

住民直接參與의 活性化를 위한 法制整備方向

1999. 12

研究者：金明淵(首席研究員)

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	7
제 2 장 주민직접참여제도의 의의와 허용성	13
제 1 절 주민직접참여제도의 의의	13
I. 서 설	13
II. 주민직접참여제도의 개념	13
1. 주민참여의 다의성	14
2. 지방자치영역에서 주민참여의 독자성	16
3. 주민직접참여제도의 범주	16
III. 주민직접참여제도의 필요성과 기능	22
1. 서 설	22
2. 주민직접참여제도의 필요성	22
3. 주민직접참여의 제도적 기능과 그에 대한 평가	26
IV. 주민직접참여제도의 내용	30
1. 주민직접참여제도의 유형	30
2. 진정주민직접참여제도	31
3. 부진정주민직접참여제도	34
4. 사법적 방법에 의한 주민직접참여	38
5. 유형별 주민직접참여제도의 구조적 관계	39
제 2 절 주민직접참여제도의 헌법적 근거와 한계	40
I. 서 설	40
II. 주민직접참여제도의 헌법적 근거	41
1. 민주주의 원리	41
2. 헌법상 기본권	42
3. 양자의 구조적 관계	42

III. 주민직접참여제도의 헌법상 한계	44
1. 학설의 개관	44
2. 주민직접참여제도의 한계에 관한 대법원의 입장	45
3. 소 결	46
제 3 장 현행 지방자치법상 주민직접참여제도의 문제점과 개선방향 ...	49
제 1 절 서 설	49
제 2 절 주민투표제도	50
I. 지방자치법의 규정내용	50
II. 독일의 주민투표제도	51
1. 개 설	51
2. 주민투표제도의 법적 구조	52
3. 제도의 특징과 평가	58
III. 주민투표의 제도화와 관련한 주요 쟁점과 입법방향	59
1. 주민투표의 발의자	59
2. 주민투표의 대상	61
3. 투표권자	63
4. 주민투표의 효력	63
5. 주민투표의 실시지역	64
IV. 주민투표제도의 입법형식	65
제 3 절 직접청구제도	65
I. 주민직접청구제도의 법적 구조	65
1. 조례제정·개폐청구제도	66
2. 주민감사청구제도	67
II. 일본의 주민직접청구제도	68
1. 조례제정·개폐청구제도	69
2. 사무감사청구제도	70
III. 조례제정·개폐청구제도의 개선방향	72
1. 청구인·필요서명수	72
2. 청구대상	75

3. 조례안 작성자	77
4. 실효성확보	78
5. 실체적 절차적 규정의 정비	80
IV. 주민감사청구제도의 개선방향	80
1. 감사청구인·필요서명수	80
2. 주민감사청구의 상대방	84
3. 실효성확보	86
제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향	89
제 1 절 주민소송제도	89
I. 주민소송의 의의	89
1. 서 설	89
2. 미국의 납세자소송	90
3. 일본의 주민소송	92
4. 결 어	94
II. 주민소송제도의 도입 필요성과 입법의 기본방향	96
1. 주민소송제도의 도입 필요성	96
2. 입법화의 기본방침	97
3. 주민소송의 실효성보장을 위한 요건의 충실화	99
III. 주민소송제도의 도입과 관련한 주요 쟁점과 입법방향	100
1. 당사자	100
2. 소송대상	106
3. 소송절차	110
4. 주민소송의 소송유형	117
5. 소송비용	119
6. 행정소송법의 준용	122
IV. 주민소송제도의 입법형식	123
1. 지방자치법에 규정하는 방안	123
2. 『지방자치단체주민소송법』을 제정하는 방안	123
3. 결 어	123

제 2 절 주민소환제도	124
I. 주민소환제도의 의의	124
II. 주민소환제도에 관한 외국의 입법례	124
1. 일본의 주민소환제도	124
2. 독일의 주민소환제도	125
III. 주민소환제도의 도입과 관련한 주요 쟁점과 입법방향	126
1. 주민소환의 대상	126
2. 주민소환절차	126
3. 주민소환의 효과	127
제 3 절 부진정주민직접참여제도	127
I. 주민발안제도	127
II. 주민집회	128
III. 질문시간제	129
IV. 전문가참여제도	129
제 5 장 결 론	131
참고문헌	133

제1장 서론

(1) 지방자치는 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현하는 제도적 장치로서 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치를 실현하는 것이다. 즉, 지방자치의 제도적 목적은 풀뿌리 민주주의를 이념적 배경으로 하여 각 지역의 실정을 잘 파악하고 있는 주민이 직접 또는 그 대표자로 하여금 지역의 공동관심사¹⁾를 지역의 실정에 맞게 자주적으로 결정하고 실현하도록 함으로써 국민주권주의와 민주주의리념을 구현하는 데 있다.²⁾ 지방자치를 통한 지역단위의 민주주의실현은 국민자치를 지방적 차원에서 실현하는 것으로 지방자치법 제1조에서 “지방자치행정의 민주성 …… 을 도모하며 …… 대한 민국의 민주적 발전을 기함을 목적으로 한다”고 규정하고 있는 것과 같이 국가 차원으로 승화되어 국가 전체의 민주화를 가져 온다는 점에서 국가 단위의 민주주의의 실현을 위한 전제요건이 된다.³⁾ 이러한 점에서 “지방자치는 민주주의의 최량의 학교이며 그 성공을 위한 최량의 보증인”⁴⁾이라 하듯이 지방자치의 충실성은 한 국가의 민주화정도를 측정하는 중요한 지표가 된다.

(2) 지방자치제도가 이상과 같은 의의를 가진다고 할 때 한국에서 지방자치의 전면적 실시와 함께 지방자치시대를 맞고 있는 점은 한국의 민주주의에 대한 희망을 갖게 한다. 한국의 지방자치가 6.10 민주화투쟁이라는 국민의 민주화에 대한 노력의 결실이었다는 점에서 더욱 그러하다. 주민들은 주민단체를 결성하여 예산·정책 등에 대한 주민통제는 물론이고 지역개발·소비자보호·환경보호·주민복지 등 다양한 분야에서 능동적으로 대안을 제시하는 등 정책형성에 적극 참여하여 지방자치의 주체로서의 역할과 지위를

1) 헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제9조 참조.

2) 헌재 1998. 4. 30, 96 헌바 62; 헌재 1995. 10. 26, 94 헌마 242. 나아가 헌법 재판소는 지방자치의 제도적 의의에 대해서 현대 입헌국가의 통치원리인 권력분립원리를 지방차원에서 실현하고(지방분권) 헌법이 보장하고 있는 선거권·공무담임권 등 국민의 기본권의 신장에도 크게 기여하는 제도라고 하고 있다(헌재 1991. 3. 11, 91 헌마 21).

3) B. C. Smith, *Decentralization*(Geoge Allen & Unwin, 1985), p.20.

4) Bryce, *Modern Democracies*, vol. 1, 1923, p.131; 김남진, 『행정법II』(법문사, 1997), 94면에서 재인용.

강화하고 있다.⁵⁾ 지방자치단체 역시 종래의 권위주의행정에서 벗어나 주민의 요구와 비판에 성실하게 반응하는 수요자 중심의 대민봉사행정·민주행정구현에 노력하고 있으며 다양성과 창의성을 바탕으로 지역의 잠재력을 효과적으로 결집하여 개성있고 자율적인 지역발전의 계기를 마련하고 있다.⁶⁾ 이런 점에서 한국의 지방자치는 일부 부작용도 없지 않으나 전반적으로 성숙과 발전을 거듭하고 있는 것으로 평가된다.

(3) 이러한 상황에서 지방자치와 관련한 당면과제는 그 동안의 지방자치의 성과를 극대화하고 부작용을 조기에 해소하면서 지방자치의 헌법적 보장의 취지가 현실에서 실현될 수 있도록 종합적이고 체계적인 법적 준비를 하는 것이다.⁷⁾ 지방자치의 헌법적 보장이 위에서 본 것과 같이 지역단위의 민주

5) 물론 현 단계에서의 주민참여는 주민의 의사를 직접 행정에 반영하고 지역내의 문제를 주민 스스로 해결할 수 있는 법적으로 제도화된 수단이 없어 비제도적 참여의 형태로 이루어지고 있다. 이러한 점 때문에 종종 집단시위나 불법적인 방법에 의한 참여욕구가 분출되는 사례도 없지 않다. 지방자치의 원동력이라고 할 수 있는 주민단체는 현재 시·군마다 분야별 계층별로 10개 내외가 활동하고 있는 것으로 추산되고 있다(『한겨레신문』, 1999.7.20, 17면).

6) 지방자치단체는 자주적이고 창조적인 정치·경제·사회·문화·복지 등의 정책을 자치입법을 통하여 형성하고 전개한다. 따라서 지방자치단체의 활동상황은 자치법규의 현황과 내용을 통해서도 파악할 수 있다. 자치법규 중 법령의 단순한 집행을 위한 획일적인 자치법규가 다수를 차지하는 문제점이 없지 않으나 행정정보공개조례, 시민감사청구제운영등에관한조례(서울시, 부산시 등), 저소득주민생활생계보호조례(부산시, 광주광역시 동구)와 같이 국가의 입법을 선도하거나 법령을 보완하는 자치입법도 적지 않으며 또한 시민창안운영조례(서울시), 시민현장조례(대전시)·도민현장조례(강원·충북 등), 환경기본조례(대구시, 인천시 등), 소비자보호조례(서울시, 부산시 등)와 같이 독창적인 조례도 상당수 있다. 이런 점에서 지방자치단체들은 현행 지방자치법상 자치입법권이 현저히 제한되어 활동범위가 상당히 제한되어 있음에도 자치입법에 대하여 발전적이고 전향적인 모습을 보이고 있는 것으로 생각된다. 참고로 1997년말 현재 250개의 지방자치단체가 보유하고 있는 자치법규는 52,140건으로서 1996년도의 49,313건에 비해 2,827건이 증가하였다. 그리고 지방자치단체별 자치법규의 평균 보유건수는 시·도가 318건(조례 195건, 규칙 123건), 시·군·구는 201건(조례 129건, 규칙 72건)으로 1996년도(시·도 290건, 시·군·구 190건)에 비해 시·도는 28건, 시·군·구는 11건이 증가되었다. 연간 자치법규의 제정·개폐 총건수는 19,043건으로 1996년도(18,635건) 보다 408건이 증가하였다(박영도, 『자치입법의 이론과 실제』(한국법제연구원, 1998), 174면).

7) 지방자치의 활성화를 위한 법제개혁은 국가의 구조적 변혁을 위한 전략적 실천과제로 상정될 필요가 있다. 한국은 4반세기에 걸쳐 지방자치가 부재한 가운데 극단적인 정치적·행정적 중앙집권주의체제를 유지하여 왔으며 그 결과 권위주의적 중앙집권체제의 폐해가 한계점에 도달되어 더 이상 국가권력이 분권화되지 않고는 국가기능의 효율적 집행이 어려운 상황에 있다. 또한 한국사회가 개정과 자기결정의 존중을 특징

주의실현과 비집중화·비집권화를 통한 국민주권주의와 기본권의 실질적 보장에 있다고 할 때 이는 지방자치영역에서의 민주주의의 실현과 국가로부터 지방자치단체의 상대적 독립을 의미하며 주민의 자기결정·자기통치·자기책임을 의미하는 주민자치와 지방분권화를 의미하는 단체자치를 본질적 내용으로 한다. 이와 같이 지방자치가 단체자치와 주민자치의 결합으로 성립되지만 단체자치와 주민자치를 병렬적이며 동가치적으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 국가로부터 독립된 지방자치단체가 보장되더라도 주민의 자율성이 보장되지 않으면 그것은 자치라고 할 수 없다는 점에서 단체자치는 주민자치를 실효성있게 보장하기 위한 불가결한 수단으로서 의의가 있으며 따라서 지방자치의 핵심적 내용은 주민자치에 있다고 하겠다.⁸⁾

(4) 지방자치는 주민참여를 본질적 요소로 하며 주민참여가 존재하는 경우에만 가능하다.⁹⁾ 특히 지방자치의 헌법원리로서의 주민자치는 대의제적 주민참여 뿐만 아니라 지방자치의 민주성에 걸맞는 직접민주제적 주민참여를 불가결한 내용으로 하며¹⁰⁾ 따라서 헌법원리로서의 주민자치는 지방자치단체의 의사결정과정에 주민이 직접적·능동적으로 참여할 수 있는 직접민주제

-
- 으로 하는 후기산업사회로 진입함에 따라 국민의 가치관은 개발과 성장보다는 안정과 인간적인 가치를 보다 중요시하여 국민은 민주적이고 다원적 가치를 존중하는 새로운 패러다임의 국가체제로의 질적 변화를 요구하고 있다. 국가의 기능과 역할은 사회현실에 적합하여야 하는 바, 행정의 민간에 대한 관여를 축소하고 민간의 창의와 자율성을 존중하는 행정규제의 완화와 함께 『지방화시대』라는 모-토가 적절히 표현하고 있는 것과 같이 지방자치를 활성화하는 것이 최선의 방안이다. 지방자치의 활성화는 ①이익유도정치와 공직사회의 부정부패구조의 혁파, ②민주주의와 국민의 기본권의 충실한 보장, ③국제환경변화에 대한 국가의 대응력제고, ④극단적 수도권집중현상의 해소와 국토의 균형발전, ⑤상호 협력과 제휴를 통한 지역주의의 극복과 국가통합, ⑥활력있고 개성있는 지역사회의 형성에 기여할 것이다. 이에 대해서는 김명연, 『지방분권개혁에 관한 법적 고찰』(한국법제연구원, 1998), 7면이하, 125~129면 참고.
- 8) 김동희, 『행정법Ⅱ』(박영사, 1999), 48면; 高寄昇三, 『市民自治と直接民主制』(公人の友社, 1996), 20면; 室井力, “地方公共團體”, 『基本法學2』(1983), 186면. 이런 점에서 지방자치의 활성화를 위한 법제 개혁은 항상 주민자치의 충실·강화라는 기본 관점에서 추진되어야 한다.
- 9) 이기우, “지방행정에 대한 주민의 참여와 통제”, 『대의제와 주민참여』(1995년도 한국공법학회 정기총회 및 학술대회자료집, 1995.6), 59면; Josef Ziegler, *Bürgerbeteiligung in dre kommunalen Selbstverwaltung*, 1974, S. 65.
- 10) Michael Margolis, *Viable Democracy*(St. Martin's Press, 1979), p.155; 兼子仁, “自治體住民の直接民主主義的權利”, 『法學會雜誌』, 제32권 1호(東京都立大學, 1991.7), 17면.

적 참여수단을 법적으로 보장할 것을 요구한다.¹¹⁾ 만약 지방자치영역에 있어서의 민주주의가 국가 차원의 민주주의와 동일한 방식으로 실현되어야 하고 단지 밀도의 차이 밖에 없다면 특별히 주민자치를 지방자치의 본질적 내용이며 헌법적 원리로 이해할 이유가 없기 때문이다. 따라서 직접민주제적 주민참여제도의 존재는 헌법이 요구하는 지방자치의 건전한 외관이라고 할 수 있다. 지방자치영역에서의 직접적 능동적 주민참여는 대의민주제가 안고 있는 형식적 정당성 내부에 존재하는 관료제적·기능론적 결함을 보완하여 국민주권주의의 실질적 실현과 지방자치영역의 민주성 및 주민의 민주적 소양을 강화하고 행정과 의회의 기능을 보장하는 역할을 한다.¹²⁾

(5) 그러나 한국 지방자치법제의 가장 취약한 부분은 주민이 지방자치행정에 직접 참여하고 통제할 수 있는 제도적 장치가 미약하다는 점이다. 한국의 지방자치는 헌법적 보장에서 불구하고 주민의 권리가 극히 미약한 나라로 소개될 정도이다.¹³⁾

1988년 지방자치법은 주민소청 및 주민소송제도를 활용된 사례가 없다는 이유로 폐지 하였으며 1994년 도입된 주민투표제도는 아직까지 입법이 지연되어 시행되지 못하고 있다. 또한 1999년 지방자치법이 일본의 직접청구제도를 모델로 하여 도입한 조례제정·개폐청구제도 및 주민감사청구제도는 지방자치현장에서 가장 쟁점이 되는 사항을 발의대상에서 제외하고 발의요건을 엄격하게 규정하여 주민의 입장에서 사실상 활용할 수 없는 법전 속의 제도에 머물 가능성이 많은 것으로 생각된다. 나아가 이들 제도는 주민청구의 실효성을 보장할 수 있는 법적 수단을 결하고 있으며 주민감사청구제도는 국가의 지방행정에 대한 개입가능성을 더욱 확대하고 있다. 이런 점을 볼 때 주민의 직접참여제도에 대한 입법자의 태도는 지방자치 현장에서 활동하는 시민사회 및 학계의 요구를 법적으로 수용하는 것이 아니라 오히려 시민사회의 적극적 요구를 저지하기 위한 방어장치를 마련한다는 수구적인 태도가 입법의 기초를 이루고 있는 것은 아닌가 하는 의구심을 갖게 한다. 나아가

11) Heinch Scholler, *Grundzüge des Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 4 Aufl.(C.F.Müller, 1990), S. 44ff.

12) 최봉석, "지방자치행정에 대한 주민의 직접참여제", 『헌대공법학의 재조명(김남진교수정년기념논문집)』(고려대학교 법학연구소, 1997), 305~306면.

13) 木佐茂男, "聯邦制と地方自治をめぐる法制度と實務の比較研究", 『公法研究』, 제56호(1994), 41면.

대법원 역시 대의제를 지나치게 엄격하게 해석하여 주민의 직접참여제도에 대해 소극적인 태도를 보이고 있는 실정이다.¹⁴⁾

결국 한국의 지방자치법제는 루소(Rousseau)의 말대로 주민은 단지 선거 때에만 주권자로서 자유를 가질 뿐 주민의 직접적 참여 내지 통제제도는 절대적 빈곤상태에 있으며 사실상 봉쇄되어 있다고 해도 과언이 아니다. 이는 주민참여를 불가결한 요소로 하는 지방자치의 본질에 반하는 것이다.¹⁵⁾

이 보고서는 지방자치제도는 직접민주제적 주민참여를 본질적 내용으로 한다는 점과 지방자치영역에서의 대의제와 직접민주제의 관계에 대한 간접민주제 원칙-직접민주제 보완이라는 통설적 견해와 판례를 비판적으로 검토하고 대의제·직접민주제의 병존성을 헌법원리에서 도출하고자 한다. 이를 바탕으로 주민직접참여제도의 허용성과 한계를 법이론적으로 규명하고 현행 지방자치법상 주민직접참여제도의 문제점을 분석하여 개선방향을 제시하고 나아가 외국의 입법례를 참고로 하여 다양하고 폭넓은 주민참여제도의 도입 방안을 검토하고자 한다.

14) 대판 1993. 2. 26. 92 추 109.

15) 서원우, “현행지방자치법의 문제점”, 『현대공법과 개인의 권익보호』(양승두교수화갑 기념논문집, 1994), 632면.

제 2 장 주민직접참여제도의 의의와 허용성

제 1 절 주민직접참여제도의 의의

I. 서 설

형성적 행정활동의 비중이 증가함에 따라 행정결정과정에서 이해관계인이나 주민의 의사를 폭 넓게 반영할 필요가 있다는 것에 대해서는 이론이 없다. 이에 따라 한국 행정법학에서도 종래의 행정과정에서의 행정절차적정화론에서 벗어나 현대 행정에 대한 적절하고 유효한 법적 통제를 위한 다양한 참여론이 전개되고 있다. 특히 지방자치의 실시와 함께 주민참여에 대한 다각적인 논의가 전개되고 있다. 그러나 행정실제에 있어 주민참여에 대한 인식이 어느 정도 새로워지고 있음에도 주민참여에 대한 체계적인 제도화나 통일된 이론의 정립을 보지 못하고 있을 뿐만 아니라 주민참여의 용어가 매우 다양한 분야에서 사용하는 사람마다 그 의미가 다를 정도로 다양한 의미로 사용되고 있어 주민참여의 개념과 범주에 대해서 조차 일치된 견해에 도달하지 못하고 있는 실정이다.

행정법에서의 주민참여는 정치학이나 사회학에서와 같이 구체적인 제도를 떠나 추상적 또는 이데올로기의 수준에서 논의되어서는 아니되며 주민참여란 무엇인가 또한 그 의의는 민주주의와 인권 그리고 지방자치의 존중이라는 헌법정신을 실질화함에 있어 어떻게 평가되는가 또한 이와 같은 헌법가치를 실질화함에 있어 적합한 주민참여제도는 어떻게 구상되어야 하는가 등에 대한 심도있는 고찰이 있어야 한다. 즉, 행정법에서는 주민참여를 법원리로 파악하고 이를 전체 법원리 가운데 자리매김을 하여야 하며 이 원리를 구체화하는 제도를 마련해 내어야 한다. 이하에서는 이러한 관점에서 우선 주민참여의 개념과 범주를 한정하고 이와 같은 주민참여의 필요성과 기능 및 구체적 내용에 대해서 살펴본다.

II. 주민직접참여제도의 개념

오늘날 주민참여라는 용어는 다의적으로 사용되고 있으며 그 개념 및 범

주가 아직까지 명확하게 확정되어 있지 않다. 그 이유는 논자들이 검토대상과 문제의식의 상이에 따라 주민참여의 성격과 범위를 달리 정의하고 있기 때문이다.

1. 주민참여의 다의성

(1) 광의의 주민참여

광의의 주민참여는 “정책결정과 집행과정에 직접·간접으로 영향을 미치거나 미치고자 하는 모든 시민의 활동”,¹⁾ “지방자치단체의 정책입안으로부터 실시에 이르기까지의 단계에서 주민이 스스로 지방자치단체의 행정에 관여하는 것”,²⁾ “지방자치단체의 행정운영과정에서 주민의 발언권이 확보되는 조직과 구조”,³⁾ “관료조직들의 정책형성 및 집행과정에 그 정책으로 인해 영향을 받게 될 주민들이 참여하여 그 정책결정에 영향을 미치고 그 집행과정에 자발적으로 참여하는 것”,⁴⁾ “정부 계기관 및 그 구성원인 공직자의 의사결정에 영향을 미치고자 하는 일반시민의 비폭력적 정책행위”⁵⁾, “지방자치단체 또는 그 기관의 정책결정 및 집행과정에서 공식적인 권한을 가지지 아니한 주민이 그 결정 및 집행에 직접 또는 간접적으로 영향력을 행사하기 위하여 행하는 일련의 행동”⁶⁾ 등으로 정의되고 있다.

이와 같이 광의의 주민참여는 “주민의 지방행정과정에 대한 영향력의 행사” 내지 “주민과 지방자치단체와의 공적 접촉”을 의미하는 것으로 그 방식에는 제도적 참여와 비제도적 참여, 주민주도형참여와 행정주도형참여, 직접참여와 간접참여, 능동적 참여와 수동적 참여, 이익당사자 내지 이해관계인의 참여와 공중참여 나아가 군중에 의한 시위, 언론에 의한 여론형성, 지방자치단체 임원(집행부의 간부 또는 지방의회 의원 등)과의 개인적 접촉까지도 포함된다.⁷⁾

1) 윤명선, “대의제와 주민참여: 미국의 시민참여제도를 중심으로”, 『대의제와 주민참여』 (한국공법학회 정기총회 및 학술대회 자료집, 1995. 6), 9면.

2) 천병태, 『지방자치법』(삼영사, 1996), 136면.

3) 천병태, “지방자치와 주민참가: 주민참가의 법제도적 전개”(제20회 한국공법학회 학술발표회 자료집, 1991.8), 16면.

4) 조창현, 『지방자치론』(박영사, 1998), 267면.

5) 김병준, 『한국지방자치론』(법문사, 1994).

6) 최창호, 『지방자치학』(삼영사, 1997), 645면.

7) 광의의 주민참여의 유형과 방법에 대해서는 조창현, 앞의 책, 274~278면; 이승중, 『민주정치와 시민참여』(삼영, 1997), 73~92면 참고.

광의의 주민참여는 법학적 개념이기 보다는 정치학적·행정학적 개념에 해당하는 것이다. 주민참여의 개념을 이와 같이 확대하는 것은 정치적 이데올로기적 차원에서는 의미가 있을 수 있으나 구체적인 제도와 관련하여 공통된 법원리를 도출할 수 없다는 점에서 적어도 법학적으로는 그다지 의미가 없는 것으로 생각된다.⁸⁾ 현실 주민참여에는 참여의 법적 근거, 참여주체의 지위, 대상, 목적, 기능 및 효과 등에 따라 다양한 형태와 내용의 참여가 있기 때문에 법학에서는 각각의 주민참여에 대한 개별적·구체적인 검토를 통하여 하나의 법원리로서 도그마할 때 법적 의미를 가질 수 있다.

(2) 협의의 주민참여

협의의 주민참여라고 할 때는 일반적으로 직접민주주의의 이념에 따라 주민이 지방자치단체의 공적 업무영역에 대해 직접적·능동적으로 참여하는 “주민직접참여제도”만을 의미한다. 이는 “주민이 공중의 일원으로서 공익을 도모하기 위하여 직접적으로 지방자치단체의 정책형성이나 의사결정과정에서 참가하는 것”,⁹⁾ “행정기관의 시책결정에 영향을 받는 주민들 자신이 정책결정자에 접근하여 직접 정책결정과정에서 관여하는 것”,¹⁰⁾ “직접민주주의의 이념에 따라 주민이 직접적으로 지방자치제의 운영에 참여할 수 있는 가능성의 보장”¹¹⁾ 등으로 정의되고 있다.

이와 같이 주민직접참여제도의 관념은 일응 정착되어 있다고 할 수 있으나 그 개념에 대한 일의적 정의가 존재하지 않아 불명료한 부분이 많으며 그 범주에 있어서도 정보제공, 선거에의 참여, 명예직활동, 단순협력, 지방의회 위원회에 구성원으로 참여하는 것 등을 이에 포함시키는 등 참여자의 지위나 참여의 내용 등에 따라 한결같지 않다.¹²⁾

8) 김남진, “지방자치와 주민참여의 확대”, 『현대공법이론의 전개(허영민박사화갑기념논문집, 1993)』, 6면; 김남진, “대의민주제와 주민참여”, 『자치행정』, 1992년 9월호, 10면.

9) 김남진, “지방자치와 주민참여의 확대”, 위의 책, 6~7면; 김남진, 『행정법의 기본문제』(법문사, 1996), 653면; 조태제, “지방자치법상의 직접민주주의제도”, 『헌법학연구』 제3집(1997), 449면.

10) 김형배, 『지방자치론』(계명사, 1992), 167면.

11) 류지태, “주민의 법적 지위”, 『자치연구』, 제4권 1호(1994), 64면; 최봉석, “지방자치행정에 대한 주민의 직접참여제”, 『현대공법의 재조명(김남진교수정년기념논문집)』(고려대학교 법학연구소, 1997), 277면.

12) 홍정선, 『지방자치법론』(법영사, 1994), 86~88면; 조태제, 앞의 논문, 453~458면 참고.

2. 지방자치영역에서 주민참여의 독자성

간접적·수동적 주민참여는 대의제적 질서에서 선거 또는 행정절차에 주민이 단순히 참가하는 방식으로 지방자치와 관련하여 특별히 법적·제도적으로 문제로 될 영역은 아니다. 따라서 지방자치에 있어 주민참여라고 할 때에는 광의의 주민참여를 의미하는 것이 아니라 기존의 대의제하에서의 참여를 넘어선 주민자치의 법원리로서 협의의 직접민주제방식의 주민참여제도를 말한다. 지방자치에 있어 주민참여를 주민직접참여제도로 이해할 때 비로소 지방자치의 목적과 주민의 지위에 근거한 민주주의의 요구, 직접민주제적 주민참여의 가능성, 주민참여가 어느 범위에서 대의민주제와 합치될 수 있는가 하는 등의 대의제와 주민참여의 관련성의 문제가 제기된다.¹³⁾

3. 주민직접참여제도의 범주

위에서 본 것과 같이 주민직접참여제도의 관념은 일응 정착되어 있다고 할 수 있으나 그 개념에 있어 불명확한 부분이 많으며 범주 역시 한결같지 않다.¹⁴⁾ 이는 지방자치에 있어 주민참여의 중요성에도 불구하고 지금까지 상당한 기간동안 지방자치가 중단된 상태에 있었고 지방자치의 실시된 이후에도 지방자치법이 주민참여에 대하여 소극적인 태도를 보인 것에 기인한 것으로 생각된다.

민주주의국가에서 통치기관의 구성원리 중 가장 근간을 형성하는 것이 국가의 의사를 국민이 직접 결정하는 것이냐 아니면 대표자를 통하여 간접 결정하는 것이냐의 문제이며 이는 곧 직접민주제와 대의제의 문제로 귀결된다. 이와 같이 법학에서 민주주의는 국민주권을 실현하는 수단으로서 국민의 의사결정원리로 이해되고 있다.¹⁵⁾ 이 점에 입각하여 지방자치영역에서의 주민직접참여제도는 통치기관의 구성원리의 하나인 대의제를 전제하는 개념으로 그 본질은 주민의 지방자치단체의 정치·행정의 의사결정의 문제로 파악한다.

13) 이하 이 보고서에서 주민참여는 특별한 언급이 없는 한 주민직접참여제도를 의미한다.
14) 한국의 대표적인 행정법교과서나 지방자치법에 관한 해설서는 주민직접참여제도에 관한 항목을 두고 있으나 그 개념에 대해서 정의를 내리고 있지 않는 것이 보통이다.
15) 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 1999), 151면; 허영, 『한국헌법론』(박영사, 1999), 140면.

따라서 이 보고서에서는 주민직접참여제도의 개념을 대의제에 대응하여¹⁶⁾ 공중참여, 주민 일반의사의 결정, 참여방법의 직접성·능동성, 참여효과의 법적 구속력, 참여대상의 사항적 한계를 개념징표로 하여 일응 『주민이 공중의 일원으로 지방자치단체의 사무에 관한 의사결정에 대표자를 통하지 않고 직접적·능동적으로 참여하여 직접 결정하거나 통제하는 법적 제도』로 정의한다. 이 개념을 분설하면 다음과 같다.

(1) 주민자치원리의 실현

지방자치의 헌법원리로서 주민자치는 주민 주체의 자치를 요구한다. 이는 지방자치단체의 정치·행정이 가능한한 주민의 직접 의사에 따라 주민의 책임으로 행하여져야 한다는 것을 의미한다. 이러한 의미의 주민자치는 대의제적 주민참여 뿐만 아니라 지방자치의 민주성에 걸맞는 직접민주제적 주민참여를 불가결한 내용으로 하며¹⁷⁾ 지방자치단체의 의사결정과정에서 주민이 직접적·능동적으로 참여할 수 있는 직접민주제적 참여수단을 법적으로 보장할 것을 요구한다.¹⁸⁾ 이와 같이 주민자치로서의 지방자치는 직접민주제적 주민참여를 법원리로 내포하고 있는 것이다.¹⁹⁾ 따라서 주민직접참여는 주민자치의 원리를 구현하는 헌법상 보장된 주민의 권리라고 할 수 있으며, 구체적으로 어느 범위에서 어느 정도의 주민직접참여를 허용할 것인가는 입법정책의 문제라고 할 것이나 지방자치단체의 정치·행정에 주민의 직접참여를

16) 대의제의 개념요소로 통치자와 피치자의 구별, 정책결정권과 기관구성권의 분리, 선거를 통한 대표자의 선출, 명령적 위임의 배제, 전체국민의 대표자, 국민의 추정적 의사·전체이익의 우선 등을 들고 있다. 대의제의 의의 및 개념요소의 분석에 대해서는 정종섭, “대의제에 관한 비판적 고찰”(연세대학교 박사학위논문, 1989), 125~137면 참고.

17) Michael Margolis, *Viable Democracy*(St. Martin's Press, 1979), p.155.

18) Heinrich Scholler, *Grundzüge des Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 4 Aufl.(C.F.Müller, 1990), S. 44ff.

19) 兼子仁, “自治體住民の直接民主主義的權利”, 『法學會雜誌』, 제32권 1호(東京都立大學, 1991.7), 17면. 또한 헌법재판소도 “지방자치의 제도적 목적은 각 지방자치단체의 실정을 잘 파악하고 있는 주민이 『직접 또는 그 대표자』로 하여금 그러한 사정에 맞는 정책을 지체적으로 결정하고 실현함으로써 민주주의이념을 실현하는데 있다”(헌재 1995. 10. 26, 94 헌마 242)고 판결하여 주민직접참여가 지방자치의 법원리임을 시사하고 있다. 나아가 헌법재판소가 이 판결에서 『직접 또는 그 대표자』라고 표현하여 지방자치에서는 이념적으로 직접민주제가 대의제에 우선함을 시사하고 있는 것에 주목할 필요가 있다.

완전히 배제하는 것은 헌법위반이 된다.²⁰⁾

(2) 공중의 일원으로서의 주민참여

주민직접참여의 주체인 주민은 일반주민이라는 공중의 지위에서 당해 지방자치단체의 정치·행정에 참여하는 것이다. 여기서 주민은 개인인 주민만을 의미하는 것은 아니며 주민집단이나 주민단체를 포함한다. 즉, 현대사회에서 주민직접참여는 주민운동과 연동되어 이루어지는 경우가 많으며 효율적인 주민참여를 위하여 주민집단이나 주민단체가 현실의 참여주체가 되는 경우가 많다.

한편 주민의 참여자격과 관련하여 현행법은 주민참여권의 주체를 주권자로서 “국민인 주민”, 즉 공민에 한정하고 외국인인 주민에게는 인정하고 있지 않으나(공직선거 및 선거부정방지법 제15조 제2항, 제16조 제3항, 개정 지방자치법 제13조의3, 제13조의4) 외국인인 주민에게도 주민참여권을 인정하는 것이 타당하다고 본다.²¹⁾

20) 千葉勇夫, “住民の直接參加”, 『行政法大系』 8권(有斐閣, 1988), 336면; 山下健次, “地方自治權の本質・存在理由の檢討”, 『公法研究』 제43집(日本公法學會, 1981), 182면; 杉原泰雄, “地方自治權の本質(3)”, 『法律時報』, 제48권 4호(1976.4), 136면.

21) 한국에서 외국인인 주민에 대한 지방참정권·주민참여권의 인정에 대한 긍정적인 논거는 다음과 같다. 지방자치단체는 국가기관이 아니며 국적을 요건으로 하지 않는 당해 지방자치단체의 구역 안에 주소를 두고 있는 거주자인 주민의 공동체이고(지방자치법 12조) 헌법도 “국민인 주민”에게 한하여 지방참정권을 인정하는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 이런 점에서 헌법상 외국인인 주민에게 지방참정권·주민참여권을 허용하는 것이 국민주권의 원칙에 반하는 위헌은 아니며 이의 허용여부는 입법정책의 문제라고 생각된다. 따라서 외국인에 대한 법제가 차별원칙→균등대우원칙→실질적 균등대우원칙으로 발전하고 있는 점, 인권의 국제화 및 국제적 인권보장의 의의에 대한 적극적 헌법해석의 경향, 화교 등 국민인 주민과 동일하게 조세납부의무를 부담하면서 생활 및 운명공동체를 이루고 있음에도 공무담임권·참정권 등에 있어 무권리상태에 있는 정주외국인을 공동결정의 동료로 인정할 필요가 있는 점, 점진적으로 증가일로에 있는 외국인에 대한 동화정책 및 상호주의원칙에 입각한 재일동포의 법적 지위의 강화라는 점에서 볼 때 지방참정권 및 주민참여권을 출입국관리법에 의한 체류자격을 취득한 날로부터 일정기간(3년 내지 5년)을 경과한 외국인인 주민에게 개방하는 것이 타당한 입법정책이라고 생각된다. 참고로 스웨덴, 노르웨이, 덴마크, 네덜란드 등은 외국인인 주민의 지방참정권을 인정하는 것에 대해서 일본·미국·캐나다·독일은 이를 인정하고 있지 않다. 독일의 경우 연방헌법재판소는 1989년 함부르크시와 쉐레스비히-홀슈타인주의 외국인인 주민의 지방참정권을 인정한 선거법에 대해서 1990년 10월 31일 외국인인 주민에게 지방참정권을 허용하는 주법은 기본법 제28조 제1항 2문에 위반된다고 하여 위헌판결을 하였다(BVerfGE 83, 37). 외국

위와 같이 주민직접참여는 일반주민의 공중참여이기 때문에 주민이 지방 의회의원, 자문위원회 등 각종 위원회의 위원 기타 공적 기관의 구성원으로 직무상 참여하는 것은 주민참여에 해당하지 않는다. 『주민』참여인 이상 주민, 즉 사무처리의 객체인 주민의 자격에서 참여하는 것과 사무처리의 주체인 기관의 자격에서 참여하는 것은 당연히 구별되어야 하기 때문이다.²²⁾

(3) 참여목적의 공공성

주민직접참여는 민주주의 및 주민자치의 원리를 실현하는 것으로 주민이 면 동등한 참여의 기회가 부여되어 누구라도 참여할 수 있는 민중참여(Popularbeteiligung)이다. 이는 주민직접참여가 개인의 이해관계를 초월하여 전체 지역사회의 제문제에 대한 정책의 형성·결정에 참여하여 주민의 일반의사를 결정하는 공공성을 가진다는 것을 의미한다. 따라서 자신의 개인적인 권리이익의 방어를 위한 당사자참가(Betroffenbeteiligung)나 이해관계자참가(Interessentenbeteiligung)는 주민직접참여에 포함되지 않는다. 다만 공익과 사익의 구별이 곤란하여 주민 개인의 이익이 공익과 합치하거나 또는 공익에 포함되어 있는 경우도 있을 수 있다. 이러한 때에는 사익의 주장이 주민참여에서 당연히 배척되는 것은 아니다. 그러나 개인적 이익이 공익, 즉 지역 공동생활상의 공동이익과 일치함을 입증하여야 할 것이다.²³⁾

인인 주민의 지방참정권·주민참여권에 대해서는 심경수, "독일과 유럽에 있어서 외국인인의 지방참정권", 『공법연구』 제24집 제2호(1996.6), 365~381면; 최홍엽, "외국인근로자의 노동법상 지위에 관한 연구"(서울대학교 박사학위논문, 1997), 17~43면; 土居靖美, "外國人の地方參政權について", 『現代國家の制度と人權』(法律文化社, 1997), 105~128면; 岡崎勝彦, "外國人の地方參政權: 地方自治體における外國人の政治參加", 『公法研究』 제56호(日本公法學會, 1994), 105~127면; 宮地基, "外國人の選舉權をめぐる憲法上の論点について", 『新戶法學年報』 제7호(1991), 239~279면; U. Karpen, Kommunalwahlrecht für Ausländer, *NJW* 1989, S. 1012ff; R. Jahn/N.K. Riedel, Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG- Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht, *NVwZ* 1989, S. 716ff. 참고.

22) 김남진, 앞의 책, 653면; 柳瀨良幹, "住民參加の意義", 『自治研究』 제50권 제2호(1984), 52면.

23) 공익과 사익의 중첩성 및 권리이익방어적 참여와 공중참여의 구별곤란성에 대해서는 vgl. W. Schmitt Glaeser, "Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung", in: P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Aßmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, S. 55ff.

(4) 참여방법의 직접성·능동성

주민직접참여제도는 직접민주제적 방식에 따라 참여가 법적으로 의무화·강제화되어 있거나 주민이 능동적으로 주도권(initiative)을 가지고 대표자를 통함이 없이 지방자치단체의 의사를 결정·통제하는 참여제도이다. 따라서 주민이 대표자를 통하여 간접적으로 그 의사를 표명하거나 지방자치단체의 장이나 지방의회가 주민참여여부에 대한 주도권을 가지고 이들의 의사에 의존하여 소극적·수동적으로 이들의 요청이 있는 경우에만 참여할 수 있는 것은 주민직접참여제도가 아니다. 따라서 간접적 방식으로 주민이 정당에 가입하거나 언론 등 매체를 통해 지방행정에 영향을 미치는 행위, 수동적인 문서열람·정보제공, 공청회에의 참가 등은 주민직접참여에서 제외된다. 그리고 지방자치단체의 장의 직접선거제도 등 주기적인 선거에 참여하는 것은 기관의 창설 그 자체이므로 주민직접참여와는 구별된다.

(5) 참여효과의 법적 구속력

주민직접참여제도는 지방자치단체에 법적 구속력이 있는 주민참여제도이다. 주민직접참여제도의 법적 구속력은 주민이 스스로 지방자치단체의 최종적인 의사결정권을 갖는 경우와 주민의 청구에 따른 제3의 기관(법원 등)의 결정에 지방자치단체가 구속되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 따라서 지방자치단체의 장이나 지방의회에 최종적인 의사결정권이 유보되어 있고 이들 기관이 당해 지방자치단체의 의사를 결정함에 있어 표명된 주민의사를 고려 내지 참고하도록 의무화되어 있거나 주민의사의 반영여부가 전적으로 이들 기관의 재량에 맡겨져 있는 것은 지방자치단체의 의사결정의 준비과정에 대한 단순한 관여에 지나지 않는 것으로 진정한 의미의 주민직접참여제도라고 할 수 없다.

이런 점에서 지방의원·위원회에 대한 단순한 의견진술·조언 등은 상대방이 이에 따른 법적 의무가 전혀 없으므로 주민직접참여라고 할 수 없다. 또한 현행 지방자치법상 주민투표제도는 주민의 투표부의권이 인정되어 있지 않고 주민투표결과 역시 구속적 효력이 없는 단순한 청문절차에 지나지 않는 것으로²⁴⁾ 지방자치단체의 장이 어떤 결정을 하기 전에 정보획득의 차원에서 실시하는 간

24) 헌재 1995. 3. 23, 94 헌마 175.

접적·비구속적인 주민의견조사의 의미밖에 없다는 점에서 엄격한 의미에서의 주민직접참여제도라고 할 수 없다. 또한 1999년에 도입된 조례의 제정·개폐 청구제도 및 주민감사청구제도 역시 단순히 주민청구의 가능성만을 보장하고 있을 뿐 지방자치단체에 대한 법적 구속력이 없기 때문에 주민직접참여제도라고 할 수 없다. 독일의 자문적 주민질문(konsultative Bürgerbefragung), 질문시간(Fragestunden), 청문제도(Anhörung) 등도 지방자치단체의 의사결정의 준비과정에서 주민의 관심사 등의 정보를 의회에 제공하는 것으로 참여의 영향력이 지방의회의 취사선택에 맡겨져 있어 참여의 결과가 지방자치단체를 구속하는 것은 아니며 의사결정권이 의회에 유보되어 있는 점에서 진정한 주민직접참여제도라고 할 수 없다.²⁵⁾

(6) 참여대상의 사항적 한계

주민직접참여는 주민자치의 구체적 실현작용이기 때문에 참여의 대상은 당해 지방자치단체가 자치권의 범위 안에서 스스로 처리할 수 있는 사무(자치사무)에 한하여 허용되는 사항적 한계를 갖는다. 따라서 국가가 직접처리하는 사무, 지방자치단체에 위임된 국가사무(단체위임사무) 및 지방자치단체의 장에게 위임된 국가사무(기관위임사무)는 주민직접참여의 대상이 될 수 없음이 원칙이다. 그러나 국가사무라 하더라도 법률에 주민의 의사에 따르도록 하는 취지의 규정이 있는 경우는 주민직접참여의 대상이 되며²⁶⁾ 명시적인 규정이 없더라도 예를 들어 지방의회에 감사권이 있는 국가사무(지방자치법 제36조 제3항 참고)에 대해서는 주민감사청구 및 주민소송의 대상으로 할 수 있다고 보며 당해 지방자치단체에 중대한 영향을 미치는 계획과 관련하여 지방자치단체에 의견제출권이 법적으로 보장되어 있는 경우(수도권정

25) 이러한 형태의 주민참여제도는 지방자치단체의 의사결정과정에 주민이 참여하지만 의사결정은 지방자치단체의 다른 기관이 한다는 점에서 진정한 의미의 주민직접참여 제도와는 구별되고 진정한 주민직접참여제도와 대의제의 중간형태의 주민참여제도라고 할 수 있다. 이 보고서에는 이러한 형태의 주민참여를 특별히 부진정주민직접참여 제도로 분류한다. 이에 대해서는 이 보고서, 31면 이하 참고.

26) 예를 들어 지방자치법은 지방자치단체의 폐지·분합은 국가의 조직권에 속하는 것으로 주민투표의 대상이 될 수 없으나 당해 사안이 지방자치단체의 자치권의 침해문제와 더불어 주민의 헌법상 보장된 기본권의 침해문제도 발생할 수 있다는 점에서 특별히 주민투표의 대상으로 규정하고 있다(동법 제13조의 2). 다만 현행 주민투표제도는 진정한 의미의 주민직접참여제도가 아니라 비구속적·자문적 주민의견조사에 지나지 않음은 앞에서 본 것과 같다.

비계획법 제4조, 도시계획법 제12조 등)에는 당해 지방자치단체가 제출할 의견의 내용을 주민투표로 정할 수 있다고 본다.²⁷⁾

Ⅲ. 주민직접참여제도의 필요성과 기능

1. 서 설

주민직접참여는 지방행정의 질적인 향상을 위해서나 주민의 정치적인 의식을 성숙시키기 위해서나 활성화할 필요가 있다. 주민직접참여의 목적은 무엇보다도 수동적이고 소극적인 행정개혁으로서의 주민의 위상을 적극적으로 능동적인 지방행정의 주체로 자리를 찾게 하는 데 있다. 그러나 주민의식이거나 주민의 참여의식을 고양하기 위한 의식개혁을 아무리 강조하여도 주민참여의 다양한 통로가 제도로써 보장되지 아니한다면 공허한 말잔치에 불과하다. 주민의 의식도 주민이 참여를 통하여 자연적으로 체득하게 되는 것이지만 바 의식개혁운동을 통하여 달성될 수 있는 것은 아니다. 우리의 지방자치를 제도에 올려놓기 위하여서는 주민참여를 위한 제도를 도입하고 정착시키기 위한 진지한 노력이 있어야 한다. 이하에서는 주민직접참여제도의 도입의 필요성과 제도적 기능에 대해서 살펴본다.

2. 주민직접참여제도의 필요성

외국의 지방자치법제에는 주민의 직접참여제도가 다양한 형태로 도입되어 지방자치 결정시스템의 일익을 담당하고 있다. 이와 같이 지방자치영역에서 다양한 주민직접참여제도가 입법화되어 있는 것은 일반적으로 아래와 같은 배경 때문이다.

(1) 대의제도의 불완전성

대의제도는 서구의 시민혁명을 그치면서 사상, 이론, 제도의 면에서 발전

27) Gerd Hager, "Rechtspraktische und rechtspolitische Notizen zu Bürgerbegehren und Bürgerentscheid", *VerwArch.*, 1993, S. 105; Richard Seeger, "Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in Baden- Württemberg", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1988, S. 530.

되어 온 이래 오늘날에는 민주주의의 대명사로 통용되리 만큼 정착되어 있다. 특히 자유민주주의를 표방하는 국가에서는 민주주의는 바로 대의민주주의를 의미할 만큼 체제의 핵심을 이루고 있다. 대의제는 국민이 선거에 의한 위임에 의해 대표기관을 구성하고 이를 통하여 정치적 의사를 형성·집행하는 것이다. 이 때의 선거는 주권행사의 위임이라는 정당성의 부여와 대의기관의 활동에 대한 통제를 의미하는 국민의 유일한 제도화된 행위가 된다. 이와 같은 대의원리는 직접민주주의의 실행이 현실적으로 불가능한 상황(대규모국가, 많은 인구)과 특수이익간의 치열한 대립투쟁을 극복하는 방법으로 장점이 평가되었다.²⁸⁾

그러나 현대에 있어 대의제는 공개적 토론의 붕괴, 엘리트정치 타락, 대표기관의 대표성의 저하, 정당의 헌법상 지위의 강화와 활동의 증대, 대중사회화, 이익집단·압력단체의 증대와 영향력의 강화, 국민의 직접참여요구의 증대 등으로 많은 문제점을 노증하고 있다. 따라서 대의제는 현대의 증폭되는 민주적 질서의 개방성과 국민에 대한 생존배려영역의 확장을 접하면서 국가가 처리해야 할 과제의 산적, 정보의 제한으로 인한 산출되는 대안의 한정, 관료제적 구조하에서 합리적 의사형성의 곤란 등과 같은 문제에 봉착하게 되었다.²⁹⁾

이와 같은 상황에서 대의제는 그 구조에 수정을 하지 않으면 안 되는 한계에 놓이게 되었는데 직접민주제적 주민참여제도는 이러한 한계를 극복하기 위한 필요에 근거한 것으로 대의제의 현대적 변형을 의미한다. 대의제와 직접민주제는 민주주의의 실현을 하는 두 갈래의 상반된 방식이 아니라 상호 조화·융화되어 서로의 약점을 보완하여 민주주의라는 궁극적 내용을 실현하는 방식으로 이해되어야 한다.

지방자치제의 실시와 이에 대한 제도적 보장의 궁극적 목적이 지역단위의 민주주의 실현과 비집중화·집집권화를 통한 헌법상 국민주권주의와 기본권의 실질적 보장에 있다는 점을 고려할 때 지방자치의 영역에서는 국가 전체적인 단위의 민주주의의 실현을 위한 대의제적 의결권의 보장 보다도 더욱

28) 정중섭, “대의민주주의와 참여민주주의”, 『대의제와 주민참여』(한국공법학회 1995년도 정기총회 및 학술대회, 1995. 6), 45면.

29) 대의제의 병리현상에 대한 자세한 것은 허영, 『헌법이론과 헌법(하)』(박영사, 1989), 97~106면; 정중섭, “대의제에 관한 비판적 연구”(연세대학교 박사학위논문, 1989), 203~221면 참고.

구체적이고 직접적인 의사반영·의사결정을 위한 제도적 장치와 수단이 고려되어야 한다. 특히 연방제국가와 같이 이중적인 자치구조를 갖추지 않고 단일한 자치구조를 실시하고 있는 한국과 같은 경우 국가와의 관계에서 더욱 강한 지방분권과 수준 높은 자치권보장의 필요성으로 나타나며³⁰⁾ 자치단체 내부에서는 주민의 적극적 권능, 즉 지방자치단체의 의사결정과정에서 주민의 직접적·능동적 참여와 같은 직접민주제적 수단의 보장에 관한 요구로 나타난다.³¹⁾

(2) 정당국가와 권력융합

지방자치 차원에서도 정당은 주민의 의사를 지방행정의 의사결정과정에서 반영하는 주민과 지방자치단체간의 매개체의 기능이 기대되고 있다. 그러나 주민의 구체적인 요구와 문제를 파악하여 이성적인 해결책을 제시하여야 할 정당의 역할은 기대에 미치지 못하고 있으며 이는 정당이 주민의 이익과 요구에 충분히 대응하지 못하는 것을 의미한다. 또한 현대국가의 정치적 특성인 정당활동의 비중강화 속에서 정당을 매개로 국가와 지방자치단체간의 융합은 자치에 대한 국가의 우월성·정당정치 우월성을 가져와 주민의 상대적 위축을 초래하고 있다.³²⁾ 따라서 오늘날 정당은 적절한 대표와 주민통합 기능을 수행하지 못하고 주민의 불신을 받고 있다. 이러한 현실은 지방자치 본래의 목적·기능에 대한 손상 또는 변질로 보는 우려를 낳게 하였고 이에 대한 반향 내지 해결책으로 주민의 직접민주제적 참여제도의 도입 및 확충이 강조되게 되었다.

(3) 지방의회기능의 저하와 집행부의 공익판단의 독점

지방자치단체의 사무·기능이 증대함에 따라 행정은 비대화·고도화·전문화되고 그 활동은 주민의 일상생활과 밀접한 관련을 가지게 되었다. 이에

30) 이기우, "지방행정에 대한 주민의 참여와 통제", 『대의제와 주민참여』(한국공법학회, 1995.6), 65면.

31) Heinrich Scholler, *a.a.O.*, S. 44ff.

32) 오늘날 정당정치의 발전으로 선구구민의 명령적 위임에 구속되지 않는 의원의 독립적 지위는 실제에 있어서는 소속 정당의 명령위임에 복종하는 형태를 띠게 되었으며 국민주권의 원리를 구현하고자 고안된 권력분립의 원리 역시 정당국가화에 따른 권력융합으로 대의제의 근간인 의회의 존재의의마저 의심하게 하고 있다(박상철, 『정치법학의 임무』(지정, 1999), 133면).

대하여 지방의회는 그 전문능력에 있어 집행부에 비하여 미치지 못한다는 것은 부인할 수 없다. 또한 도시화에 따른 주민의 이해관계, 의식 및 요구가 다양화하고 전통적인 지연집단의 기능이 약화되는 등 주민의사의 합의형성을 곤란하게 하고 있다. 이는 직접 선거된 대표자의 의사가 주민의 의사와 일치하기 곤란하다는 것을 의미하며 따라서 현재의 의회제도만으로는 주민의 의사를 적확하게 파악하는 것이 곤란하다.

이로 인하여 지방의회의 행정통제능력이 현저히 저하되고 현실 행정처리에 있어 관료의 발언권이 강화되어 실질적인 결정권능을 집행부가 장악하게 됨에 따라 지방자치의 중심이 집행부로 이전되고 있다. 이와 같이 지방자치의 중심이 집행부로 이전됨에 따라 필연적으로 지방의회의 정치력은 더욱 약화되어 의회선거라는 수단에 의한 주민의 참여에는 한계가 있음이 명확하게 되었다. 그리고 이를 보완하기 위하여 주민이 구체적인 계획과 조치에 직접 참여할 필요성이 나타나게 된 것이다.³³⁾

(4) 지방민주주의의 활성화

주민직접참여는 단순히 의회제민주주의를 보충하는 부차적 기능에 그치지 않고 주민대표인 의회 또는 그 집행기능을 하는 행정과 주민과의 동질성을 회복하는 기능을 한다. 주민직접참여는 주민과 대표자 모두에게 주민 스스로가 주권자라는 의식을 항상적으로 (선거기간 중에만 아니라) 확인할 수 있게 하며 그 결과 주민과 그 대표자 사이에 발생하는 의식의 괴리현상을 방지할 수 있다. 본래 대의제도는 그 자체가 주민참여를 제도화한 것이지만 대의제의 신화는 붕괴되고 주민은 그 능동적인 지위를 상실하였다. 주민직접참여제도는 주민의 능동적 지위를 회복하는 기능을 한다. 예를 들어 도시계획의 영역에서 전형적으로 나타나는 것과 같이 현대 행정은 의회의 의사로 형성된 법을 집행하는 좁은 범위에 그치는 것은 이미 불가능하며 계획결정의 내용 그 자체는 행정의 권한과 책임에 맡길 수 밖에 없다. 따라서 계획의 입안과 결정, 그 구체적인 집행의 제과정의 단계에서 주민의사를 내용적으로 명확히 표명하고 주민의 통제를 가능하도록 하는 것이 주민의 의사에 따른 지방자치의 보장을 위하여 요구된다.³⁴⁾

33) P. v. Kodolitsch, *Kommunale Beteiligungspolitik*, 1980, S. 59ff.

34) 田村世一, "地方自治と住民参加: 住民参加の法的問題", 『公法研究』, 제43호(日本公法學會, 1981), 187면.

3. 주민직접참여의 제도적 기능과 그에 대한 평가

주민의 직접참여제도의 역할에 대해서는 적극적으로 평가하는 견해가 있는 반면에 대표민주제와 관련하여 의문을 제기하는 소극적인 견해도 있다. 여기서는 적극적 견해와 소극적 견해의 주요 논점을 정리하고 이에 대한 평가를 하고자 한다.

(1) 소극적 견해

주민직접참여제도에 대하여 소극적인 견해의 주요 논점은 다음과 같다.

①주민직접참여제도는 선동적인 소수파가 침묵하는 다수파를 압도할 위험이 있으며 따라서 지방자치단체의 의사결정이 특정집단의 영향하에 놓이게 될 우려가 있다. 역으로 주민의 직접참여의 청구가 성공하지 못한 경우에는 주민은 무력감에 빠져 오히려 주민이 지방자치를 멀리하는 결과를 초래할 우려가 있다.³⁵⁾ ②주민직접참여제도는 대표기관의 존재의의를 약화시키고 민주적으로 선거된 대표자의 의사결정을 필요 이상 위축할 위험이 있다.³⁶⁾ ③주민직접참여제도에 의하여 주민이 직접 의사결정을 하는 경우 대표자는 정치적으로 예민한 사건에 대하여 정치적인 위험을 감수하면서 스스로 의사결정을 하지 않으려는 경향이 나타날 수 있으며 이는 대표자의 정치적 책임으로부터 도피라는 대표자의 의사결정의 무책임성을 초래할 우려가 있다.³⁷⁾ ④지방자치단체의 고비용의 업무가 확실한 재원조치도 마련되지 않은 상태에서 결정되어 결과적으로 지방자치단체의 재정운영의 곤란을 초래하고 현재까지의 준비와 노력을 수포가 되게 하는 등 지방자치단체에게 필요 이상의 부담을 강요할 우려가 있다. ⑤주민직접참여제도가 남용되는 경우 지방행정의 효율성·기동성을 현저히 저해할 우려가 있으며 특히 특정한 소수집단이 지방자치단체의 원활한 행정운영을 방해할 목적으로 사용하는 경우에는 그 위험은 한층 배가된다. ⑥주민청구는 항상 전향적인 것은 아니며 행정의

35) Wilfried Erguth, "Verstärkung der Elemente der unmittelbarer Bürgerbeteiligung auf kommunaler Ebene", *Der Landkreis*, 1996. 4, S. 165.

36) Hans- Günter Henneke, "Bürgerentscheide in den Kreisen", *Der Landkreis*, 1996.4, S. 2ff.

37) J. Ziegler, *Bürgerbeteiligung in der kommunalen Selbstverwaltung*, 1974, S. 220.

집행을 방해할 목적으로 행할 가능성이 있고 이러한 경우 행정의 원활한 집행에 지장을 가져와 경제적 사회적 손실이 발생할 우려가 있다. ⑦일반인인 주민은 전문적이고 복잡한 사안에 대해 판단능력이 없는 경우가 많기 때문에 이러한 사항을 주민의 판단에 맡기는 것은 오히려 합리적인 결정을 그르칠 우려가 있다. ⑧주민의 판단은 감정에 좌우되기 쉽고 권리가 남용되거나 오용되는 경향이 있어 모든 문제에 대하여 주민의 책임있는 판단을 구하는 것 자체가 무리이다. ⑨특히 주민은 지방재정의 악화에도 불구하고 세율의 인상을 반대하는 등 자신의 재정부담과 관련한 사항에 대해서는 자신의 이익에 반하는 태도를 취하지 않는다.

(2) 적극적 견해

주민직접참여제도에 대해 적극적 견해는 주민직접참여제도는 대의제의 구조적 결함을 보완하고 국민주권주의를 내실있게 보장하는 제도로 이해하며 특히 주민직접참여의 교육적 효과를 강조한다. 주민직접참여제도에 대하여 적극적인 견해의 주요 논점은 다음과 같다.

①주민직접참여제도는 치자와 피치자의 동질성을 확보하여 주민의 주권자로서의 지위를 회복하고 민주주의이념과 현실의 괴리를 축소한다. ②지방자치단체는 주민의 의사를 직접 확인하고 필요한 자료와 과제에 대한 정보를 수집하는 것이 가능하며 이에 기초하여 적정한 공익판단과 주민이 납득할 수 있는 정책의 합리성과 민주적 정당성을 확보할 수 있다. ③주민직접참여제도는 대의제를 대체하는 것이 아니라 어디까지나 대의제의 원칙하에 이를 보완하는 것이다. ④주민직접참여의 잠재적 가능성은 지방의회에 대한 견제 역할을 하여 의회의 기능을 활성화할 수 있으며 따라서 주민직접참여제도의 존재는 지방자치단체의 대표성·책임성·대응성을 제고한다. ⑤주민직접참여제도를 통한 주민참여는 지방자치단체의 정책의 시정을 가져 올 뿐만 아니라 경우에 따라서는 국가정책에도 변화를 가져오는 정치적 효과가 있다. ⑥주민직접참여과정에서 공개된 논의가 전개되어 보다 바람직한 결정(보다 많은 사람이 납득할 수 있는 결정)이 이루어질 가능성이 높고 이러한 과정을 통하여 주민의 지방행정에 대한 관심을 제고할 수 있다. ⑦주민은 주민직접참여를 통하여 공적인 관심을 가지고 정치적으로 계발됨과 동시에 지방자치단체 역시 독선성을 자각하는 경우가 있는 것처럼 주민과 대표자 모두에 대

하여 교육적 효과가 있다. ⑧주민직접참여제도는 광범하고 다양한 주민의식을 정치·행정에 반영할 수 있으며 특히 소수자(특히 의회에 대표자를 보낼 수 없는 집단)의 의견을 반영시킬 수 있는 기회를 제공할 수 있다. 경우에 따라서는 특수이익집단의 압력에 대한 대항력으로 기능한다.

(3) 주민직접참여제도의 기능에 대한 평가

가. 소극적 견해에 대한 반론

주민직접참여제도에 대한 소극적 견해에 대해서는 다음과 같은 반론의 제기가 가능하다.

①주민직접참여제도는 대표자의 의사결정의 무책임성을 초래할 우려가 있다고 하나 주민직접참여제도의 존재는 지방자치단체의 대표자 또는 관료로 하여금 중요한 사항에 대한 결정을 신중하게 하도록 함으로서 특정한 정치적 의도를 가진 결정이나 인기에 편승한 결정을 방지하는 효과가 있다. 또한 대표자는 주민의 직접참여제도를 의식하면서 의사결정을 하기 때문에 지금보다 양질의 결정을 하게 되며 따라서 대표기관과 대표자가 가진 의미는 약화되지 않는다.³⁸⁾

②외국의 주민직접참여의 사례를 볼 때 많은 경우 필요성을 결한 대규모 공공사업의 실시를 반대하는 것이었으며 따라서 지방자치단체에 재정적 절약효과를 가져 왔다. 따라서 고비용의 사업이 확실한 재원조치도 마련되지 못한 상태에서 결정된다는 비판은 근거가 빈약한 것으로 생각된다. 또한 주민 자신이 직접 참여한 논의를 통하여 얻은 결정에 대해서는 자신의 의사와 반대되는 결정이 있는 경우에도 부득이 한 것으로 인정할 가능성이 높다. 따라서 주민에 의한 의사결정은 그 과정에 상당한 비용을 요하더라도 최종적으로는 이러한 과정을 거치지 않고 결정된 사항에 대하여 주민이 철저히 저항하는 경우를 상징한 경우에 비하여 오히려 불필요한 비용을 회피할 수 있다는 점에도 유의할 필요가 있다.

③주민은 그 의사를 지방자치단체의 정치·행정에 반영함에 있어 주민발안이나 주민투표의 방법에만 의존하는 것이 아니라 다양한 수단 가운데 필요에 따라 가장 유효하다고 판단되는 수단을 선택한다. 주민발안을 제기하여

38) Bernd Behnke, "Formen unmittelbarer Teilhabe an Entscheidungsprozessen: insbesondere Bürgerentscheid", *Verwaltungsrundschau*, 1996. 4, S. 115.

주민투표로 의사결정을 하는 것은 주민의 입장에서 상당한 부담이 되기 때문에 “매일이 주민투표”라는 상황이 초래할 것이라는 비판은 지나친 기우이다. 오히려 주민의 충분한 이해를 얻지 못한 상태에서 착수한 사업이 관계 주민의 반대운동으로 좌절되거나 현저히 지연되는 경우 전체적으로 볼 때 필요 이상의 사회적 부담을 초래한다.

④건설계획 등과 관련한 주민직접참여는 당해 사업의 당부가 문제되는 것이며 본래 당해 사업의 실시로 다양한 영향을 받게 되는 주민의 참여없이 결정되는 것 자체가 문제이다. 주민이 단순히 방해만을 목적으로 주민직접참여를 청구한다는 것은 상정하기 곤란하다. 또한 오늘날 주민직접참여는 종래의 네카티브적 참여에서 주민이 지방자치단체의 정책을 직접 작성하고 정책 대안을 제시하는 정책형성형으로 변화하고 있다.

⑤고도화·복잡화한 현대사회에서 일반인인 주민이 판단하기 곤란한 사항이 있다는 것은 분명하지만 이와 같은 사안에 대해서는 같은 일반인에 지나지 않는 대표자에게 맡기는 것도 곤란한 경우가 많다. 이러한 사안에 대하여 주민의 결정권을 인정하지 않는 것은 결과적으로 주민에 대하여 책임을 지지 않는 일부 전문관료에게 지방자치단체의 의사결정을 위임하는 결과를 초래한다. 이 보다는 주민에게 판단을 구하여 결정에 정통성을 부여하는 것이 보다 타당하며 이를 위해서는 충분한 정보를 주민에게 제공하는 것이 중요하다. 만약 주민이 스스로 결정한 경우에는 그 결정이 설사 잘못되었다 하더라도 주민은 이를 교훈삼아 성숙하게 될 것이다.

⑥주민의 직접참여가 활성화되면 지방자치단체의 대표자는 주민에게 영합하거나 스스로의 행정노력과 정책토의를 포기할 우려가 있다는 지적도 사실과 다르다. 지방자치단체의 장이나 의회가 그 권한을 적정하게 행사하도록 하기 위해서는 주민의 직접참여의 가능성이 항상 보장되어 있어야 한다. 중앙의 통제가 있다고 하더라도 중앙통제는 동일한 관료에 의한 통제이기 때문에 지방자치단체의 장이나 의회의 민주화를 촉진하는 역할을 하지 못한다.

나. 주민직접참여제도와 대의제의 조화

주민직접참여제도의 문제점은 대의제의 병리현상의 반영이다. 주민의 대표자가 주민의 요구를 충분히 청취하고 주민의 판단을 겸허하게 수용한다면 주민직접참여의 폐해는 발생하지 않을 것으로 생각된다. 결국 소극적 견해가

제기하는 주민직접참여제도의 문제점은 일면 타당한 면이 없지 않으나 충분히 개선 가능한 것이며 입법으로 해결할 수 있는 것들로 생각된다.

대의제와 직접민주제와 관계에 있어 민주주의의 최선의 상태는 이를 적절하게 조화되도록 하는 것이다.³⁹⁾ 이러한 조화점을 발견함에 있어 주민직접참여제도를 대의제의 단순한 구조에서 논하는 것에서일보 전진하여 국민주권의 원리에 근거한 제도적 보장으로 이해할 필요가 있다. 주민직접참여제도는 주민에게 자신들의 환경을 통제하는 정치력을 배양하고 지역의 구성원으로서 연대를 촉구하며 주민의 지적이고 도덕적인 능률을 제고하는데 의의가 있다. 한편 주민직접참여제도는 대의제와 대립하는 것이 아니다. 이는 대의제를 파괴하는 것이 아니라 이를 부흥시키는 의도를 가진 것이다.⁴⁰⁾ 결국 주민직접참여제도는 일견 대의제도와 충돌하는 것처럼 보이지만 사실은 그렇지 않으며 양자는 상호 장점과 한계를 보완하는 관계에 있다고 할 수 있다.

IV. 주민직접참여제도의 내용

1. 주민직접참여제도의 유형

지방자치단체의 주민이 지방행정에 직접 참여하는 형태와 효과는 매우 다양하다. 이와 같이 다양한 주민참여제도는 참여의 강약·단계(결정 자체에 대한 참여인가 또는 결정의 준비에 대한 단순한 관여인가), 참가자의 범위, 참가의 기능, 주민을 참가시키는 것이 행정에 의무화되어 있는가의 여부, 참가가 행정과 주민 중 누구의 주도에 의하여 이루어지는가 등을 기준으로 분류할 수 있다.⁴¹⁾

(1) 진정주민직접참여제도와 부진정주민직접참여제도

주민직접참여제도는 지방자치단체의 의사결정에 대한 주민의 관여 정도, 즉 주민이 지방자치단체의 의사결정기관을 대신하여 결정권을 갖는가 또는 이러한 기관의 의사형성에 어떠한 형식으로 영향을 미칠 수 있는 가능성을

39) John G. Natsusaka, "Economics of Direct Legislation", *Quarterly Journal of Economics*(May 1992), p.569.

40) Richard Briffault, "Distrust Democracy", *Texas L. Rev.*, 63(1985), p.1375.

41) Hans Herbert von Arnim, "Zur Rechtmäßigkeit des Morbacher Modells", *Rechtsgutachten im Auftrag der Gemeinde Morbach*, S. 36.

가지고 있는가에 따라 진정주민직접참여제도와 부진정주민직접참여제도로 분류할 수 있다.

진정주민직접참여제도는 앞에서 본 주민직접참여제도의 개념적 범주에 포함되는 것으로 주민이 대표자를 거침없이 직접 사물적인 문제를 결정하거나 인사문제를 결정하는 것이다. 전자의 예로는 주민투표나 주민총회 등을 들 수 있으며 후자의 예로는 주민소환제도를 들 수 있다. 한편 주민이 지방자치단체의 의사결정과정에 참여하기는 하지만 주민에 의한 구속력있는 사물적 결정이나 인사상 결정이 아닌 것도 주민직접참여제도라고 표현하는 경우가 있으나 구속적인 결정권을 갖는 진정주민직접참여제도와는 일응 구분된다. 이는 지방자치단체의 의사결정과정에 주민이 참여하지만 의사결정은 지방자치단체의 다른 기관이 행한다는 점에서 진정주민직접참여제도와 대의제적 주민참여의 중간형태라고 할 수 있다. 이 보고서에는 이와 같은 형태의 주민참여를 부진정주민직접참여제도라고 한다.

(2) 정치적·정책적 주민직접참여제도와 사법적 주민직접참여제도

일반적으로 주민발안, 주민소환, 주민투표와 같이 주민이 주민의 지위에서 능동적으로 지방자치단체의 의사결정에 참여하는 정치적·정책적 주민참여만을 주민직접참여제도라고 한다. 그러나 주민소송과 같이 주민이 지방자치단체의 의사를 직접 결정하는 것은 아니지만 주민의 지위에서 소권을 행사하여 재판권의 발동을 촉구함으로써 위법한 지방행정을 방지·시정하여 지방자치단체의 행정운동을 공익과 주민의 이익에 합치하도록 하는 사법적 방법에 의한 주민참여 역시 주민직접참여제도의 하나로 볼 수 있다.⁴²⁾

2. 진정주민직접참여제도

진정주민직접참여제도는 주민이 직접적·능동적으로 지방자치단체의 의사결정에 관여하여 제안·발의를 통해 결정을 요구하거나 투표를 통하여 구속적 결정을 내리는 것으로 주민총회, 주민투표, 주민발안 및 주민소환이 이에 속하는 대표적인 제도로 들 수 있다.

42) 山下健次·小林武, 『自治體憲法』(學陽書房, 1991), 148면; 佐藤英善, “住民訴訟の裁判例に見る問題點”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 35면; 園部逸夫, “住民訴訟”, 阿部照哉 外 編, 『地方自治大系2』(嵯峨野書院, 1993), 210면.

(1) 주민발안제도

주민발안제도는 주민에 의한 직접입법의 한 형태로서 법정수의 청원서명에 의한 헌법 또는 법률의 제정·개정의 제안을 인정하는 것으로 직접주민발안과 간접주민발안이 있다.⁴³⁾

가. 직접발안

직접발안이란 일정 수 이상의 주민청원으로 헌법이나 법률의 제·개정이 제안되는 경우 의회의 관여 없이 직접 유권자에게 찬부를 묻는 주민투표에 부의하는 것을 말한다. 주민투표에서 과반수의 찬성이 있는 때에는 주민발안 법안은 유효하게 성립한다. 일반적으로 미국의 많은 주는 헌법발안과 법률발안을 모두 제도화하고 있으며 효력에 있어 헌법이 법률보다 우위에 있고 헌법발안으로 개정된 헌법규정은 주민투표에 의해서만 개정할 수 있는 것에 대하여 법률발안은 의회의 의결에 의하여 개정할 수 있기 때문에 주민들은 헌법발안을 선호한다.⁴⁴⁾

나. 간접발안

간접발안은 청원집단이 일정한 유권자들의 서명을 받은 후에 청원안을 의회에 제출하는 주민발안이다. 의회가 이를 의결하는 경우에는 법률로서 성립하기 때문에 주민투표에 의한 표결의 필요성은 없게 된다. 그러나 일정한 기간이 경과한 뒤에도 법안이 의회에서 가결되지 않는 경우 또는 의회가 제안된 법안을 수정하여 가결한 경우는 나머지 필요한 서명을 모집하여 당초의 법안을 주민투표에 부의할 수 있다. 경우에 따라서는 의회가 수정안 또는 대체안을 가결하여 주민의 청원법안과 함께 2가지의 법안을 주민표결에 붙이는 것도 인정되고 있다.⁴⁵⁾ 주민은 직접발안과 간접발안이 모두 제도화되어 있는 경우에는 직접발안을 선호하는 경향에 있다.⁴⁶⁾

43) 미국 주법상 주민발안제도의 개요와 현황에 대해서는 윤명선, 앞의 논문, 29~34면 참고.

44) David B. Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot and Direct Democracy in the US*(Johns Hopkins UP, 1984), pp.35~36.

45) *Ibid.*

46) David B. Magleby, "Direct Legislation in the American State", in: David Butler/Austion Ranny(eds.), *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*(The AEI Press, 1994), p.222.

(2) 주민투표제도

주민투표제도는 지방자치단체의 일정한 정책의 채택여부를 주민표결로 결정하는 것으로 최종적인 결정권을 주민에게 유보하는 제도이다. 주민투표제도는 원래 지역의 이해라는 관점에서 이루어져야 할 의사결정이 대표민주제 아래에서는 정당정치와 직결될 우려가 있기 때문에 이와 같은 위험을 회피하고 시민과 자치단체간의 결합을 보다 강고하게 하는 것에 제도적 의의가 있다.⁴⁷⁾

주민투표제도는 일반적으로 다음과 같이 세 종류로 분류된다. 특정안건에 대하여 주민투표에 붙이는 것이 의무화되어 있는 강제적 주민투표, 투표에 붙이는 것이 의회의 재량에 맡겨져 있는 임의적 주민투표 및 의회의결의 효력발생을 일정기간 정지하고 그 기간안에 주민의 청원이 있는 때에 투표에 붙이는 항의적 또는 청원적 주민투표가 그것이다.

가. 항의 또는 청원적 주민투표

항의 또는 청원적 주민투표는 주민이 의회가 제정한 법률·조례의 효력을 저지하기 위한 수단으로 의회가 제정한 법률이나 조례에 대하여 주민의 입장에서 비판과 반대 의견이 있는 경우 이를 주민표결에 붙여 이를 승인하거나 거부하는 것이다. 주민투표를 요구하는 자는 의회가 폐회한 이후 일정한 기간 안에 필요한 서명수를 제시하여야 한다. 의회가 의결한 법률이나 조례는 통상 당해 법률·조례가 유권자의 투표에 의하여 찬부가 결정될 때까지는 효력을 발생하지 않는다.⁴⁸⁾ 다만, 공중의 안전과 위생, 치안 등 긴급법안은 의회의 의결에 의하여 효력을 발생하며 주민투표의 대상에서 제외되는 경우가 많다.

나. 임의적 또는 자문적 주민투표

임의적 또는 자문적 주민투표는 지방자치단체가 주민의 승인을 얻기 위하여 또는 견해가 크게 대립하는 사안에 대하여 재량으로 주민투표에 붙이는 것이다. 이는 지역적으로 중요하면서 격렬한 논쟁의 대상이 되고 있는 문제에 대해서 주민의 의사를 확인하기 위하여 행하는 것이다. 다만 임의적 또는 자문적 주민투표의 결과도 지방자치단체의 의사를 구속력을 갖는다.

47) Franz- Ludwig Knemeyer, *Bürgerbeteiligung in der Kommunalpolitik*(Olzog Verlag 1997), S. 43.

48) David B. Magleby, *supra* note 44, p.36.

다. 의무적 또는 강제적 주민투표

헌법의 수정, 공채발행, 경계변경 등의 문제에 대해서 반드시 주민투표에 의한 승인을 받지 않으면 안 되는 것을 말한다. 특히 주류판매·도박 등과 같이 도덕문제가 결부된 사안들은 일반적으로 주민투표에 의한 승인을 얻어야만 제정될 수 있다. 지방자치단체 차원에서는 자치현장에 의문적·강제적 주민투표의 대상이 규정되어 있는 경우가 많다.⁴⁹⁾

(3) 주민소환제도

주민소환제도는 선거된 공직자에 대하여 그 부적격성 등을 이유로 법정수의 주민청원에 의하여 당해 공직자의 해직여부를 주민투표에 붙이는 제도로서 주민의 공직자 소환권은 선거권의 당연한 귀결이라는 사고에 기한 것이다. 주민투표제도가 지방자치단체의 사물적인 사항에 대한 것이라고 한다면 주민소환제도는 지방자치단체의 인사에 관한 것이라는 측면에서 구분된다. 주민소환은 대표기관이나 행정기관에 대한 주민의 통제를 강화하고 주민에 대한 책임성을 실현하기 위한 수단으로 기능한다. 필요한 서명자수는 주민발안이나 주민투표의 경우 보다 엄격한 것이 일반적이며 미국의 경우 직전 선거투표수의 15%에서 25%를 요하는 것이 일반적이다.

3. 부진정주민직접참여제도

부진정주민직접참여제도는 주민이 지방자치단체의 의사결정과정에 어떠한 협력을 하는 것을 말한다. 즉, 주민이 지방자치단체의 의사결정과정에 참여하지만 지방자치단체의 의사결정기관이 주민참여의 결과에 구속되는 것은 아니다. 의사결정방식이 대의제를 원칙으로 하고 있기 때문에 주민직접참여제도의 주류를 형성하고 있다. 이와 같이 결정의 준비로서의 관여라는 의미에서의 부진정주민직접참여제도는 지방자치단체의 주도로 주민이 지방자치단체의 의사결정과정에 참여하는 형태와 주민의 주도에 의하여 결정과정에 참여하는 형태로 구분할 수 있다.⁵⁰⁾ 전자를 적극적 주민참여, 후자를 소극

49) The Council of Governments, *The Book of the States 1996-97*, vol. 31, p.209.

50) P. v. Kodolitsch, a.a.O., S. 20ff. 한편 von Arnim은 지방자치단체의 주도에 의한 주민참여를 다시 그 실시가 법적으로 의무화되어 것과 지방자치단체가 주민

적 주민참여라고 할 수 있다.⁵¹⁾

(1) 지방자치단체의 주도에 의한 주민직접참여제도

지방자치단체의 주도에 의하여 주민이 결정과정에 관여하는 제도로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

가. 지방의회의 심의과정에서의 주민참여

① 의견진술제도

의견진술제도는 의회가 전문가나 이해관계인 등의 주민을 의회위원회의 심의에 초청하여 주민과 직접 대화하면서 그 의견을 청취하는 것을 말한다. 참여할 수 있는 자의 범위와 관련하여 독일의 지방자치법은 관재인, 전문지식을 가진 시민(Bürger), 전문지식을 가진 주민(Einwohner) 및 참여할 수 있는 자를 한정하지 않고 외국인에게도 인정하는 경우 등 매우 다양하게 규정되어 있다. 의견진술제도는 쟁점사안에 대한 의원의 이해를 높이고 의회 각 당파의 의견이 확정되지 않은 단계에서 실시하여 문제에 대한 보다 타당한 결정을 내릴 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

② 질문시간제도

질문시간제도(Fragestunde)는 의회가 의회·위원회의 회의 중에 주민이 의회와 행정에 관한 질문(발언권)을 허용하는 것이다. 질문을 할 수 있는 자는 주민뿐만 아니라 지방자치단체 내에 토지를 소유하고 있는 자, 지방자치단체 내에서 사업을 영위하는 자 및 지방자치단체 내에 소재하는 법인이나 법인격없는 단체도 질문을 할 수 있다. 질문시간제도의 취지는 주민의 입장에서 질문을 통하여 정보부족을 해소하고 의회의 입장에서는 질문 중에 제기된 문제점을 사안의 결정 때에 고려하도록 하는 것에 있다. 질문시간제도는 주민에 대한 정보제공만이 아니라 결정과정에 간접적 영향을 미치게 하는 효과가 있다.⁵²⁾ 또한 질문시간제도는 논의가 아니라 질문하는 형식이

의 의사표명을 추구하는데 그치는 것을 구분하고 있다(Hans Herbert von Arnim, "Zur Rechtmäßigkeit des Morbacher Modells", a.a.O., S. 38).

51) Richard Sieger/Hermann Wunsch, *Kommunalrecht in Baden-Württemberg*, 5 Aufl., 1987, S. 116.

52) M. Matter, "Formen politischer Beteiligung in den Gemeindeordnungen der Bundesländer", Oscar W. Gabriel(Hrsg.), *Bürgerbeteiligung und kommunale Demokratie*, 1983, S. 106f.

지만 제안도 가능하기 때문에 구두에 의한 청원의 기능도 한다. 이 제도를 사안에 반대하는 세력이 자기주장을 위하여 이용하는 경우가 있다하더라도 이 제도의 본래의 취지는 의회와 주민간의 접촉이며 또한 이에 의하여 행정 활동의 투명성을 제고할 수 있다는 점에 큰 의의가 있다.⁵³⁾

③ 전문가참여제도

전문가참여제도는 지방자치단체의 주민으로부터 전문지식을 흡수하기 위하여 지방의회 의원이 아닌 전문가를 지방의회의 위원회에 참여하도록 하여 조언하거나 또는 의사결정에 참여하도록 하는 제도이다. 바덴- 뷔르템베르크주, 니더작센주 및 노르트라인- 베스트팔렌주 등에서는 심의권을 가진 위원회의 위원으로 주민을 임명하는 것이 허용되고 있다. 전문가를 지방의회의 상임위원회에 참여하도록 하는 것은 지방의회의 전문성제고, 집행기관에 대한 지방의회의 위상강화 등의 기능을 한다.

나. 주민집회

주민과 행정의 대화를 통한 주민참여수단으로 주민집회가 있다. 주민집회란 지방자치단체의 사무에 대하여 주민에게 정보를 전달하고 이에 대한 주민의 의견이나 제안을 청취하여 지방자치단체의 의사형성에 반영하려는 제도이다.⁵⁴⁾ 이것에는 두 가지 유형이 있다. 첫째 유형은 주민집회를 정보제공의 장으로 활용하는 정보제공형이다. 둘째 유형은 주민집회에서 토론·제안과 그것에 대한 지방자치단체기관의 처리의무를 규정하고 있는 포럼형이다. 이러한 유형에서는 주민제안에 처리기간을 두고 주민 일정수의 서명을 조건으로 주민에게 주민집회의 개최청구권을 인정하고 있는 점이 특징이다. 이러한 유형의 주민집회제도는 주민청구제도와 유사한 기능을 한다.⁵⁵⁾

53) 바덴- 뷔르템베르크주 지방자치법 제33조 제4항은 청문 및 질문시간에 대하여 “지방자치단체의 의회는 공개회의 중에 주민 또는 제10조 제3항 및 제4항이 정하는 주민과 동등한 자 및 단체가 지방자치단체의 사무에 관하여 질문을 하거나 요청과 제안을 하는 것을 허가할 수 있다(질문시간). 의장은 당해 질문에 대한 견해를 진술하는 것으로 한다. 지방자치단체의 의회는 위의 자 또는 단체가 의회에서 의견을 진술하는 기회를 줄 수 있다(청문)”고 규정하고 있다.

54) Alfons Gern, *Deutsches Kommunalrecht*(Nomos Verlagsgesellschaft, 1994), S. 317.

55) Hans Herbert von Arnim, “Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene”, *DÖV* 1990, S. 88.

다. 주민의견조사

주민의견조사는 특정한 사무에 대한 의사결정을 위하여 주민의 의견을 묻는다는 점에서 주민투표와 유사한 성격을 갖고 있으나 주민투표가 법적인 구속력을 가진 결정을 의미하는데 대하여 주민의견조사는 그 결과가 지방자치단체의 기관을 법적으로 구속하는 효력이 없다는 점에서 차이가 있다. 주민의견조사의 결과는 조언적인 성격을 가지며 지방자치단체의 결정을 위한 보조수단이다.

라. 예산조례안에 대한 이의제기

예산조례안에 대한 이의제기는 지방의회가 예산조례안 및 예산안을 최종 심의하기 전에 공개하고 이 안에 대하여 이의를 제기할 수 있는 권리를 주민에게 인정하는 것이다. 예산조례안 및 예산안의 작성은 주민의 조세부담의 경중에 결정적인 의의를 갖기 때문에 이 안에 대한 이의제기는 주민들에게 중요한 의미를 갖는다. 지방의회는 예산조례안 및 예산안에 대한 이의가 제기되면 이를 공개회의에서 결정하여야 한다.

(2) 주민의 주도에 의한 주민직접참여제도

가. 청원권

청원권은 모든 주민이 개인 또는 집단으로 지방의회에 대하여 문서로 요청 또는 고정을 제출하는 것이다(지방자치법 제65조 이하 참고). 청원은 권한있는 기관의 결정 내지는 집행을 구속하지 않는다. 청원권은 일반적으로 주민의 기본권의 권리의 하나로 설명되고 있으며⁵⁶⁾ 지방자치법과 청원법의 관계는 청원법 제3조의 보충성의 원칙에 따라 지방자치에 관한 사항에 있어서는 지방자치법상의 청원이 우선한다고 하겠다.

나. 주민청구

주민청구는 주민이 청구대상인 지방자치단체의 사무에 대하여 지방의회 또는 권한있는 기관이 심의·결정할 것을 요구하는 제도이다. 주민청구의 제도적 취지는 어떤 사안을 지방자치의 결정과정에 포함시켜 그것에 의하여 정치적 의사형성에 영향을 미치는 권리를 주민에게 인정하는 것에 있다. 주

56) Rolf Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*(Kohlhammer, 1992), S. 57.

민청구는 서면으로 제기된 청구가 법정수를 넘는 서명수집을 조건으로 하여 지방의회가 당해 사항의 심의를 의무화하는 것이다. 주민청구제도는 의회의 결정내용을 법적으로 구속하는 것은 아니며 이러한 의미에서 의회에 대한 의사부탁제도라고 할 수 있다. 다만 의회 내지 위원회에서 심의시 청구대표자에게 발언의 기회가 주어진다.

4. 사법적 방법에 의한 주민직접참여

재판은 제도상의 한계로서 사후적인 구제에 그치는 것이기 때문에 일반적으로 주민참여의 대상에서 제외하는 경향에 있다. 그러나 오늘날 행정소송은 과거행정의 위법을 시정하는 것만이 아니라 장래의 행정에 대한 일정한 통제 기능을 한다. 특히 주민소송과 같은 객관소송은 주관소송에 비하여 이러한 경향은 더욱 현저하다.

일본에서 주민소송제도는 직접청구, 주민투표 등과 함께 지방자치단체 주민의 직접참여수단의 일종으로 새로운 직접민주주의의 일방식으로 이해되고 있다. 주민소송이 헌법에 규정되어 있는 “지방자치의 본질” 그 가운데에서도 특히 “주민자치”의 원칙에 근거를 갖는 것이며 이를 구현하기 위하여 제도화된 것이라는 것은 구지방자치법 제242조의2의 규정 제안자가 이 규정은 “주민자치참여의 범위를 확장하는 등의 조치”의 일환을 이루는 것으로 설명하고 있는 것에도 명백히 알 수 있다. 그러나 주민참여수단이라고 하더라도 직접청구제도와는 그 취지를 달리한다는 것에 주의하여야 한다. 즉, 직접청구제도는 지방자치단체의 주민에 대하여 지방자치단체의 중요한 정치적·행정적 의사결정에 직접 참여하는 기회를 부여하는 것을 목적으로 하는 것에 대하여 주민소송은 이러한 의사결정에 참여하는 것이 아니라 주민에게 소권을 부여하여 법원의 판결을 통하여 위법한 재무·회계행정의 운영을 통제하는 것을 목적으로 하는 것이다.

그러나 이것이 주민소송제도가 넓은 의미에서 직접참여의 한 수단이라는 것을 부정하는 것은 아니다. 주민은 주민소송에서 지방자치단체의 의사결정에 직접 참여하는 것은 아니지만 주민의 지위에서 소권을 행사하여 재판권의 발동을 촉구함으로써 위법한 재무회계행정의 관리·운영을 방지·시정하여 지방행정이 지방자치단체의 이익과 주민의 이익에 합치하도록 한다는 특별한 방법으로 지방자치단체의 행정운영에 참여하는 것으로 볼 수 있기 때

문이다. 최고재판소 판례도 주민소송이 “주민의 손에 의하여 지방자치운영의 부패를 방지·교정하고 그 공정을 확보하기 위하여 인정된 주민의 참정조치의 일환을 이루는 것”으로 성격을 부여하고 있다.⁵⁷⁾

5. 유형별 주민직접참여제도의 구조적 관계

직접민주주의를 지방자치현장에서 활성화함에 있어 진정주민직접참여제도와 독일에서 발전되어 온 부진정주민직접참여제도의 관계가 올바르게 검토되어야 한다. 부진정주민직접참여제도에 대해서 주민참여의 결과가 지방자치단체를 구속하지 않기 때문에 주민의 입장에서 이러한 참여는 의미가 없는 것으로 비쳐지고 있으며 또한 지방자치단체 내부에서 집행부의 의회에 대한 우위라는 현실에서 볼 때 의회에 대한 관여를 중심으로 한 부진정주민직접참여제도에 대해서는 긍정적인 평가를 할 수 없다는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 부진정주민직접참여제도의 본질적 의의는 주민의 관심사를 의회가 충분히 주의하여 심의하도록 하는 압력작용으로 기능하는데 있다. 이러한 압력작용은 대의제의 본질적 요소인 의회의 자율성을 약화하는 것이 아니라 반대로 제고하며 또한 의회의 의사결정을 중립화하는 효과가 있다.⁵⁹⁾

부진정주민직접참여제도는 의회의 권한 자체를 침해하는 것이 아니라서 점에서 대의제에 원리적으로는 적합하다고 할 수 있기 때문에 이의 확충에는 진정주민직접참여제도에 비하여 장애가 적다고 할 수 있다. 또한 부진정주민직접참여제도는 집행기관과의 관계에서 상대적으로 지위가 약화되어 있는 지방의회의 집행기관에 대한 대항성의 강화에도 기여하는 것으로 생각된다. 오늘날 주민참여가 지방자치단체 행정·집행에 집중되고 있는 것은 역으로 말하면 집행기관에게 지방자치단체의 결정권이 집중되어 있다는 것을 나타내는 것으로 지방의회의 집행기관에 대한 감시기능의 강화가 긴급한 과제로 되고 있는 오늘날 부진정주민직접참여제도는 이러한 기능의 강화의 요청에 부응할 수 있을 것이다.

57) 最判 1953. 2. 12, 『民集』, 제17권 제2호, 318면; 最判 1978. 3. 30, 『民集』, 제32권 제2호, 485면.

58) P. v. Kodolitsch, a.a.O., S. 50.

59) Ingwer Ebsen, “Bürgerbeteiligung durch die Gemeindevertretung und repräsentative Demokratie,” DVBI 1984, S. 1110ff.

따라서 주민소송을 포함한 진정주민직접참여제도의 확충도 중요하지만 이와 동시에 지방의회에 대한 부진정주민직접참여제도의 활성화도 간과할 수 없는 문제이다. 결국 진정주민직접참여제도와 부진정주민직접참여제도는 주민자치이념의 실현에 있어 상호 보완적인 관계에 있어야 할 것이며 이러한 관점에서는 양 제도의 균형이 요청된다.

제 2 절 주민직접참여제도의 헌법적 근거와 한계

I. 서 설

한국 헌법은 동법 제118조 제1항에서 지방자치단체에 지방의회를 둔다고 규정함으로써 대의민주제를 원칙으로 하고 있다. 그러나 이 규정이 모든 지방적인 문제를 대의적인 방법에 의하여 결정하여야 한다는 것을 의미하는가에 대해서는 좀더 많은 고려를 필요로 한다. 이 문제의 해결을 위한 단서는 대의제 역시 민주주의를 실현하는 하나의 방식이며 주민이 지방행정에 직접 참여하는 것도 헌법이 표방하는 민주주의와 모순하는 것은 아니라는 것에서 찾을 수 있다.⁶⁰⁾

헌법 제1조제2항은 “모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 함으로서 민주적인 정당성의 원칙이 국민에게 있음을 천명하고 있다. 이러한 민주적 정당성은 국가권력의 담당자를 선출하는 인적인 정당성뿐만 아니라 국가권력행사의 내용에 대한 정당성의 문제를 포함한다. 헌법이 모든 권력의 원천을 국민에게서 찾는다는 것은 국가권력이 단순히 국민에게서 그 정당성을 찾기만 하면 된다는 형식적 정당성에 관련된 문제가 아니라 사실상 국가의사와 국민의사의 근접성을 요구하고 있다. 직접민주적인 결정과 간접민주적인 결정을 비교하면 직접민주적인 결정에 더 많은 헌법적 가치의 우위가 인정된다. 왜냐하면 직접민주적인 절차에 있어서 국민은 더 많은 영향력을 미칠 수 있는 가능성을 가지고 있기 때문이다.⁶¹⁾ 직접성은 국민에게 더 많은 참여를 보장하고 그 영향력을 증대시킴으로써 그 결정의 민주성을 증폭시킨다.

60) Rolf Stober, *a.a.O.*, S. 58.

61) 이기우, “주민투표제도의 입법방향”, 『정치·행정개혁을 위한 입법과제』(한국공법학회 제78회 학술발표회, 1998.11), 81면; Hans Herbert von Arnim, “Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene” *a.a.O.*, S. 91.

그러나 국민에 의한 결정만이 헌법이 요구하는 유일한 요구는 아니다. 법치국가적인 요청인 내용적인 타당성, 사회국가적인 효율성과 형평성 등도 국가의 의사결정에 있어서 고려되어야 할 요소이다. 따라서 어떠한 방식에 의하여 국가의사를 결정할 것인지의 문제는 헌법이 스스로 결정하지 않는한 입법자의 재량에 유보되어 있다고 볼 수 있다.

헌법 제118조가 지방의회에 의한 대의제를 채택하고 있다고 하여 대의제에 의하지 않는 모든 방식이 이에 위반된다고 하는 것은 헌법 제1조 제2항을 고려하지 않은 해석이다.⁶²⁾ 헌법 제1조제2항이 직접민주주적인 결정방식과 간접민주주적인 방식을 모두 포함하고 있다면 헌법 제118조가 대의적인 방식을 원칙으로 채택하고 있더라도 직접민주주적인 방식을 예외로 인정할 수 있는 여지가 있다고 보는 것이 양조문을 조화적으로 해석하는 것이다. 대의민주주의적 원리는 그 자체가 목적이 아니라 가능한한 올바르게 국민의 의사에 근접한 결정을 이끌어 내기 위한 수단에 불과하다는 점에서 상대화될 수 있어야 한다. 대의제원리의 부분적 파괴가 주민직접참여제도의 도입을 막는 결정적인 근거가 될 수 없다.

II. 주민직접참여제도의 헌법적 근거

지방자치단체의 활동에 대한 주민참여의 근거는 국민주권주의에 근거한 민주주의원칙과 주민의 기본권의 주체로서의 지위에 근거한 헌법상 개별 기본권에 있다.⁶³⁾

1. 민주주의 원리

헌법 제1조제2항이 “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있는 바와 같이 모든 국가권력의 민주적 정당성의 원천은 국민이다. 그리고 이러한 국민은 헌법에 의해 조직화되어 그 의사는 선거와 투표를 통해 나타난다. 이와 같은 국민주권·민주주의원칙은 다시 지방자치에 관한 헌법의 보장(동법 제117조)을 통해 지방자치의 영역에

62) 이기우, “주민투표제도의 입법방향”, 앞의 자료집, 81면.

63) 이기우, “주민투표제도의 입법방향”, 위의 자료집, 66~67면; 최봉석, 앞의 논문, 279~281면.

제 2 장 주민직접참여제도의 의의와 허용성

구현되는데 이를 바탕으로 국민은 주민의 지위로 옮겨지고 헌법상 보장과 함께 지방자치법과 선거법을 통해 주민은 투표와 선거의 주체로서 지방자치에 참여하게 된다. 또한 주민은 바로 주민이 지방자치단체의 모든 활동의 민주적 정당성의 기초로서 지방자치단체의 결정에 대해 최종적인 책임의 주체가 되며 지방자치단체의 의사결정과정과 활동의 근거 및 통제자가 된다는 국민주권주의와 민주주의원칙의 내용에 바탕한 것이다. 대의제의 원리는 헌법이 정하는 민주주의의 기본형태에 지나지 않는 것이며 국민이 지방자치단체의 행정에 직접 참여하는 것도 헌법이 표방하는 민주주의와 모순하는 것은 아니다. 따라서 법률로써 주민의 직접참여를 확대하는 것은 민주주의원칙과 배치되는 것은 아니며 지방자치행정에 대한 민주적인 정당성의 원천으로서 주민은 지방자치단체의 의사결정에 대한 최종적인 책임을 지며 이를 위하여 지방자치단체의 의사결정에 민주적인 정당성을 부여하며 이를 통제한다.

2. 헌법상 기본권

주민의 직접참여는 헌법상 민주주의원칙을 근거로 주민의 정치적 의사를 실현시키는데 제도적 장치가 될 뿐만 아니라 기본권에 근거하여 이를 실현시키는 것으로서 정치적 기본권의 발현으로서의 의미를 가진다.

이러한 주민의 직접적 참여의 근거가 되는 기본권으로 헌법 제103조의 기본권 인권보장, 제21조의 언론·출판·집회·결사의 자유 및 제26조의 청원권을 들 수 있다. 또한 이와는 다소 다른 차이를 가지지만 제24조의 선거권 역시 민주주의원칙하에서 제도화된 대의제적 참여를 구체화하는 기본권으로서의 성질을 가진다할 것이다.

이와 같이 주민은 헌법의 국민주권주의의 실현으로서의 민주주의원칙과 기본권을 근거로 하여 이의 실현으로서 지방자치단체의 활동에 참여하게 되는데 이는 제도화된 사회적 의사형성에의 참여와 지방자치단체의 의사형성에의 참여로 유형화할 수 있는 바 전자는 선거를 통한 대의제적 참여와 주민투표(지방자치법 제133조의2)를 통한 직접참여를 의미하며 후자는 그외의 일반적인 직접민주제방식의 주민참여를 의미하는 것으로 볼 수 있다.

3. 양자의 구조적 관계

지방자치단체의 공권력기관으로서 주민이 행사하는 의사결정과 개인적인

기본권행사로서의 주민의 영향력행사는 상당한 차이를 가지고 있다. 공권력 기관으로서 주민과 그에 의하여 민주적인 정당성을 획득한 지방자치단체의 기관이 행사하는 의사결정은 민주적인 정당성에 의존하며 주민 전체의 공익에 이바지할 의무가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 기본권의 행사를 통하여 주민의 정치적 의사형성에 관여하는 주민이나 주민집단 또는 주민단체는 민주적 정당성을 부여받는 것이 아니며 공익에 이바지할 구속을 받는 것도 아니므로 지방자치단체의 영향력에는 한계가 있다.⁶⁵⁾

그럼에도 불구하고 주민의 참여가 요구되는 것이 형식적인 민주적 정당성을 부여받은 지방자치단체기관의 실질적인 정당성의 결여를 보완하는 기능을 한다. 먼저 주민에 의하여 선출된 기관이 주민으로부터 민주적인 정당성을 부여받았으므로 그 기관에 의한 의사결정이 곧 주민의 의사라고 간주하는 것은 헌법에 의한 형식적인 의제에 불과하며 실제의 주민의사와는 상당한 거리가 있을 수 있다. 또한 임기기간 동안에 주민의 의사는 수시로 변화하므로 지방자치단체의 기관의 결정은 주민의 의사와 다른 경우도 적지 않다. 그럼에도 지방자치단체의 기관의 의사를 곧 주민의 의사로 간주하는 대의적인 민주주의는 현실과는 괴리된다는 결함을 갖게 된다. 이와 같은 정당성의 결함을 보완하기 위하여 주민참여에 의한 정당성의 보완을 필요로 한다.⁶⁶⁾ 더구나 지방자치단체의 의사결정의 정당성은 단순히 형식적인 민주적인 정당성의 요건만을 갖추면 족한 것이 아니고 내용적인 적합성을 갖추어야 한다. 모든 공권력이 공익을 추구해야 한다는 공동체의 근본목적에 의하여 구속된다. 그런데 그 공익이라는 것이 객관적으로 확정되어 있는 것이 아니므로 결정의 정확성을 담보하기 위한 절차가 필요하다. 결정의 적합성을 위하여는 충분한 정보가 제공되어야 하고 대립되는 이해관계간의 적정한 형량이 이루어져야 한다. 이 점에서도 주민의 참여가 요구된다고 볼 수 있다. 이렇게 본다면 기본권에 근거한 주민의 참여는 헌법이 보장하는 민주주의의 형식적인 완벽성에 존재하는 실질적인 결함을 보완하는 기능을 한다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾

64) Vgl. Schiffer Eckart/Wolff Hans- Jürgoen, "Staatliche Willensbildung und nichtstaatliche Organisationen", *AöR* 1991, S. 177.

65) Vgl. Schiffer Eckart/Wolff Hans- Jürgoen, *a.a.O.*, S. 171f.

66) 이기우, "지방행정에 대한 주민의 참여와 통제", 앞의 자료집, 69면.

67) 이기우, 위의 논문, 69면.

Ⅲ. 주민직접참여제도의 헌법상 한계

주민직접참여제도가 대의제를 원칙으로 하는 현행 헌법하에서도 허용될 수 있다고 한다면 어느 정도까지 허용될 수 있는가 하는 문제가 다시 제기된다. 특히 이 문제는 공동체의 규모와 인구의 면에서 지방자치단체는 국가적 수준 보다 직접민주제를 실현할 가능성의 폭이 상대적으로 넓게 확보되기 때문에 대의제와 직접민주제의 관계는 지방자치영역에서 더욱 심각하게 나타날 수 있다.

1. 학설의 개관

한국의 학설은 주민직접참여제도는 대의제도의 결함 및 불완전성을 보완하는 역할을 하며 대의제를 대체할 수 없는 한계가 있다고 것에 견해의 일치를 보이고 있다.

헌법 제118조제1항은 지방자치단체에는 의회를 둔다고 함으로써 대의제의 의사결정방식을 지방의회의 의사결정방식으로 채택하고 있다. 이러한 대의제의 원칙은 모든 경우에 예외를 허용하지 않는 것은 아니지만 직접 민주제는 대의제를 보충·보완하는 정도에 머물러야 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 만약 직접민주제가 원칙이 되고 대의제가 예외가 된다면 지방의회를 지방자치단체의 대의기관으로 인정하는 헌법의 취지에 부합하지 않게 된다고 한다. 따라서 헌법상 대의제의 원칙은 주민직접참여제도의 한계로 작용하여 지방의회의 권한을 본질적으로 침해하지 범위 안에서 허용된다고 한다.

한편 독일에서도 학설은 주민표결을 포함한 주민직접참여제도는 대표제원리와 양립하는 범위에서 허용된다고 하고 주민직접참여제도가 대표제원리와 관계에서 허용되는 한계의 문제에 대하여 추상적으로는 직접민주주의제도에 의하여 - 단적으로는 주민표결 - 대표민주제의 기능이 상실되거나 또는 지방의회가 지방자치의 보조적인 지위로 전락되어서는 아니 된다고 한다.⁶⁹⁾

68) 김남진, "지방자치와 직접민주주의", 앞의 책, 24면; 이기우, 위의 논문, 73면; 최봉석, 앞의 논문, 275면.

69) Erich Rehn, "Repäsentative Demokratie und bürgerschaftliche Mitwirkung in der Kommunalverwaltung", in: Albert von Mutius(Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, 1983, S. 319.

예를 들어 F. Meissner는 대표제의 유용성(Tüchtigkeit)의 상실여부가 주민직접참여제도의 허용성의 한계라고 하며 따라서 주민표결제도에 의하여 지방의회의 활동이 양적으로 질적으로 현저히 위협받는 상태에 있다면 한계를 벗어난 것이라고 한다.⁷⁰⁾ 구체적으로는 주민표결이 아주 과도한 정도에 이르거나 중요한 정책에 관한 의회의 의결을 그 문제의 의의를 충분히 고려하지 않고 변경·수정하는 경우를 상정하고 있다. 물론 이러한 경우를 방지하기 위하여 적용제외사항과 주민발안 및 주민표결의 성립에 필요한 최저서명수 등의 요건이 방파제가 되고 있다.⁷¹⁾ 또한 R. Streinz도 직접표결적 요소가 질적 양적으로 지방자치단체의 의회의 기능을 마비시키는 때에는 헌법상 위헌의 문제가 발생한다고 한다.⁷²⁾ 이러한 소위 대표민주제의 위기적인 상황으로는 대의제의 원칙인 국민의사에 종속되지 않는 정치형성의 자유가 예외적으로 되어 사실상 의미를 상실하는 경우이다.

독일에 있어 주민표결제도를 포함한 주민직접참여제도가 헌법상 적합한 것이 되기 위한 요건은 ①주민표결과 같은 주민직접참여제도가 의회내 당파간의 정치적 투쟁을 위한 도구로 이용되지 않을 것,⁷³⁾ ②주민직접참여제도가 란트법에 근거한 것일 것, ③주민직접참여의 대상이 지방자치단체의 권한에 한정될 것 등을 들고 있다.⁷⁴⁾

2. 주민직접참여제도의 한계에 관한 대법원의 입장

대법원은 대의제도의 원리를 매우 엄격하게 해석하고 있다. 대법원은 지방의회의 방청객에게 발언권을 부여하는 완주군의 회의규칙에 대하여 대표제의 원리에 반한다고 보았다. 즉, “지방자치법은 헌법 제118조에 따라 의회를 두고 지방의회가 조례의 개폐, 예산의 심의확정 등 중요사항에 대한 의결

70) F. Meissner, "Probleme von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid im deutschen Gemeinderecht", in: J. D. Kühne/F. Meissner, *Züge unmittelbarer Demokratie in der Gemeindeverfassung*, 1977, S. 177.

71) F. Meissner, a.a.O., S. 178.

72) Rudolf Streinz, "Bürgerbegehren und Bürgerentscheid", *Die Verwaltung*, 1983, S. 302.

73) 의회소수파가 다수파에 대한 저항수단으로 이를 정치적으로 이용하는 경우에는 다수결원리에 반할 우려가 있기 때문이다.

74) Rudolf Streinz, a.a.O., S. 302; F. Meissner, a.a.O., S. 178.

제 2 장 주민직접참여제도의 의의와 허용성

권 및 기타 행정사무감사 등의 권한을 행사하도록 하고 있으므로 우리나라는 지방자치에 있어서 주민총회제가 아닌 의회대표제를 채택하고 있다고 보여진다. 이러한 의회대표제하에서 의회의원과 엄연히 다른 지위를 지니는 것으로 의원과는 달리 정치적, 법적으로 아무런 책임을 지지 아니하는 주민이 본회의 또는 위원회의 안건 심의중에 안건에 관하여 발언한다는 것은 현행 법상 선거제도를 통한 대표제원리에 정면으로 배치된다. 다만, 간접민주제를 보완하기 위하여 의회대표제의 본질을 해하지 않고 의회의 기능수행을 저해하지 아니하는 범위내에서 주민이 의회의 기능수행에 참여하는 것-예컨대 공청회에서 발언하거나 또는 본회의, 위원회에서 참고인, 증인, 청원인 등의 자격에서 발언하는 것은 허용된다』고 판시하고 있다.⁷⁵⁾ 이와 같이 대법원은 대의제를 매우 엄격하게 해석하여 대표제를 보완하는 수단으로서 허용되는 것을 공청회에의 참여, 본회의, 위원회에서 참고인, 증인, 청원인 등의 자격에서의 참여 정도만을 허용하고 있어 이 보고서의 고찰대상인 주민직접민주제적 수단은 허용되지 않는 것으로 보고 있다.⁷⁶⁾

3. 소 결

오늘날 지방자치단체의 규모나 인구의 면에 있어 기술적 현실적으로 직접민주제가 대의제를 대체하는 것은 불가능하다는 것은 누구나 인정하는 바라고 생각한다. 그러나 지방자치에 있어 직접민주제의 문제는 이러한 기술적 접근이 아니라 헌법상 지방자치보장의 의의, 지방자치의 본질적 요소인 주민자치 등과 관련하여 법원리적으로 접근하여야 한다. 이는 한국에서 직접참여제도를 도입함에 있어 절차·요건 등을 설정함에 있어 중요한 의미를 가진다.

75) 대판 1993.2.26. 92 추 109. 이 판례의 평석에 대해서는 김남진, "완주군의회회의규칙의 무효판결", 「판례월보」, 280호(1994.1), 35면 이하; 홍준형, 「판례행정법」(두성사, 1999), 1130면 이하; 홍정선, "주민발언권을 허용하는 지방의회회의규칙의 정당여부", 「법률신문」, 1993.5.24, 15면.

76) 물론 이 판례의 대상이 된 사안이 회의규칙에 대한 것이나 만약 대법원이 이러한 입장에 있다면 법률로서 직접민주제를 도입하는 것 역시 위헌이 될 가능성이 있다. 법률이라고 하여 헌법의 원리를 수정할 수 없는 것이기 때문이다. 한편 대법원은 "지방자치법은…… 의회대표제를 채택하고 있는 것으로 보여진다"고 하여 지방자치단체의 의사결정방식이 헌법상의 문제가 아니라 법률 차원의 문제라는 인상을 주고 있다.

앞에서 보았듯이 국민주권주의는 국가권력이 단순히 국민에게서 그 정당성을 찾기만 하면 된다는 형식적인 정당성만이 아니라 사실상 국가의 의사와 국민의사의 근접성을 요구하고 있는 것으로 이해된다. 따라서 직접민주적인 결정과 간접민주적인 결정을 비교하면 직접민주적인 결정에 더 많은 헌법적인 가치가 실려 있다. 왜냐하면 직접민주적인 절차에 있어 국민은 더 많은 영향력을 미칠 수 있는 가능성을 가지고 있기 때문이다.⁷⁷⁾

한편 헌법상 대의제의 원리를 지방자치 차원에서는 국가에서와는 다른 차원에서 해석할 여지도 있는 것으로 생각된다. 헌법상 대의제원리 역시 국가의 통치원리 가운데 하나라고 할 때 지방자치 역시 헌법상 통치원리 가운데 하나이다. 지방자치의 헌법적 보장의 궁극적 목적이 지역단위의 민주주의의 실현과 비집중화·비집권화를 통한 헌법상 국민주권주의와 기본권의 실질적 보장에 있다는 점을 전제할 때 지방자치의 영역에서는 국가 전체적 단위의 실현을 위한 대의제적 의결권의 보장보다 더욱 구체적이고 직접적인 의사반영·의사결정을 위한 제도적 장치와 수단이 고려되어야 한다. 지방자치는 단체자치와 주민자치를 본질적 구성요소로 하고 있으나 단순히 병렬적 관계에 있는 것은 아니다. 즉 단체자치는 주민자치를 실현하기 위한 불가결한 수단으로 지방자치의 핵심적 요소는 주민자치에 있다고 하겠다.⁷⁸⁾ 그리고 주민자치는 지방자치단체의 행정을 행함에 있어 그 단체의 구성원인 주민의 의사를 직접 반영할 수 있는 형식으로 이루어져야 한다는 의미에서 직접민주제적 의사결정을 필수불가결한 요소로 하고 있다.⁷⁹⁾ 이러한 관점에서 볼 때 지방자치단체 차원에서는 직접민주제가 단순히 대의제를 보충·보완하는 기능에서 벗어나 대의제와 병립적인 제도적 기본원리로서 성립할 수 있다고 본다.

77) Hans Herbert von Arnim, "Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene", *a.a.O.*, S. 91.

78) 김동희, 『행정법Ⅱ』(박영사, 1997), 48면.

79) 兼子仁, 앞의 논문, 18면; 高奇昇三, 『市民自治と直接民主制』(公人の友社, 1996), 20면.

제 3 장 현행 지방자치법상 주민직접참여제도의 문제점과 개선방향

제 1 절 서 설

지방자치는 주민참여를 본질적 요소로 하며 주민참여가 존재하는 경우에만 가능하다. 특히 지방자치의 헌법원리로서의 주민자치는 대의제적 주민참여 뿐만 아니라 지방자치의 민주성에 걸맞는 직접민주제적 주민참여를 불가결한 내용으로 한다.¹⁾ 따라서 헌법원리로서의 주민자치는 지방자치단체의 의사결정과정에 주민이 직접적·능동적으로 참여할 수 있는 직접민주제적 참여수단을 법적으로 보장할 것을 요구한다.²⁾ 만약 지방자치영역에서의 민주주의가 국가 차원의 민주주의와 동일한 방식으로 실현되어야 하고 단지 밀도의 차이 밖에 없다면 주민자치를 지방자치의 본질적 내용이며 헌법적 원리로 이해할 특별한 이유가 없기 때문이다.

그럼에도 한국의 지방자치법은 주민의 직접참여에 관하여 매우 소극적이다. 1988년 지방자치법은 주민소청 및 주민소송제도(동법 제153조·제154조)를 활용된 사례가 없었다는 이유로 폐지하였으며³⁾ 1994년 도입된 주민투표제도 역시 5년이 지난 지금까지 주민투표법의 제정을 해태하고 있어 시행되지 못하고 있다.⁴⁾ 또한 1999년 개정지방자치법이 일본의 직접청구제도

1) Michael Margolis, *Viable Democracy*(St. Martin's Press, 1979), p.155; 兼子仁, "自治體住民の直接民主主義的權利", 『法學會雜誌』, 제32권 1호(東京都立大學, 1991.7), 17면.

2) Heinrich Scholler, *Grundzüge des Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 4 Aufl.(C. F. Müller, 1990), S. 44ff.

3) 이 점은 입법자들의 지방자치에 대한 몰이해를 엿볼 수 있는 대목이다. 구법상 소청 및 주민소송제도는 그 대상이 행정소송법체계와 조화하기 곤란하고 소송절차가 미비되어 있는 등 문제점이 없지 않았으나 비교적 충실한 주민직접참여제도였다고 생각된다. 만약 입법자들이 지방자치의 근본취지가 주민의 정치·행정에의 직접참여에 의한 지역단위의 민주주의의 실현에 있다는 점을 이해하였다면 이 제도를 개선·정비하는 방향으로 입법화를 추진하였을 것이다.

4) 지방자치법이 주민투표를 별도의 법률로 정하도록 한 것은 입법의 지연을 위한 방편이었다는 견해가 제기되고 있다(이기우, "주민참여활성화를 위한 법제정비", 『법제연구』, 제9호(1995), 121면). 나아가 주민투표제도는 헌법상 이미 보장되어 있는 국민투표권을 지역단위에 확장하는 의미를 갖는데 불과하며 이 자체를 지방자치제에 들어

를 모델로 하여 도입한 조례제정·개폐청구제도 및 주민감사청구제도는 지방자치현장에서 가장 쟁점이 되는 사항을 발의대상에서 제외하고 발의요건을 엄격하게 규정하여 주민의 입장에서 사실상 활용할 수 없는 법전 속의 제도에 머물 가능성이 많은 것으로 생각된다. 나아가 이들 제도는 주민청구의 실효성을 보장할 수 있는 법적 수단을 결하고 있으며 주민감사청구제도는 국가의 지방행정에 대한 개입가능성을 더욱 확대하고 있다.

이런 점을 볼 때 주민의 직접참여제도에 대한 입법기조는 지방자치 현장에서 활동하는 주민단체나 학계의 요구를 법적으로 수용하여 주민참여를 적극적으로 활성화하는 것이 아니라 이들의 요구를 저지하기 위한 수세적인 방어장치를 마련함에 있는 것은 아닌가하는 의구심을 갖게 한다. 이하에서는 현행 지방자치법상 주민직접참여제도의 검토하여 그 문제점과 개선방향을 제시한다.

제 2 절 주민투표제도

I. 지방자치법의 규정내용

지방자치법은 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항 등에 대해 주민투표에 붙일 수 있다고 규정하면서 주민투표의 대상·발의자·발의요건 등에 관하여 따로 법률로 정한다고 되어 있다(동법 제13조의2).

원래 주민투표제도는 “주민이 지방자치단체의 일정한 사항에 대하여 결정력을 가지고 표결하는 제도”로서⁵⁾ “직접민주주의의 명확한 표현”⁶⁾이라고 할 수 있다. 그러나 현행 지방자치법이 규정하고 있는 주민투표제도는 주민투표의 시행여부가 지방자치단체의 장의 임의적인 재량에 맡겨져 있어 지방자치

와서 도입된 새로운 주민의 권리목록으로 볼 수 없다는 견해도 있다(류지태, “현행 지방자치법제의 문제점 점검”, 『공법질서의 변화에 대한 평가와 재정비』(한국공법학회 제82회 학술발표회 자료집, 1999. 9), 30면).

5) Michael Deubert, *Direkte Demokratie und unmittelbare Bürgerbeteiligung*, 1987, Richard Boorberg, S. 28.

6) E. Schmidt- Aßmann, *Kommunalrecht*, in: E. Schmidt- Aßmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10 Aufl., 1995, S. 62.

단체의 장은 투표결과에 따른 정책결정여부에 대하여 법적으로 구속을 받지 않는다는 점에서 자문적 주민의견조사 이상의 의미를 부여하기 곤란하다.⁷⁾

II. 독일의 주민투표제도

1. 개 설

독일의 경우 지방자치단체의 의사결정에 대한 주민참여는 부진정주민직접참여제도를 중심으로 발전되어 왔으나 1990년대 이후 주민투표제도와 같은 진정주민직접참여제도의 도입이 현저화되고 있다. 독일의 지방자치단체 차원의 주민표결제도는 1997년 잘라트주를 마지막으로 3개의 도시주를 제외한 13개의 모든 주에서 제도화되어 있다. 독일의 주민표결제도의 개요를 보면 다음과 같다.⁸⁾

독일의 주민투표제도는 원칙적으로 주민청구에 의하여 실시되는 임의적 주민투표로 제도화되어 있으며 지방자치단체의 사무 가운데 중요한 사무가 의무적으로 주민에 의한 직접적인 의사결정에 맡겨져 있는 의무적 주민투표제도와 크게 다른 점이다. 주민투표는 먼저 일정비율 이상의 주민의 서명에 의한 주민청구에 의하여 이루어지도록 되어 있다. 주민청구는 지방자치단체의 기관(통상 의회)에 대하여 행하며 먼저 당해 청구가 법적으로 정하여진 형식상의 요건(필요서명수를 충족하고 있는가 등)과 내용상의 요건(청구의 대상이 주민투표의 대상으로 인정된 사항에 관한 것인가 등)을 충족하였는가의 여부를 심사한 후 각각의 요건을 충족하는 것으로 인정되는 경우 의회 심의에 부의·의결하도록 되어 있다. 요건을 충족하지 못하는 경우 당해 청구는 각하되며 이 경우 많은 주에서는 법적인 구제의 길을 열어두고 있다.

의회에서 주민청구의 취지에 따라 결정이 이루어지지 않는 경우에는 당해 제안은 주민투표에 붙여진다. 주민투표에서 주민청구와 관련한 제안이 성립하기 위해서는 통상 유효투표수의 과반수를 얻는 것만으로는 불충분하고 동시에 유권자수의 일정비율 이상의 찬성을 얻어야 한다. 주민투표에서 필요로 하는 수 이상의 찬성표를 획득한 경우 주민청구와 관련한 제안은 성립되고

7) 헌재 1995. 3. 23. 94 헌마 175 참고.

8) 미국·프랑스·일본 등의 주민투표제도의 내용에 대해서는 박영도, 『주민투표법의 입법방향』(한국법제연구원, 1996), 15~38면 참고.

이는 지방의회의 결정과 동일한 효력을 가지며 당해 지방자치단체의 의사를 구속한다.

2. 주민투표제도의 법적 구조

독일에서는 일반적으로 주민청구에 근거하여 주민투표를 실시할 수 있으며 또한 일부 주에서는 의회의 발의에 의한 주민투표를 인정하고 있다. 이 점은 많은 중요한 사항을 의무적 주민투표의 대상으로 하여 주민의 직접적인 의사결정에 맡기고 있는 스위스와 결정적으로 다른 점이다.

(1) 주민투표의 발의

가. 주민청구

먼저 주민청구를 제기할 수 있는 자는 시민이며 주민이 아니다. 여기서는 먼저 시민이라는 용어에 대해서 설명하여 두고자 한다. 독일 지방자치법에서는 예를 들어 노르트라인-베스트팔렌주 지방자치법 제21조에서 보는 것과 같이 시민이라는 용어와 주민이라는 용어를 의식적으로 구분하여 사용하고 있다. 이 경우 『주민』은 당해 지방자치단체에 주소를 가진 자를 말하며, 『시민』은 주민 가운데 지방자치단체의 선거에 참여하는 권리를 가진 자인 유권자만을 의미한다. 이와 같은 주민의 개념은 중세 이래의 역사적인 개념으로 원래는 법적인 공동체의 의사결정에 참여할 수 있는 자격은 매우 한정되어 있었기 때문에 『주민』에 비하여 시민의 범위는 매우 좁은 것이었으나 오늘날에는 주민과 시민은 국적과 연령이 구별기준이 되고 있다. 구체적으로는 『시민』은 “당해 지방자치단체에 3개월 이상 거주하고 있는 만18세 이상의 독일인 또는 기타 EU가맹국의 국적을 가진 자(노르트라인-베스트팔렌주의 경우)”이며 이와 같은 규정은 거의 모든 주에 공통적이다.⁹⁾

또한 연령의 요건을 보면 니더자센주에 이어 슐레스비히-홀슈타인주가 18세에서 16세로 인하하는 결정을 하였으며 노르트라인-베스트팔렌주 등

9) 이와 같이 “국민”의 개념에 비하여 “시민”의 개념이 넓은 것은 유럽통합을 위한 마스트리히트조약이 가맹국의 지방정부 차원의 참정권에 대해서는 조약가맹국의 국민에 대해서는 상호 자국민과 대등한 권리를 보장하도록 함에 따라 이에 따라 개정된 기본법 제28조 제1항 3분의 규정(1996년 1월 1일부터 시행)에 근거하여 각주의 법률이 개정되어 “기타 EU가맹국의 국적을 가진 자”에게도 지방자치단체 차원의 선거권을 부여하도록 하고 있기 때문이다.

다른 주에서도 연령의 인하논의가 전개되고 있다. 이와 같이 독일에서는 주민청구와 주민표결은 위에서 보듯이 주민과는 엄격히 구별되는 유권자인 시민의 정치적 권리로 인정되고 있다.¹⁰⁾

나. 의회발의

바덴- 뷔르템베르크주 등 일부 주에서는 의회의 발의에 의해서도 주민투표가 실시된다. 다만 지방의회의 발의는 전체의원의 3분의 2 이상의 다수의 찬성을 요하거나(바이에른주, 작센주 등) 주민투표가 실시된 이후 일정한 기간 안에 당해 투표결과를 변경하고자 하는 경우에 한하는 등(브란덴베르크주, 노르트라인- 베스트팔렌주 등) 일정한 경우에 제한되는 경우가 많다. 이는 주민투표제도가 어디까지나 주민의 정치적 참여를 확대할 목적으로 도입되었다는 등의 이유 때문이다.

다. 주민청구의 성립요건

주민청구가 성립하기 위해서는 일정수(비율)의 유권자의 서명이 필요하며 구체적인 비율은 주에 따라 다르다. 브란덴부르크주의 경우 단순히 “유권자수의 10% 이상의 서명이 필요”하다고 규정되어 있는 것에 대하여 노르트라인- 베스트팔렌주의 경우는 마찬가지로 “유권자의 10% 이상의 서명이 필요”하다고 규정하면서 인구규모에 따라 필요서명수를 규정하고 있다. 또한 튀링겐주에서는 20%, 바덴- 뷔르템베르크주와 작센주의 경우는 각각 15%로 되어 있다. 이와 같이 주민청구가 성립하기 위하여 필요한 서명자수에 대해서는 각주에 따라 각각 다르지만 일반적으로 지방자치단체의 규모에 크면 클수록 서명을 모집하기가 어렵기 때문에 제도의 취지에 비추어 인구규모에 따라 필요서명자수를 정하는 것이 타당하다는 견해가 많다.

또한 주에 따라서는 니더작센주와 같이 일정한 기간(니더작센주의 경우는 6월 이내)에 모집할 것을 요건으로 하고 있는 주도 있으나 시간적인 제한을 두고 있지 않는 주도 있다. 스위스에서의 서명모집을 위한 시간제한은 특히 의무적 주민투표의 경우 등 중요한 의사결정이 필요이상 장기에 걸쳐 방치해서는 아니 된다는 취지에서 상당히 단기(많은 경우 30일 이내)의 시간제한을 두고 있다. 그러나 독일의 경우에는 의무적 주민투표제도를 두고 있지

10) 다만 이 보고서에서는 주민과 시민을 특별히 구분하지 않고 한국의 사용례에 따라 일반적으로 주민으로 표현한다.

않기 때문에 서명모집을 위한 충분한 시간적 여유를 주기 위하여 상당한 장기의 시간제한을 두고 있는 점이 주목된다. 또한 이러한 시간적 제약뿐만 아니라 서명을 하는 장소에 대해서 공간적인 제한을 하고 있는 경우도 있다.

(2) 주민투표의 대상

주민투표의 대상이 될 수 있는 사항은 당해 지방자치단체의 고유사무 중 중요한 사무로 되어 있다. 이는 주민투표의 성질상 어느 의미에서는 당연하다고 생각된다. 그러나 독일의 지방자치단체는 고유사무만이 아니라 주(경우에 따라서는 연방)가 위탁한 사무도 처리하지만 이에 대해서는 주민투표의 대상이 되지 않는다는 것에 주의할 필요가 있다. 그리고 주에 따라서는 대상이 되는 항목(positive catalog)을 열거하고 있으며 또한 반대로 모든 주에서는 대상이 될 수 없는 사항(negative catalog)을 열거하고 있다. 즉, 적극적 구체적으로 주민투표의 대상이 될 수 있는 사항으로는 ①공공시설의 설치, 확충 또는 폐지에 관한 사항, ②지방자치단체의 폐치분합 또는 경계변경 등을 들 수 있다. 한편 적용대상에서 제외되는 중요한 사항으로 열거되고 있는 항목으로는 ①지방자치단체의 내부조직에 관한 사항, ②지방자치단체의 장, 의회(참사회)의 구성원 또는 공무원의 신분에 관한 사항, ③지방자치단체 및 지방자치단체가 운영하는 기업과 관련한 예산, 조세 또는 요금에 관한 사항, ④지방자치단체 및 지방자치단체가 운영하는 기업과 관련한 결산에 관한 사항, ⑤계획결정 등에 있어서의 공청회의 개최, 이해관계인의 심문 등 법령에 특별한 절차가 규정되어 있는 사항, ⑥법률상 구제조치, 쟁송에 관한 사항, ⑦위법한 목적을 가지고 행하여진 청구와 관련한 사항, ⑧과거 2년(또는 3년) 이내에 주민투표가 실시된 사항 등을 들 수 있다.

이와 같이 독일에서 주민청구·주민투표의 대상에 대하여 상당히 자세한 규정을 두고 있는 것은 독일의 주민투표가 당해 지방자치단체의 의사를 결정(구속)하기 때문이며 프랑스형국가들에서 볼 수 없는 특색이다. 또한 스위스에서 예를 들어 지방자치단체의 내부조직에 관한 사항 등은 독일과 마찬가지로 대상에서 제외되고 있으나 예산·세금, 공과 등에 관한 사항은 당연히 주민투표의 대상이 되고 있는 것과는 크게 다른 점이다. 이는 스위스에서는 직접민주주의가 제도의 기본이 되고 있어 중요한 사항은 원칙적으로 주민이 직접 의사결정을 하여야 하는 것으로 되어 있는 것에 대하여 독일에서는 어디

까지나 대표민주주의를 제도의 원칙으로 하고 있음에 의한 차이라고 할 수 있다. 즉, 당해 지방자치단체에 있어 중요한 사항이라고 하더라도 세금이나 공과와 같이 시민들에게 일반적으로 인기가 없는(unpopulär) 것이 명확한 사항과 예산에 관한 사항과 같은 사항은 오히려 원칙대로 대표에게 맡겨야 한다는 관점에서 주민청구·주민투표의 대상에서 제외하고 있는 것이다.¹¹⁾

(3) 주민투표절차 및 성립요건

가. 주민투표절차

주민청구에 대해서는 그 내용이 위에서 본 주민청구·주민투표의 대상에 포함될 것이 필요로 하는 것 이외에 많은 주에서는 그 형식에 대해서도 몇가지의 제약을 두고 있다. 예를 들어 주민청구와 관련한 제안은 일정한 서식(법안 형식)을 갖추는 것, 청구의 이유를 부기할 것 등을 요구하는 경우가 많으며 주민투표에 붙여지는 때에는 통상 YES/NO의 양자택일형을 취하도록 하고 있다. 스위스에서는 통상 일반적 제안의 형식이나 완성된 법안의 형식을 모두 허용하고 있는 것에 비하여 형식적인 요건이 약간 엄격한 측면이 없지 않다.

또한 바이에른주를 제외한 다른 주에서는 무책임한 청구의 남용을 방지하기 위하여 당해 청구와 관련한 제안이 경비부담을 수반하는 경우에는 그 경비의 재정조치에 대한 제안도 함께 제시하도록 하고 있다. 비용충당안은 의회가 예산 등으로 예정하고 있는 것에 비하여 지출증가나 수입감소를 수반하는 경우에 필요하게 된다. 따라서 당해 조치에 의하여 아무런 비용이 발생하지 않는 경우나 당해 사업에 대하여 의회가 이미 예상하고 있는 금액 보다 적은 비용으로서 사업이 수행되는 때에는 비용제안의무는 발생하지 않는다. 비용에는 건설비 등 초기투자비 뿐만 아니라 유지·운영비도 포함된다.¹²⁾

주민청구는 통상 서명부와 함께 의회에 제출하여야 하며 의회는 청구된 제안이 제안이 내용상 형식상의 요건을 충족하고 있는가(Zulässigkeit)를 심사한다. 요건을 충족한다고 인정되는 경우에는 의회에서 심의하여 의결을 하며 이 때 집행부의 의견을 청취할 것을 요구하고 있는 주가 많다. 한편 요

11) Hans- Günter Henneke, "Die Rolle der Fraktionen und Parteien in einem gewandelten Kommunalverfassungsrecht", *Der Landkeis*, 1997, S. 8.

12) 엄격한 비용제안의무를 주민에게 과하는 것은 가혹한 것이 되기 때문에 일반적으로는 개괄적인 계산에 의하면 족하고 명확하게 현실에 맞지 않다고 판단되는 등 실태를 무시하고 있다고 평가되지 않을 정도의 건적이면 충분하다고 한다.

건을 충족하고 있지 않다고 판단되는 경우에는 당해 주민청구는 각하된다. 각하결정에 대해서는 불복신청 등 특별한 구제의 길을 보장하는 수가 많다.

한편 바이에른주와 작센주에서는 주민청구에 대해 일정한 조건하에서 소위 집행정지의 효력이 인정되고 있다. 즉 바이에른주의 경우 주민청구가 제기된 경우 이후 일정기간(필요서명자수의 3분의 1 이상의 서명부가 제출된 후 2개월간) 안에는 지방자치단체의 기관은 당해 청구의 취지에 반하는 결정을 하여서는 아니되며 또한 법률에 의하여 의무화되어 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 집행을 할 수 없도록 하고 있다. 다만 이에 대해서 다른 많은 주에서는 주민청구에 대하여 일반적으로는 이와 같은 집행정지의 효력을 인정하지 않고 있으며 또한 바이에른주에 대해서는 1997년 8월 29일 바이에른주 헌법재판소에서 “집행정지효력을 인정한 법률의 규정은 주헌법에 위반한다”는 위헌판결을 받았다. 즉 바이에른주 헌법재판소는 주민청구의 집행정지효력에 대해서 “극히 소수의 자의 청구에 근거하여 집행정지의 효력을 인정하는 것은 특히 당해 청구의 정당성이 문제되고 있는 경우에 있어 장기간에 걸쳐 지방자치단체의 활동을 제약하는 것이 되며 이는 민주적으로 선출된 지방자치단체의 대표자에 의한 자주적인 의사결정이라는 지방자치단체 자치원칙을 침해하는 것으로 위헌·무효”라고 판단하였다.¹³⁾

의회가 당해 주민청구와 관련한 제안을 가결한 경우에는 당해 제안은 성립하게 되지만 그 제안을 부결하거나 일정한 기간 안에 의결하지 아니하거나 당해 제안의 취지에 따라 의결을 하지 아니한 경우에는 주민투표가 실시되게 된다. 주민투표에 붙여지는 질문서는 발기인의 안이 의회(참사회)의 승인하에 그대로 사용되며 스위스의 주민투표나 주 차원의 국민투표의 경우와는 달리 의회(참사회)가 대안을 제시하는 것은 제도상 예정되어 있지 않다.

13) 한편 헤센주 카셀시 주민은 지하주차장 건설공사중 발견된 古城壁의 보존을 위한 주민청구를 제기하면서 법정요건을 충족하는 서명을 모집하기 전에 공사의 집행정지를 동시에 구하였는 바 이와 같이 법정요건을 충족하지 못한 단순한 청원(진정)의 단계에서 유효하게 의결된 의회결정의 집행을 정지하는 것이 허용되는지의 여부가 쟁점이 된 사건에서 카셀시 행정법원은 “이 사건에서는 만약 집행정지를 인정하지 않으면 회복이 불가능한 사태가 발생하는 것이 분명하며 따라서 이와 같은 경우에는 이후 법률이 정한 6주의 기간 안에 적법한 주민청구가 이루어지면 족하다고 해석하는 것이 타당하다”고 판시하였다. 그리고 “주민의 권리를 실질적인 것으로 하기 위해서는 지방자치단체의 총회의 결정 이후 단기간에 이유부기, 재원조치와 관련한 대체안의 제시, 필요서명수의 확보라는 조건을 만족시켜야 한다고 할 필요는 없다”고 판시하였다 (VGH Kassel, Beschl. v. 26. 10. 1993, NVwZ 1994, S. 396).

다만 주민청구와 관련한 의안을 의회가 부결한 경우에는 그 이유를 주민에게 제시하도록 되어 있다.

나. 주민투표의 성립요건

주민투표에서 투표에 붙여진 안건이 성립하기 위해서는 유효투표수의 과반수 이상의 찬성을 얻을 필요가 있다는 것은 당연하지만 독일의 경우에는 이에 더하여 찬성표가 전체 유권자의 일정비율(3개의 주가 30%, 8개의 주가 25%) 이상일 것을 요건으로 하고 있다.¹⁴⁾ 이 요건은 주민투표시의 다수에 의하여 의사결정이 이루어지는 것을 방지하는 취지이다. 즉, 활동적인 소수파가 다수 주민의 의사에 반하는 이해를 관철시키기 위하여 주민발안 내지 주민투표를 이용하는 것을 방지하기 위한 것이다.¹⁵⁾ 그러나 예를 들어 스위스에서는 “투표에 참여하지 않는 자는 참여하지 않음으로 인한 결과에 대하여 스스로 책임을 부담한다”는 사고에 의하여 이와 같은 요건을 두고 있지 않다. 이 정족수의 문제는 독일 주민투표제도와 관련하여 가장 큰 쟁점이 되고 있다. 한편 많은 주에서는 주민투표에서 법정득표를 얻은 (찬성 또는 반대의) 다수의의사가 형성되지 아니한 때에는 의회가 의결하여야 한다는 규정을 두고 있다.

다. 주민투표결과의 구속력

독일의 주민투표제도는 시민 스스로가 그가 속하는 지방자치단체의 의사를 결정하는 것이며 의회의 의결과 동일한 법적 구속력을 갖는다. 따라서 주민청구와 관련한 제안이 필요정족수의 찬성을 얻는 때에는 당해 제안은 성립하여 당해 지방자치단체의 의사가 된다.

(4) 권리구제

서명자는 각 주의 지방자치단체선거법에 따라 의회의 주민청구거부결정에 대하여 취소소송 내지 의무이행소송을 제기할 수 있다. 원고는 대표자에 한정되지 않고 각 서명자이다. 그러나 주민운동단체나 서명에 참여하지 않는

14) 바이에른주만 이러한 요건을 규정하고 있지 않으나 바이에른주 헌법재판소는 1997년 8월 29일 다른 주와 같이 정족수요건을 두고 있지 않는 바이에른주 지방자치법은 주헌법에 반한다고 하여 주의회에 대해서 늦어도 2000년 1월 1일까지 어떠한 형태로든 제약조건을 법률에 규정할 것을 명하는 판결을 하였다.

15) Dieckmann/Heinrichs, *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen*, 1996, S. 133.

자는 소송을 제기할 수 없다. 피고는 지방자치단체가 된다. 먼저 감독청에 이의심사청구를 하고 청구가 인용되지 않을 때에는 소송을 제기할 수 있다. 전면적 거부뿐만 아니라 부분적 거부에 대해서도 쟁송제기가 가능하며 주민 청구의 수용으로 볼 수 없을 정도의 의회의결이 있는 경우 당해 의결을 이유로 주민투표를 실시하지 않는 경우에도 쟁송제기가 가능하다. 한편 이의심사청구를 인용하는 결정에 대하여는 지방자치단체가 지방자치단체의 기본조직을 유지할 권리가 침해된다는 이유로 취소소송을 제기할 수 있다.

주민투표에 관한 쟁송에는 지방자치단체선거법에 따르면 연방행정법원법이 정하는 원고적격이 요구된다. 투표방해는 그것이 선거결과를 좌우할 가능성이 없는 한 선거자체를 무효로 할 수 없다. 다만 투표권자는 투표결과 유지에 대한 권리를 갖기 때문에 감독청이 주민투표 자체를 무효로 하거나 의회가 일정기간 동안의 개폐금지규정에 반하는 때에는 행정소송을 제기할 수 있다.¹⁶⁾

(5) 정보제공

주민투표의 실시 앞서 지방자치단체는 주민에게 정보를 제공할 의무가 있다. 명문의 규정이 없어도 이러한 의무는 발생한다.¹⁷⁾ 정보제공의무는 주민청구에 의한 주민투표 뿐만 아니라 의회발의에 의한 주민투표에도 마찬가지로 적용된다. 주민의 적정한 판단형성을 담보하기 위한 수단이다. 가능한 객관적 정보제공이 행해지도록 소수의견·반대의견도 포함하여 지방자치단체기관의 모든 의견이 그 주된 이유와 함께 제공되어야 한다. 이 경우 정보제공의무는 주민의 투표권과 밀접한 관련을 갖기 때문에 주민은 완전하고 정확한 설명을 요구할 권리를 갖는다는 견해도 있다. 정보제공의 방법은 특정되어 있지 않다.

3. 제도의 특징과 평가

독일에서 주민투표제도는 이제 일반화되어 있다. 잘란트주가 1997년 지방자치법을 개정하여 이 제도를 받아들임으로써 이제는 3개의 도시주를 제외한 나머지 모든 주가 내용상 차이는 있지만 이 제도를 두게 되었다.

16) Gerd Hager, "Rechtspraktische und rechtspolitische Notizen zu Bürgerbegehren und Bürgerentscheid", *VerwArch.*, 1993, S. 115ff.

17) Dieckmann/ Heinrichs, *a.a.O.*, S. 133.

독일 각 주의 지방자치법이 규정하고 있는 주민투표제도의 공통된 특징으로 ①위임사무, 지시사무, 공과·예산·결산 등의 재무사항, 내부행정조직, 지방자치단체의 장·의회의원·공무원의 법관계 등을 주민투표의 대상에서 제외하는 규정을 두어 주민투표의 대상을 한정 ②주민청구 중심의 주민투표제도, ③임의적 주민투표제도, ④의회의 의결에 반대하는 주민청구시 청구서 명모집기간의 제한(통상 6주, 기타 경우에는 기간제한이 없음) ⑤주민청구자에게 법령상 실현 가능한 비용제안의 의무화, ⑥주민청구의 정지효 내지 연기효(청구의 취지에 반하는 의결·집행행위의 금지)의 불인정, ⑦주민청구의 허용성에 대한 의회의 심사·결정권, ⑧법효과에 있어 주민투표와 의회의 결의 원칙적 동등취급(다만 의회는 일정기간 안에 주민투표로 결정된 사안을 개폐할 수 없음), ⑨법정득표제의 채택(투표의 과반수의 찬성과 전체 유권자의 25~30%의 찬성 요구) 등을 들 수 있다.

주민투표제도는 기본적으로 의회의 소관사무에 대하여 의회를 대신하여 주민 스스로가 결정하는 제도이지만 독일의 경우 위의 제도들에 의하여 의회제의 존중, 주민의 자기결정에 상응하는 자기책임의 중시 내지 제도남용의 방지가 도모되고 있다. 이러한 의미에서 독일의 주민투표제도는 기본적으로 대의제·의회제를 보완하는 기능을 하는 것으로 평가할 수 있다.

Ⅲ. 주민투표의 제도화와 관련한 주요 쟁점과 입법방향

주민투표제도를 구체적으로 입법화함에 있어서는 주민투표제도의 순기능을 극대화하고 역기능을 최소화하는 방안이 구체화되어야 한다. 주민투표법에 규정되어야 할 내용으로는 주민투표의 발의자, 주민투표의 대상, 주민투표의 절차, 주민투표의 효력 등이 포함되어야 한다.

1. 주민투표의 발의자

주민투표제도에서 주민투표의 발의자를 누구로 하느냐의 문제는 주민투표의 기능을 어디에 둘 것인지에 관한 문제와 직결된다.

(1) 지방자치법 및 정당들의 법률안 검토

지방자치법 제13조의2는 주민투표의 발의자를 지방자치단체의 장에게 한정하고 있다. 그러나 주민투표는 지방자치단체의 중요한 현안문제에 대한 의

사결정이라는 점에서 지방자치단체의 장만을 주민투표의 발의자로 규정한 것은 문제가 있다.

1994년 7월 11일 당시 민자당(이하 민자당이라고 한다)에서 제출한 주민투표법안에서는 주민투표의 발의자로 지방자치법과 마찬가지로 지방자치단체의 장만을 예정하고 있다(안 제10조). 이에 대하여 1994년 7월 6일에 당시 민주당(이하 민주당이라고 한다)이 발의한 주민투표법안은 지방자치단체의 장뿐만 아니라 지방의회와 주민도 발의권자로 예정하고 있다. 다만 지방의회가 발의하는 경우는 재적의원 과반수의 찬성이 있어야 하며 주민이 발의하는 경우 투표권있는 주민의 5분의 1 이상의 연서를 요구하고 있다(안 제4조).

(2) 입법방향

주민투표가 특정사항에 있어서 지방의회의 의결을 갈음하는 기능을 한다는 점에서 원래의 의결기관인 지방의회가 발의할 수 있도록 하여야 한다. 지방자치단체의 장에게도 지방의회에 대한 발의권을 갖는 것과 같은 취지에서 주민투표의 발의를 허용하는 것이 바람직하다. 또한 주민은 지방행정에 대하여 최종적인 책임을 지는 지위에 있다는 점에서 발의자로 포함시키는 것이 바람직하고 주민투표의 취지에도 부합한다. 지방자치법과 달리 주민투표법에서 지방의회 및 주민에게 주민투표의 발의권을 인정하는 것은 법률적으로 가능하며 문제가 없다. 주민투표법은 지방자치법에 대하여 특별법의 성격을 가지고 있기 때문이다.¹⁸⁾

따라서 주민투표의 발의자는 지방의회, 주민 그리고 지방자치단체의 장이 포함되어야 하며 이 경우 발의절차도 발의자에 따라 다르게 규정되어야 할 것이다. 우선 ①지방자치단체의 장이 발의하는 경우에는 지방의회의 관여절차를 거치도록 하는 것이 바람직하다. 지방의회가 지방자치단체의 장이 요구하는 사항을 수용하여 이를 의결하는 경우에는 그 목적이 달성될 수 있기 때문이다. ②지방의회가 주민투표를 발의하는 경우에는 일반적인 의결정족수 보다는 엄격한 의결정족수를 규정하는 것이 바람직하다. 주민투표가 지방의회의 정치적인 책임회피의 수단으로 남용될 우려가 있기 때문이다. ③주민의 발의하는 경우에는 지방자치단체의 규모·인구수에 따라 발의요건을 달리 규정하는 것이 타당하다.

18) 이기우, “주민투표제도의 입법방향”, 『정치·행정개혁을 위한 입법과제』(한국공법학회 제78회 학술발표회, 1998.11), 89면.

2. 주민투표의 대상

(1) 지방자치법 및 정당들의 법률안 검토

가. 지방자치법

지방자치법 제13조의2는 주민투표의 대상으로 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항을 규정하면서 그 구체적인 대상을 법률로 정하도록 위임하고 있다. 지방자치단체의 폐치·분합의 경우는 지방자치법 제4조제1항에서 법률(광역지방자치단체)과 대통령령(기초지방자치단체)으로 정하게 하고 이 경우 지방회의의 의견을 듣도록 하고 있는데 양 규정의 관계가 문제된다. 이는 주민투표의 효력과 관련된 문제로서 주민투표에 대해 법령선점사항에 대해서도 결정권을 부여한 것인가 아니면 주민투표는 구속력없는 여론조사에 불과한가에 관한 문제로서 이에 의해 최종결정을 주민투표 결과에 의할지 동법 제4조의 절차에 의할지가 결정된다. 이를 형식논리의 측면에서 보면 조문의 취지로 볼 때 주민투표의 결과는 최종적인 결정에 참고사항이 될 뿐 지방자치단체의 결정에 대해서는 구속력을 가지지 않는 것으로 투표의 결과와는 별도로 법률에 의해 규정된 절차에 따라 최종적 결정이 이루어지며 주민투표의 결과는 간접성·비구속성이라는 한계를 가지는 것에 머무르게 된다.

주민투표의 대상으로 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미칠 수 있는 지방자치단체의 주요결정사항으로 규정한 것은 바람직하다. 어떤 사항이 주민에게 과도한 부담을 주는 것인지 주민에게 중대한 영향을 미치는지의 여부는 발의권자가 감안하여 결정할 수 있으므로 일종의 개괄조항으로 주민투표의 대상을 규정하고 있다. 이를 열거적으로 규정하는 것은 지방정치의 경직성을 초래할 수 있으므로 바람직하지 않다. 따라서 주민투표의 대상을 일반적인 개괄사항으로 규정하고 다만 절차규정으로 주민투표의 남용을 방지하도록 하는 것이 바람직하다.

나. 정당들의 법률안

민주당안과 민자당안은 법률위반사항, 지방자치단체의 권한을 넘는 사항, 재판에 계류 중인 사항을 주민투표의 대상에서 제외하고 있는 점은 공통적

이다. 다만 민자당안은 선거에 중대한 영향을 미치는 사항과 빈번한 변경이 요구되는 사항 등 주민투표의 남용을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하여 대통령령으로 정하는 사항을 추가하고 있다.

법률위반사항을 주민투표의 대상에서 제외하는 것과 관련해서는 위법판단의 주체가 문제된다. 위법의 판단은 최종적으로 법원이 하므로 법률에 위반되는 사항은 주민투표의 대상에서 제외시킬 것이 아니라 주민투표의 과정에서 논의될 수 있도록 하고 최종적인 결정은 지방자치단체의 장, 지방의회, 주민이 법원에 소송을 제기할 수 있도록 하면 될 것이고 이를 주민투표의 대상에서 제외할 필요는 없다고 본다.¹⁹⁾

한편 민자당안 중에서 빈번한 변화가 필요한 사항을 주민투표의 대상에서 제외하는 것은 바람직하지만 주민투표에서 제외되는 사안은 지방정치에 중대한 영향을 미치므로 법률에서 확정적으로 열거하는 것이 바람직하며 이를 대통령령에 위임하는 것은 바람직하지 않다. 또한 선거에 중대한 영향을 미치는 사항을 제외하는 것은 타당하지 않다. 지방자치단체의 중요한 사항은 당연히 선거에 영향을 미칠 수 있으므로 이를 제외하면 사소한 사항에 대해서만 주민투표를 붙일 수 있는 결과를 초래하기 때문이다.

(2) 입법방향

주민투표의 대상을 규정하는 방식으로는 적극적으로 일정한 사항을 주민투표에 붙이도록 하는 방안, 소극적으로 일정한 사항을 주민투표에 붙이지 못하도록 하는 방안 및 일반적 개괄조항을 두는 방안이 있을 수 있다. 주민투표의 대상을 열거적으로 규정하는 것은 지방정치의 경직성을 초래할 수 있으므로 바람직하지 않으며 따라서 주민투표의 대상을 일반적인 개괄사항으로 규정하고 다만 절차규정으로 주민투표의 남용을 방지하도록 하는 것이 바람직하다. 또한 주민투표의 대상에서 제외되는 사안은 법률에 확정적으로 열거하여야 한다. 또한 지방의회가 의결한 사항에 대하여 실시하는 주민투표는 주민들만 발의할 수 있도록 하고 지방자치단체의 장은 발의할 수 없도록 하는 방안도 고려할 수 있다. 지방자치단체의 장은 재의요구권의 행사를 통하여 동일한 목적을 실현할 수 있기 때문이다.

19) 이기우, 위의 논문, 90면.

3. 투표권자

지방자치법은 투표권자에 대해서 특별한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 주민투표의 투표권자는 유권자로서의 주민인 공민으로 한다는 것에 대체적으로 의견이 일치하고 있는 것으로 생각된다. 그러나 주민투표의 실익은 지역의 중요사안에 대해 직접 당사자에 의한 의사결정에 있다. 따라서 일반적으로 대표선출자격(선거권자)에 요구되는 국민의 자격으로서의 국적이 필수적 요건이 되는가의 문제는 검토가 여지가 있다. 오늘날 주민의 의미가 국적 등에 의한 제한을 넘어 생활공동체 구성원을 의미하는 것으로 확대되어가는 추세에 따라 주민투표에 있어서도 그 주체를 국민인 주민에 한정하지 않고 보다 넓게 일정한 기간 이상 거주하는 외국인인 주민에 대해서도 투표자격을 인정하는 것이 바람직할 것이다.

4. 주민투표의 효력

(1) 지방자치법 규정의 검토

현행 지방자치법상 주민투표는 행정의 의사결정과정에 주민을 참여시켜 투표를 통해 제시된 주민의 일반의사에 행정이 구속되게 하는 제도로서 주민의 능동적 참여를 의미하기 보다는 지방자치단체의 결정에 신중을 기하기 위해 주민의 자문적 답변을 기대하는 방식으로 규정되어 있다. 헌법재판소도 지방자치법 제13조의2는 규정문언상 임의적 규정으로 되어 있고 실시 여부도 지방자치단체의 장의 재량사항이며 아직 주민투표법이 제정되지도 아니하였고 주민투표절차는 청문절차의 일환이며 그 결과에 구속적 효력이 인정되지 않는다고 판시하고 있다.²⁰⁾

(2) 입법방향

주민투표는 그 실시에 있어 선거에 비견되는 많은 시간과 인력, 비용, 절차 등이 요구되는 제도로서 이에 대해 비구속적인 자문과 같은 내용과 효력만을 인정하는 것은 이를 위해 소송되는 비용, 절차 등의 부담에 비해 지극

20) 헌재 1995. 3. 23. 94 헌마 175.

히 낭비적인 것이라고 할 수 밖에 없다. 그리고 이러한 제도라면 그 내용상 법률의 규정이 없어도 그 실시가 가능한 것이다. 주민투표가 대의제를 보완하기 위한 제도이고 주민의 자기결정을 강화한다는 점에서 법률을 개정하여 주민투표의 결과가 지방의회의 의사결정을 갈음하는 것으로 법적 구속력을 인정하여야 할 것이다.

또한 주민투표의 결과로 확정된 사안에 대해서는 지방의회의 일반적인 의결 보다는 강한 지속성을 보장할 필요가 있다. 그렇지 않으면 동일한 사안에 대한 주민투표가 반복적으로 제기되어 지방정치의 안정성을 해할 우려가 있다. 따라서 주민투표로 결정된 사안에 대해서는 지방의회가 일정한 기간 동안 변경할 수 없도록 제도화하는 것이 바람직하다.

5. 주민투표의 실시지역

(1) 지방자치법 및 정당안

주민투표의 지역적인 범위를 어떻게 할 것인지가 주민투표의 결과에 중대한 영향을 미친다. 주민투표사항이 주민전체의 이해관계에 관한 문제라면 지방자치단체의 관할구역을 단위로 실시하면 된다. 그러나 지방자치단체의 일부지역에만 영향을 미치는 경우에 당해 지방자치단체의 일부지역에 국한하여 실시할 것인지가 문제된다.

이에 대하여 지방자치법은 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 민주당안은 원칙적으로 관할 구역 전체를 단위로 실시하되 일부 지역에만 이해관계가 있는 경우에는 지방의회의 의결로써 그 지역에 한하여 실시할 수 있도록 하고 있다. 한편 민자당안은 원칙적으로 이해관계가 있는 지역에 한정하고 대통령령이 정하는 바에 따라서 실시구역을 공고하도록 하고 있다.

(2) 입법방향

법논리적인 측면에서 주민투표는 지방자치단체의 의사결정이므로 전체 주민이 참여할 수 가능성이 개방되어야 한다. 또한 이해관계가 미치는 지역적인 범위를 확정하는 것은 매우 어려우며 경우에 따라서는 주민투표가 자의적으로 조작될 우려가 있다. 따라서 주민투표의 실시지역은 당해 지방자치단체의 관할구역 전체로 하여야 한다.

IV. 주민투표제도의 입법형식

지방자치법에 의하면 주민투표제도에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로서 정한다고 규정하여 주민투표제도의 입법형식을 법률로 한정하고 있다. 이는 주민투표제도가 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한에 중대한 변화를 가져 올 수 있기 때문에 법률에 유보한 취지라고 생각된다. 이와 같이 지방자치법 제13조의2가 주민투표의 대상·발의자·발의요건 기타 투표절차에 대하여는 법률로 정하도록 하고 있기 때문에 이 규정을 개정하지 않는 한 조례로 주민투표제도를 도입하는 것은 어렵다고 본다.

이와 관련하여 주민투표법의 제정이 필요한가에 대한 검토가 필요하다. 현행 지방자치법의 규정과 같이 주민투표에 관한 법률을 별도로 제정하는 것은 획일적인 규정으로 지역의 실정을 도외시할 우려가 있다. 따라서 현행 지방자치법을 개정하여 지방자치법에 주민투표의 대상, 발의요건, 발의절차 등에 대한 기본적인 사항을 정하고 자세한 시행은 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

제 3 절 직접청구제도

I. 주민직접청구제도의 법적 구조

지방자치법은 일본 지방자치법상 주민직접청구제도를 모델로 하여 그 내용 중 일부인 주민의 조례제정·개폐청구제도와 주민감사청구제도를 도입하였다.²¹⁾ 지방자치법이 정하는 조례제정·개폐청구제도 및 주민감사청구제도의 청구인, 청구대상, 청구절차 등을 보면 다음과 같다.

21) 주민감사청구제도는 명칭상 일본 지방자치법 제212조의 주민감사청구제도와 같으나 그 내용과 절차를 보면 일본 지방자치법 제75조의 사무감사청구제도를 도입한 것이다. 주민감사청구가 사무감사청구와 다른 점은 선거권의 유무와 관계없이 주민이면 1인이 라도 청구를 할 수 있는 반면에 청구의 대상이 지방자치단체의 사무 일반을 대상으로 하는 것이 아니라 재무회계사항에 한정되어 있고 이에 대한 위법성판단과 예방, 시정의 구체적 조치를 중국적으로 법원의 판단에 의한 사법통제에 따르도록 하고 있는 점이다.

1. 조례제정·개폐청구제도

(1) 청구인 및 필요성명수

지방자치법 제13조의2제1항은 조례의 제정·개폐청구자의 범위를 정하고 있다.²²⁾ 이에 의하면 지방자치단체의 20세 이상의 주민(공직선거및선거부정방지법 제18조의 규정에 의한 선거권이 없는 자는 제외된다. 이하 20세 이상의 주민이라고 한다)은 20세 이상의 주민 총수의 20분의 1의 범위 안에서 대통령령이 정하는 주민수 이상의 연서로 당해 지방자치단체의 장에게 조례의 제정·개폐를 청구할 수 있다. 20세 이상의 주민이 조례의 제정·개폐의 청구를 하는 때에는 청구인의 대표자를 선정하여 이를 청구인명부에 기재하여야 한다(동조 제2항). 20세 이상의 주민의 총수는 연도별로 산정하되 주민등록법의 규정에 의한 주민등록표에 의하여 조사한 전년도 12월 31일 현재 인구통계에 의한다(동조 제8항).

(2) 청구대상이 되는 조례의 범위

조례의 제정·개폐청구의 대상이 되는 조례의 범위는 의회의 조례제정권의 범위와 일치하는 것이 원칙이다. 그러나 지방자치법은 조례의 제정·개폐청구제도가 주민의 불합리한 요구로 지방자치단체의 재정적 기초를 위협하거나 집단적 이기주의를 관철하는 수단으로 남용될 수 있다는 점을 우려하여 ①지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 면세에 관한 사항, ②행정기구의 설치·변경에 관한 사항 또는 공공시설의 설치를 반대하는 사항을 청구의 대상에서 제외하고 있다(동조 제1항 단서).

(3) 청구절차

지방자치단체의 장은 조례의 제정·개폐청구가 있는 때에 즉시 그 내용을 공표하여야 하며 청구를 접수한 날로부터 7일간 청구인명부 또는 그 사본을 공개된 장소에 비치하여 열람할 수 있도록 하여야 한다(동조 제3항). 청구

22) 이 글에서 주민의 조례제정·개폐“청구권”·주민감사“청구권”·“청구권자” 등의 표현을 사용하지 않는 것은 지방자치법이 주민의 직접청구가 위법하게 침해되는 경우 사법적 구제를 할 수 있는 소송제도를 두지 않아 주민의 권리라고 표현하기에는 부족한 점이 많기 때문이다. 원래 권리란 법에 의하여 보호되는 이익이며 그것이 침해되는 경우에는 소송을 통하여 법적 구제를 받을 수 있어야 한다.

인명부에 관하여 이의가 있는 자는 열람기간 안에 지방자치단체의 장에게 이의를 신청을 할 수 있으며 지방자치단체의 장은 이의신청이 있는 때에는 열람기간이 종료한 날로부터 14일 이내에 심사·결정하여야 한다. 이 경우 이의신청이 이유 있다고 결정한 때에는 청구인명부를 수정하고 이를 이의신청을 한 자와 청구인의 대표자에게 통지하여야 하고 이의신청이 이유 없다고 결정한 때에는 그 뜻을 즉시 이의신청을 한 자에게 통지하여야 한다(동조 제4항·제5항).

지방자치단체의 장은 열람기간 안에 이의신청이 없거나 모든 이의신청에 대하여 결정이 완료된 경우 유효서명의 총수가 동조 제1항에 정하는 요건을 갖춘 때에는 청구를 수리하고 그렇지 않은 때에는 청구를 각하하여 이를 청구인의 대표자에게 통지하여야 한다(동조 제6항). 지방자치단체의 장은 청구를 수리한 때에는 수리한 날로부터 60일 이내에 조례안을 작성하여 지방의회에 부의하고 그 결과를 청구인의 대표자에게 통지하여야 한다(동조 제7항). 그 밖에 조례의 제정·개폐청구에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임되어 있다(동조 제9항).

2. 주민감사청구제도

(1) 감사청구인 및 감사청구의 상대방

주민감사청구는 조례의 제정·개폐청구제도와는 달리 지방자치단체의 20세 이상 주민 총수의 50분의 1의 범위 안에서 “당해 지방자치단체의 조례”로 정하는 수 이상의 연서로 감사를 청구할 수 있다(동법 제13조의4제1항). 주민이 감사청구를 하는 때에는 청구인의 대표자를 선정하여 청구인명부에 기재하여야 한다. 20세 이상의 주민의 총수의 확정은 연도별로 산정하되 주민등록법의 규정에 의한 주민등록표에 의하여 조사한 전년도 12월 31일 현재 인구통계에 의한다(동조 제8항). 한편 감사청구는 시·도에서는 주무장관, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 하여야 한다.

(2) 감사청구의 대상

주민감사청구의 대상은 매우 폭넓게 지방자치단체의 행정운영 일반에 미친다. 즉 20세 이상의 주민은 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무

의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우에는 감사를 청구할 수 있다. 이와 같이 감사청구의 대상이 되는 사무는 당해 지방자치단체 또는 그 기관이 처리하는 일체의 사무이며 기관위임사무도 감사청구의 대상이 된다. 다만 ①수사 또는 재판에 관여하게 되는 사항, ②개인의 사생활을 침해할 우려가 있는 사항, ③다른 기관에서 감사하였거나 감사중인 사항(다른 기관에서 감사한 사항이라 하더라도 새로운 사항이 발견되거나 중요사항이 감사에서 누락된 경우에는 그렇지 않다)은 감사대상에서 제외된다(동조 제1항).

(3) 감사청구의 효과

주무부장관 또는 시·도지사는 감사청구를 수리한 날로부터 60일 이내에 감사가 청구된 사항에 대한 감사를 종료하여야 하며 그 감사결과를 청구인의 대표자와 당해 지방자치단체의 장에게 서면으로 통지하고 이를 공표하여야 한다. 그러나 그 기간 안에 감사를 종료하기 어려운 정당한 사유가 있는 때에는 그 기간을 연장할 수 있으며 이 경우 미리 청구인의 대표자와 당해 지방자치단체의 장에게 통지하고 공표하여야 한다(동조 제2항).

한편 지방자치법은 주민감사청구의 실효성을 확보하기 위하여 조치요구 및 보고의무를 규정하고 있다. 즉 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장에게 감사결과에 따라 필요한 조치를 요구할 수 있으며 이 경우 당해 지방자치단체의 장은 이를 성실히 이행하여야 하고 그 조치결과를 지방의회와 주무부장관 또는 시·도지사에게 보고하여야 한다(동조 제3항).

(4) 감사청구절차

청구의 공표 및 열람, 서명에 관한 이의신청, 청구의 수리·각하 등의 감사절차는 조례의 제정·개폐청구절차를 준용하며(동조 제5항) 기타 주민감사청구에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 되어 있다(동조 제4항).

II. 일본의 주민직접청구제도

일본 지방자치법상 주민이 지방자치단체의 의사결정에 참여할 수 있는 제도로 이른바 직접청구제도를 들 수 있다. 일본의 지방자치법은 직접청구제도로

조례제정·개폐청구제도(동법 제74조 내지 제74조의4), 의회해산청구제도(동법 제76조 내지 제79조, 제85조) 및 지방자치단체의 장과 지방의회의원 등의 해직청구제도(동법 제13조제2항, 제80조 내지 제88조)와 사무감사청구제도(동법 제75조)를 들 수 있다. 이 가운데 한국 지방자치법이 규정하고 있는 조례의 제정·개폐청구제도 및 사무감사청구제도에 대해서 살펴본다.

1. 조례제정·개폐청구제도

(1) 제도의 내용

조례의 제정·개폐청구제도는 유권자인 주민의 50분의 1 이상의 서명을 받아 대표자가 지방자치단체의 장을 통하여 조례의 제정이나 개폐의 안을 의회에 제출하는 제도이다. 주민의 청구를 받은 지방자치단체의 장은 청구의 취지를 공표하고 청구를 받은 날로부터 20일 이내에 의회를 소집하여 의회에 부의한다. 직접 청구된 조례안에 대하여 지방자치단체의 장은 집행기관으로서 의견부기권은 있으나 수정권은 없기 때문에 그대로 직접 의회의 심의에 부의된다. 청구가 의회에서 가결되면 조례의 제정 등이 성립한다.

조례제정·개폐청구의 대상에서 지방세의 부과징수와 분담금·사용료 및 수수료의 징수에 관한 것은 제외된다(동법 제74조 제1항). 이 제한은 1946년 제도의 창설시에는 없었으나 1948년 7월 지방자치법의 개정 때에 추가되었다. 제한이유는 지방자치단체의 재정적 기초를 위협할 우려가 있기 때문이라고 한다.

(2) 제도의 특징

이 제도는 지방자치단체의 장 및 의회가 제안권을 가지는 조례의 제정·개폐에 대하여 주민에게 제안의 길을 열어주는 제도이기 때문에 주민직접참여제도의 일종인 주민발안제도에 속한다. 그러나 원래 주민발안제도는 주민의 발안이 있는 경우 의회의 심의없이 주민투표에 의하여 최종결정을 하는 직접발안이든 일단 의회심의를 거쳐 의회가 수정 또는 부결한 경우 주민투표를 행하는 간접발안이든 최종적으로는 주민투표로 결정하는 것이 일반적이다. 즉 주민은 자신들의 안에 대하여 주민투표와 통하여 최종적인 주도권을 가진다. 그러나 일본의 경우 주민은 단지 제안권만을 가지며 그 채택여부는

전적으로 의회에 맡겨져 있다. 그 필연적 결과로 그 효과의 허약성은 해산·해직청구제도 및 주민투표에 미묘한 영향을 미치고 있다.²³⁾

(3) 운영실태와 제도적 기능

주민의 조례제정·개폐청구는 1947년 일본 지방자치법 시행 이후부터 1995년 3월까지 약 50년간 도도부현에서 121건, 시정촌에서는 1108건 등 총 1229건으로 연간 20여건 정도가 제기되고 있다. 이 중에서 도도부현에서는 121건 중 3건(3%)이 의회에서 가결되었으며 시정촌에서는 1108건 중 116건(10.47%)이 가결되었다.

오늘날 일본의 조례제정·개폐청구제도는 정책제안을 동반한 주민의 의사 표시로서 착실하게 성장하여 왔다는 긍정적인 평가를 받고 있다. 즉 ①청구 조례의 다양성·정책성·목적성에서의 성숙, ②지방자치단체의 장, 의회에 대하여 직접민주제에 기한 대항기능의 발휘, ③처리과정에서의 일정한 원칙의 성립과 참가화, 즉 의회의 신중하고 적극적 처리경향 및 그 심의를 통한 지방자치단체의 장, 의회, 청구자 나아가 주민 각층의 의견조정도모 등이 평가되고 있다. 또한 활용내용에 있어서도 1960년대의 감시형 내지 이의신청형에서 70년대에는 정책제안형, 80년대에는 정책결정참가형으로의 변모를 엿볼 수 있다고 한다.²⁴⁾

2. 사무감사청구제도

(1) 제도의 내용

사무감사청구제도는 주민의 대표자가 유권자인 주민의 50분의 1 이상의 연서로 지방자치단체의 감사위원회에 지방자치단체의 사무에 관한 그 집행의 적부에 대하여 감사를 청구하는 제도이다.

사무감사청구의 상대방은 조례제정·개폐청구제도와 달리 감사위원회에 하도록 되어 있다. 여기서 감사청구의 상대방인 감사위원회는 지방자치단체의 기관으로서의 감사위원을 말하며 개인으로서의 감사위원을 특정하여 감사청구를 하는 것은 아니다.

23) 백종인, "일본의 지방자치법상 주민자치실현을 위한 제도의 실증적 고찰과 구조적 상관관계", 『공법연구』, 제27권 2호(1999), 432면.

24) 高寄昇三, 『市民自治と直接民主制』(公人の友社, 1996), 56면.

사무감사청구의 대상이 되는 사무는 당해 지방자치단체 또는 그 기관이 처리하는 일체의 사무이다. 따라서 사무감사청구의 대상이 되는 사무는 당해 지방자치단체의 사무 전반에 미치는 것으로 지방자치법 제2조제2항의 공공사무, 위임사무 및 행정사무 전반에 미친다. 뿐만 아니라 지방자치단체의 장 및 위원회, 위원 등의 집행기관의 권한에 속하는 사무도 그 대상이 되기 때문에 기관위임사무도 청구대상이다. 그러나 지방자치단체가 사인에게 위탁한 사무 등은 감사청구를 할 수 없다. 사무감사청구의 대상은 어디까지나 지방자치단체의 사무이기 때문이다. 또한 사무감사청구는 사무의 관리 내지 집행상 위법·부당성 및 비효율성 등의 판단을 감사위원회에게 구하는 것이기 때문에 단순한 사실의 공개를 요구함에 지나지 않는 것은 감사청구의 대상이 되지 않는다.

감사위원회는 감사청구가 소정의 요건을 결여한 경우에는 각하를 한다. 그런데 감사청구는 지방자치단체의 기관에 의한 사무의 관리 및 집행에 대한 감사를 감사위원회에게 청구하고 그 당부에 관한 의견을 구하는 것이기 때문에 지방자치단체의 기관이 실시한 특정한 사무를 지정하여 감사청구를 하게 되지만 그 범위의 특징이 추상적인 경우에도 감사청구서에 기재된 내용이 당해 지방자치단체의 사무범위 내의 것이라면 감사위원회는 감사를 거부할 수 없다.²⁵⁾ 적법한 감사청구가 있어 감사청구를 수리한 경우에는 감사위원회는 바로 그 취지를 감사청구의 대표자에게 통지함과 동시에 일반인에게 이를 공표하여야 한다(동법 제75조제2항).

감사위원회는 감사결과 청구에 관한 사무의 처리 내지 집행에 관하여 사실이 해명된 경우에는 그 사실을 명확히 함과 동시에 당해 사무의 집행의 적법·타당여부에 관하여 판단을 하여야 한다. 그리고 감사결과보고서를 작성하여 이를 청구대표자에게 송부함과 동시에 일반에게 공표하고 당해 지방자치단체의 장, 의회 및 감사대상이었던 관계집행기관에 제출하여야 한다(동법 제75조제3항). 일반에의 공표는 주민에게 널리 진상을 주지시키고 그 비판에 따라 행정의 공정성을 확보하기 위함이며 지방의회와 지방자치단체의 장 등에게 제출하도록 하는 것은 이들에 대한 반성의 기회를 제공하고 적정한 대응을 강구하도록 하는데 목적이 있다.

25) 백종인, 앞의 논문, 438면.

(2) 제도적 특징

사무감사청구제도는 주민에게 지방자치단체의 기관의 구성 또는 중요한 정치·행정적 의사결정에 직접참여할 수 있는 기회를 주는 것을 목적으로 하는 직접청구제도의 하나로 규정되어 있다. 따라서 지방자치단체의 주민에게 자기의 권리 또는 법적 이익과는 관계없이 단지 주민이라는 지위에서 감사청구를 인정하는 제도로서 일본 특유의 제도이다. 한편 이러한 사무감사청구에 따른 감사결과에 대해서는 사법적 대응이 예정되어 있지 않는 것이 주민감사청구제도와 중요한 차이점의 하나이다. 사무감사청구제도는 그 결과의 공표를 통한 정치적 대응 및 행정측의 자발적 처리를 기대하고 있기 때문이다.

(3) 활용상황

사무감사청구제도의 실제 활용빈도는 연간 수건에 지나지 않는다. 이처럼 사무감사청구건수가 적은 것은 주민감사청구제도와는 달리 일정 이상의 서명자가 필요하고 감사결과에 대하여 행정심판이나 행정소송과 같은 사후적인 법적 쟁송수단이 없으며 또한 주민감사청구의 대상이 실제로 비재정적인 사항으로까지 확대되고 있기 때문이다.

Ⅲ. 조례제정·개폐청구제도의 개선방향

1. 청구인·필요서명수

(1) 외국인인 주민의 청구인자격

가. 문제점

지방자치법은 조례의 제정·개폐청구인에 관하여 20세 이상의 주민으로 규정하면서 공직선거및부정선거방지법 제18조의 규정에 의한 선거권이 없는 자를 제외하고 있다. 지방자치법상 주민은 국적을 불문하는 것이 일반적이며²⁶⁾ 공직선거및부정선거방지법은 선거권이 없는 자로 외국인인 주민을 규

26) 김철용 등, 「주석지방자치법」(한국사법행정학회, 1997), 90면; 천병태, 「지방자치법」(삼영사, 1996), 96면; 류지태, "주민의 법적 지위", 「자치연구」, 제4권 제1호(1994), 55면. 그러나 이는 실정법상으로는 정확한 것이 아니다. 외국인은 주소를 주민등록표에 기재하는 것이 아니라 출입국관리법에 의하여 외국인등록표에 대한민국

정하고 있지 않기 때문에 이 규정에만 의할 경우 외국인인 주민이 청구인이 될 수 있는지가 불분명하다. 물론 지방자치법이 20세 이상 주민총수의 산정을 주민등록법에 의한 주민등록표에 의하도록 함으로서 외국인인 주민을 청구인에서 제외하고 있으나 지방자치법이 “주민”과 “국민인 주민”을 구별(동법 제12조·제13조)하고 있으므로 법문을 “20세 이상의 국민인 주민”으로 규정하는 것이 입법기술상 타당하다. 어찌되었든 지방자치법은 청구인에서 “외국인인 주민”을 제외하고 있다.

나. 개선방향

외국인에 대한 법제가 차별원칙→균등대우원칙→실질적 균등대우원칙으로 발전하고 있는 점, 화교 등 국민인 주민과 동일하게 조세납부의무를 부담하면서 생활 및 운명공동체를 이루고 있는 정주외국인을 공동결정의 동료로 인정할 필요가 있는 점, 상호주의원칙에 입각한 재일동포의 법적 지위의 강화라는 관점에서 출입국관리법에 의한 체류자격을 취득한 날로부터 일정기간(3년 내지 5년)을 경과한 외국인인 주민에게 주민참여권을 인정하는 것이 타당하다고 본다.²⁷⁾ 국가가 주권자인 국민의 공동체인 것에 대하여 지방자치단체는 국적을 요건으로 하지 않는 당해 지방자치단체의 주민의 공동체이며(지방자치법 제12조) 한국 헌법은 독일 기본법 제28조제1항 2문과 같이 지방참정권의 인정에 주권을 요구하는 명시적 규정을 두고 있지 않다는 점에서 헌법상 외국인인 주민에게 지방참정권·주민참여권을 인정하는 것이 국민주권의 원칙에 반하는 위헌은 아니라고 보며 이의 인정여부는 국가의 입법정책의 문제이다.

(2) 필요서명수

가. 문제점

지방자치법 제13조의3제1항은 조례제정·개폐의 청구를 위한 필요서명수를 20세 이상 주민총수의 20분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정하도록

체류지를 기재하도록 되어 있다. 외국인의 국내체류지가 민법상 주소이지만 공법상 주소는 주민등록법상 주소를 의미하기 때문에 결국 지방자치법상 주민에는 외국인이 제외된다(주민등록법 제6조·제17조의7, 출입국관리법 제32조 참고). 이 글에서는 관례적 사용에 따라 국내에 체류지를 두고 있는 외국인을 “외국인인 주민”이라 한다.

27) 정부는 일정한 요건을 가진 외국인인 주민에게 지방참정권을 부여하는 것으로 하고 구체적인 실무검토작업에 착수하였다고 한다(「한겨레신문」, 1999. 9. 8).

하고 있다. 일단 지방자치법이 필요서명수를 획일적으로 정하지 않고 단계적으로 정할 수 있도록 한 것은 지방자치단체의 규모가 다양하다는 점에서 타당한 입법이다. 그러나 주민참여에 소극적인 중앙행정관료들이 이 요건을 어느 정도까지 완화할 것인지에 대해서는 회의적이다. 또한 필요서명수의 조정을 대통령령에 유보하는 것은 주민감사청구제도와는 달리 인구의 규모에 따라 전국에 걸쳐 통일적으로 규율되어야 할 합리적인 이유나 필요성을 발견할 수 없고 오히려 지방자치단체의 자율성과 다양성의 보장이라는 측면에서 문제가 있다.

조례제정·개폐청구제도는 주민이 조례의 제정·개폐를 지방자치단체의 장을 통하여 지방의회에 부의하는 것이며²⁸⁾ 주민이 직접 주민투표(표결)로 결정하는 제도는 아니다. 지방의회는 주민청구에 대하여 법적 구속을 받지 않고 자유의사에 따라 자신의 조례제정권의 행사로서 청구된 조례의 제정·개폐여부를 결정한다. 이와 같이 조례제정·개폐청구제도가 주민이 조례의 제정·개폐를 의회에 발안하는 제도에 불과함에도 필요서명수를 엄격하게 하여 청구 자체를 제약하는 것은 지방자치단체의 장이나 지방의회가 주민이 희망하는 조례제정·개폐를 이유없이 방기하는 때에 주민이 직접 능동적으로 조례의 제정·개폐를 발안하는 것을 법적으로 보장하여 대의제의 구조적 결함과 관료주의의 폐단을 극복한다는 제도도입의 취지를 무색하게 한다.²⁹⁾

28) 법구조상 형식적으로는 주민의 조례제정·개폐청구의 수리기관은 지방자치단체의 장이며 지방자치단체의 장이 지방의회에 부의하는 것이나 지방자치단체의 장은 주민청구의 내용을 심사할 권한이 없고 의무적으로 조례안을 작성하여 지방의회에 부의하여야 하므로 실질적으로는 주민에게 조례제정·개폐에 대한 발안권을 인정하는 것과 같다.

29) 일본 지방자치법은 조례의 제정·개폐청구를 위한 필요서명수를 유권자의 50분의 1 이상(동법 제74조)으로 하고 있으나 지나치게 엄격하다는 것이 학계의 공통된 지적이다(曾和俊文, "地方自治團體の住民", 「地方自治法大系2」(嵯峨野書院, 1993), 48면; 濱田一成·秋本敏文, 「地方自治法講座(總論)」(きょうせい, 1990), 88면; 千葉勇夫, "住民の直接參加", 「行政法大系8」(有斐閣, 1984), 348면; 吉田善明, 「地方自治と住民の權利」(三省堂, 1982), 53면). 한편 독일의 경우 주민발안을 위한 필요서명수가 우리보다 엄격하여 주민총수의 10% 내지 20%를 요구하고 있다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 독일 게마인테는 한국의 지방자치단체와 비교되지 않을 정도로 소규모라는 점이 우선 고려되어야 할 것이다. 또한 독일의 학계나 정치계에서는 직접민주주의에 대한 바이마르시대와 나치시대의 부정적 경험으로 주민직접참여제도의 의의와 역할에 소극적이고 회의적인 견해가 지배적이며(vgl. Peter Krause, "Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie", in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II(C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987), S.320ff) 또한 헌법 자체도 "명확한 반직접민주주의 기본법(Das Grundgesetz-

나. 개선방향

지방자치법이 주민의 조례제정·개폐청구를 위한 필요서명수의 상한을 엄격하게 규정한 것은 현실적으로 이 제도의 활용가능성을 크게 떨어뜨리고 법전에만 존재하는 상징적 의미를 가지는데 불과한 것으로 전락시킬 가능성이 크다. 따라서 가능한한 주민이 조례제정·개폐청구를 용이하게 할 수 있도록 필요서명수의 상한을 대폭 완화하고 당해 지방자치단체가 규모나 인구 등을 고려하여 조례로서 필요서명수를 자율적으로 정할 수 있도록 제도화하는 것이 제도도입의 취지나 헌법상 지방자치의 보장의 이념에 부합할 것이다.³⁰⁾

2. 청구대상

(1) 문제점

지방자치법은 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항, 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 또는 공공시설의 설치를 반대하는 사항을 조례제정·개폐청구의 대상에서 제외하고 있다(동조 제1항 단서). 청구의 대상에서 이들 사항을 제외한 입법자의 의도에는 나름대로의 이유는 있으나³¹⁾ 충분한 근거는 되지 못한다. 지방자치법이 자치입법에 대한 주민참여의 기회를 확대한다는 취지에서 조례제정·개폐청구제도를 도입

prononciert antiplebisitär”이라고 하는 것과 같이 주민직접참여제도에 매우 역제적이다(Franz-Ludwig Knemeyer, *Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik*, 2 Aufl. (OLYOG, 1997), S.26). 따라서 독일의 경우 주민직접참여제도가 1980년대까지 바덴-뷔르템베르크주에서만 인정되다가 1990년 통일 이후 비로소 각주의 지방자치법에 도입되었으나 위와 같은 독일 특유한 역사적 경험 때문에 일반적으로 그 요건과 대상 등이 엄격하게 제한되어 있다는 점을 독일의 입법례를 참고함에 있어 염두에 두어야 할 것이다.

30) 같은 취지: 홍준형, “주민직접청구제도의 도입”, 『자치행정』, 1998.11, 20면; 류지태, “현행 지방자치법제의 문제점 점검”, 『공법질서의 변화에 대한 평가와 재정비』(한국공법학회 제82회 학술발표회 자료집, 1999. 9), 37면.

31) 지방세 등 주민 자신의 부담과 관련한 사항은 주민의 객관적이고 합리적인 판단을 기대하기 곤란한 성질의 것이며 따라서 지방자치단체의 재정사정의 악화에도 불구하고 불합리하게 조세 등의 인하·폐지·감면을 요구할 경우 지방자치단체의 재정적 기초를 위협할 우려가 있다. 또한 행정기구의 설치·변경은 지방자치단체 내부의 문제로서 지방자치단체의 장의 조직권한을 존중할 필요가 있고 공공시설의 설치를 반대하는 사항을 청구대상으로 하는 경우 이 제도가 넘비현상에서 보듯이 집단이기주의를 관철하는 수단으로 남용될 우려가 있다.

하면서 주민의 공동체생활에 중요한 사항을 청구대상에서 제외한 것은 이 제도의 활용가치를 크게 반감시키고 있다.

입법자가 청구대상에서 이와 같은 사항을 제외한 것은 주민과 지방의회에 대한 불신과 함께 행정의 능률성·신속성의 우선적 고려에서 비롯된 것으로 생각된다. 주민직접참여제도에 대한 소극적 논거로 자주 인용되는 것이 주민의 전문지식의 결여로 인한 판단능력의 부족과 주민대표기관의 주민에 대한 영합정치의 우려 및 고비용·저효율행정의 초래이다. 그러나 주민참여를 주도하는 주민단체는 각 분야의 전문연구자나 실무자들이 포함된 혼성부대이며 전문능력에서는 오히려 행정관료 보다 우위에 있다고 할 수 있다. 행정관료가 우위에 있는 것은 정보의 독점이다. 따라서 주민의 판단능력은 정보를 제공하여 논의를 전개하는 과정에서 보완될 수 있는 문제이다.³²⁾

또한 지방의회는 주민의 조례제정·개폐청구를 통하여 주민의 의사를 의제하는 것이 아니라 직접 확인하고 필요한 자료와 정보를 수집함으로써 적정한 공익판단과 함께 주민이 납득할 수 있는 합리적인 내용의 자치입법을 할 수 있다. 또한 지방의회는 항상 주민의 조례제정·개폐청구를 의식하면서 조례를 제정할 수 밖에 없기 때문에 중요한 사항에 대해 특정한 정치적 의도나 인기에 편승한 조례제정을 방지하는 효과가 있다. 한편 행정의 능률성·신속성의 확보는 지방행정에서도 중요한 과제이다. 그러나 이것이 행정의 합목적성이나 지방자치의 가치를 무시하여도 좋다는 취지는 아니다. 오늘날 주민들의 환경의식이 고양됨에 따라 공공시설의 설치를 주장하는 것 보다 필요성을 결한 대규모 공공시설의 설치를 금지하거나 반대하는 경우가 더 많다. 공공시설의 설치가 당해 사업의 실시로 다양한 영향을 받는 주민의

32) "정보없이 참여없다"고 하듯이 주민직접참여의 실효성과 합리성을 보장하기 위한 불가결한 전제가 되는 것이 지방자치단체의 정보제공이다. 주민이 지방자치단체에 대하여 정보의 공개를 청구하는 것은 주민의 알권리에 속하지만 주민참여와 관련하여 의미가 큰 것은 지방자치단체가 스스로 정보를 공개하는 것이다(정보제공). 주민은 참여의 기회가 보장되더라도 행정현상과 문제의 소재를 충분히 알지 못하는 경우 적확한 의견을 형성하여 표명할 수 없기 때문이다. 이러한 측면에서 독일의 슈레스비히-홀스타인주 지방자치법 제16조·노르트라인-베스트팔렌주 지방자치법 제6b조·바덴-뷔르템베르크주 지방자치법 제20조 등은 지방자치단체로 하여금 주민에게 지역공동체의 일반에 중요한 사항에 관한 정보를 제공하도록 하고 나아가 공간 또는 지역발전에 중요한 의미가 있거나 주민의 경제적, 사회적 또는 문화적 복지에 관계가 있는 계획이나 사업안에 대해서는 이의 근거, 목적 및 영향에 대한 정보를 가능한한 조기에 제공하도록 하거나 조기에 이러한 정보를 제공받은 것을 주민의 권리로 규정하고 있다.

충분한 이해를 얻지 못한 상태에서 착수되어 관계주민들의 반대운동으로 좌절되거나 현저히 지연되는 경우 필요 이상의 사회적 부담을 가져와 오히려 행정의 지연과 비효율성을 초래한다.³³⁾

(2) 개선방향

주민의 판단능력은 정보공개와 토론을 통하여 보완될 수 있는 것이다. 더구나 주민을 판단의 미숙자로 취급하는 것은 주민에 대한 불신에 기초한 것으로 이를 지나치게 강조하는 것은 지방자치와 민주주의에 대한 근본적인 부정을 의미한다. 또한 조례의 제정·개폐청구제도는 주민에게 단지 청구권만을 인정하고 채택여부에 대한 결정권은 지방의회에 유보되어 있으므로 설사 주민이 비합리적인 판단이나 권리의 남용으로 조례의 제정·개폐청구를 하더라도 지방의회에 의한 통제가 가능하다는 점에서 입법자가 우려하는 폐해가 현실화될 가능성은 적다.³⁴⁾ 그럼에도 지방자치법이 주민생활에 밀접한 관련이 있는 중요한 사항을 청구대상에서 제외할 필요가 있었는지 의문이다. 결국 지방자치법은 학계나 시민사회의 강력한 요구에 따라 주민의 조례제정·개폐청구제도를 도입하면서도 중점청구대상을 제외하여 주민의 제도활용에 대한 이중 삼중의 방어벽을 설치한 것으로 밖에 이해할 수 없다. 자치입법에 대한 주민참여를 실질적으로 보장하기 위해서는 청구대상에 대한 제한은 삭제되어야 한다.

3. 조례안 작성자

(1) 문제점

지방자치법은 청구가 수리된 때 지방자치단체의 장으로 하여금 조례의 제

33) 주민발안이든 조례제정·개폐청구든 공공시설의 설치와 관련한 사항을 청구대상에서 제외하는 입법례는 없다. 또한 외국의 사례에서 보듯이 공공시설의 설치와 관련한 사항이 주민발안의 내용 가운데 가장 높은 비율을 차지하고 있다.

34) 일본의 지방자치법도 지방세의 부과징수 또는 분담금, 사용료 및 수수료의 징수에 관한 사항을 조례제정·개폐청구의 대상에서 제외하고 있다(동법 제74조제1항). 그러나 학계에서는 조례의 제정·개폐청구의 채택여부에 대한 최종권한이 지방의회에 있기 때문에 청구대상을 제한하는 것은 타당하지 않다는 견해가 지배적이다(塩野宏, 「行政法Ⅲ」(有斐閣, 1995), 160면; 橋本勇, 「條例の制定又は改廢請求」, 「住民參政制度(地方自治法講座4)」(ぎょうせい, 1997), 194면).

정 또는 개폐안을 작성하여 60일 이내에 지방의회에 부의하도록 하여 조례안의 작성의무자를 지방자치단체의 장으로 하고 있다(동법 제13조의2제7항).

그러나 주민이 스스로 조례안을 작성하여 법안의 형식으로 청구하는 경우도 많을 것으로 생각된다. 또한 조례의 제정·개폐청구는 통상 주민과 지방자치단체의 장 사이에 의견이 일치하지 않는 경우 활용될 것으로 생각되는데 지방자치단체의 장이 조례안의 작성자가 되는 경우 주민청구의 취지가 조례안의 작성단계에서 수정되거나 왜곡되어 조례제정권자도 아닌 지방자치단체의 장과 주민간에 무용한 분쟁이 발생할 우려가 많다. 나아가 지방자치단체의 장은 주민청구가 제13조의2제1항이 정하는 요건을 충족하는 때에는 청구를 수리하여야 하므로(동조 제6항) 지방자치단체의 장의 주민청구에 대한 심사권은 법규정상 요건에 대한 형식심사에 한정되고 주민청구의 내용에 대한 실질심사권은 없다고 보아야 한다. 따라서 지방자치단체의 장은 주민청구의 내용이 자치입법권의 범위를 벗어나 조례로 규율할 사항이 아니라고 판단되는 경우에도 조례안을 작성하여 지방의회에 부의하여야 한다. 이러한 경우 지방의회가 지방자치단체의 장이 제안한 조례안을 의결한 경우 지방자치단체의 장은 자신이 작성한 조례안에 대해 재심요구 및 제소(동법 제 98 조·제159조)를 하는 기묘한 결과를 낳게 된다.

(2) 개선방향

조례제정권은 어디까지나 지방의회에 있으므로 지방자치단체의 장은 청구를 수리한 때 즉시 의견을 붙여 지방의회에 통보하도록 하고 이후 절차는 지방의회가 주도하는 것이 타당할 것이다.

4. 실효성확보

(1) 문제점

조례제정·개폐청구제도는 주민이 지방자치단체의 장을 통하여 지방의회에 조례제정·개폐를 청구할 수 있는 지위만 인정하고 주민이 주도권을 가지고 주민의사를 관철할 수 있는 수단을 보장하고 있지 않다. 지방의회는 주민청구에 대해 어떤 법적 구속을 받음이 없이 청구된 조례의 제정·개폐여부를 자유의사에 따라 결정한다. 따라서 주민은 조례의 제정·개폐를 청구한

이후 단계에서는 자신의 의사를 관철할 수 있는 어떠한 제도적 수단을 가지지 못한 채 지방의회의 결정만을 기다리는 수동적인 대기자의 지위에 있게 된다. 이런 점에서 조례제정·개폐청구제도는 주민의사의 관철이라는 면에 있어 상당히 불완전한 형태를 취하고 있으며 사실상 참정권적 성격을 가진 청원권의 행사와 크게 다르지 않다.

(2) 개선방향

조례제정·개폐청구제도가 단순히 주장의 가능성만 보장하는 장식적 의미를 갖는 것이 아니라면 주민의 의사를 관철할 수 있는 실효성확보수단이 마련되어야 한다. 실효성확보를 위한 방안으로 우선 지방의회가 청구된 조례제정·개폐의 채택여부를 의결하기 전에 주민의 대표자가 지방의회 본회의에서 청구취지를 설명하고 질의·응답하는 등 직접 발언할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.³⁵⁾ 특히 대법원은 방청인이 본회의 또는 위원회의 방청석에 출석하여 발언하는 것을 허용하는 완주군의회 회의규칙에 대해 “주민이 본회의 또는 위원회의 안전심의 도중 안전에 관하여 발언하는 것은 대표제의 원리에 정면으로 위반하는 것으로서 허용될 수 없다”고 하여 무효판결을 하고 있으므로 지방자치법에 이에 대한 명시적인 근거를 마련할 필요가 있다.³⁶⁾

한편 조례제정·개폐청구제도는 주민발안제도의 일종이나 주민투표와 연계되어 있지 않다. 주민발안제도의 기본구조는 주민이 발안한 안건을 지방의회의 심의를 거치지 않고 바로 주민투표에 붙이거나(직접발안) 또는 지방의회가 주민이 발안한 안건을 일정한 기간 안에 심의·의결하지 않거나 부결 또는 수정의결하는 경우 주민투표에 붙이는 것(간접발안)과 같이 최종적으로 주민투표의 방법에 의하여 주민 스스로 그 찬부를 결정하는 것이다. 한국의 경우도 주민발안제도의 근본취지가 유지될 수 있도록 주민투표법을 제정할 때 주민의 조례제정·개폐청구가 일정한 요건 하에 주민투표와 연계되어 실효성이 확보될 수 있도록 제도화할 것을 기대한다.

35) 이러한 제도를 주민발안제 또는 질문시간제라고 하며 독일 지방자치법제에서 발전되어 있는 주민참여제도의 일종이다. 이 제도는 조례제정·개폐의 청구에 한정하는 것이 아니라 지방의회가 심의하는 안건 일반에 대한 일반규정으로 입법화하는 것이 타당하다. 질문시간제에 대해서는 이기우, “지방의회의 방청인발언제도”, 「자치행정」, 제56호(1992.11), 35면 이하 참고.

36) 대판 1993. 2. 26. 92 추 109.

5. 실제적 절차적 규정의 정비

지방자치법은 지방자치단체의 장의 주민청구에 대한 각하결정 및 서명효력의 결정에 대한 불복방법, 서명의 하자(무효판단)의 기준, 청구를 전후한 정보제공, 서명활동의 방해 및 위법한 서명모집에 대한 제재 등에 대해 전혀 규정하고 있지 않아 이 제도를 실제 운영하는 과정에서 많은 갈등과 문제점이 야기될 것으로 생각된다. 지방자치법은 조례의 제정 및 개폐청구에 관하여 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 하고 있으나 이들 사항은 새로운 소송유형의 창설, 행정형벌의 부과, 사인의 의사표시의 효력 등과 관련된 것들로 법률에 직접 규정되어야 할 내용이며 이를 시행령에서 규정하는 경우 위임입법의 한계를 벗어나 위헌을 면할 수 없다는데 문제의 심각성이 있다. 독일이나 일본의 지방자치법에는 이러한 사항에 대해 상세한 규정을 두고 있다. 외국의 입법례를 참고로 하여 흡결하고 있는 실제적 절차적 규정에 대한 추가개정이 있어야 할 것이다.

IV. 주민감사청구제도의 개선방향

1. 감사청구인·필요서명수

지방자치단체가 주민감사청구를 위한 필요서명수를 자율적인 판단에 따라 조례로 달리 정할 수 있도록 한 것은 타당한 입법이라고 생각한다. 이는 주민감사청구제도가 서울특별시를 비롯한 많은 지방자치단체에서 독자적인 조례나 규칙의 형식으로 이미 시행되고 있는 점을 고려한 것으로 생각된다.³⁷⁾ 그러나 지방자치법은 감사청구인 및 필요서명수의 상한을 정함에 있어 주민감사청구제도가 갖는 특성을 고려하지 못한 것으로 생각된다. 즉 주민감사청구제도가 주민직접참여제도의 하나이나 청구의 목적물은 사무의 위법·부당성의 판단이며 주민의 감사청구는 감사실시의 단서에 지나지 않는다는 점에서 지방자치법이 정하고 있는 감사청구인 및 필요서명수의 상한과 관련하여 다음과 같은 문제점이 지적된다.

37) 이런 점에서 주민감사청구제도는 정보공개제도와 함께 지방자치단체의 자주적이고 창조적인 자치입법이 국가의 입법을 선도한 모범적인 예에 속한다.

(1) 외국인인 주민의 감사청구인 자격 허용

조례제정·개폐청구제도에서 지적한 것과 같은 취지에서 외국인인 주민의 감사청구를 인정하는 것이 타당하였다고 본다. 조례제정·개폐청구제도가 주민이 직접 지방자치단체의 정치·행정의 의사형성 및 결정에 참여하는 것인데 대하여 주민감사청구제도는 위법·부당한 자치행정에 대한 주민통제를 통하여 지방행정의 공정성·투명성을 확보하는데 의의가 있다는 점에서 외국인인 주민의 감사청구의 인정은 조례제정·개폐청구제도의 경우보다 용이할 것으로 생각된다.

(2) 주민단체의 감사청구

가. 문제점

지방자치법은 주민단체의 감사청구를 허용하지 않고 있다. 지방자치법이 주민단체의 감사청구를 불허함으로써 나타나는 문제의 심각성은 감사청구의 상대방을 시·도지사 또는 주무부장관으로 한 규정(동법 제13조의3제1항)과 결합하여 주민단체의 감사청구를 허용하고 있는 지방자치단체의 조례나 규칙을 위법화하는데 있다.³⁸⁾ 물론 입법자가 이를 적극적으로 의도한 것은 아니라고 본다. 그러나 입법자가 자치현장에서 시행되고 있는 주민감사청구제도를 충분히 고려하지 못하였을 뿐만 아니라 법률과 조례의 관계에 대한 법리를 오해함으로써 입법상의 과오를 하게 된 것이다. 이러한 결과를 피하기 위해서는 지방자치법의 규정이 주민감사청구제도와 관련해서 최저기준법의 성격을 갖는다는 규정을 둘 필요가 있었다.³⁹⁾ 결과적으로 지방자치법은

38) 만약 지방자치법이 감사청구의 상대방을 당해 지방자치단체의 기관으로 하였다면 지방자치법이 주민단체의 감사청구를 규정하지 않은 것은 국가가 전국 차원에서 획일적인 규율을 할 필요성이 없다고 판단한 것일 뿐 지방자치의 존중이라는 관점에서 각 지방자치단체가 독자적인 판단으로 주민단체의 감사청구를 허용하는 것까지 불허하는 취지는 아니라는 해석론에 의하여 현재와 같이 조례나 규칙에 의한 주민단체의 감사청구를 인정하는 방안을 모색할 수 있다. 그러나 지방자치법이 감사청구의 상대방을 주무부장관 또는 시·도지사도 함으로서 조례·규칙으로 주민단체의 감사청구를 인정하는 것은 시·도지사나 주무부장관에게 법률에 규정되지 않은 감사의무 및 공표의무를 추가로 부과하는 것이 되어 조례·규칙의 규율범위를 벗어난 위법한 조례·규칙이 되게 되는 것이다. 나아가 지방자치단체가 주민단체의 감사청구를 인정하는 것은 주무부장관 또는 시·도지사의 후견적 감사를 스스로 초래하는 결과가 되기 때문에 주민단체의 감사청구를 인정하는 것을 주저하게 될 것이다.

39) 최저기준법과 표준법 내지 준칙법의 문제는 법률이 어떠한 사항을 규율하고 있는

입법상의 부주의로 지방행정에의 주민참여를 촉진하는 것이 아니라 지방자치단체가 독자적인 판단에 따라 조례나 규칙의 형식으로 주민에게 폭 넓은 주민감사청구를 허용하는 것을 저지하는 장벽을 설치하였다는 비판을 면할 수 없게 되었다.

나. 개선방향

자치현장에서의 주민참여는 주민운동과 연동되어 이루어지는 경우가 많고 효율적인 주민참여를 위하여 주민단체가 참여주체가 되는 경우가 많은 점을 고려하여 주민단체의 주된 활동이 당해 지방자치단체의 구역 안에서 이루어지고 가입이 개방되어 당해 지방자치단체의 주민이 일정비율 이상 구성원으로 되어 있으며 객관적인 활동실태를 보아 적절하게 공익을 추구하는 임무를 수행하고 있는 등 일정한 요건을 갖춘 주민단체의 감사청구를 인정하는 것이 타당하다.⁴⁰⁾

(3) 필요서명수 상한

가. 문제점

지방자치법이 주민감사청구를 위한 필요서명수의 상한을 20세 이상 주민총수의 50분의 1로 제시한 것은 주민감사청구의 제도적 의의를 잘못 이해한

경우 조례로서 당해 법률보다 강화된 또는 완화된 규율을 할 수 있는가를 판단하는 기준이 된다. 최저기준법이나 표준법은 조례에 의하여 당해 법률보다 강화된 규율이 가능하다는 점에서 공통적이나 당해 법률이 최저기준법으로서의 성격을 갖는 때에는 조례로서 법률보다 약한 규율을 할 수 없는 것에 대하여 표준법의 경우는 이것이 가능하다는 점에서 차이가 있다. 최저기준법, 표준법·준칙법과 조례의 규율밀도에 대해서는 김명연, “행정절차법의 제정과 지방자치행정절차의 정비”(한국법제연구원, 1997), 83~88면 참고.

40) 주민감사청구제도에 관한 조례나 규칙은 대부분 주민단체의 감사청구를 허용하고 있다. 감사청구를 할 수 있는 주민단체의 요건은 공익추구를 목적으로 설립된 시민운동단체, 시민의 안전과 관련된 연구·학술 등을 목적으로 설립된 전문가단체, 시민생활과 밀접한 관련이 있는 각종 직능단체로서 공익법인의설립·운영에관한법률에 의하여 허가된 단체 또는 관계법령의 규정에 의거 등록·허가 또는 신고가 필요한 경우 등록·허가·신고를 필한 단체이다(서울특별시 감사규칙 제35조제1항 1호, 울산광역시 감사자문위원회및시민감사청구조례 제12조 1호, 부산광역시 시민감사청구제운영등에관한조례 제2조제1항 2호). 부산광역시의 경우 시의 자치구와 군의회에 대해서도 감사청구의 자격을 인정하고 있는 점이 특징적이다(동조례 제2조제1항 1호). 한편 지방자치의 원동력이라고 할 수 있는 주민단체는 시·군마다 분야별 계층별로 10개 안팎이 활동하고 있는 것으로 추산되고 있다(「한겨레신문」, 1999.7.20, 17면).

결과를 반영하는 것이다. 주민감사청구제도는 주민의 청구에 의하여 지방자치단체의 위법·부당한 행정을 시정하여 지방행정의 공정성·투명성을 확보하는데 의의가 있다. 위법·부당성의 판단은 다수결에 의하여 결정될 성질의 것은 아니며 또한 주민감사청구는 감사를 위한 단서에 지나지 않고 극단적으로 말하면 설사 감사청구의 요건을 충족하지 못하는 때에도 위법성·부당성판단의 필요성은 남게 된다. 구지방자치법상 주민소청 및 주민소송이 주민 100인 이상의 연서로서 청구할 수 있도록 한 것도 이러한 취지 때문이다.

또한 개정 지방자치법상 주민감사청구를 위한 필요서명수의 상한규정은 현재 지방자치단체에서 운용되고 있는 주민감사청구제도와의 조화되지 않는다. 예를 들어 서울특별시의 경우 20세 이상 주민의 300인 이상의 연서(서울특별시 감사규칙 제35조제1항), 서울특별시 은평구의 경우 유권자의 50인 이상의 연서(은평구 주민감사청구조례 제2조제3항), 울산광역시의 경우 18세 이상 주민의 50인 이상의 연서(울산광역시 감사자문위원회및시민감사청구조례 제12조제2호), 부산광역시의 경우 유권자 총수의 1,000분의 1의 연서로 주민감사청구를 할 수 있도록 하고 있다.⁴¹⁾

나. 개선방향

지방자치법이 주민감사청구의 필요서명수의 상한을 엄격하게 규정한 것은 주민감사청구제도의 취지와 현실운동을 잘못 판단한 것으로 이해된다. 주민감사청구는 성질상 다른 직접참여제도와 같이 주민총수의 몇 분의 1 또는 주민총수의 몇 % 이상으로 정하는 것은 제도의 취지에 맞지 않으므로 최고 상한기준을 500 내지 1000명 정도로 대폭 완화할 것이 요청된다. 특히 일본과 같이 주민감사청구 및 주민소송제도가 입법화되어 있지 않는 상황에서는 더욱 그러하다. 자칫 지방자치단체가 법이 정한 50분의 1을 고수하는 경우 주민감사청구제도의 활용가능성이 크게 제약되어 명목상의 제도에 그칠 우려가 있다.

41) 부산광역시의 경우 행정구역별 인구별로 청구를 위한 필요서명수를 달리 정하고 있다. 동·읍·면단위 지역주민이 감사를 청구하는 경우 그 동·읍·면의 선거권을 가진 주민총수의 100분의 1, 구·군단위 지역주민이 감사청구시 그 구·군의 선거권을 가진 주민총수가 10만명 미만인 경우 200분의 1, 10만명 이상인 경우 300분의 1, 시단위 주민이 감사청구시 부산시내 선거권을 가진 주민총수의 1000분의 1 이상의 연서로서 주민감사청구를 할 수 있도록 하고 있다(부산광역시 시민감사청구제운영등에관한조례 제2조제1항 3호).

2. 주민감사청구의 상대방

(1) 문제점

지방자치법은 주민감사청구의 상대방을 시·도에 있어서는 주무부장관, 시·군·구에 있어서는 시·도지사로서 하여 감독기관에 의한 타율적·후견적 감사청구를 제도화하고 있다. 지방자치법이 주민감사청구의 상대방을 감독기관으로 한 것은 주민감사청구의 실효성을 확보하기 위한 취지로 이해된다. 그러나 시·도지사나 주무부장관의 지방행정에 대한 시정·통제는 주민감사청구제도에 의하지 않더라도 지방자치법상 인정되는 다른 감독권행사를 통해서도 충분히 가능한 것이다(동법 제157조·제158조 등 참고). 따라서 지방자치법이 타율적·후견적 주민감사청구를 제도화한 것은 국가 또는 상급 지방자치단체의 지방행정에 대한 개입가능성을 더욱 확대하고 있는 것에 불과하며 근본적으로 지방자치의 이념에 반하는 중앙집권적인 제도의 양산이라고 평가하지 않을 수 없다.⁴²⁾

원래 지방자치단체는 자치사무에 관하여 전권한성(Allzuständigkeit)과 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)을 내용으로 하는 포괄적인 자치권을 가지므로 자치사무에 대한 상급기관이란 존재할 수 없다.⁴³⁾ 또한 기관위임사무의 경우도 자치사무와 기관위임사무의 구분이 불분명한 경우가 많을 뿐만 아니라 사무의 처리 자체는 지역 주민의 이해와 밀접한 관련이 있고 그 관리·집행은 지방자치단체의 조직과 공무원에 의하여 이루어지는 것이기 때문에 당해 지방자치단체가 주민의 의사를 반영하면서 그 적정한 집행을 확보할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 지방자치법 제36조제3항이 지방의회의 감사기능

42) 같은 취지 : 류지태, 앞의 논문, 38면.

43) 강구철, 「강의행정법 I」(형설출판사, 1997), 769면. 이러한 취지에서 독일은 행정심판의 경우에도 자치사무에 대한 재결청을 직군상급행정청에 대한 예외로 자치행정관청으로 하고 있다(독일 행정법원법 제73조제1항 3호).

44) 일본은 1999년 7월 지방자치법을 개정하여 기관위임사무를 폐지하고 지방자치단체의 사무를 자치사무와 법정수탁사무(국가사무가 아니라 지방자치단체의 사무임)로 구분하면서 지방의회의 조례제정권·조사권을 포함한 모든 권한을 법정수탁사무에 미치도록 있도록 하고 있는데 이는 지방자치법제의 개혁방향과 관련하여 의미있는 시사를 주고 있다. 일본의 지방분권개혁 및 지방자치법의 개정내용과 의의에 대해서는 김명연, “지방분권개혁에 관한 법적 고찰”(한국법제연구원, 1998), 27면 이하; 成田頼明, “改正地方自治法の争点をめぐって”, 『自治研究』, 제75권 제9호(1999.9), 3면 이하; 川崎政司, 『地方自治法改正のポイント』(第一法規, 1999) 참고.

을 크게 강화하여 위임사무에 대해서 국회 또는 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 당해 지방의회가 감사하도록 한 것도 이러한 취지로 이해된다.⁴⁵⁾ 따라서 지방자치법이 주민감사청구의 상대방을 주무부장관 또는 시·도지사로 한 것은 동법 제36조제3항의 규정취지와도 모순된다.

(2) 개선방향

지방자치의 관점에서 볼 때 주민과 지방자치단체가 서로 협력하여 지방행정에 대한 과오를 지방자치단체의 내부에서 자주적으로 시정하는 것이 가장 바람직하다. 이는 지방자치단체가 주민의 청구에 대하여 자신의 과오를 스스로 인정하고 시정함으로써 지방자치단체와 주민간의 신뢰를 회복할 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이와 같은 자율적 감사청구제도를 확립하기 위해서는 주민이 지방자치단체의 감사결과를 충분히 신뢰할 수 있도록 내부감사제도의 충실성·공정성·객관성을 확보하는 것이 선결요건이 된다. 따라서 입법자는 성급하게 타율적·후견적 주민감사청구를 제도화할 것이 아니라 현재 각 지방자치단체에 설치되어 있는 감사자문위원회 또는 주민감사위원회를 확대 발전시켜 일본의 감사위원과 같이 지방자치단체의 자체감사 및 주민감사청구에 대한 재결권을 갖는 독립적이고 전문적인 감사위원회제도를 도입할 필요가 있었다. 일본의 감사위원과 같은 독립적인 감사기구를 당장 도입하는 것이 불가능하였다면 주민의 대표기관으로 지방행정에 대한 포괄적인 감사·조사권한이 있는 지방의회에 주민감사청구를 하도록 하는 것이 보다 타당하였다고 본다. 특히 지방의회를 주민감사청구의 상대방으로 하는 것은 1999년 1월 제정된 『중앙행정권한의지방이양추진등에관한법률』에 의하여 지방자치단체로 권한이양이 이루어지는 경우 확대되는 지방자치단체의 장의 권한에 대응한 지방의회의 통제기능을 보장하는 측면도 있다.

45) 지방자치법은 국가 또는 시·도가 위임한 단체위임사무와 기관위임사무 모두 당해 지방의회의 감사대상으로 할 수 있도록 규정하고 있으나 동법 시행령 제17조의3제1항 5호가 지방의회의 감사 또는 조사의 대상에서 지방자치법 제95조제2항·3항(사무의 위임 등)에 의하여 위임 또는 위탁된 사무 중 지방자치단체에 위임 또는 위탁한 사무를 제외한다고 규정하여 법과 시행령 사이에 모순이 발생하고 있다. 시행령을 조속히 개정하여 법과 상충되는 부분을 제거하여야 할 것이다.

46) 지방자치법과 같이 주민의 감사청구에 대하여 감독기관이 지방자치단체의 행정을 타율적으로 시정하는 경우 주민의 지방자치단체에 대한 신뢰는 크게 떨어지게 될 것이다.

3. 실효성확보

(1) 문제점

지방자치법은 주민감사청구의 실효성을 확보하기 위하여 주무부장관 또는 시·도지사로부터 하여금 감사결과를 공표하고 당해 지방자치단체의 장에게 감사결과에 따른 필요한 조치를 요구할 수 있도록 하며 당해 지방자치단체의 장은 조치요구를 성실히 이행하고 조치결과를 지방의회와 주무부장관 또는 시·도지사에게 보고하도록 하고 있다(동법 제13조의4제2항·제3항). 주민감사청구의 제도적 목적은 이와 같이 위법·부당한 사무처리가 주민에게 공개되고 시정결과를 지방의회 등에 보고하는 과정에서 어느 정도 달성될 수 있을 것이다. 그러나 이는 사실상의 정치적 효과로서 법적 실효성을 확보하는 데는 한계가 있다. 물론 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 필요한 조치를 하지 않는 때에는 일정한 요건하에 당해 사무의 취소·정지(동법 제157조) 또는 직무이행명령과 대집행의 방법(동법 제157조의2)으로 강제할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 수단은 어디까지나 일반적 감독권의 행사에 속하는 것으로 주민참여의 보장이라는 본래의 취지와는 거리가 있다.

주민감사청구의 제도적 의의는 주민자치의 원칙에 따라 주민의 손으로 지방자치단체의 위법·부당한 행정을 예방·시정하여 공정하고 투명한 지방행정을 구현하는데 있다. 이러한 제도의 취지를 실현하기 위해서는 주민이 주도권을 가지고 마지막 단계까지 당해 지방자치단체의 위법·부당한 행정을 시정할 수 있는 법적 수단이 보장되어야 한다. 그러나 지방자치법은 주민에게 단지 감사를 청구할 수 있는 가능성만을 보장하고 있을 뿐 당해 지방자치단체가 감사결과에 따른 필요한 조치를 취하지 않거나 감사결과 자체에 이의가 있는 경우 주민이 직접 이를 강제하거나 다룰 수 있는 법적 수단을 보장하고 있지 않다. 주민들은 이러한 경우 무력감에 빠지게 되고 주민의 지방자치에 대한 관심은 주민참여제도의 본래의 취지와는 반대로 크게 약화될 것이다. 또한 주민은 요건과 절차만 엄격하고 실효성이 없는 주민감사청구제도를 이용하기보다는 현재와 같이 간단하게 이용할 수 있는 청원이나 민원사무처리제도를 선호하게 될 것이며 이러한 경우 모처럼 도입된 주민감사청

구제도는 사실상 활용되지 못하고 법전 속에만 존재하는 장식적인 제도로 전락될 것이다.⁴⁷⁾

(2) 개선방향

주민의 지위에서 지방자치단체의 위법한 행정작용 일반에 대해 소권을 행사하는 객관소송·민중소송을 도입하는 것은 현행 행정소송법의 체계상 곤란할 것이다. 그러나 입법자는 주민감사청구의 최소한의 실효성을 확보하는 방안으로 사법통제의 형식을 취하여 자치행정의 독립성을 보장하면서도 지방재정의 최종부담자인 주민이 공무원의 재무회계상 위법·부당한 행위를 예방하고 시정하는 강력하고 효과적인 수단으로 평가되는 주민소송제도를 도입하고 이에 주민감사청구제도를 연계할 필요가 있었다. 이와 같은 주민소송제도는 한국법제에서 결코 낯선 제도가 아니다. 구지방자치법은 지방자치단체의 장의 위법한 명령이나 처분 등에 대한 소청과 소청에 대한 결정에 이의가 있는 때 대법원에의 출소를 인정하고 있었다(동법 제153조 이하 참고). 그러나 소청과 주민소송제도가 지방자치의 부활과 함께 폐지되어 주민의 입장에서 지방행정의 적법성을 자기의 이익과 관계없이 다룰 수 있는 기회가 봉쇄되었는데, 입법자는 주민감사청구제도를 도입하는 과정에서 구지방자치법상 주민소송제도를 개선하여 부활할 필요가 있다.

47) 주민감사청구제도와 같은 법적 구조를 취하고 있는 일본의 사무감사청구제도 역시 엄격한 필요서명수와 절차를 요구하고 실효성을 최종적으로 보장하는 수단이 없기 때문에 지금까지 주목할 만한 활용예가 없을 뿐만 아니라 사실상 활용되지 않고 있다고 한다. 주민들은 실효성 없는 사무감사청구제도를 이용하기보다는 주민소송의 출소가 보장되는 주민감사청구제도의 이용을 선호한다고 한다(曾和俊文, 앞의 논문, 49면; 兼子仁·磯野彌生, 「地方自治法」(學陽書房, 1989), 130면).

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

제 1 절 주민소송제도

I. 주민소송의 의의

1. 서 설

주민의 공적 부담으로 형성되는 지방재정을 적법하고 공정하게 관리하는 것은 지방행정의 부패를 방지하고 불신을 제거하여 지방자치의 확립함에 있어 매우 중요한 것이다. 주민소송은 이러한 목적을 위하여 주민자치의 이념에 따라 주민의 자격에서 소권을 행사하여 지방자치단체의 기관이나 공무원의 위법한 공금의 지출 등 재무회계상 위법행위에 대하여 법원에 그 금지 또는 시정을 구하는 사법제도라고 할 수 있다.

주민 또는 납세자에게 원고적격을 인정하여 지방자치단체의 기관이나 공무원의 위법한 재무회계행위를 예방·시정하고 지방자치단체 및 주민 전체의 이익을 보호하는 공익소송(public action)은 미국의 납세자소송(paxtayers' suit; paxtayers' action)이 가장 전형적이며 모범적인 예에 속한다.¹⁾ 일본의 주민소송은 1948년 제2차 지방자치법 개정시 미국의 각주에서 널리 인정되고 있던 주 또는 지방자치단체 차원의 납세자소송을 입법모델로 하여 도입한 것이다.

한편 납세자소송이나 일본의 주민소송과 같은 제도는 한국법제상 결코 낮은 제도가 아니다. 구지방자치법은 위법한 지방자치단체의 장의 명령 등에 대한 소청과 소청에 대한 결정에 이의가 있을 때 대법원에의 출소를 인정하고 있었다(동법 제153조 이하 참고). 그러나 구법상 소청과 주민소송이²⁾ 활용되는

1) 공익소송은 납세자, 시민, 선거인 등이 자신의 개인적 권리·이익의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 공익을 위하여 제기하는 소송을 말한다. 납세자가 제기하는 납세자소송과 시민이 제기하는 직무집행명령소송을 가장 전형적인 예에 속한다. 그리고 납세자소송은 기능상 시민소송(citizens' suits)화되어 있다. See. 서원우, "공공소송에 관한 연구(1), (2)", 『법학』, 제26권 1호, 2·3호(1985), 105~130면, 41~71면; L. Jaffe, "Standing again", *Harv. L. Rev.* 84(1971), pp.663~665.

2) 실정법상 정식명칭은 아니나 관례적으로 구법상 주민출소제도를 주민소송이라고 한다.

일이 없었다는 이유로 지방자치의 부활과 함께 폐지되었다(1988.4.6, 법률 제4004호).

이하에서는 납세자소송과 일본 주민소송의 개념을 각각 살펴보고 납세자소송과 일본 주민소송은 인정취지를 달리한다는 견해가 있는 바, 두 제도의 취지 내지 목적의 동일성 여부를 검토하며 주민소송의 입법시 참고가 될 수 있도록 미국의 납세자소송과 일본 주민소송의 개념과 취지를 참고하여 주민소송의 보편적 개념화를 시도한다.

2. 미국의 납세자소송

납세자소송은 연방납세자소송과 주납세자소송에 상당한 차이가 있고 또한 각 주에서 실시되는 납세자소송 역시 주가 서로 상이한 지방자치조직과 사법제도를 가지고 독자적으로 발전하여 실제 운용에 상당한 차이를 보이고 있기 때문에 납세자소송의 개념을 정의하는 것은 쉽지 않다.

일반적인 견해에 의할 경우 납세자소송은 1인 또는 복수의 납세자가 자신을 위하여 또는 동일피과세구역(a taxing district or area)에 거주하는 납세자집단의 대표로서 당해 집단의 전체구성원에 공통된 이유에 기초하여 납세자의 공통이익을 침해하는 공공단체(public bodies) 또는 그 소속 공무원의 위법행위 내지 권한유월행위(*ultra vires*)에 대하여 구제를 구하는 소송,³⁾ 또는 납세자집단을 대표하는 1인 또는 복수의 자가 공금 및 공공재산의 오용·남용·횡령으로 납세자의 이익을 침해하는 위법한 행위에 대하여 납세자로서의 구제를 구하는 소송⁴⁾으로 정의되고 있다.

납세자소송의 본질은 1인 또는 복수의 납세자가 자신들을 포함한 납세자 전체의 이익을 위하여 납세자 전체에 공통된 이유에 기초하여 행하는 집단소송(class action)이다. 따라서 납세자소송은 납세자 전체의 공통사항·이익에 대해서만 제기할 수 있고 납세자 전체가 원고의 청구에 의하여 이익을 향유할 수 있는 경우에 허용된다. 그리고 지방자치단체를 위하여 지방자치단체에 속하는 소송원인(cause of action)을 대위하여 집행을 구하는 납

3) Emmanuel S. Tipon, "Taxpayers' Action", *American Jurisprudence 2d.*, vol. 74(1974), §1, pp.179~180.

4) E. McQuillin, "Citizens' and Taxpayers' Suits", *Municipal Corporations*, vol. 18(3ed, 1973), §52. 02.

세자소송은 주주대표소송과 같은 파생소송(derivative suit)에 해당한다. 대위납세자소송은 공무원의 위법한 행위에 의하여 손해를 받는 지방자치단체의 대표자로서 출소하는 것으로 당해 소송에서의 손해는 원고 납세자에게 직접적인 손해가 아니라 이들 단체에 직접적인 손해의 회복을 구하는 것이다.⁵⁾

따라서 납세자소송은 ①지방자치단체 또는 그 소속 공무원의 불법 내지 부정한 행위(a wrongful act), ②납세자집단 또는 지방자치단체에 대한 손해 및 ③구제를 구할 권리를 기본요소로 한다.⁶⁾ 그리고 납세자소송은 원고 납세자가 자신을 포함한 납세자 전체를 위하여 또는 지방자치단체를 위하여 납세자 전체나 지방자치단체에 속하는 소송원인에 근거하여 행하는 집단소송·대표소송이라는 점에서 자신의 재산에 대한 특정한 조세부과 또는 평가의 합법성을 다투는 세무소송과 구별된다.

납세자소송은 형평법원이 소의 이익, 원고적격을 확대하여 일반납세자에게 소권을 부여하는 형식으로 형성·발전된 것이며 제정법의 규정이 있는 경우에도 형평법상 구제로 간주되고 있다.⁷⁾ 따라서 납세자소송의 소송형식은 청구의 내용에 따라 매우 다양하며 제정법이 소송종류를 한정하고 있는 경우에도 탄력적으로 운영하여 형평법상 다양한 소송을 인정하고 있다.⁸⁾ 또한 주에 따라 차이가 있으나 주 또는 지방자치단체 차원의 납세자소송의 원고적격은 제한적인 연방납세자소송과 달리 사실상 명목적인 것으로 되어 있으며 소송대상 역시 단순한 재무회계상 행위에 한하지 않고 점차 확대되어 납세자에게 행정일반의 비재무행위에 대해서도 금지·무효·직무집행명령 등을 청구하는 권리를 인정하여 행정일반의 적법성을 보장하는 시민소송(citizen's suit)으로서 기능하고 있다.⁹⁾ 이는 주 법원 자체가 지방자치단체나 주정부의 부정부패를 방지하고 불법행위를 시정하여 납세자 내지 주민의 이익을 보호하는 것에 대한 납세자소송의 역할을 높이 평가하여 납세자가 가장 편리하고 용이하게 납세자소송을 제기할 수 있는 길을 보장하고 있기 때문이다.

5) 따라서 대위납세자소송에서는 원고 납세자가 자기의 이름으로 출소하는 경우에도 원래 지방자치단체가 실제법상 출소할 수 있는 경우일 것을 요한다.

6) Emmanuel S. Tison, *supra* note 3, pp.184~185.

7) *Ibid.*

8) Collins & Myers, "The Public Interest Litigation in California: Observation on Taxpayers' Actions", *Loy. L. A. L. Rev.* 10(1977), pp.340~346.

9) Note, "Development in the Law: Class Action", *Harv. L. Rev.* 88(1975), p.173.

3. 일본의 주민소송

일본의 주민소송은 지역주민이 하나의 집단을 형성하여 제기하는 보통의 집단소송을 의미하는 것이 아니라 일본 지방자치법 제242조의2에 근거하여 제기하는 소송을 말한다. 일본 지방자치법은 지방자치행정의 공정성을 확보하기 위하여 감사위원회에 의한 감사(동법 199조), 직접청구의 일종인 사무감사청구(동법 제75조) 이외에 주민직접참여제도의 하나로 주민감사청구 및 주민소송을 제도화(동법 제242조, 제242조의2)하고 있다.

지방자치단체의 주민은 지방자치단체의 장, 위원회나 위원 또는 당해 지방자치단체의 공무원이 『위법 또는 부당한 공금의 지출, 재산의 취득·관리 또는 처분, 계약의 체결·이행, 채무 기타 의무의 부담이 있다고 인정되는 때』 또는 『위법 또는 부당하게 공금의 부과·징수 또는 재산의 관리를 태만하는 사실이 있다고 인정되는 때』에는 당해 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 감사위원회에 감사를 하여 필요한 조치를 강구할 것을 청구할 수 있다(동법 제242조제1항).

그러나 주민감사청구에 대하여 감사위원회가 감사를 하지 않거나 감사결과 또는 권고에 불복이 있는 경우, 감사위원회가 권고하였음에도 지방자치단체의 장 등 관계기관이 당해 권고에 따른 조치를 하지 않거나 시정조치에 불복이 있는 때에는 주민감사청구의 실효성을 거둘 수 없다. 지방자치법은 이러한 경우에 대비하여 감사청구를 한 주민에게 지방자치단체를 대표 또는 통할하는 자격에서 다시 소송을 제기하는 것을 보장하고 있는 바, 이것이 주민소송이다. 즉, 주민소송은 주민감사청구의 실효성을 보장하기 위한 사법제도로서 주민감사청구의 대상이 된 행위 가운데 “위법한 행위”에 대하여 “당해 행위의 금지, 행정처분인 행위의 취소 또는 무효확인, 당해 태만사실의 위법확인, 지방자치단체를 대위하여 손해배상, 부당이득의 반환, 원상회복 등을 구하는 소송”을 말한다(동법 제242조의2제1항).¹⁰⁾

10) 일본의 주민소송은 납세자소송을 모델로 하여 도입한 것이기 때문에 종래 관례적으로 “납세자소송”이라고 하였으나 지방자치단체의 주민이면 납세자의 여부를 떠나 출소 자격이 인정된다는 점에서 주민소송의 실체를 보다 정확하게 표현하기 위하여 1963년 지방재무회계제도의 개혁을 내용으로 하는 지방자치법 개정 때에 “주민소송”을 법률상 명칭으로 규정하게 되었다고 한다(關哲夫, 『住民訴訟論(新版)』(有斐閣, 1997), 1면; 團部逸夫, “住民訴訟”, 『地方自治大系 2』(嵯峨野書院, 1993), 209면; 成田頼明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 『行政法講座』 제3권(有斐閣, 1972), 201면).

주민소송을 입법화한 취지는 헌법상 지방자치의 본지(일본국헌법 제92조), 특히 주민자치의 원칙을 제도적으로 구체화한 것으로¹¹⁾ 지방자치단체의 기관 또는 공무원이 법령에 위반하여 또는 사적 목적으로 직위를 남용하여 지방자치단체의公款 또는 재산을 사용, 관리, 처분하는 경우에 주민신탁에 의한 실질적 피해자인 주민에게 직접참여의 한 수단으로 교정권제도를 법정하고 그 방지 또는 시정을 법원에 청구할 수 있는 권능을 부여하여 지방자치단체의 부패를 방지하고 재무회계의 공정성을 기하여 공공의 이익을 보호함¹²⁾에 있었다고 한다.¹³⁾

일본의 주민소송은 미국의 납세자소송과 달리 지방자치법이 특별히 허용하고 있는 특수한 소송이기 때문에 그 요건이 동법에 엄격히 규정되어 있다. 청구형식은 법정된 소송유형에 한하여 인정되며 소송대상 역시 재무회계상 위법행위에 한정되어 있어 납세자소송에 비하여 현저히 제한되어 있다.¹⁴⁾

- 11) 地方自治協會, 『住民監査請求・住民訴訟制度に關する調査研究』(1991), 2면; 最判 1983. 3. 30, 『民集』, 제32권 2호, 485면. 한편 주민소송제도가 주민자치의 원칙에 기초한 것은 분명하나 동법 제92조의 지방자치의 제도적 보장이 이와 같은 제도의 존재까지 보장하고 있는 것은 아니라고 하며(成田頼明, 위의 책, 22면) 일본 최고재판소도 주민소송제도를 둘 것인지의 여부는 입법정책의 문제이며 이와 같은 제도를 두지 않는 것이 지방자치의 본지에 반하는 것이라고는 할 수 없다고 판시하고 있다(最判 1959. 7. 20, 『民集』, 제13권 8호, 2107면).
- 12) 關哲夫, 앞의 책, 2면; 成田頼明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 『ジュリスト』 제941호(1989.9.15), 17면; 鬼頭宏一, “住民訴訟の構造と機能”, 『都市問題』 제78권 10호(1989. 10), 65면; 大和勇美, “住民訴訟の諸問題”, 『實務民事訴訟講座』 제9권(日本評論社, 1970), 44면.
- 13) 일본에서는 주민소송이 도입되기 전에도 주민소송과 같은 소송이 인정되었다고 한다. 즉, 명치시대에 大審院 亞島惟謙判事は 縣에서 징수목적과 다른 용도로 지출된公款에 대한 村民의 대표소송을 인정하여 村으로의 반환을 명하는 판결을 하였다고 하다(木佐茂南, “住民訴訟”, 『行政救済法 1』(有斐閣, 1990), 352면; 態谷開作, “ワッパ騒音の民事訴訟”, 『能谷法學』, 제18권 4호(1986), 1면 이하 참고).
- 14) 일본 주민소송의 대상을 입법정책적으로 특별히 재무회계행정에 한정된 이유는 주민소송이 납세자소송을 모델로 하여 도입한 것이라는 연혁적 이유도 있으나 보다 근본적으로는 재정의 관리·운영이 행정운영의 가장 중요한 근간이라는 점, 지방재정이 지방자치단체 존립의 물적 기초가 된다는 점, 재무회계행정이 주민의 지대한 관심사항이라는 점, 지방재무행정의 부패를 방지하고 적법하고 공정한 운영을 확보하여 재정적 기초가 손상되지 않도록 하는 것은 지방자치의 확립 있어 특히 중요하다는 점, 행정의 재정적 기초가 주민의 세금으로 구성되어 있기 때문에 재정의 관리·운영을 신탁자인 주민의 직접 통제하에 두는 것이 민주적 행정운영에 있어 중요하기 때문이라고 한다(佐藤英善, “住民訴訟の裁判例に見る問題點”, 『ジュリスト』, 제941호(1989.9.15), 36면; 佐藤英善, 『住民訴訟の理論と實務』(學陽書房, 1985), 72면).

일본의 주민소송은 국가의 재무회계행위에 대해서는 제기할 수 없다. 완전히 금지되어 있는 것과 제한적이지만 허용되는 것에는 상당한 차이가 있는 것으로 생각된다. 이러한 점이 미국 납세자소송과 일본 주민소송이 대비되는 점으로 일본 주민소송의 기능이나 역할은 시민소송으로 기능하고 있는 미국의 납세자소송에 비하여 제한적이라고 할 수 있다. 그러나 최근 일본의 주민소송은 지방자치에 대한 관심의 증대(지방화시대의 도래)와 납세자소송의 시민소송화의 영향을 받아 위법성승계론 등을 매개로 “비재무적 사항의 간접 통제” 내지 “주민소송의 확장” 현상이 현저화되어 널리 행정일반의 적법성보장수단으로 그 역할이 변화하고 있으며, 최고재판소도 이를 긍정하고 있다.¹⁵⁾ 따라서 오늘날 일본의 주민소송은 주민이 지방자치행정을 감시하는 가장 유력한 수단으로 활용되고 있으며 전후 농지소송에서 세무소송시대를 거쳐 1980년대부터는 주민소송의 황금시대를 맞고 있다.¹⁶⁾

4. 결 어

한국과 일본에서는 납세자소송이 공공신탁이론이나 조세부담증가설 등을 이론적 근거로 하여 성립한 것이고 사건성과 쟁송성(case and controversy)을 사법심사의 요건으로 하며 출소권자가 납세자에 한정되어 있는 점에서 일본의 주민소송과는 기본적인 취지나 목적을 달리한다는 견해가 지배적이다.¹⁷⁾ 즉, 납세자소송은 납세자의 이익보호가 1차적 목적인 것에 대하여 일본 주민소송은 지방자치단체의 기관 또는 공무원의 위법한 재무회계상 행위를 예방·시정하여 지방자치단체의 구성원인 주민 전체의 이익을 보장함에 있다는 것이다.

15) 最判 1977.7.13, 『民集』, 제31권 4호, 533면; 最判 1982.7.13, 『判例時報』, 제1054호, 53면; 最判 1985.9.13, 『判例時報』, 제1171호, 62면.

16) 木佐茂南, 앞의 책, 350면; 成田頼明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 앞의 책, 16면.

17) 김영훈, “일본 주민소송제도에 관한 연구”, 『공법연구』, 제19집(1991), 159면; 이경욱, “일본 주민소송에 관한 연구”(전북대학교 박사학위논문, 1998), 24면; 김희곤, “일본의 주민소송제도에 관한 연구” 『우석대학논문집』, 제15권(1993), 296면; 塩野宏, 『行政法Ⅲ』(有斐閣, 1995), 162면; 成田頼明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 앞의 책, 203면; 木佐茂南, “住民訴訟の對象”, 『民商法雜誌』, 제82권 제6호(1980. 9), 780면; 後藤光南, “住民訴訟の意義と機能”, 『法學論集』, 제30호(1983), 172면.

그러나 이는 주 또는 지방자치단체 납세자소송과 연방납세자소송의 원고 적격론의 근본적 차이 및 납세자소송의 시민소송으로서의 기능을 정확하게 파악하지 못한 다분히 연혁적인 이해이다. 주법원은 연방법원과 달리 “정의가 필요한 경우(the need of justice)라면 사법심사를 배제할 이유가 없다”는 논리를 취하여¹⁸⁾ 납세자소송의 요건으로 사건성과 쟁송성을 요구하지 않으며 또한 납세자는 당해 소송을 제기할 수 있는 재력이 있거나 후원을 받을 수 있는 자 정도로 이해되어 납세자소송은 기능상으로 시민소송화되어 있다.¹⁹⁾ 따라서 납세자소송과 일본 주민소송의 목적이나 취지에 근본적인 차이를 두는 것은 곤란할 뿐만 아니라 주민소송의 이해에 혼동을 초래할 우려가 있고 그 정확성에도 문제가 있는 것으로 생각된다. 납세자소송이나 일본의 주민소송은 주민자치의 이념에 입각하여 주민 또는 납세자가 지방자치단체의 위법한 재무행정을 예방·시정하여 지방재무행정의 공정한 운영을 확보하고 지방자치단체 및 주민 전체의 이익을 보호하는 가장 강력하고 유효한 수단으로서 그 취지와 목적을 같이 하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

주민소송은 납세자소송과 일본 주민소송의 개념 및 취지·목적에 참고하고 한국에서 주민소송의 입법방향을 고려하여 『주민의 지위에서 소권을 행사하여 재판권의 발동을 촉구하는 지방자치영역에서 직접민주주의를 실현하는 사법적 환류장치(judicial feedback mechanisam)로서 위법한 재무회계행정의 관리 운영을 방지·시정하여 법률에 의한 행정의 실현을 보장하고 주민 전체의 이익을 보호하는 주민의 지방재무회계행정에 대한 감시·통제제도』로 정의할 수 있을 것으로 생각된다.

이 정의에 의할 경우 주민소송의 개념징표를 다음과 같이 정리할 수 있다. ①주민소송의 출소권자는 당해 지방자치단체의 구성원인 주민이다. ②주민소송의 대상은 지방자치단체의 위법한 재무회계행정이다. ③주민소송은 사법적 방법에 의한 주민직접참여제도이다. ④주민소송의 목적은 위법한 재무회계행정을 예방 시정하여 행정의 부패를 방지하고 주민 전체의 이익을 보호함에

18) Brodie & Linde, “State Court Review of Administrative Action: Prescribing the Scope of Review”, *Ariz. L. J.* 1977, p.540. *Caltabiano v. Planning & Zoning Comm's.* 662. 560 A. 2d 975, 979(1989).

19) 뉴욕주 재정법은 납세자소송의 원고의 자격을 단순히 납세자로 규정하지 않고 “시민·납세자”(citizen-taxpayer)로 규정하고 뉴욕주에 거주하는 모든 자로 정의하고 있다(N.Y. State Fin. Law §123).

있다. ⑤주민소송의 법적 성질은 출소자격·법익과 관련해서는 민중소송·객관소송이며 지방자치단체·주민과의 관계에서는 집단소송·대표소송이다.

II. 주민소송제도의 도입 필요성과 입법의 기본방향

1. 주민소송제도의 도입 필요성

(1) 지방자치단체의 재정에는 국고보조금이나 지방교부세 등도 있으나 기본이 되는 것은 지방자치단체가 주민에게 부과징수한 지방세와 같은 주민의 공적부담이다(지방자치법 제126조). 재정지출의 적부는 주민의 조세부담과 관련된 뿐만 아니라 생활에 직접적인 영향을 미치기 때문에 재정운용, 특히 지출의 적정성·타당성에 대해서는 항상 관심을 가지고 감시할 필요가 있다. 그리고 위법·부당한 재정운영이 있는 때에는 시정할 필요가 있다.

(2) 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 이와 같은 목적을 위하여 제도화된 것으로 주민의 조세사용감시제도라고 할 수 있다. 이들 소송은 주민자치의 이념에 입각하여 주민의 지위에서 소권을 행사하고 재판권의 발동을 촉구하는 지방자치영역에서 직접민주주의를 실현하는 사법적 환류장치로서 위법한 재무회계행정의 관리 운영을 방지·시정하여 법률에 의한 행정의 실현을 담보하는 가장 강력하고 효과적인 수단으로 평가되고 있다. 그리고 납세자소송이나 주민소송과 같은 제도는 한국법제상 결코 낮은 제도가 아니다. 구지방자치법은 위법한 지방자치단체의 장의 명령 등에 대한 소청과 소청에 대한 결정에 이의가 있을 때 대법원에의 출소를 인정하고 있었다(동법 제153조 이하 참고). 그러나 구법상 소청과 주민소송이 활용되는 일이 없었던 이유로 지방자치의 부활과 함께 폐지됨으로써(1988.4.6. 법률 제4004호) 주민의 입장에서 지방행정의 적법성을 자기의 이익과 관계없이 다룰 수 있는 기회가 봉쇄되게 되었다. 이는 주민자치의 입장에서 볼 때 구법보다 크게 후퇴한 것이라고 하겠다.

(3) 지방자치의 헌법적 보장의 궁극적 목적이 지역단위의 민주주의의 실현과 비집중화·비집권화를 통한 헌법상 국민주권주의와 기본권의 실질적 보장에 있음을 고려할 때 국가와의 관계에서 지방분권화와 수준높은 자치권보장의 필요하고 지방자치단체 내부에서는 지방자치의 원천이며 지방자치단체의 주체 내지 주권자인 주민의 적극적이고 능동적인 참여의 기회가 가능한

한 널리 보장되어야 하며 주민에 의한 주민의 책임으로 행정이 운영되어야 한다. 그럼에도 한국의 지방자치법제는 주민의 직접참여제도를 전혀 인정하지 않고 있고 또한 지방자치의 현장에서는 자치행정의 부패와 비효율적인 재정의 낭비와 유용이 현저화되고 있다.

(4) 지방의회가 구성되고 지방자치단체의 장이 주민에 의해서 직접 선거되어 지방자치가 정착되어 가는 현 시점에서 종래와 같은 중앙정부에 의한 통제는 바람직하지도 않을 뿐만 아니라 별반 실효성이 없다. 따라서 주민의 직접통제의 강화가 요청되고 있는 바, 주민자치의 원칙에 따라 자치행정에 대한 주민참여의 민주적 통제권을 인정하여 주민 전체 및 지방자치단체의 공공의 이익을 보호하고 지방재무회계행정의 공정성·적법성을 확보하기 위한 사법적 통제라는 다목적 효과를 기대할 수 있는 주민소송제도의 도입이 절실히 필요한 것으로 판단된다.²⁰⁾

(5) 물론 주민소송제도의 도입이 행정의 지연과 위축을 가져 올 수 있다. 주민소송은 민중소송이기 때문에 남소의 우려가 있고 고도의 정책지향형소송으로서의 특징을 가지고 있기 때문에 이에 익숙하지 않은 한국 법원에 부담이 될 수도 있다. 그러나 이러한 점이 주민소송의 도입을 반대할 충분한 이유는 되지 않는다고 본다. 원고적격, 소송대상, 출소기간, 감사청구전치주의 등의 입법기술을 통하여 충분히 보완될 수 있는 문제이기 때문이다. 또한 행정소송법은 법률이 정함이 있는 경우에 자기의 법률상 이익과 관계없이 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 그 시정을 구하기 위한 민중소송을 제기할 수 있다고 규정하여(동법 제3조, 제45조) 민중소송으로서 주민소송의 도입가능성을 예정하고 있다. 현재 한국에서 주민소송제도의 도입을 반대하는 견해는 없으며 전반적으로 긍정하고 있다.²¹⁾

2. 입법화의 기본방침

(1) 주민소송의 입법화의 기본방침으로 주민의 용이한 접근가능성의 보장,

20) 이경욱박사는 주민소송의 도입으로 주민의 참정권·평등권·생활권·청구권 등이 보장될 수 있으며 아울러 지방행정작용의 적법성과 공정성이 주민의 감독과 시정 아래 확보될 수 있을 것으로 기대된다고 한다(이경욱, 앞의 논문, 205면).

21) 학자들의 주민소송제도의 도입필요성과 논거에 대한 정리는 김희곤, 앞의 논문, 317~323면; 이경욱, 위의 논문, 205~208면 참고.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

주민소송의 남소가능성의 최소화, 소송절차의 충실성·명확성·자기완결성 및 실효성 있는 주민소송의 제도화를 제시한다.

(2) 가장 기본적인 방침은 주민이 용이하게 주민소송에 접근할 수 있는 주민참여수단으로 제도화되어 주민소송이 지방행정의 부정부패와 예산의 남용·오용을 방지·시정하는 사법제도로서 제대로 기능할 수 있도록 입법화되어야 한다. 물론 모든 제도는 장점과 단점, 순기능과 역기능이 있기 마련이다. 주민소송 역시 예외는 아니다. 특히 주민소송이 민중소송이기 때문에 남소의 우려가 있다. 주민소송이 남용되는 경우 행정의 원활한 추진이 저해되거나 위축될 수 있으며 경우에 따라 정쟁의 수단으로 이용될 수 있다. 따라서 주민소송을 입법화하는 경우 남소의 가능성을 방지하기 위한 제도적 장치들이 동시에 고려되어야 한다. 그러나 이 점을 지나치게 의식하여 주민의 주민소송에의 접근 가능성을 봉쇄하고 법전에만 존재하는 장식품이 되지 않도록 특히 주의하여야 한다.

(3) 또한 주민소송을 입법화함에 있어 주민소송이 객관소송이라는 특수성을 충분히 고려하여 소송절차를 자기완결적으로 명확하게 규정하여야 한다. 현행 행정소송법은 기본적으로 주관소송을 중심으로 소송절차가 규정되어 있으며 행정소송의 많은 부분에 동법 제8조에 의하여 민사소송법이 준용되고 있다. 객관소송인 주민소송에 일반행정소송·민사소송 절차나 이론을 그대로 적용하는 것에는 무리가 있으며 주민소송 독자의 완결적인 소송절차규정을 두지 않는 경우 소송운영상 상당한 혼란을 야기할 우려가 있다. 객관소송은 법률에 정함이 있는 경우에 법률이 정하는 바에 따라 법원이 재판하는 것을 전제로 하고 있으며 따라서 법원이 법의 불비를 보충하여 적극적인 재판을 하는 것을 기대하는 것은 곤란하다.

(4) 따라서 주민소송의 입법화는 주민소송이 주민자치의 확립에 갖는 의의를 적극적으로 평가하여 주민의 용이한 접근가능성을 보장하면서 남소의 가능성을 최소화하고 주민소송의 객관소송의 특수성에 비추어 주민소송 독자의 법리가 적용되는 소송절차를 가능한한 충실하고 명확하게 자기완결적으로 규정하여 주민소송의 운영에 혼란이 야기되지 않도록 소송절차를 정비하여 실효성있는 제도가 되도록 입법화함을 입법의 기본방침으로 설정하여야 할 것이다.

3. 주민소송의 실효성보장을 위한 요건의 충실화

(1) 내부감사제도의 충실화·객관화

위법한 행정작용은 지방자치단체의 내부에서 자주적으로 해결하는 것이 바람직하다. 주민소송은 만약 주민소송이 인정되지 않으면 회복이 불가능할 수 있는 정부의 위법행위를 교정하는 다른 통제수단이 존재하지 않는다는 것에 있다. 이러한 의미에서 주민소송은 특별소송절차(extraordinary procedural) 또는 다른 통제수단의 보충물(supplement)이라고 할 수 있으며 만약 다른 통제수단이 유효하게 기능하게 되면 그만큼 주민소송의 제기가능성은 감소하게 될 것이다. 이런 점에서 지방자치단체가 위법한 재무행정 등을 자주적으로 예방·시정하는 내부감사제도를 주민이 신뢰할 수 있도록 충실화하고 객관화하는 것이 선결과제가 된다.

(2) 주민참여제도의 보완

주민소송제도와 함께 주민발안·주민소환과 같은 다른 직접참여제도가 보완되는 경우 주민소송제도는 더욱 활성화되고 그 기능이 유효하게 작용하게 될 것이다. 따라서 가능한한 주민소송제도는 다른 직접참여수단과 함께 종합적으로 도입되는 것이 가장 바람직하다. 그러나 주민직접참여제도의 보완은 주민소송의 실효성보장을 위한 최적의 조건이지 주민소송제도도입의 필수요건은 아니다라고 본다.

(3) 재무회계관련 법령의 정비

재무회계법령은 수입·지출에 관한 예산회계법상의 규정과 같이 강행규정의 성질을 갖는 것이 없지 않으나 일반적으로 내규(행정규칙)의 성질을 갖는 것이 대부분이며, 이러한 재무회계법령에 위반한 경우 당해 행위자의 행정기관 내부에서의 책임의 문제는 생겨도 외부적인 관계에서는 법령에 특별한 규정이 없으면 그 법률행위의 효력에 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.²²⁾ 따라서 통상 재무회계법령은 사법심사의 재판규범로서의 법령(법규)이 아니다(재무회계법령의 비법규성).

22) 김남진, 『행정법Ⅱ』(법문사, 1997), 663면; 강구철, 『강의행정법Ⅱ』(학연사, 1994), 782면.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

그러나 주민소송은 주민의 지위에서 재무회계행위를 대상으로 하여 주민 자신의 권리와 관계없이 공익의 확보를 위하여 제기하는 객관소송이기 때문에 주민소송에서는 재무회계제도와 관련한 법령이 위법성의 판단기준으로 당연히 부상한다. 그럼에도 재무회계제도에 관한 법령은 이와 같은 주민소송을 상정하여 규정되어 있지 않기 때문에 주민소송제도가 도입되는 경우 재무회계제도와 관련한 법령의 해석에 큰 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 사법심사기준으로 작용할 수 있도록 재무회계관련 법령을 정비할 필요가 있다.

(4) 정보공개·행정절차의 충실화

주민소송이 도입되더라도 재무행정을 포함한 위법한 행정작용은 사전에 발생을 방지되는 것이 가장 바람직하다. 이를 위해서는 행정작용이 공정하고 투명할 것이 요청된다. 따라서 정보공개 및 정보제공제도와 행정절차제도를 실질화하고 충실화할 필요가 있다.

Ⅲ. 주민소송제도의 도입과 관련한 주요 쟁점과 입법방향

주민소송은 구지방자치법 제153조 및 제154조의 규정과 외국의 입법례를 참고로 제도화되어야 할 것이다. 외국의 입법례를 참고함에는 법제도나 법문화의 차이도 동시에 고려되어야 한다. 이하에서는 앞에서 제시한 입법화의 기본방침에 입각하여 주민소송에 관한 법률을 제정함에 있어 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 할 중요한 사항에 대한 입법내용을 제시한다. 중심적 내용은 당사자에 관한 사항, 주민소송의 대상, 소송절차에 관한 것으로 감사위원회제도의 도입 및 감사청구전치주의, 소송참가, 별소의 금지, 가구제제도 등, 주민소송의 소송형식, 소송비용 등에 관한 것이다.

1. 당사자

(1) 원고적격

가. 쟁점사항

구지방자치법 제154조의 주민소송은 행정소송법 제3조제3호 및 동법 제154조의 민중소송·객관소송에 해당된다. 주민소송을 재차 도입하는 경우에

도 역시 민중소송·객관소송의 한 유형으로 도입하여야 할 것이다. 따라서 원고는 자기의 법률상 이익과 관계없이 지방자치단체의 기관이나 소속 공무원이 법령에 위반된 행위를 한 때에 주민소송을 제기할 수 있게 될 것이다. 따라서 미국의 납세자소송이 공익소송·시민소송으로 발전하는 과정에서 제기된 원고의 개별적이고 특별한 이익의 침해여부와 같은 문제는 발생할 여지가 없다.

이와 같은 전제하에서 주민소송의 출소권자를 납세자로 할 것인가 주민으로 할 것인가, 주민으로 하는 경우 주민 1인이라도 출소할 수 있도록 할 것인가 일정수 이상의 주민으로 제한할 것인가, 감사청구전치주의를 취할 경우 감사청구를 한 주민에 한하여 출소할 수 있도록 할 것인가 당해 사건이 감사청구를 경유한 때에는 감사청구를 하지 아니한 주민에게도 출소할 수 있도록 할 것인가, 주민의 자격을 출소요건으로 할 것인가 본안판결의 요건으로 할 것인가, 주민단체, 외국인인 주민 및 법인에게도 원고적격을 인정할 것인가 등이 중요한 입법정책으로 등장한다.

나. 출소권자

출소권자를 납세자로 할 것인가 주민으로 할 것인가가 문제된다. 주민소송의 출소권자를 납세자로 하는 것은 납세자의 조세부담증가의 회피라는 소송의 주관적 성격이 부각되어 주민소송의 법적 성격에 혼란을 야기할 수 있고 납세자의 정의, 조세의 종류, 조세액, 납세기간 등을 사전에 확정하여야 하는 등 많은 어려운 문제점이 있을 것으로 생각된다. 또한 주민소송은 주민의 직접참여수단으로 기능을 한다는 점에서 볼 때 납세자를 주민소송의 출소권자로 하는 것은 우리의 법감정과도 조화되기 어려운 면이 있는 것으로 생각된다.

이런 점에서 주민소송의 법적 성격과 주민소송의 주민직접참여수단으로서의 기능을 고려할 때 주민소송의 출소권자는 “주민”으로 하는 것이 타당할 것으로 생각한다. 구지방자치법상 주민소송 역시 출소권자를 주민으로 하고 있다.

다. 출소권자수의 제한여부

출소권자를 주민으로 하는 경우에도 주민 1인이라도 소송을 제기할 수 있도록 할 것인가 아니면 일정 수 이상의 자가 원고가 되도록 제한한 것인가가 중요한 입법정책의 문제로 부각된다.

(㉑) 입법례

일본의 지방자치법은 출소권자의 수에 대해서 특별한 제한을 하고 있지 않으며 감사청구를 한 주민이면 1인이라도 주민소송을 제기할 수 있도록 하고 있다(동법 제242조의2제1항 참고). 미국 납세자소송의 경우 출소권자인 납세자의 수에 대해서는 제한을 하고 있지 않는 것이 일반적이나 Massachusetts주와 같이 일정수 이상의 복수의 납세자가 원고가 될 것을 요구하고 있는 주도 있다.²³⁾ 한편 구지방자치법상 주민소송의 경우 100인 이상의 연서로써 이유를 붙여 소청할 수 있고 소청의 결정에 이의가 있을 때에는 대법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제153조·제154조 참고). 이 규정의 의미는 구법상 주민소송은 100인 이상이 원고가 되어 주민소송을 제기하여야 한다고 해석한다.²⁴⁾ 그러나 법문의 규정상 명확하지 않으나 소청을 한 자로서 소청의 결정에 이의가 자는 누구라도(즉 1인이라도) 주민소송을 제기할 수 있다는 취지로 보는 것이 타당한 해석으로 보인다.

(㉒) 고려사항

주민소송의 제기권자의 수를 정함에 있어서는 먼저 주민소송의 법적 성격이 고려되어야 한다. 주민소송의 주관소송적 측면을 강조할 경우에는 1인이라도 소송을 제기할 수 있도록 하는 것이 소송의 일반법리일 것이다. 그러나 주민소송이 재무회계행정의 적법한 운영을 확보하기 위한 객관소송이며 주민의 직접참여제도로써 주민의 행정에 대한 감시와 통제는 집단적으로 행하는 것이 기본이라는 점, 주민소송은 대표소송이며 따라서 원고의 주민대표성을 확보할 필요가 있다는 점에서 볼 때에는 일정수 이상의 주민이 원고가 되도록 하는 방안도 충분히 고려할 수 있는 방안이라고 생각한다. 또한 주민 한사람이라도 소송을 제기할 수 있도록 하는 것은 이 제도의 남용을 가져올 우려가 있고, 나아가 1인의 원고가 사망한 때에는 소송이 종료되는 문제가 발생하며 이는 행정의 적법성보장이라는 공익보호를 목적으로 하는 주민소송의 취지에서 볼 때 바람직하지 않는 결과가 될 것이다.²⁵⁾

23) Massachusetts주의 경우 주의 공금지출의 금지소송에는 24인 이상, 지방자치단체의 공금지출의 금지소송에는 10인 이상의 납세자가 원고가 될 것을 요구하고 있다(Mass. Ann. Law ch. 29 §63; ch. 40 §53).

24) 조연홍, "주민소송의 입법", 『공법연구』, 제22집 3호(1994), 150면; 이경욱, 앞의 논문, 204면.

25) 일본에서는 주민 한 사람이라도 주민소송을 제기할 수 있는 것이 이 제도의 특징의

한편 주민소송은 궁극적으로 사법통제수단이며 사법심사의 대상이 되는 위법성은 다수결에 의하여 결정되는 성질의 것이 아니다. 원고의 소송제기는 법원에 의한 지방자치단체의 재무회계행위의 위법성판단의 단서에 지나지 않고 극단적으로 말하여 원고적격이 부정되더라도 소송대상의 위법성판단의 필요성은 남게 된다. 이런 점에서 다른 직접참여제도와 같이 주민의 몇분의 1이상, 주민의 몇% 이상의 연서를 요건으로 하는 것은 주민소송의 성격에 비추어 볼 때 타당하지 않다.

(c) 출소권자수의 합리적 제한

이런 점을 종합하여 볼 때 주민소송을 제기하고자 하는 자는 주민에게 불합리한 부담이 되지 않는 합리적인 범위 안에서 주민의 일정 수 이상의 주민의 연서를 받거나 또는 일정 수 이상의 주민이 원고가 되도록 입법화하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

라. 감사청구자와 출소권자의 동일성여부

감사청구전치주의를 취할 경우 감사청구를 한 주민에 한하여 출소적격을 인정하고 다른 주민에게는 소송참가만을 인정할 것인가, 소송대상이 되는 사안이 감사청구를 거친 경우에는 다른 주민도 출소할 수 있도록 할 것인가도 중요한 입법정책의 문제이다.

생각건대, 감사청구인이 소송을 제기하여 소송계속 중인 때에는 중복소송의 방지를 위해서 다른 주민에게는 소송참가만을 인정하는 것이 타당할 것이다. 그러나 감사청구를 한 주민이 악의·공모 또는 정당한 이유없이 출소를 전혀 하지 아니하거나 지방자치단체와 공모하여 소의 취하·포기한 경우에도 다른 주민에게 출소자격을 인정하지 않는 것은 주민소송이 재판소송이라는 측면에서 볼 때 타당하지 않다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 감사청구를 하지 아니한 주민에게도 출소적격을 인정하는 것이 바람직한 입법정책이라고 본다.

하나이지만 현재 주민소송의 4할 이상이 복수의 주민에 의하여 제기되고 이 중 100인 이상이 집단적으로 행하는 경우도 적지 않다는 현실에서 주민의 일정수 이상이 원고가 될 것을 제도적으로 검토할 필요가 있다는 입법론이 제기되고 있다(地方自治協會, 앞의 보고서, 119면; 成田頼明, 住民訴訟: 制度の回顧と展望, 22면; 佐藤英善, “住民訴訟の要件”, 『行政法の争点』(有斐閣, 1990), 229면).

마. 주민자격의 상실

주민소송의 계속 중 이주 등으로 주민자격을 상실한 경우에 소송을 제기할 때 주민이었던 것으로 충분하가 아니면 주민의 요건을 본안판결의 요건으로 할 것인가가 문제된다. 주민소송이 특정지방자치단체의 자치권과 관련된 소송이라는 점에서는 주민의 자격을 본안판결의 요건으로 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 주민소송이 재무회계행정의 적법한 운영을 확보하기 위한 객관소송이며 원고의 소송제기는 법원의 재무회계행위의 위법성판단의 단서에 지나지 않는다는 점에서는 소송의 계속 중에 주민자격을 상실하더라도 소송대상의 위법성판단의 필요성이 있고, 원고가 소송수행의 의사가 있는 때에는 계속하여 소송을 수행할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것으로 본다. 당초의 원고가 소송을 계속할 의사가 없거나 할 수 없는 사정이 있는 때에는 법원이 직권으로 다른 주민에게 소송을 계속할 수 있도록 하여야 할 것이다.

바. 외국인·법인 및 주민단체의 출소자격의 허용여부

(ㄱ) 외국인인 주민의 출소자격

오늘날의 세계화·개방화추세에 비추어 볼 때 주민소송의 원고적격을 “국민인 주민”에 한정할 필요는 없을 것으로 보이며 외국인인 주민에게도 출소권을 인정하는 것이 타당할 것으로 보인다. 지방자치법, 역시 주민의 자격으로 지방자치단체의 구역안에 주소를 가진 자로 규정하여 국적의 유무를 조건으로 하고 있지 않다(동법 제12조). 일본의 주민소송도 외국인인 주민에게 주민소송의 출소자격을 인정하고 있다.²⁶⁾

(ㄴ) 법인의 출소자격

법인에게 주민소송의 출소자격을 인정하는 것은 자기의 법률상 이익과 관계없이 객관소송인 주민소송의 제기를 인정하는 것으로 법인의 권리능력에 속하지 않는다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 객관소송이라고 하더라도 주관적 이익이 전혀 없는 것은 아니며²⁷⁾ 법인의 목적에 의한 권리능력의 제한

26) 외국인에게도 출소자격이 인정된다는 점에서 주민소송의 성격을 『주권행사로서의 주민참여』라는 의미에서의 직접민주주의와는 다른 것으로 보는 견해도 있다(塩野宏, 앞의 책 163면).

27) 법령이 공개입찰계약을 하도록 하고 있음에도 수의계약을 하여 공공계약에의 참가가 배제된 법인, 위법한 과세특례 등을 생각할 수 있다. 조연홍교수는 주민소송을 객관소송 일변도로 보는 시각은 탈피되어야 하며 주민소송의 이기적 집단소송으로서의 주관소송의 기능을 확인하여야 함을 강조하고 있다(조연홍, 앞의 논문, 146면).

은 매우 좁고 실질적으로 기능하고 있지 않으므로²⁸⁾ 법인의 원고적격을 부정할 이유는 없다고 본다. 미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송은 법인의 원고적격을 인정하고 있다.

(ㄷ) 주민단체의 출소자격

주민단체의 활동범위가 당해 지방자치단체의 구역에 미치고 가입이 개방되어 있어 당해 지방자치단체의 주민이 일정비율 이상 구성원으로 되어 있으며 일정기간의 객관적인 활동실태를 보아 적절하게 공익을 추구하는 임무를 수행하고 있는 등 일정한 요건을 갖춘 주민 내지 시민단체에 대해서도 주민소송의 출소자격이 인정되어야 한다. 이와 같은 요건은 법률로 정하고 이 요건의 충족여부는 법원이 재량으로 판단할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(2) 피고적격

가. 주민소송의 피고적격

주민소송의 피고는 청구내용에 따라 정하여지게 될 것이다. 금지소송, 위법확인소송, 직무집행명령소송 내지 의무화소송 등의 경우 위법한 재무회계 행위 등을 하였거나 당해 직무를 할 권한이나 의무가 있는 지방자치단체의 행정청 또는 행정기관이 피고가 될 것이다. 그리고 대위소송은 주민이 지방자치단체가 보유하는 실체법상 청구권을 대위행사하여 당해 지방자치단체가 입은 손해의 회복, 입을 위험이 있는 손해를 예방하는 것이다. 대위소송의 경우에는 지방자치단체의 기관을 피고로 하는 것은 논리모순이며 지방자치단체에 손해를 발생하게 하였거나 또는 부당이득을 얻고 있는 개별 법적 주체를 상정하지 않으면 의미가 없다. 따라서 대위소송의 피고는 위법한 재무회계행위 등을 한 공무원 개인 또는 그 상대방이 된다.

나. 공무원의 변상책임·구상책임과의 정합성

주민소송에서 공무원 개인이 피고가 되는 경우 주민소송상 공무원의 배상책임의 요건과 회계관계공무원의 변상책임(지방재정법 제115조) 및 공무원의 구상책임(국가배상법 제2조제2항)의 요건과의 정합성에 특히 유의하여야 한다. 위 법들은 공무원의 직무수행이나 사기를 배려한 정책적 고려에서 고의 또는 중과실이 있는 경우에 변상책임 또는 구상책임을 지우고 있다.

28) 藤原静雄, "住民訴訟の當事者", 『地方自治法講座 4』(きょうせい, 1990), 42면; 仲江利政 編, 『住民訴訟の實務と理論』(きょうせい, 1988), 61면.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

주민소송에 있어 공무원 개인의 배상책임과 변상책임·구상책임의 정합성을 유지하기 위해서는 먼저 지방재정법 제115조의 회계관계 공무원의 변상책임을 지방자치단체 공무원 일반의 변상책임으로 확대하고 주민소송인 대위소송은 이 규정에 근거하여 발생한 변상책임을 주민이 당해 지방자치단체를 대위하여 추궁하는 절차규정으로 정비하여야 할 것이다. 다음으로 공무원 개인의 변상책임 또는 구상책임의 요건을 현행과 같이 중과실이 있는 경우에 한정할 것인가 아니면 경과실의 경우에도 변상책임 또는 구상책임을 지도록 할 것인가를 정책적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다.

다. 공무원 개인 및 법률관계의 상대방인 피고에 대한 정책적 배려

주민소송의 도입으로 공무원 개인이 주민에게 전면적으로 노출되어 행정의 위축, 공무원의 사기저하 등 정책적으로 바람직하지 못한 결과를 초래할 우려가 있다고 판단되는 경우 배상명령이나 부당이득반환명령의 직무집행명령소송과 같은 소송유형을 법정하여 1차적으로 당해 지방자치단체의 장을 피고로 하고 공무원 개인에 대한 대위소송은 외형상으로도 공무원의 직무행위로 볼 수 없는 것과 같은 개인적 행위에 한정하거나 배임·횡령 기타 이에 준하는 행위로서 개별적으로 열거하는 경우에 한정하는 방법도 검토할 수 있을 것이다.

또한 대위소송에 있어 위법한 재무회계행위이나 위법한 부작위의 상대방이 피고가 되는 경우에는 그 대상이 되는 행위가 사법상의 행위, 즉 사적 자치와 관련된 행위가 많다는 점에서 상대방의 보호 내지 거래관계의 안정을 고려하여 일정한 한계를 둘 필요가 있다.

2. 소송대상

주민소송 역시 소송이기 때문에 위법한 행위만이 대상이 되고 부당한 행위는 대상에서 제외된다. 그리고 주민소송의 대상을 위법한 재무회계행위에 한정할 것인가 행정일반의 위법성을 대상으로 하여 주민소송에 행정일반의 위법성통제기능을 부여할 것인가는 주민소송의 도입에 있어 가장 중요한 입법정책상 쟁점이 될 것이다.

(1) 위법성

주민소송은 재무회계행정 등의 정책적 당부를 판단하기 위한 것이 아니라 법률적합성을 판단하기 위한 주민의 소권에 기초한 사법통제제도이다. 따라서 주민소송의 대상은 위법한 행정작용이다.

위법한 행정작용이란 ①우선 당해 행위를 규율하는 법령·조례·규칙에 위반된 행위를 말한다. 당해 행위를 규율하는 법령이 무엇을 지칭하는가에 따라 위법성의 광범에 상당한 차이가 있게 된다. 상위법인 헌법원리에 반하는 행위가 포함된다는 것에는 이론이 없을 것이다.²⁹⁾ 청구의 양태에 따라 배임·횡령·사기 등의 범죄행위, 타인의 권리를 침해하는 불법행위, 공서양속에 반하는 행위, 무권한대리행위, 신의칙위반행위 등도 위법행위에 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 또한 현대행정의 복잡성·다양성 및 주민소송제도의 취지에서 볼 때 당해 행위를 직접 규제하는 법령뿐만 아니라 당해 행위와 유기적 일체불가분의 관계에 있는 법령도 포함된다고 보아야 할 것이다.

②당해 기관 또는 공무원의 직무를 규율하는 법령위반도 포함된다. 권한규정위반, 처리준칙법령위반 등이 그것이다. 지방자치단체의 행정기관이나 공무원에게 재량권이 주어져 있는 경우 그 재량권 범위 안에서의 행위는 위법의 문제는 없지만 일반법리에 따라 재량권을 일탈하거나 남용하는 경우에는 위법한 행위가 되어 주민소송의 대상이 된다.

한편 행위의 위법성과 관련하여 지방의회의 의결 자체가 위법한 경우에 당해 의결에 의거하여 행한 행정기관 또는 공무원의 행위가 위법한 행위가 되는지의 여부가 문제될 수 있다.³⁰⁾ 주민소송제도가 주민의 일반적 이익을 보호함을 목적으로 한다는 점에서 의회의 위법성을 포함하여 일체의 지방자

29) 오늘날 재정통제준칙으로서의 "경제성원칙"(Wirtschaftlichkeitsprinzip)의 통제규범 또는 행위규범으로서의 효력이 논의되고 있다. 헌법상 일반원칙인 공공복리원칙에서 도출되는 경제성의 원칙은 기술적 의미에서 예산의 편성, 집행 등의 직접적인 재정영역에서 뿐만 아니라 급부행정은 물론이고 행정조직과 침해행정영역에서도 일반적으로 적용되는 행정법의 일반원칙으로 인정된다는 것이다. 이에 대한 자세한 것은 이덕연, "재정통제소론: 공법상 재정통제논의의 활성화에 부쳐", 『공법연구』, 제23집 4호(1995), 414면 이하 참고.

30) 지방자치법은 중요재산의 취득·처분, 공공시설의 설치·관리 및 처분, 예산외의 무부담이나 권리의 포기 등의 사항에 대해서는 지방의회의 의결로 하도록 하고 있다 (동법 제35조 참고).

치단체 기관의 행위의 위법성을 추궁하는 것이 제도의 취지에 부합하고 의회의 의결이 있었다 하더라도 법령상 위법한 지출이 적법한 지출로 될 수 없다는 점 등에서 적극적으로 해석하여야 할 것이다.

(2) 소송대상의 한정여부

주민소송의 대상을 위법한 재무회계행위에 한정할 것인가 또는 행정일반의 위법성까지 확대하여 주민소송에 행정일반의 적법성통제기능을 부여할 것인가는 주민소송의 도입에 있어 가장 핵심적인 입법정책의 문제이다.

가. 입법례

미국 납세자소송의 경우 재무회계사항 뿐만 아니라 공금지출을 수반하지 않는 비재무회계사항도 소송대상이 된다. 일반적으로 납세자소송의 대상이 되는 사항을 보면 ①위법한 조세의 부과·징수, ②타인에 대한 비과세, 면세, 감세 및 환급조치, ③공금의 부정한 유용, 위법한 지출 및 낭비, ④공공재산의 부정처분, ⑤공채의 부정발행, 공적 채무의 불법인수, ⑥무권한 또는 위법한 공공계약, ⑦위법한 특허·허가 등의 발급, ⑧위법한 토지수용, 수용권의 남용, ⑨지방자치단체의 위법한 구역합병, 분리, ⑩지방자치단체에 속하는 청구권의 대위 등이 있으며 ⑪비재무적 사항으로 납세자소송이 인정된 예로서는 지방자치단체의 조직변경, 시청사 등의 입지선정 및 이전, 기록의 검사, 시공무원 조합비의 급여에서의 사전공제 등을 들 수 있다.

일본 지방자치법은 주민소송의 대상을 위법한 ①공금의 지출, ②재산의 취득·관리·처분, ③계약의 체결·이행, ④채무 기타 의무의 부담, ⑤공금의 부과·징수를 해태한 사실, ⑥재산의 관리를 태만히 하는 사실 등 소위 재무회계상의 행위(재무사항)에 한정하여 법정하고 있다(일본 지방자치법 제242조제1항). 그러나 최고재판소는 이와 같은 법정된 전형적 재무회계사항에 한하지 않고 선행행위의 위법성의 승계 등의 이론을 통하여 비재무회계행위 에까지 대상을 확대함으로써 주민소송의 역할이 지방자치단체의 행정운영의 위법일반을 통제하는 수단으로 변화하고 있다.

한편 한국의 구지방자치법상 주민소송의 경우 『지방자치단체의 조례나 지방자치단체의 명령이나 처분이 헌법이나 법률에 위반된다고 인정될 때』라고 규정하여 소송대상에 관해 열거주의를 취하지 않고 개괄주의를 취하고 있었다.

이상의 입법례를 통해서 알 수 있는 것은 주민소송의 대상이 전형적인 재무회계행정에서 행정일반의 위법성에까지 확대되는 것이 일반적 경향이며, 이는 주민소송의 행정감시와 통제 및 주민참여의 측면에서 볼 때 긍정적으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다. 이런 점에서는 구지방자치법상 주민소송은 일본의 주민소송에 비하여 발전된 것으로 볼 수 있을 것이다.

나. 위법한 행정작용 일반을 소송대상으로 할 경우의 문제점

그러나 주민소송의 대상을 위법한 행정작용 일반으로 확대하는 경우 많은 문제점을 야기할 것으로 생각된다. 먼저 현행 행정소송법과 조화되지 않는다. 현행 행정소송법은 기본적으로 주관소송을 중심으로 하고 있으며, 예외적으로 민중소송으로서의 객관소송의 도입가능성을 열어두고 있다. 이는 행정소송법이 소송의 종류로 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 법정하고 항고소송은 법률상 이익의 침해를 요구하는 자에 한해서 원고적격을 인정하며(동법 제9조, 제35조 및 제36조 참고) 당사자소송은 공법상 법률관계에 관한 소송이므로 민사소송법상 원고적격에 관한 규정이 준용하고(동법 제8조제2항) 민중소송 및 기관소송은 법률이 정하는 경우에 법률이 정한 자에 한해서 제기할 수 있도록 하고 있는 것(동법 제45조)에서 잘 나타나 있다.

이런 점에서 민중소송인 주민소송은 법률이 허용하는 경우에 한해서 인정되는 예외적인 특수한 소송이다. 만약 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 경우 행정행위 기타 모든 행정결정의 위법성을 광범위하게 주민소송으로 다루는 것을 인정하는 것이 되고 주민소송이 당사자소송이나 항고소송과 같은 주관소송을 대체하여 주관소송은 유명무실하게 될 것이다. 이는 결과적으로 현행 행정소송법체계를 붕괴시키는 것이 된다. 따라서 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 것은 행정소송법의 취지에 정면으로 반하는 것이 되어 현행 행정소송법과 정합성을 상실하게 될 것이다.

또한 전심절차를 취할 경우 전심기관은 행정작용 일반의 위법성을 심사할 수 있는 조직과 체계를 갖추어야 할 것이며 이를 위해서는 현행 행정심판제도를 폐지 내지 전면적으로 개선하여야 한다. 이러한 점에서 볼 때 위법한 행정작용 일반을 주민소송의 대상으로 하는 것은 현행 행정소송체계의 전면적인 재편성을 의미하는 것이며 이러한 제도개혁은 용이하지 않을 뿐만 아니라 결코 타당하지도 않는 것이다.

나아가 주민소송은 자기의 법률상 이익과 관계없이 제기할 수 있는 민중소송이기 때문에 남용될 가능성이 있으며 경우에 따라서는 지방자치단체나 주민 일반의 이익을 위해서가 아니라 정치적 주장의 관철을 위해 행정을 지연하는 수단으로 이용될 가능성도 없지 않다. 이렇게 될 경우 심각한 행정지연과 위축을 가져올 수 있으며 법률상 쟁송의 심판을 본연의 의무로 하고 있는 법원(법원조직법 제2조)은 본질적으로 비법률적 쟁송인 주민소송에 압도되어 본연의 역할을 할 수 없게 될 것이다.

다. 재무회계사항에의 한정

이런 점에서 볼 때 주민소송의 대상을 위법한 행정작용 일반으로 확대하는 것은 현행 행정소송제도의 전면적 개혁을 의미하는 것이 되며 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 타당한 것으로도 생각되지 않는다. 따라서 현행 행정소송체계와 조화하면서도 주민소송제도가 독자적인 기능을 발휘하게 하기 위해서는 주민소송의 대상을 위법한 재무회계행정에 한정하는 것이 바람직하며 비재무적 사항에 대한 주민소송에 의한 통제는 향후 학설과 판례의 전개에 맡기는 것이 타당할 것으로 생각된다. 재무행위의 유형화는 지방자치법 제7장의 재무편과 지방재정법에 규정된 행위형식 및 일본 지방자치법과 미국 납세자소송의 대상을 참고로 유형화하면 될 것으로 생각된다.

3. 소송절차

(1) 재판관할

일본의 주민소송이나 미국의 납세자소송은 지방법원을 1심으로 한 3심제를 채택하고 있는 것에 대하여 구지방자치법상 주민소송은 소청을 거쳐 대법원에 제소하는 단심제로 되어 있었다. 이는 주민소송의 대상이 되는 사건은 공공성이 강하기 때문에 사건을 신속히 처리하여 그 효력을 조속히 안정시키려는 취지라고 생각된다.

그러나 주민소송을 구법과 같이 대법원에 바로 제소하도록 하는 것은 재무회계행정이 전문적이고 기술적인 내용이 많다는 점에서 주민소송의 분쟁 성격에 맞지 않고 또한 대법원의 소송부담을 가중시키는 요인으로 작용할 것으로 생각된다. 또한 주민소송을 바로 대법원에 제기하는 것은 일반행정소송이 3심제로 되어 있는 것과도 균형이 맞지 않는다.

생각전대, 1998년 3월 서울에 설치되어 있는 행정법원을 다른 지역에도 그 여건을 감안하여 조속히 확대 설치하고 주민소송을 포함한 지방자치분쟁을 해결함에 있어 고등법원의 역할을 대폭 강화할 필요가 있다. 각종 행정소송을 관장한 경험이 풍부한 고등법원이 사실상 최고심급이 되도록 하고 대법원에서의 상고기회는 현행 상고심사제(심리불속행제도)에 따라 인정하되, 전국적 통일성을 기해 해결해야 할 사안이 있을 수 있으므로 미국 연방대법원의 사건의송명령(certiorari)과 같은 제도를 도입하여 대법원의 선택적 관할권을 인정하는 것도 검토할 필요가 있다고 본다.³¹⁾

(2) 주민감사청구 및 감사청구전치주의

가. 감사청구전치주의의 의의

주민소송을 제기하기에 앞서 지방자치단체 내부에서 위법·부당한 재무회계행정을 시정할 수 있는 기회를 부여하기 위하여 감사청구전치주의를 채택할 것인지가 문제된다. 일본의 주민소송은 감사청구전치주의를 취하고 있으며(일본 지방자치법 제242조) 구지방자치법도 소청전치주의를 취하고 있었다(동법 제153조).

감사청구전치주의를 취하는 이유는 지방자치단체의 분쟁은 지방자치단체 내부에서 자주적으로 해결하는 것이 지방자치의 취지에 합치한다는 점, 소송에 비하여 간이·신속하게 사건을 처리할 수 있기 때문에 시간과 비용의 면에서 경제적이라는 점, 회계제도의 복잡성과 회계원리 등의 전문기술성에 비추어 행정기관의 전문적 지식을 활용하여 법원의 사법기능을 보충하고 가능한한 자체 감사단계에서 해결하도록 함으로써 법원의 부담을 경감할 수 있다는 점 등에 있다.

나. 감사청구전치주의의 위치

소청 내지 감사청구전치주의와 관련해서 항고소송의 행정심판전치주의가 폐지되었기 때문에 주민소송의 경우도 이와 같은 전치절차를 두지 않고 바로 법원에 직접 출소할 수 있도록 하여야 한다는 견해가 있을 것이다.

그러나 감사청구전치주의는 주민소송의 제기를 위한 단순한 형식적 소송요건 내지 경유절차 이상의 의미가 있다. 지방자치라는 관점에서 볼 때 지방

31) 홍준형, "지방자치분쟁의 사법적 해결: 그 문제점과 개선방안", 『공법학의 현대적 지평』(계희열교수화갑기념논문집, 1995), 838~839면 참고.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

자치단체의 재무에 관한 과오를 주민과 지방자치단체가 협력하여 시정하는 것이 가장 이상적이다. 감사청구전치주의는 지방자치단체의 잘못된 재무회계행정을 스스로 인정하고 시정함으로써 지방자치단체와 주민간의 신뢰를 회복시키는 기능을 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 지방자치단체의 위법한 재무회계행정이 타율적으로 법원에 의하여 시정되는 경우 주민의 지방자치단체에 대한 신뢰는 상당히 떨어지게 될 것이다.

또한 주민소송의 경우 위법한 재무회계사항에 대해서만 소송을 제기할 수 있는 것에 대하여 주민감사청구의 경우에는 위법 뿐만 아니라 부당한 재무회계사항에 대해서도 청구를 할 수 있다. 주민감사청구에 따른 재결은 부당한 재무회계사항을 시정하는 최종심의 역할을 한다. 따라서 감사청구전치주의는 주민에게 부당한 재무회계사항에 대해서도 시정을 구할 수 있는 권리를 보장하는 것이라는 점에서도 감사전치주의의 의의는 재인식될 필요가 있다.

다. 주민감사청구제도의 입법방향

이상과 같은 주민감사청구전치주의 취지를 충분히 실현하기 위해서는 주민이 감사결과를 신뢰할 수 있도록 지방자치단체의 내부감사제도의 충실성·공정성·객관성의 담보가 선결되어야 한다. 이것이 선결되지 않는 경우 종래 행정심판전치주의에서와 같이 주민소송의 제기를 지연시키고 비용부담을 가중시키는 등 감사청구전치주의가 오히려 주민의 이익보호에 장애요인으로 작용하게 될 것이다.

지방자치단체의 감사의 공정성·객관성을 확보하기 위해서는 지방자치단체의 재무회계감사(일반감사·특별감사) 및 주민의 감사청구에 대한 재결권을 갖는 감사위원회제도와 같은 전문감사기관을 도입할 필요가 있다고 본다. 감사위원회는 재무회계 및 감사에 관한 전문지식을 갖춘 감사위원으로 구성하고 감사위원은 외부의 전문가가 과반수 이상이 되도록 하여 공정성·객관성을 확보하고 주민의 대표로 구성되는 지방의회의 동의를 얻어 지방자치단체의 장이 임명하도록 하여야 할 것이다. 감사위원회에게는 신분상·권한상의 독립이 보장되어야 한다. 감사청구권자는 주민으로 하되 일정수 이상 주민의 연서로서 하도록 하며 합리적인 청구제한기간을 두도록 한다. 청구대상, 피청구인 등은 주민소송과의 관계에 특히 신중을 기하면서 제도화되어야 한다. 감사위원회가 주민감사청구를 심리하는 경우 헌법 제107조제3항이 정하는 취지에 따라 가능한한 사법절차를 준용되어야 할 것이다.

감사청구전치주의를 취하는 경우에도 감사청구가 있는 날로부터 일정한 기간이 경과하여도 재결이 없는 때, 사무의 집행으로 인한 중대한 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있는 경우, 감사위원의 결원 등 감사위원회가 재결을 하지 못할 사유가 있는 경우 기타 청구인에게 귀책할 수 없는 사유로 감사청구를 경유할 수 없는 경우 등 일정한 예외규정을 두어야 할 것이다.

(3) 출소기간

출소기간에 대해서는 제척기간을 두는 것과 같다고 하여 반론이 있을 수 있다. 그러나 언제까지나 주민소송을 제기할 수 있도록 하면 당해 행위나 법률관계가 장래 재판에 의하여 변경될 가능성이 있기 때문에 언제나 불안정할 뿐만 아니라 당해 행위를 기초로 성립한 다른 법률관계까지도 불안정한 상태에 놓이게 된다. 따라서 법적 안정성을 위하여 합리적인 제소기간의 제한을 두는 것으로 한다. 이는 동시에 남소의 방지하는 효과도 있다.

미국의 납세자소송이나 일본의 주민소송도 제소기간에 제한을 두고 있으며 구지방자치법상 주민소송 역시 소청에 대한 결정에 이의가 있는 때에는 결정통지서를 받은 날로부터 10일 이내에 제소하도록 하고 있다. 그러나 이와 같은 단기의 제소기간을 정하는 것은 주민의 주민소송청구권을 지나치게 제한하는 것이 되어 타당하지 않다. 오늘날 제소기간을 일반적으로 연장하는 경향에 있다는 점도 고려하여³²⁾ 주민소송의 제소기간은 주민이 주민소송을 충분히 준비할 수 있는 합리적 기간이 되어야 할 것이다.

(4) 소송참가

행정소송법은 민중소송을 ①처분 등의 취소를 구하는 소송, ②처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부나 부작위의 위법의 확인을 구하는 소송 및 ③기타 소송으로 분류하고 ①과 ②에 대해서는 각각 취소소송·무효등 확인소송·부작위법확인소송을 ③에 대해서는 당사자소송에 관한 규정을 준용한다

32) 행정심판법은 종래 처분이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 제기하도록 하였으나 1995년 12월 법률을 개정하여 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하도록 행정심판청구기간을 연장하였다(동법 제18조). 또한 행정소송법도 1994년 행정심판 전치주의가 임의전치주의로 변경됨에 따라 행정소송의 제소기간을 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일, 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 행정소송을 제기할 수 있도록 제소기간을 연장하였다(동법 제20조).

록 하고 있다(동법 제46조). 이 규정에 의하여 주민소송에는 행정소송법이 정하는 제3자의 소송참가 및 행정청의 소송참가가 준용된다(동법 제16조·제17조). 따라서 지방자치단체의 주민은 주민의 대표인 원고가 공격 또는 방어를 태만히 하여 주민 전체나 지방자치단체의 이익을 적절히 옹호하고 있지 못하다고 판단되는 때에는 법원의 허가를 받아 소송참가를 할 수 있다.

주민소송에 있어 소송참가와 관련하여 특히 문제될 수 있는 것은 대위소송에 있어 지방자치단체의 피고를 위한 소송참가문제이다. 대위소송의 원고는 지방자치단체를 위하여 당해 지방자치단체를 대위하여 공무원 개인을 피고로 소송을 제기하는 것이기 때문에 당해 지방자치단체의 피고측에의 소송참가는 당사자의 일방이 대립당사자인 상대방에 소송참가를 허용하는 것과 같은 결과가 되며 일반 소송이론상으로는 모순적인 것이 된다. 물론 지방자치단체가 원고를 위하여 소송참가할 수 있음은 당연한 것이다.

그러나 주민소송에 있어 지방자치단체의 소송참가에 대해서는 주민소송 독자의 법리를 창출할 필요가 있다. 대위소송은 형식상으로는 주민이 지방자치단체의 청구권을 대위행사하는 것이지만 실질적으로는 청구권의 귀속주체인 지방자치단체와 언제나 같은 입장에 있는 것은 아니다. 대위소송은 주민으로서의 고유한 입장에서 공무원 등에 대하여 손해전보 등을 요구하는 것이 주된 목적이며 그 목적을 실현하기 위한 수단으로 소송기술적인 배려에서 대위소송의 형식에 의하는 것이다. 원고가 형식상 지방자치단체를 대위하여 권리를 행사하더라도 지방자치단체의 이해관계가 원고와 일치하지 않아 지방자치단체가 소송참가의 이익이 있는 때에는 피고를 위한 소송참가를 허용하여야 할 것이다. 대위소송에서 지방자치단체의 소송참가는 해석론으로도 어느 정도 가능할 수 있으나 논란의 여지가 있으므로 주민소송 독자의 지방자치단체의 소송참가를 법에 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

(5) 소송승계

소송승계란 소송계속 중에 소송의 목적인 권리관계의 변동으로 새로운 승계인이 종전의 당사자에 갈음하여 당사자가 되어 소송을 인계받게 되는 것을 말한다.³³⁾ 행정소송법은 행정청의 권한승계 및 행정청의 폐지된 경우에 피고의 승계에 관해서만 규정하고 있을 뿐(동법 제13조) 원고의 승계에 대

33) 이시윤, 『민사소송법』(박영사, 1994), 255면.

해서는 규정하고 있지 않기 때문에 민사소송법상 소송승계에 관한 규정이 준용된다(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제211조 이하).³⁴⁾

그러나 주민소송은 주민인 개인의 권리이익과는 관계없이 지방재정의 공정한 운영을 확보하기 위해 인정되는 제도이므로 민사소송은 물론이고 통상의 행정소송인 항고소송과도 다른 각도에서 검토할 필요가 있다. 소송의 계속 중 원고의 사망, 영구이전, 소송계속의사의 상실 등이 있는 때에는 법원은 재량으로 소송계속의 의사가 있는 다른 주민에게 소송을 계속하게 할 수 있도록 하는 취지의 규정을 두어야 할 것이다. 또한 피고의 승계에 있어서도 행정청이 피고가 되는 경우에는 행정소송법의 규정을 준용하면 될 것이나 공무원 개인이 피고가 되는 대위청구의 경우에는 피고가 사망한 경우 그 상속인이 소송을 승계하도록 하여야 할 것이다.

(6) 별소의 금지

민사소송법은 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 다시 소송을 제기하지 못하도록 하고 있다(동법 제234조). 이를 중복소송의 금지 또는 이중소송의 금지원칙이라고 한다. 이 원칙은 소송당사자에게만 적용되고 당사자 이외의 제3자가 소송계속 중인 사건에 대하여 소송을 제기하더라도 동일한 사건이 아니기 때문에 이 원칙은 적용되지 않는다.³⁵⁾

일반 민사소송의 경우에는 법적인 이해관계가 있는 자만이 소송을 제기하므로 동일 청구에 대해서 다수의 재판이 동시에 계류될 가능성은 적다. 그러나 주민소송은 당해 지방자치단체의 주민이면 누구라도 소송을 제기할 수 있기 때문에 만약 동일한 사건에 대해서 주민 각자에게 별개의 소송을 제기하는 것이 인정되게 되면 남소의 폐해를 초래하여 법원에게도 부담이 되고 소송경제상으로도 타당하지 않으며 판결이 서로 모순·저촉되는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 주민소송이 계속 중인 때에는 다른 주민의 동일사건에 대한 별소의 제기를 금지하고 소송참가만을 허용하여야 할 것이다.

일본 지방자치법도 주민소송에 있어 동일 사건에 대한 다른 주민의 별소의 제기를 금지하고 있으며(동법 제242조의2제4항), 별소의 제기가 있는 경우 송송의 제기요건을 구비하고 있는 때에는 부적법한 것으로 각하하지 않고 공동소송참가신청으로서의 효력을 인정하고 있다.

34) 행정심판법은 청구인의 지위승계에 관해서 명문의 규정을 두고 있다(동법 제12조).

35) 이시윤, 앞의 책, 351면 이하 참고.

(7) 소의 취하, 청구포기, 재판상 화해

주민소송이 재판소송이며 공익소송인 점을 고려하여 원고의 지방자치단체와 공모에 의한 소의 취하, 청구의 포기·인락을 방지하기 위하여 원고는 법원의 허가가 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 한편 행정소송법은 재판상 화해에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 민사소송법상 화해가 준용될 여지가 있다. 그러나 위법한 재무회계행정은 사인간의 민사소송과 같이 서로 양보하여 화해로 해결할 수 있는 성질의 것은 아니며 주민소송의 심리에는 직권탐지지주의 개입될 수 있고 주민소송의 확정판결은 대세적 효력을 가진다는 점 등에서 비추어 볼 때 주민소송에 있어 재판상 화해는 허용되지 않는다는 명문의 배제규정을 두는 것이 타당할 것으로 생각된다.

(8) 자료열람·복사청구권

행정소송법은 행정심판기록제출명령신청권만을 인정하고 있을 뿐 자료열람 및 복사청구권을 인정하고 있지 않다(동법 제25조). 이는 행정소송의 원고가 피고인 행정청과 대등한 지위에서 공격·방어를 할 수 없다는 것을 의미하기 때문에 대심구조의 실효성을 거두기 어렵게 하는 커다란 결함이 되고 있다.³⁶⁾

따라서 주민소송제도를 입법화하는 경우 주민소송과 관련된 자료 등은 당해 지방자치단체가 보유하고 있는 것이 보통이기 때문에 주민인 원고로 하여금 당해 사안에 대한 모든 문서 등을 사전에 열람·복사할 수 있도록 하여 당사자의 무기평등의 원칙이 실현될 수 있도록 일반적인 정보공개청구권이나 문서열람청구권 보다 강도 높은 문서 등의 열람 및 복사청구권을 보장할 필요가 있다.³⁷⁾

36) 물론 이러한 문제점은 행정절차법상 문서열람제도가 행정정보공개법에 의한 행정정보공개제도를 활용하여 관련 자료에 접근함으로써 어느 정도는 해소될 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 행정소송법상 자료열람청구권과 행정정보공개법상 행정정보공개청구권과는 제도의 취지를 달리하며, 행정절차법상 문서열람청구권은 열람의 대상이 문서에 한정되어 있고 문서의 열람이 처분절차 중 청문에 한하여 청문의 통지가 있는 날로부터 청문이 끝날 때까지로 제한되어 있다.

37) 물론 자료열람 및 복사청구권은 주민소송에 관한 법률에 규정되기 보다는 행정소송법에 규정하여 행정소송 일반에 적용하는 것이 보다 타당한 입법론이다.

(9) 입증책임

미국 납세자소송의 경우 일반소송에 있어 입증책임의 원칙을 납세자소송에도 적용하지만 공무원에게 위법행위가 있는 때에 원고에게 손해가 있음을 추정하는 판례가 많다. 일본 지방자치법은 주민소송의 입증책임에 관해서는 규정하고 있지 않기 때문에 민사소송의 예에 의한다. 한국의 행정소송법 역시 행정소송에 있어 입증책임의 분배에 관하여 규정하고 있지 않다.

주민소송에서 입증책임은 주민소송의 취지와 법적 성격을 전제로 고찰되어야 한다. 주민소송의 취지 내지 목적의 관점에서 보면 원고인 주민은 자기의 이익과 관계없이 공익의 보호를 위하여 소송을 제기하는 것이라고 할 때 당해 지방자치단체와 그 기관이 원고가 될 경우 부담할 입증책임을 모두 원고인 주민이 부담하게 하는 것은 가혹한 것이라고 할 것이다. 따라서 입증책임을 사실상 전환하는 방안을 도입하여 원고인 주민의 입증책임을 부담을 경감할 필요가 있다. 즉, 재무회계행정의 위법성에 대하여 합리적인 의심을 가지게 할 정도의 입증이 있으면 그것으로 충분하고 피고는 그에 대하여 사실로서 그 의심을 해소하지 않으면 행위의 위법성을 부정할 수 없도록 하는 것이다.

4. 주민소송의 소송유형

(1) 입법례

미국 납세자소송은 청구의 성질에 따라 다양한 소송형식이 탄력적으로 인정되고 있다. 납세자소송에서 인정되는 대표적인 소송유형은 금지명령(injunction), 권한개시명령(que warranto), 직무집행명령(mandamus), 금지영장(writ of prohibition), 선언적 판결(declaratory judgement), 기록이송영장(certiorari) 등이다. 이에 대해서는 일본 지방자치법은 주민소송의 소송유형을 금지청구(1호청구), 취소 및 무효확인청구(2호청구), 태만사실의 위법확인청구(3호청구) 및 대위청구(4호청구)의 4가지로 법정하고 있다(동법 제242조의2제1항). 한편 구지방자치법상 주민소송은 “소청에 대하여 이의가 있는 때에는 대법원에 출소할 수 있다”고만 규정하여 소송형식에 대해서는 아무런 제한을 두고 있지 않았다.

(2) 소송종류에 대한 규정형식

주민소송을 도입함에 있어 소송형식에 대해서 구법과 같이 특정하지 않는 경우 행정소송법 제46조(민중소송의 준용규정)에 의하여 인정되는 민중소송 형식의 항고소송과 당사자소송만이 허용될 가능성이 없지 않다.³⁸⁾ 따라서 주민소송을 도입하는 경우 청구의 성질에 대응한 대표적인 소송을 유형화하여 법정하고 또한 법정된 소송유형만이 허용되는 것이 아니라 청구의 성질에 따라 다양한 무명소송이 인정된다는 취지의 개방적 규정형식으로 입법화하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

특히 주민소송에서는 위법하게 지출된 공금은 일반적으로 상당히 고액인 것이 보통이기 때문에 공무원 개인에게 손해배상을 청구하더라도 사실상 원상회복이 불가능한 경우가 많다. 공금이 위법하게 지출되기 전에 이를 금지 또는 제한하는 것이 현실적인 방법이다. 따라서 예방적 금지소송은 주민소송의 취지에서 볼 때 가장 본질적인 구제수단이 된다. 다만 예방적 금지소송은 당해 행위가 행하여질 가능성이 상당한 확실성을 가지고 예측되는 경우에 한정하여야 할 것이다.

또한 행정기관이 위법하게 조세 등을 부과·징수하지 않거나 재산의 관리를 태만하는 경우 지방자치단체의 재정에 손실을 줄 뿐만 아니라 행정의 공정성이라는 측면에서도 묵과할 수 없는 것이다. 이와 같이 행정기관의 위법한 부작위나 태만한 사실에 대한 가장 실효성있는 소송형태가 의무이행소송이다. 따라서 미국의 직무집행명령소송이나 독일의 의무화소송과 같은 의무이행소송을 반드시 입법화할 것이 필요하다.³⁹⁾

38) 대법원은 『행정청에 대하여 행정상의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없다』(대판 1990. 10. 23. 90 누 5467), 『신축 건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 않는 것으로 부적법하다』(대판 1987. 3. 24. 86 누 1182)고 하는 판례에서 보는 것과 같이 행정소송법 제3조에 규정된 행정소송의 종류를 제한적으로 열거한 것으로 해석하여 무명행정소송을 전혀 인정하지 않고 있다. 자세한 것은 김남진, 『행정법의 기본문제』(법문사, 1996), 532면 이하; 강구철, 『강의 행정법 I』(형설출판사, 1998), 827면 이하; 홍준형, 『행정구제법』(한울아카데미, 1997), 396면 이하 참고.

39) 위법확인소송을 통해서도 판결의 기속력에 의해 의무이행소송의 목적을 달성할 수 있으나 그것은 지나치게 우회적이며 부자연스럽다.

또한 주민소송이 입법화되는 경우 공무원 개인이 주민소송의 전면에 노출되어 직무수행의 의욕을 위축시키고 행정지연을 초래할 수 있다는 반대론이 제기될 수 있다. 이와 같은 경우에는 대위소송의 요건을 엄격히 하면서 지방자치단체의 장애 대한 손해배상청구나 부당이득반환청구의 직무집행명령소송과 같은 제도를 검토할 수 있을 것이다.

5. 소송비용

(1) 소가의 산정

주민소송에서 원고가 승소하더라도 직접적으로는 어떠한 개인적 이익을 얻는 것은 아니기 때문에 소송비용이 고액인 경우에는 주민소송의 제기를 사실상 제약하게 된다. 따라서 주민소송을 유인하는 의미에서 주민소송은 비재산권을 목적으로 하는 소송(민사소송등인지규칙 제17조제4호 참고)으로 간주하는 입법조치를 하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이러한 경우 주민소송의 소가는 확정적으로 1천만 100원(동 규칙 제2조제5항)이 된다. 일본의 최고재판소도 주민소송을 비재산적 소송으로 간주하고 주민소송의 소가를 95만 엔으로 확정하고 있다(민사소송비용등에관한법률 제3조, 제4조제1항).⁴⁰⁾

(2) 승소원고의 변호사비용상환

주민소송의 경우도 일반소송원칙에 따라 소송비용은 패소자가 부담한다(민사소송법 제89조). 변호사의 보수 역시 소송비용에 산입하여 패소당사자로부터 상환받을 수 있게 되어 있다(동법 제99조의2). 그러나 변호사비용의 산정방법이 변호사에게 지급한 또는 지급할 보수전액이 아니라 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 정하도록 하고 있으며 수인의 변호사가 동시에 대리하는 경우에도 1인의 변호사가 대리한 것으로 보도록 되어 있고, 대법원규칙이 정하는 소송비용에 산입할 변호사보수의 기준이 현실과 유리되어 변호사비용의 소송비용산입에관한규칙은 사실상 사문화되어 있는 실정이다. 따라서 소송비용과 관련하여 주민소송에서 주민인 원고가 승소한 경우 변호사비용의 상환이 특히 문제된다.

40) 最判 1978. 3. 30. 『判例時報』, 제834호, 29면.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

미국 납세자소송의 경우 변호사비용 각자부담이라는 원칙에도 불구하고 납세자소송을 장려하는 취지에서 불성실법리에 의한 예외조치 등 다양한 예외조치에 의하여 승소원고에게 변호사보수를 상환하는 방향으로 변화하고 있으며 뉴욕주 등 일부 주에서는 제정법으로 승소원고에 대한 변호사비용의 지급을 규정하고 있다. 일본 지방자치법은 주민소송 중 특히 대위소송에 한하여 승소원고의 지방자치단체에 대한 변호사비용지급청구권을 규정하고 있다(동법 제242조의2제7항).

주민소송은 위법한 재정지출·낭비, 재산처분 등을 방지하여 일반주민과 지방자치단체의 이익을 보호하고 행정의 부패를 방지하는 객관소송이다. 따라서 주민소송에서 원고가 승소(일부승소를 포함)하는 경우 원고 주민의 개인적 노력으로 지방자치단체는 현실적으로 경제적 이익을 얻게 되기 때문에 원고인 주민이 지급한 변호사보수 가운데 상당하다고 인정되는 금액을 지방자치단체가 주민에게 지급하는 것이 형평성의 이념에 합치할 것이다. 또한 일본의 지방자치법과 같이 주민소송 중 대위소송과 다른 주민소송을 특별히 구별할 이유도 없다고 본다.

따라서 주민소송을 도입할 경우 원고인 주민이 승소(일부승소를 포함)한 경우 당해 주민이 변호사보수를 지급하였거나 하여야 할 때에는 그 보수액의 범위 안에서 지방자치단체에 대하여 변호사보수의 지급을 청구할 수 있다는 취지의 규정을 두어야 한다.

(3) 응소비용(공무원 개인의 변호사비용의 공비부담)

주민소송의 응소비용과 관련하여 행정기관이 피고가 되는 경우 응소비용의 공비부담은 전혀 문제되지 않으며 응소비용의 공비부담이 문제되는 것은 공무원 개인이 피고가 되는 대위소송이다. 대위소송의 성질상 피고 공무원은 원고가 대위하고 있는 당해 지방자치단체와 대립관계에 있기 때문에 그 응소비용을 지방자치단체가 부담하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.

그러나 대위소송에서 많은 경우 원고인 주민과 지방자치단체가 같은 입장에 있는 것은 아니며 지방자치단체의 행정기관의 입장에서 행한 직무집행행위의 적법성이 쟁점이 되는 경우가 많다. 피고인 공무원 개인이 승소한 경우, 즉 개인 공무원이 소송대상인 업무의 집행기관의 지위에 있었기 때문에 형식상 피고가 되어 당해 직무집행행위의 적법성이 인정되어 승소한 경우에

도 소송비용의 전부를 공무원 개인부담으로 하는 것은 불합리하다. 또한 피고 공무원이 승소한 경우에도 소송비용을 개인적으로 부담하도록 하는 것은 주민이 승소한 경우에 변호사비용을 지방자치단체에 청구할 수 있도록 하는 것보다도 불균형을 이루게 될 것이다. 따라서 적법한 재무회계행위에 대하여 대위소송이 제기되어 피고 공무원이 승소한 때에는 응소비용을 지방자치단체가 부담하도록 하여야 할 것이다.

규정방안으로는 당해 공무원의 행위가 당해 지방자치단체의 기관의 행위로 볼 수 있는 때(당해 공무원에게 명백한 고의나 중과실이 없는 때, 지방자치단체의 입장과 원고 주민의 입장과 일치하는 않는 때 등)에는 응소비용을 공비로 부담할 수 있다는 취지를 법률에 규정하는 방안, 소송이 제기되어 판결이 나올 때까지의 기간 동안은 지방자치단체가 당해 공무원의 소송비용을 부담하고 당해 공무원이 패소한 때에 구상하는 방안, 당해 공무원이 승소한 때에 지방자치단체에 소송비용을 청구하는 방안 등이 있을 것으로 생각된다.

일본 지방자치법은 대위소송에서 피고 직원이 승소한 때에는 지방자치단체가 의회의 의결에 따라 변호사비용의 보수액 범위 안에서 상당하다고 인정되는 액을 부담할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제242조의2제8항).

(4) 원고의 보증금납부

미국의 여러 주에는 납세자소송의 남소를 방지하기 위하여 법원의 재량 또는 의무적으로 납세자소송을 제기하고자 하는 자에게 원고가 패소하는 경우 피고의 소송비용과 소송으로 인한 손해를 담보하는 보증금을 납부하도록 하고 있다.⁴¹⁾

적정한 보증금의 납부는 주민소송제기의 성실성을 담보하고 남소를 방지하는데 상당한 효과가 있을 것으로 생각된다. 그러나 보증금을 납부하도록 하는 것은 소송을 제기할 만한 가치는 있으나 경제적 여력이 없는 주민으로 하여금 소송제기의 기회를 박탈하여 주민의 주민소송청구권을 사실상 봉쇄하는 결과를 초래할 위험이 있다. 또한 객관소송과 같은 주민소송을 제기하는데 보증금의 납부와 같은 금전적 제한을 하는 것은 한국의 법문화에 맞지 않는 것으로 생각되며, 주민소송에는 많은 시간과 노력이 소요되고 패소하는 경우

41) Ariz. Rev. State Ann. §11-642; Ark. State Ann. §84-1613; Mich. State Ann. §5. 3281; N.Y. State Fin. Law §123-d; Ohio Rev. Code. Ann. §309. 13; Okla. State Ann. tit. 62, §373; Kan. State Ann. §60-907.

변호사비용을 포함한 상당한 소송비용이 들기 때문에 남소의 방지를 위해 보증금의 납부와 같은 금전적 제한조치를 특별히 규정할 필요는 없다고 본다.

(5) 승소원고에 대한 보상금

미국의 여러 주는 공익소송인 남세자소송을 유인하기 위하여 승소원고에 대하여 보상금을 지급하는 주도 있다.⁴²⁾

승소원고에 대한 보상금에 대해서는 보증금의 납부와 다른 각도에서 검토할 필요가 있다. 주민소송에서 승소하는 경우 원고의 노력으로 재무회계행정의 적법성이 회복되고 지방자치단체의 이익이 보호되게 된다. 또한 지방자치단체가 보상금을 지급하는 것은 적법한 재무회계행정의 확보를 위한 주민전체의 사회적 비용으로 볼 수 있다. 따라서 주민 전체를 대표한 원고의 노력에 보상하고 주민소송의 제기를 장려하기 위하여 지방자치단체에 회복되는 이익 중 일부를 보상금으로 지급하는 것도 입법정책으로 고려할 가치가 있다고 생각된다.⁴³⁾

보상금은 회복되는 이익의 범위에서 지방자치단체의 재량에 따라 일정금액을 지급하는 방안, 회복되는 이익이 일정금액 이상일 때 한하여 의무적으로 일정비율을 지급하는 방안 및 주민소송을 통한 공무원의 부정부패를 근절하는 효과를 제고하기 위하여 위법한 행위를 한 공무원에게 발생한 손해 이상의 손해배상의무를 지우고 회복되는 이익의 일정비율을 지급하는 방안 등을 고려할 수 있을 것으로 생각된다.

6. 행정소송법의 준용

이상에서는 일반 행정소송과 달리 주민소송 독자의 법리가 적용되어야 할 문제에 대해서 입법정책적 검토를 하고 입법방향을 제시하였다. 소의 변경, 피

42) Okla. State Ann. tit. 62, §372, 373. N.C. Gen. State §128-10. 일본의 지방자치법은 주민소송에 있어 원고의 보증금납부·승소원고에 대한 보상금을 규정하고 있지 않다.

43) 보상금의 지급은 남소를 조장할 우려가 있다는 지적도 있을 수 있으나 패소하는 경우 소송비용의 부담문제가 있고 소송에는 일반적으로 많은 시간과 노력이 필요하기 때문에 보상금의 지급금액을 합리적으로 정하는 경우 남소를 조장할 가능성은 크지 않을 것으로 생각된다. 오히려 소송을 제기할 충분한 가치가 있으나 승소를 확신하지 못하는 경우 보상금제도를 통해 주민소송을 적극적으로 유인하여 재무회계행정의 적법성을 확보하는 것이 보다 타당한 입법정책이라고 생각된다.

고정정, 심리, 입증책임, 판결의 효력 등 여타의 문제는 그 성질상 주민소송에 반하지 않는 한 행정소송법 및 민사소송법의 규정을 준용하면 될 것이다.

IV. 주민소송제도의 입법형식

1. 지방자치법에 규정하는 방안

주민소송제도를 도입하는 경우 입법형식으로는 우선 현행 지방자치법을 개정하여 주민소송제도를 규정하는 방안을 생각할 수 있다.⁴⁴⁾ 주민소송을 다른 직접참여제도와 함께 지방자치법에 규정하는 경우 주민의 권리로서의 성격을 명확히 하고 지방자치법의 지방자치에 관한 장전으로서 일반법의 기능을 제고하는 장점이 있을 것으로 생각한다.

2. 『지방자치단체주민소송법』을 제정하는 방안

앞에서 본 것과 같이 주민소송의 특수성으로 인하여 일반행정소송·민사소송의 절차나 이론을 그대로 적용하는 것에는 무리가 있으며 주민소송 독자의 완결적인 소송이 되도록 입법화할 필요가 있다. 이러한 경우 『지방자치단체주민소송법』과 같은 주민소송에 관한 실체법적·절차법적으로 자기완결적인 주민소송에 관한 별도의 법을 제정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.⁴⁵⁾

3. 결 어

주민소송을 도입하는 경우 입법적 참고가 될 일본에서는 도입당시 주민소송에 관한 자기완결적인 체계를 갖춘 독자적인 법률을 제정할 것을 고려하였으나 입법단계에서 별소의 금지, 재판관할, 행정소송법 제43조의 적용 등만을 지방자치법에 규정하고 소송절차의 정비는 처리되지 못하고 실질적으로 중요한 많은 부분을 판례에 맡김으로서 다양한 문제점이 야기되고 있다고 한다.⁴⁶⁾ 따라서 현행 주민소송의 실체법적 절차법적 문제를 해소하여

44) 이재삼, "주민소송에 관한 연구: 일본 주민소송을 중심으로"(단국대 박사학위논문, 1992), 193면; 김희곤, 앞의 논문, 324면.

45) 이경욱, 앞의 논문, 210면.

46) 成田頼明, "住民訴訟: 制度の回顧と展望", 앞의 책, 19면.

『주민소송법』과 같은 자기완결적인 소송을 규정하는 법률의 제정이 필요하다는 입법론이 제기되고 있다.⁴⁷⁾

주민소송이 주민에 의한 지방자치단체의 감독·감시·시정기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하고 법원에 의한 해석의 여지를 축소하여 재판운영에 혼란을 초래하지 않도록 하기 위해서는 지방자치법 중 일부가 아닌 별도의 『지방자치단체주민소송법』과 같은 독자적인 법률을 제정하여 실제적 조항과 절차적 조항을 종합적으로 규정할 필요가 있을 것으로 생각한다.

제 2 절 주민소환제도

I. 주민소환제도의 의의

주민소환제도는 법령에 위반되거나 직무를 적절히 수행하지 못하는 지방의회의원, 지방자치단체의 장 기타 지방자치단체의 공직자를 그 임기 종료전에 주민이 직접 해직할 수 있는 제도로써 주민의 소환투표에 의하여 그 가부가 결정된다는 점에서 앞에서 본 주민투표제도와 유사하다. 다만 양자는 그 투표의 목적에 있어 지방자치단체의 사무에 관한 결정과 공직자의 해임이라는 차이를 가진다. 주민소환제도는 대표기관이나 행정기관에 대한 주민의 통제를 강화하고 주민에 대한 책임성을 실현하기 위한 수단으로 제도의 존재 그 자체가 공무원의 비대표적인 행위에 대한 견제장치가 될 수 있으나 다른 한편으로 선거에서 패배한 자나 정당의 파당적 목적에 사용될 우려도 없지 않다.⁴⁸⁾

II. 주민소환제도에 관한 외국의 입법례

1. 일본의 주민소환제도

일본의 의결기관인 의회, 주민의 대표자로서의 지방의회의원과 지방자치단

47) 園部逸夫, 앞의 논문, 31면; 室井力 編, 『現代地方自治法入門』(法律文化社, 1990), 97면.

48) 윤명선, “대의제와 주민참여: 미국의 시민참여제도를 중심으로”, 『대의제와 주민참여』(한국공법학회 정기총회 및 학술대회 자료집, 1995. 6), 36면 이하 참고.

체의 장을 해산 또는 해직하는 주민소환은 유권자인 주민 총수의 3분의 1 이상의 연서를 받아 당해 지방자치단체의 선거관리위원회에 청구를 하고 청구가 성립하면 유권자의 주민투표에서 과반수의 동의가 있는 경우에는 해산되거나 해직된다. 이 경우 해산 및 해직청구의 제한기간이 있다. 의회해산청구의 경우에는 의원의 일반선거가 있었던 날(또는 해산투표가 있었던 날)로부터 1년간은 행사할 수 없다. 이와 같은 제한기간을 두는 것은 의회해산청구제도의 남용을 방지하고 책임있는 참정권의 행사를 확보함에 있다. 해직청구의 경우에는 그 취임일(또는 해직투표일)로부터 1년간은 행사할 수 없다. 이 역시 해직청구의 남용방지와 주민대표자선거의 중요성과 불신임을 통한 주민참여의 중요성의 조화를 위한 규정이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

한편 일본의 경우 부지사, 조역, 출납장, 선거관리위원회, 감사위원, 공안위원회위원과 같은 주요공무원에 대한 해직청구가 인정되는데 이 경우 청구는 유권자인 주민의 3분의 1 이상의 연서를 받아 지방자치단체의 장에게 하며 최종적으로는 지방의회에 부의되어 의원 3분의 2 이상의 출석과 출석의원 4분의 3 이상의 찬성으로 해직된다.

2. 독일의 주민소환제도

독일의 경우에는 많은 주에서는 주민에 의한 소환제도는 거의 채택하지 않고 있으며 지방의회에 의한 지방자치단체의 집행기관에 대한 해직제도가 인정되고 있다. 다만 1994년 노르트라인-베스트팔렌주 지방자치법 제49조의a는 아래와 같이 주민에 의한 지방자치단체의 장의 소환을 규정하고 있다.

(1) 주민에 의하여 선출되는 시장

직선된 시장은 주민에 의하여 임기 전에 소환될 수 있다(동조 제1항). 소환절차의 개시를 위해서는 재적지방의회의원 과반수의 발의와 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결된다. 지방의회에서 발의와 의결 사이에는 최소한 2주 이상의 기간을 두어야 한다. 소환절차의 개시에 대한 의안은 토론없이 기명으로 표결한다.

49) 백종인, "일본의 지방자치법상 주민자치실현을 위한 제도의 실증적 고찰과 구조적 상관관계", 『공법연구』, 제27권 2호(1999), 433면.

제 4 장 새로운 주민직접참여제도의 도입방향

시장은 유권자 25% 이상의 참여와 과반수의 찬성으로 소환받는 경우에 해임된다. 시장은 선거관리위원회가 소환을 확인한 날이 경과함으로써 그 직위를 상실한다. 지방의회가 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 요구하는 경우에는 감독관청은 소환절차가 진행되는 동안 시장의 업무수행의 정지를 명할 수 있다.

(2) 지방의회에서 선출된 시장

지방의회에서 선출된 시장은 지방의회에 의하여 소환될 수 있다. 소환은 재적의원 과반수의 찬성으로 발의되며 소환의 발의와 의회의 의결간에는 최소한 6주간의 기간이 있어야 한다. 소환의 의결에는 3분의 2 이상의 찬성을 요한다. 후임자는 6개월 이내에 선출되어야 하며, 다만 잔여임기가 9개월 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.

Ⅲ. 주민소환제도의 도입과 관련한 주요 쟁점과 입법방향

1. 주민소환의 대상

주민소환제도는 원칙적으로 선거직공무원에 한하여 인정하는 것이 바람직하다. 그 밖의 공무원에 대해서는 법률상 징계수단이나 법적인 대응수단이 마련되어 있기 때문이다. 현행법상 선거직공무원에는 지방자치단체의 장, 지방의회의원, 교육위원 및 교육감이 있다.

2. 주민소환절차

지방자치단체의 장에 대한 소환의 발의는 지방의회에 의한 방식과 일정한 수 이상의 주민의 연서에 의한 방식이 있다. 지방의회의 대표자로서의 지위를 인정하면서도 주민의 직접성을 보장하기 위하여 양 방법을 모두 채택하는 것이 바람직하다. 주민이 발의하는 경우 주민총수의 15 내지 25% 정도의 범위에서 서명을 요하도록 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 발의요건을 지나치게 완화하는 경우에는 정치적인 불안정을 초래할 수 있다. 반대로 지나치게 엄격하면 주민소환제도는 유명무실하게 된다.

지방의회의원에 대한 주민소환은 지방자치단체의 장이나 일정수 이상의 주민이 발의하도록 한다. 어느 경우나 소환의 결정을 위해서는 유효투표수의 3분의 2 이상의 찬성을 요하도록 하는 것이 바람직하다. 발의와 투표간에는 적정한 냉각기간을 설정하는 것이 바람직할 것이다. 또한 주민소환제도의 남용과 주민대표자선거의 중요성과 불신임을 통한 주민참여의 중요성의 조화를 위하여 주민소환청구를 취임일로부터 일정한 기간동안은 행사할 수 없도록 하는 제한기간을 둘 필요가 있다.

3. 주민소환의 효과

주민소환이 확정된 경우에는 소환의 대상이 된 지방의회의원이나 지방자치단체의 장은 그 직을 상실하도록 한다. 다만 지방행정의 연속성을 보장하기 위하여 일정한 기간안에 보권선거를 하도록 하여야 할 것이다.

제 3 절 부진정주민직접참여제도

I. 주민발안제도

주민발안제도는 주민이 지방의회로 하여금 일정한 기간 안에 특정한 안건을 심의하고 의결하도록 하는 제도이다. 지방의회의 안건발의가능성을 주민에게 부여함으로써 지방의회의 의사결정과정에서 주민의 참여가능성을 부여하는 제도이다. 이와 같이 독일의 주민발안제도는 지방의회에 대하여 인건의 심의·의결을 의무화하지만 그 의결권에 제하는 가하는 것은 아니다. 이에 대하여 영미의 주민발안제도는 앞에서 보듯이 주민의 직접입법을 의미한다. 지방자치법은 조례의 제정·개폐에 대해서만 주민발안을 인정함으로써 주민이 지방의회에 조례의 제정 또는 개폐를 제외한 특정한 안건의 심의를 요구할 수 있는 권한을 갖고 있지 못하다.

주민발안을 위해서 요구되는 발안자의 필요서명수는 주민발안의 실현가능성과 효율성을 보장하면서도 지방의회가 주민발안에 의하여 압도당하거나 일부 특정한 집단에게 정치적인 효과를 가져오는 것을 저지할 수 있는 수준이어야 한다. 다만 주민발안제도는 주민에게 안건의 발의를 허용하는 것에

불과하고 그 결정권은 지방의회에 유보되어 있으므로 필요서명수를 지나치게 엄격하게 요구할 필요는 없을 것이다.

또한 주민발안의 대상은 지방의회에 권한에 속하는 사항에 한정된다. 주민발안은 지방의회에 안건을 주민이 직접 제안하는 것이기 때문이다. 지방의회 권한의 범위 내에 속하는 사항은 모두 주민발안의 대상이 될 수 있다고 봄이 타당하다. 또한 주민발안의 실효성을 높이기 위하여 일정한 처리기간을 정하는 것이 타당할 것이다.

II. 주민집회

주민집회는 지방자치단체의 행정과 주민이 주기적으로 또는 주요사안에 관하여 서로의 의견을 교환하는 제도로서 행정의 측면에서는 주민의 의견과 정보를 바탕으로 한 주민에 근접한 행정의 실현에 기여한다는 이점을 가지며 주민의 입장에서는 행정의 내용을 알게 되고 자신의 의견을 반영할 수 있어 주권자로서의 지위확립과 민주적 욕구를 실현하는 기능을 한다.

우리나라의 경우 지방자치단체의 규모 등 현실적인 여건을 감안할 때 이 제도를 수용하는 데에는 무리가 따를 것으로 보인다. 다만 규모가 작은 기초 지방자치단체의 경우 이 제도의 도입을 고려할 수 있을 것이다. 또한 이러한 경우 제도의 내용으로 볼 때 이에 관한 법률상의 근거와 무관하게 지방자치단체의 조례로 그 시행이 가능할 것으로 보인다. 다만 양자간의 접촉기회를 증진하기 위하여 법률에 규정하는 것이 타당할 것으로 보인다.⁵⁰⁾

주민집회는 지방자치단체의 장이 소집하거나 지방의회의 의결 혹은 일정 수 이상의 주민이 요청하는 경우에 지방자치단체의 장이 소집하도록 하는 것이 바람직하다. 주민집회의 횟수는 최소의 횟수만을 당해 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 하되 최대횟수에 대해서는 제한할 필요가 없을 것이다. 주민집회의 대상은 지방자치단체의 업무에 한정되어야 함은 당연하다. 다만 대상이 구역의 일부에 관한 문제인 경우에는 당해 구역에서 주민집회를 개최하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

50) 이기우, 『지방자치이론』(학현사, 1996), 103면.

Ⅲ. 질문시간제

질문시간제는 지방의회의 개최 중에 주민의 의견 내지 질문을 청취하기 위하여 주민에게 발언권을 주는 제도이다. 질문시간제는 지방의회의 안전에 관하여 직접·간접적으로 이해관계를 갖는 주민이나 주민단체에게 의회의 토의 전에 발표의 기회를 주어 의회로 하여금 안전과 관련된 정보를 확충하는 방안이다. 따라서 의회에서의 주민과 의원간의 토의의 장을 마련하거나 특정안전과 무관한 주민의 고충사항청취를 위한 제도는 아니며 이 제도의 잘못된 활용은 본래의 취지와는 다르게 의회의 권한을 침해하는 결과로 나타날 여지도 있다. 그러나 이 제도는 공청회나 직접적인 이해관계인에게만 유효한 청원과는 달리 폭 넓은 의견의 청취가 가능하다는 점에서 도입의 필요성이 있는 제도이다. 다만 제도의 내용을 정함에 있어 관련되는 문제점을 충분히 고려하여 대의제적 질서하에서 인정될 수 있는 형식을 갖추어야 할 것이다.

Ⅳ. 전문가참여제도

지방자치단체의 주민으로부터 전문지식을 흡수하기 위하여 지방의회의원이 아닌 전문가를 지방의회의 위원회에 참여하도록 함으로써 조언적 또는 의사결정기능에 참여하도록 할 수 있다. 전문가를 지방의회의 상임위원회에 참여하도록 하는 것은 지방자치단체의 업무가 전문화, 세분화, 복잡화됨으로써 선거에 의하여 당선된 지방의회의원만으로는 의안의 심의를 충분히 수행하기 어려운 경우가 적지 않는데 이러한 경우 주민 중에서 전문지식을 갖춘 자를 지방의회의 상임위원회의 활동에 관여하게 함으로써 지방의회의 전문 지식의 결함을 보충하여 지방의회의 능력을 보충할 수 있게 한다. 이를 통하여 집행기관에 대한 지방의회의 위상을 강화할 수 있다.

이와 같은 전문가참여제도는 특히 지방자치의 경험이 미숙하고 지방업무가 날로 전문화되어 가고 있는 상황 속에서 지방자치를 정착시키고 한차원 높은 단계로 나아가기 위하여 도입이 매우 절실한 제도라고 생각된다. 누구를 전문가로 볼 것인가는 관련된 사안에 따라 달라질 수 있는 불확정개념이므로 그 해석을 당해 지방의회에 맡겨두는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

주민참여의 한 방법이라는 측면에서 자격을 주민에게 한정할 필요도 있으나 전문지식의 확보라는 측면에서 본다면 자격을 주민일 것을 요구하는 것은 오히려 장애가 될 수 있을 것이다. 특히 현재와 같이 전문가의 지역적인 분포가 대단히 편재되는 있는 경우에는 더욱 그러하다.⁵¹⁾

전문가에게 표결권을 부여할 것인지 아니면 조언권만을 인정할 것인지가 문제되는 데 대의제적인 의사결정구조를 유지하면서도 그 전문성을 제고하기 위해서 전문가에게 표결권까지를 인정할 필요는 없다고 본다. 이 점과 관련하여서는 전문가에 대한 주민통제가 직접 보장되지 않는다는 점도 고려되어야 할 것이다. 전문가의 선임은 본회의에서 선임하도록 하며 다만 개별사안에 대한 전문가의 선임은 당해 상임위원회에서 하는 것이 바람직할 것이다.

51) 이기우, 위의 책, 109면.

제5장 결론

현대 대의민주주의의 한계와 기능장애를 극복하는 방안으로 참여민주주의가 요청되고 있다. 주민직접참여제도는 대의민주주의를 대체하는 것은 불가능하지만 단순히 이를 보완하는 2차적 기능에서 벗어나 민주주의와 국민주권주의를 실질적으로 뒷받침하는 헌법상 기초를 둔 제도로 이해되고 있다. 특히 참여민주주의는 지방자치단체의 행정이 주민생활과 일상적이고 직접적인 연관을 가지기 때문에 국가 보다 지방자치단체 차원에서 더욱 필요로 한다.

지방자치제도가 주민참여를 본질적인 개념요소로 하고 그 성패가 주민참여의 양과 질에 의하여 좌우된다고 볼 수 있지만 가끔씩 실시되는 지방선거를 통하여 주민참여의 목적이 달성된다고 볼 수 없다. 지방행정은 지방자치단체의 인적 구성요소임과 동시에 지방자치의 원천이며 주체인 주민의 적극적이고 능동적인 참여기회를 가능한 광범위하게 보장하여 주민에 의한 주민의 책임으로 운영될 것이 헌법이 보장하는 지방자치의 취지라고 생각된다.

그러나 한국의 지방자치법제는 주민의 직접참여가 극도로 제한되어 있다. 이는 주민자치인 지방자치의 본질에 반하는 것으로 한국 지방자치법제의 문제점의 하나로 지적되고 있다. 주민참여의 의미와 중요성을 아무리 강조하여도 주민참여의 기회나 가능성이 보장되지 아니한다면 공허한 말잔치에 불과하게 된다. 주민참여를 활성화하기 위해서는 주민이 지방행정에 참여할 수 있는 통로를 제도화하여야 한다. 만약 참여의식이 고조된 상태에서 참여가능성이 법제화되지 못한 경우에는 정치허무주의에 빠지거나 불법적인 분출통로를 찾게 될 것이다. 주민의 의식도 주민이 참여를 통하여 자연적으로 체득하게 되는 것이지 이른 바 의식개혁운동을 통하여 달성될 수 있는 것이 아니다. 즉 제도화된 참여를 통하여 주민의 참여의식이 고양되고 나아가서 시민정신의 성숙을 가져오는 정치교육적인 성과를 거둘 수 있게 될 것이다.

지금까지 지방자치법상 주민직접참여제도의 문제점과 개선방향 및 새롭게 도입이 필요한 주민직접참여제도에 대해서 입법론을 제시하였다. 우리의 지방자치를 제제도에 올려놓기 위해서는 주민참여를 위한 제도를 도입하고 정착시키기 위한 진지한 노력이 있어야 한다. 주민직접참여제도는 주민소송의 경우를 제외하고는 지방자치법에 함께 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 지

제5장 결론

방문제에 대해 주민자치의 관점에서 주민참여의 가능성은 될 수 있는 대로 넓게 보장하되 내용상의 타당성을 보장하기 위하여 대상과 절차 및 효과를 합리적으로 규정할 필요가 있다.

참고문헌

국내문헌

단행본

- 강구철, 『강의행정법 I』, 형설출판사, 1997.
- 강구철, 『강의행정법 II』, 학연사, 1994.
- 구병삭, 『주석지방자치법』, 박영사, 1995.
- 국회사무처 법제예산실, 『집단소송에 관한 입법방향』(법제현안 제96-22호), 1996.11.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1999.
- 김남진, 『행정법 I』, 법문사, 1998.
- 김남진, 『행정법 II』, 법문사, 1997.
- 김남진, 『행정법의 기본문제』, 법문사, 1996.
- 김동희, 『행정법 II』, 박영사, 1999.
- 김명연, 『주민소송의 입법방향에 관한 연구』, 한국법제연구원, 1998.
- 김명연, 『지방분권개혁에 관한 법적 고찰』, 한국법제연구원, 1998.
- 김명연, 『행정절차법의 제정과 지방자치행정절차의 정비』, 한국법제연구원, 1997.
- 김병준, 『한국지방자치론』, 법문사, 1994.
- 김철용 등, 『주석지방자치법』, 한국사법행정학회, 1997.
- 김형배, 『지방자치론』, 계명사, 1992.
- 박상철, 『정치법학의 임무』, 지정, 1999.
- 박영도, 『자치입법의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1998.
- 법무부 민사특별법제정특별분과위원회, 『집단소송법 시안 해설』, 1996.12.
- 이기우, 『지방자치이론』, 학연사, 1996.
- 이승중, 『민주정치와 시민참여』, 삼영, 1997.
- 이시윤, 『민사소송법』, 박영사, 1994.
- 조창현, 『지방자치론』, 박영사, 1998.

참고문헌

- 지방행정연구소 편, 『지방자치법해설』, 1995.
천병태, 『지방자치법』, 삼영사, 1996.
최창호, 『지방자치학』삼영사, 1997.
허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 1999.
허 영, 『헌법이론과 헌법(하)』, 박영사, 1989.
홍정선, 『지방자치법론』, 법영사, 1994.
홍준형, 『판례행정법』, 두성사, 1999.
홍준형, 『행정구제법』, 한울아카데미, 1997.
홍준형, 『행정법총론』, 한울아카데미, 1997.

論 文

- 김남진, “대의민주제와 주민참여”, 『자치행정』, 1992년 9월호.
김남진, “완주군의회회의규칙의 무효판결”, 『판례일보』, 280호(1994.1).
김남진, “지방자치와 주민참여의 확대”, 『현대공법이론의 전개』(허영민박사 화갑기념논문집), 1993.
김남진, “지방자치와 직접민주주의”, 『고시연구』, 1993년 12월호.
김명연, “위법한 재무회계행정에 대한 주민통제”, 『법학논총』, 제1집, 국민대학교 법학연구소, 1999.
김명연, “지방자치법의 개정내용과 법적 제문제”, 『법제연구』, 제17호(1999).
김성수, “행정법상의 단체소송”, 『고시연구』, 1991년 1월호.
김영훈, “일본 주민소송제도에 관한 연구”, 『공법연구』, 제19집(1991).
김희곤, “일본의 주민소송제도에 관한 연구” 『우석대학논문집』, 제15권(1993).
류지태, “주민의 법적 지위”, 『자치연구』, 제4권 제1호(1994).
류지태, “현행 지방자치법제의 문제점 점검”, 『공법질서의 변화에 대한 평가와 재정비』(한국공법학회 제82회 학술발표회 자료집), 1999.9.
박윤훈, “지방자치법의 현황과 과제”, 『지방자치연구』, 제9호(1993).
백종인, “일본의 지방자치법상 주민자치실현을 위한 제도의 실증적 고찰과 구조적 상관관계”, 『공법연구』, 제27권 2호(1999).
서원우, “공공소송에 관한 연구(1),(2)”, 『법학』, 제26권 1호, 2·3호(1985).
서원우, “현대형행정재판과 법조의 역할”, 『전환기의 행정법이론』, 박영사, 1997.

- 심경수, “독일과 유럽에 있어서 외국인의 지방참정권”, 『공법연구』 제24집 제2호(1996.6).
- 윤명선, “대의제와 주민참여: 미국의 시민참여제도를 중심으로”, 『대의제와 주민참여』(한국공법학회 정기총회 및 학술대회 자료집), 1995.6.
- 이경옥, “일본 주민소송에 관한 연구”(전북대학교 박사학위논문), 1998.
- 이기우, “주민참여활성화를 위한 법제정비”, 『법제연구』, 제9호(1995).
- 이기우, “주민투표제도의 입법방향”, 『정치·행정개혁을 위한 입법과제』(한국공법학회 제78회 학술발표회); 1998.11.
- 이기우, “지방의회의 방청인 발언제도”, 『자치행정』, 1992년 11월호.
- 이기우, “지방행정에 대한 주민의 참여와 통제”, 『대의제와 주민참여』(한국공법학회 1995년도 정기총회 및 학술대회자료집), 1995.6.
- 이덕연, “재정통제소론: 공법상 재정통제논의의 활성화에 부쳐”, 『공법연구』, 제23집 4호(1995).
- 이재학, “주민참여자치의 제도적 보장: 일본의 주민소송제도를 중심으로”, 『법제』, 제484호(1998.4).
- 정종섭, “대의민주주의와 참여민주주의”, 『대의제와 주민참여』(한국공법학회 1995년도 정기총회 및 학술대회 자료집), 1995.6).
- 정종섭, “대의제에 관한 비판적 고찰”(연세대학교 박사학위논문), 1989.
- 조연홍, “주민소송의 입법”, 『공법연구』, 제22집 3호(1994).
- 조태제, “지방자치법상의 직접민주주의제도”, 『헌법학연구』 제3집(1997).
- 천병태, “지방자치와 주민참가: 주민참가의 법제도적 전개”(한국공법학회 제20회 학술발표회 자료집), 1991.8.
- 최봉석, “지방자치행정에 대한 주민의 직접참여제”, 『현대공법의 재조명』(김남진교수정년기념논문집), 고려대학교 법학연구소, 1997.
- 최홍엽, “외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구”(서울대학교 박사학위논문), 1997.
- 홍정선, “주민발언권을 허용하는 지방의회의회의규칙의 정당여부”, 『법률신문』, 1993.5.24.
- 홍준형, “주민직접청구제도의 도입”, 『자치행정』, 1998.11.
- 홍준형, “지방자치분쟁의 사법적 해결: 그 문제점과 개선방안”, 『공법학의 현대적 지평』(계희열교수화갑기념논문집), 1995.

일본문헌

단행본

- 兼子仁·磯野彌生 編, 『地方自治法』, 學陽書房, 1989.
高奇昇三, 『市民自治と直接民主制』, 公人の友社, 1996.
關哲夫, 『住民訴訟論(新版)』, 有斐閣, 1997.
金子芳雄, 『住民訴訟の諸問題』, 慶應義塾大學法學研究會, 1986.
吉田善明, 『地方自治と住民の權利』, 三省堂, 1982.
東京都住民監査請求研究會編, 『住民監査請求の實務』, きょうせい, 1997.
濱田一成·秋本敏文, 『地方自治法講座(總論)』, きょうせい, 1990.
山下健次·小林武, 『自治體憲法』, 學陽書房, 1991.
成田頼明, 『地方自治の法理と改革』, 第一法規, 1988.
實井力 編, 『地方自治と住民』, 新日本出版社, 1988.
室井力 編, 『現代地方自治法入門』, 法律文化社, 1990.
實井力·兼子仁 編, 『地方自治法(基本法コンメンタル)』, 日本評論社, 1992.
辻公雄 外, 『住民訴訟の上手な對處法』, 民事法研究會, 1995.
阿部照哉 外 編, 『地方自治大系 2』, 嵯峨野書院, 1993.
塩野宏, 『行政法Ⅲ』, 有斐閣, 1995.
園部逸夫, 『現代行政と行政訴訟』, 弘文堂, 1988.
園部逸夫 編, 『住民訴訟·自治體爭訟』, きょうせい, 1997.
園部逸夫編, 『住民參政制度』, きょうせい, 1997.
原田尙彦, 『地方自治の法としくみ』, 學陽書房, 1995.
長野士郎, 『逐條地方自治法』, 學陽書房, 1996.
地方自治協會, 『住民監査請求·住民訴訟制度に関する調査研究』, 1991.
川崎政司, 『地方自治法改正のポイント』, 第一法規, 1999.
依靜夫, 『地方自治法』, 有斐閣, 1994.

論文

- 岡崎勝彦, “外國人の地方參政權: 地方自治體における外國人の政治參加”, 『公法研究』, 제56호(1994).

- 兼子仁, “自治體住民の直接民主主義的權利”, 『法學會雜誌』, 제32권 제11호, 東京都立大學, 1991.7.
- 橋本勇, “條例の制定又は改廢請求”, 『住民參政制度(地方自治法講座4)』, きょうせい, 1997.
- 宮地基, “外國人の選舉權をめぐる憲法上の論点について”, 『新戸法學年報』, 제7호(1991).
- 鬼頭宏一, “住民訴訟の構造と機能”, 『都市問題』, 제78권 제10호(1989.10).
- 藤原靜雄, “住民訴訟の當事者”, 『地方自治法講座 4』, きょうせい, 1990.
- 木佐茂男, “聯邦制と地方自治をめぐる法制度と實務の比較研究”, 『公法研究』, 제56호(1994).
- 木佐茂南, “住民訴訟”, 『行政救濟法 1』, 有斐閣, 1990.
- 山下健次, “地方自治權の本質・存在理由の檢討”, 『公法研究』, 제43집(1981).
- 杉原泰雄, “地方自治權の本質(3)”, 『法律時報』, 제48권 4호(1976.4).
- 成田賴明, “改正地方自治法の爭點をめぐる”, 『自治研究』, 제75권 제9호(1999.9).
- 成田賴明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 『行政法講座』 제3권, 有斐閣, 1972.
- 成田賴明, “住民訴訟: 制度の回顧と展望”, 『ジュリスト』 제941호(1989.9).
- 園部逸夫, “住民訴訟”, 『地方自治大系 2』, 嵯峨野書院, 1993.
- 柳瀨良幹, “住民參加の意義”, 『自治研究』 제50권 제2호(1984).
- 田村世一, “地方自治と住民參加: 住民參加の法的問題”, 『公法研究』, 제43호(1981).
- 佐藤英善, “住民訴訟の要件”, 『行政法の爭點』, 有斐閣, 1990.
- 曾和俊文, “地方自治團體の住民”, 『地方自治法大系2』, 嵯峨野書院, 1993.
- 千葉勇夫, “住民の直接參加”, 『行政法大系』 제8권, 有斐閣, 1988.
- 態谷開作, “ワッパ騒音の民事訴訟”, 『能谷法學』, 제18권 4호(1986).
- 土居靖美, “外國人の地方參政權について”, 『現代國家の制度と人權』, 法律文化社, 1997.

참고문헌

영미문헌

단행본

- B. C. Smith, *Decentralization*, Geoge Allen & Unwin, 1985.
- Bernard Schwartz, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, 1991.
- Cohen & Varat, *Constitutional Law : Cases and Materials*, 9ed., 1993.
- David B. Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot and Direct Democracy in the US*, Johns Hopkins UP, 1984.
- David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1995.
- David H. Rosenbloom, *Public Administration and Law*, Marcel Dekker, 1983.
- Elizabeth C. Richardson, *Administrative Law and Procedure*, Delmar, 1996.
- Ernest Gellhorn/Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., 4th ed., 1997.
- McCarthy, Jr., *Local Government Law in a Nutshell*, 3ed., 1990.
- Rotunda, *Modern Constitutional Law: Cases and Notes*, 4ed., 1993.
- William Wade/Christopher Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon, 1994.

論文

- ABA Project "State Judicial Review of administrative Action", *Administrative L. Rev.* 43(1991).
- Andersen, "The 1988 Washington Administrative Procedure Act: An Introduction", *Wash. L. Rev.* 64(1988).

- Comment, "Taxpayers' Suits: Standing Barriers and Pecuniary Restraints", *Temp. L. Q.* 59(1986).
- David B. Magleby, "Direct Legislation in the American State", in: David Butler/Austion Ranny(eds.), *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, The AEI Press, 1994.
- Doernberg, "We the People: John Locke, Collective Constitutional Rights and Standing to Challenge Government Action", *Cal. L. Rev.* 73(1985).
- Emmanuel S. Tipon, "Taxpayers' Action", *American Jurisprudence* 2d., vol. 74(1974).
- John G. Natusaka, "Economics of Direct Legislation", *Quarterly Journal of Economics*, May 1992.
- Louis L. Jaffe, "Standing to Secure Judicial Review: Public Action", *Harv. L. Rev.* 74(1961).
- Nichol, "Backing into the Future: The Burger Court and the Federal Forum", *Kan. L. Rev.* 30(1982).
- Richard Briffault, "Distrust Democracy", *Texas L. Rev.*, 63 (1985).
- William A. Fletcher, "The Structure of Standing", *Yale L. J.* 98(1989).
- Winter, "The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance", *Stan. L. Rev.* 40(1988).

독일문헌

단행본

- Alfons Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.
- Dieckmann/Heinrichs, *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen*, 1996.
- Eberhard Schmidt- Aßmann, Kommunalrecht, in: Eberhard Schmidt- Aßmann(Hrsg.), *Besonders Verwaltungsrecht*, 10 Aufl., Walter de Gruyter, 1995.
- Franz Ludwig Knemeyer, *Bayerisches Kommunalrecht*, Richard Boorberg, 1988.
- Franz- Ludwig Knemeyer, *Bürgerbeteiligung in der Komunalpolitik*, Olzog Verlag, 2 Aufl., 1997.
- Hans Klüber, *Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland*, Springer Verlag, 1972.
- Heinch Scholler, *Grundzüge des Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 4 Aufl., C.F.Müller, 1990.
- Heinz Dols und Klaus Plate, *Gemeinderecht*, 3 Aufl., W. Kohlhammer, 1988.
- Hendrik Gröttrup, *Die Kommunale Leistungsverwaltung*, W. Kohlhammer, 1976.
- Josef Ziegler, *Bürgerbeteiligung in dre kommunalen Selbstverwaltung*, 1974.
- Kay Waechter, *Kommunalrecht*, 3 Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1997.
- Michael Deubert, *Direkte Demokratie und unmittelbare Bürgerbeteiligung*, Richard Boorberg, 1987.

- Otfried Seewald, Kommunalrecht, in: Steiner(Hrsg.), *Besonders Verwaltungsrecht*, 5 Aufl., C.T.Müller, 1995.
- P. v. Kodolitsch, *Kommunale Beteiligungspolitik*, 1980.
- R. Vogit(Hrsg.), *Handwörterbuch zur Kommunalpolitik*, 1984.
- Richard Seeger/Hermann Wunsch, *Kommunalrecht in Baden-Württemberg*, 5 Aufl., 1987.
- Rolf Stober, *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*. Kohlhammer, 1992.
- Ute Spied, *Bürgerversammlung- Bürgerbegehren- Bürgerentscheid*, Richard Boorberg, 1999.
- W. Reinhart, *Gewaltenteilung im Staats- und Kommunalverfassungsrecht*, 1984.

論 文

- Bernd Behnke, "Formen unmittelbarer Teilhabe an Entscheidungsprozessen: insbesondere Bürgerentscheid", *Verwaltungsrundschau*, 1996. 4.
- Erich Rehn, "Repäsentative Demokratie und bürgerschaftliche Mitwirkung in der Kommunalverwaltung", in: Albert von Mutius(Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, 1983.
- F. Meissner, "Probleme von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid im deutschen Gemeinderecht". in: J. D. Kühne/F. Meissner, *Züge unmittelbarer Demokratie in der Gemeindeverfassung*, 1977.
- Gerd Hager, "Rechtspraktische und rechtspolitische Notizen zu Bürgerbegehren und Bürgerentscheid", *VerwArch*, 1993, S. 97ff.
- Hans Herbert von Arnim, "Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene", *DÖV* 1990, S. 85ff.

참고문헌

- Hans- Günter Henneke, "Bürgerentscheide in den Kreisen", *Der Landkreis*, 1996.4.
- Hans- Günter Henneke, "Die Rolle der Fraktionen und Parteien in einem gewandelten Kommunalverfassungsrecht", *Der Landkeis*, 1997.
- Ingwer Ebsen, "Bürgerbeteiligung durch die Gemeindevertretung und repräsentative Demokratie," *DVBI* 1984, S. 1107ff.
- M. Matter, "Formen politischer Beteiligung in den Gemeindeordnungen der Bundesländer", Oscar W. Gabriel (Hrsg.), *Bürgerbeteiligung und kommunale Demokratie*, 1983.
- Michael Kromer, "Bürgerbeteiligung in der Gemeinde: Ein system- atischer Überblick", *DVBI* 1985, S. 143ff.
- Rudolf Streinz, "Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, *Die Verwaltung* 16(1983), S. 293ff.
- Peter Krause, "Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie", in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 1987.
- R. Jahn/N.K. Riedel, "Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG-Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht", *NVwZ* 1989, S. 716ff.
- Richard Seeger, "Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in Baden-Württemberg", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1988, S. 516ff.
- Schiffer Eckart/Wolff Hans- Jürgen, "Staatliche Willensbildung und nichtstaatliche Organisationen", *AöR* 1991.
- Thomas von Danwitz, Bürgerbegehren in der kommunalen Willensbildung, *DVBI* 1996, S. 134ff.
- Wilfried Erbguth, "Verstärkung der Elemente der unmittelbarer Bürgerbeteiligung auf kommunaler Ebene", *DÖV* 1995, S. 793ff.

연구보고 99-12

住民直接參與의 活性化를 위한 法制整備方向

1999년 12월 24일 印刷

1999년 12월 31일 發行

發行人 徐承完

發行處 한국법제연구원

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

값 7,000 원

- 本院의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
- ISBN 89-8323-119-X 93360

