

地方自治法制的 爭點과 展望

崔 桓 容*

차 례

- I. 들어가며
- II. 지방자치의 의의와 본질
 - 1. 지방자치의 의의
 - 2. 지방자치의 본질
- III. 지방자치법제의 현황과 쟁점
 - 1. 사무배분에 관한 현황과 쟁점
 - 2. 국가의 지방자치단체에 대한 지도·감독법제의 현황과 쟁점
 - 3. 주민참여법제의 확대 도입과 쟁점
- IV. 지방자치법제의 개선방안
 - 1. 국가와 지방자치단체간 합리적 사무배분을 위한 법제개선방안
 - 2. 국가의 지방자치단체에 대한 감독법제 개선방안
 - 3. 주민참여법제의 개선방안
- V. 나오며-지방자치제도에 관한 전망을 대신해서

* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

I. 들어가며

1987년 민주주의의 진전에 따라 가장 큰 변화를 겪어온 행정법분야가 지방자치법제인 점에 대해서는 이론의 여지가 없을 것이다. 제3공화국 이래 우리 헌법에서 규범력을 잃고 사문화되어 버렸던 지방자치제도는 1987년 우리 사회에 불어 닥친 민주화의 흐름 속에서 1991년의 지방의회 의원선거 및 1995년의 지방자치단체장 선거를 계기로 다시 부활되었고 15년 이상의 세월을 거쳐 바야흐로 정착기에 접어들었다. 이러한 지방자치제도의 부활은 그동안 교과서에서나 접할 수 있었던 지방자치제도를 둘러싼 많은 논의를 현실의 것으로 만들어 왔고 그 결과 지방자치제도를 보장하기 위한 다양한 제안들이 입법적으로 구체화되어 왔다.

특히 제3공화국 이래 30여년 동안 잠들어 있던 지방자치법을 둘러싼 학자들의 침묵은 1995년 지방자치단체장 선거를 계기로 지방자치단체의 조직구성이 완결된 시점부터 다양한 쟁점들을 부각시키면서 저마다의 목소리를 내기 시작했다. 이러한 백가쟁명식의 논의는 결국 잃어버린 30년 지방자치법제사에 대한 통렬한 반성의 목소리로 평가할 수 있다. 더욱이 1990년대 중반부터 우리 사회에 불어 닥친 지식정보사회의 도래, 세계화 및 시민사회의 성숙 등 시대적인 흐름은 우리 사회에 지방분권이라는 화두를 던져주었고 이를 계기로 지방자치의 제 모습 찾기를 위한 학계의 논의는 더욱 활발해졌음은 주지의 사실이다.

오늘날 지방자치법제는 지방자치제도의 부활 초기에 제기되었던 많은 문제점을 해결하여 스스로의 모습을 찾아가고 있으며, 이들 지방자치법제를 둘러싼 학계의 논의 또한 정치함을 더해가고 있음은 매우 다행스러운 일일 것이다.

그렇지만, 지난 17년간의 지방자치제도의 변화과정을 돌이켜보면 실질적 의미의 지방자치를 실현하기 위해서는 해결해야할 많은 과제들이 남아 있으며, 이러한 과제들을 일일이 열거하는 것은 지면의 낭비라고 생각된다.

본고에서는 지방자치제도를 둘러싼 많은 논의들 가운데 우선 지방자치의 의의와 본질에 관한 논의를 정리하고, 지방자치의 본질을 실현하기 위해서 우선적으로 해결해야 할 과제로 어떻게 국가와 지방자치단체간의

관계를 새롭게 정립해 나갈 것인가 하는 관점에서 국가와 지방자치단체 간 사무배분의 문제와 국가의 지방자치단체에 대한 지도감독의 문제에 국한하여 문제점을 살펴보고, 그 개선방향을 제시하고자 한다.

II. 지방자치의 의의와 본질

1. 지방자치의 의의

지방자치는 민주주의의 이념과 지방분권주의 및 자기책임성을 기초로 하여 성립한 역사적 산물로서 주민자치와 단체자치라는 두 가지 개념요소로 성립되어 있다.¹⁾ 즉 지방자치에서의 민주주의 이념은 지방주민에 의해 지방자치단체를 직접 선출하여 구성하도록 함으로써 지방자치단체의 권한행사에 직접적인 민주적 정당성을 부여하게 하며, 지방분권²⁾주의 이념은 국가의 지방에 대한 관여를 최소화하고, 독립적인 의사결정체의 형성을 통하여 지방의 고유한 사무에 관하여 스스로의 의사에 따라 결정하도록 자기결정권을 보장해 주는 것이라 할 수 있다. 또한 지방자치단체는 국법질서 안에서 외부의 지시나 간섭을 받음이 없이 스스로 합목적적이라고 판단하는 바에 따라서 자기책임 하에 그의 업무를 수행하는 자기책임성을 가지며, 이러한 자기책임성의 원칙에 따라 지방자치단체는 어떠한 업무를 언제, 어떻게 수행할 것인지에 대하여 독자적으로 결정할 수 있다.

우리나라에서는 종래 지방자치의 개념을 주민자치³⁾와 단체자치⁴⁾로 구분하여 파악하고 있었으나 오늘날 이 둘의 관계는 수레의 양 바퀴와 같

1) 최봉석, 『지방자치의 기본법리』, 한국법제연구원, 2007, 17면.

2) 지방분권촉진에 관한 특별법 제2조는 지방분권을 “국가 및 지방자치단체의 권한과 책임을 합리적으로 배분함으로써 국가 및 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루도록 하는 것”이라 정의하고 있다.

3) 주민자치라 함은 일정한 지역사회에 고유한 공적 사무는 그 지역사회의 주민이 참가하여 자율적으로 처리하여야 한다는 관념으로 영국 등 영미국가에서 발달한 제도를 의미한다.

4) 단체자치란 지역공동체에 기반을 둔 국가로부터 독립된 단체를 인정하고 지역공동체에 고유한 공적 사무가 이 단체에 의해서 자율적으로 처리되도록 하는 것을 말한다.

아서 서로 독립하여 존재할 수 없는 것으로 이해되고 있다. 즉 주민자치를 실현하기 위해서는 국가로부터 독립된 지역단체의 설립이 필수불가결하며, 반면 국가로부터 독립된 지역단체가 존재하더라도 지역단체의 정치나 행정에 주민의 참여가 보장되지 아니하거나 불충분하다면 자치라고 할 수 없기 때문이다.⁵⁾

결국 오늘날 지방자치를 주민자치와 단체자치로 획일적으로 구분하는 것은 큰 의미를 가지지 못하며, 현대 민주국가에서의 지방자치는 민주주의와 지방분권주의를 기초로 하여 주민자치와 단체자치의 요소가 통합된 민주적인 지방자치를 의미한다고 할 수 있다. 특히 지방자치를 지역의 문제를 지역주민이 스스로 결정하고 그 결정에 대해서 책임을 지는 자기책임성의 원칙을 전제로 하는 것으로 이해한다면 지방자치의 실체는 주민들의 자기결정의 보장, 즉 주민자치에 있다고 할 수 있다.⁶⁾ 헌법재판소 역시 지방자치는 “국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있다”⁷⁾고 밝히고 있으며, 따라서 지방자치는 주민이 자신과 관련된 지역적 문제에 대한 자주적 결정을 통하여 자기소위를 극복하고 지역문제의 자주적 해결주체로 등장하기 위한 제도적 장치로 이해할 수 있다.⁸⁾

2. 지방자치의 본질

(1) 고유권설과 전래권설

지방자치의 본질에 관해서는 종래 고유권설과 전래권설이 대립하고 있다. 여기서 고유권설이란 지방자치단체의 자치권은 국가이전부터 인정되고 있는 지방자치단체에 고유한 권리라고 한다. 그 논거는 역사적으로 지방자치단체는 국가 이전부터 지역공동체의 이익을 위하여 형성되어 지역공동체에 고유한 문제를 자율적으로 처리하여 왔다는 역사적 사실에 둔다.

5) 김철용, 『행정법Ⅱ(제5판)』, 박영사, 2005, 55면

6) 최봉석, 전제서, 23면.

7) 헌재 1991. 2. 11. 선고, 91헌마21 결정.

8) 백종인, “지방분권강화를 위한 법적 과제”, 『지방자치법학』 제3권제1호, 한국지방자치법학회, 2003. 6, 35면.

이에 대해서 전래권설은 지방자치단체의 자치권은 국가의 통치권의 일부가 지방자치단체에 부여된 것이라고 한다. 그 논거는 연방제가 아닌 중앙집권국가에서는 국가의 통일성을 보장하여야 하므로 국가의 통치권으로부터 독립된 자치조직을 인정할 수 없으며, 모든 권력은 국가권력으로부터 나올 수밖에 없다는데 있다.⁹⁾ 이러한 고유권설과 전래권설은 결국 국가와 지방자치단체의 관계를 어떻게 볼 것인가의 문제로 귀결된다.

오늘날 국가를 중심으로 한 국가법질서의 통일성이 요구되는 상황하에서 국가의사로부터 완전히 독립된, 고유권을 가진 지방자치단체를 상정하기 어려운 바, 기본적으로는 전래권설의 입장이 타당하다.¹⁰⁾

(2) 제도적 보장설과 신고유권설

우리나라의 통설인 제도적 보장설은 지방자치권은 헌법에 의하여 승인되고 보장된 것으로 입법자에 의한 그 내용의 제한이 가능하기는 하나, 헌법상 제도로써 규정되어 있는 이상 입법자가 법률로써 폐지할 수 없고 또한 제한을 하더라도 그 본질적 내용은 침해할 수 없다고 본다. 이러한 제도적 보장설은 지방자치권이 국가로부터 전래된 것이라는 점에서 출발한 것으로 우리 헌법 제117조와 제118조가 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 존재의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장을 말한다.

그러나 제도적 보장설을 단지 입법권으로부터 지방자치의 본질적 내용을 침해하는 것을 방지하는 전통적인 의미에서 이해한다면, 오늘날 지방자치제도가 가지는 적극적 가치, 즉 민주주의와 권력분립원리의 현대적 구현 및 나아가 주민의 기본권보장의 강화 등에 기여할 수 있는 실질적인 지방자치제도의 설계가 어렵게 된다는 문제점이 지적될 수 있다.

이러한 제도적 보장설에 대한 대안으로 제기되는 것이 신고유권설이다. 신고유권설은 지방자치권의 본질을 국민주권원리와 기본권보장원리라는 관점에서 파악함으로써 지방자치단체를 헌법적으로 또는 정치적으로 국가와 병립하는 대등한 공권력의 주체로 이해한다.¹¹⁾ 신고유권설은

9) 박균성, 『행정법강의(제5판)』, 박영사, 2007, 918면.

10) 최봉석, 전제서, 24면.

11) 김영천, “한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』 제2권제2호, 한국지방자치법학회, 2002. 12, 11-12면.

헌법의 기본원리인 국민주권원리와 기본권보장을 기본 전제로 하고, 지방자치의 가치와 현대적 기능을 중시하면서 자치행정에 대한 포괄적 보호를 시도하는 측면에서 긍정적인 평가를 받고 있으나, 국법질서의 통일성이라는 측면에 비추어서 지방자치의 본질을 국가 이전부터 인정되고 있는 고유한 권리로 파악하는 것은 무리가 따른다고 보여진다.

(3) 실질적 의미의 지방자치와 입법자의 입법형성의무

우리 헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”, 제118조 제1항에서는 “지방자치단체에는 의회를 둔다”라고 규정하고 있으며, ‘지방자치단체의 종류(제117조 제2항)’, ‘지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항(제118조 제2항)’은 법률로써 구체화하도록 하고 있다. 따라서 지방자치의 본질에 관한 논의는 우리 헌법 제117조와 제118조에 기초하여서 이루어져야 할 것이다.

우리 헌법 제117조와 제118조에서는 지방자치제도의 구체적 내용의 형성을 입법자에게 유보시키고 있으며, 이러한 헌법의 태도는 입법자에게 지방자치제도의 구체적 내용을 형성함에 있어서 지방자치제도가 가지는 현대적 가치, 즉 민주주의의 이념과 지방분권주의 및 자기책임성을 기초로 하면서 동시에 주민자치를 지방자치의 본질적 요소로 하는 실질적 의미의 지방자치를 구현하기 위한 방향에서 입법형성의무를 부여하고 있는 것으로 볼 수 있다.

Ⅲ. 지방자치법제의 현황과 쟁점

1. 사무배분에 관한 현황과 쟁점

(1) 국가의 행정권한과 사무의 포괄적 지방이양

“국정의 통일성을 확보하고 지방의 창의성과 다양성이 존중되는 내실 있는 지방자치를 실현”하기 위해서는 “국가와 지방자치단체간 또는 지방

자치단체 상호간의 역할을 합리적으로 분담”하도록 할 필요가 있다(지방분권촉진에 관한 특별법 제3조). 지방자치의 실질적 가치를 구현하기 위해서는 국가에 집중되어 있는 행정권한과 사무를 대폭적으로 지방자치단체에 이양하여야 함은 그동안 계속 주장되어 왔던 점이다. 또한 입법적으로도 “중앙행정권한의 지방이양 촉진 등에 관한 법률”, “지방분권특별법” 등 지방분권관련법제에서 과도하게 집중되어 있는 국가의 행정권한과 사무를 지방자치단체에게 포괄적으로 이양하고, 기관위임사무 등 사무구분체계를 조정함으로써 국가와 지방자치단체의 관계를 권위적·통제적 관계에서 민주적·협력적 관계로 전환시킬 것이 끊임없이 지적되어 왔다.

그러나 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간 사무배분에 관한 문제는 여전히 해결해야 할 과제로 남아 있음은 부인할 수 없다. 학계에서는 지속적으로 국가의 행정권한과 사무를 포괄적으로 지방자치단체에 이양하도록 하는 특별법의 제정이 필요하다는 제안¹²⁾을 해왔으나 아직 실현되지 않고 있다.

또한, 2006년에 제정된 『제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(이하 “제주특별법”이라 한다)』에서는 국가가 개별법령을 통해서 선점해 오던 350여건에 달하는 권한과 개별사무들을 “특례”라는 형식으로 포괄적으로 이양한 바가 있으나, 그 효과에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 즉 “제주특별법”에서 규정하고 있는 개별사무에 대한 특례규정들은 역시 각각의 사무를 규정하고 있는 개별법령과의 관계 속에서의 “특례”를 규정할 뿐으로 지방자치법 제22조의 자치입법권에 대한 일반적 제약을 배제하는 것이 아니라는 점¹³⁾, 그리고 “제주특별법”에 들어진 특례규정들은 다른 개별법률의 제정이나 개정시에 무용지물이 될 가능성이 있다는 점에서 그 실효성에 의문을 제기하지 않을 수 없다.

12) 김명용, “참여정부의 지방분권정책의 공법적 과제”, 『공법학연구』 제5권제3호, 한국비교공법학회(2004), 123면.

13) 김부찬, “제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』 제6권제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6, 37면.

(2) 자치사무의 구분체계

다음으로 각 개별법률에서 규정하고 있는 사무가 국가사무인지 지방자치단체의 사무, 즉 자치사무인지를 구분하기가 어렵다는 점이다.¹⁴⁾ 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.¹⁵⁾

그렇지만 현실적으로는 사무구분에 대한 인식 없이 법령을 제정하는 과정에서 개념과 용어가 혼재되는 등 통일성이 결여되어 있는 경우가 있다. 예를 들어 법령상의 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 자체를 저해하는 결과를 초래한다. 나아가 중앙행정기관에서 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 이뤄

14) 문상덕, “지방자치단체의 사무구분체계”, 『지방자치법연구』 제4권2호, 한국지방자치법학회, 2004. 2, 385면.

15) 홍정선, 『지방자치법학』, 법영사, 2000, 311면.

지는 사례가 있다.

또한 국가와 지방자치단체간 사무배분은 물론이고 광역자치단체와 기초자치단체간 사무의 구별기준이 명확하지 않다는 문제점도 있다. 지방자치법에서는 광역자치단체 사무를 <광역행정기능>, <보완·대행기능>, <연락·조정기능>, <지도·감독기능>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.

(3) 기관위임사무와 공동사무

사무구분체계에서 기관위임사무는 현실적으로 지방자치단체의 사무 가운데 상당한 부분을 차지하고 있게 되면 지방자치의 본질을 침해할 우려가 제기된다. 즉 기관위임사무가 많다는 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.¹⁶⁾

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.¹⁷⁾

다음으로 국가사무와 지방사무의 어느 유형에도 속하지 않는 공동사무의 존재이다.¹⁸⁾ 실제적으로 국가와 자치단체가 사무를 공동으로 수행하

16) 최창호, 『지방자치학』, 삼영사, 1997, 260면.

17) 홍정선, 전계서, 356면.

18) 문상덕, 전계논문, 391면.

는 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 경향이 높으며, 중앙정부 기능의 지방이양 회피수단으로 전락할 수 있다는 문제점 등이 지적된다.¹⁹⁾

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

2. 국가의 지방자치단체에 대한 지도·감독법제의 현황과 쟁점

국가와 지방자치단체는 하나의 동일한 목적을 추구하는 별개의 권력주체로 파악할 수 있다. 지방자치단체가 처리하는 업무는 종국적으로 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 감독권한을 가짐으로써 국가 전체의 통합적인 업무수행을 가능하게 한다.

19) 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 사무영역으로 볼 것인가는 앞으로 검토를 요한다.” 전게서, 362면.

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 지방자치단체의 자치행정의 존립을 위태롭게 하고 지나친 방임은 무정부상태를 초래할 수 있다는 점에서 양자의 균형을 유지할 필요가 있다.²⁰⁾

국가의 지방자치단체에 대한 지도·감독권과 관련하여서 가장 문제가 되는 것은 지도·감독의 기준이다. 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 자치사무를 자기 책임 하에 처리할 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.

지방자치법 제9장에서는 “국가의 지도·감독”에 관한 내용을 제166조에서 제172조까지 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.

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

(1) 지방자치단체의 사무에 대한 지도 및 지원

중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을 요구할 수 있다. 또한 국가나 시·도는 그 지방자치단체의 사무를 처리함에 있어서 필요하다고 인정할 경우 재정지원 또는 기술지원을 할 수 있다.

중앙행정기관의 장의 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

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. 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

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 통지받은 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 제169조는 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.²¹⁾

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.

(4) 지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령

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 이

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

행할 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.²²⁾ 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

행정안전부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.²³⁾

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

22) 한국지방자치법학회편, 전계서, 723면.

23) 지방자치단체에 대한 감사제도에 관해서는 김남철, “지방자치단체에 대한 감사의 법적 문제”, 『지방자치법연구』 제5권제2호, 한국지방자치법학회, 2005.12, 11면 이하 참조.

하급행정기관으로 보고 있다.

(6) 지방의회 의결의 재의와 제소

지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 행정안전부장관(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. 행정안전부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

본 조항은 지방자치단체의 장이 독자적인 판단에 따라 재의요구를 할 수 있도록 규정한 지방자치법 제19조 제3항 및 제98조 제1항과는 별도로 감독기관의 감독권에 기초하여 재의요구를 하도록 지시하는 것이며, 재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장은 재의를 요구해야하는 의무사항이다.

3. 주민참여법제의 확대 도입과 쟁점

주민참여제도는 지방분권촉진에 관한 특별법 제14조 제1항의 권고조항에 따라 주민투표, 조례의 제정 및 개폐청구, 주민의 감사청구, 주민소송, 주민소환제도 등이 지방자치법에서 보완되거나 새로이 신설됨으로써 괄목할 정도로 확대되었으며, 이를 구체화하기 위하여 주민투표법과 주민소환에 관한 법률 등이 제정되었다.²⁴⁾

특히 1990년대까지 지방자치제도의 형성과 지방분권화가 급선무였기

24) 박인수, “주민자치 확대 법제와 문제점”, 공법학연구 제8권제1호, 한국비교공법학회(2007), 6면.

때문에 상대적으로 소홀히 되어 왔던 주민참여는 지방자치제도의 정착을 기초로 하여 지방자치제의 효과의 극대화와 민주주의적 기능의 강화를 기초로 하여 본격적인 제도화의 단계로 접어들게 되었다. 다만, 주민참여는 그 참여에 수반되는 구속력의 강도 및 범위와 함께 이른바 ‘대의민주제’와 ‘직접민주제’간의 갈등과 조화의 문제가 과제로 대두되었다.²⁵⁾

주민참여법제의 확대경향은 정치·행정제도의 대표성과 정당성 제고, 주민의 능동적 참여를 통한 사회적 안정감 제공, 주민의 주권자로서의 지위 회복과 동질성 회복, 주민의 정치교육적 효과 및 정치적 효능감 제고, 공동체 정신과 협동의식의 고취, 행정책임성의 제고 등 순기능적인 측면이 있는 반면, 주민참여에 따른 이해집단간 이해조정 능력의 한계, 이기주의적 집단행동으로의 변질 가능성, 행정의 경제성 저해 및 행정책임의 회피 문제, 여론의 조작가능성, 주민의 대표성 및 정당성의 문제 등 역기능적인 측면을 동시에 가지고 있다고 지적되어 왔다.²⁶⁾

(1) 주민투표제도

주민투표제도는 1994년 지방자치법 개정에 의해 도입되었으나 주민투표법이 제정된 2003년까지 약 10년간 사실상의 제도로만 존재하였다.²⁷⁾

현재의 주민투표법은 2004년 7월부터 시행되고 있으며, 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 중에서 조례로 그 대상을 정하도록 하고 있다. 다만, 주민투표법 제5조에서는 예산 및 재산관리에 관한 사항, 조세에 관한 사항, 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 등 주민투표에 회부하는 것이 부적합한 사항은 주민투표의 대상에서 제외하고 있다.

그밖에 지방자치단체의 폐치·분합, 주요 시설의 설치 등 국가정책의

25) 최봉석, 전계서, 342면.

26) 최봉석, 전계서, 346면.

27) 주민투표법 제정 이전에 주민투표법의 제정방향에 관한 연구로는 박인수, “지방자치와 주민참여법제 강화방안-주민투표법의 제정방향 모색-”, 『지방자치법연구』 제2권제1호, 한국지방자치법학회, 2002. 6, 87면 이하; 주민투표법 제정 이후의 연구로는 김동건, “주민투표의 법적 의미와 법적 문제점”, 『지방자치법연구』 제6권제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6, 103면 이하 등 참조.

수립에 대한 주민의 의견을 듣기 위하여 필요한 경우에는 중앙행정기관의 장이 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있도록 하는 규정(동법 제8조)도 존재한다.

주민투표의 발의권자는 주민과 지방의회 및 지방자치단체장 모두를 상정하면서 지방자치단체장의 직권발의에 대해서는 지방의회의 과반수 동의를 요건으로 함으로써 투표결과의 효력을 전제로 하여 지방자치단체장의 독단과 월권을 방지하는 한편, 주민투표제가 가지는 “지방의회 의결대체적 결정”으로서의 제도적 위상을 반영한 것이라 할 수 있다.²⁸⁾

주민투표제도에서 가장 쟁점이 되는 것은 투표결과의 효력에 관한 사항이나, 주민투표법에서는 주민투표의 결과를 “지방자치단체의 결정”에 해당하는 것으로 대응시키고 있다.(동법 제24조 제3항)

(2) 조례 제정 및 개폐청구제도

주민의 조례제정 및 개폐청구제도는 1999년 8월 31일 지방자치법 개정을 통하여 신설된 제도이다. 조례의 제정 및 개폐권한은 지방의회에 부여된 전속적 권한이나, 조례제정과정에서의 주민참여를 확대함으로써 지방의회 기능의 활성화를 유도할 수 있고, 행정에 대한 주민들의 관심과 참여를 증대시키는데 기여할 것으로 기대를 모았다.

조례 제정 및 개폐청구제도는 주민의 조례의 제정·개폐를 지방자치단체의 장을 통하여 지방의회에 부의하는 것이며, 주민이 직접 조례를 결정하는 제도는 아니다. 지방자치단체장은 자신의 심리·결정을 통하여 부의여부를 결정할 수 있고 지방의회는 주민청구에 대하여 법적 구속을 받지 않고 자신에게 부여된 자치입법권의 범위 내에서 조례의 제정·개폐를 결정할 수 있다.(지방자치법 제15조)

(3) 주민감사청구제도와 주민소송제도

주민감사청구제도는 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우 시·도에서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 당해

28) 최봉석, 전계서, 355면.

주민들이 감사를 청구할 수 있는 제도이다(지방자치법 제16조).

주민소송제도²⁹⁾는 주민의 자격으로 감사청구한 사항 가운데 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항에 대해서 중지청구소송, 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 변경을 구하거나 효력의 유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송, 해태사실의 위법확인소송, 이행청구 또는 변상명령청구소송을 제기할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무회계상 위법행위에 대하여 법원에 그 금지 또는 시정을 구하는 사법제도라고 할 수 있다.³⁰⁾ 현행 지방자치법 제17조에서 제19조까지 주민소송제도를 규정하고 있다.

(4) 주민소환제

주민소환제에 대해서는 지방자치제도의 시행과정에서 나타난 지방자치단체장의 위법·부당행위, 직무유기 또는 직권남용 등 지방자치제도의 폐해를 시정하기 위한 강력한 제도적 뒷받침이 필요하다는 배경 하에 그 도입 여부가 자주 거론되어 왔다. 특히 주민소환제는 주민에 의한 소환의 대상인 지방자치단체장과 선출직 지방의회의원의 법적 지위를 박탈한다는 측면에서 제도의 도입 자체만으로도 주민들과 밀접하게 성실히 직무를 수행하게 할 수 있다는 강력한 예방수단으로 정치권에서 자주 거론되어 오다가, 2006년 5월에 지방자치법 개정과 주민 소환에 관한 법률의 제정으로 도입되었다.³¹⁾

주민소환제에 대해서는 제도도입에는 원칙적으로 찬성하지만 그 운용

29) 주민소송제도의 상세에 관해서는 줄저, 『지방재정의 통제수단으로서의 주민소송제도에 관한 연구-한국과 일본의 비교를 중심으로-』, 서울시립대학사학위논문, 2005.2.

30) 최봉석, 전거서, 365면.

31) 주민소환제도에 관한 연구는 김현준, “주민소환제의 의미와 과제”, 『공법학연구』 제7집 제3호, 한국비교공법학회, 2006. 8, 177면 ; 길준규, “주민소환제의 법리적 검토”, 『공법연구』 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006. 6; 신봉기, “지방자치에 있어서 직접민주제 방식의 도입-특히 주민소환제와 관련하여”, 『공법연구』 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004. 11, 181면 등 참조.

상 신중함이 요청된다고 한다.³²⁾

IV. 지방자치법제의 개선방안

1. 국가와 지방자치단체간 합리적 사무배분을 위한 법제 개선방안

(1) 지방자치법상 사무배분의 원칙 등

1) 사무배분의 원칙

사무배분의 원칙으로는 기초자치단체 우선의 원칙, 행정책임명확화의 원칙, 행정능률과 경제성의 원칙, 행정수요 적합의 원칙, 경비의 완전보상의 원칙 등을 명확히 규정해 둘 필요가 있다.³³⁾

가. 기초자치단체 우선의 원칙

개별적인 사무를 국가와 지방자치단체에 배분하는데 있어서 우선 모든 사무를 주민에게 가장 가까운 기초자치단체에 배분하여야 한다. 기본적인 지방자치사무는 먼저 기초자치단체에 배분하고 기초자치단체가 담당하여 처리하는 것이 합리적이지 못한 것은 광역자치단체에 배분하고, 지방자치단체에서 수행하는 것이 합리적이지 못한 경우에만 국가가 이를 수행하도록 하여야 한다. 또한 사무가 경합되는 경우에는 기초자치단체에서 우선적으로 처리하도록 하여야 한다. 이 원칙은 보충성의 원칙을 좀 더 명확하게 표현한 것으로 뒤에 제시하고 있는 경비의 완전보상 원칙과 결합되어야만 그 실효성을 거둘 수 있다.

32) 고문현, “주민소환제의 바람직한 방향-‘주민소환에 관한 법률’의 평가를 겸하여-”, 『지방자치법연구』 제6권제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6, 171면; 최봉석, 전거서, 383면 등.

33) 조정찬, “지방자치단체 사무배분에서의 지방자치와 국가행정의 조화”, 『지방자치법연구』 제8권제17호, 한국지방자치법학회, 2008.3, 33면 이하에서는 사무배분의 원칙을 ① 기초자치단체 우선의 원칙, ② 행정책임 명확화의 원칙, ③ 행정능률의 원칙, ④ 행정수요의 특수성 적합의 원칙, ⑤ 정책·집행 분업의 원칙, ⑥ 이해관계 범위 고려의 원칙, ⑦ 상호협력의 원칙, ⑧ 재정·기술능력의 원칙의 8가지를 들고 있다.

나. 행정책임 명확화의 원칙

특정한 하나의 사무를 국가나 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 한 종류의 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. 이러한 원칙을 통해서 제주특별법의 한계로 지적되는 것처럼 “특례규정”만으로는 자기완결적 사무를 처리할 수 없다는 문제를 해결할 수 있을 것이다.

다. 행정능률과 경제성의 원칙

특정의 사무를 배분하는 경우에 사무수행에 필요한 경비, 관리상의 능률성 제고, 서비스 향상 등 편익을 고려하여 가장 효율적으로 처리할 수 있는 단계의 행정계층에 할당하여야 한다.

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

라. 행정수요적합의 원칙

지방자치단체가 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.

마. 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.

2) 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.

가. 영향의 범위

국가와 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.

나. 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.

다. 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 고려하여야 할 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 국가는 그 사무처리에 필요한 능력보완을 위한 조치를 취하여야 한다.

3) 지방자치단체의 사무범위

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

가. 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 말한다. 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 국가와 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, ㉢ 기초자치단체간의 상호협력에 의하여 처리할 수 없는 사무로 광역자치단체에서 처리하는 것이 바람직하다.

나. 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, 기초자치단체의 자치사무는 관할구역의 모든 사무로 보며, 기관위임사무의 경우에는 법률의 규정에 의하여 그 위임의 범위와 책임, 경비부담 등을 명확하게 규정하도록 하는 것이 바람직하다.

다. 공동사무

국가와 지방자치단체간, 또는 광역자치단체와 기초자치단체간 공동사무의 개념을 명확히 정립하여야 한다.³⁴⁾ 사회의 다양성을 고려하여 각 행정주체가 공동으로 처리해야 하는 사무의 증대는 불가피한 현상이다. 다만, 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 국가 또는 지방자치단체로 이관하고, 토지이용규제, 공해대책, 소비자보호, 환경보전, 지역개발계획, 사회복지 등의 사무는 국가와 지방자치단체가 공동책임과 권한 아래 공동사무로 처리하도록 하되 그 책임과 경비부담에 관해서는 국가와 지

34) 문상덕 교수는 자치사무와 위임사무(기관위임사무와 단체위임사무)로 구분되고 있는 현재의 사무구분체계에서 위임사무를 폐지하고, 이를 대체할 사무의 유형으로 '법정공동관리사무'를 제안하고 있다. 이 경우 법정공동관리사무는 국가 또는 광역자치단체가 전국적 또는 광역적 사무처리의 통일성 확보와 지역적 이해의 고려가 동시에 요구되는 사무를 각각 법률 또는 광역자치단체의 조례로 창설하여 그 내용과 요건 내지 기준을 법정한 뒤 당해 사무의 처리를 시·도 또는 시·군·구에 맡기는 사무로 정의된다. 이를 통해서 종래의 위임사무가 내재하고 있던 모호성과 비정형성을 보다 명확히 하고 중앙정부에 의한 일방적 행정관여의 위험성을 제도적으로 해소할 수 있다고 한다. 전계논문, 403-404면.

방자치단체간의 사전협의를 통해 확정되어야 할 것이다.

(2) 개별법령의 사무배분체계의 개선방안

국가와 지방자치단체간 사무의 배분은 지방자치법 이외의 다른 개별법령에 의해서 이루어지는 경우가 일반적이다. 지방자치법 제9조 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 개별법령에서 국가와 지방자치단체간 사무를 배분할 수 있도록 함으로써 지방자치법 제9조의 예시적 사무가 유명무실하게 될 가능성이 내포되어 있는 것이다.

이렇게 개별법령에서 국가와 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 행정안전부와 지방자치단체의 연합조직에 그 의견을 청취·반영하도록 하고, 나아가 사전에 협의하도록 하는 제도적 장치를 마련해 두는 것이 요청된다.

(3) 사무배분에 관한 특별법의 제정방안

1) 특별법 제정의 기본방향

“국가와 지방자치단체간의 사무배분에 관한 특별법(가칭)”을 제정함으로써 사무구분의 명확화, 사무배분의 실효성 확보, 합리적인 사무배분, 국가와 지방자치단체간의 협력체계 구축을 기대할 수 있다. 법률 제정의 기본방향은 다음과 같이 생각해 볼 수 있다.

첫째, 사무구분을 명확히 한다. 사무배분과 관련하여 현재 제기되고 있는 문제점들은 결국 특정 사무가 어떤 종류의 사무에 속하는지를 명확히 구분

할 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

특별법에 포함되어야 할 내용으로는 첫째, 앞에서 제시한 지방자치법 개정안에 포함될 내용과 사무배분에 관한 합리화를 위하여 중앙정부와 지방자치단체간의 사무배분을 소관하는 상설위원회를 설치하고, 지방자치단체의 규모와 능력을 고려해서 차등배분하도록 하는 원칙을 정할 필요가 있다.

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. 이때 광역지방자치단체의 대표로서 시·도지사협의회를, 기초지방자치단체의 대표로서 시장·군수·구청장협의회를 참여시키는 방안을 고려할 수 있다.

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.

2. 국가의 지방자치단체에 대한 감독법제 개선방안

(1) 취소·정지규정의 개선

1) 취소·정지처분에 대한 규정의 개정

현행 지방자치법 제169조 제1항에서는 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 공익을 해한다고 인

정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 ...이를 취소하거나 정지할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 동조에 따르면 국가나 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.³⁵⁾

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

2) 취소·정지처분에 대한 제소규정의 개정

현행 지방자치법 제169조 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 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다”고 하여 지방자치단체의 장의 제소권을 인정하고 있다.

그러나 이 규정방식은 지방자치단체의 장의 명령이나 처분의 위법·부당성을 제1차적으로 중앙정부가 판단하도록 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.³⁶⁾ 따라

35) 조정찬, 전계논문, 50면 이하에서는 이러한 우려에 대해서 “지방자치가 법령의 범위 안에서 이루어지고 있는 우리 현실에서 법령의 운영권자인 중앙정부가 갖는 최소한의 권한이라고 볼 여지가 있다”고 반론을 제기한다.

36) 일본에서는 지방자치단체의 장이 자치사무는 물론 기관위임사무의 처리에 관한 법적 의무를 이행하지 않거나 법을 위반하고 있다고 판단할 때에는 중앙정부가 고등법

서 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.³⁷⁾

(2) 직무이행명령제도의 개선

1) 직무이행명령에 대한 규정의 개정

지방자치법 제170조에서는 “지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다”고 규정하고 있다. 동조에서 규정하고 있는 직무이행명령제도는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리·집행에 한정된 것이나 위임사무와 자치사무를 명확히 구별할 수 없는 현실에 비추어 자칫 지방자치단체의 사무집행에 대한 강력한 통제수단이 될 수 있다.

이러한 직무이행명령제도는 본래 국가나 시·도지사가 집행하여야 할 사무를 지방자치단체가 처리하는 것으로 지방자치단체의 사무처리가 법령상 의무를 해태하고 있을 때에 발동되는 것으로 지방자치단체의 자주성과 자립성을 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.

원에 소를 제기하여 그 판결에 의하지 않는 한 단체장에게 어떤 조치도 취할 수 없도록 하고 있다.

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

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

2) 행정대집행에 대한 규정의 개정

제170조 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 대집행 하면서 그 비용을 지방자치단체의 부담으로 전가시키는 것은 과도한 통제라고 할 수 있다. 기관위임사무는 업무의 성격이 국가나 시·도의 사무이지만 집행상 편의를 위하여 지방자치단체에게 위임해서 처리하는 것이므로 대집행의 경우에도 그 처리비용은 당연히 그것을 위임한 국가나 시·도가 부담하여야 할 것이다.

3) 직무이행명령에 대한 제소규정의 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 의무이행을 관철하기 위하여 의무이행의 소를 법원에 제기하도록 하는 통상의 사법절차를 역전시킨 것으로 감독관청의 우월적 지위를 확보해 줌으로써 지방자치단체의 자치권을 훼손시킬 우려가 있다.

따라서 제170조의 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 제171조에서는 “행정안전부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 보고를 받거나 서류, 장부 또는 회계를 감사할 수 있으며, 특히 감사는 법령위반사항에 한하여 실시할 수 있다”고 규정하고 있다.

그러나 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 당해 지방자치단체를 구성하는 자치단체장과 지방의회, 주민이 스스로 결정하고 책임지는 것이 지방자치의 본질에 적합하며, 국가의 감사권은 법률의 근거에 따라 법령위반사항에 한정해서 제한적으로 이루어지는 것이 바람직할 것이다. 물론 이를 위해서는 지방자치단체 내부의 감사기능을 강화하는 것이 전제되어야 할 것이다.³⁸⁾ 또한 감사권이 발동되는 경우에도 비례의 원칙에 적합하도록 하고, 지방자치단체의 사무집행에 현저하고 명백한 위법사항이 있는 경우에만 허용되어야 할 것으로 생각된다.

(4) 지방의회 의결의 재의 요구권

지방자치법 제172조 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.

38) 김남철, 전계논문, 36면 참조. 그밖에도 김남철 교수는 “지방자치단체에 의한 감사를 활성화하거나 또는 이를 보완하기 위해서는 감사과정에서의 주민의 참여가 중요한 의미를 가진다”고 하면서 감사기관에 직접 전문가로서의 주민을 참여시키는 형태와 일정 수 주민에 의한 감사청구 및 주민소송제도를 들고 있다.

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.

그리고, 지방의회의 의결사항에 대한 위법성 여부는 사법기관이 최종적으로 판단하여야 하는 것이며 공익침해여부는 지방주민과 지방의회가 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 정비방안

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, 효과 등을 상세하게 규정할 필요가 있다.

일본에서는 관여의 3대 원칙이라 하여 관여법정주의, 일반법주의, 관여의 적정절차의 규정을 지방자치법에 두고 있다.³⁹⁾ 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 하

39) 일본 신지방자치법 제245조의2(법정주의의 원칙), 제245조의3(일반법주의 원칙), 제247조 내지 제250조(관여의 적정절차에 관한 규정)을 관여의 3원칙이라 한다. 일본의 관여의 3대 원칙에 관해서는 최철호, “일본의 국가와 지방자치단체와의 관계에 관한 연구”, 『중앙법학』 제6권제2호, 중앙법학회, 2004, 43-44면 참조.

고, 관여의 기본유형마다 적정한 절차를 규정함으로써 자치단체의 자기 결정권을 최대한 보장하고 있다.

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

3. 주민참여법제의 개선방안

주민참여제도의 확대경향에 대해서 학자들은 대체로 환영하는 분위기이다. 그렇지만 일부에서는 현행 헌법원리가 주민자치는 단체자치를 보완 또는 보충하기 위한 차원에서만 고려될 수 있는 것으로 단체자치를 대체하는 원리로 작용하게 된다면 헌법위반의 가능성이 높게 될 것이라는 우려를 표명하는 견해도 나타나고 있다.⁴⁰⁾

그러나 앞에서 살펴보았던 것처럼 오늘날 지방자치를 주민자치와 단체자치로 획일적으로 구분하는 것은 큰 의미를 가지지 못하며, 현대 민주국가에서의 지방자치는 민주주의와 지방분권주의를 기초로 하여 주민자치와 단체자치의 요소가 통합된 민주적인 지방자치를 의미한다고 할 수 있다. 특히 지방자치를 지역의 문제를 지역주민이 스스로 결정하고 그 결정에 대해서 책임을 지는 자기책임성의 원칙을 전제로 하는 것으로 이해한다면 지방자치의 실체는 주민들의 자기결정의 보장을 핵심적 요소로 파악하여야 한다. 이러한 측면에서 비교적 짧은 기간 내에 주민직접참여 제도를 도입한 점에 대해서는 환영할 수 있겠지만, 제도 도입 과정에서 미처 해결하지 못한 과제들과 시행상에 나타나는 문제점들을 시정해 나가려는 노력은 계속되어야 할 것이다.

V. 나오며-지방자치법제에 관한 전망을 대신해서

지방자치제도가 부활하고 17년이란 세월이 흘렀다. 우리 헌법에서는 지방자치의 제도적 보장을 규정하고 있으며, 이에 따라 지방자치제도의

40) 박인수, 전계논문, 16면.

제도형성을 위한 많은 논의들과 입법들이 제안되고, 또 실현되어 왔음은 부인할 수 없다. 그러나 17년이란 세월이 지난 30년의 잃어버린 시간을 보충하기에는 길지만은 않은 시간이라 생각된다.

민주화의 흐름 속에서 부활된 지방자치제도의 시행은 1990년대 중반부터 불어 닥친 지방분권의 흐름과 결합되면서 지방자치의 외관을 갖추는데는 성공하였으나, 그 내용을 채우기에는 여전히 많은 한계를 가지고 있다고 생각된다. 그동안 지방자치제도를 둘러싼 많은 논의들을 살펴보면, 약간은 제도형성을 위한 미시적 검토에 치중되어 왔지 않았나 하는 느낌을 지울 수가 없다. 특히 실질적 지방자치의 실현을 위한 전제가 되는 헌법적 차원에서의 지방자치의 본질에 관한 논의는 여전히 제도적 보장설의 경계선에 머물러 있으며, 조례제정권의 범위에 관한 논의도 헌법과 지방자치법의 관련 규정의 틀 속에서만 진행되고 있는 것은 아닌가 하는 생각도 해보게 된다.

물론 그동안 지방자치제도를 둘러싼 많은 논의들과 입법제안들이 있었기에 오늘날 지방자치제도가 정착단계에 접어들었다는 평가도 가능할 것이다. 그렇지만, 앞으로 진정한 의미의 지방자치제도를 실현하기 위해서는 보다 거시적인 차원에서의 논의가 필요하다고 생각한다. 지금 우리가 살고 있는 국법질서의 틀이 아닌 우리가 살아가야 할 국법질서의 이미지를 그려보고, 그 속에서 지방자치가 가지는 의미를 찾고자 하는 학문적 노력이 필요한 때이다. 진정한 의미의 지방분권국가, 진정한 의미에서의 자치를 구현하기 위한 법이론적 기반을 구축해야 한다는 과제가 우리 앞에 놓여 있는 것이다.

주제어 지방자치의 본질, 사무배분의 기준, 국가의 과도한 감독, 주민참여법제

參考文獻

- 고문현, “주민소환제의 바람직한 방향-‘주민소환에 관한 법률’의 평가를 겸하여-”, 『지방자치법연구』 제6권제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6.
- 길준규, “주민소환제의 법리적 검토”, 『공법연구』 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006. 6.
- 김남철, “지방자치단체에 대한 감사의 법적 문제”, 『지방자치법연구』 제5권 제2호, 한국지방자치법학회, 2005. 12.
- 김동건, “주민투표의 법적 의미와 법적 문제점”, 『지방자치법연구』 제6권 제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6.
- 김명용, “참여정부의 지방분권정책의 공법적 과제”, 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004.
- 김부찬, “제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』 제6권제1호, 한국지방자치법학회, 2006. 6.
- 김영천, “한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』 제2권제2호, 한국지방자치법학회, 2002. 12.
- 김철용, “지방자치단체에 대한 국가의 관여”, 공법연구 제18집, 한국공법학회(1990).
- _____, 『행정법Ⅱ(제5판)』, 박영사, 2005.
- 김현준, “주민소환제의 의미와 과제”, 『공법학연구』 제7집 제3호, 한국비교공법학회, 2006. 8.
- 문상덕, “지방자치단체의 사무구분체계”, 『지방자치법연구』 제4권2호, 한국지방자치법학회, 2004. 2.
- 박균성, 『행정법강의(제5판)』, 박영사, 2007.
- 박인수, “주민자치 확대 법제와 문제점”, 『공법학연구』 제8권제1호, 한국비교공법학회(2007).
- _____, “지방자치와 주민참여법제 강화방안-주민투표법의 제정방향 모

- 색-”, 『지방자치법연구』 제2권제1호, 한국지방자치법학회, 2002. 6.
- 백종인, “지방분권강화를 위한 법적 과제”, 『지방자치법학』 제3권제1호, 한국지방자치법학회, 2003. 6.
- 신봉기, “지방자치에 있어서 직접민주제 방식의 도입-특히 주민소환제와 관련하여”, 『공법연구』 제33집제1호, 한국공법학회, 2004. 11.
- 정세욱, “중앙과 지방과의 관계”, 『지방자치연구』 제1권 제1호, 한국지방자치법학회, 1989. 12.
- 조정찬, “지방자치단체 사무배분에서의 지방자치와 국가행정의 조화”, 『지방자치법연구』 제8권제17호, 한국지방자치법학회, 2008. 3.
- 최봉석, 『지방자치의 기본법리』, 한국법제연구원, 2007.
- 최창호, 『지방자치학』, 삼영사, 1997.
- 최환용, 『지방재정의 통제수단으로서의 주민소송제도에 관한 연구-한국과 일본의 비교를 중심으로-』, 서울시립대박사학위논문, 2005.2.
- 한국지방자치법학회편, 『지방자치법주해』, 박영사, 2004.
- 홍정선, 『지방자치법학』, 법영사, 2000.
- 홍준현, “중앙정부의 지방자치단체에 대한 행정적 관여의 본질”, 한국지방자치학회 2005년도 하계학술대회.

Issues and Prospects of Local Autonomous Legal System in Korea

Choi, Hwan-Yong*

The local autonomous legal system has gone through a eye-opening change for last 17 years. With reestablishing the Local Government Act, there are many discussions and legislative proposals to realize substantially a local autonomy in the trend of decentralism. However it is true that many problems remains unsolvable still.

Because it is impossible to deal with every issue in the local autonomous legal system, the scope of study is limited to the issue of the authority distribution, the supervision and resident participation from a point of view to adjust relation between central government and local government.

First, the issue of the authority distribution is a precondition to change controlled relation to cooperative relation between central government and local government. However it is difficult to classify delegated authority and autonomous authority under the Local Government Act. It is due to the reason that principle and criterion

of authority distribution is obscure. Accordingly this study suggests to state it clearly and to apply it to individual laws and ordinances.

Second, the supervision of the central government includes possibility of infringement on autonomy of the local government. This study suggests to improve laws and ordinances related to the Local Government Act to solve it.

Third, with the legal system concerning residents participation this study reviews residents votes system, residents request for audit and inspection system, and residents recall system and so on.

Consequently, this study estimates academic efforts and legislative outcomes to realize a local autonomy for last 17 years and recommends to reconsider fundamentally and comprehensively essence of it.

<p>KEY WORDS the essence of a local autonomy, the criterion of authority distribution, the inordinate supervision of the central government, residents participation legal system</p>
--

* Associate Research Fellow in Korea Legislation Research Institute, Ph.D. in Law