

국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판에 있어 헌법재판소의 법적 관점

Legal View of Constitutional Court of Korea on Adjudication on
Competence Dispute Between a State Agency and a Local Government

노진석*

Noh, Jin-Seok

■ 목 차 ■

- I. 지방자치제도하에서 국가기관과 지방자치단체의 권한분쟁
- II. 권한분쟁의 3가지 형태
- III. 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판 이론
- IV. 선행연구
- V. 판례 검토
- VI. 결 론

우리 헌법에서는 지방자치를 보장하고, 개별 법률에서 이를 구체화하고 있지만 법규정만으로 지방자치와 관련된 모든 분쟁이 해결되지는 않는다. 특히 국가기관과 지방자치단체 간에 권한 다툼이 증가하고 있는데, 이러한 권한분쟁의 법적 해결책은 3가지이지만, 이 중 특히 헌법재판소의 권한쟁의심판이 가장 중요하다. 그래서 본 연구에서는 이러한 권한쟁의심판과 관련된 이론을 바탕으로 1988년 헌법재판소 설립 이후 헌법재판소가 판결한 모든 권한쟁의심판례들을 검토하는 것을 목적으로 한다. 그러므로 이 논문의 연구범위는 헌법재판소의 권한쟁의심판의 범위 즉 국가기관 상호간, 지방자치단체 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판의 3가지 종류 중 마지막 권한쟁의심판만이 그 대상이다. 이러한 검토결과 헌법재판소가 국가기관과 지방자치단체 사이의 분쟁에서 형식적 법령을 가장 중요한 판단기준으로만 심사하여, 실질적 심사에는 미흡하기 때문에 지방자치제도를 효과적으로 보장하는 데에는 부족한 점이 있음을 밝히고, 앞으로 헌법재판소가 헌법상의

* 국회 이영애 의원실 비서관

논문 접수일: 2012. 5. 10, 심사기간(1차): 2012. 5. 11 ~ 2012. 6. 29, 게재확정일: 2012. 6. 29

지방자치제도의 취지를 감안하여 보다 적극적으로 지방자치제도를 보장하는 쪽으로 법령 해석을 전개할 것을 촉구하고자 한다.

□ 주제어: 권한쟁의심판, 국가기관과 지방자치단체, 지방자치, 기관소송

The Constitution of Korea ensures local autonomy and definitizes its contents in specific identifications. However, in fact there are many competence disputes between a state agency and a local government these days. To solve these disputes, they can choose three legal solutions. Especially, adjudication on competence dispute of Constitutional Court of Korea is most important in three legal solutions. Therefore, this study examines all of cases which Constitutional Court of Korea has judged since 1998 on competence dispute. More concretely, competence dispute of Constitutional Court of Korea includes three types of competence dispute: between state agencies, between a state agency and a local government, between local governments. Out of these competence disputes, this study focus on competence dispute between state agency and a local government. As a conclusion of study, it is revealed that Constitutional Court of Korea regards the positive law as the most important standard and there is an insufficiency for it to make local autonomy effective. And it is necessary for Constitutional Court of Korea to interpret local autonomy laws affirmatively.

□ Keywords : adjudication on competence dispute, a state agency and a local government, local autonomy, agency litigation

I. 지방자치제도하에서 국가기관과 지방자치단체의 권한분쟁

헌법 제8장에서는 지방자치에 대하여 규정하고 있다. 이러한 규정은 우리 헌법이 1948년 제헌헌법 이래로 채택해 온 것이지만, 그 시작부터 현재에 이르기까지 그 보장의 정도는 조문의 수나 지방자치의 현실을 보더라도 저조하다고 볼 수 있다. 현재 제8장에서 제117조와 제118조 두 개의 조문으로 이루어진 지방자치 규정은 조문의 순서와 일부 내용이 달라졌을 뿐 전체적으로는 역대 헌법과 동일하다고 평가할 수 있기 때문이다.¹⁾

그런데 오늘날 지방자치제도는 ‘민주주의의 훈련장’ 혹은 ‘풀뿌리 민주주의’를 보장하는 제

도로서 그 의의가 점점 중요해지고 있고, 또한 권력분립이나 기본권 보장과도 관련을 맺고 있으며, (이준일, 2011:249) 실질적으로는 지방자치를 민주주의의 핵심요소로까지도 인정

1) 역대 헌법의 지방자치 규정을 정리하면 아래와 같다.

<표 1> 역대 헌법의 지방자치 규정

제정 · 1 · 2	제8장 지방자치 제96조①지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. ②지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. 제97조①지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ②지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ③지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.
3 · 4	제11장 지방자치 제96조①지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. ②지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. 제97조①지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ②지방자치단체의 장의 선임방법은 법률로써 정하되 적어도 시, 읍, 면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다.<신설1960.6.15> ③지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ④지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.
5 · 6	제3장 제5절 지방자치 제109조①지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ②지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제110조①지방자치단체에는 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.
7	제10장 지방자치 제114조①지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ②지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제115조①지방자치단체에는 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.
8	제8장 지방자치 제118조①지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ②지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제119조①지방자치단체에 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

할 수 있다.(장영수, 2004:443-444) 따라서 이러한 헌법 규정의 부족함을 관련 법률이나 해석을 통하여 보충할 필요성은 매우 크다고 할 수 있다. 현재 지방자치에 관련해서는 지방자치법이 제정되어 있지만, 동 법률 제8장에서 지방자치단체 상호간의 관계를 규정하고 있는데 반해 제9장에서는 국가의 지도·감독을 규정하고 있어, 지방자치단체 상호간에는 대등한 권리주체로 상정되고 있지만 국가와 지방자치단체는 상하관계로 인식되고 있다.

물론 같은 장의 제169조 제1항에서 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대한 취소나 정지는 법령을 위반한 것에 한정하고 있다.²⁾ 그리고 동조 제2항에서는 지방자치단체의 장으로 하여금 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있도록 하고 있다. 그래서 자치권의 범위 내에서 기초자치단체는 광역자치단체와의 관계뿐만 아니라 국가기관 간에도 대등관계라고 해석하기도 한다.(이광윤, 1991:301)

그러나 이러한 내용이 국가의 지도·감독이라는 전체적인 내용의 부분이라는 점, 비록 법령에 위반한 것에 한하는 것이지만, 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대한 취소나 정지의 권한이 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사의 상위단체가 가진다는 점, 자치권의 범위나 법령의 위반을 판단하는 것이 모든 경우에 명확하지는 않기 때문에 상위단체의 임의적인 판단이 가능하다는 점 등을 고려해 볼 때, 이 부분에 있어 지방자치단체와 국가기관이 엄밀하게 대등하다고 보기는 힘들다.

이런 이유로 지방자치단체와 국가기관 간의 권한에 대한 해석이 중요해지며, 이에 대한 법적 판단이 의미가 있다. 그런데 이 양 당사자 사이의 권한은 결국 법적 분쟁의 형태를 통해 결론이 나는 경우가 많다. 특히 이 중 헌법재판소의 권한쟁의심판이 뒤에서 보듯이 가장 중요하다. 그래서 논문의 후반부에서 양 당사자의 권한쟁의심판에서 헌법재판소가 어떤 법적 관점을 취하고 있는지를 밝히는 것이 본 논문의 목표이다.

그러나 이 권한쟁의심판이 양 당사자의 유일한 법적 분쟁의 형태는 아니고 또한 권한쟁의

9	제8장 지방자치 제117조①지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ②지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제118조①지방자치단체에 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.
---	---

2) 물론 이것은 기본적으로 헌법의 위임에 따른 것이다. 앞의 표에서도 알 수 있듯이 헌법 제117조 제1항에서는 지방자치단체가 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정하도록 하고 있다.

심판을 제대로 이해하기 위해서는 다른 권한분쟁의 형태도 사전적으로 알아야 할 필요성이 있기에 우선 국가기관과 지방자치단체 간 권한분쟁에 대하여 살펴본다.

II. 권한분쟁의 3가지 형태³⁾

일단 이러한 법적 분쟁의 형태는 다음의 3가지가 검토될 수 있다. 첫째는 행정소송법상의 기관소송이다. 행정소송법 제3조 제4호에서는 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송을 기관소송으로 규정하고 있다. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 제외한다.⁴⁾

그런데 이 기관소송에서 문언 그대로 규정된 바는 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에’로 되어 있어 우리가 검토하고자 하는 국가와 공공단체 즉 지방자치단체의 분쟁은 포함하는지가 불명확하다. 여기에 대해서는 긍정하는 견해(한건우, 1995:11)와 관할의 흠결이라는 견해(김하열, 1999:51)가 대립한다.

이를 긍정한다면 분쟁 당사자는 행정소송을 제기할 수도 있고, 헌법재판소에 제소할 수도 있다. 물론 헌법재판소에 제소한다면 기관소송은 관할에서 제외되므로, 이 학설이 의미있는 경우는 헌법재판소에 제소하지 않고 기관소송으로만 다룰 경우이다. 그러나 이러한 경우는 실무상 거의 없다고 볼 수 있고, 또한 관할의 흠결이라는 설에 따르면 분쟁당사자는 기관소송은 제기할 수 없고 오로지 헌법재판소에만 제소할 수 있으므로 결과적으로 학설의 대립은 큰 실익이 없다고 볼 수 있다.

둘째로, 앞서도 잠깐 언급된 지방자치법상의 소송을 검토할 수 있다. 지방자치법에서는 제169조와 제170조에서 지방자치단체의 장에 대하여 대법원에 제소할 권한을 부여하고 있

3) 국가와 지방자치단체간 분쟁해결수단으로 위헌법률심판도 포함시키는 견해가 있다.(김남철, 2002:73) 물론 위헌법률심판의 내용에 권한쟁의도 포함될 수 있지만, 이러한 우회적인 방식은 여기서 제외하도록 하겠다. 또한 여기서의 3가지 가능성은 본고의 목적이 헌법재판소의 법적 관점을 고찰하기 전 사전적인 논의를 제공하기 위한 것이므로, 이러한 법적 절차들의 자세한 관계 등의 문제는 생략하도록 하겠다. 이러한 논의를 살펴보려면, 김상태(2008), 김학성(2011), 안성경(2008), 정호경(2008)을 참고하면 된다.

4) 기관소송과 권한쟁의의 구별이 애매한 점이 있는데, 권한쟁의는 동일한 범주체내의 기관간 권한다툼과 서로 다른 범주체간의 권한다툼을 해결하는 것이고, 기관소송은 동일한 범주체내의 기관간 권한다툼을 해결하는 것이다.(김학성, 2011:87)

는데, 이 중 제170조의 제소는 자치사무가 아니라 위임사무에 대하여 제소하는 것이므로 권한쟁의 심판과는 다른 것이고, 기관소송의 성질을 가진다고 할 수 있다.⁵⁾(허영, 2009:305)

따라서 지방자치법에서 권한쟁의의 성격을 가지는 소송은 제169조에서 규정하는 것이다. 동조에서는 제1항에서 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다. 그리고 제2항에서 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 이러한 규정은 국가기관과 지방자치단체가 정확하게 대등하다는 데 의문을 제기한다. 오히려 주무부장관이나 시·도지사가 행하는 취소처분이나 정지처분은 지방자치단체의 자치권을 침해할 소지가 있는 것이다.(박승호, 2010:284)

결국 이러한 상황에서 권한쟁의심판이 요구되는데, 법규정대로 지방자치단체는 대법원에 제소하여 권한에 대해 다룰 수 있다. 그런데 대법원에의 제소와 함께 지방자치단체는 헌법재판소에도 권한쟁의심판을 청구할 수 있을 것이다. 이 경우 관할권은 어떻게 되는가? 만약 중복제소가 있다면 기관소송의 경우와 마찬가지로 헌법재판소가 우선적인 관할권을 가진다고 해석해야 한다.(박승호, 2010:284)

셋째, 따라서 지금까지의 논의를 토대로 본다면 국가와 지방자치단체의 권한쟁의에 있어서 헌법재판소의 판단이 종국적으로 가장 중요하다고 할 수 있다. 분쟁 당사자가 헌법재판소에 제소하는 한, 원칙적으로 다른 모든 분쟁 절차보다 우선하기 때문이다. 그러므로 본고에서 국가와 지방자치단체의 권한쟁의심판의 판례를 검토하여 이 문제에 대하여 헌법재판소의 법적 관점을 살펴보는 것은 큰 의미가 있다고 할 것이다.

5) 독일에서도 연방과 주간의 권한쟁의를 독자적인 권리주체사이의 쟁의절차로 보고 있지만, 여기서의 논의와는 조금 다르게 기관소송의 특징도 같이 보유하는 것으로 본다.(Schlaich·Korioth, 2007:54) 이것은 우리가 객관소송으로 구성하는 기관소송을 “권한의 주관화”를 통해 주관적으로 구축하고 있기 때문인 것으로 보인다.(김명연, 2005:331-332)

Ⅲ. 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판 이론

헌법재판소의 권한쟁의심판례를 분석하기 전에, 이 권한쟁의심판의 일반적인 이론을 숙지할 필요가 있다. 다만 여기서는 관련된 모든 법적 내용을 나열하기보다는 판례를 검토하는데 있어 필요최소한의 내용만을 소개하기로 한다.

1. 정의

국가기관과 지방자치단체 간 공법적 권한의 존부, 범위, 한계에 관한 다툼이 있을 때에 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호, 제61조 제1항) 여기서의 권한쟁의심판은 국가와 지방자치단체의 헌법상 권한을 쟁송으로 판단하는 헌법재판이다.

1960년 제2공화국헌법에서는 국가기관 간 권한쟁의만을 그 대상으로 하였는데(제83조의3 제3호) 헌법재판소의 권한쟁의심판의 범위에 관한 현행헌법의 규정은 2공화국의 것보다 확대된 권한을 대상으로 하고 있다.(강경근, 2006:93)

이러한 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판은 상호독립된 법인격체인 국가와 지방자치단체간의 수직적 권력분립의 관계에서, 헌법상 제도적으로 보장되는 지방자치권을 보호하고 양 기관간의 권한분배에 관한 다툼을 조정하여 통일적 국가사무수행을 보장한다는 점에서 그 의의가 있다고 할 수 있다.(강경근, 2006:96)

2. 객관소송인 권한쟁의심판

권한쟁의심판은 “권한의 존부 및 범위에 관하여 다툼이 있을 때”(헌법재판소법 제61조 제1항)와 “헌법 및 법률에 의하여 부여받은 권한이 침해되었을 때”(동조 제2항)에 인정된다. 이때의 “권한”은 주관적인 권리나 의무가 아니고 국가나 지방자치단체 등 공법인 또는 그 기관이 “객관적” 법규범인 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 능력 내지 범위를 의미하기 때문에, 권한쟁의심판은 당연히 “객관소송”이라고 할 수 있다.(김학성, 2011:88-89)

다만 권한쟁의심판이 객관소송이라 하더라도 권한쟁의심판에 있어서의 “권한침해” 등은 소송을 위해 주관적인 것으로 의제된 권한이므로 국가기관 간 권한쟁의로써 해결해야 할 “구체적 보호이익”은 있어야 하지만, 이것은 사법상 소송에서의 권리보호이익까지는 아니고 권한침해 등을 다투기 위한 정도의 직무상의 필요성 내지 확인의 주장 정도면 가능하다고 본다.

(강경근, 2006:94) 또한 예외적으로 반복위험성이나 헌법적 해명이 필요한 경우에도 심판 이익이 있다.(박승호, 2010:289)

3. 당사자

법률의 규정대로 청구의 당사자는 국가기관이나 지방자치단체이다. 이 때 국가기관은 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에서 '정부와 특별시·광역시 또는 도 간의 권한쟁의, 정부와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의'로 규정하여 정부라는 통칭을 사용하고 있다. 여기서 정부를 구체적으로 어떻게 보아야 할 것인지가 문제되는데, 이것은 예시적인 의미로 해석하여야 한다.(이준일, 2011:1079)

왜냐하면 우선 동법 동조 제1항 제1호에서 국가기관 상호간의 권한쟁의를 '국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의'라고 규정하여 국가기관을 정부에만 한정키지 않고 다른 국가기관까지 열거하고 있으며, 이에 대하여 헌법재판소가 명시적으로 판시한 바도 있기 때문이다.⁶⁾

따라서 이러한 헌법재판소의 견해에 따르면, 국회의 경우도 전체로서의 국회, 국회의장, 국회부의장, 국회의원,⁷⁾ 국회의 각 위원회, 원내교섭단체도 당사자가 될 수 있고, 정부도 전체로서의 정부, 대통령, 국무총리, 행정각부의 장, 국무위원, 감사원 등이 당사자가 될 수 있으며, 대법원과 각급 법원 중앙선거관리위원회와 각급선거관리위원회⁸⁾도 명문 규정상 당사

6) 97년도 이전까지 헌법재판소는 이 법률 조항을 엄격하게 해석하여 이 4개의 국가기관 외에는 당사자 능력을 인정하지 않았었다.(헌재 1995.2.23. 90헌라1) 그러나 헌법재판소는 그 후 판례를 변경하여 이 규정을 예시적인 조항으로 파악하였다. "헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 '국가기관'에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. ... 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 규정도 한정적·열거적인 조항이 아니라 예시적인 조항으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다."(헌재 1997.7.16. 96헌라2)

7) 국회의장과 국회의원의 권한쟁의심판은 헌재 1995.2.23. 90헌라1판결 이후 헌재 1997.7.16. 96헌라2, 헌재 1998.7.14. 98헌라3, 헌재 2000.2.24. 99헌라2, 헌재 2001.5.8. 2000헌라1, 헌재 2003.10.30. 2002헌라1, 헌재 2006.2.23. 2005헌라6, 헌재 2008.4.24. 2006헌라2, 헌재 2010.10.28. 2008헌라7, 헌재 2010.11.25. 2009헌라12, 헌재 2009.10.29. 2009헌라8, 헌재 2012.2.23. 2010헌라5, 헌재 2011.8.30. 2009헌라7의 13건이 있어왔다. 이는 현재까지 헌법재판소에서 판결된 권한쟁의심판 59건 중 상당한 양이다.

(<http://www.ccourt.go.kr/home/search/sch.jsp> 검색일: 2012.4.18.) 헌법재판소는 초반에는 양 자간의 당사자 적격을 부인하였으나 이후 판례를 변경하여 양자의 당사자 적격을 인정하고, 본안에 대하여 판결해 오고 있다.

자가 될 수 있다. (박승호, 2010:285-286) 다만 헌법재판소는 누구도 자신이 당사자인 사건에서 재판관이 될 수 없다는 자연적 정의에 따라 당사자가 되어서는 안 된다.(김하열, 1999:77)

또한 예외적으로 헌법재판소는 지방자치단체도 국가기관으로 포섭시켜 해석한 경우가 있는데, 경기도지사가 재결청의 지위에서 행한 처분이 성남시의 권한을 침해하였는가에 관한 사건에서 재결청인 경기도지사가 국가기관의 지위에 있다고 보아, 이 사건을 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의로 파악하였다.(헌재 1999.7.22. 98헌라4, 박승호, 2010:286)

국가기관의 상대방이라고 할 수 있는 지방자치단체는 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호를 종합하여 보면, 특별자치도와 특별시·광역시·도 및 시·군, 자치구이다. 다만 동법 제62조 제2항에 따라 권한쟁의가 지방교육자치에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 교육·학예에 관한 지방자치단체의 사무에 관한 것인 때에는 교육감이 권한쟁의심판의 당사자가 된다. 그리고 법규정상 지방자치단체의 기관은 당사자가 될 수 없다고 하겠다.⁹⁾

4. 청구기간

헌법재판소법 제63조 제1항에서는 권한쟁의심판을 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 안에 청구하여야 한다고 규정하고, 제2항에서 이를 불변기간으로 명시하고 있다. 규정상 다툼이 없을 것처럼 보이는 이 조항의 내용을 여기서 언급하는 것은 실제로는 이에 대한 청구가 상당수 있기 때문이다. 자세한 내용은 판례의 검토에서 살펴보기로 한다.

8) 이에 따라 강남구선거관리위원회가 헌재 2005.12.22. 2005헌라5 판결의 피청구인 자격으로 권한쟁의심판의 대상자가 되었고, 이 심판례도 본 논문의 분석 대상이다.

9) 헌법재판소의 견해이기도 하다. 헌법재판소는 지방자치단체의 권한에 속하는 사항에 관하여 지방자치단체의 장은 원칙적으로 당사자가 될 수 없다고 판단한 바 있다.(헌재 2006.8.31. 2003헌라1) 이에 대한 판결문의 자세한 내용을 보면 “피청구인 순천시장은 지방자치법 제92조와 제94조에 따라 지방자치단체사무의 집행기관으로서 위 부과처분을 한 것에 불과하므로 지방자치단체 기관의 권한쟁의 심판청구를 허용하고 있지 않은 현행법 하에서는 당사자능력이 없다. 또한 청구인 광양시장도 지방세 부과처분에 있어서는 지방자치단체의 기관으로서의 지위만 가질 뿐 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 지방자치단체가 아니므로 당사자능력이 없다. 따라서 청구인 광양시장의 피청구인들에 대한 심판청구나 청구인 광양시의 피청구인 순천시장에 대한 심판청구는 모두 당사자능력을 결한 청구로서 부적법하다.” 물론 이와 반대로 확실상 인정하지는 견해도 있다.(정종섭, 2010:506)

5. 요건

권한쟁의심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다(헌법재판소법 제61조 제2항). 따라서 권한쟁의심판의 청구요건은 “피청구인의 처분 또는 부작위”, “헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존재”, “권한의 침해 또는 침해의 현저한 위험”의 3가지로 구분할 수 있다.

1) 피청구인의 처분 또는 부작위

여기서의 ‘처분’은 개별적 행위 뿐만 아니라 일반적 규범정립행위도 포함한다. 입법영역에서의 처분은 법률제정과 관련된 행위 예를 들면 국회의장의 법률안가결선평행위도 포함한다.(헌재 1997.7.16. 96헌라2)

행정영역에서의 처분은 행정소송법상의 처분은 물론 법규명령 제정행위와 개별적 행위를 포함한다. 사실행위도 청구인의 권한을 침해했거나 침해할 현저한 위험을 야기하여 법적으로 문제가 되는 경우 해당된다고 본다.(박승호, 2010:289)

그리고 여기서의 ‘부작위’는 단순한 사실상의 부작위가 아니고, 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 존재하는데도, 이를 이행하지 않는 법적인 부작위이다.(헌재 1998.7.14. 98헌라3)

2) 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존재

헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 “권한”은 직무상의 권한에 한정된다. 당해 권한을 가지는 기관의 주관적인 권리까지 포함하는 것은 아니다. 그러한 권리의 구제는 헌법소원심판에 의하여 가능하기 때문이다. 따라서 다른 기관의 처분이나 부작위로 그 지위의 박탈이나 침해 등이 발생한 경우의 당해 기관이 이를 권한쟁의심판으로 다투지는 못한다. 다음으로 이 “권한”에는 의무를 포함한다.(헌재 1995.2.23. 헌재 90헌라1) 다만, 위임받은 권한과 사무는 이에 포함되지 않는다. “위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니라 국가사무이므로 지방자치단체는 위임사무에 관한 권한이 침해되었다는 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.”(헌재 1999.7.22. 98헌라4)

3) 권한의 침해 또는 침해의 현저한 위험

“권한의 침해”란 청구인의 권한이 박탈당하거나, 권한의 일부가 잠식되거나, 권한행사에 심각한 장애를 받거나, 기타 청구인의 권한을 담보하는 법적 지위가 불리하게 되는 경우이다. 여기서의 “침해”는 과거에 발생하였거나 발행 후 현재까지 지속되는 침해이다.

“침해의 현저한 위험”은 경험칙상 급박하게 조만간 권한침해에 이르게 될 개연성이 구체화되는 상황을 이른다. 따라서 실제로 위헌·위법한 권한침해가 지금 존재하지 않아도 본안에서 판단받을 수 있다. 다만, 국가기관의 부작위로부터는 권한침해의 위험은 야기되지 않는다고 보는 것이 원칙이다. 또한 권한침해 가능성이 매우 높다고 하더라도 이것이 먼 미래에 발생할 것이라고 판단된다면, 지금으로서는 현저하게 위험하다고 볼 수 없다.

그렇지만, 권한쟁의의 객관소송적 성질상 이들 요건은 완화될 수 있는데 예를 들면 권한쟁의심판이 객관소송의 특징을 가진다고 하면, 소극적 권한쟁의의 청구요건 역시 그에 상응해야 한다. 따라서 당사자인 국가기관이나 지방자치단체 등이 특정 사안에 대해서 서로 자신의 권한이 아니라고 주장하는 것만으로도 그 성격상 구체적 사건성이 인정될 수 있고 다툼의 대상이 되는 권한을 규율하고 있는 관련 헌법 및 법률규정이 정하고 있는 “객관적” 권한질서가 침해된다고 볼 수 있다고 한다.(강경근, 2006:98)

6. 결정과 효력

1) 가처분

가처분은 본안재판의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호를 위하여 사전조치를 취함으로써 임시의 법적 관계를 정하는 재판부의 잠정조치를 말한다. 헌법재판은 종국결정까지 통상 상당한 기간이 소요되므로, 종국결정의 실효성 확보 또는 잠정적인 권리구제의 필요성이 크다.(박승호, 2010:290)

가처분에 대하여는 헌법재판소법 제65조와 다른 판례(헌재1999.3.25. 98헌사98) 등을 참조할 수 있고 다른 복잡한 논의들도 있으나, 본고의 대상 판례 중에는 가처분과 관련된 것들이 없으므로 여기서는 생략하도록 한다.

2) 종국결정의 종류와 내용

종국결정은 각하결정, 기각결정 및 인용결정으로 나뉜다. 각하결정은 청구인의 청구가 권한쟁의심판의 형식적 요건을 갖추지 못하는 등의 이유로 본안판단이 거부되는 경우이다. 앞

서 본 청구기간의 도과도 여기에 해당된다.

기각결정은 청구인의 청구를 인정하지 않는 경우이며, 인용결정은 반대의 경우인데 여기서는 인용결정의 종류만을 세부적으로 살펴보도록 한다. 인용결정에는 권한의 존부 및 범위 확인결정, 처분취소결정 또는 무효확인결정, 부작위위법확인결정이 있다.

첫째, 권한의 존부 및 범위 확인결정은 앞서 본 바와 같이 국가기관과 지방자치단체의 권한과 관련하여 다투어지는 특정 권한이 어디에 속하는지 그리고 그 범위는 어디까지인지에 대하여 판단하는 결정이다. 이 경우 보통 주문은 “피청구인의 처분(또는 부작위)은 헌법 또는 법률에 의하여 부여된 청구인의 … 권한을 침해한 것이다.”라는 형태로 적시되어 청구인의 권한을 인정하게 된다.

둘째, 처분취소결정 또는 무효확인결정은 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인하는 결정이다. 즉 헌법재판소법 제66조 제2항 전문에 따라 헌법재판소는 사안에 따라 재량으로 취소 또는 무효확인 결정을 내릴 수 있는 것이다. 다만 제67조 제2항에 따라 헌법재판소가 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소한다 하더라도 이 결정이 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 결정의 형태는 주문이 “피청구인의 처분을 취소한다” 혹은 “피청구인의 처분이 무효임을 확인한다.”가 된다.

피청구인의 처분이 어느 경우에 취소 또는 무효의 대상으로 판단될 수 있는지에 대하여서 헌법재판소는 처분에 중대하고 명백한 하자가 있을 때라고 하여 소위 중대명백설을 취하고 있으나(헌재 1999.7.22. 98헌라4) 여기에 대하여서는 비판적인 학설도 있다.(허영, 2009:329)

마지막으로, 부작위위법확인결정은 동법 제66조 제2항 후문에 근거한 것으로서 피청구인이 헌법 또는 법률상 부여된 작위의무를 위반한 부작위로 인하여 청구인의 권한이 침해된 경우 헌법재판소가 결정하며, 주문은 “피청구인이 헌법 또는 법률에 의한 작위의무를 이행하지 않은 것은 위헌(위법)임을 확인한다.”이다. 이 경우 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.

3) 효력

권한쟁의심판에서 헌법재판소가 내린 중구결정은 헌법재판소법 제67조 제1항에 따라 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하며, 자기구속력과 형식적·실질적 확정력을 가진다. 또한 피청구인은 위헌 또는 위법한 행위를 반복해서는 안 되고 자신이 야기한 위헌·위법 상태를 제거하여 합헌·합법 상태를 회복하여야 한다. 부작위의 경우에는 앞서 본 바와 같이 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.(박승호, 2010:292)

IV. 선행연구

이 주제와 관련된 선행연구들은 편의상 몇 가지 유형으로 분류할 수 있다. 첫째, 이 주제를 직접적으로 다루었다기보다는 넓은 주제의 일부로 다룬 논문들이다. 예를 들면, 국가기관과 지방자치단체 간 분쟁수단을 전체적으로 다루면서 헌법재판소의 권한쟁의심판도 포함시켜서 논의하는 논문들이 그러하다.(김상태, (2009), 김남철, (2002), 김학성, (2011))

둘째, 이 주제를 직접적으로 다루기는 하였지만, 그동안의 판례가 반영되어 있지 않고, 이론적인 수준에서 논의된 경우¹⁰⁾이다.

마지막으로 이 주제와 관련하여 개별적인 판례평석(김성수, (2007))이 있거나, 비록 전체적으로 논의하였다고 하더라도 판례를 부분적으로 소개한 경우(강경근, 2006:99-104)이다.

따라서 결론적으로 이 주제와 관련하여 이제까지 헌법재판소가 내놓은 권한쟁의심판례를 전부 분석한 경우는 없다고 할 수 있다.

V. 판례 검토

1. 대상판례

1988년 헌법재판소가 설립된 이후, 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의심판은 총 21건이다. 이 중 한 건은 경기도지사와 성남시의 권한쟁의를 예외적으로 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의심판사건으로 본 경우이므로 실질적으로는 20건이고, 현재 2010.6.24. 2007헌라1과 현재 2010.6.24. 2007헌라2는 병합사건으로서 여기서는 19건이 검토대상이다.

10) 이 유형과 관련하여 헌법재판소에서 직접 발간한 자료가 있다. 김원주, (1991). 그러나 이 연구는 헌법재판소가 설립되고 난 후 얼마되지 않은 시기에 발간되었고, 따라서 그 동안 권한쟁의심판례가 거의 축적되지 않은 상태에서 이론적인 논의 및 앞으로의 발전방향을 제시한 것이다. 자료의 발간이 20년이 넘었고, 그 동안 본 주제와 관련해서 판결된 심판례가 다수 있으므로 여기서는 큰 의미가 없다고 본다.

2. 심판 당사자에 대한 분석

이 심판례들의 당사자는 단독 청구인, 단독 피청구인만 있는 것이 아니라 공동청구인과 공동피청구인들이 포함되어있기 때문에 이러한 사정을 모두 반영한 당사자 도표를 만들수는 없고, 또한 그럴 필요성도 크지 않다. 다만 권한쟁의심판에서의 당사자들에 대한 개략적인 파악을 위하여 작성한 표는 다음과 같다.¹¹⁾

<표 2> 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판의 당사자

피청구인 청구인	국회	정부· 국회	정부	대통령	국토해양부 장관	행정자치부 장관	기획재정부 장관	교육과학 기술부 장관	감사원
서울특별시		1			1				
경상남도			1	1	2				
전라북도								1	
제주시						1			
포항시			1						
강남구	3			1		2			1
은평구							1		
동래구					1				
울산광역시 동구·북구					1				

일단 이 표를 검토해보면, 첫째 청구인은 모두 지방자치단체이고 피청구인은 국가기관임을 알 수 있다. 즉 헌법재판소법에 따른 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의심판은 국가기관도 지방자치단체에 대하여 청구할 수 있으나, 실제로 이러한 경우는 없다. 이것은 앞서 필자가 쓴 바와 같이 자치권에 있어 국가기관과 지방자치단체를 대등관계로 보는 것이 형식적인 견해를 증명해준다. 둘째로 권한쟁의심판의 청구는 일반적으로 생각되는 바와 달리, 지방자치단체의 규모와 크게 관계가 없다는 점이다. 청구인에 있어 강남구가 총7건으로 전체

11) 공동청구인이나 공동피청구인이 여럿인 경우 대표적인 청구인이나 피청구인에만 계산하였고, 이 표에 따르면 대상 심판례는 총 19건인데, 이것은 앞서 쓴 바와 같이 병합사건을 1개의 심판례로 계산하였기 때문이다. 헌법재판소 판례 검색시 청구인이 구청장으로 표기된 경우에도 내용을 살펴보면 지방자치단체 그 자체인 경우에는 후자로 표기하였다. 또 사건의 경과 중 청구인명과 피청구인명이 정정된 경우도 있고, 국토해양부의 옛 기관명인 건설교통부 시절의 심판례도 있다. 즉 이 표는 세부적으로는 큰 의미가 없고 당사자들에 대한 전체적인 경향을 파악하는 목적으로서만 의미가 있다.

청구의 40%에 달한다. 마지막으로 피청구인은 앞서 본 바와 같이 이론상으로는 여러 국가 기관이 포함될 수 있으나, 실제로는 국회를 제외하면 모두 행정부의 기관들이라는 점이다.

3. 검토내용

1) 입법재량에 대한 광범위한 인정

우선 헌법재판소는 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의심판에서 입법부의 입법재량을 광범위하게 인정하고 있다. 예를 들어 지방자치단체의 재정과 관련¹²⁾하여, 서울시 자치구(강남구)의 세목에 속했던 재산세를 자치구와 특별시의 공동세로 지방세법을 개정한 사안에 대한 권한쟁의(헌재 2010.10.28. 2007헌라4), 국회가 공직선거법을 개정하여 지방선거비용을 해당 지방자치단체에게 부담시킨 행위에 대한 권한쟁의(헌재 2008.6.26. 2005헌라7)에서 법률개정을 통한 지방자치단체의 재정적 부담행위, 시행령과 부령의 개정을 통하여 지방자치단체의 시간외근무수당규칙의 부인(헌재 2002.10.31. 2001헌라1, 헌재 2002.10.31. 2002헌라2)을 정당화하였다. 또한 감사와 관련하여서도 헌법재판소는 감사원법이 지방자치단체의 위임사무나 자치사무의 구별 없이 합법성 감사 뿐 아니라 합목적성 감사도 허용하는 것으로 해석하여, (헌재 2008.5.29. 2005헌라3) 지방자치단체에 대한 감사원의 합목적성 감사까지 인정하였다.

물론 지방자치단체의 권한이 이전보다 축소되었다는 것 자체가 비판의 기준이 되어서는 안 되며, 헌법에 따라 국회와 소관부처는 법령의 개정을 할 수 있고, 지방자치단체는 그 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. 실제로 헌법재판소의 심판례에서 수차례 등장하는 문구는 바로 이러한 것들이다. (헌재 2002.10.31. 2001헌라1, 헌재 2002.10.31. 2002헌라2) 특히 헌재 2005.12.22. 2004헌라3 사건에서 헌법재판소의 이러한 입장이 잘 나타나 있다.¹³⁾

그러나 자치권의 범위를 이렇게만 본다면, 국회와 소관부처의 법령의 개정이 있는 것으로 자치권이 대폭 축소될 수 있는 가능성은 항상 있는 것이고, 이러한 상황에서 헌법재판소가 자치권의 판단기준을 법령과 그것의 해석에만 한정해서는 헌법에서 지방자치에 대해 규정

12) 우리는 조세법률주의에 따라 법률로만 세목 등을 결정할 수 있기 때문에, 재정에 있어 지방자치단체의 독립성은 매우 취약하다. 따라서 실질적인 지방자치가 되려면 과세자주권을 지방정부가 가져야 한다(Martin Shapiro·Rocco J. Tresolini, 1983:261)는 점에서 선진국의 사례를 많이 참조할 필요가 있다.

13) “입법자는 … 여러 가지 요소와 사정을 감안하여 … 이에 관한 입법자의 정책적 판단·선택권은 넓게 인정된다.”

하고 있는 그 본래적 의미를 놓치는 것이다. 그래서 실제로도 헌법재판소가 지방자치단체의 권한쟁의 청구를 인용한 경우는 많지 않다. 여기서의 검토대상인 19건의 심판례 중에서 지방자치단체의 주장을 인용한 경우는 단 한 건에 불과하다.(헌재 2009.5.28. 2006헌라6)¹⁴⁾

따라서 헌법재판소는 국가의 처분(국회의 입법행위나 행정부의 법규명령 제정 행위)이 존재한다는 이유만으로 지방자치단체의 자치권 축소를 정당화하는 것이 아니라¹⁵⁾ 이러한 처분과 헌법상의 지방자치의 법익을 실질적으로 형량하는 심사를 해나가야 한다. 이러한 헌법해석을 통하여 규범조화적 해석의 원칙을 준수해 나가야 하고, 어느 하나의 헌법적 법익만을 선택하고 그 나머지 법익을 희생시켜서는 안 되며, 오히려 충돌하는 2개의 헌법적 법익들이 모두 그 가치가 최대한 실현될 수 있도록 해야 한다.(헌재 2008.5.29. 2005헌라3의 재판관 이강국, 이공현, 김종대의 반대의견)

2) 당사자에 대한 실질적 심사

헌법재판소는 헌재 2008.3.27. 2006헌라1 사건에서 부산지방해양수산청장을 “해양수산부의 명을 받아 소관사무를 통할하고 소속공무원을 지휘·감독하는 자로서 지방에서의 해양수산부 장관의 일부 사무를 관장할 뿐, ... 이 사건 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다.”고 판시하고 있다. 즉 헌법재판소는 사안의 형식적 당사자보다는 처분의 독자적인 권한을 소유한 자를 당사자로 본다. 이는 앞서 본 바와 같이, 경기도지사가 재결청의 지위에서 행한 처분이 성남시의 권한을 침해하였는가에 관한 사건에서 재결청인 경기도지사를 국가기관의 지위에 있다고 보아, 이 사건을 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의로 파악한 헌재 1999.07.22. 98헌라4사건에서도 다시 한 번 확인할 수 있다.

14) 그리고 이 한 건도 문제가 되었던 구 지방자치법 제158조 자체가 위헌이라기보다는 법률의 내용을 피청구인인 행정자치부가 잘못 적용하였다는 점에서 원래는 문제가 되지 않을 내용이었다. 즉 구 지방자치법(1994.3.16. 법률 제4741호로 개정되고, 2007.5.11. 법률 제8423호로 개정되기 전의 것) 제158조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사)는 ‘행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.’고 규정하고 있다. 그런데 이 조항에 따라 행정안전부는 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하여 합동감사 실시계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 않았던 것이다.

15) 국회나 정부의 법적 행위 이전에 대부분 그러한 법적 행위의 기초인 법령의 제정 및 개정이 전제된다는 점에서 지방자치단체의 자치권 제한을 그러한 법령의 존재에서 찾는 것은 매우 형식적인 요건이라고 하겠다. 그러한 법령의 제·개정이 없는 경우는 국회나 정부의 과실 혹은 극소수의 예외적 상황이기 때문이다.

3) 심판 대상의 범위

헌법재판소가 “권한”의 범위에 주관적인 권리나 의무를 포함하지 않는다고 전술하였다. 이러한 입장에서 헌법재판소는 헌재 1998.06.25. 94헌라1 사건과 헌재 2010.12.28. 2009헌라2 사건에서 청구인과 피청구인의 다툼을 단순한 채권채무관계에 대한 다툼으로 해석하여 부적법 각하 처리하였다. 또한 헌재 2011.8.30. 2011헌라1 사건에서는 공법상 계약에 의하여 청구인과 피청구인에게 귀속된 권리·의무가 유효하게 해제되었는지를 둘러싼 다툼도 ‘공법상 법률관계에 관한 다툼’에 불과하여 심판 대상에 해당하지 않는다고 판시하였다.

또한 헌법재판소에 따르면, 행정자치부장관이 ‘행정부시장·부지사회의’를 개최하여 행정자치부에서 작성한 표준안대로 복무조례를 개정할 것을 울산광역시 동구 및 북구에 요청한 것, 「징계업무처리지침」 및 「병·연가불허지시」를 통보한 것, 기자회견을 통해 ‘총파업가담자에 대한 처벌과 정부의 방침에 소극적으로 대처하는 지방자치단체에 대하여 특별교부세 지원 중단 등의 행정적·재정적 불이익 조치를 취할 것’이라는 것을 주된 내용으로 하는 담화문을 발표한 것 모두 심판 대상이 되지 않는다고 한다.(헌재 2006.3.30. 2005헌라1)

이러한 행위들은 단순한 업무협조 요청이라거나, 상호협력 차원에서 조언·권고 혹은 단순한 ‘업무연락’이나 단순한 견해 표명으로 해석되었는데, 과연 이것을 이러한 정도의 행위로 평가절하 할 수 있는 것인지는 의문이다. 지방자치단체의 입장에서는 중앙정부의 업무지시가 실제로 큰 영향을 미치기 때문이다.

물론 그렇다고 위 행위들이 곧바로 헌법재판소가 말하는 ‘처분’ 개념에 해당한다고 말하려는 것은 아니다. 이러한 행위들이 청구인의 법적 지위에 직접적이고 구체적으로 영향을 미치는 것은 아니기 때문이다. 그러나 예외적으로 사실행위도 청구인의 권한을 침해했거나 침해할 현저한 위험을 야기하여 법적으로 문제되는 경우 여기서의 ‘처분’에 해당될 수 있다.(박승호, 2010:289) 따라서 이러한 행위들이 사실행위라 하더라도 이러한 행위가 법적으로 문제가 되지는 않는지, 실제로 정부의 지침이나 기자회견이 지방자치단체의 자율권에 실질적 영향을 미치는지에 대한 세심한 심사가 부족했다고 판단된다. 또한 ‘침해의 현저한 위험’이라는 관점에서 판단할 수 있는 여지가 있었다고 보인다. 그러나 헌법재판소는 이들 행위가 간접적, 사실적 영향력만을 지녀서 ‘법적’ 행위가 아니라고만 심사했을 따름이다.

마지막으로 헌법재판소는 입법영역에서의 행위들에 관하여 몇 가지 판단을 했는데, 우선 국회의 법률제정행위는 권한쟁의심판의 대상에 해당되는 ‘처분’이라고 보았다. 즉 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼도 명시적으로 ‘처분’이라고 판단하였으나, 다만 ‘법률 그 자체’가 아니라 ‘법률제정행위’를 그 대상으로 한다.(헌재 2006.5.25. 2005헌라4) 국회의장의 법률안가결선포행위도 이러한 처분에 포함됨은 앞서 설명한 바와

같다.(헌재 1997.7.16. 96헌라2)

그러나 이와 관련하여, 정부의 법률안 제출행위는 심판의 대상으로 보지 않았다. 여기서의 처분을 “청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성”이 있는 것으로 제한한 것이다. 정부가 법률안을 제출하였다 하더라도 그것이 법률로 성립되기 위해서는 국회의 많은 절차를 거쳐야 하고, 법률안을 받아들일지 여부는 전적으로 헌법상 입법권을 독점하고 있는 국회의 권한이라고 한다. 따라서 정부가 법률안을 제출하는 행위는 입법을 위한 하나의 사전 준비행위에 불과하고, 권한쟁의심판의 독자적 대상이 되기 위한 법적 중요성을 지닌 행위로 보지 않았다.(헌재 2005.12.22. 2004헌라3)

4) 청구기간

청구기간과 관련하여 문제된 판결은 4건인데, 이 중 한 건은 청구기간의 명백한 도과로 인한 부적법 각하 사건(헌재 2001.10.25. 2000헌라3)이기에 여기서는 논하지 않기로 한다.

헌법재판소는 일반적으로 권한쟁의심판의 청구기간을 엄격하게 해석하고 있다. 물론 이것은 헌법재판소법 제63조 제2항에서 청구기간을 불변기간으로 정하고 있기 때문이기도 하다. 여기서는 특히 기산일이 문제되는데, 헌법재판소는 법령의 제·개정으로 그것이 관보에 게재·공포된 시점을 기산일로 잡고 있다. 이러한 이유로 법령의 제·개정이 지방자치단체의 권한의 침해인지를 당사자인 지방자치단체가 불분명하게 인식하여 청구기간을 도과하거나, 문제된 상황에서 권한쟁의심판청구를 바로 구하지 않고 다른 행정적 조치를 취하고 그 행정 조치의 결과를 기다림으로써 청구기간을 도과(헌재 2007.3.29. 2006헌라7)하는 경우들이 생겨난다.

특히 전자의 경우, 이론의 여지가 있는데 입법을 통한 권한의 변경은 지방자치단체로서는 당연히 수용해야 할 것이지만, 입법 당시 해당 입법이 권한의 침해인지 아닌지가 불분명할 경우 달리 해석되어야 할 경우도 있을 수 있다. 그래서 김성수는 강남구와 국회 간의 권한쟁의가 문제된 사안(헌재 2006.5.25. 2005헌라4)에서 “국가가 종합부동산세를 부과한 결과 자치단체의 조세수입권이 과연 침해된 것인지 또는 그 구체적인 액수가 얼마인지를 확정할 수 있는 시기는 피청구인 등이 주장하듯 국회가 종합부동산세를 제정한 2005.1.1이나 이를 관보에 게재한 2005.1.5이 될 수 없다.”고 하고 있다.(김성수, 2007:151)

마지막으로, 이 청구기간은 법문상 불변기간임에도 불구하고, 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 정당한 사유가 있을 시에는 예외를 인정한다. 헌법재판소 스스로 여기에 대하여 명시적으로 판단한 바 있다.(헌재 1993.7.29. 89헌마31, 헌재 2000.4.27. 99헌마76) 즉 제40조 제1항 ‘헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용한다. …

권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.’고 하였는데, 행정소송법 제20조 제2항 단서조항에 따라 정당한 사유가 있는 경우에는 제소기간에 예외를 두는 경우를 준용하고 있는 것이다. 헌법재판소는 여기서의 ‘정당한 사유’에 대하여 ‘청구기간이 경과된 원인 등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상 보아 상당한 경우를 뜻한다.’고 하였으나, 권한쟁의심판에서 이를 인정할 사례는 없다.

VI. 결 론

이제까지 살펴본 바에 따르면, 국가기관과 지방자치단체 사이의 권한쟁의심판에서 헌법재판소는 심판의 당사자에 대해서는 실질적 심사에 기초하지만, 정작 본안에 대한 심사에 들어가서는 형식적 법령을 가장 중요한 판단기준으로 채택하는 것을 알 수 있다. 사실행위도 그 행위의 중요성 여부에 따라 판단의 범위에 포함시킬 수 있지만, 헌법재판소는 이를 좁게 해석하고 있으며, 입법에 있어 입법부의 광범위한 재량을 허용함으로써 결과적으로는 지방자치단체를 통한 지방자치가 침해될 가능성을 허용하고 있다. 이러한 실정법령 중심의 헌법해석과 권한 판단은 물론 합헌적이고 적법한 것이지만, 문제는 사안에 따라 실질적 형량을 해야 할 것들도 무시되고 있다는 점에 있다. 법령의 개정만으로 지방자치의 모든 권한이 축소될 수 있다고 논리를 구성한다면, 이것이야말로 형식적 법치주의의 극단이라고 할 만 하다.

오히려 서론에서 쓴 바와 같이 제헌헌법에서부터 현재까지 보장되어 온 지방자치가 조문의 수나 그 보장 정도에 있어 미흡한 바에 비추어 보면, 헌법재판소가 해야 할 일은 그러한 헌법의 공백을 어떻게 채워넣을지가 아닐까? 지방자치제도가 전면적으로 실시된 지 20년이 가까워오고 있는데 여전히 지방자치가 자리잡지 못한다는 점에서 일각에서는 헌법개정까지 주장한다.(방승주, 2009:4-24) 그러나 헌법을 개정하는 일은 단기간에는 힘들고 또 헌법재판소가 할 수 있는 일도 아니기 때문에, 그렇다면 헌법재판소가 지금 취해야 할 태도는 법령만이 아니라 헌법에서 지방자치를 채택하고 보장하는 의미와 취지가 무엇인지 다시 한 번 고려해보는 것이라 판단된다.(Franz-Ludwig Knemeyer, 1983:220)

【참고문헌】

- 강경근, (2006), 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의에 있어서의 처분성, 『고시연구』, 33(3): 93-105
- 김남철, (2002), 국가와 지방자치단체간의 분쟁해결수단, 『지방자치법연구』, 2(2):71-83.
- 김명연, (2005), 지방자치행정권의 사법적 보호의 보장에 관한 연구, 『법학논총』, 17:297-335.
- 김상태, (2008), 권한쟁의심판과 기관소송의 관계정립 방안, 『한양법학』, 22:163-180.
- 김상태, (2009), 지방자치단체의 자치권 침해에 대한 사법적 구제수단 - 국가와 지방자치단체를 중심으로 -, 『행정법연구』, 24:237-268.
- 김성수, (2007), 강남구 등과 국회 간의 권한쟁의심판청구에 대한 평석 - 헌법재판소 2006.05.25, 2005헌라4 -, 『지방자치법연구』, 7(1):137-155.
- 김원주, (1991), 國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議에 관한 研究, 『헌법재판연구』, 3:5-137.
- 김하열, (1999), 『권한쟁의심판에 관한 연구』, 석사학위논문, 고려대학교 일반대학원.
- 김학성, (2011), 권한쟁의심판의 문제점과 권한쟁의심판과 행정소송과의 관할권 경합, 『강원법학』, 33:85-111.
- 박승호, (2010), 『헌법주석서Ⅳ』, 법제처.
- 방승주, (2009), 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향, 『지방자치법연구』, 9(2):3-30.
- 안성경, (2008), 기관소송과 권한쟁의심판과의 관계 정립에 관한 연구, 『헌법학연구』, 14(3): 445-470.
- 이광윤, (1991), 지방자치단체간의 권한쟁의심판, 『헌법재판연구』, 3:249-327.
- 이준일, (2011), 『헌법학강의』, 홍문사.
- 장영수, (2004), 『헌법총론』, 홍문사.
- 정종섭, (2010), 『헌법소송법』, 박영사.
- 정호경, (2008), 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰, 『행정법연구』, 22:55-80.
- 한건우, (1995), 기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차, 『연세법학연구』, 3:861-891.
- 허영, (2009), 『한국헌법론』, 박영사.
- 헌법재판소 홈페이지.
- 헌재 1995.2.23. 90헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 각하결정, 『판례집』, 7(1):140-151.
- 헌재 1999.7.22. 98헌라4 성남시와 경기도간의 권한쟁의 인용(무효확인), 인용(권한침해), 각하결정, 『판례집』, 11(2):51-72.
- 헌재 1993.7.29. 89헌마31(이하 판례는 헌법재판소 판례검색 참조함)
- 헌재 2000.4.27. 99헌마76
- 헌재 1998.6.25. 94헌라1.

- 헌재 2001.10.25. 2000헌라3.
 헌재 2002.10.31. 2002헌라2.
 헌재 2002.10.31. 2001헌라1.
 헌재 2005.12.22. 2004헌라3.
 헌재 2005.12.22. 2005헌라5.
 헌재 2006.3.30. 2005헌라1.
 헌재 2006.5.25. 2005헌라4.
 헌재 2006.8.31. 2003헌라1
 헌재 2007.3.29. 2006헌라7.
 헌재 2008.3.27. 2006헌라1.
 헌재 2008.5.29. 2005헌라3.
 헌재 2008.6.26. 2005헌라7.
 헌재 2009.5.28. 2006헌라6.
 헌재 2010.10.28. 2007헌라4.
 헌재 2010.12.28. 2009헌라2.
 헌재 2010.6.24. 2005헌라9, 2007헌라1·2(병합).
 헌재 2011.8.30. 2011헌라1.
 헌재 2011.8.30. 2010헌라4.

Franz-Ludwig Knemeyer, (1983), Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeindes und Landkreise, Albert von Multius(Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Heidelberg.

Schlaich·Korioth, (2007), Das Bundesverfassungsgericht(7. Aufl), C. H. Beck.

Martin Shapiro·Rocco J. Tresolini, (1983), American Constitutional Law, New York.

