

권한쟁의심판의 당사자 능력을 가지는 국가기관의 범위 - 예시설, 위헌설에 대한 비판 -

정 주 백*

< 목 차 >

- I. 도입
- II. 예시적 열거설 비판
- III. 헌재법 제62조 제1항 제1호 위헌설 비판
- IV. 결론

I. 도입

헌법 제111조 제1항 제4호는 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다.)의 관장사항으로 정하고 있다. 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다.) 제62조 제1항 제1호는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판으로 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’을 규정하고 있다. 헌재는 이를 한정적 열거로 이해하는 판례를 냈었다.¹⁾ 이후 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 결정²⁾에서 판례를 변경하여 부분기관에 대해서도 당사자 능력을 인정하기에 이르렀다.

* 충남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1, 판례집 7-1, 140, 148. “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 국가기관 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.”

2) 판례집 9-2, 154.

96헌라2 결정에서 헌재는 “입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제”³⁾라고 판시하면서, 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별하는 기준을 제시하였다. 그런데 이와 같은 입론은 타당한가? 이하에서 이 점을 검토해 보기로 한다. II.에서 예시적 열거설을 비판하고, III.에서 헌재법 제62조 제1항 제1호의 위헌론을 비판한다. IV.에서 결론을 맺을 터인데, 한정적 열거설이 타당하다는 것이 그 결론이다.

II. 예시적 열거설 비판

1. 헌재의 입장

96헌라2 결정에서는 명시적으로 예시설을 받아들인다는 표현은 없다. 그러나 90헌라1 결정이 명시적으로 헌재법 제62조 제1항 제1호에 기재된 것들을 한정적 열거 사항이라 판시하였고, 96헌라2 결정은 90헌라1 결정을 뒤집은 것이므로, 예시적 열거설을 채택한 것으로 이해될 여지가 있다.

또 96헌라2 결정에서 “문언에 얽매어 곧바로 이들 기관 외에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수는 없다.”⁴⁾라고 판시하고 있어서, 명시적으로 열거된 것들 외에도 당사자 능력이 있는 국가기관이 더 있을 수 있다는 취지를 밝히고 있다. 이것은 예시적 열거설에서 말하는 결론이다.

96헌라2 결정이 예시설을 채택한 것이라는 설시는 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11 결정에 나온다. “헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판’으로 규정하고 있는바, 헌법재판소는 다음과 같은 이유에서 이를 예시적 조항이라고 판단한 바 있다.”⁵⁾라고 판시하였다. 헌재의 입장은 예시적 열거설을

3) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162. 필자가 밑줄을 추가하였다.

4) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

5) 판례집 22-1상, 596, 601. 의장의 법률안 가결선포 행위를 둘러싼 분쟁이 지방의회에서도

수용하고 있는 것처럼 보인다.

2. 검토

가. 예시적 열거의 전형

예(example)를 들었다는 것은, 예로 들어 열거한 것들 외에도 추가적으로 무언가가 더 있을 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 추가적으로 더 있을 수 있는 요소는 예시로 든 것들과 동등한 성격의 것이어야 한다. 이 점을 현재는 다음과 같이 판시했다.

“(i) 규율대상인 대전제를 규정함과 동시에 구성요건의 외연(外延)에 해당되는 개별사례를 예시적으로 규정하는 예시적 입법형식의 경우, 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면, 죄형법정주의원칙에 위배될 수 있다. 따라서, 예시적 입법형식이 법률명확성의 원칙에 위배되지 않으려면, (ii) 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다.”⁶⁾

예를 들어보자. 헌법 제29조 제2항⁷⁾ 중의 ‘전투·훈련등 직무집행’은 비교적

있었다. 지방의회 의원이 지방의회 의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구하였고, 그 적법성이 문제되었다. 이 결정에서 위와 같은 판시가 있었다. 현재는 현재법 제62조 제1항 제2호의 ‘지방자치단체’는 한정적인 것이라 보았다. 현재는 이 차이를 논증하는데 헌법의 위임 여부를 중요한 요소로 보았다. 현재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596, 602.

6) 현재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 현재 2022. 2. 24. 2018헌바146, 판례집 34-1, 162, 170. 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

7) “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.” 이른바 이중배상금지 조항. 그러나 엄밀히는 보상외 배상금지 조항이라 함이 옳다. 대법원 2017. 2. 3. 선고 2015두60075 판결은 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우, 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 이유로 그 지급을 거부할 수 없다고 판시하였다. 이

완전한 형태의 예시적 열거의 모습을 보여 주고 있다. 우선 ‘전투·훈련’이 예시이다. 그리고 ‘등’은 ‘전투·훈련’이 예시적인 것이고, 이것들 외에도 內包(connotation)를 만족하는 요소가 더 있을 수 있음을 알려 준다. 나아가 ‘직무집행’은 예시들의 內包에 해당한다. 그러므로 ‘전투나 훈련과 동등한 것으로서 직무집행에 해당하는 것’이 열거되지 아니하였으나 추가될 수 있는 요소에 해당한다.

다른 예로는 헌법 제77조 제1항을 들 수 있다. 동 조항은 “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.”고 정하고 있다. 계엄을 선포할 수 있는 상황을 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’라고 정하고 있다. 국가비상사태가 단일 개념으로 계엄을 선포할 수 있는 상황이다. 앞의 ‘전시·사변’은 ‘국가비상사태’의 예시에 해당한다. ‘전시·사변’에 해당하지 않더라도 ‘국가비상사태’에 포섭될 수 있는 상황이라면 대통령은 계엄을 선포할 수 있다. 그런데 ‘국가비상사태’에 해당하려면 ‘전시·사변’은 아니라 하더라도 ‘전시·사변’에 준하는 상황이어야 한다. 이 점을 위 조항은 분명히 드러내고 있다. 예시적 입법 형식의 전형을 보여준다.

나. 형식

헌재법 제62조 제1항의 형식을 살펴보다도 이를 예시적 열거설의 입법 형식으로 이해하기는 어렵다. 전형적인 예시적 입법은 앞에서 본, 헌법 제29조 제2항이나 제77조 제1항의 경우와 마찬가지로 열거된 요소들 외에 추가되는 요소가 더 있을 수 있음을 드러내는 문언, 즉 “등”이나 “이에 준하는” 등을 붙여 둔다. 더 나아가 열거된 요소들의 성격, 즉 내포⁸⁾를 기재하여 둠으로써 예시적 입법 형식을 완성한다.⁹⁾

헌재법 제62조 제1항의 법문을 살펴보면, 거기에는 ‘등’이나 ‘기타’와 같은 말이 열거된 요소들 뒤에 붙어 있지도 아니하고, 내포라 할 만한 문언이 붙어 있

미 받은 배상액을 공제할 수도 없다고 보았다.

8) 현재는 이를 ‘일반조항’이라 표현한다. 앞에서 들었던, 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 헌재 2022. 2. 24. 2018헌바146, 판례집 34-1, 162, 170 각 참조.

9) 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601.

지도 아니하다. 이러한 입법 형식은 열거된 요소들이 한정적인 것이라는 해석을 뒷받침한다.

물론 문언이 이와 같다고 하여 바로 예시적 입법이라는 해석이 불가능하다는 결론을 채택하는 것은 성급하다.¹⁰⁾ 그런데 예시설을 주장하기 위해서는 적어도 어떤 요소들이 추가될 수 있는가를 추단계 하는 것, 즉 내포를 밝히고 주장하여야 한다. 열거된 것들의 공통된 속성이고, 外延(extension)을 정하는 기준이 되는 내포를 설명하지 아니하면서 예시적 열거설을 주장할 수 없다. 열거된 것들 외에 무언가 추가될 것이 더 있다, 그러므로 열거된 것들은 예(sample)에 불과하다는 주장은 예시적 열거설로 수용될 수 없다.

현재는 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 국가기관이 예시에 해당한다고 하면서도 그 내포를 밝히지 아니하였다. 만약 이것을 예시적 열거설이라 하면 입법자가 예를 들어둔 의의가 전혀 없다. 그리고 추가되는 요소들을 정하는 권한이 전적으로 법 해석자에게 있다거나 어떠한 국가기관이라도 권한쟁의심판의 당사자 능력이 인정된다는 입론을 예시적 열거설이라는 말로써 정당화할 수 없다. 이것은 법 해석이 아니라 입법권의 잠탈이거나 법의 폐지에 해당한다.¹¹⁾

다. 동등한 요소

헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 것들을 예시적인 것으로 본다고 하더라도, 예시로 열거된 것들과 동등한(equivalent) 것들만이 추가될 수 있다. 동등하다는 말은 내포를 공유한다는 말과 같다.

그러면 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회와 동등한 것으로 열거되지

10) 헌법 제11조 제1항 후문은 예시적 입법 형식이라는 아무런 자료가 없음에도 성별·종교·사회적 신분이라는 차별금지 요소가 예시적인 것이라고 이해되고 있다. 문제는 예시적 열거로 이해하면서도 內包(connotation)에 대한 논의로 연결되지 않는다는 것이다. 어떤 차별의 표지가 헌법에 의해 금지된 것인지에 대하여 전혀 논의하지 않고 바로 정당화 심사로 나아가는 것은 예시적 열거설과 조화롭다고 하기 어렵다. 이 점에 대해서는 정주백, “평등권 침해 여부의 3단계 심사 체계”, 『법학연구』 제35권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2024, 11면 이하 참조. 더 나아가 이른바 아리스토텔레스의 정의론을 수용하여 평등을 논하는, 즉 ‘같은 것은 같게, 다른 것을 다르게’를 평등의 의미로 이해하는 입장, 예를 들면 헌재 2012. 11. 29. 2010헌바454, 판례집 24-2하, 108, 116에서는 아예 헌법 제11조 제1항 후문에 열거된 사유의 성격에 대한 논의 자체가 없다.

11) 입법권의 위임에 해당한다 하더라도 포괄적 위임에 해당한다. 이를 정당화할 수 있는 헌법적 근거는 없다.

아니하였지만 권한쟁의심판의 당사자로 될 수 있는 국가기관은 어떤 것이 있는가? 위에서 예시로 열거된 것들은 전부 헌법의 장(章)을 차지하고 있는 국가기관이다. 章을 차지하고 있는 국가기관 중에서 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거되지 않은 것은 헌법재판소밖에 없다.

물론, 내포를 어떻게 설정하는가에 따라서 달라질 수 있겠지만 예시적으로 열거된 사유의 공통된 성격을, 헌법상의 章을 차지하고 있는 국가기관으로 이해한다면, 열거되지 아니하였으나 추가될 수 있는 국가기관은 헌법재판소뿐이다. 그런데 “자기 사건에 대해 법관이 될 수 없다”¹²⁾는 법원칙을 염두에 둔다면, 예시되지 아니하였으나 예시된 것들과 동등한 것으로서 추가될 수 있는 국가기관은 존재하지 않는다.¹³⁾

헌재가 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 것들 외에 추가될 수 있는 국가기관으로 드는 것¹⁴⁾은 어떤 관점에서 보아도 명시적으로 열거된 사유와 동등한 성격을 가진다고 보기 어렵다. 내포를 ‘국가기관’이라 한다면 국가인권위원회,¹⁵⁾ 국가경찰위원회¹⁶⁾에 대해 당사자 능력을 부정하는 것을 설명할 수 없다.

헌재는 당사자 능력을 긍정하는 국가기관들이 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 국가기관과 내포를 공유하기 때문에 당사자 능력을 가진다고 설명하지도 않는다. 헌재가 기준을 설정하여¹⁷⁾ 당사자 능력을 가지는지 여부를 판단한다. 전혀 예시적 열거설로 이해될 수 없는 방법이다.

12) nemo iudex in causa sua.

13) 방론이기는 하지만 헌재는 당사자 능력을 부정한 바 있다. 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1, 판례집 7-1, 140, 이 결정에서 헌재가 당사자가 될 수 없다고 본 이유는 “그 심판을 담당하는 국가기관”이기 때문이다. 이 결정 당시는 헌재가 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 166을 통해 예시적 열거설로 판례를 변경하기 전이었다. 실무제요는 변경된 예시설에 따른다면 헌법재판소의 당사자 능력이 인정될 여지도 있는 것처럼 실시하고 있으나(헌법재판소, 「헌법재판소실무제요(제3판)」, 2023, 463면) 그렇게 이해되기는 어려울 것이다. 자기 사건에 대해 법관이 될 수 없다는 것은 예시설의 채부와는 다른 차원의 문제다.

14) 국회 내 부분기관으로서 당사자 능력이 인정된 예로는, 국회의장(헌법 제48조, 헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115, 126), 국회의원(헌법 제41조 제1항, 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 165), 국회 위원회의 위원장(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라3, 판례집 32-1하, 80, 95).

15) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6, 판례집 22-2하, 1, 6.

16) 헌재 2022. 12. 22. 2022헌라5, 판례집 34-2, 703, 708.

17) 이 기준에 대해서는 III.4.에서 살펴본다.

라. 현재법 제62조 제1항의 법적 성격

다른 한편 현재법 제62조 제1항의 성격을 살펴보다도 열거된 요소가 예시적인 것으로 이해하는데 어려움을 던져준다. 이 조항은 현재의 관할권을 획정하는 조항이다. 어떤 국가기관이 권한쟁의심판의 당사자로 될 수 있는가, 현재는 어떤 국가기관의 권한쟁의심판 청구를 적법한 것으로 판단하여야 하는가 하는 문제에 대한 응답이다.

그런데 권한쟁의심판의 당사자를 현재가 임의로 늘리고 줄일 수 있도록 한다면 국가기관 상호간의 권한에 관한 다툼을 해결하는 절차가 불분명해질 수밖에 없다. 행정소송법 제3조 제4호 본문¹⁸⁾은 기관소송을 정의하면서도 단서에서 현재의 관장 사항으로 되는 소송은 제외한다고 규정하고 있다. 기관소송과 중첩될 수 있는 소송은 권한쟁의뿐이라 할 것이어서, 결국 기관소송에 해당되더라도 그것이 권한쟁의의 대상으로 되면 그것은 기관소송의 대상으로 될 수 없는 것으로 된다.

기관소송법정주의¹⁹⁾와 연결시켜 보면, 행정소송법 제3조 제4호 단서는 무의미한 것으로 보이지만,²⁰⁾²¹⁾ 적어도 입법자는 권한쟁의심판의 관할권이 확정되어 있고, 그 외의 기관 간의 분쟁을 기관소송의 관할로 한다는 인식을 하였음을 이해할 수 있다.

만약 현재처럼 현재법 제62조 제1항 제1호를 예시적 열거로 이해하면서, 더 나아가 내포도 제시되지 아니한 예시설을 토대로 현재법 제62조 제1항 제1호가 이해된다면 권한 분쟁의 사법적 해결절차가 불안정해지는 것을 피할 수 없다.

18) “국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송”.

19) 행정소송법 제45조.

20) 이 점에 대해서는 정주백, “행정안전부장관의 공유수면 매립지 관할권 결정을 둘러싼 지방자치단체 간의 분쟁에 대한 헌법재판소의 권한쟁의심판권의 유무”, 「법학연구」 제36권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2025, 117면 이하 참조.

21) 현재 2020. 7. 16. 2015헌라3 결정에서 이종석 재판관은 별개의견으로 “입법자는 권한쟁의심판의 본질과 목적, 문제되는 권한분쟁의 특성 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소에 원칙적인 권한쟁의심판권을 부여한 헌법의 취지를 몰각시키지 않는 범위 내에서 권한쟁의심판의 일부를 법원 등 다른 기관의 관할로 정할 수 있다.”(판례집 32-2, 1, 16)고 설시하였다. 이것이 행정소송법 제3조 제4호 단서와 양립할 수 없는 주장인가? 필자는 그렇게 보지 않는다. 행정소송법 제3조 제4호는 무엇이 기관소송인가를 말하고 있을 뿐이다. 그리고 기관소송에 속하지 않는다고 점으로부터 그것이 행정소송의 관할에 속할 수 없다는 결론에 이를 수는 없다.

마. 현재의 해석론과 예시적 입법

현재는 “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 고려”²²⁾하여 국가기관으로서 권한쟁의심판의 당사자 능력을 인정할 것인지 여부를 판단하여야 할 것이라 하였다. 그러나 이것은 예시적 열거설의 해석론으로서로는 도출되어질 수 없다. 이와 같은 설시가 예시적 열거설에서 말하는 ‘일반조항’²³⁾으로 이해될 수 없다.

예시적 입법에서 말하는 일반조항은 “구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다.”²⁴⁾ 물론 현재는 포괄할 수 있어야 한다고 말할 뿐 부적절한 외연의 확장에 대해서는 경계하고 있지 않은 것은 사실이다. 그러나 현재는 위 문언의 앞에서 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 곤란하다는 점을 밝히고 있다.²⁵⁾

어쨌든 현재도 예시적 입법 형식에 있어서의 일반조항은 예시된 것들의 성격을 파악하여 (i) 그것들을 포괄할 수 있고, (ii) 그 외연이 법이 예정한 것보다 더 커서는 안 된다는 것을 밝히고 있다.

그러나 현재가 제시한 위의 기준은 현재법이 열거한 요소들의 성격을 분석하여 나온 것이 아니다. 현재가 스스로 입법을 한 것이다. 이것을 예시적 입법 형식에서 말하는 일반조항 또는 내포라 이해할 수 없다.

3. 소결론

현재는 자신의 입론을 예시적 열거설로 이해하고 있는 것으로 보이나, 그 내용을 살펴보면 전혀 예시적 열거설과 조화롭지 않다. 예시적 열거설은 그런 것

22) 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163.

23) 필자는 이것을 內包(connotation)라고 부른다. 논리학적 개념이다.

24) 현재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 현재 2022. 2. 24. 2018헌바146, 판례집 34-1, 162, 170.

25) 현재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 현재 2022. 2. 24. 2018헌바146, 판례집 34-1, 162, 170. “구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면, 죄형법정주의원칙에 위배될 수 있다.”

이 아니다. 예시적 열거설로 자리매김할 수 있는 주장으로 되기 위해서는 적어도 열거된 요소들을 분석하여 그것들로 대표되는 일반조항 또는 내포를 제시하여야 한다. 헌재가 제시한, 당사자 능력을 가지는 국가기관의 인정 기준은 일반조항 또는 내포로 인식될 수 없다.

헌재가 당사자 능력을 가지는 국가기관으로 인정하는 국가기관들은 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 국가기관과 내포를 공유한다고 볼 수 없다. 어떤 것과 어떤 것의 일부가 내포를 공유한다고 이해되기는 어렵다.

한편 한정적 열거설이나 예시적 열거설은 모두 해석의 대상이 되는 법률조항의 유효성을 인정하는 것을 전제로 하는 학설의 대립이다. 법률의 유효성을 전제로, 열거된 것들 외에 더 추가될 것이 있는지 여부에 관한 주장의 대립일 뿐이다. 그런데 96헌라2 결정은 헌재법 제62조 제1항 제1호의 유효성을 부정하고 있다. 그러므로 96헌라2 결정이 예시적 열거설을 채택한 것으로 보기 어렵다. 이 점은 항을 바꾸어 아래 III.에서 살펴본다.

III. 헌재법 제62조 제1항 제1호 위헌설 비판

1. 입법형성의 자유?

헌재는 “입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없”²⁶⁾다고 하였다. 이를 전제로 “국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정”²⁷⁾하여야 한다고 보았다. 이 말은 무엇을 의미하는가?

헌재는 국회에게 ‘입법형성의 자유’가 없다고 하였다. 그 말의 뜻은 국회가 권한쟁의심판의 당사자가 되는 국가기관을 결정할 수 있는 ‘권한’이 없다는 말이다. 그 근거는 헌법이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 종류나 범위를 “법률로 정하도록 위임하고 있지도 않다”²⁸⁾는 것이다. 법률로 정하도록 위임하지도 않았는데, 이를 법률로 정했으니, 그 법률조항은 권한 없는 입

26) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

27) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

28) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

법의 결과물이다. 위헌이다. 헌재가 명시적으로 위헌이라는 말을 쓰지 않았지만, 그 취지는 위헌이라는 것이다.²⁹⁾³⁰⁾

그러므로 “국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야”³¹⁾한다는 결론에 이르렀다. 이 말들은 헌법 제62조 제1항 제1호에서 열거한 사유를 한정적 열거로 볼 것인가, 예시적 열거로 볼 것인가와는 전혀 차원이 다른 말이다. 예시적 열거설과 한정적 열거설은 헌재법 제62조 제1항 제1호 자체의 유효성을 부정하지 않는다.³²⁾ 예시적 열거설과 한정적 열거설은 유효한 법률을 ‘해석’하는 방법에 관한 주장이다.

2. 헌재의 입론은 타당한가?

헌재는 왜 헌법이 위임하지 않은 사항을 법률이 규율하는 것이 문제인가에 대해 논거를 대지는 않았다.³³⁾ 필자에게 묻는다면 다음과 같은 논거를 댈 수 있다. 헌재법이 헌법에 의해 주어진 헌재의 권한을 감축하는 것은 헌법에 위반된다. 이 점을 설명해 본다.

헌법 제37조 제2항은 ‘법률로써’ 기본권을 제한할 수 있음을 밝히고 있다. 그러므로 헌법이 따로 위임을 하지 않더라도, 법률이 헌법상의 권리, 즉 기본권을 제한할 수 있다.³⁴⁾³⁵⁾ 이에 비하여 헌법상의 ‘권한’은 위임 없이는 법률이 제한할 수 없다.³⁶⁾ 왜 그런가? 법률이 헌법으로부터 위임을 받지 아니하고도 기본

29) 행정법상으로도 무권한의 행정행위는 원칙적으로 무효다. 대법원 2007. 7. 26. 2005두115748 판결.

30) 위헌이라는 말을 쓰지 않은 이유는 무엇일까? 위헌이라 하였을 때의 후속 처리에 확신이 없었기 때문이라고 짐작된다.

31) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

32) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162은 “문언에 얽매어 곧바로 이들 기관외에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수는 없다.”라고 하고 있다. 이와 같은 판시는 헌재법 자체의 유효성을 인정하는 듯한 판시로 보인다. 서로 충돌하는 판시들이 하나의 결정 안에 혼재한다.

33) 헌재는 헌재법 제62조 제1항이 위헌이라고 분명하게 밝히지는 않았다. 그러므로 이 점을 밝힐 필요도 없었을 것이다.

34) 물론, 헌법이 허용하는 한계 내에 있어야 한다. 대표적으로는 헌법 제37조 제2항이 정한 한계를 준수하여야 한다.

35) 그러나 법률이 부여한 권리는 대통령이 제한할 수 없다.

36) 예를 들면 헌법 제77조 제3항은 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를

권을 제한할 수 있는, 헌법 제37조 제2항과 같은 헌법조항이 없기 때문이다.³⁷⁾

그런데, 헌법 제111조 제1항 제4호는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 현재의 관장사항으로 정하고 있다.³⁸⁾ 헌재법 제62조 제1항 제1호는 국가기관 중 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판만 현재의 관장사항으로 하고, 헌재법 제62조 제1항 제1호에서 열거하지 아니한 국가기관의 상호간의 권한쟁의³⁹⁾를 현재의 관장사항에서 뺌으로써 현재의 권한을 제한하였다.⁴⁰⁾ 헌재법 제62조 제1항 제1호는 헌법으로부터 위임받은 바 없이, 헌법에 의해 주어진 현재의 권한을 제한하였으므로 헌법에 위반된다.⁴¹⁾⁴²⁾ 전제가 맞다면⁴³⁾ 현재

할 수 있다.”고 규정하여, 계엄 하에서 정부나 법원의 헌법상의 권한이 제한될 수 있음을 예정하고 있다.

- 37) 위임 여부는 국회 내의 분쟁과 지방의회 내의 분쟁에 있어서의 당사자 능력을 다르게 보는 근거로 되었다. 헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596, 602에서 “헌법은 ‘국가기관’과는 달리 ‘지방자치단체’의 경우에는 그 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있고(제117조 제2항), 지방자치법은 위와 같은 헌법의 위임에 따라 지방자치단체의 종류를 특별시, 광역시, 도, 특별자치도와 시, 군, 구로 정하고 있으며(지방자치법 제2조 제1항), 헌법재판소법은 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 종류를 감안하여 권한쟁의심판의 종류를 정하고 있다. 즉, 지방자치법은 헌법의 위임을 받아 지방자치단체의 종류를 규정하고 있으므로 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 권한쟁의심판의 당사자가 될 지방자치단체의 범위를 새로이 확정하여야 할 필요가 없다.”고 판시하였다. 사실 국가기관과 지방자치단체를 예시적 열거로 볼 것인지 한정적 열거로 볼 것인지가 위임 여부에 따라 달라질 수는 없다. 위임이 있고 없고는 법률의 위헌성과 관계된다. 예시인지 여부는 일단 법률의 유효성을 전제로 한다. 법률이 효력이 없으므로 거기에 기재된 것들은 예시적인 것이다, 라는 논리는 타당하지 않다. 만약 헌법이 예정한 것보다 법률에서 더 많이 나열하고 있더라도 이를 예시적인 것으로 볼 것인가? 그렇지 않다. 미국의 Marbury 사건은 이런 상황을 다루었다. 헌법이 예정하지 아니한 사항을 법률에서 Supreme Court의 제1심 관할로 정한 것이 문제되었다. Supreme Court는 위헌이라 결정했다. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137(1803) 참조.
- 38) 이 부분이 중요하다. 이 부분 해석론에 따라 결론이 달라진다, 일단 ‘국가기관’이면 그 상호간에 권한쟁의심판을 제기할 수 있다고 보고 논의를 출발한다. 나중에 보겠지만 현재는 그렇게 보지 않는다.
- 39) 더 나아가서 헌재법 제62조 제1항 제1호에 열거된 국가기관과 열거되지 아니한 국가기관 상호간의 권한쟁의도 위 조항에 열거된 국가기관 상호간의 권한쟁의가 아니므로 현재의 관장사항이 아니다.
- 40) 그래서 양자 사이에 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 당사자 능력을 갖춘 국가기관의 폭에 차이가 생겼다.
- 41) 현재는 헌재법 제62조 제1항 제1호가 위헌이라는 말을 하지는 않았다. 그러나 ‘제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없다’(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162)는 적확하지 아니한 말이지만, ‘위헌’이라는 말이다. ‘입법형성의 자유가 없다’라는 말은 입법자가 그 내용을 입법할 권한이 없다는 말이다. 헌법에서 국가기관이라 하였는데, 국가기관 중 일부만 당사자가 될 수 있다고 하는 법률을 만들 권한이 국회에게 인정되지 않는다는 말이다. 그런데도 그런 내용의 입법을 하였다면 위헌이라 할 수밖에 없다.
- 42) 이런 관점에서 지방자치법 제28조 제1항 단서는 헌법 제117조 제1항 후단에 의해 주어진

의 논증은 적확하다고 본다. 헌법이 보장한 권리, 즉 ‘기본권’은 헌법의 위임 없이도 법률에 의하여 제한될 수 있다. 그러나 ‘권한’은 다르다.

문제는 헌재가 위와 같은 전제를 수용하지 않았다는 것이다. 헌재는 국가기관 상호간의 모든 권한쟁의는 헌재의 관장사항인데, 헌재법 제62조 제1항 제1호가 그중 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판만 남겨두고 나머지는 전부를 헌재의 관할에서 뺐다고 말하지 않았다. 헌재는 국가인권위원회,⁴⁴⁾ 국가경찰위원회⁴⁵⁾에 대해 당사자 능력을 부정하였다. 헌재 스스로도 국가기관 상호간의 권한쟁의 전부가 헌재의 관장사항이라 보지 않았다.

이것은 타당한 논리가 아니다. 헌재법 제62조 제1항 제1호를 위헌으로 하였으면, 다시 헌법으로 돌아와 ‘국가기관’을 ‘해석’하여야 한다. 국가기관 중의 ‘일부를 추려’ 권한쟁의심판의 당사자 능력이 있다고 말할 권한은 헌재도 가지고 있지 않다. 헌재의 논리를 따를 때 ‘국가기관’이라면 당사자 능력이 있다고 보아야 한다. 헌재가 할 수 있는 일은 ‘국가기관’을 해석하는 것뿐이다.⁴⁶⁾ 그런데 헌재는 ‘국가기관’의 일부만 당사자 능력을 가진다고 보았다. 이것은 국가기관의 해석과는 다르다.

3. 채워진 vs 빈

가. 문제의 제기

이런 문제를 한번 생각해 보자. 헌법이 스스로 규정하지 아니한 것을 법률이

지방자치단체의 자치입법권을 제한하므로 헌법에 위반된다. 이 점에 대하여는 정주백, “지방자치법 제28조 제1항 단서 위헌 논증”, 『헌법학연구』 제29권 제2호, 헌법재판연구원, 2023, 179면 이하 참조.

43) 헌법은 국가기관이라면 어떠한 국가기관이라도 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 정하고 있다는 전제.

44) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6, 판례집 22-2하, 1, 6.

45) 헌재 2022. 12. 22. 2022헌라5, 판례집 34-2, 703, 708.

46) 이것이 확정되어 있어야 그것을 행정소송에서 그것을 관할로 삼더라도, 그것을 부정할 수 있는 근거가 생긴다. 행정소송법 제3조 제4호를 근거로는 법률에서 정한 행정소송을 무효로 볼 수 없다. 법률간의 충돌을 이유로 법률이 효력을 잃지는 않는다. 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 752; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74, 판례집 10-2, 764, 781; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50, 판례집 17-2, 238, 252; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌바73, 판례집 21-1하, 131, 140; 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다25927·25934 판결 각 참고. 더 나아가 특별법이 일반법에 우선 적용된다.

규정하는 것과 헌법이 이미 정하고 있는 사항을 법률이 정하는 것은 다르고, 전자의 경우에는 헌법적으로 문제없는 것 아닌가?

나. 사례

탄핵소추 의결을 받은 자의 권한행사 정지 시기와 관련하여 살펴보자. 헌법 제65조 제3항은 “탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.”고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 권한행사가 정지되는 終期는 분명하다. 그런데 始期는 어떠한가? 국회법 제134조 제2항 전단은 “소추의결서가 송달되었을 때에는 소추된 사람의 권한 행사는 정지”된다고 규정하고 있다. 국회법은 그 취지가 분명하다. ‘소추의결서가 송달되었을 때’를 시기로 보고 있다.⁴⁸⁾

국회법 제134조 제2항 중의 始期 부분이 헌법에 위반되는 것 아닌가 하는 논란이 있을 수 있다. 이 사건에서의 현재 논리를 따르면 그렇게 이해될 수 있다. 헌법이 권한정지 시점을 “법률로 정하도록 위임하고 있지도 않”⁴⁹⁾았으므로, ‘입법자인 국회는 권한 정지행사 정지 시점을 정할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없’⁵⁰⁾고, ‘권한행사 정지 시점은 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제’⁵¹⁾라고 할 수 있다.

학계에서 이 점을 명시적으로 논한 바는 없는 것 같다. 학계나 실무계가 암묵적으로 받아들이고 있는 룰은, 헌법이 그것을 정하고 있는가에 따라 판단되어야 한다는 것이다. 필자도 그렇게 이해되어야 한다고 생각한다. 왜 그런가?

기본적으로 법률은 헌법으로부터 위임을 받아야 제정될 수 있는 법이 아니다. 헌법 안에 그 규율을 위임하는 규정들이 다수⁵²⁾ 있지만, 그 위임이 없다고

47) 현재법 제50조도 같은 취지로 규정하고 있다.

48) 국회법 제134조 제1항은 “탄핵소추가 의결되었을 때에는 의장은 지체 없이 소추의결서 정본(正本)을 법제사법위원장인 소추위원에게 송달하고, 그 등본(謄本)을 헌법재판소, 소추된 사람과 그 소속 기관의 장에게 송달한다.”고 되어 있다. 송달의 상대방이 4 군데다. 누구 또는 어디에 송달되었을 때 송달된 것으로 볼 것인가의 문제도 있을 수 있다. 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제3판)」, 2023, 518면은 피소추자에게 송달된 때부터 정지된다고 본다. 다른 기관에 송달되었는지 여부는 영향을 미치지 않는다는 입장이다. 타당하다고 생각한다. 실무제요는 ‘피소추자’라고 하였으나, 정확히는 ‘피소추의결자’라고 하여야 한다. 현재법 제49조 제2항에 따라 소추위원이 탄핵심판을 청구하였을 때 ‘피소추자’로 된다.

49) 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

50) 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

51) 현재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162.

하여 법률이 제정될 수 없는 것은 아니다. 단지 헌법에 위반되면 안 될 뿐이다.⁵³⁾

헌법 제111조 제2항이 법률이 정한 법관의 자격을 가진 사람이라면 모두 헌법재판소 재판관으로 임명될 수 있는 자격이 있고, 법률이 보다 엄격한 자격을 요구할 수 없다고 이해된다면 헌재법 제5조⁵⁴⁾는 위헌으로 결정될 수밖에 없다. 헌법이 위임하지 아니한 사항을 규정하고 있기 때문이다.

또, 헌법 제65조 제3항이 ‘탄핵소추 의결 즉시’ 권한행사가 정지된다고 규정하였다고 본다면, 국회법 제134조 제2항이 위헌으로 판단될 수밖에 없다. 헌법 제65조 제3항이 권한행사 정지 ‘시기’를 정하지 않고 있다고 이해되거나 소추의 결서가 송달되었을 때 권한행사가 정지된다고 해석되었을 때, 국회법 조항이 위헌이 아닌 것으로 이해된다. 전자로 보면 헌법이 규정하지 아니한 바를 법률이 규정한 것이어서 위헌이 아니고, 후자로 본다면 법률이 헌법의 내용을 확인한 것에 불과하여 위헌으로 볼 수 없다.⁵⁵⁾

52) 헌법 제41조 제3항, 제43조, 제67조 제5항, 제77조 제1항 등.

53) 법률유보, 법률우위라는 개념을 차용한다면 헌법유보는 적용되지 않고, 헌법우위만 적용된다고 이해할 수 있다. 그러면 위임을 하였다는 것이 무의미한 것인가 하는 문제는 있을 수 있다. 필자는 이 점에 대해 오래 생각하였으나 아직 확신할 만한 답을 얻지는 못하였다. 핵심적인 물음은 이런 것이다. 위임을 받아 만들어진 법은 위임한 법의 랭킹으로 승격하는가? 그래서 위임한 법과 같은 랭킹에 있는 다른 법과 충돌하더라도 효력을 유지하는가? 좀 더 간단히 말한다면 헌법으로부터 위임을 받아 만들어진 법률은 위헌심사를 받지 아니하는가? 예를 들어 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 그러면 법률이 ‘내용과 한계’를 정했는데 이것이 위헌 심사를 받을 수는 없는 것 아닌가 하는 의문이다. 헌재가 ‘내용과 한계’를 정한 법률이 재산권을 침해한다고 결정한 사례들은 많다. 그러면 내용과 한계를 헌법이 위임하였다는 것은 무의미한가? 다른 예를 하나 들어 보자. 20대 대통령 선거 과정 중에 결선투표 도입이 쟁점으로 되었다. 당시 필자는 결선투표를 도입하는 것은 헌법에 위반된다고 보았다. 정주백, “현행 헌법상 결선투표제의 수용 가부”, 법률신문, 2017. 1. 26. 등 록. 헌법 제67조는 결선투표제가 없는 대통령선거제도를 완성해 두었다. 결선투표제를 도입하지 않겠다는 헌법적 의지가 확인되므로 법률에서 결선투표제를 도입하면 위헌이라는 주장을 하였다. 그런데, 헌법 제67조 제5항이 “대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 정하고 있다는 점에 대해서는 논하지 않았다. 만약 이 조항에 기초하여 공직선거법에서 정한 결선투표제가 헌법적 효력을 가질 수도 있는 것 아닐까? 만약 그렇다면 결선투표제가 위헌이라 할 수 없는 것 아닐까? 그런 생각을 해 볼 수 있다.

54) 법관의 자격에 추가적으로 5년 이상의 경력과 40세 이상의 나이를 요구하고 있다.

55) 비슷한 사례들은 얼마든지 있다. 헌법 제48조 “국회는 의장 1인과 부의장 2인을 선출한다.”라고 규정하고 있지만, 국회의장과 부의장의 권한에 대해서는 따로 정한 바가 없다. 법률로써 그 권한을 정한다고 위임한 바도 없다. 그러면 법률에서 정하고 있는 국회의장과 부의장의 권한은 전부 국회의 입법 형성의 자유가 인정되지 않고, 헌법 해석에 의해 결정되어야 할까? 그렇게 보기는 어렵지 않을까?

다. 검토

다시 우리의 문제로 돌아와 살펴보자. 헌법 제111조 제1항 제4호는 모든 ‘국가기관’에 대해 권한쟁의심판의 당사자 능력이 인정된다고 정하고 있고, 헌재법 제62조 제1항 제1호는 그중 국회, 정부, 법원, 중앙선거관리위원회만 권한쟁의심판의 당사자 능력이 있다고 규정한 것인가?

헌재는 그렇게 보지 않았다. 헌법의 해석론으로도 모든 ‘국가기관’이 당사자 능력을 가진다고 보지 않았다. ‘국가기관’의 해석에 의해 당사자 능력을 가진 국가기관의 범위가 정해진다고도 보지 않았다. 헌재의 해석론을 전제로 한다면 (i) 국가기관 중 일부가 당사자 능력을 가질 것이고, (ii) 당사자 능력을 가진 국가기관은 정해지지 아니한 상태다. 헌법은 비어 있는 상태다.

이렇게 이해한다면 헌재법 제62조 제1항 제1호가 위헌으로 이해될 수 없다. 헌재법은 비어 있는 헌법을 보충하였을 뿐이다.

헌재의 입론, 즉 헌법이 위임하지 아니한 사항을 법률이 정할 ‘입법형성의 자유’가 없다는 말은 법체계상 수용하기 어려운 말이다. 국회는 헌법이 위임한 사항만을 규율하도록 정하고 있다는 것을 전제로 하기 때문이다.

헌법에는 법률에 규율을 위임한 사례들이 적지 않다. 그렇다고 위임을 받지 않고 제정된 법률이 위헌이라고 말할 근거는 없다. 법률은 헌법에서 위임한 사항에 대해서만 규율할 수 있다는 것을 전제로, 위에서 본 바와 같이, 헌법이 법률에 규율을 위임하였다고 이해할 수는 없다.⁵⁶⁾

위임을 받아야만 법을 만들 수 있다는 헌법 규정도 있다. 헌법 제75조와 제95조이다. 헌법 제75조는 대통령령의 경우 법률로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항만을 규율할 수 있다고 정하고 있다.⁵⁷⁾ 그리고 제95조는 국무총리나 행정각부의 장도 상위법으로부터 위임을 받아 국무총리령이나 부령을 발할 수 있다고 정하고 있다.⁵⁸⁾ 헌법상 위임을 받아야 법을 만들 수 있다고 한

56) 사장이 사원에게 무언가 할 일을 지시하였다고 하여, 사원은 사장의 지시가 있어야 일을 할 수 있다고 말할 수 없는 것과 마찬가지다.

57) 집행명령은 제외한다.

58) ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 제한이 없지만, 헌재는 헌법 제75조와 마찬가지로 해석한다. 헌재 2013. 2. 28. 2012헌가3, 판례집 25-1, 1, 9; 헌재 2022. 11. 24. 2019헌마572, 판례집 34-2, 570, 582-583. ‘직권’으로도 발할 수 있다고 규정하고 있으나, 헌재는 이 부분을 무시한다. 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474, 판례집 26-1하, 117, 127. 위임 입법의 체계를 바꿀 수 있는 중요한 표현이지만 주목을 받고 있지는 못한 것 같다.

에는 이것이 모두다.⁵⁹⁾

현행 법률에는 헌법으로부터 위임을 받지 아니하고 만들어진 것들이 부지기수다. 헌재의 입론을 따른다면 이 법률들은 전부 위헌이다.

4. 기준의 적정성

판례를 따를 때, 국회나 정부와 같은 전체 기관뿐 아니라 그 부분기관이라도 당사자 능력이 인정될 수 있게 되었다. 어떤 기관에 대해 당사자 능력을 인정할 것인가에 대해 헌재는 다음과 같이 말하였다.

(i) 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, (ii) 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 (iii) 종합적으로 고려하여야 할 것.

살피건대 헌재의 위와 같은 판시는 불명료한 점이 있다. 종합적으로 고려하여 판단한다는 것은, 각 고려사항들이 전부 필요조건(necessary condition)은 아니라는 말이다. 어떤 하나의 고려 요소를 충족하지 못하더라도 ‘종합적으로’ 보았을 때 인정될 수도 있다는 말이다. 예를 들어 국가기관이 헌법에 의하여 설치되지 않았다 하더라도 바로 당사자 능력을 부정할 수는 없다. 종합적 고려를

59) 헌재는 대법원규칙(헌재 2014. 10. 30. 2013헌바368, 판례집 26-2상, 658, 663은 대법원규칙에 위임하는 법률에 대해 포괄위임금지원칙을 적용하였다.), 중앙선거관리위원회규칙(헌재 2023. 10. 26. 2022헌마232, 판례집 35-2, 667), 조례(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264, 판례집 7-1, 564, 572는 지방자치법 제28조 제1항 단서의 내용이 위헌이 아니라고 전제하고 있다. 명시적으로 위임을 받아야 한다고 판시한 예는 없다. 대법원 판례는 있다. 대법원 1995. 5. 12. 선고 94추28 판결)의 경우도 법률유보원칙이 적용된다고 본다. 필자는 근거 없는 해석이라고 본다. 위임을 받지 않더라도 특정한 사무에 관하여, 기본권을 제한하는 규범으로 될 수 있다고 본다. 법률유보원칙은 대통령령 등 행정부의 규범에 대해서만 적용된다. 헌법재판소, 「헌법재판소실무제요(제3판)」, 2023, 17면은 헌법재판소규칙에 관해 법률유보원칙이 적용되지 않는 것처럼 실시하고 있다. 헌법의 문언이 다르지 않은 대법원규칙이나 조례와 달리 본다는 것인지 의문이 든다. 상세한 것은 정주백, “법률유보원칙의 적용범위 - 명령규칙·조례에 모두 적용된다는 이론에 대한 반론 -”, 「헌법재판연구」 제10권 제1호, 헌법재판연구원, 2023, 195면 이하; 정주백, “지방자치법 제28조 제1항 단서 위헌논증”, 「헌법학연구」 제29권 제2호, 헌법학회, 2023, 179면 이하; 정주백, “법률유보원칙과 중앙선거관리위원회규칙- 2022헌마232 결정을 소재로 한 분석 -”, 「법학연구」 제35권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2024, 11면 이하; 정주백, “대법원규칙에 위임하는 법률에 대해서도 포괄위임금지원칙이 적용되는가?”, 「헌법재판연구」 제11권 제1호, 헌법재판연구원, 2024. 215면 이하 각 참조.

한 후에야 당사자 능력의 인부를 결정할 수 있다.

그런데 (i) 중에서 ‘설치되고’ 부분을 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 문리상으로는 어떤 국가기관이 헌법에 의하여 설치되었을 것, 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받았을 것을 둘 다 충족하여야 (i)의 고려 사항을 충족한 것으로 이해될 수 있다.

그러나 그렇게 이해될 수 없다. 현재는 (i)이나 (ii), 그리고 그 밖의 사정을 종합적으로 검토하여 당사자 능력의 인정 여부를 결정하여야 한다고 보았다. 반드시 (i)을 충족하여야 당사자 능력이 인정된다고 말하지 않았다. 그렇다면 (i)은 국가기관이 헌법에 의하여 설치되었는지 여부, 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부로 분리하여 각 별개의 고려요소로 봄이 상당하다.

한편 ‘헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부’ 중의 ‘과’를 어떻게 이해할 것인가도 문제된다. 어떤 국가기관의 권한이 헌법에 의해서도 부여되고, 법률에 의해서도 부여되는 경우에만 ‘헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받은 국가기관’으로 받아들여질 것인가?

어떤 기관⁶⁰⁾이 이미 헌법에 의하여 권한이 부여되어 있는데 법률은 그 권한에 대해 전혀 규정하지 아니하는 상황이란 상정하기 어렵다. 어떤 국가기관이 설치되지 아니하여 그 국가기관의 권한을 정한 법률이 없을 수는 있다. 국가원로자문회의⁶¹⁾를 예로 들 수 있다. 그러나 국가원로자문회의는 존재하지 않기 때문에 당사자 능력의 문제가 생길 수 없다.

거의 유일한 기관은 국무회의인 것으로 보인다. 헌법은 국무회의의 권한을 규정하고 있지만,⁶²⁾ 법률에서는 이를 규정한 바가 없다. 만약 그렇게 이해한다

60) 여기서 상론할 일은 아니지만, 현재는 ‘대통령 권한대행 기획재정부장관’이라는 국가기관을 받아들이고, 권한쟁의심판의 피청구인으로 될 자격이 있다고 보았다. 현재 2025. 2. 27. 2025헌라1, 판례집 37-1, 128, 133. ‘기획재정부장관’이 당사자 능력을 가지는 국가기관인가와 별개의 문제로, ‘대통령 권한대행 기획재정부장관’이 당사자 능력을 가지는가에 대해서는 심층적인 논의가 필요하다. 사실 이 논문도 이 문제를 논의하는 과정에서 작성되었다. 이 문제에 대해서는 별도의 논문에서 다루기로 한다. 그 결론만을 간단히 말한다면 헌법은 ‘대통령 권한대행 기획재정부장관’이라는 기관을 알지 못한다. 권한대행은 ‘기관’과 관련되지 않고, 누가 그 기관의 권한을 대신 행사할 것인가에 관계되는 개념이다. 더 나아가 ‘대통령 권한대행 기획재정부장관’에게 헌법과 법률에 의해 부여된 독자적인 권한 자체가 존재하지 않는다. 다른 기관의 권한을 대신 행사할 뿐이다. ‘기관’이 대신 행사하는 것도 아니다. 그 기관에 있는 ‘자연인’이 행사한다.

61) 헌법 제90조.

62) 헌법 제89조.

면, 앞에서 본 국무회의는 당사자 능력이 인정되기 어렵다.

실천적으로 현재가 당사자 능력을 인정하는 국가기관 중에는 헌법에는 권한이 규정되어 있지 아니한 경우가 있다. 국회부의장이 이에 해당한다. 헌법 제48조는 국회에 2명의 부의장을 둘 수 있다고 규정하고 있지만 헌법 안에 국회부의장의 권한을 정한 바는 없다. 단지 법률에 의해 권한이 부여되었을 뿐이다.⁶³⁾ 만약 어떤 국가기관이 헌법에 의해 권한이 부여되어야 당사자 능력을 인정받을 수 있다고 한다면, 헌법에 의해 설치된 적은 국가기관은 어떤 경우에도 헌법에 의해 권한이 부여될 수 없게 되므로, ‘헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부’는 전혀 당사자 능력 인정을 위한 독자적 고려 요소로 작동할 수 없다.

그러므로 ‘헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부’는 헌법이나(or) 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부로 이해되어야 한다. 현재 2020. 5. 27. 2019헌라4는 국회 소위원회가 법률상의 권한도 가지고 있지 않음을 설명하고 있다.

결국 (i)은 국가기관이 헌법에 의하여 설치되었는지 여부, 헌법이나 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부로 풀어서 각 별개의 고려요소로 이해됨이 상당하다. 중국적으로는 국가기관이 헌법에 의하여 설치되었는지 여부, 헌법이나 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것으로 정리된다.

다만 (iii)의 종합적 고려를 감안한다면 반드시 헌법에 의해 설치되어야만 권한쟁의심판의 당사자 능력이 인정되는 것은 아니다. 헌법에 의해 설치되지 아니하였다 하더라도 그 밖의 다른 사정들을 감안하여 당사자 능력이 인정될 수 있다. 이것이 종합적으로 고려하여야 한다는 설시가 이끌어 내는 결론이다.

현재는 헌법에 의하여 설치되었을 것을 당사자 능력을 인정하는데 필요적 조

63) 국회법 제12조 제1항은 “의장이 사고(事故)가 있을 때에는 의장이 지정하는 부의장이 그 직무를 대리한다.”라고, 제48조 제3항 본문은 “정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체 대표의원으로부터 해당 교섭단체 소속 의원 중에서 후보를 추천받아 부의장 및 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 선임하거나 개선탐다.”라고, 제63조의2 제3항은 “전원위원회에 위원장 1명을 두되, 의장이 지명하는 부의장으로 한다.”라고, 제115조 제3항은 “회의록에는 의장, 의장을 대리한 부의장, 임시의장, 사무총장 또는 그 대리인이 서명·날인하여 국회에 보존한다.”라고 각 정하고 있다. 국회부의장의 독자적 권한으로 볼 수 있는 것은 국회법 제63조 제3항에서 정한, 전원위원회 위원장이 되는 것뿐인 것 같다.

건으로 이해하는 것으로 보인다. 현재는 여러 차례 헌법에 의하여 설치되지 아니하였다는 사유만을 지적하면서⁶⁴⁾ 당사자 능력을 부정하였다.⁶⁵⁾

그런데, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부를 당사자 능력 인정 기준으로 삼으면 조금은 기이한 결론에 이를 수 있다. 현재는 행정소송법 제3조 제4호 단서를 들면서 다른 법적 절차가 있다고 하더라도 "권한쟁의에 관한 한 헌법재판소가 원칙적이고 포괄적으로 관장하도록 하고 있다"⁶⁶⁾고 한다.⁶⁷⁾ 이 말은 권한쟁의의 대상으로 되는 쟁송물을 다루는 절차가 있더라도, 권한쟁의심판의 대상에서 탈락하지 않는다는 말이다. 헌법소원심판에서 말하는 보충성원칙과 같은 것이 적용되지 않는다는 말이다. 그런데도 다른 절차의 존재 여부에 따라 권한쟁의심판의 당사자 능력의 인정 여부가 달라질 수 있다는 판시를 그대로 수용하기는 어렵다.⁶⁸⁾

5. 위헌으로 결정되었는가?

현재가 법률을 위헌으로 결정할 수 있는 권한이 있음에는 이론이 없다.⁶⁹⁾ 그러나 법률이 위헌으로 결정되기 전에는 법률이 그대로 유효한 것으로 이해되고 적용되어야 한다.

그런데 헌재법 제62조 제1항은 아직 위헌으로 결정된 바가 없음에도 불구하고

64) 다른 사정들에 대하여는 고려하지 아니하고 바로.

65) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6, 판례집 22-2하, 1, 7 이하에서 조대현, 김종대, 송두환 재판관은 '헌법적 위상을 가진 독립적 국가기관'이라는 개념을 도입하여 당사자 능력의 범위를 확장하고자 하나 적실한지에 대해서는 의문이 든다.

66) 헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제3판)」, 2023, 459면.

67) 이에 비하여 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163는 "헌법상의 국가기관 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우"에 작동한다고 한다. 보충적이라는 뜻이다.

68) 헌재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1은 다른 절차가 존재하면 권한쟁의심판의 대상으로 되지 않는다고 보는 듯한 판례를 내었다. 이 결정에 대해서는 정주백, "행정안전부장관의 공유수면 매립지 관할권 결정을 둘러싼 지방자치단체 간의 분쟁에 대한 헌법재판소의 권한쟁의심판권의 유무" 「법학연구」 제36권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2025, 97면 이하 참조.

69) 헌법 제111조 제1항 제1호. 그렇다고 헌법 제111조 제1항 제1호에서 정한 위헌법률심판제청 절차 외의 절차에 의해서도 당연히 법률을 위헌으로 결정할 수 있는가? 당연히 그런 것은 아니다. 그러나 현재는 권한쟁의심판이나 헌법소원심판을 통해서도 법률에 대해 위헌 결정을 할 수 있다고 본다.

고, 법률에 규정된 바를 무시하고 헌법 해석을 통하여 결론을 도출하는 것은 법률의 합헌성추정 원칙에 어긋난다는 비판을 면하기 어렵다.

앞에서 든 예를 다시 거론해 보자. 필자는 헌법 제65조 제3항이 탄핵소추가 의결되면 바로 권한행사가 정지되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 법률에서 그 시점을 미루고 있으면 그것은 그대로 유효하다고 본다. 위헌으로 결정되지 아니한 법률은 위헌이 아닌 것으로 추정되기 때문이다. 법률을 개정하거나 위헌으로 결정되었을 때 비로소 탄핵소추 의결이 의결되면 즉시 권한행사가 정지되는 것으로 이해될 수 있다.

6. 소결론

헌재의 판시를 보면 헌재법 제62조 제1항 제1호가 헌법에 위반된다는 것을 전제로 논의를 진행하는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 헌재는 헌재법 제62조 제1항 제1호에 대하여 위헌 결정을 한 바 없다. 그렇다면 이 조항은 의연히 그 효력을 유지하고 있는 것으로 이해되어야 한다.

더 나아가 스스로 권한쟁의심판의 당사자 능력을 가지는 국가기관을 판별하는 기준을 제시하고 있으나, 헌재가 이러한 것을 결정할 권한을 가지고 있다고 할 수 없다. 이것은 헌법의 해석 문제도 아니다. 드러내놓고 헌재가 입법을 한 것이라 보지 않을 수 없다. 헌재는 입법권을 소지하고 있지 않다.⁷⁰⁾

IV. 결론

헌재법 제62조 제1항에 기재된 국가기관 외에도 권한쟁의심판의 당사자로 될 수 있는 국가기관이 더 있다는 헌재의 판시를 검토해 보았다. 검토한 바에 따르면 헌재가 헌재법 제62조 제1항에 열거된 국가기관이 예시적으로 열거된 것이라 보고 국가기관의 범위를 확장하였다고 이해하기 어렵다. 예시되지 아니하였으나 당사자 능력이 인정되는 국가기관은 예시적으로 열거된 국가기관과 전혀 다른 성격의 기관이고, 內包(connotation)를 공유한다고 이해될 수 없다. 그

70) 만약 이러한 내용을 헌법 제113조 제2항에 근거하여 규칙으로써 정할 수 있을까? 필자는 위법한 심판규칙이라 본다. 헌재법 제62조 제1항 제1호에 위반된다.

리고 현재는 현재법 제62조 제1항이 유효한 법률임을 전제로 예시적 열거설을 수용한 것도 아니다. 현재는 현재법 제62조 제1항이 유효하지 아니한 법률이라는 것을 출발점으로 하여 논의하였다.

그러면 현재법 제62조 제1항 제1호가 위헌이라는 전제에서 논의하여도 좋은가? 그렇게 보이지는 않는다. 법률은 권한 있는 기관에 의해 위헌으로 결정되기 전에는 유효한 것으로 이해되어야 한다. 현재는 법률을 위헌으로 결정할 수 있는 권한을 가지고 있지만, 그 권한을 행사하여 현재법 제62조 제1항 제1호를 위헌으로 선언한 일이 없다. 더 나아가 현재법 제62조 제1항 제1호가 위헌이라는 것을 받아들이더라도, 그리고 현재가 헌법을 해석하여 국가기관의 범위를 확정할 수 있다고 하더라도 현재의 입론을 타당한 것이라 하기는 어렵다. 현재는 헌법 제111조 제1항 제4호의 ‘국가기관’을 해석하여 권한쟁의심판의 당사자 능력 있는 국가기관의 범위를 도출한 것이 아니라 현재 스스로 당사자 능력 있는 국가기관의 범위를 확정하였다. 현재가 입법권을 행사하였다고 할 수 있다.

필자는 현재법 제62조 제1항이 존중되어야 한다고 본다. 현재도 초기 결정에서는 현재법 제62조 제1항에 열거된 국가기관에 한하여 권한쟁의심판의 당사자 능력을 가진다고 보았고, 그 결론이 타당하다.

투고일 : 2025.11.30. / 심사완료일 : 2025.12.12. / 게재확정일 : 2025.12.16.

[참고문헌]

헌법재판소, 「헌법재판실무제요(제3판)」, 2023.

정주백, “법률유보원칙의 적용 범위 - 명령규칙·조례에 모두 적용된다는 이론에 대한 반론 -”, 「헌법재판연구」 제10권 제1호, 헌법재판연구원, 2023.

_____, “지방자치법 제28조 제1항 단서 위헌 논증”, 「헌법학연구」 제29권 제2호, 헌법학회, 2023.

_____, “법률유보원칙과 중앙선거관리위원회규칙- 2022헌마232 결정을 소재로 한 분석 -”, 「법학연구」 제35권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2024.

_____, “대법원규칙에 위임하는 법률에 대해서도 포괄위임금지원칙이 적용되는가?”, 「헌법재판연구」 제11권 제1호, 헌법재판연구원, 2024.

_____, “평등권 침해 여부의 3단계 심사 체계”, 「법학연구」 제35권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2024.

_____, “행정안전부장관의 공유수면 매립지 관할권 결정을 둘러싼 지방자치단체 간의 분쟁에 대한 헌법재판소의 권한쟁의심판권의 유무”, 「법학연구」 제36권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2025.

[국문초록]

권한쟁의심판의 당사자 능력을 가지는 국가기관의 범위 - 예시설, 위헌설에 대한 비판 -

정 주 백

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 권한쟁의심판의 당사자로 될 수 있는 국가기관으로 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회를 열거해 두고 있다.

헌법재판소는 초기 결정에서 위 조항에 열거된 국가기관만이 권한쟁의심판의 당사자로 될 수 있다고 판시하였다(헌재 1995. 2. 23. 90헌라1). 이후 헌법재판소는 판례를 변경하여 위 조항에 열거된 국가기관이 아니라도 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 국가기관이 더 있다고 판시하였다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2).

검토한 바에 따르면 헌재가 헌법재판소법 제62조 제1항에 열거된 국가기관이 예시적으로 열거된 것이라 보고 국가기관의 범위를 확장하였다고 이해하기 어렵다. 예시되지 아니하였으나 당사자 능력이 인정되는 국가기관은 예시적으로 열거된 국가기관과 전혀 다른 성격의 기관이고, 內包(connotation)를 공유한다고 이해될 수 없다. 그리고 헌재는 헌법재판소법 제62조 제1항이 유효한 법률임을 전제로 예시적 열거설을 수용한 것도 아니다. 헌재는 헌법재판소법 제62조 제1항이 유효하지 아니한 법률이라는 것을 출발점으로 하여 논의하였다.

그러면 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 위헌이라는 전제에서, 헌재가 당사자 능력이 인정되는 국가기관의 범위를 정하여도 좋은가? 그렇게 보이지는 않는다. 법률은 권한 있는 기관에 의해 위헌으로 결정되기 전에는 유효한 것으로 이해되어야 한다. 헌재는 법률을 위헌으로 결정할 수 있는 권한을 가지고 있지만, 그 권한을 행사하여 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 위헌으로 선언한 일이 없다. 더 나아가 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 위헌이라는 것을 받아들이고 헌재가 헌법을 해석하여 국가기관의 범위를 확정할 수 있다고 하더라도 헌재의 입론을 타당한 것이라 하기는 어렵다.

헌재는 헌법 제111조 제1항 제4호의 '국가기관'을 해석하여 권한쟁의심판의 당사자 능력 있는 국가기관의 범위를 도출한 것이 아니라 헌재 스스로 당사자

능력 있는 국가기관의 범위를 확정하였다. 헌재가 입법권을 행사하였다고 할 수 있다.

필자는 헌재법 제62조 제1항이 존중되어야 한다고 본다. 헌재도 초기 결정에서는 헌법재판소법 제62조 제1항에 열거된 국가기관에 한하여 권한쟁의심판의 당사자 능력을 가진다고 보았고, 그 결론이 타당하다.

주제어 : 헌법재판소, 권한쟁의심판, 당사자 능력, 기관소송, 예시설, 한정설

[Abstract]

The Scope of State Organs Possessing Party Capacity in
Competence Dispute Adjudication:

A Critique of the Illustrative-Enumeration and Unconstitutionality Theories

Joobaek Jeong*

This study examines Article 62(1)(1) of the Constitutional Court Act, which enumerates the National Assembly, the Government, the Courts, and the National Election Commission as state organs eligible to become parties in competence disputes. In its early jurisprudence, the Constitutional Court held that only those state organs expressly listed in the provision could qualify as parties to such proceedings (90Hun-Ra1). The Court later reversed its position, holding that additional state organs not enumerated in the provision could also initiate competence disputes (96Hun-Ra2).

Upon examination, it is difficult to interpret the Court's later stance as treating the organs listed in Article 62(1) merely as illustrative and thereby expanding the scope of eligible state organs. The state organs recognized as having party capacity despite not being enumerated bear no functional or structural resemblance to those expressly listed; they do not share the same connotation or defining attributes. Nor did the Court adopt the illustrative-enumeration view on the premise that Article 62(1) remains a valid statutory provision. Rather, its reasoning proceeds from the assumption that Article 62(1) is itself invalid.

This raises the question whether the Court may, on the premise that Article 62(1)(1) is unconstitutional, nevertheless determine the scope of state organs possessing party capacity. The answer should be in the negative. A statute must be regarded as valid until it is formally declared unconstitutional by the competent authority. Although the Constitutional Court has the authority to

* Professor, Chungnam National University Law school.

issue such a declaration, it has never exercised that authority with respect to Article 62(1)(1). Even assuming *arguendo* that the provision is unconstitutional and that the Court may interpret the Constitution to determine the range of eligible state organs, the Court's reasoning remains unpersuasive.

The Court did not derive the category of eligible state organs by interpreting the term "state organ" in Article 111(1)(4) of the Constitution; rather, it unilaterally fixed the scope of organs possessing party capacity. In doing so, the Court effectively exercised legislative power.

This paper argues that Article 62(1) of the Constitutional Court Act ought to be respected. In its early decisions, the Constitutional Court confined party capacity to the state organs enumerated therein, and that conclusion remains sound.

Key words : Constitutional Court, Competence Dispute Adjudication, Party Capacity, Institutional Litigation, Illustrative Enumeration Theory, Restrictive Enumeration Theory