

# 地方行政 透明性 提高를 위한 法制改善方案

黃海鳳\*

## 차 례

### I. 들어가는 말

### II. 지방행정 투명화를 위한 개선현황

1. 조례제정·개폐청구제도
2. 주민감사청구제도의 개선
3. 주민소송제도의 도입
4. 주민투표법의 제정
5. 지방의회의 활성화
6. 지방자치단체의 지위 강화

### III. 자치행정의 투명성을 제고를 위한 법제개선방안

#### 1. 주민참여

- (1) 조례제정·개폐의 청구대상
- (2) 주민감사청구제도의 개선방안
- (3) 주민소송의 개선방안
- (4) 주민소환제
- (5) 거주외국인의 참여 보장

#### 2. 지방자치단체의 사무

#### 3. 지방자치단체의 권한

- (1) 자치조직권
- (2) 인사고권
- (3) 재정고권
- (4) 자치입법권
- (5) 도시계획고권

#### 4. 지방의회의 활성화

- (1) 집행기관에 대한 지방의회의 견제권 강화
- (2) 위원회와 교섭단체의 구성·운영

#### 5. 지방자치단체의 권리보호

### IV. 맺는 말

\* 法制處 法制官

## I. 들어가는 말

21세기 사회에서의 세계화는 세계적 보편성을 확산시켜 개별국가의 주권을 약화시키고, WTO, NGO, NPO(Non-profit Organization), 초국가기업 및 지방자치단체 등이 발흥하며, 정부부문의 효율성을 증진시키기 위하여 기업가적 정신으로 공공부문을 관리하고자 하는 신공공관리론(New Public Management)의 등장 등으로 인하여 명령-통제식 행정에서 참여와 협력에 의한 행정으로의 전환, 그리고 행정편의에서 고객위주로의 관점의 전환되는 패러다임의 변화를 가져오게 되었다. 따라서 오늘날은 참여민주주의 사상이 확산됨과 동시에 지역 사회에 있어서 공공사업의 원활한 추진을 위하여 공공결정의 과정에서 주민의 참여가 훨씬 복잡하고 중요하게 되었다. 이러한 배경 하에 오늘날에는 지방분권을 통한 지역균형발전이 중요한 화두가 되었다.

전통적으로 중앙집권적 정치제도와 문화를 가지고 살아왔던 우리들에게 지방자치와 지방분권을 통한 지역균형발전이라는 과제 자체가 어렵고도 먼 길이라고도 볼 수 있다. 우리의 지방자치는 그 경험이 일천한 만큼 그 실질적인 내용을 확보하지 못하고 있었다. 그러는 가운데 참여정부는 세계화와 지방화시대에 오늘과 같은 수도권 집중현상은 오히려 국가발전의 걸림돌이라는 인식아래 지방분권과 국가균형발전을 국정목표로 선정하고 분권형국가로의 개조를 국정목표로 들고 나왔다. 2004년 1월 지방분권특별법, 국가균형발전특별법 등 지방분권을 위한 법을 제정하여 분권을 위한 거대한 발걸음을 내디뎠다. 지금과 같은 수도권 중심의 국가체제로는 더 이상 국가의 전체적인 발전의 동력을 이끌어낼 수 없다는 그 나름의 절박한 인식에서 비롯된 것이다. 지방분권특별법은 많은 선언적 규정을 포함하고 있어 비판을 받고 있지만,<sup>1)</sup> 상하관계에서의 행정권한의 이양이 아닌, 대등관계에서의 행정 전반에 대한 권한이전을 위한 법률로서 직접민주제 방식에 대한 중요한 방향을 제시하고 있다.

지역사회에서 대의제 민주주의의 보완으로 공직 수행의 견제와 감시를 위한 직접민주제적 주민참여제도에 대한 논의가 활발히 이루어 졌다. 주민의 실질적인 참여를 보장하고 권력을 독점하고자 하는 공직 담당자에 대한 부패와 타락을 막기 위하여<sup>2)</sup> 행정절차의 투명화를 통한 행정과정의 공개, 절차참여권의

1) 신봉기, “지방분권특별법의 제정방향”, 『지방자치법연구』 제3권 제2호, 2003. 12, 53/87면 참조.

2) 김영기 역, 미국의 주민소환제도, 대영문화사, 2002, 13면: Thomas Jefferson은 1782년

보장을 통한 이해관계인들의 이익 조절, 위법 또는 현저한 공익위반의 행정결정에 대한 주민감사청구권과 조례 제정·개폐청구권 및 중요한 결정사항에 대한 주민투표권 등이 입법화 되었다.

본 연구에서는 지방행정의 투명화를 위한 지금까지의 개선현황을 먼저 살펴보고 앞으로의 개선방향에 대하여 알아보기로 한다. 지방행정의 투명화는 과도한 중앙정부의 간섭으로 탈피하여 지역사회가 자율성과 참여를 통하여 주민 권리를 확대하고 민주화하는 데에 있다고 할 것이다.

## II. 지방행정의 투명화를 위한 개선현황

### 1. 조례제정·개폐청구제도

조례의 제정·개폐청구제도는 1999년의 지방자치법 개정으로 최초로 도입되고, 이의 시행을 위하여 필요한 사항을 규정하고 있는 대통령령이 1999. 12. 31.에 마련되었다.

조례제정·개폐청구는 동법 제13조의3 제1항에서 매년 산정·공포되는 20세 이상 선거권자(선거권을 제한·박탈당하지 아니한 자)인 주민총수의 20분의 1의 범위 안에서 시행령이 정하는 주민수 이상의 연서에 의하도록 하였다.

지방의회의 조례제정권이 미치는 모든 조례규정사항이 조례제정·개폐의 청구대상이 된다. 그러나 ① 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항과 ② 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 또는 공공시설의 설치를 반대하는 사항은 건전한 지방재정의 확보, 행정기관의 설치·변경의 신중성, 혐오시설의 확보 등을 고려하여 청구대상에서 제외된다.

### 2. 주민감사청구제도의 개선

주민감사청구제도를 운영함에 있어 청구요건이 너무 엄격하여 주민참여행정의 취지를 제대로 살리지 못한다는 지적과 너무 오래된 사안에 대한 감사청구

---

“지구상의 모든 정부에는 얼마간 인간의 약점의 흔적, 즉 부패와 타락의 조짐이 있으며, 이러한 간계는 밝혀지고, 점차 드러나고, 교화되고, 개선될 것이다. 그러므로 시민들은 그 스스로가 자신의 안전을 위한 유일한 지킴이이다. 시민들이 자신의 안전을 지키기 위해서는 어느 수준까지 그들의 심성을 향상시켜야 한다”로 하여 교양 있는 시민의 중요성을 강조한 바 있다.

는 실효를 거두기 어렵다는 지적이 있어 이를 개선하기 위하여 2005. 1. 27. 법률 7362호로 주민감사청구제도의 개선되었다.

주민감사청구를 위하여 연서가 필요한 주민수를, 종전에는 20세 이상 주민총수의 50분의 1의 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하던 것을, 앞으로는 지방자치법 제13조의4제1항 및 제2항에서 시·도는 500명, 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군·구는 200명을 초과하지 아니하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하였다. 다만, 주민은 감사청구의 대상이 되는 당해 사무의 처리가 있었던 날 또는 종료된 날부터 2년을 경과한 때에는 감사를 청구할 수 없도록 하였다. 이러한 제도를 통하여 주민감사청구제도의 활성화와 합리적 행사에 기여할 것으로 기대된다.

### 3. 주민소송제도의 도입

지방분권로드맵의 일환으로 주민의 직접참여에 의한 지방행정의 공정성과 투명성 강화를 위하여 주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위 등을 시정하여 줄 것을 법원에 청구할 수 있는 주민소송제도를 도입함으로써 주민참여를 확대하여 지방행정의 책임성을 높일 수 있도록 하려는 것이다.

지방자치법 제13조의5에서 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한 주민은 감사결과 등에 불복이 있는 경우에는 그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태 사실에 대하여 당해 지방자치단체의 장을 상대방으로 주민소송<sup>3)</sup>을 제기할 수 있도록 하며, 주민소송은 감사결과 등의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 이를 제기하도록 하였다.

이러한 주민소송을 통하여 주민의 자치행정에 대한 직접적인 감시효과가 증대되어 공정성과 투명성이 강화될 것으로 기대된다.

---

3) 주민소송의 청구유형은 당해 행위의 전부 또는 일부의 중지를 구하는 소송, 당해 행위의 취소 또는 변경을 구하거나 효력의 유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송, 당해 해태사실의 위법확인을 구하는 소송 및 지방자치단체의 장 등 당사자에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송으로 함(지방자치법 제13조의5제2항).

#### 4. 주민투표법의 제정

지방자치의 본질적 요소와 직결되는 중요사항에 관한 국회의 입법이나 지방자치단체장의 결정 및 당해 지역주민의 전체적 의사를 구할 필요가 있는 사항에 대하여는, 지방자치행정의 민주성과 책임성을 제고하기 위하여 반드시 주민투표를 거치도록 하자는 요구가 있어 2004. 1. 29. 법률 7124호로 주민투표법을 제정하였다.

그리고 주민투표의 대상은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항중에서 조례로 정하도록 하되, 예산 및 재산관리에 관한 사항, 조세에 관한 사항, 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 등 주민투표에 부처기에 부적합한 사항은 이를 대상에서 제외하며(주민투표법 제7조), 중앙행정기관의 장은 지방자치단체의 폐치·분합, 주요시설의 설치 등 국가정책의 수립에 대한 주민의 의견을 듣기 위하여 필요한 때에는 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있도록 하였다(동법 제8조).

주민은 주민투표청구권자 총수의 20분의 1이상 5분의 1이하의 범위 안에서 조례로 정하는 수 이상의 서명으로 주민투표의 실시를 청구할 수 있도록 하고, 지방의회는 재적의원 과반수 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 주민투표의 실시를 청구할 수 있도록 하며, 지방자치단체의 장이 주민투표를 실시하고자 하는 때에는 미리 지방의회의 동의를 얻도록 하였으며(동법 제9조), 지역현안에 대한 정책의 선택이라는 주민투표의 특성을 감안하여 주민투표운동에 관한 제한을 최소화하는 한편, 주민투표운동의 명목으로 사실상 선거운동을 하는 등의 부작용을 방지하기 위하여 공직선거일 전 60일부터 선거일까지는 주민투표를 발의할 수 없도록 하였다(동법 제13조).

주민투표에 부쳐진 사항<sup>4)</sup>은 주민투표권자 3분의 1 이상의 투표와 유효투표수 과반수의 득표로 확정하며, 지방자치단체는 확정된 내용에 따라 행정·재정상의 조치를 하도록 하였다(동법 제24조).

4) 주민투표공보의 발행, 투·개표관리 등 주민투표사무의 효율적 처리와 객관성·공정성을 제고하기 위하여 주민투표에 관한 사무는 관할 선거관리위원회가 담당하도록 하고(주민투표법 제3조), 공직선거법상의 선거권 연령과 일치시키기 위하여 주민투표권자는 20세 이상의 주민으로 하고, 외국인도 일정한 자격을 갖춘 때에는 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 주민투표권을 부여하도록 하였다(동법 제5조).

## 5. 지방의회의 활성화

### (1) 지방의원의 유급직화

중전의 지방자치법에서 지방의회의원의 봉사와 명예, 업무의 비전문성 등을 고려하여 지방의회의원을 명예직으로 규정하고 있었다. 그런데, 지방의원이 생활비와 의정활동비 마련을 위해 부패에 연구되지 않고 단체장에 대한 견제와 주민대표로서의 존재가치를 다하도록 하기 위해서는 지방의원으로서의 자질과 역량 그리고 인격을 갖춘 자들이 소신껏 의정활동을 할 수 있도록 의정활동비를 생활급으로 지급하여 유급직화 하여야 한다는 의견이 있었다.<sup>5)</sup>

이러한 취지를 받아 들어 2003. 7. 18. 법률 6927호로 지방의회의원을 명예직으로 하도록 한 규정을 삭제하고, 2005. 8. 4. 법률 7670호로 지방의원에게 회기에 따라 지급되는 회기수당을 직무활동에 대하여 지급하는 월정수당으로 전환함으로써 지방의원이 전문성을 가지고 의정활동에 전념할 수 있는 기틀을 마련하고, 수당의 지급기준은 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 지방자치단체의 의정비심의위원회에서 결정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하였다.

### (2) 지방선거에서의 정당공천 허용 또는 배제의 문제

지역당파적 폐해가 심각한 우리의 경우 지방선거에서의 정당공천제도는 중앙당의 지방관여로 인하여 지방자치라는 본래의 의의가 퇴색된다는 주장에 설득력이 없는 것은 아니나, 기초지방자치단체의 장의 선거에 정당참여를 허용하는 것과 비교하면, 굳이 기초지방자치단체의 지방의회에 대해서만 정당공천을 배제할 법리적 근거는 없다고 하겠다.

헌법재판소가 (구)공직선거 및 선거부정방지법 제84조<sup>6)</sup> 중 기초의회의원선거의 후보자 부분이 헌법에 위반된다고 선언하면서 과거 동조 부분이 헌법에 위반되지 않는다고 한 결정을 변경하고,<sup>7)</sup> 이로써 그동안 문제되어온 기초의회

5) 전국시도의회의장협의회, 대정부건의사항처리현황, 2002, 17면.

6) (구)공직선거 및 선거부정방지법 제84조에서 자치구·시·군의원선거의 후보자와 무소속 후보자는 특정 정당으로부터의 지지 또는 추천받음을 표방할 수 없다고 되어 있었음.

7) 2003. 1. 30. 2001헌가4 사건.

의원선거에서의 정당의 역할과 기능 및 후보자의 정당표방 등의 정치적 표현의 자유와 유권자의 알권리를 인정한 것은 상당히 큰 의미가 있다고 볼 수 있다. 공직선거법 제47조제1항에서 정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수 범위안에서 그 소속당원을 후보자로 추천할 수 있되, 비례대표자치구·시·군 의원의 경우에는 그 정수 범위를 초과하여 추천할 수 있다고 개정하였다.

### (3) 지방의회 회기운영의 자율성 확대

지방분권로드맵의 일환으로 지방의회운영의 자율성을 확대하기 위하여 정례회와 임시회의 회기제한규정을 삭제하여 지방의회가 연간 총 회의일수 범위 안에서 정례회 및 임시회의 회기를 자율적으로 조정할 수 있도록 하였다. 이러한 것을 통하여 지방의회의 회의를 탄력적으로 운영하고 자율성을 향상시킬 것으로 기대된다.

## 6. 지방자치단체의 지위 강화

### (1) 자치구가 아닌 구 및 읍·면·동의 명칭 및 구역 변경에 관한 행정자치부장관 등의 승인 사무 폐지

2005. 3. 24. 법률 7410호로 권한의 지방이양을 통한 선진 지방자치를 실현하기 위하여, 자치구가 아닌 구 및 읍·면·동의 명칭 및 구역 변경에 관한 행정자치부장관 및 시·도지사의 승인 사무를 폐지하되, 명칭 및 구역 변경의 결과를 시·도지사에게 보고하도록 하고, 지방자치단체 사무소 소재지의 설치·변경에 관한 행정자치부장관 또는 시·도지사와의 협의관련 사무를 폐지하며, 시·군·구의 행정기구 설치시 시·도지사의 승인사무를 폐지하도록 지방자치법을 개정하였다.

### (2) 인구 50만명 이상의 대도시의 특례

2004. 1. 29. 법률 7128호로 행정수행범위의 확대, 행정수요의 다변화 등으로 대도시행정의 새로운 틀이 요구되고 있으므로 인구 50만명 이상의 대도시에 대하여는 그 특성을 고려하여 행정, 재정 및 국가의 지도·감독상의 특례를 규정할 수 있는 근거를 마련하도록 지방자치법을 개정하였다.

### (3) 도농복합형태의 시 설치근거 마련

2003. 7. 18. 법률 6927호로 국가의 정책으로 인하여 도시가 형성되고, 도의 출장소가 설치된 지역으로서 인구가 3만 이상이고, 인구 15만 이상의 도농복합형태의 시의 일부인 지역은 도농복합형태의 시를 설치할 수 있도록 지방자치법을 개정하였다.

### (4) 지역계획고권

지방자치단체의 계획고권은 지방자치단체가 관할 지역 내에서의 지역계획을 독자적으로 자기책임 하에 수립하고 결정할 수 있는 권리를 말한다. 2000년 당시 개정되었던 구도시계획법에서는 도시계획결정권이 대부분 시·도지사에게 부여되고, 예외적인 사항에 대해서만 건설교통부장관에게 그 결정권이 귀속되도록 개정되었기 때문에 광역지방자치단체 수준에서의 지역계획고권은 인정되었다고 할 수 있다.

## III. 자치행정의 투명성을 제고를 위한 법제개선방안

헌법상 국가의 행정청에 의한 국가관여는 많은 문제점<sup>8)</sup>을 가지고 있었다. 지방행정의 투명화를 위해서는 지방자치단체의 자치권을 침해하는 국가관여를 가급적이면 주민대표기구인 지방의회의 통제로의 전환하여 지방자치단체의 자율권을 확대하고 중앙정부의 부당한 관여에 대하여 지방자치단체의 권리를 보호하며, 그리고 대의제 민주정치에의 보완책으로서 주민참여의 활성화에 있다.

### 1. 주민참여

지방자치에서의 직접민주제 도입의 성패를 가름하는 것은 자치단체의 정치·행정에 주민이 관심을 가지고 적극적으로 참여하느냐에 달려 있다. 즉, 주민 개개인이 많은 관심을 가지고 진취적인 시민의식을 고양하여 적극적으로

8) 첫째, 지방자치단체에 대한 국가의 관여관할청에 관한 일관성 있는 규정이 결여되어 있다. 둘째, 지방자치단체는 종합행정기관이므로 사무와 관련된 관할 중앙부처가 개별법에 의하여 관여를 정하고 있어서 상당수의 분야에서 관여가 중복되고 있으며, 관할 중앙부처간 이해대립으로 지방자치단체가 어려움을 겪을 수 있다. 셋째, 지방자치단체에 대한 효율적인 국가관여를 위한 체계적이고 전문적인 국가관여방식이 제도화되어 있지 않은 실정이다.



직접민주주의에 참여하여야 한다.

(1) 조례제정·개폐의 청구대상

조례제정·개폐의 청구대상에서 일부를 제한하도록 한 것<sup>9)</sup>은 건전한 지방재정의 확보, 행정기관의 설치·변경의 신중성, 혐오시설의 확보 등을 고려한 것으로 보인다. 이에 대하여 주민의 생활과 직결된 여러 사항을 예외적으로 한정하지 아니하고 너무 광범위하게 일률적으로 조례제정·개폐의 청구대상에서 제외한 것은 문제가 있다는 지적이 있다.<sup>10)</sup>

그리고 일본 지방자치법과 같이 서명운동방해에 대한 금지와 그 제재조치가 미비되어 있어<sup>11)</sup> 자유로운 서명운동 등이 담보되지 않으며, 지방자치법시행령 제10조의15의 규정에 의하여 조례제정·개폐청구제도와 관련된 각종 공표를 지방신문이나 일반인에게 알 수 있는 방법으로 제한하지 않고 관보, 지방자치단체의 공보, 게시판·전산망 또는 일간신문 게시 또는 게재로써 하도록 하였는데, 지방자치단체의 장이 공표를 공보나 게시판·전산망으로 하는 결정하는 경우 주민에게 조례제정·개폐의 청구사실이 잘 알려지지 않을 가능성이 있어 이러한 제도가 효율성이 크지 않을 수 있다.

(2) 주민감사청구제도의 개선방안

우리의 주민감사청구제도는 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의

9) 지방자치법 제13조의3 단서: 다음 각호의 사항은 청구대상에서 제외한다.

1. 법령을 위반하는 사항
2. 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항
3. 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 또는 공공시설의 설치를 반대하는 사항

10) 김명길, “지방자치에서의 직접민주제”, 『공법연구』 제33집 제1호, 2004, III.B.4.

11) 한편, 일본 지방자치법 제74조의4에는 다음과 같이 제재조치가 마련되어 있다.

제74조의4(위법서명운동의 벌칙)①조례의 제정 또는 개폐 청구자의 서명에 관하여 다음 각호에 게재하는 행위를 한 자는 4년 이하의 징역 혹은 금고 또는 백만 엔 이하의 벌금에 처한다.

1. 서명권자 또는 서명운동원에 대하여 폭행 또는 위력을 가하거나 이에 가담한 때
2. 교통 또는 집회의 편의를 방해 또는 연설을 방해하거나 그 외 위계사술 등 부정한 방법으로 서명의 자유를 방해한 때
3. 서명권자 혹은 서명운동원 또는 그와 관계가 있는 사찰, 학교, 회사, 조합, 시정촌 등에 대한 용수, 조각, 채권, 기부 그 외 특수한 이해관계를 이용하여 서명권자 또는 서명운동원을 협박한 때

이 외에, 동조 ②항 내지⑤항에서도 동종(同種)의 위반행위 및 벌칙을 명시하고 있다.

처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우에 원칙적으로 인정되고 있으나, 지방자치단체의 20세 이상의 주민은 시·도는 500명, 제 161조의2의 규정에 의한 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군 및 자치구는 200명을 초과하지 아니하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례가 정하도록 하고, 또한 일정한 경우<sup>12)</sup>에는 감사청구에서 제외하도록 하였다.

주민감사청구가 주민에 의한 자치행정의 감시기능과 주민의 참여를 통한 주민의 권익보호기능을 가지는 점에서 주민감사청구의 성격상 주민 1인이라도 지방자치단체의 장 또는 부하직원의 위법·부당한 공금의 유출 등 위법·부당한 행위를 적시한다면 주민 1인이라도 감사를 청구할 수 있어야 할 것이나, 주민의 수를 일정한 수로 제한하는 것은 문제가 있다고 할 것이다.<sup>13)</sup> 따라서 그것이 과잉감사로 인한 비경제적 요인의 배제라는 경제적 측면을 고려한 것이라 하더라도 주민 1인에 의한 감사청구를 제한적으로 인정할 필요가 있다.<sup>14)</sup>

### (3) 주민소송의 개선방안

주민감사청구는 당해 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가

12) 제13조의4 단서: 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사항은 감사청구의 대상에서 제외한다.

1. 수사 또는 재판에 관여하게 되는 사항
2. 개인의 사생활을 침해할 우려가 있는 사항
3. 다른 기관에서 감사하였거나 감사중인 사항. 다만, 다른 기관에서 감사한 사항이라도 새로운 사항이 발견되거나 중요사항이 감사에서 누락된 경우와 제13조의5제1항의 규정에 의하여 주민소송의 대상이 되는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. 동일한 사항에 대하여 제13조의5제2항 각호의 어느 하나에 해당하는 소송이 계속중이거나 그 판결이 확정된 사항

13) 일본의 지방자치법은 감사청구제도를 두 유형으로 구분하여 제도화하고 있다. 하나는 법 제75조에 근거한 사무감사청구제도와 다른 하나는 법 제242조에 근거한 주민감사청구제도이다. 사무감사청구제도에 의하면, 선거권을 가진 주민총수의 50분의 1이상의 연서로서 그 대표자가 보통지방자치단체의 감사위원(의회의 동의를 얻어 장이 임명함 - 都道付縣에는 4인, 市에는 2~3인 그리고 町村에는 1~2인)에 대하여 당해 자치단체의 사무와 그 장 및 법령과 조례에 근거를 둔 각종 위원회의 권한에 속하는 사무집행의 감사를 청구할 수 있도록 하고 있다. 한편, 주민감사청구제도에 의하면, 지방자치단체의 주민은 지방자치단체의 장 또는 위원회나 위원 또는 직원들의 위법·부당한 공금의 지출, 재산관리, 계약체결 또는 채무 기타 의무의 부담 등의 행위 또는 이를 해태한 경우에 주민이 감사위원에게 당해 행위의 방지·시정, 당해 해태한 사실의 개선, 이로 인하여 야기된 손해전보 등을 위해 필요한 조치를 청구할 수 있도록 하고 있다. 주민감사청구는 사무감사청구와는 달리 구체적으로 위법하고 부당한 사실을 적시해야 하며 주민 한 사람이라도 청구할 수 있다는 점에 그 특징이 있다.

14) 김명길, 전계논문, III.C.4.

법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우로 하여 그 대상이 광범위하나, 주민소송은 감사청구를 전제로 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항에 제한되어 있다. 이것은 통상 재무회계상의 행위에 있어서 당해 지방자치단체에게 손해가 발생한 경우라고 할 수 있는데, 현대의 행정활동은 거의 대부분이 재정적인 지출·부담을 수반하기 때문에 재무회계상의 행위로 한정하는 것은 곤란할 것이다. 따라서 주민소송으로서 널리 지방자치행정일반의 민주적 통제를 도모하자는 견해가 강력하게 대두되고 있다.<sup>15)</sup>

#### (4) 주민소환제

임기제로 선출되는 지방자치단체의 장이라고 하더라도 정치적 신임을 전제로 임기가 보장되는 것이므로, 그 신뢰가 상실되면 물러나게 할 수 있도록 하는 제도적 장치인 주민소환제를 법적으로 허용할 것인가에 대한 논의가 있다. 우리의 경우와 같이 지방자치단체장의 권한이 지방의회에 비해 상대적으로 강화되어 있는 지방자치제의 경우, 직선제를 통해 확보된 지방자치단체장의 강력한 ‘권한’과 이를 뒷받침하는 ‘법제’ 그리고 적절한 ‘통제의 부재’라는 상황 가운데 자치단체장에 의한 지방정치의 절대주의화라는 위험으로 나타나게 될 여지가 크다고 한다.<sup>16)</sup> 이러한 상황에서는 주민소환은 지방자치단체장의 강력한 권한에 대한 대의민주제의 보완책으로 주민 스스로가 자치행정의 주체로서 참석함으로써 지방행정의 투명화를 가져오게 할 것이므로 빠른 시일내 주민소환제의 도입되어야 한다.<sup>17)</sup> 다만 이 제도가 남용되면 그 부작용도 클 수 있기 때문에 일정한 제한을 할 필요가 있다.<sup>18)</sup> 소환제도와 관련하여 주민에 의한

15) 金子芳雄, “住民訴訟の實體的檢討”, 田中二郎古稀記念論文集, 公法の理論, 1976, 1145면 참조.

16) 최봉석, “독일의 법제와 판례로 본 주민소환제의 요건과 절차”, 『안암법학』 제14호, 2002, 84면 참조.

17) 김명길, 지방자치에서의 직접민주제, IV.4. 평가 참조.

18) 자치단체장의 선출 후 1년 이내에는 소환할 수 없도록 하여 낙선자나 반대파가 악용할 소지가 없도록 하고, 일정 수의 의원 또는 주민신청에 의한 의회의 특별정족수 의결로 소환을 발의하고 유권자인 주민 유효투표 수의 과반수 이상의 찬성으로 소환신청을 의결하는 등의 소환절차도 마련하여야 할 것이다.

지방의회 해산청구, 주요 공직자 해직청구 등을 주민에 의한 지방의회 해산청구, 지방의원 해직청구, 주요 공직자 해직청구 등을 균형적 메카니즘으로서 도입할 것인지 여부도 검토해 볼 수 있을 것이다.

### (5) 거주외국인의 참여 보장

지방자치법은 국민인 주민이 선거권을 갖는다고 규정하고 있고(법 제13조제2항), 공직선거법 역시 국민에게만 선거권과 피선거권을 부여하고 있다(법 제15조, 제16조). 따라서 대한민국에 장기체류하는 거주외국인이라 할지라도 지방자치법상 참정권을 가질 수 없는데, 어느 지방자치단체에 거주하는 외국인 체류자나 근로자가 총거주인구 대비 일정 수 이상일 경우 이들의 참여를 보장하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## 2. 지방자치단체의 사무

지방자치법은 제1조에서 ‘국가와 지방자치단체와의 기본적 관계’를 정하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 이것은 중앙정부와 지방자치단체 간의 권한과 기능 및 책임을 어떻게 배분하는지 여부가 핵심을 이루고 있다. 지방자치단체의 사무가 국가사무에 비하여 현저히 비중이 낮거나 지방자치단체의 사무가 상당수의 국가위임사무의 형태로 이루어진다면 지방자치체가 현저히 위축될 것이다. 이러한 상황 하에서는 헌법상 보장되어 있는 지방자치체가 될 수 없으며, 아울러 지방행정의 투명화도 이룰 수 없을 것이다.

지방자치단체에서 처리할 수 있는 사무의 범위에 대하여 지방자치법은 제9조에서 ‘그 관할 구역의 자치사무’를 포괄적으로 예시하고(예시적 포괄적 수권방식), 다른 한편으로 제11조에서 지방자치단체가 처리할 수 없는 ‘국가사무’<sup>19)</sup>를 열거하고 있다. 지방자치단체가 그 고유의 권한으로 ‘주민의 편의 및 복리증진을 위하여’ 처리할 수 있는 자치사무에는 동법 제9조제2항에 규정되어 있다.<sup>20)</sup>

19) 외교·국방·사법·국세 등 국가의 존립에 필요한 사무, 물가정책·금융정책·수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무, 농림·축산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무, 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구·항공관리·시상행정·원자력개발 등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무 등이다.

20) ① 지방자치단체의 구역·조직 및 행정관리 등에 관한 사무, ② 주민의 복리증진에 관한 사무, ③ 농림·상공업 등 산업진흥에 관한 사무, ④ 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무, ⑤ 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무, ⑥ 지역민방위

중앙정부와 지방자치단체 간의 이와 같은 사항적 사무배분에 관한 분류 외에 지방자치법은 지방자치단체의 사무범위에 관한 법적인 구분을 하고 있다. 지방자치단체가 독자적으로 그 고유의 권한으로 처리할 수 있는 ‘자치사무’와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 ‘단체위임사무’(지방자치법 제9조제1항) 그리고 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 ‘기관위임사무’(동법 제94조)가 그것이다.

중앙이건 지방이건 국가전체가 처리할 수 있는 사무 중에서 어떤 것은 반드시 중앙정부가 해야 하고 또 어떤 것은 반드시 지방자치단체가 해야 한다는 필요적인 권한배분으로 인식되는 것도 있겠지만, 지방과 중앙정부 어느 쪽에서 맡아 처리해야 할 것인가가 불분명한 경우와 그 어느 쪽에서 처리해도 별 문제가 없을 것이라고 생각되는 중간적인 사무영역이 존재하리란 것은 쉽게 짐작할 수 있다. 따라서 어느 나라에서나 이와 같은 권한배분의 문제는 그 나라의 독특한 역사와 문화적 소산이라는 것을 알 수 있다.<sup>21)</sup> 우리나라는 2002년 행정자치부 조사결과에 의하면 총 3,353개의 법령상에 나타난 사무는 총 41,603개로 이 가운데 73%인 30,240개의 사무가 국가가 직접, 산하기관, 소속 기관 및 민간을 이용하여 처리하는 사무이고, 나머지 27%인 11,363개의 사무가 지방자치단체가 처리하는 사무로 중앙정부에 사무가 집중되어 있다.<sup>22)</sup> 시도가 처리하는 사무는 자치사무 2,365건, 국가와 시도의 공동사무 2006건, 국가·시도·시군구의 공동사무 1,511건, 시도와 시군구의 공동사무 1,443건, 위임사무 947건으로 나타나 공동사무의 비중이 가장 크고, 그 다음이 자치사무이며, 위임사무는 전체처리사무의 10% 정도이다.<sup>23)</sup>

국가와 사회라는 상호 이질적인 이원적인 공권력 체계 하에서는 국가와 지방자치단체 사이의 이원적인 대립론은 나름대로의 민주적 정당성을 가진 것이지만, 20세기 현대국가에 있어서는 치자와 피치자 사이의 동질성이 헌법적으로 보장되면서 국가행정과 지방행정은 공통된 민주적 정당성을 가지게 되었고, 양자 사이의 질적인 차이는 부정하지 않을 수 없다고 한다.<sup>24)</sup> 이러한 논거

및 소방에 관한 사무 등 여섯 가지 사항에 총 58개의 항목이 열거되어 있다.

21) 이병훈, “지방분권의 이념과 현실”, 『공법연구』 제33집 제1호, 62면.

22) 한국법제연구원, “지방자치단체의 사무구분체계 및 국가관여법제의 개선방안 연구”, 2004. 12. 20, 16면.

23) 박해식, “행정사무배분의 기준, 문제점 및 개선방향”, 제11회 한국지방자치법학회 발표원고, 7면.

24) H.H. Dehmel, Übertragener Wirkungskreis Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben

를 기초로 지방자치단체의 사무는 중앙정부와 지방자치단체 상호간의 긴밀한 협력 하에 처리되어야 할 사무가 대종을 이루고 있어 지방자치단체가 처리하는 모든 사무를 자치사무로 일원화하고 위임사무제도를 폐지함으로써, 이를 통한 지방분권의 강화가 요청된다고 한다.<sup>25)</sup> 그러나 상당수의 국가사무를 지방이양 촉진을 통하여 자치사무로 할 수는 있지만, 현재 지방자치단체가 수행하고 있는 모든 국가사무를 자치사무로 전환하기도 어려울 뿐 아니라 국가가 직접 수행하는 것도 어렵다고 할 것이다. 이러한 상황아래서 일본이 최근에 개정한 자치사무와 법정수탁사무로 이원화한 것<sup>26)</sup>이나 독일에서의 논의<sup>27)</sup>를 바탕으로 사무구분의 재편성을 시도하여야 할 것이다. 이러한 논의의 방향은 과감한 지방이양을 촉진시켜 자치사무를 확대하여야 하고, 국가사무로 남아 있는 경우에도 국가의 지시·감독권이 무제한 인정되는 것이 아니라 법률이 인정한 범위 내에서만 인정되도록 하여야 하며, 이러한 의무에 상응하는 국가의 경비를 부담하는 원칙이 지켜져야 될 것이다.

### 3. 지방자치단체의 권한

지방행정의 투명화는 중앙정부의 과도한 통제로부터 벗어나 지방자치단체의 자율권 확대가 중요하다. 즉 중앙정부와의 과도한 통제에서 벗어나 헌법상 보장되어 있는 지방자치제가 되도록 지방자치단체의 권한을 강화하는 것이 지방행정을 투명화하기 위한 단초이다. 중앙정부와 지방자치단체 간의 관계를 대등한 관계에서 출발하여 행정 전반에 대한 동반자의 관계로 재정립하기 위하

---

nach Weisung, Berlin 1970, S. 62 이하.

25) 배영길, “사무배분에 관한 지방자치법의 개정방향”, III.5.

26) 이병훈, 전계논문, 70면: 종래의 지방자치법 하에서는 지방공공단체의 사무로서 공공사무, 단체위임사무 그 밖의 행정사무의 세 가지 구분이 있었고, 이 외에 국가의 사무이지만 지방공공단체의 장이 집행하는 기관위임사무라는 것이 있었는데, 새로운 법에서는 지방자치단체가 행하는 사무의 종류를 자치사무와 법정수탁사무로 2원화하여 그 사무체계를 획기적으로 변화시켰다. 법정수탁사무라 함은 “사무의 성질상 그 실시가 국가 또는 都道府縣의 행정기관이 직접 집행하여야 하지만 국민의 편리성 또는 사무처리의 효율성이라는 관점에서 법률 또는 법률에 근거한 정령의 규정에 의하여 지방자치단체가 수탁하여 행하는 사무”를 말한다. 자치사무는 지방자치단체의 사무 중 법정수탁사무를 제외한 나머지 사무를 말한다.

27) 배영길, 전계논문, II.1.(3): 독일의 많은 주에 있어서는 지방자치단체의 사무를 고유사무와 위임사무를 구분하는 전통적인 이원적 구별방법 대신 지방자치단체가 처리하는 모든 사무를 자치행정사무와 국가의 지시를 수반하는 의무적 사무로 구분하는 방법이 유력하게 주장되고 있다.

여 지방자치단체의 권한 즉 자치조직권·인사고권·재정고권·자치입법권·도시계획고권이 확대되는 방향으로 나아가야 한다.

### (1) 자치조직권

각 지방의 특성에 맞는 지방자치단체의 조직구성이라는 관점에서는 획일적인 기관대립형만에 의한 현행 지방자치제도가 능사가 아니라는 지적도 있다. 획일적인 기관대립형을 지양한다면, 의원내각제형·대통령중심제형·이원집정부형과 같은 정부형태를 국가 대신 지방자치단체에서 실험적으로 시행하는 것도 검토할 만하다. 다만, 이와 같은 제도의 시행은 헌법이 보장하는 지방자치제도의 본질뿐 아니라 국가공동체의 동질성·지역간의 평등성과도 직결되는 중요한 문제이므로, 충분한 국민적 합의가 이루어져야 할 것이다. 헌법 제118조제2항에서 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다고 되어 있는데, 이는 지방자치단체의 조직·운영에 관한 법정주의를 선언하고 있다. 이에 따라 우리나라 지방자치단체들은 지방자치법,<sup>28)</sup> 동법시행령, 및 『지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정』<sup>29)</sup> 등에 의해 행정기구의 설치 및 정원관리 등에 있어 많은 제한을 받고 있다. 이러한 지방행정 조직·인사에 있어서 중앙정부의 획일적 제한은 각 지방자치단체의 지역적 특수성과 신규 행정수요에 대한 탄력적 대응을 크게 제약하고 있다.

따라서 자치단체의 행정기구 설치의 기준에 관하여 정하고 있는 위 규정을 폐지 또는 완화하거나 직접적으로 자치단체의 조례에 의하여 자율적으로 정하도록 하는 것이 바람직 할 것이다.

### (2) 인사고권

지방자치단체의 인사고권은 지방자치단체가 그들의 사무를 수행함에 있어서 필요한 인력의 충원과 배치, 업무의 분장 등의 인사행정을 스스로 행할 수 있는 권리를 말한다.

28) 지방자치법 제102조(행정기구)①지방자치단체의 행정사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구를 두되, 이는 대통령령이 정하는 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

②지방자치단체는 제1항의 행정기구의 설치·운영에 있어서 그 합리화를 도모하고 다른 지방자치단체와의 균형을 유지하여야 한다.

지방자치단체 주민들이 스스로의 결정에 의해 지방행정을 담당할 행정조직 체계를 채택하고 독자적인 인사권을 갖고 지방행정의 담당자를 임용할 수 있는 제도를 보장하는 것은 주민자치의 본질적 요소가 아닐 수 없다.<sup>29)</sup> 지방자치단체의 인사고권은 지방자치단체가 그에게 주어진 사무처리를 하기 위해 필요한 것, 즉 지방자치권 구현에 있어 보충적 것에 불과한 것이 아니라, 그 자체가 하나의 실제적인 권리라고 할 것이다.<sup>30)</sup>

지방자치법 제103조 제1항에서 지방자치단체에는 당해 지방자치단체의 경비로써 부담하는 지방공무원을 두되, 그 정원은 대통령령이 정한 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 되어 있음에도 불구하고, 당해 대통령령인 『지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정』 제14조에서 지방자치단체는 정원관리의 적정화와 운영의 합리화를 도모하기 위하여 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 산정한 정원 즉 표준정원의 범위안에서 정원을 책정하여야 한다고 하여 행정자치부령인 『지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정 시행규칙』에서 표준정원 산식까지 상세히 규정하고 있다.

또한 『지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정』 제14조제2항에서 지방자치단체의 장은 행정수요의 급격한 증가 등 부득이한 사유로 인하여 제1항의 규정에 의한 표준정원에 대하여 행정자치부령이 정하는 방법에 의하여 보정한 정원을 초과하여 정원을 책정하고자 할 경우에는 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 미리 행정자치부장관의 승인을 얻도록 하고 있다. 이러한 것은 지방자치법의 위임범위를 일탈한 것으로 볼 수가 있으며, 이러한 제도는 지방자치단체의 인사고권을 상당히 제한하는 것으로 볼 수 있다.

### (3) 재정고권

조세법률주의는 과세권, 징세절차 등 과세의 본질적 사항은 국민의 대표인 국회의 동의를 요하는 것으로써 반드시 입법자가 직접 법률로 정하게 한 것을 의미한다.

그러나 지방세의 구조상 과세단체·납세의무자를 고려할 경우 지방세의 세목, 세율, 징세절차 등 지방세 과세의 본질적 사항은 반드시 지방의회의 입법자

29) K. Stern, Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in der Rechtsprechung des BVerwG: JR, S. 202; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht II, 1967, S. 164면 참조.

30) BVerfG, NVwZ 1987, 123.



가 조례로 정하는 것이 헌법상의 조세법률주의에 부합된다는 견해가 있다.<sup>31)</sup>

이러한 견해는 지방자치단체의 자주과세권을 정당화하는 것으로, 지방세에 관한 한 과세단체는 시·도, 시·군·구이고 지방세의 납세의무자는 주민이라는데 초점을 둔다. 즉 시·도, 시·군·구가 납세의무자인 주민대표의 동의 하에 세목, 과세객체, 세율, 부과·징수를 조례로 결정하는 것은 “대표없는 조세 없다”라는 원칙의 구현이며 과세자주권의 행사라고 보는 것이다. 반드시 이러한 견해에 동조는 할 수 없다고 하더라도 지방세법·지방재정법 등에서 지방자치단체의 재정고권이 살아 날 수 있도록 제도적인 개선이 요망된다.

이를 구체적으로 살펴보면, 지방세법 제2조는 이 법이 정하는 바에 의하여 지방자치단체는 보통세와 목적세를 부과 징수할 수 있다고 규정하여 일견 지방자치단체에게 상당한 자주 과세권(세목, 과세기준, 세율 등에 관한)을 부여하고 있는 듯이 보이나, 약 300개에 달하는 동법의 개별 조항에는 지방세의 세목, 세율, 면세관련 조항들을 일일이 규정하고 있을 뿐만 아니라, 세부적인 규율사항은 대부분 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다.

지방자치단체는 스스로 그 존립과 활동에 필요한 세입을 확보하고 지출을 관리하는 권한을 갖는 재정고권을 위하여 국가의 법령(지방세법 등)에서는 국민의 조세부담의 형평성, 국세와 지방세의 적정배분 등을 고려하여 지방세의 중요사항에 관하여 규정하고, 여타 지역적 특성과 시의적절한 조세행정에 필요한 사항들은 과감하게 지방자치단체가 결정할 수 있도록 지방세법을 개정하여야 할 것이다.<sup>32)</sup> 지방세법은 지방세의 표준적 세목, 세율, 그리고 과세요건 등 기본적인 것들만을 정하고, 그 밖의 것은 지방자치단체 조례로 정할 수 있도록 하는 본격적인 지방세계개혁이 필요하다고 할 것이다.

이러한 것과 더불어 지방정부간 재정력의 근본적인 불균형상황을 해결할 수 있는 방책으로는 국세와 지방세의 재배분과 지방재정조정제도의 개혁도 아울러 추진되어야 할 것이다. 현행 지방재정법과 동법 시행령은 지방자치단체의 수입에 관한 사항과 지출에 관한 사항에 대해서도 상세한 규정을 두고 있다.<sup>33)</sup> 이와 같은 지방재정법령의 규정에 비추어 지방자치단체가 정하는 재정

31) 김성호, “지방의회의 활성화를 위한 법제개선방안”, 한국법제연구원 연구보고 2002-20, 102~103면.

32) 김해룡, “지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제”, 『공법연구』 제33집 제1호, 2004. 11, 48면.

33) 예를 들어 지방재정법은 스스로 지출원인행위(제50조), 지출의 절차(제51조), 관서의 일

관련 조례는 동 법령의 시행에 필요한 부수적인 사항을 규율할 수 있는 정도이고, 자치재정운용권의 본질에 속하는 사항은 이미 매우 구체적으로 법령화되어 있다.

#### (4) 자치입법권

조례의 유형을 여러 가지의 구분기준에 따라 구분할 수 있지만, 조례의 제정근거 내지 상위법령의 위임여부에 따라 헌법 제117조제1항과 지방자치법 제15조 본문의 규정에 근거하여 지방자치단체가 개별적인 법률의 수권이 없더라도 제정하는 자치조례와 법률 또는 대통령령·부령 등 법령에서 직접 위임을 받아 제정하는 위임조례로 나누어 볼 수 있다.<sup>34)</sup>

지방자치법 제15조 본문의 규정에 의하여 지방자치단체는 『법령의 범위 안에서』라는 법적 범위와 『그 사무에 관하여』라는 사항적인 범위를 벗어나지 아니하는 자치조례를 제정할 수 있다는 것이 통설과 판례이다. 그러나 현실에 있어서는 주민의 복리에 관한 사무도 그 처리에 관한 기본적인 내용은 법령에서 규정하는 것이 일반적이고 자치조례의 수는 많지 않고 위임조례가 압도적으로 많다. 이는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다는 지방자치법 제15조 단서의 규정에 따라 자치조례로 정할 사항에 대하여도 개별 법률에서 위임을 하는 것이 일반화되었기 때문이다.<sup>35)</sup> 이러한 관행은 동법 제15조의 법규정의 구조를 왜곡하는 것이다. 이의 원인은 동법 제15조 단서규정이 포괄적으로 규정되어 있고, 이러한 포괄적인 성격으로 현실적으로 법령에서 주민의 권리·의무·벌칙에 관한 사항인지 여부가 따지기 어려워 조례에 대한 위임근거를 법령에 마련하기 때문이기도 하다. 이러한 위임조례는 엄격한 의미에서는 헌법 제117조제1항의 규정에 의한 『법령의 범위 안에서』자치에 관한 규정이라고 하기는 어려울 것이다.

『법령의 범위 안에서』라는 의미는 지방자치단체가 자치에 관한 규정을 제정할 경우 반드시 법령의 근거를 요한다는 것을 말하는 것이 아니다. 자치법규가 국가의 법령에 정면으로 위배되는 것은 지방자치의 제도적 보장설 등에 비

---

상경비 등에 관한 지출(제54조), 지방자치단체의 재산의 관리 처분, 대부 등에 관해서도 상세히 규정하고 있다(동법 제10장 이하).

34) 법제처, 법률교육교재, 지방자치관계법 해설, 2004, 108면.

35) 조정찬, “위임조례 위주의 조례입법 극복방안”, 『지방자치법연구』, 2004. 12, 35면 참조.

추어 허용되지 아니하나, 국가의 법령에서 규율되지 아니하는 사항, 즉 국법의 공백부분에 대하여서는 지방자치단체가 자치규정을 규율할 수 있다고 할 것이다. 다시 말하면 『법령의 범위 안에서』를 『법령에 저촉되지 아니하는 범위 안에서』로 해석하자는 것이다.<sup>36)</sup> 지방자치단체의 규율(조례)내용이 국가의 법령의 내용과 정면으로 배치되지 아니하는 한, 지역법의 효력을 인정하는 것은 헌법 제117조제1항의 해석론으로서 성립될 수 있다고 할 것이다.

특히 규제행정에 있어서 조례의 내용이 법령의 내용과 그 취지나 목적이 동일한 경우에 국가 전체에서의 기준을 정하고 있는 법령의 범위를 초과하여 규제하고 있는 경우에, 그 효력을 인정할 수 있는 법리의 적용이 적극적으로 요구된다고 할 것이다.<sup>37)</sup> 일본에서는 이러한 것이 『지방자치의 본지에 기하여』라는 헌법규정의 해석상 가능한 것으로 보고 있다. 이러한 해석에 걸림돌이 되고 있는 지방자치법 제15조 단서의 규정을 개정을 통하여 지방자치단체가 자율성과 책임에 기반을 두는 자치법규를 규율하도록 하여 명실상부한 지방자치의 이념을 실현하여야 할 것이다.

이에 대하여 더욱 강경하게 주민의 권리제한, 의무부과는 주민의 대의기관인 지방의회에서 제정되는 조례에 의해서만 가능하며, 이는 근본적으로 법령의 소관사항이 아니라 조례의 소관사항이라며, 지방자치의 본질적 사항까지 법령유보하여 조례제정권을 제한하는 명백한 지방자치권 침해이며 위헌의 소지를 가지고 있다고 주장한다.<sup>38)</sup>

지방자치법상 조례제정권에 대한 법적 제한을 완화시키는 입법개선이 시급히 요청된다는 점을 감안할 때 자치입법 활성화에 대한 법적 장애물이 되어온 지방자치법 제15조 존폐여부를 근본적으로 재검토할 필요가 있다.

36) 이병훈, 전계논문, 68면 참조: 지방자치단체는 ‘법령의 범위 안에서’ 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 지방자치법 제15조 본문의 규정을 ‘법령에 위반되지 않는 범위 안에서’로 개정할 것을 제안하고, 뿐만 아니라 동조 단서 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”는 규정을 삭제하거나 “지방자치단체가 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항 및 벌칙을 조례로 정할 수 있다”로 개정할 것을 제안한다.

37) 우리나라 판례에서도 법령의 내용보다 더욱 강화된 요건 규정을 두고 있는 조례의 합법성을 인정한 주목되는 판례가 있었다(대판 1997. 4. 24 선고, 96주 244 판결). 즉 광주광역시 동구의회가 제정한 저소득주민생계보호지원조례에 대한 무효확인소송에서 판례는 국가의 법령보다 초과된 사항에 관하여 규율하고 있는 조례의 위법성여부를 판단한 점에서 소위 법령선점이론에 대한 수정 내지 그 완화를 의미하는 것이라고 할 것이다.

38) 김성호, 전계논문, 43~44면.

### (5) 도시계획고권

지방자치단체의 계획고권이란 지방자치단체가 자기 관할 구역에 대한 지역적인 계획을 자신의 책임으로 수행하거나 당해 지방자치단체와 관련이 있는 상위계획 과정에 참여하는 권리를 말하며, 주로 공간계획 또는 국토계획과 관련하여 논의 되는 것이 보통이다.<sup>39)</sup> 위에서 본 바와 같이 도시계획결정권은 원칙적으로 특별시장·광역시장 또는 도지사의 권한으로 하고, 국가정책적으로 중요한 몇 가지 사항에 관한 도시계획결정권만 예외적으로 건설교통부장관의 권한으로 하였다.

이는 주민의 복리와 직결되는 도시계획사무를 국가사무로 하는 것은 지방자치의 취지에 반하고 지역의 실정을 제대로 파악할 수 없는 건설교통부장관이 도시계획결정권자로 하는 것은 불합리하다는 지적에 따른 것이다. 다소 진일 보한 면이 없지는 않으나, 지방자치의 이념이 지역주민에게 친근하며 지역실정에 맞는 행정을 확보한다는 점, 지역주민에게 자신의 사무를 스스로 처리할 수 있는 권한을 부여함으로써 민주주의의 이념을 보다 잘 구현할 수 있다<sup>40)</sup>는 점 등에 있다는 것을 고려해 볼 때 원칙적으로 기초자치단체에게 도시계획결정권을 주어야 할 것이다.

동법에서 도시계획결정과 관련하여 주민참여방식으로 도시계획안의 제안과 주민의견청취제도를 인정하고 있다. 도시계획의 내용이 재량권의 범위 안이고 변경될 가능성이 없는 경우에도 주민의견청취절차를 제대로 거치지 아니하고 도시계획결정은 절차상의 흠이 있는 처분이 된다.<sup>41)</sup> 그런데 주민의견청취가 도시계획의 입안에 미리 주민을 참여시켜 그 이해관계를 조정하는 사전절차라기 보다는 이미 입안된 도시계획안에 대한 의견을 듣는 데에 그치는 사후절차로 인식되고 공청회에서 제시된 의견이 타당하다고 인정하는 때에는 이를 광역도시계획에 반영하도록 되어 있지만 제시된 의견에 대하여 그 결과와 이유를 설명하도록 되어 있지 않아 주민들의 무관심과 관계공무원의 무성의와 함께 주민청취가 그리 실효성을 거두지 못하고 있다.<sup>42)</sup>

독일에서는 연방건설법전 제3조제1항의 규정에서 사전적 주민참가가 규정되

39) 정태용, “지방자치와 도시계획법제”, 『지방자치법연구』, 2001. 6, 25면.

40) 줄저, 『신행정법강의』, 백산출판사, 2005, 713면.

41) 대판 1988. 5. 24. 선고, 87누388 판결, 대법 2000. 3. 23. 선고, 98두2768 판결.

42) 정태용, 전계논문, 34면 참조.

어 있는데, 이에 따라 주민은 건설기본계획<sup>43)</sup>의 구체적 초안이 확정되기 이전에 계획과정에 참여하게 되며 이는 곧 계획사항의 수정이 가능한 시점에서의 참여가 입법적으로 규율된 것이어서 의의가 크다고 하겠다. 동항제4문의 규정에 의하여 지방자치단체는 국민이 제출한 제안에 대하여 기간 내에 심사하여 통지할 의무가 있고, 심사는 건설기준계획의 결정이유와 직접적인 관련을 갖는다.

도시계획을 수립하는 경우 중요한 사항인 때에는 미리 지방의회의 의견을 듣도록 하는데 머무르고 있으나, 독일 등 다른 선진국에서는 도시계획의 발의, 도시계획안의 작성 및 도시계획의 확정에 이르는 업무를 지방의회가 관장한다.<sup>44)</sup> 우리나라에서도 주민의 대의기관인 지방의회의 적극적인 참여를 유도하기 위하여 도시계획에 대한 지방의회의 권한을 강화할 필요가 있다.<sup>45)</sup>

#### 4. 지방의회의 활성화

지방의회의 활성화를 위해서 지방선거제도가 많이 개선되었음을 이미 살펴 보았고, 또한 앞에서 살펴본 사무배분의 개선과 조례제정권 범위 확대, 지방자치단체의 권한의 확대는 실질적으로 지방의회의 활성화를 위한 방안이라고 할 것이다. 여기에서는 이러한 것 외에 헌법과 지방자치법에 규정되어 있는 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한과 이 양자 사이의 상호관계를 어떻게 재조정해야 하며 지방의회의 구성과 운영 등에 대하여 알아보기로 한다.

43) Winfried Brohm, Oeffentliches Baurecht, Verlag C. H. Beck, ff100-101231. : 독일의 건설기본계획은 지방자치단체에 의해 그 자신의 책임 하에 수립된다. 이에 토지이용계획과 지구상세계획이 있는데, 우리나라의 도시기본계획에 해당하는 토지이용계획은 준비적 건설기본계획으로, 이는 전적으로 행정내부에서만 의미를 가진다. 이는 지구상세계획을 수립하는 지방자치단체에 대한 구속이다. 이에 반하여, 우리나라의 도시관리계획에 해당하는 지구상세계획은 구속적 건설기본계획으로 주민을 구속하는데, 이는 조례로 제정한다.

44) 건설기준계획에 관한 사항은 기본법 제2조의 규정에 의한 계획권리의 대상으로서 지방자치단체의 주된 사무이며, 연방건설법전에서도 지방자치단체에게 건설기준계획에 관한 권한을 부여하고 있다. 따라서 계획수립의 주체는 원칙적으로 지방자치단체이다. 그러나 지방자치단체 내부에서 누가 주체인지에 관하여는 연방법 규정이 없고, 각 주의 지방자치법에 의할 때 건설기준계획의 주체는 보통 지방자치단체의회가 된다.

45) 지방의회의 의견청취절차를 둘 것이 아니라 지방의회에 동의권 내지 승인권 정도의 권한을 부여하여야 한다는 의견이 있다: 박정훈, “미국 도시계획법제에 관한 연구”, 박사학위논문, 2000, 269면. 또 다른 의견으로는 법상 개념이 모호한 지방의회의 의견을 듣도록 하기보다는 의회의 의결을 거치도록 함으로써 이와 관련하여 공론화과정을 거치도록 하는 것이 타당하며, 개발제한구역을 해제하거나 대단위 개발계획을 수립한 경우에도 지방의회의 의결을 거치도록 할 뿐만 아니라 주민투표로써 확정하도록 하자는 의견이 있다: 김성호, 전제논문, 75면.

### (1) 집행기관에 대한 지방의회의 견제권 강화

우리나라의 경우 지방자치단체의 장은 당해 지방단체의 사무를 일반적으로 관장·집행하고 당해 지방자치단체를 통할·대표하나, 국가로부터 사무를 위임받은 범위 안에서는 국가의 하부행정청으로서의 지위를 아울러 가진다.<sup>46)</sup> 이에 반하여 지방의회는 지방자치법상 의결사항에 그 권한이 한정되어 있기 때문에 지방의회는 지방자치단체의 장에 대한 지방의회의 견제와 통제는 제한될 수 밖에 없다. 지방자치법에서 규정하고 있는 지방의회와 집행기관의 권한과 상호 견제권은 실질적인 면에서 지방의회가 지닌 권한에 비교하여 단체장의 견제권한이 상대적으로 훨씬 강하므로 양 기관 간에 동등한 권력배분이 확보되어야 할 것이다. 지방의회가 행정통제권 즉 행정사무 조사·감사와 관련한 서류제출이나 행정사무처리 상황에 대하여 보고 및 진술을 요구할 수 있으나 이를 단체장이 거부하거나 불성실하게 응할 때 지방의회는 이에 대한 대응조치가 한정되어 있으며, 지방의회 의장이 추천을 하지만, 지방의회의 사무직원의 인사권이 단체장에 주어져 있는 것이 문제이다. 이와 아울러 지방의회의 활성화를 위해서는 단체장의 인사권 중 일부 보직자에 대해서는 지방의회의 동의를 받도록 할 필요가 있다.<sup>47)</sup>

그리고 지방의회의 권한을 강화하기 위하여 단체장의 중요시책발표는 가능한 한 회기 중에 주민의 대표기관인 의회에서 하도록 하여 그에 대하여 이의가 있을 때에는 의원이 질의를 할 수 있도록 하거나 지방의회의 정기회나 임시회시에 당면한 현안에 대하여 보고화 하도록 하거나 지방의회의 폐회 중인 경우에 단체장이 중요시책을 발표할 때에는 가능한 한 사전에 지방의회에게 알려주도록 하는 것 등이 있을 수 있다.<sup>48)</sup>

### (2) 위원회와 교섭단체의 구성·운영

지방자치법 제50조에서 위원회를 지방자치단체의 자치조직고권에 의하여 설치되는 임의기관으로 보아 조례에 의하여 설치할 수 있도록 규정하고 있는데, 광역지방자치단체의 경우 지방의회의 의사운영의 능률성·전문성에 기여할 수

46) 줄저, 전계서, 739면.

47) 김성호, 전계논문, 77면.

48) 김성호, 전계논문, 48~49면.

있도록 운영위원회·예결위원회처럼 필연적으로 설치해야 할 중요한 위원회의 종류와 그 기능에 관한 규정을 지방자치법에 둬으로써 위원회의 설치와 권한을 보장하고, 특히 위원회의 권한이 침해된 경우의 구제수단으로서 기관소송을 고려해 볼만하다.<sup>49)</sup>

지방자치법상 근거가 없는 지방의회 내 교섭단체 구성은 지방의회의 활동보충과 기능향상을 도모할 수 있고, 결과적으로 지방의회 의사의 효율적 형성과 결정에 기여할 수 있다. 특히 광역지방자치단체에서는 양적·질적으로 전체회의에서의 안건처리가 면밀한 검토 하에 행해지기 어려움을 감안하면, 교섭단체에 의한 사전의사형성기능은 지방의회에서 매우 중요하다.

그리고 각급 지방의회의 전문위원은 전문성에 있어서 의원들의 신뢰를 받는 경우도 많으나 그렇지 못한 경우도 있으며 직무자체가 각급 지방의회의 사무처(국·과) 직제규칙 혹은 조례에 의안심사와 의사진행보좌로 간단하게 규정되어 있어 전문위원의 법적 지위와 권한 지휘·감독관계가 불분명할 뿐 아니라 보조인력의 부족으로 직무에 대한 인지도와 성취도, 만족감, 사기 등이 매우 낮은 실정이다. 따라서 지방의회 전문위원의 직무규정을 법제화하고 업무의 한계를 명확하게 규정하는 것은 전문위원들의 권한과 책임을 구체화함으로써 지방의회의 활성화를 위한 입법보좌에 기여할 것이다.<sup>50)</sup>

지방의회는 전문성을 가진 전문위원과 의회직 공무원들 그리고 전문가를 활용하는 일정 및 입법보좌 활동을 통하여 의정활동의 질을 높여 나갈 때, 비로소 그 존립목적이 달성될 것이며, 지역주민들의 지지를 받게 될 것이다.

## 5. 지방자치단체의 권리보호

현행 헌법재판소법 제68조제1항<sup>51)</sup>에 의하면, 지방자치단체는 기본권주체성을 부인되어 지방자치단체는 헌법소원 청구인적격을 가질 수 없기 때문에 입법정책상으로 지방자치단체의 자치행정권이 법률에 의해 침해되는 경우 독일 기본법 제93조제1항제4b 및 연방헌법재판소 제91조에서처럼 지방자치단체에게 헌법소원 청구인적격을 인정하여 그 법률을 다룰 수 있는 헌법소원제도의 도

49) 최승원, “지방자치법의 문제점과 개정방향”, 『지방자치법연구』, 2001. 6, 17면.

50) 김성호, 전제논문, 80면.

51) “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다”.

입여부를 검토할 필요가 있다.<sup>52)</sup> 그렇지 않으면, 국회가 지방자치관련 법률을 제정하는 경우 지방자치단체의 자치행정권이 법률에 의해 침해되는 때에 지방자치단체가 국회에 그러한 법률제정권한이 없음을 권한쟁의심판의 형식으로 다툴 수 있도록 할 필요가 있다.<sup>53)</sup>

독일에 있어서는 국가기관 등이 지방자치단체의 자치권을 침해하였을 경우, 예를 들어 지방자치단체가 수립한 도시계획(지구상세계획 : Bebauungsplan)에 대한 승인을 거부했을 경우나 주 지역계획 수립절차에 지방자치단체의 참여권(이는 게마인데의 지역계획고권으로부터 도출됨)이 침해되었을 때 당해 지방자치단체는 그 관할 행정관청의 처분에 대하여 항고소송을 제기할 수 있다.<sup>54)</sup> 향후 우리나라에 있어서도 국가나 타 지방자치단체의 행위로 인해 지방자치권이 침해되었다고 주장하는 지방자치단체가 일반법원에 행정소송을 제기할 수 있도록 하여야 할 것이다.

지방자치단체는 국회입법과정에서 의견서를 국회에 제출하고, 지방자치와 관련된 당해 법률안이 국회 소관상임위원회에 상정되고 심의될 경우, 의안에 대하여 당해 지방자치단체에게 의견을 진술하거나 제출할 수 있는 기회를 부여하도록 의무화 한다. 지방자치단체는 법령 등의 집행에 있어서 현실적인 운영경험 등에 기초하여 현행 법령의 문제점에 관한 정보를 관계 정부부처 및 국회 소관위원회에 적극적으로 제공하여야 할 것이다. 정부입법이나 하위법령도 지방자치단체의 참여를 적극적으로 보장하여야 할 것이다.

#### IV. 맺는 말

오늘날 세계화와 지방화시대에 즈음하여 지방행정의 투명화는 지방자치단체의 자율권 확대와 권리보호, 중전의 중앙정부의 통제로부터 주민대표기구인 지방의회의 통제로의 전환, 그리고 대의제 민주정치의 보완책으로서 주민참여의 활성화에 있다.

중앙정부와 지방자치단체 간의 관계를 대등한 관계에서 출발하여 행정 전반에 대한 동반자의 관계로 재정립하고, 이에 따라 지방자치단체의 사무를 전면적으로 재검토하여 자치사무를 확대하고 국가사무로 남아 있는 경우에도 국가

52) 홍정선, 『지방자치법학』, 법영사, 2000, 68면 이하.

53) 최승원, 전계논문, 22면.

54) 김해룡(역), 『독일지방자치법연구』, 도서출판 한울, 1994, 316면 이하.



의 지시·감독권이 법률이 인정한 범위 내에서만 인정되도록 하여야 하며, 이러한 의무에 상응하는 국가의 경비를 부담하는 원칙이 지켜져야 될 것이다.

그리고 지방자치제도를 제대로 확립하기 위해서 지방자치단체의 권한 즉 자치조직권·인사고권·재정고권·자치입법권·계획고권이 확대되는 방향으로 나아가야 한다. 지방자치단체의 조직·인사·재정은 지방자치단체가 그에게 주어진 사무처리를 하기 위해 더 나아가서 지방자치권의 구현을 위해 꼭 필요한 것이므로 현재보다 더 지방자치단체에게 더 많은 자율성이 주어져야 할 것이다. 그리고 지방자치단체의 규율내용이 국가의 법령의 내용과 정면을 배치되지 아니하는 한, 지방자치단체가 자치규정을 규율할 수 있으므로 현재 법규정의 구조를 왜곡시키는 지방자치법 제15조 단서의 규정을 삭제하는 것도 검토해 보아야 할 것이다. 또한 도시관리계획에 대한 지방자치단체의 계획고권이 광역지방자치단체에 국한하여 인정되고 있는데, 원칙적으로 기초지방자치단체에 주어지는 방향도 검토하여야 할 것이고, 이 경우에도 지방의회의 적극적인 역할을 할 수 있도록 지방의회의 권한을 강화시키는 방안도 검토해 보아야 할 것이다.

지방자치단체의 권한의 강화와 함께 권한이 비대한 자치단체장을 견제하기 위해서는 지방의회의 권한을 강화하여야 할 것이고, 지방의회가 의정활동의 질을 높여 실질적인 역할을 할 수 있도록 지방의회의 위원회와 교섭단체의 구성·운영, 전문성을 가진 각급 지방의회의 전문위원과 의회직 공무원들 그리고 전문가를 활용하여 방안을 모색할 필요하다.

끝으로 참여민주주의 사상이 확산됨과 동시에 주민이 지역사회에 있어서 공공사업의 공공결정의 과정에서 주민의 적극적인 참여를 유도하여 고객위주의 관점의 전환되는 패러다임의 변화를 가져오게 하며, 지방정부가 독단적으로 운영하거나 부패되지 않도록 권력을 통제하는 방안이 강구되어야 한다. 이를 위해서는 주민제정·개폐의 청구제도, 주민감사청구제도와 주민소송제도를 개선하고, 주민소환제를 도입할 필요가 있다고 할 것이다. 지방자치단체가 자치권을 침해당할 때에 지방자치단체의 권리보호를 위한 제도가 개선되어야 하고 의원입법·정부입법 또는 하위법령의 입법절차에 지방자치단체의 참여를 적극적으로 보장하는 방안을 마련할 필요가 있다.

**주제어** 지방행정의 투명화, 지방자치단체의 자율권 확대, 주민참여의 활성화, 지방의회의 권한 강화

## The Government Legislative Improvement Program for Heightening the Transparency in the Local Administration

Hwang, Hae-Bong\*

With the era of globalization and localization nowadays, the transparency in the local administration consists of the expansion of a local autonomy and the protection of the rights of the local governments, the control transfer from the central government to the assemblies of the local governments as representative organizations for local residents, and the activation of participation of local residents in policy execution as complementary measures for the representative democracy. The relationship between the central government and the local governments should be re-established from as an equal relation to as a partner all over the administration.

For the firm establishment of the local self-governing system, the power or authority must be expanded for one local government to expand their functions, to build their own organization, to manage their own personnel, to finance their expense, to make their own laws and regulations, and to make their own plans.

To keep check and balance with the governors or mayors of the local governments with strong powers as a result of power enlargement, the local governments' assemblies have to strengthen their power against the governors or mayors.

In conclusion, the change in the paradigm for drawing resident-oriented viewpoints should be made to expand our participatory democracy and to guide local residents to take a part in public decision-makings for public projects. We also have to take into consideration some ways to control the local governments for them not to manage their residents by an arbitrary rule or not to corrupt.

<b>KEY WORDS</b> the Transparency in the Local Administration, the Expansion of a Local Autonomy of the Local Governments, the Activation of Participation of Local Residents, the Power Enlargement of the Assemblies of the Local Governments
---

---

\* Government Legislative Officer, Ministry of Government Legislation