

국회 동의 없는 졸속막무가내 사드 배치 권한쟁의 심판 청구에 관한 법률의견

민주사회를 위한 변호사 모임 미군문제연구위원회

1. 사드 배치 결정의 국회 동의 필요성

헌법 제60조 제1항에 의하면, 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 갖고, 동조 제2항에 의하면 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

사드 배치 결정은 ① 정부가 주한미군사령관의 협의요청을 받아 별도의 약정 체결 후 실무 협의를 진행하였으며, 국방부 장관이 운영결과보고서 등 협의 결과를 승인하여 한미 양국의 합의로 발표하였다는 점, 국가의 이익과 국민의 권리의무에 중대한 영향을 미치는 내용을 포함하고 있다는 점에서 '조약'의 성격을 가지는 국가간 합의로 보아야 하고, ② 미국 MD(미사일방어)체계에 편입되는 것으로, '중국' 견제 역할까지 수행하게 된다는 점, 사드 체계는 미군이 전적으로 운영함으로써 운영방법, 검증, 관련분쟁 해결에 우리 정부의 적극적 관여가 어렵다는 점에서 **주권의 제약**을 초래하며, 이미

부지 확보에만 880억 원 상당의 국유재산이 처분되었고, 향후 운영비까지 대한민국이 부담할 가능성이 높으며, 중국의 경제보복까지 확대되어 **국가와 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약**이라는 점에서 국회의 동의가 필요한 사안에 해당함.

나아가 ③ 사드배치 결정은 한미상호방위조약에 따른 단순한 무기 도입이 아니라 '새로운 무기 체계 도입'이며, 미국 MD(미사일방어)체계 편입이라는 점에서 한미상호방위조약상 **한반도 방위 역할을 넘는 '새로운 외국군대'의 대한민국 영역 안에서의 주류**라는 점에서 국회의 동의가 필요한 사안임(이상 민주사회를 위한 변호사 모임 미군문제연구위원회, 사드 배치 결정에 대한 법적 검토 의견서 참조).

2. 권한쟁의심판의 적법요건 - 국회권한 침해에 동의하는 의원들의 권한쟁의심판 청구 가능성에 대한 검토

가. 청구인 적격

(1) 국회와 정부 간의 권한쟁의심판은 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에서 명시하고 있는 것으로, 국회는 당사자가 될 수 있음이 명백하나, 국회가 당사자가 되어 청구하기 위한 국회 내부의 의결 절차와 관련하여서는 별도의 규정을 두고 있지 않음.

(2) 개별 국회의원이거나 교섭단체의 당사자능력에 관하여, 헌법재판소는 '제3자 소송담당'이 허용되지 않는 현행법 하에서 국회의 구성원인 국회의원은 국회의 조약 체결·비준 동의권 침해를 주장하는 권한쟁의심판에서 청구

인격적이 없다고 최근까지도 판시해오고 있음(헌법재판소 2015. 11. 26. 자 2013헌라3 결정). 위 판례가 유지된다면 교섭단체를 구성하는 국회의원이 청구인이 되더라도 각하 결정을 받을 수 있음.

(3) 그러나 위 2013헌라3 결정 당시 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견의 취지에 따르면, 야3당 국회의원 상당수가 청구인이 되는 것은 매우 중요한 의미가 있음.¹⁾ 특히 헌법재판소법 제40조에 따르면 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용하도록 하되, 권한쟁의심판의 경우 기본적으로 행정소송법과 민사소송법을 준용하도록 하고 있고, 이는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 따라 절차법을 보완해 나갈 수 있는 것으로 해석되는 점, 헌법상 의회주의의 원리와 권력분립 및 견제의 원리의 충실한 보장을 위하여 소수와 의원들의 청구인적격 인정해야 한다고 충분히 해석할 수 있는 점, 남소로 인한 정치의 사법화 등의 폐단은 교섭단체나 그에 준하는 의원 집단에 한정하여 당사자적격을 인정하도록 하면 크게 문제되지 않는 점과 같이 반대의견(이하 전체 발췌 인용)에서 판시하고 있는 논거에 주목할 만 함.

가. 권한쟁의심판의 헌법적 의의

(1) 헌법 제111조 제1항 은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있다. 권한쟁의심판은, 국가기관 사이나, 국가기관과 지방자치단체 또는 지방자치단체들 사이에서 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있고 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우에 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 그 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력 사이의

1) 한편 이는 헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2005헌라8 결정에서는 7:1로 제3자 소송당당을 부인한 것에 비하여 진전된 것임.

균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도이다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 참조).

이러한 권한쟁의심판의 목적은 각 국가기관이나 지방자치단체가 헌법에 의하여 배분받은 권한을 서로 충돌하지 않고 행사하도록 하여 국가의 기능과 작용이 원활하게 이루어지게 하고, 나아가 국가권력의 수평적 통제와 수직적 통제가 가능한 권한배분질서를 유지함으로써 권력의 남용을 방지하고 국민의 자유와 권리를 보장하는 권력분립의 원리를 실현시키는 데 있다.

여기에는, 국회 내에서 다수파가 마땅히 하여야 할 권한과 의무를 수행하지 아니하여 국회의 기능이 마비 내지 왜곡되고 소수파가 국회의 각종 권한 행사에 실질적으로 관여하지 못한 채 배제되는 등 권력분립의 원리가 명목상의 것으로 전락하는 경우, 정치적 소수파의 역할과 기능을 보호하고 민주적으로 형성된 다수파에 대하여도 헌법을 관철함으로써 헌법질서를 수호하고 유지하는 것까지 포함될 수 있다고 할 것이다.

(2) 한편 권한쟁의심판에서 다루어지는 '권한'이란 국가기관이나 지방자치단체의 주관적 권리가 아니라 국가기관이나 지방자치단체가 헌법과 법률에 의하여 부여받아 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력 또는 그 범위를 말하고, 그 귀속주체는 이를 임의로 처분하거나 포기할 수도 없다. 따라서 권한쟁의심판에 의하여 그 권한의 귀속주체인 국가기관이나 지방자치단체가 보호되는 것은 어디까지나 권한쟁의심판의 본래적 기능인 권한의 분배나 권력의 분립 및 국가기능의 원활한 수행에 관한 헌법질서의 유지와 수호에 따르는 부수적 효과일 뿐, 그 자체가 권한쟁의심판의 일차적 목적이 되는 것은 아니다.

다만 헌법과 헌법재판소법은 권한쟁의심판을 청구인과 피청구인의 대립적인 쟁송절차로 형성하고 있는데, 이는 헌법상의 권력분립질서가 각 분쟁당사자로 하여금 자신의 권한을 스스로 방어하게 함으로써 가장 잘 유지될 수 있다는 점을 고려한 것으로, 헌법재판소에 의한 사법심사의 대상이 되는 구체적 분쟁의 존재를 확인하고, 심판의 대상과 범위를 명확히 하며, 분쟁 당사자에게는 자신의 권한에 관하여 스스로 방어할 기회를 제공함으로써 보다 효율적인 사법심사가 될 수 있게 한다.

나. 권한쟁의심판절차에서 제3자 소송담당의 인정 여부 및 범위

(1) 이 사건 심판청구의 적법 여부와 관련하여 우선 문제되는 것은, 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한 침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부, 말하자면 권한쟁의심판절차에서 권한의 주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권한의 주체를 위하여 소송수행을 할 수 있는 권능, 이른바 '제3자 소송담당'이 인정될 수 있는지 여부이다.

다수의견이 지적하는 바와 같이, 헌법재판소법은 권한쟁의심판에 있어서 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 '제3자 소송담당'의 인정 여부에 관하여 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 헌법재판소법이 '제3자 소송담당'의 인정 가능성을 명문으로 부인하고 있지도 아니하므로, 다수의견처럼 법률상 명문규정의 부존재를 이유로 권한쟁의심판에 있어서 '제3자 소송담당'의 인정 가능성을 무조건 부인하여야 한다고는 볼 수 없다.

헌법소송의 주된 법원(法源)인 헌법재판소법이 그 제정 당시 헌법재판 역사와 경험의 일천으로 인하여 헌법소송에 필요한 모든 규율을 완결적으로 담아내지 못하였음은 주지의 사실이다. 헌법재판소법이 제40조에서 '헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용'하도록 규정하면서, 다시 '헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서'라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다. 따라서 헌법재판소법에 의하더라도 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거하여 법적 흠결을 보완해 나갈 수 있다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조).

즉 헌법재판소법의 개별 심판절차에 관한 규정이나 포괄적 준용규정인 제40조에 의하더라도 적용하거나 준용할 규정이 없어 법률의 공백이 생기는 부분에 대하여는 헌법재판소가 당해 헌법재판이 갖는 고유의 성질·헌법재판과 일반재판의 목적 및 성격의 차이·준용 절차와 대상의 성격 등을 종합적으로 고려하여 개별심판절차의 성질에 맞게 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다. 법률

의 공백이 있는 경우 개별심판제도의 목적과 취지에 맞는 절차를 창설하여 실제적 진실을 발견하고 이에 근거하여 헌법정신에 맞는 결론을 도출해내는 것은 헌법이 헌법재판소에 부여한 고유한 권한이자 의무이다(헌재 2014. 2. 27. 2014헌마7 참조).

헌법재판소가 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제로 보고, 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로 '국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회'만을 규정하고 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호를 예시적 규정으로 해석하여야 한다고 결정하였던 것(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 참조) 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

(2) 권한쟁의심판은 분쟁 당사자 사이의 대립적인 쟁송절차로 형성되어 있으나, 헌법상의 객관적 권한배분질서의 유지·수호에 초점이 있다는 점에서 당사자의 임의적 처분이 가능한 주관적 권리·의무의 법률관계의 확정이 문제되는 민사소송과는 구분된다. 따라서 권리·의무에 관한 실체법상의 주체가 아닌 제3자에게 소송수행권을 인정하기 위하여는 법률에 명문의 규정이 필요한 민사소송과 달리 권한쟁의심판에 있어서는 제3자의 소송담당을 인정하기 위하여 반드시 명문의 규정이 필요하다고 볼 것은 아니다. 오히려 국가기관 등을 구성하는 다수파의 권한 남용·일탈로 인하여 헌법상 권한배분질서가 왜곡될 우려가 있어 이에 대한 사법적 통제가 요청되고, 제3자의 소송수행이 기능적 권력통제에 기여하며 권력의 남용에도 해당하지 아니하는 때에는 이를 허용함이 헌법질서의 수호 및 권력 상호간의 견제와 균형을 보장하는 권한쟁의심판제도의 목적에 부합하는 것이라고 할 것이다.

특히 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 형성되는 현대의 정당국가적 권력분립구조 하에서는 의회와 행정부가 정당을 통하여 융합되는 현상을 보이고 있고, 대통령이 속한 여당과 의회의 다수당이 대체로 일치하는 대통령제 정부 형태에서, 고전적 권력분립론에서와 같이 의회가 정부의 권력행사를 통제하는 것은 사실상 기대하기 어렵다. 의회의 헌법상 권한이 정부에 의해 침해되었거나 침해될 위험에 처하였음에도 불구하고 의회의 다수파 또는 특정 안건에 관한 다수세력이 그에 대한 방어를 제대로 하지 않거나 이에 동조하는 상황에서

는, 다수파나 다수세력이 의회의 권한을 수호하기 위한 권한쟁의심판 등 견제 수단을 취하지 않을 것이므로 헌법이 명령하는 권력의 견제기능을 제대로 수행하지 않는 현상이 나타날 수 있다.

이와 같이 의회의 헌법적 권한이 제대로 수호되지 못하고 헌법의 권력분립 질서가 왜곡되는 때에는, 의회 내 소수파 의원들이 다수당 내지 다수파 의원들의 활동의 문제점을 적절하게 지적하고 통제할 수 있는 기회를 보장함으로써 궁극적으로 의회의 헌법적 권한을 수호하고, 의회와 정부 사이의 견제와 균형을 실현할 수 있을 것이다.

그러므로 의회의 대정부 견제기능의 정상적 작동을 전제로 한 헌법상의 권력분립이 명목적 원리로 전락하는 예외적 상황에서, 헌법재판소가 헌법상 권한배분 질서를 유지하고 권력분립의 원리를 보장하기 위하여 소수파 의원들이 일정한 요건 하에 의회를 대신하여 의회의 권한침해를 다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정하는 것은, 헌법재판소법에 내재된 입법적 흠결을 보완하는 것으로서 권한쟁의심판제도의 목적과 취지 및 우리 헌법의 정신에 따른 것이라고 할 것이다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조).

한편 의회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 소수의 의사에 따라 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 하는 것이 다수결의 원리와 의회주의에 부합하는지 여부에 관하여 의문을 제기하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 헌법재판은, 민주적으로 형성된 다수의 의사에 의하여 결정된 것이라고 하더라도 헌법에 위배될 수 있다는 것을 전제하는 것이며, 권한의 주체인 의회가 그 권한을 행사하지 아니하거나 포기하기로 결정한 때에 의회 내 소수파 의원들이 그에 대하여 헌법재판을 구할 수 있다는 것이 헌법재판제도를 수용하고 있는 우리 헌법상의 의회주의 원리에 반한다고 보기 어렵다. 왜냐하면 우리 헌법의 민주주의는 단순히 '다수의 지배'가 아니라 법치국가에 의하여 구속을 받는 민주주의, 즉 다수의 정치적 지배를 법치국가적으로 제한하는 '자유민주주의'이기 때문이다.

나아가 이 사건에서 논의되고 있는 '제3자 소송담당'은, 헌법이 요구하는 의회의 대정부 견제기능이 의회 내 다수파의 정략적 결정에 의하여 저해되고 그럼으로써 헌법이 명령하는 의회주의가 왜곡 내지 훼손되는 경우에, 그로부터 의

회주의를 회복하기 위한 수단으로써 강구되는 것이므로 의회주의의 본질에 반한다고 볼 수 없고, 오히려 의회주의의 본질을 더욱 충실하게 하는 데 기여할 수 있다고 본다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8).

(3) 물론 제3자 소송담당의 남용에 대한 지적은 경청하여야 할 부분이다. 국가기관 내부에서 민주적 토론과 대화로 의사를 결정하려는 노력을 기울이지 아니하고 사법적 해결만을 구하는 것은 정치의 사법화 및 사법의 정치화와 그에 수반하는 여러 문제를 불러올 수 있다. 또한 정제되지 않은 개인적 의견에 기초한 무분별한 권한쟁의심판의 청구나 대중적 인지도를 높이기 위하여, 또는 단순한 정쟁 유발의 목적으로 하는 권한쟁의심판의 청구 등 의회 내 다수당이나 정부에 대한 견제와 무관한 청구를 모두 허용하는 것은 민주적 정치과정을 왜곡하고 헌법재판소에 불필요한 심판의 부담만을 가중시킬 우려가 있다.

그러나 남소의 위험성 문제는 개별적, 구체적 사안에서 권한쟁의심판의 이익 유무를 검토하거나 또는 권리남용의 법리를 적용하는 것을 통하여 일정 부분 해소될 수 있으며, 제3자 소송담당의 인정 범위와 요건 등을 제한함으로써 제도 남용을 방지하기 위한 한계를 구체화할 수 있을 것이다.

즉 개별 의원들이 숙고의 과정 없이 돌발적으로 권한쟁의심판을 청구하거나 의회 내 다수당과의 실질적인 토론이나 대화를 전혀 거치지 아니하고 권한쟁의심판을 청구하는 것을 제한하는 것이 가능하며, 우리 국회의 경우 적어도 교섭단체 내지 그에 준하는 실체를 갖춘 의원 집단에게만 한정하여 제3자 소송담당 방식으로 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 지위를 인정하는 것도 가능하다.

국회법은, 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 된다고 규정하고, 또한 다른 교섭단체에 속하지 아니하는 20인 이상의 의원으로 따로 교섭단체를 구성할 수 있도록 하고 있으며(제33조 제1항), 교섭단체는 대표적인 의회의 상설조직으로서 현실적으로 원내 정당들을 대표하는 지위와 기능을 하고 있다. 따라서 국회의 권한 침해 여부가 쟁점화되는 경우, 교섭단체 내에서 의원들 사이의 충분한 소통을 거친 의사결정이 이루어지고, 의회 내 다수당과의 관계에서 대화와 협의의 절차를 거칠 것을 기대할 수 있으며, 그러한 과정을 거쳐 권한쟁의심판에 이른 때에는 일반적으로 남소에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

다. 이 사건 심판청구의 적법 여부

위와 같은 관점에서 이 사건 심판청구의 적법 여부를 살펴보면, 청구인들은 새 정치민주연합 소속의 국회의원 전원으로서 교섭단체를 이루고 있고, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약에 대한 의회의 견제를 실현하기 위한 차원에서 정부가 이 사건 의정서에 대한 비준·동의를 국회에 요구하지 않고 있는 부작위를 다투고 있다.

즉 이 사건 의정서 본문은 국회의 비준·동의를 거쳐 체결된 1994년 정부조달협정의 전문, 제1조 부터 제24조 , 부록을 모두 삭제하고 이 사건 의정서의 부속서에 제시된 규정으로 대체한다는 합의사항을 담고 있는데, 국회의 동의를 얻은 조약을 개정할 때 국회의 동의가 필요한지 여부에 관한 의문의 제기는 조약체결에 관한 국회의 비준·동의권 행사에 있어 중요한 문제이다.

또한 이 사건 의정서는 정부조달시장의 개방기관과 개방범위를 확대하여, 일정 금액 이상의 조달계약을 체결하고자 할 때 반드시 정부조달협정에 따른 국제입찰에 의하도록 하고 있는데, 이러한 이 사건 의정서의 시행을 위해서 국내 법률의 제·개정이 필요한 것이 아닌지, 즉 이 사건 의정서가 입법사항에 관한 것이 아닌지에 관한 의문의 제기가 이 사건 의정서의 내용에 비추어 부당한 것이라고 보기 어렵다. 예컨대, 이 사건 의정서의 부속서 3에 의하여 양허기관에 포함된 지방공사(서울메트로, 서울특별시 도시철도공사, 인천메트로, 부산교통공사, 대구도시철도공사, 대전광역시도시철도공사, 광주도시철도공사)들에 대해서 국제입찰의 실시에 관한 근거규정이 존재하는지 문제될 수 있다. 피청구인이 근거로 드는 ‘공공기관의 운영에 관한 법률’은 공기업·준정부기관의 입찰참가자격 제한기준 등에 관하여 필요한 사항을 기획재정부령으로 정하도록 위임하고 있으나(제39조 제3항), 지방공사(지방공기업법 제49조 제1항)와 같이 지방자치단체가 설립하고, 그 운영에 관여하는 기관은 공공기관(공기업·준정부기관, 기타 공공기관)으로 지정할 수 없으므로(공공기관의 운영에 관한 법률 제4조 제2항 제2호), 위와 같은 위임규정이 지방공사의 국제입찰 실시에 관한 근거규정이 된다고 할 수 없기 때문이다.

이러한 사정을 종합하면, 청구인들은 국회법상 교섭단체를 이루고 있는 정당의

국회의원 전원에 해당한다는 점에서 제3자 소송담당의 방식으로 국회의 권한 침해를 다룰 수 있는 심판청구인 적격을 인정할 수 있고, 나아가 이 사건 의정서가 국회의 비준·동의를 요하는지 여부는 헌법적으로 해명이 필요한 중요한 사항에 해당하는데, 대통령이 속한 여당이 국회의 다수당인 상황에서 이 사건 의정서는 국회의 비준·동의를 거쳐야 한다는 청구인들이 속한 야당의 주장과 그에 대한 정부의 반박이 있는 다음에 이 사건 권한쟁의심판청구가 제기된 이상 청구인들의 심판청구가 권한의 남용에 해당한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 심판청구는 다른 적법요건 상의 문제가 있지 아니한 한 각하할 것이 아니고, 본안에 들어가 그 권한침해 여부를 판단하여야 할 것이다.

(4) 이에 더하여 독일에서 야당의 기관쟁의 당사자 적격을 인정한 판결이 이루어진 바 있음을 고려하면, 제3자 소송담당을 허용할 수 있다는 이론적 근거 또한 충분히 존재하는 것으로 판단됨.

1976년 연방의회 선거를 앞두고 연방정부가 그 동안의 정부의 업적을 대대적으로 홍보하자 야당이었던 기독교민주당은 그것이 집권당을 위한 선거운동이 되므로 선거에서의 기회균등에 위반된다고 주장하면서 기관쟁의를 제기하였는데, 연방헌법재판소는 기독교민주당의 기관쟁의 당사자 적격을 인정하여 연방정부가 각종 매체를 통해 선거운동에 참여한 행위와 그를 위해 연방의 예산을 사용한 것은 선거에 있어서 기회균등의 원칙을 위반한 것이라고 판시한 바 있음(BVerfGE 44, 125, 헌법재판 실무제요 2015년판 404쪽 참조).

(5) 학계에서는 제3자 소송담당을 부인하는 헌법재판소 결정에 반대하는 의견이 지배적임. 예컨대 김하열, 박경철, 성낙인, 정종섭, 정태호, 한수웅, 허영이 위와 같이 헌법재판소의 다수의견에 반대하고, 각 견해에 따라 국회의

장, 원내교섭단체, 개별 국회의원의 청구인적격을 인정하고, 기관의 구성부분이 소속기관 전체의 권한에 관하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다는 내용의 제3자 소송담당도 허용하여야 한다고 주장함(홍일선, 헌법재판에서의 제3자 소송담당 문제 - 권한쟁의심판절차를 중심으로 -, 유럽헌법연구 제17호, 2015. 4., 550~551면 및 각주41에 인용된 참고문헌 참조). 최소한 원내교섭단체에 대해서는 제3자 소송담당도 허용되어야 한다는 점은 대부분의 학자들이 동의하는 부분임.

(5) 사드 배치 결정은 외교 안보 경제 전 분야에 그 파급력이 미치는 중차대한 사안으로, 국회의 동의가 반드시 필요함에도 해당 절차를 거치지 않은 위법이 명백하다는 점에서, 야3당이 결의하여 소속 의원 전원, 야3당 자체가 교섭단체로서 청구인으로 모두 참여하는 등 최대한 많은 의원 또는 정당이 함께 하는 형태의 권한쟁의 심판을 제기할 필요성이 큼.

(6) 또한 최근 결정례 중 위에 언급한 2013헌라3 결정에서는 청구인이 국회의원 강○정 외 120인(민주당 소속 국회의원)이었고, 위 결정 다수의견을 다시금 인용한 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌라5 결정의 청구인들은 이 사건 심판청구 당시 ○○당(홍○표, 안○수, 윤○현, 이○재, 박○은, 조○철, 민○주) 및 ○○연합(신○용, 문○호, 홍□표, 박○춘, 윤○석, 최○식) 소속의 제19대 국회의원들이었는바, 이번에는 교섭단체 자체도 청구인으로 포함하여 야3당과 소속 국회의원 전체가 청구인이 된다면 결과가 달라질 수 있을 것이라고 보임.

나. 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재

(1) 사드배치결정

행정영역에서의 처분은 행정소송법에서 정하고 있는 처분 개념보다 넓어 대통령령 제정행위(2001헌라1), 조례제정행위(2003헌라3)는 물론 개별적 행정행위를 포함. 사실행위나 내부적인 행위도 청구인의 권한에 부정적인 영향을 주어 법적으로 문제되는 경우에는 처분에 해당함(2003헌라2). 건설교통부장관의 고속철도역 명칭 결정행위(2003헌라2), 감사원의 지방자치단체를 상대로 한 감사행위(2005헌라3) 또한 처분에 해당함.

이러한 태도에 따를 때, 국회의 동의 절차를 거치지 않은 사드배치결정 처분도 권한쟁의심판의 대상이 된다고 할 것임.

(2) 국회 동의를 거치지 아니한 부작위

부작위란 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 있는데도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 것을 의미함(98헌라3, 2004헌라2).

국회의 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 국회 동의(헌법 제60조 제1항), 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의(헌법 제60조 제2항) 절차를 이행하지 아니한 부작위를 대상으로 할 수 있음. 최근의 결정례(2013라3)에서도 “민주당 소속 국회의원인 청구인들은 피청구인이 이 사건 의정서의 체결·비준에 대한 국회의 동의를 요구하지 않고 있는 부작위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약 체결·비준 동의안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하면서, 2013. 12. 26. 이 사건 권

한쟁의심판을 청구”한 바 있음.

다. 권한 침해 또는 침해의 현저한 위험

권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호 간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어야 하며, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 함(헌재 2015. 11. 26. 2013헌라3 결정). 권한의 침해란 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해가 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 경우를 의미함(헌법재판실무제요 429면 참조). 정부가 사드배치에 관한 국회 동의를 받지 않고 절차를 진행하고 있다는 점은 명백한바, 권한을 침해하였다고 봄이 상당함.

라. 청구기간

청구기간은 ‘안 날’부터 60일 이내, ‘있을 날’부터 180일 이내인데, ‘안 날’은 다른 국가기관 등의 처분에 의하여 자신의 권한이 침해되었다는 사실을 특정할 수 있을 정도로 현실적으로 인식하고 이에 대하여 심판청구를 할 수 있게 된 때를 말하고, ‘있을 날’은 다른 국가기관 등의 처분 등에 의해 권한침해가 발생한 날을 말함.

종합적으로 사드배치처분이 당초 부지였던 성산포대가 주민들의 반대로 무산되었고, 2차로 선정된 롯데 성주 스카이힐 골프장도 롯데와의 협상이 타결되지 않으면 무산될 가능성이 있었으며, 롯데에 대한 중국 정부의 압박

이 계속되고 있었던 점을 종합하면, 2017. 2. 28. 롯데와의 교환계약 체결로 인하여 사드배치결정의 부지가 특정됨. 권한침해가 확인된 것은 2017. 3. 7. 오산공군기지에 사드 체계의 일부가 전개된 때이므로 2017. 3. 7.을 안 날 및 있는 날로 보아야 할 것임.

마. 심판의 이익

반복의 위험성이 있거나, 헌법적 해명 긴요한 사항은 권한침해 상태가 종료하였다고 해도 심판청구의 이익을 인정함(2010헌라4 등). 국회의 동의가 필요한 사항인데도 불구하고 정부가 이를 거치지 않고 정책을 추진하는 경우 별도의 통제절차가 없으므로 얼마든지 반복될 위험성이 있고, 헌법적 해명이 긴요하다는 점에서 심판의 이익이 있다고 보임.

3. 권한쟁의 심판의 실제적 요건

권한의 침해가 실제로 존재하고 위헌 내지 위법한지 여부가 본안 판단 사항임. 앞서 [1.]에서 살펴본 바와 같이 사드 배치는 국회 동의를 거쳐 이루어져야 함에도 그렇게 되지 않은 사실이 명백한 바, 인용 가능성이 충분하다고 봄.

4. 가치분의 필요성

헌법재판소법 제65조는 권한쟁의심판의 가치분을 명시적으로 허용하고 있음. 즉, 피청구기관의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 **회복하기 어려운 손해를 예방할 필요**가 있거나 **기타 공공복리상**

의 중대한 사유가 있는 경우, 그 처분의 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요성이 있다면 가처분을 신청할 수 있음(98헌사98). 실제 헌법재판소는 성남시와 경기도 간의 권한쟁의 사건에서 피청구인 경기도지사의 처분의 효력을 정지하는 가처분결정을 내린 바 있음(98헌사982).

사드 배치의 경우 일단 사드 체계가 실전 배치되면 그 위법성에도 불구하고 사실상 철회가 어려워 회복하기 어려운 손해가 발생한다는 점, 정부는 국회 및 국민의 반대에도 불구하고 1~2달 안, 정권 교체 전에 사드 배치를 완료하겠다고 하면서 사드 체계 일부를 이미 오산기지에 들여오는 등 위법행위를 계속하고 있는 바, 가능한 빠른 시일 내 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요성이 있다는 점 등을 종합하면, 권한쟁의심판 신청과 더불어 사드 배치 결정처분의 효력 정지를 구하는 가처분 신청이 빠른 시일 내 진행되어야 할 것임.

2) 피신청인이 1998. 4. 16. 경기도고시 제1998-142호로 행한 성남도시계획시설(서현근린공원 내 골프연습장·도시계획도로)에 대한 도시계획사업시행자지정 및 실시계획인가처분 중, 동 공원구역외의 도시계획도로(등급 : 소로, 류별 : 3, 번호 : 200, 폭원 : 6m, 기능 : 골프연습장 진입도로, 연장 : 21m, 면적 : 149㎡, 기점 및 종점 : 성남시 분당구 이매동 128의 11 일원)에 대한 도시계획사업시행자지정 및 실시계획인가처분과 그 선행절차로서 행한 도시계획입안의 효력은 헌법재판소 98헌라4 권한의심판청구사건에 대한 중급결정의 선고시까지 이를 정지한다.