

지방분권을 위한 법제적 일고찰

- 「지방자치법」의 법제개선 필요사항을 중심으로 -

전 주 열*

차 례

I. 서론

1. 문제제기
2. 논의의 범위와 구성
3. 용어의 정리

II. 지방자치단체 사무 구분의 불명확성

1. 「지방자치법」의 국가사무·지방사무 구분
2. 개별 행정법 입법 관행상의 문제점

III. 지방자치단체 지위 개념의 불명확성

1. ‘지방자치단체’의 의미
2. 지방자치단체의 상하관계

IV. 결론

* 한국법제연구원 부연구위원

접수일자 : 2018. 4. 30. / 심사일자 : 2018. 5. 24. / 게재확정일자 : 2018. 5. 29.

I. 서론

1. 문제제기

우리 제헌헌법에서는 지방자치에 대해 “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다”(제96조)고 규정하여 지방자치단체가 처리하는 사무 가운데 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 서로 구분하였다. 지방자치단체의 사무에 관한 헌법의 이 표현은 1962년 12월 26일 헌법 개정을 통해 다음과 같이 개정된다. “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”(제109조) “지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”는 규정은 제헌헌법부터 있었기 때문에 1962년 개헌을 통해 “법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리”한다는 내용이 “주민의 복리에 관한 사무를 처리”하는 것으로 바뀐 것이다. 주지하는 바와 같이 현재 우리 헌법에 있는 지방자치단체의 사무에 관한 규정(제117조)은 1962년 개헌의 결과를 유지하고 있는 것이다.¹⁾²⁾

- 1) 지방자치 이념이 형성된 역사는 나라마다 크게 다르다. 독일의 경우에는 “시민의 정치참여를 통해 도시자치권을 강화함과 더불어 프로이센의 국가체제를 강화시키려는” 폰 슈타인(Freiherr von Stein)의 개혁운동이 근대적 지방자치의 기초가 되었고, “비스마르크제국에 의한 독일 통일 후에는 주민의 참여보다는 행정능률을 위하여 여러 지역들의 독자성과 고유성을 고려하는 가운데 일정범위의 자치를 국가가 인정하는 단체자치의 전통이 확립되었다.” 일본의 경우에는 “19세기말 독일(비스마르크제국)의 영향 하에 중앙집권적 경향이 강한 지방자치제도”를 만든 이후, “태평양 전쟁을 계기로 중앙집권적 통제를 강화”하였고, “제2차 세계대전이 끝난 후 민주주의의 건설이라는 측면에서 지방행정의 민주화가 추진”되었다. 프랑스의 경우에는 “나폴레옹에 의해 강력한 중앙집권적 지방행정조직”이 갖추어지고, “본격적인 지방자치(제도) 1982년 3월에 이른바 지방분권법이 통과되면서부터라고 말할 수 있다.” 이상의 설명은 다음 문헌에서 인용하였다. 장영수, 『헌법학』, 제8판, 홍문사, 2014, 315~316쪽.
- 2) 지방자치제도에 관한 헌법과 법률의 연혁에 대해서는 김주영, “한국지방자치제도의 입법사적 고찰”, 공법학연구 제11권 제2호, 2010.5, 90~116쪽을 참고하였다: “『대한민국헌법』상의 지방자치에 관한 조항은 규정상으로는 상대적으로 큰 변화를 겪지 않은 채 지금까지 유지되어 왔다고 할 수 있으나, 실질적 헌법의 일부로서의 『지방자치법』과의 연계속에서 살펴본 바로는 ‘민주성’과 ‘효율성’의 이념 사이에서 그야말로 파란

지방자치단체의 사무는 곧 지방의 역할이라고 이해할 수 있다. 1948년 헌법부터 우리 헌법이 규정한 것만 놓고 보면, 우리는 지방의 역할을 “법령의 범위 내에서 자치 행정사무와 국가위임행정사무를 처리”하는 것으로 보다가 1962년에 이르러 “주민의 복리에 관한 사무를 처리”하는 것으로 한 차례 바꾼 것이다. 그러면서 헌법은 제헌헌법부터 지금까지 지방자치단체의 종류, 지방의회와 지방자치단체의 장의 조직을 포함하여 일체의 구체적인 사항을 법률에 위임하였다.

그 사이 우리 「지방자치법」은 1949년에 제정된 이래, 1988년과 2007년에 ‘전부개정’을 포함하여 수많은 개정을 거치는 동안 국가와 지방의 관계 및 지방의 역할에 대해서는 제정 당시의 관념으로부터 1956년 개정에 일부 ‘자치사무’에 대한 변화가 있는 것을 제외하면 근본적인 변화는 찾아보기 어렵다. 오히려 1988년 전부개정을 통해 현재와 같은 국가의 감독 권한의 기본적인 틀을 마련하고 현재까지 유지하고 있다.

우리가 마지막으로 헌법을 개정한 1987년으로부터는 30년이 넘게 흘렀다. 현재의 국가와 지방의 관계에 관한 기본적인 제도를 마련한 1988년의 「지방자치법」 전부개정으로부터도 30년이다. 지방자치단체의 역할에 대한 현재의 헌법 규정을 마련한 1962년으로부터는 50년을 훌쩍 넘겼다. 이런 가운데 ‘지방분권’에 대한 요구를 헌법에 반영하여 지방분권을 강화해야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다.

권력과 권한을 지역을 기준으로 배분하는 정책에는 장점만 있거나 단점만 있는 것은 아니다. 장단점에 대한 평가나 예측은 각자 다를 수 있다. 본 논문은 분권의 장단점을 따지는 것은 논외로 한다. 단지 분권을 효과적으로 제도화하기 위해 법제적으로 갖추어야 하는 조건을 도출하는데 집중하였다. 이를 위해, 지금까지 「지방자치법」을 통해 제도화되어 운영된 국가와 지방의 관계 및 법률에 담겨 있던 ‘지방자치단체’ 개념의 “논리적” 문제점을 밝히는 것을 목표로 하였다. 법제도에 담긴 논리적 문제는 정책적 문제와 구분된다.

지금까지의 헌법과 법률에 담긴 지방의 역할에 대한 관념이 주권자의

만장한 변화를 겪어왔음을 쉽게 확인할 수 있을 뿐 아니라, 그 동안의 변화가 그 다지 바람직한 결과로 평가되기 어렵다는 점도 확인할 수 있었다.”

의사에 미치지 못하는 것이었다면, 혹은 현재는 현행 헌법과 법률에 담긴 지방의 역할보다 더 많은 역할을 주권자가 요구하고 있다면 본 논문에서 지적하는 법제적 문제를 개선하는 것을 통해 주권자의 의지가 헌법과 법률에 반영하는 유용한 방법이 될 수 있을 것이다. 반대로 지금까지의 우리 헌법과 법률에 담긴 관념이 우리 주권자의 의지를 반영한 것이라고 본다면, 지금 제기되고 있는 분권에 대한 사회적 요구가 이 논문에서 지적하는 법제도상의 논리적 문제 때문에 생기는 것으로 볼 수도 있을 것이다³⁾.

2. 논의의 범위와 구성

본 논문은 우리 법령에 담긴 지방자치단체에 관한 제도의 문제점을 지적하고 개선할 방법을 모색하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 우리 「지방자치법」을 주로 분석하였고, 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 및 지방의 사무 처리에 관한 개별 법률들을 분석하였다. 이를 통해 우리 법령의 문제점으로 지적하는 것은 두 가지이다. 첫째는 “사무 구분의 불명확성”(I)이고 둘째는 “지위 개념의 불명확성”(II)이다.

지방자치단체가 처리하는 사무는 곧 지방의 역할을 의미한다. 지방은 국가를 구성한다. 동시에 지방은 지역적 생활 단위이다. 이 두 역할에서 지방과 국가의 관계는 서로 다르게 관념하는 것이 타당하다. 그 다른 정도를 어떻게 제도화하는가에 따라 분권에 관한 제도가 달라진다. 문제는 지방의 사무를 정하는 법령에서 이 구분이 명확하지 않을 때 발생한다. 관념상으로 두 역할에 따른 국가·지방 간 관계를 다르게 인식하더라도 개별 사무가 국가적 사무인지 지방별로 다르게 처리할 사무인지 명확하지 않으면 국가·지방 간 관계를 명확히 정립할 수 없다.⁴⁾

3) “지방자치에 대한 헌법적 고찰에 있어서는 지방자치를 헌법적으로 보장하고 있는 기본적 의의가 어디에 있으며, 그러한 헌법적 보장의 성격은 어떻게 이해되어야 하는가의 문제가 가장 먼저 해결되어야 할 것이다. 지방자치에 대한 헌법규정의 의의가 분명히 밝혀진 연후에 비로소 그에 따라 [...] 지방자치단체의 자치권의 (정당한) 범위 또는 국가와 지방자치단체의 관계 등이 보다 명확하게 설정될 수 있기 때문이다.” 장영수, 앞의 책, 2014, 313쪽.

4) 지금까지 우리 대법원은 중앙과 지방 간 사무권한의 귀속 기준에 관한 판례를 통해

사무 구분이 명확하지 않으면 자연스럽게 지방의 국가에 대한 법적 지위도 모호해 질 수밖에 없다. 특히, 본 논문에서는 학계에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어와 실정법령에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어가 서로 완전히 같지 않다는 점을 지적하였다. 이 차이는 분권의 논리가 합리성을 갖추도록 하려면 간과할 수 없는 중요한 차이이다. 지방자치단체의 지위에 대한 개념이 곧 지방과 국가의 관계를 결정하는 것이라면, 지방·국가 간 관계에 변화를 주고자 하는 분권 정책은 이 개념을 명확히 하지 않고는 구현하기 어려울 것이기 때문이다.

3. 용어의 정리

본 논문에서는 지방자치단체가 처리하는 사무 가운데 지방별 다양성과 자율성이 존중되어야 하는 사무를 지방사무로 부르고 이를 국가사무와 구분한다. 지방자치단체가 처리하는 사무는 사무의 성격상 지역의 특성을 살릴 필요가 있기 때문에 지역의 자율성과 책임성을 존중해야 할 사무와 국가 단위로 동일한 기준이 적용될 필요가 있는 사무로 구분된다. 전자를 본 논문에서는 ‘지방사무’로 표현한다. 본 논문에서는 분권의 핵심이 국가의 권한으로부터 지방의 권한을 존중해 주어야 하는 영역을 구분하고 그 존중 방법을 합리적으로 제도화하는 것으로 보기 때문에, 국가와 지방을 먼저 구분하기 위해서이다.

‘지방사무’와 ‘자치사무’는 다음과 같이 구분하여 사용한다. ‘자치’라는 표현을 “스스로 결정하는 것, 자율성과 책임성이 존중되어야 할 것”이라고 세기면 이는 사무의 성격이라기보다는 사무의 성격에 따라 인정되어야 할 사무의 처리 방식이라고 할 수 있다. 지방의 관점에서 스스로 결정하는 것이 아니라 외부의 의사를 존중하여 처리하는 방식을 의미하는 용

국가사무와 지방사무를 구분하는 중요한 기준을 다수 제시하였다. 본고에서는 법제적 개선 필요사항을 도출하는 것을 목적으로, 우리 지방자치법 법제를 중점적으로 분석한다. 자치사무에 관한 대법원 판례를 분석한 최근의 대표적인 연구로는 조성규, “지방자치단체에 대한 감독청의 직권취소의 범위와 한계”, 행정판례연구 제22집 제2호, 2017, 305~350쪽; 김춘환, “지방자치단체의 사무와 조례제정에 관한 판례검토”, 법학논총 제21권 제1호, 2014, 161~199쪽이 있다.

어로 ‘위임’을 사용한다. 따라서 사무 처리의 방식이 자치의 방식인지의 여부를 기준으로 자치사무와 위임사무를 구분한다. 지방의 관점에서는 수임사무라고 일컬을 수도 있다.

II. 지방자치단체 사무 구분의 불명확성

우리나라 법률 중에서 지방분권 또는 지방자치에 대해 직접 규율하고 있는 법률로는 「지방자치법」⁵⁾과 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」⁶⁾(이하, 「지방분권법」)이 있다. 「지방자치법」은 이 법률의 목적 규정에 따르면, 지방자치단체의 종류·조직·운영에 관한 사항과 국가와 지방자치단체 간 관계의 기본적인 사항을 정하는 법률이다.(제1조) 한편, 「지방분권법」은 그 목적 규정에 따르면 지방분권과 지방행정체제⁷⁾ 개편을 추진하기 위한 원칙과 과제를 정하는 법률이고, 이를 통해 성숙한 지방자치, 지방의 발전과 국가의 경쟁력 향상을 도모하고자 하는 법률이다.(제1조)

이 두 법률 중에서 ‘지방분권’을 직접 정의하고 있는 것은 「지방분권법」이다.⁸⁾ 현행 「지방분권법」의 정의에 따르면 ‘지방분권’이란 “국가 및 지방자치단체의 권한과 책임을 합리적으로 배분함으로써 국가 및 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루도록 하는 것”을 말한다.(제2조제1호) 이 정의에 따르면 지방분권을 이루기 위해 법제도적으로 구현해야 하는 것

5) 법률 제14839호, 2017.7.26. 개정.

6) 법률 제14918호, 2017.10.24. 개정.

7) 「지방분권법」에 따르면 지방행정체제란 “지방자치 및 지방행정의 계층구조, 지방자치단체의 관할구역, 특별시·광역시·도와 시·군·구 간의 기능배분 등과 관련한 일련의 체제”를 의미한다(제2조제2호). 이 법률 제정안에서는 지방행정체제란 “지방행정의 계층구조, 지방자치단체의 통합 및 관할구역 등과 관련한 일련의 체제”를 의미하는 것으로 각 지자체 유형별 기능배분에 관한 사항은 포함하지 않는 것으로 정의되어 있었다. 이 법률 제정당시의 논의에 관해서는 국회 안전행정위원회, “지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 법률안 심사보고서”, 2013. 4와 국회 안전행정위원회 수석전문위원, “지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법안 검토보고서”, 2013. 4.를 참고할 수 있다.

8) 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」에 대한 법학적 분석으로는 다음 논문이 있다. 류시조, “지방분권법상의 지방자치와 지방교육자치 통합의 문제에 관한 소고”, 공법학연구 제18권제1호, 2017, 33~54쪽.

은 국가와 지방자치단체 간의 권한과 책임을 합리적으로 배분하는 것이라고 할 수 있다. 여기서 권한과 책임의 배분이 합리적인지 여부를 판단할 때는 국가의 기능과 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루도록 한다는 지방분권의 목적에 비추어 판단하는 것이 지방분권의 정의에 맞는 판단 방법이 된다.

또한 「지방분권법」은 ‘지방분권의 기본이념’을 규정하고 있는데, 이에 따르면 지방분권의 기본이념은 “지방의 창의성 및 다양성이 존중되는 내실 있는 지방자치를 실현”하는 것이고 이를 위한 방법으로 규정한 것이 “주민의 자발적 참여를 통하여 지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임하에 집행”하도록 하는 것과 “국가와 지방자치단체 간 또는 지방자치단체 상호 간의 역할을 합리적으로 분담”하는 것이다. 요약하면 지역별 다양성이 존중되도록 하기 위해 지역 정책을 주민이 자율적으로 결정하고 지방자치단체가 집행 권한과 책임을 갖는 것이 내실 있는 지방자치이고⁹⁾, 이를 실현하기 지방자치단체에게 국가나 다른 지방자치단체와의 관계에서 해당 지방자치단체의 역할을 구분하여 주는 것이 필요하다는 점을 규정한 것으로 이해할 수 있다. 여기서 각 지방자치단체의 역할을 「지방분권법」은 ‘지역 정책’이라고 표현한 것으로 이해된다.

「지방분권법」에서 마련한 ‘지방분권’에 대한 정의 규정과 기본이념 규정에서는 공통적으로 국가와 지방자치단체 간의 관계를 합리적으로 구성하는 것이 지방분권을 위한 핵심적 방법이라는 점을 밝히고 있다. 정의에서는 ‘권한과 책임’이라고 표현하고, 이념에서는 ‘지역 정책’과 ‘역할’이라고 표현하고 있지만 지역별로 지역이 직접 권한을 갖고 책임져야 지역적 다양성과 창의성이 발휘되는 정책에 대해서 지역의 역할을 존중하는 것이 지방분권의 궁극적 목적이라는 점을 공통적으로 규정한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 지방분권을 위해 법적·제도적으로 구현하여야 하는 바는 지방과 국가 간의 권한 관계가 된다. 국가와 지방의 권한 관계에 대

9) 허영 선생님이 따르면 지방자치란 “지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것”을 뜻한다. 허영, 『한국헌법론』, 전정10판, 박영사, 2014, 827쪽.

해서는 일반적인 사항을 정하고 있는 것은 「지방자치법」이다.(1) 한편, 「지방자치법」에서 일반적으로 적용되는 제도를 마련하더라도 국가·지방 간 관계가 확정되는 것은 각 사무의 근거 법령에서 이 사무의 종류를 어떻게 정하고 있는가에 따라 달라진다. 개별 행정법에서 지방의 역할에 대해 어떻게 표현하고 있는가를 살펴보아야 하는 이유이다.(2)

1. 「지방자치법」의 국가사무·지방사무 구분

우리 「지방자치법」은 ‘국가의 지도·감독’에 관하여 별도로 장을 구분하여 비교적 상세히 규정하고 있다. 시·도에 대해서는 국가의 지도·감독 권한을, 시·군 및 자치구에 대해서는 국가와 시·도의 지도·감독 권한이 규정되어 있다. 국가와 지방의 관계를 지방의 자율성을 존중해야 한다는 관점에서 보면 쟁점이 되는 법적 관계는 국가나 시·도의 시·도와 시·군 및 자치구에 대한 지도·감독 권한의 한계에 의해 명확히 결정될 것이다. 따라서 「지방자치법」에서 일반적 상황을 소재로 하여 제도로 정하고 있는 ‘국가와 시·도의 지도·감독’에 관한 사항이 분권을 위해 국가와 지방 간 관계에 대해 합리적으로 규정하여야 할 핵심적 사항이 된다.

현행 법체계에서 지방의 사무 유형과 개념에 관한 일반법이라고 할 수 있는 「지방자치법」과 「지방분권법」은 지방에서 처리하는 사무 가운데 국가사무와 지방사무를 개념상으로는 성격을 기준으로 분명히 구분하고 있다.(1) 전자에 대해서는 국가적 통일성이 필요한 사무, 후자에 대해서는 지역별 다양성이 강조되어야 할 사무로 관념하고 있다. 그러나 양자에 대해 국가·지방 간 관계를 정하고 있는 「지방자치법」의 내용을 살펴보면 양자를 구별하는 것의 의미가 분명하지 않다.(2)

(1) 사무 구분의 기준

현재 우리나라 법률 가운데 지방분권의 뜻을 정의하고 그 이념을 법률로 규정한 「지방분권법」은 지방분권의 이념을 “지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임하에 집행하도록”¹⁰⁾ 하는 것이라고 밝히고 있다. 동시에 국가와 지방의 구체적인 관계에 대해서는 「지방자치법」에서 앞에서 살펴본 것처럼 국가의 일곱 가지 권한을 통해 제도화시키고 있다. 지방이 스스로 결정하고 처리해야 할 “그 지역에 관한 정책”에 대해 국가가 지방의 자율성과 책임성을 존중하기 위해 전제되어야 할 것은 자치사무를 구분해 내는 일이다. 즉 어떤 사무가 “그 지역에 관한 정책”에 관한 사무, 즉 자치사무인지 아니면 지방에서 수행할 뿐 국가의 역할을 지방이 대신하고 있는 국가사무인지 구분하는 것이다. 현재 우리 법령들을 살펴보면 이 구분이 쉽지 않다.¹¹⁾

우리 「지방자치법」은 “지방자치단체의 사무”라는 표현을 자치사무만 의미하는 것으로 사용하지 않는다. 「지방자치법」 제9조 제2항에서 예시하고 있는 “주민의 복지증진에 관한 사무”, “지역개발과 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무”를 포함한 여러 사무들도 자치사무를 예시한 것이라고 한정할 수 없다. 따라서 제10조에서 정한 사무배분기준도 자치사무와 국가사무 간의 구분이라고 한정할 수 없다.¹²⁾

10) 「지방분권법」 제7조.

11) 국가사무와 지방사무의 사무배분기준에 대한 자세한 논의로서 이지은, “지방일괄이양법 제정과 관련된 공법적 과제”, 지방자치법연구 제56호 제17권 4호, 2017.12.에서는 「지방일괄이양법(안)」을 계기로 지방분권 추진을 위해서 사무배분기준을 합리적으로 마련하는 것이 필요하다는 점을 강조하면서 기존의 「지방분권법」상의 기준 등 사무배분기준을 비판적으로 자세히 검토하고 있다: “자치사무와 위임사무를 구분하는 기준에 대하여 [대법원] 판례가 제시하고 있는 여러 가지 기준들(법령의 규정형식과 취지, 전국적으로 동일적 처리가 요구되는지 여부, 경비부담주체, 책임귀속주체)중 어떠한 기준이 우선적으로 적용되는지에 대하여는 정확한 기준을 제시하고 있지 못하다.”

12) 한국지방자치법학회에서 펴낸 지방자치법주해에 따르면 “제9조는 지방자치단체가 수행하는 사무의 범위를 정한 조항이다. 법상 지방자치단체의 사무는 ‘자치사무’와 ‘위임사무’라는 전통적인 구분방식에 따라 “그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”로 구성되며 제2항에서는 지방자치단체의 사무의 윤곽을 예시적으로 정하고 있다. 지방자치단체는 주민의 복리증진을 위한 포괄적인 권한

제10조의 사무배분기준은 시·도의 사무를 구분하는 기준으로 다음 여섯 가지 기준을 정하고 있다.

- 가. 행정처리 결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무
- 나. 시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무
- 다. 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무
- 라. 국가와 시·군 및 자치구 사이의 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 시설을 설치하고 관리하는 사무

이 가운데, 가, 나, 마, 바목의 기준과 다목의 “시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무”라는 기준은 시·군 및 자치구에 배분하는 것이 비합리적인 사무를 규정한 것으로 볼 수 있다. 라목의 국가와 시·군 및 자치구 간 연락 사무는 지방자치단체 유형 간 계층 관계를 인정하면 당연히 시·도에 배분하는 것이 합리적인 사무가 된다. 위 기준들을 제외하면 다목의 “지역적 특성을 살리”는 것이 필요한지 여부가 사무의 ‘성격’에 기초하여 시·도의 자치사무를 구분할 기준이 된다. “지역적 특성을 살필 필요성”이라는 기준은 『지방분권법』에서 지방분권의 기본 이념의 일환으로 “지방의 창의성 및 다양성이 존중되는 내실 있는 지방자치”를 규정한 것에 상응하는 기준이다. 즉 『지방자치법』에서 사무배분기준으로 제시한 것들 중에 “지역적 특성을 살릴 필요성”이라는 기준을 다른 분권 관련 법률 규정과 종합하면, 자치사무란 지역적 특성을 살리기 위해 지방의 창의성과 다양성을 존중하는 것이 필요한 사무가 되고, 이를 자치사무로 구분하여 규율하는 것이 합리적인 국가·지방 간 권한 및 책임의 배분이 된다.

을 가지고 있기 때문에 주민의 복리증진에 관한 사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 사무로 추정된다고 볼 수 있다.” 송기춘, “제9조(지방자치단체의 사무범위)”, 『지방자치법주해』, 한국지방자치법학회, 박영사, 2004, 56쪽. 한편, 지방자치단체의 사무를 ‘자치(고유)사무’와 ‘수임사무(국가위임사무)’로 구분하고, 『지방자치법』 제9조 제2항에 규정된 사무들을 자치사무의 예로 명시된 것으로 해석하는 견해도 있다(이주희, 『지방자치법 해설과 운영사례』, 기문당, 2014, 90~91쪽).

그러나 이 기준을 제외하고는 자치사무를 구분하는 기준이라고 하기 보다는 자치사무이든 국가사무이든 시·도가 맡아서 수행하는 것이 합리적인 사무를 구분하는 기준이라고 보는 것이 타당하다.

이처럼 「지방자치법」은 “지방자치단체의 사무”라는 개념에 지방자치단체의 자치사무와 지방자치단체가 수행하는 국가사무를 포함하여 사용하고 있어서, 이와 관련된 다른 규정에서도 지방자치단체의 지위나 권한이 분명하게 구분되지 않는 문제가 있다. 이는 비단 「지방자치법」만의 문제는 아니고, 지방의 사무를 규정한 다른 법령들 즉 개별 행정법령에서도 마찬가지로 나타나는 문제이다.

「지방자치법」은 지방자치단체를 국가사무의 수행주체로 전제하고 있으면서도 사무배분기준을 규정하면서 시·도와 시·군 및 자치구에 관해서만 기준을 규정할 뿐, 국가사무로 구분하는 것이 타당한 사무에 대해서는 기준을 규정하지 않고 있다. 시·도 사무에 관한 규정을 통해 사무배분기준에 관한 합리성을 도출해 보면 “행정처리 결과가 2개 이상의 시·도에 미치는 사무”, “국가 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무”, “시·도가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무”, “2개 이상의 시·도가 공동으로 설치하는 것이 적당한 규모의 시설을 설치·관리하는 사무”를 국가사무로 분류하는 것이 타당할 것이다. 요약하면, 2개 이상의 시·도에 관련되거나, 국가 단위로 동일한 기준에 따른 처리가 필요한 사무가 국가사무의 기준이 된다. 국가 단위로 동일한 기준이 적용된다는 것은 국가사무에 대해서는 지역별로 다양한 기준이 적용되지 않는다는 것을 뜻한다. 이를 엄격히 해석하면 국가사무에 대해서는 지역별 기준이 적용될 수 없다는 것으로 해석하게 된다.

(2) 사무 구분의 의의

「지방자치법」 제9장에서 정하고 있는 국가의 권한을 유형별로 정리하면 ‘조언·권고·지도 및 자료 제출 요구’ 권한(제166조), ‘지도·감독’ 권한(제167조), ‘시정·명령 및 취소·정지’ 권한(제169조), ‘직무이행명령’ 권한(제170조), ‘감사’ 권한(제171조), 의결에 대한 ‘재의 요구’ 권한(제172조)

으로 모두 여섯 가지의 권한이 규정되어 있다. 한편, ‘협의·조정’ 권한은 규정의 문언에 따르면 단순히 ‘행정협의조정위원회’를 두는 것처럼 되어 있기 때문에 지방의 역할에 대한 국가의 권한을 정한 것인지에 대해 논란이 있을 수 있다.

그러나 법률에서 위임한 위원회의 ‘구성과 운영 등’에 대해 대통령령이 정한 사항과 함께 보면 국가와 지방 간 이견에 대해 국가가 결정하는 바를 지방이 이행하여야 하는 구조로 되어 있기 때문에 국가의 권한으로 보기에 충분하다. 『지방자치법』에 따라 이 위원회는 장관 2명과 국무총리를 보좌하는 국무조정실장과 국무총리 소속의 법제처 장관 및 국무총리가 위촉하는 전문가 4명을 포함하여 구성하고, 국무총리가 전문가 중에서 지명하는 위원장이 중앙행정기관의 장이나 시·도지사 중에서 5명까지 위원으로 지명할 수 있다. 장관 2인을 제외하면 국무총리가 직간접적으로 위원 구성에 관여하는 셈이고, 지방과 국가의 관계라는 관점에서 보면 위원회 구성 전체가 국가에 의해 이루어진다고 할 수 있다.

위원회의 기능에 대해서는 시행령에서 정하고 있는데, 현행 『지방자치법 시행령』¹³⁾에서는 행정협의조정위원회의 기능 및 협의조정 절차에 대해 다음과 같이 정하고 있다.(제105조) 이 위원회는 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장의 신청을 받아 협의·조정 결정을 하게 되는데, 신청은 중앙행정기관의 장이 단독으로 할 수 있다. 협의·조정 결정이 이루어지면 해당 지방자치단체의 장은 “그 결정사항을 이행하여야 한다.” 국가와 지방 간 사무 처리에 대해 이견이 있을 때 국가가 협의·조정시킬 수 있고, 국가가 내리는 결정을 지방이 이행하여야 하기 때문에 『지방자치법』 제168조에서 정한 협의·조정 권한도 국가가 지방의 사무 처리에 대해 갖는 중요한 권한으로 보는 것이 타당하다. 협의·조정 권한을 포함한 일곱 가지 국가의 권한이 지방의 사무 권한을 얼마나 존중하고 있는지를 파악하기 위해서는 각각의 국가 권한이 지방의 어떤 사무에 대해 행사될 수 있는지를 명확히 하여야 한다.

① 먼저 국가의 지방에 대한 조언·권고·지도 권한과 이를 위한 자료 제

13) 대통령령 제28576호, 2018.1.9. 개정.

출 요구 권한은 “지방자치단체의 사무”에 관하여 할 수 있는 권한이다.(제166조)

② 국가가 지방에 대해 지도·감독할 수 있는 권한은 “지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무”에 대해 할 수 있는 권한이다.(제167조)

③ 협의·조정 권한은 “지방자치단체의 장의 사무”에 관한 권한이다.
(제168조)

④ 국가의 시정·명령과 취소·정지 권한은 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분”에 대해 국가가 행사하는 권한이다.(제169조)
지방자치단체의 장의 명령이나 처분이 국가사무에 관한 것인지 자치사무에 관한 것인지 여부와 관계없이 지방자치단체의 사무 전체에 대해 행사될 수 있는 국가의 권한이다. 다만 본 권한의 대상이 되는 지방자치단체의 사무는 ‘자치사무’와 그 외의 사무로 구분된다. ‘자치사무’에 대해서는 적법성을 기준으로만 권한을 행사할 수 있는 반면, 그 외 사무에 대해서는 타당성 통제까지 할 수 있다.

⑤ 직무이행명령 권한은 지방자치단체의 장이 “법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무”에 대해 국가가 행사할 수 있는 권한이다.(제170조)

⑥ 국가가 지방에 대해 자치사무에 관하여 보고를 받을 수 있는 권한과 자치사무에 관하여 서류·장부 또는 회계를 감사하는 권한을 갖고 있다.(제171조)

⑦ 자치사무에 관한 감사는 법령위반사항에 대해서만 실시할 수 있다. 즉 국가가 지방에 대해 할 수 있는 감사 권한은 지방의 자치사무에 대한 적법성 통제가 된다. 지방에서 이루어진 의결에 대한 재의 요구 권한은 국가가 지방의회에 대하여 직접 행사하는 권한이 아니라, 지방자치단체의 장으로 하여금 해당 지방의회에게 재의요구를 하게끔 요구하는 권한을 말한다.(제172조) 따라서 국가의 지방자치단체의 장에 대한 재의요구 요구 권한이 된다. 이 권한의 대상이 되는 것은 “지방의회의 의결”이다.

이상의 일곱 가지 국가 권한의 대상 사무를 규정한 내용을 살펴보면 「지방자치법」에서 국가와 지방 간 권한에 관련하여 지방자치단체의 사무를 구분하는 개념을 다음과 같이 정리할 수 있다.

먼저 “지방자치단체의 사무”에는 지방자치단체의 자치사무와 자치사무 외의 사무가 포함된다. 이런 용어 사용은 지방자치단체의 사무범위를 규정한 「지방자치법」 제9조에서도 동일하게 나타난다. 제9조 제1항 “지방자치단체의 사무범위”라는 제목 하에 “지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다”고 규정하여 지방자치단체의 사무에 자치사무와 자치사무가 아니지만 지방자치단체에 ‘속하는’ 사무가 있다고 표현하고 있다. 이어서 제2항에서는 지방자치단체의 사무를 예시하고 있는데, 여기서 지방자치단체의 사무는 “제1항에 따른 지방자치단체의 사무”를 가리키는 것이어서, 제2항에서 제1호부터 제6호까지 다양하게 예시한 사무들은 자치사무와 자치사무가 아니지만 지방자치단체에 속하는 사무를 포함하는 것이 된다.

지방의회의 의결에 대한 재의요구 요구 권한은 “지방의회의 의결”에 대해서 할 수 있는데, 지방의회의 의결의 대상에 대해서 「지방자치법」은 “지방의회의 의결사항”이라는 제목 하에 조례, 예·결산, 재산·시설의 취득·설치·처분, 청원의 수리와 처리 등을 열거하여 정하고 있다.(제39조) 열거된 각각의 의결 사항들은 지방과 국가의 역할 구분의 관점에서 구분된 것은 아니고, 의결 대상의 형식을 기준으로 한 구분이라고 할 수 있다. 특히 “조례의 제정·개정 및 폐지”는 첫 번째 의결 사항으로 규정되어 있는데 「지방자치법」은 조례에 대해 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”라고 규정하고 있을 뿐이다.(제22조) 따라서 조례는 지방의 자치사무에 한정된 것이 아니라 “지방자치단체의 사무” 전체에 관한 것이고, 이는 곧 국가의 지방의회 의결에 대한 재의요구 요구 권한은 자치사무와 그 외의 사무 전체에 대해 행사될 수 있는 권한이라는 것을 의미한다.

이렇게 보면 국가가 지방에 대해 행사하는 일곱 가지 권한을 ‘자치사무’에 대한 것과 그 외의 사무에 대한 것으로 구분해서 보면 양자에 모

두 행사할 수 있는 권한, 전자에 대해서만 행사할 수 있는 권한, 후자에 대해서만 할 수 있는 권한으로 구분할 수 있다. 조언·권고·지도 권한, 협의·조정 권한, 명령·처분의 시정 권한, 재의요구 요구 권한은 “지방자치단체의 사무” 전반에 대해 행사할 수 있다. 감사에 관한 권한은 자치사무에 대해서만 인정된다. 지도·감독 권한, 직무이행명령 권한은 자치사무 외의 사무에 대해 행사할 수 있는 권한이다. 요컨대 『지방자치법』에서 예정하고 있는 국가와 지방 간 관계에서 자치사무는 그렇지 않은 사무와 달리 국가의 지도·감독을 받지 않고, 직무이행명령의 대상이 되지 않을 뿐, 국가로부터 조언·권고·지도, 협의·조정, 명령·처분의 시정 명령과 그에 따르지 않을 경우에 취소, 재의요구의 요구를 받는다는 점에서 차이가 없다. 뿐만 아니라, 지도·감독과 직무이행명령을 받지 않지만 중앙정부로부터 감사를 받는다. 물론 명령·처분의 시정 명령과 감사는 자치사무에 대해서는 ‘법령위반사항’에 한정되지만 법령에는 중앙정부가 제정하는 행정입법이 포함된다는 점을 함께 생각하면 지방의 자율성과 책임성을 갖고 사무의 내용을 결정할 수 있다고 기대하기 어렵게 된다.¹⁴⁾

2. 개별 행정법 입법 관행상의 문제점

개별 행정법령에서는 어떤 사무에 대해서 그 성격이 국가사무인지 지방의 자치사무인지를 명확히 정하지 않고 있다. 국가 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 하는 사무를 정한 몇몇 법률을 예로 들면 아래와 같다.

(1) 중앙정부의 ‘지도·감독’ 아래 지방자치단체 장의 ‘관장’

우리나라에서 개인이 자신의 신분을 증명할 필요가 있을 때 흔히 사용하고 있는 공공서비스가 주민등록에 관한 서비스이다. 이 제도에 근거해서 주민등록증이 발급되고 주민등록 등본이나 초본을 공문서로 흔히 활

14) 이러한 제도가 전체 지방행정이 중앙정부와의 관계에서 “하위단위(sub-unit)으로 간주”되고 전체 “지방행정[이] 중앙에 대해 종속적인 위치”에 놓이게 되는 결과를 낳는 것으로 볼 수 있다. 우리 지방자치의 문제에 대한 정치학적 비판으로 다음 저서를 참고하였다. 강원택 외, 『한국 지방자치의 현실과 개혁 과제 - 지방 없는 지방자치를 넘어서 -』, 사평 아카데미, 2014.

용한다. 이 제도는 「주민등록법」에 근거하여 운영되고 있다. 현행 「주민등록법」¹⁵⁾은 “주민등록에 관한 사무”의 관장 주체에 관해 별도로 규정하고 있다.(제2조) 이에 따르면 이 사무는 시장·군수 또는 구청장이 ‘관장’한다. 동시에 사무에 관한 ‘감독’에 대해서도 별도로 규정하고 있는데,(제3조) 이에 따르면 이 사무의 ‘지도·감독’은 행정안전부 장관이 한다. 이와 같은 주민등록에 관한 사무를 규정한 법률 규정을 지방분권의 이념이라는 관점에서 보면, 이 사무가 자치사무인지 아니면 국가사무인지 먼저 구분하여야 한다. 이 구분에 따라 지역의 특성을 살리게 할 것인지 아니면 국가 단위로 동일한 기준이 적용되도록 할 것인지 결정되고, 국가의 감독 및 통제 권한의 한계가 결정될 것이다. 뿐만 아니라 이론적으로 이 구분에 따라 비용 부담 문제도 결정되는 것이 분권에 관한 이념과 법리에 맞다. 다만, 「주민등록법」은 경비의 부담에 대해서는 별도로 규정을 두어 이 사무에 대한 경비는 “시·군 또는 구의 부담으로 한다”라고 정하고 있다.(제5조)

(2) 중앙정부의 결정 권한 내의 지방자치단체 장의 결정 권한

우리나라에서 사람이나 법인의 주소를 정하는 통일된 기준을 정하고 있는 법률로서 「도로명주소법」이 있다. 현행 「도로명주소법」¹⁶⁾에서는 국가와 지방자치단체의 ‘책무’에 관해 정하고 있고, 도로명주소를 구성하는 도로명, 건물번호와 상세주소를 부여하는 권한과 권한의 주체에 대해 정하고 있다. 국가와 지방의 책무에 대해서는 양자가 동일한 책무를 진다고 규정하고 있다. “국가와 지방자치단체는 도로명주소, 기초구역 및 지점번호의 사용을 위하여 필요한 시책을 마련하여야 [하고 그] 사용을 위하여 필요한 사업비를 예산에 계상하여야 한다.”(제4조) ‘책무’로 정해진 것은 국가와 지방에게 동일하지만, 주소에 관한 공공서비스를 제공하기 위해 국가와 지방이 나누어 맡고 있는 역할은 뚜렷이 구분된다.

먼저 지방이 스스로 결정하도록 하고 있는 내용을 보면, 주소 행정에서

15) 법률 제14286호, 2016.12.2. 개정.

16) 법률 제14839호, 2017.7.26. 개정.

가장 중요한 법적 행위라고 할 수 있는 주소의 ‘결정’을 시·군 및 자치구의 장이 한다.(제8조 및 제8조의4) 뿐만 아니라 지방자치단체의 장이 도로명을 결정할 때는 해당 지역주민의 의견을 수렴하여야 한다.(제8조 제5항)

반면 주소 행정에서 국가 단위로 적용되는 기준에 대해 국가가 갖는 권한을 보면, 먼저 주소 행정의 계획을 국가 주도로 수립한다.(제5조) 주소 행정의 ‘종합계획’을 행정안전부장관이 수립하는데 여기서 지방자치단체는 ‘집행계획’을 수립해서 행정안전부장관에게 제출할 뿐이다. 지방이 수립해야 하는 ‘집행계획’은 행정안전부장관이 지방에 ‘통보’해 주는 ‘종합계획 수립지침’에 따라 작성된다. 이렇게 취합된 지방의 집행계획을 모아서 행정안전부장관은 종합계획을 확정하기 위해서 다른 중앙행정기관의 장과 협의를 거칠 뿐이다. 주소 행정의 계획에서는 국가가 주도하고 지방은 국가가 세우고자 하는 계획의 방향에 따라 어떻게 집행할지 계획을 세울 뿐이다. 특징적인 것은 시·도지사는 시·도 단위의 계획을 수립할 때 시·군 및 자치구의 장의 의견을 들어야 하고 원칙적으로 그 의견을 반영하여야 할 의무가 있지만, 행정안전부장관은 종합계획을 수립할 때 “필요하다고 인정되는 부분에 대하여” 시·도지사의 의견을 “들을 수 있으며”라고 규정하고 있을 뿐이다.

주소를 결정하는 사무는 시·군 및 자치구의 장이 하지만, 그 기준과 방법은 대통령령으로 정한다.(제8조 제8항) 또한 대통령령에서 정한 기준과 방법에 더하여 세부기준은 행정안전부령으로 정한다.(『도로명주소법 시행령』 제7조 제9항) 건물번호를 결정하는 기준도 이와 같이 대통령령과 행정안전부령으로 정하도록 되어 있고, 상세주소에 대해서만 시행규칙 단위에서 “국토교통부장관과 협의하여” 행정안전부령으로 정하도록 하고 있을 뿐이다. 지역의 특성을 살리기 위해 지역별로 다른 기준이 적용될 여지는 없다.

위 두 가지 개별 행정법률을 지방분권의 기본 이념에 비추어 보면 지방과 국가 간 역할 구분에 대해 법률이 의도하는 바가 분명히 드러나지 않는 문제가 있다. 이로 인해 법률에서 규정한 어떤 사무가 국가사무인지 지방의 자치사무인지 여부는 각 사무의 일반적 결정 권한과 개별적 결정

권한을 누가 갖는지 톱아 보아야 비로소 드러나게 된다. 그나마도 별도의 조문을 두어 책무, 경비 부담의 문제를 규정한 경우에 조차 국가와 지방간 권한 배분을 명백히 하려는 입법취지가 보이지 않는다. 이런 개별 법률의 입법 방식의 문제는 일반법인 「지방자치법」에서 “지방자치단체의 사무”에 자치사무 외의 사무가 포함되는 것으로 용어를 사용하는 문제와 함께 지방분권의 기초가 마련되지 못하게 하는 결과를 초래하고 있다. 현행 법률들을 통해 자치사무가 체계적이고 쉽게 구분되지 않기 때문에 우리 법령에 근거한 지역의 역할이 뚜렷하게 드러나지 않고 있기 때문이다. 짧은 시간에 이웃 나라들이 부러워할 정도로 법치주의 수준을 높게 이룩한 우리의 행정 문화에서 실정 법령을 통해 지방의 역할이 명확히 드러나지 않는 문제는 그 수준이 높은 만큼 더 큰 문제가 된다. 법령에서 명확하지 않은데 지역의 자율성과 책임성을 주장하기가 그만큼 더 어려워지기 때문이다. 법제적으로 지방과 국가의 역할을 좀 더 명확히 구분할 필요성이 그만큼 크다고 할 수 있다.

요컨대 지방의 사무를 지방과 국가의 역할을 기준으로 국가사무와 지방사무를 구분하고, 처리의 방식을 기준으로 자치사무와 수임사무로 구분해 놓고 보면, 이 구분이 명확히 할수록 각 사무 처리에 대한 국가 권한의 범위와 한계를 명확히 할 수 있게 된다. 따라서 법제적으로 지방분권의 이념을 실현하기 위해서는 각 법률에서 이 구분을 명확히 할 필요가 있다.

Ⅲ. 지방자치단체 지위 개념의 불명확성

공법에서는 사법에서와 달리, 공익이라는 목적을 위해 인정되는 공권력을 합법성과 타당성의 테두리 안에서 활용되도록 한다는 법치주의 원리 때문에 공적 주체를 규율하는 형식과 내용이 주를 이루게 된다. 지방분권 정책도 공적 주체에게 인정되는 공적 사무의 처리 권한을 어떻게 배분할 것인지에 관한 것이기 때문에, 분권의 주체인 지방을 어떻게 규율할 것인지가 지방분권에 관한 법적 논의에서 중요한 부분을 차지하게 된다. 이런

목적에서 지방자치단체의 역할만큼이나 명확하게 정립될 필요가 있는 것이 지방자치단체의 법적 ‘지위’이다. 법적 지위를 명확히 밝힘으로써 법적 주체가 맺는 다양한 법률관계나 개별 행위의 법적 의의를 명확히 할 수 있다.

본 논문에서는 우리 실정법령에서 일컫는 ‘지방자치단체’의 법적 지위가 불분명한 점을 지적하였다. 첫째는 실정법령상의 ‘지방자치단체’라는 용어가 학계에서 정립된 바와 달리, 자치의 주체보다 넓은 개념으로 사용되고 있다는 점이다. 둘째는 지방자치단체들 간 상하관계에 관한 개념이 불분명하여 자치의 주체로서 지방자치단체의 법적 지위가 모호해 지는 점이다. 이 지위 개념의 불명확성 문제는 지방자치단체의 사무 처리, 권한 행사 등 개별 행위의 법적 성격이 불분명해지는 문제와 연결된다. 이렇게 되면 결과적으로 지방적 다양성을 살릴 영역과 국가적 통일성을 확보해야 할 영역이 뚜렷하게 드러나지 않게 되어, 결국 합리적인 분권의 결립돌이 될 우려가 있다.

1. ‘지방자치단체’의 의의

위에서 쓴 것처럼 「지방자치법」은 “지방자치단체의 사무”라고 하는 용어에 지방이 국가로부터 수입한 국가위임사무가 포함되는 것으로 사용하고 있다. 이러한 용어 사용을 「지방자치법」 전체에 대해 엄격히 적용하면 「지방자치법」 제9조의 예시들조차 자치사무 혹은 수입사무일 수 있다는 점을 주장하였다. 이러한 「지방자치법」의 용어 사용 혹은 개념 정립 방식에 대해 원칙적으로 “지방자치단체의 사무”는 자치사무를 일컫는 것으로 해석하고, 예외적으로 지방자치단체나 그 장이 수입 주체가 되는 것을 배제하지 않은 것으로 해석할 수도 있다. 이렇게 해석하는 것이 현재 학계에서 흔히 ‘지방자치법’의 영역에서 사용하는 용어 사용이나 개념과 맞는 해석일 것이다.

그러나 이 문제는 단순히 일부 법률의 용어 사용이 정치하지 못한 탓으로 돌리기에는 너무 중요한 논쟁이 여기에서 기인하고 있는 것으로 보인다. 학계에서는 ‘지방자치단체’라는 용어를 지방의 ‘자치’를 실현하는

기관 또는 주체로 일관되게 사용하고 있다. 이와 달리 현행 우리 법체계에서는 ‘지방자치단체’라는 용어를 학계에서 사용하는 의미로 사용하는 예도 없지 않지만, 자치 기관인 동시에 지방의 국가행정조직을 의미하는 것으로 사용하는 경우가 더 일반적인 것으로 보인다. 현행 법령에서 이 용어와 개념을 정확히 구분하지 않으면 법령에 매개로 분권을 합리적으로 추진하는 것은 요원할 수밖에 없다. 아래에서는 먼저 법학에서 사용하는 ‘지방자치단체’의 의미를 살펴보고, 이어서 실정법령에 따른 ‘지방자치단체’ 의미를 살펴본다.

(1) 법학에서 ‘지방자치단체’의 의미

우리 법학 영역에서는 행정법각론 또는 개별행정법 영역에서 각론의 한 분야로 ‘지방자치법’을 다루는 것이 일반적이다. 또한 2001년에 ‘한국지방자치법학회’가 창립된 것과 더불어 지방자치법이 독자적인 법학 분야로 성숙되어 있다. 행정법 또는 지방자치법 영역에서는 ‘지방자치단체’라는 개념의 정의에 대해 학자들마다 조금씩은 차이가 있다. “국가 영토의 일부를 그 구역으로 하고 그 구역 안의 모든 주민을 구성원으로 하여 그 구역 안의 모든 사람과 사물에 대하여 국법이 인정하는 범위 안에서 지배권(자치권)을 가지는 법인격 있는 단체”¹⁷⁾로 정의하거나, “주민에 의하여 선출된 기관으로 하여금 주민의 복지를 실현하기 위하여 조직된 지역적인 공법상 법인으로서의 사단”¹⁸⁾으로 정의되고 있다.

‘지방자치단체’라는 용어에 담긴 법적 의의를 살펴보면, 지역적으로 일정한 사무를 자치행정의 방식으로 수행하는 단체를 뜻하는 것으로 이해할 수 있다. 국가로부터 독립된 인격을 가진 단체라는 점에서 국가라는 법적 주체와 구분되는 법적 주체로서 ‘단체’가 되고, 일정한 사항에 대해 행정권을 부여받아 스스로 행정을 한다는 점에서 자치행정의 주체가 된다.¹⁹⁾ 별도의 법인격을 갖고 일정한 법정 사무를 자율적으로 수행하고 법

17) 김철용, 『행정법』, 전면개정 제5판, 고시계사, 2016, 670쪽.

18) 홍정신, 『新지방자치법』, 제3판, 박영사, 2015, 91쪽.

19) 이광윤, 『일반행정법』, 전면개정판, 법문사, 2012, 523쪽.

적 책임을 지는 단체 가운데 사무를 기준으로 권한을 가지면 사무분권 공법인이 되고, 지역을 기준으로 권한을 정하면 지역적 분권, 즉, 지방분권의 주체인 지방자치단체가 된다.

학계에서 사용하는 ‘지방자치단체’ 용어는 정의에서 학자들 간 약간의 차이는 있지만 ‘자치’의 주체를 관념하는 용어라는 점에서 공통적이다. 이 관념은 학계에서 ‘지방자치단체’와 ‘보통지방행정기관’을 구분한다는 점에서 명확해 진다.

1) 보통지방행정기관과의 구분

행정법에서는 일반적으로 행정조직법에서 국가의 행정조직을 중앙행정조직과 지방행정조직으로 구분한다. 중앙행정조직이란 대통령, 국무회의와 행정각부가 포함되는 국가행정조직을 말한다. 반면 지방에서 국가의 행정을 담당하는 조직을 지방행정조직이라고 구분하고 이를 다시 보통지방행정기관과 특별지방행정기관으로 구분한다. 보통지방행정기관의 정의에 대해서는 “특정한 중앙행정기관에 소속되지 아니하고 그 관할구역 내에서 집행되는 국가 행정사무를 일반적으로 관장하는 지방행정기관”²⁰⁾으로 정의되거나, “중앙행정기관의 지휘·감독 하에 일정지역에서 그 지역에서 시행되는 국가행정사무전반을 수행하는 행정기관”²¹⁾ 또는 “특정한 중앙행정기관에 소속되지 아니하고 그 관할구역 내의 일반적인 국가행정사무를 수행하는 지방행정기관”으로 정의된다. 공통적으로 지역적 범위 내에서 국가사무에 관한 일반적 집행 권한을 갖는 국가 행정 조직이라는 뜻으로 보통지방행정기관이라는 용어를 사용한다.

2) 보통지방행정기관의 존재 여부

지방자치단체와 보통지방행정기관을 구분하여 현행법에 따른 지방자치단체의 지위를 설명하면 우리나라에는 보통지방행정기관이 별도로 설치되어 있지 않다.²²⁾ 지방에서 처리되어야 할 국가사무는 원칙적으로 지방

20) 김철용, 앞의 책, 657쪽.

21) 홍정선, 『행정법원론(하)』, 제23판, 박영사, 2015, 46쪽.

자치단체의 장에게 위임되어 처리된다.(지방자치법 제102조) 여기서 국가 사무를 수임하여 처리하는 지방자치단체의 장의 지위에 대해서 학계에서는 “지방자치단체의 집행기관은 본래의 지위인 지방자치단체의 집행기관으로서의 지위와 함께, 국가의 보통지방행정기관으로서 국가사무를 위임받아 처리하는 국가기관의 지위를 동시에 가진다”²³⁾고 설명하거나, “국가행정사무를 [...] 지방자치단체의 장[...]이 위임받아 행하고 있으므로 이들은 그 한도 내에서는 국가의 보통지방행정기관의 지위를 아울러 가진다”²⁴⁾고 하거나, “수임기관들은 기능상 보통지방행정관청에 해당한다”²⁵⁾고 설명한다.

이처럼 학계에서는 지방자치단체나 지방자치단체의 장이 국가사무를 수임하여 처리하는 것에 대해 기능상 또는 수임한 범위 내에서 또는 지방자치단체 집행기관의 지위와 국가기관의 지위를 동시에 갖는 것으로 설명할 때, ‘지방자치단체’와 국가 행정조직의 일부로서 ‘보통지방행정기관’을 구분하여 관념하고 사용한다. 지방자치단체나 그 일부는 국가기관의 지위를 갖기도 하지만, 개념 사용에 있어서만큼은 ‘지방자치단체’라는 용어의 뜻에 국가 행정조직의 일부라는 뜻을 포함시키지 않는다.²⁶⁾

22) 김철용, 앞의 책, 657쪽; 홍정선, 앞의 책(각주 21), 46쪽; 이광윤, 앞의 책, 505쪽.

23) 김철용, 앞의 책, 657쪽.

24) 이광윤, 앞의 책, 505쪽.

25) 홍정선, 앞의 책(각주 21), 46쪽.

26) ‘지방자치단체’라는 용어를 이처럼 ‘자치’의 주체이고 국가 행정조직과 구분되는 것으로 사용하는 법학 저술로서 최근의 예를 들면, 김남철, “국가와 지방자치단체 간의 공동사무”, 지방자치법연구 제54호 제17권 2호, 2017.6., 79쪽: “지방자치란 국가로부터 독립한 공법상의 공공단체인 지방자치단체가 자기의 지역사무를 그 구성원의 의사결정에 따라 자기책임 하에서 수행하도록 함으로써 정치적 다원주의를 추구하는 정치이념이다”; 김희곤, “우리 헌법상 자치재정권 보장의 과제 - 누리과정 관련 비용부담과 관련하여 -”, 국가법연구 제13집 1호, 2017., 76쪽: “우리헌법은 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하도록 하고[있다]. 지방자치단체가 위와 같은 사무의 처리 및 재산관리를 위해서는 비용이 들게 마련인[데], 우리 헌법은 이에 대하여 명확히 규정하고 있지 않아[서], 지방자치단체의 사무수행에 필요한 재원은 오로지 국가에 의존할 수 밖에 없는 현실이다.”; 이기우, “조례활성화를 위한 지방의회의 역할강화”, 지방자치법연구 제20호 제8권4호, 2008.12., 125쪽: “중래 자치입법권을 행정으로 분류한 것은 지방자치단체를 국가권력의 삼권분립체계에 맞추려고 한 것에 연유한다. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체를 단순한 행정주체로서만 보장한 것이 아니라 국가와 같은 지역사단으로서 지방자치단체를 설정하고

학계에서 이렇게 ‘지방자치단체’라는 용어를 오롯이 자치의 주체라는 의미로만 사용하는 점이 실정법의 용어 사용과 다르기 때문에 이 지점에서 혼동이 생기게 된다.

(2) 실정법에 따른 ‘지방자치단체’의 의미

우리 법학 영역에서는 위와 같이 ‘지방자치단체’라는 용어를 국가의 지방행정조직과 명확히 구분해서 사용하고 있지만, 우리 실정법에서는 ‘지방자치단체’라는 용어를 이와 다르게 사용하고 있는 것으로 이해된다.

1) 현행 「지방자치법」의 지방자치단체

우리 「지방자치법」에서는 지방자치단체의 종류를 “특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도”와 “시, 군, 구”로 구분하고 전자를 ‘시·도’로, 후자를 ‘시·군 및 자치구’로 일컫고 있다.(제2조) 「지방자치법」은 시·도와 시·군·자치구를 모두 합해서 부르는 용어로 ‘지방자치단체’를 사용하고 있는데, 이 용어가 학계에서 사용하는 것처럼 보통지방행정기관과 구분되는 자치의 주체를 뜻하는 용어로 사용되고 있는지를 확인할 필요가 있다.

「지방자치법」이 지방자치단체를 자치의 주체라는 뜻으로 사용하는 것이 아니면 자치의 주체이기도 하고, 지방의 국가행정조직인 보통지방행정기관이기도 한 주체를 뜻하는 것으로 사용하는지는 「지방자치법」이 지방자치단체의 사무를 어떻게 관념하고 표현하고 있는지에 따라 판단하는 것이 타당하다. 왜냐하면, 공법에서 법치주의 이념에 따라 행위의 합법성을 확보하기 위해 법적 주체의 지위를 따지는 것은 그 주체의 권한을 확정하는 의미를 갖는데, 법적 지위가 불분명하여 해석이 필요한 경우에는 역으로 권한과 권능의 내용에 따라 지위를 판단하여야 하기 때문이다.

「지방자치법」은 이들 지방자치단체의 역할에 대해 ‘지방자치단체의 사무범위’라는 제목 아래, “지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체 속하는 사무를 처리한다”고 규정하고 있다.(제9조) 즉 ‘지방자치단체’는 자치사무뿐만 아니라 자치사무가 아닌 사무도 처리하는

국가와 지방자치단체간의 수직적인 권력분립을 규정하고 있다고 할 것이다.”

주체로 개념을 사용하고 있다. 이는 지방의 역할이라서 자치의 방법으로 수행할 사무와 국가가 법령으로 지방에 위임한 사무를 모두 수행하는 주체라는 것을 의미한다.

외교, 국방, 사법(司法)을 비롯한 특정 국가사무를 열거하여 이 사무들은 지방자치단체가 원칙적으로 처리할 수 없다고 규정하여(제11조 본문) 언뜻 보면 지방자치단체를 전형적인 국가사무로부터 분리시키는 것으로 보이지만, 다른 사무와 달리 ‘법률’의 근거가 있어야 함을 규정하고 있을 뿐이다. 다른 말로 하면, 다른 사무는 법률에서 위임하지 않더라도 시행령 같은 행정입법을 통해서도 위임이 가능하지만 단지 이들 국가사무는 법률로 위임해야 한다는 것을 규정하고 있다. 이에 따라 법률에서 이 전형적 국가사무를 지방자치단체에 위임하게 되면 지방자치단체는 국가사무의 처리 주체가 되고, 이 사무는 “지방자치단체의 사무”인 것으로 『지방자치법』은 표현하고 있다.

법제적 목적의 관점, 즉 법령을 어떻게 구성하고 작성하면 더 정확한 뜻을 표현해서 입법취지를 정확히 반영하고, 사회적 갈등의 소지를 줄일 수 있는가라는 관점에서 보면, 『지방자치법』이 “지방자치단체의 사무”라는 용어를 이렇게 사용하고 있는 것은 ‘분권’을 합리적으로 추진하는 데 혼란을 초래할 수 있는 요소로 보인다.

2) 『지방자치법』의 연혁과 ‘지방자치단체’의 의미

우리나라 『지방자치법』의 연혁을 따라 거슬러 올라가 보면, 제헌헌법 이래 1949년에 제정된 『지방자치법』²⁷⁾이 근대적 의미의 첫 『지방자치법』이었음을 알 수 있다²⁸⁾. 이 법률에서도 지방자치단체는 “그 지방의 공공 사무와 법령에 의하여 그 단체에 소속된 사무를 처리”하는 ‘법인’이었으며(제3조), “지방의회는 그 자치단체의 의결기관으로서”(제11조) [...] 조례의 제정 또는 개폐, 예산의 의결 등의 사항을 의결하는 것으로 규정되어 있었다. 지방자치단체는 두 종류로 구분되었는데 ‘도와 서울특별시’ 및

27) 법률 제32호, 1949.7.4., 제정.

28) 지방자치에 관한 주요 법령의 연혁에 대해서는 이주희, 앞의 책, 17-36쪽에 매우 상세히 설명되어 있다.

‘시·읍·면’이었다.

제정 「지방자치법」에서는 국가의 권한에 대해서는 별도의 규정을 두지 않고, “도와 서울특별시는 정부의 직할하에 두고, 시, 읍, 면은 도의 관할 구역내에 둔다.”고 규정함으로써 지방자치단체와 국가의 관계를 정부가 ‘직할’하는 관계로 표현하였을 뿐이다. 이때 ‘지방자치단체’라는 용어는 지방 관할 구역 내의 사무를 정부의 직할 하에 처리하는 주체로 사용되었다.

‘자치사무’라는 용어도 사용되었다. “지방자치단체는 그 자치사무수행에 필요한 경비와 법령에 의하여 그 자치단체의 부담에 속하는 경비를 지출할 의무를 진다”라고 규정하여 용어는 사용하였지만 ‘국가사무’를 따로 구분하지 않았고, 지방자치단체의 사무를 ‘지방자치사무’라고 표현한 것으로 이해된다.

지방자치단체의 사무 가운데 ‘자치사무’를 그 외 사무와 구분한 것은 1956년 개정에서 나타났다. 당시 개정을 통해, “지방자치단체의 장의 명령 또는 처분이 법령에 위반되거나 부당하다고 인정할 때에는 도지사와 서울특별시장에 대하여는 주무부장관, 시, 읍, 면장에 대하여는 도지사가 그것을 취소하거나 정지할 수 있다. 단, 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반한 것에 한한다.”라고 규정하였다(제108조). 이 조문은 지방자치단체의 집행기관인 지방자치단체의 장에 대한 장에 포함되어 있었는데, 지방자치단체의 장에 대한 국가의 통제에 관하여 ‘자치사무’를 그 외 지방자치단체의 사무와 구분한 것으로 이해된다. 이때에도 도와 서울특별시는 정부의 “직할하”에 있었다.

그 후, 우리 「지방자치법」은 여러 차례 일부 개정을 거치다가 1988년에 ‘전부개정’ 되었다. 이에 따라 지방자치단체는 ‘특별시와 직할시 및 도’와 ‘시와 군 및 구’로 구분되고, 국가와 지방의 관계에 관한 제도를 포함하는 ‘국가의 지도·감독’에 관한 장(제9장)이 신설되었다. 지방자치단체의 사무에 대한 국가의 지도 권한에 따라 “중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을

요구할 수 있”었다(제155조). 여기서 ‘지방자치단체의 사무’라는 표현도 자치사무와 국가사무를 모두 포함하는 용어로 사용되었다. 국가사무에 대해서는 지도·감독의 관계로 규정하고, 자치사무에 대해서는 다른 지방자치단체의 사무와 구분해서 국가의 적법성 통제에 대해 제소 가능성을 별도로 규정하고 있었다(제156조). 지금의 우리 「지방자치법」에서 사용하고 있는 국가와 지방의 관계에 관한 제도의 기본적인 틀을 이 전면개정을 통해 갖춘 것으로 이해할 수 있다.

이상에서 보는 바와 같이, 우리 실정법에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어는 국가사무와 지방사무를 구분하지 않던 때에도 사용되었다. 자치사무라는 용어는 1956년부터 국가의 통제권이 일부 제한되는 영역을 관념하는 것으로 사용되기 시작하였다. 국가와 시·도의 관계는 실정법 표현에서는 1949년부터 지금까지 ‘직할’²⁹⁾로 표현되고 있다. 학계에서는 분권에 관한 수많은 이론과 주장을 축적하는 동안, 실정법에서는 국가와 지방의 관계를 표현하는 용어와 개념들에 대해 재정립하지 않았고, 국가·지방 간 관계에 관한 국가의 권한에 대해서도 자치의 영역을 명확히 구분하지 않은 채 현재의 법체계에 이르고 있다.

2. 지방자치단체의 상하관계

우리 현행 「지방자치법」은 ‘상급 지방자치단체’라는 표현을 사용하고 있다. 먼저 ‘사무처리의 기본원칙’에 따라 “지방자치단체는 [...] 상급 지방자치단체의 조례를 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다”(제8조). 또한 주민

29) 현행 「지방자치법」 제3조제2항에서는 “특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)는 정부의 직할(直轄)로 두고, 시는 도의 관할 구역 안에, 군은 광역시, 특별자치시나 도의 관할 구역 안에 두며, 자치구는 특별시와 광역시, 특별자치시의 관할 구역 안에 둔다.”고 표현하고 있다. 여기서 ‘직할’의 의미에 대해서는 “통제하에 둔다는 의미가 아니고 그 구역 내에 위치한다는 뜻이다”로 설명하거나(홍정선, 앞의 책(각주 21), 86쪽), ““정부의 직할하에 두고”라는 표현으로 광역적 지방자치단체라는 성격을 표현”한다고 설명하기도 한다(홍정선 외, 한국지방자치법학회 편, 「지방자치법주해」, 박영사, 2004, 13쪽). 또는 “「정부의 직할」이라 함은 정부 직속의 산하단체로 한다는 의미가 아니라 정부와 이들 간에는 다른 자치단체를 두지 않는다는 의미로써 이들과 중앙정부가 직접교섭하고 연락한다는 의미”로 설명한다(이주희, 앞의 책, 2014, 55쪽).

소송에 관해서는 “국가, 상급 지방자치단체[...]는 법원에서 계속 중인 [주민]소송에 참가할 수 있다”(제17조제13항). ‘상급’이라는 표현은 일반적으로 행정조직법에서는 “지휘감독관계, 권한위임관계, 권한대리관계 및 하급 기관으로부터의 의사전달관계 등”³⁰⁾이 발생하는 “상하(관)청 상호간의 관계”³¹⁾를 일컫는 용어로 사용된다. 이 관계는 ‘대등(관)청 상호간의 관계’와 구별되는 관계이다. “대등행정(관)청 상호간에는 서로 다른 기관의 권한을 존중하여야 하며, 이를 침범하여서는 아니 된다.”³²⁾ 즉, 지휘감독관계가 필요한 관계와 상호 존중이 필요한 관계를 구분하여 전자를 상하 관계, 후자를 대등 관계로 구분하고 있다. 따라서 ‘지방자치단체’라는 용어를 지방사무를 자치적으로 처리하는 주체라는 의미로만 사용하면, 지방자치단체 상호 간의 관계는 상하 관계가 아닌 것으로 보는 것이 타당하다. 그런데 우리 「지방자치법」에서 ‘상급’ 지방자치단체라는 용어를 사용하여, 지방자치단체 간에 상하 관계가 존재하는 것처럼 표현하고 있는 것은 지방자치단체의 법적 지위를 불명확하게 하는 결과를 낳고 있다.

(1) 지방자치단체 상호 간의 관계

우리 「지방자치법」은 모든 지방자치단체를 법인으로 하고 있다(제3조제1항). 따라서 지방자치단체는 다른 지방자치단체의 기관이 될 수 없고, 국가와 다른 법인과 관계에서 독립된 권리·의무의 주체가 된다. ‘지방자치단체’를 자치사무의 법적 권한 주체로 이해하면, 지방자치단체 상호 간에는 상하관계가 존재할 수 없다. 시·도의 관할 구역 안에 시·군·구가 있지만, 시·도의 자치사무는 시·군·구의 자치사무와 구분된다. 시·군·구가 시·도의 자치사무를 시·도의 기관으로써 각 관할구역 내에서 수행한다면 이때 시·군·구는 시·도와의 관계에서 지방자치단체가 아니라 시·도의 행정구역으로 이해하여야 한다. 시·군·구가 시·도의 사무를 수행하되 시·도의 기관으로써가 아니라 독립된 법인으로서 다른 법인의 사무를 맡아 처

30) 김철용, 앞의 책, 646쪽.

31) 김철용, 앞의 책, 646쪽.

32) 김철용, 앞의 책, 650쪽.

리하는 관계라면, 이는 상하관계에서 나타나는 위임의 관계가 아니라 대등한 주체 간 위탁의 관계로 보아야 한다.

「지방자치법」은 ‘상급 지방자치단체’라는 표현을 사용하고 있을 뿐 아니라, 직무대행자 지정권(제97조), 분쟁조정권(제148조제1항), 사무위탁 감독권(제151조), 위임사무처리 감독권(제167조), 지방자치단체조합 설립 승인권(제159조), 자치사무 감사권(제171조), 지방의회의결 재의요구권(제172조제1항)을 두어 ‘상급’ 지방자치단체가 ‘하급’ 지방자치단체를 감독하는 것처럼 양자의 관계를 구성하고 있다.

특히 제167조에서는 ‘국가사무’에 대해 시·군·구에 대한 시·도의 감독 권한을 별도로 규정하고 있다. 이에 따라 시·군·구는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다. 여기서의 지도·감독을 받는 사무를 “위임받아 처리하는 국가사무”에 한정하고 있다. 한편 제171조에서는 시·군·구의 자치사무를 따로 구분하여, 시·도지사는 시·군·구의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있도록 규정하고 있다.

그 외 규정들은 자치사무와 그 외 사무를 구분하지 않고 시·도지사의 시·군·구에 대한 감독권을 규정하고 있다. 제97조에 따라 시·군·구의 장의 직무를 대행할 자를 시·도지사가 지정한다. 이때 직무는 자치사무의 집행 기관으로서의 직무에 한정되지 않는다. 제148조 제1항에 따라 시·도지사가 조정할 수 있는 분쟁은 “[시·군·구] 상호 간이나 [시·군·구]의 장 상호 간 사무”에 관한 다툼이면 족하다. 즉 시·군·구 자치사무일지라도 시·군·구 간 다툼이 일어나면 시·도지사가 조정할 수 있다. 제151조에 따라 시·군·구의 장은 “소관 사무의 일부” 즉, 자치사무와 그 외 사무의 일부를 다른 시·군·구나 그 장에게 위탁할 때, 이를 관할 시·도지사에게 보고하여야 한다. 제159조에 따라 시·군·구들이 사무를 공동으로 처리하기 위해 조합을 설립하려면 시·도지사의 승인을 받아야 한다. 자치사무 처리인지 그 외 사무 처리인지 구분하지 않는다. 제172조에 따라 시·군·구 의회에서 의결한 사항에 대해 시·도지사가 재의를 요구할 수 있다. 자치사무에 대한 의결을 구별하지 않는다.

우리 「지방자치법」은 이처럼 시·도와 시·군·구의 관계를 마치 사무 전체에 대해 상하관계이고, 국가위임사무와 자치사무에 관해서는 특별히 달리 규정해야 할 사항에 대해서만 감독권을 일부 다르게 규정하고 있다. 이에 대해 행정법학이나 지방자치법학에서는 일반적으로 다음과 같이 설명한다. 상하관계나 감독관계가 부인되는 것이 원칙이지만 법령에서 정하는 바에 따라 상하·감독관계가 인정될 수 있다고 한다.³³⁾ 그러나 「지방자치법」에서 위와 같이 다양한 방법으로 시·도와 시·군·구 간 상하·감독관계를 규정한 것을 예외적인 제도로 보는 것은 다음 두 가지 이유 때문에 지방자치단체 간의 권한 관계 전체를 설명하기에 충분하지 않다.

첫째, 앞서 설명한 것처럼 현행 「지방자치법」은 지방자치단체의 개념을 자치행정의 주체에 한정하여 사용하지 않고 있다. 이 때문에 현재 위에서 열거한 시·도와 시·군·구 간 관계에 관한 조문들을 적용할 때, 감독의 주체인 시·도나 감독을 받는 시·군·구나 자치의 주체인지 아니면 국가사무 처리 주체인지 또는 시·도사무 처리 주체인지 불명확한 채로 감독권한의 범위를 해석하여야 한다. 둘째, 법령 위 권한들을 시·군·구가 시·도사무를 수임하는 한도 내에서 감독받는 것으로 해석한다 할지라도, 이렇게 해석하면 시·군·구는 자치사무의 주체인 법인이자 시·도의 하급 기관과 같은 지위를 동시에 갖는 것으로 해석된다. 시·도와 시·군·구를 지방자치단체라고 일컬을 때 자치 주체 이외의 법적 지위가 포함되게 된다. 이렇게 되면 「지방자치법」의 용어와 개념 사용에 따르면 시·군·구는 자치의 주체인 법인이자, 시·도의 행정기관이면서 동시에 국가의 지방행정기관인 셈이 된다.

(2) 국가의 위임과 지방자치단체

「지방자치법」에서 ‘자치’사무라는 용어는 ‘위임’사무와 구별되는 용어로 사용되고 있다. 국가위임사무를 국가수임사무로 표현하지 않는 것은 국가가 위임한 사무라는 점, 즉 지방이 수임하였다는 점보다 국가가 위임하였다는 점을 중요시하는 표현으로 이해할 수 있다. 지방의 관점에서 보면 스스로 결정하는 방식이 아니라 외부의 의사를 존중하여 처리해야 한다

33) 홍정선, 앞의 책(각주 21), 85쪽.

는 점이 중요하다. 즉, 위임사무는 지방의 관점에서는 스스로 사무를 결정하고 처리할 수 있는지 여부와 직결되는 것이고, 이는 다시 국가 또는 ‘상급’ 지방자치단체와의 관계에서 지방자치단체의 법적 지위를 결정짓는 중요한 개념이 된다.

1) 위임과 위탁의 구분

‘위임’의 개념에 대해, 현행 법체계에서 ‘위임’은 공법과 사법에서 크게 다른 의미로 쓰이고 있다. 또한 공법상 위임에 관한 실정법의 규정 사항에 해석의 여지가 많고, 공법의 특성을 반영하여 관련된 법리가 세부적으로 발달할 여지가 많이 남아 있다. 공법에서 권한의 위임에 따른 법적 관계를 규율하는 일반 실정법은 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」이다³⁴⁾. 「정부조직법」과 「지방자치법」에도 권한의 위임 및 위탁에 관한 규정을 두고 있다. 공법상 위임이 사법상 위임과 크게 다른 점은 공법에서는 위임을 위탁과 구분하면서, 그 구분 기준은 위임·위탁의 당사자 간 관계가 계층적 관계인지 여부라는 점이다.

현행 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」³⁵⁾은 위임과 위탁을 각각 다음과 같이 정의한다.

위임이란 “법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것”을 말한다(제2조제1호). 반면, 위탁이란 “법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것”을 말한다(제2조제2호).

“법률에 규정된 행정기관의 권한”에 대해 적용되는 일반 규범의 성격을 갖는 이 대통령령에서 정한 위임과 위탁은 “법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부”를 다른 “기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것”이라는 점에서 같다. 다른 점은 위임은 “보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장”에게 맡기는 것이고,

34) 본 고에서는 행정권한에 관한 개념에 관하여 주로 홍정선, 「민간위탁의 법리와 행정실무」, 박영사, 2015을 참고하였다.

35) 대통령령 제28398호, 2017.10.31. 개정.

위탁은 “다른 행정기관의 장”에게 맡기는 것이라는 점이다. ‘지방자치단체의 장’에게 맡기는 점을 제외하면 위임은 보조기관과 하급기관에 대한 것이고, 위탁은 ‘다른’ 기관에 대한 것이다. 맡기는 주체와 맡는 주체 간의 관계를 기준으로 두 개념이 구분된다. ‘위임’은 상급 기관에서 하급 기관에 맡기는 것, ‘위탁’은 상하 관계가 아닌 주체 간에 권한을 맡기는 것을 말한다.

‘지방자치단체의 장’은 위임을 받는 주체로 규정되어 있다는 것을 두고, 이 대통령령이 지방자치단체의 지위를 어떻게 관념한 것인지 이견이 있을 수 있다. 지방자치단체의 장을 기본적으로 보조기관이나 하급행정기관의 장과 같이 본 것이라고 해석할 수도 있다. 또는 지방자치단체의 장이 개별적으로 ‘국가위임사무’를 수임하는 경우에 한하여 하급 기관의 지위에 선다는 사실을 ‘위임’ 정의에서 배제할 수 없기 때문에 ‘위임’의 대상에 포함시켰을 뿐, 지방자치단체의 장의 기본적인 지위를 하급기관으로 본 것은 아니라고 해석할 수도 있다.

두 가지 방법 중에 어느 쪽으로 해석하더라도 이 대통령령에서는 기관들 간의 관계를 기준으로 위임과 위탁을 나누어 놓고, 지방자치단체의 장은 위탁의 대상이 아니라 위임의 대상이라고 정한 것에 변함이 없다. 이로써 중앙 정부의 행정기관에서 지방자치단체의 장에게 어떤 권한을 맡기기로 하면, 그 사무의 성격과 관계없이 지방자치단체의 장은 사무를 맡기는 주체에 대하여 하급 기관의 지위에 있게 되는 것으로 해석되게 된다. 국가사무를 지방자치단체의 장이 맡아서 수행하면 국가의 하급 행정기관의 지위에 서게 되고, 이런 기관위임사무를 처리하는 한에는 지방자치단체의 장이 국가 기관의 지위를 갖게 된다는 것은, 위에서 살펴본 바와 같이, 이론적으로 인정하는 바이다. 지방자치단체의 장의 지위를 이렇게 이해하는 것은 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 위임의 정의에 대해 “지방자치단체의 장”이 맡는 것은 위임에 포함되는 것으로 명시한 반면, 지방자치단체 자체에 대해서는 위임받는 주체로 규정하지 않은 것과 상응한다. 그런데, 「지방자치법」에서는 지방자치단체도 위임받는 주체로 규정하고 있다.

2) 지방자치단체에 대한 위임

「지방자치법」 제41조 제3항에 따르면 “지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도의 사무에 대하여 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무 외에는 그 감사를 각각 해당 시·도의회와 시·군 및 자치구의회가 할 수 있다.” 시·도는 국가로부터 사무를 ‘위임’받을 수 있고, 시·군·구는 국가나 시·도로부터 사무를 ‘위임’받을 수 있는 것으로 이해된다.

또한 제167조에 따르면 “지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관의, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다”고 규정하고 있다. 이에 따라 지방자치단체의 장이 아니라 지방자치단체가 국가사무를 ‘위임’받을 수 있을 뿐 아니라, 설령 시·군·구가 직접 국가사무를 맡아서 처리하는 경우라 할지라도, 시·도지사의 지도·감독을 받는다.

물론 「지방자치법」 제102조에서 “시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없으면 시·도지사와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다.”고 규정하여, 기관위임이 원칙이고 단체위임은 예외적인 것으로 규정하고 있다.³⁶⁾ 그러나 이 원칙조차도 ‘법령’으로 규정하기만 하면 단체위임이 가능하다고 해석된다.

위임과 위탁을 구분하는 「지방자치법」에서 지방자치단체 자체에 대해 ‘위임’받는 주체로 표현하고 있는 것은 이 법에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어의 뜻에 적어도 일정 부분은 국가에 대한 하급기관의 지위라는 뜻이 포함된 것으로 이해된다. ‘지방자치단체’라는 용어를 오롯이 자치의 주체를 뜻하는 것으로 쓰고, 이를 국가의 지방행정기관과 구분하는 이론상의 용어와 같지 않다.

물론 이론에서도 지방자치단체가 국가나 시·도사무를 수임하는 것에 대해 ‘단체위임사무’라고 하여 별도로 설명하고 있다. 단체위임사무를 어떻게 이해할 것인지에 대해서는 논의가 매우 많이 축적되어 있다. 단체위임사무의 특징에 대해 대표적인 학설에 따르면 “단체위임사무에서 수임지

36) 이주희, 앞의 책, 686쪽.

방자치단체는 수행의무만을 질뿐이고 당해 사무에 대한 권한은 법률상 여전히 위임자인 국가나 광역지방자치단체에 있[으나] 수임지방자치단체 자신의 이름으로”³⁷⁾ 사무를 처리한다. 이러한 단체위임사무는 “성질상 국가 또는 상급지방자치단체의 사무이다.”³⁸⁾

지방자치단체의 ‘지위’를 명확히 하기 위해 본 논문에서 주목하는 바는 「지방자치법」이 단체위임사무라는 사무의 형태를 예정하면서 지방자치단체와 국가의 관계, 시·군·구와 시·도의 관계를 ‘위임’의 관계로 표현한 것이다. 이를 지방자치단체의 국가에 대한 지위를 명확히 하고자 하는 관점에서 설명하자면 다음과 같은 설명이 가능하다.

첫째, ‘위임’이라는 용어의 뜻을 넓은 의미와 좁은 의미로 구분하고 넓은 의미의 위임에 위임과 위탁이 모두 포함된다고 보는 방법이다. 행정법학에서는 실제로 위임의 정의에 대해 넓은 의미의 위임과 좁은 의미의 위임을 구별하고 전자에 위탁 즉, 지휘·감독의 관계에 있지 아니한 자에게 권한이 이전되는 것을 포함하여 이해한다.³⁹⁾ 그러나, 학계에서도 “실정법상 위임의 정의”는 위에서 밝힌 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 따른 정의를 뜻하는 것으로 쓰고 있다.⁴⁰⁾ 그런데 「지방자치법」은 단체위임사무를 ‘단체수탁사무’ 또는 ‘단체위탁사무’라고 하지 않고, ‘위임’이라고 표현하고 있다. 만약 「지방자치법」이 단체위임사무를 수임하는 지방자치단체와 국가 간의 관계를 지휘·감독의 관계가 아닌 것으로 전제 한 것이라면, 이는 「지방자치법」이 “실정법상 위임의 정의”를 사용한 것이 아니라 “학문상 위임”으로 사용한 것이 된다.

둘째, 「지방자치법」이 말하는 ‘지방자치단체’는 자치의 주체를 일컫는 학문상 지방자치단체만을 의미하는 것이 아니라 이에 더하여 국가의 지

37) 홍정선, 앞의 책(각주 18번), 483쪽.

38) 홍정선, 앞의 책(각주 18번), 483쪽.

39) 홍정선, 앞의 책(각주 34번), 14쪽. 박윤훈, “행정관청의 권한의 위임(위탁포함), 사법행정, 제15권 제10호, 1974, 25쪽: “학문상으로는 법령에 근거하여 위임관청 자체의 의사로 권한을 위양(僞讓)하는 것을 위임이라고 하지만, [...] 오늘날은 위임되는 사무가 법령 자체에 구체적으로 정하여져 있어 위임관청 자체의 의사가 작용할 여지가 없는 경우도 많으며, 이것도 위임에 포함시켜 이해하여야 한다.”

40) 홍정선, 앞의 책(각주 34번), 14쪽.

휘·감독을 받는 지위를 포함하는 것으로 보는 방법이다. 이렇게 이해하면 「지방자치법」에서 ‘위임’과 ‘위탁’을 구분해서 사용하면서 지방자치단체도 지방자치단체의 장과 같이 ‘위임’받는 주체로 표현한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

IV. 결론

지방 분권은 국가의 권력 또는 권한을 지역을 기준으로 나누는 것을 의미한다.⁴¹⁾ 행정권력을 지역적으로 분권하면, 자치사무의 범위 내에서 현재 행정부가 하는 일을 지역적으로 다르게 할 수 있게 된다. 연방제 국가처럼 입법권력이나 사법권력을 지역적으로 분권하면, 지역별로 국회에서 정하는 법률 사항과 다른 사항을 정할 수 있게 되고, 현재 대법원을 정점으로 하는 법해석의 통일된 기준이 지역적으로 달라질 수 있게 된다.⁴²⁾ 국가권력 중에 어디까지를 지역적으로 나눌 것인지에 대한 논의와는 별개로 지방분권의 강화는 필연적으로 지역별 차이를 확대하는 것을 의미한다.⁴³⁾

분권의 정도를 결정하는 것은 어떤 권력과 어떤 사무를 어느 정도까지

41) “오늘날 많은 자유민주국가의 헌법에서 지방자치제도를 그 헌법적 규율의 대상으로 삼고 있는 것[은] 현대의 다원적인 복합사회가 요구하는 ‘정치적 다원주의’와 자유민주적 통치구조가 요구하는 기능적 권력통제를 실현하기 위한 [...] 제도적인 정치로 인식”하기 때문이다. 허영, 앞의 책, 827쪽.

42) 박인수, “지방분권 개혁의 방향 모색”, 공법연구 제46집 제2호, 2017.12, 162~163쪽: “지방자치단체의 자치입법권의 범위는 지방자치단체의 사무를 확정할 뿐만 아니라 집행에 따른 활동 영역을 규범적으로 결정하는 근원이 되기 때문에, 지방분권 수준의 척도가 되는 것이라 할 수 있다. 자치입법권의 범위는 그 규범적 지위를 국가 법규범의 구조와 대비하여 어느 수준으로 정하느냐에 따라 상이하다.”

43) “지방자치제도를 규정하는 헌법 제117조는 국가조직에 관한 규정이다. 위 헌법규정은 국가와 지방자치단체간의 관할의 경계를 확정한다. 그러나 위 헌법규정은 사인에 대한 권한규범이 아니기 때문에, 사인과의 관계에서 지방자치단체에 아무런 권한을 부여하지 않는다. 그러므로 지방자치단체의 자치권은 이미 그 자체로서 사인의 기본권적 자유를 제한하는 권한의 근거가 될 수 없다. 지방자치단체가 과재이행을 통하여 사인의 권리를 침해하는 경우에는 입법자에 의한 별도의 수권을 필요로 한다. 지방자치단체가 부여받은 민주적 정당성의 효력은 기본권의 침해를 정당화하기에 충분하지 않다.” 한수웅, 『헌법학』, 제2판, 법문사, 2012, 1261쪽.

지역별로 다르게 할 것인지에 대한 결정을 의미한다. 권력의 배분에 관해서는 헌법제정권자가 결정할 것이며, 사무의 배분에 관해서는 각 사무를 근거하는 법률을 통해 결정될 것이다. 어느 쪽이라도 분권의 전제가 되는 것은 지방이 자치의 주체가 되는 영역을 명확히 하는 것이다. 다시 말해, 지방이 지역 주민의 의사, ‘주민’의 복리를 위한 지위에 서는 영역과 국가의 일부로서, ‘국민’의 의사와 이익을 위한 지위에 서는 영역이 합리적으로 명확히 구분되어야 한다. 따라서 분권이라는 문제를 당위적 방향성의 문제로 접근할 것이 아니라, 각 사무별로 “지역적 다양성”과 “국가적 통일성 또는 평등” 간 어디에 더 무게를 둘 것인지 톺아보아야 할 문제로 접근하는 것이 분권을 위한 지름길이 될 수 있다.

본 논문은 분권을 위해서는 지방의 사무와 지방자치단체의 지위를 명확히 해야 한다는 전제 아래, 현행 법령에 담긴 문제점을 밝히고자 하였다. 지방분권에 관한 가장 기본적인 제도를 정하고 있는 『지방자치법』에서 지방에 대한 국가의 감독 권한을 지방사무와 국가사무 간 큰 차이를 두지 않고 있는 점을 지적하였다. 이 문제는 지방의 역할이 특정되더라도 지방의 자율성과 책임성을 확보하기 어렵게 하는 문제로 이어진다. 『지방자치법』에 따른 국가와 지방의 관계를 기준해서 보면, 지방사무와 국가사무의 구분이 분권을 위해서는 큰 실익이 없는 셈이 된다.

한편, 지방의 역할을 구체적으로 결정하는 각 개별 법률에서는 사무를 성격에 따라 국가사무 또는 지방사무로 구별하지 않고 있는 문제점을 지적하였다. 공법인인 지방자치단체의 사무는 법치주의 원리와 법률유보 원칙 - 작용법적 근거로서 - 에 따라 개별 법률에 사무 처리의 근거를 두는 것이 일반적이다. 각각의 사무에 대해 그 사무가 국가사무인지, 지방사무인지 근거 법률에서 명확히 하지 않으면 각 사무마다 국가와 지방의 관계, 국가의 감독권과 지방의 자율성의 범위 및 한계가 해석의 문제로 남게 된다. 즉, 국가와 지방의 권한 귀속이 불명확해질 우려가 생기는 것이다. 행정실무에서 권한의 귀속이 불명확한 것은 책임의 소재가 불명확하게 되는 것을 의미한다.

지방과 국가 간 사무의 구분이 불명확한 문제는 지방의 역할을 모호하

게 하는 결과로 이어진다. 이는 지방자치단체의 법적 지위가 명확하지 않은 문제와 연결되어 있다. 『지방자치법』을 필두로 한 우리 현행 법령에서는 ‘지방자치단체’라는 용어를 학계에서 쓰는 ‘지방자치단체’라는 용어와 다른 의미로 사용하고 있는 것으로 해석된다. 『지방자치법』은 다음과 같은 점에서 ‘지방자치단체’라는 용어를 자치의 주체라는 의미보다 넓은 의미로 사용하고 있는 것으로 해석된다. “지방자치단체의 사무”라는 표현에 국가사무를 포함하는 점, 지방자치단체의 장뿐만 아니라 단체도 법령에 의해 국가로부터 사무를 수임하는 주체로 규정한 점, 지방자치단체들 간에 상하급의 관계를 전제한 점에서 그러하다.⁴⁴⁾

실정법을 통한 법제도에서 학계에서 말하는 지방자치단체와 지방 자체에 관한 이론을 국가의 지방행정조직과 혼동되지 않도록 구현하려면, 실정법에서 양자를 구별하는 것이 타당하다. 예컨대, 현재 실정법에서 ‘지방자치단체’라고 쓰는 것을 ‘지방단체’로 표현하고, 자치의 주체, 즉 자치사무 주체의 지위를 일컫는 용어로 ‘지방자치단체’를 쓸 수 있다. 이렇게 양자를 구분하고 보면, 분권의 대상이 되는 영역과 국가적 통일성을 추구해야 하는 영역을 더 잘 구분할 수 있을 것이다.

44) 현행 우리 실정법에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어에는 ‘자치’의 주체라는 뜻보다 더 많은 의미가 포함되어 있지만, 법학계에서 사용하는 ‘지방자치단체’라는 용어는 국가의 지방행정조직이 포함되지 않는다는 점에서 실정법에서 이 둘을 포괄하는 새로운 용어가 필요하다. 지난 2018년 3월 26일 정부가 제안한 헌법 개정안(의안번호 2012670)에서 ‘지방정부’로 기존의 ‘지방자치단체’를 대체한 것은 이러한 점에서 중요한 의미가 있다. 개정안에서는 단일국가에서 분권을 추진하기 위해 지방정부의 종류와 주요 사항을 법률로 정하도록 하고, 지방의회의 조례제정권을 법률 적합성으로 제한하고 있다. 한편, 개정안에서는 지방정부, 지방의회, 지방행정부라는 용어를 함께 사용하고 있는데, 지방정부가 지방의회의 지방행정부로 구성되는 것을 전제하는 것으로 이해된다. 개정안에서는 국가 권력 구조에 관해서는 ‘정부’라는 용어를 ‘국회’와 ‘법원’과 대별하여 사용함으로써, 정부가 행정권력 조직을 의미하는 것으로 사용하고 있다. Local government라는 용어가 영국에서 의미하는 바와 스페인, 이탈리아와 같은 ‘지역국가(Etat-région)’의 분권에 대해서는 이광윤, 앞의 책, 525쪽 이하에서 자세한 내용을 참고할 수 있다.

참고문헌

<단행본>

- 강원택 외, 한국 지방자치의 현실과 개혁 과제 - 지방 없는 지방자치를 넘어서 -, 사평 아카데미, 2014.
- 김동희, 행정법 II, 제21판, 박영사, 2015.
- 김철용, 행정법, 전면개정 제5판, 고시계사, 2016.
- 이광운, 일반행정법, 전면개정판, 법문사, 2012.
- 이주희, 지방자치법 해설과 운영사례, 기문당, 2014.
- 이지은, “지방일괄이양법 제정과 관련된 공법적 과제”, 지방자치법연구 제56호 제17권 4호, 2017.12.
- 장영수, 헌법학, 제8판, 홍문사, 2014.
- 한수웅, 헌법학, 제2판, 법문사, 2012년.
- 허영, 한국헌법론, 전정10판, 박영사, 2014.
- 홍정선, 민간위탁의 법리와 행정실무, 박영사, 2015.
- 홍정선, 新지방자치법, 제3판, 박영사, 2015.
- 홍정선, 행정법원론(하), 제23판, 박영사, 2015.
- 홍정선 외, 지방자치법주해, 한국지방자치법학회, 박영사, 2004.

<학술지논문>

- 김남철, “국가와 지방자치단체 간의 공동사무”, 지방자치법연구 제54호 제17권 2호, 2017
- 김주영, “한국지방자치제도의 입법사적 고찰”, 공법학연구 제11권 제2호, 2010.
- 김희곤, “우리 헌법상 자치재정권 보장의 과제 - 누리과정 관련 비용 부담과 관련하여 -”, 국가법연구 제13집 1호, 2017.
- 류시조, “지방분권법상의 지방자치와 지방교육자치 통합의 문제에 관한 소고”, 공법학연구 제18권 제1호, 2017.
- 박인수, “지방분권 개헌의 방향 모색”, 공법연구 제46집 제2호, 2017.12.

이기우, “조례활성화를 위한 지방의회의 역할강화”, 지방자치법연구 제 20호 제8권4호, 2008.

<보고서>

국회 안전행정위원회, “지방분권 및 지방행정체제 개편에 관한 법률안 심사보고서”, 2013.

국회 안전행정위원회 수석전문위원, “지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법안 검토보고서”, 2013.

<국문초록>

분권을 위해서는 지방의 사무와 지방자치단체의 지위를 명확히 해야 한다는 전제 아래, 현행 법령에 담긴 두 가지 법제적 문제점을 밝히고자 하였다.

첫째, 지방분권에 관한 가장 기본적인 제도를 정하고 있는 「지방자치법」에서 지방에 대한 국가의 감독 권한을 지방사무와 국가사무 간 큰 차이를 두지 않고 있는 점을 지적하였다. 이 문제는 지방의 역할이 특정되더라도 지방의 자율성과 책임성을 확보하기 어렵게 하는 문제로 이어진다.

둘째, 지방의 역할을 구체적으로 결정하는 각 개별 법률에서는 사무를 성격에 따라 국가사무 또는 지방사무로 구별하지 않고 있는 문제점을 지적하였다. 공법인인 지방자치단체의 사무는 법치주의 원리에 따라 개별 법률에 사무 처리의 근거를 두는 것이 일반적이다. 각각의 사무에 대해 그 사무가 국가사무인지, 지방사무인지 근거 법률에서 명확히 하지 않으면 각 사무마다 국가와 지방의 관계, 국가의 감독권과 지방의 자율성의 범위 및 한계가 해석의 문제로 남게 된다.

실정법을 통한 법제도에서 학계에서 말하는 지방자치단체와 지방 자체에 관한 이론을 국가의 지방행정조직과 혼동되지 않도록 구현하려면, 지방이 수행하는 사무를 정하고 있는 각각의 실정 법률에서 양자를 명확하게 구별하는 것이 필요하다.

주제어 : 지방자치법, 지방분권, 지방사무, 자치사무, 분권 법제

Essay on Legislation for Decentralization

- focused on 「LOCAL AUTONOMY ACT」 -

Jeon, Joo-Yeol*

Starting from the agenda that we should determine the function of local government at each level in order to facilitate decentralization, this article is dedicated to demonstrating problems in the practice of Korean legislation today. On the one hand, in the 「local autonomy act」, the local governments' function is designated by the term "affairs of local governments" which includes autonomous duties and the duties delegated by the State to local governments. Meanwhile, all of acts by which governments are granted the power of execution, upon the principle of "the reservation of law", does not distinguish the nature of each authority as well. On the other hand, as regards the legal status of the territorial collectivity, the practice in the legislation does not clearly distinguish between territorial representation and national delegation. If we want to achieve the decentralization, we should reevaluate and determine EVERY authority and responsibility of administrative service in terms of its nature whether it is for the local diversity or for the standardization of public service in the State. In following, we should have the terminology by which we can designate the territorial collectivity which is distinguished from the national organ at the local level in the legislation.

Key Words : local autonomy, local government, decentralization,
local authority, legislation in decentralization

* Research Fellow, Korea Legislation Research Institute.