

연구보고 2006-

사회양극화해소정책실현을 위한
중앙정부와 지자체간 역할 및
책임배분에 관한 법제개선방안 연구

최 환 용

사회양극화해소정책실현을 위한
중앙정부와 지자체간 역할 및
책임배분에 관한 법제개선방안 연구

The Regal Reform Proposal for Distribution of Role and
Responsibility Between Central and Local Government about
Disentanglement of Social Polarization

연구자 : 최환용(부연구위원)
Choi, Hwan-Yong

2006. 10. 31.

국 문 요 약

최근 사회양극화현상의 심각성과 이에 대한 대응방안의 모색이 요청된다는 인식이 확산되고 있다. 사회양극화 현상을 해소하기 위한 정책방안이 모색되고 이를 실천하기 위해서는 각 주체간 역할배분의 문제가 중요하며, 특히 중앙정부와 지방자치단체간에 합리적이고 효율적인 역할 및 책임배분은 불가피하다. 따라서 이 연구에서는 사회양극화정책의 역할배분에 관해서 사무배분체계, 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제, 지방자치단체의 국정참여법제를 중심으로 그 개선방안을 제안하고자 한다.

첫째, 사무배분체계와 관련해서는 지방자치법의 사무배분원칙과 기준을 명확히 하고, 가능한 자치사무를 확대하는 방안, 개별법령에 있어서 중앙정부와 지방자치단체의 사무배분을 지방자치법의 일반원칙을 적용하도록 하는 방안, 특별법을 제정하여 지방사무배분위원회를 설치하고 이를 통하여 사무배분을 하도록 하는 방안을 제안하였다.

둘째, 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제와 관련하여서는 지방자치법을 중심으로 합목적성 통제를 합법성통제로 전환하고, 권력적 통제보다는 비권력적 통제수단을 통해서 국가정책의 통일성을 확보하도록 제안하였다.

셋째, 지방자치단체의 국정참여와 관련하여서는 참여의 주체를 지방자치단체 연합회나 협의회로 하고, 참여절차와 회신의무를 명확히 하고, 국회법과 행정절차법상 지방자치단체의 의견제출기회를 규정함과 동시에 자치영향평가제도의 도입을 제안하였다.

이 연구는 중앙정부와 지방자치단체간 역할배분에 관한 일반적인 문제점을 고찰하는데 중점을 두고 있으며, 이후 사회양극화해소를 위한 개별정책들에 있어서 중앙정부와 지방자치단체의 역할배분에 관해서는 앞으로의 연구과제로 하고자 한다.

※ 키워드 : 양극화, 사회양극화, 사무배분, 국가감독, 자치영향평가

Abstract

As the concerns on the Social Polarization has been expanding in our country, legislative responses or measures to stabilize the people's livelihood are urgently needed. Various measures should be considered, however, efficient distribution of role and responsibility between central and local government is one of the fundamental requirements for the disentanglement of social polarization.

The purpose of this study is on the legal reform for functional re-allocation, central supervision, participation of local government in public policy making of central government.

Firstly, I propose the direction of functional re-allocation between central- and local government. The Local Autonomy Act must be amended to establish a fundamental rule and criterion of functional re-allocation. Also I propose on establishing special law which set up an organization under the Office of Premier for checking functional re-allocation.

Secondly, I propose the direction of improvements and detailed alternatives on central supervision. The central supervision must be changed from preventive to after control, from authoritative to non-authoritative, from reasonable to legal.

Finally, I propose the local autonomy impact assessment which advance the participation of local government in public policy making of central government.

※ Key words : polarization, social polarization, functional re-allocation, central supervision, local autonomy impact assessment

목 차

| | |
|--|----|
| 국문 요약 | 3 |
| Abstract | 5 |
| | |
| 제 1 장 서 론 | 11 |
| 제 1 절 연구의 목적 | 11 |
| 제 2 절 연구의 범위와 방법 | 13 |
| | |
| 제 2 장 사회양극화 해소정책의 실현체계에 관한 현행법제 분석 | 17 |
| 제 1 절 사회양극화 현상 개관 | 17 |
| 1. 양극화 현상의 원인 | 17 |
| 2. 양극화현상의 사회적 영향과 과제 | 21 |
| 3. 사회양극화해소를 위한 정책실현체계와 국가·지자체의 기능변화 | 23 |
| 제 2 절 양극화해소를 위한 중앙정부와 지방자치단체간 정책실현체계의 현행법제 분석 | 28 |
| 1. 정부간 사무배분법제 현황과 문제점 | 28 |
| 2. 중앙정부의 지도·감독법제 현황과 문제점 | 59 |
| 3. 지방자치단체의 국정참여법제 현황과 문제점 | 66 |
| 제 3 절 소 결 | 80 |

| | |
|--|-----|
| 제 3 장 외국의 정책실현체계에 관한 법제 분석 | 83 |
| 제 1 절 독 일 | 83 |
| 1. 개 관 | 83 |
| 2. 사무배분의 원칙과 사무구분체계 | 87 |
| 3. 지방자치단체에 관한 감독법제 | 94 |
| 4. 지방자치단체의 국정참여 | 97 |
| 5. 시사점 | 103 |
| 제 2 절 프 랑 스 | 104 |
| 1. 개 관 : 1982년 지방분권법의 내용 | 104 |
| 2. 사무배분의 원칙과 실태 | 106 |
| 3. 지방자치단체에 대한 감독법제 | 110 |
| 4. 시사점 | 114 |
| 제 3 절 일 본 | 114 |
| 1. 개 관 | 114 |
| 2. 국가와 지방자치단체간 역할분담의 원칙 | 117 |
| 3. 지방자치단체에 대한 관여법제 | 119 |
| 4. 지방자치단체의 국정참가 | 135 |
| 5. 시사점 | 144 |
| 제 4 장 사회양극화해소정책의 실현체계에 관한 법제개선방안 | 147 |
| 제 1 절 사회양극화해소정책의 실현체계에 관한 법제개선 기본방향 | 147 |
| 1. 정부간 역할과 책임 배분을 위한 사무배분기준의 정립 | 147 |

| | |
|--|-----|
| 2. 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독제도 개선 | 149 |
| 3. 지방자치단체의 국가 입법 및 정책결정과정 참여 확대 | 151 |
| 제 2 절 중앙정부와 지방자치단체간 사무배분을 위한 법제개선방안 | 153 |
| 1. 지방자치법의 개정방안 | 153 |
| 2. 개별법령의 사무배분체계의 개선방안 | 161 |
| 3. 특별법의 제정방안 | 161 |
| 제 3 절 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제 개선방안 | 163 |
| 1. 취소·정지규정의 개선 | 163 |
| 2. 직무이행명령제도의 개선 | 164 |
| 3. 자치사무에 대한 감사규정의 개선 | 166 |
| 4. 지방의회 의결의 재의 요구에 대한 규정 개선 | 167 |
| 5. 개별법령에 의한 위임사무에 대한 감독수단의 정비 | 168 |
| 제 4 절 지방자치단체의 국정참여 확대를 위한 법제개선방안 | 169 |
| 1. 지방자치법의 개정 | 169 |
| 2. 개별법령의 개정 | 171 |
| 3. (가칭)자치영향평가제도에 대한 도입 검토 | 176 |
| 참 고 문 헌 | 179 |

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

IMF 경제위기 이후 사회 각 부문에서의 양극화가 심화되고 있다는 보고가 각 분야에서 제시되고 있다. 특히 우리 사회의 양극화는 사회, 산업, 국토, 정치 등 4개 영역에서 진행되고 있으며, 사회양극화는 빈부격차, 교육격차, 임금격차, 산업양극화는 대기업과 중소기업간의 격차, 국토양극화는 수도권과 지방의 격차, 정치양극화는 지역적 대결주의 등의 양상을 보이고 있다고 한다. 이러한 양극화 현상은 결국 소득양극화로 귀결되며, 사회통합과 지속적인 사회경제 발전을 저해하는 핵심요인으로 이에 대한 정책적 대응이 시급하다는 인식이 확대되고 있다.

양극화 현상을 해소하기 위해서는 각각의 현상에 대한 원인을 정확히 진단하고 이에 대한 대응방안을 모색하는 것도 중요하지만 정책이 수립된 이후 이를 효율적으로 집행하는 것은 더욱 중요하다. 특히 양극화해소정책이 수립된 이후 이를 누가 어떤 방식으로 집행하는 것이 가장 효율적인가 하는 역할배분의 문제가 검토되어야 한다. 예를 들면 공공부문과 민간부문, 공공부문에서도 중앙정부와 지방자치단체 등 각 주체간에 어떤 역할이 어떻게 배분되어야 하는지, 정책을 실현함에 있어서 각 주체간의 관계는 어떠해야 하는지 등에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다. 사회양극화 해소와 같은 정책의 실현은 각 주체간 역할과 책임이 효율적으로 배분되어 있을 때 성과를 극대화할 수 있다. 즉, 사회양극화 현상을 해소하기 위한 정책방안이 모색되고 이를 실천하기 위해서는 각 주체간 역할배분의 문제가 중요하며, 특히 중앙정부와 지방자치단체간에 합리적이고 효율적인 역할 및 책임 배분은 불가피하다 할 것이다. 예를 들면, 대·중소기업간 양극화의

경우에도 수도권 소재 기업과 비수도권 소재기업이 처해 있는 상황은 각각 달리 평가되어야 할 것이고, 그에 대한 대처방안도 달라질 것이다.

우리 사회는 과거 권위주의정부아래에서 자원과 권한의 집중을 기반으로 하여 오늘날과 같은 경제성장을 이루어왔다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 오늘날 시장의 글로벌화, 지식기반산업으로의 산업구조의 변동 등으로 말미암아 더 이상 과거와 같은 방식으로는 사회전체의 효율성을 저해할 뿐이다. 즉, 세계화·지식산업화사회에서는 권한의 집중은 비효율을 초래하고 자원의 과도한 집중은 불균형을 심화시키며, 이는 양극화 현상을 초래하는 원인의 하나로 작용한다. 이러한 중앙집권주의의 폐해를 극복하기 위한 하나의 방안이 지방분권정책이며, 참여정부는 중요한 국정과제로서 지방분권정책을 추진하여 왔다.

그러나 현재 추진중인 지방분권정책은 국가의 정책실현체계에 있어서 중요한 변화를 초래하고 있음에도 여전히 사무배분기준의 불명확함, 중앙정부의 과도한 감독권과 그 개입에 따른 지자체의 자기책임성 미확보, 지자체의 국정참여통로의 미흡 등과 같은 과제를 안고 있으며, 오히려 이러한 문제점을 둘러싸고 행정주체간 갈등이 발생하고 있으며, 이로 인한 사회적 비용이 높아지고 있다.

현재 지방분권의 추진으로 인하여 중앙정부의 정책이 지방자치단체에서 일부 왜곡되어 나타나기도 하고, 또는 지방자치단체의 지역개발노력이 중앙정부의 정책에 반영되지 않는 등 행정주체간 갈등현상을 빚고 있다. 이렇게 국가 전체적인 정책실현체계에 있어서 각 주체간에 갈등이 유발되면, 그 피해는 고스란히 국민 또는 주민에게 전가된다. 따라서 국가정책의 실현체계를 재정비하고 각 주체간에 참여와 협조에 기반하는 역할과 책임의 배분은 사회양극화해소정책의 실효성을 확보하는데 중요한 요소일 것이다.

이 연구에서는 현재 참여정부가 추진하고 있는 지방분권정책을 사회양극화 해소를 위한 정책의 수립 및 집행단계에 있어서 중앙정부와

지자체간의 역할 및 책임배분이라는 관점에 서서 현행 법제의 문제점을 분석·검토하고, 중앙정부와 지자체간의 협력과 참여에 관한 법제 개선방안을 도출함으로써 향후 사회양극화해소정책의 실효성확보에 기여하고자 함을 목적으로 한다.

다만, 이 연구에서는 우선 시론적인 차원에서 사회양극화 해소정책의 실현체계로서 중앙정부와 지방자치단체간 사무배분, 국가감독제도, 지자체의 국정참여를 각각 현행법제와의 관련 속에서 검토하고, 이에 대한 개선방안을 제시하는데 그치고 있음을 밝혀둔다. 앞으로 이 연구결과를 구체적인 사회양극화해소정책에 적용함으로써 각각의 정책에 있어서 각 주체간에 역할 및 책임을 어떻게 배분했을 때 가장 효율적이고 성과를 극대화할 수 있는가에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

중앙정부와 지방자치단체간 역할 및 책임배분에 관한 연구는 대략 세가지 분야로 구분해 볼 수 있다. 먼저, 중앙정부와 지방자치단체간 사무배분법제, 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제, 그리고 지방자치단체의 국정참여법제가 그것이다. 이러한 각 분야에 대한 연구는 각각의 분야에 대한 단편적인 연구결과가 제시되어 있으나 이를 법제적 관점에서 종합적으로 수행한 보고서는 발견하기 곤란한 것으로 판단된다. 따라서 중앙정부와 지방자치단체간의 역할 및 책임배분에 관한 법제를 종합적으로 연구, 검토할 필요성이 요청된다.

이 보고서에서는 제2장에서 우선, 사회양극화의 현상에 대한 간략한 고찰을 하고, 이러한 사회양극화를 해소하기 위한 정책실현체계에 있어서 각 주체간 역할배분의 중요성을 검토하고자 한다. 특히 세계화, 지식정보화 시대에 있어서 국가의 기능변화와 이에 수반한 지방분권 정책, 그리고 지방자치단체에게 기대되는 역할 등을 고찰하기로 한다.

그리고 나서 중앙정부와 지방자치단체간 역할 및 책임배분의 원리에 대한 이론적 고찰과 현행법제에 대한 분석을 한다. 여기서는 중앙정부와 지방자치단체간 역할 및 책임배분원리를 첫째, 중앙정부와 지방자치단체간 사무배분법제 둘째, 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제 셋째, 지방자치단체의 국정참여법제의 세 가지로 나누어 각각에 대한 법이론적 고찰과 현행법제의 분석을 수행함으로써 문제점을 도출하고자 한다.

제3장에서는 우리나라보다 빠른 시기에 지방분권정책을 통해서 중앙정부와 지방자치단체간 역할 및 책임배분의 원리를 정립해 온 독일, 프랑스, 일본 등 외국의 정책실현체계에 대한 검토를 하고자 한다.

독일의 경우에는 우리나라의 지방자치이론에 많은 영향을 미치고 있다. 특히 자치사무와 위임사무의 사무이원론은 우리나라의 지방자치법이론에 적용되고 있으나 사무이원론이 확대되는 경향을 알 수 있다. 또한 지방자치단체의 국정참여제도는 일찍부터 발달해 왔으며, 우리에게 주는 시사점도 역시 많을 것이라 예상된다.

프랑스는 전통적으로 강력한 중앙집권주의를 채택해 왔지만, 최근 들어 지방분권정책을 강력하게 추진하고 있다고 한다. 특히 특별법의 제정을 통해서 사무배분을 하고 있는 점이 주목할 만하다.

일본은 우리나라의 지방분권정책에 많은 시사점을 주고 있는 나라로서 기관위임사무의 폐지와 법정수탁사무의 창설, 사무구분체계의 변화에 따른 국가감독제도의 개혁, 그리고 지방자치법에 국정참여제도를 규정화하는 등 주목할 만한 변화를 나타내고 있으며, 우리에게 주는 시사점도 많을 것으로 보인다.

이상과 같이 외국의 정책실현체계에 관한 법제도를 검토하여 우리나라에의 시사점을 도출함으로써 우리나라의 법제개선방안에 참고로 하고자 한다.

제4장에서는 결론에 대신하여 제2장에서 살펴본 우리나라의 정책실현체계에 관한 현행법제의 문제점과 제3장에서 살펴본 외국의 정책실현체계에 대한 검토결과와 시사점을 토대로 현행법제의 개선방안을 제시하고자 한다. 우선, 정책실현체계의 개선방향으로 크게 중앙정부와 지방자치단체가 사무배분, 국가감독제도, 지방자치단체의 국정참여의 세 가지 과제로 나누고, 각각의 개선방향을 제시하고자 한다. 그리고 나서 이러한 기본방향에 따라서 각각의 과제에 대한 현행법제의 개선방안을 제시하고자 하였다.

이 연구에서는 많은 부분을 문헌연구에 의존하기로 한다. 우선 법이론적 고찰을 통해서 현행법제의 문제점을 도출하고자 하였다.

다음으로 비교법적 방법론을 통해서 우리 법제에 대한 시사점을 도출하고, 이를 현행법제의 개선방안에 적용하고자 하였으며, 또한 전문가회의, 워크숍 등 외부전문가의 자문 등을 통해서 연구내용을 충실히 하고자 하였다.

제 2 장 사회양극화 해소정책의 실현체계에 관한 현행법제 분석

제 1 절 사회양극화 현상 개관

1. 양극화 현상의 원인

(1) 양극화의 의미

현재 양극화라는 용어는 본래의 의미와는 무관하게 가계, 기업, 산업 등 각 부문별 격차의 확대현상을 설명하는 데 사용되고 있다¹⁾. 양극화(Polarization)의 사전적 의미는 “중간부분이 해체되면서 양극단으로 모이는 현상”으로 설명된다.²⁾ 이는 원래 정치학, 사회학 등에서 많이 사용되어 온 개념으로서 내부적 동질성을 가진 상호 이질적 집단간의 격리거리가 증대되어 양 극단으로 몰리는 현상 및 그에 따른 정치, 사회적 문제의 심각화를 의미하는 것이었다.³⁾

이러한 양극화 현상은 한 국가의 경제 전체가 높은 성장에도 불구하고 소득분배가 악화되고 빈곤층이 확대되는 현상이 등장하면서 경제학적 관점에서 그 개념정의를 시도되고 있다.

현재 우리 사회가 겪고 있는 양극화 현상에 관해서는 2005년 재정경제부 보고서에서는 “양극화현상을 대내외 환경변화 등 충격에 대한 대응과정에서 각 주체들이 가지고 있는 이질적 속성에 의해 경제적·사회적 성과가 양 극단적으로 분화되는 현상”으로 정의하고 있다.⁴⁾

1) 삼성경제연구소, 『소득양극화의 현황과 원인』, 연구보고서 요약부분, 2006.8.

2) 맹진학, “위계성장모델(Hierarchy Growth Model)을 이용한 한국의 사회계층간 양극화 양상에 대한 연구”, 『사회보장연구』 22권제1호(2006.3), 한국사회보장학회, 5면

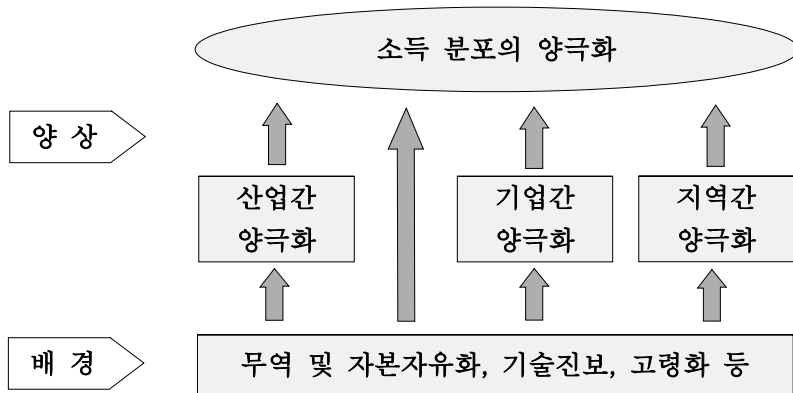
3) 정책기획위원회(1), 『동반성장과 양극화 해소를 위한 노동·복지정책 방향』, 2005.11, 58-59면

4) 안종범, “양극화의 진단과 대책”, 『연구논단』 12권 제1호, 국제무역경영연구원,

또한, 2005년 대외경제정책연구원의 보고서에서는 양극화를 “사회경제적 배제(social and economic exclusion)에서 발생하는 문제”로 진단하면서, “소득분포의 양극화는 저소득층이 소득순환체계에서 배제되는 것을 의미하며 산업간, 기업간, 지역간 양극화는 각각 저부가가치 전통산업, 중소기업, 침체지역에 속하는 사회구성원이 사회의 선순환적 경제체제로부터 배제되고 있는 과정을 의미한다”고 설명하고 있다. 또한, 현재 진행되고 있는 “양극화는 지식 및 기술수준의 차이에 따른 개인간 소득격차 심화를 기본으로 하면서 산업간 양극화, 지역간 성장의 양극화 및 기업간 양극화를 모두 포함하는 복합적 개념”으로 정리되고 있다.⁵⁾

경제학적 관점에서 양극화는 주로 소득분배의 격차가 심화되는 현상으로 정의되고 있으며, 이러한 소득분배의 격차가 심화되는 원인으로 산업간, 기업간 및 지역간 성장속도의 격차로 진단하고 있는 듯하다.

【그림 1-1. 양극화 체계도】



(출전 : 김홍중외, 『전 세계적 양극화추세와 해외주요국의 대응, 대외경제정책연구원, 14면에서 인용』)

2006, 93면 ; 재정경제부, 『경제양극화 현황과 정책과제』, 2005 국가비전 당정 워크숍 자료, 2005.

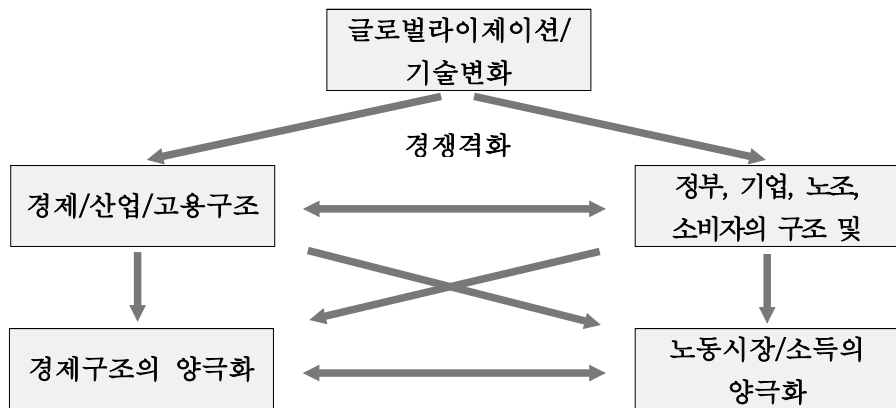
5) 김홍중외, 『전 세계적 양극화추세와 해외주요국의 대응』, 대외경제정책연구원 정책자료 05-04, 13면

(2) 양극화의 원인

서구선진국에서 1970년대 이후 양극화가 진전된 이유로는 무역자유화, 기술변화, 자본자유화, 고령화 등이 복합적으로 작용한 것으로 평가되고 있다.⁶⁾ 이러한 현상은 우리 사회에서 발생하고 있는 사회양극화현상의 원인과도 그 맥을 같이하고 있다.

오늘날 한국사회에서 나타나고 있는 사회양극화의 원인으로는 첫째, 외부적 요인으로서 세계화와 기술혁신의 진전에 따른 경쟁격화 둘째, 구조적 요인으로서 노동시장과 산업구조의 이중화 셋째, 주체적 요인으로서 정부의 시장·경쟁지향적 경제정책의 실패를 들 수 있다.⁷⁾ 이러한 양극화의 원인들은 독립적으로 존재하는 것이 아니라 서로 밀접한 연관관계를 맺으면서 존재하고 있다. 특히 글로벌리제이션과 기술변화 등은 1980년대 이후 세계시장에 많은 영향을 미쳤으며, 이에 대한 각국의 대응방식에 따른 차이는 존재하나, 양극화의 주된 원인으로 평가되고 있다.

<그림 2> 사회양극화의 원인 개념도



(출전 : 정책기획위원회, 『사회양극화의 국가적 대응전략 연구』, 2005.12, 18면에서 인용)

6) 김홍중외, 앞의 책, 18-20면

7) 정책기획위원회(2), 『사회양극화의 국가적 대응전략 연구』, 2005. 12, 17면

이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 외부적 요인 : 시장논리와 글로벌경쟁의 심화

1980년대 이후 급속하게 전개되어온 세계화(globalization)는 자본, 상품, 노동시장의 국제적 통합을 핵심적 특징으로 한다.8)

교통·통신 기술의 발달과 무역장벽의 완화로 세계의 상품시장이 보다 긴밀하게 통합되고 국제자본의 이동이 활발해지고 있으며, 그 대상도 사회간접자본이나 정부부문에서 서비스와 제조업에 대한 직접 투자로 이동하고 있다. 특히 금융시장의 개방과 자본이동의 자유화는 노동시장의 유연화로 이어지고 이는 노동자의 임금소득의 비중을 낮추고 이윤이나 지대 등 기타 소득의 비중을 높이는 결과를 가져온다.

또한 세계화로 인해 상품시장이 통합된 결과 국제적으로 비교우위를 가지는 산업 위주로 산업구조가 재편되고 따라서 중화학공업 및 정보기술(IT)산업과 여타의 산업간 격차가 확대되고 있다. 특히 한국 사회는 수출지향적 산업구조를 가지고 있으며, 대외개방도가 높기 때문에 그 영향을 크게 받게 된다.

2) 구조적 요인 : 노동시장과 산업구조의 이중구조화

외환위기 이후의 유동적인 경기상황 속에 최근 우리 경제에 전방위적인 양극화 현상이 나타나고 있다. 부문간에는 수출은 호황을 보이는 반면, 투자와 소비 등 내수는 침체상태에 있으며 제조업은 수출호황을 바탕으로 높은 성장세를 보이는 반면, 서비스산업은 극도의 침체상태를 벗어나지 못하고 있다. 이러한 격차는 업종간에도 심화되고 있는데, 이른바 IT산업을 비롯한 첨단산업은 고성장세를 유지하는 반면 비IT 내지 전통적 업종은 침체상태에 있다. 기업간에도 대기업과 중소기업간의 격차가 확대되고 있다.9) 이러한 산업·기업간 양극화는

8) 맹진학, 앞의 논문, 5-6면

9) 산업·기업간 양극화의 원인에 대한 실태분석과 그 해소방안에 대해서는 경제·

고용기회의 감소, 고용의 질 저하, 임금격차 등 고용·소득의 양극화를 가속화시키는 원인으로 지적된다.

3) 주체적 요인 : 정부의 시장·경쟁지향적 경제정책의 실패

외환위기 이래 정부는 구조조정과 규제완화, 노동시장의 유연화 등을 경제정책의 목표로 삼아왔다. 이러한 시장·경쟁지향적 경제정책은 필연적으로 경제구조 및 노동시장 구조의 양극화를 가져올 수밖에 없었다.¹⁰⁾

즉, 정부의 경제정책이 시장·경쟁지향적으로 중점을 이동하게 되면서 사회정책은 경제정책과 노동정책의 하위부문정책으로 전환되었다. 물론 정부는 외환위기 이래 사회적 통합이나 노사정대화, 사회안전망 확충 등 양극화를 해소하기 위한 다양한 정책을 전개했지만, 역시 이는 경제정책의 논리에 비해서 부차적인데 머물렀다. 그 결과 가구소득이 최저생계비 이하의 절대빈곤층에 속하지만 기초생활보장급여를 받지 못하는 비수급 빈곤층, 차상위계층(최저생계비의 120% 가구소득)을 포함한 잠재적 빈곤층, 그리고 저임금·고용 불안 등으로 사회보험에서 배제된 집단 등 사회보장제도의 사각지대에 놓여 있는 사회계층이 점차 확대되고 있다.¹¹⁾

2. 양극화현상의 사회적 영향과 과제

(1) 경제양극화에서 사회양극화로의 전환

우리 사회의 양극화현상은 앞서서도 살펴본 것처럼 산업구조, 노동시장, 자산분배 등 다양한 측면에서 발생하고 있으며, 소득분배의 격

인문사회연구회, 『산업 양극화 문제 해소방안』, 2005.8을 참고.

10) 정책기획위원회(1), 앞의 보고서, 84면

11) 신동면, “경제위기 이후 한국사회의 소득양극화 실태와 사회보장의 과제”, 사회이론 2006 봄/여름호, 51면

차가 심화되어 빈곤이 확대되고 있다. 이러한 빈곤의 확대는 사회계층을 이원화시키게 되어 결국은 사회의 해체라는 극단적인 결과를 초래할 가능성이 높다고 진단되고 있다. 즉 경제적 양극화는 소득분배의 악화뿐만 아니라 후생의 감소, 자원배분의 효율성 저하, 인전자본 축적 저해, 내수 침체, 복지비용의 증가 등을 초래하여 성장동력을 잠식시키는 결과를 초래한다고 한다.¹²⁾

소득 및 자산 등 경제양극화가 심화될수록 중산층이 붕괴되고 빈곤층이 확대됨에 따라 사회적으로는 이혼, 청소년문제, 질병, 범죄, 자살 등 사회문제의 발생률을 높이게 되어 국민의 생활에 불안감을 가중시키는 한편, 사회해체의 위험에 직면하게 된다는 점에서 단순한 경제성장의 문제가 아닌 사회통합의 문제로 전환된다. 따라서 양극화해소를 위한 정책방안은 본질적으로 사회통합을 위한 기반형성에 중점을 두고 풀어나가야 할 과제로 인식할 수 있다.

(2) 양극화해소방안에 관한 논의와 과제

양극화 해소를 위한 정책방안은 다양한 측면에서 검토되고 있다. 즉, 대기업·중소기업간 양극화, 산업간 양극화, 노동시장의 양극화 등 각 부문별 양극화 현상에 따라서 그 대처방안이 제시되고 있다. 예를 들면, 기업간 양극화 현상에 대해서는 중소기업의 기술개발 촉진이나 중소기업에 대한 금융지원방안 등이 논의되고 있다.

반면, 현재 제기되고 있는 양극화해소방안은 성장기반의 확충이나 성장잠재력의 확대, 사회안전망의 확충과 같이 한국사회 전체를 대상으로 하는 것이다. 그러나 이러한 정책들을 실현함에 있어서 사회구성원간의 역할배분에 대한 논의가 존재하지 않는다는 문제를 지적할 수 있다. 양극화를 해소하기 위해서는 공공부문과 민간부문, 공공부문 내에서도 중앙정부와 지방자치단체간 각각의 역할 및 책임배분이 전

12) 정책기획위원회(2), 앞의 보고서, 1-3면

제되어져야 함에도 이러한 논의는 현재로서는 미흡하다.

예를 들면, 대·중소기업간 양극화의 경우에도 수도권 소재 기업과 비수도권 소재기업이 처해 있는 상황은 각각 달리 평가되어야 할 것이고, 그에 대한 대처방안도 달라질 것이다. 특히 지역간 산업구조의 차이를 무시한 채 획일적인 기준으로 양극화해소방안을 획일적으로 적용하는 것은 본질적인 처방이 되지 못한다.¹³⁾

참여정부는 국정과제의 하나로 지방분권과 국토균형발전을 적극적으로 추진해 오고 있다. 이러한 지방분권정책은 양극화를 해소하기 위한 사회통합정책의 한 측면을 이루고 있다. 따라서, 양극화 현상을 효율적으로 해소하기 위해서는 현재 추진중인 지방분권정책과의 연관성을 검토하여야 할 것이다.

3. 사회양극화해소를 위한 정책실현체계와 국가·지자체의 기능변화

(1) 양극화현상과 국가기능의 변화

양극화의 외적 원인으로 지적되고 있는 세계화는 국가로 하여금 전통적인 역할인 국민 보호와 사회적 소비부문에의 투자를 제한하고, 세계시장에서의 일주체로서의 역할을 강화시켜 왔다. 즉, 국가는 국민들의 일상생활의 안정성과 쾌적성 등과 같은 전통적인 소비영역에 대한 비중을 줄이고, 경제성장을 위해서 직접 시장경제의 주체로서 그 기능을 전환시켜 왔다. 예를 들어 혁신과 성장이 가능한 부문에 대해서만 선별적으로 보조금을 지급하고, 산업구조의 혁신을 위해서라는 명분 아래 첨단산업중심의 입지유치전략을 전개해 오고 있다.

13) 예를 들면, 난개발방지를 위해서 ‘3000평 이하 공장 신축 불허’정책이 전국을 대상으로 시행되었으나 지방 소도시의 경우에는 세수 증대를 위해서는 3000평 이하 공장이라도 유치되어야 한다는 입장이다. 조선일보, 2006년10월9일자 A14면 안동시장 인터뷰내용 참조.

이러한 국가기능의 변화와 더불어 전통적인 국가의 역할로 인식되어 왔던 사회적 소비부문에 대한 책임이 지방자치단체에게 전가되고, 또한 지방자치단체들은 경쟁적으로 시장자본을 유치하면서 세계경제에의 종속이 심화되고 결과적으로 지역간 불균형이 심화된다.

그러나 이렇게 지방자치단체의 책임영역이 확대됨에도 불구하고 중앙정부의 책임이양은 지방의 자율성을 최대한 보장하지 않는 방식으로 이루어지고 있어 지방자치단체 역시 재정결핍의 상태에 놓여지게 된다.

또한 중앙정부의 과도한 관여와 감독이 지방자치단체의 반발을 불러 일으켜 주민들의 불편을 초래하는 사례가 증가하고 있다. 한 신문 보도에 따르면, 중앙정부와 지자체간의 갈등은 주로 국책사업이나 지방의 현안사업추진을 위한 예산을 둘러싸고 발생하고 있다고 한다.¹⁴⁾

정부합동감사시기를 둘러싼 서울시와 행정자치부간의 갈등 및 미군기지 이전으로 용산미군기지의 처리문제를 둘러싼 서울시와 건설교통부간의 갈등이나, 서남해안 관광레저도시 건설을 둘러싼 전남도와 농림부간의 갈등이 그 대표적인 사례이다. 이러한 갈등사례는 대부분 지자체가 지역개발사업을 추진하는 과정에서 예산배정을 둘러싸고 중앙정부와 갈등을 빚고 있는 것으로 지방재정의 취약성을 반영한 것이다. 대표적인 갈등사례를 표로 제시하면 다음과 같다.

| 쟁 점 | 지자체 | 요구사항 | 정부입장 | 해당부처 |
|---------|-----|---|------------------------------|-------|
| 정부합동감사 | 서 울 | 11월 이후로 연기 | 예정대로 실시 | 행정자치부 |
| 용산공원화사업 | | 특별법 14조(건교부장관의 용도변경권한) 삭제 또는 공원사업규모(81평) 명시 | 특별법 14조 삭제 및 명시불가에서 추후논의로 변경 | 건설교통부 |

14) 한국일보, “중앙 - 지방정부 사사건건 충돌, 국민만 생고생”, 2006년 9월 4일자 12면 보도

| | | | | |
|---------------|------------------|--------------------------|------------------|-------|
| 송파신도시 | | 강북뉴타운사업 후에 연기 | 예정대로 시행 | |
| 북항대교 | 부 산 | 항만배후 도로이므로 조성비 지원 | 지원불가 | 기획예산처 |
| 동남권신공항 | 부산, 대구·경북, 부산·경남 | 조기건설 추진 | 2010년 이후 | 건설교통부 |
| J프로젝트 | 전 남 | 영산강 3단계 간척지 2,226만평 무상양여 | 불 가 | 농림부 |
| 광주 R&B특구 지정 | 광 주 | 첨 단 과학 산업 단지 주변 632만평 지정 | 시기상조 | 과학기술부 |
| 울산신항 | 울 산 | 2011년 완공위해 사업비 증액 | 연차지원, 2020년 완공목표 | 해양수산부 |
| 준혁신도시 | 경남, 강원, 충북 | 기 초 자 치 단 체 에 분산배치 | 수용불가 | 건설교통부 |
| 팔당댐 지류 경안천 준설 | 경 기 | 수질정화 위해 준설 | 준설할 경우 수질오염 우려 | 환경부 |

(한국일보, 2006년9월4일자 12면 참조)

그리고 중앙정부의 획일적 규제가 지방의 발전을 저해하는 요인이라는 지적도 있다. 예를 들어, 정부가 8.31부동산대책의 하나로 시행 중인 기반시설부담금제¹⁵⁾의 경우 농촌지역에서는 300평규모의 축사 건축시에 950만원의 부담금을 납부해야 하는 등 지역특성에 맞지 않는 제도라고 지적하고 있다. 또한 임대주택을 건설하여 수도권 인구유입을 조장하면서 대학이나 공장 유치는 못하게 하고, 오히려 지역내의 공장들이 택지개발이라는 명목아래 다른 지역으로 이전하게 되는 결

15) 기반시설부담금제도는 대도시의 부동산투기를 억제하기 위해 도입되었다. 근거법률은 기반시설부담금에 관한 법률이 있으며, 동법은 2006년 1월 11일 법률 제 7848호로 제정되었고 7월부터 시행중이다. 동법은 전국을 대상으로 건축연면적 200제곱미터를 초과하는 건축물의 건축행위에 적용된다.

과를 초래하고 있다고 한다.

이와 같은 중앙정부와 지자체가 어느 정책을 실현해 가는데 있어서 빛은 같등은 결국 국민 또는 주민 전체의 부담으로 연결된다. 제한된 자원의 배분은 중앙정부, 또는 지자체의 힘겨루기가 아닌 국민, 또는 주민의 편익이라는 기준 아래 판단되어야 할 것이다. 물론 중앙정부와 지자체간의 입장 차이는 존중되어야 하나 그것이 같등으로 발전하여 국민이나 주민에게 부담으로 작용하지 않도록 하는 제도적 장치가 요청된다.

(2) 양극화 현상과 지방자치단체의 역할

사회양극화 현상을 해소함에 있어서 지방자치단체에 기대되는 역할로는 다음과 같은 것들이 있다.

먼저, 사회통합력과 사회적 연대가치의 회복이다. 이는 실업과 빈곤의 고통을 사회통합의 이데올로기 속에 포섭시켜 버린다거나 국가의 책임을 회피시키는 의미가 아니라 국가에 대한 정당한 요구의 가능성을 회복하는 방향으로의 새로운 사회적 신뢰관계의 구축을 의미한다. 즉, 시민참여를 통한 사회적 신뢰의 회복은 다계층적인 연대기회의 회복을 기대하며 빈곤계층에 필요한 정부의 지원을 요구함으로써 사회적 신뢰와 포용성을 만들어가는 과정을 구축하는 것이다. 이를 위해서 현재 추진되고 있는 지방분권의 내용을 재점검할 필요성이 증대되고 있다.

다음으로 지방분권은 중앙정부에 집중되어 있는 자원을 지역에 적절하게 분산시킴과 동시에 국가 전체적으로 균형을 이루게 하여 국가경제 전체의 효율성과 생산성을 향상시키는데 기여하는 역할을 한다.¹⁶⁾ 과거 국가중심주의의 경제운영방식은 더 이상 세계시장에서의

16) 지방분권특별법 제3조에서 “주민의 자발적 참여를 통하여 지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임하에 집행하도록 하며, 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체간 상호간의 역할을 합리적으로 분담하도록 함으로써 국정의 통일성을 확보하고 지방의 창의성과 다양성이 존중되는 내실있는

경쟁력을 확보하는데 한계를 가지며, 이를 극복하고 사회적 부를 창출하기 위해서는 보다 적극적인 지방분권을 추진함으로써 국가경제 전체의 효율성과 생산성을 향상시키는 것이다.¹⁷⁾

지방분권을 통하여 기대할 수 있는 효과는 다음과 같이 정리할 수 있다.¹⁸⁾

첫째, 정치권력구조의 개선을 꾀할 수 있다. 중앙집권으로 인하여 파생되는 권력의 남용을 지방분권을 통하여 권력의 균형 및 권력의 견제를 이룰 수 있고 결국 권력분립의 효과를 낳게 한다.

둘째, 주민중심의 민주주의를 실현할 수 있다는 것이다. 지방의 문제는 지방자치단체가 스스로 해결하도록 하는 것이 시간과 노력에 따른 비용을 절감할 수 있을 뿐만 아니라 당해 지역의 문제를 직접 처리함으로써 행정의 주민참여를 유도하고 행정은 주민의 요구에 따른 신속한 대응이 가능해진다.

셋째, 다원화된 사회에 있어서의 중앙집권은 더 이상 효율적으로 주민을 위한 행정을 수행할 수 없다. 지역의 독창성을 살린 다양한 행정을 통하여 지방자치단체의 혁신을 꾀할 수 있다.

넷째, 관료주의를 극복하고 주민에게 가까운 행정을 실현할 수 있다.

다섯째, 지역의 일은 그 지역의 지방자치단체에게 맡김으로써 스스로의 책임과 자율로서 행정을 수행할 수 있으므로 행정의 효율성을 극대화할 수 있다.

지방자치를 실현함을 그 기본이념으로 한다”고 규정하고 있다.

- 17) 황상철·오정두, “국가균형발전을 위한 법·제도상의 고찰”, 『법제개선연구제11집 : 국가경쟁력강화입법지원반연구보고서』, 법제처, 2005.12. 동 보고서에서는 과도한 수도권 집중은 “생산성의 저감과 주택난, 교통혼잡, 환경오염 등 각종 사회적 부작용을 초래하고 지방에는 인구유출과 상대적 경제침체를 유발하게 되어 국가전체의 경쟁력 약화와 국민분열을 초래하고 있다”고 지적하면서, 기술·정보가 부가가치의 원천이 되는 지식기반사회로 전환되면서 국가보다 역동적 혁신이 수월한 지역의 경쟁력 확보 등 지역의 역할이 더욱 중요해지고 있다고 진단하고 있다.
- 18) 최우용, “지방분권과 법제도개혁”, 『법과 사회』제23호, 법과사회이론학회, 2002년 하반기, 65면

제 2 절 양극화해소를 위한 중앙정부와 지방자치 단체간 정책실현체계의 현행법제 분석

1. 정부간 사무배분법제 현황과 문제점

(1) 사무배분의 기본원칙

1) 전권한성의 원칙

지방자치의 헌법적 보장의 본질적 내용은 지방자치단체에 대한 지역적 사무의 자기책임적 수행을 내용으로 하는 것으로 이는 지방자치단체에 대한 사무영역의 보장을 그 중심적 내용으로 한다. 따라서 지역적 사무가 존재하는 한, 이는 지방자치단체의 전권한성 내지는 지방자치단체의 활동영역의 보편성을 의미한다. 이러한 전권한성으로부터 주요한 본원적 권리가 도출되는 바, 지방자치단체는 법률에 특별한 규정이 없는 한 모든 지역적 사무를 특별한 권한명의 없이도 자신의 것으로 삼을 수 있는 권리를 가진다. 즉 전권한성의 원칙에는 국가의 관할권에 대해서 지방자치단체가 우위에 있다는 추정이 포함된다. 다만 일정한 제한이 존재하는 것이긴 하지만 그러한 사무에 있어서도 입법자는 자신에게 유보된 권한의 범위 내에서 다른 관할권을 창설할 수 있으며, 따라서 법률에 의한 제한이 없는 한 지방자치단체는 자율권한을 가진다. 이러한 원칙은 새로운 임무를 획득하는 경우에도 적용되며, 전권한성에 있어 지방자치단체의 이행능력은 중요하지 않다.¹⁹⁾

우리 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 업무에 관하여 “주민의 복리에 관한 사무”로 규정함으로써 지방자치단체의 업무의 전권한성을 보장한다. 즉 지방자치단체의 업무는 법률에 한정적으로 열거된

19) 조성규, “지방자치단체의 고유사무”, 『공법학연구』 제5권 제2호, 121면

업무에 그치는 것이 아니라 법률에 별도의 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무가 지방자치단체의 사무로 된다는 것이다. 이러한 전권한성의 원칙은 지방자치단체의 활용영역을 보장하는 기능을 한다.²⁰⁾

그러나, 전통적인 관점에서의 전권한성의 원칙은 국가로부터 자유로운, 국가의 간섭이 배제된 사회적인 영역이라는 관점에서 나오는 것으로 오늘날 지방자치단체가 국가의 한 구성부분을 이루며 지방자치단체는 분권화된 국가기관이라는 측면에서 전통적인 견해는 더 이상 유지될 수 없다고 보는 견해가 있다.²¹⁾

즉, 오늘날 지방자치단체는 분권화된 국가의 행정단위를 이루는 것으로 지방자치단체는 당해 지방자치단체에서 수행되는 모든 공공업무를 자기책임하에 수행하는 것이며, 여기서 자기책임성은 업무처리의 독자성뿐만 아니라 업무처리의 책임을 포함하는 것으로 보아야 한다는 것이다.

따라서 지방자치단체의 전권한성의 원칙은 사무의 성질상 지역적인 것에 국한되지 아니하고 지방자치단체의 구역에서 발생하는 모든 공공업무에 대한 지방자치단체의 관할을 의미한다. 이러한 지방자치단체의 전권한성의 원칙은 법률에 의하여 예외가 인정되지 아니하는 한 영토고권에 기초한 국가의 전권한성과 중첩적으로 귀속된다.

2) 보충성의 원칙

전권한성의 원칙은 실제적 사무배분원리가 아니라 잠재적인 사무배분의 원리로서 지방자치단체의 권한의 추정을 의미한다. 즉, 전권한성의 원칙에 의하여 국가와 지방자치단체가 중첩적인 관할권을 갖는다면 그 업무는 현실적으로 누구에 의하여 수행되어야 하는지가 문제된

20) 이기우, “지방자치발전을 위한 사무배분의 과제”, 『지방자치연구』 제8권 제2호, 1996.6, 17-18면

21) 이기우, 앞의 논문, 18면

다. 이는 보충성의 원칙에 의하여 정해진다. 이러한 보충성의 원칙은 구체적인 맥락에서 다의적으로 설명되고 있다.²²⁾

① 보충성 원칙의 유래와 어원

보충성의 원칙은 유럽의 카논법(droit canonique)원칙에서 유래했다고 한다. 보충성원칙은 교황 레오 13세의 노동헌장 새로운 사태(*Rerum Novarum*) 40주년을 기념한 1931년의 교황 비오(피우스) 11세(Pie XI)의 회칙²³⁾에서 나타난다. 오늘날 보충성원칙은 가톨릭교회의 조직구성 원칙뿐만 아니라 시민사회와 국가 간의 관계에서도 적용되는 인간 공동체의 조직 원리로서 확장되어 파악되어 지고 있다.

보충성은 라틴어 *Subsidium*에서 비롯한다. *Subsidium*이란 용어는 상이한 의미를 가진다. 먼저 군사상의 예비·보충병력을 의미한다. 두 번째로 *subsidio miterre*(증원군을 보낸다)의 의미와 세 번째로는 지지·원조 내지는 보조를 의미한다.

행정조직상의 보충성 원칙은 이중 세 번째의 의미와 관련성을 가진다. 사회공동체 속에서의 관계를 용이하게 하기위한 사회적 그룹의 조직을 돕기 위한 의미에서 파악된다. 따라서 보충성은 차선(*secondarité*) 혹은 보충 내지는 보완(*supplétivité*)의 관점을 내포하고 있다.

이와 같은 보충성의 원칙은 부족형태의 조직이나 초미니국가와 같이 규모가 작은 공동체에는 그 적용이 어렵다. 즉, 보충성의 원칙은

22) 전훈, “양극화대책과 보충성 원칙”, 2006.9.8 한국법제연구원 전문가회의 자료집 (미발간), 17면 이하 참조.

23) “사회철학의 지극히 중대한 원칙을 변경하거나 박탈할 수는 없다 : 개인의 창 의와 고유한 방법으로 완수될 것을 개인에게서 빼앗아 사회에 맡길 수 없다는 것은 확고부동한 사회철학의 근본원칙이다. 역시 마찬가지로 한층 더 작은 하위조직체가 수행할 수 있는 기능과 역할을 더 큰 상위의 집단으로 옮기는 것은 불의이고 중대한 해악이며 올바른 질서를 교란 하는 것이다. 사회분야의 개입의 본질적 대상은 사회구성체의 구성원들을 돕는 것이며 그 성원을 파괴하거나 흡수하는 것이 아니다.” *Quadragesimo Anno, Actae apostolicae Sedis, XXIII, 1931, p.203, §126~127(H. Denis-Bertin, Les techniques de répartition des compétences des collectivités territoriales en France et en Italie, in mémoire DEA, 2000, p. 106).*

국가와는 구별되는 다른 조직체들 사이를 규정하며 또한 보충성의 원칙을 어디를 기준으로 적용할 것인가의 차이를 의미하게 된다.

② 보충성원칙의 사회철학적 이해

앞에서 설명한 것처럼 보충성원칙은 1931년 5월 15일의 40년 회칙 (*Quadragesimo Anno*)을 통해 처음으로 명시화 되었고, 이후 가톨릭교회의 지도자들을 통해 재차 확인되어졌다.²⁴⁾

보충성원칙은 가장 넓은 의미에서 “공권력과 시민, 가족 그리고 매개체는 보충성원칙에 의해 정해지고 균형을 유지해야 한다”²⁵⁾고 명시되고 있다.

만일 보충성원칙이 가톨릭교회에서 교황청과 교구교회의 조직구성에 적용되어진다면 시민사회와 국가사이에서도 적용가능성을 가질 수 있다. 이러한 경우 보충성원칙은 두 가지 관점에서 이해될 수 있다.

먼저 보충성 원칙은 “인간의 자율성(*autonomie*)에 대한 속박의 위험을 가진 사회조직(*structures sociales*)에 대항하는 모든 것”²⁶⁾으로서 하나의 공동체와 다른 공동체 내지 전체공동체와의 관계 혹은 하위(*inférieur*)공동체와 상위(*supérieur*)공동체와의 관계에서 의미를 가진다.

다음으로 보충성원칙의 보충(*suppléance*)기능을 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 논증으

24) 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 23세회칙, *Pacem in Terris* (지상의 평화), A.A.S., LV, 1963.

25) 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).

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

로 해석되거나 사용되어져서는 안 된다고 하는 점에 유념해야한다.

보충성원칙은 전체적인 분석을 통해 보완 혹은 상보적인(*complémentaire*) 어원상 의미에 머물지 않고 통일성(*unit*)이라는 다른 내용으로 귀결되어야한다. 왜냐하면 보충성원칙은 공동체 구성원 개개인의 자유의 존중을 전제로 하기 때문이다.

앞에서 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 데 보충성원칙을 사용해서는 안된다”²⁷⁾고 기술하고 있다.

이러한 고찰은 가톨릭교회와 다른 인간 공동체에 있어서도 이해가 가능한데, 시민사회속의 보충성의 의미에 대한 재고와 함께 국가에 부여된 기능과 관련해서도 사용할 수 있다. “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.”²⁸⁾

이러한 평가는 프랑스 공법에서뿐 아니라 우리 법제에서도 매우 실익이 있다고 보인다. 우리가 일정한 영역에 대해 보충성원칙을 인정한다는 것은 보충성원칙의 적용으로 말미암아 결코 그 분야가 부차적인 것으로 간주되거나 개념을 대체하는(*altérer*) 것이 아니라는 점을 말한다.

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

28) J.-Y. Calez / J. Perrin, *Eglise et Société économique*, Aubier, 1959, p. 114

③ 정부간 사무배분의 원리로서의 보충성 원칙

중앙정부와 지자체간의 사무배분의 원리로서 보충성의 원칙은 소극적인 측면과 적극적인 측면을 가진다고 설명된다. 즉, 보충성의 원칙의 소극적인 측면은 “상급공동체가 해서는 안될 것을 정하는 것으로 사회의 활동은 서로 보완적인 것으로 작은 하위의 구성단위가 스스로 어떤 업무를 잘 수행할 수 없는 경우에만 상위의 공동체가 개입할 수 있다는 원리이다.

반면, 적극적인 측면에서의 보충성의 원칙은 국가에게 하위의 작은 구성단위가 일차적으로 활동할 수 있는 조건을 갖추어 주어야 한다는 것이다.²⁹⁾ 사회의 구성단위의 활동은 보완되어야 하고 따라서 불충분한 능력은 지원되어야 하는 것이지 상급단위에 의하여 하급구성단위의 활동이 대체되거나 인수되어서는 안된다는 것이다.³⁰⁾

또한, 보충성의 원칙은 위로부터의 보충성과 아래로부터의 보충성으로 구별할 수 있다. 위로부터의 보충성은 “특정분야에 있어서 중앙기관에 의하여 행사되는 권력은 중앙으로부터의 조치나 간접이 주어진 목적달성을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에만 행사될 수 있다”는 점을 의미하나, 아래로부터의 보충성은 “오로지 가능한 한 낮은 수준의 정부로부터의 행위 또는 조치가 주어진 목적달성을 위하여 적절하지 않을 경우에만 다음 순위의 권력이 개입하여야 한다”는 것을 의미한다.³¹⁾ 이 두 개념은 전자가 상대적으로 중앙정부의 권력행사 가능성에 중점을 두고 있으며, 후자는 중앙정부의 권력행사를 제한하는데 중점을 두고 있다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

29) 조성규, 앞의 논문, 123면

30) 이기우, 앞의 논문, 21면

31) 조영제, “유럽연합법상 ‘보충성의 원칙’에 관한 고찰”, 『유럽연구』 제2권제1호, 1995, 219면

이와 같은 정부간 사무배분원리로서의 보충성의 원칙은 달성하고자 하는 행정목적의 성질에 따라 누가 이를 수행하는 것이 적절한지에 대한 판단기준으로서의 성격을 가진다. 따라서 정부간의 기능을 적절하게 배분하기 위한 기준으로서 보충성의 원칙은 “주민의 복리증진”을 통한 국가전체의 효율성 확대라는 측면에서 적용되어야 할 것이다.

④ 현행법제상 보충성의 원칙

정부간 사무배분의 원리로서의 보충성의 원칙은 『지방자치법』, 『중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률』, 『지방분권특별법』에서 각각 규정되어 있다.³²⁾

즉, 『지방자치법』 제10조제3항에서는 “시·도와 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어서 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 그 사무가 서로 경합하는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다”고 규정하고 있으며, 『중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률』 제3조제1항제5호에서는 “주민의 복리 및 생활편의와 직접 관련된 권한 내지 사무는 시·군·자치구에 우선적으로 배분할 것” 및 같은 법 제4조제1항의 “국가와 지방자치단체간에 사무를 배분함에 있어서는 지방자치법제11조에 규정된 국가사무를 제외하도는 가능한 한 지방자치단체에 배분하여야 한다”고 규정하고 있다.

그리고 『지방분권특별법』 제6조제2항에서는 “국가는 제1항의 규정에 의하여 사무를 배분하는 경우 지역주민 생활과 밀접한 관련이 있는 사무는 원칙적으로 시·군 및 자치구의 사무로, 시·군 및 자치구가 처리하기 어려운 사무는 특별시와 광역시 및 도의 사무로, 특별시와 광역시 및 도가 처리하기 어려운 사무는 국가의 사무로 각각 배분하여야 한다”고 규정하여 보충성의 원칙을 명확히 하고 있다.

32) 오용식, “지방자치사무의 위임·위탁과 관련한 쟁점 검토”, 『법제』통권 제582호, 2006.6, 83면.

3) 포괄성의 원칙

관련 기능이 총체적으로 배분되어 권한과 책임이 일치되도록 중·단위사무를 포괄적으로 이양한다는 것이다. 그 근거로는 「중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률(이하 “지방이양촉진법”이라 한다)」 제3조제1항제1호 및 제3호의 “「지방자치법」 제9조제2항 각호에 예시된 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 할 것, 지방자치단체가 이양 받은 사무를 자주적인 결정과 책임 아래 처리할 수 있도록 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양할 것”의 규정과 「지방분권특별법」 제6조제3항의 “국가가 지방자치단체에 사무를 배분하거나 지방자치단체가 사무를 다른 지방자치단체에 재배분하는 때에는 사무를 배분 또는 재배분 받는 지방자치단체가 그 사무를 자기의 책임하에 종합적으로 처리할 수 있도록 관련 사무를 포괄적으로 배분하여야 한다”는 규정을 각각 들 수 있다.

4) 차등배분의 원칙

사무를 배분함에 있어서는 지역여건을 고려하여 차등 배분하여야 한다는 원칙이다. 지방이양촉진법에서는 “지방자치단체의 여건 및 능력을 고려하고 지방자치단체의 의사를 존중할 것”(제3조제1항제2호) 및 “시·군 및 자치구가 처리하는 사무중 시·군·자치구의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 「지방자치법」 제10조제1항제1호 각목에 규정된 사무 등 그 업무의 성격상 시·도에서 처리함이 합리적인 사무는 시·도로 이양할 것”(제3조제1항제6호)이라 하여 동 원칙을 명문화하고 있다.

5) 행정·재정지원의 병행원칙

기능배분과 인력·재원의 배분이 동시에 이루어지도록 함으로써 실질적인 기능수행이 가능하도록 조치하여야 한다는 원칙이다. 지방이양촉진법에서는 “중앙행정기관의 장은 중앙행정권한의 지방이양을 함

에 있어서 지방자치단체가 그 이양 받은 사무를 원활히 처리할 수 있도록 행정적·재정적 지원을 병행하여야 한다”(제5조제1항)고 규정하고 있으며, 지방분권특별법 제11조에서는 “지방재정의 확충 및 건전성 강화”를 규정하고 있다.³³⁾

(2) 사무배분의 기준에 관한 현행법제와 문제점

행정사무를 처리하는데 있어서 중앙정부와 지방자치단체는 국가의 권력과 권한을 적절히 배분함으로써 행정목적을 원활히 수행하여야 한다. 이와 같이 정부간 기능배분을 하는 이유는 국가 전체의 사무를 효율적으로 수행하기 위함이며, 각각의 행정주체는 상호협력하고 긴밀한 관계를 가져야 한다. 우리 지방자치법에서는 제11조에서 국가와 지방자치단체간 사무배분의 기준을 규정하고, 제10조에서 광역자치단체인 시·도와 기초자치단체인 시·군·구 및 자치구간의 사무배분의 기준을 각각 규정하고 있다. 또 제9조에서는 지방자치단체의 사무범위를 예시하고 있다.

1) 국가와 지방자치단체간 사무배분의 기준

지방자치법 제11조에서는 본질적으로 국가에 속하는 사무로서 7가지 사무를 열거하고 지방자치단체는 이러한 사무를 처리할 수 없다고 하여 지방자치단체의 권능을 제한하고 있다. 그러나 동조는 지방자치단체의 권능의 제한규정이 아니라 국가와 지방자치단체의 사무배분의 기준에 관한 규정으로 보아야 한다.

국가사무는 ①외교, 국방, 사법, 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무, ②물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무, ③농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무, ④국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토

33) 오용식, 앞의 논문, 84면.

종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑤근로기준, 특량단위 등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무, ⑥우편, 철도 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑦고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무이다.

지방자치단체는 관할하는 구역 및 주민에 관하여 포괄적인 권한을 가지지만, 그 구역 및 주민에 영향을 미친다고 하여도 본래 국가가 처리하여야 할 사무까지 처리할 권능을 가지는 것은 아니다. 국가의 사무와 지방자치단체의 사무를 명확하게 경계지우는 것은 쉽지 않다.

다만, 지방자치단체의 권한은 그 지역적 한계를 가지고 있으며, 지방자치단체가 분권화된 국가의 행정단위를 이루고 있다는 측면에서 보면, 이와 같은 국가사무는 국가가 직접 처리하여야 하는 사무라는 의미로 한정해서는 안된다. 즉, 국가사무에는 각 지역에서 시행되는 사무에 관해서 특별지방행정기관을 설치하거나 지방자치단체 또는 그 장에게 위임하여 처리하는 것이 허용된다. 물론 이러한 위임사무는 본질적으로 국가사무이기 때문에 지방자치단체의 고유한 자치권을 침해하지 않는 범위 내에서 최소한에 그쳐야 할 것이다.

2) 광역자치단체와 기초자치단체간 사무배분의 기준

광역자치단체인 시·도와 기초자치단체인 시·군·구 및 자치구는 관할구역 내에서 포괄적인 자치권을 가지고 법령이 제한하는 경우를 제외하고는 주민의 복리에 관한 사무를 제한 없이 처리할 수 있다. 그러나 우리나라처럼 지방자치단체가 복층으로 구성된 경우에는 동일 지역·동일 주민이 동시에 둘 이상의 지방자치단체에 속하게 되고 둘 이상의 지방자치단체가 각각 전권한성의 원칙을 주장하여 모든 복리 사무를 처리하고자 하게 되면 필연적으로 행정력의 낭비와 행정의 혼

선을 가져오게 된다. 따라서 광역자치단체와 기초자치단체간에 사무의 경합을 피하기 위해서 사무를 배분할 필요가 있다.

지방자치법 제10조 제1항에서는 광역자치단체의 사무로서 “가. 행정처리결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무, 나. 시·도단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무, 다. 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무, 라. 국가와 시·군 및 자치구간의 연락·조정 등의 사무, 마. 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무, 바. 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설 및 관리에 관한 사무”를 규정하고 있으며, 기초자치단체의 사무에 관해서는 “제1호에서 시·도가 처리하는 것으로 되어 있는 사무를 제외한 사무”를 규정하고 있다.

동조 제2항에서는 제1항에 규정된 배분기준에 따라 각급 자치단체가 담당할 사무를 구체적으로 정하는 것을 대통령령에 위임하고 있다. 이 위임에 근거하여 지방자치법 시행령 제8조 별표 1은 광역자치단체와 기초자치단체의 사무를 구체적으로 예시하고 있으며, 동령 제9조 별표 2는 자치구가 처리하지 않고 특별시·광역시에서 처리할 사무를 예시하고 있다.

동조 제3항에서는 “시·도와 시·군·구 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어 서로 경합하지 않도록 하여야 하며, 그 사무가 경합하는 경우에는 기초자치단체가 우선적으로 처리한다”고 하여 사무불경합의 원칙과 현지성의 원칙을 정하고 있다.

사무불경합의 원칙은 사무의 귀속과 권한, 책임의 소재 등을 명확히 하고 이중행정·중복행정을 피하기 위한 것이다. 이러한 불경합성의 원칙에 따라 시도와 시군구 및 자치구가 공동으로 관할권을 가지는 이른바 공동사무를 인정하지 않고 있다. 다만, 이 원칙은 구체적인 개별사무가 경합적으로 귀속될 수 없다는 것을 의미하므로 동일한 성질의 사무라 하더라도 개별적·구체적으로 동일한 경우가 아니면 시·

도와 시·군·구에 동시에 귀속될 수 있다는 사실이다.³⁴⁾

다음으로 사무가 경합하는 경우에는 기초자치단체가 우선적으로 처리하도록 함으로써 주민의 복리에 관한 사무는 원칙적으로 주민과 가까이 있는 기초자치단체가 처리하도록 하고 있으며(현지성의 원칙), 광역자치단체는 기초자치단체가 처리할 수 없거나 처리하기에 부적절한 사무를 담당하도록 한다(보충성의 원칙).

지방자치단체의 종류별 사무

| 구 분 | 시·도 사무(305건) | 시·군·자치구 사무(364건) |
|-----------------------------|---|---|
| 1. 자치단체의 구역, 조직, 행정관리사무 | 법 제10조 제1항 단서의 규정에 의하여 시·도와 시·군 및 자치구에 각각 공통된다. | |
| 2. 주민의 복지 사무 | | |
| 가. 주민복지사업 | 주민복지 및 주민보건 종합계획수립 및 지원 등 2개 사무 | 주민복지 사업계획 수립·시행 등 4개 사무 |
| 나. 사회복지시설 | 사회복지시설 기본계획의 수립 등 4개 사무 | 사회복지시설 설치·운영 등 4개 사무 |
| 다. 생활곤궁자의 보호 및 지원 | 생활보호비용 지원 등 7개 사무 | 생활보호대상자 조사·선정 등 9개 사무 |
| 라. 노인·아동·장애인·청소년 및 부녀의 복지증진 | 노인복지계획 수립·조정 등 27개 사무 | 노인복지계획수립·시행 등 33개 사무 |
| 마. 국민건강증진사업 | 주민건강증진기본계획수립 등 5개 사무 | 주민건강증진업무 세부계획 수립 등 6개 사무 |
| 바. 보건진료기관의 설치·운영 | 시·군·자치구 보건소 설치·운영비의 지원 등 5개 사무 | 보건소·지소 설치·운영 등 3개 사무 |
| 사. 전염병 및 기타 질병예방과 방역 | 전염병 예방 종합대책 수립 및 주민홍보 등 5개 사무 | 전염병 예방 주민홍보·계도 등 6개 사무 |
| 아. 묘지· 화장장 및 납골당 운영·관리 | 공설묘지·공설화장장·공설납골당 설치·운영(도의 경우 제외) 등 6개 사무 | 공설묘지·공설화장장 및 공설납골당의 설치·운영(자치구의 경우 제외) 등 8개 사무 |

34) 이기우, 『지방자치행정법』, 법문사, 1991, 93면

제 2 장 사회양극화 해소정책의 실현체계에 관한 현행법제 분석

| | | |
|--|--|--|
| 자. 공중접객업소 위생개선 지도 차. 청소·오물 수거 및 처리 카. 지방공기업 설치 및 운영 다. 읍·면·동사무소의 주민자치센터 설치·운영에 관한 사무 | 공중접객업소 위생개선 종합 계획수립(1개 사무) 폐기물처리 기본계획수립 등 8개 사무 지방공기업 운영계획 수립·시행등 7개 사무 읍·면·동사무의 주민자치센터 설치·운영지원(1개 사무) | 공중접객업소 위생개선 종합 지도 계획 수립·시행 등 13개 사무 일반폐기물 처리기본계획수립 등 16개 사무 지방공기업 사업운영 계획수립·시행 등 4개 사무 읍·면·동사무의 주민자치센터 설치·운영(1개 사무) |
| 3. 농림·상공업 등 산업진흥 사무 가. 농업용수시설 설치 및 관리 나. 농림·축·수산물 생산 및 유통지원 다. 농업자재 관리 라. 복합영농 운영·지도 마. 농외소득사업 육성·지도 바. 삭 제 사. 공유림 관리 아. 소규모 축산개발 및 낙농진흥사업 자. 가축전염병 예방 차. 지역산업 육성·지원 카. 소비자 보호 및 저축장려 다. 중소기업 육성 | 농업용수개발사업 계획 수립·조정 등 5개 사무 농림·축·수산물 생산사업 지원 등 11개 사무 농업자재의 공급 계획·시달 등 3개 사무 도단위 복합영농사업 세부추진 계획 수립 등 3개 사무 농어촌소득원개발 기본계획 수립·광고 등 4개 사무 지역산림계획 작성 등 6개 사무 소규모 축산개발 및 낙농진흥사업계획 수립·조정 등 6개 사무 가축전염병예방 검진·투약 조치 등 5개 사무 지역산업 육성계획 수립추진 등 7개 사무 소비자보호시책 수립 등 8개 사무 지방중소기업 육성계획 수립 | 농업용수개발사업 추진 등 5개 사무 농림·축·수산물 생산지원·관리지도 등 12개 사무 농업자재 공급관리 등 4개 사무 복합영농기획단 설치·운영 등 6개 사무 농어촌소득원개발 시행계획 수립 등 4개 사무 영림계획 인가·변경명령 등 12개 사무 축산진흥·지방특화사업 추진 등 7개 사무 병든가축 신고수리 등 5개 사무 지역산업육성 지원 등 6개 사무 소비자보호시책 수립·시행 등 7개 사무 지방중소기업 육성지원 세부 |

제 2 절 양극화해소를 위한 중앙정부와 지방자치단체간 정책실행체계의 현행법제 분석

| | | |
|-------------------------------|---|---|
| 과. 지역특화산업 개발과 육성·지원 | 등 7개 사무 지역특화산업 육성개발계획 수립·조정 등 4개 사무 | 계획수립·추진 등 8개 사무 시·군 단위지역 특화산업 육성개발계획 수립·시행 등 4개 사무 |
| 하. 우수토산물 및 관광민예품 개발 | 민속공예산업 육성실시계획 작성 등 4개 사무 | 민속공예산업 육성실시계획 수립·시행 등 5개 사무 |
| 4. 지역개발 및 주민 생활 환경시설 설치·관리 사무 | | |
| 가. 지역개발사업 | 지역개발 계획 수립·조정 등 7개 사무 | 지역개발 계획 수립·시행 등 10개 사무 |
| 나. 지방토목·건설 사업 시행 | 시·도 건설종합 계획 수립·조정 등 7개 사무 | 시·군 건설종합계획 수립·시행 등 9개 사무 |
| 다. 도시계획 시행 | 도시기본계획 수립(도의 경우 제외) 등 9개 사무 | 도시기본계획 수립(자치구의 경우 제외) 등 9개 사무 |
| 라. 지방도, 시·군도 신설·개수 및 유지 | 도로관리계획 수립 등 9개 사무 | 시·군도 관리계획 수립·시행 등 8개 사무 |
| 마. 주거생활 환경개선 장려 및 지원 | 주거생활 환경개선 계획 수립·조정 등 9개 사무 | 주거생활환경개선 실천계획 수립·시행 등 10개 사무 |
| 바. 농촌주택 개량 및 취락구조 개선 | 농어촌주택개량 기본계획 수립·조정 등 7개 사무 | 농어촌 주택개량사업 계획 수립·시행 등 6개 사무 |
| 사. 자연보호활동 | 자연보호계획 수립 등 12개 사무 | 자연보호계획 수립·추진 등 11개 사무 |
| 아. 지방하천·준용하천·소하천 관리 | 지방·준용하천 정비 기본계획의 수립 및 오염하천정화사업종합계획 수립 등 8개 사무 | 오염하천정화사업 및 소하천정비계획 수립·시행 등 6개 사무 |
| 자. 상·하수도 설치 및 관리 | 상수도사업 기본계획 수립 등 11개 사무 | 상수도사업 기본계획 수립 등 11개 사무 |
| 차. 간이급수시설 설치 및 관리 | 간이급수시설 설치계획 수립·조정 등 2개 사무 | 간이급수시설 설치계획 수립·시행 등 5개 사무 |
| 카. 관광·휴양시설의 설치 및 관리 | 도립공원계획 결정·고시 등 10개 사무 | 군립공원계획 결정·고시 등 13개 사무 |
| 타. 지방제도사업 경영 | 지방제도사업 운영계획 수립 등 7개 사무 | 지방제도사업 운영계획 수립(자치구의 경우 제외) 등 4개 |

제 2 장 사회양극화 해소정책의 실현체계에 관한 현행법제 분석

| | | |
|---|---|---|
| 파. 교통편의시설 설치 및 관리 하. 재해대책 수립 및 집행 거. 지역경제육성 및 지원 | 주차장 정비 및 개발계획 수립 등 3개 사무 지방방재계획 수립 등 7개 사무 지역경제 육성계획 수립 등 17개 사무 | 사무 주차장 정비 및 개발계획 추진 등 5개 사무 시·군 방재계획 수립 등 11개 사무 지역경제 육성 세부계획 수립·시행 등 14개 사무 |
| 5. 교육·체육·문화·예술진흥 사무 가. 학교설치 및 운영·지도 나. 공공교육·체육·문화시설 설치 및 관리 다. 지방문화재 지정·보존 및 관리 라. 지방문화·예술의 진흥 마. 지방문화·예술단체 육성 | 유아교육시행 계획수립 등 3개 사무 공공도서관 설립·운영 등 6개 사무 시·도지정문화재 및 문화재 자료지정·보존 및 관리 등 5개 사무 지방문화예술진흥 시책 수립·조정 등 5개 사무 지방문화예술 단체 설치·운영 등 3개 사무 | 유아교육시행 계획수립 등 3개 사무 공공도서관 설립·운영 등 7개 사무 시·도지정문화재 및 문화재 자료 보존·관리 등 4개 사무 지방문화예술진흥 시책 수립·시행 등 5개 사무 지방문화예술 단체 설치·운영 등 2개 사무 |
| 6. 지역민방위 및 소방 사무 가. 지역 및 직장 민방위 조직편성·운영 및 지도·감독 나. 화재 예방 및 소방 | 시·도 민방위계획 작성 등 4개 사무 소방기본계획 수립 등 14개 사무 | 시·군 민방위계획 작성 등 10개 사무 |

자치구가 처리하지 아니하는 사무(14개 분야 46개 사무)

| 구 분 | 사 무 |
|----------------------|-------------------------------------|
| 1. 지방자치단체의 인사 및 교육 등 | 시와 자치구, 자치구 상호간 인사교류(6급 이상) 등 3개 사무 |

제 2 절 양극화해소를 위한 중앙정부와 지방자치단체간 정책실행체계의 현행법제 분석

| | |
|----------------------------|-------------------------------------|
| 2. 삭 제 | |
| 3. 지방재정 사무 | 토지등급 설정·수정의 승인 등 2개 사무 |
| 4. 매장 및 묘지 등 사무 | 공설묘지·공설 화장장 또는 공설납골당 설치·운영(1개 사무) |
| 5. 청소·오물 사무 | 일반폐기물(분뇨, 쓰레기 등) 처리시설 설치·운영 등 2개 사무 |
| 6. 지방토목·주택건설 등 사무 | 국민주택 건설사업 시행 등 4개 사무 |
| 7. 삭제 | |
| 8. 도시계획 사무 | 도시기본계획 수립 등 8개 사무 |
| 9. 도로 개설·유지·관리 사무 | 중로(12미터 이상) 이상 도로 유지·관리(1개 사무) |
| 10. 상수도 사업 사무 | 상수도의 신설·개축 및 수선과 이의 유지관리 등 4개 사무 |
| 11. 공공하수도 사무 | 공공하수도정비 기본계획 수립·수행 등 3개 사무 |
| 12. 공원 등 관광·휴양시설 설치·관리 사무 | 도시공원 및 유원지 조성계획 입안등 5개 사무 |
| 13. 지방제도사업 사무 | 지방제도 사업운영계획 수립 등 3개 사무 |
| 14. 대중교통행정 사무 | 지하철 설치·운영과 시민이용 행정 등 3개 사무 |
| 15. 지역경제육성 사무 | 지방공업단지 조성·관리 등 4개 사무 |
| 16. 교통신호기, 안전표시등의 설치·관리 사무 | |

**인구 50만 이상의 시가 직접 처리할 수 있는 도의 사무
(18개 분야 42개 사무)**

| 구 분 | 사 무 |
|-------------|-------------------------------|
| 1. 보건의료 사무 | 병원급 이상 의료기관 설치 및 지도·감독(1개 사무) |
| 2. 지방공기업 사무 | 지방공사 설립·운영 등 2개 사무 |
| 3. 주택건설 사무 | 일정규모 이상 주택건설사업계획 승인 등 |

제 2 장 사회양극화 해소정책의 실현체계에 관한 현행법제 분석

| | |
|--------------------------|---|
| | 2개 사무 |
| 4. 토지구획정리사업 사무 | 토지구획정리사업 환지계획 인가 등 2개 사무 |
| 5. 도시계획 사무 | 도시계획 사업 실시계획·변경인가 및 승인 등 5개 사무 |
| 6. 도시재개발사업 사무 | 재개발사업 시행자 지정 신청 등 2개 사무 |
| 7. 환경보전 사무 | 배출시설 설치 및 변경허가 등 6개 사무 |
| 8. 삭 제 | |
| 9. 건설기계관리 사무 | 건설기계등록 및 등록 말소 등 2개 사무 |
| 10. 자동차 운송사업 사무 | 자동차 운송사업 면허 사무 등 2개 사무 |
| 11. 삭 제 | |
| 12. 지방공무원 인사 및 정원관리 사무 | 행정자치부령이 정하는 기준정원 범위 안에서의 6급이하 정원책정사무(1개 사무) |
| 13. 지적 사무 | 토지 지번경정승인 등 5개 사무 |
| 14. 열 사용 기자재 사무 | 열 사용 기자재 제조업 허가(1개 사무) |
| 15. 식품제조업 사무 | 허가 및 시정명령 등 4개 사무 |
| 16. 묘지· 화장장· 납골당 운영관리 사무 | 묘지· 화장장· 납골당 허가 등 3개 사무 |
| 17. 사회복지시설 사무 | 사회복지시설 수혜비용수납 승인(1개 사무) |
| 18. 고압가스 사무 | 고압가스제조업허가(1개 사무) |
| 19. 도시가스 사무 | 도시가스공급시설 설치공사계획 및 변경승인(1개 사무) |
| 20. 지방채 발행 승인신청 | |

3) 문제점

① 사무배분의 구체적인 원칙과 기준 부재

현행 지방자치법에 규정된 사무배분 원칙과 기준, 그리고 사무의 예시는 추상적이어서 개별법 제·개정 시 구체적으로 반영할 수 없으며, 사무예시 관련조항의 현실성이 부족하고, 대부분이 선언적 규정으

로 직접적 구속력을 확보하는데 미흡하다는 문제점이 있다.

또한, 법률규정상 상당한 예외를 인정함으로써 개별법령 규정에 따라서 사무의 성질이 달라지게 된다.

□□중앙행정권한의지방이양촉진등에관한법률□□에 규정된 사무배분 원칙과 기준은 □□지방자치법□□에 규정된 자치단체간 사무배분 기준을 준수하도록 하고 있어, 모호한 사무배분 기준이 그대로 준용됨으로써 광역자치단체와 기초자치단체간에 사무가 중복 배분되는 불합리함을 초래할 수 있고, 원칙과 기준간의 체계적인 연결도 미흡하다.

② 사무배분 개념의 모호

중앙정부·시·도·시·군 및 자치구 간의 사무구분을 규정한 법령과 자치법규 등에 있어 규정이 애매모호하고, 해석하는 사람의 주관에 따라서 사무가 달라지는 문제가 발생하고 있다.

사무배분 조사는 지방마다 차이가 있는 임의적 선택사무 또는 자치사무에 대하여 표준적인 형태나 사무의 범위 등을 정할 수가 없으며, 결국 대·중·소 기능분류와 단위사무 수준의 부정확성으로 인해 통계상으로 조사되는 국가 및 지방사무의 건수는 의미가 없는 허수일 수 있다는 연구결과가 제시되고 있다.³⁵⁾

정책집행을 위한 중앙정부와 지방자치단체간 임무와 책임의 연계가 부정확해졌고, 그에 따른 영향으로 지방세제 및 지방재정제도도 여전히 자치분권에 적합하지 못한 실정이다.

③ 위임사무의 문제점

사무배분 실태조사에 의하면 위임사무 특히 기관위임사무의 비중은 점차 감소되어 가지만, 여전히 상당수 존재하고 있다. 위임사무를 통해 국가의 감독 및 통제가 지방자치단체에 미치게 되고, 지방행정의

35) 이성덕, “중앙·지방정부간 사무배분에 대한 성찰-관련 분석 도구들을 중심으로-”, 2002년도 통계학술발표회자료집, 113-134면

창의성·자율성·특수성을 저해할 수 있으며, 국가와 지방자치단체간 행정책임의 소재를 불명확하게 한다.

아울러 지방자치법에는 “자치단체는 자치사무의 수행에 필요한 경비와 위임된 사무에 관하여 필요한 경비를 지출할 의무를 지나, 국가사무 또는 자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다”고 규정하고 있고, 동법 제 113조 제2항은 “국가는 지방재정의 자주성과 건전한 운영을 조장하여야 하며 국가의 부담을 지방자치단체에 전가하여서는 아니 된다”고 규정함으로써 사무구분에 따른 경비부담을 명확히 하고 있다. 하지만 현실적으로 위임사무에 관한 경비부담 원칙이 잘 적용되지 못함으로써 사무배분과 재원배분의 연계가 미흡한 실정이다.

④ 중앙정부, 그리고 시·도 중심의 사무배분 방식

현행 정부간 기능배분은 중앙정부가 주요 권한을 먼저 선점한 후, 그 외에 비교적 비중이 있는 기능을 시도에 배분하고, 나머지는 시·군·구에 배정하는 방식으로 이뤄지고 있다. 이렇듯 사무배분이 중앙정부의 일방적인 의사에 의해 하향적으로 결정됨으로써, 기능배분과 관련된 법령의 제·개정 과정에서 자치단체가 참여·통제력을 행사할 수 있는 기회가 제도적으로 마련되지 못하는 실정이다.

특히 주민과 가장 가까운 거리에 있는 시·군 및 자치구가 주요 사무수행에서 소외된 상태로 기능분담이 이루어져 왔다는 문제가 있다.

⑤ 지역특성에 맞는 사무배분의 결여

지방자치단체의 자치사무는 해당 자치단체의 규모나 행·재정적 능력 그리고 지역의 특수성 및 행정수요 등을 고려하여 당해자치단체가 수행하기에 적합한 정도의 사무가 배분되어야 하나, 현행 지방자치법은 광역자치단체인 특별시·광역시·도와 기초자치단체인 시·군 및 자치구 간의 사무배분에 관해서는 특례를 인정하지만, 자치단체별 특

수성, 도시 및 농촌간 행정수요의 차이, 행·재정적 능력, 인구규모 등을 고려하지 않고 획일적인 사무배분을 하고 있다.

(3) 지방자치사무의 구분체계 현황과 문제점

각 개별법률에서 규정하고 있는 사무가 국가사무인지 지방자치단체의 사무, 즉 자치사무인지는 일단 당해 개별법률의 사무수행주체가 누구인지에 따라 결정된다. 즉 사무수행주체가 국가·정부, 중앙행정기관 또는 기관의 장으로 나타나고 있으면 당해 사무는 국가사무이고, 사무수행주체가 시·도 또는 시·군·자치구, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장으로 되어 있으면 이는 자치사무를 의미한다고 볼 수 있다.

이와 관련하여서 현행 지방자치법 제9조제1항에서는 “그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”를 지방자치단체의 사무로 규정하고 있으며, 같은 법 제93조 및 제94조에서 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 사무에 관하여 규정하고 있다. 이에 따라 학문적으로는 지방자치단체가 처리하는 사무를 고유사무(자치사무)·단체위임사무·기관위임사무로 구분하고 있다.

이렇게 자치사무와 위임사무를 구분하는 실익은 사무수행에 관하여 지방자치단체의 자유로운 판단영역, 감독청과 감독범위, 비용부담, 지방의회의 관여가능성 등의 차이에서 생긴다.³⁶⁾

1) 자치사무

① 의의 및 종류

자치사무는 법령에 의거하여 지방자치단체의 업무영역으로부터 나오는 사무로서 법령에서 달리 규정하지 아니하는 한 지방자치단체의 전권한성으로부터 나오는 주민의 복리를 위한 지역공동체의 모든 사

36) 홍정선, 『지방자치법학』, 법영사, 2000, 311면

무를 포괄한다.³⁷⁾ 지방자치단체의 자치사무와 관련하여서 우리 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고”라고 규정하고 있으며, 이러한 헌법의 규정에 근거하여 지방자치법 제9조제1항에서는 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무...를 처리한다”고 규정하고 있다.

자치사무는 의무적 자치사무와 임의적 자치사무로 구분되는데 전자를 필요사무, 후자를 수의사무라고도 한다.³⁸⁾

임의적 사무는 예술주간·체육주간의 설정, 주택개량·지역경제촉진·교부지원, 박물관·공연장·영화관 설립, 스포츠시설의 설치 등을 들 수 있다. 그러나 임의적 사무는 당해 지방자치단체가 가지고 있는 행정·재정능력내에서만 가능한 것이며, 이러한 한계를 넘는 경우에는 국가의 지원 또는 관여가 작용하게 된다.

필요사무 내지 의무적 자치사무는 『교육기본법』 및 『초중등교육법』에 의한 초등학교의 설치·운영, 『전염병예방법』에 의한 예방접종, 『소방기본법』에 의한 소방사무 등의 예에 있어서와 같이 통상 법령으로 정해지며³⁹⁾, 그것은 지방자치단체의 본연의 사무의 최소한이라 할 수 있다. 한편, 필요사무와 임의사무의 구분은 고정적인 것이 아니라 정

37) “국가 또는 상급지방자치단체가 지방자치단체에 대하여 그 사무를 위임하려면 반드시 법률 또는 법률의 위임을 받은 명령의 근거가 있어야 하고, 이러한 법령에 의한 위임사무를 제외하고는 지방자치단체는 널리 지방주민의 공공의 이익을 위한 사무를 그 고유사무로 행할 수 있는 것이다”(대법원 1973.10.23, 선고 73다1212 판결).

38) 홍정선, 앞의 책, 315면.

39) “학교급식의 실시에 관한 사항은 고등학교 이하 각급 학교의 설립·경영·지휘·감독에 관한 사무로서 지방자치단체중 특별시·광역시·도의 사무에 해당하나 학교급식시설의 지원에 관한 사무는 고등학교 이하 각급 학교에서 학교급식의 실시에 필요한 경비의 일부를 보조하는 것이어서 그것이 곧 학교급식의 실시에 관한 사무에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 지방교육재정교부금법 제11조제5항은 시·군·자치구가 관할구역 안에 있는 고등학교 이하 각급 학교의 교육에 소요되는 경비의 일부를 보조할 수 있다고 규정하고 있으므로 학교급식시설의 지원에 관한 사무는 시·군·자치구의 자치사무에 해당한다(대법원, 1996.11.29, 96추84판결).

치·경제·사회·문화의 발전여하에 따라 가변적인 것이다.⁴⁰⁾

의무적인 자치사무로 할 것인지 임의적인 자치사무로 할 것인지는 입법재량에 맡겨져 있으며, 지방자치단체가 믿음직스럽게, 그리고 합목적적으로 사무를 수행할 수 있어야 하기 때문에 입법재량의 행사에는 보충성의 원칙이 하나의 기준으로 작용할 것이다.

그리고 지방자치단체는 지방자치법 제11조의 규정에 의하여 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한, 동조에서 열거하고 있는 국가사무를 원칙적으로 처리할 수 없다. 이 경우 동조에서 한정열거하고 있는 국가사무의 수행함에 있어서 그 형식까지를 제한하고 있는 것은 아니라고 해석하여야 할 것이다.

② 자치사무의 처리원칙

지방자치단체는 “주민의 복리증진”을 위하여 존재한다. 따라서 지방자치단체는 그 사무를 처리함에 있어서 주민의 편의 및 복리증진을 위하여 노력하여야 한다(지방자치법 제8조제1항). 또한 지방자치단체는 자치단체의 사무처리가 민주적이면서 능률성을 높일 수 있도록 지방자치단체의 조직 및 운영의 합리화에 노력하여야 하고 그 규모의 적정화를 도모하여야 한다(지방자치법 제8조제2항). 그리고 지방자치법 제8조제3항은 사무처리의 한계를 규정하고 있는 바, 지방자치단체는 법령이나 상급지방자치단체의 조례에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다. 오늘날 지방자치단체는 국가의 분권화된 행정단위로서 존재하고 있으며, 따라서 지방자치단체는 국가로부터 독립하여 활동하는 존재가 아니라 국가와 적절한 관계 속에서 존립하고 운영되어야 한다. 이러한 관점에서 당해 사무가 자치사무라 하더라도 국가의 법령과 상급지방자치단체의 조례에 위반되어서는 안되는 것이다.

40) 홍정선, 앞의 책, 315면

③ 자치사무의 법률관계

(i) 자치사무의 처리와 비용부담

사무의 귀속주체와 비용의 부담주체는 결부되어야 한다는 이른바 견련성의 원칙에 따라 지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 비용을 스스로 부담할 의무를 진다. 이에 따라 지방자치법 제132조 본문에서는 “지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 경비를 지출할 의무를 진다”고 규정하고 있으며, 또한 지방재정법 제17조에서는 “지방자치단체의 공공사무에 관하여 필요한 경비는 당해 지방자치단체가 그 전액을 부담한다”고 규정하고 있다.

지방자치단체는 항상 충분한 재정력을 확보함으로써 주민의 복리증진사무를 원활히 수행할 수 있어야 한다. 따라서 지방자치단체의 재정능력은 자치사무의 한계로서 작용한다.⁴¹⁾ 다만, 현실적으로 각 지방자치단체의 재정능력의 격차가 크다는 점을 고려하면 진정한 의미의 지방자치를 위해서는 지방자치단체의 재정능력을 향상시킬 수 있는 근본적인 대책을 마련하는 것이 시급한 과제라 할 것이다.

(ii) 지방의회의 관여

자치사무는 당해 지방자치단체 자신의 사무이므로 지방의회는 당연히 자치사무에 관여할 수 있다. 지방의회가 자치사무에 관여할 수 있는 범위는 지방자치법 제15조의 조례제정권에 근거한 입법적 규율, 동법 제35조의2의 규정에 따른 자료제출요구권, 제36조제1항의 규정에 따른 자치사무에 대한 감사·조사권 등이다.

(iii) 감 독

자치사무는 당해 지방자치단체 자체의 사무이므로 국가의 감독권이 미치는 범위는 적법성 통제, 즉 법규감독만이 허용된다. 이와 관련하

41) 홍정선, 앞의 책, 318면.

여 지방자치법 제157조제1항 후단에서는 “이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다”고 해서 자치사무에 대한 사후적·교정적 감독수단인 시정명령권, 취소·정지권의 행사를 제한하고 있다. 나아가 동조 제2항에서는 주무부장관이나 시·도지사가 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분을 취소 또는 정지한 경우에 당해 자치단체의 장은 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있게 하여 적법성 통제를 사법부의 판단에 맡기고 있다. 또한 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있으나 이 경우에도 법령위반사항에 한하여 실시할 수 있다(동법 제158조).

지방자치단체의 자치사무에 대해서는 적법성 통제만을 행할 수 있는 것이 원칙이다. 다만, 헌법 제117조의 취지에 비추어 “법령의 범위안에서” 예외적으로 자치사무에 대한 합목적성 통제가 허용된다. 실정법상으로는 위법한 명령등에 관한 조치명령(건축법 제68조, 도시공원법 제22조), 협의(골재채취법 제34조제5항·제23조제2항, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제30조제2항, 도로법 제18조제1항), 승인유보(도로법 제77조, 지방세법 제9조, 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제10조, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제8조제2항·제16조제1항 등), 지시권 유보(가축전염병예방법 제52조 등)가 그 예이다.⁴²⁾

2) 단체위임사무

① 의 의

단체위임사무란 국가 또는 다른 지방자치단체 등으로부터 당해 지방자치단체에 위임된 사무를 말한다. 지방자치법 제9조제1항에서 말하는 “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”가 단체위임사무이

42) 오용석, 앞의 논문, 87면.

다. 현행법상 단체위임사무는 그 예가 많지 않은 데, 국가가 직할하천의 점용료 등의 징수를 시·도에 위임한 것(하천법 제38조제3항), 도가 도세징수사무를 시·군에 위임한 것(지방세법 제53조), 지방자치단체가 다른 지방자치단체에 의무교육학령아동의 일부에 대한 교육사무를 위탁한 것(초중등교육법 제12조제3항)등이 있다. 단체위임사무는 국가나 광역지방자치단체의 경비절약 뿐만 아니라 효율성과 합목적성 등을 근거로 한다.⁴³⁾

② 단체위임사무의 법률관계

(i) 법적 근거

단체위임사무에 있어서 수입지방자치단체는 자신의 책임 하에 당해 사무를 수행할 의무를 지기 때문에 단체위임사무의 위임에는 개별법령상의 근거를 요한다. 지방자치법 제36조제3항 및 제156조제1항 등에서 단체위임사무의 근거를 두고 있다.

(ii) 비용부담

위임되는 사무의 수행에 비용이 소요되는 경우 비용부담이 따라야 함은 당연하다. 따라서 지방자치법 제132조 단서에서는 “국가사무 또는 지방자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다”고 규정하고 있으며, 또한 지방재정법에서도 단체위임사무의 수행에 소요되는 경비는 국가 또는 광역지방자치단체가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다고 규정하고 있다(제18조제2항, 제24조).

(iii) 지방의회의 관여

단체위임사무는 자치사무는 아니지만 당해 지방자치단체의 사무이기 때문에 지방의회가 이에 관여할 수 있다. 따라서 단체위임사무와

43) 오용석, 앞의 논문, 90면.

관련하여서 행정사무감사 및 조사(지방자치법 제36조제3항), 지방자치단체의 장 및 관계공무원의 출석요구(제37조제2항) 등이 적용된다. 나아가 지방자치법 제15조의 규정에 따라 단체위임사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.⁴⁴⁾

(iv) 감 독

단체위임사무에 대해서는 국가나 광역지방자치단체는 감독권을 가진다(지방자치법 제156조, 제157조). 단체위임사무는 실체적인 내용상 국가 또는 광역지방자치단체의 사무이므로 사무수행과 관련하여 국가·광역지방자치단체는 광역지방자치단체·기초지방자치단체에 대한 지시권을 가진다. 이러한 지시권을 통해서 합목적성의 통제가 가능하다(지방자치법 제156조제1항·제2항, 제157조제1항, 하천법 제66조).

3) 기관위임사무

① 의 의

기관위임사무라 함은 국가 또는 다른 지방자치단체가 지방자치단체의 장에게 위임하여 처리하게 하는 사무를 말한다. 이 경우 수임기관은 그가 소속하는 지방자치단체와는 관련 없이 국가행정조직 또는 위임지방자치단체의 조직의 한 부분으로 간주되며, 따라서 국가관청 또

44) 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한하고, 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 조례제정의 범위 밖이라고 할 것이다(대판 1992.7.28, 92추31) : 지방자치법 제9조제1항과 제15조 등의 관련 규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별 법령에서 특별히 위임하고 있을 경우에는 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 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(대판 2000.11.24, 2000추29) 등

는 위임지방자치단체의 감독 하에 놓인다. 즉 기관위임사무는 수입기관이 속한 지방자치단체의 사무가 아니라 위임자의 사무이며, 기관위임사무에 있어서 수입기관은 확장된 국가의 팔로서 이해되고 있다.

기관위임사무와 관련하여 지방자치법 제93조에서는 “시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 시·도지사 및 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다”고 규정하고 있다. 또한 동법 제95조제2항에서는 “지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한이 속하는 사무의 일부를 관할지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사무소·출장소를 포함한다)에 위임 또는 위탁할 수 있다”고 규정하고 있다. 기관위임사무에 대한 개별법상의 근거로는 산림법 제5조에 따른 시장·군수에 대한 영림계획 인가 및 경영지도 등의 위임 등을 들 수 있다.

한편 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 하며, 그 밖에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리를 요하는 사무인지 등 지방자치법 제11조의 규정에 의한 국가사무의 기준에 적합한지, 그리고 그에 관한 경비부담과 책임의 귀속주체 등도 아울러 고려되어야 할 것이다.⁴⁵⁾

45) 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여 판단하여야 할 것이다. ...발전소주변지역지원에 관한 법률은 지역개발 외에 전원개발의 촉진과 발전소 및 방사성폐기물관리시설의 원활한 운영 도모를 그 목적에 포함시키고 있고(제1조), 위 법상 발전소 주변지역에 대한 지원사업은 한국전력공사가 전국의 각 주변지역에 대한 장기계획을 수립하여야 하며(제9조), 지원사업은 지방자치단체의 장 외에 위 공사도 그 시행주체가 되어(제11조), 지원사업의 내용에 따라 각각 나누어 시행하게 되어 있고(같은법 시행령 제19조 내지 제25조), 사업시행에 필요한 경비는 기본적으로 위 공사가 출연하여 운용·관리하는 기금에 의하여 충당하게 되어 있는 점을 고려할 때(제4조 내지 제7조), 위 법상 발전소 주변지역에 대한 지원사업은 지방자치단체별로 재정능력에 따른 차등이 없이 통일적으로 시행하여야

② 기관위임사무의 법률관계

(i) 법적 근거

기관위임사무에 있어서 수임기관은 당해 사무의 수행의무를 지기 때문에 일정한 사무를 기관위임을 하고자 하는 경우에는 법적 근거를 요한다. 기관위임사무의 일반법적 근거로서는 지방자치법 제93조 및 제95조가 있다.

(ii) 경비부담

기관위임사무의 처리에 소요되는 경비는 원칙적으로 그 전액을 위임기관인 국가 또는 광역지방자치단체가 부담한다. 지방자치법 제132조 단서규정은 “국가사무 또는 지방자치단체사무를 위임하는 때에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다”고 하며, 지방재정법 제18조제2항은 “국가가 스스로 행하여야 할 사무를 지방자치단체 또는 그 기관에 위임하여 수행하는 경우에 그 소요되는 경비는 국가가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부하여야 한다”고 규정하고 있다.

또한 시·도의 사무위임에 수반하는 경비부담과 관련하여 지방재정법 제24조에서는 “시·도 또는 시·도지사가 시·군 및 자치구 또는 시장·군수·자치구의 구청장으로 하여금 그 사무를 집행하게 할 때에는 시·도는 그 사무집행에 소요되는 경비를 부담하여야 한다”고 규정하고 있다.

(iii) 지방의회의 관여

지방자치단체의 자치사무는 집행기관의 전속적 권한에 속하는 사항을 제외하고는 지방의회의 의결, 사무감사 및 조사, 회계감사 등에 의한 관여가 인정되는 반면, 기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아

할 국가사무에 해당하나 다만 지역의 사정과 지방자치단체가 시행하는 다른 복지시책과 밀접한 관련하에서 시행할 필요가 있는 점을 고려하여 당해 지방자치단체의 장에게 시행을 위임한 기관위임사무에 해당한다(대판 1999.9.17, 99추30).

니기 때문에 그것에 대해서는 지방의회가 관여할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 기관위임사무에 대해서는 조례로 정할 수 없다. 다만 감사에 대해서는 지방자치법 제36조제3항은 “지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도의 사무에 대하여 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 그 감사를 당해 시·도의회와 시·군 및 자치구의회가 행할 수 있다. 이 경우 국회와 시·도의회는 그 감사결과에 대하여 당해 지방의회에 필요한 자료를 요구할 수 있다”고 하여 특례를 두고 있다. 따라서 기관위임사무에 대해서도 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 지방의회가 그 감사를 행할 수 있다.

(iv) 감 독

기관위임사무는 실체적인 내용상 위임기관인 국가 또는 광역지방자치단체의 사무에 속하기 때문에 국가나 광역지방자치단체는 수임기관인 지방자치단체의 장에 대하여 지시권을 가지며 포괄적인 감독권을 갖는다(지방자치법 제156조, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조제3항 및 제6조). 즉 기관위임사무에 대하여서는 합법성의 감독은 물론 합목적성의 감독이 허용된다(지방자치법 제156조제1항·제2항, 제157조제1항). 또한 기관위임사무의 관리 및 집행을 명백하게 해태한 때에는 감독관청은 직무이행명령을 할 수 있고, 기간 내에 이행하지 않을 때에는 대집행을 할 수 있다(동법 제157조의2제1항·제2항). 이 경우 지방자치단체의 장은 직무이행명령에 대하여 이의가 있는 때에는 대법원에 제소할 수 있다(동법 제157조의2제3항).

4) 사무구분체계의 문제점

① 법령상의 사무구분의 모호함

사무구분에 대한 인식 없이 법령을 제정하는 과정에서 개념과 용어가 혼재되는 등 통일성이 결여되어 있는 경우가 있다. 예를 들어 법

령상의 사무처리 주체를 국가·지방자치단체(장), ○○장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장, 관리청, 소속청, 허가청 등으로 혼란스럽게 표현되어 있다. 또한, ‘사무’란 용어의 개념이 불분명하며 막연히 ‘기능’과 혼용하여 사용하는 문제점이 지적된다.

그리고 지방자치단체의 사무를 단순히 지방사무로 표시함으로써 단체위임사무인지 또는 고유사무인지의 구분이 불명확하고, 또한 지방사무라는 용어는 특별지방행정기관의 사무도 지방사무가 될 수 있기 때문에 혼란이 초래될 뿐만 아니라 사무의 지방이양 자체도 저해되는 결과를 초래한다.

② 중앙부처 중심의 법률제정

중앙부처에서 법령을 제정할 때 법제처 심사과정 등 정부입법 과정에서 사무성질에 따른 법령제정을 유도할 수 있는 시스템이 갖추어져 있지 않다. 그리고 사무위임을 할 경우 개별 법률에 구체적 위임근거 규정이 있어야 하나, 대통령령인 『행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정』에 의거 위임이 이루어지거나, 명시적인 위임근거 없이 이뤄지는 사례가 있다.

③ 광역자치단체와 기초자치단체간 사무의 구별기준 모호

지방자치법에서는 광역자치단체 사무를 <광역행정기능>, <보완·대행기능>, <연락·조정기능>, <감독·지도기능> 의 4가지로 구분하고 있으나, 기존의 사무비중을 보면 지도·감독기능이 가장 많고, 그 다음으로 연락·조정기능, 보완대행기능, 광역행정기능 등의 순으로 나타나고 있다. 앞으로는 기초자치단체에 대한 지도·감독기능이 감소되어야 할 것이며, 연락·조정기능도 단순한 매개기능으로서 광역자치단체의 본질적인 기능과는 무관하다고 생각된다. 따라서 광역자치단체의 보완·대행기능과 광역행정기능을 보다 증대시키는 방향으로 광역자치단체와 기초자치단체간 기능을 재조정할 필요가 있다.

④ 기관위임사무의 문제점

기관위임사무는 국가의 경비절감, 자치이념을 이유로 발생하였으나, 현실적으로 자치단체의 사무 가운데 상당한 부분을 차지하고 있게 되면 지방자치의 본질을 침해할 우려가 있다. 즉 기관위임사무가 많은 것은 자치사무의 효율적인 시행에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 이에 대해서 행정학에서는 i)지방자치단체를 국가의 하급기관으로 전락시킨다. ii)지방자치단체의 광범하고도 강력한 통제의 중요한 통로가 된다. iii)국가와 지방자치단체사이의 행정적 책임의 소재를 불분명하게 한다. iv)민중통제의 배제를 가져온다. v)지방적 특수성과 배분적 형평이 희생된다고 비판하고 있다.⁴⁶⁾

따라서 기관위임사무는 가능한 한 지방자치단체의 사무로 이양되든지 아니면 위임주체가 위임을 철회하는 것이 필요하다. 이를 위해 국가는 계속적으로 위임사무의 위임의 적격여부에 관해 판단하는 제도를 확보하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

⑤ 공동사무 문제

실제적으로 국가와 자치단체가 사무를 공동으로 수행하는 것이 공동사무이며, 주로 공간계획과 자치단체에 대한 국가의 재정지원 분야에서 나타난다. 실정법에서는 ‘국가 또는(및) 지방자치단체는사무를 처리한다’ 혹은 ‘○○장관 또는(및) 시·도지사는사무를 처리한다’는 방식으로 규정되어 있다.

현행 사무구분체계에 의하면 이러한 경우라도 자치사무·단체위임사무·기관위임사무중의 어느 하나로 분류하여야 하나, 실제적으로는 이를 공동사무라 표현하고 있다. 이러한 공동사무는 구별하기가 어렵고, 재정분담의 노력 없이 국가의 지방에 대한 감독을 강화시키는 경

46) 최창호, 『지방자치학』, 삼영사, 1997, 260면

47) 홍정선, 앞의 책, 356면.

향이 높으며, 중앙정부 기능의 지방이양 회피수단으로 전락할 수 있다는 문제점 등이 지적된다.⁴⁸⁾

또한 사무처리의 주체가 이원적인 경우 중복행정이나 책임회피 우려가 있으므로 국가가 직접 수행하는 경우에는 국가사무로, 지방자치단체가 직접 수행하는 경우에는 자치사무로 분류하는 것이 타당하다고 보여진다.

2. 중앙정부의 지도·감독법제 현황과 문제점

(1) 국가감독의 필요성

국가와 지방자치단체는 하나의 동일한 목적을 추구하는 별개의 권력주체로 파악할 수 있다. 지방자치단체가 처리하는 업무는 중국적으로 국가의 이익과 무관한 것이 아니다. 국가는 국민전체의 이익을 보호하기 위해 지방자치단체의 업무수행에 감독권을 행사한다. 즉 보충성의 원칙에 의하여 지방자치단체가 공공사무에 대해 원칙적으로 일차적인 업무수행권을 갖고 자기 책임 하에 업무를 처리하나 국가는 지방자치단체의 자율성을 침해하지 아니하는 범위 내에서 감독권을 가짐으로써 국가 전체의 통합적인 업무수행을 가능하게 한다.

지방자치단체에 대한 자치권의 보장은 지역적인 특수성을 존중하기 위한 국가로부터의 분리를 의미하는 원심력으로 작용한다면 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 지방자치단체가 국가 속에서 다양성을 지니면서도 통합을 이루도록 구심력으로 작용한다. 국가의 지나친 감독은 지

48) 홍정선 교수는 공동사무에 대해서 다음과 같이 서술하고 있다. “지방자치단체에 대한 어떠한 침해나 협력도 헌법 제117조 제1항의 범위 내에 들어와야 한다는 점, 공동사무의 적용분야를 분명히 구획하는 것은 어렵다는 점, 공동사무의 개념에는 법적·정치적 책임이 혼재하게 된다는 점, 뿐만 아니라 공동사무에서 공동이 아니라 일방이 사무주체이고 타방은 협조자가 아닌가의 문제가 있다는 점 등을 고려할 때, 공동사무의 개념을 인정하기에 어려움이 따른다. 이러한 사유로 인해 국가와 지방자치단체의 관계에서 이러한 공동사무를 지방자치단체의 새로운 유형의 사무 영역으로 볼 것인가는 앞으로 검토를 요한다.” 앞의 책, 362면.

방자치단체의 자치행정의 존립을 위태롭게 하고 지나친 방임은 무정부 상태를 초래할 수 있다는 점에서 양자의 균형을 유지할 필요가 있다.⁴⁹⁾

지방자치단체에 대한 국가의 감독은 우선 지방자치행정이 헌법과 법률에 합치되도록 하여야 한다. 지방자치단체는 분권화된 국가의 행정단위로서 법치행정의 원칙에 구속된다. 국가는 전체 국민의 이익을 대표하여 지방자치행정의 합법성을 보장하기 위하여 지방자치단체를 감시하고 통제한다. 이런 의미에서 감독권을 행사하는 국가는 법질서의 수호자의 지위에 있게 된다. 또한 법률은 동시에 국민 전체의 의사를 표현하고 있으며 국민의 일반적인 공익을 보장하기 위한 기준이 된다. 따라서 지방자치행정의 적법성을 보장하는 국가감독은 동시에 전체 국민의 공동체인 국가의 이익을 보장한다.

또한 국가의 감독은 지방자치단체가 위법행위로 인하여 기능이 마비되는 것을 방지하고, 지방자치단체의 행정능력이 부족한 경우 이를 지원하여 지방자치행정이 원활하게 수행되도록 보장한다는 점에서 지방자치단체의 이익을 보호하는 기능도 수행한다. 즉 지방자치단체에 대한 감독자로서의 국가는 한편으로는 통제자로서, 다른 한편으로는 협력자로서의 지위에 있게 되는 것이다.⁵⁰⁾

(2) 국가관여의 근거와 기준

지방자치단체에 대한 국가의 관여는 국가의 행정작용에 속한다. 따라서 국가의 감독청은 법치행정의 원칙에 따라 법률에 근거하여 법률의 범위 내에서만 감독권을 행사할 수 있다.

국가관여와 관련하여서 가장 문제가 되는 것은 관여의 기준이다. 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 자치사무를 자기 책임 하에 처리할

49) 홍준현, “중앙정부의 지방자치단체에 대한 행정적 관여의 본질”, 한국지방자치학회 2005년도 하계학술대회, 212면

50) 이기우, “정부간 관계의 모델설정”, 정세욱 편, 정부간 관계: 이론과 실제, 법문사, 1997, 29-30면

제 2 절 양극화해소를 위한 중앙정부와 지방자치단체간 정책실행체계의 현행법제 분석

수 있으므로 외부의 간섭을 받음이 없이 무엇이 합목적적인지를 스스로 결정할 수 있다. 국가가 지방자치단체의 합목적성의 판단에 간섭하는 것은 지방자치단체의 자기책임성을 본질적으로 침해하는 것으로 허용되어서는 안된다. 국가에 의한 합목적성의 통제가 허용된다면 그것은 더 이상 자치행정이 아니라 위임행정을 의미한다. 따라서 지방자치단체의 자치사무에 관한 한 국가관여는 엄격히 합법성의 통제인 법적 감독에 한정되며, 감독의 기준은 법률이 된다.

(3) 현행 지방자치법상 국가감독제도와 문제점

지방자치법 제9장에서는 “국가의 지도·감독”에 관한 내용을 제115조에서 제159조까지 광범위하게 규정하고 있다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

| | 자치사무 | 위임사무 |
|---|------|------|
| 조언 또는 권고, 지도 | ○ | ○ |
| 자료제출 요구 | ○ | ○ |
| 법령위반에 대한 시정명령, 취소 또는 정지 | ○ | ○ |
| 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정되는 명령·처분에 대한 시정명령, 취소 또는 정지 | | ○ |
| 직무이행명령(관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 경우) | | ○ |
| 대집행 또는 행정·재정상 필요한 조치 | | ○ |
| 일반적인 지도·감독 | | ○ |
| 법령위반 사항에 대한 감사, 보고 요구, 서류·장부·회계 감사 | ○ | ○ |

홍준현, “중앙정부의 지방자치단체에 대한 행정적 관여의 본질”, 한국지방자치학회 2005년도 하계학술대회, 213면.

1) 지방자치단체의 사무에 대한 지도 및 지원(제155조)

중앙정부는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을 요구할 수 있다. 또한 지방자치단체는 당해 지방자치단체의 사무를 처리함에 있어서 필요하다고 인정할 경우 재정지원 또는 기술지원을 할 수 있다.

중앙정부의 조언·권고·지도는 법적 구속력을 수반하지 아니하는 비권력적 통제수단이지만, 현실적으로 실질적 구속력을 가지고 지방자치단체의 자치권을 제약하고 있다. 또한 이러한 조언·권고·지도 등은 현황파악조차 어려울 정도로 많은 부문에서 남용되고 있으며, 개별법령상의 근거도 명확하지 아니하고 내용상의 한계도 명시되어 있지 않다.

2) 위임사무의 지도·감독(제156조)

지방자치단체에 위임된 단체위임사무와 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 관하여는 주무부장관(시·군·구에 있어서는 1차로 시·도지사, 2차로 주무부장관)의 지도·감독을 받는다.

지방자치단체에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 장에게 위임하여 행한다(동법 제93조). 지방자치단체의 장은 국가사무를 위임받아 처리하는 범위 안에서 국가의 지방행정기관으로서의 지위를 가지며, 이 경우 중앙행정기관과는 상하관계에 서게 되어 엄격한 감독과 통제 하에 업무를 처리하게 된다.

3) 위법·부당한 명령·처분의 시정 또는 취소·정지(제157조)

지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 주무부장관, 시·군·구에 대해서는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을

명하고, 그 기간내에 이행하지 않을 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다. 지방자치단체의 장은 이러한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통지 받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

이는 지방자치단체에 대한 직접적이고 강력한 관여수단이라고 할 수 있다. 위임사무에 대해서는 법령을 위반하거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때 시정명령을 내릴 수 있다고 함으로써 합법성 통제뿐만 아니라 합목적성 통제도 인정하고 있는 반면, 자치사무에 대해서는 지방자치단체의 자치권 보장의 측면에서 ‘법령에 위반하는 것’에 한해 시정명령을 할 수 있게 함으로서 합법성 통제만을 인정하고 있다.

본 조항은 지방자치단체에 대한 국가의 권력적·합목적성 감독의 대표적인 예이다. 물론 자치사무에 관하여는 합법성 감독으로 제한하고 있지만, 법령에 위반되었는지의 여부를 주무부장관 또는 시·도지사가 판단하는 것은 지방자치권을 과도하게 제약하는 것이라는 비판이 있다. 본래 법운영의 통념상 행정주체의 명령·처분이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 위법임을 주장하는 측이 그 취소·정지를 구하는 소를 법원에 제기하도록 해야 하는 것인데 제157조는 이와 반대로 위법하다고 판단하는 주무부장관이 지방자치단체의 장의 명령·처분을 일방적으로 취소·정지하게 해놓고 지방자치단체의 장이 그 취소·정지에 불복하면 법원에 소를 제기할 수 있도록 한 것은 법의 상식에도 어긋나는 것이다.⁵¹⁾

또한 위임사무에 대하여는 법령에 위반되지 아니하더라도 현저히 부당하여 공익을 해한다는 주무부장관의 주관적 판단에 따라 취소·정지할 수 있도록 하는 것은 과도한 통제라 할 수 있다.

51) 한국지방자치법학회편, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004, 716-717면.

4) 지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령(제157조의2)

지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 주무부장관(시·군·구에 대해서는 시·도지사)이 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다. 또한 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 정해진 기간 내에 직무이행명령을 이행하지 아니할 때에는 당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상의 조치를 할 수 있다. 지방자치단체의 장은 이러한 이행명령에 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

직무이행명령은 지방자치단체의 장이 위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 경우에 발동할 수 있지만 현실적으로 지방자치단체의 장이 ‘명백히 해태’하고 있는 지 아니면 관리 및 집행이 단순히 지연되고 있는지에 대한 판단기준이 명확하지 않다는 비판이 있다.⁵²⁾ 또한 법원의 판단을 구하지 않고 직접적으로 행정대집행을 할 수 있도록 한 것은 지방자치권에 대한 과도한 통제라고 볼 수 있다.

또한 기관위임사무는 본래 국가가 처리해야 하는 국가사무이나 집행의 편의상 자치단체에 위임하여 처리하도록 하는 것이므로 그 처리비용은 당연히 중앙정부가 부담해야 한다. 그러므로 지방자치단체의 장이 기관위임사무의 처리를 이행하지 않을 때에 주무부장관이 당해 자치단체의 비용부담으로 대집행하도록 규정한 것은 기관위임사무에 대한 감독권을 초과한 것이다.

5) 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사(제158조)

행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경

52) 한국지방자치법학회편, 앞의 책, 723면

우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.

이러한 일반적인 감사권은 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 사무감독권의 일환으로 실시되는 것이다. 즉 지방자치단체는 헌법상 인정된 지방자치권을 행사하는 헌법기관임에도 불구하고 현행 지방자치법은 지방자치단체를 단순히 행정법상의 행정객체로 취급하여 중앙행정기관의 하급행정기관으로 보고 있다.

6) 지방의회 의결의 재의와 제소(제159조)

지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 행정자치부장관(시·군·구에 대해서는 시·도지사)은 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다. 이러한 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의2이상의 찬성으로 재의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

지방자치단체의 장은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 행정자치부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행지결정을 신청할 수 있다.

본 조항은 지방자치단체의 장이 독자적인 판단에 따라 재의요구를 할 수 있도록 규정한 지방자치법 제19조제3항 및 제98조제1항과는 별도로 감독기관의 감독권에 기초하여 재의요구를 하도록 지시하는 것이며, 재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장은 재의를 요구해야하는 의무사항이다.

3. 지방자치단체의 국정참여법제 현황과 문제점

(1) 지방자치단체의 국정참여의 의의 및 필요성

1) 국정참여의 의의

지방자치단체의 국정참여는 국가와 지방자치단체의 상호 대등한 관계를 전제로 하며, 지방자치단체의 국정참여로 첫째, 중앙과 지방자치단체간의 유기적 협력관계가 형성되고 둘째, 행정예의 주민참여의 확대와 건설적 비판이 제공되고 셋째, 중앙정부의 정책결정에 있어서 지방자치단체의 의견이 사전에 충분히 존중될 수 있다는 기능을 기대할 수 있다. 따라서 지방자치단체의 국정참여는 지방자치단체의 제도 및 그 운영에 밀접한 관계가 있는 중앙정부의 법령·정책 등의 결정 및 집행과정에 지방자치단체 또는 그 연합조직이 일정한 제도상의 보장하에 직접 참여하여 지방자치단체의 의견을 국정에 반영하는 것이라 정의할 수 있다.⁵³⁾

2) 지방자치단체의 국정참여의 필요성

분권적인 국가에서 지방자치단체는 국가의 의사결정에 의하여 영향을 받고 그 범위내에서 지방자치단체의 자치권은 제한을 받게 된다. 따라서 국가가 의사결정과정에서 지방자치단체의 참여를 배제하고 일방적으로 결정하는 경우에 지방의 이익은 고려되기 어려우며, 오히려 갈등과 분쟁으로 인한 사회적 비용이 증가하는 현상을 초래할 수 있다.

최근 들어 중앙정부가 직접 소관하는 국가공단, 핵발전소 및 핵폐기물처리장의 입지선정, 개발제한구역의 용도규제의 완화, 신도시건설과

53) 김영수, “중앙정부의 정책결정과정에 있어서 지방자치단체의 참여방안 연구”, 『지방정부연구』 제6권 제1호, 2000년 봄, 55면

사회간접자본의 유치, 상수원보호구역의 지정 등과 같은 지역규제나 협오시설의 설치 등과 관련하여 중앙정부와 지방자치단체간의 분쟁이 증가하고 있다. 이러한 정부간 분쟁이 야기되는 많은 원인 중에서도 중앙정부가 지방자치단체의 의사를 무시한 채 독자적으로 결정함으로써 지방자치단체가 이에 반발하는 것이다. 한편 국가 전체적으로 반드시 필요한 사업과 정책이 지방자치단체의 비협조로 중앙정부와 지방자치단체간에 행정마찰을 겪으면서 국책사업의 원활한 추진에 중대한 차질을 빚고 있는 것도 현실이다.

2004년 정책기획위원회의 한 보고서에 따르면, 중앙정부와 지자체간 갈등이 발생하는 원인에 대한 설문조사결과, 전체 응답자 중 53.4%가 정부의 권위적·독단적 정책추진을 들고 있으며, 22.9%가 정부정책의 불투명성·일관성 부족을 지적하고 있다. 또한, 중앙부처 공무원들 가운데 22.1%가 중앙정부의 권위적·독단적 정책추진을 정부간 갈등의 원인으로 인식하고 있으며, 광역 및 기초단체 공무원들은 정부의 권위적 정책추진을 그 원인으로 들고 있음을 알 수 있다.⁵⁴⁾

따라서 정부간 갈등과 분쟁을 사전에 예방하고 이를 효율적으로 해결하기 위해서는 중앙과 지방자치단체가 보다 적극적으로 창조적 상호협력관계를 형성하여야 한다. 지방자치체가 국가의 전체의사와 지역의 특수성 및 다양성을 조화시켜 국가 전체의 행정을 보다 효율적으로 추진하고자 하는 것이라고 본다면, 지방자치단체의 중앙정부 정책결정과정에의 참여는 지방자치의 존재가치를 실현하기 위한 중요한 수단이 될 수 있다. 왜냐하면 지방자치단체의 국정참여는 정부간의 유기적 협력관계를 형성하게 해 주고 행정예의 주민참여의 확대와 건설적 비판 및 중앙정부의 정책결정에 있어서 지방자치단체의 의견을 사전에 반영시킴으로써 합리적인 정책결정이 가능해질 수 있기 때문이다.

54) 정책기획위원회, 『중앙-지방간 협력관계 증진방안 연구』, 2004.12, 53면

(2) 지방자치단체의 국정참여에 관한 학설

1) 기능분담설

이 견해는 국가와 지방자치단체와의 기본적인 관계를 협동관계로 파악한 다음 공동사무를 적정하게 분담하기 위한 방법으로서 국정참여를 이해하는 것이다.⁵⁵⁾

이 견해는 지방자치단체가 처리하는 행정사무가 점차 국가의 법령에 의한 규율대상이 되어 감에 따라서 지방자치단체의 자유로운 판단여지, 활동영역 및 자기책임의 범위가 좁아지는 현상에 대한 대상조치로서 지방자치단체의 국정참여를 인정해야 한다는 것이다.⁵⁶⁾

그러나 이 견해는 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자치권(사무처리 권한)이 축소되는 것에 대한 보상책으로 국가의 정책결정과정에서 지방자치단체를 참가시킨다고 하는 것으로 자치권을 단순히 참가권으로 대체 내지는 축소하려 한다는 점과 이 경우의 참가의 유형이 단순히 지방자치단체의 의견진술권 또는 청문권으로 축소될 우려가 있다는 비판이 있다.⁵⁷⁾

2) 자치권의 절차적 보장설

다음으로 지방자치단체의 국정참가를 자치권의 절차적 보장으로 이해하는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 이 견해에 따르면 참가의 유형을 세 가지로 나누는데 첫째는 방어적 참가론으로 국가의 사무가 지방자치단체의 행정에 큰 영향을 미치는 경우, 예를 들면 국가계획이 지방자치단체의 계획을 일정한 범위 내로 구속하거나 또는 국가의 대규모 프로젝

55) 최철호, “지방자치단체의 국정참가제도”, 『토지공법연구』 제29집, 2005.12, 441면

56) 成田頼明, “地方公共団体の国政参加-国の立法過程への参加を中心として”, 『ジュリスト増刊総合特集』 29号, 227면.

57) 김성호, 『지방자치단체의 국가정책결정 참여방안』, 한국지방행정연구원, 1997.2, 63-64면

58) 塩野宏, 『国と地方公共団体』, 有斐閣, 2001, 19면 이하

트가 지방자치단체의 행정에 막대한 영향을 미치는 경우에는 국가행정의 자치영역에 대한 침해로 보고 지방자치단체에는 방어적 참가가 인정되고, 둘째는 보상적 참가론으로 지방자치단체의 사무가 국가로 집중됨으로서 야기되는 자치권의 박탈에 대한 보상적 의미를 가지는 보상적 참가가 있는데 이 경우의 국정참여는 실제적 자치권을 보장하는 의미를 가지는 것으로 해석되고 있다. 마지막으로 협동적 참가론을 들 수 있는데 이는 국가와 지방자치단체의 협동적 관계를 담보하기 위한 방법으로 인정된다고 하는 것이다.

3) 지역이익단체참가설

지방자치단체가 통치주체로서 국가와 대등한 지위에 있는 것을 근거로 하여 지방자치단체의 국정참여를 인정하는 견해가 있다.⁵⁹⁾

지역이익단체참가설이라고 하는 이 견해에 따르면, 지역과 밀접한 관련이 있는 행정에 관해서는 지방자치단체는 국가의 지도와 감독을 받는 것만이 아니고 주체적으로 행정에 참여해 가는 “국정참가주체”로서의 입장도 가진다고 한다.

이 견해는 지방자치단체의 국정참여의 참가를 크게 두 가지로 나눌 수 있다고 한다. 하나는 전체 지방자치단체의 대표를 통해서 국가의 입법에 참여하는 경우로서 기관위임사무를 규정하고 있는 법령의 제정·개정에서 기관위임사무가 국가사무이기는 하지만 그 처리는 실질적으로 지방자치단체의 장이 집행하기 때문에 이 경우에는 지방자치단체의 장의 참여는 필수적이라 한다.

또 하나는 개별 지방자치단체가 이해관계를 가지는 국가의 행정결정에 참여하는 경우인데 이 경우는 주민의 생활이익을 대표하는 지역이익단체의 대표로서의 지방자치단체에게 자기 지역에 관한 국가의 행정에 절차적으로 참가하는 참가권이 보장되어야 한다는 것이다.

59) 兼子仁, 『自治体法学』, 学陽書房, 1988, 32면 이하

4) 지방자치단체의 계획고권 참가설

이 견해는 특히 기초지방자치단체의 국정참여론의 근거로서 의의를 가진다고 할 수 있다. 국가가 수립, 집행하는 계획이 지방자치단체의 도시계획을 제한하거나 침해하는 경우 당해 지방자치단체가 가지는 계획고권의 침해 내지 제한에 대한 조정의 관점에서 지방자치단체에게 국정참여의 참여를 인정해야 한다는 것이다.⁶⁰⁾

5) 주민참가론

지방자치단체의 국정참여라는 관념은 관료기구의 독선적인 행정결정에 대한 이의신청 내지 행정과정의 민주화·요구로서 생성된 주민참여주의와 자치의식이 배경이 된 지방자치주의 내지 지방분권사상에 기초하여 나타난 제도라고 한다.

즉, 지역주민이 지방자치단체의 행정운영과정에 참여하는 것(주민참여)과 이 주민참여를 통하여 수립된 의사를 가지고 지방자치단체가 국정운영에 그 주민의사를 반영하는 것(국정참여)을 단계적으로 파악하고자 한다.⁶¹⁾

이 견해는 국가가 자기의 결정을 일방적으로 행하기 전에 가능한 이해관계가 있는 국민의 의견을 청취하는 것이 바람직한 것과 마찬가지로 지역의 이해와 관련 있는 정책을 국가가 수립할 때에도 국가정책결정의 사전참가절차로서 당해 지방자치단체의 의견을 청취하는 것이 바람직하다는 이론으로 전개된 것이다.

6) 학설의 정리

오늘날 지방자치단체는 국가의 분권화된 행정단위로 파악하는 견해에 따르면 지방자치단체의 국정참여는 앞에서 제시한 학설의 견해를

60) 宮田三郎, “計画策定手続と市町村の参加”, 『専修法学論集』 30号, 1면 이하.

61) 磯部力, “自治体の国政参加”, 『自治体の構想2(制度)』, 岩波書店, 2002, 40면.

부분적으로 포함하고 있다고 생각된다.

특히 지역이익단체참가설은 기관위임사무라 하더라도 이를 집행하는 자치단체의 장에게 그 참가권을 인정하고 있으며, 주민의 생활이익을 대표하는 단체로서의 국정참여주체로서의 지위를 지방자치단체에게 인정하고 있다는 점에서 오늘날의 지방자치단체의 지위에 적합한 학설이라고 평가할 수 있다.

(3) 지방자치단체의 국정참여에 따른 기대효과

국가의 입법이나 정책결정과정에서 지방자치단체가 참여하게 되면 다음과 같은 효과를 기대할 수 있다.⁶²⁾

1) 법령 및 정책내용의 합리화

국회나 정부는 어느 정책을 결정함에 있어서 각종 심의회, 위원회 등에 의한 조언과 권고, 이익단체와 직능단체 등 각종 단체, 민간분야의 전문가와 일반국민에 대한 의견수렴 등 외부로부터의 의견수렴이 필요하다. 지방자치단체는 국가의 분권화된 행정단위로서 주민과 가장 근거리에서 행정을 수행하고 많은 법령을 실제로 적용하고 집행하고 있으며, 지방행정에 관한 전문적인 지식과 경험을 가진 공무원들을 보유하고 있다. 이들은 국가공무원들이 미리 예상하지 못하고 있는 법령이나 제도의 장·단점을 지방행정 현장에서 경험적으로 터득하고 있기 때문에 그 의견이나 경험을 국가의 입법이나 정책결정에 반영시킨다면 입법미비나 정책결함을 사전에 보완함으로써 현실에 적합한 법령, 주민이 공감할 수 있는 입법이 가능하다.

따라서 국회 및 정부의 입법에 대한 지방자치단체 또는 그 연합조직의 참여는 이익단체의 로비와 정치적 영향 및 입법기술에서 기인된 입법미비를 보완하고 정부의 정책결함과 시행상의 문제를 사전에 예방하는데 유용하게 기능할 것으로 기대된다.

62) 김성호, 앞의 보고서, 21-27면

2) 법령 및 정책의 실효성 확보 및 비용절감

참여정부가 표방하고 있는 것처럼 오늘날의 행정에는 국민의 직접 참여가 강조되고 있다. 행정의 국민의 직접참여는 행정의 투명성과 효율성을 증대시킬 수 있으나 대의제 민주주의를 채택하고 있는 우리나라에서는 국민의 행정의 직접참여는 제도적인 한계를 가질 수밖에 없다. 따라서 특정지역에 한정적으로 적용되는 법률을 제정할 때에는 지역주민의 의사를 대표하는 지방자치단체 또는 그 연합조직이 국회 또는 정부의 입법 및 정책수립과정에 참여하여 그 의견을 입법과 정책에 반영하는 것이 바람직하다.

왜냐하면, 국민이나 주민이 수용하기 어려운 입법과 정부의 정책은 법령규정과 법생활간에 괴리를 초래할 우려가 있기 때문이다. 예를 들면, 현재 지방자치단체는 기관위임사무 등을 통해 많은 국가사무를 직접 집행하고 있지만, 국가의 입법과 정책결정에 대한 지방자치단체의 참여가 형식적으로 이루어짐으로써 법령이나 정책이 지방자치단체의 실정에 맞지 않게 결정될 경우, 국가와 지방자치단체간에 갈등이 초래되어 국가의 정책집행에 지장을 가져오거나 예상 밖의 정치적·경제적 비용을 부담하여야 하는 경우가 발생하고 있다. 또한 국가의 입법과 정책결정이 특정지역에 유리하게 편중됨으로써 지역간 격차를 확대시키거나 지방자치단체간 갈등의 원인이 되는 경우도 발생하고 있다.

따라서 국가가 입법 및 정책결정과정에서 관련 정보나 지식을 지방자치단체에 미리 제공하여 검토할 기회를 부여한 후 지방자치단체의 의견을 받아 사전에 입법이나 정책의 미비를 실정에 맞게 수정하거나 첨예한 이해관계를 조정하고 이를 충실히 반영한다면 법령과 정책의 결함을 예방하게 되고 이에 대한 주민의 신뢰가 제고됨으로써 실효성을 확보하게 될 것이다.

3) 중앙집권에 대한 대상적(代償的) 조치

국가의 정책결정에 대한 지방자치단체의 참여는 종래 지방자치단체의 자치사무로 구분되어 있었던 사무가 전국적 통일성·형평성의 요청에 기초하여 법령의 규율대상으로 이관되고 이에 따라 지방자치단체의 자유로운 판단여지, 활동영역 및 자기책임의 범위가 축소되는 필연적인 경향으로 인한 대상조치로 기능할 수 있다.⁶³⁾ 이는 곧 국가의 법령에 의한 지방자치단체의 사무범위의 감축 및 국가감독권의 강화, 그리고 국가에 대한 지방자치단체의 재정 의존도가 높아짐에 따라 지방자치단체의 자기책임이 축소된 데 따른 대상조치로서의 기능을 의미한다.

행정의 획일성·균질성의 확보, 고도의 기술화·전문화·광역화 등의 새로운 시대적 요청에 따라 그동안 지방자치단체가 독자적이며 자주적으로 처리해 온 사무·사업, 기준·절차·처리방법·관리 등에 관하여 통일적인 국가의 법령이 제정되고 중앙행정기관의 감독권한이 강화되는 사례가 증대하고 있다. 특히 공해·환경보전을 위한 규제, 토지이용규제, 소비자 행정 등의 새로운 행정분야에 있어서는 이러한 경향이 현저하다. 이러한 분야의 법령을 새롭게 제정함에 따라 지방자치단체는 자주적으로 처리할 수 있는 자치사무의 영역이 협소해지고 단순히 국가의 법령을 지역에서 집행하는 지방행정주체로 위상이 변하고 있다.

이러한 경향에 대처하기 위해서는 기본적으로 기관위임사무 방식의 개선과 자치사무의 확대, 국가와 지방자치단체의 사무재배분, 보조금제도의 개선, 지방자치단체에 대한 자주재원의 부여 등 개혁조치가 필요하다.

이와 더불어 국가의 입법 및 정책결정과정에서 지방자치단체의 의견을 반영하기 위한 참여권은 법령에 의한 통일적 규율의 대상조치로서 제도적으로 보장되어야 한다.

63) 서원우, “지방자치의 새로운 시각”, 월간고시 1989.2, 76-77면

4) 주민의 의사와 공감대 형성

국가의 정책결정과정에 대한 지방자치단체의 참여제도는 지역의 특수성이나 지역주민의 이익을 충분히 배려한 주민에 가까운 입법을 가능하게 한다. 국가의 입법이나 정책은 획일성·균일성을 중요시하는 경향을 가지기 때문에 지역의 특수성·다양성을 반영하기 어렵다.

그 결과 새로운 행정수요에 따르기 위한 법률이 제정되고 정책이 수립되어도 지역의 특수성·다양성에 의하여 발생하는 행정수요에 세밀하게 대응하지 못하면 주민의 민원이 확대하게 될 우려가 있다. 또한 국가의 입법은 사회경제적인 여건의 급격한 변화에 탄력적으로 반영하기 어렵고 사후처방적인 경우가 많기 때문에 그 실효성을 확보하기 어렵다.

국가의 법령이나 정책으로 전국적·획일적·통일적 기준이나 규격을 정하여 지방자치단체에게 일방적으로 요구하는 것은 지방자치의 본질에 반한다고 볼 수 있으므로 지역의 다양성이나 특수성을 고려한 유연한 지방자치정책을 수립하여야 할 필요가 있다. 예를 들면, 국가는 여러 종류의 모델을 수립하고 기준·규격의 설정, 예외적 조치, 가중·완화 등은 조례에 위임하여 지방자치단체의 규모나 지역의 특수성에 따라 지역 실정에 적합한 방안을 선택할 수 있도록 함으로써 국가와 지방자치단체의 공감대 형성에 기여하게 될 것이다.

따라서 국가의 입법 및 정책결정에 대한 지방자치단체의 참여는 지역의 실정에 밝은 지방자치단체가 지역관련 정보를 국가의 입법자나 정책결정자에게 충분히 제공하고 그 의견을 국가의 입법이나 정책에 반영하게 함으로써 주민과 공감대가 형성된 입법이나 정책을 수립하는데 기여할 수 있다.

5) 국가와 지방자치단체의 갈등해소기능

지방자치제도가 본격적으로 시행된 지 10년이 지났지만, 국가와 지방자치단체간의 갈등, 국가와 주민간 갈등은 끊임없이 발생하고 있다.

물론 과거의 중앙집권적 체제에서 지방자치체로 이행하는 과정에서 자연스럽게 발생하는 갈등이라고 평가할 수 있지만, 갈등의 원인에는 정부의 권위주의적 정책결정이 중심을 차지하고 있다. 즉, 정부나 국회가 행정 및 입법시 지방자치단체의 의견을 폭넓게 수렴하지 못한데 기인한 것으로 평가할 수 있다.

지방자치단체 또는 그 연합조직 그리고 주민의 의사가 국가에 전달되고 국가는 지방자치 관련 입법이나 정책결정단계에서 사전에 충분한 조정을 거쳐 지방자치단체의 의견을 반영한다면 국가와 지방자치단체간에 발생할 수 있는 갈등을 최소화하는데 기여할 것이다.

(4) 지방자치단체의 국정참여에 관한 현행법제와 문제점

지방자치단체의 국정참여는 국회 또는 정부의 입법과정에 대한 참여와 정책결정과정에 대한 참여로 구분할 수 있는데 주로 국회법·개별법령·행정기관의 제도와 관행에 의하여 이루어지고 있다.

1) 입법과정에 대한 참여

입법과정에 대한 참여는 다시 국회의 입법과정에 대한 참여와 정부 입법과정에서의 참여로 구분할 수 있다. 국회의 입법과정에 대한 지방자치단체의 참여방식으로는 국회청원제도와 국회가 주최하는 공청회나 청문회에의 참여 등이 있으며, 정부입법과정에 대한 참여 또한 행정절차법에 의한 입법예고절차에의 참여 등이 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

① 국회의 입법과정에 대한 참여

(i) 국회청원제도

국민의 청원권은 헌법이 보장하는 기본권으로서 모든 국민은 국회법의 규정에 따라 국회의원의 소개를 얻어 청원서를 제출할 수 있다(헌법

제26조, 국회법 제123조 제1항). 이 경우 모든 국민에는 지방자치단체도 포함된다. 다만 국회법상의 청원주체규정은 일반 국민이나 단체와 지방자치단체를 동일하게 취급하고 있어 지방자치단체의 법적 성격이나 지위를 간과하고 있다는 문제점이 지적된다. 따라서 지방자치단체와 관련된 법률의 제정이나 개폐를 위한 청원은 일반 국민이나 단체의 청원과 달리 별도로 취급할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다.⁶⁴⁾

(ii) 국회의 공청회·청문회 참여

국회의 위원회는 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 이해관계자 또는 학식과 경험이 있는 자 등을 공술인으로 참여시키고 공청회를 열어 의견을 들을 수 있다(국회법 제64조).⁶⁵⁾ 또한 국회법 제65조의 규정에 따라 위원회에서 중요한 안건의 심사에 필요한 경우 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술의 청취와 증거를 채택하는 청문회를 개최할 수 있다.

국회법 제64조의 공청회와 제65조의 청문회규정은 재량규정으로 진술인 또는 참고인 등의 선정과 발언시간 등은 위원회의 재량권에 속하며, 진술인 등의 발언은 그 의견을 듣고자 하는 안건의 범위를 넘을 수 없다.

이러한 국회법의 공청회 또는 청문회 과정에 지방자치단체 또는 그 연합조직의 대표자가 진술인 또는 참고인 등으로 참석하여 당해 지방자치단체의 이해에 관한 의견을 진술할 수 있는 기회가 있을 수 있다. 그러나 지방자치단체 또는 그 연합조직의 대표자를 진술인 등으로 참여시킬 것인가는 위원회의 재량에 속하는 것으로 진술인 등으로 선정되지 못하면 참석조차 못한다는 한계가 있다. 또한 지방자치단체 또는 그 연합조직의 대표자가 진술인 등으로 참석한 경우에도 사인과

64) 김성호, 앞의 보고서, 27-31면

65) 다만, 제정법률안 및 전문개정법률안에 관해서는 국회법 제58조의 규정의 적용을 받는다. 동법 제58조에서는 “제정법률안 및 전문개정법률안에 관해서 공청회나 청문회를 하여야 한다”고 규정하고 있으나 이 경우에도 위원회의 의결로 이를 생략할 수 있는 예외를 인정하고 있다.

같은 법적 지위에 놓이기 때문에 그 위원회가 듣고자 하는 안전에 대한 진술만 가능하고 해당 지방자치단체 또는 연합조직의 합의된 의견을 적극적으로 개진할 수 없다는 사항적 한계를 가진다.

(iii) 법률안에 대한 입법예고

국회법 제82조의2에서는 “위원회는 심의대상인 법률안에 대하여 그 입법취지·주요내용 등을 국회공보 등에 게재하여 입법예고 할 수 있다. 입법예고의 방법·절차 기타 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다”고 하여 입법예고에 관한 근거규정을 두고 있다. 이러한 입법예고는 단기간의 심의기간 등을 고려할 때 형식적인 것에 그칠 우려가 있다.

② 정부의 입법과정에서의 참여

오늘날 많은 법령들이 정부안으로 제출되고 있는 실정을 고려하면 정부의 입법과정에 대한 지방자치단체의 참여는 매우 중요하다. 그러나 이러한 참여들이 대부분 행정기관 내부의 규칙 등으로 규정되어 있는 바, 법적 구속력이 미약하다는 한계를 가지고 있다.

(i) 법령안 입법계획에의 의견개진

중앙정부의 각 부처는 매년 추진할 법령안 입법계획을 수립하여야 하는 데 지방자치단체 및 그 연합조직은 입법계획에 포함되어야 하는 관련단체 등의 입법에 관한 의견 명시에 관한 법제업무운영규정 제6조제2항의 규정에 의하여 의견을 개진할 수 있는 길이 열려져 있다.

(ii) 정부입법안에 대한 의견제출

지방자치단체 또는 그 연합조직은 행정절차법 제44조의 입법예고제도에 따라 의견제출을 하여 정부의 입법과정에 참여할 수 있다. 즉 행정절차법 제44조는 “누구든지 예고된 입법안에 대하여 그 의견을 제출할 수 있다”(제1항), “행정청은 당해 입법안에 대한 의견이 제출

된 경우 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 한다”(제3항)고 하여 지방자치단체 또는 그 연합조직도 정부입법안에 의견을 제출할 수 있도록 하고 있다. 법제업무운영규정 제18조는 “법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체없이 의견제출자에게 통지하여야 한다”(제1항), “법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견 중 중요한 사항에 대하여는 그 처리결과를 법률안 또는 대통령령안의 경우에는 국무회의상정안에 첨부하고 총리령안 또는 부령안의 경우에는 법제처장에게 제출하여야 한다”(제2항)고 규정하여 국민의 입법에 관한 의견을 수렴하고 있다.

입법예고제도는 일반 국민들을 대상으로 행정의 투명성과 법적 안정성을 확보하기 위한 절차이지만, 지방자치단체 또는 그 연합조직 역시 이 제도를 통하여 정부입법과정에 참여할 수 있다고 할 것이다. 또 지방자치에 직접 영향을 미치는 법령 등에 관하여 행정자치부장관을 거쳐 정부에 의견을 제출할 수 있는 방법(지방자치법 제154조의2 제3항) 지방자치단체 또는 그 연합조직은 정부의 입법과정에 참여할 수 있다.

다만, 지방자치단체는 분권화된 행정단위로서 국가의 일부분을 이루고 있으며, 헌법과 법령이 규정하는 바에 따라서 그 사무범위가 확정되는 행정주체라는 점을 고려하면 보다 적극적인 참여가 보장되어야 할 것이다. 법령안 주관기관의 장이 법령안의 입법예고 사항을 관보에 게재하고 다만, 이해관계가 있는 단체에 통지하는 것을 임의규정으로 두고 있는 바 이를 개선할 필요가 있을 것이다.

(iii) 지방분권특별법 제16조 제1항의 지원

지방자치 실시 이후 중앙과 지방간 일방적 의사전달 및 협의채널 부족, 지방자치단체 4대 협의체의 재원과 집행수단 미흡 등 국가와 지방자치단체간의 협력적 행정수행이 정착되지 않음에 따라 국정통일성과 행정의 효율성이 저하되는 경향이 많이 나타났다. 이에 지방분권특

별법 제16조는 “국가와 지방자치단체의 협력체계 정립”에 관하여 “지방자치단체의 장 등의 협의체의 운영지원”(제1항), “분쟁조정기능의 활성화”(제2항), “특별지방자치단체의 도입·활용”(제3항) 등을 규정하여 국가와 지방자치단체간의 협력체계를 재정립하기 위한 방안 모색을 제시하고 있다. 즉, “국가는 지방자치단체와의 상호협력관계를 공고히 하기 위하여 지방자치법 제154조의2에 의한 지방자치단체장 등의 협의체의 운영을 적극 지원하여야 하며, 동 협의체와 관련 지방자치단체의 의견이 국정에 적극 반영될 수 있도록 하여야 한다”고 규정하고 있다.

2) 정부의 정책결정과정에 대한 참여

① 행정부시장·부지사회의를 통한 참여

행정부시장·부지사회의는 실정법상 근거는 없지만 중앙과 지방자치단체간 수평적 협력네트워크를 구성하여 지방의 요구·애로·건의 사항을 신속히 해결·지원하고 지방자치단체는 지역·정당을 초월하여 국정에 적극 협조하는 풍토 조성을 목적으로 운영되어 왔다. 동 회의는 제도적으로 보장되지 않고, 시·도의 행정부시장·부지사의 협의체로 시·군·구의 의견이 반영될 통로가 열려져 있지 못하다는 문제점이 지적될 수 있다.

② 관계 지방자치단체의 의견청취를 통한 정책결정에의 참여

“건설교통부장관은 광역도시계획을 수립 또는 이를 변경하고자 하는 때에는 관계 시·도지사에게 광역도시계획안을 송부하여야 하며, 관계 시·도지사는 그 광역도시계획안에 대하여 당해 시·도의 의회와 관계 시장 또는 군수의 의견을 들은 후 그 결과를 건설교통부장관에게 제출하여야 한다”(국토의계획및이용에관한법률제15조제2항)고 하여 지방자치단체의 의견을 청취하도록 하는 규정을 두고 있는 경우가 많다. 즉 개별법령에서 지방자치단체에 영향을 미치는 계획이나 정책

결정의 경우에는 의견청취나 협의와 같은 규정을 두고 있으며, 이러한 개별법령에서 정한 절차를 통해서 지방자치단체 또는 그 연합조직이 국정에 참여할 수 있다. 그러나 현행법 규정의 대부분이 중앙행정기관의 장에게 지방자치단체의 의견을 청취하도록 하고 의견의 처리 결과에 대한 규정을 두고 있지 않는 경우가 많다.

③ 행정예고제도를 통한 참여

행정예고제도는 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 기타 널리 국민의 의견수렴이 필요한 사항에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 할 때 행정청으로 하여금 예고하도록 의무지우고 있는 제도이다(행정절차법 제46조 제1항). 이에 따라 지방자치단체 또는 그 연합조직은 지방자치에 영향을 미치는 사항에 대하여 행정예고제도를 통하여 정책결정과정에서 참여할 수 있게 된다. 그러나 당해 행정청뿐만 아니라 지방자치단체의 인식부족으로 이 제도가 제대로 시행되지 않고 있다고 한다.

④ 국무총리 소속하의 협의조정기구를 통한 참여

“중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장이 사무를 처리함에 있어서 의견을 달리 하는 경우 이를 협의·조정하기 위하여 국무총리 소속하에 협의조정기구를 둘 수 있다”(지방자치법 제156조의2)는 규정에 따라 “중앙·지방간행정조정위원회”가 설치되어 있어 지방자치단체가 국정에 참여할 수 있다.

제 3 절 소 결

이상과 같이 정책실현체계의 효율화라는 측면에서 현재 진행되고 있는 지방분권정책의 내용을 정부간 관계라는 틀에 적용하여 살펴보았다.

정부간 관계의 내용은 정부간 사무배분, 중앙정부의 지자체에 대한 관여, 지자체의 국정참여의 세가지 요소로 구성된다.

이를 요약해보면, 사무배분과 관련하여서 현행법제에서는 사무배분 기준의 불명확성, 사무배분과 재정배분의 불일치 등과 같은 문제점들이 지적될 수 있다.

다음으로 중앙정부의 지자체에 대한 관여는 국정의 통일성, 전국 최저수준의 국가보장과 같은 명분 아래 그 관여의 정도가 지방자치의 본질적 내용을 침해할 정도로 강하게 이루어지고 있으며, 법적 수단보다도 비법적 수단에 의한 관여가 많이 이루어지고 있음을 알 수 있다.

마지막으로 지자체의 국정참여에 관해서는 지방자치에 관한 일반법인 지방자치법에서는 매우 취약하게 부분으로 대부분 국회나 정부의 행정규칙 또는 관행에 의해서 이루어지고 있음을 알 수 있다.

이와 같은 제도적 장애요인들로 인하여 진정한 의미의 지방분권이 실현되지 않고 있으며, 여전히 중앙집권주의의 폐해가 존재하고 있음을 알 수 있다.

결과적으로 우리 사회에서 지방분권이 가지는 의미를 양극화라는 사회현상의 하나의 해법으로 제시한다면, 진정한 의미의 지방의 자기결정권의 확보라는 관점을 견지하면서 중앙정부와 지방자치단체간의 관계를 확립하고, 이를 통해 정책의 실행주체간의 명확한 권한 및 책임의 배분이 이루어져야 할 것이다. 국정과제에 대한 지방자치단체의 협력체계를 구축함으로써 중앙정부의 정책과제가 지방자치단체에 의해서 적확하게 실현되어야 할 것이며, 이를 통한 부와 재원의 재분배를 실현함으로써 사회양극화현상에 적극적으로 대처해 나갈 수 있을 것이라 생각된다.

제 3 장 외국의 정책실현체계에 관한 법제 분석

제 1 절 독 일

1. 개 관

(1) 지방분권화(Dezentralisierung)의 개념

지방분권화란 지방자치를 통하여 중앙의 지시에 의한 획일적인 행정을 지방자치단체의 자치사무에 관한 한 차단하고 그 범위 내에서 지방적인 행정단위를 중앙과 병존하는 의사결정의 중심체를 형성케 함을 의미한다. 넓은 의미에서의 국가사무를 결정하는 ‘의사결정체’가 중앙에 집중되는 것이 아니고, 다수의 지방에 분산되는 것을 의미한다. 즉, 중앙집권체제의 국가에서 의사결정이 하나의 중심체에서 이루어진다면 지방분권적인 국가에서는 여러 개의 의사결정의 중심체에 의해 행사되는 것이다. 이러한 지방분권은 지방자치단체를 중앙의 예속으로부터 독립시키고 지방자치권의 본질적 부분을 지방자치단체에 귀속시켜 자치권의 범위를 확대시키는 것이다.

여기서 지방자치권의 본질적인 부분은 민주주의원칙, 자기책임의 원칙, 그리고 지방분권의 원칙 등을 들 수 있다.

(2) 지방분권정책의 추진이유

1949년 기본법(GG)의 발효 이후 독일에서는 국가와 지방자치단체간에 다음의 두 가지 문제가 지속적으로 발생하였다.⁶⁶⁾

첫째, 재정지원과 관련한 국가와 지방자치단체의 사무배분의 문제이다. 1949년 기본법 제정 당시 연방, 주 및 지방자치단체간에 행정사무

⁶⁶⁾ 정창화·한부영, “지방분권화의 이론과 원칙 탐색 -독일과 한국의 지방자치단체의 사무배분을 중심으로-”, 『지방행정연구』 제19권제2호, 2005.6, 43면

와 이들 행정사무의 처리에 필요한 재원이 엄격하게 분리되어 출발했다. 따라서 적어도 1949년 기본법 제정의 시점에서는 독일의 연방제도는 연방, 주 및 지방자치단체간에 사무와 재정에 관한 책임을 명확히 하고 주와 지방자치단체의 독립성과 자기책임성을 강화하는데 초점이 맞추어졌다.

그러나 시간이 지나면서 연방은 ‘전국적 이해관계성’ 또는 ‘전국민의 균등한 생활조건 제공’이라는 목적 아래 주나 지방자치단체에 속하는 사무에 대해 재정지원을 강화하게 된다. 사회국가 원리에 의해 출발한 이러한 재정지원은 연방이 주나 지방자치단체에 영향력을 행사할 수 있는 공식적인 수단을 제공하는 계기가 되었으며, 동시에 국가와 지방자치단체간에 수직적인 관계를 형성하게 되고, 지방자치단체의 사무가 국가적인 성격을 띠고 중앙화되는 경향이 나타나게 되었다.

둘째, 기초지방자치단체의 고유사무에 대한 관할권이 ‘행정사무의 통일성’, ‘경제성’의 이유에서 상급자치단체나 상급행정기관으로 이동해 가는 이른바 사무의 상부이동현상이 나타났다. 예를 들어 과거 기초지방자치단체의 고유사무였던 상수도, 교통, 그리고 쓰레기처리업(무67) 등에 대해 관할권이 범지역적 행정구역을 담당하는 상급행정기

67) 상급지방자치단체와 기초지방자치단체간 사무배분 및 사무관할권에 관련한 예는 쓰레기처리업무에 관한 것이다. 동사건은 1988년 11월 독일연방헌법재판소의 ‘라슈테데결정(Rastede Beschluß)’으로 판결되었고 요지는 다음과 같다.: 독일 니더작센 주소재의 군에 속해 있는 게마인데 A는 과거부터 독자적인 쓰레기처리장을 설치운영하고 있었다. 1972년에 제정된 연방폐기물법(Bundesabfallgesetz)에 의거하여 니더작센주는 1973년 4월 동법의 시행법률(Ausführungsgesetz)을 제정하였다. 동 시행법 제1조제1항제1호에 따르면 “1975년 1월 1일 이후부터는 쓰레기처리사무가 지금까지 권한을 가졌던 게마인데로부터 군 또는 자유시로 이관된다”고 규정하고 있다. 또한 동법 제1조제2항에 따라 군은 쓰레기사무의 전부 또는 일부를 게마인데가 공익에 부합하고 처리능력이 있다면 이를 위임할 수 있는 권한을 갖게 되었다. 게마인데 A는 지금까지의 쓰레기처리실적을 내세워 쓰레기의 수집과 수송업무에 한정되더라도 쓰레기처리업무를 계속할 수 있도록 해 줄것을 요청했다. 군은 이러한 요청을 거부했고 게마인데 A는 행정법원에 제소하였고, 동시에 주의 폐기물처리법 제1조에 대해서 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다. 이에 연방헌법재판소는 분권성의 원칙의 본질적 요소인 게마인데의 지역공동체사무에 대한 전관할권에 대

관이 공사법인인 기업으로 이전되는 현상이다. 이러한 지방자치단체의 사무관할권이 상급지방자치단체로의 이동은 법률을 통해서 이루어 지나 지방자치행정의 본질적 요소에 대한 침해가능성이 우려되었다.

이러한 두 가지 현상은 지방자치의 고유성에 대한 침해문제로 적극적인 지방분권정책을 추진하게 하는 계기가 되었다.

(3) 지방분권정책의 특징

독일은 우리나라와는 달리 연방국가라는 특성 때문에 연방과 주간의 사무⁶⁸⁾를 기본법에 명백하게 구분하고 있다. 즉 기본법은 연방의 권한을 기본법에 열거하는 방식으로 설정하여 주와 권한배분의 문제를 조정하고 있다.⁶⁹⁾ 또한 기본법에 특별한 규정이 없는 한 국가사무는 주가 집행하게 되어 있다. 여기서 주가 집행한다는 의미는 연방, 주 및 지방자치단체의 관계에서 기본법은 연방은 긴급한 경우를 제외하고는 주에 대해서만 지시할 수 있다고 규정하고 있다.

독일의 사무배분은 행정의 계층구조를 연방기본법에 반영하여 연방, 주, 지방자치단체의 사무를 헌법적으로 보장하고 있다는 데 특징이 있다. 헌법적 규정은 주와 지방자치단체의 사무를 명시함으로써 이들 간의 관계가 수직적이기는 하지만 사무배분과 기능수행에 있어서는 수평적인 관계에 서도록 하고 있다. 즉 주와 지방자치단체의 독자적인 권리를 보장하고 있는 것이다.

한 예외를 두고자 하는 경우에는 사무의 통일화나 간소화 또는 경제성을 이유로 계마인테의 사무를 상급자치단체로 이전할 수 없다는 입장을 제시했다. 왜냐하면 국가행정의 분권적 수행이라는 헌법원리는 행정의 경제성이나 능률성의 가치보다 우선하기 때문이다(김해룡, “지방자치권의 내용에 관한 법령제정의 한계에 관한 연구 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』제11권, 176-177면)

68) 독일에서는 사무의 개념을 명확하게 정의하고 있다. 즉 사무란 처리되어야 할 현안의 문제이며, 공공사무란 공공단체의 업무가 공공행정에 의해 의무적으로 수행되는 것을 의미한다.

69) 기본법 제73조는 연방의 배타적 권한으로서 11가지 사무를 열거하고 있다.

주의 사무는 기본법에서 연방의 배타적 행정사무를 예외로 하고 매우 광범위하다. 대개 주의 사무는 연방헌법과 주헌법, 그리고 주의 개별법령에 의해 구분된다. 지방자치단체에 대한 위임사무의 지도 및 감독권한은 주의 행정기관에 의해서 이루어진다.

연방과 지방자치단체의 사무내용

| 행 정 | 국가(연방)사무 | 州사무 | 게마인데 사무 | 게마인데연합(郡) 사무 |
|----------|---|---|--|--|
| 사무형태 | 위임, 지시사무 | 위임, 지시사무 | 자치, 위임, 공동사무 | 자치, 위임, 지시, 공동사무 |
| 사무의 판별기준 | ①전국적 이해관계성 ②전국민의 균등한 생활조건 제공 ③기본법 73조 사항 | ①기본법 제74조(경합적 입법사항) | ①전관할권 ②보충성의 원칙 ③자기책임성의 원칙 | ①경제성 ②행정사무의 통일성 |
| 담당사무의 종류 | <ul style="list-style-type: none"> - 외교 및 국가방위 - 연방에 의한 국적 사무 - 여권제도, 출입국사무, 범죄인 인도사무 - 통화 및 조폐사무 - 항공교통사무 - 우편사무 및 장거리 통신제도에 관한 사무 - 기타 기본법(GG) 제 73조에 규정된 사무 | <ul style="list-style-type: none"> - 일반 州행정 사무 - 경제행정사무 - 농업, 부양 및 산림사무 - 환경보호사무 - 교육, 과학 및 문화사무 - 사회 및 보건 사무 - 사법사무행정 - 재무행정사무 | <ul style="list-style-type: none"> - 게마인데 행정 사무 - 재무행정사무 - 법무, 공안 및 질서유지 사무 - 학교 및 문화 사무 - 사회 및 보건 사무 - 건축행정사무 - 공영시설 행정 사무 - 경제 · 교통 행정사무 | 초지방적 사무 - 2개 이상의 게마인데간의 郡도로건설 |
| | | | | 보완사무 - 병원 및 양로원 건설 - 에너지 공급 사업 - 실업학교 |
| | | | | 조정사무 - 병원간의 재정 조정사무 |
| | | | | 국가위임사무 - 식료품검사 - 건축감독 - 재난보호 - 자연보호 - 보건 등 |

자료: Thieme, Werner Aufgaben und Aufgabenverteilung, in König, Klaus/ Siedentopf, Heinrich(Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, Baden-Baden; Nomos Verlagsgesellschaft, 1997: 303-324.

2. 사무배분의 원칙과 사무구분체계

(1) 사무배분의 원칙

독일의 사무배분과 관련한 3대 원칙은 보충성의 원칙과 전관할권의 원칙, 그리고 자기책임성의 원칙이다.

첫째, 기본법 제23조 제1항에 명시된 보충성의 원칙에 따라 자치사무의 배분에 있어서 상급지방자치단체보다는 기초자치단체를 우선시킨다. 이것은 “중앙 또는 상급자치단체는 기초자치단체가 효과적으로 수행할 수 없는 사무만을 담당하는 것”을 의미한다.

둘째, 기본법 제28조 제2항에 명시된 ‘전관할권의 원칙’에 따라 지방자치단체의 기본단위인 게마인데가 어떠한 사무를 맡을 수 있고, 또 맡아야 할 것인가를 스스로 결정하고 관리할 수 있다. 즉 지방자치단체의 모든 사무를 전적으로 게마인데가 결정하고 관리할 수 있다는 것이다 실제로 독일에서 대부분의 행정사무의 집행은 기초자치단체인 게마인데가 담당하고 있으므로 게마인데는 집행권의 가장 중요한 부분인 것이다.

셋째, 기본법 제28조 제2항에서는 또한 게마인데에게는 법률의 범위 내에서 그 지역사회의 모든 사무를 자기 책임 아래 규율할 권리가 보장되어야 한다는 기초자치단체의 ‘자기책임성의 원칙’을 선언하고 있다. 이러한 세가지 원칙에 의거하면 독일의 행정구조가 하위단계인 기초자치단체에 우선적으로 행정사무를 분배한다는 분권화의 원칙이 지배되고 있음을 의미한다.

(2) 사무구분에 관한 학설의 변화

1) 사무이원론

독일 지방자치단체의 사무영역은 자치적 사무와 국가적 사무로 구분된다. 이러한 사무이원론은 19세기에 그 기원을 두고 있는데 19세

기 지방자치법에서 유래하는 지방자치단체의 고유한 사무영역에 국가로부터 지방자치단체에 위임된 사무영역을 대립시킴으로써 지방자치단체의 사무이원론이 성립하게 되었다고 한다. 지방자치단체에 있어서 자치사무는 고유한 독립된 활동영역을 형성하는 반면, 국가사무는 단지 법률에 의한 이전을 통해서만 통상 위임사무로서 지방자치단체에게 전래된다.

① 자치사무

모든 지역공동체의 사무는 법률을 통하여 예외적으로 다른 행정주체에게 위임되지 않은 한 지방자치단체의 고유한 활동영역에 속한다. 이러한 영역은 이미 지방자치의 헌법적 보장을 통하여 구조화된 것이지만 그 범위는 확장될 수 있는 것으로 개별법률을 통하여 그 자체로 지역적 사무인지가 명백하지 않거나 또는 본질적으로 지역적·초지역적 성격이 혼합되어 있는 사무 역시 지방자치단체에게 귀속될 수 있다. 이러한 영역이 지방자치단체의 최종적인 고유한 사무영역을 형성하며, 이는 단지 법률을 통해서만 변경될 수 있다. 이 경우 국가와 지방자치단체는 상호 외부법관계에 존재하는 것이고 외부법관계에 전형적인 보호수단, 즉 법률유보, 절차 및 사법적 보호 등은 지방자치단체에 대해서도 허용되어 있다. 고유사무는 다시 법령에 의하여 그 처리의무가 있는지의 여부에 따라 임의적인 자치사무와 필요한 자치사무로 구분되고 있다.⁷⁰⁾

(i) 임의적 자치사무

임의적 자치사무는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자기책임하에 수행하는 사무로서 국가의 감독은 합법성 통제에 한정된다. 어떤 사무를 어떻게 수행할 것인지는 지방자치단체가 결정한다. 지방자치

70) Günter Püttner, Kommunalrecht, Baden-Württemberg, Stuttgart.u.a., 1999, S.134

단체는 필요한 사무를 수행하고도 여력이 있을 때 이들 사무를 수행하는 것이 허용된다. 지방자치단체는 임의적 자치사무를 수행하기 위해 조례를 제정할 수 있다.

(ii) 필요적 자치사무

필요적 자치사무는 법령에 의하여 그 사무의 수행의무가 정해진 자치사무를 의미한다. 지방자치단체는 이들 사무를 반드시 수행할 의무를 가지지만 사무의 처리방법에 대해서는 법령의 범위 안에서 자기책임 아래 결정한다.⁷¹⁾ 필요적 자치사무에 대해서도 국가는 합법성통제만을 할 수 있다.

② 위임사무

법률에 의해 국가로부터 이전된 사무로서 위임을 통해 지방자치단체의 활동영역의 범위가 결정된다. 이는 사무의 본질과 사무의 수행이 분리되어 있다는 점을 특징으로 하는데 사무의 본질은 국가사무로서 이전된 후에도 국가사무의 성질을 유지하는 것이고 법률은 지방자치단체에게 단지 그 집행만을 위임하는 것이다. 따라서 국가의 지시권은 위임사무와 당연히 결부되어 있고 명시적으로 제한되지 않는 원칙적으로 무제한적으로 존재한다.

2) 사무일원론

이른바 바인하임초안⁷²⁾에서 연원하는 일원적인 분류체계는 국가의 사무와 지방자치단체 고유의 사무를 구분하는 것 대신에 공적사무라는 단일한 개념을 전제로 한다. 이는 법률에 다른 규정이 없는 한, 지방자치단체의 영역에서 발생하는 모든 공적 사무의 수행은 원칙적으

71) Daniela Birkenfeld-Pfeiffer · Alfons Gern, Kommunalrecht, Baden-Baden, 2001, S.98

72) 바인하임초안에 대해서는 이기우, “지방자치단체의 사무체계에 대한 비판적 검토 - 독일의 지방사무체계를 중심으로 -”, 『지방행정연구』제19권 제1호, 2005, 13면 참조

로 지방자치단체의 자기책임 아래 독자적으로 맡겨져 있다. 따라서 사무일원론에 의하면 지방자치단체는 자기 영역의 모든 공행정임무를 수행할 권한을 가진다. 즉 지방자치단체는 고유한 지방사무의 주체일 뿐만 아니라 지방자치단체의 영역에서의 모든 국가사무의 주체이기도 하다. 동시에 실체적으로는 자치사무와 위임사무의 구별이 존재하지 않으며, 자기책임성의 정도에 따라 임의사무, 필요적 사무, 지시에 따른 필요적 사무로 구분될 수 있다.

① 임의적 사무

입법자가 지방자치단체의 자치사무에 대한 수행여부와 수행의 방법 및 태양에 대하여 아무런 제한을 두지 아니하는 경우에 지방자치단체는 재량에 따라 그 사무를 수행할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 자기책임성은 강하게 보장된다고 볼 수 있다. 다만 법률에 지방자치단체의 수행의무가 명문으로 규정되어 있지 않다고 하더라도 지방자치단체의 존재의의인 주민의 복리를 달성하기 위하여 불가피한 경우에는 지방자치단체가 이를 수행할 법적인 의무를 진다고 볼 수 있다. 또한 법률에 사무수행의 태양과 방법을 규정하고 있다 하더라도 그 수행여부의 결정에 대한 재량을 지방자치단체에게 부여하고 있는 경우도 임의적 사무로 분류될 수 있다. 임의적 사무에 대하여 국가는 합법성의 통제만 할 수 있으며 그 재정적인 부담은 지방자치단체에게 귀속된다.

② 필요적 사무

입법자가 지방자치단체의 특정사무의 수행의무를 부여하고 있는 경우에 지방자치단체의 자기책임성은 그 사무의 수행여부와 관련하여 제한된다. 사무수행의 방법과 태양에 대해서는 지방자치단체가 자유롭게 선택할 수 있다. 통상 지방자치단체의 수행의무를 규정하는 법

률은 그 사무를 어떻게 수행할 것인지에 대해서도 규정하고 있는 것이 보통이다.⁷³⁾ 그 범위 내에서 지방자치단체의 사무수행의 방식 및 태양에 관한 자기책임성은 제한된다. 필요적 사무는 지방자치단체의 의사와는 무관하게 법률에 의하여 수행의무가 부과되므로 이를 규정하는 법률은 재정적인 수단의 조달방식을 규정하여야 한다. 필요적 사무에 대한 국가의 감독은 법적인 감독에 한정된다.

③ 지시에 의한 필요적 사무

입법자가 지방자치단체의 수행의무를 부여한 사무 중에서 국가의 지시권을 규정한 경우에 지방자치단체의 자기책임성은 현저히 제한된다. 사무이원론 아래에서 위임사무와의 근본적인 차이점은 국가의 지방자치단체에 대한 지시권이 사무의 성질로부터 무제한적으로 인정되는 것이 아니라 법률의 규정에 의하여 비로소 국가의 지시권이 인정되며 지시권의 행사는 법률에서 인정하는 범위 내에서만 인정된다는 점에 차이가 있다. 또한 지시사무를 수행하는 지방자치단체나 그 기관은 더 이상 국가기관 혹은 준국가기관으로서의 지위에서 이를 수행하는 것이 아니며 독립된 법인격자로서의 지위에서 지시사무를 수행한다는 점에서 차이가 난다.

지시사무에 대한 국가의 감독은 합법성의 감독에 그치지 않고 합목적성의 감독에 까지 확대되나 이 경우에도 과잉금지의 원칙은 지켜져야 한다. 지시사무도 지방자치단체의 의사와 관계없이 지방자치단체에게 수행의무가 부여되므로 입법자는 그 사무수행에 필요한 재원의 조달에 관한 조치를 취할 의무가 있다. 지시사무는 자치사무이므로 지방의회는 당연히 지시사무에 대한 의결권을 가지며 이에 대한 예산의 심의도 할 수 있다.

73) 이기우, 앞의 논문, 15면

3) 사무이원론과 사무일원론의 차이

① 국가개입의 정도

사무이원론의 경우에 지방자치단체의 사무는 국가사무와 지방자치사무로 구분된다. 이 가운데 자치사무에 대해서는 국가의 법적인 감독만 허용되며, 합목적적 감독으로서의 개입권이나 지시권은 허용되지 아니한다. 국가사무인 위임사무에 대해서는 무제한적인 국가의 개입이 허용되며 지시권도 포괄적으로 인정된다. 이에 대하여 사무일원론을 취하는 경우에 자치사무에 대해서도 국가의 합목적적인 관여가 허용된다. 다만, 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 법률에 명문의 규정이 있는 경우에만 허용되며, 법률이 인정한 범위 내에서만 인정된다. 국가의 합목적적인 관여권의 근거가 되는 법률의 규정은 비례의 원칙에 부합하여야 한다. 이 점에서 기존의 자치사무에 대한 국가개입의 정도에는 큰 차이가 없으나 위임사무에 대한 국가개입권은 현저히 제한될 것이다.

② 사무처리 경비부담의무의 차이

사무이원론에 있어서 경비부담은 사무의 종국적인 귀속주체의 의무에 속한다. 자치사무에 대해서는 지방자치단체가 경비를 부담하고 위임사무는 국가사무이므로 국가가 경비부담의무를 진다. 이에 대하여 사무일원론에서는 지방자치단체가 처리하는 모든 사무는 자치사무이므로 경비부담의무는 사무수행을 결정하는 자에 의하여 정해진다. 임의적 자치사무에 대해서는 이를 결정하는 지방자치단체가, 필요적 사무에 대해서는 법률에 그 수행경비에 관한 규정을 두게 하고 있다. 이 경우에 추가되는 지방자치단체의 경비는 세원의 배분에 의하여 조정된다는 점에서 지방자치단체의 재정적인 자율성은 확대된다.

③ 지방의회의 관여 정도의 차이

사무이원론에서 지방의회는 지역적인 사무, 즉 자치사무의 범위내에서만 관여할 수 있다. 왜냐하면 위임사무인 국가사무에 대해서는 국민 전체로부터 민주적 정당성을 획득한 기관에 의한 사무수행이 요구되는 데 비하여 지방의회는 국민의 일부인 주민에 의하여 민주적인 정당성을 획득한 기관에 불과하기 때문이다. 따라서 지방의회가 위임사무에 개입하는 것은 권한을 넘는 행위가 된다. 이에 대하여 사무이원론에서는 지방의회는 지방자치단체의 모든 사무에 대하여 관여할 수 있다. 이 경우 지방의회의 대표성은 지역적인 사무에 한정되는 것이 아니고 지방자치단체가 처리하는 모든 사무에 미치는 것으로 된다.

④ 감독관청의 차이

사무이원론에서는 자치사무에 대한 최고의 감독기관은 법률에 특별한 규정이 없는 한 내무부이며, 위임사무에 대한 감독기관은 주무부장관이 된다. 이에 대해서 사무이원론에서는 법률에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체의 모든 사무에 대하여 내무부가 감독권을 갖는다. 다만 지시사무의 경우에는 법률의 규정에 의하여 통상 주무부서가 감독권을 행사한다.

(3) 지방자치단체의 사무배분

1) 게마인테의 사무

게마인테는 임의적 사무로 녹지, 스포츠시설, 박물관, 극장 및 공공교통 등의 관련사무를 수행하고 있다. 필요적 사무로는 도로건설, 학교, 상하수도, 소방 및 지역경비계획 관련사무가 있다. 지시사무로는 건설감독, 영업감독, 주민등록, 도로교통감시 및 주택건설촉진 등과 같은 지시·감독적 사무가 수행되고 있으며, 위임사무로는 보건소, 가

축위생소, 호적, 여권·보험소, 주거공간규제, 국세조사 및 선거 등의 사무가 있다.

이와 같은 게마인데의 사무는 특정분야에 한정되지 않으며 따라서 총무행정, 재무행정, 공무·공안·질서행정, 학교·문화행정, 사회·보건행정, 건축행정, 공영시설행정 및 경제·교통행정 등 많은 분야의 사무가 배분되어져 있다.

2) 군(Kreis)의 사무

법정사무로서 사회보장, 청소년 보호와 같은 사회복지, 군도의 건설 및 유지와 같은 도로업무, 게마인데의 사무에 속하는 것을 제외한 질서유지, 영업, 교통, 주택 등의 사무가 배분되어 있다. 임의사무로는 광역적 사무로서 교통망 정비촉진 및 상수도, 대규모 사무로서 중등 학교교육, 도서관, 박물관, 병원, 보건소, 쓰레기 처리 및 하수도, 그리고 조정사무로서 게마인테에의 재정원조 및 게마인테간 연락·조정사무 등이 배분되어 있다.

3. 지방자치단체에 관한 감독법제

(1) 국가감독의 의의와 체계

독일에서 국가와 지방자치단체간의 수직적 관여는 지방자치단체에 대한 국가감독(Staatsaufsicht)으로 이해된다. 이 때 “국가감독”이란 “국가가 지방자치행정의 적법성과 원활한 운영을 보장하기 위하여 행하는 전반적인 행정감독 활동”을 의미한다. 이러한 국가감독은 사무의 배분과 관련되어 행해지며, 따라서 연방정부와 지방자치단체간에는 수직적인 감독관계가 형성될 여지가 적다. 즉, 지방자치단체에 대한 국가감독은 실질적으로 주정부에 의해서 이루어진다.

연방정부와 주정부간에는 그 사무배분이 명확하게 이루어져 있으며, 이러한 연방국가의 특성상 국가가 직접적으로 지방자치단체를 통제하

는 것은 인정되지 않는다. 다만, 연방정부의 입장이 지방자치단체에 충분히 전달될 수 있는 법적 장치가 주정부와 연방정부간에 마련되어 있다.

(2) 주정부의 군(Landkreis) 및 특별시에 대한 감독

주정부의 사무를 처리하는 하급기관으로서 크라이스정부와 특별시는 주정부가 위임한 사무를 수행하며, 이러한 업무집행에 대한 지도·감독은 주행정구(Regierungsbezirk)의 책임자인 주행정구장관 및 주 내무성장관으로부터 받게 된다. 특히 주정부의 크라이스정부와 특별시에 대한 감독은 위임사무에 대해서는 합목적성을 기준으로 한 구체적·기능적 성격을 가지는데 반해 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 합법성 통제만을 하고 있다.

(3) 주정부·크라이스정부의 게마인데에 대한 감독

주정부의 게마인데에 대한 감독은 법률감독(Rechtsaufsicht)과 특별감독, 그리고 전문감독(Fachaufsicht)으로 구분되며, 일반자치감독과 특별감독은 기초자치단체의 자치적·임의적 사무에 대한 감독이며, 전문감독은 위임사무에 대한 감독이다.

1) 법률감독

법률감독은 게마인데의 고유사무 및 활동에 대한 합법성 감독의 일종으로 각종 단체나 기관간의 갈등이나 법리논쟁에 대한 감독을 위해서는 군과 대규모자치시의 경우는 주정부관구가, 기타 게마인데의 경우는 하급행정청인 주감독청이 실제로 감독을 담당한다.

게마인데에 대한 법률감독의 수단에는 주정부에 따라 다르며, 조언·권고와 같은 사전적 감독수단부터 명령권·대집행과 같은 강제적 수단에 이르기까지 다양하다.

2) 전문감독

전문감독은 주정부가 지방자치단체에 위임한 소방, 교육, 환경, 상하수도사무와 같은 위임사무에 대하여 감독권을 행사하는 것을 의미한다. 지방자치단체에 대한 주정부의 전문감독은 개별법령에서 규정하고 있으며, 사무의 성격에 따라 법적 감독관청이 전문감독관청의 지위를 가지며, 전문화된 사무영역별로 관할권을 가진 주정부기관에 의해서 감독이 이루어진다.

전문감독은 합법성 통제를 하는 법률감독과는 달리 주로 합목적성 통제를 한다. 전문감독관청은 지방자치단체에 대해서 정보나 자료를 요청할 수 있으나 지방자치단체의 결정이나 조치에 대해서 취소나 변경을 요구할 수는 없다. 독일에서 전문감독은 주로 지방자치단체에 대한 조언, 관련법규의 해석 등과 같은 협력적 수단을 통해서 이루어지고 있다.

3) 특별감독

주정부는 기초자치단체인 게마인데가 수행하는 행정행위의 합법성을 확보하기 위해 법률감독을 행할 뿐 아니라 아울러 합목적성을 확보하기 위한 특별감독도 행한다.

특별감독은 지시에 의한 사무, 즉 위임사무에 대한 감독으로 개별법령에서 감독행정청, 감독권의 내용 등이 정해진다. 일반적으로 일정한 사항에 대해서 적법성뿐만 아니라 합목적성에 대한 구체적이고 기능적인 감독이 이루어진다. 특히 특별감독은 조례의 제정, 공채의 발행, 부동산세의 인상 등과 같은 게마인데의 일정한 결정이나 조치로서 감독기관의 인가유보를 그 수단으로 하고 있다. 특별감독은 게마인데법과 그 시행령, 그 밖의 개별법령에 열거한 사항에 대해서만 허용된다.

4. 지방자치단체의 국정참여

독일에서 지방자치단체의 국정에 대한 참여는 개별적인 지방자치단체가 이해관계자로서 참여하는 경우를 제외하고는 주로 지방자치단체연합들을 통하여 이루어진다. 지방자치단체연합에는 여러 가지가 있지만 그 추구하는 목적은 동일하다. 대외적으로는 지방자치단체의 공통된 이익을 대변하고 영향력을 행사하며 대내적으로는 회원지방자치단체간의 정보와 경험의 교류와 조언 등을 통한 상호협력을 추구한다.⁷⁴⁾

(1) 참여의 주체

1) 연방수준의 지방자치단체연합

연방수준의 지방자치단체연합에는 독일 도시회의(Deutsche Städtetag), 독일 도시 및 지방자치단체연맹(Deutsche Städte und Gemeindebund), 독일 광역지방자치단체회의(Deutsche Landkreistag)가 있다. 독일 도시회의는 대부분의 대도시와 일부 중소도시를 구성원으로 하고 있다. 독일 도시 및 지방자치단체연맹은 대부분의 중소지방자치단체들로 구성된다. 독일 광역지방자치단체회의는 크라이스의 이익을 대변하는 기관이다. 이들 세 지방자치단체연합은 지방자치단체와 지방자치단체연합의 공통된 이익을 국회, 정부, 국민에게 대변하기 위하여 1953년에 지방자치단체연합 연방협의체(Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände)를 결성하였다.

① 독일도시회의

독일 도시회의⁷⁵⁾는 독일 도시들의 임의적 결사체로서 법인격 없는 사단법인의 법적 형태를 취하고 있다. 공법상의 조직형태로 전환하여

74) 이기우, “지방정부의 국정참여”, 『시민교육연구』 제29집, 1999.9, 70면

75) 독일 도시회의에 관한 자세한 것은 B. Weinberger, Der Deutsche Städtetag, in : G. Püttner(hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a., 1982, S.474ff. 참조

야 한다는 주장이 없는 것은 아니지만 독립성을 유지하기 위하여 공법상의 지위를 피하고 사법상의 조직형태인 회원도시, 회원단체, 간접적인 회원도시 및 특별회원으로 구성된다. 초기는 회원도시는 주민수 25,000명 이상으로 제한하였으나 현재는 그러한 제한이 없고 모든 독일의 지방자치단체는 회원도시가 될 수 있다. 회원단체는 각주의 도시회의이다. 간접적인 회원도시는 주연합의 회원이 됨으로써 독일도시회의와 간접적으로 관련을 맺는 도시와 지방자치단체이다. 특별회원으로서는 상급 지방자치단체연합, 지역연합, 전문단체 등이다. 독일도시회의의 최고기관으로는 각 회원도시와 단체로부터 파견되는 대표자로 구성되는 총회와 운영위원회, 회장단으로 구성된다.⁷⁶⁾

② 독일 광역지방자치단체회의

독일 광역지방자치단체회의⁷⁷⁾는 법적으로는 법인격 없는 사단이다. 독일의 각주에 있는 광역지방자치단체 등의 주연합들로 구성된다. 즉 직접적인 회원으로는 각주에 있는 광역지방자치단체연합이며, 광역지방자치단체는 주연합을 통하여 간접적인 회원자격을 가질 뿐이다. 그 밖에 특별회원으로서는 라인 - 네카의 공간정서연합, 헛센의 주북지연합, 라인란트 지방자치단체상급연합, 베스트팔렌-리페 지방자치단체상급연합, 루르지역 지방자치단체연합이 포함된다. 독일 광역지방자치단체회의의 기관으로는 최고기관인 광역지방자치단체총회와 운영위원회, 회장단이 있다.

③ 독일 도시 및 지방자치단체연맹

독일 도시 및 지방자치단체연맹⁷⁸⁾은 독일 도시연맹과 독일 지방자치단체연맹이 통합하여 1973년에 결성되었다. 통일전 연맹에는 8개주

76) 이기우, 앞의 논문, 71면

77) H. Tiedeken, Der Deutsche Landkreistag, in : G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a.1982, S.484ff. 참조

78) M. Mombauer, Der Deutsche Städte- und Gemeindebund, in : G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a., 1982, S.491ff.

의 12개의 회원단체가 속하였다. 연맹의 법적인 성격은 법인격 없는 사단이다. 연맹의 기관으로는 최고기관인 회원총회와 회장단, 운영위원회가 있다.

2) 주수준의 지방자치단체연합

독일의 각 주에는 주 수준의 지방자치단체연합이 구성되어 있다. 주 수준의 지방자치단체연합은 각 주에 따라 상이하나 대개 3-4개의 지방자치단체연합이 존재한다. 각주의 지방자치단체연합은 법적으로 사법상의 사단으로서 성격을 가지나 바이에른주의 지방자치단체연합은 공법상의 사단으로서 성격을 가진다.

(2) 지방자치단체의 연방정책에 대한 참여

국가의 의사결정과정에서 대한 지방자치단체의 참여요구는 바이마르 공화국 이후부터 지속적으로 주장되어 왔다. 이와 같은 지방자치단체의 참여요구가 제도적으로 보장되기 시작한 것은 1975년 연방 각부의 공통업무처리규정을 정비하면서 부터이다. 동 규정에 따르면 연방정부가 지방자치단체의 이익에 관련된 법률안을 제안하는 경우에 연방수준의 지방자치단체연합에 가능한 한 신속하게 법률안을 통보해야 하며, 지방자치단체연합이 근본적으로 다른 의견을 제출하는 경우에 이를 법률안제안이유서에 첨부하도록 하고 있다. 그 밖에도 재정계획위원회, 경기위원회, 공간정서국, 독일도시발전위원회, 지방자치단체의 교통상황개선을 위한 공동위원회 등에 대한 참여규정도 존재한다.⁷⁹⁾

독일연방의회는 1975년에 회의규칙을 보완하여 지방자치단체의 입법절차에 대한 참여를 규정하였다. 지방자치단체의 본질적인 이익에 관련된 모든 법률안에 대하여 위원회에서 의결을 하기 전에 연방수준

79) W. Roters, Die Beteiligung der Kommunen an höherstufigen Entscheidungsprozessen, in : G. Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin u.a. 1981, S. 294

의 지방자치단체연합에게 의견을 표명할 기회를 부여하도록 하고 있다. 현행 연방의회회의규칙 제69조 제5항은 지방자치단체연합의 참여권을 다음과 같이 규정하고 있다.

“지방자치단체와 지방자치단체연합의 이해관계에 본질적으로 관련된 안건을 위원회에서 심의하는 경우에 연방수준의 지방자치단체연합은 위원회에서 의결이 있기 전에 입장을 표명할 기회를 갖는다. 특히 지방자치단체와 지방자치단체연합이 시행해야 하는 법률과 그들의 재정과 직접 관련된 법률 혹은 그들의 조직에 영향이 있는 법률이 이에 속한다. 다만 정부에서 제안한 법률안에서 지방자치단체연합의 견해를 알 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”

지방자치단체연합의 의견개진에 대한 처리에 관해서 회의규칙 제66조제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“주무위원회의 결정과 그 이유 및 소수의 견해와 참여한 위원회의 의견이 보고에 포함되어야 한다. 의사규칙 제69조제5항에 의한 지방자치단체연합의 의견개진이 있는 경우에 회의규칙 제70조제1항에 따른 정보회의가 있었으면 지방자치단체연합의 의견의 본질적인 요지가 보고에 포함되어야 한다.”

(3) 지방자치단체의 주정책결정에 대한 참여

독일에서는 지방자치행정이 주정부의 소관에 속하는 사항이고 지방자치법이 연방법률이 아닌 주의 법률로 정해지기 때문에 지방자치단체의 국가의사결정과정에서 참여문제는 주정부와의 관계에서 더욱 중요한 문제가 된다. 지방자치에 관한 법률들이 주에 따라 매우 상이하듯이 주의 의사결정과정에서 지방자치단체의 참여도 주에 따라 매우 상이하다.

바이에른주의 경우는 60명으로 구성되는 주의 상원에 6명의 지방자치단체의 대표를 위원으로 선출한다. 즉 지방자치단체의 대표를 주상원의 구성원으로서 활동하게 함으로써 지방자치단체의 이익을 주의회

의 입법과정에 반영할 수 있도록 보장하고 있다. 바이에른 주의회의 회의규칙에 의하면 지방자치단체의 중앙연합에 대한 청문은 별도로 규정하지 않고 있으며 주의회의 위원회에서 청문하는 일반적인 전문가로 취급하고 있다.

바덴 - 뷔르템베르크주의 헌법은 지방자치단체의 이해에 관계되는 일반적인 법률이나 법규를 제정하는 경우에 지방자치단체 및 그 연합에 대하여 충분한 시간을 가지고 의견을 묻도록 규정하고 있다. 주의회에 대한 참여도 회의규칙에 규정되어 있다. 주정부의 각부에 의한 지방자치단체의 중앙연합에 대한 청문은 청문원칙에 의하여 구체화되어 있다. 지방자치단체의 중앙연합에게는 사전에 충분한 시간을 가지고 지방자치단체의 이익에 관련된 일반적인 법률이나 명령초안에 대하여 서민이나 구두에 의한 입장표명을 할 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 이들의 사후보완이나 개정의 경우에도 동일하다.

라인란트 - 팔렌주에서는 지방자치단체의 국정참여에 관하여 지방자치법에 규정하고 있다. 주정부와 주의 최고행정관청은 지방자치단체의 이익에 관련된 법규와 일반적인 행정규칙을 제정함에 있어서 지방자치단체의 중앙연합의 의견을 들어야 한다. 주의회의 회의규칙도 지방자치단체의 이익에 중대한 영향을 미치는 법률안에 대하여 지방자치단체의 중앙연합의 의견을 듣도록 의무를 부과하고 있다.

1973년과 1974년에 독일 각주의 내무장관 상설회의에서는 지방자치단체의 입법과정에 대한 참여문제를 논의하였다. 이 회의에서는 다음과 같은 사항이 합의된 바 있다.

“첫째, 주정부와 주정부의 최고 행정기관은 지방자치단체의 이익에 관련된 법률규정과 일반적인 행정규칙의 초안에 대하여 지방자치단체연합의 의견을 들어야 한다. 둘째, 정부안에 상충되는 지방자치단체연합의 의견표명은 법률안과 법규안의 입법제안이유서에 포함되어야 한다. 셋째, 지방자치단체의 중앙연합의 국정참여가능성은 법적으로 보

장되어야 한다. 넷째, 지방자치단체의 중앙연합은 법률을 심의함에 있어서 국회의 해당 위원회에서 국회의원들과 의견을 교환할 수 있는 가능성이 보장되어야 한다.”

(4) 주정부의 연방정책결정에 대한 참여

독일에서 지방자치단체의 국정참여가 지방자치단체의 자발적인 조직인 지방자치단체연합을 통하여 이루어지는데 반하여 주정부의 연방정부에 대한 참여는 연방헌법에 규정된 연방기구인 연방참사원을 통하여 이루어진다.⁸⁰⁾

1) 참여주체로서의 연방참사원의 법적 지위

연방참사원은 지방자치단체인 주의 이익을 연방정부에 대하여 대변하는 연방기관이다. 연방참사원은 직접적인 연방기관이지 주의 대표기관은 아니다. 연방참사원의 권한은 연방의 권한행사에 한정되며 주의 사무는 포함되지 아니한다. 연방참사원의 역할은 독자적인 결정과 지배에 있기 보다는 연방의 다른 기관의 활동에 대하여 통제적이고 시정적인 관여와 영향력행사에 있다.⁸¹⁾ 독일 기본법에 따르면 연방참사원은 그의 내부질서에 관한 결정을 제외하고는 독자적이고 종국적인 결정을 하는 것은 없다. 연방참사원은 연방의회, 연방행정부, 유럽공동체에 관여하지만 이를 독자적으로 결정하지는 않는다.

2) 연방참사원의 구성

연방참사원은 국민에 의하여 직접 선출된 대표자가 아니라 각 주정부가 그 국무위원 중에서 임명한 대표자로 구성된다. 연방참사원의

80) 연방참사원의 구성 및 기능 등에 관해서는 이기우, 앞의 “지방정부의 국정참여-독일의 사례를 중심으로-”, 78-79면 참조

81) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg, 1995, S.260

위원들은 국민에 의하여 직접 선출되지 않으므로 임기가 없으며 개별위원의 교체가 있을 뿐이다. 모든 주 정부는 최소 3명의 대표자를 연방참사원에 파견한다. 인구 200만 이상의 주에서는 4명, 6백만 이상의 주에서는 5명, 7백만 이상의 주에서는 6명을 파견한다. 각주정부의 연방참사원위원들은 일치된 투표를 하여야 한다. 연방참사원은 주정부의 결정에 구속되며, 주정부의 의사를 반영하기 때문이다.

3) 연방참사원의 기능

연방참사원의 주요한 기능으로는 연방의 입법과정에 대한 참여와 연방정부와 행정에 대한 참여를 들 수 있다. 연방참사원이 갖는 가장 중요한 기능은 연방의 법률제정에 대한 관여이다. 연방참사원은 법률안제안권을 가진다. 연방정부가 제안하는 모든 법률안은 연방의회에 회부되기 전에 연방참사원의 의견을 듣기 위해 제출된다. 헌법에 규정된 법률안에 대해서는 연방참사원이 동의권을 가진다. 헌법에 동의권이 규정되지 아니한 모든 법률안에 대해서 연방참사원은 이의를 제기할 수 있다. 각 주정부는 연방참사원을 통하여 연방의 입법 및 행정에 관여하고 통제기능 및 선도기능을 수행함으로써 연방정책결정과정에 지방의 이익을 실현하며 이를 통하여 각 지방자치단체의 이익도 간접적으로 보장받게 된다.

5. 시사점

이상과 같이 독일에 있어서 사무배분의 원칙과 사무구분체계의 변화, 그리고 지방자치단체의 국정참여에 관한 논의와 법제도를 살펴보았다.

독일은 우리나라의 사무구분체계에 많은 영향을 미친 국가로서 독일에 있어서의 사무이원론의 변화, 즉 사무일원론의 확대현상은 주목할 만하다고 보여진다. 특히 국가와 사회의 구분을 전제로 한 사무이

원론은 국가와 지방자치단체가 더 이상 대립적으로 존재하는 것이 아닌 국가의 통일성을 전제로 하여 지방자치단체의 자율성이 확보되어야 한다는 점에서 이를 고집하지 않고 사무일원론으로 전환해 가는 등의 변화는 우리에게 많은 시사점을 주고 있다.

또한 독일은 이른 시기부터 지방자치단체의 국정참여를 제도적으로 보장해 왔음을 알 수 있다. 이러한 지방자치단체의 국정참여제도를 통해서 지방자치단체의 자치권을 확보함과 동시에 국가와 정책적·제도적 통일성을 유지할 수 있는 의사소통의 통로가 되고 있음은 중앙집권주의를 탈피하고, 지방자치단체의 자기결정권과 책임성을 확대해 가려는 우리나라에게 시사점을 주고 있다.

제 2 절 프랑스

1. 개관 : 1982년 지방분권법의 내용

프랑스는 역사적으로 대혁명 초기의 연방주의자들에 의한 국가통일성의 위기를 경험한 이래 유일불가분의 단일국가를 주장하면서 나폴레옹의 행정체제를 기반으로 한 중앙집권적 경향이 강한 체제를 유지해 왔다. 지방분권화를 위한 노력은 정치체제의 변화에 따라 다소 유동적이었지만 꾸준히 추진되어 꼬뮌, 데빠뜨망 및 레지옹의 자치권이 조금씩 확대되어 왔으나 중앙정부가 지방자치단체를 통제하는 전통적인 중앙집권체제를 변화시키지는 못했다. 이러한 프랑스의 지방분권정책이 전기를 맞이하게 된 것은 1981년 미테랑이 대통령에 당선된 후, 1982년 3월 2일의 “꼬뮌, 데빠뜨망 및 레지옹의 권리와 자유에 관한 법률(이하 “지방분권법”이라 한다)”을 제정하면서 프랑스의 지방분권은 새로운 변화를 맞게 되었다. 동법은 200년 이상 유지해 온 프랑스의 중앙집권체제에 커다란 영향을 미치는 내용이었으나 그 제정과 정에서는 별다른 저항이 없었다고 한다.

지방분권법은 전통적인 프랑스의 중앙집권적 체제를 크게 변화시키는 내용을 포함하고 있다. 그 내용을 대략 소개하면 다음과 같다.

(1) 데빠뜨망집행권의 의회에의 이양

지방분권법에서는 중앙정부가 임명하는 데빠뜨망지사가 가지고 있던 집행권을 데빠뜨망의회에 이양시키고 있다. 이는 1800년2월17일의 법률에 의해서 유지되어 오던 데빠뜨망지사제의 사실상 폐지를 의미하며, 데빠뜨망지사는 공화국위원으로 그 명칭이 변경되었다.⁸²⁾ 데빠뜨망지사는 레지옹 및 데빠뜨망의 일상적인 행정책임, 꼬뮌에 대한 감독임무에서 벗어나 법률의 실시, 중앙정부관계의 사무의 관리 및 국가이익의 보전 등의 임무를 수행하게 되었다. 나아가 데빠뜨망에 있어서 중앙정부의 대리인으로서 중앙정부의 파견행정기관에 대한 지휘감독을 포함하여 국가행정사무를 총괄하는 외에 일정범위의 치안질서의 유지를 목적으로 하는 사법경찰의 임무를 수행하게 되었다.

(2) 레지옹의 지방공공단체로의 승격

1982년 지방분권법에 의해서 종래 1972년 7월 5일 법률에 따라 공시법인이었던 레지옹은 공선의회를 가지는 지방공공단체의 지위를 부여받게 되었다. 그 결과 레지옹의 행정집행권은 레지옹의회의 의장에게 부여되고, 레지옹의 행정은 레지옹의회, 레지옹의회의장 및 경제사회위원회에 의해서 이루어지게 되었다. 즉, 코뮌, 데파르망, 레지옹의 지방공공단체의 완전자치체화가 실현된 것이다.

(3) 대도시의 조직개혁

대도시의 행정을 도시주민에게 가까운 것으로 한다는 목적에서 1982년12월 21일에 제정된 “과리, 마르세이유 및 리옹의 행정조직에

82) 그러나 1988년2월29일의 테크레에 의해 다시 지사로 개명되었다.

관한 법률”에 따라 새롭게 구제가 도입되었다. 이 법률은 파리, 리용, 마르세이유의 각 도시를 20, 16, 9개의 구로 분할하고, 각구에 직접선거로 선출되는 구의회와 구의회가 선출하는 구장, 부구장을 설치하고 있다. 구 의회는 구와 관련되는 도시개발사업에 대한 시의회의 심의 전에 시장에게 자문하고 구민의 생활에 밀접하게 관련이 있는 공공시설을 관리하고 구의 모든 문제에 대해서 시의회 및 시장에게 구두 또는 문서로 질의할 권한을 행사할 수 있다.

(4) 그 밖의 내용

그 밖에도 1982년 지방분권법에서는 중앙정부와 지방자치단체간 사무권한의 재배분, 지방재정제도의 개혁, 공무원의 신분규정 개정, 지방공공단체간의 협력관계의 확대 등과 관련된 규정들을 두고 있다. 이러한 규정에 따라 각각의 법률이 별도로 제정 또는 개정되었다.

2. 사무배분의 원칙과 실태

(1) 사무배분의 원칙

프랑스의 중앙정부와 지방자치단체간 사무권한의 배분원칙은 지방분권법의 규정에 따라 별도로 1983년 1월 7일 및 동년 7월22일에 제정된 “꼬뮌, 데빠뜨망, 레지옹 및 국가간의 권한배분에 관한 법률”에 규정되어 있다.

프랑스의 사무배분원칙은 일반원칙과 권력의 남용이나 지나친 감독을 방지하기 위한 기술적 원칙으로 구분할 수 있다. 여기서 일반원칙은 보충성의 원칙과 정당성의 원칙으로 구분되며, 기술적 원칙은 전문성의 원칙, 중복재정금지의 원칙, 동등한 보상의 원칙, 감독금지의 원칙 및 기존단체의 이익보장의 원칙으로 구분된다.

1) 보충성의 원칙

보충성의 원칙은 본래 카톨릭 교회의 “권리의 원칙”이었는데 그 후 입법자에 의해서 그 의미가 수정되어 세속화된 개념이다. 보충성의 원칙은 “상위수준은 하위수준이 스스로 그 권한을 행사할 수 없는 경우에만 권한을 행사할 수 있다. 그러므로 중앙정부는 지방자치단체가 수행할 수 있는 모든 권한을 지방자치단체에게 부여해야 한다”는 의미를 담고 있다. 그러나 1983년1월7일의 권한배분에 관한 법률의 본문에서는 “보충성의 원칙”이라는 표현을 사용하고 있지 않다. 이와 같이 법률이 공개적으로 이 원칙을 선언하고 있지는 않으나 법률 전체를 통해서 이 원칙이 인정되고 있음을 알 수 있다.

2) 정당성의 원칙

정당성의 원칙이라 지방자치단체의 행위가 국가의 의사결정을 집행하는 것에 국한될 때에만 정당한 것으로 인정된다. 또한 국가가 지방자치단체의 관여에 대하여 그 정당성을 인정할 수 있는 것은 단지 그 필요성에 따른 것이다 1982년 지방분권법이나 계획에 관한 법률 등은 경제영역에 있어서 지방자치단체의 관여에 대한 정당성에 관한 규정을 두고 있다.

3) 전문성의 원칙

전문성의 원칙은 같은 성질의 권한을 총체적으로 배분한다는 것을 의미한다. 즉 중앙정부와 지방자치단체간의 사무배분이나 재배분방법의 결정에 관한 것으로서 총괄주의 방식과 상반되는 방식이다.

4) 중복재정금지의 원칙

지방자치단체의 권한에 속하는 사업에 대한 중앙정부의 재정적 협력과 중앙정부의 권한에 속하는 사업에 대한 지방자치단체의 협력에서 중복되는 재정을 허용하지 않음을 의미한다.

5) 동등한 보상의 원칙

동등한 보상의 원칙은 어떠한 권한이양도 그 이양을 받는 지방자치 단체에게 새로운 경비를 부담시켜서는 아니되며, 모든 이양은 그에 상당한 재원의 이양을 수반하여야 한다는 것이다. 예를 들어 기존의 일반경상보조금과 일반투자보조금에 추가하여 새롭게 일반분권화보조금제도를 마련한 것은 이 원칙에 바탕을 둔 것이다.

6) 지방정부간 감독금지의 원칙

지방정부에 대한 감독권은 오직 중앙정부에만 부여되며 지방자치단체간의 관여는 인정되지 않는다는 원칙이다. 그러나 다만 지방자치단체간 “협약”이 체결되었을 경우에는 예외로 하고 있다.

7) 기존 단체의 이익보장의 원칙

이 원칙은 권한의 이양이 기존 단체인 꼬뮌, 데빠뜨망, 레지옹의 이익을 위한 이양이 되어야 함을 의미한다.

(2) 사무배분의 실태

프랑스의 경우는 국가사무와 꼬뮌, 데빠뜨망, 레지옹 등의 계층별 지방자치단체의 사무로 구분되고 있는데 국가와 지방자치단체의 권한은 서로 중복되며, 지방사무와 국가사무의 구별은 상대화되고 있다. 이는 몇가지 권한이 때로는 국가에 속하나 때로는 지방자치단체에 속하는 왕복운동이 나타나고 있다고 한다. 즉 이러한 현상은 하나의 사무가 지방적 속성도 국가적 속성도 지니지 않음을 의미하는 것이다. 따라서 하나의 사무가 서로 다른 특성을 소유하게 된 것은 법에 의한 것이며, 사무가 지방적 사무가 된 것은 국가가 그 사무를 지방자치단체에 부여했기 때문이다.

프랑스 지방자치단체의 계층별 권한배분은 다음 표와 같이 제시될 수 있다.

| 코뮌 | 데빠뜨망 | 레지옹 |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> -유아원 · 유치원 · 초등학교의 건설 · 관리 및 교육 (교원의 급여는 제외) -시 · 읍 · 면 경찰(파리시 제외) -소 방 -시 · 읍 · 면도(道) -시 · 읍 · 면의 정비 및 관리 -도시개발계획, 토지이용 계획의 입안 · 허가 -건축 · 토지이용 -유물 및 유적지의 보호 -지방주택건설계획 -항만 중 유락항 -예술진흥 · 미술관 건설 -시 · 읍 · 면 도서관 · 박물관 -음악 · 무용 · 드라마 · 조형미술의 교육 -고문서 보존 | <ul style="list-style-type: none"> -중학교(collège) 건설 · 관리 · 교육(교원급여 제외) -데빠뜨망도(道)(voie départementale) -농촌개발정책 -항만 중 상업항 · 어항 -학교교통 -사회부조, 위생 -환경 -도립도서관 · 박물관 -음악 · 무용 · 드라마 · 조형미술의 교육 -고문서 보존 | <ul style="list-style-type: none"> -고등학교(lycée), 특별교육, 해양전문학교 등 -기획(planification) -주거에 관한 우선순위의 결정 -직업훈련 및 견습 -운하 · 하항의 건설 -항로의 개설 · 관리 -해양어선보수 · 현대화 지원 -해양기획 지원 -레지옹 도서관 · 박물관 -음악 · 무용 · 드라마 · 조형미술의 교육 -고문서 보존 등 |

이와 같은 계층별 권한배분에서 정부계층간의 권한배분을 명확히 하려고 한 취지와는 달리 몇 가지 부분에서 극단적으로 복잡한 채 남아 있다. 예를 들어, 주택 및 교육 등의 업무배분이 혼란스럽게 산재되어 있어 계층적 차이를 나타내는 지방자치단체간에 갈등을 조장할 수 있으며, 음악 · 무용 · 드라마 · 조형미술의 교육과 고문서 보존 등의 사무를 모든 지방자치단체의 사무로 제시되어 있어 권한범위의 획정에 대한 모호성이 문제가 되고 있다.

3. 지방자치단체에 대한 감독법제

프랑스는 전통적으로 중앙정부가 지방자치단체에 대해서 이른바 후견적 감독권을 행사해 왔다. 이러한 후견적 감독은 행정적 감독과 사법적 감독으로 나뉘어지는데 1982년 지방분권법이 제정되면서 전통적으로 유지되어 오던 행정적 감독이 사법적 감독으로 전환되었다.⁸³⁾ 이하에서는 지방분권법 제정시점을 기준으로 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독제도가 어떤 변화를 가져왔는지를 고찰하고자 한다.

(1) 1982년 지방분권법 제정 이전의 후견적 감독

1) 인적 감독과 행위감독

후견적 감독은 여러 형태로 행하여지는데 일반적으로 인적감독과 행위에 대한 감독으로 분류된다. 인적 감독이란 기관의 임명에 의하여, 선거에 의한 경우에는 기관의 동의 내지 승인권 행사를 통하여 이루어진다. 이러한 인적 감독은 거의 사라지고 단순한 징계권으로 대체되었으며, 정직권과 예외적인 경우의 파면권 등이 여기에 속한다.⁸⁴⁾

행위에 대한 감독은 합목적성·적법성(légalité)의 감독을 의미한다. 적법성은 내부적 적법성과 외부적 적법성으로 분류할 수 있는데 내부적 적법성이란 지방자치단체의 행위가 법에 위반되었는지를 규명하는 절차를 의미하고, 외부적 적법성이란 지방자치단체의 행위가 권한 있는 기관에 의해서 이루어졌는지의 여부를 규명하는 절차를 의미한다.⁸⁵⁾ 합목적성 감독⁸⁶⁾은 감독기관이 그 통제권을 자유롭게 행사할

83) 프랑스의 지방자치단체에 대한 감독권의 변화과정에 관한 상세한 것은 백윤철, “프랑스에서 지방자치단체의 행위의 통제에 관한 연구”, 『공법학연구』 제7권 제2호, 2006.을 참조.

84) Ch. Debbasch, *Institutions et droit Administratives*, puf, 1993., p.188.

85) 백윤철, 앞의 논문, 302면.

86) 합목적성 감독은 일반적으로 감독기관이 자신의 인식 하에 결정자의 결정에 대

수 있고, 적법성 감독⁸⁷⁾은 엄격한 법률과 규칙에 합치되어야만 행사할 수 있는 감독이다.

2) 사전적 감독과 사후적 감독

사전적 감독이란 감독기관이 사람에게 대하여 승인권을 행사하거나 행위를 할 때마다 승인권을 행사하는 것을 의미한다. 사후적 감독이란 행위에 대한 정지(suspension), 취소(annulation) 할 수 있는 권한 그리고 대집행권으로 나타난다. 대집행권은 지방자치단체의 자치권을 침해할 우려가 있기 때문에 아주 예외적인 경우에만 행사된다. 프랑스에서 후견적 감독을 행사하는 데에는 이의가 없으나 너무 복잡하고 투명하지 않으며, 관여가 지나치다는 비판이 제기되어 왔다.⁸⁸⁾ 이와 같은 비판으로 1982년 지방분권법에서는 후견적 감독을 완화하여 적법성 통제와 재정적 통제만을 규정하고 있다.

(2) 지방분권법 제정 이후 감독제도의 변화

1982년 지방분권법에서는 중앙정부의 지방자치단체에 대한 통제로 적법성에 대한 사법성 통제와 재정적 통제를 규정하고 있다. 적법성 통제에 대해서 국가대표⁸⁹⁾는 더 이상 지방자치단체의 행위에 대하여 집행정지를 할 권한이 없다. 다만 취소를 요구하는 소송을 행정법원에 제기할 수 있을 뿐이다. 행정법원에 의한 사법적 통제는 후견적 감독이 아니고 행정법원의 전통적인 직무라고 할 수 있다.

한 유용성이나 타당성을 판단하는 것을 의미한다.

87) 적법성 감독은 기존의 법률적 규정에 지방자치단체의 새로운 행정행위나 재정적 결정이 일치하는지를 확인하는 것으로 규정과 결정의 차이점이나 동일점을 살펴봄으로써 객관적인 통제의 성격을 추구한다.

88) Ch. Debbasch, op. cit., p.188.

89) 국가대표는 지방자치단체에 파견되어 있는 국가공무원으로 국가의 이익을 대변하는 자를 의미한다.

1) 사법적 감독

① 지방자치단체의 행정행위에 대한 집행성의 원칙

1982년 지방분권법 제2조는 지방자치단체의 행정행위에 대하여 집행성의 원칙(*le principe du caractère exécutoire*)⁹⁰⁾을 규정하고 있다. 국가대표는 어떠한 경우에도 이러한 행정행위를 취소할 수 없다. 또한 합목적성의 사전적 통제에서 적법성의 사후적인 통제로 바뀌었다. 국가대표가 행정행위에 대하여 합목적에 해당하는지를 심사하여 행정법원에 소송을 제기하기 위해서 행정행위를 행정법원에 이송해야 한다. 이송하지 않은 경우에는 그 행정행위에 대하여 집행력을 갖지 못하고 국가대표는 그 행위에 대하여 언제든지 소송을 제기할 수 있다.

② 국가대표의 역할

국가대표는 1982년 지방분권법 이전에는 지방자치단체에 대하여 사전에 일정한 행정행위를 승인하거나 취소할 수 있는 권한을 행사하였다. 그러나 1982년 지방분권법에서는 국가대표에게 이송된 행정행위에 대한 적법성의 심리와 판결은 행정법원의 소송을 통해서만 가능하도록 규정하고 있다. 즉 국가대표는 행정행위에 대한 합목적성에 대한 심리는 할 수 없고 단지 적법성 통제만 할 수 있다.⁹¹⁾

③ 행정법원의 개입

행정소송의 제소권자는 국가대표와 시민이다. 그리고 행정행위의 효력에 대한 결정권은 1982년 이전에는 국가대표에게 있었으나, 그 이후에는 행정법원이 갖고 있다.

90) 집행성의 원칙이란 지방자치단체의 행위가 사전에 국가대표나 국가의 통제없이 자동적으로 그 효력이 발생하는 것을 의미한다. 백윤철, 앞의 논문, 304면

91) Ch. Debbasch, *op. cit.*, p.361

지방자치단체의 행위는 자동적으로 집행력을 가지므로 중대한 위법상대가 발생한 경우에 집행을 정지하는 절차를 규정해야만 했다. 그 결과 국가대표는 위법하다고 판단이 되는 행위가 회복하기 어려운 손해가 발생한다고 생각이 되면, 행정법원에 집행정지를 요구하는 소송에 부가하여 소송을 제기할 수 있다. 그리고 1982년 지방분권법에서는 지방자치단체가 기본권과 개인의 자유의 행사를 침해하는 경우에는 지방자치단체의 자의에 의한 국민의 기본권을 보호하는 차원에서 특별집행정지절차를 규정하고 있다.

2) 지방자치단체의 예산 및 재정행위에 대한 감독

1982년 지방분권법은 지방자치단체의 재정에 대한 후견적 감독을 완화하였다. 즉 지방자치단체의 재정적 감독을 목적으로 각 레지옹에 대한 레지옹회계원을 신설하여 재정적 감독을 하게 했다. 이는 지방자치단체의 수입과 지출에 대한 의사결정에 대한 재정적 통제와 예산의 수립과 집행에 대한 통제로 분류된다.

우선 예산에 대한 감독은 예산규칙을 위반한 경우로 국가대표와 레지옹회계원이 공동으로 한다. 즉 국가대표가 예산규칙을 위반하지 않는 경우에 통제를 하기 위한 문서를 레지옹회계원에 제출하면 레지옹회계원은 이를 심리하고 지방자치단체에게 필요한 조치를 권고 내지 제안할 수 있다.

그리고 재정적 감독은 수입과 지출, 즉 세입과 세출에 대한 지방자치단체에 대한 감독을 의미하는데 일반적으로 지출에 대한 감독을 중심으로 한다. 지방분권법 이전에는 레지옹의 지사가 지출관이었는데 1982년 이후에는 레지옹·데빠뜨망의 의회의장이 지출관이 되어 예산을 집행한다. 다음으로 회계공무원의 소속이 1982년 이전의 데빠뜨망 회계청장에서 레지옹회계원으로 바뀌었다.⁹²⁾ 지방자치단체의 회계공무원은 지출관의 행위에 대하여 적법성 통제만 가능하고 합목적성 통

92) 최유성외, 『정부간 관여』, 한국행정연구원, 2000, 65면.

제를 할 수 없다. 즉 지방자치단체의 회계공무원은 지출이 이루어지기 전에 그 지출의 근거가 되는 서류가 규칙성(régularité)을 지키고 있는가에 대한 사전적 통제를 할 수 있고, 이러한 규칙성 위반시에 회계공무원은 그 정정을 요구하고 정정하지 않을 경우에는 그 지출을 정지시킬 수 있다. 지방자치단체의 회계공무원은 예산지출의 지급을 정지할 경우에는 그 결정에 대한 이유부기를 하고 바로 지출관인 시장, 데빠뜨망지사에게 통지한다.⁹³⁾

4. 시사점

프랑스는 전통적인 중앙집권국가로서 몇차례 지방분권의 시도가 좌절되었으나 1982년 3월 2일의 “꼬뮌, 데빠뜨망 및 레지옹의 권리와 자유에 관한 법률과 같은 특별법 제정이라는 방식을 통해서 지방분권을 추진해 오고 있다. 사무배분의 원칙과 관련하여 보충성의 원칙과 더불어 정당성의 원칙이나 지방정부간 감독금지의 원칙과 같은 것은 결국 중앙정부의 감독권을 유지하고, 국가의 통일성 아래 지방자치가 존재한다는 점을 명확히 하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 다만, 특징적으로는 1983년 1월 7일 및 동년 7월 22일의 “꼬뮌, 데빠뜨망, 레지옹 및 국가간의 권한배분에 관한 법률”을 제정함으로써 포괄적으로 사무배분을 한 점이다. 이 점은 우리나라에게도 하나의 시사점을 주고 있다고 보여진다.

제 3 절 일 본

1. 개 관

일본은 1999년의 지방분권일괄법을 통하여 지방자치제도의 근본적인 개혁을 추진하고 있다. 이러한 지방자치제도의 개혁은 지방자치단

93) M. Bourjol, S. Bodard, Droit et libertés des collectivités locales, Masson, 1984., pp.127-133.

체를 국가의 하부기관으로 구성해서 국가의 사무를 집행하게 하여 국가와 지방자치단체를 상하·주종의 관계로 성립시켜온 기관위임사무 제도를 폐지하여 국가와 지방자치단체와의 관계를 대등·협력의 관계로 재구성하는 것을 중심으로 하고 있다.

이는 국가와 지방자치단체와의 관계를 분리형으로 하고자 하는 것은 아니고 지방자치의 확대를 실현하고자 하는 목적으로 국가가 지방자치단체의 사무처리에 개입하는 관여를 축소·완화함과 동시에 관여의 원칙의 확립과 관여에 있어서 공정성 및 투명성을 확보하는 것이었다.

일본에서는 이미 1950년에 “行政事務再配分に関する勸告(이하 神戸 권고라고 한다)⁹⁴⁾”를 통해 국가의 사무를 지방자치단체에 위임해서 처리하게 하는 기관위임사무의 폐해를 인식하여 기관위임사무를 가능한 한 회피할 것과 기관위임사무가 불가피한 경우에도 그 처리에 있어서 지방자치단체에 경비를 부담시키지 않을 것을 권고하였다.

또한 이러한 기관위임사무의 범위를 지방자치법 등의 법령에 명기하여 무한정 늘어나지 않도록 하고 기관위임사무의 처리에 관한 국가의 지방자치단체에 대한 관여의 방법으로서 열거되는 허가, 인가, 승인, 명령, 취소, 변경, 대집행 등의 권력적 감독은 원칙적으로 폐지할 것을 권고하였으나 기관위임사무의 완전폐지는 제도적으로 이루어내지 못하였다.⁹⁵⁾

이러한 神戸 권고를 기초로 1952년에 지방자치법의 일부 개정을 통해서 국가와 지방자치단체와의 관계에 관한 국가의 원조·협력에 관

94) 神戸위원회라고 불리는 地方行政調査委員会議는 1949년에 설치되어 1950년 10월에 “国庫補助金制度等の改正に関する勸告”, 동년 12월에 “行政事務再配分に関する勸告”를 내각과 국회에 제출하였다. 이 행정사무재배분에 관한 권고에서는 국가와 지방자치단체 사이의 사무배분의 원칙으로서 지방자치단체 우선의 원칙, 시정촌 우선의 원칙을 주장하고 지방자치단체에 대해서는 국가의 불관여를 원칙으로 하고, 재정에 있어서도 자주재원을 보장받은 지방자치단체가 모든 책임을 지고 사무를 수행할 것을 강조하였다.

95) 杉原泰雄他編, 『資料現代地方自治』, 勁草書房, 2003, 60-62면 참조.

한 규정을 정비하여 동법 제10장의 제목을 “(지방자치단체에 대한)감독”에서 “국가와 보통지방자치단체와의 관계 및 보통지방자치단체 상호간의 관계”로 고쳐서 국가의 후견적 감독의 지위를 어느 정도 해소하였다. 나아가 1956년의 개정에서는 “합리적이고 능률적인 자치의 운영”의 확보를 이유로 지방자치단체의 행정의 운영이 법령에 위반하거나 부당하게 경비를 지출하는 등 사무의 적정한 집행을 현저하게 해하는 경우에 국가가 “시정 개선을 요구하는 조치 등”을 통해 관여할 수 있는 규정을 추가했다.

神戸권고에서 제안한 기관위임사무의 완전폐지는 반세기를 지난 1999년에 지방분권일괄법에 의한 지방자치법의 대개정⁹⁶⁾에 의하여 이루어졌고 이에 따른 국가의 지방자치단체에 대한 관여의 법제도 크게 변모하였다.

즉, 신지방자치법 제11장의 제1절에 “보통지방자치단체에 대한 국가 또는 도도부현의 관여 등”이 규정되어 관여의 법정주의, 관여의 기본 원칙, 관여의 절차, 관여에 대한 계쟁처리제도 등이 규정되었다.

국가와 지방자치단체와의 관계에 대해서는 먼저 기관위임사무의 폐지에 따른 법정수탁사무 및 자치사무로의 사무구분론과 이에 따른 관여의 일반론 및 관여에 대하여 불복이 있을 경우에 다투는 절차인 国·地方係争处理의 제도에 관한 것을 논하는 것이 일반적이다.

그러나 여기에서는 사무구분론과 국·지방계쟁처리제도는 다루지 않고 제도적으로 대등한 협력관계로 변모된 일본의 국가와 지방자치단체 상호간의 관여 내지 국가에 대한 지방자치단체의 참가의 법제도를 논하는 것으로 한다.

일반적으로 관여라 함은 국가의 지방자치단체에의 관여라고 하는 일방통행식의 관여만을 상정하고 이와 대립점에 놓여있는 지방자치단체의 국가의 입법이나 정책결정 과정에의 관여(참가)의 보장론에 대해

96) 본 보고서에서는 개정 후의 지방자치법을 “신지방자치법”이라 한다.

서는 잘 다루지 않았다. 그러나 진정한 국가와 지방자치단체와의 대등·협력관계를 이루어 나가는데 있어서는 국가의 지방자치단체에 대한 관여뿐만 아니라 지방자치단체의 국가에 대한 관여(참가)도 중요한 요소라는 인식 하에 지방자치단체의 국가의 입법 및 정책결정에의 참가에 관한 이론을 관여의 이론과 함께 분석하는 것으로 한다.

2. 국가와 지방자치단체간 역할분담의 원칙

(1) 역할분담에 관한 법규정

신지방자치법은 진정한 지방분권을 도모하기 위해서 국가와 지방자치단체가 적절하게 그 역할을 분담할 것을 목적으로 하여 역할분담에 관한 규정을 신설하였다.

국가와 지방자치단체와의 역할분담에 대해서 “지방자치단체는 주민의 복지의 증진을 도모하는 것을 기본으로 해서 지역에 있어서의 행정을 자주적이고 종합적으로 실시하는 역할을 폭넓게 담당한다”고 규정(동법 제1조의 2 제1항)하여 주민에 가까운 지방자치단체가 지방자치의 주체로서 주민의 복지증진에 관한 지역의 행정을 자주적이고도 종합적으로 담당할 것을 명확히 하였다. 이는 개정 전의 지방자치법에서는 지방자치단체의 기본적인 역할을 명시하는 규정이 없었던 것을 보완한 것이다.

이에 대응한 국가의 역할로서는 “국가는 전항의 규정의 취지를 달성하기 위해서 ①국제사회에 있어서의 국가로서의 존립에 관계되는 사무, ②전국적으로 통일해서 정하는 것이 바람직한 국민의 제활동 혹은 지방자치에 관한 기본적인 준칙에 관한 사무, ③전국적인 규모로 혹은 전국적인 시점에 서서 실시하지 않으면 안 되는 시책 및 사업의 실시, 기타의 국가가 원래 완수해야 할 역할을 중점적으로 담당하는 것”으로 하고, 나아가 “주민에게 가까운 행정은 가능한 한 지방

자치단체에 맡기는 것을 기본으로 하여 지방자치단체와의 사이에서 적절하게 역할 분담하는 동시에 지방자치단체에 관한 제도의 책정 및 시책의 실시에 있어서 지방자치단체의 자주성 및 자립성이 충분히 발휘되도록 하지 않으면 안 된다”고 규정(동법 제1조의 2 제2항)하고 있다.

동조항이 규정하고 있는 “국가가 원래 완수해야 할 역할을 중점적으로 담당”, “주민에게 가까운 행정은 주민에 가까운 지방자치단체가 처리한다”라는 취지는 국가의 역할을 한정해서 지방자치단체의 역할을 최대한 존중하는 원칙을 나타내는 것임과 동시에 헌법상의 지방자치의 본지 및 지방자치법상의 중요한 기본원리를 나타내는 것이다.

이러한 역할분담에 관한 규정은 일종의 범이념을 제창한 선언적·지침적 성격을 가지고 있지만 신지방자치법 제2조 제11항의 입법원칙, 12항의 법령의 해석·운영기준과 결합하여 재판규범으로 작용할 가능성도 있다고 한다.⁹⁷⁾

(2) 입법 및 법령의 해석·운용과 관여의 기준으로서의 역할분담원칙

신지방자치법 제2조 제11항은 “지방자치단체에 관한 법령의 규정은 지방자치의 본래의 취지에 근거하여 국가와 지방자치단체와의 적절한 역할분담을 근거로 한 것이 아니면 안 된다”고 규정하여 국가의 지방자치단체에 관한 입법의 원칙을 나타내고 있고, 또한 동조 제12항은 “지방자치단체에 관한 법령의 규정은 … 국가와 지방자치단체와의 적절한 역할분담을 근거로 하여 이것을 해석 및 운용하지 않으면 안 된다”고 하여 국가·지방자치단체의 역할분담에 관한 규정을 법령의 해석·운용의 기준으로 하고 있다.

97) 鈴木庸夫, “地方公共団体の役割及び事務”, 小早川光郎他編, 『あたらしい地方自治・地方分権』, ジュリスト増刊, 2000. 5, 63면; 成田頼明, “改正地方自治法の争点をめぐって”, 『分権改革の法システム』, 第一法規, 2001, 99면.

이와 같은 국가·지방자치단체의 역할분담원칙은 사무의 구성에 있어서는 기관위임사무를 폐지할 때 기관위임사무를 국가의 직접집행사무 내지는 자치사무와 법정수탁사무로 재구성할 때의 사무재배분의 기준이 됨은 물론이고 법률에 의해 사무를 새로 창설할 때는 그 사무를 국가와 지방자치단체 중 어디의 사무로 배분할 것인지에 관한 기준으로도 될 수 있다. 나아가서 이러한 사무의 재배분의 기준뿐만 아니라 지방자치단체로 배분된 사무를 지방자치단체가 운영할 때 국가의 관여를 최소화할 수 있는 실질적 의미도 가진다고 한다.⁹⁸⁾

특히 관여를 할 때 지방자치단체의 역할에 상응하는 자주성 및 자립성이 침해되지 않도록 하는 방법을 선택하게 하는 기준이 되는 의의는 간과할 수 없을 것이다.

또한 지방자치법 제2조의 제11항, 제12항의 규정은 중앙행정기관의 해석기준에만 그치는 것이 아니라 국·지방계쟁처리위원회에 있어서 국가의 관여의 부당성 및 위법성의 판단기준으로 될 수 있고 나아가서는 재판소에 제소된 경우에는 재판규범으로도 작용할 가능성도 있으며, 또한 조례가 법령에 위반하는가에 대한 재판에 있어서도 그 재판규범으로 해석할 수도 있다고 한다.

3. 지방자치단체에 대한 관여법제

(1) 관여의 정의 및 주체

지방자치단체에 대한 국가의 관여란 지방자치단체의 사무처리에 대해서 국가의 행정기관 또는 도도부현의 기관⁹⁹⁾이 개입하는 행위를 말

98) 磯部 力, “国と自治体の新たな役割分担の原則”, 西尾 勝編, 『新地方自治法講座12, 地方分権と地方自治』, ぎょうせい, 1998, 85면.

99) 일본의 지방자치법은 제11장에 국가와 지방자치단체와의 관계 및 지방자치단체 상호간의 관계를 규정하고 그 제1절 및 제1관에는 지방자치단체에 대한 국가 또는 도도부현의 관여라는 항목으로 제245조에서 제250조의 12까지에 걸쳐 상세히 규정하고 있다. 따라서 일반적으로 관여라고 하면 국가의 지방자치단체(도도부현 및 시

한다(지방자치법 제245조).¹⁰⁰⁾

국가의 행정기관이란 内閣府設置法 제4조 제3항이 규정하는 사무를 취급하는 기관인 内閣府, 宮内庁, 내각부의 外局 및 委員会 또는 庁, 그리고 国家行政組織法 제3조 제2항이 규정하는 省 및 그 外局으로서 설치되는 委員会 및 庁이 여기에 해당한다.

내각부설치법 및 국가행정조직법 외에 행정기관의 정의를 규정하고 있는 행정절차법은 행정기관을 행정지도의 주체로서 정의하고 있기 때문에 내각부설치법이나 국가행정조직법상의 “기관”의 정의에는 해당하지 않는 “법률상 독립한 권한을 행사하는 것을 인정받은 개별 직원”(예, 식물방역관, 해상보안관 등)도 기관에 포함하고 있다(동법 제2조 제5호).¹⁰¹⁾

그러나 지방자치법상의 지방자치단체에 대한 관여의 주체는 반드시 법률 또는 법령의 근거를 필요로 하는 것이기 때문에 법령의 근거를 반드시 필요로 하지 않는 행정절차법상의 행정지도의 주체로서의 자연인은 관여의 주체로서 인정할 수 없다. 따라서 지방자치법에서

정촌)에 대한 관여 및 도도부현의 시정촌에 대한 관여를 모두 포함하여 논의하여야 하지만 본고에서는 국가와 지방자치단체의 관계의 논의라고 하는 기술의 편의상 도도부현의 시정촌에 대한 관여는 논외로 한다.

100) 2000년의 지방자치법의 대개정의 출발점이 된 지방분권추진법 제5조에서는 지방자치단체에 대한 국가의 관여를 “지방자치단체 또는 그 기관의 사무의 처리 또는 관리 및 집행에 관하여 국가의 행정 기관이 지방자치단체 또는 그 기관에 대해서 허가·인가 등의 처분, 신고의 수리 그 외 이것들과 유사한 일정한 행위를 하는 것”이라고 구체적으로 정의하고 있었다.

여기에서 “그 외 이것들과 유사한 일정한 행위”란 허가·인가·승인 등의 요구, 조치명령·지시 등의 발령, 감사·검사 등의 행위, 신고·보고 등의 요구, 권고·조언 등의 행위, 또는 협의의 상대방으로 되는 행위 등을 가리킨다.

101) 행정절차법 제2조 제5호 (행정기관은 다음에 열거하는 기관을 말한다).

① 내각부, 궁내청, 내각부설치법 제49조 제1항 혹은 제2항에서 규정하는 기관, 국가행정조직법 제3조 제2항에서 규정하는 기관, 법률의 규정에 근거하여 내각의 관할 하에 놓여지는 기관 혹은 이 기관들에 설치되는 기관 또는 이들 기관의 직원으로서 법률상 독립하여 권한을 행사하는 것을 인정받은 직원.

② 이하 생략.

정하는 지방자치단체에 대한 관여에는 행정 기관에 해당되지 않는 개인의 직원은 그 주체로 될 수 없다.

이러한 관여의 주체로서의 국가의 행정기관의 표현방법에 대해서 지방자치법은 과거 기관위임사무에 있어서 상급기관으로서의 지휘 감독의 주체를 상기시키는 “주무 대신”이라는 용어 대신에 “각 대신”이라는 용어로 규정하여 사용하고 있다.¹⁰²⁾

(2) 관여의 법적 성질

관여 가운데 권력적 관여는 어떤 형식으로든 지방자치단체에게 관여에 따를 의무를 부여하지만 따라야 할 의무의 모습은 각기 다르다. 시정의 요구, 지시는 지방자치단체에 작위·부작위 의무가, 동의, 허가·인가 또는 승인 및 협의 가운데 특히 동의를 요하는 협의는 이러한 국가의 관여가 없으면 지방자치단체의 행위에 효력이 발생하지 않는다는 정도의 구속력이 발생한다고 한다.¹⁰³⁾

(3) 관여의 3원칙

1) 법정주의의 원칙

지방자치법 제245조의 2는 “지방자치단체는 그 사무의 처리에 관하여 법률 또는 이에 근거하는 정령에 의하지 않으면 지방자치단체에 대한 국가 또는 도도부현의 관여를 받거나 또는 관여를 필요로 하지 않는다”고 규정하고 있는데 이것은 동법 제245조에서 규정하는 지방자치단체에 대한 국가 또는 도도부현의 관여는 법률 또는 정령에 근

102) 국가와 지방자치단체의 관계에 있어서 주무대신이라는 용어를 사용하면 지방자치단체의 사무의 수행에 있어서도 여전히 각 省의 대신이 권한을 가지고 있는 것 같은 오해를 불러일으킬 염려가 있기 때문에 주무대신이라는 용어 대신에 각 대신이라는 용어를 사용했다고 한다. 地方自治研究会編, 『Q&A改正地方自治法のポイント』, ぎょうせい, 1999, 114면.

103) 高光 木, “都市計画と地方分権”, 『土地公法研究』제13집, 2001. 11, 182면.

거해야 한다는 관여의 법정주의를 법제한 것이다.

지금까지 기관위임사무에 대해서는 포괄적인 지휘 감독권이 인정되어 있었는데, 그 지휘 감독권의 내용은 주무 대신 등이 지휘 감독을 위해서 필요하다고 인정하는 적당한 수단이나 방법을 법령의 근거가 아닌 통달을 통해서 행사할 수 있었으나 지방분권일괄법에 의해 지방자치법에서 기관위임사무제도가 폐지되면서 포괄적·일반적인 지휘 감독권도 폐지됨으로서 국가 등이 지방자치단체에 관여하는 경우 법률 또는 정령에 근거하도록 한 것이다.

이는 법률에 의한 행정의 원리를 국가와 지방자치단체라고 하는 행정 주체 사이의 관계에 대해서도 구체화한 것이라고 할 수 있는 것¹⁰⁴⁾으로서 국가·지방자치단체의 대등·협력관계에 있어서는 당연한 것이라 하겠다.

그러나 관여의 법적 근거를 법률뿐만 아니라 정령에 의해서도 할 수 있게 한 것에 대해서는 관여의 법정주의라고 하는 개념을 법치주의의 원칙의 하나인 법률유보의 원칙으로 해석하는 입장에서 보면 다소 문제가 있다고 하는 견해도 있다.¹⁰⁵⁾

관여의 근거로서의 법형식은 한정되어서 관여는 법률 또는 이에 근거하는 정령에 의해 규정되지 않으면 안되기 때문에 그 이하의 내각부령, 성령, 규칙 등의 형식에 의해 관여를 창설할 수 없다. 따라서 국가가 일정한 행정 목적을 실현하기 위해서 지방자치단체에 구체적 내지 개별적으로 어떤 행위와 관련하여 행하는 비권력적인 조언·권고도 법률 또는 정령에 그 근거가 있어야 한다.

104) 室井 力·原野 翹編, 『新現代地方自治法入門』, 法律文化社, 2000, 295면 참조.

105) 이 견해는 죄형법정주의와 세금부과에 대한 조세법률주의를 예를 들면서 지방자치단체에 대한 국가의 관여에는 법령이 아닌 법률의 근거가 필요하다고 하는 것이 일본 행정법학에서의 정설이라고 하고 있다. 나아가 보다 완화된 관여인 조언·권고는 정령에 근거를 둘 수 있다고 하더라도 가장 강력한 관여인 대집행에 대해서는 법률사항으로 하는 것이 합당하고 정령에 의해 행사할 수 있게 한 것은 조언·권고와 비교해서 균형이 맞지 않다고 한다. 芝池義一, “地方自治法改正案の檢討”, 『法律時報』第71卷 第8号, 1999. 7, 79면.

그러나 지방자치단체가 소관 법령의 해석 등에 관하여 국가 또는 도도부현에 조회를 한 경우의 그 회답 행위에 대해서는 관여라고 해석할 필요는 없고 정보제공의 한 종류라고 해석해도 좋다고 하면서 이 경우는 법령의 근거를 요하지 않는다고 한다.¹⁰⁶⁾

2) 일반법주의의 원칙

지방자치법 제245조의 3은 관여를 창설, 적용하는 것에 관한 기본 원칙에 관한 규정으로서 관여의 일반적인 기본유형은 지방자치법에 규정하고 그 이외에 법령으로 국가의 관여를 새롭게 규정하는 경우에도 원칙적으로 지방자치법상의 기본유형의 범위 내에서 정하도록 하여 지방자치법을 관여의 일반법으로 하였다. 이 제245조의 3의 규정은 개별 사무에 대한 관여를 해당 법령으로 창설하는데 있어서 지방자치법상의 관여의 일반원칙을 존중하고 배려할 의무를 발생시키는 입법의 지침이 되는 일반적 규정이다.

관여는 그 목적을 달성하기 위해서 필요한 최소한도의 것으로 하는 것과 동시에 지방자치단체의 자주성 및 자립성을 배려해야 할 원칙(동조 제1항)과 가능한 한 자치사무에 대해서는 대집행 및 지방자치법 제245조 1, 2호에서 규정하는 기본유형 외의 관여를, 법정수탁사무에 대해서는 지방자치법 제245조 1, 2호의 기본유형 외의 관여를 만들지 않을 의무를 지게 한다(동조 제2항).

3) 관여의 적정절차의 규정

행정운영의 공정한 확보 및 투명성의 향상을 위하여 관여의 기본유형마다 서면주의의 원칙, 허가·인가 등의 기준, 표준처리기간의 설정 및 공표¹⁰⁷⁾ 원칙, 그리고 신고의 도달주의의 원칙 등의 관여의 방식이

106) 地方自治制度研究会編, 앞의 책, 105-106면.

107) 국가·도도부현은 신청 등이 사무소에 도달한 때로부터 허가·인가 등을 하기 까지 통상 요하는 표준처리기간을 정하는 공표의 노력의무를 규정하고 있다.

규정되었다(동법 제247조 내지 250조의 5). 신고는 관여의 절차에 해당하고 관여의 유형에는 해당하지 않는다.

(4) 관여의 유형

기관위임사무가 폐지되면서 그 대부분이 자치사무 내지 법정수탁사무로 되었는데 지방자치단체가 처리하는 사무란 바로 이 자치사무와 법정수탁사무의 2대 사무를 일컫는 것이다. 이 자치사무와 법정수탁사무와 관련되는 관여의 기본유형으로는 ①조언 또는 권고, ②자료의 제출의 요구, ③시정의 요구, ④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑥지시, ⑦대집행, 그리고 ⑧협의를 8가지가 규정되어 있다(지방자치법 제245조의 1, 2호)¹⁰⁸⁾. 그리고 동조 3호는 관여의 기본유형의 예외로서 “일정의 행정목적 실현하기 위하여 지방자치단체에 대하여 구체적이고 개별적으로 관련이 있는 행위”를 예외적 관여유형으로서 개별법에서 규정할 수 있게 하였는데 이러한 관여의 예외 유형(檢査, 監査, 命令, 確認 등)을 포괄적으로 인정한 것은 관여의 기본유형이 가지고 있는 관여의 한정기능을 감쇄시킨다고 하는 비판이 있다.¹⁰⁹⁾

이하 본 논문에서는 관여의 기본유형을 중심으로 서술하기로 한다.

또 제출처와 허가·인가 등의 기관이 다를 때는 제출처의 사무소에 도달한 때로부터 허가·인가 등의 사무소에 도달하기까지 통상 요하는 표준적인 기간도 같이 취급하도록 규정하고 있다.

108) 이러한 사무의 구별에 따른 관여의 유형 가운데 관여의 구속력의 유무에 따라서 권력적 관여와 비권력적 관여로 구분하면 관여의 8가지 기본유형 가운데 ③시정의 요구, ④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑥지시, ⑦대집행이 권력적 관여에 해당한다고 하고 이러한 권력적 관여는 법령에 정해져 경우에 한해서 필요최소한도로 허용되어야 하고(동법 제245조의 3), 특히 자치사무에 대해서는 지방자치단체의 자주성·자립성이 존중되는 방향으로 행사되어야 한다고 한다.

또한 관여를 행사하는 시기에 따라 사전적 관여와 사후적 관여로 나누어서, 사전적 관여는 자치사무에 있어서는 ①조언 또는 권고, ②자료의 제출의 요구, ⑧협의를, 법정수탁사무에는 ④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑥지시, ⑧협의를 이에 해당한다고 한다. 原田尚彦, 『地方自治の法としくみ』, 学陽書房, 2003, 71면; 室井力·原野 翹編, 앞의 책, 296-297면 참조.

109) 稲葉 馨, “国と自治体との關係”, 佐藤英善編, 『新地方自治の思想』, 敬文堂, 2002, 125면.

1) 자치사무에 대한 관여의 기본유형

자치사무에 대한 관여는 상기의 관여의 기본유형 가운데 ①조언 또는 권고, ②자료의 제출의 요구, ③시정의 요구 및 ⑧협의 등이 있다¹¹⁰⁾.

① 조언·권고와 자료의 제출요구

각 대신이 자치사무에 관하여 법률에 근거한 사무의 운영 그 외의 사항에 대해 적절하다고 인정하는 조언·권고를 지방자치단체에 하거나, 당해 조언·권고를 하기 위해 또는 해당 사무의 적절한 처리에 관한 정보를 제공하기 위하여 필요한 자료의 제출을 지방자치단체에 요구할 수 있는 관여이다(지방자치법 제245조의 4).

조언 및 권고는 객관적으로 타당성이 있는 행위 또는 조치를 실시하도록 촉구하거나 또는 그것을 실시하기 위해서 필요한 사항을 제시하는 것으로서, 권고는 조언보다 강한 관여이기는 하지만 권고에 따라야 할 의무는 없고 존중할 의무를 지는 것에 불과하다.¹¹¹⁾

조언에는 법률을 소관하는 성청이 그 법령의 해석의 기준을 지방자치단체에 제시하는 것을 포함하는데 이 경우에는 사무를 처리하는데 있어서의 “위법 또는 현저하게 부당한 범위” 등에 관한 해석 등 법령을 집행하는데 통일될 필요가 있는 사항이 해당된다.

자료의 제출의 요구를 받은 지방자치단체는 그 요구에 응해서 자료를 제출하는 일반적인 존중의무는 지나 거기에 응하지 않는다고 해서 바로 위법이 되는 관여는 아니다.¹¹²⁾

110) 자치사무의 처리에 있어서는 국가는 가능한 한 기본유형 이외의 관여(지방자치법 제245조 3호)를 창설하지 않을 것과 일정한 예외를 제외하고는 ④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑥지시, ⑦대집행을 창설하지 않을 것을 규정하고 있다(동법 제245조의 3 제2, 4, 5, 6항).

111) 권고의 행정처분성을 부정한 일본의 판례의 해석으로 본다면 권고는 관계자의 권리의무에 법률상의 효과를 발생시키는 법적구속력이 없다고 해석된다.

最判1956年 10月 30日 民集 10卷 10号 1324면.

112) 山口英樹, “地方自治法に基づく関与等”, 園部逸夫他編, 『最新地方自治講座9 国と

그러나 자료의 제출을 요구받은 지방자치단체에는 일반적인 존중의무를 발생시키기 때문에 자료의 제출의 요구에는 합리적 이유가 필요하고 이의 증명은 국가 등 행정기관이 부담하게 된다.

② 시정의 요구

각 대신은 자치사무의 처리가 법령에 위반하고 있다고 인정할 때나 또는 현저하게 적정성을 결여하거나 또는 공익을 해치고 있다고 인정할 때(부작위에 의한 경우를 포함)는 그 위반의 시정 또는 개선을 위해 필요한 조치를 강구해야 한다는 취지의 시정조치의 요구를 지방자치단체에 할 수 있다(동법 제245조의 5). 기본적으로는 지방자치단체의 위법한 사무 처리는 주민의 의사를 반영해서 자주적으로 해결되어야 하지만 지방자치단체가 행정·재정에 관한 운영을 잘못하여 현저한 지장이 생길 때는 국가는 이것을 방치하지 않고 관여를 통해서 적정한 행재정 운영을 유지할 수 있도록 실효성이 있는 조치를 강구할 것이 필요하다.

시정의 요구를 자치사무의 처리가 법령에 위반하고 있는 경우 외에 현저하게 적정성을 결여하거나 또는 공익을 해치고 있다고 인정할 때도 할 수 있게 한 것은 적법성뿐만 아니라 합목적성의 보장을 위한 것에까지 시정의 요구를 가능하게 한다는 비판과 함께 이는 명백한 재량권남용이라고 해석될 여지가 있다고 한다.¹¹³⁾

시정의 요구를 받은 경우 지방자치단체는 시정의 요구에 따른 시정 또는 개선을 위한 구체적인 조치를 강구하지 않으면 안될 법률상의 의무는 있지만 이것이 자치사무에 대한 관여인 것을 고려해서 어떠한 방법과 내용으로 시정할 것인가는 지방자치단체의 재량에 맡기는 것으로 하고 있다¹¹⁴⁾.

地方及び地方公共団体相互の關係』, ぎょうせい, 2003, 41면.

113) 芝池義一, 앞의 논문, 81면.

114) 시정의 요구에 대해서는 지방분권일괄법안의 국회 심의과정에서 중의원에서 “자

③ 협의

국가의 계획과 지방자치단체의 계획과의 조화를 유지할 필요가 있는 경우와 같이 지방자치단체에 의한 사무의 처리에 있어서 미리 국가의 시책과 지방자치단체의 시책과의 조정이 필요한 경우에는 개별법 또는 이에 근거한 정령이 정하는 바에 따라 지방자치단체는 국가와 협의하여야 한다(동법 제245조의 3 제3항).

협의란 쌍방이 의사의 합치를 목표로 하여 성실하게 노력하는 것을 의미하는 것이지만 현실적으로 합의에 이르러야 하는 것은 아니다.¹¹⁵⁾

다만 사무의 성질상 쌍방의 의사의 합치가 특별히 필요로 하는 ① 자치사무의 처리에 관해서 국가의 세제·재정상의 특례 조치가 강구되는 계획을 책정하는 경우¹¹⁶⁾와 ②지방자치단체의 구역을 넘는 일정한 지역에 대한 총량적인 규제·관리를 실시하기 위하여 국가가 정하는 총량적인 기준을 기초로 하여 관계 지방자치단체가 계획을 책정하는 경우¹¹⁷⁾의 2가지 경우에는 위의 예외로서 “동의를 요하는 협의”라고 하는 합의에 가까운 협의를 의무화할 수 있다.

이 “동의를 요하는 협의”에 대해서는 일본의 도시계획법 제18조 제3항은 도도부현이 정하는 도시계획에서 국가의 이해에 중대한 관계가

자치사무에 대한 시정의 요구의 발동에 있어서는 지방자치단체의 자주성 및 자립성을 배려할 것”과 참의원에서 “자치사무에 대한 시정의 요구에 대해서는 지방자치단체의 자주성 및 자립성을 배려하여 당해 사무의 처리가 명확하게 공익을 침해하고 있는데도 불구하고 지방자치단체가 스스로 이것을 시정하지 않아서 그 결과 당해 지방자치단체의 운영이 혼란·정체하여 현저한 지장이 생기고 있는 경우 등에 한정적·억제적으로 이것을 발동할 것. 또한 시정 개선을 위한 구체적인 조치의 내용은 지방자치단체의 재량에 맡기는 것으로 하고 국가는 이 지방자치단체의 판단을 존중할 것”이라는 부대 결의가 있었다.

115) 小早川光郎, “国地方関係の新たなルール”, 西尾 勝編, 『地方分権と地方自治』, ぎょうせい, 1998, 109면.

116) 新産業都市建設基本計画 및 工業整備特別地域整備基本計画의 수립 등.

117) 公害防止計画, 湖沼水質保全計画의 수립 등.

있는 것에 대해서는 국가의 계획과의 조정의 관점에서 “국가와 협의하여 국가의 동의”를 얻어서 도도부현이 결정하도록 하고 있고, 동법 제19조 제3항은 시정촌이 도시계획을 결정할 때에는 도도부현 지사와 “협의하여 동의”를 얻은 후에 결정하는 것으로 하고 있다. 즉, 개정 전의 도시계획법에서는 기관위임사무였던 도시계획의 결정 등에는 상급기관의 인가 등이 필요하였으나 도시계획법의 개정에 의해서 도시계획법상의 도시계획결정 등이 자치사무로 됨으로써 종래의 인가제도는 폐지되고 협의·동의로 바뀐 것이다.

그러나 이러한 개정에도 불구하고 동의권자가 도시계획결정 등이 적절하지 않다고 판단했을 경우에는 동의를 하지 않을 수도 있는 것을 예정하고 있기 때문에¹¹⁸⁾ 최종적으로는 동의권자의 판단 여하에 따라서 도시계획의 결정이 유동적이라는 점에서는 종래의 허가·인가 및 승인이 협의 내지 동의라는 형식만 바뀌었을 뿐이라는 지적도 있다¹¹⁹⁾. 그러나 법적 의미에서의 관여의 정도에 관해서 본다면 동의는 쌍방이 협의를 통해서 합의점에 도달한다는 점에서 허가·인가 및 승인보다는 약한 관여라고 할 수 있다.¹²⁰⁾

④ 자치사무에 대한 국가의 직접집행을 통한 관여

지방자치단체의 자치사무와 동일한 내용의 사무를, 법령이 정하는 바에 의해 국가의 행정기관이 국가의 권한으로서 행사하는 것을 자치사무에 대한 국가의 직접집행 또는 병행권한의 행사라고도 한다. 이는 국가의 이해에 중대한 관계가 있는 건축물에 대한 건축확인 등의 조치(건축기준법 제17조 제7, 12항¹²¹⁾)나 국가의 이해에 중대한 관계

118) 建設省都市局都市計画課監修, 『地方分権後の改正都市計画法のポイント』, ぎょうせい, 2000, 21면.

119) 建設省都市局都市計画課監修, 앞의 책, 33면.

120) 宇賀克也, “関与等の一般ルール” 小早川光郎他編, 『あたらしい地方自治・地方分権』, ジュリスト増刊, 2000, 5, 76면.

121) 건축기준법 제17조 제1항 “국토교통대신은 도도부현 또는 시정촌의 건축주사의

가 있는 도시계획구역의 지정 및 도시계획의 결정 혹은 변경을 위한 조치(도시계획법 제24조 제4항122) 등의 규정에서 볼 수 있는데 이 “병행 권한의 행사”에 관한 사무는 지방자치단체의 자치사무와 동일한 내용의 사무이기 때문에 사전에 지방자치단체에 통지할 것을 의무 지우고 있다. 통지를 받은 지방자치단체는 국가의 권한 행사를 사전에 알 수 있는 것과 동시에 국가와 지방자치단체 사이에 권한 행사에 필요한 조정을 행할 수 있게 된다. “병행 권한의 행사”는 일반적으로 관여의 한 유형으로서 해석되지 않지만¹²³⁾ 국가의 권한 행사에 의해 지방자치단체의 권한 행사를 제약할 수도 있으므로 성질상 특히 필요한 사항에 한하여 법률로서 국민의 이익을 보호할 긴급한 필요가 경우에 한해서 엄격하게 행사되어야 한다.¹²⁴⁾

처분이 이 법률 혹은 이에 근거한 명령의 규정에 위반하거나 도도부현 또는 시정촌의 건축주사가 이들 규정에 근거한 처분을 해태하고 있는 경우에, 국가의 이해에 중대한 관계가 있는 건축물에 관해서 필요가 있다고 인정할 때에는 당해 도도부현지사 또는 시정촌장에 대해서 기한을 정해서 도도부현 또는 시정촌의 건축주사에 대하여 필요한 조치를 명할 것을 지시할 수 있다”

동조 제7항 “국토교통대신은 도도부현지사 혹은 시정촌장이 정당한 이유 없이 소정의 기한까지 제1항의 규정에 의한 지시에 따르지 않는 경우 또는 도도부현 혹은 시정촌의 건축주사가 정당한 이유 없이 소정의 기한까지 제1항의 규정에 의한 국토교통대신의 지시에 근거한 도도부현지사 혹은 시정촌장의 명령에 따르지 않은 경우에는 정당한 이유가 없는 것에 대해서 사회자본정비심의회의 확인을 얻은 후에 스스로 당해 지시와 관련한 필요한 조치를 행할 수 있다”

동조 제12항 생략.

122) 도시계획법 제24조 제1항 “국토교통대신은 국가의 이해에 중대한 관계가 있는 사항에 관하여 필요가 있다고 인정하는 때는 … 기한을 정해서 도시계획구역의 지정 또는 도시계획의 결정 혹은 그 변경을 위한 필요한 조치를 행하여야 할 것을 지시할 수 있다 … ”.

동조 제4항 “국토교통대신은 도도부현 또는 시정촌이 소정의 기한까지 정당한 이유 없이 제1항의 규정에 의해 지시된 조치를 행하지 않을 때는 정당한 이유가 없는 것에 대해서 사회자본정비심의회의 확인을 얻은 후에 스스로 해당조치를 행할 수 있다. … .”

123) 室井 力, 原野 翹編, 앞의 책, 293면.

124) 小早川光郎, 앞의 논문, 112면.

2) 법정수탁사무에 대한 관여의 기본유형

법정수탁사무에 대한 국가의 관여의 기본유형으로는 ①조언 또는 권고, ②자료의 제출의 요구, ④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑥지시, ⑦대집행, 그리고 ⑧협의를 등이 있다.¹²⁵⁾

① 허가·인가 또는 승인¹²⁶⁾

조언 또는 권고, 자료의 제출의 요구 및 협의는 자치사무의 범규정과 동일하고 자치사무에는 일반적으로 인정되지 않는 관여인 허가·인가 또는 승인을, 법정수탁사무의 처리에 있어서는 특히 필요가 있는 경우에 법률 또는 이에 근거한 정령이 정하는 바에 따라 이를 의무화할 수 있다.

② 지 시

법정수탁사무에 관한 법률을 소관하는 성청의 각 대신은, 법정수탁사무의 처리가 법령에 위반하고 있다고 인정할 때 또는 현저하게 적정성이 결여되고 또한 공익을 해하고 있다고 인정할 때(부작위에 의한 경우를 포함)는 그 위반의 시정 또는 개선을 위해 필요한 조치를 강구해야 한다는 취지의 지시를 지방자치단체에 할 수 있다고 규정하고 있는데 그 요건은 자치사무에 있어서의 시정의 요구와 같다.

각 대신은 법정수탁사무의 처리에 있어서 개별적인 행위에 대한 지시뿐만 아니라 법령의 해석 등에 대한 일반적인 지시도 할 수 있다. 이 일반적 지시는 내용적으로는 엄밀한 의미에서의 법령해석뿐만 아

125) 법정수탁사무의 처리에 있어서 국가는 가능한 한 기본유형 외의 관여(지방자치법 제245조 3호)는 창설하지 않도록 규정하고 있다(동법 제245조의 3 제2항).

126) 허가·인가 또는 승인은 법정수탁사무에 관한 국가의 관여이지만 자치사무에 있어서도 지방자치단체가 특별한 법률에 의해 법인을 설립하는 경우 등에 있어서는 국가의 행정기관 또는 도도부현의 기관의 허가, 인가 또는 승인을 필요로 하게 되는 경우가 있다.

나라 법령상 일의적으로 정해져 있지 않은 사항에 대한 이른바 재량 기준도 포함하고 있다고 한다.¹²⁷⁾

법정수탁사무에는 지시가 기본 유형으로서 인정되지만 지방자치법에 근거하는 시정의 지시는 사후적인 지시이고 사전의 지시나 시정의 지시 이외의 지시는 개별의 법률에서 정하여야 한다.

시정의 지시는 시정의 요구와는 달리 지시 받은 내용에 따른 시정 또는 개선을 하지 않으면 안 되는 의무가 생긴다는 의미에서 용어법상으로는 기관위임사무에 있어서의 명령에 가깝다고 하는 견해¹²⁸⁾가 있지만 지방자치법상으로는 명령과 지시는 내용적으로 다른 목적으로 사용되고 있다.¹²⁹⁾

③ 대집행

법정수탁사무에 관한 법률을 소관하는 각 대신은, 지방자치단체가 법정수탁사무를 위법하게 처리하거나 또는 각 대신의 처분에 위반하여 처리하고 있다고 인정하는 경우에, 그것을 시정하라는 취지의 권고 및 지시를 했는데도 불구하고 시정되지 않는 경우에 한해서 재판소 또는 제3의 기관에 시정해야 한다는 취지의 재판 또는 재정을 요구할 수 있다.

시정해야 한다는 취지의 재판 또는 재정에서 제시한 기한까지 지방자치단체가 시정하지 않는 경우에 각 대신이 해당 사항을 지방자치단체를 대신해서 행할 수 있는 관여가 바로 대집행이다.

127) 小早川光郎, 앞의 논문, 116면.

128) 芝池義一, 앞의 논문, 82면.

129) 기관위임사무를 전제로 하는 명령 또는 지휘와 법정수탁사무에 있어서의 지시는 양자 모두 상대방에 대하여 일정한 작위나 부작위의 의무를 과하는 점에서는 공통된 면이 있다. 그러나 명령이나 지휘는 통상 상급기관이 하급기관에 대해서, 또는 공무원의 직무에 관해 상사가 부하에 대해서 행하는 직무명령을 의미하는 경우에 사용되는 것에 대해서 지시는 반드시 하급기관에 대해서만 사용되는 것이 아니고 관계기관 또는 관계자에 대해서 행해지는 경우에도 사용되는 차이점이 있다.

地方自治制度研究会編, 앞의 책, 103면.

이 대집행은 기관위임사무의 직무집행명령제도를 계승한 것으로서 각 대신의 명령(지시)→강제(대집행)이라고 하는 종래의 기관위임사무 제도의 구조가 남아 있는 것이라고 한다.¹³⁰⁾

법정수탁사무는 본래 국가·도도부현이 완수해야 하는 사무를 지방자치단체가 처리하는 것이라는 점에서 지방자치단체의 사무 처리가 법령의 규정에 위반하고 있을 때나 사무 처리를 게을리 하고 있을 때는 대집행은 인정되어야 하는 것이지만 목적 달성을 위한 필요최소한도의 것으로 하는 것과 동시에 지방자치단체의 자주성 및 자립성을 배려하여야 한다.

대집행의 절차는 우선 ①권고에 의해 자주적 판단(처리)를 촉구하고, ②권고와 관련있는 사항을 행하지 않을 때는 문서로서 당해 사항을 행할 것을 지시할 수 있다.

이 지시를 행하지 않을 때는 각 대신은 행정사건소송법에서 규정하는 기관소송의 형태로 고등재판소에 대집행에 관한 소송을 제기할 수 있다. 고등재판소에서 각 대신이 승소한 경우 패소한 지방자치단체가 최고재판소에 상고할 수 있지만 지방자치법에 특별한 규정을 마련하여 상고에 의한 집행정지의 효력을 인정하지 않기 때문에 최고재판소에 상고 중이라도 각 대신은 대집행을 할 수 있는 것이다.

이 각 대신의 대집행권은 법정수탁사무의 최종적 시정수단으로 되어야 한다.

3) 법정수탁사무에 있어서의 처리기준

① 의 의

일반적으로 관여의 한 유형에는 해당하지 않지만, 각 대신이 법정수탁사무를 처리하는 도도부현에 대해서 따라야 할 처리기준을 제정할

130) 稻葉 馨, 앞의 논문, 134면.

수 있다. 법정수탁사무가 원래 국가가 완수해야 할 역할에 관계되는 사무로서 국가가 그 적절한 처리를 특히 확보할 필요가 있다고 인정하는 사무의 성격을 가지고 있기 때문에 국가의 각 대신은 소관하는 법령과 관련이 있는 법정수탁사무를 도도부현이 처리하는데 있어서 따라야 할 처리기준을 제정할 수 있도록 하고 있는 것이다(동법 제245조의 9).

② 처리기준의 형식

처리기준의 형식은 고시 등에 한정되지 않기 때문에 각 대신이 처리기준을 정해서 통지로서 각 지방자치단체에 제시할 수 있다. 종래의 기관위임사무에는 국가의 포괄적·일반적 지휘 감독권이 있어서 사무의 관리나 집행 전반에 대해 통달의 형식으로 그 일반적 기준을 정할 수도 있고, 또한 구체적인 사례에 있어서 개별의 지시도 할 수가 있었지만 법정수탁사무와 관련한 처리기준은 개개의 구체의 사례를 대상으로 그 사례마다 정하는 것은 아니고, 어디까지나 사무처리를 위한 일반적 기준만을 정할 수 있고 그 내용도 목적을 달성하기 위한 필요최소한도의 것이어야 한다(동법 제245조의 9 제5항).

구체적인 예로서는 법령의 해석기준, 허가·인가의 심사기준 등을 정하는 것이라고 한다¹³¹⁾. 기관위임사무의 폐지와 함께 지금까지의 기관위임사무에 관한 지휘 감독권의 행사로서의 통달은 없어졌다고 할 수 있지만 법정수탁사무의 처리기준의 형식이 특별히 정해져 있지 않기 때문에 실무적으로는 여전히 과거의 통달의 형식으로 정해진 규정들이 처리기준으로 형식을 달리해서 지방자치단체에 제시되는 경우도 있다고 한다.¹³²⁾

131) 山口英樹, 앞의 논문, 63면.

132) 하천법에 관한 통달에서는 66개의 통달의 전부 또는 일부가 법정수탁사무의 처리기준으로 되었다고 한다.

③ 처리기준의 효력

처리기준의 효력에 관해서는 기관위임사무에 있어서의 통달과 비교하여, 통달의 경우에는 원칙적으로 受命者에 대한 법적 구속력을 갖는 반면에 법정수탁사무에 대한 주무 대신의 처리기준은 사실상의 기준으로서 존중하여야 하지만 내용적으로 타당하지 않다고 생각되는 처분기준에 대해서는 지방자치단체는 다른 사무처리 방법을 택할 수도 있어서 처리기준의 법적 구속력은 부인된다고 보는 것이 법정수탁사무제도의 취지에 부합하는 해석이라고 하는 견해가 있다¹³³⁾.

그러나 처리기준의 내용이 특히 법령의 해석에 관계되는 경우에는, 지방자치단체가 이러한 처리기준을 따르지 않고 처리기준과 다른 해석에 의한 사무처리를 하면 법령위반으로 평가될 가능성도 있고 이 경우 각 대신은 사무처리기준에 따를 것을 지시하는 시정의 지시를 행사할 수도 있다¹³⁴⁾. 이 시정의 지시를 받은 지방자치단체는 지시 받은 내용

133) 文尚德, “日本の 地方自治事務一類型으로서의 『法定受託事務制度』에 관한 考察”, 『地方自治法研究』제3권 제2호, 2003. 12, 214면.

이 논문에서는 처리기준의 주체로서 주무대신이라는 용어를 사용하고 있는데 이는 아마도 지방자치법의 규정이 “각 대신은, … 소관하는 법률…”이라고 규정하고 있기 때문이 아닌까 생각된다. 그러나 개정 지방자치법에서는 주무대신이라는 용어를 사용하면 지방자치단체가 처리하는 사무의 수행에 있어서도 각 성의 대신이 권한을 가지고 있다는 오해를 불러일으킬 수 있고 또한 기관위임사무에 있어서의 주무대신을 상기시키는 표현이라는 이유로 인해, 자치사무는 물론 법정수탁사무에서도 주무대신을 각 대신이라는 용어로 개정하였기 때문에 법상의 용어로서는 주무대신이라는 용어는 사용되지 않는다. 또한 처리기준을 처분기준이라고도 표현하고 있는데 지방자치법은 처리기준(제245조의 9)으로 규정하고 있기 때문에 처분기준이라는 용어가 무엇을 의미하는지 모호한 느낌이 든다.

동 논문은 같은 면에서 법적 구속력의 유무에 따라 통달과 처리기준을 구별하는 견해를 소개하고 있는데(小早川光郎他編, 앞의 『あたらしい地方自治・地方分権』의 32면의 좌담회에서의 人見 剛의 발언), 人見교수는 통달에는 (법적 구속력이 아닌) 내부적 구속력이 있으나 처리기준에는 그러한 내부적 구속력도 없기 때문에 그만큼 기관위임사무가 존재할 때보다는 국가의 관여가 축소되었다고 하고 있어서 문상덕교수가 통달에 법적 구속력이 있는 것을 전제로 법적 구속력이 없는 처리기준과를 구별하는 것과는 차이가 있다고 하겠다.

134) 山口英樹, 앞의 논문, 61면.

에 따른 시정 또는 개선을 하지 않으면 안 되는 의무가 생기기 때문에 결국 법정수탁사무에 대한 처리기준은 법정수탁사무에 대한 법정 관여인 지시와 결합하여 사실상의 구속력을 가진다고 할 수 있다.¹³⁵⁾

이러한 사무처리기준이 너무 많고 엄격하면 법정수탁사무를 처리하는데 지방자치단체의 자주성을 발휘할 수 없게 되므로 지방자치단체의 자주적인 행정 운영을 할 수 있도록 처리기준을 최저한도로 할 것이 요구된다.

(5) 지방자치법을 직접 근거로 하는 관여

관여의 기본유형 가운데 ①조언 또는 권고, ②자료의 제출의 요구, ③시정의 요구, ⑥(시정의)지시, ⑦대집행은 각 대신이 직접 지방자치법의 규정에 근거하여 관여를 행할 수 있지만(동법 제245조의 4, 5, 7, 8), 각 대신이 이 이외의 관여(④동의, ⑤허가·인가 또는 승인, ⑧협의를)를 행하거나 각 대신 이외의 국가의 행정기관이 관여를 행할 경우에는 관여의 일반법으로서의 지방자치법의 근거만 가지고는 부족하고 개별법상의 근거가 필요하다.

4. 지방자치단체의 국정참가

(1) 제도의 의의

지방자치단체의 국정참가란 지방자치단체 및 그 연합 조직이, 전체 지방자치단체의 이해와 관련이 있는 국가의 법령의 제정·개폐, 개별 지방자치단체의 이해와 밀접하게 관련 있는 계획의 수립·실시, 국가의 일정한 행정정책 등을 수립하는 과정에 직접적으로 참가해서 그 의견을 말하는 등 국가의 입법·행정을 망라한 국가 정책의 결정 과정에 그 의사를 반영시키는 것을 말한다.

135) 同旨, 문상덕, 앞의 논문, 214면.

이러한 지방자치단체의 국정참가의 문제는 현대국가에 있어서 헌법상의 지방자치단체의 위치설정, 지방자치의 의의, 국가의 입법절차·행정절차의 정비 등의 기본문제를 포함하고 있는 것이지만 그 중 가장 중요한 의미는 역시 지방분권과 관련하여 위치 지우는 것이다. 즉, 지방자치단체의 국정참가는 국가와 지방자치단체의 관계를 수직·상하의 명령적 관계가 아니라 “대등한 지위에 있는 행정 주체간의 병립적 협력 관계”로서 파악하는 데 필연적으로 수반하는 것이라 할 수 있다.

국민의 전체 의사·전체 이익을 통합하는 국가와 주민의 부분 의사·부분 이익을 대표하는 지방자치단체의 사이에는 의사나 이익의 교류관계가 항상 원활하게 이루어져야 하기 때문에 부분 의사를 전체 의사에 적절하게 반영하는 방법으로서 지방자치단체의 국정참가가 필요하다고 하는 것이다.¹³⁶⁾

일본에서의 지방자치단체의 국정참가에의 논의는 이미 1970년대 후반부터 1980년대에 걸쳐서 형성된 지역주민의 자치의식의 향상을 배경으로 하여 국가-지방제도의 개혁을 도모하는 지방분권 개혁의 한 축으로서 논의되어 왔었다.

지방분권개혁을 통하여 국가와 지방자치단체의 관계를 상하·주종의 관계로부터 대등·협력의 관계로 하기 위해서는, 국가가 지방자치단체에 “관여”하는 것을 인정하는 만큼 동시에 지방자치단체가 국가의 정책결정에 “참가”하는 범위를 이와 병행적으로 확대하여야만 진정한 대등·협력관계의 정립이라고 할 수 있을 것이다.

물론 지방자치법이 아니고 개별법에서 국가가 지방자치단체의 의견을 청취한다든지 협의를 구한다든지 하는 국가의 계획수립에 있어서 지방자치단체가 자기의 의견을 말할 수 있는 제도가 마련되어 있지

136) 成田頼明, “地方公共団体の国政参加-国の立法過程への参加を中心として”, 『ジュリスト増刊総合特集』 29호, 227면.

않는 것은 아니나, 지방자치법상 지방자치단체가 국가의 입법이나 정책결정 과정에 제도적으로 참가할 수 있는 일반원칙으로서의 규정은 1993년에 지방자치법 제263조의 2(1999년 지방자치법 개정으로 제263조의 3으로 개정)에 지방자치단체의 장·의장의 전국적 연합조직(이른바 지방6단체)에 의한 의견제출이라는 조항이 규정됨으로써 제도적으로 정비가 되었다.

(2) 지방자치단체의 국정참가의 인정근거

지방자치단체의 국정참가가 요청되는 근거에 관한 대표적인 학설을 살펴보면, 먼저 일본 헌법의 해석 하에서 지방자치단체의 실제적 자치권을 근거로 하는 설¹³⁷⁾을 들 수 있다. 이 설은 국가계획이 지방자치단체의 계획을 일정 한도 구속하거나 또는 국가의 대규모 프로젝트가 지방자치단체 행정에 막대한 영향을 미치는 경우에는 자치영역에 대한 국가행정의 침해로서 지방자치단체에는 방어적 참가가 인정되고 또 지방자치단체의 사무의 국가집중이 행해지는 경우는 자치권에의 보상적 의미를 가지는 참가가 요청된다고 하고 있다. 이 경우의 국정 참가는 실제적 자치권의 절차적 보장의 의미를 가지는 것으로 해석되고 있다.

두 번째는 지방자치단체가 통치 주체로서 국가와 대등한 관계의 지위에 있는 것을 근거로 하는 설이다¹³⁸⁾. 지방자치단체가 독립한 지방자치제도의 주체이며 통치 주체로서도 국가와 대등하게 병렬적 지위에 서는 한편으로 국가의 행정은 지방자치단체와 그 지역 생활에 관한 행정의 총체라고도 할 수 있는 것이어서 이러한 경우에는 지방자치단체는 국가의 감독 규제를 받는 것만이 아니고 국정에 주체적으로 참가해 나가는 “국정참가주체”로서의 입장도 가진다고 한다.

137) 塩野 宏, 『国と地方公共団体』, 有斐閣, 2001, 19면 이하.

138) 兼子 仁, 『自治体法学』, 学陽書房, 1988, 32면 이하.

이러한 지방자치단체의 국정참여의 참가는 크게 2개의 부문으로 나눌 수 있다고 한다. 하나는 전체 지방자치단체의 대표 단체를 통한 국가의 입법에 참가하는 경우인데, 기관위임사무를 규정하고 있는 법령의 制·改正에 있어서는 기관위임사무가 국가사무이기는 하지만 그 처리는 실질적으로 지방자치단체의 장이 하기 때문에 이 경우에는 지방자치단체 측의 국정참여의 보장은 필수적인 것이라고 한다.¹³⁹⁾

또 하나는 지방자치단체가 이해관계를 가지는 국가의 행정 시책의 결정에 참가하는 경우인데, 이 경우에는 지역의 계획에 관하여 국가와 지방자치단체 사이의 통치 주체간의 조정을 위하여 주민생활의 이익을 대표하는 지역이익단체의 대표로서 지방자치단체의 행정절차적인 참가권이 보장될 수 있다는 점에서 그 의의가 인정된다고 한다.

(3) 지방자치단체의 참가의 유형

1) 개별법상의 참가 유형

국가의 계획 그 외의 행정 시책에 대해서는 비교적 일찍부터 지방자치단체의 참가권이 인정되고 있었다. 계획에 관한 것이라 함은 지방자치단체의 계획에 대한 상위계획으로서 지방자치단체의 계획을 실질적으로 구속하는 계획이 수립되는 경우, 국가의 대규모적인 사업계획의 수립·실시 또는 국가의 계획에 근거한 지역지정에 의해 그 입지로 되는 지방자치단체가 중대한 영향을 받는 것으로 되는 경우¹⁴⁰⁾ 등을 생각할 수 있다.

이러한 각각의 경우에 대응한 참가주체와 참가형태는 동일한 것은 아니지만 현행법상 지방자치단체의 국정참여 제도로서 인정되고 있는

139) 이 학설은 일본에서 1999년 지방분권일괄법에 따른 지방자치법 등의 개정으로 기관위임사무가 전부 폐지되기 이전에 주장된 것이었다.

140) 이 국가의 계획의 내용으로서 신간선, 신공항, 고속도로, 댐의 건설 등 국가의 대규모 프로젝트를 예로 들 수 있고 이러한 계획에 대해서는 계획 단계에서부터 관계 지방자치단체의 의향이 적절히 반영되도록 하는 수단으로서 지방자치단체의 참가가 확립되어야 한다는 것이다.

몇 개의 예를 들면 다음과 같다.

① 지방자치단체의 의견 청취·신청

자연환경보전법은 환경대신이 자연환경보전지역을 지정할 때 및 자연환경보전지역에 대한 보전계획의 案에 대해서 관계 지방자치단체의 장 등의 의견을 듣지 않으면 안 되는 것으로 하고 있다(동법 제22조 제3항). 또 대기오염방지법은 환경대신이 環境省令에서 산화물에 대한 배출 기준을 정하려고 할 때는 관계 도도부현 지사의 의견을 듣지 않으면 안 된다(동법 제3조 제5항)고 하여 행정입법(명령)의 제정 및 개정에 대한 참가 규정도 두고 있다. 그리고 소음규제법은 시장·촌장이 도로의 구조 그 외 자동차 소음 크기의 감소에 관한 사항에 관하여 도로 관리자 또는 관계 행정기관의 장에게 의견을 말할 수가 있다고 하여(동법 제17조 제3항), 시장·촌장의 의견의 제출을 인정하고 있다.

② 지방자치단체와 국가와의 협의

도시공원법은 국토교통대신이 “하나의 도도부현의 구역을 넘는 광역의 견지에서 설치하는 도시계획시설인 공원 또는 녹지인 도시공원을 설치해야 할 구역을 결정”하려고 할 때는 당해 도시공원이 존재하게 되는 도도부현과 협의해야 한다고 하고(동법 제23조 제5항), 자연공원법 제40조 제1항은 국가의 기관이 国定公園区域 내의 특별지역, 특별보호지구에 있어서 일정한 행위를 실시하는 경우는 미리 도도부현 지사와 협의하는 것으로 하고 있다.

위의 두 경우는 국가기관이 지방자치단체의 장과 협의하는 형식은 동일하지만 그 내용은 약간 다르다. 전자는 국가의 정책에 대한 지방자치단체의 전형적인 참가라고 할 수가 있지만, 후자의 경우는 같은 협의에서도 도도부현 지사의 허가를 필요로 하는 행위에 대해서, 도도부현 지사가 자신의 재량행위인 허가권을 행사하는데 있어서 허가의 상대방인 국가와 협의를 하도록 전제한 것으로서 이는 지방자치단

체에 대한 국가의 행위의 특례에 해당하여 오히려 지방자치단체의 장의 권한을 제한하는 기능을 하는 것으로서 전형적인 지방자치단체의 국정참가와와는 약간 취지가 다르다고 할 수 있다.

또한 자연공원법 제39조 제2항은 도도부현 지사가 국정공원의 특별지역 등을 확장하려고 할 때는 관계 행정기관의 장과 협의해야 한다고 하고 있지만 이 협의는 지방자치단체에 대한 국가의 관여라고 할 수 있다. 따라서 같은 법률(자연공원법 제39조 제2항, 제40조 제1항) 내의 협의에서도 성격이 다른 것이 있는 것이 된다.

③ 지방자치단체의 동의

자연환경보전법 제14조 제3항은 환경대신이 原生自然環境保全地域을 지정하려고 할 때에 당해 구역 내의 토지를 지방자치단체가 소유하는 경우는 당해 지방자치단체의 동의를 필요로 하는 것으로 하고 있다.

2) 사무론의 구분과 지방자치단체의 참가

국정참가의 주체로서의 지방자치단체는 국가의 기관으로서의 장은 아니고 지방자치단체의 대표자로서의 장 그 자체이다. 따라서 참가는 사무론과의 관련에서는 자치사무인 경우가 당연한 것이고, 기관위임사무가 폐지되기 전에는 기관위임사무에 있어서 지방자치단체의 국가에의 참가는 문제가 되지 않았다. 왜냐하면 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장은 주무대신의 지휘 감독을 받은 하급기관으로 취급되기 때문에 하급기관인 지사가 상급기관인 주무대신인 국가가 하는 행위에 의견 등을 개진하는 등의 참가를 하는 것은 모순이기 때문이다. 즉, 참가의 주체는 지방자치단체의 대표자인 장으로서의 지위가 아니면 참가의 의미가 없다.

그런데 이러한 기관위임사무에 있어서도 국가의 지방자치단체에 대한 관여와 유사한 유형의 지방자치단체의 국가에 대한 참가 규정을

가지는 것도 있었다. 예를 들면 법령에 의해 지방자치단체의 의견¹⁴¹⁾, 협의¹⁴²⁾, 동의¹⁴³⁾를 구해야 하는 경우가 그것이다. 이 경우에는 거꾸로 기관위임사무를 처리하는 지방자치단체의 장이 국가에 대해 이러한 협의와 동의 등을 쉽게 해주지 않음으로써 국가에 대한 저항의 카드로 활용하려고 하는 움직임도 있었다고 한다.

중전의 기관위임사무의 국정참가 규정에 대해서 참가의 주체가 법률상 “지사”라고 규정되어 있어도, 이 경우에 있어서의 지사가 반드시 국가의 하급기관으로서의 지사는 아니라고 하는 것은 지방분권추진위원회 권고에 의해서 정리된 바 있다.

지방분권개혁에 의해 기관위임사무가 폐지되면서 자치사무로 된 것에 대해서는 지방자치단체는 자치사무의 처리의 주체로서 이해관계를 가지기 때문에 자치사무에 대한 국가의 법령의 제·개정이나 계획의 수립결정과정에서 지방자치단체가 참가하는 것은 당연한 것이겠지만 국가의 직접집행사무나 법정수탁사무로 재구성된 것에 대해서는 이론적으로 자치사무의 경우에만 인정할 수 있는 지방자치단체의 국가에의 참가가 문제로 된다.

특히 기관위임사무 중 국가의 관여가 상대적으로 강하게 남아 있는 법정수탁사무로 된 사무에 대하여 여전히 국정참가규정을 두는 것은

141) ①自衛隊法の 손실보상 신청서에 의견서를 첨부하는 등의 사무(제105조)

②日本とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障條約に基づき日本にあるアメリカ合衆国の軍隊の水面の使用に伴う漁船の操業制限等に関する法律의 손실보상 신청서에 의견서를 첨부하는 등의 사무(제3조) 위 사무는 모두 도도부현의 자치사무로 되었다.

142) ①絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律의 국가의 기관 등으로부터의 협의, 통지수리(제54조)

②首都高速道路公団法の 지정구간 외의 일반국도의 관리자로서 국가가 정하는 기본계획에 관하여 협의하는 것(제30조)

③阪神高速道路公団法の 지정구간 외의 일반국도의 관리자로서 국가가 정하는 기본계획에 관해서 협의하는 것(제30조).

이 가운데 ①은 국가의 직접집행사무로, ②-③은 도도부현, 정령지정도시의 법정수탁사무로 되었다.

143) 本州四国連絡橋公団法の 지정구간 외의 일반국도의 관리자로서 국가가 정하는 기본계획에 대한 동의를 부여하는 것(제31조)은 법정수탁사무로 되었다.

문제가 있다고 하겠다.

(4) 관여와 참가

이상과 같이 법제도상의 다양한 지방자치단체의 국정참가가 인정되고 있는데, 이 밖에 비전형적인 형태로 사실상 국가의 기관으로부터 지방자치단체에 의견을 요구하거나 합의를 요구하거나 하는 예가 상당수 있고, 또한 국가의 심의회 등에 지방자치단체의 관계자가 위원으로서 참가하여 해당 안건에 대하여 지방자치단체의 의사를 전달하고 있는 경우도 상당수 있다고 한다.¹⁴⁴⁾

그러나 이들 의견청취, 신청, 협의, 동의를 각 제도는 지방자치단체의 참가의 방법이 소극적인 것, 범위가 한정되어 있는 것, 지방자치단체와 국가와의 사이의 회담의무가 보장되어 있지 않은 것 등이 그 문제점으로 지적되고 있다.

또한 지방자치단체의 국가의 심의회 등에서의 참가 제도도 마련되어 있지만 그 범위가 불충분하고, 심의회의 운영을 각 부처가 독점하고 있고, 법정 외의 사실상의 자문기관으로 되어 있는 점이 많아서 그 실익은 별로 없다고 할 수 있다.

그리고 이러한 지방자치단체의 국가의 의사결정 및 정책 과정에 참여하는 것을 규정하고 있는 제도 및 관행도 처음부터 지방자치단체의 국정참가라고 하는 명확한 문제의식 하에서 설치된 것은 아니기 때문에 일반적으로 형식적인 것에 그치는 경우가 많다.

또한 국가의 지방자치단체의 행정의 참가에 대해서는 “참가”가 아니고 “관여”라고 규정하고 있는 것과 국가·지방자치단체가 대등한 입장에서 실시하는 “협의” 또한 관여의 유형으로서 평가한 것 등은

144) 神奈川県自治総合研究センター国政参加研究会, 『国政参加□□制度の構想; 新たな国・自治体関係を求めて』, 1983, 9면·17면.

근본적으로 국가와 지방자치단체간의 불평등을 전제로 한 것이라는 것을 알 수 있다.

국가의 지방자치단체에의 관여의 수단으로서의 협의 및 동의는 국가의 지방자치단체에의 관여의 기본유형으로서 지방자치법에 그 규정이 있지만 반대로 국가가 지방자치단체에 협의를 구할 때와 이에 대한 지방자치단체의 동의에 관한 규정은 지방자치법에는 존재하지 않는다. 즉, 국가로부터 지방자치단체에의 관여로서의 협의에 대하여 불복이 있을 경우에는 國·地方係爭處理委員會의 심사의 대상이 되지만(지방자치법 제250조의 13 제3항) 국가가 지방자치단체에 협의를 요구해 올 때 지방자치단체의 의사를 표명하는 참가의 수단으로서의 협의에 관해서는 아무런 규정이 없는 것이다.

따라서 협의를 요구받은 지방자치단체가 그 의무를 완수하지 않는 경우 국가의 대항 수단은 존재하지 않게 된다. 즉, “지방자치단체→국가”에의 협의의 경우에는 국가가 그 의무를 완수하지 않을 우려가 있으므로 국가·지방계쟁처리 절차의 정비가 필요하게 되지만 “국가→지방자치단체”에 협의를 요구해왔을 경우에는 지방자치단체가 그 의무를 완수하지 않는 경우는 상정하지 않았기 때문에 계쟁처리 절차를 두지 않았다고 생각할 수도 있을 것이다.

국가의 지방자치단체에의 관여의 일반적 정의가 지방자치법에 마련되어 있는 것과 같이 지방자치단체의 국가에의 참가에 대한 일반적 규정은 지방자치법에는 마련되어 있지 않다. 그러나 특정 지역의 진흥계획 등을 규정하는 법령에는 국가로부터 관계 지방자치단체에의 의견 청취와 국가의 회답 의무를, 또 지방자치법 제263조의 3(145)

145) 제263조의 3 제1항 “도도부현지사 혹은 도도부현의회의 의장, 시장 혹은 시의회의 의장 또는 정촌장 혹은 정촌의회의 의장이 그 상호간의 연락을 긴밀히 하거나 공통의 문제를 협의하거나 처리하기 위해 각각의 전국적 연합조직을 만들 경우에는 당해 연합조직의 대표자는 그 뜻을 총무대신에게 신고하지 않으면 안 된다.”

에는 지방자치단체 등의 연합조직의 의견의 신청에 대한 국가의 회담의무(노력의무)를 각각 규정하고 있는데 이러한 지방자치단체에의 “의견 청취”와 지방자치단체의 “의견의 신청”이 모두 국가에 의한 회담의무를 수반하면서 입법화되었던 것은 획기적인 사항이라고 평가할 수 있다.¹⁴⁶⁾

5. 시사점

일반적으로 일본 헌법의 지방자치의 본질을 해석할 때는 국가와 지방자치단체의 관계에 대해서 원리적·이념적으로는 양자의 대등·병립·협력 관계가 법적으로 승인되어 있다고 할 수 있다.

그러나 사실상·법제도상으로는 양자의 관계는 지방자치단체에 대한 국가의 일방적인 관여라고 하는 형태로 운영되고 있는 것이 많다.

국가와 지방자치단체가 대등·협력의 관계를 이념으로 하여 지방자치단체의 자주성 및 자립성 존중의 원칙을 명기하고 있다고 하더라도 이것이 지방자치단체의 행정에 국가의 개입(관여)을 완전히 부정하는 것은 아니다. 법령의 근거에 의해 지방자치단체가 처리하는 사무의 적정한 처리를 확보하기 위해서는 국가의 관여는 필요하다. 그러나 이러한 관여를 어떻게 적절히 통제하여 지방자치단체의 자주성과 자립성을 지켜낼 지는 앞으로의 과제라 하겠다.

관여의 일반적·실질적 근거를 사무의 귀속론으로부터 통일적으로 파악한다면 자치사무, 법정수탁사무 모두 개별의 근거가 필요하겠지

제2항 “전항의 연합조직으로 동항의 규정에 의한 신고를 한 것은 지방자치에 영향을 미치게 하는 법률 혹은 정령 그 외의 사항에 관해서 총무대신을 경유해서 내각에 대하여 의견을 제출, 또는 국회에 의견서를 제출할 수 있다.”

제3항 “내각은 전항의 의견의 제출을 받은 경우에는 지체 없이 회답하도록 노력한다.”

146) 후자의 지방자치단체의 연합조직에 대한 회담노력의무는 지방자치법 제263조의 3에 규정되었지만 전자의 특정지역의 진흥계획 등에 관한 회담의무는 지방자치법에는 규정되지 않았고 개별법의 입법 가운데에서 배려되는 것에 머물렀다.

만 보다 엄격히 관여의 실질적 근거가 요구되는 것은 물론 자치사무이다.

또한 국가와 지방자치단체와의 대등·병립·협력 관계를 전제로 하면 관여는 지방자치단체에 대한 국가의 관여에 한정될 필요는 없고 동시에 국가에 대한 지방자치단체의 관여의 구조도 검토되지 않으면 안 된다.

따라서 관여의 바람직한 모습을 생각할 때는 국가와 지방자치단체와의 쌍방적 관여의 구조를 분석하는 작업이 불가결하다.

일본의 지방자치단체의 국가의 입법 내지 정책에 대한 참가에 대해서는 지방자치법 제263조의 3의 한 개의 조항과 몇 개의 개별법에서 규정하고 있는 것에 불과하여 진정한 국가와 지방자치단체의 대등·협력관계를 모색하기 위해서는 국가의 지방자치단체에 대한 관여의 법제도에 상응하는 정도의 지방자치단체의 국가에의 입법이나 정책에 대한 관여(참가)도 제도적으로 보완되어야 할 것이다.

이러한 검토 위에 한국의 지방자치법상의 국가와 지방자치단체와의 관계를 살펴보면, 한국의 현행 지방자치법은 국가와 지방자치단체와의 관계에 관하여 제9장에 “(지방자치단체에 대한)국가의 지도·감독”이라는 제목 하에 “시·도의 사무처리에 대한 국가의 지도·감독”(동법 제156조), “지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령”(제157조의 2), “지방자치단체의 자치사무에 대한 감사”(제158조) 등에 관한 조항을 규정하고 있다.

이는 일본이 이미 1952년에 국가와 지방자치단체와의 관계에 관한 국가의 원조·협력에 관한 규정을 정비하여 당시의 지방자치법 제10장의 제목을 “(지방자치단체에 대한)감독”에서 “국가와 보통지방자치단체와의 관계 및 보통지방자치단체 상호간의 관계”로 고쳐서 국가가 우월적인 지위에서 후견적인 감독을 할 수 있도록 한 것을 법문언적으로 정리한 것에 비하면 상당히 시대에 뒤쳐진 것을 알 수 있다.

그러나 지방분권개혁을 국정의 기본방향의 하나로 설정한 노무현 정부는 2003년 12월에 지방분권특별법을 제정하여 국가와 지방자치단체와의 관계의 재정립을 포함한 지방자치제도의 개혁을 추진하고 있다.

이 지방분권특별법에서 국가와 지방자치단체와의 관계의 재정립과 관련한 주요한 내용으로는 “사무배분의 원칙에 관한 규정”(동법 제4조)과 “국가와 지방자치단체의 협력체제 정립에 관한 규정”(동법 제16조)을 들 수 있다.

사무재배분에 관한 규정은 일본에서 1999년 지방분권추진일괄법에 의하여 기관위임사무를 전면적으로 폐지한 것과 같이 기관위임사무의 정리와 그에 따른 사무의 재편성을 위한 규정이라고 할 수 있는데, 이와 같이 국가가 상급기관으로서 우월적 지위에서 하급기관인 지방자치단체에 대하여 포괄적으로 지휘·명령하는 것이 가능한 기관위임사무가 폐지되면 그에 수반하여 국가와 지방자치단체와의 관계도 필연적으로 재조정되어야 할 것이다. 또한 동법 제16조의 국가와 지방자치단체의 협력체제의 정립에 관한 규정은 국가와 지방자치단체와의 관계의 기본적인 시각을 상호협력관계로 규정하고 있는 것과 함께 지방자치단체의 의견이 국정에 적극 반영될 수 있도록 관련제도를 정비할 것을 규정하고 있다(동 제1항).

이에 따라 큰 틀의 지방분권개혁에 수반하여 국가와 지방자치단체와의 관계를 지도·감독의 관계로 규정하고 있는 현행 지방자치법을 개정할 수 있는 근거가 마련되었다고 할 수 있다.

따라서 현 시점에서 일본의 국가와 지방자치단체와의 관여와 참가에 대한 법제도의 긍정적인 면과 부정적인 면을 일본의 지방자치법을 중심으로 검토하는 것은 지방분권개혁을 주제로 하여 기관위임사무의 폐지를 포함하여 국가와 지방자치단체와의 관계를 근본적으로 개혁하려고 하는 한국에 적지 않은 시사점을 부여할 수 있으리라고 생각한다.

제 4 장 사회양극화해소정책의 실현체계에 관한 법제개선방안

제 1 절 사회양극화해소정책의 실현체계에 관한 법제개선 기본방향

1. 정부간 역할과 책임 배분을 위한 사무배분기준의 정립

(1) 사무구분체계의 명확화

오늘날 지방정부는 국가의 공권력을 행사하는 권력기관으로서의 위상을 가지고 있다. 국가전체의 사무를 지방분권적인 관점에서 일부는 중앙정부가 처리하게 하고 다른 일부는 지방정부가 처리하게 하는 것이다.¹⁴⁷⁾

현실적으로 보면, 당해 사무를 처리하는 공무원은 그 사무가 자치사무인지 위임사무인지를 의식하지 않고 그냥 지방정부의 사무로 처리하는 것이 일반적이다. 나아가 주민의 입장에서조차 지방정부가 처리하는 업무가 자치사무인지 위임사무인지가 명확하지 않은 경우가 다수 존재한다. 주민의 입장에서 중요한 것은 생활문제를 해결하는 곳이 어디이고, 누가 처리하는 것이 효율적인지에 관한 것이다.

현행의 사무구분체계로는 주민의 생활욕구를 해결하고 중앙정부와 지방자치단체간의 역할분담을 적절하게 수행하기에 어려움이 존재하기 때문에 이에 대한 체계적이고 종합적인 재검토가 요청된다. 이를 위해서 우선 기관위임사무의 범위를 명확히 할 필요가 있다. 국가적 통일성을 견지하면서 지방자치단체가 처리하는 것이 효율적인 사무는

147) 이기우, “지방이양 추진활성화 방안”, 제3기 지방이양추진위원회 성과와 지방이양발전세미나, 2006.5.16, 29면-30면.

법령에 근거해서 자치사무로 이양되어야 하며, 사무처리과정에 있어서 지방자치단체의 장과 지방의회, 주민의 지방자치단체를 구성하는 각 주체간 협력과 참여의 기회가 보장되어야 할 것이다.

다음으로 현재 공동사무로 되어 있는 사무를 자치사무인지 기관위임사무인지 구분하여 각 주체간 책임의 범위를 명확히 해 둘 필요가 있다. 국가와 지방자치단체가 공동으로 사무를 수행할 필요가 존재하더라도 당해 사무의 성격을 명확히 해 둬으로써 그 책임의 범위를 명확히 해 두어야 한다.

(2) 사무배분에 있어서 차등이양의 원칙 적극 활용

중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률(이하 ‘지방이양촉진법’이라 칭함) 제18조는 “위원회는 제17조의 규정에 의한 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분의 대상을 확정함에 있어서는 각 지방자치단체의 규모와 능력 또는 사무의 개별적인 특성을 고려하여 지방자치단체간에 차등을 둘 수 있으며, 특정한 지방자치단체의 여건상 중앙행정권한을 이양 받을 수 없다고 판단되는 경우에는 그 지방자치단체를 제외하고 이양하도록 결정할 수 있다”고 하여 차등이양의 특례를 규정하고 있다.

그런데 실무적으로 거의 활용되지 못하고 있다.¹⁴⁸⁾ 예컨대 이양대상 사무가 특정지역에 주로 편재되어 있고 다른 지역에는 거의 집행사태가 없는 경우, 일부지역은 사무수행능력이 충분하고 수행의지도 있지만 다른 지역에서는 수행능력도 없고 의지도 없는 경우에 대개의 경우 지방이양을 부결시키는 경향이 있다. 이러한 경우에 행정수요가 많고 처리할 능력과 의지가 있는 지방자치단체에게만 그 사무를 이양

148) 지방자치법 시행령 제10조(인구 50만 이상 시의 사무의 특례) 제2항에 따른 시행령 별표 3에 인구 50만 이상의 시가 직접 처리할 수 있는 道の 사무의 예시가 있음에도 불구하고(20개 분야) 지방이양 확정사무 현황('06. 5. 10기준)에는 인구50만 이상 市로의 사무이양은 24건에 불과하다.

하게 함으로써 지방이양을 촉진하고 주민에 가까운 행정을 가능하도록 하는 것이 필요하다.

지방분권의 목적이 차등을 강화하여 다양성을 보장하고 지역특성에 부합하는 것에 있고, 그 위험도 전국적 범위에서 지역적인 범위로 축소하는데 있다면 전국적으로 지방이양을 하는 것보다는 보다 쉽게 접근을 할 수 있도록 해주어야 한다. ‘큰 지방이나 작은 지방이나, 원하거나 원하지 않거나, 능력이 있으나 없으나 무엇이든 모두다 똑같이’ 하려는 비분권적인 의식을 표현한 것이다.

2. 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독제도 개선

(1) 사전예방적 감독에서 사후관리적 감독으로 전환

국가의 지도·감독은 시점에 따라 사전예방적 감독과 사후관리적 감독으로 구분할 수 있다. 일반적으로 사후적 감독보다는 사전적 감독이 효과적이지만, 지방자치단체의 자율성을 확보하기 위해서는 사후적 감독이 바람직하다. 지방자치단체장에 대한 중앙정부의 감독은 부득이한 경우를 제외하고는 원칙적으로 사후적 감독에 한정함으로써 자치행정권을 최대한 보장할 필요가 있다.

이러한 사후적 감독수단에는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.

첫째는 사후조사권이다. 지방자치단체의 위법한 자치권행사에 대하여 중앙정부가 조사권을 행사함으로써 확인하는 것이다. 중앙행정기관은 지방자치단체에 대하여 문서의 제출, 구두보고를 요구할 수 있으며, 지방자치단체는 중앙행정기관의 조사권에 대하여 요구된 문서나 보고서를 제출할 의무가 있다. 그러나 이러한 조사권의 행사는 반드시 필요한 경우에만 허용될 수 있으며, 최소침해의 원칙에 구속되어야 한다. 따라서 조사권의 행사는 지방자치단체의 자율성을 침해하지 않는 범위에서 법률의 근거를 가지고 특정한 지방자치단체의 위법

행위에 대해서만 행사되어야 할 것이다.

둘째는 이의제기권이다. 중앙행정기관은 지방자치단체의 위법한 결정이나 처분에 대하여 이의를 제기하고 일정한 기간 안에 이를 시정하거나 취소하도록 권고할 수 있다. 이의제기의 대상은 지방자치단체의 위법한 적극적 행위이며, 이에 대한 최종적인 판단은 사법기관에 의하여 이루어져야 한다.

셋째는 직무이행명령권이다. 현행 지방자치법 제157조의2에 규정되어 있으나, 동 규정이 자의적으로 운용될 경우 자치권을 침해할 우려가 있다. 따라서 지방자치단체장이 상당한 범위 내에서 적법하게 사무를 수행하지 않고 다른 감독수단으로 적절하게 처리되지 않을 경우에 한해서 법원의 판결에 따라서 중앙행정기관의 장이 대리인을 통해서 직무를 집행할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(2) 권력적 감독에서 비권력적 감독으로 전환

국가의 지도·감독은 강제성 유무에 따라 권력적 감독과 비권력적 감독으로 구분할 수 있다. 현대에 있어서의 국가감독의 방법은 국가와 지방자치단체가 원칙적으로 대등·협력의 관계에 있다는 점을 전제로 하면, 권력적 감독수단은 제한되어야 하며 지원, 조언, 정보제공 등의 비권력적 감독수단으로 전환되어야 한다.¹⁴⁹⁾

현행 지방자치법 제9장의 ‘국가의 지도·감독’ 가운데 제155조의 “지방자치단체의 사무에 대한 지도 및 지원”을 제외하고, 제57조의 “위법·부당한 명령·처분의 시정권”이나 “지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령권(제157조의2)” 등이 이른바 권력적 감독수단에 속한다.

비권력적 감독은 장려적·유도적·조성적인 수단을 통해서 행정목적 달성을 위한 것을 의미한다. 예를 들어, 지원이나 조언, 조정 등과 같은 것을 의미한다.

149) 최유성의, 앞의 보고서, 190-191면

현행 지방자치법에서는 민주성 보다는 행정의 능률성을 강조하여 국가의 권력적 감독이 많은 부분을 차지하고 있다. 그러나 앞으로 지방자치가 정착됨에 따라 권력적 감독수단은 제한적으로만 허용되어야 할 것이며, 가능한 한 지도·조언과 같은 비권력적 수단으로 전환되어야 할 것이다.

(3) 합목적성 감독으로부터 합법성 감독으로 전환

국가의 감독은 그 개입근거에 따라 합법성 감독과 합목적성 감독으로 구분된다. 합법성 감독은 사무처리 기타 업무수행이 위법하게 이루어지는 것을 방지하는데 중점을 두는 감독이며, 일반적으로 법적 의무의 이행여부, 법적 권한의 남용 여부, 법적 절차의 준수여부, 재량권 남용여부 등이 감독의 주된 내용이 된다. 합목적성 감독은 부당하거나 비효율적으로 이루어지는 것을 방지하는데 중점을 두는 감독이다.

현행 지방자치법에서는 자치사무에 있어서는 위법한 경우에만, 위임사무의 경우에는 위법·부당한 경우 모두 감독권을 인정하고 있다. 그러나 위임사무도 지방자치단체가 수행하는 사무로 보았을 때 이를 구분하여 감독의 범위를 정할 필요는 없을 것으로 생각된다. 따라서 자치단체의 사무 일반에 대해서는 합법성 감독에 한정하고, 개별사무의 성질에 따라서 예외적인 경우에만 합목적성 감독이 허용될 수 있도록 하여야 한다.¹⁵⁰⁾

3. 지방자치단체의 국가 입법 및 정책결정과정 참여 확대

(1) 국가입법과정의 참여를 위한 기본전제

지방자치단체 또는 그 연합조직이 국가입법과정의 참여를 확대하기 위해서는 다음과 같은 기본전제에서 출발되어야 할 것이다.

¹⁵⁰⁾ 최유성의, 앞의 보고서, 192-193면 참조.

첫째, 지방자치단체 또는 그 연합조직에 대한 법령안과 정보의 적시 제공이다. 즉, 지방자치단체 또는 그 연합조직이 관할지역 또는 지방자치에 관련된 법령안을 충분히 검토하고 지방자치단체 상호간의 조정을 거쳐 합의할 수 있도록 필요한 정보가 사전에 전달되어야 할 것이다.

따라서 국회는 의원입법 가운데 지방자치 또는 지방자치단체의 사무에 관련된 법률안을 입안하여 제출하는 경우에는 이를 해당 지방자치단체 또는 그 연합조직에게 통지하도록 하고, 정부는 입법과정에서 지방자치단체 또는 그 연합조직의 의견을 충분히 반영하고, 그 의견서를 국회 제출시 첨부하도록 하여야 한다.

둘째, 지방자치단체 연합조직은 지방자치단체간 의견을 조율하고, 합의를 도출할 수 있어야 한다. 이원적 계층제를 취하고 있는 우리나라의 경우에는 각급 지방자치단체연합조직간에 의견을 달리할 수 있기 때문에 이 경우에는 각각 다른 의견을 제출할 수 있도록 할 필요가 있다.

셋째, 국회의 법률안 심의과정에 지방자치단체의 연합조직이 참가하여 진술할 수 있는 기회가 부여되어야 할 것이다.

넷째, 정부의 법령안에 대해서는 현재 이루어지고 있는 규제심사 등 입법심사과정에서 특정 지방자치단체 또는 지방자치에 영향을 미치는 사항에 관해서는 당해 지방자치단체 또는 지방자치단체의 연합조직이 의견을 제출할 수 있도록 제도적으로 보장하여야 한다.

예를 들어 주관부서의 장이 입법예고와 동시에 관련 지방자치단체 또는 지방자치단체 연합조직에게 이를 통지하고, 그 의견서를 법령안에 충분히 반영하도록 하는 등의 “(가칭)자치영향평가제도”를 도입할 필요가 있다.

(2) 정부정책결정과정에서의 참여를 위한 기본전제

정부의 정책결정과정에 지방자치단체가 참여하기 위해서는 우선 행정계획의 수립과정에서의 참여가 전제되어야 한다. 오늘날 현대행정이

계획화되고 있는 상황 속에서 국가계획에 대한 지방자치단체의 참여가 국가정책결정과정 참여의 핵심적 요소를 형성하고 있다고 할 수 있다. 그 이유는 지방자치단체는 지방자치 운영상 대규모 프로젝트를 포함하여 국가계획에 사실상 구속되고 영향을 받고 있기 때문이다. 즉 광역자치단체나 기초자치단체는 일정한 범위 안에서 종합계획이나 수립하고 이를 집행할 수 있으나 광역행정이 일반화되어 가는 추세이므로 국가계획과의 연계가 절실하다는 점에서 그 필요성은 더욱 증대되고 있다.

계획은 각 행정주체의 공동사무적 성격을 가지고 있다. 각 단계의 행정주체가 계획권을 가지고 있다는 것은 각각 자기완결적·폐쇄적·배타적·독선적인 계획을 수립하여 실시할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 국토나 지역의 개발이용에 관한 계획은 그 주체가 국가나 지방자치단체이므로 성질상 상호 무관할 수 없기 때문에 이러한 종류의 계획을 각 행정주체간에 명확한 형태로 배분한다는 것은 곤란한 문제이다. 다양한 계획주체간에 유기적인 관련성·정합성을 확보하고 자연스럽게 계획을 수립하고 집행하기 위해서는 행정주체간의 대등한 협력관계를 어떻게 형성할 것인가가 주요한 과제이다.

제 2 절 중앙정부와 지방자치단체간 사무배분을 위한 법제개선방안

1. 지방자치법의 개정방안

(1) 사무배분방식

중앙과 지방자치단체간 사무배분방식은 크게 개별적 지정주의와 포괄적 위임주의, 그리고 이를 절충한 예시적 포괄방식이 있다. 현행 지방자치법은 예시적 포괄주의를 취하고 있다.

① 개별적 지정방식

중앙과 지방자치단체의 사무배분방식으로서 개별적 지정방식이란 지방자치단체가 처리하여야 할 권한을 사무의 종류별 및 지방자치단체별로 개별적 법률에 의하여 배분되는 방식을 말한다.

이러한 개별적 지정방식은 장점으로는 ㉠지방자치단체의 사무배분이 법률에 의하여 지정되어 있으므로 사무배분이 명확하다는 점, ㉡사무배분이 지방자치단체별로 행정·재정능력에 따라 이루어지므로 지방자치단체의 특수성이 고려될 수 있다는 점, ㉢사무배분의 한계가 명확하여 사무의 중복 또는 중앙정부의 통제를 방지할 수 있다는 점, ㉣사무를 구체적으로 명시하여 개별적으로 배분하는 방식이기 때문에 자치사무의 영역이 좁아 보이지만 법률에 의하여 주어진 사무는 자기의 책임과 권한으로 행사할 수 있기 때문에 자치사무의 영역이 오히려 넓어진다는 점을 들 수 있다.

이에 반하여 단점으로는 ㉠수많은 개별법률의 양산으로 오히려 행정상의 혼란과 낭비를 초래할 수 있다는 점, ㉡법률의 개정과 제정에 따라 수시로 사무가 변경되어 일관성을 상실할 우려가 있다는 점, ㉢법의 제정·개정이 정치적 쟁점화하여 장기화되면 시의성 있는 사무처리를 할 수 없다는 점을 들 수 있다.

② 포괄적 배분방식

이 방식은 특별히 법률이 금지한 사항이나 중앙정부가 반드시 처리해야 할 사항을 제외하고는 지방자치단체는 그 주민의 이익을 위하여 어떠한 사무라도 처리할 수 있도록 헌법이나 법률에 일괄적으로 권한을 부여하는 것을 의미한다. 즉 법률에서 특별히 금지된 사항이나 국가 또는 다른 지방자치단체에 배타적으로 부여된 행정사무 이외에는 모든 사무를 수행할 수 있도록 포괄적으로 규정하는 방식이다.

이러한 방식의 장점은 ㉠지방자치단체의 행정수행에 신축성을 부여하여 자치단체로 하여금 그 행정수요와 재정력에 적합한 행정을 수행할 수 있으며, ㉡사무배분에 관한 몇 개의 일반적 조항을 규정하면 되는 간단한 방식이라는 점을 들 수 있다.

단점으로는 ㉢중앙정부와 지방자치단체가 각각 처리해야할 사무가 명확하지 않고, ㉣중앙정부와 지방자치단체간 사무의 중복으로 중앙정부의 과도한 개입이 우려되며, ㉤지방자치단체의 권한으로 규정해야 할 사항을 중앙정부의 권한으로 규정함으로써 지방자치단체의 자치권을 침해할 가능성이 있다는 점을 들 수 있다. ㉥마지막으로 자치사무의 범위가 축소될 가능성이 높다는 점이다.

③ 절충방식

앞에서 설명한 개별지정방식과 포괄적 위임방식을 절충한 방식으로 우리나라와 일본의 지방자치법상 사무배분방식이다. 즉, 지방자치에 관한 일반법인 지방자치법에 국가사무와 지방자치단체의 사무를 예시하고, 포괄적으로 사무를 배분함으로써 행정의 편의를 도모하려는 방식을 말한다. 이러한 예시적 포괄방식은 개별적 지정방식과 포괄적 위임방식의 장점을 각각 살리면서 각각의 단점을 보완하기 위한 방식이다. 그러나 이 방식에 의하여 예시된 사무도 단순히 예시된 것에 불과하기 때문에 그 밖의 사무의 경우 개별법령의 규정에 의하여 규율된다.

④ 개정방안

어떠한 사무배분의 입법방식을 선택할 것이냐는 그 나라의 법령체계, 분권화의 정도, 정치·행정문화 등에 따라 달라질 수 있다. 우리나라는 오랜 중앙집권적 행정체제와 지방자치실시 경험부족, 기존의 법령체계 등을 고려할 때 현행 지방자치법의 예시적 포괄주의를 유지하되, 좀 더 구체적으로 법률에 자치단체의 종류별로 예시하는 방식을 채택하여야 한다.

(2) 사무배분의 원칙

사무배분의 원칙으로는 다음의 기초자치단체 우선의 원칙, 행정책임 명확화의 원칙, 행정능률과 경제성의 원칙, 행정수요 적합의 원칙, 경비의 완전보상의 원칙 등을 명확히 규정해 둘 필요가 있다.

① 기초자치단체 우선의 원칙

개개의 사무를 중앙과 지방자치단체에 배분하는데 있어서 우선 모든 사무를 주민에게 가장 가까운 기초자치단체에 배분하여야 한다. 지방자치행정을 위한 기본적인 사무는 먼저 기초자치단체에 배분하고 기초자치단체별로 담당처리하는 것이 합리적이지 못한 것은 광역자치단체에 배분하고, 지방자치단체에서 수행하는 것이 효율적이지 못한 경우에만 중앙정부가 이를 수행하도록 하여야 한다. 또한 사무가 경합되는 경우에는 기초자치단체에서 우선적으로 처리하도록 하여야 한다.

② 행정책임 명확화의 원칙

특정한 하나의 사무는 중앙정부나 지방자치단체 어느 하나에 전속적으로 배분하여야 한다. 또한 특정사무를 특정계층에 배분하면 그 정부단위에서 전권을 가지고 그 사무처리를 할 수 있어야 한다. 그리고 사무처리에 필요한 경비부담관계를 명확히 하여야 한다. 이 원칙은 한종류의 사무를 한 계층에만 부여하여 각 계층별 전문화를 도모하여 책임의 소재를 명확히 하여야 한다. 이 경우 하나의 사무라 함은 특정한 사무를 자기완결적으로 처리할 수 있는 사무 전체를 의미한다.

③ 행정능률과 경제성의 원칙

특정의 사무를 배분하는 경우에 사무수행에 필요한 경비, 관리상의 능률성 제고, 서비스 향상 등 편익을 고려하여 가장 효율적으로 처리

할 수 있는 단계의 행정계층에 할당하여야 한다.

특정사무의 비용과 편익을 포함할 수 있는 정부에 사무를 배분함으로써 외부경제, 혹은 외부불경제의 발생으로 인한 경제적 비효율을 제거하여야 할 수 있어야 한다.

④ 행정수요적합의 원칙

특정의 정부가 그 지역의 행정에 대한 주민의 수요에 대응한 행정서비스를 공급할 수 있도록 지역의 행정수요에 적합하도록 지역의 특수성을 고려하여 배분하여야 한다. 도시와 농촌, 대도시와 중소도시 등 지역의 특수성에 따라 수행하여야 할 사무의 내용이 다르기 때문에 특정의 지역의 행정수요에 적합한 행정을 수행하여야 할 책임을 가지는 지방자치단체가 그 행정수요에 적절하게 대응할 수 있도록 사무가 배분되어야 한다.

⑤ 경비의 완전보상원칙

사무를 배분하는 경우 배분된 사무를 원활히 수행할 수 있도록 그 사무처리에 필요한 경비를 연계하여 배분하여야 한다. 어떠한 사무배분도 배분받는 지방자치단체에게 새로운 경비부담을 시켜서는 안되며, 모든 사무의 배분은 그에 상응하는 재원을 연계시켜 배분해야 한다.

(3) 사무배분의 기준

사무배분의 기준으로서의 영향의 범위, 사무의 성격, 사무수행의 용이성·경제성, 업무수행능력 등 네 가지 기준에 의하여 특정한 사무가 국가사무인지 지방자치단체의 사무인지를 판단한다.

다만 제1차적으로는 영향의 범위에 의하여 판단하고, 이것에 의하여 판단하기 곤란한 사무는 제2차적으로 사무수행의 용이성·경제성에

의하여 판단하고, 제3차적으로 사무의 성격에 의하여 판단하고, 마지막으로 업무수행능력에 의하여 판단하도록 한다.

① 영향의 범위

중앙정부와 지방자치단체간 사무배분에 있어서 일차적으로 고려해야 할 기준은 그 사무가 미치는 영향의 범위이다. 특정한 사무로 인한 영향이 특정 자치단체에 한정되는가 아니면 전국적으로 영향을 미치는가에 따라서 배분한다.

② 사무수행의 용이성·경제성

국가 전체적인 측면에서 볼 때 특정한 사무를 수행하는 경우 중앙정부 또는 지방자치단체 어느 쪽에서 처리하는 것이 경비절약, 능률성의 제고, 주민의 편의, 행정상의 편의를 도모할 수 있는가 라고 하는 사무수행의 용이성을 기준으로 사무를 배분하여야 한다.

③ 업무수행능력

특정한 사무를 효과적으로 처리하기 위해서는 그 사무를 처리할 수 있는 능력을 갖춘 행정단위에서 그 사무를 처리해야 한다. 이 기준은 특히 기초자치단체 우선의 원칙에 의하여 지방자치단체의 사무를 우선적으로 배분할 때 고려할 기준으로 이러한 사무처리능력의 기준은 첫째, 사무를 원활히 수행할 수 있을 정도로 지방공무원의 전문적 능력 둘째, 그 사무처리에 소요되는 경비를 충당할 수 있는 재원의 정도 셋째, 사무수행에 인력·예산 등 추가지원의 필요 여부 등에 의하여 판단한다.

이처럼 업무수행능력을 고려하여 사무를 배분하게 되지만 그러나 지방자치단체의 존립이나 주민의 복리증진과 관련된 사무로서 그 사무의 속성상 자치사무는 지방자치단체의 고유한 기능으로 보고 만약

어떤 자치단체가 그러한 사무를 담당할 능력이 없다고 하여 국가사무로 해서는 아니된다. 즉 이상의 기준에 의하여 사무의 속성상 자치사무는 자치단체의 능력을 고려하지 말고 단지 중앙정부는 그 사무처리에 필요한 능력보완을 위한 조치를 취하여야 한다.

(4) 지방자치단체의 사무범위

지방자치단체는 지방자치단체의 존립목적인 주민의 복리증진에 필요한 모든 사무를 처리하되, 광역자치단체인 시·도는 광역적 사무, 조정적 사무, 보완적 사무를 처리한다.

① 광역자치단체의 사무

광역자치단체는 기초자치단체와의 관계에서 광역적 사무, 조정적 사무, 보완적 사무를 처리한다.

첫째 광역적 사무란 행정처리의 결과가 하나의 시·군·구를 넘어서 여러 개의 시·군·구에 미치기 때문에 광역자치단체가 처리하기에 적합하고 개개의 시·군 및 자치구가 처리하기에 부적합한 사무를 처리한다. 이와 같은 사무는 사회·경제권역의 확대, 행정서비스의 균질화, 균형 있는 지역개발과 계획행정, 행정에 있어서의 경제성의 요청, 자치성과 능률성의 조화 필요성에 의하여 발생하게 된다.

둘째, 조정적 사무란 중앙정부와 기초자치단체간의 의사소통을 원활히 하고 기초자치단체간의 갈등을 해소하며, 행정·재정의 불균형을 시정하기 위한 사무를 말한다. 이러한 지방자치단체간의 조정사무는 합리적인 의사결정, 정책의 효과적인 집행, 국가 행정의 통일성 확보 등의 기능을 수행한다.

셋째, 보완적 사무란 원래 기초자치단체인 시·군 및 자치구의 사무이지만 ㉠기초자치단체의 행정·재정능력을 초과하는 것으로 개별적인

시·군 및 자치구에서 처리할 수 없거나, ㉠처리하는 것이 비효율적인 것이 되거나, ㉡지방자치단체간의 상호협력체제하에서 상호협력에 의하여 처리할 수 없는 사무 등을 광역자치단체에서 처리한다.

② 기초자치단체의 사무

주민의 생활에 가장 밀접한 행정단위인 기초자치단체는 지방자치단체가 수행하여야 할 사무 가운데 광역자치단체가 수행할 광역적 사무, 조정적 사무 및 보완적 사무를 제외한 지역주민의 복리증진을 위한 사무를 관장한다. 즉, 지방자치단체의 자치사무는 관할구역의 모든 사무로 보며, 기관위임사무의 경우에는 법률의 규정에 의하여 그 위임의 범위와 책임, 경비부담 등을 명확하게 규정하도록 한다.

③ 공동사무

중앙정부와 지방자치단체간, 또는 광역자치단체와 기초자치단체간 공동사무의 개념을 명확히 정립하여야 한다. 사회의 다양성을 고려하여 각급 행정주체가 공동으로 처리해야 하는 사무가 증대하는 것을 불가피하다. 이러한 공동사무의 경우에는 그 근거가 되는 법률에서 각 주체별로 역할과 책임을 명확히 하여 사전에 갈등의 원인을 제거해 둘 필요가 있다.

불필요한 공동사무는 사무의 성격에 따라 중앙정부 또는 지방자치단체로 이관하고, 토지이용규제, 공해대책, 소비자보호, 환경보전, 지역개발계획, 사회복지 등의 사무는 중앙정부와 지방정부가 공동책임과 권한 아래 공동사무로 처리하도록 하되 그 책임과 경비부담에 관해서는 중앙정부와 지방자치단체간의 사전협의를 통해 확정되어야 할 것이다.

2. 개별법령의 사무배분체계의 개선방안

중앙정부와 지방자치단체간 사무의 배분은 지방자치법 이외의 다른 법령에 의해서 이루어지는 경우가 일반적이다. 지방자치법 제9조에서는 제1항에서 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다”고 하고, 제1항 단서에서는 “다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 하여 다른 법령에 의하여 특정한 사무를 지방자치단체의 사무로 할 수 있도록 하고 있다. 즉, 지방자치에 관한 일반법인 지방자치법에 우선하여 다른 법령에서 중앙정부와 지방자치단체간 사무를 배분할 수 있도록 함으로써 지방자치법 제9조의 예시적 사무가 유명무실하게 될 가능성이 내포되어 있는 것이다.

이렇게 개별법령에서 중앙정부와 지방자치단체간 사무를 배분함에 있어서는 지방자치법의 사무배분의 원칙이나 경비부담의 원칙 등이 적용되어야 할 것이다. 즉, 지방자치에 관련된 법령을 제정하거나 개정할 때에는 지방자치법의 사무배분원칙을 고려하도록 하여야 한다. 따라서 중앙행정기관에서 지방자치에 관련된 법률의 제정·개정시에는 지방자치를 지원하는 행정자치부와 지방자치단체의 연합조직에 그 의견을 묻도록 하고, 협의하도록 하는 제도적 장치를 마련해 두는 것이 요청된다.

3. 특별법의 제정방안

(1) 사무배분에 관한 특별법 제정의 기본방향

중앙정부과 지방자치단체간의 사무배분에 관한 특별법을 제정함으로써 사무구분의 명확화, 사무배분의 실효성확보, 합리적인 사무배분,

정부간의 협력체계 구축을 기대할 수 있다. 법률 제정의 기본방향은 다음과 같다.

첫째, 사무구분을 명확히 한다. 사무배분과 관련하여 현재 제기되고 있는 문제점들은 결국 특정 사무가 어떤 종류의 사무에 속하는지를 명확히 구분할 수 없다는데 있기 때문에 입법상으로 사무구분을 명확히 하도록 한다.

둘째, 사무배분의 합리성이 확보되도록 지방자치단체가 참여하는 중앙·지방 사무조정위원회를 설치하고, 이를 통해서 지역적 특성, 자치단체의 규모, 업무수행능력 등에 적합한 사무가 적정하게 배분되도록 한다.

셋째, 사무배분의 실효성이 확보되도록 시행중인 사무를 포함하여 사회, 경제적 여건에 맞게 이를 재조정할 수 있는 근거를 마련하여야 한다.

(2) 특별법의 내용

이 법률에 포함될 내용은 첫째, 앞에서 제시한 지방자치법 개정안에 포함될 내용과 사무배분에 관한 합리화를 위하여 중앙정부와 지방자치단체간의 사무배분을 소관하는 상설위원회를 설치하고, 지방자치단체의 규모와 능력을 고려해서 차등배분하는 조항을 포함한다.

둘째, 중앙정부와 지방자치단체간의 사무배분을 합리화하고 객관화하기 위하여 이해관계자와 그 분야의 전문적 지식을 가지고 있는 전문가 등이 사무배분의 원칙과 기준에 의하여 심의·의결하기 위한 국가와 지방자치단체간 사무배분 조정위원회를 국무총리 소속하에 설치한다.

셋째, 동일한 광역자치단체인 특별시, 광역시와 도 사이의 사무배분에 있어서 자치단체의 규모와 능력, 그리고 지역적 특성에 따라 차등배분할 수 있도록 하고, 동일한 기초자치단체인 시·군에 있어서도 인구규모 등 경제문화, 지리적 특수성을 고려하여 차등배분할 수 있도록 한다.

제 3 절 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감독법제 개선방안

1. 취소·정지규정의 개선

(1) 취소·정지처분에 대한 규정의 개정

현행 지방자치법 제157조 제1항에서는 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 …이를 취소하거나 정지할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 동조에 따르면 중앙정부나 광역자치단체는 합법성 감독뿐만 아니라 합목적성 감독까지도 할 수 있게 되어 있으나, 어떠한 행정결정이나 처분이 현저히 부당한 것인지, 공익을 해하는 것인지 그 해석기준이 모호하기 때문에 주무부장관이나 광역자치단체의 장이 이를 자의적으로 판단할 경우에는 자치권을 침해할 우려가 있다.

또 동조 단서에서는 “자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다”고 하여 합법성 통제만을 인정하고 있으나 자치사무이든 위임사무이든 자치단체의 사무처리에 대해서는 법령에 위반되는 경우에만 취소 또는 정지할 수 있도록 규정을 개정할 필요가 있다.

(2) 취소·정지처분에 대한 제소규정(제157조 제2항)의 개정

현행 지방자치법 제157조 제1항에서는 위법 또는 부당한 명령이나 처분에 대한 주무부장관 또는 시·도지사의 취소·정지권“을 규정하고 같은 조 제2항에서는 “지방자치단체의 장은 제1항의 규정에 의한 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내

에 대법원에 소를 제기할 수 있다”고 하여 지방자치단체의 장의 제소권을 인정하고 있다.

그러나 이 규정방식은 지방자치단체의 장의 명령이나 처분의 위법·부당성을 제1차적으로 중앙정부가 행하도록 하고, 이에 대한 불복이 있을 경우에 지방자치단체의 장이 사법기관에 그 구제를 요청할 수 있도록 하는 구조를 취하고 있다는 문제가 있다. 즉, 위법·부당함을 주장하는 자가 사법기관에 그 취소 또는 정지를 구하는 것이 일반적인 사법절차라고 한다면, 동 조의 규정방식은 주객이 전도되어 있다고 할 수 있다.¹⁵¹⁾ 따라서 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 주무부장관 또는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 권고하도록 하고, 지방자치단체의 장이 정해진 기간 내에 시정하지 아니할 때에는 법원에 그 명령이나 처분의 취소 또는 정지를 구하는 소를 제기하도록 개정할 필요가 있다.¹⁵²⁾

2. 직무이행명령제도의 개선

(1) 직무이행명령에 대한 규정(제157조의2 제1항)의 개정

지방자치법 제157조의2에서는 “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

151) 일본에서는 지방자치단체의 장이 자치사무는 물론 기관위임사무의 처리에 관한 법적 의무를 이행하지 않거나 법을 위반하고 있다고 판단할 때에는 중앙정부가 고등법원에 소를 제기하여 그 판결에 의하지 않는 한 단체장에게 어떤 조치도 취할 수 없도록 하고 있다.

152) 정세욱, “중앙과 지방과의 관계”, 『지방자치연구』 제1권 제1호, 1989.12, 91면 ; 김철용, “지방자치단체에 대한 국가의 관여”, 『공법연구』 제18집, 1990, 88면

정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다”고 규정하고 있다. 동조에서 규정하고 있는 직무이행명령제도는 국가위임사무나 시·도 위임사무의 관리·집행에 한정된 것이나 위임사무와 자치사무를 명확히 구별할 수 없는 현실에 비추어 자칫 지방자치단체의 사무집행에 대한 강력한 통제수단이 될 수 있다.

이러한 직무이행명령제도는 본래 중앙정부나 시·도 지사가 집행하여야 할 사무를 지방자치단체가 처리하는 것으로 지방자치단체의 사무처리가 법령상 의무를 해태하고 있을 때에는 발동되는 것으로 지방자치단체의 자주성과 자립성에 배려하여 필요최소한에 그쳐야 할 것이다.

또한, 직무이행명령의 대상이 되는 국가위임사무나 시·도위임사무의 범위에 관해서 단체위임사무를 포함하는 것으로 보는 견해가 있으나 이는 지방자치단체의 민주적 의사결정구조를 부정하는 것으로 지방자치권을 과도하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다고 생각된다.

그리고 자치사무의 부작위에 대한 중앙정부의 감독수단이 존재하지 않는다는 견해도 존재하나, 자치사무에 대한 국가의 관여규정은 지방자치의 본질에 비추어 당연히 배제되는 것으로 보는 것이 타당하다.

(2) 행정대집행에 대한 규정(제157조의2 제2항)의 개정

제157조의2 제2항 및 제3항에 의한 직무이행명령에 대한 소송에 있어서도 다음과 같은 문제가 있다. 첫째로는 직무이행명령의 근거규정인 제1항의 규정이 주무부장관 또는 시·도지사에게 지방자치단체의 사무에 속하는 위임사무의 관리·집행의 해태여부에 대한 일차적인 판단권을 부여한데 그치지 아니하고 그 불이행시 대집행권을 부여한 것은 그것이 남용될 경우 지방자치단체의 자율적 영역까지 침해할 우려가 있다는 것이다.

둘째로는 대집행비용의 부담주체에 관한 것이다. 즉 현행 지방자치법 제157조의2 제2항에서는 “...주무부장관 또는 시·도지사는 ...당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 지방자치단체장이 국가사무인 기관위임사무를 이행하지 않은 데 대하여 주무부장관이 대집행하면서 그 비용을 지방자치단체의 부담으로 전가시키는 것은 과도한 통제하고 할 수 있다. 기관위임사무는 업무의 성격이 중앙정부나 시·도의 사무이지만 집행상 편의를 위하여 지방자치단체에게 위임해서 처리하는 것이므로 대집행의 경우에도 그 처리비용은 당연히 그것을 위임한 중앙정부나 시·도가 부담하여야 할 것이다.

(3) 직무이행명령에 대한 제소규정(제157조의2 제3항)의 개정

현행 규정과 같이 주무부장관 또는 시·도지사에게 일방적으로 직무이행명령과 대집행을 할 수 있게 해놓고 당해 지방자치단체에게 이의가 있을 때에 비로소 대법원에 소를 제기하도록 하는 것은 지방자치단체의 의무불이행을 주장하는 측이 그 직무이행을 관철하기 위하여 의무이행의 소를 법원에 제기하도록 하는 통상의 사법절차를 역전시킨 것으로 감독관청의 우월적 지위를 확보해 줌으로써 지방자치단체의 자치권을 훼손시킬 우려가 있다.

따라서 제157조의2의 규정에 의한 직무이행명령에 대해서는 그 불이행시 주무부장관 또는 시·도지사에게 바로 대집행권을 부여할 것이 아니라 직무이행을 구하는 소송을 제기하도록 하고 그 판결에 따라 대집행을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

3. 자치사무에 대한 감사규정의 개선

지방자치법 제158조에서는 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 보고를 받거나 서류, 장부 또는 회계를 감

사할 수 있으며, 특히 감사는 법령위반사항에 한하여 실시할 수 있다.

그러나 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 당해 지방자치단체를 구성하는 자치단체장과 지방의회, 주민이 스스로 결정하고 책임지는 것이 지방자치의 본질에 적합하며, 중앙정부의 감사권은 법률의 근거에 따라 법령위반사항에 한정해서 제한적으로 이루어지는 것이 바람직할 것이다. 물론 이를 위해서는 지방자치단체 내부의 감사기능을 강화하는 것이 전제되어야 할 것이다. 또한 감사권이 발동되는 경우에도 비례의 원칙에 적합하도록 하고, 지방자치단체의 사무집행에 현저하고 명백한 위법사항이 있는 경우에만 허용되어야 할 것으로 생각된다.

4. 지방의회 의결의 재의 요구에 대한 규정 개선

지방자치법 제159조 제1항에서는 지방의회의 의결이 법령에 위배되거나 공익을 현저히 해한다고 판단되는 경우에는 감독관청이 당해 지방자치단체의 장에게 재의를 요구하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우 지방의회의 자치사무에 관한 의결에 있어서 공익을 해한다고 판단되는 경우까지 감독관청이 재의를 요구할 수 있도록 하는 것은 자치사무에 대해서는 합법성 감독에 그쳐야 한다는 원칙에 반하는 것이다. 또한 지방자치단체의 장이 재의요구를 할 의사가 없음에도 재의요구를 강제하는 것은 지방자치단체의 장과 지방의회의 의사를 무시하는 것으로 이 규정은 삭제되어야 하며, 감독관청은 자치사무에 대하여 재의를 권고하도록 개정하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 동조의 규정은 감독관청이 지방의회의 자치사무에 관한 의결에 대해서 그것이 법령에 위반된다고 판단하는 경우에만 지방자치단체의 장에게 재의를 권고할 수 있도록 개정하여야 할 것이다.

또한, 지방의회의 의결사항에 대한 위법성 여부는 사법기관이 최종적으로 판단하여야 하는 것으로 공익침해여부는 지방주민과 지방의회

가 판단할 사항이므로 감독관청은 지방의회의 위법한 의결에 대해서는 지방자치단체의 장에게 재의를 권고하도록 하고, 재의결된 사항에 대해서는 사법부에 위법성 또는 공익침해여부를 다투는 소를 제기할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있다.

5. 개별법령에 의한 위임사무에 대한 감독수단의 정비

개별법령에 근거하여 위임된 사무에 대해서는 각각의 개별법령에서 그 감독수단을 동시에 규정하는 것이 일반적이다. 이 경우 그 감독수단은 지방자치의 본질을 훼손하지 않으면서 그 목적을 달성할 수 있는 최소한의 것에 그쳐야 하며, 반드시 필요한 범위에 한해서 감독권이 발동될 수 있도록 그 요건과 절차, 효과등을 상세하게 규정할 필요가 있다.

일본에서는 관여의 3대 원칙이라 하여 관여법정주의, 일반법주의, 관여의 적정절차의 규정을 지방자치법에 두고 있다. 여기서 관여법정주의라 함은 국가 또는 도도부현의 관여는 법률 또는 정령에 근거하여야 한다고 하여 종전의 기관위임사무에 대한 포괄적 지휘감독권을 부정한 것이다. 그리고 관여의 일반법주의란 지방자치법에서 규정하고 있는 관여의 유형을 벗어나 새로운 유형의 관여의 창설을 방지하는 기능을 하고, 관여의 기본유형마다 적정한 절차를 규정함으로써 자치단체의 자기결정권을 최대한 보장하고 있다.

우리의 경우에도 지방자치법에 국가 또는 시·도의 감독권을 유형화하여 규정하고, 개별법령에서 이를 준용하도록 함으로써 중앙정부의 지방자치단체에 대한 “감독수단의 지방자치법으로부터의 도피”현상을 방지할 필요가 있다.

제 4 절 지방자치단체의 국정참여 확대를 위한 법제개선방안

1. 지방자치법의 개정

(1) 참여의 주체, 요건 및 회신의무의 법정화

현행 지방자치법 제154조의2 제1항에서는 “지방자치단체의 장 또는 지방의회의 의장은 상호간의 교류와 협력을 증진하고 공동의 문제를 협의하기 위하여 다음 각 호의 구분에 따라 각각 전국적 협의회를 설립할 수 있다”고 하여 시·도지사협의회, 시·도의회의장협의회, 시장·군수·구청장협의회, 시·군·구의회의장협의회 등을 설립할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 동조 제2항에서는 제1항 각호의 전국적 협의회가 모두 참가하는 지방자치단체 연합체의 설립근거를, 제3항에서는 협의회, 또는 연합체 설립시 행정자치부장관에의 신고규정을 각각 두고 있다. 다음으로 제4항에서는 협의회, 또는 연합체는 지방자치에 직접적인 영향을 미치는 법령 등에 대하여 행정자치부장관을 거쳐 정부에 의견을 제출할 수 있도록 하고 있다.

이러한 지방자치단체의 장 또는 의회의 협의회와 그 연합체는 개별적인 지방자치단체의 이익을 대변하기 보다는 헌법에서 보장하고 있는 지방자치의 본질적 부분을 수호하며, 중앙정부와의 관계에서 지방자치단체의 공통이익을 대변하는 역할을 한다.

현행 지방자치법 제154조의2의 규정은 단지 지방자치단체의 각 구성원의 협의회, 또는 전국적 연합체를 설립할 수 있는 근거규정으로 기능하고 있으며, 적극적인 국정참여의 근거규정으로 보기에 는 무리가 있다고 생각된다.

따라서, 현행 지방자치법 제154조의2의 규정을 지방자치단체의 각 구성원의 협의회, 또는 그 연합체가 국가의 입법과정에 참여할 수 있

는 요건과 절차, 그리고 법적 효력 등에 대해서 상세하게 규정할 필요가 있다. 또한 의견제출의 대상을 정부로 한정하지 말고 국회로 확대하도록 하고, 그 검토결과를 회신하도록 하여 지방자치단체의 의견을 적극적으로 반영할 수 있도록 하여야 할 것이다.

그 개정안을 제시하면 다음과 같다.

현행 지방자치법 제154조의2 제4항 “제1항의 규정에 의한 협의체 또는 제2항의 규정에 의한 연합체는 지방자치에 직접적인 영향을 미치는 법령등에 관하여 행정자치부장관을 거쳐 정부에 의견을 제출할 수 있다”고 하는 규정을 다음과 같이 개정한다.

- | |
|--|
| <p>④제1항의 규정에 의한 협의체 또는 제2항의 규정에 의한 연합체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법률·명령이나 국가의 정책에 대하여 행정자치부장관을 거쳐 정부 또는 국회에 의견을 제출할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none">1. 지방자치단체에 재정적 부담을 주는 사항2. 지방자치단체가 집행책임을 가지는 사무의 창설3. 지방자치단체의 조직, 권한, 운영, 경계변경 등 지방자치단체의 존립 및 유지에 관한 사항4. 지방자치단체의 소관사무를 법률 또는 명령으로써 달리 규정하고자 하는 사항5. 기타 지방자치단체의 권리 또는 의무에 변동을 가져오는 사항 <p>⑤행정자치부장관은 제1항의 규정에 의하여 제출된 의견을 소관 중앙행정기관의 장에게 송부하고 그 검토결과를 종합하여 협의체 또는 연합체의 대표자에게 회신하여야 한다.</p> <p>⑥국회는 제1항의 규정에 의하여 제출된 의견을 검토하여 그 결과를 의견을 제출한 협의체 또는 그 연합체의 대표자에게 회신하도록 노력하여야 한다.</p> |
|--|

(2) 개별 지방자치단체의 국정참여

현행 지방자치법에는 개별적 지방자치단체가 국정에 참여할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있지 않다. 물론 200여개가 넘는 지방자치단체가 각각 국가의 정책이나 법령에 대해서 의견을 제출하면, 국가정책의 시행이나 법령의 집행에 많은 혼란을 겪을 우려가 있다.

그럼에도 불구하고 특정지역에만 직접적인 영향을 미치는 사항에 대해서는 지방자치단체의 협의체 또는 그 연합체를 통한 의견제출을 기대하기는 어렵다고 할 것이다. 다만, 행정의 광역화 등 현실에 비추어 특정기초자치단체에만 영향을 미치는 법령이나 국가의 정책은 생각하기 어렵기 때문에 의견제출의 주체를 시·도 등 광역자치단체로 한정하도록 하고, 그 제출대상은 당해 법령이나 정책을 소관하는 중앙행정기관의 장으로 하는 것이 바람직할 것이다.

구체적인 신설안은 다음과 같다.

제154조의3 (시·도의 의견제출) ①시·도지사 또는 시·도의회 의장은 관할하는 지역에 대해서 직접적인 영향을 미치는 정부의 법령이나 국가의 정책에 대하여 관계중앙행정기관의 장에게 서면으로 의견을 제출할 수 있다.
②관계 중앙행정기관의 장은 제출된 의견을 검토하여 법령이나 정책에 적극적으로 반영하도록 노력하여야 한다.
③관계 중앙행정기관의 장은 제출된 의견이 지방자치단체에 새로운 의무를 부과하거나 부담을 줄 수 있는 법령이나 국가의 정책인 경우에는 그 검토 결과를 의견을 제출한 지방자치단체에 통지하여야 한다.
④시·도의 의견제출에 관한 절차 등에 관해서는 대통령령으로 정한다.

2. 개별법령의 개정

(1) 국회의 입법과정에 대한 참여를 위한 국회법 개정방안

현행 국회법에서는 국회의 입법과정에 대해서 특히 지방자치단체의 참여를 보장하기 위한 규정을 찾아볼 수 없다. 다만, 청원·공청회·청문회와 같은 일반 국민들을 대상으로 하는 참여만이 규정되어 있을 뿐 주민의 복리증진을 핵심적 사무로 하는 행정주체로서의 지방자치단체의 법적 지위를 고려한 참여보장규정을 찾아볼 수 없다. 또한 청공청회나 청문회를 통한 참여의 경우에도 소관 상임위원회의 재량에 따라 지방자치단체 또는 그 연합조직의 참여기회가 좌우되고 설사 참여가 허용된다 하더라도 의견개진에는 제한이 뒤따른다.

이러한 문제점을 해결하고 지방자치단체 또는 그 연합조직이 국회 입법과정에 참여할 수 있도록 개별 지방자치단체의 의견 또는 그 연합조직의 합의된 의견서를 국회에 제출하고 지방자치와 관련된 당해 법률안이 국회 소관 상임위원회에 상정되고 의사절차 가운데 심의될 경우, 의안에 대하여 당해 지방자치단체 또는 그 연합조직의 대표자로 하여금 의견을 진술하거나 제출할 수 있는 기회를 부여하도록 제도적으로 보장할 필요가 있다.

따라서 상임위원회의 심사를 규정하고 있는 국회법 제58조에 이어서 제58조의2를 신설하여 위 내용을 구체화하는 것이 바람직할 것이다.¹⁵³⁾ 구체적인 신설안은 다음과 같다.¹⁵⁴⁾

국회법

제58조의2 (지방자치단체 등의 의견제출과 그 범위) 소관 상임위원회는 다음 각호에 해당하는 지방자치에 영향을 주는 법률안에 대하여 지방자치단체 또는 그 연합조직에게 의견제출권과 위원회의 심의과정에서 토론할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

1. 지방자치단체에 재정적 부담을 주는 사항
2. 지방자치단체가 집행책임을 가지는 사무의 창설
3. 지방자치단체의 조직, 권한, 운영, 경계변경 등 지방자치단체의 존립 및 유지에 관한 사항
4. 지방자치단체의 소관사무를 법률 또는 명령으로써 달리 규정하고자 하는 사항
5. 기타 지방자치단체의 권리 또는 의무에 변동을 가져오는 사항

(2) 정부입법과정에 대한 참여를 위한 법제개선방안

국회의 법률안 제출 보다는 정부의 법률안 제출이 확대되고, 기술적이고 전문적인 내용에 대한 위임입법이 늘어가는 현대행정의 특징을

153) 박수현, “지방자치단체의 국정참여를 통한 중앙과 지방간의 협력체계 강화를 위한 법제 정비방향”, 『지방자치법연구』, 제5권 제1호, 2005.6, 190면

154) 김성호, 앞의 보고서, 110면에서는 상임위원회의 소관사항을 규정하고 있는 국회법 제37조 다음에 제37조의2를 신설하자고 제안하고 있다. 박수현, 앞의 논문, 190면 각주 24에서는 법조문의 유기적 체계를 고려하여야 한다는 지정토론자인 김재광 박사의 제안에 따라 제58조(위원회의 심사) 다음에 제58조의2를 신설하는 것이 타당하다고 기술하고 있다. 본 보고서에서도 박수현 박사의 의견에 따른다.

반영한다면 정부의 입법과정, 특히 시행령이나 시행규칙의 제정과정
에 대한 지방자치단체의 참여는 필수적이라 할 것이다.

현행 행정절차법 제44조에서는 “누구든지 예고된 입법안에 대하여
의견을 제출할 수 있다”, “행정청은 당해 입법안에 대한 의견이 제출
된 경우 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 한다”고
하여 지방자치단체나 그 연합조직의 참여를 보장하고 있다. 그러나
입법예고의 방식을 규정하고 있는 동법 제42조 제3항에서는 “행정청
은 입법예고를 하는 경우에 필요하다고 인정되는 단체 등에 대하여
예고사항을 통지할 수 있다”고 하여 행정청의 재량을 인정하고 있다.
즉, 입법예고사항의 통지에 관해서는 행정청의 재량사항으로 되어 있
어 지방자치단체나 그 연합조직의 참여를 유도하기에는 미흡하다고
보여진다.

지방자치단체 또는 그 연합조직의 정부입법과정에서의 참여를 적극적
으로 보장하기 위해서는 지방자치에 영향을 미치는 법령안에 대해서
사전에 통지하도록 하여 지방자치단체의 의견제출권을 보장할 필요가
있다.

구체적인 개정안은 다음과 같다.

행정절차법

제42조(예고방법) ③행정청은 입법예고를 하는 경우에 필요하다고 인정되는
단체 등에 대하여 예고사항을 통지할 수 있다. 특히 지방자치에 영향을 미
치는 사항이나 지방자치단체에 부담을 주는 사항에 관해서는 지방자치법
제154의2의 규정에 의한 지방자치단체의 협의체 또는 그 연합체에 이를 통
지하여야 한다.

행정절차법 제42조의 규정을 앞서서와 같이 개정하게 되면, “행정상
입법예고는 법제운영업무규정에서 정하는 바에 따른다”고 규정하고
있는 동법 시행령 제23조의 규정에 따라 법제운영업무규정 제15조 제
2항의 내용도 다음과 같이 개정하여야 할 것이다.

법제운영업무규정

제15조 ②법령안 주관기관의 장은 당해법령안의 내용에 관하여 관계지방자치단체(특별시·광역시 및 도를 말한다)와 그 연합체, 그리고 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체 기타의 자에 대하여 직권 또는 신청에 의하여 예고사항을 통지하여야 한다.

(3) 정부정책결정과정에서의 참여를 위한 법제개선방안

현대 행정이 계획행정화 되어 가고 있는 현실을 고려하여 국가계획에 대한 지방자치단체의 참여가 국가결정과정 참여의 핵심적 요소를 형성하고 있다. 따라서 국가와 지방자치단체간의 의견교환이 계획과정에서 지속적으로 이루어져야 한다. 구체적으로는 국가계획의 수립과 관련한 각종 위원회, 심의회에 지방자치단체 또는 그 연합조직이 직접 참여하는 방안, 하위 계획주체에 대하여 상위 계획주체가 참여하는 방안, 각 계획 주체 사이에 공동결정 또는 협정을 맺는 방안, 그리고 공청회와 같이 주민직접참여방식의 도입이 검토될 수 있다.

그러므로 지방자치단체의 국가계획 즉 경제계획, 산업계획, 국토개발계획, 지역개발계획, 사회개발계획 등에 대한 참여가 실효성 있게 제도화되기 위해서는 개별법령에 관련 입법을 확대하고 이를 구체화하며, 계획권 침해에 대한 사법적 구제절차를 보장하는 방안을 고려하여야 할 것이다.¹⁵⁵⁾

1) 지방자치법 제156조의2 제1항의 개정

“중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장이 사무를 처리함에 있어서 의견을 달리하는 경우 이를 협의·조정하기 위하여 국무총리소속하에 협의조정기구를 둘 수 있다”고 하는 재량규정을 기속규정으로 바꾸어 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장이 사무처리시 의견이

155) 김성호, 앞의 보고서, 124면

있을 경우에 협의조정기구를 두도록 함으로써 갈등을 사전에 예방하고 사무의 원활한 처리를 도모할 수 있다.¹⁵⁶⁾

2) 행정절차법 제46조 제1항의 개정

행정절차법 제46조에서는 “행정청은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해할 우려가 있거나 기타 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 아니할 수 있다”고 규정하고 행정예고의 대상으로 “1. 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 2. 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 3. 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 4. 기타 널리 국민의 의견수렴이 필요한 사항”의 네 가지를 규정하고 있다. 그러나 행정예고의 대상이 막연하고 추상적으로 규정되어 있으며, 단서조항에서는 행정예고를 하지 않아도 되는 예외를 “예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해할 우려가 있거나 기타 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우”라는 추상적인 표현으로 규정하고 있어 그 범위가 명확하지 않다는 문제점이 있다.

따라서 행정절차법 제46조 제1항을 다음과 같이 개정하여 지방자치단체 또는 그 연합조직의 참여를 유도하는 것이 바람직할 것이다.

행정절차법

제46조 ① 행정청은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때에는 이를 예고하여야 한다. 다만, 예고로 인하여 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해할 우려가 있거나 기타 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우에는 예고하지 아니할 수 있다.

1. 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항,
2. 많은 국민의 이해가 상충되는 사항,

156) 한국지방자치법학회편, 앞의 책, 705-709면

3. 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항,
 4. 기타 널리 국민의 의견수렴이 필요한 사항
- ②행정청은 제1항의 규정에 의한 행정예고를 함에 있어서 지방자치에 영향을 미치는 사항이나 지방자치단체에게 부담을 주는 사항에 대해서는 지방자치법 제154의2의 규정에 의한 지방자치단체 협의체 또는 연합체에 이를 통지하여야 한다.

3. (가칭)자치영향평가제도에 대한 도입 검토

지방자치단체의 국정참여기회를 확보하고, 지방자치를 자기결정권과 자기책임성의 확대라는 측면에서 제도적으로 보장하기 위해서는 개별 법령에서 지방자치단체에 영향을 미치는 사항을 규정하거나 지방자치단체에게 부담을 주거나 새로운 사무를 창설하는 경우 등 지방자치에 영향을 미칠 수 있는 내용에 대한 사전평가가 이루어져야 할 것이다. 이를 “(가칭)자치영향평가제”라고 할 수 있다. 이러한 자치영향평가제는 규제개혁기본법에 의한 규제심사, 규제개혁위원회와 같은 강력한 집행주체 등을 필요로 한다.

따라서 “(가칭)자치영향평가에 관한 법률”을 특별법의 형태로 제정하거나 기존의 “중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률”을 전문개정하여 이를 강화시키는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이러한 특별법을 제정하거나 “지방이양촉진법”을 전문개정하는 방안 모두 다음과 같은 내용을 포함시켜야 할 것이다.

첫째, 지방자치제도에 영향을 미치거나 특정 지방자치단체에 영향을 미치는 법령이나 정책을 입안할 때에는 사전에 자치영향평가를 실시하도록 하는 것이다.

둘째, 자치영향평가를 실시하는 주체의 문제이다. 여기에는 “(가칭) 자치영향평가위원회”를 새롭게 행정자치부장관 또는 국무총리 소속하

에 설치하는 방안과, 대통령 소속하에 설치되어 있는 “지방이양추진위원회”를 확대·개편하는 방안이 있다. 자치영향평가위원회를 새로 설립하는 것은 다소 무리가 있으며, 특히 이를 행정자치부장관 소속하에 설치했을 경우 지방자치에 관련된 정책조정기능을 담당하기에는 곤란한 듯하다. 따라서 새롭게 자치영향평가위원회를 설치하는 경우에는 규제개혁위원회의 경우처럼 국무총리 소속으로 하는 것이 적합하다.

셋째, 지방이양추진위원회의 기능과 역할을 확대하는 것이다. 현재 지방이양추진위원회는 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분을 체계적으로 추진하기 위하여 지방이양기본계획을 수립하는데 그 내용을 보면, 법령에 규정된 사무의 전수조사에 관한 사항, 중앙행정권한의 지방이양 대상사무의 조사 및 선정에 관한 사항, 지방자치단체간의 사무배분에 관한 사항, 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분 대상의 확정과 그 사후관리에 관한 사항, 기타 행정적·재정적 지원 등 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분을 효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항을 포함하도록 하고 있다(중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률법제13조). 이러한 내용들은 다만 사무의 이양에 관한 지원을 내용으로 하고 있는데 불과하다.

따라서 지방이양추진위원회의 기능을 확대하여 지방자치에 중대한 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 국가정책 또는 법령안에 대해서는 제1차적으로는 소관 중앙행정기관에서 자치영향평가를 하고 그 결과를 위원회가 종합, 평가하도록 한다. 또한 이러한 검토결과를 토대로 위원회에서는 이를 권고, 또는 지도하도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 경제·인문사회연구회, 「산업 양극화 문제 해소방안」, 2005.8
- 김성호, 「지방자치단체의 국가정책결정 참여방안」, 한국지방행정연구회, 1997.2.
- 김영수, “중앙정부의 정책결정과정에 있어서 지방자치단체의 참여방안 연구”, 『지방정부연구』 제6권 제1호, 2000년 봄
- 김철용, “지방자치단체에 대한 국가의 관여”, 『공법연구』 제18집, 1990.
- 김해룡, “지방자치권의 내용에 관한 법령제정의 한계에 관한 연구 : 독일에서의 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』 제11권
- 김홍중외, 「전 세계적 양극화추세와 해외주요국의 대응」, 대외경제정책연구원 정책자료 05-04, 2005.
- 맹진학, “위계성장모델(Hierarchy Growth Model)을 이용한 한국의 사회계층간 양극화 양상에 대한 연구”, 『사회보장연구』 22권 제1호, 한국사회보장학회, 2006.3.
- 문상덕, “일본의 지방자치사무일유형으로서의 『법정수탁사무제도』에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』 제3권 제2호, 2003.12.
- 박수현, “지방자치단체의 국정참여를 통한 중앙과 지방간의 협력체계 강화를 위한 법제 정비방향”, 『지방자치법연구』, 제5권 제1호, 2005.6.

참고문헌

- 백윤철, “프랑스에서 지방자치단체의 행위의 통제에 관한 연구”, 『공법학연구』 제7권 제2호, 2006.
- 삼성경제연구소, 『소득양극화의 현황과 원인』, 연구보고서 요약부분, 2006.8.
- 서원우, “지방자치의 새로운 시각”, 월간고시 1989.2
- 신동면, “경제위기 이후 한국사회의 소득양극화 실태와 사회보장의 과제”, 사회이론 2006 봄/여름호
- 안중범, “양극화의 진단과 대책”, 『연구논단』 12권 제1호, 국제무역경영연구원, 2006.
- 오용식, “지방자치사무의 위임·위탁과 관련한 쟁점 검토”, 『법제』 통권 제582호, 2006.6.
- 이기우, “정부간 관계의 모델설정”, 정세욱 편, 정부간 관계:이론과 실제, 법문사, 1997.
- 이기우, “지방이양 추진활성화 방안”, 제3기 지방이양추진위원회 성과와 지방이양발전세미나, 2006.5.16.
- 이기우, “지방자치단체의 사무체계에 대한 비판적 검토 -독일의 지방사무체계를 중심으로 -”, 『지방행정연구』제19권 제1호, 2005.
- 이기우, “지방자치발전을 위한 사무배분의 과제”, 『지방자치연구』 제8권 제2호, 1996.6.
- 이기우, “지방정부의 국정참여”, 『시민교육연구』 제29집, 1999.9.
- 이기우, 『지방자치행정법』, 법문사, 1991
- 이성덕, “중앙·지방정부간 사무배분에 대한 성찰 - 관련 분석 도구들을 중심으로 -”, 2002년도 동계학술발표회자료집

- 재정경제부, 『경제양극화 현황과 정책과제』, 2005 국가비전 당정 워크숍 자료, 2005.
- 전 훈, “양극화대책과 보충성 원칙”, 한국법제연구원 전문가회의 자료집(미발간), 2006.9.8.
- 정세욱, “중앙과 지방과의 관계”, 『지방자치연구』 제1권 제1호, 1989.12.
- 정창화·한부영, “지방분권화의 이론과 원칙 탐색 - 독일과 한국의 지방자치단체의 사무배분을 중심으로 -”, 『지방행정연구』 제19권 제2호, 2005.6.
- 정책기획위원회, 『동반성장과 양극화 해소를 위한 노동·복지정책 방향』, 2005.11.
- 정책기획위원회, 『사회양극화의 국가적 대응전략 연구』, 2005.12.
- 정책기획위원회, 『중앙 - 지방간 협력관계 증진방안 연구』, 2004.12.
- 조선일보, 2006년10월9일자 A14면.
- 조성규, “지방자치단체의 고유사무”, 『공법학연구』 제5권 제2호
- 조영제, “유럽연합법상 ‘보충성의 원칙’에 관한 고찰”, 『유럽연구』 제2권 제1호, 1995.
- 최우용, “지방분권과 법제도개혁”, 『법과 사회』 제23호, 법과사회이론학회, 2002년 하반기
- 최유성외, 『정부간 관여』, 한국행정연구원, 2000.
- 최창호, 『지방자치학』, 삼영사, 1997.
- 최철호, “지방자치단체의 국정참가제도”, 『토지공법연구』 제29집, 2005.12.

참고문헌

- 한국일보, “중앙 - 지방정부 사사건건 충돌, 국민만 생고생”, 2006년 9월 4일자 12면
- 한국지방자치법학회편, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004.
- 홍정선, 『지방자치법학』, 법영사, 2000.
- 홍준현, “중앙정부의 지방자치단체에 대한 행정적 관여의 본질”, 한국지방자치학회 2005년도 하계학술대회
- 황상철·오정두, “국가균형발전을 위한 법·제도상의 고찰”, 『법제 개선연구제11집 : 국가경쟁력강화입법지원반연구보고서』, 법제처, 2005.12.

2. 외국문헌

< 일본문헌 >

- 成田頼明, “地方公共団体の国政参加-国の立法過程への参加を中心として”, 『ジュリスト増刊総合特集』 29号
- 神奈川県自治総合研究センター国政参加研究会, 『□□国政参加□□制度の構想; 新たな国・自治体関係を求めて』, 1983.
- 杉原泰雄他編, 『資料現代地方自治』, 勁草書房, 2003.
- 鈴木庸夫, “地方公共団体の役割及び事務”, 小早川光郎他編, 『あたらしい地方自治・地方分権』, ジュリスト増刊, 2000. 5.
- 成田頼明, “改正地方自治法の争点をめぐって”, 『分権改革の法システム』, 第一法規, 2001.

- 磯部 力, “国と自治体の新たな役割分担の原則”, 西尾 勝編, 『新地方自治法講座12, 地方分権と地方自治』, ぎょうせい, 1998.
- 地方自治研究会編, 『Q&A改正地方自治法のポイント』, ぎょうせい, 1999.
- 高光 木, “都市計画と地方分権”, 『土地公法研究』제13집, 2001. 11.
- 室井 力・原野 翹編, 『新現代地方自治法入門』, 法律文化社, 2000.
- 芝池義一, “地方自治法改正案の検討”, 『法律時報』第71卷 第8号, 1999. 7.
- 原田尚彦, 『地方自治の法としくみ』, 学陽書房, 2003.
- 稲葉 馨, “国と自治体との関係”, 佐藤英善編, 『新地方自治の思想』, 敬文堂, 2002.
- 山口英樹, “地方自治法に基づく関与等”, 園部逸夫他編, 『最新地方自治講座9 国と地方及び地方公共団体相互の関係』, ぎょうせい, 2003.
- 小早川光郎, “国地方関係の新たなルール”, 西尾 勝編, 『地方分権と地方自治』, ぎょうせい, 1998.
- 建設省都市局都市計画課監修, 『地方分権後の改正都市計画法のポイント』, ぎょうせい, 2000.
- 宇賀克也, “関与等の一般ルール” 小早川光郎他編, 『あたらしい地方自治・地方分権』, ジュリスト増刊, 2000. 5.
- 塩野 宏, 『国と地方公共団体』, 有斐閣, 2001.
- 兼子 仁, 『自治体法学』, 学陽書房, 1988.
- 宮田三郎, “計画策定手続と市町村の参加”, 『専修法学論集』 30号.
- 磯部 力, “自治体の国政参加”, 『自治体の構想2(制度)』, 岩波書店, 2002.

< 독일문헌 >

- Günter Püttner, Kommunalrecht, Baden-Württemberg, Stuttgart.u.a., 1999.
- Daniela Birkenfeld-Pfeiffer · Alfons Gern, Kommunalrecht, Baden-Baden, 2001.
- B. Weinberger, Der Deutsche Städtetag, in : G. Püttner(hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a., 1982.
- H. Tiedeken, Der Deutsche Landkreistag, in : G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a.1982.
- M. Mombauer, Der Deutsche Städte- und Gemeindebund, in : G. Püttner(Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, Bd. 2, Berlin u.a., 1982.
- W. Roters, Die Beteiligung der Kommunen an höherstufigen Entscheidungsprozessen, in : G. Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin u.a. 1981.
- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg, 1995.

< 프랑스문헌 >

- Denis-Bertin, Les techniques de répartition des compétences des collectivités territoriales en France et en Italie, in mémoire DEA, 2000.
- J.-B. d'Honorio, Le système institutionnel du Saint-Siège, Thèse droit, Aix-Marseille III, 1981.

H. de Lubac, Les églises particulières dans l'église universelle, Aubier, 1971.

J.-Y. Calez / J. Perrin, Eglise et Société économique, Aubier, 1959.

Ch. Debbasch, Institutions et droit Administratives, puf, 1993.

M. Bourjol / S. Bodard, Droit et libertés des collectivités locales, Masson, 1984.