

지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향*

방 승 주**

目 次

- | | |
|--|-------------------------------|
| I. 문제제기 | III. 결론 |
| II. 지금까지 제기된 개별 헌법개정론에 대한 검토 | 1. 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정논의의 방법론 |
| 1. 지방자치제에 대한 헌법적 보장의 내용과 관련 헌법개정론에 대한 검토 | 2. 헌법개정론에 대한 검토의 요약 |
| 2. 기타 지방자치 강화를 위한 새로운 규정의 신설 필요성에 대한 검토 | |

I. 문제제기

1991년 지방자치의회가 구성되고 또한 1995년부터 민선지방자치단체장 시대가 개막되어 지방자치제도가 본격 시행된지 언 14년이 지났다. 지방자치시대가 본격화 된 이후, 그간 정부는 사무와 권한을 지방정부로 이양하고 지방분권을 가속화하기 위한 여러 가지 입법적 노력을 기울여 왔지만, 입법권, 행정권, 재정권 등의 행사에 있어서 참다운 자치가 실현되지 못하고 있다고 지적되고 있다.¹⁾ 지방분권이 제대로 실현되려면, 권한과 재정 그리고 사무가 지방정부로 이양되어야 하는데²⁾, 어느 측면에서도 이러한 권한이양이 제대로 이루어지지 못하고 있다는 것이다.

이러한 문제는 상당부분 헌법상 지방자치제도를 구체화하는 법률과 그리고 이를 집행하는

* 발표일 : 2009. 4. 17, 수정일 : 2009. 5. 29, 게재확정일 : 2009. 6. 5.

이 논문은 2009년 4월 17일 지방자치법학회 춘계학술발표대회에서 발표한 원고를 수정한 것이다. 발제에 대하여 토론해 주신 지정토론자(조소영 교수, 최경옥 교수)와 사회자(정만희 교수), 그리고 유익한 지적을 해 주신 지방자치법학회 고문 홍정선 교수님께 감사의 말씀을 전한다.

** 한양대학교 법학전문대학원 부교수

1) 가령 전영평, 분권개헌의 대전제: 우리나라 지방자치의 공과와 과제, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008, 309-349면.

2) 조성규, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2호(2007. 12), 33-70(43-44)면.

중앙정부와 각 지방자치단체의 실천의지를 통해서 나름대로 해결될 수 있는 문제들도 있겠지만, 참다운 지방자치와 분권화의 이념을 실현하기 위해서는 지방자치에 관한 헌법이 개정되지 않으면 안된다고 하는 주장들이 많이 나오고 있다.³⁾

지금까지 지방자치와 관련된 헌법개정론을 살펴 보면, 가령 헌법 제37조 제2항의 법률유보나 헌법 제59조의 조세법률주의에서의 법률개념에 조례도 포함되는지 여부에 관한 논쟁과 같이 지방자치제도를 둘러싼 헌법해석의 논쟁과도 밀접한 관련을 가지고 있는 것을 알 수 있다. 다시 말해서 지방자치단체의 자치권을 확대하기 위해서는 자치입법권의 보장이 필수적인데, 이러한 자치입법권은 결국 헌법상 법률유보나 조세법률주의 등에 걸려서 법률의 위임이 없는 경우에는 결코 규제적인 자치입법권을 행사할 수 없게 되는 등의 문제가 있으므로, 이러한 장애를 제거하기 위해서는 헌법을 개정해야 한다고 하는 논리로 연결되는 것이다.⁴⁾

무릇 헌법의 개정론은 헌법해석의 가능성이 끝나는 데서부터 시작해야 할 것이다. 그리고 헌법개정에 있어서 헌법의 근본적인 결단에 해당한다고 할 수 있는 헌법의 구조원리나 우리 헌법의 동일성을 건드리는 헌법개정은 이루어져서는 안될 것이다. 따라서 이 점을 염두에 두고 이하에서는 지금까지 지방자치제도의 발전을 위해서 제기된 헌법개정론에 대하여 그 문제점과 타당성을 검토해 봄으로써, 바람직한 지방자치제도의 헌법개정의 방향을 위한 계속적 논의의 기초로 삼아 보기로 한다.

II. 지금까지 제기된 개별 헌법개정론에 대한 검토

지금까지 지방자치제도와 관련된 헌법개정론은 다양하게 제기되어 왔다. 이 가운데 최근 동아시아연구원(EAI)에서 보고한 분권헌법에 따르면 세가지 모델로 나누어서 헌법개정론을 전개하고 있다.⁵⁾ 즉 지방자치강화형 모델, 광역지방정부형 모델, 연방제정부형 모델이 그것이다. 이 가운데 광역지방정부형 모델은 사실 지방자치 강화를 위한 양원제의 도입을 빼고는 지방자치강화형 모델과 크게 다르지 않다고 생각된다. 그리고 연방제정부형 모델과 관련해서는 연방제와 지방자치제도가 과연 같은 것인가, 다시 말해서 우리 나라가 오로지 지방자치와 분권이념을 실현하기 위해서 반드시 연방제도를 도입해야 할 필연성이나 전제조건을 갖춘 것인가와 관련하여 상당한 의문이 드는 바, 이 문제는 별도로 검토해 보아야 할 사안이라고 생각된다. 왜냐하면 건국 후 지금까지 단방제 국가형태를 취해 오던 나라가 갑자기 연방제로 바꾸어 국가의 전체적 구조를 근본적으로 변혁시키기 위해서는 그럴 만한 필연성이 있어야

3) 가령 김선혁/김병국, 분권헌법을 제안한다, 최병선/김선혁 공편, 앞의 책, 19-41; 최병선, 국가운영시스템 선진화의 필수요건, 최병선/김선혁 공편, 앞의 책, 43-89면; 홍준형, 분권화, 헌법을 통해야 산다, 최병선/김선혁 공편, 앞의 책, 91-133(95, 127)면.

4) 조성규, 앞의 논문, 47면.

5) 김병기, 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008, 247-307면.

할 것이고, 또한 연방제도입을 위한 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 관점에서의 제반 전제조건이 갖추어졌는지 여부에 관하여 다각적으로 검토하고 연구해 보지 않으면 안된다고 보이기 때문이다. 그러므로 일단 이하에서는 지방자치강화형 모델과 그 밖에 지금까지 제안된 헌법개정론을 모두 통합하여 항목을 분류하여 검토해 보기로 한다.

기존의 헌법개정안들은 대부분 헌법규정의 문제점을 분석한 후, 그에 대한 대안으로서 헌법개정안을 제안하고 있다. 그러므로 먼저 우리 헌법상 지방자치제의 보장내용의 체계에 따라서 헌법개정의 필요성이 지적되고 있는 항목을 먼저 정리해 본 후, 각 항목별로 헌법개정안에 대하여 검토해 보기로 한다.

1. 지방자치제에 대한 헌법적 보장의 내용과 관련 헌법개정론에 대한 검토

우리 헌법 제8장의 지방자치에 대한 헌법적 보장을 역사적, 문언적, 목적론적, 체계적 관점에서 해석해 보면, 헌법이 보장하고 있는 지방자치제도의 내용은 다음과 같이 정리할 수 있다.⁶⁾

(1) 자치단체의 보장

1) 헌법규정의 해석

헌법 제117조와 제118조는 권리주체로서의 지방자치단체와 지방의회의 존재를 전제하고 있으며, 입법자로 하여금 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관하여 구체화하도록 위임하고 있다. 따라서 입법자는 지방자치제도 그 자체나, 지방자치단체의 존재, 지방의회의 존재 자체를 폐지할 수 없는 것은 당연하다.⁷⁾ 다만 이 자치단체의 보장을 근거로 특정한 지방자치단체의 존립보장을 요구할 수는 없다고 하는 것이 우리 헌법재판소의 판례이다.⁸⁾

2) 헌법개정논의

이와 관련하여 지방자치단체의 종류 또는 계층구조에 관한 사항은 지방자치제도의 핵심내용에 해당하는 사항이므로, 입법자의 정치적 의사에 따라서 그 존립이 좌우되지 못하도록 헌법에 직접 명시하여야 한다는 점이 거의 모든 개정안에서 지적되고 있다.⁹⁾ 다시 말해서 그때

6) 이에 관하여 방승주, 중앙정부와 지방자치단체와의 관계 - 지방자치에 대한 헌법적 보장의 내용과 한계를 중심으로, 공법연구 제35집 제1호(2006. 10), 55-119면; 헌법재판소는 헌법상 보장된 지방자치권의 내용으로 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장으로 보고 있다. 헌재 1994. 12. 29 선고. 94헌마201, 판례집 제6권 제2집, 510, 522; 헌재 2009. 5. 28 선고. 2006헌라6.

7) 방승주, 앞의 논문, 88면.

8) 이에 관하여 방승주, 지방자치법제의 헌법적 접근, 지방자치법연구 제6권 제2호(2006. 12), 31-64(34)면; 방승주, 행정구역개편론의 헌법적 검토, 헌법학연구 제15권 제1호(2009. 3), 1-49(40)면.

9) 김병기, 앞의 보고서, 263면; 신기현, 지방분권(지방자치) 분야의 바람직한 개헌 방향, 국회 미래한국헌

그때의 다수 입법자에 의하여 지방자치단체의 종류가 좌우될 수 없도록 하기 위해서는 헌법에 지방자치단체의 종류를 명문화함으로써, 입법자의 처분으로부터 보호하여야 한다는 것이다. 이 이론에 의하면 지방자치단체의 중층구조를 헌법에 명문화하여야 한다는 것이다.

가령 다음과 같이 제117조의 2를 신설하자는 견해가 그것이다. “① 지방자치단체에는 법률이 정하는 바에 따라 광역지방자치단체와 기초지방자치단체를 둔다. ② 광역지방자치단체로는 특별시, 특별도, 광역시, 도를 둔다. ③ 기초지방자치단체로는 시, 군, 자치구를 둔다”¹⁰⁾

3) 검토

그렇다면 과연 지방자치단체의 중층구조의 확정이 헌법사항인가를 생각해 보아야 할 것이다. 사실 현행 헌법의 해석에 의할 경우에도, 오랫동안 전통적으로 지속되어 오던 시·도와 시·군·자치구의 중층구조를 폐지하고 광역화, 단층화하자고 하는 법률 개정안이 그렇게 간단히 입법자의 처분에 따라서 허용될 수 있는 것은 아니라고 할 수 있다. 다시 말해서 기존의 행정구역의 개편하여 지방자치단체를 통·폐합하는 경우에는 그렇게 함으로써 얻게 될 공익이 기존 상태를 유지할 경우보다 커야 한다고 하는 공익원리와, 또한 사전에 관련 지방자치단체와 그 주민들의 의견을 청취하고 수렴하여야 한다고 하는 청문원리를 충족시키지 않으면 안되기 때문에,¹¹⁾ 현행 헌법과 같이 지방자치단체의 종류를 입법자에게 맡겨 놓았다고 해서 기존의 지방자치의 구조를 자의적으로 변경시킬 수 있는 것은 아니라는 것이다.

그리고 오히려 지방자치의 효율성을 증대시키기 위해서는 지방자치단체를 통·폐합해야 할 필요가 있을 수 있으며, 제주도와 같이 경우에 따라서는 단층구조화해야 할 필요성이 생길 수도 있다. 그러한 필요성 여부는 결국 그때 그때 상황에 즉응적으로 대처할 수 있는 입법자에게 맡기는 것이 오히려 타당하지, 과연 반드시 지방자치단체의 종류를 헌법적으로 못박아 놓아야 할 필요까지 있는가 하는 생각이 든다.

다만 지방자치단체의 종류를 헌법적으로 명문화하는 경우에는 입법자는 그러한 종류 자체를 없앨 수는 없기 때문에, 현재보다는 지방자치단체의 안정적 존속에 더 도움이 될 것으로 볼 수는 있을 것이다.

(2) 자치권한의 보장

헌법 제117조 제1항은 주민의 복리에 관한 사무처리권(자치행정권)과 재산관리권(자치재정권), 그리고 법령의 범위 안에서의 자치에 관한 규정제정권(자치입법권)을 헌법직접적으로 보장하고 있다.

법연구회 지역순회 전북토론회(2009. 3. 18), 발제문, 61면; 김해룡 외, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회(2008. 5), 42면; 이기우, 지방자치 기반강화를 위한 헌법개정, 한국지방자치학회보 제17권 제4호(2005. 12), 13면.

10) 이기우, 앞의 논문, 13면; 김병기, 앞의 보고서, 264면.

11) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(행정구역개편론의 헌법적 검토), 41면.

1) 자치행정권

① 헌법규정의 해석

헌법해석상 지방자치단체의 사무가 무엇인가와 관련해서는 주민의 복리에 관한 사무라고 하는 포괄적이고 추상적인 표현 밖에 없기 때문에, 전권한성(포괄성)을 인정하고 있으며, 사무처리 방법과 관련해서는 국가의 지시나 감독을 받지 아니하고 자기 책임하에 사무를 처리할 수 있어야 한다고 하는 자기책임성, 그리고 자치단체의 능력이 미치는 한, 우선적으로 기초 지방자치단체가 사무를 처리할 수 있도록 하여야 한다고 하는 보충성의 원칙이 인정되고 있다. 이에 따라서 지방자치단체가 그 지역사무에 관해서는 자기책임하에 우선적으로 처리할 수 있는 권한을 가진다고 보고 있다.¹²⁾

② 헌법개정논의

그러나 이러한 해석은 다소 불분명한 규정을 지방자치제도 우호적으로 해석한 결과이고, 지방자치의 운영 현실은 전권한성, 자기책임성의 원칙이 제대로 지켜지지 않고 있다고 진단되고 있다. 다시 말해서 중앙정부가 지방자치단체에 단체위임이나 기관위임사무를 과도하게 위임함으로써, 위임사무의 부담으로부터 벗어나지 못하게 하고 있다든가,¹³⁾ 또는 행정부지사 제도를 통하여 자치단체를 지속적으로 감시할 수 있는 가능성이 있다든가,¹⁴⁾ 지방교부금을 통한 지방자치단체의 중앙정부에 대한 종속화 현상, 그리고 중앙정부의 권한이양 의 경우에도 사무만 이양되고 그에 따른 예산 및 재정운용권한 등이 함께 이양되지 않기 때문에 발생하는 불완전한 권한이양 등의 문제점이 지적되고 있다.¹⁵⁾

즉 지방자치단체의 권한행사 방법과 관련하여 헌법 제117조 제1항에 “지방자치단체는 법률에 위반되지 않는 범위 안에서 자기책임하에 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 개정하여 자기책임성조항을 삽입하자고 하거나,¹⁶⁾ 보충성의 원칙¹⁷⁾을 밝힐 필요가 있다고 주장되고 있다.

③ 검토

그러나 만일 해석상으로 전권한성, 자기책임성, 보충성이 도출될 수 있었다면, 굳이 이러한 내용을 명문화할 필요가 있는지 의문이 제기된다. “자치”라고 하는 개념에는 이미 자기책임하에 자율적 결정을 할 수 있음을 내포하고 있는 것이기 때문에 현행 규정으로부터도 자기책임성은 도출된다고 할 수 있다.¹⁸⁾ 하지만 자기책임성을 명문화할 경우에는 마치 독일

12) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2008, 68면 이하; 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 82면 이하.

13) 김해룡 외, 앞의 보고서, 257면.

14) 김해룡 외, 앞의 보고서, 257면.

15) 김해룡 외, 앞의 보고서, 171, 262면.

16) 이기우, 앞의 논문, 16면; 김병기, 앞의 보고서, 256면.

17) 김병기, 앞의 보고서, 257면.

18) 동지, 이기우, 앞의 논문, 12면; 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 84면.

기본법과 같은 표현이 되며 지방자치단체의 자기책임원리를 보다 더 강조하게 될 수는 있을 것이다.

2) 자치재정권

① 헌법규정의 해석

자치재정권은 지방자치단체가 자치행정을 하기 위하여 필요한 재원을 확보하고, 사업수행을 위한 예산을 편성하고 관리하며, 지방자치단체에 귀속된 재산을 관리하는 포괄적 의미의 재정적 권한을 포함한다고 이해되고 있다.¹⁹⁾

② 헌법개정논의

하지만 이러한 재산관리권 정도의 개념에 자치단체 스스로가 세목을 발굴하여 과세를 할 수 있는 조세고권도 포함되는지가 불분명하므로 지방자치단체의 조세고권을 명문화하고 지방세의 경우 조례주의에 따르자고 하는 견해가 제기되고 있다. 우리 헌법 제59조는 조세법률주의를 택하고 있기 때문에, 모든 과세는 법률에 근거가 있지 않으면 안되도록 되어 있고, 따라서 이러한 조세법률주의는 지방자치단체의 조세고권의 행사에 장애가 된다고 보면서, 지방세에 관한 한 법률주의가 아니라 조례주의를 택하여야 한다고 하는 것이다.²⁰⁾

또한 “국세법률주의와 지방세조례주의는 가장 타당한 법논거임에도 우리 나라 헌법에서 조세법률주의를 채택함에 의하여 이러한 합리적인 법논리가 중앙집권적 법률주의에 의하여 훼손되고 간과되어 왔기 때문에 이를 우선적으로 개선하여야 한다”²¹⁾거나 “헌법 제59조에 규정된 법률에는 조례도 포함된다고 볼 수 있는데, 헌법 제117조에서도 지방자치단체의 과세권에 관하여 법률유보를 규정하고 있지 않는 것으로 보아 조세법률주의는 국세에, 조세조례주의는 지방세에 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당”²²⁾하나 이러한 지방자치 관련 법리를 해석에만 맡길 것이 아니라 헌법에 분명한 근거를 두자고 하는 견해들이 그것이다.²³⁾

③ 검토

자치재정권의 강화를 곧바로 지방세조례주의를 헌법에 채택하는 방법으로 해결하려 하는 것은 위에서도 지적하였듯이 모든 국민의 기본권의 제한을 위해서는 반드시 법률에 근거가 있어야 한다고 하는 법치국가원리의 정신, 특히 법률유보원칙에 반하기 때문에 문제가 될 수 있다.

19) 홍정선, 지방자치법학(제2판), 법영사, 2002, 48면; 방승주, 앞의 논문(지방자치법제의 헌법적 접근), 36면.

20) 정만희, 헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향, 지방자치법연구 제2권 제1호(2002. 6), 9-27(10)면.

21) 김성호, 앞의 논문, 124, 129면.

22) 김성호, 앞의 논문, 125면; 동지, 김병기, 앞의 보고서, 260면과 주 6).

23) 김성호, 앞의 논문, 125면.

또한 현재 지방세의 경우에도 가령 탄력세율의 적용가능성을 두고 있음에도 불구하고 각 자치단체가 지방자치선거를 염두에 두고 주민들의 표를 잃게 될까 두려워 오히려 정부가 인상한 보유세율을 낮추는 쪽으로 운용하는 등의 실태²⁴⁾를 고려해 본다면, 지방자치단체가 조례를 통하여 과세를 할 수 있는 가능성을 부여받았다고 해서 곧바로 지방의 재정사정이 나아질 것으로 기대하기는 힘들다고 볼 수 있다.

그러므로 지방세를 과세함에 있어서도 역시 법률의 위임을 받아서 할 수 있으며, 이러한 점에서 지방세조례주의를 헌법에 삽입하는 것은 법치국가원리에 맞지 않으므로 받아들이기 힘들다고 생각된다.

3) 자치입법권

① 헌법규정의 해석

헌법 제117조는 지방자치단체에게 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 하고 있다. 여기에서 말하는 “법령의 범위 안에서”가 과연 무엇을 의미하는가와 관련해서는 많은 논란이 있지만, 법률우위와 법률유보를 모두 포함한다고 할 수 있을 것이다.²⁵⁾

② 헌법개정논의

이 지방자치단체의 자치입법권은 자치권한의 핵심에 해당할 뿐만 아니라, 국가의 전체 법질서에서 조례가 어떠한 위치를 차지하는가 그리고 어떠한 법적 성격을 인정할 수 있는가의 헌법이론적인 문제에 해당하기 때문에, 이러한 문제에 대해서는 매우 심도있는 논의가 필요하다고 생각된다. 결국 이러한 문제들로 인하여 헌법상 자치권한의 내용과 행사방법 등에 관하여 보다 구체적으로 명문화할 필요성이 있다고 하는 논리가 주장되고 있다. 또한 지방자치단체의 입법권을 강화하기 위하여 조례유보조항을 신설해야 한다고 하는 견해들이 상당수 주장되고 있다.²⁶⁾

헌법 제117조에 “지방자치단체는 법률에 위반되지 아니하는 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다. 헌법 제37조 제2항, 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제23조 제1항, 제24조 내지 제26조 제1항, 제59조의 법률에는 지방자치단체의 사무와 관련되는 경우에 조례를 포함하는 것으로 본다”라고 규정하면 조례의 법률유보로 인한 한계는 충분히 극복할 수 있으며 또한 법률에 의한 전국적인 통일성도 동시에 확보할 수 있다²⁷⁾거나, 또는 “법률과 조례는 헌법상 보장된 입법권으로서 단지 규율대상만 달리할 뿐 법률은 조례에 대하여 일반적·절대적인 우월적 지위를 가진 것이 아니라 상호 보완적·견제적 기능을 수행함으로써 실질적인 법질서의 안정을 도모할 수 있음도 고려하여야 한다. 전체적으로 볼 때 조례는 일반적·중앙정부적 사항에 관한 한 법률을 위반할 수 없으나 지방의 사항에

24) 김해룡 외, 앞의 보고서, 185면.

25) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 95면 이하.

26) 신기현, 앞의 발제문, 62면; 김성호, 앞의 논문, 129면; 김해룡 외, 앞의 보고서, 18면.

27) 이기우, 앞의 논문, 18면; 김병기, 앞의 보고서, 259면.

대해서는 조례를 우선시할 수 있을 것이다”²⁸⁾는 견해가 그것이다.

또한 자치입법권에 대한 헌법해석론은 다양할 수 있으므로, 논란의 여지 없이 자치입법권을 강화하기 위해서는 헌법을 개정하자는 논리도 역시 같은 취지라고 할 수 있다.²⁹⁾ 즉, 자치입법권 강화를 위한 헌법개정의 방안으로서 지방의회구성에 있어서 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의함을 명문화³⁰⁾하고, 자치법규형식의 명시와 자치기본조례의 근거설정 및 자치입법의 범위 및 한계를 명확히 하자³¹⁾는 것이다.

그리고 자치입법에 대하여 법률적 성격을 인정하고자 한다든가,³²⁾ 조례에 의한 처벌 역시 반드시 죄형법정주의의 원칙에 반한다고 해석할 필요는 없다고 한다든가,³³⁾ “기본권 보장을 위하여 법률유보사항을 조례유보로 해석하고 이를 헌법에 제도화하여 더 이상 논란이 없도록 할 필요가 있다”³⁴⁾고 하는 견해도 같은 입장이라고 할 수 있다.

이에 반하여 헌법에서 명문으로 법률이라는 형식을 요구하고 있음에도 불구하고 이를 조례의 형식으로 갈음할 수 있다고 주장하는 것은 해석론상 무리³⁵⁾라고 하거나 또한 “헌법의 개별 조항에서 말하는 ‘법률’에 조례를 포함하는 것으로 규정하는 방법은 조례에 대하여 법률적 효력을 정면으로 인정함을 의미하므로 법리적 타당성 여부는 별론으로 하더라도 이는 광범위한 국민적 합의가 전제되어야 할 사항”이라고 하면서 어느 정도 거리를 두고 있는 견해도 보인다.³⁶⁾

③ 검토

그러나 헌법 제37조 제2항과 헌법 제117조 제1항은 서로 배제관계에 있는 것이 아니라, 실제적 조화의 원리에 맞게 통일적으로 해석해야 한다. 다시 말해서 지방자치단체를 포함하여 모든 공권력이 국민의 기본권을 제한할 경우에는 법률에 의하거나 최소한 법률의 위임을 받아서 하여야 한다는 것이다. 따라서 이와 같이 해석할 경우 침해적 내지는 규제적 자치법규를 제정하려면, 반드시 법률의 위임이 없이는 안된다. 달리 말해서 헌법 제117조 제1항에서의 “법령의 범위 안에서”의 의미는 법률우위 뿐만 아니라 법률유보까지도 포함하는 것이며, 그것을 뒷받침해 주는 것이 바로 헌법 제37조 제2항인 것이다. 그러므로 지방자치단체가 자치입법권을 행사할 경우에는 법률의 위임이 없이도 조례로서 가능하다고 보는 것은 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 민주적으로 정당화된 의회에 의하여 제정된 법률이 이를 허

28) 김병기, 앞의 보고서, 258-259면.

29) 김해룡 외, 앞의 보고서, 78면(문상덕 집필부분으로 추정됨).

30) 김병기, 앞의 보고서, 264면.

31) 김해룡 외, 앞의 보고서, 78면(문상덕 집필부분으로 추정됨); 이기우, 앞의 논문, 19면.

32) 정만희, 앞의 논문, 9-27(16)면; 조성규, 지방자치의 보장과 헌법개정, 공법연구 제34집 제1호(2005. 11), 140면; 김해룡 외, 앞의 보고서, 74면(문상덕 집필부분으로 추정됨).

33) 김해룡 외, 앞의 보고서, 76면(문상덕 집필부분으로 추정됨); 같은 취지로 문상덕, 조례와 법률유보 재론, 행정법연구 제19호(2007. 12), 1-16면.

34) 김성호, 앞의 논문, 122면.

35) 김해룡 외, 앞의 보고서, 40면. 이기우, 앞의 논문, 5면.

36) 김병기, 앞의 보고서, 258면.

용하는 경우가 아니면 안된다고 하는 법치국가원리(법률유보의 원칙)에 위반될 소지가 있다.³⁷⁾

따라서 이러한 내용을 헌법에 명문화하려 하는 것은 헌법개정의 한계에 반할 소지가 있으므로 그러한 헌법개정은 신중을 기해야 할 것이다.

특히 지방자치단체가 제정한 조례에 의하면 법률의 위임이 없이도 주민의 기본권을 제한할 수 있다고 보는 견해는, 가령 해당 지방자치단체에는 다른 지역주민이 기업경영을 할 수도 있고, 땅도 소유할 수 있기 때문에, 자신이 선출하지 아니한 지방자치단체 의회가 제정하는 조례에 의하여 기본권제한을 당할 수 있게 된다는 점을 간과하고 있다. 다른 주민의 기본권을 조례로 제한하는 것은 헌법상 법률유보의 원칙에 위반될 수 있는 것이다.

그리고 조례에 법률적 효력을 부여하거나 조례유보조항을 삽입하는 헌법개정을 하였다 하더라도, 전국민에 의하여 민주적으로 정당화된 입법자가 제정한 법률과, 지역에 한정되어 있으며, 여러 가지 인적·물적 측면에서 입법역량이 훨씬 그에 못 미친다고 볼 수 있는 지방자치단체 의회가 제정한 자치법규는 결코 동등한 것으로 볼 수 없다.

특히 과연 지방적 사항과 관련되었다고 해서 조례에 법률보다 우선하는 효력을 인정할 수 있을 것인지 의문이 든다.

지방자치단체의 자치입법권은 법률의 범위 내에서 보장되며, 법률의 범위 내에서라고 하는 것은 법률우위와 법률의 유보를 모두 포함하는 것으로 하여 자치입법권을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 법규명령에 지방자치단체의 조례보다 우선하는 효력을 인정하고 있는 독일³⁸⁾에서 자치입법권이 중앙정부에 의하여 모두 형해화된다거나 유명무실하게 된다고 하는 지적은 별로 나오지 않고 오히려 매우 활성화되고 있는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각된다.

한편 “법령의 범위 안에서”를 “법률의 범위 안에서” 내지는 “법률에 위반되지 않는 범위 내에서”로 바꾸자³⁹⁾고 하는 견해도 있으나 이 견해는 국가의 전체법질서의 위계구조를 살펴볼 때, 법규명령이 지방자치단체에 의한 조례보다 우선하는 효력을 가진다는 점을 간과한 것 아닌가 하는 생각이 든다. 다시 말해서 지역과 관련된 사무라 하더라도 한 지역의 조례는 그 지역에만 적용될 수 있는 부분규범인데 반하여, 법규명령은 법률에 근거하여 제정된 전국적 효력을 가지는 규범이기 때문에 지역과 관련되었다고 해서 결코 그 지역 조례가 법률이나 법규명령⁴⁰⁾보다 상위의 효력을 가질 수는 없다. 그러므로 우리 현행 헌법 제117조 제1항이 “법령의 범위 안에서”라고 하는 표현을 굳이 “법률의 범위 안에서”라고 한정할 필요는 없다고 보인다. 그리고 “법률에 위반되지 않는 범위 내에서”라고 하는 표현은 헌법 스스로가 “법령의 범위 안에서”라고 하는 개념과 명시적으로 구분하여 사용하고 있기 때문에(가령 헌법 제114조 제6항) 헌법상의 문언상의 구별을 무시하고 이를 동일한 개념으로 해석해서는 안될

37) 홍준형, 앞의 논문, 115면.

38) Vogelsang/Lübking/Ulbrich, Kommunale Selbstverwaltung, Berlin 2005, 3. Aufl., S. 122.

39) 김해룡 외, 앞의 보고서, 41면.

40) Vogelsang/Lübking/Ulbrich, aaO, S. 119; Markus Heintzen, Verw 29, 1996, S. 17-45.

것이다.

또한 “스페인의 헌법이나 독일 등 연방국가에서 주에 부여하는 입법권의 일부를 시·도의 조례에 유보함으로써 지역적인 입법수요에 대응하고 다양한 입법의 구현을 가져올 수 있을 것”⁴¹⁾이라는 견해가 있으나, 연방국가의 주의 경우는 입법권, 행정권, 사법권을 가지는 사실상 국가단위라고 할 수 있다. 그러한 국가가 가지는 입법권한을 지방자치단체에 부여하는 것은 연방주의와 지방자치제도가 같은 것으로 보는 오류를 범하고 있다고 생각된다.

독일 연방헌법재판소에 의하면 지방자치단체의 조례는 국가의 법질서 전체에서 살펴 볼 경우, 행정의 영역에 속하는 것이지 입법영역에 속하는 것이 아니라고 보고 있다.⁴²⁾ 이와 같이 조례가 행정영역에 속하는 것으로 본다면 지방자치의회의 입법권한에 그러한 법률적 효력을 부여하고자 하는 모든 해석이나 시도는 문제가 있다고 생각된다.

(3) 자치사무의 보장

① 헌법규정의 해석

우리 헌법은 과거 건국헌법이나 제2공화국 헌법과는 달리 고유사무와 위임사무를 구분하지 않고서 “주민의 복리에 관한 사무”로 일원화하였다. 자치사무의 보장과 관련해서는 위에서 지적하였듯이 전권한성, 자기책임성, 보충성의 원칙이 포함된 것으로 해석되고 있으며, 지방분권특별법(제3조, 제6조 제3항)은 지방분권의 기본이념과 사무배분의 원칙에 관한 규정에서 이러한 포괄성과 자기책임성을 명시적으로 확인하고 있다.⁴³⁾

주민의 복리에 관한 사무가 무엇인가와 관련해서는 지방자치단체의 주민과 관련되는 지역적 사무⁴⁴⁾라고 할 수 있을 것이나, 다만 주민은 국민의 일부이기 때문에 국민으로서의 지위와 관련된 사무의 경우는 국가적 사무가 될 수 있으므로 국가와 지방자치단체간 그리고 상급 지방자치단체와 기초지방자치단체 상호간의 사무배분의 문제가 제기된다.⁴⁵⁾

② 헌법개정논의와 그에 대한 검토

이러한 문제 때문에, 지방자치단체와 국가의 사무구분을 헌법에 명시하자고 하는 제안이 나오고 있는 것이다.

i) “주민의 복리에 관한 사무” 규정의 보완 필요성?

“주민의 복리에 관한 사무” 정도의 기준으로는 국가사무와 지방자치단체 사무를 배분하기에는 너무 모호하여 결국 법률에 의존할 수 밖에 없게 되므로 사무배분의 기준을 마련해야

41) 이기우, 앞의 논문, 18면.

42) BVerfGE 78, 344.

43) 방승주, 앞의 논문(지방자치법제의 헌법적 접근), 47면.

44) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 82면; 이에 반하여 오동석, 지방자치의 제도적 보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호(2000. 11), 226면.

45) 김해룡 외, 앞의 보고서, 251면 이하.

할 필요성이 있다고 지적되고 있다.⁴⁶⁾ 이를 위해서 가령 “헌법상 국가-지방자치단체간 사무 배분 원칙과 기준을 규정하여 중앙정부와 지방자치단체간 합리적인 사무배분의 틀을 규정함으로써 지방자치단체의 자치권을 보장한다”⁴⁷⁾는 규정을 두자거나, 또는 “주민의 복리에 관한 사무” 대신에 “주민의 복리 및 지역사회의 발전에 관한 지방자치단체의 사무” 내지 “주민의 복리 등 지역의 사무”라고 표현하는 것이 타당하다고 하는 견해도 보인다.⁴⁸⁾

그러나 전자의 경우 사무배분의 기준이나 원칙의 실질적 내용은 들어있지 않기 때문에 그 기준과 원칙의 실질 내용이 무엇인지에 관하여 다시금 논란이 될 수 있고, 동 규정 자체는 별반 실익이 없는 규정이 될 수 있다. 그리고 후자의 경우는 지역의 사무라고 하는 내용이 추가될 뿐인데, 이러한 내용은 이미 “지방자치”라고 하는 개념에 내포되어 있어서 특별히 사무배분의 실질적 내용을 추가해 주지는 못한다고 생각된다.

우리 헌법을 기초한 것으로 알려지고 있는 유진오 박사는 그의 저서 『헌법해의』에서 제헌헌법 제96조⁴⁹⁾의 의미에 대하여 설명⁵⁰⁾하면서, 지방자치사무를 “그 지방주민의 이해에 밀접한 관계가 있는 사항” 내지는 “그 지방주민에 이해가 깊은 사항”으로 설명하고 있다. 현행헌법과 같이 “주민의 복리에 관한 사무” 개념이 삽입된 것은 1962. 12. 26. 헌법이다.⁵¹⁾ 지방자치단체의 사무라고 할 수 있는 “주민의 복리에 관한 사무”를 역사적, 문언적, 목적론적, 체계적 해석에 입각하여 해석해 볼 때, 주민의 복리에 관한 사무가 배타적인 지역적 관련성을 가지면 가질수록, 그 지방자치단체에게 배타적인 관할권이 인정되며, 그 사무가 동시에 초지역적(광역적) 또는 국가적 공공복리와 관련되면 될수록, 상급지방자치단체나 국가의 관할 내지 개입가능성이 인정될 수 있으며, 다만 지방자치제도의 민주주의적, 권력분립적, 기본권보장적 의미와 기능을 고려할 때, 기초 지방자치단체의 처리가 가능한 경우, 원칙적으로 그 권한에 속하는 것으로 보아야 할 것이다.⁵²⁾ 이러한 해석에 의하면 굳이 위에서 지적하는 내용들을 삽입하지 않더라도 헌법의 해석을 통하여 충분히 그러한 주장들이 의도하는 바를 달성할

46) 김해룡 외, 앞의 보고서, 20면.

47) 김성호, 국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구, 한국지방자치학회보 제19권 제4호(2007. 12), 113-135(129)면.

48) 김병기, 앞의 보고서, 256면.

49) “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”

50) “본조는 지방자치단체의 권한을 규정하였는데 그는 국가의 밑에 있는 지역단체이며 따라서 국가의 영토의 일부를 그의 지역으로 하고 그 지역 내에 있는 모든 국민을 국법 인정하는 범위 내에서 지배할 수 있는 권리를 가지고 있는 공법상의 법인인 것이다. 지방자치에 관하여서는 미국이나 제정독일과 같이 각주를 거진 독립국가와 같이 인정하여 고도의 자치를 허용한 곳도 있으나 그러지 않은 중앙집권주의 국가에 있어서도 지방의 주민의 이해에 밀접한 관계가 있는 사항까지를 국가에서 전부 처리하기는 곤란할 뿐 아니라 또 불합리하므로 대개 국가의 밑에 지방자치단체를 설치하여 그 지방주민에 이해가 깊은 사항은 그들의 자치에 일임하고 있는 현상이며 또 지방자치의 성과여하는 민주정치의 발전에 밀접불가분의 관계가 있음으로 각국은 그의 장려에 노력하고 있는데 우리나라 헌법도 지방자치의 중요성을 인식하여 본조와 차조에 그에 관한 규정을 설치한 것이다.” 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 199면.

51) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 81면 이하.

52) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 90면.

수 있을 것으로 생각된다.

ii) 보충성의 원칙의 명문화 필요성?

한편 소위 보충성의 원칙을 헌법에 명문화하자는 견해도 아울러 주장되고 있다.⁵³⁾

그러나 위에서 이미 지적하였듯이 지방자치사무에 대하여 헌법해석방법론에 따른 해석을 해 보면 보충성의 원칙은 당연히 인정된다고 볼 수 있다. 그리고 사무에 따라서는 효율성의 원칙이 더 우선적으로 적용되어야 할 경우도 있을 수 있다. 지방자치단체가 충분히 처리할 능력도 없으면서, 지역적 사무에 대하여 우선적인 배타적 관할권만을 행사하려 한다면, 주민에 대한 서비스가 질적으로 떨어질 수 밖에 없고, 이로 인하여 지역 주민은 불이익을 받을 수 있게 될 수도 있다. 그러한 관점에서 본다면, 지방자치와 관련하여 보충성의 원칙이 탄력적으로 적용될 수도 있다고 할 수 있으며, 그러하다면 이러한 원칙을 명문화해야 할 필요는 없을 것이다.

그리고 이 보충성의 원칙⁵⁴⁾은 보다 작은 하위 단위의 공동체가 해결할 수 있는 일을 위해서 보다 큰 상위 단위의 공동체가 투입되어서는 안된다고 하는 원칙으로서 주로 연방주의하에서 원칙적으로 각 주가 처리할 수 있는 사무는 연방이 해서는 안되고 특별한 규정이 없을 경우에는 주의 권한으로 간주하는 원리라고 할 수 있으며, 독일 기본법상 보충성의 원리도 유럽통합과 관련한 기본법 제23조 제1항에 규정되어 있을 뿐, 지방자치제도와 관련해서 규정되어 있는 것이 아니다. 하지만 이러한 원리는 지방자치제의 헌법적 보장에서도 적용될 수 있는 것으로 받아들여지고 있지만 그 원리는 결국 지방자치단체의 지역사무에 대한 전권한성, 그리고 지방자치단체 상호간의 협력, 그리고 하급지방자치단체와 상급지방자치단체간의 권한분배에서 구체화되고 있다.⁵⁵⁾ 아무튼 보충성의 원칙이 지방자치 차원에서 어떠한 방식으로 구체화되어야 할 것인지는 현대사회에서 특히 강조되는 효율성의 원칙과 관련하여 좀 더 검토해 보아야 할 필요가 있다고 보인다.

다만 사무배분을 명확히 하기 위하여 구체적인 관할 분야를 헌법에 명기하자고 하면서도 보충성의 원칙도 명문화하자고 하는 견해는 보충성의 원칙 자체가 결국 불특정한 사무에 대한 포괄적인 배분원리라고 하는 점을 간과하고 있는 것은 아닌지 생각해 보아야 할 것이다.

53) 이기우, 앞의 논문, 15면: “공공사무는 능력이 미치는 한 주민에 가까운 지방자치단체에서 우선적으로 처리한다” 신설; 김해룡 외, 앞의 보고서, 19면; 김병기, 앞의 보고서, 257면.

54) 이에 관해서는 이기우, 앞의 논문, 14면; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2009, 177면. 여기에서 보충성의 원칙은 카톨릭 사회이론으로부터 유래한다고 소개되고 있지만 Heberlein에 의하면 그 뿌리는 아리스토텔레스, 알투지우스 그리고 토마스 아퀴나스에게까지 거슬러 올라가며, 또한 자유주의적 국가이론에도 영향을 미쳤다고 한다. Horst Heberlein, Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung, NVwZ 1995, S. 1052 ff.

55) Horst Heberlein, NVwZ 1995, S. 1052 ff.(1054).

(4) 주관적인 법적 지위의 보장

1) 헌법규정의 해석

우리 헌법은 지방자치단체에 대하여 자치권한이 침해된 경우에 이에 대하여 다룰 수 있는 구제가능성을 헌법적으로 보장하고 있다. 즉 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간 권한쟁의에 관한 심판제도가 바로 그것이다(헌법 제111조 제1항 제4호). 또한 학설⁵⁶⁾에 의하면 지방자치단체도 행정소송법상 항고소송의 당사자가 될 수 있는 것으로 보고 있다.

2) 헌법개정논의

독일의 경우 지방자치단체와 상급지방자치단체는 공법인으로서 기본권주체가 될 수 없고, 따라서 헌법소원심판의 청구능력이 없다. 하지만 법률(주법률의 경우에는 주헌법재판소에서 다룰 수 있는 가능성이 없는 경우에 한하여)에 의하여 기본법 제28조 제2항에 따른 자치권이 침해된 경우에는 이를 이유로 하는 헌법소원을 연방헌법재판소에 제기할 수 있다. 독일 기본법 제93조 제1항 제4b호는 이러한 지방자치헌법소원심판을 개인의 헌법소원과 같이 1969년 이래로 기본법에 명문화하였다. 하지만 법률적 차원에서는 이미 1951년 이래로 연방헌법재판소법 제91조에 의하여 실시되었다.⁵⁷⁾

이러한 독일의 지방자치헌법소원과 같은 제도를 우리의 경우에도 도입해야 할 필요성이 있다고 하는 주장이 있다. 즉 이러한 지방자치단체헌법소원은 헌법개정이 아니고 헌법재판소법의 개정만으로도 가능하지만 법적 논쟁을 불식시키기 위해서 이를 직접 헌법에 규정하는 것도 고려해 볼 수 있다고 하는 견해가 그것이다.⁵⁸⁾ 이에 반해 한국의 경우 헌법상 권한쟁의 심판을 보장하고 있으므로 별도로 헌법소원규정을 두는 것은 중복적인 권리구제가 되기 쉬우므로 신중을 기할 필요가 있다고 하는 견해도 나오고 있다.⁵⁹⁾

또한 이러한 지방자치헌법소원은 아니지만 “지방자치단체의 자치권이 침해된 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 법원에 구제를 청구할 수 있어야 한다”고 하는 조항을 추가할 것을 제안하는 입장도 있다.⁶⁰⁾

3) 검토

생각건대 지방자치단체는 지역사무의 처리를 위하여 헌법으로 보장된 공법인이라고 할 수 있으며, 이 지방자치를 통해서 주민들은 자신의 지역사무에 대하여 보다 근거리에서 스스로 참여함으로써 민주주의와 자신의 기본권을 실현할 수 있다. 지방자치단체는 비록 공법인이기

56) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 91면과 그곳에서 인용된 문헌들 참조.

57) Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, München 1991, S. 191.

58) 김해룡 외, 앞의 보고서, 118면.

59) 이기우, 앞의 논문, 21면.

60) 이기우, 앞의 논문, 21면; 김병기, 앞의 보고서, 261-262면.

는 하지만 국가에 의하여 자치권을 침해당할 경우에는 오히려 국가에 대항할 수 있는 법적 권리와 수단이 주어지지 않으면 안되며, 현행헌법에는 권한쟁의심판으로 이를 해결하고 있다. 그리고 지방자치단체가 행정소송법상 항고소송의 원고적격이 될 수 있다고 하는 학설⁶¹⁾이 있다.⁶²⁾ 만일 법률에 의하여 자치권이 침해될 경우 지방자치단체가 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 한다면 자치권의 보호에 상당한 기여가 될 것으로 보인다. 권한쟁의심판은 국가와 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간의 권한의 침해나 준부에 관한 다툼이 발생할 경우에 제기하는 심판이므로, 국회와 지방자치단체간의 권한쟁의가 발생한 경우 외에는 지방자치헌법소원심판과 중복될 가능성은 없어 보인다. 그리고 국회가 일정한 법률을 통과시킴으로써 지방자치단체의 자치권을 침해하였다고 주장하는 경우, 권한쟁의심판을 청구할 수 있으면서 동시에 공포된 법률에 대하여는 지방자치헌법소원심판을 청구할 수 있게 될 터인데, 이러한 현상은 현재의 권한쟁의심판제도하에서도 일어날 수 있는 가능성이 있으며 헌법재판소에서는 심판의 성질에 따라서 양 심판청구를 병합하여 처리하면 될 것이므로 크게 문제될 것은 없다고 생각된다.

(5) 지방자치단체의회의 헌법적 보장

1) 헌법규정의 해석

헌법 제118조 제1항은 지방자치단체에 의회를 둔다고 함으로써, 지방자치의회를 헌법적으로 보장하고 있다. 따라서 지방자치의회를 입법자가 폐지하고 다른 제도를 도입하는 것은 가능하지 않다.

2) 헌법개정논의

지방의회의 지위를 강화하기 위해서는 지방의회의원이 주민에 의한 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출됨을 명문화하여야 한다고 하는 견해가 주장되고 있다.

3) 검토

이러한 선거의 원칙은 역시 지방자치단체 선거에도 당연히 적용되는 원칙이라고 볼 수 있지만, 이를 명문으로 확인하는 것은 지방자치의회의 민주적 정당성을 더욱 강조하는 의미가 있을 것이다.

나아가 지방자치단체장의 경우 “선임방법”이라고 하는 용어를 쓰고 있으나(제118조 제2항), 지방자치단체장의 임명제로의 회귀는 사실상 불가능하다고 보아야 할 것이기 때문에 역

61) 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구 제1권 제2호(2001. 12), 9-33면; 홍정선, 앞의 책, 66-68면; 조성규, 지방자치제의 헌법적 보장의 의미, 공법연구 제30집 제3호(2001. 12), 409-428(425)면; 장태주, 환경영향평가의 하자과 지방자치단체의 원고적격, 고시연구 2005. 11, 38-47(43)면; 김해룡 외, 앞의 보고서, 117면 등.

62) 실무에서는 아직까지 하급심 판결에서만 인정되고 있는 것으로 보인다. 가령 서울행정법원 2001. 11. 9 선고. 2001구17943 판결; 서울행정법원 11. 27 선고. 2001구12794 판결.

시 “선거”로 바꾸고, 그 경우에도 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출됨을 명문화하는 것이 지방자치제도의 강화를 위하여 도움이 될 것이라고 생각된다.

(6) 지방자치단체조직의 법정주의

1) 헌법규정의 해석

지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 입법자가 법률로 정하도록 하고 있다(제118조 제2항).

2) 헌법개정논의

한편 “지방자치단체의 업무를 수행하기 위한 집행기관의 조직과 구성에 대해서는 법률에 위반되지 않는 범위 내에서 민주주의 원칙에 따라 당해 지방자치단체가 조례로 정한다.”⁶³⁾고 하는 조직구성권한의 조례유보조항을 신설하자고 하는 견해가 있다.

3) 검토

지방자치단체의 조직을 어떻게 구성할 것인가는 현재로서는 입법자에게 맡겨져 있는데, 이를 각 지방자치단체의 조례로 정하도록 위임하자고 하는 것이다. 지방자치단체의 조직을 법률로 정할 경우에는 전국적으로 통일성을 기할 수 있는 장점이 있는데 반하여, 각 지방자치단체의 조례에 의할 경우, 자치단체의 조직구성이 지방별로 다양하게 형성될 것이다. 이를 통하여 자치단체간의 경쟁을 통한 발전에 기여할 수 있게 될 것이나, 문제는 조직구성은 자치재정권에 의하여 뒷받침되지 않는 한, 유명무실하게 될 가능성이 있다. 그러므로 이 문제는 지방자치단체의 자치재정권의 보장과 함께 해결되어야 할 문제라고 생각된다.

2. 기타 지방자치 강화를 위한 새로운 규정의 신설 필요성에 대한 검토

위에서 지적된 헌법개정의 필요성 외에도 전체적으로 지방자치와 분권이념을 실현하기 위하여 필요한 헌법조문을 삽입하여야 된다고 하는 헌법개정안이 제안되어 있다. 그러므로 이러한 내용들을 각 항목별로 나누어서 검토해 보면 다음과 같다.

(1) 분권형 국가이념 삽입 필요성

헌법전문과 총강에 지방자치와 분권의 이념을 삽입하자고 하는 견해이다.⁶⁴⁾ 즉 국가경영의 기본 방향이라고 할 수 있는 지방분권과 국토균형발전 이념을 명확하게 천명할 필요가 있다고 보는 것이다.

63) 신기현, 앞의 발제문, 63면.

64) 김병기, 앞의 보고서, 253, 255면; 김해룡 외, 앞의 보고서, 16면.

우리나라가 산업화, 민주화가 상당한 정도로 진척이 되었고 지방자치제도가 실시된지 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 아직 국가권력은 중앙정부에 편중되어 있을 뿐만 아니라, 국민들의 인간다운 생활을 위한 각종 복지시설과 서비스 등은 거의 수도서울에 집중되어서 국토의 균형있는 발전이 저해되고 있는 것이 사실이다. 따라서 중앙집권화되어 있는 국가의 권력을 수직적으로 분산시킴으로써, 지방자치가 보다 활성화될 수 있도록 하는 것은 전국이 골고루 잘 사는 나라가 될 수 있도록 하기 위한 시급한 과제로 떠오르고 있다. 이러한 시점에서 지방자치와 분권의 국가이념을 헌법전문이나 총강에 삽입함으로써 이를 강조하는 것은 나름대로 상당한 의미가 있다고 할 것이다.

이러한 이념은 동시에 우리 헌법이 추구하는 사회국가와 복지국가이념과도 매우 밀접한 관련을 가질 수 있는 이념이라고 할 수 있을 것이다.

(2) 주민주권주의와 주민참여에 관한 헌법적 근거의 명시 필요성

나아가 주민주권주의와 주민참여에 관한 헌법적 근거도 명시하자고 하는 견해도 주장되고 있다.

1) 주민주권주의?

우선 주민주권주의와 관련해서는 “모든 지방자치단체의 권력은 주민으로부터 나온다”거나 “모든 지방자치단체의 권력은 주민의 의사에 기초하여야 한다”는 문구를 삽입하자고 하는 것이다.⁶⁵⁾

이와 관련해서는 국민주권과 상치될 수 있는 의미에서의 주민의 ‘주권’을 규정하는 것이라면, 이는 주권 개념의 본질에 맞지 않을 뿐 아니라 현재의 국가조직 체계 안에서는 규정하기 어려울 것으로 보나, 다만 지방자치의 민주적 정당성, 지방의 민주적 기초를 규정한다는 의미를 가지는 한도 내에서 ‘지방권력의 주민에로의 소급’에 관한 규정을 둘 수는 있을 것으로 보는 소극적 긍정설도 나오고 있다.⁶⁶⁾

그러나 과연 주민주권을 명시적으로 천명하는 헌법사례가 있는지 의문이 든다.⁶⁷⁾ 사실 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 하는 소위 국민주권에 있어서 “국민”은 전체 국민을 일컫는 것이다. 이것과 비교해서 과연 모든 지방자치단체의 권력이 주민으로부터 나온다고 볼 수

65) 이기우, 앞의 논문, 5-25(19)면; 조성규, 앞의 논문, 63면; 김해룡 외, 앞의 보고서, 13면; 김병기, 앞의 보고서, 255면.

66) 김해룡 외, 앞의 보고서, 38면.

67) 일본국 헌법의 경우도 주민주권을 명문화하고 있는 것이 아니라, 국민주권을 명문화하고 있을 뿐이다(제1조). 다만 학자에 따라서는 이러한 국민주권의 원리를 인민주권으로 이해하고, 이 국민주권이 ‘주민에 의한, 주민을 위한 정치’를 실현할 수 있는 ‘충실한 지방자치’의 보장을 추구하는 것으로 해석하면서 “하나의 지방공공단체에게 적용되는 특별법은 법률이 정하는 바에 따라 그 지방공공단체의 주민 투표에서 과반수의 동의를 얻지 못하면 국회는 이를 제정할 수 없다”(최병선/김선혁 공편, 앞의 책, 365면)고 하는 헌법 제95조 역시 이러한 이념의 구체화규정으로 파악하고 있는 입장도 있다. 杉原 泰雄, 地方自治の 憲法的 基礎, 지방자치법연구 제2권 제2호(2002. 12), 10-11면.

있을 것인지 의문이 제기된다. 왜냐하면 지방자치제도를 채택한 것은 바로 헌법제정자인 국민이고, 그러한 국민에 의하여 모든 국가권력이 창설되었으며, 지방자치단체가 갖는 권력도 그러한 국가권력질서의 한 일부에 지나지 않기 때문이다. 지방자치단체가 가지는 권력은 오로지 그 주민으로부터만 나온 것이 아니라, 전체 국민으로부터도 나온 것이기 때문에 모든 지방자치단체의 권력이 주민으로부터 나온다고 하는 표현은 적절하지 않은 것으로 보인다. 또한 모든 지방자치단체의 권력은 주민의 의사에 기초하여야 한다고 하는 표현도 역시 마찬가지이다. 가령 지방자치단체가 국가의 위임을 받아 수행하는 사무의 경우 궁극적으로는 전체 국민의 의사로 소급될 수는 있어도 경우에 따라서는 주민의 의사에 합치하지 않을 수도 있기 때문이다.

지방자치단체의 모든 권력이 주민의 의사에 귀속되어야 한다고 하는 이념은 국민주권의 이념에 모두 포함된다고 볼 수 있을 것이다. 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 하고 있기 때문에, 여기에서 말하는 “모든 권력”⁶⁸⁾에는 “국가권력” 뿐만 아니라, 지방자치단체를 포함한 모든 공권력을 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 굳이 주민주권을 따로 표시하는 것은 오히려 불필요한 논란만 야기시킬 수 있는 것 아닌가 생각된다.

2) 주민참여에 관한 헌법적인 근거

“지방자치단체의 중요한 의사결정을 위하여 주민의 참여가 법률의 범위 안에서 보장되어야 한다”는 식의 주민참여에 관한 헌법적 근거를 명시할 필요가 있다고 보는 견해도 있다.⁶⁹⁾

그런데 이러한 주민참여에 관한 명시적 근거규정이 없는 현행 헌법하에서도 주민투표제도와 주민소환제도 등 주민이 직접 정치적 의사표시를 할 수 있는 가능성은 법률적으로 보장되고 있다.

하지만 이러한 주민참여의 가능성을 헌법적으로 명시하는 경우에는 지방자치와 관련한 주민의 직접민주주의적 참여가능성이 훨씬 더 강하게 보장될 수 있을 것이다. 특히 특정한 지방자치단체의 운명이나 이해관계와 관련된 입법의 경우 그 지방자치단체의회나 그 주민의 동의를 거치도록 하는 경우에는 상당히 강력한 주민참여의 근거가 될 수 있을 것이다.

(3) 국가와 지방자치단체 상호간의 관계에 관한 규정

국가와 지방자치단체가 상호 협력적 관계를 유지하도록 하기 위해서, 지방자치단체의 이해관계가 있는 법안의 제정에 있어서 지방자치단체가 참여하여 의견을 제출하게 하거나 또는 법률안을 제출할 수 있도록 하자고 하는 견해가 주장되고 있다.

68) 이에 반하여 독일 기본법 제20조 제2항은 “모든 國家權力은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있음에도 따로 州權力和 관련하여 州民主權이나 또는 地方自治團體權力和 관련하여 住民主權 규정은 가지고 있지 않다.

69) 이기우, 앞의 논문, 20면; 김병기, 앞의 보고서, 265면.

가령 지방자치단체의 관할범위에 드는 사항에 대해서는 지방자치단체 협의체가 직접 법률안 제안을 갖도록 하는 것이 지방분권을 국가이념으로 수용한 근본취지와 부합한다는 주장이 그것이다. 다만 법률안을 제안할 수 있는 협의체의 구체적인 범위는 법률유보사항으로 남겨두는 것이 바람직하다고 보고 있다.⁷⁰⁾

이에 반하여 법률안 제출권의 도입은 문제가 있으므로, 의견제출권을 실질적으로 보장하는 방향으로 하자는 견해도 나오고 있다.⁷¹⁾

한편 각 지방자치단체의 지역대표들로 구성되는 상원제를 도입하여 각 지역의 의사를 상시적·공식적으로 중앙정부의 입법 및 정책결정과정에 반영할 수 있도록 하자⁷²⁾는 견해도 제시되고 있다. 동아시아연구원(EAI) 분권헌법 보고서에서도 광역지방정부형 모델에 따른 개헌안을 제시하면서 지방분권강화를 위해 양원제를 도입할 것을 제안하고 있다.⁷³⁾

그리고 국가와 지방자치단체간의 쌍방향적인 관계형성을 위하여 헌법에 기본방향을 설정해 놓을 필요가 있다고 보는 견해가 있다. 즉 “국가와 지방자치단체는 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 업무수행절차에 상호적으로 관여할 수 있다. 이 경우에도 지방자치단체의 자기책임성은 보장되어야 한다”⁷⁴⁾는 규정을 두자는 것이다.

생각건대, 우선 지방자치제의 강화를 목적으로 하는 양원제의 도입은 국회구성체제 자체를 근본적으로 바꾸는 문제이기 때문에, 단순히 지방자치와 분권의 강화를 위해서만 양원제를 도입할 필요가 있는 것인지에 대하여 보다 심도 있는 검토가 필요하다고 생각된다. 물론 그와 같이 하는 경우에는 당연히 지방자치와 분권이 강화될 수 있는 측면이 있으나, 양원제로 인한 부작용과 폐해의 측면도 함께 생각해야 할 것이다.

그리고 법률안제출권은 현재 대통령과 국회가 가지고 있다. 전체 국민의 대표라고 할 수 있는 기관만이 법률안제출권을 갖도록 하고 있는데, 지방자치단체 협의회 등은 전체 국민의 대표라고 할 수 없음에도 법률안제출권을 부여하는 것이 헌법체계에 맞는가 하는 의문이 든다. 그러므로 지방자치단체의 이해가 달려 있는 법안의 심의에 있어서는 반드시 관계 지방자치단체에 통보를 하여, 사전에 의견을 제출할 수 있는 기회를 주도록 하고, 또한 그러한 의견 제출에 대하여는 입법기관이 나름대로 그 의견을 고려하였다고 하는 점에 대해서 관계 지방자치단체에 심의결과를 통보해 주는 제도적 장치를 도입할 필요가 있다.

그리고 위에서 언급한 지방자치헌법소원제도를 도입하는 경우에는 자치권을 침해하는 입법에 대한 강력한 통제수단이 확보되는 것이기 때문에, 자치단체협의회 등의 의견제출권을 부여하는 것만으로도 상당히 국가의 지방자치관련 법정책에 자치단체의 의견을 효과적으로

70) 김병기, 앞의 보고서, 260면: 여기에서 “개정안 제117조 제3항 제2문에 해당하는 사항”이 무엇인지가 불분명하나, 지방자치단체의 사무범위에 포함되는 것으로 예시한 ‘주거, 환경, 교통, 통신, 교육, 치안, 안전, 문화 등에 관련한 사항(앞의 논문, 257면)이 아닐까 추정된다.

71) 김해룡 외, 앞의 보고서, 97면; 마찬가지로 거리를 두고 있는 견해로, 홍준형, 앞의 논문, 117면.

72) 김해룡 외, 앞의 보고서, 101면; 김성호, 앞의 논문, 128면.

73) 김병기, 앞의 보고서, 269면.

74) 이기우, 앞의 논문, 20면.

반영할 수 있게 될 것이라고 생각된다.

입법적 참여기회의 보장 문제는 현행법의 개정으로도 어느 정도 소기의 목적을 달성할 수 있으리라 본다. 정부제출 법률안의 경우에는 입법예고제도 등이 운영되고 있으므로 관련 지방자치단체가 의견제출을 할 수 있는 기회가 보장된다고 할 수 있다. 다만 의원입법의 경우에 이러한 입법예고제도가 시행되고 있지 않고 있으므로, 국회법을 개정하여 지방자치단체의 이해관계와 관련되는 법안심사에 있어서는 각 지방자치단체의 관련기관이 참여하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하도록 의무화하거나 최소한 의원입법의 경우에도 정부제출 법률안의 경우와 마찬가지로 입법예고제도를 두고 이 입법예고 기간 안에 관련 지방자치단체가 자신과 관련된 법안에 대하여 의견을 제출할 수 있는 기회를 주도록 하여야 할 것이라고 생각된다.

한편 일본국 헌법 제95조의 규정⁷⁵⁾과 같이 특정한 지방자치단체에 관한 특별법을 제정함에 있어서는 그 지방자치단체 주민이나 의회의 동의를 요하게 하는 것도 지방자치단체의 입법에 대한 참여권을 강화할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이다. 이것은 가령 지방의 행정구역개편과 관련하여 요구되는 청문⁷⁶⁾보다 훨씬 더 강한 참여의 형태가 될 수 있을 것이다.

(4) 지방자치단체에 대한 국가 감사제도의 개선문제

한편 지방자치단체에 대한 국가의 감사가 매우 중첩적으로 이루어지고 있고, 이러한 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감사제도는 지방자치단체의 자율적이며 자기책임적인 사무처리에 지장을 초래하고 자치권을 침해할 수 있기 때문에 이와 관련 단일감사제도를 헌법에 명기하여야 한다고 하는 주장이 이루어지고 있다. 가령 지방자치단체에 대한 국가감사는 국회, 감사원, 행정자치부 등 3기관 중 단일기관이 수행하는 방향으로 헌법상 규정할 필요가 있다⁷⁷⁾거나 “지방자치단체에 대한 국가의 감사는 단일감사를 원칙으로 한다”는 규정을 헌법 제117조에 삽입하자는 안이 그것이다.⁷⁸⁾

그러나 이에 대하여 이 문제는 지방자치법 등 개별법률의 정비로 대처할 일이지 헌법상 독자적 규정을 삽입할 필요성은 없다고 보는 견해도 있다.⁷⁹⁾

지방자치단체에 대한 국가 감사제도를 어떻게 해야 할 것인가에 대해서는 후자의 견해가 지적하고 있듯이 굳이 헌법으로 명기하지 아니하고, 중복감사 등의 폐해의 문제를 법률적으로 정비하는 방법으로 개선할 수 있지 않을까 생각된다.⁸⁰⁾

75) 앞의 각주 67) 참조할 것.

76) 이에 관하여는 방승주, 앞의 논문(행정구역개편론의 헌법적 검토), 41면.

77) 김성호, 앞의 논문, 127면; 김병기, 앞의 보고서, 262면.

78) 김병기, 앞의 보고서, 263면.

79) 김해룡 외, 앞의 보고서, 141면.

80) 최근 행정안전부장관이 서울시의 자치사무에 대하여 실시한 정부합동감사는 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 서울시의 지방자치권을 침해한 것이라고 하면서 서울시가 행정안전부장관을 피청구인으로 제기한 권한쟁의심판을 헌법재판소가 인용한 사례가 있다(헌재 2009. 5. 28 선고. 2006헌라6, 서울특별시와 정부간의 권한쟁의), 이는 현행헌법 및 지방자치법의 해석을 통해서도, 중앙행정기관의 지방

Ⅲ. 결 론

1. 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정논의의 방법론

우리나라에서도 산업화에 의하여 고도로 경제적 성장이 이루어지고, 민주주의도 어느 정도 정착되어 감에 따라 이제 전 국민이 골고루 잘 살기 위한⁸¹⁾ 지방자치와 분권이 국가가 지향해야 할 새로운 이념으로 떠오르고 있고, 이에 맞추어 지금까지 지방자치법을 비롯하여 여러 가지 자치권의 강화와 분권을 위한 특별법들이 제정되어 시행되어 오고 있다.

즉 지방자치단체의 종류와 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 국가와 지방자치단체 사이의 기본적인 관계를 정함으로써 지방자치행정을 민주적이고 능률적으로 수행하고, 지방을 균형있게 발전시키며, 대한민국을 민주적으로 발전시키려는 것을 목적으로 하고 있는 지방자치법, 지역간 불균형을 해소하고 지역혁신 및 특성에 맞는 발전을 통하여 자립형 지방화를 촉진함으로써 전국이 개성있게 골고루 잘 사는 사회를 건설하는 데 이바지함을 목적으로 하여 제정된 국가균형발전특별법, 지방분권의 기본이념과 국가와 지방자치단체의 책무를 명확히 함과 동시에 지방분권의 추진에 관한 기본원칙·추진과제·추진체제 등을 규정함으로써 지방분권의 추진과제를 종합적·체계적·계획적으로 추진하여 지방분권을 촉진하고 지방의 발전과 국가의 경쟁력 향상을 도모하며 궁극적으로는 국민의 삶의 질을 제고하는 것을 목적으로 하여 제정된 지방분권추진에관한특별법 등이 시행되고 있다.

이러한 지방자치와 분권관련 법률의 운용의 경험을 토대로 지방자치와 분권화가 과연 왜 제대로 이루어지지 않고 있는지를 다각적으로 검토하고 평가하여 법률적, 제도적으로 정비해야 할 것들은 법률적 차원에서 개정이 이루어져야 할 것이며, 이러한 내용들 가운데 반드시 헌법으로 격상시켜 규정하지 않으면 안될 내용들을 엄선하여 헌법에 끌어 올리는 방향으로 헌법개정이 이루어지도록 하면 되지 않을까 생각된다. 헌법은 국가 공동체의 최고효력을 가지는 법적 기본질서이므로, 여기에 지나치게 자세한 규정을 두는 것은 불필요하다. 지방자치와 분권을 위해서 반드시 삽입하지 않으면 안되는 내용들을 중심으로 이념이나 방향설정, 지침 등을 명시하고 그 구체적 내용은 법률로 정하도록 하는 것이 좋다고 생각된다.

한편 지방자치와 관련된 헌법개정 논의에 있어서도 각 지방자치단체와 지방자치단체 협의

자치단체의 자치사무에 대한 감사권은 포괄적이고 일반적인 사전감사가 아니라 그 대상과 범위가 한정된, 제한된 감사에만 미친다는 결론이 도출될 수 있음을 보여준 것이라고 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 감사원의 지방자치단체에 대한 감사는 합법성 감사에 한정되지 않고 자치사무에 대하여도 합목적성 감사가 가능하여(헌재 2008. 5. 29 선고. 2005헌라3, 판례집 제20권 제1집 (하), 41), 국가감독권 행사로서 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사원의 사전적·포괄적 감사가 인정되기 때문에, 여기에서 중앙행정기관의 사전적·포괄적 감사를 인정하는 것은 불필요한 중복감사를 초래할 수 있다는 것이다(헌재 2009. 5. 28 선고. 2006헌라6, 서울특별시와 정부간의 권한쟁의).

81) 그러한 의미에서 지방자치제도는 사회국가원리와 일정한 관련을 가질 수 밖에 없을 것이다. 가령 스웨덴을 포함한 북유럽 국가들에서 지방자치제의 발달은 복지국가의 팽창과 바로 연결되어 있다고 보는 하연섭, 선진 5개국의 지방자치제에서 무엇을 배울 것인가?, 최병선/김선혁 공편, 앞의 책, 135-168(157)면도 바로 이점을 지적하는 것으로 보인다.

회는 주도적으로 의견을 제출할 수 있는 기회를 가져야 한다. 지방자치제도와 관련된 법률안의 심의에 있어서도 의견제출권이 필요하듯이, 헌법개정 논의에 있어서는 더욱 더 그러하다고 생각된다.

다만 지방자치와 분권을 위한 헌법개정 논의에 있어서 잊지 않아야 할 것은 분권화를 위한 헌법개정은 국가의 권력구조와 밀접한 상관관계를 가지는 것임을 염두에 두고, 민주주의와 법치국가원리와 사회국가원리가 보다 잘 실현될 뿐만 아니라, 날로 심화되고 있는 국가간의 경쟁사회에서 보다 경쟁력 있는 국가시스템을 확립하기 위해서 효율성의 측면도 동시에 고려하면서 헌법 전체의 균형있는 개선을 위한 노력을 기울여야 하지, 지방자치와 분권만을 지나치게 강조하는 것도 문제가 있을 수 있다는 점이다.

2. 헌법개정론에 대한 검토의 요약

이상에서 헌법개정론에 대하여 검토한 결과를 요약하면 다음과 같다.

- (1) 지방자치단체의 종류를 헌법에 명시하는 것 보다는 입법자에게 맡겨 놓는 것이 지방자치단체의 통·폐합 등의 필요성이 있을 경우 더 유연하게 대처할 수 있다. 다만 지방자치단체의 종류를 헌법적으로 명시할 경우에는 입법자가 그 종류 자체를 없앨 수는 없기 때문에, 현재보다는 지방자치단체의 안정적 존속에 더 큰 도움이 될 수 있을 것이다.
- (2) 자치행정권과 관련하여 헌법 해석상 전권한성, 자기책임성, 보충성이 도출될 수 있기 때문에, 굳이 이를 명시해야 할 필요성은 없다고 볼 수 있으나, 이러한 내용을 명시할 경우에는 자치권의 이와 같은 특성을 보다 강조하는 효과는 있을 것이다.
- (3) 자치재정권을 강화하기 위하여 지방세조례주의를 명문화하자고 하는 견해가 있으나 이는 법치국가원리에서 도출되는 법률유보의 원칙에 위반되기 때문에 받아들일 수 없다.
- (4) 자치입법권을 강화하기 위하여 조례유보조항을 신설하자고 하는 등의 견해가 있으나 이 역시 기본권제한을 위해서는 국회가 제정한 법률에 근거가 있어야 한다고 하는 법률유보의 원칙에 위반되어 받아들일 수 없으며, 이를 명문화하는 헌법개정은 헌법개정의 한계에 해당되어 위험적 헌법개정의 시도가 될 소지가 있다고 생각된다.
- (5) “주민 복리에 관한 사무”라고 하는 표현 대신 지방자치단체와 국가의 사무구분을 헌법에 보다 구체적으로 명시하자고 하는 견해가 있으나, 현행 규정의 해석으로도 사무구분을 할 수 있다고 보이며, 또한 보충성의 원칙 역시 명문화할 필요까지는 없다고 생각된다.
- (6) 현행 행정소송법상 지방자치단체가 항고소송의 원고적격이 될 수 있을 것인지에 대하여는 논란이 있는 것이 사실이므로, 지방자치단체의 자치권이 국가에 의하여 침해된

경우에는 독일과 같은 지방자치헌법소원제도를 도입하는 경우, 자치권의 강화에 기여할 수 있을 것이다.

- (7) 지방의회의원뿐만 아니라, 지방자치단체장의 경우에도 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출함을 명문화하는 것은 지방자치제도의 강화를 위하여 도움이 될 것이다.
- (8) 지방자치단체의 조직구성권한의 조례유보조항 도입은 아직 시기상조가 아닐까 생각된다.
- (9) 헌법전문이나 총강에 분권형 국가이념을 삽입하는 것은 지방자치와 분권의 발전을 위하여 도움이 될 수 있을 것이며, 또한 사회국가이념과도 밀접한 관련을 가질 수 있을 것이다.
- (10) 국민주권주의와 별개로 주민주권주의 이념을 명문화할 필요성은 없다고 생각된다.
- (11) 주민참여에 관한 헌법적 근거규정의 도입은 지방자치의 활성화를 위하여 도움이 될 수 있을 것이다.
- (12) 지방자치단체 협의회 등의 법률안 제출권 도입은 그러한 기관이 전 국민의 대표가 아니라고 할 것이기 때문에 받아들이기 힘들다.
- (13) 다만 특정한 지방자치단체와 관련된 입법에 있어서는 관련 지방자치단체의회나 그 주민의 동의를 필요로 한다고 하는 규정의 도입은 지방자치와 관련한 국가의 입법에 있어서 지방자치단체나 그 주민의 관여 내지 개입가능성을 강화하는 것으로서 도입을 적극 검토할 필요가 있다.
- (14) 지방자치단체에 대한 국가의 감사제도의 문제점은 현행 법률의 개정으로도 개선될 수 있을 것이므로 헌법에 명문화할 필요성까지는 없다고 생각된다.

[국문초록]

지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향

지방자치제도와 관련한 헌법개정론에 대하여 검토한 결과를 요약하면 다음과 같다.

- (1) 지방자치단체의 종류를 헌법에 명시하는 것 보다는 입법자에게 맡겨 놓는 것이 지방자치단체의 통·폐합 등의 필요성이 있을 경우 더 유연하게 대처할 수 있다. 다만 지방자치단체의 종류를 헌법적으로 명시할 경우에는 입법자가 그 종류 자체를 없앨 수는 없기 때문에, 현재보다는 지방자치단체의 안정적 존속에 더 큰 도움이 될 수 있을 것이다.
- (2) 자치행정권과 관련하여 헌법 해석상 전권한성, 자기책임성, 보충성이 도출될 수 있기 때문에, 굳이 이를 명시해야 할 필요성은 없다고 볼 수 있으나, 이러한 내용을 명시할 경우에는 자치권의 이와 같은 특성을 보다 강조하는 효과는 있을 것이다.
- (3) 자치재정권을 강화하기 위하여 지방세조례주의를 명문화하자고 하는 견해가 있으나 이는 법치국가원리에서 도출되는 법률유보의 원칙에 위반되기 때문에 받아들일 수 없다.
- (4) 자치입법권을 강화하기 위하여 조례유보조항을 신설하자고 하는 등의 견해가 있으나 이 역시 기본권제한을 위해서는 국회가 제정한 법률에 근거가 있어야 한다고 하는 법률유보의 원칙에 위반되어 받아들일 수 없으며, 이를 명문화하는 헌법개정은 헌법개정의 한계에 해당되어 위험적 헌법개정의 시도가 될 소지가 있다고 생각된다.
- (5) “주민 복리에 관한 사무”라고 하는 표현 대신 지방자치단체와 국가의 사무구분을 헌법에 보다 구체적으로 명시하자고 하는 견해가 있으나, 현행 규정의 해석으로도 사무구분을 할 수 있다고 보이며, 또한 보충성의 원칙 역시 명문화할 필요까지는 없다고 생각된다.
- (6) 현행 행정소송법상 지방자치단체가 항고소송의 원고적격이 될 수 있을 것인지에 대하여는 논란이 있는 것이 사실이므로, 지방자치단체의 자치권이 국가에 의하여 침해된 경우에는 독일과 같은 지방자치헌법소원제도를 도입하는 경우, 자치권의 강화에 기여할 수 있을 것이다.
- (7) 지방의회의원뿐만 아니라, 지방자치단체장의 경우에도 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출함을 명문화하는 것은 지방자치제도의 강화를 위하여 도움이 될 것이다.
- (8) 지방자치단체의 조직구성권한의 조례유보조항 도입은 아직 시기상조가 아닐까 생각된다.
- (9) 헌법전문이나 총강에 분권형 국가이념을 삽입하는 것은 지방자치와 분권의 발전을 위

하여 도움이 될 수 있을 것이며, 또한 사회국가이념과도 밀접한 관련을 가질 수 있을 것이다.

- (10) 국민주권주의와 별개로 주민주권주의 이념을 명문화할 필요성은 없다고 생각된다.
- (11) 주민참여에 관한 헌법적 근거규정의 도입은 지방자치의 활성화를 위하여 도움이 될 수 있을 것이다.
- (12) 지방자치단체 협의회 등의 법률안 제출권 도입은 그러한 기관이 전 국민의 대표가 아니라고 할 것이기 때문에 받아들이기 힘들다.
- (13) 다만 특정한 지방자치단체와 관련된 입법에 있어서는 관련 지방자치단체의회나 그 주민의 동의를 필요로 한다고 하는 규정의 도입은 지방자치와 관련한 국가의 입법에 있어서 지방자치단체나 그 주민의 관여 내지 개입가능성을 강화하는 것으로서 도입을 적극 검토할 필요가 있다.
- (14) 지방자치단체에 대한 국가의 감사제도의 문제점은 현행 법률의 개정으로도 개선될 수 있을 것이므로 헌법에 명문화할 필요성까지는 없다고 생각된다.

◆ 주제어 ◆

지방자치제도, 헌법개정, 자치단체, 보충성, 전권한성, 자기책임성, 주민참여

[Zusammenfassung]

Vorschläge einer Verfassungsreform zur Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung

Prof. Dr. Bang, Seung-Ju
(School of Law, Hanyang University)

(1) Zwar steht einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Bestimmung der Arten der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften der Gedanke entgegen, dass dann der Gesetzgeber nicht zuletzt bei dereventuellen Notwendigkeit einer kommunalen Gebietsreform nur eingeschränkt agieren kann. Dennoch ist es im Sinne der Bestandsgarantie der Gemeinde oder Gemeindeverbände wünschenswert, wenn man die Arten der kommunalen Körperschaften ausdrücklich in der Verfassung nennen würde.

(2) In Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung werden die Allzuständigkeit der Gemeinden, ihre Selbstverantwortung, sowie die Subsidiarität staatlicher Verwaltung bereits aus der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung abgeleitet. Daher ist es nicht nötig, diese Prinzipien ausdrücklich in der Verfassung zu regeln.

(3) Es ist abzulehnen, zur Stärkung der autonomen Finanzhoheit der Gemeinden einen Sitzungsvorbehalt einzuführen.

(4) Es widerspricht zudem dem Rechtsstaatsprinzip, und hier dem Vorbehalt des Gesetzes, einen Sitzungsvorbehalt in der Verfassung einzuführen, um die autonome Gesetzgebungsgewalt der Gemeinde zu verstärken.

(5) Es ist auch abzulehnen, die “Angelegenheit, die das Wohl der Einwohner betreffen” (Art. 117 Abs. 1 Koreanische Verfassung) ausführlicher zu konkretisieren, weil die Aufgaben zwischen der Regierung und der kommunalen Körperschaften bereits nach dem geltenden Recht ohne Schwierigkeit zu verteilen sind.

(6) Es würde der kommunalen Selbstverwaltung dienen, wie in Deutschland eine kommunale Verfassungsbeschwerde in der Verfassung einzuführen, da die Beteiligtenfähigkeit der Gemeinde nach dem geltenden koreanischen Verwaltungsprozeßrecht in Rechtsprechung und Schriftum nicht allgemein anerkannt wird.

(7) Es würde der kommunalen Selbstverwaltung dienen, wenn die Verfassung ausdrücklich vorsieht, nicht nur die Mitglieder des Gemeinderats, sondern auch den Bürgermeister der Gemeinde durch allgemeine, gleiche, direkte und geheime Wahlen zu wählen.

(8) Es ist abzulehnen, einen Satzungsvorbehalt bei der kommunalen Organisation einzuführen.

(9) Es würde zur Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung beitragen, die kommunale Selbstverwaltung oder die Dezentralisation des Staates bereits in der Präambel oder im allgemeinen Teil der Verfassung ausdrücklich anzuerkennen. Diese stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Sozialsstaatsprinzip.

(10) Es ist nicht erforderlich, eine unabhängig von der Volkssouveränität bestehende Souveränität der Gemeindeglieder einzuführen.

(11) Es wäre für die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung hilfreich, wenn in der verfassungsrechtlichen Grundlage die Partizipation der Bewohner bei der Entscheidung über kommunale Angelegenheiten ausgedrückt wird.

(12) Es wird kritisiert, einem Gremium wie die Bürgermeistervereinigung das Recht einzuräumen, Gesetzesentwürfe in der Nationalversammlung einzubringen, da dieses Gremium kein Vertreter des Volks im Sinne einer repräsentativen Demokratie ist.

(13) Es wird vorgeschlagen, zu regeln, daß die Zustimmung der Gemeindeglieder oder die des Gemeinderats erforderlich ist, wenn ein diese Gemeinde betreffendes Spezialgesetz in der Nationalversammlung verabschiedet werden soll.

(14) Es ist nicht erforderlich, eine Vereinfachung der Aufsicht des Staates gegenüber den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften in der Verfassung zu regeln, weil ein solches Problem bereits auf gesetzlicher Ebene gelöst werden kann.

◆ Schlüsselwörter ◆

kommunale Selbstverwaltung, Verfassungsreform, kommunale Körperschaft, Subsidiarität, Allzuständigkeit, Selbstverantwortung, Partizipation der Bewohner

◇◇ 참고문헌 ◇◇

- 김병기, 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008.
- 김성호, 국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구, 한국지방자치학회보 제19권 제4호 (2007. 12).
- 김해룡 외, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회(2008. 5).
- 문상덕, 조례와 법률유보 재론, 행정법연구 제19호(2007. 12).
- 박정훈, 지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송, 지방자치법연구 제1권 제2호(2001. 12).
- 방승주, 중앙정부와 지방자치단체와의 관계 - 지방자치에 대한 헌법적 보장의 내용과 한계를 중심으로, 공법연구 제35집 제1호(2006. 10).
- _____, 지방자치법제의 헌법적 접근, 지방자치법연구 제6권 제2호(2006. 12).
- _____, 행정구역개편론의 헌법적 검토, 헌법학연구 제15권 제1호(2009. 3).
- 신기현, 지방분권(지방자치) 분야의 바람직한 개헌 방향, 국회 미래한국헌법연구회 지역순회 전북 토론회(2009. 3. 18).
- 오동석, 지방자치의 제도적 보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호(2000. 11).
- 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
- 이기우, 지방자치 기반강화를 위한 헌법개정, 한국지방자치학회보 제17권 제4호(2005. 12).
- 장태주, 환경영향평가의 하자과 지방자치단체의 원고적격, 고시연구 2005. 11.
- 전영평, 분권개헌의 대전제: 우리나라 지방자치의 공과와 과제, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008.
- 정만희, 헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향, 지방자치법연구 제2권 제1호(2002. 6).
- 조성규, 지방자치제의 헌법적 보장의 의미, 공법연구 제30집 제3호(2001. 12).
- _____, 지방자치의 보장과 헌법개정, 공법연구 제34집 제1호(2005. 11).
- _____, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2호(2007. 12).
- 최병선, 국가운영시스템 선진화의 필수요건, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008.
- 하연섭, 선진 5개국의 지방자치제에서 무엇을 배울 것인가?, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2009.
- 홍정선, 지방자치법학(제2판), 법영사, 2002.
- _____, 행정법원론(하), 박영사, 2008.

홍준형, 분권화, 헌법을 통해야 산다, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는길, EAI 2008.

杉原 泰雄, 地方自治の 憲法的 基礎, 지방자치법연구 제2권 제2호(2002. 12).

Heberlein, Horst, Subsidiarität und kommunale Selbstverwaltung, NVwZ 1995.

Pestalozza, Christian, Verfassungsprozeßrecht, München 1991.

Vogelsang/Lübking/Ulbrich, Kommunale Selbstverwaltung, Berlin 2005, 3. Aufl.