

지방 자치의 헌법적 보장

- 지방자치와 입법권의 한계 -

2006. 10. 12

憲法裁判所

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니다. 이 책자는 2006년도 연구계획에 의하여 (社)韓國公法學會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

최근에 지방자치제도의 헌법적 문제들이 헌법재판을 통하여 많이 제기되고 있음에 따라 이에 대한 연구의 수요도 확대되고 있는 상황이다. 이에 따라 헌법재판소로부터 지방자치의 헌법적 보장문제에 관한 연구의 의뢰를 받은 한국공법학회는 우리의 지방자치법이론을 지속적으로 연구하여 오고 있고 프랑스, 독일, 미국, 일본 등 세계 주요국가의 지방자치법제를 연구하는 학계의 전문인력들로 연구진을 구성하여 본 연구를 수행하게 되었다. 본 연구진은 우리나라에서 헌법재판을 통하여 제기되어 왔거나 제기될 현안들을 검토하고 헌법재판소가 연구수행을 희망한 사항들을 검토하여 이를 토대로 먼저 중요한 연구쟁점들을 취합하여 정리하였다. 이후 이 쟁점들에 대한 개별적 연구를 진행하였으며 우리의 실정법, 헌법재판소의 판례 등을 분석하였고 비교법적 고찰을 수행하였으며 이와 아울러 여러 차례의 연구모임을 가져 심도 있는 검토와 토의를 거듭하여 이제 헌법재판에서의 참고를 위한 보고서를 제출하게 되었다.

우리나라의 헌법재판은 그동안 괄목할만한 발전을 보여주고 있다. 지방자치도 문제점들이 지적되고 있긴 하나 본격적인 시대에 접어들었고 그 궤도가 제대로 자리잡아 성숙되어 가기를 기대하고 있다. 이에 발맞추어 우리 학계도 이론에 머물지 않고 실무에 적응하는 연구를 통해 지방자치와 헌법재판제도의 발전에 기여할 의무를 느끼고 있고 이번 연구로 그러한 의무의 일부를 이행하고자 하였는데 이의 결실을 위해서도 본 연구의 결과가 헌법재판에서나 지방자치실무에

서 적극적으로 활용되어지기를 기대한다.

여기서 연구진들에 의해 개진된 의견이나 제언은 공동의 것으로 제시된 것이다. 연구자들 개인적으로 공동의견과 다른 의견을 가진 경우도 있었기에 그 경우에 토론을 거쳤으나 의견의 합치를 보지 못한 부분도 있었는데 이에 대해서는 대체적으로 다수의 의견을 채택하고자 하였다. 따라서 본 공동연구의 보고서에서와 달리 연구자 개별적으로 다른 의견을 가질 수도 있고 자신만의 연구물로서 발표를 할 때 다른 견해를 표명할 수도 있음을 밝혀둔다.

본 연구를 기획, 위탁하시고 연구과정에서 도와주신 헌법재판소 관계자 여러분들께 한국공법학회를 대신하여 감사드린다.

그리고 한국공법학회, 한국지방자치법학회 등 학회의 일과 지방자치법 연구를 열심히 해 오신 선정원 교수, 김명연 교수, 김수진 교수, 전훈 교수께 본 연구에 매진하시고 특히 여름방학의 대부분도 잊은 채 헌신해 주신 데 대해 감사드린다.

본 연구가 부디 우리나라의 지방자치의 성숙과 주민들의 복리증진에 기여하는 노력에 일조가 되기를 바라고, 이러한 노력을 경주하여야 할 헌법재판에서도 유용하기를 기원한다.

2006. 10.

共同研究責任者 鄭 在 晁

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	3
제3절 연구의 방법	6
제4절 지방자치와 헌법재판의 역할	8
제2장 비교법적 고찰	11
제1절 미국의 지방자치법	11
1. 개관	11
(1) 미국 지방자치단체의 현황	11
(2) 미국 연방헌법질서에서 지방자치단체의 법적 지위	12
(3) 미국 지방자치법이론의 소개와 이해에 있어 고려할 점 ..	15
2. 딜론의 원칙	16
(1) 딜론의 원칙의 등장	16
(2) 딜론의 원칙의 내용과 지지를 얻게 된 요인	18
(3) ‘묵시적(함축적) 권한’(implied powers)의 의미	20
(4) 딜론의 원칙의 한계	21
3. 고유한 지방자치권 이론과 홈원칙(Home Rule)의 등장 ..	22
4. 주민의 공공복리(general welfare)에 관한 사무	24
(1) 공공복리사무에 대한 광범위한 자치권의 승인	24
(2) 관련판례들	25
1) State of Utah v. Hutchinson 사건	25
2) Southern Constructors, Inc. v. Loudon Co. Bd. of Educ.	
사건	26

3) Birkenfeld v. City of Berkeley 사건	26
4) 기타	27
5. 선점이론 (preemption doctrine)	27
6. 딜론의 원칙과 홈원칙의 종합적 적용결과	29
(1) 다수의견	29
(2) 소수의견	30
제2절 독 일	30
1. 지방자치의 역사적 전개	30
2. 지방자치의 헌법적 보장	34
3. 지방자치단체의 종류	38
(1) 자치권을 가진 지방자치단체	38
(2) 자치권을 가지지 못한 지방내부·외부조직	39
4. 지방자치단체의 조직과 주민의 참여	40
5. 지방자치사무의 범위와 행정의 통제	42
제3절 프랑스-지방분권과 지방자치단체의 자유로운 행정의 헌법적 보장	45
1. 프랑스의 지방분권 개혁	48
(1) 헌법개정을 통한 지방분권의 전면적 확인	51
1) 지방분권의 전면적 확인(헌법 제1조 제4문, 문구신설)	52
2) 보충성의 원칙의 등장	57
3) 지방민주주의의 강화	61
4) 평등원칙과 국가의 균형의무	62
(2) 입법자에게 주어진 구체화 의무: 조직법률의 내용	64
1) 지방자치단체와 실험법	65
2) 의결적 주민투표	68
3) 강화된 재정자치	70

2. 자유로운 행정의 헌법적 보장	71
(1) 지방자치단체의 자유로운 행정을 위한 기반의 보장	71
1) 지방의회의 자유로운 의사결정과 지방자치행정	71
2) 자유로운 행정의 보장을 위한 지방자치단체의 권한과 최소한의 수단	73
(2) 지방분권과 지방자치의 헌법적 보장	73
1) 지방분권을 보는 관점	73
2) 지방자치를 위한 법적기초의 보장	74
제3장 지방자치단체의 본질과 주민참여	77
제1절 지방자치의 헌법적 보장 - 입헌주의적 지방자치	77
1. 단일국가에서의 입헌주의적 지방자치	77
(1) 연방국가와 단일국가에서의 지방자치의 차이	77
(2) 단일국가에서 입헌주의적 지방자치	81
1) 단일국가에서의 지방자치	81
2) 우리나라에서 입헌주의적 지방자치의 실현	82
2. 제도적 보장이론과 이에 대한 비판의 증가	84
(1) 제도적 보장이론	84
(2) 제도적 보장이론과 이에 대한 비판의 증가	87
3. 지방자치단체의 자율성과 주민자치영역의 보호	89
(1) 지방자치권의 내용개관	89
(2) 지방자치단체의 자율성의 보장	91
1) 헌법적 가치에 대한 지방자치단체의 최적실현의무	91
2) 지방자치단체의 자율성의 보장	93
(3) 입헌적 지방자치의 보장에 있어 단체자치와 주민자치의 관계	94

(4) 기본권의 효율적 보호를 위한 주민자치영역의 보호	95
제2절 지방자치단체의 구역	97
1. 구역과 지역고권	97
(1) 구역	97
(2) 지역고권	99
1) 지역고권의 개념	99
2) 지역고권과의 구별개념	100
2. 구역과 해상경계의 획정문제	102
(1) 구역의 획정	102
1) 논의의 실익	103
2) 지방자치단체의 구역과 사무소의 소재지	104
3) 구역의 획정과 분쟁	105
(2) 해상구역의 획정	108
1) 해상구역의 특수성	108
2) 해상경계 분쟁의 특수성	110
3) 해상경계의 획정과 판단기준	114
(3) 공유수면 매립시의 조성된 신규토지의 귀속	117
3. 구역변경	119
(1) 외국의 지방자치단체의 구역변경	119
1) 독 일	119
2) 프 랑 스	129
3) 일 본	131
(2) 우리나라의 구역변경	137
1) 관련법률	138
2) 시행사례	139
3) 헌법재판소의 판례	140

(3) 분석 및 제언	144
4. 명칭권(Namensrecht)	146
(1) 독일에서의 명칭권	146
(2) 우리나라 지방자치단체의 명칭권인정여부	149
제3절 지방자치와 선거	151
1. 외국의 지방선거	152
(1) 미국	152
(2) 독일	153
(3) 프랑스	156
(4) 일본	156
2. 지방의회의 의원정수	158
3. 지방선거와 선거구획정	160
4. 제언	162
제4절 주민투표의 대상과 실시방법	163
1. 서 설	163
2. 프랑스의 주민투표제도	163
1) 2003년 헌법개정 이전	164
2) 2003년 헌법개정 이후	165
3. 주민투표의 대상과 실시방법	168
(1) 주민투표의 대상	168
1) 조례법정주의	169
2) 주민투표의 금지대상	170
3) 주민투표의 대상과 관련한 법리적 쟁점	174
(2) 주민투표의 청구권자 및 청구절차	177
1) 주민투표의 청구권자	177
2) 주민투표 청구의 효력: 집행정지효의 허용 가능성	179

(3) 주민투표의 발의	180
1) 청구요지의 공표 및 주민투표의 발의	180
2) 주민투표의 투표일	181
3) 주민투표의 실시지역	182
4) 주민투표의 형식	182
(4) 주민투표운동	183
1) 주민투표운동의 의의	183
2) 투표운동의 기간 및 투표운동을 할 수 없는 자	183
3) 주민투표운동의 제한	184
4) 위법한 주민투표운동에 대한 중지·경고 및 벌칙	184
(5) 주민투표 결과의 확정과 그 효력	184
1) 주민투표의 의결정족수와 효력	184
2) 주민투표의 구속력의 제한 필요성	186
(6) 불복절차: 주민투표소송	186
1) 소청 및 주민투표소송	186
2) 재투표 및 투표의 연기	187
(7) 국가의 정책에 관한 주민투표	187
1) 주민투표의 대상	187
2) 주민투표 요구권자	188
3) 국책사업에 대한 자주관리 내지 자문적 주민투표의 가능성	189
4) 주민투표의 절차	192
5) 투표결과와 통지 등	193

제4장 지방자치단체의 조례와 사무

제1절 조례제정권의 범위와 한계	194
-------------------------	-----

1. 서 설	194
2. 조례제정권의 법적 성질	195
(1) 위임입법설	195
(2) 자주입법설	196
(3) 소 결	197
3. 법률우위의 원칙과 조례제정권	198
(1) 전통적 법률선점론의 극복	198
(2) 프랑스 헌법상 지방자치단체의 자치입법권	199
1) 지방자치단체의 법규명령제정권	200
2) 지방자치단체의 법규명령제정권의 한계	201
(3) 초과조례·추가조례	204
1) 초과조례	204
2) 추가조례	206
(4) 소 결	207
4. 법률유보의 원칙과 조례제정권	208
(1) 학설의 현황	209
1) 합헌설	209
2) 위헌설	211
3) 소 결	212
(2) 판례의 입장과 그 평가	213
1) 판례의 입장	213
2) 판례에 대한 평가	214
5. 사무적 한계와 조례제정권	216
(1) 조례제정권의 사무적 한계	216
(2) 기관위임사무와 조례제정권	217
1) 독일에서의 기관위임사무와 조례제정권	217

2) 일본에서의 기관위임사무와 조례제정권	219
3) 소 결	220
6. 지방자치단체의 장의 집행권한과 조례제정권	221
7. 상급 지방자치단체 자치법규 우위의 원칙과 조례제정권 ..	222
8. 벌칙에 관한 사항과 조례제정권	223
(1) 학 설	224
1) 헌법수권설	224
2) 조례법률설	224
3) 법률수권설	225
(2) 판례의 태도	226
(3) 소 결	227
제2절 지방자치단체의 사무	228
1. 지방자치단체의 사무에 관한 원칙	228
(1) 법원(法源)	228
(2) 사무배분에 관한 법원칙인 일반권한(포괄주의)	230
(3) 보충성의 원칙	231
1) 프랑스 헌법상 규정된 보충성의 원칙	232
2) 기초지방자치단체 우선의 실제적 사무배분의 원칙	233
(4) 한국 실정법상 사무배분의 원칙	234
1) 일반적 포괄성의 원칙 : 주민의 복리사무에 대한 지방자치단체의 자유로운 결정	234
2) 보충성원칙	235
2. 지방자치단체의 사무의 범위	236
(1) 지방자치단체의 사무와 국가사무의 구분의 상대성	236
(2) 지방자치사무의 범위	237
3. 자치사무와 위임사무의 경계설정에 관한 입법형성권과	

그 한계	240
(1) 자치사무와 위임사무의 경계설정에 관한 입법형성권	240
(2) 자치사무의 핵심영역	241
(3) 자치사무의 핵심영역의 주변영역에 있어 입법형성권의 통제	242
(4) 사무이전의 한계	245
4. 기관위임사무의 인식기준	247
(1) 일반적 인식기준	247
(2) 법정수탁사무의 개념징표의 차용	249
5. 기관위임사무에 대한 권한쟁의심판의 허용성	252
제3절 자치사무에 대한 지시감독권	254
1. 계서적 통제권	257
(1) 지시권	257
(2) 변경권	258
2. 후견적 감독	258
(1) 승인권	260
(2) 허가권	261
(3) 취소권	262
(4) 대집행권	263
3. 자치사무의 실행과 적법성 감독소송-프랑스 프레페제소 (Déféré préfectoral)와의 비교	266
(1) 국가대표(préfet)의 제소권	266
(2) 지방자치에 있어서의 후견적 감독소송	267
4. 지방자치단체에 대한 감사	269
(1) 사법적 통제가 아닌 행동상 후견으로서의 감사제도	270
(2) 국내에 소개된 외국의 지방자치단체에 대한 감사제도	271

(3) 자치사무의 수행과 감사원 감사의 보충성	274
(4) 자치사무에 대한 후견기관의 일반적 감사가능성	277

제5장 지방자치단체의 재정과 권한쟁의의 당사자능력 ... 280

제1절 지방세에 대한 입법형성권과 한계

1. 자주재정권의 의의와 내용	280
2. 현행 지방세법상 자주과세권의 제한과 문제점	281
(1) 지방세법상 자주과세권의 과도한 제한	281
(2) 조세법률주의 원칙과 현실적 문제	283
3. 지방세에 대한 입법형성권	285
(1) 지방세에 대한 입법형성권과 그 한계	285
(2) 국가에 대한 지방자치단체의 재정교부청구권	286

제2절 지방자치단체의 운영비용의 부담과 국가보조

1. 법률에 나타난 비용부담주체	289
(1) 지방자치법	289
(2) 지방재정법	289
2. 지방선거의 법적 성격	290
3. 지방선거비용	292
4. 지방의원의 급여부담	295

제3절 종합부동산세의 합헌성검토

1. 종합부동산세의 개념, 목적과 내용	296
(1) 종합부동산세의 개념과 목적	296
(2) 종합부동산세제의 내용과 부과기준	298
2. 경제 및 부동산에 관한 헌법상의 규율내용과 정부정책의 변화	299
(1) 경제 및 부동산에 관한 헌법규정의 내용	299

(2) 부동산에 관한 정부정책의 변화	300
3. 종합부동산세제의 헌법적 쟁점들의 분석과 검토	301
(1) 주택공개념과 종합부동산세	301
(2) 종합부동산세는 이중과세금지의 원칙을 위반하는가? ...	303
(3) 종합부동산세는 원본잡식의 가능성이 있으므로 과잉금지 원칙을 위반하는가?	304
(4) 종합부동산세가 지방자치권을 침해하는가?	307
제4절 의무교육의 재정부담에 관한 국가와 지방자치단체간의 책임의 배분	310
1. 교육에서의 재정분담의 재분배	311
(1) 국가와 지방자치단체간의 교육재정분담의 갈등	312
(2) 교육재정부담의 귀속과 국가의 형평(péréquation) 조치의 합헌성	314
1) 지방교육재정에서의 입법형성의 자유	314
2) 지방교육재정의 비용분담과 지방분권	316
2. 지방자치단체의 의무교육비용의 분담	317
(1) 지방교육자치의 본질	317
1) 교육행정기관의 자치	317
2) 교육주체의 자치	318
3) 지방자치의 일환으로 보는 관점	318
(2) 의무교육비부담의 국고부담의 헌법상 관행여부	319
(3) 교육기관 교원봉급의 전입금 문제	320
(4) 헌법재판소 결정의 타당성을 뒷받침하기 위한 논의의 필요성	323
제5절 권한쟁의심판에 있어 지방자치단체와 그 기관의 당사자 능력의 문제	325

1. 헌법상 권한쟁의심판의 의의와 내용	325
(1) 우리 헌법상 권한쟁의심판의 의의와 그 기능	325
(2) 독일과의 차이	326
(3) 지방자치단체가 당사자인 권한쟁의심판	327
2. 기관소송에 관한 행정소송법과 지방자치법의 규율내용	328
(1) 기관소송에 관한 행정소송법의 규율내용	328
(2) 기관소송에 관한 지방자치법의 규율내용	329
3. 지방자치단체가 당사자인 권한쟁의심판과 기관소송의 관할의 구별	330
(1) 실정법 용어의 불명확성	330
(2) 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치 단체간의 권한쟁의의 관할	331
1) 문제제기	331
2) 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판에서 제기된 법적 쟁점들	332
4. 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간 권한쟁의의 관할구별을 위한 학설의 검토	335
(1) 실정법의 구조상 관할중복의 원인	335
(2) 학설내용의 개관	337
(3) 소결	340
5. 지방의회와 국가 또는 광역자치단체의 장간의 권한쟁의- 지방의회는 권한쟁의심판을 제기할 수 있는가?	342
 제6장 요약 및 결론	 345
 【참 고 문 헌】	 381

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

지방자치는 흔히 풀뿌리민주정치라고 일컬어지고 있고 더욱이 지방행정이 주민의 일상생활에 영향을 주는 일차적 최근접 행정이기 때문에 지방자치제도의 헌법적 보장은 주민들의 기본적인 권리를 보장하는 중요한 기능을 수행한다. 오늘날 본격적인 지방자치의 시대가 활짝 열려있는 만큼 지방자치와 관련한 헌법적 분쟁이나 헌법적 논의 사항들이 점증하고 있다. 주민의 기본권보장 문제, 지방자치단체의 폐치·분합 문제, 국가기관과 지방자치단체 간의 권한의 배분이나 권한의 귀속 문제, 지방자치단체들 간의 구역관할을 둘러싼 문제, 지방공무원의 정원, 신분보장, 지방자치단체와 국가 간의 비용부담의 문제, 지방자치단체의 인사나 재정에서의 자치권 문제 등 등 여러 문제들이 실제로 제기되고 있고 헌법재판의 대상으로서 헌법적 판단을 요구하고 있다. 그에 따라 헌법재판의 수요도 증가되고 있는데 대표적으로 권한쟁의심판사건들을 보면, 사건들 중에 지방자치단체가 당사자가 아니었던 사건들도 있지만 최근에는 지방자치단체가 당사자인 권한쟁의심판사건들이 점점 늘어나고 있는 추세이다.¹⁾ 이러한 권한쟁의심판에서 그리고 그 외 헌법재판소의 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 지방자치제도의 헌법적 법리의 적용을 위한 판단이 빈번

1) 헌법재판소가 출범한 1988년 9월부터 2006년 8월 31일 현재까지 모두 38건의 사건들이 접수되었고 1990년과 1992년, 1994년에 각각 1건씩, 1996년에 2건, 1998년에 4건, 1999년에 2건, 2000년에 3건, 2001년에 1건, 2002년에 2건, 2003년에 3건, 2004년에 3건이 접수되었으나 2005년에는 11건으로 늘어났고, 2006년 8월 31일 현재 4건이 접수되어 있는 상황이다.

http://www.ccourt.go.kr/ccourt_hinformation/casestatistics.asp 참조. 접속일 : 2006년 9월 30일.

히 요구되고 있고 이에 따라 지방자치제도에 관한 헌법적 원리에 대한 검토와 이에 관한 우리 헌법의 해석 및 현실에서의 적용해결 등에 관한 논의의 필요성이 더욱 많아져 가고 있다. 본 연구는 바로 이러한 현실적 과제에 즉응하여 지방자치의 헌법적 원리에 대한 검토와 대안 등을 제시하기 위한 목적을 가지고 수행되는 연구이다.

또한 지방자치실무에서의 현황을 보면 과거 지방자치단체는 자신의 자치권한에 대한 법적 문제들에 대해 사법적(司法的) 해결노력을 많이 보여주지 않았으나 제6공화국에 와서 본격적으로 이제 지방자치의 자리 잡은 상황에서 헌법재판 등에 의한 법적 해결의 의지가 많아지고 있음을 보여주고 있다. 이에 따라 앞으로 지방자치단체들의 헌법재판에의 의존이 증가됨에 상응하여 이에 대한 헌법재판연구자료 등의 제공필요성과 수요도 현실적으로 더 많아지게 될 것으로 예상된다. 본 연구는 이러한 현실적 필요성에도 대응하기 위한 것이다.

위에서 언급한 현안문제들은 앞으로도 지방자치의 성숙됨에 따라 헌법재판에서나 지방자치실무의 장에서 계속 나타날 수 있는 현안들이기도 하므로 한편으로는 그러한 구체적 문제들에 대한 헌법적 해결방안을 찾아야 함은 물론이거니와 다른 한편으로는 법이론적 차원에서의 장래의 헌법재판의 실무에서의 일관성 있는 판례를 구축하는 기초를 제공하기 위해서 지방자치에 관한 헌법이론의 보다 체계적인 정립을 향한 심화된 논의가 요구된다.

이러한 논의와 더불어 본 연구는 지방자치의 헌법적 원리에 대한 근본적인 방향설정의 모색도 예정하고 있다. 이는 기존의 이론적 틀을 재검토하고 우리 헌법이 진정으로 상정하고 있는 지방자치의 본질을 성찰하는 이론적 연구를 헌법재판이란 실제적 과제해결을 위한 구체적 문제의 연구와 더불어 행함으로써 기존의 문제의 해결 뿐 아니라 보다 미래지향적인 지방자치법리의 발전의 방향을 모색하기 위

한 것이기도 하다.

제2절 연구의 범위

그동안 헌법재판에서 쟁점이 되어 왔거나 앞으로 쟁점이 될 가능성이 있는 사항들을 중심으로 연구하고자 하였다. 그러한 쟁점들을 보면, 먼저 i) 지방자치제의 본질과 관련하여 ①지방자치의 본질과 지방자치권의 한계 문제, ②지방자치의 보장이 지방자치단체의 존속을 보장하는 것까지 포함하는 것인지의 문제, ③지방자치단체의 폐지·분합 절차에 있어서 해당 지방자치단체의 의견을 청취하는 절차가 필요한지, 그러한 의견청취가 구속력을 가지는 것인지, 특히 주민투표를 거친다면 그러한 청취절차가 필요 없는지 하는 문제, ④권한쟁의심판사건에서 현행 헌법재판소법상 침해되는 권한이란 헌법에 의하여 부여받은 권한 외에도 법률에 의하여 부여받은 권한도 포함되는데 법률상 구체화되지 않은 헌법상 권한이 무엇이며, 그 내용과 범위는 어떠한지 하는 문제와 이와 관련하여 특히 지방재정권의 문제 등이 있다. 다음으로, ii) 지방자치단체의 조직과정인 지방선거와 관련하여 ①지방의회의원의 정수 문제, ②선거구의 획정 문제, ③선거구제의 선택과 입법자의 입법형성의 한계 문제 등이 있다. 지방자치단체의 가장 중요한 권한들 중의 하나인 iii) 자치입법권과 관련하여 특히 조례제정권이 가지는 한계의 문제도 있다. iv) 지방자치단체의 사무와 관련하여서는 ①자치사무와 위임사무의 경계 문제, ②지방자치단체의 사무의 분류(자치사무, 단체위임사무, 기관위임사무)가 헌법재판, 특히 권한쟁의심판에서 가지는 의미의 문제(기관위임사무에 대해서는 권한쟁의심판의 청구가 부적법하다는 종래의 헌법재판소의 판례에 대한 검토 문제), ③자치사무에 대한 중앙행정기관의 지

시, 감독권의 인정 여부와 그 범위의 문제 ④지방자치단체의 구역에 대한 권한의 문제 등이 있다. v) 지방재정의 문제도 지방자치단체의 실질적 자립과 관련한 것으로 중요한 비중을 차지함은 물론인데 이와 관련하여서는 ①지방세에 대한 입법자(국회)의 형성권 문제, ②지방자치단체의 운영비용의 부담과 국가보조의 문제, ③중등교육에 소요되는 재정을 국회입법으로 지방자치단체에 부담지울 수 있는가 하는 문제 등이 거론되고 있다. vi) 권한쟁의심판제도도 관련해서는 권한쟁의심판의 당사자에 지방자치단체 자체 외에 소속 기관도 포함되어야 할 것인지 하는 문제 등이 있다. vii) 주민참여제도로써 주민투표제도의 대상, 절차, 효력 등의 문제가 있다.

위와 같은 쟁점들을 묶어 다음과 같은 편술체제로 연구를 수행하고자 하였다. 먼저 예비연구 작업으로서 제2장에서 비교법적 고찰을 행하고자 한다. 본 연구에서 다루어져야 할 지방자치에 관한 중요한 헌법적 쟁점들에 대해 중요 외국들에서의 법리와 논의에 대해 살펴보고자 한다. 대륙형 국가이면서 단일국가인 프랑스와 반면에 연방제 국가인 독일의 지방자치법제, 영미형 국가인 미국의 지방자치법제에 대해 그 중요원리들을 살펴본다.

제3장에서는 지방자치단체의 본질과 주민참여에 관해서 살펴보았다. 이 장에서는 먼저 우리 헌법상 지방자치제도가 헌법적으로 어떠한 성격을 지니는 것인지, 그 헌법적 기초가 어떠한지에 대해 보다 본질적 측면에서 고찰을 하고자 한다. 이러한 고찰은 앞으로 다루어질 여러 논점들에 대한 지침으로서의 의미를 가지는 것이기도 하다. 지방자치의 본질은 단일국가와 연방제국가에서 어떠한 차이가 있는 지, 그리고 그러한 본질에 비추어 지방자치권이 가지는 범위와 한계에 대한 논의에 있어서의 방향을 마련해줄 수 있을 것이다.

아시아 국가로서 일본에서의 지방자치법제에 대해서는 제3장 이하

에서 거론되는 구체적 문제들에 있어서 일본의 지방자치법이 우리에게 시사점을 줄 수 있는 부분에 관련하여 살펴본다. 또한 이 장에서는 지방자치의 본질과 관련한 대표적인 문제로서 그동안 우리나라의 학계와 실무에서 주로 언급되어온 이론인 제도적 보장이론에 대해 검토를 하고자 한다. 다음으로 그동안 지방자치단체의 폐치·분합문제가 헌법재판에서 다루어진 바가 있었고 최근에는 지방자치단체의 관할구역을 둘러싼 권한쟁의가 실제로 적지 않게 헌법재판으로 제기되고 있기에 앞으로도 헌법재판에서 다루어질 가능성이 있는 문제로서 지방자치단체의 구역 문제에 대해 살펴보고자 한다. 한편 오늘날 주민참여의 확대가 지방자치의 본질적 실현 문제로서 중요한 문제로 다루어지고 있는데 이에 관한 대표적인 제도인 주민투표에 대해 살펴보고자 한다.

제4장에서는 지방자치단체의 조례와 사무에 대해서 고찰하고자 한다. 조례제정권은 지방자치단체의 자치적 법규범 정립권이기에 그리하여 지방자치단체의 가장 중요한 권한의 하나이므로 조례제정권의 대상범위가 어떠한지 하는 문제가 일찍부터 거론되어 왔고 현실적으로 중요한 문제들을 가져오고 있으므로 이에 대해 우선적으로 다룰 필요가 있다. 조례제정대상이 법률의 위임이 없는 한 자치사무와 단체위임사무에 한정되는지 아니면 기관위임사무로 확대될 수 있는 것인지 하는 문제는 조례제정권의 범위에 관한 문제만은 아니고 그러한 조례제정권을 둘러싼 권한쟁의심판의 가능성이 있는 가운데 그 권한쟁의심판에서의 청구요건의 문제와도 관련되어 나타날 수 있다. 또한 보다 근본적으로 지방자치사무에 있어서 자치사무와 위임사무의 구분 문제를 검토하고자 한다. 자치사무에 대한 국가의 지시·감독권의 문제 등도 논의되어야 할 것인데 이에 대해서도 고찰하고자 한다.

제5장에서는 지방자치단체의 재정과 권한쟁의의 당사자능력에 대해 살펴보고자 한다. 지방재정의 문제로는 지방세에 대한 입법자의 형성권, 지방자치단체의 운영비용의 부담 문제 및 국가보조의 문제, 특히 최근에 논의되고 있는 종합부동산세가 비례(과잉금지)원칙을 위배하는 것인지 여부, 지방자치단체의 재정고권을 침해할 수 있는지 문제, 역시 최근에 의무교육경비 부담 문제를 두고 지방자치단체와 국가와의 갈등을 가져온 바도 있는 교육재정에서의 부담 문제 등을 다루고자 한다.

헌법재판절차적인 문제로서 지방자치단체에 관한 권한쟁의심판제도에 대해 고찰하고자 하는데 이에 관해서는 앞으로 현안이 될 수 있는 문제로서 권한쟁의심판의 청구인능력을 지방자치단체 자체 외에 소속 기관들에게도 부여할 것인지 하는 문제를 중심으로 살펴보고자 한다.

제3절 연구의 방법

본 연구는 먼저 문헌분석적 연구방법을 활용하였다. 헌법재판과 지방행정실무상 지방자치에 관하여 그동안 논의되어 온 헌법적 쟁점들이 무엇인지를 추출한 뒤 이를 분류·정리하여 앞으로의 연구방향과 논의의 대상을 설정하였고 이러한 논의대상에 대한 기존의 연구문헌들을 검토하고 분석하였다. 이러한 문헌분석 방법은 이론적 측면에서, 그리고 판례에 대한 분석에서, 또한 비교법적 연구에서도 이루어진다.

본 연구는 지방자치의 본질론 등 헌법이론적 분석을 먼저 행하고자 한다. 아울러 헌법과 지방자치법 등 실정법에 대한 해석작업도 물론 수행된다.

다음으로 현실적인 과제로서 판례에 대한 분석을 수행한다. 과거에 실제 거론되지 않고 이론적 또는 학리적으로 다루어져 왔던 쟁점들이 이제 지방자치에 본격적으로 뿌리내려가면서 실제의 쟁점들로 부각되고 있다. 이러한 사실은 헌법재판을 통하여 실제로 현실적 해결을 요하는 문제들에서 극명히 나타나고 있고 실제적 쟁점들을 다루어야 한다는 요구는 판례에 대한 분석을 당연히 요구한다. 그동안 지방자치에 관한 이러한 쟁점들에 대해 다른 헌법재판소의 판례가 적지 않은바 이에 대한 분석을 통하여 앞으로의 판례의 방향 등에 대해 논의하고 모색해보고자 한다.

비교법적 연구방법도 수행하고자 한다. 지방자치제도에 있어서 우리나라에서와 비슷한 사안으로 다른 나라들에서도 고민하여 왔거나 우리나라보다도 더 일찍부터 논의되어 왔던 역사를 가진 나라들도 있으므로 이에 대한 고찰이 우리의 헌법재판에서의 사안해결을 위한 참조로서 유용할 수 있다. 다만, 지방자치제도가 연방제국가에서와 단일국가에서 그 운용이 다소 차이가 있을 수 있고 다른 한편으로 단체자치제를 그 성격으로 파악하려는 경향이 대륙법계에서는 강한 반면 영미법계에서는 주민자치적인 성격으로 파악하려는 경향이 강하여 그 점을 고려하여 비교대상 국가들을 가능한 한 전형이 될 수 있는 국가들로 고르게 설정하고자 하였다. 그리하여 연방제국가로서 독일과 미국을, 단일국가로서 프랑스와 일본(일본에 대해서는 비교법고찰을 위한 별도의 장인 제2장에서 다루지 않고 제3장 이하에서 구체적 문제에 관해 일본제도가 우리에게 시사점을 줄 수 있는 부분을 관련 영역에서 살펴봄)을 고찰대상으로 정하였고 대륙법계국가들로서 프랑스, 독일 등을 영미법계 국가로 미국을 대상으로 고찰하고자 한다. 프랑스의 경우 단일국가인데다 중앙집권적 상황이 강하였다가 점차 지방자치를 확대해오고 있으므로 우리나라의 상황에서도 좋은 참조

대상이라고 생각되며 특히 최근 2003년에 헌법개정을 통하여 지방자치에 관한 규정을 많이 헌법 자체에 담고 있다는 점에서도 헌법적 차원에서 더욱 참조가 될 사항들이 많다.

물론 비교법적 연구가 가지는 한계가 인식되어야 할 것이다. 주어진 여건이나 환경, 역사적 전통이 다를 수 있으므로 이를 염두에 두면서 단순한 평면적 비교를 지양하고 비교적 우리에게 적실성을 가질 수 있고 시사점을 주는 점들을 주로 참고하고자 하였다.

본 연구가 헌법적 쟁점을 주로 다루는 헌법재판에서의 지방자치의 헌법적 법리에 대해 중점적으로 보는 것이지만 행정법적 연구도 아울러 수행하고자 하였다. 이는 흔히 일컬어지는 대로 헌법의 구체화 법으로서의 행정법이 지방자치에 있어서도 보다 구체적인 헌법적 구현을 가져오는 기능을 한다는 점에서 필요한 연구방법이기 때문임은 물론이다.

연구보고서의 작성은 위와 같은 다각적 방법에 의한 조사와 분석 및 그 결과물을 두고 연구자들 간의 토의를 거친 뒤 개별주제별로 연구자들이 초안을 마련하였고 이에 대해 다시 검토하여 종합적인 의견을 정리하는 과정을 거쳐 이루어졌다.

제 4 절 지방자치와 헌법재판의 역할

우리나라의 헌법재판소는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판을 담당한다(헌법 제111조 제1항). 지방자치와 관련한 사항들을 헌법재판소가 헌법재판을 통하여 다루게 되는 계기를 보면, 먼저 지방자치와 관련된 법률에 대한 위헌법률심판을 통해서이다. 헌법은 지방자치단체의 주민의 기본적인 권리와 자유를 제한할 경우에 법률에 의하도록 규정하고 있고(헌법 제37조 제2

항) 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하고 있다(헌법 제117조 제2항, 제118조 2항). 이에 따라 제정되는 법률규정들이 헌법에 위반되는지 여부를 구체적 재판을 담당하는 법원이 헌법재판소에 제청하거나 법원의 제청신청기각결정이 있을 시에 당사자가 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 직접 헌법소원심판(이른바 위헌소원심판)을 청구하면 헌법재판소가 지방자치에 대한 헌법적 해석을 담당하게 된다.

헌법재판소가 지방자치권과 관련하여 중요한 심판역할은 특히 권한쟁의심판을 통해서 수행된다. 헌법재판소는 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 담당한다. 지방자치단체의 권한을 둘러싼 분쟁이 발생하여 권한쟁의심판이 청구되었을 때 헌법재판소는 이를 판단하여 지방자치단체가 보유하는 권한을 구분하고 확정하는 해석작용을 한다. 권한쟁의심판은 과거 제2공화국에서도 헌법재판소가 담당하기로 예정되어 있었으나 당시에는 국가기관 상호간의 권한쟁의가 대상이 되었고 지방자치단체와 국가기관 간, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 현행 헌법에서 그 대상이 된 것이다. 최근에 지방자치단체들 상호간 또는 지방자치단체가 국가기관을 상대로 권한쟁의심판을 청구하는 사례들이 늘어나고 있고 이에 따라 헌법재판소의 헌법재판의 역할이 증대되고 있다.

기본권을 침해받았다고 하여 주민이 청구하는 헌법소원심판을 통하여서도 지방자치에 대한 판단이 이루어질 수 있다. 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있고(헌법재판소법 제68조 제1항), 지방자치단체도 공권력을 행사한 결과 또는 공권력을 행사하지 않아 그 공권력행사, 불행사가 직접 주민

의 기본권을 침해한 경우에는 주민에 의한 헌법소원심판의 청구가 있을 수 있고 이 청구에 대한 판단에서 지방자치권의 범위와 한계에 대한 헌법적 분석이 헌법재판소에 의해 이루어질 수 있다. 지방자치 행정작용은 주민의 일상생활 속에서 이루어짐으로써 주민의 기본권에 바로 영향을 줄 수 있는 가능성이 더욱 크기에 이러한 헌법소원심판의 역할이 중요하다.²⁾

이처럼 헌법재판은 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에서 지방자치에 대한 헌법적 해석을 통하여 지방자치단체 주민의 기본권 보장과 지방자치권의 헌법적 보장을 수행하여야 할 책무를 지고 있다. 지방자치제에 관한 헌법재판의 이러한 기능과 책무를 충실히 이행하기 위해서 보다 적극적인 헌법재판이 이루어질 수 있는 법리가 구축되어야 할 것이고 지방자치의 헌법적 법리도 이와 같은 방향에서 형성되고 개발되어야 할 것이다.

2) 예를 들어 시장이 다세대주택은 3가구 이내에서만 건축할 수 있도록 한 도시 설계규정은 주민의 건축의 자유와 재산권 등 기본권에 영향을 바로 주는 것인데 이러한 사안에서 실제 헌법소원심판이 이루어졌다(헌재 2003. 6. 26. 선고, 2002헌마402, 고양일산지구도시설계시행지침 제33조 제3항 위헌확인, 판례집 15-1, 787면 참조).

제 2 장 비교법적 고찰

현행 헌법은 지방자치의 장에서 단 2개의 조문만 규정함으로써 지방자치의 보장의 의의와 구체적 내용형성에 있어 입법자의 역할에 많은 기대를 하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 제도보장론을 앞세워 국가입법권에게 광범위한 형성의 자유를 허용함으로써 법률에 의한 지방자치권의 침해가 사실상 무제한적으로 행해지고, 지방자치권은 국가입법권에 의한 침해로부터 적절한 보호를 받지 못하고 있는 실정이다.

지방분권의 흐름이 시대적으로 강화되면서 헌법에서 지방자치를 보장한 근본정신이 제대로 인식되어야 하고, 이를 위해 헌법이 지방자치권을 언제, 어떤 범위에서 인정하고 있는가, 헌법은 국가 등의 개입으로부터 지방자치단체를 어떻게 보호하고자 하는가 하는 등의 많은 문제들이 답해져야 한다. 이러한 문제들에 대한 해결 내지 대안을 모색함에 있어서 전제적이고도 참조적인 작업으로서 먼저 중요 외국의 지방자치제도를 고찰할 필요가 있다고 하겠다. 이하에서는 연방국가이면서 영미법계국가인 미국, 연방국가이면서 대륙법계국가인 독일, 단일국가이면서 대륙법계국가인 프랑스지방자치법제를 살펴본다.

제 1 절 미국의 지방자치법

1. 개관

(1) 미국 지방자치단체의 현황

미국에서 일반행정을 담당하기 위한 보통지방자치단체로 카운티(County)와 시(City, Town)가 있는데 카운티는 시를 포함하여 넓은 곳을 관할로 하고 있는 경우가 많다. 반대로 대도시는 하나의 카운티의 경계를 넘어서 존재하기도 한다. 2002년 현재 미국에서 카운티는 3,042개, 시는 약 19,000개 정도에 이른다고 한다.³⁾ 보통지방자치단체들은 화재진압, 경찰, 도로유지 및 보수, 물관리와 하수처리, 공공도서관의 건설과 운영, 경제활동에 대한 규제, 식품위생업체의 규제 등을 담당하고 있다.

미국에서는 보통지방자치단체이외에 특정한 공공서비스를 제공하기 위한 특별행정기구(special district governments)가 주법에 근거를 두고 매우 다양한 형태로 굉장히 많은 수가 설치되어 있는데, 2002년 현재 학교특구만 해서 13,522개, 다른 목적의 특구가 32,000개 정도 존재한다.⁴⁾ 이 특구들은 화재진압, 식수공급, 공공주택건축 및 관리, 하수관리, 쓰레기처리, 도로관리, 도서관운영 등의 공공서비스 중 어느 하나를 관리하기 위한 특별행정기구들이다. 이 특별행정기구들은 보통지방자치단체의 관할구역 내에 있으나 행정의 독립성이 보장되고 조세와 유사한 부과금(assessments)을 독자적으로 징수할 권한을 갖고 있기도 한다.

여기서는 보통지방자치단체의 법적 지위를 중심으로 설명해갈 것이다.

(2) 미국 연방헌법질서에서 지방자치단체의 법적 지위

미국은 연방국가(federal government)로서 주(State)와 지방자

3) Osborne M. Reynolds, Local Government Law, 2.ed., p.26.

4) Richard Briffault/Laurie Reynolds, State and Local Government Law, 6.ed., 2004, p.11-12.

치단체(local government)⁵⁾가 있다. 이와 비슷한 체제를 갖고 있는 독일도 연방(Bund)과 주(Land) 그리고 지방자치단체(Gemeinde, Kreis 등)로 구성되어 있다. 이 중에서 독일 지방자치법학의 연구대상은 지방자치단체(Gemeinde, Kreis 등)의 조직, 사무, 재정 등이다. 이와 마찬가지로 미국의 지방자치법(local government law)은 연방이나 주가 아니라 지방자치단체(local government)를 연구대상으로 한다.

주는 미국 연방헌법체계의 근본적 요소이다. 연방헌법은 주들의 지역적 권위를 보호하고 있으며 연방의 형태를 주를 기본단위로 하는 공화주의적 체제로 구성시켜놓고 있다. 주의 대표가 모여 연방상원의 의원이 되도록 하고 있으며 연방헌법의 개정은 주의 참여와 지지를 받아 이루어지도록 하고 있다. 또, 연방헌법은 주가 연방정부의 대리인이 아니라 고유한 입법권을 갖고 조세를 징수할 권한을 갖도록 하고 있다.

주와 비교하여 지방자치단체의 헌법적 지위는 매우 불명확하다. 연방헌법에 지방자치단체에 관한 명시적인 규정이 없어서 연방헌법이 지방자치단체에게 어떤 임무와 권한을 주고있는지 불분명하다. 하지만, 미국이 건국되기 이전부터 지방자치단체들은 존재하면서 대부분의 공공서비스를 제공하고 상당한 규제권을 행사하며 조세를 징수해

5) local government에 대하여 우리나라의 행정학자들은 지방정부로 번역하고 법학자들은 지방자치단체로 번역하여 사용하는 경향이 있다. 그리고, 행정학자들은 한국의 지방행정단위를 부를 때에도 지방정부라고 부른다. 그러나, 정부라는 용어는 한국에서 중앙정부를 줄여서 쓰는 경우가 보통이고, 지방자치단체의 법적 권한이 한국보다도 더 넓은 일본에서도 지방정부라고 부르는 사람들은 거의 없고 지방자치단체라고 부르는 것이 일반화되어 있다. 더구나, 우리 지방자치법상 지방정부라는 용어는 사용되지 않고 지방자치단체라는 용어만 사용되고 있다. 이러한 이유로 여기서는 local government를 지방자치단체로 번역하기로 한다. 사실 우리나라에서 현재 지방행정단위가 갖고 있는 권한에 비추어 지방자치단체라는 용어도 법현실을 반영하고 있다기 보다는 미래 지향적 소망을 반영하고 있다고 보는 것이 정확한 이해일 것이다.

왔고 주민참여를 촉진시키기 위해 투표를 비롯한 여러 정치행위들을 해왔다. 이로 인해 미국 지방자치법의 실무와 판례에서는 지방자치단체의 법적 지위에 관한 연방헌법의 공식적인 침묵과 사실상의 중요한 역할사이의 긴장이 존재해왔다.

미국의 법이론과 판례에서 지방자치단체의 법적 지위를 둘러싸고 두 가지의 주요한 흐름이 존재해왔다.⁶⁾

첫째, 지방자치단체를 주의 대리인이자 도구로 보는 입장이 존재해왔다. 여기서 지방자치단체는 주에 대하여 연방헌법상의 권리를 갖지 못한다. 주민들도 연방헌법상 지방자치권을 주장하지 못한다. 그러나 주는 지방행정단위의 조직과 권한에 관한 충분한 권력을 갖는다. 이와 같이 주중심적인 접근은 미국 연방헌법체계에서 19세기 이래 지배적인 입장이었으나 19세기 말을 지나면서 도전받고 있다. 딜론의 원칙과 선점이론이 이 흐름과 일치한다.

둘째, 지방자치단체가 사실상 누리고 있는 자율성에 주목하여 미국의 민주정치체제에서 지방자치가 중요한 역할을 하고 있다는 믿음을 규범적으로 수용하는 입장이다. 명목상으로 지방자치단체는 주의 창조물이지만, 실제로는 지방자치단체가 주민들의 공동체를 대표하는 기구로서 주민들의 공동체가 주민들의 선호와 지방의 특색을 살린 공공정책을 설계하고 집행할 수 있게 해주는 필수적인 정치단위라고 이해한다. 지방자치단체를 자율적이고 민주적인 정치체로 인식한다. 지방자치단체의 자율성을 보호해줄 법적 근거를 규명하고 주의 대리인으로서가 아니라 지방공동체를 구성하는 주민들의 확장된 팔로서 주민자치를 촉진시킬 수 있는 데 관심을 집중한다. 20세기에 들어와서 도입되기 시작한 이후 이제 미국의 대부분의 주들에서 주헌법과

6) Richard Briffault/Laurie Reynolds, *State and Local Government Law*, 6.ed., 2004, p.61-63.

법률 등에 근거를 두고 정착되어 있는 홈원칙은 이 두 번째 흐름을 반영하고 있다.

20세기 이후 연방제국가인 미국에서 딜론의 원칙보다는 지방자치단체에게 광범위한 자치권을 인정하는 홈원칙을 대부분의 주들이 채택하면서 딜론의 원칙의 적용영역은 줄어들고 있다. 하지만, 주법의 엄격한 유보와 우위를 강조하는 딜론의 원칙은 한국에서 지방자치단체의 법적 지위를 이해하고 구체적인 사례들을 해결하기 위해 귀중한 정보를 전달해준다. 이하에서는 딜론의 원칙을 중심으로 미국 지방자치법을 소개하기로 한다.

(3) 미국 지방자치법이론의 소개와 이해에 있어 고려할 점

연방제국가인 독일 지방자치법을 소개하는 한국학자들이 독일의 주와 지방자치단체의 관계를 다루는 것처럼, 미국 지방자치법의 이론의 소개에 있어서도 연방과 주의 관계나 연방과 지방자치단체의 관계가 아니라 주와 지방자치단체의 관계를 다룬다는 점은 주의를 요한다. 단일국가인 우리나라의 입장에서는 미국의 연방과 주의 관계가 아니라 주와 지방자치단체의 관계에 관한 정보와 논쟁에서 더 많은 시사점을 얻을 수 있을 것 같기 때문이다.

미국의 지방자치법에 대한 국내의 소개는 찾아보기 어려워서 여기서 제한된 시간에 처음으로 모든 내용들을 정확하게 소개하기는 어렵다. 그래서 이 보고서에서는 미국의 지방자치법의 주요내용들 중 우리나라의 지방자치단체의 법적 지위를 이해하기 위해 가장 긴요하다고 생각되는 딜론의 원칙과 선점이론 등을 중심으로 소개했다.

오늘날 법률의 우위뿐만 아니라 법률의 구체적 위임이 있어야 자치법규로 국민의 권리에 관한 사항을 제한하는 규정을 제정할 수 있는 한국의 지방자치단체의 법적 지위는 딜론의 원칙 및 선점이론하

에서 미국 지방자치단체의 지위와 비슷하다. 하지만, 미국에서 오늘날 딜론의 원칙도 중요한 의미를 갖지만 주헌법에서 일반법에 의해서만 지방자치단체의 법적 지위를 규율할 수 있는 홈원칙을 선언하고 있는 주들도 많이 있다.

2. 딜론의 원칙

(1) 딜론의 원칙의 등장

John Forest Dillon은 Iowa주 대법원판사로 있으면서 남북전쟁이 끝난 직후 지방자치단체가 어떤 서비스나 프로그램 또는 규제를 도입하여 실행할 권한을 갖는가 하는 문제에 관하여 몇 개의 판결들과 저서를 통하여 자신의 원칙을 제시하였다.

1) 1865년 Clark v. City of Des Moines 사건에서 Dillon판사는 지방자치단체의 권한의 한계를 밝히기 위해 주법의 해석에 관한 원칙을 밝혔는데, 나중에 이 원칙은 딜론의 원칙으로 불리우게 된다.

“지방자치단체의 권한보유여부 및 그 범위와 관련하여 다툼이 없는 일반법원칙이 있다. 첫째, 명문으로 부여된 권한, 둘째, 명문으로 부여된 권한에 필요불가결하게 또는 공정하게 함축되거나 수반되는 권한, 셋째, 당해 지방자치단체의 명시적 과제와 목적에 본질적인 권한, 이 권한은 도움이 되는 정도가 아니라 필수적인 것이어야 한다.”

어떤 권한의 존부에 관한 합리적인 의문은 법원에 의하여 지방자치단체에게 불리하게 해석되어 부인되어야 한다.

2) 또, Dillon판사는 1868년 City of Clinton v. Cedar Rapids and Missouri River Railroad 사건에서도 “시정부는 주의회에 의해 탄생되어 권한을 부여받았다. 주는 지방자치단체를 창설할 수 있을 뿐만 아니라 폐지할 수도 있고 그 통제권은 무제한이다. 지방자치단체

는 주입법자의 의지에 좌우되는 단순한 차용인일 뿐이다”고 했다.

3) Dillon판사는 1873년 지방자치법주석서(Commentaries on the Law of Municipal Corporations)에서 지방자치단체가 “주가 그의 권력의 일부를 행사하게 할 목적으로 만든 창조물이자 단순한 정치적 부속물이다. 지방자치단체들은 그들에게 명시적으로 부여된 권한만을 행사하거나 부여된 권한으로부터 필연적으로 추론되는 권한만을 행사할 수 있다”고 했다.⁷⁾

이 기준이 다른 주대법원들의 지지를 얻고 20세기 초 연방대법원에 의해 채택되면서 딜론의 원칙(Dillon's Rule)이라고 불리워지고 있다. 그 이후 이 원칙은 법령해석의 원칙으로서 주법과 지방자치단체의 법령에 따른 지방자치단체의 권한의 내용과 한계를 해석하는데 가장 중요한 기준이 되고 있는데 다음과 같이 보다 정교하게 정의되어 적용되고 있다.

4) 미국 연방대법원도 Atkins v Kansas사건에서 지방자치단체는 “주가 자신의 권한을 행사하게 할 목적으로 만든 피조물이자 단순한 정치적 부속물”이라고 선언하였다.(Atkins v.Kansas, 191 U.S. 207, 48 L.Ed.148. (1903)) 이 사건은 지방자치단체의 공공사업장에서 일하는 노동자에게 지방자치단체가 매일 8시간 이상을 노동하도록 하는 것을 형사상 범죄로 규정하면서 그것을 금지시킨 캔자스 주법에 대해 소가 제기된 경우인데, 미연방대법원은 캔자스주법을 합헌으로 선언했다.

5) 딜론의 원칙은 서부개척시대와 남북전쟁이후의 사회적 혼란기에 지방자치단체와 지방공무원들의 부패와 지방자치단체의 비효율성

7) local governments "are creatures, mere political subdivisions, of a state for the purpose of exercising a part of its powers. They may exert only such powers as are expressly granted to them or such as may be necessarily implied from those granted."

이 사회적으로 문제되고 있을 때인 1868년 출현한 것으로, 미국역사상 시정부를 비롯한 지방자치단체가 최악의 평판을 얻고 있던 시기를 배경으로 하고 있다. 딜론의 원칙의 지지자들은 지방자치단체를 불신하면서 지방자치단체는 주의 피조물이므로 주헌법이나 주법률에서 명시적으로 허용한 권한만을 가져야 한다고 하였다.

현재에도 모든 주들이 주내에 있는 도시와 카운티에 후원칙을 인정해주지는 않기 때문에 딜론의 원칙은 여전히 중요한 의의를 가지면서 주법과 지방자치법의 해석기준이 되고 있다.

(2) 딜론의 원칙의 내용과 지지를 얻게 된 요인

딜론의 원칙에 따를 때, 주입법자는 연방헌법과 주헌법에 의해 제한되는 경우를 제외하고는 지방자치단체에 대해 완전한 통제권을 갖는다. 이에 따라 지방자치단체의 권한은 다음과 같은 것들에만 미친다. (1) 명시적 문구에 의해 주어진 권한, (2) 명시적으로 주어진 권한에 필수적 또는 공정하게 함축되거나 수반되는 권한, (3) 지방자치단체의 명백한 업무와 과제의 처리에 반드시 필요한 권한 - 있으면 편리한 것이어서는 안 되고 필요불가결한 권한이어야 함.

딜론의 원칙에 따를 때, 문제된 권한이 주헌법이나 주법령에 의해 명시적으로 지방자치단체에게 위임되어 있지 않았거나 그 명시적 권한에 필수적으로 포함되는 것으로 해석되지 않는다면, 해당 지방자치단체는 그 권한을 가지지 못한다고 해석하는 것이다.⁸⁾ 지방자치단체의 모든 권한은 주의 특별한 위임에 근거를 두어야 한다고 한다. 법령의 불명확성은 지방자치단체에게 불리하게 해석되어 지방자치단체의 부담이 된다. 즉, 지방자치단체의 권한을 매우 협소하게 인정하여

8) Richard Briffault, *Our Localism, Part I - The Structure of Local Government Law*, Columbia Law Review 90, 1990, p.8.

법원의 주법해석에 있어 지방자치단체에게 불리하게 해결하도록 작동해왔다. 주는 딜론의 원칙을 적용하여 지방자치단체의 권한을 광범위하게 수정하거나 박탈할 수 있다. 미국에서 지방자치권의 헌법적 근거도 결여되어 있기 때문에 지방자치단체는 주의 피조물로서 고유한 또는 내재적 지방자치권을 갖지 못하기 때문이다. 때문에 딜론의 원칙에 대해 지방자치단체의 권한의 엄격해석(strict construction)원칙이라고도 부른다(Southern Constructors, Inc. v. Loudon Co. Bd. of Educ., 58 S. W. 3d 706, 711-712(Tenn.2001)).

딜론의 원칙이 법원들 사이에서 지배적인 지지를 얻게 된 요인을 몇 가지로 요약해볼 수 있다. 첫째, 1800년대 중반이후 미국인들 사이에서 지배적인 가치관은 주입법자가 최종적 권력을 가지고 지방자치단체의 업무처리를 통제해야 한다는 것이었다. 둘째, 그 당시 시정부와 같은 지방자치단체가 철도회사나 다른 사기업들에게 보조금을 주는 등 방만하고 비효율적으로 지방재정을 운용하거나 부패하여 열악한 평판이 딜론의 원칙의 채택을 불가피하게 했다. 또, 지방자치단체들이 무분별한 규제로 사유재산권을 침해하는 것을 막고 정치인들이나 공무원들이 이윤추구만을 노리는 사인들과 결탁하여 예산과 보조금 등을 방만하게 지출하게 하여 공익을 희생시키는 것을 막고자 했다.⁹⁾ 그 당시 지방자치단체에 대한 주의 완전한 통제이외의 다른 대안은 실무상 상상하기 어려웠다. 딜론의 원칙이 확고한 지지를 받게 되자 주입법자들이 순수한 지역적 사무에 깊이 개입하더라도 그들의 권력에 대한 어떤 헌법적 제한도 받지 않았다.

9) Richard Briffault/Laurie Reynolds, State and Local Government Law, 6.ed., 2004, p.267.

(3) ‘묵시적(함축적) 권한’(implied powers)의 의미

달론의 원칙의 세기준 중 실무상 가장 문제된 것은 두 번째 기준 중 ‘묵시적(함축적) 권한’(implied powers)의 해석에 관한 것이다. 주법의 입법의도가 불명확하거나 불확정개념을 사용하고 있을 때 법원은 입법자의 의도를 명확히 하고 확실하게 드러내야 할 책임이 있는데, 이 표현은 법원에게 상당한 해석의 여지를 주고 있기 때문이다.

** *Early Estates, Inc. v. Housing Board of Review of the City of Providence* 사건

이 사건은 Rhode Island주내에 있는 Providence시가 주택의 최소기준을 설정하고 그것을 집행하기 위해 자치법규를 제정하였는데 그것이 주법을 위반하지 않는지가 문제된 경우이다. 주법은 주택의 최소기준과 관련하여 “안전하고, 위생적이며 인간의 거주에 적합해야” 한다고 규정하고 있었다. Providence시는 주택자치법규를 제정하면서 부엌과 욕실 모두에 특히 온수가 나올 수 있어야 한다는 최저기준을 설정하고 요구했다. 주택건축업자는 온수를 요구하는 것은 주법에서 정한 최저기준을 넘어서는 것이라고 주장했는데, Rhode Island 대법원은 달론의 원칙을 적용하여 원고의 주장을 인용했다. 여기서 Rhode Island 대법원은 주법에서 명백한 위임이 없을 때, 당해 사안의 판단은 주법에서 사용된 표현이 그 권한을 위임할 명백한 의도가 있었다고 해석할 수 있는가에 달려 있다고 하면서, 주법에 나타난 “안전하고, 위생적이며 인간의 거주에 적합해야” 라는 기준을 해석할 때 주택건축업자에게 온수시설을 설치할 의무가 있다고 볼 수는 없다고 하였다(*Early Estates, Inc. v. Housing Board of Review of the City of Providence*, 174 A.2d 117 (R.I.1961)). 온수시설은 인간의 건강보호에 도움은 되지만 반드시 필요불가결한 시설이라고 볼

수는 없다는 것이다.

(4) 딜론의 원칙의 한계

딜론의 원칙에 따라 주의회가 지방자치단체에게 비대한 권한을 행사하면서 주의회 자신에게도 부패의 문제가 대두되기 시작했다. 그럼에도 불구하고, 딜론의 원칙에 따라 주의회는 지방자치단체의 업무처리에 매우 상세한 규율을 가하기 위해 수많은 특별법을 제정하였는데, 지방자치단체의 특정 기관이나 부서가 업무를 처리하도록 지정하여 위임하기도 했다. 주자신의 정책개발이 소홀히 되는 부작용도 발생했다. 또, 주내의 여러 지방자치단체들 사이에서 일관성도 없이 지방자치단체의 권한을 서로 다르게 규정하기도 했다. 주의회는 정치적으로 입법권을 악용하여 정치적 편견에 따라 지방자치단체마다 주법의 내용을 다르게 규정하여 적용하기도 했다.

딜론의 원칙에 따라 엄격해석의 원칙을 적용하는 것은 연방법이나 주법을 위반하지 않았음에도 위임을 받지 않았다는 이유로 법원이 지방자치단체의 자치법규나 행위들을 무효로 선언하는 것을 인정하게 된다.¹⁰⁾ 또, 딜론의 원칙을 따른다고 하여도 실질적 내용으로 볼 때 일관성을 갖기가 어렵고 당해 지방의 수요가 아니라 판사들의 편견이나 고정관념에 따라 자치법규의 무효여부가 좌우되게 될 것이다. 결국 지방자치단체의 자율성을 약화시키고 지역사회의 분쟁이 주에게로 몰리게 되는 현상이 초래될 것이다. 지방자치단체는 주민들의 대변자가 아니라 주의 대리인으로서 역할을 수행하게 될 것이다.

10) Richard Briffault, Home Rule, Majority Rule, and Dillon's Rule, Chi.-Kent L. Rev. 67, 1991, p. 1023-4.

3. 고유한 지방자치권 이론과 홈원칙(Home Rule)의 등장

딜론의 원칙이 출현한 이후 지방자치단체들은 이 원칙이 독자적인 적극적 정책의 설계와 집행을 불가능하게 하였으므로 그의 적용을 완화시키거나 무력화시키기 위해 노력해왔다. 그 노력은 몇 가지 방향에서 전개되었는데 요약해보면 다음과 같다.

첫째, 딜론의 원칙이 등장하기 전 지방자치단체에 대한 주의 통제권이 확장되기 시작할 때, 이에 반대하는 사람들이 출현했는데, Michigan주 대법원판사이었던 Thomas Cooley는 지방자치단체가 ‘고유한 지방자치권’(inherent right of local self-government)을 갖는다고 주장했다.¹¹⁾ 그 주장은 과거 식민지시절 주의 통제권이 미약했었고 지방자치단체는 해당 지역의 사무를 처리하기 위해 탄생하여 활동했었는데, 지방자치단체의 권한은 특히 주헌법에 의해 부인되지 않는 이상 식민지시절부터 갖고 있던 권한을 그대로 갖는다고 보아야 한다는 것이다. 때문에 시가 주에 의해 창설되었다는 주장은 역사적 사실에 반한다는 것이다. 지역공동체의 자유의 일부로서 고유한 지방자치권은 주헌법이나 법률이 제정되기 이전 영국의 마그나카르타와 영국법 그리고 보통법에 기초를 두고 있다. 이러한 인식의 기초 위에서 지방자치단체에 대한 주의 절대적 우위를 부인하고 주가 빼앗을 수 없는 지방자치단체의 고유한 권리를 긍정했다.

이 주장은 역사적, 연혁적 근거에 기초한 것이다. ‘고유한 지방자치권’이론이 여러 주법원들에서 채택되면서 1880년대 중반쯤에는 대부분의 주법원들에서 지방자치단체에 대한 주의 개입권의 문제가 중

11) Thomas M. Cooley, A Treatise on the constitutional Limitations which rest upon the legislative Power of the State of American Union, 1868. ; 쿨리가 외에도 이튼도 고유한 지방자치권을 열렬히 주장했다. Amasa Eaton, The right to local self-government, Havard Law Review 13, 1900.;

요한 이슈가 되었다.

둘째, 전통적으로 가지고 있던 지방자치의 권한을 딜론의 원칙에 의해 크게 침식당하게 된 지방자치단체들은, 19세기 후반이 되자, 대안으로 주를 설득하여 주헌법이나 주법으로부터 특별한 위임을 받지 않더라도 지방자치단체에게 광범위한 권한을 부여하는 규정을 주헌법이나 주법률에 규정하도록 하는 노력을 전개했다. 이러한 노력의 결과 주헌법 등에 일반적 위임규정을 두고 그 해석에 있어서는 엄격해석의 원칙이 아니라 자유로운 해석방법(rule of liberal construction)을 따라 광범위한 지방자치권을 인정하는 주들이 나타났다. 이러한 위임방식을 홈원칙(Home Rule)이라고 부르고 있는데,¹²⁾ 1875년 Missouri주는 처음으로 주헌법을 개정하여 이 주에서 가장 큰 도시인 St. Louis시에게 홈원칙을 인정했고, 1879년 캘리포니아주는 주헌법을 개정하여 San Francisco시에게 홈원칙을 인정했다.

홈원칙을 따르는 주정부는 지방자치단체와의 관계에서 다만 일반법을 제정할 수 있을 뿐 특별법을 제정하여 구체적으로 자치권을 제한할 수는 없다. 또, 이 일반법의 원칙내에서 지방자치단체들은 주의 구체적 위임없이도 자치법규를 제정할 수 있고 주에 의한 자치권의 침해를 막아낼 수 있다.¹³⁾ 딜론의 원칙에 비하여 홈원칙을 따르게 되면 주의 특별한 위임이나 구체적 위임규정이 없더라도 지방자치단체는 지방사무에 관한 권한을 갖게 된다는 차이가 있다.

20세기에 들어와서 계속 여러 주들로 확대 인정되어, 1990년에는

12) 미국에서 홈원칙을 주장하여 정착시킨 초기문헌으로는 다음의 것들이 있음. F. Goodnow, *Municipal Home Rule*, 1985. ; C. Beard, *American City Government*, 1912. ; H. Mcbain, *The Law and Practice of municipal Home Rule*, 1916. ; C. Patton, *The Battle for Municipal Reform*, 1940.

13) Gerald E. Frug, *The City as a legal Concept*, *Havard Law Review* 93, 1980, p.1115-1117.

48개의 주가 주내의 여러 도시들에 후원칙을 인정하였고 37개의 주는 농촌 지방자치단체인 카운티들에 대해서도 후원칙을 인정하게 되었다.¹⁴⁾

20세기 이후 연방제 국가인 미국에서 오늘날 주헌법에서 근거를 부여하거나 후원칙의 도입 등의 방법으로 주는 지방자치단체에게 광범위한 자율권을 부여하고 있다.

셋째, 법원의 판결에 의해서 지방자치단체의 권한이 크게 확장되는 경우도 나타나게 되었는데, 이러한 시도는 ‘주민의 공공복리(general welfare)’에 관한 사무에서 나타나게 되었다. 이에 관해서는 제목을 바꾸어 다룬다.

4. 주민의 공공복리(general welfare)에 관한 사무

(1) 공공복리사무에 대한 광범위한 자치권의 승인

‘주민의 공공복리(general welfare)’ 사무에 대하여 법원은 주법률에서 포괄적인 위임규정을 두고 있는 경우 개별 구체적인 위임규정이 없더라도 지방자치단체에게 광범위한 자치권을 인정하는 판결을 내려오고 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾

14) U.S. Advisory Commission on intergovernmental Relations, *State Laws Governing Local Government Structure and Administration*, 1993, p.20-21.

15) *State of Utah v. Hutchinson*, Supreme Court of Utah, 624 P.2d 1116(1980). ; *Southern Constructors, Inc. v. Loudon Co. Bd. of Educ.*, 58 S.W.3d 706, 713(Tenn. 2001) 이 판결에서는 ‘덜론의 원칙이 지방자치단체의 일반적 공공복리권의 행사를 방해하기 위해서 적용될 수는 없다’고 했다. ; *Birkenfeld v. City of Berkeley*, 550 P.2d 1001 (Cal. 1976) ; *Leavenworth Club Owners Assoc. v. Atchison*, 492 P. 2d 183 (Kan. 1971) ; *Krolick v. Lowery*, 302 N.Y.S.2d 109 (N.Y.App. 1969).

16) 이에 관한 소개는, Richard Briffault/Laurie Reynolds, *State and Local Government Law*, 6.ed., 2004, p.274-280. ; John R. Nolon, *In Praise of Parochialism : the Advent of local environmental law*, *Harvard Environmental Law Review* Vol. 26,

여러 주들에서 일반조항으로서 공공복리조항을 규정하고 있는데, 개별구체적 위임이 없더라도 일반조항을 근거로 지방자치단체가 주민의 복지증진에 관한 사무를 자치법규로 규정할 수 있게 한 것은, 딜론의 원칙에 따라 위임을 엄격하게 요구하면 각 지방자치단체의 특수성과 지방자치단체의 다양한 필요에 효과적으로 대응할 수 없기 때문이다. 즉, 하나의 주내에 있는 도시형 자치단체들과 농촌형 자치단체들은 발전단계에 따라 각각 특유한 정책수요와 입법수요를 갖게 되는데, 2년에 6개월 정도의 회기로 개최되는 주의회가 이러한 수요를 적시에 충족시켜주는 것은 매우 어렵다. 그럼에도 불구하고 개별구체적 위임을 요구하는 것은 주헌법 등에서 일반조항을 통해 지방자치단체에게 광범위하게 권한을 부여한 취지를 위반하게 된다(State of Utah v. Hutchinson, Supreme Court of Utah, 624 P.2d 1116(1980)). 지방자치단체는 주민의 복리사무를 효과적으로 처리하기 위해 필요한 수단을 선택할 수 있는 재량권을 넓고 충분하게 가지되, 그의 권한남용의 위험성은 주민들 스스로의 감시, 주법의 위반여부에 대한 감사기관의 감사 그리고 법원에 의한 통제에 맡겨야 한다.

(2) 관련판례들

1) State of Utah v. Hutchinson 사건

유타주(유타주법전 U.S.C. 17-5-77)에서는 지역주민의 건강, 안전, 풍속 및 복지의 증진을 위하여 지방자치단체에게 ‘모든 필요한 조치’를 취할 수 있도록 권한을 부여하고 있다. 또, 이러한 자치법규를 위반한 자에 대해서는 300달러 미만의 금전적 제재를 가하거나 6개월 미만의 징역형을 부과할 수 있도록 하고 있다.

2002, p. 385-386.

유타주대법원은 이 규정에 대해 주입법자가 일반적 복지에 관한 권한을 지방자치단체에게 부여한 것으로 해석하여 지방자치단체의 광범위한 자치권을 인정하기 위한 근거로 삼았다(State of Utah v. Hutchinson, Supreme Court of Utah, 624 P.2d 1116(1980)).

2) Southern Constructors, Inc. v. Loudon Co. Bd. of Educ. 사건

교육자치단체인 학교지구가 학교건물의 신축공사계약과 관련된 분쟁을 중재할 권한을 갖는지가 쟁점이 된 사건이었다. 테네시주가 학교건물의 건설계약이라는 지방사무에 관하여 교육자치단체인 학교지구에게 이 권한을 인정하기를 거부했다.

법원은 딜론의 원칙이 지방자치단체의 권한의 한계를 해석하기 위한 기본원칙이라는 점을 인정하면서도 딜론의 원칙의 적용에는 중요한 몇가지 예외가 있다고 했다. 지방자치단체들은 당해 지역의 지방사무의 처리에 관한 한 광범위한 자치권을 갖기 때문에, 딜론의 원칙상의 엄격해석이 아니라 자유로운 해석에 따라 권한의 존부와 범위 등이 결정되어야 한다는 것이다. 따라서, 주의 거부태도에도 불구하고 법원은 학교건물의 건설계약이 이미 일반조항으로 위임된 지방자치단체의 일반적 공공복리사무의 처리권에 ‘공정하게 함축된(fairly implied)’ 권한이라고 보았다.

3) Birkenfeld v. City of Berkeley 사건

부동산임대료에 관하여 캘리포니아주가 부과할 수 있는 상한을 규정하고 있지 않을 때, 지방자치단체인 Berkeley시가 자치법규로 그 상한을 제한하는 규정을 둘 수 있는지가 문제된 사건이었다. 캘리포

니아 대법원은 주법에서 먼저 선점하고 있지 않은 사무인 부동산임대료에 관하여 Berkeley시가 그것을 통제할 권한을 갖는다고 하였다. 지방자치단체의 임대료 통제권은 부동산 통제가 시급하게 요구되는 긴급상황일 것을 요구하지도 않는다고 했다.

4) 기타

이상에서 소개한 판결들이외에도 주민의 공공복리를 위한 사무로서 구체적으로 주법으로부터 위임을 받지 않더라도 지방자치단체가 규제할 수 있다는 판결들은 다음과 같다.

명시적인 위임규정이 없어도 알코올판매를 제한하는 조례를 지방자치단체가 제정할 수 있다고 한 판결,¹⁷⁾ 명시적인 위임근거가 없어도 재정정보공개조례를 지방자치단체가 제정할 수 있다는 판결,¹⁸⁾ 지방자치단체가 명시적 위임이 없어도 전당포사업자에 대한 규제를 할 수 있다는 판결,¹⁹⁾ 지방자치단체가 명시적 위임이 없어도 자동판매기설치허가에 따른 수수료를 징수하는 자치법규를 제정할 수 있다는 판결,²⁰⁾ 명시적인 위임이 없더라도 타인의 휴식을 방해하거나 공공연히 외설적인 행위를 하는 것을 금지하는 자치법규를 지방자치단체가 제정할 수 있다는 판결²¹⁾ 등이 있다.

5. 선점이론 (preemption doctrine)

1) 주가 입법에 의해 어떤 분야나 규제를 선점했다면 그 문제에

17) *Leavenworth Club Owners Assoc. v. Atchison*, 492 P.2d 183 (Kan. 1971).

18) *Lehrhaupt v. Flynn*, 356 A.2d 35 (N.J. Super.Ct. 1976).

19) *City of Hobbs v. Biswell*, 473 P.2d 917(N.M. Ct. App. 1970).

20) *Adams v. City of New Kensington*, 55 A.2d 392 (Pa. 1947).

21) *City of Pasco v. Dixson*, 503 P.2d 76 (Wash. 1972).

대해 지방자치단체는 개입할 수 없다. 주의 유효한 입법적 선점이 있게 되면 그 사항은 주전체에 관련된 광역적 사무인 것으로 간주된다. 즉, 주의 입법적 선점사무에 대한 지방자치단체의 개입은 자치법규의 형식이든 구체적 행위이든 허용되지 않는다. 선점이론을 적용하면 주 입법과 지방자치단체의 입법이 서로 충돌할 경우 주법이 우위에 있어 주법만이 유효하게 된다. 이것은 지방자치단체를 주의 창조물로 보는 사고와 관련있는데, 대상사무가 광역적이고 포괄적일 뿐만 아니라 누구에게나 동일하게 처리될 것이 요구되기 때문이다.²²⁾

하지만, 주의 입법에서 선점여부가 명백히 드러나는 경우도 있지만 대부분 선점여부가 불분명하다. 이런 경우를 ‘명백한 선점(express preemption)’과 비교하여 ‘묵시적 선점(implied preemption)’이라고 부른다. 묵시적 선점의 경우는 주법의 존재여부와 그 적용범위가 불분명하고 적어도 명시적으로는 당해 사항에 관해 규율이 존재하지 않음에도 불구하고 지방자치단체의 자치법규를 무효로 만들기 때문에 미국의 지방자치실무상 상당한 논쟁을 야기하고 있다. 묵시적 선점이론에 의해 주의 선점영역이 대폭 확장되고 법원의 역할이 더 중요해졌다.

2) 묵시적 선점여부를 판단하기 위해 미국의 법원들은 몇 가지의 기준을 제시하고 있다.

첫째, 주가 어떤 법률에서 추구하고 있는 입법목적은 지방자치단체가 좌절시킨 경우도 묵시적으로 선점이 이루어져 있다고 본다 (Goodell v. Humboldt County, Supreme Court of Iowa, 575 N.W.2d 486(1988)). 주가 규제하지 않은 다른 규제수단을 지방자치단체가 도입하면 명시적 선점에는 위반하지 않게 되지만 주의 주요한 입법 목적 실현이 방해되었기 때문이다.

22) Osborne M. Reynolds, Local Government Law, 2.ed., p.132-135.

둘째, 주가 어떤 사항에 대해 규율하고 있지 않은 ‘무규제(Non-regulation)’가 묵시적 선점으로 평가받기 위해서는 그 무규제의 의도가 밝혀져야 한다. 주가 규제를 하지 않은 것이 사기업에게 경제활동의 자유를 주기 위한 것이라면 이 자유를 규제하려는 지방자치단체의 자치법규는 허용되지 않는다. 하지만, 주의 의도가 주의 명시적 규제범위 밖의 문제에 대해서는 무관심한 것이라면 지방자치단체의 규제는 허용된다.²³⁾ 이와 같이 ‘적극적 무규제(affirmative Non-regulation)’와 ‘무관심한 무규제(indifferent Non-regulation)’를 구별하여 지방자치단체의 자치권의 범위를 판단하는 것이 미국 판례의 입장이다 (Jancyn Mfg. Corp. v. County of Suffolk, 518 N.E.2d 903, 906 (N.Y. 1987)).

6. 딜론의 원칙과 홈원칙의 종합적 적용결과²⁴⁾

(1) 다수의견

주법과 지방자치단체의 법이 충돌할 때에는 주전체의 광역사무에 대해서는 주법이 적용되고 지방사무(local affairs)에 대해서는 지방자치단체의 법이 적용된다.

- 주전체의 광역적 사무에 관해서는 딜론의 원칙이 적용된다. 주헌법과 주법률에서 명시적으로 또는 추론적으로 권한을 준 범위 내에서만 지방자치단체는 권한을 갖는다.
- 그러나, 지방사무에 관해서는 주법이나 해당 지방자치단체의 기본조례(Home-Rule Charter)²⁵⁾를 위반해서는 안 되지만, 그에

23) Richard Briffault/Laurie Reynolds, State and Local Government Law, 6.ed., 2004, p.362-365.

24) Osborne M. Reynolds, Local Government Law, 2.ed., p.157.159.

의해 금지되지 않은 일은 어떤 것이든 지방자치단체가 권한을 갖는다. 지방사무에 관해 주헌법이나 주법률에서 열거하고 있더라도 그것은 항상 배타적 열거규정으로 해석할 것이 아니라 그 열거규정으로부터 추론될 수 있는 사무의 해석에 관하여 상당한 여지가 있다고 본다.

- 주와 지방자치단체중 어느 한쪽은 특정 주제에 대하여 법을 제정하여 집행하고 있으나 다른 쪽은 그러하지 않은 경우, 그 사무가 주전체의 광역사무인가 아니면 단순한 지방사무인가를 묻지 않고 그 법이 적용된다.

(2) 소수의견

지방사무(local affairs)에 관한 한 지방자치단체의 기본조례 또는 헌장에 금지하고 있지 않는 한 주로부터 위임을 받지 않더라도 창설적으로 처리할 수 있다. 따라서, 지방사무에 관한 한 그것이 무엇이든지 구체적으로 주법으로부터 명시적이건 묵시적이건 위임받을 필요는 없다.

제2절 독일

1. 지방자치의 역사적 전개

-
- 25) Charter. 주법에 근거가 있어야 제정될 수 있지만 지방자치단체가 제정하는 것이어서 개정도 지방자치단체 스스로 할 수 있는 것이고, 주법에서 그 내용에 대한 제한을 거의 하지 않아 광범위한 입법형성의 자유가 자치단체에 부여됨. 기본조례 또는 헌장을 제정한 지방자치단체도 있고 제정하지 않은 곳도 있다. 제정하지 않은 지방자치단체들은 주헌법과 주법령에 의해 지방자치권이 제한받는데 그 제한정도가 더 심하다.

독일의 자치행정구조의 기원은 12세기 도시 영주체제의 조직형태나, 주교가 주재하는 도시나, 그리고 이에 대립되는 시민들의 자치도시가 행정권을 확보하는데 이용했던 자치행정을 위한 시민의 모임인 연합총회에서 찾아볼 수 있다. 그러나 주민에 의한 현대적 자치행정의 기원은 1808년 슈타인의 프로이센 자치도시규범으로 볼 수 있고, 이는 오늘날까지도 독일 지방자치법의 근간을 이루고 있다. 전체주의 시대에서의 행정에 대한 도시자치권의 규범적 의미는 지역 내의 주민과 민주적 협동을 통한 행정과 “밑으로부터의” 그리고 “내부로부터의” 자치행정을 구현하고 있었다. 비록 “자치행정(Sebstverwaltung)”이라는 용어는 사용하지 않았지만, 행정의 수행자는 주민이었고 모든 사안에 대해 주민을 대표할 명예직, 즉 보수를 받지 않는 시대표회의(Stadtverordnetenversammlung)의 구성원을 선출하였고, 의결과 수행의 기능을 분리하는 것을 원칙으로 하였다. 그러나 비전문적이며, 경험이 없는 사람들로 구성된 대표들의 자치행정이 문제점을 드러나게 되자, 프로이센 자치도시규범은 몇 차례의 개정을 거치게 되었고, 지방자치단체는 국가의 감독 하에 놓이게 되었다.²⁶⁾

1919년 바이마르제국헌법 제127조는 게마인데와 게마인데조합에게 “법률의 제한내에서의 자치권”을 보장하였다. 이 조문이 “기본권과 기본의무”편에 들어있었기 때문에 그 법적 성격이 모호하였다. 일각에서는 이를 내용이 없는 기본권조항으로 불렀으나, Schmitt의 해석과 그 취지를 따른 판결²⁷⁾에 의해 이 조문은 결코 법적인 내용이 없

26) Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Siegburg, S. 8. 한국문헌으로는 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, 47-56면 참조.

27) StGH in RGZ 126 Anh. S. 14(22). “주입법은 헌법이 보장한 지방자치의 권리를 폐지할 수 없고 또한 게마인데사무의 관리를 국가기관에 위양할 수 없다. 주입법은 지방자치가 내부적으로 공동화되고, 지방자치가 활력있는 활동의 기회를 잃고, 그리고 지방자치가 그림자만 남아있게끔 지방자치를 제한해서도 안 된다.”

는 프로그램이 아니라 오히려 지방자치권을 헌법이 보장해야한다는 제도적 보장을 설명하는 것이라고 하였으며, 이를 폐지하거나 공허하게 만드는 것으로부터 보호하고 특정한 사무들을 보장할 것으로 의견의 일치를 보았다. 또한 바이마르 제국헌법은 제17조 제2항에서 게마인데의 선거에 있어서도 보통, 평등, 직접, 비밀선거를 하도록 하여, 계급 또는 성에 의해 차별되지 않고, 누구나 적극적으로 지방자치단체에 활동할 수 있도록 보장하였다.²⁸⁾

지방자치단체의 조직·운영에 관한 입법권한을 각 주의 소관으로 하였기 때문에, 연방전체에 통일적인 지방자치법은 없었고, 각 주 헌법은 국가의 법적으로 규정된 감독 하에서 자치권을 보장한다는 것을 명문화하였다. 그러나 실제 운영상에 있어서는 전후부흥행정과 사회행정 때문에 연방과 주의 권한이 확대되어 게마인데의 전통적인 자치권이 크게 제약되었고, 지방재원의 축소, 지방자치행정에 대한 법규제의 세밀화, 그리고 위임사무의 확대 등으로 지방자치가 위기를 맞게 되었다.²⁹⁾

1933년 나찌시대가 시작되면서 제국건설법(Gesetz über den Aufbau des Reiches vom 30. 1. 1934)에 의해 각 주의 주권이 중앙국가로 이관되어 연방제는 그 실체를 잃고 사실상의 단일국가로 되었으며, 독일 최초의 단일 게마인데법(Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935)이 제정되었다. 동법 제3조 1항에서는 법률의 규정이 없는 한 자신의 고유사무에 대하여 시장에 의해 조례를 제정할 수 있고, 조례제정을 할 경우 승인을 받지 않는 것을 원칙으로 천명하여 의견상으로는 자치권이 크게 인정된 듯 보인다.³⁰⁾ 그러나 나찌당의 수입

28) Erischen, a.a.O., S. 14.

29) 장지호, 앞의 책, 64-65면.

30) 1933년 독일프로이센 게마인데헌법에서는 모든 조례를 제정하는 데는 승인을 받아야할 것을 명시하였다.

자가 시장과 게마인데의원을 임명하여 게마인데의회는 주민의 대표성을 띠지 못하며, 의결기관이 아닌 순수조언기관으로서의 역할밖에 하지 못하는 지방자치제의 암흑기를 맞이하였다.

세계 제2차대전 이후 점령권력들은 독일의 전체주의국가적 성격을 희석시키고, 민주국가형성에 도움을 주기 위하여 독일의 지방자치제를 의도적으로 강조하였는데, 영국, 프랑스, 미국의 점령지역마다 각기 자신들의 국가의 지방자치적 색채를 가미하였다. 소비에트점령지역에도 1946년에 지방자치법을 제정하여 모든 안전에까지 주민결정의 가능성을 열어두었으나, 실제로는 실행되지 않아 하나의 알리바이 역할밖에는 하지 못하였다. 그 후 1952/53년에 구동독지역은 주를 폐지하고 14개의 행정구역으로 개편하였고, 독일의 헌법과 행정체제에 근거했던 지방자치체도를 폐지하였다. 통독이후 구동독지역은 5개의 주를 새로이 만들었고, 1991년 중반에 동독의 주의회들은 새로운 지방자치법을 만들었다.³¹⁾

현대 독일의 지방자치를 이해하기 위해서는 유럽연합과 독일 지방자치단체의 관계에 대한 일견이 필요하다. 아직까지 유럽연합공통의 지방자치법³²⁾은 존재하지 않지만, 소속국가의 모든 지방자치단체에

31) Wollmann, Um- und Neubau der Kommunalstrukturen in Ostdeutschland, in: Kommunalpolitik(Hrsg. Wollmann/Roth), Bundeszentrale für Politische Bildung, 2. Aufl.; Soojin Kim, Das kommunale Satzungsrecht und dessen Kontrolle, Diss. Köln, 2000, S. 10-13. 국내문헌으로는 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, 1987, 47-75면 참조.

32) Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland 3. Aufl, S. 20, Tettinger, BesVerwR, 7.Aufl., S. 8., Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2002. 1985년에 제정되고 1987년에 발효한 유럽지방자치행정헌장(Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung)은 공동체법의 성격을 갖고 있지는 않고, 오히려 국가내적으로 연방법의 지위를 가진 국제법규범이다. 이 헌장은 유럽의 지방자치단체들에게 자치행정권을 인정하고, 개별 국가에게 그 형성권을 위임했다. 여태까지 18개국이 서명한 다자간의 국제법적인 협약은 모든 유럽공동체회원국에게 인정되지는 않고, 프랑스, 벨기에, 아일랜드와 같이 서명은 했으나

게 EG법들이 적용된다.

유럽연합에의 참가는 독일의 국가성을 완전히 변화시켰다. 국가주권의 일부는 초국가적인 국가연합에게 옮겨졌기 때문에, 많은 문제의 결정에 대해서 유럽연합이 책임을 지고 있다. 이러한 위로의 중앙집권화는 기존의 연방, 주, 지방자치행정으로 나뉘어진 3층 행정구조에도 영향을 미치게 되었다. 전체유럽기준이 생성될 경우 독일 내의 지방적인 다양화와 고유성을 고려하지 않고 각주의 고유한 지방자치법들이 유럽연합법에 따라야만 하기 때문에 지방자치단체의 결정자유는 급격하게 축소되었다. 무엇보다도 지방자치단체는 사무분할, 경제촉진, 건축계획, 상수도공급, 쓰레기처리와 사무원의 고용에서까지도 유럽법적인 규정들을 지켜야만 한다.³³⁾

2. 지방자치의 헌법적 보장

바이마르제국헌법에서의 혼돈을 거울삼아 독일 기본법에서는 제28조의 지방자치행정에 관한 규정을 “연방과 주와의 관계” 장 속에 두었다. 이는 한편으로는 지방자치단체의 자치행정의 보장이 기본권의 내용을 이루는 것은 아니라는 점과 다른 한편으로는 주가 연방에 비해 지방자치제도에 관한 규율권과 그 보장기능을 더욱 강력하게 행사할 수 있다는 의미를 지닌다.

기본법 제28조 제1항 제2문은 게마인데와 게마인데조합에 주민의 일반, 직접, 자유 그리고 비밀선거에 의해 선출한 의회를 두어야 할 것을 규정하여 지방자치조직의 민주성을 언급하고 있다. 이는 선거의

아직까지 조문화하고 있지 않은 나라들이 있다. 영국은 1998년부터 발효하였다.

33) B. Losch, Dezentralisation und Kommunalrecht, 지방자치법연구 제3권 제2호 (2003. 12.), 22-24면.

일반원칙만을 규정하였을 뿐, 구체적인 선거방식 등은 주법에 위임하였기 때문에, 각 주의 지방자치선거법은 연방선거법과는 달리 다양한 형태를 띠고 있다. 특히 연방선거에서는 부정되는 연기식(panaschieren), 누적식(kummulieren) 방식이 많이 사용되고 있다.

기본법 제28조 제2항은 지방자치단체의 종류에 따른 자치권한을 구분하고 있다. 제1문은 게마인테에게 지역공동체와 관련된 모든 사무를 법률의 범위 내에서 그 스스로의 책임 하에 수행할 권리를 보장되어야 한다고 규정하고, 제2문에서는 게마인테조합(Gemeindeverbände)의 경우 법률의 근거에 따라 주어지는 법적인 사무영역 범위 내에서만 자치행정의 권한이 있다는 것을 규정하고 있다. “법률의 범위 내”와 “법률의 근거에 따라 주어지는 법적인 사무영역의 범위 내에서”라는 구분에 의해 기초지방자치단체인 Gemeinde는 지역고권과 개괄적인 전 권한성을 특징으로 하고, 상급지방자치단체인 Gemeindeverbände의 보충적 역할을 명시하고 있다. 이를 통해 독일에서 지방자치행정은 전체국가인 연방과 그 부분국가인 주들에 이어 지역전체를 아우르는 행정영역의 세 번째 차원으로 자리매김된다.

기본법제정 이후 지방자치조항은 두 차례의 개정이 있었다. 하나는 1992년에 제28조 제1항 3문이 추가된 것이다. 유럽연합의 국적을 가진 지역주민들에게 선거권을 부여한 것이지만, 유럽연합회원국의 국적을 가지지 않은 주민들에게는 제28조상의 “국민(Volk)”으로 이해되지 않기 때문에 헌법구조적이고 역사적인 고려 하에서 선거권이 주어지지 않는다.³⁴⁾

다른 하나는 지방자치단체의 재정을 보장하는 내용이다. 연방헌법

34) BVerfGE 83, 37(53); Erichsen, a.a.O., S. 83. 그러나 주에 따라서는 적어도 5000명 이상의 외국인이 살고 있는 곳에는 반드시 외국인협의회(Ausländerbeirat)를 두도록 규정하여 외국인의 권익을 보호하고 있다(§27 Abs. 1 S. 1 NWGO). 그 외의 지역에도 자유로이 협의회를 둘 수 있다.

재판소는 대다수의 판결을 통해서 독일기본법 제28조 제2항의 보장 범위에 게마인데와 게마인데조합의 재정고권(Finanzhoheit)이 포함 된다고 판시하였다. 그러나 법률이 정한 예산의 범위 내에서 고유책임의 수입과 지출의 권한인 재정고권을 인정하지만, 게마인데의 사무에 적절한 재정지원(Finanzausstattung)이어야 할지, 아니면 지방자치의 보장내용에 재정적인 최저한도의 지원(finanzielle Mindestausstattung)을 의미하는가에 대한 질문에 대한 답은 회피해왔다. 이와는 대조적으로 각 주의 헌법재판소나 국법재판소에서는 게마인데의 재정지원 청구권을 인정했다. 특히 브란덴부르크 주의 헌법재판소는 모든 지방자치단체의 청구권과 개별 지방자치단체의 청구권을 명확하게 구별하여 개별 지방자치단체가 자신의 자치권에 근거하여 재정청구를 할 수 있다는 제한적인 주관적 공권성을 가진 지방자치보장의 내용(eingeschränkt subjektivredntliche Geuährleistungsgehalt)을 인정하였다.³⁵⁾

1998년의 라슈테데 결정에서 지방자치가 헌법적인 존재로서 보장되기 위하여 기울었던 노력에도 불구하고 재정문제로 인하여 지방자치단체의 사무들이 축소되는 등의 문제가 현실화되고 있자, 지방자치단체를 강화하고 지방자치단체의 활동가능성을 확보하기 위하여 합동 헌법위원회에서는 1993년 11월 5일에 기본법 제28조에 지방자치의 보장이 재정적인 자기책임성의 기초를 포함한다고 규정하였다.³⁶⁾ 이를 받아들여 1994년 10월 27일 기본법개정법률³⁷⁾은 기본법 제28조 제2항 제3문 중 첫째 문장을 개정하였고, 1997년 8월 4일 둘째 문장을 추가하였다: “자치행정의 보장은 경제적인 자기책임

35) BrandVerfG NVwZ-RR 2000, 129(134f.), Nierhaus, in: Sachs(Hrsg.), GG Kommentar zu Art. 28, S. 1061.

36) BT-Drs.12/6000, S. 46ff.

37) das. 44.GG-ÄndG vom 20. 10. 1997(BGBl. I S. 2470).

성의 토대를 포함하는 것이다; 이를 토대로 게마인테에게 세율권한 (Hebesatzrecht)이 있는 경제력과 연관된 조세원(Steuerquelle)이 포함된다.” 첫 번째 문장으로 인해 재정고권이 명시적으로 헌법적 보장을 받게 되었고, 게마인테에게는 개별적으로 법률이 정한 예산범위 내에서 자기책임적인 수입과 지출경제가 보장되며, 사무에 적합한 재정정보전을 청구할 권리를 인정받게 되었다.³⁸⁾

후자의 헌법개정의 동기는 지방자치단체에게 흘러가던 영업자본세금의 의도적인 삭제였다. 지방자치단체의 재정자치를 영업이익세의 존속 또는 개별 게마인테의 경제력과 연결된 조세를 통하여 보장될 수 있도록 하기 위하여 제3문의 보완이 필수적인 것으로 받아들여졌다. 그렇다고 해서 지방자치단체에게 고유한 세원발굴권을 보장하는 것은 아니고, 기본법 106조 4항 내지 6항의 관점에서 영업이익과 소득세만이 고려되는데, 이 조문에서는 경제력발생가능한 조세원이 보장되는 것이다. 경제력의 개념과 관련하여 여기서 다루는 것은 조세부담자에 관한 것이 아니라 각 지방자치단체의 경제영역의 생산성과 관련한 것이다. 보장되는 것은 이윤보장이 아니라, 단순히 경제력과 관련된 세원을 위한 세율보장, 존속보장을 말하는 것이다.³⁹⁾

기본법 제28조는 개별 법률의 합헌성 여부를 심사하는 규범통제소송에 있어 그 심사의 기준이 되며, 각 주에서도 헌법에 지방자치에 관한 내용을 담고 있고, 개별 Gemeindeordnung과 Kreisordnung을 두어 그 법적 근거를 명확히 하고 있다.

38) BVerfGE 26, 172. Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 22.

39) Tettinger/Erbguth, Besonderes Verwaltungsrecht, 8.Aufl., S. 46-47,

3. 지방자치단체의 종류

(1) 자치권을 가진 지방자치단체

독일 기본법 및 주법에 의해 자치권을 인정받은 지방자치단체는 게마인테와 게마인테조합(Gemeindeverbände, Kreis)이다. 게마인테는 역사적, 문화적 그리고 실제적으로 사회공동체 구성을 위한 기본형태이고, 크라이스는 주정부(Land)와 게마인테 사이에 존재하는 우리나라의 광역자치단체에 해당한다. 크라이스 외에도 노르트라인-베스트팔렌 주의 Rheinland 와 Westfalen-Lippe라는 Landschaft조합처럼 게마인테조합으로서의 자치권을 인정받는 단체도 있다. 이는 고유의 기관을 가진 공법상 자치행정단체로서 한정된 업무(복지업무, 문화업무 및 지방자치경제)를 수행한다. 과거에는 도로행정업무도 맡았으나 이는 주의 업무로 이관되었으며, 그들의 소속단체로부터 받는 재원으로 재정을 충당한다.

특이한 사항은 베를린, 브레멘, 함부르크 주와 같은 도시국가(Stadtstaat)와 광역자치단체에 포함되지 않는 시(kreisfreie Stadt)의 경우의 지방자치의 양상이다. 도시국가인 베를린, 함부르크 주는 지방자치법을 두지 않고 주헌법에서 단일게마인테형태로 결정하여, 주의회가 곧 지방의회가 되어 국가와 지방자치단체의 사무를 엄격하게 구분하지 않고 있다. 브레멘 주는 브레멘 시와 브레머하펜시로 구성되는데, 브레멘 시의 경우는 위의 국가와 마찬가지로 주의회가 시의회를 구성하지만, 브레머하펜시의 경우는 독자적 지방자치법(Stadtverfassung)을 가지고 있어 지방자치권을 인정받고 있다.⁴⁰⁾

40) V. Mutius, 53. DJT Gutachten E, Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten? S. 172.

광역자치단체에 포함되지 않는 시(kreisfreie Stadt)는 대개 10만명에서 100만명에 이르는 주민을 가지고 있으며 독일전체적으로 도시 국가를 포함하여 115개가 있다. 이 자치단체는 케마인테의 사무 외에도 크라이스에게 주어지는 사무도 수행해야 하는 특별한 지위에 놓이게 되는데, 국가의 하부행정기관으로서의 역할도 수행한다. 따라서 이 자치단체야 말로, 그 지역의 모든 사무를 수행하는 단일행정체가 된다고 할 수 있다.⁴¹⁾

이러한 형태는 연방국가에서의 특별한 형태이기는 하지만, 우리나라 제주특별자치도의 경우에는 기초자치단체를 폐지하고 도 자체가 하나의 지방자치단체로 남아있다는 점에서 시사하는 점이 있다 하겠다.

(2) 자치권을 가지지 못한 지방내부·외부조직

“지방자치단체의 행정력제고”라는 모토 하에 1970년대 말까지 구서독지역에서 시행된 구역개편(Gebietsreform)은 주민접근성의 상실과 민주적인 특성, 지역적인 결속력의 약화를 들어 해당 지방자치단체의 반발을 초래했다. 그 결과 지방자치단체의 통폐합을 통해 지방자치단체의 수를 줄인 경우에는 주민접근성의 상실을 보완하기 위하여 내부적인 구역할당을 하여 구(Bezirk)의회를 둘 것을 의무화시켰고,⁴²⁾ 구역개편에 반발하여 적은 주민수를 가진 지방자치단체를

41) Wagner, Der Kreis im Gefüge der Verwaltungsorganisation, Der Kreis, 1972, S. 54.

42) 바이에른 주의 경우 10만 명 이상의 대도시에는 구의회를 둘 것을 명하거나 (.Art. 60 bayGO), 노르트라인-베스트팔렌 주처럼 크라이스로부터 자유로운 지역에는 도시지역을 분할하기 위해 3개 이상 10개 이하의 도시구를 만들도록 의무지우고 있다(§ 35ff. nrwGO). 이들은 크라이스나 크라이스로부터 자유로운 도시의 권한이나 능력범위를 벗어나는 업무를 수행하기 위해서 광역적인 효력범위를 가진다. 고유의 Bezirk의회, 위원회, 단체장을 가지고 있고 스스로의 예산을 가지고 있지만 기본법상의 자치권을 인정받지 못한다. Tettinger, a.a.O., S. 14.

고수한 라인란트-팔쯔 주에서는 Verbandsgemeinde, 솔레스비히-홀슈타인 주에서는 Amt로 부르고 있는 일선행정관청을 두어 행정력강화를 꾀하였다. 이러한 조직단위는 보조기능을 수행하고, 아주 제한된 범위 내에서 자치행정업무를 가지고 있지만, 직접적으로 선출된 주민대표를 필요로 하지 않는다.⁴³⁾

그 외에 행정의 효율성을 위해 지방자치단체의 공동사무를 위한 주법(Landesgesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit)이 제정되었는데, 결정권한이 없는 조연기관으로서 역할을 하는 결속력이 약한 Arbeitsgemeinschaft 이외에 공법상의 사무수행의 형태로서 개별 지방자치단체의 사무의 계약상의 위임이 참가자에 의해 일정한 권한 및 목적조합(Zweckverband)의 형성도 예정하고 있다. 목적조합(Zweckverbände)은 크라이스나 게마인데의 사무를 수행하기에 한계가 있다거나 경제적 합리성을 증대하기 위해 구성된 게마인데들 또는 크라이스들의 공법상 연합체나 자치단체의 과업공동체로서 공법상의 법인체이나,⁴⁴⁾ 지역사단이나 좁은 의미의 게마인데조합은 아니다. 이 때 목적조합의 결성과 관련하여 자유결합과 의무결합이 있는데, 최근에는 한번 결성된 조합의 결별의 가능성이 문제되고 있다. 몇몇 주에서는 참가자의 탈퇴가 중요한 근거로 제시되고(\$69 sächs. KomZG), 다른 주에서는 필요다수를 확보하여 조합규정의 변경의 방법(\$20 I Brandenb. GKG)으로만 탈퇴가 가능하도록 하고 있다.

4. 지방자치단체의 조직과 주민의 참여

우리나라에서 지방자치단체의 구성형태가 지역특성에 맞게 다원화

43) Tettinger, a.a.O., S. 15; Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 10.Aufl., S. 11.

44) 하인리히 솔러(김해룡 역), 독일 지방자치법연구, 한울아카데미 80-83면

되어야 한다고 주장하고 있으나,⁴⁵⁾ 사실 독일의 지방자치단체의 구성이 여러 가지 형태를 띤 것은 그 지방자치단체에 적절하다는 실효성에 근거하거나 주민의 의사결정에 따른 것이 아니라 각 주의 정부 형태를 본 딴 것이며, 세계 제2차대전 이후 독일지역을 점령하였던 점령국가의 정부형태에 따른 것이라 할 수 있다. 과거 독일지방자치단체조직으로는 남독일의회형, 북독일의회형, 마기스트라트형, 뷔르거마이스터형으로 나뉘어졌지만, 1990년대 초 각주의 지방자치법이 개정된 이후 남독일의회형 모델이 인기를 얻고 있고, 북독일의회형 모델을 따르는 주는 없게 되었다.

현재는 지방자치단체가 하나의 결정기관만을 예정하고 있는가, 아니면 그 외에 다른 집행기관도 규정하고 있는가에 따라 전자는 단일형(monistische) 지방자치제이고, 후자의 경우는 이원적 지방자치제로 구분하고 있다.

지방자치단체의 구성형태를 기관의 민주적 정당성이 동등한가 혹은 상이한가에 따라 구분할 수 있다. 독일 기본법 제28조 제1항 제2문에 의해 지방의회의 구성원을 주민이 직접 선출하도록 되어 있으므로, 집행기관이 주민에 의해 직선되는가 여부에 따라 양자 간의 힘의 균형상태를 분류하기도 한다.⁴⁶⁾ 지방자치단체장이 지방자치단체의 주민에 의해 직접적으로 선출되는 경우가 많으므로, 행정의 수반은 명백하게 민주적 합법성을 띠며, 지방의회에 대하여 독립성을 얻게 되었고, 주에서 행사되던 감독권한을 상대화시키는데 영향을 미쳤다.⁴⁷⁾

직접적인 주민참여원칙은 1990년대의 각 주의 지방자치법의 개정

45) 조성규, 지방자치법연구 제1집, 특별세미나.

46) Ipsen, Jörn, Niedersächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl., Rn. 197.

47) 김수진, 지방의회의 違法한 議決에 대한 지방자치단체장의 再議要求, 공법연구 제30집 제5호참조.

에서 반영되어 분권의 자치적 요소를 강화한다. 주민홍보, 주민청문, 주민과의 대화, 주민담당관의 설정 또는 주민들이 지방의회의 위원회에 참여하는 등 상이한 형태가 예정되고 있다. 가장 강력한 형태는 일정한 연서수에 의해 무엇을 지방의회에서 결정하도록 하는(주민청원), 또는 지방의회의 결정에 대신해서 주민들이 결정할 것을 강요하는 것이다(주민결정). 반대로 지방의회는 주민들에게 개별결정을 맡길 수도 있다(레퍼랜덤).⁴⁸⁾ 바덴-뷔르템베르그 주와 바이에른 주를 제외한 대부분의 주에서는 지방의회 또는 주민들에 의해 지방자치단체장이 해임당할 수 있도록 하고 있다. 해임은 지방자치단체장의 개인적인 행동에만 국한되는 것이 아니라, 특별한 지방의제에 대하여 시민들의 요구를 충분히 명확하게 대표하지 못하고 오히려 국가에 가까운 행정가로서 행동한 경우에도 가능하다.

5. 지방자치사무의 범위와 행정의 통제

이미 언급한 바와 같이 기본법 제28조 제2항은 지방자치단체의 종류에 따른 자치권한의 구분하고 있다. “법률의 범위 내”와 “법률의 근거에 따라 주어지는 법적인 사무영역의 범위 내에서”라는 구분에 의해 기초지방자치단체인 Gemeinde의 개괄적인 전권한성을 특징으로 하고, 상급지방자치단체인 Gemeindeverbände의 보충적 역할을 명시하고 있다. 각 주의 지방자치법에서는 이 내용을 더욱 구체화하여, 다른 법률의 규정이 없는 한 지역사무에 대해서는 지방자치단체가 전권한성을 가짐을 명시함으로써 지방자치단체의 전권한성, 사무의 범위를 명시하고 있다.

48) 자세한 내용은 김수진, 독일과 한국의 지방의사결정과정의 주민참여제도, 공법연구 제30집 제3호 참조.

연방헌법재판소의 많은 결정에서 지방자치단체의 사무에 대하여 언급하였지만, 라슈테데결정의 경우 역사적으로 지방자치단체의 사무였던 것 등 과거의 기준에서 경제력을 이유로 게마인데의 권한이 크라이스로 넘겨져야 할 것이 아니고, 주나 크라이스에 대하여 이에 대한 경제적 지원을 요청할 것을 강조하였다.

지방자치단체의 사무결정의 자유는 그러나 국가의 수많은 법률들에 의하여 축소될 수 밖에 없다. 법률들은 심지어 일정한 사무들을 장악하고 적합하게 수행되어야 할 것을 명시하고 있다. 국가가 자신의 사무수행의 종류와 방법에 대해 개입할 수 있는 국가의 지시에 따른 의무사무로 분류된다. 원래는 국가사무였으나 지방자치단체가 몇몇 사무에 대하여 수행기관으로서 동원된 사무인 위임행정 유형과 중복된다. 이는 원칙적으로 보장된 사무자치가 집권화된 유보를 통해 누차 상대화되거나 폐지될 것이라는 것을 나타낸다.⁴⁹⁾

크라이스들의 자치사무에 있어서 민주적 자치와 권한적인 상대화 사이의 모순이 명백히 드러나는데, 크라이스에게는 자치행정권이 법령에 따라서만 인정될 수 있고, 그들에게는 아무런 고유의 사무가 주어지지 않았기 때문이다. 범지역적이고 지방자치단체의 보충 또는 보완사무로서의 크라이스의 사무들을 표현하는 것은 아무런 정확한 정의를 내렸다고 볼 수 없다. 이러한 점에서 입법자들은 상당한 법규제정력을 가지고 있고 집권화된 목표설정이 지방자치에 앞선 우선권을 가진다.

게마인데들과 크라이스들의 자주성은 시간에 따라 분권화된 지역적인 자치행정으로서 보다 지역적-광역적(örtlich-regionale)인 행정이익을 위해 유럽전역으로 지향된 책임을 질 수 있는 자주적인 지역으로 해체될 수 밖에 없다. 지역으로 지방행정이 집중되고, 이를 위

49) Losch, a.a.O., S. 27.

해 민주적이고 행정자치적인 조직이 예정된다면, 지방자치단체의 행정관청은 국가하부적인 행정관청과 결합하게 될 것이고 집행관청으로서 조직되게 될 것이다. 지방적이고 민주적인 정당성의 위치에서 참여적인 협동절차가 진행될 수 있을 것이라는 진단이 내려지기도 한다.

지방행정이 지시로부터 자유로운 자치행정영역을 다루는 한에 있어서는 지방행정은 국가에 대해 독립적인 법주체로 대응하여, 국가적인 감독조치들이 일반적인 행정절차법적 보호를 요구할 수 있는 것에 반대되는 외부침해로서 국가적인 통제에 힘을 실어주기 위해서는 법적인 전제조건들에 따라 적용되고 그에 따라 심사될 수 있는 여러 가지 강력한 권한(재의요구, 명령)이 주어져야 한다.⁵⁰⁾

지시사무일 경우에는 지방자치단체는 법적으로 편입된 행정주체로서 기능한다. 그러므로 지방자치단체들은 국가적인 지시들에 대하여 사무처리의 일환으로 밖에 할 수 없다. 지시가 지시권의 범위를 넘어선다면, 지방자치단체는 다시금 그들의 법적인 독립성과 직면하게 되고, 그에 대하여 행정절차적으로 거부하게 될 것이다.

국가적인 통제의 사전영역에서 지방자치단체장은 지방행정의 지도자로서- 그리고 그가 특정한 사무들에 있어서는 국가적인 행정가로서의 역할을 해야 하는 한에서- 지방행정의 적법성에 대해 감시해야 할 의무가 있고, 그러므로 행정기구에 감독하고 지방의회의 위법한 조치에 대해서 이의제기를 해야만 한다.- 각각 독립적인 권한을 가진 지방자치단체의 내부적인 법적 지위들은 상호 방어하고, 위급한 경우에는 행정절차적으로 유효하게 만들게 된다(지방헌법소송).⁵¹⁾

50) 김수진, 지방자치단체장의 위법한 재의요구에 관한 연구, 공법연구 제30집 제 3호 참조.

51) 자세한 내용은 조성규, 지방자치단체의 공법상 지위에 관한 연구, 서울대 박사학위논문 2001 참조.

제 3 절 프랑스 - 지방분권과 지방자치단체의 자유로운 행정의 헌법적 보장

프랑스헌법 제1조는 국가의 조직은 지방분권화된다고 명시적으로 선언하고 있다.⁵²⁾ 그리고 헌법 제72조는 지방자치단체(collectivités territoriales⁵³⁾)는 자유로운 행정(libre administration)을 한다고 규정하고 있다. 자유로운 행정을 규정하고 있지 스스로 통치한다고 규정하고 있지는 않으므로⁵⁴⁾ 그 의미가 무엇인가에 대한 검토가 매우 중요하다. 왜냐하면 지방분권이론에 터잡은 프랑스의 지방자치에 관한 헌법적 보장체계는 제12장에서 지방자치단체(Des collectivités territoriales)라는 독립된 장에서 9개의 조문으로 비교적 지방자치의 자유로운 행정의 헌법적 보장에 관한 상세한 규정을 두고 있어 단 두 조문에 불과한 우리 헌법의 해석에 귀중한 자료가 될 뿐 아니라 지방자치제의 개선에 있어서 보다 궁극적인 해결이라 할 수 있는 헌법개정⁵⁵⁾을 위한 기본적인 방향설정에 많은 시의성을 제공할 수 있기 때문이다. 비교법연구의 기본목적은 참조를 통한 자국의 법문화의 발전에 있는 것이지 (선진) 외국법제의 무조건적인 모방이나 수용(transposition)에 있다고 볼 수는 없다.⁵⁶⁾ 따라서 프랑스 지방분권 개혁과정에서 나타난 헌법상 혹은 법률상의 제도와 규정을 법문화적

52) 제1조 제4문 : “Son organisation est décentralisée.” (2003년 3월 28일 개정)

53) 프랑스어는 남성과 여성의 성별구별이 있고, 단수와 복수에 따라 (정·부정) 관사가 달라진다. 이하에서는 별도의 기재가 없는 한 단어의 성(性)과 (정·부정)관사는 생략하기로 한다.

54) J. Gicquel et J.-É. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20^eédition, Montchrestien, Paris, 2005, p.68.

55) 향후의 헌법개정 논의에서 반드시 놓쳐서는 안 될 것으로 지방분권과 지방자치의 체계적인 조화에 대한 언급이 반드시 필요하다고 본다.

56) H. Jeon, L'autonomie locale et le contrôle des actes des collectivités territoriales en Corée, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, p.21.

동질감이 비교적 생소한 우리 실정에 비추어 양국의 법제교류의 조화가 어렵다는 지적도 있을 수 있다.

그러나 중앙과 지방간의 권력(한)의 배분과 역할 내지 기능의 배분의 과제라는 영역에서는 한국-프랑스의 행정상 혹은 법제상으로도 많은 유사점과 공통점이 발견된다는 점에서 적극적인 비교와 검토가 가능하다고 본다. 비교법적 관점에서 중앙집권적이었고 국가주권의 불가분성을 특징으로 하는 단일국가 형태인 프랑스의 자유로운 행정의 헌법적 보장은 역시 단일 국가로서 중앙집권의 역사를 가진 우리에게도 적지 않은 시사점을 제공하리라고 본다. 특히 지난 2003년 3월 28일 헌법개정으로 분권화된 국가에서의 자유로운 행정의 보장을 위한 구체적 조치를 헌법과 법률을 통해 더욱 적극적으로 추진되고 있다는 점에서 프랑스의 법제가 우리의 지방분권과 지방자치의 개선방안의 모색에 많은 ‘벤치마킹(bench marking)’의 대상이 된다고 본다.

프랑스는 대표적인 단일국가 형태의 중앙집권적 행정체도가 정착된 국가로서 지방자치제도가 지방에서의 행정적 자치를 의미하고 연방국가에서의 주와는 다른 지위를 가진다. 프랑스의 단일국가성을 대변하는 헌법 제1조 제1문은 “프랑스는 불가분의 공화국”이라고 명시하고 있는데 연방국가에서의 주와는 달리 지방자치단체들이 자율적으로 행정을 하나 스스로 통치하지는 않는다는 점에서 우리의 지방자치 현실과 상당한 유사성을 보이고 있다.⁵⁷⁾ 프랑스에서도 우리처럼 지방자치단체가 행사하는 자치권은 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분 이전에 선결해서 논의되는 정책적이고 역사적인 배경을 전제로 하는 점에서 오랫동안 중요한 논의대상이 되어왔다. 다만 춘

57) M. Lascombe, Le droit constitutionnel de la V^e République, 9^e édition. L'Harmattan, Paris, 2005, p.276.

락공동체인 코뮌(commune)⁵⁸의 자치적 의사결정의 전통과는 달리 우리나라의 경우 비록 기록상으로는 이미 삼국시대부터 지방제도가 존재하였고, 오늘날 지방의 ‘방(方)’의 어원이 백제왕조의 오방제(五方制)에서 유래했다⁵⁹는 설명도 있으나 봉건제를 제외하고 법적인 관점에서 자치(autonomie)를 행사했던 지방자치단체의 전통을 인정하기는 어렵다고 본다.

그런데 우리의 경우 지방자치에 대한 인식은 ‘자치(autonomie)’의 개념에 비중을 두고 있지만 프랑스 헌법상의 지방자치단체의 자유로운 행정(libre administration)은 지방의 행정조직과 운영에 관한 행정법(droit administratif local)⁶⁰차원에서 이해되는 경향이 있다. 프랑스에서의 지방분권은 ①지방자치단체라는 국가와 구별되는 공법인이 ②지방의 이익에 관한 지방사무(affaires locales)를 ③국가(중앙)의 행정상 통제(contrôle administratif)⁶¹하에 자치권을 행사하는 것으로 설명되어 왔었다.

이를 요약해 본다면 종전에 프랑스의 지방자치법에 대한 인식은 지방의 행정조직에 관한 법률적 차원의 것이라고 평가될 수 있다.

그렇지만 2003년의 헌법개정의 경우 전통적으로 행정법적 시각에서 논의되었던 지방분권을 직접 헌법에서 국가조직의 기본원칙으로 천명하고 있고(제1조 제4문) 그동안 자유로운 행정의 내용으로 논의되었던 실질적인 지방자치단체의 자치권에 관한 내용과 새로운 사항(예로서 지방자치단체의 법규명령제정권한에 관한 규정, 주민투표,

58) 현행 헌법에서도 그 존속보장이 명시적으로 인정되는 우리의 기초지방자치에 해당하며 2005년 현재 대륙본토와 부속도서에 36,784개가 있다.

59) 최창호, 지방자치학, 제4판, 삼영사, 2003, 42면, 각주15.

60) 지방자치의 본질과 관련해 단체자치론(團體自治論)의 설명과 유사하게 소개된다.

61) 헌법 제72조 제6항 : (프랑스)공화국 영토안에서 국가대표, 각 정부부서의 대표는 국익을 보호하고 행정적 통제를 수행하며 법률을 준수해야 한다.

재정자치권한 및 실험법 등)을 구체적으로 규정함으로 인해 지방분권은 행정(조직)법적이며 지방자치는 헌법적인 논점으로 인식하는 전통적 시각을 수정할 수 있게 되었다고 본다. 그리고 EU(유럽연합)의 확대와 유럽연합헌법 제정과정에서 등장한 연방주의의 움직임과 유럽연합과 각 회원국간의 권한행사에 관한 기본원칙인 보충성원칙(principe de subsidiarité)⁶²⁾은 프랑스의 국가조직을 분권화하고 단일국가의 기본적 틀을 유지하면서 연방주의(fédéralisme)의 움직임에 대한 정치적 논쟁을 중단시켰다는 점⁶³⁾에서 중요한 의미를 가진다고 본다.

1. 프랑스의 지방분권 개혁

프랑스에서의 지방분권에 관한 논의는 중앙과 지방의 권력구조의 개편뿐 아니라 지방행정제도의 변화라는 요소를 함께 가지고 있다.

62) 보충성원칙을 규정한 유럽연합헌법 I-11조의 내용은 다음과 같다.

1. 연합의 권한의 한계는 권한 분배의 원칙에의 의해 규율된다. 연합의 권한의 사용은 보충성 및 비례의 원칙에 의해 규율된다.
2. 권한 분배의 원칙상 연합은 헌법상 규정된 목표를 달성하기 위하여 헌법에서 회원국에 의해 부여된 권한의 한계 내에서 행동한다. 헌법에서 연합에게 부여하지 않은 권한은 회원국에게 있다.
3. 보충성의 원칙상 그 배타적 권한에 포함되지 않은 영역에서 연합은 오직 만약 의도된 행동의 목표가 중앙 혹은 지역 및 지방적 차원에서 회원국에 의해 충분히 달성될 수 없고, 반면 제한된 행동의 규모 혹은 효과를 이유로 유럽 차원에서 보다 더 달성될 수 있는 경우에 한하여 행동하여야 한다. 연합의 기관은 헌법에 부속된 '보충성 및 비례의 원칙의 적용에 관한 의정서'에 규정된 보충성의 원칙을 적용하여야 한다. 국내의회는 의정서에 규정된 절차에 부합하여 그 원칙의 준수를 보장하여야 한다.
4. 비례성 원칙상 연합의 행동의 내용과 형식은 헌법의 목표를 달성하는 데 필요한 정도를 넘어서는 아니 된다. 기관은 동조 3항에 언급된 의정서에 규정된 비례의 원칙을 적용하여야 한다.

(http://europa.eu.int/constitution/fr/ptoc4_fr.htm, 검색일자: 2006년 10월 13일)

63) 2003년 3월 28일 개정된 헌법 제1조 4문에서 “프랑스의 조직은 분권화된다”는 규정이 신설되었다.

역사적으로 본다면 프랑스는 대혁명 이후 지역의 분할(découpages territoriaux)을 통해 앙상레짐(Ancien régime)하에서 인정되었던 봉건주의적인 특별한 지위를 폐지하고자 하였다.

1789년 프랑스 대혁명 이후 제헌의회(Assemblée constituante)는 행정의 지도(地圖) 전반을 새롭게 재구성하는 절차를 진행시켰다. 그 결과 1793년 이래로 지방행정의 자치권을 제한하는 혁명입법들이 제정되었고 일반적인 안녕(sûreté)에 관한 조치가 시행되었다. 그 후 나폴레옹 집권기 동안에는 중앙집권정책이 강조되었다. 이어서 7월 왕정기간동안에는 반대로 지방분권정책이 전개되었고, 제3공화국에서도 이를 계승하였다. 19세기 중반에 들어와서는 이러한 지방의 자유로운 행정의 강화에도 불구하고 대혁명의 결과인 지역의 분할에 대한 적절성에 대한 의문은 계속되었지만 데파르트망(département)⁶⁴을 중심으로 한 정치·행정제도의 조직과 운영은 지속되어 왔다.

현대에 들어와 프랑스에서는 지방자치제도에 관한 2번의 큰 변혁을 시도하게 된다. 그 2번의 변혁은, 하나는 중앙의 권한을 대폭적으로 지방에 이양한 1982년 3월 2일 법률이 시행된 것이고 다른 하나는 2003년 헌법개정이다. 프랑스학자들은 이러한 2번의 변혁을 제1막(Act I), 제2막(Act II)으로 부르곤 한다. 지방분권 제1막(1982년 3월 2일 법률 이후부터 2003년 헌법개정전 기간)은 주로 중앙이

64) 많은 국내문헌에서 이를 도(道)로 번역하지만 정확하지 않다고 본다. 프랑스에는 대혁명(1789)이후 프랑스 지방제도의 근간으로 현재 100(본토는 96)개에 이르는 데파르트망을 두었고, 프레페(préfet)라는 국가공무원을 일반지방행정기관장으로 지역단위로 중앙에서 파견하여 선거에 의한 데파르트망의회(콩세이 제네랄, Conseil général)와 집행부인 데파르트망(장(長)은 콩세이 제네랄의 의장, Président du Conseil général)과 병존하여 지방행정이 이루어지고 있다. 따라서 우리나라의 광역지방자치단체인 도(道)는 차라리 지역으로 번역되는 레지옹(Région)에 더 가깝다고 할 수 있다. 그러나 레지옹(Région)역시 지역이라는 용어가 주는 뉘앙스 때문에 우리의 도(道)라는 번역은 어색하며, 프랑스어 발음에 따라 코뮌, 데파르트망, 레지옹으로 서술한다.

가졌던 행정권한의 지방에 대한 이양과 국가와 지방자치단체간의 권한(사무)배분의 과제와 재원이전과 같은 현실적으로 법률을 통해 이를 집행하는 관점에 비중을 두었다. 그리고 이러한 80년대의 프랑스 지방분권 개혁에 대해서 우리나라에서는 주로 지방행정학자들이 소개를 많이 하였다.

한국의 행정학자들의 관심은 주로 권한이양과 재원이전에 관한 기법이나 제도에 있었기 때문에 프랑스 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자유로운 행정에 대한 내용에 대해서는 별달리 이를 소개하는 연구 성과를 찾아보기는 어려웠다. 그렇지만 프랑스의 사례가 우리의 중앙권한의 지방이양정책과 지방분권특별법 제정과정에서 일부 참조되고 반영되었다.

이에 비해 지방분권 제2막으로 불리는 2003년 3월 28일 헌법개정⁶⁵⁾은 프랑스뿐 아니라 국내에서도 그동안 소홀했던 지방자치의 헌법적 보장에 관한 논의를 지평을 새롭게 했다고 본다. 지방분권은 행정(법)적 차원인데 비해 지방자치는 헌법적 차원이라는 전통적 견해로부터 2003년 프랑스 개정헌법은 프랑스 헌법에서 보장하고 있는 지방자치단체의 자유로운 행정(libre administration)의 기본원칙의 헌법적 효력을 높이고 있다는 점에서 의미가 있다. 2003년 헌법개정은 제1막이라 불리는 1982년 법률에 의한 지방분권화를 헌법적 차원에서 발전시키고 지방자치에 관한 헌법적 기본원칙들을 명시하기 위한 것이었다.

특히 국가형태에 관한 헌법 제1조에서 단일국가로서의 불가분성을 규정하면서도 단일국가의 과제로 지방분권을 확인하고 있는 것은 유럽연합의 확대에서 나타난 연방주의적 경향 내지는 지역국가성에 대

65) 우리 헌법 제9장(지방자치)과 비교되는 지방자치단체의 자유로운 행정에 관한 제12장(titre) 부분의 대폭적 수정이 있었다.

한 우려를 불식하고 프랑스 대혁명이래로 강조했던 단일국가의 주권의 불가분성을 분명히 확인했다는 헌법적 평가가 가해지고 있다. 1982년의 새로운 분권화정책(제1막, Act I)은 지방자치법의 새로운 변화를 재개하였고 2003년 3월28일 헌법 개정(제2막 Act II)을 통해 공화국의 분권화된 조직을 위한 지방자치단체의 자유로운 행정의 새로운 전기를 맞이하게 된다.

(1) 헌법개정을 통한 지방분권의 전면적 확인

프랑스의 지방분권과 지방자치의 활성화는 지방분권 제1막이라 불리는 1982년 이후의 지방분권 관련 법률⁶⁶⁾이래로 전개된 ①재원이 양이 수반된 총괄적 권한이양과 ②보충성원칙에 입각한 국가와 지방의 권한배분 및 ③전통적인 대의제 시스템의 보완으로 평가되는 직접민주제적 요소의 강화를 위한 확고한 법적 기초를 필요로 하였다. 그리하여 2003년 개정헌법은 지방자치단체와 그 연합체(groupement)가 자신의 사무, 재정적 자율(및 재원의 보충), 코뮌 간의 결속(균등화) 및 실험법 참여를 포함하고 있고, 지방분권화에 대한 기본 규칙을 규정하고 있다.

또한 개정된 헌법은 보충성의 원칙을 규정하여 지방자치단체의 권한의 실질적 확대를 예정하고 있고 직접민주제적 요소의 강화로서 지방민주주의제도인 주민투표제를 헌법에 명시하고 있다.

여하튼 프랑스의 개정헌법은 행정조직에 다양성을 증대시킬 수 있는 장래의 변화를 인정하면서, 이에 대응하여 헌법적 차원에서 종래

66) 1982년 3월 2일, 코뮌, 데파르트망, 레지옹의 권리와 자유에 관한 법률과 1983년의 1월 7일(7월 22일 개정)의 코뮌, 데파르트망, 레지옹과 국가간의 권한배분에 관한 법률과 1984년 1월 26일 지방공무원의 지위에 관한 법률 및 1992년 2월 6일의 지방행정에 관한 지침법과 1995년의 국토계획 및 발전에 관한 기본법률을 들 수 있다.

의 국가조직을 수정하는 이른바 국가의 개혁(réforme de l'Etat)의
과제로 지방분권을 전면적으로 선언하고 있다.

1) 지방분권의 전면적 확인(헌법 제1조 제4문, 문구신설)

종전의 프랑스 헌법 제1조는 “프랑스는 단일의(불가분의), 중립(종교적 중립성, laïcité)적인, 사회민주주의 공화국이다”라고 규정하고 있었다.

2003년 3월 28일에 헌법률(loi constitutionnelle) 제2003-276호로 “(프랑스공화국)의 조직은 분권화된다”는 문구(제4문)를 추가하는 헌법개정을 하여 지방분권에 대한 헌법적 과제를 인식하고 지방분권이 국가조직의 근간임을 분명히 하고 있다.

미리 총평한다면 프랑스의 2003년 헌법개정은 종래에 일방적으로 집중된 국가의 권한과 책임을 지방권력기관 - 코뮌(Commune), 데파르트망(Département), 레지옹(Région)⁶⁷⁾ - 으로 이양하기 위한 기본구조(체제)를 규정하고 있다. 특히 주목할 것은 헌법 제37-1조에서

67) 이전에는 법률상의 지방자치단체 카테고리였으나, 2003년 헌법개정을 통해 정식으로 지방자치단체의 종류로 명시되었다. 프랑스 대혁명의 지도자들도 대규모 단위인 지역(레지옹)차원에 지방권력체의 등장에 불신을 가졌었고, 제3공화국 하에서 레지옹단위의 분권화된 공공단체를 설치하는 제안도 체계적으로 거부되었다. 그러나 국가의 지역개발차원에서 지역과의 협력이 필요했고, 코뮌(commune)이나 데파르트망(département)은 지역규모는 너무 협소하다는 점에서 좀 더 넓은 규모의 지역(Région)단위가 필요했다. 그렇지만 레지옹은 현재와 같은 지방자치단체가 아닌 아롱디스망(Arrondissement)과 같은 행정구역에 머물고 있었다. 1948년 IGA(Inspecteurs généraux en mission extraordinaire)로 출발하여, 1956년 21개의 레지옹 계획구, 1961년 정부의 행정분산조치를 위한 레지옹구역(CAR: Circonscription d'action régional)의 단계를 거쳤다. 1969년에 레지옹을 위한 드골(C. de Gaulle) 대통령의 국민투표가 실패함으로써 1972년 영조물법인(EPR: Etablissement publics régionaux)에 머무르고 있었지만 1982년 지방분권법률이 제정되면서 레지옹은 명실 공히 코뮌과 데파르트망과 동일한 대표적인 가장 광역적 규모의 지방자치단체가 되었고, 선거를 통한 의회구성은 1986년에야 가능하였다.

법률로 제정할 사항에서 “제한된 목적과 기간”의 실험법 가능성을 명문으로 인정한 것은 지방자치단체의 권한을 사실상 대폭 신장해주는 효과를 가질 수 있는 실험법에 대하여 제기될 수 있는 위헌성의 소지를 잠재우기 위한 조치라는 점이다(실험법에 관해서는 후술 참조).

가. 단일국가에서의 지방분권의 법적 의미

프랑스에서의 분권(Décentralisation)은 2가지 형태로 (보통)구분되고 있다. 국가가 국가와 법적으로 구별되는 지역적 기반을 가지는 단체나 혹은 지역적 요소를 가지지 않는 조직체(institutions)에게 권한(attribution)을 이전하는 것을 말한다. 전자인 지역적 기반을 단체에게 인정되는 경우가 지방분권(décentralisation territoriale)이며, 후자와 같이 전문화된 영조물법인의 경우가 기능적·기술적 분권(décentralisation fonctionnelle ou technique)에 해당한다. 이러한 분권에서의 권한의 이전은 분권화된 기관에 대해 국가의 감시(surveillance)하에서 일정한 자치적 관리를 가능하게 한다.

샤뮈(R. Chapus)교수는 분권을 만족시키는 중요한 요소로서는 분권화된 기관의 법인격과 인적독립성 그리고 분권화된 기관이 갖거나 부여받은 권한을 실행할 수 있는 기술적·재정적 수단이 충분한가로 축약되어진다고 설명하고 있다.⁶⁸⁾ 로바테르 교수(A. de Laubadère)는 분권(더 정확히는 지방분권)의 법적 의미에서의 구성요소로 법인격, 지방자치단체(autorités locales), 중앙의 통제를 들고 있다.⁶⁹⁾

우선 법인격의 인정은 법이라는 토양위에 가장 기본적인 원칙을 제공해주고 있다. 자신의 사무를 처리하기 위해서는 분권화된 기관은

68) R. Chapus, Droit administratif général, 14^e édition, t.1, Montchrestien, Paris, 2000, pp.393-393.

69) A. de Laubadère ·J.-C. Venezia ·Y. Gudemet, Traité de Droit administratif 15^e édition, t.1., LGDJ, Paris, 1999, pp.123-128.

고유한 재산, 공무수행원, 예산에 명시된 재정적 관리권을 가지게 된다. 분권화된 기관은 권리·의무의 귀속주체로서 소송을 수행할 수 있으며 국가의 재산, 공무원, 권리의무와는 구별되어진다. 다시 말해 분권화된 단체(collectivité)는 법인격을 가진다. 따라서 헌법에 규정된 지방자치단체의 카테고리에 속하는 코뮌, 데파르트망, 레지옹이 아닌 행정상의 구분인 아롱디스망(arrondissement), 캉통(canton·데파르트망의회선거구)은 분산화된 국가행정의 행정구역(circonscription administrative)에 불과하다.

다음으로 지방사무의 개념을 들 수 있다. 전통적인 설명방식에 따르면 지방자치단체의 법인성의 인정은 성질상 국가행정과 구별되는 지방사무의 존재라고 표현된다. 그러나 프랑스 실정법에서 전통적 설명방식을 그대로 반영하는가에 대해서는 회의적이라 할 수 있다는 입장과 그 반대의 견해가 있다. 첫 번째 입장(A. de Laubadère·Venezia)에 따르면 1983년 1월 7일의 국가와 지방자치단체간의 권한배분에 관한 법률의 평석을 통해 샤푸자(J. Chapuisat)교수가 주장하는 것처럼 분권이라는 것은 결코 지방자치단체에게 스스로 지역에 고유한 요구와 지방공역무를 창설하고 관리하는 자신의 사무의 목록을 자유로이 결정하는 권한(faculté)을 인정하는 것이 아니라고 한다.

국가만이 공공의 요구를 지역적으로 그 지역의 공동체에 필요에 의해 전문화된 방법으로 정할 수 있는 것이며 프랑스 헌법 제72조가 정하고 있는 바도 바로 이러한 점에서 지방자치단체의 자유로운 행정의 보장을 선언하고 있다고 보고 있다.⁷⁰⁾ 따라서 프랑스에서의 지방자치의 유형을 대륙계통의 전래권에 입각한 단체자치모델로서 국

70) Sous dir. J. Moreau·G. Darcy, La libre administration des collectivités locales, Economica, Paris, 1984, n°127.

가에 의해 설정되는 것이라는 우리나라에서의 설명과 큰 차이는 없다고 할 수 있다.

나. 단일국가에서의 지방분권의 정치적 의미

지방분권은 단일국가에서의 수직적 권력배분(권력분립)으로 이해되기도 한다. 그러나 지방으로의 입법권의 이양을 의미하는 것은 결코 아니라는 점에서 지역국가(地域國家· État régional)의 경우와 차이가 있다.

단일국가형태와 구별되는 지역국가의 경우 지역의 공동체가 자주적 입법권을 행사하도록 헌법에서 그 자주입법권의 근거를 부여하고 있다. 그리하여 지역국가의 헌법은 국가의 주권적 권한과 지역의회와의 자주적 입법권의 충돌을 예방하기 위해 입법적인 조절장치를 두고 있다. 그리고 이러한 지역에서의 강화된 자치권의 형태를 정치적 지방분권으로 이해한다.⁷¹⁾

그렇지만 프랑스와 같은 단일국가에서의 지방분권에서도 2가지 관점에서 정치적 의미를 가질 수 있다고 본다. 먼저 프랑스의 경우 헌법규정에서 코뮌, 데파르트망, 레지옹이라는 지방자치단체를 둔다는 것은 지방민주주의를 창설한다는 것이다. 물론 여기서의 지방민주주의가 완전한 의미의 것이라고 보기는 어려운데 완전한 지방민주주의가 입법권(법률제정권)까지 부여하는 것이라면 이는 단일국가에서는 배치되는 것이라 할 수 있다. 주민들의 대표자로 선출된 지방의회의원(élus)이라는 매개체를 통해 지방자치단체의 사무를 정하는 행정차원

71) 지방자치보장과 관련해 지역국가인 스페인은 국가와 자치공동체(Communautés autonomes)간의 권한의 분쟁과 서로 다른 공동체간의 권한쟁의에 관한 관할권은 헌법재판소에 있다고 헌법에서 규정하고 있다. L. Favoreau · P. Gaïa · R. Ghevontian · J.-L. Mestre · A. Roux · G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p.461.

에서만 가능한 것이지 입법(법률제정)이나 사법차원에 대한 것은 아니라는 점이다.

다음으로 행정상 (지방)민주주의의 존재는 정치적 민주주의를 수반한다는 점이다. 모리스 오류(M. Hauriou)는 “지방분권의 존재이유는 행정질서의 관점보다는 헌법상 질서에 관한 것이다. 만일 지방분권이 행정적 관점에 불과하다고 한다면, 집권(달리 말하면 déconcentration)이 분권보다는 더 일상적이고 중립적이며 경제적이다 할 것이다. 그러나 현대국가에서는 효율적 행정(bonne administration)만 아니라 정치적 자유를 함께 요구하고 있다.”⁷²⁾ 이는 모리스 오류 자신이 언급했던 것처럼 유명한 Tocqueville의 다음과 같은 언급을 회상하게 된다(미국의 민주주의, 제1부, 제5장) : “자유로운 인민의 힘이라는 것은 코뮌(지방자치단체)에 있다. 코뮌의 기관은 자유를 인민의 출입구 앞에 둔다. 코뮌의 기관은 자유를 평화로이 느끼게 해주고 자유에 익숙하게끔 해준다. 코뮌의 기관 없이도 국민은 자유로운 정부를 가질 수 있으나 자유의 정신을 가질 수는 없다.”⁷³⁾

분권화와 민주주의의 결합은 지방분권이 분산(déconcentration)에 의한 행정조직에 비해 더 많은 비용이 들고 복잡하다는 단점들에도 불구하고 입법자의 지방분권에 대한 의지를 이해할 수 있게 한다. 헌법의 구체화작업에 대한 의무를 가진 입법자로서는 행정조직상의 분산과는 달리 지방분권(Décentralisation)은 단순한 행정상의 기술이 아니라는 점을 의미한다.

72) M. Hauriou, Précis de droit administratif, 12^e édition, Sirey, Paris, 1933, p.86.

73) R. Chapus, Droit administratif général, t.1, 14^e édition, Montchrestien, Paris, 2000, Paris, p.396.

2) 보충성의 원칙의 등장

가. 보충성원칙의 의미

2003년 개정된 헌법 제72조 제2항은 지방자치단체는 그들 차원에서 가장 잘 실행될 수 있는 권한들 전반에 관한 결정을 할 권한을 가진다고 규정하여 지방차원에서의 사무는 당해 지방자치단체가 그 지방에서 가장 적절히 잘 수행할 수 있도록 하고 그리하여 당해 지방자치단체가 주도적으로 그러한 권한을 일반적으로 행사하고 사무를 수행하도록 하는 것을 원칙적으로 하며 국가는 그러한 수행이 어려울 때 개입하게 되는 것을 의미하여 이른바 ‘보충성의 원칙’을 설정하고 있다. 이러한 보충성원칙에 관한 헌법규정으로 프랑스의 지방자치단체는 지방차원에서 사무의 일반적이고 총괄적인 권한을 보유하는 헌법적 근거를 두게 되었고 이러한 보충성원칙으로써 지방자치단체의 권한의 확대라는 방향으로 나아가는 것이다

로마제국시대의 보충병력 내지는 이들의 지원을 의미했던 라틴어 *Subsidium*에서 기원한 보충성은 먼저 가톨릭 교회법에서 로마교황청과 교구간의 관계와 시민사회와 국가권력간에 적용되는 인간공동체의 조직원리로 확장되어 해석되었다. 이후 17세기에 들어서면서 보충성의 의미는 종교적 요소가 탈색된 프랑스의 연방주의자들에게 영향을 주었고, 현재에는 유럽공동체를 거쳐 유럽연합의 권한행사의 기본원칙⁷⁴⁾으로 수용되었다. 인간공동체의 조직원리로서 보충성원칙이 직접적인 조명을 받은 것은 1931년 교황 비오(피우스) 11세 회칙을 통해서이며, 이때의 보충성원칙은 자치(*autonomie*)를 제한하는 상위 공동체의 개입은 제한되어야 한다는 것을 기본내용으로 하

74) 유럽연합헌법 제I-11조에 규정된 연합과 회원국 간의 권한행사에 관한 기본원칙인 보충성원칙에 대해서는 전훈, 유럽헌법상의 보충성원칙, 공법학연구 제6권 제3호, 한국비교공법학회, 2005, 27면이하.

고 있다.⁷⁵⁾

프랑스의 2003년 헌법개정에서는 1992년 마스트리트 EU조약(유럽공동체설립에 관한 조약 제5조)에 의해 도입된 ‘보충성원칙’을 명백하게 언급하지는 않는다. 그러나 개정헌법 제72조는 “지방자치단체는 그 수준에서 가장 잘 실행할 수 있는 권한전반에 관한 결정권한을 가진다”라고 규정하여 이를 반영하고 있다. 물론 보충성원칙의 강제성 내지 규범성에 대해 의문을 제기하면서 보충성원칙을 위반한 법률의 경우 헌법재판소에 의한 제재(위헌선언)가 가능할 것인지에 대해 회의적으로 보는 견해가 있다.⁷⁶⁾

보충성원칙을 규정한 헌법 제72조 제2항이 문언상 미숙하다고 보아 헌법재판소의 해석상의 전적인 재량을 부여한다고 지적하는 견해도 있다.⁷⁷⁾

나. 보충성원칙에 대한 새로운 이해는 가능한가?

보충성원칙은 가톨릭교회로부터 즉 카논법에서 비롯한다. 비단 프랑스 공법뿐만 아니라 독일공법학에서도 보충성원칙은 큰 어려움 없이 편입되어 있는데 프랑스 행정법의 경우 카논법의 유산을 상당부분 계수하고 있다는 점과 관련된다고 본다.

보충성원칙은 1931년 5월 15일의 40년 회칙(*Quadragesimo Anno*)을 통해 처음으로 명시화되었고, 이후 가톨릭교회의 지도자들을 통해 재차 확인되어졌다.⁷⁸⁾ 보충성원칙은 가장 넓은 의미에서 “공권력과

75) J.-M. Pontier, *La subsidiarité en droit administratif*, RDP, 1986, p.1515 et s. ; 전훈, 보충성원칙(le principe de subsidiarité)에 관한 고찰, 성균관법학 제 16권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004, p.351면의 각주 11.

76) R. Le Mestre, *Droit des collectivités territoriales*, Gualino éditeur, Paris, 2004, 294면 참조.

77) B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 22^e édition, Armand Colin, Paris, 2005, p. 60 참조.

시민, 가족 그리고 매개체는 보충성원칙에 의해 정해지고 균형을 유지해야 한다”⁷⁹⁾고 명시되고 있다. J.-B. d’Honorio는 보충성원칙의 인정은 직접적인 사회공동체의 조직구성과 관련된다고 하고 있다.

만일 보충성원칙이 가톨릭교회에서 교황청과 교구교회에서의 조직 구성에 적용되어진다면 시민사회와 국가사이에서도 적용가능성을 가질 수 있다. 이러한 경우 보충성원칙은 두 가지 관점에서 이해될 수 있다. 먼저 보충성 원칙은 “인간의 자율성에 대한 속박의 위험을 가진 사회조직에 대항하는 모든 것”⁸⁰⁾으로서 하나의 공동체와 다른 공동체 내지는 전체공동체와의 관계 혹은 하위공동체단위와 상위공동체단위와의 관계에 의미를 가진다.

다음으로 보충성원칙이 보충적 성격을 가정하면 상위 공동체나 조직의 개입의 제한을 의미할 수가 있다. 하지만 보충성원칙을 단순히 이러한 의미에 한정시킬 필요는 없다고 본다. 오히려 보충성 원칙의 두 번째 의미는 국가의 개입을 저지하거나 억제하기 위한 논증으로 해석되거나 사용되어져서는 안 된다고 하는 점에 유념해야 한다⁸¹⁾.

한편 이러한 비교적 전통적인 보충성원칙에 대한 이해에서 더 나아가 보충 혹은 상호보완적이라는 어원상 의미에 머물지 않고 통일성(*unité*)이라는 다른 관점에서 이해되어야 한다는 주장이 가능하다⁸²⁾. 왜냐하면 보충성원칙은 공동체 구성원 개개인의 자유의 존중

78) 예로써 1961년 5월 15일 교황 요한23세 회칙, *Mater et Magistra*(어머니요 하늘), A.A.A., LIII, 1961, p.401 et s.; 1963년 4월 11일 교황 요한 23세 회칙, *Pacem in Terris*(지상의 평화), A.A.S., LV, 1963 (J.-M. Pontier, *op.cit.*, p.1520).

79) 앞의 *Pacem in Terris*, §140 : 각 정치공동체의 공권력은 개인, 가정, 중간단체의 관계에서처럼 보충성의 원칙에 의해 통제되어야 한다. 이 원리에 따라 각 정치공동체들과 국제 공동체의 공권력의 관계들이 통제되어야한다.
(http://www.cbck.or.kr/pds/vatican/pope/JOHN23/pacem/pacem_index.htm).

80) J.-B. d’Honorio, *Le système institutionnel du Saint-Siège*, Thèse droit, Aix-Marseille III, 1981, p.265.

81) J.-M. Pontier, *op.cit.*, pp.1520-1521.

을 전제로 하며, 이점은 우리에게도 이미 수용되고 있는 지방분권법상의 국가와 지방자치단체간의 권한배분원칙에서는 물론 사회보장의 공적부조부분에서의 사회복지서비스의 수급자의 인격존중이라는 기본적 가치와 일맥상통한다고 할 수 있다.

다. 보충성에서의 통일성(unité)의 발견

언급한 보충성과 통일성 사이의 2중성에 대한 논의는 처음에는 주로 신학(神學)의 영역에서 주장되어졌다. Lubac 추기경은 “보충성원칙은 교회의 통일성에 해를 가져오는 한 어떤 식으로도 추진되어 질 수 없다. 그러나 잊지 말아야 할 것은 보충성원칙은 양면성을 가지고 있으며 보충성원칙이 가져오는 의무를 자신의 입장에서 결정할 수 있는 경우에 그 권리를 주장하는 데에 보충성원칙을 사용할 수 없다”⁸³⁾고 기술하고 있다.

이러한 평가는 가톨릭교회와 다른 공동체간에도 적용이 가능한데, 시민사회속의 보충성의 의미에 대한 재고와 함께 국가에 부여된 기능과 관련해서도 사용할 수 있다. 폼띠에(J.-M. Pontier) 교수는 이에 대해 “국가는 원조와 구조 활동을 수행한다. 분명한 점은 사람들이 이러한 점에 대해 국가 스스로 부차적인 현실로 인정한다는 점이다. 마치 절실한 필요가 없다고 가정하면서도 저축을 하는 것처럼 보충성원칙은 국가와 다른 여타 사회공동체간의 관계에 관한 것이지 국가 자체의 본질에 관한 것이 아니다”라고 비유하고 있다.⁸⁴⁾

이러한 평가는 프랑스 공법에서뿐 아니라 우리 법제에서도 매우

82) J.-M. Pontier, *Ibid.*, p.1521.

83) H. de Lubac. *Les églises particulières dans l'église universelle*, Aubier, 1971, p.114

84) J.-M. Pontier, *op.cit.*, p.1521 ; J.-Y. Calez · J. Perrin, *Eglise et Société économique*, Aubier, 1959, p.114

실익이 있다고 보인다. 보충성원칙을 인정한다는 것은 결코 그 분야가 부차적인 것으로 간주되거나 그 기능을 언제라도 대체할 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니다. 그리고 보충성원칙의 한계로서 하위공동체에서 불가능한 사항에 대한 상위공동체의 교정의무를 부과한다는 점에서 공동체 전반은 통일성이라는 고려를 염두에 두어야 한다고 보며 구체적으로는 권한의 이양에서의 역(逆)이양의 모습을 예상해 볼 수 있다.

3) 지방민주주의의 강화

지방자치의 목적은 주민들에 관련되는 의사결정을 더욱 밀접하게 하는 방향으로 결속시키는 데에 있다.⁸⁵⁾ 그리고 지방자치에 대한 헌법개정론은 지방민주주의의 요소를 발전시키는 경향이 있다. 청원권은 현재 헌법에 의하여 인정되며, 각 지방자치단체연합의 유권자들은 특정 사안을 논의하기 위해 관련기관의 출석을 요구할 수 있다.⁸⁶⁾

프랑스헌법 제72-1조 제1항은 법률은 각 지방자치단체의 선거권자들이 청원권의 행사에 의해 당해 지방자치단체의 권한에 속하는 문제를 당해 지방자치단체의 의회의 의사일정에 등록할 것을 요구할 수 있는 요건들을 정한다고 규정하여 청원권의 행사를 헌법 자체에 직접 규정하고 있다. 의사일정에의 등록을 요구할 권리만 인정한다는 점에서 한계가 지적되고 있기도 하다.⁸⁷⁾

한편 지방자치단체를 구성하는 주민이 대의제를 전제로 하는 지방자치 헌법시스템 안에서 지방자치단체의 의사결정에 직접적으로 참

85) P. Ardant, Institution politiques & droit constitutionnel, 17^e édition, LGDJ Paris, 2005, p.29.

86) Y. Luchaire · F. Luchaire, Décentralisation et Constitution, Economica, Paris, 2003, p.30.

87) J.-B. Auby · J.-F. Auby · R. Noguellou, Droit des collectivités territoriales, PUF, 2004, Paris, p.347.

여할 수 있도록 보장하는 제도인 주민투표는 1992년 2월 6일 제정된 “공화국의 지방행정에 관한 법률(ATER)”에 의하여 도입되었다. 주민투표는 시장 또는 시의회 의원들이 유권자들에게 지방당국이 내린 결정에 관한 의견을 묻는 것인데 권고적(자문적)인 효과만 가질 뿐이었고, 지방자치단체는 그 결과에 구속되지 않았다.

그러나 2003년 헌법개정으로 주민투표제도에 큰 변화가 왔다. 즉 개정되어 새로이 추가된 헌법 제72-1조 제2항은 조직법률에 정해진 조건하에서 지방자치단체의 권한에 속하는 의결안이나 결정안을 주민투표의 방법으로 주민들의 결정에 회부될 수 있다고 규정하고 있다. 주민투표를 통한 의사결정은 그 지방자치단체의 유권자들이 하며 그 투표의 결과는 구속적이다. 동조 제3항은 특별한 지위를 부여받는 지방자치단체를 창설하거나 그러한 지방자치단체를 변경할 경우에도 법률에 의해 주민투표를 실시할 수 있다고 규정하고 있고 지방자치단체의 구역의 변경도 마찬가지로 법률에 의해 주민투표의 대상이 될 수 있다고 규정하여 주민투표제도의 적용을 확대하고 있다.

4) 평등원칙과 국가의 균형의무⁸⁸⁾

중앙정부와 지방자치단체간의 권한과 재원의 배분에 관련해서 국가의 행정상 후견뿐만 아니라 지방자치단체간의 권한행사를 둘러싼 일체의 후견을 금지하고, 재정적 지원을 수반한 권한의 이양과 함께 지방자치단체간의 균등(péréquation)의 촉진이라는 과제가 헌법에

88) 보충성원칙과 평등의 가치는 서로 접목될 수 있는 개념인가가 검토될 수 있다고 본다. 보충성원칙을 하위단위에 우선적인 권한을 주는 것에 그치지 않고 상위단위에 적극적인 의무를 부과함으로써 사회적 통합을 위해 상위단위의 권한을 인정하는 적극적 의미 혹은 통일성의 의미로 이해한다면 양자는 조화가 가능할 수 있다고 본다. 보충성의 적극적 기능 내지 통일성에 대한 검토는 전훈, 보충성원칙(le principe de subsidiarité)에 관한 고찰, 성균관법학 제16권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004, 352-354면.

명시적으로 규정되었다.

우선, 모든 지방자치단체는 자신의 권한행사과정에서 다른 지방자치단체에 대한 후견을 하지 못하도록 하였다(헌법 제72조 제5항 제1문). 각 지방자치단체의 자치는 존중되어야 하고 권한의 공동실행에 관한 정상적 절차는 제도상의 협력(코뮌간 협력체와 같은 영조물법 인체나 데파르트망 혹은 레지용간의 업무조정) 내지는 협약을 통해서 이루어진다. 이러한 정책의 조정을 용이하게 하게 위해서, 헌법은 법률에서 공동의 행위 방식을 주관하는 하나의 지방자치단체인 선도 지방자치단체(Chef de file)에 관한 내용을 규정할 것을 명시적으로 밝히고 있다(헌법 제72조 제5항 제2문).⁸⁹⁾

현실적으로 재정상 능력을 이유로 해서 지방자치단체간에 은밀한 후견이 종종 이루어지고 있는데, 재정규모가 빈약한 작은 규모의 코뮌으로서는 데파르트망이나 레지용의 보조금이나 기술적 지원에 의존하지 않을 수 없기 때문이다. 그러한 경우에 자치의 의미는 이론에 머물게 된다. 우려할 점은 바로 이러한 점에서 이른바 심판의 역할을 자처하는 국가의 복귀를 찾아볼 수 있다는 점이다.

다음으로 지방자치단체의 재정자치의 강화에 관한 헌법 제72-2조 제5항은 지방자치단체간의 평등을 촉진하기 위한 재정조정조치를 법률에서 정한다고 규정함으로써 지방재원의 중요한 부분을 차지하는 국가의 지원에 있어서의 실질적 평등에 기한 조치의 가능성에 대해 좀 더 우호적인 입장을 나타내고 있다.

89) Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

(2) 입법자에게 주어진 구체화 의무: 조직법률⁹⁰⁾의 내용

프랑스헌법 제72조 제4항은 지방자치단체가 그들의 권한에 관하여 규정한 기존의 법률이나 법규명령의 규정을 배제하여 이 규정들과는 다르게 실험적으로 권한을 행사할 수 있음을 인정하여 이른바 실험법 제도(l'expérimentation)를 도입하고 있다. 즉 실험적으로 지방자치단체로 하여금 그들의 권한행사를 규율하는 법률규정들 또는 명령규정들과는 달리 권한을 정할 수 있게 허용하고 있다.

실험제의 실시는 법률이나 법규명령으로 이를 규정하고 있는데 프랑스헌법 제37-1조는 법률과 법규명령은 하나의 목적을 위하여 그리고 한정된 기간에 실험적 성격의 규정들을 포함할 수 있다고 규정하여 그 근거를 마련하고 있다.

실험법의 등장은 주로 1990년대의 유럽의 정치학·행정학의 논의에서 출발점을 찾고 있다.⁹¹⁾ 실험법은 무엇보다도 유효기간이 설정된 잠정적 성격을 가지며 입법평가를 통한 일반화 내지 항구화 또는 폐기여부가 사전에 명시적으로 밝혀져야 한다는 점을 가장 큰 특징

90) 프랑스에서는 의회가 제정하는 규범으로서 법률가운데 헌법에서 특히 조직법률로 규정하도록 요구하는 사항에 대해서는 반드시 조직법률로 정하여야 한다. 조직법률은 보통법률(loi ordinaire)과는 다른 특별한 입법절차를 거치도록 되어 있다. 조직법률은 법률안의 심의 전에 최소한 15일의 숙고기간을 정해놓고 있다. 또한 상원에 관계되는 조직법률의 경우를 제외하고는 최종적으로 조직법률안을 국민의회(하원)가 최종적으로 조직법률안을 채택할 수 있으며 재적의원 과반수의 찬성을 얻도록 하고 있다. 또한 위헌법률심판을 담당하는 헌법재판소(Conseil constitutionnel)의 위헌심사를 의무적으로 받는다. 조직법률안이 의회를 통과하면 공포되기 전에 필수적으로 헌법재판소의 위헌심사를 받아야 한다. 보통의 법률의 경우에는 청구인들의 청구가 있는 경우에 한하여 위헌심사를 하나 조직법률의 경우에는 의무적이다. 이는 조직법률 자체가 공권력의 조직 또는 권한에 관계되는 것이기 때문에 사전적 위헌심사를 하는 프랑스 위헌법률심판에서 청구인들의 청구가 없는 경우 통제가 안되고 권력분립원칙이 깨질 수 있기 때문이다. 헌법재판소도 일반 법률에 대한 위헌심사를 하는 경우 조직법률도 그 심사 기준이 되는 규범이 된다고 하였다.

91) 서원우, 행정학과 행정법학의 대화, 1996년 한국행정학회 동계학술대회, 427면.

으로 하고 있다. 법정정책학에서 관심을 가지는 실험법의 장점은 잠정성과 입법평가의 결합이라는 요소인데, 이해관계가 복잡·대립하는 현대사회에서 실험법의 잠정적·한시적 성격을 강조하여 일단 법률 제정을 통해 의도하려는 개혁정책을 추진한 다음에 문제발생에 대한 실험법의 제거나 수정이 가능하다는 유보전략을 배후에 두고 있다고 설명된다.⁹²⁾

1) 지방자치단체와 실험법

실험법의 실시를 이처럼 법률이나 법규명령으로 행할 수 있더라도 그 실시에는 한계가 있다. 즉 조직법률(*loi organique*, 이하에서는 조직법률 혹은 LO라고 줄여 쓰기도 함)에 의해 정해진 조건에 따라야 하고 하나의 목적을 위하여 한정된 기간 내에 하여야 하며 공적 자유나 헌법적으로 보장되는 권리의 행사에 필수적 조건들을 침해하지 않아야 한다.

가. 제한된 실험법 참여

2002년 10월 라파랭(J.-P. Raffarin)총리는 연설에서 통일성(*unité*)과 획일성(*uniformité*)은 혼동되어서는 안 되고 실험적인 시도를 수행할 권리가 지방자치단체에게 펼쳐질 것이라고 하였다.⁹³⁾

92) J. Chevallier는 입법적 실험의 발전은 다음 두 가지의 관점에서 이루어져 왔다고 설명한다. 먼저 일반적 이유로는 입법기능의 불확신(*la prise de conscience des dysfonctions législatives*)을 줄이고 공공정책에 대한 법률의 집중(*l'intégration de la loi aux politiques publiques*)에서이고, 특별한 동기로서는 불확실성(*l'incertitude*)을 줄이고 체험과정(*un processus d'apprentissage*)의 혜택을 이롭게 할 수 있다. 자연과학분야의 전유물일 것 같은 실험을 규범학에 도입한다면 실험법의 결과로서 법체계에 대한 입법적 실험형식에 대한 수단의 영향을 평가해야 한다. J. Chevallier, *Les lois expérimentales le cas français*, in *Evaluation législative et lois expérimentales*, sous la dir. C.-A. Morand, PUAM, Aix-en-Provence, 1993, pp.138-139.

프랑스 정부로서는 실험법의 참여를 통해 공공행위와 민주화를 위한 최적효과를 위해 실험적 시도에 관한 지방자치단체의 참여와 판단에 많은 기대를 하고 있다.⁹⁴⁾ 실험법의 시작은 실험법률의 경우는 입법자의 법률제정을 통해 개시가 된다.

실험법에 관한 조직법률 제1113-2조⁹⁵⁾는 실험을 원하는 지방자치단체가 진행하는 절차에 대한 규정을 두고 있다. 실험을 원하는 모든 지방자치단체는 “당해 지방의회의 의결을 거쳐(délibération motivée de son assemblée délibérante)” 정해진 기간 내에 법률에 ‘언급한(mentionné)’ 실험의 실시를 요구할 수 있다.

나. 실험법의 한계 : 법적 안정성(sécurité juridique)

실험법은 실험이라는 점에서 다음 3가지의 특성을 가지는데 이러한 특성은 실험법의 한계이기도 하다.

즉 실험은 통상의 법 규정(règle)에 대한 특례인 새로운 규정(règle)의 창조를 의미하지만 실험의 특례가 인정되지 않는 대상이 있다(아래의 ①). 다음으로 실험은 제한된 기간을 전제로 한다. 프랑스 국사원(Conseil d'Etat)이 밝히고 있는 “점진적인 확장(extension

93) 실험법제도는 헌법에서 규정하는 지방자치단체간에 후견을 평등한 취급에 대한 침해의 우려와 더불어 법 앞에서의 평등원칙의 제한이 되는 것이기도 하다. P. Ardant, *op.cit.*, p.583.

94) C. Lazaunie, *Local government reform: the areas of education and culture*, 지방자치단체와 국제협력, 2006년 경성대학교 국제학술세미나(2006. 5.15) 자료집, 66면.

95) 조직법률 제1113-1조에 언급된 법률이 정한 실험실시 분야에 참여하는 모든 지방자치단체는 전조에서 정한 기간 내에 당해 지방자치단체의 의회의 의결을 통해 동 법률이 정하는 실험을 진행할 것을 요청할 수 있다 (1문). 지방자치단체의 요청은 국가대표에게 이송되고 국가대표는 검토서를 첨부하여 지방자치단체 소관 장관에게 보고한다 (2문). 정부는 법적요건이 충족되었는가를 검토하고 테크레를 통해 실험참여가 허가된 지방자치단체의 명단을 공포한다 (3문).

progressive)”의 표현이라든가 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)가 언급한 “유지, 변경, 일반화, 폐기” 등이 그러하다(아래의 ②). 마지막으로 실험의 평가의 메카니즘이다(아래의 ③).

①개정헌법 제72조 제4항은 지방자치단체와 지방자치단체조합에 대해, 필요한 경우, 법률 또는 명령에 따라 그 대상과 기간이 한정된 실험법 명칭(à titre expérimental)으로 그 권한실행을 규정하는 일반 법률 또는 명령규정의 적용의 예외를 인정하되, 다만 공적 자유(liberté publique)나 헌법상 보호되는 권리의 실행의 본질적인 요건과 관련되는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여(제72조 제4항) 주민의 공적 자유나 헌법상의 권리에 관련되는 경우는 실험의 특별대상이 아니라는 한계를 명시하고 있다.

그런데 헌법이 예정하는 조직법률에서는 이에 관한 내용은 규정을 구체화하지 않고 있다.⁹⁶⁾ 입법과정에서 입법자(하원·국민의회)는 실험법의 배제의 대상이 되는 공적자유와 권리를 나열해야 한다고 주장하였지만 정부는 이에 반대하였다.

정부로서는 복잡하고 어려운 작업을 자신보다는 법원의 판단을 통해 case by case로 헌법재판소의 판단에 맡기는 것이 타당하다고 생각했고, 실험의 대상이 헌법상 보장되는 권리나 공적자유와 관련되는지를 일정한 일관성을 보여주는 헌법판례에 따르는 것이 더 합리적이라고 판단했던 것으로 보인다.⁹⁷⁾

96) 이 조직법률에 대해서 위헌심사제청이 되었는데 헌법재판소는 합헌으로 결정하였다(C.C., 30 juillet 2003, n°2003-478 DC, Rec. p.406). 프랑스의 헌법재판소의 결정 일자가 심판대상 법률의 공포일자 보다 빠른 것은 프랑스에서는 법률에 대한 위헌심판이 법률이 공포되기 전에 하는 사전심사제를 행하고 있기 때문이다. 프랑스의 사전적 위헌법률심사제에 관해서는, 정재황, 사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993, 355면 이하 참조.

97) 개정안 논의과정에서 지방자치 담당장관(Ministre délégué aux libertés locale)이 개진한 “본질적”이란 수식어를 삭제하자는 주장도 공적 자유와 관련해 실

②헌법이 예정하는 실험규범에 대한 지방자치단체의 참여의 보장은 제한된 기간 내에 주어진다. 실험법의 기간은 실험법률은 5년을 초과하지 못한다. 물론 실험법을 정하는 입법자는 그보다 더 짧은 기간을 정할 수 있다. 그리고 실험법에 관한 조직법률(LO 1113-6)에서는 입법자에게 3년간의 연장의 가능성을 열어두고 있다.

③실험법은 평가과정을 거치게 된다(LO 1111-5). 평가는 실험에 있어 본질적 요소에 해당하며 실제로 모든 실험은 일종의 “보기 위한 실험과정(*expérience pour voir*)”이라 할 수 있다. 조직법률 LO 1113-6에서는 실험의 종료에 관해 3가지 가능성—①3년 이내의 연장, ②실험의 인정과 일반화, ③실험의 폐기—에 대해 규정하고 있다. 실험법의 입법자는 실험법의 유효기간이 경과하고 최종적인 법률을 채택할 때까지 전기한 3가지 가능성 가운데 하나를 규정한 입법제안서 또는 법률안의 제출(*dépôt*)을 실험법을 허가한 법률에서 정한 기간 보다 1년간 더 연장할 수 있다.

이러한 실험법상의 실험의 연장은 관보에 게재되어야 한다. 프랑스 헌법재판소는 실험법률이 정한 기간을 단순한 입법제안서나 법률안의 제출만으로 연장할 수 있다는 점에 대해 합헌이라고 판시하였다.

2) 의결적 주민투표

프랑스에서의 주민투표제도는 2003년 3월의 헌법개정으로 헌법 자체에 그 근거규정을 두기 시작하였을 뿐 아니라 그 효력도 강화되어 중요한 진전을 가져왔는데 이는 우리의 경우에도 시사점을 준다.⁹⁸⁾ 프랑스에서는 구속적 성격의 전국가적 차원의 국민투표가 헌

법의 절차가 전기한 권리나 공적자유를 해치지 않으며 실험법의 절차에 포함된다고 유추해 볼 수 있다.

98) 주민투표에 대해서는 지방자치의 ‘지방의회에 의한 대의제’를 명시하고 있는 헌법 제118조와의 관계에서 볼 때 위헌이라고 하는 주장도 있을 수 있다.

법 제89조에 규정되어 있다. 반면에 2003년 3월의 헌법개정이 있기 이전에는 지방(주민투표)에는 헌법에 규정이 없었고 전국가적 차원에서 헌법 제3조에 규정된 국민주권을 행사하는 국민투표와 달리 지방투표는 대의제를 원칙으로 하는 지방민주주의 이념에 따라 예외적인 것으로 보았고 또 헌법 제3조에 규정된 전통적인 국민주권의 행사와는 구별되는 것으로서 법적으로 헌법 제3조에 합치되지 않는다고 평가되었다.

다시 말해 국민(people)이 갖는 국민주권(Souveraineté nationale)은 référendum을 통해 행사되지만(제3조 제1항) 이는 국가적인(national) 것이지 지방적인(local) 것이 아니라는 점이 강조되었다.⁹⁹⁾

바로 이러한 종전의 상황에서 2003년의 헌법개정은 주민투표를 헌법에 규정함으로써 중요한 변화를 가져온 것이다.

2003년 헌법개정이 있기 전의 프랑스의 상황은 우리에게도 시사점을 준다. 주민투표가 헌법에 규정되지 않는 상황에서 그 강제가 법논리적으로 약하다는 점을 의미하는데 우리 헌법재판소는 주민투표법이 제정되기 전에 이에 대한 제정의무는 헌법적 의무가 아니라 법률적 의무라고 보았는바¹⁰⁰⁾ 이 점에서 프랑스의 2003년 이전의 상황과 가까운 면이 없지 않다.

여하튼 개정된 프랑스헌법 제72-1조 제2항은 조직법률에 정해진 요건에 따라 하나의 지방자치단체의 권한에 속하는 심의 또는 행위의 안들에 대해 당해 지방자치단체의 발의로 주민투표의 방식에 의해 당해 선거권자들의 결정에 회부될 수 있다고 규정하고 있다. 헌법

그러나 법률이 정한 내용과 절차에 따른 일정한 한도의 직접민주제의 실시는 우리 헌법이 인정하고 있다고 보아야 할 것이며, 이는 헌법 제1조 제2항 및 헌법상의 지방자치의 이념으로부터도 자연히 도출되는 것이라 생각한다.

99) P. Delvové, Le référendum local, RFDA, janvier-février 2004, p.8.

100) 헌재 2001.6.28. 선고, 2000헌마735, 헌재판례집 13-1, 1432면 이하.

제72-1조 제2항의 위임에 따라 제정된 2003년 8월 1일의 조직법률¹⁰¹⁾이 제정되어 주민투표에 관한 구체적 사항들을 정하였는데¹⁰²⁾ 이 조직법규정들은 지방자치법전에 편입되어 있다(CGCT, LO 제 1112-1조). 이처럼 지방자치단체의 권한에 속하는 의결이나 행위에 관한 제안에 대해 주민투표를 통해 결정할 수 있도록 하여 종전에 자문적(consultatif)에 머물렀던 주민투표의 의결적인 성격(décisionnel)을 부여하였다.

3) 강화된 재정자치

개정 헌법 제72-2조는 헌법에 처음으로 법률이 정하는 바에 따라 지방자치단체에게 과세표준과 세율을 정할 수 있도록 인정할 수 있음(peut les autotiser à)을 규정하고 있어 지방분권의 실질적 의미인 재정자치권을 대폭 강화하고 있다.

헌법 제72-2조 제3항은 각 종류의 지방자치단체는 세입과 다른 고유한 재원은 지방자치단체의 전체 재원의 중요한 부분을 대표하고(제1문), 조직법률을 통해 이러한 규정의 실행을 위한 요건을 정한다(제2문)고 규정하고 있다. 이에 따라 2004년 7월 29일에 조직법률(제2004-758호)에서 지방자치단체의 재정자치에 관한 내용을 규정하고 있다.

그리고 주목할 것은 제72-2조 제4항과 제5항에서 우리의 지방분권의 실현과정에서 많은 시사점을 찾을 수 있는 재원이전인 수반된 권한이양과 격차가 큰 지방자치단체의 재정상의 형평에 관한 조치를 규정하고 있다. 헌법 제72-2조 제4항에서 “국가와 지방자치단체간의

101) 제2003-705호 조직법률, J.O. 2003년 8월 23일자 13128면.

102) 이 조직법률에 대해서는 그 공포 전에 위헌법률심판이 제청되었는데 프랑스 헌법재판소는 합헌으로 결정하였다. C.C., 30 juillet 2003, n°2003-482 DC, Loi organique relative au referendum local, Rec. p.414.

모든 권한의 이양은 그 실행을 위해 사용한 규모에 상응하는 재원의 배분이 수반되어야”고 한다.

2. 자유로운 행정의 헌법적 보장

자유로운 행정을 실행하기 위해서는 지방자치단체가 최소한의 수단을 행사할 수 있어야 한다. 지방자치단체는 헌법에서 규정한 바와 같이 입법자들의 노력에 따라 자유로운 행정을 수행할 수 있다. 헌법 제34조 제4항(의회와 정부간 관계에 관한 제5장)은 지방자치단체의 자유로운 행정, 권한과 그 재원에 관한 기본원칙을 법률로 정해야 한다고 한다. 자유로운 행정에 관한 제12장의 규정을 구체화한 지방자치단체법전(CGCT L.1111-1)도 동일하게 지방자치단체의 자유로운 행정을 선언하고 있다. 따라서 자유로운 행정이 유효하게 존재한다는 것은 지방자치단체가 국가에 대한 최소한의 법적, 재정적 수단에 관한 조치를 할 수 의사결정의 자치가 있다는 것을 의미한다.

(1) 지방자치단체의 자유로운 행정을 위한 기반의 보장

1) 지방의회의 자유로운 의사결정과 지방자치행정

지방분권은 행정조직법상의 지방행정조직원칙에 머물고 있는 것이 아니라 지방의 고유한 이익을 위한 지방사무의 처리를 위한 시민들의 민주적 참여를 의미한다.

이러한 참여는 일차적으로 지방선거를 통해서 이루어진다. 전통적으로 지방의회의 선거는 그 대상이나 소송제도와 관련해서 행정법원의 관할(이에 비해 하원선거나 대통령선거소송은 헌법재판소가 관할권을 가진다)에 속하였기에 정치적 성격보다는 행정(법)적 성격을 가

진다고 이해되어 왔다. 그러나 프랑스 헌법재판소는 지방선거에서의 남·여 성별 비례대표제를 도입에 관한 1982년 11월 18일 판결¹⁰³⁾에서 헌법 제3조 제3항¹⁰⁴⁾은 모든 정치적 선거에 대해 적용되고, 코뮌의 지방의회의원(conseils municipaux)의 선거를 포함한 모든 지방선거를 포함하여 적용된다고 판시하였다. 당해 판결에서 말하는 ‘정치적 선거’라는 평가는 지방선거에 참여라는 사실을 통해 선거인들이 정치공동체의 구성원인 시민을 의미하는 것이지 결코 정해진 구역에서 주소를 가지고 사는 자라는 특징을 의미하는 것이 아니라는 점(J. Boulouis)¹⁰⁵⁾은 경청할 만하다.

지방의회를 통한 자유로운 행정은 대표제 시스템 틀에서는 지방의 people(주민)의 의사가 자문적일 수밖에 없게 된다. 그러나 신설된 제72-1조는 구속적인 주민투표를 규정하고 있다는 점에서 변화를 가져왔다고 할 수 있다. 즉 헌법 제72-1조 제2항은 조직법률이 정하는 조건하에 당해 지방자치단체의 권한에 속하는 심의안이나 결정안을 주민투표의 방법에 의하여 주민의 결정에 회부할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 동조 제3항은 특별한 지위의 지방자치단체의 창설이나 그 변경에 대해서, 그리고 지방자치단체의 구역의 변경에 대해서도 법률이 정하는 바에 의하여 주민투표를 붙일 수 있다고 규정하여 주민투표의 대상을 확대하고 있다. 그러나 후자의 특별자치단체창설·변경, 지방자치단체구역변경에 관한 주민투표는 자문적이다.¹⁰⁶⁾ 예로서 2003년 7월에 있었던 코르스(Corse) 섬(Île)의 구역변경(종래의 2개의 데파르트망을 단일 데파르트망으로 변경하는 내용)과 같은

103) C.C. n°82-146, DC, 18 novembre 1982, Rec. p.66.

104) 선거는 헌법에서 정하는 바에 따라 직접 혹은 간접선거가 될 수 있다. 선거는 항상 보통(universelle), 평등(égal) 그리고 비밀(secret)선거에 의한다.

105) A. Roux, Droit constitutionnel local, Economica, Paris, 1995, p.19의 각주 1.

106) P.-L. Frier, Précis de droit administratif, 3^eédition, Montchrestien, Paris, 2004, p.135.

지방자치단체의 법적 지위의 새로운 변화에 대한 주민투표가 실시되었고, 부결(否決)의 결과를 가져왔지만, 프랑스 정부로서는 새로운 주민투표의 가능성을 전적으로 상실한 것은 아니라고 할 수 있다.

2) 자유로운 행정의 보장을 위한 지방자치단체의 권한과 최소한의 수단

지방분권이 존재한다고 한다면 지방자치단체에게 고유한 권한과 재원에 관한 수단이 있어야 한다. 아마 이점에 대해 프랑스 헌법개정론자는 우회적이긴 하지만 보충성원칙을 천명하였다고 생각한다. 비록 구체적으로 어떤 단체가 권한을 실행하기 위해 가장 적합한 위치에 있는가를 정확하게 정하기는 어렵다고 하더라도 프랑스 헌법재판소는 그에 대한 유효한 판단을 내릴 수 있다고 할 수 있다. 지방자치단체의 자유로운 행정을 위해 지방자치단체는 일정한 의사결정의 자율성(autonomie)을 위한 법적인¹⁰⁷⁾ 그리고 재정적인 수단을 갖추고 있어야 한다. 그렇지만 앞서 본 것처럼 이러한 자치는 단일국가에서 나오는 법령체계의 통일성과 유지의 필요에 의한 법적인 통제(헌법 제72조 제6항에서 행정적 통제라는 이름으로 규정된 행정상 후견인(정부대표, préfet)에 의한 제소절차 시스템·référé préfectoral)의 제한을 받는다.

(2) 지방분권과 지방자치의 헌법적 보장

1) 지방분권을 보는 관점

지방분권을 보는 관점은 법학적 혹은 행정적인 관점만이 정확한

107) 후술하는 제4장- 제1절- 3.법률우위의 원칙과 조례제정권-(2)프랑스 헌법상 지방자치단체의 자치입법권 부분을 참조.

것은 아니며 정치학적 혹은 지리학적인 관점에서 가능하며 그 의미는 차이가 있을 수 있으나 공통적인 요소는 사람이 살고 있는 공동체의 의사결정이 어느 한 곳(중앙)에서 일방적으로 결정되는 것이 아니라는 점이다. 그러한 의미에서 분권은 통일성(unité) 보다는 다양성(diversité)을 추구한다.¹⁰⁸⁾ 다만 유의해야 할 점은 지방자치단체의 존재가 헌법적으로 인정되고, 중앙의 행정적 지시나 법률이나 법률의 위임에 의한 명령이 아니라 헌법에서 명시적으로 밝힌 지방회의의 의사결정을 통해 국가의 이익과는 구별되는 지방의 이익을 위한 자유로운 행정이 보장된다는 점과 주권의 불가분성(l'indivisibilité de Souveraineté de l'Etat)¹⁰⁹⁾을 전제로 단일국가에서의 국가입법권의 독점은 결코 모순되지 않는다는 점이다.

2) 지방자치를 위한 법적기초의 보장

지방자치를 뒷받침하는 법적 기초는 ‘자치’의 최대한 보장과 이를 위한 장치의 확보에 있다고 본다. 그런데 지방자치를 위한 법적기초의 보장의 효율성은 지방자치단체단체의 헌법재판상의 지위가 어떠한가에 따라 상대적일 수밖에 없다. 지방자치단체에 대한 헌법적 보장은 헌법재판에서의 코뮌(commune)이나 게마인데(Gemainde)와 같은 기초자치단체의 지위나 국가와 지역공동체 또는 지역공동체 상호간의 지위의 보장을 중심으로 논의된다.

지방자치단체에 대한 헌법적 보장은 1)코뮌(commune)이나 게마인데(Gemainde)와 같은 기초자치단체의 지위나 2)국가와 지역공동

108) C. Debbasch, Droit administratif, 6^e édition, Economica, Paris, 2002, p.189.

109) 주권의 불가분성은 이미 1791년 헌법 제3장(Titre III) 제1조에서 “주권은 하나이며(une), 불가분이고(indivisible) 양도할 수 없고(inalinéable) 절대적이다(imprescriptible). 주권은 국민(Nation)에게 속하며 어떤 집단이나 개인에 대해 주권의 실행을 부여할 수 없다”고 규정되었다.

체 또는 지역공동체 상호간의 지위의 보장을 중심으로 논의된다. 특히 프랑스와 같이 사전적 위헌심사제를 가진 국가의 경우 만일 지방자치가 헌법상 보장된다면 지방자치단체가 직접 법률의 위헌여부를 헌법재판기관에 요청할 수는 없다. 오히려 지방자치단체는 자신의 지방자치권의 침해를 행정법원에 대해 주장하는 데 머물게 된다. 그러나 행정법원은 법률규정이 헌법 제72조 이하의 지방자치가 누리는 자유로운 행정의 헌법적 보장에 위반되는지를 판단하는 권한이 부여되지 않는다. 지방자치단체의 자치권의 확장은 곧 국가권력의 약화 내지 국가와의 동등한 관계로 나서려 하는 것이라는 오해가 있어 왔다. 지방자치단체는 국가의 창조물일 뿐만 아니라 헌법의 창조물로서 지방자치단체는 헌법의 원리에 생명을 불어넣어야 할 중요한 임무를 지고 있다는 것을 부인하지는 못할 것이다. 헌법은 헌법의 구조에서 지방자치단체가 어떤 역할을 수행하도록 기대하고 있는가? 지방자치단체와 주민들은 그들이 적절하다고 생각하는 대로 지방자치단체를 조직하고 그들이 선호하는 대로 정책을 설계하고 업무를 처리하도록 할 권리를 헌법적으로 가지고 있다고 보아야 한다.

지방자치단체가 헌법적 지위를 갖는다고 해도 국가와 동등한 것이 될 수는 없다. 지방자치단체는 헌법구조의 중요한 구성요소이지만 여전히 국가의 창조물로서 국가의 감독을 받아야 한다. 지방자치의 헌법적 보장이 지방자치단체에게 무제한의 권력을 주는 것을 정당화할 수 없고 헌법자체에서 그 권한의 한계도 발견되어야 한다. 지방자치에 관한 한 헌법은 법률과의 관계에서 독자적 기준이 되지 못해 왔다. 따라서 지방자치에 관한 헌법규범의 규범력의 회복은 헌법규정의 의미를 정확하게 이해하고 규명하는 데서 출발해야 한다. 이 해석은 국가이익의 보호와 기본권의 보장, 그리고 지방자치권의 보장의 이익을 보다 적절하게 형량할 수 있는 것이어야 한다.

우리 헌법재판소는 지방자치는 그 보장의 성격이 제도적 보장이라고 보아 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것은 아니라고 한다. 한편 이와 더불어 지방자치단체의 종류도 그 존속보장이 되는가 아니면 그 변경에 헌법적 개정이 필요한가 하는 논의가 일반적으로 있을 수 있을 것이나 우리 현행 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다고 하여 입법사항으로 위임하고 있다.

프랑스의 경우 헌법 자체가 종류를 명시하고 있기에 하나의 특정한 자치단체가 합병으로 소멸될 수는 있으나 지방자치단체의 종류들은 헌법개정이 없는 한 이를 변경, 폐지할 수 없다.¹¹⁰⁾ 이러한 외국의 예를 보면서 우리의 경우에 특정의 지방자치단체의 존속이 보장되지 않고 나아가서 지방자치단체의 종류의 존속에 대한 헌법적 보장도 부정된다고 볼 것인데 이에 대한 논의가 있을 수 있을 것이다.

110) B. Mathieu · M. Verpeaux, Droit constitutionnel, PUF, Paris, 2004, pp. 690-692.

제3장 지방자치단체의 본질과 주민참여

제 1 절 지방자치의 헌법적 보장 - 입헌주의적 지방자치

1. 단일국가에서의 입헌주의적 지방자치

(1) 연방국가와 단일국가에서의 지방자치의 차이

이념형으로 단순화시켜 정의할 때, 연방국가는 보통 주(state, land)로 불리는 지역정부(regional government)가 그의 관할에 속한 지방자치단체에 대하여 주헌법의 범위내에서 무제한의 권력을 갖는 국가이다.¹¹¹⁾ 연방국가는 국가권력을 연방과 주간에 수평적·수직적으로 분산시키면서, 서로 밀접한 연관성을 가진 국가적 과업의 수행에 있어 연방과 주의 협력적 수행이 원활하게 이루어질 수 있도록 주의 대표로 구성되는 연방상원 또는 연방참사원(Bundesrat, Senat)이 연방하원과는 별도로 존재하여 국가의 의사를 결정한다는 특징을 갖는다.¹¹²⁾

연방국가에서는 주가 1) 원칙적으로 조세를 징수하고 세입을 지출할 일반적 권한을 가지고 있다. 국가의 법률에서 특정한 조세의 징수와 지출에 관하여 예외적으로 주의 권한을 인정하지 않기도 한다. 2) 주는 넓은 지역을 포괄하기 때문에 그 지역에는 여러 지방자치단체들이 있는데 이 자치단체들도 상당히 넓은 규제권과 조세권을 갖지만 주는 이 자치단체들에 대한 일반적 규제권을 갖는다. 3) 주가 지

111) Roderick M. Hills, Jr., IS FEDERALISM GOOD FOR LOCALISM? THE LOCALIST CASE FOR FEDERAL REGIMES, Journal of Law and Politics 21, 2005, p.195-198.

112) 허영, 헌법이론과 헌법, 2005, 박영사, 301면.

방자치단체의 창설, 합병 및 폐지에 관한 권한을 갖고 있고, 주의 법률이 지방자치단체의 임무와 권한을 정의한다.

연방국가에 있어서 지방자치는 주와 지방자치단체의 관계의 문제로서 연방과 주의 관계보다는 부차적인 문제로서 인식되고 지방자치의 정치적 의미도 단일국가에서보다 더 낮게 인정될 수도 있다. 미국 연방헌법에서 주는 마치 단일국가처럼 다루어지고 있다. 그래서 주헌법상 허용되기만 하면 주법률이 지방자치단체를 변경하거나 폐지하는 것도 가능하다. 미국에서 주의 위법한 개입으로부터 지방자치단체의 보호는 연방헌법이 아니라 주헌법에서 나오고 있다. 이것은 지방자치단체의 조직과 행정사무를 주가 제정하는 지방자치법에 규정하고 있기 때문이다.

미국에서도 현실적으로는 주헌법자체에서 일반적 위임규정을 두고 그 해석에 있어서는 엄격해석의 원칙이 아니라 자유로운 해석방법(rule of liberal construction)을 따라 광범위한 지방자치권을 인정하는 위임원칙인 홈원칙(Home Rule)을 채택한 자치단체들이 대부분의 주들에서 널리 존재하고 있다.¹¹³⁾ 또, 독일 기본법 제28조 제2항도 상위법률에 의해 설정된 한계내에서는 지방자치단체의 모든 사무를 자기 책임으로 처리할 권한을 갖는다고 하고 있다. 독일에서 실질적으로는 연방법률과 주법률의 집행의 대부분을 위임사무나 자치사무의 형식으로 지방자치단체가 맡고 있다.¹¹⁴⁾

이념형으로 단순화시켜 정의할 때, 단일국가(“unitary democracy”)는 국회가 지방자치단체에게 권한을 이전, 위임하거나 축소함에 있어 무제한의 권력을 갖는 정치체제이다. 지방행정단위는 국가의 법률을

113) 미국에서 홈원칙을 주장하여 정착시킨 초기문헌으로는 다음의 것들이 있음. F. Goodnow, *Municipal Home Rule*, 1985. ; C. Beard, *American City Government*, 1912. ; H. Mcbain, *The Law and Practice of municipal Home Rule*, 1916. ; C. Patton, *The Battle for Municipal Reform*, 1940.

114) 장지호, *서독지방자치론*, 대왕사, 1987, 30면.

집행하기 위한 행정기관의 일종으로서 그 존속과 권한이 국가법률을 제정하는 입법권자에게 달려 있다.¹¹⁵⁾ 극단적 단일국가에서 지방행정단위는 어떤 종류의 사법적 보호를 받지 못한다.

하지만, 현대사회에서 극단적 단일국가는 선진국에서는 존재하지 않는다. 단일국가의 경우 권력이 중앙에 집중되어 있다고는 하나, 현대국가의 권력분립은 입법·행정·사법이라는 고전적·기능적·수평적 권력분립에 머무르지 아니하고, 지방자치제도를 통하여 권력을 수직적으로 분립하고 있어 권력의 중앙집권을 상당히 완화시키고 있다.¹¹⁶⁾ 또, 단일국가이면서도 지방자치단체에 관하여 헌법에서 규정하여 지방자치를 헌법적으로 보장하고 사법부가 지방자치단체를 보호하기 위해 헌법을 해석적용할 권한을 갖는 형태가 보통이다. 프랑스, 일본, 한국 모두 이러한 단일국가이다. 또, 자치단체장과 지방의회의원을 주민투표로 선출하여 지방자치단체의 정치적 정당성을 보장하고 있다.

최근 단일국가이면서도 지방분권을 강화해가고 있는 프랑스의 지방자치는 우리를 위해서도 상당한 시사점을 제공해준다. 프랑스의 현행 헌법 제1조에서 국가의 조직은 지방분권화되어 있다고 명시하여 선언하고 있는 점은 프랑스 사회에서 지방자치가 얼마나 중요한 의미를 지니는지 잘 설명해주고 있다.¹¹⁷⁾

프랑스는 단일국가로서 지방자치제도가 지방에서의 행정적 자치를 의미하고 지방자치단체는 연방에서 주와 다른 지위를 가진다. 프랑스 헌법 제72조는 지방자치단체(*collectivités territoriales*)가 자유로운 행정(*la libre administration*)을 한다고 규정하고 있지만, 자유로운 행정이라고 규정하고 있지 스스로 통치한다고 규정하고 있지

115) Roderick M. Hills, Jr., a.a.O., P.198-199.

116) 김철수, 헌법학개론, 2006, 121면. 성낙인, 헌법학, 제4판, 법문사, 96-99면.

117) 프랑스헌법 제1조 제4문 : “Son organisation est décentralisée.”

않다는 점은 중요한 의미를 지니고 있다.¹¹⁸⁾ 프랑스 헌법 제1조는 프랑스는 불가분의 공화국이라고 명시하고 있기 때문에, 연방국가에 서와는 달리 지방자치단체들이 자율적으로 행정을 하나 스스로 통치 하지는 않는다.¹¹⁹⁾ 이 점이 연방국가에서의 주와 다르다.

현실적으로 살펴보면, 단일국가의 지방조직이 중앙정부의 단순한 행정단위 내지는 지방자치단체의 성격을 가지는 데 불과할 뿐 독립 국가적 성격을 가지는 것은 아니라는 입장에서 우리 사회의 중앙집 권적 성격을 더 지지하는 입장이 있는가 하면, 오히려 단일국가인 우리나라에서 국가와 지방자치단체의 관계를 연방국가의 연방과 주의 관계로 보아야 한다며, 지방자치단체를 지방정부로 부르면서 지방자치단체의 권한확대를 주장하기도 한다.

하지만, 이러한 대립은 점차 그 실질적 의미와 중요성이 감소하고 있다. 왜냐하면, 연방국가에 있어서의 연방, 주와 지방자치단체의 관계는 과학기술 및 정보기술의 발전과 국가간 블록화의 진전으로 인 해서 단일국가에서 국가, 광역자치단체와 기초자치단체의 관계에 접근해가는 경향이 있고, 단일국가에서는 지방자치권이 확대되고 있어서, 고전적인 연방국가와 단일국가에서의 지방자치제의 본질적 차이를 발견하기 어려운 한계상황에까지 이르고 있기 때문이다. 지방자치제를 실천한 바 있는 이탈리아에서의 지방자치가 오히려 연방제에 가까운 수준에 이르고 있다.¹²⁰⁾

두 국가형태에서 지방자치의 한계는 모두 법률의 권한과 관련하여 “법률의 범위내” 혹은 “법률에 위배되지 않는 범위 내”일 것이다. 즉 연방국가의 경우 연방법과 주법의 효력의 우선순위가 연방법우위에

118) J. Gicquel et J.-É. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20^e édition, Montchrestien, Paris, 2005, 68면 참조.

119) M. Lascombe, Le droit constitutionnel de la Ve République, 9e édition, L'Harmattan, Paris, 2005, p.276.

120) 성낙인, 헌법학, 제4판, 법문사, 96-99면.

따르게 되므로, 연방법과 주법이 정하는 범위내가 될 것이다. 연방국가의 경우에도 법의 치밀성의 정도에 따라 그 지방자치의 범위의 광협이 달려있다 하겠다.

(2) 단일국가에서 입헌주의적 지방자치

1) 단일국가에서의 지방자치

우리나라에서 지방분권의 추진노력이 연방국가를 지향하고 있는 것은 아니다. 단일국가의 틀을 유지하면서도 지나친 수도권집중을 완화하고 각 지방의 다양성을 더욱 살려서 발전하려는 것이다. 연방국가를 추구하지 않으면서 수도권집중을 완화하고 지역발전을 달성하려 하는 정책은 프랑스, 일본 및 우리나라의 지방분권정책의 공통점이다.

프랑스는 2003년 3월 28일 헌법개정을 통해 헌법 제1조에서 지방분권국가를 지향함을 선언하고 있고, 일본 헌법 제95조는 일정한 사항에 대해서는 국회가 임의로 법률로 제정할 수 없고 해당 자치단체 주민의 과반수 이상의 동의를 얻지 않으면 안된다고 규정하고 있다. 즉, 어떤 지방공공단체에만 적용되는 특별법을 제정하는 경우에 국회는 그 지방공공단체의 주민투표에서 과반수의 동의를 얻지 않으면 안된다고 규정하고 있다.

하지만, 한국에서는 지방자치영역에 대하여 법률의 제정에 한계를 가하는 명확한 규정을 찾아볼 수 없다. 우리 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 하지만, 주민의 복리에 관한 사무라는 것은 너무 막연해서 각 자치단체의 핵심적 사무의 한계를 판단하기 어렵다. 법률과 법

규명령이 규율할 수 있는 한계로서 기능하지도 못하고 있다.

오히려 지방자치법 제15조 단서, “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”는 규정(일본 지방자치법에는 없는 규정임)이 국가의 입법사항과 자치법규로 규정할 사항을 구분하는 핵심적 근거로 작용하고 있다. 주민의 복리에 관한 사무는 주민의 권리의무에 영향을 미칠 사무일 것이기 때문에 헌법상의 기준은 지방자치법에 의해 형해화되고 있다고 볼 수 있을 것이다. 이것은 현재 한국의 자치법규에서 대부분의 중요한 조례는 위임조례임을 보아도 알 수 있다. 지방자치단체에 대한 입법자의 규율내용을 지도할 보다 실질적인 기준이 헌법으로부터 도출되지 않으면 안 된다.

2) 우리나라에서 입헌주의적 지방자치의 실현

헌법이 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있는 것의 의미는 어디에 있는가? 헌법은 지방자치권을 언제, 어떤 범위에서 인정하고 있는가? 헌법은 지방자치단체에게 어떤 권력을 주고 있는가? 헌법은 국가 등의 개입으로부터 지방자치단체를 어디까지 보호하는가? 지방자치의 역사가 짧은 우리나라에서는 아직까지 이러한 문제들에 대해 헌법이 법률을 지도할 수 있는 독자적 기준이 되고 있지 못하다. 지방자치제도가 실시된 지 10년이 넘는 지금에도 법률에 의한 지방자치권의 제한과 침해에 관한 입법원칙 및 한계에 관한 학설·판례상 명확한 기준이 정립되어 있지 않다.

그 원인은 지역주민들의 자치의식이 성숙해가면서 각각의 선호를 떠나 분권형 국가라는 체제에서 살 수밖에 없게 되어 가고 있으나, 헌법과 법률의 제정과 집행에 참여하고 있는 정치인들과 공무원들 그리고 국민들이 오랫동안의 중앙집권형 국가를 운영해온 결과 국민

들의 문화나 의식, 그리고 정치인들, 관료들 그리고 학자들의 사고가 그에 맞게 전환해가지 못하고 있는 것에 있다고 할 수 있다.

입헌주의적 지방자치론(constitutional localism ; local constitutionalism)은 미국연방헌법에서 명시적으로 지방자치단체(local government)에 관해 규정하지 않은 결과 지방자치의 발전에 문제가 있음을 인정하고 헌법의 해석(특히, the Tenth Amendment)을 통해 지방자치의 근거를 발견하여 지방자치단체와 주민의 자율영역을 보호하려는 입장이다.¹²¹⁾

다행스럽게 우리 헌법은 지방자치를 보장하고 있으므로 이 규정들이 집행되지 않은 헌법규정(underenforced constitutional norm)이 되게 해서는 안 된다. 현재로서는 우리나라의 지방자치가 지방자치권에 대해 침묵하고 있는 미국헌법에서와 같이 국회입법자들의 의사에만 맡겨져 있다. 일정한 경우에는 헌법에 합치되는 한 지방자치단체가 법령에서 인정한 권한 이외의 권한도 행사할 수 있다고 해야 한다.

우리 헌법은 지방자치단체에게 주민복리에 관한 사무처리권과 재산관리권 그리고 법령의 범위 안에서의 자치입법권을 부여하고 있는데, 이러한 규정은 1962년 헌법개정에 의해서 도입된 것이며, 종래의 규정보다 자치권이 강화된 것이다. 하지만, 지방자치를 지도할 현

121) 미국에서 입헌적 지방자치론을 주장한 문헌으로는, David J. Barron, THE PROMISE OF COOLEY'S CITY: TRACES OF LOCAL CONSTITUTIONALISM, University of Pennsylvania Law Review 147, 1999.; David J. Barron, A LOCALIST CRITIQUE OF THE NEW FEDERALISM, Duke Law Journal 51, 2001.; Jake Sullivan, THE TENTH AMENDMENT AND LOCAL GOVERNMENT, Yale Law Journal 112, 2003. ; Roderick M. Hills, Jr., IS FEDERALISM GOOD FOR LOCALISM? THE LOCALIST CASE FOR FEDERAL REGIMES, Journal of Law and Politics 21, 2005.; Richard C. Schragger, CITIES AS CONSTITUTIONAL ACTORS: THE CASE OF SAME-SEX MARRIAGE, Journal of Law and Politics 21, 2005.

법의 근본정신을 단지 헌법 제8장에서만 발견하려는 태도는 잘못된 것이라고 생각한다. 보다 근본적으로 헌법의 본문규정들을 지도하는 정신과 원칙을 헌법전문에서 찾아야 한다. 보고자들은 지방자치와 관련하여 입법, 행정, 사법을 지도하는 지도이념을 헌법전문에서 명시적으로 찾기는 어렵지만, 헌법전문에서 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”라고 한 부분은 우리나라에서 지방자치의 제도화가 나아가야 할 방향을 시사하고 있다고 해석한다. “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서”의 추구는 입헌주의적 지방자치체를 위한 헌법의 지도정신이자 원칙이므로 우리 헌법 제117조와 제118조의 해석에 있어서도 이 지도정신과 원칙을 존중해야 한다. 헌법은 제117조와 제118조에서 지방자치단체의 주민복리에 관한 사무처리권, 재산관리권, 그리고 자치입법권을 보장하며 지방자치단체에 의회를 두도록 규정하고 있는데, 입법자가 이에 관해 규율할 수 있다 하더라도 그 입법은 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서”의 추구원칙을 침해하지 않는 것이어야 한다. 주민의 복리 개념이 막연하다고 이해하여 지도개념으로서 전혀 기능하지 못한 상황에서 법률의 우위와 법률의 유보는 지켜져야 한다는 형식적인 해석만으로는 ‘입법자의 독재’를 막아낼 수 없다.

2. 제도적 보장이론과 이에 대한 비판의 증가

(1) 제도적 보장이론

독일 기본법 제28조 제2항 제1문과 우리 헌법 제8장은 지방자치에 대해 규율하고 있다. 이 규정들의 의미에 관하여 독일과 한국에서 모두 제도적 보장이론이 지배적인 이론으로 존재해 왔다. 제도적 보장이론(institutionelle Garantie)을 주장한 대표적인 독일 학자는 칼

슈미트(Carl Schmitt)인데,¹²²⁾ 20세기 초 바이마르 공화국당시 수많은 군소정당이 난립하며 합종연횡하는 국가혼란상황에서 입법자들이 오랜 역사와 전통속에 형성되어 국가와 국민의 삶의 계속성을 구성하는 핵심적인 요소들을 자의적으로 폐지하거나 변경함으로써 혼란을 초래하는 것을 막기 위해 등장한 것이다. 이 이론의 핵심은 지방자치체를 보장한 헌법규정의 의미는 입법자라 하더라도 지방자치제도 자체를 폐지하거나 골격을 허물어 형해화시켜서는 안 된다는 것이다.

제도적 보장이론에 따를 때, 입법자는 지방자치의 실현을 위해 구체적인 법률을 제정하여야 하는데, 이 법률의 제정에 있어 광범위한 입법재량을 갖는다. 지방자치단체를 전면적으로 폐지할 수는 없지만, 지방자치단체의 종류, 조직, 운영에 관한 사항으로부터 지방의회의 조직, 권한, 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 등에 이르기까지 임의로 정할 수 있다.

우리 헌법재판소도 제도적 보장이론을 따르고 있다. 즉, 헌법재판소에 따를 때 “제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제

122) Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl.(1973), S.140ff.

한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다.”¹²³⁾ 기본권의 보장은 ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐이라고 한다. 이 입장은 헌법재판소의 확립된 견해이다.¹²⁴⁾

최근 헌법재판소는 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시조성을 위한 특별법안 제15조 제1항 등 위헌확인(헌재 2006. 04. 27. 2005헌마1190, 공보 115, 710)사건에서 “헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것이다.”라고 함으로써 지방자치제도는 제도적 보장이론에 따라 제도의 핵심내용을 보장하는 것임을 분명히 하고 있다.

하지만, 헌법재판소는 시흥시와 정부간의 권한쟁의심판사건에서 입

123) 헌재 1997. 4. 24. 95헌마48, 판례집 9-1, 435, 444-445.

124) 헌재 1994. 4. 28. 91헌바15 등, 판례집 6-1, 317, 338-339. ; 헌재 1997. 4. 24. 95헌마48, 판례집 9-1, 435, 444-445 ; 헌재 2001. 06. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431-1432.; 헌재2003. 3. 27. 2002헌마573.

법자나 중앙행정기관이라 하더라도 지방자치단체에 대한 관여는 필요 최소한에 그쳐야 한다고 하고 있다. 즉, “중앙정부의 일원적·집중적인 광역행정정책의 실현이라는 시대적 요청에도 불구하고 자기것은 자기 스스로가 다스리는 지방자치의 원리는 헌법에 의하여 보장되기 때문에 입법적·행정적인 수단에 의한 규율은 필요·최소한에 그쳐야 한다. 중앙정부의 지방자치단체에 대한 관여를 필요·최소한으로 제한하지 않고서는 지방자치단체의 자주성 존중, 자립적 정책의 수립·집행이 제대로 되지 아니할 우려가 크기 때문이다”라고 한다.¹²⁵⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소가 제도적 보장이론에 따라 지방자치의 핵심적 골격을 침해하지 않는 한 입법자에게 광범위한 개입의 여지를 주고 있는 듯 하지만, 시흥시와 정부간의 권한쟁의심판결정문에서 드러나듯이 입법자에 의한 개입이 필요최소한에 그쳐야 한다는 입장도 표명하고 있는 것으로 보아 헌법재판소가 지방자치를 둘러싼 입법자의 권한과 그 한계의 문제에 관하여 제도적 보장이론만을 전적으로 따르고 있다고 볼 수는 없을 것이다.

(2) 제도적 보장이론과 이에 대한 비판의 증가

“최소보장”, “핵심영역의 보장” 등으로 불리우는 제도적 보장이론은 입법자와의 관계에서 헌법이 지방자치에 관하여 최소골격을 유지시킨다는 점에서는 여전히 현대적 의미를 갖는다는 점에서는 비판이 없는 실정이다. 하지만, 글로벌 경제에서 규모의 경제를 배경으로 하는 집권의 논리와 지역사회의 다양성과 정치민주화를 배경으로 하는 분권의 논리간의 갈등과 충돌의 상황에서 헌법이 입법자에게 지방자

125) 헌법재판소 1998.8.27. 96헌라1 전원재판부 【시흥시와정부간의권한쟁의】

치를 통해 헌법의 가치를 최적으로 실현시키도록 하는 규범력을 갖도록 하는데 제도적 보장론은 무력하다. 이 때문에 제도적 보장이론의 소극성과 무력성에 대한 비판이 독일은 물론 우리나라에서 붓물을 이루듯 쏟아져 나오고 있다.

교과서나 최근의 논문에서 발견되는 비판적 견해들은 “지방자치가 자유민주국가에서 수행하고 있는 여러 가지 제도적인 기능을 감안할 때 과연 지방자치에 관한 제도적 보장이 지방자치의 전면적인 폐지만을 금지하는 정도의 효과밖에는 나타내지 못한다고 주장할 수 있는 것인지 의문을 가지지 않을 수 없다”는 견해¹²⁶⁾, 수백년간의 중앙집권제의 역사를 가진 우리 나라에서 지방자치제도를 전래의 제도 보장으로 보는 것은 무리가 있고,¹²⁷⁾ 우리 나라의 경우 지방자치제도는 헌법에 의하여 비로소 창설된 제도이어서 제도적 보장론에서 말하는 역사적 전통에 의거한 본질내용을 찾을 수 없으므로,¹²⁸⁾ 지방자치의 본질내용은 헌법 자체로부터 발견되어야 할 것이라는 견해¹²⁹⁾, 폐지나 공동화로부터 보호하기 위한 이론으로서 제도적 보장 이론이라는 버팀목은 더 이상 불필요하다는 견해¹³⁰⁾ 등이 제시되고 있다.

한편, 제도적 보장이론의 대안이론들도 주장되고 있다. 보상모델과 기능적 자치이론은 국가사무와 자치사무의 구별이 현대사회에서 불가능하거나 매우 어렵고 그것의 엄격한 구별이 주민이 원하는 급부를 최적으로 제공할 수 있다는 것을 보장하지도 않는다는 점을 강조하여 지방자치단체의 절차적 관여권 내지 참여권을 강화시켜야 한다

126) 허영, 한국헌법론, 박영사 2006, 792면.

127) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2006, 766면.

128) 조성규, 지방자치제의 헌법적 보장의 의미, 공법연구 제30집 제2호, 417면.

129) 오동석, 지방자치의 제도적 보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호, 225면.

130) 김명연, 지방자치행정의 제도적 보장의 의의와 내용, 공법연구 제32집 제5호, 674면.

고 주장한다.¹³¹⁾ 즉, 지방자치단체의 배타적 결정영역의 확보가 아니라 참여와 관여를 보상수단으로써 강조한다. 하지만 이 대안이론들에 대해서는 지방자치단체가 자치사무를 자기책임 하에서 처리할 수 있는 권한을 침해하여 지방자치를 형해화할 가능성도 있다는 비판이 제기되고 있다.¹³²⁾

3. 지방자치단체의 자율성과 주민자치영역의 보호

(1) 지방자치권의 내용개관

독일의 공법학자들은 지방자치권에 대하여 지방자치단체의 존립의 보장(Institutionelle Rechtssubjektsgarantie), 객관적인 제도의 보장(Objective Rechtsinstitutionsgarantie), 주관적 법적지위의 보장(Subjektive Rechtsstellungsgarantie)으로 나누어 그 내용을 고찰하는 경우가 보통이다.¹³³⁾ 이 중에서 주관적 법적지위의 보장은 지방자치단체가 자치권이 침해될 때 헌법재판이나 행정소송 등으로 다룰 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미한다.

‘법률의 범위내’ 혹은 ‘법률에 위배되지 않는 한’이라고 표현되는 지방자치권의 한계 때문에 법률에 구체화되지 않은 상태에서 보장되어야 하는 헌법상의 지방자치권의 구체적 내용에 대한 논의는 뜨겁다. 최근에는 객관적으로 보장되는 제도의 내용으로서 지방자치권이 점차 확장되고 있는 추세이다. 영역고권, 인사고권, 조직고권, 재정고

131) 보상이론 및 기능적 자치론에 관한 보다 상세한 설명은, 이기우, 지방자치이론, 1996, 137-139면 참조.

132) 홍정선, 지방자치법학 제2권, 2002, 33면.

133) Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in ; Schmidt-Aßmann(Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 12.Auf., 2003, S.14-25.; Birkenfeld-Pfeiffer/Gem, Kommunalrecht, 3.Auf., 2001, S.57-61.

권, 계획고권, 조례고권, 문화고권 등이 포함된다고 한다.¹³⁴⁾

그 동안 우리나라와 독일에서 지방자치고권이라 함은 계획고권, 인사고권, 조직고권, 조례고권, 재정고권 등 다섯 가지 고권이 존재하는 것으로 논의되어 왔는데, 이 외에도 새로운 시대에 적합한 고권을 추가하려는 시도는 계속되어 오고 있다.

Stober교수는 다른 교과서에서는 찾아볼 수 없는 협력고권(Kooperationshoheit)과 정보고권과 통계고권(Informations-und Statistikshoheit)을 언급하고 있다.

협력고권은 지방자치단체가 개별 사무를 다른 게마인데의 조직과 함께 일하고 공동으로 행정수단을 만들어내고, 다른 조직과 결합하고 공동의 시설을 운영할 수 있는 것을 의미한다. 목적조합을 신설하거나 지방자치단체연합(kommunale Spitzenverbände)을 설립하는 일 등이 그 예이다. 부분적으로 협력고권을 조직고권의 한 형태로 보기도 하지만, 협력고권을 조직상의 공동업무로 제한하여 이해하는 것은 옳지 못하다. 왜냐하면, 게마인데의 협력고권은 한편으로는 국가, 다른 지방자치단체, 다른 자치행정수행자사이에서 행정업무를 담당하여야 하는 자신의 특별한 지위에서 발생된다. 지역적이고 사안적으로 제한된 사무관련성을 고려에 넣는다면, 많은 부분에서 사무중복이 발생하기 때문에 지방자치사무를 가장 이상적으로 수행하려면 협력해야 할 필요성이 생긴다. 다른 한편으로는 지방자치단체간의 협력고권의 필요성은 사회국가와 연방국가로 사무수행이 독립되어 수행될 수 없는 상황에 기초한다. 협력고권은 또 외국의 지방자치단체와의 파트너적인 관계발전의 기초로서 인정될 필요도 있다.¹³⁵⁾

정보고권과 통계고권(Informations-und Statistikshoheit)은 다음

134) Birkenfeld-Pfeiffer/Gern, Kommunalrecht, 3.Auf., 2001, S. 62-69.

135) Stober, KommR, in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., S. 87-88.

과 같다. 다양한 자치행정사무의 의미있고 책임성있는 계획, 형성과 수행은 지방자치단체가 필요한 정보들을 자신의 주민들이 알 수 있도록 하는데 있다. 왜냐하면 지역상황에 일치하는 정확한 정보를 수집하고 평가하는 것이 지방자치단체의 결정의 기초이기 때문이다. 이러한 정보고권은 정보자기결정권의 이해에 있어 상당한 제약이 있다. 개인관련정보의 악용을 배제하기 위해 익명성을 보장하는데 적합한 조직적-기술적인 안전대책(보호조치, 통계관청의 설립)이 요구되기 때문이다.¹³⁶⁾

문화고권(Kulturhoheit)은 지방자치보장이 지역적인 문화권한의 보장과 지방자치단체의 문화정책을 포함한다고 본다. 지방자치단체는 고유의 문화형성권한과 공공 문화행정의 전체영역 안에서 문화고권을 가진다. 즉 지방자치단체는 게마인데의 문화사무의 자주적 정의권한을 가진다.¹³⁷⁾

법률에서 구체화되어 있지 않지만 헌법에서 직접 보장되는 지방자치권의 내용이 무엇인지는 지방자치에 대한 국민인식의 내용 및 정책적 필요성과 세계각국의 인식변화 등을 기초로 개별적으로 판단해 가는 수밖에 없다고 할 것이다.

(2) 지방자치단체의 자율성의 보장

1) 헌법적 가치에 대한 지방자치단체의 최적실현의무

지방자치권의 성질에 관하여 주민들의 자연적 결합체로서의 특징을 강조하여 지방의 고유한 권리라고 보는 고유권설과 국가의 위임으로부터 지방자치권은 발생한다는 전래설 또는 자치위임설이 오랫동안

136) Stober, a.a.O., S. 88.

137) Scheytt, Kommunales Kulturrecht, 2005, S. 37-39.

동안 주장되어 왔는데 현재의 지배적인 견해는 전래설 또는 자치위임설이다.

하지만 자치위임설이 지방자치권을 국가의 위임으로부터 발생한다고 이해하는 한 문제가 있다. 지방자치단체는 국가의 창조물일 뿐만 아니라 헌법의 창조물로서 헌법의 원리에 생명을 불어넣어야 할 중요한 임무를 지고 있다는 점이 중요하게 인식되어야 한다. 입법적 지방자치를 극복하고 입헌적 지방자치가 실현되어야 한다. 보고자들은 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서”라는 헌법전문이 지방자치의 문제를 지도하는 헌법의 최고지도원칙이라고 이해한다.

지방자치의 핵심적 골격의 보장을 강조하는 제도적 보장이론의 한계를 극복하고 헌법이 입법자에게 지방자치를 통해 헌법의 가치를 최적으로 실현시키도록 규범력을 갖도록 하기 위해 입법자와 지방자치단체는 지방자치를 통해 헌법적 가치를 최적으로 실현시킬 의무를 공동으로 지고 있다.

헌법의 집행에 있어 지방자치단체와 주민들은 중요한 역할을 부여받고 있다. 헌법에 의한 지방자치의 보장이 의미하는 것은 주민들과 지방자치단체가 그들이 적절하다고 생각하는 대로 지방자치단체를 조직하고 그들이 선호하는 대로 정책을 설계하고 업무를 처리할 권리를 헌법적으로 보장받고 있다는 것이다.

갈등사회로 치닫고 있는 사회적 상황에서 헌법이 국민들의 동화적 통합과 사회적 평화를 보장하는 기능을 적절히 수행하도록 하는 해석이 매우 중요하다. 지방사무의 처리에 있어서 과거와 같이 국가와 국회가 일방적으로 법률과 정책을 설계하고 국가의 확장된 팔로서 지방자치단체를 이용하더라도 헌법은 아무런 견제를 할 수 없다면 입헌적 지방자치라는 것은 공허한 말장난에 그치게 되고 국가와 사

회의 갈등도 증폭되게 된다.

2) 지방자치단체의 자율성의 보장

프랑스 헌법 제34조 제4항과 지방자치단체법전 L.1111-1조는 지방자치단체의 자유로운 행정을 보장하도록 규정하고 있다. 연방제 국가인 미국에서도 오늘날 주헌법에 근거를 두거나 홈원칙(Home Rule)의 도입 등의 방법으로 지방자치단체에게 광범위한 자율권이 부여되고 있다. 우리나라에서도 지방자치에 대한 헌법적 보장의 의미는 지방자치단체의 결정의 자유와 형성의 자유를 얼마만큼 그리고 어떻게 보호하느냐 하는 문제를 떠나서 생각할 수 없을 것이다.¹³⁸⁾

입법자가 법률에 의해서 국가의 개입범위를 확장하고 중앙행정기관의 법규명령과 행정규칙에 의해 개입범위를 확장한다 하더라도 헌법해석기관인 헌법재판소가 지방자치의 핵심적 골격을 침해하지 않는 한 언제나 합헌이라고 선언한다면 지방자치단체의 자율성은 거의 보장될 수 없을 것이다.

과거 중앙집권의 전통이 현재에도 강력하게 영향을 미치고 있는 것은 지방자치단체의 과도한 지역이기주의, 비효율성 그리고 부패 등을 견제한다는 점에서 그 정당화 근거를 찾고 있다. 하지만 21세기 들어와서 하향적 감독강화에 의한 합법성의 보호는 법률적 측면에서의 합법성 보호는 성공하고 있을지 모르지만 지방행정의 영역에 있어서 합헌성과 실질적 정당성의 보호에는 오히려 위협이 되는 측면도 있다.

특히, 주민투표, 주민소환 및 주민소송 등 주민참여제도에 의한 지방자치의 감시장치가 강화되어가고 있는 것을 볼 때 입법자의 선점영역과 하향적 감독이 과거와 마찬가지로 여전히 넓고 매우 상세하

138) 이기우, 지방자치이론, 1996, 142면.

게 유지되는 것은 바람직하지 않다. 지방자치단체의 자율성 보장이 지방자치단체가 헌법적 가치를 최적으로 실현하는데 있어 필수적이라는 점에서 과도한 자치권제한은 위헌의 가능성이 크다고 하겠다.

(3) 입헌적 지방자치의 보장에 있어 단체자치와 주민자치의 관계

우리 사회는 대륙법계의 전통을 따르고 있어 우리의 지방자치는 단체자치 중심적이라고 이해되어 왔다. 지방자치단체장과 지방의회는 주민들의 의사를 대표하는 자로써 대의제 민주주의의 관점에서 한국의 지방자치제도가 단체자치의 측면을 가지고 있다는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다. 하지만, 지방자치단체를 국가중심주의적 관점에서 단지 지방행정단위로만 이해하는 것이 문제가 있다.

지역사회도 하나의 정치적 공동체로써 존속하고 있다. 헌법 제117조와 제118조에서 나타난 주민은 원자화되거나 추상화된 개인들이 아니라 “각각의 공동체에서 함께 살고 있는 사람들”을 의미하므로 주민자치적 요소가 중요한 부분을 차지하고 있다. 이 때문에 최근 우리나라에서도 주민투표법, 주민소환법, 주민소송제 등이 도입되어 지방자치에 있어 주민의 법적 지위의 강화에 노력해 왔다.

헌법학에서 기본권과 국가기관, 기본권과 지방자치단체의 관계는 기본권이 목적이고 국가기관과 지방자치단체는 기본권의 보호와 실현을 위한 수단으로서 기능한다고 이해되고 있다. 즉, 지방자치단체는 주민들의 기본권의 보호와 실현을 위한 수단으로서 위치를 갖고 있다고 이해하는 것이 지방자치에 대한 헌법적 보호 및 평가에 있어 출발점이 되어야 한다. 때문에 헌법적 관점에서는 주민자치는 지방자치단체의 권한강화보다 훨씬 더 중요한 가치를 가진다고 할 수 있을 것이다. 이러한 입장에서 헌법은 지방분권을 통해 지방자치단체가 보

다 근거리에서 신속하게 주민들의 기본권실현욕구를 충족시켜주기를 기대하고 있다. 또, 헌법은 지방자치의 보장에 있어 행정분권과 함께 주민자치의 강화를 요구하고 있다.

(4) 기본권의 효율적 보호를 위한 주민자치영역의 보호

제도적 보장이론이 지방자치단체의 존립과 핵심적 권한의 보호에 치중함으로써 지방자치의 문제를 지나치게 단체자치중심으로 이해함으로써 지방자치가 지방자치단체의 보호에 우선하여 주민들의 기본권의 효율적 보호라는 보다 큰 헌법적 가치에 기여해야 한다는 점을 충분히 인식하지 못한 점은 비판받아야 된다.

지방자치단체의 권한과 사무 중 기관위임사무가 지나치게 많고 중요한 업무를 차지하고 있어서 사실상 기관위임사무를 규율하는 규칙이 조례보다 훨씬 중요한 역할을 수행하고 있는 것이 우리 지방행정의 현실이다. 이것은 국가가 사회의 지방자치강화의 압력을 진정한 의미의 지방분권이 아니라 행정분권으로 대응한 결과라고 할 수 있을 것이다. 이러한 현실에 대해서 단지 입법자의 형성의 자유에 속한다고 하면서 헌법해석기관인 헌법재판소마저 그 판단을 정당화시켜 주는 것은 문제라고 할 수 있다. 그것은 지방자치의 문제를 주민들의 기본권의 효율적 보호라는 가치, 즉, 지방자치에 있어 가장 우선적인 헌법적 가치를 입법기관들과 헌법재판소가 충분히 평가하고 있지 않은 것에 기인한다고 할 수 있을 것이다.

행정분권을 추구한 국가들에서 지방관료들은 정치적으로 중립적이고 기술적 합리성을 추구할 뿐 정치적 입장을 따르는 것이 아니기 때문에 획일적인 정책을 추구하는 경향이 있을 뿐만 아니라 중앙정부의 입법자들의 감독과 통제가 보다 쉽다.¹³⁹⁾ 우리나라에서 행정분권은 법률과 법규명령에서 지방자치단체의 장에게 위임을 하고 세부사

항을 규칙에 의해서 정하는 방식으로 수행되어 왔다.

이러한 행정분권 중심적인 지방분권이 기본권의 효율적 보호를 위한 주민자치영역의 보호에 어떤 영향을 미치고 있는가? 우리의 현실은 기본권의 효율적 보호를 위해 헌법이 보호해야 할 주민자치영역을 지나치게 축소시키고 있는 것은 아닌지 의문일 정도로 과도하게 행정분권중심적이다.

주민참가를 촉진시키는 방법으로서 행정분권보다 지방분권은 더 효율적이다. 주민들은 주민투표, 주민소환 및 주민소송 등을 통해 지방자치단체의 문제에 직접 참가할 수도 있지만 지방선거를 통해 대표자를 선출하여 대표자들이 모인 지방의회에서 충분한 검토와 토론을 거쳐 지방의 문제가 처리되도록 할 수도 있다. 기관위임방식이 아니라 지방자치단체에게 그 사무와 권한을 이전하던지 아니면 단체자체에게 위임하는 것은 지방정치를 활성화시키는 계기가 된다. 또, 이를 통해 주민참여를 활성화시켜 다양하고 특색있는 정책을 추진할 수 있게 된다.

헌법해석기관인 헌법재판소는 법률의 우위를 무기로 하여 입법자가 여전히 과도하게 기관위임사무를 유지하거나 자치사무를 협소하게 유지하는 것에 대해 강력하게 통제해 나가야 할 것이다. 헌법은 입법자는 물론이고 지방자치단체를 통해 헌법의 가치를 최적으로 실현시켜야 하는 공동의 임무를 지고 있으므로, 지방자치단체가 지방사무의 처리에 있어 헌법적 가치를 존중하고 훼손하지 않는 한, 입법자가 자의적으로 지방자치단체의 노력을 무력화시키는 조치를 취할 수 없도록 해야 한다. 이를 위해 헌법재판소는 위헌심사를 적극적으로 수행하는 것이 필요하다 할 것이다.

139) Roderick M. Hills, Jr., IS FEDERALISM GOOD FOR LOCALISM? THE LOCALIST CASE FOR FEDERAL REGIMES, *Journal of Law and Politics* 21, 2005. p.206-207.

제 2 절 지방자치단체의 구역

지방자치의 보장의 내용으로서 지방자치단체의 자치권의 범위에 관한 논의의 출발은 먼저 국가와 지방자치단체간의 권한배분이라는 지방분권의 실질적 의의를 우리 법제상 어떻게 이해할 것인가가 전제되어야 하고, 구체적으로 우리 법률에서도 찾을 수 있는 보충성원칙의 의의를 재확인하는 작업과 아울러 국가의 이익과 구별되는 지방의 이익을 위한 지방사무(les affaires locales)의 존재와 의의에 대한 검토가 있어야 한다.

이러한 총론적인 지방자치와 지방분권에 관한 일반원칙에 관한 선행연구를 전제로 하여 그동안 지방자치와 관련한 헌법재판을 통해 논의되었거나 될 수 있는 시급한 여러 쟁점으로는 지방자치단체의 권한과 이에 대응하는 지방자치단체의 책임(responsabilité)이 미치는 공간적 범위에 관한 부분을 들 수 있다.

1. 구역과 지역고권

(1) 구역

지방자치단체의 공간적 범위인 구역은 지방자치단체의 정체성(正體性·l'identité)의 요체이다. 지방자치단체는 자신의 구역 안에서 공적인 의사결정 책임을 지고 그 지역에 고유한 행정사무를 처리하기 때문에 구역은 하나의 행정적인 지리적 구분을 의미한다. 그렇지만 일정한 구역을 가지는 것은 지방자치단체의 경우만은 아니고 국가행정이 지방분산적으로 지역단위에서 이루어질 때에도 구역성이 나타난다.

그러나 이러한 중앙행정의 지역분산(les services déconcentrés)과 중앙으로부터 독립적이지는 않지만 구별되어 고유한 이익에 대한 자치결정권을 전제로 하는 (지방) 분권화된 공법인의 구역과는 개념적으로 구별해야 한다. 지역공동체인 지방자치단체가 처리하는 사무에 대한 권한(attributions)의 행사는 당연히 국가의 영토보다 더 작은 구역(territoire)을 전제로 한다.

단일국가의 통일된 영토는 규모를 달리하는 각각의 지방자치단체의 구역으로 나누어진다. 그리고 가장 작은 단위의 지방자치단체의 구역은 보다 큰 지방자치단체의 구역을 구성한다. 이러한 구역이라는 공간의 중복(예를 들면 진주시라는 기초자치단체는 경상남도라는 광역자치단체의 구역 내에 위치한다)이 반드시 관련된 지방자치단체들 간의 우열이나 지휘와 감독적 관계를 의미하는 것은 전혀 아니라 할 것이다. 이들 자치단체간에 존재하는 행정상 후견은 법령상의 명시적 근거가 있어야만 정당화된다.

한편 각각의 지방자치단체는 일정한 국가영토의 일부공간이 이웃 지방자치단체를 배제하는 자신에게 속하는 공간으로 간주한다. 지방자치단체의 구역은 일정부분 배타성을 내포하기 때문에 다른 지방자치단체와의 공유를 인정하지 않는다. 따라서 배타성을 가지는 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분이며 또한 기초자치단체와 광역단위의 자치단체 및 국가의 물리적 공간이 중복된다는 점에서 논쟁의 여지를 가지고 있다.

(2) 지역고권

1) 지역고권의 개념

일반적으로 지방자치단체의 지역고권의 개념은 지방자치단체가 지

역사단이라는 점에서 출발한다. 왜냐하면, 사회적, 문화적이고 경제 생활이 모두 지방자치단체의 구역 안에서 생겨나기 때문에 지역고권(Gebietshoheit)은 지방자치행정의 중요한 구성요소이다. 이러한 지역고권은 지역 내에서 지역적 사무의 수행을 위한 계마인테의 장소적인 권한의 보장이며, 지역적 사단으로서의 지방자치단체의 중요요소로서 그 지역에 거주하는 모든 사람들과 그 지역에 존재하는 모든 사물이 그 사단의 지배권 하에 있다는 것을 의미한다.¹⁴⁰⁾

우리 헌법재판소도 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 지방자치권에는 자신의 구역 내에서 자신의 자치권을 행사할 수 있는 권한, 즉 지역고권이 포함된다고 인정하였다. 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 지방자치단체의 구성요소이며, 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말하며, 다른 지방자치단체와의 관할범위를 명확하게 구분해준다. 지방자치단체는 지방자치법 제9조 제1항에 따라 자신의 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리할 권한을 가지며, 같은 조 제2항 제1호에서 열거하는 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무를 처리할 권한을 가진다. 따라서 지방자치단체는 자신의 관할구역 내에서 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제9조 및 기타 개별 법률들이 부여한 자치권한 내지 관할권한을 가진다.¹⁴¹⁾

이와 관련하여 지방자치단체는 스스로 해산할 권리가 없다는 것을 도출해 낸다.¹⁴²⁾

140) BVerfGE 52, 95(117f.), Seewald, in: Steiner(Hrsg.), BesVerwR, 6. Aufl., S. 45

141) 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률 제4조 위헌확인(헌원재판부 1994. 12. 29. 94헌마201)에서 최초로 인정, 헌재 2004.09.23. 2000헌라2, 판례집 16-2, 404,424.

142) Stern, GG Kommentar, Art. 28, Rn. 98.

2) 지역고권과의 구별개념

헌법재판소의 판결 중에는 지역고권과 관련하여, 토지관할권 및 영토고권을 언급한 결정례가 있다.

아산시는 아산만 해역 중에서 일정 해역(이하 ‘이 사건 해역’이라 한다)에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방(이하 ‘이 사건 제방’이라 한다)에 대한 자치권한이 아산시에 속하는지 아니면 평택시에 속하는 지를 물었으나, 다수의견은 청구인이 피청구인 평택시장을 직접 상대방으로 하여 제기하고 있는 것은 피청구인 평택시장의 행위가 이 사건 제방에 대한 자치권한(관할권한)에 대한 침해라고 하는 청구인의 주장과는 달리 과연 피청구인 평택시장에게 이 사건 제방에 관한 토지대장등록사무를 집행할 정당한 권한이 있는지 여부, 또는 그 권한이 당진군수와 평택시장 가운데 누구에게 있는지에 관한 다툼으로 보았고, 그 토지에 대한 지방자치권 자체에 관한 분쟁을 인정하지 않았다. 왜냐하면 토지대장등록사무 등 기관위임사무를 집행하는 국가기관으로서의 피청구인 평택시장은 해당토지의 등록사무를 담당할 뿐 지방자치단체인 청구인 및 피청구인 평택시와 같이 자치권한을 행사하거나 다른 지방자치단체의 자치권한을 침해할 지위에 있지 않다고 보았기 때문이다.¹⁴³⁾ 그러나 반대의견에서는 지방자치단체가 자치권의 하나로서 그 행정구역에 속하는 토지에 대한 관할권한을 가지고 있음은 확인하고, 이 권한이 민법상의 물권이나 채권과 같은 권리는 아니지만 그 침해의 경우에 그 권한의 존부와 범위를 다투는 소권이 위와 같이 인정되는 이상(헌법재판소법 제61조 제1항) 이 토지관할권한은 위 소권의 실제법상 청구권원이 됨이 이론상 분명하다고 판시하였다.¹⁴⁴⁾

143) 헌재 2004.9.23. 2000헌라2, 판례집 16-2,404.

144) 헌재 2004.9.23. 2000헌라2, 판례집 16-2,404, 448. 권성, 송인준, 전효숙, 이

“천안아산역(온양온천)”으로 결정된 KTX 고속철도역사명과 관련하여 아산시는 헌법재판소에 “아산시와 건설교통부장관간의 권한쟁의”¹⁴⁵⁾ 심판과 “경부고속철도역사명칭결정취소”¹⁴⁶⁾를 청구하였다.

“아산시와 건설교통부장관간의 권한쟁의”사건에서 지방자치단체가 영토고권¹⁴⁷⁾을 보유하는 가에 대하여 헌법재판소는 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것 뿐이므로, 마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토·영해·영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수는 없다고 보았다. 즉, 지방자치단체의 영토고권은 우리나라 헌법과 법률상 인정되지 아니한다고 판시하였다.¹⁴⁸⁾

그러나 같은 사안을 두고, 아산시가 권한쟁의사건에서는 “헌법상 지방자치단체에게 보장된 자치권의 하나인 영토고권”을 주장하고, 철도역사명취소청구에서는 “지방자치제도의 취지상 영토고권 또는 지역

상징재판관의 주문 제1항(평택시장에 대한 청구의 각하)에 대한 반대의견
145) 헌재 2006.3.30. 2003헌마837, 공보 114, 551.
146) 헌재 2006.3.30. 2003헌마837 공보.
147) 영토고권은 주권의 일내포로서 영토를 지배하는 국가의 권력에서 나오며 이는 영역 안에 거주하는 사람과 물건을 지배할 수 있는 권력인데, 한일어업협정과 관련하여 헌법재판소는 헌법 제3조의 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 살펴본다면, 국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로 헌법소원을 청구할 수 없다할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다고 판시하였다. 헌재 2001.3.21. 99헌마139등, 판례집 13-1,676,694-695.
148) 헌재 2006.3.30. 2003헌라2, 공보 114, 525.

고권을 가지고 있는 아산시”라는 표현을 사용한 것으로 보아 아산시가 권한쟁의 사건에서 영토고권이라는 개념을 지방자치단체의 지역고권과 혼동하여 잘못된 주장한 것으로 보인다.

만일 지역고권을 특정하여 주장하였을 경우 권한쟁의사건에서의 결론은 어떠하였겠는가. 지방자치단체내의 “영토·영해·영공을 자유로이 관리하는 것”은 국가의 영토고권에 해당한다할 지라도, 지방자치단체에게 관할구역내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다는 것도 부인한다면, 지방자치단체의 지역고권에 대한 개념을 무엇으로 파악하고 있는가에 대한 의문이 든다. 즉 관할구역내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권리에도 국가적 차원과 지방적 차원을 구분하여야 할 필요성이 생길 수밖에 없는데, 그 기준은 지방자치단체의 사무를 기준으로 살펴야 할 것이다. 이와 관련하여 독일에서는 지역고권을 핵심영역으로 보지는 않고, 고권의 내용을 국가로부터 전래된(verliehene) 고권으로 축소하여 구분하고 있다는 점이 시사하는 바가 크다.¹⁴⁹⁾

2. 구역과 해상경계의 획정문제

(1) 구역의 획정

지방자치단체의 구역의 획정(délimitation du territoire)은 연혁상 지리적 위치, 일반적인 사회통념과 같은 다양한 고려를 통해 이루어진다.

149) Stern, GG Kommentar, Art. 28, Rn. 98.

1) 논의의 실익

국가형태의 차이(연방국가와 단일국가)에 따라 이른바 지방자치단체의 자치권의 내용인 이른바 영토고권의 실질에 차이가 있는가는 명확하게 답하기는 어려운 문제라고 생각한다.

연방국은 복수의 국가들로 이루어지고 그 각각의 구성국가(州) 내에서 지방자치단체들이 존재한다. 반면 단일국은 그 하부조직이 지방자치단체이라는 점에서 차이가 있다. 그렇지만 국가형태의 차이의 본질적 쟁점은 주권의 불가분성과 입법권의 독점에 관한 것이어서¹⁵⁰⁾ 지방자치단체가 가지는 자치권의 내용과 동일선상에 놓고 다루기에는 어려움이 있다. 따라서 지방자치단체의 경계확정문제는 국가형태가 연방국가 혹은 단일국가 여부에 따라 본질적으로 달라지는 성질의 문제는 아니라고 본다. 따라서 지방자치단체의 경계확정문제는 국가형태가 연방국가 혹은 단일국가 여부에 따라 본질적으로 달라지는 헌법적 성질의 문제는 아니며 지방자치단체의 구성요소에 관한 법률적 문제로 볼 수 있다.

연방국가와 단일국가의 대비적 구도는 주권의 불가분성 내지는 입법권한의 가분성 여부가 본질적 요소가 된다. 연방 내지 단일국가 안에 존재하고 이들과 동일한 공간의 일부를 차지하는 연방을 구성하는 주(州·État composant)¹⁵¹⁾ 또는 지방자치단체(collectivité territoriale)의 독자적인 입법권한의 인정과는 직접적으로 관련이 있다고 보기는 어렵다.

따라서 지방자치단체의 구역에 관한 헌법재판은 추상적인 단일국가-연방국가의 이론적 분석보다는 좀 더 구체적인 문제에 대한 각국

150) L. Favoreau · P. Gaïa · R. Ghevontian · J.-L. Mestre · A. Roux · G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p.481 et s.

151) 반드시 주(州)라고 할 필요는 없지만 우리의 경우 연방국가라고 하면 당연히 미국(State) 혹은 독일(Land)을 연상하기 때문에 익숙한 표현인 주(州)로 표현하기로 한다.

의 문제해결방식에 대한 비교법제적 분석이 더 의미를 가진다고 할 수 있다. 그러한 점에서 우리나라와 같이 단일국가라는 점과 중앙집권이 강하였던 역사를 가지고 있으면서도 최근에는 국가개혁의 과제로 지방분권을 확대해오고 있는 프랑스의 법제에 대한 비교검토의 경우 적절한 시의성을 가진다고 본다.

한편 기술한 바와 같이 지방자치단체의 구역은 일정부분 배타성을 내포하기 때문에 다른 지방자치단체와의 공유를 인정하지 않는다. 따라서 배타성을 가지는 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분이며 또한 기초자치단체와 광역단위의 자치단체 및 국가의 물리적 공간이 중복된다는 점에서 지방자치단체간의 경계선의 확정은 논쟁의 여지를 가지고 있다. 그리고 현실적으로 지방자치단체의 구역에 관한 법적문제로는 그 범위설정과 국가의 수도에 대비되는 지방자치단체의 중심지 혹은 사무소 소재지(chef-lieu)에 관한 논의를 예상해 볼 수 있다.

2) 지방자치단체의 구역과 사무소의 소재지

프랑스의 경우 지방자치단체의 구역에 관한 법적 관심은 주로 구역의 범위설정과 국가의 수도에 대비되는 지방자치단체의 사무소 소재지(chef-lieu)에 관한 부분에 집중되었다. 프랑스에서 사무소 소재지는 각 지방자치단체의 주요 행정관청들이 자리 잡고 행정사무를 처리하는 주된 지역, 즉 우리의 시청·도청 소재지에 해당되는 지역을 말한다.

현재 우리 지방자치법은 지방자치단체의 사무소의 소재지와 자치구가 아닌 구 및 읍·면·동의 사무소의 소재지는 종전에 의하고, 이를 변경하거나 새로 설정하는 경우에는 당해 지방자치단체의 조례로 정한다. 이러한 경우에 당해 지방의회의 재적의원 과반수의 찬성을

얻어야 한다.¹⁵²⁾

프랑스의 경우 코뮌의 경우 특별히 법률로 이에 관한 규정을 정하고 있지는 않다. 반면에 행정적 성격이 강하고 국가의 행정의 주된 관심이 되어왔던 데파르트망(Département)과 최근에 그 중요성이 역전된 레지옹(Région)의 경우 통합지방자치단체법전에서 규율하고 있다.

데파르트망소재지의 변경은 데파르트망의회(Conseil général)와 관련되는 시의회들의 의견을 청취한 뒤에 Conseil d'Etat의 데크레(décret·법규명령)로 정하도록 지방자치단체 통합법전이 규정하고 있다¹⁵³⁾. 데파르트망의 변경에 대한 해당 데파르트망을 포함하고 있는 레지옹의회(Conseil régional)의 의견청취는 필수적이지 않다. 그리고 레지옹의 청사 소재지의 변경은 레지옹의회와 관련되는 도의회들과 시의회들의 의견을 청취한 뒤에 Conseil d'Etat에서의 법규명령으로 정하도록 하고 있다(후술하는 구역변경부분 참조).

3) 구역의 획정과 분쟁

구역의 획정에 관한 원칙에 대한 결론을 내리기는 어렵지만 각 지방자치단체의 구역의 외부경계들이 서로 일치되도록 구성되어야 한다는 것에 대해 일반적으로 받아들여지고 있다.¹⁵⁴⁾ 다만 프랑스에서는 인구격차 등을 완화하기 위한 경우에 이러한 원칙의 예외를 인정하고 있다. 구역획정이 선거영역에 있어서는 인구에 따른 구분이 이루어져야 한다.¹⁵⁵⁾

152) 지방자치법 제6조.

153) CGCT L. 3112-2.

154) C.E., 18 novembre 1977, Commune de Fontenay-sous-Bois, Rec. p.448.

155) 프랑스의 헌법재판소는 1985년 8월 8일의 결정에서 선거에서의 인구에 따른 구분원칙을 설정하고 1986년 7월 1일 판결에서도 이를 확인하면서 다만, 공익을 위한 경우에 예외를 둘 수 있다고 판시하고 있다.

연안지역의 지방자치단체의 경우에는 영해와 해상의 공유수면을 구역에 포함할 수 있다.¹⁵⁶⁾ 우리 헌법재판소도 지방자치단체의 자치권이 미치는 관할구역의 범위에는 바다가 포함되므로 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한을 인정하고 있다.¹⁵⁷⁾ 이하에서는 프랑스에서의 지방자치단체의 구역획정을 중심으로 살펴보기로 한다.

가. 구역의 획정

프랑스의 경우 대혁명 이후 제정된 1789년 12월 14일 법령은 기존에 있었던 구분을 기준으로 paroisses¹⁵⁸⁾, villes , bourg, communautés de campagne 와 같이 구분하였다. 1790년 2월 26일 - 3월 4일 법률에서는 데파르트망(département)의 지역의 범위를 기존의 코뮌의 지역과 동시에 다양한 지역적, 역사적 및 공서(ordre public)상(데파르트망의 소재지에서 말을 타고 하루에 다녀올 수 있는 가능성) 고려가 반영되었다. 그리고 (법제화되지는 않았지만) 극단적으로 논리적인 전 국토를 동일하게 정사각형으로 나누자는 주장이 뚜레(Thouret)에 의해 제기되기도 하였다.¹⁵⁹⁾

1972년에 설립된 레지옹(현재 대륙본토에 있는 22개의 광역규모의 헌법이 인정하고 있는 지방자치단체)은 이전의 1960년 6월 2일 테크레에 의해 지역적 및 역사적 이유를 고려해서 실행되었던 지역 활동구역(circonscription d'action régionale)의 범위를 그대로 수용하여 설치되었다.

지방자치단체의 경계 획정은 구체제(Anien Régime)시절로 거슬러

156) C.E., 20 février 1981, commune de Saint-Quay-Portrieux.

157) 현재 2004.9.23. 2000헌라2, 판례집 19-2, 404, 428면.

158) 프랑스 대혁명 전에 존재하였던 지방행정구역으로 가톨릭 교회에서 관리했던 소교구를 역시 paroisse라 한다.

159) J. Bourdon · J.-M. Pontier · J.-C. Ricci, Droit des collectivités territoriales. PUF, Paris, 1998, p.19.

올라가지만 현재의 지방자치단체의 근간이 된 것은 1789년 12월 14일 법률로 소급한다. 지방자치단체의 구역의 획정은 전기한 법률 이래로 구체화되었는데 19세기에 와서는 지적부상의 등재나 변경과 관련하여 조서(調書·procès verbaux)를 통해서 이루어졌다.

지방자치단체의 경계설정은 이웃하는 지방자치단체간의 분쟁의 가능성을 예상하지 않을 수 없게 되는데 원칙적으로 동일한 데파르트망 내에서의 2이상의 코뮌간의 분쟁의 경우 국가대표인 데파르트망의 프레페가 이를 해결한다. 그러나 서로 상이한 데파르트망에 속한 코뮌간의 분쟁은 정부의 최고수반인 총리가 권한을 가진다.¹⁶⁰⁾

나. 구역분쟁의 발생

지방자치단체들 간에 경계구역을 둘러싼 분쟁이 발생할 수 있다. 지방자치단체의 구역의 경계다툼이 발생하는 이유는 주로 과세문제, 철도관리의 관할 문제 등 각종 관리권한의 귀속을 결정해야 하는 문제가 발생하기 때문이다. 프랑스의 경우 데파르트망의 경계의 분쟁은 행정법원의 관할에 속하며 사법(司法)법원이 데파르트망의 경계에 관한 문제가 재판의 선결문제가 될 경우에는 행정법원에 판단을 구하여야 한다.

이러한 지방자치단체의 경계분쟁에 대한 프레페의 명령(arrêté)에 대해 행정법원에 제소가 있는 경우에 행정법원은 지방자치단체 경계 소송에 있어서 경계획정에 관한 재량을 상당히 인정하고 있으며 현저히 사실판단 등을 잘못된 오류가 있는지 등의 심사에 그치는 이른바 명백한 판단오류의 심사를 행한다.¹⁶¹⁾

지방자치단체의 경계의 분쟁에 대한 관할권을 행사하는 권한기관

160) CGCT. art. L. 2112-1.

161) C.E., 18 janvier 1985. commune de Melesse, Rec.p.12.

은 필요한 경우 전기한 구(혁명전의) 지방조직의 명칭과 조서 및 지적(地籍)을 해석하고 이를 적용하여야 한다. 분쟁해결기관이(프레페·총리) 전술한 조서를 원용하기 어려운 경우에는 지적도(plans cadatiaux)에 의거하여 결정할 수 있다.¹⁶²⁾ 만일 지도와 조서가 불일치하는 경우에는 조서에 따르게 된다.¹⁶³⁾ 그렇지만 조서에서 정해진 지형(도)(tracé)의 경계를 구체적으로 검토할 필요가 있는 경우에는 지적도(plans cadatiaux)를 원용할 수 있으며 지적도상의 표기사항이 조서상의 규정과 불일치하다고 드러나야만 하는 것은 아니다.

마찬가지로 경계조서를 고려하는 것이 불가능하고 실제로 지적도상의 표시된 경계를 기준으로 하는 관행이 있는 경우에 법원은 지적도상의 표기를 지방자치단체의 경계로 인정하고 있다.¹⁶⁴⁾

(2) 해상구역의 확정

1) 해상구역의 특수성

지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분 이면서 기초자치단체와 광역단위의 자치단체나 국가의 물리적 공간 이 중복된다는 점에서 논쟁의 여지를 가지고 있다. 그중에서도 지방자치단체의 해상구역(territoire maritime)은 지방자치단체의 내륙의 구역이 바다에 연장되는 경우에 수반되는 법적인 문제로서 헌법재판소는 당진군(충청남도)이 평택시(경기도)와 평택시장을 상대로 제기한 권한쟁의 심판(2000헌라2)과 전라남도의 울촌 산업단지 조성에 따라 새로이 생겨난 미소속 토지의 관할권한에 관련된 광양시(원고)의 순천시에 대한 권한쟁의심판¹⁶⁵⁾(2003헌라1)판결에서 지방자치단

162) C.E., 22 février 1956, Commune de Calonne-Ricouart.

163) C.E., 1^{er} juin 1984, Commune de Vieux Boucau.

164) C.E., 21 avril 1997, commune de Saint-Marguerite Lafigère.

체의 구역은 지방자치단체의 자치권을 행사사하는 장소적 범위이며 공유수면인 바다에 대해 지방자치단체의 자치권한을 인정하고 있다.¹⁶⁶⁾

과연 헌법재판소가 지방자치단체의 구역획정에 대해 직접 나설 필요가 있는가 하는 의문점도 없지 않으나, 헌법상 보장받는 지방자치단체의 자치권의 침해가 구역설정과 관련되어 있고 달리 법률에 의한 해결방법이 존재하지 않고 있다면 행정관습법과 보충적으로 지도상의 경계선을 통한 경계설정의 기준을 제시하고 있다는 점에 의미를 부여할 수는 있다고 본다.

프랑스에서도 바다에 접한 지방자치단체(코뮌)의 경계획정은 특수성을 가진다. 국사원(Conseil d'Etat)은 연안(沿岸)의 코뮌의 구역(territoire d'une commune litorale)은 지방자치단체의 해상공공재산(domaine public maritime)과 해상구역(la mer territoire)을 포함한다고 판결하고 있다.¹⁶⁷⁾ 그리고 코뮌의 해안연변(maritime riveraine des communes)의 공공재산의 일부에 대해 코뮌의 도시계획서류의 적용대상이 된다고 판시하였다.¹⁶⁸⁾

165) 1999년 12월 23일 전라남도는 조성중인 울촌 산업단지 279만 1천 에 대해 지도상의 해상경계를 준용하여 여수시 102만 4천 평, 순천시 98만 2천 편, 광양시 78만 5천 평으로 면적을 산정하여 최종 고시하였다. 그 후 (주)현대하이스코는 울촌 제1지방산업단지 내 13만 5천 평에 대해 전라남도로부터 준공 전 사용승인을 받아 공장신축허가 신청을 순천시에 제출하였고, 순천시는 1997년 3월 19일에 건축허가를 행하였다. 이에 대해 광양시는 해상경계선 기준상 (주)현대하이스코의 부지는 일정부분(9만평)이 광양시의 구역이기 때문에 순천시가 단독으로 처리한 (주)현대하이스코의 건축허가 및 지방세부과는 부적절하므로 이에 대한 사전 협의를 순천시에 대해 요구하였으나 순천시는 이를 거절하였다. 이에 광양시는 2000년 6월 16일 전라남도 지방분쟁조정위원회에 관할권에 관한 분쟁조정을 신청하였다. 그리고 광양시는 2003년 8월 28일 헌법재판소에 권한쟁의 심판을 청구하였다.

166) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2, 404, 428; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1.

167) C.E., 20 fevrier 1981, Commune de Saint-Quay-Portrieux, Rec. p.96.

168) C.E., Ass., 30 mars 1973, Ministre de l'Aménagement du territoire, de

이하에서는 지방자치단체의 구역에 관련된 특수한 문제로서 지방자치단체의 해상경계를 설정과 그 기준 및 새로운 미소속 토지의 경계설정에 관한 문제를 검토해보기로 한다.

분권화된 지방자치단체의 존재와 관련하여 전통적인 구성요소(주민·자치권·구역)에 대한 본격적인 논의가 없는 상황에서 헌법재판소는 청구인 당진군(충청남도)이 피청구인 평택시(경기도)와 평택시장을 상대로 제기한 권한쟁의 심판(2000헌라2)에서 평택시장에 대한 심판청구를 각하¹⁶⁹⁾하고, 이른바 아산만 해역 중 일정해역에 건설된 항만시설용 제방 중 일정부분의 제방에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속한다는 청구인의 평택시에 대한 주장을 확인하였다.

2) 해상경계 분쟁의 특수성

지방자치단체의 구성요소인 지역 중 해상경계의 획정문제는 네덜란드 Flevoland¹⁷⁰⁾나 일본의 팔랑석(八朗瀾)중앙간척지를 위한 1964년의 “대규모적인 공유수면 매립에 수반하는 촌의 설치와 관련한 지방자치법의 특례에 관한 법률”과 같이 입법에 의한 해결에 의존할 수밖에 없다고 본다.¹⁷¹⁾

l'Équipement, du logement et du Tourisme c/ Sieur Schwetzwoff et autres, Rec. p.264.

169) 다수의견은 지방자치단체인 청구인(당진군)의 심판청구는 국가로부터 사무를 위임받은 기관위임사무의 차용된 기관인 피청구인(평택시장)에 대한 것으로서 청구인의 권한에 속하지 않은 사무에 관한 권한쟁의심판이므로 부적법하다고 판시하고 있다.

170) 바다의 매립으로 새로운 연도가 형성되어 행정구역 설정의 갈등이 발생하자 이에 대응하기 위해 새로운 행정구역을 설정하였다. 즉 다른 인근 주 지역인 Almere, Dronten, Lelystad, Noordoosspolder, Urk, Zeewolde, Markermeer 등과 별개로 Flevoland주를 신설하였다. 새로 매립된 지역은 다른 어느주에도 속하지 않도록 법률로 명시하여 새로운 주가 성립하였다. 신설된 주의 내부경계설정을 위해 x,y 좌표를 설정하고 그 좌표를 기준으로 새로운 토지의 지방정부간 경계를 확정하는 예이다.

171) 이동기, 해상경계 행정구역설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향, 한국지방자

그리고 기본적으로 지방자치단체간의 해상경계의 갈등에 관한 접근방식은 현상학적이거나 이론적 접근보다는 현실적이며 법적인 접근이 선행연구의 주류를 이루고 있다.¹⁷²⁾ 그러나 이에 관한 입법자의 관심이 제대로 미치지 않는 경우에 해상이나 새로운 토지의 매립으로 인한 소유권귀속이 경계를 같이하는 이웃 지방단체간이나 혹은 지방자치단체와 국가간에 문제가 된다면 법적 판단을 내려야 하는 법원 혹은 헌법재판소는 어려움에 처할 수 있다. 우리의 경우 해상경계선에 관해서는 대법원의 판결과 헌법재판소의 권한쟁의 심판을 통해 명문규정이 없는 경우 행정상 관습법에 따라서 해결한다는 방식을 취한다. 따라서 행정법 교과서에서 소개된 민중적 관습법¹⁷³⁾의 법원성에 대해 적극적이라 할 수 있다.

가. 행정관습법

행정관습(coutume)은 행정의 적법성(légalité)원칙과 관련해서 중요한 지위를 차지한다. 적법성은 행정활동과 이를 규율하는 규정(règles)간의 관계를 의미하는데 일반적으로 관습은 법률 아래에 위치하며 법률을 보충할 수 있으나(*coutume extra legem*), 변경하거나 폐지할 수는 없다(*coutume contra legem*).¹⁷⁴⁾

행정법에서 관습은 일반적으로 판례를 통해 일반인들에게 인정되어

치학회보 제17권 제1호, 한국지방자치학회, 2005.3, 74면.

172) 강재규, 공유수면 매립지의 귀속문제, 공법학연구 제4권 제1호, 한국비교공법학회, 2002, 133면; 장학봉, 지방자치단체간 해상경계 실태 및 쟁점, 해양환경·안전학회지, 제8권 제2호, 2002, 45면; 이동기, 해상경계 행정구역 설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향, 한국지방자치학회보 제17권 제1호, 한국지방자치학회, 2005. 3, 74면.

173) 지방적으로 민중(民衆)사이에 공법관계에 관한 관행이 오랫동안 계속됨으로써 성립되는 것을 말한다. 주로 공물이용관계에서 나타난다.

174) http://fr.jurispedia.org/index.php/Sources_non-%C3%A9crites_du_droit_administratif_%28fr%29 (검색일자: 2006년 8월 2일).

의무적인 성격을 가지며,¹⁷⁵⁾ 일반인에게 계속적으로 관용되어온 법규로 소개된다. 그렇지만 공공재산의 불가양성(la règle de l'inaliénabilité du domaine public)의 경우와 같이 프랑스 공법에서도 매우 제한적으로 인용될 뿐이다.

프랑스 국사원(Conseil d'Etat)의 판례는 행정상 관습을 행정법의 기본원칙인 법의 일반원칙(PGD: Principes généraux du droit)의 내용에 추가하고 있다.

현재 국내 행정법학자들의 견해나 대법원 판례는 행정관습법을 행정선례법과 민중적 관습법으로 나누고 주로 전자에 대한 설명이 주를 이루고 있다.

지방자치단체의 구역의 획정과 관련해 논의되는 행정관습법의 존재는 주로 후자에 해당하지만 지방적 관습이 법령에 의해 인정되는 경우에는 공유수면의 인수·배수권(공유수면매립법 제6조 제4호), 입어권¹⁷⁶⁾(수산업법 제40조) 등을 들 수 있고, 법령의 규정이 전혀 없는 사항에 관한 관습의 예로는 관습상의 용수사용권¹⁷⁷⁾인 관개(灌漑)용수이용권, 여수(餘水)사용권을 들 수 있다.

행정관습법을 인정할 것인가에 대해 복잡·다기한 행정의 모든 영역에서 완벽한 성문법규의 구비는 불가능하다는 전제에서 이를 적극적으로 받아들이는 적극설이 통설적 입장¹⁷⁸⁾이고 판례도 행정법규

175) 프랑스 민법이 여성이 혼인한 여성이 남편의 성(姓)을 따를 권리나 의무에 대해 규정하고 있지 않고 있는 것은 관습에 관한 좋은 예라 할 수 있다.

176) 대판 1963.2.28 63다882 ; 대판 66.6.28, 66다 871 ; 대판68.4.26, 67다1539 ; 대판69.3.31, 69다173.

177) 대판 1964. 11. 24, 64다790 유수사용수리권 존재확인 등 ; 대판 1965. 11.30, 65다 1901 양수시설철거 등; 대판 1968.1.23, 66다1995 양수시설철거 등 ; 대판 1972. 3.31, 72다78 용수권 방해배제

178) 관습법의 성립에 있어 법원에 의한 승인을 요구하는 견해를 국가승인설(國家承認說)이라 부른다. 일본과 우리나라의 다수견해는 행정법상의 관습법도 사실의 관습이 장기간 계속되어 국민의 법적확신의 단계로 발전한 경우 그 자체에 내재하는 고유한 힘에 의해 원시적으로 법이 되는 것이지 별도

에도 규정이 없는 경우에 행정관습법의 성립을 인정하고 있다(광업 권등록취소청구사건 : 1954. 6. 19 선고 4285행상20호).¹⁷⁹⁾

나. 해상경계에 관한 행정관습법의 인정

전주지방법원 합의부(검사측 항소)는 충청남도 어선이 전라북도 해상에서 전라북도 도지사의 허가 없이 어업을 하다가 무허가 어업으로 고발되어 충청남도 주민인 피고에게 무죄를 선고한 전주지방법원 군산지원의 1심 판결을 파기하고 유죄판결(벌금 70만원)을 선고하였다.¹⁸⁰⁾ 이에 대해 피고는 원심판결에 불복하여 상고하였고, 대법원은 원심(전주지방법원 합의부)의 사실인정과 판단을 인정하고 상고를 기각하였다. 대법원은 지방자치단체의 해상관할권을 인정하는 해양수산부의 견해(행정자치부는 이에 반대)를 받아들이고 있다.¹⁸¹⁾ 대법원은 해상경계 기준에 있어 지형도에 표시된 지방자치단체간의 바다의 시·군 간 경계선을 해양에 대한 관습상의 경계선으로 인정하는 입장을 따르고 있다. 반면에 반대 입장은 지형도상의 바다의 시·도간 또는 시·군 간 경계선 표기는 단지 도서의 소속을 표기하는 기호에 불과하며 해상에는 지방자치단체간의 경계선은 존재하지 않는다고 한다.¹⁸²⁾

중앙분쟁조정위원회는 인천시와 시흥시간의 군자매립지에 관련된 조정(1997. 12. 29)에서 공유수면상의 행정구역 경계획정이나 조정

로 국가의 승인을 요하지 않는 견해는 법적확신설(法的確信說)·승인불요설(承認不要說)을 지지한다. 조용무, 행정관습법에 대한 몇 가지 문제점에 관하여, 특별법연구 제3권, 특별소송실무연구회, 법문사, 1997, 146면.

179) 조용무, 앞의 논문, 145면.

180) 광주지법 2002.2.1. 선고 2001노1780판결.

181) 대법원 2002.9.24. 선고 2002도1032판결.

182) 장학봉, 지방자치단체의 해상관할권에 관련된 대법원판결의 의미, 해양수산 동향 제1101호, 한국해양수산개발원, 2003.4.14., 3-6면.

기준을 정하는 것은 실질적으로 곤란하고 도시계획도상의 해상경계선을 행정구역 경계기준으로 볼 수는 없다고 하였다¹⁸³⁾.

3) 해상경계의 획정과 판단기준

바다의 관할권에 관한 문제는 국가전체로서의 입장이 정리되어야 하는 중요한 문제이다. 비록 헌법재판소는 이에 대해 판단을 하였지만 학자간의 견해가 다르고 정부부처 역시 입장의 많은 차이를 보여 주고 쉽게 합의점을 찾기란 어렵다고 본다.

가. 정부 부서별 입장

행정자치부는 지방자치단체의 구역이라는 것도 결국은 국가영토의 일부이고 특히 육상과는 달리 해상의 경우 국가의 지배적 권한이 강하게 미치는 공간이어서 지방자치단체보다는 중앙정부의 행정상 구역으로 보고 있는 것 같다.

행정자치부는 광양시의 질의에 대한 회신에서 지방자치법상 지방자치단체의 관할구역은 지번으로 표시 가능한 육지와 섬에 대해서만 적용하고 있기 때문에 해면상에는 행정구역상의 경계는 없고 해면경계를 획정한 선례는 없다는 입장을 취한다.¹⁸⁴⁾

반면 같은 중앙부서이지만 해양수산부는 바다의 지방자치단체간 경계선은 지형도에 표기된 선의 연장으로 볼 수 있다고 해석한다. 2001년 10월 10일자 공문에 의하면 “공유수면관리법, 공유수면 매립법 및 수산업법상 해면(공유수면)에 의한 지방자치단체 간 경계에

183) 장학봉, 공유수면매립지 귀속분쟁 해결을 위한 정책방향, 월간 해양수산 통권 제299호, 해양수산부, 2003.10., 30면.

184) 행정자치부 공문 자제13120-555(2000. 8. 2.) 장학봉, 공유수면매립지 귀속분쟁 해결을 위한 정책방향, 월간 해양수산 통권 제299호, 해양수산부, 2003.10., 28면의 각주 8.

대하여는 따로 규정된 바 없으나 해상에서의 지방자치단체 간 경계는 관례적으로 국립지리원이 고시한 지도상의 경계를 따라야 하는 것으로 사료되며, 자치단체간 경계에 대해서는 지방자치법을 관장하는 행정자치부에서 결정할 사안”이라고 회신한 바 있다.¹⁸⁵⁾

법제처에 의하면 지방자치단체의 구역은 주민, 자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며 자치권이 미치는 지역적 범위로 육지는 물론 바다도 포함되며, 바다의 경계설정은 근거법률이 없으므로 행정관행에 따라 국립지리원의 해상경계를 근거로 처리함이 타당하다는 견해를 보이고 있다.

<해상경계에 관한 부처별 견해>¹⁸⁶⁾

부 처	내 용	비 고
법 제 처	국립지리원 지형도상 경계를 해상경계로 인정	인정
해양수산부	관례적으로 국립지리원이 고시한 지도상의 경계에 따름	인정
국립지리원	해상경계표시는 도서의 소속을 나타내기 위한 단순한 기호에 불과하므로 행정구역으로 이용할 수 없음	부정
행정자치부	현행법상 바다의 경계설정 근거법률은 없으며, 국립지리원 국가기본도상 해상경계표시는 지방자치단체간 행정구역 경계와는 무관하다.	부정

185) 정학봉, 공유수면매립지 귀속분쟁 해결을 위한 정책방향, 월간 해양수산 통권 제299호, 해양수산부, 2003.10., 29면의 각주 12.

186) 이동기, 해상경계 행정구역설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향, 한국지방자치학회보 제17권 제1호, 한국지방자치학회, 2005.3., 78면의 표1.

나. 지형도상의 해상경계선에 대한 헌법재판소의 평가¹⁸⁷⁾

헌법재판소는 지형도상 도서(島嶼)의 소속을 표시하는 해상경계선은 행정구역의 경계로서 법적 구속력을 가지는 것으로 인정하고 있다. 그러나 지형도상 도서를 제외한 해상에 표시된 경계선은 지방자치법 제4조가 규정하는 법률이나 대통령령과 같은 법적 구속력이 없다고 할 수 있다.

그렇지만 지형도상 도서를 제외한 해상의 경계선이 불문법인 행정관습법의 경계선으로 인정될 수 있는가에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다 : ①아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 존재하였고 1966-1973년, 1983-1992년에 걸쳐 이를 크게 의식하지 않았지만 행정관할권을 상호간에 행사하였고, 1993년 아산만 제방공사 계획에서 해상경계선으로 사용하였다; ②충청남도 및 경기도의 지방자치단체와 이들 지역의 거주민들이 법적으로 확신하고 또한 이에 대한 행정처분과 어업활동이 있어왔으므로 행정관습법상의 경계선이 된다.

그러나 이러한 논증을 일반적으로 받아들이기에는 설득력이 부족하다고 본다.

현재 국가기본도의 근간이 되는 지형도의 제작은 1961년부터 국방부, 내무부, 문교부가 합동으로 정비작업을 하면서 시작되었다. 당시 지도제작의 본격적 정비가 시작된 것은 6·25 전쟁 당시 작전수행에 있어 지명의 혼란에 따른 어려움이 있었던 경험과 행정상의 수요에 기인한다고 할 수 있다.

국립지리정보원이 간행하는 지도에는 지방자치단체간의 해상구역이 표시되어 있는데 이러한 해면상의 경계선은 별도의 법적 근거 없

187) 2004.9.23. 2000헌라2, 판례집 16-2, pp.404, 468; 2006. 8. 31. 2003헌라1, <http://www.ccourt.go.kr>, 이달의 주요사건(검색일자: 2006년 9월 20일).

이 나타나고 있고 지도 하단에도 각종 해상행위의 경계가 되지 않는다고 표기하고 있으며 1997년 이후 제작되는 지도에는 해상경계선을 삭제하고 있다.

한편 국방부도 군 작전도상에서 표시된 해상도 경계선은 행정관할권의 표시가 아니라 국방상의 작전, 훈련, 전시에 활용하기 위한 순수한 군사용지도이며, 해상경계와는 무관하다는 입장이다.¹⁸⁸⁾

그러나 이러한 국립지리정보원의 입장에도 불구하고 헌법재판소의 입장은 국토지리정보원이 발행한 국가기본도가 해상경계선의 중요한 기준이며, 해상경계와 관련된 권한쟁의 심판 결정에서 명시적인 법률 또는 대통령령의 개폐, 행정관습법의 성립 등으로 해상경계선이 적법하게 변경되지 않는 이상 해상경계의 기준이 된다고 재차 확인하고 있다.

(3) 공유수면¹⁸⁹⁾ 매립시의 조성된 신규토지의 귀속

신규토지의 형성은 지방자치단체의 구역의 확장에 따라 교부세 배분의 증가, 조성된 토지의 활용에 따른 지방세 부과세원 발생에 따른 재원확충의 이익의 귀속이라는 현실적 논쟁거리를 가져온다.¹⁹⁰⁾

188) 장학봉, 공유수면매립지 귀속분쟁 해결을 위한 정책 방향, 월간 해양수산, 2003. 10, 해양수산부, 29면.

189) 공유수면관리법 제2조

1. 이법에서 공유수면이라 함은 바다·하천·호소 기타 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류와 빈지로서 국유인 것을 말한다. 다만, 하천에 관한 법률을 적용 또는 준용 받는 것을 제외한다.
2. 제1항의 인지라 함은 만조수위선으로부터 지적공부에 등록된 지역까지의 사이를 말한다.

공유수면매립법 제2조

이법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 공유수면이라 함은 바다, 호소 기타 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류와 공유수면관리법제2조 제2항의 규정에 의한 빈지로서 국유인 것을 말한다.

바다가 매립되어 토지로 되는 과정은 공유수면매립법이 적용되고 조성된 매립지가 토지로 등록되는 데는 지적법의 규율을 받는다. 그런데 이 양자 간의 연결고리가 없다는 점이 2이상의 지방자치단체에 걸쳐 조성되는 공유수면 매립지의 귀속분쟁의 주된 원인이 되고 있다.

공유수면매립지의 귀속에 관한 분쟁은 첫째, 해면¹⁹¹⁾에 지방자치단체의 경계선이 존재하는가 하는 점(해상경계선의 인정여부)과 둘째, 지방자치단체의 관할구역¹⁹²⁾(지방자치법 제4조)에 바다를 포함시킬 것인가 하는 점에 있다. 기술한 첫 번째 해상경계에 관한 논의와 마찬가지로 공유수면매립지의 귀속을 둘러싼 지방자치단체간의 분쟁도 역시 입법적 해결이 없기 때문에 발생한다. 공유수면이 매립되어 토지로 전환될 때까지 관련된 법률은 공유수면매립법과 지적법이라 할 수 있는데, 이들 법률 간에 별다른 연계성은 없다고 할 수 있다. 따라서 문제해결을 위해서는 입법자의 개입이 가장 우선적이라 할 수 있다.

그러나 이에 대한 입법이 부재한 현실 하에서 제기된 전라남도의 광양시가 순천시를 상대로 제기한 권한쟁의 심판에서 우리 헌법재판소는 해상경계선에 관한 이전의 2004. 9. 23 (200헌라 2)의 입장을 지속하고 있다.

190) 장학봉, 앞의논문, 24면.

191) 육지 또는 지적법등에서의 소위 토지가 아닌 하천, 호소(湖沼),간석지(干潟地) 및 내수(內水)인 바다, 영해 등 국가의 영토적 관할이 적용되는 수면과 그 외측의 국가의 주권의 배타적 관할이 적용되는 바다의 공간을 의미한다. 김영구(당진군과 평택시간의 권한쟁의심판에 관한 참고인 진술), 헌법재판소 자료집 제11집, 헌법재판소, 2005, 177면.

192) 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 구역은 종전에 의하고 변경하거나 폐지·분할할 때에는 법률로 정하고 기초자치단체의 경계변경의 경우는 대통령령으로 정한다고 규정한다. 종전의 법률인 1949년 7월 4일 지방자치법(법률 제32호) 제4조는 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전의 부를 시로 개정하는 이외에는 모두 종전에 의하고 이를 변경하거나 그 자치단체를 폐지·분할할 때에는 법률로써 정한다”고 하여 일제시대의 조선총독부령 제11호에 의한 관할구역을 변경 없이 인정하고 있다.

헌법재판소는 현행 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘중전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법 제4조 제1항의 개정 연혁에 비추어 보면 위 ‘중전’이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항까지 순차 거슬러 올라가며 행정관습법 등 불문법적인 근거에 의하여 관할구역 경계의 변경이 이루어지지 않았다면, 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 중전에 의한 지방자치단체 사이의 경계를 확인하여야 한다는 중전의 입장을 유지하고 있다. 그리고 1948. 8. 15. 당시와 가장 근접하면서도 위 1918년 지형도의 해상경계선과 가장 유사한 1969년 국가기본도상의 해상경계선을 사건 해역에서 양 지방자치단체간의 관할을 나누는 경계선이 된다고 하였다.

3. 구역변경

지방자치단체의 폐치·분합 등 구역변경과 관련하여 우리나라뿐만 아니라 외국의 경우에도 여러 가지 우여곡절을 겪으며 진행되어 왔다. 즉 지방자치단체의 자치권보장과 함께 입법자의 형성의 자유를 어디까지 인정해줄 수 있는가, 공공복리 등의 이유를 어느 정도로 구체적으로 요구하는지, 주민의 의견청취는 어느 정도여야 하는지에 대한 논의가 있었다. 이하에서는 외국의 구역개편에 관하여 살펴보고, 공통되는 내용을 우리나라와 비교해보기로 한다.

(1) 외국의 지방자치단체의 구역변경

1) 독일

가. 구역개편의 현황

1970년대 구 서독지역에서는 주민으로부터의 요구가 많은 산업사회에서 지방자치단체의 급부력의 보장을 위하고, 계마인데 사이의 현격한 차이를 없애기 위해 급박한 지역개편이 필요했다. 왜냐하면 주민들의 도시이동으로 인해 주민수가 적은 계마인데들이 증가하고 복잡화된 지방자치사무를 적절하게 수행할 수가 없었기 때문이다.

1968년부터 1978년까지 계속된 구 서독지역의 구역개편은 광범위한 지방행정개혁의 일환으로 도시화 현상과 함께 거점도시를 중심으로 산업의 발전과 지방행정구역의 권역별 응집력을 확보하는 것을 목적으로 하였다.¹⁹³⁾ 1966년 당시 서독에는 약 24,500개의 계마인데가 있었고, 그 중 약 95%가 500명 미만의 주민수를 가지고 있었다. 이것이 지방자치단체의 구역개편으로 인해 1968년에 24,282개였던 계마인데의 수가 14,764개로 줄었고, 1970년대 중반까지 크라이스도 425개에서 235개로 줄었고, 평균주민의 수는 100,600명에서 177, 900명으로 증가되었다.¹⁹⁴⁾ “지방자치단체의 행정력제고”라는 motto 하에 해당 계마인데의 격렬한 반대를 무릅쓰고 진행된 지역적인 새로운 구성이 시행되었는데, 이는 남겨나 새로 구성된 계마인데에게 있어서 체감할 수 있는 주민접근성의 상실과 민주적인 특성, 지역적인 결속력의 약화를 가져왔다.¹⁹⁵⁾ 이로 인해 몇몇 주에서는 지방자치의 새로운 형성으로 인해 발생한 문제점들을 교정하기 위해 내부적인 구역할당을 하여 노르트라인-베스트팔렌 주에서는 크라이스로부터 자유로운 지역에는 도시지역을 분할하기 위해 3개이상 10개이하의 도시구(Bezirk)를 만들도록 의무지우고 있으며,¹⁹⁶⁾ 바이에른 주의 경우는 10만명 이상의 대도시에는 구의회를 둘 것을 의무

193) Seewald, a.a.O., S. 48.

194) Schmidt-Aßmann, BesVerwR, S. 11.

195) Tettinger, BesVerwR, 7. Aufl., S. 12.

196) § 35ff. nrwGO.

화시키고 있다.¹⁹⁷⁾

독일통일이후 동독은 5개주로 새롭게 편성되었다. 이에 따라 구동독 지역을 대상으로 하는 지방자치법(Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17. Mai 1990, Kommunalverfassung)에 따라 게마인테는 자신의 급부력의 범위 내에서 모든 지역사무를 고유의 책임으로 규정할 권리를 가지게 되었고 급부력을 향상시키기 위하여 구역개편(Kreisreform, Gemeindereform)이 이루어졌다. 이를 위하여 지방자치단체 폐치·분합 이외의 방법으로 기존의 소규모 Gemeinde의 성격을 유지하면서, 여러 개의 지방자치단체를 연합하여 행정공동체(Verwaltungsgemeinschaft)로 묶는 작업도 진행되었다.

게마인테의 지역이 분할될 경우, 자유로운 해결을 우선원칙으로 하고 있다. 바덴-뷔르템베르크 주헌법 제74조나 동 게마인테법 제8조도 자유로운 지역변경을 우선에 두고 있다. 자발적인 협약을 통해서 변경하고, 단지 변경을 위해서는 감독청의 허가가 있어야 한다. 이때 “협약(Vereinbarung)”의 법적 성격은 행정절차법상의 대등한 당사자간의 협력법상의 계약으로 본다.

나. 법적 근거

독일의 경우 주에 따라서 헌법이나 지방자치단체법률에 어떤 전제조건이 충족될 경우에 게마인테가 해체되고 결합될 수 있는지를 명시적으로 정해놓고 있다.¹⁹⁸⁾

니더작센 주 헌법 제59조에 의하면, ①공공복리를 위하여 지방자치단체와 크라이스는 폐지되거나 통합되거나 새롭게 설립될 수 있고 게마인테나

197) Art. 60 bayGO.

198) Art. 74 bwVerf., Art. 98bbgVerf., Art. 59 ndsVerf. Art. 88 sächsVerf., Art. 90 sanhVerf., Art. 92 thürVerf.

크라이스의 지역부분이 변경될 수도 있다. ②지역변경(Gebietsänderung)은 원칙적으로 법률에 의한다. 지역분할(Gebietsteile)은 주의 허가 하에 해당 계마인데나 크라이스들의 계약(Vertrag)을 통해서 이루어질 수 있다. ③지역변경 전에 해당 계마인데 및 해당지역 주민으로부터 의견을 들어야만 한다.

이 내용들은 Gemeindeordnung과 Kreisordnung에 동시에 규정되어 있는데, 다만 크라이스의 경우에는 해당지역 주민의 의사를 언급한 것이 아니라 해당 크라이스의회의 의견을 듣도록 제한하고 있다(NdsKrO 제14조 2항 3문). 니더작센 주의 예전 헌법 제44조에서는 청문권을 인정하고 있지 않았지만, 이전의 주국가재판소의 판결에서는 자치권보장에서 청문권을 직접 도출해냈다.¹⁹⁹⁾

메클렌부르크-포어포머른 주 헌법에서는 구역변경에 관한 내용을 언급하고 있지 않으나 지방자치법에서 지역변경(Gebietsänderung, Auflösung, Neubildung und Grenzänderung)은 해당 지방자치단체의 사전청문(vorherige Anhörung)을 한 후 공공복리의 근거 하에서 법률에 의해서만 가능하도록 하고 있다.²⁰⁰⁾ 그러나 경계변경(Grenzänderung)의 경우에는 지역변경계약(Gebietsänderungsvertrag)으로 가능하고 법규감독청, 즉 내무부로부터 이러한 변경이 공공복리에 반하지 않는지에 대하여 확인을 받은 후 허가받도록 하고 있다.²⁰¹⁾

지역변경계약에서 요구하는 공공복리의 개념은 법률에 의한 지역변경에서 요구하는 공공복리의 개념보다는 약하다고 이야기하고 있다. 왜냐하면, 이미 공공복리는 법률로써 강제된 것이 아니라 자발적인 계약에 의해 “아래로부터 위로의(von unten nach oben)”이라는 지

199) NdsStGH StGHE 2, 1.

200) §97 I 2 MV Kommunalverfassung.

201) §97 I, III MV Kommunalverfassung.

방자치단체의 자치권을 충족하였다고 보기 때문이다.²⁰²⁾ 또 경계변경이 지방자치단체의 폐치·분합의 결과와 같이 많은 영향을 끼치지 않기 때문이라고 한다.²⁰³⁾

다. 판례의 동향

일반적으로 새로운 지역개편법률로 구역개편을 했으나, 권한 있는 주장관의 법규명령에 의해서도 지역개편이 이루어지기도 했다. 수많은 게마인테들, 특히 지역변경법률에 의해 폐지되는 게마인테들은 이 법률에 반대하여 각각 주헌법재판소나 보충적으로 기본법 제93조 제1항 제4b호에 의거해 연방헌법재판소에 게마인테들이 기본법 제28조 제2항의 침해를 근거로 지방자치헌법소원을 제기하였다. 연방헌법재판소는 새로운 지역형성법에 반대하여 헌법소원을 제기한 경우, 대개 각하시키거나 결정으로 받아들이지 않았다.

다만, 몇몇 사건에서 이러한 절차의 진행을 위해 침해법률에 의해 이미 해산된 게마인테들도 존속하는 것으로 보았다.²⁰⁴⁾ 또한 독일 기본법은 지방자치제도를 제도적으로 보장하지만, 지방자치단체의 폐치·분합과 관련하여 기본법 제93조 제1항 4b와 지방자치단체의 존속을 위한 재정적인 지원보장이라는 조항에 근거하여 지방자치단체의 제한된 개인적인 범주채성보장(beschränkte individuelle Rechtssubjektsgarantie)이 도출된다고 인정하였다.²⁰⁵⁾

202) BVerfGE 83, 37, 54.

203) Björn Rothe, Kreisgebietsreform und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, Baden-Baden, S. 98.

204) NWVerfGH OVG 14, 277; Seewald, a.a.O., S. 49.

205) Nierhaus, in: Sachs(Hrsg.), GG Kommentar zu Art. 28, Rn. 36; Eberhard Schmidt-Abmann, a.a.O., Rn. 11; Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, 1042; Dirke Ehlers, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 2000, 1305.

연방헌법재판소와 각 주의 헌법재판소 및 국가법원은 구역변경에 관한 일치된 의견을 내게 되었다.

개별 지방자치단체는 자의가 아니라 법률에 의해서만 해산되거나 구역이 변경될 수 있다. 이 경우 어떠한 목표, 이상 및 기준에 따라 분권적 행정집행의 수준을 형성할 것인가는 입법자에게 유보되어 있지만, 입법자는 신뢰할 수 있는 동기에서 전형적인 자치행정의 상을 고려하여야 하며 관련 지방자치단체의 사전의 청문을 행한 이후 그리고 오직 공공복리에 근거해서 제반이익을 엄격하게 형량한 후에 이를 결정하여야 한다. 이 경우 당해 조치는 내용상 과잉금지원칙의 침해여부에 근거해서 통제될 수 있다. 즉 지방자치단체의 존속에 대한 침해가 명백히 의도된 목적의 달성에 적절한지의 여부 및 법률이 자의적인 고려와 차별로부터 자유로운지의 여부가 심사되는 것이다.²⁰⁶⁾

구역개편과 관련된 심사에 있어서 가장 중요한 것은 공공복리와 사전에 해당 지방자치단체의 청문(Anhörung)이 있었는가이다. 청문을 위해 지역변경법률(Gebietsänderungsgesetz)의 입법자가 지역 폐치·분합을 위해 중요한 사안을 완전하게 전달했는지, 모든 공공복리원칙 및 법적인 규정의 장점과 단점을 포괄적으로 그리고 실감있는(nachvollziehbare) 방법으로 비교형량하였는지, 입법적인 침해가 적절하고 필요하고 비례원칙에 맞았는지 그리고 조직법적인 명령이 존중되었는지 등이 헌법재판소에서 심사되어야 한다.²⁰⁷⁾ 지방자치단체의 구역개편조치에 있어 관련 지방자치단체의 청문을 요구하는 것은 사실관계의 포괄적인 조사를 보장하기 위한 목적과 함께 지방자치단체가 국가작용의 단순한 목적물이 되어서는 아니 되기 때문이

206) 김명연, 지방자치권의 사법적 보장에 관한 연구, 공법연구 제32집 제3호(2004. 2), 336-337면.

207) BVerfGE 86, 90.

다.²⁰⁸⁾

지방자치단체의 폐치·분합에 관하여 그 공공복리의 적합성과 청문에 대해 의심이 있을 경우에 재판소에서는 다음과 같은 점을 심사하여야 한다. (ㄱ) 적시에 충분한 청문이 실시되었는지, (ㄴ) 입법자가 중요한 사실관계를 잘못 조사하거나 또는 불충분하게 조사하여 이에 기초하였는지, (ㄷ) 입법자의 결정이 모든 공익의 근거 및 규율의 장점과 단점을 포괄적이고 실감할 수 있는 방법으로 형량하지 않았는지, (ㄹ) 구역개편의 목적이 종래의 상태에 비하여 보다 나쁘게 되는 것은 아닌지, (ㅁ) 구역개편의 목적이 부적절하거나 또는 목적달성을 위한 조치가 불가피하게 요구되는 것이 아닌지, (ㅂ) 입법적 구역개편조치로 발생한 주민 및 새로 편성된 지방의 지역사단에 대한 침해와 당해 입법조치로 인한 이익간에 균형을 상실하지는 않았는지(손해-편익-분석), (ㅅ) 법치국가적 자의금지원칙에서 파생되는 사실의 정당성 및 체계의 정당성이 고려되지 않았는지, (ㅇ) 입법자의 목적의 형성, 사실의 형량, 평가 및 예측이 명백히 잘못되거나 명확히 반박 가능한 경우 또는 헌법적 가치질서와 모순되는 경우는 아닌지를 사법적으로 검토하여야 할 것이다.²⁰⁹⁾

라. 관련문제

(가) 행정공동체(Verwaltungsgemeinschaft)

독일통일이후 동독은 5개주로 새롭게 편성되었다. 이에 따라 구동독 지역을 대상으로 하는 지방자치법(Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17. Mai 1990, Kommunalverfassung)에 따라 게마인데는 자신의 급부력의 범위내

208) BVerfGE 50, 195(202); BVerfG, DVBl. 1995, 286(287).

209) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984. S. 410f.

에서 모든 지역사무를 고유의 책임으로 규정할 권리를 가지게 되었다. 이에 따라 각 주는 아주 규모가 작은 게마인데를 그대로 두는 대신, 그들의 행정의 효율성을 높이기 위해 행정공동체(Verwaltungsgemeinschaft)를 설립하는 경우 주에서 재정적인 지원을 해주고 이를 일정기간까지 자발적으로 하지 않을 경우에는 강제로 공동체구성을 하도록 하는 ‘지방자치단체 공동사무에 관한 법률(Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, GKG)’들을 제정하였다. 물론, 자발적인 지방자치단체의 통합을 목표로 하였으나 그 차선책을 강구한 것이다.

연방헌법재판소는 이와 관련한 판결을 내린 바 있다. 사건의 개요는 다음과 같다. 작센-안할트 주의 GKG가 1993년말까지 게마인데들의 총주민수가 5,000명에 이르도록 이웃 게마인데들과의 행정공동체를 구성할 것을 권고하고, 게마인데들이 자율적인 방법으로 행정공동체를 형성하지 않을 경우에는 주 내무부의 법규명령을 통해 강제하도록 하였다.²¹⁰⁾ 주 내무부는 법규명령을 발하기 전에 작센안할트의 모든 게마인데와 크라이스에게 정보를 제공하였다. 또한 입법자가 주내무부에게 전지역적으로 행정공동체의 결정을 완료하도록 결정했다는 것을 밝히고, 충분한 행정력을 보유하고 있지 못한 게마인데들은 1993년 12월 31일까지 이미 허가된 행정공동체의 구성원이 된다는 사실을 밝히고, 이에 대해 구두나 문서로 의견제시를 하도록 하였다.

이에 대해 작센-안할트 주에 소재하는 소규모의 두 게마인데가 자신들의 청문권과 자치권을 침해당했다는 이유로 헌법소원을 제기하였는 바, 연방헌법재판소는 해당 지방자치단체의 지방개혁에 관한 절차에 적합한 청문이란 방법이나 범위 및 법률의 중요한 토대에 대하여 해당 게마인데에게 적시에 알려졌을 것을 전제로 한다고 판시하

210) 동법 제4조 1항 2문.

였다. 즉 지방개혁에 대한 장단점을 설명하고, 적시란 즉 공적인 의견제시으로써 지방자치단체가 이익을 제기할 수 있는 시기로 입법자가 입법을 하기 전에 주민들의 의사를 충분히 반영할 수 있는 시기를 말한다고 규정하였다. 결론적으로 해당사건에서는 지방개혁이 지방자치단체의 자치권을 침해한 것은 아니라고 판시하였으나, 현재는 이를 주도했던 정권이 바뀔으로서 이러한 법률들은 재정적 지원 등을 앞세워 지방자치단체의 자주성을 해쳤다는 판단 하에 폐기되기도 하였다.²¹¹⁾

(나) 구 자치단체통합계약의 조건준수 강제여부

30여년 전 바덴-뷔르템베르그 주의 많은 수의 소규모 게마인테들은 그들의 구역을 넓히고, 주민수를 확대하기 위해 작은 게마인테들에게 편입되는 경우(Beitritts) 많은 반대급부를 주기로 약속했기 때문에, 그들의 자치권을 포기하였다. 동시에 주에서는 통합계약의 허가를 전향적으로 해주었고, 게다가 합병프리미엄까지 보장하는 한편, 다른 한편으로는 법적인 강제통합까지도 위협했었다.

Eingemeindungsvertrag에는 인력수급의 지속성을 보장과 공적시설물의 유지 또는 설치의 약속은 있었으나 시간적인 기한은 대개 계약서에 포함시키지 않았다. 오늘날에 와서, 게마인테들의 재정상황이 계속해서 안 좋아지고 있고, 합병계약에서 했던 약속들이 지켜지는 것이 오히려 낭비가 되는 시기가 되었다.

문제가 된 사건은 30년 전에 게마인테가 다른 게마인테와 지방자치단체통합계약(Eingemeindungsvertrag)을 맺으면서, 특정지역에 게마인테의 자치조직으로 소방대를 운영할 것을 의무로 하였는데, 최

211) 이에 대하여 작센-안할트주의 213명의 주민을 가진 게마인테와 2100명의 주민을 가진 게마인테가 주헌법재판소와 연방헌법재판소에 제소하였다. BVerfG, 2BvR 329/97 vom 19.11.2002.

근 소방대를 새로 조직하고, 그 지역에 있던 조직부서를 해체하기로 결정하였다. 이에 대하여 지금은 이미 없어졌지만, 과거 계약의 당사자였던 게마인테의 구성원이 어떠한 자격으로 이에 대하여 반대할 수 있는가에 대하여 지방법원인 프라이부룩의 행정재판소는 “1974년부터 관계자들에게는 여러 지역단위에 개별 소방대조직(부서)를 유지하는 것이 비경제적이고 경제적인 근거로 개별소방부대를 공동소방대에 편입시키는 것이 의미있다는 것이 명확했다. 설사 게마인테의 경제적 상황이 1974년보다 나빠졌다고 하더라도 원칙적으로 계약당사자가 다른 당사자의 재정(finanzgebaren)을 위한 계약상의 요구와 파기해서는 안 된다”고 판단했다.²¹²⁾

이에 대해 바덴-뷔르템베르크 국가법원은 반대하여, 게마인테연합은 좁은 의미에서 존재적인 상태가 아니라 양 게마인테가 그 과정안에서 변화되는 역동적인 과정으로서 포섭된 게마인테는 지역확대를 통해서 새로운 정체성을 갖게 된다. 통합이 되면 될수록 지방자치단체들은 서로가 녹아드는 것이지, 시간이 지난 후에도 각자의 게마인테로 남아있는 것이 아니기 때문에, 예전의 당사자였던 지방자치단체의 이익을 Ortschaft가 대변할 수는 있겠지만, 조직적으로 보았을 때 그는 지방자치단체 합병을 통해서 구성된 조직의 일부기관일 뿐이지 독립된 지역단체가 아니라고 보았다. 초기에는 포섭된(없어진) 게마인테의 이익의 보호필요성이 높겠지만, 시간이 지날수록 전체로서의 정체성이 확고해지기 때문에 예전이익을 대변하는 대상자가 될 수 없다고 보았다.

일단 “경제성과 절약성의 원칙”은 게마인테신규조합에 있어서 가장 중요한 요소가 될 것인데, 공공복리의 이해관계를 고려해야 한다.²¹³⁾

212) VBIBW 2005, 399

213) ESVGH 25, 1.

예산을 절약적으로 경제적으로 이끌어야 할 원칙을 지켜야지 그렇지 않으면 법률위반이 되므로, 통합계약이 새로 조직된 게마인테의 조직의 결정자유를 제한하지 않고 그의 예산조정(Haushaltsausgleich)을 위해하지 않을 것을 약속한 경우에만 허용된다. 여기에서 게마인테는 통합협약의 규정을 통해서 비경제적인 행동을 할 것이 의무화되어서는 안 된다는 사실이 도출된다.

잘못된 통합계약으로 맺어진 것이라면 감독청이 허가를 했다하더라도 이는 치유되지 않는다. 만일 30 여 년 동안 합쳐졌던 게마인테들이 통합계약이 잘못되었다는 이유로 해체된다는 것도 법률에 반하게 된다. 게마인테의 합병이 오로지 공공복리를 위해서만 가능했던 것처럼, 게마인테의 분리도 공공복리를 위해서만 가능해야 한다. 주민들의 존속보장 내지는 신뢰보호의 문제가 직접적인 법적 결과를 가져온다.

2) 프랑스

프랑스에서 구역획정의 경우 새로운 지방자치단체의 창설을 수반하는 경우에는 법률로 정한다. 기존의 지방자치단체의 구역의 변경을 가져올 뿐인 경우에는 레지옹의 경우에는 법률적 사항이고 나머지는 법규명령사항이다.

코뮌의 구역의 변경은 코뮌간의 구역 일부의 분합, 코뮌간의 합병, 코뮌간의 공동구역의 설정 시구역의 일부의 수용 등에 의해 발생한다. 그 절차는 지방자치법전(CGCT) L.2112-2 이하의 조문들에 규정되어 있다.

코뮌의 구역의 변경에 관한 결정은 데파르트망에 파견된 국가대표(프레페)의 명령(arrêté)²¹⁴으로 이루어지는데(다만, 면, 동의 경계

214) 집행기관(각부장관, 프레페, 코뮌의 시장)이 제정한 명령 혹은 규칙을 총칭

에 영향을 주는 변경은 데크레·décret에 의한다). 명령을 받하기 전에 반드시 공적 의견조사(enquête publique)절차를 거쳐야 한다. 코뮌의 합병(合併)의 경우에는 의견조사가 필수적이지 않다.

데파르트망의 경계변경에 대해서는 CGCT L.3112-1 에 따라 이루어지는데 관련된 모든 제파르트망 의회들의 동의가 있는 경우에는 Conseil d'Etat에서의 법규명령(décret en Conseil d'Etat)에 의해서 이루어지고, 동의를 받지 못하는 경우에는 법률에 의해 변경이 이루어진다.

레지용의 경계변경은 법률사항이다(CGCT L.4122). 다만 데파르트망의 경계의 변경에 따른 변경일 경우에는 법률로 정하지 않고 위의 데파르트망의 경계변경에서와 같은 방식, 즉 법규명령으로 변경이 이루어질 수 있다.

레지용의 변경은 각 레지용의회와 관련되는 각 도의 의회들의 요청으로 이루어질 수 있으나 중앙정부의 이 요구를 반드시 받아들여야 하는 것은 아니고 그 결정에 있어서 재량권을 가진다.²¹⁵⁾

2003년 3월의 헌법개정으로 명문화된 주민투표제에 의해 구역의 변경에 관한 주민의 의사표현이 가능하게 되었다. 이러한 주민투표에 대해 법률은 투표실시의 요건을 정할 수 있을 뿐이고 주민의 자치적 의사표현이 이루어지도록 보장하게 된다. 프랑스 헌법 제72-1조 제3항은 특수한 지위를 가지는 하나의 지방자치단체를 창설하고자 하거나 그러한 지방자치단체의 조직을 변경하고자 할 때 법률에 의해 당해 지방자치단체에 등록된 선거인들에게 의견을 구할 것을 결정할

하는 형식을 말한다. 형식적인 면에서 보면 아레떼는 그 기초가 되는 법률이나 시행령을 상기하는 서명(visas)과 문장들로 구성되고 필요한 경우에는 (복수의)조문으로 구성된다. 아레떼는 내용과 관련해서 명령(règlement), 개별적 행위(acte individuel)나 비법규적인 결정(décision non réglementaire)을 포함할 수 있다.

215) CE., 9 novembre 1984. Association Bretagne-Europe, Rec. p.354.

수 있다고 규정하고 있다.²¹⁶⁾ 지방자치단체의 경계의 변경도 아울러 법률에 정해진 조건에 따라 선거인들의 자문을 받을 수 있다고 규정하여 마찬가지로 주민투표의 가능성을 열어두고 있다. 이 특수한 지방자치단체의 창설과 경계변동에 관한 주민투표는 그 투표결과가 자문적이고 법적인 구속력을 가지지 않는다.²¹⁷⁾

3) 일본

가. 시정촌합병의 역사

일본의 일반지방자치단체의 종류는 도도부현과 시정촌으로 나뉘는데, 도도부현의 경우는 1871년 명치시대 폐번치현(廢藩置縣)의 조치로 확정된 행정구역이 그대로 유지되고 있으나, 시정촌은 명치시대 이후 2회에 걸쳐 전국적·계획적으로 합병되었다.

1889년에 이루어진 제1차 시정촌합병(메이지대합병)은 당시 7만여 정촌이 일거에 1만 5천여개로 줄여 1정촌당 3백 내지 4백호 단위를 기준으로 이루어졌는데, 약 1년에 걸쳐 완수되었다. 이는 개발·성장형합병이라고 한다.

두 번째 합병은 쇼와(昭和)대합병으로 1953년부터 1957년 무렵까지 이루어진 시정촌 합병은 사무재배분을 전제로 이루어졌다. 이 때의 기준은 정촌인구를 8천명으로 정했는데, 이 기준은 한 정촌에 소·중학교 1개를 세울 때의 최소한의 인구를 감안한 것이라 한다. 이 합병에 의해 당시 9천5백여개였던 시정촌은 3분의 1인 3천개로 격감했고 특히 인구 5천명 이하의 시정촌은 20분의 1로 감소하는 성과를 거두었다. 그 결과 정촌의 규모는 종전에 비해 2-3배의 규모로

216) 새로운 지방자치단체의 창설을 위한 주민투표로 코르스(Corse)에서의 주민투표가 실시된 바 있으나 주민투표결과 거부 의사가 우세하게 나타난 바 있다.

217) D. Chagnollaud, *op.cit.*, 179면.

커졌고, 평균인구도 7886명에서 24081명으로 약 3배 정도의 확대를 보았다. 이 시정촌 합병은 1953년 시행된 ‘정촌합병촉진법’을 그 법적 근거로 했다.

1960년대 이후 일본의 경제급속성장과 함께 도시생활권의 확장으로 또 다시 합병의 필요성을 느끼게 되었다. 특히 산업도시권 등 도시권의 광역행정상의 필요에 의한 북규수지방에서의 도시합병이 촉매역할을 하게 되었는데 중앙에서도 이에 발맞춰 1962년 ‘시의 합병특례에 관한 법률’, ‘신산업도시건설촉진법’, 1965년의 ‘시정촌합병의 특례에 관한 법률(합병특례법)’을 제정, 시정촌합병을 촉진했다. 이 법률은 당초에는 10년의 한시법이었으나, 그 후 개정하여 1995년까지의 한시법으로 되었다. 법률의 내용은 합병 후의 시정촌의 그간의 기득권, 예를 들어 의원의 정수라든가 임기, 선거구 및 교부세교부 등에 있어 불리하지 않게 하는 특례를 설정하는 것을 골자로 하고 이는 바 이 법률에 의해 1968년까지 134건, 204단체가 감소하는 합병이 이루어졌다. 합병의 유형은 대체로 현청소재지의 중심도시가 주변의 정촌을 흡수하는 형태가 99건, 같은 규모의 정촌이 합체하는 형식이 그 다음이었다.²¹⁸⁾

국가는 1995년에 합병특례법을 개정하여, 합병에 대한 입장을 중립에서 추진하는 쪽으로 변경하였다. 일본의 ‘지방분권일괄법’중 ‘합병특례법’(시정촌의 합병의 특례에 관한 연구)은 합병위원회 설치의 촉진, 예산 시정촌단위의 진흥, 의원의 정수·재임에 관한 특례, 재정조치의 확충, 합병에 소극적이 되는 사항에의 대응, 국가와 도도부현의 역할과 협력을 주요골자로 하여 1999년 7월 16일 공포됨과 동시에 시행되었다.²¹⁹⁾ 1999년의 동법개정에서 재정적 등 특례조치를

218) 최민호, 지방자치의 기본그릇-시정촌 우선의 원칙, 지방자치 1993. 10, 66-69면.

219) 김진욱, 일본의 지방자치 연구 (II) 합병특례법, 지방자치 2002. 12. 52면.

대폭 확대하고, 2001년에는 합병지원본부를 설치하여 합병지원클럽을 작성하는 등, 시정촌에 대한 강력한 합병을 추진하여 국가의 방침이 합병임을 명확히 밝히고 있다.²²⁰⁾ 이는 일본의 전체 시정촌 3,218개(2002.4.1)를 2005년 3월 31일까지 약 1,000여개로 줄이려는 ‘헤세이(平成)대합병’ 추진을 목적으로 하고 있다. 일본정부는 2002년 3월 시정촌 합병 추진을 위해 총무장관을 본부장으로 하는 ‘시정촌합병지원본부’를 내각에 설치하고, 동년 8월 ‘시정촌합병지원플랜’을 결정하여 시행하는 등 강력한 합병추진계획을 진행시키고 있다.

2005년 3월 합병특례법의 최종기한이 다가오자 전국적으로 시정촌합병에 관한 문제가 대두되고 있으며 전국각국에서 시정촌합병을 향한 움직임이 급속하게 이루어지고 있다. 수많은 지역에서 합병협의회 등이 설치되고 합병을 향해 추진해나가고 있는데 현재의 3217개 시정촌이 합병에 의해 2,000개 이하로 재편될 것이라는 조사결과가 공포되었다.²²¹⁾ 2005년 4월까지 전국적으로 시 739개, 정 1,317, 촌 339개로 총 2,395개에 달하고 있다.²²²⁾

나. 시정촌합병의 필요성 및 효과

시정촌합병의 필요에 대한 논의는 예전부터 있어왔는데, 그 중 가장 큰 이유는 일상생활권의 확대이다. 일상생활권이 확대됨으로써 광역적 행정뉴스에 대처하기 위해서는 시정촌의 구역도 그에 대응할 만큼 커져야 한다는 것이다. 그러나 광역적행정권의 설정이나 일부사무조합등의 활용을 이용할 수도 있을 것이다. 합병의 일반적인 효과는 조직체제, 주민서비스 및 지역진흥이라는 세가지 관점에서 정리될 수 있다. 최근 시정촌합병이 필요한 이유로서 지방분권의 진전, 소자

220) 横道清孝, 市町村合併の必要性と課題, 都市問題, 第94巻2号 2003年 2月号, 8면.

221) 横道清孝, 市町村合併の必要性と課題, 都市問題, 第94巻2号 2003年 2月号, 3면.

222) <http://www.pref.hiroshima.jp/chiiki/kouiki/gapei/hensen.html>.

고령사회·인구감소사회의 도래 및 국가와 지방을 연결하는 엄격한 재정상황이라는 3가지가 새롭게 추가되었다. 시정촌은 지방분권의 진전에 수반되는 자기결정·자기책임의 원칙하에서 행정운영·지역경영을 행하는 것이 가능하게 하기 위해, 국가전체의 인구가 감소하는 경향이 진행되면서 소자고령화에 대응해야하고, 지방교부세의 감소 등 재정규모의 확대가 있어야 한다.

시정촌의 적정규모, 규모의 이익, 즉 재정적 효율성이라는 관점에서 볼 때 합병에 의한 규모를 확대함으로써 그 개선과 향상을 기대할 수 있다. 인구가 10만에서 20만에 해당할 때 최저의 비용이 든다고 한다. 시정촌의 권한이라는 관점에서 볼 때 정촌에서 시의 복지사무를 수행하기 위해, 중핵시라는 곳에서 보건소를 유지하기 위함이다. 보건소의 복지사무소 두 가지를 충족시키기 위해 중핵시(인구 30만)이 기대되고, 작은 복지사무소를 두기 위해서는 인구 5만(현재 합병특별법에서는 3만)까지의 규모의 확대를 도모하고 있다.

다. 시정촌합병절차

먼저 합병을 하려고 하는 시정촌은 합병에 관한 협의를 하기 위한 협의회를 설치하여야 한다. 주민발의제도로써 유권자의 50분의 1이상의 서명을 받아 시정촌장에 대하여 합병협의회의 설치를 청구할 수 있다(합병특별법 제4조). 모든 관계 시정촌에서 동일한 내용의 청구가 있을 경우, 모든 관계시정촌장은 합병협의회 설치 협의에 대해 지방의회에 그 의견을 부의할 의무를 갖게 된다(합병특별법 제4조의 46항).²²³⁾

223) 2002년 10월 10일을 기준으로 주민발의총수는 183건으로 126개지역, 459개 시정촌이 발의하였고, 이 중 합병협의회 설치가 이루어진 건수는 30건(18지역, 59개 시정촌)이며, 98건은 이루어지지 않았고, 56건은 수속이 진행중에 있다. 총무성은 법정협의회, 임의협의회, 합병에 의한 연구회 등이 설치

그 밖에 시정촌합병추진특례법에 의하지 않고 관련된 시정촌이 자발적으로 구성하는 합병협의회와 시정촌합병추진특례법을 근거로 도도부현이 관련시정촌에 합병협의회의 설치를 권유한 법정합병협의회가 있다.²²⁴⁾

시정촌의 강제합병은 있을 수 없고, 관계시정촌의 신청에 기해서 행해져야 한다. 현행제도상 관계시정촌의회의 의결을 경유하여 도도부현지사가 당해 도도부현의회의 의결을 경유하여 정할 수 있는데, 이 신청에 대하여는 관계시정촌의회의 의결을 경유하지 않으면 안 된다(지방자치법 제7조 제1항 내지 제5항). 그러나 합병에 대해서는 주민의 대표인 시정촌장이나 시정촌의회의 판단에 위임한다. 국가나 도도부현이 합병을 강력하게 추진한다 하더라도 시정촌장이나 시정촌의회가 합병을 행하지 않으면 안 된다. 시정촌 합병의 필요성이 논해지기도 하지만, 현장에서는 그간의 합병으로 어느 정도 자치단체의 기본규모가 안정되었다는 사실과 합병은 장이나 의원수의 감소를 초래하기 때문에 자치단체의 지도부가 적극적이지 않다는 이유도 있어 그 진행이 원활이 이루어지지 못했다

라. 시정촌합병관련 주민투표

합병은 주민의 생활에 많은 관련성이 있다. 합병은 주민이 결정할 수 있는 것은 아닌데, 주민투표를 행하는 것이 가능할까. 종래의 합병위원회는 비공개가 당연하게 전제되었다. 시정촌의 존재를 다루는 협의를 행하거나 엄격한 교섭이나 의회를 공개하지 않았지만 최근의 합병협의회는 원칙을 공개로 하고 있다. 합병위원회의 공개는 공보지나 인터넷을 통해서 주민들에게 적극적으로 자료를 공개한다. 합병에

된 건수가 618건, 시정촌의 수는 2,495개로 전체 시정촌의 약 78%가 시정촌의 합병을 검토하고 있다. 김진욱, 앞의 논문, 54-55면.
224) 김필두 외, 일본 시정촌 합병사례연구, 한국지방행정연구원 2004.5. 참조

대하여 주민의 의사를 확인하기 위해 주민투표를 행하는 시정촌이 나오고는 있으나 그 주민투표에는 법적 구속력이 없다. 그 의미는 앙케트조사와 동일하다는 것이다. 또한 국가는 2000년에 주민투표제도를 도입한 합병특례법의 개정을 행하면서, 합병의 정부에 대해서는 아니고 법정합병협의회의 설치에 관해서 투표하도록 하고 있다.²²⁵⁾

지방교부금의 재검토를 통한 지방자치단체간의 합병유도²²⁶⁾는 개

225) 横道清孝, 10면. 이 주민투표는 법정합병협의회의 설치를 구하는 주민발의가 의회에서 부결될 경우에 시정촌장의 판단 또는 주민 1/6의 서명을 받으면, 그 결과가 의결에 대한 법적 효력을 가지는 것이다.

226) 첫째, 합병한 시정촌에 교부하는 보통 교부세액은 합병된 연도 및 합병 후 10년간에 대해서 합병을 하지 않았던 경우 받아왔던 각 시정촌의 교부금 합계액을 전액 보상하고, 그 후의 5년간에 단계적으로 감소시켜 합병 후에 교부되는 본래의 금액이 된다. 또한 합병 직후에 필요로 하는 행정의 일체화(기본 구상의 책정·개정·컴퓨터 네트워크 정비 등)에 필요한 임시적 경비에 대해서는 5년간에 걸쳐 보통 교부세액에 포함시켜 지원되고 상한은 30억엔이다.

둘째, 특별교부세에 관련된 조치로 합병에 수반해 행해지는 새로운 마을 만들거나 합병한 시정촌간의 공공요금, 공채비 부담의 격차를 없애거나 도시개발 공사의 경영을 건전화시키기 위해서 필요한 경비에 대해 3년간에 걸쳐 특별교부세가 교부된다.

셋째, 합병특례채에 관계된 조치로 합병연도 및 이후 10년간 계속하여 시정촌 건설계획에 근거하는 대상사업 가운데 특히 필요하다고 인정되는 사업에 필요로 하는 경비에 대해 합병특례채를 충당할 수 있다. 기금대상사업으로는 합병한 시정촌간의 도로·다리·터널 등 정비, 주민이 모이는 운동공원 등의 정비 등과 같은 합병 후의 시정촌의 지역주민의 연대강화 또는 합병관계 시정촌의 구역에 있어서 지역진흥 등을 위한 사업이다. 충당률은 대상사업비의 약 95%로 하고, 그 원리상환금의 70%에 대해 다음 연도 보통교부세의 기준 재정수요액에 삼입하게 된다.

그 외의 재무행정 조치로 합병협의회의 설치 등 합병준비에 필요한 경비에 대한 특별교부세 조치가 되는 것 이외에도 2000년부터는 1999년도 이후에 설치된 법정합병협의회의 구성 시정촌에 대해서 합병준비보조금이 추가로 교부되고, 2005년 3월 31일까지 합병한 시정촌에 대해서 합병시정촌보조금이 교부되는 '시정촌합병추진보조금제도'가 창설되었다.

시정촌의 합병과 관계되어 시정촌 건설계획의 작성 및 합병 준비 등에 필요한 경비 등에 대해 140 시정촌에 500만엔을 상한으로 하는 정액보조 '합병준비보조금'을 올해 예산안으로 7억6천5백만엔 책정하였으며, 2005년 3월 31일까지 합병한 시정촌에서 합병시정촌에 대해 통일적으로 임무를 수행하는데 필요하거나, 주민행정 서비스의 수준확보에 이바지하는 사업 등에 필

정된 합병특례법 제1조의 ‘자주적인 시정촌의 합병 추진’이라는 취지에 반한다는 우려의 목소리도 높다. 2001년 11월 28일 전국 도시오아 시정촌장 대회에서 각각의 도시와 촌은 역사적인 경위·문화·풍토나 자연적·지리적 조건 등이 다르다는 점을 들어 강제 합병에 반대하는 결의를 채택하기도 하였다. 또 하나의 일례로 후쿠오카현 옹가군의 4개의 정에 대한 합병에 대해 아시아마치정 주민의 의하을 조사한 결과 합병에 반대하는 의견이 유효 회답의 55%를 넘었으며, 아시아마치 의회에서도 합병을 부결하여 사실상 후쿠오카현 옹가군의 4개의 정에 대한 합병은 이루어지지 않았다. 합병협의회가 설치되었지만 합병에 이르지 못한 지역도 상당수 있다.²²⁷⁾

(2) 우리나라의 구역변경

우리나라는 광역자치단체와 기초자치단체로 2계층제를 이루고 있는데, 광역자치단체로는 1개의 특별시, 6개의 광역시, 9개도가 존재하고, 기초자치단체는 74개의 시, 91개의 군, 69개의 자치구, 총 234개가 존재한다. 행정의 효율성 면에서 뒤처지고 원스톱 민원 서비스 정신에도 맞지 않고, 교통과 통신이 발달한 현재에는 지방자치단체의 발전과 경쟁력강화에도 별다른 도움이 되지 못하며, 도 단위로 형성된 지역감정은 바람직한 정치문화의 형성과 지방발전에 도움이 되지 못한다는 점을 들어 자치단체의 종류의 변화, 지역통폐합 등이 논의되고 있는 실정이다.²²⁸⁾

요한 비용에 대해 합병관계 시정촌 인구에 비해 2천만엔부터 1억엔을 합병한 연도부터 3년간에 걸쳐 ‘합병시정촌보조금’을 교부한다.
www.kantei.go.jp/jp/singi/gappeisien, 김진욱, 앞의 논문 54면.

227) 김진욱, 앞의 논문, 55면.

228) 심재덕, 지방행정체제의 개편필요성과 방법론, 국회, 바람직한 행정구역 개편 대토론회, 2005.11.24. 19면. 국회는 2005년 10월 19일 여야 의원 20명으로 구성된 ‘지방행정체제개편 특별위원회’를 구성하여 2006년 2월 28일까지

1) 관련법률

헌법은 지방자치단체의 계층에 대하여는 직접 규율하고 있지 않고, 지방자치단체의 종류를 법률로써 정하도록 하고 있기 때문에, 지방자치단체로서의 법적 지위를 갖는 조직체를 지방행정기관으로 설치하거나 폐지하기 위해서는 반드시 법률로 규정하여야 한다. 이는 지방자치법 제4조 제1항에서 “지방자치단체의 명칭과 구역에 관하여 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정하도록” 하고, 제2항은 “지방자치단체를 폐치·분합하거나 그 명칭 또는 구역을 변경할 때에는 관계지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 하며 다만, 주민투표법 제8조의 규정에 의하여 주민투표를 실시한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.²²⁹⁾ 그 반면에 지방자치단체로서의 법적 지위를 갖지 못하는 지방행정기관의 설치와 폐지에 관해서, 즉 읍, 면, 동은 법률에 의하지 않고도 설치나 폐지가 가능하다.

지방자치법 제13조의 2 제1항은 주민투표의 대상으로 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항에 대하여 지방자치단체장이 주민투표를 붙일 수 있도록 하고 있으며, 이에 대한 구체적인 사안은 따로 법률로 정하도록 동조 제2항에서 규정하고 있다.

주민투표법 제8조는 제1항에서 명시적으로 “중앙행정기관의 장은 지방자치단체의 폐치(폐치)·분합(분합) 또는 구역변경, 주요시설의 설치 등 국가정책의 수립에 관하여 주민의 의견을 듣기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 주민투표의 실시구역을 정하여 관계 지방자

지 활동하였다.

229) 주민투표법 제정 후에 단서조항이 첨가되었음(2006. 1.11 단서개정).

치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 미리 행정자치부장관과 협의하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 조문은 주민투표결과의 확정(제24조)의 예외를 적용하고 있으므로, 주민투표에 부쳐진 사항은 주민투표권자 총수의 3분의 1 이상의 투표와 유효투표수 과반수의 득표로 확정되는 것이 아니라는 점을 명시하여 양케이트적 성격을 강조하고 있다.

2) 시행사례

지방자치단체의 구역변경 및 폐치·분합에 관하여 제정된 법률은 다음과 같다. 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률²³⁰⁾ 및 경기도평택시등5개도농복합형태의시설치등에관한법률²³¹⁾, 경기도과주시등5개도농복합형태의시설치등에관한법률²³²⁾의 경우에는 시와 군을 통합하여 도농복합형태의 시를 설치하는 형태였다.

그러나 경기도안성시등2개도농복합형태의시설치등에관한법률²³³⁾, 경기도화성시등2개도농복합형태의시설치등에관한법률²³⁴⁾, 경기도양주시·포천시도농복합형태의시설치등에관한법률²³⁵⁾의 경우는 기존의 군을 도농복합형태의 시로 승격시키는 내용이었기 때문에 지방자치단체의 구역변경등과 관련된 분쟁의 소지가 없었다.

그 외에 부산광역시등4개시·도의관할구역변경에관한법률²³⁶⁾ 서

230) 제정 1994.8.3 법률 4774호,

231) 제정 1995.5.10 법률 제4948호

232) 제정 1995.12.6 법률 제4994호

233) 제정 1997.12.17 법률 제5458호

234) 제정 2000.12.20 법률 제6280호

235) 제정 2003.7.18 법률 6928호 수도권 배후지역으로서 높은 인구증가와 도시화·산업화의 추세에 있는 경기도 양주군 및 포천군의 2개 군을 도농복합형태의 시로 개편하여 당해 지역 주민생활의 편익을 증진시키고 도시와 농촌지역간의 균형적인 발전을 도모하려는 것임

236) 제정 2000.1.12 법률 제6114호

울특별시광진구등9개자치구설치및특별시·광역시·도간관할구역변경 등에관한법률,²³⁷⁾ 울산광역시설치에 관한 법률이 있었다.

3) 헌법재판소의 판례

가. 경기도 남양주시등 33개도농복합형태의시설치등에 관한 법률 제4조(헌법재판소 1994.12.29, 94헌마201), 제8조 (헌법재판소 1995. 3.23, 94헌마175)위헌확인²³⁸⁾

이 두 판결은 우리나라의 지방자치단체의 폐치분합과 관련하여 지방자치단체의 존속보장, 지방자치단체 주민의 청문권보장 등을 다룬 대표적인 판결이다.

첫째, 지방자치단체(地方自治團體)의 폐치(廢置)·분합(分合)에 관한 것은 지방자치단체(地方自治團體)의 자치행정권(自治行政權) 중 지역고권(地域高權)의 보장문제임을 인정하고, 대상지역 주민들은 그로 인하여 인간다운 생활공간에서 살 권리, 평등권(平等權), 정당한 청문권(聽聞權), 거주이전(居住移轉)의 자유, 선거권(選舉權), 공무담임권(公務擔任權), 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장(社會保障)·사회복지수급권(社會福祉受給權) 및 환경권(環境權) 등을 침해받게 될 수도 있다는 점에서 기본권(基本權)과도 관련이 있어 헌법소원(憲法訴願)의 대상이 될 수 있다고 판시하고 있다.²³⁹⁾

둘째, 이 사건은 주민투표법이 제정되지 않은 상태에서 지역주민의 의사를 반영하는 방법으로서 당시 법률이 정한 지방의회의 의견 외에 해당주민의 의사를 청취해야 할 필요가 있는가에 대한 것이 논의되었다.

237) 제정 1994.12.22 법률 제4802호

238) 이 결정에 대한 평석으로, 정재황, 법률제정절차에 관한 위헌심사례 - 도농복합형태의 시설치법률의 위헌확인, 법률신문, 1996.2.12. 참조.

239) 헌재 1994.12.29. 94헌마201, 판례집 6-2,510.

94헌마201사건에서는 중원군수가 주민투표에 갈음하여 실시한 중원군과 충주시의 통합에 관한 주민의견조사를 하였는데, 이는 청문절차의 일종으로서 중원군과 충주시의 통합에 관한 중요한 사항과 그 근거에 관하여 공청회를 개최한 사실을 들어 청구인들을 비롯한 주민들에게 고지하고 의견을 진술할 기회를 부여한 것으로 적법절차조항에 합치된다고 판단하였다. 또한 주민의견조사의 결과도 국회의 공공복리를 위한 이익형량의 자료로 작용할 뿐 국회에 대한 직접적인 구속력이 없다고 판시하였다.²⁴⁰⁾

94헌마175사건에서는 영일군수가 영일군을 폐지하고 영일군 일원과 포항시 일원을 합하여 포항시를 설치하는 데 대한 찬성여부에 관하여 공청회를 개최하였고²⁴¹⁾, 지방자치법에 따른 지방의회의견청취와 관련하여 군의회에서는 재적의원 16명 중 반대 12로 부결되었고, 도의회에서는 찬반 동수로 부결되었다. 헌법재판소는 지방자치단체, 즉 해당 군 및 도의회의 결의에 반하여 법률로 군을 폐지하고 타시에 병합하여 시를 설치한다 하여 주민들의 자치권을 침해하는 결과가 된다가거나 헌법 제8장에서 보장하는 지방자치제도의 본질을 침해하는 것이라고 할 수 없다고 하였다. 만일 국회가 지방의회의 의견에 구속된다면 지방자치단체의 폐지·분합은 법률의 규정에 의하도록 한 입법취지가 몰각될 뿐만 아니라 국회에 대한 지방자치단체의 의회의 우위(優位)를 초래하는 결과가 될 것이라는 점을 강조하였다.

또한 폐치분합에 있어서의 이른바 청문절차는 자치단체와 그 주민은 자신의 이해관계와 관련하여 그 법적 지위를 확보하기 위하여 국가적인 재편계획에 대하여 의견을 표명할 기회를 주는 것으로 한정

240) 현재 1994.12.29. 94헌마201, 판례집 6-2,510,530.

241) 또 당시 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표에 관한 절차법이 아직 제정되지 않았으므로 동법조 소정의 주민투표에 갈음하여 주민의견조사를 실시한 결과 총세대 52,475세대 중 48,591세대가 참여하여 통합에 83.5%가 찬성하였다. 청구인은 이 결과의 비민주성을 지적하였다.

하였다. 입법자가 공공복리를 이유로 지방자치단체의 폐지·병합의 결정을 내리기 전에 일반적으로 상반되는 이익들 간의 형량이 선행되어야 하는데, 이를 위해서는 이해관계자들의 참여가 필요하다고 판시하였다.

재판관 조승형은 다수의견에 대한 반대의견으로 국회로서는 이 사건 법률을 제정하기 이전에 최우선적으로 지방자치법 제13조의2 제2항 소정의 주민투표에 관한 법률을 제정하고 그 시행 후 지방자치단체의 장이 주민투표를 부치는지 여부를 지켜보고, 주민투표에 부쳤다면 그 투표결과를 확인한 후 주민의 의사와 지방자치단체의 의회의 찬성의결(贊成議決) 내용을 참작하고, 그 의사나 의결내용이 상반하면 주민의사에 따라 입법 여부를 결정하고, 그 의사나 의결이 동일하면 그대로 입법 여부를 결정해야 할 것이며, 그 의사나 의결에 반하여 입법해야 할 정도로 극단의 사정이 있을 때 비로소 그 의사나 의결에 반하여 입법할 수 있을 것인데, 그와 같은 순차로 입법사절차를 밟아야 함은 헌법상의 적법절차(適法節次) 원칙에 의하여 요구되는 것인데, 이 사건 법률의 경우를 살펴보면 국회는 우선 입법을 하여야 할 주민투표법을 제정하지 아니하고, 따라서 적법한 주민투표에 의한 주민의사를 확인하지 아니하였으므로 적법절차를 밟지 아니한 채 국회 임의로 제정한 것에 불과하여 위헌·무효라고 주장하였다.

나. 제주시등과 행정자치부장관등간의 권한쟁의(2005. 12. 22. 2005헌라5 전원재판부) 및 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시조성을 위한 특별법안 제15조 제1항 등 위헌확인(2006. 4. 27. 2005헌마1190 전원재판부)

첫째, 청구인들은 지방자치제도를 통한 다원적 민주주의 실현과 권력통제를 위해서 지방자치단체의 종류가 수직적으로도 다양한 계층

구조를 되어야 한다고 주장하여, 기초자치단체를 모두 폐치하면 지방자치법 제2조 1항과 헌법 제117조의 제도적 보장의 본질적 내용을 침해하고, 기초자치단체의 자치기능과 자치사무보장을 침해한다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장에 대해 헌법재판소는 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다고 판시하였다. 즉 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 하고, 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것으로 판시하였다.²⁴²⁾

둘째, 지방자치단체의 주민의 청문권과 관련하여서는 과거의 경기도 남양주시등 33개도농복합형태의시설치등에 관한 법률에 관한 두 개의 판결 당시와는 달리 그동안 법률의 개정이 있었다. 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 지방자치법 제13조의2 제1항은 “지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 붙일 수 있다.”라고 규정하였는데 2004. 1. 29. 법률 제7128호로 개정 시 현행과 같이 지방자치단체의 폐치·분합에 관한 부분이 삭제되었다. 그 대신 주민투표법 제8조 제1항에

242) 헌재 2006.4.27. 2005헌마1190, 공보 115, 710면.

서 이를 규정하였다. 즉 과거의 지방자치법에서는 지방자치단체의 폐치·분합시 주민의 의견을 듣기 위한 주민투표는 지방자치단체장의 주도로 실시하게 규정하였으나 주민투표법을 제정하면서 이를 국가 정책에 관한 주민투표로 예시하고 중앙행정기관의 장이 요구하였을 때 실시하도록 규정한 것이다.

주목할 만한 것은 제주도에 의하여 그 전역에서 투표가 실시되는 것이 적법절차상의 청문권의 요청에 부합하는 것이라 하더라도, 그 결과 일부 폐지되는 지방자치단체에서 반대하는 의견이 더 많았다면 입법자는 이에 구속된다는 청구인의 주장에 대하여 헌법재판소는 재차 종래의 입장을 강조하고 있다.

(3) 분석 및 제언

외국과 우리나라는 지방자치의 제도적 보장에 입각하여 개별지방자치단체의 존속을 보장하고 있지는 않다. 다만, 지방자치단체의 폐치·분합에 관한 내용에서 강조하는 것은 법률, 공공복리에의 적합성, 주민들의 사전청문여부이다.

헌법재판소가 다룬 내용을 구체적으로 살펴보면, 과거의 경우 주민의 의견을 개진할 수 있는 장으로서 공청회의 개최여부와 지방의회의 의결을 거친 경우이면 적법한 절차를 거친 것으로 보았다. 지방자치단체의 폐치·분합에 대한 주민투표를 통한 의견개진은 지방의회의 의견을 필요로 하지 않으며, 이 주민투표의 결과가 입법에 있어 구속력을 갖지 않는다는 것은 주민투표법제정과 지방자치법 개정 이후에는 단순하게 그 절차만을 확인하는 듯한 경향이 있다.

주민투표의 결과가 법적으로는 입법자를 구속하지 않을 수는 있겠으나, 주민투표에 의한 주민투표의 결과를 무시할 경우 입법자는 그의 입법의 정당성확보를 입증하여야 할 것이다. 이것이 문제가 될 경

우에 헌법재판소는 단순히 주민투표가 있었고, 주민투표법에 의해 그것이 단순히 양케이트적 성격만을 가지고 있다고 판시하는데는 부족함이 있다.

구역개편과 관련된 심사에 있어서 가장 중요한 것은 공공복리와 사전의 해당 지방자치단체의 청문(Anhörung)여부이지만, 그 실질을 심사해야 할 것이며, 그 기준을 제시할 경우 지방자치단체 및 법률을 제정하는 입법자는 그 폐지·분합에 대해 좀 더 신중을 기하게 될 것이다.

독일의 연방헌법재판소판례를 통해서 드러난 것처럼 헌법재판소는 그 공공복리와 지방자치단체의 존속보장, 지역고권등을 비교형량하여야 한다.

청문여부를 심사하는데 있어서도 ㄱ) 주민들에게 얼마나 많은 중요한 사실, 장점 뿐 아니라 단점을 정확히 알려주었는지, 모든 것이 결정된 후에 급박하게 정당성확보를 위해 청문이 실시된 것인지, 청문의 시기 등도 살펴야 할 것이다. 또한, ㄴ) 입법자가 중요한 사실 관계를 잘못 조사하거나 또는 불충분하게 조사하여 이에 기초한 경우, ㄷ) 입법자의 결정이 모든 공익의 근거 및 규율의 장점과 단점을 포괄적이고 실감할 수 있는 방법으로 형량하지 않은 경우, ㄹ) 구역개편의 목적이 종래의 상태에 비하여 보다 나쁘게 되는 경우, ㄴ) 구역개편의 목적이 부적절하거나 또는 목적달성을 위한 조치가 불가피하게 요구되는 것이 아닌 경우, ㄷ) 입법적 구역개편조치로 발생한 주민 및 새로 편성된 지방의 지역사단에 대한 침해와 당해 입법조치로 인한 이익간에 균형을 상실하는 경우(손해-편익-분석) ㄸ) 법치국가적 자의금지원칙에서 파생되는 사실의 정당성 및 체계의 정당성이 고려되지 않은 경우 ㄹ) 입법자의 목적의 형성, 사실의 형량, 평가 및 예측이 명백히 잘못되거나 명확히 반박 가능한 경우 또는 헌법적

가치질서와 모순되는 경우에는 위헌으로 선언되어야 할 것이다.²⁴³⁾

4. 명칭권(Namensrecht)

구역과 마찬가지로 지방자치단체의 이름은 다른 지방자치단체로부터 구분된다. 우리 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 명칭은 종전에 의하고 이를 변경할 때에는 법률로써 정하도록 하고 있다. 독일 각 주의 지방자치법에 따르면 지방자치단체는 역사적으로 오늘날까지 전래된 지역의 명칭을 사용할 주관적·공법적 권리를 향유한다.²⁴⁴⁾

(1) 독일에서의 명칭권

지방자치단체의 명칭권은 “공법상의 인격권”으로 표현된다. 명칭은 계마인데에 대하여 법적인 일치성을 부여하고 외부적으로 그 인격성을 나타내는 표식이다. 역사적으로 전래된 계마인데의 자치행정권의 한 부분으로 계마인데가 역사상의 어느 시기에 정해진 바 있는 특정한 명칭을 사용할 수 있는 권리라고 인정하고 있다. 이와 관련하여 명칭을 변경하는 경우와 명칭사용에 배타적 권한을 가지는지가 문제되고 있다.

독일의 경우 계마인데와 계마인데연합의 명칭변경은 지방의회의원 3/4의 찬성에 의해서만 가능하고 주 내무부장관의 허가를 필요로 한다.²⁴⁵⁾ 법률에 의해 이루어진 지역개편으로 인해 신설된 계마인데에 대해 새로운 명칭이 부여된 경우 당해 계마인데가 그 명칭권과 관련

243) Stern, a.a.O., S. 410f.

244) BVerfG, DVBl. 1982, 534.

245) §13 Abs. 1 S. 2 NWGO, §12 Abs. 1 S. 2 NWKrO.

하여 어떤 권리를 갖는가 하는 점에 대하여 연방헌법재판소의 판례는 분명한 결론을 내리고 있지 않다.²⁴⁶⁾ 다만, 입법자가 명칭을 정하는데 있어서 공공복리를 고려하고 있고, 명칭권은 지방자치의 헌법적 보장에서 직접적으로 이끌어낼 수 있다는 사실만을 명시하고 있다. 또한 명칭권은 역사적으로 형성되어 온 헌법상 보장된 지방자치 행정의 본질부분에 속한다고 볼 수 있으므로, 게마인데 명칭의 변경은 오직 그것이 행해지기 전에 당해 게마인데의 청문이 있는 후에야 가능하다고 한다.²⁴⁷⁾

또한 현존하는 게마인데나 크라이스가 자신의 명칭을 사용하는 권리는 절대적인, 모든 사람에게 유효한 기본법 제28조 제2항에 의한 헌법적 보장을 받는 포괄적인 권리라고 파악하고 있다.

원칙적으로 사인에 의한 위법한 명칭권침해는 독일민법전(BGB) 제12조에 의거하여 사법상의 성명권보호를 주장할 수 있다. 독일연방행정재판소도 1974년 2월 8일자 판결에서 “... 민사법원 역시 공법상의 법인에 대하여 BGB 제12조에 기한 성명권을 보호할 수가 있다. 게마인데의 명칭이 사법상의 법률관계에서 무단으로 사용됨으로써 공법상의 법인이 사법상의 경제생활에 관여한다는 인상을 야기하는 것은 사실상 민법상의 쟁점으로 사법상의 자연인 내지 법인의 성명권보호 문제와 구별되지 않는다.”고 판시하였다.²⁴⁸⁾

지방자치단체의 명칭권을 국가나 지방자치단체가 침해한 경우에는 독일민법 제12조를 적용함이 없이 직접 기본법 제28조 제2항으로부터의 방어청구권이 인정되고, 사적 거래에서의 침해가 있을 경우에는 기본법 제28조 제2항, 각주의 헌법 외에도 추가적으로 민법 제12조에 의한 청구권도 인정된다.

246) BVerfGE 59, 216.

247) Ipsen, a.a.O., S. 57. Vgl. BVerfGE 52, 216(228 f.).

248) BVerwG, DÖV 1980, 97.

지방자치단체명칭의 사법적인 보호와 가능한 표시는 무엇보다도 상업적인 목적으로 지방자치단체의 명칭을 사용할 경우 허가받아야 한다는 것을 의미한다.²⁴⁹⁾ 지방자치단체의 이름과 관련성을 가진 특별한 물품은 그들의 선전효과 때문에 다방면으로 환영받기 때문이다.²⁵⁰⁾

독일 민법 제12조에서 나오는 명칭권보호의 내용은 방해제거권(Beseitigungsanspruch)와 부작위청구권(Unterlassungsanspruch)이다. 따라서 적극적인 행위에 대한 청구권은 인정되지 않고, 게마인데는 단지 그들이 사용하는 이름이 올바르게 사용될 수 있을 것만을 요구할 수 있을 뿐이지 이름을 사용하도록 요구할 수는 없다.²⁵¹⁾

독일 연방행정재판소는 “Gronau” 판결에서 명칭권을 다루었다. Gronau시는 다른 게마인데와 혼동을 피하기 위해서 니더작센 주의 내무부로부터 “Leine”란 이름을 추가하도록 허가받았다. 연방철도청은 그 지역에 있는 역의 명칭으로 “Gronau(Hann.)”을 쓰고 있었는데 지방자치단체가 그 역의 명칭을 바꾸고, 기차운행표에도 “Gronau(Leine)”로 바꾸어달라는 요청을 하였다. 이에 철도청은 행정적인 명칭이 이미 도입되어 있고, 이러한 변경은 비례원칙에 적합하지 않을 만큼의 고비용을 초래하기 때문이라는 이유로 요청을 거절하였으나 이에 대하여 Gronau시는 연방철도청을 상대로 니더작센의 지방자치법 제13조를 존중하여 부작위소송을 제기하였다.

연방행정재판소는 게마인데가 비공식적인 지방자치단체의 이름사용을 금지하는 소송을 제기하는 경우 문제가 된 게마인데의 이름이 그에게 부과된 공법상의 임무와 의무의 수행에 사용되는 경우에는

249) 지역특산물인 뤼벡 마치판, 도르트문트의 맥주, 뉘른베르그의 크라스마스과자 등.

250) Ipsen, a.a.O., S. 58.

251) Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., S. 44-45.

공법적인 것으로 보아 행정재판소에의 제소가 옳은 것으로 보았다. 니더작센주의 지방자치법이 지방자치단체 명칭의 잘못된 사용에 방 어할 수 있는지에 대해서는 명시하고 있지 않지만, 민법 제12조의 부작위청구권을 보충적으로 인용했다. 또한 연방철도가 공법상의 교통관련영조물로서 공법상의 사무와 의무를 수행하고 있다는 점을 명 시하여 일반적인 명칭권과는 다름도 언급하였다. 지방자치단체의 명 칭변경을 지방자치단체의 손에 맡기지 않고, 상급 지방자치단체의 감독청 또는 주정부에 맡긴 이유는 명칭변경과 관련된 모든 사안과 그 이해관계를 보장하기 위함이다. 주의 관할행정청은 명칭변경으로 인 해 소요되는 비용도 고려에 넣어야 한다. 예를 들어 지방자치단체의 이름에 피할 수 없는 혼돈위험이 있을 경우에는 해당 공공단체에 피 해가 있거나 비용이 드는 결과를 초래한다 하더라도 명칭변경은 적 법하다.²⁵²⁾ 철도와 지방자치단체의 서로 상이한 이해들 간의 형량은 지방자치단체가 공적인 형태의 명칭을 사용할 필요성이 연방철도의 기업적인 필요성보다 더 클 것을 요구한다. 연방철도청이 역명칭변경 비용을 모두 부담하도록 결정되었다.

(2) 우리나라 지방자치단체의 명칭권인정여부

1988년 전면개정된 지방자치법 제4조는 원칙적으로 지방자치단체 의 명칭은 종전에 의한다고 규정하고 있다. 지방자치단체의 명칭은 지역사회의 구성원으로서 개인의 소속감과 정체성에 영향을 주기 때 문에 주민의 대표나 주민들의 직접적인 의사표명에 반하는 입법자의 독단적인 의사결정에 대한 제약이라 할 수 있다. 이에 따라 강원도 춘성군은 그 명칭을 춘천군으로 변경할 때 “경기도고양시설치와강원

252) BVerwGE 44, 359.

도춘성군의 명칭변경에 관한 법률”로 정하였다.²⁵³⁾

최근 헌법재판소에서 다루어진, 본 역사건물의 대부분이 아산시의 행정구역내에 속하고, 천안시의 행정구역은 일부에 속하는데도 역사의 명칭을 “천안아산역(온양온천)”으로 정한 건설교통부장관의 결정은 재량권을 일탈, 남용하여 청구인에게 헌법상 보장된 지방자치권의 한 내용인 영토고권을 침해하였다며 권한쟁의심판을 청구한 사건에서 명칭권에 대한 명시적인 언급은 없었다. 이는 지방자치단체의 명칭권과 관련이 있는가?

헌법재판소는 지역 내의 고속철도 역의 명칭은 단순히 고속철도 역의 명칭에 불과할 뿐이고 역 소재지 주민들의 권리관계나 법적 지위에 영향을 주는 것이 아니므로, 구체적으로 아산시의 관할구역에 세워진 이 사건 역의 명칭을 “천안아산역(온양온천)”으로 결정하였다고 하여 아산시에 거주하는 청구인들에 대하여 어떠한 기본권 기타 법률상 지위를 변동시키거나 지역 자긍심을 저하시키거나 기타 불이익한 영향을 준다고 볼 수 없다고 판시하였다. 또한 전문가회의와 주민들의 투표를 거쳐 결정된 사안이라는 사안임을 강조하였다.²⁵⁴⁾ 또 부산신항(영문명칭: Busan New Port)과 같이 단순히 항만(港灣) 해상구역의 명칭에 불과한 경우에는 해상구역 인근의 지방자치단체에 거주하는 지역주민들의 기본적 권리와 직접 관련이 있다고 보기는 어렵다고 판시하였다.²⁵⁵⁾

위의 두 판례의 경우는 주민의 기본권침해와 관련하여 판단하였고, 양 지역에 걸쳤기 때문에 자신들의 명칭만 쓰도록 지방자치단체가 명칭권을 사용할 수는 없었겠지만, 지방자치단체의 정체성보장이라는

253) 제정 1991.12.14 법률 제4417호. 제2조 (강원도 춘성군의 명칭변경) 강원도 춘성군을 춘천군으로 한다.

254) 헌재 2006.03.30. 2003헌마837, 공보 114, 552-553.

255) 헌재 2006. 8. 31.2006헌마266.

의미에서 지역 내에 있는 공공시설 등에 자신들의 이름을 적법하게 사용해달라고 청구할 수 있는 권리 또한 지방자치의 제도적 보장이란 내용이라는 것도 지적되어야 할 사항이라고 보여진다.

제 3 절 지방자치와 선거

“풀뿌리 민주주의”, “민주주의의 학교”를 지향하는 지방자치제도는 우리나라의 경우 그 민주성의 제고를 두려워한 집권세력때문에 제3공화국에서 제5공화국까지 부칙조항²⁵⁶⁾에 의해 30년이라는 휴면시기를 맞이할 수 밖에 없었고, 우리의 민주주의 역사는 그만큼 더딜 수밖에 없었다. 1987년 6월 10일 항쟁에서 얻어낸 대통령직선제, 헌법재판소의 개소, 지방자치제의 부활은 민주주의의 새로운 탄생을 의미하는 결실이라는 데 더욱 그 의의가 깊다. 1991년의 지방의회의원 선거, 1995년의 지방자치단체장 선거를 시작으로 2006년 5월 31일 제4대 동시지방선거까지 치르게 되었는데, 그간 지방선거를 둘러싸고 헌법재판소에서 다투어졌던 문제는 기초의회의원선거에서의 정당표명제의 위헌여부가 특수한 문제이고, 다른 부분은 선거일반원칙에 관한 내용이 주를 이루었다. 2005년 개정된 공직선거법에서는 선거구획정과 관련하여 입법자가 정한 내용을 구체화시키는 과정에서 그 입법취지를 어떻게 살려야 하는가, 그에 대한 위헌논의를 제기하였으나 헌법재판소에서는 본안판단에 들어가지 못하였다.

256) 제3공화국 헌법 부칙 제7조 3항은 “이 헌법에 의한 최초의 구성시기에 관하여는 법률로 정한다” 제4공화국 헌법 부칙 제10조는 지방의회를 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다. 제5공화국에서는 지방의회의 구성시기를 법률로 정하도록 하여 사실상 의회를 구성하지 않음으로써 지방자치를 위면했다.

1. 외국의 지방선거

(1) 미국

미국 연방은 지방선거에 관한 부분을 주법에 위임하고 있고, 주법은 또 상당히 많은 사항을 카운티 혹은 시에 위임하고 있다. 따라서 미국의 각 지방자치단체는 지역특성에 맞는 제도를 발휘하여 운영할 수 있는 길이 열려 있다. 미국의 시는 일당지역(one-party area)과 비정당 선거(nonpartisan elections)를 특징으로 하는 소도시 선거와 정당간 경쟁이 치열한 대도시 선거와는 많은 차이가 있다.²⁵⁷⁾

미국의 지방의회의 크기나 의원선거방식은 지방정부의 구조와 도시규모에 따라 다르다. 의회-시장구조를 취하는 미국의 지방자치단체는 인구 구성면에서 이질적 성격을 지닌 대도시에서 채택되고 있으며, 소선거구제와 정당참여선거를 허용하고 있으며 가장 큰 시카고시와 뉴욕시는 각각 50명, 51명이다.²⁵⁸⁾ 뉴욕, 로스앤젤레스, 시카고시는 소선거구방식에 의해 의원 전원을 선출하나 디트로이트시, 샌프란시스코시, 콜럼부스시는 대선거구방식에 의해 의원 전원을 선거하며, 필라델피아시는 의원 17명 중, 대선거구방식에 의해 7명을, 소선거구방식에 의해 10명을 각각 선출하고 있다.²⁵⁹⁾ 의회-시관리인 제도는 중소도시, 특히 동질적 성격을 지닌 지방자치단체에서 발견되며, 대선거구제로 소수의 의원, 보통 5인에서 9인 정도를 선출하고 비정당선거를 채택하고 있다.

어느 방식을 택하느냐에 따라 의회의 주민대표 기능과 의정활동에

257) 남유진, 미국 지방자치의 이해, 집문당, 2005, 88면.

258) 미국의 경우는 인구 700만명, 뉴욕시는 5개구. 문정란, 지방의원 감축, 더 이상은 안 된다, 지방자치 2004.7.

259) 남유진, 앞의 책, 203면.

커다란 영향을 미친다. 소선거구방식은 의원으로 하여금 지역구민들의 이익을 대변하게 하고 의원 스스로도 해당지역구의 ‘심부름꾼’으로 생각하여 의회 내 표결시에도 의원들은 지역구민들의 이익에 최우선을 두게 된다. 대선지구방식은 시 전역을 대상으로 선거하기 때문에 백인과 다수정당이 훨씬 유리해지게 되고 소수계층의 이익은 무시되기 쉽다고 한다.²⁶⁰⁾

(2) 독일

독일 기본법 제28조 제1항에 의해 란트, 크라이스 그리고 게마인데에서 국민은 보통·직접·자유·평등·비밀선거로 구성되는 의회(대표기관)를 가져야 한다. 기본법 제20조 3항에 따라 국가기관은 법률에 구속된다는 내용과 함께 지방자치단체 대표기관의 주민선거는 이중적으로 민주적 합법성을 담보로 한다. 기본법 제28조 1항이 선거의 기본원칙준수의무만을 강조하고 있을 뿐 구속적인 선거기술상의 규정들은 언급하고 있지 않음으로써 주법에 의해 주선거와 지방선거는 다양한 형태를 가질 수 있다. 주에게는 연방의 인물이 지정된 비례대표선거시스템과는 달리 순수한 다수대표제 또는 비례대표선거시스템을 도입할 수 있다. 연방선거시스템과는 달리 연기식(panaschieren)²⁶¹⁾과 누적식(kumulieren)²⁶²⁾을 허용하고 있다.²⁶³⁾

바이에른 주의 경우 후보자명부(Wahlvorschlag)를 작성하는데 있어서 정당만이 아니라, 일정수의 주민유권자의 지지가 있는 경우에는 주민집단도 후보자명부를 작성할 수 있는데²⁶⁴⁾, 이 때는 일정 주민

260) 남유진, 앞의 책, 204면.

261) 유권자가 소속정당을 불문하고 자신의 표를 나누어주는 것.

262) 동일인에게 여러 표를 줄 수 있는 것.

263) Nierhaus, in: Sachs(Hrsg.), GG Kommentar, Art. 28, 2. Aufl., S. 1039.

264) 독일연방헌법재판소는 후보자추천권을 정당에만 제한하는 것은 선거의 보

수의 연서를 요구한다(Art. 25 GLKrWG, §41 GLkrWO). 이는 유권자가 가망없는 후보자에게 자신의 표를 던지는 것으로부터 보호하기 위해서이다. 선거권자는 명예직인 지방의회의 의원수만큼의 투표권을 가지고 있는데, 4가지 방법으로 자신의 투표권을 행사할 수 있다. 첫째, 후보자명부 중 하나의 명부를 그대로 받아들여서 그 명부내의 전체 후보자에게 다 표시하는 방법(Art. 31 Nr. 3 GLKrWG)이 있고, 둘째, 하나의 리스트에서 한사람의 후보자에게 3표를 집중하여 주는 방법(kumulieren, Art. 31 Nr. 4 GLKrWG), 셋째, 자신의 표를 여러 후보자명부에 분산하는 방법(panaschieren, Art. 31 Nr. 5 GLKrWG), 넷째, 선거권자가 집적식이나 분산식을 연계하는 방법이 있다. 이러한 방법은 복잡해보이기는 하지만, 지방자치단체의 선거에 있어서는 잘 활용되고 있고, 인물선거의 성격을 띠게 한다. 하지만 아무런 유효한 후보자명부가 작성되지 않는 작은 지방자치단체의 선거는 다수대표제의 방법을 택하게 된다(Art. 35 GLKrWG/§79 GLKrWO).²⁶⁵⁾

니더작센 주의 경우는 5년마다 인물선거와 비례대표선거를 하고 있는데, 비례대표의원의 의석을 배분하는데 있어서 동트식과 하레/니마이어 식의 방법을 교대하여 썼는데, 이에 대하여 주헌법재판소는 이는 입법자의 형성의 자유에 놓이는 영역이므로 두 방법 모두 헌법에 합치되는 것으로 판단하였다.²⁶⁶⁾ 현재는 동트식을 채택하고 있다 (§36 Abs. 2 NKWG). 선거권자는 자신의 3표를 선택적으로 하나의 리스트 또는 하나의 후보자에게 준다(§30 Abs. 2 Satz 1 NKWG). 연방선거나 주의회선거와는 달리 후보자명부의 순서가 엄격한 것이

편성의 원칙과 평등성의 원칙으로 침해하는 것으로 h아 헌법상의 자치행정의 보장과 일치하지 않는다고 판시하였다(BVerfGE 11, 266ff.). 홍정선, 지방자치법학 제2판, 신조사, 151면.

265) Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, IBOORBERG, 10. Aufl., S. 155-156.

266) NStGH 1,335, DVBl. 1978, 139.

아니라서, 선거권자의 선택에 따라 후순위의 후보자가 당선되는 경우도 있다.²⁶⁷⁾

군소정당의 난립을 막기 위해 연방선거에는 도입된 5%를 얻지 못한 정당에게는 비례대표의석을 배분하지 않는 5%저지조항은 지방자치단체의 의석배분에 있어서는 바이에른 주나 니더작센 주의 경우에는 처음부터 인정되지 않았고, 노르트라인-베스트팔렌 주의 경우에도 1999년 연방헌법재판소에서 위헌으로 판결이 나서 없어졌다.

노르트라인-베스트팔렌 주의 지방선거법(Kommunalwahlgesetz)에서는 지방의회위원을 선거구와 Reserveliste에서 선출하도록 하고 있다. 지방의회위원은 명예직이다. 의원총수를 인구수 대비하여 명시하고 있으며, 선거구에서 뽑힌 의원 수와 Reserveliste에서 선출된 의원의 수는 절반씩이다. 게마인테의 경우 최소의원 수는 주민이 5000명 미만일 경우에는 20명의 의원을 총수로 하는데, 그 중 10명이 선거구에서 선출된다. 크라이스의 경우 최소의원수는 20000명 미만일 경우 48명을 예정한다. 게마인테의 경우 70만을 넘을 경우에는 90명의 의원을, 크라이스의 경우 50만을 넘을 경우에는 72명의 의원을 최대로 한다(NW KWahlG §3).

게마인테와 크라이스의 선거위원회가 각각 임기만료 전 8개월/7개월 전에 선거구역을 분할한다. 이 때 가능한한 지역적인 연결이 보존될 수 있도록 선거구를 분할하여야 하고, 평균적인 선거구인구편차가 적어도 상하 33.1/3%(1:2)를 넘지 않도록 하여야 한다고 명시하고 있다(NW KWahlG § 4).

267) Ipsen, Nidersächisches Kommunalrecht, 2. Aufl., IBOORBERG, S. 101.

(3) 프랑스

프랑스 헌법재판소의 입장은 국민주권을 행사하는 전국적 대표자를 선출하는 선거의 경우에 엄격한 인구비례원칙을 적용할 것이나 각 지역에서 대표자를 선출하는 지방선거에서는 엄격한 인구비례원칙을 고집할 것은 아니고, 현저히 부당하고 과도하게 불비례하지 않을 것을 요구하는 입장이다.²⁶⁸⁾

(4) 일본

일본 지방자치법 제17조는 보통지방공공단체의 의회의 의원 및 장은 별도로 법률이 정하는 바에 따라 선거인이 투표에 의해 이를 선거한다고 규정하고 있다. 의회 의원정수는 인구비례로 정한다. 1999년 지방자치법이 개정되기 전에는 일본지방자치법 제90조와 제91조에서 지방의회의원 정수를 정해주고, 이에 대한 감소를 해당지방의회 조례(정수감소조례)로 정하도록 하였으나, 2003년부터 시행되는 일본지방자치법은 각 지방자치의회의 의원수를 조례로 정하도록 하고 있다.²⁶⁹⁾ 의원정수감소조례의 경우 감소할 수 있는 수에 대하여 특별한 제한이 없으므로 지역실정에 맞게 의회의 기능을 충분히 배려하면서 적절한 정수를 판단하게 된다. 정수의 감소이유로는 경비의 삭감, 의회운영의 간소화·효율화·소수정예화를 생각할 수 있지만, 최근에는 행정개혁의 일환으로서 이러한 조례의 제정이 늘어나고 있다.²⁷⁰⁾

광역자치단체는 도도부현의 의원정수를 당해의회의 조례로 정하도

268) L. Touvet, J. Ferstenbert et C. Cornet, Les grands arrêts du droit de la décentralisation, 2e éd., Dalloz, Paris, 2001.

269) 室井 力・兼子 仁 編, 基本法 コメントール, 日本評論社, 制4版, 89면.

270) 정재길, 일본의 지방의회, 한·일지방자치연구소, 1992, 29면.

록 하고 있다. 인구 70만 미만이면 40인, 70만 이상 100만 미만이면 40인을 기준으로 하고, 매 5만 증가시 1명을 추가하는 방식을 취한다. 인구 100만 이상의 도도부현, 인구 93만을 초과하는 수가 매 7만 증가시 마다 1인을 45인에 덧붙이도록 한다. 그 수가 120인을 초과하는 경우에는 120인을 한도로 한다. 다만, 특별구를 가진 도의 경우에는 최고 130인으로 한다(제90조), 기초자치단체의 경우는 인구 2천 미만인 정과 촌은 12인, 인구 2천에서 5천까지는 14인, 인구 5천에서 1만 미만인 경우는 18인, 인구 1만에서 2만 이하는 22인을 의원정수로 하고, 인구 5만 미만의 시 및 인구 2만 이상의 정과 촌은 26인, 5만에서 15만 사이의 시는 30인, 15만에서 20만 사이의 시는 34인, 20만에서 30만 사이의 시는 38인, 그리고 30만 이상 50만 미만의 시는 46, 인구 50만 이상 90만 미만의 시는 56인, 인구 90만 이상의 시는 인구 50만을 초과할 때는 56인을 기준으로 40만이 증가할 때 8인을 증가시킨다. 그러나 기초의회 의원정수는 96명을 초과할 수 없다.

일본의 지방의회의원의 선거구는 대선거구, 중선거구, 그리고 소선거구제를 혼용하고 있다. 광역단체에서는 1인 선거구에서 18인 선거구까지 다양하다. 기초자치단체에서는 조례로서 선거구를 정할 수 있도록 하고 있어 각 지역마다 다르다.²⁷¹⁾ 일본은 다수득표자를 당선자로 하되, 당선자가 되기 위해서는 법정득표수(총 유효득표수의 1/4) 이상을 반드시 득표하여야 한다.

271) 신금식, 한국의 지방선거제도에 관한 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 2002, 82면.

2. 지방의회의 의원정수

지방의회 의원의 수는 그 나라의 인구규모, 사회의 소득수준과 계층화의 정도, 지방재정, 주민자치의식의 정도, 선거제도 등이 주요 결정요인으로 작용한다. 의원의 수는 의회의 규모 및 그 활동범위와 직접 상관관계를 갖게 된다. 의원의 수가 많으면 민의의 반영이 크다는 장점은 있으나 의원의 자질을 저하시키고 의사진행의 부진을 가져올 뿐만 아니라 의회비 지출이 과다하여 재정에 압박을 가져오기도 한다. 따라서 적정 규모의 의원 수를 유지하는 것은 의회의 활성화와 능률제고에 매우 중요하다.²⁷²⁾

헌법과 지방자치법에서는 지방의회위원의 수에 대해서는 언급하지 않고 있다. 공직선거법에서는 시·도회의 의원총수와 시·도별 자치구·시·군의회 의원의 총정수를 별표 2²⁷³⁾와 별표 3²⁷⁴⁾에서 정하고 있다. 이 때, 자치구·시·군의회 의원정수는 당해 시·도의 총정수 범위 내에서 당해 시·도의 자치구·시·군의원선거구획정위원회가 자치구·시·군의 인구와 지역대표성을 고려하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 기준에 따라 정한다. 공직선거관리규칙 제4조는 그 기준으로서 자치구·시·군별 인구 비율과 읍·면·동수 비율 등을 고려할 것과 비례대표의원의 수를 먼저 정하고, 지역선거구의원은 그 나머지 인원으로 한다. 자치구·시·군의원정수를 정함에 있어서는 자치구·시·군 안에서 지역선거구별로 의원 1인당 인구수의 편차가 최소화되도록 노력하여야 한다. 공직선거법에서는 시·도회의의 최저의원수를 16인으

272) 손봉숙, 한국지방자치연구, 삼영사, 1991, 157면.

273) 시도의회의원의 총정수는 지역구 642명

274) 시·도별자치구·시·군의회의원 총정수표는 2,922명이다. 서울특별시 419, 부산광역시 182, 대구광역시 116, 인천광역시 112, 광주광역시 68, 대전광역시 63, 울산광역시 50, 경기도 417, 강원도 169, 충청북도 131, 충청남도 178, 전라북도 197, 전라남도 243, 경상북도 284, 경상남도 259, 제주도 34.

로²⁷⁵⁾, 시·군·자치구의회의 최저의원수를 7인으로 규정하고 있다.²⁷⁶⁾

이를 외국법과 비교해보면, 지역주민수에 따라서 구간을 정하여 지방의회의원을 몇 명이상으로 정해둔 것을 법률에 정하여 그 명확성을 꾀하지 못하고, 기초지방의회의 최저의원수가 7인, 광역지방의회의 최저의원수가 16인인 것은 매우 적은 수라 하겠다. 지방의원의 유급제로 말미암아 전문화를 꾀하면서 기초의회의원수를 전국 3496개 선거구당 1명씩 모두 3496명에서 2,922명으로 줄여서 7명의 의원을 가진 기초의회도 많이 생기게 되었다.

외국의 경우를 살펴보면, 독일의 경우는 인구최저수가 5000명, 일본의 경우는 2000명을 기준으로 하는 기초의회의 최저의원수를 20인, 12인으로 정하고 있다. 또한 프랑스의 경우 지방의원 1인당 주민 수는 116명, 독일은 250명이다. 우리나라는 개정 전 기초의회의원 1인의 담당인구가 1만 3900명, 광역의원 1인의 담당인구가 7만 968명이었다.²⁷⁷⁾

이는 주민의 대표라는 관점에서 볼 때 너무나 적은 수에 한정된다고 보인다. 지방자치단체의 행정구역 및 인구수를 고려하여 배분한 점은 인정한다 하더라도 관할구역 안의 인구차이에 정비례하여 업무분야나 업무량에 큰 차이가 나는 것도 아니고, 각 지방의회가 주민의 대표기관으로서 그 지역의 중요사항에 대해 의원들이 위원회를 구성하고 정상적인 의정활동을 해나가기 위한 최소한의 의원정수는 주민수에 관계없이 모든 지방의회에 확보되어야 할 것이다. 이렇게 볼 때, 7인의 의원정수는 지나치게 적다.²⁷⁸⁾

275) 동법 제22조 3항.

276) 동법 제23조 2항.

277) 문정란, 앞글, 66면.

278) 김희곤, 우리나라 지방의회의 의원정수에 대한 고찰, 토지공법연구, 2004, 151면.

3. 지방선거와 선거구획정

선거와 관련하여 헌법재판소는 입법자의 형성의 자유를 넓게 인정하고 있으며, 그 한계를 명시하고 있는데, 각 개인의 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다고 하였다.²⁷⁹⁾

헌법 제118조 제2항은 지방의회의원을 선거의 방법으로 선출할 것과 지방자치법 제26조의 2에 의해 선거의 일반원칙을 지킬 것만을 규정하였지, 이에 대한 구체화는 입법자에게 맡겼었다.²⁸⁰⁾ 현재 지방4대동시선거로 진행되고 있는 우리의 현실²⁸¹⁾을 감안할 때 주민자치의 본지로 보아 자치단체장선거권은 자연적 권리이며 헌법에서 직접 언급하지 않았다고 하더라도 국민의 선거권에 당연히 포함되므로 헌법상의 권리로 보아야 한다.²⁸²⁾

279) 현재 2005.04.28. 2004헌마219, 판례집 17-1,547,547-548면.

280) 과거 헌법이 지방의회의원을 선거로 규정한 것과는 달리 지방자치단체장의 경우의 “선임방법”에 관한 사항은 법률로 정한다고만 규정하고 있는 점 등에 비추어볼 때, 단체장에 대한 주민직접선거자체가 헌법적 의지라고는 볼 수 없으므로 단체장 선거권 및 피선거권은 법률에 의하여 보장되는 법률상의 권리에 불과하다는 설과, 헌법 제24조, 제25조 및 제118조 제2항이 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것, 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수 있도록 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였으며, 그 헌법규정에 따라 제정된 구 지방자치법 및 구 지방자치단체의 장 선거법이 지방자치단체 주민의 단체장 선거권 및 피선거권을 규정하고 있으므로 이는 헌법상의 기본권이라는 주장이 있었다. 이는 일본 지방자치법에서도 특별구의 단체장에 대한 언급이 없다는 이유로 논란이 되기도 하였다. 현재는 선거법에 따라 해결되었다. 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1303면.

281) 우리나라의 지방선거의 특색은 선거구의 일부 또는 전부가 서로 겹치는 구역에서 그 이상의 다른 종류의 선거를 같은 선거일에 실시한다. 동시선거를 실시하는 이유는 개별선거제에 의하는 경우 선거가 빈번함으로 인하여 막대한 비용과 노력이 소모되며, 그에 따른 행정과 경제·사회에 비능률과 비생산 및 비근면 등 큰 영향을 미치기 때문에, 이러한 선거들은 동시에 실시함으로써 선거횟수를 줄이려는 데 있다.

282) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1303면.

선거구는 당선정수를 배분하는 구역이며 또한 후보자의 경선거역이라고 할 수 있다. 2005년에 바뀐 공직선거법은 기초지방의회의원의 선거방식을 실험적으로 바꾸었다. 과거 기초지방의회의 선거방식처럼 소선거구제·다수대표제의 조합이 아니라 하나의 자치구·시·군의원지역구에서 선출할 지역구자치구·시·군의원정수를 2인 이상 4인 이하로 하는 중선거구제를 채택한 것이다. 하나의 시·도의원지역구에서 지역구자치구·시·군의원을 4인 이상 선출하는 때에는 2개 이상의 지역선거구로 분할할 수 있으며 그 자치구·시·군의원지역구의 명칭·구역 및 의원정수는 시·도조례로 정하도록 하였다(동법 26조 제2항-제4항).

국회의원선거의 개편과 관련해서도 논의가 되어오던 중선거구제를 기초의회에 도입하여 지역색을 타파하고, 소수자들도 대표하는 의회를 만들어보겠다는 취지였지만, 공직선거법이 예외적으로만 4인 선거구를 분할할 수 있도록 하였음에도 모든 선거구를 분할하도록 기준을 세워 확정안을 마련한 것은 ‘나눠먹기식 선거구 획정’이라는 지적이 제기되었다. 선거구의 경우 기초의회 중선거구제와 의원유급제로 의원 감축률이 20%나 되는 탓에 감축되는 지역에선 기존 의원들의 반발이 심했다. 강원도는 선거구 획정위원회가 원칙과 비율에 따라 정한 결과를 아예 도의회가 번복 결정하기까지 했다.

이에 민주노동당은 “부득이한 사유가 없는 한 선거구 세분화”라는 자치구내에서의 선거구획정 기준에 따라서 결정한 ‘서울특별시 자치구별 구의원 선거구획정안’에 대하여 위헌확인을 구하였는데, 헌법재판소는 이것이 대내외적 구속력을 가지는 공권력행사가 아니라고 보아 각하시켰다.²⁸³⁾

283) 헌재 2005.11.15. 2005헌마1036,

4. 제언

지방자치의 성공을 위해서는 서로 조화를 이루어야만 하는 목적과 목표설정들이 수없이 많다. 예를 들면 한편으로는 단순화, 합리화와 효율의 증대가 있고, 다른 한편으로는 지역적 연대감의 최대한 보존, 지역공동체내에서의 생활환경에의 적응이 그것이다. 그 외의 목적들은 지역공동체가 모든 주어진 의무들을 자력으로 받아들일 수 있도록 지방의 행정력을 강화시키는 것이다.

지방선거에서 보장하는 것은 주민의 의사를 제대로 전달할 수 있는 것이다. 중앙의 간섭이나 상급자치단체의 간섭이 되도록 없는 상태에서 자신들의 일을 스스로 결정하고 책임을 지려면, 적절한 수의 대표가 확보되어야 하고, 이를 결정하는 것도 자신들이어야 한다. 외국의 경우, 의원들이 명예직이기 때문에 많은 수가 인정될 수 있다고는 하지만, 지방자치의 주민대표성은 가장 중요한 내용이다. 그렇기 때문에 법률에서 투표가치의 평등을 고려하여 주민수별로 구간을 정한다면, 이러한 불만들이 없어질 것이며, 중선거구제를 채택한 입법자의 의도가 단서조항에 의하여 왜곡되게 운영이 되어서는 안 될 것이다. 또한 선거구획정과 관련하여 법률에서 예외적인 단서조항을 적용하여 주객이 전도된 지방자치단체의 조례에 대하여 입법의 취지를 제대로 살리지 못하도록 한 것은 입법자가 명확하지 않게 법률을 제정한 입법의 미비라고도 할 수 있을 것이다.

제 4 절 주민투표의 대상과 실시방법

1. 서 설

주민투표제도는 주민이 지방자치단체의 일정한 사항에 대하여 결정력을 가지고 표결하는 제도로서 직접민주주의의 명확한 표현이라고 할 수 있다. 프랑스의 경우 2003년 3월의 헌법개정으로 헌법 자체에 주민투표에 관한 근거규정을 두기 시작하였을 뿐만 아니라 그 효력도 강화되어 중요한 진전을 가져왔는데 이는 우리의 경우에도 시사점을 제공한다. 따라서 먼저 비교법적 관점에서 프랑스의 주민투표제도에 대해서 살펴본다.

한편 한국의 지방자치법은 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐지·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항 등에 대해 주민투표에 붙일 수 있다고 규정하면서 주민투표의 대상·발의자·발의요건 등에 관하여는 따라 법률로 정한다고 규정하고 있다(동법 제13조의2). 그 동안 주민투표법의 제정이 계속 미루어지고 있다고 지방자치법에 근거규정이 도입된지 10여년만인 2004년 1월 29일 주민투표법이 제정되어 공포 후 6개월이 경과한 2004년 7월 30일부터 시행되게 되었다. 이 법률은 총 5장 30조로 구성되어 있는 바, 주민투표의 대상과 실시방법과 관련한 법적 구조와 법이론적 쟁점을 분석한다.

2. 프랑스의 주민투표제도

2003년 헌법개정에 의한 주민투표제도의 변화를 보기 위해 이전의 상황을 먼저 살펴볼 필요가 있다.

1) 2003년 헌법개정 이전

2003년 이전에 종래 프랑스에서는 헌법 제72조가 지방자치단체는 ‘선거된 의회’에 의해 자유롭게 행정이 이루어진다(Ces collectivités s’administrent librement par des conseils élus)라고 규정하여 왔기에 지방민주제에 대해서는 흔히 대의제적 성격만을 인정하는 것으로 해석하려는 경향이 있었다.²⁸⁴⁾ 행정법원의 관례도 코뮌의 의회가 결정할 것을 주민투표로 그 결정을 주민에게 떠맡겨 이루어진 결정들에 대해 위법하다고 판단하였다.²⁸⁵⁾ 위와 같은 프랑스의 역사는 대표민주제와의 마찰을 보여주는 것이기도 하다.

그러나 위와 같은 상황에서 1970년대에 들어오면서 조금씩 진전되는 모습을 보여주었다. 1971년 7월 16일 법률 이래 코뮌간의 합병의 경우에 주민투표에 회부할 수 있도록 규정하였고 현행 지방자치법전 L.2113-2 에서 이를 규정하고 있다. 주민투표의 기회를 좀더 확대한 것은 1992년 2월 6일의 법률인데 코뮌의 권한에 속하는 사안들을 해결하기 위해 코뮌의 의회(conseil municipal)가 내려야 할 결정들에 관해 코뮌의 선거권자들에게 의견을 물을 수 있다고 규정하였다. 이러한 주민투표제는 어디까지나 코뮌의 사무에 관한 것이어야 그 대상이 되는 것이었고 고속국도건설안이나 고속철도(TGV)에 관한 사안 등 국가사무에 관한 것은 대상이 되지 않았다.²⁸⁶⁾

코뮌의 사무에 관한 주민투표제에서 발의권자는 코뮌의 의회였는

284) 이러한 입장은 바로 1980년에 시의회에게 시의 예산 외의 모든 사항들에 대해 주민투표에 회부할 수 있도록 하는 법률안에 대해 프랑스 상원이 취했던 입장이었다. 이러한 지적으로, J.-B. Auby, J.-F. Auby et R. Noguellou, *op.cit.*, pp.344-345면 참조.

285) CE. 16 octobre 1956, Association des combattants de la paix et de la liberté, Rec. p.391.

286) CE. 16 décembre 1994, Commune d’Avrillé, Rec. p. 558 ; CE. 14 avril 1995, commune de Ventrabén, DA., 1995, n°414.

데 1995년 2월 4일 법률은 도시정비(aménagement)에 대해서는 선거권자 5분의 1이상이 코뮌의 의회에 도시정비에 관한 주민투표의 실시를 요구할 수 있도록 하여 주민에 의한 발의가능성을 열었다. 코뮌간의 합병에 관한 주민투표에 관한 지방자치법전은 2003년 헌법 개정 이후 아직도 규정이 남아있다. 코뮌간의 합병에 관한 주민투표에 필요한 비용은 국가의 부담으로 하고 있다²⁸⁷⁾. 주민투표결과 합병논의의 대상이 되는 코뮌 전체에 등록된 선거인들의 4분의 1 이상의 투표와 그 투표의 과반수 찬성을 얻었을 경우에는 합병이 결정된다. 그러나 대상 코뮌들 중 하나의 코뮌에서 그 코뮌에 등록된 선거인들이 적어도 과반수의 투표를 하고 그 투표의 3분의 2 이상이 반대할 경우에는 그 코뮌에 대해 합병을 강제할 수 없다²⁸⁸⁾. 코뮌의 합병에 관한 주민투표에 대해서는 투표한 주민, 데파르트망의 정부대표(préfet)가 투표실시의 적법성에 대해 행정법원에 소송을 제기할 수 있고 소송이 제기되면 그 효력이 중단된다²⁸⁹⁾. 결국 2003년 이전의 주민투표제는 코뮌의 합병(fusion)의 경우에만 구속적 의사결정의 효력을 가지는 주민투표제였고 그 외의 주민투표제는 자문적인 것이었기에 한계가 있었다²⁹⁰⁾.

2) 2003년 헌법개정 이후

주민투표제도는 헌법개정과 조직법률에 따라서 단순히 자문적 성격에 머물지 않고 의결적인 적극적인 주민 참여실현이 가능하게 되었다. 지방자치단체에 등록된 프랑스 국적의 선거권자가 주민투표권

287) CGCT, L.2113-2, ali. 2.

288) CGCT, L.2113-3.

289) CGCT, L.2113-4.

290) 코뮌의 합병에 관한 주민투표 외의 주민투표가 자문적이었기에 그 투표결과에 대해서는 별도의 소송의 가능성도 열려 있지 않았다.

자가 되고, 유럽연합회원국의 외국인 경우도 코뮌의 주민투표에 있어서 투표권을 행사한다.

가. 의사결정적 주민투표

2003년 헌법개정은 의사결정적 주민투표(référendum décisionnel)를 도입하여 주민의 지방자치단체의사결정에의 참여에 큰 진전을 가져왔다. 2003년 헌법개정에서 의사결정적 주민투표제의 도입이 가장 큰 새로운 변화라고 평가된다.

(가) 의의

의사결정적 주민투표는 자문적 주민투표와 달리 어려움 없이 쉽게 인정되지는 않았다. 그 이유는 의사결정적 주민투표는 자문적인 것이 아니라 의결적인 것인데 이는 헌법 제72조가 규정하고 있는 “선출된 의회”에 의한 지방의 행정이라는 원칙에 직접적으로 배치되는 것으로 보였기 때문이다. 즉 대의제원칙에 반하는 것으로 보여졌기 때문이다.²⁹¹⁾ 이에 따라 헌법 자체에 직접적으로 규정을 두게 되었다.

(나) 대상 및 시기

구속적인 의사결정적 주민투표의 대상은 당해 지방자치단체의 권한에 속하는 사항으로서 그 심의 또는 행위의 안들이 대상이다. 개별적 행위(actes individuels)는 대상이 되지 못한다(CGCT, LO1112-2). 코뮌, 데파르트망, 레지옹 모든 지방자치단체에서 주민투표를 행할 수 있다.

주민투표의 시기와 관련해서 주민투표는 지방선거의 향방에 영향을 주는 것을 피하기 위하여 지방의회의원의 총선거로 새로운 지방의회가 구성되기 전(또는 부분적으로 새로이 구성되기 전도 포함됨)

291) J.-B. Auby · J.-F. Auby · R. Noguellou, *op.cit.*, p.347.

6개월 동안에는 주민투표를 실시할 수 없도록 시기적인 제한을 두고 있다.

(다) 발의 및 회부결정 등

지방자치단체의 집행기관이 지방의회에 발의할 수 있다. 그러나 회부 여부에 대한 결정권은 의결기관(지방의회)에 있다. 지방의회도 자신이 회부 결정권을 가지므로 발의권이 있다고 해석된다. 여하튼 회부결정권은 지방의회가 가지고 지방의회는 그 방식, 투표일자 등을 정하는데 다만, 투표일자는 정부대표에게 주민투표안을 송부한 뒤 2달이 경과한 날짜로 하여야 한다. 송부를 받은 프레페는 부적법하다고 판단하는 때에는 이를 접수한 때로부터 10일 이내에 행정법원에 소송을 제기할 수 있다.

(라) 의결정족수와 효과 및 소송

주민투표는 당해 지방자치단체의 선거인의 과반수 투표와 유효투표의 과반수의 찬성이 있으면 통과, 의결된다. 주민투표는 의사결정적 주민투표이므로 의결의 효과를 가진다. 주민투표의 실시의 적법성에 대해서는 행정법원에 소송을 제기할 수 있다. 지방의회는 2년 내에 주민투표의 결정에 반하는 의결을 할 수 없다.

나. 특수한 지방자치단체의 창설과 경계변동에 관한 주민투표

2003년 개정헌법 제72-1 제3항은 특수한 지위를 가지는 하나의 지방자치단체를 창설하고자 하거나 그러한 지방자치단체의 조직을 변경하고자 할 때 법률에 의해 당해 지방자치단체에 등록된 선거인들에게 의견을 구할 것을 결정할 수 있다고 규정하고 있다.²⁹²⁾

292) 특별한 지위가 부여된 지방자치단체의 설립 또는 그 조직의 변경이 예정되

지방자치단체의 경계의 변경도 아울러 법률에 정해진 조건에 따라 선거인들의 자문을 받을 수 있다고 규정하여 마찬가지로 주민투표의 가능성을 열어두고 있다. 이 특수한 지방자치단체의 창설과 경계변동에 관한 주민투표는 그 투표결과가 자문적이고 법적인 구속력을 가지지 않는다.²⁹³⁾ 헌법에서 어떤 권력주체가 주민투표제도를 관장할 것인가 대해서는 구체화하지 않았고, 그 부분에 대해서 기대가 있었다.²⁹⁴⁾ 2003년 8월 1일 조직법률 제2003-705호는 지방자치단체의 집행기관에게 그 권한을 인정하였다(LO 1112-2).

3. 주민투표의 대상과 실시방법

(1) 주민투표의 대상

주민투표의 대상을 규정하는 방식으로는 적극적으로 일정한 사항을 주민투표에 붙이도록 하는 방안(positive catalog), 소극적으로 일정한 사항을 주민투표에 붙이지 못하도록 하는 방안(negative catalog) 및 일반적 개괄조항을 두는 방안이 있을 수 있다. 주민투표의 대상을 한정적으로 열거하여 규정하는 것은 경직성을 초래할 수 있으므로 바람직하지 않다. 주민투표의 대상은 일반적 개괄사항으로 규정하면서 주민투표의 대상에서 제외되는 사안을 법률에 확정적으로 열거하는 방안이 타당하다. 현행 주민투표법은 주민투표의 대상

는 경우, 법률이 정하는 바에 따라 관련 지방자치단체에 등록된 유권자에게 자문을 통해 결정할 수 있다(제3항). 지방자치단체 구역을 변경하는 경우에도 법률이 정하는 조건에 따라 유권자에게 자문을 구할 수 있다(제4항). 2002년 월에 새로운 지방자치단체의 창설을 위한 주민투표로 코르스(Corse)에서의 주민투표가 실시된 바 있으나 주민투표결과 거부 의사가 우세하게 나타난 바 있다.

293) D. Chagnollaud, *op.cit.*, p.179.

294) Y. Luchaire · F. Luchaire, *op.cit.*, p.33.

을 이와 같은 방식에 의하고 있다.

1) 조례법정주의

주민투표법은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항으로서 그 지방자치단체의 조례로 정하는 사항은 주민투표에 부칠 수 있도록 하고 있다(동법 제7조제1항). 주민투표의 대상으로 조례가 규정할 수 있는 주요사항으로는 ① 자치구가 아닌 구·읍·면·동의 명칭 및 구역변경, 폐지분합, 사무소변경에 관한 사항(지방자치법 제4조제3항 참고), ② 행정동·리의 구역변경과 폐지·분합(동조제5항 참고)의 규정에 의한 ③ 다수 주민의 이용에 제공하기 위한 주요공공시설의 설치 및 관리에 관한 사항, ④ 각종 기금의 설치, 지방채 발행, 민간투자사업의 실시에 관한 사항 등을 들 수 있다.

주민투표법은 주민투표의 대상을 조례로 정할 수 있도록 하고 있는 바, 이 경우 조례가 주민투표의 대상을 한정적 제한적으로 규정할 수 있는지가 문제될 수 있다. 주민투표법 제7조제1항은 단지 “지방자치단체의 주요결정사항”으로 규정하고 있는 바 지방자치단체는 재량으로 주민투표의 대상을 한정적 열거적으로 규정할 수 있는 것으로 보인다. 다만 이러한 입법태도는 조례대상의 경직성을 초래하는 점에서 바람직한 규정형식은 아니다. 주민투표의 대상으로 규정하는 조례는 앞에서 본 일정한 주요사항을 예시하면서 기타 주민의 복리·안전 등에 중대한 영향을 미치는 사항으로 개관규정을 두는 것이 타당할 것이다.

주민투표와 조례·제정개폐청구제도와와의 관계, 즉 조례가 주민투표의 대상이 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 원칙적으로 주민투표법을 제정하면서 조례제정·개폐청구제도를 정비할 필요가 있었으나 이에

관한 입법적 흠결을 하고 있다. 그러나 지방자치단체의 주요결정사항에는 당연히 조례가 포함되는 바 주민은 조례제정·개폐의 청구를 주민투표의 청구요건을 갖추어 주민투표의 형식으로 결정할 수 있다. 또한 공공시설의 설치를 반대하는 사항은 조례제정·개폐청구의 대상에는 제외되고 있으나(지방자치법 제13조의3제1항제2호 참고) 주민투표의 대상은 될 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

지방자치단체에 대한 감독의 수단으로 중앙행정기관 또는 상급자치단체의 승인이 필요한 사항(승인유보: Condominium)에 대해서 주민투표가 청구된 경우 ①승인절차이행요구 또는 ②승인사항의 추진여부에 관한 사항만이 주민투표법 제7조제1항의 주민투표대상에 해당한다. 따라서 자치단체에서 승인이 필요한 사항에 관한 주민투표가 청구되었을 때는 청구인대표자에게 ①과 ②에 관한 것만이 청구가능함을 설명하고 청구인대표자의 취지에 따라 ① 또는 ②에 관한 주민투표의 청구로 수리하여 주민투표를 실시하도록 해야 한다. 감독기관의 승인 여부는 재량인 바 주민투표의 결과가 감독기관에 어떠한 구속력을 미치는 것은 아니다.

2) 주민투표의 금지대상

다음의 각 사항은 이를 주민투표에 부칠 수 없다(negative catalog)(동법 제7조제2항).

가. 법령에 위반되거나 재판중인 사항

그린벨트내 행위제한 완화, 건축제한 완화, 법령상 인허가 기준 위배 등 위법한 목적의 주민투표 금지는 금지된다. 재판에 부당한 영향을 미치는 것을 예방하고, 재판결과가 주민투표와 상치되는 때에는 판결의 기속력(행정소송법 제30조 참고)에 의해 주민투표 결과는 의

미가 없게 되므로 미리 무용한 주민투표를 방지하기 위한 목적에서 현재 재판 중인 사항에 대해서는 주민투표를 청구할 수 없다. 이미 재판이 종료된 사안에 대한 주민투표는 법령위반사항(판결의 기속력)에 해당한다.

나. 국가 또는 다른 지방자치단체의 권한 또는 사무

지방자치단체의 주민이 주민투표의 방법으로 지방자치단체의 의사에 참여하는 경우 이들은 사회의 영역에서 활동하는 것이 아니라 지방자치단체의 기관의 자격에서 고권의 영역에서 활동하는 것이기 때문에 지방자치단체의 관할권의 범위 안에서 활동하여야 한다.²⁹⁵⁾ 이에 따라 지방투표법은 지방자치단체의 주요한 결정사항, 즉 지방자치단체가 자기책임적으로 결정할 수 있는 지역공동체사무(자치사무)에 주민투표의 대상을 한정하고 있다(동법 제7조제1항 전단).

① 기관위임사무는 지방자치법상 자치단체의 사무(자치사무, 단체 위임사무)에 속하지 않고, 자치단체장이 국가의 하급행정기관 지위에서 권한을 위임받아 처리하는 국가사무에 해당하므로 대상에서 제외된다.

② 시·도지사가 국가위임사무를 시장·군수에게 재위임한 경우, 시·도지사가 자치사무를 시장·군수에게 위임한 경우에도 이는 당해 자치단체의 사무가 아니므로 대상 제외된다.

③ 시·도가 시·군·구 권한을, 시·군·구가 시·도의 권한을 주민투표에 부칠 수 없다.

295) “미군부대이전은 지방자치단체의 장의 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항이 아님이 명백하므로 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표의 대상이 될 수 없다”(대판 2002.4.26, 2002추23).

다. 예산·회계·계약 및 재산관리 사항

① 결산은 사후검증의 성격을 가지는 분야로서 주민투표에서 결정할 사안이 없으므로 제외된다. ② 각종 기금의 설치, 지방채 발행 등은 주민투표의 대상이 될 수 있다. 그러나 법령에 의해 의무적으로 설치하도록 되어 있는 기금(재해구호기금, 식품진흥기금 등)은 주민투표대상이 아니다. 이와 같이 예산·회계·계약 및 재산관리에 사항을 일괄하여 주민투표의 대상에서 제외하고 있는 것은 입법상 문제가 있다. 지방자치단체의 중요사항 등을 결국 지방자치단체의 예산·회계와 관련될 수 밖에 없고 따라서 이와 같은 사안을 주민투표 배제사항으로 규정하고 있는 것은 결국 지방자치단체의 주요사항에 대한 주민투표의 실시가능성을 배제함으로써 주민투표제도 그 자체의 유명무실을 초래할 위험이 있기 때문이다.

라. 지방세·사용료·수수료·분담금 등 각종 공과금의 부과 또는 감면에 관한 사항

요율결정의 객관성·전문성 필요, 인하 지향적 소비자 심리 등을 감안하여 대상에서 제외된다. 다만 스위스, 독일의 바이에른 주 및 미국의 일부 주에서는 각종 공과금, 특히 지방세의 부과·징수를 주민투표의 대상으로 하는 입법례도 목격된다.

마. 행정기구 설치·변경, 공무원 인사·정원 등 신분·보수에 관한 사항

① 행정기구의 설치·변경에 관한 사항만 제외되므로 행정기구가 아닌 지방공기업 등의 설치에 주민투표의 대상이 될 수 있다. ② 지방공무원법상의 모든 공무원이 해당되므로(지방공무원법 제2조 참고) 지방의원의 신분, 보수 등도 주민투표의 대상에서 제외된다.

바. 주민대표가 직접 의사결정주체로서 참여할 수 있는 공공시설의 설치에 관한 사항

전체 주민이 직접 투표로서 결정하는 것은 아니지만 주민의 대표가 의사결정주체(단순한 공람, 의견수렴 등 제외)로서 참여한 경우에는 사실상 주민투표 효과와 동일시 할 수 있기 때문이다. 예를 들어 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원법의 적용대상이 되는 일정규모 이상의 폐기물처리시설에 대한 주민대표가 참여하는 입지선정위원회에 의한 입지선정의 결정(동법 제9조·제10조 참고) 등이 이에 해당한다.

다만 주민투표법은 혐오시설과 같은 민감한 사안에 대해서 주민대표의 결정이 주민의 의사와 차이가 커서 원만한 해결을 기대하기 곤란할 때에는 최종 해결수단으로 주민투표의 길을 열어두되 이에 대한 주민투표청권자를 지방의회에 한정하고 있다(동법 제7조제2항제6호 단서). 주민대표가 직접 의사결정주체로서 참여할 수 있는 공공시설의 설치에 관한 사항을 주민투표의 대상에서 제외하는 것은 독일에서와 같이 계획확정절차가 정비된 경우에 의미있는 규정이다. 그러나 한국의 경우 주민참여가 보장되는 행정계획확정절차가 현저히 미비한 실정이다. 행정계획확정절차의 조속한 정비가 요청된다.

사. 주민투표가 실시된 후 2년이 경과되지 아니한 사항

주민투표의 결과로 확정된 사안에 대해서는 일반적인 의결 보다는 강한 지속성을 보장할 필요가 있다. 그렇지 않으면 동일한 사안에 대한 주민투표가 반복적으로 제기되어 지방정치의 안정성을 해할 우려가 있다. 따라서 주민투표로 결정된 사안에 대해서는 지방의회가 일정한 기간 동안 변경할 수 없도록 제도화하는 것이 바람직하다. 이러한 취지에서 주민투표법은 동일한 사항(그 사항과 취지가 동일한 경

우도 포함)에 대하여 주민투표가 실시된 후 2년이 경과되지 아니한 사항에 대해서는 주민투표를 하지 못하도록 하고 있다.

3) 주민투표의 대상과 관련한 법리적 쟁점

가. 조례에 의한 금지대상의 축소 또는 추가 규율의 가능성

지방자치단체가 주민투표에 관한 조례를 제정함에 있어 조례로서 주민투표법 제7조제2항에서 규정하고 있는 주민투표금지의 사항을 주민투표의 대상으로 규율할 수 있는가 또는 반대로 주민투표법에서 금지사항으로 규정하지 않는 사항을 주민투표의 금지대상의 목록에 추가하여 규정할 수 있는지가 현실적으로 문제될 수 있다. 이는 결국 동법 제7조제2항의 주민투표의 금지대상에 관한 규정이 전국적인 최고기준 내지 한도기준인지 아니면 전국적인 최소기준 내지 표준적인 기준을 정한 것으로 해석되는지에 따라 달리 판단될 수 있다.

동법 제7조제1항이 주민투표의 대상을 지방자치단체의 재량에 따라 조례로서 자율적으로 정하도록 하면서 금지대상을 법률로 제한적으로 열거하고 있는 점에서 볼 때 동조제2항의 금지사항은 업무의 성격상 주민투표에 친하지 않다는 입법자의 판단에 의한 전국적인 최소한을 규정한 규제한도법령으로 해석된다. 따라서 지방자치단체는 조례로서 주민투표법에서 금지하고 있는 사항을 주민투표의 대상으로 할 수 없지만 각 지방자치단체가 처한 사정에 따라 합리적인 이유가 있을 때에는 법률이 규정하지 않는 사항에 대해서도 금지대상을 추가하는 것은 가능한 것으로 보인다.

나. 결정권자의 직권에 의한 금지대상의 주민투표 부의 가능성

법률에서 규정하고 있는 주민투표의 금지사항 중 법령에 위반하거나 재판 중인 사항과 주민투표가 실시된 후 2년이 경과하지 않는 사

항에 대해서는 주민투표의 청구권자 누구에 의해서도 주민투표가 청구·발의될 수 없다. 그러나 그 밖의 금지사항에 대해서는 주민에 의한 주민청구는 허용될 수 없지만 그 사항에 대해 결정권한이 있는 지방자치단체의 장이나 지방의회에 의해서는 주민투표의 청구와 발의가 가능할 수 있지 않는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 예를 들어 기관위임사무에 대해서는 주민이나 지방의회는 주민투표의 청구할 수 없지만 이에 관한 결정권한이 있는 지방자치단체의 장은 직권으로 주민투표를 발의할 수 있지 않는가 하는 점이다.

생각건대 정치적 책임성의 회피 등과 같은 문제점도 없지 않지만 주민간의 견해가 첨예하게 대립하는 경우 특정한 사항에 대한 최종적인 결정권한을 가진 지방자치단체의 장이나 지방의회가 자신의 결정권한의 행사를 스스로 주민투표의 방식에 의해 같음하는 것을 절대적으로 금지할 이유는 없다고 본다. 각각의 금지사항에 대해 지방의회의 의결을 요하는 사항에 대해서는 지방의회가 주민투표를 청구할 수 있으며 지방자치단체의 장이 최종적인 결정권한을 가진 사항은 지방자치단체의 장이 직권으로 주민투표를 발의할 수 있다고 본다. 따라서 기관위임사무에 대해 관여할 수 있는 권한이 없는 주민이나 지방의회가 주민투표를 청구하는 것은 허용될 수 있지만 지방자치단체의 장이 직권으로 자신의 결정권한을 주민투표의 방식으로 행사하는 것은 이를 금지하는 규정이 없는 한 가능할 것으로 보인다. 이에 대해 국가는 일반적 감독권(지방자치법 제156조·제157조 등 참고)을 통해 이를 통제할 수 있을 것으로 생각된다.

다. 조례에 의한 지방자치단체의 장에 대한 주민투표 실시 의무의 부여 가능성

이 문제와 관련하여 대법원이 주민투표의 실시여부가 지방자치단

체의 장이 고유한 권한이라는 판결을 하고 있는 바, 향후 이의 변경이 요청된다. 즉 대법원은 미군기지이전여부에 관하여 주민투표를 실시할 것을 의무화하는 조례에 관한 위법심사사건에서 지방의회가 조례로 정한 특정한 사항에 대하여 지방자치단체의 장이 일정한 기간 내에 반드시 주민투표를 실시하도록 규정한 조례안이 지방자치단체의 장의 고유권한을 침해하는 것으로서 법령에 위반된다고 판시한 것이 그것이다.

즉 대법원은 “지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 고유권한을 침해하는 규정을 둘 수 없다 할 것인바, 위 지방자치법 제13조의2 제1항에 의하면, 주민투표의 대상이 되는 사항이라 하더라도 주민투표의 시행 여부는 지방자치단체의 장의 임의적 재량에 맡겨져 있음이 분명하므로, 지방자치단체의 장의 재량으로서 투표실시 여부를 결정할 수 있도록 한 법규정에 반하여 지방의회가 조례로 정한 특정한 사항에 관하여는 일정한 기간 내에 반드시 투표를 실시하도록 규정한 조례안은 지방자치단체의 장의 고유권한을 침해하는 규정이다”라고 판시하였다.²⁹⁶⁾

이와 같은 대법원의 견해는 주민투표의 실시여부가 전적으로 지방자치단체의 장의 고유권한으로 본 것에 기인하는데, 이와 같은 해석은 지방의회가 의결로써 주민투표의 실시를 요구하거나 주민투표법에 정하고 있는 일정한 이상의 연서로 주민투표를 요구하는 제도의 의의를 도외시하는 판례로 평가되며 조속한 변경이 요망된다.

296) 대판 2002.4.26, 2002추23.

(2) 주민투표의 청구권자 및 청구절차

1) 주민투표의 청구권자

주민투표가 특정사항에 있어서 지방의회의 의결을 갈음하는 기능을 한다는 점에서 원래의 의결기관인 지방의회가 주민투표를 발의할 수 있도록 하여야 한다. 지방자치단체의 장에게도 지방의회에 대한 발의권을 갖는 것과 같은 취지에서 주민투표의 직권에 의한 발의를 허용하는 것이 바람직하다. 또한 주민은 지방행정에 대하여 최종적인 책임을 지는 지위에 있다는 점에서 청구권자에 포함시키는 것이 바람직하고 주민투표의 취지에도 부합한다. 따라서 주민투표의 청구권자는 지방의회, 주민 그리고 지방자치단체의 장이 포함되어야 하며 이 경우 청구절차는 청구자에 따라 다르게 규정되어야 한다.

가. 주민에 의한 투표청구

주민투표권자는 주민투표청구권자 총수의 20분의 1 이상 5분의 1 이하의 범위 안에서 지방자치단체의 조례로 정하는 수 이상의 서명으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 청구할 수 있다(동법 제9조제2항). 필요서명수의 수의 비율을 지방자치단체의 규모나 인구수에 따라 달리 규정되는 것이 타당한 바 필요서명수를 법률로 획일적으로 규정하지 않고 조례에 유보하고 있는 것은 타당한 입법으로 평가된다.

20세 이상의 외국인으로서 출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자는 주민투표를 할 수 있다(주민투표법 제5조제1항·제2항). 오늘날 주민의 의미가 국적 등

에 의한 제한을 넘어 생활공동체의 구성원을 의미하는 것으로 확대되어 가는 추세에서 볼 때 외국인에게 주민투표권을 부여한 것은 매우 진일보한 입법태도로 환영할 만한 것이다. 다른 주민참여제도의 경우에도 주민참여자격을 외국인에게 허용하여야 할 것으로 본다.²⁹⁷⁾

주민투표청구권자의 총수는 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 20세 이상의 주민(공직선거및선거부정방지법 제18조의 규정에 의하여 선거권이 없는 자를 제외한다)과 제5조제2항의 규정에 의하여 그 지방자치단체의 조례가 정하는 외국인을 합산한 수이다. 주민투표청구권자 총수는 전년도 12월 31일 현재의 주민등록표 및 외국인등록표에 의하여 산정하며 지방자치단체의 장은 매년 1월 10일까지 주민투표청구권자 총수를 공표하여야 한다(동조 제3항·제4항).

나. 지방의회에 의한 투표청구

일반적으로 지방의회가 주민투표를 청구하는 경우 일반적인 의결정족수 보다는 엄격한 의결정족수를 규정하는 것이 일반적이다. 주민투표가 지방의회의 정치적인 책임회피의 수단으로 남용될 우려가 있기 때문이다. 주민투표법은 지방의회는 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 청구할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제9조제5항).

297) 다만 외국인인 주민투표권자의 획정을 법률로 규정하지 않고 조례에 유보하고 있는 것은 주민투표권의 부여가 외국인의 법적 지위와 밀접한 관련성이 있다는 측면에서 볼 때 타당성이 의문시 된다. 외국인의 법적 지위의 문제는 법률의 배타적 관할사항으로 이해되기 때문이다.

다. 지방자치단체의 장의 직권에 의한 주민투표

지방자치단체의 장의 주민투표의 직권에 의한 실시에 대해서는 지방의회의 통제를 받는다. 즉 지방자치단체의 장은 직권에 의하여 주민투표를 실시하고자 하는 때에는 그 지방의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 동의를 얻어야 한다(동조제6항).

그러나 지방자치단체의 장의 직권에 의한 주민투표에 대해 지방의회의 동의를 얻도록 하는 합리적인 이유를 찾을 수 없다. 지방자치단체의 장의 직권에 의한 주민투표는 많은 경우 지방의회의 갈등 속에서 실시될 가능성이 많고 또한 명시적인 규정은 없지만 지방자치단체의 장이 최종적인 결정권한을 가진 사항에 한하여 실시할 수 있기 때문에 지방자치단체의 장의 직권에 의한 주민투표의 실시에 대해 지방의회 의원의 과반수 이상의 동의를 얻도록 하는 것은 문제가 있는 것으로 이해된다.

2) 주민투표 청구의 효력 : 집행정지효의 허용 가능성

주민청구의 효력과 관련해 현행 주민투표법은 집행정지의 효력을 규정하고 있지 않다. 그러나 입법론적으로 일정한 요건, 예를 들어 집행이 속행되는 경우 원상회복이 불가능하여 주민투표의 실효성이 상실될 우려가 있고 필요서명수의 2분의 1 이상의 서명부가 제출되어 주민투표의 발의가 상당히 확실시 되는 경우에는 주민투표의 청구의 대상이 될 사항에 대한 집행정지의 효력을 인정하여 지방자치단체로 하여금 당해 청구의 취지에 반하는 결정을 할 수 없도록 하고 또한 법률에 의무화되어 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 집행을 할 수 없도록 할 규정할 필요가 있을 것으로 보인다.

물론 주민투표의 청구에 의한 집행정지의 효력이 소수자의 의한 지배를 정당화할 우려가 없지 않으나 주민투표의 실효성을 보장하기

위해 필요한 조치인 것으로 보인다. 다만 이는 법률로서 규율할 사항이며 조례로는 집행정지의 효력을 규정할 경우 법률상 보장된 지방자치단체의 장의 집행권을 침해할 우려가 있어 위법한 조례가 될 것이다.

(3) 주민투표의 발의

1) 청구요지의 공표 및 주민투표의 발의

지방자치단체의 장은 ① 주민 또는 지방의회의 투표청구가 적법하다고 인정되는 경우, ② 지방자치단체장의 청구가 지방의회의 동의를 얻은 경우에는 주민투표 청구의 대상, 취지 및 이유 등에 대한 요지를 공표하고 선거관리위원회에 통지하여야 하며 공표일로부터 7일 이내에 투표일·주민투표안 및 투표실시구역을 공고하여 발의한다(동법 제13조제1항·제2항). 다만, 지방자치단체의 장 또는 지방의회가 주민투표청구의 목적을 수용하는 결정을 한 때에는 주민투표를 발의하지 아니한다(동조제2항 단서). 이 경우 당해 주민투표가 주민의 투표청구인 경우에는 청구인대표자에게 지방의회 또는 지방자치단체의 장의 결정 내용과 이에 따라 주민투표를 발의하지 않는다는 사실을 통지하여야 할 것이다. 한편 지방자치단체의 관할구역의 전부 또는 일부에 대하여 공직선거및선거부정방지법의 규정에 의한 공직선거가 실시되는 때에는 그 선거의 선거일전 60일부터 선거일까지의 기간동안에는 주민투표를 발의할 수 없다(동조제3항).

현행 주민투표법 제9조제1항이 “지방자치단체의 장은 주민 또는 지방의회의 청구에 의하거나 직권에 의하여 주민투표를 실시할 수 있다”고 규정하여 그 실시 여부가 지방자치단체의 장의 재량에 속하는 것 같이 규정하고 있다. 그러나 지방의회가 요구가 있거나 주민이

일정한 법적 요건을 갖추어 그 실시를 요구하는 경우에는 지방자치단체의 장은 이를 수용하여 주민투표를 실시해야 할 의무가 있다고 해석하여야 할 것이다. 주민서명요건이나 지방의회의 필요의결을 거친 주민투표청구에 대하여 지방자치단체의 장이 이를 재량적으로 실시를 거부할 수 있다면 이는 주민투표권의 실질을 침해하는 것이라고 할 것이고 이는 지방자치법과 주민투표법이 도입하고 있는 주민투표제도의 제도적 의의를 도외시하는 것이라고 할 것이기 때문이다.²⁹⁸⁾

2) 주민투표의 투표일

주민투표의 투표일은 제13조제2항의 규정에 의한 주민투표발의일부터 20일 이상 30일 이하의 범위안에서 지방자치단체의 장이 관할 선거관리위원회와 협의하여 정한다. 지방자치단체의 관할구역의 전부 또는 일부에 대하여 공직선거및선거부정방지법의 규정에 의한 공직선거가 실시되는 때에는 그 선거의 선거일전 60일부터 선거일까지의 기간은 투표일로 정할 수 없다(동법 제14조제1항·제2항). 동일한 사항에 대하여 2 이상의 지방자치단체에서 주민투표를 실시하여야 하는 때에는 관계 지방자치단체의 장이 협의하여 동시에 주민투표를 실시하여야 한다. 다만, 협의가 이루어지지 아니하는 때에는 특별시·광역시 또는 도에 있어서는 행정자치부장관이, 자치구·시 또는 군에 있어서는 특별시장·광역시장 또는 도지사가 정하는 바에 의한다(동조제3항).

298) 김해룡, 주민투표의 법적 제도적 의의에 대해서는 김해룡, 주민투표제도의 법적 의의와 개선방안, 『외법논집』 제22집(2006. 5), 45면.

3) 주민투표의 실시지역

주민투표의 지역적인 범위를 어떻게 할 것인지가 주민투표의 결과에 중대한 영향을 미친다. 주민투표사항이 주민전체의 이해관계에 관한 문제라면 지방자치단체의 관할구역을 단위로 실시하면 된다. 그러나 지방자치단체의 일부지역에만 영향을 미치는 경우에 당해 지방자치단체의 일부지역에 국한하여 실시할 것인지가 문제된다.

법논리적인 측면에서 주민투표는 지방자치단체의 의사결정이므로 전체 주민이 참여할 수 가능성이 개방되어야 한다. 또한 이해관계가 미치는 지역적인 범위를 확정하는 것은 매우 어려우며 경우에 따라서는 주민투표가 자의적으로 조작될 우려가 있다. 따라서 주민투표의 실시지역은 당해 지방자치단체의 관할구역 전체로 하여야 한다. 이러한 관점에서 주민투표법은 주민투표는 원칙적으로 당해 지방자치단체 관할구역 전체를 대상으로 실시하되 특정한 지역 또는 주민에게만 이해관계가 있는 사항인 경우 특별히 지방의회의 동의를 얻어 관계 시·군·구 또는 읍·면·동의 특정지역을 대상으로 주민투표를 실시할 수 있도록 하고 있다(동법 제16조).

4) 주민투표의 형식

주민투표는 특정한 사항에 대하여 찬성 또는 반대의 의사표시를 하거나 두 가지 사항 중 하나를 선택하는 형식으로 실시하여야 한다(동법 제15조). 이 경우 주민투표의 안의 형식과 내용은 주민투표의 결과에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 청구인과 협의하여 그 의견이 반영될 수 있도록 하여야 할 것이다.

(4) 주민투표운동

1) 주민투표운동의 의의

주민투표운동이라 함은 주민투표에 부쳐진 사항에 관하여 찬성 또는 반대하게 하거나, 주민투표에 부쳐진 두가지 사항 중 하나를 지지하게 하는 행위를 말한다. 다만 주민투표에 부쳐진 사항에 대한 단순한 의견 개진 및 의사표시는 투표운동에 해당하지 않는다(동법 제20조제1항). 주민투표의 운동은 주민투표법 또는 다른 법률에 의하여 금지 또는 제한되는 경우를 제외하고는 누구든지 자유롭게 할 수 있다.

2) 투표운동의 기간 및 투표운동을 할 수 없는 자

투표운동기간은 주민투표 발의일부터 주민투표일의 전일까지이다(동법 제21조제1항). ① 주민투표권이 없는 자(선거권이 없는 자, 조례로 정하는 외국인투표권자가 아닌 외국인, 20세이하인 자), ② 공무원(지방의회 의원은 제외), ③ 각급 선거관리위원회 위원 ④ 방송법에 의한 방송사업을 경영하거나, 이에 상시 고용되어 편집·제작 등에 종사하는 자(방송채널사용사업은 보도에 관한 전문편성을 행하는 사업만 해당) 및 ⑤ 정기간행물의등록에관한법률(정간법) 제7조의 규정에 의하여 등록되어야 하는 정기간행물을 발행하거나 이에 상시 고용되어 편집·취재·집필 또는 보도의 업무에 종사하는 자(분기별 1회 이하 발행되거나 학보 그 밖에 전문분야에 관한 순수한 학술 및 정보지 등 정치에 관한 보도·논평 그 밖에 여론형성의 목적 없이 발행되는 정기간행물은 제외)는 주민투표운동을 할 수 없다(동법 제21조제2항). 따라서 통장이나 반장은 주민투표운동을 할 수 있다.

3) 주민투표운동의 제한

누구든지 ① 야간호별방문 및 야간옥외집회, ② 투표운동을 목적으로 서명 또는 날인을 받는 행위, ③ 공직선거및선거부정법 제80조의 규정에 의한 연설금지장소에서의 연설행위, ④ 공직선거및선거부정방지법 제91조에서 정하는 확성장치 및 자동차의 사용제한에 관한 규정에 위반하는 행위의 방식으로는 주민투표운동을 할 수 없다(동법 제22조제1항). 야간호별방문 및 야간옥외집회가 금지되는 시간은 그 지방자치단체의 조례로 정한다(동조제2항).

4) 위법한 주민투표운동에 대한 중지·경고 및 벌칙

관할선거관리위원회의 위원 및 직원은 주민투표법 및 이 법의 위임에 의한 중앙선거관리위원회규칙에 위반되는 행위를 발견한 때에는 중지, 경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 투표의 공정을 현저히 해치는 것이거나 중지, 경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할 수사기관에 수사를 의뢰하거나 고발하여야 한다(동법 제23조). 위법한 주민투표운동이나 주민투표운동을 방행하는 행위에 대해서는 징역 또는 벌금의 행정형벌이 부과된다(동법 제28조 이하 참고).

(5) 주민투표 결과의 확정과 그 효력

1) 주민투표의 의결정족수와 효력

주민투표는 그 실시에 있어 선거에 비견되는 많은 시간과 인력, 비용, 절차 등이 요구되는 제도로서 이에 대해 비구속적인 자문과 같은 내용과 효력만을 인정하는 것은 이를 위해 소요되는 비용, 절차 등의 부담에 비해 지극히 낭비적인 것이라고 할 수밖에 없다. 그리고 이러

한 제도라면 확실상 견해의 대립이 있을 수 있으나 법률의 규정이 없어도 그 실시가 가능한 것으로 본다. 주민투표의 결과는 지방자치단체의 의사결정을 갈음하는 것으로 법적 구속력을 인정하여야 할 것이다. 또한 주민투표의 결과로 확정된 사안에 대해서는 일반적인 의사결정보다 강한 지속성이 보장될 필요가 있다. 그렇지 않으면 동일한 사안에 대한 주민투표가 반복적으로 제기되어 지방정치의 안정성을 해할 우려가 있다.

이에 따라 주민투표법은 주민투표의 의결정족수로서 주민투표권자 총수의 3분의 1 이상의 투표와 유효투표수 과반수의 득표로 주민투표가 확정되면 지방자치단체의 장 및 지방의회로 하여금 주민투표 결과 확정된 내용대로 행정, 재정상의 필요한 조치를 하도록 하여 주민투표의 결과에 법적 구속력을 인정하고 또한 주민투표결과 확정된 사항에 대하여 2년 이내에는 이를 변경하거나 새로운 결정을 할 수 없도록 하여 구속효의 인정기간을 2년으로 하고 있다(동법 제24조제4항·제5항 참고). 지방자치단체의 장이나 지방의회가 주민투표의 결과에 반하는 처분이나 의결을 하는 경우에는 위법한 명령·처분 및 의결이 되어 지방자치법 제157조(위법·부당한 처분·명령의 시정)나 제159조(지방의회 의결의 재의와 제소) 등의 감독수단에 의해 시정된다.

다만 전체 투표수가 주민투표권자 총수의 3분의 1에 미달하거나 유효득표수가 동수인 경우에는 찬성과 반대 양자를 모두 수용하지 아니하거나 양자택일의 대상이 되는 사항 모두를 선택하지 아니하기로 확정된 것으로 본다(동법 제1항 단서). 전체 투표수가 주민투표권자 총수의 3분의 1에 미달되는 때에는 개표를 하지 아니한다(동조제2항). 관할 선거관리위원회는 개표결과에 대해서 당해 지방자치단체의 장에게 통지하여야 하며 통지를 받은 지방자치단체의 장은 지체

없이 그 결과를 공표하고 지방의회에 보고하여야 한다(동조 제3항·제4항).

2) 주민투표의 구속력의 제한 필요성

입법론상으로 주민투표의 실시 당시와 현저하게 사실상태와 법상태가 변화되어 주민투표의 결과를 그대로 유지하는 것이 현저히 공익에 반하는 경우에는 주민투표의 구속력의 유효기간을 제한하여 지방의회 3분의 2 이상의 요청에 의해 이를 변경할 수 있도록 허용하는 것이 필요한 것으로 본다.

(6) 불복절차: 주민투표소송

1) 소청 및 주민투표소송

주민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 주민투표권자는 주민투표권자 총수의 1/100이상의 서명으로 주민투표결과가 공표된 날부터 14일 이내 관할 선관위 위원장을 피고로 기초는 특별시·광역시·도 선관위에, 광역은 중앙선관위에 소청을 제기할 수 있다(동법 제25조 제1항). 소청 결정에 불복이 있는 소청인은 관할 선관위 위원장을 피고로 위 결정서를 받은 날(결정서를 받지 못한 때에는 결정기간이 종료된 날을 말함)부터 10일 이내에 기초에서는 고등법원에, 광역에서는 대법원에 소송을 제기할 수 있다.

주민투표소송은 선거소송에 있어서 일반적으로 인정되는 소위 객관소송인 민중소송이다. 다만 주민투표소송은 국가정책에 관한 주민투표에는 적용되지 아니한다(동법 제8조제4항). 이는 국가정책에 관한 주민투표에는 그 법적 효력이 인정되지 않기 때문이다. 그러나 특정지방자치단체에 주민협오시설을 건설하고자 하는 국책사업 등에

관하여 그 최종결정권한이 비록 중앙행정기관에 있다고 해도 그 결정에 있어 중요한 참고사항이 될 당해 사안에 대한 주민투표의 결과에 대하여 혹은 주민투표절차에 관한 잘못이나 그 내용상의 오류에 대한 소청이나 주민투표결과에 대하여 불만을 가지는 주민이 많을 경우 오히려 국책사업을 진행하는데 있어서 지역내 심각한 갈등을 파생시킬 우려가 있다. 그러므로 국책사업에 관한 주민투표에 있어서도 그 투표결과에 대한 주민투표소송을 인정하는 것이 타당한 입법정책으로 본다.

2) 재투표 및 투표의 연기

지방자치단체의 장은 주민투표의 전부 또는 일부무효의 판결이 확정된 때에는 그 날부터 20일 이내에 무효로 된 투표구(전무무효의 판결이 난 경우 당해 투표실시구역 전부, 일부무효의 판결이 난 경우 당해 투표실시구역 중 무효판결이 난 투표구)의 재투표를 실시하여야 한다. 이 경우 투표일은 늦어도 투표일전 7일까지 공고하여야 한다(동법 제26조제1항). 천재지변으로 인하여 투표를 실시할 수 없거나 실시하지 못한 때에는 지방자치단체의 장은 관할선거관리위원회와 협의하여 투표를 연기하거나 다시 투표일을 지정하여야 한다(동조제3항).

(7) 국가의 정책에 관한 주민투표

1) 주민투표의 대상

지방자치단체의 폐지·분합은 주민의 생활과 국민의 기본권에 중대한 영향을 미치며 국가의 기간시설은 국가가 관장하지만 그것이 소재하는 지역주민에게 중대한 영향을 미치는 점을 고려할 때 단지

이들 사무가 국가사무라는 이유로 주민투표의 대상이 될 수 없다고 하는 것은 현실호도적이며 주민 역시 국민으로서의 지위를 갖는다는 점을 간과하는 것이다. 따라서 주민투표법은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 구역변경, 주요시설의 설치 등 국가의 권한 또는 사무에 속하는 국가정책의 수립에 관해서도 주민투표를 실시할 수 있는 가능성을 보장하고 있다(동법 제8조제1항). 다만 국가의 정책에 관한 주민투표는 그 성격상 비구속적 자문적 주민질의에 해당하며 따라서 주민투표의 확정이나 조치의무에 관한 규정은 적용되지 않는다(동조 제4항 참고).

2) 주민투표 요구권자

가. 관계 중앙행정기관의 장

관련 중앙행정기관의 장은 소관 업무와 관련하여 지역주민의 의견을 들을 필요가 인정되는 때, 사전에 행정자치부장관과 협의하여 투표 실시 구역을 정하여 관계 자치단체장에게 요구한다(동법 제8조제1항). 주민투표법은 지방자치단체의 주민이나 지방자치단체가 국가의 정책에 관한 주민투표에 있어 중앙행정기관의 장에게 주민투표의 실시를 요청할 수 권리를 규정하고 있지 않다. 이와 같이 국가의 정책에 관한 주민투표는 국가가 주민투표실시의 필요성에 대해 배타적인 판단을 하며 또한 국가가 주민투표의 실시지역을 일방적으로 결정한다(동법 제8조제4항 참고).

나. 국가의 정책에 대한 주민이나 지방자치단체의 주민투표청구의 가능성

주민투표법이 국가정책과 관련한 국가의 전속적인 주민투표요구권을 규정하면서 주민이나 지방자치단체가 이를 요구할 수 있는 가능

성을 봉쇄하고 있는 것은 문제이다(동법 제8조제1항). 헌법재판소도 제주도 행정구역의 개편을 위한 혁신적 대안과 관련하여 제주도의 기초지방자치단체들과 행정자치부장관 및 제주도간의 권한쟁의심판에서 지방자치단체가 국책사업에 대하여 주민투표를 실시할 것을 요구할 수 있는 권한은 없는 것으로 보았다.²⁹⁹⁾ 그러나 지방자치권에 직접적인 영향을 미치거나 지역의 분열 등 심각한 문제가 예상될 경우에는 주민이나 지방자치단체도 국가의 정책에 대해 관할 중앙행정기관으로 하여금 주민투표의 실시를 요구할 것을 청구할 수 있는 가능성을 보장할 필요가 있으며 또한 이를 인정하더라도 법리상 문제가 없다고 본다.

3) 국책사업에 대한 자주관리 내지 자문적 주민투표의 가능성

주민이나 지방자치단체가 자기의 구역 안에서의 국책사업에 관하여 법적 구속력이 없는 자주관리 내지 자문적 주민투표를 실시하는 것이 현행 주민투표법상으로 허용될 수 있는가하는 것이 문제될 수 있다.

독일의 경우 이와 관련한 선도적 판결로 핵무장에 대해 지방자치단체가 주관하는 주민여론조사의 허용성에 관한 판결을 들 수 있다. 이 판례의 논지는 다음과 같다. 이에 의하면 지방자치단체는 자신의 구역 안에서 공행정의 일반적 수행자이지만 국가에 편입된 국가의 조직이며 지방자치단체의 고권적 권한 역시 국가에서 유래한 것이다. 지방자치단체의 고권적 견해표명은 공권력의 직접적인 결과, 즉 넓은 의미에 있어 국가권력의 행사이다. 만약 지방자치단체의 주민이 투표의 방법으로 지방자치단체의 의사형성에 참여하는 경우, 이들은 사회의 영역에서 활동하는 것이 아니라 기관의 자격에서 고권의 영역에

299) 헌재 2005. 12. 22, 2005헌라5.

서 행동하는 것이기 때문에 지방자치단체 관할권의 범위 안에서 활동하여야 한다. 지방자치단체는 고권적으로 활동하는 지역사단으로서 국가사무를 위임받지 않은 때에는 지역적 효과영역의 사무만을 처리할 수 있는 권리가 있을 뿐이며 지역성의 범위를 벗어난 일반적 정치적 위임은 주어지지 않는다. 따라서 지방자치단체의 사무가 아닌 국가사무에 대한 자문적 주민여론조사의 실시는 국가의 전속적 입법·통치·행정관할권에 개입하는 것이기 때문에 기본법에 위반되며 따라서 무효라고 판단하였다.³⁰⁰⁾ 이와 같이 지방자치권의 헌법적 보장에 관한 규정에서는 보장뿐만 아니라 동시에 단순한 의사형성과 관련해서도 지방자치단체 관할권의 한계를 도출하고 있는 것이다.

그러나 지방자치와 직접민주주의에 관련한 문제에 있어 독일 연방헌법재판소의 판례는 그다지 참고가 될 것이 없다고 본다. 독일의 학계나 정치계에서는 직접민주주의에 대한 바이마르시대와 나찌시대의 부정적 경험으로 주민직접참여제도의 의의와 역할에 소극적이고 회의적인 견해가 지배적이며³⁰¹⁾ 또한 헌법 자체도 “명확한 반직접민주주의 기본법(Das Grundgesetz-prononciert antiplebiszitär)”이라고 하는 것과 같이 주민직접참여제도에 매우 억제적이기 때문이다.³⁰²⁾

이 문제는 과거 부안 방사성폐기장 주민투표의 실시의 실시와 관련하여 쟁점이 된 바 있다. 당시 정부에서는 자주관리 주민투표가 국가의 권한에 속하는 국책사업을 그 대상으로 하는 것이며 이러한 주민투표를 실시하기 위해서는 법적인 근거가 있어야 함에도 불구하고 현행법상 이를 허용하는 법적인 근거가 없기 때문에 불법이라고 주

300) BVerfGE 8, 122(132f.).

301) Vgl. *Peter Krause*, “Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie”, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 1987, S. 320ff.

302) *Franz-Ludwig Knemeyer*, *Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik*, 2. Aufl. 1997, S. 26.

장한다.

이에 관하여 보건대, 국책사업에 관한 주민투표라고 하더라도 자주 관리 주민투표와 같이 법적 구속력이 없는 임의적 주민투표는 법률이나 조례상 근거가 없이 사실상 주민에 의해 자주적으로 실시되더라도 법률상 이를 명시적으로 금지하거나 제한하는 법률이 없는 한 그 적법성은 전혀 문제되지 않는다고 본다.

자주관리 주민투표는 주민투표라는 명칭에도 불구하고 그것에 법적인 구속력이 인정되지 않고 그 자체로서 지방자치단체의 의사를 직접 결정하는 것은 아니라는 점에서 자문적 주민의견조사로서의 법적 성질을 갖는다. 또한 이는 헌법상 국민의 기본권에 의해 보장된다. 주민이 자기의 생활에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 국책사업에 대하여 주민투표의 형식으로 집단적인 의사를 형성하는 것은 인간의 존엄성과 행복추구권 및 기본권의 불가침성을 규정한 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 포괄적 자유권인 일반적 행동자유권, 이를 주의적으로 확인하는 헌법 제37조 제1항, 헌법 제21조에서 보장되는 표현의 자유, 헌법 제26조의 청원권에 근거한 기본권의 행사로서 보장될 수 있는 것이다.³⁰³⁾

한편 주민투표법이 국가의 사무를 주민투표의 금지대상으로 하고 있으나(동법 제2조제2항) 이 경우에 있어 주민투표는 구속적 주민투표를 의미한다고 할 것이며 또한 중앙행정기관의 장에 대하여 국책사업에 관한 주민투표의 실시를 요구할 수 있는 권한을 지방자치단체 또는 주민에게 인정하고 있지만 이 규정 역시 지방자치단체의 직

303) 부안 방사성폐기물처리장관련 자주관리 주민투표에 관한 법리에 대해서는 민주주의법학연구회, 부안 방사성폐기물처리장 유치 찬반 주민투표의 실시에 즈음한 민주주의법학연구회의 견해, 민주법학 제25호(2004. 2), 523-536면 참고. 같은 취지로는 김명길, 지방자치에 있어 직접민주제, 공법연구 제33집 제1호(2004. 9), 37면. 반대견해로는 김동건, 주민투표제도의 의의와 문제점, 지방자치법연구 제6권 제1호(2006. 6), 129면.

권이나 주민들의 청구에 의한 자주관리주민투표까지 금지하는 규정으로 볼 것은 아니다.

4) 주민투표의 절차

가. 주민투표 요구사실의 공표 및 지방의회의 의견수렴

지방자치단체의 장은 중앙행정기관의 장의 주민투표의 실시를 요구받은 때에는 지체없이 이를 공표하여야 하며, 공표일부터 30일 이내에 그 지방의회의 의견을 들어야 한다(동조제3항). 지방의회의 의견을 들은 지방자치단체의 장은 그 결과를 관계 중앙행정기관의 장에게 통지하여야 한다(동조제4항).

나. 주민투표의 발의

지방자치단체의 장은 지방의회의 의견을 들은 후 투표의 실시여부를 결정한다. 투표의 실시여부는 지방자치단체의 장의 재량적 결정사항이며 지방의회의 의견청취로서 족하고 지방자치단체의 사무에 대한 주민투표에 있어서와 같이 지방의회 의원의 과반수의 동의를 요하는 것은 아니다(동법 제13조제1항 참고). 다만 지방자치단체의 장은 지방의회의 의견을 최대한 존중하여 합리적으로 결정하여야 할 것이다. 한편 지방자치단체의 폐치·분합이나 명칭 및 구역의 변경에 대하여 주민투표를 실시하는 경우에는 국가는 별도로 지방의회의 의견을 청취할 필요가 없다(지방자치법 제4조제2항). 지방자치단체의 장이 관계행정기관의 장에게 주민투표의 실시여부를 통지한 경우에는 지체없이 주민투표 청구의 대상, 취지 및 이유 등에 대한 요지를 공표하고 관할 선거관리위원회에 통지하여야 한다(동법 제13조제1항).

다. 주민투표 실시절차

국가정책에 대한 주민투표의 실시절차는 지방자치단체의 사무에 대한 주민투표절차와 기본적으로 동일하다. 다만 주민투표의 대상, 실시구역, 투표결과의 확정 및 지방자치단체의 조치의무, 주민투표소 송 및 재투표에 관한 규정은 적용되지 않는다(동법 제8조제4항 참고). 주민투표의 실시구역은 사전에 행정자치부장관과 협의를 거쳐 중앙행정기관이 결정하며(동법 제16조 적용제외), 국가정책에 관한 주민투표는 비구속적·자문형 주민투표로서 법적 구속력이 없기 때문에 주민투표의 획정이나 조치의무에 관한 규정은 적용의 여지가 없기 때문이다(동법 제24조제1항·제5항·제6항 적용제외). 국가정책의 주민투표결과는 관계 중앙행정기관이나 지방자치단체에 대하여 법적 구속력이 없기 때문에 그 결과를 법적으로 다투는 것이나 그 결과 재투표하는 것은 무용한 것이다(동법 제25조·제26조 작용제외).

5) 투표결과의 통지 등

관할 선거관리위원회는 투표결과를 관계 지방자치단체의 장에게 통지하여야 한다. 투표결과는 전체 투표수가 주민투표권자 총수의 3분의 1에 미달하여 개표하지 않은 경우와 유효투표수가 동수인 경우 및 양자택일로 확정된 경우를 모두 포함한다(동법 제24조제3항). 주민투표의 결과의 통지를 받은 지방자치단체의 장은 이를 지방의회에 보고하고 관계 중앙행정기관의 장에게 통지하여야 한다(동조제4항).

제 4 장 지방자치단체의 조례와 사무

제 1 절 조례제정권의 범위와 한계

1. 서 설

지방자치단체의 자치고권 중의 하나인 자치입법권, 특히 지방의회
의 조례제정권의 확립은 지방자치제도의 목적과 기능의 효율적 실현
을 위하여 필요불가결한 요소이며 헌법질서에 있어 지방자치행정의
지위상의 가치를 결정하는 문제이다.

조례의 범위와 한계에 관한 현행법상 관계규정을 보면 우선 헌법
은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할
수 있다”고 규정하고 있다(동법 제117조제1항). 이를 받아 지방자치
법은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를
제정할 수 있다. 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이
나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 하고(동법 제
15조) 나아가 “시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나
규칙에 위반하여서는 아니 된다”(동법 제17조)고 규정하고 있다. 한
편 한국의 지방자치단체의 기관구성은 기관대립형을 취하고 있으며
집행기관과 지방의회간의 권한분리·배분원칙이 적용되어 지방자치
단체장의 전속적인 집행권한에 속하는 사항에 대해서는 조례를 제정
할 수 없다.

이와 같이 조례는 “당해 지방자치단체의 사무”, “법령의 범위 안”,
“권리제한·의무부과 및 벌칙에 관한 사항을 정할 때에는 법률의 위
임”, “상위 조례의 위반금지” 및 “집행기관과 지방의회의 권한분리·

배분원칙의 위반금지”이라는 사항에 의하여 그 규율범위가 제한된다.

그러나 이와 같은 조례제정권의 일반적 한계규정의 해석 및 적용과 관련해서는 다양한 쟁점들이 존재하고 있다. 조례제정권의 범위와 한계에 관한 합리적인 기준설정은 지방자치단체의 위상확립, 지방자치제도의 활성화, 국가기관이나 다른 지방자치단체와의 불필요한 법적 분쟁의 방지와 그 법적 분쟁의 합리적 해결을 위하여 절대로 필요한 것이다. 이하에서는 조례제정권의 범위와 한계에 관한 주요쟁점들을 중심으로 현행헌법의 기본원리와 구조에 기초하여 고찰한다.

2. 조례제정권의 법적 성질

조례제정권의 범위와 한계에 관한 고찰의 전제요건으로 조례의 법적 성격이 규명될 필요가 있다. 이에 대해서는 위임입법설과 자주입법설이 대립하고 있다.

(1) 위임입법설

이 견해는 조례를 법률의 수권에 받아 지방의회에 의하여 제정된 「위임입법」으로 이해한다. 즉 조례제정권은 국가로부터 부여된 것이며, 헌법으로부터 법률, 그리고 법률의 수권에 의해 명령, 조례가 제정되므로 조례도 위임입법의 일종이라고 한다. 이 견해에 의한 경우 조례는 행정권에 의한 입법작용, 즉 행정입법에 해당하며 조례와 행정입법은 본질적인 차이가 없다. 이는 독일의 전통적인 견해이며 한국의 지배적인 견해이다.³⁰⁴⁾

304) 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사 2006, 88쪽. 한편 박윤훈교수는 뒤에서 보는 전래설에 입각한 조례자주입법설이 한국에 있어 일반적 견해라고 한다. 박윤훈, 행정법강의(하), 법문사 2004, 126면.

(2) 자주입법설

자주입법설은 다시 고유권설에 입각한 자주입법설과 전래설에 입각한 자주입법설로 나누어 진다. 고유권설에 입각한 자주입법설은 지방자치단체의 자치권은 자연권적 고유권이며 지방자치단체의 고유사무에 속하는 사항은 조례의 전권사항으로 본다. 따라서 고유사무에 속하는 사항에 관하여 법률과 조례가 저촉되는 경우 조례가 우선하는 것으로 본다. 이 견해에서는 헌법 제117조 제1항 규정의 ‘법령의 범위 안에서’를 고유사무에 관한 한 특별한 의미가 없는 것으로 보거나 완화하여 해석한다.

이에 대해 전래설에 입각한 자주입법설은 조례제정권은 국가의 통치권으로부터 전래된 것이고 통치권의 일부가 이양된 것이긴 하나 적어도 자치사무에 관하여 법령에 위반되지 않는 한 법령의 개별적인 위임없이도 조례를 제정할 수 있다고 한다. 다만 조례는 국가법체계의 일부이기 때문에 국가의 법령에 우선할 수 없다고 한다. 이 견해는 조례가 주민의 직접 선거에 의하여 선출된 의원으로 구성된 지방의회에 의하여 제정된다는 점에 주목하여 조례를 법률과 함께 헌법상 보장된 “입법작용”으로 보는 것이다.

따라서 이 견해에 의할 경우 헌법에 기초를 가진 입법작용으로 법률과 조례의 2 종류가 존재하게 되며 재산권법정주의, 조세법률주의 등과 같이 기본권에 관하여 헌법상 법률에 의하도록 규정하고 있는 경우에도 조례에 근거한 규제가 허용된다. 한편 전래설에 입각한 자주입법설에 의하더라도 법률의 위임에 근거한 위임조례가 부정되는 것은 아니다. 이 견해의 핵심은 법률에 의한 수권이 없는 경우에도 조례는 그 자체로서 법률유보이론에서 말하는 근거규범으로서의 성질을 갖는다는 것에 있다.³⁰⁵⁾

(3) 소 결

지방자치단체의 자기 규율인 조례와 국가의 법령이 충돌되는 경우 국가의 법령이 우선한다는 것에 대해서는 다툼의 여지가 없다. 이는 우리 헌법 제117조제1항이 분명하게 지방자치단체의 자기규율권을 법령의 범위 내에서 행사된다고 규율하고 있기 때문이다. 이러한 점에서 지방자치에 대한 고유권설의 입장과 같이 지방자치단체의 조례가 우선해야 한다는 등의 고유권설에 입각한 조례자주입법설은 설득력이 없다.

그러나 지방자치단체는 헌법 제117조제1항의 규정에 의하여 그의 사무에 대하여 법령의 범위 안에서 자주적으로 조례를 제정할 수 있는 것이며 그에 대한 법령의 수권이 있어야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 조례의 제정권자인 지방의회는 주민의 선거를 통해서 지역적인 민주적 정당성을 획득한 주민의 대표이고 그 규율사항이 지방자치단체의 업무에 관한 것이기 때문이다. 다만 지방의회가 주민의 대표기관으로서 민주적 정당성을 갖고 국가법에 대한 보충적인 지위에서 지방적 특성에 맞는 입법형성권을 갖는 것은 사실이지만 지방의회가 국가의 기본질서를 형성하는 국회의 기능을 대신할 수는 없는 것이다. 이러한 점에서 볼 때 지방자치단체의 조례는 결국 전래적 입법이지만 자주적 입법으로서의 성질을 갖는다고 할 것이다. 이러한 조례의 자주적 입법성은 지방자치의 헌법적 보장에서 비롯되는 것이다.

305) 大橋洋一, 行政法, 有斐閣, 2001, 55면.

3. 법률우위의 원칙과 조례제정권

(1) 전통적 법률선점론의 극복

종래 법률과의 관계에서 조례의 제정가능성을 크게 제약하는 이론으로 법률선점론이라는 경직적인 견해가 있었다. 전통적인 법률선점론은 국가가 법률로서 규정하는 사항은 국가가 그 이상도 그 이하도 아닌, 이른 바 필요하고 충분한 규제라고 하는 것이며 다시 조례를 제정하거나 또는 법률의 규제와 다른 내용의 규정을 정하는 것은 조례가 법률의 선점영역을 침해하는 것이 되므로 법률로서 이를 인정하는 규정이 없는 이상 허용되지 되지 않는다는 것이다. 이와 같은 전통적인 법률선점론에 의할 경우 조례의 제정가능성은 현저하게 제한된다.

그러나 전통적 법률선점론은 법률선점영역을 인정하더라도 그 범위는 당해 법률이 조례에 의한 규제를 명백히 인정하지 않는다고 해석되는 경우에 한정되어야 하고, 지방자치권을 보장하는 헌법의 취지에 비추어 자치사무에 대한 제1차적 책임과 권한이 지방자치단체에 유보되어 있기 때문에 자치사무의 영역에 대해서는 국가가 법률을 제정하여 규제조치를 정한 경우라 하더라도 이는 전국적으로 적용되어야 하는 최소한 내지 표준을 정한 규정으로 보아야 한다는 것으로 수정되었다.³⁰⁶⁾

따라서 이렇게 수정된 법률선점론에 의할 경우 원래 자치사무라는 것은 지역의 실정에 맞는 행정이 요청되는 것인 바, 그 기준이 될 조례의 제정을 허용하지 않고 따라서 지역의 실정에 부합하는 행정조

306) 미국에 있어서도 주법에 의한 법률선점론과 지방자치단체의 자율적 규율가능성이 논의되고 있으며 이것이 완화되는 경향에 있다. 이에 대해서는 제2장 제1절 5 참고.

치를 부정하는 것과 같은 국가의 법률은 충분히 합리적인 이유가 없는 한 헌법이 보장하는 지방자치권을 부당하게 침해하는 것으로서 그 자체의 효력이 문제되지 않으면 아니 된다.³⁰⁷⁾ 결국 법률선점영역은 가능한 한 한정하여 해석하여야 하고 법률이 조례와의 관계에 대해서 침묵하고 있는 경우에는 충분한 합리성이 인정되는 법령의 규정에 명백히 저촉되지 않는 한 조례의 제정이 가능하다고 보아야 한다는 것이다.

이와 같이 지방자치단체의 규율(조례)내용이 국가의 법령의 내용과 정면으로 배치되지 아니하는 한, 지역법의 효력을 인정하는 것은 헌법 제117조 제1항의 해석론으로서 성립될 수 있는 것이다. 즉, 수정된 법률선점론에 의할 경우 법률의 취지·목적이 상이한 경우에는 대상사항이 법률과 동일한 경우라 하더라도 조례에 의한 규율이 허용된다. 또한 취지·목적이 동일한 경우에도 국가의 법령이 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 규제를 실시하는 취지가 아닌 경우에는 조례에 의한 규율이 가능하게 된다. 따라서 목적의 상위, 지방실정에의 배려를 조례제정자가 적확하게 제시할 수 있다면 조례는 법령과의 저촉을 회피할 수 있는 것이다.³⁰⁸⁾

(2) 프랑스 헌법상 지방자치단체의 자치입법권

프랑스 헌법상 국가의 법규명령권과 지방자치단체의 자치입법권의 관계에 관한 논의는 프랑스가 한국과 같이 단일국가이며 강한 중앙집권적 행정체제에서 벗어나 지방분권개혁을 추진하고 있다는 점에

307) 법률선점론의 개념과 그 변화에 대한 자세한 것은 서원우, 앞의 논문, 189면; 박윤훈, 법령과 조례와의 관계, 고시계, 1992. 11, 47-48면; 김춘환, 법률과 조례의 관계, 토지공법연구 제24집(2004. 12), 259-261면; 高田敏, 條例論, 現代行政法大系 제8권, 有斐閣, 1984, 201-217면 참고.

308) 大橋洋一, 위의 책, 59면.

서 우리에게 많은 시사를 제공한다. 이 점에서 프랑스 헌법상 지방자치단체의 자치입법권에 관하여 소개한다.³⁰⁹⁾

1) 지방자치단체의 법규명령제정권

현재 프랑스에서는 지방자치단체가 자신의 권한에 관련하여 법규명령제정권을 가짐을 헌법 자체에 명시되어 있다. 이전에는 지방자치단체가 법률의 시행을 위해 법규명령제정권을 가지느냐 하는 문제를 두고 논쟁이 있었다.

이 문제는 법률의 시행을 위한 정부(총리)의 법규명령제정권과 지방자치단체의 법규명령제정권과의 관계를 둘러싸고 나타났다. 즉 자치행정에 관련되는 법률의 시행에 있어서 원칙적으로 지방자치단체가 그 시행을 위한 법규명령제정권을 가지는가 아니면 법률이 그 시행을 위하여 구체적 사항을 국가의 법규명령으로 정하도록 위임하고 있지 않는 경우에만 지방자치단체의 법규명령제정권이 인정되는가 하는 문제가 있었던 것이다. 학설은 전자의 견해, 즉 지방자치단체의 자유로운 행정권을 규정한 헌법 제72조를 내세워 지방자치단체에 원칙적인 시행명령제정권이 있다는 견해와 후자의 견해, 즉 법률이 국가의 법규명령에 그 시행을 맡기지 않은 경우에만 지방자치단체의 시행명령제정권이 인정된다는 견해로 나누어져 있었다. 후자의 견해가 다수의 견해였다. 행정법원의 판례는 후자의 견해를 취하였다.³¹⁰⁾

프랑스의 헌법재판소는 2002년의 판례를 통하여 지방자치단체의 자유로운 행정을 규정한 구 헌법 제72조 제2항(2003년 헌법개정으

309) 프랑스의 경우 한국이나 독일과 달리 “조례”라는 용어를 사용하지 아니하고 “지방자치단체의 법규명령”이라는 용어가 통용되고 있다. 프랑스법에 있어 지방자치단체의 법규명령권은 법규적 성질을 갖는 조례와 규칙을 의미한다고 할 것이므로 이하에서는 자치입법권으로 번역한다.

310) CE. 13 février 1985, Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise, Rec. p.37.

로 제72조 제3항으로 옮겨 규정됨)을 근거로 지방자치단체가 자신의 권한행사에 관한 법률의 시행을 위한 법규명령을 제정할 권한을 가진다고 보아 지방자치단체의 법규명령제정권을 헌법에 근거하여 인정할 바 있다.³¹¹⁾ 그런데 헌법재판소의 이 결정에서는 수상이 가지는 법규명령권, 즉 국가의 법규명령권을 침해하는 대상이나 효과를 가질 수는 없다고 하여 한계를 두고 있었다.

이후 프랑스헌법은 2003년 3월 28일의 헌법개정으로 지방자치단체의 법규명령제정권을 명시하였다. 즉 개정된 헌법 제72조 제3항은 지방자치단체가 자신의 권한의 행사를 위하여 법규명령제정권을 보유함을 규정하고 있다.

2) 지방자치단체의 법규명령제정권의 한계

개정된 제72조 제3항은 이전의 제2항(앞부분에서 검토)에 더하여 지방자치단체가 권한의 실행을 위한 명령제정권(un pouvoir réglementaire)을 가진다고 규정한다. 이러한 지방자치단체의 법규명령제정권은 다음과 같은 한계를 가진다. 그 제정대상이 지방자치단체 자체의 권한사무에 관한 것이어야 하고 헌법 제72조 제3항이 “법률에 의해 규정된 조건의 범위 내”라고 분명히 명시하고 있으므로 법률에 부합되게 제정되어야 한다는 한계가 그것이다. 또한 헌법 제72조 제3항은 “법률에 의해 규정된 조건의 범위 내”라고 하여 법률만을 규정하고 있으

311) CC. 17 janvier 2002, 2001-454DC, Loi relative à la Corse, Rec. p. 70 ; L. Favreau, Le respect de la répartition des compétences normatives établie par la Constitution, RFDC, 2002, pp.410-414 ; F. Luchaire, La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002, RDP, 2002, pp.885-906 ; B. Faure, La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel, RFDA, 2002, pp.469-473 ; D. Chagnollaud, Le conseil constitutionnel et la Corse. La question du "pouvoir législatif délégué" : un arbre qui cache la forêt, Pouvoirs locaux, 2002, pp. 123-127 ; J.-B. Auby, La Corse et le pouvoir normatif local, DA, 2002, p. 3.

나 이 규정의 문언이 법률에의 부합성만 요구하는 것으로 볼 것은 아니고 지방자치단체의 이 법규명령제정권은 총리나 대통령이 가지는 국가적 차원의 법규명령제정권을 침해할 수 없고 이 국가적 차원의 법규명령이 정한 조건도 준수해야 한다고 본다.³¹²⁾

따라서 지방자치단체의 이러한 법규명령제정권을 잔여(殘餘) 법규명령제정권(pouvoir réglementaire résiduel)이라고 평가되고 있다.³¹³⁾ 총리의 법규명령 등 국가의 법규명령의 제정권은 법률이 그 시행을 지방자치단체에 맡긴 경우라도 역시 행사될 수 있다고 본다.³¹⁴⁾

한편 지방자치단체의 명령제정권은 근본적으로 지방자치단체의 고유한 권한에 관한 규율을 의미하며 이는 과거부터 있어왔던 자명한 것이고, 일부 학자들이 주장했던 ‘독자(립)적’(autonome) 법규명령권’을 지방자치단체가 보유하지 않는다는 것을 의미한다고 보기도 한다.³¹⁵⁾

이러한 논쟁은 1980년대에 M. Bourjol이 지방자치단체의 자유로운 행정은 헌법에서 직접 유래한 것이기 때문에 이에 따라 헌법 제37조 제1항³¹⁶⁾은 국가적 법규명령인 데 비해 지방적 명령(le règlement local)을 제정할 권한이 당연히 있다고 주장하면서 제기되었다³¹⁷⁾. 헌법이 정하는 입법사항 이외의 분야에 대한 자치적 규범제정권은

312) M. Verpeaux, Droit des collectivités territoriales, PUF., Paris, 2005, p.117 ; R. Le Mestre, op.cit., p.300.

313) D. Chagnollaud, Droit constitutionnel contemporain, t.2, 4^e édition, Armand Colin, Paris, 2005, p.179.

314) P.-L. Frier, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique?, AJDA, 2003, p 562.

315) J. Rivero · J. Waline, Droit administratif, 20^e édition, Dalloz, 2004, p. 94.

316) 법률유보사항과 다른 사항은 명령적 성질을 가진다(Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire).

317) M. Bourjol, Juris calsseur collectivités locales, V^o Constitution, n^o60; F. Lucaire, les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP, 1982, p.1543.

지방자치단체의 의사결정의 자유가 법률의 범위에서 인정되는 것과는 구별된다는 전통적인 주장에 대한 이러한 견해에 대해 다수설은 비판적이었다³¹⁸⁾.

그 이유는 헌법이 지방의회가 사전에 법률의 개입 없이도 명령을 제정할 수 있는 권한을 가진다면 입법자에게 자유로운 행정의 기본 원칙을 정하도록 한 헌법 제34조에 맞지 않다는 점³¹⁹⁾과 헌법 제21조가 명령제정권은 정부를 이끄는 총리에게 있다고 규정한 것을 들었다.

다만 이러한 자주적인 지방명령제정권 논쟁은 별론으로 하고 경찰 작용에 대한 시장의 규범제정권 등과 같이 이 규범제정권은 과거부터 존재해 왔다고 하면서 지방자치단체의 법규명령제정권에 관한 2003년의 헌법개정을 진정한 혁신(innovation)은 아니라는 평가도 있다.³²⁰⁾ 그렇지만 개정헌법의 새로운 규정은 지방자치단체의 자치 입법권한의 전통적 이론을 뒤엎지는 않는다고 생각되고, 다만 지방분권을 위한 지방자치단체의 권한을 좀 더 우호적이고 적극적으로 확인한 것이며 국가로부터 독립적인 어떠한 규범제정권을 인정하는 것은 아니라고 생각된다. 그리고 입법자는 지방자치단체(예로써 Corse)에 대해 국가의 법령규정을 변경할 필요가 있는 특수성이 존재하는 경우에 법률의 적용에 관한 방법을 정할 수 있다³²¹⁾.

(3) 초과조례 · 추가조례

법률선점론과 관련하여 오늘날에는 법령과 규제목적도 같고 규제

318) L. Favoreau, Décentralisation et Constitution, RDP, 1982, p.1259.

319) J.-M. Auby, Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. À propos controverses récentes, AJDA, 1984, p.475.

320) F. Hamon · M. Troper, Droit constitutionnel, 29^e édition, LGDJ., Paris, 2005, p.497.

321) C.C. 2001-454 DC 17 janvier 2002. Rec. p.20.

대상도 같지만 규제의 내용만이 법령의 기준을 초과하여 보다 엄격하게 규제하는 추가조례 및 법령과 동일한 목적으로 규제하되, 법령과는 다른 대상으로 규율범위를 확대하는 추가조례의 허용성이 논의되고 있다.

1) 초과조례

초과조례에 대해서는 종래의 전통적인 엄격한 법률우위론 내지 법률선점론에 의하면 당연히 위법한 조례로써 그 효력이 부인된다. 그러나 이 문제는 이렇게 확일적으로 판단할 문제는 아니다. 이 문제는 다음의 두 가지 경우로 나누어 고찰할 필요가 있다. 즉, 당해 법률의 규제가 전국적인 최고기준 내지 한도기준을 정한 것으로 해석되는 경우와 전국적인 최소기준 내지 표준적인 기준을 정한 것으로 해석되는 경우에 따라 위법성 여부는 달라지게 된다. 즉 전자의 경우에는 법령이 정한 이상으로 조례를 정하는 것은 허용되지 않으며, 이를 위반한 조례는 위법이 된다. 이에 대하여 후자의 경우는 그 이상의 규제는 각 지방의 실정에 따라 지방자치단체가 자율적으로 규제하는 것을 허용하는 것으로 지방자치단체가 합리적인 이유에 근거하여 조례로 초과규제하더라도 이 조례는 법령에 위반하는 것은 아니다.³²²⁾

이러한 해석은 이미 오래전부터 일본에서는 보편화되어 있으며,³²³⁾

322) 서원우, 조례제정권의 범위와 한계, 고시계, 1993. 3. 190면 ; 김남진, 조례제정의 법적 문제 : 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로, 법제연구 제9호(한국법제연구원, 1995), 23~24면 ; 유상현, 조례의 법적 한계에 관한 연구, 경희대학교 박사학위청구논문, 1994, 68면.

323) 일본의 경우 초과조례는 특히 환경법의 영역에서 현저히 나타나고 있는 바, 대기오염방지법, 수질오염방지법 등 공해규제법은 특정시설의 설치에 관하여 신고제를 규정하고 있는 것에 대하여 東京都 公害防止條例나 京都府 公害防止條例 등은 허가제를 규정하고 있고, 또한 규제기준을 위반한 특정시설에 대하여 공해규제법은 사용방법이나 배치의 변경명령권만을 규정하고 있는 것에 대하여 위 조례 등은 일시정지명령까지 규정하고 있는 것이 이러

우리나라 판례에서도 “지방자치단체는 법령에 위반하지 아니하는 범위내에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 것이고, 조례가 규율하는 특정 사안에 관하여 그것을 규율하는 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도 하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지장의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다.”라고 판시하여 법령의 내용보다 더욱 강화된 요건 규정을 두고 있는 조례의 합법성을 인정하였다.³²⁴⁾ 이 판례는 초과조례에 관한 법리를 도입한 것으로 국가의 법령보다 초과된 사항에 관하여 규율하고 있는 조례의 위법성여부를 판단한 점에서 소위 법령선점이론에 대한 수정 내지 그 완화를 의미하는 것이다.

한 예에 속한다. 또한 초과조례의 허용성에 대하여 일본 최고재판소는 1975년 德島市公安條例事件에서 다음과 같이 판시하였다. 『조례가 국가의 법령에 위반하는가 아닌가는 양자의 대상사항과 규정문언을 대비할 뿐만 아니라 각자의 취지, 목적, 내용 및 효과를 비교하고, 양자 사이에 모순·저촉이 있는가의 여부에 따라 이를 결정하여야 한다. ……특정사항에 관하여 이를 규율하는 국가의 법령과 조례가 병존하는 경우에도 후자가 전자와는 다른 목적으로 규율하는 의도를 가지고 있으며, 그의 적용에 의하여 전자의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하지 않는 경우라든가 양자가 동일한 목적을 가지고 있는 경우에도 국가의 법령이 반드시 전국적으로 동일내용을 일률적으로 규율하려는 것이 아니고, 각 자치단체가 그 지장의 실정에 따라 별도의 규제를 하는 것을 용인하는 취지로 새겨지는 경우에는 국가의 법령과 조례 사이에는 아무런 모순·저촉이 없으며, 조례가 국가의 법령에 위반하는 문제는 발생하지 않는 것이다』(最大判 1975.9.10, 刑集 29권 제8호, 489면).

324) 대판 1997.4.24. 96추244.

2) 추가조례

일본에서 추가조례의 전형적인 예로는 농산물검사법이 그 대상으로 하고 있지 아니한 농산물에 관하여 이 법과 같은 취지와 목적으로 검사하도록 한 조례는 위법이 아니라는 자치성의 유권해석이 있으며, 또한 식품위생법에 근거하여 제정된 후생성 고시에서는 식품과 첨가물의 규격·기준 등에 관하여 품목별로 상세히 규정하고 있음에도 불구하고 조례로서 이 고시에서 규제하고 있지 아니한 유사식품의 규격과 기준 등을 규정하고 있는 예도 있다.³²⁵⁾ 그리고 추가조례는 한국에서도 이미 그 예를 찾아 볼 수 있는 바, 『서울특별시 생활폐기물관리에 관한 조례』가 그것이다. 즉, 이 조례의 근거법률인 폐기물관리법 제15조제2항은 『생활폐기물배출자는 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 제1항의 규정에 의하여 스스로 처리할 수 없는 생활폐기물을 종류·성상별로 분리하여 보관하여야 한다』고 규정하고 있는 것에 대하여 이 조례 제6조는 제1호 및 제2호에서 연탄재와 비연탄재의 분리보관 등을 규정하면서 제3호에서는 『보관된 쓰레기는 지정된 시간과 장소에 내어 놓아야 한다』고 규정하여 법령이 미처 규정하지 못한 『시간과 장소』를 조례로써 추가하여 규정하고 있다.

이와 같은 추가조례의 가능성은 일반적으로 다음의 경우를 나누어 고찰할 수 있다. 우선 법령의 취지가 당해 규제으로써 충분하다고 판단되어 규제의 대상밖에 두고 있는 경우에는 조례로써 이에 관해 규제하는 것은 허용되지 않는다. 반면에 규제하지 않은 취지가 국가의 무관심에 있다던가 국가가 전국적인 규제를 할 필요성을 인정하지 않을 뿐, 지방의 실정에 따라 특별한 규제를 가하는 것을 금지하지 않는 것으로 새겨지는 경우에는 이에 대한 조례에 의한 규제는 가능하

325) 일본에 있어 추가조례의 예에 대해서는 宋本英昭, 『要説地方自治法』(ぎょうせい, 2004), 203-204면 참고.

다고 보아야 한다.³²⁶⁾ 법률선점론에 따라 국가법령우위사상에 의하여 법령의 규제를 최대한의 규제입법으로 해석될 우려가 많지만 이 부분에 대한 판례의 적극적이고 전향적인 판단이 요청된다.

(4) 소 결

조례를 규제하는 법률도 지방자치의 헌법적 보장의 취지를 존중하여야 한다는 헌법의 구속을 받는 것이므로 법률의 규정내용이 지방자치를 저해하거나 지방자치단체의 자주성을 부정하는 경우에는 법률 자체가 무효로 판단되지 않으면 아니 된다. 따라서 형식적으로 법률은 조례에 우선한다는 설명만으로 불충분하며, 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 부합하는 합헌적 법률만이 조례에 우선하는 것이다. 또한 종래에는 조례의 법령위반 여부에 대하여 지방자치단체에서 많은 우려를 하였기 때문에 조례에 의한 정책형성이 크게 저해되어 왔다. 그러나 이와 같은 과잉적인 위축효과는 행정체계의 발전에 바람직하지 않다. 오히려 법률이 조례에 의한 자유로운 정책형성을 인정하는 취지를 명확하게 하여 조례에 개방적인 태도를 취하는 것이 법률과 조례의 유기적 결합에 의한 실효성있는 행정체계를 확보할 수 있다는 점에 특히 유의할 필요가 있을 것이다.

한편 규제행정에 있어서 조례의 내용이 법령의 내용과 그 취지나 목적이 동일한 경우에 국가 전체에서의 기준을 정하고 있는 법령의 범위를 초과하여 규제하고 있는 경우에 그 효력을 인정할 수 있는 법리의 적용이 적극적으로 요구된다고 할 것이다. 그 논거는 최소한 조례의 내용이 입법의 목적과 취지와 동일한 방향에서 제정된 것이라는 점에 있다. 문제는 국민의 기본권에 대한 제약을 규정하는 권한

326) 김남진, 앞의 논문, 24-25면; 서원우, 앞의 논문, 190면.

을 누구에게 인정하는가 하는 점인데, 전통적인 법치국가원리는 개인의 기본권 보장을 위하여 그에 대한 제한은 오직 국민 전체의 대의기관인 국회가 정하는 법률만으로 가능하다는 법리에 근거하여 법률에서 정하고 있는 제한의 범위가상은 누구도 정할 수 없기 때문에 그와 같은 과도한 제한을 하는 조례는 위법한 것이라는 결론에 이르렀다.

그러나 이와 같은 의회법률의 절대적 우위원리는 오늘날 급변하는 사회에서의 지배원리로서는 적절히 작동하지 못한다. 지방자치단체와 같은 부분사회에서의 구성원들의 의사가 최소한 민주적 구성원리에 의해 조직된 기관에 의하여 민주적 절차를 거쳐 형성되고, 그 내용이 국가의 법령에 적극적으로 반하지 아니하는 한에서는 그 효력을 인정하는 것이 타당하다. 이는 지방자치단체가 지역 주민의 생활관계가 이루어지고 있는 현장에 가까이 위치하는 행정기관이라는 점에서 부분사회의 자율적 규율이 국가 전체 국민의 의사인 법률에 적극적으로 반하지 않는 한에서는 부분사회에서의 규율이 구체적 사실관계에 더욱 적절한 것일 수 있다는 논리에 의하여 정당화될 수 있다.³²⁷⁾

4. 법률유보의 원칙과 조례제정권

헌법은 지방자치단체가 ‘법령의 범위 안에서’ 조례를 제정할 수 있음을 정하고 있는데 지방자치법은 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례의 제정에는 개별적인 법률의 위임이 있어야 하는 것으로 규정하고 있다. 주민의 권리의 제한과 의무의 부과에 법률의 위임이 있어야 함은 결국 지방자치단체의 조례제정에 침해유보의 원칙이 적용됨을 의미한다. 이와 같은 지방자치법 제15조의 단서규정이

327) 김해룡, 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제, 공법연구제33집 제1호(2004. 11), 73면.

포괄적인 조례제정권을 수권하는 헌법 제117조의 취지에 합치되는가의 여부를 관련하여 합헌설과 위헌설이 대립하고 있다. 이러한 대립의 근거에는 지방자치에 대한 헌법적 보장과 법치행정의 원리, 구체적으로는 법률유보의 원리와와의 관계를 어떻게 이해할 것인지가 문제되는 것으로 조례제정권의 범위와 한계에 있어 특히 중요한 의미가 있다.³²⁸⁾

(1) 학설의 현황

1) 합헌설

기본권제한과 관련한 고전적인 침해유보 또는 중요사항 유보는 자치입법인 조례의 경우에도 그대로 타당한 헌법원리라는 입장이다. 다수설로서 그 주요논거는 다음과 같다. 헌법 제117조제1항은 지방자치의 제도적 보장규정으로서 본래적 의미가 있는 것이며 그 본질적 내용으로서 자치입법권의 보장을 규정한 것으로 보아야 한다. 그러나 이 때 헌법상 “법령의 범위 안”이란 표현은 두 가지의 의미가 있는 바 우선 법령에 적극적으로 반할 수 없다는 것 뿐만 아니라 경우에 따라서는 법령의 근거를 필요로 한다는 의미로 해석되어야 한다고 본다. 따라서 지역주민의 기본권제한의 경우에는 지방자치법 제15조 단서의 표현대로 법률유보에 의하여 법령의 근거나 위임이 필요로 한다는 의미로 해석된다고 본다.³²⁹⁾

결국 지방의회는 지역주민에 의하여 선출되어 민주적 정당성을 갖고 있으나 전체 국민의 대표기관인 국회와는 상이한 법적 지위를 갖

328) 조례제정권과 법률유보의 문제에 있어서 조례에 의한 권리제한·의무부과의 경우와 조례에 의한 벌칙의 가능성은 다른 관점에서 논의될 수 있으므로 여기서는 전자의 경우에 한정하여 살펴본다.

329) 홍정선, 지방자치법학. 법영사, 2002, 213면; 정영주, 조례제정권의 헌법적 한계와 통제, 공법학의 현대적 지평(계희열박사화갑기념논집, 1995, 160-161면.

는 것이며 이에 따라 국민의 전체의사의 표현으로서의 법률과 지방주민의 의사의 표현인 조례와의 사이에는 그 민주적 정당성에 있어 차이가 인정될 수 밖에 없고 국민의 자유와 권리, 즉 기본권을 제한하는 규율은 전국민적인 민주적 정당성을 갖는 법률의 수권을 필요로 한다는 것이다.³³⁰⁾ 헌법 제37조제2항은 “모든 국민의 자유와 권리는 … 법률로써 제한할 수 있으며”라는 표현을 사용하고 있는 바, 여기에서의 법률은 형식적 의미의 법률을 의미하기 때문에 지방자치법 제15조의 단서규정은 헌법 제37조제2항의 규정을 단지 확인하고 선언한 것에 불과하다는 견해도 동일한 입장으로 볼 수 있다.³³¹⁾

한편 절충적인 입장으로 지방자치법 제15조 단서를 지방자치의 헌법적 보장 하에서 헌법합치적으로 해석하는 한 위헌의 문제는 제기되지 않는다는 견해도 있다. 이에 의하면 지방자치단체 사무의 특정 영역에 대하여 법률유보원칙의 적용에 의하여 법령이 직접 규율하고 있는 때에는 조례가 독자적으로 법령과 충돌되거나 경합되는 내용을 규정할 수 없는 반면에 법령에 의한 규율이 없는 때에만 지방자치단체가 법령의 위임이 없이도 직접 규율할 수 있다고 해석하는 경우에는 지방자치제의 제도적 보장의 의미와 헌법 제117조제1항 규정과의 관계에 있어 합목적적인 결과를 가져오게 되며, 이러한 해석에 의할 경우 헌법합치적 해석이 가능하게 되므로 지방자치법 제15조 단서의 위헌문제는 제기되지 않는다고 한다.³³²⁾

330) 정하중, 행정법각론, 법문사, 2005, 100면; 김동희, 행정법Ⅱ, 2005, 78면; 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 한계: 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로, 공법연구 제33집 제3호92005. 5), 387-388면.

331) 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1996, 265면. 이들 합헌설에 의하면 복효적 행정, 즉 공권력행사의 직접적인 상대방에게는 수익적이지만 기타 이해관계가 있는 제3자에게 일정한 침해적 효과-간접적이고 상대적인 것을 포함하여-가 초래되었다면 그 공권력작용은 침해작용에 해당하고 따라서 지방자치단체가 이를 작용을 조례로 규정하고자 하는 때에도 법률의 근거, 즉 위임이 있어야 한다고 한다(정연주, 앞의 논문, 155면).

2) 위헌설

지방자치법 제15조 단서는 지방자치의 헌법적 보장의 내용 및 조례제정권의 본질에 비추어 볼 때 지방자치권에 대한 과도한 제약의 소지가 있다는 점에서 헌법에 위반된다는 입장이다. 이러한 입장에 의하면 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에게 자치사무에 관하여 포괄적인 자치입법권을 부여하고 있기 때문에 수익적 행정작용 또는 부담적 행정작용에 불문하고 법령에 위반되지 않는 한 조례를 제정할 수 있다고 한다. 특히 지방의회는 국회와 마찬가지로 민주적 정당성을 가진 입법기관에 해당하며 헌법 제117조는 헌법 제40조에 대한 예외규정 또는 특례규정으로서 지방의회가 제정한 조례는 행정부의 법규명령과 달리 법률의 위임을 요하지 않는다고 한다. 따라서 주민의 권리제한과 의무부과에 대하여 법률의 위임을 요구하는 지방자치법 제15조의 단서는 지방자치단체의 자치입법권을 사실상 형해화하는 위헌적인 규정이라고 한다.³³²⁾

한편 위헌설에서는 법률유보는 기본적으로 행정권을 대상으로 하는 것이며 독일에서는 지방의회를 행정기관으로 보고 조례의 제정을 행정권의 일부로 보고 있는데 대하여 우리의 경우 지방의회의 주민대표기관성, 조례의 자치입법성이 강조될 필요가 있다고 하고 따라서 독일에서의 조례론을 비교법적 근거로 하여 조례제정권의 범위를 제한적으로 해석하는 것은 타당하지 않다고 한다.³³⁴⁾

332) 류지태, 『행정법신론』, 2005, 769면.

333) 박윤훈, 앞의 책, 2004, 130쪽; 서원우, 지방자치의 헌법적 보장, 고시연구, 1993. 6, 33쪽; 김남진, 앞의 논문, 22면.

334) 서원우, 조례제정권의 헌법적 보장: 지방자치법 제15조 단서규정의 위헌논의와 관련하여, 헌법논총제5집(1994), 120-124면.

3) 소 결

조례의 경우에도 법률유보의 원칙이 적용되는가의 문제는 국민의 기본권제한에 관한 헌법상의 법률유보의 요청과 지방자치에 있어서의 독립성과 자율성의 보장을 위한 헌법상 지방자치의 보장요청의 충돌여부이다.

조례는 지방자치의 헌법적 보장에 근거한 자주적 법원으로 다른 법규명령과 달리 특별한 개별적인 법률상의 수권을 필요로 하지 않는다. 즉 조례는 민주적으로 선출된 지방의회에 의하여 제정되며, 지방의회는 자신의 지역단체의 영역에서 입법자의 역할을 수행한다. 조례제정권의 부여를 통해서 지방자치단체에게는 고유한 법제정권의 영역이 이전되는 것이며, 그러한 영역은 조례를 제정하는 기관의 민주적 기초를 통해서 그 자체로부터 정당화된다. 이러한 사실로부터 법규명령의 제정은 타율적인 것인데 반해, 조례의 제정은 자율적인 법의 제정이다.

따라서 행정입법에 대한 일반적 위임법리로서의 구체적 위임의 법리는 조례에 대해서는 적용될 수 없다는 것은 분명하다. 지방자치단체는 자신의 자치행정권을 실현하기 위하여 국가정보보다 자유로운 지위를 가지며, 지방자치단체는 자신의 주민의 의하여 선출된 지방의회를 통하여 고유한 직접적인 민주적 정당성을 지니고 있기 때문이다. 조례가 가지는 이와 같은 민주적 정당성의 결과, 일반 법규명령과 달리 조례에 대한 법률의 위임은 포괄적이어도 무방하며, 우리나라 판례도 이러한 입장임은 다음에서 보는 바와 같다.

그러나 이러한 사실로부터 지방자치행정영역에 대하여는 국가의회의 입법기능을 포기하여야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 조례와 법률은 그 민주적 정당성에서도 차이가 있는 동시에³³⁵⁾ 조례제

335) 지방의회와 국회의 차이에 대해서는 홍정선, 앞의 책, 213-214면; 정연주,

정권이 헌법적으로 보장된 것이기는 하지만 법률유보의 본질적 의미를 배제하는 것은 아니기 때문이다. 지방의회는 국회가 아니며 따라서 조례입법자에 대해서도 법치국가적으로 불가결하게 요구되는 의회법률을 통한 국민의 규율단계상의 보호는 보장되어야 한다. 왜냐하면 지방자치권이나 지방자치단체의 자치입법권이 전국민에 의해 정당성이 주어진 국회가 행하는 입법의 질서보장기능을 결코 배제할 수는 없는 것이기 때문이다.³³⁶⁾ 따라서 조례가 국민의 자유와 권리를 침해하거나 혹은 그와 관련한 침해를 규율하는 경우에는 특별한 법률의 수권이 필요하다. 결국 조례제정권에 대해서도 헌법상 법률유보의 원리는 원칙적으로 적용되어야 하며, 지방자치법 제15조의 단서규정이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용의 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 요하도록 한 규정은 법률유보원리의 선언으로서 헌법에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.³³⁷⁾

(2) 판례의 입장과 그 평가

1) 판례의 입장

대법원과 헌법재판소는 합헌설에 따르고 있다. 즉 대법원은 『지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서 그 단서에서 국민의 권리제

앞의 글, 167면 참고.

336) 법률유보의 본질과 조례제정권의 헌법적 보장의 관계에 대해서는 조성규, 앞의 글, 380-388면 참고.

337) 한편 법률유보는 법적으로 허용되지 않는 침해로부터 조례제정권을 보호하는 기능도 한다. 즉 법률유보는 위헌적인 입법적 침해로부터 조례제정권을 보호할 수 있으며 또는 모든 측면에서 헌법합치적인 법률에 의해서만 조례제정권을 제한할 수 있는 것이다.

한, 의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어 위와 같은 경우에 법률의 근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고는 할 수 없다』고 판시하여 합헌임을 명시적으로 판단하였다.³³⁸⁾ 또한 헌법재판소도 『이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유, 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다』고 판시하여³³⁹⁾ 주민의 권리·의무와 관련된 조례의 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다고 하여 동조 단서를 합헌시하는 것으로 판단된다.

2) 판례에 대한 평가

판례는 위에서 보는 것과 같이 지방자치법 제15조의 단서를 합헌으로 보면서도 조례가 가지는 민주적 정당성의 결과 일반 행정입법과 달리 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 개별적·구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도 지방자치단체가 법령에 위반되지 아니하는 범위 안에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다고 하여 조례에 대한 위임은 포괄적이어도 무방하다고 보고 조례의 자율적 제정의 가능성을 넓게 인정하는 태도를 보이고 있다.

338) 대판 1995. 5.12, 94추28.

339) 헌재 1995.4.20, 92헌마264,279.

즉, 헌법재판소는 “조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다”고 하고 있다.³⁴⁰⁾ 또한 대법원도 “조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 제15조가 규정하고 있는 ‘법령의 범위 안’이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다”고 판결하고 있는 것이다.³⁴¹⁾

이와 같이 판례는 가능한 한 조례를 합헌적·합법률적으로 해석하는 경향을 보이고 있으며³⁴²⁾, 위임근거의 존재 여부에 관해서도 관련규정을 포괄적으로 판단하거나³⁴³⁾ 목적론적으로 해석함으로써 위임의 법적 근거를 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.³⁴⁴⁾ 이러한 판례들의 동향은 지역적 부분사회에서의 자율적 규율에 대한 엄격한 법률유보원칙을 다소 후퇴시킴으로써 나름대로 적지 아니한 의미를 갖는다고 할 것이다.

그러나 조례에 대한 법률유보의 원칙과 관련하여 판례는 반드시 일관된 입장에 있는 것은 아니다. 일부 판례의 경우 법률의 위임근거와 관련하여 조례의 본질에 대한 이해없이 형식적인 차원에서 법률유보의 문제를 판단하여 조례의 대외적 효력을 부인함으로써 조례제

340) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264.

341) 대판 2000. 11. 24. 2000추29.

342) 대판 1992. 6. 23. 92추17.

343) 대판 1997. 4. 25. 96추251.

344) 대판 1995. 6. 30. 선고 93추76 판결; 대판 1995. 6. 30. 93추83.

정의 가능성을 축소하는 경향을 보이기도 한다.³⁴⁵⁾ 이러한 입장의 차이는 구체적 타당성이라는 관점에서 이해될 수도 있겠지만 조례에 대한 법률유보원칙의 적용과 관련하여 이론상 대립이 있고 이에 대한 판례의 정립이 중요한 의미를 가진다는 점에서 판례가 지방자치의 헌법적 관점에서 조례에 대한 법률유보의 문제에 대하여 보다 정치하고 구체적으로 접근할 필요가 있을 것이다.³⁴⁶⁾

5. 사무적 한계와 조례제정권

(1) 조례제정권의 사무적 한계

조례는 지역법으로서 지역적 한계를 갖는 것이며 또한 규율사항도 개념상 지방자치단체의 사무의 범위에 한정된다. 헌법은 지방자치단체는 “자치”에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있고(동법 제 117조제1항) 지방자치법은 지방자치단체는 “그 사무”에 관하여 조례를 제정할 수 있다(동법 제15조)고 규정하고 있다. 한편 지방자치법은 지방자치단체의 사무범위에 대하여 『지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다』(동법 제9조제1항)고 규정하고 있다. 지방자치법 제15조에 규정되어 있는 『그 사무』란 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무, 즉 단체위임사무를 말하며³⁴⁷⁾ 따라서 자치조례의 경우가 범위를 넘어설 수 없는 한계가 있는 것이다.

345) 대판 1995. 5. 23. 94도2502.

346) 조성규, 앞의 논문, 394쪽.

347) “지방자치법 제15조 본문에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 규정하고 있으므로 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 권한에 속하는 전반의 사무, 즉 같은 법 제9조제1항에 규정된 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무에 관한 것이다”(대판 1992.6.23, 92추17).

(2) 기관위임사무와 조례제정권

지방자치법 제11조에서는 『지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다』고 하면서 국가사무를 열거하고 있는 바, 법률에 특별한 규정이 없는 한, 조례는 이들 국가사무에 관해서는 규율할 수 없는 한계가 있다. 기관위임사무는 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 것으로 이 때 지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체의 장으로서가 아니라 국가 행정기관으로서의 지위에서 당해 사무를 처리하는 것이다.

기관위임사무영역에 있어 전형적인 규율형식은 조례가 아니라 법규명령이다. 따라서 기관위임사무에 대해서는 개별법령의 위임이 있는 경우(위임조례)를 제외하고는 이에 대해서는 조례로 규율할 수 없다는 것이 판례의 일치된 견해이다.³⁴⁸⁾ 그러나 기관위임사무에 대하여 조례의 규율가능성을 일률적으로 부인하는 판례의 입장은 조례의 민주적 정당성과 위임사무의 대부분이 기관위임사무의 형태로 존재하는 행정현실을 고려할 때 재고의 여지가 없지 않다.

1) 독일에서의 기관위임사무와 조례제정권

독일에 있어서도 지방자치단체는 고유사무에 한하여 조례를 제정할 수 있으며, 위임사무(지시사무)의 경우 개별적인 법률의 규정에 의한 위임이 있는 경우에 한하여 제정할 수 있는 것이 원칙이다. 독일의 경우 기관위임사무영역에 있어 조례제정권의 위임 및 위임조례 자체는 기본법 제80조의 규정에 의한 위임입법의 엄격한 요건의 준

348) 대판 1992. 7. 28, 92추31; 대판 1994. 5. 10, 93추144; 1995. 5. 12, 94추28; 1995. 6. 30, 95추49.

수를 요구한다. 이는 사무구조의 변경없이 규율형식의 변경에 의하여 행정수단에 대한 법치국가적 요건이 회피되는 것은 허용될 수 없기 때문이다.³⁴⁹⁾

그러나 연방헌법재판소는 현재 “지방자치단체의 객관적 사무”와 “사무수행에 필요한 지방자치단체 내부영역(ein der Aufgabenerfüllung vorgelagerte gemeindeinterne Bereich)”을 구분하고 있다.³⁵⁰⁾ 조직고권, 인사고권 이외에 재정고권, 특히 고유재산의 관리가 후자에 해당한다. 이는 (정치적) 지방자치단체에 있어 인간의 공동생활 및 주거와의 직접적인 관련성을 결하고 있다는 점에서 지역공동체사무 개념의 재정립에 따른 당연한 결과로 볼 수 있을 것이다. 이러한 새로운 개념정의에 의해 사무개념에서 제외되는 것은 자기책임성의 내용으로 포섭된다.³⁵¹⁾ 자기책임성은 다른 한편 새로운 연방헌법재판소의 판결에 의해 위임효과영역을 포함한 전체 행정에 적용된다.³⁵²⁾ 또한 연방헌법재판소는 평등위원판결에서 “지방자치단체가 적어도 내부의 조직영역에서 지역의 특별한 요청에 대해 스스로 자신의 고유한 조직적 조치로서 대응할 수 있는 것은 어떤 사무영역(즉 위임효과 영역에서도)에 대해서도 배제될 수 없다”고 판결하고 있다.³⁵³⁾ 자기책임성은 조직자치와 같이 비록 제한적이지만 위임사무의 영역에도 그 효력을 미치며 그 범위 안에서 지방자치단체는 자주적인 조례를 제정할 수 있을 것으로 생각된다.

349) *Alfons Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl., 1997, S. 181. Rn. 271.

350) *BVerfG*, DVBl. 1999, 697(697f.); *BVerfGE* 83, 363(382).

351) *Franz-Kudwig Knemeyer/Matthias Wehr*, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechssprechung des Bundesverfassungsgerichts, *VerwArch.* 92, 2001, 317(336)).

352) *BVerfGE* 83, 363(382).

353) *BVerfGE* 91, 228(241).

2) 일본에서의 기관위임사무와 조례제정권

일본에서는 이에 대한 유력한 반성적 검토가 시도되었다.³⁵⁴⁾ 즉 기관위임사무 그 자체와 기관위임사무의 관리집행에 관한 사무는 전혀 별개의 문제로서 기관위임사무를 관리·집행하는 사무는 당연히 기관위임사무가 되는 것은 아니며, 오히려 지방자치의 보장이라는 측면에서는 기관위임사무의 범위를 엄격히 해석하여야 하고, 그 처리절차가 기관위임사무임이 명시되어 있지 않는 한 그것은 자치사무로 해석하여야 한다는 것이다.³⁵⁵⁾ 다시 말하면 기관위임사무의 사무처리시스템은 국가의 획일적인 방침을 일방적으로 강제하기 보다는 위임받은 지방자치단체의 책임으로 그 지역에 가장 타당한 방법과 절차에 따라 집행되어야 한다는 것을 명확히 인식할 필요가 있고, 이와 같은 기관위임사무처리에 대한 지역적 재량행사는 특히 이를 금지하는 법률의 취지가 명확한 경우를 제외하고는 충분히 가능하며, 이는 법의 취지를 일탈하는 것이 아니라 오히려 법의 취지를 살리는 것이라는 것이다.³⁵⁶⁾ 뿐만 아니라 지방자치단체의 장에게 광범위한 재량권이 인정되고 있는 기관위임사무에 대해서는 지방자치단체의 장은

354) 일본은 현재 종래의 기관위임사무를 폐지하고 지방자치단체의 사무를 자치사무와 법정수탁사무로 구분하고 있으며, 법정수탁사무 역시 지방자치단체의 사무이므로 지방자치단체의 조례제정권이 미친다(일본 지방자치법 제14조제1항). 이에 대해서는 宋本英昭, 앞의 책, 158면 참고.

355) 實井力, 『行政手続法と自治體, 判例地方自治』, 제123호(1994), 1면; 小早川光郎·磯部力, 『自治體行政手続法(學陽書房, 1993), 309면; 兼子仁, 『行政手続法』(岩波書店, 1994), 169면; 兼子仁, 『行政手続法の意義, 公法研究』, 제56호(1994), 150-151면 ; 阿部泰隆, 『行政節次條例の仕組み, 都市問題』, 제85권 제10호(1994.10), 40면; 兼子仁·磯部力, 『手続法的行政法學の理論(勁草書房, 1995), 142면.

356) 일본에서는 이러한 논의가 이미 현실적으로 받아들여져 일본의 지방자치단체 정보공개조례 및 개인정보보호조례는 기관위임사무의 처리과정에서 작성된 문서도 공개대상과 보호대상의 정보로 규정하고 있다고 한다(兼子仁, 『自治體法學(學陽書房, 1988), 105면; 阿部泰隆, 『行政の法システム(下)(有斐閣, 1992), 604면).

그 재량권의 범위 안에서 형식적인 조례의 규율을 받은 것을 선택할 수 있으며 이에 의하여 권한행사를 객관화하는 것도 허용될 수 있다고 한다.³⁵⁷⁾

3) 소 결

조례제정권과 지방자치단체의 사무가 반드시 포괄적으로 결연(Konnex)될 필요는 없다. 기관위임사무에 관한 모든 사무에 대하여 조례제정이 금지되는 것은 아니며, 기관위임사무와 관련한 사무 중에서 예를 들어 기관위임사무의 처리절차는 지방자치사무로 보아 행정절차조례의 규율대상으로 할 수 있는 것으로 해석할 수 있는 여지가 있다. 즉 기관위임사무 그 자체와 집행과정 및 그 처리결과를 분리하여 후자를 자치사무로 보고 이에 대해서는 조례의 규율대상으로 할 수 있는 것이다. 기관위임사무 중에서도 자치사무에 속하는 것이 있으며, 기관위임사무처리과정에서 얻어지는 문서의 관리는 자치사무에 속하는 것으로 정보공개조례에 의한 공문서공개제도에 있어서는 기관위임사무에 관한 문서를 공문서의 범위에 포함시킬 수 있다는 견해도 이러한 취지로 이해된다.³⁵⁸⁾

이와 관련해 대법원이 “정보공개조례안은 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 풀이되는 이상 반드시 전국적으로 통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특성을 고려하여 자기 고유사무와 관련된 행정정보의 공개사무에 대하여 독자적으로 규율할 수 있다”고 판시하고 있다. 이는 행정정보공개조례안이 자치사무에 관한 정보만을 공개대상으로 하는 경우에 한하여 적법하고 기관위임사무에 관하여 작성 또는 취득한

357) 實井力·兼子仁, 基本法コンメンタル:地方自治法(日本評論社, 1992), 42면.

358) 서원우, 앞의 글, 188면; 박윤훈, 앞의 글, 46면.

문서까지 공개대상정보로 하는 경우에는 조례의 한계를 벗어나는 것으로 허용되지 않고 따라서 기관위임사무 그 자체뿐만 아니라 기관위임사무의 처리과정에서 얻어지는 문서의 관리까지 기관위임사무로 보고, 조례의 규율대상이 될 수 없는 것으로 보는 것은 이런 점에서 재고의 여지가 있는 것이다.

6. 지방자치단체의 장의 집행권한과 조례제정권

국가의 통치구조의 대표적인 형태로 대통령제와 의원내각제가 있는 것과 같이 지방자치단체에 있어서도 이에 상응하는 조직형태를 취할 수 있다. 한국의 지방자치법은 중앙의 권력분립주의에 입각한 대통령제와 유사한 기관대립형(首長主義)을 채택하여 지방자치단체의 정책결정기능과 정책집행기능을 각각 독립된 기관인 지방의회와 지방자치단체의 장에게 분담시켜 기관 상호간에 권한의 독립과 자주성을 존중하면서 동시에 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있다. 따라서 지방의회는 비록 고유사무에 관한 것이라고 하더라도 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한은 분립되어 있음으로 지방자치단체장의 전속적인 집행권한에 속하는 사항을 침해하는 조례는 제정할 수 없을 뿐만 아니라 지방자치단체장의 전속적 관할이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용되지 않는다.³⁵⁹⁾

1991년 지방의회가 구성된 이후, 대법원에의 기관소송이 많이 제기되고 있는데, 그 중의 상당수는 지방의회가 지방자치단체장의 집행권한을 침해하는 내용인 경우가 많다. 따라서 지방의회가 조례를 제정하는 경우 지방자치단체장의 권한을 침해하는 것은 아닌가에 대한

359) 대판 2001. 11. 27, 2001추57; 대판 1996. 5. 10. 95추87.

세심한 배려가 요청된다. 다만 지방단체장의 권한행사를 제약하는 조례에 대해 판례는 법적 근거를 지나치게 엄격하게 요구하고 있는 것으로 판단된다. 이는 법치행정의 관점에서는 물론 지방자치의 헌법적 보장의 관점에서도 그 타당성에 의문이 있다. 물론 단체장의 집행권한을 권한을 본질적으로 침해하는 조례인 경우에는 법령위반의 문제가 있을 수 있지만, 조례가 당해 지방자치단체의 특수한 사정을 고려하여 민주적 정당성을 가지고 제정되는 입법이라는 점에서 조례의 제정가능성 자체는 가능하면 넓게 인정되어야 할 것이다. 이러한 점에서 법령상의 위임근거가 없다는 이유만으로 단체장에 대한 권한행사의 제약이 법령에 없는 새로운 견제장치로서 법치행정의 관점에서 허용될 수 없는 것인지는 의문이다.

7. 상급 지방자치단체 자치법규 우위의 원칙과 조례제정권

지방자치법은 『시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다』(동법 제17조)고 규정하고 있다. 이에 의할 경우 시·도의 조례는 시·군 및 구의 모든 사무에 대하여 규정할 수 있는 것으로 해석된다. 따라서 기초지방자치단체의 조례는 광역지방자치단체의 하위법규가 되고, 특히 광역지방자치단체의 장이 정하는 규칙의 하위법령이 되어 시·군·구의 조례가 모든 시·도의 조례·규칙에 위반하여서는 아니 된다는 것으로 결국 기초지방자치단체조례의 일반적 한계규정으로 기능하게 된다.

그러나 시·도나 시·군·구는 다 같이 독립된 법인인 자치단체이기 때문에 상하관계에 있는 것이 아닐 뿐만 아니라, 지방자치법 제10조·제15조 및 제16조에 의거하여 시·도의 조례·규칙과 시·군·구의 조례·규칙은 각각의 규율대상과 사무의 범위 안에서 제정

할 수 있는 것이며, 따라서 시·도의 조례는 시·군·구의 사무나 시장·군수·구청장의 권한과 관련된 사항에 관하여 규정하지 못한다. 이러한 점을 볼 때, 광역지방자치단체의 조례가 기초지방자치단체의 조례의 일반적 한계로서 인정될 수 없다는 것은 명확하다. 다만, 예외적으로 이 조항은 시·군·구가 시·도로부터 위임받은 사무 또는 시·도, 시·군·구 공동사무에서와 같이 특수한 경우에는 동일사항에 대해 시·도, 시·군·구가 서로 다른 규정을 정해서는 아니므로 시·도의 통제조례를 따라야 한다는 점에서 의미가 있는 것으로 해석된다.³⁶⁰⁾ 한편, 이러한 영역에서도 이는 시·도조례의 시·군 및 구의 조례에 대한 효력의 우위를 인정함으로써 해결할 문제는 아니며, 지방자치단체간의 협조에 의하여 해결될 사항이며 따라서 이 조항은 전혀 무의미한 것으로 보는 견해도 있다.³⁶¹⁾

8. 벌칙에 관한 사항과 조례제정권

구 지방자치법에서는 “시·도는 당해 지방자치단체의 조례로써 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원이하의 벌금, 구류, 과료 또는 50만원 이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있다”라고 규정하였다(동법 제20조). 그러나 이 조는 1994년 “지방자치단체는 조례로써 조례위반 사항에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”(동법 제20조 제1항)라는 내용으로 개정되었다(1994. 3. 16, 법률 제4741호). 조례상에 형벌규정을 둘 수 있는가에 관한 학설은 크게 3가지로 나뉘

360) 김철용, 주석지방자치법, 한국사법행정학회, 1997, 123면; 류지태, 위법한 조례에 대한 법적 통제, 고시연구 1997년 2월호, 85면; 이주희, 지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위, 현대행정법이론(하) : 이명구박사 화갑기념논문집, 1996, 450면; 김명길, 조례제정권의 범위, 한국공법학회 제32회 학술발표회, 1992.11, 21면; 김형배, 지방자치론, 계명사, 1992, 189면.

361) 김용진, 지방자치법해석의 몇가지 문제점, 법제 제475호(1997.7), 80면.

고 있다.

(1) 학 설

1) 헌법수권설

헌법수권설은 조례로써 형벌규정을 제정할 수 있는 권능은 헌법 제117조제1항의 규정에 의하여 직접 수권된 것이고 헌법 제12조의 죄형법정주의원칙에 대한 예외를 이룬다고 해석하는 견해이다. 다만 헌법 제117조제1항의 규정에 의한 조례제정권은 “법령의 범위 안에서” 존재하는 것이라고 한다.³⁶²⁾

2) 조례법률설

지방자치단체가 제정하는 조례는 국민의 대표기관이 아닌 행정부가 법률의 위임을 받아 제정하는 행정입법과는 달리 주민의 대표기관인 의회의 의결을 거쳐 성립되는 민주적인 입법이기 때문에 실질적으로 법률에 준하여 생각하여야 한다고 한다. 또한 헌법 제12조의 죄형법정주의는 행정부에 의한 형벌권의 남용을 방지하기 위한 규정이며 지방자치단체의 자주법에 대한 형벌권의 일반적 위임까지 금지하는 취지는 아니라고 한다.³⁶³⁾ 따라서 이 견해에 따르면 조례에 대한 벌칙의 위임은 위임입법의 한계를 설정한 헌법 제75조와 제95조의 제약을 받지 아니하며 그 제정절차의 민주성이 인정되기 때문에 헌법 제12조와의 관계에서 조례는 법률과 같거나 적어도 이에 준하

362) 서원우, 지방자치법 제20조 삭제문제, 자치행정, 1993. 3, 66-68면; 김원주, 지방자치단체의 자치입법제정권, 공법연구 제18집(1990), 107면; 구병삭, 조례제정과 벌칙규정, 법률신문 제2054호(1991. 8. 22); 김순태, 조례상의 형벌규정과 죄형법정주의, 입법조사연구 제234호(1995, 8), 73면.

363) 長野士郎. 逐條地方自治法(學陽書房, 1993), 137면.

는 것이므로 법률의 위임이 없이도 자유로이 벌칙규정을 둘 수 있다고 한다.³⁶⁴⁾

3) 법률수권설

이 견해는 헌법 제117조제1항의 조례제정권의 수권은 벌칙의 규정까지 직접적으로 수권한 것은 아니며 형벌규정을 정하기 위해서는 법률의 위임을 요한다고 본다. 법률수권설은 위임의 태양에 관한 이해의 차이에 따라 다음과 같이 세분될 수 있다.

가. 일반적·포괄적 수권설

일반적·포괄적 수권설은 조례의 준법률적 성질(국가의 행정입법에 대한 이질성)을 근거로 하여 법률의 위임은 일반적이고 포괄적이어도 무방하다는 견해이다. 명령도 조례와 함께 국법의 수권에 기해서 법률 밑에 있는 점은 유사하지만 조례에 대한 수권은 국가의 입법부가 법률규정의 보충 또는 집행을 위하여 필요한 사항의 규정을 행정부의 명령에 위임하는 경우에 있어서의 위임과는 성격을 달리하며 따라서 법률이 명령에 일정사항의 규정을 위임하는 경우와는 달리 개괄조항에 의한 일반적·포괄적 수권도 허용된다고 보는 것이다.³⁶⁵⁾

나. 일반적·한정적 수권설

일반적·한정적 수권설은 조례에 있어서 벌칙에 대한 법률의 수권도 무한정적·백지위임적인 것이 될 수는 없고 한정적이지 않으면

364) 實井力·兼子仁, 基本法コンメンタル:地方自治法, 日本評論社, 1992, 46면; 박원영, 조례제정권의 본질과 한계, 동아법학 창간호(1985. 11), 335면.

365) 김남진, 앞의 논문, 25면.

아니 된다는 것이다. 다만 이 설의 경우 그 한정성은 조례의 법률유사성 때문에 국가의 행정입법의 경우에 비하여 보다 완화될 수 있다고 한다.³⁶⁶⁾ 이러한 입장에서는 현행 지방자치법에서 형사벌칙제정권을 일반적으로 위임한 구법의 규정을 삭제한 것은 지방자치권 내지 조례제정권의 실효성을 약화시킨 것으로 보게 된다.

다. 개별적·구체적 위임설

조례로써 벌칙을 제정하고자 할 때에는 법률의 위임이 있어야 하며 그 위임은 개별적·구체적 위임을 요한다는 견해이다.³⁶⁷⁾ 개별적·구체적 위임설은 구지방자치법 제20조를 위헌으로 보는 견해이며 또한 위의 법률수권설과 마찬가지로 현행법에 의할 때에는 조례로써 형벌규정을 규정할 수 없게 된다.

(2) 판례의 태도

대법원 판결에 비추어 보면 대법원은 현행법하에서 조례에 형벌규정을 둘 수 없다는 태도를 취하고 있다. 즉 대법원은 경상북도의회에서의 증언·감정 등에 관한 조례안 무효확인청구소송에서 “조례 위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 지방자치법 제20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임 없이 제정된 것이 되어 지

366) 박훈훈, 앞의 책, 133면.

367) 김철용, 앞의 책, 95면; 권영성, 헌법학원론, 2001, 241면; 이기우, 지방자치행정법, 법문사, 1991, 227면. 최근 의무이행을 강제하는 대신 의무이행을 유도하기 위하여 벌칙 대신 조례가 장려·지원에서 배제를 규정하는 사례가 늘어나고 있다. 이에 대하여 개별적·구체적 위임설에서는 형식적으로 보면 장려·지원에서의 배제는 벌칙과 같은 강제성이 없기 때문에 지방자치법 제15조 단서와 무관한 것처럼 보이나 실질적으로는 보면 벌칙과 장려·지원에서의 배제는 상대방 주민에게 모두 불이익을 부여하는 점에서 동일하므로 장려·지원에서의 배제도 상위 법률의 위임근거를 요한다고 보아야 한다고 한다(김철용, 앞의 책, 96면 주1).

방자치법 제15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 헌법 제12조 제1항에도 위반된다”고 판결하여 이 점을 명백히 하고 있다.³⁶⁸⁾

(3) 소 결

사범에 관한 사항은 전국적 통일을 요하는 것으로 생각되며 따라서 그것은 국가적인 사항으로서 법률로써 규정하는 것이 헌법의 원리상 타당할 것이다. 구법상의 벌칙조항이 현재의 내용으로 개정된 이유는 조례로써 징역 등 벌칙을 두는 것은 헌법상 죄형법정주의(동법 제12조)에 반한다는 주장이 우세한 때문인 것으로 보인다. 그러나 현재와 같은 1천만원 이하의 과태료는 조례의 실효성확보수단으로는 미약한 것으로 생각된다. 구법에 있어서와 같이 지방자치단체의 조례로 규정할 수 있는 벌칙의 최고 한도를 법률로써 정해 규정하고 그 한도의 범위 안에서 조례로 벌칙을 정할 수 있도록 하는 것이 반드시 헌법에 위반되는 것으로는 생각되지 않는다. 이는 지방의회가 직접적인 민주적 정당성을 확보하고 있다는 점과 법규명령에 대한 벌칙의 위임도 법률이 그의 상한을 두고 있는 경우라면 허용되는 것으로 보는 것이 지배적인 학설의 입장이자 헌법재판소와 대법원의 입장이기도 하다는 점에 비추어 더욱 그러하다.³⁶⁹⁾ 또한 위의 대법원 판결은 구 지방자치법 제20조 시행 당시 이 규정의 범위 안에서 제정된 조례안에 관하여 이 규정이 삭제된 후 현행법하에서 내려진

368) 대판 1995. 6. 30, 93추83. 대법원은 같은 날 충북·제주·경북·경남·전북·전남·경기도지사 및 서울시장의 도의회와 시의회를 상대한 제기한 증언·감정 등에 대한 관한 조례안무확인청구소송에서 모두 같은 취지의 판결을 하였다.

369) 홍정선, 행정법원론(상), 2006, 195면; 김남진·김연태, 행정법 I, 2006, 149면. 헌재 2004. 8. 26, 2004헌바14; 헌재 1997. 5. 29, 94헌바22; 대판 2002. 11. 26, 2002도2998; 대판 2000. 10. 27, 2000도1007.

것이며 따라서 이 판결이 헌법수권설과 조례법률설을 부정한 것은 분명하지만 일반적·포괄적 위임설이나 일반적·한정적 위임설까지 부인한 것으로는 볼 수 없다.

일본의 경우 “보통지방공공단체는 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고 그 조례 중에 조례에 위반한 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 금고, 백만엔 이하의 벌금, 구류, 과료나 몰수의 형 또는 5만엔 이하의 과료를 과한다는 취지의 규정을 둘 수 있다”고 규정하고 있다(일본 지방자치법 제14조제3항). 이에 대한 일본의 통설과 판례는 주민의 권리·자유에 대한 제한에 관한 사항에 대해서는 법령에 위반하지 않는 범위 안에서 법률의 위임이 없는 경우에도 규제할 수 있는 것으로 보면서도³⁷⁰⁾ 벌칙에 관해서는 大阪市賣春防止條例違反事件에서 법률의 위임을 필요로 하지만 그 위임은 행정입법에 대한 위임에 비하여 그 개별성·구체성이 완화될 수 있는 것이며 포괄적으로 일정한 한도를 요한다고 하고 따라서 일본 지방자치법 제14조제3항은 일견 포괄적 위임규정으로 볼 수 있지만 조례의 규정사항의 범위는 지방자치단체의 사무에 한정되고 벌칙의 범위도 한정되어 있기 때문에 위임의 요건을 충족한다고 하여 죄형법정주의에 반하지 않는 합헌으로 보고 있다.³⁷¹⁾

370) 塩野宏, 行政法Ⅲ, 有斐閣, 1995, 136면; 最判 1963. 6. 26, 刑集 17권 5호, 521면.

371) 最判 1962. 5. 30, 刑集 16권 5호, 577면. 학설상으로는 오히려 조례로 벌칙을 규정하는 것은 일본 헌법 제94조에 의하여 용인되어 있으며 따라서 지방자치법 제14조제3항은 조례에 의한 벌칙제정이 가능하다는 전제 하에 지방자치단체의 형벌권의 한계를 설정한 규정으로 보는 것이 다수설이다. 이에 대해서는 宋本英昭, 앞의 책, 217-222면 참고.

제 2 절 지방자치단체의 사무

1. 지방자치단체의 사무에 관한 원칙

(1) 법원(法源)

첫째, 헌법이 지방자치단체 사무권한의 부여를 위한 법원이 된다. 헌법 제117조제1항은 지방자치단체의 사무권한에 대하여 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 한편 프랑스에서는 2003년 헌법개정으로 지방자치단체의 사무에 관한 규정이 새로워졌다. 이전의 헌법에는 지방자치단체의 권한에 관한 자세한 규정이 별로 없었다. 즉 지방자치단체의 사무에 관하여 구 헌법 제34조는 지방자치단체의 자유로운 행정, 지방자치단체의 권한과 재원에 관한 중요원칙을 법률로 정한다고 규정하고 있고 구 헌법상 지방자치단체에 관한 제12편의 제72조도 지방자치단체의 자유로운 행정의 원칙을 선언할 뿐 지방자치단체의 권한에 대한 자세한 규정을 두고 있지는 않았다. 2003년에 개정된 프랑스 헌법 제72조 제2항은 지방자치단체는 그들 차원에서 가장 잘 실행될 수 있는 총체적 권한들에 관한 결정을 할 권한을 가진다고 규정하여 다소 추상적이긴 하나 과거 헌법에 비해 현행헌법에 지방자치단체의 권한에 대한 직접적인 규정을 두고 있고 이로써 지방자치단체의 권한에 대한 헌법적 법원이 자리 잡고 있다.

둘째, 법률이 지방자치단체의 법원이 된다. 형식적 의미의 지방자치법이 가장 기본적인 법원이 되며 그 밖에 주민등록법, 지방공무원법, 지방재정법, 지방공기업법, 지방세법 등 많은 개별 법률에서 지

지방자치단체의 사무권한을 규정하고 있다. 프랑스 헌법 제34조는 지방자치단체의 자유로운 행정, 지방자치단체의 권한과 재원에 관한 중요원칙을 법률로 정한다고 규정하고 있다. 그리하여 법률규정들이 지방자치단체의 권한에 대해 규정을 하고 있다. 법률들 중에 가장 중심적인 일반법은 지방자치법이다. 지방자치법에는 권한에 관한 기본지침들이 규정되어 있다. 그 외 많은 개별 법률들이 지방자치단체의 권한에 대해 규정을 두고 있기도 하다.

셋째, 기타 법원으로 예를 들어 지방자치단체들 간에 공동으로 설립된 공공단체의 약정을 들 수 있는데 이는 그 약정이 그 설립주체인 당해 지방자치단체들의 권한을 제약하는 경우들이 있기도 하기 때문이다.

(2) 사무배분에 관한 법원칙³⁷²⁾인 일반권한(포괄주의)

이원적 모델에 따르면 법률에서 달리 규정하는 것이 없는 한 지방자치단체의 전권한성으로부터 나오는 주민의 복리를 위한 지역공동체의 모든 사무가 지방자치단체의 고유한 작용영역에 속하는 사무이다. 지방자치단체의 사무가 일반적이고 포괄적인지 아니면 열거적인지를 두고 프랑스에서도 논의가 있었다. 먼저 일반조항설은 지방자치단체가 일반적이고 포괄적인 권한을 지닌다는 입장으로서 지방분권이라는 정신에 입각하면 지방자치단체의 권한에 한계를 두어서는 안된다는 입장이다. 다음으로 열거설(列舉說)은 지방자치단체의 사무가 한정적이라고 보는 입장으로서 국가로부터 지방자치단체로의 권한이 양이 지방분권화로 이루어지고 실제 이루어져 왔는데 만약 지방자치

372) 후술하는 ‘제3절. 자치사무에 대한 지시감독권 - 1. 지방자치단체의 자치사무에 대한 권한: 권한의 범위판단의 기준 - (1) 권한의 실행(réalisation des compétences)의 관점’ 부분에서 상세히 살펴보기로 한다.

단체가 포괄적 권한을 가진다면 권한이 주어져 있는데 어떻게 이양이 운위될 수 있겠는가 반문하면서 이러한 권한이양을 설명할 수 없다는 논거를 든다.

프랑스에서도 지방자치단체의 권한에 관해 지방자치법전은 각급 지방자치단체가 일반적인 권한을 가진다고 규정하는 이른바 일반권한조항(*clause générale de compétence*)을 두고 있다. CGCT L.2121-29에서는 코뮌의 의회(공세이 뮌시뻬, *Cosneil municipal*)는 그의 심의에 의해 시의 사무를 규율한다고 규정하고 있고, CGCT L.3211-1에서 데파르트망의회(공세이 제네랄, *Conseil général*)는 그의 심의에 의해 도의 사무를 규율한다고 규정하고 있으며, CGCT L.4221-1의 경우도 레지옹의회(공세이 레지요날, *Conseil régional*)가 의회의 심의에 의해 레지옹의 사무를 규율한다고 규정하고 있다. 이처럼 각급 지방자치단체의 사무를 일반적, 포괄적으로 규율 대상으로 규정하여 그 권한도 일반적인 것으로 규정하고 있다.

이러한 일반권한 규정은 법률이 그 권한으로 명시하고 있지 않은 사항들에 대해서도 각급 지방자치단체가 활동할 수 있도록 하여 그 권한의 확대를 가져온다. 그러나 일반조항적인 권한의 인정이라도 무차별적으로 모든 사무가 해당되는 것은 아니고 각급 지방자치단체의 공익을 위한 사무여야 각급 지방자치단체의 사무로 인정된다.

(3) 보충성의 원칙

보충성의 원리는 헌법상 일반원칙으로 지방자치는 헌법상 보충성의 원리를 실현하기 위한 중요한 헌법상 제도이며 국가와 지방자치단체가 각각 어떠한 기능과 의무를 가져야 하는가를 밝혀 주는 사무배분의 원리라고 할 수 있다.³⁷³⁾

1) 프랑스 헌법상 규정된 보충성의 원칙

2003년에 개정된 프랑스 헌법 제72조 제2항은 지방자치단체는 그들 차원에서 가장 잘 실행될 수 있는 총체적 권한들에 관한 결정을 할 권한을 가진다고 규정하여 지방차원에서의 사무는 당해 지방자치단체가 그 지방에서 가장 적절히 잘 수행할 수 있도록 하고 그리하여 당해 지방자치단체가 주도적으로 그러한 권한을 일반적으로 행사하고 사무를 수행하도록 하는 것을 원칙적으로 하고 국가는 그러한 수행이 어려울 때 개입하게 되는 것을 의미하여 이른바 ‘보충성의 원칙’을 설정하고 있다.

이로써 프랑스의 지방자치단체는 지방차원에서 일반적인 사무권한을 보유하는 헌법적 근거를 두고 있는 것이다. 그리고 이 보충성원칙을 규정하고 있는 헌법 제72조 제2항의 목적은 분명히 지방자치단체의 권한의 확대라는 방향으로 나아가는 것이다.³⁷⁴⁾ 보충성원칙의 강제성 내지 규범성에 대해 의문이 제기되기도 한다. 보충성원칙을 위반한 법률의 경우 헌법재판소에 의한 제재(위헌선언)가 가능할 것인지에 대해 회의적으로 보는 견해가 있다.³⁷⁵⁾ 한편 보충성원칙을 규정한 헌법 제72조 제2항이 문언상 미숙하다고 보아 프랑스 헌법재판소의 해석상의 전적인 재량을 부여한다는 지적을 하는 견해도 있다.³⁷⁶⁾

373) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 794-795면.

374) P. Pactet, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 22^eédition, Armand Colin, Paris, 2003, p.345.

375) R. Le Mestre, Droit des collectivités territoriales, Gualino éditeur, Paris, 2004, p.294.

376) B. Chantebout, Droit constitutionnel, 22^eédition, Armand Colin, Paris, 2005, p.60.

2) 기초지방자치단체 우선의 실체적 사무배분의 원칙

독일의 경우에도 프랑스 헌법상의 보충성의 원칙은 그대로 타당하다.³⁷⁷⁾ 독일 연방헌법재판소는 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 상호간의 사무배분의 원칙으로 기초지방자치단체인 게마인데 우선의 실체적 사무배분의 원칙을 제시하고 있다. 즉 연방헌법재판소는 라스테데판결에서 기본법 제28조제2항제1문과 제2문의 게마인데 및 게마인데조합에 대한 상이한 사무배분의 규정과 이 조문 상호간의 체계적 관계에서 지역공동체사무의 배분에 관한 입법의 제한원칙으로 본질적 내용의 침해금지 이외에 핵심영역의 주변영역에서 법적 효력이 있는 게마인데 우선의 실체적 사무배분원칙을 도출하고 있다.³⁷⁸⁾ 이를 통해 핵심영역만의 보호는 결과적으로 자치행정권의 점진적 공백화를 초래하며 이에 대해 최소한의 수준은 방어할 수 있지만 이를 저지하지는 못한다는 비판적 견해³⁷⁹⁾가 수용된 것이다. 게마인데 우선의 사무배분원칙에 기초한 이 보장은 국가에 대해서 뿐만 아니라 광역지방자치단체인 크라이스에 대해서도 보장되는 것이다.³⁸⁰⁾ 이로써 특히 1970년대에 논의된 지역적 사무와 초지역적 사무의 구분은 극복되어야 한다는 기능적 자치론은 결과적으로 모두 기각되었다.³⁸¹⁾

377) 독일법상 사무배분의 원칙으로서 보충성의 원칙에 대해서는 *Edzard Schmidt-Jortzig/Alexander Schink*, Suspendiaritätsprinzip und Kommunalordnung, 1982 참고.

378) BVerfGE 79, 127(149).

379) Vgl. *Edzard Schmidt-Jortzig*, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Entwicklungszusammenarbeit*, DÖV 1989, 40f.; *Franz-Luswig Knemeyer*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise, in: *Festschrift für von Unruh*, 1984, 212f., 217.

380) BVerfGE 79, 127(149f.).

381) *Fridrich Schoch*, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *VerwArch.* 81(1990), 18(41).

(4) 한국 실정법상 사무배분의 원칙

우리의 경우 국가와 지방자치단체의 관계는 지방분권(décentralisation territoriale)이라는 수직적 권력분립 원칙의 인식보다는 1948년 제헌헌법에서 지방자치를 규정함으로써 제기된 지방자치의 헌법적 보장의 의미를 파악하는 과정에서 부수적으로 등장했다고 할 수 있다. 따라서 지방자치보장의 헌법적 인식에 따른 국가로부터 독립적이지는 않지만 법적으로 구별되는 지방자치단체라는 공법인 사이의 관계를 정하는 법률규정을 통해 등장했다.

우리 실정법상 국가와 지방자치단체의 권한배분이라는 용어는 ‘사무배분의 기준’ 형식으로 지방자치법의 일반원칙에 관한 제10조 제3항에서 지방자치단체별 사무배분의 기준에서 등장한다. 권한배분에 관한 1983년의 법률의 명칭과 유사하게 우리법률 제10조 제3항은 국가와 지방자치단체간의 권한배분이 아닌 지방자치단체별(광역과 기초) 사무 처리와 관련해서 경합을 금지하고 사무의 경합하는 경우에는 기초자치단체의 우선적 처리를 명백히 밝히고 있다.

1) 일반적 포괄성의 원칙 : 주민의 복리사무에 대한 지방자치단체의 자유로운 결정

우리 지방자치의 모습은 단일국가성을 전제로 한 지방자치단체의 자유로운 행정을 헌법적으로 보장하는 프랑스의 경우와 비교해 근본적인 차이점은 없다고 보아진다. 지방자치단체에 부여된 전권한성(clause générale de compétence)의 실질적 보장수단인 조례제정권은 이미 우리 헌법 제117조 제1항에서 확인되고 있다. 일반권한조항을 인정 할 수 있는 지방의 이익(l'intérêt local)의 개념징표는 당연히 주민의 복리에 관한 사항이라는 방향설정개념³⁸²⁾에만 그치는

것이 아니라 지방자치법 제8조에 나타난 바와 같이 지방자치단체의 권한행사(구체적으로는 사무의 처리를 통해 나타나는)의 기법으로서 등장하게 된다.

다만 지방자치단체의 자유로운 행정은 지방분권의 개념요소인 국가의 통제라는 것에서 완전히 자유롭지 못하는 데 지방분권특별법 제3조가 천명하는 국정의 통일성 확보의 요청은 국가단일성 계속의 요청³⁸³⁾이라는 프랑스적인 특성만은 아니라고 판단된다. 우리 헌법이 요청하는 지방자치단체의 자유로운 의사결정권의 구체적 표현은 법률과 국가법령의 우위성을 전제로 이루어진다.

2) 보충성원칙

1999년 1월 29일 법률(제5710호: 중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률)은 중앙행정기관의 지방복리증진을 위한 권한을 지방자치단체에게 최대한 이양하는 것과 지방자치단체간의 사무를 합리적으로 배분할 것으로 목적(1조)으로 하면서 지방이양의 기본원칙으로 사무배분의 기준으로서 보충성원칙을 확인하고 있다(3조).

국가와 지방자치단체간의 권한배분에 있어 우리 실정법은 우회적 방법인 국가전속사무(원칙적으로 지방자치법 제11조에서 7가지 사무를 열거)가 아닌 경우에만 지방자치단체의 개입을 인정하다가 1999년의 지방이양촉진법에서는 제4조 1항의 경우에는 얼핏 보충성원칙을 일부 반영한 듯한 “11조 사무를 제외하고는 가능한 지방자치단체에게 이전하여야 한다”는 규정을 두고 있다.

382) 홍정선, 지방자치법학, 제2판, 법영사, 2002, 37면.

383) A. Roux, Droit constitutionnel local, Economica, Paris, 1995, p.61. Roux 교수는 “프랑스는 불가분의 공화국”이라는 규정의 계속성은 프랑스헌법이 1791년 이래로 명백하게 단일국가성을 고수하고 있음을 명백하게 해준다고 서술하고 있다.

지방분권특별법(2004년 1월 16일 법률 제7060호)은 국가와 지방자치단체의 권한과 합리적 배분을 통한 양자의 기능조화를 지방분권이라고 개념정의의 내리면서 지방자치와 관련되는 법령개정 의 지침으로서의 성격을 분명히 하고 있다(4조).

지방분권특별법에 의하면 지방분권의 수행은 결국 국가의 사무배분에 의해(6조) 이루어진다. 사무배분의 원칙은 2004년 지방분권특별법 제6조 제2항과 제3항을 종합해보면 주민생활과 근접성(proximité)을 갖는 기초지방자치단체가 우선적으로 처리하지 못하는 사무를 광역자치단체가 차후에는 국가가 수행하도록 하는, 이미 1988년의 지방자치법과 1999년 지방이양법에서 규정하고 있는 보충성원칙의 재확인임을 알 수 있다.

2. 지방자치단체의 사무의 범위

(1) 지방자치단체의 사무와 국가사무의 구분의 상대성

지방자치단체의 사무에 대한 헌법상의 제 원칙에도 불구하고 국가사무와 지방자치단체사무의 구분이나 지방자치단체들 상호간의 사무의 구분이 항상 명확한 것은 아니다.

프랑스에서도 국가사무와 지방사무의 구분에 관한 논란이 있어 왔다. 그 구분기준이 명확하게 설정된 것은 아니라고 보고 앞서 본대로 지방자치단체에 일반적인 권한을 인정하는 지방자치단체통합법전의 규정이 있으나 별다른 의미를 가지지 못한다는 견해도 있다.³⁸⁴⁾ 이 견해는 지방사무는 지방의 이익을 위한 사무라고 정의들 하나 지방사무인지 국가사무인지의 구분은 원래 사무의 본질 등 고유한 성격

384) R. Chapus, *op.cit.*, p.287.

에 따른 구분이 아니라 법률이 열거적으로 분할하여 정한 데에 따른 것이었고 따라서 지방의 이익을 위한 지방사무인지 여부를 판단하기 위해서는 법률의 규정을 분석하여야 한다고 보기도 한다.³⁸⁵⁾ 지방자치법전 L.1111-4조에서 사무구분의 기준을 규정하고 있으나 현실적으로 국가와 지방자치단체 간에 또는 지방자치단체들 간에 하나의 사무를 두고 상호협조하여야 할 경우, 즉 국가의 권한과 아울러 지방자치단체의 권한이 행사되어야 할 경우들이 있기에 그 구분이 모호할 수 있다.³⁸⁶⁾

사실 국가의 권한은 언제든지 개입이 가능하다는 점에서도 그러하다. 대표적인 예가 초·중등교육의 경우인데 초등학교의 설립·경영은 코뮌이, 중학교의 설립·경영은 데파르트망이, 고등학교의 설립·경영은 레지용이 담당하면서 초·중등학교의 교육과정 내용과 교원의 인사관리에 대해서는 국가의 관할로 되어 있다. 초등학교, 중학교, 고등학교의 설립은 이처럼 코뮌, 데파르트망, 레지용 등 각급 지방자치단체가 담당하여 결정권을 가지나 교원의 배속을 국가가 결정하기에 새로운 초·중·고등학교의 설립에 관한 각급 지방자치단체의 권한은 국가의 권한에 의해 제한된다. 수도물의 공급에 관한 업무도 코뮌과 데파르트망 모두 관할대상이 되고, 도시계획의 경우 건축허가사무, 도시정비사무 등 여러 사무들이 병합될 수 있고 각 사무들이 국가나 각급 지방자치단체의 사무로서 분장되어 있기도 하다.³⁸⁷⁾

(2) 지방자치사무의 범위

국가사무와 지방사무 구분의 상대성에도 불구하고 지방자치단체의

385) R. Chapus, *Ibid.*, p. 287 et s.

386) J.-B. Auby·J.-F. Auby·R. Noguellou, *op.cit.*, p.200.

387) 이러한 예에 대한 지적으로, J.-B. Auby, J.-F. Auby et R. Noguellou, 위의 책, 201면 참조.

사무범위를 확정함에 있어 지방자치제도의 헌법적 의의와 관련하여 민주적 정당성의 강화하는 실질적 관점은 분권의 형식적 관점 보다 우위에 있다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 지방자치제도는 단계화된 민주주의구조의 표현으로 민주주의는 아래로부터 위로 단계적으로 구축되어 있으며 지방자치단체는 민주적 자유질서의 본질적 기초이다.³⁸⁸⁾ 지방자치제도가 갖는 민주주의기능에서 지방자치의 보장범위와 관련해 의미있는 결론이 도출되며, 특히 헌법상 요구되는 지방사무에의 주민참여는³⁸⁹⁾ 지방자치단체의 사무범위와 관련해서 행정효율의 관점에 따라 체계화되는 업무배분방식과 긴장관계에 있다.³⁹⁰⁾

지방자치사무의 범위는 지방사무개념의 2중기능, 즉 일반행정기관의 관할과 달리 특별한 권한명의없이 지역공동체의 모든 사무를 처리할 수 있는 지방자치단체의 전권한성과 주민의 지방자치행정에의 참여가 보장되어야 한다는 주민참여의 가능성에 따라 확정된다.³⁹¹⁾ 이러한 의미에서 지방사무의 개념은 종래 사무처리의 필요성과 이익이 지방에 근거하거나 또한 지방과 특별한 관계가 있는 사무로서, 지

388) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Band I, 1984, §12 II 1, S. 406.

389) 독일 연방헌법재판소에 의하면 주민의 공동체업무에의 효과적인 참여가 가능한 지역 차원에서 보장된 지방자치행정제도는 헌법제정자가 연방 차원의 직접민주주의의 요소를 허용함에 있어 보인 자제와 내적인 관련성 속에서 중요한 의미가 있다고 한다. 즉 연방차원의 직접민주주의요소의 도입에 대한 헌법제정자의 자제는 지역공동체의 업무에 대한 시민의 효과적인 참여를 가능하게 하는 자기책임성이 보장된 자치행정제도를 통해 게마인데 차원에서 보완되었다(BVerfGE 79, 127(150)). 이와 관련해 연방차원에 있어 직접참여제도에 대한 헌법제정자의 자제와 관련해 독일 기본법은 명확한 반직접민주주의헌법으로 평가되고 있다(Franz-Ludwig Knemeyer, Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik, 2 Aufl., 1997, S. 26).

390) *Franz-Ludwig Knemeyer/Matthias Wehr*, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art.28 Abs.2 in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 2001, S. 329.

391) BVerfGE 79, 127(151f.).

방자치단체가 자기책임적이며 자주적으로 처리할 수 있는 사무로 정의되었다.³⁹²⁾ 그러나 지방사무의 개념요소로서 “지방자치단체가 당해 사무를 자기책임적이며 자주적으로 처리할 수 있을 것”이라는 단서는 불필요하며 따라서 지방자치단체의 행정력과 급부력은 고려되어서는 아니 된다.³⁹³⁾ 지방자치단체의 행정력은 많은 경우 재정적 공급에 의존하게 되며 이러한 경우 국가는 재정적 배분을 통해 지방자치단체의 사무범위를 조정할 수 있을 것이기 때문이다.

양적 한계와 질적 한계는 명확히 구분되어야 한다. 지방자치단체가 상응한 재정이 있는 경우 처리할 수 있는 사무는 지방사무에서 제외되어서는 아니된다.³⁹⁴⁾ 이 경우 국가는 행정력이나 급부능력의 부족을 이유로 지방자치단체에게 지방사무를 배분하지 않거나 또는 당해 업무를 상급단체로 이전할 수 없으며 국가는 필요한 행정력을 재정수단의 배분을 통해 보장해야 한다.³⁹⁵⁾ 또한 경제성·절약성과 같은 이유에서 행정간소화나 관할의 집중을 목적으로 하는 사무의 이전 역시 법적으로 정당화되지 않는다.³⁹⁶⁾

392) BVerfGE 8, 122(134); BVerfGE 50, 195(201); BVerfGE 52, 95(120).

393) 독일 연방헌법재판소는 이러한 관점에서 지역사무개념을 구체화하여 “사무처리의 필요성과 이익이 지역공동체에 근거하거나 또한 지역공동체와 특별한 관계가 있는 사무로서 당해 사무가 (정치적) 게마인데에 있어 인간의 공동생활과 주거에 관련되어 있기 때문에 게마인데의 주민들에게 그 자체로서 공통적인 것”으로 정의하고 있다(BVerfGE 79, 127(151)). 그리고 지역사무의 개념규정과 관련한 종래의 제한적 단서는 최근의 관련판례에서 더 이상 요구하지 않는다(*Hartmut Maurer*, *Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung*, DVBl. 1995, S. 1037(1043)).

394) 지역사무범위의 질적 한계로서 지방자치단체가 자신의 행정력 및 재정력과 무관하게 객관적으로 의미있고 만족스럽게 수행할 수 없는 사무는 지역사무에서 제외된다.

395) *Hartmut Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2002, Rdnr. 13, S. 590f.

396) BVerfGE 83, 363(382); BVerfGE 79, 127(153).

3. 자치사무와 위임사무의 경계설정에 관한 입법형성권과 그 한계

(1) 자치사무와 위임사무의 경계설정에 관한 입법형성권

지방자치단체의 사무에 대한 포괄성 내지 일반성의 원칙에 따라 자치사무 내지 지역공동체의 모든 업무를 규율할 수 있는 권리가 지방자치단체에게 보장된다. 이것에 의해 지역공동체 영역을 포괄하는 업무영역이 특별한 권한명의 없이 헌법상 원칙적으로 지방자치단체에게 보장된다. 어떤 사무가 지역공동체사무인가 또한 어디까지 지역공동체사무인가에 대한 입법자의 구체적인 심사는 질서에 적합한 사무수행의 요청에 따른 객관적 기준에 따라 이루어져야 하지만 입법자에게는 당해 사무의 지역관련성 및 그 중요성의 평가와 관련하여 판단(예측평가)의 여지가 주어지고 있다.³⁹⁷⁾

한편 입법자의 판단에 대해 다툼이 있는 경우에는 입법자의 판단(예측평가)이 지역공동체사무라고 하는 불확정헌법개념에 비추어 대체 가능한지의 여부(vertretbar)가 심사된다.³⁹⁸⁾ 이러한 경우에 있어 입법적 규율의 결과 지방자치행정의 실체의 상실도가 높으면 높

397) BVerfGE 79, 127(153); BVerfGE 83, 363(382); BVerfG, DVBl. 1999, 697(698).

398) 연방헌법재판소는 대체가능성의 심사를 통한 통제가 부적절한 형태의 하자를 기준으로 한 입법적 결정에 대한 심사 보다 엄격한 것으로 평가하고 있다(BVerfGE 79, 127(154)). 그러나 이러한 연방헌법재판소의 사법심사론에 대해서는 신중한 평가를 필요로 한다. Dirk Frers에 의하면 심사밀도가 보다 엄격해져 분명한 수정이 이루어진 것으로 평가하는 것에 대해(ders., Zum Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindeverband nach Art. 28 II GG, DVBl. 1989, 449f.) Friedrich Schoch는 대체가능성의 심사는 결과적으로는 입법자의 설명의 의무, 이유제시의무를 제고하는 것에 지나지 않는다고 해석하며 사법적 심사밀도가 보다 엄격해졌다는 평가에 소극적이며 오히려 라스테데 판결 이후 지방자치행정의 보호는 지금까지 이상으로 입법자의 손에 놓이게 되었다고 한다(ders., a.a.O., 18(38)).

을수록 입법자의 평가특권은 보다 축소되고 법원의 사법심사의 밀도는 보다 엄격해 진다. 따라서 입법자는 지역적 성격이 강한 사무는 원래 지방자치단체에게 배분되어야 한다는 점을 고려하여야 하며 지방자치단체에서 이 사무를 이전(박탈)하는 것은 헌법상 지방자치단체 우선의 실체적 사무배분의 원칙을 능가하는 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 허용된다.³⁹⁹⁾

(2) 자치사무의 핵심영역

지방자치행정의 핵심영역은 모든 상황에 있어 입법적 영향가능성의 절대적 한계이다. 본질적 내용은 제도적 보장사상에 입각하여 제도의 구조나 원형을 변경하지 않고는 제도에서 제거될 수 없는 제도의 본체 내지 필수적 부분(das Essentiale)으로 정의를 할 수 있다.⁴⁰⁰⁾ 이러한 본질내용에 의해 지방자치행정을 필수적이며 본질적으로 형성하는 (단순히 우연적이며 비본질적인 것이 아닌) 전형적인 구성요소들이 보호된다. 따라서 광범위하게 공명을 받은 지방자치행정의 전형적 현상형태가 보장되는 것이다.

독일 연방헌법재판소는 라스테데판결에서 역사적 방법론에 따라 자치사무 내지 지역공동체사무의 핵심영역의 내용을 규정하였다. 이에 의하면 기본법 제28조제2항에 규정된 “지역공동체의 모든 사무”의 표현은 전권한성의 전래적인 개념의 다른 표현이다. 지방자치단체의 전권한성은 이미 1808년의 프로이센 도시법에서부터 이 승인된 것으로 이 개념은 특별한 권한명의없이 모든 공공복리의 사무를 자신의 효과영역에 포섭하는 관념과 관련된 것이었다.⁴⁰¹⁾ 이와 같이 다른

399) BVerfGE 79, 127(153f.).

400) *Klaus Stern*, a.a.O., S. 416.

401) Vgl. PrOVGE 2, 186(189f.); PrOVGE 12, 155(158).

행정주체의 경우 특별한 권한명명에 의하여 권능이 부여되는 것(권능의 특별성)과 달리 지방자치단체에 대한 효과영역의 일반성은 이미 이 시기에 지방자치행정의 정체성을 확정하는 징표로 간주되었다. 지방자치단체의 이러한 권능은 바이마르제국 헌법시대에 모든 주의 법률에서 공통적으로 유효하게 적용되었으며 이는 기본법 제28조제2항제1문의 규정에 의해 헌법 차원으로 고양되어 규정되었고 헌법제정평의회 역시 이를 명시적인 법률의 사무배분에 의한 게마인데조합의 특별한 권한과는 달리 기초지방자치단체인 게마인데 자치행정의 본질적인 부분으로 간주하였다.⁴⁰²⁾

이와 같이 역사적인 방법론에 의하여 고찰할 경우 지방자치단체 사무의 핵심영역은 구체적으로 확정되거나 또는 확정적인 징표에 의해 확정될 수 있는 일련의 사무가 아니라 지방자치단체의 효과영역의 일반성(보편성) 그 자체, 즉 법률의 규정에 의해 다른 공행정의 주체에게 위임되어 있지 않는 경우 특별한 권한명명의 없이 지역공동체의 모든 사무를 처리할 수 있는 권능 그 자체가 본질적 내용이며 불가침의 핵심영역에 해당한다.⁴⁰³⁾

(3) 자치사무의 핵심영역의 주변영역에 있어 입법형성권의 통제

독일 연방헌법재판소는 지방자치행정의 보장에 있어 본질적 내용이 가진 한계, 따라서 핵심영역보장론·본질영역보장론이 가진 실효

402) BVerfGE 79, 127(146f.). 전후 독일 기본법의 제정을 위한 초안(Herrenchimseer 초안)에는 지방자치행정에 관한 규정이 없었으나 헌법제정평의회 심의과정에서 규율의 필요성이 제기되어 규정되었다. 기본법 제28조제2항의 입법형성사에 대해서는 vgl. *Klaus Stern*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Band. 4, 1998, Art.28, S.3ff..

403) BVerfGE 79, 127(146).

성의 한계를 인식하고 있기 때문에 핵심영역의 주변영역에 있어 지방자치행정의 보장에 중점을 두고 있다. 즉 지금까지 핵심영역에 한정되어 논의된 지방자치단체의 전권한성에 관한 논의를 핵심영역 이외의 주변영역에도 확대 적용함으로써 내용적으로 보면 핵심영역의 주변영역에서도 핵심영역에서의 보장과 같은 보장이 주어지고 있다.

핵심영역의 주변영역에 있어 지방자치행정은 지금까지 과잉금지 내지 비례성심사에 의해 보호되어 왔다.⁴⁰⁴⁾ 그러나 연방헌법재판소는 라스테데판결에서 비례의 원칙에 대해서는 전혀 언급하지 않고 전적으로 기본법 제28조제2항제1문에서 도출되는 지방자치단체 우선의 실체적 사무배분의 원칙에 근거하여 심사하고 있다. 연방헌법재판소의 입법적 규율에 대한 제한원칙으로서 게마인데 우선의 실체적 사무배분원칙은 새로운 인식이다: 게마인데 우선의 사무배분의 원칙의 도입에 의해 종래의 비례원칙은 더 이상 적용의 여지가 없게 되었다.⁴⁰⁵⁾ 지방자치행정권에 대한 일반적 법적 규율의 한계로서 비례원칙의 결별은 기본법에 의한 다양한 보장, 특히 개인의 자유영역과 국가의 조직기능을 재차 엄격하게 구별하는 최근의 주목되는 경향과 일치한다.⁴⁰⁶⁾

이에 의할 경우 비례의 원칙은 본질적으로 개인의 자유와 권리(기본권)를 방어하는 기능을 하는 것이며 국가의 기능을 보호하기 위해 기능하는 것이 아니다. 따라서 비례의 원칙은 연방과 주의 경합관계에 의하여 결정되는 주의 사무관할권 뿐만 아니라 권한배분에는 일반적으로 적용될 수 없다고 한다.⁴⁰⁷⁾ 또한 비례의 원칙은 제한의 한

404) Vgl. *Friedrich Schoch*, a.a.O., 18(31f.).

405) *Eberhard. Schmidt-Aßmann*, a.a.O., 121(135). 그에 의하면 보충성의 원칙 역시 더 이상 불필요하다고 한다(*ders.* a.a.O., 121(135), Fn. 83).

406) Vgl. BVerfGE 79, 311(431f.).

407) BVerfGE 81, 310(338).

계(eine Schranken- Schranke)를 형성하며 따라서 법적 지위에 대한 침해가 있는 경우에 적용될 수 있는 것이다. 그러나 지방자치행정에 대한 일반적 법적 규율은 침해가 아니라 보호될 법적 지위를 비로소 입법을 통해 형성하는 것이다.⁴⁰⁸⁾ 이 점에 있어 적어도 특정한 입법적 규율이 지방자치단체의 법적 지위에 대한 침해가 아니라 지방자치행정권의 내용을 형성하는 규율로 판단되는 경우 비례의 원칙이 적용될 여지는 없다고 한다.⁴⁰⁹⁾

이를 대신해 헌법상 기초지방자치단체 우선의 사무배분원칙이 실질적인 보호원칙으로 기능한다. 연방헌법재판소에 의해 지방자치단체의 사무배분과 이를 통한 전권한성의 보호를 위해 발전된 이 원칙은 보장의 전 영역, 따라서 입법적 사무배분뿐만 아니라 자기책임성의 침해에 대해서도 적용된다.⁴¹⁰⁾ 우선원칙의 내용은 입법적 형성을 지방자치단체의 이익의 계기에 엄격하게 구속하는 것에 있다.⁴¹¹⁾ 이를 통해 핵심영역과 핵심영역의 주변영역에 있어 지방자치행정의 보장은 내용적으로 크게 상대화되었다고 할 수 있다.

기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 관계를 기초지방자치단체 우선이라는 실제적 사무배분원칙에 기초하여 『원칙-예외』의 관계로 이해하는 것은 동일하게 『원칙-예외』의 용어를 사용하지만 양자를 등가적 관계로 파악하여 단순한 기능적인 『원칙-예외』의 메카니즘으로 파악하는 연방행정법원과는 상당한 차이가 있다고 할 것이다. 이와 같이 연방헌법재판소는 라스테데판결에서 <제도적 보장론=핵심영역보장론+과잉금지론>의 구조를 <제도적 보장론=핵심영역보장론+기초지방자치단체 우선의 실제적 사무배분원칙>로 재구성하였다.

408) Dirk Ehlers, a.a.O., 1301(1303).

409) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., 121(136).

410) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., 121(136).

411) BVerfGE 79, 127(153).

결국 기초지방자치단체 우선의 실체적 사무배분의 원칙은 지역공동체사무의 획정기준으로서 행정능력·재정능력기준의 배제와 결합되어 과잉금지론·비례성원리에 의한 자치보장론을 결정적으로 퇴조시킨 것으로 평가된다.

(4) 사무이전의 한계

입법자가 사무를 배분함에 있어 준수해야 하는 헌법상 사무배분의 원칙은 지역공동체의 모든 사무에 대한 지방자치단체의 전권한성과 관련해서 유효하다.⁴¹²⁾ 입법자는 사무를 배분함에 있어 헌법이 지역공동체사무의 배분에 있어 광역지방자치단체에 대한 기초지방자치단체의 우선을 규정하고 있다는 점을 고려하여야 한다(기본법 제28조 제2항제1문). 그러나 지역적 성격의 사무에 대해서는 어떠한 예외도 허용하지 않을 정도로 기초지방자치단체 우선의 사무배분원칙이 엄격한 것은 아니다. 다만 그 예외는 매우 한정적으로 해석되어야 한다. 헌법상 의도되어 있는 분권적 사무처리의 우선은 오직 공공복리(공익)의 이유에서만 기초지방자치단체의 지역공동체사무를 광역지방자치단체로 이전할 것과 입법자가 공익상의 요청에 의해 특별히 필요하다고 인정되는 것에 한정될 것을 요구한다.⁴¹³⁾

독일 연방헌법재판소는 사무이전의 법적 정당화의 근거로 특히 다른 방법에 의해서는 질서에 적합한 사무처리를 보장할 수 없는 경우를 들고 있다. 그러나 예를 들어 행정의 체계화·명확화를 통한 행정의 개관가능성의 확보와 같이 행정간소화나 관할의 집중을 목적으로 하는 사무의 이전은 법적으로 정당화되지 않는다.⁴¹⁴⁾ 왜냐하면 이는

412) BVerfGE 79, 127(150).

413) BVerfGE 83, 363(382).

414) BVerfGE 83, 363(382); BVerfGE 79, 127(153).

궁극적으로 기본법에 의해 의도된 분권적 사무배분을 통해 달성하고자 하는 내용 그 자체를 제거하는 것이 되기 때문이다. 또한 공행정의 일반적인 경제성과 절약성 역시 사무이전의 정당화사유가 될 수 없으며 기초지방자치단체로 하여금 계속하여 그 사무를 처리하도록 하는 것이 현저한 반비례적인 비용의 초과지출을 초래하는 경우에 한하여 광역지방자치단체로의 사무이전이 정당화될 수 있다고 한다. 따라서 국가의 임무는 우선 일차적으로 기초지방자치단체가 경제성과 절약성의 원칙에 따라 자신의 사무를 수행할 수 있도록 보장하는 것에 한정된다.⁴¹⁵⁾ 이런 점에 있어 기초지방자치단체의 자치사무의 존속은 전적으로 기본법 제28조제2항제1문의 규정에 비추어 판단되어야 하고 이에 따라 재정이 배분되어야 하고 역으로 재원이 사무의 처리를 규정해서는 아니 된다는 타당성있는 결론이 도출될 수 있다.⁴¹⁶⁾ 중앙집권적으로 조직화된 광역단위의 행정이 많은 경우 보다 합리적이고 경제적으로 사무를 처리할 수 있을 것이라는 것은 당연하다. 그러나 보다 광역 단위의 행정주체가 당해 사무를 일반적으로 경제적으로 처리할 수 있을 것이라는 것이 사무의 이전을 정당화하지 않는다.⁴¹⁷⁾

이러한 사무이전의 한계론은 종래의 지역공동체사무의 유력한 획정기준으로서 행정능력·급부능력 의존적 사고에서 벗어난 결과로 이해되며 지방자치행정에 있어 경제적 효율성의 형량에 대해 지역공동체사무의 처리에 대한 주민 참여라는 정치적 민주주의적 기능과 분권적 사무배분에 우월적 가치를 부여하고 있다는 점에 중요한 의의가 있다.⁴¹⁸⁾ 독일 연방헌법재판소는 이러한 판결을 통해 구역개혁

415) BVerfGE 79, 127(153).

416) *Friedrich Schoch*, a.a.O., 18(47).

417) BVerfGE 79, 127(153).

418) 이에 따라 연방행정법원의 행정능력을 중심으로 사무이전의 허용성을 평가

및 기능개혁에 있어서의 사무배분의 이론과 실제간의 차이를 극복하고자 노력한 것으로 평가되며 이를 통해 입법자가 지방자치단체의 사무를 이전함에 있어 이를 정당화하는 기준이 한 단계 엄격해졌다고 할 수 있다.

4. 기관위임사무의 인식기준

(1) 일반적 인식기준

국가는 그의 사무를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 할 수 있다. 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 밖에도 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 한다.⁴¹⁹⁾

우선 개별법에서 대통령과 국무총리 또는 각 중앙부처의 장 등 중앙기관의 장의 권한으로 규정하고 있는 것은 국가사무이다. 이러한 사무 중에서 원래 지방자치단체의 사무에 속하여야 할 성질의 것이 포함될 수도 있으나 헌법 제117조제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 본질적인 자치사무의 영역을 침해함으로써 위헌문제가 제기되는 것은 별론으로 하고 일단 그와 같은 중앙행정기관의 장의 권한으로 규정된 것은 모두 국가사무로 처리하겠다는 입법자의 의지로 보아도 될 것이기 때문이다. 이와 같이 일단 국가사무로 규정된 사무 중에서

하는 비교형량론(vgl. *BverwG*, DVBl. 1984, 679(682))은 부정되게 되었다.
419) 대판 2006. 7. 28. 2004다759; 대판 2004. 6. 11. 2004추34; 대판 1999. 9. 17. 99추30.

시·도지사나 시장·군수·구청장에게 위임된 사무는 기관위임사무라고 하여야 할 것이다.

한편 기관위임사무에는 이와 같은 정형적인 경우 말고 또 다른 것이 있다. 즉 법령에서 곧 바로 시·도지사나 시장·군수·구청장의 권한으로 규정된 사무 중에서도 조리상 지방자치단체의 사무·권능이 될 수 없다고 이해되는 사항으로 전국가의 차원에서 획일적인 제도에 의하는 것이 바람직한 것으로 판단되는 사무, 권리능력이나 행위능력에 관한 규정·물권의 창설·거래효력의 부인·채권의 유통성의 제한·법인격의 부여 등 사법질서의 형성 등에 관한 사항, 국법이 정하는 형사범의 특례에 관한 규정·자연법적인 행위에 대한 형사범의 불비를 보완하기 위한 형사범의 창설 등에 관한 사항, 경제통제의 성질을 가지는 물자의 이동통제·가격규제 등 대상이 되는 사항이 하나의 지방자치단체의 이해에 그치는 것이 아니라 전국민의 이해와 관련이 있거나 또는 규제의 영향이 미치는 범위가 하나의 지방자치단체의 범위를 넘어 전국에 걸치는 것 등은 기관위임사무로 볼 것이다.⁴²⁰⁾

이러한 기준에 따라 법령의 입법형식이 “○○장관은 …하여야 한다” 또는 “…하고자 하는 자는 ○○장관의 …을 받아야 한다”라고 규정하고 있는 사무 중에서 시·도지사, 시장·군수·구청장에게 위임된 사무 및 “시·도지사, 시장·군수·구청장은 …하여야 한다”라고 규정된 사무 중에서 전국적 통일이 필요하고 지방적 이해가 없거나 약한 사무는 기관위임사무에 해당한다고 할 것이다.

420) 宋本英昭, 앞의 책, 192면.

(2) 법정수탁사무의 개념징표의 차용

일본은 종래의 기관위임사무를 폐지하고 지방자치단체의 사무를 자치사무와 법정수탁사무제도로 이원적 사무구분체계를 도입하였다. 법정수탁사무라고 함은 『사무의 성질상 그 실시가 국가(都道府縣)의 의무에 속하고 국가(都道府縣)의 행정기관이 직접 집행하여야 하지만 국민의 편리성 또는 사무처리의 효율성이라는 관점에서 법률 또는 법률에 근거한 정령의 규정에 의하여 지방자치단체(市町村)가 수탁하여 행하는 사무』를 말한다.⁴²¹⁾

법정수탁사무는 종래의 기관위임사무의 명칭만 변경한 것에 불과하고 본질이나 실태에 있어서는 기관위임사무와 전혀 다르지 않다는 비판이 없지 않다. 그러나 법정수탁사무는 수탁의 상대방이 기관위임사무와 달리 지방자치단체의 장이 아니라 지방자치단체 자체를 대상으로 하고 또한 형태도 상하의 행정조직관계에 특유한 위임이 아니라 법률·정령에 근거한 수탁과 위탁관계로 변경되었다. 따라서 법정수탁사무는 지방자치단체의 『기관이 처리하는 사무』가 아니며 『단체의 사무』로 성격이 변화한 것이다. 또한 법정수탁사무가 기관위임사무와 가장 크게 다른 점은 국가관여이다. 즉 기관위임사무에 대하여 광범위하고 무한정적으로 인정되어 온 국가 주무장관·광역단체장의

421) 지방분권추진위원회는 중간보고에서는 법정수탁사무를 『전적으로 국가의 이해와 관계가 있는 사무...』로 정의하였으나 이는 국가와 지방자치단체의 경비분담구분과 관련한 용법(일본 지방재정법 제10조의 4)이며 사무구분의 기준으로는 적당하지 않기 때문에 제1차 권고에서 『사무의 성질상 그 실시가 국가의 의무에 속하고 국가의 행정기관이 직접 집행하여야 하지만...』으로 수정하였다고 한다. 그러나 법정수탁사무의 정의변경에 대해서는 국가사무가 사실상 광범위하게 추정될 수 있는 가능성을 열어 두어 결국 각 중앙부처가 법정수탁사무를 확대할 수 있는 길을 보장하게 된 것이며 이는 국가사무를 한정하고 자치사무를 공제설적으로 규정한 취지에 반한다는 비판이 제기되고 있다(紙野健二, 新しい事務区分と國の關與, 法律時報, 1997. 4, 4면).

포괄적 지휘감독권이 법정수탁사무의 경우에는 수단이 한정되고 나아가 일정한 절차법적 제약이 따르는 관여로 전환되었다. 이러한 점들을 볼 때 법정수탁사무는 법제도상으로 기관위임사무와는 다르다고 보아야 할 것이다.⁴²²⁾

그럼에도 불구하고 일본에서 기관위임사무 중 상당부분을 자치사무로 전환하고 국가적 관여가 필요한 사무에 대해서는 법정수탁사무로 전환시켰는 바, 1997년 7월 일본 지방분권위원회가 2차권고에서 제시한 법정수탁사무의 징표(제2-1-I-2)는 한국에 있어 기관위임사무의 인식기준으로도 이용될 수 있을 것으로 본다.

〈법정수탁사무의 징표〉

가. 국가통치의 기본과 밀접한 관련이 있는 사무

나. 근간적인 부분을 국가가 직접 집행하고 있는 사무로서 다음에 열거하는 사무

- ① 국가가 설치한 공물 및 국립공원 관리와 국립공원 안의 지정 등에 관한 사무
 - 국립공원 안에서의 경미한 행위허가 등에 관한 사무
 - 국정공원 안에서의 특별지역·특별보호구역 등의 지정 등에 관한 사무
- ② 광역에 걸쳐 중요한 역할을 하는 치산·치수 및 천연자원의 적정관리에 관한 사무
- ③ 환경보전을 위하여 국가가 설정한 환경기준 및 규제기준을 보완하는 사무
 - 환경기준의 유형적용(수질·교통소음)에 관한 사무

422) 법정수탁사무에 대한 평가에 대해서는 芝池義一, 機關委任事務制度の廢止, ジュリスト, 제1110호(1997.4.15), 35~39면 참고.

- 총량규제기준의 설정에 관한 사무
- 대기오염, 수질오염, 토양오염, 소통소음의 상황의 감시에 관한 사무

④ 신용질서에 중요한 영향을 미치는 금융기관 등의 감독에 관한 사무

⑤ 의약품 등의 제조의 규제에 관한 사무

⑥ 마약 등의 단속에 관한 사무

다. 전국 단일제도 또는 전국에 걸쳐 일률적인 기준에 따라 지급하는 급부금 등에 관한 사무로서 다음에 열거하는 사무

① 생존과 관련한 national minimum을 확보하기 위하여 전국에 걸쳐 일률적으로 공평·평등하게 지급하는 급부금의 지급 등에 관한 사무

② 전국 단일의 제도로써 국가가 각출의 방법으로 운영하는 보험 및 급부금의 지급 등에 관한 사무

③ 국가가 행하는 국가보상 등에 관한 사무

라. 광역에 걸쳐 국민에게 건강피해가 발생하는 것을 방지하기 위한 전염병의 확산방지와 의약품 등의 전국적 유통의 단속에 관한 사무

① 법정전염병의 확산방지에 관한 사무

② 공중위생상 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 의약품 등의 전국적 유통의 단속에 관한 사무

- 의약품 등의 단속에 관한 사무

- 식품 등의 단속에 관한 사무

- 농약 등의 단속에 관한 사무

마. 정신장애자 등 본인의 동의에 의하지 않은 입원조치에 관한 사무

바. 국가의 재해구조에 관한 사무

- 사. 국가가 직접 집행하는 사무의 전제가 되는 절차의 일부만을 지방자치단체가 처리하도록 되어 있는 사무로서 당해 사무만으로는 행정목적의 달성을 할 수 없는 사무
- 아. 국제협정 등과의 관련하여 제도 전체의 개선이 가까운 장래에 예정되어 있는 사무로서 다음에 열거하는 사무
- 농지법에 근거한 대규모의 농지전용허가 등에 관한 사무
 - 대규모소매점포에 있어서 소매업의 사업활동의 조정에 관한 법률에 근거한 제2종대규모소매점포의 출점조정에 관한 사무

5. 기관위임사무에 대한 권한쟁의심판의 허용성

자치사무와 기관위임사무의 구별은 경비의 부담과 손해배상, 지방의회의 관여와 조례, 국가관여의 범위 등과 관련하여 그 의의가 있다.⁴²³⁾ 그러나 자치사무와 기관위임사무의 구별은 권한쟁의심판의 허용성과 관련해서도 중요한 의미를 갖는다. 헌법재판소는 지방자치단체는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한, 즉 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 하고 기관위임사무는 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무가 아니라는 이유로 권한쟁의심판을 불허하고 있다.⁴²⁴⁾⁴²⁵⁾

그러나 기관위임사무라는 이유만으로 권한쟁의심판을 불허하는 헌법재판소의 판례는 개선될 필요가 있다. 권한쟁의 내지 기관쟁송의

423) 자치사무와 기관위임사무의 구별실익에 대해서는 홍정선, 앞의 책, 357-361면 참고.

424) 헌재 2004. 9. 23, 2000헌라2; 1999. 7. 22, 98헌라4.

425) 단체위임사무에 대해서는 문제가 없다. 정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2003, 365면 참조.

본질은 내부법의 법주체(innenrechtliches Rechtssubjekt)인 기관이 다른 기관에 의한 조직권리(Organrecht)에 대한 침해가 있는 경우에 이 조직권리를 쟁송을 통해 구제받는 것이다.⁴²⁶⁾ 헌법재판소가 기관위임사무에 대하여 권한쟁의를 불허하는 것은 계층적 행정구조에 속해 있는 기관은 관할권 또는 조직권리가 인정될 수 없고 따라서 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체의 장은 국가기관의 지위에서 국가로부터 위임받은 사무를 처리하는 것이므로 이와 관련한 분쟁은 위임기관의 지도·감독, 최종적으로는 정부차원에서 해결될 성질의 것이라는 것에 그 이유가 있는 것으로 생각된다.

그러나 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장은 형식논리상으로는 국가기관이지만 주민의 직접 선거에 의하여 민주적 정당성을 직접 확보하고 있는 지방자치단체의 대의기관으로서 자기의 명과 책임으로 기관위임사무를 처리한다는 점에서 위임기관과 대등한 지위를 유지·관찰할 수 있도록 조직권리를 인정하는 것이 헌법상 보장된 지방자치제도의 취지에 부합한다고 할 것이다. 바로 이러한 점을 고려하여 지방자치법은 기관위임사무와 관련한 직무이행명령에 대하여 대법원에 제소할 수 있는 기관소송을 허용하고 있다(동법 제 157조의2).

따라서 권한쟁의의 쟁점이 지방자치제도의 헌법상을 결정하는 헌법의 해석과 같은 실질적인 헌법상 분쟁의 성격이 있거나 또는 다른 적절한 분쟁해결수단이 없는 때에는 권한분쟁에 관한 최종심판제도로서의 성격을 갖는 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판을 허용하는 것이 타당할 것으로 본다. 이와 관련하여 지방자치단체의 기관이 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있지만 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 대상규정은 한정적·열거적인 것이

426) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, S. 532.

아니라 예시적 의미로 이해하는 한 국가위임 사무를 처리하는 지방자치단체의 장에게 권한쟁의심판의 청구인자격을 인정할 수 있을 것이다.

제 3 절 자치사무에 대한 지시감독권

앞서 본바와 같이 우리 헌법은 헌법 제117조 제1항에서 직접 지방자치단체의 사무에 관한 권한의 근거를 명시적으로 인정하고 있다. 그런데 주민복지에 관한 사무는 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자치사무라고 해야 하지만 ‘주민의 복지에 관한 사무’라는 용어는 상당히 추상적이고 지방자치단체가 처리하는 사무를 모두 포함하기에 적절한 개념인가에 대한 검토가 필요하다. 지방자치단체가 공공의 이익인 고유한 이익을 위한 주민복지에 관한 사무를 처리한다는 점은 헌법상 직접적인 근거를 가지고 있다(헌법 제117조). 다만 지방자치단체가 처리하는 사무가 보충성원칙에 충실하게 주민에게 가장 기초적이고 가까운 보편적인 공공서비스에 관한 고유한 사무 외에도 법령에 의해 일정한 사무를 처리하고 있으며 이를 단체위임사무라 한다.

자치사무와 위임사무의 경계획정의 문제는 자치사무의 정의와 범위에 관한 문제로서 이에 대한 입법자의 판단의 여지(예측평가)가 인정되더라도 이는 질서에 적합한 사무수행의 요청에 따른 객관적 기준에 따라 이루어져야 한다. 국가의 권한은 지방자치단체가 행사할 수 없는 지방자치단체권한의 한계를 이루는 것임은 물론이다. 국방, 외교, 재판에 관한 권한은 국가의 권한으로서 우리 지방자치법은 권한배분에 관한 기본원칙으로서 레갈리앙 사무⁴²⁷⁾에 대한 국가의 전

427) 레갈리앙(Régalien)이란 용어는 구 프랑스시대의 les regalia(왕의 권리)로 거슬러 올라간다. 하지만 레갈리앙이란 용어는 레갈리앙 권한 혹은 레갈리

속적 권한을 인정한다. 그럼에도 불구하고 국가사무와 지방자치단체 사무의 구분이나 지방자치단체들 간의 사무의 구분이 항상 명확한 것은 아니다.

<현행 지방자치법상의 사무의 배분>

사무의 성질 : 광역적·통일적 성격	일상적 성격
국가 …… (11조) …… 광역자치단체 …… (9조) …… 기초자치단체	
업무의 기능 : 레갈리안사무 (Régalien)	조정적사무 (coordination) (10조 1항) 인접사무 (proximité)

프랑스에서도 국가사무와 지방사무의 구분에 관한 논란이 있어 왔다. 양자의 구별 기준이 명확하게 설정된 것은 아니라고 보고 앞서 본대로 지방자치단체에 일반적인 권한을 인정하는 지방자치단체통합 법전(CGCT)에 명문규정이 있으나 별다른 의미를 가지지 못한다는 견해도 있다.⁴²⁸⁾ 그 이유에 대해 일반적인 지방의 이익을 위한 사무라는 정의에도 불구하고 지방사무인지 국가사무인지의 구분은 원래 사무의 본질 등 고유한 성격에 따른 구분이 아니라 법률이 열거적으로 분할하여 정한 데에 따른 것이라는 점을 들고 있다. 따라서 지방의 이익을 위한 지방사무인지 여부를 판단하기 위해서는 법률의 규정의 분석을 통해 이루어지기 때문이다.

양 기능이라는 표현을 사용할 때에만 등장한다. Regalis란 용어는 간단하게는 “왕의(Royal)”의 뜻으로 해석되는 데 왕 뿐만 아니라 왕조(정)와도 관련성을 가지는 데 Cicero가 사용했다. 형용사로서의 Régal은 12세기말에 나타났으며 Régalien이란 용어는 15세기 초기에 나타난다. J.-M. Pontier, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RFDA, 2003, p.2.

428) R. Chapus, *op.cit.*, p.295.

지방자치단체통합법전 L.1111-4조에서 사무구분의 기준을 규정하고 있으나 현실적으로 국가와 지방자치단체 간에 또는 지방자치단체들 간에 하나의 사무를 두고 상호 협조하여야 할 경우, 즉 국가의 권한과 아울러 지방자치단체의 권한이 행사되어야 할 경우들이 있기에 그 구분이 모호할 수 있다.⁴²⁹⁾

실제로 국가의 권한은 언제든지 지방자치단체의 자치사무의 실행과정에서 개입이 가능하다는 점에서도 그러하다. 우리와는 달리 지방행정조직에서 일반지방행정기관을 설치하고 있는 경우는 국가가 지방자치단체의 사무처리에 대한 사법적 통제(Initiative)을 가질 수 있다. 그리고 이러한 지방분권의 내용인 행정상 후견에 대한 헌법상의 근거를 프랑스 헌법에서는 ‘행정적 통제(contrôle administratif)’라는 표현으로 인정하고 있는데, 그 단어속의 형용사인 ‘행정적’이란 표현에도 불구하고 현재는 1982년 3월 2일 법률과 이를 보완한 7월 22일 법률이래로 행정법원의 법관에 의한 사법심사로 대체되었다. 그렇다면 개정헌법 제72조 제6항의 행정적인 통제는 지방분권의 내용인 행정상 후견(tutelle administrative)과 동일하다고 볼 수 있다.

프랑스에서는 지방자치단체의 행정이 국가의 이익에 반할 때 바로 이 국가대표에 의해 행정법원에의 제소가 이루어짐으로써 사법적 통제가 이루어지는데 이러한 국가대표제도가 존재하지 않는 한국에서는 프랑스의 이와 같은 국가대표의 제소제도(déféré préfectoral)⁴³⁰⁾가 생소할 수 있다. 하지만 한국에서도 국가이익과 법률에 반하는 지방자치단체의 행위가 기관소송 등에 의해 법관의 사법판단을 받을 수 있고 이를 통해 사법적 제재를 받는다는 점은 프랑스의 경우와 실질적으로 다름이 없다고 할 것이다.

429) J.-B. Auby, J.-F. Auby et R. Noguellou, *op.cit.*, p.200.

430) 전훈, 지방자치단체의 행위의 적법성 통제수단으로서의 행정소송, 토지공법연구 제26집, 한국토지공법학회, 2005.6., 464-468면

1. 계서적 통제권

계서적(階序的) 통제권(*contrôle par le pouvoir hiérarchique*)은 공법인 내부에서 효과적으로 발휘된다. 후견적 감독은 서로 다른 법법인 국가와 지방자치단체간의 관계에서 논의가 되지만 계서적 통제권은 동일한 공법인 내부에서 상급기관과 명령을 받는 공무원간에 개입하게 된다. 계서적 감독권의 내용은 상급행정기관이 자신의 지휘하에 있는 기관 내지 소속 공무원이 가지는 권한에 대한 모든 권리의 총합을 의미한다. 후견적 감독은 법률규정에서 규정하고 있어야만 하지만⁴³¹⁾ 계서적 통제의 경우 상급기관의 당연한 속성으로서 별다른 제약을 받지 않는다. 계서적 통제권은 행정조직의 분산(*Déconcentration*)의 내용의 핵심을 이룬다.⁴³²⁾ 계서권의 실행의 태양은 다음 3가지 특성으로 요약된다. 우선, 계서적 통제권은 제한 없이 최대한 행사되어진다. 다음으로 제한된 이유 없이도 적법성 뿐 아니라 적정성(적시성)을 이유로 해서 이용될 수 있다. 마지막으로 상급감독기관의 자발적 동기뿐 아니라 정당한 모든 이해관계인의 요구에 의해서도 실행되어진다. 계서적 통제권은 지시권과 변경권을 그 주요내용으로 한다.

(1) 지시권

지시권(*pouvoir d'instruction*)은 행정부서 책임자에게 하급기관과 공무원에 대해 지시나 훈령을 발하는 것을 말한다. 이러한 서류들은 그 명칭이나 형식이 어떠하든지 간에 우선적으로 부서내부에서 해석되고 적용하기 위해서 유통되는 것을 대상으로 한다.⁴³³⁾ 지시권은

431) “Pas de tutelle sans textes, pas de tutelle au-delà de texte”

432) R. Chapus, *op.cit.*, p.385.

433) C. Guettier, *op.cit.*, pp.123-125.

규범의 제정을 포함하지 않고 선재한 법적 상태를 변경하는 것은 아니다.

(2) 변경권

계서적 감독기관은 자신이 행사하는 별도의 다른 결정인 변경권(pouvoir de réformation)을 통해 처음의 하급기관의 결정과는 다른 것으로 교체할 수 있다. 변경권은 아래에서 볼 취소권과는 달리 소급효를 가지지는 않는다. 취소권은 하위기관의 결정의 법적 구성을 제거한다. 그 특성상 취소권은 소급효를 가지며 그 결정이 전혀 발생하지 않은 것으로 간주된다. 상급기관의 변경권은 장래효만 가지면서 하급기관의 결정을 같음한다.⁴³⁴⁾

2. 후견적 감독

프랑스 헌법상에 규정된 행정적 통제(contrôle administratif)라는 의미는 전통적 학설에 따르면 분권의 내용으로서의 후견적 감독을 의미 한다⁴³⁵⁾. 따라서 프랑스에서의 지방자치의 보장은 헌법이 인정하는 지방자치단체의 자유로운 행정을 의미하며, 이러한 지방자치의 구체적 운영은 (단일)국가의 통일성을 유지하는 범위 안에서 국가대표의 “행정적 통제(contrôle administratif)”라는 지방자치단체의 행위의 사법적 통제가 가능한 체계 내에서 헌법적으로 보장되고 할 수 있다. 2003년 헌법개정은 이전의 헌법 제72조 3항⁴³⁶⁾ 규

434) H. Oberdorff, *Les institutions administratives*, Armand Collin, Dalloz, 2^e édition, Paris, 2000, p.86.

435) A. de Laubadère · J.-C. Venezia · Y. Gaudemet, *op.cit.*, p.128.

436) “테파르트망과 영토에서 정부의 대표자(délégué du Gouvernement)는 국익을 수호하고 행정적 통제를 수행하며 법률을 준수해야 한다”.

정에 비해 근본적인 태도의 변화 없이 조항을 옮겨 헌법 제72조 제6항에서 “(프랑스)공화국 영토 안에서 국가대표(le représentant de l’Etat), 각 정부부서의 대표는(représentant de chacune des membres du Gouvernement) 국익을 보호하고 행정적 통제를 수행하며 법률을 준수하여야 한다”라고 규정하도록 하고 있다.

후견적 통제는 통제권을 가진 기관이 행정작용의 형식을 통해서 이루어져왔다. 한편 그 용어사용에 있어 공법상 후견적 감독은 민법상의 의미와는 별다른 관련성을 가지지 않는다. 행정상 후견은 피후견 지위에 있는 분권화된 기관보다는 후견기관의 이익, 다시 말해 국가의 이익을 보호한다.⁴³⁷⁾ 1982년 지방분권법 이전의 “(행정상)후견”에 관련된 규정은 지방분권의 개념의 핵심에 자리 잡고 있었다. 모데른(F. Moderne)교수는 “이론적으로나 실제상으로도 프랑스식의 분권은 …… 분권을 지탱하면서 감시하는 후견에 대한 민감한 주의가 수반되어진다”고 하면서 후견을 언급하지 않고 지방분권을 언급하기란 어렵다고 하고 있다.⁴³⁸⁾

행정조직법 분야에서 후견은 대부분의 경우 중앙권력이 적법성을 보장하고 지방이익과 개별이익에 대해 국가의 이익을 보전하기 위해 지방자치단체이든 영조물법인이든 국가와는 다른 공법인에 대해 행하는 통제의 유형과 관련된다.⁴³⁹⁾ 후견적 감독권의 실행에 속하는 조치들은 2단계로 구분된다. 먼저 후견기관 자신이 행사할 수 있는 권리를 보유하고 있는 승인·취소·대집행권의 경우와 다음으로 프레페(préfet)가 행정법원에 제소하는 경우와 같이 행위의 적법성 통

437) R. Chapus, *op.cit.*, p.398.

438) F. Moderne, in Préface à la Thèse de M. Melleray, La tutelle de l’Etat sur les communes, Sirey, Paris, 1981; M. Reydellet, Le nouveau contrôle des actes des collectivités locales ou la suppression des tutelles, PUAM, Aix-en-Provence, 1985, p.7.

439) C. Guettier, *op.cit.*, p.127.

제기관에 대해 제소권을 행사하는 경우로 나누어진다(R. Chapus)⁴⁴⁰). 그렇지만 행정상 후견은 법률의 규정과 피후견 행정기관인 분권화된 지방자치단체의 의사결정권의 존중원칙을 바탕으로 지방자치단체의 행위의 적법성 통제라는 관점에서 검토되어야 한다. 따라서 행정상 후견행위에 대한 접근도 피후견기관인 지방자치단체 의사결정의 Initiative의 정도를 기준으로 다음 3가지 단계를 고려해 볼 수 있다. 우선 후견적 감독기관의 우선적 절차로서 승인과 취소권이 있고, 유사하거나 부속적인 허가권과 정지권, 그리고 대집행권의 단계를 검토해 볼 수 있다(S. Régourd)⁴⁴¹.

(1) 승인권⁴⁴²)

승인권(pouvoir d'approbation)은 이미 내려진 (피후견기관의) 결정에 관심을 가지지만 행정결정의 집행적 성격은 그 결정에 대한 승인에 의해 그 효과가 소급해서 발생한다. 승인은 실제로 사전적 허가와 매우 유사한 점을 가지는 데 부정적인 결과로서 피후견기관의 의사결정을 무력화시킬 수 있다. 지방자치단체의 행위와 관련한 승인제도는 항상 상급기관의 명백하게 재량적인 평가에 달려있게 된다.⁴⁴³

승인권의 실행은 피후견 지방자치단체의 행정상 의사결정의 집행성을 결정하게 된다. 전통적 설명에 따르면 승인권은 후견적 감독기관의 적정성의 통제절차에 해당한다.⁴⁴⁴ 샤푸자(L.-J. Chapuisat) 교수는 “거의 절대적이라 할 수 있는 감독기관의 veto권”이라고 한

440) R. Chapus, *op.cit.*, p.401.

441) S. Régourd, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1982, p.127.

442) 강학상 설명되는 법률행위적 행정행위중 형성적 행위로서의 인가(認可)의 의미와 동일한 취지는 아님에 주의를 요한다.

443) R. Chapus, *op.cit.*, p.400.

444) S. Régourd, *Ibid.*, p.128

다.⁴⁴⁵⁾ 마스삐띠올(R. Maspétiol)과 라호끄(P. Laroque)는 승인권에 대해 다음과 같이 정의하고 있다 : “승인은 후견기관이 내린 결정의 법적 효율성에 대해 취할 수 있는 모든 조치를 통해 그 결정의 적정성(opportunité)과 다양한 고려(considérations)를 평가하면서 분권화된 기관으로 하여금 이를 받아들이거나 받아들이기를 희망하는 제 수단”을 의미 한다.⁴⁴⁶⁾

우리 지방자치법에서도 승인유보의 감독청의 심사범위와 관련해 독일의 예와 비교하여 국가와 지방자치단체의 협의적 통제수단을 함께 가지는 행정감독수단으로서의 지방자치단체의 기채승인의 경우에는 적법성심사외에도 합목적성의 심사가 가능하다고 보는 입장도 있다.⁴⁴⁷⁾

(2) 허가권

일반적으로 후견적 감독은 사전적/사후적인 경우로 구분된다. 이러한 구별의 실익은 사후적인 경우 분권화된 기관의 의사결정의 자유의 유무에 있다. 만일 후견의 절차를 분권화된 기관의 의사결정의 성립의 관점에서 평가를 내린다면 허가권(pouvoir d'autorisation)은 사전적 후견감독에 해당하지만, 그 의사결정의 효력발생의 기준에서 본다면 허가권은 사후적 후견감독에 해당한다. 승인이 다만 이미 선제한 (피후견기관의) 행위의 승인 혹은 추인(ratification)인데 대해 허가는 하나의 권한의 부여(attribution de compétence)를 의미한다. 앞서 살펴본 승인권의 경우 피후견기관이 내린 의사결정의 집행적 성질이 후견(감독)기관의 승인에 의해 종속되지만 감독기관의 허

445) L.-J. Chapuisat, La notion des affaires locales en droit administratif français, Thèse, Paris II, 1971, p. 446.

446) R. Maspétiol · P. Laroque, La tutelle administrative, Sirey, Paris, 1930, p.107.

447) 홍정선, 지방자치법학, 제2판, 법영사, 2002, 511면.

가권(pouvoir d'autorisation)은 후견기관이 훨씬 더 이전단계에 개입하게 된다. 따라서 허가는 분권화된 기관이 필요한 허가를 얻는 경우에만 결정할 수 있는 조치와 관련된다.⁴⁴⁸⁾ 후견적 감독기관의 허가 없는 지방자치단체의 행위는 권한 없는 행위로서 존재하지 않는 행위(acte inexistant)가 된다.⁴⁴⁹⁾

우리 지방자치법 제149조는 2이상의 지방자치단체가 조합을 설립하는 경우에 시·도(시·군·구)의 경우 행정자치부장관(시장·도지사)의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 비록 법문상으로는 승인이란 표현을 사용하고 있으나 후견적 감독의 내용으로서 의사결정의 효력 발생에 기준을 둔 사후적 후견감독의 내용으로서 허가의 경우와 더 가깝다고 생각된다.⁴⁵⁰⁾ 프랑스에서는 후견감독으로서의 허가의 예로서 “해외협력사업”과 관련된 지방자치단체인 레지옹(Région)의 회가 정부의 허가를 얻어야 하는 것을 보기로 들고 있다.⁴⁵¹⁾

(3) 취소권

취소권(pouvoir d'annulation)은 분권화된 기관의 의사결정을 소급하여 상실시키는 결과를 가져온다. 후견적 감독기관은 직접 행위의 효력을 소급적으로 소멸시키는 형성권으로서의 취소권을 보유하는 것이 아니라 단지 타 기관에 대해 분권화된 기관의 의사결정을 취소해 줄 것을 요구하는 자격(faculté)을 의미할 뿐이다.

지방분권화가 추진되기 전의 프랑스에서도 국가(대표)는 지방자치단체의 위법한 행위나 경우에 따라서는 부당한 행위에 대해 스스로

448) R. Chapus, *Ibid.*, p.403.

449) S. Régourd, *op.cit.*, p.148.

450) 홍정선 교수도 지방자치단체조합설립의 승인은 필수적 절차로 그 효력발생요건으로 파악하고 있다. 홍정선, *지방자치법학*, 제2판, 법영사, 2002, p.512.

451) C. Guettier, *op.cit.*, p.127.

직접 이를 취소하는 권한을 보유하고 있었다. 그러나 1982년 3월 2일 법률 제정 이후 이러한 행정적 감독수단인 취소권은 완전히 사라졌다. 1982년 지방분권법 제정 이후 국가대표인 프레페(préfet)의 권한은 행정법원에 대해 지방자치단체의 행위가 “적법하지 않기 때문에 (contraire à la légalité)” 취소를 청구하는 것으로 제한되었다. 바로 국가대표의 제소제도이다.

우리 지방자치법에서도 후견적 감독성격을 갖는 감독기관의 지방자치단체의 집행기관의 행위에 대한 취소권을 제157조 제1항에서 인정하고 있다. 이러한 통제권은 당해 규정이 “취소할 수 있다”고 규정하고 있어도 중앙기관의 기속행위에 속하는 것으로 판단된다. 만일 시정명령의 이유가 법령위반인 경우라면 그 선택의 여지는 줄어들게 되며 기속적(羈束的)이라는 설명이 있다.⁴⁵²⁾

(4) 대집행권

상급기관의 대집행권(pouvoir de substitution)은 분권화된 하위기관의 부작위의 경우에 행사될 수 있다. 대집행의 실행은 분권화된기관의 작위의무의 불이행을 조건으로 한다(R. Chapus).⁴⁵³⁾ 대집행권은 특유한 성격을 가지는 데 후견적 감독기관이 이를 실행하는 경우에 감독기관이 취한 조치는 분권화된 기관의 명의로 취해진 것처럼 간주되고 제3자에게 손해를 가한 경우에도 감독기관이 아니라 피후견기관이 그 책임을 지게 된다. 프랑스에서는 지방자치단체 통합법전(CGCT)의 법률편 L. 2131-5는 코뮌의 단체장(maire)이 국가 공무원으로 행위하는 경우에는 국가대표는 대집행할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 현재 우리 지방자치법에 규정된 대집행에 관한 내

452) 홍정선, 앞의 책, p.520.

453) R. Chapus, *op.cit.*, p.400.

용은 지방분권의 내용인 행정상 후견의 내용인 대집행권의 실행이라기보다는 행정조직상의 분산의 내용인 계서적 통제(contrôle hiérarchique)⁴⁵⁴의 성격에 더 가깝다고 판단된다.

한국에서 대집행은 상급기관의 하급 지방자치단체에 대한 강력한 통제권을 부여해 주고 있는데 지방자치법 제157조의 2 제2항은 기관사무의 직무이행명령의 불이행시에 상급기관(행정자치부장관 / 시·도지사)은 피후견기관의 비용부담으로 대집행할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 행정대집행법을 준용하는 지방자치법 제157조의 2의 직무이행명령에 뒤이은 대집행의 경우와는 차이가 있으나, 제159조 제4항에 의한 대법원 제소의 형태를 후견적 감독소송으로서 아래 표에서 보는 기관소송의 유형에 추가하여 새로운 지방자치법상의 감독소송 성격을 가진 기관소송의 제3유형으로 파악한다면 후견적 감독의 내용으로서의 대집행의 효과와 유사한 점을 발견해 볼 수 있다. 우리 행정소송법은 객관소송의 한 형태로 기관소송을 인정하고 있다. 그리고 기관소송의 가장 일반 형태인 지방자치법 제98조 제3항의 지방의회의 조례안재의결에 대한 집행기관장의 대법원에 대한 제소행위가 수평적 통제로서의 기관소송의 모습(제1유형)이라면 지방자치법 제9장(국가의 지도·감독)에서 후견적 감독자의 입장에 있는 주무부장관이나 시·도지사의 하위지방자치단체장에 대한 조례안 재의결요구의 지시와 지방의회의 동일한 재의결 행위에 대한 제소로서의 제159조 제3항에서 정한 기관소송은(제2유형) 앞의 경우와는 구별되는 후견

454) 계층적 조직체의 장이나 상위기관이 하위기관에 대해 행사하는 권한의 하나로서 전자는 후자에 대해 별도의 명문규정이 없는 경우에도 전반적인 사항에 대한 일정한 통제력을 행사한다. 국사원은 법의 일반원칙으로 이를 인정한다(C.E. 30, juin 1950, Quéart, Rec. p.413). 공무원의 경우 위계상 상급자는 법률 및 시행령에 규정에 따라 공무원의 임용과 승진에 관해 영향력을 행사하며 징계령의 행사를 포함한다. 특히 상급기관은 하위기관에 대한 지시권을 행사한다. 위계적 통제권의 내용은 행정조직법상의 분산의 내용(①지시권 ②취소권 ③변경권)과 중복된다.

적 감독소송이다. 더구나 법령위반의 판단에도 불구하고 피후견기관인 지방자치단체의 장이 제소를 하지 않는 경우에는(제159조 제4항) 감독기관(주무부장관/시·도지사)의 제소지시 내지는 직접제소를 인정하는데, 뒤의 경우에는 기관소송을 동일한 법 주체에 관한 소송이라는 점에 강조점을 둔다면 기관소송의 성격을 부인할 수 있을 것이나 후견적 감독소송의 (후견적 감독의 내용으로서의) 대집행이라고 전제한다면 동일한 범주체인 지방자치단체의 집행기관의 의결기관기관에 대한 권한의 존부나 행사에 관한 다툼인 기관소송의 제3유형의 형태로 파악할 수 있을 것이다. 왜냐하면 기관소송의 지방자치법 영역에서의 운용은 지방분권의 내용인 지방자치단체의 법적 행위에 대한 후견적 감독권의 실행수단으로 볼 수 있고, 우리의 지방자치법은 중앙집권의 영향이 강한 단일국가인 프랑스형 지방분권 모델에 친숙한 법적 메카니즘을 갖추고 있는 것으로 파악될 수 있기 때문이다.

<지방자치단체의 법적 행위에 대한 감독소송인 기관소송>

	제19조	제98조	제159조
요건	단체장의 거부권 행사	지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때	지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때
재의요구권자	지방자치단체의 집행기관장	지방자치단체의 집행기관장	후견감독기관으로부터 제소지시를 받은 지방자치단체의 장
대법원 제소	규정없음	재의결된 날로부터 20일 이내에 (1유형)	재의결된 날로부터 20일 이내에(2유형)
집행정지		가능	가능

3. 자치사무의 실행과 적법성 감독소송 - 프랑스 프레페 제소(Déféré préfectoral)와의 비교

앞서 본 바와 같이 지방자치단체의 자치사무에 관한 일반권한조항에 의한 자율적인 의사결정에도 불구하고 분권화된 지방자치단체의 자치사무의 실행은 적법해야만 한다. 우리와는 달리 프랑스의 경우 데파르트망에 파견된 국가의 일반 지방행정기관인 국가대표(préfet)가 법령위반에 대한 프레페제소절차⁴⁵⁵⁾를 통해 적법성 보장기능을 수행하고 있다.

(1) 국가대표(préfet)의 제소권

프랑스에서 국가(공화국)와 주권의 불가분성(indivisibilité)은 일반적으로 국가의 우월성을 존중하는 가운데 지방자치단체의 자유로운 행정의 수행을 요청하고 있다. 1982년 3월2일 및 7월 22일 법률 이전에는 프레페(préfet)는 사전적으로 지방자치단체의 법적 행위에 대해 취소·정지 또는 대집행권을 가지고 있었다. 코뮌의 지방의회(conseil municipal) 의결에 대한 이의제기는 후견적인 감독권을 갖는 국가대표관청(préfecture)을 통한 절차를 진행해야만 했었다.⁴⁵⁶⁾

국가대표에 의한 지방자치단체의 행위의 적법성의 통제는 프랑스 헌법 제72조 제6항에 따르면 지방이익에 대한 국가이익의 우위성을 보장하고 프랑스에서의 법질서의 통일성을 주장하는 한 방편으로 구성되어 있다.

455) 1982년 7월 22일 법률에 의해 일부 개정된 1982년 3월 2일 법률은 지방자치단체와 지방자치단체조합의 행위의 통제에 관한 새로운 메카니즘으로서 프레페(préfet)의 제소로 개시되는 행정재판에 의한 적법성 통제 제도(déféré préfectoral)를 탄생시켰다.

456) J. Bourdon · J.-M. Pontier · J.-C. Ricci, *op.cit.*, p.208.

1982년 법률에 따른 프레페제소의 법적 성질은 월권소송의 경우와 차이가 없다고 설명되고 있다⁴⁵⁷⁾. 프레페는 지방자치단체의 행위에 대해서 통상적인 행정소송의 항고소송에 해당하는 월권소송의 방법을 통해서도 제소할 수 있다. 이는 입법자들이 새로운 프레페의 제소(Déferé préfectoral)제도를 설치하였다고 하더라도 국가대표에게 이송할 의무가 없는 지방자치단체의 모든 행위에 대해 통상의 월권소송을 제기할 수 있는 지위를 회수한 것은 아니라는 점을 의미하며, 월권소송의 제기는 “비록 법 규정이 없어도 계속 존재한다”⁴⁵⁸⁾는 것을 말한다. 국가대표인 프레페(préfet)의 제소권 행사가 월권소송과 법적 성질에 본질적 차이가 없다고 하더라도 반드시 직접적이고 개인적인 이익을 주장할 필요는 없다는 점이 월권소송에서와 차이가 있다. 왜냐하면 프레페는 헌법 제72조에 규정된 “행정적 통제(contrôle administratif)”의 명분으로 행정법원에 제소하기 때문이다.⁴⁵⁹⁾

(2) 지방자치에 있어서의 후견적 감독소송

지방자치개혁의 제1막을 이루는 1982년 3월 2일 법률의 입법자들은 처음 법률안 제안당시에는 모든 종류의 후견적 감독을 삭제하고 적어도 잠정적으로 국가대표에게 지방자치단체의 행위의 적법성을 판단하지 못하게 하려는 통제장치를 조직하려 했다.

프랑스 헌법재판소는 1982년의 분권법률은 “헌법 제72조 제3항에서 명시된 국가의 우선적 지위를 제한해서도 안되고 그 효과를 제거

457) C.E., 27 février 1987, commune de Grand-bourg de Maire-Galante c/Mme. Pistol, Rec. p.80

458) C. E., 13 janvier 1988, Mutuelle générale des pesrsonnels des collectivités locales et de leur établissement, Rec. p.814.

459) A. de Laubadère · J.-C. Venezia · Y. Gaudemet, *op.cit.*, p.301.

할 수도 없으며 일시적으로라도 이는 허용되지 않는다”⁴⁶⁰)라고 밝히고 국가대표에게 지방자치단체의 행위를 “사법적 통제 하에 둘 권한(faculté)”을 인정하고 있다. 만일 지방자치단체의 행위의 적법성 통제, 다시 말해 프레페의 행정법원의 법관에 대한 제소행위가 의무가 아니고 국가대표의 단순한 권한이라면 프레페의 제소거부는 행정소송의 대상이 된다⁴⁶¹). 국사원은 명시적으로 Commune de Port 판결에서 지방자치단체의 행위를 행정법원에 제소하는 “Préfet가 가지는 권한(faculté)”을 재차 언급하고 있다.

이러한 점은 앞서 후견적 감독의 내용인 대집행에서 살핀 바와 같이 시장·도지사가 후견적 통제기관의 자격으로 제소를 요구하거나 직접 제소하는 우리 지방자치법 제159조 제3항과 제4항이 프랑스에서 이루어지는 국가대표(프레페)의 행정감독의 메카니즘과 유사한 국가단일성의 확보 메카니즘으로 파악해 볼 수 있는 시사점을 제공한다고 볼 수 있다.

물론 우리 법제가 프랑스처럼 국익의 수호자인 일반지방행정기관으로서의 국가대표(préfet)를 설치하고 있지는 않지만, 지방의회가 행하는 주민의 복리사무에 관한 국가법령의 범위 안에서의 자유로운 결정과 관련해서 후견적 감독기관으로부터 제소를 요구받은 기관소송을 통해 주무부장관/시장·도지사에게 지방자치단체의 의결기관의 위법한 의결에 대해 국가의 법질서를 유지하는 기능을 수행하도록 하고 있다. 그리고 지방자치법 제159조 제3항의 후견적 감독소송의 성질을 갖는 기관소송의 전(前)단계인 지방의회 의결에 대한 재의요구 지시에 대해 단체장이 불응하는 경우에 감독청이 피후견 지방자치단체의 장을 상대로 직접 조례안 의결의 효력이나 부존재확인소송

460) C.C., décision n°82-137 DC du février 1982, Rec. p.38.

461) C.E., Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, Rec. p.23.

을 제기할 수 있는가에 대해 대법원은 부정하고 있다.⁴⁶²⁾ 지방분권의 내용으로서의 피후견기관의 의사존중의 기본원칙과 법률 없으면 후견 없다는 후견적 감독이론에서 본다면 당연하다고 할 것이다. 이를 기관소송 법정주의에 따른 실정법상의 규정의 부재로 설명하기 보다는 분권이론에 따른 지방자치법의 해석론⁴⁶³⁾이 더 타당하다고 생각된다.

4. 지방자치단체에 대한 감사

지방분권은 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분과 이양을 통한 양자의 관계설정의 뜻하며 각각의 나라마다 전통과 역사적 경험 및 법제의 차이가 있다. 우리의 경우 지방분권화는 지방자치와 분리해서 논하기는 어렵다고 할 수 있다. 지방자치는 지방자치단체의 자유로운 의사결정의 존중이라는 ‘자치’ 혹은 ‘자율성’에 그 핵심적 가치를 가지고 있지만, 일반적으로 지방분권의 내용인 행정상 후견에 해당하는 지방자치단체에 대한 국가나 광역자치단체의 행정상 후견으로서의 감사(監査)제도를 인정하고 있다.⁴⁶⁴⁾ 지방자치의 정착과 발전은 지방의 자주의식과 권리의 확보를 위한 움직임으로 나타나는 데, 현실적으로 지방자치단체로서는 국회의 국정감사제도와의 갈등⁴⁶⁵⁾ 뿐 아

462) 대판 1999. 10. 22., 99추54.

463) 홍정선, 앞의 책, 517-518면. 앞의 대법원 판례의 경우도 동일한 입장이다.

464) 지방자치법 제158조 (지방자치단체의 자치사무에 대한 감사)는 “행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다”고 규정하고 있다.

465) 국회의 국정감사를 둘러싼 국회와 지방자치단체간의 갈등과 대립은 최근에 새로이 제기된 것은 아니며 이미 지방의회가 부활된 1990년부터 시작되었다. 그리고 공무원 직장협의회도 국정감사 및 조사에 관한 법률 제7조에 대한 헌법소원제기가 있었으나 헌법재판소는 청구인들의 권익침해와 무관하다고 하여 이를 각하하였다.

나라 실제로 후견기관의 감사를 위한 준비로 인한 부담이 한계점에 이르고 있다. 현행 지방자치법상의 제도의 운영은 별도의 독립적 혹은 자체적 감사기관이 없는 상황에서 국가의 지방자치단체 길들이기 차원의 감사운영이 가능하게끔 되어 있는데⁴⁶⁶⁾ 최근 헌법재판소에 제기된 권한쟁의심판은 이러한 지방분권의 행정상 후견에 대한 갈등적 요소를 잘 보여주고 있다. 이하에서는 지방분권의 내용인 후견적 감독수단으로 볼 수 있는 국가 혹은 법령상 상위관계에 있는 광역자치단체의 하위지방자치단체에 대한 감사에 대해 무엇이 법적으로 문제가 되고 있으며 그 해결책에 대한 단초가 무엇인가에 대해 살펴보기로 한다.⁴⁶⁷⁾

(1) 사법적 통제가 아닌 행정상 후견으로서의 감사제도

현재 지방자치단체에 대한 행정상 후견으로서의 감사로는 ㉠국정감사 및 조사에 관한 법률에 의한 국회의 국정감사 ㉡감사원법상의 감사원의 감사 ㉢지방자치법과 행정감사규정, 행정권한의 위임 및 위탁에 의한 중앙부처 및 광역지방자치단체의 감사를 들 수 있다.

현재 헌법재판소에는 ㉡와 관련하여 강남구청 등 234개 기초지방자치단체에서 감사원의 감사의 취소를 구하는 내용의 권한쟁의심판(2005헌라3)이 제기되어 있다. 그리고 ㉢와 관련해 서울특별시는 행정자치부가 정부합동감사(2006.9. 14 - 9. 29)를 지방자치법 제158조에 의거하여 실시한 것과 관련해 지방자치법 제158조는 국가

466) 정세욱, 지방자치단체의 감사체계연구, -『공공감사에 관한 법률안』을 중심으로, 한국지방자치학회, 공공감사에 관한 법률제정 관련 지방감사제도 대토론회, 2004, 1면.

467) 따라서 지방자치단체에 대한 감사 중에서 ①국회의 국정감사 ②지방자치단체의 집행기관이 행하는 자체감사 ③지방의회에 의한 감사 ④주민감사청구에 의한 감사에 대한 논의는 이하에서는 하지 않기로 한다.

에게 자치사무에 대해 포괄적이고 일반적인 사전(事前) 감사제도를 인정한 것이 아니며, 지방자치법 제161조나 서울특별시 행정특례법 제4조 제2항의 취지를 고려할 때 법령위반 사실이 없음에도 불구하고 합동감사를 한 것은 지방자치단체의 이른바 자치고권에 대한 심각한 침해라는 권한쟁의심판(2006헌라6)을 제기하였다.

(2) 국내에 소개된 외국의 지방자치단체에 대한 감사제도:
프랑스와 일본의 경우⁴⁶⁸⁾

지방자치단체 혹은 지방정부에 대한 감사는 각국마다 전통이나 국가의 형태에 따른 차이를 보이고 있다. 단일국가 모델로 우리와 유사한 중앙의 행정상 통제의 전통을 가진 프랑스는 앞서 본 바와 같이 1982년 이래로 일반적인 사전적 행정감독제도는 법적인 통제로 전환되었고, 회계부분에 관한 법적 통제와 관련해 지역회계원(Chambre régionale des comptes) 제도로 운영되고 있으며, 실제로 후자는 주로 재정상 통제에 관한 것이고, 비 재정적인 지방사무의 경우 프레페제소 절차라는 변형된 월권소송과 같은 통상의 행정소송절차를 통해 사법적 통제가 이루어지고 있다.

(가) 프랑스의 경우

프랑스에서는 우리의 감사원의 회계감사 기능을 중앙의 회계법원

468) 비교법적 검토와 관련한 국내의 연구는 일정한 특징과 한계를 가지는데, 특정 주제에 대한 구체적 법적 제도나 규정이나 사례의 검토가 아니라 일괄(一覽)적 성격을 가지고 있다는 점을 들 수 있다. 따라서 미국·영국·독일·프랑스·일본식의 나열은 본 연구보고서의 취지와는 거리가 있다고 본다. 실제로 후술하는 프랑스의 예의 경우도 지방자치단체의 사무전반에 대한 감사인지 혹은 일반 행정사무에 관한 것인지, 구체적으로 자치사무에 관한 것인지에 분석 대상의 범위를 한정하지 않고 검토에 들어간다면 본래의 연구대상과 멀어지는 우를 범할 수 있다.

(Cour des comptes)이 수행한다.⁴⁶⁹⁾ 중앙의 회계법원은 약 200년의 역사를 가지고 있다. 그리고 지방(레지옹 단위)에 존재하는 지역 회계원(Chambre régional des comptes)이 독자적으로 지방자치단체의 회계검사와 지방자치단체의 예산과 재정운영에 관한 감사를 담당한다. 이러한 지역회계원은 1982년 3월 2일 법률에서 그 설치를 처음으로 규정하여 약 24년의 역사를 가지고 있다.⁴⁷⁰⁾

앞서 본바와 같이 지방분권에 관한 1982년 법률은 국가가 행사하던 권한과 재원을 지방자치단체에 이전시키고 지방자치단체에 대한 국가의 사전통제를 사후통제로 전환시켰다.

지방자치단체가 수행하는 행정은 1982년 지방분권화 조치 이후 지방자치법전(CGCT)에서 규정한 의무적 이송의 대상이 되는 법적 행위의 경우 전적으로 사법적(행정법원) 판단에 놓이게 되었다. 국가는 국가대표(représentant de l'Etat)라 불리는 프레페(préfet)의 제소행위를 통해 실질적으로 사법상 통제인 행정상 후견이 개시된다. 그리고 지방회계원이 지방자치단체의 재정적 회계검사를 독자적으로 실시하고 있을 뿐만 아니라 지방자치단체의 예산과 재정운영에 대한 통제를 수행하고 있다.⁴⁷¹⁾

따라서 프랑스의 지방자치단체의 행위에 대한 우리 지방자치법 제

469) 회계법원은 행정부, 국가공공기관, 공공기관, 기타 사회보장기관에 대한 의무적인 회계검사와 의무적 검사대상기관이 과반수 이사의 투표권을 행사하는 기관과 자본금의 1/2이상을 출자한 기관 또는 기관의 결정과 운영에 있어 중요한 권한을 행사하는 기관, 공적 재정보조금 수혜기관 임시적인 회계검사를 행한다.

470) Loi du 2 mars 1982 relative à la liberté et aux droits des communes, des départements et des régions. 그렇지만 지역회계원의 권한과 사무에 관한 규정은 재정법전(Code des juridictions financières) L. 211-1 이하에서 상세하게 규정하고 있다.

471) 지역회계원은 지방자치단체나 소속 영조물법인의 회계의 결산을 검토하며 소속 집역회계원은 서면과 현장 검사를 통해 회계상의 세출과 세입의 정확성, 대부금, 기금 유가증권의 정확한 내역을 검토한다. 윤광재, 프랑스 지방회계원에 대한 연구, 감사논집 제5호, 감사원, 2000.12., 239면.

158조와 같은 비사법적 사전적 일반감사제도는 찾아보기 어렵다고 할 수 있는데, 그 이유는 첫째, 행정상 후견(통제)이라는 명칭에도 불구하고 행정법원의 통제에 의해서만 가능한 사법상 통제로 바뀐 점과 둘째, 재정상 통제의 경우 우리의 감사원의 재정감사에 비교되는 기능을 중앙의 회계법원과는 독자적인 지역회계원에 재정소송에 관한 법전과 지방자치법전에 의해 독립한 감사기관에 의해 수행하고 있기 때문이다.

(나) 일본의 경우⁴⁷²⁾

일본의 감사제도는 중앙정부에 의한 감사를 억제하고 지방자치단체의 자체감사에 중점을 두고 있는 것이 특징이다. 그리고 자체감사의 경우 지방의회의 관여를 배제하고, 단체장으로부터 독립한 감사위원에게 감사를 맡기고 있다.

감사위원은 일본 지방자치법에 따라 설치된 독임제(獨任制) 기관으로 행·재정의 공정하고 효율적인 운영을 확보하기 위해 재무에 관한 사무집행과 경영에 의한 사업의 관리, 사무집행 등을 감사하는 데 주로 회계관련 감사에 중점을 두고, 보완책으로 주민에 의한 감사청구제도와 외부감사계약에 의한 외부감사제도를 도입하고 있다.

우리와는 달리 일본은 자체감사 외의 중앙정부의 감사는 되도록 억제하고 있다. 일본 국회의 경우 국정감사제도는 없으며 국정조사제도만 있다. 우리의 감사원에 해당하는 일본의 회계검사원은 광역자치단체를 대상으로 국가가 직·간접으로 보조금을 교부 또는 대부금 등의 재정지원을 하는 사무에 대해 회계검사만을 인정한다. 회계검사원의 검사목적은 회계검사의 감독과 결산의 확인에 있으며 우리의

472) 김남철, 지방자치단체에 대한 감사의 법적문제, 지방자치법학회 제10회 학술발표대회 -지방자치법의 문제점과 개선방향-, 한국지방자치법학회, 2005.8.26., 17-18면.

감사원과 같은 직무감찰은 하고 있지 않다.⁴⁷³⁾

일본의 중앙정부(성(省)·청(廳))에 의한 감사는 2004년 지방분권 일괄법이 시행됨에 따라 실질적으로 사라지게 되었는데, 새로운 지방자치단체의 사무유형(자치사무와 법정수탁사무)별 국가의 감독권 행사의 기본유형 중에는 감사는 포함되지 않고 있다.

따라서 우리법제의 개·폐에 많은 시사점을 주는 일본의 국가의 지방자치단체에 대한 감사는 현재 매우 제한적이라 할 수 있다. 2001년부터 행정감찰국에서 행정평가국으로 바뀐 평가감시기관의 대상은 중앙의 성·청이며, 이들과 관련된 지방자치단체에 대한 행정평가감시는 특정한 사안에 대해 중앙의 성·청과 관련된 부수적인 사항만 평가·감시가 이루어지고 있다.⁴⁷⁴⁾

(3) 자치사무 수행과 감사원 감사의 보충성

㉞ 논의의 쟁점

현재 우리나라에서의 지방자치단체에 대한 감사의 문제와 관련해 공통적으로 지적되는 점은 ㉞감사가 중복적이거나 과도하게 이루어지고 ㉞지방자치단체의 자체감사의 기능이 현실적으로 제대로 수행되고 있지 않다는 점 ㉞국회의 국정감사의 경우 자치사무에 관한 것이 너무 많은 비중을 차지하고 있고 자료제출요구에 따른 비용과 시간의 낭비가 너무 비효율적이라는 점을 들 수 있다.

현재 헌법재판소에 계류 중인 234개의 기초자치단체가 제기한 주장처럼 감사원이 실시하고자 하는 감사는 ㉞보충성원칙에 반하는 것이며, ㉞지방자치권의 한 내용인 자치감사권을 침해하고, ㉞감사의

473) 권영주, 한국지방자치단체 감사의 문제점과 개선방안-일본과 비교의 관점에서-, 한국지방자치학회보, 제16권 제1호, 한국지방자치학회, 2004. 3., 354면.

474) 권영주, 앞의 논문, 356면; 김남철, 앞의 논문, 18면.

범위 또한 소속 공무원에 대한 인사, 인허가업무의 적정성 감사 등 행정정책적인 면을 포함하는 것이어서 감사원법상의 직무감찰권의 범위를 월권에 해당하는 것인가 하는 점이 쟁점이 된다(청구인측 주장).

이와 관련해 지방자치에 대한 감사는 ㉠지방자치단체의 (의회를 통한) 자치감사권과 별개로 헌법기관인 감사원의 직무감찰과의 보충성 관계에 있다고 볼 수 없고 ㉡그에 관한 아무런 법적 근거가 없고 현실적 실효성도 없으며 ㉢감사원의 감사로 인하여 지방자치단체의 자치감사권이 박탈되거나 제한받게 되는 것이 아니며 ㉣자치행정 관련 각종 비리와 예산운용 실태 전반을 집중적으로 감사하고 인력 및 조직 운영이나 사업 및 정책의 추진실태 등에 대해 점검할 현실적 필요성이 인정되어 적법하게 실시된 것이라는 반론(피청구인측)이 있다.

(나) 감사의 취지와 기능에서 본 감사원감사의 헌법상 정당성여부

헌법재판소의 판단을 기다려야하겠지만 지방자치단체의 사무에 대한 직무감찰은 감사의 취지와 기능이 무엇인가에 대한 인식을 정하는 것에서 출발해야 한다고 본다.

지방자치단체에 대한 국가의 감독은 지방자치체를 보장하는 헌법의 취지에 부합하도록 하는 것을 의미하고, 따라서 절제가 요구되는 것이라 할 수 있다.⁴⁷⁵⁾ 그렇지만 지방자치단체에 대한 감사는 지방자치단체의 현실에서의 여러 문제점의 노출로 인해 감사의 필요성이 요구되고, 비리의 적발이나 처벌위주의 감사제도의 운영⁴⁷⁶⁾과 같은 모습으로 나타남으로써 지방자치단체의 행정에 대한 사후적 통제

475) 홍정선, 지방자치법학, 제2판, 법영사, 2002, 490면.

476) 손경식, 지방자치단체 감사제도의 문제점과 개선방안(상), 지방행정, 제52권 (통권 제602호), 2003.12, 76면.

로서의 감독권 행사로 이해하는 경우가 많다. 또한 지방자치단체의 자체감사능력의 미흡함으로 인해 그나마 전문성을 갖춘 헌법기관인 중앙의 감사원을 활용하는 것이 과잉·중복적 감사에 해당하는가에 대해 쉽게 답할 수 있는 성질은 아니라고 할 수 있다.

따라서 감사의 기능을 지방자치단체 친화적 원칙에 입각에서 행정상 후견의 일반원칙으로서의 감독원칙을 확립하고 이에 따라 접근하는 경우에는 국가(연방)와 지방(란트)간의 상호간의 고려와 존중에 입각한 감사권 행사와 감사권의 남용의 폐해를 줄일 수 있다는 설명이 있다.⁴⁷⁷⁾ 그러나 지방자치의 본래의 취지를 생각해 본다면 지방자치단체에 대한 국가의 일반적 감독권을 두는 것은 바람직하지 않다고 본다. 다만 지방분권에 터잡은 지방자치의 이해의 입장에 따른다면 지방자치단체의 스스로의 결정에 의한 지방사무의 처리는 국가로부터 독립적인 것이 아니라 법률에서 정한 일정한 행정상 후견에서 전적으로 자유롭지는 않다고 할 수 있다. 감사의 의미가 반드시 ‘지방자치단체의 권리의 보호와 그 사무의 수행의 보장’이라는 좁은 의미로 국한되는 것은 아니라고 본다. 현재 이루어지는 헌법기관인 감사원의 감사의 개념은 일부는 지방자치단체의 정보권의 내용이 되는 동시에 통제를 내포하지만 다른 일부는 후술하는 중앙부서의 합동감사와 같은 직무감찰을 통한 행정구제적 성격보다는 헌법기관으로서의 성격을 가진다고 할 수 있다. 그렇다면 아직 완전한 의미의 자치가 현실적으로 이루어지지 않고 국가의 적법성 통제가 아닌 자체의 업무감사를 통한 독립성이 어려운 현실적 상황에서의 감사원의 지방자치단체에 대한 감사는 아직은 헌법적인 정당성을 충분히 가질 수 있다고 본다.

477) 김남철, 앞의 논문, 24면 이하.

(4) 자치사무에 대한 후견기관의 일반적 감사가능성

일부 행정학자의 경우 감사를 법령 혹은 계약에 의해 임명된 감사인이 어떤 조직체의 운영·활동이나 회계 등 부여된 감사범위에서 설정된 판단기준 하에 독립적으로 제반 정보·자료·기록 등을 수집·평가·확인·분석하고 증거에 의거 입증된 조사결과를 보고 처리하는 체계적인 처리과정이라고 설명한다.⁴⁷⁸⁾ 그러나 현실적인 지방자치단체에 대한 감사의 실정법상의 근거규정인 지방자치법 제158조상의 감사나 감사원법 제24조의 직무감사는 지방분권의 내용인 중앙 혹은 광역자치단체의 기초자치단체에 대한 행정상 후견적 감독권의 행사로 이해하는 것이 논리적이다. 왜냐하면 후견적 감독은 법률에 규정이 있어야만 가능하며(*sans texte, sans tutelle*), 분권화된 단체에 대한 감독권 행사는 피후견기관의 행위에 대한 적법성통제를 의미하기 때문이다. 그리고 우리 지방자치법 제158조 2문의 경우도 법령위반에 대한 감사를 분명히 밝히고 있다. 따라서 지방자치단체에 대한 감사는 지방자치단체가 누리는 자유로운 행정권 혹은 자치고권에 대한 침해의 가능성을 내포하게 됨은 논의한 바와 같다.⁴⁷⁹⁾

기술한 바와 같이 서울특별시는 정부합동감사대상으로 지정된 사무 중 일정한 사무는 지방자치단체의 자치사무로서 이에 대한 감사는 청구인의 위법사실이 드러났거나 법령위반의 정황이나 개인성이 명백한 경우에 한정하여 실시될 수 있을 뿐임에도, ㉠정부는 서울시의 법령위반사실이 밝혀지거나 법령위반 가능성에 대한 합리적인 의심조차 없는 상황에서 이 사건 합동감사를 실시하여 ㉢헌법과 지방

478) 오영균, 지방자치단체 감사시스템 개선에 관한 연구: 공공감사에 관한 법률(안)을 중심으로, 한국사회와 행정연구 제16권 제1호, 324면. 이러한 설명은 감사도 일종의 정보권으로서의 국가의 지방자치단체에 대한 사전적·예방적 감독으로 볼 수 있다(홍정선,).

479) 김남철, 앞의 논문, 5면.

자치법이 청구인에게 보장하고 있는 자치행정권, 자치재정권을 침해하였다고 주장하고 있다.

이에 대해 ㉠지방자치단체의 권한도 국가의 통치권에서 유래하는 것이고, 자치행정도 국가행정의 일부인 이상 자치권한이 국가의 통일적인 관점에서 일정한 감독과 통제를 받는 것은 불가피하며, ㉡자치행정의 적법성을 확보하기 위하여 지방자치법 제158조에 근거하여 자치사무에 대하여 전반적인 감사를 실시한다고 하더라도, 그로 인해 청구인의 자치행정권과 자치재정권의 본질적인 부분이 말살되거나 제한되는 것은 아니며 ㉢지방자치법 제158조는 ‘보고’를 ‘감사’의 선행절차로 규정하고 있지 않으므로 보고를 받은 후 위법성에 대한 의혹이 있는 경우에 한하여 감사할 수 있다고 해석할 수는 없고, ㉣법령위반사실이 드러난 경우에 한하여 감사를 해야 한다는 것은 감사의 원인이 소멸한 뒤에 비리사실을 재확인하는 것에 불과하고 본래의 의미의 감사에 해당하지 않고 구체적 행정행위의 법령위반 여부는 감사를 통해 분명해진다는 반론이 주장되었다(정부측).

앞서 본바와 같이 국가의 지방자치단체에 대한 일반적 감독원칙을 정립하고 과잉금지원칙과 감사체계상의 보충성원칙을 우리 지방자치법 해석론에 관철시킬 필요는 없다고 본다.

오히려 그 보다는 지방자치의 본래의 취지가 무엇인가에 대해 검토가 있어야 한다고 본다. 지방자치법 제158조 단서의 입법 취지는, 지방자치법 제158조 본문이 자치단체의 자치사무에 관하여도 행자부장관과 상급자치단체의 지도감독권이 미친다는 것을 명문으로 규정한 것은 지방자치단체가 처리하는 사무 중에서 많은 비중을 차지하는 국가위임사무에 대한 적법성 감사라는 행정상 후견원칙을 확인한 것이라 할 수 있다. 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 지방자치단체의 사무유형에 따라 구분되며 자치사무에 대한 합목적성 판단금지

는 대표적인 집권적 행정국가인 프랑스에서도 이미 1982년 지방분권 개혁이래로 이론(異論)없이 받아들여지고 있다. 따라서 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사의 인정여부는 결국 감사의 개념을 어떻게 파악하는가에 대한 문제로 소급하게 되며, 헌법기관인 감사원의 경우와 동일시할 수는 없다고 보며 구체적인 지방사무(affaires locales)에 대한 개별적 검토가 있어야 할 것으로 생각된다.

제 5 장 지방자치단체의 재정과 권한쟁의의 당사자능력

제 1 절 지방세에 대한 입법형성권과 한계

1. 자주재정권의 의의와 내용

지방자치단체는 자치권의 행사에 있어서 재정적으로 국가 등에 예속되지 않아야 그 본래적 의미의 자치를 구현할 수 있다. 지방자치단체가 재정적 독자성을 상실할 경우에는 헌법상 보장된 지방자치체도의 공동화가 초래된다. 따라서 지방자치단체에게는 지방자치단체의 사무처리를 위한 비용지출의무가 법률상 부과되어 있다는 점(지방재정법 제132조)에서 그 비용에 충당하기 위하여 자기책임적으로 필요한 세입을 확보하고 지출을 관리하는 권한이 필요하다. 이를 재정고권이라고 한다. 결국 재정고권이란 법률상 배분된 예산의 범위 안에서 자신의 책임에 의한 수입 및 지출에 대한 권한을 의미하며 이는 지방자치의 실질적 실현을 위한 본질적인 부분이다.⁴⁸⁰⁾

자주재정권의 구체적 내용은 일률적으로 논할 수 없지만 일반적으로 자주재정권은 자기책임에 의한 수입 및 지출에 대한 권한으로 수입고권과 지출고권을 내용으로 한다. 지방자치단체의 수입으로서 중요한 것이 공과금인데 이는 크게 세수입으로서 지방세와 세외수입으로 사용료, 수수료, 분담금 등으로 구성된다. 지방자치단체가 업무의 집행을 위하여 필요한 비용을 주민으로 하여금 부담하게 할 수 있는

480) Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: ders(Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 24.

고권을 공과고권(die Abgabehoheit)이라 한다. 공과고권은 수입고권의 한 단면으로서 입법고권으로 공과조례를 제정하고(공과조례권), 공과금을 관리·집행하고(행정고권) 공과금으로부터의 소득을 확보할 수 있는(소득고권) 공법상의 권한이 포함된다. 자기책임에 의한 사무수행을 위한 자주재정권은 나아가 지방자치단체가 자신의 재원을 구체적인 경우에 어떻게 사용할 것인가에 대한 재량을 의미하며 여기에는 재원의 사용에 관하여 예산과 우선순위를 결정할 수 있는 권리가 포함된다(지출고권).⁴⁸¹⁾

2. 현행 지방세법상 자주과세권의 제한과 문제점

(1) 지방세법상 자주과세권의 과도한 제한

지방자치법 제126조는 “지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과 징수할 수 있다”고 규정하고, 지방세법 제2조는 “지방자치단체는 이 법이 정하는 바에 의하여 지방세로서 보통세와 목적세를 부과, 징수할 수 있다.”고 규정하며, 지방세법 제3조 제1항은 “지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 세율 기타 부과, 징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어 이 법이 정하는 범위 안에서 조례로써 정하여야 한다”고 규정하고 있다.

이러한 지방재정법의 규정들은 헌법 제117조와 지방자치법 제15조의 규정(동조 단서조항 포함)의 요건을 충족한다고 할 수 있으나, 그것은 어디까지나 이들 규정에서 지방자치단체가 지방세 과세에 관한 규율을 정할 수 있다는 일반적 근거조항일 뿐이고, 실질적으로는 이 지방세법이 개별조항에서 정하고 있는 내용이 과연 지방자치단체

481) 국회사무처 법제실, 지방재정관련법령의 법제정비방안, 2004. 10, 4-6면.

의 과세권 행사영역을 어느 정도 허용하고 있는가 하는 점이 중요하다. 이에 관해서는 개별 규정들 전체를 살펴보아야 할 것이지만, 이들 규정들에서 지방자치단체의 지방세의 세목 내지 세율결정 등에 대한 독자성이 거의 인정되지 않고 있다면, 지방자치단체의 재정고권(과세권이 그에 포함된다고 한다면)에의 침해가 있다고 볼 수 있을 것이다.⁴⁸²⁾

현행 지방세법 제2조는 이법이 정하는 바에 의하여 지방자치단체는 보통세와 목적세를 부과 징수할 수 있다고 규정하여 일견 지방자치단체에게 상당한 자주 과세권(세목, 과세기준, 세율 등에 관한)을 부여하고 있는 듯이 보인다. 그러나 약 300개에 달하는 동 법의 개별 조항에는 지방세의 세목, 세율, 면세관련 조항들을 일일이 규정하고 있을 뿐만 아니라, 세부적인 규율사항은 대부분 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 현행 지방세법의 전체내용은 마치 우리나라에 지방자치제도가 존재하지 않은 듯한 느낌을 주기에 충분하다. 이와 같은 현행 지방세법의 내용은 지방자치제도의 도입에 맞추어 지방세 과세업무의 실제 내용은 그대로 두고, 다시 형식적 규정, 즉 제2조 및 제3조만을 부가하고 있는 것이다.

지방세의 세목만 하더라도 지방세법 제5조 이하에서는 보통세 11개(취득세, 등록세, 면허세 등)와 목적세 4개(도시계획세, 지역개발세 등)를 직접 규정하고 있고, 더 나아가서 특별시세와 광역시세, 도세, 시·군세, 구세의 세목까지 일일이 규정하고 있다. 즉 지방자치단체가 독자적으로 개발할 수 있는 세목은 전적으로 부인되고 있는 것이다. 동 법 제7조와 제8조에서는 지방자치단체가 공익 등의 사유가 존재할 경우에는 조례를 정하여 과세면제 및 불균일과세를 할 수

482) 김해룡, 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제, 공법연구 제33집 제1호(2004. 11), 89면.

있다고 하면서도, 이와 같은 조례를 제정할 때에는 행정자치부장관의 허가를 얻어야 하는 것으로 되어있다. 행정자치부장관의 허가에 유보되어 있는 한 지방자치단체의 자주적 지방세과세권의 영역은 이미 존재한다고 할 수 없을 것이다.

또한 지방세법 제10조는 지방세의 부과징수권의 귀속여부에 대하여 지방자치단체장들의 의견대립이 있을 경우에는 행정자치부장관이 이를 결정하도록 규정하고 있는데, 이 점도 지방세과세업무에 있어서 중앙정부에의 권한집중현상을 여실히 나타내준다고 할 것이다. 그 이외에도 세목별 지방세부과 및 납부시기(동법 제29조), 세율적용의 범위(제112조) 등에 대해서도 상세히 규정하고 있고, 경우에 따라서는 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다.

(2) 조세법률주의 원칙과 현실적 문제

지방자치단체의 자주재정권 중 핵심적인 것이 과세자주권, 소위 조세고권으로서 지방자치단체가 조세를 통해 자주재원을 확보하기 위해서는 중앙정부로부터 독립하여 아무런 간섭을 받지 않고 조례에 의하여 과세권을 행사할 수 있도록 하는 것이 가장 이상적일 수 있다. 그러나 지방자치단체의 과세자주권, 즉 지방자치단체가 독자적인 지방세목과 세율을 결정할 수 있는가 하는 문제는 조세법률주의의 원칙에 의하여 일정한 제한을 받고 있는 결과 지방자치단체의 자율적 과세권을 어느 범위까지 인정할 것인가에 대해서는 지속적인 논란이 되고 있다.⁴⁸³⁾

그러나 위에서 본 바와 같이 현행 지방세법은 지방세의 세목뿐만

483) 조세법률주의와 지방세조례에 대해서는 차상봉, 지방자치단체과세권의 헌법적 한계와 지방세조례주의에 대한 소고, 법학연구 제13권 제1호(2002. 12), 257-261면; 김명룡, 지방세관련법제의 개선방향: 지방자치단체의 자주과세권을 중심으로(한국법제연구원, 2000. 11), 40-56면 참고.

아니라 과세표준, 세율까지도 정하고 있어 지방자치단체가 스스로 이를 정할 수 있는 여지는 거의 없다. 지방세 징수권한과 관련하여 보면, 지방자치단체는 법률에서 위임하고 있을 경우에 한하여 그 범위 내에서 과세권한을 행사할 수 있고, 일정한 범위내에서 세율을 가감 조정할 수 있을 뿐이다(탄력세율활용권한. 지방세법 제2조·제3조). 그리고 지방세 세액을 감면해 줄 수 경우에는 법률에서 정하고 있는 요건이 충족될 때, 재정경제부장관의 허가를 받아야 하는 것으로 되어 있는 등 매우 제한된 권한을 가질 뿐이다.

이와 같은 엄격한 조세법률주의 원칙의 적용이 타당한 것인가의 문제가 제기됨은 물론이다. 조세법률주의 원칙은 국민의 자유권적 기본권에 속하는 재산권에 대한 침해나 제한, 즉 조세의 부과는 국민 전체의 대의기관인 국회에서 제정한 법률에 의해서만이 가능하다는 법리로서 헌법에서 요구하는 법치국가의 원리의 핵심이다. 그러나 현실적으로 보면 국회가 제정하는 조세근거를 정하는 법률들은 본질적으로 국가 전역에 통용되는 범규범이라는 점에서 각 지역에서의 특성적인 사정을 반영하기 어려울 뿐만 아니라, 입법작용의 내재적 한계, 즉 사회적 사정의 급격한 변화에 시의적절하게 대응하는 법제의 개선에 어려움을 지닌 한계를 가진다. 사회경제현상의 변화와 각 지역에서의 사정과 재정수용에 적절히 대처하지 못하는 문제점이 수반된다는 것이다. 조세법률주의의 이념적 요청과 지역적 재정수용에 적절히 대응하는 법제의 정비수단간의 조화점을 찾기가 어려운 문제가 생긴다.

3. 지방세에 대한 입법형성권

(1) 지방세에 대한 입법형성권과 그 한계

지방자치단체에 대한 자주재정권의 보장은 헌법에서 보장된 지방자치권의 내용을 이룬다고 할 것이지만 그 구체적 형성까지 핵심영역으로 보호되는 것은 아니며 자주재정권의 구체적 내용은 다른 고권과 마찬가지로 상대적인 것이다. 그것은 법령의 범위내에서 행사할 수 있기 때문에 국가의 법령이 정하고 있는 한계내에서의 권리임을 부인할 수 없으며 국가의 입법자에 의한 법률상 수권의 범위 내에서 새로운 세원을 발굴하고 주민에게 세금을 부과·징수할 수 있다.

그러나 지방세의 부과와 징수에 관한 지방자치단체의 자주과세권이 거의 무시되어 있는 현행의 지방세법에 대해서는 위헌성문제가 제기될 수 있다. 이러한 문제를 판단하는 데 과연 그와 같은 입법의 내용이 불가피한 것인가의 여부가 핵심적 쟁점이 된다. 국가의 법령이 현행 지방세법에서 보는 바와 같이 지방자치단체의 과세자주권의 행사영역을 거의 제로 상태로까지 제약하는 것은 국가 전체의 공익을 위하여 불가피한 것이 아닌 한 헌법이 보장하고 있는 지방자치권의 본질 부분에 대한 침해라고 할 것이다.⁴⁸⁴⁾ 이는 곧 법령으로 지방자치권의 행사영역을 제약시키는 데 있어서 고려해야 할 내재적 한계를 넘어서는 것을 의미한다.⁴⁸⁵⁾

따라서 국가의 법령(지방세법 등)에서는 국민의 조세부담의 형평

484) 김해룡, 위의 논문, 91면.

485) 이러한 법리는 헌법재판소의 지방세법관련 결정에서도 나타나고 있다. “국민의 재산권에 중대한 영향을 미치는 지방세에 관한 것이라 하더라도 중앙정부가 모든 것을 확립적으로 확정하는 것은 지방자치의 본래의 취지를 살릴 수 없으므로 지방세법의 규율대상의 성질상 어느 정도 요강적 성질을 띠 수밖에 없다”(헌재, 1995. 10. 26 선고, 94헌마242).

성, 국세와 지방세의 적정배분 등을 고려하여 지방세의 중요사항에 관하여 규정하고, 여타 지역적 특성과 시의적절한 조세행정에 필요한 사항들은 과감하게 지방자치단체가 결정하여 행할 수 있도록 제도화하는 것이 타당하다. 이를 위해서는 대폭적인 지방세법 개정작업이 요구된다. 지방세법은 지방세의 표준적 세목, 세율, 그리고 과세요건 등 기본적인 것들만을 정하고, 기타의 것은 지방자치단체 조례로 정할 수 있도록 하는 본격적인 지방세제개혁이 필요하다.⁴⁸⁶⁾

(2) 국가에 대한 지방자치단체의 재정교부청구권

헌법은 지방자치단체의 재정의 보장에 관해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 독일은 기본법 제28조제2항제3문의 도입을 통해 지방자치행정의 보장은 재정적 자기책임의 기초를 포함한다.⁴⁸⁷⁾ 이와 관련하여 지방자치의 보장이 최소한의 재정확보에 대한 보장을 포함하고 있는가의 여부가 문제되고 있다. 여기서 최소한이란 기본적인 지방자치사무를 수행하는데 있어서 요구되는 범위를 말한다.

이에 대해 독일 연방헌법재판소는 최근까지 (기본법 제28조제2항제3문의 규정이 도입된 이후에도) 그 판단을 유보하고 있다. 그러나 학설의 일반적 견해는 기본법 제28조제2항은 국가에 대한 지방자치단체의 적정한 재정교부의 청구를 보장하는 것으로 본다.⁴⁸⁸⁾ 사무의

486) 과세자주권의 확대를 위한 지방세제의 구체적인 개선방안에 대해서는 국회 사무처 법제실, 앞의 보고서, 36-68면; 정부혁신지방분권위원회, 재정분권의 실천전략(2003. 9), 14-34면; 김명룡, 앞의 보고서, 166-178면 참고.

487) 기본법 제28조제2항제3문의 재정상 자기책임의 기초보장은 1994.10.27. 법률(BGBI. I, S. 3146) 및 1997.10.20 법률(BGBI. I, S. 2470)을 통해 도입되었다. 기본법 제28조제2항제3문은 “자치행정의 보장은 재정상 자기책임의 기초를 포함한다: 세율을 정할 수 있는 권리(Hebesatzrecht)가 게마인테에게 귀속되는 경제력과 관련된 세원 역시 재정상 자기책임의 기초에 포함된다”고 규정하고 있다.

488) *Rolf Stober*, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl.

수행을 위한 재정적 급부력은 지방자치단체가 이와 관련된 지출을 할 수 있는 경우에 보장되며 그렇지 못한 경우 지방자치단체의 사무수행에 대한 능력은 근본적으로 위협받게 될 것이다. 이런 점에 있어 지방자치단체가 자신의 고유한 자치사무를 수행하거나 또는 새로운 사무에 착수할 수 있는 충분한 재정적 수단을 갖지 못한다면 지방자치행정의 헌법적 보장은 단순한 선언에 지나지 않게 된다는 것이다.⁴⁸⁹⁾

연방헌법재판소와는 달리 주의 헌법재판소는 지방자치단체의 적정한 재정교부청구권을 원칙적으로 긍정하고 있으며⁴⁹⁰⁾ 또한 많은 주의 헌법에는 주의 재정교부의무가 명시적으로 규정되어 있다.⁴⁹¹⁾ 다만 지방자치단체의 적정한 재정교부에 대한 청구권이 인정되는 경우에도 적정한 재정교부의 구체화는 전적으로 주의 사무이며 주의 형성에 맡겨져 있다. 이와 관련하여 재정이 불충분한 경우에 있어 구체적으로 특히 일정한 금액을 추정한 청구의 관철은 곤란한 것으로 평가되며 단지 법률상 보장된 재정교부가 불충하다는 것을 확인할 수 있을 뿐이다. 물론 이 경우에도 연방은 기본법 제28조제3항 및 제106조제5항제2문과 제6항의 규정에 의해 보증자의 지위에 있기 때문에 재정교부의무에서 완전히 벗어날 수 없으며 이에 대한 의무자의 지위에 있다.⁴⁹²⁾

1996. S. 83f.; *Jörn Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 725f.; *Klus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984, S. 422.

489) *Jörn Ipsen*, a.a.O., Rdnr. 725.

490) *VerfGH NW*, DVBl. 1989, 151(152); *VerfGH NW*, DÖV 1993, 1003(1003f.); *NdsStGGH*, DÖV 994(995); *NdsStGGH*, NdsVBl. 1998, 43(44); *SaarVerfGH*, NVwZ-RR, 1995, 153(154); *BayVerfGH*, NVwZ-RR 1997, 301(302).

491) 바덴-뷔르템베르크주 헌법 제73조; 메클렌부르크-포르폼메른주 헌법 제73조; 노르트라인-베스트팔렌주 헌법 제79조; 작센주 헌법 제87조; 브란덴부르크주 헌법 제99조; 자르란트주 헌법 제119조제1항; 작센-안할트주 헌법 제48조 등.

재정고부청구의 범위와 관련하여 牽連性原則(Konnexitätsprinzip)이 중요한 의미가 있다. 이 원칙은 연방과 주의 관계에 대해서는 기본법 제104a조에 명시적으로 규정되어 있는데 주의 구조요소인 지방자치단체에 대해서도 간접적으로 적용된다. 또한 과도한 비용의 지출을 필요로 하는 의무사무가 재정의 수입 및 지출에 대해 간접적인 효과와 관련하여 지방자치단체의 재정고권을 침해해서는 아니 된다.⁴⁹³⁾

제 2 절 지방자치단체의 운영비용의 부담과 국가보조

지방자치단체의 세출내용은 인건비, 물건비, 이전경비, 자본지출, 용자 및 출자, 보전재원, 내부거래, 예비비 및 기타 추진비 등인데, 2005년과 2006년의 국회입법을 통해서 그간 국가에서 부담해왔던 지방선거비용과 지방의회의원의 유급화로 인한 재정부담이 현재 우리나라의 열악한 지방자치단체의 재정력과 상호간의 재정력차이로 인해 많은 논란이 있다. 왜냐하면 한정된 재원속에서 이 모든 것을 지급하려면 지방자치단체의 복지사업 등을 축소될 수 밖에 없기 때문이다.⁴⁹⁴⁾

492) Klaus Stern, a.a.O., S. 422.

493) BVerfG, DVBl. 1987, 135(135f.); BVerfGE 83, 363(386); BVerfG, LKV 1994, 145.

494) 2005년 10월 3일 전국 234개 기초자치단체가 기초의회의원유급화 비용 2천억원과 선거보전비용 5300억원의 부담과 관련하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다. 연합뉴스, “지방선거비 권한쟁의심판 청구”, 1995.10.3.

1. 법률에 나타난 비용부담주체

지방자치법과 지방재정법에 따르면 지방자치단체사무의 성격에 따라 비용부담주체를 달리하고 있다. 자치사무의 경우는 지방자치단체가 전액을 부담하고, 단체위임사무 혹은 기관위임사무일 경우에는 국가가 보조하거나, 전액을 부담하도록 규정하고 있다.

(1) 지방자치법

지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 진다. 다만, 국가사무 또는 지방자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다(동법 제132조).

(2) 지방재정법

- 지방자치단체의 공공사무에 관하여 필요한 경비는 당해 지방자치단체가 그 전액을 부담한다(동법 제17조)
- 지방자치단체 또는 그 기관이 법령에 의하여 처리하여야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 상호간에 이해관계가 있는 경우에 그 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니될 경비는 국가가 그 전부 또는 일부를 부담한다. 국가가 스스로 행하여야 할 사무를 지방자치단체 또는 그 기관에 위임하여 수행하는 경우에, 그 소요되는 경비는 국가가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다(동법 제18조).
- 국가는 시책상 필요하다고 인정될 때 또는 지방자치단체의 재정사정상 특히 필요하다고 인정될 때에는 예산의 범위 안에서

지방자치단체에 보조금을 교부할 수 있다. 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체에 보조금을 교부할 때에는 법령 또는 조례가 정하는 경우와 국가시책상 부득이한 경우 외에는 재정부담 지시를 할 수 없다(동법 제20조).

2. 지방선거의 법적 성격

헌법 제118조 1항과 지방자치법 제26조에서는 지방자치단체에 의회를 두도록 하고 있으며, 헌법 제118조 제2항은 지방의회의원의 선거의 방법을 법률로 정하도록 하였으며, 지방자치법 제26조의 2에서는 지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된다고 규정하고 있다.

또한 헌법재판소는 지방자치제도를 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제·법치주의·기본권보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여 속에 구현시킬 수 있어 바로 자율과 책임을 중시하는 자유민주주의이념에 부합되는 것이므로, 국민의 자치의식과 참여의식만 제고된다면 권력분립원리의 지방에서의 실현을 가져다 줄 수 있을 뿐 아니라 지방의 개성 및 특성과 다양성을 국가전체의 발전으로 승화시킬 수 있고, 나아가 헌법상 보장되고 있는 선거권·공무담임권(피선거권) 등 국민의 기본권신장에도 크게 기여할 수 있는 제도로 인정하였다.⁴⁹⁵⁾ 이와 함께, 지방자치제도는 헌법상의 제도보장으로 인정되고 있으므로, 국가의 입법기관은 지방자치의 본질적 내용, 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약될 수 있다는 본질적 핵심내용은 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 함이 헌법상의 요청이라고

495) 헌재 1991. 3. 11 선고, 91헌마21, 헌재판례집 제3권 91면.

판시하였다.⁴⁹⁶⁾

우리나라 지방자치의 역사를 돌아해보더라도, 지방자치체에 있어서 선거의 의미는 주민직접선거라는 헌법적 의지의 표현이다. 다만, 과거 지방자치단체장의 직선의 지연과 관련하여, 지방자치단체장의 경우 그 선거권 및 피선거권을 법률에 의하여 보장되는 권리에 불과하다는 설과, 헌법 제24조, 제25조 및 제118조 제2항이 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것, 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수 있도록 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고, 그 헌법규정에 따라 제정된 구 지방자치법 및 구 지방자치단체의 장 선거법이 지방자치단체 주민의 단체장 선거권 및 피선거권을 규정하고 있으므로 이는 헌법상의 기본권이라는 주장이 있었다.⁴⁹⁷⁾

현재 우리나라는 선거구의 일부 또는 전부가 서로 겹치는 구역에서 기초/광역의회의원과 기초/광역자치단체장을 같은 선거일에 동시 선거를 한다. 그 이유는 개별선거제에 의하는 경우 선거가 빈번함으로 인하여 막대한 비용과 노력이 소모되며, 그에 따른 행정과 경제·사회에 비능률과 비생산 및 비근면 등 큰 영향을 미치기 때문에, 이러한 선거들은 동시에 실시함으로써 선거횟수를 줄이려는 데 있다. 이러한 점을 모두 고려해볼 때 각 나라마다 역사적으로 그 핵심내용이 다를 수는 있다고 보지만, 우리나라의 경우 지방자치에 있어서의 지방자치단체장과 지방의회의원선거제도는 헌법이 보장하는 지방자치제의 핵심영역으로 볼 수 있을 것이다. 따라서, 입법자는 이러한 지방자치단체의 선거제도가 그림자로 남도록 해서는 안 될 것이다.

496) 헌재 2003. 1.30 선고, 2001 헌가 4, 헌재판례집 제15권 I집, 22면.

497) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1303면.

3. 지방선거비용

지방선거에 드는 비용은 첫째, 선전벽보의 첩부 및 철폐의 비용, 선거공보의 발송비용과 우편요금, 책자형 소형인쇄물과 전단형 소형 인쇄물의 발송비용과 우편요금, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 개최비용, 투표참관인 및 부재자투표참관인의 수당과 식비, 개표참관인의 수당과 식비와 같은 일반선거비용은 국가와 지방자치단체가 지도록 되어 있다. 둘째는 당선된 후보자 또는 유효투표 중 일정표 이상을 얻은 후보자들에게 중앙선거관리위원회가 정한 범위내의 선거비용을 보전해주는 비용이다.

선거공영제의 수단으로 선거운동관리와 선거경비국고부담의 원칙인데, 우리 헌법 제116조 2항은 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 선거에 참여하는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없도록 함으로써 선거경비에 관한 국고부담의 원칙을 밝히고 있다. 보통 선거의 기능을 해치지 아니하는 범위 내에서 선거공영제가 제도화되어야 한다는 것이 선거공영제에 관한 입법형성권의 한계라고 한다.⁴⁹⁸⁾

헌법재판소는 기탁금과 관련하여 지방자치단체의 비용부담을 논한 바가 있다: 헌법 제116조 제2항에서 법률이 정하는 경우에는 선거에 관한 경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있고, 시·도지사 선거에 들어가는 일체의 비용을 지방자치단체가 부담하도록 하는 것은 주민의 조세부담이나 지방재정형편에 비추어 반드시 적절하다고 할 수 없으므로 당선될 가능성이 희박함에도 무리하게 입후보를 한 것으로 보여지는 득표율이 저조한 후보자에 대하여는 선거비용의 일부인 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 부담시키는

498) 허영, 한국헌법론, 2004, 984면.

것이 부당하다고 할 수 없다고 판시하였다.⁴⁹⁹⁾

외국의 입법례를 살펴보면 독일 노르트라인-베스트팔렌 주의 경우는 지방선거에 있어서 드는 경비는 모두 지방자치단체가 지며, 선거비용에 대한 보전을 하지 않는다. 독일의 경우는 각 선거구역은 자신의 대표자를 뽑는 선거의 비용을 부담한다. 게마인데와 크라이스가 동시에 자신들의 대표를 뽑을 경우에는 비용측면에서 서로 다른 선거영역에서 사용되는 이해관계로 인해 선거구역사이의 조정이 이루어져야한다. 이런 조정이 일어나지 않은 경우에는 크라이스를 위해 권한있는 감독기관이 이를 결정한다. 합의에 이르지 않은 경우에 지방자치단체내의 구는 직전에 이루어진 주선거에서 각 선거권자마다에게 주가 보전해 준 것에 기초한다. 정당한 비교가 이루어졌을 경우 크라이스는 게마인데에게 각 선거권자마다의 최종액의 절반을 보전해주어야 한다(주선거법명령 제77조). 또한 기본법에서 지방자치단체의 재정고권을 다시금 강조하여 지방자치단체의 재정을 보장해주도록 하고 있다.

일본은 선거비용과 관련하여 공영제와 사영제를 혼용하는 형태를 취하고 있다. 일본의 공직선거법 제261조는 선거에 관한 비용으로서 국가와 지방공공단체의 부담구분을 하고 있다. 동법 제262조에서는 선거인명부의 작성비용, 접자기의 조정비용에 대해서는 국가가 재정상 필요한 조치를 청구하는 것으로 한다고 규정하고 있다. 또한 동법 제264조에서는 지방공공단체의회의원 및 장의 선거에 관한 비용 중 부재자투표증명서 및 봉투와 투표소의 제작비용, 표시, 통장엽서, 뼈라, 시설과 표지 및 선거운동차량사용비, 포스터작성 등 선거공보 발행비용은 당해 지방공공단체의 부담으로 하도록 하고, 동시선거를 실시하는 경우에는 관계 지방공공단체가 협의하여 정하도록 하고 있

499) 헌재 1996. 8.29. 선고, 95헌바 108, 헌재판례집 제8권 2집, 167면이하(178면).

다.⁵⁰⁰⁾

이를 우리나라와 이를 단순비교하는 것은 맞지 않는다. 전국시장·군수·구청장협의회가 선언한 바와 같이 선거에 있어 필요한 비용 2000억여원은 각기 자신들의 예산에 편입시키고 있다. 그러나, 중앙선거관리위원회는 2002년 3회 지방선거 당시 보전총액이 398억원이었던 것에 비해 2006년에는 2천605억원에 달해 653%가 증가하였다고 밝힌 것을 볼 때⁵⁰¹⁾ 이러한 비용을 지방자치단체에게 전가하는 것은 너무 무리한 일이다. 이렇게 선거비용이 늘어난 이유 자체가 국회에서 선거공영제를 강화하기 위하여 2004년 공직선거법을 개정하면서부터이다. 항목별 보전에서 선거비용제한액 범위 내 총액보전으로 바뀌었고 보전 대상자도 기존 유효투표총수의 15% 이상 득표자에서 10%이상 득표자가 확대되었기 때문이다.

지방자치선거가 국가사무라는 의견도 있지만, 이는 지방자치의 존립을 위한 지방자치사무로 보는 것이 옳다. 다만, 입법자가 선거공영제를 강화하기 위하여 선거보전비용을 이렇게 확대하였을 때는 국가차원에서 국민들이 직접 정치에 참여하여 봉사할 수 있도록 하는 취지가 있었을 것이다. 또한 지방자치단체의 재정력으로 보아 4년에 한 번씩 그런 비용을 예산에 편성할 수도 없는 실정이다. 이는 지방자치단체의 재정력을 파괴할 수도 있는 행위이기 때문에, 선거를 통해서 민주주의가 보장되지만, 비용부담으로 인해 지방자치제도의 보장이 위협받을 수 있도록 한다면, 이는 입법자의 형성의 자유에 제한을 가하여야 한다. 그렇기 때문에, 국가는 지방선거가 지방자치제도의 보장에 필수적이라는 점과 그러나 세수가 부족한 상태의 지방자치단체에서 4년마다 한번 씩 선거비용을 부담하려면 무리가 따를 것

500) 중앙선거관리위원회, 일본공직선거법령집, 2001

501) 한겨레, 지방선거비용보전청구액 2천605억원, 2006. 6.15.

이다. 선거조차 치를 수 없다면 지방자치제가 무슨 의미가 있는가. 이를 고려하여 선거공영제를 강화한 입법당시의 취지를 살려 그 비용만큼은 국가차원에서 부담하는 것이 옳다고 생각된다.

4. 지방의원의 급여부담

외국의 사례를 살펴보면, 대의회제 지방의회를 채택하고 있는 영국, 프랑스, 독일은 의원을 명예직으로 하는 반면, 소의회제를 채택하고 있는 나라인 미국의 경우는 유급제를 채택하고 있다. 일본은 대의회제이지만 유급제를 채택하고 있다.⁵⁰²⁾

우리나라 지방의회의원의 유급화는 이미 점진적으로 진행되어왔다.

구 지방자치법 제32조는 지방의회의원은 명예직으로 하되 일비와 여비를 지급할 수 있다고 규정하였고, 법개정을 통해 일비 대신 회기수당으로, 회기수당에서 이제는 월정수당으로 지급체계가 변화되었다. 이와는 별도로 지방의회의원에게 직무수행을 위한 의정활동비가 지급되고 있다. 2006년 지방의원이 연간 받는 액수를 살펴보면, 시도의원은 의정활동비와 회기수당을 합쳐 연간 3,120만원, 시군구의원의 경우는 연간 2,120만원을 받는다고 한다.⁵⁰³⁾

입법을 통해 지방의회의원의 명예직조항을 삭제함으로써 국회와 지방자치단체의 타협을 통해 해결은 이루어졌지만, 지방의회의원의 급여를 누가 부담하여야 하는가에 대해서는 법률에서는 아무런 언급이 없다. 다만, 재정문제를 고려하여 기초의회의원수의 수를 축소할 것으로 보여진다.

지방자치법 개정시행령(2006.2.8)은 “월정수당의 지급기준을 지역

502) 금창호, 지방의원의 유급직화와 정수조정의 함수관계, 지방자치 1994.

503) 행정자치부, 보도자료, 2006.2.1.

주민의 소득수준, 지방공무원 보수 인상률 및 물가상승률 등을 종합적으로 고려한 금액으로 하고, 동 기준 내에서 의정비심의위원회가 당해 지방자치단체의 재정능력 등을 감안하여 월정수당의 금액을 결정하도록” 정하고 하고, 이를 주민들에게 널리 알리도록 하고 있다. 2006년 10월 지방자치법시행령개정안에서 지방의회 의원들에 대한 의정비 지급과정의 투명성을 높이기 위해 지역주민들로 구성된 의정비심의위원회가 월정수당 등 의정비 지급기준을 결정할 때 공청회, 주민의견 조사 등을 의무적으로 거치도록 하고 있다. 또한 지방자치법은 지방자치단체장과 지방의회의원에 대하여 감사청구권과 주민소환제를 통해 지방의회의원의 급여지급으로 인하여 지방재정이 파탄되지 않도록 심사할 수단이 존재하므로, 이는 지방선거비용과는 달리 지방의회의원의 급여를 지방자치단체가 부담하는 것이 옳다고 보여진다.

제 3 절 종합부동산세의 합헌성검토

1. 종합부동산세의 개념, 목적과 내용

(1) 종합부동산세의 개념과 목적

종합부동산세는 2005년 종합부동산세법이 제정되면서 도입된 세제로서 전국의 부동산을 유형별로 구분하여 세대별 또는 인별로 합산한 일정기준금액을 초과하는 부동산 보유자에게 과세되는 세금이다. 1차적으로 부동산 소재지 관할 시군구에서 관내 부동산을 과세 유형별로 구분하여 재산세를 과세하고, 2차적으로 주소지(본점 소재지)관할 세무서에서 과세기준금액 초과시 종합부동산세를 과세한다.

기초자치단체가 지방토지세를 부과하고 전국적으로는 부동산을 합산하여 국세로서 종합부동산세를 중과하는 구조를 취하고 있다.

종합부동산세법 제1조는 “고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 과세의 공평을 위하여 보유세를 강화하고자 기존의 종합토지세를 대신하여 과세대상을 건물을 포함한 부동산전체로 확대하여 인별로 누진과세하도록 한 것이다.

1980년대와 90년대 심각한 부동산 투기를 경험한 우리 사회는 부동산투기방지를 위해 토지공개념사고에 입각하여 토지초과이득세, 종합토지세 및 택지초과소유부담금 등을 도입하였다. 종합부동산세는 2000년대 이후 더 심각해지고 있는 부의 수도권집중과 부동산가격의 급등의 문제를 해결하고자 도입된 것으로, 조세의 제1차적 기능인 재정수단확보보다는 부동산가격의 안정을 목표로 도입된 것이라는 평가를 받고 있다.⁵⁰⁴⁾

종합부동산세를 토지공개념과 비교할 때 드러나는 공통점은 우리 사회에서 토지와 건물 등 부동산에 대하여 다른 재산권에 비하여 가지는 특수성을 인정하고 이에 대해 보다 강력한 공법적 제한을 인정한 점이다. 차이점은 토지공개념에서는 강화된 제한을 토지에 대해서만 인정했으나 종합부동산세제에서는 토지보다도 오히려 주택에 주안점을 두고 있다는 점이다.

부동산소유권에 대한 제한은 처분권에 대한 제한과 이용권에 대한 제한으로 나누어볼 수 있는데, 토지거래허가제나 양도소득세증과제와

504) 옥무석, 종합부동산세의 입법방향과 지방자치의 이념, 지방자치법연구 제7호, 98면.

비교하면 종합부동산세는 반드시 명확하게 분류할 수는 없겠지만 처분권이 아니라 이용권에 제한을 두는 제도에 가깝다는 차이를 가지고 있다.

(2) 종합부동산세제의 내용과 부과기준

종합부동산세는 주택에 대한 종합부동산세와 토지에 대한 종합부동산세의 세액을 합한 금액을 그 세액으로 한다.(종합부동산세법 제5조 제1항) 과세대상이 되는 부동산은 주택(부속토지 포함), 종합합산토지(나대지 등의 비사업용토지), 별도합산토지(빌딩 상가 사무실 부속토지 등의 사업용토지)로 구분하여 기준금액 초과시 과세대상이 된다.

이 중 주택에 대한 종합부동산세의 과세기준은 과세기준일(매년 6월 1일) 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억원인데,(종합부동산세법 제8조 제1항) 이를 초과하면 종합부동산세의 납부의무가 발생한다. 합산은 세대별로 하되 납세의무자는 1세대에 속하는 자중 주된 주택의 소유자가 된다. 주된 주택소유자 외의 세대원은 그가 소유한 주택의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대하여 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.(종합부동산세법 제7조 제3항)

토지에 대한 종합부동산세의 세액은 종합합산토지세액과 별도합산토지세액을 합한 금액으로 한다.(종합부동산세법 제11조) 토지에 대한 종합부동산세의 과세기준은 나대지등 비사업용 토지는 기준금액 3억원 초과하는 경우이고, 사업용(빌딩·상가·사무실 등) 토지는 기준금액 40억원을 초과하는 경우이다.

2. 경제 및 부동산에 관한 헌법상의 규율내용과 정부정책의 변화

(1) 경제 및 부동산에 관한 헌법규정의 내용

우리 헌법 제23조 제1항에서 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 함으로써 국민의 재산권행사가 입법자의 광범위한 형성의 자유 또는 재량권 행사의 대상이 되고 있음을 분명히 하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 재산권행사의 공공복리적 합성을, 제3항에서는 재산권의 수용 등과 그에 대한 보상을 규정하고 있다. 헌법 제37조 제2항에서 모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있도록 하여 토지와 건물 등에 대한 재산권도 당연히 법률에 의해 제한할 수 있도록 하고 있다.

한편, 헌법 제9장 경제편에서도 부동산 등 재산권에 대한 제한의 가능성을 규정하고 있다. 제119조 제2항에서는 국가가 국민경제의 성장 및 안정과 적절한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하여 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 하고 있다. 여기에서 말하는 경제에 관한 규제와 조정행위에는 부동산의 수급과 그 이용상황에 대한 규제도 포함될 수 있기 때문에 이 규정도 부동산규제의 헌법적 근거가 될 수 있다. 또, 우리 헌법 제122조는 모든 국민의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용, 개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 하고 있다.

이상에서 살펴본 것과 같이 헌법은 경제 및 부동산에 대한 제한과

과세의 근거를 마련해 놓고 있으나, 그것들이 가능하다고 하여 입법자에게 무제한의 형성권을 부여한 것은 아니다. 입법자의 형성권의 행사에는 일정한 헌법적 한계가 존재한다. 헌법 제37조에 의해 재산권의 본질적 내용을 침해할 수 없으며 과도한 제한도 할 수 없다.

(2) 부동산에 관한 정부정책의 변화

부동산에 관한 정부정책의 변화는 시장실패로 인한 투기억제시기, 정부실패로 인한 부동산규제완화시기, 그리고 혼합정책의 시기로 나누어 볼 수 있다.⁵⁰⁵⁾

첫째, 시장실패로 인한 투기억제시기는 1980년대말까지라고 할 수 있는데, 급격한 경제성장으로 인한 인플레이션이 문제되어 부동산가격의 안정을 위한 수단으로서 세제가 주목받았다. 양도세, 토지초과이득세, 종합토지세 등이 도입되었다. 그러나, 이 시기 도입된 제도들은 헌법적 가치와 기본권에 대한 고려가 부족하여 많은 논란을 낳았다.

둘째, 정부실패로 인한 부동산규제완화시기는 1990년대라고 할 수 있는데, 이 시기 들어 중진국이 되면서 경제성장률도 낮아지고 부동산가격도 안정되었다. 특히, 1997년 경제적 위기가 닥치면서 과도한 규제가 건설경기를 위축시킨다는 비판을 받아 과감한 규제철폐가 이루어졌다. 부동산이용규제의 완화, 부동산대출의 완화, 부동산세제의 완화 등이 이루어졌다. 건설사업자에 대한 진입규제도 대폭 완화되었다.

셋째, 혼합정책의 시기는 2000년대 이후인데, 미국과 영국을 비롯한 선진국에서 규제완화흐름이 지속되고 있어서 한국에서도 부동산 규제완화흐름이 이어지고 있으면서도, 수도권집중, 아파트와 신항개

505) 옥무석, 앞의 논문, 98-99면.

발지역 토지에 대한 투기가 또한 문제되어 종합부동산세와 같은 보유세강화정책이 도입되었다.

3. 종합부동산세제의 헌법적 쟁점들의 분석과 검토

(1) 주택공개념과 종합부동산세

주택에 대하여 토지와 마찬가지로 공개념에 의해 강화된 규제를 하는 것이 헌법상 정당화될 수 있는가?

토지공개념에 관한 논의는 학계, 정부 및 언론에서 오랫동안 논의 되어 왔지만 주택에 대해서도 공개념의 이념을 내세우고 그것에 의해 규제를 강화하는 것이 헌법상 허용되는가 하는 의문이 있다. 주택이 토지와 밀접한 관련을 가지고 있고 아파트로 대표되는 주택시장의 수요공급을 안정시켜 가격급등을 막기 위해서는 국가의 법적 규제가 필요하다고 볼 수도 있다. 그러나, 주택은 토지와 달리 인간의 주거와 직접적인 관련성을 가지는 공간이며 따라서 강한 사적 영역이라고 할 수 있다.

때문에, 헌법재판소도 주택과 관련된 택지에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다. “재산권은 개인이 각자의 인생관과 능력에 따라 자신의 생활을 형성하도록 물질적·경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하는 것으로서, 재산권의 보장은 자유실현의 물질적 바탕을 의미하고, 특히 택지는 인간의 존엄과 가치를 가진 개인의 주거로서, 그의 행복을 추구할 권리와 쾌적한 주거생활을 할 권리를 실현하는 장소로 사용되는 것이라는 점을 고려”해야 하고, “택지는 소유자의 주거장소로서 그의 행복추구권 및 인간의 존엄성의 실현에 불가결하고 중대한 의미를 가지는 경우에는 단순히 부동산투기의 대상이 되는 경우와는 헌법적으로 달리 평가되어야 하고, 신뢰보호의 기능을 수행하는 재산

권 보장의 원칙에 의하여 보다 더 강한 보호를 필요로 하는 것”이라고 하고 있다.(헌재 1999.4.29. 94헌바37외66건(병합))

그러므로, “소유상한을 지나치게 낮게 책정하는 것은 개인의 자유 실현의 범위를 지나치게 제한하는 것이라고 할 것인데, 소유목적이나 택지의 기능에 따른 예외를 전혀 인정하지 아니한 채 일률적으로 200평으로 소유상한을 제한함으로써, 어떠한 경우에도, 어느 누구라도, 200평을 초과하는 택지를 취득할 수 없게 한 것은, 적정한 택지 공급이라고 하는 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 제한으로서, 헌법상의 재산권을 과도하게 침해”하는 것이고, “신뢰보호의 원칙”에도 위반되며, “경과규정에 있어서, “법 시행 이전부터 개인의 주거용으로 택지를 소유하고 있는 경우”를, “법 시행 이후에 택지를 취득한 경우”나 “법 시행 이전에 취득하였다고 하더라도 투기목적으로 취득한 택지의 경우”와 동일하게 취급하는 것은 평등원칙에도 위반된다.”(헌재 1999.4.29. 94헌바37외66건(병합))

단순한 토지와 사람이 거주하고 있는 주택은 기본권으로서 보호강도가 다를 수밖에 없다. 주택은 인간의 행복추구에 있어 필수적인 것이고 의식주로 표현되듯이 인간의 생존권의 핵심적 요소이다. 다만, 이러한 보호의 필요성은 좀 더 엄밀하게 제한적으로 살펴보면 1가구가 현실적으로 거주하고 있는 주택에 한정하여 인정할 수 있다. 1가구가 실제로 거주에 이용하지 않는 주택을 포함하여 2주택을 가지고 있을 때 그 여부의 주택에 대한 보호의 필요성과 정당성은 더 약하다고 보아야 한다. 우리 소득세법상 고급주택을 제외한 1세대 1주택의 양도행위에 대하여 양도소득세를 비과세하는 것도 이 때문이다. 더구나, 1가구가 다수의 주택을 투기적 목적으로 소유하는 경우에 개인의 담세능력에 따른 과세부과는 허용되는 것이고 공평과세의 원칙에도 부합한다고 볼 수 있을 것이다.⁵⁰⁶⁾

따라서, 1가구 1주택에 대한 규제나 조세의 과도여부는 엄격하게 심사되어야 한다. 한 세대가 소유하여 거주하고 있는 주택에 대하여 도입된 강력한 세제나 규제는 특별한 정당화사유가 입증되지 않는 이상 위헌성이 상당하다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 종합부동산세는 이중과세금지의 원칙을 위반하는가?

이중과세란 복수의 과세주체가 동일한 과세물건을 대상으로 동일한 납세의무자에게 과세하는 경우를 말한다.⁵⁰⁷⁾ 이런 경우 이중납세자는 다른 납세자에 비하여 세법상 차별대우를 받는 것이 되므로 헌법상 평등의 원칙에 위반되게 된다. 국세와지방세이조정등에관한법률 제4조는 “국가와 지방자치단체는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 과세물건이 중복되는 여하한 명칭의 세법도 제정하지 못한다”고 하여 이중과세금지원칙을 선언하고 있다.

종합부동산세는 이미 기초자치단체가 지방토지세로 부과한 토지에 대하여 다시 국가가 이를 합산하고 누진하여 과세한다. 또, 부동산의 처분시 부과되는 양도소득세와 부동산을 보유하면서 이용할 때 부과되는 종합부동산세가 모두 높고 양도소득세를 부과할 때 보유세로서 부과한 종합부동산세만큼의 세금을 공제해주지 않는다. 이로 인해 이중과세가 되어 헌법상 평등원칙에 반하지 않은가 하는 문제가 제기될 수 있다.

종합부동산세법 제1조는 “고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고”한다는 목적을 제시하고 있는데, 누진과세를 넘어 이중과세의 의문이 있

506) 김성수, 토지공개념과 종합부동산세의 도입에 대한 공법적 검토, 지방자치법연구 제7호, 81면.

507) 김성수, 앞의 논문, 109면.

을 정도로까지 일종의 부유세로서 특정 계층에게 사회적으로 특별한 희생을 요구하면서 동일 자산에 대한 동일한 조세를 부담시켜야 한다는 원칙을 무시할 만한 헌법적 정당화근거가 존재하는가가 문제된다. 이중과세된 부분이 있다는 주장에 대해서는 보유세의 문제에 한정해서 보면 국가는 기초자치단체가 징수하는 납부세액을 전액 공제하기 때문에 이중과세가 아니라는 반론도 가능할 것이다. 하지만, 토지평가제도가 어느 정도 확립되어 있는 것에 비하여 주택가격평가제도는 상당히 부실하고 양도소득세와 종합부동산세가 모두 고율이라는 점에서 기초자치단체가 부과하는 부분을 공제한다고 하여 이중과세의 문제를 원천적으로 방지했다고 보기는 어려운 것이 아닌가 하는 재비판이 가능할 것이다.⁵⁰⁸⁾

(3) 종합부동산세는 원본침식의 가능성이 있으므로 과잉금지 원칙을 위반하는가?

부동산보유에 대하여 과세할 때 그 세율을 어떻게 설정해야 하는가, 너무 높아 당해 부동산으로부터 매년 나오는 수익을 넘게 되면 원본을 침식하여 재산의 몰수에 해당되게 되고, 너무 낮으면 다양한 과세 대상에 대한 공평과세의 원칙을 위반하게 된다.

부동산에 대한 보유세를 높여야 한다는 입장에서는 다음과 같은 주장을 전개한다.

첫째, 지금까지 부동산에 대해 지나치게 낮은 조세가 부과되어 세원간의 수평적 공평을 저해하여 왔으므로 부동산의 보유세를 높이는 것은 중과세가 아니고 정상화하는 것이라는 주장이다.⁵⁰⁹⁾

둘째, 서울을 기준으로 보면 전용면적 20평 남짓한 빌라가 억대를

508) 최명근, 종합부동산세제안에 대한 소고, 월간조세 192호, 2004, 61, 64면.

509) 최명근, 앞의 논문, 64-65면.

훨씬 넘어섰고, 아파트가격은 전용면적 20평짜리가 2억원수준이다. 이런 주택을 소유한 사람들이 연간 6 내지 7만원의 보유세를 부담하고 있다. 시가 2억원의 부동산이 연간 종합토지세와 주택분 재산세 합계 10만원의 보유세를 부담한다고 가정하면 그 실효부담률은 0.05%에 불과하다. 이의 실효부담을 1% 수준으로 끌어 올리려면 현재 부담의 20배를 올려야 한다는 결론이 나온다.⁵¹⁰⁾

부동산에 대한 보유세의 인상을 반대하거나 제한적인 범위에 머물러야 한다는 입장에서는 다음과 같은 주장을 전개할 수 있을 것이다.

첫째, 원본침식 금지의 원칙에서 볼 때 보유과세의 세율은 재산보유과세와 소득세 등 여타의 각종 부담까지 합쳐서 1년間に 그 원본이 창출하는 이익을 초과해서는 안된다. 이를 초과하면 원본재산을 침식하는 것이 된다. 종합부동산세의 중과는 원본침식의 우려를 불러 일으키고 있다.

둘째, 기존의 보유세인 재산세, 종합토지세와의 관계가 문제되는데, 기존 보유세는 수익세로서 성격을 갖고 종합부동산세도 수익세로서의 성격을 지닌다. 장기적으로 자산으로부터 형성될 미래의 종합적 수익에 조세의 근거를 두고 있고, 종합부동산세는 비정상적인 시장의 흐름으로부터 형성된 잠재이익에 대한 과세라고 볼 수 있다.

헌법재판소는 토지초과이득세에 관한 위헌판결(헌재 1994. 7. 29, 92헌바49, 52(병합))에서 미실현이익에 대한 과세 자체는 문제가 되지 않으나, 과세대상이득의 공정하고 정확한 계측의 문제, 조세부담자의 조세부담능력에 대한 적정한 고려의 문제, 지가하락에 대비한 적절한 보충규정의 미비문제가 위헌판결의 근거가 되었다.

종합부동산세도 미실현이익에 대한 과세로서 과세대상이득의 공정하고 정확한 계측의 문제, 조세부담자의 조세부담능력에 대한 적정한

510) 최명근, 앞의 논문, 60면.

고려의 문제, 부동산가격하락에 대비한 적절한 보충규정의 미비문제가 제기되어 위헌이 문제될 수 있다.⁵¹¹⁾

셋째, 부동산에 대한 권리는 처분권과 이용권으로 나눌 수 있는데, 조세부담은 이용에 대한 조세뿐만 아니라 처분에 대한 조세도 포함하여 평가해야 한다. 그런데, 취득세·등록세나 양도소득세를 중과하면서 보유세로서 종합부동산세를 중과하는 것은 국민들의 조세부담을 너무 높이는 것이 될 수 있다. 이미 우리나라의 조세부담률은 일본과 미국을 앞지르고, 독일과 거의 같은 수준에 달하고 있어 조세부담률이 상당히 높은 편이라는 것이다.⁵¹²⁾

이상 종합부동산세의 긍정론과 부정론의 논거를 살펴보았다. 조세나 각종 부담금 등을 포함한 부담률과 관련하여 헌법재판소는 “부담금의 부과율은, 입법목적 달성의 시급성·효율성과 부담금에 따른 재산권 침해의 정도를 감안한 필요성·합리성에 터잡은 입법자의 판단이 정책적·기술적인 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어나지 않는 한, 헌법위반으로 볼 것은 아니다”고 하여 부담률의 결정은 입법자의 재량에 속한다고 판시했다.(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37외66건(병합))

하지만, “10년만 지나면 그 부과율이 100%에 달할 수 있도록, 아무런 기간의 제한도 없이, 매년 택지가격의 4% 내지 11%에 해당하는 부담금을 계속적으로 부과할 수 있도록 하는 것은, 짧은 기간 내에 토지재산권을 무상으로 몰수하는 효과를 가져오는 것이 되어, 재산권에 내재하는 사회적 제약에 의하여 허용되는 범위를 넘는 것이다.”고 하여 원본을 침식하여 재산몰수의 효과를 가져오는 조세나 부담금은 위헌이라고 분명히 선언하고 있다.(헌재 1999.4.29. 94헌바37외66건(병합))

511) 이러한 우려는, 김성수, 앞의 논문, 85-86면.

512) 최명근, 앞의 논문, 59면.

생각건대, 종합부동산세제도 미실현이익에 대한 과세로서의 성질을 어느 정도 가지고 있어 과세대상이득의 공정하고 정확한 계측의 문제, 조세부담자의 조세부담능력에 대한 적정한 고려의 문제, 부동산 가격하락에 대비한 적절한 보충규정의 미비문제가 이후의 입법을 통해 어느 정도 해소될 수 있는가에 따라 위헌여부가 다르게 판단될 수 있다고 본다.

(4) 종합부동산세가 지방자치권을 침해하는가?

종합부동산세가 지방자치의 핵심적 내용인 지방재정권의 보장정신에도 반하지 않는지 검토가 필요하다. 그 동안 종합토지세와 재산세는 지방자치단체의 중심적 재원이었는데, 종합부동산세를 국세로 도입하여 부동산조세의 일부를 국세로 전환한 것은 지방자치의 흐름에 역행하지 않는지 의문이 존재한다.

우리의 현실은 지방세수가 전체 조세수입에서 차지하는 비중이 2001년 기준으로 21.8%에 불과해 대략 1/5수준에 불과하다.⁵¹³⁾ 그런데, 교부세·양여금·보조금 등을 합쳐서 지방자치단체가 실제로 지출하는 금액의 비중은 전체 조세수입의 53%에 달하고 있다. 이는 지방자치단체가 그의 재원의 약 2/3에 가까운 것을 국가에 의존하고 있음을 의미하는 것으로서, 재정이 철저한 중앙집권구조로 되어 있다. 지방자치는 재정의 독립적 지위의 확보없이 어렵다는 점에서 문제라고 볼 수 있다.

헌법은 지방자치를 보장하는 규정을 두면서도 직접적으로 지방자치단체의 재정수입의 확보에 대해서는 규정하고 있지 않다. 우리와 같이 단일제국가이면서도 강력한 중앙집권국가이었던 프랑스에서 최

513) 옥무석, 앞의 논문, 103면 참조.

근 헌법개정으로 지방자치단체가 조세를 징수할 수 있음을 규정하고,(프랑스 헌법 제72-2조) 국가와 지방자치단체간 권한의 이전은 이 권한의 행사에 필요한 재원의 이전이 수반되어야 함을 규정하고 있는 점(프랑스 헌법 제72-2조)은 우리나라에서 지방분권의 강화와 지방자치의 보장을 위한 입법적 개혁의 방향을 시사한다고 이해할 수 있을 것이다.

우리나라에서 소득세와 소비세는 국세로 되어 있고 재산세는 지방세로 되어 있어서 토지나 건물에 대한 재산세와 토지세의 경우 원칙적으로 지방자치단체의 자치권을 어느 정도 존중해주고 있다. 하지만, 종합부동산세는 과표산정의 권한을 국가에게 인정하여 지방자치단체의 자치권의 일부인 재정고권을 침해하고 지방분권특별법의 정신에 반하지 않는지 의문이 든다.

강남구청과 행정자치부장관의 권한쟁의심판사건(헌재 2001. 10. 25. 2000헌라3)에서는 행정자치부가 제정한 ‘지방공무원수당업무처리요령’이라는 행정규칙이 강남구의 자치권인 소속 지방공무원에 관하여 수당지급권을 침해하였는지가 문제되었는데, 헌법재판소는 대상적격을 부인하지 않고 단지 심판청구기간의 경과만을 문제삼음으로써, 지방자치단체의 예산운용에 대한 국가의 간섭이 본안사항으로 심리되어 위헌으로 판단될 수 있는 가능성을 완벽하게 부인하지는 않았다. 그 뒤 같은 사안의 2개의 결정 (헌재 2002.10.31, 2001헌라1;헌재 2002.10.31, 2002헌라2)에서도 지방공무원에 관한 수당지급의 문제를 본안으로 하여 심리하였다. 다만, 이 결정들은 이 요령이 위임한계를 준수한 것으로 판시하였다.

헌법재판소의 재판중 지방재정권의 침해가능성이 더 명확히 문제된 것은 국회의 법률제정행위에 의해 국세인 종합부동산세가 도입됨으로써 기초자치단체의 자치재정권의 침해가 문제된 권한쟁의심판사

건(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4. 강남구와 국회간의 권한쟁의)이다. 비록 이 사건은 권한쟁의심판의 청구기간을 도과하여 각하되었지만, 헌법재판소는 결정문에서 “이 사건 법률이 시행됨으로 인해 종래 지방세에 속하던 부동산 보유세가 국세로 전환된다면, 지방자치단체가 중앙정부의 간섭을 받지 아니하고 그 재원을 조달·관리·운영하는 청구인 지방자치단체의 자치재정권이 침해될 개연성은 존재한다고 볼 수 있을 것이다. 뿐만 아니라, 지방자치단체의 중앙정부에로의 종속 가능성 및 세수감소의 예측가능성 등도 전혀 부인할 수는 없다고 할 수 있을 것”이라고 하고 있다.

지방재정의 자치권은 지방자치단체들이 스스로의 노력으로 획득한 재원에 의해 그들의 살림을 꾸려가는 것에 있고, 이것이 보장될 때 지방자치단체들은 재정운용의 효율성을 높이고 지역경제의 발전을 통해 지방세수를 증대시키려는 유인을 강하게 갖게 된다. 종합부동산세와 같이 국세로 하게 되면 그것을 결국 국가가 재배분한다고 하여도 상당한 도덕적 해이가 발생할 우려도 있다. 현재와 같이 지방자치단체가 집행하는 예산중 2/3를 국가가 교부지원해서는 지역의 발전이 국가의 의사에 좌우되게 되어 지방자치권을 보장하여 지방자치단체와 주민들이 다양한 특색을 갖는 지역사회를 책임있게 발전시키는 것이 국가발전의 최적의 길이라는 헌법제정자들의 기획의도를 침해하게 된다. 이 점에서 국세로서의 종합부동산세는 위헌의 여지를 어느 정도 가지고 있지 않나 의문이 든다.

제 4 절 의무교육의 재정부담에 관한 국가와 지방자치단체간의 책임의 배분

우리 헌법은 제31조 제4항과 제117조 제1항을 통해 지방교육자치를 보장하고 있다.⁵¹⁴⁾ 헌법상의 지방자치를 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분을 의미하는 지방분권을 전제로 이해한다면 결국 지방교육자치의 본질도 이들 양자 간의 권한과 책임의 배분이라고 볼 수 있다. 따라서 헌법재판소가 서울특별시와 정부간의 의무교육비부담에 관한 권한쟁의 심판(2004헌라3)에서 헌법 제31조 제2항과 제3항의 문언만으로 직접 의무교육경비를 중앙정부로서의 국가가 부담하는 것으로 귀결 지을 수 없다는 결론은 타당하다고 본다⁵¹⁵⁾. 헌법재판소의 판결은 우리 헌법의 규정상 의무교육의 부담주체가 국가로 한정될 수 만은 없으며, 의무교육이라는 이유로 중앙정부가 모든 비용을 부담할 것이 아니라 교육재정체도의 설립을 통해 의무교육경비의 분담문제를 결정할 수 있는 것으로 결론지어졌다고 평하는 입장도 있다.⁵¹⁶⁾

그러나 헌법재판소가 지방교육자치의 본질에 대해 언급하고 있지 않은 점은 아쉬움을 남기고 있다. 헌법재판소는 본안판단에서 지방교육자치에 대해 민주주의, 지방자치, 교육자치라는 헌법적 가치를 부여하고 있지만 실제 우리 현실에서 논의되는 지방교육자치에 관한 논의를 염두에 둔 접근이 있어야 했다고 본다. 헌법이 법률에 위임하고 있는 교육재정의 부담을 누가 하고 어떤 방법으로 그 재원을 확보할 것인가는 지방교육자치의 본질에 대한 논의가 선행되어야 할 것

514) 헌법재판소, 판례집 17-2, 658-659면.

515) 헌법재판소, 2005.12.22. 2004헌라3.

516) 우명숙, 교육행정학연구 제24권 제1호, 한국교육행정학회, 2006. 4, 256-258면.

이고, 그 다음에 입법자에게 부여된 교육활동을 지원하기 위하여 국가가 공공단체가 필요한 재원을 확보·배분·지원·지출·평가하는 일련의 경제활동⁵¹⁷⁾에 대한 입법자의 입법형성권의 행사가 있어야 한다.

이하에서는 헌법재판소의 2004헌라3 전원재판부 판결을 중심으로 의무교육의 재정부담을 둘러싼 국가와 지방자치단체간의 책임배분(répartition de responsabilité)과 헌법재판소 판결에서 직접 언급하지 않았지만 지방교육의 자치의 본질과 의무교육부담(중등교육)에 관한 국가와 지방간의 재정분권에 대한 부분을 기술한 지방분권의 기본원칙인 보충성원칙의 적극적 기능 내지는 통일성의 관점에서 살펴보기로 한다.

1. 교육에서의 재정분담의 재분배

우리의 교육행정체계는 1963년 이후 일반행정 체계와 분리되어 운영되고 있고 1990년대의 지방자치 실시 이후에도 변화 없이 유지되고 있다. 그 결과 현재 두 분야는 매우 제한된 영역에서만 행정적·재정적 연계가 이루어지고 있다. 지방재정법 제5조에 따르면 지방자치단체의 회계는 일반회계와 특별회계⁵¹⁸⁾로 구분되며, 지방자치단체 교육비특별회계는 지방교육자치에 관한 법률 제40조에 근거규정을 두고 있으나, 교육비특별회계제도⁵¹⁹⁾는 일제시대 까지 거슬러 올

517) 민기, 지방분권이 지방교육재정에 미치는 영향, 지방정부연구 제8권 제2호, 한국지방정부학회, 2004, 189면; 윤정일, 교육재정의 이론과 실제, 세영사, 2000.

518) 지방재정법은 특별회계는 공여기업 기타 특정사업을 운영할 때 또는 특정자금이나 특정세입·세출로서 일반 세입·세출과 구분하여 경리할 필요가 있을 때 법률 또는 조례로 설치할 수 있다고 규정한다.

519) 교육비 특별회계는 법률에 의해 설치된 지방자치단체 특별회계중 하나지만 지방교육자치가 실시되고 있기 때문에 그 관할권이 지방자치단체장이 아니

라갈 정도로 오랜 역사를 가지고 있다.⁵²⁰⁾

지방교육재정중 의존재원인 재정이전제도는 일반자치부분⁵²¹⁾과 비슷하게 크게 지방교육재정교부금과 양여금(2005년부터 폐지)과 국고보조금의 세 제도로 구성되어있다. 이들 제도는 각기 기능과 정책의 목적, 운영방식 면에서 차이가 있으며, 이중 지방교육재정부금제도가 중추적인 역할을 차지하고 있다.⁵²²⁾

(1) 국가와 지방자치단체간의 교육재정분담의 갈등

지방교육재정교부금법은 2004. 12. 30 개정이 되었는데 개정의 중요한 이유 중 하나는 의무교육을 시 지역 중학교 까지 확대 실시함에 따라 재원을 국가와 지방자치단체가 어떻게 분담할 것인지를 다시 규정하기 위해서였다.

라 시·도 교육감에게 있다. 교육비 특별회계는 지방자치단체의 다른 특별회계와는 성격이 다르기 때문에 일반회계와 교육비특별회계의 자금이동은 엄격하게 법률에 규정되어 운용되어 왔다. 법률에 재원의 규모가 정해져 있는 전입금을 법정전입금이라 하는데 1964년부터 지방자치단체 일반회계로부터 교육비특별회계로 전입되는 법정전입금제도로 도입되었다.

520) 송기창, 지방교육재정정책 변천과정 분석연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 87-89면.

521) 일반자치부분은 크게 지방교부세, 지방양여금, 국고보조금으로 구성된다. 지방교부세는 지방자치단체의 행정운용에 필요한 재원을 지원해주고 재정을 조정함으로써 지방행정의 건전한 발전을 도모하는 데 그 목적이 있다(지방교부세법 제1조). 지방교부세의 종류는 보통교부세·특별교부세·분권교부세 및 부동산교부세가 있다(제3조). 교부세(부동산교부세를 제외한다)의 재원은 당해 연도의 내국세(목적세 및 종합부동산세와 다른 법률에 의하여 특별회계의 재원으로 사용되는 세목의 당해 금액을 제외한다) 총액의 1만분의 1,924에 해당하는 액과 지방교부세법 제5조제2항의 규정에 의한 정산액으로 한다(제4조 제1항).

522) 지방교육재정도 재원확보 및 지원구조를 단순화하고 투명화한다는 취지하에서 국가가 지원하는 종전의 붕급·경상·증액교부금을 경상교부금으로 통합하고 경상교부금의 교부율을 13%에서 19.4%로 인상하였으며, 국세 교육세를 재원으로 한 지방교육양여금제도를 폐지하여 교부금의 재원으로 통합하였다.

한편 정부의 개정법률안이 국회에서 수정되어 통과되자 서울특별시는 대한민국 정부(교육부)와 국회를 상대로 2004년 11월 22일 헌법재판소에 권한심판쟁의를 제기하였다. 그리고 2005년 4월 14일 서울행정법원에 채무부존재확인소송을 제기하였다.⁵²³⁾ 그렇지만 이 명박 전 서울시장은 2005년 10월 4일 서울시 교육감을 만난 자리에서 지급을 거부했던 2,650억 원 지급 약속을 하였다.⁵²⁴⁾ 2002년부터 2004년 까지 연차적으로 시 지역 중학교 까지 의무교육을 실시하기로 함에 따라 새로이 의무교육을 실시하게 된 중학교 교원의 봉급 전입금 부담을 둘러싸고 국가와 지방자치단체간의 갈등이 나타났다.

정부는 2004년 지방교육재정교부금법 개정을 통해 종전에 지방자치단체가 부담해온 봉급전입금(서울 공립학교 중등교원 봉급의 100%, 부산 50%, 기타 광역시 및 경기도 10%)을 폐지하되 봉급전입금 해당액을 시·도세 전입금에 통합하여 비율을 상향조정하였다.⁵²⁵⁾

지방자치단체는 도서벽지지역의 읍면지역의 중학교의 의무교원의 봉급을 국가가 봉급교부금으로 확보해주었던 것과 마찬가지로 시 지역 중학교의 의무교원 봉급을 국가가 부담해야 한다고 주장하였다. 왜냐하면 2001년 말 시 지역 중학교 의무교육 도입당시 교부금법을 개정하여 2002-2004년 3년 동안 지방교육재정교부금법 제12조에 중학교 의무교육경비 부담에 관한 특례조항을 신설하여 한시적으로 자치단체가 종전처럼 중학교 교원 봉급전입금을 부담했으므로 2004년 말의 지방교육재정교부금 법 개정 당시 서울시 등 자치단체는 더 이상 중학교 교원봉급전입금을 부담할 수 없다고 주장하였다.

523) <http://www.hani.co.kr/section-005000000/2005/04/005000000200504141925189.html>
(검색일자: 2006년 9월 15일)

524) http://www.uparty.or.kr/board/?section=2005brief&no=1251&m=view&p=7&search_select=&search_andor=&query_str=&category (검색일자: 2006년 9월 15일)

525) 이러한 법 개정에 따라 시·도전입금은 서울특별시의 경우 3.6%에서 10%로, 광역시는 5%로 인상되었다.

반면 중앙정부로서는 현실적인 재정상의 어려움과 과거와는 달리 지방자치를 이류로 지방자치단체가 종전에 부담해오던 중학교 교원의 봉급전입금 해당액을 자치단체가 계속 부담할 것을 주장하였다.

(2) 교육재정부담의 귀속과 국가의 형평(péréquation)조치의 합헌성

헌법재판소는 2005년 12월 30일 의무교육경비를 교부금과 지방자치단체의 전입금으로 충당하도록 규정한 지방교육재정교부금법 제11조 제1항 등이 교육재정을 형성함에 있어 의무교육을 받을 권리를 골고루 실질적으로 보장하라는 헌법의 위임취지에 반하지 않는다고 합헌결정을 하였다.⁵²⁶⁾

1) 지방교육재정에서의 입법형성의 자유

헌법재판소는 헌법 제31조 제2항 및 제3항이 국가가 직접 의무교육경비를 부담해야 한다고 규정하지 않고 있으며, 동조 제4항 및 제6항은 교육제도와 교육재정제도의 형성에 관하여 헌법이 직접 규정한 사항 외에는 입법자에게 위임하고 있으므로, 입법자는 중앙정부와 지방정부의 재정상황, 의무교육의 수준 등의 여러 가지 요소와 사정을 감안하여 교육 및 교육재정의 충실을 위한 여러 정책적 방안들을 구상하고 그 중의 하나를 선택할 수 있으므로 이에 관한 입법자의 정책적 판단·선택권은 넓게 인정된다고 판시하였다. 그리고 헌법재판소는 지방교육재정교부금법 제11조 제1항에서 의무교육 경비를 교부금과 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금으로 충당하도록 규정한 것 및 같은 조 제2항 제3호에서 서울특별시·부산광역시와 그 밖의

526) 헌법재판소 2005.12.22. 2004헌라3.

지방자치단체를 구분하여 서울특별시의 경우에는 당해 시·도세 총액의 100분의 10에 해당하는 금액을 일반회계예산에 계상하여 교육비 특별회계로 전출하도록 규정한 것은 교육재정제도를 형성함에 있어 의무교육을 받을 권리를 골고루 실질적으로 보장하라는 헌법의 위임 취지에 명백히 반하는 자의적인 것이라 할 수 없어 위헌이 아니라 오히려 서울시는 재정자립도가 높음에도 불구하고 전입금비율이 높지 않다는 점을 지적하고 있다.

2004년 12월 30일 개정된 지방교육재정교부금법 제3조와 제11조는 2006년 12월 31일 까지 유효한 한시적 규정으로서 연내에 개정이 불가피하다. 그리고 이와는 별도로 2004년 세수결손에 의해 발생한 지방교육재정의 어려움도 재원확충을 위한 교부금법의 개정논의를 활발하게 하는 이유가 되고 있다. 그리고 만 5세 유아 무상교육의 확대에 따른 소요경비, 사회양극화 해소 및 저출산문제의 해소 등 교육현안을 해소하기 위하여 필요한 최소경비, 또는 적절한 교육비의 규모가 어느 정도 인지에 대해서도 논의가⁵²⁷⁾ 필요하다는 점은 당연히 인정된다.

개정된 법률규정에서처럼 보는 바와 같이 2004년 말의 지방교육재정교부금법 개정이전에는 별도의 예산으로 확보한 봉급교부금을 기획예산처와 예산투쟁을 통해 확보하는 형태였지만 법률개정 이후 지방교육재정을 포함한 정부의 전체재정이 세금을 주요재원으로 하는 다시 말해 내국세의 일정률로 변경함으로써⁵²⁸⁾ 교부금의 전체규

527) 우명숙, 앞의 논문, 258면.

528) 3조(교부금의 종류와 재원) ①국가가 제1조의 목적을 위하여 지방자치단체에 교부하는 교부금(이하 "교부금"이라 한다)은 이를 보통교부금과 특별교부금으로 나눈다.

②교부금의 재원은 다음 각 호의 금액을 합산한 금액으로 한다.

1. 삭제 <2004.12.30> [유효기간 2006.12.31까지]

2. 당해 연도의 내국세(목적세, 종합부동산세 및 다른 법률에 의하여 특별회계의 재원으로 사용되는 세목의 당해 금액을 제외한다. 이하 같다)

모가 내국세 및 교육세의 세금징수실적에 전적으로 연동되고 있다⁵²⁹⁾. 따라서 지방교육재정교부금법의 개정을 위한 지방교육재정의 규모의 산출에 대한 논의제기와 지난 2004년의 국가와 지방자치단체 간의 교육재정의 분담에 관한 논의는 구별된다고 할 수도 있다.

2) 지방교육재정의 비용분담과 지방분권

그러나 이러한 논의에도 불구하고 헌법재판소의 지적처럼 상대적으로 지방교육재원의 국가의존율이 높은 우리의 현실 하에서 비교적 지방재정자립도가 높은 서울시가 전체 교육재원의 과반수를 중앙에 의존한다는 것은 문제가 있다고 할 수 있다. 일반자치부부분에서 사용되는 재정자립도 개념⁵³⁰⁾은 지방교육재정분야에서 활용하기에는 어려움이 많고 또 관련통계도 발표되고 있지 않으나⁵³¹⁾ 지방재정여건이 상대적으로 높은 서울, 경기, 인천은 지방교부세 불교부단체인데 비해 이들 지역의 교육청은 학생 수도 많고 학교신설 수요도 다른 지역보다 높아 보통교부금의 35.3%를 국가로부터 교부받는다.

총액의 1천분의 194에 해당하는 금액 [유효기간 2006.12.31까지]

3. 당해 연도의 교육세법에 의한 교육세 세입액 전액에 해당하는 금액 [유효기간 2006.12.31까지]

③보통교부금의 재원은 제2항 제3호의 규정에 의한 금액에 동항 제2호의 규정에 의한 금액의 100분의 96에 해당하는 금액을 합한 금액으로 하고, 특별교부금의 재원은 제2항 제2호의 규정에 의한 금액의 100분의 4에 해당하는 금액으로 한다. <개정 1990.12.31, 2004.12.30> [유효기간 2006.12.31까지]

④삭제 <2004.12.30> [유효기간 2006.12.31까지]

529) 지방교육재정교부금이 개정된 뒤 2004년과 2005년의 경기부진으로 세수결손이 크게 발생하자 교부금의 구조를 둘러싼 논의가 진행되고 있다.

530) 지방자치단체의 자체수입(지방세+세외수입)이 일반회계 총예산규모에서 차지하는 비율로 정의된다. 매년 행정자치부에서 관련통계가 발표된다.

531) 임성일, 통합적 관점에서 본 일반자치 재정과 교육자치 재정분석-지방교부세와 지방교육재정교부금을 중심으로-, 한국지방재정논집 제10권 제1호, 한국지방재정학회, 2005.6., 8면.

따라서 구체적인 지방교육재정교부금제도에 대한 논의는 교육재정 분권에서의 보충성원칙의 통일성 내지는 적극적 기능에 따른 국가의 적극적 개입의 정당화와 함께 형편이 나은 지방자치단체의 전입금확대로 귀결될 수 있다. 그러나 이러한 것들이 단순히 국가가 지방자치단체에게 재정부담을 넘기는 입법도 가능하다는 논거는 될 수 없다고 본다.

2. 지방자치단체의 의무교육비용의 분담

헌법 제31조 제3항은 교육재정에 관한 사항을 법률에 위임함으로써 의무교육 관현경비의 부담을 비롯한 모든 교육재정에 관한 사항을 규정할 책임과 권한을 입법기관에 부여하고 있다. 따라서 교육기본법 제7조에서 국가와 지방자치단체에게 교육재정의 안정적 확보에 관한 책임을 부여하고(제1항) 지방교육재정교부금법에 대한 근거(동조 제2항)를 밝히고 있다. 그리고 지방자치법 제114조 제2항은 국가가 시행해야 할 사업을 지방자치단체에 이관할 때에는 그 경비의 국고부담비율과 지방비 부담률을 법령으로 정하도록 규정한다.

(1) 지방교육자치의 본질

1) 교육행정기관의 자치

교육계에서는 지방교육자치의 본질을 교육행정기관의 자치로 보고 있다. 이러한 입장은 지방교육자치가 일반 지방자치의 부분으로 수행되고 있다는 점을 부인하지는 않으며 분리·독립 전문적 관리와 함께 지방분권과 주민통제를 강조하기도 한다.⁵³²⁾ 그렇지만 교육행정

532) 이승중, 지방자치론, 제2판, 박영사, 2005, 116면 ; 김영식·최희선, 교육제도

기관의 자치로 보는 입장의 주된 관심은 교육의 특수성의 고려에 치중되어 있고 지방교육행정기관의 분리·독립을 강조한다. 교육행정기관자치론자들은 지방교육자치의 목적이 교육의 자주성, 전문성, 중립성의 보장에 있으며 이러한 목적 달성을 위해 분리형이 유일한 제도임을 주장한다.

2) 교육주체의 자치

지방교육자치를 ‘지방’의 자치라는 관점이 아니라 ‘교육주체’의 자치로 파악하는 관점이 있다⁵³³⁾. 이러한 견해는 교육의 주체가 교육행정기관의 획일적 규제와 간섭으로부터 독립하여 법규의 범위 내에서 자기책임하에 교육을 하도록 보장함으로써 교육의 목적을 달성하기 위한 제도로 이해하고 있다.

3) 지방자치의 일환으로 보는 관점

이러한 견해는 첫 번째 입장은 지방행정교육행정기능과 일반지방행정기능의 분리·독립에, 두 번째의 경우는 교육행정기관의 간섭으로부터 교육활동의 독립성의 보장에 초점을 둬으로써 지방교육자치 역시 지방자치제도의 부분이라는 점을 간과한다고 비판하면서 지방교육자치는 지방자치의 틀 안에서 접근해야 한다고 한다.⁵³⁴⁾ 지방교육자치를 지방자치의 틀 안에서 접근하는 경우에는 지방교육자치의 본질적 요소인 지방분권, 주민참여 및 정부의 중립성이 균형을 가져야 한다고 강조한다.

발전론, 성원사, 1988.

533) 이승중, 지방자치론, 제2판, 박영사, 2005, 117면 ; 이기우, 지방교육자치제도의 개선방향, 사회와 교육 제24집, 1997, 33-48면.

534) 이승중, 지방자치론, 제2판, 박영사, 2005, 119면 이하.

<지방교육자치에 대한 세가지 관점의 비교>⁵³⁵⁾

	교육행정기관의 자치	교육주체의 자치	지방교육자치
강조측면	일반교육기관과 교육행정기관간 관계	교육행정기구와 교육주체간의 관계	중앙-지방관계, 교육행정기관과 교육주체와의 관계 및 정부-기득권층과의 관계
지향방향	교육영역의 독자성	교육주체의 자율성	교육의 자율성 지방자치의 발전
일반-교육관계	분리·독립	통합	통합
교육의 특수성	매우강조	강조	강조
처방	일반-교육행정의 분리·독립의 보장	교육현장의 자율성	교육의 지방분권, 교육의 현장의 자율성, 정부의 중립성

(2) 의무교육비부담의 국고부담의 헌법상 관행여부⁵³⁶⁾

의무교육에 관한 경비는 국고가 부담해 온 것이 서울특별시의 주장처럼 헌법적인 관행으로 볼 것인가에 대해 헌법재판소가 밝히는 것처럼 ①지방자치제도가 제대로 실시되지 않았고 ②지방자치단체의 재정자립도가 낮아서 그 능력을 부담을 갖추지 못하는 것이 이유가

535) 이승중, 앞의 책, 119면의 [표 6-1].

536) 송기창, 중등교원 봉급전임금과 의무교육비 국고부담의 쟁점분석, 교육재정. 경제연구 제14권 제2호, 한국 교육재정경제학회, 2005. 12, 158-159면.

되기도 하지만⁵³⁷⁾ 더 정확히는 1962년 이후의 조세개편체계의 개편 결과로 볼 수 있다.⁵³⁸⁾ 실제로 1948년 정부수립 이후 의무교육에 관한 경비는 1957년까지는 상당부분을 지방세였던 호별세 부가금과 특별부과금으로 충당하였고, 교육세법이 제정된 1958년부터 1961년까지는 호별세부가금을 전환한 지방교육세로 의무교육경비의 일부를 충당하였다. 1962년 이후에는 지방세인 호별세가 국세인 소득세로 전환됨에 따라 지방세의 일부로 부담하던 의무교육경비가 전액 국세로 부담하는 결과가 된 것이다.

(3) 교육기관 교원봉급의 전입금 문제

지방자치단체의 일반회계로부터 교육비특별회계로 전입되는 전입금제도는 ①국세와 지방세를 조정하는 과정에서 도입된 재원조정전입금 ②지방자치단체의 지방교육에 관한 역할을 제고하고 지방자치단체와 지방교육자치단체의 연계를 확대하기 위해 도입된 연계확대전입금 ③국세재원을 지방세 재원으로 단순 이전함에 따라 도입된 단순이전전입금으로 구별할 수 있다.

재원조정전입금에 속하는 전입금제도는 1964년부터 2004년 까지 운영된 서울시와 부산시의 공립 중등교원 봉급전입금제도와 1989년부터 유지되고 있는 담배소비세 전입금제도를 들 수 있다.

연계확대전입금은 지방교육재원의 대부분을 국가의 재원으로 확보하는 상황에서 더 이상 지방교육재원을 확충하는 것이 한계에 이르자 재정당국은 지방교육자치와 지방자치의 연계확대를 조건으로 지방교육의 재원의 일부를 지방재정에서 담당하도록 방안을 추진하

537) 헌법재판소 판례집 17-2, p.660.

538) 송기창, 지방교육재정정책 변천과정 분석연구, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 1994, 135-136면.

는 과정에서 시·도세 총액의 3.6%를 지방교육재원으로 이전하였고, 서울과 부산을 제외한 기타 광역시와 경기도에 대해 공립중등교육원의 봉급 10%를 부담하도록 하였다.

단순이전전입금은 국가가 관할하던 교육재원을 지방자치단체로 단순이전하는 과정에서 도입된 전입금으로 지방교육세 전입금이 이에 해당한다. 1958-1961년까지의 교육세는 교육세(국세)와 지방교육세로 구분되었으나 후자의 관할권 역시 중앙부서인 문교부가 가지고 있었다. 그러나 2000년 12월에 개정된 교육세법은 지방교육세를 규정하지 않았다. 지방교육세에 관한 규정은 지방세법으로 이전되었다. 연간 5조원에 해당하는 지방교육세 수입액은 일단 지방자치단체의 일반회계에 편성된 후 다시 교육비특별회계로 전입되는 지방교육세 전입금제도가 도입됨으로서 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금은 대폭 늘게 되었다. 이러한 제도의 변화의 배경과 상황을 모르는 지역의회의원이나 지역주민들로서는 지방자치단체가 큰 규모의 재원을 부담하면서도 지방교육에 대한 권한이 없다는 불만을 나타내는 결과를 낳았다.

한편 교육재정의 수입에는 자주재원으로 지방교육세, 교육에 관한 특별부과금, 사용료, 수업료, 재산수입, 일반회계로부터의 전입금이 있고 의존재원으로 국가로부터의 지방교육재정부담금이 있다.⁵³⁹⁾ 지방교육양여금은 2005년에 지방교육재정부담금에 흡수 통합되었다. 지방교육재정도 교육특별회계예산으로 따로 편성·운영되고 있다(법률 제40조).

의무교육기관의 교원봉급은 정부수립 이후 2004년 까지 계속 국가가 부담해 왔다. 교원봉급을 제외한 의무교육 경비는 정부수립 이후 1961년 까지 일부를 국가가 부담하였고, 1962년 이후에는 전액

539) 지방교육자치에 관한 법률 제11조.

국가가 부담해 왔는데 이러한 사실만으로 의무교육비에 대한 국고부담의 상징으로 보기에 는 무리가 있다⁵⁴⁰⁾. 국고가 부담해야 할 재원 규모, 즉 기준재정수요액 규모가 확정되지 않았던 1958년 까지는 의무교육기관 교원봉급은 최소한 국가가 부담해야 할 의무교육비라 할 수 있다. 그러나 의무교육재정교부금법에 따라 국고가 부담하는 재원 규모가 법제화된 1959년 이후로 의무교육기관 교원봉급은 국가로부터 교육재원을 확보하기 위한 하나의 전략의 하나로 보아야 한다.

다시 말해 의무교육기관 교원봉급 이외의 의무교육경비가 법제화되었기 때문에 교원봉급과 기타 의무교육경비를 통합하여 재원을 단순화 할 수 있었으나 교원봉급을 분리하는 것이 교육재원을 확보하는 전략상 유리했다고 판단했기 때문이다. 요약한다면 교원봉급을 별도로 확보해 온 것은 교원봉급의 국고부담원칙의 적용이라기보다는 의무교육재원 확충의 전략으로 해석해야 한다는 것이다.⁵⁴¹⁾

한편 공립 중등학교에 근무하는 교원의 봉급을 서울시는 전액, 부산시는 반액을 부담하도록 하는 봉급전입금제도는 1964년부터 도입되었다. 이 제도의 도입에 관한배경을 정확하게 설명하는 문헌자료는 아직 없다. 이유는 1963년 5월 16일 쿠데타 이후 중단되었던 지방교육자치가 교육계의 요구에 따라 명목상의 교육자치가 부활된 해가 1964년이고, 1963년 말 지방교육세법이 정상적인 과정을 거쳐 제정된 것이 아닌 특이한 상황에서 이루어졌기 때문에 관련자료가 남아 있지 않을 것이라고 추측되지만 분명한 점은 서울시와 부산시의 중

540) 1949년 처음 제정된 교육법은 의무교육에 종사하는 국민학교(현 초등학교) 교원의 봉급전액과 공립 중학교와 고등학교 교원의 봉급 반액은 국고가 부담하도록 규정하였다. 의무교육기관 교원봉급도 1965년 까지 국고보조금 형식으로 지원되다가 1966년부터 의무교육재정교부금에 포함시켜 지원하였으며 교부금에 포함시켜 지원하는 방식은 2004.12.30 지방교육재정교부금법 개정 시까지 계속되었다.

541) 송기창, *중등교원 봉급전입금과 의무교육비 국고부담의 쟁점분석*, 교육재정경제연구 제14권 제2호, 한국 교육재정경제학회, 2005. 12, 159면.

등교원 봉급 전입금제도는 지방교육교부세와 지방교부세의 재원을 조정하는 과정에서 도입된 제도라는 점이다.

그렇다면 지방자치단체별간의 전입금비율의 차별화는 헌법이 예정하는 평등원칙의 위반이라는 서울특별시의 주장은 그 타당성의 강도가 줄어든다고 할 수 있다. 비정상적으로 격차가 있는 지방자치단체간의 재정력의 불균형을 일부시정하기 위한 일종의 역교부세로 교육비특별회계전입금제도로 이해해야 한다면 2004년 12월의 지방교육재정교부금법의 개정은 그동안 부담해오던 전입금을 그대로 반영한 것에 불과하고 특정한 지방자치단체에 대한 재정부담을 추가한 것이 아니라는 평가가 가능하다.⁵⁴²⁾

(4) 헌법재판소 결정의 타당성을 뒷받침하기 위한 논의의 필요성

지난 2004년의 지방교육재정교부금법의 개정을 둘러싸고 제기된 의무교육비 부담주체에 관한 논쟁에 관한 헌법재판소의 입장을 정리해 본다면 서울특별시의 주장과 달리 정부 수립이후 줄곧 국고가 의무교육비를 전액부담해온 것은 아니었고, 중등교원 전입금제도는 재원확보의 수단으로서의 의미를 가지며, 서울특별시가 부담하고 있는 일반회계 전입금은 재원조정과정의 산물이라는 점이다. 그리고 무상 의무교육이 헌법에 규정되었다고 해서 그 부담주체가 국고라는 의미는 아니며 봉급전입금의 재원은 서울시의 배타적 재원이 아니므로 시·도세 전입금에 통합한 것이 반드시 지방자치단체의 자주재정권을 침해한 것은 아니고 서울특별시의 평등권을 침해한 것도 아니라고 하였다.

542) 송기창, 중등교원 봉급전입금과 의무교육비 국고부담의 쟁점분석, 교육재정. 경제연구 제14권 제2호, 한국 교육재정경제학회, 2005. 12, 161면.

지방자치단체에 대한 중등교육재정의 부담의 전가를 위한 지방교육재정교부금법 개정에서 불거진 서울특별시의 불만은 지방자치권의 전통적 설명방식인 재정자치권의 헌법적 보장에 관한 총론적 문제인식 보다는 지방분권을 전제로 한 지방자치에서 나타날 수 있는 지방자치단체간의 평등권과 재정분권화 과정에서의 형평성 확보를 위해 보충성원칙의 적극적 기능 혹은 통일성 관점에서의 국가의 역할을 법률로서 구체화시킬 경우에 헌법적으로 정당화될 수 있는가 하는 점에서 검토가 되어야 한다.

다시 말하면 중학교 교원봉급전입금을 시·도세 총액전입금에 통합한 것이 전혀 지방자치단체가 부담해오지 않던 의무교육경비를 새로이 부담(책임의 부담)하는 것이 아니라 그동안 지방자치단체가 담당했던 의무교육에 관한 사업을 국가로 이전하는 특이한 형태의 권한(사무)이양에 해당될 수 있으므로 특별히 지방자치단체의 자주재정권을 침해했다고는 보기 어렵다는 지적⁵⁴³⁾도 가능하다. 서울특별시의 주장은 오히려 비정상적으로 재정자립도가 열악한 기타 다른 지방자치단체들과의 재정자치권의 실질적 평등을 위한 입법자의 균형조치(péréquation)의 정당성의 빌미를 제공할 역공의 기회를 제공한다고 생각한다.

543) 송기창, 중등교원 봉급전입금과 의무교육비 국고부담의 쟁점분석, 교육재정. 경제연구 제14권 제2호, 한국 교육재정경제학회, 2005. 12, 160면.

제 5 절 권한쟁의심판에 있어 지방자치단체와 그 기관의 당사자능력의 문제

1. 헌법상 권한쟁의심판의 의의와 내용

(1) 우리 헌법상 권한쟁의심판의 의의와 그 기능

우리 헌법은 제2공화국 헌법에 이어 두 번째로 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판제도를 채택하였는데 과거의 제도가 국가기관간의 권한쟁의만을 심판대상으로 한 것과 달리, 현행제도는 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의까지 그 심판대상을 확대하고 있다.

권한쟁의심판은 “국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판”(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호)인데, 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

권한쟁의심판제도는 각 기관과 단체에게 주어진 권한을 보호함과 동시에 객관적 권한질서를 유지하여 우월한 정치권력과 다수집단이 약한 기관과 소수집단의 권한을 침해하는 것을 막아 장외정치를 막고 정치적 평화와 동화적 통합을 촉진시키는 기능을 담당한다. 또, 권한침해의 논쟁을 해결함으로써 국가의사형성에 있어서 국가권력에 정당성을 부여하는 기능을 한다.⁵⁴⁴⁾ 즉, 객관적 법질서보호기능과

544) 명재진, 국가기관간의 권한쟁의에 관한 독일의 이론과 판례, 연세법학 제5집

정치적 평화형성기능을 담당한다.

(2) 독일과의 차이

독일연방공화국의 기본법 제93조 제1항 제1호는 연방헌법재판소는 “연방최고기관, 또는 기본법이나 연방최고기관의 업무규칙에서 그 권리가 부여된 다른 관계기관의 권리와 의무의 범위에 대한 분쟁으로부터 기인하는 기본법의 해석(Auslegung dieses Grundgesetzes)에 관하여” 재판한다고 규정하고 있다.

이러한 재판이 학문상으로는 기관소송 또는 권한쟁의 등으로 불리고 있다. 이 규정에서 알 수 있듯이 독일에서 말하는 권한쟁의 또는 기관소송과 우리 헌법이 말하는 권한쟁의심판이 일치하지 않는다.⁵⁴⁵⁾ 독일의 경우 연방헌법재판소는 원칙적으로 헌법적 성질의 분쟁에 대해서만 권한쟁의심판이 가능하고, 그 밖의 비헌법적 성질의 분쟁에 대해서는 법원이 재판관할권을 갖는다. 그러나, 우리나라에서는 국가기관 또는 지방자치단체 상호간의 ‘헌법상 권한’ 뿐 아니라 ‘법률에 의해 부여받은 권한’에 관한 다툼에 관해서도 권한쟁의가 가능하다. (헌법재판소법 제61조 제2항). 때문에, 우리나라에서는 헌법재판소의 권한쟁의심판권과 법원의 행정소송관할권간의 경합 내지 충돌문제가 발생할 수 있다.⁵⁴⁶⁾

(1998. 5)

545) 이러한 평가는, 류지태·신봉기, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의, 헌법재판연구 제9권 1997, 176면 이하 참조.; 정태호, 국가기관상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서, 계획열박사화갑기념논문집 1995, 416면 이하 참조.

546) 이러한 문제발생가능성에 대해서 정재황, 헌법재판소의 권한과 일반소송, 韓·獨 국제학술대회(한국공법학회 주최, 독일 콘라드 아테나워 재단 후원)에서의 발표논문, 공법연구(한국공법학회), 제24집 제1호, 1996.6., 176면 이하 참조.

(3) 지방자치단체가 당사자인 권한쟁의심판

헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조에 따르면, 지방자치단체가 관련된 권한쟁의심판은 두 종류가 있다. 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판과 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로 나눌 수 있다.

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에 관하여 헌법재판소법은 정부와 특별시, 직할시, 도간의 권한쟁의심판과 정부와 시, 군, 자치구간의 권한쟁의심판을 들고 있다(제62조 제1항 제2호). 여기서는 국가기관의 범위를 정부에 한정하고 있는데 동조항 제1호의 국가기관의 해석과 관련하여 문제가 있을 수 있다.

지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판에 관하여 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 광역자치단체 상호간, 기초지방자치단체 상호간, 그리고 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 간의 분쟁을 그 대상으로 한다. 여기서 권한쟁의심판의 당사자는 특별시, 광역시, 도 그리고 시, 군, 자치구 등이며, 헌법재판소법 제62조 제2항에 의하여 교육·학예에 관한 사무의 경우 교육감이 당사자능력을 갖는다.

헌법재판소법에서 규정한 권한쟁의심판은 기관소송과 비교할 때 중요한 특징을 가지고 있다. 즉, 국가에 대해서는 “국가기관”을 당사자로 하고 있지만, 지방자치단체에 대해서는 “지방자치단체”를 당사자로 하고 있다. 특히, 헌법재판소법 제62조 제1항은 구체적으로 권한쟁의심판의 당사자들에 관하여 규정하면서 국가기관이외에 지방자치단체에 대해서는 특별시, 광역시, 도, 시, 군, 자치구를 구체적으로 열거하고 있다.

이에 비하여 행정소송법은 기관소송의 당사자에 관하여 “국가의 기관” 또는 “공공단체의 기관”이라고 규정하고 있다.

2. 기관소송에 관한 행정소송법과 지방자치법의 규율내용

(1) 기관소송에 관한 행정소송법의 규율내용

기관소송은 행정법이론에서 내부관계와 외부관계를 나누어 외부관계의 문제에 대해서만 행정소송의 대상으로 삼던 것에서 탈피하여, 내부관계의 문제에 대해서도 사법적 통제가 가능하도록 하는 것이 법치국가의 원리에 합치된다는 점에서 등장한 것으로 볼 수 있다.

행정소송법 제3조 제4호는 기관소송에 관하여 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송’이라고 정의하고 있다. 또, 행정소송법 제5장은 민중소송과 기관소송에 관한 장을 두고 있는데, 동법 제45조와 제46조에서 기관소송의 경우 법률의 규정에 의하여 정해진 자에 한하여 소를 제기할 수 있고, 항고소송과 당사자소송에 관한 규정을 준용할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법재판소법이 제정되면서 행정소송법 제3조 제4호에 단서를 추가하여 헌법재판소의 관장사항이 되는 소송은 기관소송에서 제외하는 것을 명문화하였다.

기관소송에 관한 행정소송법의 규정내용은 기관소송의 중요한 특징을 잘 보여주고 있다.

첫째, 기관소송은 법인이나 단체간의 소송이 아니라 기관간의 소송이다. 이 점에서 헌법재판소의 권한쟁의심판과 구별된다. 하지만, 구체적 쟁점과 관련하여서 이 구별은 그리 명확하지 않다.

둘째, 기관소송은 기관상호간 법규가 정하고 있는 권한의 존부나 그 행사의 다툼을 해결하기 위한다는 점에서 행정법규의 적정한 적용을 보장하기 위한 소송으로서 객관소송의 성격을 갖고 있다.

셋째, 기관소송은 행정소송법 제45조에서 법률의 규정에 의하여 정해진 자에 한하여 제기할 수 있도록 하여 열기주의를 취하고 있다.

하지만, 취소소송과 당사자소송은 행정소송법 제1조에서 모든 공권력의 행사나 불행사, 공법상의 권리관계 및 공법의 적용에 관한 다툼 등을 대상으로 하도록 하여 개괄주의를 취하고 있다.

넷째, 행정소송법 제3조 제4호 단서에 의하여 헌법재판소의 관장 사항이 되는 소송은 기관소송에서 제외된다.

(2) 기관소송에 관한 지방자치법의 규율내용

현행 지방자치법 제157조 제1항, 제2항에 따르면, 시·도에 대하여 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여 시·도지사가 지방자치단체의 자치사무에 대해서도 시정명령이나 처분의 취소와 정지를 명할 수 있는데, 그것을 통보받은 날로부터 15일내에 당해 지방자치단체의 장은 대법원에 제소할 수 있다. 또, 지방자치법 제157조의2 제1항, 제3항에 따르면, 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있고, 이 이행명령에 대해서는 접수한 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 집행정지결정도 신청할 수 있다.

지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 당해 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있는데, 지방의회가 재의결을 하고 그 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 당해 지방자치단체의 장은 대법원에 소를 제기할 수 있다. 주무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지

아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.(지방자치법 제159조 제 1, 3, 4항)

이와 같은 지방자치법규정들이 적용되는 분쟁은 대법원에 제소해야 하지만, 헌법상의 권한쟁의심판의 관할은 인정될 수 없는가? 즉 지방자치단체의 장이 국가기관 또는 시·도지사의 명령이나 처분에 대해 자치권침해를 이유로 기관소송이 아니라 권한쟁의심판을 제기한다면 헌법재판소는 어떻게 판단해야 하는가? 기관소송의 제기만 가능한가, 아니면 두 가지 권리구제가 모두 가능한가? 두 가지 모두 가능하다면 동일사건에 대해 내용이 다른 결정이 내려질 수 있으므로, 이를 방지하는 것이 필요하다.

3. 지방자치단체가 당사자인 권한쟁의심판과 기관소송의 관할의 구별

(1) 실정법 용어의 불명확성

우리 헌법에서 권한쟁의심판제도를 도입하였지만 그 역사가 짧고 아직까지는 분쟁사례도 그렇게 많지 않을 뿐만 아니라 이론적으로도 미해명된 주제들이 많다. 행정소송법상의 기관소송과 헌법재판소법상의 권한쟁의심판의 개념이 선형적으로 존재하는 것은 아니고 인위적으로 창출된 제도인 점을 상기한다면, 그 의미내용은 궁극적으로 실정법의 분석을 통하여 정립할 수밖에 없을 것이다.

행정소송법상 기관소송은 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서 권한의 존부 또는 그 행사의 다툼에 대한 소송’이라는 점에서, 국가기관 또는 지방자치단체 상호간의 권한의 존부나 범위를 다투는

헌법재판상의 권한쟁의심판과 그 내용이 중첩된다. 권한쟁의심판과 기관소송의 관할구별의 어려움은 용어의 불명확성에 기인한 측면도 있다.

첫째, 행정소송법 제3조 제4호가 말하는 공공단체라는 표현이 모호하다. 행정소송법은 공공단체의 개념을 정의해 두고 있지 않다. 공공단체의 개념은 결국 학설과 판례에 의해 정의될 수밖에 없을 것이다. 판례는 지방자치단체를 제외한 그 밖의 공법인의 법적 문제를 대체로 사법적인 문제로 다루고 있는 것으로 보이는데, 이러한 입장에 따르면 여기서 말하는 공공단체는 지방자치단체를 의미하는 결과가 될 것이다.⁵⁴⁷⁾

둘째, 기관상호간이라는 의미도 명백하지 않다. 국가의 기관 상호간 또는 동일 공공단체소속의 기관 상호간이 이에 해당하는 점에 대해서는 의문이 없으나, 국가기관과 공공단체의 기관 상호간 또는 상이한 공공단체소속의 기관 상호간도 이에 해당하는가는 불명확하다.

(2) 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한쟁의의 관할

1) 문제제기

헌법재판소는 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관을 국가기관으로 보고 국가기관과 지방자치단체간에 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼에 관하여 대상적격을 인정하고 있다.

즉, 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판사건(헌재 1999.7.22. 98헌라4)에서 헌법재판소는 기초지방자치단체장의 처분에 대하여 주민이 제기한 행정심판에 있어서 광역지방자치단체장(경기도지사)이 재

547) 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사(1993), 571면.

결정이 되기 때문에 광역지방자치단체장을 국가기관으로 보고 결정을 내렸다. 이 사건에서는 성남시의 고유사무인 진입도로의 도시계획사업시행자지정신청에 대한 거부처분이 문제되었는데, 국가기관으로서 재결청인 경기도지사가 행정심판법 제37조 제2항에 근거해 실시한 직접처분이 인용재결의 범위를 넘어 성남시의 권한을 침해한 것으로서 무효라고 판시했다.

지방자치법 제157조 제1항, 제2항에 따르면, 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 지방자치단체의 자치사무에 대해서도 시정명령이나 처분의 취소와 정지를 명할 수 있는데, 그것을 통보받은 날로부터 15일내에 당해 지방자치단체의 장은 대법원에 제소할 수 있다. 지방자치법의 내용으로 볼 때, 행정심판과 같은 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체 사이에 권한분쟁이 존재할 때 언제나 권한쟁의심판의 배타적 관할이 인정된다고 단정할 수 없다는 것을 알 수 있다. 보다 심층적 분석을 통해 입법자의 의사들이 조화를 이루도록 해석할 수 있는 기준이 발견되어야 한다.

성남시와 경기도간의 권한쟁의심판사건은 이 이후 기초지방자치단체와 광역자치단체, 그리고 기초자치단체와 국가간의 권한쟁의심판사건(헌재 2001. 10. 25. 2000헌라3 ; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2)에도 영향을 미친 리딩 케이스가 되고 있다. 이 보고서에서는 이 사건을 심층적으로 분석하면서 제기되는 법적 쟁점들을 분석할 것이다. 그 동안 권한쟁의심판과 기관소송의 관할에 관해 제시된 학설들도 종합하여 참고할 것이다.

2) 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판에서 제기된 법적 쟁점들

이 사건의 결정내용중 권한쟁의심판과 기관소송의 관할이 문제될

수 있는 부분을 살펴본다.

이 사건에서 경기도지사의 인용재결에도 불구하고 성남시장이 도시계획사업시행자지정처분 및 실시계획인가처분을 하지 아니하자, 인용재결의 이행신청이 있었고 재결청인 경기도지사는 성남시장에게 두차례에 걸쳐 시정명령을 하였다. 그러나, 성남시장이 이에 응하지 아니하였으므로 경기도지사는 ① 골프연습장 ② 공원구역내의 진입도로 ③ 공원구역외의 이 사건 진입도로의 세부분에 대하여 필요한 도시계획시설결정 및 변경결정 절차를 거친 다음 ① 골프연습장 ② 공원구역내의 진입도로 ③ 공원구역외의 이 사건 진입도로에 관한 도시계획사업시행자지정처분 및 실시계획인가처분을 하였다.

이에 성남시장은 경기도지사의 직접처분 중 ③부분인 공원구역외의 이 사건 진입도로에 관한 도시계획사업시행자지정처분 및 실시계획인가처분이 청구인의 권한을 침해하였다고 주장하면서 그 권한침해의 확인과 아울러 위 처분들의 무효확인을 구하는 권한쟁의심판을 청구하고 나서 이 사건 진입도로에 관한 도시계획입안의 무효확인을 구하는 취지를 추가하는 내용의 심판청구 정정신청을 하였다.

헌법재판소는 이 사건 결정문에서 “피청구인이 행한 두차례의 인용재결에서 재결의 주문에 포함된 것은 골프연습장에 관한 것뿐으로서, 이 사건 진입도로에 관한 판단은 포함되어 있지 아니함이 명백하고, 재결의 기속력의 객관적 범위는 그 재결의 주문에 포함된 법률적 판단에 한정되는 것이다. 청구인은 인용재결내용에 포함되지 아니한 이 사건 진입도로에 대한 도시계획사업시행자지정처분을 할 의무는 없으므로, 피청구인이 이 사건 진입도로에 대하여까지 청구인의 불이행을 이유로 행정심판법 제37조 제2항에 의하여 도시계획사업시행자지정처분을 한 것은 인용재결의 범위를 넘어 청구인의 권한을 침해한 것으로서, 그 처분에 중대하고도 명백한 흠이 있어 무효”라고

판단했다.

그런데, 경기도지사의 인용재결에 이어 두 차례의 시정명령이 내려졌을 때 성남시장이 헌법재판소가 아니라 대법원에 소송을 제기한다면 어떻게 될 것인가?

지방자치법 제157조제1항, 제2항에 따라 성남시장은 고유사무에 대한 경기도지사의 시정명령에 대해 대법원에 소를 제기할 수 있고, 대법원은 경기도지사의 시정명령의 위법여부를 심사할 수 있을 것이다. 또, 헌법재판소와 같은 논거로 진입도로에 대한 도시계획사업시행자지정처분을 하라는 명령을 무효라고 판단할 수도 있을 것이다.

더 나아가, 경기도지사는 진입도로의 도시계획사업시행자지정신청에 대한 성남시의 거부처분에 대한 재결이후 시정명령을 넘어서 직접 처분을 하였는데, 이 직접처분을 일종의 시정명령과 같은 것으로 보아 성남시장은 지방자치법 제157조 제2항에 따라 대법원에 제소할 수도 있고 대법원도 그것을 심리할 수 있다고 볼 수 있을 것인가?

이러한 추론 및 의문제기에서 알 수 있는 것은 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한쟁의에서 권한쟁의 심판과 기관소송간 관할의 중복이 현실적으로 존재하고 있다는 점이다. 그리고 이 두 소송간 관할의 선택은 현재로서는 성남시장과 같은 기초자치단체장이 어떤 시점에서 어떤 소송을 선택하느냐에 달려 있는 것으로 보인다.

그런데, 관할의 중복을 실제법이론에 의해 해결하지 않고 청구인의 관할선택에만 맡기는 것은 헌법재판소와 대법원의 판결의 저촉과 모순의 문제를 발생시킬 위험이 크고 양 기관간 권한다툼을 발생시킬 수도 있어서 가능한 한 회피되어야 한다.

4. 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간 권한쟁의의 관할구별을 위한 학설의 검토

(1) 실정법의 구조상 관할중복의 원인

기관소송은 비헌법적 기관분쟁에 한정되어야 하고 열거적 법정주의에 의해 제약받고 있다. 이에 따라 기관소송의 대상은 명확하다고 할 수 있다. 하지만, 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상은 입법의 내용이 상당히 불명확한데, 특히 다음의 규정들 때문에 더욱 명확한 해석을 하기가 어렵다.

첫째, 권한쟁의심판은 원칙적으로 헌법적 분쟁을 다루어야 할 것이지만 헌법재판소법 제61조 제2항은 헌법에 의해 부여받은 권한뿐만 아니라 ‘법률에 의해 부여받은 청구인의 권한’침해의 경우도 대상적격을 인정하고 있는데, 이것의 의미가 불명확하다.

둘째, 권한쟁의심판의 대상을 “국가기관상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의”(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호)라고 하고 있는데, 이로 인해 필연적으로 국가기관과 지방자치단체사이의 권한분쟁의 관할을 대법원으로 인정하고 있는 지방자치법 제157조, 제157조의2 및 제159조와 관할의 중복이 발생할 소지가 커지게 된다.

셋째, 행정소송법상 기관소송에 관한 정의규정인 ‘국가 또는 공공단체의 기관상호간’이라는 표현은 그 문언상의 의미로만 이해하면 국가의 기관, 공공단체의 기관, 지방자치단체의 기관 상호간의 분쟁이 모두 해당되도록 규정되어 있어서 대상이 매우 넓다. 하지만, 이 정의규정은 행정소송법 제45조에서 “법률의 규정에 의하여 정해진 자”가 기관소송을 제기할 수 있도록 한 열거주의규정에 의해 유명무실

해진다. 현실적으로 지방자치법에 열거되어 있는 자만이 제기할 수 있다. 이 때문에 기관소송의 정의규정인 행정소송법 제3조 제4호는 기관소송확대론자의 실정법적 근거가 되고 있고 동법 제45조와 동법 제3조 제4호 단서(헌법재판소의 관장사항제외조항)는 기관소송축소론자의 근거가 되고 있다.

넷째, 1988년 9월 1일 제정된 헌법재판소법에 맞추어 관할 등을 정비하기 위해 같은 날 추가된 행정소송법 제3조 제4호 단서는 기관소송에서 ‘헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송’을 제외하고 있지만, 지방자치법 제157조, 제157조의2 및 제159조 등의 규정에 의해 입법자 스스로 대법원에게 관할을 인정하고 있는 법적 분쟁은 헌법재판소의 관장사항으로부터 제외되는지 어떤지에 대해서는 입법자가 침묵하고 있다.

기관소송은 열거적 법정주의에 따르고 있지만, 헌법재판소의 관장사항은 일반조항의 성격을 갖는 규정으로 되어 있어서 그 규정의 해석에 있어서도 권한의 분쟁이 존재하는지 여부가 중요할 뿐 예시적 의미를 갖는다고 해석(헌재 1997.7.16. 96헌라2 국회의원과국회의장간의권한쟁의)되고 있기 때문에, 입법의 구조상 대법원이 아니라 헌법재판소의 관할확대에 의해 관할의 중복이 발생할 소지가 크다고 볼 수 있다.

국민의 기본권보장과 권한분쟁의 조속한 해결에 의해 법적 안정성을 보장하기 위해서는 헌법재판소의 권한쟁의심판과 같이 포괄적 성격의 분쟁해결기관이 필요한 점에서 실정법의 불명확성이 대법원과 헌법재판소의 관할충돌의 소지를 야기시켰다 하더라도 이러한 입법자의 태도는 비난만 할 수는 없다 할 것이다.

(2) 학설내용의 개관

1) 지금까지 나타난 헌법학자들과 행정법학자들의 주장들 중 다수설의 위치를 차지하는 견해를 요약하면 다음과 같다. 지방자치법 제 157조와 동법 제157조의2의 분쟁은 법에 명시된 대로 대법원의 관할을 인정하되 그 소송의 성격은 기관소송이 아니라 특수한 항고소송으로 이해한다. 또, 국가위임사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한분쟁에 대해 헌법재판소의 중복관할을 인정한다. 이하에서 이 견해를 보다 상세히 살펴본다.

주장 1. 다수설은 기관소송의 성격과 관련하여 기관소송을 동일한 권리주체 안에서의 소송으로서의 내부자간 소송의 성격을 가진다고 본다.⁵⁴⁸⁾

그 근거로 다음을 제시한다. 공법인의 내부관계에는 연혁적으로 사법적 통제가 미치지 않다가 기관소송이 도입되면서 통제가 가능해졌고, 국가와 지방자치단체와 같이 별개의 법인격을 가진 공법상의 법인 상호간의 외부적인 법률관계는 국가기관과 일반사인간의 법률관계와 근본적인 차이가 없으므로 기관소송이 아니라 일반행정소송을 제기하여야 하며, 행정소송법에서 기관소송에 관하여 ‘국가 또는 공공단체의 기관 상호간’이라고 규정하고 있으므로 문언상으로도 내부자간의 소송만이 인정되는 것으로 보아야 한다고 주장한다.

기관소송을 동일한 권리주체 안에서의 내부자간의 소송으로 한정할 필요가 없다는 견해도 유력하게 주장되고 있다. 행정소송법상 ‘국

548) 서원우, 지방자치단체의 사법적보장, 서울대학교 법학, 1994.10., 57쪽 이하; 김남진, 행정법 I, 863면.; 홍정선, 기관소송과 항고소송, 고시계 제47권 제4호(통권 제542호), 2002. 4., 66면. ; 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적해결, 계획열박사화갑기념논문집, 1995, 841면 이하 ; 정하중, 「지방자치단체기관 상호간의 분쟁에 관한 행정소송(하)」, 판례월보 제333호, 1998. 06). 53면. ; 이기우, 기관소송, 고시계, 1992.11, 52면 이하. ; 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구, 1991. 9, 129면,

가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서 권한의 존부 또는 그 행사의 다툼에 대한 소송'이라는 기관소송의 정의규정에는 기관소송이 하나의 공법인의 내부기관에만 국한된다는 취지가 전혀 나타나지 있지 않고, 명백히 국가도 기관소송의 당사자로 규정하여 국가기관과 기초자치단체 기관간의 권한분쟁도 기관소송으로 보더라도 범문언에 전혀 반하지 않다는 점을 근거로 내세운다.⁵⁴⁹⁾

주장 2. 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한분쟁에 대하여 지방자치단체는 대법원에 제소하는 것과는 별도로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 본다.⁵⁵⁰⁾

지방자치단체에 관한 국가의 감독처분 자체가 대부분 지방자치단체의 권한을 침해할 소지가 있는데, 이것은 국가와 지방자치단체간의 전형적인 법적 분쟁으로서 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 따른 헌법재판소의 권한쟁의심판 대상에 해당한다는 것이다.

다만, 지방자치단체가 지방자치법 제157조와 제157조의2에 따라 대법원에 제소하고 또한 헌법재판소법 제62조 제1항 제2호에 따라 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하는 경우에는, 대법원과 헌법재판소 사이에 관할충돌이 발생하게 되는 점은 문제라고 한다.

주장1과 주장2사이에 논리적인 관련성은 없고, 행정법학자들은 단

549) 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991. 12.; 이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시계(1994.8.), 102면; 한건우, 기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차, 연세법학연구 3집, 1995.11. 869면 이하; 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 재판자료 제76집, 1997, 372면 이하; 홍기태, 권한쟁의심판, 재판자료 92집, 2001, 639면 이하.

550) 다만, 권한쟁의심판과 기관소송의 관계를 검토하고 있는 헌법학자들이 드물어 이 견해가 다수설인지는 의문이다. 김문현/정재황/한수웅/음선필, 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 헌법재판소, 2005, 355면 이하는 이 입장을 취하고 있다.

지 주장1에 대해서만 입장을 밝히고 헌법학자들은 주장2에 대해서만 입장을 밝히는 경우가 보통이다. 경기도와 성남시간의 권한쟁의심판 사례에 나타난 헌법재판소의 입장은 주장2의 입장을 따른 것으로 보인다.

그렇지만 이 입장에서는 어떻게 대법원과 헌법재판소의 권한충돌을 조정하려고 하는가, 입법론이 아니라 해석론으로 기준을 제시할 수 있는가가 문제된다. 아직 명확한 기준을 제시하고 있지는 않은 것으로 보인다.

2) 소수설은 헌법재판소의 관할이 헌법적 성격의 분쟁에 한정되어야 한다는 입장에서 법률적 성격의 분쟁에까지 심판대상의 지나친 확대를 비판하고 있다.

현행 헌법재판소법상 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는 청구인의 권한은 자신의 ‘헌법상의 권한’ 뿐만 아니라 ‘법률상의 권한’도 될 수 있도록 하고 있는데, (헌법재판소법 제61조 제2항) 이것은 헌법소송으로서의 취지에 맞지 않는다는 것이다. 또한 지방자치단체가 갖는 헌법상의 자치권에 대한 침해여부이외에 법률상의 제반 권한에 대한 위반여부도 권한쟁의의 심판대상이 된다면, 행정소송상의 분쟁과 구별하기 힘들게 된다. 법개정을 통해 헌법상 권한침해여부에 대해서만 권한쟁의심판이 다루는 것으로 제한할 필요가 있다는 것이다.⁵⁵¹⁾⁵⁵²⁾

또, 권한쟁의심판이 행정소송에 대하여 보충적인 관계에 있다고 보아 행정소송으로 권리구제가 불가능한 경우에만 권한쟁의심판을 청구하도록 해야 한다고 한다.⁵⁵³⁾

551) 명제진, 권한쟁의심판에 관한 헌법재판소 주요결정들과 문제점, 고시계 제45권 제7호(통권 521호), 2000, 58면.

552) 독일의 경우에는 비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁은 행정법원법 제40조 제1항 및 제50조 제1항에 따라서 행정소송의 형태로 해결된다.

553) 이기우, 지방자치행정법, 법문사, 1991, 165면.

(3) 소결

학설들에 나타난 논쟁내용은 매우 추상적이고 일반적일 뿐만 아니라 입법론적인 것들도 있어서 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판사건에서 나타난 법적 쟁점의 해결에 직접적인 도움을 주는 것 같지는 않다.

보고자들은 권한쟁의심판과 기관소송의 관할의 중복문제는 우선 관할의 중복문제를 야기한 성남시와 경기도간의 권한쟁의사건을 보다 면밀하게 분석하는데서 그 해결점을 찾을 수 있다고 본다.

첫째, 헌법재판소는 이 결정에서 국가위임사무와 관련하여 지방자치단체는 자기의 권한이 아니기 때문에 권한을 침해당할 수 없다는 점을 분명히 했다. 따라서, 국가위임사무의 처리와 관련한 권한분쟁은 지방자치법 제157조의2에 따라 오직 주무부장과 시·도지사의 이행명령에 대해 자치단체장이 대법원에 제소하여 해결하여야 한다.

둘째, 고유사무 내지 자치사무에 대한 자치단체장의 권한이 침해될 때만 지방자치단체는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

셋째, 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판에서 심판대상은 시정명령이 아니라 경기도의 도시계획사업시행자지정처분이라는 직접처분이었다는 점에서 헌법재판소는 대법원의 관할을 지방자치법 제157조 제2항의 문언 그대로 '지방자치단체의 자치사무에 대한 시정명령이나 처분의 취소와 정지'에 한정된다고 보고 있다고 이해할 수 있을 것이다.

셋째부분의 해석이 실질적으로 가장 중요하므로 더 자세히 분석하기로 한다. 대법원은 지방자치법 제157조를 근거로 기초자치단체장의 위법한 승진임용에 대한 광역자치단체장의 시정명령과 취소처분에 대한 소송사건(대법원 1998. 7. 10. 선고 97추67)에서도 비록 원고의 청구에 따른 것이기는 하지만 소송대상을 취소처분에 한정하고 있다. 소송대상을 더 이상 확대한 판례는 보이지 않는다.

셋째부분에서 제시된 해석은 헌법재판소의 다른 사건의 이해에도 도움이 된다. 즉, 강남구청과 행정자치부장관의 권한쟁의심판사건(헌재 2001. 10. 25. 2000헌라3)에서는 행정자치부가 제정한 ‘지방공무원수당업무처리요령’이라는 행정규칙이 강남구의 자치권인 소속 지방공무원에 관하여 수당업무처리권을 침해하였는지가 문제되었는데, 헌법재판소는 대상적격을 부인하지 않고 단지 심판청구기관의 경과만을 문제삼았을 뿐이다.

이 사건에서 헌법재판소가 대상적격의 판단을 하지 않았기 때문에 대상적격을 인정하였는지는 명확하지 않다. 하지만, 행정자치부가 제정한 ‘지방공무원수당업무처리요령’에 의해 강남구의 수당지급권을 직접 침해한 것은 지방자치법 제157조 제2항의 문언 그대로 ‘지방자치단체의 자치사무에 대한 시정명령이나 처분의 취소와 정지’가 아니기 때문에 대법원의 관할사항이 될 수 없고 헌법재판소의 관할에 속한다고 보고 있다고 이해하는 것이 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판에서의 판단내용과 일치한다. 그 뒤 같은 사안의 2개의 결정(헌재 2002.10.31, 2001헌라1;헌재 2002.10.31, 2002헌라2)에서도 지방공무원에 관한 수당지급의 문제를 본안으로 하여 심리하였다. 다만, 이 결정들은 이 요령이 위임한계를 준수한 것으로 판시하였다.

주무부장관의 처분이 아니라 국회의 법률제정행위에 의해 기초자치단체의 자치사무에 관한 권한이 침해된 사건(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4. 강남구와 국회간의 권한쟁의)으로서 그 성격이 약간 다르지만, 헌법재판소는 “이 사건 법률이 시행됨으로 인해 종래 지방세에 속하던 부동산 보유세가 국세로 전환된다면, 지방자치단체가 중앙정부의 간섭을 받지 아니하고 그 재원을 조달·관리·운영하는 청구인 지방자치단체의 자치재정권이 침해될 개연성은 존재한다고 볼 수 있을 것이다. 뿐만 아니라, 지방자치단체의 중앙정부에로의 종속 가

능성 및 세수감소의 예측가능성 등도 전혀 부인할 수는 없다고 할 수 있을 것”이라고 하면서 권한침해가능성을 인정하고 나서, 헌법재판소의 관할에 속함을 전혀 의심하지 않고 있다.

이 보고서에서는 헌법재판소의 입장을 심층분석하여 도출한 위의 세 기준에 따라 대법원과 헌법재판소의 관할이 구별되는 것이 관할 중복의 문제점을 해소하고 권한분쟁에 관한 사법적 구제제도의 공백을 해결할 수 있어 적절하다고 본다.

다만, 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판사건에서는 심판청구의 당사자로서 지방자치단체가 문제되었을 뿐 지방자치단체의 기관이 문제된 것은 아니었다는 점은 주의를 요한다.

5. 지방의회와 국가 또는 광역자치단체의 장간의 권한쟁의 - 지방의회는 권한쟁의심판을 제기할 수 있는가?

지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있다.(지방자치법 제159조 제1항) 이러한 재의요구에 대하여 당해 지방의회가 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정되는데, 이 때, 지방자치단체의 장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 주무부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.(지방자치법 제159조 제3항, 제4항)

그런데, 지방의회는 의결한 내용이 위법하지 않은 경우에도 주무부장관이나 시·도지사로부터 위법하게 재의요구를 받을 수도 있는데, 지방자치법 제159조에 따를 때, 이러한 경우에도 지방의회는 적극적으로 대법원에 제소하여 위법한 재의요구를 다룰 수 있는 방법이 없다. 이 때, 지방의회는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제기할 수 있는가?

권한쟁의심판의 대상에 관하여 “국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의”(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호)라고 하고 있기 때문에, 국가기관과 달리 지방자치단체의 기관은 당사자가 될 수 없지 않은가 하는 주장도 가능하다고 생각된다. 이 점은 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한쟁의에서와 다른 부분이다.

이러한 주장에 대하여 헌법재판소법상의 권한쟁의심판제도의 당사자규정은 예시적 의미를 가질 뿐이고 권한쟁의심판제도는 권한분쟁에 관한 최종심판제도로서의 성격을 가지므로 지방의회도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만, 이에 대해서는 지방의회가 재의요구를 받은 경우 지방의회는 원안 그대로 재의결할 수 있고, 이 재의결에 대하여 주무부장관이나 시·도지사에 의해 대법원에 제소된 경우 그곳에서 자신의 주장을 전개하여 다투면 되므로, 별도의 심판제도는 불필요하다고 재반박을 할 수도 있을 것이다.

지방자치단체의 기관에 대해 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정하게 되면 권한쟁의심판제도의 관장사항은 크게 늘어날 것이다. 국가기관과 달리 지방자치단체의 기관에 대해서는 헌법과 헌법재판소법에서 적어도 명시적으로는 당사자로서 인정한 표현이 없다는 점에서 확장해석에 어려움이 있다.

하지만, 예를 들어, 지방자치법 제159조에 규정되지 않은 다른 방식으로 지방의회의 권한이 국가기관이나 다른 지방자치단체의 기관에 의해 침해된 경우 다른 구제방법이 없다. 지방자치단체의 기관은 우리 헌법재판소의 판례에 따를 때, 청구인적격도 없다.⁵⁵⁴⁾

따라서, 권한분쟁에 관한 권한쟁의심판제도의 최종심판기능을 주목하여 헌법재판소의 관할이 인정될 수 있다고 해석할 수도 있을 것이다. 보다 바람직한 것은 입법적 해결이다. 입법이 없는 경우에도 점진적으로 사법적 구제의 필요성이 절박한 경우부터 지방자치단체의 기관에 대해서도 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정해가는 것이 필요하다고 본다.

554) 헌법재판소는 “기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(受範者)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 적격이 없다”고 하고 있다. (헌재 1998.3.26. 96헌마345 전원재판부 【지방자치단체의행정기구와정원기준등에관한규정제14조제1항등위헌확인】)

제 6 장 요약 및 결론

헌법재판은 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에서 지방자치에 대한 헌법적 해석을 통하여 지방자치단체 주민의 기본권보장과 지방자치권의 헌법적 보장을 수행하여야 할 책무를 지고 있다. 지방자치제에 관한 헌법재판의 이러한 기능과 책무를 충실히 이행하기 위해서 보다 적극적인 헌법재판이 이루어질 수 있는 법리가 구축되어야 할 것이고 지방자치의 헌법적 법리도 이와 같은 방향에서 형성되고 개발되어야 할 것이다.

본 보고서연구가 수행한 주요 논점이나 내용은 다음과 같다. 먼저 제2장에서 예비적 연구로서 본 연구에서 다루어져야 할 지방자치에 관한 중요한 헌법적 쟁점들에 대한 참조자료나 시사점을 구하기 위하여, 중요 외국들, 즉 연방국가이며 영미형 국가인 미국, 연방국가이면서 대륙법계 국가인 독일, 대륙형 국가이면서 단일국가인 프랑스의 지방자치법제에 대해 각각 그 중요원리들을 살펴보았다.

제3장에서는 이 보고서에서 앞으로 다루어질 여러 논점들에 대한 지침설정을 위해서 우리 헌법상의 지방자치제도의 본질에 대해 고찰하였는데, 특히 단일국가와 연방제국가에서의 차이에 대해, 그리고 종래의 제도적 보장이론에 대해 검토를 하였다. 다음으로 지방자치단체의 폐치·분합, 지방자치단체의 구역 문제에 대해 살펴보았다. 지방자치의 본질적 실현 문제로서 중요한 문제인 지방선거에 대한 입법형성권과 주민참여의 대표적인 제도인 주민투표에 대해 살펴보았다.

제4장에서는 지방자치단체의 법규범정립권이기에 가장 중요한 권한의 하나인 지방자치단체의 조례에 대해 그 제정대상범위, 법률유보 문제, 초과조례, 추가조례 등의 문제들을 검토하였다. 지방자치단체

의 사무에 대해서는 자치사무와 위임사무의 구분 문제, 자치사무에 대한 국가의 지시·감독권의 문제 등에 대해 고찰하였다.

제5장에서는 지방자치단체의 재정과 권한쟁의의 당사자능력에 대해 살펴보았다. 지방재정의 문제로는 지방세에 대한 입법자의 형성권, 지방자치단체의 운영비용의 부담 문제 및 국가보조의 문제, 특히 최근에 논의되고 있는 종합부동산세의 위헌 여부 문제와 의무교육경비 부담 문제 등을 다루어 보았다. 이 장에서는 아울러 헌법재판절차적인 문제로서 권한쟁의심판의 청구인능력을 지방자치단체 자체 외에 지방자치단체장이나 지방의회 등 소속 기관들도 가질 수 있는가 하는 문제를 중심으로 살펴보았다.

이하에서는 위의 각 장에서의 논점들을 두고 수행된 연구결과를 요약하고 결론을 도출하고자 한다.

미국의 법이론과 판례에서 지방자치단체의 법적 지위를 둘러싸고 두 가지의 주요한 흐름이 존재해왔다.

첫째, 지방자치단체를 주의 대리인이자 도구로 보는 입장이 존재해왔다. 여기서 지방자치단체는 주에 대하여 연방헌법상의 권리를 갖지 못한다. 주민들도 연방헌법상 지방자치권을 주장하지 못한다. 그러나 주는 지방행정단위의 조직과 권한에 관한 충분한 권력을 갖는다. 이와 같이 주중심적인 접근은 미국 연방헌법체계에서 19세기이래 지배적인 입장이었으나 19세기말을 지나면서 도전받고 있다. 딜론의 원칙과 선점이론이 이 흐름과 일치한다.

둘째, 지방자치단체가 사실상 누리고 있는 자율성에 주목하여 미국의 민주정치체제에서 지방자치가 중요한 역할을 하고 있다는 믿음을 규범적으로 수용하는 입장이다. 명목상으로 지방자치단체는 주의 창조물이지만, 실제로는 주민들의 공동체가 주민들의 선호와 지방의 특

색을 살린 공공정책을 설계하고 집행할 수 있게 해주는 필수적인 정치단위라고 이해한다. 지방자치단체를 자율적이고 민주적인 정치체로 인식한다. 지방자치단체의 자율성을 보호해줄 법적 근거를 규명하고 주가 대리인으로서가 아니라 지방공동체를 구성하는 주민들의 확장된 팔로서 주민자치를 촉진시킬 수 있는 데 관심을 집중한다. 20세기에 들어와서 도입되기 시작한 이후 이제 미국의 대부분의 주들에서 주헌법과 법률 등에 근거를 두고 정착되어 있는 홈원칙은 이 두 번째 흐름을 반영하고 있다.

20세기 이후 연방제국가인 미국에서 딜론의 원칙보다는 지방자치단체에게 광범위한 자치권을 인정하는 홈원칙을 대부분의 주들이 채택하면서 딜론의 원칙의 적용영역은 줄어들고 있다. 하지만, 주법의 엄격한 유보와 우위를 강조하는 딜론의 원칙은 한국에서 지방자치단체의 법적 지위를 이해하고 구체적인 사례들을 해결하기 위해 귀중한 정보를 전달해준다.

우리 지방자치의 발전을 위해 주목해야 할 부분은 주민의 공공복지(general welfare)에 관한 사무에 대해 광범위한 자치권을 승인하고 있다는 점, 주법률의 유보와 우위의 한계의 판단과 관련하여 명시적 위임뿐만 아니라 묵시적 위임의 경우를 인정하고 그 해석기법을 발전시켜오고 있는 점, 묵시적 선점여부를 판단하기 위해 무규제의 의미를 경우를 나누어 해석하고 있다는 점, 주광역적 사무가 아니라 지방사무에 대해서는 주법에 의해 금지되지 않는 한 광범위한 자율권이 승인되고 있는 점 등이다. 구체적 판례를 분석하여 이해하면 더 귀중한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 본다.

독일의 주민에 의한 현대적 자치행정의 기원은 1808년 슈타인의 프로이센 자치도시 규범이었다. 지역 내의 주민과 민주적 협동을 통

한 행정과 “밑으로부터의” 그리고 “내부로부터의” 자치행정을 구현하고 있었으며, 1919년 바이마르제국헌법에서는 제127조에서 게마인테와 게마인테조합에게 “법률의 제한내에서의 자치권”을 보장하였고 이에 대한 Schmitt의 해석과 그를 따른 판결에 따라 이 조항은 결코 법적인 내용이 없는 프로그램이 아니라 오히려 지방자치권을 헌법이 보장해야 한다는 제도적 보장으로 인정하게 되었다. 세계 제2차대전 이후 전체주의국가적 성격을 희석시키기 위하여 독일내에 주둔국 고유의 지방자치를 자신의 영내에 도입시키려는 노력을 하였다. 유럽연합에의 참가로, 지방자치단체의 결정자유는 급격하게 축소되었다.

독일은 연방국가로서의 지방자치를 추구하기 때문에, 기본법 제28조에서는 민주질서의 확보를 위해 지방자치단체에 일반, 직접, 자유 그리고 비밀선거에 의해 선출한 의회를 두어야 할 것을 규정하고 있고, “법률의 범위 내”와 “법률의 근거에 따라 주어지는 법적인 사무영역의 범위 내에서”라는 구분에 의해 기초지방자치단체인 Gemeinde의 개괄적인 전권한성과 상급지방자치단체인 Gemeindeverbände의 보충적 역할을 명시하고 있다. 기본법제정 이후 지방자치조항은 유럽연합의 국적을 가진 지역주민들에게 선거권을 부여한 것과 지방자치단체재정을 보장하는 내용을 명문화한 것이다. 지방자치는 주와의 관계가 중요한 것으로 연방과의 관계는 많이 언급되고 있지 않다.

지방자치단체의 사무결정의 자유는 그러나 국가의 수많은 법률들에 의하여 축소될 수 밖에 없다. 크라이스들의 자치사무에 있어서 민주적 자치와 권한적인 상대화사이의 모순이 명백히 드러나는데, 크라이스에게는 자치행정권이 법령에 따라서만 인정될 수 있고, 그들에게는 아무런 고유의 사무가 주어지지 않았기 때문이다. 범지역적이고 지방자치단체의 보충 또는 보완사무로서의 크라이스의 사무들을 표현하는 것은 아무런 정확한 정의를 내렸다고 볼 수 없다.

게마인테들과 크라이스들의 자주성은 시간에 따라 분권화된 지역적인 자치행정으로서 보다 지역적-광역적(örtlich-regionale)인 행정이익을 위해 유럽전역으로 지향된 책임을 질 수 있는 자주적인 지역으로 해체될 수 밖에 없다.

대표적인 중앙집권적 행정제도의 전통을 가진 프랑스는 헌법 제1조에서 단일국가의 불가분성과 지방분권을 선언하고 있다. 따라서 프랑스에서의 지방자치의 의미는 연방국가에서와는 달리 지방자치단체들이 자율적으로 행정을 하나 스스로 통치하지는 않는다는 점에서 우리의 지방자치 현실과 상당한 유사성을 보이고 있다.

분권화된 지방자치단체가 행사하는 자치권은 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분 이전에 선결해서 논의되는 정책적이고 역사적인 배경을 전제로 한다. 프랑스에서는 코뮌으로 대표되는 자치공동체의 전통과 1789년 대혁명 이후의 중앙정부의 집권정책과 지방의 분권정책이 부침(浮沈)을 반복하면서 1958년 제5공화국 헌법이래로 지방자치단체의 자유로운 행정이 헌법적으로 보장되는 것으로 귀결하고 있다.

그리하여 최근 2003년 3월 28일의 헌법개정은 지방자치와 지방분권의 헌법화를 강화하는, 지방분권개혁의 제2막이라고 일컬어지는 중요한 변화였다. 2003년 개정헌법이 의 중요한 내용을 살펴보면, 지방자치단체가 자신의 사무에 있어서 법규명령제정권을 가짐을 헌법 자체에서 명시하였고, 보충성의 원칙과 실험법제도를 헌법이 규정하여 자치권의 확대가능성을 넓혔고 재정에 있어서의 자율권을 가짐을 헌법에서 명시하고 있으며 자치단체간의 차별금지와 결속을 위한 균등화(péréquation)의 입법조치를 새로이 규정하고 있다. 또한 주민참여의 강화로서 청원제도, 주민투표제를 헌법규정화하였다.

프랑스에서의 지방자치의 보장은 지방자치단체의 자유로운 행정

(libre administration)으로 표현된다. 프랑스와 같이 지방분권에 터잡은 헌법이 보장하는 지방자치의 의의는 국가와 구별되는 공법인인 지방자치단체가 지방의 고유한 이익에 관한 지방사무(affaires locales)에 관한 규범제정권을 자유로이 행사할 수 있음을 의미한다. 그렇지만 이러한 자유로운 행정은 전통적으로 존재해왔던 단일국가에서의 법령체계의 통일성과 행정법원의 적법성 통제 하에서 이루어지며 헌법은 국가의 일반행정기관으로서 중간 지방자치단체인 데파르트망에 파견되는 국가대표인 프레페(préfet)에게 국가이익 수호의 기능을 부여하고 있다.

프랑스는 유럽의 확대에 따라 지방의 다양성을 증대시킬 수 있는 국가조직체계의 변화를 인정하면서, 이러한 지방분권화의 헌법상의 요청을 법률을 통해 국가의 개혁(réforme de l'Etat)의 과제로 추진하고 있다.

지방분권은 단일국가에서의 수직적 권력배분(권력분립)으로 볼 수 있으며 이탈리아나 에스파니아와 같은 지역국가(地域國家·État régional)와 같이 지역공동체가 자주적 입법권을 행사하도록 헌법에서 정당성을 부여하고 있는 경우도 있으나 프랑스와 같은 단일국가에서의 지방분권은 주권의 불가분성과 입법권의 국가독점을 전제로 하는 점에서 차이가 있다. 프랑스 헌법규정에서 코뮌, 데파르트망, 레지옹이라는 지방자치단체를 두면서 지방민주주의를 창설하지만 대표자로 선출된 지방의회의원(élus)의 매개체를 통해 자유로이 의사결정을 내리다는 것은 행정차원에서만 가능한 것이지 국가적 입법이나 사법차원에 대한 것은 아니라는 점이다. 그렇지만 지방민주주의의 존재는 정치적 민주주의를 수반하며 이러한 요청이 더 직접적인 주민의 의사참여의 기회를 확대하고 있다는 점에 주목해야 한다. 헌법 제72-1조는 지방자치단체의 선거권자들이 청원권의 행사에 의해 당해 지방자치단체

의 권한에 속하는 문제를 당해 지방자치단체의 의회의 의사일정에 등록할 것을 요구할 수 있는 요건들을 정한다고 규정하여 청원권의 행사를 헌법 자체에 직접 규정하고 있다. 그리고 주민이 대의제를 전제로 하는 지방자치 헌법시스템 안에서 지방자치단체의 의사결정에 직접적으로 참여할 수 있도록 보장하는 제도인 주민투표에 대한 구속적인 의결적 주민투표를 인정하였다. 헌법 제72조 제2항은 지방자치단체는 그들 차원에서 가장 잘 실행될 수 있는 총체적 권한들에 관한 결정을 할 권한을 가진다고 규정하여 지방차원에서의 사무는 당해 지방자치단체가 그 지방에서 가장 적절히 잘 수행할 수 있도록 하고 그리하여 당해 지방자치단체가 주도적으로 그러한 권한을 일반적으로 행사하고 사무를 수행하도록 하는 것을 원칙적으로 하고 국가는 그러한 수행이 어려울 때 개입하게 되는 것을 의미하여 이른바 ‘보충성의 원칙’을 설정하고 있다.

그리고 우리에게 지방자치권의 확대가능성에 관하여 시사점을 주는 것으로 프랑스헌법 제72조 제4항에 도입된 실험법제도가 있다. 지방자치단체는 실험적으로 기존의 법률이나 법규명령의 규정을 배제하여 이 규정들과는 다르게 실험적으로 권한을 행사할 수 있다. 즉 실험적으로 지방자치단체로 하여금 그들의 권한행사를 규율하는 법률규정들 또는 명령규정들과는 달리 권한을 정할 수 있게 허용하고 있다. 실험제의 실시는 법률이나 법규명령으로 이를 규정함으로써 하는데 프랑스헌법 제37-1조는 법률과 법규명령은 하나의 목적을 위하여 그리고 한정된 기간에 실험적 성격의 규정들을 포함할 수 있다고 규정하여 그 근거를 마련하고 있다. 중앙정부와 지방자치단체간의 권한과 재원의 배분에 관해서서 국가의 행정상 후견뿐만 아니라 지방자치단체간의 권한행사를 둘러싼 일체의 후견을 금지하고, 재정적 지원을 수반한 권한의 이양과 함께 지방자치단체간의 균등(péréquation)

의 촉진이라는 과제가 헌법에 명시적으로 규정되었다.

우리나라는 단일국가이면서도 지방자치단체에 관하여 헌법에서 규정하여 지방자치를 헌법적으로 보장하고 헌법재판소가 지방자치단체를 보호하기 위해 헌법을 해석적용할 권한을 갖는다. 또, 자치단체장과 지방의회의원을 주민투표로 선출하여 지방자치단체의 정치적 정당성을 보장하고 있다.

하지만, 지방자치의 역사가 짧은 우리나라에서는 헌법이 법률을 지도할 수 있는 독자적 기준이 되고 있지 못하다. 헌법이 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있는 것의 의미는 어디에 있는가, 헌법은 지방자치권을 언제, 어떤 범위에서 인정하고 있는가, 헌법은 지방자치단체에게 어떤 권력을 주고 있는가, 헌법은 국가 등의 개입으로부터 지방자치단체를 어디까지 보호하는가 등의 문제에 답을 주지 못하고 있다. 한국의 헌법해석에 있어 아직까지는 지방자치영역에 대하여 법률의 제정에 한계를 가하는 규정을 찾아 적용하고 있지는 못하다.

우리 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 하지만, 주민의 복리에 관한 사무라는 것은 너무 막연해서 각 자치단체의 핵심적 사무의 한계를 판단하기 어렵다. 법률과 법규명령이 규율할 수 있는 한계로서 기능하지도 못하고 있다.

오히려 지방자치법 제15조 단서, “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”는 규정(일본 지방자치법에는 없는 규정임)은 헌법 제37조 제2항의 법률유보조항과 관련하여 국가의 입법사항과 자치법규로 규정할 사항을 구분하는 핵심적 근거로 작용하고 있다. 주민의 복리에 관한 사무는 주민의 권리의무에 영향을 미칠 사무일 것이기 때문에 헌법상의

기준은 지방자치법에 의해 형해화되고 있다고 볼 수 있을 것이다. 이것은 현재 한국의 자치법규에서 대부분의 중요한 조례는 위임조례임을 보아도 알 수 있다. 지방자치단체에 대한 입법자의 규율내용을 지도할 보다 실질적인 기준이 헌법으로부터 도출되지 않으면 안된다.

“최소보장”, “핵심영역의 보장” 등으로 불리우는 제도적 보장이론은 입법자와의 관계에서 헌법이 지방자치에 관하여 최소골격을 유지시킨다는 점에서는 여전히 현대적 의미를 갖는다는 점에서는 비판이 없는 실정이다. 하지만, 글로벌 경제에서 규모의 경제를 배경으로 하는 집권의 논리와 지역사회의 다양성과 정치민주화를 배경으로 하는 분권의 논리간의 갈등과 충돌의 상황에서 헌법이 입법자에게 지방자치를 통해 헌법의 가치를 최적으로 실현시키도록 하는 규범력을 갖도록 하는데 제도적 보장론은 무력하다. 이 때문에 제도적 보장이론의 소극성과 무력성에 대한 비판이 독일은 물론 우리나라에서 붓물을 이루듯 쏟아져 나오고 있다.

입헌주의적 지방자치론(constitutional localism ; local constitutionalism)은 미국연방헌법에서 명시적으로 지방자치단체(local government)에 관해 규정하지 않은 결과 지방자치의 발전에 문제가 있음을 인정하고 헌법의 해석(특히, 수정헌법 제10조 the Tenth Amendment)을 통해 지방자치의 근거를 발견하여 지방자치단체와 주민의 자율영역을 보호하려는 입장이다.

지방자치를 지도할 헌법의 근본정신을 단지 헌법 제8장에서만 발견하려는 태도는 잘못된 것이라고 생각한다. 보다 근본적으로 헌법의 본문규정들을 지도하는 정신과 원칙을 헌법전문에서 찾아야 한다. 지방자치와 관련하여 입법, 행정, 사법을 지도하는 지도이념을 헌법전문에서 명시적으로 찾기는 어렵지만, 헌법전문에서 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”라고 한 부분은

우리나라에서 지방자치의 제도화가 나아가야 할 방향을 시사하고 있다고 해석된다. “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서”의 추구는 입헌주의적 지방자치를 위한 헌법의 지도정신이자 원칙이므로 우리 헌법은 제117조와 제118조의 해석에 있어서도 이 지도정신과 원칙은 존중되어야 한다.

헌법은 제117조와 제118조에서 지방자치단체의 주민복리에 관한 사무처리권, 재산관리권, 그리고 자치입법권을 보장하며 지방자치단체에 의회를 두도록 규정하고 있는데, 입법자가 이에 관해 규율할 수 있다 하더라도 그 입법은 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서”의 추구원칙을 침해하지 않는 것이어야 한다. 주민의 복리 개념이 막연하다고 이해하여 지도개념으로서 전혀 기능하지 못한 상황에서 법률의 우위와 법률의 유보는 지켜져야 한다는 형식적인 해석만으로는 ‘입법자의 독재’를 막아낼 수 없다.

지방자치에 있어 우리 사회가 대륙법계의 전통을 따르고 있어 단체자치 중심적이라고 이해되어 왔다. 지방자치단체를 국가중심주의적 관점에서 단지 지방행정단위로만 이해하는 것이 문제가 있다 하더라도, 지방자치단체장과 지방의회는 주민들의 의사를 대표하는 자로서 대의제 민주주의의 관점에서 한국의 지방자치제도가 단체자치의 측면을 가지고 있다는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다.

하지만, 헌법 제117조와 제118조에서 나타난 주민은 원자화되거나 추상화된 개인들이 아니라 “각각의 공동체에서 함께 살고 있는 사람들”을 의미하므로 주민자치적 요소도 중요한 부분을 차지하고 있다. 이 때문에 최근 우리나라에서도 주민투표법, 주민소환법, 주민소송제 등이 도입되어 지방자치에 있어 주민의 법적 지위의 강화에 노력했다.

헌법학에서 기본권과 국가기관, 기본권과 지방자치단체의 관계는

기본권이 목적이요 국가기관과 지방자치단체는 기본권의 보호와 실현을 위한 수단으로서 기능한다고 이해되고 있다. 즉, 지방자치단체는 주민들의 기본권의 보호와 실현을 위한 수단으로서 위치를 갖고 있다고 이해하는 것이 지방자치에 대한 헌법적 보호 및 평가에 있어 출발점이 되어야 한다. 때문에 헌법적 관점에서는 주민자치는 지방자치단체의 권한강화보다 훨씬 더 중요한 가치를 가진다고 할 수 있을 것이다. 이러한 입장에서 헌법은 지방분권을 통해 지방자치단체가 보다 근거리에서 신속하게 주민들의 기본권실현욕구를 충족시켜주기를 기대하고 있다. 또 헌법은 지방자치의 보장에 있어 행정분권과 함께 주민자치의 강화를 요구하고 있다.

지방자치단체의 권한과 이에 대응하는 지방자치단체의 책임(responsabilité)이 미치는 공간적 범위인 구역은 지방자치단체의 정체성(正體性·l'identité)을 결정한다.

지방자치단체는 자신의 구역 안에서 공적인 의사결정 책임을 지고 그 지역에 고유한 행정사무를 처리하기 때문에 구역은 하나의 행정적인 지리적 구분을 의미한다. 중앙으로부터 독립적이지는 않지만 구별되어 고유한 이익에 대한 자치결정권을 전제로 하는(지방) 분권화된 공법인인 지방자치단체의 구역은 규모를 달리하는 각각의 지방자치단체의 구역으로 나누어지고 중복된다. 그리고 자치권을 가진 각각의 지방자치단체는 일정한 국가영토의 일부공간이 이웃 지방자치단체를 배제하는 자신에게 속하는 공간으로 간주하기 때문에 배타성을 내포하며 다른 지방자치단체와의 공유를 인정하지 않는다. 따라서 배타성을 가지는 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분이며 또한 기초자치단체와 광역단위의 자치단체 및 국가의 물리적 공간이 중복된다는 점에서 논쟁의 여지를 가지고 있다. 따

라서 지방자치단체의 구역에 관한 헌법재판은 추상적인 단일국가 - 연방국가의 이론적 분석보다는 좀 더 구체적인 문제에 대한 각국의 문제해결방식에 대한 비교법제적 분석이 더 의미를 가진다고 할 수 있다.

한편 기술한 바와 같이 지방자치단체의 구역은 일정부분 배타성을 내포하기 때문에 다른 지방자치단체와의 공유를 인정하지 않는다. 따라서 배타성을 가지는 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분이며 또한 기초자치단체와 광역단위의 자치단체 및 국가의 물리적 공간이 중복된다는 점에서 지방자치단체간의 경계선의 확정은 논쟁의 여지를 가지고 있다. 구역의 확정에 관한 원칙에 대한 결론을 내리기는 어렵지만 각 지방자치단체의 구역의 외부경계들이 서로 일치되도록 구성되어야 한다는 것에 대해 일반적으로 받아들여지고 있다. 그리고 연안지역의 지방자치단체의 경우에는 영해와 해상의 공유수면을 구역에 포함할 수 있다. 우리 헌법재판소도 지방자치단체의 자치권이 미치는 관할구역의 범위에는 바다가 포함되므로 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한을 인정하고 있다(헌재 2004.9.23. 2000헌라2).

한편 지방자치단체들 간에 경계구역을 둘러싼 분쟁이 발생할 수 있다. 지방자치단체의 구역의 경계다툼이 발생하는 이유는 주로 과세 문제, 철도관리의 관할 문제 등에 있어서 각종 관리권한의 귀속을 결정해야 하는 문제가 발생하기 때문이다.

지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 인식에 있어 본질적 부분 이면서 기초자치단체와 광역단위의 자치단체나 국가의 물리적 공간이 중복된다는 점에서 논쟁의 여지를 가지고 있다. 그중에서도 지방자치단체의 해상구역(territoire maritime)은 지방자치단체의 내륙의 구역이 바다에 연장되는 경우에 수반되는 법적인 문제로서 헌법

재판소는 당진군(충청남도)이 평택시(경기도)와 평택시장을 상대로 제기한 권한쟁의 심판(2000헌라2)과 전라남도의 울촌 산업단지 조성에 따라 새로이 생겨난 미소속 토지의 관할권한에 관련된 광양시(원고)의 순천시에 대한 권한쟁의심판(2003헌라1)결정에서 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 자치권을 행사사하는 장소적 범위이며 공유수면인 바다에 대해 지방자치단체의 자치권한을 인정하고 있다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1결정).

과연 헌법재판소가 지방자치단체의 구역획정에 대해 직접 나설 필요가 있는가 하는 의문점도 없지 않으나, 헌법상 보장받는 지방자치단체의 자치권의 침해가 구역설정과 관련되어 있고 달리 법률에 의한 해결방법이 존재하지 않고 있다면 행정관습법과 보충적으로 지도상의 경계선을 통한 경계설정의 기준을 제시하고 있다는 점에 의미를 부여할 수는 있다고 본다.

한편 명칭권은 지방자치단체는 역사적으로 오늘날까지 전래된 지역의 명칭을 사용할 주관적·공법적 권리를 의미한다. 독일의 경우는 명칭권보호의 내용은 방해제거권(Beseitigungsanspruch)와 부작위 청구권(Unterlassungsanspruch)이다. 즉, 게마인데는 단지 그들이 사용하는 이름이 올바르게 사용될 수 있을 것만을 요구할 수 있을 뿐이지 적극적으로 이름을 사용하도록 할 청구권은 존재하지 않는다.

행정의 효율성, 급부력을 향상을 목적으로 한 외국의 구역개편노력은 주민에 가까운 행정을 희생해야 하는 것이기 때문에, 사전에 주민의 의견을 들어 공공복리를 위해서만 법률로써 정하도록 하고 있다. 이는 사법심사의 대상이 되며, 이 때 특히 독일의 경우에는 사전청문의 의미, 공공복리에 대한 사법심사의 기준을 명백히 제시하고 있다.

지방자치단체는 자의가 아니라 법률에 의해서만 해산되거나 구역이 변경될 수 있다. 독일 기본법은 지방자치제도를 제도적으로 보장하지만, 지방자치단체의 폐치·분합과 관련하여 연방헌법재판소는 기본법 제93조 제1항 4b와 지방자치단체의 존속을 위한 재정적인 지원보장이라는 조항에 근거하여 지방자치단체의 제한된 개인적인 법주체성보장(beschränkt individuelle Rechtssubjektsgarantie)이 도출된다고 인정하였다.

우리 헌법재판소는 지방자치단체의 폐치·분합에 있어서의 절차요건에 대해 지방자치법이 개정되기 전에 내린 결정(경기도남양주시등 33개도농복합형태의시설치등에관한법률에 대한 헌법소원심판결정)에서는 주민의 의견을 개진할 수 있는 기회인 주민의견조사 정도로도 적법한 절차를 거친 것으로 보았다. 이후 지방자치법이 주민투표를 통해 지방자치단체의 폐치·분합에 대한 의견개진을 한 경우 지방의회의 의견을 필요로 하지 않으며, 이 주민투표의 결과가 입법에 있어 구속력을 갖지 않는다는 취지로 개정이 된 후에는 헌법재판소결정은 단순히 그 절차만을 확인하는 듯한 경향을 보여주고 있다. 주민투표의 결과가 법적으로는 입법자를 구속하지 않을 수는 있겠으나, 주민투표의 결과를 무시할 경우 입법자는 그 입법의 정당성확보를 입증하여야 할 것이다. 이것이 문제가 될 경우에 헌법재판소는 단순히 주민투표가 있었고, 주민투표법에 의해 그것이 단순히 양케이트적 성격만을 가지고 있다고 판시하는데는 부족함이 있다.

구역개편과 관련된 헌법재판심사에 있어서 가장 중요한 것은 공공복리와 사전의 해당 지방자치단체의 청문(Anhörung)의 절차이지만, 개편에 있어서 기준설정이 제대로 되었는지 등 그 실질에 관한 심사가 헌법재판에서 중요하며, 그 기준을 제시할 경우 지방자치단체 및 법률을 제정하는 입법자는 그 폐치·분합에 대해 좀 더 신중을 기하

게 될 것이다. 독일의 헌법재판소판례를 통해서 드러난 것처럼 헌법재판소는 그 공공복리와 지방자치단체의 존속보장, 지역고권 등을 비교형량하여야 한다. 이 경우 어떠한 목표, 이상 및 기준에 따라 분권적 행정집행의 수준을 형성할 것인가는 입법자에게 유보되어 있지만, 입법자는 신뢰할 수 있는 동기에서 전형적인 자치행정의 상을 고려하여야 하며 관련 지방자치단체의 사전의 청문을 행한 이후 그리고 오직 공공복리에 근거해서 제반이익을 엄격하게 형량한 후에 이를 결정하여야 한다. 이 경우 당해 조치는 내용상 과잉금지원칙의 침해여부에 근거해서 통제될 수 있다. 즉 지방자치단체의 존속에 대한 침해가 명백히 의도된 목적의 달성에 적절한지의 여부 및 법률이 자의적인 고려와 차별로부터 자유로운지의 여부가 심사되어야 한다.

헌법재판소는 선거제도의 설정에 있어서의 입법형성권은 넓게 인정하고 있다. 지방의원총정수와 관련하여 외국의 입법례를 살펴보면, 인구구간별로 지방의회의 의원수를 정하도록 하고 있고, 독일의 경우는 인구최저수가 5000명, 일본의 경우는 2000명을 기준으로 하는 기초의회의 최저의원수를 20인, 12인으로 정하고 있다. 이를 지방의원 1인당 담당인구수로 나누어본다면, 프랑스의 경우 지방의원 1인당 주민 수는 116명, 독일은 250명, 우리나라는 개정 전 기초의회의원 1인의 담당인구가 1만 3900명인데, 공직선거법개정으로 의원수가 약 20%가 줄어들어 의원당 인구는 더 늘어나게 되었다는 사실을 살펴볼 때, 민주적 정당성과 행정의 효율성간의 비교형량이 필요하리라 할 것이다.

지방선거에서 보장하는 것은 주민의 의사를 제대로 전달할 수 있는 것이다. 중앙의 간섭이나 상급자치단체의 간섭이 되도록 없는 상태에서 자신들의 일을 스스로 결정하고 책임을 지려면, 적절한 수의

대표가 확보되어야 하고, 이를 결정하는 것도 자신들이어야 한다. 따라서, 왜곡을 줄이기 위해 외국의 경우, 의원들이 명예직이기 때문에 많은 수가 인정될 수 있다고는 하지만, 지방자치의 주민대표성은 가장 중요한 내용이다. 그렇기 때문에 법률에서 투표가치의 평등을 고려하여 주민수별로 구간을 정한다면, 이러한 불만들이 없어질 것이며, 중선거구제를 채택한 입법자의 의도가 단서조항에 의하여 왜곡되게 운영이 되어서는 안 될 것이다.

국회의원선거의 개편과 관련해서도 논의가 되어오던 중선거구제를 기초의회에 도입하여 지역색을 타파하고, 소수자들도 대표하는 의회를 만들어보겠다는 취지였지만, 공직선거법이 예외적으로만 4인 선거구를 분할할 수 있도록 하였음에도 모든 선거구를 분할하도록 기준을 세워 확정안을 마련한 것은 ‘나눠먹기식 선거구 획정’이라는 지적이 제기되었다. 이처럼 당사자가 아닌 시·도의회에 의해서 기초의회의 선거구가 분할되도록 한 것은 입법자의 의도를 왜곡시킨 것은 아닌지, 이에 대해 입법자와 헌법재판소가 침묵을 지켜야 하는지에 대해서는 의문이 든다.

프랑스의 경우 2003년 3월의 헌법개정을 통해 헌법 자체에 주민투표에 관한 근거규정을 두고 있을 뿐만 아니라 그 효력도 강화되어 중요한 진전을 가져왔다. 우리의 주민투표법은 주민투표의 대상에 대하여 조례법정주의를 취하고 있다(동법 제7조제1항). 이와 관련하여 지방자치단체는 조례로서 주민투표법에서 금지하고 있는 사항을 주민투표의 대상으로 할 수 없지만 각 지방자치단체가 처한 사정에 따라 합리적인 이유가 있는 때에는 금지대상을 추가하는 것은 가능하다고 할 것이다. 조례의 제정·개정도 주민투표의 대상이 될 수 있다고 할 것인 바, 조례제정·개폐의 청구를 주민투표법상 주민투표의

청구요건을 갖추어 주민투표로 결정할 수도 있다. 한편 지방자치단체에 대한 감독의 수단으로 중앙행정기관 또는 상급자치단체의 승인이 필요한 사항에 대해서 주민투표가 청구된 경우 승인절차이행요구 또는 승인사항의 추진여부에 관한 사항만이 주민투표대상에 해당한다. 이 경우 감독기관의 승인 여부는 재량이므로 주민투표의 결과가 감독기관에 구속력을 미치는 것은 아니다.

지방자치단체의 장이나 지방의회가 스스로 결정하거나 의결할 수 있는 주민투표 금지대상에 대하여 이들 기관이 직권으로 주민투표에 부의할 수 있는지가 문제될 수 있다. 법률에서 규정하고 있는 주민투표의 금지사항 중 법령에 위반되거나 재중 중인 사항과 주민투표가 실시된 후 2년이 경과하지 아니한 사항은 주민투표 청구권자 누구에 의해서도 주민투표가 청구·발의될 수 없는 것은 물론이다. 그 밖의 금지사항에 대해서는 주민간의 견해가 첨예하게 대립하는 경우 최종적인 결정권한을 가진 지방자치단체의 장이나 지방의회가 자신의 결정권한의 행사를 스스로 주민투표의 방식에 의해 갈음하는 것을 절대적으로 금지할 이유는 없다고 본다. 따라서 이에 대한 결정권한이 있는 지방자치단체의 장이나 지방의회에 의해서는 주민투표가 발의될 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 한편 주민이나 지방자치단체가 자기의 구역 안에서 실시되는 국책사업에 관하여 법적 구속력이 없는 자문적 주민투표를 실시하는 것이 주민투표법상 허용될 수 있는가 하는 문제될 수 있다. 독일의 연방헌법재판소는 지방자치단체의 고권적 견해표명 역시 국가권력의 행사이며 이 경우 주민은 기관의 자격에서 고권의 영역에서 행동하는 것이기 때문에 지방자치단체의 사무가 아닌 국가사무에 대한 자문적 주민투표의 실시도 허용되지 않는다고 한다. 그러나 주민직접참여제도에 매우 소극적인 독일 연방헌법재판소의 판결을 한국이 수용할 필요는 없다. 주민이 자

기의 생활에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 국책사업에 대하여 주민투표의 형식으로 집단적인 의사를 형성하는 비구속적인 주민투표의 실시는 인간의 존엄성과 행복추구권 및 기본권의 불가침성을 규정한 헌법 제10조, 헌법 제10조 행복추구권에 나오는 포괄적 자유권인 일반적 행동의 자유권, 헌법 제21조에서 보장되는 표현의 자유, 헌법 제26조의 청원권에 근거한 기본권의 행사로서 보장될 수 있는 것이다.

조례제정권의 범위와 한계는 지방자치제도의 헌법상의 가치를 결정하는 문제이다. 종래 법률과의 관계에서 조례의 제정가능성을 크게 제약한 법률선점이론은 의회법률의 절대적 우위원리는 급변하는 사회에서 지배원리로서 적절하게 작동하지 못하는 내재적 한계와 민주적 정당성을 가진 지방의회의 자율적 규율이 국가 전체의 국민의 의사인 법령에 적극적으로 반하지 않는 한 구체적 사실관계에서 더욱 적절할 수 있다는 논리에 의하여 그 경직성을 완화하여 수정되고 있다. 수정된 법률선점이론에 의할 경우 법령과 규제목적도 같고 규제대상도 같지만 규제의 내용만 법령의 기준을 초과하여 보다 엄격하게 규제하는 초과조례나 법령과 동일한 목적으로 규제하되, 법령과는 다른 대상으로 규율범위를 확대하는 추가조례가 허용될 수 있다. 이와 같이 수정된 법률선점이론에 의할 경우 법령 규정과는 상이한 규율목적이나 지방의 특수성을 고려한 규율가능성이 제시되는 경우 법령과의 저촉문제는 발생하지 않기 때문에 조례제정권의 범위는 크게 확대된다. 한편 지방자치법 제17조는 기초지방자치단체조례의 일반적 한계로써 광역지방자치단체조례 우선의 원칙을 규정하고 있다. 그러나 기초지방자치단체와 광역지방자치단체는 상하관계에 있는 것이 아니라 대등한 관계에 있는 것이며 또한 그 사무도 비경합적으로 구

분된다는 점에서 이 규정을 기초지방자치단체의 일반적 한계규정으로 해석하는 것은 타당하지 않다. 이 규정은 단지 위임사무에 대한 통제 조례와 관련하여 의미가 있을 뿐이다.

현재 조례제정권의 한계에 있어 가장 쟁점이 되는 것은 지방자치법 제15조의 단서와 관련하여 조례의 경우에도 법률유보의 원칙이 적용되는가 하는 점이다. 조례와 법률은 민주적 정당성에도 차이가 있는 동시에 헌법상 보장된 조례제정권이 법률유보의 본질적 의미를 배제하는 것은 아니기 때문에 지방자치의 영역에서는 국가의회의 입법기능이 포기되어야 한다는 결론은 도출되지 않는다. 따라서 조례가 국민의 자유를 제한하거나 의무를 부과하는 내용을 규율하는 때에도 역시 법률상의 수권이 필요한 것이며 법률유보의 원칙을 선언한 지방자치법 제15조의 단서는 헌법위반이라고 할 것은 아니다. 다만 조례가 가지는 민주적 정당성의 결과 일반 법규명령과는 달리 포괄적 수권도 무방하며 우리 판례도 이러한 입장에서 관련규정을 포괄적으로 판단하거나 목적론적으로 해석하여 위임의 법적 근거를 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다. 그러나 조례에 대한 법률유보의 원칙과 관련하여 판례가 반드시 일관된 입장에 있는 것은 아니다. 일부 판례의 경우 조례의 본질에 대한 이해없이 형식적인 차원에서 법률유보의 문제를 판단하여 조례제정의 가능성을 축소하는 경향을 보이기도 한다. 조례에 대한 법률유보원칙의 적용과 관련하여 이론상 대립이 있고 이에 대한 판례의 정립이 중요한 의미를 가진다는 점에서 지방자치의 헌법적 관점에서 이 문제에 대하여 보다 정치하고 구체적으로 접근할 필요가 있을 것이다.

한편 조례제정권의 사항적 한계와 관련하여 기관위임사무에 대한 조례의 규율가능성을 일률적으로 부인하는 판례는 재고의 여지가 없지 않다. 조례제정권과 지방자치단체의 사무가 반드시 포괄적으로 결

연될 필요는 없다. 기관위임사무 그 자체와 그 처리결과 및 집행과정을 집행과정 및 그 처리결과를 분리하여 후자를 자치사무로 보고 이에 대해서는 조례의 규율대상으로 할 수 있는 것이다. 이와 같은 논리는 일본의 경우 이미 판례에 의하여 수용되고 있으며 독일의 경우 기관위임사무의 처리와 관련한 조직고권·인사고권·재정고권은 지방자치단체의 자기책임성의 요소로 포섭되고 있다는 점은 기관위임사무에 대한 조례제정권과 관련하여 시사를 제공한다. 또한 자치사무에 관한 것이라 할지라도 집행기관과 지방의회의 권한분리·배분원칙에 따라 지방자치단체의 장의 집행권한을 본질적으로 침해하는 조례는 위법이라고 할 것이나 조례가 당해 지방자치단체의 특수한 사정을 고려하여 민주적 정당성을 가지고 제정되는 입법이라는 점에서 조례의 제정가능성 자체는 가능하면 넓게 인정되어야 한다. 이러한 점에서 법령상의 위임근거가 없다는 이유만으로 기관위임을 받은 단체장에 대한 권한행사의 제약이 법령에 없는 새로운 견제장치로서 법치행정의 관점에서 허용될 수 없는 것인지는 의문이다.

그리고 별칙에 관한 사항과 조례제정권과 관련하여 사법에 관한 사항은 전국적 통일을 요하는 국가사무로서 법률로써 규정하는 것이 죄형법정주의의 원칙상 타당하다. 그러나 구 지방자치법 제20조에서와 같이 별칙의 최고 한도를 법률로써 규정하고 그 한도의 범위 안에서 지방자치단체로 하여금 조례로 별칙을 정할 수 있도록 하는 것이 반드시 헌법에 위반되는 것으로는 판단되지 않는다. 이는 지방의회가 직접적인 민주적 정당성을 확보하고 있다는 점과 법규명령에 대한 별칙의 위임도 법률이 그의 상한을 두고 있는 경우라면 허용되는 것으로 보는 것이 지배적인 학설의 입장이자 헌법재판소와 대법원의 입장이기도 하다는 점에 비추어 그러하다. 일본의 최고재판소는 이러한 논거에서 조례에 의한 형벌의 규율범위를 규정하고 있는 일본 지

방자치법 제14조 제3항의 규정을 죄형법정주의에 반하지 않는 것으로 본다.

헌법상 지방자치단체의 사무배분의 원칙으로 포괄성·일반성의 원칙, 보충성의 원칙 내지 기초지방자치단체 우선의 실체적 사무배분의 원칙이 있다. 자치사무와 위임사무의 경계획정은 일차적으로 자치사무의 개념과 범위가 문제된다. 독일의 연방헌법재판소는 라스테테판결(BVerfGE 79, 127)에서 자치사무 내지 지역공동체사무의 개념을 재정립하였다. 이에 의할 경우 지방자치단체가 당해 사무를 자기책임적이며 자주적으로 처리할 수 있을 것이라는 행정력과 급부력에 관한 종래의 제한적 요소는 더 이상 요구되지 않는다. 지방자치단체의 행정력과 급부력은 많은 경우 재정적 공급에 의존하게 되며 이러한 경우 국가는 재정적 배분을 통해 지방자치단체의 사무범위를 조정할 수 있기 때문이다. 양적 한계와 질적 한계는 명확히 구분되어야 한다. 지방자치단체가 상응한 재정이 있는 경우 처리할 수 있는 사무는 지역사무에서 제외되어서는 아니 된다.

국가는 행정력이나 급부능력의 부족을 이유로 지방자치단체에게 지역사무를 배분하지 않거나 또는 당해 업무를 상급단체로 이전할 수 없으며 국가는 필요한 행정력을 재정수단의 배분을 통해 보장해야 한다. 또한 경제성·절약성과 같은 이유에서 행정간소화나 관할의 집중을 목적으로 하는 사무의 이전 역시 법적으로 정당화되지 않는다. 이러한 사무이전의 한계는 지방자치행정에 있어 경제적 효율성의 형량에 대해 지역공동체사무의 처리에 대한 주민참여라는 정치적 민주주의적 기능과 분권적 사무배분에 우월적 법적 가치를 부여한다는 점에서 중요한 의의가 있다. 그럼에도 불구하고 국가사무와 지방사무의 구분이 항상 명확한 것은 아니다. 어떤 사무가 지역공동체사무인

가 또한 어디까지 지역공동체사무인가에 대해 입법자에게 판단의 여지가 된다. 그러나 입법자의 판단은 질서에 적합한 사무수행의 요청에 따른 객관적 기준에 따라 이루어져야 한다. 이 점에 있어 헌법 제 117조 제1항의 “주민의 공공복리에 관한 사무”는 단순한 준칙규정이 아니라 조치규범으로서 규범적 구속력이 있는 것이며 주민의 공공복리에 관한 사무라는 불확정범개념에 비추어 대체가능성의 심사라는 엄격한 심사밀도가 요청된다.

국가는 그의 사무를 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 할 수 있다. 기관위임사무의 가장 전형적인 인식기준으로 중앙행정기관의 장의 권한으로 규정된 것은 모두 국가사무로 처리하겠다는 입법자의 의지로 볼 것이기 때문에 이들 사무가 시·도지사나 시장·군수·구청장에게 위임된 사무는 기관위임사무라고 할 것이다. 또한 법령에서 곧 바로 시·도지사나 시장·군수·구청장의 권한으로 규정된 사무 중에서도 성질상 지방자치단체의 사무·권능이 될 수 없다고 이해되는 것은 기관위임사무로 볼 것이다. 이러한 사항으로는 전 국가의 차원에서 획일적인 제도에 의하는 것이 바람직한 것으로 판단되는 사무, 사법질서의 형성 등에 관한 사항, 형사범의 창설 등에 관한 사항, 기타 대상이 되는 사항이 하나의 지방자치단체의 이해에 그치는 것이 아니라 전국민의 이해와 관련이 있거나 또는 규제의 영향이 미치는 범위가 하나의 지방자치단체의 범위를 넘어 전국에 걸치는 것 등을 들 수 있다. 한편 일본의 경우 기관위임사무를 폐지하면서 국가적 관여가 필요한 사무에 대해서는 법정수탁사무로 전환하였는바, 당시의 법정수탁사무의 징표도 한국에 있어 기관위임사무의 인식기준으로 참조될 수 있을 것이다.

이와 같이 자치사무와 기관위임사무의 구분은 권한쟁의심판의 허용성과 관련해서 중요한 의미가 있다. 헌법재판소는 자치사무에 대해

서만 권한쟁의심판을 인정하고 기관위임사무에 대해서는 권한쟁의심판을 불허하고 있다. 기관위임사무에 대하여 권한쟁의심판을 인정하지 않는 것은 계층적 행정구조에 속해 있는 기관은 관할권 또는 조직권리가 인정될 수 없다고 보는 것에 그 이유가 있는 것으로 생각된다. 그러나 이와 같은 헌법재판소의 판례는 개선될 필요가 있다. 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장은 형식논리상으로는 국가기관이지만 민주적 정당성을 직접 확보하고 있는 지방자치단체의 대의기관으로서 자기의 명의로 책임으로 기관위임사무를 처리한다는 점에서 위임기관과 대등한 지위를 유지·관철할 수 있도록 조직권리를 인정하는 것이 헌법상 보장된 지방자치제도의 취지에 부합한다고 할 것이다. 따라서 권한쟁의의 쟁점이 지방자치제도의 헌법상을 결정하는 헌법의 해석과 같은 실질적인 헌법상 분쟁의 성격이 있거나 또는 다른 적절한 분쟁해결수단이 없는 때에는 권한분쟁에 관한 최종심판제도로서의 성격을 갖는 헌법재판소에 의한 권한쟁의심판을 허용하는 것이 타당할 것으로 본다. 이와 관련하여 지방자치단체의 기관이 권한쟁의심판의 청구인이 될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있지만 권한쟁의심판의 대상규정을 예시적 규정으로 이해하는 한 지방자치단체의 장에게 권한쟁의심판의 청구인능력(적격)을 인정할 수 있을 것이다.

지방자치단체의 자치사무의 권한은 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는데 법문상의 주민복지에 관한 사무는 상당히 추상적이고 전자가 처리하는 사무를 모두 포함하기에 적절한 개념인가에 대한 검토가 필요하다. 오늘날의 복지국가에서 중요한 비중을 차지하고 지방사무가 종국적으로 주민의 복지를 위한 것이긴 하지만 이 규정으로 국가사무와 지방자치단체의 사무를 구분하는 기준이 되기는 힘들

며 지방분권(décentralisation territoriale) 뿐 만 아니라 지방자치 단체의 자유로운 행정(libre administration)의 헌법적 보장을 대폭 강조한 2003년 프랑스 개정헌법의 경우도 마찬가지라고 판단된다. 우리의 경우 지방자치단체의 주민복지사무에 대한 자치규정제정권에 대해서만 헌법이 언급하고 있어 지방자치단체의 자치사무에 관한 자유로운 의사결정의 범위와 그 판단기준에 대한 다양한 논의가 가능 하지만 이를 입법자에게 맡겨두었기 때문에 그 범위나 판단기준에 대한 이론적 접근이 필요하다고 본다. 지방자치단체의 사무가 일반적이고 포괄적인지 아니면 열거적(énumératif)인지를 두고 프랑스에서도 논의가 있었다.

일반조항(포괄)설은 지방자치단체가 일반적이고 포괄적인 권한을 지닌다는 입장으로서 지방분권이라는 정신에 입각하면 지방자치단체의 권한에 한계를 두어서는 안된다는 입장이다. 이에 비해 전문성원칙(principe de spécialité)에 기반을 둔 열거설은 지방자치단체의 사무가 한정적이라고 보는 입장으로서 국가로부터 지방자치단체로의 권한이양이 지방분권화로 이루어지고 실제 이루어져 왔는데 만약 지방자치단체가 포괄적 권한을 가진다면 권한이 주어져 있는데 어떻게 이양이 운위될 수 있겠는가 반문하면서 이러한 권한이양을 설명할 수 없다는 논거를 든다. 그리고 이러한 지방자치단체의 권한에 대한 두 원칙의 교정원칙(principe correctif)으로 앞서 검토한 보충성원칙(principe de subsidiarité)을 고려해 볼 수 있다.

우리의 경우 국가와 지방자치단체의 관계는 지방분권(décentralisation territoriale)이라는 수직적 권력분립 원칙의 인식보다는 1948년 제헌헌법에서 지방자치를 규정함으로써 제기된 지방자치의 헌법적 보장의 의미를 파악하는 과정에서 부수적으로 등장했다고 할 수 있다. 따라서 지방자치보장의 헌법적 인식에 따른 국가로부터 독립적이지

는 않지만 법적으로 구별되는 지방자치단체라는 공법인 사이의 관계를 정하는 법률규정을 통해 등장했다. 우리 실정법상 국가와 지방자치단체의 권한배분이라는 용어는 ‘사무배분의 기준’ 형식으로 지방자치법의 일반원칙에 관한 제10조 제3항에서 지방자치단체별 사무배분의 기준에서 등장한다. 권한배분에 관한 1983년의 법률의 명칭과 유사하게 우리법률 제10조 제3항은 국가와 지방자치단체간의 권한배분이 아닌 지방자치단체별(광역과 기초) 사무 처리와 관련해서 경합을 금지하고 사무의 경합하는 경우에는 기초자치단체의 우선적 처리를 명백히 밝히고 있다.

지방자치단체가 공공의 이익인 고유한 이익을 위한 주민복지에 관한 사무를 처리한다는 점은 헌법상 직접적인 근거를 가지고 있다. 다만 지방자치단체가 처리하는 사무가 보충성원칙에 충실하게 주민에게 가장 기초적이고 가까운 보편적인 공공서비스에 관한 고유한 사무 외에도 법령에 의해 일정한 사무를 처리하고 있으며 이를 단체위임사무라 한다. 국가의 권한은 지방자치단체가 행사할 수 없는 지방자치단체권한의 한계를 이루는 것임은 물론이다. 국방, 외교, 재판에 관한 권한은 국가의 권한으로서 우리 지방자치법은 권한배분에 관한 기본원칙으로서 레갈리양 사무에 대한 국가의 전속적 권한을 인정한다. 그럼에도 불구하고 국가사무와 지방자치단체사무의 구분이나 지방자치단체들 간의 사무의 구분이 항상 명확한 것은 아니다.

한편 지방자치단체가 처리하는 자치사무도 국가의 지도와 감독으로부터 자유로운 것은 아니며 적법성의 통제를 받는다. 우리의 자치사무는 계서적 감독과 행정상 후견감독을 받게 된다. 전자의 경우 상급행정기관이 자신의 지휘 하에 있는 기관 내지 소속 공무원이 가지는 권한에 대한 모든 권리의 총합을 의미한다. 반면 후자의 경우 지방분권의 속성상 법률규정에서 규정하고 있어야만 가능하며 피후견

기관인 지방자치단체의 의사의 존중을 전제로 한다.

지방자치단체가 재정적 독자성을 상실할 경우에는 헌법상 보장된 지방자치제도의 공동화가 초래된다. 지방자치단체에 대한 자주재정권의 보장은 헌법에서 보장된 지방자치권의 내용을 이룬다고 할 것이지만 자주재정권의 구체적 내용은 다른 고권과 마찬가지로 입법자에 의한 형성과 구체화를 필요로 한다. 그러나 국가의 법령이 현행 지방세법에서 보는 것과 같이 지방자치단체의 자주과세권의 행사영역을 거의 제로상태로까지 제약하는 것은 국가 전체의 공익을 위하여 불가피한 것이 아닌 한 헌법이 보장하고 있는 지방자치권의 본질 부분에 대한 침해라고 할 것이다. 이는 곧 법령으로 지방자치권의 행사영역을 제약시키는 데 있어서 고려해야 할 내재적 한계를 넘어서는 것을 의미한다.

한편 한국 헌법은 지방자치단체의 재정의 보장에 관해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 독일의 경우 기본법 제28조제2항제3문의 도입을 통해 지방자치행정의 보장은 재정적 자기책임의 기초를 보장하고 있다. 이와 관련하여 지방자치의 보장이 최소한의 재정확보에 대한 보장을 포함하고 있는가의 여부가 문제되고 있다. 이에 대해 연방헌법재판소는 최근까지 그 판단을 유보하고 있지만 학설의 일반적 견해는 기본법 제28조제2항은 국가에 대한 지방자치단체의 적정한 재정교부청구권을 보장하는 것으로 보며 연방헌법재판소와는 달리 주헌법재판소 역시 이를 긍정하고 있을 뿐만 아니라 바덴-뷔르템베르크주 헌법 제73조, 메클렌부르크-포르폼메른주 헌법 제73조, 노르트라인-베스트팔렌주 헌법 제79조 등과 같이 많은 주의 헌법에는 주의 재정교부의무가 명시적으로 규정되어 있다. 지방자치단체가 자신의 고유한 자치사무를 수행하거나 또는 새로운 사무에 착수할 수 있는

충분한 재정적 수단을 갖지 못한다면 지방자치행정의 헌법적 보장은 단순한 선언에 지나지 않게 될 것이다. 이러한 의미에서 우리 헌법 제117조제2항의 지방자치의 헌법적 보장은 지방자치권으로 국가에 대한 지방자치단체의 재정교부청구권을 보장하고 있다고 할 것이다.

지방자치단체의 운영비용의 대부분을 구성하는 것은 인건비, 청사 관리비, 사업추진비 등인데, 2005년과 2006년의 국회입법을 통해서 그간 국가에서 부담해왔던 지방선거비용과 지방의회의원의 유급화로 인한 재정부담이 현재 우리나라의 열악한 지방자치단체의 재정력과 상호간의 재정력차이로 인해 많은 논란이 있다. 왜냐하면 한정된 재원속에서 이 모든 것을 지급하려면 지방자치단체의 복지사업 등을 축소될 수 밖에 없기 때문이다.

지방자치법과 지방재정법에 따르면 지방자치단체사무의 성격에 따라 비용부담주체를 달리하고 있다. 자치사무의 경우는 지방자치단체가 전액을 부담하고, 단체위임사무 혹은 기관위임사무일 경우에는 국가가 보조하거나, 전액을 부담하도록 규정하고 있다.

지방선거에 드는 비용은 첫째, 선전벽보의 첩부 및 철거의 비용, 선거공보의 발송비용과 우편요금, 책자형 소형인쇄물과 전단형 소형 인쇄물의 발송비용과 우편요금, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 개최비용, 투표참관인 및 부재자투표참관인의 수당과 식비, 개표참관인의 수당과 식비와 같은 일반선거비용은 국가와 지방자치단체가 지도록 되어 있다. 둘째는 당선된 후보자 또는 유효투표 중 일정표 이상을 얻은 후보자들에게 중앙선거위원회가 정한 범위내의 선거비용을 보전해주는 비용이다.

지방자치선거가 국가사무라는 의견도 있지만, 이는 지방자치의 존립을 위한 지방자치사무로 보는 것이 옳다. 다만, 입법자가 선거공영

제를 강화하기 위하여 선거보전비용을 이렇게 확대하였을 때는 국가 차원에서 국민들이 직접 정치에 참여하여 봉사할 수 있도록 하는 취지가 있었을 것이다. 또한 지방자치단체의 재정력으로 보아 4년에 한 번씩 그런 비용을 예산에 편성할 수도 없는 실정이다. 이는 지방자치단체의 재정력을 파괴할 수도 있는 행위이기 때문에, 선거를 통해서 민주주의가 보장되지만, 비용부담으로 인해 지방자치제도의 보장이 위협받을 수 있게 된다면, 이에 관해서는 입법자의 형성의 자유에 제한을 가하여야 할 것이다.

우리나라 지방의회의원의 유급화는 이미 점진적으로 진행되어왔다. 구 지방자치법 제32조는 지방의회의원은 명예직으로 하되 일비와 여비를 지급할 수 있다고 규정하였고, 법개정을 통해 일비 대신 회기수당으로, 회기수당에서 이제는 월정수당으로 지급체계가 변화되었다. 이와는 별도로 지방의회의원에게 직무수행을 위한 의정활동비가 지급되고 있다. 2006년 지방의원이 연간 받는 액수를 살펴보면, 시도 의원은 의정활동비와 회기수당을 합쳐 연간 3,120만원, 시군구위원의 경우는 연간 2,120만원을 받는다고 한다(행정자치부, 보도자료, 2006.2.1.).

지방의회 의원들에 대한 의정비 지급과정의 투명성을 높이기 위해 지역주민들로 구성된 의정비심의위원회가 월정수당 등 의정비 지급 기준을 결정할 때 공청회, 주민의견 조사 등을 의무적으로 거치도록 하고 있다. 또한 지방자치법이 규정하는 지방자치단체장과 지방의회 의원에 대한 감사청구권과 주민소환제를 통해 지방의회의원의 급여 지급으로 인하여 지방재정이 파탄되지 않도록 심사할 수단이 존재하므로 지방선거비용과는 달리 지방의회의원의 급여를 지방자치단체가 부담하는 것이 옳다고 보여진다.

단순한 토지와 사람이 거주하고 있는 주택은 기본권으로서 보호강도가 다를 수밖에 없다. 주택은 인간의 행복추구에 있어 필수적인 것이고 의식주로 표현되었듯이 인간의 생존권의 핵심적 요소이다. 다만, 이러한 보호의 필요성은 좀 더 엄밀하게 제한적으로 살펴보면 1가구가 현실적으로 거주하고 있는 주택에 한정하여 인정할 수 있다. 1가구가 실제로 거주에 이용하지 않는 주택을 포함하여 2주택을 가지고 있을 때 그 여부의 주택에 대한 보호의 필요성과 정당성은 더 약하다고 보아야 한다. 우리 소득세법상 고급주택을 제외한 1세대 1주택의 양도행위에 대하여 양도소득세를 비과세하는 것도 이 때문이다. 더구나, 1가구가 다수의 주택을 투기적 목적으로 소유하는 경우에 개인의 담세능력에 따른 과세부과는 허용되는 것이고 공평과세의 원칙에도 부합한다고 볼 수 있을 것이다.

따라서, 1가구 1주택에 대한 규제나 조세의 과도여부는 엄격하게 심사되어야 한다. 한 세대가 소유하여 거주하고 있는 주택에 대하여 도입된 강력한 세제나 규제는 특별한 정당화사유가 입증되지 않는 이상 위헌성이 상당하다고 볼 수 있을 것이다.

지방재정의 자치권은 지방자치단체들이 스스로의 노력으로 획득한 재원에 의해 그들의 살림을 꾸려가는 것에 있고, 이것이 보장될 때 지방자치단체들은 재정운용의 효율성을 높이고 지역경제의 발전을 통해 지방세수를 증대시키려는 유인을 강하게 갖게 된다. 종합부동산세와 같이 국세로 하게 되면 그것을 결국 국가가 재배분한다고 하여도 상당한 도덕적 해이가 발생할 우려도 있다. 현재와 같이 지방자치단체가 집행하는 예산중 2/3를 국가가 교부지원해서는 지역의 발전이 국가의 의사에 좌우되어 지방자치권을 보장하여 지방자치단체와 주민들이 다양한 특색을 갖는 지역사회를 책임있게 발전시키는 것이 국가발전의 최적의 길이라는 헌법제정자들의 기획의도를 침해하게

된다. 이 점에서 국세로서의 종합부동산세는 위헌의 여지를 어느 정도 가지고 있지 않나 의문이 든다.

우리 지방자치의 특징 중 하나는 교육과 학예의 별도의 자치행정 기관을 두고 있다는 점을 들 수 있다. 1963년 이래로 일반행정 체계와 분리되어 운영되어 왔고 1990년대의 지방자치 실시 이후에도 변화 없이 유지되고 있다. 우리 헌법상의 지방자치를 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분을 의미하는 지방분권을 전제로 한 지방자치로 이해한다면 결국 지방교육자치의 본질도 이들 양자간의 권한과 책임의 배분이라고 보아야 할 것이다. 따라서 헌법재판소가, 헌법 제31조 제2항과 제3항의 문언들로부터 직접 의무교육경비를 중앙정부로서의 국가가 부담하는 것으로 귀결지을 수 없다고 내린 결론은 타당하다고 본다. 그러나 헌법재판소가 지방교육자치의 본질에 대해 언급하고 있지 않은 점은 아쉬움을 남기고 있다.

물론 헌법재판소도 본안판단에서 지방교육자치에 대해 ①민주주의, ②지방자치, ③교육자치 라는 헌법적 가치를 부여하고 있지만 실제 우리 현실에서 논의되는 지방교육자치에 관한 논의를 염두에 둔 접근이 있어야 한다고 본다. 헌법이 법률에 위임하고 있는 교육재정의 부담을 누가 하고 어떤 방법으로 그 재원을 확보할 것인가는 지방교육자치의 본질에 대한 논의가 선행되어야 할 것이고, 그 다음에 입법자에게 부여된 교육활동을 지원하기 위하여 국가가 공공단체가 필요한 재원을 확보·배분·지원·지출·평가하는 일련의 경제활동에 대한 입법자의 입법형성권의 행사가 있어야 한다.

지방재정법 제5조에 따르면 지방자치단체의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분된다. 교육비 특별회계는 지방자치단체의 다른 특별회계와는 성격이 다르기 때문에 일반회계와 교육비특별회계의 자금이

동은 엄격하게 법률에 규정되어 운용되어 왔다. 지방자치단체의 일반 회계로부터 교육비특별회계로 전입되는 전입금제도중 국세재원을 지방세 재원으로 단순 이전함에 따라 도입된 단순이전도입금은 국가가 관할하던 교육재원을 지방자치단체로 단순이전하는 과정에서 도입된 전입금으로 지방교육세 전입금이 이에 해당한다. 연간 5조원에 해당하는 지방교육세 수입액은 일단 지방자치단체의 일반회계에 편성된 후 다시 교육비특별회계로 전입되는 지방교육세 전입금제도가 도입됨으로서 지방자치단체의 일반회계로부터의 전입금은 대폭 늘게 되었다. 2001년 말 초등교육법 시행령 및 지방교육재정교부금법을 개정하여 2002년부터 2004년까지 연차적으로 시 지역 중학교까지의 무교육을 실시하기로 함에 따라 새로이 의무교육을 실시하게 된 중학교 교원의 봉급전입금 부담을 둘러싸고 국가와 지방자치단체간의 갈등이 나타났다. 지방자치단체로서는 큰 규모의 재원을 부담하면서도 지방교육에 대한 권한이 없다는 불만을 드러냈다.

헌법재판소는 2005년 12월 30일 의무교육경비를 교부금과 지방자치단체의 전입금으로 충당하도록 규정한 지방교육재정교부금법 제11조 제1항 등이 교육재정을 형성함에 있어 의무교육을 받을 권리를 골고루 실질적으로 보장하라는 헌법의 위임취지에 반하지 않는다고 합헌결정을 하였다(헌재 2005.12.22. 2004헌라3결정). 헌법재판소는 교육제도와 교육재정제도의 형성에 관하여 헌법이 직접 규정한 사항 외에는 입법자에게 위임하고 있으므로, 입법자는 중앙정부와 지방정부의 재정상황, 의무교육의 수준 등의 여러 가지 요소와 사정을 감안하여 교육 및 교육재정의 충실을 위한 여러 정책적 방안들을 구상하고 그 중의 하나를 선택할 수 있으므로 이에 관한 입법자의 정책적 판단·선택권은 넓게 인정된다고 판시하였다. 그러나 이러한 판시의 취지가 단순히 국가가 지방자치단체에게 재정부담을 넘기는 입법

도 가능하다는 주장의 논거로 작용될 수는 없다고 본다.

헌법재판소가 밝히는 바와 같이 헌법은 제31조 제4항과 제117조 제1항을 통해 지방교육자치를 헌법이 보장한다고 해석해야 한다. 우리 헌법상의 지방자치를 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분을 의미하는 지방분권을 전제로 한 지방자치로 이해한다면 결국 지방교육자치의 본질도 이들 양자간의 권한과 책임의 배분이라고 보아야 할 것이다. 따라서 헌법재판소가, 헌법 제31조 제2항과 제3항의 문언들로부터 직접 의무교육경비를 중앙정부로서의 국가가 부담하는 것으로 귀결지을 수 없다는 결론은 타당하다고 본다. 그러나 논증상 헌법재판소가 지방교육자치의 본질적 차원에서의 검토를 충분히 다했는지에 대해서는 아쉬움이 없지 않다. 지방자치단체에 대한 중등교육재정의 부담의 전가를 위한 지방교육재정교부금법 개정에서 불거진 서울특별시의 불만은 지방자치권의 전통적 설명방식인 재정자치권의 헌법적 보장에 관한 총론적 문제인식 보다는 지방분권을 전제로 한 지방자치에서 나타날 수 있는 지방자치단체간의 평등권과 재정분권화 과정에서의 형평성 확보를 위해 보충성원칙의 적극적 기능 혹은 통일성 관점에서의 국가의 역할을 법률로서 구체화시킬 경우에 헌법적으로 정당화될 수 있는가 하는 점에서 검토가 되어야 한다. 다시 말하면 중학교 교원봉급전입금을 시·도세 총액전입금에 통합한 것이 전혀 지방자치단체가 부담해오지 않던 의무교육경비를 새로이 부담(책임의 부담)하는 것이 아니라 그동안 지방자치단체가 담당했던 의무교육에 관한 사업을 국가로 이전하는 특이한 형태의 권한(사무)이양에 해당될 수 있으므로 특별히 지방자치단체의 자주재정권을 침해했다고는 보기 어렵다는 지적도 가능하다. 서울특별시의 주장은 오히려 비정상적으로 재정자립도가 열악한 기타 다른 지방자치단체들과의 재정자치권의 실질적 평등을 위한 입법자의 균형조치

(péréquation)의 정당성의 빌미를 제공할 역공의 기회를 제공한다고 생각한다.

국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간 권한쟁의사건과 관련하여 권한쟁의심판과 기관소송의 관할의 중복문제는 우선 관할의 중복문제와 관련된 리딩케이스인 성남시와 경기도간의 권한쟁의사건을 보다 면밀하게 분석하는데서 그 해결점을 찾을 수 있다. 그 결과 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관이 피청구인이 된 경우는 다음의 원칙에 따라 해석할 때 관할중복을 피할 수 있다고 본다.

첫째, 헌법재판소는 이 결정에서 국가위임사무와 관련하여 지방자치단체는 자기의 권한이 아니기 때문에 권한을 침해당할 수 없다는 점을 분명히 했다. 따라서, 국가위임사무의 처리와 관련한 권한분쟁은 지방자치법 제157조의2에 따라 오직 주무부장관과 시·도지사의 이행명령에 대해 자치단체장이 대법원에 제소하여 해결하여야 한다.

둘째, 고유사무 내지 자치사무에 대한 자치단체장의 권한이 침해될 때만 지방자치단체는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

셋째, 성남시와 경기도간의 권한쟁의심판에서 심판대상은 시정명령이 아니라 경기도의 도시계획사업시행자지정처분이라는 직접처분이었다는 점에서 헌법재판소는 대법원의 관할을 지방자치법 제157조 제2항의 문언 그대로 ‘지방자치단체의 자치사무에 대한 시정명령이나 처분의 취소와 정지’에 한정된다고 보고 있다고 이해할 수 있을 것이다.

자치사무를 처리하는 지방자치단체의 기관이 청구인으로서 권한쟁의심판을 청구할 수 있는가? 지방의회는 의결한 내용이 위법하지 않은 경우에도 주무부장관이나 시·도지사로부터 위법하게 재의요구를

받을 수도 있는데, 지방자치법 제159조에 따를 때, 이러한 경우에도 지방의회는 적극적으로 대법원에 제소하여 위법한 재의요구를 다룰 수 있는 방법이 없다. 이 때, 지방의회는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 제기할 수 있는가?

권한쟁의심판의 대상에 관하여 “국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간의 권한쟁의”(헌법 제111조 제1항 제4호, 헌법재판소법 제2조 제4호)라고 하고 있기 때문에, 국가기관과 달리 지방자치단체의 기관은 당사자가 될 수 없지 않은가 하는 주장도 가능하다고 생각된다. 이 점은 국가사무를 처리하는 지방자치단체의 기관과 기초자치단체간의 권한쟁의에서와 다른 부분이다.

이러한 주장에 대하여 헌법재판소법상의 권한쟁의심판제도의 당사자에 관한 규정은 예시적 의미를 가질 뿐이고 권한쟁의심판제도는 권한분쟁에 관한 최종심판제도로서의 성격을 가지므로 지방의회도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만, 이에 대해서는 지방의회가 재의요구를 받은 경우 지방의회는 원안 그대로 재의결할 수 있고, 이 재의결에 대하여 주무부장관이나 시·도지사에 의해 대법원에 제소된 경우 그곳에서 자신의 주장을 전개하여 다투면 되므로, 별도의 심판제도는 불필요하다고 재반박을 할 수도 있을 것이다.

지방자치단체의 기관에 대해 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정하게 되면 권한쟁의심판제도의 관장사항은 크게 늘어날 것이다. 국가기관과 달리 지방자치단체의 기관에 대해서는 헌법과 헌법재판소법에서 적어도 명시적으로는 당사자로서 인정한 표현이 없다는 점에서 확장해석에 어려움이 있다.

하지만, 예를 들어, 지방자치법 제159조에 규정되지 않은 다른 방식으로 지방의회의 권한이 국가기관이나 다른 지방자치단체의 기관

에 의해 침해된 경우 다른 구제방법이 없다. 권한분쟁에 관한 권한쟁의심판제도의 최종심판기능을 주목하여 헌법재판소의 관할이 인정될 수 있다고 해석할 수도 있을 것이다. 보다 바람직한 것은 입법적 해결이다. 입법이 없는 경우에도 점진적으로 사법적 구제의 필요성이 절박한 경우부터 지방자치단체의 기관에 대해서도 권한쟁의심판의 당사자능력을 인정해가는 것이 필요하다고 본다.

【참 고 문 헌】

▶ 한국문헌

강재규, 공유수면 매립지의 귀속문제, 공법학연구 제4권 제1호, 2002.

구병삭, “조례제정과 벌칙규정”, 법률신문 제2054호, 1991. 8. 22.

국회사무처 법제실, 지방재정관련법령의 법제정비방안, 2004. 10.

권영성, 헌법학원론, 법문사 2001.

금창호, 지방의원의 유급직화와 정수조정의 함수관계, 지방자치 1994.

김남진, 조례제정의 법적 문제:조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 법제연구 제9호. 1995.

김남진/김연태, 행정법 I, 법문사, 2006.

김동건, 주민투표제도의 의의와 문제점, 지방자치법연구 제6권 제1호, 2006. 6.

김동희, 행정법Ⅱ, 박영사 2005.

김명길, 지방자치에 있어 직접민주제, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 9.

김명룡, 지방세관련법제의 개선방향: 지방자치단체의 자주과세권을 중심으로, 한국법제연구원, 2000. 11.

김명연, 지방자치권의 사법적 보장에 관한 연구, 공법연구 제32집 제3호, 2004. 2.

김명연, 지방자치행정의 제도적 보장의 의의와 내용, 공법연구 제32집 제5호, 2004. 6.

김문현/정재황/한수웅/음선필, 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 헌법재판소, 2005.

김성수, 토지공개념과 종합부동산세의 도입에 대한 공법적 검토, 지방자치법연구 제4권 1호, 2004. 6.

김수진, 독일과 한국의 지방의사결정과정에서의 주민참여제도, 공법연

- 구 제30집 제3호, 2002. 2.
- 김수진, 지방의회의 위법한 의결에 대한 지방자치단체장의 재의요구, 공법연구 제30집 제5호, 2002. 6
- 김순태, 조례상의 형벌규정과 죄형법정주의, 입법조사연구 제234호, 1995. 8.
- 김영구(당진군과 평택시간의 권한쟁의심판에 관한 참고인 진술), 헌법재판소 자료집 제11집, 헌법재판소, 2005.
- 김영식/최희선, 교육제도발전론, 성원사, 1988.
- 김용진, 지방자치법해석의 몇가지 문제점, 법제 제475호, 1997. 7.
- 김원주, 지방자치단체의 자치입법제정권, 공법연구 제18집, 1990.
- 김진욱, 일본의 지방자치 연구 (Ⅱ) 합병특례법, 지방자치, 2002. 12..
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
- 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2006.
- 김춘환, 법률과 조례의 관계, 토지공법연구 제24집, 2004. 12.
- 김필두 외, 일본 시정촌 합병사례연구, 한국지방행정연구원, 2004. 5.
- 김해룡, 주민투표제도의 법적 의의와 개선방안, 외법논집 제22집, 2006. 5.
- 김해룡, 지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 11.
- 김희곤, 우리나라 지방의회의 의원정수에 대한 고찰, 토지공법연구 제22집, 2004. 7.
- 남유진, 미국 지방자치의 이해, 집문당, 2005.
- 류지태, 위법한 조례에 대한 법적 통제, 고시연구, 1997. 2.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2005.
- 류지태/신봉기, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의, 헌법재판연구 제9권, 1997.
- 명재진, 국가기관간의 권한쟁의에 관한 독일의 이론과 판례, 연세법학

- 제5집, 1998. 5.
- 명재진, 권한쟁의심판에 관한 헌법재판소 주요결정들과 문제점, 고시계 제45권 제7호, 2000.
- 문정란, 지방의원 감축, 더 이상은 안 된다, 지방자치, 2004. 7.
- 민기, 지방분권이 지방교육재정에 미치는 영향, 지방정부연구 제8권 제2호, 2004.
- 민주주의법학연구회, 부안 방사성폐기물처리장 유치 찬반 주민투표의 실시에 즈음한 민주주의법학연구회의 견해, 민주법학 제25호, 2004. 2.
- 박원영, 조례제정권의 본질과 한계, 동아법학 창간호, 1985. 11.
- 박윤훈, 법령과 조례와의 관계, 고시계, 1992. 11.
- 박윤훈, 행정법강의(하), 박영사, 2004.
- 백윤기, 권한쟁의심판과 기관소송, 재판자료 제76집, 헌법재판소, 1997.
- 서원우, 조례제정권의 범위와 한계, 고시계, 1993. 3.
- 서원우, 조례제정권의 헌법적 보장 : 지방자치법 제15조 단서규정의 위헌논의와 관련하여, 헌법논총 제5집, 1994.
- 서원우, 지방자치단체의 사법적 보장, 서울대학교 법학, 1994. 10.
- 서원우, 지방자치법 제20조 삭제문제, 자치행정, 1993. 3.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2006.
- 손봉숙, 한국지방자치연구, 삼영사, 1991.
- 송기창, 중등교원 봉급전임금과 의무교육비 국고부담의 쟁점분석, 교육재정. 경제연구 제14권 제2호, 한국 교육재정경제학회, 2005. 12.
- 송기창, 지방교육재정정책 변천과정 분석연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 신금식, 한국의 지방선거제도에 관한 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 2002

- 신봉기, 기관소송과 권한쟁의, 고시연구, 1991. 9.
- 심재덕, 지방행정체제의 개편필요성과 방법론, 국회, 바람직한 행정 구역 개편 대토론회, 2005.11.24.
- 오동석, 지방자치의 제도적 보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호, 2000. 11.
- 옥무석, 종합부동산세의 입법방향과 지방자치의 이념, 지방자치법연구 제4권 제1호, 2004. 6.
- 우명숙, 교육행정학연구 제24권 제1호, 한국교육행정학회, 2006. 4.
- 유상현, 조례의 법적 한계에 관한 연구, 경희대학교 박사학위청구논문, 1994.
- 윤정일, 교육재정의 이론과 실제, 세영사, 2000.
- 이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시계, 1994. 8.
- 이광윤, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991. 12.
- 이기우, 기관소송, 고시계, 1992. 11
- 이기우, 지방교육자치제도의 개선방향, 사회와 교육 제24집, 1997.
- 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1996
- 이기우, 지방자치행정법, 법문사, 1991.
- 이동기, 해상경계 행정구역설정을 둘러싼 갈등쟁점과 정책방향, 한국 지방자치학회보 제17권 제1호, 2005. 3.
- 이승종, 지방자치론, 박영사, 2005.
- 임성일, 통합적 관점에서 본 일반자치 재정과 교육자치 재정분석-지방교부세와 지방교육재정교부금을 중심으로-, 한국지방재정 논집 제10권 제1호, 2005.6
- 장지호, 서독지방자치론, 대왕사, 1987.
- 장학봉, 공유수면매립지 귀속분쟁 해결을 위한 정책방향, 월간 해양

- 수산 통권 제299호, 해양수산부, 2003. 10.
- 장학봉, 지방자치단체간 해상경계 실태 및 쟁점, 해양환경·안전학회지, 제8권 제2호, 2002.
- 장학봉, 지방자치단체의 해상관할권에 관련된 대법원판결의 의미, 해양수산동향 제1101호, 한국해양수산개발원, 2003.4. 14.
- 전 훈, 보충성원칙(le principe de subsidiarité)에 관한 고찰, 성균관법학 제16권 제2호, 2004. 12.
- 전 훈, 지방자치단체의 “자유로운 행정”의 헌법적 보장, 성균관법학 제17권 제1호, 2005. 6.
- 전 훈, 지방자치단체의 행위의 적법성 통제수단으로서의 행정소송, 토지공법연구 제26집, 2005. 6.
- 전 훈, 프랑스헌법상 지방분권제도, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006. 6.
- 전 훈, 한국 지방자치의 이해의 도구개념으로서의 프랑스 지방분권의 법적 접근, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 11.
- 정부혁신지방분권위원회, 재정분권의 실천전략, 2003. 9.
- 정영주, 조례제정권의 헌법적 한계와 통제, 공법학의 현대적 지평(계희열박사화갑기념논집), 1995.
- 정재길, 일본의 지방의회, 한·일지방자치연구소, 1992,
- 정재황, 헌법재판개론, 제2판, 박영사, 2003.
- 정재황, 사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론, 헌법재판의 이론과 실제(금량 김철수 교수 회갑기념논문집), 박영사, 1993.
- 정재황, 프랑스에 있어서 위헌심사제를 통한 기본권보장의 법리의 실제, 구병삭 박사 정년기념논문집, 공법이론의 현대적 과제, 1991. 8
- 정재황, 법률제정절차에 관한 위헌심사례 - 도농복합형태의 시설치법률의 위헌확인, 법률신문, 1996. 2. 12.

- 정재황, 헌법재판소의 권한과 일반소송, 韓·獨 국제학술대회(한국공법학회 주최, 독일 콘라트 아데나워 재단 후원)에서의 발표 논문, 공법연구(한국공법학회), 제24집 제1호, 1996. 6.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2006.
- 정태호, 국가기관상호간의 권한쟁의제도와 정당, 정당과 헌법질서, 계획열박사화갑기념논문집 1995.
- 정하중, 지방자치단체기관 상호간의 분쟁에 관한 행정소송(하), 판례월보 제333호, 1998. 6.
- 정하중, 행정법각론, 법문사, 2005.
- 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 한계: 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5.
- 조성규, 지방자치단체의 공법상 지위에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001.
- 조성규, 지방자치체의 헌법적 보장의 의미, 공법연구 제30집 제2호.
- 조용무, 행정관습법에 대한 몇 가지 문제점에 관하여, 특별법연구 제3권, 특별소송실무연구회, 법문사, 1997.
- 차상봉, 지방자치단체과세권의 헌법적 한계와 지방세조례주의에 대한 소고, 법학연구 제13권 제1호, 2002. 12.
- 최기재, 지방선거제도의 문제점과 선거공영제 확대방안에 관한 연구, 고려대 정책대학원, 석사학위논문, 2003. 12.
- 최명근, 종합부동산세제안에 대한 소고, 월간조세 192호, 2004.
- 최민호, 지방자치의 기본그릇 - 시정촌 우선의 원칙, 지방자치, 1993. 10.
- 최창호, 지방자치학, 제4판, 삼영사 2004.
- 한견우, 기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차, 연세법학연구 3집, 1995. 11.
- 한국사법행정학회, 주식지방자치법, 1997.

한국지방자치법학회 편, 지방자치법주해, 박영사, 2004
 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2004.
 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2005,
 홍기태, 권한쟁의심판, 재판자료 92집, 헌법재판소, 2001.
 홍정선, 권한쟁의심판의 관념, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993.
 홍정선, 기관소송과 항고소송, 고시계, 2002. 4.
 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2002.
 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2006.
 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적해결, 계획열박사화갑기념논문집, 1995.

▶ 프랑스문헌

P. Ardant, Institutiond politiques & droit constitutionnel, 17^e édition,
 LGDJ., Paris, 2005.
 J.-B. Auby · J.-F. Auby · R. Noguellou, Droit des collectivités
 territoriales, 3^e édition, PUF, Paris, 2004.
 J.-B. Auby, La Corse et le pouvoir normatif local, Droit administratif,
 2002.
 J.-M. Auby, Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités
 locales. À propos controverses récentes, AJDA, 1984.
 J. Bourdon · J.-M. Pontier · J.-C. Ricci, Droit des collectivités
 territoriales. 2^e édition mis à jour, PUF, Paris, 1998.
 M. Bourjol, Juris calsseur collectivités locales, V^o Constitution, n^o60.
 J.-F. Brisson, Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition des
 compétences entre l'Etat et les collectivités locales, AJDA, 24
 mars 2003.
 D. Chagnollaud, Droit constitutionnel contemporain, t.2, 4^e édition,

- Armand Colin, Paris, 2005.
- D. Chagnollaude, La question du “pouvoir législatif délégué” : un arbre qui cache la forêt, Pouvoirs locaux, 2002.
- B. Chantebout, Droit constitutionnel, 22^e édition, Armand Colin, Paris, 2005.
- J. Chapuisat, La répartition des compétences. Commentaire de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l’Etat, AJDA, 1983.
- L.-J. Chapuisat, La notion des affaires locales en droit administratif français, Thèse, Paris II, 1971.
- L.-J. Chapuisat, Les affaires communales, AJDA, 1976.
- R. Chapus, Droit administratif général, 14^e édition, Montchrestien, Paris, 2000.
- J. Chevallier, sous la dir. C.-A. Morand, Les lois expérimentales le cas français, in Evaluation législative et lois expérimentales, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1993.
- J.-B. d’Honorio, Le système institutionnel du Saint-Siège, Thèse, Aix-Marseille III, 1981.
- G. Darcy, Sous dir. J. Moreau, La libre administration des collectivités locales, Economica, Paris, 1984.
- C. Debbasch, Droit administratif, 6^e édition, Economica, Paris, 2002.
- A. Delcamp, Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation, RFDC, 1995.
- P. Delvové, Le référendum local, RFDA, janvier-février 2004.
- H. Denis-Bertin, Les techniques de répartition des compétences des

- collectivités territoriales en France et en Italie, in memoire DEA, 2000.
- B. Faure, La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel, RFDA, 2002.
- L. Favoreau · P. Gaïa · R. Ghevontian · J.-L. Mestre · A. Roux · G. Scoffoni, Droit constitutionnel, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2000.
- L. Favoreau, Décentralisation et Constitution, RDP, 1982.
- L. Favoreau, Le respect de la répartition des compétences normatives établie par la Constitution, RFDC, 2002.
- J.-M. de Forge, La subsidiarité et le droit public, in Le principe de subsidiarité. De théorie et la pratique, Téqui 1993.
- P.-L. Frier, Précis de droit administratif, 3^e édition, Montchrestien, Paris, 2004.
- J. Gicquel · J.-É. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 20^e édition, Montchrestien, Paris, 2005.
- O. Gohin, La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France, AJDA, 24 mars, 2003.
- F. Hamon · M. Troper, Droit constitutionnel, 29^e édition, LGDJ, Paris, 2005.
- M. Hauriou, Précis de droit administratif, 12^e édition, Sirey, Paris, 1933.
- H. Jeon, L'autonomie locale et le contrôle des actes des collectivités territoriales en Corée, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2005.
- M. Lascombe, Le droit constitutionnel de la Ve République, 9^e édition, L'Harmattan, Paris, 2005.
- A.de Laubadère · J.-C. Venezia · Y. Gudemet, Traité de Droit administratif

- 15^e édition. t.1. LGDJ, Paris, 1999.
- C. Lazaunie, Local government reform: the areas of education and culture, 지방자치단체와 국제협력, 2006년 경상대학교 국제 학술세미나(2006. 5.15) 자료집, 경상대학교 법학연구소.
- R. Le Mestre, Droit des collectivités territoriales, Gualino éditeur, Paris, 2004.
- H. de Lubac. Les églises particulières dans l'église universelle, Aubier, 1971.
- F. Luchaire, les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP, 1982.
- F. Luchaire, La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002, RDP, 2002.
- Y. Luchaire · F. Luchaire, Décentralisation et constitution, Economica, Paris, 2003.
- Y. Madiot, Sur quelques problèmes actuels de la décentralisation, RFDA, 1996.
- R. Maspetiol · P. Laroque, La tutelle administrative, Recueil Sirey, Paris, 1930.
- M Mathieu et M. Verpeaux, Droit constitutionnel, PUF, Paris, 2004.
- F. Moderne, in Préface à la Thèse de M. Melleray, La tutelle de l'Etat sur les communes, Sirey, Paris, 1981.
- H. Oberdorff, Les institutions administratives, Armand Collin· Dalloz, 2^e édition, Paris, 2000.
- P. Pactet, Institutions politiques Droit constitutionnel, 22^e édition, Armand Colin, Paris, 2003.
- J.-M. Pontier, La notion de compétences régaliennes dans la

- problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RFDA, 2003.
- J.-M. Pontier, La République décentralisée de J. -P. Raffarin, Revue administrative, mars 2003.
- J.-M. Pontier, Une décennie de décentralisation vue par le Conseil d'Etat, Revue administrative, 1994.
- J.-M. Pontier, Les principes de la répartition des compétences, in Les nouvelles compétences locales, Economica, Paris, 1985.
- J.-M. Pontier, Semper Manet. Sur une clause générale de compétence, RDP, 1984.
- J.-M. Pontier, La subsidiarité en droit administratif, RDP, 1986.
- J.-M. Pontier, Le principe de subsidiarité au profit des collectivités territoriales, Revue juridique de l'Océan indien, n°3, 2003-2004, Saint-Denis de la Reunion.
- S. Régourd, L'acte de tutelle en droit administratif français, LGDJ, Paris, 1982.
- M. Reydellet, Le nouveau contrôle des actes des collectivités locales ou la suppression des tutelles, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1985.
- J. Rivero, Rapport de synthèse sur les compétences du pouvoir local dans les pays européens, Annuaire européen d'administration publique t.II, Aix-en-Provence, 1981.
- J. Rivero · J. Waline, Droit administratif, 20^e édition, Dalloz, Paris, 2004.
- A. Roux, Droit constitutionnel local, Economica, Paris, 1995.
- J. -E. Schoettl, La loi organique sur le référendum local devant le Conseil constitutionnel, Les petites affiches, 2003. 9. 25.

- J.-E. Schoettl, La loi organique sur le référendum local devant le Conseil constitutionnel, Les petites affiches n° 192, 2003. 9. 25.
- L. Touvet · J. Ferstenbert · C. Cornet, Les grands arrêts du droit de la décentralisation, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2001.
- M. Verpeaux · B. Mathieu, Droit constitutionnel, PUF, Paris, 2004.
- M. Verpeaux, Droit des collectivités territoriales, PUF, Paris, 2005.

▶ 미국문헌

- David J. Barron, THE PROMISE OF COOLEY'S CITY: TRACES OF LOCAL CONSTITUTIONALISM, University of Pennsylvania Law Review 147, 1999.
- David J. Barron, A LOCALIST CRITIQUE OF THE NEW FEDERALISM, Duke Law Journal 51, 2001.
- C. Beard, American City Government, 1912.
- Richard Briffault, Home Rule, Majority Rule, and Dillon's Rule, Chi.-Kent. L. Rev. 67, 1991.
- Richard Briffault /Laurie Reynolds, , State and Local Government Law, 6.ed., 2004
- Richard Briffault, Our Localism, Part I - The Structure of Local Government Law, Columbia Law Review 90, 1990.
- Thomas M. Cooley, A Treatise on the constitutional Limitations which rest upon the legislative Power of the State of American Union, 1868.
- Amasa Eaton, The right to local self-government, Havard Law Review 13, 1900.
- Gerald E. Frug, The City as a legal Concept, Havard Law Review

93, 1980.

F. Goodnow, Municipal Home Rule, 1985.

Roderick M. Hills Jr., IS FEDERALISM GOOD FOR LOCALISM?
THE LOCALIST CASE FOR FEDERAL REGIMES, Journal
of Law and Politics 21, 2005.

H. Mcbain, The Law and Practice of municipal Home Rule, 1916.

John R. Nolon, In Praise of Parochialism : the Advent of local
environmental law, Harvard Environmental Law Review Vol.
26, 2002

C. Patton, The Battle for Municipal Reform, 1940.

Osborne M. Reynolds, Local Government Law, 2.ed.

Richard C. Schragger, CITIES AS CONSTITUTIONAL ACTORS:
THE CASE OF SAME-SEX MARRIAGE, Journal of Law
and Politics 21, 2005

Jake Sullivan, THE TENTH AMENDMENT AND LOCAL GOVERNMENT,
Yale Law Journal 112, 2003.

U.S. Advisory Commission on intergovernmental Relations, State Laws
Governing Local Government Structure and Administration,
1993.

▶ 독일문헌

Birkenfeld-Pfeiffer/Gern, Kommunalrecht, 3.Auf., 2001.

Dirk Ehlers, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen
Selbstverwaltung, DVBl. 2000, 1301.

Hans Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2.
Auf., Siegburg

- Dirk Frers, Zum Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindeverband nach Art. 28 II GG, DVBl. 1989, 449ff.
- Johann Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000.
- Martin Ibler, in: Friauf/Hofling(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art.19IV, 2000.
- Jörn Ipsen, Nidersächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl., IBOORBERG, 1999.
- Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2000, Art. 28.
- Markus Kenntner, Zehn Jahre nach Rastede, DÖV 1998, 701ff.
- Soojin Kim, Das kommunale Satzungsrecht und dessen Kontrolle, Diss. Köln, 2000.
- Franz-Ludwig Knemeyer/Matthias Wehr, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 92, 2001, 317ff.
- Bernhard Losch, Dezentralisation und Kommunalrecht, 지방자치법연구 제3권 제2호, 2003. 12.
- Wolfgang Löwer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Aufl. 1995.
- Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, 1042ff.
- Albert von Mutius, Kommunalrecht, 1996.
- Björn Rothe, Kreisgebietsreform und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, Baden-Baden.
- Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen

Selbstverwaltung, 2002.

Oliver Scheytt, Kommunales Kulturrecht, München 2005.

Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003.

Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung nach Rastede, in: Festschrift für Horst Sendler, 1991, S. 121(124f.).

Edzard Schmidt-Jortzig, Gemeindliche Selbstverwaltung und Entwicklungszusammenarbeit, DÖV 1989, 142ff.

Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973.

Fridrich Schoch, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 81(1990), 18ff.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984.

Rolf Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1996.

Peter J. Tettinger, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 28 Abs. 2.

Tettinger/Erbguth, Besonderes Verwaltungsrecht, 8.Aufl.

V. Mutius, 53. DJT Gutachten E, Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten?

Klaus Vogelgesang, in: Friauf/Hofling(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28. 2000.

Kay Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997.

Wagner, Der Kreis im Gefüge der Verwaltungsorganisation, Der Kreis, 1972.

Wollmann, Um- und Neubau der Kommunalstrukturen in Ostdeutschland, in: Kommunalpolitik(Hrsg. Wollmann/Roth), Bundeszentrale für Politische Bildung, 2. Aufl.

▶ 일본문헌

兼子仁, 自治體法學, 學陽書房, 1988.

高田敏, 條例論, 『現代行政法大系』 제8권, 有斐閣, 1984.

大橋洋一, 行政法, 有斐閣, 2001.

宋本英昭, 要說地方自治法, ぎょうせい, 2004.

實井力・兼子仁, 基本法コンメンタール:地方自治法, 日本評論社, 1992.

阿部泰隆, 行政の法システム(下), 有斐閣, 1992.

鴨野幸雄, “地方自治論の動向と問題點”, 『公法研究』 제56호, 일본공법학회, 1994.

塩野宏, 行政法Ⅲ, 有斐閣, 1995.

長野士郎, 逐條地方自治法, 學陽書房, 1993.

紙野健二, 新しい事務區分と國の關與, 法律時報, 1997. 4.

芝池義一, 機關委任事務制度の廢止, 『ジュリスト』 제1110호, 1997.4.15.

横道清孝, 市町村合併の必要性和課題, 『都市問題』 第94卷 2号, 2003. 2.

憲法裁判研究用役集 索引

區 分	論 題
憲法裁判研究 第1卷 (1989)	法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象
憲法裁判研究 第2卷 (1990)	憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究
憲法裁判研究 第3卷 (1991)	權限爭議審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第4卷 (1992)	憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的 研究
憲法裁判研究 第5卷 (1993)	憲法解釋에 관한 研究
憲法裁判研究 第6卷 (1994)	基本權의 概念과 範圍에 관한 研究
憲法裁判研究 第7卷 (1995)	憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究
憲法裁判研究 第8卷 (1996)	委任立法의 限界에 관한 研究
憲法裁判研究 第9卷 (1997)	「補償없는 財產權制限의 限界」와 「國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議」
憲法裁判研究 第10卷 (1999)	憲法裁判所法의 改正方向에 관한 研究用役報告書
憲法裁判研究 第11卷 (2000)	社會保險法의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第12卷 (2001)	彈劾審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第13卷 (2002)	사이버 空間上의 表現의 自由와 그 規制에 관한 研究
憲法裁判研究 第14卷 (2003)	教育制度의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第15卷 (2004)	政黨解散審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第16卷 (2005)	現行 憲法上 憲法裁判制度의 問題點과 改善方案

연구자 약력

정재황(鄭在晃)

서울대학교 법과대학 법학사
서울대학교 대학원 법학석사
프랑스 국립 파리(Paris) 제2대학교 공법학박사
1989. 8. - 2003. 8. 홍익대학교 법경대학 법학과 교수
2001. 7. - 2003. 7. (사)한국공법학회 총무이사
2003. 9. - 현재 성균관대학교 법과대학 법학과 교수

선정원(宣正源)

서울대학교 법과대학 법학사
서울대학교 대학원 법학석사
서울대학교 대학원 법학박사
1991. 9. - 2001. 2. 강릉대학교 사회과학대학 법학과 교수
2001. 3. - 현재 명지대학교 법과대학 법학과 교수

김명연(金明淵)

국민대학교 법과대학 법학사
국민대학교 대학원 법학석사
국민대학교 대학원 법학박사
1991.11. - 2001. 8 한국법제연구원 수석연구원
2006. 3. - 현재 상지대학교 인문사회과학대학 법학부 교수

김수진(金秀珍)

이화여자대학교 법과대학 법학사
이화여자대학교 대학원 법학석사
독일 쾰른대학교 대학원 법학박사
2003. 8 - 2006. 8 한국법제연구원 부연구위원
2006. 9. - 현재 인천대학교 법과대학 법학과 교수

전 훈(田勳)

경북대학교 법과대학 법학사
경북대학교 대학원 법학석사
프랑스 Paul Cézanne Aix-Marseille III 대학교 대학원 법학박사
2006. 3. - 현재 경상대학교 법과대학 법학과 전임강사

版 權

所 有

憲法裁判研究 第17卷

지방자치의 헌법적 보장

2006年 12月 18日 印刷

2006年 12月 20日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화: (代) 708-3456

印 刷 (주)서라벌 E&P

(非賣品)