

지방법회 의사절차에 대한 사법심사의 필요성과 입법방안*

성재열**

【목 차】

I. 머리말	
II. 지방의원 권한 침해 관련 분쟁 사례	4. 비교법적 검토 5. 소결
1. 현재 2009헌라11 사건	
2. 행정소송 사건	
3. 그 밖에 사건	
4. 소결	
III. 지방의회 의사절차에 대한 사법심사의 필요성	IV. 지방의회 의사절차에 대한 사법심사 방안
1. 오늘날 지방의회의 의의와 기능	1. 개관
2. 민주적 절차의 확립과 소수자 보호의 필요성	2. 권한쟁의심판에 따른 해결 가부
3. 국회 의사절차와의 비교	3. 항고소송에 따른 해결 가부
	4. 당사자소송에 따른 해결 가부
	5. 기관소송 법정주의 완화에 따른 해결 가부
	6. 개별 소송제도의 도입방안
	V. 맺음말

【국 문 요 약】

지방의회는 헌법에 따라 반드시 설치하여야 하는 헌 기관이고, 지방의회의 모든 기능은 민주주의의 대원칙 하에서 작동되어야 한다. 특히 오늘날 지방자치 제도의 발전과 더불어 지방의회의 기능과 역할도 점차 중요해지고 있는 만큼, 지방의회 내부의 민주적 절차를 확보할 수 있는 방

* 존경하는 배병호 교수님과 사제의 인연을 맺은 것은 큰 기쁨이자 행운입니다. 학업과 변호사로서의 삶에 많은 가르침을 베풀어 주신 교수님께 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

이 글은 2023. 4. 22.자 성균관행정법학회·성균관대학교 법학연구원 공동학술대회에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것입니다. 다양한 관점에서 고견을 주신 박재현 교수님, 황의관 박사님, 이제희 교수님, 양은영 박사님께 감사드립니다.

** 법무법인(유한) 세종 변호사

안도 보다 구체적으로 마련되어야 할 것이다.

이 글에서는 지방의회 의원의 권한 침해 관련 분쟁 사례를 살펴보고, 지방의회 의사절차에 관한 사법심사의 필요성과 방안을 검토하였다. 현행법의 해석상 지방의회 의원의 권한 침해 문제는 권한쟁의심판, 항고소송, 당사자소송으로 해결하기 어렵다는 점에서, 관련 제도를 신설하는 방안이 문제의 해결에 가장 적합한 것으로 보고 구체적인 입법방안을 모색하였다.

국회의원의 당사자능력을 인정한 이래 축적된 권한쟁의심판의 역사와 성과를 적극 참고하여, 향후 지방의회 내부의 절차적 적법성을 확보하기 위한 다양한 논의가 더욱 활발하게 이루어지기를 기대한다.

I. 머리말

헌법은 총강에서 민주주의와 국민주권을 천명한 다음 국민의 권리와 의무에 관한 규정을 두고, 그 다음 장부터 국회, 정부 등 국가권력에 관한 사항을 규정하고 있다. 이 구조는 민주주의가 국가의 최고 가치라는 점, 국민의 권리와 의무가 국가권력에 관한 사항보다 우선되어야 한다는 점을 반영한 것이다. 따라서 모든 헌법기관이 민주주의를 중심으로 한 헌법적 질서를 실현하는 방향으로 운영되어야 한다는 것은 헌법 자체에서 도출되는 당연한 가치이다.

지방의회는 헌법에 따라 반드시 설치하여야 하는 기관이자 오늘날 그 기능과 역할이 더욱 강조되고 있는 민주주의의 중요한 구성요소인 만큼, 다수결에 의한 의사결정의 결과뿐만 아니라 의사결정의 과정도 민주주의의 대원칙에 부합하는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 그런데 국회 내부에서 국회의원의 권한이 침해되었을 때 권한쟁의심판이 가능한 것과 달리, 지방의회 내부에서 지방의원¹⁾의 권한이 침해되었을 때에는 이를 다룰 마땅한 수단이 없는 상황이다.

이 글에서는 이러한 상황과 관련하여 먼저 헌법재판소, 법원의 관례와

1) 이하 지방의회의 의원을 '지방의원', 지방의회의 의장을 '지방의장', 지방자치단체의 장은 '단체장'으로 약칭한다.

언론보도를 통해 확인되는 지방의원의 권한침해 관련 분쟁의 문제점을 검토하고(Ⅱ), 지방의회 의사절차에 대한 사법심사의 필요성과(Ⅲ), 그 구체적인 방안(Ⅳ)을 차례로 살펴본다.

Ⅱ. 지방의원 권한 침해 관련 분쟁 사례

1. 현재 2009헌라11 사건

가. 사건의 개요

이 사건은 안산시의회 기획재정위원회에서 특정 의안에 대하여 찬성 4표, 반대 3표로 의안을 가결하였으나, 당시 찬성한 위원 중 1명이 지방공사 임원을 겸직하고 있었던 사건이다. 지방의원이 지방공사 임원에 취임한 경우 의결권이 박탈되므로,²⁾ 위 의결은 실제로는 가결 3표, 반대 3표로 부결 처리되어야 하는 것이었다. 이를 이유로 본회의에서 위 의안의 처리에 대하여 이의를 표시한 의원이 있었는데, 의장은 이의가 있음에도 불구하고 표결절차 없이 가결 선포하였다. 이에 안산시의회 의원 9명이 안산시의회 의장을 상대로 심의·표결권 침해를 이유로 해당 의안 가결·선포행위의 무효확인을 구하는 권한쟁의심판을 청구하였다.

나. 검토

헌법재판소는 국회 상임위원회 내부에서 발생한 권한분쟁에 관한 권한쟁의심판에서 상임위원장의 당사자능력과 피청구인적격을 인정한다. 나아가 헌법재판소는 상임위원장이 다수결원리, 의사공개 원칙 등을 위반하여 소수당 소속 상임위원회 위원의 심의·표결권을 침해한 경우 그 권한침해를 확인하고 있다.³⁾

지방자치단체의 경우에도 상임위원회의 설치에 관한 법적 근거가 존재하는 점(지방자치법 제64조), 오늘날 지방의회에서도 상임위원회가 설치되어 있는 경우에는 국회와 유사하게 이른바 위원회중심주의에 따라 운

2) 지방의원이 지방공사 임원을 겸직할 경우 구 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제5호에 따라 당연퇴직 대상이 된다.

3) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌라7 결정.

영되고 있는 점⁴⁾에 비추어 보면, 지방의원의 상임위원회에서의 심의·표결권은 본회의에서의 심의·표결권과 마찬가지로 의원으로서의 법적 권한에 해당한다고 볼 수 있다.

위 사안의 경우, 상임위원회 단계에서는 표결에 참여할 수 없는 사람이 참여함으로써 위원회의 의사가 왜곡되었고, 본회의에서는 이의에도 불구하고 표결 없이 가결 선포되었기 때문에 지방의원의 심의·표결권이 침해되었다고 볼 수 있는 사안이었다.⁵⁾

그러나 헌법재판소는, 지방의원과 지방의장은 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다는 이유로 위 청구를 각하하였다.⁶⁾

2. 행정소송 사건

가. 대전지방법원 2002구합471 사건

1) 사건의 개요

이 사건은 천안시의회 시의원들이 천안시의회를 상대로 지방의회결의 무효확인을 구한 사건이다.

이 사건 원고들의 주장에 따르면, 시의회에서 의안을 의결하기에 앞서 의장에 대한 불신임안이 제출되었음에도 의장이 그에 대한 의결 없이 계속 회의를 주재하였고, 투표 방법이 확정되지 않은 상태에서 일방적으로 표결을 진행하였으며, 일부 의원은 호명하지 않아 표결권을 형해화하였다. 나아가 의장이 선행 안건에 대한 표결 결과를 확인하지 않은 상태에서 다른 안건을 상정하였고, 법정 회기가 종료한 자정이 넘어선 시각에 별도의 절차없이 표결을 강행하거나 그 결과를 선포하였으며, 명시적인 이의가 있음에도 불구하고 이의가 없다고 선포하였다.

-
- 4) 행정안전부, 지방의회 운영 가이드북(2012), 162면; 이청수, 지방의회론(개정2판), 백산출판사(2023), 219면. 상임위원회가 설치되어 있지 않은 경우 안건의 심사를 위해 특별위원회를 구성하기도 한다.
- 5) 당시 재판관 2인의 반대이견도, 본회의에서 표결 없이 의안을 가결·선포한 행위는 지방의원의 심의·표결권을 침해한 것이라고 보았다.
- 6) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2009헌라11 결정.

2) 검토

이 사건 원고들의 주장대로라면, 해당 의안의 의결 방식은 의장에 대한 불신임안에 대하여 표결할 권리를 침해한 것이고, 특히 당시의 회의록⁷⁾을 보더라도 의안에 대한 표결 과정에서 상당한 혼란이 있어 구체적인 사실관계에 따라서는 참석한 의원들의 심의·표결권을 침해한 것으로 볼 여지가 있었다.

그러나 위 사건의 재판부는, 지방의회 의결이 의원 개개인의 권리와 직결되는 것이 아닌 이상 소속의원이 의결절차의 하자를 내세워 항고소송으로 다룰 여지는 없다는 점을 들어 위 소를 각하하였다.⁸⁾

나. 창원지방법원 2013구합1278 사건

1) 사건의 개요

이 사건은 창원시의회의원 2명이 ‘창원시장’을 상대로 조례무효확인을 구한 사건이다.

이 사건 원고들의 주장에 따르면, 조례안 의결 과정에서 창원시의회의장이 정회 선포 후 정회된 본회의를 재개한다는 선포를 하지도 않고 의사에 관한 발언을 한 후 의결을 실시하였고, 의장이 의결에 관하여 이의 유무를 물었을 때 이의가 있다고 말한 의원이 있었으므로 표결을 해야 할 상황이었음에도 표결절차 없이 조례안 가결을 선포하였다. 또한 일부 의원이 위 조례안에 대한 수정동의안을 발의하였음에도 의장이 이를 묵살하였고, 조례안 가결 당시 본회의장에 출석한 의원이 재적의원 과반수에 미치지 못하였음에도 조례안을 가결하였다.

2) 검토

당시의 창원시의회 회의규칙(2019. 1. 24. 경상남도창원시규칙 제17호로 일부개정되기 전의 것) 제48조⁹⁾ 제3항에 따르면, 의장은 본회의에서

7) 천안시의회 제57회 제8차 본회의(2001. 12. 21.) 회의록.

8) 대전지방법원 2002. 11. 27. 선고 2002구합471 판결(확정).

9) 창원시의회 회의규칙(2019. 1. 24. 경상남도창원시규칙 제17호로 일부개정되기 전의 것) 제48조(표결방법) ① 표결할 때에는 전자투표기기를 이용하여 가부를 결정한다.

② 의장의 제의 또는 의원의 동의로 본회의의 의결이 있을 때에는 거수·기립 또는 기명·무기명 투표로 표결한다.

안건에 대하여 이의가 없다면 가결되었음을 선포할 수 있으나, 이의가 있을 때에는 표결을 진행하여야 한다. 이는 현행 국회법 제112조 제3항¹⁰⁾과 동일한 규정으로서, 이의가 있음에도 회의규칙을 준수하지 않고 가결을 선포할 경우에는 의원의 표결권을 침해한 것이 된다.¹¹⁾ 따라서 이 사건 원고들의 주장이 사실이라면, 이 사건은 지방의원의 권한이 침해된 사례에 해당한다.

그러나 위 사건의 재판부는 지방의원에 대한 표결권 침해를 두고 항고 소송 대상이 되는 처분이라고 볼 수는 없다는 이유로 위 소를 각하하였다.¹²⁾

다. 대전지방법원 2016구합104295 사건

1) 사건의 개요

공주시의회에서 전반기 의장직을 수행한 원고가 후반기 의장단 선거에도 의장후보로 등록하였는데, 공주시의회 본회의에서 2016. 7.경 의장 선출의 건을 진행하여 다른 후보자 C를 새로운 의장으로, D를 부의장으로 선출하고, 이어서 C가 진행한 본회의에서 행정복지위원장, 의회운영위원장, 산업건설위원장을 선출하였다. 이에 원고는 공주시의회를 상대로 의장, 부의장, 각 상임위원장을 선출한 결의의 무효확인을 구하였다.

③ 의장은 안건에 대한 이의 유무를 물어서 이의가 없다고 인정할 때에는 가결되었음을 선포할 수 있다. 그러나 이의가 있을 때에는 제1항 또는 제2항의 방법으로 표결하여야 한다.

④ 의회에서 실시하는 각종 선거는 법령에 특별한 규정이 없는 한 무기명 투표로 한다.

10) 국회법 제112조(표결방법) ③ 의장은 안건에 대하여 이의가 있는지 물어서 이의가 없다고 인정할 때에는 가결되었음을 선포할 수 있다. 다만, 이의가 있을 때에는 제1항이나 제2항의 방법으로 표결하여야 한다.

11) 헌법재판소 2000. 2. 24. 99헌라1 결정의 반대의견도, 국회의장이 본회의에서 이의 유무를 물었을 때 일부 국회의원이 이의가 있다는 취지의 의사를 표명한 사실을 인정하기에 충분하며, 이 경우 국회법 제112조 제3항에 따라 표결을 하였어야 함에도 표결 없이 가결을 선포한 것은 국회의원의 표결권을 침해한 것이라고 보았다. 다만 이 결정의 다수의견은, 회의록의 내용에 비추어 일부 국회의원이 이의를 표시한 사실을 인정할 수 있는 증거가 없다는 이유로 해당 청구를 기각하였다.

12) 창원지방법원 2013. 9. 3. 선고 2013구합1278 판결(확정).

2) 검토

이 사건은 결론적으로 의결절차의 하자를 이유로 원고가 구한 모든 청구가 인용되었고, 제1심 판결이 그대로 확정되었다.¹³⁾

판결의 결론에 비추어 해당 의결절차에 상당한 위법이 있었음을 확인할 수 있다. 다만, 지방의회의 의장 선출 결의를 행정처분으로 보고 원고가 그 의장선출 의결에 관한 경원자로서 원고적격이 있다고 구성할 수는 있겠으나, 원고가 부의장, 상임위원장의 선출에 대하여까지 항고소송으로 다투는 것이 인정될 수 있는 방식인지 의문이 남는다. 이에 관하여는 아래의 IV. 3.에서 다시 살펴본다.

3. 그 밖에 사건

가. 성남시의회 조례 효력정지 가처분 신청 사건(2013년)

성남시의회에서 2013. 2. 28. 통과된 조례안에 대하여, 성남시의원 15명이 의결절차의 위법을 주장하며 성남시장을 상대로 조례 효력정지 가처분을 신청한 사건이 있었다. 이에 대하여 재판부는, “시의회 권한인 조례 의결의 경우 시장의 업무 권한이 아니기에 행정소송 대상이 될 수 없고, 같은 종류의 업무를 수행하는 기관간 분쟁에 대해 신청하는 권한쟁의 대상에도 해당되지 않아 민사적으로 다투는 것 역시 허용될 수 없다”고 판시하고 신청을 각하하였다.¹⁴⁾

나. 대전광역시의회 조례안 부결 사건(2021년, 2022년)

언론에 보도된 대전지역 시민단체의 논평에 따르면, 대전광역시의회 운영위원회에서는 2021. 7. 7. ‘대전광역시의회 시민의견 수렴 조례안’을

13) 대전지방법원 2017. 4. 19. 선고 2016구합104295 판결(확정). 이 사건 판결의 주문은 다음과 같다.

1. 피고의 다음 각 결의는 무효임을 확인한다.

가. 2016. 7. 1. C 의원을 피고의 의장으로, D 의원을 피고의 부의장으로 각 선출한 결의

나. 2016. 7. 4. E 의원을 피고의 행정복지위원장으로, F 의원을 피고의 의회운영위원장으로, G 의원을 피고의 산업건설위원장으로 각 선출한 결의

2. 소송비용은 피고가 부담한다.

3. 제1항에 기재된 각 결의의 효력을 이 사건의 항소심판결 선고 시까지 정지한다.

14) “법원, 성남시의회 새누리당 시장 상대 민사소송 각하”, 뉴시스(2013. 6. 20.)

공식 회의장이 아닌 사전 간담회에서 제안된 무기명 투표를 통해 부결시킨 바 있다.

또한 대전광역시의회 복지환경위원회에서도 2022. 9. 15. ‘대전광역시 출산장려 및 양육 지원에 관한 조례 일부개정조례안’을 부결 선포하는 과정에서, 위원장이 정회를 선포한 뒤 공식적인 표결절차 없이 위원 간 간담회를 가진 후 즉각 부결을 선언하였다. 위 시민단체는 이러한 안전처리방식에 대하여 의사공개원칙 등에 위반된 위법한 것이라고 평하였다.¹⁵⁾

4. 소결

앞에서 살펴본 여러 사건은 모두 지방의회에서 절차를 위반함으로써 지방의원이 회의에 출석하거나 토론할 권한 등의 침해 여부가 문제되거나, 지방의회의 의사가 왜곡된 사안이다.

이와 같이 지방의회의 의사절차와 관련된 위법성 시비는 지속적으로 발생하고 있고, 앞으로 지방의회의 역할이 증대됨에 따라 더 많이 발생할 것으로 예상된다. 지방의원들은 권한쟁의심판, 항고소송, 민사 가처분 등 다양한 방법을 시도해 보았으나, 대부분 본안 판단을 받지 못하고 각하되었다. 이에 최근에는 심의·표결권 등 권한의 침해를 당하였다고 주장하는 측에서 언론을 통해 이러한 점을 호소하거나, 내부에서 보이콧 등을 통하여 대응함으로써 지방의회 운영상 파행이 발생하기도 하는 실정이다.

Ⅲ. 지방의회 의사절차에 대한 사법심사의 필요성

1. 오늘날 지방의회의 의의와 기능

오늘날 지방자치제도는 지방자치행정의 민주성, 능률성을 높이고 지역 균형발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 자유민주적 통치기구의 중요한 조직원리로 이해되고 있다.¹⁶⁾ 또한 이른바 대화민주주의, 다원민주주의

15) "대전참여연대 '대전시의회, 조례안 부결 절차·원칙 무시'", 디트뉴스24(2022. 9. 22.)

의 개념에 따라 국가의 형식화된 민주주의보다 지방자치단체에서의 의사형성 과정이 더욱 중요하다는 견해도 대두하고 있다.¹⁷⁾ 헌법재판소도 지방자치는 지역주민에게 국가적 차원에서 제공되지 않는 구체적 정치참여 가능성을 제공하며, 의사형성 단위의 분화를 통해 구성원의 민주적 참여 및 정치적 영향력 증대 등의 순기능을 할 수 있다고 판시함으로써 지방의회의 역할을 강조한 바 있다.¹⁸⁾

특히 2013년 제정된 ‘지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법’, 2021년부터 시행된 ‘중앙행정권한 및 사무 등의 지방 일괄 이양을 위한 물가안정에 관한 법률 등 46개 법률 일부개정을 위한 법률’ 등의 입법동향은 그동안 지방자치의 영역이 확대되어 왔고 앞으로도 확대될 것임을 의미한다.¹⁹⁾

지방의회와 관련하여서도, 지방자치법에 교섭단체의 근거규정이 마련되어 2023. 9. 22. 시행을 앞두고 있고(지방자치법 제63조의2), 나아가 지방의회법을 독립적으로 제정하려는 움직임도 더욱 활발해지고 있다.²⁰⁾

이와 같은 지방의회법 제정 논의는 지방분권 시대에 발맞춘 지방의회의 독립성 강화와 위상 확립 측면에서도 그 당위성을 찾을 수 있다.²¹⁾ 그리고 이러한 지방자치제도의 발전과 지방분권의 흐름에 비추어 보면, 지방의회의 역할은 앞으로도 더욱 커지고 중요해질 것으로 예상된다.

2. 민주적 절차의 확립과 소수자 보호의 필요성

헌법기관인 지방의회의 모든 기능이 법치주의와 민주주의원리 하에서

16) 허영, 한국헌법론(전정19판), 박영사(2023), 904면.

17) 장영철, 헌법학, 박영사(2022), 725면.

18) 헌법재판소 2019. 8. 29. 선고 2018헌마129 결정.

19) 배병호, “지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도에 관한 입법평가”, 성균관법학 제32권 제1호(2020. 3.), 217면.

20) 지방의회에 관한 독립적인 법률인 지방의회법 제정안은 20대 국회에 1건[전현의 의원 대표발의, “지방의회법안”, 2011842(2018. 2. 8.)], 21대 국회에 3건[“지방의회법안”, 2105424(2020. 11. 17.), 서영교의원 대표발의, “지방의회법안”, 2112100(2021. 8. 18.), 이원욱의원 대표발의, “지방의회법안”, 2114151(2021. 12. 29.)]이 발의되었다.

21) 성중탁, “지방분권강화를 위한 가칭 ‘지방의회법’ 제정 방향”, 공법학연구 제24권 제1호(2023. 2.), 100면.

작동되어야 한다는 점에는 이견이 없을 것이다.

오늘날의 민주주의는 민주적인 절차가 전제되지 않고는 존립할 수 없다.²²⁾ 이러한 민주적 절차의 중요성에 비추어 보면, 지방의회의 기능과 역할이 나날이 강조되고 있는 만큼 지방의회 내부의 절차적 적법성을 제고할 필요도 그만큼 커진 것이라고 볼 수 있다. 특히 앞으로 지방의회법을 제정한다면 지방의회의 권한 강화에 상응하는 의회의 책임성과 윤리성도 강화하여야 할 것이고,²³⁾ 그 일환으로 지방의회 내부의 의사절차도 이러한 지방의회의 역할 확대와 지방자치에 대한 주민의 기대수준에 부합하는 방향으로 정립할 필요가 있다.

그런데 다수당과 소수당이 대립하는 의회의 특성상, 소수파의 권한침해에 대한 법적 구제수단이 없다면 다수당으로 하여금 절차를 무시하면 서라도 원하는 결과만을 달성하려는 유인으로 작용할 수 있고, 이는 앞서 본 대로 소수파의 보이콧 등 장외 투쟁을 촉발하는 요인이 될 수도 있다.

실제로 권한침해 문제가 지속적으로 불거지고 있는 지방의회의 현실을 민주적인 절차의 가치와 중요성에 투영하여 보건대, 지방의회 내부의 질서 확립을 통한 민주주의 실현을 위해서는 지방의회 내부의 권한분쟁도 중립적인 제3자의 판단이 가능한 재판을 통하여 해결할 필요가 있다.²⁴⁾

3. 국회 의사절차와의 비교

종래 헌법재판소는 국회의원 개인이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 해석하였으나, 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 96헌라2 결정을 통해 견해를 변경하고 국회의원 개인이 모두 헌법 제111조 제1항 제4호²⁵⁾

22) 이황희, “헌법재판과 대의민주주의 : 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성”, 성균관법학 제34권 제4호(2022. 12.), 8면.

23) 성중탁, 위의 글, 107면.

24) 지방의원이 의사진행 과정에서 권한을 침해받은 경우 지방의장 등을 상대로 소송을 통해 다룰 수 있도록 하는 것이 기관 상호간 법치주의 실현, 기관의 책임의식 강화 등을 위하여 필요함을 강조하는 선행연구로, 정하중, 최근 행정관례에 있어서 몇 가지 쟁점에 대한 소고, 행정법학 제6호(2014. 3.), 32, 33면; 남북현, “기관소송과 권한쟁의심판의 관계”, 공법연구 제47집 제3호(2019. 2.), 38면.

소정의 “국가기관”에 해당한다고 보았다.

이후 약 25년 간 국회의 의사절차는 권한쟁의심판 제도와 함께 성장하였다고 하여도 과언이 아니다. 헌법재판소는 국회의 의결 자체가 무효에 해당한다는 판단은 자제하고 있으나, 개별 사건별로 청구인에 대한 권한침해 여부를 적극 확인함으로써 국회 내 소수파의 권한을 보호하는 데에 기여하였다. 이와 같이 헌법재판소라는 제3의 심판자가 있는 것은 국회 내에서 권한을 침해받았다고 주장하는 소수파 국회의원으로 하여금 권한침해를 인정받기 위해 원내에서 법적 방법이 아닌 방식으로 무조건적인 투쟁을 하기보다는, 헌법재판을 통해 권한침해를 확인하기로 하고 다른 현안에 대해서는 협조하는 동기를 부여하여 주는 측면도 있다.

의회 내부의 분쟁을 사법적 판단을 통해 해결하는 것이 정치의 지나친 사법화를 초래할 수 있다는 반론이 있을 수 있겠지만, 의회의 의사절차는 정치의 장이기 이전에 법치의 장이어야 하며, 이러한 가치는 국회에서나 지방의회서이나 동일하게 실현되어야 한다. 따라서 지방의회의 의사절차와 관련하여서도 국회의 권한쟁의심판과 유사한 방식으로 권한침해에 관한 다툼을 해결할 수 있는 재판절차를 마련할 필요가 있다.

4. 비교법적 검토

가. 독일의 경우

독일에서는 지방자치단체의 조직에 관한 분쟁으로서의 이른바 기관소송(Kommunalverfassungsstreit)이 판례와 학설에 의하여 인정되고 있다.²⁶⁾

본래 독일의 행정법원법(VwGO)에 따른 취소소송이나 의무이행소송과

25) 헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판

26) Engels/Krausnick, Kommunalrecht(2. Aufl.), Nomos(2020), S. 209; Thorsten Ingo Schmidt, Kommunalrecht, Mohr Siebeck(2014), S. 177. 신봉기, “기관소송”, 법학논고 제24권, 경북대학교 법학연구소(2006. 6.), 463, 464면에서는, 독일에서 우리의 기관소송에 대응하는 명칭은 찾기 어려우며, 편의상 권한쟁의 및 연방쟁송과 구분하여 권한쟁송의 하나로서 ‘이른바 기관소송’(Kommunalverfassungsstreit)이 인정되고 있다고 설명한다.

같은 소송은 행정행위를 대상으로 하는데, 이러한 행정행위는 본질적으로 외부적 효력이라는 요소를 전제한다. 이에 따라 원고적격도 원고 자신의 주관적 권리가 침해되었다고 주장하는 경우를 전제하는 만큼, 전통적인 시각에 따르면 기관 내부의 문제에 대하여 행정법원법에 따른 소송을 적용하는 것에 의문이 따르게 된다. 기관 내부의 법적 문제는 그것이 주관적 권리의 문제인지 아니면 객관적인 권한에만 영향을 미치는 문제인지 모호한 측면이 있기 때문이다.²⁷⁾

관례와 학설은 이러한 의문을 극복하는 방향으로 전개되었다. 오늘날 독일에서는 외부적 분쟁이 아닌 지방자치단체 내부의 법적 분쟁이라도 행정법원을 통해 법적 보호를 받을 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 명시적으로 관할이 달리 정해진 것이 아니라면 모든 비헌법적 공법분쟁에 대한 소 제기가 가능하다는 행정법원법 제40조 제1항에 따라, 서로 다른 기관 간의 법적 분쟁(소위 기관 간 분쟁, Interorganstreit)뿐만 아니라 개별 기관 내의 법적 분쟁(소위 기관 내 분쟁, Intraorganstreit)도 근본적으로 가능하다는 것이다. 이는 종래 지방자치단체 내부 문제에 사법이 관여하지 않는다는 이른바 불침투이론(Impermeabilitätstheorie)에서, 기관 내부의 사항도 법적 성격을 가질 수 있고 분쟁에 대한 사법적 보호가 필요하다는 인식으로 발전한 것이다.²⁸⁾

이러한 기관소송은 지방자치단체의 기관(Organ) 또는 부분기관(Organ teil)이 기관 또는 부분기관으로서 부여받은 권한의 행사 내지 그 침해에 관하여 다투는 것을 특징으로 한다.²⁹⁾ 이 중 지방의원이 소송을 통해 주장할 수 있는 권한은 법령에서 도출되는 권한으로서, 의안에 대한 심의·표결권, 회의의 공개 요구권 등을 포함한다.³⁰⁾

27) Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht(4. Aufl.), Nomos(2019), S. 340.

28) Engels/Krausnick, a.a.O., S. 206; Klaus Lange, Kommunalrecht(2. Aufl.), Mohr Siebeck(2019), S. 673; Martin Burgi, Kommunalrecht(6. Aufl.), C.H.BECK(2019), S. 200 f; Max-Emanuel Geis, Kommunalrecht(6. Aufl.), C.H.BECK(2023), S. 287 f.

29) Kues/Baumeister, Allgemeines Verwaltungsrecht(7. Aufl.), Jura Intensiv(2021), S. 43 f.

30) Thorsten Ingo Schmidt, a.a.O., S. 180; Gern/Brüning, a.a.O., S. 344 ff.

우리나라에서는 그동안 기관소송법정주의로 인하여 기관소송이 극히 제한된 영역에서만 인정되고 있는 것에 대한 비판적 관점에서, 독일의 위와 같은 기관소송의 경향이 고찰의 대상으로서 비중 있게 거론되어 왔다.³¹⁾

나. 일본의 경우

일본 행정사건소송법 제42조는 ‘민중소송 및 기관소송은 법률에서 정하는 경우에 법률에서 정하는 자에 한하여 제기할 수 있다’고 함으로써 우리나라와 동일하게 기관소송 법정주의를 취하고 있다. 다만, 일본에서는 헌법재판소가 없다는 점에서 우리나라와 차이가 있다.

우리나라의 행정소송법 제45조³²⁾에 영향을 준 일본 행정사건소송법 제42조의 도입배경에는, 항고소송 등은 헌법적으로 당연히 요청되는 ‘법률상 쟁송’인 반면, 기관분쟁은 국민의 이익과 직접 관련되지 않아 법률상 쟁송에 해당하지 않으며 따라서 법원의 관할에 속하지는 않는다는 인식이 자리잡고 있었다. 기관 상호간의 다툼은 상급기관에 의하여 해결하면 되고, 본래 국가나 지방공공단체 내부에서는 법이 존재하지 않는 것이지만, 기관의 적법한 권한행사 확보 내지 기관 상호간 대립 해결을 위해 입법정책적으로 특별히 정한 경우에만 법원의 관여를 인정한다는 것이다.³³⁾

아직까지 일본 지방자치법상 지방의회 내부에서 지방의원의 권한침해를 다투는 유형의 소송이 도입되지는 않았으나, 지방의장의 폐회선언이 유효하다고 판시한 판례 등 지방의회의 내부조치에 대한 사법심사의 가

31) 정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격 : 특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여”, 저스티스 제140호(2014. 2.), 344면 이하; 정하중, “지방자치단체 기관상호간의 분쟁에 대한 행정소송”, 안암법학 제7호(1998. 8.), 70면; 정해영, “국가인권위원회의 독립성 보장을 위한 기관소송”, 동아법학 제8권 제1호(2014. 5.), 23면 이하; 한명진, “행정기관의 당사자능력 및 원고적격에 관한 검토 : 독일의 지방자치단체 영역에서의 기관소송을 중심으로”, 공법연구 제46집 제1호(2017. 10), 276면 이하.

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

33) 中原茂樹, 基本 行政法(第3版), 日本評論社(2018), 281, 282頁; 芝池義一, 行政救濟法, 有斐閣(2022), 29頁.

능성을 암시하는 판례가 선고되기도 하였다.³⁴⁾ 또한 과거 일본에서 지방자치단체가 통치기구라기보다는 지역공동체로서의 일종으로 취급되었다면, 오늘날에는 국가와 나란히 통치주체에 해당한다고 받아들여지고 있다.³⁵⁾ 같은 맥락에서 과거에는 국가와 지방자치단체의 관계를 상하관계 및 행정주체 내부의 관계로 보았다면, 오늘날에는 대등한 법주체 및 사법적 판단이 필요한 관계로 인식되고 있다.³⁶⁾ 나아가 기관소송 법정주의가 행정조직의 일체성을 너무 강조하고 있다는 비판적 시각에서, 기관소송에는 법률의 특별한 근거 없이 인정되는 소송이 포함될 수 있으며, 그 구체적인 해석론으로 ‘공권력의 행사’, ‘법률상의 이익’을 확장해석하여 무명항고소송, 당사자소송을 활용하는 방안을 모색하는 이론적 시도도 전개되고 있다.³⁷⁾

또한 일본에서는 그동안 지방분권개혁을 단행하여 공해, 환경행정, 토지이용, 도시계획 등의 영역에서 지방으로 사무를 배분하고, 지금도 개혁의 노력을 계속하고 있는데,³⁸⁾ 이러한 지방분권개혁의 흐름은 헌법의 해석을 지방분권적으로 재편하고, 지방의회의 위상도 과거와 다르게 파악할 수 있게 하는 요소로 이해되고 있다.³⁹⁾ 지방의회의 자율권에 관하여

34) 最判昭和33年2月4日 民集12卷2号119頁. 다만 이는 선거관리위원장·부위원장의 징계면직 처분의 위법성이 다투어진 사건에서 그 전제문제에 관한 판시로서, 기관력이 미치는 소송물 자체에 대한 판단은 아니었다.

35) 人見剛, “地方議會による所属議員に対する出席停止の懲罰議決の司法審査について”, 早稻田法學 第95卷 第3号(2020. 3.), 649, 650頁. 최고재판소도 지방자치단체에 대하여 “국가의 통치기구의 불가결한 요소”라고 하였다(最判平成7年2月28日 民集49卷2号639頁).

36) 茂木洋平, “行政主体間の争訟の「法律上の争訟」該当性”, 桐蔭法學 第26卷 第1号(2019. 9.), 12, 13頁.

37) 西上治, “法律上の特別の根拠なき機関訴訟の基礎づけ”, 行政法の基礎理論 : 複眼的考察, 日本評論社(2023), 105-131頁. 특히 이 글에서는, 지방의회는 헌법기관이며, 주민의 직접 선거로 지방의원이 선출된다는 점에 비추어, 주민 대표인 지방의원이 의사절차 참여, 의결 참가 등 핵심적인 책무 수행이 위법하게 저해될 경우 주민자치의 원칙이 충분히 실현되지 않을 우려가 있으므로, 이러한 경우에는 지방의원에게 출소자격을 인정하고 주민자치의 원칙 등을 회복하도록 할 필요가 있다고 한다. 同論文, 119, 120頁.

38) 배병호, “일본의 지방분권개혁입법에 관한 연구”, 입법학연구 제15집 제2호(2018. 8.), 14-31면

39) 예를 들어, 과거 지방의회가 해당 지방자치단체 내부기관으로 인식되었다면 오늘날에는 단체장과 더불어 이원 대표기관으로서의 위상이 강조되고 있고, 지방자치 제도에 대한 이

도, 과거에는 사법심사가 미치지 않는다는 것이 자율권의 본질이라고 인식되어 왔으나, 지방의회 내부 문제에 사법심사가 미치더라도 지방의회에 자율권이 없다고 할 수 없으며 오히려 사법심사는 자율권의 적절한 행사를 촉구하는 측면이 있다는 관점이 부상하고 있다.⁴⁰⁾

이와 같이 일본의 경우 기관소송법정주의를 채택하고 있고 현행법상 지방의원의 권한침해를 다룰 수 없는 사정이 우리와 유사하나, 지방자치의 발전, 지방의회의 기능 강화와 더불어 지방의회 내부 문제에 대한 사법심사에 관하여 긍정적인 방향의 논의가 진전되고 있다는 점에서 참고점이 있다.

5. 소결

앞서 본 오늘날 지방의회의 의의와 기능 및 지방의회와 같은 행정 내부의 문제도 사법심사의 대상이 될 수 있다는 인식의 변화 등에 비추어 보면, 지방의원의 권한침해가 발생할 경우 이를 지방의회 내부에만 맡겨 두는 것은 시대의 요구에 부합한다고 보기 어렵다.

이러한 국내외의 사정을 종합하여 볼 때, 지방의회에서의 민주적 절차 확립을 위하여 지방의원의 권한침해 사건에 대한 사법심사의 방안을 적극 모색할 필요가 있다.

론적 전개는 헌법적 보장이 확실하게 반영될 수 있는 방향으로 나아가야 하며, 그 일환으로 지방의회 내부에서 의원 상호 간 필요하고 충분한 토의 내지 토론이 확보되어야 함을 강조하는 견해로, 妹尾克敏, “「自治体議會」の法的位相”, 松山大学論集 第34卷 第4号(2019. 10.), 154-172頁.

40) 그 연장선상에서, 국회의 법원리를 지방의회에 그대로 가져오는 것은 어렵고, 행정조직법이라는 범주로 지방의회를 포섭해 나가는 것도 어려우므로, 지방의회법의 제정을 모색해 나가야 하며, 지방의회법에 어떤 내용을 담을지가 과제라는 견해로, 駒林良則, “地方議會：法的展開と今後”, 立命館法学 第393-394号(2021. 3.), 936, 937頁.

IV. 지방의회 의사절차에 대한 사법심사 방안

1. 개관

앞서 본 바와 같이 여러 지방의회에서 지방의원의 심의·표결권 침해 여부가 다투어지고 있고, 이를 근본적으로 해결할 수 있는 법적 장치가 필요하다. 그 구체적인 방안으로 권한쟁의심판, 항고소송, 당사자소송 및 기관소송 법정주의 완화에 따른 해결 가능성을 살펴보고, 개별 소송제도의 도입 방안을 검토한다.

2. 권한쟁의심판에 따른 해결 가부

가. 쟁점

지방의원의 권한침해 문제를 권한쟁의심판으로 다룰 수 있도록 하기 위해서는, 먼저 지방의원과 지방의장이 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호의 ‘지방자치단체’에 해당하여야 한다. 이에 관한 쟁점은 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’을 열거된 것이 아닌 예시된 것으로 보는 헌법재판소의 판례와 동일하게, 동항 제3호의 ‘지방자치단체’도 예시된 것으로 보아 지방자치단체의 내부기관인 지방의회, 나아가 그 구성원인 의장, 의원까지 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정할 수 있는가로 좁혀진다.⁴¹⁾

나. 학설과 판례

긍정설은 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 예시설에 따라 해석되는 이상 제3호를 달리 취급할 이유가 없고, 권한쟁의심판의 취지와 성질상 지방자치단체의 기관, 나아가 지방의원, 지방의장도 권한쟁의심판의 당사자로 인정되는 것이 타당하다고 한다.⁴²⁾ 긍정설에서는 특히 현재

41) 다만, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호에 관하여 예시설을 취한다고 하여 반드시 지방의장, 지방의원의 당사자능력을 인정하는 결론으로 이어지는 것이 아니다. 예를 들어, 예시설에 따라 지방자치단체의 ‘기관’인 ‘단체장’이나 ‘지방의회’가 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다는 견해로, 신평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사(2011), 539면.

42) 정종섭, 헌법소송법(제9판), 박영사(2019), 526면; 노희범, “지방자치관련 권한쟁의심판사건

2009헌라11 결정의 사안과 같은 경우 권한쟁의심판이 아니면 지방의원의 심의·표결권 침해를 다룰 수 있는 다른 방법이 없는 점, 지방의회도 헌법에 의하여 설치된 기관인 만큼 지방의원과 지방의장 간의 권한분쟁도 헌법기관 간 분쟁에 해당한다고 볼 수 있다는 점을 강조한다.

이러한 긍정설에 대해서는, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 국가에 관하여 ‘국가기관’이라고 명시하였으면서도 동항 제3호에서 지방자치단체에 관하여는 ‘기관’으로 명시하지 않은 점에서 양자는 차이가 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호의 지방자치단체에 그 내부기관까지 포함된다고 해석하는 것은 입헌·입법론으로서는 모르되 해석론으로서는 지나친 확장해석이 될 것이라는 반론이 있다.⁴³⁾ 특히 헌법 제111조 제1항 제4호가 권한쟁의심판의 대상을 지방자치단체 ‘상호간’으로 규정하고 있다는 점에서도, 동일한 지방자치단체 소속인 지방의원과 지방의장의 권한쟁의심판 당사자능력은 인정될 수 없다는 견해가 다수설이다.⁴⁴⁾

앞서 본 대로 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호의 “지방자치단체”를 예시된 것으로 볼 수 없다는 점 등을 이유로 지방의원, 지방의장의 권한쟁의심판 당사자능력을 부정한다.⁴⁵⁾

의 주요 쟁점”, 지방자치법연구 제11권 제3호(2011. 9.), 80면; 최성환, “지방자치단체의 권한쟁의심판 개선방안”, 법학논총 제31권 제2호, 국민대학교 법학연구소(2018. 10.), 231-239면; 손상식, “지방의회의 조례에 대한 사법적 통제방안”, 공법학연구 제21권 제4호(2020. 11.), 456-459면; 조성규, “지방자치권의 보장과 권한쟁의심판”, 지방자치법연구 제20권 제4호(2020. 12.), 179, 180면. 나아가 헌법재판소가 기존의 입장을 변경하여 예시설을 취하는 것이 해석론상 무리라면, 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제2조 제4호의 개정 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제4호의 신설을 통해 지방의원과 지방의장 사이의 권한쟁의를 네 번째 유형으로 도입하는 방안을 제안하는 견해로, 최성환, 같은 글, 239면.

43) 김하열, 헌법소송법(제4판), 박영사(2021), 635면; 방승주, 헌법강의 I, 박영사(2021), 678면.

44) 강경근, 일반헌법학(신판), 법문사(2018), 158, 159면; 김래영, 헌법소송법, 법문사(2021), 396면; 성중탁, 헌법재판법 강의, 경북대학교출판부(2023), 465면; 이동흡, 헌법소송법(제3판), 박영사(2022), 768면; 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사(2019), 1173면; 이효원, 헌법재판강의, 박영사(2022), 402면; 정연주, 헌법소송론(개정판), 법영사(2019), 273면; 허영, 헌법소송법론(제17판), 박영사(2023), 328면; 허완중, 헌법소송법, 박영사(2019), 638면.

45) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2009헌라11 결정.

다. 검토

지방의회 내부에서 지방의원의 심의·표결권이 침해될 경우 다른 구제 방안이 없다는 점에서 권한쟁의심판으로 다룰 수 있도록 하자는 긍정설의 취지에는 공감하나, 이러한 해석은 현행 헌법 및 법률 체계에 부합한다고 보기 어렵다.

특히 다수설이 지적하는 대로 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호와 제3호가 각 “국가기관”과 “지방자치단체”로 당사자를 다르게 규정하고 있는 점, 나아가 현행법상 인정되고 있는 지방자치단체 사이의 권한다툼을 헌법재판소로 하는 것이 적절하지 않다는 비판적인 시각이 많은 점⁴⁶⁾을 고려할 때, 헌법재판소법 제1호의 ‘국가기관’을 예시로 본다고 하여 반드시 제3호의 ‘지방자치단체’도 예시적인 것으로 보아 지방자치단체의 기관까지 당사자능력을 인정하여야 한다고 볼 것은 아니다.

또한 지방자치법에서 단체장과 지방의회 사이의 분쟁을 법원 관할의 소송 제도로 마련하여 두고 있는데, 동일한 지방자치단체에서 단체장과 지방의회 사이의 다툼은 ‘지방자치법’에 따라 대법원에서 판단을 받고, 그보다 더 내부성을 띠는 지방의원과 지방의장 사이의 다툼은 ‘헌법재판소법’에 따라 헌법재판소에서 판단받도록 하는 구조는 어색하다.

무엇보다 헌법재판소에서는 2009헌라11 결정 이후 지방자치단체 내부 문제는 권한쟁의의 대상이 될 수 없다는 입장을 더욱 분명하게 표명하고 있다.⁴⁷⁾ 다수설과 헌법재판소의 이러한 태도에 비추어 보면, 권한쟁의심

46) 지방자치단체 간의 분쟁은 대부분 법령적 차원에 그치고 수직적 권력분립과도 무관하다는 점 등에 비추어 이를 헌법재판소의 관할로 하는 것은 다소 문제가 있다는 취지의 견해로, 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사(2018), 526면; 김철수, 헌법학신론(제21전정신판) 박영사(2013), 1804, 1805면; 김학성, 헌법개론(제7판), 피앤씨미디어(2022), 669면; 이광윤, 일반행정법(전면개정판), 법문사(2012), 621면; 장영수, 헌법학(제14판), 홍문사(2022), 1316면. 다만 이에 대하여는, 지방자치제도의 헌법적 보장 취지 등에 비추어 지방자치법상 인정되고 있는 동일한 지방자치단체 내부의 단체장과 의회 간 소송도 권한쟁의심판의 대상이 되어야 한다는 상반된 시각도 존재한다[황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 헌법판례연구 제11권(2010. 2.), 211면].

47) 현재 2009헌라11 결정이 선고된 이후, 재판관 2인의 반대의견도 상당히 설득력이 있어 추후 판례변경도 기대할 수 있겠다는 평가도 있었다[신봉기, “2010년 지방자치법의 이슈와 대응”, 지방자치법연구 제11권 제1호(2011. 3.), 142면]. 그러나 헌법재판소는 교육감과 해당 지방자치단체 사이의 내부적 분쟁에 관한 권한쟁의심판청구(헌법재판소 2016. 6. 3

판을 통한 해결론은 현실적인 대안이 되기도 어렵다.⁴⁸⁾

3. 항고소송에 따른 해결 가부

가. 쟁점

지방의원의 권한침해 문제를 항고소송으로 해결하기 위해서는 지방의회 내지 의장, 상임위원장 등이 의사진행 과정에서 의원의 심의·표결권 등 권한을 침해한 행위가 행정청의 처분에 해당하여야 하고, 해당 지방의원에게 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익(행정소송법 제12조 전단)이 인정되어야 한다.⁴⁹⁾ 이러한 해석이 가능한지가 문제이다.

나. 학설과 판례

이와 관련하여, 기관 상호간의 문제는 행정청과 국민의 관계가 아니라 내부법관계로서 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 보기 어렵고, 따라서 기관 행위는 처분개념에 포섭되지 않아 항고소송 대상이 될 수 없다는 견해가 있다.⁵⁰⁾

이에 관한 대법원 판례는 존재하지 않고, 앞의 II. 2.에서 본 대로 하급심에서 확정된 여러 판례가 있다. 앞에서 본 하급심 판례 외에도 부천시의회 의원이자 해당 지방자치단체의 주민인 원고들이 단체장을 상대로 조례안 의결절차의 하자를 이유로 해당 조례의 무효확인을 구한 사건에

0. 선고 2014헌라1 결정), 거제시의회와 거제시장 간의 권한쟁의심판 청구 사건(헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2018헌라1 전원재판부 결정)에서 각 2009헌라11 결정을 참조판례로 기재하고, 반대의견 없이 재판관 전원일치로 청구를 각하하였다.

48) 조재현, “지방의회와 지방자치단체장 간의 견제와 균형의 원리”, 헌법재판연구 제6권 제2호(2019. 12.), 91면에서도 현재 2009헌라11 결정과 관련하여, 동일한 지방자치단체 기관 사이의 다툼을 권한쟁의심판으로 보지 않는 헌법재판소의 선례에 비추어 지방자치단체 내의 갈등은 이제 헌법재판소의 판단을 받기 어려운 구조임을 짚고 있다.

49) 이는 지방의회의 의장, 의원에 대한 징계 등 불이익처분이 항고소송 대상이 되는지 여부와는 논의의 대상이 다르다. 대법원은 지방의회 의원에 대한 제명 등 징계의결(대법원 1993. 11. 26. 선고 93누7341 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40616 판결), 의장에 대한 불신임의결(대법원 1994. 10. 11.자 94두23 결정), 의장 선임 의결(대법원 1995. 1. 12. 선고 94누2602 판결), 지방의회 의원 등은 지방의회가 행정청으로서 행한 행정처분의 일종으로서 항고소송의 대상이 된다고 보고 있다.

50) 정해영, 앞의 글, 38면.

서도, 재판부는 위와 같은 조례안 의결은 원고들의 법률상 이익을 침해하는 것으로 볼 수 없고 항고소송 대상 행정처분도 아니라는 이유로 소를 각하하였다.⁵¹⁾

다. 검토

항고소송의 객관소송적·공익소송적 성격이 강화되는 것이 세계적인 추세이며,⁵²⁾ 항고소송에는 주관소송만이 아닌 객관소송도 포함된다는 관점에서 위 사안이 항고소송의 대상이 될 수 있다는 이론 구성도 있을 수 있다. 앞서 본 공주시의회 의장선거 무효확인 등 사건에서도 판례는 “지방의회의원인 원고가 부의장과 상임위원장에 입후보한 자가 아니라고 하더라도 권한 없는 자에 의하여 부의장 및 상임위원장 선거가 진행되어 결국 원고의 의결권도 침해되었다고 주장하면서 이 사건 부의장 및 상임위원장 선출결의의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다”라고 함으로써 원고가 항고소송으로 해당 의결의 무효확인을 구할 법률상 이익을 인정한 바 있다.⁵³⁾

그러나 기관소송이 객관소송으로 분류되는 것은 이 유형의 분쟁이 국민의 기본권에 기인한 것이 아니기 때문인 점,⁵⁴⁾ 지방의장이나 상임위원장이 의사 진행 과정에서 지방의원의 권한을 침해하는 것을 행정청으로서 행하는 법집행으로 보기는 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 지방의회 내부 구성원 사이의 권한분쟁은 현행법의 해석으로는 항고소송의 대상이 된다고 보기 어렵다.⁵⁵⁾

51) 인천지방법원 2019. 8. 30. 선고 2019구합51738 판결(확정).

52) 예를 들어 프랑스의 항고소송(월권소송)은 주관소송이 아니라 객관소송이며, 원고적격이나 소의 이익도 우리나라보다 넓게 인정되고 있다[박균성, 행정법론(상)(제22판), 박영사(2023), 1265면].

53) 대전지방법원 2017. 4. 19. 선고 2016구합104295 판결.

54) 배병호, 일반행정법강의, 동방문화사(2019), 740면.

55) 이 점에서 지방의장 후보로 등록된 원고가 지방의장 선출 의결 이외에 부의장, 상임위원장 선출 의결의 무효확인을 구한 사건에서 본안 판단을 한 대전지방법원 2017. 4. 19. 선고 2016구합104295 판결의 경우에도, 해당 사건이 대법원까지 진행되었다면 부의장, 상임위원장 선출 의결에 대한 무효확인을 구하는 부분은 부적법하다고 판단될 수도 있었던 것으로 보인다.

4. 당사자소송에 따른 해결 가부

가. 관련 학설

지방의장과 지방의원 간의 권한다툼과 같이 개별 법률상 기관소송이 인정되지 않는 경우 동일한 법주체 내부의 기관 간 권한분쟁을 해결하기 위해 이른바 ‘주관적 기관소송’으로서 당사자소송을 활용할 수 있다는 견해가 있다. 현재 실무상으로는 자연인, 법인만 당사자능력을 인정하고 있으나, 주관적 기관소송에 있어서는 기관에게 기관소송을 허용한 이유에 초점을 두고 당사자능력 문제에 접근하여야 하며, 이러한 접근론에 따라 자연인이나 법인이 아닌 기관에게도 당사자능력, 원고적격 등을 인정할 수 있다는 것이다.⁵⁶⁾

나. 검토

그동안 지방의원의 권한 침해 문제는 재판을 통해 다룰 법적 근거가 없다는 이유로 법원과 헌법재판소에서 모두 외면을 받아 왔다. 이러한 상황을 고려하면, 당사자소송에 대한 새로운 접근을 통하여 지방의원의 권한 침해 문제를 해결하여 보려는 접근론도 경청할 필요가 있다. 특히 당사자소송이 행정소송 중 항고소송을 제외한 모든 소송을 가리키는 일종의 잔여개념으로서 새로운 소송유형을 창출할 수 있는 시원적인 소송 유형이라는 관점⁵⁷⁾에서 보면, 당사자소송에 대한 새로운 접근은 이 글에서 중점적으로 다루는 지방의원의 권한침해 사안을 비롯하여 사법의 사각지대에 있는 영역을 해결하는 돌파구가 될 수 있을 것이다.

다만 당사자소송의 피고적격이 행정소송법 제39조에 따라 국가·공공단체 그 밖의 권리주체로 한정되어 있는데, 우선 지방의회는 권리의무주체에 해당하지 않는다. 지방의장이나 위원회의 위원장 등은 자연인으로서

56) 정혜영, 앞의 글, 33면; 정선균, “국가기관 간의 분쟁 해결 수단으로서 항고소송의 한계”, 서강법률논총 제8권 제2호(2019. 8.), 220면.

57) 독일에서 일반이행소송이나 확인소송이 당사자소송에서 발전되어 온 것은 당사자소송의 시원적 성격을 보여주는 것이며, 우리나라에서도 행정행위를 제외한 여타 행정작용의 작위·부작위·수인을 구하는 소송을 일반적 이행소송으로, 공법상 법률관계의 존부를 확인하는 소송은 확인소송으로 인정할 필요가 있다는 견해로, 정하중·김광수, 행정법개론(제17판), 법문사(2023), 845, 846면; 박윤훈·정형근, 최신 행정법강의(상)(개정30판), 박영사(2009), 886면.

권리주체성이 있다고 구성할 여지가 있겠으나, 연혁적으로 당사자소송은 대체로 관리관계 및 급부관계에서 발생하는 분쟁해결을 위한 제도로 예정되어 있었던 점, 실무가 학계에 비하여 당사자소송의 활용에 여전히 소극적인 편이며, 최근 학계에서 전개되고 있는 당사자소송 활성화론도 주로 국민의 권리구제의 실효성에 초점이 맞추어져 있는 점⁵⁸⁾ 등에 비추어 볼 때, 지방의원이 지방의장, 위원장을 피고로 하는 당사자소송을 통한 해결책은 기존의 접근론을 대폭 변화시켜야만 수용될 수 있는 난점이 있다.⁵⁹⁾

5. 기관소송 법정주의 완화에 따른 해결 거부

가. 기관소송 법정주의의 의의와 관련 입법 동향

행정소송법 제3조 제4호는 기관소송을 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송’으로 정의하고, 동법 제45조는 ‘기관소송은 법률이 정한 경우에 법률이 정한 자에 한하여’ 제기할 수 있도록 규정함으로써 기관소송 법정주의를 채택하고 있다.

이러한 기관소송 법정주의를 완화하는 입법은 대법원장이 2006. 9. 국회에 제출한 행정소송법 개정의견을 통해 한 차례 추진된 바 있다. 위 개정의견에서는 기관소송 중 ‘동일한 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한분쟁’에 한하여 법정주의를 폐지하고, 기관소송의 제1심 관할법원을 고등법원으로 하는 것을 제안하였다.⁶⁰⁾ 그러나 이 개정 작업은 항

58) 성중탁, “행정소송으로서 당사자소송 활성화 방안 : 항고소송, 민사소송과의 구별을 중심으로”, 행정법학 제22호(2022. 3.), 98-102면.

59) 정해영, 앞의 글, 41면에서도, 주관적 기관소송의 필요성이 인정되고 해석론을 통한 해결의 가능성이 인정된다고 하더라도 지금까지의 재판 실무 경향에 비추어 실제로 위 이론이 활용되기에는 어려움이 있으므로 입법적 해결이 요망된다고 하며, 정선균, 앞의 글, 224면에서도, 기관 간 분쟁해결 수단으로 당사자소송을 활용하려는 경우 당사자능력 문제가 지속적으로 제기될 수밖에 없어 기관의 당사자능력에 대한 입법적 해결이 필요하다고 보고 있다.

60) 안 제65조(기관소송의 제기) ① 기관소송은 다음 각호의 경우에 제기할 수 있다.

1. 동일한 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있는 경우
2. 그 밖에 법률이 정하는 경우

고소송 대상에 사실행위 및 법규명령을 포괄하는 안과 같은 개정안의 다른 내용에 대한 논쟁 등으로 인하여 중단되었고,⁶¹⁾ 이후 정부가 2007. 11. 위 개정의견의 다른 내용들(의무이행소송, 예방적 금지소송, 항고소송 가처분 신설 등)이 상당 부분 반영된 법안을 국회에 정식으로 제출할 때에도 위 내용은 반영되지 않았다. 정부는 2011. 11.에도 행정소송법 개정위원회를 구성하여 기관소송 법정주의 폐지를 포함한 개정안을 마련했으나, 2013. 2. 입법예고를 하면서 기관소송 법정주의 폐지 관련 안을 삭제하였다.⁶²⁾

나. 학설

지방자치제도의 활성화와 더불어 기관소송의 필요성이 더욱 증대되고 있다는 점에서, 개별법의 규정과 관계없이 그 적용대상을 확대하기 위해 기관소송 법정주의를 일부나마 완화하여야 한다는 견해⁶³⁾가 현재도 다수이다. 또한, 기관소송 법정주의를 폐지하지 않더라도 현행 기관소송이 지방자치의 활성화로 인한 법적 분쟁 발생가능성에 따른 현실적 수요를 충족시키지 못하고 있는 점을 고려하여 다양한 기관소송 확보를 위한 입법적 조치가 필요하다는 견해가 꾸준히 개진되어 왔다.⁶⁴⁾

② 제1항 제1호의 규정에 의한 소송은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 어느 기관의 처분 등 또는 부작위가 다른 기관의 법령상의 독자적 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 제기할 수 있다.

안 제66조(기관소송의 재판관할) 기관소송의 제1심관할법원은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 피고의 소재지를 관할하는 고등법원으로 한다.

61) 신봉기, 앞의 글, 444면.

62) 따라서 정부는 국회에 기관소송 법정주의 폐지 법안을 한 번도 제출한 적이 없는 것이다. 2006. 9. 대법원장 개정의견은 법원조직법 제9조 제4항에 따른 법률 개정과 관련한 의견제출일 뿐, 헌법 제52조에 따른 정부제출 법률안이 아니다. 2013. 2. 입법예고된 법무부 개정안은 이미 입법예고 시점에 기관소송 법정주의 폐지 내용을 담고 있지도 않았지만, 입법예고 이후 그 개정안은 국회에 제출되지도 않았다.

63) 류지태·박종수, 행정법신론(제18판), 박영사(2021), 687, 688면; 정하중·김광수, 앞의 책, 85, 6면; 하명호, 행정법(제5판), 박영사(2023), 748면. 홍준형, 행정법(제2판), 법문사(2017), 10, 68면; 정선균, 앞의 글, 219면. 임현, “권한쟁의심판과 기관소송 및 「지방자치법」 상의 소송간의 관계에 관한 소고”, 공법연구 제47집 제3호(2019. 2.), 111면; 정남철, 앞의 글, 360면; 한명진, 앞의 글, 289면.

64) 백윤기, “권한쟁의심판과 기관소송”, 재판자료 제76집 헌법문제와 재판, 법원도서관(1997),

다. 검토

기관소송 법정주의는 행정 내부의 문제를 원칙적으로 법적 문제로 보지 않는 인식에서 출발한 규정이다. 그러나 현대에는 동일 법주체 내부의 문제에 대하여도 사법심사를 할 현실적인 필요성이 증대되고 있는 만큼, 기관소송의 확대를 위하여 현행 기관소송 법정주의를 완화하는 방향은 바람직하다. 특히 그동안 헌법재판소의 판례를 통하여 권한쟁의심판의 관할 범위가 충분히 구체적으로 정해졌고, 지방자치단체 내부 문제는 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다는 헌법재판소의 입장도 분명한 만큼, 대법원이 2006. 9 국회에 제출한 개정의견을 기초로 기관소송 법정주의를 완화하는 안을 다시 한번 적극 검토할 필요가 있다.

다만, 앞서 본 대법원의 행정소송법 개정안 제65조와 같이 기관소송 법정주의를 완화하더라도 그로써 지방의원과 지방의장 간의 분쟁과 같은 유형까지 “동일한 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼”에 포섭될 수 있는지는 의문이 있다. 해석에 따라 달리 볼 수 있겠으나, 일차적으로 지방자치단체가 ‘동일한 공공단체’, 단체장이나 지방의회가 그 지방자치단체의 ‘기관’에 해당할 것이기 때문이다.⁶⁵⁾ ‘기관’의 의미를 지방의회의 구성원인 지방의원까지 포함하는 것으로 넓게 해석하는 것도 가능할 수 있겠으나, 적어도 대법원이 2006. 9. 국회에 제출한 행정소송법 개정안과 같은 기관소송 법정주의의 부분적 완화만으로는 이 글에서 다루는 지방의원의 권한침해 문제는 본안 심리의 대상이 되지 못할 가능성 내지 해석상 논란이 될 가능성이 여전히 존재한다.

378면; 이주영, “민중소송, 기관소송”, 재판자료 제68집 행정소송에 관한 제문제, 법원행정처(1995), 145면.

65) 앞서 본 대전지방법원 2002. 11. 27. 선고 2002구합471 판결도, “더구나 대등한 기관 간 이 아닌 기관의 구성원과 그 기관 간의 기관소송이 인정된다고 보기도 어렵다”라고 함으로써 지방의회는 기관소송의 '기관'으로, 지방의원은 그 기관의 '구성원'임을 전제로 판시하였다.

6. 개별 소송제도의 도입방안

가. 소송제도 신설을 통한 해결의 필요성

앞서 살펴본 대로 여러 다른 구제수단을 통한 해결이 어렵다면, 결국 새로운 제도를 마련함으로써 해결을 도모하는 수밖에 없다. 일부 학설도 현실의 필요에 대응하는 새로운 입법의 필요성을 강조하고 있다.⁶⁶⁾

따라서 지방의원이 지방의장이나 상임위원장으로부터 권한침해를 받았을 때에 그러한 권한침해의 확인을 구하는 유형의 소송을 신설할 필요가 있다.

나. 근거 법률, 당사자

이와 같은 소송 제도를 도입할 경우, 이는 특수한 유형의 객관소송에 해당할 것이다. 현재로서는 지방자치법 중 지방의회에 관한 제5장에 새로운 소송 제도를 반영하여야 할 것이다. 다만 지방의원의 권한분쟁은 지방의회 내부의 문제라는 점에서, 추후 지방의회법이 제정된다면 지방의회법에 위와 같은 소송의 근거규정을 반영하는 것이 적절할 것이다.

이 소송의 당사자는, 원고는 권한의 침해를 받았다고 주장하는 지방의원, 피고는 주로 원고에 의하여 권한침해 행위를 하였다고 주장되는 지방의장 또는 위원장이 될 것이다. 앞서 본 대로 위원회 차원에서 권한의 침해가 발생하는 경우도 있을 수 있는 만큼, 이러한 경우에는 국회 내부의 권한쟁의심판의 경우와 유사하게 위원장을 상대로 한 소송을 허용할 필요가 있다.

66) 현행법상 인정되고 있는 단체장과 지방의회 사이의 분쟁 외에 지방의원이 의원으로서 갖는 권한이 침해를 이유로 하는 기관소송을 제기할 수 있도록 입법적 보완이 필요하다는 견해로, 홍정선, 신지방자치법(제5판), 박영사(2022), 264, 630면; 기관소송 법정주의를 폐지하고, 학설과 판례의 발전 수준을 고려하여 그때그때 기관소송의 대상이나 당사자, 소송절차 등에 관한 법제를 정비하여 나가야 한다는 견해로 홍준형, 앞의 책, 1068면. 기관소송은 법정주의에 따라 지방의회 의원이 기관소송을 청구할 길이 열려있지 않은 한계가 있다는 견해로, 정제황, 헌법재판론(제2판), 박영사(2021), 489면. 또한, 앞서 본 창원지방법원 2013. 9. 3. 선고 2013구합1278 판결도, 지방의원의 표결권 침해에 관한 구제방법이 없는 문제에 대하여, “이는 헌법재판소법이나 행정소송법을 개정하여 권한쟁의심판 또는 기관소송의 대상 범위를 확대함으로써 해결할 수 있는 문제로서 입법론적인 보완이 필요한 사항”이라고 판시하였다.

다. 관할 및 심급, 제소기간

현재 지방자치법에 따라 인정되고 있는 개별 기관소송은 대법원 단심으로 운영되고 있다. 이러한 현행법이 유지된다면, 유사한 성격이 있는 지방자치단체 내부기관 간 소송제도가 이미 대법원 단심으로 마련되어 있는 점을 고려하여 신설되는 소송도 일단 대법원 단심으로 하여야 할 것이다.

다만, 지방자치법에 규정된 지방의회 관련 기관소송은 의결사항이 법령에 위반되는지 여부라는 법리적 판단에 초점을 두고 있는 반면, 권한침해 여부를 확인하는 소송에서는 사실관계에 대한 심리의 비중도 상당히 높을 수 있다. 또한 향후 기관소송을 확대할수록 대법원의 부담을 줄이고 사실심의 기회를 부여하는 것이 심급의 합리적인 분배가 될 수 있다. 따라서 향후에는 법원이 2006. 9. 국회에 제출한 행정소송법 개정안과 동일하게 피고소재지를 관할하는 고등법원이 제1심을 관할하도록 하는 것이 적절하다고 본다. 그리고 이러한 논의 과정에서 현재 대법원 단심인 지방자치법에 근거한 기관소송도 고등법원에서 1차로 심리하도록 개정하는 것을 함께 검토할 필요가 있다.⁶⁷⁾

제소기간의 경우, 단체장의 지방의회 재의결에 대한 무효확인 소는 재의결로부터 20일 이내에 제기하여야 하지만(지방자치법 제120조 제3항, 제192조 제4항), 법령위반을 이유로 하는 현행 지방자치법에 따른 소송과는 달리 지방의원의 권한침해가 발생한 경우에는 여야 간 타협을 통한 자체적인 해결을 위한 노력을 하는 과정에서 시간이 걸릴 수 있다. 이러한 점을 고려할 때, 권한쟁의심판과 마찬가지로 권한침해 사유가 있

67) 이러한 방안에 대해서는, 임기 4년의 지방의회에서 발생하는 문제에 대한 신속한 해결 필요성 등에 비추어 고등법원 관할이 적절하지 않다는 비판이 있을 수 있다. 실제로 기관소송법정주의를 완화하더라도 유사한 성격을 띠는 권한쟁의심판은 헌법재판소가 단심으로 관할하는 점, 정책적 혼란과 지연의 방지를 위한 신속한 해결의 필요성 등에 비추어 대법원 단심이 적절하다는 견해도 제기되고 있다(임현, 앞의 글, 111면). 그러나 지방자치법상 기관소송을 대법원 단심으로 하는 것은 대법원에 과도한 사건 부담을 초래하는 측면도 있고[배병호, “지방의회 재의결에 대한 제소지시권자와 제소권자 : 대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521판결”, 행정관례연구 제22집 제2호(2017. 12.), 455면], 고등법원을 1심 관할로 하더라도 법원이 사건의 특성을 적극 고려하여 가급적 빠르게 심리 및 판단을 함으로써 신속한 해결의 필요를 어느 정도 보완할 수 있을 것으로 본다.

음을 안 날부터 60일, 사유가 있는 날부터 180일 정도의 기간으로 제소 기간을 설정하는 것이 적절할 것이다.

라. 주문 및 판결의 효력

판결의 주문은 권한쟁의심판에 준하여, 피고의 행위가 원고의 권한을 침해하였음을 확인하는 내용이 될 것이다. 이 경우 권한침해를 확인하는 판결이 해당 의결 자체를 무효로 하는 효력은 없으나, 이는 국회의원의 권한 침해만을 확인하는 대부분의 권한쟁의심판 결정에서도 마찬가지이다. 다만, 권한쟁의심판에서도 그러하듯 권한침해의 확인을 받는 것만으로도 지방의회 내부의 절차 진행 과정에서 발생한 문제를 둘러싼 옹고그름을 가림으로써 권한을 침해한 당사자가 정치적 부담을 지게 하고, 문제의 재발을 줄이는 데에 도움이 될 것이다.

한편, 이러한 권한침해확인에서 나아가 법원이 권한침해의 원인이 된 행위의 무효를 확인할 수 있도록 하는 것이 필요할지도 문제이다. 권한쟁의심판의 경우 헌법재판소법 제66조 제2항에 따라 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있는데, 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 이러한 판단을 자제하는 경향을 보이고 있다.⁶⁸⁾

다만, 현행 지방자치법에 따르면, 대법원은 지방의회의 재의결이 ‘법령에 위반되는 경우’ 그 재의결이 효력이 없다고 판단할 수 있다(지방자치법 제120조 제3항, 지방자치법 제192조 제4항, 제8항, 제192조 제4항). 이러한 규정과의 균형을 고려할 때, 지방의원에 대한 권한침해의 원인이 된 안건의 의결이 ‘법령에 위반되는 경우’에는 법원이 권한침해의 확인에 더하여 권한침해의 원인이 된 행위의 무효확인을 할 수 있도록 길을 열어 두어도 좋을 것이다.

68) 이러한 헌법재판소의 태도에 대하여는 평가가 엇갈린다. 국회 내부의 권한쟁의심판과 관련하여, 원칙적으로 피청구인 행위의 위헌·위법여부와 청구인의 권한 침해 여부만을 확인하는 데에 그쳐야 하고, 피청구인 행위의 취소, 무효확인 등 가급적 자제하여야 한다는 견해도 있는 반면[한수웅, “국가기관간의 권한쟁의에 관한 최근 헌법재판소결정의 주요 문제점”, 중앙법학 제13집 제3호(2011. 9.), 38-45면], 가결선포행위의 위헌성과 권한침해가 인정된다면, 적법절차의 원칙을 따르지 않고 가결된 법률도 국민의 의사로 간주할 수 없어 무효로 선언되어야 마땅하다는 반론도 있다[임지봉, “헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정의 헌법적 문제점”, 법과사회 제38호(2010. 6.), 82-84면].

예컨대 지방의회에서 특별한 사유 없이 의사공개 원칙을 위반하고 이 과정에서 지방의원의 심의·표결권이 침해된 경우 이는 현행 지방자치법 제75조 제1항⁶⁹⁾을 위반한 것이라고 볼 수 있고, 그 위반의 정도에 따라 그 의결을 무효로 볼 여지도 있다.⁷⁰⁾ 지방의회의 의결 과정에서 법적 절차를 거치지 않았다고 하여 그것만으로 반드시 그 의결이 무효가 되는 것은 아니지만,⁷¹⁾ 경우에 따라 법령에 위반된 하자가 중대하거나, 현재 2009헌라11 결정에서 문제된 안산시의회의 사례와 같이 당연퇴직한 지방의원이 표결에 참여하여 부결되어야 할 안건이 가결된 경우와 같이 결정적인 하자가 있는 경우에는 예외적으로나마 무효확인 판결이 가능하도록 할 필요가 있다.

V. 맺음말

이 글에서는 동일한 법주체 내부의 권한다툼 중에서도 지방의회에서 발생하는 지방의원에 대한 권한침해 문제로 논의의 대상을 좁혀 그 해결 방안으로 소송 제도를 신설하는 안을 제안하였다. 그러나 이 문제를 권한쟁의심판으로 해결하자는 견해, 당사자소송으로 해결하자는 견해, 기관소송 법정주의를 폐지하고 기관소송의 범주에 포함되는 것으로 해석하자는 견해 등도 모두 지방의회 내부에서 위법한 조치로 의원의 권한이 침해되는 경우에 대한 사법심사의 필요성을 강조하고 있다는 점에서 그 근

69) 지방자치법 제75조(회의의 공개 등) ① 지방의회의 회의는 공개한다. 다만, 지방의회의원 3명 이상이 발의하고 출석의원 3분의 2 이상이 찬성한 경우 또는 지방의회의 의장이 사 회의 안녕질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 공개하지 아니할 수 있다.

70) 지방의회에서 회의공개원칙을 위반한 경우 그 의결이 행정처분인 경우에는 흠 있는 처분이 되며, 통상의 의결은 무효에 해당한다는 견해로, 김유환, 현대 행정법(제8판), 박영사(2023), 799면. 공개원칙 위반의 효과를 단언하기는 어려우나, 그 의결이 행정처분의 성격을 가진다면 행정절차법에 따라 판단되어야 할 것이고, 일반적으로 공개원칙위반은 외관상 명백한 흠의 원인이 된다고 볼 것이라는 견해로, 홍정선, 앞의 책, 264면.

71) 지방의회가 새로운 재정 부담을 수반하는 조례를 의결하고자 할 때에는 지방자치단체의 장의 의견을 들어야 한다는 지방자치법의 규정을 위반하여 조례를 제정하거나 재의결하더라도 이를 가지고 곧바로 무효라고 볼 수 없다는 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002추16 판결 등.

본적인 지향점은 같다고 생각한다.

지방자치 제도의 발전과 더불어 지방의회의 기능과 역할도 점차 중요해지고 있다. 지방의회의 역할이 증대되는 만큼 지방의회 내부의 민주적 절차를 확보할 수 있는 방안도 더욱 구체적으로 마련하여야 할 것이다. 국회의원의 당사자능력을 인정한 이래 축적된 권한쟁의심판의 역사와 성과를 적극 참고하여, 향후 지방의회 내부의 절차적 적법성을 확보하기 위한 다양한 논의가 더욱 활발하게 이루어지기를 기대한다.

(논문투고일: 2023.5.27., 심사개시일: 2023.6.9., 게재확정일: 2023.6.26.)



▶ **성재열**

지방의회, 기관소송, 권한쟁의심판, 지방자치법, 지방의회법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강경근, 일반헌법학(신판), 법문사(2018).
- 강현호, 행정법의 이해, 동방문화사(2018).
- 김래영, 헌법소송법, 법문사(2021).
- 김유환, 현대 행정법(제8판), 박영사(2023).
- 김철수, 헌법학신론(제21전정신판) 박영사(2013).
- 김하열, 헌법소송법(제4판), 박영사(2021).
- 김학성, 헌법개론(제7판), 피앤씨미디어(2022).
- 류지태·박종수, 행정법신론(제18판), 박영사(2021).
- 박균성, 행정법론(상)(제22판), 박영사(2023).
- 박윤흔·정형근, 최신 행정법강의(상)(개정30판), 박영사(2009).
- 방승주, 헌법강의 I, 박영사(2021).
- 배병호, 일반행정법강의, 동방문화사(2019).
- 성중탁, 헌법재판법 강의, 경북대학교출판부(2023).
- 신 평, 헌법재판법(전면개정판), 법문사(2011).
- 이광윤, 일반행정법(전면개정판), 법문사(2012).
- 이동흡, 헌법소송법(제3판), 박영사(2022).
- 이준일, 헌법학강의(제7판), 홍문사(2019).
- 이청수, 지방의회론(개정2판), 백산출판사(2023).
- 이효원, 헌법재판강의, 박영사(2022).
- 장영수, 헌법학(제14판), 홍문사(2022).
- 장영철, 헌법학, 박영사(2022).
- 정연주, 헌법소송론(개정판), 법영사(2019).
- 정재황, 헌법재판론(제2판), 박영사(2021).
- 정종섭, 헌법소송법(제9판), 박영사(2019).
- 정하중·김광수, 행정법개론(제17판), 법문사(2023).
- 하명호, 행정법(제5판), 박영사(2023).

- 행정안전부, 지방의회 운영 가이드북(2012).
- 허영, 헌법소송법론(제17판), 박영사(2023).
- _____, 한국헌법론(진정19판), 박영사(2023).
- 허완중, 헌법소송법, 박영사(2019).
- 홍정선, 신지방자치법(제5판), 박영사(2022).
- 홍준형, 행정법(제2판), 법문사(2017).
- 芝池義一, 行政救濟法, 有斐閣(2022).
- 中原茂樹, 基本 行政法(第3版), 日本評論社(2018).
- Engels/Krausnick, Kommunalrecht(2. Aufl.), Nomos(2020).
- Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht(4. Aufl.), Nomos(2019).
- Klaus Lange, Kommunalrecht(2. Aufl.), Mohr Siebeck(2019).
- Kues/Baumeister, Allgemeines Verwaltungsrecht(7. Aufl.), Jura Inten-
siv(2021).
- Martin Burgi, Kommunalrecht(6. Aufl.), C.H.BECK(2019).
- Max-Emanuel Geis, Kommunalrecht(6. Aufl.), C.H.BECK(2023).
- Thorsten Ingo Schmidt, Kommunalrecht, Mohr Siebeck(2014).

II. 논문

- 남복현, “기관소송과 권한쟁의심판의 관계”, 공법연구 제47집 제3호(2019. 2.).
- 노희범, “지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점”, 지방자치법연구 제11권 제3호(2011. 9.).
- 배병호, “지방의회 재의결에 대한 제소지시권자와 제소권자 : 대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521판결”, 행정판례연구 제22집 제2호(2017. 12.).
- _____, “일본의 지방분권개혁입법에 관한 연구”, 입법학연구 제15집 제2호(2018. 8.).
- _____, “지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도에 관한 입법평가”, 성균관법학 제32권 제1호(2020. 3.).
- 백윤기, “권한쟁의심판과 기관소송”, 재판자료 제76집 헌법문제와 재판,

- 법원도서관(1997).
- 성중탁, “행정소송으로서 당사자소송 활성화 방안 : 항고소송, 민사소송과의 구별을 중심으로”, 행정법학 제22호(2022. 3.).
- _____, “지방분권강화를 위한 가칭 ‘지방의회법’ 제정 방향”, 공법학연구 제24권 제1호(2023. 2.).
- 손상식, “지방의회의 조례에 대한 사법적 통제방안”, 공법학연구 제21권 제4호(2020. 11.).
- 신봉기, “기관소송”, 법학논고 제24권, 경북대학교 법학연구소(2006. 6.).
- _____, “2010년 지방자치법의 이슈와 대응”, 지방자치법연구 제11권 제1호(2011. 3.).
- 이주영, “민중소송, 기관소송”, 재판자료 제68집 행정소송에 관한 제문제, 법원행정처(1995).
- 이황희, “헌법재판과 대의민주주의 : 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성”, 성균관법학 제34권 제4호(2022. 12.).
- 임지봉, “헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정의 헌법적 문제점”, 법과사회 제38호(2010. 6.).
- 임 현, “권한쟁의심판과 기관소송 및 「지방자치법」상의 소송간의 관계에 관한 소고”, 공법연구 제47집 제3호(2019. 2.).
- 정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격 : 특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여”, 저스티스 제140호(2014. 2.).
- 정선균, “국가기관 간의 분쟁 해결 수단으로서 항고소송의 한계”, 서강법률논총 제8권 제2호(2019. 8.).
- 정하중, “지방자치단체 기관상호간의 분쟁에 대한 행정소송”, 안암법학 제7호(1998. 8.).
- _____, “최근 행정판례에 있어서 몇 가지 쟁점에 대한 소고”, 행정법학 제6호(2014. 3.).
- 정혜영, “국가인권위원회의 독립성 보장을 위한 기관소송”, 동아법학 제8권 제1호(2014. 5.).
- 조성규, “지방자치권의 보장과 권한쟁의심판”, 지방자치법연구 제20권 제4호(2020. 12.).

- 조재현, “지방의회와 지방자치단체장 간의 견제와 균형의 원리”, 헌법재판연구 제6권 제2호(2019. 12.).
- 최성환, “지방자치단체의 권한쟁의심판 개선방안”, 법학논총 제31권 제2호, 국민대학교 법학연구소(2018. 10.).
- 한명진, “행정기관의 당사자능력 및 원고적격에 관한 검토 : 독일의 지방자치단체 영역에서의 기관소송을 중심으로”, 공법연구 제46집 제1호(2017. 10.).
- 한수웅, “국가가기관간의 권한쟁의에 관한 최근 헌법재판소결정의 주요 문제점”, 중앙법학 제13집 제3호(2011. 9.).
- 황치연, “헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계”, 헌법판례연구 제11권(2010. 2.).
- 駒林良則, “地方議会：法的展開と今後”, 立命館法学 第393・394号(2021. 3.).
- 妹尾克敏, “「自治体議会」の法的位相”, 松山大学論集 第34卷 第4号(2019. 10.).
- 西上治, “法律上の特別の根拠なき機関訴訟の基礎づけ”, 行政法の基礎理論：複眼的考察, 日本評論社(2023).
- 人見剛, “地方議会による所属議員に対する出席停止の懲罰議決の司法審査について”, 早稲田法學 第95卷 第3号(2020. 3.).
- 茂木洋平, “行政主体間の争訟の「法律上の争訟」該当性”, 桐蔭法学 第26卷 第1号(2019. 9.).

Ⅲ. 언론기사

- “법원, 성남시의회 새누리당 시장 상대 민사소송 각하”, 뉴시스(2013. 6. 20.)
- “대전참여연대 '대전시의회, 조례안 부결 절차·원칙 무시'”, 디트뉴스24(2022. 9. 22.)

Abstract

The Need for a Judicial Review of Local Council Proceedings and Proposal of Legislative Measures for the Judicial Review

Sung, Jae Yeol

Local councils are constitutional institutions that must be established in accordance with the Constitution, and all functions of local councils must operate under the grand principle of democracy. In particular, as the function and role of local councils are becoming increasingly important along with the development of the local autonomy system today, more specific measures should be prepared to secure democratic procedures within local councils.

In this article, through cases of disputes related to infringement of the authority of local council members, the need for a judicial review on local council proceedings and legislative measures for a judicial review were closely examined. Given that the issue of infringement of local council members' authority is difficult to solve through a adjudication on competence dispute, an appeal suit, and a party suit, establishing a new system was considered the most suitable for solving the problem, and specific legislative measures were explored.

When considering the accumulated history and achievements of adjudication on competence dispute ever since the member of the National Assembly was recognized as a party to the adjudication on competence dispute, there seems to be a vital need for various discussions on the infringement of the authority of local council members, in order to secure procedural legitimacy within local councils.



▶ **Sung, Jae Yeol**

local council, agency suit, adjudication on competence dispute, Local Autonomy Act, Local Council Act