오스트리아의 지방자치제도에 대하여는 신봉기, 오스트리아의 지방자치제도에 관한 고찰, 법조 1990. 4. 55/68면 참조.

100) Walter/Mayer, aa.O., S. 1088. 참고로 지방자치단체 공무원의 파면취소와 그에 따른 보수청구와 관련하여, 헌법재판소는 “보수지급청구인이 그 근무관계에 따른 보수청구에 관하여 판단하는 것은 주정부에 관할권이 있다. 이전에 한 당해 주정부의 결정은 이를 취소한다”는 취지의 주문으로써 그 판시를 하고 있다(Vgl. VfSlg 2429).

(나) 연방쟁송의 절차

또한 헌법재판소는 연방정부 또는 주정부의 청구에 의해 입법권 또는 집행권의 행사가 연방의 관할인지 주의 관할인지에 대하여 확인한다(연방헌법 제138조 제2항). 그리고 헌법재판소는 연방정부나 관계 주정부의 청구에 의해 연방과 주간의 협정이 체결되었는지의 여부나 그 협정에 따른 의무가 이행되었는지의 여부에 대하여 재판한다(연방헌법 제139a조). 권한확인절차는 연방정부 또는 주정부의 청구에 따라 개시하고, 그 청구는 입법사무 또는 집행사무가 연방 또는 주의 관할에 속하는지 여부에 대하여 확인을 구하는 것이다(헌법재판소법 제53조). 입법권의 관할이 문제되는 경우에는 입법부에 의한 의결대상이 되는 법률안을 쟁송대상에 포함시켜야 한다(동법 제53조). 집행권의 관할이 문제되는 경우에는 그 청구에 있어서 그 집행권의 내용이 명령(Verordnungen)인지 아니면 기타의 집행행위인지에 따라 청구서의 표시내용이 달라진다. 집행권에 의하여 제정된 명령으로 인해 연방쟁송이 야기된 때에는 당해 명령안을 대상으로 하여 명령을 제정한 행정청을 표시하여야 하고, 기타 집행행위로 인해 쟁송이 야기된 때에는 그 행위 요건 및 결정을 행한 행정청을 표시하여야 한다(동법 제55조). 이 경우 연방쟁송에 대한 재판은 권한의 확인에 그친다(동법 제53조). 이러한 권한충돌이 있는 경우 헌법재판소법은 제53조 내지 제56조에서 상세한 내용을 규정하고 있다. 또한 헌법재판소는 연방쟁송으로써 감사원과 검찰의 권한확인을 할 권

101) 그런데 실제에서는 이 유형의 권한쟁의가 큰 역할을 하지 못하고 있다는 회의적인 견해가 있다. Walter/Mayer, a.a.O., S. 1088. 예컨대 헌법재판소는 “지방자치단체의 장이 행한 결정을 근거로 공용수용에 대한 보상금을 지급한 어느 부부에게 그 보상금의 일부를 반환하도록 한 정부(연방도로청)의 요구에 대한 재판관할권은 통상법원에 속한다. 이에 반한 Linz고등법원 및 Wels지방법원의 결정은 취소한다.”는 내용의 판시를 한 바 있다. VfSlg 8065.

한도 가진다.¹⁰²⁾

2) 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의

가. 적극적 권한쟁의

오스트리아 헌법재판소법은 각 국가기관간의 권한분쟁을 적극적 권한쟁의(*bejahender oder positiver Kompetenzkonflikt*)와 소극적 권한쟁의(*verneinender oder negativer Kompetenzkonflikt*)로 구분하여 규정하고 있다.

(가) 법원과 행정청간의 권한쟁의

법원과 행정청이 동일한 사안에 있어 동일한 결정을 요구하거나 각자 그 사안을 결정함으로써 인하여 발생한 권한충돌의 결정을 구하는 신청은 본안에 대한 확정력 내지 기판력있는 결정(*rechtskräftiger Spruch*)이 아직 내려지지 않은 경우에 한하여서만 제기할 수 있다(헌법재판소법 제42조 제1항). 여기서 “동일한 사안”이란 동일한 일반적 법규를 법원과 행정청이 동일하게 적용하게 되는 당해 사안을 의미하고, 동일한 결정을 “요구”한다는 것은 일방 기관이 특정 사안에 대한 결정을 목적으로 절차를 개시하게 되는 권한을 말한다.¹⁰³⁾ 또한 권한쟁의의 청구시기와 관련하여 헌법재판소는 기판력있는 법원의 재판이 있게 된 경우에 비로소 더 이상 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 보고 있는 데 대하여,¹⁰⁴⁾ 권한쟁의는 관계 당사자인 법원과 행정청의 기판력 내지 확정력 있는 사안종료로써 청구가능성이 소멸된다고 보는 견해도 있다(동법 제42조 제1항, 제43조 제1항 및 제2항).¹⁰⁵⁾ 그리고 법원과 행정청간에 적극적 권한쟁의가 발생한 경우에 당장의 당해 권한

102) 감사원에 대하여는 연방헌법 제126a조와 헌법재판소법 제36a조 이하에서, 검찰에 대하여는 연방헌법 제148f조에서 정하고 있다.

103) Walter/Mayer, a.a.O., S. 1080.

104) Vgl. VfSlg 1643.

105) Walter/Mayer, a.a.O., S. 1080. 학설상으로도 다툼이 있다.

에 따른 절차의 진행을 어느 기관이 할 것인지가 문제가 되나, 이 경우에는 법원이 수행하도록 하고 타방 당사자인 행정청은 그 절차를 중단하여야 하며 상급행정청에 이를 보고하여야 한다고 보고 있다. 권한쟁의심판을 요구하는 청구서는 연방 또는 주의 관할 상급행정청이 공식적인 통보를 받은 후 4주 이내에 헌법재판소에 제출할 수 있고(동법 제42조 제2항), 그 사실을 법원에 통지하여야 한다. 그로부터 법원은 헌법재판소의 재판이 있을 때까지 그 절차의 진행을 중단하여야 한다. 그 기간을 넘기면 당해 법적 문제에 대한 판단권은 법원의 관할에 속하게 된다(동법 제42조 제4항 및 제5항). 이 경우 직접 당사자의 청구권을 추가적으로 허용하고 있다. 즉, 일차적 청구권한이 있는 상급행정청이 권한쟁의의 심판청구를 하지 않고 그 기간을 도파하는 경우 그로부터 4주 이내에 직접 당사자인 행정청이 스스로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(동법제48조).¹⁰⁶⁾

(나) 행정법원과 다른 모든 법원간 및 통상법원과 다른 법원간의 권한쟁의

행정법원과 기타 법원간 또는 행정재판소와 헌법재판소 자신간 또는 마지막으로 민·형사법원인 통상법원과 기타 법원간에 있어서 일방 당사자가 일정한 사안에 대한 동일한 결정을 요구함으로써 인하여 권한충돌이 발생한 경우에는 헌법재판소가 재판을 하여야 하나, 이 경우 당해 법원이 아직 본안에 관한 기판력있는 판결(rechtskräftiger Spruch)을 내리지 않는 경우에만 가능하다(동법 제43조 제1항). 이 때 분쟁당사자인 법원이나 기타 적법한 참가자격이 있는 행정청과 당사자가 권한침해의 사실을 고지하거나 또는 소송기록의 내용상 권한충돌의 사실이 알려진 경우에는 헌법재판소는 바로 당해 권한쟁의에 관한 재판을 하여야 한다(동법 제43조 제3항).

106) VfSlg 11.925.

(다) 연방과 주간 및 주 상호간의 연방쟁송

연방쟁송의 당사자인 각 주 또는 주와 연방이 동일한 행정사무를 놓고 그 처분권 또는 결정권(VerfügungsoderEntscheidungsrecht)을 주장함으로써 관계 주간 또는 주와 연방간에 권한충돌이 발생한 경우에는 각 관련 정부가 그 심판청구를 할 수 있다(동법 제47조 제1항). 여기서 쟁송당사자인 연방과 주는 연방과 주의 각 행정청 즉, 집행부로서의 정부(Regierung)를 의미한다. 당사자인 정부는 안 날로부터 4주 이내에 심판 청구를 하여야 하고, 곧바로 이를 분쟁의 상대방에게 통지하여야 한다. 헌법재판소에 연방쟁송을 제기함으로써 당해 연방 또는 주의 행정청에 계속 중인 절차는 중단된다(동법제47조 제3항 및 제4항).

나. 소극적 권한쟁의

(가) 법원과 행정청간, 행정법원과 다른 모든 법원간 및 통상법원과 다른 법원간의 권한쟁의

동일한 사안에 대하여 법원과 행정청간, 행정법원과 기타 법원간, 행정법원과 헌법재판소 자신간 또는 통상법원과 기타 법원간에 있어서 일방 당사자가 관할을 거부함으로써 발생한 소극적 권한쟁의의 심판청구는 관련된 일방 당사자만이 제기할 수 있다(동법 제46조 제1항). 여기서 당사자간의 다툼이 “동일한 사안”에 대한 것이어야 함을 요하지만, 실제상 쟁의전제로서의 “사안의 동일성”의 존부에 관한 판단은 비교적 유연하게 해석되고 있다. 그 이유는 곧 관할권의 분배라고 하는 것은 행정청이 행정법규를 근거로 판단하는 것과 이와 달리 독립한 법원이 적법성 여부를 판단하는 것은 그 결과에 있어 달리 평가되어질 수 있고, 그것은 법원에 의한 판단이 당해 사안의 실체법적 요소에 의존함으로써 인하여 행정청의 판단과 일정한 차이점이 있을 수 있는 것은 당연한 것임을 의미하므로 이 점을 너무 엄격하게 하여 관할권의 분

안심사를 억제하는 것은 타당하지 않다는 데에 있다.¹⁰⁷⁾ 또한 권한을 “거부”한다는 것은 절차법상 규정되어 있는 이른바 관할권 없음을 이유로 한 환송 등의 형식으로 표현되는 경우에 이루어지는 것이다.

(나) 연방과 주간 및 주 상호간의 연방쟁송

쟁송의 당사자인 각 주 또는 주와 연방이 동일한 행정사무를 놓고 그 처분권 또는 결정권의 행사를 거부함으로써 관계 당사자간에 권한충돌이 발생한 경우에는 거부를 당한 당사자는 연방쟁송을 청구할 수 있다(동법 제50조 제1항).

(3) 스페인

1) 권한쟁의의 인정범위

가. 권한쟁의의 개념·내용 및 당사자

권한쟁의라 함은 헌법에 의하여 직접 부여받은 권한(Kompetenzen) 또는 관할(Zuständigkeiten)에 대한 분쟁과 자치법규 또는 조직법 및 국가와 지방자치단체의 독자적 영역을 구분짓는 일반법률에 대한 분쟁을 의미한다(헌법재판소법 제59조 전단). 헌법은 헌법재판소¹⁰⁸⁾로 하여금 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 대한 재판권을 인정하고 있다(헌법 제161조 제1항 c호). 그런데 헌법재판소법 제59조 후단은 이를 보다 구체화하여 분쟁의 당사자를 특정하고 있다. 즉, 권한쟁의의 당사자는 ① 국가와 지방자치단체간, ② 지방자치단체 상호간 및 ③ 정부와 하원·상원·사법부간 또는 행정부·하원·상원·사법부 상호간 즉, 국가의 헌법기관 상호간으로 정하고 있다. 그러므로 스페인 헌법재판소는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간

107) VfSlg 2429.

108) 스페인 헌법재판소의 지위에 대하여는 문홍수/신봉기, 세계각국의 헌법재판제도, 1994. 81/84면 참조.

및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 담당하는 우리나라의 헌법재판소와 거의 유사한 형태의 권한분쟁을 그 대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

한편 이에 더하여 스페인 헌법재판소법¹⁰⁹⁾은 앞에서 정한 형태의 권한분쟁의 유형을 전 2자인 국가와 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의와 나머지 하나인 국가의 헌법기관 상호간의 권한쟁의로 구분하고 있고, 또한 전 2자를 다시 적극적 분쟁(Conflictos Positivos)과 소극적 분쟁(Conflictos Negativos)으로 구분한다. 여기서 주의할 것은 우리나라의 입법태도에 비추어 보면 헌법 및 헌법재판소법에서 인정한 세가지 유형을 스페인의 헌법재판소법에서도 모두 규정하고 있어 이들 3종류를 합하여 권한쟁의심판에 포함시킬 수 있지만, 앞에서 본 독일과 오스트리아의 법제에 비추어 보게 되면¹¹⁰⁾ 마지막 유형인 국가기관 상호간 즉, 정부와 하원·상원·사법부간 또는 행정부·하원·상원·사법부 상호간의 권한분쟁만이 권한쟁의(Organstreitigkeiten)에 해당하게 되고¹¹¹⁾ 전 2자의 유형의 권한분쟁은 본래적 의미의 권한쟁의 관념¹¹²⁾에 포함되지 않게 되는 스페인 특유의 제도를 두고 있는 것임을 알 수가 있다. 뿐만 아니라 스페인의 헌법 및 헌법재판소법을 보면, 헌법에서는 소위 본래적 형태의 권한쟁의라고 할 수 있는 국가의 헌법기관 상호간의 권한분쟁은 전혀 찾아볼 수가 없고 오히려 특유한 형태에 해당하는 국가와 지방자치단

109) 정식의 명칭은 헌법재판소조직법(Organgesetz über das Verfassungsgericht)이다.

110) 독일과 오스트리아에서의 권한쟁의(Organstreitigkeiten)의 개념 내지 범위는 “국가기관 상호간의 권한분쟁”에 그치고 있다. 달리 정하고 있는 유형들은 모두 연방쟁송에 해당하는 것들이다.

111) 실제로 이러한 태도를 취하고 있는 것으로는 Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband II, S II 2, S. 49 참조.

112) 독일과 오스트리아에서는 “국가기관 상호간의 권한쟁의”가 권한쟁의의 본래적 형태라고 할 수 있다.

체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의만을 규정하고 있다. 그렇다면 스페인에 있어서 국가기관 상호간의 권한쟁의는 헌법이 아닌 법률 즉, 헌법재판소법에 의하여 인정되고 있는 것임을 알 수 있다. 이 점에 있어서 입법상 의문이 있을 수 있으나, 다행히 헌법은 헌법재판소의 관장사항을 헌법과 헌법시행법률이 달리 정하는 경우까지 확대함으로써(헌법 제161조 제1항 d호) 이 문제를 해결하고 있다. 헌법재판소법이 헌법시행법률에 포함됨은 물론이다.

또한 헌법은 국가와 지방자치단체간에 권한분쟁이 발생한 경우에 있어 이를 헌법재판소에 권한쟁의심판의 청구를 하기 전에 앞서 정부에게 당해 지방자치단체의 기관이 의결한 입법 및 결정을 취소할 수 있도록 하여 지방자치단체에 대한 감독기관으로서의 지위에 기한 통제권한을 인정하고 있음이 특징이다. 다만, 정부의 이러한 취소는 당해 자치입법 또는 결정을 무효로 만드는 것이 아니라 단순히 그 효력을 정지시키는 것에 그친다. 이때 헌법재판소는 그 취소일로부터 5월 이내에 이를 추인하거나 그 정지를 취소할 수 있다(헌법 제161조 제2항).

나. 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의¹¹³⁾와 국가기관 상호간의 권한쟁의

(가) 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의

국가와 지방자치단체간의 권한쟁의는 국가기관 또는 지방자치단체의 행정기관이 제기하며, 일정한 경우(소극적 권한쟁의)에는 관계되는 자연인이나 법인도 제기할 수 있다(헌법재판소법 제60

113) 헌법재판소법은 제4장 제2절에서 “국가기관과 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의”라고 규정하여 본 유형의 권한쟁의와 함께 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 그 적용법조에 있어 동일하게 하고 있다. 따라서 이 부분의 논의는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에도 동일하게 적용된다.

조). 여기서 권한쟁의의 대상은 국가기관이나 지방자치단체의 기관이 제정한 입법(Bestimmungen), 결정(Beschlüsse) 또는 처분(Handlungen)과 그 부작위이며, 이에 대한 권한쟁의가 헌법재판소에 제기된 경우에는 당해 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 판결이 있을 때까지 그 입법, 결정 또는 처분을 집행할 수 없다. 헌법재판소의 판결¹¹⁴⁾은 모든 공권력을 기속하며 일반적 효력(Wirkung erga omnes)을 갖는다(헌법재판소법 제61조). 헌법재판소가 판결을 함에 있어 그 심리에서 소수의견(Sondervoten)¹¹⁵⁾이 있는 경우에는 관보에 이를 공시하여야 한다(헌법 제164조 제1항). 헌법재판소의 판결은 공고한 날의 익일로부터 기판력을 가지며 그 판결은 다시 취소할 수 없다. 헌법재판소법은 이 유형의 권한쟁의를 적극적 분쟁과 소극적 분쟁으로 구분하고 있다. 그에 대하여는 뒤에서 보기로 한다.

(나) 국가기관 상호간의 권한쟁의

국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서 당사자인 행정부·하원·상원·사법부 중 어느 기관이 헌법 또는 조직법에 의하여 자기에게 부여된 관할권을 다른 기관이 행사하고 있다고 판단하는 경우에 당해 헌법기관은 그 기관에게 관할권위반에 기한 권한행사를 기초로 한 결정이 자기의 관할권을 침해하였다는 사실을 통지하고 그 결정을 철회할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해 청구기관은 그 결정이 있음을 안 날로부터 1월 이내에 통지 및 철회요구를 하여야 한다(헌법재판소법 제73조 제1항). 그 통지를 받은 기관이 자기의 관할권에 기한 것으로 그 권한행사가 합헌·합

114) 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서는 법률 또는 법률대위규범에 대한 위헌판결도 가능하다(헌법 제164조 제1항 제2문). 이 경우 헌법재판소가 판결에서 달리 정하지 않는 경우에는 위헌선언과 관련없는 당해 법률의 나머지 부분은 그 효력을 지속한다(헌법 제164조 제2항).

115) 소수의견에 대하여는 신봉기, 헌법재판에 있어서의 소수의견제도, 고시연구 1994. 9. 50/72면 참조.

법적이라고 주장하거나 또는 통지일로부터 1월 이내에 이러한 자신의 주장을 수정하지 않는 경우에는, 하자있는 권한행사임을 주장하는 청구기관이 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그 청구는 침해된 규정을 표시하여 서면으로 소장을 제출하고, 피청구기관에 의한 권한행사가 관할권위반으로 위헌이라는 내용의 이유를 붙여야 한다. 소장에는 필요한 증거 및 서류의 공증사본을 첨부하여야 한다(동법 제73조 제2항). 헌법재판소는 소장이 접수된 후 10일 이내에 그 사본을 피청구기관인 다른 헌법기관에게 송부하고, 1월 이내에 그 기관으로 하여금 의견을 제출할 수 있도록 한다. 또한 헌법재판소는 이러한 헌법분쟁에 참가할 정당한 권한이 있는 다른 모든 기관에게 그 사본을 송부하고 출두를 명할 수 있다. 정당한 참여권한이 있는 기관들은 계속중인 당해 권한쟁의의 해결이 자신의 관할권에 어떤 형태로든 영향을 미칠 것이라고 판단하는 경우에는 청구인 또는 피청구인의 보조를 위하여 당해 쟁의절차에 나설 수 있다(동법 제74조). 헌법재판소는 당사자에게 재판에 대해 필요하다고 판단되는 모든 정보나 진술 또는 보다 정확한 자료를 요청할 수 있다. 그리고 헌법재판소는 그 재판기간에 있어서 제한을 받는다, 의견제출기한인 10일이 도과된 날 또는 보충적인 정보나 진술 또는 정확한 자료제출을 위하여 추가로 허가된 기간¹¹⁶⁾이 도과된 날로부터 1월 이내에 재판을 종결하여야 한다. 헌법재판소는 판결로써 문제된 당해 헌법상 관할이 어느 기관에게 속하는지를 결정하고, 그 관할권에 반하여 행해진 행위가 무효임을 선언하며, 나아가 그 위법행위로 인하여 형성된 법상태를 고려하여 가장 합당한 구제책을 강구하도록 명할 수 있다(동법 제75조).

2) 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의

가. 적극적 권한쟁의

116) 추가로 허가된 기간은 어떠한 경우에도 30일을 초과할 수 없다.

(가) 지방자치단체에 대한 정부의 적극적 권한쟁의의 청구

정부는 지방자치단체의 입법 또는 결정이 헌법·지방자치법 또는 관계 조직법상 규정된 권한체계(Kompetenzordnung)를 침해하였다고 판단하는 경우에는 2월 이내에 헌법재판소에 직접 권한쟁의(Kompetenzstreitigkeit)의 심판을 청구할 수 있다. 그런데 정부는 이러한 권한쟁의를 청구하기 이전에 상급기관에 의한 시정요구를 통한 구제의 방법을 취할 수 있다(동법 제62조).¹¹⁷⁾

(나) 국가기관에 대한 지방자치단체의 적극적 권한쟁의의 청구

지방자치단체의 최고행정기관¹¹⁸⁾은 국가기관 또는 다른 지방자치단체의 기관이 행한 입법이나 결정 또는 처분이 헌법·지방자치법 또는 관계 법률에서 규정한 권한체계에 불합치한 결과 자기의 고유사무를 침해하는 경우에는 침해기관인 당해 지방자치단체 또는 국가에 대하여 당해 입법을 개정하거나, 당해 결정 또는 문제된 처분을 취소할 것을 요청할 수 있다(동법 제63조 제1항). 이 경우 요청기관은 당해 입법이 공포되었거나 결정 또는 처분이 통고된 날로부터 2월 이내에 관할권흡결에 의한 침해를 이유로 하여 당해 기관이 관할권없음을 주장(Unzuständigkeitsersuchen)하여야 한다. 또한 구체적 적용행위를 원인으로 하여 분쟁이 발생한 때에는, 요청기관은 정부(중앙정부) 또는 다른 지방자치단체의 최고행정기관에 직접 그 관할권없음을 주장하여야 한다.¹¹⁹⁾ 관할권없음을 주장함에 있어서는, 관할권흡결로 인하여 하자있는 것으로 인정된 당해 입법규정이나 당해 결정 또는 처분의 구체적 문제점 및 하자판단의 근거가 된 헌법 또는 법률의 규정을 분명히 서면으로 기재하여야 한다(동법 제63조 제3항). 피요청기관은

117) 그러나 이 규정이 헌법 제161조 제2항에 의해 정부에 주어진 권한을 침해하는 것은 아니다.

118) 권한쟁의에 있어서는 지방자치단체의 장을 의미하는 것으로 보인다.

119) 그러나 후자의 경우 중앙정부에도 알려야 한다.

그 요청이 이유 있다고 판단하는 경우에는 그 요청을 받은 날로부터 늦어도 1월 이내에 이를 심의하여야 하고, 그 심의사항을 요청기관에 통보하여야 한다. 이 경우 요청기관이 통보를 받을 입장에 있지 아니한 경우에는 정부에 이를 통보하여야 한다. 이에 반하여 피요청기관이 이를 이유없다고 판단하는 경우에는 1월 이내에 이를 기각하여야 한다. 이 기간이 경과 하였는데도 그 요청이 심의에 들어가지 않은 경우에는 이를 기각한 것으로 본다. 이 때 요청기관이 그 결과에 대하여 불만이 있는 경우에는, 그 요청이 기각되었음을 송달받은 때로부터 또는 일정기간(요구받은 후 1월)이 경과한 때로부터 1월 이내에 헌법재판소에 권한쟁의심판의 청구를 할 수 있는 바, 이 때에는 당해 요청절차가 기각되었음을 확인하고 그 요청을 뒷받침할 법적 근거를 제시하여야 한다(동법 제63조 제5항).

(다) 적극적 권한쟁의의 심판절차

① 권한쟁의심판의 개시

헌법재판소는 심판청구 후 10일 이내에 정부 및 당해 지방자치단체에 대하여 권한쟁의심판이 계류되었음을 통지하여 이를 알리고, 기간을 정하여 필요한 근거자료와 의견서를 제출할 수 있도록 한다. 이 때 그 기간은 20일을 초과하지 않아야 한다(동법 제64조 제1항).

② 집행정지

정부가 지방자치단체의 입법 또는 결정 등의 사항을 수리한 후 헌법 제161조 제2항을 근거로¹²⁰⁾ 즉, 권한쟁의의 제소에 앞서 자

120) 헌법 제161조 제2항은 국가와 지방자치단체간에 권한분쟁이 발생한 경우에 헌법재판소에 권한쟁의를 제소하기에 앞서 정부가 그 자치단체의 입법이나 결정을 사전에 취소할 수 있도록하고 있는바, 그 취소는 당해 자치입법이나 결정의 효력을 정지시킴에 그치고, 그 취소일로부터 5월 이내에 헌

치입법이나 결정에 대한 취소권을 행사함으로써 효력이 정지되어 이에 대한 권한쟁의가 제기된 경우에 있어서, 헌법재판소가 정부의 정지결정을 형식적으로 추인하는 때에는 직접 당해 자치입법이나 결정 또는 그 분쟁의 원인이 된 당해 처분의 효력이 정지된다(동법 제64조 제2항). 이 경우 자치입법이나 결정을 정부가 취소함으로써 인하여 당사자간에 권한쟁의가 발생한 경우에 있어서, 권한쟁의심판이 개시된 지 5월 이내에 판결이 내려지지 않을 때에는 헌법재판소는 동 기간내에 관할권없음을 이유로 정부가 취소한 처분이나 결정 또는 입법에 대한 효력정지를 그대로 유지시킬 것인지 아니면 그 정지를 다시 취소할 것인지에 대하여 그 이유를 붙여 결정으로써 이를 판단하여야 한다(동법 제65조 제2항). 기타의 경우에는 청구기관은, 침해에 따른 원상회복이 불가능하거나 또는 어렵다는 이유를 들어 헌법재판소에 대하여 권한쟁의의 대상인 입법이나 결정 또는 처분의 정지를 요구할 수 있다. 이 때 청구기관은 집행정지를 청구할 수 있고, 헌법재판소는 이에 대하여 그 가부를 자유로이 결정할 수 있다(동법 제64조 제3항). 헌법재판소는, 정부가 권한쟁의심판을 청구하여 그 것이 헌법재판소에 계류중이라는 사실 및 경우에 따라서는 권한쟁의대상인 자치입법·결정·처분이 헌법재판소에 의하여 정지결정되었다는 사실을 이해관계인에게 통지하여야 하고, 헌법재판소의 공보에 이를 공표하여야 한다(동법 제64조 제4항).

③ 자료제출 등

헌법재판소는 당사자에게 재판을 위해 필요하다고 판단되는 모든 정보나 진술 또는 보다 정확한 자료를 요청할 수 있다. 그리고 헌법재판소는 그 재판기간에 있어서 제한을 받는바, 의견제출기한이 도과되거나 또는 보충적인 정보나 진술 또는 정확한 자료제출을 위하여 추가로 허가된 기간이 도과된 날로부터 15일 이내

법재판소가 이를 추인(bestätigen) 또는 그 정지의 취소를 할 수 있도록 하고 있다.

에 재판을 종결하여야 한다(동법 제65조 제1항).

(라) 적극적 권한쟁의의 판결

헌법재판소는 판결에서 분쟁이 된 당해 권한의 주체가 어느 기관인지를 확인하고, 경우에 따라서는 분쟁의 원인이 된 당해 근거입법규정이거나 결정 또는 처분의 취소를 명할 수 있다. 이와 함께 헌법재판소는 당해 판결의 결과 초래될 상황 및 법상태(Sachund Rechtslage)를 고려하여 필요한 처분을 할 수 있다(동법 제66조).

(마) 특별심판절차

문제된 권한이 법률 또는 법률대위규범을 근거로 인정된 것인 때에는 당해 권한쟁의는 처음부터 또는 경우에 따라서는 피청구인의 권한 행사에 대한 불복기간을 수권법률이 규정하고 있는 때에는 그 때로부터 추상적 규범통제절차에 따라 처리된다(동법 제67조).

나. 소극적 권한쟁의

(가) 소극적 권한쟁의의 청구

① 개인 또는 법인에 의한 소극적 권한쟁의의 청구

국가의 행정기관이 개인 또는 법인이 제기한 특정사안에 대한 결정권이 지방자치단체의 관할에 속한다는 이유로 그 관할권(Zuständigkeit der Entscheidung)을 부인하는 경우에 그에 대하여 관계자인 개인 또는 법인은 관할 부처에 불복을 제기하는 등의 행정쟁송을 거친 후 당해 행정사안에 대한 결정권이 있는 지방자치단체의 합의제 행정기관에 다시 그 결정을 요구할 수 있다. 또한 반대로 지방자치단체가 국가 또는 다른 지방자치단체의 관할에 속한다는 이유로 개인 또는 법인이 제기한 특정 결정권에 대한 관할권이 없음을 주장하는 경우에 그 결정을 구하는 것도 같은 절차에 의한다(동법 제68조 제1항). 후자의 경우에 있어서 당해 결정에 관련된 행정부처는 1월 이내에 자신에게 관할권이

있음을 인정하거나 또는 이를 거부하여야 한다. 관할권을 인정하는 경우에는 제출된 청구에 대한 심의를 위한 정식절차를 이행하게 된다. 이에 반하여 그 관할권을 거부하는 경우에는 그 거부결정에 이르게 된 근거규정을 정확히 밝혀 이를 청구인에게 통지하여야 한다(동법 제68조 제2항). 그리고 당해 결정에 관련된 행정부처가 그 관할권을 거부하거나 또는 법정된 기간 이내에 자신의 관할에 속하는 결론을 내리지 않는 경우에는 관계자인 개인 또는 법인은 헌법재판소에 이를 제소할 수 있다. 이를 위하여는 거부결정이 송달된 후에는 1월 이내에 그리고 명시적으로 그 결정을 하지 않은 경우에는 제2항에서 정한 기간 이내에 소극적 권한쟁의를 허용하여 이를 재판해 줄 것을 내용으로 하는 신청서와 함께 합당한 소를 제기하여야 한다(동법 제68조 제3항). 권한쟁의 심판의 청구는 서면으로 하여야 하고, 그 청구서에는 제68조 소정의 절차를 완료하였다는 것을 입증하는 서류 및 절차진행과정상의 각종 결정을 함께 첨부하여야 한다(동법 제69조 제1항).

② 정부에 의한 소극적 권한쟁의의 청구

정부는, 정부가 먼저 지방자치단체의 최고행정기관에게 자치입법이나 기타 위임적·경과적 조직법률에 의해 지방자치단체에게 귀속된 관할권을 행사해 주도록 요구하였으나, 지방자치단체가 이 요구를 관할권없음을 선언함으로써 이를 거부한 경우에는 별도로 소극적 권한쟁의를 제기할 수도 있다(동법 제71조 제1항). 지방자치단체가 이와 같이 관할권없음의 선언을 하면, 그 권한행사를 요구받은 타방 당사자인 행정기관이 정부가 정한 1월 이내의 관할권행사기간 안에 이를 이행하지 아니한 것만으로 바로 거부된 것으로 간주된다(동법 제71조 제2항).

(나) 소극적 권한쟁의의 심판절차

① 개인 또는 법인에 의한 권한쟁의의 심판절차

헌법재판소는 관련 행정부처의 거부결정이 헌법규정, 지방자치

법, 조직법 또는 기타 정부와 지방자치단체의 권한범위를 정한 일반법률에 대한 해석차이에 기인한다고 판단하는 경우에는, 서면으로 권한쟁의의 신청이 있는 후 10일 이내에 결정으로 권한쟁의에 의하여 다툼 사건으로 되었음을 확인한다. 헌법재판소는 청구인과 관계 행정부처 및 기타 관련 공공단체¹²¹⁾에게 직접 그 결정을 송달하여야 한다. 또한 헌법재판소는 제소신청서와 그 첨부서류의 사본을 관련 행정부처에 송부하고, 모든 참가인에 대하여 분쟁의 해결을 위하여 필요한 의견을 제출하도록 1월의 기간을 확정한다(동법 제69조 제2항). 헌법재판소는 제69조 소정의 확인기간이 경과한 후 1월 이내에 그리고 경우에 따라서는 헌법재판소가 관계인에게 그 청구에 대한 해명이나 보충 또는 보다 정확한 사항을 추가하기 위하여 허용한 기간의 경과 후 1월 이내에 당해 행정관할에 관한 판결을 내려야 한다. 행정구제에 필요한 기간은 판결이 공표된 때로부터 일반기한이 새로이 개시한다(동법 제70조).

② 정부에 의한 권한쟁의의 심판절차

정부는 지방자치단체에 대한 이러한 권한행사의 요구(동법 제71조)를 명시적 또는 묵시적으로 거부한 것으로 간주한 날로부터 1월 이내에 헌법재판소에 소극적 권한쟁의를 서면으로 제기할 수 있다. 이때 그 심판청구서에는 지방자치단체에게 그 관할권에 기한 권한행사의 의무가 있다고 판단하는 헌법, 지방자치법 기타 법률의 규정을 밝혀야 한다. 헌법재판소는 그 소장의 사본을 지방자치단체의 최고행정기관에게 송부하고, 그에 대한 항변을 제출할 수 있도록 1월의 기간을 정하여야 한다(동법 제72조).

(다) 소극적 권한쟁의의 재판

헌법재판소는 위 기간이 도과하거나 또는 경우에 따라서는 국

121) 당해 사안에 관련된 단체인지 여부에 대한 판단은 헌법재판소가 한다.

가나 지방자치단체에게 해명이나 보충 또는 보다 정확한 사항을 추가하기 위하여 허용한 기간이 경과한 후 1월 이내에 그 이유 유무에 관한 재판을 하여야 한다(동법 제72조 제3항). 즉, 권한쟁의를 인용하는 경우에는 그 요청이 이유있다는 사실을 확인하여야 한다. 그리고 이 경우에는 당해 지방자치단체가 그 관할권한의 행사를 이행해야 할 기한을 밝혀야 한다. 또한 권한쟁의를 기각하는 경우에는 그 요청이 이유없다는 사실을 확인하여야 한다.

(4) 이탈리아

1) 권한쟁의의 인정범위

헌법재판소¹²²⁾는 국가기관 상호간, 국가와 지역¹²³⁾간 및 지역 상호간의 권한쟁의에 대하여 최종적으로 재판한다(헌법 제134조 제2호). 이탈리아는 단일국가로서 주를 두고 있지는 않지만, 레종(Regione)으로 불리는 광역자치단체인 ‘지역’에게 일정한 범위의 입법권한을 인정하는 등 국가권한의 상당부분을 이양해 두고 있어¹²⁴⁾ 연방국가에서의 주와 유사한 국가구성부분으로 이해되기도 한다.¹²⁵⁾ 그러나 이탈리아 헌법은 지방자치단체를 레종(광역자치

122) 이탈리아 헌법재판소의 지위에 대하여는 문흥수/신봉기, 세계각국의 헌법 재판제도, 1994. 91/95면 참조.

123) ‘지역’은 레종(Regione)으로 불리고 있으며, 국가조직상 우리나라의 광역자치단체에 유사한 것이다.

124) 지역(레종)은 19개 항목에 걸쳐 국가의 법률이 정한 기본원칙의 범위 안에서 법률을 제정할 수 있으며(헌법 제117조), 지역의회(레종의회)는 지역 단독의 법률·규칙제정권을 가지고, 국가의 양 의회에 대한 법률안제출권도 가지고 있다(헌법 제121조). 따라서 이탈리아의 지역(레종)은 부분적 입법권을 갖는다고 한다(자치행정권을 갖는 것은 물론이다). 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의, 헌법재판연구 제3권, 290면; 동인, 지방자치의 개념과 조례제정권, 한창규 교수화갑논문집, 1993. 645면이하 참조.

125) 그 결과 이를 ‘주’로 소개하는 문헌도 많이 있다. 특히 김철수편, 입법자료 교재헌법, 1985. 박영사 참조. 이 문헌으로 인하여 많은 문헌에서 지방자치단체의 하나인 ‘지역’(Regione)을 ‘주’로 사용하고 있는 듯하다. 지역에

단체)·프로빈치아(중간자치단체)·코뮤네(기초자치단체)로 구분하여 정하고 있고(헌법 제114조),¹²⁶⁾ 그 가운데 특히 “고유한 권한과 기능을 가진 자치단체” (헌법 제115조)인 레종 즉, ‘지역’을 중심으로 한 지방자치단체에 관하여 많은 사항을 규정해 두고 있다.¹²⁷⁾ 지역과 달리 중간 및 기초자치단체인 프로빈치아와 코뮤네는 “공화국의 일반법률이 정한 원칙의 범위 내에서의 자치단체”이고, 그 기능은 일반법률로 정하도록 하고 있으며(헌법 제128조), 또한 이들은 국가와 지역의 분권구역에 해당한다(헌법 제129조).

따라서 이탈리아 헌법재판소는 국가기관 상호간의 권한쟁의와 국가와 광역자치단체간 및 광역자치단체 상호간의 권한쟁의를 그 관장범위에 포함시키고 있다고 할 수 있다. 그러나 현행 헌법과 헌법재판소법에서는 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의에 관한 명문의 규정을 찾을 수가 없다.

2) 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의와 국가기관 상호간의 권한쟁의

광범위한 권한을 인정함으로써 인하여 이탈리아를 연방국가와 단일국가의 중간에 위치하는 지역국가(Etat regional)로 분류하기도 한다. 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의, 헌법재판연구 제3권, 276면 참조.

126) 이탈리아는 20개의 레종(15개의 일반레종과 5개의 특별레종)과 95개의 프로빈치아(Provincia) 및 약 8천개의 코뮤네(Commune)로 구성된다.

127) 현행 헌법은 전체 139개 조문 중 20개(제114조 내지 제133조)를 지방자치에 관하여 규정하고, 그 가운데 지역(레종)에 대하여만 13개 조문(제115조 내지 제127조)을 할애하고 있다. 이는 이탈리아의 고유한 역사적 인식이 기초한 것으로 볼 수 있다. 즉, 파시즘독재를 가져 온 최대의 원인이 중앙집권체제였다고 하는 헌법회의의 기본적 공통인식에 의한 것이라는 것이다. 오늘날 국가에 대한 신뢰보다는 지역과 코뮤네에 대한 관심이 더욱 깊어지고 있다고 한다. 이탈리아의 지방분권제도, 외국의 지방분권제도(한국 지방행정연구원 연구자료집 96-6), 1996. 112면 및 121면 참조.

가. 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의¹²⁸⁾

(가) 정부와 지역간의 권한쟁의

① 권한쟁의의 청구

여기서 지역이란 레종(Regione)이라는 광역자치단체를 의미하므로 결국 국가와 지역간의 권한쟁의는 국가와 광역지방자치단체간의 권한쟁의에 해당한다. 헌법재판소법은 정부와 지역간의 관할권다툼에 대하여 헌법재판소에 제소할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 지역이 그 행위로써 헌법상 국가¹²⁹⁾에 부여된 권한영역을 침해하는 경우에, 국가는 헌법재판소에 그 관할문제를 해결해 줄 것을 내용으로 하는 소를 제기할 수 있다. 반대로 지역도 국가의 행위로 인하여 자기의 관할영역을 침해받은 경우에는 헌법재판소에 제소할 수 있다(헌법재판소법 제39조 제1항).

② 권한쟁의의 절차

권한쟁의의 제소기간은 60일이고, 그 기산점은 문제가 된 행위가 도달되었거나 공포된 때 또는 제소기관이 그 행위를 안 때로 한다. 그 제소권자는, 국가의 경우에는 수상 또는 수상이 지정된 자이고, 지역의 경우에는 지역위원회(Regionalausschuß)의 의결을 거쳐 지역위원회의 장인 단체장이 된다. 그 소장에는 당해 권한분쟁이 어떻게 발생하게 되었는지를 밝혀야 하고, 자기의 권한영

128) 헌법재판소법은 제2장 제3절에서 “국가와 지역(Regione)간 및 지역 상호간의 권한쟁의”라고 규정하여 지역(광역자치단체) 상호간의 권한쟁의도 그 적용범조에 있어 동일하게 하고 있다. 따라서 이 부분의 논의는 지역 상호간의 권한쟁의에도 동일하게 적용된다.

129) 지역이 다른 지역의 권한영역을 침해하는 경우도 같다. 이 경우가 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 해당한다.

역을 침해한 행위 및 침해되었다고 판단되는 헌법규정을 정확하게 표시하여야 한다(동법 제39조 제2항 내지 제4항).

③ 집행정지

헌법재판소는 그 쟁의절차가 계류중인 동안에는 국가와 지역간의 권한쟁의의 원인이 된 당해 행위의 시행을 당분간 중단할 수 있다. 이 경우 결정으로써 하되 그 이유를 붙여야 한다(동법 제40조).

④ 규범을 대상으로 한 권한쟁의의 절차

특히 권한쟁의의 대상이 된 당해 행위가 규범인 경우에는 규범통제에 관한 절차를 부분적으로 적용할 수 있도록 함으로써(동법 제41조) 권한쟁의심판의 절차 외에 규범통제절차에 의하여도 간접적으로 권한쟁의를 해결할 수 있도록 하고 있다. 즉, 정부와 지역간에 상대방이 제정한 규범의 위헌성에 대한 규범통제를 통하여 권한쟁의를 해결하고자 하는 것이다. 규범통제의 방법에 의한 권한쟁의는 당사자의 신청에 의한 경우와 법원의 직권에 의한 경우로 구분된다. 먼저 당사자인 정부 또는 지역은 법원에서의 재판과정에서 특별한 신청을 통하여 상대기관이 제정한 규범의 합헌성문제에 대한 판단을 요청할 수 있다.¹³⁰⁾ 이 때 법원이 당해 소송절차가 그 규범의 합헌성문제에 대한 결정없이 종결될 수 없으며 또한 당해 적용규범의 합헌성에 대한 의심이 명백히 해소

130) 그 신청에는 위헌이라고 주장하는 국가 또는 지역(레종)의 법률 또는 법률대위규범의 관련 규정 및 침해되었음을 주장하는 헌법 또는 헌법률의 규정을 포함하여야 한다.

되지 않았다는 판단에 이른 경우에는, 그 청구 및 이유를 다시 달아 직접 헌법재판소에 그 규범의 위헌여부의 판단을 구하는 제청과 당해 법원에서의 재판절차중단조치를 결정할 수 있다. 또한 당해 사건을 담당하는 법원도 직권에 의한 결정으로 그 규범의 합헌성문제를 판단해 달라는 제청을 할 수 있으며, 그 제청서에는 위헌이라고 주장하는 규정과 침해되었음을 주장하는 규정을 포함하여야 하고 또한 결정으로 당해 재판절차중단조치를 명할 수 있다(동법 제23조 제3항).이 때 헌법재판소는, 사무국으로 하여금 그 규범에 대한 위헌제청결정이 있었음을 소송당사자 및 국가 또는 지역의 규범인지 여부에 따라 해당기관인 수상 또는 지역위원회의 장(단체장)에게 송달할 것을 명하여야 한다.¹³¹⁾그 규범에 대한 위헌제청결정이 있는 경우에 헌법재판소장은 이를 접수한 후 즉시 관보에 공시하고, 필요한 경우에는 당해 지역의 법률공보에 게재할 것을 명한다. 당사자인 관계기관은 법원의 위헌제청결정이 송달된 후 20일 이내에 사무국에 비치된 당해 서류를 열람하고 그에 대한 의견을 제시할 수 있고, 또한 수상 및 지역위원회의 장도 그 절차에 참가하여 의견을 제출할 수 있다(동법 제25조). 이러한 의견제출기간이 도과된 경우에는, 헌법재판소장은 재판관 1인을 지정하여 당해 사건의 진행과 보고서를 작성하게 하고, 그로부터 20일 이내에 헌법재판소에 그 평의를 요청한다. 당사자가 나타나지 않거나 그 제청신청이 명백히 이유없는 경우에는, 헌법재판소는 변론없이 이 사건을 재판할 수 있다. 판결은 결정을 거친 후 20일 이내에 사무국에 내려보내야 한다(동

131) 또한 사무국은 그 제청결정을 양원의회의 의장 또는 관계 지역위원회의 의장에게 통보한다(제23조 제4항).

법 제26조).

⑤ 권한쟁의의 재판

헌법재판소가 권한쟁의의 심판을 하는 때에는 국가 또는 지역 중 어느 기관에게 당해 권한이 귀속되는지를 분명히 표시하여야 하고, 이미 관할권없는 기관에 의한 행위라고 판단된 때에는 그 행위가 무효임을 선언하여야 한다(동법 제41조 및 제38조). 즉, 당사자간에 분쟁이 된 권한의 귀속문제에 대하여는 확인결정을 하고, 관할권없는 기관에 의한 행위가 행정행위인 때에는 이를 취소한다.¹³²⁾ 헌법재판소의 재판에 대하여는 다른 어떠한 불복도 인정되지 않는다(헌법 제137조 제4항).

나. 국가법률에 대한 지역법률의 위법성에 대한 정부의 권한쟁의

지역이 제정한 법률의 위법성 문제를 놓고 국가 즉, 정부와 지역(Regionen)간에 발생한 권한쟁의를 말한다. 헌법 제127조에 의하면, 공화국정부는 지역의회(Regionalrat)에서 통과된 법률이 지역의 관할을 유월하거나 국가 또는 다른 지역의 이익에 반한다고 판단될 때에는 그 법률안에 대한 이의제출기간내에 이를 당해 지역의회에 환부하고, 지역의회가 의원의 절대다수로 이를 재가결한 때에는 공화국정부는 그 사실을 통보받은 때로부터 15일 이내에 국가법률에 대한 당해 지역법률의 적법성문제에 대하여는 헌법재판소에 제소할 수 있고, 또한 당해 사안이 이익갈등의 문제

132) Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, S. 236.

인 경우에는 이를 입법기관인 양원에 제기할 수 있다. 이 경우 관할기관의 결정에 의문이 있을 때에는 헌법재판소가 그 관할을 결정한다(동조 제3항 및 제4항). 이 쟁의는 실질적으로는 일종의 위헌법률심판에 해당한다고 할 수 있다.

2) 국가기관 상호간의 권한쟁의

가. 권한쟁의의 청구

헌법재판소는 자기가 속한 국가권력의 의사를 최종적으로 선언할 관할권이 있는 기관 상호간에 분쟁이 있는 경우 및 헌법규정에 의하여 인정된 여러 국가권력간의 권한분배에 관하여 분쟁이 있는 경우에 이를 재판한다(헌법재판소법 제37조 제1항). 즉, 관할권에 관한 분쟁과 권한분배에 관한 분쟁을 심판할 권한을 갖는 것이다.¹³³⁾ 이러한 국가기관에는 광역자치단체인 지역(레종)과 중간자치단체인 프로빈치아 등은 포함되지 않으나, 양원, 정부, 의회의 위원회, 법원 및 국가조직외의 특정한 권력(예를 들면 법률의 폐지를 목적으로하여 국민투표를 발의한 권력) 등은 국가기관에 해당한다.¹³⁴⁾ 법원의 권한에 속하는 문제에 대한 재판관할을 규정하고 있는 현행법령의 규정은 그대로 효력을 가진다(동법 제37조 제2항).

나. 권한쟁의의 절차

헌법재판소는 구두변론없이 결정으로 소의 적법성 여부에 대하여 심판한다. 헌법재판소가 당해 분쟁이 청구기관에 관계된다고

133) 이와 달리 이탈리아의 권한쟁의를 권한분배의 다툼을 의미하는 것이고 관할권의 다툼을 의미하는 것이 아니라는 견해는 타당하지 않다. 정중섭, 주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2권, 1991. 65면 참조.

134) Vgl. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47.

판단하는 때에는 그 제소가 적법함을 선언하고, 관련 당사자에게 이를 송달하여야 한다. 이 경우 국가기관 상호간의 권한쟁의가 규범을 대상으로 한 경우에는 규범통제에 의한 방법으로도 권한 분쟁의 해결을 도모할 수 있도록 하고 있다(동법 제37조 제5항).¹³⁵⁾ 관계 기관이 직접 출석할 수 없는 경우에는 상급법원의 허가를 얻어 대리인으로 하여금 출석하게 할 수 있다(동법 제37조 제6항).

다. 권한쟁의의 재판

헌법재판소가 권한쟁의의 심판을 하는 때에는 어느 국가기관에게 당해 권한이 귀속 되는지를 분명히 하며, 이미 권한없는 기관이 행한 행위가 있을 때에는 그 행위가 무효임을 선언한다.(동법 제38조).

135) 구체적 내용은 앞의 정부와 지역간의 권한쟁의 부분 중 “④ 규범을 대상으로 한 권한쟁의의 절차” 부분 참조.

Ⅲ. 권한쟁의심판과 행정소송의 관계

1. 개관

현행 헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 관장사항 중 하나로 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 들고 있으며, 이에 근거해 제정된 헌법재판소법도 제2조 4호에서 동일한 표현을 사용하고 있다. 이들 규정에 따라 헌법재판소의 심판대상이 되는 권한분쟁이 이른바 ‘권한쟁의’이다.

나아가 헌법재판소법은 제61조와 제62조에서 권한쟁의심판의 청구사유와 청구요건 및 권한쟁의의 종류 및 당사자범위에 관해 보다 구체적으로 규정하고 있다. 즉 권한쟁의심판은 권한의 존부 또는 그 범위에 관하여 다툼이 있을 때에 제기할 수 있지만(헌법재판소법 제61조 1항), 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구할 수 있다고 규정(동법 제61조 2항)하고 있으며, 권한쟁의심판의 유형과 관련해 국가기관 상호간의 권한쟁의심판이란 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’(헌법재판소법 제62조 제1항 1호), 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판이란 ‘가. 정부와 특별시·광역시 또는 도(광역시자치단체)간의 권한쟁의심판, 나. 정부와 시·군 또는 자치구(기초자치단체)간의 권한쟁의심판’(동조 제1항 2호), 지방자치단체상호간의 권한쟁의심판이란 ‘가. 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, 나. 시·군 또는 자치구 상

호간의 권한쟁의심판, 다. 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판'(동조 제1항 3호)을 의미한다고 규정하고 있다.¹³⁶⁾ 이에 따를 경우 권한쟁의심판은 국가기관등 상호간에 권한의 존부 또는 범위, 내용에 관해 다툼이 발생할 경우 제3자적 입장에서 독립적 기관인 헌법재판소가 유권적으로 판단함으로써 이들간의 분쟁을 해결하고자 하는 제도¹³⁷⁾라고 할 수 있다.

한편 행정소송법에 따를 경우 행정소송종류의 하나로서 이른바 기관소송을 규정하고 있는바, 기관소송이란 '국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송'을 말한다. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외된다(행정소송법 제3조 4호). 행정소송법이 규정하고 있는 기관소송의 특징은 국가 또는 공공단체의 기관 상호간의 분쟁을 제3자인 독립된 법원에 의해 해결하는 절차라는 점에 있다. 이러한 기관소송을 전술한 헌법재판소법상의 권한쟁의와 비교할 때, 양자는 분쟁의 주체가 누구인가에 따라 당해분쟁을 해결하는 기관이 헌법재판소와 법원으로 이원화되어 있다는 점에 있어서만 차이가 있을 뿐이다.¹³⁸⁾ 물론 권한쟁의가 권한의 '존부 또는 그 범위'(헌법재판소법 제61조 1항)에 관한 다툼이 있을 때에 제기하는 것이고, 기관소송은 '권한의 존부 또는 그 행사'(행정소송법 제3조 4호)에 관하여 다툼이 있을 때에 제기하는 것이라고 함으로써 양자간에 법문언상의 차이가 있기는 하지만, 이것이

136) 이와 같은 헌법재판소법의 규정이 헌법이 예정하고 있는 권한쟁의심판의 당사자범위를 크게 제한하고 있지 않은가라는 문제점에 대해서는 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 1995, 401면 이하 참조.

137) 권영성, 헌법학원론, 1995, 1004면; 한건우, 기관소송의 기능확대론, 법정고시, 95. 11., 62면

138) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 김철수교수회갑기념논문집, 1993, 570면.

양제도간에 어떤 본질적 차이를 의미하는 것이라고 하기는 어렵다.¹³⁹⁾ 따라서 우리나라의 권한분쟁해결제도는 이미 앞서서도 언급한 바와 같이, 독일의 경우처럼 연방헌법재판소가 담당하는 권한쟁의가 원칙적으로 헌법적 성질을 띠는 분쟁에 국한하고, 그밖에 비헌법적 성질을 띠는 문제에 대해 분쟁이 발생한 경우 법원이 그 해결주체가 되는 것과는 다르다.¹⁴⁰⁾ 독일의 경우에는 분쟁의 유형적 성질(헌법적 성질의 분쟁인가 아니면 비헌법적 성질의 분쟁인가)에 따라 분쟁해결주체가 달라지는 데 비해, 우리나라의 경우에는 - 입법의 태도에 대해서는 평가가 엇갈리더라도 분쟁의 유형이 어떤 성질을 띠는 것인가와는 상관없이 분쟁이 어떤 주체간에 발생한 것인가에 따라 분쟁해결의 주체와 그 절차가 달라지는 것이다. 특히 헌법재판소법 제61조 2항에 의할 경우 권한쟁의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 ‘헌법 또는 법률’에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 할 수 있다고 함으로써, 헌법적 차원이 아니라 단순히 법률적 차원에서 권한분쟁이 발생하는 경우에도 이를 권한쟁의심판의 대상으로 하고 있으므로, 사실상 분쟁의 법률적 성질에 따라 권한쟁의와 기관소송을 구별할 가능성은 매우 제한되어 있다 할 것이다. 이것은 헌법재판소법상의 이른바 권한쟁의유형에 독립된 범주체로서의 범인격이 부여되지 않는 국가기관상호간의 권한분쟁이 사실상 행정소송법상의 기관소송적 성격을 가짐에도 불구하고 권한쟁의로 취급되고 있는 점에서도 알 수 있다.¹⁴¹⁾

139) 이에 대해서는 특히 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구, 1991.9. 136면 이하 참조.

140) 이에 대한 상세한 논의는, 정태호, 국가기관상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서(계희열박사 화갑기념논문집), 1995, 416면이하 참조

141) 이기우, 기관소송, 고시계, 1992.11., 53면이하에 따르면, 권한쟁의와 기관소송을 동일시하는 일부 견해를 비판하면서 국가기관 상호간의 분쟁은 기관소송에 해당하지만 본래 의미의 권한쟁의심판과 더불어 헌법재판소의 권

그러나 독립된 법주체 내지 법인으로서의 국가내에 위치하는 기관 상호간이나 혹은 독립된 법주체로서의 국가와 지방자치단체 상호간, 마찬가지로 독립된 법주체간의 관계인 지방자치단체 상호간 및 국가나 지방자치단체내에 위치하면서 독립된 법주체로서의 지위를 갖지 아니하는 기관상호간 등 헌법과 법령에 의해 일정한 권한을 행사하는 행위주체에 있어 그 권한과 관련된 모든 분쟁이 전술한 권한쟁의나 기관소송에 의해 해결되는 것은 아니다. 오히려 공권력의 행사주체간에 어떤 분쟁이 발생할 경우 그것은 일차적으로 정치적 혹은 행정적 해결과 같은 자율적인 수단에 의하는 것이 일반적이라 할 수 있다.¹⁴²⁾ 예컨대 일반행정기관 사이의 권한분쟁이 있을 경우 상급관청이 지도·감독적 차원에서 해결하거나 최종적으로 헌법 제89조 10호에 따라 행정각부간의 권한획정의 문제로서 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 최종적으로 결정하는 방식이 채택되게 된다. 또한 지방자치단체 상호간에 다툼이 발생할 경우, 원칙적으로 헌법재판소법상의 권한쟁의로 다룰 수 있으나, 현행 지방자치법은 권한분쟁으로 발전하기

한에 속하는 것이라고 설명하고 있다. 이러한 견해는 권한쟁의와 기관소송은 개념상 명백히 구분되는 것이라는 것을 전제로 하면서 헌법재판소법상의 권한쟁의에는 기관소송과 본래적 의미의 권한쟁의가 포함된 것이라고 한다. 이 경우 구별의 기준이 되는 것은 행정상의 법률관계를 내부관계와 외부관계로 나누는 전통적인 견해로서, 전자의 경우에는 항고소송과 당사자소송, 후자의 경우에는 기관소송이 이들 법률관계에서 발생하는 분쟁해결의 수단이라고 보는 인식을 기초로 한다. 한편 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총, 1995, 377면 이하는 ‘권한쟁송법=권한쟁의(헌법재판소법)+기관소송(행정소송법)’이라고 파악하고 있는바, 이 견해는 국가기관상호간의 권한분쟁이 본질상 기관소송인지 권한분쟁인지에 대해서는 언급하지 않고 있다. 어쨌든 현행 헌법과 헌법재판소법이 권한쟁의에 국가기관간의 권한분쟁도 포함시키고 있다는 것은 분쟁의 법률적 성질이나 법률관계의 본질에 따라 권한쟁의와 기관소송을 구별하고 있지 않다는 점을 시사하는 것이다.

142) 한견우, 기관소송의 기능확대론, 법정고시, 1995.11., 56면이하.

이전에 지방자치단체 상호간의 분쟁조정절차를 두고 있음을 유의하여야 한다. 즉, 지방자치법 제140조에 의할 경우 지방자치단체 상호간(지방자치단체의 장 상호간의 경우에도 같다)에 분쟁이 있는 때에는 시·도의 경우 내무부장관이, 시·군·자치구의 경우에는 시·도지사가 당사자의 신청에 의하여 이를 조정할 수 있도록 하고 있다. 나아가 동법 제142조에 따라 2개이상의 지방자치단체에 관련된 사무의 일부를 공동으로 처리하기 위하여 관계지방자치단체간에 행정협의회가 구성될 수 있는바, 이 협의회에서 합의가 이루어지지 않을 경우에는 동법 제146조의 규정에 의해 관계지방자치단체의 장의 조정요청이 있을 시에는 시·도간의 협의사항에 대해서는 내무부장관이, 시·군·자치구간의 협의사항에 대해서는 시·도지사가 조정할 수 있다. 이와 같이 원칙적으로 공권력의 행사주체간에 권한분쟁이 발생할 경우의 해결방법은 독립된 심판기관의 힘을 빌리지 않고 자율적으로 처리하는 것이 종래의 일반적인 행태였다.

사실상 헌법재판소에 의해 권한쟁의심판이 내려진 경우는 그간의 예에 비추어 보아 미미할 뿐만 아니라 행정소송법상의 기관소송 역시 법률이 정한 경우에, 그리고 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 하고 있고(행정소송법 제45조) 이에 따라 현행 법상 지방자치법 제98조와 제159조 및 지방교육자치에 관한 법률 제38조만이 기관소송으로 이해되고 있는 실정¹⁴³⁾이므로 이상과 같은 상황은 지금도 별로 달라진 것이라고 하기는 어렵다. 그러나 민주주의의 활성화와 지방자치의 실질화 및 주민참여행정의 확대 등으로 인해 지방자치단체간의 분쟁이 빈발할 가능성이 높을 뿐 아니라¹⁴⁴⁾ 이러한 분쟁들이 사실상 조정과 같은 내부적 해

143) 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 1995, 422면 이하. 이들 규정을 기관소송으로 이해할 수 있는지에 대해서는 학설이 대립되고 있다. 예컨대 이기우, 기관소송, 고시계 1992.11., 57면 이하 참조.

144) 예컨대 도로, 교통, 상하수도, 쓰레기 및 혐오시설, 행정구역조정이나 비용

결절차를 통해 실효성있게 해소될 가능성은 낮은 형편이다.

그러나 현실적으로 권한쟁의나 기관소송에 따른 분쟁해결은 아직은 그 이용율이 낮을 뿐만 아니라, 특히 기관소송의 경우 법률이 정한 경우에만 허용된다는 점에서 권한쟁의를 통한 분쟁해결이 법적으로 불가능한 모든 분쟁이 기관소송으로 해결되기를 기대할 수도 없다. 따라서 이 경우 항고소송이나 당사자소송과 같은 또 다른 행정소송유형을 통한 분쟁해결의 가능성이 검토될 필요가 있다.

이상과 같은 문제점들에 대해 검토하고자 하는 것이 제3장의 목적이다. 이를 위해 이하에서는 행정소송과 헌법재판의 관계에 대한 일반론적 검토를 통해 양자의 관계를 살펴본 후 권한쟁의와 행정소송의 관계를 구체적으로 살피고자 한다.

2. 행정소송 개관

(1) 행정소송의 의의

1) 행정권의 기본권구속성

국가의 법적 기본질서로서의 헌법은 제10조에서 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있음을 선언하면서, 국가에 대해 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장을 의무를 지우고 있다. 따라서 모든 국가권력은 헌법의 기본권규정에 구속된다. 그러므로 입법권과 사법권은 물론 행정권의 행사도 기본권의 효력을 벗어날 수 없다.

행정권행사의 이러한 기본권구속성은 궁극적으로 헌법상 기본권으로서 보장되고 있는 국민의 재판청구권(헌법 제27조 1항)을 통해 실현된다. 원칙적으로 국민의 이러한 재판청구권이 행정과

분담 등과 관련해 분쟁이 빈발하고 있다. 이에 대해서는 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 1995, 376면 주8)참조.

관련하여 실현되는 것이 곧 행정소송이라 할 것이다. 그러므로 행정소송은 원칙적으로 기본권구속성이란 대전제하에, 행정작용으로 인해 위법하게 권리나 이익을 침해당한 자의 권리보호신청을 바탕으로 중립적인 지위에 있는 사법기관인 법원에 의해 진행되는 쟁송절차를 말한다.¹⁴⁵⁾

2) 이른바 ‘작은 헌법재판’으로서의 행정소송 - 독일의 이론을 중심으로

가. 포괄적인 권리구제수단으로서의 행정소송

이러한 이유로 독일의 행정소송 내지 행정재판은 ‘작은 헌법재판’¹⁴⁶⁾으로 불리고 있다. 독일 기본법은 제1조 3항¹⁴⁷⁾을 통해 기본권전체가 모든 국가권력에 대해 구속력있음을 선언하고 있다. 또한 기본법 제20조 3항¹⁴⁸⁾에 의할 경우, 입법은 헌법적 질서에, 집행권과 사법권은 법률과 법에 구속된다.

이 경우 행정재판은 사법권내에서 특수한 지위를 획득하게 된다. 즉 기본법 제19조 4항¹⁴⁹⁾은 ‘공권력에 의해 그 기본권을 침해당했다고 생각하는’ 모든 자에게 ‘법적 구제수단’(Rechtsweg)을 열어놓고 있으며, 행정법원법 제40조는 비록 ‘비헌법적 성질’을 가진 것에 국한하고 있기는 하지만, 모든 공법상의 분쟁에 대해 이러한 법적 구제수단-그것이 연방법이나 주법에 의해 다른 법원에 명시적으로 배정된 것이 아닌 한-을 충족시키기 위해 행정법

145) 유지태, 행정법신론, 제2판, 436면 이하 참조.

146) Gerhart Seibert, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozeßrecht, in:Umbach/Clemens(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, S.52ff.

147) “이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법권, 집행권 및 사법권을 직접 구속한다.”

148) “입법은 헌법질서에 구속되고, 집행권과 사법은 법률과 법에 구속된다.”

149) 기본법 제19조 4항 1문: “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 법적 구제수단이 열려져 있다.”

적 구제수단이 존재한다고 선언하고 있다. 따라서 공권력에 의한 개인의 권리침해, 특히 기본권이나 기타 헌법으로부터 유래하는 권리침해에 대해 개인에게 법적 보호를 보장하는 원칙적이고 포괄적인 행정소송이 존재하고 있다. 이러한 이유로 행정소송을 ‘작은 헌법재판’이라고까지 부르고 있다.

또한 기본법 제19조 4항의 법적 구제수단의 구체적 이행이란 관점에서 행정소송은 점점 더 헌법이란 기준을 지향하는 ‘작은 헌법재판’으로 이해되고 있다. 이것은 먼저, 심사와 결정을 위한 법적 수단 일반의 창설이란 측면에서 그러하다. 즉, 현행법이 -사법적 구제에 대해 결코 의문이 있을 수 없는 구체적으로 보장된 주관적 법적 지위와는 상관없는 경우, 다시 말해 객관적 범규범을 통해 관련 당사자의 보호를 하고자 하는 목적을 추구하는 경우가 특히 이에 해당한다. 이것은 관련 당사자가 문제된 객관적 범규범의 침해가 있을 경우에도 자신의 개별적 주관적 권리보호를 주장할 수 있도록 하는 경우를 의미한다.

다른 한편, 공권력에 의해 그 권리가 침해당했음을 주장할 수 있는 자에게 보장되어야 할 권리보호의 실효성이란 관점에서, 행정소송은 ‘작은 헌법재판’으로서의 기능을 한다. 헌법은 그 규범 특히 기본권규정을 직접적으로 효력을 갖는 법으로 선언하고 있으므로, 법원은 특히 공권력행사의 합법성을 통제해야 할 권한이 있는 행정법원은 개인의 권리 및 일반적으로 고려되어야 할 개인의 모든 법적 지위를 효과적인 권리보호를 통해 가능한 한 확보하고 관철시켜야 할 의무가 있음을 지각하지 않을 수 없다. 이것은 한편으로는, 제소권자의 범위확대 (이것은 객관적 범규범의 해석의 결과로 나타난다. 특히 건축법, 환경법 및 자연보호법, 특히 임미시온보호법의 영역, 한마디로 ‘제삼자보호법규’영역에서 그러하다)를 통해, 다른 한편 ‘잠정적인 권리보호’(vorläufiger Rechtsschutz)의 확대와 강화 및 구체화를 통해 행해진다.

나. 행정법원법 제40조 1항과의 관계

물론 행정소송을 이와 같이 부르는 것은 독일 행정법원법 제40조 1항이 행정소송의 권한을 ‘비헌법적 성질’의 공법상 쟁송에 국한시키는 있는 것과는 모순되는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 제한은 그간 매우 좁게 한정되는 것으로 이해되어 왔다. 즉 비헌법적인 성질의 쟁송으로서 연방헌법재판소의 권한에 전속하는 것은 심사기준으로서의 (다양한 실체법적 또는 형식법적 규범으로 이루어진) 헌법이 아니라, 오로지 특정한 분쟁대상(Streitgegenstände), 즉 직접적인 헌법기관이나 연방과 주의 행위나 법률관계 그 자체에만 관련되어 있다는 점이다. 이러한 사실은 전형적으로 기본법 제93조 1항 1호의 기관쟁송, 즉 헌법적 쟁송의 원형이라 할 수 있는 동 규정이 “최고헌법기관이나 기본법 또는 이들 최고헌법기관의 직무규정에 의하여 고유한 권리가 부여된 기타 관계기관의 권리·의무의 범위에 관한 쟁송”이라고 표현하고 있는 곳에서 잘 볼 수 있다.

비록 개별적이고 구체적인 사례들에서 그것이 헌법적인 것인가 아니면 비헌법적인 것인가라는 점에 관해서는 견해의 차이가 존재하고 있으며, 따라서 보다 구체적인 논의를 필요로 하는 것은 사실이지만,¹⁵⁰⁾ 그렇다고 해서 ‘작은 헌법재판’으로서의 행정소송이 갖는 의의가 훼손되는 것은 아니라고 보아야 한다. 다시 말해 원칙적으로 공권력의 행사에 의해 권리가 침해되었음을 주장하는 (순수한 침해행정이었던 아니면 급부의 불이행이었던 간에) 모든 행정쟁송에서 궁극적으로 헌법규정이 그 심사기준으로서의 작용을 하는 것이다. 주장되고 있는 실체법적인 법적지위 이러한 지위는 흔히, 특히 자유와 재산권에 대한 침해시에는, 궁극적으로 기본권영역에 위치하고 있다와 관련해서만 그런 것은 아니다.

150) 구체적으로 문제되는 것들에 대해서는 G. Seibert, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozessrecht, in: Umbach/Clemens(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, S.57ff., Rdnr12ff.

예를 들어 헌법상의 권한규범의 준수, 즉 입법절차규정이나 연방 참사원의 참여방식 등의 경우에도 마찬가지이며 이들 규정의 준수여부에 대해 행정소송은 그 고유한 권한에 기해 심사할 수 있다는 것이다.

라. 기본법 제100조 1항과의 관계

또한 이러한 행정소송이 갖는 의미는 독일 기본법 제100조 1항¹⁵¹⁾이 규정하고 있는 구체적 규범통제절차와도 모순되지 않는다고 한다. 기본법 제100조 1항이 관련법원(행정법원)에 대해 구체적인 개별사례에 대한 결정에 있어, 그 효력이 문제되는 법률이 (심사의 결과) 동 법원에 의해 위헌으로 간주할 경우, 설사 사법권의 법률과 법에의 구속(기본법 제20조 3항)이란 규정이 존재함에도 불구하고 위헌으로 간주된 법을 적용하지 아니하고 당해 절차를 중지해야 하며 이에 따라 권한있는 주 또는 연방헌법재판소에 제청하도록 하고 있는 경우라고 하더라도, 이로부터 문제되는 법률의 합헌성을 심사할 행정법원의 권한이 부인되는 결과가 되지는 않는다는 것이다. 오히려 이 규정 역시 모든 법원이 법률의 합헌성을 심사할 권한을 가진다는 것을 전제하고 있고, 또 이러한 결과는 일반적으로 승인되어 있다. 왜냐하면 제100조 1항에 의해 요구되는 법률의 위헌성에 대한 적극적 확인(다시 말해 합헌성에 대한 단순한 의심으로는 충분하지 않다)이란 동 법원이 기본법을 기준으로 해서 당해 법률을 심사할 권한이 있을 경우에만 가능한 일이기 때문이다. 단지, 법률을 위헌이라는 이유로 배척하는 것, 그러므로 기본법 제20조 3항이 요청하는 (집행권은 물

151) 기본법 제100조 1항 1문: “법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률을 위헌이라고 생각할 때에는 그 절차를 중지하여야 하며, 또한 주헌법의 침해가 문제될 때에는 그 주의 헌법쟁송에 대해 관할권을 갖는 법원의 판결을 구해야 하고, 이 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.”

론) 사법권의 법률구속성의 단절여부결정만이 헌법재판소에 유보되어 있을 뿐이다.¹⁵²⁾

(2) 행정소송의 기능

이상에서 살펴본 바와 같이 행정소송이 수행하는 기능은 일차적으로 권리구제기능에 있다고 할 것이다. 그러나 권리보호가능성의 확충과 권리보호 실효성의 확대의 요청과 더불어 공권력행사의 포괄적인 법률구속성의 요청은 주관적 권리보호를 일차적인 목적으로 하지 아니하는 이른바 객관적 소송의 발전을 초대하고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 행정소송의 기능은 대체로 두 가지 측면에서 파악할 수 있다.

그 하나는 이미 설명한 바 있는 권리구제기능이다. 즉 행정쟁송은 쟁송절차로서 당사자의 권리구제신청을 전제로하여 기능하는 제도이고, 이것은 궁극적으로 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권을 구체적으로 실현하는 제도로서의 역할을 수행하는 것이다. 따라서 행정소송은 기본적으로 행정작용에 의해 위법하게 권익을 침해받은 당사자의 권리보호기능을 그 일차적인 목적으로 한다. 이에 해당하는 유형들이 항고소송과 당사자소송이다.

다른 한편 행정소송은 행정작용의 적법성보장기능을 수행하는 바, 이것은 권력분립원칙에 따라 사법부에 의한 행정부통제수단으로서의 기능을 의미한다. 즉 위법한 행정작용에 대해 그 시정을 요구함으로써 법치행정원칙에 따른 행정의 적법성보장기능을 수행하는 역할을 하는 것이다. 이러한 적법성 보장기능을 대표하

152) 특히 독일의 경우, 기본법 시행이전에 제정된 법률(vorkonstitutionelle Gesetze)의 경우에는 일반법원이 그 위헌여부를 판단해 위헌이라고 생각될 경우 적용을 배제할 수 있다. 따라서 재판을 중단하고 위헌이라고 판단되는 법률의 합헌여부를 헌법재판소에 제정하는 것은 기본법 시행이후에 제정된 이른바 '헌법제정 후의 법률'(nachkonstitutionelle Gesetze)의 경우에만 그러하다는 것이 연방헌법재판소의 확립된 판례이다. Vgl. BVerfGE 2, 124.

는 것이 이른바 행정소송의 종류 가운데 하나인 민중소송이나 기 관소송과 같은 이른바 객관적 소송이다.

3. 권한쟁의와 행정소송과의 관계

(1) 개관

권한쟁의란 헌법 제111조 1항 4호에 규정된 헌법재판소의 관장 사항의 하나인 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판’을 의미한다. 이러한 헌법규정은 헌법재판소법 제2조 4호에서 그대로 반복되고 있으며¹⁵³⁾ 동법 제61조 내지 제67조가 권한쟁의심판절차에 대해 보다 구체적인 규정을 두고 있다.

공권력을 행사하는 주체간에 발생할 수 있는 분쟁의 유형이라는 관점에서 볼 때 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있는 권한쟁 의심판은 상이한 두 가지 유형을 포함하는 것이다. 즉 ‘국가기관 상호간’의 권한쟁의가 국가라는 독립한 법인격체의 내부기관간에 분쟁이 발생한 경우라면, ‘국가기관과 지방자치단체간’ 및 ‘지방자 치단체 상호간’의 권한쟁의는 분쟁의 양 주체가 서로 독립된 법 인격체라는 점이다. 그러나 공권력의 주체간에 발생할 수 있는 분쟁유형은 이러한 두 유형에만 그치지 않는다는. 이상의 두 가 지 유형외에도 예컨대 지방자치단체라는 독립된 법인격체의 내부 기관간의 권한분쟁(예컨대 지방자치단체의 기관인 지방자치단체

153) 다만 헌법재판소법 제62조 1항 1호가 헌법상의 ‘국가기관 상호간’이란 문구 를 ‘국회 · 정부 · 법원 · 중앙선거관리위원회 상호간’로 한정하고 있고, 또 헌법재판소법 제62조 1항 2호가 헌법상의 ‘국가기관과 지방자치단체 상호 간’이란 문구를 구체적으로 규정하면서 ‘국가기관=정부’로 한정하고 있는 바, 이에 대한 문제점에 대해서는 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 1995, 402면 이하 참조.

장과 지방의회간의 권한분쟁)이나 혹은 상이한 법인격체에 속한 기관상호간의 분쟁을 들 수 있다(예컨대 도지사과 도지사간의 권한분쟁 또는 도지사과 시·군·구의 장간의 권한분쟁).

이상과 같이 다양한 분쟁유형들이 존재함에도 불구하고 헌법과 헌법재판소법은 이른바 권한쟁의심판에 의해 해결될 수 있는 분쟁유형을 특정하고 있다. 그러나 헌법과 헌법재판소법의 이러한 태도에도 불구하고, 권한쟁의에 의해 해결되어야 할 분쟁과 그밖의 방법으로 해결되어야 할 분쟁을 구별하는 기준이 무엇인가가 하는 점은 여전히 불명확한 채로 남게 된다. 이것은 우리나라의 체제에서는 독립된 법인격을 갖춘 행정주체간의 분쟁 뿐만 아니라 독립한 법인격을 갖추지 못한 기관간의 분쟁도 권한쟁의 심판의 대상을 하고 있기 때문이다.

전술한 바와 같이, 독일의 경우는 헌법적 성질의 분쟁인가 아니면 비헌법적 성질의 분쟁인가에 따라 헌법재판과 행정소송이라는 상이한 관할권이 구분되고 있다. 그러나 우리의 경우는 헌법 뿐만 아니라 법률에 의하여 부여받은 권한분쟁의 경우에도 그것이 헌법재판소법이 규정한 권한쟁의의 주체 상호간에 관한 것이라면, 헌법재판소의 관할권이 인정되므로 이러한 독일식의 기준에 의해서는 양 유형의 분쟁을 구분할 수 없게 된다.¹⁵⁴⁾ 따라서 결국 다양한 분쟁유형들 가운데 어느 것을 헌법재판소의 관할로 할 것인지에 관한 기준은 우리나라에서는 결여되어 있다고 할 것이다. 이때에 생각해 볼 수 있는 하나의 기준은, 분쟁에 관련된 주체의 중요도, 또는 분쟁의 중요성에 따른 관할권의 분배이다. 따라서 헌법재판으로서의 권한쟁의의 의의는 간과되어서는 아니 된다. 특히 이는 행정소송과의 관계에서 일정한 한계의 역할을 할 수 있다고 생각한다. 이러한 논의의 상세에 대해서는 후술하기로 한다.

154) 정태호, 앞의 글, 416면이하

(2) 권한쟁의와 기관소송

1) 권한쟁의

전술한 바와 같이 권한쟁의심판을 당사자에 따라 분류할 경우에는, 동일한 권리주체 소속의 기관간의 권한쟁의심판과 상이한 권리주체간의 권한쟁의심판으로 분류할 수 있다. 즉 헌법법상의 권한쟁의에는 2가지의 상이한 유형이 존재한다고 볼 수 있다. 논자에 따라서는 전자의 경우를 본래의 의미의 기관소송으로, 후자의 경우를 협의의 권한쟁의로 부르면서 양자를 포괄하는 개념으로 광의의 권한쟁의라는 표현을 사용하기도 한다.¹⁵⁵⁾ 따라서 헌법재판소법상의 권한쟁의와 행정소송법상의 기관소송을 구별하는 어떤 선형적인 징표가 존재한다고는 볼 수 없다. 그러나 헌법과 헌법재판소법에 따른 권한쟁의심판이 반드시 헌법적 차원의 분쟁을 해결하기 위한 것만은 아니다. 헌법재판소법 제61조 2항에 의할 경우 권한쟁의심판으로써 다룰 수 있는 ‘권한’이란 반드시 헌법에 의하여 부여받은 권한일 필요가 없으며, 법률에 의하여 부여받은 권한이 문제될 경우에도 권한쟁의심판을 청구할 수 있기 때문이다. 따라서 국가기관이나 지방자치단체의 권한이 헌법이나 법률에 의하여 부여받은 것이라 할지라도 분쟁의 성격이 단순히 법률적 차원의 것에 불과하고 헌법적 성질의 것이 아님에도 불구하고 헌법재판소의 관장사항으로 하는 것은, 사실 헌법재판소의 존재의의와 일치하지 아니하는 점이라고 볼 수도 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

2) 기관소송

가. 기관소송의 의의

155) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 금강김철수교수학갑기념논문집, 571면

156) 동지, 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총, 1995, 407면이하.

행정소송법상 인정되고 있는 행정소송의 종류를 행정상의 법률 관계에 따라 구분할 경우에는, 행정상의 법률관계가 행정주체와 행정객체간의 외부관계인가 아니면 행정주체와 행정주체간의 내부관계인가에 따라 서로 상이한 소송유형이 인정되고 있다. 이때에 외부관계에 관한 법적 분쟁을 해결하기 위한 소송유형이 항고소송과 당사자소송이고, 내부관계를 해결하기 위한 것이 기관소송이다.

행정소송은 그 연혁에 있어서 위법한 행정작용등으로 인하여 국민의 권리와 자유가 침해되는 것을 막기 위한 효과적인 구제수단 내지 통제수단으로서 등장한 것이었다. 따라서 행정소송은 주로 국가와 국민사이의 다툼을 전제로 하게 된다. 그러나 이와는 달리 행정주체의 내부관계에 있어서의 분쟁은 법률적 쟁송으로서의 성격을 결여하고 사법기관에 의한 해결대상으로 간주되지 않았다. 즉 이러한 분쟁은 원칙적으로 개인의 주관적 권리와 상관없는 권한을 둘러싼 분쟁이므로 행정소송의 본래적 목적에 부합하지 않는 것으로서, 이러한 분쟁에까지 소송가능성을 인정할 필요성이 인식되지 못하였던 것이다. 그러나 국가의 한 기관으로 보았던 지방자치단체가 독립된 법인격을 인정받게 됨으로써, 종래에 국가와 지방자치단체의 관계를 행정내부관계로 보던 시각에서 벗어나 행정작용의 외부관계로 파악되게 되었다. 또한 동일한 권리주체내의 기관상호간의 관계라고 해서 법으로부터 자유로운 것은 아니라는 인식도 확산되었다.

이러한 일련의 상황변화로 인하여, 이제 법질서에 의해 공권력의 주체가 다른 공권력주체와의 관계에서, 또는 공권력주체내의 기관들이 상호간의 관계에서 부여받은 권한을 독립적으로 사법적으로 주장할 수 있다는 관념이 발전하게 된 것이다.¹⁵⁷⁾

157) Gerhart Seibert, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozeßrecht, in : Umbach/Clemens(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, S.55ff. Rdnr.7.

행정소송법상의 개념정의에 의할 경우 기관소송은 ‘국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 제기하는 소송’(제3조 4호)을 말한다. 다만 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외된다(제3조 4호 단서). 다시 말해 기관소송이란 동일한 권리주체 내부에서의 상이한 기관간에 권한의 존부 또는 권한의 행사에 관한 소송을 말하는 바, 실질적으로 기관소송이면서도 형식적으로 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상으로 하는 것¹⁵⁸⁾은 제외된다.

나. 기관소송의 법적 성질

(가) 견해의 주장

행정소송법상 인정되고 있는 기관소송의 법적 성질에 대해서는 객관적 소송으로 이해하는 것이 일반적인 견해¹⁵⁹⁾라 할 수 있다. 객관적 소송이란 행정의 적법성보장을 목적으로 하는 소송으로서, 개인적 권익구제를 목적으로 하는 주관적 소송과는 구별된다. 그러나 이와 같이 기관소송을 객관적소송으로 보는 데에는 비관이 없지 않다.

이러한 주장에 따르면, 일반적 견해가 기관소송과 민중소송은 개인의 주관적인 권익의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 행정법규의 적정한 적용을 보장하기 위한 객관적 소송에 해당하고, 항고소송이나 당사자소송은 개인의 주관적인 권익보호를 위한 주관적 소송이라고 보는 견해에 대해 반대하면서, 주관적 소송은 자기의 권익을 침해당한 자가 그 회복을 위하여 제기하는 소송으로 보아야 하며, 객관적인 소송은 그와 상관없이 객관적으로 적

158) 이를 ‘헌법상의 기관소송’이라고 부르는 경우도 있다. 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 심천계회열교수화갑기념논문집, 1995, 820면

159) 김남진, 행정법 I, 1997, 862면; 이상규, 신행정법론(상), 1995, 673면 이하; 유지태, 행정법신론, 1997, 456면

법성의 통제를 위하여 제기하는 소송으로 보는 것이 타당하다고 주장한다.¹⁶⁰⁾ 즉 기관소송은 공법상 법인내부의 기관이 그에게 부여된 권리를 다른 기관에 대하여 실현하기 위하여 제기하는 소송이므로 이것도 기관 자신의 주관적인 권익을 실현하기 위한 것이고, 따라서 기관소송을 일률적으로 객관적 소송으로 분류하는 것은 잘못이라고 한다. 이러한 주장은 기관소송의 주관적 소송으로서의 성질을 긍정하는 것으로 보인다.

이와는 달리 기관소송의 객관적 소송으로서의 성질을 인정하면서도 객관적 소송의 의미를 완화시켜 이해하는 절충적 견해¹⁶¹⁾도 주장되고 있다. 이에 따르면, 주관적 소송과 객관적 소송은 양자 모두 행정작용의 적법·타당성의 확보라는 측면과 개인의 권익 보호적 측면이 있으나, 어느 측면이 보다 더 본질적인 것인가의 차이에 따라 객관적 소송과 주관적 소송으로 구분할 수 있다고 주장한다. 즉 주관적 소송은 ‘개인의 권익구제를 직접적 목적으로 하고 이를 통한 행정법규의 적정한 적용의 보장을 목적으로 하는 소송’으로, 객관적 소송을 ‘행정법규의 적정한 적용의 보장을 직접적인 목적으로 하고 이를 통한 개인의 권익구제를 목적으로 하는 소송’으로 파악한다.

(나) 기관소송의 성질

기관소송에 관한 이러한 견해대립은 헌법재판소법상의 권한쟁의, 특히 성질상 기관소송이면서도 권한쟁의심판의 대상으로 취급되고 있는 국가기관 상호간의 권한쟁의와 관련하여 살펴 볼 필요가 있다. 헌법재판소법 제61조 2항에 따른 권한쟁의심판은, 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 권한분쟁은 물론이고 성질상 기관소송이라고 할 수 있는 국가기관간의 권한쟁의의 경우에도, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률

160) 이기우, 기관소송, 고시계 1992. 11., 59면 이하

161) 한견우, 기관소송의 기능확대론, 법정고시 1995. 11., 59면 이하.

에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있을 때에 한하여 청구할 수 있다. 이러한 청구요건규정은 권한쟁의절차가 주관적 권한의 보호를 목적으로 한다는 것을 말해준다. 또한 결정내용에 관한 헌법재판소법 제66조 2항이 규정하고 있는 바와 같이, 피청구인의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 헌법재판소가 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있는 바, 이러한 결정내용 역시 권한쟁의심판이 갖는 주관적 쟁송으로서의 성격을 보여주는 것이라 하겠다.

물론 권한쟁의심판은 객관적 쟁송으로서의 성격도 아울러 가지고 있다. 즉 헌법재판소법 제61조 1항에 따라 권한쟁의심판의 대상은 분쟁 당사자간의 권한의 존부 또는 그 범위에 대한 다툼일 뿐만 아니라, 헌법재판소의 결정내용(제61조 1항)도 원칙적으로 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 그 범위에 대하여 결정하게 된다. 심판대상과 결정내용에 관한 이들 규정에 비추어 볼 때 권한쟁의는 궁극적으로 객관적 헌법과 법률의 보호와 유지, 이에 따라 수평적 또는 수직적 권력분립주의에 입각해 헌법과 법률이 설정한 객관적 권한질서의 유지를 그 목적으로 하는 것이라고 할 수 있다.¹⁶²⁾

결국 우리 헌법재판소법의 권한쟁의심판제도는 관련 국가기관의 주관적 권한의 보호를 통해 객관적인 헌법과 법률의 보호를 달성하기 위한 것을 목적으로 하고 있다할 것이다. 그리고 이러한 결론은 성질상 기관소송이라고 할 수 있는 국가기관상호간의 권한쟁의의 경우에도 그대로 타당하다.

그러나 이러한 결론을 행정소송법상의 기관소송에도 그대로 적용할 수는 없다고 본다. 행정소송법상의 기관소송은 법률이 정한

162) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 1996, 413면

경우에 법률이 정한 자에 한하여 제기할 수 있고(행정소송법 제 45조) 이와 같이 법률이 특별히 정한 경우에 소송을 허용하는 것은 객관적 소송이 갖는 특징의 하나인 것이다. 따라서 우리 행정소송법은 기관소송을 객관적 소송으로 관념할 뿐이며, 그에 대해 주관적 소송으로서의 성격을 부여하고자 하는 태도를 취하고 있지 않다. 사건으로는 우리 헌법과 헌법재판소법이 국가기관간의 권한분쟁을 실질상 기관소송에 해당함에도 불구하고 권한쟁의심판의 대상으로 하고 있는 이유도, 기관소송에 대한 행정소송법의 입장을 고려한 때문이라고 해석하고 싶다. 즉 행정소송법은 기관소송이라는 소송유형을 인정하면서도 그것이 갖는 객관적 소송으로서의 성격을 고려하여 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한해서만 허용함으로써 사실상 기관소송 사안을 극히 제한하고 있는 것이다. 따라서 헌법재판소법이 국가기관상호간의 권한분쟁을 권한쟁의심판대상으로 하는 것은 분쟁의 헌법재판소에 의한 해결가능성의 범위를 확대하는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 권한쟁의심판의 경우 기관소송처럼 법률이 정한 경우에만 제기할 수 있는 것이 아니라, 헌법과 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 국가기관은 헌법재판소법 제62조 1항 1호의 국가기관인 한 특별히 법률이 정한 경우가 아니라도 일반적으로 권한쟁의심판을 제기할 수 있기 때문이다. 물론 이러한 차이가 권한쟁의에 속한 기관소송과 행정소송상의 기관소송을 구별하는 선형적 기준이라고 할 수는 없다.¹⁶³⁾

163) 이에 대해서는 권한쟁의의 제도적 목적이 국가기관이나 지방자치단체 등 상호간에 있어 헌법적 권한과 의무의 범위와 내용에 관해서 다툼이 있는 경우에 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시킴으로써 헌법의 규범적 효력을 보호하는 데 있고, 반면 기관소송은 행정감독 내지 행정조직의 민주화로 인한 기관독립성을 목적으로 하는 점에서 양자는 엄밀히 구분되어야 한다는 입장에서 권한쟁의와 기관소송이 그 당사자, 심사기관, 심사범위 등에서 제도적 차이가 있음을 강조하고 이에 따라 권한쟁의가 기관소송에 비하여 보다 넓은 개념으로 보는 주장을 비판하는 견해가 있다. 신봉기,

(다) 기관소송의 당사자

기관소송은 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼’(행정소송법 제3조 4호)을 대상으로 하는 것인데, 이 경우 ‘국가 또는 공공단체의 기관’이 무엇을 의미하는지가 문제된다. 이 경우 국가의 기관상호간 또는 동일한 공공단체소속의 기관상호간을 의미하는 것임에는 틀림없으나, 국가기관과 공공단체기관 상호간 또는 서로 다른 공공단체기관 상호간도 이에 해당하는가가 문제될 수 있다. 그러나 법률규정의 문언상 국가기관 상호간 또는 공공단체의 기관상호간이라는 의미로 이해되므로, 동일한 권리주체에 속하는 기관간의 소송만을 의미한다고 보는 것이 일반적 언어사용과 일치한다고 할 것이다. 따라서 상이한 행정주체간 또는 상이한 행정주체에 속하는 기관간의 소송은 이에 해당되지 않는다.¹⁶⁴⁾ 그러므로 지방자치법 제157조 및 제157조의2의 규정에 의하여, 지방자치단체의 장이 주무부장관 또는 상급지방자치단체의 장이 행한 취소·정지권 행사에 대해 제기하는 소송, 또는 주무부장관이나 상급지방자치단체의 장이 발한 지방자치단체의 장에 대한 직무명령에 대해 당해 지방자치단체의 장이 제기하는 소송과 같이 국가기관과 지방자치단체기관과의 분쟁 또는 상이한 법인격에 속하는 기관간의 분쟁은 기관소송에 해당하지 않는 것이다.¹⁶⁵⁾

기관소송과 권한쟁의, 고시연구, 1991.9., 137면 이하. 또한 동인은 성질상 기관소송이라고 할 수 있는 국가기관간의 권한쟁의를 ‘본래의미의 기관소송’으로 부르는 것을 반대하고 오히려 ‘내부적 권한쟁의’로 칭하는 것이 옳다고 한다.

164) 동지, 김남진, 행정법 I, 1997, 863면

165) 학설 가운데는 이러한 소송을 기관소송이라고 하거나(김도창, 일반행정법론(하), 1992, 181면), ‘항고소송적 성질을 가진 기관소송’이라고 하는 견해(한건우, 행정법(II), 1994, 556면)도 있다. 이러한 견해에 대해 홍준형, 지

또한 국가기관이란, 헌법상 권력분립원칙에 따라 대등하게 권력을 분배받고 있는 국회, 정부 및 법원은 물론 이들 각 국가권력에 귀속하는 내부기관도 포함하는 것으로 보아야 할 것이므로, 정부에 속하는 행정기관 상호간(예컨대 행정각부 상호간 또는 행정각부 장관 상호간 등)은 물론 국회나 법원에 속하는 각 기관들 상호간에 발생하는 권한분쟁도 기관소송에서 말하는 국가기관 상호간의 분쟁이라고 할 수 있다.¹⁶⁶⁾ 따라서 행정소송법상 기관소송에서 말하는 국가기관은 헌법재판소법상 권한쟁의심판에서 말하는 국가기관보다 그 범위가 넓은 개념이다. 물론 권한쟁의심판의 당사자인 국회와 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회는 여기에서 제외되어야 할 것이다.

그밖에 공공단체의 기관상호간에도 기관소송이 가능하다. 여기서 공공단체가 무엇을 의미하는가에 대해 행정소송법은 아무런 개념규정을 해두지 않고 있어, 결국 학설과 판례에 맡겨져 있다 할 것이다. 공공단체는 단체의 목적과 단체설립의 근거 및 단체의 활동형식 등에 따라서 판단하여야 할 것인 바,¹⁶⁷⁾ 일반적으로 지역을 기반으로 하는 지방자치단체외에도 공공조합, 공법상의 영조물법인이나 재단 등을 포함하는 것이라고 할 것이다.¹⁶⁸⁾

방자치분쟁의 사법적 해결, 심천계회열교수화갑기념논문집, 821면은 '기관소송의 개념을 엄밀히 동일한 법주체에 속하는 기관간의 권한분쟁을 해결하기 위한 소송으로 이해하고 또 이를 헌법적 차원에서가 아니라 행정소송법적 차원에서 이해하는 한, 이러한 소송유형은 기관소송에 해당하지 않는다고 보아야 할 것'이라 한다.

166) 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995, 415면 이하

167) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 금강길철수교수화갑기념논문집, 570면

168) 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995, 416면

이상과 같이 국가기관과 공공단체의 기관이라는 개념은 매우 넓게 해석될 수 있지만, 그러나 행정소송법 제45조가 기관소송을 객관적 소송이라는 측면에서 기관소송을 제기할 수 있는 사안과 기관소송제기인을 한정하고 있으므로, 기관소송이 인정되는 경우는 지방자치법상의 기관소송(동법 제98조 3항과 제159조 3항)과 지방교육자치에관한법률상의 기관소송(동법 제38조 1항)에 불과하다. 따라서 현행법상 성질상 기관소송에 해당된다 하더라도 법률이 이를 규정하지 아니하는 한 기관소송을 제기하는 것은 불가능하므로, 만약 국가나 혹은 공공단체의 기관간에 사실상의 분쟁이 발생하더라도 법원의 재판을 통해 이러한 분쟁을 해결할 가능성은 어려운 실정이다. 그러므로 이러한 경우의 분쟁은 행정기능의 합리적 조정이라는 정책적 견지에서, 최고중앙행정기관의 조정이나 지방자치단체차원의 사실적 분쟁조정수단과 같은 대체적 분쟁해결수단 또는 재판외적 분쟁해결수단¹⁶⁹⁾에 의존할 수밖에 없게 된다.¹⁷⁰⁾ 그러나 지방자치의 활성화와 자율성의 제고는 지방자치단체 상호간은 물론 지방자치단체 내부의 갈등과 분쟁이 증대할 가능성도 필연적으로 포함하고 있다. 이러한 의미에서 기관소송사안의 확대가 절실히 요청된다고 할 것이다.

이상과 같은 입법적 불비는 이른바 기관소송무용론 또는 기관

169) 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 공법학의 현대적 지평, 심천계희열교수화갑기념논문집, 1995, 798면

170) 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995, 414면은 행정부처간의 갈등으로서 대미자동차협상과 관련된 통상산업부와 외무부간의 마찰, 테러·마약 등 특수범죄에 관한 수사권을 둘러싼 법무부(검찰)와 국가안전기획부간의 마찰 등 국가기관 상호간에 발생할 수 있는 분쟁을 예시하고 있다. 또한 동인은 지방자치단체의 고유사무인 보건소의 인사와 조직을 중앙통제형으로 전환하는 것을 내용으로 한 보건소법개정안을 마련한 보건복지부, 유선방송의 업무지도·감독권을 확보하려는 정보통신부 등과 지방자치단체간의 마찰과 갈등과 같이 중앙정부와 지방자치단체간의 갈등을 해결하기 위해 기관소송사안을 법률로 확대할 것을 제안하고 있다.

소송을 특별행정소송으로 전환하자는 주장¹⁷¹⁾으로까지 제기되고 있는 실정이다. 이 견해는 기관소송에 대한 우리의 입법적 태도는 일본의 행정사건소송법¹⁷²⁾과 흡사하지만, 우리나라와 마찬가지로 활성화되어 있지 못하므로 일본의 제도가 우리나라에서의 기관소송존치론의 근거가 될 수 없음을 지적하면서, 현행법상 기관소송에 해당하는 것은 극히 한정되어 있고 그나마 열거주의에 입각하고 있어 그 실효성이 대단히 의문스러우므로, 이를 행정소송법에 명문화해 두는 것보다는 오히려 행정소송법 제8조 1항(“행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”)에 따라 특별규정의 우선적용의 한 예로 두는 것이 옳다’고 한다.

다. 기관소송에 따른 분쟁해결과 그 문제점

1) 지방의회의 재의결사항에 대한 소송

지방자치법은 제98조 3항과 제159조 3항에서 지방자치단체의 장에게 지방의회의 의결에 대한 제소권을 부여함으로써 지방자치단체의 집행기관인 단체장과 의결기관인 지방의회간의 기관소송을 인정하고 있다.¹⁷³⁾

171) 이러한 주장의 자세한 내용과 그 논거에 대해서는 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995, 417면, 435면 이하, 439면이하 참조.

172) 일본 행정사건소송법 제2조 6조에 따를 경우 기관소송은 ‘국가 또는 공공단체 상호간에 있어 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 분쟁에 있어서의 소송’으로 정의되고 있다.

173) 이상의 세가지 유형의 소송을 기관소송으로 보는 입장(김남진, 행정법 I, 864면; 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 422면 이하; 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 심천계회열교수화갑기념논문집, 822면 이하)에 대해 비판하면서 지방자치법 제159조 3항의 소송과 지방교육자치에 관한 법률 제38조 1항의 소송을 기관소송으로부터 배제하려고 하는 입장(이기우, 기관소송, 고시계 1992.11., 57면 이하)이 있는가 하면, 이른바 기관소송의 기능확대라는 측면에서 종래 항고소송으로 분류되던 지방자치법 제157조와 제157조의 2의 규정에 의한 소송까지도 ‘항고소송적 성질을 가진

먼저 지방자치법 제98조¹⁷⁴⁾는 “①지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. ②제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제159조 제3항을 준용한다.”라고 규정함으로써 지방자치단체내의 자율적인 권력견제와 균형의 장치의 하나로서 집행기관인 지방자치단체의 장에게 지방의회의 재의결사항에 대한 제소권을 인정하고 있다.

나아가 지방자치법 제159조는 “① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 내무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다. ② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하는 집행정

기관소송'으로 보는 견해(한건우, 기관소송의 기능확대론, 법정고시 1995. 11, 72면 이하)도 있다.

174) 지방자치법은 본래 제98조에서 지방자치단체의 장에게 지방의회의 의결에 대한 '재의요구권'만을 인정하고 있었으나 1994년 3월 16일의 법개정을 통해 지방의회의 재의결에 대한 제소권을 인정함으로써 종래 의문이 있던 기관소송으로서의 성격을 분명히 하였다.

지결정을 신청할 수 있다. ④ 내무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다. ⑤ 제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날로부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소 지시를 받은 날로부터 7일 이내에 제소하여야 한다. ⑥ 내무부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날로부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이 규정 제3항에 따라 지방자치단체장의 재의요구에 대해 지방의회가 재의결한 경우 지방자치단체장이 대법원에 제소하는 경우가 기관소송에 해당한다.¹⁷⁵⁾ 지방자치법 제98조 3항에 따른 기관소송은 지방자치단체내의 자율적 권력균형장치인데 반해, 제159조 3항에 따른 기관소송은 지방자치단체에 대한 감독관계를 배경으로 한다는 점에서 양자의 실질적 차이가 있다.

이러한 이유로 제159조 3항에 따른 소송을 기관소송으로부터 배제하려는 견해¹⁷⁶⁾가 주장되고 있기도 한다. 이러한 주장에 따르면, 지방자치법 제159조 3항에 따른 제소에 있어서, 소송을 제기하는 지방자치단체 장의 법적 지위는 지방자치단체의 기관이 아니라 국가감독관청의 하급관청인 국가기관이라고 본다. 즉 이 경

175) 지방자치법 제159조 4항과 6항에 따를 경우 내무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 경우 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시할 수 있고, 이에 대해 당해 지방자치단체장이 제소를 하지 않을 경우 직접 제소할 수 있는 바, 이러한 내무부장관 또는 시·도지사의 직접제소권에 따른 소송은 기관소송도 아니고 항고소송도 아닌 특수한 유형의 소송, 이른바 감독소송(Aufsichtsklage)이라 할 수 있다. 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 심천계회열교수화갑기념논문집, 822면, 825면 참조.

176) 이기우, 기관소송, 고시계 1992.11., 57면 이하

우 제소는 지방자치단체장이 수행하는 자치사무가 아니라, 국가 감독관청의 하급관청으로 수행하는 이른바 기관위임사무에 해당한다고 본다. 따라서 이는 국가의 기관인 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 기관인 지방의회를 상대로 제기하는 소송이므로, 외부적인 법률관계에 관한 소송이며, 그럼에도 불구하고 이를 기관소송이라고 보는 것은 소를 제기하는 지방자치단체장의 법적 지위를 정확히 파악하지 못한 오류가 있다고 한다.

그러나 지방자치법 제159조 3항에 따라 지방자치단체의 장이 지방의회의 재의결사항에 대해 제기하는 소송이, 비록 동조 제1항에 의한 내무부장관 또는 시·도지사의 감독적 재의요구를 발단으로 하는 것임에는 분명하지만, 이러한 재의요구 그 자체는 행정내부적 문제에 불과하고 소송의 원고는 지방자치단체의 장이 된다는 점, 또한 재의결된 사항이 법령에 위반되는지의 판단은 전적으로 지방자치단체의 장에게 맡겨져 있고 따라서 경우에 따라 제소를 하지 않을 수도 있다는 점, 그러한 이유로 제159조 4항과 6항이 내무부장관이나 시·도지사의 직접제소권을 규정하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 동조 3항의 소송을 기관소송으로 보는 데는 별문제가 없다고 생각된다.¹⁷⁷⁾

2) 지방교육자치에 관한법률상의 기관소송

지방교육자치에 관한법률 제38조는 “① 교육감은 시·도의회 또는 교육위원회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 이를 교육부장관에게 보고하고 그 의결사항을 이송받은 날로부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청을 받은 경우에는 그 시·도의회 또는 교육위원회에 재의를 요구하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 재의요구가 있을 때에

177) 동지, 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 공법학의 현대적 지평, 심천계 회열교수화갑기념논문집, 1995, 824면 이하.

는 그 시·도의회 또는 교육위원회는 재의에 붙이고 재적의원 또는 재적교육위원 과반수의 출석과 출석의원 또는 출석교육위원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 이를 교육부장관에게 보고하고 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다. 다만, 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 교육부장관은 당해 교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다. ④ 제3항의 규정에 의하여 재의결된 사항을 대법원에 제소한 경우 그 제소를 한 교육부장관 또는 교육감은 그 의결의 집행을 정지하는 집행정지결정을 신청할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이러한 규정 제3항에 따른 경우 교육감이 시·도의회 또는 교육위원회의 의결사항에 대해 제소하는 경우는, 시·도의회 또는 교육위원회의 재의결사항이 법령에 위반된다는 자체판단에 따른 것이거나, 또는 교육부장관의 지시에 따라 제소하는 것의 두 경우가 있을 수 있다. 전자의 경우가 기관소송에 해당한다는 것은 의문의 여지가 없다. 후자의 경우, 개정전의 지방교육자치에 관한 법률 제38조 3항 2문이 ‘교육감이 교육부장관으로부터 제소를 하도록 요청받은 경우에는 대법원에 제소하여야 한다’라는 강제규정을 두고 있었으므로 이러한 소송이 기관소송이 아니라는 주장¹⁷⁸⁾도 어느 정도 설득력을 지닌 것이었다. 그러나 현행규정에 의할 경우 이러한 강제규정이 삭제되었고, 또 교육부장관의 직접 제소권이 신설된 것으로 보아 교

178) 이기우, 기관소송, 고시계 1992.11., 58면. 동인은 지방자치법 제159조 3항과 마찬가지로 교육감이 감독관청인 교육부장관의 요청에 의하여 재의를 요구하고 그에 대한 재의결에 대해 제소하는 것은 국가감독사무를 기관위임 사무로서 수행하는 것으로 국가와 지방자치단체간의 법률관계에 관한 소송이라는 이유로 기관소송이 아니라고 하고 있다. 물론 집행기관인 교육감이 감독기관의 요청없이 재의를 요구하고 그에 관한 지방의회나 교육위원회의 재의결에 대해 제소하는 경우는 기관소송에 해당한다고 보고 있다.

육부장관의 지시에 교육감이 반드시 구속되는 것은 아니라 할 것이므로, 전술한 지방자치법 제159조 3항의 경우에서와 같은 논거로 기관소송으로 다루어도 별 문제는 없을 것이다.

3) 현행 기관소송의 문제점 ; 제한적 기관소송에 따른
권한쟁의의 증대

행정소송법 제45조에 의하면, 기관소송은 ‘법률이 정한 경우’에, ‘법률이 정한 자’에 한하여 제기할 수 있도록 하고 있다. 그런데 현행법하에서 행정소송법상의 기관소송을 제기할 수 있는 ‘법률이 정한 자’란 앞에서 살펴본 것처럼, 지방자치단체의 장(지방자치법 제98조 3항, 제159조 3항)과 교육감(지방교육자치에 관한 법률 제38조 3항)에 불과하고, 또 기관소송제기가 가능한 ‘법률이 정한 경우’도 지방의회의 재의결사항과 시·도의회나 지방의회의 교육관련 재의결사항에 불과한 실정이다. 이와 같은 제한적 기관소송과 특히 행정소송법 제3조 4호 단서가 헌법재판소법의 관장사항으로 되어 있는 소송을 제외함으로써, 한때 ‘행정소송으로서의 기관소송’이 폐지되었다고 보는 견해¹⁷⁹⁾가 주장되기도 하였다. 그러나 행정소송법 제3조 4호 단서규정의 유무에 불구하고, 행정소송법 제45조에 의해 기관소송이 제한되고 있는 한 상황은 변한 것이 없다할 것이다. 즉 성질상 기관소송에 속하는 국가기관 상호간의 분쟁을 해결하기 위한 소송을 기관소송이라는 소송유형으로 규정짓는 개별법률이 존재하지 않는 한, 이들 유형의 소송이 기관소송으로 해결될 수는 없는 것이다.

오히려 국가기관상호간의 분쟁이 헌법과 헌법재판소에 의해 권한쟁의로 편입됨으로써 이들 유형의 분쟁이 사법기관(헌법재판소)에 의해 해결될 가능성이 훨씬 증대되었다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 국가기관간 상호간에 헌법과 법률에 의해 부여된 권한의 존부 또는 그 범위(헌법재판소법 제61조 1항)에 관한 다

179) 김도창, 일반행정법론(상), 1993, 847면

틈이 있을 경우, 관계기관은 행정소송법상의 기관소송처럼 특별히 ‘법률에 정한 경우’가 아니라 할지라도 일반적으로 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 되었기 때문이다. 이것은 기관소송에 관한 행정소송법의 입법적 결함을 상당부분 해소해주는 역할을 한다. 물론 헌법재판소법이 제62조 1항 1호에서 국가기관상호간의 권한쟁의심판을 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’이라고 규정함으로써 마치 이들 기관만이 권한쟁의심판 청구적격을 가지며, 열거되지 아니한 기관이나 이상에서 열거된 국가기관내의 각급기관들에게는 심판적격을 부인하는 듯한 인상을 주고 있는 것은 사실이다. 이에 따라 우리 헌법재판소도 1995.5.1. 의 90헌라1결정에서 ‘...심판을 담당하는 국가기관으로서 스스로가 당사자가 될 수 없는 헌법재판소를 제외하고¹⁸⁰⁾ 국가의 입법권, 행정권 및 사법권을 행사하는 국가기관인 국회, 정부 및 법원과 선거관리사무를 담당하는 중앙의 국가기관인 중앙선거관리위원회를 열거하여... 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판

180) 이와 같은 입장을 취하는 견해로는 Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4Aufl., Vorbemerkung vor §§63ff., Rdnr.13, S.316을 들 수 있다. 이에 따르면 연방헌법재판소는 그 자체 최고연방기관에 속하기는 하지만 자신의 권리·의무의 문제가 자신에 의해 심리되는 법적쟁송의 대상은 될 수 없다고 한다. 이에 대해 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 406면은 헌법 제107조 2항과 제111조 1항 5호의 해석을 둘러싸고 빚어졌던 헌법재판소와 대법원사이의 법령소원가능성에 관한 논쟁을 예로 들면서 헌법재판소법 제62조 1항 1호의 해석에 관한 분쟁이 발생할 경우 다시 헌법재판소와 대법원의 갈등이 있을 수 있으므로 헌법재판소가 권한쟁의의 당사자가 되지 않으리라고 단언할 수 없다고 한다.

의 당사자가 될 수 없으며, 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다'라고 판시함으로써 동규정이 열거규정임을 분명히 한 바 있다.

헌법재판소의 이런 입장에 대해서는 제62조 1항 1호의 규정을 '예시규정'으로 보아 확대해석을 시도하는 비판적 주장이 제기되기도 하였다.¹⁸¹⁾ 그러나 최근 헌법재판소는 1997.7.16.의 96헌라2 결정에서 앞서의 결정에서 판시한 입장을 변경하여, 헌법재판소법 제62조 1항 1호를 예시규정으로 파악하고 있다.¹⁸²⁾ 따라서 열거되지 아니한 국가기관들 상호간에 권한분쟁이 발생할 경우에도 권한쟁의심판이 가능하므로, 행정소송법의 기관소송 열거주의의 단점을 실질적으로 보완할 수 있는 가능성이 확대되었다고 할 것이다.

4) 권한쟁의와 기관소송의 구별

헌법재판소법상의 권한쟁의심판은 권한의 존부 또는 그 범위에 관한 다툼을 분쟁의 대상으로 한다는 점에서, 행정소송법상의 기관소송이 국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼을 대상으로 하는 것과는 범문언상 다소 차이가 있다. 양자 모두 '권한의 존부'를 분쟁의 대상으로 한다는 점에 있어서는 차이가 없으나, 그밖에 전자의 경우에는 '권한의 범위'에 관한 쟁송이 포함되지만, 후자의 경우에는 '권

181) 예컨대 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1988, 387면이하; 이시윤, 헌법재판에 관한 관견, 헌법논총 제1집, 1990, 67면; 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 406-407면; 동인, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법논총 제2집, 1991, 587면 이하.

182) 이 결정은 국회의장과 국회의원은 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 허용된 권한을 행사할 수 있으므로, 국회의장과 국회의원의 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있다고 함으로써 열거되지 아니한 기관인 국회의원에 대해 권한쟁의심판의 당사자 자격을 인정하고 있다. 앞선 결정과는 정반대의 결정이다.

한의 행사'에 관한 쟁송이 포함된다는 점에서 다소 차이가 존재한다.

이에 대해서는 권한쟁의심판에 있어서 '권한의 범위'에 관련된 쟁송은 '권한의 존부'에 관한 쟁송의 한 형태로 이해되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹⁸³⁾ 즉 '권한의 범위'를 검토대상으로 하는 것은 권한을 벗어났는가를 검토하여, 그 기관의 무권한이나 또는 월권여부를 밝히기 위함이므로, 권한의 존부를 다루는 다른 유형으로 이해하려는 것이다.

그러나 이러한 해석은 문제가 있어 보인다. 헌법재판소법 제61조 2항은 권한쟁의심판을 피청구인의 '처분' 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 '권한을 침해하였거나' 침해할 현저한 위험이 있을 때에 한하여 청구할 수 있도록 하고 있다. 즉 권한쟁의심판에서는 피청구인의 처분의 행사도 그 전제요건으로 하고 있으며, 이러한 처분을 통한 청구인의 권한침해도 요건으로 되고 있는 것이다. 따라서 이러한 청구요건규정에 비추어, 권한쟁의심판의 제기는 다른 권리주체나 기관에 의한 일정한 권한행사도 그 대상행위로서 전제하는 것이며, 따라서 이는 단순한 권한의 존부차원으로 이해할 수 없으며, '권한의 행사'로 인한 분쟁의 성질을 갖는다는 것을 부정할 수 없게 된다. 다른 측면에서 보아도, 이 주장이 제시하는 내용대로 권한의 범위에 관한 분쟁이 결국은 권한의 월권여부를 검토하기 위함이라면, '월권'이라는 개념의 일상적인 언어사용례로 보아도 이는 적극적인 권한행사를 전제로 한 것으로 이해할 수밖에 없을 것이다.

따라서 '권한의 행사'에 관한 다툼을 법문언상 권한쟁의심판의 대상에서 배제하여 행정소송법의 적용대상으로 보려는 이러한 해석은 타당하지 못하다.

183) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 금강김철수교수학습기념논문집, 573면

양자의 차이는 오히려, 분쟁의 주체 측면에 따라 구별되는 것이 타당하리라고 생각한다. 즉 공법상의 독립된 권리주체사이 또는 국가기관사이의 권한의 존부 또는 그 범위에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되고, 그밖의 지방자치단체 기관사이의 법적 분쟁은 기관소송의 대상이 되는 것이라고 이해되어야 할 것이다.

그리고 권한쟁의에 있어 ‘권한의 존부 또는 그 범위’에 관한 다툼이란, 헌법과 법률에 의해 부여받은 권한의 객관적인 존재여부 및 그 객관적 범위를 다투는 것을 말한다. 따라서 이른바 ‘소극적 권한쟁의’와 ‘적극적 권한쟁의’¹⁸⁴⁾ 모두가 허용되어야 한다고 본

184) ‘적극적 권한쟁의’란 둘 이상의 국가기관이 특정사항에 대한 결정권이 각각 자신에게 있음을 주장하는 형식의 쟁의를 말하며, ‘소극적 권한쟁의’란 각각 자신에게 권한이 있음을 부인하는 형식의 쟁의를 말한다. 이에 대해서는 김효진, *코벤탈헌법(대표집필:김철수)* 1988, 614면; 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, *헌법논총* 제7집, 1996, 403면 이하; 신봉기, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, *헌법논총* 제2집, 1991, 586면 참조. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의는 오스트리아와 스페인(헌법재판소법 제62조 이하)이 채택하고 있다.

오스트리아 헌법재판소법상의 적극적 · 소극적 권한쟁의에 관한 규정은 다음과 같다.

제42조. 1) 법원과 행정기관(헌법 제138조 1항 a문)이 동일한 문제에 대한 결정권을 주장하거나 또는 그 문제에 대해 스스로 결정을 내렸음으로 인해 야기된 권한쟁의(적극적 권한쟁의)심판의 제청은 본안문제에 대한 확정력있는 판결이 내려지지 않은 경우에만 허용된다. 2) 제청은 관할 연방 또는 주의 최고행정기관이 권한분쟁의 발생을 공식적으로 인지하게 된 날로부터 4주 이내에 제기되어야 한다. 3) 위의 기간의 도과로 당해 법적문제에 대한 결정권은 법원이 가지게 된다. 4) 제청행정기관은 즉시 관계법원에 제청하였음을 통지하여야 한다. 5) 통지의 도달로 계류중인 절차는 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 중단된다.

제43조 1) 행정재판소와 또다른 법원 또는 행정재판소와 헌법재판소 자신 또는 정규의 법원과 또 다른 법원(헌법 제138조 1항 a문)이 동일한 문제에

다. 물론 우리 헌법재판소법 제61조 2항은 권한쟁의심판의 청구

대한 결정권을 주장함으로써 야기된 권한분쟁(적극적 권한쟁의)의 경우 헌법재판소는 그 법원 또는 위에서 열거한 재판소 중의 하나가 본안문제에 대해 확정력있는 판결을 아직 내리지 않았을 경우에만 결정할 수 있다. 2) 한 법원이 본안문제에 대해 확정력있는 판결을 내린 경우에는 이 법원의 단독관할권은 유지되어야 한다. 3) 본안문제에 대한 확정력있는 판결이 아직 내려지지 않은 경우, 헌법재판소는, 제1항에 규정된 법원의 통지 또는 당해문제에 관계된 행정기관들이나 당사자의 통지를 통한 것이든 또는 그 자신의 고유한 행위의 내용을 통한 것이든, 쟁의의 발생을 알게 된 즉시 권한쟁의심판절차에 착수하여야 한다. 4) 제3항에 명시된 행정기관은 통지의 의무가 있다. 5) 헌법재판소의 절차착수로 관계법원에 계류 중인 절차는 권한쟁의심판이 있을 때까지 중단된다.

제46조 1) 법원과 행정기관 또는 행정재판소와 다른 법원 또는 행정재판소와 헌법재판소 또는 정규의 법원과 다른 법원(헌법 제138조 1항 a, b문)이 동일한 문제에 대한 권한을 거부함으로써 야기된 권한쟁의(소극적 권한쟁의)심판의 제청은 관계당사자에 의해서만 행해질 수 있다. 2) 심리를 위해 관계당사자가 소환될 수 있다. 법원을 포함한 관계행정기관의 출석은 강제되지 아니한다.

제47조 1) 주상호간 또는 주와 연방간의 권한쟁의(헌법 제138조 1항 c문)가 각 주 또는 주와 연방이 동일한 행정업무에 대해 처분권 또는 결정권 있음을 주장함으로써 발생된 경우(적극적 권한쟁의) 관계 각 정부가 심판 제청을 할 수 있다. 2) 제청은 제청정부가 권한쟁의를 공식적으로 인지하게된 날로부터 4주의 기간내에 행해져야 한다. 3) 제청정부는 즉시 관계정부에게 제청사실을 통지하여야 한다. 4) 헌법재판소에 대한 심판청구로 행정당국에 계류중인 절차는 중단된다.

제48조 절차에 관계된 개인은 제42조, 제43조 및 제47조에 따른 권한쟁의의 경우에 제청신청의 권한있는 행정기관 또는 사법기관에 대해 이 법률이 의미하는 권한쟁의심판제청을 요구할 권리가 있다. 4주의 기간내에 이러한 신청이 없을 경우 당사자 자신이 이후 4주의 기간내에 헌법재판소에 권한쟁의심판의 제청을 권리가 있다.

제50조 1) 권한쟁의가 두 개의 주 또는 주와 연방이 동일한 행정업무에 대한 처분권 또는 결정권을 부인(소극적 권한쟁의)함으로써 야기된 경우(헌법 제138조 1항 c문) 기각당한 당사자가 심판제청을 할 수 있다. 2) 심리를 위해 제청자와 관계정부가 소환될 수 있다.

를 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법이나 법률에 의해 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 위험성이있는 때에 한하여 할 수 있다고 소극적 권한쟁의를 배제하고 있는 듯한 인상을 주고 있으나, 이는 입법적 불비라 할 것이다.

특히 소극적 권한쟁의를 배제하는 해석은 동법 제61조 1항의 문언과 일치되지 아니한다. ‘권한의 존부 또는 그 범위’에 관한 쟁의란 관계된 둘 이상의 기관이 어떠한 문제에 대한 권한을 서로 자기 것이라고 주장하는 것은 물론 자기의 관할에 속하지 않는다고 주장하는 경우의 쟁의도 포함하는 것이라고 이해되어야 할 것이다.

또한 권한쟁의 청구요건으로서 헌법재판소법 제61조 2항이, 피청구인의 처분뿐 아니라 ‘부작위’를 들고 있는 것은 권한쟁의심판에서는 피청구인의 적극적 태도 (또는 적극적 권한행사)뿐 아니라 소극적인 태도(또는 소극적 권한행사)의 경우도 그 대상으로 하려는 의도로 이해되어야 할 것이다.

(3) 권한쟁의와 항고소송

지방자치단체에 독립된 법인격이 인정됨으로써 예컨대 국가와의 관계에서 지방자치단체는 국가와 개인과의 관계와 유사하게, 주관적 공권을 인정받게 되었다. 따라서 국가와 지방자치단체간의 공권력의 주체간에 발생하는 분쟁에 대해서는, 행정소송의 하나인 항고소송을 통해 분쟁해결이 가능한 경우도 존재하게 된다. 따라서 이하에서는 권한쟁의와 항고소송의 관계에 대해서 검토하기로 한다.

1) 항고소송

항고소송이란, 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송으로서, 행정청의 적극적 또는 소극적인 공권력행사에 의

하여 생긴 행정법상의 위법한 법상태를 제거하여 권리나 이익의 보호를 목적으로 하는 소송을 총칭한다(행정소송법 제3조 1호). 이에 해당하는 종류에는 다음의 유형이 있다(제4조).

가. 취소소송

이는 행정청의 위법한 처분이나 재결에 대해 그 취소나 변경을 구하는 소송을 말한다. 항고소송 중에서 가장 대표적인 소송유형으로서, 현행 행정소송법은 취소소송에 관한 규정을 다른 소송유형에 준용하고 있다.

취소소송의 대상은 ‘위법한 처분 등’이다(제4조 1호 참조). 이때의 ‘처분 등’의 개념에 대해서는 행정소송법 스스로 정의규정을 두고 있는바, 이에 따르면 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 관한 재결”(제2조 1항 1호)을 의미하는 것으로 보고 있다.

취소소송의 대상인 처분의 개념에는 단순위법인 처분뿐 아니라 무효인 처분도 포함된다고 보는데, 무효인 처분은 무효선언을 구하는 의미로 취소소송이 제기되는 경우에 대상이 된다. 물론 무효인 처분은 어느 누구도 구속하지 않는 것이나, 처분 자체의 외관은 존재하게 되므로 이로 인해 일정한 효력이 존재하는 듯한 인상을 줄 수 있게 된다. 따라서 처분 자체의 외관을 제거하기 위한 목적으로 취소소송의 형식을 빌려 소송제기가 제기될 필요성이 존재하게 되는 것이다. 물론 또한 다른 측면에서는 무효인 처분의 경우에는 무효확인소송이 별도로 존재하고 있다. 그러나 처분의 취소사유와 무효사유가 개별적인 경우에 있어서 명확하게 구별되는 것은 아니므로, 당사자로서는 무효확인소송을 바로 제기하지 못하고 취소소송을 제기할 필요가 존재하게 될 것이다. 이밖에도 또한 예외적으로 행정심판의 재결도 재결 자체에 고유

한 위법이 있는 경우에는 취소소송의 대상이 된다(제19조 단서).

나. 무효등 확인소송

이는 행정청의 처분이나 재결의 효력 유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송을 말한다(제4조 2호). 처분이 무효인 경우에는 처음부터 효력이 없는 것이므로 당연히 아무런 외부적 효력을 갖지 못하여 소송상 다툴 이익이 없을 것 같으나, 무효인 처분도 처분으로서의 외관이 존재하므로 이로 인해 당사자가 불이익을 받게 되는 경우가 발생할 수 있다. 또한 처분의 부존재의 경우는 존재와의 구별이 용이한 것이 아니므로 외형상 처분이 존재하는 것으로 오인될 우려가 존재하게 된다. 이러한 경우에 대비하여 법원의 판결에 의해 그 무효나 부존재를 확인받을 필요성으로 인해 확인소송이 제기되는 것이다.

이 소송은 취소소송에 비교하여 다음과 같은 특성이 인정되고 있다. 즉 취소소송과는 달리 행정심판전치주의, 제소기간의 제한, 사정판결에 관한 규정 등이 적용되지 않는다. 그러나 이때에도 취소소송을 통하여 무효인 처분을 다투어 무효선언을 구하는 경우에는 행정심판전치주의나 제소기간의 제한규정이 적용된다고 본다.

다. 부작위 위법확인소송

이는 행정청의 부작위가 위법인 것을 확인하는 소송유형을 말한다(제4조 3호). 이때의 부작위의 의미는 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것”을 말한다(제2조 1항 2호). 이 소송유형은 특히 급부행정영역에서의 일정한 행위신청에 대하여 행정청이 작위의무에 반하여 아무런 행위를 하지 않는 경우에, 현행법상 인정되고 있는 유일한 권리구제수단이다. 그러나 이 소송은 부작위에 대해 위법하다는 사실만을 확인할 뿐, 적극

적으로 일정한 행위를 명하는 것은 아니므로 부작위에 대한 권리 구제수단으로서는 가장 소극적인 형태이다. 행정심판에서는 이와는 달리 부작위에 대해서 행정청에게 적극적으로 일정한 행위를 명하는 의무이행심판이 허용되고 있는 점에서, 이러한 현행법의 태도는 비판되고 있다.

2) 항고소송과 권한쟁의의 관계

국가와 지방자치단체사이에도 처분성을 갖는 행정작용이 행해질 수 있다. 항고소송은 그 성질상 분쟁의 일방 주체가 우월적 지위를 갖는 경우를 그 전제로 한다. 따라서 독자적인 법인성을 갖는 국가와 지방자치단체사이에서의 항고소송문제는, 국가가 감독권행사의 이름하에 지방자치단체에 대하여 개별적 행위를 하는 경우가 그 대상이 될 것이다. 그러나 이때의 분쟁은 다른 한편으로 국가의 '적극적인 권한행사'를 통하여 발생하는 법적 분쟁으로서의 성질도 갖게 되므로, 권한의 존부 및 그 범위에 관한 분쟁을 대상으로 하는 권한쟁의와 일정한 관계설정이 필요로 된다. 즉 이미 앞에서 검토한 바와 같이, 권한쟁의심판의 청구가 가능한 기관들간에 '권한의 행사'를 둘러싸고 분쟁이 야기된 경우에도 권한쟁의심판은 청구할 수 있다고 보아야 하므로, 개별적인 경우에 있어서 지방자치단체가 개별적인 국가의 행위를 대상으로 하여 제기하는 항고소송과의 관계가 문제로 된다. 이와 관련하여 다소의 검토가 필요한 것이 지방자치법 제157조 2항의 해석이다.

또한 국가와 지방자치단체가 서로 그 권한을 행사하지 않음으로써 분쟁이 발생하는 경우도 일응 생각해 볼 수 있다. 이때에 검토가능한 항고소송으로는 부작위 위법확인소송이 된다.

가. 적극적 권한행사의 경우

국가가 적극적으로 법령등에 의하여 자신에게 주어진 권한을 행사하는 경우에는 적극적 권한쟁의와 항고소송사이의 관계가 문제로 된다. 이때에는 지방자치법 제157조가 주요 검토대상이 된다. 주지하는 바와 같이 지방자치법 제157조는 이른바 국가등의 감독권 행사로서의 시정명령과 취소·정지권을 규정하고 있다.¹⁸⁵⁾ 우선 이 제도의 내용을 검토하기로 한다.

(가) 시정명령

이는 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 부당한 경우에 감독기관이 기간을 정하여 시정을 명하는 사후적이며 부담적인 감독수단이다(제157조 1항). 이는 지방자치단체의 장이 행한 위법 또는 부당한 행위를 국가등의 감독기관이 사후적으로 교정하는 기능을 수행하는 것이다.

① 시정명령의 대상

지방자치단체의 명령이나 처분이 그 대상이다. 즉 적극적인 행위만이 그 대상이 된다. 명령과 처분은 각각 일반적 규율과 개별적 규율의 차이를 가지는 것으로 볼 수 있으며, 자치입법으로서의 규칙과 행정행위가 각각의 예에 해당한다. 이 때의 사무의 범위에 대해서는 자치사무에 관한 것이든, 위임사무에 관한 것이든 구별하지 않는다.

② 시정명령의 요건

- ㉠ 지방자치단체의 장의 명령이나 처분이 자치사무에 관한 것이면 위법한 경우에만 해당하고(제157조 1항 단서), 위임사무인 경우이면 그밖에도 부당한 경우도 포함한다.
- ㉡ 권한있는 감독기관이 서면으로 하여야 한다.
- ㉢ 시정명령을 이행하기에 적합한 기간을 정하여서 하여야 한다.

185) 이하의 내용은 유지태, 행정법신문, 1997, 666면이하 참조

㉔ 그러나 그 내용은 시정해야 할 개별적 내용을 포함하는 것은 아니다.

③ 시정명령의 효과

이에 의하여 지방자치단체는 그 명령이나 처분을 시정할 법적 의무를 진다. 따라서 시정명령을 받은 명령이나 처분을 집행하여서는 안된다. 그러나 이미 집행된 처분이나 명령은 시정명령에도 불구하고 유효하다.

(나) 취소·정지권

이는 국가등의 감독기관이 시정명령을 정해진 기간내에 행하지 않을 때에 당해 명령이나 처분을 취소나 정지할 수 있는 권한을 말한다(제157조 1항). 이는 형성적인 행정행위로서 당해 지방자치단체의 기관의 별도의 취소나 정지처분이 없이도 위법한 명령이나 처분의 효력을 직접 상실하게 한다.

이의 대상은 자치사무나 위임사무 모두 해당한다. 이를 위한 요건으로는 명령이나 처분이 위법하거나 부당한 것이고, 감독기관이 행한 시정명령이 미리 설정된 기간을 경과하였을 것이 필요하다. 그 효과는 직접적으로 당해 명령이나 처분이 효력을 상실하는 것이며, 감독관청은 당해 권한행사로써 다른 처분으로 대체할 것을 명할 수는 없다.

(다) 소송제기

자치사무에 관한 지방자치단체 장의 명령이나 처분에 대해 감독기관의 지위에 있는 주무부장관이나 시·도지사가 취소나 정지처분을 발동하면, 이에 대해 이의가 있는 지방자치단체의 장은 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다(제157조 2항). 이때의 소송의 성질은 그 제소기간이나 단심제의 특성에 비추어 통상적인 행정소송법상의 규율을 받는 행정소송으로 보기는 어려우

며, 지방자치법이 별도로 특별히 인정하고 있는 소송으로 볼 수 있다. 그러나 그 실질에 대해서는 항고소송으로 이해되고 있다.

(라) 제157조 2항의 해석

결국 지방자치법 제157조 2항은 그 대상행위에 비추어, 국가등의 적극적인 감독권 행사와 관련된 법적 분쟁이라고 볼 수 있다. 따라서 이 규정은 해석에 따라서는, 국가와 지방자치단체사이의 권한의 범위에 관한 다툼으로 이해하여 이른바, 적극적 권한쟁의의 모습으로 이해할 수 있어 보인다. 즉 이때 당해 지방자치단체의 장이 이러한 소송을 제기하는 이유는, 국가기관인 주무부장관이나 시·도지사가 주어진 권한의 범위를 초월하여 행위를 하였다는 사실에 근거하고 있는 것이므로, 권한쟁의심판의 대상이 되는 행위이며, 따라서 이를 행정소송으로 제기할 수 있다는 지방자치법 제157조 2항은 권한쟁의심판규정과의 충돌을 야기하는 것처럼 평가할 수 있다.

이미 앞서서도 언급한 바와 같이, 권한쟁의심판의 적용영역인 ‘권한의 범위’에 관한 다툼은 권한행사로 발생된 분쟁의 경우도 그 대상으로 하는 것이므로, 이러한 해석은 충분히 가능해 보인다. 물론 지방자치법 제157조 2항은 그 대상으로 처분이나 명령에 한정하고 있으나, 이러한 대상행위유형은 권한쟁의심판의 대상을 표현하고 있는 헌법재판소법 제61조 2항의 ‘피청구인의 처분 또는 부작위’ 중에서 앞부분의 ‘처분’과 겹치게 된다. 따라서 대상의 차이를 구별기준으로 설정하는 것은 어렵게 된다.

생각컨대 이러한 해석을 평가하기 위하여는 먼저 지방자치법 제157조 2항의 의미를 이해할 필요가 있다고 본다. 즉 제157조가 지방자치단체의 자치사무수행에 대해, 국가등이 감독권행사로써 위법한 자치사무의 효력을 자신의 의사표시에 의하여 바로 취소

나 정지할 수 있도록 하는 것은, 한편으로 지방자치단체의 자치권행사에 대한 침해의 소지를 야기하게 된다. 이는 다른 측면에서, 개별적인 경우에 이른바 적법성 확보라는 명목하의 이와 같은 국가등의 권한행사가 정당한가 하는 문제를 발생시킨다. 따라서 제157조 2항은 지방자치단체의 자치권을 보호하기 위한 차원에서 마련된 것으로 이해할 수 있다.

그러나 이러한 법적 분쟁은, 결국 국가나 광역지방자치단체의 감독권이라는 권한행사와 지방자치단체의 자치권이 서로 충돌하는 문제를 야기하게 된다. 이러한 점에서는 권한쟁의심판의 대상과 중복되는 문제를 잉태하게 된다.

이러한 우리의 입법은 다른 나라의 입법례에서도 찾아보기 힘든 매우 특이한 것으로서, 지나치게 국가등의 행정주체의 우월적 지위를 일방적으로 보호하는 것이다. 이러한 입법이 지방자치단체에게 일방적으로 불리하게 작용하게 될 것임은 당연한 평가이다. 이러한 잘못된 국가우월적 지위보장의 입법으로 인해 헌법재판인 권한쟁의심판과의 충돌을 야기하고 있는 것이다.

바람직한 입법으로서의 일본의 경우처럼, 사무를 유형화하여 위임사무에 대해서만 국가등이 감독권을 행사하도록 하는 것이 더 타당할 것이다(일본 지방자치법 제151조, 151조의 2 참조). 따라서 현행법하의 해석에 의하면, 제157조 2항의 행정소송은 아직 실무상의 사건례는 존재하지 않지만, 그 실질내용에 있어서(적극적) 권한쟁의와 중첩되는 규정이므로, 삭제하는 것이 타당하다고 보인다. 즉 이는 입법자가 제157조 2항을 제정할 때에, 이 규정의 규율대상이 실질적으로 국가와 지방자치단체, 또는 지방자치단체와 다른 지방자치단체사이의 권한행사와 관련된 분쟁에 해당한다는 사실을 간과하고(또는 헌법재판소법상의 권한쟁의심판제도의 존재를 간과하고) 경솔하게 제정한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 이 규정은 삭제되는 것이 당연히 필요하며, 이를 통해 자연스

렵게 제157조 2항의 법적 분쟁이 권한쟁의심판의 대상으로 올 수 있도록 만드는 것이 필요할 것이다.

나. 소극적인 권한행사의 경우

국가와 지방자치단체가 서로 자신의 권한을 행사하지 않음으로써 분쟁이 발생하는 경우에는 일응 소극적 권한쟁의와 부작위위법확인소송이 서로 중첩되는 듯이 보인다.

그러나 소극적 권한쟁의의 경우의 모습은 그간의 사례에서도 나타나듯이 국가등의 우월적 지위의 존재를 그 전제로 하는 것이 아니다. 즉 이는 그 실질에 있어서 권한행사를 하지 않음으로써, 재산법적 분쟁이 발생하는 경우를 해결하기 위한 것이므로, 국가의 우월적 지위를 그 전제로 하는 항고소송인 부작위위법확인소송의 경우와 다르다고 보아야 한다.

또한 부작위위법확인소송은 그 제소를 위한 요건으로서, 행정청이 다른 당사자의 범규상 또는 조리상의 권리에 의한 신청에 대하여 상당한 기간내에 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 이를 하지 아니하는 경우를 전제로 하므로¹⁸⁶⁾, 이러한 신청관계를 전제로 하지 않는 국가와 지방자치단체사이의 소극적 권한분쟁의 문제와 구별될 것이다. 따라서 부작위위법확인소송과 권한쟁의심판은 그 관계설정이 어렵지 않게 된다.

(4) 권한쟁의와 당사자소송

권한쟁의심판은 권한의 존부와 관련하여서는 그 개념상 행정소송상의 당사자소송과의 관계설정을 필요로 한다. 즉 권리주체사이에 서로 권한이 존재하지 않는다는 것을 소극적으로 확인하는 측면에서는, 법률관계나 법적 지위의 부존재확인을 규율대상으로

186) 대판 1996. 1. 26, 95누13326 참조

하는 당사자소송과 중첩되는 면을 갖게 된다.

1) 당사자소송¹⁸⁷⁾

가. 의 의

이 소송은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송과 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(제3조 2호). 즉 이는 공권력발동 자체의 위법성문제를 판단하는 것이 아니라 이러한 공권력행사인 작위·부작위로 인하여 새로이 생긴 파생된 법률관계를 해결하거나, 공법적인 법률관계에 관한 소송이다. 예컨대 공권력의 위법한 행정작용으로 인한 손해배상청구소송이나 공법상의 금전지급을 청구하는 소송 등이 이에 해당한다. 이 소송의 소송물은 공법상의 법률관계나 권리관계에 관한 당사자의 일정한 법적 권리주장이 된다. 당사자소송은 공법상의 법률관계나 권리관계를 대상으로 하는 것이고, 아직 이에 관한 행정청의 유권적 결정이 없는 상황에서 행해지는 쟁송이므로 시심적 쟁송의 성질을 갖는다.

나. 항고소송과의 구별

항고소송은 행정청의 적극적 또는 소극적 공권력행사에 대한 불복수단으로서, 그 기본구조에 있어서 행정청의 우월적인 지위의 존재를 전제로 하는 소송유형이다. 이에 반해 당사자소송은 행정청의 공권력행사를 원인으로 하여 발생되거나 이를 원인으로 하지 않는 공법상의 법률관계를 그 대상으로 하며, 여기에서는 원고와 피고의 관계가 대등한 지위를 가짐을 전제로 하는 소송이다.

다. 유형

187) 이하의 내용은, 유지태, 행정법신론, 1997, 457면이하 참조

(가) 실질적 당사자소송

이는 본래 의미에서의 당사자소송으로서 대등한 당사자 사이의 공법상의 법률관계 또는 권리관계에 관한 소송을 말한다. 이에 다시 이러한 법률관계의 발생원인을 기준으로 하여 ㉠ 행정청의 처분 등이 원인이 되어 발생한 법률관계에 관한 당사자소송과, ㉡ 이러한 원인없이 존재하는 법률관계에 관한 당사자소송으로 나뉜다. 전자에 해당하는 것으로는 적법 또는 위법한 처분을 원인으로 하는 행정상 손실보상청구소송이나, 손해배상청구소송을 들 수 있고, 후자에 해당하는 것으로는 공법상의 신분·지위 등의 확인소송, 공법상의 금전지급청구소송, 공법상의 계약에 관한 소송 등을 들 수 있다.

(나) 형식적 당사자소송

이는 실질적으로는 행정청의 처분 등을 다투는 소송이면서 항고소송에서와 같이 행정청을 피고로 하지 않고, 당해 처분 등을 원인으로 하는 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하여 제기하는 소송을 말한다. 이 소송은 현실적으로 당사자가 다투고자 하는 분쟁의 내용을 중시하여, 이러한 분쟁의 실질적인 이해관계자만을 소송당사자로 하고 행정청을 배제함으로써, 신속한 권리구제를 도모하고 소송절차를 간소화하려는 데에 그 필요성이 있다고 할 수 있다.

2) 권한쟁의와 당사자소송

가. 문제의 소재

국가와 지방자치단체사이의 권한의 부존재를 다투는 소극적 권한쟁의는, 그 개념상 공법상의 법률관계에 대한 다툼이며, 이때에는 국가기관이 우월한 지위에서 행하는 행정작용을 전제로 하지 않으므로, 전형적인 행정소송으로서의 당사자소송적 요소를 갖게 된다. 따라서 국가와 지방자치단체사이의 법적 분쟁으로서

의 권한의 부존재문제는, 권한쟁의와 당사자소송이라는 서로 이질적인 두 제도의 적용대상하에 놓이게 된다.

나. 관계설정시도

이 문제를 입법례에 따라 검토하게 되면, 독일식의 경우는 행정소송과 헌법재판과의 관계설정이 비교적 용이한 편이다. 즉 이미 앞에서 충분히 검토한 바와 같이, 헌법적 성질을 갖는 분쟁의 경우는 헌법재판으로, 비헌법적 성질을 갖는 분쟁의 경우는 행정소송으로 처리하게 되므로, 국가와 지방자치단체사이의 소극적 권한의 확인문제는 헌법적 분쟁으로 처리되어, 헌법재판인 권한쟁의문제로 해결할 수 있게 될 것이다.

이에 반해 일본식의 경우는 당사자소송이 이른바 항고소송에 포섭되지 못하는 경우를 규율대상으로 하는 포괄적 권리구제수단으로서 기능하고 있으므로, 그 포섭범위가 넓게 된다. 또한 헌법재판으로서의 권한쟁의심판이 별도로 인정되고 있지 않으므로, 행정소송인 당사자소송의 규율범위도 확대된다. 따라서 이러한 일본에서의 입장을 따르게 된다면, 국가와 지방자치단체사이의 소극적인 권한의 확인문제는 당사자소송으로 해결할 수도 있을 것이다.¹⁸⁸⁾

그러나 우리나라에서의 어려움은 독일식으로 헌법적 분쟁과 비헌법적 분쟁에 관한 명문규정이 존재하지 않아, 이러한 독일식 해결방법을 받아들일 수 없다는 점에 존재한다.¹⁸⁹⁾ 또한 일본의 경우와는 달리 헌법재판이 별도로 존재하므로, 일본식 해결도 채택하기 어렵다. 결국 우리나라에서의 논의는 다른 나라에서 그 예를 찾아보기 어려우며, 따라서 우리의 독자적 해결이 요청되는

188) 따라서 우리나라에서 이른바 소극적 권한쟁의를 행정소송으로서의 당사자소송의 문제로서 처리하려는 시도는, 우리나라와 일본의 법제상의 차이를 간과한 오류를 범하는 것이다.

189) 이에 대해서는 정태호, 앞의 글, 416면이하 참조

문제로서 평가할 수 있을 것이다.

생각건대 국가와 지방자치단체사이의 이른바 소극적 권한쟁의에도 당사자소송적 요소가 있다는 사실은 인정되어야 한다. 그러나 그동안의 우리의 행정소송으로서의 당사자소송의 사례는 지방자치제가 실시되기 전이라는 시대적 상황도 원인이 되겠지만 주로 국가와 사인사이의 관계를 대상으로 하는 것이었고, 국가와 다른 공법상의 법인사이의 법적 분쟁은 해결대상이 된 예가 없다. 이는 당사자소송의 전형적 모습이 국가와 사인사이의 법적 분쟁관계를 전제로 하는 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

또한 다른 측면에서, 헌법이나 헌법재판소법이, 당사자소송적 요소를 포함하는 따라서 그 주체만 다르다면 당사자소송에 의하여 해결되어야 할 국가와 지방자치단체 사이의 권한의 존부에 관한 다툼을 권한쟁의의 대상으로 규율하고 있는 것은, 법적 분쟁의 주체가 통상적인 국가와 사인사이의 관계를 넘어서는 경우는, 당사자소송이 아니라 별도로 헌법재판에 의하여 해결할 것을 예정한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 즉 국가와 지방자치단체사이의 권한의 부존재를 다투는 분쟁은 행정소송 차원이 아니라, 그 분쟁주체의 비중에 비추어 또는 그 분쟁의 중요성에 비추어 행정소송보다는 헌법재판차원에서 해결할 것을 예정한 것으로 이해되어야 할 것이다.

이러한 해석에 의할 때에 법률관계의 존부나 부존재에 관한 법적 분쟁은 우리나라에서는 그 주체에 따라, 국가와 사인사이의 행정소송인 당사자소송으로, 국가와 지방자치단체 사이의 경우는 권한쟁의심판의 대상으로 처리된다고 이해되어야 한다. 이러한 해석은 이미 앞에서 검토한 바 있는 권한쟁의와 행정소송으로서의 기관소송의 관계설정과 같은 논리에 기초하는 것이다. 따라서 결론적으로 국가와 지방자치단체사의 권한의 부존재문제는 당사자소송에 의하여 해결되어서는 안된다고 보아야 한다.

IV. 권한쟁의의 인정유형

1. 입법례에 비추어 본 권한쟁의의 유형

(1) 통합형과 분리형의 구분

권한쟁의심판을 두고 있는 각국의 예를 살펴보면 우리나라와 같이 헌법에 권한쟁의에 관한 근거규정을 둔 후 헌법재판소법에서 이를 보다 상세히 규정하고 있는 것에 그치는 경우가 있는 반면에(독일·이탈리아, 편의상 ‘통합형’이라고 한다), 헌법상의 권한쟁의 규정을 보다 구체화하여 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하여 헌법재판소법에서 명문화해 두고 있는 경우도 있다(오스트리아·스페인, 편의상 ‘분리형’이라고 한다). 분리형의 경우에는 비교적 문제가 적은 것으로 보이지만, 전자인 통합형은 먼저 법정된 권한쟁의 규정은 적극적 권한쟁의만을 의미하는 취지로 규정된 것으로서 소극적 권한쟁의의 인정여지는 전혀 없는 것이라고 보아야 할 것인지, 아니면 권한쟁의 규정이 그 자체로서 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의를 포괄하는 것을 전제로 한 것인지의 점에서 의문이 있다. 또한 권한쟁의 규정이 단일국가에서는 전혀 인정될 성질의 것이 아닌 연방국가 특유의 제도인 지도 의문이다. 그리고 중앙집권적 대통령제 국가와는 어울리지 않는 의원내각제에만 어울리는 고유한 제도라고 할 수 있을 것인지도 문제이다. 뿐만 아니라 연방국가든 단일국가든 권한쟁의를 긍정할 때 그 국가형태에 따라 권한쟁의의 유형과 내용 등에 있어서 고유한 특별한 차이를 발견할 수 있는지도 문제이다. 그리고 권한쟁의 규정에서 적극적·소극적 권한쟁의를 포함한다면 요건이나 절차, 재판 등 그에 적용되는 관련규정의 적용에 있어서도 전면적으로 적용될 수는 없는 것이므로 성질상 차이에서 오는

각 유형의 권한쟁의의 적용법조를 어떻게 구분하여 이를 나눌 수 있을 것인지도 의문이다. 이 점에 관한 검토를 위하여는 각국의 정부 및 국가형태와 관련규정 유무 등을 정리한 아래의 도표를 참고할 필요가 있다.

	정부형태/ 연방국가·단일국가	일반적 권 한쟁의 규정 유무 (헌법·법률)	적극적·소극 적 권한쟁의 규정 유무 헌법/헌재법	규 정 태 도	권 한 쟁 의 외에 연방 쟁송이 있 는 국가
한 국	대통령제 / 단일국가	o	x / x	통합형	x
독 일	의원내각제 / 연방국가	o	x / x	통합형	o
오스트리아	대통령제 / 연방국가	o	x / o	분리형	o
스 페 인	의원내각제 / 단일국가	o	x / o	분리형	x
이탈리아	의원내각제 / '지역'국가	o	x / x	통합형	x

(2) 통합형과 분리형의 동질성

1) 먼저 통합형제도에 있어서 법정된 권한쟁의 규정은 적극적·소극적 권한쟁의의 형식을 고려하지 않은 것으로 보아야 할 것인가. 앞의 도표에서 볼 수 있듯이 비교대상국가들은 모두 헌법상 권한쟁의에 관한 규정을 두고 있으면서 이를 구체화한 헌법재판소법에서 그 유형을 그대로 유지하는 통합형과 적극적·소극적 쟁의로 구분하여 규정하는 분리형으로 나뉘어진다.

권한쟁의는 헌법상 또는 법률상의 권한 또는 관할에 관한 분쟁을 의미하는 것이다. 예컨대 적극적 권한쟁의의 경우에 있어 쟁의당사자간의 권한분쟁을 보면,¹⁹⁰⁾ 일반적으로 청구인이 자기의 권한이라고 주장하는 권한의 내용이 단순히 “권한 또는 관할의 존부” 그 자체의 결정만을 의미하는 경우가 있는 반면에, 다른

190) 이하의 논술은 소극적 권한쟁의를 기준으로 해서 보더라도 대체로 같다.

한편으로는 “일정한 권한 ‘내용’의 결정”을 의미하는 경우도 있을 수 있다.¹⁹¹⁾ 전자의 경우 즉, 일정한 “권한 또는 관할의 존부”에 대한 다툼에 있어서는 쟁의당사자 상호간에 당해 권한 또는 관할의 귀속을 적극적으로 주장하는 경우(적극적 권한쟁의)와 당해 권한의 비귀속을 적극적으로 주장하는 경우(소극적 권한쟁의)로 구분할 수 있다. 또한 후자의 경우 즉, 일정한 “권한내용의 결정”에 대한 다툼에 있어서는 그 권한내용이 청구인의 ‘권한확대’를 내포할 수도 있고 이와 달리 ‘권한축소’를 내포할 수도 있으므로 권한확대를 내용으로 하는 결정에 대한 청구인의 적극적 주장은 곧 실질적으로 적극적 권한쟁의를 의미하는 것이고, 반대로 권한축소를 내용으로 하는 결정에 대한 적극적 주장은 소극적 효과를 초래하는 것으로서 형식은 적극적 쟁의이나 실질적으로 소극적 권한쟁의를 의미하는 것이라고 할 수 있다. 이 점은 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하는 오스트리아와 이탈리아의 제도, 특히 쟁의의 계기와 재판 등에서 보더라도 양자간의 구분에 따른 절차적 차이외에 본질적 차이를 찾기 어렵다는 것에서도 알 수가 있다.

결국 권한쟁의의 실질에 비추어 보면 권한쟁의를 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하는 것 자체가 그 접근방법과 기준에 따라 달라질 수 있는 것이라는 결론에 이른다고 할 수 있다. 따라서 권한쟁의를 오스트리아와 스페인과 같이 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하는 분리형을 채택하던 우리나라와 독일,¹⁹²⁾ 이탈리아와 같이 통합형을 채택하던 권한쟁의에 관한 규정형식을 떠나 모두 쟁의의 실질에 따라 판단하여야 할 것이고, 그렇다면 분

191) 이러한 구분은 엄밀하게는 이론상 및 실제상 그 차이점을 인정할 수 있을 것이다.

192) 독일의 권한쟁의(연방쟁송 제외) 사건을 보면, 모두 각 심판대상이 헌법(기본법) 또는 청구인의 권리를 침해하였음을 구하는 적극적 쟁의의 유형에 해당하는 것으로 파악된다.

리형과 통합형은 단순히 규정형식의 문제에 그치는 것이지 그에 따라 권한쟁의심판의 대상이 되는 분쟁의 내용이 달라질 것은 아니라고 할 것이다.

2) 또한 권한쟁의 제도가 연방국가와 의원내각제를 채택한 국가의 특유한 제도인 가도 의문이다. 권한쟁의는 각국의 입법례에 따라 상이하겠으나, 국회·정부·사법부 등 국가기관 상호간이나 국가기관과 지방자치단체간 등의 권한쟁의를 의미하는 것이 일반적이고 보면 권한쟁의제도를 헌법이나 헌법재판소법에서 채택하고 있는 것이 반드시 연방국가와 의원내각제 국가에서만 채택할 수 있는 고유의 전유물이라고는 할 수 없는 것이다. 입법례에서 보더라도 연방국가인 독일과 오스트리아는 각 의원내각제와 대통령제를 정부형태로 채택하고 있고, 단일국가인 우리나라와 스페인¹⁹³⁾은 각 대통령제와 의원내각제를 채택하고 있다. 또한 의원내각제를 채택하면서 연방국가와 단일국가의 중간형에 속한다고 하는 이른바 ‘지역’국가인 이탈리아의 경우에도 권한쟁의제도를 두고 있다. 그렇다면 권한쟁의제도는 정부형태나 국가형태에 따라 인정여부가 결정되는 제도가 아닌, 분권적 국가조직을 가진 나라라면 어느 국가에서든 국가구성부분으로서의 기관 상호간에 권한 분쟁이 발생할 수 있다는 점을 인식하고서 도입한 보편적 민주국가의 권력분립주의를 보장하고 이를 확고히 하기 위한 제도라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 권한쟁의의 유형과 내용 등의 차이는 개별 국가의 입법에 따라 상이할 수 있는 것이지만 국가형태에 따라 특별한 고유의 차이를 발견하기는 어려운 것이다.

그것은 연방국가를 취하고 있는 독일과 오스트리아의 경우에

193) 스페인을 이탈리아와 같이 지역국가의 범주에 넣는 견해도 있다. 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의, 헌법재판연구 제3권, 274면; 동인, 지방자치의 개념과 조례제정권, 한창규교수 화갑논문집, 1993. 645면 참조.

권한쟁의와는 별도로 연방과 주의 상하간 또는 수평간의 분쟁을 해결하기 위한 제도를 별도로 마련하고 있다는 점에서도 알 수가 있다. 연방국가에서는 연방쟁송을 별도로 제도화해 둠으로써 연방과 주의 적정한 권한분배를 도모하고 있는 것이 일반적이라는 것이다.

3) 권한쟁의를 정함에 있어 통합형을 채택하든 보다 구체적으로 구분하여 규정한 분리형을 채택하든 실질적으로는 모두 동일한 것이라고 할 수 있기 때문에 적극적 쟁의와 소극적 쟁의를 구분하여 규정하는지 여부에 대한 입법태도를 기준으로 하여 각국의 제도에 고유의 특수성을 인정할 필요는 없다고 할 것이다. 그렇지만 각국의 권한쟁의제도에서는 그 대상이나 당사자, 절차 등과 관련하여 구체적으로 고유의 규정을 두는 경우가 일반적이라 할 것이므로 이와 같은 구체적 입법에 의하여 권한쟁의의 대상이나 당사자·절차 등의 차이에 따른 개별국가의 특성까지 부인하는 것은 아니다. 특히 권한쟁의를 분쟁의 실질과 그 내용에 따라 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하는 분리형의 경우에는 각 유형에 따라 그 요건, 절차 및 재판과 그 주문 등에 있어서 동일하다고 볼 수는 없을 것이다. 그에 대하여는 아래의 각 관련부분에서 다시 보기로 한다.

2. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의

통합형 권한쟁의의 형태가 반드시 적극적 권한쟁의만을 의미하는 것으로 단정할 수는 없지만 국가기관 상호간의 분쟁에 관한 독일의 권한쟁의 사건례를 보면 적극적 권한쟁의의 형태가 일반적인 것임은 분명하다. 이러한 외국의 예는 논외로 하더라도, 소극적 권한쟁의는 당사자간에 막대한 재정부담을 초래하는 사무의 비귀속을 주장하거나 주민과의 마찰 또는 장기적인 사업의 수행

과 관련된 권한의 행사 등과 관계되어 발생하는 것이 일반적이라는 이유로 우리나라의 권한쟁의에서도 소극적 권한쟁의의 인정 여부에 대하여 회의적인 견해가 제기되기도 한다. 그렇지만 전술한 바와 같이 통합형 권한쟁의는 실질적으로 권한확대를 내용으로 하는 적극적 권한주장의 형태 뿐 아니라 권한축소에 관한 결정을 내용으로 하는 적극적 주장(외견상 적극적 권한쟁의에 해당되나 실질적으로는 소극적 쟁의에 속한다)과 무권한 내지 비관할의 소극적 주장 등을 포괄하는 것이라 할 것이므로 통합형 권한쟁의와 분리형 권한쟁의의 실질적 차이점을 발견하기가 쉽지 않다. 이것은 곧 통합형 권한쟁의도 당해 분쟁사안의 실질에 따라 적극적 쟁의의 유형과 소극적 쟁의의 유형으로 구분될 수 있는 것이고 각 유형에 따라 합당한 절차규정을 적용함으로써 분쟁의 해결에 기여할 수 있을 것이라는 점에서 논리적으로 모순이 없다는 것을 보여준다. 다만, 입법형식의 긍정적·부정적 측면을 고려한다면 적극적 쟁의와 소극적 쟁의를 구분하여 규정하는 것이 보다 바람직한 것이 아닌가 생각된다.

(1) 적극적 권한쟁의

적극적 권한쟁의는 헌법상 또는 법률상의 권한 또는 관할에 관한 분쟁에 있어서 쟁의당사자인 관계기관이 당해 권(Kompetenz) 또는 사무의 처분 내지 집행에 대한 관할권(Zuständigkeit)이 자기에게 있다고 주장하는 것으로서, 이 유형의 권한쟁의에서 다투어지는 분쟁의 성질은 객관적 권한 내지 관할관계의 확정이라는 점에서 객관적 쟁송절차의 성질을 갖는 한편, 당해 기관의 주관화된 권한으로서의 권리의 침해에 대한 청구인의 이익의 구체라는 점에서 주관적 쟁송절차로서의 성격을 부정하기는 어렵다고 할 것이다. 즉, 적극적 권한쟁의의 법적 성격은 객관적 쟁송으로의 성격과 함께 주관적 쟁송으로의 성격도 동시에 갖는 것이라고 할 수 있다. 특히 통합형 권한쟁의제도를 두고 있는 독일의 경우

권한쟁의는 청구인이 피청구인의 처분 또는 부작위로 말미암아 청구인 또는 그가 속한 기관의 권리·의무가 침해되었다고 적극적으로 주장하는 경우에 성립되는 것이고 또한 이탈리아에 있어서도 권한쟁의는 국가 또는 광역자치단체인 레종(Regione)이 각기 상대 기관인 피청구인의 행위가 청구인의 권한 내지 관할을 침해하였음을 주장하는 경우에 성립하는 것으로서 대체로 적극적 권한쟁의에 부합되는 규정들로 구성되어 있음을 알 수 있다. 같은 통합형 국가에 속하는 우리나라의 경우도 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 헌법·법률상 권한에 대한 침해 또는 침해의 우려가 있는 경우에 그 침해의 제거를 적극적으로 구하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하여 역시 적극적 권한쟁의를 염두에 둔 것으로 이해할 수 있고, 이와 함께 그 심판절차와 결정 및 그 효력에 관한 현행 헌법재판소법 제62조 내지 제67조의 규정들도 적극적 권한쟁의에 그대로 부합되는 것으로 볼 수 있다. 따라서 적극적 권한쟁의는 그 인정 여부 뿐 아니라 그 성립에 전제되는 각종 요건에 대한 해석¹⁹⁴⁾과 그 당사자나 내용, 절차 및 결정과 그 효력 등에 관한 현행 헌법재판소법의 규정이 그대로 적용되는 것으로서 그 근거규정이 대체로 완비되어 있다고 할 수 있을 것이다.

(2) 소극적 권한쟁의

문제는 소극적 권한쟁의의 경우도 우리 현행 헌법재판소법이 전면적으로 적용될 수 있을 것인가 하는 점이다. 전술한 바에 따르면 일단 소극적 권한쟁의도 권한쟁의의 일면적 태양에 해당되는 것으로 헌법재판소법의 적용을 부인할 이유가 없다. 그렇지만 엄밀한 의미에서 그 성격상 소극적 권한쟁의는 적극적 권한쟁의와 달리 평가되어야 하는 것인가. 특히 분리형 권한쟁의를 채택하고 있는 오스트리아와 스페인의 경우 당사자 등에 있어서 특별

194) 그에 대하여는 '제5장 제1절 및 제2절' 부분 참조.

한 차이점을 발견하기 어렵고 또 각 쟁의의 발생요건 자체를 보더라도 양자를 절대적으로 구분하여야 할 당위성이 있다고 볼 수도 없다. 즉, 이는 소극적 권한쟁의 역시 관계 기관 상호간의 객관적 권한 내지 관할의 획정을 목적으로 한다는 점에서 객관적 쟁송의 성격을 가질 뿐 아니라 권한 내지 관할권 없는 행위를 함으로써 발생할 수 있는 당해 기관의 불이익의 제거를 목적으로 한다는 점에서 주관적 쟁송으로서의 성격을 부인할 수 없다는 것을 의미한다. 결국 소극적 권한쟁의도 객관적 성격과 주관적 성격을 동시에 갖는 권한쟁의의 범주안에 속하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 소극적 권한쟁의는 현행 헌법재판소법의 체계내에서 인정되는 권한쟁의의 한 유형에 해당되는 것이기는 하지만, 입법과정에 관한 여러 논의와 자료를 살펴보면 그 규정의 내용은 적극적 쟁의를 원칙으로 하여 정하여진 것임을 알 수 있으므로 헌법재판소법상의 권한쟁의 규정을 소극적 쟁의에 적용함에 있어서는 그 성질에 반하지 않는 범위안에서 행하여야 할 것이 요구된다. 소극적 권한쟁의의 입법례로서 오스트리아는 동일한 사안에 대하여(in einer und derselben Sache) 쟁의당사자 중 일방이 그 관할을 거부한 것을 계기로 하여 그 타방당사자에 의하여 동일하게 관할권이 없다는 주장이 제기됨으로써 소극적 권한쟁의가 발생하는 것으로 규정하고 있고,¹⁹⁵⁾ 스페인은 쟁의의 계기가 개인·법인에 의해 발생한 것이든 정부에 의한 것이든 관계 당사자인 국가와 지방자치단체간에 특정사안에 대한 결정권이 타방 당사자에 속한다는 이유로 이를 거부하거나 또는 그 관할권이 없다고 선언해 버림으로써 소극적 권한쟁의가 발생한다고 규정하고 있다.¹⁹⁶⁾ 이들 각국의 입법례 역시 그 관련규정의 적용에 있어 필요한 한도안에서 적극적 쟁의에 관한 규정을 준용하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 문제는 그 성질상 헌법재판소법

195) 오스트리아 헌법재판소법 제46조 제1항.

196) 스페인 헌법재판소법 제68조 제3항, 제71조 제1항.

의 규정이 구체적으로 어느 정도의 범위에서 적용될 수 있는가 하는 것이다. 이것이 소극적 권한쟁의의 적용과정에서 해결하여야 할 앞으로의 중요한 과제라고 할 것이다.

V. 권한쟁의심판의 적법요건

1. 적극적 권한쟁의의 적법요건

우리나라와 독일·이탈리아 등 통합형 국가의 권한쟁의제도는 그 규정의 내용이나 판례 및 입법경위 등에 비추어 볼 때 적극적 권한쟁의를 주된 고려대상으로 한 것이고, 또한 오스트리아·스페인 등의 분리형 국가에서는 적극적 권한쟁의의 유형을 법률에서 명시적으로 규정하고 있다는 점은 이미 본 바와 같다. 따라서 우리나라의 적극적 권한쟁의의 검토에 있어서 이러한 외국의 입법형식은 대단히 유익할 것으로 생각된다. 우리 헌법재판소법상 인정된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 일방(피청구인)의 처분 또는 부작위로 인하여 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 타방(청구인)의 권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 있게 된 결과, 청구인이 그 권한의 존부 또는 범위에 관하여 헌법재판소로 하여금 유권적 판단을 구하기 위한 제도로서 도입된 것이다(헌법재판소법 제61조). 이 경우 청구인은 피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 침해 또는 침해의 우려있는 자기의 권한을 적극적으로 주장함으로써 권한쟁의심판을 청구하는 것으로서 그 형식면에서 보면 전형적인 적극적 권한쟁의의 모습을 보여주고 있다. 따라서 적극적 권한쟁의의 적법요건에 관한 사항은 현행 헌법재판소법의 규정에서 비교적 쉽게 도출해 낼 수 있다고 할 것이다. 이하에서는 당사자능력과 당사자적격, 심판의 대상으로

서의 “처분 또는 부작위”, 권한쟁의의 계기인 “다툼”의 존재, “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”의 의미와 범위, 다툼의 대상인 “권한의 존부 또는 범위”의 의미, “권한침해 또는 현저한 침해위협성”의 존재, 청구기간, 권리보호이익 및 법률에 명시되지 아니한 요건으로서 “동일사안”에 관한 다툼 등의 사항을 중심으로 검토하기로 한다.¹⁹⁷⁾

(1) 당사자능력과 당사자적격

국가기관과 지방자치단체간의 적극적 권한쟁의에 있어서 일반적으로 누가 당사자가 될 수 있으며, 나아가 구체적인 권한쟁의 사건에서 정당한 당사자가 되어 본안판결을 받기에 적합한 자격을 갖는 자가 누구인가의 문제이다. 전자는 당사자능력의 문제이고, 후자는 당사자적격의 문제이다. 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제2조 제4호에서 “국가기관과 지방자치단체간의 권

197) 참고로 독일의 권한쟁의심판의 심사기준을 살펴보면 다음과 같다.:

I. 요건부분에 대한 검토(적법성 심사)

1. 관할권: 헌법재판소의 관할에 속하는가?
2. 당사자능력: 청구인 및 피청구인의 능력을 갖추고 있는가?
3. 심판대상: 권한쟁의심판절차의 대상으로서, 구체적이고 법적으로 중요한 처분 또는 부작위에 해당하는가?
4. 청구인적격:
 - (1) 기본법상의 권리인가?(우리와 달리 독일은 기본법상의 권리에 한정한다)
 - (2) 청구인의 권리인가?
 - (3) 당해 권리가 침해되었는가?
5. 권리보호이익: 심판결정에 따라 회복될 권리가 있는가?

II. 본안부분에 대한 검토(이유유무 심사)

- 심사기준: 청구인의 헌법상 권리. 특히 ‘헌법상’ 권리가 침해되었는가?
(Vgl. Fleury, Verfassungsprozeßrecht, 1993, Alfred Metzner, Rn. 71).

한쟁의에 관한 심판”이라고 규정하고 있는 점에서 국가기관과 지방자치단체가 그 당사자로 된다는 것이 자명한 것으로 보인다. 그런데 헌법재판소법 제62조에서는 이 유형의 권한쟁의를 보다 구체화하여 2종류로 나누어 규정하고 있어 권한쟁의의 일방 당사자인 국가기관의 개념 내지 범위의 확정을 어렵게 하고 있다. 즉, 동조항 제2호는 이 유형의 권한쟁의를 다시 정부와 특별시·광역시·도간의 권한쟁의심판과 정부와 시·군·자치구간의 권한쟁의심판의 2가지로 구분하고 있는 것이다. 여기서 국가기관의 개념을 정부에 한정하여 축소시킨 것에 대한 입법론적, 해석론적 및 비교법적 문제점이 제기되고 있다. 먼저 입법론적으로 같은 조항인 동법 제62조 제1항 안에서 사용된 국가기관의 개념 내지 범위가 그 제1호와 제2호에서 각기 달리 규정되어 있어 규범의 체계부조화를 초래하고 있으며, 해석론적으로 동조항 제2호의 국가기관을 정부로 이해하는 것은 문언상 반드시 확정적인 것으로 이해되지 않을 뿐 아니라, 예컨대 권한쟁의의 당사자를 “...자만이 당사자가 될 수 있다”(nur sein können)고 한 독일연방헌법재판소법 제71조 제1항 소정의 규정형식과 비교해 보더라도 우리 헌법재판소법의 규정이 예시규정으로 해석할 수 있는 여지가 있다고 할 것이다.¹⁹⁸⁾ 따라서 이 유형의 권한쟁의 당사자로서 국회·법원 등도 그 능력이 있는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.¹⁹⁹⁾ 다만, 이러한 해석에 대하여는, 예컨대 국회가 지방자치단

198) 그에 대하여는 ‘제2장 제1절 II. 1. 나. b)’ 부분 참조.

199) 종래 헌법재판소는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판과 관련하여 국회의원이 국회의장을 상대로 제기한 권한쟁의에서 당사자능력이 없다는 이유로 부적법 각하하였으나(1995. 2. 23. 선고, 90헌라1 결정), 최근 판례에서는 당사자능력이 있는 것으로 판단하여 본안심리를 하였다(1997. 7. 16. 선고,

체의 지방자치권의 본질적 내용을 침해하는 경우에 지방자치단체는 현행법상 국회를 상대로 직접 권한쟁의를 제기할 수 없기 때문에 정부가 국회·법원 등 중앙 국가기관을 모두 대표하는 것으로 해석하여 정부를 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하되 그 실질은 국회의 지방자치권 침해행위를 간접적으로 다투는 것으로 볼 수 있으므로 문제가 없다는 취지의 주장이 제기되기도 한다.²⁰⁰⁾ 그러나 이러한 주장은 국가를 당사자로 하는 소송에 있어서 법무부장관이 국가를 대표하여 소송수행을 할 수 있도록 한 예를 감안한 듯한 논리이나,²⁰¹⁾ 지방자치단체와의 권한쟁의에서 국회와 법원 등을 포함한 전체 국가기관을 대표하여 정부가 당사자로 나설 수 있도록 한 것이라는 해석은 권력분립원칙에 기초한 국가조직의 특수성을 무시한 주장으로밖에 보이지 않는다. 이러한 건강부회적 해석 보다는 오히려 현행 헌법재판소법의 태도가 예시규정이거나 동조항 제1호와의 관계에서 체계부조화에 따른 위헌성을 논하는 것이 더욱 설득력이 있는 것이 아닌가 생각된다.

그런데 이와 달리 만일 ‘국가기관’의 당사자적격을 논함에 있어서는 이를 ‘국가’로 볼 것인지²⁰²⁾ 아니면 문리적으로 해석하여 ‘정

96헌라2 결정). 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 규정을 예시규정으로 판례변경한 헌법재판소의 태도는 동 조항 제2호의 권한쟁의의 유형도 열거규정이 아닌 예시규정에 따른 것으로 해석할 수 있도록 여지를 남겨두고 있다.

200) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법재판연구 제7집, 1996. 415면.

201) 국가를당사자로하는소송에관한법률 제2조 참조.

202) 정태호, 국가기관 상호간의 권한쟁의와 정당, 정당과 헌법질서(계희열교수 화갑기념논문집), 1995. 417면.

부'에 당사자를 한정하여 이해할 것인지에 따라 문제가 복잡해진다. 전체로서의 국가로 보기 보다는 쟁의당사자를 구체화하여 개별 분쟁영역에 따라 관계 행정기관인 정부를 의미하는 것으로 이해함이 타당할 것이다. 그렇다면 여기서 당사자로서의 '정부'가 구체적으로 어느 기관을 의미하는가도 또한 의문이다. 정부 개념에 대한 이해태도의 다양성에도 불구하고 이 유형의 권한쟁의에 있어서 정부의 범위에는 진술한 바와 같이²⁰³⁾ 국무총리와 각 소관범위안에서 국무총리소속 중앙행정기관 및 행정각부와 헌법기관인 감사원 등이 이에 속하는 것으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

한편 지방자치단체를 광역자치단체와 기초자치단체로 구분한 것은 지방자치법에 기하여 지역을 기반으로 한 그리고 국가에 대응한 지방자치단체의 구분으로서²⁰⁴⁾ 당사자능력이나 당사자적격의 인정에 있어 문제될 여지가 없을 것이다.

참고로 통합형 권한쟁의를 두고 있는 외국의 권한쟁의제도를 우리나라와 대비하여 그 종류와 당사자를 중심으로 살펴보면 다음 도표와 같다.

203) 그에 대하여는 '제5장 제1절 IV.' 부분 참조.

204) 지방자치법 제2조 제1항은 지방자치단체의 종류를 특별시·광역시·도·시·군·구(자치구)의 2단계로 구분하여 정하고 있다.

	헌법상 권한쟁의의 종류 및 당사자	헌법재판소법상 권한쟁의의 구체적 종류 및 당사자
한 국	-권한쟁의 · 국가기관 상호간 · 국가기관과 지방자치단체간 · 지방자치단체 상호간	-국가기관 상호간: 국회·정부·법원· 중앙선거관리위원회 상호간 -국가기관과 지방자치단체간 : ① 정부 와 광역자치단체간, ② 정부와 기초 자치단체간 -지방자치단체 상호간 : ① 광역자치단 체상호간, ② 기초자치단체 상호간, ③ 광역자치단체와 기초자치단체간
독 일	-권한쟁의 · 연방최고기관 상호간 · 기본법·연방최고기관 직무 규정에 의하여 고유권리를 부 여받은 기타 관계기관 -연방쟁송 · 연방과 주간 · 연방과 주간, 주 상호간, 주 내부기관간(비헌법적 성질의 공법상 분쟁) · 주내부기관간(의 헌법상 분쟁)	-권한쟁의 · 연방대통령·연방정부·연방하원· 연방상원간 · 기본법상·연방하원과 연방상원의 직무규정상 고유권리를 부여받은 이들 기관의 일부간(국회의원·교 섭단체·정당 등)
이 탈 리아	-권한쟁의 · 국가기관 상호간 · 국가와 지역간 · 지역 상호간	-권한쟁의 · 국가기관 상호간 · 국가와 지역간 · 지역 상호간

(2) 권한쟁의심판대상인 “처분·부작위”

권한쟁의심판의 청구대상은 ‘피청구인의 처분 또는 부작위’이다(헌법재판소법 제61조). 국가기관과 지방자치단체 모두 이 유형의 권한쟁의의 당사자가 될 수 있기 때문에 국가기관의 처분 또는 부작위이든 지방자치단체의 처분 또는 부작위이든 모두 이에 해당한다. 다만, 국가기관과 지방자치단체는 처분 또는 부작위를 적극적 또는 소극적으로 행사할 수 있으므로²⁰⁵⁾ 그 행사유형이 대단히 다양할 수밖에 없겠지만, 이를 크게 유형화 한다면 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것이 보통이다.

문헌상 적극적 권한쟁의란 둘 이상의 기관이 특정사항을 각각 자기의 권한이라고 주장하는 것으로, 그리고 소극적 권한쟁의란 각각 자기의 관할에 속하지 아니한다고 주장하는 것으로 이해되고 있다.²⁰⁶⁾ 그렇지만 이러한 개념은 단순히 다른 일방과의 관계를 고려하지 아니한 특정 일방 기관의 ‘권한’ 또는 ‘관할’에 속하는지 여부에 따른 구분방식이라는 점에서 다소 추상적이라는 비판의 여지가 있다. 그러한 이유로 이를 보다 구체화하여 적극적 권한쟁의는 청구인이 그 처분 또는 부작위에 의하여 권한침해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 있어서 그 권한행사를 할

205) 특히 부작위의 적극적 또는 소극적 행사가 인정될 수 있는 것인지에 대하여는 의문의 여지가 있겠으나, 부작위란 곧 피청구인에 의하여 어떤 특정한 행위를 하여야 할 헌법상 의무가 있음을 전제로 하는 것이므로 적극적 또는 소극적으로 그 헌법상 작위의무를 이행하지 아니하는 것도 이론상 성립되지 않는 것은 아니다.

206) 김철수, 코멘탈헌법, 1988. 614면. 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의로 구분하는 것은 오스트리아와 스페인의 헌법재판소법이 명문으로 채택하고 있다(오스트리아 헌법재판소법 제47조 및 제50조, 스페인 헌법재판소법 제62조 이하).

권리가 청구인 자신에게 있다고 주장하면서 직접 자신을 위하여 이를 행사하는 경우에 발생하는 것인 반면(이때 적극적 권한쟁의가 성립하기 위하여는 피청구인이 청구인의 그 특정한 권한행사가 청구인의 권한에 속하는 것임을 부인할 것을 요한다), 소극적 권한쟁의는 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 청구인에게 권한침해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 있어서 그 권한행사를 할 권리가 피청구인에게 귀속되지 않는다고 주장하는 것을 뜻하는 것으로 설명되기도 한다(이 경우 청구인이 그 권한을 자신을 위하여 행사할 것까지는 요하지 않는다²⁰⁷⁾). 다만, 이 입장에 의하면 적극적 권한쟁의의 경우 청구인이 직접 자기의 권한이라고 하여 이를 행사하는 경우에 그에 대한 피청구인의 행위로서 그것이 청구인의 권한이 아니라는 적극적인 주장 외에 그 권한이 피청구인 자신의 권한이라고까지 주장하여야 한다는 것은 요구되지 않는 것으로 된다. 물론 이 때 비록 피청구인 역시 자기의 권한이라고 주장하거나 적극적으로 행사하지는 않더라도 법령 및 조직법상 그 권한이 자기에게 속한 것으로 인정되어야 함은 당연하다.

외국의 입법례를 보면, 소극적 권한분쟁과 적극적 권한분쟁에 관한 규정을 두고 있는 오스트리아의 경우에는 주 상호간 및 주

207) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 403면 참조. 최박사는 소극적 권한쟁의에 있어 청구인이 그 권한행사를 하지 아니할 것을 그 요건으로 하는 듯한 표현을 쓰고 있으나, 비록 이 경우에 청구인이 그 권한행사를 하지 아니함이 일반적이기는 하더라도 그렇다고 하여 실제상 피청구인의 관할없음을 근거로 그리고 자기의 관할범위내의 권한이라는 것을 이유로 그에 상응한 권한행사를 실행하는 것을 전적으로 부정할 것은 아니라고 할 것이다.

와 연방간의 ‘권한충돌’(Kompetenzkonflikt)이라는 표현을 사용하고 있다. 동일한 행정사무에 대하여 그 처리 및 결정권(Verfügungs- und Entscheidungsrecht)이 자기의 권한이라고 주장하는 경우에 그 권한충돌 즉, 적극적 권한충돌(bejahender Kompetenzkonflikt)이 주 상호간에 발생한 경우에는 각 주가, 주와 연방간에 발생한 경우에 그 주 또는 연방이 헌법재판소에 그 판단을 구하는 것을 적극적 권한쟁의라고 하고,²⁰⁸⁾ 그 반대유형의 권한충돌 즉, 소극적 권한충돌(verneinender-Kompetenzkonflikt)을 소극적 권한쟁의라고 한다.²⁰⁹⁾ 한편 스페인의 경우에는 법문의 표현상 단순히 적극적 충돌(Conflictos Positivos)과 소극적 충돌(Conflictos Negativos)이라고만 구분하고 있다.

그런데 스페인에 있어서 국가와 지방자치단체간의 분쟁은 그 실질내용상 다소 차이가 있는바, 전자는 ‘적극적 권한충돌’(Positive Kompetenzkonflikte)이라 하여 ‘권한’의 충돌로 이해되는 것에 반해, 후자는 여전히 ‘소극적 충돌’(Negative Konflikte)이라 하여 소극적 분쟁의 경우에 반드시 ‘권한’의 충돌일 것을 전제하는 것만은 아닌 것으로 이해될 수 있다.²¹⁰⁾ 즉, 정부가 지방자치단체의 입

법(Bestimmung) 또는 결정(Entscheidung)이 헌법이나 지방자치법 또는 관계 조직법에서 규정한 권한체계(Kompetenzordnung)를 침해하였다고 판단하거나, 지방자치단체의 최고행정기관이 다른

208) § 47 I ÖsVerfGG.

209) § 50 I ÖsVerfGG.

210) Starck/Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband II, S II 2, S. 41 u. 45 참조.

지방자치단체 또는 국가의 립법이나 결정 또는 그 기관의 처분(Akt einer Behörde)이 헌법이나 지방자치법 또는 관계 조직법에서 규정한 권한체계에 불합치한 결과 자기의 고유사무를 침해하는 경우(적극적 권한충돌)²¹¹⁾에 헌법재판소에 그 권한분쟁의 판단을 구하는 것을 적극적 권한쟁의라고 하고, 국가의 행정기관이 개인 또는 법인이 제기한 특정사안에 대한 결정권이 지방자치단체의 관할에 속한다는 이유로 그 관할권(Zuständigkeit der Entscheidung)을 부인하는 경우에 그에 대하여 관계자인 개인 또는 법인이 그 관할권에 대한 판단을 구하거나, 반대로 지방자치단체가 국가 또는 다른 지방자치단체의 관할에 속한다는 이유로 개인 또는 법인이 제기한 특정 결정권에 대한 관할권이 없음을 주장하는 경우(소극적 충돌)²¹²⁾에 그 판단을 구하는 것을 소극적 권한쟁의라고 한다. 스페인에서 권한쟁의를 적극적(권한)충돌과 소극적 충돌로 구분하는 것은, 전자의 경우에는 정부와 지방자치단체 등 직접적인 분쟁당사자인 기관간의 분쟁을 전제로 한 것이나, 후자는 이와 달리 일방 기관의 관할권 부인이 다른 관계기관의 관할권주장에 의하여 이루어진 것이 아니라 관계자(Betroffene)인 개인 또는 법인이 특정사안에 대한 결정을 요청함에 따라 당해 다른 관계기관의 참여 없이 즉, 단순히 소극적 또는 간접적으로 관계된 결과 당해 다른 관계기관은 당해사건의 직접적인 당사자가 아닌 지위에서 그 관할권에 대한 판단이 행해지는 것이므로

211) § 62 SpVerfGG.

212) § 68 I SpVerfGG. 정부가 지방자치단체에게 일정한 관할권의 행사를 요구하였음에도 이를 거부하는 내용의 관할권없음의 선언을 하는 경우에는 정부도 소극적 권한쟁의를 제기할 수 있다(§ 71 I SpVerfGG).

그러한 점에서 ‘소극적’(negativ)인 충돌이자, 권한의 충돌이 아닌 ‘관할’(Zuständigkeit)의 충돌을 의미하는 것이라고 할 수 있다.

오스트리아는 연방국가로서 권한쟁의 역시 연방과 주간 및 주 상호간의 분쟁이므로 독일의 이른바 연방쟁송에 근접하는 형식을 갖추고 있는 반면, 스페인은 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의를 제도화해 두고 있으므로 그 규정의 태도는 우리에게 의미가 있다고 할 것이다. 특히 스페인의 제도에서 보면 적극적 권한쟁의는 권한(Kompetenz)의 침해를, 소극적 권한쟁의는 관할(Zuständigkeit)의 침해를 다루는 것임을 알 수가 있다.²¹³⁾ 특정사무에 대한 ‘권한’이라는 것은 청구인이 그 사무를 처리하고 결정할 수 있는 관할권이 당연히 자기에게 귀속됨을 전제로 하여 그 권한행사를 직접적으로 할 수 있다는 것이 강조되는 개념인 반면, ‘관할’이라 함은 청구인의 적극적인 권한행사와는 관계없이 피청구인이 그 관할권이 없음에도 그 관할밖의 권한의 행사를 방지하고자 하는 의미가 보다 강한 개념이라고 할 수 있다. 따라서 권한쟁의는 그 분쟁의 해결을 도모하는 제도 본연의 목적 외에 그 판단에 앞

213) 다만, ‘권한’이란 ‘관할’에 근거하여 도출되고 행사할 수 있는 것이므로 실질적으로 동일한 것이라는 주장도 가능하다. 즉, 권한을 의미하는 Kompetenz는 법률용어상 절대적인 개념은 아니고, 행정기관의 사무와 권능을 확정하기 위한 개념이라고 할 수 있지만, 일반적으로 관할(Zuständigkeit)과 같은 의미 내지 유사한 의미로 사용되고 있다. 사전적 의미에서 본다면, 권한(Kompetenz)이란 단체의 기관이 법률상 유효하게 행할 수 있는 행위의 일정한 범위를 말하고, 공법상 관할(Zuständigkeit)이란 국가 또는 공공단체의 기관이 취급하는 사무에 대하여 지역적, 사항적 또는 인적으로 한계지워진 권한의 범위를 말하는 것이다. 따라서 엄밀하게는 전자는 권한의 ‘행사’라는 동적 측면이 그리고 후자는 그 ‘범위’라는 상태적 측면이 강조된다고 할 수 있다.

서 권한 내지 관할권의 존부를 확인하는 성질을 가진다고 할 수 있다. 즉, 권한쟁의는 권한 내지 관할권의 확인기능과 분쟁해결기능을 동시에 갖는 것이다.

그렇다면 권한 내지 관할의 확인을 요하는 ‘처분 또는 부작위’란 무엇을 의미하는 것인가. 일반적으로 처분 또는 부작위는 청구인의 권리행사나 의무이행과 관련하여 취해진 피청구인의 행위를 말한다.²¹⁴⁾ 우리 헌법재판소법은 권한쟁의의 대상을 ‘처분 또는 부작위’라고 하여 예컨대 행정소송 대상으로서의 ‘처분 또는 부작위’(동법 제2조)와 용어상 전혀 구분되지 않고 있는 반면, 독일 연방헌법재판소법은 ‘처분(Maßnahme) 또는 부작위’라 하여(동법 제64조) 행정소송법상 행정소송의 대상이 되는 행정행위(Verwaltungsakt)²¹⁵⁾의 개념과 분명히 그 표현을 달리하고 있다.²¹⁶⁾ 오스

214) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 417면.

215) 연방행정절차법 제35조에서는 행정소송 대상으로서의 행정행위의 개념을 다음과 같이 정의 해 두고 있다. 『행정행위는 행정청이 공법의 영역에서 개별적 사항을 규율하기 위하여 행하게 되는, 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생케 하는 처분(Verfügung)·결정(Entscheidung)이나 기타 고권적 조치(andere hoheitliche Maßnahme)를 말한다. 일반처분은 일반적 기준에 의하여 정하여지거나 정하여질 수 있는 인적 범위에 미치거나 또는 물건의 공법적 성질이나 공중에 의한 물건의 이용에 관계되는 행정행위이다.』

216) 뿐만 아니라 독일연방헌법재판소법은 권한쟁의의 대상을 피청구인(피청구기관)의 ‘처분(Maßnahme) 또는 부작위’로 하고 있는 것과 달리, 헌법소원의 대상은 ‘작위(Handlung) 또는 부작위’로 규정하고 있다. 다만, 헌법소원 대상으로서의 작위 또는 부작위는 입법권·행정권·사법권을 모두 포함하는 ‘공권력’(öffentliche Gewalt)작용에 의한 것으로서, 오히려 헌법소원 대상으로서의 작위(Handlung)가 권한쟁의대상인 처분 (Maßnahme)보다 그 범위가 훨씬 넓은 것이다(헌법재판소법 제90조 제1항, 제92조 참조). 또한 권한쟁의대상인 ‘처분(Maßnahme)은 우리 행정소송법에서 사용하는 ‘처분’과는 상이하다는 점을 유의하여야 한다(동법 제2조 제1항제1호).

트리아는 “동일한 행정사무에 대한 처리 및 결정권”(Verfügungs- und Entscheidungsrecht)을 그 대상으로 하고, 스페인은 적극적 권한쟁의의 경우에는 “지방자치단체의 입법 또는 결정”과 “다른 지방자치단체 또는 국가의 입법이나 결정 또는 그 기관의 행위 (Akt einer Behörde)”를 대상으로 하고, 소극적 권한쟁의의 경우에는 “특정사안의 결정에 대한 관할권”을 그 대상으로 하고 있다. 각국의 상황이 일치성을 보이지 않고 있다면 우리 헌법재판소법상의 ‘처분 또는 부작위’의 개념을 정의함에 있어서도 우리 고유의 범위설정이 필요하다고 보는 것이 타당할 것이다.

일반적인 권한쟁의에 있어서의 ‘처분·부작위’의 개념과 본 논제인 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서의 ‘처분·부작위’ 개념은 같다고 할 수는 없다(보다 정확하게는 그것은 개념의 문제가 아니라 권한쟁의의 종별에 따른 범위의 문제라고 보아야 할 것이다). 본 논제에 있어서 국가기관(더 정확하게는 정부) 또는 지방자치단체의 ‘처분·부작위’는 국가기관 상호간 또는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 있어서의 ‘처분·부작위’와 상이한 것은 당연할 것이기 때문이다. 여기서는 권한쟁의심판제도에 있어서 일반적으로 이해되는 ‘처분·부작위’의 개념을 먼저 살펴본 후 본 논제에 적용되는 처분·부작위의 개념 내지 범위를 설정해 보기로 한다.

먼저 권한쟁의대상으로서의 처분이란 국가기관 또는 지방자치단체에 의하여 행하여지는 것으로서 입법권의 영역에서는 법률의 제정행위와 법률 자체를, 행정권 영역에서는 행정행위와 행정입법을 포함한 모든 행정작용을 그리고 사법권 영역에서는 각종 사법행정작용과 재판작용을 포함하는 것으로 해석될 수 있다.²¹⁷⁾ 내

용적으로는 국가기관 또는 지방자치단체 등 권한쟁의 주체의 적극적인 행위로서 단순한 사실행위 뿐 아니라 기타 모든 법적 행위까지 포함하는 것이고, 대외적인 것 뿐 아니라 대내적인 성질을 가진 것 그리고 개별적 결정 뿐 아니라 일반적 규범의 정립까지도 이에 포함된다고 할 수 있다.²¹⁸⁾ 다만, 입법·행정·사법영역에서의 모든 작용을 권한쟁의대상인 처분이라고 볼 수는 없고 법적으로 중대한 의미를 갖는 행위(rechtlich erhebliches Verhalten) 즉, 청구인의 권리를 구체적으로 간섭하고 있는 피청구인의 처분에 한정되는 것으로²¹⁹⁾ 보는 것이 타당할 것이다. 또한 권한쟁의 대상으로서의 부작위란 관련 국가기관 또는 지방자치단체가 특정 행위를 하여야 할 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우로서, 부작위 역시 법적으로 문제되는 것에 한정된다고 볼 것이다.²²⁰⁾ 작위의무를 전제하지 않고

217) 따라서 단순히 국가기관 상호간의 권한쟁의만을 범위로 한 ‘처분’ 개념을 권한쟁의 전반에 적용되는 처분개념으로 이를 좁게 해석하는 것은 옳지 못하다(최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 417면 참조). 또한 독일 연방헌법재판소법 제64조의 처분개념 역시 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서의 처분개념을 의미하므로 독일과 권한쟁의 심판제도를 달리하고 있는 우리 헌법재판소법상의 권한쟁의제도 소정의 처분개념을 정의함에 있어서 이를 그대로 대입하는 것은 잘못이다(동인, 전제논문, 402면과 417면 참조).

218) Lorenz, Der Organstreit vor dem BVerfG, in: Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen 1976, S. 233; 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 175면 등 참조.

219) BVerfGE 1, 208, 228f.; 2, 143, 168; 3, 12, 17; 13, 123, 125; 57, 1, 5; 60, 374, 381.

220) Stern, Grundgesetz, Bonner Kommentar, 1982, Art. 93 Rn. 177; Ulsamer, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG-Kommentar, 1987, §64 Rn. 9-11; Clemens, in: Umbach/Clemens(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichts-

서는 그 의무의 불이행으로 말미암은 권한침해를 논할 수 없을 뿐 아니라, 어떠한 행위를 하여야 할 의무와 상대방의 그러한 행위를 청구할 수 있는 권리 사이에 차질이 빚어지는 경우에 부작위로 말미암은 권한쟁의가 생겨날 수가 있는 것이다.²²¹⁾

※ 참고로 독일연방헌법재판소 판례상 나타난 처분과 부작위의 예는 다음과 같다.

● 처분의 예: 법률(인용: E 20, 120; 85, 264. 기각 : E 73, 1; 73, 40), 법률안의 의결(인용: E 82, 322), 법률의 공포(기각: E 6, 84; 6, 99), 법률안제출의결(기각 : E 70, 324), 연방상원 또는 하원의 동의(인용: E 45, 1; 82, 322; 90, 286), 위원회의 요구에 의한 문서제출의 거부(E 7, 100), 국회의사규칙(인용: E 1, 144), 결정(인용: E 80, 188; 90, 286. 기각: E 10, 4), 협정체결(기각: E 1, 351; 1, 372), 명령발령(기각: E 24, 185), 의회해산령(기각: E 62, 1)

● 부작위의 예: 협정체결에 있어서 법률상 요구되는 동의·협력절차의 불이행(기각: E1, 351; 1, 372), 법률에 의한 수권(Ermächtigung)의 획득의 불이행(기각: E 68, 1)

그렇다면 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 ‘처분·부작위’의 개념은 어떻게 이해할 것인가. 헌법재판소법은 논제 유형의 권한쟁의를 정부와 광역지방자치단체간 및 정부와 기초지방자치단체간의 권한쟁의로 그 종류를 한정하고 있는바(동법 제62조 제1항 제2호), 그것이 열거규정으로 해석하는 경우와 예시규정으로 해석하는 경우에 각각 ‘처분·부작위’ 개념의 정의가 달

gesetz, 1992, §63, §64 Rn. 138-139.

221) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 177면 참조.

라지게 된다. 위 규정이 그 종류를 예시한 것이라면 정부를 포함한 모든 행정권과 입법권·사법권 영역에서의 작용을 포괄하는 권한쟁의 일반론에서의 ‘처분·부작위’ 개념과 동일하게 이해할 수 있으므로 전혀 문제될 여지가 없으나, 그 종류를 앞의 2가지로 한정 열거하고 있는 것으로 해석한다면 ‘처분·부작위’의 개념은 행정권 영역에 한정되어 정부 또는 지방자치단체의 ‘처분·부작위’로 극히 축소되게 된다. 곧 정부에 의해 제정되는 행정입법으로서의 법규명령과 행정규칙, 관계 근거법률의 위임에도 불구하고 불명확하게 규정된 지방자치단체에 대한 감독규정의 구체적 적용범위의 결정, 각종 사무에 대한 정부의 처분 등 모든 법적 행위와 단순한 사실행위, 지방자치단체의 자치입법으로서의 조례와 규칙, 각종 결정과 그에 기한 모든 행위들과 그 부작위가 이에 해당한다고 할 수 있다.

헌법 및 헌법재판소법상의 관계규정을 해석할 때 ‘국가기관’의 개념을 정부에 한정하지 않는 예시규정설의 입장이 타당하다고 생각되나,²²²⁾ 헌법재판소의 해석은 열거규정설에 입각해 있는 것으로 사료된다.²²³⁾ 따라서 열거규정설에 의하여 해석하게 되면 ‘처분·부작위’의 개념 내지 범위는 지극히 축소된 의미로 이해된다. 다만, 이 경우에도 ‘처분·부작위’가 권한쟁의의 당사자에게 법적으로 중요한 의미가 있다고 인정되는 경우에 한정된다고 볼 것이다.

(3) 권한쟁의의 계기인 ‘다툼’의 존재

222) 앞의 ‘제2장 제1절 II. 1. 나.’ 부분 참조.

223) 헌법재판소 1995. 5. 1. 선고, 90헌라1 결정의 취지 참조.

권한쟁의가 성립하기 위하여는 당사자간의 '다툼'이 존재하여야 한다(헌법재판소법 제61조 제1항). 그 다툼은 청구인의 권한 내지 관할이 피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 침해 또는 현저한 침해위험성이 있어 그에 대한 청구인의 주장이 있어야 한다는 것을 의미한다(헌법재판소법 제61조 제2항). 따라서 '다툼'은 피청구인의 처분·부작위로 인한 권한 내지 관할의 침해 또는 현저한 침해위험성에 그치지 않고 이에 더하여 피해자인 청구인의 적극적인 '주장'을 필요로 한다(다만, 여기서의 주장은 사실상의 이의 제기를 통한 당사자간의 의사의 불일치를 의미하는 것으로 소송법상의 항변과 같은 제소를 통한 불복에까지는 이르지 아니하는 상태를 말한다).

한 국가기관의 처분이나 부작위가 권한쟁의의 대상이 되기 위해서는 그것이 법적 문제를 야기하는 것이어야 한다. 달리 표현하면, 그러한 처분이나 부작위로 말미암아 타 국가기관의 권리가 침해되거나 의무이행이 저해되는 일이 있어야 한다는 것이다. 독일연방헌법재판소의 표현에 의하면, 「심판대상이 되는 처분은 법적으로 문제를 야기하는 것이어야 하거나 아니면 적어도 청구인의 법적 지위를 침해하는, 법적으로 문제를 야기하는, 행태에까지 이를 수 있는 것이어야 한다」(BVerf-GE 13, 123, 125; 2, 143, 168; 3, 12, 17)는 것이다. 그러면 권한쟁의와 관련하여, 국가기관의 처분이나 부작위가 어떤 경우에 법적 문제를 야기하여, 권한쟁의 발생의 계기를 제공하여 주는가? 이러한 물음에 대하여, 한국의 헌법재판소법이 그러하듯이, 독일의 연방헌법재판소법의 규정이 적절한 해답을 주고 있다. 한국의 헌법재판소법 제61조 2항의 「청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한

위험이 있는 때」라는 조문에 대비될 수 있는 것으로서 독일 연방헌법재판소법 제64조 1항의 「권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 저해할 위험성이 있는 경우」라는 조문을 들 수 있을 것이다. 요컨대 한 국가기관의 처분이나 부작위가 타 국가기관²²⁴⁾의 권한을 침해하거나 혹은 침해할 위험성이 있다는 것이 곧 권한쟁의 발생의 계기가 된다는 뜻이다.²²⁵⁾

그렇지만 그 ‘다툼’이 헌법상 다툼이어야만 하는지 아니면 법률상 다툼까지 포함하는 것인지에 대하여는 이를 분명히 할 필요가 있다. 그밖에 그 다툼이 추상적 해석에 관한 것인지 아니면 권한쟁의라는 구체적인 재판을 요하는 것인지도 검토를 요한다. 먼저 당사자간의 다툼은 ‘헌법상 다툼’ 즉, 헌법상 분쟁만을 의미하는 것인가. 이에 대하여 우리 헌법재판소법은 구체적인 범문상의 표현을 두고 있지 않아 의문이다. 그 다툼의 해결을 위한 심판권한 즉, 권한쟁의심판권이 헌법재판소에 귀속되어 있다고 하여 이를 헌법상 분쟁에 한정하는 것으로 해석할 수는 없을 뿐 아니라, 피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 침해받은 것이 “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”이라고 하여 이 문언을 법률상 분쟁까지 포함하는 것으로 확대 해석할 수 있는 직접적인 근거규정으로 볼 수도 없다. 또한 분쟁의 당사자를 기준으로 본다 하더라도 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간”의 권한다툼을 일률적으로 확정하기도 어렵다. 쟁의의 법적 차원을 기준으로 할 때 국가기관 상호간의 권한쟁의는 헌법영역

224) 지방자치단체의 경우도 마찬가지이다.

225) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 180면 참조.

에서의 분쟁을, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 원칙적으로 비헌법적인 공법적 분쟁을 그리고 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 법령차원의 분쟁을 그 해결대상으로 한다고 할 수 있으므로²²⁶⁾ 이것 또한 문제해결의 준거를 제시하지 못한다. 따라서 성문의 법규정상 그 다툼이 헌법적인 것인지 법률상의 것인지에 대한 어떠한 명백함도 제시하지 못한다면 결국 그것은 법해석론에 의할 수밖에 없다. 법해석에 있어서는 근본적으로 ‘헌법상 분쟁’과 ‘법률상(비헌법적) 분쟁’의 구별이 가능한 것인지, 쟁의내용이 헌법적 문제에 국한되는지 및 입법취지상 요청되는 ‘다툼’의 범위가 어디까지인지 등의 점이 중점적으로 검토될 필요가 있다. 우선 헌법상 분쟁과 법률상 분쟁은 단순히 근거법령이나 분쟁의 당사자 등을 기준으로 해서는 구별하기가 쉽지 않으며 오히려 양자의 구분은 헌법의 실체적 개념에서만 나올 수 있는 것이라고 할 것이다. 헌법상 분쟁이란 실체적 의미의 헌법에 속하는 법관계에 대한 분쟁을 말한다.²²⁷⁾ 다시 말해서 헌법상의 분쟁은 분쟁 당사자의 법적 지위가 무엇인가에 의할 것이 아니라 그것이 내용으로 하고 있는 법적 관계가 헌법적 의미를 갖느냐 즉, 헌법에 규정되어 있거나 헌법원리에 관한 사항인가 아닌가에 대한 분쟁이라고 할 수 있다.²²⁸⁾ 헌법적 분쟁의 상대개념으로 사용된 ‘법률

226) 정태호, 국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서(계희열 교수 화갑기념논문집), 1995. 417면.

227) OVG Münster NJW 1974, 1671; BVerfGE 42, 103ff., 110f.; 62, 295ff., 312f.

228) BVerfGE 62, 295, 312. 예컨대 정당과 연방하원의장간의 선거비용의 지원에 관한 분쟁에 있어서 하원의장은 헌법기관으로서의 작용이 아닌 행정관청으로서의 작용이라는 이유로 헌법적 분쟁이 아니라고 하여 각하된 반면, 주민소송참가절차와 관련하여 주민과 행정청간의 발생한 법적 관계에 관

적 분쟁’은 현행 헌법재판소법 제61조 제1항 및 제2항의 “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”²²⁹⁾의 “존부 또는 범위에 관한 다툼” 즉, ‘헌법상 권한다툼’과 ‘법률상 권한다툼’을 염두에 둔 것이라고 할 수 있을 것이나, 엄밀하게는 ‘비헌법적 분쟁’ 특히 권한쟁의에 있어서는 비헌법적 성질의 공법도 분쟁²³⁰⁾ (Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art)으로 이해함이 더욱 타당한 표현이라고 할 수 있을 것이다. 그렇다면 법률상 분쟁이란 공법상 쟁점에 대한 다툼으로서 실체적 의미의 헌법에 속하지 아니하는 즉, 비헌법적 성질의 분쟁을 의미한다고 일응 말할 수 있을 것이다. 그러나 법률상 분쟁을 이와 같이 이해한다고 하여 헌법상 분쟁과 법률상 분쟁의 구분이 명확하게 이루어졌다고 볼 수는 없다. 오히려 비헌법적 성질의 공법상 분쟁이 무엇인가에 대한 의문은 여전히 남게 되며, 결국 그 해결은 법원과 헌법재판소의 판단에 맡겨져 있는 것이라고 할 수 있다.²³¹⁾ 그

한 분쟁은 헌법적 분쟁으로 판단된 바 있다(BVerfGE 27, 152, 157). 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 82면 참조.

229) 독일연방헌법재판소법은 우리와 달리 국가기관 상호간의 권한쟁의의 경우에는 “기본법에 의하여 자기에게 부여된 권리 및 의무”(in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Recht und Pflichten)라고 하여 헌법상 권한다툼임을 분명히 한 반면(동법 제64조 제1항), 연방과 주간의 비헌법적 성질의 공법상 분쟁의 경우에는 단순히 청구인의 “권리 또는 관할”(in ihren Rechten oder Zuständigkeiten)이라고 하여 그 다툼이 반드시 ‘헌법적’일 것을 요구하지 않는다(동법 제71조 제1항). 더우기 주 내부의 헌법상 분쟁의 경우에는 이러한 표현조차도 없다(동법 제73조).

230) 이 표현은 독일의 행정소송법 제40조와 연방헌법재판소법 제71조에서도 사용되고 있다.

231) 예컨대 헌법기관이나 기타 헌법생활에 관련있는 기관이나 개인간의 법관계(정당 상호간의 경우 등)는 헌법적 성질을 갖는 공법상 분쟁관계로 볼

렇다면 현행 헌법 및 헌법재판소법상 인정된 권한쟁의의 내용을 헌법적 문제에 국한시키는 것은 문제해결에 크게 도움이 되지 못한다. 특히 권한쟁의의 종류를 단순히 국가기관 상호간에만 인정하지 않고 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 분쟁에까지 확대하고 있는 현행 법제의 태도에 따르면 반드시 헌법상 분쟁일 것을 요구하는 것은 타당성이 없다고 할 수 있다. 앞서서도 보았듯이 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 분쟁은 헌법적 분쟁이라기 보다는 오히려 비헌법적 공법상 분쟁이 대종을 이룰 것이고, 그 법적 차원에서 본다면 헌법영역에서의 분쟁이라기 보다는 법령영역에서의 분쟁이 될 것이 일반적이기 때문이다. 게다가 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의의 당사자로서 국가기관을 '정부'로 한정하고 있음은 그 다툼이 헌법·법률상의 분쟁 외에 하위 법령상의 다툼까지 포함하는 것으로 이해될 수 있다. 따라서 본 논제의 권한쟁의는 국가기관과 지방자치단체간의 분쟁으로서 헌법적 문제에 대한 다툼일 것을 엄격하게 요구하는 것은 아니라고 할 것이다. 문제는 이 경우에 비헌법적 다툼은 전통적인 행정소송으로써 해결이 가능하지 않느냐 하는 점이다. 이 문제는 헌법재판과 행정소송을 헌법적 성질의 분쟁과 비헌법적 성질의 분쟁으로 구분하여 그 관할권을 획정하는 독일의 경우에는 당연히 행정소송으로 해결할 수 있는 것이므로 논란의 대상이 되지 않지만, 행정소송의 종류를 열거하고 그 대상인 처분의 개념을 개괄주의로 하고 있으면서도 권한쟁의의 종류를 국가기관 상

수 있으나, 개인이 헌법생활에 관여되지 아니한 경우에 있어서 그 개인과 공권력주체간의 관계는 비헌법적 성질을 갖는 것이라고 할 수 있다.

호간의 다툼에 한정하지 않고 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 분쟁에까지 확대하고 있는 우리의 공법상 쟁송제도에 있어서는 그 해결이 결코 쉽지 않다고 할 것이다.

결국 권한쟁의 특히 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서의 다툼을 어디까지로 할 것인가는 동 제도의 입법취지에 비추어 판단할 수밖에 없다는 결론에 이르게 된다. 본 논제의 권한쟁의는 국가기관과 지방자치단체간에 발생한 분쟁의 해결을 헌법재판소에 구하는 것으로, ‘다툼’의 실질은 그 분쟁이 헌법적이냐 아니면 법률적 내지 비헌법적이냐 라고 하는 ‘성질’을 기준으로 한 것이 아니라²³²⁾ 지방자치제의 도입과 함께 중앙과 지방간의 분쟁발생 가능성을 고려하여 도입된 제도로서 국가기관과 지방자치단체 사이에 발생할 수 있는 각종의 권한 내지 관할의 분쟁에 대한 해결기관으로서 헌법재판소를 지목하여 그 권능을 부여한 것이라는 점에서 그 다툼이 단순히 헌법적 분쟁에 그치는 것이 아닌, 비헌법적 공법적 분쟁까지도 그것이 양 기관 사이의 분쟁이라면 모두 권한쟁의로써 다룰 수 있도록 하자는 취지에서 도입된 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 종래의 행정소송의 하나인 기관소송²³³⁾으로써 가능한 다툼과 그 성질상 처분성이 인정되는 행위에 대한 다툼의 방식인 항고소송²³⁴⁾이나 그밖에 공법

232) 그 성질에 따라 구분하여 헌법상 분쟁일 것을 엄격히 요구함으로써 ‘법률상 분쟁’을 제외하게 되면 권한쟁의의 대상이 극도로 축소되어 동 제도의 도입취지는 몰각될 우려가 대단히 크다.

233) 그런데 기관소송은 그 사안 및 당사자를 법에서 정하도록 요구하고 있어 실제 그 활용도가 높지 못하다. 비교적 최근에 와서야 다소 활용되고 있는 상황이다.

234) 예컨대 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는

상 법률관계를 원인으로 한 비용청구와 같이 이론 및 관례에 비추어 당사자소송²³⁵⁾으로 다루는 것이 명백한 경우 등을 제외한 모든 권한 내지 관할권 분쟁은 헌법재판소로 하여금 관장하도록 함이 보다 타당한 것으로 보아야 한다.

헌법재판소가 권한쟁의를 통하여 확보하고자 하는 것은 당사자의 권한 내지 관할권의 소재확인을 통한 분쟁의 해결이다.²³⁶⁾ 이러한 권한쟁의의 기능은 헌법재판소가 권한쟁의를 통하여 헌법의 추상적 해석을 그 소임으로 하는 것인지를 놓고 논란을 빚었던 독일의 상황과 비교할 때 크게 대조되는 것이다.²³⁷⁾ 다만, 권한쟁

경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고 이 경우에는 당해 조례에 대한 무효확인소송을 제기할 수 있다고 하여 조례도 처분성이 인정되는 경우에는 항고소송으로 다룰 수 있다(대판 1996. 9. 20. 선고, 95누 8003).

235) 당사자소송사항으로 본 사례로는 영관생계보조기금권리자확인(대판 1991. 1. 25. 선고, 90누 3041), 혼장종류확인(대판 1990. 10. 23. 선고, 90누4440), 국가유공자예우등에관한법률에 따른 연금수혜대상자확인청구(대판 1991. 9. 24. 선고, 90누9292), 특별승진시험합격효력존재확인청구(대판 1991. 9. 10. 선고, 90누9201), 토지수용법 제75조의2 제2항 소정의 보상금증감에 관한 소송 중 기업자를 상대로 하는 청구(대판 1991. 11. 26. 선고, 91누285), 광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제15조 제1항 소정의 보상금지급에 관한 소송(대판 1992. 12. 24. 선고, 92누 3335), 군인연금법상 상이연금 등의 급여지급청구(대판 1995. 9. 15. 선고, 93누18532), 서울시립 무용단원의 해촉에 대한 무효확인청구(대판 1995. 12. 22. 선고, 95누4636), 지방전문직공무원 채용계약해지의 의사표시에 대한 무효확인청구(대판 1993. 9. 14. 선고, 92누4611), 공중보건의사 전문직공무원 채용계약 해지처분취소(95누10617). 일반행정소송사건의 현황과 쟁점(Ⅰ) '96 특별실무법관세미나자료, 1996. 사법연수원 3/4면 참조.

236) 이 점은 이미 앞에서 본 바이다. '제5장 제1절 II.' 참조.

237) 독일에서 연방헌법재판소의 소임이 당사자간의 분쟁을 계기로 한(aus Anlaß von Streitigkeiten) 헌법의 추상적 해석(die Auslegung dieses Grundgesetzes)이라는 입장으로부터 “쟁의 그 자체의 재판”이라는 입장으로 이행

의의 심판을 통하여 확보하게 되는 우리 헌법재판소의 기능을 보다 분명히 하기 위하여는 헌법재판소가 구체적인 사건으로서의 쟁의에 대한 재판을 행하는 것인지 아니면 그 사건을 계기로 하여 헌법의 해석을 하는 데에 그치는 것인지를 살펴 보는 것도 의미가 있다. 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제2조 제4호는 헌법재판소로 하여금 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장한다고 하고 있고, 동법 제61조에 의하면 각 당사자간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 즉, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 당해 국가기관 또는 지방자치단체가 헌법재판소에 그 다툼에 대한 심판을 청구하는 것이다(헌법재판소법 제61조 제1항, 제2항). 이러한 우리 헌법재판소법의 규정에 의하면 권한쟁의는 청구인의 권한의 침해 또는 현저한 침해위험성이 있는 경우에 그 ‘다툼’을 심판하는 것이 명백하고, 헌법규정 역시 “권한쟁의에 관한 심판”을 하고 독일과 같이 당사자간의 “권리·의무의 범위에 관한 분쟁을 계기로 한 기본법의 해석에 관한 재판”이라는 문언조차 없으므로 우리 헌법재판소법의 해석에 있어서는 권한쟁의심판이 헌법의

되어간 과정에 대하여는 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 157/160면 참조. 기본법 제93조 제1항 제1호와 달리 연방헌법재판소법 제64조 제1항 및 제67조 제1문은 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권리·의무를 침해하거나 또는 직접적으로 침해할 위험성이 있는 경우에 헌법재판소는 그 심판을 통하여 당해 처분 또는 부작위가 헌법규정을 침해하는지 여부를 확정하도록 함으로써 구체적인 다툼 그 자체의 해결을 목적으로 하고 있다.

‘추상적 해석’의 기능에 그치지 않고 이에 더하여 ‘쟁의’의 재판이라는 것을 분명히 하고 있다고 할 것이다. 하지만 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통하여 분쟁의 판단을 함에 한정되는 것은 아니며 이와 함께 필요한 한도안에서 헌법의 해석도 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

(4) “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”의 의미와 범위

권한쟁의의 계기가 된 ‘다툼’은 헌법적 분쟁과 비헌법적 공법상 분쟁으로서 분쟁의 원인이 헌법과 법률 외에 하위 법령에 기한 경우도 가능하다고 할 것이나, 그 다툼을 계기로 한 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 다투어지는 ‘권한’은 그 다툼 자체의 성질과 달리 헌법재판소법 소정의 “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한”으로서 ‘헌법상’ 권한과 ‘법률상’ 권한을 포함하는 것으로 보아야 한다.²³⁸⁾ 여기서 헌법상 권한이란 헌법이 국가기관과 지방자치단체에게 부여한 권한을 말하고, 법률상 권한이란 법률에 의하여 인정된 권한을 말한다. 이 경우 국가기관과 지방자치단체가 헌법적 또는 법률적 관계에 있고 이에 근거를 둔 헌법상 또는 법률상 권한이 침해되었을 때 비로소 권한쟁의가 생겨나게 된다.²³⁹⁾

238) 이 점에서 독일의 권한쟁의 및 연방쟁송과 다르다. 앞의 주 67 참조. 법률상 권한까지 포함한 우리 헌법재판소법의 태도에 대하여는 입법론적으로 재고의 필요가 있다는 의견이 있다. 이시윤, 헌법재판에 관한 관견(I), 헌법논총(헌법재판소) 제1집, 1990. 68면 참조.

239) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 180면 참조.

1) 헌법상 권한

먼저 헌법상 권한과 관련하여, 어떠한 권한이 국가기관의 헌법상 권한에 속하는 것인가. 더구나 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호는 국가기관을 정부로 한정하고 있음을 고려한다면 결국 이는 정부의 헌법상 권한이 무엇인가의 문제라고 할 수 있다. 그렇지만 현행 헌법상 정부의 개념은 일의적이지 못하다. 즉, 광의로는 국가 그 자체 또는 공권력을 행사하는 모든 기관(government)을 지칭하고, 협의로는 입법부 및 사법부와 대립하는 집행부(the executive)를 의미하며, 최협의로는 대통령을 제외한 내각(cabinet)을 지칭한다. 현행 헌법에 있어서의 정부는, 헌법 제4장 ‘정부’에서 대통령과 행정부를 통합하여 규정하고 있고 헌법 제66조 제4항은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”고 정하고 있는 것에 비추어 입법부와 사법부에 대립하는 집행부 즉, 협의의 정부를 의미하는 것으로 이해하는 것이 통설의 입장이다.²⁴⁰⁾ 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호와 제2호를 보더라도, 동 조항 제1호는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 규정하면서 그 국가기관의 종류로서 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회”를 열거하여²⁴¹⁾ 정부를 국회와 법원 즉, 입법부와 사법부에 대립하는 기관으로 규정하면서 아울러 제2호에서는 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의를 규정하면서 그 국가기관을 ‘정부’에 한정하고 있는²⁴²⁾ 점에서 결국 이 유형의 권한쟁의에서의 정부는 곧 대통령

240) 권영성, 헌법학원론, 1995. 902면 참조.

241) 이를 예시규정으로 보는 입장이 타당하다는 논의가 있으나 여기서는 중요한 논점은 아니다.

242) 동일한 조항에서 국가기관의 개념을 달리 정하고 있는 것이 입법상 체계부조화라는 주장이 있으나 이에 관한 논의 역시 여기서는 중요한 논점은

을 수반으로 하는 모든 행정권이 귀속된, 입법부와 사법부에 대립하는 집행부를 의미하는 것으로 된다.

그렇다면 집행에 관한 모든 실질적 권한은 대통령에게 집중되고 국무총리나 행정각부의 장 등은 단순히 대통령의 보좌기관에 지나지 않는 것이 되고, 이러한 논리에 따라 본 유형의 권한쟁의에 대입하면 “대통령과 지방자치단체간”의 권한쟁의만이 남게 되는 결과에 이른다. 이러한 결론이 부당한 것임은 자명하다. 따라서 정부의 개념은 대통령의 보좌 내지 자문기관 즉, 국무총리·국무위원·국무회의·행정각부·감사원과 각종 자문기관만을 가리키는 것으로 보는 것이 일응 타당하다고 할 것이다.²⁴³⁾ 다만, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서는 분쟁당사자로서 고유한 권한의 다툼이 있어야하므로 단순히 심의 또는 자문기능을 행하는 국무회의와 각종 자문기관은 본 유형의 권한쟁의의 당사자로 되기에는 부적합하다.

결국 대통령의 보좌기관으로서 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 ‘국무총리’와 그 하위에 있는, 집행부의 구성단위로서 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한 정책과 그밖의 집행부의 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관으로서의 ‘행정각부’가 여기의 정부에 해당한다고 할 수 있다. 또한 국무총리 소속하의 부총리나 총무처·과학기술처 등의 ‘국무위원’도 예컨대 법규명령의 제정권이 인정되지 않고 총리령으로써 이를 제정하는 것과 같은 예외적인 경우를 제외하고는 정부조직법상 소관사무를 관장하는 범위에서는 여기서 말하는 정부에

아니다.

243) 허 영, 한국헌법론, 1990. 934면.

해당한다고 할 것이다. 그리고 ‘감사원’도 그 소관범위에서 정부에 해당한다. 결국 본 유형의 권한쟁의는 일방인 지방자치단체와 타방인 국무총리와 각 소관범위안에서 국무총리소속 중앙행정기관 및 행정각부와 헌법기관인 감사원간의 권한에 관한 다툼을 해결하기 위한 제도라고 할 수 있다. 다시 말해서 헌법상 통치구조론에서 이해되는 협의 또는 최협의의 정부개념 즉, 조직법상의 개념은 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서는 그대로 적용될 수 없고, 본 유형의 권한쟁의에 적용되는 특유한 쟁송법상의 정부개념을 별도로 정립하는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 본 유형의 권한쟁의 당사자인 정부는 국무총리·국무위원·행정각부·감사원에 그친다고 할 수 있다.

그렇다면 정부의 헌법상 권한으로서, 국무총리는 행정각부통할·감독권(헌법 제86조 제2항)·총리령발포권(헌법 제95조) 등의 권한을,²⁴⁴⁾ 그리고 행정각부의 장은 부령발포권(헌법 제95조)을 갖는다. 또한 감사원은 결산·회계검사·보고권과 직무감찰권을 헌법상 권한으로 가진다. 그밖에 국무위원은 별도로 구체적인 헌법상 권한을 정하고 있지않다.²⁴⁵⁾ 그런데 행정각부 또는 그 장의 직무범위는 법률(정부조직법)로 정하도록 하고 있고(헌법 제96조) 국무총리 소속하의 국무위원의 직무범위는 별도의 헌법상 근거규정없이 정부조직법에서 정하고 있다. 결론적으로 지방자치단체와의 권한쟁의에 있어서 정부가 갖는 주요 헌법상 권한은 정부조직

244) 그밖의 국무총리의 헌법상 권한은 대통령의 권한대행권, 국무위원·행정각부장관의 임면관여권, 국무회의에서의 심의·의결권, 대통령의 국무행위에 부서할 권한, 국회에서의 출석·발언권 등이 있다.

245) 단순히 국정에 관하여 대통령을 보좌하며 국무회의의 구성원으로서 국정을 심의한다고만 규정하고 있다(헌법 제87조 제2항).

법에서 정한 권한이 아닌 헌법에서 정한 권한 즉, 행정각부통할·감독권과 총리령·부령발포권 및 감사원의 권한 등에 그친다고 볼 것이다.

또한 지방자치단체의 헌법상 권한이란 헌법 제117조 및 제118조에서 정한 자치행정권, 자치입법권, 자치조직권 및 자치재정권 등을 의미한다고 할 수 있다. 다만, 이 경우에도 자치입법권을 법령의 범위안에서 행사할 수 있도록 한 것이나 지방의회의 권한을 법률로 정하도록 한 것 등은 이를 헌법상 권한이라고 인정할 수 없고 단순히 법률상 권한에 불과한 것으로 만든다. 결국 지방자치단체는 국가존립의 기반이 되는 지방자치제도의 본질적 내용을 훼손하지 않는 이른바 제도적 보장의 한도안에서만 헌법상 권한을 갖는 것이다.

전래적인 제도적 보장이론에 따른다면 지방자치의 제도적 보장은 자치기능보장·자치단체보장·자치사무보장의 세가지를 그 본질적인 내용으로 한다고 말할 수 있다. 따라서 지방자치기능을 구체화하고, 지방자치단체의 종류와 크기를 정하고, 지방자치사무의 범위를 정하는 등 지방자치의 실현을 위한 입법형성권의 행사시에는 그 입법형성권행사에 의해서 지방자치제도의 세가지 본질적인 내용을 침해하는 일이 없어야 한다. 그러한 침해는 지방자치의 제도적 보장에 대한 침해를 뜻하기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때 지방자치단체의 수를 조정하기 위한 지방자치단체의 통·폐합은 가능하지만, 모든 지방자치단체를 폐지하는 것은 금지된다. 즉 국가가 행정조직의 개편을 위해서 행정구역으로서의 지방자치단체를 통·폐합하는 것은 가능하지만, 그것은 어디까지나 공공복리의 관점에서 합리적이고 객관적인 기준에 따라서 행해야지 자의적인 방법으로 이루어져서는 아니된다.

다. 또 전국민의 공공복리의 관점에서 지방자치단체의 자치사무의 범위를 조정하는 것은 가능하지만, 지방자치단체로 하여금 오로지 국가의 위임사무만을 처리케 함으로써 국가의 집행기관으로 기능케 하는 것도 허용되지 않는다. 지방자치가 지방자치단체로 하여금 지역의 특성에 알맞는 독자적인 정책을 개발해서 독자적인 의사결정을 하고 자치기구를 통해 자기책임하에 집행함으로써 지역주민의 복리증진을 꾀하고 국가발전에 기여한다는 데 그 제도의 존재의의가 있는 것이라면, 지방자치단체의 이와 같은 자치기능을 무시하고 국가의 위임사무만을 처리케 하는 것은 지방자치제도의 본질적 요소와 조화될 수 없기 때문이다. 지방자치제도의 본질적 보장내용에 속하는 자치기능에는 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임하에 처리할 수 있는 여러 가지 ‘자치고권’이 포함되는데, 지역고권·인사고권·재정고권·계획고권·조직고권·조세고권·조례고권 등이 바로 그것이다. 이와 같은 여러 자치고권의 실질적인 보장이 지방자치를 비로소 실효성 있게 하는 것임은 두말할 필요가 없다.²⁴⁶⁾

제도적 보장으로서의 지방자치의 본질적 내용으로는 자치기능 보장·자치단체보장·자치사무보장 등 3가지를 들고 있으나²⁴⁷⁾ 그 구체적인 내용을 정의하기란 쉽지가 않고 헌법규정 자체에서도 명백하지 않다.²⁴⁸⁾ 따라서 지방자치단체의 헌법상 권한의 범위

246) 허 영, 한국헌법론, 1990. 782/783면.

247) 이기우교수는 지방자치단체의 존립의 보장, 지방자치제도의 객관적 보장(전권한성·자기책임성) 및 주관적인 법적 지위의 보장을 지방자치에 대한 제도적 보장의 내용으로 든다. 동인, 지방자치이론, 1996. 123면이하 참조.

248) 우리 헌법은 다른 국가의 지방자치규정과 비교할 때 자치의 성격과 지방자치단체가 갖는 권한의 범위를 불분명하게 하고 있다는 비판이 있다. 프랑스, 독일, 이탈리아, 스위스 및 오스트리아 등과 비교하여 자치의 성격과 자치권의 범위를 비교하여 그 문제점을 지적한 글로는 이광윤, 전제논문,

는 사법권에 의한 합헌적 판단에 의하여 정하여지거나 관계 법률을 통하여 구체화된다고 할 것이다. 여기서 특히 지방자치법·지방재정법 등 관계 법률이 구체적으로 인정한 권한은 법률상 권한에 속한다고 할 것이다.

2) 법률상 권한

다음으로 국가기관 즉, 정부의 법률상 권한의 범위가 문제된다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 인정되는 정부에는 앞에서 보았듯이 국무총리와 각 소관범위안에서 그 소속 중앙행정기관과 행정각부 및 감사원이 포함된다. 이들 각 기관의 법률상 권한은 정부조직법에 의한 직무범위의 확정²⁴⁹⁾에 따라 개별 단행법률에서 다양하게 정하여져 있다. 예컨대, 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률에 의한 통일원장관의 보호결정권이나 정착지원시설의 설치·운영권(동법 제8조, 제10조), 도시계획법에 의한 건설교통부장관의 도시기본계획승인권(동법 제10조의2 제1항)이나 개발제한구역의 지정 등 도시계획결정권(동법 제12조), 수질환경보전법에 의한 환경부장관의 오염물질공동방지시설 설치승인권(동법 제13조 제1항), 지방자치단체에 대한 건설교통부장관의 토지구획정리사업 시행인가권(토지구획정리사업법 제32조 제1항) 등이 그것이다.

257면 이하 참조.

249) 예컨대, 국무총리의 대통령의 명을 받은 각 중앙행정기관장에 대한 지휘·감독권(정부조직법 제15조 제1항), 부총리의 국무총리직무대행권(동법 제22조), 지방행정의 장에 대한 소관 행정각부장관의 지휘·감독권(동법 제29조 제3항), 외무부장관의 외교·통상교섭사무장리권(동법 제30조 제1항) 등을 들 수 있다.

또한 지방자치단체의 법률상 권한도 자치사무와 이른바 단체위임사무에 대하여 각종 법률에서 다양하게 규정하고 있다. 예컨대, 건설소음·진동규제지역에서의 방음시설설치명령 위반자에 대한 시·도지사의 공사중지명령권(소음·진동규제법 제26조), 특수한 경우에 인정되는 지방자치단체의 환경기준조례제정권(환경정책기본법 제10조), 사회간접자본시설에대한민간자본유치촉진법에 의한 민관합동법인에의 출자에 있어 지방자치단체의 예외적 현물출자권(동법 제44조) 등이 그것이다.

이와 같이 헌법재판소법 제61조 제2항에 국가기관 즉, 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 침해된 청구인의 권한을 독일과 달리 헌법상 또는 법률상의 권한으로 정함으로써 권한쟁의 심판의 심사기준을 헌법과 법률인 것으로 그 폭을 확대하고 있다. 그 결과 헌법관계는 물론이고 비헌법적 공법관계에 있어서의 다툼을 분쟁의 기초로 하는 기관소송과 본질적 차이가 없게 되었다는 비판도 있다.²⁵⁰⁾ 그렇다 하더라도 적어도 분쟁당사자의 측면에서 보면 본 유형의 권한쟁의는 지방자치단체 내부의 기관간의 다툼인 기관소송과 차이가 있다는 점을 부정할 수 없을 것이다.

3) 권한의 성질

그런데 헌법재판소법은 권한쟁의에 있어서 청구인이 침해받는 것을 분명히 ‘권한’ 이라고 규정하고 있다. 이러한 규정태도로는 그것이 능력(Befugnis)으로서의 권한(Kompetenz)을 뜻하는지 아니면 이익(Interesse)으로서의 주관적 권리(Subjektives Recht)

250) 정태호, 국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서(계희열 교수 화갑기념논문집), 1995. 416면.

를 뜻하는지가 불분명하다. 전자의 입장은 권한쟁의를 객관적 소송이라 하고 후자의 입장은 이를 주관적 소송 내지 주관화된 소송으로 본다. 이 점에 대하여 보기로한다.

가. 권한쟁의를 객관적 소송으로 보는 입장에서는 다음과 같은 논거를 제시한다.

권한(compétence, Kompetenz)이라 함은 헌법·법률 또는 법규 명령에 의하여 부여된 법률상 유효한 행위를 할 수 있는 범위를 말하는 바, 이러한 권한은 헌법, 법률, 명령이라고 하는 ‘객관적인 법’(droit objectif)으로부터 직접 발생하여 법(droit objectif)과 마찬가지로 일반성과 항구성을 가지기 때문에 객관적 법적 상태(situations juridiques objectives)를 의미한다. 따라서 주관적 법적 상태(situations juridiques subjectives)인 권리(droit subjectif)와는 다르다. 따라서 우리나라의 권한쟁의심판은 ‘기본법에 위임한 권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 위태롭게 하는 경우’(독일연방헌법재판소법 제64조 제1항)에 신청이 허용되는 독일의 경우와는 달리 객관적 쟁송에 속한다. 독일에 있어서의 행정소송은 시민의 주관적 권리를 보호하기 위하여 생겨난 제도이기 때문에, … 위법무효소송은 우선 개인의 권리가 침해되었다는 것을 전제로 하여 이러한 권리의 침해는 법률 즉, 법규의 잘못된 적용으로 인하여 발생되었다고 하는 제2차적 권한소송의 성격을 가진다. 이러한 주관적 권리의 개념을 일차적 매개체로 하여 소송을 시작하는 독일 행정재판의 전통이 헌법소송으로 확대되어 권한쟁의심판에 있어서도 주관적 권리의 침해를 전제로 법규위반 여부를 심사한다고 보겠다. … 만약 국가의 공권력의 행사가 ‘주관적

권리의 행사'가 아닌 '국가기능의 수행'이라면 헌법소송에 있어서의 주관적 권리개념이라고 하는 매개체는 무엇 때문에 필요한 것인가? 객관주의자인 Duguit는 권한의 문제는 결코 주관적 권리의 문제로 볼 수 없음을 단언하면서 권한은 권리의 획득 문제가 아니라 법에 의하여 창설된 획득능력이 존재함을 의미할 뿐임을 역설하고 있다. 일본이나 우리나라에서 주관권한의 존부 또는 권한 행사에 관한 분쟁을 해결하는 소송인 기관소송을 주관적 쟁송이 아닌 객관적 쟁송으로 분류하고 있음은 국가 또는 공공단체의 상호간에 있어서는 주관적 권리의 침해가 아닌 객관적 법질서의 적정한 집행의 문제가 소송의 목적으로 되고 있음을 반증해 준다고 하겠다. 다시 말하면 우리나라와 일본의 경우 국가 또는 공공단체의 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 국민에 대한 공권력의 행사 또는 그밖에 이에 준하는 행정작용에 대하여는 즉, 항고소송에 대하여는 '법률상의 이익 = 권리'(사실상의 권리까지 확대하는 경향이 있음)의 침해를 전제로 하여, 제2단계로 법규에 대한 위반여부를 다투게 되는 주관적 쟁송으로 분류되고 있는 데 반하여, 국가기관 또는 공공단체 상호간의 분쟁에 대하여는 권리 또는 이익의 침해를 전제로 하지 않고 바로 법규에 대한 위반여부를 다투게 되는 객관적 쟁송으로 본다고 하는 것은 국가나 공공단체는 주관적 권리의 향유자로 간주되지 아니한다는 반증이 된다고 하겠다. 따라서 우리나라 행정소송법상의 기관소송은 이익의 분쟁(*conflits d'intérêts*)이 아닌 권한의 분쟁(*conflits de compétence*)이다. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때 청구하는 권한쟁의심판도 기관소송과는 달리 특별히 이익

의 분쟁을 필요로 하는 주관적 쟁송으로 보아 국가 또는 공공단체를 국가기능의 수행자가 아닌 주관적 권리의 향유자로 만들어야 할 당위성을 발견하기란 어렵다.

우리나라의 공법적 전통은 국가 또는 지방자치단체가 주관적 권리를 향유하는 것이 아니라 객관적 법질서에 의한 국가기능을 수행한다고 보고 있기 때문에, 여기서 침해 되는 것은 능력(capacité)으로서의 권한(compétence)이지 이익(intérêt)으로서의 주관적권리(droit subjectifs)로 볼 수는 없다²⁵¹⁾는 것이다. 이 입장에 의하게 되면 집행행위는 권한쟁의심판의 대상인 처분에서 제외되고 행정소송(항고소송)의 대상이 되므로, 입법권이 아닌 행정권만 분권받은 지방자치단체의 행위가 행정소송이 아닌 권한쟁의심판의 대상이 되기 위하여는 최소한 일반·추상적인 규범성을 갖추어 결여되어 있는 입법권의 분권을 확보해야 할 것이 요구된다고 보아 권한쟁의에 있어서의 처분을 규범적 처분으로 해석하게 되는 결과가 된다.²⁵²⁾

나. 권한쟁의를 주관적 소송 내지 주관화된 소송으로 보는 입장에서는 다음의 논거를 제시한다.

한국의 헌법재판소법 제61조 2항의 “청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때”라는 조문에 대비될 수 있는 것으로서 독일연방헌법재판소법 제64조 1항의 “권리와 의무를 침해하였거나 직접적으로 저해할 위험성이 있는 경우”라는 조문을 들 수 있을 것이다. … 무엇보다도 한국의 헌법재판소법에서는

251) 이광윤, 전계논문, 292/293면.

252) 이광윤, 전계논문, 293면 참조.

“권한의 침해”라는 표현을 쓰고 있지만 독일의 연방헌법재판소법에서는 “권리와 의무의 침해”라는 표현을 쓰고 있는 것이 우리의 눈길을 끈다. 그러나… 독일에서는 국가기관의 권한을 주관적인 권리로 전환시켜서, 국가기관 상호간의 권한쟁의를 권리·의무에 관한 쟁송으로 한다는 것이 입법의 뜻이고, 연방헌법재판소도 이에 따르고 있기 때문에²⁵³⁾ 독일법상의 “권리와 의무의 침해”라는 것이 “권한의 침해”와는 전혀 성질을 달리한다고 보기는 어렵다. 요컨대 ‘권리와 의무’라는 것이 ‘권한’과 같은 뜻으로 쓰인다는 것이다.²⁵⁴⁾ “헌법적 권한의 주관화”를 해석론상 정당화하는 논거인 것이다.²⁵⁵⁾

253) BVerfGE 2, 143, 152. 「헌법이 국가기관에 대하여 국가의사형성에 참여함에 있어 그에게 주어진 헌법상의 몫을 헌법재판소에서의 소송절차를 통하여 주장할 수 있는 가능성을 항시 개방해 놓고 있는 경우에는, 필연적으로 헌법상 인정된 권한을 주관화(Subjektivierung)하는 일이 있게 된다. 그렇게 함으로써 기본법과 마찬가지로 국가기관의 ‘권리’를 운위하는 것이 정당화 되는 것이다.… 물론 그러한 국가기관의 ‘권리’는 주관적인 사권과 같이 취급할 수는 없는 일이고, 한편 그러한 절차는 객관적인 헌법을 보전하는 데 그 목적이 있다.; 다만 소송절차법상 다른 법분야에서 법적 분쟁을 사법적으로 처리하는 절차와 비교하여 조화를 이루도록 하는 것은 전반적으로 허용되는 일이기도 하려니와 요망되는 일이기도 하다.」

254) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 180/181면.

255) 독일 연방헌법재판소는 그 판결주문에서도 당사자의 권리(Rechte)의 침해 여부를 밝히고 있다. BVerfGE 82, 322(연방하원은 1990. 9. 29.의 전독선거조약법률의 의결로써 기본법 제21조 제1항 및 제38조 제1항 소정의 청구인(정당)의 기회균등권을 침해하였고, 연방상원은 동법에 대한 그의 동의로써 청구인의 위 기회균등권을 침해하였다), BVerfGE 85, 264(연방하원 및 연방상원은 제5차정당법개정법률 제18조 제6항 제1문에 정한 일정한 규정을 통하여 기본법 제21조 제1항 및 제3조 제1항 소정의 청구인의 권리를 침해하였다), BVerfGE 10, 4(연방하원은 의회에서의 발언시간제한에 관한 결정으로써 기본법 제38조 소정의 청구인의 권리를 침해하지 아니하

같은 취지로 다음의 주장도 있다. 즉, 우리 헌법규정은 국가기관간의 ‘권리·의무’에 관한 쟁의가 아닌, ‘권한’쟁의라는 용어를 선택하고 있다. 헌법재판소법도 제61조에서 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때”라고 하여 헌법규정의 기초를 수정없이 받아 규율하고 있다. 따라서 기관쟁의제도와 관련하여 “권리·의무에 관한 쟁의를 원인으로” 하는 연방최고기관 또는 여타 관여자의 기본법의 ‘권리·의무’에 관하여 심판한다고 하여 국가조직법상의 권한문제를 주관화하고 있는 독일기본법과는 달리 권한법적 문제를 주관적 권리의 문제로 표현하는 것을 피하고 있다. 그러나 권한쟁의의 당사자가 되는 범위에서 해당 국가기관들이 부분적 권리주체성을 갖는다고 관념하는 것이 우리 헌법규정의 해석상 불가능한 것은 아니라는 것이다.²⁵⁶⁾ 또한 권한쟁의의 법적 성격을 주관적 소송으로의 성격과 객관적 소송으로의 성격을 동시에 갖는 것으로 보는 견해도 있으나,²⁵⁷⁾ 권한의 주관성을 긍정하는 앞의 입장과 실질적으로 같다고 할 수 있다.

권한의 주관화를 긍정하는 다음과 같은 실체법적 타당근거도 제시된다. 로렌츠(Lorenz)에 의하면²⁵⁸⁾ 개개 국가기관은 자신의 전담분야에서는 법적으로 고유의 책임을 부담하며 따라서 그의 권한범위내에서는 배타적 관할권을 가지고, 이 점은 특히 최고

였다) 등이 그것이다. 그밖에 BVerfGE 68, 1; 70, 324 등 참조.

256) 정태호, 국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서(계희열 교수 화갑기념논문집), 1995. 415면.

257) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 412/413면 참조.

258) Vgl. Lorenz, Der Organstreit vor dem BVerfG, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz(Hrsg.: Starck), Bd. 1, 1976, S. 237.

국가기관간의 관계에서 더욱 두드러진다고 한다. 따라서 독자적인 전담분야내에서 아무런 방해도 받음이 없이 고유의 업무를 수행하기 위해서는 법의 절차를 밟아 외부의 침해로부터 자신의 관할영역을 수호하는 것은 당연한 일이고, 이것이 곧 주관적 권리를 낳는다는 것이다.²⁵⁹⁾

뿐만 아니라 헌법재판소의 판례를 통하여 주관적 소송으로 운용하는 것도 가능하다는 주장도 있다. 즉, 우리 헌법과 헌법재판소법의 관계조항은 ‘권리와 의무’라는 표현을 쓰고 있지 않다는 점에서 독일의 경우와 차이는 있지만, 권한쟁의심판의 본질적 성격은 차이가 없다는 점에서 볼 때 우리 헌법재판소도 판례를 통해 권한쟁의심판을 어느 정도 주관적 쟁송의 성격을 가지는 것으로 운용할 수도 있을 것이라는 주장이 그것이다.²⁶⁰⁾

다. 앞의 입장들은 모두 독일의 규정과 비교하여 우리나라의 권한쟁의에 있어서의 ‘권한’을 주관화시키고자 하거나 또는 이를 부정하는 태도를 보이고 있다.

권한쟁의를 단순히 객관적 법상태를 의미하므로 주관적 쟁송으로 보아야 할 당위성이 없고 공법적 전통에 비추어 보더라도 이익으로서의 주관적 권리를 주장할 근거가 희박하다는 부정론의 논거는 법문상의 ‘권한’의 표현에 얽매어 권한의 본질 내지 실체를 전혀 무시한 것이라는 점에서 타당성이 부족하다. 뿐만 아니

259) 김운용, 전계논문, 163/164면. 이러한 입장에서 Lorenz교수는 모든 “권리주체의 상대성”(die Relativität jeder Rechtssubjektivität)이라는 표현을 사용한다. Lorenz, a.a.O., S. 229; 김운용, 전계논문, 168면 참조.

260) 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 헌법문제와 재판(상), 사법연수원, 1996. 687/688면.

라 부정론에 의하게 되면 권한쟁의 제도의 실제적 활용의 측면에서 보더라도 그 존재의의를 현저히 상실시킨다. 그에 반해 권한의 주관화를 긍정함으로써 헌법 또는 법률에 의하여 부여된 기관 고유의 분권적 권한을 당해 기관 소관범위에서의 기관존속의 이익 즉, 권리로서 인정될 수 있는 것이고 그러한 범위에서 기관은 권리주체성을 갖는 것이라고 볼 수 있기 때문에 긍정설의 입장이 보다 설득력이 있다고 생각된다.²⁶¹⁾

(5) 다툼의 대상인 “권한의 존부 또는 범위”의 의미

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 청구인은 자기에 부여된 헌법상 또는 법률상 권한의 “존부 또는 범위”에 관하여 다투어야 한다(헌법재판소법 제61조). 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼은 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 것이어야 한다. 여기서 권한의 ‘존부’란 법상 특정한 권한이 특정의 기

261) 그런데 이와 별도로 독일연방헌법재판소법의 규정과 대비할 필요도 없이, 우리 헌법재판소법 제61조의 규정을 엄밀하게 해석하면 ‘권한’이라는 표현과는 관계없이 그 자체로서도 권한쟁의가 주관적 소송임을 전제하고 있다는 해석도 가능할 것이다. 독일의 경우 권한쟁의주체로서의 국가기관의 지위를 구분하여 부분적인 ‘주관화된’ 권리의 존재를 긍정한 후 ‘권리·의무’(Rechten und Pflichten)로 범문에 규정한 것으로서 선입법에 따라 사후적으로 그 해석론을 통하여 “권한의 주관화”를 정당화시키고 있는 것이다. 그렇지만 우리 헌법재판소법은 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 권한쟁의에서의 ‘권한’이라는 표현을 존중하여 범문에 그대로 ‘권한’이라는 용어를 이어받고 있기는 하지만 헌법재판소법 제61조의 전체적인 취지에서 볼 때 주관적 성질을 긍정할 수 있는 해석론상의 여지가 있는 것으로 보인다. 즉, 우리 헌법재판소법의 태도는 이미 ‘주관화된’ 것으로 보아 규정한 것으로 단지 그 표현상 ‘권한’으로 사용하고 있는 것에 불과한 것으로 볼 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

관에 부여되어 있는가의 여부 즉, 권한의 유무를 의미하고,²⁶²⁾ 권한의 ‘범위’란 법상 특정한 권한이 특정의 기관에 부여된 결과 그 기관의 권한이 미치는 효력의 범위(Wirkungskreis)를 의미한다. 따라서 어떠한 권한이 그 근거되는 법률이 있는지 여부 즉, 권한의 존부의 문제는 근거되는 법률은 있으나 그 규정된 범위내의 것인지 여부 즉, 권한의 범위의 문제와는 구별될 수 있는 것이다.²⁶³⁾ 이 점에서 권한의 범위에 관한 다툼을 권한의 존부에 관한 다툼의 한 경우로 보아 권한의 존부의 문제에 권한의 범위의 문제를 포함시키는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.²⁶⁴⁾

이와 함께 유사한 쟁송형태를 갖는 권한쟁의와 기관소송에 있어서, 전자는 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때”로 후자는 “권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때”로 각 규정하고 있는 결과 권한쟁의와 구별되는 개념인 기관소송에 있어서의 권한의 ‘행사’가 어떠한 의미를 갖는지도 의문이다. 권한쟁의에서는 다툼의 대상으로 전혀 권한의 ‘행사’라는 표현은 사용하고 있지 않기 때문이다. 이에 대하여 국가기관과 지방자치단체간의 권한의 행사와 관련된 다툼은 개념상 기관소송도 아니고

262) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 김철수교수 화갑기념논문집, 1993. 572면 참조. 권한의 의미와 권한의 존부의 여부는 기본적으로 행정조직법적 관점에서 판단되어야 할 것이다.

263) 동지, 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 헌법문제와 재판(상), 사법연수원, 1996. 692면 참조.

264) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 김철수교수 화갑기념논문집, 1993. 573면; 동인, 기관소송의 법리, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 226면 참조. 이 논문에서 홍교수는, 권한의 범위를 벗어나는 것은 바로 무권한 또는 월권을 의미하기 때문에 권한의 범위에 관한 다툼은 권한의 존부에 관한 다툼의 한 경우에 해당한다는 점에서 헌법재판소법이 “권한의 존부 또는 범위”라고 표현하였어도 전제로서 그것은 권한의 존부를 의미하는 것이라고 한다.

권한의 존부 또는 그 범위를 다투는 권한쟁의도 아닌 것으로서 경우에 따라 항고소송으로 다툴 수 있을 뿐이기는 하나,²⁶⁵⁾ 다만 권한의 행사문제가 권한의 존부 또는 범위의 문제와도 밀접한 관련을 맺을 수 있다는 점에서 그러한 경우에는 이를 권한쟁의의 대상으로 하여 다툴 수도 있을 것이라는 견해가 있다.²⁶⁶⁾ 반면에 분쟁은 결국 어떠한 구체적인 조치나 처분을 두고 발생할 것인데 그것이 “권한의 존부 및 범위”의 문제인지 “권한의 행사”의 문제인지 혹은 혼재된 것인지 구별이 용이하지 않다고 하면서 권한의 존부와 권한의 행사를 명백히 구분하는 데 대해 반대하는 견해도 있다.²⁶⁷⁾ 그렇지만 권한쟁의의 경우 권한의 행사문제를 당연히 포함하는 것으로 보아야 할 것이다. 즉, 다툼을 계기로 한 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 다투어지는 ‘권한’은 헌법상 또는 법률상 권한으로서 객관적 헌법 및 법질서의 보호라는 ‘능력’으로서의 권한만을 의미하는 것이 아니라 ‘이익’이라는 ‘주관적 권리’로 전환된 즉, 주관화된 권리까지 포함하는 것으로 이해될 뿐 아니라, 또 권한의 ‘행사’는 단순히 권한의 존부 내지 관할의 확정이라는 상대적 의미로 이해될 것이 아니라 다른 기관의 객관적 권한만이 아닌 주관적 이익에 관련되어 그에 대한 간섭

265) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 김철수교수 화갑기념논문집, 1993. 573면 참조.

266) 홍정선, 기관소송의 법리, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 220면 참조. 홍교수의 견해는 실질적으로 권한의 행사문제를 권한의 존부 또는 범위의 문제에 포함시키는 것으로서 결과적으로 “권한의 존부 또는 범위”나 “권한의 존부 또는 그 행사”나 모두 같은 의미임을 뜻하는 것으로 이해될 수 있는 여지가 있다.

267) 이주영, 민중소송·기관소송, 행정소송에 관한 제문제(하), 재판자료 제68집, 법원행정처, 1995. 100면. 그에 대하여는 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 헌법문제와 재판(상), 사법연수원, 1996. 692면 참조.

내지 침해를 가져오는 것이기 때문에 다른 기관의 ‘이익’의 침해를 전제로 하는 개념이라고 할 수 있다. 또한 기관소송을 규정한 행정소송법은 헌법재판소법이 제정되기 이전인 1985년에 시행된 것으로서 그 표현상 기관소송에서의 권한의 ‘행사’는 헌법재판소법상의 권한쟁의에 있어서 권한의 ‘범위’에 포함되는 것으로 이해함이 타당하다. 권한의 범위는 곧 권한 및 그 행사의 효력범위를 의미한다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 국가기관과 지방자치단체간에 청구인의 ‘이익침해’를 내포하는 “권한의 행사”를 다툼의 대상으로 하는 경우에도 권한쟁의심판을 청구함이 타당하고 기관소송으로 다룰 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면 권한의 ‘행사’에 관한 다툼을 포함한 국가기관과 지방자치단체간의 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼은 당연히 동일한 범주체 내부의 기관간의 소송인 기관소송에 해당되지 않으므로 헌법재판소가 관장함이 타당한 것이다.²⁶⁸⁾ 그리고 기관소송의 대상은 행정소송법상 기관소송법정주의에 따라 국가 또는 공공단체의 “기관 상호간”에 다툼이 있는 경우에 한정되는 것으로 기관소송으로 할 것인지 아니면 권한쟁의로 할 것인지는 다툼 내지 권한의 성질에 따라 결정할 것이 아니라 오직 당사자에 따라 구분되는 것으로 봄이 옳을 것이다.²⁶⁹⁾

268) 이 논리에 따르면 국가기관 상호간의 권한다툼은 - 이 다툼이 동법 제3조 제4호 본문의 “국가의 기관 상호간”의 다툼이라는 이유로 기관소송으로 다룰 수 있는 것이기는 하나 - 행정소송법 제3조 제4호 단서에 따라 그것이 권한의 ‘존부 또는 범위’에 대한 다툼이든 그 ‘행사’에 관한 다툼이든 모두 헌법재판소의 우선적 관장사항이 된다. 또한 지방자치단체 상호간의 권한 다툼 역시 동일한 범주체 내부의 기관간의 다툼이 아니기 때문에 기관소송의 대상이 되지 아니한다. 따라서 권한의 ‘행사’를 권한의 ‘범위’에 포함되는 것으로 이해하는 한 이 개념을 둘러싼 논쟁은 무의미하다.

(6) “권한침해·침해위험성”의 존재

국가기관과 지방자치단체간에 권한다툼이 있는 경우에 청구인은 피청구인의 처분 또는 부작위가 자기의 헌법상 또는 법률상 권한을 “침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여” 권한쟁의심판의 청구를 할 수 있다(헌법재판소법 제61조).²⁶⁹⁾ 권한침해란 그런 권한을 부여하여 주는 수권규범으로서의 헌법 또는 법률의 효력을 무시함을 뜻하는 것이고, 침해위험성은 그러한 권한침해에 이르게 될 개연성이 현저히 높은 상황을 이른다.²⁷¹⁾ 또한 권한침해는 현재의 권리침해를 말하고, 침해위험성은 권리에 대하여 직접적으로 위협적인 침해를 뜻한다.²⁷²⁾ 여기서 당사자

269) 당사자를 중심으로 실정법을 해석하는 경우, 권한쟁의심판과 기관소송이라는 용어는 대립적인 것도 아니고 병렬적인 것도 아니며, 양자는 부분적으로 겹치기도 한다. 홍정선, 기관소송의 법리, 공법연구 제25집 제4호, 1997. 226면 참조.

270) 연방헌법재판소는, 연방대통령이 연방하원해산령(Anordnung) 및 연방하원선거령에 의하여 기본법 제68조 제1항을 침해했음과 그로써 기본법 제38조 제1항 제2문 소정의 청구인(국회의원)의 헌법상 권리 침해 및 직접적인 위해를 초래하였다는 확인을 구하는 권한쟁의심판의 청구사건에서 기각판결을 한 바 있다. BVerfGE 62, 1.

271) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 184면. 물론 침해의 개연성이 어느 정도일 것을 요구하는지에 대하여는 문제가 된다. 또한 독일의 경우 우리의 “침해할 현저한 위험”과 달리, “직접적인 위험이 있는”(unmittelbar gefährdet ist)이라는 표현을 사용하고 있으나 양자는 모두 “침해에 이르게 될 개연성이 높은 상황”을 뜻하므로 양자는 같다고 한다. 동인, 전제논문, 184면 주 83 참조.

272) Lorenz, Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz(Hrsg.: Ch. Starck), 1976, 239ff.; Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichts gesetz, Kommentar(Stand: 1992. 3), §64 Rn. 8.

능력이 인정되는 국가기관이나 지방자치단체라 하더라도 피청구인의 처분이나 부작위가 헌법 또는 법률이 자기에 부여한 권한을 침해하였거나 (직접적으로) 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 심판청구를 할 수 있는 것이므로 헌법상 또는 법률상 권한이 문제되지 않았거나 또는 헌법상 또는 법률상 인정된 권한이라 할지라도 아직 침해 또는 현저한 침해우려가 있지 않은 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수가 없다.

권한쟁의는 일면 이미 발생한 처분 또는 부작위를 통한 권한침해의 형태로, 타면 발생이 임박한 처분을 통한 권한침해의 형태로 나타날 수 있다.²⁷³⁾ 헌법재판소법은 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인 권한의 침해 또는 현저한 침해위험성이 있는 경우에 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하고 있는바, 이미 또는 현재 발생한 침해에 기한 권한쟁의의 심판을 사후적 심판이라고 하고 현저한 침해위험성이 있는 경우에 인정되는 권한쟁의의 심판을 사전적 심판으로 구분하기도 한다.²⁷⁴⁾ 여기서의 침해 또는 위해를 주장하는 ‘권한’ 즉, 권한의 주관화에 따른 ‘권리와 의무’는 헌법과 법률에 근거하여야 하며 또한 바로 피청구인과의 관계에서 직접 존재하는 것이어야 한다.²⁷⁵⁾ 이 경우 피청구인의 행위(처

273) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 418면 참조.

274) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 310면 참조.

275) 독일 연방헌법재판소법 제64조 제1항은 관계된 당사자(beteiligte Parteien)의 권리에 관한 분쟁임을 분명히 하고 있다. 또한 연방헌법재판소에 의하면 당사자는 “헌법상의 권리관계에 놓여 있어야 하고, 이러한 권리관계에서 나오는 일정한 결과에 대한 관계 당사자간의 분쟁이 존재하고 있어야만 한다”(BVerfGE 2, 143, 152, 159; BVerfG, EuGRZ 1982, 160, 167).

분, 부작위)가 객관적으로 존재하는지, 청구인에게 속하는 권리²⁷⁶⁾가 유효하게 존재하는지 및 이 권리가 침해 또는 직접적으로 위해가 있는지의 여부 등에 대하여 각각 심사할 것이 요청된다.²⁷⁷⁾

국가기관과 지방자치단체간에 발생될 수 있는 권한다툼의 유형을 구체적으로 구분한다면 월권·권한행사저해·권한박탈의 3가지를 들 수 있을 것이다.²⁷⁸⁾ 즉, 한 기관이 월권함으로써 다른 기관의 권한을 침해하여 잠식하는 경우, 한 기관이 다른 기관의 정당한 권한행사를 저해하는 경우 및 한 기관의 권한행사로 말미암아 다른 기관의 권한이 박탈당하는 경우²⁷⁹⁾가 그것이다.²⁸⁰⁾

276) 권한쟁의에 있어서 “주관화된 권한”으로서의 권리를 의미한다.

277) 이와 관련하여 제소요건으로서 청구인의 권리보호이익(Rechtsschutzbedürfnis) 내용상으로는 ‘권리’보호이익이나 용어상으로는 ‘권한’보호이익이라고 할 수도 있을 것이다. 과 객관적명백화이익(objektive Klarstellungsinteresse) 즉 심판청구의 철회가 있더라도 객관적으로 명백해져야 할 이익이 있을 것이 요구된다. 예컨대 청구인이 자기의 행위로써 스스로 침해를 배제 할 수 있었을 경우에는 권리보호이익이 없으며(BVerfGE 66, 1, 77f.), 개별사안에서 청구인의 심판청구 철회에도 불구하고 헌법재판소의 판단에 의하여 청구인의 권리와 의무가 직접구체적으로 침해를 당할 것으로 판단되는 경우에는 심사할 것이 정당화될 수 있다. Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991. S. 118, Rn. 40; 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구 1991. 9. 137면; 동인, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법은총제2집, 1991. 607면 참조.

278) 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구(헌법재판소) 제3권, 1991. 184/187면; 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 헌법문제와 재판(상), 사법연수원, 1996. 693면 참조.

279) 세번째의 경우는 입법에 의하여 행정부나 법원의 일부권한을 삭제하거나, 정부의 행정입법에 의하여 지방자치단체의 권한을 박탈하는 경우 등이 될 것이다.

280) 독일연방헌법재판소는 권한의 침해유형을 다음의 두가지로 구분하고 있다: ① 피청구인이 자기의 관할(Zuständigkeiten)을 초과하여 권한을 행사

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

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

마지막으로 권한침해의 예로서 타 국가기관의 헌법상 권한을 박탈하는 경우를 검토해 볼 필요가 있겠다. 이러한 예는 입법부와 타 국가기관간의 관계에서 흔히 찾아 볼 수 있으리라고 본다. 의회가 예컨대 법률을 제정하여 정부나 법원의 일부 권한을 배제하는 경우, 의회는 입법작용을 통하여 타 국가기관의 헌법상의 권한을 침해하는 결과에 이르게 된다. 적어도 의회의 입법이 권한쟁의에 관한 한 하나

함으로써 청구인의 부담을 가중시킨 경우(zu Lasten des Antragstellers)와
② 피청구인이 권한을 유월한 것은 아니지만, 자기의 입법 권한을 행사함에 있어 이해관계기관인 청구인의 권리를 보장해 주는 상위규범을 그 입법 내용에서 고려하지 아니한 경우가 그것이다. BVerfGE 1, 208, 220; Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand: 1992. 3, §64 Rn. 8.

의 처분으로 인정되는 만큼, 타 국가기관의 헌법상 인정된 권한을 박탈하거나 제한하는 내용의 입법이 권한쟁의의 대상이 되는 것은 당연한 일이다.²⁸¹⁾

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서도 앞의 논거가 대체로 그대로 적용될 수 있을 것이다. 본 유형의 권한쟁의를 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서의 분쟁에 대입한다면, 그 첫번째의 경우는 비교적 명백하여 문제화될 소지가 적다고 할 것이고, 두번째의 경우는 확연하지 않은 권한침해로 말미암아 그대로 분쟁의 여지는 상존한다고 할 수 있다. 세번째의 경우는 국가기관과 지방자치단체간에 있어서도 흔히 발생될 수 있는 상황인 것으로 보인다. 국가기관 즉, (여기서는) 정부가 명령이나 규칙 등 법령을 제정하면서 지방자치단체의 헌법상 또는 법률상 권한을 배제하거나 무의미하게 만드는 경우가 있을 수 있다.²⁸²⁾ 특히 이 경우에는 정부가 제정한 법령이 법률의 위임한계를 벗어나는 것은 아니지만 제도적 보장으로써 헌법상 인정된 지방자치의 본질적 내용을 침해한다거나 지방자치단체의 권한을 침해하는 것이라는 다툼이 발생할 여지는 충분히 있는 것이다. 또한 법령과는 별도로 제정의 문제를 놓고 본다면, 헌법상 권한의 침해 여부의 문제 외에 지방자치의 법률상 권한의 침해문제는 쉽게 해결되기 어려운 것으로 보인다.²⁸³⁾

281) 김운용, 전개논문, 184면 참조.

282) 반대로 지방자치단체가 정부의 권한을 배제하는 것은 그 자치입법권의 한계로 인하여 발생 가능성이 전혀 없다.

283) 예컨대 지방재정의 자립도가 취약한 상태에서 지방재정법에 의한 지방자치단체에 대한 정부의 교부금 내지 보조금의 지급이 전무하거나 현저히 적은 금액의 지급으로 인하여 지방정부의 관리 및 운영상 심각한 존립상

이제까지 논의된 항목과 관련된 각국의 규정을 도표로 비교하면 다음과 같다.

	심판기준	심판범위	심판대상	침해요건
한 국	헌법·법률	-헌법상 권한에 관한 헌법분쟁 -공법상 권한에 관한 공법분쟁	-피청구인의 처분 또는 부작위	권한의 침해 또는 현저한 침해의 위험성
독 일	헌 법	-헌법상 (주관적) 권리 -의무의 범위에 관한 헌법분쟁	-피청구인의 처분 또는 부작위	권리·의무의 침해 또는 직접적 침해의 위험성
오스트리아	(헌법·법령)	-(헌법 또는 법령상) 권한 또는 관할권에 관한 공법분쟁	-적극적권한 -소극적관할의 거부	권한 또는 관할의 침해
스페인	헌법·법률	-헌법 또는 법률상 권한 또는 관할권에 관한 공법분쟁	-적극적쟁의: 입법·결정·처분 또는 그 부작위 -소극적쟁의: 개인·법인이 제기한 특정사안에 대한 결정권의 거부	권한 또는 관할의 침해
이탈리아	-국가:헌법 -지역: 헌법·법률	-국가의 헌법상 권한에 관한 헌법분쟁 -지역의 관할에 관한 공법분쟁	-국가 또는 지역의 행위	권한 또는 관할의 침해

위해가 야기된 경우에 이를 지방자치단체의 법률상 권한의 침해로 볼 것인지 아니면 지방자치의 존립보장의 침해라는 헌법상 권한의 침해로 볼 것인지도 분명하지 않다.

(7) 청구기간

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판의 청구는 다른 유형의 권한쟁의와 마찬가지로 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 하여야 한다(헌법재판소법 제63조 제1항). 이 기간은 당사자의 무책의 기간도과와 같은 정당한 사유²⁸⁴⁾가 있는 경우에만 특별한 예외를 인정하는 불변기간으로 하고 있다. 그런데 청구기간의 기산점을 가늠하는 사유는 곧 ‘처분 또는 부작위’라고 할 것인데, 여기서 처분 또는 부작위의 개념이 문제된다. 특히 처분의 개념 내지 범위의 설정은 ‘국가기관’의 해석에 좌우된다고 할 수 있기 때문에 이를 더욱 난해하게 한다. 국가기관의 개념을 정부에 한정하고 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호를 예시규정으로 해석하는 경우에는 처분·부작위의 주체로서의 국가기관의 개념은 입법권·행정권·사법권을 포괄하게 되지만 반대로 이를 정부에 한정한 것으로 본다면 그 주체는 행정권에 국한되기 때문이다. 국가기관의 개념을 넓게 이해하는 예시규정설이 타당하다고 생각되나, 헌법재판소의 태도가 열거규정을 취하는 것으로 평가되는 이상 그에 따라 살펴본다면 정부의 ‘처분 또는 부작위’는 법규명령과 행정규칙²⁸⁵⁾을 포함한 행정입법, 각종 결정과 행정처분, 기타 각종 행위들과 그 부작위를 의미하게 된다. 또한 지방자치단체의 ‘처분 또는 부작위’는 자치입법과 기타 각종 결정·처분 및 그에 기한 행위들과

284) 정당한 사유라 함은 청구기간 도과의 원인 등 여러가지 사정을 종합하여 지어진 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다. 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 89헌마31.

285) 이른바 규범구체화행정규칙이 이에 해당될 것이다.

그 부작위를 뜻하게 된다.²⁸⁶⁾ 그렇다면 먼저 시행령·시행규칙 등 법규명령과 자치조례²⁸⁷⁾의 경우에는 그 시행일이 처분이 있는 날이 될 것이다. 그러나 법규명령의 시행일을 일정기간이 경과된 후로 정한 경우에는 당사자의 권한침해일을 언제로 할 것인지의 문제이다. 그러나 이 경우 헌법재판소는 유예기간과 관계없이 명령의 공포일에 이미 권한침해를 받았다고 보는 입장인 것으로 판단된다.²⁸⁸⁾ 또한 처분이 문제되는 경우에는 그 ‘안 날’은 당해 처분 또는 그 거부사실을 통지받은 날을,²⁸⁹⁾ 그리고 ‘있는 날’은 당해 처분 또는 그 거부가 행해진 날을 뜻한다. 정부의 일정한 조치의 경우에는 그 근거법률이 국회를 통과하고 그에 기하여 신뢰이익

286) 예시규정설에 의하면 국회의 각종 입법의 제정과 공포·시행 등과 법원의 각종 재판 및 사법행정작용들 및 그 부작위 등도 권한쟁의의 심판대상으로서의 처분·부작위에 해당한다고 할 것이다.

287) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 92헌마216.

288) 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고, 94헌마68, 72, 89(병합). 이 사건은 법령에 대한 헌법소원사건이지만, 법령의 시행일과 발효일이 다르다는 이유로 청구기간의 기산점의 결정에 있어 재판관들 사이에 의견이 5:4로 나뉘는 등 심각한 논란이 있었다는 점에서 권한쟁의에 대한 헌법재판소의 입장을 추론해 볼 수 있을 것이다. 즉, 법령의 시행과 관련하여 기존업자에 대하여 일정한 유예기간을 둔 경우에 있어, 다수설인 각하의견은 기존사업자가 신법이 발효되기까지는 구법에 의한 영업을 할 수 있지만 이 경우에도 이미 신법시행일을 기산점으로 하여야 한다고 보는 반면, 소수설은 이 경우에도 명백히 구체적으로 현실 침해당한 날은 그 유예기간이 경과된 익일을 기산점으로 해야 한다는 입장이었다. 같은 입장의 관례로 헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 93헌마198 참조.

289) 헌법재판소는 예컨대 국세채납처분에 있어서 국세채납액에 대한 공매대행 통지서의 수령일을 ‘안 날’로 보고 있다. 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 92헌마269, 299, 305(병합). 또한 피청구인의 아파트입주 채권입찰제적용지시에 따라 국민주택채권을 매입한 경우 그 매입일을 ‘안 날’로 본다. 헌법재판소 1995. 2. 24. 선고, 95헌마54.

보호조치를 내용으로 하는 당해 경과조치가 공표되었다면 그 조치가 공표된 날을 기산점으로 하여야 한다.²⁹⁰⁾ 사실행위의 경우에는 당해 행위일로부터 기산한다.²⁹¹⁾ 부작위의 경우에는 청구의 상대방에게 헌법 또는 법률상의 행위의무가 있어 이에 의거하여 청구인이 권한행사를 요구하였음에도 불구하고 그 의무를 해태하는 경우에 청구할 수 있으나 청구기간의 문제는 발생하지 않는다고 볼 것이다. 참고로 청구기간에 관한 각국의 규정을 정리하면 다음과 같다.

청 구 기 간	
한 국	-사유를 안 날로부터 60일 이내 -사유가 있는 날로부터 180일 이내
독 일	-사유를 안 날로부터 6월 이내
오스트리아	-기관력있는 법원재판이 없을 것 -상급청이 통보받은 후 4주 이내 또는 상급청의 기간도과시 그로부터 4주 이내
스페인	-적극적 쟁의: · 정부 청구시: 2월 이내 · 지방자치단체 청구시 : 1월 이내 -소극적 쟁의: · 거부결정의 송달 후 1월 이내 또는 결정을 앓는 경우는 기간경과 후 1월 이내
이탈리아	-정부와 지역간의 쟁의시 : · 당해 행위가 도달 또는 공표된 때로부터 60일 이내 · 사유를 안 때로부터 60일 이내 ※ 규범이 대상인 경우도 같음 -정부가 지역법률의 위법성을 주장하는 경우 : 사유통보일로부터 15일 이내

290) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 90헌마196.

291) 청구인 소유의 부속건물을 강제철거한 경우 그 강제철거일을 기산점으로 한다. 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 91헌마233.

(8) 권리보호이익 및 동일사안요건

헌법재판소법은 피청구인의 처분 또는 부작위에 의하여 청구인의 권한이 구체적으로 침해될 당하였거나 현저한 침해위험이 있을 때 즉, 권리보호이익이 있을 경우에 권한쟁의심판의 청구를 인정한다. 권한쟁의가 객관적 권한의 보호 뿐 아니라 청구인의 주관적 권리도 보호하기 때문에 권한쟁의에 있어서도 당연히 권리보호이익의 존재는 중요한 요건이 된다. 권한쟁의가 주관적 이익의 추구하고 관계없이 단순히 객관적 법질서 보호의 기능만 갖는다고 본다면 이 때에는 권리보호이익의 존부가 문제되는 것이 아니라 객관적 법통제의 문제에 그치게 된다.²⁹²⁾ 권리보호이익은 그 명시적인 규정의 유무에 불구하고 청구권한의 전제요건으로 존재하는 것이라고 할 수 있다. 다만 청구인이 스스로 일정한 조치를 취하는 데 제약이 없고 그 조치를 통하여 권한침해를 배제할 수 있었을 경우에는 권리보호이익은 인정되지 않는다고 볼 것이다.²⁹³⁾ 따라서 권한의 구체적인 침해가 없이 단순한 객관적인 헌법 또는 법률의 해석만을 위하여는 심판청구를 허용하여서는 안 된다.²⁹⁴⁾

한편 현행법상 명문의 규정은 없지만 권한쟁의는 당사자간에 동일한 사안을 놓고 다투는 것이어야 함은 재언을 요하지 않는다. 청구인의 권한침해가 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 것이어야 한다는 헌법재판소법상의 규정은 그 쌍방간의 다툼이

292) BVerfGE 1, 396, 407, 414.

293) BVerfGE 68, 1, 77f.

294) 최갑선, 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 418면 참조.

동일사안이어야 한다는 점을 전제로 하는 것이다(동법 제61조 제2항). 또한 권한쟁의심판의 청구서에 “심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위”를 반드시 기재할 것을 요구하고 있음에서도 그것이 동일한 사안에 관한 다툼이어야 한다는 것을 뒷받침해 준다(동법 제64조 제3호). 오스트리아의 경우에 헌법재판소법에서 명문으로 이 표현을 사용하고 있지만 동일사안에 대한 쟁의 당사자간의 다툼이어야 한다는 것은 그 성문성을 떠나 요구되는 기본적 요건이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 오스트리아 헌법재판소는 동일사안에 대한 다툼인지 여부에 따라 요건판단을 엄격히 하는 경우 그 실질에 있어 본안판단의 필요성이 있는 사안을 간과하게 되어 권리구제에 흠결을 초래할 우려가 있다는 점에서 이를 대단히 유연하게 해석하고 있는 점도²⁹⁵⁾ 사실상 동일사안에의 분쟁에 관한 것이어야 한다는 요건은 실무적으로는 큰 의미가 없는 것임을 반증한다.

2. 소극적 권한쟁의의 적법요건

(1) 당사자능력과 당사자적격

적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의를 그 실질에 있어 동일한 것으로 이해하는 입장에서 보면, 당사자의 측면에서도 그 차이점을 인정하여야 할 특별한 이유를 발견하기 어렵다. 이 점은 아래 도표에서도 볼 수 있듯이 분리형 제도를 채택하고 있는 오스트리

²⁹⁵⁾ VfSlg 2429.

아와 스페인의 경우에 적극적 쟁의와 소극적 쟁의의 당사자를 동일한 내용으로 법률에서 규정하고 있는 것도 이를 뒷받침한다. 물론 쟁의당사자와 관련하여 구체적인 당사자능력과 당사자적격의 인정범위를 논함에 있어 예시규정설의 입장을 취하면 사실 이러한 법문의 규정에 대한 논의는 크게 도움이 되지 않는다. 이때에는 다만 헌법과 법률의 입법취지와 법문상의 당사자에 그치지 않고 이를 그밖의 범위에까지 해석상 확대할 수 있는지에 대한 관련 규정의 표현양식만이 주요 쟁점이 될 뿐이다. 따라서 당사자능력과 당사자적격의 문제는 소극적 권한쟁의에 있어서 특별히 새로운 범주를 설정할 필요가 없으며, 적극적 권한쟁의의 당사자에 관한 논의가 그대로 적용될 수 있다고 할 것이다.

	헌법상 권한쟁의의 종류 및 당사자	헌법재판소법상 권한쟁의의 구체적 종류 및 당사자
오스트리아	<ul style="list-style-type: none"> -권한쟁의 : · 법원과 행정청간 · 행정법원과 헌법 재판소간, 행정법원과 다른 모든 법원간 · 통상법원과 다른 법원간 -연방쟁송 : · 연방과 주간 · 주 상호간 	<ul style="list-style-type: none"> -적극적 권한쟁의: ① 법원과 행정청간 ② 행정법원과 헌법재판소간, 행정법원과 다른 모든 법원간 ③ 통상법원과 다른 법원간 -소극적 권한쟁의: ① 법원과 행정청간 ② 행정법원과 헌법재판소간, 행정법원과 다른 모든 법원간 ③ 통상법원과 다른 법원간
스페인	<ul style="list-style-type: none"> -권한쟁의: · 국가와 지방자치단체간 · 지방자치단체 상호간 	<ul style="list-style-type: none"> -적극적 권한쟁의: ① 국가와 지방자치단체간 ② 지방자치단체 상호간 ③ 정부와 하원·상원·사법부간 및 행정부·하원·상원·사법부 상호간 -소극적 권한쟁의: ① 국가와 지방자치단체간 ② 지방자치단체 상호간 ③ 정부와 하원·상원·사법부간 및 행정부·하원·상원·사법부 상호간 ※ 소극적 권한쟁의는 관계 개인 또는 법인도 당사자가 될 수 있음

(2) 처분·부작위

소극적 권한쟁의의 심판대상인 처분 또는 부작위도 적극적 쟁의에서의 그것과 차이가 없다. 다만, 소극적 쟁의는 쟁의당사자간의 적극적인 권한의 확보를 위한 분쟁이 아니라 당해 권한쟁의를 통하여 관할권(Zuständigkeit)의 존부의 확인을 통한 권한범위의 확정 내지 확보를 구하는 의미가 보다 강하다고 할 수 있기 때문에 그 분쟁의 대상인 처분 또는 부작위가 성질상 각 권한쟁의의 유형에 따라 달리 평가되어야 할 특별한 필요성이 요구되지도 않는다. 실제적 측면에서도 소극적 권한쟁의는 상대방의 권한없는 행위임을 주장하거나 청구인의 관할없음을 주장하는 것이 일반적인 것으로 적극적 쟁의와 차이점을 찾기 어렵다. 특히 국가기관과 지방자치단체간의 소극적 권한쟁의에 있어서 쟁의대상인 처분·부작위는 일반적인 권한쟁의에서의 처분·부작위의 개념에 비하여 당사자가 정부와 지방자치단체라는 점에 따른 양적인 차이만이 있을 뿐이고, 같은 당사자간의 적극적 쟁의와 비교할 때는 그 의미에 차이를 인정할 여지는 없다고 할 것이다.

(3) 권한쟁의의 계기로서의 ‘다툼’

국가기관과 지방자치단체간에 발생한 권한쟁의가 적극적 내용의 것이든 소극적 내용의 것이든 그것은 쟁의의 상대방이 행한 처분 또는 부작위로 인한 것이겠지만, 그 다툼은 당사자 일방의 쟁의의 주장이 있을 것이 요구된다. 적극적 쟁의에 있어서는 청구인이 당해 권한침해를 주장함과 동시에 당해 권한의 귀속이 자기에게 있다고 주장할 것이 요구되지만,²⁹⁶⁾ 소극적 쟁의에 있어서는 이와 달리 피청구인의 권한귀속을 부인하는 형태이든 아니면

청구인의 권한귀속을 부인하는 형태이든 모두 소극적인 형태로 나올 수 있다는 점에서 그 당사자는 직접적인 쟁의당사자인 국가 기관 즉, 정부와 당해 지방자치단체가 되는 것이 일반적이다. 그러나 스페인의 입법에서도 볼 수 있듯이 소극적 권한쟁의의 성립은 반드시 당사자인 정부와 지방자치단체에 국한할 필요는 없을 것이다. 즉, 소극적 권한쟁의가 특정 사무에 대한 관할권 내지 권한범위에서 벗어나는 것을 다투는 것이라면, 그러한 다툼이 직접 당사자에 의하여 제기가 되든 아니면 제3자인 개인이나 법인이 정부 또는 지방자치단체와의 법률관계에서 발생하는 것이든 관계 없이 쟁의에 의한 판단을 요구하는 상황에 이른다면 권한쟁의가 성립되지 않는다고 할 이유가 없다.²⁹⁷⁾ 예컨대 특정 법인이 지방자치단체가 시행·발주하는 일정한 사업에 참여하였으나 그 사업의 귀속 내지 관할권 또는 감독권이 정부와의 관계에서 명확히 확정되지 않음으로 인하여 당해 법인의 사업의 계속적 시행에 곤

296) 권한쟁의가 성립되기 위하여는 피해자인 청구인이 적극적으로 쟁송절차를 밟아 이를 주장하여야 할 것이 요구된다(김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 231면). 독일연방헌법재판소는 청구인의 적극적 주장을 요한다는 취지의 판시를 하고 있다.: 청구인과 피청구인이 한 헌법적 법률관계에 직접 관여하고 있다는 사실과 이 관계에서 생겨나는 청구인 고유의 권리를 피청구인이 문제의 처분이나 부작위를 통하여 침해하거나 혹은 직접적으로 위협했다는 사실을 청구인이 주장하는 경우, 그 청구인은 청구적격을 가진다(VerfGE 80, 188, 209).

297) 헌법재판소법 제61조에서는 당사자로서 ‘청구인·피청구인’이라는 용어를 사용하고 있으나, 필요적 청구서 기재사항에는 “피청구기관의 표시”를 요구하고 있고(동법 제64조 제2호, 제3호) 가처분 및 결정의 내용에 관한 규정에서도 ‘피청구기관’이라고 규정하고 있는 점에서(동법 제65조, 제66조), 권한쟁의의 청구사유 내지 성립요건을 정한 동법 제61조의 청구인·피청구인에는 반드시 관계 당사자인 정부·지방자치단체만을 의미하는 것은 아닌 것으로 해석할 수 있는 여지가 있다.

란을 빚음으로써 피해가 야기되는 경우 당해 법인은 어떠한 방법으로든 그에 대한 관할권 내지 권한의 회복을 요구하는 주장을 할 수 있는 길이 허용되어야 한다는 것이다. 이 경우에 비록 당해 법인으로부터 그 회복을 요구받은 정부 또는 지방자치단체로서는 일정한 이유로써 적극적으로 자기의 권한임을 주장할 수도 있고 소극적으로 이를 부인하면서 타방 당사자의 권한이라고 주장할 수도 있는 것이다. 결국 논리적으로 적극적 쟁의의 경우에도 개인 또는 법인에 의한 제소가 인정되는 것으로 보이지만 본사안에 있어서는 소극적 권한쟁의는 반드시 정부와 지방자치단체인 당사자에 의하여서만 발생되는 것은 아니며, 그 쟁의의 계기가 어떠한지 그리고 그 쟁의가 누구에 의해 발단이 되었든 헌법재판소의 권한쟁의심판절차단계에서 요구되는 당사자요건 즉, 당사자능력과 그 적격이 갖추어져 있다면 그것으로써 당해 권한쟁의심판의 청구는 적법하다고 할 수 있는 것이라고 보아야 한다.

(4) “헌법상 또는 법률상 권한” 및 그 “권한의 존부 또는 범위”

소극적 권한쟁의에 있어서 권한이 무엇을 의미하는가에 대하여는 의문의 여지가 없지 않으나, 관할권에 대한 다툼의 성격이 강하다고 하여 그 헌법상 또는 법률상 인정된 권한범위에 기한 것이라는 그 성격이 부인될 수는 없다. 즉, 권한이란 관할과 일반적으로 결합되는 개념이고, 권한쟁의의 당사자에게 있어서 ‘권한’은 단순한 객관적 범질서의 확보라는 의미 외에도 주관적 ‘이익’의 보호와 그 침해의 배제라는 의미를 내포하고 있기 때문에 비록 쟁의유형이 소극적 형태라 하더라도 그 쟁의를 통하여 확보하고자 하는 목적은 적극적 쟁의와 차이가 없다. 따라서 헌법 또는

법률에 의하여 부여받은 권한은 곧 소극적 권한쟁의의 당사자인 국가기관 즉, 정부와 지방자치단체간에 있어서도 그 성격이 달리 평가될 것은 아니다. 그러한 이유로 소극적 쟁의에 있어서 당해 권한의 존부 또는 범위도 적극적 쟁의에서의 그것과 차이가 없다.

(5) 청구기간

소극적 권한쟁의는 청구인이 그 권한이 아님을 주장하는 경우 이거나 관할권의 거부 등을 통한 피청구인의 권한 내지 관할권없음의 결정에 대하여 주장하는 것으로서 적법한 쟁의가 되기 위하여는 적법한 청구기간내에 제기할 것이 요구된다. 헌법재판소법은 적극적 쟁의와 소극적 쟁의의 구분없이 단순히 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의는 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 하여야 한다고만 정하고 있다(헌법재판소법 제63조 제1항). 소극적 권한쟁의의 발생이 적극적 권한쟁의와 같이 ‘처분 또는 부작위’에 의한 것이고, 그 처분 또는 부작위가 정부와 지방자치단체의 작용이라는 점에서 적극적 쟁의에서의 논의가 대체로 그대로 적용된다고 할 수 있다. 다만, 소극적 쟁의가 피청구인의 일방적인 관할권없음의 결정에 의한 것인 때에는 그 결정이 있는 날을 기산점으로 하고, 개인 또는 법인의 관할권 확인을 구하는 청구에 기한 소극적 관할권부인 또는 적극적 관할권인정이 있는 때에는 그 거부 또는 인정이 명시적으로 밝혀진 때를 기산점으로 하는 것이 타당하다.

그밖에 권한침해·침해위험성과 권리보호이익 및 동일사안요건 등의 점은 적극적 권한쟁의의 그것과 비교하여 달리 차이점을 인

정할 여지가 없다.

VI. 권한쟁의심판청구의 인용에 있어서 결정주문의 형식

1. 외국의 경우

(1) 독일

1) 결정의 내용

연방헌법재판소가 권한쟁의(연방쟁송 제외)의 재판을 하는 경우에는 심판대상인 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 규정에 위반하는지 여부를 확인하는 재판을 한다(연방헌법재판소법 제67조 제1문). 즉, 헌법재판소는 처분 또는 부작위의 위헌여부의 확인결정을 함에 그치고 그 이행이나 형성을 구하는 결정을 할 수는 없다.²⁹⁸⁾ 또한 권한쟁의심판은 기본법의 해석에 관한 재판을 하는 것이 아니라²⁹⁹⁾ 구체적인 쟁의의 재판을 하는 것이므로 권한쟁의를 통하여 기본법의 해석이 이루어지더라도 이는 당해 사안의 해결을 위하여 부수적으로 행해지는 것에 그치게 된다. 따라서 재판과정에서 기본법의 해석이 행해지는 경우에 이는 주문에서 그 해석의 결론을 밝히는 것이 아니라 결정이유에서 실시하

298) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 119.

299) 연방헌법재판소는 권한쟁의를 통하여 추상적인 기본법의 해석이 아니라 쟁의의 재판 즉, 구체적인 침해여부의 재판을 행하는 것이라는 점은 이미 밝혀진 바와 같다. 그에 대하여는 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991, 157면 이하 및 본서 제5장 제1절 III. 부분 참조.

는 것에 그친다. 그 결과 헌법해석에 관한 결정내용은 실체적 확정력을 갖지 못하고 헌법재판소법 제31조 소정의 구속력(Bindungswirkung)도 갖지 못한다.³⁰⁰⁾

헌법재판소가 재판을 인용하는 경우에는 침해된 기본법의 규정을 주문에 명시하여야 한다(동법 제67조 제2문). 그런데 앞의 규정에 의하면 헌법재판소는 인용결정에서 피청구인의 처분 또는 부작위로 인하여 청구인의 권한 즉, 권리 또는 의무를 침해하였다고 판단하더라도 당해 침해행위와 관련된 기본법 규정을 밝히면서 그 위반여부를 확인하여야 한다는 결론에 이른다. 그러나 헌법재판례에서는 당해 침해행위로 인한 특정의 기본법 규정의 침해를 선언하는 외에도 청구인의 권리³⁰¹⁾ 또는 원칙³⁰²⁾의 침해를 주문에서 밝히는 경우도 적지 않게 발견된다. 이러한 점에서 볼 때, 헌법재판소는 주문에서 반드시 침해된 기본법 규정의 확인 여부만을 행하는 것은 아니라는 사실을 알 수가 있다.

헌법재판소는 판결주문에서 그 침해의 여부를 단순히 확인하는 것에 그치고, 피청구인인 헌법기관에게 의무를 지우거나 어떤 특정의 것을 이행하도록 명령하지는 못한다. 그리고 헌법재판소의 결정을 강제집행하지도 못한다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 기본권 규정의 침해확인과 동시에 당해 기본법 규정의 해석에 중요하고 위의 위헌확인을 좌우하는 법적 문제를 판단하여 이를 판결주문에서 밝힐 수도 있다(동법 제67조 제3문). 규범에 의하여 침해

300) 최갑선, 독일과 한국의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996, 408면.

301) 인용사건: BVerfGE 45, 1; 80, 180; 82, 322; 85, 264. 기각사건: BVerfGE 10, 4; 68, 1; 70, 324 등.

302) BVerfGE 44, 127.

되었다 하더라도 기본법규정의 침해를 확인하는 것에 그쳐야 하며, 권리의 실효나 처분의 무효를 확인하는 것은 아니다. 청구기각의 재판을 하는 경우에는 상황에 따라서는 그 주문에서 재판의 실제적 내용을 명백하게 밝히는 문구를 기재할 수 있다. 연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 모든 국가기관과 법원 및 행정관청 그리고 나아가 분쟁 또는 심판절차에 참여한 관계자를 구속한다(동법 제31조).

2) 주문의 형식

권한쟁의의 재판은 변론의 경로 여부에 따라 판결과 결정으로 구분된다. 1994년까지 연방헌법재판소가 선고한 권한쟁의심판사건의 심판례를 분석해 보면 판결과 결정의 형식이 혼재하기는 하지만 인용 및 기각된 사건의 대부분이 판결의 형식으로 선고되고 있음을 알 수 있다. 이러한 현상에서 볼 때 독일에서도 권한쟁의 사건은 구두변론을 통하여 신중하게 진행되고 있음을 알 수 있다.³⁰³⁾

독일의 권한쟁의사건에서 ‘처분’에 대한청구가 이유없는 경우에는 단순히 기각결정을 함에 그치거나³⁰⁴⁾ 보다 구체적으로 기본법규정을 침해하지 않았거나³⁰⁵⁾ 청구인의 권리를 침해하지 않았다고³⁰⁶⁾ 판시한다. 기각결정을 하는 경우에도 실제적인 기각이유

303) 우리나라의 경우에도 권한쟁의심판은 탄핵심판·정당해산심판과 함께 반드시 구두변론에 의한 심리를 하여야 한다고 규정하고 있다(헌법재판소법제30조 제1항). 다만, 변론의 경로 여부에 따른 판결과 결정의 구분은 하지 않는다.

304) BVerfGE 62, 1; 68, 1; 70, 324; 73, 1; 73, 40 등.

305) BVerfGE 6, 84; 6, 99; 24, 185 등.

를 명료하게 밝힐 수 있는 문구를 삽입하여야 한다는 견해도 있다.³⁰⁷⁾ 또한 ‘부작위’에 대한 청구가 이유없는 경우에는 단순히 기각결정을 하는 경우도 있고³⁰⁸⁾ 기본법규정을 침해하지 않았다고³⁰⁹⁾ 판시하는 경우도 있다. 그리고 이유없이 기각결정을 하는 경우에는 단순히 기각결정을 하기도 하고³¹⁰⁾ ‘부적법하여’ 기각한다는 주문을 사용하기도 한다.³¹¹⁾ 다만, 각하사건의 경우 독일헌법재판소판례집을 기준으로 할 때 1968. 10. 17.의 결정을 마지막으로 하여 그 후부터는 단순히 기각결정만을 하고 있음을 발견할 수 있다.

기본법규정의 침해³¹²⁾ 또는 청구인의 권리³¹³⁾나 원칙³¹⁴⁾에 대한 침해를 판시 권한쟁의사건을 인용하는 경우 헌법재판소는 기본법규정의 침해면에서 그 사유를 구체적으로 명료하게 밝히는 것이 일반적이다. 즉, 기본법규정의 침해인 경우에는 “피청구인이 ...내용의 규정을 정함으로써 기본법 제00조를 침해하였다”고 하

306) BVerfGE 10, 4.

307) Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, §67 Rn. 15. 최갑선박사는 그 예로서 BVerfGE 1, 351; 1, 372 판결을 드나, 이는 ‘처분’에 해당되는 부분은 기각하였고, 협정체결에 있어 동의 및 참여절차의 불이행이라는 ‘부작위’ 부분에 대하여 구체적으로 기본법규정을 침해하지 않았음을 선언한 것이다. 동인, 독일과 한국의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 409면 참조.

308) BVerfGE 68, 1.

309) BVerfGE 1, 351; 1, 372. 협정체결에 있어서 법률상 요구되는 동의·협력절차의 불이행의 경우이다.

310) BVerfGE 2, 349; 40, 287; 57, 1; 60, 374; 71, 299; 84, 290 등.

311) BVerfGE 2, 145; 3, 12; 13, 123; 24, 253; 24, 260 등.

312) 이 경우가 권한쟁의심판의 인용주문의 일반적 형태이다.

313) BVerfGE 45, 1; 80, 180; 82, 322; 85, 264.

314) BVerfGE 44, 127.

고, 권리침해의 경우에는 “피청구인이 …법률(또는 그 의결)로써 청구인의 권리(또는 구체적으로 기회균등권)를 침해하였다”고 하며, 원칙침해의 경우에는 “피청구인의 …결정으로써 의회사전동 의원칙을 침해하였다”고 결정한다.

특히 처분에 대한 권한쟁의가 인용된 경우의 예를 보면, 법률,³¹⁵⁾ 법률안의 의결,³¹⁶⁾ 연방상원 또는 하원의 동의,³¹⁷⁾ 위원회의 요구에 의한 문서제출의 거부,³¹⁸⁾ 국회의사규칙,³¹⁹⁾ 결정³²⁰⁾ 등이 있다. 이 경우 법률에 대하여는 “피청구인은 …법률 제00조를 규정함으로써 기본법 제00조를 침해하였다”고 하고, 법률안의 의결의 경우에는 “피청구인은…법률의 의결로써 기본법 제00조를 침해하였다”고 하며, 의회의 동의와 관련해서는 “피청구인은 …내용의 동의를 함으로써 기본법 제00조를 침해하였다”고 한다. 그리고 거부의 경우에는 “피청구인의 거부는 기본법 제00조를 침해한다”고 하고, 국회의사규칙은 “의사규칙 제00조는 기본법 제00조를 침해한다”고 하며, 결정의 경우에는 “피청구인은 …결정으로써 기본법 제00조를 침해하였다”고 한다. 이 경우 침해대상 규정은 기본법규정 외에 청구인의 권리 또는 일정한 원칙이 되는 경우도 있다(구체적인 사항은 다음 항 참조).

3) 권한쟁의 사건례

315) BVerfGE 20, 120; 85, 264.

316) BVerfGE 82, 322.

317) BVerfGE 45, 1; 82, 322; 90, 286.

318) BVerfGE 7, 100.

319) BVerfGE 1, 144.

320) BVerfGE 80, 188; 90, 286.

독일의 순수한 권한쟁의 즉, 연방헌법재판소법 제63조에 의한 권한쟁의(연방쟁송 제외) 사건을 인용, 기각 또는 기본법 비침해, 각하 및 가처분 사건 등을 유형별로 정리해 보면 다음과 같다.³²¹⁾

가. 인용 사건

(가) BVerfG v. 1952. 3. 6., E 1, 144

■ 사건내용 : 연방하원 등이 한 1951. 12. 6.의 의사규칙 제96조의 유효여부에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 정당교섭단체를 상대로 한 것인 경우에는 청구기각. 2. 의사규칙 제96조 제3항 및 제4항은 기본법 제76조 제1항을 침해한다. 3. 그밖에 청구기각. 의사규칙 제96조 제1항 및 제2항은 기본법을 침해하지 않는다.

(나) BVerfG v. 1966. 7. 19., E 20, 120

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방상원이 일정한 정당재정보조를 정함으로써 국민의 기회균등한 정치적 의사형성에의 참여권이라는 청구인의 권리를 침해하였는지 여부 및 기본법 제21조 제1항을 침해하였는지 여부의 문제에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 연방하원은 관련법률에서 정당재정보조를 정함으로써 기본법 제21조 제1항을 침해하였다. 2. 연방하원 및 연방상원

321) 다만, 경우에 따라서는 주문의 내용 중 결정취지에 어긋나지 않는 한도에서 핵심적인 사항만으로 압축한다.

은 정당재정보조를 정함으로써 기본법 제21조 제1항을 침해하였다. 3...

(다) BVerfG v. 1966. 7. 19., E 20, 134 ⇒ 위 판결(E 20, 120)과 내용 및 주문이 같다.

(라) BVerfG v. 1968. 12. 3., E 24, 300

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방상원이 정당법 제18조 등의 공포로써 기본법 제21조 제1항을 침해하였는지 여부의 문제에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 연방하원과 연방상원은 다음의 사유로써 기본법 제21조 제1항 및 제3조 제1항을 침해하였다.: a) 연방하원 및 연방상원이 일정한 내용을 정당법 제18조 제2항 제1호 등에 규정함으로써, b) 연방하원 및 연방상원이 주에 일정한 권한을 수권하는 내용을 정당법 제22조에 규정함으로써, c) 연방하원 및 연방상원이 일정한 내용(법인의 정치헌금액 보고)을 정당법 제25조에 규정함으로써. 2. 연방하원 및 연방상원은 일정한 내용을 정당법 제39조 제2항에 규정함으로써 기본법 제21조 제1항을 침해하였다. 3. 기타의 청구를 기각한다.

(마) BVerfG v. 1977. 3. 2., E 44, 127

■ 사건내용 : 연방정부가 여당인 SPD/FDP에의 금전적 가치있는 급부 및 선거홍보전단으로써 기본법 제21조 제1항의 침해의 확인을 구하는 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 연방정부는 1976. 10. 3.의 선거에 앞서 선거용 광고전단 등을 통하여 선거홍보에 관여함으로써 기본법 제20조 제1항과

제2조 제2항 및 선거기회평등원칙(기본법 제21조 제1항, 제38조 제1항)을 침해하였다.

(바) BVerfG v. 1977. 5. 22., E 45, 1

■ 사건내용 : 연방정부가 연방하원의 동의를 받지않고 예산초과 및 예산외의 교부금을 지급함으로써, 그리고 연방재무장관이 기본법 제112조의 요건충족 없이 당해 교부금을 동의함으로써 기본법 제110조의 침해의 확인을 구하는 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 다음을 확인한다.: 1. 연방재무장관은 기본법 제112조 제2문의 요건불충족에도 불구하고 예산초과 및 예산외 교부금을 동의함으로써 기본법 제110조 제1항 제1문 및 제2항 제1문 소정의 연방하원의 권리를 침해하였다. 2. 연방정부는 위 1.의 교부금을 위하여 입법권자의 사전적 수권의 획득을 불이행함으로써 기본법 제110조 제1항 제1문 및 제2항 제1문 소정의 연방하원의 권리를 침해하였다.

(사) BVerfG v. 1984. 7. 17., E 67, 100

■ 사건내용 : 피청구인(연방정부, 연방장관)이 연방하원의 조사위원회에 완전한 서류제출의 거부에 의한 기본법 제44조의 침해의 확인을 구하는 청구인(교섭단체, 국회의원)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 피청구인의 거부는 기본법 제44조를 침해한다.

(아) BVerfG v. 1989. 6. 13., E 80, 188

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 하원의장, 교섭단체, 연방상

원)이 원내교섭단체를 구성하지 못한 국회의원의 법적 지위와 관련한 청구인(국회의원)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 연방하원은 청구인에게 위원으로서 위원회에서 발언 및 신청권을 행사할 기회를 인정하지 않음으로써 기본법 제38조 제1항 제2문 소정의 청구인의 권리를 침해한다. 그밖의 청구를 기각한다. 2. ...

(자) BVerfG v. 1990. 9. 29., E 82, 322

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 연방상원)이 전독선거조약법 제1조에 일정한 내용을 동의하고 규정함으로써 기본법 제38조 제1항의 청구인의 권리의 침해의 확인을 구하는 청구인(정당)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 연방하원은 1990. 9. 29.의 법률의 의결로써 기본법 제21조 제1항 및 제38조 제1항 소정의 청구인의 기회균등권을 침해하였고, 연방상원은 동법에 대한 그의 동의로써 청구인의 위 기회균등권을 침해하였다.

(차) BVerfG v. 1992. 4. 9., E 85, 264

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 연방상원)이 정당법 제1조 제4호에 동법 제22a조 소정의 기회조정규정을 개정하고 분리된 기부금기회조정 등을 확정하는 등의 방법에 따른 1988. 12. 22.의 제5차 정당법개정법률로써 기본법 제21조 및 제3조의 침해의 확인을 구하는 청구인(정당)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 연방하원 및 연방상원은 a) 정당법개정법률 제18조 제6항 제1문에 정한 일정한 규정을 통하여(b) 내지 d)도 같은 형식

이므로 생략) 기본법 제21조 제1항 및 제3조 제1항 소정의 청구인의 권리를 침해하였다.

(카) BVerfG v. 1994. 7. 12., E 90, 286

■ 사건내용 : ① 연방정부(피청구인)가 NATO 등이 한 각종 결정에 대한 동의와 협력 등으로써 기본법 제115a조 등과 불문헌법원리인 헌법기관신뢰원칙을 침해하고 또한 그 결과 연방하원 및 청구인의 권리를 침해하였다는 점 및 연방국방장관(피청구인)이 일정한 투입명령으로써 기본법 제115a조 등을 침해하고 또한 그 결과 연방하원 및 청구인의 권리를 침해하였다는 점의 확인을 구하는 청구인(교섭단체, 국회의원)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정(② 내지 ④도 유사한 내용이므로 생략)

■ 주문 : 1. 일정부분에 관한 청구인의 청구는 각하. 2. a) 기본법은 연방정부에게 무장군인의 파견을 위하여 원칙적으로 사전에 연방하원의 기본적 동의를 받을 것을 의무지운다. 연방정부는 사전에 연방하원의 기본적 동의를 받음이 없이 1992. 7. 15, 1993. 4. 2 및 1993. 4. 21의 결정(Beschlüsse)으로 무장군인을 투입함으로써 이 원칙을 침해하였다. b) 기타 청구는 기각

나. 기각 또는 기본법 비침해 사건

(가) BVerfG v. 1952. 7. 29., E 1, 351

■ 사건내용 : 연방정부가 한 1949. 11. 29.의 Petersberg협정의 체결로 인한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 일부기각. 연방정부는 Petersberg협정의 체결에 있어서 연방법률이 정한 동의 또는 협력절차를 불이행함으로써 기본

법 제59조 제2항 제1문을 침해하지 아니하였다.

(나) BVerfG v. 1952. 7. 29., E 1, 372

■ 사건내용 : 연방정부가 한 1950. 2. 10.의 독불경제협정으로 인한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 일부기각. 연방정부는 독불경제협정의 체결에 있어서 연방법률이 정한 동의 또는 협력절차를 불이행함으로써 기본법 제59조 제2항 제1문을 침해하지 아니하였다.

(다) BVerfG v. 1957. 1. 23., E 6, 84

■ 사건내용 : 연방선거법 제6조 제4항의 유효여부에 관하여 Bayern정당이 연방하원을 상대로 제기한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 각하. 2. 연방하원은 연방선거법 제6조 제4항의 공포로써 기본법 제3조 등을 침해하지 아니하였다.

(라) BVerfG v. 1957. 1. 23., E 6, 99 ⇒ 위 판결(E 6, 84)과 내용과 주문이 같다.

(마) BVerfG v. 1959. 7. 14., E 10, 4

■ 사건내용 : 연방하원이 의회에서의 발언시간을 제한한 결정에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 각하. 2. 연방하원은 발언시간제한에 관한 결정으로써 기본법 제38조 소정의 청구인의 권리를 침해하지 아니하였다.

(바) BVerfG v. 1968. 10. 9., E 24, 185

■ 사건내용 : 외국에서 발행된 공문서에 대한 법적 인증절차 (Legalisation)를 면제하기 위한 1961. 10. 5.의 Haag협정 제3조에 따른 (법적 인증 대신의) 진정확인서(Apostille)의 발행에 관한 명령의 공포에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 일부청구각하. 연방정부는 위 명령을 연방상원의 동의없이 발령함으로써 기본법 제80조 제2항을 침해하지 아니하였다.

(사) BVerfG v. 1983. 2. 16., E 62, 1

■ 사건내용 : 연방대통령이 연방하원해산령(Anordnung) 및 연방하원선거령에 의하여 기본법 제68조 제1항을 침해했음과 그로써 기본법 제38조 제1항 제2문 소정의 청구인(국회의원)의 헌법상 권리 침해 및 직접적인 위해를 초래하였다는 확인을 구하는 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 기각

(아) BVerfG v. 1984. 12. 18., E 68, 1

■ 사건내용 : 연방정부의 부작위에 의한 연방하원의 권리침해의 확인 : 독일주둔 미국군에 대하여 핵을 장착한 퍼싱2 및 크루즈미사일 로케트로써 무장하는 것에 대하여 요구되는 동의를 위하여 헌법상 요구되는 연방하원이 제정한 법률을 통한 수권의 획득을 불이행함으로써 연방하원의 권리를 침해하였다는 내용의 권

한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 기각

(자) BVerfG v. 1986. 1. 14., E 70, 324

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방정부가 ① 예산법률의 제출, 심의 및 의결을 함에 있어서 및 ② 비밀첩보기관의 경제계획승인특별위원회 위원 선출을 함에 있어서 기본법이 인정한 청구인(교섭단체, 국회의원)의 권리침해의 확인을 구하는 청구인의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 기각

(차) BVerfG v. 1986. 7. 14., E 73, 1

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 연방하원의장)이 연방예산안 확인법률에서 일정한 사항을 규정함으로써 기본법 제21조 제1항 및 제3조 제1항의 침해의 확인을 구하는 청구인(정당)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 기각

(카) BVerfG v. 1986. 7. 14., E 73, 40

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 연방상원)이 정당법 등의 개정법률로써 기본법 제3조 제1항 등의 침해의 확인을 구하는 청구인(정당)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 1. 소득세법 제10b조 제1항 제1문 등은 일정한 범위에서 기본법 제3조 제1항과 합치하지 아니한다.(헌법소원) 2. 권한쟁의심판청구는 기각한다.

다. 각하 사건

(가) BVerfG v. 1953. 6. 30., E 2, 349

■ 사건내용 : 1951. 10. 19.의 바덴주와 슈트라스부르크자유항 사이의 Kehl항 공동관리에 관한 조약에 대하여 한 연방정부의 동의에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 각하

(나) BVerfG v. 1953. 3. 7., E 2, 145

■ 사건내용 : 연방의회가 EVG(유럽방위공동체)조약과 일반조약에 관한 법률의 제정에 관하여 SPD교섭단체 및 국회의원(피청구인)을 상대로 한 야당의 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 청구는 부적법하여 각하

(다) BVerfG v. 1953. 7. 29., E 3, 12

■ 사건내용 : 법률안 입법절차에 있어서 연방상원의 권리의 범위에 관하여 연방상원을 피청구인으로 한 교섭단체(청구인)의 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 청구는 부적법하여 각하

(라) BVerfG v. 1961. 7. 18., E 13, 123

■ 사건내용 : 연방정부가 기본법 제21조를 침해하였음을 이유로 한 독일자유연합의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 청구는 부적법하여 각하

(마) BVerfG v. 1968. 10. 17., E 24, 253

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방상원이 정당법 제18조 등의 공포로써 기본법 제3조 제1항과 제21조 제1항을 침해하였는지 여부에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 청구는 부적법하여 각하

(바) BVerfG v. 1968. 10. 17., E 24, 260

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방상원이 정당법 제18조 등의 공포로써 국민의 기회평등한 정치적 의사형성에의 참여권이라는 청구인의 권리를 침해하였는지 여부 및 기본법 제21조 제1항을 침해하였는지 여부의 문제에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 판결

■ 주문 : 청구는 부적법하여 각하

(사) BVerfG v. 1975. 10. 29., E 40, 287

■ 사건내용 : 연방내무장관이 1984년 8월에 공표된 “1973년도 헌법의 보호” 보고서에서 NPD정당을 헌법적대적인 목표와 활동을 가진 정당, 극우진보적, 자유의 적 및 자유적 기본질서에의 위해정당으로 서술함으로써 기본법 제21조 제1항의 침해의 확인을 구하는 NPD정당의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 각하

(아) BVerfG v. 1981. 3. 25., E 57, 1

■ 사건내용 : 연방정부(피청구인)가 연방내무장관으로 하여금 독일국민당(NPD, 청구인)의 헌법적대적 목적설정에 대한 질문의

회답을 함으로써 기본법 제21조 제1항의 침해의 확인에 대한 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 각하

(자) BVerfG v. 1982. 6. 8., E 60, 374

■ 사건내용 : 재직중인 연방하원의장이 청구인(국회의원)에게 한 징계로써 기본법 제38조 제1항 제2문의 침해의 확인을 구하는 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 각하

(차) BVerfG v. 1985. 12. 17., E 71, 299

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원 조사위원회)이 Bonn지방법원의 처분에 대하여 항고할 것을 거부함으로써 기본법 제44조의 침해의 확인을 구하는 청구인(교섭단체)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 각하

(카) BVerfG v. 1991. 7. 10., E 84, 290

■ 사건내용 : 피청구인(연방하원, 연방상원, 연방정부, 연방재무 장관)이 1990. 9. 23.의 통일조약법 제1조에 일정한 내용을 동의하고 일정한 지위 및 권능을 이양함으로써 기본법 제21조 및 제14조 소정의 청구인의 권리의 침해의 확인을 구하는 청구인(정당)의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : 각하

라. 가치분신청 사건

(가) BVerfG v. 1992. 8. 24., E 87, 107

■ 사건내용 : ① 정부일부의 Berlin이전 등에 관한 보고에 관하여 피청구인(연방정부)이 한 1991. 12. 11.의 결정(Beschlüsse)이 청구인의 국회의원으로서의 헌법상 권리를 침해하였다는 점, ② 형식적 연방법률 없이 연방정부의 전부 또는 일부의 소재지를 Bonn에서 Berlin으로 옮기거나 계획을 세우는 등의 조치로써 그 사안을 종결시키는 경우에 이는 곧 연방정부가 청구인의 헌법상 참여권을 침해한다는 점, ③ 연방정부가 연방정부소재지 이전에 관한 법률안의 제출을 불이행함으로써 청구인의 헌법상 참여권을 침해한다는 점의 확인을 구하는 청구인(국회의원)의 권한쟁의심판과 관련하여 제기한 가치분신청에 관한 결정

■ 주문 : 가치분발령신청을 거부한다.

(나) BVerfG v. 1993. 4. 8., E 88, 173

■ 사건내용 : ① 피청구인(연방정부, 연방국방장관)이 Bosnia등 영공에 나토상황탐지기의 탑승 형식으로 독일군을 파병하는 문제에 관하여 한 1993. 4. 2.의 결정(Entscheidungen) 등이 기본법 제20조 제3항 등을 침해하였다는 점의 확인을 구하는 청구인(교섭단체, 국회의원)의 권한쟁의심판과 관련하여 제기한 가치분신청 및 ② 피청구인(연방정부)이 권한쟁의에 관한 결정이 있을 때까지 내각이 내린 결정의 시행을 잠정적으로 중단하고 파병을 철군할 것에 관한 청구인(교섭단체)의 가치분신청에 관한 판결

■ 주문 : (가치분발령)신청을 거부한다.

마. 권한쟁의심판청구의 취하

(가) BVerfG v. 1968. 11. 26., E 24, 299

■ 사건내용 : 연방하원 및 연방상원이 정당법 제20조 등의 공포로써 기본법 제20조 제1항을 침해하였는지 여부의 문제에 관한 헌법상 분쟁으로서의 권한쟁의심판의 청구에 관한 결정

■ 주문 : Bayern정당의 권한쟁의심판 청구의 취하는 허용되지 아니한다.

(2) 오스트리아

1) 결정의 내용

오스트리아 헌법재판소는 권한쟁의심판을 함에 있어서 독일과 달리 그 권한(Kompetenz)의 분배 및 관할권(Zuständigkeit)에 대하여 결정한다. 즉, 헌법재판소는 권한쟁의심판에서 권한의 분배에 대한 결정과 함께 당해 쟁의의 대상이 된 권한행사에 대한 관할권이 어느 기관에게 속하는지를 선고한다.³²²⁾ 오스트리아의 권한쟁의는 연방쟁송의 경우에는 원칙적으로 관할권 분쟁을 의미하고, 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서는 그와 함께 권한분배의 다툼도 함께 다루고 있다. 또한 적극적 쟁의는 권한의 다툼을 그리고 소극적 쟁의는 관할의 다툼을 주된 대상으로 한다.³²³⁾ 그런데 실제 재판례를 보면 적극적 권한쟁의의 경우에도 관할권의 확정을 결정내용으로 하는 경우가 많고,³²⁴⁾ 특히 소극적 권한쟁의에 관한 결정에서는 거의 대다수가 관할권에 관한 결정에 속하는

322) Walter/Mayer, a.a.O., Rn. 1088.

323) 헌법재판소법 제42조 제1항, 제46조 제1항 참조.

324) VfSlg 7889.

것으로 파악된다.³²⁵⁾ 또한 다수의 소극적 권한쟁의에 관한 판례가 법원과 행정청간의 다툼에 관한 것이라는 점은 주목할만하다.³²⁶⁾ 그리고 관할권에 관한 인용판결에서는 헌법재판소의 재판결론에 반하는 당사자의 행위는 헌법재판소가 재판을 함에 있어 그것이 행정청의 행위든 법원의 행위든 관계없이 그 취소를 선고하여야 한다(동법 제51조).

2) 주문의 형식

적극적 권한쟁의의 경우 그 주문의 예를 보면,³²⁷⁾ “1. Wien고등법원의 결정과 Niederösterreich주정부의 결정에 의하여 파기된 카톨릭수도회의 일반공공의료원 운영을 위한 요구에 관하여는 통상법원(ordentliche Gerichte)이 그에 대한 결정을 할 관할권을 가진다. 2. 그에 반하는, 앞서 Wr. Neustadt지방법원 및 Wien고등법원이 한 결정은 이를 취소한다.”고 판시하고 있다. 이러한 주문의 유형은 소극적 권한쟁의에서도 다음에서 보듯이 대동소이하게 이용되고 있다. 즉, “Wien시의회가 한 결정의 취소를 구하는 Heinrich Sch.의 청구에 대한 결정은 Wien시의 사회보험중재법원에 그 관할권이 있다. 그에 반하는, 앞서 동 중재법원이 한 결정은 이를 취소한다.”고 하고 있다.

오스트리아 헌법재판소 판례를 보면, 다툼있는 기관간의 관할을 획정하여 줄 뿐 아니라³²⁸⁾ 그 이전의 피청구인의 결정에 대한

325) VfSlg 2429, 2781, 2782, 2856, 3089, 13069, 13249.

326) 현재 입수한 오스트리아 헌법재판소의 판례 중 VfSlg 13249를 제외한 모두가 그러하다.

327) VfSlg 7889.

328) 아래 각 인용사건 참조.

취소판결까지 함으로써 실질적으로 당사자의 구제를 도모하고 있다. 즉, 단순히 관할권의 확인판결에 그치는 것이 아니라 그 실효성까지 확보하는 형성판결까지 하고 있다. 또한 필요에 따라서는 소송비용과 같은 청구인이 입은 손해에 대한 지급명령까지 함으로써 이행판결로서의 기능도 하고 있음을 알 수 있다.³²⁹⁾

가. 인용 사건

(가) Erkenntnis 1952. 10. 17, VfSlg 2429

■ 주문 : 1. Johann D.가 지방자치단체 Veitsch에서의 근무관계를 근거로 주장한 (급여 등)에 관한 청구권에 대한 결정은 항소심급(Berufungsinstanz)으로서 Steiermark주정부가 그 관할권이 있다. 2. Steiermark주정부의 결정은 이를 취소한다.

(나) Erkenntnis 1954. 12. 17, VfSlg 2782

■ 주문 : 집행력있는 재판으로써 Wien소재 특정 회사의 주식소유주에게 연방재무장관이 정한 2,500실링씩의 금액을 지불하도록 의무지우는 신청에 관한 결정은 연방재무장관에게 그 관할권이 있다. 그에 반하는, 앞서 연방재무장관이 한 결정은 이를 취소한다.

(다) Erkenntnis 1955. 6. 29, VfSlg 2856

■ 주문 : 토지에비금 요구에 관한 청구권에 대한 결정은 Wien에비금특별위원회가 그 관할권이 있다. 그에 반하는, 앞서 동 위

329) VfSlg 2856.

원회가 한 결정은 이를 취소한다. 연방(연방 법무성)은 청구인에게 14일 이내에 1,500실링의 소송비용을 지급할 책임을 진다.

(라) Erkenntnis 1956. 10. 10, VfSlg 3089

■ 주문 : Wien시의회가 한 결정의 취소를 구하는 HeinrichSch.의 청구에 대한 결정은 Wien시의 사회보험중재법원에게 그 관할권이 있다. 그에 반하는, 앞서 동 중재법원이 한 결정은 이를 취소한다.

나. 기각 사건

(가) Erkenntnis 1992. 6. 10, VfSlg 13069

■ 주문 : 청구를 기각한다.

(나) Erkenntnis 1992. 11. 30, VfSlg 13249

■ 주문 : 1. 이 사건 항고의 처리를 거부한다. 2. 이 사건 항고를 행정법원이 판단할 수 있도록 이송한다. 3. Wien독립행정부와 Oberösterreich주 독립행정부 상호간의 소극적 권한쟁의의 판단을 구하는 이 사건 심판청구를 기각한다.

다. 각하 사건

(가) Erkenntnis 1954. 12. 17, VfSlg 2781

■ 주문 : 1. 청구를 각하한다. 2. 권한쟁의는 존재하지 아니한다.

(3) 스페인

1) 결정의 내용

스페인 헌법재판소는 국가와 지방자치단체간의 권한쟁의를 적극 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하고 있으면서 각 그 재판의 결정형식을 법률로써 정하고 있다.³³⁰⁾ 먼저 적극적 권한쟁의의 판결에 있어서, 헌법재판소는 분쟁이 된 당해 권한의 주체가 어느 기관인지를 확인하고, 경우에 따라서는 분쟁의 원인이 된 당해 근거입법규정이나 결정 또는 처분의 취소를 명할 수 있다. 이와 함께 헌법재판소는 당해 판결의 결과 초래될 물적·법적 상태(SachundRechtslage)를 고려하여 필요한 처분을 할 수 있다(헌법재판소법 제66조).

또한 소극적 권한쟁의의 재판에 있어서, 헌법재판소는 필요한 의견제출을 위한 1월의 기간이 도과하거나 또는 경우에 따라서는 국가나 지방자치단체에게 해명이나 보충 또는 보다 정확한 사항을 추가하기 위하여 허용한 기간이 경과한 후 1월 이내에 그 이유 유무에 관한 재판을 하여야 한다(동법 제72조 제3항). 즉, 소극적 권한쟁의를 인용하는 경우에는 그 요청이 이유있다는 사실을 확인하여야 한다. 그리고 이 경우에는 당해 지방자치단체가 그 관할권한의 행사를 이행해야 할 기한을 밝혀야 한다. 또한 권한쟁의를 기각하는 경우에는 그 요청이 이유없다는 사실을 확인하여야 한다.

330) 이와 달리 국가기관 상호간의 권한쟁의에 있어서, 헌법재판소는 판결로써 문제된 당해 헌법상 관할이 어느 기관에게 속하는지를 결정하고, 그 관할권에 반하여 행해진 행위가 무효임을 선언하며, 나아가 그 위법행위로 인하여 형성된 법상태를 고려하여 가장 합당한 구제책을 강구하도록 명할 수 있다(헌법재판소법 제75조).

국가와 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 판결은 모든 공권력을 기속하며 일반적 효력(Wirkung erga omnes)을 갖는다(동법 제61조). 헌법재판소가 판결을 함에 있어 그 심리에서 소수의견이 있는 경우에는 관보에 이를 공시하여야 한다(헌법 제164조 제1항). 헌법재판소의 판결은 공고한 날의 익일로부터 기판력을 가지며 그 판결은 다시 취소할 수 없다.

2) 주문의 형식

적극적 권한쟁의의 경우 헌법재판소는 권한주체의 확인결정과 분쟁의 원인이 된 근거규정·결정·처분의 취소결정 및 일정한 경우에는 그로 인하여 초래될 사태의 제거를 위한 필요조치를 함께 선고할 수 있다. 이에 대하여 소극적 권한쟁의에서는 그 청구의 이유의 유무에 대하여 확인결정을 한다. 즉, 이유있는 경우에는 인용판결을, 이유없는 경우에는 기각판결을 하되 판결주문에서 이유의 유무를 밝혀야 한다. 요건판단의 결과 부적법한 경우에는 각하결정을 한다.

(4) 이탈리아

국가와 지역³³¹⁾간의 권한쟁의의 재판에 있어서, 헌법재판소가 권한쟁의의 심판을 하는 때에는 국가 또는 지역 중 어느 기관에게 당해 권한이 귀속되는지를 분명히 표시하여야 하고, 이미 관할권없는 기관에 의한 행위라고 판단된 때에는 그 행위가 무효임을 선언하여야 한다(헌법재판소법 제41조 및 제38조). 즉, 당사자

331) 주지하듯이 광역자치단체로서의 레종(Regione)을 뜻한다.

간에 분쟁이 된 권한의 귀속문제에 대하여는 확인결정을 하고, 관할권없는 기관에 의한 행위가 행정행위인 때에는 이를 취소한다(헌법 제137조 제4항). 헌법재판소의 재판에 대하여는 다른 어떠한 불복도 인정되지 않는다(헌법 제137조 제4항).

따라서 헌법재판소는 그 주문에서 권한주체의 확인결정과 무권한기관에 의한 행위의 무효결정과 함께 그 행위가 행정행위인 때에는 그 처분의 취소결정을 한다. 특히 정부가 지역법률의 국가법률에 대한 위법성을 주장하는 경우에는 당해 지역법률의 위헌 여부결정을 한다.

	결 정 내 용
한 국	-당사자의 권한의 존부 또는 범위의 확인결정 (및 권한·관할의 확인결정) -처분 또는 부작위의 취소결정 -처분 또는 부작위의 무효확인결정 ※ 권한의 침해여부결정(?)
독 일	-처분 또는 부작위의 위헌여부에 관한 확인결정
오스트리아	-관할유무의 확인결정 -관할없이 행한 행위의 취소결정
스 페 인	-적극적 쟁의: · 권한주체의 확인결정 · 분쟁원인인 근거규정·결정·처분의 취소결정(필요조치 병행 선고 가능) · 특별절차: 규범의 위헌여부결정 -소극적 쟁의: · 권한주체의 확인결정 · 이유유무의 확인결정(이유있음의 결정에는 관할권한 행사를 병행선고)
이탈리아	-권한주체의 확인결정 -무권한기관에 의한 행위의 무효결정 -정부가 지역법률의 국가법률에 대한 위법성을 주장하는 경우 : 위헌여부결정

2. 우리나라의 경우

(1) 결정의 내용과 유형

1) 결정의 내용

가. 헌법재판소법은 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다(헌법재판소법 제66조 제1항). 이 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다(동법 제66조 제2항). 따라서 헌법재판소법이 예정하고 있는 결정의 유형은 당사자의 권한의 존부 또는 범위에 관한 결정과 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인결정이다. 이에 더하여 피청구인의 처분 또는 부작위에 의한 권한침해 여부의 결정을 들기도 한다.³³²⁾

나. 그런데 앞에서 본 외국의 입법례를 보면, 독일의 경우에는 심판대상인 처분 또는 부작위의 위헌여부와 함께 필요한 경우에는 판례로써 당해 심판대상으로 인한 청구인의 권리침해의 확인 결정을 하고 있어 그 성질상 독일의 권한쟁의는 대립 당사자간의 권한분쟁절차(kontradiktorische Streitverfahren)³³³⁾를 통하여 법률, 의회의 조약체결동의, 중요서류 제출거부나 각종 결정 등 실

332) 최갑선, 독일과 한국의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 419면. 헌법재판소도 이 유형의 권한쟁의 결정주문을 채택하였다. 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2 결정 참조. 그런데 그 결정주문의 타당성에 대하여는 법문의 해석상 의문이 있다. 그에 대하여는 본 항 뒷부분 참조.

333) BVerfGE 20, 18, 23f.; 64, 301, 315.

질적인 규범통제와 헌법소원 등의 기능을 포괄적으로 담당하는 제도로서 인정될 수 있으며,³³⁴⁾ 이러한 점에서 권한쟁의제도를 채택한 다른 국가와 차이가 있다고 할 수 있다. 즉, 다른 주요국가인 오스트리아, 스페인 및 이탈리아는 권한쟁의제도를 통하여 가장 우선적으로 확보하고자 하는 것은 바로 권한의 주체가 누구인가 하는 점이다. 오스트리아의 “관할유무의 확인결정”이나 스페인과 이탈리아의 “권한주체의 확인결정”도 모두 같은 의미로 이해된다. 결국 독일을 제외한 다수 국가의 권한쟁의제도는 1차적으로 분쟁의 당사자가 된 청구인과 피청구인간의 다툼의 해결이 당해 심판의 대상인 “처분 또는 부작위”의 취소나 무효확인 등의 결정으로써가 아니라, 당사자간의 “처분 또는 부작위”의 권한 내지 관할권이 누구에게 귀속되는 것인가에 대한 유권적 판단을 통하여 이루어진다는 점을 보여주고 있는 것이다.

그렇다면 우리나라의 권한쟁의는 어떠한 입장을 취하고 있는 것인가. 우리 현행 헌법재판소법 제66조는 주지하듯이 그 제1항에서 “심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다”고 하여, 권한쟁의제도를 통하여 당사자의 “권한의 존부 또는 범위의 확인결정”을 우선적으로 확보하고자 하고 있다. 결국 우리나라의 권한쟁의도 실질적으로 권한유무 내지 관할유무의 결정을 담당하는 기관으로서 ‘권한재판소’ 내지 ‘관할재판소’로서의 지위를 갖는 것이라고 할 수 있다. 따라서 “권한의 존부 또는 범위의 확인결정”은 “권한 또는 관

334) 그러한 이유로 Maunz교수는 권한쟁의제도를 일컬어 “헌법쟁송제도의 원형”이라고 하였다고 한다. 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 149면 참조.

할의 유무에 대한 확인결정”을 의미한다고 보아야 한다.

이러한 확인결정은 헌법재판소법 제66조 제2항의 취소결정 또는 무효확인결정으로써 그 실효성을 담보할 수 있게 된다. 이와 같은 실효성 담보제도도 오스트리아와 스페인 및 이탈리아의 제도와 유사한 입법태도를 견지하고 있다. 즉, 무권한 또는 무관할에 의한 각종 행위에 대하여 오스트리아와 스페인은 그 취소결정을,³³⁵⁾ 이탈리아는 그 무효결정을 할 수 있도록 하고 있는 것이다.

다. 우리 헌법재판소법은 권한쟁의를 제기할 수 있는 요건의 하나로 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한에 대하여 “침해 또는 현저한 침해위협성”이 있어야 함을 정하고 있다(동법 제61조 제2항). 이는 곧 청구인의 권한에 대한 ‘침해’를 다투는 경우와 그 권한에 대한 ‘침해우려’가 있을 때에 다투는 경우로 2분할 수 있음을 의미하고, 이 구분에 따라 전자를 사후적 심판으로 후자를 사전적 심판으로 구분하고 있기도 하다.³³⁶⁾

그러나 엄밀하게 보면 현저한 침해의 위험성이란 곧 그 침해의 정도가 청구인에게 수인할 수 없을 정도로 심각하여 더 이상 청구인이 자기의 권한의 행사를 계속할 수 없을 정도의 상태를 의미하므로 청구인에 대하여는 사실상 현재의 침해상태로 인정될

335) 스페인에서는 그 권한주체의 확인 및 취소결정에 의하여도 실효성을 확보하기 어려운 경우에는 그 실효성을 담보하기 위하여 필요한 조치를 동시에 선고할 수 있도록 하여 청구인의 구제에 더욱 적극적인 제도를 두고 있다(헌법재판소법 제66조).

336) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991. 310면.

여지가 있다는 점에서 그 구별의 실익이 크다고 볼 수는 없다고 생각된다.³³⁷⁾ 굳이 그 실익이 있다면, 헌법재판소법 제66조 제1항과 제2항의 관계에서 찾을 수 있을 것 같기도 하다. 즉, 동법 제66조 제1항은 사전적 심판에 적용되고 제2항은 사후적 심판에만 적용된다는 것이다. 다시 말하면 청구인의 권한에 대한 현저한 침해위험성이 있는 경우에는 권한의 존부 또는 범위에 관한 판단만이 가능할 뿐이고, 이미 침해가 발생한 경우에는 그 피청구인의 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인만이 가능하다는 것이다. 그러나 이러한 견해는 동법 제66조 제1항과 제2항의 상관관계를 명확히 파악하지 못한 데에 연유하는 것이다. 동조 제1항은 피청구인의 행위로 인한 권한의 침해 또는 현저한 침해위험성을 이유로 제기한 심판청구에서 당사자 일방의 권한에 속하는 것임을 확인해 주거나 그 권한범위를 확정해 주는 것 즉, 이러한 의미로서 “권한의 존부 또는 범위의 판단”을 해 주는 것으로서 일종의 해석심판이라고 할 수 있다. 헌법재판소는 동조 제1항에 의하여 청구인에게 권한이 존재 또는 부존재함을 판단하거나 또는 청구인의 권한범위를 판단하는 것으로서 동조항의 문의에서 사전적 심판에 한정한다는 제한을 전혀 찾을 수가 없다. 오히려 동조 제1항은 사전적 심판과 사후적 심판에 적용되는 원칙적인 규정으로 보아야 한다. 그것은 동조 제2항을 보면 명확히 드러난다. 즉, 동법 제66조 제2항은 피청구인의 행위로 인하여 청구인의 권한침해가 이미 발생한 경우에 적용되는 규정이다. 따라서 동조

337) 예컨대 조례 등의 공포 후 20일이 경과되면 발효되어 침해가 야기될 수 있는 바, 침해와 현저한 침해위험성간에는 대체로 시간적인 차이만 있을 뿐이다.

제1항은 사전적 심판 뿐 아니라 사후적 심판에 공히 적용되는 규정이라 할 수 있다.

그렇다면 헌법재판소로서는 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해 또는 현저한 침해위험성이 있는 경우에 우선적으로 청구인의 권한의 존재·부존재 또는 권한의 범위를 결정하여야 하고 다만, 그 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 이미 침해한 경우에는 2차적으로 청구인의 권익구제의 실효성을 확보하기 위하여 당해 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인을 구할 수 있다고 보아야 한다. 결국 일면 동법 제66조 제1항의 권한의 존부 또는 범위에 관한 판단권한은 권한재판소 내지 관할재판소의 지위에서 헌법재판소에게 인정된 것이고, 타면 동조 제2항은 실질적으로는 행정소송의 방법에 의한 구제가 원칙이나 권한판단에 부수된 결정으로서 청구인이 입은 권익침해의 신속한 구제와 권한판단의 실효성 확보의 차원에서 헌법재판소에게 특별히 인정된 권한이라고 할 수 있는 것이다.

라. 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 구속한다(동법 제67조 제1항). 따라서 관련 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소가 내린 결정의 취지에 따라 자기의 권한을 행사하여야 하고, 또한 관련된 처분 또는 부작위를 그 취지에 따라 새로이 처분을 하여야 한다. 그 효력은 헌법소원 인용결정의 효력(동법 제75조 제2항)과 대체로 동일하다고 볼 것이다. 권한쟁의심판의 결정에 있어 헌법재판소는 권한의 존부 또는 범위에 관한 결정과 함께 그 처분의 취소 또는 무효확인 결정도 할 수 있는 바, 그 중 특히 당해 심판대상인 처분의 취소

결정을 하는 경우에는 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다(동법 제67조 제2항).

2) 결정의 유형

가. 헌법재판소가 할 수 있는 첫번째 결정유형은 “권한의 존부 또는 범위”의 결정이다. 여기서 ‘권한’이란 청구인의 권한이어야 한다. 청구인의 구체적인 권한쟁의심판의 청구에 기하여 심판이 있는 것이므로 위 결정이 당해 청구인의 권한에 대한 판단이 된다는 것은 논리적으로 의문이 없다. 또한 권한의 ‘존부’는 당해 권한의 존재 또는 부존재를 의미하고, 권한의 ‘존부의 결정’은 당해 권한의 존부의 확인결정을 뜻한다. 따라서 청구인의 권한의 존부의 결정은 비교적 그 의미가 명백하므로 의문이 없다고 할 수 있다. 한편 권한의 ‘범위’는 당해 권한 및 그 행사의 효력범위를 의미하고,³³⁸⁾ 권한의 ‘범위의 결정’은 당해 사안에서 청구인에 의하여 제기된 구체적인 당해 권한의 효력범위를 말한다. 따라서 당해 사안과 관련된 일반적인 권한의 범위를 확정하는 것이 아니라 당해 사안에 관련된 “구체적 권한”이 청구인의 권한범위에 속하는 것인지의 여부에 대한 확인판단을 하는 것에 그치는 것으로 이해하여야 한다.³³⁹⁾ 그렇지 않다면 헌법재판소에 의한 권한범위의 판단한계는 불확정하여 심판범위의 확정에 있어 소송법적으로 난해한 문제가 발생하게 된다. 이 경우 결정주문상 표현은 ‘권한’의 귀속에 대한 판단이지만 내용상으로는 ‘관할’의 귀속판단에 해

338) 그에 대하여는 앞의 ‘제5장 제1절 V.’ 부분 참조.

339) 더 이상의 집행력을 담보하기 위하여는 헌법재판소법 제66조 제2항의 취소결정 또는 무효확인결정으로써 할 일이다.

당하게 될 것이다. 앞에서 본 바와 같이 “권한의 존부 또는 범위의 결정”은 실질적으로 “권한 또는 관할의 유무의 확인결정”을 의미하므로 그 결정에 있어서도 특정권한이 청구인의 권한 또는 관할인지를 확인하는 결정을 하는 것으로 보는 것이 옳다고 할 것이다.

나. 두번째 결정형태는 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인결정이다. 즉, 처분 또는 부작위의 취소결정과 처분 또는 부작위의 무효확인결정을 말한다. 먼저 전자의 경우를 보면, 취소결정의 성격상 처분이 그 대상이 되는 것은 당연하지만, 부작위가 취소결정의 대상이 될 수 있는지는 의문이다. 따라서 이 경우 취소결정을 할 수 있는 대상으로 처분에 한정하는 방법이 있을 수가 있고,³⁴⁰⁾ 나아가 부작위를 대상으로 하되 취소결정의 대상이 아닌 위법확인결정 또는 위헌확인결정의 대상으로 하는 방법도 가능하다. 그러나 어느 방법에 의하든 현행 헌법재판소법상의 규정으로는 부합하지 않으므로 그 입법태도에 있어 바람직하다고 할 수 없다. 또한 후자의 경우를 보면, 무효확인결정의 대상으로서 처분 또는 부작위를 들고 있다. 이 때에도 처분의 경우는 문제가 없으나 부작위의 경우는 성질상 무효확인결정과는 친숙할 수 없는 것이다. 헌법재판소법 제66조 제2항은 헌법소원의 인용결정에 관한 동법 제75조 제3항과 대동소이하다고 할 수 있다. 즉, 헌법재판소는 헌법소원을 인용하는 경우 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다고 하

340) 최갑선, 독일과 한국의 권한쟁의심판절차, 헌법논총 제7집, 1996. 419면.

여, 공권력행사인 처분이나 법령 등의 취소결정을 하도록 하고 공권력불행사인 부작위의 위헌확인결정을 하도록 하고 있다. 권한쟁의심판의 결정형식과 관련하여서는 동법 제75조 제3항의 규정은 참조할 가치가 있다고 할 것이다. 따라서 이 부분을 “처분의 취소 또는 무효확인결정”과 “부작위의 위법 또는 위헌의 확인결정”(아니면 더 나아가 부작위의 의무이행결정)으로 구분하여 규정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

다. 마지막 결정유형은 피청구인의 행위가 청구인의 권한을 침해한 것인지 여부의 결정이다. 그런데 헌법재판소법 제66조 제1항 및 제2항에서는 명시적으로 권한침해여부결정이라는 유형을 밝히고 있지는 않다. 다만, “피청구인의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.”라고 하여 권한침해여부결정은 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인을 위한 전심적 판단사항으로만 규정하고 있다. 따라서 권한침해여부결정은 그 자체로서는 독립하여 인정될 수 없는 것이고 단지 취소 또는 무효확인과 결합하여서만 허용될 수 있는 결정형태라고 할 것이다. 즉, 헌법재판소는 독립하여 권한침해여부의 결정만을 선고하거나 또는 취소나 무효확인의 인용결정과 결합하지 않고 기각결정 또는 각하결정과 결합하여 선고될 수는 없는 것이다. 이렇게 본다면 최근 헌법재판소가 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판에서 결정주문으로 한 “1. 국회의장이 새정치국민회의 및 자유민주연합소속 국회의원들에게 변경된 개의시간을 통지도 않은 채 본회의를 개의하고 상기 법률안들을 가결선포한 것은 청구인들의 법률안 심의·표결의 권한을

침해한 것이다. 2. 위 법률안들의 가결선포행위가 위헌이라는 청구인들의 청구는 기각한다.”는 결정주문³⁴¹⁾은 헌법재판소법 제66조 제1항 및 제2항의 근거없이 한 것으로 옳은 주문의 형태라고 할 수 없다고 판단된다. 위 사건에서 당사자능력의 인정을 위하여는 독일식의 헌법상 ‘권한’ 또는 나아가 우리 입법에서 인정되는 법률상 권한의 침해를 주문에서 선언함이 보다 명료한 것으로 보이기는 하지만, 이는 현행 헌법재판소법상의 근거가 없는 주문의 형식이라는 점, 비록 간접적인 권한침해확인결정이 인정된다고 가정하더라도 인용결정과 결합해야 한다는 점 및 현행법상 권한침해확인결정은 이를 인정하더라도 예외적으로 부작위의 경우에만 한정하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때 현행법상으로는 인정될 수 없는 것이다. 독일 연방헌법재판소가 채택하고 있는 결정주문의 형식을 그 근거규정이 전혀 상이함에도 불구하고 우리의 경우에 적용하는 것은 옳지 못하다.

(2) 주문의 형식

1) 적극적 권한쟁의결정의 주문형식

헌법재판소법상 인정된 결정유형은 권한의 존부 또는 범위에 관한 결정과 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인결정이다. 그밖에 피청구인의 처분 또는 부작위에 의한 권한침해 여부의 결정을 들지만 앞에서 본 바와 같은 이유로 이는 타당하다고 할 수 없다.

341) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2 결정.

가. 먼저 헌법재판소의 “권한의 존부 또는 범위”의 결정은 문언 그 자체로 보면 구체적으로 청구인의 권한의 존재확인결정과 부존재확인결정 및 권한의 범위확인결정이다. 그렇지만 이 결정은 실질적으로 “권한 또는 관할의 확인”결정을 의미한다. 이에 따라 그 합당한 주문을 보면

첫째, 권한의 존재확인결정과 부존재확인결정은 “청구인에게 헌법 또는 법률이 정한 특정한 권한이 존재한다.” 또는 “청구인에게 헌법 또는 법률이 정한 특정한 권한이 존재하지 아니한다.”는 주문을 사용한다. 여기서 “헌법 또는 법률이 정한”이라는 부분은 사용하지 않아도 무방하다.

둘째, 권한의 범위확인결정은 구체적인 당해사안에 관련된 특정한 권한이 청구인의 헌법 또는 법률상의 권한범위에 속하는지를 확인한다. 즉, “특정한 권한은 청구인의 권한이다.”라는 주문을 사용한다. 권한의 범위확인결정은 존재확인결정과 내용상 동일하다고 할 수 있으므로 이를 존재확인결정에 포함시킬 수도 있겠지만, 단순한 존재의 확인에 그치지 않는, 특정한 권한이 청구인에게 속한다는 뉘앙스를 갖는 범위확인결정이 그 효과면에서 보다 청구인에의 권한귀속을 강하게 밝혀 주므로 구분의 실익이 있다고 하겠다.

셋째, 권한·관할확인결정의 주문은 “피청구인이 0000년 0월 0일에 한 특정한 내용의 처분은 청구인의 권한(또는 관할)이다.”라고 하여야 한다.³⁴²⁾

342) 그렇다면 본 연구를 위하여 헌법재판소에 의하여 제시된 모범사례의 결정 주문은 특정기관의 관할권확인으로 족하다고 볼 것이다. 모범사례는 다음과 같다.:

나. 또한 헌법재판소의 “처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인”의 결정은 그 해석상 처분의 취소결정과 무효확인결정 및 부작위의 취소결정과 무효확인결정을 포함한다.

먼저 부작위의 경우, 앞에서 보았듯이 부작위는 일정한 행위의 무가 있음에도 이를 불이행하는 것을 말하는 것으로서³⁴³⁾ 그 행위의 실체가 없기 때문에 취소결정 및 무효확인결정의 대상이 된다고 볼 수 없다. 따라서 부작위에 대한 인용결정은 곧 일정한 부작위로 인하여 청구인의 권한이 침해되었음을 의미하지만 현행 법상 권한침해여부의 확인결정에 관한 근거규정을 찾을 수 없으므로, 그에 대신하여 청구인의 “헌법상” 또는 “법률상”의 권한의 침해를 초래하였다는 점에서 그 주문을 “피청구인의 특정한 부작

【사례1】 건설교통부장관이 한국수자원공사를 통하여 개발한 “A” 공업단지안의 도로, 하천 등 각종 공공시설에 대한 하자보수비와 관리비를 누가 부담하여야 하는가에 대한 분쟁이 발생하였다. “가” 지방자치단체는 “A” 공업단지의 관리권한 및 의무는 정부(건설교통부장관)에 있음에도 불구하고 정부가 위 시설의 관리권한 및 의무(하자보수 및 관리비부담)를 이행하지 아니 하는 부작위로 인하여 헌법 및 법률에 의하여 부여받은 자신의 권한을 침해받았다고 주장하였다. 그 반면에 정부는 “A” 공업단지에 대한 관리권한 및 의무는 자신에게 있지 아니하고 “가” 지방자치단체에게 있다고 주장하고 있다.

【사례2】 수산업법에 근거하여 어업면허연장불허가처분을 받은 어업권자들은 “갑” 지방자치단체에게 이로 인한 어업손실에 대한 보상을 청구하였다. “갑”은 어업면허기간연장에 동의하지 않은 “을” 지방해운항만청장에게 위 보상금액을 지급해 줄 것을 요청했으나 거절당하였다. 이에 “갑”은 “을”의 보상금지급 불이행으로 인하여 헌법과 법률에 의하여 부여받은 자신의 권한이 침해당했다고 주장하였다.

343) 행정소송법상 ‘부작위’라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(동법 제2조 제1항 제2호). 행정심판법에서도 동일하게 규정하고 있다(동법 제2조 제1항 제2호).

위는 헌법 또는 법률에 위반된다.”고 함이 타당하다고 본다.³⁴⁴⁾

한편 처분의 경우에는 그 내용에 따라 다소 상이한 주문의 형식을 취하게 될 것이다. 국가기관 즉, 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의에 있어서 처분이라 함은 법규명령과 같은 행정입법이나 자치조례, 정부와 지방자치단체의 결정, 거부, 동의나 처분 등을 의미한다.³⁴⁵⁾

법규명령의 경우에는 “피청구인(정부)이 제정한 시행령 제00조는 이를 취소한다.” 또는 보다 구체적으로 “피청구인이 제정한 … 내용의 시행령 제00조는 이를 취소한다.”로 하거나, “피청구인이 제정한 시행령 제00조는 효력이 없다.” 또는 “피청구인이 제정한 …내용의 시행령 제00조는 효력이 없다.”로 함이 타당하다.

또한 결정이나 거부, 동의 등의 경우에는 “피청구인이 0000년 0월 0일에 한 …에 관한 결정이나 거부 또는 동의는 이를 취소한다.” 또는 “피청구인이 0000년 0월 0일에 한 …에 관한 결정이나 거부 또는 동의는 효력이 없다.”라고 한다.

다. 그리고 만약 헌법재판소법 제66조 제2항의 “피청구인의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는…”이라는 부분의 의미를 권한침해의 확인결정에 관한 근거규정으로 볼 수 있다면, 처분의 경우에는 “피청구인이 0000년 0월 0일에 한 …에 관한 처분은 청구인의 권한을 침해하였다.”는 결정주문을, 피청구

344) 이러한 권한침해확인결정은 그 근거규정이 없지만 또한 부작위의 결정주 문근거규정의 불완전으로 인하여 부작위의 경우에만 예외적으로 적용할 수 있지 않을까 생각된다.

345) 그에 대하여는 앞의 ‘제5장 제1절 II.’ 부분 참조.

인의 부작위로 인한 권한침해의 경우에는 그 주문을 “피청구인의 특정한 부작위는 청구인의 헌법 또는 법률상의 권한을 침해하였다.”라고 하는 것이 옳을 것이다.

그러나 앞에서 보았듯이 권한침해확인결정은 법률상 그 인정여부가 불투명하고, 또 비록 인정된다고 보더라도 인용결정과 결합되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이므로 그 주문의 선택에는 신중을 기하여야 한다.

다만, 현행법상 부작위로 인한 권한침해의 경우에는 그 주문의 형태를 헌법재판소법에서 부정확하게 규정하고 있기 때문에 예외적으로 권한침해확인결정을 선택할 수 있는 이유가 어느 정도 용인될 수 있을 것으로 보인다. 즉, 부작위에 의한 권한침해인 경우에는 “피청구인의 특정한 부작위는 청구인의 권한을 침해하였다.”는 주문을 택할 수 있을 것이다.

라. 앞의 논거에 기초하여 헌법재판소가 1997년 7월 16일에 판시한 96헌라2호 결정의 주문을 헌법재판소법의 법문의 범위내에서 확정한다면, 그 판시내용의 평가는 논외로 하고 그 주문은 다음과 같이 함이 타당하였다고 생각된다.: “1. 청구인들은 1996년 12월 30일의 입법절차에서 헌법 또는 법률상 보장된 법률안 심의·표결권을 갖는다. 2. 위 법률안들의 가결선포행위가 위헌이라는 청구인들의 청구는 기각한다.” 또는 “1. 1996년 12월 30일의 입법절차에서의 법률안 심의·표결권은 청구인들의 권한이다. 2. 위 법률안들의 가결선포행위가 위헌이라는 청구인들의 청구는 기각한다.”

2) 소극적 권한쟁의결정의 주문형식

가. 분리형 제도를 채택하고 있는 오스트리아와 스페인의 경우에는 권한쟁의를 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분하고 있어 소극적 쟁의의 결정주문을 확정하는 데에 큰 어려움이 없으나, 통합형 제도에 있어서는 양자를 함께 포함하고 있는 결과 문제가 없지 않다. 그것은 통합형 권한쟁의는 일반적으로 적극적 쟁의를 고려하여 규율된 제도이기 때문이다.

그렇지만 소극적 쟁의는 그 쟁의에서 청구인의 주장내용에 있어 그 형식상의 차이가 있음에 불과할 뿐이고³⁴⁶⁾ 질적으로는 동일한 내용이라고 할 수 있기 때문에 그 적법요건³⁴⁷⁾이나 주문에 있어서도 적극적 쟁의와 원칙적으로 차이가 없다고 할 것이다. 다만, 굳이 그 차이점으로 들 수 있다면 양적 측면에서 가능하다고 할 것으로서, 적극적 권한쟁의는 청구인의 특정한 사무에 대한 ‘권한’의 문제를 놓고 다툼이 되는 경우가 많은 반면에, 소극적 권한쟁의는 ‘관할’의 유무에 관한 다툼으로서의 성격이 강하다고 할 수 있다. 따라서 적극적 권한쟁의에서 인정되는 주문의 형식이 그 성질에 반하지 않는 한 그대로 타당할 것이고, 다만 소극적 쟁의는 관할다툼의 성격이 강하기 때문에 가능하면 관할권확정의 확인결정의 주문을 선택하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

나. 이러한 양적 차이가 있다는 전제하에 소극적 권한쟁의의 결정주문을 가정해 본다면, 적극적 권한쟁의에서의 주문형식 외에 또한 관할확정의 확인주문으로서 “(다툼이 된) 특정한 결정권

346) 앞의 제4장 참조.

347) 앞의 제5장 참조.

한은 청구인에게 그 관할권이 있다.”라는 형식을 선택하는 것도 함께 고려해 볼 필요가 있다. 이에 더하여 위 관할권의 내용인 당해 특정사항을 주문에서 구체적으로 밝히는 것도 판시내용을 명확히 한다는 점에서 긍정적으로 이해될 수 있을 것이다. 소극적 쟁의에서의 관할권확정의 경우에도 적극적 쟁의에서와 같이 헌법재판소법 제66조 제2항을 근거로 그 실효성을 담보하는 취소 결정 또는 무효확인결정을 함께 선고할 수 있다.

VII. 결 론

이제까지 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도에 관하여 각국의 법제와 판례를 살펴보았다. 또한 이를 기초로 하여 우리나라의 현행 헌법재판소법에서 발생할 수 있는 권한쟁의의 유형을 구분한 후 헌법재판소의 재판 실무를 고려하여 구체적인 재판의 실제에서 필요로 하는 각종 사항을 살펴 보았다. 그렇지만 이러한 논의를 위한 출발점에서 부딪히는 근본적인 한계는 관계된 문헌과 기타 자료의 부족이었다. 권한쟁의를 다룬 소수의 기존 문헌과 자료는 대체로 입법례를 중심으로 한 관련 제도의 소개에 그치고 있었고 그나마 관심분야는 “국가기관 상호간의 권한쟁의”에 국한된 것이었다. 요컨대 본 연구의 주제인 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관하여는 그야말로 황무지에서 첫삽을 뜨는 듯한 처지라는 표현이 꼭 들어맞는 것이었다고 하지 않을 수 없다.

어느 분야에서도 마찬가지인 듯 하지만 우리에게 있어 국가기관과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 규정은 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제61조 내지 제67조의 규정에 불과하다. 우리나라에서의 전례 역시도 전혀 찾을 수가 없는 생소한 제도이다. 그나마 찾을 수 있는 것이라고는 1960년 헌법에서 시행도 보지못한 채 사라져버린 “국가기관간의 권한쟁의”에 관한 흔적 뿐이다. 또한 외국의 입법례에서 보더라도 권한쟁의제도는 지방자치단체와 국가의 관계나 지방자치단체 상호간의 관계에서

발생하는 분쟁을 규율하기 위한 제도라기보다는 국가기관 상호간의 권한 내지 관할을 둘러싼 갈등관계를 해결하기 위한 제도로서 발전되어 왔던 것이다. 그렇다면 우리나라의 “국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의”의 제도는 우리나라 고유의 상황에서 그 필요성이 논의된 결과 탄생한 특유의 제도라고 할 수 있을 것이다.³⁴⁸⁾ 다만, 입법당시의 상황으로는 긍정론이든 회의론이든 이 제도는 지방자치제도의 정착을 위한 중요한 제도로써 기능할 것을 기대하는 마음은 한결같은 것이었다고 생각된다.

이제 우리는 앞서서의 연구결과를 다음과 같이 간단히 요약할 수 있을 것이다. 먼저 현행 헌법재판소법상 인정된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의제도는 단순한 객관적 권한 또는 관할을 유권적으로 확정해 주는 객관적 쟁송절차로서의 기능에 그치지 않고 관계 당사자인 국가기관과 지방자치단체의 주관적 권리로서의 이익을 구제하기 위한 주관적 쟁송절차로서의 기능도 동시에 가짐으로써 권한쟁의의 성격이 주관적 성질과 객관적 성질의 이중성을 갖는다는 점이다. 그럼으로써 분쟁 당사자는 단순한 권한이나 관할의 획정이 아닌, 피청구인의 권한행사에 기한 이익의 침해에 대하여도 다툴 수 있게 된다.

권한쟁의심판은 권한의 존부와 범위에 관한 다툼을 그 대상으로 하지만 ‘권한의 행사’에 관한 법적 분쟁도 그 대상으로 하고

348) 스페인이나 이탈리아의 경우에 유사한 규정을 찾을 수는 있으나 이들 국가의 규정과 배경은 우리의 경우와 차이가 있고 또 헌법재판소법 제정 당시에는 이들 국가의 제도 보다는 독일의 권한쟁송 제도가 입법자료로 뒷받침되었던 것을 생각하면 우리 입법의 근거로 보기는 어렵다.

있다. 따라서 국가의 권한행사로 야기된 국가와 지방자치단체간의 법적 분쟁도 그 규율대상에 포함되게 된다. 그런데, 공법상 법인인 국가와 지방자치단체 상호간의 법적 분쟁은 행정소송에 의한 해결도 가능하므로 권한쟁의심판과 행정소송과의 관계설정이 필요하게 된다.

먼저 검토대상이 되는 것은 항고소송이다. 항고소송에 있어서는 우선 지방자치법 제157조 2항의 해석이 문제가 되는데, 이 규정에 의하면 항고소송의 대상이 국가의 감독권이라는 권한행사로 야기된 국가와 지방자치단체와의 법적 분쟁의 성질을 갖는 것이므로, 한편으로는 권한쟁의심판적 요소도 포함되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 동규정은 입법과정상의 오류에 기인하여 제정된 것으로 평가되며, 동규정이 적용되게 되는 분쟁의 경우를 오히려 국가와 지방자치단체간의 권한행사와 관련한 법적 분쟁으로 평가하여 행정소송의 대상이 아니라 권한쟁의심판의 대상으로 삼는 것이 합리적일 것이다. 이러한 견해에 의하면 지방자치법 제157조 2항은 시급한 개정이 요구되는 규정이라 여겨진다.

또한 항고소송의 유형인 부작위위법확인소송과의 관계에 있어서는 국가와 지방자치단체사이의 소극적 권한불행사의 경우가 문제로 되지만, 부작위위법확인소송은 국가의 일방적 우월적 지위와 일정한 신청관계를 전제로 하는 것이므로 헌법재판으로서의 소극적 권한쟁의의 경우와 구별될 수 있을 것이다.

다음은 당사자소송과의 관계로서, 이와 관련하여서는 소극적 권한쟁의와 당사자소송과의 관계설정이 필요하게 된다. 국가와 지방자치단체간의 권한의 존부확인에 관한 다툼은 일응 당사자소

송의 요소를 포함한다고 할 수 있으나, 이 문제에 있어서는 현행 헌법과 헌법재판소법이 국가와 지방자치단체 상호간의 권한의 존부에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상으로 다루고 있다는 사실의 중시가 무엇보다 필요하다. 이는 전체 법체계에 있어 대립되는 법적 분쟁의 당사자가 누구인가에 따라서, 한편은 헌법재판의 대상으로, 다른 한편은 행정소송의 대상으로 삼으려는 구조하에서 평가할 수 있을 것이다. 결국 국가와 지방자치단체사이의 소극적 권한쟁의는 행정소송인 당사자소송의 요소를 포함하지만, 국가와 지방자치단체라는 주체의 특성에 의하여 행정소송에 의해서가 아니라 권한쟁의심판, 특히 소극적 권한쟁의의 대상으로 처리하는 것이 옳을 것이다.

그리고 권한쟁의는 그 분쟁의 성질상 적극적 쟁의와 소극적 쟁의로 구분할 수 있는 바, 양자를 묶은 통합형제도와 개별적으로 입법화한 분리형제도로 구분할 수 있다. 그러나 어느 형태의 국가에서든 적극적 쟁의와 소극적 쟁의는 그 분쟁의 성질상 동질성을 갖기 때문에,³⁴⁹⁾ 특히 통합형국가에 있어서 소극적 형태의 쟁의를 명시적으로 규정하지 아니한 그 입법태도를 기준으로 특정한 종류의 쟁의, 예컨대 소극적 권한쟁의에 대한 인정여부를 논할 성질의 것은 아니다. 권한쟁의에 관한 통합형국가의 입법은 소극적 쟁의의 인정여부에 관한 평가기준으로 이해하기 보다는 오히려 적극적 쟁의와 소극적 쟁의를 포함한 권한쟁의 일반의 요건과 절차에 관한 규정으로 보아야 한다. 따라서 우리나라에 있

349) 앞의 '제4장' 참조.

어서도 소극적 권한쟁의가 인정됨은 당연한 것일 뿐 아니라 소극적 쟁의에의 적용규범 역시 일반적인 권한쟁의에 관한 규정이 전반적으로 적용된다고 보아야 한다.

그렇다면 권한쟁의의 적법요건은 적극적 쟁의이든 소극적 쟁의이든 크게 차이를 발견하기 어렵다는 결론에 이른다.³⁵⁰⁾ 즉, 당사자능력과 당사자적격, 심판의 대상으로서의 ‘처분 또는 부작위’, 권한쟁의의 계기인 ‘다툼’의 존재, “헌법 또는 법률에 의하여 부여 받은 권한”의 의미와 범위, 다툼의 대상인 “권한의 존부 또는 범위”의 의미, “권한침해 또는 현저한 침해위험성”의 존재, 청구기간, 권리보호이익 및 “동일사안”에 관한 다툼 등의 요건은 적극적 권한쟁의와 소극적 권한쟁의에 모두 동일한 적법요건의 판단기준으로 적용될 수 있다.

그리고 권한쟁의의 결정내용과 유형 및 주문의 형식은 다른 국가의 입법례와 비교할 때 우리 헌법재판소법의 규정취지의 한계범위내에서 형성되어야 한다는 것이다. 즉, 규정의 한계를 벗어나 외국의 주문례를 차용하는 방식은 타당하지 못한 것이다.³⁵¹⁾ 현행법상 허용되는 결정의 유형은 권한의 존부 또는 범위에 관한 결정과 처분 또는 부작위의 취소 또는 무효확인결정에 불과하다. 그에 더하여 규정의 취지를 넘어서 피청구인의 처분 또는 부작위에 의한 권한침해여부의 결정은 원칙적으로 허용된다고 할 수 없다.³⁵²⁾ 다만, 부작위의 경우 입법적 불완전의 결과 예외적으로 허

350) 앞의 ‘제5장’ 참조.

351) 따라서 최근 1997. 7. 16.에 한 헌법재판소의 96헌라2 결정은 이러한 점에서 비판의 소지가 있다.

352) 그에 대하여는 앞의 ‘제6장’ 참조.

용하는 정도에 그쳐야 한다. 그 결정 주문 역시 입법취지의 한계를 벗어나서는 안될 것이다.

마지막으로 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 규정된 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의는 그 종류에 있어 해석론상 이를 열거규정으로 이해되어서는 안될 것이고 이에 더하여 입법론적으로도 그 종류를 개방한 규정으로 개선할 필요가 있다. 구성원에 있어서조차 동일한 현행 제2기 재판부에서 그 많은 비난이 쏟아질 것을 알면서도 국가기관 상호간의 권한쟁의의 당사자능력에 관한 판례변경을 단행한 것은 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에서의 당사자능력도 법문의 ‘정부’에 한정하지 않고 국회나 법원, 선거관리위원회 등 다른 국가기관에까지 확대할 수 있는 가능성을 보여주고 있는 것이다. 또한 제66조의 결정의 내용에 관한 규정과 관련하여 결정의 유형과 주문형식도 개선의 여지가 있다. 동조 제1항에서의 권한의 존부 및 범위결정은 객관적 권한 또는 관할확정의 모범적 주문형식이 된다고 할 수 있지만, 그 실효성확보 차원의 제2항의 규정은 문제가 있다고 할 것이다. 즉, 처분의 취소 또는 무효확인결정은 가능하나, 이 결정의 유형은 부작위에는 적합하지 않으므로 부작위의 위헌·위법확인결정 내지 보다 적극적으로 그 의무이행결정으로 개선할 필요가 있다.