〈논　　문〉

地方自治團體의 司法的 保障

徐　　元　　宇*

Ⅰ. 처음에－問題의 分析視角

(1) 地方自治體는 憲法上 自治權이 보장되어 國家로부터 독립된 지위를 가지는 法人이라는 것, 住民에 의해 구성되며 주민의 복지증진 등에 책임을 지는 단체라는 것 등을 생각할 것 같으면 지방자치체가 訴訟을 통해 그의 固有利益의 실현을 도모하는 경우를 상정할 수 있으며 이러한 訴訟 내지 裁判을 통한 地方自治權의 保障이라는 문제를 논하는 의의는 결코 적지 않다고 할 것이다. 이러한 문제는 또한 司法權의 範圍, 客觀訴訟과 主觀訴訟의 二分論, 地方自治의 存在意義 등과도 관련된 이론적으로도 매우 흥미깊은 여러 가지 논점을 내포하고 있다. 여기서 다루는 문제는 講學上으로는 이른바 原告適格論(團體의 原告適格 등), 客觀訴訟論(機關訴訟이나 民衆訴訟), 行政強制論(行政上의 義務의 民事訴訟에 의한 실현), 地方自治本質論 등 종래 단편적 내지 부분적으로 논의되어 왔던 문제와 관련된다. 이 글에서는 이상과 같은 문제를 地方自治의 司法的 保障이라는 관점을 중심으로 종합적으로 검토해 보려는 것이다.

(2) 지방자치체가 原告가 되어 소송을 제기하는 경우는 여러 가지가 있을 수 있다. 먼저 民事訴訟을 생각해 볼 수 있다. 예컨대 財産所有主體로서의 지방자치체가 상품거래의 과정에서 발생한 분쟁의 해결수단으로 민사소송을 제기하는 경우이다. 지방자치체의 재산권을 보호하기 위해 私人과 동일한 자격으로 제기하는 이러한 민사소송이 가능한 것에 대해서는 異論이 없을 것이다. 그러나 민사소송을 통해 실현할 수 있는 지방자치체의 이른바 固有利益으로서 재산권 이외에 어떤 것이 있을 수 있는가는 명확하지 않다. 예컨대 일정한 地域과 住民으로 구성되는 지방자치체는 地域環境을 현저히 침해하는 私人의 行爲에 대하여 妨害排除請求訴訟을 제기할 수 있는 것인가, 그리고 공무원이 직무상의 비밀준수의무에 위반하여 지방자치체의 신용을 현저히 해치는 것과 같은 문서를 공표하려고 한 경우 지방자치체는 그러한 文書公表의 留止訴訟을 제기할 수 있는 것인가 등의 문제는 한마디로 지방자치체의 固有利益이란 어떠한 것인가라는 해석이 하나의 문제가 되어질 것이다. 그런가 하면 行政上의 義務履行確保의 한 가지 수단으로 민사소송을 활용하는 것이

* 서울대학교 법과대학 교수

가능한가라는 문제도 생각할 수 있다. 이들 문제는 國家뿐만 아니라 地方自治體에게 있어서도 실천적으로 중요한 문제라 하지 않을 수 없거니와 여기에서도 민사소송의 청구권의 근거를 어떻게 理論지울 것인가가 문제될 것이다.

(3) 한편, 지방자치체가 行政訴訟을 제기하는 경우를 생각해 보면 소송의 상대방이 國家(또는 上級自治體)의 機關이기 때문에 보다 복잡한 문제가 생기게 된다. 行政訴訟法은 「國家 또는 公共團體의 機關 상호간에 있어서의 權限의 存在 또는 그 행사에 관한 다툼이 있는 때에 이에 대하여 제기하는 訴訟」을 機關訴訟이라 정의짓고(법 제3조 제4호), 「民衆訴訟 및 機關訴訟은 法律이 정한 경우에 法律에 정한 者에 한하여 제기할 수 있다」고 규정하고 있다(법 제45조). 다만 憲法裁判所法 제2조의 規定에 의하여 憲法裁判所의 管轄條項으로 되는 경우는 특이하다. 따라서 일반적으로는 지방자치체와 國家(또는 上級地方自治體)와의 어떠한 분쟁이 機關訴訟으로 되는가가 문제이다. 다음으로 現行法에서 인정되고 있는 기관소송의 성질 및 法律이 기관소송을 立法政策에 맡기고 있는 것의 이론적인 의의 등이 문제가 될 것이다.

지방자치체의 기관이 아니라 지방자치체 자신이 원고가 되어 保障利益이 財産的 利益인 경우에는 원칙적으로 行政訴訟이 인정된다. 다만, 예컨대 지역환경에 현저한 영향을 끼치는 國家行爲의 取消訴訟의 경우처럼 재산상의 이익이 되는 것을 訴의 利益으로 하여 주장하는 行政訴訟이 어디까지 인정될 것인가는 民事訴訟의 경우와 마찬가지로 지방자치체의 고유이익에 관한 해석이 하나의 문제가 될 것이고, 또한 行政主體로서의 國家와 地方自治體와의 관계를 어떻게 이해할 것인가에 따라 그 결론도 달라질 것이다. 그리고 自治事務에 관한 國家(혹은 上級地方自治體)의 監督處分에 대하여 지방자치체가 출소할 수 있는 것인가, 혹은 지방자치체의 처분에 대한 私人의 不服申請에 대하여 행해지는 國家(혹은 上級地方自治體)의 裁決에 대해서 자기의 처분이 취소된 지방자치체가 당해 裁決의 取消訴訟을 제기할 수 있을 것인가 문제될 수 있다.

(4) 이상과 같이 지방자치체가 원고가 되어 소송을 제기하는 경우라 하더라도 다양한 형태가 있으며, 저마다 복잡한 문제를 내포하고 있다. 그것은 지방자치체가 국가 및 주민과의 관계에서 차지하는 지위의 다양성을 반영하는 것이기도 하다. 따라서 이러한 문제의 분석에 있어서의 지방자치체의 법적 지위를 實定法制度와의 관련에서 재정비하고, 저마다의 법적 지위에 상응한 權利保障의 體系를 고찰한다고 하는 시각이 요청된다고 할 것이다.(1)

---

(1) 拙稿, 「地方自治團體의 法的地位」, 法曹 1993년 1월호 참조. 이 논문에서는 地方自治團體의 地位를 作用主體, 獨立組織體, 參加團體라고 하는 세 가지 관점에서 大別한 다음, 作用主體로서 ① 統治團體(規制團體, 計劃團體)로서의 地位, ② 公共的서비스團體=事業團體(特定事業主體, 特別事業主體, 普通事業團體)로서의 地位 등으로 小分類하여 검토하고 있다.

II. 比較法的 槪觀

(1) 우리 나라에 있어서는 이제까지 지방자치체에 의한 소송제기의 예는 그 대부분이 재산권과 관련된 분쟁해결의 수단으로서의 民事訴訟이 제기된 경우이고, 그 이외의 예, 특히 國家의 처분에 대한 取消訴訟의 예는 거의 찾아보기 어렵다. 아마도 그것은 지방자치체와 국가와의 이제까지의 현실적인 不平等關係의 반영이었다고 볼 수 있겠지만, 이론적으로는 지방자치체와 국가가 統治團體로서 한덩어리로 생각되어 온 전통 속에서 양자의 대립은 원칙적으로 統治團體 內部의 調整에 의해 해결되어져야 하는 것으로 보는 생각이 강했다는 데 그 원인의 일단이 있을 것이다. 따라서 지방자치체가 제기하는 行政訴訟의 대부분은 어디까지나 행정기관 상호간의 權限行使와 관련된 다툼이지 이른바 「法律上의 爭訟」에는 해당되지 않아 본래 司法審査의 대상이 되지 아니한다고 하는 소극적 견해가 적어도 실무차원에서는 아직도 지배적인 것으로 생각된다. 그러나 후술하는 바와 같이 이러한 소극적 견해가 어떠한 경우에 타당할 것인가에 관해서는 보다 파고 들어간 검토가 필요할 것이다.

이상에서와 같이 우리 나라에서는 현실적으로 지방자치체가 소송(특히 國家를 상대로 하는 行政訴訟)을 제기하는 예는 드물지만, 다른 여러 나라에서는 일정한 범위에서 지방자치체의 (국가등의 행위에 대한)出訴가 인정되고 있는 것이 오히려 보통이다.

(2) 예컨대 스위스에서는 자치체는 始原的·前國家的인 自治權을 가진다고 하는 전제 아래 憲法訴訟을 제기하는 自治體의 出訴資格이 비교적 넓게 인정되어 있으며 制限的 判例가 확립된 1940년 이후에 있어서도 自律權을 침해하는 州의 행위를 다투는 자치체의 원고적격이 긍정되고 있음이 소개되고 있다.(2)

(3) 프랑스에서는 자치체는 일반적으로 이른바 越權訴訟의 原告適格은 너그럽게 이해되고 있거니와(3), 판례상으로도 Commune은 그 자신의 특유한 이익을 방위하는 이익을 가진다고 하는 이해 때문에 그 존재·권능·재산·구획정리 등에 관한 國家行爲를 월권소송에서 다투는 원고적격이 인정되고 있다. 그리고 Commune의 기관이 그의 결정을 취소하는 감독청의 재결처분에 대하여 출소가 인정되는 경우가 있다는 것도 인정되고 있다.(4)

(4) 최근의 독일에서도 본基本法에서 인정되어 있었던 Gemeinde의 自治行政權과 그로부터 도출된 計劃高權이라는 관념을 배경으로 하여 Gemeinde의 계획고권을 해치는 國家의 프로젝트에 대하여 Gemeinde는 參加權을 가진다는 것과 계획고권이나 참가권을 침해

---

(2) 小林武, 「憲法訴訟における自治體の地位－スイスの制度を素材にして－」, **立命館法學** 119=120號 (1975), 1면 참조.

(3) J. Rivero(兼子仁·磯部力·小早川光郎 譯), **フランス行政法**, 1982, 264-267면.

(4) 廣岡隆, 「地方公共團體の行政訴訟－フランスの越權訴訟を中心として－」, **法と政治** 28卷 3=4號 (1978), 345면.

하는 국가행위에 대해서도 출소하는 것이 인정되어 있다.(5)

(5) 영국에서는 地方當局도 원칙적으로 私人의 原告適格에 관한 法理와 동일한 法理에 따르며, 자기의 이익침해에 대한 출소가 인정되어 있다. 또한 1972년의 地方行政法 222조 1항은「地方當局이 그 지역의 주민의 이익의 증진 혹은 보호를 위해 적절하다고 생각하는 경우에는 (a) 地方當局은 어떠한 소송도 제기하거나 또는 어떠한 소송에 대해서도 抗辯을 하며, 혹은 어떠한 소송에 있어서도 출소할 수가 있으며, 또한 民事訴訟의 경우에는 자기의 이름으로 소송을 제기할 수 있다」고 규정함으로써 지방당국의 원고적격을 확대한 바 있었다.(6)

(6) 미국에 있어서는「市·邑·面이 그 주민을 대표하여 다른 지방자치체, 주, 또는 연방정부를 상대로 행정소송을 제기할 수 있다는 것은 이미 보아 온 몇몇 판례에 의해서도 분명할 것이다. 가스工事, 料金引上 등에 관한 FPC의 認許可에 대하여 市·邑·面[또는 州, 聯邦政府(Columbia 地區의 경우)]는 소비자의 대표로서 행정소송을 제기할 수 있으며, 철도의 운행중지를 인정하는 감독청의 인허가에 대하여 그로 말미암아 영향을 받은 시·읍·면도 철도의 일반이용자를 대표하여 소송을 제기할 수 있다. 도로공사나 댐공사의 대상이 된 시·읍·면은 환경보호를 위해 시민을 대표하여 소송을 제기할 수 있음은 물론이다. 이는 이미 보아 온 바 있는 團體訴訟의 하나이며, 거기에서 말한 "Standing"의 요건이 그대로 적용되게 된다」는 것이 이전부터 소개되고 있다.(7)

(7) 이상의 예는 소송제도나 지방자치에 관한 제도·전통도 다른 여러 외국의 예이므로 반드시 우리 나라의 문제해결에 그대로 타당할 수는 없을 것이다. 그러나 여러 외국에 있어서 학설상으로 뿐만 아니라 실무상으로도 지방자치단체가 국가의 행위를 다투는 소송을 긍정하고 있는 것은 우리 나라에서의 앞서 지적한 바와 같은 한정적인 태도가 반드시 정상적인 것이 아님을 말해주는 것이라 할 수 있다.

그리고 原告適格을 긍정하는 그 論理에는 그 나라 고유의 것도 없지 않다. 경향적으로 말하자면 行政裁判所制度를 취하는 프랑스나 독일에서는 地方自治體의 自治權 내지는 固有利益을 강조하는 데 대하여 영국이나 미국에서는 오히려 주민이익의 대표라고 하는 측면을 강조하고 있는 듯하다. 이 점, 우리가 지방자치체의 원고적격이라는 문제를 검토함에 있어서는 복합적인 분석이 요청된다는 것을 시사하는 것이라 할 것이다.

---

(5) 宮田三郎,「計劃策定手續と市町村の參加－地方自治の擴充－」, **專修大法學論集** 30號(1979), 45-60면; 中井勝己,「西ドイツにおける地方自治體の計劃參加權の裁判的保障－聯邦行政裁判所の判例から－」, **立命館法學** 175號(1984), 175면; 安達和志,「西ドイツ環境行政訴訟における市町村の出訴資格」, **神奈川法學研究所研究年報** 7號(1984), 33면 등 참조.

(6) 岡村周一,「イギリス行政訴訟法における原告適格の法理(4)完」, **法學論叢** 103卷 6號(1978), 12-19면; 同,「イギリス行政法における原告適格に關する最近の動向について」, **法學論叢** 106卷 6號(1980), 22-27면 등 참조.

(7) 藤田泰弘,「アメリカ行政訴訟法原告適格の法理」, **訟務月報** 19卷 5號(1973), 147-149면.

III. 民事訴訟

1. 財產權 侵害

지방자치체가 私人과 동일한 자격에서 재산권 침해를 이유로 民事訴訟을 제기할 수 있는 것에 대해서는 이론이 있을 수 없다. 그러나 「私人과 동일한 자격」이란 어떤 경우인가, 재산권 침해가 있으면 언제나 민사소송에 의한 구제를 받을 수 있는가가 당해 법제도의 해석으로 명확하게 말할 수 없는 경우도 없지 않다. 이제 몇 가지 예를 들어 이러한 문제에 관해 검토해 보기로 한다.

(1) 私人을 피고로 하는 경우

지방자치단체가 시민을 피고로 하여 제기하는 민사소송의 예로서 흔히 볼 수 있는 것이 公營住宅의 明渡를 청구하는 소송이다. 공영주택의 사용관계의 법적 성격은 賃貸借이며, 特別法인 住宅賃貸借保護法뿐만 아니라 民法이 적용된다. 入住, 居住要件을 결하는 入住者에 대해서, 혹은 老朽化로 인한 補修工事를 이유로 하여 明渡請求를 함에 있어, 그것이 받아들여지지 않을 때에는 민사소송을 제기하여 그 명도를 실현하게 된다. 그리고 行政財產使用許可의 취소에 따르는 明渡義務의 履行으로서 민사소송을 제기하는 경우에는 使用許可라고하는 行政處分이 개재하고 있음에도 불구하고 明渡請求의 직접적인 근거는 所有權에 의거한 것으로 볼 수 있으므로 明渡強制는 역시 민사소송에 의할 수 있는 것으로 해석된다.(8)

다만 公物管理에 있어서는 그 財產管理的 側面과 行政上의 目的에 의한 公物管理的 側面과의 구별이 쉽지 않은 경우가 있기 때문에 위의 公營住宅의 경우에도 실질적으로 보면, 공영주택의 적정한 이용이라고 하는 行政目的의 실현을 위해 民事訴訟을 이용한 셈이 된다. 그런 公物管理權의 한 가지 내용으로서 法律에 의하여 行政上의 특별한 의무이행수단이 수권되어 있을 경우에는 私法上의 權原에 의거한 民事訴訟이 인정될 수 있는 것인가의 여부는 논란의 여지가 없지 않다. 예컨대 도로의 불법점거에 대하여 除却命令과 그 代執行이 가능한 경우인데도 불구하고 所有權을 근거로 明渡訴訟이 가능할 것인가의 문제이다. 결론적으로는 양자의 경합을 인정해도 상관없을 것으로 생각되지만, 이 문제는 후술하는 行政上의 義務履行手段으로서의 民事訴訟에 관한 논의에서 다시 검토하기로 한다.

한편, 지방자치체가 제3자에 의한 不法行爲에 의해 손해를 받은 경우, 이 경우에는 賠償責任의 要件을 고의 또는 중대한 과실로 한정되어 있는 경우를 제외하고 당해 不法行爲者를 피고로 하여 일반적인 민사상의 손해배상청구소송을 제기할 수 있음은 당연하다 할

(8) 行政財產使用許可의 取消에 수반하는 明渡義務의 履行으로서 行政代執行을 이용할 수 있는 가의 여부가 문제된 한 事案에서 일본의 한 判例는 民事訴訟에 의해야 함을 시사하고 있다(大阪高法 1965. 10. 5. 行集 16卷 10號, 1756면).

것이다. 住民訴訟을 인정하고 있는 외국의 立法例에서는 지방자치체의 예컨대 會計職 公務員의 불법행위에 대하여 지방자치체에 代位하여 주민이 당해 공무원을 피고로 하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다(일본 地方自治法 제 242 조의 2 참조).

(2) 國家나 他 公共團體를 被告로 하는 경우

國家나 다른 지방자치체를 피고로 하는 경우에도 기본적으로는 私人을 피고로 하는 경우와 동일하게 생각해도 될 것으로 보지만, 「財產權」의 내용 자체가 국가와 지방자치체의 특수한 관계에 의거하는 때에는 특별한 고려가 필요할 것이다. 예컨대 지방자치체의 어떠한 公共施設의 설치와 관련된 國家의 負擔金의 未拂分의 지불을 청구하는 예에 대한 일본의 한 판례[9]에 있어 법원은 具體的負擔金請求權은 「補助金 등에 관한 豫算의 執行의 適正化에 관한 法律」에 의한 交付決定을 거쳐 비로소 발생하는 것이라는 입장에서 原告의 청구를 기각하고 있다. 본건은 지방자치체의 超過負擔을 배경으로 하는 새로운 형식의 소송으로 주목을 끈 사례였는 바, 이 글과의 관련에서는 다음과 같은 두 가지 점이 특히 주목의 대상이 되었다. 첫째로는 법원은 부담금에 관한 본건분쟁이 「法律上의 爭訟」이라는 것을 부정하고 있지 않다는 점이다. 왜냐하면 法制度上 지방자치체에게는 특별한 行政上의 不服申請 혹은 內閣에의 意見書 제출의 제도가 있기 때문에, 보기에 따라서는 부담금에 관한 분쟁은 전체로서의 公共의 行政主體의 經費의 內部的 配分의 문제이다라고 하는 해석도 불가능하지는 아니했기 때문이다. 어쨌든 지방자치체가 自治權이 보장된 獨立法人이라는 것을 생각할 때 補助金 交付가 비록 은혜적인 성격을 가지고 있다고 하더라도, 또한 그것에 관한 분쟁의 行政內部解決의 기회가 있었다고 하더라도 보조금 내지 부담금을 적정하게 받을 수 있는 지위는 法律에 의해 보호되고 있는 것이며, 이러한 지위와 관련된 분쟁은 최종적으로는 법원에 의해 해결되어져야 할 「法律上 爭訟」으로 보고 있기 때문이다. 둘째로는 판결의 논리에 의할 것 같으면, 본건분쟁은 補助金交付決定을 行政處分으로 보고 行政訴訟으로 해결되었어야 할 것이 아닌가 하는 점이다.[10]

어쨌든 이러한 실례에 있어서 지방자치체가 재산권 침해를 주장함에 있어 憲法上 지방자치체에게 주어진 自治權의 침해라는 주장에 의해 그것이 뒷받침되고 있다는 것은 매우 시사적인 것이라 하지 않을 수 없다.

2. 非財產權 侵害

지방자치체가 민사소송에 의해 보호를 구하는 권리·이익으로서 재산권 이외에 어떤 것이 있을 것인가는 명확하지 않다. 우리 나라에서 적절한 판례를 찾아보기 힘들지만, 가상

(9) 東京高裁 1980年 7月 28日 判決(判時 972號, 3면).

(10) 이러한 시각에서의 이 사건에 대한 평석으로 室井力, 「國の負擔金と補助金等適正化法」, 法律時報 47卷 6號(1975), 38면 이하 참조.

적으로는 다음과 같은 경우를 생각할 수 있을 것이다. 즉 첫째로는 地域環境을 파괴하는 私人의 행위에 대한 出訴의 가능성으로서, 예컨대 수원지의 근처에 산업폐기물처리시설이 설치되어 수원지가 오염될 우려가 있는 경우에는 지방자치체는 건설공사의 유지소송을 제기할 수 있을 것인가라는 경우이다. 둘째로는 지방자치체의 組織體로서의 利益侵害에 대한 出訴可能性으로서, 예컨대 前職員이 직무상의 비밀준수의무에 위반하여 지방자치체의 불이익이 되는 사실의 공표를 하려고 할 때 지방자치체가 그에 대한 유지소송을 제기할 수 있는가라는 경우이다. 이러한 예는 비록 우리 나라에서는 아직도 가상적인 것일는지도 모르지만 미국에서는 현실적으로 이러한 소송의 예가 적지 않다.

(1) 地域環境保護利益이 침해된 경우

이 경우 어떤 理論構成을 가지고 지방자치체의 출소자격을 기초지을 것인가가 문제이다. 이와 관련된 미국의 이른바 Parens Patriae의 法理에 관해서는 후술하는 行政訴訟과의 관계에서 검토하기로 하겠거니와,[11] 우선 첫째로 생각할 수 있는 것으로 이른바 住民利益代表라는 측면을 파악하여 團體의 原告適格의 테두리 안에서 그것을 긍정적으로 논하는 논리를 생각할 수 있다. 단체의 원고적격에 관해서 分散的 利益의 集合에 의한 분쟁의 실질화, 소송경제상의 이익(분쟁의 일괄처리), 소송능력 등의 여러 가지 장점을 들어 그것을 적극적으로 보장해 가려는 견해가 최근 큰 관심을 끌고 있다.[12]

다만, 우리 나라 判例는 團體의 原告適格인정에는 여전히 소극적인 자세를 취하고 있으며, 또한 理論上으로도 지방자치체를 원고로 하는 경우는 지방자치체의 구성원내부에 이견의 대립이 있는 경우에는 과연 代辯者 내지 代表者로서의 기능을 수행할 수 있을 것인가, 反對者의 지위는 어떻게 보호할 것인가라는 문제도 없지 않다. 따라서 둘째로는 일정한 利益에 대해서 住民利益의 대표라고 하는 資質과 더불어 그것을 地方自治團體의 固有利益으로 파악함으로써 지방자치단체의 原告適格을 기초지우는 論理를 생각할 수 있을 것이다. 지방자치단체의 고유이익의 내용에 관해서는 여러 가지 논의가 있을 수 있겠으나 적어도 地方自治團體의 존립목적을 위태롭게 하는 것과 같은 제3자의 행위나 지방자치단체의 고유사무에 대하여 손해를 가하는 것과 같은 제3자의 행위에 대해서는 고유이익의 침해를 이유로 하여 지방자치단체의 소송제기를 긍정하는 해석이 성립될 수 있는 것으로 생각된다.[13]

---

(11) 後揭 註 (60)참조.

(12) 拙稿,「公共訴訟에 관한 硏究 I」, 서울대 **法學**, 1985년 4월; 金鐵容,「行政法上의 集團訴訟에 관한 硏究」, **公法硏究** 22輯 2號.

(13) 다만 固有利益侵害의 해석을 둘러싸고 住民들 사이에 의견의 대립이 생길 가능성이 있기 때문에 團體訴訟의 경우와 마찬가지로 反對者의 地位를 여하히 보호할 것인가의 문제가 생길 것을 부정할 수 없다. 그러나 固有利益이라는 테두리안에서의 의견대립이기 때문에 調整의 가능성은 높다고 생각되며, 地方議會의 議決을 얻어 出訴하게 함으로써 최종적으로는 住民意思의 統合을 기할 수 있을 것이다.

(2) 組織體로서의 固有利益

미국에 있어서는 New York Times Co. v. W. S. 403 U.S.713(1971) 사건에서 New York Times社가 베트남 전쟁과 관련된 기밀문서를 공표하려고 했을 때에 정부가 公表의 留止를 다툰 소송사건에서 표현의 자유문제와 함께 정부의 출소자격의 문제가 크게 다루어진 바 있었다.[14] 즉 法律上의 근거가 있을 때에 정부는 어떠한 경우에 民事訴訟을 제기할 수 있는가에 관해서는 미국의 경우 오래 전부터 논의되어 왔으며,[15] 契約締結權 등과 같은 財産權의 司法的 實現의 경우 이외에도 議會制定法의 實效性保護, 州際通商의 보호 등을 위해 소송제기가 판례상 인정되고 있으나, 그 한계에 대해서는 반드시 명확하지 않다. 상기 사건에서 판결문 자체로서는 그다지 분명치 않으나 국가안전보장의 이익을 근거로 출소를 인정한 사례로서 주목되어 왔다. 이밖에도 下級審이지만 元 CIA 職員이 비밀준수의무를 위반하여 책을 공개하려고 한 행위의 留止를 미합중국정부가 원고가 되어 청구한 사건[16]에서는 法院은 「原告適格은 국가의 안전보장을 지키는 정부의 이익으로부터 발생한다」고 판시한 바 있었다.

민사소송으로 보호되는 권리·이익으로서 名譽·信用·프라이버시 등 광의의 人格權을 생각할 수 있지만, 지방자치단체에게 私人과 마찬가지로 생각할 수 있을 것인가는 문제이며 비록 그것을 긍정적으로 보는 경우에 있어서도 침해되는 이익이 명예·신용이라 할 수 있을 것인가도 문제이다. 또한, 공무원의 비밀준수의무에 대해서는 刑事上·行政上의 制裁가 예정되어 있으므로, 그들 조치에 맡겨야 할 것이 아닌가 하는 논의도 있을 수 있다. 그러나 공표되는 정보의 성질에 따라서는 行政執行에 대한 혼란이나 私人의 프라이버시 침해 등과 같이 사후적으로 회복하기 어려운 경우도 있을 수 있다. 企業에게 일정범위에서의 기업비밀이 인정되는 것처럼 하나의 組織體로서의 地方自治團體에게 행정비밀을 인정할 필요는 부정하기 어렵고 다른 적절한 원고를 찾아내기 어려울 경우에는 조직체로서의 그 이익침해를 이유로 지방자치단체가 직접 留止請求訴訟을 제기할 수 있는 것으로 볼 수 있지 않을까 생각된다.

4. 行政上義務의 民事訴訟에 의한 實現

넓은 의미에서는 위에서 본 非財産權侵害를 이유로 하는 出訴의 하나라고도 생각되는 것이지만 지방자치단체에 의한 민사소송제기의 제3의 유형으로서, 行政上의 義務를 民事訴訟에 의해 실현하는 경우를 생각할 수 있다. 행정상의 의무불이행에 대해서는 行政上의

(14) Note, Nonstatutory Executive Authonrity to Bring Suit, 85 *Harv. L. Rev.* 1566(1972) 참조.

(15) 그 개략적인 설명으로서는 P. Batar, P. Mishkin, D. Shapiro & H. Wechsler, *Hart & Wechsler's The Federal Court and The Federal System*(2d ed. 1973) at 1293-1325 참조.

(16) United States v. Marchetti, 466 F. 2d 1309(4th cir. 1972).

強制執行制度가 정해져 있다. 그러나 行政強制가 불가능한 의무(非代替的作爲義務, 不作爲義務)가 발생한 경우, 국민의 권리실현이라는 입장에서 民事訴訟에 의한 의무실현의 필요성이 논해지게 된다. 이 문제는 지방자치단체에 한하는 것이 아니라 국가의 차원에서도 문제될 수 있는 것이지만 地域環境의 보전이나 住民의 福祉에 직접 책임을 지는 지방자치단체에게 있어서는 오늘날 실천적으로 매우 중요한 문제라 할 수 있다.

일본의 경우, 判例 가운데는 行政上의 強制執行手段이 있는 경우에는 民事訴訟에 의하는 것은 허용되지 않는다는 입장,[17] 行政代執行이 가능할 경우에도 私法上의 權原을 근거로 하는 民事訴訟이 인정된 것,[18] 行政代執行에 의할 수 없는 경우에만 민사소송에 의할 것을 시사하는 것[19] 등으로 나뉘어져 있었다. 최근의 판례에서는 정면으로 行政上의 義務履行을 구하는 民事訴訟을 긍정하고 있어[20] 주목되고 있다.

독일型의 行政強制制度를 기본으로 하는 現行法制가 行政上의 義務의 民事執行이라는 것은 원칙적으로 생각되고 있지는 않지만, 民事執行이 양 당사자의 대등성을 기반으로 하는 것이며 상대방에게 불이익이 되지 않는다는 점, 그리고 영미식인 司法的 執行도 고려해 볼만하며, 義務를 과할 수 있지만 강제할 수 없다는 것은 불합리하다는 점을 생각할 것 같으면, 行政上의 義務의 이행확보를 위해 행정청 내지 행정주체가 民事上의 執行手段을 이용하는 것에는 특별한 법적 근거는 불필요하며, 원칙적으로 民事執行을 인정할 수 있는 것이 아닌가 생각된다.[21]

또한 一說에 의하면 私人이 지는 公法上의 義務는 私人이 국가에 대하여 일정한 의무를 이행해야 할 債務와 같은 것으로 私人과 國家의 債權債務關係의 존재를 근거로 民事上의 強制執行을 긍정하고 있다.[22] 行政強制手段이 法定되어 있는 경우의 民事執行의 가부에 관해서는 兩論이 있지만, 적절한 행정강제수단이 없는 경우의 民事執行에 대해서는 학설상으로 대체로 적극설이 유력한 듯하다.[23]

行政上의 義務違反을 이유로 하는 刑事訴訟 혹은 行政強制의 適法性에 관한 行政訴訟 등이 이른바 法律上의 爭訟性을 가진다는 데는 異論이 없는 것이며 따라서 行政上의 義務履行을 구하는 民事訴訟이 「法律上의 爭訟性」의 要件을 충족시킨다는 것도 오늘날 별 문제는 없다고 할 것이다.[24] 그리하여 적극설을 취하는 경우의 문제점은 하나의 利益이나

---

(17) 最大判 1966. 2. 23. **民集** 20卷, 320면.
(18) 岐阜地決 1968. 2. 14. **訟月** 14卷 4號, 384면; 岐阜地決 1969. 11. 27. **判時** 600號, 100면.
(19) 横浜地判 1978. 9. 27. **判時** 920號, 95면.
(20) 大阪高裁 1985. 11. 25. 決定(**判時** 1189號, 39면).
(21) 拙稿, 「行政義務의 民事的 強制」, **考試研究** 1979년 9월호 참조.
(22) 細川俊彦, 「公法上の義務履行と強制執行」, **民商法雜誌** 82卷 5號(1980), 640면 참조.
(23) 原田尙彦, 「行政上の強制執行と民事訴訟」, **自治實務セミナー** 5卷 2號(1966), 36-37면; 小高剛, 「行政強制」, **基本法學** 8卷(1983), 261-265면; 磯野彌生, 「行政上の義務履行確保」, **現代行政法大系** 2(1984), 252-256면; 拙著, **現代行政法論(上)**, 1983, 568~569면 참조.
(24) 다만 이 점에 관하여 미국의 경우, 行政機關이 발한 召喚令狀의 強制方法을 둘러싸고 논란이 제기된

혹은 民事上의 請求權을 여하히 理論構成할 것인가에 있다고 할 것이다. 종래에는 私法上의 權原과의 類推가 가능할 때에 한하여 民事執行을 긍정하려는 경우가 많았지만, 최근에는 私法上의 權原과의 類推가 가능한 경우에 한정하여 民事執行을 인정하는 것은 독일의 國庫學說的 發想에 의한 것으로서 타당하지 못하며 行政측에 私法上의 權原에 비근하는 法益을 찾을 것 없이 단적으로 法律·條例에 의거한 行政上의 權限과 그 권한에서 연유하는 義務履行請求權을 被保全的 權利로 보아야 할 것이라는 견해[25]가 제시되고 있으며, 그에 대해서는 비록 일반적으로 行政上의 義務履行請求權을 被保全的 權利로 볼 수 있을 것인가에 대해서는 검토의 여지가 없지 않으나 戰後의 憲法原理의 轉換에 의하여 司法的 強制의 原則을(그것 자체의 것이라고는 할 수 없으나) 기본적인 생각으로서 채용한 이상은 司法的強制가 긍정되는 것은 그 기본적 시각에 있어 당연한 귀결이라는 긍정적인 평가가 행해지고 있다.[26] 司法的執行을 원칙으로 알려지고 있는 미국에 있어서도 行政決定의 民事執行은 개별적인 법률을 근거로 하여 가능한 것으로 되고 있으며, 법률의 근거가 없는 경우의 民事執行의 근거에 대해서는 독자적으로 검토되어야 할 문제가 내포되어 있기 때문인 것으로 보고 있다.[27]

地方自治團體는 국민의 복지증진을 목적으로 하여 일정한 범위에서 권력적규제권한은 행사하는 것이 인정되며, 條例에 의하여 私人에 대해 과해진 행정상의 의무위반에 대하여 刑罰을 규정하는 것도 일반적으로 인정되고 있다.[28] 따라서 이러한 지방자치단체의 지위[29]를 감안할 때 일반적으로 條例에 의한 義務의 履行手段으로서 刑事罰보다는 덜 權利侵害的인 法執行手段인 民事訴訟에 의하는 것을 인정해도 상관없는 것이 아닌가 생각된다. 다만, 예컨대 조례상의 의무위반에 대하여 民事訴訟을 제기할 수 있다고 조례로 규정하더라도 그것은 본래 國家가 정해야할 司法에 관한 사항에 대한 새로운 규정이므로 條例制定權의 범위를 벗어난 것이 아니겠는가(地方自治法 제11조 참조)하는 의문이 제기될 수 있을

바가 있었다. 즉 召喚令狀의 강제를「法院의 힘을 빌려」행할 것을 규정한 法規는 法院에게「司法權」이외의 작용을 요구하는 것으로 違憲이라고 하는 判決이 있었다. 그러나 이에 대해서 ICC v. Brimson 154 U.S. 447(1894) 사건에서 行政調査의 권한·범위를 둘러싼 분쟁은「事件」性의 요건을 갖춘다는 것과, 최종적인 강제처분은「이 나라의 統治制度아래, 그리고 Due Process of Law와 양립시키려면 法院만이 행할 수 있는 것임」을 확인함으로써 司法的執行의 原則을 확립시킨 바 있었다.

(25) 村上順, **判例評論** 332號, 14-15면.

(26) 曾和俊和,「地方公共團體の 訴訟」杉村敏正編, **行政救濟法(2)** 1991, 287면.

(27) See, e. g., P. Bator, ibid., at 1293-1325; R. Parker, The Execution of Admimistrative Acts, 24 *U. Chi. L. Rev.* 292(1957); L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, 261(1965).

(28) 다만, 우리나라의 경우 최근의 地方自治法의 改正(1994. 3. 16)에서 舊法이 규정하고 있었던 條例에 의한 罰則規定이 罪刑法定主義에 반한다는 이유로 삭제되어 버리고 대신 過怠料만을 규정하도록 하고 있다(동법 제220조 참조). 그러나 法改正은 憲法이 보장하고 있는 地方自治의 本質에 반하는 違憲的 措置라 생각된다. 拙稿,「條例制定權의 憲法的保障」, **憲法論叢** 第5輯(1994), 99-128면 참조.

(29) 拙稿, 前揭 註 (1) 論文 참조.

것이다. 또한, 일정범위에서 補助金의 返還請求權과 같은 實體的 請求權을 조례로 정해서 民事訴訟에 의한 그 실현을 긍정할 수 있다고 하더라도 과연 環境行政領域 같은 規制行政領域에서 실제로 어느 정도까지 위의 경우와 비슷한 實體的 請求權을 구성할 수 있을 것인가는 어려운 문제가 아닌가 하는 의문도 제기할 수 있어, 보다 깊은 검토의 여지가 있다고 할 것이다.

Ⅳ. 行政訴訟

1. 概說

地方自治體(혹은 그 機關)가 제기하는 行政訴訟은 여러 각도에서 분류할 수 있지만 여기에서는 다음의 세 가지 類型으로 나누어 고찰하기로 한다. 첫째는 이른바 機關訴訟이다. 法定機關訴訟 이외에 해석상 機關訴訟에 해당되는 것도 함께 다루어 보기로 한다. 둘째는 自治事務에 관한 國家(혹은 市·道)의 監督處分을 다투는 行政訴訟이며 여기에는 裁決的 關與의 경우도 포함된다. 셋째는 財產權 등을 비롯한 地方自治團體의 固有利益의 侵害를 이유로 하는 行政訴訟으로서, 監督處分 이외의 國家 혹은 市·道 등 上級自治體의 處分을 다투는 것을 말한다. 각각의 문제는 그 성질이 약간 다르기 때문에 따로 독립시켜 검토해 보기로 한다.

그런데 地方自治團體가 제기하는 行政訴訟에 있어서는 그것이 왕왕 行政內部의 紛爭이기 때문에 司法審査의 대상인 이른바 「法律上의 爭訟」이 아니라는 이유로 訴訟 適格性을 부정하는 理論(憲法論上의 「法定外機關訴訟否定論」이라 불리우는 것)이 있다. 이 理論은 상술한 세 가지 類型의 行政訴訟 모두에 관련될 수 있는 것이기 때문에 세 類型의 개별적 검토에 앞서 먼저 고찰해 보기로 한다.

2. 行政內部의 紛爭과 司法權

이른바 「法定外機關訴訟否定論」은 다음과 같은 두 가지 각도에서 논의할 수 있다.

(1) 司法權의 實質的 定義와 機關訴訟

첫째는, 憲法上 司法權의 內容을 實質的으로 定義하여 法院이 본래적인 司法權 이외의 權限을 행사하는 것을 제한적으로 해석하려는 입장을 생각할 수 있다. 예컨대 「行政訴訟이 憲法上의 司法的 權利保護를 위한 制度인 이상 法院의 權限의 基本은 그에 의해 규제되게 된다. 이것이 곧 『法律上의 爭訟』이라는 관념이며 그것은 국민의 權利義務에 관한 紛爭이라는 개념을 중심으로 구성되어 있으며 이것을 行政法의 영역에서 볼 것 같으면, 이른바 行政外部法領域 즉 行政 對 國民의 관계에서 발생하는 法的 紛爭이 된다. 따라서 行政內部에 있어서의 機關 상호간의 분쟁은 개념상 이러한 의미에서의 『法律上의 爭訟』이

될 수 없다」는 견해가 그것이다.[30]

이러한 見解는 우리가 흔히 접하는 견해라 할 수 있지만 이러한 견해에 있어서도 行政內部의 紛爭을 일체 司法權의 대상에서 제외시키는 것이 아니라, 行政主體가 자기의 固有한 利益侵害를 이유로 다른 行政主體의 決定을 다투는 것까지도 배제하는 것은 아니다. 그리고 이 견해는 司法權의 內容과 「法律上의 爭訟」이라는 개념을 同一視하고 있다. 그러나 兩者가 동일한 내용을 가지는가는 그 자체 하나의 문제이며, 또한 司法權 내지 「法律上의 爭訟」의 要素로서 어떤 것을 생각할 수 있을 것인가도 一義的이 아니다. 따라서 먼저 司法權에 관해서 논의되어 온 바를 간단히 정리해 보기로 한다.

우리 憲法이 규정하는 司法權의 내용에 관해서는 學說·判例가 일반적으로 具體的인 爭訟事件에 관해서 法을 적용하며, 선언함으로써 그것을 해결하는 國家作用으로 보고 있다. 그러나 司法權의 핵심이라 할 수 있는 이른바 「具體的 爭訟事件性」(이하 「事件性」이라 함)에 대한 판단은 논자에 따라 약간 견해를 달리하고 있다. 예컨대 하나의 견해에 의하면, 「法律上의 爭訟이라 함은 당사자의 구체적인 권리의무 내지 법률관계의 存在에 관한 분쟁이며 또한 그것이 법률의 적용에 의해 終局的으로 해결될 수 있어야 함을 요하는 것」이라고 한다. 그러나 이상과 같은 정의는 전형적인 民事訴訟을 염두에 둔 경우에는 타당할지라도 刑事訴訟이나 行政訴訟에 그대로 타당할 수 없다.[31] 따라서 刑事訴訟이나 行政訴訟까지도 司法權의 對象이며 「事件」性을 가진다고 할 것 같으면, 當事者의 개념은 보다 넓게 해석할 필요가 있고, 국민의 權利義務에 관한 紛爭이라는 요소는 반드시 「事件」性 槪念의 필수적인 요소는 아닌 것으로도 볼 수 있다.

憲法의 明文에서 「事件」性을 司法權의 要件으로 규정하고 있는 미국에 있어서 이 「事件」性이라는 개념은 「전통적으로는 ① 對決性(adversity), ② 다투어지고 있는 法的 權利에 대하여 利害關係를 가지는 當事者, ③ 現實的인 司法判斷適合爭訟의 존재 및 ④ 法院이 終局的이며 拘束力을 가지는 판단을 내릴 수 있는 것의 네 가지 要件을 내포한다」[32]는 것이었다. 그러나 일반적으로는 이상과 같기는 하지만, 위와 같은 네 가지 요건이 언제나 엄격하게 요구되어지는 것은 아니다. 예컨대 特別檢察廳이 大統領에 대하여 발부한 召喚令狀의 집행을 구하는 訴訟인 U. S. v. Nixon, 418 U. S. 683(1974)에서는 大統領측은 본건은 行政機關內部의 다툼이지 「事件」性을 지니는 것이 아니라고 주장하였으나, 法院은 本件節次의 성질, 當事者의 지위의 독립성 등으로 미루어 본건분쟁은 「事件」性을 가진다

(30) 雄川一郎 著, **行政爭訟の理論**, 1986, 464면.

(31) 刑事訴訟에 있어서도 한쪽 代表者인 國家는 私的 權利로서 起訴하고 있는 것이 아니다. 그리고 行政訴訟에 있어서도 한쪽의 當事者인 行政廳은 權利主體가 아니며 取消訴訟의 訴訟物도 權利의 存在가 아니라 違法性一般인 것으로 보고 있다.

(32) James E. Radcliffe, *The Case-or-Controversy Provision*, 45(1978).

고 판시하였다. 또한 일반적으로 權利侵害가 아니라 事實上의 損害가 있으면 憲法上의 原告適格의 요건을 충족시킨다고 하는 것은 判例도 인정하고 있다. 이와 같이 볼 것 같으면 미국에 있어서 이들 4要件은 상당히 탄력적으로 적용되고 있는 것으로 볼 수 있다.(33)

따라서 司法權이라는 槪念의 중심내용으로서 어찌하여 「事件」性을 필요로 하는가라는 실질적 이유를 생각해 볼 필요가 있다. 이 점에 관하여 하나의 견해에 의하면, 「具體的 紛爭의 당사자가 각각 자기의 權利·義務와 관련하여 온갖 理致를 다하여 진지하게 다툰다는 것을 전제로 공평한 法院이 그것에 의거하여 행하는 法原理的 決定에 당사자가 구속된다고 하는 構造…는 近代立憲主義와 깊이 연관되어 있다.… 즉, 이 구조는 국민은 그 대표자의 선거를 통하여 立法過程에 참여하는 한편, 그러한 法 아래에서의 국민 각자의 구체적인 권리·의무관계에 대하여 자기가 적정하게 대표되고 있지 아니한 過程에 의하여 구속적으로 결정된다는 것은 不公正하다고 하는 觀念(due process의 思想)과 결부되어 있는 것이다. 具體的 事件·爭訟性이라는 要件은 이러한 원칙과 관념을 충족시키고 담보하는 역할을 가지고 있다」(34)는 것이다. 司法權의 槪念의 實質的 要素가 法原理機關으로서의 法院의 地位를 명확히하고 法院이 원래 담당해야 할 人權保護機能에 法院의 作用을 집중시키려는 것이라고 한다면, 「事件」性을 核으로 하여 司法權을 파악하는 종래의 通說的 見解는 수긍이 가는 것으로 생각된다. 그러나 「事件」性이라는 要件의 구체적 내용은 다분히 불명확한 면이 없지 않다. 그리고 「事件」性을 요건으로 한다는 傳統的인 立場을 가지고서는 近代立憲主義의 테두리만으론 충분히 처리할 수 없는 現代的 紛爭 내지 行政事件 등에 적절히 대응할 수 없다는 점 등을 감안할 때 法原理機關으로서의 성격을 깨트리지 않는 정도 안에서 「事件」性 要件은 보다 탄력적으론 해석할 필요도 없지 않은 것으로 생각된다.

이상과 같이 생각할 경우, 地方自治體가 제기하는 行政訴訟에 있어서는 국민의 權利·義務를 둘러싼 분쟁이라는 要素가 없더라도 ① 具體的 對立性, ② 法的 保護의 대상이 될 만한 利益의 침해의 존재, ③ 法律의 적용에 의한 분쟁의 해결가능성, ④ 判決의 終局性이라는 4가지 要件이 존재하는 한, 이것을 憲法上의 「事件」性을 충족시키는 분쟁으로 보아도 상관없는 것이 아닌가 생각된다. 그리하여 이와 같이 「事件」性을 넓게 이해할 것 같으면, 行政內部의 분쟁에 대해서도 形式的으로는 行政機關이 當事者가 되는 경우라 할지라도 일정범위 안에서는 訴訟適格性을 긍정해도 상관없는 경우가 있을 수 있는 것처럼 생각된다.

地方自治體란 法的으로는 적어도 國家와는 별개의 存在이기 때문에 地方自治體가 憲法

(33) 佐藤幸治 著, **現代國家と司法權**, 1988, 77면.
(34) 佑藤幸治 著, 「**憲法**」, 1981, 210-211면.

上 自治權이 보장된 존재이라는 것[35]을 중시한다고 할 것 같으면 自治權侵害와 관련된 國家와 地方自治體의 분쟁은 「事件」性을 충족시키는 분쟁이며, 自治權을 침해하는 것과 같은 國家行爲에 대해서는 地方自治體는 원칙적으로 行政訴訟을 재기할 수 있는 것이라 할 것이다.

(2) 行政內部 不介入原則

行政內部의 분쟁은 행정내부에서 해결해야 할 것이라는 생각이 있다. 일반적으로 同一行政主體의 機關상호간의 權限紛爭은 行政組織내부에서 해결·조정됨을 원칙으로 하며, 現行地方自治法도 地方自治體간의 協力과 紛爭調整에 관해 명문규정을 두고 있다.

즉 ① 地方自治體 상호간 또는 地方自治體의 長 상호간에 분쟁이 있는 때에는 市·道 또는 그 長이 당사자가 되는 경우에는 內務部長官, 市·道 및 自治區 또는 그 長이 당사자가 되는 경우에는 市·道知事가 당사자의 신청에 의하여 이를 조정할 수 있다. ② 內務部長官 또는 市·道知事가 …분쟁을 조정하고자 할 때에는 … 제 140 조의 2의 규정에 의한 地方自治團體紛爭調整委員會의 심의와 關係中央行政機關의 長과의 협의를 거쳐야 한다.…⑥ 內務部長官 또는 市·道知事는…조정결정사항이 성실히 이행되지 아니한 때에는 당해 地方自治體에 대하여 제 157 조의 2의 규정(職務履行命令)을 준용하여 이를 이행하게 할 수 있다고 하는 규정(地方自治法 제 140 조) 등이 그것이다.

行政機關 상호간의 權限紛爭도 行政의 統一性을 보지할 필요 때문에 下級行政廳은 上級行政廳에 복종하는 형태로 처리되는 것이 보통이다.[36] 上下關係를 전제로 하는 한, 기관상호간의 분쟁은 司法審査의 대상으로 할 수는 없다. 그리고 직접적인 上下關係가 아닌 기관상호간의 분쟁에 있어서도 同一行政主體內部에 있어서는 분쟁의 내부적 해결의 요청은 높다고 할 것이다. 이 점과 관련하여 일정한 自律性을 가진 部分社會內部의 행위에 대한 法院의 審査權에는 한계가 있다고 하는 이론바 部分社會論이라든가 議會의 自律權論

---

(35) 拙稿, 「地方自治團體의 法的地位」, **法曹** 1993년 1월호; 同, 「地方自治의 憲法的保障」, **考試研究** 1993년 6월호 참조.

(36) 다만 어떤 범위에서 上級行政廳의 판단이 下級行政廳의 판단을 구속할 수 있는가에 관해서는 違法한 職務命令에 대한 公務員의 服從義務의 문제로서 논해지기도 하지만, 公務員에 대한 不利益處分의 取消訴訟 등에서 실질적으로 權限紛爭이 심사되는 경우도 있다. 또한 이와 관련하여 公務員이 자기가 수행하는 行政活動이 憲法에 위반하거나 혹은 重大·明白한 흠이 있다고 생각한 경우에 관해 行政活動의 違憲·違法性을 사전에 다투는 爭訟을 제기할 수 있는가라는 문제가 있다. 우리나라의 경우에는 아마도 違憲·違法으로 간주한 職務를 수행하지 않아 나중에 刑事處分이나 行政處分을 받았을 時點에서 處分의 適法性을 다투는 訴訟 가운데서 당해 公務의 違憲·違法性을 다툴 수 있으므로 사전에 다투는 소송은 인정될 수 없다는 것이 通說일 것이다. 그러나 미국의 경우, 違憲이라 믿는 法을 집행할 것인가, 집행을 거부하여 辭職등과 같은 不利益을 받을 위험을 범할 것인가 하는 디렘마에 놓인 公務員은 당해 職務가 憲法에 위반한다고 하는 宣言判決을 구할 수 있다. Board of Education v. Allen, 392 U.S. 236(1968). 이 문제는 無名抗告訴訟의 許容性과도 관련되는 것으로 우리나라에 있어서도 검토의 여지가 있는 문제라 할 수 있다.

등이 주장되어 왔음은 주지하는 바와 같다. 이와 같이 생각할 것 같으면, 行政內部의 紛爭에는 司法權이 미치지 아니한다고 하는 견해는 기본적으로는 타당한 것이라 할 수 있다. 다만, 문제는 어떠한 분쟁을 행정 내부의 분쟁으로 볼 것인가, 혹은 비록 형식적으로는 행정내부의 분쟁이라 할지라도 司法權이 미쳐야 할 경우가 전혀 있을 수 없다고 볼 것인가라는 것이다.

地方自治體에 있어서는 議決機關과 執行機關이 형식적으로 內部의 機關으로서 포함되어 있지만 특히 우리 나라의 경우와 같은 機關對立主義를 취하고 있는 경우는 두말할 나위도 없지만, 制度上 서로 抑制·均衡을 취할 것이 요구되고 있다. 따라서 議決機關과 執行機關과의 對立·紛爭을 司法審査의 대상으로 할 것인가 어떤가는 이른바 行政內部一體論을 가지고 단순하게 논할 것이 아니라, 분쟁의 實質을 고려하여 「事件」性의 유무라든가 內部解決의 필요성 등의 견지에서 신중하게 검토되어야 할 것이다.(37) 地方自治體와 國家의 관계는 法人格간의 관계이기 때문에 機關委任事務의 경우와 같이 地方自治體가 國家의 한 機關으로 생각되고 있는 경우를 제하고는 원칙적으로 行政內部一體論을 안일하게 적용하는 것은 삼가하여야 할 것이다.(38)

3. 機關訴訟

(1) 機關訴訟의 槪念

行政訴訟法은 機關訴訟을 「國家 또는 公共團體의 機關 상호간에 있어서의 權限의 存否 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 訴訟」(제4조 제4호)이며 「民衆訴訟 및 機關訴訟은 法律이 정한 경우에 法律이 정한 자에 대하여 제기할 수 있다」(제49조)고 규정하고 있다. 行政裁判의 制度的 目的으로서는 違法한 行政權의 행사에 대한 國民의 權利保護라는 것과 行政의 適法性保障이라는 것의 두 가지를 생각할 수 있으나 일반적으로는 前者를 그 제1차적 목적으로 생각하여 왔다. 그리고 이러한 제1차적 목적의 작용을 통하여 간접적으로 後者의 목적을 확보하는 것으로 이해되어 왔던 것이 傳統的

(37) 미국에서도 최근 內部解決시스템의 缺點을 여러 가지 들면서 일정한 경우에는 行政機關 상호간의 분쟁을 司法審査의 대상으로 해야한다는 제안이 제시되고 있다. See Note, Judicial Resolution of Inter-Ageney Legal Disputes, 89 *Yale L. J.* 1595(1980).

(38) 國家의 下級行政機關으로서 위치지워진 地方自治體의 機關과 上級行政機關과의 權限爭議를 해결하는 訴訟으로서 이른바 機關委任事務에 관한 職務履行命令訴訟(地方自治法 제157조 3항)이 있다. 이러한 職務履行命令訴訟은 흔히 機關訴訟의 일종으로 생각되고 있지만, 國家와 國家의 다른 法人의 機關을 國家의 機關으로 이용하는 것과 그것에 事務執行을 강제하는 것은 별개의 사항이므로 職務履行命令訴訟은 상이한 法主體 사이의 強制執行의 一般原則으로서 司法的關與를 인정한 것으로도 볼 수 있다는 견해도 있다.(山村恒年·安部泰隆 編, 判例コメンター一ル **行政事件訴訟法**, 1984, 65면). 또한 機關委任事務에 관해서도 地方自治體가 國家를 상대로 出訟함을 인정할 필요성을 지적하는 견해도 있다(木佐茂男, 「國と 地方公共團體の關係」, **現代行政法大系 8**, 1984, 413면; 山下健次, 「憲法と 地方自治」, **法律時報** 44卷 4號(1972), 13면).

인 行政裁判制度의 支配的인 경향이라 할 수 있었다. 따라서 行政의 適法性保障을 주된 목적으로 하는 客觀的 訴訟인 機關訴訟은 특수한 立法政策에 의해 法定된 경우에 한해 인정되며 一般的인 問題로서 등장해 오지 못했던 것이 실정이었다. 그리하여 우리나라의 司法制度의 基本原則이 列記主義를 폐지하고 槪括主義를 채택함으로서 出訴事項의 限定을 철폐함에 있어서도 機關訴訟의 경우에는 예외가 인정되었으며, 그것을 法定하는 경우에 있어서도 극히 制限的인 범위에 한정하였던 것이다. 또한 行政의 適法性保障에 관한 紛爭은 그 行政的性質에 비추어 원칙적으로 行政內部에서 行政的으로 해결할 것이지 法院에 의한 해결에는 적합하지 못하다는 것이 學說·判例上의 支配的인 主張이며, 이에 대해서는 오늘날에 와서도 별다른 異論이 없다는 의미에서 그것은 理論的으로는 극히 명확하다고 할 것이다.

이상과 같이 行政裁判의 制度的意義를 주민의 權利保護라는 측면에서 강조한다면 機關訴訟의 原則的否定이 논해지게 된다. 그러나 그 주된 機能으로서 行政의 法的統制라고 하는 客觀的인 機能을 인정하는 입장에다 從前 制度의 傳統이 가미되게 되면 機關爭議의 裁判的統制라는 문제도 반드시 行政裁判에 있어 例外的이거나 原理的으로 異質的인 것이라 생각될 수 없는 측면도 생각할 수 있다.[39]따라서 독일의 Lorenz의 주장과 같이,[40] 機關訴訟도 일응 訴訟으로서는 성립될 수 있는 것이며 다만, 그것이 어떠한 訴訟法的理由—當事者適格을 결한다거나 대립되는 利益이 없는 自己訴訟이라든가 하는—때문에 부정되는 것이라 하는 견해도 있을 수 있는 것이며, 독일에 있어서의 機關訴訟 내지 自己訴訟[41]에 관한 논의는 주로 이러한 점에 관한 것으로 되어 있다.[42] 요컨대 機關에는 權限은 있지만 權利는 없다고 하는 것이 G. Jellinek[43] 이래의 독일公法學의 주류를 이루는 견해라 생각되지만 그에 대해서는 理論的으로 여러 가지 문제가 있을 수 있으며, 取消訴訟이나 義務履行訴訟과 관련하여 機關이나 機關의 一部는 權利能力이 없고 따라서 權利·義務를 가질 수 없다는 이유로 實體法의 違反을 이유로 하는 機關상호간의 自己訴訟은 허용될 수 없다

(39) 雄川, 前揭書, 465면.

(40) D. Lorenz, Zur Problematik des verwaltungsgerichtlichen Insichprozesses, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1968, SS. 308-309.

(41) 독일에 있어도 機關訴訟이라는 槪念은 일반적으로 널리 쓰이고 있지 않은 듯하며, 우리나라에서 말하는 機關訴訟에 해당하는 문제는 종래 주로 行政法에 있어서의 Insichprozess(自己訴訟이라 번역하기도 한다)의 문제로서 논해지고 있다. 다만 최근에는 이러한 自己訴訟의 槪念을 가지고서는 문제를 논하는데 있어 부적당하다고 하며 Organstreit라든가 Organstreitigkeit라고하는 거의 機關訴訟에 상당하는 개념을 쓰는 학자도 나타나고 있다(예컨대 D. Tsatsos, *Der verwaltangsrechtliche Organstreit*, 1969; W. Hoppe, *Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs und Sozialgerichten*, 1970).

(42) 독일에서의 機關訴訟(Organstreit) 내지 自己訴訟(Insichprozess)에 관한 비교적 상세한 學說紹介는 雄川, 前揭書, 437-458면 참조.

(43) G. Jellinek, *System der Subjektiven Rechte*, 2. Aufl., 1919, S. 227.

고 하는[44] H. J. Wolff도 「法規(Rechtssatz)는 公法人의 外部法領域뿐만 아니라 內部法領域에도 있을 수 있으며, 그것은 機關이나 機關部分에 排他的인 權限을 주는 것이며 따라서 公法人內部의 準權利(intrapersonale subjektiven Quasi-Rechte)가 발생하며 그것은 憲法裁判所 혹은 行政裁判所에서 주장할 수 있는 것」이라고 하면서[45] 이른바 自治組織訴訟(Kommunalverfassungsstreitigkeit)의 可能性도 인정하고 있다.[46] 또한 同一法主體의 官廳間의 自己訴訟은 독일行政裁判所法 42조 아래서는 특별한 규정이 없는 한 인정될 여지가 없다고 하는 Ule도 Wolff와 그 見解를 같이 하면서 일정한 경우에는 行政訴訟의 길이 열려있음을 당연한 것으로 보고 있다.[47] 그리하여 機關의 「權利」 確定 與否의 문제는 機關에게 주어지는 權能이 權利인가 權限인가라는 형태의 문제로서만 생각할 것이 아니라 實質的으로는 이른바 內部法領域에 있어서 行政裁判이 어떠한 기능을 영위하는가, 혹은 영위해야 할 것인가라고 하는 각도에서도 고려되어져야 할 것이라는 유력한 견해가 나타나게 된다. 즉 外部法領域에 있어서 裁判的 保護를 받게되는 「權利」의 法理는 內部法領域에 있어서는 그대로의 형태로 타당할 수 없을 것이기 때문에 外部法領域的인 權利의 성질을 가지지 아니하는 것이라할지라도 內部法領域的으로는 裁判的 保護를 받을 수 있는 「權利」가 될 수 없다고 반드시 단정할 수는 없는 것이 아닌가 하는 생각이 그것이다.[48] 바꾸어 말하자면 어떤 機關이 公行政一般의 利益과는 다른 그 자신의 固有한 利益을 가지며, 그 利益이 다른 機關의 行爲에 의해 침해된 경우에는 그것이 制度上 人格을 가지지 않는다고 하는 이유만으로 出訴할 權利를 부정할 것은 아니라는 것이다. 이러한 입장에 의할 것 같으면, 새로운 行政裁判의 역할을 一義的으로 個人的權利의 保護로만 인정하려는 것은 지나치게 좁은 생각이며, 行政裁判所에서는 權利主體의 利益의 抗爭이라기 보다는 오히려 개인의 自由와 共同體 내지 公益의 요구와의 抗爭이 중요시되어야 하는 면이 있다는 것이다. 이와 같이 생각할 것 같으면 行政裁判所는 當事者能力에 관하여 民事訴訟的思考를 무비판적으로 채용하는 데는 한계가 있다는 것이다.[49]

결론적으로 말해서 行政訴訟의 制度的 目的이 國民의 權利保護에만 있는 것이 아니라 行政의 適法性을 보장하는 것에도 중요한 의미가 있는 것이기는 하지만, 그것은 行政權對 國民이라고 하는 말하자면 行政外部法의 領域의 문제인 것이고, 또한 주로 그것은 國民의 權利保護의 기능을 통해서 달성되어지는 것임은 오늘날에 있어서도 기본적으로는 타

(44) H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, III, 2. Aufl., 1967, S. 404.
(45) Wolff, *Verwaltungsrecht*, Band I, 8. Aufl., 1971, S. 115.
(46) Wolff, *Verwaltungsrecht*, Band IV, S. 418ff.
(47) C. H. Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Aufl., 1971, S. 150.
(48) 이러한 각도에서의 理論的接近의 대표적인 것으로는 전술한 Lorenz의 견해외에 D. Tsatsos와 W. Hoppe의 前揭書가 있다.
(49) 雄川, 前揭書, 451면.

당한 것이라 할 수 있다. 그러나 行政內部法의 領域에서는 行政強制·行政監督과 制度的으로도 밀접한 관계가 있는 지난날의 大陸法系의 行政裁判所에 의한 裁判과는 전혀 그 성격을 달리하는(다분히 民事訴訟法的 志向性을 지니고 있는) 司法法院을 전제로 하는 한, 法院의 介入은 반드시 바람직한 것인가는 의문이라 할 것이다. 이러한 의미에서는 立法政策的으로 機關訴訟을 덮어놓고 확대하는 것은 타당하다 할 수 없을 것이다. 다만, 다른 한편으로는 行政을 둘러싼 利益狀況이 복잡·다양화하고 있는 오늘날에 있어서는 거기에서 생겨나는 對立되는 利益의 공정한 調整者로서 法院이 수행해야할 역할 또한 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 이러한 면에서는 어떠한 機關爭議가 그것을 해결한 적당한 방법이 없고, 事案이 法律의 判決에 적합한 것과 같은 경우에는 具體的「事件」性을 감안하여 法定外機關訴訟을 인정하는 것도 合理的인 이유가 있는 것이 아닌가 생각된다.(50)

4. 監督處分의 行政訴訟

(1) 우리나라 地方自治法은「地方自治關係의 義務에 관한 그 長의 命令이나 處分이 法令에 위반되거나 현저히 公益을 해한다 인정될 때에는 市·道에 대하여는 主務部長官이 市·郡 및 自治區에 대하여는 市·道知事가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고, 그 기간내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 自治事務에 관한 명령이나 처분에 있어서는 法令에 위반하는 것에 한한다」(제157조 제1항)고 규정한 다음,「地方自治關係의 長은… 自治事務에 관한 命令이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내에 大法院에 소를 제기할 수 있다」(동조 제2항)고 규정함으로써 國家 등의 自治事務에 관한 監督處分에 대한 提訴權에 관해 규정하고 있다.

自治事務에 관한 國家의 監督·關與處分에 대하여 地方自治體가 제기하는 行政訴訟에 대해서는 學說上 肯定說이 유력하다. 일반적인 견해에 의하면, 國家와 地方自治體와의 관계는 넓은 의미에서의 機關內部의 관계이기 때문에 그것은 일종의 機關訴訟이며, 따라서 抗告訴訟의 대상이 될 수 없는 것으로 생각될 것이다. 그러나 地方自治體는 國家로부터 독립하여 자기의 목적과 사무를 가지는 公法人이므로 國家와 地方自治體와의 사이의 다툼이 언제나 機關訴訟이라는 것은 타당하지 못하다. 國家官廳이 固有한 자격에서 地方自治體를 상대로 하여 행하는 公共事務의 범위에 있어서의 공권력의 발동인 행위, 예컨대 起債의 許可, 補助金의 交付決定, 地方交付稅額의 決定·減額 등은 일반적으로 抗告訴訟의

(50) 이러한 의미에서 機關訴訟을 인정한다고 할 것 같으면, 그것은 일반적인 權利保護의 訴訟과는 여러 가지 의미에서 그 성질을 달리하므로 그 節次에 대해서도 상이한 考察을 해야 할 것이다. 특히 節次의 신속성이 고려되지 않을 것 같으면 行政的利益의 調整으로서 도움이 되지 않을 것이다. 반면 權利保護의 訴訟이 아닌 이상, 반드시 신중한 節次는 불필요할런지도 모르기 때문에 上告를 제한하거나 簡易節次를 도입하는 방안도 충분히 검토될 수 있을 것이다.

대상이 되는 處分으로 볼 수 있는 것이라 할 것이다.(51) 地方自治體는 憲法이하의 實定法制에 있어서 自由로운 活動이 직접 법적으로 보장되며 또한 일정한 공권력을 자기의 책임으로 행사하는 것이 인정되어 있기 때문에 감독수단이 이러한 자유로운 영역의 침해를 의미하는 이상, 당해 地方自治體에게는 그러한 침해행위를 배제하는 법적 이익이 있는 것이며,(52) 國家와 地方自治體와의 不平等關係에 있어서의 國家의 行爲를 公權力의 행사로서 法的으로 평가하는 것은 충분히 가능하며, 감독수단에 대해서는 行政訴訟法에 의한 구제수단이 인정될 수 있는 것으로 생각된다.(53)

(2) 그러나 이상과 같은 肯定的 見解에 대해서는 비판적 견해도 없지 않다. 즉 國家의 行政과 地方自治體의 行政의 有機的인 關聯의 保護를 강조할 것 같으면, 國家의 監督 내지 關與는 그러한 목적을 위한 수단이기 때문에 그 制度가 地方自治의 本旨에 반하고 地方自治의 保障을 깨트리지 않는 한, 地方自治體는 그에 복종해야 할 지위에 있기 때문에 行政審判은 물론 行政訴訟도 제기할 수 없다고 하는 理論도 없지 않다.(54) 일반적으로 出訴를 인정한다는 것은 이러한 理論에서는 國家의 行政監督·關與의 통제를 法院에 맡기는 것이 되기 때문에 司法的 權利保障制度의 테두리에서 벗어나는 것으로 된다. 다만 이러한 司法的 權利保障制度의 테두리는 司法權의 內容을 어떻게 이해하는가에 따라 달라진다. 司法權이 미치는 「事件」을 私人의 權利·義務에 관한 분쟁으로서 「事件」性의 요건을 충족시키는 것에 한정시킨다면 地方自治體의 自治權과 私人의 主觀的權利와의 異質性을 이유로 地方自治體와 國家와의 분쟁을 司法的 權利保障制度의 테두리 밖이라고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 앞서 검토한 바와 같이 「事件」性의 요건은 반드시 私人의 權利·義務에 관한 분쟁이라고 하는 要素를 불가결의 것으로 요구하는 것은 아니라 할 것이다. 여기서 문제가 되고 있는 분쟁은 독립의 法主體간의 현실의 구체적인 對立性있는 분쟁인 것이며, 憲法에 의해 보장된 自治權의 침해가 쟁점이 되고 있으며, 法을 적용함으로써 終局的으로 해결하는 분쟁이므로 「事件」性을 가지는 것으로 볼 수도 있는 것이다.

(3) 다만 行政訴訟法 제1조에서 말하는 「國民」에 地方自治體, 기타의 公共團體가 포함될 것인가의 여부는 문제라 할 것이다. 이것은 결국은 다 같은 法人格으로서 權利主體이면서도 地方自治體가 私人이나 私法人과 동일한 의미에 있어서의 그것과 다른 것은 地方自治體의 이른바 「固有한 資格에서의 행위」인가의 여부에 의한 차이라 할 수 있을 것이

(51) 同旨, 成田賴明, 「地方自治の保障」, **日本國憲法體系** 第5卷, 1964, 309면.
(52) 拙稿, 「國家의 行政的關與에 대한 法的考察」, **地方行政研究** 第7卷 第4號, 1992. 11, 143-145면 참조.
(53) 同旨, 塩野宏, 「地方公共團體に対する國家關與の法律問題(2)」, **國家學會雜誌** 79卷 9·10號, 1966, 104-105면.
(54) 雄川一郎, 前揭書, 424면.

다. 여기서 「固有한 資格에서의 行爲」라는 것은 一般私人은 누릴 수 없는 입장에서의 행위를 의미하는 것이며, 行政主體로서의 地方自治體의 義務의 성질이 私人의 그것과는 다르다는 것을 의미하는 것이다. 法令이 정하는 바에 따라 地方自治體가 각종의 행위를 하는 경우가 전부 一律的으로 地方自治體의 「固有한 資格에서의 行爲」라고는 할 수 없고, 그때 그때의 행위의 성질여하에 따라 다를 수 있는 것이지만, 요컨대 그것이 어떠한 의미에서의 「固有한 資格에서의 行爲」主體가 아닌 한, 行政訴訟의 提起者로서의 國民과 地方自治體나 기타의 公共團體는 다같이 法人格의 主體로서 실질적으로 다를 바 없다고 할 것이다.(55)

(4) 우리 地方自治法 제115조 제1항은 「地方自治團體의 長은 그 地方自治團體의 항구적 이익이 되거나 또는 非常災害복구 등의 필요가 있는 때에는 內務部長官의 承認을 받은 범위안에서 地方議會의 議決을 얻어 地方債를 발행할 수 있다」고 규정하고 있다. 地方債를 발행하는 행위는 그 자체로서는 地方自治體의 債務負擔의 일종으로서 私法上의 行爲로서의 성질을 가진다. 이러한 행위가 이른바 地方自治體의 「固有한 資格에서의 行爲」에 해당되는가의 여부는 그 자체 논란의 여지가 없지 않지만, 다른 한편으로 그것은 地方自治體의 財政自主權의 一內容이며, 憲法上의 地方自治의 保障을 실질적으로 뒷받침하는 기능이라고도 볼 수도 있다. 그리고 여기서의 內務部長官의 승인은 地方自治體의 法律行爲의 효력을 완성시키기 위한 行政行爲(講學上의 認可)에 해당한다. 따라서 地方自治體는 앞서의 一般論에서 언급한 바와 같이 理論上으로는 不承認處分의 取消訴訟을 제기할 수 있는 것으로 생각된다. 다만 法院이 실질적으로 어느 정도까지 이러한 財政的 問題에 대하여 심사할 수 있을 것인가는 문제이고, 地方債를 발행하는 것이 본래 地方自治體가 자유로이 행할 수 있는 행위라는 것을 전제로 한다며는 國家의 監督을 制限的으로 해석하지 않을 수 없으며, 限定解釋를 허용할 수 없을 정도로 애매모호한 承認基準이나 혹은 地方自治體의 財政的 自主權을 실질적으로 침해하는 것과 같은 不承認處分은 違法이라 할 것이다. 다만, 상술한 우리나라 地方自治法의 條項은 地方債發行을 극히 制限的으로 규정하고 있음이 주목된다.

(5) 한편, 地方自治法은 自治事務에 관한 國家의 監督·關與手段으로서 所管行政廳의 助言·勸告·指導에 관해 규정하고 있다. 이들은 모두 非權力的인 關與手段이라 할 수 있거니와, 財政的 關與와 연결되어 地方自治體에 대한 是正提示要求權 같은 것은 事實上의 強制力이 적지 않다. 그 운용여하에 따라서는 지방자치체의 적극적 활동에 대한 간섭이 될 수 있다. 따라서 이러한 非權力的 關與를 위법이라 생각될 경우의 法的 對應措置가 문제라 할 수 있다.

---

(55) 拙稿, 前揭 註 (52) 論文, 144면 참조.

순 理論的으로 말하자면 이러한 非權力的인 關與手段이 단순한 行政指導의 형식으로 행해지는 경우에는 그것을 무시해 버리면 그만이고, 그때문에 어떤 불이익도 생겨날 수 없으므로 그에 대한 취소소송을 구하는 지방자치체의 訴의 利益 혹은 그 措置의 處分性은 부정적으로 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 非權力的 措置의 事實上의 強制力을 중시할 것 같으면 형식적으로 그 處分性을 부정하는 것만으로 족할 것인가는 의문이라 할 것이다. 즉 法的 要件을 결하는 非權力的 措置가 행해졌거나 혹은 지방자치체와 상이한 法令解釋에 따라 어떤 措置가 행해진 경우 등에 있어서는 國家와 地方自治體 사이에 法律의 適用을 둘러싼 분쟁이 생기게 된다. 따라서 이러한 경우 지방자치체가 法院의 判斷을 구할 수 있게 하는 것은 自治權의 司法的 保障의 하나가 아닌가 생각된다. 이러한 경우, 분쟁의 具體的 對立性, 法的 基準의 存在, 紛爭處理의 終局性 등이 인정됨에도 불구하고 어떤 非權力的 是正措置에 따르지 않음으로써 어떠한 事實上의 不利益이 예상되는 경우에는 處分性, 訴의 利益을 긍정하는 해석도 성립될 수 있는 것으로 생각된다. 다만, 이러한 점과 관련하여 이미 앞서 인용한 바와 같이 우리나라 地方自治法은 地方自治體의 義務에 관한 그 長의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는… 기간을 정하여 서면으로 是正을 명하고 그 기간내에 이행하지 아니할 때에는 그것을 취소하거나 정지할 수 있도록 되어 있고(제 157 조 제 1 항), 이에 대하여 이의가 있을 때에는 지방자치단체의 장은 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내에 大法院에 訴를 제기할 수 있는 것으로 明文化하고 있다(제 2 항).

(6) 國家나 上級地方自治體의 監督處分에 대한 行政訴訟의 관계와 관련하여 또 한 가지 문제되는 것으로 裁決的 關與에 대한 行政訴訟의 문제가 있다. 지방자치체의 장 기타의 기관의 처분에 대하여 불복하는 私人이 國家나 市·道 등의 上級地方自治體의 機關에 不服申請 내지 行政審判을 청구할 수 있는 것으로 되어 있으며, 그 一般法이 行政審判法임은 주지하는 바와 같다.

그런데 이러한 行政審判에 대한 國家나 上級地方自治體의 裁決的 關與에 대하여 原處分을 행한 지방자치체가 取消訴訟을 제기할 수 있을 것인가라는 문제가 있다.

自治事務에 관한 裁決的 關與에만 한정한다고 할 것 같으면 본래 지방자치체가 자유로이 결정할 영역에 있어서 다른 行政機關의 關與를 인정한다는 것 자체의 타당성 여부가 문제되지 않으면 아니될 것이다. 그것은 지방자치체와 사인간의 법적 분쟁은 직접 법원에서 해결하게 하는 것이 보다 원칙에 적합한 것이 아닌가 하는 생각 때문이다. 다만, 司法救濟는 시간적·금전적으로 비용이 들기 때문에 간이·신속한 구제수단으로서의 裁決的 關與가 私人의 權利·利益이라는 관점에서 보아 합리적이라 평가되는 면도 있기 때문에 裁決的 關與를 전적으로 부정할 것은 아니라 할 것이다. 그러나 現行法에서 인정되고 있는 裁決的 關與 가운데는 지방자치체에 대한 國家나 上級地方自治團體인 市·道의 監督이

라는 측면이 강한 것도 있기 때문에 裁決的 關與의 制度的 意義에 대해서는 결국 개별적으로 검토할 수밖에 없을 것이다. 그리하여 裁決的 關與에 대한 지방자치체의 出訴資格은 일반적으로 다음과 같은 두 가지 각도에서 검토되어진다고 할 것이다. 첫째로는 裁決的 關與의 대상이 되는 당해사무(내지 사업)의 성질이 문제된다. 당해사무가 본래 지방자치체가 자유로이 처리해야 할 自治事務인 경우에는 위법한 裁決的 關與는 지방자치체의 自治權을 침해하는 것이므로 원칙적으로 지방자치체는 裁決의 取消訴訟을 제기할 수 있는 것이 된다. 그러나 둘째로 法律이 私人의 權利의 신속·간이한 구제를 목적으로 하여 裁決的 關與를 인정하고 있는 경우, 당해법률의 해석으로서 裁決에 대한 지방자치체의 취소소송제기가 제한되어 있는 것으로 해석되는 수도 있을 것이다. 지방자치체의 自治權은 憲法上 보장되어 있다고 하더라도 국민의 기본적 인권과는 다른 성질을 가지므로 법률이 국민의 권리보장과의 관련에서 지방자치체의 출소자격을 부정하더라도 반드시 부당하다 할 수 없을 것이다. 요컨대 문제는 개개의 裁決的 關與의 구체적 분석에 달려있다고 할 것이다.

5. 固有利益의 侵害와 行政訴訟

(1) 財産權侵害

재산권을 침해하는 國家 등의 處分에 대하여 地方自治體가 私人과 동일한 자격으로 行政訴訟을 제기할 수 있는 데 대해서는 異論이 없을 것이다. 예컨대 지방자치체가 자기소유의 토지를 위법하게 收用되었다고 하여 收用裁決의 取消訴訟을 제기하는 경우 같은 것이 전형적인 예라 할 수 있다. 또한 비슷한 예로서는 지방자치체가 起業者로서 土地收用節次를 이용하는 경우에 事業認定의 거부처분의 取消訴訟을 제기할 수 있을 것인가를 생각해 볼 때 여기서 주장되고 있는 利益이 순수한 財産上의 利益인가 어떤가에는 문제가 있지만 土地收用法은 起業者로서 私人과 地方自治體를 특별히 구별하고 있지 않으므로 아마도 이러한 경우에는 出訴資格은 긍정된다고 할 것이다. 그러나 지방자치체가 財産權侵害를 이유로 國家 등의 處分을 다툰 예는 실제로는 그다지 흔한 일은 아닌 듯하다.

(2) 非財産權侵害

財産權 이외의 지방자치체의 固有利益으로서는 다음과 같은 것을 생각할 수 있다. 그 각각에 대한 行政訴訟의 可能性 與否에 관해 검토해 보기로 한다.

가. 自治權侵害. 憲法上 지방자치체에 보장되어 있는 地方自治의 基本趣旨가 어떤 것인가에 관해서는 논란의 여지가 없지 않으나 일정한 自治權을 憲法이 지방자치체에 보장하고 있다는 것에 대해서는 異論이 없다.(56) 自治權의 내용은 自主財政權(自治體의 課稅權

(56) 拙稿,「地方自治의 基本原則」, **金壽鶴先生華甲記念論文集**, 1987. 8; 同,「地方自治의 憲法的 保障」, **考試研究** 1993년 6월 참조.

을 포함한다), 自主組織權, 自治事務영역에 있어서의 自主活動權 등이 포함되는 것으로 볼 수 있다. 이들 지방자치체의 自主活動領域에 國家가 關與하는 監督處分에 대하여 지방자치체가 自治權侵害를 이유로 하여 行政訴訟을 제기할 수 있음은 전술한 바와 같다. 그리고 지방자치체의 境界나 住民의 認定은 지방자치체의 存立의 基本과 관련되는 사항이므로 이들이 적법하게 확정되어져야 할 利益은 지방자치체의 固有利益이라 할 수 있을 것이다. 따라서 예컨대 일본의 地方自治法은 이들에 관한 분쟁을 司法審査의 대상으로서 인정하고 있으며(법 제9조, 제9조의 2참조), 비록 特別法의 授權이 없더라도 司法審査가 가능한 것으로 보는 견해도 유력하다.[57] 그러나 立法論的으로는 지방자치체의 경계와 같이 개인의 권리이익에 직접적인 관계가 없고 널리 주민의 그것에 관계되는 문제의 해결에 대해서는 司法法院 이외의 公的 機關에 맡기는 것이 타당하다는 견해도 없지 않다.[58]

(3) 地域環境保護·經濟發展의 利益侵害

지방자치체는 본래 그 지역의 주민복지를 유지증진시키기 위해 설치된 단체이므로 國家의 行爲에 의하여 주민의 생명·신체·재산 등에 公害를 생기게 할 우려가 있다면 그것은 주민의 복지를 유지·증진한다고 하는 지방자치체의 지위 그 자체를 위협하는 것이 된다. 따라서 이러한 지위에 입각하여 訴訟을 제기할 수 있는 것을 생각할 수가 있다.[59]

미국에서는 이른바 Parens Patriae의 法理[60]에 입각하여 自州 내의 河川에의 下水排出의 留止를 州가 청구한 사건,[61] 被告工場으로부터의 아황산가스의 방출이 주 내의 森林·농작물·과수원에 손해를 끼치고 있다고 하여 그 媒煙의 방출의 留止를 州가 청구한 사건[62] 등에서 州의 原告適格이 인정되고 있다. Parens Patriae의 法理에 의거하여 私人 혹은 他州를 피고로 하여 州가 출소하는 것이 인정되는 要件은 ① 州民의 상당수의 권리, 이익의 침해가 있을 것,[63] ② 주민의 이익으로 해소되지 아니하는 州의 固有利益(準主權的 利益)

(57) 曾和俊文, 「地方公共團體の訴訟」, 杉村敏正 編, 行政救濟法 2, 1991. 313면.

(58) 綿貫芳源, 自治研究 41卷 3號, 154면.

(59) 拙稿, 前揭 註 (52) 論文, 146면 참조. 다만 이러한 해석에 의할 것 같으면 地方自治體의 범위가 무한정으로 확대될 수도 있기 때문에 그 要件을 제한하여 法律에 의하여 地方自治體의 參加的地位가 인정되어 있는 경우, 혹은 國家의 당해 프로젝트가 地方自治體의 存在에 중대한 영향을 미치는 경우 등에 한하여 지방자치체의 원고적격을 용인하여야 할 것이다.

(60) 이 法理는 원래 영국에 있어서 國王이 무능력자나 무자산자의 이익을 지키기 위하여 행사하는 後見的인 權限을 설명하는 법리였던 것이 19세기에서 20세기에로의 전환기에 미국에 있어서 聯邦大法院에 의해 그 의미가 확대되어 州가 州民의 이익을 대표하여 州內의 自然環境을 보호하기 위해 출소하는 이익을 근거지우는 법리가 되었다(See, e. g., Comment, Federal Jurisdiction: State Parens Patriae Standing in Suits Against Federal Agencies, 61 *Minn. L. Rev.* 691(1977): Comment, State Standing to Challenge Federal Administrative Action: A Reexamination of the Parens Patriae Doctrine, 125 *U. Pa. L. Rex.* 1069(1977)).

(61) Missouri v. Illinois, 180 U. S. 208(1901): New Jersey v. New York, 283 U. S. 473(1931).

(62) Georgia v. Tennesee Copper Co. 206 U. S. 46(1907).

(63) 따라서 一部住民, 特定集團의 利益侵害만으로는 州의 出訴는 인정되지 아니한다. See, Oklahoma v.

의 침해가 있어야 할 것의 두 가지이다. 특히 固有利益侵害라는 요건에 대해서는 해석의 어려움이 예상되는 경우도 있지만, 전통적으로 公害의 除去는 고유이익으로 인정되어 왔다.(64)

Parens Patriae의 法理는 영미의 역사적 전통에 바탕을 둔 독특한 색채를 띠고 있어 우리나라에 그대로 적용할 수 있는 이론은 아니겠지만, 이 법리를 확대·발전시켜온 실질적인 이유에 대해서는 우리나라에서도 배울 점이 없지 않다고 생각된다. 즉 環境訴訟이나 消費者의 利益과 같이 擴散的이고 보호되기 어려운 이익에 대해서는 지방자치단체의 독립목적·고유사무와의 관련이 명확한 한, 지방자치체에게 이익의 주장을 허용하는 가능성을 인정해도 상관없는 것이 아닌가 하는 생각이 그것이다.(65)

우리나라에 있어서 地域環境保護나 經濟發展을 요구하는 이익이 지방자치체의 원고적격을 기초지우는 이른바 「法律上利益」이라 할 수 있을 것인가는 그 자체 상당한 논란의 여지가 있지만, 주민의 생명·신체·재산 등의 관리자라고도 할 수 있는 지방자치체의 지위를 존중한다고 할 것 같으면 일정한 경우에 지역환경이나 경제발전에 중대한 영향을 미치는 국가행위를 다투는 지방자치체의 원고적격도 긍정될 수 없는 것은 아니라 할 것이다. 이러한 原告適格을 긍정하는 경우, 그 기준으로서는 전술한 미국의 Parens Patriae의 法理와 그에 관련된 判例上의 基準 등이 좋은 참고가 될 것이다.(66)

(4) 參加權 侵害

국가활동에 의해 지방자치체의 주민의 생활 혹은 지방자치체의 활동자체에 중대한 영향을 미치는 경우가 있을 수 있다는 것을 인정한다고 할 것 같으면 政策論으로서 지방자치체의 최대공약수화된 共同의 社會的·公共的 利益이나 利害關係人으로서의 입장에 있는 個別利益을 國家의 立法, 計劃, 行政 등의 意思形成 내지 決定, 執行過程에 반영시키는 것이 바람직하다고 할 것이다. 現行法上 인정되고 있는 이러한 지방자치체의 國政參加는 그 범위도 극히 한정되어 있고, 그 성격도 일률적이 아니므로 參加的 地位의 침해를 이유로 지방자치체가 출소할 수 있는가 어떤가는 개별적으로 검토할 수밖에 없을 것이다. 그러나 지역환경이나 지방자치체의 경제발전에 중대한 영향을 미치는 국가활동에 앞질러 지방자

Atchson, T & S. F. Ry., 220 U. S. 277(1911); Oklahoma ex. rel. Johnson v. Cook, 304 U. S. 387 (1938).

(64) 判例에서는 이 밖에도 州의 經濟發展의 利益을 固有利益으로 인정한 경우(Pennsylvania v. West Virginia, 262 U. S. 553(1923)도 있다. 또한 反트러스트法違反行爲에 대해서도 州는 Parens Patriae의 法理에 의거하여 違反行爲의 留止를 청구할 수 있는 것으로 본다.

(65) 보다 상세한 것에 관해서는 曾和俊文, 前揭註 (57)論文, 282면, 314면 참조.

(66) 일본에서도 일부 학자들에 의해 긍정적으로는 논해지고 있다. 山村恒年, 「訴えの利益の問題」, **公法研究**, 37號(1975), 138면; 田村悅一, 「地域住民及び地域團體の法的地位とその保障」, **立命館法學** 119/120號, 51~52면 등 참조.

치체의 참가가 法律로 정해져 있는 경우에는 지방자치체의 固有利益侵害를 이유로 지방자치체의 원고적격이 인정되어 그 속에서 參加權侵害를 違法性의 한 가지 이유로 주장할 수도 있을 것이다. 또한 法律이 지방자치체의 참가적 지위를 규정하고 있지 아니한 때에는 憲法을 근거로 참가를 요구할 수 있는가 어떤가도 문제삼아 볼 수 있을 것이다.(67)

V. 맺는말

우리나라의 경우 財產權侵害 등을 이유로 地方自治體가 民事訴訟의 原告나 被告가 되는 경우는 별도로 하고서라도 上級自治體를 상대로 行政訴訟을 제기한다는 예는 극히 드문 것이 사실이다. 그러나 憲法上의 「事件」性의 要件을 너그럽게 해석하는 입장과 그 밖에 예컨대 지역환경보호이익의 침해 등을 이유로, 그리고 무엇보다도 憲法上 보장되어 있는 自治權侵害를 이유로 지방자치체가 국가 등을 상대로 소송을 제기하는 가능성 자체는 부정할 수 없는 것이라 할 것이다. 行政主體와 私人과의 二元的 對立, 行政의 內部關係와 外部關係라는 二分論, 私人의 權利救濟를 핵심으로 하는 近代行政救濟制度의 法理 등을 전제로 하는 한, 여기서 논한 바 있는 지방자치체의 행정소송문제는 다분히 예외적이며 주변적인 현상에 대한 검토에 지나지 않을 것일런지도 모른다. 그러나 現代的 紛爭에 대한 司法權의 새로운 임무, 주민의 권리를 옹호한다는 의미에서의 지방자치체의 중요성을 감안한다면, 일정한 경우에 있어서의 지방자치체의 소송제기는 그 의의가 결코 적은 것이라고 할 수 없다. 어떠한 조건 아래에서 어떠한 이익을 주장하며 어떠한 절차에 따라 지방자치체의 출소가 인정되어질 것인가는 한마디로 말할 수 없으며, 이 글에서 논해진 기준 같은 것도 일종의 試論에 지나지 않은 것이며, 앞으로의 보다 깊은 검토가 요청된다고 할 것이다.

立法論的으로는 일본의 예에서와 같이 地方自治團體의 訴訟提起를 地方議會의 議決必要事項으로 하는 방안을 생각할 수 있는 것이다. 즉 그것은 일반적으로 團體로서의 意思의 확정, 분쟁해결과 관련된 財政的 考慮, 執行機關과 議決機關과의 상호 억제 때문이라 할 수 있다. 그러나 예컨대 財產權에 관한 訴訟의 경우에 있어서는 비록 지방자치단체의 재정과 관련되는 것이기는 하지만 그것은 재산의 처분이 아니라 오히려 保全措置의 하나이며, 재산권손해를 방지하기 위해 제기되는 것이기 때문에 그것에 대해서 일일이 地方議會의 議決을 필요로 하는 것은 아니지 않겠는가 하는 의견도 없지 않다. 또한 소송은 Tim-

(67) 이러한 문제에 대해서는 독일에서의 地方自治體의 計劃高權에 관한 理論이 큰 참고가 될 것이다. 中井勝己, 「兩ドイツにおける地方自治體の計劃參加權の裁判的保障－聯邦行政裁判所の判例から－」, 立命館法學 175號 (1984), 381면; 宮田三郎, 「計劃策定手續と市町村の參加－地方自治の擴充」, 專修大法學論集 30號(1979), 45-60면 등 참조.

ing이 중요하다는 점을 생각할 것 같으면 그것이 오히려 소송제기를 주저케 하는 한 가지 요인도 될 수 있다. 그리고 재산권에 관한 소송제기가 집행기관과 의결기관간의 정치적 흥정에 이용당할 우려도 없지 않다. 이상과 같은 사정 때문인지 일본의 경우에 있어서도 지방의회의 의결을 요하게 하는 제도에 대해서는 실무상 그다지 그 의의를 인정하지 않는 것으로 평가되고 있는 듯하다. 그러나 앞으로 지방자치단체가 지역환경보호이익이라든가 자치권보호의 입장에서 출소하는 것이 널리 인정되게 되면 출소에 지방의회의 의결을 요하게 하는 것은 지방자치단체의 주민상호간의 대립을 극복하여 지방자치단체의 의사를 확정시키기 위한 긍정적인 기능도 인정될 수 있지 않을까 생각된다.

〈Résumé〉

A Study on Judicial Guarantee of Local Government

Won-Woo SUH*

This paper is designed to discuss the judicial guarantee of local governments, which then facilitates and secures the right of self-government granted under the constitution upon local governments.

In Korea, it is quite infrequent that local governments bring an administrative litigation against their superior governments or sovereign state, while they have commonly become plaintiffs or defendants in civil procedures such as lawsuits against infringement of property rights. It cannot be denied, however, that local governments are entitled to bring lawsuits against the sovereign state on the following grounds: infringement of interests in local environment, infringement of the self-government right under the Constitution with generous interpretation of the requirement of "cases and controversy", etc.

Chapter 2 of this paper will conduct comparative survey on judicial guarantee of self-government right with particular reference to Switzerland, France, Germany, Great Britain, U.S.A., and Japan. Chapter 3 will discuss problems relating to civil procedure covering either infringement of property rights or of non-property rights and, also, will investigate the possibility of enforcing administrative obligation under civil procedure.

Chapter 4 is concerned with administrative litigation by local governments. This paper will analyze critically the notion that legal disputes between local governments and sovereign state, being internal disputes within the Administration, cannot be subject to judicial review. The concept and requisite of organizational suits as provided for in the Administrative Litigation Act will then be discussed. Relatively detailed discussion will cover administrative litigation against supervisory measures taken either by the sovereign state or by superior local government and, then, extend to problems relating to administrative litigation against infringement of local government's inherent interests.

In conclusion, with a view to thriving local governments being realized in Korea in the

* Professor of Law, Seoul National University

near future, the right of self-government as prescribed in the Constitution shall be protected virtually by the Judiciary as well as by the Legislature or the Administration. Accordingly, it is very significant that further studies have to be made on these important issues intensively.