

## 지방분권과 법제개혁\*

- 헌법적 과제를 중심으로 -

도회근  
법학부

### <요 약>

우리 헌법은 지방자치제도를 보장하고 있지만 실제로는 국가권력과 권한이 과도하게 중앙집권화되어 있어 헌법의 원리를 위반하고 있다. 이렇게 된 데에는 현행 헌법의 해석과 지방자치법제에도 책임이 있다. 헌법의 지방자치제도를 독일이론에 따라 제도보장으로 해석하고 있는 통설과 판례의 입장은 수정되어야만 한다. 현행 지방자치법제는 지방분권을 촉진하고 주민투표제와 소민소환제의 도입을 포함하여 주민참여를 확대하는 방향으로 개혁되어야만 한다.

## Decentralization and Legislative Reformation

- Upon Constitutional Subject -

Do, Hoe-Kun  
Dept. of Law

### <Abstract>

The Constitution guarantees local self-government system, but in reality power and authority of nation is centralized excessively. This is seemed to violate constitutional principles. It is because of constitutional interpretation and local self-government law system itself. Majority theory and Constitutional Court decision that local self-government

---

\* 이 글은 울산대학교 사회과학연구소와 (재)울산발전연구원이 주최한 울산발전심포지움 「지방화시대 분권화와 법 광역행정」(2002.9.9)에서 발표하였던 글을 수정·보완한 것이다.

system on the constitution is interpreted as an 'institutional guarantee' in accordance with German legal theory should be revised. And the existing Local Self-Government Act should be reformed toward promoting decentralization and enlarging resident participation including introduction of resident referendum and resident recall system.

## I. 지역할당제 논쟁 : 서울의 힘!

최근 서울대학교 신입총장의 서울대신입생 지역할당제안이 여론의 표적이 된 바 있었다. 처음 이 발언이 나왔을 당시에는 부정적 여론이 많았는데 시간이 지날수록 지지론이 늘어나 드디어 400명 선에서 도입하는 것으로 가닥이 잡힌 듯하다. 이 문제가 공론화되는 과정을 지켜보면서 우리 나라 중앙과 지방간의 지형도를 보는 느낌을 받은 것은 필자만의 과민성 때문이었을까?)

처음 문제가 제기되었을 때 이에 대한 첫 반응은 수도권 시민들의 부정적 입장이었다. 수도권에 거주하는 기자의 입장이 함께 반영된 것이었음은 물론이다. 시간이 지나면서 지방의 여론과 일부 시민단체를 포함한 이른바 '식자'들의 등장이 사태를 긴장국면으로 끌어올렸고 교육인적자원부 장관의 극적인 자세로 균형추는 순식간에 기울고 말았다. 평등주의자로서 공직생활의 절반 이상을 지방대학 총장으로 지냈던 그 장관이 아니었다더라면 절대로 하지 못했을 결단이었다. 그럼에도 불구하고 전국 시군당 겨우 1-2명이라는 상징적 규모로 타협안이 나왔는데 이는 처음 문제제기 당시 예상 기대치에는 크게 미치지 못하는 것이었다. 서울의 힘!

지방자치란 무엇인가? 내 문제는 당신이 아니라 내가 결정하겠다는 정신, 지방적 문제는 중앙정부가 아니라 지방주민들과 지방자치단체가 스스로 책임지고 결정하겠다는 민주주의 정신의 제도화가 아닌가. "지방자치는 민주주의의 학교"라는 브라이스(James Bryce)의 말은 이를 표현한 말이였다.<sup>2)</sup>

그러나 이 지방자치의 이념은 우리 헌법에 편입되는 순간부터 어긋나기 시작하였다. 근대적 지방자치에 대한 인식과 경험이 전무하였던 헌법제정 당시의 헌법기초자들은 신생독립국가 건설의 시급성이라는 역사적 사명에 압도되어 분권적 민주국가 건설이라는 시민사회적 요청을 외면하고 말았다. "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다."(1948년 헌법 제96조 제1항). 지방자치단체의 지위가 국가의 하부기관으로 전락한 것이다. 이제 지방자치는 주민이 국가성립 이전부터 가지고 있던 고유한 권리(자치고유권설)라는 지방자치론의 성립 초기 영미나 프랑스에서 제기되었던 사상은 적어도 우리 나라에서는 발붙일 곳을 찾지 못하게 되었다.

그렇게 시작한 지방자치는 그마저도 제대로 실현해보지 못한 채 자치 없는 지방행정시

1) 수년전부터 경북대학교 총장이 인제지역할당제를 주장하여왔지만 거의 주목받지 못하였던 점을 생각해 보라.

2) 오늘날 지방자치를 민주주의의 필수적 요소로 인정하고 있는 것은 판례에서도 찾아볼 수 있다. "지방자치는 국민자치를 지방적 범위내에서 실현하는 것이므로 지방시정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면, 당연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 '풀뿌리 민주주의'를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것이다."(헌재 1991.3.11. 91헌마21).

대(1961~1991)를 거쳐 오늘날과 같은 지방자치시대에 이르기까지 장구한 세월을 필요로 하였다.<sup>3)</sup> 그러나 아직도 헌법상의 규정이나 이론은 물론이고 정치 경제 행정 사회 문화적 실천형태 모두가 제자리를 찾기에 아직 멀게만 보인다. 이런 가운데 최근 일부 학자들과 시민단체, 지방자치단체장 및 지방의회의원들이 연합하여 지방분권과 자치운동을 추진하고 있다.<sup>4)</sup> 국가의 은혜를 기다리기에는 지친 지방의 시민들이 나선 것이리라고 이해하며 이 운동에 지지를 보낸다.

이 글에서는 지방자치의 개념적 요소로서의 ‘지방분권’ 개념에 주목하면서, 이를 국가의 권력과 권한을 지방에 배분 또는 지방과 공유하는 것으로 이해하고 논의를 전개하고자 한다.<sup>5)</sup> 이 글에서는 또한 지방자치의 두 가지 유형 중에서 주민자치 유형을 주목한다. 지방 주민이 스스로 책임지고 지방사무를 처리하는 주민자치 개념은 필연적으로 주민의 참여를 요구한다.<sup>6)</sup> 그러므로 이 글은 민주주의제도로서의 지방자치를 이와 같이 분권과 참여라는 관점에서 바라보면서, 이의 실현을 위하여 기존의 헌법이론을 재검토하고 이에 따른 법제도 개혁의 방향을 찾아보려고 한다.

## II. 헌법해석 논쟁 : 독일의 힘!!

### 1. 이른바 ‘제도보장론’

우리 나라의 통설과 판례는 헌법의 지방자치 조항의 성격을 제도보장으로 보고 있다.<sup>7)</sup> 제도보장이란 “객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것”<sup>8)</sup>으로서 슈미트(Carl Schmitt)에 의하여 정립된 이론으로 잘 알려져 있다. 독일 바이마르공화국 헌법에 지방자치제가 기본권 부분에 규정됨으로써<sup>9)</sup> 전통적인 기본권과 성격이 다른 이 조항의 법적 성격을 밝히기 위하여 고안된 이론이었다. 그러나 그 배경에는 당시 사회민주당이 다수를 장악했던 의회에 대한 불신과 주권자인 전국민을 전제로 국가를 하나의 정치단위로 보는 입장에서, 의회가 지방자치단체(Gemeinde)의 자치권을 형해화하지 않도록 하되 그 정치적 자율성은 최소화할 필요성이 있었다.<sup>10)</sup> 그 결과 지방자치제에 대한 헌법적 보장

---

3) 6·25 이후 잠시(1952-1961) 지방자치제가 실시되다가 5·16 이후 1991년 지방의회구성까지 갖가지 명목으로 지방자치제가 표류하였던 사정은 설명을 요하지 않는다.

4) 2000년 가을 수십개 시민단체들이 연합으로 시작한 ‘지방분권과 자치를 위한 전국 시민행동’이 그 보기이다. 최근에는 ‘지방분권운동 전국조직 준비위원회’가 조직되어 2002년 9월 17-18일 강원도 춘천시에서 이 운동의 확산을 위하여 「지방분권과 국가개혁」 주제로 포럼을 개최한다.

5) 집권과 분권에 관한 다양한 개념에 관하여는 이기우, 지방자치이론, 학연사, 1996, 29-41 참조.

6) 단체자치에서도 주민참여를 배제하지는 않지만, 이는 법인격을 가진 지방자치단체의 존재를 전제로 한다는 점에서 주민의 직접참여보다는 법인의 기관(지방의회, 지방자치단체장 등)에 의한 행정개념을 선호할 것이다.

7) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 231; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 1130; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2002, 925; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 714; 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000, 31-32; 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999, 12-14; 현재 1995.3.23. 94헌마175 외 다수. 허영은 제도보장설의 문제점을 지적하면서도 지방자치의 본질적 내용보장부분에서는 전통적인 독일의 제도보장 이론의 내용을 그대로 소개하고 있다(한국헌법론, 박영사, 2002, 768-773).

8) 현재 1997.4.24. 95헌바48.

9) 제127조 “지방자치단체와 지방자치단체조합은 법률의 한계 내에서 자치행정권을 가진다.”

10) 이에 관한 자세한 내용은 오동석, “지방자치의 제도적 보장론 비판,” 공법연구 제29집 제1호, 2000.11, 220-224 참조.

은 입법자에 대한 존립보호일 뿐 그 이외의 점에 대해서는 다른 모든 법률상의 규제와 마찬가지로 규제를 받게 된다.<sup>11)</sup> 이렇게 제한된 환경속에서 형성된 슈미트의 제도보장이론이 우리 나라에 들어와 통설로 자리잡게 되고 헌법재판소까지 이를 받아들임으로써 우리 나라의 지방자치제는 이제 제도보장이론의 틀 속에서 해석되고 적용될 수밖에 없게 되었다. 독일의 힘!

제도보장론에 따르면, “기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐”이고,<sup>12)</sup> “지방자치단체의 존재 자체를 부인하거나 각종 권한을 말살하는 것과 같이 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 통제는 가능하다.”<sup>13)</sup> 그래서 지방자치단체를 폐지·분합할 때에도 관계 지방의회의 의견을 듣고(지방자치법 제4조 제2항) 주민투표에 붙일 수 있도록(제13조의 2 제1항) 규정되어 있지만, “그에 관한 의견의 진술기회를 부여하는 것으로 족하고 그 진술된 의견은 국회에 입법자료를 제공하여 주는 기능은 하되 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것은 아니다.”<sup>14)</sup> 국가(중앙정부)는 지방자치단체의 조직과 권한, 기능을 광범위하게 통제할 수 있고 지방자치단체는 국가가 정해준 틀내에서만 기능할 수 있을 뿐 스스로 자신의 운명을 결정하는 데에도 한계가 있다는 것이다.

## 2. 제도보장론을 넘어서

제도보장론에 대한 비판과 그 대안은 여러 측면에서 제기되고 있지만 우리 나라에서 제기된 몇가지를 살펴보기로 한다.

먼저 제도우선론에 대한 경계론이 있다. 뒤리히(Günter Dürig)는 “제도적 보장론은 법률만능주의로부터 인권을 유지·수호하기 위하여 안출된 헌법이론임에도 불구하고 오늘날에는 인권과 제도의 주종관계가 역전하여, 인권을 위하여 제도가 존재하는 것이 아니라 제도를 위하여 인권이 존재하는 것과 같은 주장을 하는 이론(제도적 기본권이론)까지 제기되고 있는 실정이다. 이러한 이론에 따를 때, 인권은 공동화하고 인권 대신에 제도적 의무만이 강조되어, 오히려 제도적 보장이 헌법의 기본권 보장체계를 붕괴시키는 도구로 이용될 위험성조차 없지 아니하다”<sup>15)</sup>고 경고하고 있다. 제도보장론 자체의 문제를 지적한 것이므로 지방자치제에 관하여도 이 경고를 적용할 수 있을 것이다.

둘째, 지방자치제의 본질과 기능에 대한 현대적 이해를 강조하는 입장이 있다. 지방자치를 기본권실현의 관점, 기능적 권력통제의 관점, 보충의 원리의 관점에서 매우 중요한 의미를 갖는 헌법상 제도이며 통치기구 조직원리이므로, 이를 국가영역과 완전히 단절 내지 대립된 사회영역의 문제로만 파악하는 자세를 지양하고, 이 제도가 갖는 기본권실현기능과 민주주의적 기능, 권력통제적 기능을 바르게 인식하여 ‘보충의 원리’와 ‘체계정당성의 원리’에 부합하는 지방자치제를 마련해야 한다는 것이다.<sup>16)</sup>

11) 같은 글, 223.

12) 헌재 1997.4.24. 95헌바48.

13) 헌재 2001.11.29. 2000헌바78.

14) 헌재 1994.12.29. 94헌마201.

15) 권영성, 185, 주2에서 인용.

16) 허영, 769-771.

셋째, 지방자치를 특정한 행정유형으로 보는 입장이 있다. 이 입장은 국가와 지방자치단체간의 적대 내지 대립관계를 기초로 한 전통적 지방자치관은 오늘날의 민주적인 국가체제에는 부합되지 않는다고 보고, 지방자치에 대한 헌법상 보장은 한편으로는 국가의 조직원리 내지 구성원리를 보장하는 것으로서 지방자치단체를 국가의 하급 행정단위로 하는 분권적인 의사결정의 중심체로 지위를 부여함으로써 국가행정을 아래에서 위로 구성하려는 것이며 다른 한편으로 지방자치단체의 국가로부터의 최소한의 독립성을 부여하고 정치적인 재량을 인정함으로써 지역적인 특성을 살리고 국가전체의 다원적인 문제해결을 확보하려는 데 의미가 있다고 한다. 이에 의하면 지방자치단체의 업무는 본질적으로 전체로서의 국가영역에 속하는 사무이며 지방적 차원에서 이루어지는 모든 국가사무는 지방자치단체가 분권화된 국가의 행정단위로서 자치사무로 처리하는 것이고, 다만 보충성의 원칙에 따라 중첩적인 관할은 일차적으로 하급행정단위의 자기책임적 업무수행을 원칙으로 하되 부차적인 관여나 영향력의 행사를 비례의 원칙의 범위내에서 수긍할 수 있다고 한다. 상급행정단위의 17)

넷째, 기능적 지방자치론의 입장이 있다. 이는 오늘날 국가와 지방자치단체의 업무는 상호중복과 기능적 혼합으로 인하여 그 구별이 불가능하다고 보고 상호협동적으로 수행되는 공동업무가 된다고 한다. 따라서 업무의 수행은 그 업무를 가장 잘 수행할 수 있는 행정능력과 급부능력이 있는 단계에서 수행하면 되고, 이러한 지방자치행정은 광범한 상급공동체의 의사결정절차에 지방자치단체의 기능적인 참여를 통해서만 실현될 수 있다고 한다. 18)

다섯째, 헌법의 지방자치 규정(제117조 제1항)을 지방자치의 기능에 의하여 요청되는 지방자치단체의 권한을 규정한 조항으로 해석하는 입장이 있다. 헌법 제7장의 제목이 선거관리위원회가 아니라 ‘선거관리’라고 하여 국가기관의 측면을 강조하지 아니하고 국가운영적 기능의 측면을 강조하고 있듯이, 지방자치 규정도 마찬가지로 헌법이 지방자치단체의 존립을 보장함은 물론 “주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정”함으로써 국가운영의 기본원리인 민주주의적 기능을 하도록 명령하고 있다고 보는 것이다. 이 경우 헌법의적 근거를 끌어다가 헌법을 해석하는 제도보장론의 입장을 극복할 수 있고, 제도보장론에서 설명하는 헌법적 보장내용들을 모두 설명할 수 있을 뿐 아니라 그에 더하여 주민의사존중이라는 민주성을 더욱 강조할 수 있으며 지방자치단체의 사무영역에 관하여 더 명확한 구분과 보장을 할 수 있다고 한다. 19)

여섯째, 지방자치권을 자연권에서만 찾는 것이 아니고 실정헌법해석상의 자연권이라고 보는 신고유권설의 입장이 있다. 헌법이 지방자치제도를 보장함에 있어서 지방주민의 자치권을 최대한 보장해야 할 필요가 있고, 특히 주민의 참정권은 기본권이기 때문에 이를 최대한 보장하여야 하므로 신고유권설이 타당하다고 한다. 20)

일곱째, 영미 및 혁명기 프랑스형의 자치고유권설에 입각한 입장과, 여덟째, 사회주의적

17) 이기우, 147-148.

18) 이기우, 138-139; 서원우, “지방자치론의 새로운 시각: 기능적 자치론과 관련하여,” 월간고시, 1989.2, 64-78 참조.

19) 오동석, 224-229.

20) 김철수, 1130. 김교수는 지방자치제도는 헌법상의 제도보장으로 보면서, 지방자치단체의 자치권의 성격은 신고유권설의 입장을 지지하고 있어서 개념상 혼란이 있는듯하다. 신고유권설은 일본에서 주장된 이론이다(手島孝, 憲法學の開拓線, 三省堂, 1985 등). 이에 관한 소개는 최우영, 현대행정과 지방자치법, 세종출판사, 2002, 25-33; 오오즈 히로시(大津 浩), “일본의 지방자치와 자치체 헌법학,” 세계헌법연구 제5호, 2000.10, 281-282; 김명용, “일본의 지방분권화와 지방세법의 개정,” 공법학연구(한국비교공법학회) 제3권 제1호, 2001.4, 247-248 참조.

인민주권형 지방자치제의 입장<sup>21)</sup>이 있을 수 있다. 우리 나라에서 이 두 입장을 주장하는 이는 아직 보이지 않는다. 사회주의적 인민주권형 지방자치론은 우리 헌법의 해석론이 아니라 헌법개정을 통한 대안적 제도로 생각할 수 있는 이론이다.<sup>22)</sup> 영미형 자치고유권설에 기초한 지방자치론에 대하여는 “국가차원의 민주주의에 실망한 허무주의의 발로가 아니라면..... ‘재봉건화’의 비판으로부터 자유롭지 못하다”는 회의론<sup>23)</sup>이 있지만, 오늘날에도 의미가 없지는 않다고 생각한다. 오늘날 국가와 지방자치단체는 서로 대립·단절관계에 있는 것이 아니라고 하지만(둘째·셋째·넷째 입장), 여전히 국가와 사회와는 서로 대립 내지 구별되는 영역이 엄존하고 있고 지방자치단체는 국가와는 독립적으로 국가적 관할영역이 아닌 영역을 그 자치사무영역으로 삼을 수 있다는 점에서 자치고유권설 내지 주민자치론은 이론적 가치가 있다고 본다.<sup>24)</sup>

이외에도 제도보장의 내용을 확장하여 제도적 권리주체보장, 객관적 법제도보장, 주관적 법지위보장의 3면을 갖는다는 이론,<sup>25)</sup> 지방자치단체의 자치행정권을 기본권 유사의 권리로 보는 이론,<sup>26)</sup> 국가와 지방자치단체간의 혼합적인 교착의 결과 지방자치단체가 상실하게 되는 독립적 권한은 그에 상응하는 지방자치단체의 관여권을 보장함으로써 보상되어야 한다는 보상모델론<sup>27)</sup> 등이 단편적으로 소개되어 있다. 이상의 제도보장론에 대한 비판과 대안 이론들은 대부분 독일에서 전래된 이론들이다.<sup>28)</sup> 또 독일의 힘!!

어찌되었든 이 주장들은 문제점이 없는 것은 아니지만 나름대로 의미가 있고 적어도 최소한 보장(본질적 내용 보장)이라는 논리에 따라 지방자치를 사실상 형해화할 수 있는 기존의 제도보장론보다는<sup>29)</sup> 바람직하다고 생각된다.

### 3. 분권과 참여로

위에서 살펴본 이론들은 국가와 지방자치단체간의 관계를 통합적으로 보든 대립관계로 보든 대부분 권력과 권한이 분산·배분되어 행사된다는 점과, 지방자치단체의 우선적 업무

21) 杉原泰雄, 憲法から 地方自治を 考える, 自治體研究社, 1993, 29, 오동석, 230-231에서 재인용. 최우영 박사는 杉原교수의 학설을 넓은 의미에서 신고유권설로 분류하고 있다(28-29 참조).

22) 북한의 지방자치제를 포함하여 통일까지를 염두에 둔다면 적극적으로 검토하여 볼 만한 내용이라 생각된다. 이 글에서는 현재 우리 헌법만을 대상으로 논의를 전개하므로 이에 관하여 더 자세히 살펴보는 않는다. 이와 관련하여 필자는 과거에 소련의 소비에트제도를 연구하면서 이 모델을 우리 나라 지방자치제의 한 모델로 도입할 수 있는가 여부를 검토한 바 있다. 사회주의형 인민주권론이 아니라 프랑스식 인민주권론과 참여민주주의론을 이념적 기초로 하면 우리 헌법하에서도 하급 지방자치단체 수준에서 소련의 소비에트식이 아닌 의회정부제식 지방자치 모델을 도입할 수 있을 것이라는 결론을 얻었다(도회근, 소비에트제도에 관한 헌법학적 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 1992, 264-271 참조).

23) 오동석, 229. 오동석은 이를 극복하기 위하여는 지방자치단체 내부의 민주주의적 구조 그리고 국가 차원의 민주주의와의 결합이 필요하다고 한다. 그의 지적처럼 바로 그 민주주의적 제기 때문에 자치고유권설을 그냥 폐기할 수 없다는 것이 필자의 생각이다.

24) 헌법상 지방자치단체의 고유사무인 주민복지와 재산관리 사무 중 상당부분은 이미 전통적 의미에서의 공공적 성격을 넘어서 있다. 최근 동사무소를 다양한 복지문화 서비스를 제공하는 주민자치센터로 전환하고 있는 것, 지방선거에 외국인의 투표권을 인정하려는 움직임, 지방자치단체가 공기업을 아닌 순수한 수익사업활동에 참여하는 것 등에서 국가영역으로부터 독립된 지방사무의 독자적 영역을 찾아볼 수 있지 않을까?

25) Klaus Stern의 입장이다(홍정선, 34에서 재인용).

26) 독일 바이에른헌법재판소의 입장이다(홍정선, 34에서 재인용).

27) 이기우, 137-138 참조.

28) 오동석의 이론만이 독창적인 헌법해석이라고 볼 수 있다.

29) 이 이론 아래서 자행되었던 1961-1991년간의 지방자치제를 생각해 보라.

관할권을 인정한다는 점에서 공통적이다. 제도보장론에 비하여 법률에 의한 지방자치제도의 내용형성권이 크게 제약된다는 것이다.

제도보장론을 지양하고자 하는 우리의 입장에서 보면 지방분권은 지방자치의 당연하고도 핵심적인 요소가 된다. 이때의 지방분권은 다양한 관점에서 설명될 수 있다. 헌법의 원리로서 보충성의 원리에 따는 분권(둘째·셋째 입장), 기능적 분권(넷째), 헌법의 직접 규정에 의한 분권(다섯째), 자치단체의 고유권으로서의 분권(여섯째·일곱째) 등이 그것들이다. 이 입장에서 보면 법률로써 국가와 자치단체의 권한배분이 균형을 잃거나 국가주도적이 되면 헌법위반문제가 발생할 수 있게 된다.

우리는 분권적 지방자치는 또한 주민의 적극적 참여를 통하여 더욱 성숙한 단계로 발전할 수 있다고 믿는다. 지방‘자치’가 ‘주민’에 의한 자치라는 의미를 포함할 수밖에 없고 이는 필연적으로 주민의 참여를 요구하기 때문이다. 민주성, 책임성, 형평성, 교육기능 등 주민참여의 필요성 내지 유익에 대하여는 일일이 열거할 필요가 없을 것이다. 다만 주민참여가 헌법상 요구되는 것인가, 즉 주민이 지방자치행정에 참여할 헌법상의 권리를 가지는가 여부는 아직 불분명하다. 우리 헌법은 “지방의회의.....의원선거.....에 관한 사항은 법률로 정한다”(제118조 제2항)고 하여 주민의 지방의회의원선거에의 참여권만을 규정하고 있을 뿐이기 때문이다.<sup>30)</sup> 주민참여제도에 관한 적극적인 헌법이론형성과 입법이 필요하다고 생각된다.

### III. 법제개혁 논쟁 : 정부의 힘!!!

#### 1. 지방분권을 위한 법제개혁

##### 1) 행정권한이양 문제

지방자치에 관한 법제의 중심은 헌법과 「지방자치법」이다. 지방자치법은 기본적으로 국가사무와 지방자치단체의 자치사무를 구분하고 있다(제9조, 제11조).<sup>31)</sup> 국가사무는 다시 강

30) 독일 기본법도 지방의회선거에 관하여 우리 헌법보다 좀더 자세하게 규정하고 있을 뿐(제28조 제1항) 다른 참여권에 관한 규정은 없다. 그러나 미국에서는 주민발안, 주민소환, 주민투표 등 폭넓은 주민참여제도를 주헌법에서 규정하고 있을 뿐 아니라 관행적으로 주민회의(town meeting)같은 주민참여제도가 인정되고 있다. 우리가 영미식 주민자치제를 주목하는 이유는 여기에도 있다. 미국의 시민참여에 관하여는 윤명선, “대의제와 시민참여: 미국의 시민참여제도를 중심으로,” 공법연구 제24집 3호, 1996.6, 19-48 참조.

31) 지방자치법 제11조는 국가사무를 다음과 같이 열거하고 있다.  
1. 외교, 국방, 사법, 국세등 국가의 존립에 필요한 사무  
2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무  
3. 농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입등 전국적 규모의 사무  
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무  
5. 근로기준, 측량단위등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무  
6. 우편, 철도등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무  
7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무  
과거 중앙집권적 시대에 제정된 법률이기는 하지만 지나치게 국가사무가 지나치게 포괄적이라고 생각된다.

학상의 용어로 단체위임사무와 기관위임사무로 나뉜다(제93조, 제156조). 자치사무도 광역 자치단체와 기초자치단체간의 구별이 있음은 물론이다(제10조). 여기서 우리가 주목하는 것은 국가사무와 자치사무간의 구별이다. 국가사무가 지나치게 포괄적이고 막연하며 양자의 구별에 뚜렷한 기준이 있는 것도 아니다. 생각하기에 따라서는 오히려 자치사무와 병행하는 것이 더 바람직한 사항도 있어 보인다.<sup>32)</sup> 그러나 원칙적으로 지방자치단체는 국가사무를 처리할 수 없도록 명시되어 있다(제11조). 광역자치단체와 기초자치단체사무간의 구별도 기준이 명확하지 않기는 마찬가지이다.

이러한 지방자치법의 문제를 보완하여 지방분권을 촉진하려고 제정된 법이 「중앙행정기관의 지방이양촉진등에 관한 법률」(1999.1.29 제정)이다. 이 법률은 “중앙행정기관의 권한 중 주민의 복리증진과 지역의 발전에 이바지할 수 있는 권한을 지방자치단체에 최대한 이양함과 아울러 지방자치단체간에 사무를 합리적으로 배분하여 지방자치단체의 자율성을 제고하고 국민생활의 편익을 도모함을 목적으로 한다”(제1조). 그러나 이 법률은 국가사무 중 어떤 종류의 사무를 지방에 이양할 것인가를 정하였다기보다는 사무를 이양할 때 지켜야 할 원칙과 절차들을 주로 규정하고 있을 뿐이어서 지방자치법의 문제점을 보완하거나 해소하지 못하였다. 오히려 “국가와 지방자치단체간의 사무를 배분함에 있어서는 지방자치법 제11조에 규정된 국가사무를 제외하고는 가능한 한 지방자치단체에 배분하여야 한다”(제4조 제1항)고 하여 지방자치법의 기준을 넘어서지 못하고 있고, “지방자치단체에서 처리하는 사무 중 지방자치단체의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 그 업무의 성격상 중앙행정기관에서 처리함이 합리적인 사무는 중앙행정기관으로 이양”하도록 함으로써(제2항) 분권화에 역행하는 듯한 규정도 있는 실정이다.<sup>33)</sup> 정부의 힘!

우리는 여기서 두 가지 문제를 지적할 수 있을 것이다. 첫째, 국가사무와 자치사무의 구별은 가능한가, 둘째, 가능하다면 그 기준은 무엇인가 하는 문제이다. 구별 가능성 문제에 관하여 자치고유권설의 입장은 양자의 구별을 인정하며, 나머지 독일계 대부분의 입장은 구별을 부인한다.<sup>34)</sup> 국가와 지방자치단체간에는 서로 중첩되는 부분이 많은 점이 사실이지만 아직까지 어느 정도 서로 독자적인 영역이 있어 서로 관여해서는 안되는 부분이 있다고 보는 우리의 입장은 양자의 구별가능성을 인정하고자 한다. 그럴 경우 고유한 국가사무에는 국가존립과 기능유지에 필요한 외교, 국방, 사법사무와 금융통화관련사무 정도만이 해당될 것이고,<sup>35)</sup> 고유한 자치사무에는 헌법이 규정한 주민복리와 재산관리사무 외에 국가가 간여할 수 없는 고유한 사적 활동영역에 지방자치단체가 한 주체로 참여하여 행하는 사무들이 해당될 수 있다. 나머지 사무들은 국가와 지방자치단체의 중첩적 관할로 보아야 하므로 이때의 사무분배는 일정한 원칙에 따라 편의상 구분하는 것일 뿐 상황변화에 따라 변화될 수 있는 것으로 본다.

32) 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무(제11조 제2호), 우편, 철도 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무(제6호), 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무(제7호)라고 하여 지방자치단체에서 처리하지 못할 이유가 있는가? 철도사무 같은 경우 세계적으로 사기업 또는 지방자치단체가 처리하는 경우가 많음을 보라. 통일적 처리를 요하는 사무는 지방자치단체가 통일적으로 처리하면 되는 것이고, 기술·재정능력의 부족은 지원받으면 되는 것이다.

33) 이 법률에 대한 비판으로 정만희, “헌법에 비취 본 지방자치법제의 발전방향,” 한국지방자치법학회 제3회 학술발표대회 발표문, 2002.4.12, 66 참조.

34) 이기우, 194-196 참조. 제도보장론은 대체로 양자의 구별을 인정하는 것으로 보이는데, 홍정선은 제도보장론을 따르면서(308) 자치사무는 모두 국가사무일 수밖에 없으므로 지방자치단체의 사무를 고유사무와 위임사무(국가사무)로 구분하는 것은 헌법의 관점에서 유지될 수 없다고 한다(309).

35) 외교와 사법사무에 대한 반론은 이기우, 197-198 참조.



구별부인설은 오늘날 국가사무와 자치사무는 본질적으로 동일한 것으로 보고 사무분배는 다른 원칙에 따르는 것으로 해석한다.<sup>36)</sup> 두 입장의 차이는 국가와 지방자치단체간에 각각 고유한 영역이 있느냐 여부일 뿐 대부분의 사무영역이 중첩적이라는 점에서는 일치한다. 따라서 어느 입장에 따르든 중첩적인 사무영역에서 사무분배의 원칙으로는 일반적으로 논의되는 전권한성의 원칙, 보충성의 원칙, 비례의 원칙이 비교적 합리적이라고 생각된다.<sup>37)</sup>

상당수 학자들은 현행 지방자치법 등에 의한 권한(사무)분배 방식과 내용은 크게 미흡하다고 보고 있다. 이에 대하여 학자들과 시민단체들은 일본과 같이 지방분권특별법을 제정하여<sup>38)</sup> 실질적인 권한이양이 이루어지도록 할 것을 주장하고 있다.<sup>39)</sup> 타당한 주장이라고 생각된다.

## 2) 조례제정권 문제

지방자치단체는 ‘법령의 범위 안에서’ 자치에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제15조). 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다(법 제15조 단서). 이 때 ‘법령의 범위 안에서’의 뜻은 ‘법령에 저촉되지 않는 한’의 뜻으로 해석하는 것이 통설과 판례의 입장이므로 이 조항의 해석에 관하여 일부 시민단체들의 우려는<sup>40)</sup> 기우이다. 오히려 문제는 조례제정 대상의 범위와, 권리제한, 의무부과, 벌칙규정의 경우 법률의 위임이 있어야 한다는 점인데 이에 대하여는 학계에서도 논란이 있다.

우리 나라에서는 지방자치단체의 사무를 자치사무와 위임사무로 나누고 위임사무를 다시 기관위임사무와 단체위임사무로 나눈다. 이 중 자치사무와 단체위임사무는 조례제정의 대상이지만 기관위임사무는 조례제정대상이 아니라고 하는 것이 대법원의 입장이다.<sup>41)</sup> 다만 기관위임사무라 할지라도 개별법령에서 조례로 정하도록 위임한 경우에는 조례를 정할 수 있다고 한다.<sup>42)</sup> 지방의회가 법령이 인정하고 있는 지방자치단체장의 고유권한을 침해한 것이라는 이유에서이다.<sup>43)</sup> 대법원의 힘!

이에 대하여 지방의회의 조례제정을 그 사무에 책임을 공유하기 위한 주민대표기관의 입법권 행사의 일환으로 보면 부정적으로 볼 필요는 없을 것이라는 반론이 제기되고 있

36) 이기우, 194-199 참조.

37) 이기우, 199-211 참조.

38) 일본은 1995년에 「지방분권추진법」, 1999년에 「지방분권추진을위한관계법률정비에관한법률」을 제정하여 지방분권을 적극적으로 추진하고 있다. 이에 관하여는 오오쯔 히로시 274-277; 백종인, “일본의 지방분권추진법과 지방분권화,” 법학연구(전북대학교) 제21집, 1999.12, 1-36 참조.

39) 정만희, 66; 김남철, “지역균형발전의 법적 문제,” 한국비교공법학회 제30회 공법학술발표회 「지방의회와 지방자치」 발표문, 2002.6.8, 40; 울산경실련, 21세기 울산지방자치의 비전, 2002, 50 등 참조.

40) 예컨대 일부 시민단체가 이 조항을 “법령을 위반하지 않는 범위 안에서”로 개정하자는 제안을 하고 있다(울산경실련, 44-45). 이는 이미 법률해석상 해결이 된 문제이다.

41) 대법원 1992.7.28. 선고 92추31; 1993.2.9. 선고 92추93; 1994.4.26. 선고 93추175; 1996.5.10. 선고 95추87; 1999.4.13. 선고 98추40; 1999.9.17. 선고 99추30; 2001.2.23. 선고 2000추67 등.

42) 대법원 1999.9.17. 선고 99추30 참조.

43) 법률신문(1998.1.15일자, 1면)에 의하면 1991년 4월 이후 불과 6년만에 지방의회가 제정한 조례가 대법원에서 무효판결을 받은 것은 53건이나 된다고 한다. 이 중 상당수가 ‘법위를 넘었’거나 지방자치단체의 장의 전속권한을 침해하였다는 것이 판결이유였다고 한다. 지방의회 초기의 경험과 지식부족에도 원인이 있었겠지만, 지방의회의 조례제정권을 너무 좁게 해석하는 대법원의 태도에도 문제가 있다고 생각된다.

다.44) 타당한 지적이라고 생각된다.

한편, 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙규정의 경우 법률의 위임이 있어야 한다는 규정에 관하여 헌법재판소는 “지방의회는 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표 기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다”라고 판단하고 있다.45) 그러나 이 점에 관하여도 논란이 있다.46) 조례는 대통령이나 부령처럼 법률의 개별적, 구체적 위임에 기초한 것이 아니라 직접 헌법의 일반적, 포괄적 수권에 기초한 것이란 점에서 위임입법과는 성질을 달리 하므로 법률의 위임이 없는 경우에도 조례로 주민의 권리를 제한하는 것이 가능하다고 볼 수 있다는 것이다. 따라서 지방자치법의 규정은 우리 지방자치법의 독특한 규정으로서 헌법이 보장한 자치입법권의 본질을 훼손하는 위헌성 논란이 있다고 한다.47) 지방자치단체는 국가와 구별되는 고유한 권한을 가진다고 볼 때 조례는 헌법상의 근거로 족한 것이고 반드시 법률의 구체적 위임이 필요하지는 않다고 하여야 할 것이다. 다만 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 일반적 포괄적인 법률의 근거는 있어야 한다고 보아야 할 것이다.48) 또한 국회가 법률을 제정하면서 주민의 권리제한에 관한 사항을 하위법령에 위임할 때 시행령이나 시행규칙에 위임하지 말고 가능한 한 조례에 위임하는 것이 지방자치의 발전을 위해 바람직하다 할 것이다.49)

살펴본 바와 같이 현행 헌법과 법률의 해석론에 의하면 조례제정권의 범위는 상당히 제한적이다. 자치권을 존중, 확대하는 방향으로 적극적인 헌법 및 법률해석과 법제정이 필요하다라고 생각된다.

## 2. 주민참여를 위한 법제개혁

지방자치에서 주민참여의 의의와 필요성에 관한 논의는 더 이상 필요치 않다. 문제는 주민참여의 근거가 무엇인가 하는 점과 어떻게 주민참여를 확대할 것인가 하는 점일 것이다. 우리 헌법은 지방의회의원선거에서만 주민참여권을 명시하고 있음(제118조 제2항) 이미 살펴본 바 있다. 그렇다면 지방의회의원 선거권 이외에 주민발안이나 주민투표권 같은 주민참여권에 대한 헌법적 보장은 없는 것인가? 제도보장론 등 기존의 대다수 이론들에 의

44) 김해룡, “지방의회의 권한,” 한국비교공법학회 제30회 공법학술발표회 「지방의회와 지방자치」 발표문, 2002.6.8, 22.

45) 헌재 1995.4.20. 92헌마264·279(병합). 헌재 이 헌법재판소의 입장이 다수설이다(배영길, “조례의 법적 지위,” 공법학연구 제2권, 2000.2, 124-125; 이기우, 265-266 등 참조).

46) 자세한 것은 홍정선, 209-215; 배영길, 123-127; 이기우, 264-272 등 참조.

47) 배영길, 124, 특히 주41 참조.

48) 이 점에서 우리 나라와 일본과는 약간의 차이가 있다고 생각된다. 일본에서 조례제정의 경우, 일본헌법의 “법률의 범위 내”(제94조)라 함은 조례제정권의 근거가 법률에 있다는 것을 정한 것이 아니고, 헌법이 정하는 국가법과 자주법과의 효력의 우열관계를 정한 규정에 지나지 아니한 것으로 보는 것이 통설이라고 한다. 따라서 조례로서 법규를 규정하기 위하여 법률에 의한 수권을 필요로 한다는 헌법상의 근거는 없다고 한다(俵靜夫, 地方自治法, 有斐閣, 1994, 305, 배영길, 125-126에서 재인용).

지방의 자치권을 지지하는 우리의 입장에서 보면, 우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권보장의 취지에는 충실하지만 지방자치권의 보장에는 미흡한 것이 사실이다. 주민의 기본권보장과 주민의 공익보호라는 두 상반될 수 있는 가치를 통합할 수 있는 입법적 지혜가 필요하다고 생각된다.

49) 법률신문, 1998.1.15, 1 참조.

하면 주민참여권을 헌법적 권리로 보기는 어려울 것이다. 그러나 주민자치와 자치고유권설의 입장에서는 이를 긍정할 수 있다. 지방자치를 지방주민의 고유한 권리실현제도로 보게 되면 구체적인 주민투표권이나 주민소환권까지는 아니지만 지방행정에 대한 주민의 일반적 참여권은 적어도 헌법상 권리로 인정할 수 있을 것이라고 생각된다.<sup>50)</sup> 이때에도 주민투표권이나 주민소환권은 구체적 입법을 통하여 보장될 수 있을 것이다.<sup>51)</sup>

주민참여제도로는 간접참여제도라 할 수 있는 지방자치단체장과 지방의회의원 선거제, 직접참여제도라 할 수 있는 주민발안, 주민투표, 주민소환, 주민통제 등 여러 가지 방법이 있으나,<sup>52)</sup> 현재 우리 나라에는 선거제 외에 비교적 최근 도입된 ‘조례제정 및 개폐청구제도’와 ‘주민감사청구제도’(지방자치법 제13조의 3, 제13조의 4. 1998.8.31 신설, 2000.3.1 시행)가 있을 뿐이다.<sup>53)</sup> 주민투표와 주민소환제의 도입을 위한 논의들은 오래 전부터 활발히 전개되고 있지만 아직은 제도화되지 않은 실정이다.<sup>54)</sup>

주민투표제의 경우 그 입법미비에 관하여는 위헌시비까지 제기된 바 있다. 지방자치법은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항 등에 대하여 주민투표에 붙일 수 있다고 하면서 자세한 사항은 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다(제13조의 2. 1994.3.16 신설). 그러나 이 규정 신설 후 5-6년이나 지났는데도 법률이 제정되고 있지 않은데 대하여 입법부작위위헌확인 헌법소원이 제기되었던 것이다. 이에 대하여 주민투표권을 헌법상 열거되지 아니한 기본권으로 보는 견해가 없지 않으나,<sup>55)</sup> 헌법재판소는 주민투표권을 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다고 하여 이 청구를 각하하였다.<sup>56)</sup> 국회 스스로가 법률로 정하도록 하고는 8년이 지난 지금까지 입법을 하지 않고 있는 것이 위헌까지는 아닐지 모르겠으나 위법적 직무태만임은 분명하다.<sup>57)</sup> 국회의 힘!!

주민투표법이 제정되지 않은 상태에서 한 주민투표의 효력에 관하여 헌법재판소가 이를 임의적 청문으로 본 사례에 관하여는 이미 살펴 본 바와 같다. 헌법재판소의 힘!!

주민소환제의 경우도 시민단체와 학자들이 꾸준히 주장해 오고 있는 문제이다.<sup>58)</sup> 이에

- 50) 박인수도 지방자치의 본질을 주민자치로 이해하는 경우에는 주민의 직접참여제도가 지방자치의 핵심적 내용을 구성하게 된다고 한다(75).
- 51) 다만 주민참여를 금지 또는 축소하는 입법은 헌법위반이 될 것이고, 어떤 형태로는 주민참여제도를 구체화하는 입법을 하지 않는 경우에는 입법부작위 위헌이 될 가능성이 있다고 보아야 할 것이다.
- 52) 다양한 주민참여형태에 관하여는 이기우, 75-114; 박인수, 76-83 참조.
- 53) 이에 관한 자세한 내용 및 개선방안은 김명연, “지방자치법의 개정내용과 법적 제문제,” 법제연구(한국법제연구원) 제17호, 1999.12, 133-150; 울산경실련, 255-267 등 참조.
- 54) 행정자치부 관계자에 의하면 주민투표제와 주민소환제에 관하여는 행정자치부에서도 이미 법률초안을 완성하여 놓고 있다고 한다. 그러나 국회와 지방자치단체의 사정을 보면서 아직 국회에 제출하지 않고 있다고 한다(제1회 지방자치개혁박람회 NGO 토론회(2000.10.24.)에 토론자로 참석한 행정자치부 박재영 자치행정과장의 토론내용).
- 55) 신봉기, “주민투표제의 실효성 확보를 위한 논의,” 제1회 지방자치개혁박람회 NGO 토론회자료집, 2000.10, 15-17 참조.
- 56) 헌재 2001.6.28, 2000헌마735.
- 57) 주민투표제에 관한 연구는 대단히 많다. 최근의 연구들로 박인수, “지방자치제 정착을 위한 주민참여법제 강화방안,” 한국지방자치법학회 제3회 학술발표대회 발표문, 2002.4, 73-94; 신봉기, “한국과 독일의 지방자치법상 주민투표제에 관한 연구,” 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000.6, 377-404; 김희곤, “지방자치법상 주민투표제도의 의의 및 과제,” 공법연구 제27집 제1호, 1998.12, 449-484; 이기우, “주민투표제도의 입법방향,” 공법연구 제27집 제1호, 1998.12, 485-504 등 참조. 이 연구들은 모두 주민투표제의 적극적 도입을 제안하고 있다.
- 58) 2001년에는 시민단체들이 연대로 주민소환제를 도입하는 지방자치법 개정청원을 하기도 하였다(개정안에 관한 내용은 울산경실련, 136 참조).

관하여는 대통령이나 국회의원의 형평성 문제, 남용가능성 문제 등 때문에 반론이 있을 수 있고 실제로도 일부 지방자치단체의 장이나 지방의회 의원들이 반대하고 있다.<sup>59)</sup> 대통령이나 국회의원에 대한 소환은 헌법사항이기 때문에 법률로 도입할 수 없지만 지방자치단체의 장과 지방의회 의원에 대하여는 자치권 차원에서 이를 도입하는 데는 아무 문제가 없다고 본다. 이는 주민통제 강화, 주민에 대한 책임성 실현 등의 의의를 가지고 있을 뿐 아니라 다른 참여제도들이 제대로 기능할 수 있도록 뒷받침하는 기능을 가지고 있는<sup>60)</sup> 제도라는 점에서도 적극적으로 추진할 필요가 있다고 생각된다.

#### IV. 누가 방울을 달 것인가 : 지방시민의 힘 또는 분노?!!

오늘날 우리 사회가 지니고 있는 많은 문제점 중 하나는 과도한 중앙집중 문제이다. 이는 헌법의 지역균형발전 원리에도 위배되는 중요한 문제이다. 서울대학교 신입생 지역할당제 논란도 그로부터 나온 문제이다. 그러나 이러한 발상은 한편으로는 지방에 대한 배려이지만 그것 때문에 지방대학이 오히려 위축될 수도 있다는 주장도 있다. 이래저래 지방은 손해보게 되어 있다는 것이다. 사실 우리 사회의 모든 가치, 권력과 경제력과 정보와 인재는 모두 서울에 몰려 있다. 그것 때문에 강남의 아파트값은 하늘 높은 줄 모르고 치솟는다.

지방자치단체의 장, 지방의회 의원의 자질에 문제가 많다고 한다. 사실이다. 지방토호세력들의 발호 위험성도 지적된다. 그것도 사실이다. 그렇다고 하여 중앙집권의 명분이 되는 것은 더욱 아니다. 그럴수록 이를 극복할 수 있는 방안을 생각해야지 이를 빌미로 지방자치를 축소하려고 하는 것은 대단히 위험적인 발상이다. 우리가 그 대안으로 제시하고자 하는 것이 바로 주민투표, 주민소환 같은 주민참여제이다.

해결책은 분산과 분권에 있다. 경제와 사회문화적 가치는 강제할 수 없고 강제하여도 안 되는 것이므로 어쩔 수 없지만, 정치 행정적 권력과 권한, 그리고 인재는 분배할 수 있다. 인재의 분배는 문화혁명시대 중국에서 시행한 하방제 같은 방법이 아니고 사람에게 가치를 부여하는 자격부여권한을 지방에 이양하는 방법이 있을 수 있다. 변호사, 회계사 같은 각종 자격시험권을 지방에 위임 또는 할당하는 것은 충분히 생각할 수 있는 방법이라고 생각한다.<sup>61)</sup> 한국식 affirmative action으로 도입해 볼 수 있지 않겠는가? 분명히 중앙의 정책결정자들은 반대할 것이다. 자질부족이라고. 사법시험합격자수를 증원할 때도 그렇게 말하였다. 그래서 우리 나라 법조계가 저질화되었는가?

지방분권과 주민참여는 그러나 쉽지 않다. 위에서 살펴보았듯이 헌법해석을 둘러싼 학문의 장벽, 사법부의 보수성, 국회와 중앙정부의 소극성, 그리고 모든 가치와 자원이 집중됨으로써 나오는 서울'특별시'중심적 사고방식이 이를 쉽게 허락하지 않는 것이다. 그러면 누가 고양이 목에 방울을 달 것인가? 힘은 부족하겠지만 당사자들, 광야에서 외치는 지방시민들의 목소리일 것이다. 지방시민의 힘 또는 분노?!!

59) 제1회 지방자치개혁박람회의 NGO 토론회 「지방화시대, 주민참여와 풀뿌리민주주의를 위한 토론회」(2000.10.24)에 참여하였던 박재영 행정자치부 자치제도과장과 김행기 충남 금산군수가 이런 문제점을 제기한 바 있다.

60) 이기우, "지방행정에 대한 주민통제수단으로서 주민소환," 제1회 지방자치개혁박람회 NGO 토론회자료집, 2000.10, 42.

61) 지방사무관 시험이 한 모델이 될 수 있을 것이다.

이 글에서는 지방분권과 참여를 중심으로 한 법제개혁 문제를 헌법적 관점에서 살펴 보았다. 따라서 이와 관련된 중요한 문제들, 이를테면 재정, 지방정치, 교육문화, 지방경찰제, 지방자치단체의 중앙정책결정과정참여 같은 중요한 주제들과 지방자치권의 국제적 보장 경향<sup>62)</sup>에 관하여 언급하지 못하였다. 추후 연구가 필요한 부분임을 밝혀둔다.<sup>63)</sup>

### 참고문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002  
 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002  
 성낙인, 헌법학, 법문사, 2002  
 허영, 한국헌법론, 박영사, 2002  
 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002  
 김홍대, 지방자치입법론, 박영사, 1999  
 이기우, 지방자치이론, 학연사, 1996  
 최우영, 현대행정과 지방자치법, 세종출판사, 2002  
 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000  
 울산경실련, 21세기 울산지방자치의 비전, 2002  
 김남철, “지역균형발전의 법적 문제,” 한국비교공법학회 제30회 공법학술발표회 「지방의회와 지방자치」 발표문, 2002.6.8  
 김명연, “지방자치법의 개정내용과 법적 제문제,” 법제연구(한국법제연구원) 제17호, 1999.12  
 김해룡, “지방의회의 권한,” 한국비교공법학회 제30회 공법학술발표회 「지방의회와 지방자치」 발표문, 2002.6.8  
 김희곤, “지방자치법상 주민투표제도의 의의 및 과제,” 공법연구 제27집 제1호, 1998.12  
 도희근, 소비에트제도에 관한 헌법학적 연구, 서울대학교 박사학위청구논문, 1992  
 박인수, “지방자치제 정착을 위한 주민참여법제 강화방안,” 한국지방자치법학회 제3회 학술발표대회 발표문, 2002.4.12  
 배영길, “조례의 법적 지위,” 공법학연구 제2권, 2000.2  
 백종인, “일본의 지방분권추진법과 지방분권화,” 법학연구(전북대학교) 제21집, 1999.12  
 서원우, “지방자치론의 새로운 시각: 기능적 자치론과 관련하여,” 월간고시, 1989.2  
 신봉기, “주민투표제의 실효성 확보를 위한 논의,” 제1회 지방자치개혁박람회 NGO 토론회 자료집, 2000.10  
 신봉기, “한국과 독일의 지방자치법상 주민투표제에 관한 연구,” 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000.6  
 오동석, “지방자치의 제도적 보장론 비판,” 공법연구 제29집 제1호, 2000.11

62) 오오쯔 히로시, 283-287 참조.

63) 우리는 이와 관련하여 꿈같은 상상을 해본다. 통일 이후에 시행하여야 할 지방자치의 모습은. 통일국가의 형태가 연방제가 될지 단일국가로 될지도 모르지만, 헌법과 법률은 지방자치단체의 권한만을 규정하고, 지방자치단체의 권력구조, 입법·집행·사법기구의 구성과 조직까지 모두를 지방자치단체의 자치권의 범위 안에 두는 그런 지방자치제도를 상상할 수 있지 않을까? 아니 통일 이전에 남쪽에서만이라도 그런 자유로운 지방자치제를 시행하는 것이 불가능하지는 않을 것이다.

- 윤명선, “대의제와 시민참여: 미국의 시민참여제도를 중심으로,” 공법연구 제24집 3호, 1996.6
- 이기우, “주민투표제도의 입법방향,” 공법연구 제27집 제1호, 1998.12
- 이기우, “지방행정에 대한 주민통제수단으로서 주민소환,” 제1회 지방자치개혁박람회 NGO 토론자료집, 2000.10
- 정만희, “헌법에 비취 본 지방자치법제의 발전방향,” 한국지방자치법학회 제3회 학술발표대회 발표문, 2002.4.12
- 오오쯔 히로시(大津 浩), “일본의 지방자치와 자치체 헌법학,” 세계헌법연구 제5호, 2000.10

<토 론>

김춘생

울산광역시의회 내무위원장

오늘 발표한 내용은 지방화 시대에 알맞은 지방분권과 주민참여에 시의적절하고 지방자치체를 보다 앞당길 수 있는 좋은 내용이라고 생각이 됩니다.

발표자께서는 대학에 몸을 담고 계시기 때문에 대학과 관련한 내용의 시작으로 지방자치제도, 지방분권, 주민참여, 중앙정부의 권한 등의 문제점과 해소방안에 중점을 두고 발표하였습니다.

그래서 저는 지방의회 의원의 입장에서 지방분권에 대한 현실적 견해를 몇 가지 말씀을 드리도록 하겠습니다.

먼저 우리 나라는 1991년 지방자치가 부활되기 전 30년간 중앙집권적 권력형태를 유지하면서 고도경제성장 정책을 펼쳐왔고, 지방자치단체는 국가행정을 담당하는 일선 지방행정조직에 불과하였으며, 지방자치는 시대적 요청에 따른 필연이기는 하였지만 당시 중앙정부에서는 사전 준비 없이 정치적 국면 돌파의 수단으로 지방선거를 실시하고 지방행정 및 기초자치단체간의 역할 분담, 지방의 적정한 행정구역 개편 등에 대한 세심한 계획이 되지 못한 상황에서 시작이 되었다고 볼 수 있습니다.

21세기를 맞이하여 행정개혁차원에서 본격적인 지방분권을 통해 국가 경쟁력 강화를 위한 개혁을 추진하기 위하여 1998년 12월에 “중앙행정 권한의 지방이양 촉진 등에 관한 법률”을 제정, 1999년 “지방이양추진위원회”를 대통령 소속으로 구성하여 중앙차원에서 본격적인 지방분권이 추진될 수 있는 여건을 마련하였습니다.

그러나 지방의회가 부활된 지 11년이 지났고, 단체장 민선제가 시행된 지 7년이 되는 현실점에서 볼 때 중앙권한의 지방이양이 실질적으로 되지 않고 과거 중앙정부에서 지방자치단체로 위임되어 있던 사무를 법령을 개정하여 위임사항을 이양으로 바꾸고 있는 수준에 불과하므로 지방분권에 대한 주민들의 요구는 점차 거세지고 있다고 볼 수 있습니다.

한편 지난해 3월에는 청주에서 “지방자치현장 선포식”이 있었고, 7월에는 한국지방자치학회의 “지방분권을 위한 부산선언”이 있었는데 이러한 지방의 도전은 현 정부의 지지부진한 분권화에 대한 경고인 동시에 수도권과 비수도권간의 격차에 대한 지방주민들의 분노의 표출이라고 할 수 있습니다.

두 번째로 지방분권을 실천하는데 문제점을 지적한다면

- 지방행정의 계층구조개편과 조직축소에 있어 다단계 행정계층 구조를 축소하는 과정에서 읍·면·동사무소가 주민자치센터로 바뀌면서 본래의 취지와는 달리 문화·복지센터로 변질되어 가고 있어 주민참여가 저조하고, 예산낭비의 요인이 되고 있는 것은 중앙정부에서 지방의 지역여건을 고려하지 않고 획일적으로 전환을 시키고 있기 때문이라고 생각합니다.

아울러 현 정부의 개혁이념을 뒷받침하는 “작은 정부” 구현을 위하여 중앙정부는 물론 지방정부의 조직과 인력을 대대적으로 감축하였으나, 한편으로는 하부기관으로 업무를 이관하면서 조직과 인력을 줄이는 것은 모순이라고 보며,

- 지방자치제 실시 이후 지역간 또는 정부와 주민간 혐오시설·공해발생시설 등의 입지를 둘러싼 지역이기주의 현상이 발생하고 있고, 민선 단체장의 독선을 막기 위해서는 제도적 장치가 필요하므로 주민투표제와 주민소환제를 통하여 문제를 해결할 수 있도록 법령 제정이 절실히 필요하다고 생각합니다.
- 다음은 지방재정 확충과 지방세제 개편이 필요하다고 봅니다.

지방교부세가 내국세의 13.27%에서 15%로 상향조정되어 지방재정을 돕는데는 어느 정도 기여를 하였지만, 최근 지방자치단체에서는 지방정부의 재정 확충을 위해 주세와 부가가치세 일부를 지방세로 전환하는 것을 주장하고 있으나 추진이 잘 되지 않고 있는 실정 이므로 국세와 지방세 체계의 근본적인 수술이 필요하다고 생각합니다.

마지막으로 수도권 집중현상에 대하여 말씀드리면

수도권은 전국토의 11.8%의 면적에, 45.9%의 인구와, 55.6%의 제조업체가 있고 대학교, 의료기관, 금융, 공공기관 등도 압도적으로 집중되어 있으며, 행정 및 정보산업화를 선도할 소프트웨어개발, I·T관련업계 그리고 창업투자 회사가 집중되어 있어, 현재 국가 전체의 균형발전에 장애를 초래한다고 볼 수 있으므로,

지방의 균형적인 발전을 위해 공공기관, 기업체의 지방이전과 지방의 대규모 개발사업으로 수도권 인구집중을 분산시키고, 정책결정권이 중앙에만 집중되어 있기 때문에 지방자치단체로 과감히 이양되어야 될 것으로 생각합니다.



<토 론>

오동석  
동국대 법대 교수

안녕하십니까? 방금 소개 받은 오동석입니다.

저는 도회근 교수님께서 발표하신 내용에 대해서는 대부분 공감하고 있습니다. 사실 도회근 교수님께서도 결론에서 지적하셨듯이, 지방자치법제의 내용과 법제화를 추동하는 힘은 지방시민들로부터 나오는 것이고 그렇기 때문에 주민참여를 강조할 수밖에 없습니다. 이때 헌법학을 공부하는 사람으로서 할 일이란 헌법 해석을 통하여 지방자치를 옹호하고 그로부터 지방자치법제의 틀을 제공하는 일 정도가 아닐까 생각합니다.

제 학위논문의 제목이 ‘주민참여적 지방자치의 헌법적 정당성’인데, 고작 한 일은 헌법을 무기로 주민참여적 지방자치를 옹호하는 논리를 전개한 정도입니다. 구체적인 것은 지역에 뿌리를 내리고 살면서 고민하고 공부하겠다는 생각이었습니다. 오늘의 심포지움도 도교수님께서 표현하신 고양이 목에 방울을 달기 위한 준비작업의 하나라고 생각해서 토론보다는 배우기 위해 참석하였습니다.

저는 크게 두 가지를 말씀드리고자 합니다.

하나는 지방분권도 중요하지만, 그 내용이 어떠한 것이어야 하느냐의 문제일 것입니다. 당연한 얘기겠지만, 그것은 국민주권을 바탕으로 한 분권화이어야 할 것입니다.

도회근 교수님께서도 지적하셨듯이 지방분권은 지방자치단체에 대해 권한을 대폭 이양할 것을 요구합니다만, 그 내용은 주민자치이어야 합니다. 각주2)에 인용된 헌법재판소의 결정문은 지방자치는 국민자치를 지방적 범위내에서 실현하는 것이며, 지방자치가 자연히 민주주의의 발전을 초래한다고 말합니다. 그렇지만 지방자치는 지방의 범위를 넘어서 대의제 민주주의로 왜곡된 중앙정치의 문제를 보완할 수 있는 장치로서 확대되어야 합니다. 그러기 위해서는 자연히 민주주의가 발전하기를 기다리는 것이 아니라 그에 상응하는 제도가 필요합니다. 그것은 국가 차원은 물론이지만 지방 차원에서는 더더욱 주민참여제도를 활성화해야 합니다.

9월 16일부터 10월 5일까지 국정감사 기간인데, 지방자치단체에 대한 국감문제가 다시 논란이 되고 있습니다. ‘국정감사 및 조사에 관한 법률’ 제7조에 지자체의 고유업무에 대해서는 지방의회가 감사업무를 시행할 때까지로 되어 있음에도 지자체가 국고지원을 받고 있는 점을 들어 고유업무에 대한 감사까지 행하려 하는데 문제가 있습니다. 국고지원의 문제는 재정독립을 확보할 수 있는 방안을 모색하는 식으로 해결해야 할 것이고, 지방의회의 감사는 주민참여를 통해 보완하는 것으로 해결의 가닥을 잡아야 할 것이 아닌가 합니다.

더 나아가 지방시민의 의사가 국가 차원으로 전달될 수 있는 구조를 모색하는 것입니다. 즉 지방자치단체연합체가 국정에 참여할 수 있는 제도를 갖추는 것이 필요합니다.

그리고 분권화가 지방자치단체를 적자생존의 경쟁논리만이 작동하는 시작으로 내몰아서는 안된다고 생각합니다. 95년에 당시 내무부가 검토한 지방자치단체 파산선고제도는 그 단적인 예입니다. 그것은 결국 재정확보를 위해 예컨대 환경파괴와 같이 수단과 방법을 가

리지 않는 기업화 경향을 낳을 것이기 때문입니다. 결국 일정한 계획성을 확보할 수 있는 장치와 지방자치단체간의 이해관계를 조정하는 민주적인 장치가 필요합니다. 즉 중앙정부에 의한 일방적 교통정리가 아니라 지방정부간이 협의체제의 구축을 요구합니다. 예를 들어 지방자치 실시 이후 각 시·군에서 앞다투어 종합운동장을 건설하였는데 별로 활용되지 못하고 있다는 언론보도가 있었습니다. 이런 경우 주변 지방자치단체간에 의해 계획성 있게 시설을 배치할 수 있도록 하는 협의체가 필요할 것입니다.

기초지방자치단체의 합병과 광역행정을 강력히 추진하여 행정·재정능력을 강화해야 한다는 기본방침을 제시한 바 있습니다. 이러한 사고는 중앙정부에 맞설 강력한 지방정부를 건설하려는 의도인지는 모르지만, 그것이 민주주의에 부합할 수 있는지 지방에서 또 다른 '서울과 지방'을 만들어내는 것은 아닌가 하는 생각이 듭니다. 제가 살고 있는 경주와 같은 곳은 대도시 주변지역으로서 주변의 주변으로 밀려나 변방화할 수 있기 때문에 겁이 나서 드리는 말씀입니다. 규모가 작은 지방자치단체도 하나의 지방자치단체로서 인정하고 규모나 재정의 힘이 아닌 민주적 구조에 의해 지방분권을 실현하는 것이 중요할 것입니다.

다른 하나는 도회근 교수님께서 언급하신 자치고유권설에 관한 문제입니다. 제가 문헌을 통해 정리한 바로는 자치권위임설과 자치고유권설은 도교수님의 표현대로 역시 독일의 힘입니다. 영국에서도 지방정부의 권한은 국가의 법률에서 유래하는 것이고 형식적 법논리로 지방정부를 폐지하는 것도 가능하다는 지적입니다. 그렇지만 어느 누구도 지방정부의 폐지가 현실적으로 가능하다거나 허용된다고 생각하지는 않는다는 것입니다. 이것은 바이마르시대 독일이 법실증주의자들의 주장이기도 합니다. 자치고유권설은 시민혁명에 실패한 19세기 독일에서 군주제적 관료제에 대항하기 위해 전개된 이론입니다. 물론 오늘날에도 일본에서는 이른바 신고유권설이 있기는 하지만, 저는 이것이 지방자치단체의 권한을 확대하는데 반드시 필요한 논리라고 생각하지 않습니다. 개인의 기본권과 달리 지방자치단체의 자치권이 헌법 혹은 국가의 성립 이전부터 존재한다는 논리는 민주국가에서는 헌법에서 생각하기 어렵습니다. 물론 지방자치단체에게 헌법상 인정되는 고유한 권한이 있다는 정도로 이해할 수는 있겠지만, 그것을 영국의 주민자치론 혹은 프랑스에서의 지방권력론과 연결짓는 것은 제가 판단하기에는 독일적 각색입니다. 각색자는 영국에 대한 것은 그나이스트, 프랑스에 대한 것은 엘리네크와 하체크입니다.

이상과 같이 저의 짧은 소견을 말씀드렸고, 주제발표를 하신 도회근 교수님께 한 가지 보충설명을 부탁 드린다면, 발표문에서 말씀하셨듯이 국가사무와 자치사무를 구별하느냐 그렇지 않느냐의 차이는 각각 고유한 영역이 있느냐의 여부일 뿐 대부분의 사무영역이 중첩적인데, 굳이 이론적으로 구별을 인정할 실익이 있는가 하는 것입니다. 결국 사무의 구별은 법률에 따를 수밖에 없는 사정인데, 그 법률에서 매우 제한된 고유영역을 침해하는 규정을 두기는 현실적으로 어려울 뿐 아니라 어떤 의미에서는 국가고유사무의 확정이 지방자치단체의 권한을 제약하는 구실을 할 수도 있지 않겠는가 하는 점에서 질문을 드립니다. 예컨대 사법사무를 국가고유사무로 드셨는데, 이에 대해서도 지방자치의 영역으로 일부 편입할 수 있는 여지가 있지 않을까 하는 생각입니다.

아울러 지방자치를 확보하기 위한 노력을 공유하기 위해서 오늘과 같은 뜻깊은 심포지움이 지자체간 연구 및 경험 교류의 장으로 확대되어 지방분권의 문제에 공동으로 대처할 수 있었으면 하는 바랍니다. 이상으로 도회근 교수님의 주제발표에 대한 저의 토론을 마치겠습니다.