

地方自治團體의 環境保護에 관한
法制改善方案

2002. 11. 28.

연구자 : 한 귀 현 (부연구위원)

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	7
제 1 절 연구의 목적	7
제 2 절 연구의 방법과 범위	8
제 2 장 지방자치의 헌법적 보장과 환경보호	11
제 1 절 개 설	11
제 2 절 지방자치와 환경보호와의 관계	13
1. 서	13
2. 환경문제의 특성과 지방자치단체의 환경보호책무	14
3. 지방자치가 환경문제에 미치는 영향	22
제 3 절 지방자치의 헌법적 보장	27
1. 서 설	27
2. 지방자치권의 본질	31
3. 지방자치의 헌법적 보장의 내용	37
4. 자치권의 제한과 제한의 한계	41
제 3 장 환경자치입법권의 법적 문제	47
제 1 절 조례의 의의	47
1. 조례의 개념	47
2. 조례의 성격	48
3. 조례의 분류	50
제 2 절 조례제정권의 근거	50
1. 조례자주입법설	50
2. 조례위임입법설	51
3. 소 결	51

제 3 절 조례제정권의 범위와 한계	52
1. 서	52
2. 헌법과 조례와의 관계	52
3. 법령과 조례와의 관계	60
4. 기초지방자치단체의 조례와 광역지방자치단체의 조례와의 관계	66
제 4 절 환경자치입법권의 문제점 및 개선방안	67
1. 환경조례의 제정현황과 문제점	67
2. 환경자치입법권의 개선방안	71
제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안	75
제 1 절 개 설	75
제 2 절 헌법·지방자치법상의 사무배분원칙	75
1. 헌법상의 원칙	75
2. 지방자치법상의 원칙	78
제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안 ...	79
1. 지방자치법상의 일반적인 사무배분기준	79
2. 행정주체별 환경사무의 담당현황	80
3. 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점 및 개선방안	95
4. 지방이양추진위원회에 의한 환경사무의 이양추진	96
제 5 장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안	115
제 1 절 서 설	115
제 2 절 환경계획과 지방자치단체의 계획고권	116
1. 환경계획의 의의	116
2. 지방자치단체의 계획고권에 관한 논의	118
3. 지방자치단체의 환경계획	125

4. 소 결	131
제 3 절 환경기준과 지역환경기준의 설정	132
1. 환경보전의 수단으로서의 기준설정	132
2. 환경기준	133
3. 지역환경기준	136
제 4 절 지역환경영향평가	141
1. 환경영향평가제도의 의의	141
2. 환경영향평가의 대상사업	144
3. 지역환경영향평가제도	144
제 6 장 결 론	165
참고문헌	167

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

무릇 21세기는 『지방화의 시대』이자 『환경의 세기』라고 일컬어진다. 우리 나라에서도 어느덧 민선지방자치 3기에 접어들어 본격적인 지방자치시대를 맞이하고 있다.

지방자치시대에 있어서 가장 중요한 과제들 중의 하나는 지역개발의 활성화로 야기될 『환경문제』라고 할 수 있다. 즉 오늘날 환경문제는 국내적으로는 물론 국제적으로도 최우선과제의 하나로 인식되고 있다. 이러한 환경문제의 해결을 위한 노력은 지방자치단체에서부터 시작되어야 한다. ‘지구적 차원에서 사고하고, 지역적 차원에서 행동하라’(Think globally, act locally!)는 말이 의미하는 바와 같이 근본적으로 환경문제 해결의 출발점은 지역이다. 지방자치를 통한 환경문제 해결의 중요성은 지난 1992년 리우회담에서 천명된 ‘Agenda 21’¹⁾에서도 강조된 바 있다. 따라서 지방자치시대에 있어서 환경문제는 ‘주민에 의한, 주민을 위한 환경보호’라는 원칙 아래서 해결해야 할 것이다. 왜냐하면 환경문제의 본질적 특성인 지역성에 비추어 볼 때, 지방정부는 중앙정부보다 지역의 환경상황을 더 잘 알 수 있는 입장에 있으므로 지속가능한 생태계의 유지나 쾌적한 환경을 창출할 일차적인 책임이 있을 뿐만 아니라(환경자치의 실현), 환경문제의 해결 내지 쾌적한 환경의 창출은 곧 지역주민의 생존권과도 결부되어 있기 때문이다(주민생존권의 보장). 요컨대 지방자치단체는 주민의 복리증

1) ‘아젠다 21’은 전문과 40개의 장으로 구성되어 있는데, 여기에는 지속가능한 발전(sustainable Development)을 위한 세부실천계획이 4개 부문으로 나뉘어 규정되어 있다. ‘아젠다 21’은 구속력은 갖고 있지 않지만, 각 의제의 내용은 세부적인 정책 지침을 담고 있으며 앞으로 각국이 행동으로 옮겨야 할 조치들로 이루어져 있다. 그 가운데 제28장은 ‘아젠다 21’을 지원하기 위한 지방정부의 역할을 규정하고 있는 부분인데, 그 내용을 보면 지방정부는 경제·사회·환경의 조직을 구성·운영·유지하고, 지역환경정책과 규제방안을 수립하며, 국가적 광역환경정책의 수행을 지원하고, 지속가능한 발전을 촉진하기 위해 주민을 교육·동원하여 책임을 지우는 역할을 수행해야 한다고 되어 있다. 한편, 지속가능한 발전에 대한 상세는, 홍준형, 환경법, 博英社, 2001, 72면 이하 참조.

진(헌법 제117조 제1항)을 그 주요한 목적으로 한다는 점에서 지방자치시대의 본격적인 전개에 따라 특히 환경질(Umweltqualität)의 개선을 목적으로 하는 환경자치제도의 확립과 아울러 환경자치시대의 실현이 기대되고 있다.

한편 지방자치의 실현은 다른 한편에서는 지역이기주의(이른바 남비현상)에 기초한 환경분쟁, 특히 광역적 환경분쟁의 점증, 경제발전 내지 개발의 우선 및 난개발 등과 같은 환경적 악영향을 초래하고 있는 것이 실정이다. 뿐만 아니라 우리 나라에서는 지방자치가 전면적으로 실시된 지 이미 10여년이 경과하였음에도 불구하고 지방자치관계법은 물론 환경관련법제의 틀과 내용은 여전히 종래의 중앙집권적인 시대의 것으로 구성되어 있어 실질적인 지방자치의 실현을 저해하고 있는 듯한 면이 없지 아니하다.

요컨대 환경자치시대에 있어서는 국가차원에서의 통일적·획일적인 대응으로는 충분하지 않고 지역차원에서 각 지역의 실정에 따른 적절한 환경정책의 전개, 특히 다양하고 개성 있는 환경조례, 지역환경관리계획, 지역환경기준 및 지역환경영향평가 등이 전개될 것으로 본다. 따라서 본 연구는 지방자치단체에 의한 환경보호의 법적 제문제를 검토하고 관련법제의 개선방안을 제시함으로써 환경자치시대의 실현에 이바지함을 목적으로 한다.

제 2 절 연구의 방법과 범위

지방자치제도의 의의는 무엇보다도 당해 지방자치단체가 상이한 지역적 특성에 상응하는 행정을 지역주민의 의사에 기초하여 자기책임으로써 실시할 수 있다는 데 있다. 즉 지방자치의 실시는 정치적으로는 풀뿌리 민주주의로, 행정적으로는 주민에 친근한 행정(주민근거리행정) 및 수직적 권한 분배로서의 의의를 가진다. 그런데 지방자치와 밀접불가분의 관계를 가지는 것은 다른 어떤 분야보다도 환경문제 내지 환경행정의 분야일 것이다. 오늘날 환경문제는 비단 한 지방적 내지 국내적 문제를 넘어 전지구적 문제로서 인류생존의 문제로 인식되고 있는 것은 주지의 사실이기는 하지만, 개개의 환경문제는 각 지역에 따라 상이하게 나타날 뿐만 아니라 당해 지역주민으로서는 생존의 문제이기 때문이다. 따라서 환경문제에 대해서는

국가에 의한 전국일률적·정형적인 규제 내지 접근보다는 제1차적인 책임을 지고 있는 당해 지방자치단체에 의한 각 지역의 실정에 부응한 문제의 해결이 바람직함은 물론이다.

반면, 이러한 점에서 본다면 우리의 현행 지방자치법 및 환경관계법제는 개선되어야 할 부분 내지 문제점을 적지 많이 내포하고 있어, 향후에는 각 지방자치단체마다 환경문제의 해결을 위한 개성 있고 자주적인 여러 고안들이 적극적으로 제시될 것으로 본다. 따라서 본 연구는 현행 법제의 검토를 통하여 본격적인 환경자치의 실현을 저해하고 있는 문제점을 지적함과 아울러 관련법제의 개선방안을 제시하고자 하는 것이다.

본 연구는 지방자치단체의 환경보호에 관련한 다음과 같은 범위에서 진행될 것이다. 우선 제1장 서론, 제2장 지방자치의 헌법적 보장과 환경보호(지방자치와 환경보호와의 관계, 지방자치의 헌법적 보장), 제3장 환경자치입법권의 법적 문제, 제4장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안, 제5장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안(환경계획과 지방자치단체의 계획고권, 환경기준과 지역환경기준의 설정, 지역환경영향평가 등), 그리고 제5장 결론의 순으로 검토하고자 한다.

그리고 본 연구는 주로 문헌과 판례에 기초하여 비교법적 관점에서 현행 법제를 분석하고 그 개선방안을 제시하고자 한다.

제 1 장 서 론

제 2 장 지방자치의 헌법적 보장과 환경보호

제 1 절 개 설

일반적으로 지방자치란 지역적인 이해에 관련한 사항(지역적 공공역무)에 관해서는 지역을 기초로 하는 단체(지역협동체)의 손에 의해 지역주민의 의사에 기초하여 처리하는 것을 말한다.²⁾ 이와 같은 의미의 지방자치의 개념을 분석하면 통상 그것은 「주민자치」와 「단체자치」라는 두 개의 요소로 구성되어 있음을 알 수 있다. 우선 주민자치란 지방행정을 중앙정부의 간섭을 배제하여 그 지방의 주민의 의사로 자주적으로 처리하게 하는 것을 말하며 정치적 의미에 있어서의 자치라고 한다. 이것에 대하여 단체자치란 국가로부터 독립한 법인격을 가지는 지역단체를 설치하여 이 지역단체로 하여금 지방행정에 임하게 하는 것으로서 법적 의미에 있어서의 자치라고 한다. 지방자치에 있어서 주민자치와 단체자치는 차의 兩輪이며, 이 두 개의 요소가 함께 갖추어졌을 때 비로소 지방자치는 완전한 것이 된다고 할 수 있다.³⁾

지방자치의 기능으로서는 「억제」와 「매개」 및 「참가」라는 세 가지의 기능이 지적되고 있다.⁴⁾ 우선 「억제의 기능」이란 국가와 지방자치단체와의

2) 물론 지역협동체의 업무는 시대에 따라 또한 사회적·경제적 상황의 차이에 따라 변화한다. 목가적인 농경사회에서는 그 내용은 재해대책, 농로나 관개용수로의 정비, 제례와 같은 비교적 단순한 역무이었다. 그렇지만 사회구조가 복잡하게 되어 감에 따라 그 내용은 다양하게 되고 양적으로도 증가하게 되었다. 현대의 도시형사회에서는 방범·소방 외에 치산치수, 도로·공원·상하수도·쓰레기처리와 같은 생활기반의 정비, 의료시설·문화·교육·레크레이션시설의 개설, 나아가서는 아동이나 노인개호 등 사회적 약자의 보호대책도 중요한 지역의 업무에 더하여졌다. 지역의 치안을 유지하고 리스크를 관리하여 사람들의 안전과 건강을 지키며 복지의 증진을 도모하는 등 지역집단의 질서와 조화를 유지하여 주민이 안심하고 살 수 있는 지역협동체를 만들어내는 것, 그것이 지방행정의 중핵으로 되었다. 한마디로 말하면, 지역에서 파생하는 공동의 역무를 지역집단의 손으로 자주적으로 처리하는 것이 지방자치행정의 목적으로 되었다고 할 수 있다(原田尙彦, 地方自治の法としくみ, 學陽書房, 2001, 3-4頁).

3) 南博 方·原田尙彦·田村悅一 編, 行政法(3) [地方自治法], 有斐閣雙書, 1992, 2-3頁; 原田尙彦, 전개서, 5頁.

4) 佐藤 功, 地方自治の機能, 自治省 編, 地方自治法施行四十周年·自治制公布百年記念『自治論文集 一編』, ぎょうせい, 1988, 25頁.

사이에 계층제의 관계가 성립하는 것을 부정하는 원리이며, 계층제의 부정이란 양자간에 지휘명령의 체계가 성립하고 있지 않은 것이다. 지방자치가 가지는 이 억제제의 기능은 국가라 하더라도 침해할 수 없는 기능이다.⁵⁾ 둘째의 『매개의 기능』은 억제제의 기능이 지방자치단체의 자주성을 강조하는 것에 대하여, 오히려 국가와 지방과의 관계에 작용하는 것이다. 이 매개의 기능이 중요한 것은 지방자치단체가 국가의 구성요소이며, 지방주민이 동시에 국민의 일원이라는 사실을 전제로 하기 때문이다. 그리고 그 점에서 국가와 지방과의 상호의존이 필요로 된다.⁶⁾ 이와 같이 하여 『지방의 안정과 번영이 동시에 국가의 안정과 번영을 가져온다는 관계』, 즉 『국가의 차원에 있어서의 정책의 결정과 행동에 대한 판단은 지역주민의 총의에 의존하고 있다는 원리』가 매개의 기능인 것이다. 셋째로, 『참가의 기능』에 있어서의 참가란 지방자치단체의 의사결정과 실시의 모든 과정에 어떤 방식으로 주민이 그 의사를 반영시키는 활동을 말하지만, 그 경우 참가하는 주체는 자발적인 협력, 공통의 이해의 향수, 그리고 결정에 대한 공통책임의 자각 등을 전제조건으로 한다. 그리고 이 참가의 사상과 운동은 제도의 문제로서는 주로 간접민주제의 공동화에의 도전으로서의 역사적 의미를 가진다.

이상과 같은 억제, 매개, 참가라는 세 가지의 기능은 지방자치를 바로 그 기능의 면에서 파악한 것이지만, 그것을 헌법상의 지방자치의 『원칙』의 문제에 되돌려 본다면 그 억제제의 기능과 매개의 기능은 단체자치의 원칙에 관계가 있으며, 그 참가의 기능은 주민자치의 원칙에 관련하는 기능이라고 할 수 있을 것이다.⁷⁾

5) 그리고 지방자치가 이와 같은 기능을 요청하고 있는 이유는 지방의 특수적 이해나 사정을 가장 잘 판정할 수 있는 것은 중앙정보보다도 우선 각각의 지역주민이라는 역사상의 사실에 기초한다. 그 점에서 이 기능은 지방권의 사상에 연원을 가진다고도 기술되고 있지만, 그 지방권의 사상은 자치권의 사상의 기초에 있는 것이라고 할 수 있다.

6) 그것은 『지방의 이해는 언제나 다른 지방의 이해에 결부되어 있으며, 나아가서는 국가의 이해와도 깊은 관계를 가지고 있기 때문』이다. 그러나 국가와 지방자치단체간의 이와 같은 밀접한 관계는 지방자치단체를 언제나 국가의 후견하에 배치하는 것을 의미하는 것은 아니다. 양자간의 유기적인 관계는 양자간에 오히려 지방의 흥폐가 동시에 국가의 동향이나 운명을 결정한다는 실체적인 이유에 기초하는 것이다. 지방의 번영과 지방주민의 만족이 없으면 국가의 안정도 없다.

7) 佐藤 功, 地方自治の機能, 26-27頁.

한편 오늘날의 민주국가에 있어서 지방자치의 존재이유 내지 필요성으로서는 ①지방행정의 자율성·인간성의 발로,⁸⁾ ②지역의 요망과 실정에 부합하는 행정의 전개, ③민주정치의 기초, ④행정의 경직성 회피 및 지역의 활성화, ⑤개성이 풍부한 지역사회의 형성, ⑥현장주의에 의한 행정경비의 절감과 의사결정의 신속화 등을 들 수 있다.⁹⁾

요컨대 현대의 지방자치는 헌법, 그밖의 국법에 의해 중앙의 정부기구와 병존하는 행정기구의 하나로서 위치지워지며, 관치행정의 결점을 보충하면서 지역의 실정에 적합한 섬세하고 빈틈없는 행정을 자주자율=자기책임에 기초하여 전개하여 지역주민의 기본적 인권을 옹호하고 그 안전과 복지에 이바지하는 것에 그 존재의의를 가지는 것이다. 지방자치단체는 주민의 안전과 복지의 향상이라는 공통목적에 향하여 중앙정부와 서로 협력하고, 적절하게 서로 기능을 나누어 지역의 공공서비스의 향상발전에 이바지하는 것을 그 사명으로 하고 있다고 보지 않으면 안된다.

제 2 절 지방자치와 환경보호와의 관계

1. 서

지방자치제는 당해 지방자치단체의 사무를 지역실정에 적합되게 실시할 수 있다는 데 그 의의가 있는 한편, 오늘날 국내외적으로 최우선과제의 하나로 인식되고 있는 환경문제는 지역성과 광역성을 그 특성으로 한다. 즉

8) 자주자율은 인간성의 발로이며, 지방자치는 자주자율·자기책임에 기초하는 인권실현의 수단으로서 기능하는 것이다.

9) 原田尚彦, 전거서, 9-11頁; 山代義雄, 新·地方自治の法制度, 北樹出版, 2000, 16-17頁.

한편 이상과 같은 지방자치의 존재이유 내지 필요성으로 인하여 오늘날 국제사회에서는 지방자치권의 보장을 민주주의의 불가결한 요건으로서 준수할 것을 국제적 결정으로서 이행하려는 움직임이 활발하다. 그 하나는 유럽지방자치현장이며, 다른 하나는 세계지방자치선언이다. 이들 두 개의 결정은 내용적으로 거의 동일한 바, ①주민자치, ②단체자치, ③기초자치단체우선의 사무배분, ④권한에 상응한 자주재원, ⑤자주과세권의 보장, ⑥공통사무에 관하여 다른 것과 연합조직을 만드는 것의 보장, ⑦전권한성·개괄적 권한의 보장, ⑧자치체를 중층적으로 두는 것 등으로 되어 있다. 이에 대해서는, 廣田全男·糠塚康江, 『ヨーロッパ地方自治憲章』 『世界地方自治宣言』의意義, 法律時報 66卷 12號(1994), 42頁 이하 참조.

환경문제는 그것이 지니고 있는 본질적 특성인 지역성과 광역성으로 인해 한편으로는 지방자치를 통한 효과적인 문제 해결을 필요로 하고, 다른 한편으로는 중앙의 조정 내지 광역행정을 통한 문제 해결을 필요로 한다.

이러한 점에서 본다면 환경보호 내지 환경문제의 해결은 지방자치단체에 의해서 행해지는 것이 바람직한 것인지 아니면 국가(중앙정부)에 의해서 행해지는 것이 바람직한 것인지의 여하가 문제된다. 아울러 지방자치의 실시가 환경문제에는 어떠한 영향을 미치는가 하는 것이 문제된다. 따라서 이하에서는 환경문제 내지 환경보호의 지역사무성 여하 및 지방자치제의 실시가 환경문제에 미치는 영향에 관해서 살펴보기로 한다.

2. 환경문제의 특성과 지방자치단체의 환경보호책무

(1) 환경문제의 특성과 지방자치

환경문제가 발생하는 원인과 특성은 지방자치와 관련하여 다양한 함축성을 가지고 있다. 우선 환경재의 특성, 즉 환경재가 지니는 양면성 -기초수요로서의 성격과 사치재로서의 성격- 은 지방자치와 관련하여서도 특별한 의미를 지닌다. 즉 환경문제를 기초수요로 파악한다면 모든 국민에게 생존을 위해 필요로 하는 일정수준 이상의 환경질을 공급한다는 차원에서 중앙정부의 역할이 보다 강조되어야 한다. 이것은 형평성의 관점에서 정당화되고 또 효율성의 측면에서도 지지를 받을 수 있을 것이다. 그런데 환경문제를 다소 우월재라는 측면에서 바라본다면 주민의 선택의 폭을 넓혀 준다는 점에서 지방자치단체의 역할이 강조되어야 한다. 즉 지방자치단체에 의해 주민의 환경재에 대한 선호도가 적절히 반영된 환경재의 공급이 바람직하다는 것이다.¹⁰⁾

환경오염과 환경과피가 심해지는 데는 “정부의 실패”(government failure)¹¹⁾라는 문제가 있다는 점도 지방자치와 관련지을 수 있다. 정부

10) 정희성, 지방자치시대의 환경정책, 한국환경기술개발원, 1994. 6., 20면.

11) 정부의 실패는 Charles Wolf에 의하여 비시장실패(non-market failure)라는 말로 처음 쓰여지기 시작하였는 바, 그가 정부의 실패라는 말 대신에 비시장실패라는 말을 쓰는 이유는 이것이 비단 정부만이 아니고 재단, 국공립대학, 교회, 사친회(parents-teachers association: PTA's), 보이 스카웃 등 비시장조직(non-

는 다양한 기능을 하는 기관과 계층으로 구성되어 있으므로 우리의 공공정책의 불완전성에 대한 논의는 이 점을 포함하여야 한다. 즉 공공정책의 불완전성이 집권화된 체제에서 더 크나 혹은 분권화된 체제에서 더 크게 일어날 수 있느냐 하는 의문으로 환경정책도 예외가 아님은 물론이다. 환경정책기능이 분권화되어야 하느냐 아니면 집권화되어야 하느냐 하는 문제는 환경문제의 성격에 비추어 볼 때 쉬운 문제는 아니다. 환경정책과정의 불완전성으로 인한 낭비는 정보가 집중되고 경쟁도가 낮은 집권화된 체제에서 정보의 공개가 수월하고 경쟁의 원리가 작용할 수 있는 분권화된 체제에서보다 클 수 있다. 특히 집권화된 체제는 국민소득수준과 교육수준의 향상으로 인한 국민욕구의 다양성을 충분히 고려할 수 없다는 점에서 비효율적으로 인식될 수 있다. 그러나 분권화된 환경관리는 지방자치단체간 조정의 어려움, 개발을 위한 경쟁, 형평성의 저하 등 또 다른 측면에서의 환경정책실패의 요인을 안고 있다. 그래서 환경정책범위의 공간적 확산과 함께 환경정책을 집권화하여야 한다는 주장도 매우 강하다.

환경문제의 일반적인 특성의 다른 하나는 이 문제가 본질적으로 지닌 공간성(spatial dimension)이다. 대부분의 환경오염현상은 일정한 공간을 중심으로 발생한다. 대기오염현상은 보편적으로 하나의 공장이나 공업단지

market organizations)을 모두 포함하는 것이기 때문이다. 물론 비시장조직으로서 가장 규모가 크고 영향력 있는 조직은 정부이다.

정부의 실패는 크게 두 가지 측면에서 지적될 수 있다. 그 하나는 정부는 국민의 선호(preferences)를 정확하게 대변하는 존재가 아니라는 것이다. 아무리 민주적인 정부라 할지라도 그것이 국민의 집단적 선호를 정확하게 반영하지 못하며, 또한 국민의 집단적 의사에 따라 권한을 행사하는 것도 아니다. 때로는 국가 스스로의 사상 또는 어떤 특수한 이익집단의 영향력에 따라 정부의 권한이 행사될 때도 많다. 이것이 정부의 민주성, 형평성, 책임성 문제다. 또 다른 하나의 문제는 정부의 비효율성(inefficiency) 문제다. 비록 정부가 국민의 집단적 의사를 정확하게 반영하고 있다고 하더라도 불가피하게 발생하는 문제가 바로 이 비효율성 문제이다.

한편 정부실패 현상에 대한 연구는 다양한 이론적 시각, 즉 첫째, 사회선택(social choice) 이론 혹은 집단적 선택(collective choice) 이론, 둘째, 공공선택(public choice) 이론, 셋째, 전통적인 행정학 이론, 특히 조직이론(organization theory) 등의 시각에서 다양하게 전개되고 있다. 이에 대한 상세는, 崔炳善, 政府規制論 — 規制와 規制緩和의 政治經濟一, 法文社, 1996, 147면 이하; Charles Wolf, Jr., Markets or Governments: Choosing Between Imperfect Alternatives (Cambridge, Mass : MIT Press, 1988), p. 38.

또는 도시를 중심으로 일어나며, 수질오염은 공장이나 도시가 입지한 수계를 중심으로 발생한다. 물론 작금의 환경오염현상이 경제성장과 도시화에 따른 오염원의 대규모화와 공간적 확산에 의해 광역화되는 경향이 있지만, 환경오염현상은 항상 특정지역을 중심으로 발생하며 또 그 피해정도는 그 지역의 자연적 조건과 매우 밀접하게 관련되어 있다. 환경오염문제가 지니는 본질적인 입지고정적(location-specific) 특성은 이 문제에 대한 정책적 접근에 있어 두 가지 매우 중요한 의미를 지닌다. 우선 환경오염현상에 대한 접근에는 항상 당해 지역의 지리학적인 특수성이 잘 고려되어야 한다는 것이다.¹²⁾ 오염에 따른 피해의 정도는 당해 지역의 인구밀도 또는 산업밀도, 그리고 동식물 등 자연자원의 분포에 따라 달라진다. 즉 같은 양, 같은 종류의 오염물질이 배출되더라도 배출되는 장소에 따라 인체 또는 생태계에 미치는 영향이 크게 달리 나타난다는 것이다. 뿐만 아니라 환경의 질에 대한 주민의 욕구도 주민의 인구사회학적인 구성에 따라 달리 나타날 것이다. 이 같은 성격은 환경오염의 관리에 있어 개개 지역의 특수성이 잘 고려되어야 한다는 것을 의미하며, 또 환경오염문제에 있어 분권적인 접근을 옹호한다.

그런데 대부분의 환경오염물질은 기상학적 또는 수리학적 힘에 의해 확산되기 때문에 환경오염의 과급효과에 분명한 경계가 없으며 행정구역의 경계와 일치하지 않는 경우가 많다. 환경오염의 공간성은 환경서비스의 공급에 따른 비용부담과 편익수혜의 범위가 공간적으로 불균형을 이루게 하여 많은 경우 기존 행정구역의 경계와 불일치를 초래한다. 환경재 이용에 따른 외부성의 공간적인 의미를 강조하기 위하여 근린효과(neighborhood effects)나 누출효과(spillover effects)란 표현을 쓰기도 한다. 그런데 작금의 환경오염현상은 환경과피의 광역화로 특징지워진다. 특히 환경오염문제가 기존의 행정구역범위를 벗어나서 환경재의 이용과 관련된 이득과 손실이 동일지역에 발생하지 않는 현상이 더욱 빈번해지고 있다. 지방자치

12) 예를 들어 대기오염의 경우에는 풍속, 풍향, 지형, 대기온도, 혼합고 등이, 수질오염의 경우에는 수량, 유속, 수온 등이 오염현상의 주요 결정변수가 된다는 것이다. 대기오염사고로 유명한 런던은 높은 습도와 안개가, 로스엔젤레스는 계곡이 깊은 분지라서 대기오염물질의 확산이 어렵다는 자연적 특성이 있다.

단체의 어떤 사업에 따른 긍정적 효과(편익)와 부정적 효과(비용)의 공간적인 불일치현상은 환경문제에 대한 지역간 마찰의 원인이 되며, 때로는 ‘지역이기주의’ 논쟁¹³⁾을 불러일으키며 상위행정단체의 개입을 초래하곤 한다. 이 같은 환경파괴의 공간적 범위의 확산은 환경관리에 있어 광역적 관리에 대한 요구를 수반하며 환경관리의 중앙집권화의 논리적 근거를 제공한다.¹⁴⁾

(2) 지방자치단체의 환경보호책무

1) 오늘날에 있어서의 대량생산, 대량소비, 대량폐기형의 경제사회활동은 기업뿐만 아니라 국민 자신도 가담하는 형태로 자동차의 배기가스, 생활배수, 쓰레기 등의 폐기물에 의한 이른바 도시·생활형공해를 더욱 확대시키고 있다. 게다가 이것들은 오존층의 파괴, 지구의 온난화, 산성비, 열대림의 감소, 야생동식물의 종의 감소 등 지구규모에서의 환경문제를 야기하고 있다.¹⁵⁾ 이와 같이 산업공해로부터 도시·생활형공해로 환경행정의 주요 과제가 이행하고, 또한 환경의 질의 향상에 대한 수요도 계속 높아지고 있다. 이것에 수반하여 지역의 개성·특질에 적응한 한층 세심한 환경행정의 전개가 요청되고 있으며, 주민과 밀착하고 있는 지방행정이 수행하는 역할은 점점 더 커지고 있다.¹⁶⁾

13) 우리 나라에서는 지역이기주의란 용어를 분노처리장, 쓰레기 매립장, 화장장 등 환경오염을 유발하는 시설을 당해 시설이 입지할 예정인 지역의 주민들이 반대할 경우에 이 지역주민을 비난하기 위해 사용되는 경향이 있다. 그러나 이것은 현재 이들 시설들의 조악한 오염방지대책을 감안한다면 극히 잘못된 피해자부담의 원칙(Victim Pays Principle)에 대한 강요라고 볼 수 있다. 따라서 좀 더 넓은 관점에서 보면 환경오염유발시설에 대한 주민의 관심과 반대는 환경오염피해의 내재화를 촉진시켜 줄 수 있어 환경정책의 효과성의 증진이란 측면에서 오히려 바람직스럽다고도 할 것이다.

14) 김선기, 환경문제의 외부성과 광역적 대응: 상수원 수질보전을 중심으로, 지방행정연구 제7권 제1호(1992. 2.), 21면; 정희성, 전개논문, 20-22면 참조.

15) 村上武則 編, 應用行政法, 有信堂, 1995, 157頁.

16) 환경을 적절하게 보전하기 위해서는 국가, 지방자치단체뿐만 아니라 사업자 및 국민도 사업활동이나 일상생활에 있어서 평소 환경부하의 감소에 진력할 책무가 있지만, 특히 국가 및 지방자치단체가 환경보전을 위해 어떠한 시책을 강구하는가, 즉 환경행정의 본태가 중요하다.

환경행정은 역사적으로는 공해의 규제를 중심으로 한 공해행정에서 출발하였으며, 종래부터 그것은 사람의 자유로운 사업활동에 의해 발생하는 사람의 생명·건강·재

요컨대, 사회의 변화에 대응한 환경정책을 추진해 가기 위해서는 국가차원의 적극적 대응에 더하여 국가와 지방자치단체가 적절한 역할분담과 연대를 강화하는 것이 필요하며,¹⁷⁾ 환경행정의 第1線을 담당하는 지방자치단체가 종래보다도 더 적극적인 역할을 수행할 것이 기대된다.¹⁸⁾

산에 대한 구체적인 위협의 방지를 주된 목적으로 하는 소극적인 경찰작용으로서 위치지워져 왔다. 그러나 이와 같은 소극적·대중요법적인 규제만으로는 공해뿐만 아니라 자연환경이나 생활환경을 양호하게 보전하는 것은 곤란하며, 최근에는 환경자원의 유한성을 전제로 하여 환경행정이 소극적인 경찰행정으로부터 환경 그 자체를 양호한 상태로 보전하고 장래의 국민에게 그것을 계승하기 위해 환경을 관리하고 그 이용조정을 도모하는 적극적인 내용을 가지는 종합행정이어야만 한다고 하는, 이른바 「환경관리론」이 유행히 되고 있다(原田尙彦, 環境法 [補正版], 弘文堂, 1994, 24-25頁).

요컨대 오늘날 환경행정은 규제적 또는 조성적, 그밖의 수단을 종합적·계획적으로 사용하는 것에 의해 공해나 환경파괴로부터 사람의 생명이나 건강을 지킴과 동시에 적극적으로 인간이 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 양호한 환경을 보전하는 것을 목적으로서 행해지는 행정활동으로 이해할 수 있다(村上武則 編, 전계서, 158頁).

17) 환경보호는 분명히 현대국가의 숙명적 과제이기는 하지만 단지 국가만의 전담영역인 것은 아니며, 오히려 사회적 諸力, 특히 경제계와 국가의 협동을 특별히 필요로 하고 있다. 환경법의 기본원리로서의 협동의 원칙(Kooperationsprinzip)은 환경정책적 의사형성 및 결정의 과정에 이해관계인을 협력하게 함으로써 국가적 책임의 원칙을 손상시키지 않으면서 「개인의 자유와 사회적 필요 사이에 적절한 관계」를 창출하는 목적에 이바지한다.

한편 협동의 원칙에 있어서 협동의 구체적인 형식으로서 ①국가와 산업간의 협동, ②국가와 학계·기술계간의 협동, ③국가와 시민간의 협동, ④국가와 환경단체 또는 환경단체상호간의 협동, ⑤중앙정부와 각 지방자치단체간의 협동, ⑥국가간의 협동을 들 수 있다. 뢰겔링(H.-W. Rengeling)은 이들 중 국가와 사회와의 협동을 「수직적 협동」, 국가내부에서의 협동을 「수평적 협동」이라 부르고, 사인상호간의 협동에 관해서는 일반적으로 그들 두 개의 성격을 둘 다 갖춘 이른바 「중간형태」로 간주하고 있다. 일반적으로 협동의 원칙에 대해서는 줄저, 獨逸環境法論, 한국법제연구원, 2002, 54면 이하; 金世圭, 독일 환경법상의 협동원칙, 동아대학교 독일학연구 제11권 (1995. 12.), 55-72면; 高橋正徳, ドイツにおける協同的環境保護, 室井力先生還暦記念論集 現代行政法の理論, 法律文化社, 1991, 148-176頁; H.-W. Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988; Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1989; Lübbe-Wolff, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, NuR 1989, S. 295 ff.; Schrader, Das Kooperationsprinzip -ein Rechtsprinzip?, DÖV 1990, S. 326 ff.; Müggenborg, Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1990, S. 909 ff. 참조.

18) 加藤陸美, 地方自治と環境行政, 自治省 編, 地方自治法施行四十周年・自治制公布百年記念 『自治論文集 一編』, ぎょうせい, 1988, 714頁.

2) 한편, 지방자치단체의 사무 중에 본래 지방자치단체가 그 책임과 권한으로써 실시해야만 하는 「고유의 자치사무」라는 것이 존재한다고 한다면, 지역주민에 대하여 공공의 서비스를 제공하는 이른바 고유사무와 더불어 「지방공공의 질서를 유지하고 주민 및 체재자의 안전, 건강 및 복지를 보지하기」 위한 권력적 규제행정은 통치단체의 성격을 얻은 현대의 지방자치단체의 고유의 자치사무로 하기에 적합한 사무라고 하지 않으면 안된다. 공해행정이나 지역환경보전행정은 그 핵심을 이루는 것으로 이해될 것이다. 왜냐하면 양호한 환경을 보전하고 공해의 방지를 도모하며, 또한 건강하고 문화적인 살기 좋은 마을만들기를 다하는 것은 지역주민의 이해에 깊이 관련하는 사안이며, 이러한 사항에 관해서는 지방자치단체가 주민의 의사를 집약하여 주체적으로 대응하는 것이 가장 지방자치의 본지에 합치한다고 생각되기 때문이다. 지방자치단체가 국가의 행정기관에 비교하여 지역의 실정에 밝고 환경오염의 상황이나 생생한 공해 내지 환경오염의 실정을 적확하게 파악할 수 있는 지위에 있는 것, 주민에 밀착하여 지역사회의 형성에 관하여 민의를 흡수하기 쉬운 입장에 있는 것 등에서 보더라도 공해나 환경문제의 해결이 자치적 처리에 적합한 사무인 것은 명료하다.¹⁹⁾

3) 지방자치단체는 이상과 같이 그 이론적 성격에서 보아 환경행정의 제1차적인 책임을 지기에 적합한 지위에 있다. 그렇지만 이것은 환경행정의 특색에서도 요청된다.

첫째로, 환경오염현상은 결코 전국적으로 동일하게 나타나는 것은 아니고 질적으로도 양적으로도 지역마다 개성을 가지고 나타나게 되는 것이다. 국가의 일률적·정형적인 규제조치만으로는 공장의 밀집지역에 있어서의 고밀도한 환경오염이나 국지적인 특수한 환경오염에 적확하게 대처하는 것은 도저히 불가능하다. 여기에 지역적인 환경오염의 특수성에 응한 지방자치단체의 섬세하고 빈틈없는 환경규제가 요구되는 하나의 요인이 있다(환경오염의 지역성).

둘째로, 환경오염의 방지에는 각종의 다각적인 규제를 강구함과 동시에 토지이용의 적정화, 환경오염방지사업의 실시 등을 유기적으로 관련시켜 중

19) 原田尚彦, 環境法 [補正版], 弘文堂, 1994, 141-142頁.

합적인 대책을 완활하게 강구할 필요가 있지만, 국가의 환경행정에 있어서는 그 관할권한이 각 부처간에 복잡하게 얽혀 있어 환경행정의 一本化가 곤란하다. 이 종합행정의 폐해는 환경부의 설치에 의해 상당히 해소되어 일단 환경행정의 일원화를 달성한 듯하지만, 여전히 환경오염방지사업의 실시권한은 물론 공익사업의 규제, 기타 관련사항의 규제권한은 다양한 부처에 분속하여 환경행정의 일원화를 곤란한 것으로 하고 있다. 이것에 반하여, 지방자치단체의 경우에는 원칙적으로 도지사 또는 시장하에 모든 권한이 통일되므로 다른 시책과 관련지우면서 환경행정의 종합적 실현이 달성되기 쉽다는 이점이 있다(종합행정의 확보).

셋째로, 환경오염규제의 수단은 日進月步의 상태이지만 법률에 의한 규제는 고정적으로 되는 경향이 있는 것에 비하여, 지방자치단체에 의한 규제는 상황 변화에 대한 즉시 대처가 가능하여 새로운 환경오염현상에 기동적으로 대응하기 쉬운 것(규제의 기동성·선택성) 등도 그 이점으로서 들 수 있다.²⁰⁾

4) 이와 같이 이론상으로도 실제상으로도 환경행정은 지방자치단체의 제1차적 책임으로 실현하기에 적합한 작용이다. 그렇다면 지방자치단체의 기관이 기관위임사무로서 위임된 국가의 환경법의 집행에 임하여야 하는 것은 물론이지만, 지역적으로 필요가 있는 경우에는 법률의 집행만으로 만족함이 없이 그 창의를 살려 적극적이고 창조적으로 환경규제에 몰두하는 것은 크게 장려되어야 한다. 국가의 환경입법의 해석운용에 있어서는 이 점에 충분히 유의하여 지방자치단체의 적극성과 창의성을 감쇄하지 않도록 주의함과 동시에, 더욱 나아가 지방자치단체의 창의를 의해 새로이 개발된 규제수단 중에서 국가의 장래의 환경규제의 방향을 이해하는 노력이 필요로 된다.

(3) 지역환경관리자로서의 지방자치단체

주민의 생활권보장을 위해 각종의 행정을 행하는 것이 헌법이 상정하고 있는 지방자치단체의 본래의 사명(지방자치의 본지)이며, 바로 그것이야말

20) 原田尚彦, 上掲書, 142-143頁.

로 핵심적 자치사무의 실질을 구성하는 것이다.

우선 이상의 것을 전제로 한 다음 오늘날 지방자치단체가 행하고 있는 각종의 행정작용을 재평가한 경우, 넓은 의미에서의 환경행정, 요컨대 공해규제행정을 비롯하여 자연환경보호행정, 공공시설행정, 토지이용규제행정 등은 지역주민의 생활환경의 정비를 통하여 그 안전과 복지를 확보하는 행정이라는 점에서 바로 핵심적 자치사무영역에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 이제 여기에서 이들 주민의 생활환경의 정비를 위한 행정을 『지역환경관리행정』이라고 총칭한다면, 바로 지역환경관리행정이야말로 핵심적 자치사무영역의 가장 중요한 부분을 구성하는 것이 승인될 것이다.

전술한 바와 같이 도로·하천 등을 중심으로 한 현행의 공물관리법제에 있어서도 지방자치단체 혹은 국가의 기관으로서의 지방자치단체의 장이 수행하는 역할에는 중요한 것이 있다. 그러나 전반적으로 말해서 이들 공물관리의 측면에 있어서 환경정책의 관점에서 지방자치단체가 충분히 자각적으로 그 자주성을 발휘하려 하였던 사례는 많지는 않았다. 오히려 각각의 공물에 관한 국가법에 의한 관리체제를 전제로 한 다음 일상적인 관리나 사업의 집행을 행하는 것이 지방자치단체의 역할이었다. 그 점에서는 또한 현행공물법에 이른바 기관위임사무가 지나치게 많은 것도 비판되지 않으면 안될 것이다. 그러나 오늘날에는 비록 그 공물이 국가의 관리에 속하는 것이라 하더라도 그 관리의 본태에 관하여 현지의 지방자치단체가 일체의 행정적 책임을 지지 않는다고는 생각하기 어렵게 되어 있으며, 또한 빈발하는 국가배상소송에서 자치체의 법적 책임을 묻는 사례도 증대하고 있는 것이다.²¹⁾

이상과 같은 상황에서 조례는 공물관리법원으로서 실질적으로는 중요한 지위를 점하고 있다. 지방자치체의 공유재산 혹은 공공시설에 관한 현행 지방자치법의 규정을 보면, 오늘날 공물의 설치·관리에 관한 기본적인 사항은 법령에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 조례로 정하는 것으로 되어 있으며, 실제로 공물관리조례는 적지 않은 것이다.²²⁾

이러한 공물관리조례에 종합적인 지역환경관리의 관점에서의 규제적 내용이 포함됨으로써 국가의 법령과의 사이에 저촉이 발생한 경우에는 어떻

21) 보통하천의 관리하자책임 등의 예.

22) 예를들면 보통하천관리조례, 향만관리조례, 공유수면관리조례, 도시공원조례 등등.

게 생각해야만 하는 것일까. 이 점은 바로 전술한 핵심적 자치사무의 사고가 적용되어야 하며, 국가의 법령은 원칙적으로 전국적 최저기준을 정하는 것에 다름아니며, 자치체가 주민의 복리를 증진할 목적에서 지방의 실정에 응한 상회적 규제를 하는 것은 원칙적으로 타당하다고 할 것이다. 그러나 이 점에 관해서는 각종의 지역환경요소(공물)의 성질에 응한 세세한 의론이 필요하고, 국가의 종합조정적인 관점에서의 개입까지도 배척되지는 않을 것이다. 또한 하천과 같이 자치체의 구역과는 다른 수계단위의 관리가 요청되는 것도 적지 않을 것이다. 그러나 어쨌든 기본적인 지역환경관리주체가 지방자치단체인 것은 확인해 둘 필요가 있을 것이다. 왜냐하면 환경문제라는 사항의 본질에서 보아 지역적인 종합행정이라는 것이 필요하며, 전국일률의 규제로는 적정하게 대처할 수 없는 것과 같은 성질의 사항에 관하여 지방의 실정에 응한 규제를 행하고 또한 국가의 종적 법제 및 행정의 폐해를 배제하여 종합적인 환경행정을 실현하는 것은 어쨌든 지방자치단체에 의해서만 행해질 수 있는 것이라고 할 수 있기 때문이다. 또한 게다가 이 점에 관해서는 시·도와 시·군·구의 각각의 역할의 확립과 상호의 조정의 확보가 행해지지 않으면 안된다. 기초적 자치단체로서의 시·군·구와 광역적 자치단체로서의 시·도의 기능의 순화를 도모하는 것에 의해 비로소 정말로 유효한 지방환경행정의 전개가 확보되게 되며, 또한 국가가 수행하여야만 하는 종합조정자로서의 기능도 명확하게 될 것이다.²³⁾

3. 지방자치가 환경문제에 미치는 영향

(1) 환경문제에 있어서 지방자치의 필요성과 제약성

환경문제는 그것이 지니고 있는 본질적 특성인 지역성과 광역성으로 인해 한편으로는 지방자치를 통한 효과적인 문제해결을 필요로 하고, 다른 한편으로는 중앙의 조정 내지 광역행정을 통한 문제해결을 필요로 한다.

우선 환경문제가 지니고 있는 지역적 성격과 관련하여, 이는 곧 환경오염의 원인을 분석하고 그에 대한 대책을 강구할 때 항상 당해 지역의 지리학

23) 人間環境問題研究所 編集, 公害・環境に係る條例の法學的研究, 環境法研究 第13號 (1980. 7.), 有斐閣, 154-156頁 참조.

적 특수성이 잘 고려되어야 하며, 환경오염문제에 있어 지방분권적인 접근을 요구한다는 것을 의미한다. 이러한 사실로 볼 때 최선의 환경관리란 지역주민의 환경보전에 대한 욕구가 잘 반영된 관리임을 알 수 있다. 지방자치시대에 있어서는 환경문제의 해결도 이른바 ‘환경자치’, 즉 그 지역의 주민에 의한, 주민을 위한 결정을 통해 이루어져야 하며, 그 주역은 주민인 것이다. 지방자치시대에 환경문제의 해결을 위해 전적으로 책임지고 고민할 수 있는 자는 중앙정부는 물론 지방정부도 아니며, 바로 그 지역의 주민인 것이다.

한편 환경문제가 지니고 있는 광역적 성격과 관련하여, 이는 대부분의 환경오염과 그 파급효과가 일정한 행정구역이나 국경을 초월하여 확산되는 경우가 많다는 것을 뜻한다. 환경과 관련된 긍정적 효과(편익)와 부정적 효과(비용)의 공간적 불일치현상은 환경문제에 대한 지역간 마찰의 원인이 되며, 때로는 지역이기주의를 야기시키기도 한다. 이와 같은 환경오염지역의 확산과 지역간 이해대립은 광역적 환경관리체계를 요구하기도 하며, 때로는 중앙차원의 강력한 조정이나 제한적인 개입 내지 통제를 필요로 하기 때문에 환경문제의 해결에 있어서 지방자치의 제약성이 나타나기도 하는 것이다.²⁴⁾

(2) 환경문제에 관련한 지방자치의 순기능

지방자치의 활성화가 환경문제에 미치는 영향에 관해서는 순기능과 역기능의 양면성을 고려할 수 있는데, 우선 그 순기능에 관해서 살펴보기로 한다.²⁵⁾

첫째, 중앙에 집중되어 있는 환경관련 권한과 기능이 지방정부로 이양됨으로써 지방환경행정의 자율권이 신장되고 책임행정이 강화되어 적극적인 환경행정수행이 가능하게 될 것이다. 또 이것은 환경정책의 지역적 실험을 가능케 함으로써 지역적 적실성을 갖춘 환경관리를 가능하게 할 것이다. 즉 각 지역의 특성에 맞는 환경계획을 자율적·창의적으로 수립하여 책임

24) 김병완, 지방자치 시대의 녹색정치와 환경정책, 박이문 외 19명 지음, 녹색한국의 구상, 숲과나무, 1998, 202-203면.

25) 김상현, 세계화·지방화 시대와 환경문제의 새로운 해법, 박이문 외 19명 지음, 상계서, 195-197면; 김병완, 상계논문, 203-205면 참조.

있게 집행하는 동시에 환경정책의 연속성을 유지할 수 있게 될 것이다.

둘째, 행정과 정책과정에 주민참여를 유도하여 민주적 환경행정을 이루어 낼 수 있고 주민들 스스로가 자가지역의 생활환경에 대해 높은 관심을 가짐으로써 자발적인 오염감시자의 역할을 하는 경향도 증대될 것이다. 이를 통해 환경정책의 정당성이 확보되고 환경보호의 실효성도 크게 증대될 수 있을 것이다.

셋째, 주민들은 ‘환경적으로 건전하고 지속가능한 개발’(ESSD) 정책을 공약으로 내세운 후보에게 지지를 보냄으로써 환경보전의 가능성이 더 커질 수 있다.

넷째, 환경정보공개²⁶⁾로 인한 연구개발촉진이라는 측면에서 볼 때에도 환경보전에 이바지할 것이다. 즉 우리 나라 환경정책의 큰 문제점으로 지적되는 중앙정부의 밀실행정주의로 인한 폐해를 다소나마 줄여줄 것으로 기대된다.

(3) 환경문제에 관련한 지방자치의 역기능

지방자치가 환경문제에 미치는 영향은 위에서 본 바와 같은 순기능만 있는 것은 아니며, 오히려 현실 속에서는 다음과 같은 역기능적 요소들이 더 강하게 나타날 가능성을 배제할 수 없다.

26) 정보공개제도는 국민의 알권리의 보장, 국민의 국정참여의 확보, 국민의 신뢰성회복, 그리고 참된 민주주의의 실현을 위하여 불가결한 것으로 이해되고 있다. 특히 정보에는 직접규제적 대응의 보완·대체적 기능이 있는 점에서 정보공개를 통한 환경보호는 오늘날 중요한 환경보호수단이 되고 있다.

한편 환경정보공개제도와 관련하여 독일에서는 EC환경정보지침(Umweltinformationsrichtlinie: UIR)의 국내법에의 전환으로서 이미 1994년 7월 8일에 환경정보법(Umweltinformationsgesetz: UIG)이 제정되어 동년 7월 16일부터 시행되고 있다. 우리 나라에 있어서는 환경정보의 공개에 관해서도 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의거하여 정보공개를 청구할 수 있음은 물론이다. 독일의 환경정보법에 대해서는 줄고, 情報公開制度和 環境保護 -獨逸 環境情報法(UIG)을 중심으로-, 공법학연구 창간호(1999. 3.), 영남공법학회, 337-373면; 줄저, 獨逸環境法論, 272면 이하; 慶 建, 獨逸 情報公開法制的 概觀, 행정법연구(1998. 상반기), 행정법이론실무연구회, 42-59면; 藤原靜雄, ドイツ環境情報法 -ドイツ行政法の傳統と變容(一)~(七·完), 自治研究 第72卷 第3號·第5號·第6號·第7號, 第73卷 第1號·第6號, 第74卷 第6號(1996. 3.~1998. 6.); 藤原靜雄, ドイツの情報公開制度和環境情報法, 堀部政男 編, 情報公開・プライバシーの比較法, 日本評論社, 1996 참조.

첫째, 지방자치의 실시에 따른 각종 선거과정에서 지역개발관련 공약들이 경쟁적으로 제시됨으로써 환경보호보다 개발우선주의가 만연되어 환경오염현상을 보다 격화시킬 우려가 있다. 특히 재정자립도가 낮고 경제개발이 더딘 지역의 경우 이러한 우려가 현실로 나타날 위험성이 높다.

둘째, 환경오염문제의 광역화에 따른 지역간 갈등을 심화시킬 수 있다. 지방자치의 과열은 지역이기주의를 확산시켜 지역간 갈등을 더욱 증폭시키는 부작용을 초래하는 동시에 환경문제의 악화를 불러올 수 있다. 이는 쓰레기매립장 문제나 하천의 수질보전 문제처럼 둘 이상의 자치단체가 관련된 환경문제의 경우에 있어서 익히 목격해 온 바이다.²⁷⁾

27) 환경분쟁과 관련하여 님비(NIMBY)현상, 환경오염분쟁, 주민집단지항, 지역이기주의 등의 용어들이 유사한 의미를 가지고 사용되고 있다. 그러나 환경분쟁은 이러한 용어들 즉 환경오염과 관련된 것뿐만 아니라 광범위하게 환경권이 침해됨으로써 발생하게 되는 제반 분쟁을 일컫는 것으로 이해되어야 할 것이다. 따라서 환경분쟁이란 「현재 및 미래에 걸쳐 일정지역에게 환경오염을 야기하거나 자연환경을 파괴하고 나아가 인간의 환경권을 침해하는 사태에 직면하여 일어나는 당사자간 또는 관련집단간의 다툼이 합의에 이르지 못한 상태」라고 정의될 수 있다.

환경분쟁과 관련하여 항상 따라 다니는 용어에 님비라는 말이 있다. 님비란 환경문제의 광역성, 상호관련성, 불명확성 때문에 불가피하게 정부가 여러 가지 환경기초시설의 입지에 적극적으로 개입하게 됨으로써 그러한 결정과정에서 당연히 고려되어야 할 지역성이 약화되면서 주민들이 소외됨에 따라 생기는 결과이다. 즉 님비란 ‘무조건 반대’ 현상인 것이고 이러한 의미에서 환경분쟁과 구분되어야 한다. 즉 환경분쟁은 ‘무조건 반대’는 아니기 때문에 님비현상과 구분되어야 한다는 것이다. 또한 이러한 님비와 유사한 용어들이 많이 나와 있는데 이러한 용어들과 모든 현상들을 환경분쟁이라고 부를 수 있다.

한편, 환경분쟁의 일반적인 원인으로서는 첫째, 공공시설 입지와 관련한 편익과 부담이 일치하지 않기 때문이다. 생활환경의 악화, 주민건강의 위협, 부동산 가치하락 등의 부의 외부효과는 특정 시설입지지역에 한정되는데에 반하여 그 효과는 불특정 다수에게 미치기 때문에 형평성 문제가 생긴다. 둘째, 환경오염에 대한 위험성의 인지도가 서로 다르기 때문이다. 전문가와 일반주민 사이에는 환경위험의 인식에 있어서 상당한 차이를 보이는데 전문가는 결과를 가능성과 같은 비중으로 다루는데 비하여 주민들은 결과를 보다 중시하는 경향이 있어 위험성을 보는 관점이 다르다. 셋째, 환경오염이 주민에게 미칠 결과의 예측이 불확실하기 때문이다. 기술적 안전성에 대한 불확실성과 환경오염이 가져올 건강과 안전에 미치는 영향을 예측하기 어렵다. 넷째, 혐오·위해시설의 입지로 부동산 가치가 하락하거나 개발의 기회가 상실되어 경제적 손실이 따르기 때문이다. 다섯째, 한번 혐오시설이 입지하게 되면 다른 유사 혐오시설이 집단적으로 밀집하게 되는 시설침투현상이 발생할 가능성이 있기 때문이다. 여섯째, 상명하달식 의사결정, 밀실행정, 관료우월주의, 행정편의주의, 정보의 미공개, 의견개선기회의 차단 등으로 주민참여가 미흡하기 때문이다. 대부분의 환경분쟁

셋째, 선거 때마다 새로운 개발사업이나 전시성사업이 공약으로 제시됨으로써 환경행정체계와 환경부문에 대한 투자에 있어서 계속성의 확보가 곤란해질 수 있다. 또한 선거과정에서의 무분별한 공약남발과 재선을 의식한 실적주의적 행태는, 정책효과가 계량화되기 어렵고 비가시적인 환경보전에 대한 관심보다는 효과를 보다 계량화하기 쉽고 가시적인 개발에 의한 양적 성장을 선호하는 경향을 띠기 쉽다.

넷째, 지방자치의 활성화는 환경상 불평등문제를 심화시킬 가능성을 지니고 있다. 주민의 생활수준과 소득수준이 높은 지역에서는 환경보전에 대한 관심과 투자가 높겠지만 그렇지 못한 지역에서는 환경오염현상이 더욱 심화되어 환경정책상 형평성의 문제가 심각하게 대두될 가능성이 있는 것이다.

(4) 소 결

위에서 검토한 것으로부터 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다. 즉 지방자치가 환경문제의 해결에 반드시 긍정적인 요인으로만 작용하지는 않는다는 것, 환경정책과 관련된 자치단체의 문제해결능력이 크게 요구된다는 것, 지방자치시대에 있어서도 여전히 환경문제와 관련된 주요 정책들은 중앙정부의 강력하고도 적극적인 의지가 뒷받침되어야 한다는 것 등이다.

따라서 지방자치시대를 맞이하여 환경문제의 해결을 위한 토대를 마련하기 위해서는 지역주민들이 주체가 되어 정치적 자치단위를 구축하고 지방의 생태적·문화적 독자성을 되살려내는 것이 중요하다. 또한 지역주민 각자의 투철한 환경의식과 친환경적 생활양식의 정착이 필요하며, 지방정부

은 계획과정에서 지역주민의 참여와 의견수렴이 초기에 이루어지지 않아 발생한다. 일곱째, 해당 지역주민들이 정부를 신뢰하지 않기 때문이다. 이 경우 의사결정과정에서 있어 시민참여가 결여된 측면도 있지만 환경분쟁과 관련된 기술적 측면에 대한 지식이 없기 때문에 불신감이 증폭되는 것이다.

그러나 위와 같은 일반적인 원인은 각종의 환경분쟁의 근본적 원인이라고 보기 어렵다. 그러한 원인진단에 기초한 어떠한 처방도 환경분쟁을 근본적으로 해결할 수는 없기 때문이다. 당사자를 포함한 이해관계자 모두가 지역공동체의 존재를 인정하면서 문제해결을 위한 파트너십을 형성해 나갈 때만이 진정한 의미에 있어서의 환경분쟁 해결이 이루어질 수 있을 것이다.

의 행정적·재정적 능력과 전문성, 그리고 각 지역에 적합한 제도의 형성 및 집행능력도 아울러 갖추어야 한다. 요컨대, ‘민주주의 선진국=지방자치 선진국=환경선진국’이라는 등식은 아무런 희생의 대가 없이 저절로 성립하는 것은 아니며, 환경을 우선적으로 생각하는 각 행위주체들이 지역사회의 주역으로 성장하고 이들의 힘이 조직적으로 결집될 때 친환경적 지방자치는 실현될 수 있을 것이다.²⁸⁾

제 3 절 지방자치의 헌법적 보장

1. 서 설

(1) 현대헌법과 지방자치

현대헌법에서는 지방자치의 보장이 필연적인 요청으로 되었다고 할 수 있다. 물론 오늘날에 있어서도 인민주권사상에 기초하여 지방자치보장을 구하는 입장과 중앙국가의 민주화의 과제를 중시하여 그 진전에 따라 지방자치의 의의는 감퇴한다고 이해하는 견해와의 사이에 원리적인 긴장관계가 존재하는 점에는 변화가 없다. 이리하여 지방자치를 원리로서 보편화하는 것은 아직도 타당하지 않은 것이지만, 그럼에도 불구하고 현대의 國家像에 관하여 근대의 『균질한 국민국가를 상정하여 묘사되는 집권적·다수파데모크라시의 상에 대하여 다원적인 부차적 문화(기능)의 공존을 상정하여 묘사되는 다원적·협조적 데모크라시상이 부상하고 있다』²⁹⁾는 공통의 상황이 지적되는 것이다. 이러한 국가상의 전환을 초래하였던 것, 나아가서는 현대에 있어서 지방자치가 필연적으로 요청되게 되었던 요인을 근대입헌주의의 현대적 변용이라는 관점에서 살펴보기로 한다.

무엇보다도 우선 현대국가의 적극국가화가 지방자치의 위치부여에 관해서도 큰 영향을 주고 있다. 즉 사회국가·복지국가로서 광범위하고 다양한 과제를 담당하게 된 현대의 공권력에는 당연 인권보장 및 민주주의의 원칙에 기초하여 그것을 수행할 것이 요청되지만, 특히 중앙권력은 때때로 역

28) 김상현, 전계논문, 197-198면 참조.

29) 樋口陽一, 憲法, 創文社, 1992, 369頁.

으로 일원적·집권적 통치에의 경향을 강하게 하는 것으로 된다. 그 때문에, 그 지방에 있는 공권력으로서의 지방자치단체에는 지역주민의 수요를 지역의 특성·실정에 부응한 형태로 충족시키는, 섬세하고 빈틈없는 행정이 특히 요청되게 된다. 환언하면 현대의 지방자치의 중요한 장점은 자치체와 주민의 친근성을 확보하여 주민의 자조와 연대에 기초하면서 주민에 밀착한 주민본위의 정치를 전개하는 데 있으며, 그것은 주민의 입장에서 보아 보다 친근한 지방단체에 가급적으로 넓은 정책선택의 폭을 인정함으로써 가능하게 된다. 이른바 「현지주의」, 또한 그 의미에서의 「지역주의」의 요청이다. 지방자치체는 이것을 받아 중앙정부의 정치에 대한 저항과 동시에 보다 선도적인 창조와의 쌍방의 시책을 고안해 내어 실현시키는 역할을 담당한다. 또한 그러한 시책의 입안·수행은 당해 지역주민의 자발적 참가와 자율적 참여하에 행해질 것이 당연히 요구된다. 현대에 있어서의 지방자치사상은 이와 같은 내용을 가지는 것으로서 성장하는 것이다. 한편, 제임스 브라이스(James Bryce)의 「민주주의의 학교」론은 지방행정에의 주민의 참가는 주민으로서의 자각과 공공정신을 함양하는 것이라고 하여 지방자치가 가지는 정치교육상의 효과를 설명한 것이지만, 현대의 있어서의 지방자치는 그것에 그치는 것이 아니라 주민이 현실적으로 자기통치를 실행하기 위한 의식과 능력을 키우는 장으로서의 의의를 가지는 것이라고 할 수 있다.

또한 현대국가의 병리현상으로서 의회제의 기능부전상황이 지적되지만, 이것도 지방자치보장을 필연의 것으로 하고 있다. 즉 중앙의 통치기관들간의 수평적인 권력분립을 새삼스럽게 강조하는 것과 더불어, 중앙권력과 지방자치체간의 수직적인 권력분립을 진척함으로써 의회제의 재생을 도모하는 것이 요구되고 있는 것이다. 게다가 현대국가가 그 전개의 도상에서 맛보았던 전체주의의 쓴 공통경험도 권력의 억제·균형시스템으로서의 지방자치의 불가결함을 가르쳐 주었다.

그리고 현대에 있어서의 정치·경제를 포함하는 인간활동의 제분야에서의 국제화의 진전은 국가들간의 연대·통합을 촉진하고 있으며, 그것을 통하여 국민국가의 자명성, 요컨대 주권의 단일·불가분성의 이론이 동요를 하였으며 또한 변용이 부득이하다는 상황이 있다. 최근에는 게다가 지방자

치의 국제적 보장을 위한 기구의 창설이나 그 활동, 또한 세계의 자치체간 내지 자치체와 정부간의 외교활동이 실제로 활발하게 전개되고 있다. 이와 같은 요소도 현대의 지방자치사상을 발전시키는 중요한 포인트라고 할 수 있다.

지방자치가 현대에 있어서 가지게 된 이상과 같은 의의에 즉응하여 오늘날의 각국 헌법에서는 우리 나라 헌법을 포함하여 헌법전 자체에 지방자치에 관한 조항을 두어 주민자치 및 단체자치의 원칙을 넣는 것이 일반적으로 되고 있다. 게다가 국민주권 및 국민대표의 개념이 인민주권의 사고방식에 기초하여 이해되는 경향이 강해지고 있는 가운데서, 헌법의 지방자치 규정도 인민주권형의 지방자치론을 받아들인 것 혹은 그 취지로 해석하는 것이 가능한 것이 많아지고 있다. 현대문명의 전개는 금후에도 인간생활의 온갖 분야에서의 관리사회화, 또한 정치의 획일화, 광역화의 폐해를 증대시킬 위험성을 내포하고 있다. 다양하고 개성적인 인간의 생존을 확보하기 위해서도 지방자치·분권의 불가결성은 자명한 것이라고 할 수 있을 것이다.³⁰⁾

(2) 우리 헌법의 규정

우리 현행헌법은 제8장 『지방자치』의 장을 두어 지방자치를 헌법적 차원에서 명문으로 규정하고 있다. 즉 헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 지방자치단체의 종류는 법률로 정하도록 하고 있다. 아울러 헌법 제118조에서는 “지방자치단체에 의회를 둔다”고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 지방의회의·조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있다.³¹⁾

30) 小林 武, 地方自治の憲法學, 晃洋書房, 2001, 31-33頁.

31) 한국 지방자치의 헌법사적 고찰에 대해서는, 文光三, 憲政史的 側面에서 본 韓國의 地方自治, 自治研究 創刊號(1991), 47-61면; 金榮三, 우리 나라 地方自治의 憲政史的 考察, 月刊考試(1994. 5.), 93면 이하 참조.

이와 같이 헌법이 지방자치를 보장한 의의는 다음과 같은 이유에서 매우 크다고 할 수 있다. 그 의의의 첫째는, 지방자치단체의 자치권은 국가의 의사에 의해서 함부로 제약되어서는 안되는 것이 보장된 것이다. 중앙행정청(행정부)의 의향에서 지방자치가 왜곡되어서는 안되는 것은 물론, 자치제도의 증핵은 입법권에 의해서도 박탈될 수 없다는 보장이 행해진 것은 중요하다. 둘째는, 우리 헌법은 지방자치를 방어적으로 보장하는 데 그치지 않고, 마땅히 있어야만 하는 지방자치의 지표(표)를 제시하고 지방자치의 본래의 취지에 따른 제도의 형성·운용을 적극적으로 유도하려고 하고 있는 점은 간과할 수 없다. 지방자치에 대한 헌법상의 여러 가지 기본원칙은 자치권을 부당한 침해로부터 방위하는 「법규개념」임과 동시에 지방제도와 그 운용을 유도하는 「지표개념」이라고 해석하여야 한다.³²⁾

우리 헌법 제8장은 국민주권 및 인권보장이라는 두 개의 기본원리를 지역에서 구현하는 것으로서 규정되어 있다. 즉 헌법은 국민이 공권력의 원천이자 공권력의 현실의 행사자인과 동시에, 공권력의 발동형태로서의 정치가 그것에 봉사하여야만 하는 복리의 향수자이라는 인권보장과 일체의 것으로서의 국민주권의 원리를 선언하였다(제2조 제2항). 이와 같이 이해된 국민은 각각의 구체적인 생활의 장인 지역에 있어서는 곧 주민으로서의 지위에 있고 그 지역의 공권력의 소지자·행사자이며 복리향수자이다. 환언하면 국민주권원리는 지역에 있어서는 주권의 지역적 주체로서의 주민의 자기통치의 원리로서 작용하는 것이다. 이리하여 국민=주민이 자기의 생활의 장인 지역의 지배의사를 자율적으로 결정하는 본태, 즉 주민자치가 도출되고, 또한 그러한 이상 각각의 지역은 국가(중앙정부)로부터 독립한 존재로서 그 정치를 자주적으로 수행한다는 단체자치의 원칙도 필연적으로 요청된다.

이러한 국민주권원리에서 나온 취지와 함께 항상 확인되어야만 하는 것은 근대국가에 있어서 모든 정치제도·통치권력은 국민의 기본적 인권확보를 위해 두어져 있으며, 따라서 지방자치제도·지방권력의 설정목적도 주민의

32) 千柄泰, 地方自治法 [第2版], 三英社, 1998, 67면; 南博 方·原田尚彦·田村悦一, 新版 行政法(3) [地方自治法], 有斐閣双書, 1992, 16頁; 原田尚彦, 地方自治の法としくみ, 學陽書房, 2001, 19-20頁.

인권확보에 있다는 입헌주의의 근본적 입각점이다. 요컨대, 지방자치에 관해서 말하면 그것에 헌법적 보장이 주어진 것은 지방자치를 구체화하는 입법 및 그 운영은 반드시 헌법이 정하는 제원칙, 특히 인권보장의 요청에 따라 행해지지 않으면 안되는 것을 의미하고 있는 것이다.³³⁾

뿐만 아니라 헌법재판소도 지방자치의 헌법적 보장은 국민의 기본권보장과 깊은 관련이 있다는 점을 명확히 하고 있다.³⁴⁾ 즉, 『지방자치제도는 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제·법치주의·기본권 보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여 속에서 구현시킬 수 있어 바로 자율과 책임을 중시하는 자유민주주의 이념에 부합되는 것이므로 국민(주민)의 참여의식만 제고된다면 권력분립원리의 지방 차원에서의 실현을 가져다 줄 수 있을 뿐만 아니라 지방의 개성 및 특징과 다양성을 국가 전체의 발전으로 승화시킬 수 있고 나아가 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권의 신장에도 크게 기여할 수 있는 제도라고 할 것이다. 지방자치제도는 ...국민주권주의와 자유민주주의의 이념구현에 크게 이바지할 수 있는 것이다.』³⁵⁾

2. 지방자치권의 본질

우리 헌법은 지방자치단체의 자치권의 실정법제상의 근거를 헌법 자체에 두고 있다. 그렇지만 자치권의 본질 내지 지방자치보장의 성질을 어떻게 이해하는가에 관련하여 학설은 종래부터 고유권설, 전래설, 제도적 보장설 간에 다투어져 왔다. 전래설과 제도적 보장설은 지방자치체의 자치권을 국가로부터 전래하는 것으로 보는 점에서 공통적이며 광의의 전래설로 분류

33) 小林 武, 地方自治の憲法學, 晃洋書房, 2001, 48-49頁. 한편, 헌법상 지방자치보장의 의의 및 내용에 관해서는, 徐元宇, 地方自治의 憲法的 保障, 考試研究(1993. 6.), 14면 이하; 柳至泰, 地方自治의 制度的 保障論 小考, 法學論集 제29집(고려대 법과대학, 1993), 434면 이하; 李琦雨, 地方自治에 대한 憲法上の 保障, 地方自治理論(學現社, 1996), 120면 이하 등 참조.

34) 오늘날 독일에서도 지방자치제도의 보장은 기본권과 유사한 구조를 갖는다는 점이 인식되고 있다. Willi Blümel, *Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart*, S. 260-269.

35) 憲裁 1991.3.11. 91헌마21.

된다. 그러나 최근에는 인권보장과 인민주권의 원리에 근거를 구하는 새로운 견해(신고유권설)가 주장되고 있어 주목되고 있다.

(1) 고유권설

고유권설(확인설)이란 지방자치단체의 자치권은 개인의 기본적 인권과 마찬가지로 지방자치단체가 가지는 고유하고 불가침의 권리라고 보는 견해이다.³⁶⁾ 즉 이 설은 프랑스혁명기의 『지방권』(pouvoir municipal)³⁷⁾의 사상이나 자연적 창조물이라고 이해된 법인을 자연인과 대등하게 위치시키고 그것이 고유의 인격성 내지 권리를 가지고 있다고 보는 게르만적인 조합법이론에 유래하는 것으로,³⁸⁾ 사람이 천부·불가침의 기본적 인권을 향유하는 것과 마찬가지로 지방단체도 고유의 전국가적인 권리인 지방자치권을 가지며 따라서 국가의 입법이라 하더라도 함부로 이것을 제한할 수는 없다고 한다.³⁹⁾

이와 같은 고유권설은 지방자치의 유형에 있어서 영미가 취하고 있는 주민자치의 사상과 결부되어 있으며, 특히 대륙계국가에서는 관료적 중앙집권제에 대한 저항 내지 항쟁을 위한 이론적 기초를 제공하여 지방자치의 불완전성을 일소하는데 이바지해 왔다. 그러나 이 설은 고유권으로서 설명되고 있는 자치권의 구체적 내용과 기준이 명확하지 않고, 헌법의 지방자치규정이 자연법을 실정법으로 도입하였다고 하나 그 기초가 되는 설득력 있는 논증이 부족하다는 등의 비판을 받고 있다.⁴⁰⁾

36) 原田尙彦, 地方自治の法としくみ, 學陽書房, 2001, 20頁; R. Gierke, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, S. 36 ff.

37) 프랑스에서의 자연법적 지방권이론은 프랑스 안에서보다도 오히려 벨기에나 독일에 일종의 자연법으로 계수되어 1980년 벨기에헌법, 1849년 프랑크푸르트헌법에서 명문으로 규정된 바 있다. 그러나 독일에서는 19세기에 법실증주의의 대두에 의하면 그 타당성이 부정되게 되었다.

38) 역사적 연유관의 대표자는 Aretin/Rotteck, Otto Gierke, A. de Tocqueville, Hugo Preuß 등이다. 특히 Aretin/Rotteck는 국가이전의 인간의 소집합체의 존재를 전제로 하여 지방단체는 결코 국가가 창조한 것도 아니고 또한 결코 국가에 의해서 창조될 수 있는 것도 아니며, 오히려 국가야말로 지방단체가 할 수 없는 안녕복리의 실현을 위하여 조성된 것으로서 국가는 단순히 지방단체의 보충 또는 보완수단에 불과하다고 주장하였다(沖田哲也, 地方自治要論, 評論社, 1968, 29-30頁).

39) 小林 武, 地方自治の憲法學, 晃洋書房, 2001, 5頁; 原田尙彦, 전계서, 20-21頁.

40) 丘秉洵, 註釋 地方自治法, 博英社, 1991, 19면; 韓貴鉉, 條例制定權의 限界에 관한

한편, 최근에는 지방자치권을 국가이전부터의 고유권이라고 생각함으로써 자치의 강화에 결부된다는 고유권설의 장점은 유지하면서도 지방자치권은 자연법적인 권리로서 기본적 인권에 준한 고유권이라고 하여야만 한다는 입장에서의 이른바 신고유권설이 주창되고 있다.⁴¹⁾ 예컨대, 『지방자치권도 다른 제권력과 함께 인권목적의 것이며 인권의 최대한의 존중이 의무지워져 있다. 『지방자치의 본지』는 당연히 이 의미를 포함하고 있다.』 그래서 『주민의 인권보장상 불가결한 경우에는 원칙적으로 어떠한 사항에 관해서도 자주적으로 법률의 근거의 유무에 관계없이 또한 법률규정의 여하에 관계없이 지방자치단체는 활동할 수 있다.』⁴²⁾고 하는 표현 등이 바로 그것이다. 그러나 신고유권설에 대해서는 제도적 보장설로부터 그 헌법원리론에서는 여전히 『헌법상의 지방자치보장의 본질적 내용』이 명확하지 않다고 반론되고 있다.⁴³⁾

(2) 전래설

전래설(승인설)은 19세기후반 이후 독일 공법학자들에 의해 주장된 이론으로서,⁴⁴⁾ 자치권은 지방단체에 고유한 것이 아니라 국가의 위임 내지

研究 -公害・環境行政領域을 중심으로-, 석사학위논문(동아대학교 대학원, 1993. 2.), 18면.

41) 이에 대해서는, 徐元宇, 地方自治의 憲法的 保障, 考試研究(1993. 6.), 21면 이하; 兼子 仁, 行政法と特殊法の理論, 有斐閣, 1989, 145頁 이하 참조. 한편, 지방자치의 헌법적 보장을 인권보장의 관점에서 이해하는 것으로는, 朴源永, 條例의 法理에 관한 研究, 東亞法學 創刊號(1985), 261-350면; 許 營, 韓國憲法論, 博英社, 1998, 771면 참조.

한편, 신고유권설은 일본 공법학계의 지배적 견해였던 제도적 보장설에 대한 비판으로서 등장하였다. 즉 일본에 있어서 1960년대부터 1970년대에 걸친 공해의 만연과 그것에 대한 생명·생활방위의 활동, 또한 중앙에 있어서 의회제민주주의의 병리현상과 그것을 해결하기 위한 노력 등은 지방자치보장의 본질을 둘러싼 이론에도 수정을 강요하게 되었던 것이다. 이러한 상황속에서 신고유권설은 국가법보다 엄격한 환경규제를 내용으로 하는 소위 초과조례와 자치단체의 재정위기를 개선하기 위한 자주과세의 허용여부 등을 둘러싸고 대두되었다(徐元宇, 地方自治의 憲法的 保障, 考試研究(1993. 6.), 21면; 劉尙炫, 行政法 II, 螢雪出版社, 2002, 127-128면).

42) 杉原泰雄, 地方自治權の本質3, 法律時報 48卷 3號(1976), 134頁.

43) 成田頼明, 『地方の時代』における地方自治の法理と改革, 公法研究 第43號(1991), 153頁.

44) 전래설의 대표자는 독일의 보나크(C. Bornhak)와 엘리네크(G. Jellinek)이다. 우선 보나크는 지방단체는 오로지 국가가 지방단체를 원하는 경우, 또한 원하는 동안만 존재하게 되며, 이러한 의미에서 지방단체는 국가의 시설 이외의 아무것도 될 수

은혜(승인)에 의해 주어진 것이라고 한다. 즉 이 설은 근대국가에 있어서는 주권은 국가에 통합되고 모든 권력은 국가에서 연원한다는 견해이다. 지방자치권도 그 예외는 아니어서 국가의 통치권에 유래하고 국가주권의 일부가 지방단체에 이양되었다고 볼 수밖에 없다고 한다.⁴⁵⁾

사실 근대국가의 법률구조 하에서는 지방자치단체의 자치권은 국가로부터 부여되고 국가가 승인한 한도내에서만 이를 향유하는 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 국가를 떠난 지방자치단체의 관념은 성립할 수 없고, 또한 국가의 통치권으로부터 완전히 독립·고유한 자치권의 관념을 인정할 여지는 없다. 그러나 이와 같은 전래설은 지방자치단체의 자치권을 경시하고 때로는 이것을 부정하는 경향이 있다.⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 지방자치의 본태는 모두 국가의 입법정책에 맡겨져 있다고 해석한다면, 헌법이 특히 독립된 장을 두어 지방자치를 보장한 것의 의의를 몰각하게 되므로, 오늘날에는 이러한 순수형의 전래설의 주장자는 존재하지 아니한다.

(3) 제도적 보장설

이 설은 칼 슈미트(Carl Schmitt)의 제도적 보장이론에 입각하고 있는 것으로,⁴⁷⁾ 지방자치의 보장은 지방단체의 전국구적인 고유권을 보장하는 것이 아니라 지방자치라는 역사적·전통적으로 형성되어 온 공법상의

없다고 하였고, 엘리네크는 지방단체의 자치권은 고유한 것이 아니라 국가로부터 부여된 통치권을 가질 뿐이라고 하면서 지방자치단체의 영역은 동시에 국가의 영역이고, 그 주민은 동시에 국가의 국민이며, 그 권력은 국가에서 위임된 권력이라고 하였다(星野光男, 地方自治論, ぎょうせい, 1982, 36頁).

45) 原田尙彦, 전계서, 21頁; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 292; BVerfGE, DVBl. 1995, S. 286, 287 ff.

46) 요컨대, 전래설에 의하면 지방자치단체의 자치권은 국가의 주권에 유래한다고 보기 때문에 국가는 법률로 자치권의 범위를 어떻게라도 규정할 수 있다고 해석하기 쉽다. 사실, 전래설은 종래 국가의 입법을 만능시하고 지방제도에 관한 국가의 광범위한 입법재량을 반자치권적인 사상의 근거로 되었다(原田尙彦, 전계서, 21頁).

47) 칼 슈미트가 1928년의 헌법론(Verfassungslehre)에서 논한 바에 의하면, 『지방자치단체의 자치의 제도 그 자체는 없앨 수 없으며, 실질적 내용이 지방자치단체의 자치를 파괴하거나 혹은 그 본질을 상실케 하는 것과 같은 법률은 모두 헌법위반이다.』 그러나 『제도적 보장은 그 본질상 한정된 것이다. 그것은 국가내에서만 존재하고 원칙적으로 무제한한 자유영역이라는 관념에 기초하고 있는 것이 아니라 법적으로 승인된 제도에 관한 것이며, 그 제도는 그것 자신 항상 어떻게든 규정되고 획정된 것이다.』(Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170).

제도를 보장하는 것이라고 하는 입장이다. 즉 제도적 보장설은 광의의 전래설에 속하는 것이지만 전술한 전래설과는 달리 지방자치의 핵심, 요컨대 본질적 내용(Wesensgehalt) 내지 핵심영역(Kernbereich)⁴⁸⁾은 헌법적 보장을 받고 국가의 법률로써도 침해할 수 없다고 설명하고 있는 바,⁴⁹⁾ 독일⁵⁰⁾ 및 우리 나라에 있어서 통설적 견해라고 할 수 있다.⁵¹⁾ 제도적 보장설에 의하면 국가의 입법권도 헌법상의 구속을 받고 지방의 자치권을 전면적으로 부정하는 것과 같은 법률의 제정은 헌법에 반하여 허용되지 않는다고 해석되지만, 게다가 지방자치단체의 존립 자체는 일단 인정하고 있더라도 자치행정의 핵심영역을 제약하여 무릇 헌법이 지방자치제도를 인정하는 취지를 공허하게 하는 것과 같은 입법을 하면 그러한 입법도 또한 위헌으로 된다고 본다.

이 설은 이와 같은 구성을 채용함으로써 지방자치의 최저한을 보장하는 적극적 역할을 수행하기는 하지만, 그 반면 본질적 내용의 범위가 좁게 이해되는 경우에는 본질적이 아니라고 된 부분에 관한 국법에 의한 규율이 허용되어 지방자치의 헌법적 보장이 감축되어 버린다는 소극적 측면을 가

48) 용례상 핵심영역은 기본적인 내용(Fundamentalgehalt), 본질적 내용 또는 최소내용(Mindestgehalt)이라고도 한다(B. Widera, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, S. 50).

49) 제도적 보장에 관한 우리 헌법재판소의 다음 설명도 같은 취지로 이해된다. 즉, 「제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다」(헌재결 1997.4.24. 95헌바48).

50) 독일에서 지방자치단체의 자치행정권의 성질과 관련하여 그것이 제도적 보장(Institutionelle Garantie)으로서 이해되기 시작한 것은 전술한 칼 슈미트의 바 이마르크법이론에서 비롯되었으며, 그 후 독일에서 지방자치행정의 보장은 바로 제도적 보장으로 이해되고 있다. 더욱이 지방자치제도의 보장은 제도적 보장의 원형에 해당한다고 본다(Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, S. 176). 또한 독일연방헌법재판소도 게마인데의 자치행정권을 제도적 보장으로 보고 있다(BVerfGE 1, 167 (173); 79, 127 (143); 86, 90 (107)).

51) 金哲洙, 憲法學概論, 1989, 228면; 權寧星, 憲法學原論, 1992, 212면; 洪井善, 地方自治法學, 法英社, 2001, 31면 이하 참조.

지고 있다.⁵²⁾ 뿐만 아니라 이 설에서는 보장되고 있는 지방자치의 내용이 확정되지 아니하고 있다는 점에서 그 한계가 있다.⁵³⁾

(4) 소 결

요컨대, 우리 헌법상 지방자치제도가 현실적으로 헌법상의 제도로서 존재하고 있는 이상, 헌법 이전의 근거를 논하는 것만으로는 충분하지 못하다. 입헌주의하에서는 지방자치단체의 존립이나 그 자치권도 헌법에 의하여 규정된 것이며, 그러한 뜻에서 지방자치의 근거도 헌법에서 찾을 수밖에 없을 것이다.⁵⁴⁾

따라서 지방자치단체의 자치권을 헌법 이전의 자연적 권리로서의 고유권이라고 하는 고유권설 내지 신고유권설은 법치국가의 법원리로서는 수용되기 우려우며, 또한 지방자치제도의 존재 자체를 국가의 입법정책에 맡기고 있는 전래설 역시 지방자치의 헌법적 보장의 취지와는 거리가 있는 것으로 보인다. 따라서 지방자치의 본질과 관련하여서는 그 이론적 근거를 제도적 보장설에서 찾을 수밖에 없을 것이다.

다만, 제도적 보장설에 의하더라도 국가의 입법에 의해서도 침해할 수 없는 본질적 내용 내지 핵심영역이 무엇인가 하는 것은 명확하지 못한 것이 사실이다. 따라서 지방자치의 제도형성이나 그 운용에 있어서는 헌법의 정신을 존중하고 이것을 충분히 살려갈 필요가 있다.⁵⁵⁾ 이 경우에 있어서는 지방자치권도 다른 국가권력과 마찬가지로 국민의 기본권보장을 위하여 인정되고 있는 것이며 기본권의 최대한의 존중을 그 임무로 하는 것이라는 점에서 파악되어야 할 것이다.⁵⁶⁾

52) 小林 武, 전계서, 6頁.

53) 金東熙, 行政法 II [第8版], 博英社, 2002, 68면.

한편, 제도적 보장설은 일본에서도 다수의 학자들에 의해 지지받고 있다. 그것에 의하면 일본국헌법 제92조의 「지방자치의 본질」이 지방자치제도의 핵심을 의미하는 것으로 되지만, 그 내용으로서 대표적 논자인 成田頼明 교수는 지방공공단체의 존재 그 자체, 도도부현·시정촌이라는 2단계의 중층적 구조, 의결기관으로서의 의회의 설치, 장·의원 등의 직접공선제, 조직권, 인사고권, 재산고권, 자치행정권, 재산관리권, 조례제정권, 공기업경영권 등 상당히 광범위한 것을 들고 있다(小林 武, 전계서, 6頁).

54) 千柄泰, 地方自治法 [第2版], 三英社, 1998, 69-70면.

55) 原田尚彦, 전계서, 22頁.

3. 지방자치의 헌법적 보장의 내용

(1) 서

지방자치의 헌법적 보장을 제도적 보장설에 따라 제도적 보장으로 보는 경우에도 지방자치제의 제도적 보장의 내용이 무엇인가 하는 것이 문제된다. 일설은 제도적 보장이 제도적 권리주체보장(institutionelle Rechtssubjektsgarantie), 지방자치단체의 자기책임하에 지방자치단체의 사무의 수행이 보장되고 또한 전권한성의 원칙이 적용된다는 객관적 법제도보장(objektive Rechtsinstitutsgarantie), 그리고 보장된 권리의 침해시에 방어권과 권리보호가 주어진다든 주관적 법지위보장(subjektive Rechtsstellungsgarantie)을 그 내용으로 한다고 논리를 구성하기도 한다.⁵⁷⁾ 그러나 지방자치는 무엇보다도 전권한성의 원칙과 자기책임성의 원칙을 필수불가결한 요건으로 하는 바, 따라서 지방자치제의 제도적 보장은 ①포괄적인 사무의 보장, ②자기책임성의 보장, ③자치권의 보장을 그 내용으로 하는 것으로 이해된다.⁵⁸⁾

(2) 포괄적인 사무의 보장

헌법 제117조 제1항은 『지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며…』라고 하여 이른바 지방자치단체의 관할사무의 전권한성(Aufgabenallzuständigkeit)의 원칙을 채택하고 있다.⁵⁹⁾ 헌법에서

56) 유상현, 조례제정권의 법적 한계에 관한 연구, 자치입법실무강의, 제3집, 법제처, 1998, 13면.

57) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München, 1984, §12II4b; 金弘大, 地方自治立法論, 博英社, 1999, 14-20면 참조.

58) 洪井善, 地方自治法學, 法英社, 2001, 34면.

59) 대판 73다1212, 1973.10.23(법령에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체는 널리 지방주민의 공공이익을 위한 사무를 고유사무로서 행할 수 있다); Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 53; Reichert/Röber, Kommunalrecht, S. 30.

한편, 관할사무의 전권한성에 대립하는 개념은 특별한 권한규정이 있을 때에만 행정주체가 사무를 수행할 수 있다는 의미의 특수성(Spezialität)이다. 영국의 지방자치단

규정되어 있는 지방자치단체의 사무는 포괄적인 바, 따라서 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 모든 사무에 관하여 포괄적으로 관할한다.⁶⁰⁾

그러나 지방자치단체의 임무가 포괄적이라 하더라도 지방자치단체의 사무의 전권한성의 원칙은 주민의 복리사무에 국한되며, 또한 당해 사무의 지역적 관련성을 요한다. 지역성과 관련하여 독일연방헌법재판소는 『지역공동체에 뿌리를 둔 사무 또는 지역공동체에 특별한 관련을 갖는 사무』⁶¹⁾를 지역공동체의 사무로 정하였다가 Rastede 판결⁶²⁾에서 주민적인 요소, 즉 『지방자치단체(게마인데)에서 인간의 공동생활과 관련되면서 주민에게 공통적인 필요 또는 이해』에 관련된 사무라는 부분을 추가하였다.

한편, 지방자치단체의 사무의 구체적인 내용은 입법자에 의하여 형성되면서 제한되기도 한다. 그러나 헌법상 지방자치단체 사무의 전권한성 내지 보편성의 원칙으로 인해 입법자가 지방자치단체의 사무를 법률로써 제한적으로 열거하는 것은 헌법위반이 된다.⁶³⁾ 따라서 지방자치법 제9조 제2항도 지방자치단체의 자치사무를 예시적인 것으로 규정하고 있다.⁶⁴⁾

제에는 특수성의 원칙이 적용된다(Dols/Plate, Kommunalrecht, Rn. 20). 즉 영국에는 『법률에 의해 권한이 주어지지 않은 한 지방자치단체는 아무것도 행할 수 없다』라는 원칙(권한유월(*ultra vires*)의 원칙)이 있어 지방자치단체의 권한은 법률에 의해 개별적으로 규정되어 있다. 대륙법계의 지방자치단체는 지방행정에 관하여 법률상 포괄적인 권한이 주어지고, 그 범위에서는 법률에 저촉하지 않는 한 무엇이든지 행할 수 있는 것으로 되어 있는 것에 비하여, 일견 그 권한이 법률상 좁게 제한되어 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 영국에서는 자치체에의 개별법에 의한 수권의 범위는 광범위한 결과 일단 수권된 사항에 관해서는 대륙법계국가에서 행해지고 있는 것과 같은 중앙정부의 후견적 감독을 거의 받음이 없이 자치체가 자주적으로 처리할 수 있는 것이다. 그 점에서는 자치체의 자립성은 실질상 오히려 강하였다고 해도 좋을 것이다(南博方·原田尚彦·田村悦一 編, 行政法 (3) [地方自治法], 有斐閣双書, 1992, 4頁).

60) 관할사무의 포괄성으로부터 권한의 추정(Zuständigkeitsvermutung)이 나온다. 즉 법률로 다른 기관에 주어진 것이 아닌 한 지방자치단체는 그 지역내의 모든 사무에 권한을 갖는 것으로 추정된다고 본다(Reichert/Röber, Kommunalrecht, S. 30).

61) BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120); 79, 127 (151).

62) BVerfGE 79, 127 (151). 동 재판소는 시간적인 절박성, 행정력 및 급부력은 고려요소가 아니라고 한다. 그러나 동 재판소에 의하면 게마인데의 크기와 구조, 그리고 그와 관련하는 문제, 즉 관련 게마인데가 적절한 사무수행을 할 수 있는 상태에 있는지 여부는 철저히 고려의 대상으로 되며, 또한 역사적 발전과정도 고려된다(BVerfGE 79, 127 (153 f.)).

63) BVerfGE 79, 127 (146 ff.); Hegele/Ewert, Kommunalrecht, S. 32; 洪井善, 전제서, 40면.

64) 한편, 입법자가 지방자치단체의 사무를 형성함에 있어서 지방자치단체의 사무를 지

또한 기초지방자치단체와 지역적으로 관련성을 갖는 사무를 광역지방자치단체 또는 국가로 이전하는 것은 공익상의 이유로 가능하기는 하지만, 행정의 단순화는 사무의 이전의 근거가 되지 아니한다.⁶⁵⁾ 그렇지만 공익 판단에 있어서 입법자는 평가의 특권(Einschätzungsprärogative)과 판단의 여지를 갖는 것으로 보아야 한다.⁶⁶⁾

(3) 자기책임성의 보장

지방자치는 지방자치단체의 사무를 수행함에 있어서 당해 지방자치단체가 자기책임으로 실시한다는데 그 의미가 있는 바(자기책임성의 원칙), 헌법은 지방자치단체가 자치사무를 처리하는 방식에 관하여 자신의 책임으로 처리하는 것을 보장한다. 여기서 자기책임의 보장은 활동영역의 보장 내지 다른 행정주체, 특히 국가에 의한 합목적성의 지시로부터의 자유를 의미한다.⁶⁷⁾ 환언하면 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)이란 자치사무의 수행여부(Ob)·시기(Wann)·방법(Wie)의 선택이나 결정이 당해 지방자치단체의 자유의사에 맡겨져 있음을 의미한다. 이와 같은 자기책임성의 보장으로 인하여 지방자치단체의 자치사무에 대한 국가의 감독은 적법성의 감독만이 인정되는 바, 지방자치법 제157조 제1항 제2문도 「이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다」고 규정하고 있다.

나치게 박탈하는 것도 지방자치제의 헌법적 보장에 대한 침해이지만, 지방자치단체의 급부력에 비추어 지나치게 과도한 사무를 지방자치단체에 부과하는 것도 지방자치제의 헌법적 보장에 반한다. 또한 법률이 특정한 지방자치단체에만 과도한 부담을 가하는 것도 마찬가지로 지방자치제의 헌법적 보장에 반한다(Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 43, 44; 洪井善, 전계서, 40면).

65) BVerfGE 79, 127 (153).

66) BVerfGE 83, 363 (382 f.); 洪井善, 전계서, 40면. 입법자에게 평가의 특권이 인정되는 경우 법원은 단지 입법자의 가치평가가 정당한지 여부만을 심사한다. 즉 평가의 특권이 인정되는 영역에 있어서 법원의 판단은 ①결정의 발견이 불완전하고 부당한 사실을 기초로 하였는지의 여부, ②일반적인 사고방식과 사고원칙이 침해되었는지의 여부, ③사항과 거리가 먼 형량이 결정에 영향을 미쳤는지의 여부 등에 미친다(BVerfGE 79, 127 (153); BVerfG, NVwZ 1992, 365 (367)).

67) Erichsen, Kommunalrecht, S. 67; Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, Rn. 19.

(4) 자치권의 보장

자치권의 보장은 지방자치의 제도보장과 분리하여 생각할 수 없다. 자치권이 국가로부터 전래된 것이라는 하지만 자치임무의 효율적인 수행의 전제가 되기 때문이다. 따라서 국가는 지방자치단체에 대하여 기능에 적합한 임무수행을 위하여 일련의 자치(고)권(kommunale Hoheitsrechte)을 보장한다.⁶⁸⁾ 전권한성으로 표현될 수도 있는 지방자치단체의 자치권은 포괄적인 것이지 개별적인 고권의 단순한 집합체가 아니다.⁶⁹⁾ 따라서 새로운 영역에서 새로운 기능의 고권이 형성될 수도 있다.

한편 지방자치단체의 자치권의 내용으로서는 일반적으로 지역고권(Gebietshoheit), 조직고권(Organisationshoheit),⁷⁰⁾ 인사고권(Personalhoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 자치입법권(Satzungsautonomie), 계획고권(Planungshoheit), 행정고권(Verwaltungshoheit) 등이 언급되고 있으나, 최근에는 협력고권(Kooperationshoheit),⁷¹⁾ 문화고권(Kulturhoheit)⁷²⁾ 및 환경고권(Umweltschutz-

68) Dols/Plate, Kommunalrecht, Rn. 30; Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1, S. 67 ff.; Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, Rn. 23; Seewald, Kommunalrecht, Rn. 60 ff.; Stober, Kommunalrecht, S. 76 ff.

69) 지방자치단체의 자치권(지방고권)은 전권한성의 원칙으로부터가 아니라 자기책임성의 원칙을 설명하는 내용이라고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다(李琦雨, 地方自治團體의 自治權, 법제연구 통권 제21호(2001), 123-124면).

70) 이에 대해서는, Edzard Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit, 1979; 조태제, 지방자치단체의 조직고권, 토지공법연구총서 V, 한국토지공법학회, 2001, 41면 이하 참조.

71) 이것은 지방자치단체가 개별적인 사무수행에 있어서 다른 기관들, 특히 다른 지방자치단체와 공동의 행정수단을 창설하거나, 공동으로 결정하거나, 공동의 기구를 설치하거나 하는 등의 협력을 할 수 있는 권능을 말한다(Stober, Kommunalrecht, S. 87). 지방자치단체의 협력고권은 지방자치단체의 사무가 언제나 다른 지방자치단체, 국가 또는 외국의 지방자치단체와 무관하게 효과적으로 수행될 수 있는 것은 아니라는 데에서 나온다. 따라서 협력고권은 외국의 지방자치단체와 협력할 수 있는 권능까지 포함하는 바, 지방자치법상 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항은 지방의회의 의결사항으로 규정되어 있다(지방자치법 제35조 제1항 제10호).

72) 문화고권은 지방자치단체의 지역에 있어서 문화재를 창조하고 보전하며 촉진하는 것과 아울러 지방자치단체의 인공경관(Kulturlandschaft)을 형성하는 지방자치단체의 권능을 포함한다. 이에 대한 상세는, Alfons Gern, KOMMUNALRECHT, 8. Aufl., 2001, S. 116 f., Rn. 93.

hoheit)⁷³⁾ 등도 자치권의 내용으로 보아야 한다는 견해도 대두되고 있다.⁷⁴⁾

4. 자치권의 제한과 제한의 한계

(1) 법률유보의 원칙

헌법이 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있지만 지방자치의 구체적인 내용은 입법자가 정한 법률에 의하여 정해진다. 입법자는 헌법의 위임(제 117조 제1항·제2항, 제118조 제2항)에 의한 그의 입법재량에 따라 지방자치행정의 구체적인 내용을 형성할 수 있으며, 지방자치단체의 자치권은 그 범위내에서 제한된다. 이는 법률의 형식에 의한 자치권의 제한이라는 점에서 법치주의에 의한 제한이며, 법률은 전체국민의 의사표현이라는 점에서 민주주의에 의한 자치권의 제한이라고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

입법자의 법률에 의한 자치권의 제한은 지방자치행정의 대상인 업무영역(전권한성)이나 그 수행방식인 자기책임성 모두에 대하여 허용된다.⁷⁶⁾ 예컨대 입법자는 지방자치단체에게 일정한 업무의 처리를 위임할 수도 있고 또한 특정사무를 지방자치단체의 사무로부터 국가사무로 이전할 수도 있다. 또한 업무처리의 절차, 재량권행사의 제한, 국가의 감독 등을 법률로써 정할 수 있다. 지방자치단체의 자치권의 제한형식은 「법률로써」하여야 하며, 이에는 형식적인 의미에서의 법률은 물론 법률에 근거한 행정입법을 포함한다.⁷⁷⁾ 요컨대 지방자치권의 형성 및 제한에 있어서 법률의 유보(Gesetzesvorbehalt)는 이중의 의미를 가진다. 그것은 입법자에게 한편으로는 보장내용을 형성하고 내재적인 한계를 설정하도록 하며, 다른 한편으로

73) 이에 대해서는, Hoppe, DVBl. 1990, S. 603; Stober, Kommunalrecht, 2. Aufl., §6 II Ziff. 43; Himmelmann, DÖV 1993, S. 497.

74) 洪井善, 전제서, 44-53면; Alfons Gern, KOMMUNALRECHT, S. 105 ff.

75) 李琦雨, 地方自治團體의 自治權, 법제연구 통권 제21호(2001), 125면.

76) BVerfGE 1, 167 (178); 7, 358 (364); Otto Gönnewein, Gemeinderecht, 1963, S. 49 ff.; v. Mutius, Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und Gemeindeverbände, Jura 1982, S. 37; Reinhard Hendl, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a. 1984, S. 196 f.

77) BVerfGE 26, 228 (237); 56, 289 (309); Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 36.

는 헌법이 직접 보장하는 영역에 대한 침해를 위한 권능을 부여하고 있다.⁷⁸⁾

(2) 자치권 제한의 한계

지방자치단체의 자치권은 전술한 바와 같이 법률에 의해서 제한된다. 그러나 입법자의 입법재량도 무제한하게 보장되는 것은 아닌 바, 지방자치권에 대한 제한의 한계로서는 비례의 원칙과 본질적인 내용의 침해금지 등을 들 수 있다.⁷⁹⁾

1) 비례의 원칙

비례의 원칙은 국가가 그 목적을 추구함에 있어서 부적합하거나, 불필요한 수단 혹은 부적정한 수단을 사용하는 것을 금지하고 있다. 지방자치권에 대한 국가의 제한도 이러한 비례의 원칙에 합치되어야 한다. 왜냐하면 비례의 원칙은 법치국가의 이념인 정의의 개념으로부터 유래하는 헌법원칙으로서 모든 국가권력을 구속하기 때문이다.⁸⁰⁾

따라서 우선 국가의 자치권에 대한 제한이 달성하고자 하는 공익을 실현하기 위하여 적합한 수단이어야 한다(적합성의 원칙).⁸¹⁾ 다음으로, 달성하고자 하는 공익을 위하여 적합한 수단이 여러 가지가 있을 경우에 국가는 그 중에서 지방자치단체의 자치권을 최소한으로 침해하는 수단을 선택하여야 한다(최소침해의 원칙).⁸²⁾ 끝으로, 적합하고 최소한의 침해를 가져오는 수단이라고 할지라도 그로 인하여 달성되는 공익보다도 희생되는 법익이 현저히 큰 경우에는 그 수단은 허용되지 아니한다(상당성의 원칙).⁸³⁾ 비례의 원칙에 의하여 국가는 지방자치단체의 자치권을 과잉적으로 제한하는 것이 금지된다.⁸⁴⁾

78) Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, Rn. 20.

79) 李琦雨, 전계논문, 126-127면 참조.

80) BVerfGE 15, 226 (234); 38, 348 (368).

81) BVerfGE 30, 292 (312); 33, 171 (187); 40, 196 (222).

82) BVerfGE 30, 292 (316); 37, 1 (21).

83) BVerfGE 7, 377 (407); 39, 364 (374); 61, 32 (35 ff.).

84) 한편, 지방자치제도의 헌법적 보장이라는 면과 관련하여 입법에 의한 자치행정권의 제한을 주변영역(Randbereich)의 제한, 중간영역(Mittebereich)의 제한, 그리고 핵심영역(Kernbereich)의 제한이라는 3단계로 구분하여 설명하는 견해가 있다. 즉, ①주변영역에서 입법자의 제한 내지 침해는 자유다. ②중간영역에서 입법자는 공익상

요컨대, 독일에 있어서 다수설⁸⁵⁾과 판례⁸⁶⁾의 입장 역시 이른바 지방자치의 제도적 보장론에 부응하여 소위 지방자치권의 본질적 부분에 속하는 영역에 있어서는 비록 입법적 수단에 의할 경우에도 그 침해가 불가하며, 비본질적인 부분에 있어서도 그 침해가 용인되기 위해서는 과잉금지(Übermaßverbot)의 원칙 내지 비례성의 원칙이 엄격히 적용되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 지방자치권의 주변영역에 대한 침해의 경우에 있어서조차 비례성의 원칙을 준수할 것을 요구하는 것은 지방자치단체의 자치권에 대한 점진적 공동화를 방지하는 예방적 기능을 갖는다.⁸⁷⁾ 이러한 입장은 전통적인 국민의 기본권이론에 유사한 것이라 할 것이다.⁸⁸⁾

2) 본질적인 내용 침해금지의 원칙

이와 같이 지방자치권의 본질적인 부분(핵심영역)의 침해는 입법에 의해서도 허용되지 않으며 또한 비본질적인 부분의 침해시에도 비례원칙에 합치

정당한 사유가 있고, 또한 시간적으로나 사항적으로 불가피한 경우에는 제한할 수 있다. 그러나 ③입법자는 자치행정권의 핵심영역을 침해할 수 없다(절대적 한계). 핵심영역의 보장이 특정 지방자치단체의 절대적 보호를 의미하는 것은 아니다. 요컨대 지방자치행정의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 특정 법률이 지방자치행정권을 일부 침해하여도 그것은 헌법위반이 아니라고 본다(Stober, Kommunalrecht, S. 101; 洪井善, 전계서, 59-60면).

85) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 392; Hoppe/Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, S. 70, 85 ff.

86) OVG Lüneburg, DÖV 1980, 417 (418); BVerwGE 67, 321 (323); BVerfG, DVBl. 1989, 300 (304); BVerfGE 26, 228 (239); BVerfGE 56, 296 (313 f.).

87) BVerwGE 67, 321 (322 f.); BVerfG, DVBl. 1989, 300 (302).

88) Von Mutius, Jura 1982, S. 28 (38 f.); Pestalozza, in: Festgabe von Unruh, S. 1057; 金海龍, 地方自治權의 內容에 관한 法令制定의 限界에 관한 연구 -獨逸에서의 論議를 중심으로-, 토지공법연구총서 V, 한국토지공법학회, 2001, 62-63면.

한편, 지방자치권에 대한 중대한 침해를 위해서는 관련 지방자치단체에 대한 절차법상의 보장 내지 절차적인 권리로서 청문권(Anhörungsrecht)의 보장이 필요하다(예컨대, 지방자치단체의 구역변경의 경우). 독일의 작센헌법 제84조 제2항(『지방자치단체(게마인테) 또는 지방자치단체연합과 관련하는 일반적인 문제를 법률 또는 법규명령으로 규율하기 전에 지방자치단체(게마인테) 또는 지방자치단체연합이나 이들의 결합체는 적절한 시기에 청문되어야 한다.』)과 같이 입법례에 따라서는 청문권을 일반적으로 인정하는 경우도 있다. 이것은 시민적 민주주의의 자기결정을 고려한 것이며, 게다가 국가의 입법자에게 포괄적인 정보제공의 의미를 갖는다. 또한 이것은 실제법상 보장으로서 지방자치권의 상실에 대한 보상이라고도 말한다(洪井善, 전계서, 59면).

하여야 한다. 그러나 여기서 문제되는 것은 도대체 무엇이 지방자치권의 본질적인 부분에 해당하는가 하는 점이다.

자치권의 제한의 한계로서 추상적인 개념인 핵심영역의 의미를 정의하기는 어렵다. 기본권의 본질적 내용과 마찬가지로 자치행정권보장의 핵심영역의 범위를 정확하게 정하는 것은 어렵다. 핵심영역을 어떠한 방식으로 규정하며, 그것을 다른 영역과 어떻게 구별할 것인가는 불분명하다. 지방자치권이 지방자치단체의 기본권을 뜻하는 것은 아니지만, 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용의 법적 사고의 방법은 여기에서도 적용된다고 본다.⁸⁹⁾

독일의 판례는 자치행정을 공동화로 이끌고, 자치단체가 활발한 활동을 할 수 없게 하고, 따라서 지방자치단체가 다만 외관상·형태상으로만 존재하는 것으로 만드는 침해를 본질적 침해로 본다.⁹⁰⁾ 한편, 이론은 핵심영역을 그 구조나 유형을 변경함이 없이는 당해 제도로부터 제거될 수 없는 그 제도의 필수부분이라고 정의하기도 한다.⁹¹⁾ 이러한 이론에 따르면, 지방자치행정의 전형적인 현상형태 내지 필수적인 것으로 인정되는 전형적인 임무와 관련되는 침해가 본질적 내용, 즉 핵심영역의 침해가 된다. 예컨대 포괄적인 임무,⁹²⁾ 자기책임, 자치고권의 전면적인 부인이 핵심영역의 침해임은 분명하다. 학설은 핵심영역으로서 사실상태를 확실하게 정의할 수는 없다는 점에서 광범위하게 일치하고 있는 것으로 보인다. 이 때문에 핵심영역 탐구를 위한 여러 방식이 나오고 있으나 그 어느 방식도 정확하게 기획을 짓는 것은 아니며, 따라서 실제상으로는 개별적인 경우에 가장 근거가 잘 주어지는 해결책을 주는 방식을 활용한다. 상기의 전형적인 현상형태를 파악하기 위하여 독일의 판례상 기본적으로 두 가지 방법, 즉 공제법

89) 洪井善, 전계서, 60면.

90) BVerfGE 38, 258 (279); 79, 127 (146); 91, 228; Scholler/Broß, Kommunalrecht, S. 12 f.

91) Burmeister, Kommunalrecht, S. 28; Stern, Staatsrecht, Bd. I, §12, III 4b; Stober, Kommunalrecht, S. 101.

92) 연방헌법재판소는 Rastede 판결에서 지방자치단체의 전권한성(Universalzuständigkeit)을 보장의 핵심영역으로 보았는 바, 따라서 지역적인 전권한성의 폐지는 핵심영역에 대한 위법한 침해가 될 것이다. BVerfGE 79, 127 (146).

(Substraktionsmethode)⁹³⁾과 역사적 방법(historische Methode)⁹⁴⁾이 사용되고 있다.⁹⁵⁾

생각건대 지방자치의 본질적인 내용의 침해가 있는지의 여부에 대한 판단은 어느 하나의 기준만으로는 어렵다고 생각된다. 지방자치가 다분히 역사적·전통적 제도로서의 성격을 갖는 것이라면 구체적인 역사적 상황과 정치현실을 무시하고 그 본질적 내용의 침해를 논하기는 어렵다. 그러나 또 한편 지방자치가 아무리 역사적 산물로서의 제도보장이라 하더라도 그 속에는 일정한 다칠 수 없는 핵심적인 영역이 내포되어 있다고 보아야 한다. 따라서 입법자에 의한 제한이 가능한 영역과 침해가 불가능한 지방자치 보장의 핵심영역 사이의 정밀한 한계설정은 불가능하며,⁹⁶⁾ 그것은 미래지향적으로 그리고 시대에 적합하게 해석·해결되어야 한다. 즉 그것은 역사와

93) 공제법은 소극적·분량적인 방법으로 핵심영역을 구명하는 방법으로서 잔여설(Resttheorie) 또는 공제설(Substraktionstheorie)이라고도 한다. 공제법은 독일의 연방행정법원에 의하여 발전된 방법이다(BVerwGE 6, 19 (25); 6, 342; BVerfGE 7, 358; 79, 127 (148)). 공제법은 자치행정의 의미를 법률상 침해의 전후로 나누어 비교한다. 공제법은 입법에 의한 침해의 결과 지방자치단체에 남는 작용은 어떠한 것인가를 기준으로 하여 지방자치단체에 덜 중요한 임무영역이 박탈되면 자치행정의 핵심영역의 침해가 아니라고 하게 된다. 말하자면 침해 후 남는 부분이 의미있는 것이고 또한 그것으로도 지방자치단체에 고유한 책임있는 활동을 인정하는 것이 가능하다면 기본적인 임무영역의 침해도 핵심영역의 침해는 아니라는 것이다. 그러나 공제법은 순수히 양적으로만 판단한다는, 그리하여 자치행정의 핵심영역을 효과적으로 보호하는 것이 불가능하다는 지적을 받고 있다(B. Widera, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, S. 63 f.).

94) 역사적 방법이란 지방자치행정의 사적 발전의 내용이 아닌 현상형식인가의 여부를 탐구하는 방식이다. 역사적 방법은 독일의 연방헌법재판소에 의하여 발전된 방법인 바(BVerfGE 17, 172 (182); 50, 95 (201); 79, 127 (146); 83, 363 (381); 91, 228 (238)), 지방자치행정의 역사적 발전에 대한 고려하에 관련된 사항영역이 자치행정권에 어떠한 의미를 갖는가를 판단의 기준으로 삼는다. 사무영역이 역사적 변천 속에서도 여전히 지방자치단체의 자치행정의 내용이라면, 그것은 핵심영역에 속한다는 징표가 된다.

그러나 자치행정의 보장은 변화하는 현재의 요구를 새로이 발견하여야 하는데, 역사적 방법은 이 점을 충분히 고려하고 있지 않다는 지적을 받고 있다. 말하자면 역사적 관찰로서는 자치행정보장내용의 연속적인 변화와 적응이라는 동적인 발전을 기대하기 곤란하다는 것이다. 또한 역사적 방법에 대해서는 오로지 통계적이고 역사적이라는 비판이 가해지기도 한다(B. Widera, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, S. 71).

95) Burmeister, Kommunalrecht, S. 28; 洪井善, 전게서, 61면.

96) Burmeister, Kommunalrecht, S. 29.

제 2 장 지방자치의 헌법적 보장과 환경보호

현실을 인식하면서 여러 관점을 고려하여 판단되어야 한다고 본다.⁹⁷⁾

97) 許 營, 韓國憲法論, 博英社, 1998, 776면; 洪井善, 전계서, 63면.

제 3 장 환경자치입법권의 법적 문제

제 1 절 조례의 의의

1. 조례의 개념

자치입법권이란 지방자치단체가 그 자치권에 근거하여 자주법(자치입법)을 정립하는 권능을 말하며, 헌법이 자치권의 보장의 일환으로서 포괄적으로 지방자치단체에 수권한 것이다. 우리 헌법 제117조 제1항은 『지방자치단체는…법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다』고 규정하여 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있으며, 이것에 근거하여 지방자치법 제15조는 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다』고 규정하여 지방자치단체의 조례제정권을, 그리고 동법 제16조는 『지방자치단체의 장은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다』고 규정하여 규칙제정권을 각각 구체화하고 있다.

조례라는 용어는 일반적으로 실질적 의미로 사용되는 경우(광의의 조례)와 형식적 의미로 사용되는 경우(협의의 조례)의 두 가지가 있다.⁹⁸⁾ 즉 실질적 의미에 있어서의 조례는 조례의 개념을 본질적인 측면에서 이해하려는 것으로서, 지방자치단체 또는 그 기관이 지방자치단체의 자치입법권에 의거하여 정립하는 법규범을 말한다.⁹⁹⁾ 반면 형식적 의미에 있어서의 조례란 조례의 본질적·이론적인 개념이 아니라 현실적으로 지방의회의 민주적 절차를 기준으로 하여 정립된 개념으로서, 지방자치단체가 법령의 범위

98) 韓貴鉉, 條例制定權의 限界에 관한 연구 -公害·環境行政領域을 중심으로-, 동아대학교 석사학위논문(1993. 2.), 6-7면; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 한국법제연구원, 1998. 8, 33면; 秋田 周, 條例と規則, 現代地方自治全集⑥, ぎょうせい, 1977, 84-85頁.

99) 이와 같은 의미에서의 조례는 지방자치단체가 갖는 자치권을 보장하고 그 자치사무에 관하여 필요한 규정을 제정할 수 있는 권한을 모두 조례로 보는 것으로서, 형식적 의미의 조례 외에 지방자치단체의 장이 제정하는 『규칙』 및 교육감이 교육·학예에 관한 사무를 제정하는 『교육규칙』 등도 포함한다.

안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 정립하는 법형식을 말한다. 따라서 헌법 제117조 제1항은 실질적 의미에 있어서의 조례를, 그리고 지방자치법 제15조는 형식적 의미에 있어서의 조례를 의미하는 것은 명확하며, 법령상 조례라는 용어를 사용하는 경우에는 통상 후자의 의미로 사용된다.

2. 조례의 성격

지방자치단체가 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 정립하는 조례는 자주입법으로서 일반적으로 법규의 성질을 가짐은 물론, 행정의 형성적 수단이자 지역법으로서의 성질을 가진다.¹⁰⁰⁾

(1) 법규로서의 조례

지방자치단체의 조례는 일반적으로 불특정다수인에 대해 일반적·추상적으로 권리의무를 규율하는 일반적 구속력을 가지는 규정을 그 내용으로 하며 따라서 법규 내지 법규범으로서의 성질을 가진다.¹⁰¹⁾ 이와 같이 조례는 법규의 성질을 가지는 것이 일반적이나 지방자치단체의 내부조직을 규율하는 등의 조례와 같이 외부적 효력(Außenwirkung)을 가지지 아니하는 비법규적 성질의 조례도 존재한다.¹⁰²⁾ 또한 조례는 원칙적으로 지방자치단체의 사무에 관해서 정립되는 지방자치의 법원으로서의 성격을 가진다.¹⁰³⁾

100) 이하의 서술에 대해서는, 金南辰, 條例制定의 法的 問題 - 條例制定權의 範圍와 限界의 문제를 중심으로, 법제연구 통권 제9호(1995), 한국법제연구원, 9-11면; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 34-38면 참조.

101) BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (126).

102) 따라서 일반성은 조례의 요소가 아니라는 견해도 있다. Rolf Stober, Kommunalrecht, Tübingen 1987, S. 132; 홍정선, 전거서, 200면.

103) 愼保晟, 地方自治團體의 自治立法權의 限界, 現代公法理論의 展開(石正 許永敏博士華甲紀念), 大成社, 1993, 358면.

(2) 행정의 형성적 수단으로서의 조례

조례는 법규로서의 성질을 가질 뿐만 아니라 행정의 형성적 수단(Gestaltungsmittel der Verwaltung) 내지 행정작용으로서의 성질을 아울러 가진다. 지방자치단체가 행정과제의 수행에 법적 조치가 요구될 경우 그 수행은 우선 행정행위와 같은 개별적·구체적 결정에 의하여 행하여질 것이지만 일반적·추상적 규율로서의 조례에 의해서도 행해질 수 있다. 따라서 조례는 행정의 형성적 수단 내지 행정작용의 하나로서 행정목적의 실현에 이바지한다.¹⁰⁴⁾

(3) 지역법으로서의 조례

조례는 당해 지방자치단체의 지역적 특수성을 실현하는 지역법으로서의 성격을 가진다. 따라서 조례의 효력은 원칙적으로 당해 지방자치단체의 구역내에서만 효력을 미치며 이 점에서 국가법과 구별된다. 다만 오늘날 교통·통신의 발달 등에 의해서 국가적·광역적 사무처리의 필요성이 양적·질적으로 증대하고 있는 것은 사실이지만, 지역의 새로운 행정수요에 적극적으로 대응함과 아울러 지역적 특수사정을 충분히 반영하여 행정의 실효성과 민주적 정당성을 확보함에 있어서 조례의 중요성이 더욱더 점증하고 있음을 간과해서는 안될 것이다.

(4) 자주법으로서의 조례

조례는 원칙적으로 지방자치단체의 사무에 관하여 정립되는 지방자치단체의 자주법이므로 국가법의 일부를 이루는 것은 아니며, 국법과는 일용별개의 법체계를 구성하는 것이다. 이와 같이 조례는 지방자치단체의 자주법이기기는 하지만, 그것은 본디 국법에 유래하는 것이며, 국법과의 사이에 모순·저촉함이 없이 국법과 함께 전체로서의 국가의 법질서를 형성하고

104) 趙泰濟, 條例의 法的 問題點, 漢陽法學(한양대) 제4·5집, 1994, 63면; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 34-35면.

있는 것이므로 조례 자체도 또한 그와 같은 의미에서는 광의의 국가의 법체계의 일부를 구성하는 것이다.¹⁰⁵⁾

3. 조례의 분류

조례는 그 기준 여하에 따라 다음과 같이 여러 가지로 분류될 수 있다.

첫째, 조례는 그 효력을 기준으로 하여 주민의 권리의무에 관한 조례와 지방자치단체의 내부조직·운영에 관한 조례로 구분된다.

둘째, 조례의 제정근거를 기준으로 하여 조례제정의 근거가 법령의 위임에 있는 위임조례와 직권(자치)조례로 구분된다.

셋째, 조례의 제정의무를 기준으로 하여 지방자치단체가 반드시 제정하여야 하는 필수조례와 임의조례로 나누어진다.

넷째, 조례의 규정사항을 기준으로 하여 조례로써만 규정될 수 있는 사항에 관한 조례와 규칙으로도 규정될 수 있는 사항에 관한 조례로 나누어진다.

제 2 절 조례제정권의 근거

지방자치단체는 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조에 근거하여 조례제정권을 가진다. 지방자치단체의 조례제정권과 관련해서는 그것이 자주입법인가 위임입법인가를 둘러싸고 조례자주입법설과 조례위임입법설이 대립하고 있다. 이러한 견해의 대립은 국가의 법령과의 관계에서 조례제정권의 범위와 한계를 밝히는데 있어 그 전제로서의 의미를 가진다.

1. 조례자주입법설

조례자주입법설에 의하면 조례는 지방자치단체가 지역적 사무를 처리하기 위하여 자치권에 의거하여 제정하는 자주입법이라고 한다. 이 설은 다시 고유권설에 입각한 입장과 전래설에 입각한 입장으로 나누어진다. 전자는, 헌법규정이 없더라도 자치단체가 그의 고유사무(자치사무)에 대해서는

105) 岩崎忠夫 編, 地方自治法講座 2. 條例と規則, ぎょうせい, 1990, 3頁.

조례제정권을 가진다고 하는 것이며, 후자는 조례가 자치단체의 자주법으로서의 성격을 가지지만 헌법으로부터 유래하는 것임을 인정한다.¹⁰⁶⁾ 요컨대, 조례자주입법설은 헌법이 지방자치단체의 조례제정을 “법령의 범위 안에서” 행할 수 있도록 한 취지는 조례는 국가의 현행 법령에 위반하여 제정할 수 없다는 법령우위의 원칙을 규정한 것이지, 법률의 위임이 있어야 제정할 수 있다는 법령유보의 원칙을 규정한 것은 아니라고 한다.¹⁰⁷⁾

2. 조례위임입법설

이 설은 조례를 행정기관의 명령과 같이 법률의 수권에 근거한 위임입법의 일종이라고 본다. 따라서 주민의 권리의무에 관하여 규정하는 경우에는 당연히 법률의 위임이 있어야 하는 것으로 본다. 이와 같이 조례위임입법설에 의하면 조례와 행정입법은 본질상 차이가 없으므로 조례의 경우에도 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙이 당연히 적용된다고 한다.¹⁰⁸⁾

3. 소 결

지방자치단체의 조례제정권의 근거를 둘러싼 위 제학설들 중 우선 조례제정권을 전국가적이고 자연권적인 것으로 이해하는 고유권설에 입각한 조례자주입법설은 지방자치단체의 조례제정권도 국가권력에 유래한다는 점

106) 金南辰, 條例制定의 法的 問題 - 條例制定權의 範圍와 限界의 문제를 중심으로 -, 법제연구 통권 제9호(1995), 한국법제연구원, 12면. 한편, 전자의 입장에서는 만일에 조례와 법률이 저촉하는 경우에 조례가 우선한다고 보는 데 대하여, 후자의 입장에서는 법률의 조례에 대한 우위를 인정하면서도 자치권의 본질을 해치는 정도의 법률에 의한 조례제정권의 제약을 위헌시한다. 한편, 조례자주입법설은 지방자치단체의 자주법인 조례와 명령(행정입법)은 근본적으로 다르다는 전제에서 있다. 즉 국가법인 법률과 명령은 「같은 영역, 같은 기반 위에 타당하는 법」이며 제도상 입법권과 행정권과의 권한배분의 결과 발생한 구분에 불과하며, 반면 법률과 자주법인 조례는 「다른 영역, 다른 기반 위에 타당하는 법」이며 국가와 자치단체의 권리의 배분의 결과 발생하는 구분에 불과하다고 한다(朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 39면).

107) 徐元宇, 條例制定權의 憲法的 保障 - 地方自治法 제15조 단서규정의 위헌논의와 관련하여 -, 憲法論叢 제5집(1994), 125면.

108) 洪井善, 條例의 法理, 法學論集(이화여대) 제2권 1호(1997), 41면; 綿貫芳源, 條例, 日本國憲法體系, 有斐閣, 1971, 108-114頁.

에서 볼 때 수용되기 어렵다. 또한 조례위임입법설도 지방자치를 헌법적 차원에서 보장하고 있는 현행헌법하에서는 결코 타당하다고 할 수 없다. 따라서 전래설에 입각한 조례자주입법설이 타당하다고 할 수 있으며 또한 현재 우리 나라의 다수설이라고 할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 이 견해에 의하면 헌법 제 117조 제1항의 “법령의 범위안에서”라는 표현은 법률우위만을 의미하고 법률유보는 의미하지 않는다고 할 것이며, 지방자치법 제15조는 확인규정에 불과한 것이 된다.

제 3 절 조례제정권의 범위와 한계

1. 서

조례는 직접 헌법(제117조 제1항)에 기초하여 지방자치단체의 의회가 의결하여 제정하는 바, 지방의회는 개별적인 법률의 수권에 의하는 것이 아니라 자주적인 판단에 의해 이것을 제정할 수 있다. 그러나 조례는 국법 질서내에 위치하는 자치체의 법규이므로, ①당해 지방자치단체가 처리해야 할 지방적 이해에 관련하는 사무를 규율의 대상으로 하며, 또한 ②법령의 규정에 저촉하지 않는 내용을 정하는 것이어야 한다(지방자치법 제15조). 전자의 문제에 관해서는 다음 절에서 검토하기로 하고 여기에서는 후자의 문제에 관해서 살펴보기로 한다.

2. 헌법과 조례와의 관계

(1) 법률유보의 원칙과 조례

헌법 제117조 제1항은 「지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」고 하여 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있는 바, 이와 같은 자치입법권에 근거한 조례제정의 경우에도 법규명령에

109) 朴鈞旿, 法令과 條例와의 關係, 考試界(1992. 11.), 42면; 서원우, 지방자치법 제20조 삭제문제, 자치행정(1993. 2.), 66면; 정현준, 조례제정에 관한 소고, 판례월보(1993. 2.), 10면; 曹正煥, 條例制定에 있어서의 法律留保, 토지공법연구총서Ⅲ, 한국토지공법학회, 2001, 277면.

있어서와 같이 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부, 또한 법률유보의 원칙이 적용된다면 어느 범위에서 적용되는 것인지가 문제된다. 요컨대, 이 문제는 자치입법으로서의 조례를 행정입법의 실질을 가지는 것으로 볼 것인가 아니면 국회입법에 준하는 법률의 실질을 가지는 것으로 볼 것인가 하는 자치입법권의 성질의 문제와 헌법 제37조 제2항의 법치주의의 원칙을 어떻게 이해할 것인가에 달려 있는 문제라고 할 수 있다.¹¹⁰⁾

이에 관련해서는 그것이 자치사무에 관한 한, 지방자치단체는 개별적인 법률의 수권없이도 조례를 제정할 수 있다는 것이 통설적 견해이며,¹¹¹⁾ 판례도 「그 내용이 주민의 권리·의무에 관한 사항이나 벌칙에 관한 것이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다」,¹¹²⁾ 「...조례는 위임명령과 달라 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이다」¹¹³⁾라고 하여 지방자치단체의 자치조례의 제정에 있어서는 원칙적으로 법률유보의 원칙이 적용되지 않는 것으로 이해하고 있다.

생각건대, 헌법 제117조 제1항이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하고 있는 것은 바로 당해 지방자치단체의 자치사무에 관해서는 법규명령과는 달리 법률의 개별적인 위임이 없더라도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로써 조례를 제정할 수 있도록 하고 있는 점에 그 의의가 있다고 할 것이며, 이러한 점에서 본다면 통설 및 판례의 입장과 같이 지방자치단체의 자치사무에 관한 한은 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다고 해야 할 것이다.¹¹⁴⁾

110) 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 78면.

111) 金南辰, 條例制定의 法的 問題 - 條例制定權의 範圍와 限界의 문제를 중심으로 -, 17면.

112) 대판 1970.2.10. 69다2121.

113) 대판 1991.8.27. 90누6613.

114) 同旨: 이기우, 지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙, 공법연구 제29집 제4호 (2001), 157면 이하; 曹正煥, 條例制定에 있어서의 法律留保, 286-288면 참조. 한편, 주민의 권리제한·의무부과를 내용으로 하는 조례에 대해서는 후술.

(2) 헌법상의 법률유보사항과 조례

헌법 자신이 일정사항을 『법률』에 유보하고 있는 영역에서 그것을 조례에 의해 규율할 수 있는가가 문제된다. 즉 헌법 제23조 제1항의 재산권법정주의, 제59조의 조세법률주의 및 제12조 제1항의 죄형법정주의 등이 바로 그것이다.

1) 재산권법정주의와 조례규제

우선 재산권에 대한 조례에 의한 규제의 能否가 논해진다. 헌법 제23조 제1항은 『모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다』고 규정하는 것은 법률이외에는 조례에 의해 재산권을 규제하는 것을 허용하지 않는 취지의 것인가 어떤가가 문제된다. 이에 관해서는 소극설¹¹⁵⁾과 조례에 의한 재산권규제를 가능하다고 하는 적극설¹¹⁶⁾이 있다. 한편, 일본의 최고재판례¹¹⁷⁾는 재해방지라는 소극적 견지에 기초하는 조례에 의한 재산권규제를 인정하고 있으며, 뿐만 아니라 학설과 실무계는 적극규제의 조례, 즉 계획적인 마을만들기를 달성하기 위해 재해방지에 한하지 않고 지역의 환경보전 등과 같은 적극목적을 실현하기 위한 재산권규제조례를 승인하는 추세에 있다.¹¹⁸⁾

2) 조세법률주의와 조례규제

헌법 제59조는 『조세의 종목과 세율은 법률로 정한다』고 규정하고 있는 바, 지방세법 제3조 제1항은 『지방자치단체는 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과·징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 이 법이 정하는 범위안에서 조례로써 하여야 한다』고 규정하여 지방세를

115) 鄭然宙, 條例制定權의 憲法的 限界와 統制, 公法學의 現代的 地坪(心泉 桂禧悅博士華甲紀念論文集), 1995, 165-166면; 金元主, 地方自治團體의 自治立法制定權, 公法研究 제18집(1990), 108면.

116) 徐元宇, 條例制定權의 範圍와 限界, 考試界(1993. 3.), 185면.

117) 1963년의 奈良縣ため池條例事件上告審判決(最大判 1963.6.26 刑集 17卷 5號, 521頁).

118) 原田尙彦, 地方自治の法としくみ, 學陽書房, 2001, 165-166頁.

조례에 기초하여 부과·징수하는 것으로 하고 있는 현행법제(지방세법 제 3조 제1항)와 조세법률주의와의 관계가 문제된다.

이에 관해서는 지방세조례는 지방세법 제3조 제1항의 수권에 의해서 비로소 성립할 수 있다는 이른바 법률위임설¹¹⁹⁾과 지방세조례를 제정하는 자치체의 권능은 헌법에 의해 수권된 것이므로 개별적인 법률의 위임을 필요로 하지 않다고 하는 지방세조례자주법설¹²⁰⁾이 있다. 이와 관련하여 『(일본국)헌법 제92조에 비추어 보면…조세(지방세)조례주의가 요청되는 것이고, 이 의미에서 (일본국)헌법 제84조에서 말하는 「법률」에는 지방세에 관한 조례를 포함한다고 해석하여야』 한다고 판시하고 있는 판례¹²¹⁾가 주목된다. 생각컨대, 전설은 헌법 자신이 통치단체로서의 지방자치단체에 보장한 자주재정권의 핵을 이루는 과세권을 법률레벨로 가치하락시키는 것으로서 유지되기 어렵고, 지방세조례의 제정권을 지방자치권의 불가결한 일부를 구성한다고 보는 후설이 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 비추어 볼 때 타당하다고 본다.¹²²⁾

119) 佐藤 功, 포켓트註釋全書④·憲法, 有斐閣, 1955, 503頁; 宮澤俊義, 日本國憲法, 日本評論社, 1955, 712頁; 最大決 1953.4.30 刑集 7卷 4號, 909頁; 金鎔珍, 地方自治團體의 課稅權과 條例, 月刊租稅(1997. 8.), 24면; 李琦雨, 條例와 法律留保의 原則, 現代公法과 個人의 權益保護(均齊 梁承斗教授華甲紀念論文集), 1994, 326면; 鄭然宙, 條例制定權의 憲法的 限界와 統制, 166면.

120) 成田賴明, 法律と條例, 清宮四郎=佐藤 功(編), 憲法講座 IV, 有斐閣, 1964, 210-211頁; 北野弘久, 新財政法學·自治體財政論, 耿草書房, 1977, 225頁; 同人, 自治體財政權と條例, 法律時報(1978. 1.), 45頁; 丘秉朔, 註釋 地方自治法, 博英社, 1991, 165면; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 104면.

121) 秋田市國民健康保險稅條例事件控訴審判決(仙台高秋田支判 1982.7.23 行集 33卷 7號, 161頁). 한편, 대기업이 사용하는 전기에 관하여 비과세로 하는 조치를 규정한 (일본)지방세법 제489조 제1·2항의 합헌성이 다투어졌던 大牟田市電氣稅訴訟의 福岡地裁判決(福岡地判 1980.6.5 判時 966號, 3頁)은 헌법은 지방자치단체에 자주재정권·과세권을 자치권으로서 보장하고 자치권을 구체화하는 헌법 제94조에서 말하는 『행정의 집행』에는 조세의 부과·징수가 포함된다고 하면서 헌법상 지방자치단체에 인정되는 과세권은 추상적인 권능에 지나지 않으며, 그 구체화는 법률의 규정을 기다릴 수밖에 없다고 한다. 그러나 통설적 견해인 지방세조례자주법설에 의하면 그와 같은 지방세의 비과세조치를 정하는 국가의 입법은 자치체의 자주과세권을 침해하는 것으로서 위헌으로 평가될 것이다. 小林 武, 地方自治の憲法學, 143-144頁.

122) 小林 武, 상계서, 143頁.

3) 죄형법정주의와 조례규제

지방자치법 제20조 제1항은 「지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원이하의 과태료를 정할 수 있다」고 규정하고 있는 바,¹²³⁾ 당해 조항이 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의에 반하는 것은 아닌가 하는 것이 문제된다.

우선 지방자치법 제20조 제1항의 규정을 위헌으로 보는 견해는 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의의 원칙은 국가의 모든 형벌권행사에 적용되는 것으로서 일반행정작용뿐 아니라 조례제정의 경우에도 적용되는 것으로, 개정전의 지방자치법 제20조는 물론 현행 지방자치법 제20조 제1항의 규정이 죄형법정주의에 위반된다고 한다.¹²⁴⁾

한편 지방자치법 제20조 제1항의 규정을 합헌으로 보는 것이 현재 다수의 견해이나 그 논거는 반드시 동일하지 않은 바, 크게 두 가지의 견해가 있다. 하나는, 헌법 제117조가 자치체에 수권한 조례제정권에는 그 실효성을 뒷받침하기 위한 벌칙제정권이 당연히 포함되어 있으며, 벌칙을 설정하기 위한 법률에 의한 위임은 필요하지 않다고 하는 입장이다(헌법수권설).¹²⁵⁾ 따라서 이것은 지방자치법의 위 조항은 창설적 위임규정이 아니라 헌법 제117조 제1항이 「법령의 범위안에서」라는 그 「법률」로서 벌칙제정의 범위를 획정하는 것임에 불과하다고 이해한다. 둘째의 학설은 형벌권의 설정은

123) 1994년 3월 6일 이전의 개정전의 지방자치법 제20조에서는 「시·도는 당해 지방자치단체의 조례로서 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 벌금·구류·과료 또는 50만원 이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있다」고 규정하고 있었다. 이에 대해 학계와 실무계에서는 개정전 지방자치법 제20조의 규정이 헌법이 규정한 지방자치에 대한 제도적 보장과 관련하여 문제가 없는가라는 점과 조례에 대하여 형사벌칙의 제정을 일반적으로 위임하는 것이 죄형법정주의의 원칙과 관련하여 가능인가 등이 논의되었다. 그리하여 조례로 징역·금고를 정하는 규정이 죄형법정주의의 원칙에 위배된다는 점 및 동조로 인하여 법률의 구체적인 위임없이도 조례로서 벌칙을 규정할 수 있다는 오해의 소지를 제거하기 위하여 현행 지방자치법 제20조 제1항과 같이 형벌이 아닌 행정질서 벌로서의 과태료에 관한 규정의 제정권만을 위임하는 규정을 두게 되었다. 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 97면; 李琦雨, 條例와 法律留保의 原則, 314면.

124) 鄭然宙, 條例制定權의 憲法的 限界와 統制, 164-165면.

125) 朴源永, 條例의 法理에 관한 研究, 東亞法學(동아대) 創刊號(1985), 334-336면; 丘秉朔, 條例制定과 罰則規定, 法律新聞 第2054호(1991. 8. 22.)/제2055호(1991. 8. 26.); 金淳泰, 條例上의 刑罰規定과 罪刑法定主義, 立法調査研究(1995. 8.), 73면; 深瀬忠一, 條例と罰則, 行政判例百選 I, 有斐閣, 1979, 111頁 등.

본래 국가의 사무이고 지방자치권에 속하지 않는 것이므로 조례에 벌칙을 두기 위해서는 법률의 위임을 요한다는 입장에서 지방자치법 제20조는 바로 조례에 대하여 형사벌칙을 정할 수 있는 권한을 위임한 창설적 규정으로 본다(법률수권설). 게다가 이 설에는, 조례는 준법률적 성질의 것인 것을 근거로 조례에의 위임은 일반적·포괄적 수권도 허용된다는 견해¹²⁶⁾와 위임이 상당히 구체적·한정적일 것을 요한다는 견해가 있다.¹²⁷⁾

요컨대 지방자치단체에 대하여 자치권을 보장하고 폭넓은 행정권능을 수권한 헌법이 그것에 필요한 범위·정도의 벌칙을 조례로 정하는 것을 인정하고 있지 않다고는 도저히 이해할 수 없으므로 위 학설들 중 헌법수권설이 타당하다고 할 것이다.¹²⁸⁾

(3) 주민의 권리제한·의무부과에 관한 사항과 조례

헌법 제117조 제1항은 『법령의 범위안에서』 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있음에 반하여, 지방자치법 제15조는 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다』고 규정하고 있는 바, 이 지방자치법 제15조 단서의 규정이 헌법에 의하여 포괄적으로 수권된 지방자치단체의 조례제정권을 지나치게 제약하고 있는 것은 아닌가를 둘러싸고 위헌설과 합헌설이 대립하고 있다.

지방자치법 제15조 단서의 규정을 위헌으로 보는 견해의 논거는 대체로 다음과 같다.¹²⁹⁾ 즉 헌법 제117조 제1항의 『법령의 범위안에서』는 조례가

126) 成田頼明, 法律と條例, 清宮四郎=佐藤 功(編), 憲法講座 IV, 有斐閣, 1964, 203頁.

127) 宮澤俊義=芦部信喜補訂, 全訂日本國憲法, 日本評論社, 1978, 577頁; (大阪市賣春取締條例事件判決)最大判 1962.5.30 刑集 16卷 5號, 577頁.

한편, 지방자치법 제20조 제1항의 과태료금액과 관련하여 그것은 통상의 과태료금액과 비추어 볼 때 비례의 원칙 등에 비추어 문제가 있으며, 따라서 광역자치단체와 기초자치단체간에 어느 정도의 차이를 인정하면서 일정한 상하한선을 전제로 과태료의 상한선을 재조정하여야 할 것이라는 지적도 있다(洪井善, 條例의 法理, 41면).

128) 小林 武, 地方自治の憲法學, 145頁.

129) 韓堅愚, 行政法 II, 弘文社, 1997, 532면; 金南辰, 自治立法權의 擴大, 自治行政(1996. 9.), 10면; 劉尙炫, 行政法 II, 螢雪出版社, 2002, 135면; 愼保晟, 地方自治

국가의 현행법령에 위반하여 제정할 수 없다는 법령우위의 원칙을 규정한 것이지 법령의 위임이 있어야 조례를 제정할 수 있다는 법령유보의 원칙을 정한 것은 아니며,¹³⁰⁾ 따라서 지방자치법 제15조 단서에서 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임을 요하게 한 것은 지방자치단체의 자치권행사를 실질적으로 억제하는 위헌적인 조치라고 한다.¹³¹⁾

한편 합헌설에 의하면 지방자치법 제15조 단서의 규정은 국민의 자유와 권리는 법률로써만 제한할 수 있다는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계에 관한 규정에 비추어 지극히 당연하다고 이해하는 바,¹³²⁾ 이것은 현재의 판례의 입장이기도 하다.¹³³⁾

요컨대 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임을 요한다는 지방자치법 제15조 단서의 규정은 헌법 제117조 제1항에 의한 포괄적인 자치권의 수권에 비추어 볼 때 위헌의 의심이 있다고 생각되며, 합헌론자가 주장하는 기본권침해의 우려는 법률우위론에 의하여 적절히 통제되므로 문제되지 않는다고 본다.

(4) 평등의 원칙과 조례

헌법 제11조 제1항 제1문은 『모든 국민은 법 앞에 평등하다』라고 하여 이른바 평등의 원칙을 규정하고 있는 바, 동 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적인 이유없이 불

團體의 自治立法權의 限界, 現代公法理論의 展開(石正 許永敏博士華甲紀念, 1993), 371면; 吳世卓, 條例의 制定實態와 立法限界, 人權과 正義(1994. 8.), 28면

130) 朴銳旿, 法令과 條例와의 關係, 考試界(1992. 11.), 40면.

131) 徐元宇, 條例制定權의 憲法的 保障, 125면 이하.

132) 洪井善, 地方自治法學, 法英社, 2001, 215면; 金東熙, 行政法 II, 博英社, 2002, 75면; 金弘大, 地方自治立法論, 博英社, 1999, 30면.

133) 『조례위반에 형벌을 과할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 지방자치법 제20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임 없이 제정된 것이 되어 지방자치법 제15조 단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 헌법 제12조 제1항에도 위반된다.』(대판 1995.6.30. 93추83); 대판 1963.2.28. 63다22; 대판 1970.2.10. 69다2121; 대판 1991.8.27. 90누6613; 대판 1992.6.23. 92추17; 憲裁決 1995.4.20. 92헌마246, 279 병합.

평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.¹³⁴⁾ 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용·입법에 있어서 불합리한 조건에 따른 차별을 하여서는 아니된다는 것을 뜻하고, 따라서 비록 차별적인 대우를 하는 경우에도 그것이 합리적인 근거에 의한 때에는 평등의 원칙에 어긋나는 것은 아니다.

이와 같은 평등의 원칙은 지방자치단체의 조례의 제정 및 적용에 있어서도 타당함은 물론이다. 따라서 조례에 의한 권리의 규제, 특히 처벌에 지역적 불균형이 발생하는 것이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 반하지 않는가 하는 것이 문제된다. 이에 관해서는 일반적으로 소극적으로 이해되고 있는 바, 즉 조례의 내용이 지방자치단체간에 다른 것에 의해 발생하는 규제의 차이는 헌법 제117조 제1항이 각 자치체에 조례제정권을 인정한 이상 당연히 발생하는 것으로서 헌법 자신이 예상하고 있는 것이므로, 헌법상의 평등의 원칙에 반하는 것은 아니라고 본다.¹³⁵⁾ 아울러 헌법재판소도 『조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과이므로, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들이 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 하더라도 이를 두고 헌법 제11조 제1항의 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다』고 하여 소극적으로 해석하고 있다.¹³⁶⁾

134) 소송촉진등에관한특별법 제6조의 위헌심판(1989.1.25. 88헌가7); 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 84-85면.

135) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1997, 239면; 同人, 條例에 의한 有害圖書의 販賣의 禁止, 考試界(1978. 12.), 154-155면; 李琦雨, 地方自治行政法, 法文社, 1991, 230면; 丘秉朔, 條例와 營業·言論·出版의 自由, 月刊考試(1991. 6.), 133-134면.

136) 憲裁決 1995.4.20. 92헌마264, 279 병합(부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인); 대판 1996.10.26. 96추 22; 대판 1997.2.25. 92추213. 한편, 일본의 최고재판소도 이 문제에 관하여 오래전부터 소극적으로 해석하고 있는 바, 最大判 1958.10.15 刑集 12卷 14號, 3005頁(東京都賣春等取締條例違反事件); 最大判 1985.10.23 刑集 39卷 6號, 413頁(福岡縣青少年保護育成條例違反事件判決) 등 참조.

확실히 지방자치단체에의 자치입법권의 보장은 조례에 의한 인권규제에 지역차가 발생하는 것을 전제로 한 것이라 하더라도 그 경우에 조례를 일률적으로 파악할 것이 아니라 그것이 어떠한 권리를 규제하는 것인가에 착안하여 개별적으로 논하여야 할

따라서 조례와의 관계에 있어서 법 앞의 평등의 원칙의 적용이 문제되는 경우는 조례와 조례와의 지역차가 아니라, 조례가 같은 지방자치단체내의 주민에게 부당한 차별을 규정하는 경우일 것이다. 예컨대, 일반주민이 자유롭게 구독할 수 있는 도서를 청소년에게만 금지하는 것은 분명히 차별취급이다. 그러나 미성년자이기 때문에 유해도서로 하여금 악영향을 받지 않게 하기 위하여 그와 같은 규정을 둔 것은 합리적 차별이며 평등의 원칙에 위배되지 아니한다. 또 청소년에 관한 한 기본적인 인권 보장에 있어서도 인권의 성질에 따라 다소 특례가 인정될 수 있음은 헌법상 인정된 것이라 할 수 있다.¹³⁷⁾

3. 법령과 조례와의 관계

(1) 서

지방자치단체의 조례는 지역고유의 사무에 관련하는 것이어야 함은 물론, 지방자치단체는 국법질서내의 부분집단이므로 조례의 규정이 국가의 법령에 저촉하는 것은 허용되지 아니한다. 따라서 헌법 제117조 제1항 및 지방자치법 제15조는 지방자치단체로 하여금 “법령의 범위안에서” 조례를 제정할 수 있다고 규정하여 이른바 조례에 대하여 법령우위의 원칙이 적용됨을 명확히 하고 있다.

것이라는 견해가 있어 주목된다. 즉 주민의 신체·재산의 안전을 유지하는 것이 지방자치단체의 본래적 사명의 하나인 이상, 그것을 위한 형벌규제를 포함하는 규제조례를 각 자치체가 제정하고, 따라서 각 자치체간에 위의 점에서의 격차가 발생하는 것도 자주입법권을 존중하는 입장에서 일반적으로 인정되지 않으면 안된다. 그러나 특히 공안조례·옥외광고물조례·청소년보호육성조례 등 정신적 자유권을 규제하는 것은 엄격한 합헌성심사를 견딜 수 있는 필요최소한도의 것이지 않으면 안되므로 그러한 조례간에 지역차가 발생하는 경우, 그 지역적 격차가 정말로 필요불가결한가 아닌가를 엄격하게 검토하는 것이 요구될 것이다. 재산권을 규제하는 조례의, 각 자치체간에서의 격차에 관해서도 당해 조례가 어떠한 재산을 규제대상으로 하는 것인가에 관점을 맞추어 각별히 고찰하는 것이 요구되는 것이다(小林 武, 地方自治の憲法學, 221頁).

137) 丘秉朔, 전계논문, 134면.

그러나 지방자치단체의 조례와 국가의 법령과의 관계에 있어서 구체적으로 어떠한 경우가 법령에 저촉하는 것인가에 관해서는 반드시 명확하지 않은 경우가 많으며, 특히 지방자치단체의 조례로써 상회(초과)규제 내지는 추가규제를 행하는 것이 허용되는지 여부가 문제된다.¹³⁸⁾

요컨대, 조례가 국가의 법령에 위반하는지의 여부는 양자의 대상사항과 규정문언을 대비할 뿐만 아니라 각각의 취지, 목적, 내용 및 효과를 비교하여 양자간에 모순·저촉이 있는가의 유무를 확정함으로써 이를 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.¹³⁹⁾ 그리고 법령을 해석함에 있어서는 당해 사항에 관한 전국적·통일적 규제의 필요성의 유무와 정도, 즉 지방적 규제의 필요성, 허용도와의 비교형량의 문제가 중요한 의미를 가진다. 다만 이하에서는 조례와 법령과의 관계에 대한 일반적인 기준에 관해서 검토하기로 한다.

(2) 조례가 법령에 위반하지 않는 경우

1) 당해 사항을 규율하는 국가의 법령이 없고 국법상 완전히 공백상태에 있는 것(미규제영역)에 관하여 규제하는 조례: 무규제영역규제

이 경우에는 일반적으로 법령과의 저촉관계가 발생할 수 없으므로 지방자치단체는 자주적 판단으로 조례를 제정할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 다만 당해 사항을 규율하는 법령이 공백상태에 있는 경우라도 법체계 전체 또는 관계법령의 취지에서 볼 때 조례에 의한 규제가 허용되지 아니하는 경우도 있다. 또한 법령으로 규정하고 있지는 않으나 당해 사항에 관해서는 규제를 허용하지 않는 취지인 경우나 법령의 취지가 국가법의 전속적 관할에 속하는 것이라고 해석되는 경우에는 조례를 제정할 수 없게 된다.

138) 1960년대 이래 일본에서는 특히 공해·환경행정영역에 있어서 지방자치단체의 상회조례 및 추가조례의 적법성을 둘러싸고 학설·판례상 법률선점론, 규제한도법률·최저기준법률설 및 고유의 자치사무영역론 등이 주장되어 왔다. 이에 대해서는, 朴源永, 條例의 法理에 관한 研究, 318면 이하; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 108면 이하; 小林 武, 地方自治の憲法學, 145頁 이하 참조.

139) 最大判 昭和 50.9.10 刑集29卷 8號, 489頁(德島市公安條例事件最高裁判決).

140) 金南辰, 條例制定의 法的 問題, 23면; 柳至泰, 行政法新論, 新英社, 1995, 723면; 最大判 昭和 37.5.30 刑集16卷 5號, 577頁.

2) 국가의 법령이 규제하고 있는 사항·대상과 동일한 사항·대상에
관해 당해 법령과 다른 목적으로 규제하는 조례: 목적외규제

이 경우에는 두 가지로 나누어 판단하여야 한다. 우선 첫째로, 법령의 규제가 최고한도에 이르고 있다고 새겨지는 경우에는 법령이 정한 이상으로 조례로써 정하는 것은 허용되지 아니한다.¹⁴¹⁾ 둘째로, 법령의 규제내용이 전국적 최저기준을 설정하고 있다고 새겨지는 경우에는 그 이상의 규제는 각 지방의 행정수요에 따라 자율적으로 규제하는 것이 허용된다. 판례도 「조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때...에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다」¹⁴²⁾고 판시한 바 있다.

3) 국가의 법령이 규제하고 있는 목적과 동일한 목적하에 국가의
법령의 규제의 범위밖에 있는 사항 또는 대상을 규제하는 조례:
초과규제

이 경우에는 당해 법령의 취지에 의해 조례를 제정할 수 있는지의 여부가 정해진다. 우선 법령의 취지가 당해 규제로서 충분하여 규제의 대상밖에 있는 사항에 관해서는 규제를 하지 않고 방치할 수 있는 것인 경우에는 조례는 제정할 수 없다. 그러나 법령의 취지가 규제의 대상밖에 있는 사항에 관해서는 국가가 무관심하다든가 또는 국가가 전국적인 규제를 할 필요를 인정하지 않을 뿐이며 지방의 실정에 상응하여 특별한 규제를 가하는 것까지를 금지하는 것이 아니라고 해석되는 경우에는 조례제정이 가능하다.¹⁴³⁾ 예컨대, 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제4조 제4항에는 「특별시·광역시 또는 도는 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 영향평가를 실시

141) 金南辰, 條例制定의 法的 問題, 23면; 柳至泰, 전게서, 723면.

142) 대판 1997.4.25. 96추244(광주광역시동구저소득주민생계보호지원조례안 사건).

143) 일본의 대기오염방지법 제32조, 수질오염방지법 제29조 등 참조.

하여야 할 필요가 있는 때에는 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 영향평가를 실시할 수 있다.」고 규정하고 있다.

다만, 일정규모 이하의 시설을 조례로 규제하는 경우에는 조례의 규제가 주요시설에 대한 법률의 규제보다도 엄하다면 법체계 전체에 부조화를 초래한다. 그래서 조례의 규제는 법률의 그것과 균형이 잡힌 것이어야만 한다는 것이 통례이다. 그러나 조례와 법령과의 균형은 전체적으로 보아 조화하고 있으면 족하고, 조례에서는 어떠한 횡출조항도 두어서는 안된다고 하는 것은 너무 경직적이다.¹⁴⁴⁾

(3) 조례가 법령에 위반되는 경우

1) 조례의 규정이 적극적으로 법령의 규정에 모순·저촉하는 경우

법률에 의한 규제가 이미 존재하고 있는 사항에 관하여 자치체가 법령의 집행을 방해하는 것과 같은 조례를 정하는 것은 허용되지 아니하는 바, 이것을 양자의 적극적 저촉이라고 한다. 예컨대 조례로 법률에 의한 환경규제의 완화, 법률상의 비밀사항의 공개, 행정절차법의 적용제외 등을 정한다고 한다면 그와 같은 규정은 어느것이나 법률과 적극적으로 저촉하여 위법이다.¹⁴⁵⁾

2) 국가의 법령이 일정한 기준을 설정하여 규제하고 있는 경우에 국가의 법령과 동일한 목적으로 동일한 사항에 대해 법령보다도 고차의 기준을 부가하는 조례: 추가규제

법률이 어떤 사항에 관하여 일정한도의 규제를 정하고 있는 경우에 조례로 다시 동일사항에 관해 동일목적으로 한층 엄한 규제를 가중할 수 있는

144) 原田尚彦, 地方自治の法としくみ, 學陽書房, 2001, 168頁. 가령 소하천의 관리에는 대하천의 관리와는 다른 수법을 필요로 하는 경우도 있을 것이며, 따라서 보통하천관리조례가 횡출조항을 규정하더라도 일률적으로 위법이라고는 말하기 어렵다.

145) 대판 1995.4.11. 95추18; 대판 1996.6.14. 96추46; 札幌地判 昭和 31.11.28 下級民集 7卷 11號, 21頁(결핵성질병으로 휴직중인 교원에 대하여 기말수당을 인하는 취지의 규정을 둔 조례는 교육종사자에게 충분한 요양의 기회를 주기 위해 조기에 휴직하게 하여 요양을 받게 하려고 하는 교육공무원특례법 제14조 제2항의 취지에 위반한다고 한 판결이 있었다).

지 여부는 검토를 요한다.

이와 관련하여 종래 일본에서는 법률선점이론에 근거하여 법률이 규제를 정하고 있는 경우에는 법률에 특단의 규정이 없는 한 조례로 법률과 동일 목적을 달성하기 위해 거듭 규제를 가하는 것은 법률의 선점영역을 침해하는 것으로 되어 위법이라고 하였다. 그러나 선점이론을 관철하면 국가가 법률을 정하여 규제에 나서면 그것이 느슨한 것이더라도 지방자치단체는 조례를 제정하여 자주적으로 대책을 강구할 수 없게 된다. 그래서 공해문제가 격화하여 심각하게 되었던 1960년대에 들어서면 선점이론에 의문이 제기되게 되었다. 그리고 1969년에 동경도가 상회·횡출규제를 포함하는 공해방지조례를 제정한 것을 시초로 각지의 지방자치단체는 선점이론의 속박에서 벗어나 법률의 규제를 상회하는 엄한 규제를 담은 공해방지조례를 잇달아 제정하게 되었다. 판례도 선점이론의 일률적용을 배척하고 법률이 전국일률의 균일적인 규제를 피하여 규정을 두고 있다고 이해되는 경우(최대한규제입법)에는 조례로 상회·횡출규제를 정하는 것은 허용되지 않지만, 반대로 법률이 전국 어느 지역에서나 실시해야만 하는 최소한의 규제를 정하고 있음에 지나지 않는다고 볼 수 있는 경우(최소한규제입법)는 지방자치단체가 지역특성을 배려하여 조례로 규제강화를 할 수 있다는 판단을 시사하였다.¹⁴⁶⁾ 이 판결은 법령의 취지해석에 의해 선점이론의 적용을 완화하는 것으로 일반적으로 타당한 판단이라고 할 수 있다.¹⁴⁷⁾

한편 우리의 현행법제상 명문의 규정을 두어 법령에 의한 기준보다 고차의 기준을 조례로써 정할 수 있음을 규정한 것도 있다.¹⁴⁸⁾ 즉, ①대기환경보전법 제8조 제3항 본문이 「특별시·광역시 또는 도는 환경정책기본법

146) 最大判 昭和 50.9.10 刑集 29卷 8號, 489頁.

147) 原田尚彦, 地方自治の法としくみ, 169-170頁. 한편, 이른바 법률선점론(국법선점이론)에 의하면 조례제정권의 범위의 획정은 국가의 입법정책에 맡겨지게 되는 바, 이에 대한 비판으로서 지방자치의 핵심에 관련하는 영역은 「고유의 자치사무」영역으로서 헌법상 언제나 자치단체에 유보되어 있다고 하는 「고유의 자치사무론」이 주장되었다. 그러나 지방분권을 추진하고 지방자치를 강화하기 위해서는 자치사무영역은 정지적·고정적으로 한정되어 있다고 볼 것이 아니라 동태적으로 형성되고 발전되어 가는 것으로 보아야 할 것이다. 건전하고 왕성한 지방자치를 형성하기 위해서는 이와 같은 동태적 지방자치관에 기초하는 자치체의 실천활동이 중요하다고 본다.

148) 일본의 대기오염방지법 제32조, 수질오탁방지법 제29조, 호수수질보전특별조치법 제32조 등 참조.

제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다』고 규정한 것, ②수질오염방지법 제8조 제3항 본문이 「특별시·광역시 또는 도는 환경정책기본법 제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다』고 규정한 것, ③지하생활공간공기질관리법 제5조 제3항이 「특별시·광역시 또는 도는 지역환경의 특수성을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 지방자치단체의 조례로 제1항의 규정에 의한 지하공기질기준보다 엄격한 지하공기질기준을 정할 수 있다』고 규정한 것 등이 있다.

- 3) 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항에 관해 국가의 법령과 동일한 목적으로 국가의 법령의 규제보다 강한 태양의 규제를 하는 조례

예컨대, 국가의 법령으로서 신고제로 되어 있는 사항에 대해 조례로서 허가제로 하거나 또는 법령에서 행정기관의 권고정도의 규제밖에 하지 않는 사항에 대해 권력적 규제를 가하는 것 등은 일반적으로 법령에 위반하는 것으로 이해된다.¹⁴⁹⁾

(4) 결 어

이 표준적인 유형에서 주의하지 않으면 안되는 것은 이 유형은 어디까지나 일종의 기준이고 구체적인 사례에 따라서는 일반적으로는 법령에 위반하지 않는다고 생각되는 유형에 속하는 것이더라도 법령에 위반하게 되는 경우도, 또한 그 반대의 경우도 있을 수 있는 것이다.

결국 조례가 국가의 법령에 위반하는지 아닌지의 문제는 구체적 사례에 있어서 개개의 구체적인 조례와 관계법령 각각의 취지, 목적, 내용 및 효과

149) 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 125면. 일본의 법제의견으로는 가령, 자연공원법이 허가제로 하고 있는 자연공원의 특별지역 등에서 광고물의 게재·설치 등을 절대금지하려는 조례 등은 법령에 위반한다고 보고 있다. 條例實務研究會(編), 條例解説全集(1)(2)(3)(4), ぎょうせい, 1998, 2533頁 이하 참조.

를 개별적·구체적으로 비교하여 양자간에 모순저촉이 있는가 어떤가를 확인함으로써 이것을 결정하지 않을 수 없는 성질의 문제인 것을 강하게 인식하는 것이 중요하다는 것이다. 그 경우, 학설, 판례의 사고는 모순저촉관계를 생각함에 있어서 중요한 기준 내지는 사고가 되는 것이므로 그것들을 충분히 근거로 한 다음 모순저촉관계를 해석하는 것이 필요하게 된다. 그리고 법령의 해석을 구분하는 포인트는 당해 사항에 관한 전국적 통일규제의 필요성의 유무, 정도이며, 환언하면 지방적 규제의 필요성, 허용도와의 비교형량의 문제이기도 하다. 즉 사안이 전국을 통하여 획일적·통일적으로 규제할 필요가 있는 사안인가 어떤가, 지방에 따라 규제에 차이가 있더라도 상관없는 사안인 것인가 아닌가, 그렇지 않으면 보다 적극적으로 지방의 실정에 맞추어 규제하는 것에 그 의의와 합리성이 인정되는 사안인 것인가 어떤가에 관하여 사회의 실태에 입각하고 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하는 것이 필요한 것이다.¹⁵⁰⁾

4. 기초지방자치단체의 조례와 광역지방자치단체의 조례와의 관계

지방자치법 제17조는 「시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다」고 규정하여 광역지방자치단체조례우선의 원칙을 명시하고 있는 바, 따라서 당해 규정이 의미하는 바가 무엇인지가 문제된다.

지방자치법상 기초지방자치단체인 시·군 및 자치구와 광역지방자치단체인 시·도는 대등한 지방자치단체이며(지방자치법 제3조) 따라서 양자간에 상하관계는 없다. 또한 시·군 및 자치구와 시·도의 사무배분에 관해서는 기초적인 지방자치단체인 시·군 및 자치구에 우선적으로 배분되는 것으로 하고 있는 바, 이른바 시·군 및 자치구우선의 원칙이다(동법 제10조 제3항). 한편, 시·도의 사무는 광역적 사무, 통일적인 처리를 필요로 하는 사무, 시·군 및 자치구의 연락·조정과 관련한 사무 등에 한정되어 있

150) 岩崎忠夫, 條例制定權の範圍と限界, 岩崎忠夫 編, 地方自治法講座 2. 條例と規則, ぎょうせい, 1990, 69-70頁

다(동법 제10조 제1항 제1호). 이와 같이 기본적으로는 시·군 및 자치구의 사무와 시·도의 사무가 각기 별개로 존재하고 있는 이상, 시·도의 조례와 시·군 및 자치구의 조례가 저촉하거나 경합하는 일은 그다지 존재하지 아니한다.¹⁵¹⁾

따라서 지방자치법 제17조의 광역지방자치단체조례우선의 원칙은 지방자치단체의 자치사무에 대한 것이 아니라 위임사무에 대한 규정으로 보아야 할 것이다.¹⁵²⁾

제 4 절 환경자치입법권의 문제점 및 개선방안

1. 환경조례의 제정현황과 문제점

종래에는 환경정책에 관한 국가법의 규정방식이나 환경정책을 보는 시각이 중앙집권적인 발상에 근거하고 있었고, 지방자치가 본격화한 지도 오래지 않았을 뿐더러 환경문제의 심각성에 대한 국가나 지방자치단체 및 주민 등 모두의 인식이 미흡했던 결과 지방자치단체의 환경관련조례의 제정은 거의 답보상태에 있었다고 해도 지나치지 않을 것이다.¹⁵³⁾

그러나 최근에 들어 지방자치단체는 환경문제가 국가의 최우선과제의 하나로 대두됨에 따라 그 중요성 및 특히 환경행정에 있어서 지방자치단체가 가지는 중요성을 인식하면서 여러 가지의 환경조례들이 제정되고 있다. 예를들면 환경기본조례, 대기오염물질배출허용기준조례, 도시공원조례, 자연환경보전조례, 폐기물관리조례, 환경기준조례, 환경·교통·재해영향평가조례, 환경분쟁조정위원회운영에관한조례, 지방의제21실천협의회설치및운영조례, 환경상조례 등등이 바로 그것인 바, 광역시지방자치단체의 주요 환경관계조례의 제정현황은 다음과 같다.

151) 門山泰明, 都道府縣條例と市町村條例との關係, 統制條例, 岩崎忠夫 編, 地方自治法講座 2. 『條例と規則』, ぎょうせい, 1990, 71頁.

152) 金南辰, 條例制定의 法的 問題 -조례제정권의 범위와 한계의 문제를 중심으로-, 법제연구 제9호(1995), 17면; 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 127면.

153) 姜在圭, 전개논문, 13면.

시·도의 주요환경관련조례 제정현황

조례명 \ 시·도	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주
환경기본조례	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
환경기준조례	○			○		○										○
환경·교통·재해영향평가조례	○			○					○							○
자연환경보전조례	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
도시공원조례	○	○		○	○	○					○	○		○	○	
쓰레기줄이기와자원재활용촉진에관한조례	○															
폐기물관리조례	○			○	○	○	○									
음식물쓰레기처리시설관리·운영에관한조례	○															
녹지보전및녹화추진에관한조례	○			○												
환경분쟁조정위원회운영에관한조례	○															
환경상조례	○								○		○				○	
지하생활공간공기질기준조례	○															
지방의제 21 조례	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
대기오염물질배출허용기준조례	○			○												
자원회수시설설치촉진및주변지역지원등에관한조례	○															
자원회수시설주변영향지역주민지원기금조례	○															
폐기물감량과재활용촉진에관한조례		○														

제 4 절 환경자치입법권의 문제점 및 개선방안

조례명 \ 시·도	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주
일반폐기물대형소각장 설치관리·운영조례	○															
오수·분뇨및축산폐수 의처리에 관한조례	○		○													
하수도사용조례	○	○	○	○	○	○										
환경오염피해분쟁조정 에 관한조례	○		○		○							○				
환경보전기금설치 및 운용조례	○	○						○				○	○		○	○
환경보전자문위원회 조례	○		○		○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
지하수조례		○	○	○	○						○					
환경보전기금설치 및 운용조례	○	○											○		○	
폐기물처리시설설치 및 운영조례	○	○	○													
분뇨처리시설처리수수 료징수등에 관한조례			○													
하수도사업설치조례		○	○	○	○	○	○									
지방환경위원회조례			○				○									
폐기물감량및자원재활 용촉진에 관한조례				○												
환경분쟁조정 에 관한조례					○		○	○		○			○	○	○	○
녹지기금조성 및 운용조례						○										
오수·분뇨및축산폐수 의 처리에 관한조례						○										
자원의 절약과 재활용 촉진에 관한조례						○										

제 3 장 환경자치입법권의 법적 문제

조례명 / 시·도	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주
대기및수질환경보전법 규위반업소공개에관한 조례								○								
환경오염행위신고 보상조례								○								
수질오염저감기금 설치및운용조례									○							
자연학습원 운영조례									○						○	
환경오염피해분쟁 조정조례									○							
폐기물관련과태료 부과징수에관한조례											○					
수질환경보전조례											○					
일반폐기물및오수분뇨 처리업자등에대한과태 료부과징수조례														○		
자연휴양림입장료및시 설사용료징수조례														○	○	
폐기물관리법위반자에 대한과태료징수조례															○	
순환수립장 운영관리조례															○	

<자료출처: 행정자치부 홈페이지 지방행정정보은행(LAIB)>

그러나 지방자치단체의 환경조례제정은 각종의 국가법에 의해서 제약되고 있는 부분이 적지 않다고 본다. 즉 각종의 환경관계법들은 환경정책 및 환경행정의 실시에 있어서 지방자치단체가 가지는 중요성을 충분히 고려하지 않은 채 입법화되어 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 환경관계법들은 자치환경정책의 위상을 국가환경정책에 종속된 것으로 보는 중앙집권적 발상을 토대로 하고 있다고 비판받아야 마땅하다.¹⁵⁴⁾ 따라서 지방자치단체의 환경조례의 제정이 활성화되기 위해서는 무엇보다도 우선 관계법제의 개정이 행해져야만 한다고 본다. 특히 후술하는 바와 같이 지방자치단체의 환경조례의 제정을 크게 제약하고 있는 지방자치법 제15조 단서와 아울러 환경관련사무를 원칙적으로 국가사무로 규정하고 있는 개별 환경법이 개정되어야 할 것이다. 이와 같은 관계법제의 개선이 행해지는 경우에 있어서만 지방자치시대에 걸맞는 환경자치의 실현이 기대될 수 있기 때문이다.

2. 환경자치입법권의 개선방안

지방자치단체는 환경정책과 환경행정에 있어서 지방자치단체가 가지는 중요성을 인식하면서 최근에 들어 환경조례의 제정에 적극적으로 나서고 있다. 그러나 그와 같은 지방자치단체의 환경자치입법의 활성화를 위해서는 특히 다음과 같은 점들이 개선되어야 한다고 본다.

(1) 지방자치법 제15조 단서의 개정문제

지방자치단체의 환경정책기능이 제대로 수행될 수 있도록 하기 위해서는 무엇보다도 지방자치단체의 환경자치입법권이 확보되어야 한다. 그러나 지방자치법은 지방자치단체의 자치입법권을 일반적으로 제한하고 있다. 즉, 지방자치법 제15조는 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다』고 규정함으로써

154) 姜在圭, 地方自治團體의 環境條例制定의 法的 問題, 慶星法學(경성대) 第5號 (1996. 9.), 12면.

자치입법권을 엄격히 제한해 왔던 종래의 태도를 그대로 견지하고 있다. 이와 같은 자치입법권에 대한 일반법적 제한은 환경조례가 성립할 여지를 사실상 배제한 것이나 다름없다. 즉 환경조례는 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 내용을 갖는 것이 일반적이고 별칙이 뒤따르지 않는 한 실효성을 기하기 어려우므로 가령 환경정책기본법 제10조 제3항과 같은 각 개별법률에 의한 특별한 위임이 없는 한 제정될 수 없다는 결과가 되기 때문이다. 이 같은 지방자치법의 규정은 실은 과거 권위주의시대의 중앙집권적 발상에 따른 것으로서 헌법 제117조에 의한 지방자치의 헌법적 보장에 반하기 때문에 위헌이라는 비판이 제기되어 왔다.¹⁵⁵⁾

요컨대, 지방자치법 제15조 단서는 이를 반드시 위헌이라고는 할 수 없을 지라도 과거 지방자치가 실시되지 않았던 시대의 산물로서, 결코 지방자치 실현에 대한 시대적 요청에 맞지 않는 조항이라고 하지 않을 수 없다. 환경조례제정권은 지방자치단체가 지역의 특수한 사정에 맞는 환경정책을 실행해 가는데 기본적으로 필수적인 법적 수단인 바, 지방자치법 제15조 단서의 일반조항은 이를 원천적으로 봉쇄하는 장애요인으로 작용하고 있기 때문이다. 따라서 헌법 제117조 제1항에 의한 지방자치의 헌법적 보장과 특히 환경자치시대에 부응하기 위해서는 이를 조례제정권의 범위를 확대하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 개별환경법에 의한 환경조례제정권의 위임문제

현행 개별환경법상 지방자치단체로 하여금 환경관련조례를 제정할 수 있도록 명시적 수권규정을 두고 있는 예는 적지 않다. 가령 환경정책기본법 제10조 제3항이 지역적 환경기준의 설정을 조례로써 정할 수 있도록 한 것이라든지 폐기물관리법이 일반폐기물의 처리등의 대행(제13조 제2항), 폐기물처리등에 대한 수수료징수(동조 제4항) 및 폐기물처리시설등의 관리·운영의 위탁(제58조 제2항)에 관하여 각기 조례제정권을 부여한 것, 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제32조 제4항 및 동법 시행령 제36조

155) 洪準亨, 중앙정부와 지방자치단체간 環境政策의 조율을 위한 法制整備의 방향과 과제 -지방자치시대의 환경정책과 환경법의 진로모색-, 環境法研究 제17권(1995), 249-250면.

제2항이 대형폐기물등의 집하·보관소의 운영·관리업무의 위탁에 관한 조례제정권을 부여한 것, 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률이 제19조에서 분뇨처리에 관한 조례제정을 위임한 것, 또는 지하수법이 시·도지사에게 지하수보전구역안에서의 행위제한(제11조) 및 지하수보전구역의 지정 또는 지정변경의 공고 및 지적고시에 관하여 필요한 사항을 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 한 것(제10조 및 동법 시행령 제8조 제5항) 등이 그것이다. 그러나 이러한 각 개별법이 조례제정권을 지방자치단체에게 부여하고 있는 것은 그 대상이 약간의 예외를 제외하고는 주로 수수료나 사용료의 징수, 관련업무의 대행, 위탁 등에 관한 것에 국한되어 있어 환경자치입법의 형성을 촉진시키는 데는 불충분하다.

따라서 지방자치법이 개정될 때까지는 우선 법해석론적으로 지방자치법 제15조 단서의 규정을 엄격히 제한적으로 해석함으로써 어느 정도 지방자치단체의 환경조례제정의 여지를 확보할 수 있을 것이다. 그러나 지방자치단체의 환경자치입법권을 제약하고 있는 것은 무엇보다도 대부분의 환경관련사무가 국가사무로 되어 있는 점에 있다. 이 점에서 본다면 더욱 근본적으로는 지방자치법상 지방자치단체의 사무범위에 관한 규정에 환경관련업무를 명시적으로 추가하거나 후술하는 바와 같이 환경관련사무를 전반적으로 재검토하여 개별 환경관련법에서 지방자치단체의 사무로 이관할 것이 요청된다.¹⁵⁶⁾

(3) 전국최저기준입법과 대강입법 방식

전국최저기준입법(National Minimum Legislation)과 대강입법(Rahmengesetzgebung)의 방식은 환경자치입법의 형성을 촉진시키기 위한 방안으로 검토될 수 있다. 전자는 국가수준에서의 환경입법이 환경규제의 수준을 정함에 있어 전국적 최저한도만을 정하고 그 보다 엄격한 수

156) 개별환경법에서 자치입법권을 명시적으로 위임하는 규정을 두는 경우 포괄적 위임입법의 금지라는 헌법적 요구는 헌법 제117조 제1항의 규정과 그에 따른 조례의 자치입법으로서의 성격을 고려하여 일반적인 법규명령의 경우와는 달리 완화된다고 보아야 할 것이다(洪準亨, 전개논문, 255면). 이와 관련하여서는, 대판 1991.8.27. 90누6613 참조.

준이나 강도의 환경규제권한을 지방자치단체에게 맡기는 방식이며, 후자는 국가가 환경보전에 필요한 최소한의 지침만을 법률로 정하고 나머지 세부적인 규율은 각 지방자치단체가 당해 지역의 실정에 맞게 형성해 나가도록 하는 방식이다. 전자의 예로는 지역환경기준의 설정과 관련한 환경정책기본법 제10조 제3항을 들 수 있다. 이와 같은 전국최저기준이라는 입법방식을 그밖의 환경규제법에서 확대하는 것은 법적으로 충분히 가능할 뿐만 아니라 환경자치를 위하여 바람직한 것이므로 일반적 자치입법권을 확대하기 위한 입법적 노력과 병행하여 이를 추진해 나가야 할 것이다.¹⁵⁷⁾

한편 대강입법의 방식은 주로 독일과 같은 연방국가에서 채용되고 있는 입법방식이기는 하지만, 향후 환경부문에서의 지방자치가 본격화될 수 있다는 점이나 통일후의 환경법·정책의 발전방향을 감안한다면 개별 환경규제분야의 특수성에 따라서는 이와 같은 입법방식을 통하여 지방자치단체에게 환경자치의 자생력을 배양시키는 방안을 신중하고 점진적으로 고려할 필요가 있다고 본다.¹⁵⁸⁾

157) 洪準亨, 21세기 지방화시대의 자치환경법정책 -새천년 환경자치를 위한 법정정책 방향 모색-, 環境法研究 제22권(1999), 71-72면.

158) 洪準亨, 상계논문, 73면.

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

제 1 절 개 설

입헌주의국가에 있어서는 공권력주체인 중앙정부, 지방자치단체 각각이 가지는 권한(따라서 그 담당사항으로서의 사무)은 모두 국민으로부터 헌법을 통하여 위탁된 것이다. 다만 헌법은 개별사항에 관한 국가·지방에의 배분을 명시적으로 정하고 있지는 아니하다. 헌법 제8장에서 지방자치를 헌법적 차원에서 보장하고 있는 이상 사무배분은 지방자치체우선의 원칙에 입각하여 행해질 것이 요청된다. 그리고 이 요청은 지방자치법이 헌법을 구체화하여 지방자치단체의 사무를 획정함에 있어서도 본래는 가장 존중되어야만 하는 것이었다.

그러나 현행 지방자치법상의 사무배분규정과 개별 환경법상의 환경사무의 배분 실태는 지방자치시대에는 걸맞지 아니하여 환경자치의 실현을 저해하고 있는 감이 없지 아니하다. 이하에서는 환경관련사무의 배분실태에 기초하여 그 문제점과 개선방안 등에 관해서 검토하기로 한다.

제 2 절 헌법 · 지방자치법상의 사무배분원칙

1. 헌법상의 원칙

(1) 전권한성의 원칙

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 사무에 관하여 『주민의 복리에 관한 사무』라고 규정함으로써 지방자치단체의 사무의 전권한성을 보장하고 있다. 즉 지방자치단체의 사무는 법률에 한정적으로 열거된 사무에 그치는 것이 아니라 법률에 별도의 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무가 지방자치단체의 자치사무로 된다는 것이다. 이러한 전권한성의 원칙은 지방자치단체의 활동영역을 보장하는 기능을 한다.¹⁵⁹⁾

159) 전권한성의 의미에 대한 상세는, 李琦雨, 지방자치발전을 위한 사무배분의 과제, 지방자치연구 제8권 제2호(1996. 6.), 17-19면 참조.

(2) 보충성의 원칙

전권한성의 원칙에 의하여 국가와 지방자치단체가 중첩적인 관할권을 갖는다면 그 사무는 현실적으로 누구에 의하여 수행되어야 하는지가 문제되는 바, 이것은 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 의하여 정해진다.

보충성의 원칙은 소극적인 측면과 적극적인 측면을 포함한다. 보충성의 원칙이 갖는 소극적인 측면은 상급공동체가 해서는 안되는 것을 정한다. 사회의 활동은 보완적인 성격을 가지며 작은 하위의 구성단위가 스스로 어떤 업무를 잘 수행할 수 없는 경우에만 상위의 공동체가 개입할 수 있다는 것이다.¹⁶⁰⁾ 소극적인 측면에서 보충성의 원칙은 상급공동체의 기능의 차단(Funktionssperre)을 의미한다.¹⁶¹⁾ 즉 사회는 그의 개별적인 사회구성단위의 활동을 파괴하거나 박탈해서는 안되며, 당해 업무는 일차적으로는 하위단위에게 배분하여야 함을 의미한다.¹⁶²⁾ 한편 적극적인 측면에서 보충성의 원칙은 국가에게 하위의 작은 구성단위가 일차적으로 활동할 수 있는 조건을 갖추어 줄 것을 요구한다. 구성단위의 활동은 보완되어야 하고 따라서 불충분한 능력이 지원되어야 하지 상급단위에 의하여 그 하급구성단위의 활동이 대체되거나 인수되어서는 안된다는 것이다.¹⁶³⁾ 즉 보충성의 원칙은 하위의 구성단위가 그의 업무를 수행하기 위한 조건의 하나로서 재정적인 여건도 국가가 조성해 줄 것을 요구한다. 국가는 하위의 구성단위가 그의 업무를 자기의사에 따라 재량으로 처리할 수 있는 재정적인 수단을 그 규모에 따라 추상적으로 보장해 주어야 한다는 의미를 갖는다.¹⁶⁴⁾

요컨대, 보충성의 원칙에 의하면 모든 공공사무의 처리권한은 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 지방자치단체의 자기책임적인 처리권한에

160) J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968, S. 19.

161) K. Glaser, Das Subsidiaritätsprinzip und die Frage seiner Verbindlichkeit nach Verfassungs- und Naturrecht, Berlin 1965, S. 19.

162) C. Stewing, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, Köln u.a., 1992, S. 15.

163) V. d. Ven, Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit, in: Utz (Hrsg.), Subsidiaritätsprinzip, Heidelberg 1953, S. 45.

164) C. Stewing, a.a.O., S. 16.

속한다. 그리고 이에 대한 설명은 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분에도 그대로 타당하다.¹⁶⁵⁾

(3) 예외의 근거와 범위

전권한성의 원칙에 의하면 모든 공공사무는 법률에 특별한 규정이 없는 한 여러 지역사단의 중첩적인 관할에 속한다. 보충성의 원칙에 의하면 모든 공공사무(중첩적인 관할에 속하는 사무)는 법률에 특별한 규정이 없는 한 최하위공공단체가 자기책임하에 처리한다. 여기서 전권한성의 원칙과 보충성의 원칙에 예외를 인정하는 법률이 인정되는 근거와 범위가 문제된다.

우선 지방분권적인 권력체계에서 전권한성의 원칙과 보충성의 원칙에 대한 예외로서 법률의 규정은 국가의 통합력에 의해 정당화된다고 할 수 있다. 이와 같이 전권한성의 원칙과 보충성의 원칙에 대한 제한이 국가적인 공익을 달성하기 위한 통합적인 요구에서 요구된다고 하더라도 국가가 마음대로 지방자치단체의 자치권을 제한하여도 무방하다는 뜻은 아니다. 법률로써 지방자치단체의 자치권을 제한하는 경우에는 다시 헌법상의 법치국가의 원칙으로부터 유래하는 비례의 원칙(과잉조치금지 원칙)에 의하여 제한을 받는다. 비례의 원칙은 목적과 수단간의 관계를 규율하는 헌법상의 원칙이다.¹⁶⁶⁾ 이에 따라 국가가 어떠한 방식으로 통합(국가전체의 이익)을 추구할 것인지는 입법자의 입법재량에 속한다고 할 것이나 가능한 한 지방자치단체의 자치권을 존중하는 입장에서 자치권을 가장 덜 침해하는 방법을 택할 것이 요구된다. 즉 지방자치단체에 대한 국가의 개입(자기책임성의 제한)은 지방자치단체의 재량적인 결정만으로는 그 목적을 달성할 수 없거나 현저한 공익상의 손실이 우려되는 경우에 한하여 최소한의 범위 내에서 허용된다고 할 것이다.¹⁶⁷⁾

165) 이기우, 지방자치이론, 學現社, 1996, 204-206면 참조. 한편 보충성의 원칙은 헌법 제117조가 분절적인 국가구조를 보장함으로써 헌법이 전제로 하고 수용한 헌법상의 법원칙으로 보는 것이 타당하다. 이기우, 상계서, 206면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1991, 781면 참조.

166) 비례의 원칙에 대한 상세는, L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen, 1981 참조.

167) 이기우, 전계서, 206-208면 참조.

2. 지방자치법상의 원칙

헌법 제117조 제1항은 주민의 복리에 관한 사무를 지방자치단체가 처리한다고 함으로써 지방자치단체의 종류에 상관없이 모든 지방자치단체가 당해 지역의 행정사무에 대하여 본래적인 관할권을 갖는 것을 인정하고 있다. 즉 중첩적인 관할권(Doppelzuständigkeit)¹⁶⁸⁾을 헌법은 배제하지 아니하고 있다. 따라서 이들 사무를 어떤 기준에 의하여 광역지방자치단체와 기초지방자치단체에 구체적으로 배분할 것인가 하는 것이 문제된다.

(1) 불경합성의 원칙

지방자치법 제10조 제3항 전단은 『시·도와 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어서 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며』라고 하여 이른바 불경합성의 원칙을 규정하고 있다. 이는 업무의 귀속과 권한 및 책임을 명확히 규정함으로써 이중행정의 낭비를 방지하고 또한 책임의 전가를 통한 업무의 회피를 방지하기 위한 취지에서 인정된 것이다.¹⁶⁹⁾

(2) 기초자치단체우선의 원칙

지방자치법 제10조 제3항 후단은 『그 사무가 서로 경합되는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다』라고 규정하고 있는 바, 시·도의 사무와 시·군 및 자치구의 사무가 경합되는 경우에 시·군 및 자치구가 이를 우선적으로 처리하는 것을 가리켜 기초지방자치단체우선의 원칙이라고 한다. 이는 행정의 시민근접성을 보장하기 위한 보충성의 원칙을

168) E. Schmidt-Jortzig/A. Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Köln u.a., 1982, S. 87 ff.

169) 그러나 어떤 행정사무가 기초지방자치단체의 이해관계에도 관련되고 광역지방자치단체의 이해관계에도 관련되는 경우에는 당해 행정사무를 시·도 또는 시·군·자치구에 배타적으로 배분하는 것이 타당한지에 대하여는 의문의 여지가 있다. 현행의 개별법과 지방자치법 시행령에서 불경합성의 원칙은 지켜지지 아니하고 있으며 중첩적인 관할을 규정하는 경우가 많다. 사무의 중복의 예에 대해서는, 이기우, 지방자치행정법, 법문사, 1991, 97면 이하 참조.

지방자치단체간의 사무배분에 구체화한 것이라고 할 수 있다.¹⁷⁰⁾

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

1. 지방자치법상의 일반적인 사무배분기준

지방자치법 제10조 제1항에 의하여 지방자치단체는 그 관할구역의 자치 사무(고유사무)와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무(단체위임사무)를 처리하는 바, 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음과 같다. 즉, ① 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리등에 관한 사무, ②주민의 복리증진에 관한 사무, ③농림·상공업등 산업진흥에 관한 사무, ④지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무, ⑤교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무, ⑥지역민방위 및 소방에 관한 사무를 각각의 지방자치단체는 그 공통사무로서 수행하며(지방자치법 제10조 제2항), 다만 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 한편 광역지방자치단체(시·도)는 ①행정처리결과가 2개이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무, ②시·도단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무, ③지역적 특성을 살리면서 시·도단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무, ④국가와 시·군 및 자치구간의 연락·조정등의 사무, ⑤시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무, ⑥2개이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설의 설치 및 관리에 관한 사무를 처리한다(지방자치법 제10조 제1항). 게다가 지방자치단체는 지방자치법 제11조에 의하여 원칙적으로 ①외교, 국방, 사법, 국세등 국가의 존립에 필요한 사무, ②물가정책, 금융정책, 수출입정책등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무, ③농림·축·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입등 전국적 규모의 사무, ④국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑤근로기준,

170) 이기우, 지방자치이론, 216면.

측량단위등 전국적으로 기준의 통일 및 조정을 요하는 사무, ⑥우편, 철도 등 전국적 규모 또는 이와 비슷한 규모의 사무, ⑦고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발등 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무 등과 같은 국가의 사무를 처리할 수 없다.

2. 행정주체별 환경사무의 담당현황

환경정책의 결정 및 집행체제는 중앙정부의 부·처·청과 지방자치단체에 분산되어 수행되고 있어 복잡하게 분화되어 있는 상태이다. 환경보전업무 자체는 복합적인 성질을 가지고 있으므로 주무부서인 환경부뿐만 아니라 관련 중앙행기관에 의해서 담당되고 있는 바, 따라서 유기적인 협조체제가 요청되고 있다. 또한 환경사무는 무엇보다도 지역적 특성을 강하게 가지고 있으므로 환경행정에 있어서는 지방자치단체의 역할이 더욱더 강조되고 있는 실정이다. 각 행정주체별 환경사무의 담당현황 내지 실태를 개략적으로 정리하면 다음과 같다.

(1) 환경부

환경보전의 주무부처인 환경부는 우선 본부에서는 ①환경법령의 제·개정, 환경관련 제도 도입 등 국가 환경관리를 위한 환경행정 기본체계의 확립, ②환경보전을 위한 중장기 종합대책의 수립 및 시행, ③각종 규제기준의 설정, ④지방환경관서 및 자치단체의 환경관리를 위한 행·재정적 지원, ⑤국가간 환경보전협력기능수행 등을 담당하고 있다.¹⁷¹⁾

또한 지역환경관리를 위하여 특별지방행정기관으로서 한강유역환경관리청 및 낙동강·금강·영산강 환경관리청과 환경관리청 소속하에 지방환경

171) 환경부는 2001년 6월 30일 현재 1실 6국 33과(정원 385명)로 구성되어 있으며, 소속기관으로는 중앙환경분쟁조정위원회, 국립환경연구원 및 8개 지방환경관서를 두고 있으며, 산하기관으로는 환경관리공단, 한국자원재생공사 및 국립공원관리공단이 있다. 또한 환경정책에 대한 심도 있는 연구와 정책개발, 환경영향평가서 검토업무를 담당하는 환경환경정책·평가연구원이 국무총리실 소속으로 설치되어 있다 (2001 환경백서, 환경부, 2001, 77면).

관리청을 두고 있다.¹⁷²⁾ 지방환경관서는 ①영향권별 환경보전대책의 수립 및 시행, ②환경영향평가협의 및 사후관리, ③자연생태계 보전 등 자연환경보전, ④환경오염원 조사 및 환경오염도 측정, 오염물질의 측정·분석, ⑤환경관련 산업체 관리, ⑥산업단지내의 오염배출업소 지도·단속, ⑦환경기초시설 운영에 대한 지도·감독, ⑧폐기물예치금·부담금의 부과·징수 등의 업무를 처리하고 있다. 한강유역환경관리청은 한강수계의 수질보전기능을 전담하고 있으며, 한강유역의 다른 환경기능은 경인지방환경관리청에서 담당한다.¹⁷³⁾

(2) 관련 중앙행정기관

환경업무는 복잡다양하고 그 범위가 매우 광범위한 관계로 환경부 단독으로 모든 환경업무를 수행할 수 없다. 그래서 광의의 환경행정을 수행하는 중앙부처는 환경부를 제외하고도 건설교통부 등 9개 부처이며, 이들의 직접 또는 하부기관이나, 자치단체로의 위임을 통하여 환경업무를 수행하고 있다. 대표적인 경우로는 우리 국토의 대부분을 차지하고 생태계의 핵심인 산림을 관리하는 산림청, 환경문제와 분리될 수 없는 국토이용계획, 수량관리 및 하천관리, 대기오염과 밀접한 관련이 있는 교통정책 등을 담당하는 건설교통부, 해양오염을 전담관리하는 해양수산부 및 해양경찰청, 대기오염문제와 관련하는 에너지 수급정책, 오염물질을 배출하는 산업체에 대한 육성 및 관리정책을 담당하는 산업자원부 등이 있다.

172) 환경관리청은 1980년 7월 환경측정관리사무소로 설립된 이후 1994년 낙동강 수질오염사고를 계기로 4대강 관리체제로 변경되어, 4개 환경관리청(한강유역, 낙동강, 금강, 영산강)을 두고 그 밑에 4개 지방환경관리청(경인, 원주, 전주, 대구) 및 9개 환경출장소(구미, 포항, 부산, 울산, 청주, 여수, 제주, 안산, 춘천)를 두고 있다(정원 658명). 2001 환경백서, 78면.

173) 2001 환경백서, 78면.

중앙행정기관의 환경업무 담당현황

기 관 별	관 장 업 무
과학기술부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원자력 안전규제업무의 종합·조정 ○ 방사능 방호대책의 수립·시행
농 립 부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 농산분야 공해대책 ○ 농업용수 개발사업계획 및 기술지도
산업자원부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 독극물 수출입 및 산업폐기물 수입규제 ○ 공업배치 및 산업단지관리업무 ○ 저유황유의 공급 및 공해방지 ○ 신에너지 및 대체에너지 연구·개발 ○ 원자력발전소의 안전관리와 핵폐기물처리·처분의 기능
건설교통부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국토건설 종합계획의 입안·조정 ○ 국토이용관리법에 의한 규제지역, 개발제한 구역의 지정 ○ 수자원 종합개발계획의 수립·조정 ○ 하천관리 및 하천·호소의 매립과 점용 ○ 자동차 형식승인 및 성능시험
노 동 부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 직업병의 예방대책과 작업환경개선
문화관광부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 천연기념물 지정 및 보호·관리
해양수산부	<ul style="list-style-type: none"> ○ 수산자원의 보호 및 공해대책 ○ 공유수면의 매립·관리 ○ 항만오염방지대책 ○ 해양오염방지를 위한 감시·단속 및 방제
산 립 청	<ul style="list-style-type: none"> ○ 산림기본계획 수립 ○ 산림의 보호 및 산지훼손 행위의 단속
농촌진흥원	<ul style="list-style-type: none"> ○ 토양검정의 개량 지도

(3) 지방자치단체

지방자치단체는 환경사무와 관련하여 ①관할구역내 지역환경보전대책의 수립 및 시행, ②일반폐기물의 수집·처리, ③오수·분뇨·축산폐수의 처리, ④소음, 진동 및 자동차배출가스 규제 등을 그 고유사무로서 처리한다.¹⁷⁴⁾ 따라서 지방자치단체가 처리하는 대부분의 환경관련사무는 현행법상 위임사무(특히 기관위임사무)의 형태로 처리되고 있는 바, 환경부 소관 사무중 위임사무의 처리현황은 다음에서 보는 표의 내용과 같다.

이러한 점에서 볼 때 현행 지방자치법과 개별 환경법상의 환경관련사무의 배분은 종래의 중앙집권적인 사고에 기초한 것으로 지방자치시대에는 부합되지 아니한다고 할 수 있다. 특히 환경문제는 지역성을 그 특징으로 할 뿐만 아니라 환경문제의 해결 내지 환경보호는 당해 지역주민의 생존권에 직접 결부되어 있다는 점에서 볼 때 대폭적인 환경관련사무의 재배분이 행해져야 한다고 본다.

환경부 소관사무중 시·도 위임사무 처리현황

근 거 법 령	재위임건수	위임기관
① 대기환경보전법	15	시장·군수
② 수질환경보전법	24	"
③ 유해화학물질관리법	10	"
④ 환경범죄의단속에관한특별조치법	5	"
⑤ 수도법	4	"
⑥ 하수도법	2	"
⑦ 먹는물관리법	13	"
⑧ 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법	8	"
⑨ 폐기물관리법	31	"
⑩ 자원의절약과재활용촉진에관한법률	1	"
⑪ 자연공원법	11	"

174) 지방자치법시행령 제8조의 별표 1(지방자치단체의 종류별 사무) 참조.

환경부소관 위임사무 처리현황
시장·군수에게 재위임하는 사무

근거 법령	위 임 사 무 명	수임기관	재위임 기 관
○ 대기관리 사무 : 15건 ○ 수질관리 사무 : 24건	○ 대기환경보전법 및 수질환경보전법에 의하여 도지사에게 권한위임된 사무중 사업장에 관한 다음의 권한(다만, 3종 내지 5종을 포함하되, 대기 또는 수질 분야가 각각 1종 또는 2종 규모인 사업장 및 동사업장이 포함된 공동처리 참여사업장과 대통령령에 의한 국가 및 지방산업단지안의 사업장을 제외한다)		
① 대기환경보전법 제10조	· 배출시설의 설치(변경을 포함한다. 이하 같다) 허가 및 설치신고	도 지 사	시 장 군 수
대기환경보전법 제11조 제3항	· 방지시설 설치면제 사업장에 대한 허가취소 및 폐쇄명령	"	"
대기환경보전법 제14조 제1항	· 배출시설 및 방지시설 가동개시의 신고수리	"	"
대기환경보전법 제24조제1항	· 환경관리인의 임명 및 개입신고수리	"	"
대기환경보전법 제15조의2 제5항 및 제6항	· 측정기기 운영·관리에 관한 조치명령 및 조업정지	"	"
대기환경보전법 제16조	· 배출시설 및 방지시설에 대한 개선명령	"	"
대기환경보전법 제17조	· 배출시설에 대한 조업정지등의 명령	"	"
대기환경보전법 제19조	· 배출부과금의 부과 및 징수등 (다만, 폐수 종말처리시설에 대한 부과금을 제외한다)	"	"

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

근거법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
대기환경보전법 제20조	· 조업정지 또는 허가의 취소, 배출시설의 폐쇄명령	도지사	시장 군수
대기환경보전법 제21조	· 위법시설에 대한 폐쇄조치등	"	"
대기환경보전법 제49조 제1항 제1호	· 보고명령 및 자료제출 요구· 검사등	"	"
대기환경보전법 제50조	· 과태료의 부과징수	"	"
대기환경보전법 제20조의2	· 과징금의 부과· 징수등	"	"
대기환경보전법 제52조	· 사무위임된 권한에 관한 청문	"	"
대기환경보전법 시행령 제13조 제3항 및 제4항	· 개선계획서 접수 및 확인	"	"
② 수질환경보전법 제10조 제1항 및 제2항· 제3항	· 배출시설의 설치(변경을 포함한다. 이하 같다)허가 및 설치신고	"	"
수질환경보전법 제11조 제3항	· 방지시설 설치면제 사업장에 대한 허가취소 및 폐쇄명령	"	"
수질환경보전법 제14조 제1항	· 배출시설 및 방지시설 가동개시의 신고수리	"	"
수질환경보전법 제23조 제1항	· 환경관리인의 임명 및 개입신고수리	"	"
수질환경보전법 제15조 제1항 제3호 단서	· 오염물질 희석처리에 관한 인정	"	"
수질환경보전법 제15조의2 제5항 및 제6항	· 측정기기 운영· 관리에 관한 조치명령 및 조업정지	"	"
수질환경보전법 제16조	· 배출시설 및 방지시설에 대한 개선명령	"	"
수질환경보전법 제17조	· 배출시설에 대한 조업정지등의 명령	"	"
수질환경보전법 제19조	· 배출부과금의 부과 및 징수등 (다만, 폐수 종말처리시설에 대한 부과금을 제외한다)	"	"

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

근거법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
수질환경보전법 제20조 제1항	· 조업정지 또는 허가의 취소, 배출시설의 폐쇄명령	도지사	시장 군수
수질환경보전법 제21조	· 위법시설에 대한 폐쇄조치등	"	"
수질환경보전법 제49조 제1항 제1호 및 제2호· 제3호	· 보고명령 및 자료제출 요구· 검사등	"	"
수질환경보전법 제49조 제2항	· 환경부령에 따른 오염도검사 의뢰	"	"
수질환경보전법 제60조	· 과태료의 부과징수	"	"
수질환경보전법 제20조의2	· 과징금의 부과· 징수등	"	"
수질환경보전법 제53조	· 사무위임된 권한에 관한 청문	"	"
수질환경보전법 시행령 제10조 제2항	· 개선기간 연장신청의 수리	"	"
수질환경보전법 시행령 제11조	· 개선계획서 접수 및 확인	"	"
수질환경보전법 시행령 제20조	· 기본부과금 오염물질배출량의 산정에 관한 제출자료 접수	"	"
수질환경보전법 시행령 제21조 및 제22조	· 오염물질배출량의 조정, 자료제출 요청 및 오염도 조사	"	"

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

근거법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
수질환경보전법 시행령 제30조 제2호	· 조업정지 갈음 과징금 부과 배출시설의 인정	도지사	시장 군수
수질환경보전법 시행령 제36조 제3항	· 관리지역내의 오염원 등의 조사	"	"
수질환경보전법 제30조의2 제1항	· 기타수질오염원의 설치신고	"	"
수질환경보전법 제30조의2 제3항 내지 제5항	· 기타수질오염원의 개선명령·조업정지 또는 폐쇄명령 및 준용되는 권한	"	"
○ 유해화학물질 관리사무: 10건	○ 유해화학물질관리법에 의한 다음의 권한 (다만, 국가 및 지방산업단지내에서의 사업자에 대한 권한은 제외한다)		
③ 유해화학물질관리법 제15조 제항 및 제2항	· 유독물영업의 등록·변경등록 및 필요한 조건의 부여	도지사	시장 군수
유해화학물질관리법 제17조	· 유독물영업의 폐업 등의 신고수리 (법 제20조 제3항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)	"	"
유해화학물질관리법 제18조	· 유독물영업자에 대한 영업정지 또는 등록의 취소 등 (법 제20조 제3항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)	"	"
유해화학물질관리법 제20조 제1항 및 제2항	· 취급제한 유독물영업의 허가(변경을 포함한다. 이하 같다) 및 신고와 필요조건의 부여	"	"
유해화학물질관리법 제21조 제1항 및 제3항	· 유독물제조업자·유독물사용업자·취급제한유독물제조업자 및 취급제한유독물사용업자에 대한 과징금 부과·징수	"	"

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

근거법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
유해화학물질관리법 제22조 제1항	· 유독물영업자 또는 취급제한 유독물영업자에 대한 개선명령	도지사	시장 군수
유해화학물질관리법 제26조 제1항 및 제2항	· 유독물관리자 또는 시설장비의 공동활용 승인 및 변경신고의 수리	"	"
유해화학물질관리법 제37조 제1항 제4호·제5호·제5호의2	· 유독물영업자 및 취급제한유독물영업자와 환경부령에 따라 관리기준을 준수하여야 하는 자에 대한 보고·자료 제출명령 및 검사등	"	"
유해화학물질관리법 제42조	· 등록취소에 따른 청문의 실시	"	"
유해화학물질관리법 제49조	· 사무위임 권한에 따른 과태료의 부과·징수	"	"
○ 환경범죄의단속에 관한특별조치사무 : 5건	○ 환경범죄의단속에 관한특별조치법에 의한 다음의 권한(다만, 대기 또는 수질분야가 각각 1종 또는 2종 규모의 사업장 및 동사업장이 포함된 공동처리참여사업장, 대통령령에 의한 국가 및 지방산업단지안의 사업장과 지정폐기물처리사업장은 제외한다)		
④ 환경범죄의단속에 관한특별조치법 제12조	· 과징금의 부과·징수	도지사	시장 군수
환경범죄의단속에 관한특별조치법 제13조 제1항 및 제3항	· 불법배출시설의 사용중지·철거·폐쇄명령 및 대집행	"	"
환경범죄의단속에 관한특별조치법 제13조 제4항	· 표지판의 설치	"	"
환경범죄의단속에 관한특별조치법 제16조	· 사업장의 출입·검사등	"	"
환경범죄의단속에 관한특별조치법 제17조	· 자료제출의 요구	"	"

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

근거 법령	위임 사무 명	수임기관	재위임 기관
○ 수도법: 4건	○ 수도법에 의한 다음의 권한		
⑤ 수도법 제5조 제1항	• 상수원보호구역 지정·변경 및 공고(광역상수원 및 2개이상의 시·군에 걸치는 경우를 제외한다)	도지사	시장 군수
수도법 제14조 제1항	• 전용수도 준공시 수질검사	"	"
수도법 제36조 제1항 및 제2항	• 전용수도인가 및 변경인가(시설용량 1일 5,000m ³ 미만)	"	"
수도법 제14조 제1항	• 전용수도(시설용량 1일 5,000m ³ 미만) 준공검사	"	"
○ 하수도법 : 2건	○ 하수도법에 의한 다음의 권한		
⑥ 동법 제6조 제1항	• 공공하수도의 설치·변경·폐지인가	도지사	시장 군수
동법시행령제22조 제1항	• 공공하수도공사의 중지·변경 기타 필요한 조치명령	"	"
○ 먹는물관리법 : 13건	○ 먹는물관리법에 의하여 도지사에게 권한 위임된 사무중 수처리제제조업에 관한 다음의 권한		
⑦ 동법제18조	• 수처리제제조업의 등록 및 변경등록	도지사	시장 군수
동법제18조제6항	• 영업의 휴업·재개업·폐업등 신고수리	"	"
동법제22조제2항	• 영업자 지위승계에 따른 변경등록	"	"
동법제24조제4항	• 품질관리인의 선임 또는 개임신고수리	"	"
동법제33조제2항	• 수처리제 또는 그 용기에 대한 품질검사를 위탁하여 검사하게 할 수 있도록 하는 권한	"	"
동법제36조제2항	• 시설개선명령 및 조치명령	"	"
동법제38조제1항	• 먹는물관리법 제18조 제2항의 규정을 위반하여 등록을 하지 아니하고 영업을 한 때 또는 동법 제40조 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 등록이 취소되거나 영업정지명령을 받은 후에 계속 영업을 한 때의 폐쇄조치	"	"

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

근거 법령	위임 사무 명	수임기관	재위임 기관
동법 제38조 제2항	• 폐쇄조치등 봉인 또는 게시문의 해제	도지사	시 장 군 수
동법 제39조 제2항	• 수처리제나 그 용기포장등의 압류 또는 폐기	"	"
동법 제40조	• 수처리제나 그 용기포장 등의 압류 또는 폐기 ⇒ 수처리제 제조업의 등록취소 또는 영업장 폐쇄 및 영업정지	"	"
동법 제42조	• 폐쇄조치 또는 등록취소등 대상자에 대한 청문에 관한 권한	"	"
동법 제43조	• 과징금의 부과징수에 관한 권한	"	"
○ 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법: 8건	○오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법에 의한 다음 사항		
⑧동법 제12조 및 시행규칙 제23조	• 오수·분뇨 및 축산폐수배출시설 준공검사	도지사	시 장 군 수
동법 제24조의2 및 시행규칙 제48조	• 축산폐수배출시설에 대한 설치허가 및 변경허가·변경신고의 수리	"	"
동법 제26조 및 시행규칙 제56조	• 축산폐수정화시설의 준공검사	"	"
동법 제28조 및 시행령 제17조의2	• 축산폐수배출시설 및 축산정화시설의 개선 명령	"	"
동법 제29조	• 축산폐수배출부과금의 납부명령, 부과·징수 등	"	"
동법 제42조 및 시행령 제30조	• 축산폐수기술관리인의 선임 및 개입신고의 수리	"	"
동법 제58조 및 시행령 제19조	• 축산폐수배출 과태료의 부과· 징수 등	"	"
동법 제25조 및 시행령 제15조	• 축산폐수정화시설의 설치면제자의 지정	"	"

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

근 거 법 령	위 임 사 무 명	수임기관	재위임 기관
○ 폐기물관리법 : 31건	○ 폐기물관리법에 의한 다음사항		
⑨ 폐기물관리법 제30조 제2항· 제3항, 제31조 제3항, 제32조 제2항	<p>☐폐기물처리시설에 대한 설치승인 및 변경승인, 설치신고 및 변경신고의 수리, 관계기관과의 협의, 권리·의무 승계등에 관한 신고의 수리 (다만, 법 제5조 제1항의 규정에 의한 광역폐기물시설로서 2이상의 시·도 및 시·군에서 공동으로 설치하는 시설, 지정폐기물처리시설, 시·도 및 시·군에서 설치 운영하는 처리시설, 종합병원에서 배출하는 감염성폐기물처리시설은 제외한다)</p> <p>☐폐기물관리법 제26조 제3항의 규정에 의한 폐기물처리업자(감염성폐기물이외의 지정폐기물을 대상으로 하는 폐기물처리업자를 제외한다)가 설치한 폐기물처리시설 및 동법시행령 제41조 제1항제1호의 규정에 의한 폐기물처리시설(시·군에서 자체로 설치하는 시설은 제외한다)에 대한 다음의 권한</p>	도지사	시장 군수
동법 제30조의3 제3항 및 제4항	• 개선명령·사용정지명령 및 폐쇄명령	"	"
동법 제47조	• 사용종료 및 폐쇄신고의 수리, 시정명령, 대행자의 지정 및 비용징수	"	"
동법 제48조	• 사후관리이행보증금의 예치·납부·징수 및 반환등	"	"

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

근거법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
폐기물관리법 제49조	• 사후관리이행보증금의 사전적립 및 차액 반환	도지사	시장 군수
동법 제50조	• 사용종료 또는 폐쇄후의 토지이용 제한등	"	"
동법시행령 제27조	• 사후관리제외대상시설의 인정	"	"
동법시행령 제29조 제1항	• 사후관리이행보증금의 납부대상시설의 통지	"	"
동법시행령 제29조 제2항	• 비용명세신고의 수리	"	"
동법시행령 제29조 제3항	• 사후관리비용 및 납부기간의 결정, 사후관리이행보증금의 납부통지	"	"
동법시행령 제31조	• 사후관리 이행보증보험서신고의 수리	"	"
동법시행령 제32조 제1항	• 담보물의 접수	"	"
동법시행령 제32조 제2항	• 담보물의 매각, 사후관리 비용의 충당, 차액의 반환	"	"
동법시행령 제34조 제2호	• 사후관리이행율의 결정	"	"
동법시행령 제35조 제1항	• 사후관리이행보증금 반환청구서의 수리	"	"
동법시행령 제35조 제2항	• 반환금액의 결정 및 지급결정서의 교부	"	"
폐기물관리법시행령 제36조 제2항	• 사전적립계획서의 수리	"	"
동법시행령 제36조 제3항	• 사전적립금의 납부통보	"	"

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

근거 법령	위임사무명	수임기관	재위임기관
동법시행령 제38조 제2항	• 토지이용계획서의 수리	도지사	시장 군수
동법시행령 제38조 제3항	• 토지용도·용도제한기간등의 결정 및 통보	"	"
	☞ 의료법 제3조 제3항의 규정에 의한 종합병원이 아닌 기관에서 배출하는 감염성폐기물, 폐기물관리법시행령 제2조 제1항의 규정에 의한 사업장외에서 배출하는 지정폐기물 및 동법 제25조의2 제2항 단서의 규정에 의한 폐기물간이인계서의 작성대상 폐기물을 배출·운반 또는 처리하는 자와 동법 제25조의2 제1항의 단서의 규정에 해당하는 지정폐기물을 수집·운반하는 자에 대한 다음의 권한		
폐기물관리법 제25조의2 제1항	• 지정폐기물처리증명서류의 확인 및 변경 확인	도지사	시장 군수
동법 제25조의2 제2항	• 폐기물인계서의 접수	"	"
동법 제25조의3	• 지정폐기물의 적정처리를 위한 조치명령	"	"
동법 제25조의4	• 폐기물인계서의 검인	"	"
동법 제25조의5	• 감사위탁시설 통보의 접수	"	"
동법 제25조의6	• 처리증명의 완화조치	"	"
동법 제25조의7	• 폐기물정산서의 접수 및 제출명령	"	"
동법 제25조의9 제2항	• 목록형 대장의 접수	"	"
동법 제63조 동법시행령 제41조 제1항 제4호	• 재위임된 권한에 대한 과태료의 부과·징수 등	"	"

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

근거 법령	위임사무명	수입기관	재위임기관
⑩자원의절약과재활용촉진에관한법률 : 1건	○ 자원의절약과재활용촉진에관한법률에 의한 다음사항		
자원의절약과재활용촉진에관한법률 제15조 제2항·제40조·제42조	• 포장폐기물의 발생억제를 위한 조치명령, 청문, 과태료의 부과·징수	도지사	시장 군수
자연공원법 : 11건	○ 자연공원법에 의한 다음사항		
⑪자연공원법 제20조	• 비공원관리청의 공원사업시행허가 등	도지사	시장 군수
동법 제23조	• 행위허가	"	"
동법 제24조	• 자연공원의 원상회복에 관한 사항	"	"
동법 제25조 제3항 본문의 규정에 의한	• 법 제25조 제3항 본문의 규정에 의한 행위허가	"	"
동법 제29조	• 영업 기타 행위의 제한 또는 금지에 관한 사항	"	"
동법 제30조	• 법 제30조의 규정에 의한 범령위반 등에 관한 사항	"	"
동법 제34조	• 법 제34조의 규정에 의한 사법경찰관리의 지명제청	"	"
동법 제37조	• 법 제37조의 규정에 의한 공원입장료 징수등에 관한 사항	"	"
동법 제38조	• 법 제38조의 규정에 의한 공원점용료등의 징수	"	"
동법 제71조 제2항	• 법 제71조 제2항 본문의 규정에 의한 협의	"	"
동법 제72조	• 법 제72조의 규정에 의한 다른 사람의 토지의 출입과 사용등에 관한 사항	"	"

3. 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점 및 개선방안

지방화시대에 있어서 환경자치법정책의 과제는 무엇보다도 환경정책의 국가중심주의적 편향을 시정하여 국가환경정책과 환경자치간의 균형있는 분업체계를 구축하는데 있다고 할 수 있다. 환경정책에 관한 국가와 지방자치단체의 역할을 합리적으로 배분하는 문제는 무엇보다도 지방자치단체의 환경정책상의 역할을 분명히 설정하는데서 출발해야 한다. 그러나 지방자치단체의 환경정책적 역할에 관한 현행법의 규정들은 환경정책에 관한 국가주도의 발상에 입각하고 있다. 그러한 국가주도적 발상으로 말미암아 환경정책에 관한 지방자치단체의 역할이나 권한이 명확히 설정되어 있지 않다는 점이 문제이다. 또한 각 개별분야 환경법들은 환경관련업무를 주로 국가사무로 규정하되 이를 지방자치단체의 기관에게 기관위임할 수 있도록 하고 있다. 환경부의 업무중 국가사무의 비중이 지방자치단체의 고유사무 및 단체위임사무에 비해 압도적으로 높은 것도 바로 그런 이유에서이다.¹⁷⁵⁾

그러나 이와 같은 현재의 환경관련사무의 배분은 지방자치시대에는 부합되지 아니하는 바, 환경자치의 실현을 위해서는 헌법 제117조 제1항에 의한 지방자치의 헌법적 보장의 취지와 지방자치법의 사무배분의 원칙에 따라서 국가와 지방자치단체간, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 상호간에 환경관련사무의 재배분이 이루어져야 한다. 즉 이제까지 환경부와 기타 소관부처가 담당하고 있는 환경관련사무를 사무의 목적, 성격, 소요재원 및 인력·장비 등과 관련하여 면밀히 분석·재평가하여 이들 가운데 반드시 국가사무로 수행되어야 할 것과 지방자치단체의 사무로 수행되는 것이 합목적적인 것을 구분하여 후자에 해당하는 사무는 이를 과감히 지방자치단체로 이관해 나가야 할 것이다.

요컨대, 지방자치단체의 관할구역안의 환경에 대한 모든 수요를 지방자치단체가 스스로 충족시키기 위해서는 중앙정부의 환경행정기능 중 상당부분

175) 洪準亨, 21세기 지방화시대의 자치환경법정책 -새천년 환경자치를 위한 법정정책 방향 모색-, 55-57면 참조.

을 위임하여 수행케 할 것이 아니라 지방자치단체의 자치사무로 이양하여야 한다. 즉 환경행정은 지역성 및 현지성이 강하게 요청되는 지역주민의 생활행정이므로 이를 종합적으로 책임지고 있는 지방자치단체가 스스로 그 문제를 해결할 수 있도록 환경관련사무의 자치사무화가 행해져야 한다. 이 경우에 있어서는 광역적·조정적인 환경관련사무는 광역지방자치단체의 사무로 하되 원칙적으로는 보충성의 원칙에 비추어 기초지방자치에 환경행정권한과 책임이 주어져야 할 것이며, 이러한 경우에 있어서만 진정한 의미의 환경자치의 실현을 기대할 수 있을 것이다.

4. 지방이양추진위원회에 의한 환경사무의 이양추진

(1) 서

1999년 1월 29일 법률 제5710호로 제정된 『중앙행정권한의 지방이양촉진등에 관한 법률』(이하 지방이양촉진법이라 한다)은 중앙행정기관의 권한 중 주민의 복리증진과 지역의 발전에 이바지할 수 있는 권한을 지방자치단체에 최대한 이양함과 아울러 지방자치단체간에 사무를 합리적으로 배분하여 지방자치단체의 자율성을 제고하고 국민생활의 편익을 도모함을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 동법은 중앙행정권한의 지방이양¹⁷⁶⁾ 및 지방자치단체간의 사무배분¹⁷⁷⁾등을 효율적으로 추진하기 위하여 대통령소속하에 지방이양추진위원회를 두도록 하고 있는 바(제6조), 동 위원회는 동법 제7조 제1호 내지 제5호에 규정된 사항에 대한 심의·의결권을 가진다.

따라서 지방이양촉진법의 제정의의는 지방자치단체의 입장을 충분히 반영할 수 있도록 구성된 지방이양추진위원회를 통하여 법적 강제력 있는 이양결정을 할 수 있는 권한을 부여하였고, 사무이양에 따른 행정적·재정적

176) 이는 『정부조직법 제2조 제2항의 규정에 의한 중앙행정기관이 법령에 규정된 자기의 권한을 지방자치단체에 이양함으로써 중앙행정기관의 권한에 속하는 사무를 지방자치단체의 사무로 하고 지방자치단체로 하여금 자기의 권한과 책임아래 그 사무를 처리하도록 하는 것』을 말한다(동법 제2조 제1호).

177) 이는 『특별시·광역시·도와 시·군·지방자치단체의 구간에 사무를 합리적으로 배분하는 것』을 말한다(동법 제2조 제2호).

지원을 명기하여 본격적인 지방이양을 위한 제도적 장치를 마련한데 있다고 할 수 있다. 또한 광역·기초 자치단체간 사무재배분 기능까지 부여하여 광역자치단체와 기초자치단체간 합리적 역할조정이 가능하도록 한 것도 중요한 의미가 있다.¹⁷⁸⁾

(2) 행정권한이양 및 사무배분의 원칙과 기준

1) 자치사무귀속의 원칙

지방자치법 제9조에 제2항 각 호에 예시된 57개 종류의 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 한다는 원칙이다(동법 제3조 제1항 제1호). 이것은 당연한 원칙이나 종전에는 지방자치법 제9조 제2항 단서에 의하여 다른 개별법에서 예외를 규정한 경우에는 그 개별법에 의하도록 하고 있기 때문에 각 개별법 관련 중앙행정기관은 우선 자기 권한으로 규정하고 사무의 내용을 살펴 지방에 위임하던 관행을 유지하여 오고 있었던 것을 앞으로는 지방자치법상의 자치사무로 분류된 사무에 대하여는 자치단체로 이양 및 재배분해야 한다는 것이다. 여기에는 국가와 지방자치단체간 사무배분시의 지방자치법 제11조 국가사무를 제외하고는 가능한 한 지방자치단체에 배분하는 것을 포함하고 있다.

178) 과거의 지방이양은 법적 근거 및 이행강제력이 없는 지방이양합동심의회에 의하여 추진되어 왔고, 특정기능의 일괄이양보다는 단순 집행업무 위주의 단위사무 중심으로 이양이 이루어져 왔으며, 지방이양확정사무에 대하여도 해당 중앙부처에서 법령 개정을 지연하거나 내용을 축소하여 이양하는 경우도 있어서 실질적인 이양효과가 미약하였다. 더욱이 지방이양이 중앙부처 편의위주로 이루어졌고, 이양에 따른 행정적·인적·재정적 지원의 미비로 자치단체에서도 지방이양을 원하지 않는 사례도 있었음을 부인하기 어렵다.

일본에서는 1995년에 지방분권추진법을 제정하고 지방분권추진위원회를 중심으로 기관위임사무의 폐지를 골자로 하는 분권화를 추진하여 1999년도에는 지방분권일괄법이 제정되었다. 이에 대한 상세는, 金明淵, 地方分權 改革에 관한 法的 考察 -日本の『分權型社會의 創造』를 위한 勸告를 중심으로-, 한국법제연구원, 1998. 7.; 西尾勝, 地方分權と地方自治, ぎょうせい, 1998; 川崎政司 編, 地方自治法改正のポイント-地方分權に向けた地方自治法抜本改正-, 第一法規, 1999; 近藤哲雄, 改正地方自治法の探究(上)(下), 自治研究 第77卷 第12號(2001. 12.)·第78卷 第3號(2002. 3.) 등 참조.

2) 지방여건과 의사존중의 원칙

중앙행정권한의 지방이양과 지방자치단체간 사무배분에 있어서 지방자치단체의 여건과 능력을 고려하고 그 지방자치단체의 의사를 존중한다는 원칙이다(제3조 제1항 제2호). 중앙행정권한을 이양하거나 배분을 할 때 각 지방자치단체의 특수한 사정을 고려하고 당해 지방자치단체의 의견을 사전에 충분히 수렴하여 이를 반영하며, 중앙행정기관의 장이 이양한 사무의 원활한 처리를 위하여 행정·재정적 지원을 함에 있어서도 지방자치단체의 의견을 들어야 한다. 법률에 지방자치단체의 규모와 능력 또는 사무의 개별적 특성을 고려하여 지방자치단체간에 차등을 둘 수 있도록 한 것도 이러한 맥락에서 볼 수 있다.¹⁷⁹⁾

3) 일괄이양의 원칙

지방자치단체가 이양 또는 재배분 받은 사무를 자주적인 결정과 책임 아래 처리할 수 있도록 이양 또는 재배분되는 사무와 관련되는 일체의 사무를 가능한 한 동시에 이양하도록 하는 원칙이다(제3조 제1항 제3호).

이 원칙이 적용되어야 하는 이유는 집행기관의 업무처리의 연계성 및 능률성을 확보하기 위한 것이고, 한 지방자치단체에게 부여되는 행정권한이 다른 지방자치단체의 행정권한 영역을 침해하지 않는다는 전제에서 실효성 있는 권한이양이 가능하기 때문이다. 요컨대 이것은 행정기능의 일관성을 추구하는 원칙이라 할 수 있다.

주의할 점은 아직 완벽하게 한 분야에 대한 기능을 총망라할 수 없고, 그러한 기능이 확연하게 구분되어 항시 일괄적으로 배분될 수 없기 때문에 역할분담에 있어서 보충성의 원리에 근거한 사무배분원칙이 적용될 수도 있다는 것이다.

179) 또한 지방이양추진위원회와 지방이양추진실무위원회의 구성에 있어서도 지방공무원이 각각 위원으로서 참여하고 있는 것도 지방의 견해를 위원회 운영에 반영하기 위함이며, 위원회에서 안건을 각 단계별(분과위·실무위·위원회)로 상정하기에 앞서 각 지방자치단체의 의견을 듣고 회의시 관계관이 출석하여 논의에 참여하는 것도 지방의 사정을 듣고 그 의사를 존중하기 위한 것이라 할 수 있다.

4) 사무배분기준 존중의 원칙

지방자치법 제10조에 규정된 지방자치단체간의 사무배분의 기준을 준수하도록 하고 있는 원칙이다(제3조 제1항 제4호). 이는 시·도와 시·군·자치구간 사무배분기준에 관한 사항으로서 현행 지방자치법 제10조 제1항에서도 시·도의 사무를 열거하고 나머지는 모두 시·군·자치구의 사무로 규정함으로써 기초자치단체 우선배분의 원칙에 입각하고 있는 것과 같은 취지이다.

주민의 복리 및 주민생활편의와 직접 관련된 권한 내지 사무는 가장 가까운 거리에서 그 사정을 가장 잘 파악하고 있는 기초자치단체가 전권한성의 원칙에 따라 이를 수행하도록 배분할 것을 규정하고 있는 것이다(제3조 제1항 제5호).

5) 최소감독의 원칙

중앙행정기관의 장은 지방자치단체에 이양한 사무에 대하여 중앙행정기관의 감독을 최소한의 범위로 제한하는 조치를 취해야 하며 그 사무를 처리함에 있어 전국적인 통일을 기하기 위한 사무처리기준을 마련할 필요가 있는 경우에는 이를 법령에 직접 규정하거나 법령의 명시규정에 의한 사무처리기준을 관보게재를 통해 외부에 알리도록 함으로써 중앙행정기관의 자의적 통제를 억제하고 사무감독의 객관성 및 투명성을 확보하도록 한 원칙이다(제3조 제2항).

6) 능력에 따른 이양·배분의 원칙

국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간에 사무를 이양하거나 배분할 경우에 해당 지방자치단체의 능력에 따라 이양 또는 배분되도록 한 원칙이다.

시·군·자치구가 처리하는 사무중 시·군·자치구의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 지방자치법 제10조 제1항 제1호 각 목에 규정된 사무 등 그 업무의 성격상 시·도에서 처리함이 합리적인 사무는 시·도로 이양하도록 하고 있으며(제3조 제1항 제6호), 지방자치단체에서 처리하는 사무중 지방자치단체의 전문적·기술적 능력을 초월하거나 그 업무의 성격상

중앙행정기관에서 처리함이 합리적인 사무는 중앙행정기관으로 이양하여야 한다(제4조 제2항).¹⁸⁰⁾

7) 행정·재정지원 병행의 원칙

중앙행정기관의 장은 중앙행정권한을 지방이양함에 있어서 지방자치단체가 그 이양받은 사무를 원활히 처리할 수 있도록 행정적·재정적 지원을 병행하여야 한다(제5조 제1항). 행정지원의 내용은 업무처리요령 및 절차 등을 설명한 업무편람의 제공, 관계법령에 대한 질의회신 자료집의 제공, 관계공무원에 대한 교육과 업무수행관련 통계자료의 제공 등이며, 아울러 이양된 사무가 차질없이 수행될 수 있도록 적정한 정원의 책정 등 필요한 조치를 취하도록 하고 있다(동법 시행령 제2조). 재정지원은 지방자치단체가 이양받은 사무를 수행하는데 필요한 경비를 지원하되 그 사무수행에 차질이 없도록 이양완료후 최단시일내에 지원에 필요한 조치를 하여야 한다(동법 시행령 제3조 제1항).

(3) 환경행정권한과 사무의 이양

중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분 등을 효율적으로 추진하기 위하여 지방이양촉진법 제6조에 의하여 1998년 8월 설치된 지방이양추진위원회는 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분이 필요한 사무를 조사·발굴하여 왔는 바, 2002년 11월 1일 현재 아래 도표에서 보는 바와 같이 총 779건의 사무를 동법 제17조에 근거하여 이양대상사무로 확정하였다. 이양대상사무로 확정된 중앙행정권한 중 환경부 소관사무는 총 154건으로 중앙행정기관 중에서 가장 많다.

180) 또한 중앙행정권한의 지방이양 및 지방자치단체간의 사무배분의 대상을 확정함에 있어서 각 지방자치단체의 규모와 능력 또는 사무의 개별적인 특성을 고려하여 지방자치단체간에 차등을 둘 수 있으며, 특정한 지방자치단체의 여건상 중앙행정권한을 이양받을 수 없다고 판단되는 경우에는 그 지방자치단체를 제외하고 이양할 수 있도록 신축성을 부여하고 있고, 게다가 이미 지방자치단체로 이양된 사무가 그 업무의 성격, 사회일반에 미치는 영향, 지방자치단체의 사무수행능력 등을 고려하여 지방자치단체보다 중앙행정기관에서 처리함이 합리적이라고 인정되는 경우에는 위원회에 이양사무의 환원결정도 요청할 수 있다(동법 제18조 제2항).

지방이양추진위원회 활동성과

부 처 명	계
계	779
건 교 부	131
과 기 부	12
정 통 부	7
교 육 부	13
농 립 부	70
문 광 부	63
법 무 부	2
복 지 부	112
산 자 부	85
재 경 부	21
해 수 부	53
행 자 부	15
환 경 부	154
여 성 부	15
공 정 위	3
청 소 년 위	12
산 립 청	5
문 화 재 청	6

지방이양사무로 확정된 환경부소관사무의 내용을 개략적으로 검토하면 다음과 같다. 우선 대기환경보전법과 관련하여서는 비산먼지 발생사업자에 대한 사업의 중지·사용제한 및 조치명령 또는 개선명령이 종래 국가, 시·도에서 시·도로, 생활악취 제거조치의 이행 또는 개선명령이 국가, 시·도에서 시·군·구로, 운행차 검사대행자 관련사무는 시·도에서 시·군·구로 각각 이양확정되었다. 먹는물관리법상의 먹는샘물 영업 및 샘물 개발허가 등 다수의 사무가 국가에서 시·도로 이양되었다. 소음·진동규제법상의 생활소음·진동 규제, 이동소음규제지역지정, 공장소음·진동의 규제 등에 관련한 다수의 사무가 시·도에서 시·군·구로 이양되었다. 습지보전법상의 습지에 대한 조사, 습지보전기본계획의 수립, 습지보호(개선)지역의 지정 등 다수의 습지보전관련사무가 국가에서 국가 및 시·도로 이양되었다. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률에 관련하여서는 분뇨처리시설의 설치·변경 승인, 분뇨처리시설에 대한 개선명령, 오수처리시설 제조업의 등록(취소) 등의 사무가 국가에서 시·도로, 축산폐수배출시설의 설치허가, 축산폐수배출시설 등의 준공검사 및 개선명령 등의 사무가 국가에서 시·군·구로 각기 이양되었다. 자연환경보전법에 관련하여서는 시·도 생태계 보전지역의 지정승인 사무가 국가에서 시·도 이양되었으며, 조수보호및수렵에관한법률에 관련하여서는 수입·반입 조수의 용도변경승인, 조수보호구의 설정 및 해제, 수렵면허장 교부, 면허의 취소·정지 등의 사무가 시·도에서 시·군·구로 이양되었다. 지하생활공간공기질관리법과 관련하여서는 지하시설 관리자에 대한 개선명령, 보고·자료제출명령 및 출입·검사 등의 사무가 국가에서 시·도로 이양되었다. 토양환경보전법과 관련하여서는 토양정밀조사명령, 토양오염유발시설의 개선 또는 이전명령, 토양보전대책지역 지정 요청, 토양보전 대책계획의 수립·시행, 오염토양 개선사업 실시 토양보전 대책지역내에서의 토지이용등의 제한 등 다수의 토양환경보전관련사무가 시·도에서 시·군·구로 이양되었다. 끝으로, 하수도법에 관련하여서는 하수종말처리시설의 설치인가 등의 사무가 국가에서 시·도로 이양이 확정되었다.

환경부소관 지방이양확정사무 현황

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
비산먼지 발생사업장 관리	비산먼지 발생사업자에 대한 사업의 중지, 사용제한	대기환경보전법	제28조	국가, 시도→시도
비산먼지 발생사업장 관리	비산먼지 발생사업(변경)신고 수리	대기환경보전법	제28조	국가, 시도→시도
비산먼지 발생사업장 관리	비산먼지 발생사업장에 대한 조치명령 또는 개선명령	대기환경보전법	제28조	국가, 시도→시도
생활악취의 규제	생활악취 제거조치 이행 또는 개선명령	대기환경보전법	제30조 제1항	국가, 시도→시군구
자동차 운행의 규제	운행차의 수지점검	대기환경보전법	제37조	도→시군, 시→시·구군
운행차 검사대행자 관련사무	개선결과보고	대기환경보전법	제38조	시도→시군구
운행차 검사대행자 관련사무	검사대행자의 등록	대기환경보전법	제40조	시도→시군구
운행차 검사대행자 관련사무	검사대행자의 등록취소 및 영업정지	대기환경보전법	제40조의3	시도→시군구
먹는샘물 영업	먹는샘물 제조업 허가 및 변경허가	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	수처리 제조업 등록 및 변경등록	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	먹는샘물 수입판매업의 등록 변경등록	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	정수기 제조업 또는 수입판매업 신고 및 변경신고	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	취소량제한 등 허가조건 부여	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	영업의 휴업·재개업·폐업 등 신고의 수리	먹는물관리법	제18조	국가→시도
먹는샘물 영업	취수 제한 또는 중단조치	먹는물관리법	제19조의2	국가→시도

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

기 능 명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
먹는샘물 영업	먹는샘물 제조업 조건부허가	먹는물관리법	제20조	국가→시도
먹는샘물 영업	먹는샘물 제조업 조건부허가의 취소	먹는물관리법	제20조	국가→시도
먹는샘물 영업	영업자의 지위승계에 따른 신고	먹는물관리법	제22조	국가→시도
먹는샘물 영업	수질개선부담금 부과·징수	먹는물관리법	제28조	국가→시도
먹는샘물 영업	수질개선부담금의 가산금 부과·징수	먹는물관리법	제28조	국가→시도
품질검사기관의 위탁	품질검사기관의 위탁	먹는물관리법	제33조	국가→시도
샘물개발 허가 등	검사기관 지정	먹는물관리법	제35조	국가→시도
샘물개발 허가 등	검사기관 평가	먹는물관리법	제35조	국가→시도
샘물개발 허가 등	검사기관 지정취소	먹는물관리법	제35조	국가→시도
먹는샘물 영업	시설개선명령 및 조치명령	먹는물관리법	제36조	국가→시도
먹는샘물 영업	사업장 폐쇄를 위한 조치	먹는물관리법	제38조	국가→시도
먹는샘물 영업	봉인 또는 게시문의 해제	먹는물관리법	제38조	국가→시도
먹는샘물 영업	사업장 폐쇄의 통지	먹는물관리법	제38조	국가→시도
먹는샘물 영업	먹는샘물·수처리제 또는 정수기와 용기·포장 등의 압류 또는 폐기	먹는물관리법	제39조	국가→시도
먹는샘물 영업	영업허가 등록의 취소 및 영업정지	먹는물관리법	제40조	국가→시도
먹는샘물 영업	영업정지 위반에 대한 영업허가 등록취소 및 영업장 폐쇄	먹는물관리법	제40조	국가→시도
먹는샘물 영업	6개월이상 휴업에 대한 영업허가 등록취소 및 영업장 폐쇄	먹는물관리법	제40조	국가→시도
샘물개발 허가 등	청문	먹는물관리법	제42조	국가→시도
먹는샘물 영업	청문	먹는물관리법	제42조	국가→시도

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

기 능 명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
먹는샘물 영업	과징금 부과	먹는물관리법	제43조	국가→시도
먹는샘물 영업	과징금 체납처분	먹는물관리법	제44조	국가→시도
먹는샘물 영업	과태료 부과	먹는물관리법	제51조	국가→시도
먹는샘물 영업	과태료 처분의 이의제기	먹는물관리법	제51조	국가→시도
먹는샘물 영업	관할법원의 통보	먹는물관리법	제51조	국가→시도
먹는샘물 영업	과태료 체납처분	먹는물관리법	제51조	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 허가 및 변경허가	먹는물관리법	제9조	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 가허가	먹는물관리법	제9조의2	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 가허가 취소	먹는물관리법	제9조의2	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 허가의 제한	먹는물관리법	제9조의3	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 허가의 조건부여	먹는물관리법	제9조의4	국가→시도
샘물개발 허가 등	샘물개발 허가의 유효기간 연장허가	먹는물관리법	제9조의4	국가→시도
생활소음·진동 규제 등	생활소음·진동 규제	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	특정공사의 사전신고	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	작업시간의 조정 등 조치명령	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	규제대상의 사용금지 등의 명령	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	폭약의 사용으로 인한 소음·진동의 방지	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	보고 및 검사 등	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
생활소음·진동 규제 등	청문	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

기능명	단위사무명	근거법령	조문	이양결정
생활소음·진동 규제 등	과태료	소음·진동 규제법	제23조	시도→시군구
이동소음규제지역 지정 등	이동소음규제지역 지정	소음·진동 규제법	제26조의2	시도→시군구
이동소음규제지역 지정 등	이동소음규제지역 변경지정	소음·진동 규제법	제26조의2	시도→시군구
이동소음규제지역 지정 등	과태료	소음·진동 규제법	제26조의2	시도→시군구
자동차 운행의 규제	자동차 경음기 사용규제 등 운행규제	소음·진동 규제법	제30조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	소음·진동 배출시설의 설치 신고	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	배출시설의 설치허가	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	배출시설 설치 변경신고	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	배출시설 설치 변경허가	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	방지시설 설치면제	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	배출시설 가동개시 신고	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	조치명령	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	개선명령	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	조업정지 명령 등	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	허가취소 등	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	위법시설 폐쇄조치 등	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
공장소음·진동의 규제 등	보고 및 검사 등	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	청문	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
공장소음·진동의 규제 등	과태료	소음·진동 규제법	제9조	시도→시군구
교통소음진동의 규제	교통소음, 진동규제지역 지정 및 변경지정	소음·진동 규제법	제28조	시도→특별광 역시, 시군
교통소음진동의 규제	교통소음, 진동규제지역 지정 및 변경지정의 고시	소음·진동 규제법	제28조	시도→특별광 역시, 시군
교통소음진동의 규제	방음, 방진시설 설치 등	소음·진동 규제법	제31조	시도→특별광 역시, 시군
간이상수도 설치 등	간이상수도 인가 및 변경인가	수도법	제12조	시도→시군구
간이상수도 설치 등	간이상수도 인가 및 변경인가 의 고시	수도법	제15조	시도→시군구
중수도 및 절수시설 설치 이행명령	중수도 설치, 운영 이행명령	수도법	제11조 제4항	국가,시도→ 시군구
중수도 및 절수시설 설치 이행명령	절수설비 및 절수기기 설치 이행명령	수도법	제11조의2 제4항	국가,시도→ 시군구
간이상수도 설치 등	간이상수도 준공시 수질검사	수도법시행령	제20조	시도→시군구
습지보전관련사무	습지에 대한 조사	습지보전법	제4조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지보전기본계획의 수립	습지보전법	제5조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지조사원의 위촉	습지보전법	제6조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	타인토지에의 출입 등	습지보전법	제7조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지보호지역의 지정	습지보전법	제8조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지개선지역의 지정	습지보전법	제8조 제2항	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지보호지역 지정 등의 고시	습지보전법	제8조 제4항	국가→국가, 시도

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
습지보전관련사무	습지보호지역 등의 지정해제 또는 변경	습지보전법	제10조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지보호지역 등에 대한 보전 계획의 수립, 시행	습지보전법	제11조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	습지보전시설의 설치승인	습지보전법	제12조 제2항	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	중지명령, 원상복구명령 등	습지보전법	제14조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	출입제한 등	습지보전법	제15조 제1항	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	출입제한 금지시 해당지역의 위치등의 고시	습지보전법	제15조 제2항	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	출입의 제한 또는 금지해제 사실 고시	습지보전법	제15조 제3항	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	포상급 지급	습지보전법	제19조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	손실보상	습지보전법	제20조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	보고 및 조사 등	습지보전법	제22조	국가→국가, 시도
습지보전관련사무	과태료의 부과, 징수 등	습지보전법	제27조	국가→국가, 시도
분뇨처리시설의 설치	분뇨처리시설의 설치·변경 승인	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제21조 제2항	국가→시도
분뇨처리시설의 설치	분뇨처리시설에 대한 개선 명령	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제23조 제3항	국가→시도
축산폐수의 처리	축산폐수배출시설의 설치허가 등	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제24조의2	국가→시군구
축산폐수의 처리	축산폐수배출시설 등의 준공 검사	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제26조	국가→시군구
축산폐수의 처리	축산폐수배출시설 등의 개선 명령	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제28조 제4항	국가→시군구
축산폐수의 처리	배출부과금의 부과·징수 등	오수·분뇨및 축산폐수의처리 에관한법률	제29조	국가→시군구

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
시군 구 축산폐수 공공처리시설의 설치관리	시군구 축산폐수공공처리시 설의 설치·변경·승인	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제30조 제3항	국가→시도
축산폐수의 처리	배출부과금의 부과·징수 등	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제29조	국가→시군구
시군구 축산폐수 공공처리시설의 설치관리	시군구 축산폐수공공처리시 설의 설치·변경·승인	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제30조 제3항	국가→시도
시군구 축산폐수 공공처리시설의 설치관리	시군구 축산폐수공공처리시 설에 대한 개선명령	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제31조 제3항	국가→시도
분뇨처리시설의 설계시공업	분뇨처리시설 등의 설계· 시공업의 등록	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제38조 제1항	시도→시군구
오수처리시설 제조업 등록	오수처리시설 제조업의 등록	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제39조 제1항	국가→시도
오수처리시설 제조업 등록	오수처리시설 제조업의 등록 취소	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제40조	국가→시도
분뇨처리시설의 설계시공업	분뇨처리시설 등의 설계· 시공업의 등록취소	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제40조	시도→시군구
분뇨처리시설의 설계시공업	등록취소 또는 영업정지된 설계·시공업자의 계속공사 에 대한 감리·감독	오수·분뇨및 축산폐수의처 리에관한법률	제41조 제1항	시도→시군구
시도 생태계 보전지역의 지정승인	시도 생태계 보전지역의 지정 승인	자연환경보전법	제30조	국가→시도
제품의 포장방법 등에 관한 검사명령 등	제품의 포장방법 및 포장재의 재질에 관한 검사명령 등	자원의절약과 재활용촉진에 관한법률	제9조 제3항	국가→시군구
제품의 포장방법 등에 관한 검사명령 등	불박이장의 설치권장	자원의절약과 재활용촉진에 관한법률	제11조	국가→시군구
수렵면허	수렵면허장 소지 및 조사포획 등 검사	조수보호및수 렵에관한법률	제11조	시도→시도, 시군구

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
수렵자의 설정	수렵장의 설정	조수보호및수렵에관한법률	제13조 제1항	국가,시도, 시군구→ 시군구
조수의 수출입 또는 반입허가	조수와 그 알, 새끼 또는 가공품 수출입 또는 반입허가	조수보호및수렵에관한법률	제25조 제1항	시도→시군구
조수의 수출입 또는 반입허가	천연기념물의 수입 또는 반입허가시 환경부장관의 승인 신청	조수보호및수렵에관한법률	제25조 제3항	국가→시군구
조수의 수출입 또는 반입허가	수입, 반입 조수의 용도변경 승인	조수보호및수렵에관한법률	제25조 제4항	시도→시군구
조수의 수출입 또는 반입허가	수입, 반입 조수의 양도, 폐사시 신고접수	조수보호및수렵에관한법률	제25조 제6항	시도→시군구
조수보호	조수보호구 설정 및 해제	조수보호및수렵에관한법률	제4조	시도→시군구
조수보호	조수보호원의 임명·해임 및 명예조수보호원의 위·해촉	조수보호및수렵에관한법률	제5조	시도→시도, 시군구
수렵면허	수렵면허장 교부, 면허의 취소·정지	조수보호및수렵에관한법률	제7조, 제7조의2, 제10조	시도→시군구
지하생활공간(지하역사 2000㎡이상 지하도 상가) 공기질 관리	과태료의 부과·징수	지하생활공간 공기질관리법	제11조	국가→시도
지하생활공간(지하역사 2000㎡이상 지하도 상가) 공기질 관리	지하시설 관리자에 대한 개선 명령	지하생활공간 공기질관리법	제7조	국가→시도
지하생활공간(지하역사 2000㎡이상 지하도 상가) 공기질 관리	지하시설 관리자에 대한 보고·자료제출명령 및 출입·검사	지하생활공간 공기질관리법	제8조	국가→시도
토양환경보전관련사무	토양오염실태조사 및 보고	토양환경보전법	제5조 제2항	시도→시도, 시군구
토양환경보전관련사무	토양정밀조사의 실시	토양환경보전법	제5조 제4항	국가,시도→ 국가,시도, 시군구
토양환경보전관련사무	토지등의 수용 및 사용	토양환경보전법	제7조	국가,시도→ 국가,시도, 시군구

제 3 절 지방자치단체의 환경사무에 관련한 문제점과 개선방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
토양환경보전관련사무	타인 토지에의 출입 등	토양환경보전법	제8조	국가,시도→ 국가,시도, 시군구
토양환경보전관련사무	손실보상	토양환경보전법	제9조	국가,시도→ 국가,시도, 시군구
토양환경보전관련사무	토양정밀조사 명령	토양환경보전법	제15조 제1항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양정밀조사결과접수	토양환경보전법	제15조 제2항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양오염유발시설의 개선 또는 이전명령	토양환경보전법	제15조 제3항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	명령이행사항 접수 및 이행 상태 확인	토양환경보전법	제15조 제4항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양보전 대책지역 지정 요청	토양환경보전법	제17조 제2항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양보전 대책계획의 수립, 시행	토양환경보전법	제18조 제1항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	오염토양 개선사업의 명령 및 토양관련전문기관 감리자 지정 등	토양환경보전법	제19조 제1항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	오염토양 개선사업계획 승인	토양환경보전법	제19조 제2항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	오염토양 개선사업 실시	토양환경보전법	제19조 제3항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	오염토양 개선사업 행·재정 지원 요청	토양환경보전법	제19조 제5항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양보전 대책지역내에서의 토지이용등의 제한	토양환경보전법	제20조	시도→시군구
토양환경보전관련사무	토양오염물질의 제거 또는 시설의 철거 등 명령	토양환경보전법	제21조 제3항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	대집행	토양환경보전법	제26조 제3항	시도→시군구
토양환경보전관련사무	특정토양오염유발시설 설치 현황 등의 보고	토양환경보전법	제26조의3	시도→시군구
토양환경보전관련사무	청문	토양환경보전법	제26조의4	국가,시도→ 국가,시군구
하수종말처리시설의 설치인가 등	하수종말처리시설 설치인가	하수도법	제36조	국가→시도

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

기능명	단위사무명	근거법령	조 문	이양결정
하수종말처리시설의 설치인가 등	하수종말처리시설공사의 중지 명령 등	하수도법	제9조	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	방지시설업의 등록	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제18조 제1항	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	방지시설업의 등록취소 및 영업정지	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제18조 제5항	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	시공감리자의 지정	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제19조	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	시공감리자의 지정	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제19조	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	자료제출요구 및 출입검사	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제32조	국가→시도
환경오염물질 방지시설업 등록 등	등록취소시 청문	환경기술개발 및지원에 관한 법률	제34조	국가→시도

(4) 결 어

위에서 본 바와 같이 지방이양추진위원회의 활동성과는 가시적으로 나타나고 있다. 그러나 지방이양확정사무 총 779건 중 2002년 11월 1일 현재 165건만이 관계법령의 개정을 통하여 관계지방자치단체에 이양이 완료되었을 뿐이며, 특히 환경부소관 지방이양확정사무와 관련하여서는 총 154건 중 단 한 건도 이양이 행해지고 있지 않은 실정이다.¹⁸¹⁾ 이와 같이 지

181) 다만 지난 11월 7일 환경정책기본법 등 6개 법률과 함께 국회 본회의에서 통과된 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률은 지방이양추진위원회의 지방이양 확정사무를 반영하여 지방자치단체에서 처리하는 것이 보다 효율적이라고 판단되는 13개 국가 및 시·도 사무를 시·도 및 시·군·구 사무로 이양하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 우선 ①분뇨처리시설의 설치·변경 승인 사무(개정법률안 제21조 제2항), ②분뇨처리시설에 대한 개선명령 사무(안 제23조 제3항), ③시장·군수·구청장이 설치하는 축산폐수공공처리시설의 설치·변경 승인 사무(안 제30조 제3항), ④시장·

방이양사무로 확정되었음에도 불구하고 그 이행실적이 저조한 원인은 무엇보다도 관계부처의 이기주의에서 찾을 수밖에 없을 것이다

중앙행정기관의 장이 소관사무에 대하여 위원회로부터 지방이양의 대상으로 확정되었음을 통보받은 경우에는 이행계획을 제출하고, 위원회가 정한 기한내에 관계법령의 개정등 필요한 조치를 취하여야 한다(지방이양촉진법 제19조). 그러나 중앙행정권한의 지방이양이 이루어질 경우 사무를 이양한 중앙부처에서는 조직·인력·예산의 감축이 불가피하므로 법령개정의 일정을 지연시키는 등 지방이양확정사무의 이양에 소극적·비협조적인 태도를 보이고 있는 듯하다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 지방이양촉진법 제20조에서 「해당 중앙행정기관의 장이 위원회가 정한 기한내에 관계법령의 개정등을 위하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 경우에는 국무총리에게 개정조치를 취할 것을 건의할 수 있다」고 규정하고 있으나 빠른 이양효과를 위해서나 입법의 효율성 측면에서나 이양확정사무에 대하여 정례적으로 일괄개정이 가능한 가칭 「지방이양일괄법」과 같은 특별법의 제정이 필요하다고 본다.

군수·구청장이 설치하는 축산폐수공공처리시설에 대한 개선명령 사무(안 제31조 제3항), ⑤오수처리시설등제조업자의 등록, 변경등록·변경신고 사무(안 제39조 제1항), ⑥오수처리시설등제조업자에 대한 등록취소, 영업정지 명령 사무(안 제40조) 등 시·도지사 위임사무인 국가사무(6개 사무)가 시·도로 이양되었으며, 다음으로 ①허가대상 축산폐수배출시설에 대한 설치허가, 변경허가 및 변경신고, 허가 또는 변경허가 제한 사무(안 제24조의2), ②허가대상 축산폐수배출시설 및 축산폐수처리시설에 대한 준공검사 사무(안 제26조), ③허가대상 축산폐수배출시설 및 축산폐수처리시설에 대한 개선명령 사무(안 제28조 제4항), ④허가대상 축산폐수배출시설에 대한 배출부과금 부과·징수사무(안 제29조) 등 시·도지사 위임사무인 국가사무(4개 사무)가 시·군·구로 이양되었으며, 끝으로 시·도사무인 ①오수처리시설등설계·시공업자의 등록, 변경등록·변경신고 사무(안 제38조 제1항), ②오수처리시설등설계·시공업자에 대한 등록취소 및 등록의 전부 또는 일부의 정지명령 사무(안 제40조), ③영업취소 또는 영업정지된 오수처리시설등설계·시공업자의 계속공사에 대한 시공감리자 지정 사무(안 제41조 제1항) 등 3개 사무를 시·군·구로 재배분하는 것을 내용으로 하고 있다. 이들 개정된 내용은 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행하도록 되어 있다.

제 4 장 지방자치단체의 환경사무와 확대방안

제5장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안

제1절 서설

환경정책 및 환경행정에 있어 지방자치단체가 수행하는 역할의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 아무리 훌륭한 환경정책과 환경규제라 하더라도 그것이 지방자치단체수준에서 이행되지 않는다면 실효를 거둘 수 없기 때문이다. 지방자치단체의 역할과 책무는 특히 환경법의 기본원리로서의 협동의 원칙과 환경자치의 이념에 의해 뒷받침된다.

환경과 생태계의 보호를 국가의 힘과 노력만으로 달성하기는 불가능하다는 인식이 확산되면서 국가주도적 환경정책(하향식(top-down) 명령통제(command-and-control) 위주의 환경규제)에 대한 반성과 비판이 이루어지고 있다. 이와 같이 환경문제를 해결함에 있어 국가주도적 환경정책이 노정시킨 문제점과 한계를 반성·비판하면서 환경문제를 새롭게 인식하고 새로운 수단을 사용하는 분권화된 상향적(bottom-up) 이니셔티브를 취해야 한다는 주장이 제기되고 있고 또 점점 더 설득력을 더해 가고 있다. 1992년의 리우회의는 종래의 국가주도적 환경정책을 반성하고 그에 대한 대안을 모색하는 계기를 제공해 주었다. 그 중 가장 뚜렷한 조류의 하나로 대두되고 있는 것이 ‘환경자치주의’¹⁸²⁾라 할 수 있다. 요컨대 환경자치는 중앙정부에 의한 환경규제를 대체하는 대안은 아니지만, 중앙정부의 역할 못지않게 지방자치단체, 주민, 비정부·비영리 민간기구들의 역할을 강조함으로써 국가환경정책을 보완하는 강력한 방안이라 할 수 있다.¹⁸³⁾

182) 환경자치주의란 종래와 같은 국가가 주도해 온 하향식 명령통제 위주의 환경규제가 환경문제를 제대로 해결하지 못했다는 점을 반성·비판하면서 환경문제를 새롭게 인식하고 새로운 수단을 사용하는 분권화된 상향적 이니셔티브를 취해야 한다는 주장을 말한다. 이에 대해서는, Dewitt John, Civic Environmentalism, Alternatives to Regulation in States and Communities, CQ Press, 1994 참조.

183) 홍준형, 환경법, 博英社, 2001, 122-123면 참조.

환경보호에 있어서 지방자치단체의 선도적 기능은 예를들면 일본에 있어서 지방자치단체에 의한 각종의 환경보전조례의 제정, 특히 국가의 환경기준보다 엄격한 환경기준의 설정이라든지 지방자치단체의 조례에 의한 독자적 환경영향평가제도의 채용 등에 의해서 명확히 된 바 있다. 환경자치의 실현을 위해서는 이와 같은 지역실정을 충분히 반영한 개성있는 환경문제에의 대응이 요구된다.

한편 환경보호는 다양한 수단을 통해 행해지지만,¹⁸⁴⁾ 이하에서는 환경계획, 환경기준의 설정, 그리고 환경영향평가 등을 중심으로 현행 환경관련 법제를 검토하여 문제점과 그 개선방안을 제시하고자 한다.

제 2 절 환경계획과 지방자치단체의 계획고권

1. 환경계획의 의의

계획이란 그 개념을 명확히 정의하기란 쉽지 않지만, 일반적으로 『일정한 목표를 설정하고 상호관련성 있는 수단의 조정과 종합화의 과정을 통하여 목표로 설정된 장래의 일정한 시점에 있어서의 일정한 질서를 실현할 것을 목적으로 하는 미래형성적인 행위 또는 그 결과』로 이해되고 있다.¹⁸⁵⁾ 이러한 의미에서 본다면 환경계획(Umweltplanung)이란 『환경을 사전에 배려하고 환경목표를 실현하기 위하여 관련되는 여러 문제와 이해관계를 종합적으로 조정하고 여러 수단을 유기적으로 결합시키는 미래형성적인 환경정책수단』을 말한다.¹⁸⁶⁾

환경보전이란 극히 복잡한 과제이므로 종종 개개의 명령, 금지 및 인허가 등과 같은 개별적 결정만으로는 이를 달성할 수 없는 경우가 생긴다. 각각의 개별결정들이 상호간에 조화되지 않으면 환경피해가 단지 지연되는데 그치거나 환경보전조치들이 失機해 버리는 결과를 막을 수 없다. 이러한 이유에서 환경보전의 실행수단으로서 등장하는 것이 바로 계획이란 활

184) 환경보호수단에 대해서는 줄지, 獨逸環境法論, 한국법제연구원, 2002, 163면 이하 참조.

185) 千柄泰·金明吉, 環境法論, 三英社, 1997, 121면.

186) 金南辰, 行政法 II [第6版], 法文社, 2001, 600면.

동형식으로서 환경계획은 사전배려의 원칙을 실현시키기 위한 가장 적합한 수단으로 간주되고 있다.¹⁸⁷⁾ 요컨대 사전배려적인 환경정책의 수단으로서의 환경계획은 환경의 복합적인 원인 및 문제관련의 파악을 가능하게 함은 물론, 충돌하는 목적 및 이익과 환경이해(Umweltbelange)의 조정을 가능하게 한다.¹⁸⁸⁾

한편 환경정책기본법 제4조에서는 국가는 환경오염과 그 위해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위하여 환경보전계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 지며(제1항), 지방자치단체는 관할구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 당해 지방자치단체의 계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 진다(제2항)고 규정하고, 아울러 사업자와 국민은 국가 또는 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 할 책무가 있음을 규정하고 있다(동법 제5조, 제6조).

요컨대, 현재의 환경문제를 해결하기 위해서는 종래의 대중요법적인 방법만으로는 한계가 있으며, 종합적·장기적 시야를 가진 계획적 대응, 즉 계획행정의 중요성이 인식되게 되었다. 특히 오늘날의 과제의 해결을 위해서는 『지역에서 행동한다』, 즉 지역주민의 협력은 불가결하기 때문에 주민에게 가장 친근한 시·군·구차원의 환경계획이 기본적으로 중요한 의미를 가진다.¹⁸⁹⁾

187) 홍준형, 환경법, 142-143면.

종래까지는 대기, 수, 해안, 습지, 산림, 토양 등의 자연자원은 무한하고 그것을 대규모로 오염·파괴하지 않는 한 무제한의 사용이 가능하다고 생각되어 왔다. 그러나 최근에는 ①이들 자연자원은 질적·양적으로 유한한 공공자원이므로 후의 세대의 이용을 위해 보전하고, 지금의 세대의 이용에 있어서도 적절한 관리가 필요하며, ②어떤 지역의 환경·생태계가 사업활동 등을 받아들일 수 있는 능력(환경용량)에는 한계가 있고, 계획입안에 있어서는 사업이 지역전체의 환경 내지 생태계에 미치는 영향(환경에의 부하)을 항상 고려할 필요가 있다는 사고가 유력하게 되었는데, 이와 같은 사고를 『환경관리』라고 한다. 그런데 환경관리라는 관점에서 한정된 자연자원의 이용(보전)이나 배분을 수급균형, 비용·편익의 비교 등을 기초로 조정하기 위해서는 어쨌든 종합적인 환경시책에 관한 계획이 필요로 되는 것이다(淡路剛久·阿部泰隆編, 環境法, 有斐閣, 1996, 122頁).

188) R. Schmidt, Einführung in das Umweltrecht, 4. Aufl., S. 9; M. Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, S. 203; W. Hoppe/M. Beckman, Umweltrecht, 1989, S. 92; 줄지, 獨逸環境法論, 한국법제연구원, 2002, 171면.

189) 原科幸彦, 環境計劃と市民參加, 地球時代の自治體環境政策(寄本勝美·原科幸彦·

2. 지방자치단체의 계획고권에 관한 논의

(1) 서

지방자치단체의 계획고권(Planungshoheit)이란 계획수립주체인 지방자치단체가 자기책임하에 자주적으로 계획을 수립할 권한, 즉 지방자치단체가 국가의 지시에 엄격하게 구속되지 않으면서 고유의 정치적·행정적 형성권 내지 결정권에 따라 자기지역의 건설을 합목적적으로 행하거나 토지이용에 관하여 획정할 수 있는 권한을 말한다.¹⁹⁰⁾ 따라서 계획고권은 지방자치단체가 자기지역의 전체적 공간질서를 적극적으로 형성·발전시키고 이를 구속적으로 획정하는 권한인 것이다. 공간적 조건의 형성에 관한 국토계획(Raumordnung)은 종합적인 측면에서의 조정을 필요로 하는 특성을 갖고 있는 관계로 지방자치단체의 계획고권은 주도적으로 기능하지 못하고 있는 것이 현실이다. 특히 환경계획의 내용은 지방자치단체 및 당해 지방자치단체의 주민과 밀접하게 관련되어 있는 경우가 많기 때문에 이와 같은 경우에는 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 그 결정과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있어야 할 것이다. 지방자치단체의 상위계획 또는 타계획에 대한 참여는 역류의 원칙(Gegenstromprinzip)¹⁹¹⁾의 구체적 표현이라 할 수 있지만 이것을 어떻게 자리매김할 것인가 하는 것도 중요한 문제이다.

이하에서는 지방자치단체의 계획고권에 관련한 독일에서의 논의를 중심으로 검토하기로 한다.

寺西俊一 編著, ぎょうせい, 2002), 29頁.

190) Alfons Gern, Kommunalrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2001, S. 110, Rn 89; BVerwGE 34, 301 (304).

191) 독일 공간정서법(Raumordnungsgesetz) 제1조 제4항은 『개별공간질서는 전체공간질서에 적합하여야 한다. 전체공간질서는 개별공간의 제조건과 제요구를 고려하여야 한다』고 하여 이른바 역류의 원칙을 규정하고 있다. 역류의 원칙은 동일한 영역에 관련된 계획조치는 모두 상호 의존한다는 인식에 근거한 것으로서 그것은 '아래에서 위로, 그리고 동시에 위에서 아래로의 조정'을 도모하는 원칙으로서 상위계획과 하위계획간의 계획체계의 적합성을 확보하기 위한 기본원칙이다. 이 원칙에 의하면 일방에 있어서 하위계획주체의 적합의무(Anpassungspflicht)가 확정되지만, 그러나 타방에 있어서 하위계획주체의 참여권의 보장 또한 불가결한 문제로 된다.

(2) 지방자치의 헌법적 보장과 계획고권

독일기본법 제28조 제2항 제1문은 「지방자치단체(Gemeinde)에게는 그 지역공동체의 모든 사무를 법률의 범위 안에서 자기책임으로 규율할 수 있는 권한이 보장되어야 한다」고 규정하고 있는 바, 오늘날 이 헌법상의 자치권보장에 관한 규정은 일반적으로 제도적 보장으로 이해되고 있다.¹⁹²⁾ 또한 지방자치단체의 계획고권은 지역고권, 인사고권, 재정고권, 조례고권, 조직고권 등과 함께 헌법상 지방자치권의 보장내용을 이루고 있다는 점에 대해서는 이론이 없다(전권한성의 원칙). 따라서 계획고권의 승인에는 법률에 의한 명시적인 승인을 필요로 하는 것이 아니라 지방자치권으로부터 직접 도출되는 것이다. 독일연방행정법원도 「당 법원의 판례에 의하면 계획고권은 연방건설법에 의하여 지방자치단체에 승인된 것이다. 그러나 그것은 연방건설법에 의한 명시적인 법률상의 승인 이외에도 참여권에 관한 특별한 법률상의 승인여부에 관계없이 광범위하게도 지역에게는 중요한 계획에 대한 참여를 요구할 권리가 헌법에서 보장된 지방자치단체의 자치권으로부터 도출되는 것을 배제하는 것은 아니다」고 판시한 바 있다.¹⁹³⁾

다만 계획고권(자치권)도 무한정하게 인정되는 것은 아니고 「법률의 범위 안에서」 인정되는 것이므로 입법자는 입법재량을 가진다. 따라서 입법자는 자치권제한의 일반원칙에 따라 법률로써 지방자치단체의 계획고권을 제한하는 것은 원칙적으로 허용되지만,¹⁹⁴⁾ 어떠한 경우에도 계획고권의

192) Vgl. dazu Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, München 1996, Art. 28 Rn. 45; Blümel, Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrecht, in: v. Mutius, Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von G.C. v. Unruh, Heidelberg 1983, S. 266 m.w.N.; Stern, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Heidelberg 1996, Art. 28 Rn. 65; Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. I, 2. Aufl., Köln u.a. 1975, S. 57 ff. m.w.N.

193) BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1969; DVBl. 1969, 362; DÖV 1969, 428.

194) BVerfG NVwZ 1988, 47 (49); 1989, 350; VGH BW VBIBW 1990, 182.

본질적 내용 내지 핵심영역¹⁹⁵⁾을 침해하여서는 아니된다.¹⁹⁶⁾

(3) 계획고권의 제한 및 조정

1) 계획고권의 제한

지방자치단체의 계획고권은 타계획, 즉 전체계획(Gesamtplanung) 또는 전문계획(Fachplanung)에 의하여 많은 제한을 받고 있다.¹⁹⁷⁾ 이러한 계획이 지방자치단체의 계획고권과 동일한 지역적 공간을 대상으로 하는 경우나 인접 지방자치단체가 계획을 수립하는 경우에는 당연히 지방자치단체의 계획고권에 많은 영향을 주게 된다. 특히 토지이용과 관련한 계획은 종합적인 측면에서의 조정을 필요로 하는 특성을 갖는 관계로 지방자치단체의 계획고권은 주도적인 기능을 갖지 못하고 있다.¹⁹⁸⁾ 따라서 지방자치단체의 계획고권의 제한을 완화시킬 수 있는 방안이 고려되어야 할 것이다.

2) 계획고권의 제한에 대한 조정

지방자치단체의 계획고권은 타계획에 의해서 많은 제한을 받고 있는 바, 따라서 이하에서는 이러한 문제점을 시정할 수 있는 계획고권 제한의 조정 원칙에 관해서 살펴보기로 한다.

195) 이에 관해서는, Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit, Göttingen 1979, S. 85; Stür, Funktionalreform, S. 85 f.; Stern, BK, Art. 28 Rn. 120; Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977, S. 28.

196) Vgl. BVerfGE 1, 167 (174 ff.); 23, 353 (367); 38, 258 (278 f.); 56, 298 (312); 59, 216 (226); 76, 107 (118); 79, 127 (146).

197) 독일의 경우에는 지방자치단체의 계획고권이 인정되고 있지만 또한 연방국가인 관계로 공간계획의 결정체계가 연방, 란트, 그리고 지방자치단체에 걸쳐 매우 분권적으로 형성되어 있다. 따라서 국가의 계획과 지방자치단체의 계획간에는 일정한 긴장 관계가 존재하게 되고, 전체 계획체계 속에서 이러한 긴장 내지는 갈등관계를 조화롭게 풀어가는 계획원칙들을 찾아나가는 것은 매우 중요한 현실문제로서 아직도 연구의 대상이 되고 있다. Vgl. z.B. Birk, NVwZ 1989, S. 905 ff.; Brohm, DÖV 1989, S. 429 ff.; Hendl, Grenzen der überörtlichen Planung; Langer, VerwArch. 80 (1989), S. 325 ff.

198) 柳至泰, 行政法新論 [第6版], 新英社, 2002, 665면.

(가) 계획주체의 자주성 및 권한보호의 원칙

지방자치단체는 계획고권을 가지므로 최소한 자기지역에 있어서는 독립적인 계획주체임과 아울러 국가 또한 헌법 제120조 제2항, 제122조에 근거하여 국가계획의 독립적인 주체가 된다. 이렇게 볼 때 지방분권적인 행정조직에 있어서는 지방자치단체나 국가 모두 헌법에 의해 독자적인 계획권한을 갖는 것이다. 따라서 무엇보다도 이러한 계획주체로서의 독립성, 즉 국가의 계획권한과 지방자치단체의 계획고권이 우선적으로 보장되어야 한다.

이러한 계획주체의 자주성을 바탕으로 이해할 때 국가계획에 의한 지방자치단체의 계획권한의 제한문제는 같은 지역을 대상으로 하는 양 권한주체 간의 불가피한 권한중복과 이로부터 발생하는 권한간의 갈등문제로 이해되는 바,¹⁹⁹⁾ 따라서 이에 대한 조정이 문제되는 것이다. 이러한 권한갈등에 대하여는 이익형량을 통해 단순히 어느 한 쪽의 이해관계만을 우선시킬 것이 아니라 충돌하는 양 권한간의 합리적인 조화점을 찾는 것이 바람직하다는 점에서 이른바 실천적 조화의 원칙(Prinzip praktischer Konkordanz)²⁰⁰⁾으로부터 문제해결의 실마리를 찾을 수 있다. 이에 따르면 계획권한이 서로 충돌하는 경우에는 어느 한 쪽의 권한을 완전히 배제할 것이 아니라 양 권

199) Vgl. Brohm, Kompetenzüberschneidungen im Bundesstaat, DÖV 1983, S. 524 ff.

200) 실천적 조화의 원칙은 헌법의 조화적 해석원칙으로서 이에 따르면 헌법상 보호되는 양 법익은 서로 충돌되더라도 각자가 모두 효력을 발휘할 수 있도록 상호조정되어야 한다는 것이다. 즉 법익간의 충돌이 생기는 경우에도 성급한 법익형량(Güterabwägung)이나 추상적인 가치형량(Wertabwägung)을 통해 다법익을 희생하여 어느 하나의 법익만이 실현되어서는 안되고, 오히려 일정한 한계를 설정함으로써 그 안에서 양 법익이 최상으로 실현될 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이 경우에 양자가 최적으로 실현될 수 있는 이러한 한계는 구체적인 사례에 있어서 비례원칙에 따라 설정될 수 있다. 다만 비례의 원칙은 단지 소극적으로 어떤 처분이 비례원칙에 반하는지만을 심사한다는 점에서 조화의 원칙과 완전히 구별된다.

요컨대 실천적 조화의 원칙에 따르면 어떠한 우월한 공익이 존재한다고 해서 바로 자치권의 침해가 정당화되는 것이 아니라, 당해 지방자치단체의 권한을 충분히 고려한 후에도 자치권을 침해할 수밖에 없는 초지역적 공익이 합리적으로 요구될 때 그 침해가 정당화될 수 있는 것이다. 그러나 이러한 경우에도 지방자치단체의 권한이 완전히 배제되어서는 안되고, 지방자치단체에게는 어쨌든 전체 헌법체제안에서 주어진 기능을 실현할 수 있는 최소한의 여지가 남아 있어야 한다(金南澈, 地方自治團體의 計劃高權과 國家의 空間計劃, 토지공법연구총서 II, 한국토지공법학회, 2001, 745면).

한이 전체적으로 보아 모두 자기의 기능을 실현할 수 있도록 실천적인 조화를 꾀해야 한다.²⁰¹⁾ 요컨대 지방자치단체의 계획권한의 보호는 독자적으로 계획목표를 설정하고 이를 관련된 국가의 계획목표와 조정할 수 있는 계획상의 형성의 가능성을 보호하는 것인 바, 이러한 의미에서 지방자치단체로부터 계획상의 형성의 가능성을 잃게 하는 모든 조치는 계획고권의 침해가 된다고 할 것이다.

(나) 대강계획의 원칙

계획고권의 제한에 대한 조정의 원칙으로서 상술한 조화의 원칙을 보충하는 실체법적인 계획원칙으로서 대강계획(Rahmenplanung)의 원칙이 있다. 즉 국가계획은 어디까지나 기본골격만을 설정하는 계획이어야 한다는 것이다. 이에 따라 국가는 계획의 기본적인 골격만을 형성하고, 이를 점차 구체적으로 형성하는 것은 하위의 계획주체에게 맡겨져야 한다.²⁰²⁾ 이 원칙은 독일 공간계획법에 규정되어 있는 역류의 원칙과 더불어 계획결정과정에서 정보의 흐름을 가시화하고, 또한 결정을 용이하게 할 뿐만 아니라 결정과정의 민주화에도 기여한다. 이러한 원칙에 따라 특히 국가의 종합계획은 원칙적으로 이러한 계획의 대강(골격)만을 설정하는 것에 제한되므로, 국가는 지방자치단체에 대하여 그 계획의 외곽만을 설정해 주고, 지방자치단체는 이렇게 주어진 범위내에서 이를 자기책임으로 구체화시킬 수 있어야 한다.²⁰³⁾ 다만 예외적으로는 국가계획이 골격만을 설정하는 것을 넘어서 지방자치단체의 지역에 대해서 구체적으로 확정하는 것도 인정될 수는 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 국가계획을 구체화하는 지방자치단

201) 金南澈, 상계논문, 758면.

202) Vgl. Wahl, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklungsplanung, Bd. I : Das Planungssystem der Landesplanung, Berlin 1978, S. 147 ff.; Brohm, JuS 1986, S. 780.

203) Vgl. Brosche, Voraussetzungen und Umfang der Anpassungspflicht der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung sowie die Abstimmung der Bauleitpläne benachbarter Gemeinden, DVBl. 1980, S. 214; Brohm, DVBl. 1980, S. 658 f.; ders., JuS 1986, S. 780; ders., DÖV 1989, S. 439 f.; Wahl, Aktuelle Probleme im Verhältnis der Landesplanung zu den Gemeinden, DÖV 1981, S. 603.

체가 이를 구체적으로 형성하는 과정에서 고유한 계획상의 형성의 여지를 전혀 가질 수 없다면, 이러한 국가계획은 지방자치단체의 계획고권을 침해하는 것이라 할 것이다.²⁰⁴⁾

(다) 참여권의 보장

지방자치단체는 원칙적으로 계획고권을 가진다 하더라도 지역적인 한계를 넘는 광범위한, 종합적인 성격을 갖는 계획에 있어서는 그 제한을 인정하지 않을 수 없다. 그러나 국토계획과 같이 지방자치단체와 그의 주민이 밀접히 관련된 경우에는 당해 지방자치단체의 참여와 협조가 없이는 계획의 목표를 원활하게 실현하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 지역적 한계를 넘는 광범위한 종합적 성격을 갖는 계획에 있어서도 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 하여야 할 것인 바, 이 경우에 있어서 지방자치단체의 계획고권은 결정과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있는 권리로 수정된다고 볼 수 있을 것이다.²⁰⁵⁾ 이러한 내용의 절차적 참여권이 보장되지 않는 계획의 수립이나 결정은 지방자치단체의 계획고권의 침해문제로 논의되어야 할 것이다.²⁰⁶⁾ 요컨대 계획고권의 제한은 지방자치단체가 상위계획 또는 타 계획책정절차에 참여함으로써 조정 내지 보정될 수 있을 것이다.

(4) 우리 나라에 있어서 지방자치단체의 계획고권

우리 헌법 제117조 제1항은 「지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제

204) 金南澈, 地方自治團體의 計劃高權과 國家의 空間計劃, 160-161면; Hendler, Grenzen der überörtlichen Planung, S. 22; Langer, VerwArch. 80 (1989), S. 372; Widera, Planungshoheit, S. 116.

205) 독일에서는 국토계획에 대한 지방자치단체의 참여권에 관하여는 공간계획법상의 규정이 그 기준이 되고 있기 때문에 계획고권의 제한은 상당히 완화되어 있다고 볼 수 있다. 즉 독일 공간계획법 제5조 제2항 제2문은 「공간계획 및 란트계획의 목적을 책정할 때는 적합의무를 부담하고 있는 지방자치단체 및 지방자치단체조합 또는 그 연합은 참여하지 않으면 안된다」고 규정하여 지방자치단체에게 국토계획의 책정절차에의 참여권을 인정하고 있는 바, 참여권은 적합의무에 대응하고 양자는 역류의 원칙을 구성하는 본질적 요소이다.

206) 柳至泰, 전게서, 666면.

정할 수 있다』고 규정하여 지방자치를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 이와 같은 지방자치의 헌법적 보장 또한 지방자치단체에 대하여 자기결정·자기책임을 내용으로 하는 포괄적인 권한을 인정한 것이며, 이는 지방자치단체의 지역적 사무에 대한 전권한성과 자기책임성을 핵심으로 하는 자치권의 보장으로 이해된다. 따라서 전술한 바와 같이 독일에서는 지방자치권을 보장하고 있는 기본법 제28조 제2항 제1문에는 지방자치단체의 계획고권도 당연히 포함되어 있다고 이해되고 있는 것과 마찬가지로, 우리 나라에서도 지방자치를 보장하고 있는 우리 헌법 제117조 제1항으로부터 직접 계획고권의 근거를 도출하는 것이 다수의 견해라 할 수 있다.²⁰⁷⁾ 따라서 설령 현행 도시계획법 등 일반 계획법률에서 계획고권을 구체적으로 규정하고 있지 않다 하더라도 이는 『헌법상 보장된 지방자치행정권에서 당연히 나오는 본질적인 것』이라고 보아야 한다.²⁰⁸⁾

한편 우리 나라의 현행 계획법제는 계획권한의 배분에 있어서 여전히 중앙집권적인 형태를 취하고 있어 지방자치단체의 계획고권은 상당한 제한을 받고 있으며, 따라서 계획고권이 충분히 보장되고 있는지는 의문이다. 즉 도시계획입안의 지침이 되는 도시기본계획의 수립이나 광역도시계획의 수립은 건설교통부장관의 승인을 필요로 하고 있다(도시계획법 제10조 제1항, 제16조 제1항). 또한 국가계획과 관련되는 경우에는 지방자치단체의 장이 아니라 건설교통부장관이 도시계획을 입안하고(동법 제18조 제1항 단서) 결정할 수 있도록 하고 있다. 또한 국토건설종합계획의 일환으로서의 도건설종합계획은 국무총리의 승인을 받도록 하고 있고(국토건설종합계획법 제17조 제2항), 시·군건설종합계획은 도지사의 승인을 얻도록 하

207) 洪井善, 地方自治法論, 法英社, 1991, 99면 이하; 이기우, 地方自治行政法, 法文社, 1991, 70면 이하; 金南澈, 전계논문, 751면; 신봉기, 계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제, 법률신문 제3075호(2002.9.2.), 1면.

208) BVerwG, DVBl. 1969, 362 ff.; Hoppe, RuL, 1988, Rn. 72 f.

이와 같이 헌법상 보장된 계획고권을 근거로 하여 지방자치단체는 비로소 자치행정권보장의 본질적 내용을 형해화·공동화시키는 일반 법률규정으로부터 보호받을 수가 있고, 자기에 영향을 주는 다른 지방자치단체의 계획에의 참여권을 부여받게 되며, 자기의 계획고권을 침해하는 위법한 계획과 건축허가 등에 대하여 방어권능을 가짐으로써 행정쟁송절차에서 당사자가 될 수 있는 지위를 누릴 수가 있다. 또한 계획고권은 각종 계획법상의 규정에 대한 해석원리로서의 기능도 가지게 된다(신봉기, 계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제, 2면).

고 있다(동법 제18조 제2항). 그 밖에도 국토이용계획은 건설교통부장관이 그 입안권을 가지며(국토이용관리법 제7조 제1항), 이때에 단지 관계도지사, 시장, 군수 등의 의견을 듣도록 하고 있을 뿐이다(동법 제7조 제6항).

요컨대 지방자치단체의 계획고권은 헌법 제117조 제1항의 지방자치의 보장으로부터 직접 도출되는 지방자치단체의 중요한 자치권능의 하나이다. 따라서 도시계획권한은 어떠한 경우에도 지방자치단체에게 주어져야 하며 다른 상위의 계획주체에게 이양될 수 없는 것이고, 또한 도시계획권한을 제한하는 경우에도 지방자치단체가 계획상의 형성의 여지를 전혀 가지지 못하고 단지 상위의 국가계획을 집행하는데 그친다면 이것은 계획권한의 핵심적인 영역을 침해하는 것이어서 헌법상의 자치권보장에 반하는 것이다. 따라서 계획권한의 배분에 있어서 여전히 중앙집권적인 형태를 벗어나지 못하고 있는 현행 계획법제는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 부합하도록 지방자치단체에 계획고권을 폭넓게 인정하여야 할 것이며, 이러한 계획고권이 인정되는 경우에 있어서만 진정한 의미의 지방자치의 실현이 가능할 것이다.

3. 지방자치단체의 환경계획

(1) 현행법상의 환경계획

현행법상 환경보호를 위한 계획의 유형은 크게 적용범위에 따라, 종합적 환경계획(환경정책기본법 제12조의 규정에 근거한 환경보전장기종합계획), 영향권별 환경관리계획, 각각의 보호대상에 대한 분야별 환경보전관계법에 의한 부문별환경계획(자연환경보전법 제7조에 근거한 전국자연환경보전계획, 폐기물관리법 제8조에 근거한 국가폐기물관리종합계획 등), 나아가 국토이용계획·도시계획 등과 같은 종합계획 또는 전체공간계획의 일환으로 수립·추진되는 환경계획, 그리고 산림계획이나 하천정비기본계획 등과 같은 다른 부문계획의 일부로서 추진되는 계획들로 나누어진다.

한편 현행 환경관계법은 지역환경계획과 관련하여서는 환경정책기본법 제14조의3에 근거한 시·도환경보전계획 및 폐기물관리법 제8조 제1·2항

에 근거하여 시·도지사와 시장·군수 구청장이 수립하는 폐기물처리기본 계획 등만을 규정하고 있을 뿐이며, 이들 계획들도 기관위임사무의 형태로 되어 있음에 불과하다. 이러한 점에서 본다면 우리 헌법 제117조의 지방자치권의 보장에는 계획고권이 포함되어 있다고 보는 것이 일반적임에도 불구하고 현행 환경관계법은 지방자치단체의 환경계획고권을 거의 인정하고 있지 아니하다고 볼 수밖에 없다. 이는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 반한다고 생각되며 따라서 지방자치단체의 환경계획고권을 확대하는 방향으로 관련법의 개정이 행해져야 한다고 본다.

(2) 지방자치단체의 환경기본계획

1) 환경기본계획의 책정주체

지방자치단체는 관할구역의 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 당해 지방자치단체의 계획을 수립하여 이를 시행할 책무를 지고 있는 바(환경정책기본법 제4조 제2항), 시·도지사는 장기계획 및 중기계획에 따라 관할구역의 지역적 특성을 고려하여 당해 시·도의 환경보전계획을 수립·시행하여야 한다(동법 제14조의3). 이에 예컨대 서울시환경기본조례 제11조 제1항에서는 『서울특별시장은 환경보전시책의 종합적이며 계획적인 추진을 위하여 서울특별시환경기본계획을 10년마다 수립하여야 한다』고 규정하고 있다.

이와 같이 환경정책기본법은 환경보전계획의 책정주체를 광역지방자치단체에 한정하고 있어 그 동안 문제점으로 지적되어 왔는 바, 이에 이번 정기국회에서 통과된 환경정책기본법은 제14조의4를 신설하여 지역수준에서 환경오염 및 환경훼손을 사전예방하고 개발과 보전을 조화할 수 있도록 시·군·구 단위에서 환경계획의 수립을 규정하고 있다. 즉 동조 제1항에 의하면 시장·군수·구청장은 국가환경종합계획과 중기계획 및 시·도환경계획에 따라 관할구역의 지역적 특성을 고려하여 당해 시·군·구의 환경보전계획을 수립·시행하여야 하며, 이 경우 지방환경관서의 장 또는 시·도지사는 제23조의 규정에 의한 영향권별 환경관리를 위하여 필요한 경우에는 당해 시장·군수·구청장에게 시·군·구환경계획의 변경을 요

청할 수 있도록 하고 있다(동조 제3항).²⁰⁹⁾

2) 환경기본계획의 내용

환경기본계획에는 종합계획형, 쾌적환경창조형, 자연환경보전형, 공해방지형 등의 유형이 있을 수 있지만,²¹⁰⁾ 환경정책기본법 제14조의3에 의해서 책정하는 광역지방자치단체의 종합계획형환경보전(기본)계획은 종합계획을 환경면에서 실현하기 위한 기본방침을 종합적·체계적으로 시사하는 것으로 다음과 같은 내용으로 구성된다.²¹¹⁾

(가) 지역의 장래상

바람직한 지역환경의 장래상을 시사하는 것으로 맑은 공기, 깨끗한 물, 풍족한 자연, 안전하고 살기 좋은 쾌적한 환경 등의 캐치프레이즈가 사용된다.

(나) 목표의 체계

장래상의 뒷받침으로 되는 목표를 개별환경요소마다 시사하는 것으로, 자연과 인간과의 조화(공생), 공해가 없는 환경, 쾌적한 환경의 창조가 기본목표의 3대지주이다. 게다가 자연환경의 보전, 자연과의 접합, 자연보호

209) 한편, 일본에서는 종래까지 환경관리라는 관점에서 환경기본계획의 책정을 적극적으로 추진하여 왔던 것은 지방자치단체이다(다만 일반적으로 환경관리계획이라는 명칭이 사용되어 왔다). 우선 都道府縣에서는 1973년의 大阪府環境管理計劃을 효시로 하여 兵庫縣, 石川縣, 宮城縣, 大阪府, 三重縣, 神奈川縣, 千葉縣, 愛知縣, 秋田縣, 北海道 등이 全道府縣域에 걸치는 환경관리계획을 책정하고 있다. 다음으로, 市町村에서는 1974년의 神戸市の 대기·수질에 관한 환경관리계획을 필두로 하여 京都市, 川崎市, 越谷市, 大阪市, 東大阪市, 横浜市, 北九州市, 福岡市, 名古屋市 등이 환경관리계획을 책정하고 있다(淡路剛久·阿部泰隆 編, 環境法, 123頁).

210) 淡路剛久·阿部泰隆 編, 環境法, 124頁. 일본에서도 종합계획형이 가장 많지만 시정촌레벨에서는 쾌적환경창조형, 자연환경보전형의 것도 많다고 한다.

211) 이하의 서술에 대해서는, 淡路剛久·阿部泰隆 編, 環境法, 124-125頁 참조.

서울시환경기본조례에 의하면 환경기본계획은 환경보전시책의 종합적이며 계획적인 추진을 위하여 10년마다 수립되어야 하며(제11조 제1항), 또한 환경기본계획에는 ① 환경여건의 변화와 전망, ② 환경보전 목표 및 시책방향, ③ 환경보전목표를 달성하기 위한 분야별·단계별 사업계획, ④ 사업의 시행에 소요되는 비용의 산정 및 재원조달 방법, ⑤ 기타 환경보전에 관한 주요사항이 포함되어야 한다고 규정하고 있다(제11조 제2항).

사상의 보급, 공해문제의 철저한 해결, 지구규모의 환경문제에의 대응, 아름다운 집(경관)만들기, 역사적·문화적 유산의 보존·활용 등이 소항목으로서 기재된다.²¹²⁾ 공해방지에 관해서는 환경기준을 기본으로 환경목표·환경보전수준이 시사된다.

(다) 방침·시책

목표달성을 위해 행정, 사업자, 일반시민이 대응하여야만 하는 과제가 『보호구를 설정하여 보호에 노력한다』 『아름다운 경관만들기를 진행한다』 『시민의 리사이클활동을 지원한다』 등과 같이 전반적이고 망라적으로 기재된다. 또한 『녹색 감시원을 1명 배치한다』 『년 4회 자연관찰회를 실시한다』 등, 시설의 내용·실시주체·시기 등을 구체적으로 기재하는 예 및 자치체의 구역마다 구체적 지명을 들어 방침·시책을 시사하는 예도 있을 수 있다.

(라) 지역별·요소별의 관리계획

지역을 다시 세분하여 그 자연적·경관적·문화적 특성을 순서지우고, 보전목표, 관리지침의 내용과 수준을 보다 구체적으로 시사하려고 하는 것이다.²¹³⁾

212) 서울특별시환경기본조례는 우선 제12조에서 자연환경의 보전과 관련하여 시와 시민은 자연환경과 생태계 보전이 인간의 생존 및 생활의 기본임을 알고 자연의 질서와 균형이 유지·보전되도록 노력하여야 하며(제1항), 자연환경은 첫째, 자연환경의 보전은 개발보다 우선되어야 하며, 자연의 이용과 개발은 조화와 균형을 유지할 수 있는 범위 안에서 이루어져야 하며, 둘째, 자연환경은 오염과 훼손으로부터 보호되어야 하며, 오염되거나 훼손된 자연환경은 원래의 형태로 회복되어야 하며, 셋째, 야생동·식물 및 그 서식처는 보호되고, 그 종은 보존되어야 한다는 기본원칙에 따라 보전되어야 한다(제2항)고 규정하고 있다. 뿐만 아니라 제13조에서는 시는 지구온난화 방지, 오존층보호, 산성비에방 등 지구환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다고 규정하여 지구환경의 보전에도 배려하고 있다.

213) 예를들면 北海道自然環境保全指針은 북해도자연환경관리계획의 개별지침으로서 책정된 것이지만, 73종 821의 『뛰어난 자연의 요소』 및 166개소의 『뛰어난 자연지역』을 선출하여 각각 4단계의 자질수준, 보호수준, 이용수준을 정하고 있다. 다만 이 관리지침도 법적으로는 어디까지나 행정지도지침이므로 북해도자연환경보전지침은 『국가에 대해서는 요망적, 시정촌에 대해서는 유도적으로 작용하고, 도민·사업자에 대해서는 사업의 구상의 단계에서 자발적·적극적인 자연환경에의 배려를 기대하는 것』으로 되어 있다(淡路剛久·阿部泰隆 編, 環境法, 125頁).

(마) 환경배려조항

환경에 영향을 미치는 개발행위나 사회경제활동에 대하여 환경에 배려하여야만 하는 사항을 시사하고 그것에 부합된 행동을 요청하는 것이다. 예를들면 사업별환경배려지침에서는 주택지, 상업, 공업, 농업, 교통, 에너지 등마다 세세한 주의사항이 시사된다. 이러한 배려사항은 직접적인 구속력을 가지는 것은 아니고 다른 행정부문, 사업자, 일반시민을 어떤 행동으로 적극적으로 유도하기 위한 인도로서 기능하는 것이다. 행정은 각종의 계획책정, 인허가, 환경영향평가 등을 통하여 그것을 행정에 반영시키게 된다. 한편 서울시환경기본조례 제11조 제5항에서는 『시장은 시의 주요 계획을 수립 또는 변경할 때에는 환경을 우선적으로 고려하여 환경기본계획에 배치되지 않도록 하여야 한다』고 규정하여 환경배려조항을 두고 있다.

(바) 환경정보시스템

기본계획의 책정과 동시에 환경정보시스템, 환경정보데이터베이스 등을 정비하는 경우도 있다. 이것은 지역환경에 관한 정보를 수치·기호데이터, 도서 등의 형태로 정비하여 사업자나 시민에게 제공하는 것으로, 기본계획책정을 위해 혹은 각종의 계획의 조기의 단계에서 환경에의 배려를 촉구하고 계획을 원활하게 진행하는 것을 목적으로 한다. 기본계획의 내용을 보충하는 것이라고 할 수 있다. 서울시환경기본조례 제8조 제2항에서는 『모든 시민은...시에서 가지고 있는 환경정보에 접근할 권리를 가진다』고 규정하여 시민의 환경정보에의 접근권을 명확히 하고 있다.

(사) 주민참여

환경계획의 실효성의 확보를 위해서는 무엇보다도 환경계획의 책정단계에서부터 주민의 참여를 폭넓게 보장할 것이 요청된다. 가령 서울시환경기본조례는 제8조(시민의 권리) 제2항에서 모든 시민은 시 환경시책의 수립 및 추진과정 등에 참여할 권리를 가진다고 규정한 다음, 시장은 환경기본계획을 수립하거나 중요한 사항을 변경할 때에는 시민의 의견이 반영될 수 있도록 노력하여야 하며(제11조 제3항), 환경기본계획을 수립할 때에는

녹색서울시민위원회, 시 환경보전자문위원회, 자치구청장 등의 의견을 수렴하여 이를 확정한다(제11조 제4항)고 규정하여 환경계획의 수립에 있어서 시민의 참가를 폭넓게 인정하고 있다.

이와 관련하여 일본에서는 최근 환경기본계획의 책정과정에 있어서 시민의 역할과 책임을 한층 충실하게 하는 자치체가 나오고 있다. 환경심의회가 작업의 중심에 위치하면서도 워크숍을 수시로 개최하여 시민의견을 집약·반영시키고 있는 곳, 더욱 철저하게 全員公募의 시민검토조직에 전부를 맡기는 곳 등이 있다. 더욱 나아가 행정은 시민위원공모절차·최초의 설명·자료조회에의 대응밖에 하지 않고 기본적으로 시민이 주체가 되어 책정된 환경기본계획으로서는 (東京都) 日野市環境管理計劃이 있다.²¹⁴⁾

따라서 환경계획을 수립함에 있어서는 자치체는 지역주민의 참가를 확대함과 아울러 주민의 의사가 계획의 수립에 더욱 폭넓게 반영되도록 하여야 할 것이다. 이것은 바로 환경자치의 실현에 있어서 기초가 된다고도 할 수 있다.

3) 환경기본계획의 과제

끝으로, 환경기본계획을 더욱 효과 있는 것으로 하고 환경관리를 철저히 함에 있어서 필요한 사항을 정리해 두기로 한다.

첫째, 환경기본계획의 최상위의 목표가 유한한 자연자원의 현재 및 장래의 세대를 위한 유지·관리에 있는 것을 명확히 할 필요가 있다. 그 때문에, 주민이 양호한 환경을 향수할 권리(환경권)를 가지고 행정의 그 신탁을 받아 공공을 위해 자연을 보전할 책무(공공신탁의무)가 있는 것을 법률·조례 등에 명기해야 할 것이다.²¹⁵⁾

둘째, 환경기본계획을 그림의 떡으로 하지 않기 위해 그 준수와 실행을 항상 다른 부나 국에 요청하고 진척상황을 정기적으로 체크할 필요가 있다.

셋째, 환경행정을 종합적으로 진행하기 위한 체제형성을 서두르는 것. 즉 지금까지 환경부나 지방자치단체의 환경행정부문에는 환경보전정책의 기획

214) 北村喜宣, 自治體環境行政法 [第2版], 良書普及會, 2001, 136頁.

215) 서울시환경기본조례 제8조 제1항 역시 『모든 시민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다』고 규정하고 있다.

입안이나 관계행정기관의 시책을 종합조정을 할 권한밖에 주어지지 않았다. 그러나 앞으로는 이들 환경행정부문의 권한을 강화하여 종합적 공해 방지, 종합적 환경보전시책추진의 입장에서 정책이나 사업전반에 걸쳐 환경에의 영향을 체크하고, 경우에 따라서는 필요한 규제를 하는 것이 요망된다. 종합적 환경행정의 실시를 위해서는 이와 같은 행정시스템전반의 재편성이 꼭 필요하다.²¹⁶⁾

4. 소 결

우리 헌법 제117조 제1항은 『지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다』고 규정하여 지방자치를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 이와 같은 지방자치의 헌법적 보장 또한 지방자치단체에 대하여 자기결정·자기책임을 내용으로 하는 포괄적인 권한을 인정한 것이며, 이는 지방자치단체의 지역적 사무에 대한 전권한성과 자기책임성을 핵심으로 하는 자치권의 보장으로 이해된다. 또한 이러한 자치권에는 계획고권도 당연히 포함되어 있으며, 따라서 지방자치를 보장하고 있는 헌법 제117조 제1항으로부터 직접 지방자치단체의 계획고권이 도출된다고 보는 것이 다수의 견해이다.

그러나 전술한 바와 같이 현행 환경관계법은 지역환경계획과 관련하여서는 환경정책기본법 제14조의3에 근거한 시·도환경보전계획 및 폐기물관리법 제8조 제1·2항에 근거하여 시·도지사와 시장·군수 구청장이 수립하는 폐기물처리기본계획 등만을 규정하고 있을 뿐이며, 이들 계획들도 기관 위임사무의 형태로 되어 있음에 불과하다. 이러한 점에서 본다면 헌법상의 계획고권의 인정에도 불구하고 현행 환경관계법상 지방자치단체의 환경계획고권은 거의 인정되고 있지 아니하고 볼 수밖에 없다. 이는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 반한다고 새겨지며 또한 지방자치시대의 환경보호에 부합하지 아니한다고 본다.

따라서 환경자치의 실현을 위해서는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 부합하도록 가능한 폭넓게 환경계획고권을 인정하는 방향으로 환경계획권

216) 淡路剛久·阿部泰隆 編, 環境法, 126頁.

한이 지방자치단체에 이양되어야 할 것이다. 그러나 지방자치단체가 원칙적으로 환경계획고권을 가진다 하더라도 지역적인 한계를 넘는 광범위한, 종합적인 성격을 갖는 계획에 있어서는 그 제한을 인정하지 않을 수 없을 것이나, 이 경우에도 당해 지방자치단체의 이해관계가 충분히 반영될 수 있도록 계획의 결정과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있는 내용의 절차적 참여권이 보장되어야 할 것이다.

제 3 절 환경기준과 지역환경기준의 설정

1. 환경보전의 수단으로서의 기준설정

기준설정(standard-setting)이란 일반적으로 법령이나 행정결정에 의하여 기준을 설정하고 이를 규제나 기타 행정적 조치의 근거로 삼는 것을 말한다. 환경법상의 기준설정은 환경보전이란 목적을 달성하기 위하여 국가나 지방자치단체 등이 일정한 환경관계기준을 정하고 그것에 소정의 법적 효과를 결부시키는 것을 말한다.²¹⁷⁾ 환경법에 있어 기준설정의 대상으로는 환경정책기본법 제10조에 의한 환경기준과 지역환경기준, 수질환경보전법, 대기환경보전법 제8조에 의한 배출허용기준, 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률에 의한 방류수수질기준(제5조), 토양환경보전법에 의한 토양오염우려기준(제14조)과 토양오염대책기준(제16조), 지하생활공간공기질관리법 제5조에 의한 지하공기질기준 등이 있다.

기준설정은 환경정책의 주요한 실행수단이자 환경행정의 한 행위형식이다. 그리고 기준설정의 법형식은 가령 환경정책기본법상의 환경기준처럼 대통령령으로 하는 경우(제10조 제2항), 개별환경보전법처럼 배출허용기준 등을 환경부령으로 하는 경우(예: 대기환경보전법 제9조 제1항), 조례로 하는 경우(환경정책기본법 제10조 제3항, 수질환경보전법 제8조 제3항)처럼 법령일 수도 있고, 또는 고시(예: 대기환경보전법 제8조 제2항, 환경정책기본법 제22조) 등과 같이 일반처분 또는 행정규칙일 수도 있다.²¹⁸⁾

217) 홍준형, 환경법, 博英社, 2001, 161-162면.

218) 특히 환경관계기준이 행정규칙의 형식을 취하는 경우에는 그 효력이 문제되는 바, 원칙적으로는 대외적 구속력을 갖지 아니한다. 행정규칙의 대외적 구속력은 무엇보다

각종 환경기준²¹⁹⁾

구 분	환 경 기 준	근 거 법 령
수 질	· 수질환경기준(하천, 호수, 지하수, 해역), 먹는물 수질기준, 방류수수질기준, 폐수배출허용기준	· 환경정책기본법, · 수질환경보전법, · 오수·분뇨및축산폐수처리에관한법률
대 기	· 대기환경기준, 대기배출허용기준, 제작차 배출허용기준, 운행차 배출가스허용기준	· 대기환경보전법
소음·진동	· 소음 환경기준, 공장소음·진동 배출허용기준, 자동차의 소음 허용기준(제작자동차, 운행자동차, 건설 및 생활소음·진동규제 기준)	· 소음·진동규제법
토양보전 및 유독물관리	· 토양오염 우려기준 및 대책기준, 농수산물 재배를 제한할 수 있는 오염기준, 유독물 및 관찰물질의 지정기준	· 토양환경보전법, · 유해화학물질관리법

2. 환경기준

(1) 의 의

환경정책기본법 제10조 제1항은 「정부는 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하여야 하며 환경여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다」라고 하여 환경기준의 설정을 규정하고 있다.²²⁰⁾ 일반적으로 환경기준(Standards of Environmental

도 독일에서 연방행정법원의 판례를 통하여 인정된 이른바 규범규제화적 행정규칙의 법리와 관련하여 환경행정법상 행정규칙의 형식으로 정해진 환경관계기준의 효력여부를 둘러싸고 문제되었는 바, 이에 대해서는 BVerwGE 72, 300 (301); 최정일, 규범규제화행정규칙의 법적 성질 및 효력, 판례월보 264호, 46면 이하 참조.

219) 환경백서 2001, 환경부, 79면.

220) 환경정책기본법시행령 제2조는 환경정책기본법 제10조 제2항의 규정에 의한 환경기준을 구체화하고 있다(시행령 별표 1). 현재 성과기준(performance standard)의

Quality; Umweltstandards)이란 쾌적한 환경을 보전하고 사람의 건강을 보호하기 위하여 요구되는 환경상의 조건을 수치화한 것으로 이해되고 있다.²²¹⁾ 환경기준은 좁은 의미로는 환경정책기본법 제10조의 환경기준만을 의미하며, 넓은 의미로는 환경정책기본법 제10조에 의한 환경기준뿐만 아니라 배출허용기준이나 방류수수질기준 등 각종 개별환경법에 의한 환경기준들을 모두 포괄하는 개념이다.²²²⁾

(2) 환경기준과 배출허용기준과의 관계

환경기준을 달성하기 위해서는 오염물질을 배출원에서의 배출단계에서 원천적으로 억제할 필요가 있다. 이와 같은 관점에서 환경오염방지를 위한 수단으로 사용되는 것이 바로 배출기준에 의한 규제이며 이 때 그 허용기준을 배출허용기준(Permissible Emission Standards)이라고 한다. 즉 배출허용기준은 환경기준을 달성하기 위한 중요한 수단이라 할 수 있지만, 오염배출원에 대한 농도규제를 중심으로 한 종래의 공해대책이 발생원의 대규모화 및 수적 증대로 말미암은 오염의 집적현상을 막을 수 없었기 때문에 환경기준이 등장하게 되었다.

배출허용기준과 환경기준의 관계에 관해서는 배출허용기준이 주로 사업장이나 시설 단위의 개별적 오염물질배출을 통제하기 위한 것인 데 비하여, 환경기준은 이러한 배출원단위 또는 요인중심적 사고에 구애됨이 없이 인간의 일상활동 전반에서 최소한 확보되어야 할 환경상태의 기준이라는 점에서 양자는 근본적으로 다르다. 양자의 차이점은 대체로 배출허용기준이 배출시설에서 배출되는 오염물질의 최대허용농도로서 ①법적 구속력을 갖는 규제기준이며, ②사업장의 경영자 또는 관리자를 수범자로 하여, ③위

성질을 갖는 구체적인 환경관계기준이 설정되어 있는 분야로는 대기, 수질(하천·호소·지하수·해역별 허용기준), 그리고 소음(지역별 허용기준) 등이 있다. 환경정책기본법 제10조 제2항의 규정에 의한 환경기준의 내용으로는 생활환경에 관한 것과 국민건강에 관한 것을 구분할 수 있는 데, 법은 하천·호소 등 수질에 관해서만 양자를 구분하고 나머지는 일원화하여 규정하고 있다.

221) 全炳成, 우리나라 環境法の 發展과 環境政策基本法の 制定, 環境法研究 第14권 (1992), 96면.

222) 여기에서는 '환경관계기준'이라는 용어를 사용하여 좁은 의미의 환경기준과 구별하기로 한다.

반시 처벌의 대상이 되는 데 반하여,²²³⁾ 환경기준은 ①행정목표 내지 지향점에 불과한 것으로서 법적 구속력을 갖지 않으며, ②국가 또는 지방자치단체를 수범자로 하여, ③기준이 준수되지 않는 경우에도 처벌의 대상이 되지 않는다는 데 있다고 지적된다.²²⁴⁾

(3) 환경기준의 규범적 의미

환경기준은 그 불완전한 법규성에도 불구하고 다음과 같은 법규범적 의미를 갖는다.²²⁵⁾

첫째, 환경영향평가에 있어 평가기준으로 작용한다. 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제30조는 『환경영향평가의 기준은 환경정책기본법 제10조의 규정에 의한 환경기준으로 한다』고 규정하고 있다.

둘째, 환경정책기본법은 제11조에서 환경기준의 유지 등을 위한 사전협의 제도를 도입하고 있는 바, 그 경우 환경기준의 유지는 사전협의의 목적이자 요건을 구성하게 된다.

셋째, 환경기준은 각각의 개별법이 허가기준에 관하여 환경배려조항을 두고 있는 경우 허가기준으로 고려됨으로써 이를 초과하는 환경악화를 초래하는 시설의 설치허가를 제한하도록 하는 사유가 될 수 있다.²²⁶⁾

넷째, 환경기준은 가령 대기환경보전법 제9조의 경우처럼 총량규제²²⁷⁾의

223) 이와 같이 배출허용기준은 사업자에 대하여 법적 구속력이 있는 점에서 지난 11월 7일 국회에서 통과된 환경정책기본법의 개정법률은 “국가는 관계법령에 따라 환경오염에 관한 배출허용기준을 정하거나 변경하고자 할 때에는 특별한 사유가 없는 한 이를 예고하여야 한다”는 내용의 제20조의2를 신설하여 사업자로 하여금 배출허용기준의 변경에 대비할 수 있도록 그 기준을 제정·변경시 그 기준을 예고하도록 하고 있다.

224) 全炳成, 전계논문, 98면.

225) 홍준형, 전계서, 171-172면.

226) 예컨대, 수질환경보전법 제10조 제3항, 원자력법 제12조 등.

227) 총량규제란 일정한 지역 안에서 배출되는 오염부하량과 지역개발로 인한 오염부하량 증가를 총량으로 관리하는 방식을 말한다. 일정한 지역의 환경오염을 허용가능한 한도로 유지하기 위하여, 공장 등에 대해 오염물질의 허용배출량을 배분하고, 이 양을 가지고 규제하기도 한다. 이러한 규제방식이 요구되는 것은 기존의 농도기준 위주의 배출허용기준에 의한 규제만으로는 환경오염에 충분히 대처할 수 없고 오염원이나 오염물질배출량의 증가를 막을 수 없다는 반성이 있었기 때문이다. 즉 농도기준인 배출허용기준만으로는 실사 그것이 잘 준수되더라도 배출시설수의 증가를 통제할 수 없고 이에 따른 환경오염의 집적현상을 막을 수 없다. 또 측정대상이 배출시의 농도에 국한되어 있기 때문에 이를 회피하기 위하여 가령 오염물질을 물로 희석하여 배출

기준 또는 근거를 제공하는 기능을 한다.

다섯째, 오염발생원에 대한 민사상의 손해배상청구나 유지청구소송에 있어 수인한도를 판단하는 중요한 기준으로서도 고려될 수 있다.

여섯째, 환경기준은 각종 환경정책이나 제도의 도입여부, 시행시기 등을 좌우하는 유용한 기준을 제공해 준다.

3. 지역환경기준

(1) 지역환경기준의 의의

환경정책기본법 제10조 제3항은 「특별시·광역시·도는 지역환경의 특수성을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 시·도의 조례로 제1

시키는 등의 탈법행위가 있어도 이를 적발·통제하기란 쉽지 않다. 이처럼 배출허용 기준만으로는 환경의 총체적인 질의 악화를 막을 수 없으므로 총량규제의 도입이 절실하게 요구되는 것이다(홍준형, 환경법, 595-596면 참조).

이에 대기환경보전법 및 수질환경보전법 제9조는 「환경부장관은 대기(수질)오염상태가 환경기준을 초과하여 주민의 건강·재산이나 동·식물의 생육에 위해를 가져올 우려가 있다고 인정하는 구역 또는 특별대책지역중 사업장이 밀집되어 있는 구역의 경우에는 당해 구역안의 사업장에 대하여 배출되는 오염물질을 총량으로 규제할 수 있다」고 규정하여 총량규제의 근거를 두고 있으며, 한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률 제8조는 오염총량관리계획의 수립·시행에 관해서 규정하고 있다.

특히 2002년 1월 14일 제정된 3대강 특별법(낙동강수계물관리및주민지원등에관한법률, 금강수계물관리및주민지원등에관한법률, 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률)이 동년 7월 15일부터 시행됨에 따라 낙동강, 금강, 영산강수계에 의무적 오염총량관리제가 시행되게 되었다. 오염총량관리제의 구체적인 시행일정은 우선 낙동강수계에 있어서 광역시 지역은 2004년 7월부터, 시 지역은 2005년 7월부터, 군 지역은 2006년 7월부터이며, 다음으로 금강·영산강수계에 있어서 광역시·시 지역은 2005년 7월부터, 대청·주암호유역 군지역은 2006년 7월부터, 그리고 기타 군지역은 2008년 7월부터이다. 이 법에 따라 환경부장관은 오염총량기본방침을 수립하여 관계 시·도지사에게 통보하여야 하며, 시·도지사는 오염총량기본방침에 따라 오염총량관리기본계획을 수립하여 환경부장관의 승인을 얻어야 한다. 또한 광역시장·시장·군수는 오염총량관리기본계획에 따라 오염총량관리시행계획을 수립·시행하여야 한다. 한편 법은 오염총량관리제의 이행확인 및 이행강제수단으로서 ①시·군은 총량관리시행계획 이행평가보고서를 작성하여 매년 환경청 및 수계관리위원회에 보고하여야 하며, ②할당된 오염부하량 또는 지정된 배출유량을 초과하여 배출할 경우 총량초과부과금을 부과하며, ③인허가의 제한(할당한 오염부하량을 초과하거나 기본계획/시행계획을 수립하지 않는 지역은 산업단지, 관광단지, 도시개발사업 등을 제한하고 3종이상의 폐수배출시설, 수도권정비계획법시행령 제3조의 각호의 건축물의 입지제한) 등을 규정하고 있다.

항의 규정에 의한 환경기준보다 확대·강화된 별도의 환경기준을 설정할 수 있다』고 규정하여 광역지방자치단체로 하여금 당해 지역환경의 특수성을 고려한 이른바 『지역환경기준』을 설정할 수 있도록 하고 있다. 이는 환경보전에 있어서 지방자치단체가 수행하는 역할의 중요성과 환경문제의 지역성을 배려한 것이라 할 수 있다. 이러한 점에서 본다면 환경정책기본법 제10조 제2항에 의한 국가의 환경기준은 전국적 최저기준(National Minimum)에 지나지 아니한다.

요컨대 지역환경기준이란 바로 환경행정상의 목표를 지역적 차원에서 달성하기 위한 환경상의 요구조건으로서, 종래에 오염방지를 위해 일반적으로 사용되어 온 배출기준을 통한 소극적 오염규제에서 탈피하여 지역주민의 건강보호와 쾌적한 환경보전을 위한 지역환경행정의 목표인 동시에 한계로서의 의미를 가진다.²²⁸⁾

(2) 지역환경기준의 설정

광역지방자치단체는 환경정책기본법 제10조 제3항에 의하여 당해 지역환경의 특수성을 고려하여 시·도의 조례로 지역환경기준을 설정할 수 있다. 이에 근거하여 현재 국가의 환경기준보다 엄한 지역환경기준을 조례로서 정하고 있는 지방자치단체는 서울특별시, 인천광역시, 대전광역시, 제주도 등 4개 지방자치단체 뿐이다. 게다가 환경정책기본법시행령 제2조의 별표 1은 환경기준과 관련하여 대기, 소음, 수질(하천, 호소, 지하수, 해역) 분야에 대해서 환경기준을 정하고 있지만, 서울특별시와 인천광역시는 대기환경기준만을, 대전광역시의 경우에는 대기, 소음 및 하천수질에 대해서만, 그리고 제주도의 경우에는 대기 및 하천수질에 관해서만 환경기준을 정하고 있는 실정이다. 한편 지역환경기준이 설정되거나 변경된 때에는 특별시장·광역시장·도지사는 이를 지체없이 환경부장관에게 보고하여야 한다(환경정책기본법 제10조 제4항).

환경기준은 전술한 바와 같이 규제기준으로서 직접 구속력을 발생하거나 국민에 대한 관계에서 보호규범(Schutznorm)으로서의 효력을 지니는

228) 韓豹桓, 地域環境基準의 設定과 維持方案에 관한 研究, 地方行政研究 第7卷 第1號 (1992. 2.), 28면.

것이라고는 할 수 없으나, 대통령령의 형식을 취하고 있고, 총량규제의 근거가 된다는지, 환경행정법상 허가요건 심사시 기준으로 고려될 수 있다는 점 등 규제법적 상관성을 갖는 것이므로, 이에 대하여 환경부장관이 적어도 사후적 통제권을 행사할 필요가 있다고 하겠다.²²⁹⁾

(3) 지역환경기준의 유지

지역환경기준은 지방자치단체수준의 환경행정의 목표인 동시에 한계라고 할 수 있다. 따라서 지역환경기준의 설정은 환경행정의 기본방향을 제시하는 작업인 동시에 쾌적하고 건강한 환경을 조성하기 위한 환경창출행정의 초기단계라고 할 수 있다. 일단 지역환경기준이 설정되면 이를 유지·확보하기 위한 지속적인 노력과 수단의 강구는 필수적인 바, 그 방법으로는 배출기준의 설정, 토지이용규제 또는 하수도의 정비 등 다양한 정책수단들을 생각할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 지방자치단체는 지역환경기준이 적절히 유지되도록 환경에 관련되는 법령의 제정과 행정계획의 수립 및 사업의 집행을 할 경우에는 다음 사항, 즉 환경악화의 예방 및 그 요인의 제거, 환경오염지역의 원상회복, 새로운 과학기술의 사용으로 인한 환경위해의 예방, 환경오염방지를 위한 재원의 적정배분을 고려하여야 한다(환경정책기본법 제11조 제1항). 또한 시·도지사 및 시장·군수·자치구의 구청장은 제1항의 규정에 의한 환경기준의 적정성 유지 및 자연환경의 보전을 위하여 환경에 영향을 미치는 행정계획을 수립·확정(지역·지구·단지의 지정을 포함한다)하거나 개발사업을 승인·인가·허가·면허·결정·지정하고자 할 경우에는 제1항 각 호에 정한 사항에 관하여 당해 행정계획 및 개발사업의 확정·승인 전에 환경부장관 또는 지방환경관서의 장과 미리 협의하여야 하며(제11조

229) 구 환경정책기본법 제10조 제3항이 조례제정의 주체를 서울특별시·광역시·도 등 지방자치단체가 아니라 당해 지방자치단체의 장에게 부여하는 듯한 문언형식을 취했고, 모처럼 환경기준에 관하여 최저기준입법방식을 채용하면서도 지역적 환경기준을 정하는 조례의 제정을 환경부장관의 사전승인에 의존시키고 있었다는 점에서 지방자치의 이념에 역행하는 중앙집권적 발상의 소치라는 비판을 받았다. 그 결과 1999년 12월 법개정을 통해 조례제정의 주체에 관한 부분을 시정하고 환경부장관의 사전승인권을 삭제하게 된 것이다(홍준형, 전거서, 174면).

제2항), 환경부장관 또는 지방환경관서의 장으로부터 협의 의견을 통보받은 지방자치단체의 장은 특별한 사유가 없는 한 이를 당해 행정계획 또는 개발 사업에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다(제11조 제5항).

뿐만 아니라 광역지방자치단체는 대기환경보전법 및 수질환경보전법 제8조 제3항에 의하여 『환경정책기본법 제10조 제3항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때』에는 조례로 각기 전국적 대기오염물질배출허용기준 또는 폐수배출허용기준보다 엄격한 배출허용기준, 즉 지역별배출허용기준을 정할 수 있으며,²³⁰⁾ 또한 지하생활공간공기질관리법 제5조 제3항에 의하여 『특별시·광역시·도는 지역환경의 특수성을 고려하여 필요하다고 인정하는 때』에는 조례로 제1항의 규정에 의한 지하공기질기준보다 엄격한 지하공기질기준을 정할 수 있다.²³¹⁾ 아울러 지난 11월 7일 정기국회에서 통과된 대기환경보전법의 개정법률에 의하면 동법 제28조의2(휘발성유기화합물의 규제)에 “시·도는 당해 시·도의 조례로 제4항의 규정에 의한 기준보다 강화된 기준을 정할 수 있다.”는 내용의 제5항을 신설하여 지역환경기준의 설정을 규정하고 있다.

230) 현재 대기환경보전법 제8조 제3항에 근거하여 대기오염물질배출허용기준조례를 두고 있는 곳은 서울특별시와 인천광역시 두 곳뿐이며, 이들 지방자치단체도 질소산화물(NO₂)에 대해서만 정하고 있다.

한편 지난 11월 7일 정기국회에서 통과된 대기환경보전법의 개정법률에 의하면 동법 제10조 제3항 본문 중 “...조례로 제1항의 기준보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다.”라는 것을 “...당해 시·도의 조례로 제1항의 규정에 의한 배출허용기준보다 강화된 배출허용기준(기준항목의 추가 및 기준의 적용시기를 포함한다)을 정할 수 있다.”로 개정하여 지방자치단체의 조례로 국가의 대기오염물질배출허용기준에 포함되어 있지 아니한 기준항목을 지역적 특성에 따라 추가할 수 있도록 명확화하고 있다.

231) 현재 서울특별시만이 지하생활공간질기준조례를 정하고 있다.

한편, 현행법상 배출허용기준의 설정은 법제업무운영규정에 의한 절차적 통제를 제외하고는 환경부장관에게 전부 일임되어 있는 바, 이와 같은 배출허용기준의 환경부령 위임과 관련해서는 죄형법정주의와의 관련에서 문제된다. 이에 대하여 판례는 『...지역적 사정과 환경의 질적인 향상 및 그 보전을 위한 여러 가지 여건을 감안하여 정하여야 하는 오염물질의 배출허용기준을 직접 법률에서 모두 규정하지 아니하고 환경부령 등으로 정하도록 위임하였다 하여 같은 법 제8조의 규정이 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수 없다』고 판시하였다(대판 1992.12.8. 선고 92도407).

(4) 지역환경기준설정의 저해요인과 개선방안

환경정책기본법 제10조 제3항이 광역지방자치단체에 의한 지역환경기준의 설정을 명시적으로 인정하고 있음에도 불구하고 당해 지방자치단체가 지역환경의 특수성을 고려한 지역환경기준을 조례로 설정하여 구체적으로 시행하고자 함에 있어서는 몇가지 제약요인이 존재한다.²³²⁾

첫째, 환경현황조사 및 기초자료의 부족을 들 수 있다. 시·도 자치단체가 지역환경기준의 설정을 시도할 때 가장 어려운 점은 지역환경, 특히 자연환경과 생태계에 대한 현황조사가 이루어져 있지 않아 기초자료가 절대 부족한 점이다. 즉 기존 환경의 자연적 여건, 문화적·경관적 여건, 그리고 사회적·경제적 여건 등에 관한 현황파악과 이에 대한 자료가 구비되어 있지 않아 전국적 환경기준을 단순적용하려는 경향을 띄게 되고 전국적 환경기준이 지역적 차원에서의 적정여부를 판단할 수 있는 기준을 제공해 주지 못한다.

둘째, 전문기술 및 인력의 미확보를 들 수 있다. 즉 지역환경오염상황을 상시 측정·분석하여 이를 토대로 지역환경기준을 설정할 수 있는 전문기술의 축적과 전문인력의 확보도 중요하다. 지역환경기준을 전국적 환경기준보다 강화시킬 때 예상되는 지역환경에의 영향분석기법과 지역환경기준의 달성을 위한 규제기준의 설정 등의 업무를 전문적으로 수행할 수 있는 기술의 축적과 전문인력의 확보가 전제되어야만 독자적인 지역환경기준을 설정할 수 있다.

셋째, 지역환경기준의 설정과 이의 구체적 시행과 관련된 업무를 체계적이고 종합적으로 수행할 수 있는 전문환경행정조직과 기능이 결여되어 있다.

따라서 환경정책기본법 제10조 제3항에 의한 지방자치단체의 지역환경기준의 설정이 활성화되기 위해서는 위에서 지적한 제약요인이 해소되어야 할 것이다. 그러나 이에 선행하여 당해 지방자치단체와 그 지역주민들의 환경의식의 고양이 무엇보다도 요청된다고 본다. 지금까지는 환경보호보다는 당해 지역에 있어서의 경제개발이나 일자리의 창출과 같은 단기적이고 가시적인 효과에 주안을 둔 나머지 지역환경문제의 해결에는 상대적으로

232) 韓豹桓, 전계논문, 33-34면 참조.

소극적으로 대응하였던 것이다. 또한 환경정책기본법상의 환경기준은 물론 개별환경법상의 배출허용기준의 설정에 있어 이해관계인의 참여 및 주민의 의견수렴의 기회가 전적으로 배제되어 있어 그 민주적 정당성이 의심된다는 비판이 있다.²³³⁾ 따라서 지역환경기준의 설정이 활성화되고 제기능을 다하기 위해서는 환경의식의 고양과 아울러 지역주민의 참여가 전제되어야 한다고 본다.

제 4 절 지역환경영향평가

1. 환경영향평가제도의 의의

환경영향평가(Environmental Impact Assessment: EIA, Umwelt-verträglichkeitsprüfung: UVP)란 『사업의 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회·경제환경에 미치는 해로운 영향을 예측·분석하고 이에 대한 대책 강구를 위한 평가』(환경·교통·재해등에관한영향평가법(통합영향평가법) 제2조 제1호 가목)를 말하는 바,²³⁴⁾ 이것은 사전배려 또는 예방의 원칙²³⁵⁾에 배경을 둔 효과적인 환경보전수단의 하나이다.²³⁶⁾

233) 홍준형, 환경법, 538면.

234) 통합영향평가법은 제1장 총칙, 제2장 평가서의 작성 등, 제3장 평가서의 협의 등, 제4장 환경영향평가 등에 관한 특례, 제5장 보칙, 제6장 벌칙의 6개 장, 42개 조문과 부칙으로 구성되어 있다.

235) 환경법상 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip)에 대한 상세는 줄저, 環境法の 基本原理, 세종출판사, 1997 참조.

236) 환경영향평가제도와 더불어 대표적인 사전예방적 환경정책수단으로서 사전환경성 검토제도가 있는 바, 이는 국토환경에 영향을 미치는 각종 행정계획이나 개발사업을 수립·시행함에 있어 계획의 초기단계에서 입지의 적정성, 규모의 타당성, 주변환경과의 조화 등 환경에 미치는 영향을 사전 고려한 계획을 수립·시행토록 함으로써 ‘개발과 보전의 조화’를 이루고 ‘환경친화적인 개발’을 유도하여 ‘지속가능한 개발’ 이념을 실현하고자 하는 제도이다.

이러한 사전환경성검토제도는 환경정책기본법과 개별법을 근거로 시행되고 있으며, 환경영향평가제도가 ①대규모의 개발사업에 대하여 ②계획이 확정된 후 사업실시단계에서 ③개발사업의 시행으로 인한 오염저감대책을 강구하기 위한 것이라면, 사전환경성검토제도는 ①행정계획과 환경적으로 민감한 지역에서 환경영향평가대상사업 규모 미만의 소규모 개발사업을 대상으로 ②계획이 확정되기 이전 단계에서 ③입지나 개발계획의 적정성여부 등 환경에 영향을 미치는 근본적인 문제를 환경적인 측면에서 사전에 검토(review)하기 위한 제도이다

즉 환경영향평가제도는 20세기 후반 자연생태계의 파괴와 환경오염문제가 갈수록 심해짐에 따라 오염물질의 처리 등 사후대책만으로는 환경문제에 대한 근본적인 해결이 어렵다는 인식하에 각종 개발계획과 정책의 수립 단계에서부터 환경적인 측면을 고려하기 위한 목적과 필요성에서 도입되었으며, 최근에는 사전예방적 환경정책수단으로서 『환경적으로 건전하고 지속 가능한 개발』(ESSD)을 달성하기 위한 수단으로서의 기능을 하고 있다.

환경영향평가제도는 1969년 미국의 국가환경정책법(National Environmental Policy Act: NEPA)에 의해 처음으로 도입된 이후²³⁷⁾ 오늘날에는 캐나다(1973년), 호주와 독일(1974년)²³⁸⁾ 등 대부분의 국가들에 의해서 시행되고 있다. 한편 우리나라에 있어서 환경영향평가제도는 1977년 제정된 환경보전법 제5조에 행정기관이 시행하는 도시개발, 산업입지의 조성, 에너지개발 등에 대한 협의 근거를 마련함으로써 처음 도입되었으며, 현재는 1999년 12월 31일 제정·공포되어 2001년 1월 1일부터 시행되고 있는 이른바 통합영향평가법에 근거하고 있다.²³⁹⁾

특히 최근 국토의 난개발로 인한 자연환경의 훼손, 수질오염 등의 환경문제가 사회 문제로 대두되고 있어 행정계획이나 개발사업에 대한 입지계획 단계에서의 사전환경성검토 필요성이 더욱 강조되고 있는 실정인 바, 사전환경성검토단계에서 제시된 의견이나 조건들은 환경영향평가에 반영하도록 하고 그 이행상황을 점검함으로써 두 제도가 상호 유기적 관계에서 운용되도록 할 필요가 있다(환경백서 2001, 환경부, 110-117면 참조).

237) 미국 국가환경정책법상의 환경영향평가제도에 관해서는 줄저, 美國環境法の 理論과 實際, 도서출판 동남기획, 2001, 185-209면.

238) 독일의 환경영향평가제도에 관해서는 줄저, 獨逸環境法論, 한국법제연구원, 2002, 220-248면 참조.

239) 그동안 환경·교통·재해·인구 등 영향평가가 각각 다른 법률에 근거를 두고 별도로 시행됨으로써 동일한 사업이 2가지 이상의 영향평가의 대상이 되는 경우 절차의 중복과 비용의 과다지출 등으로 사업자에게 시간적·경제적으로 불필요한 부담이 가중된다는 지적이 있었다. 정부에서는 이와 같은 문제를 해결하기 위하여 1997년 4월 23일 각종 영향평가제도의 통합·개선을 경제활성화 우선추진과제로 선정하고 1998 2월 12일에는 국민의 정부 『100대 국정과제』로 정한 후 2년여에 걸친 통합작업 끝에 1999년 12월 31일 『환경·교통·재해등에관한영향평가법』을 제정·공포하였다(환경백서 2001, 101면).

한편, 통합영향평가법의 제정에 따른 환경영향평가와 관련된 주요 변경사항은 다음과 같다.

첫째, 해안에서 광물과 골재를 채취하는 경우 광업법상 단위광구의 개념을 도입하고 2인 이상이 공동으로 영향평가를 실시할 수 있도록 하였다.

둘째, 지방자치단체가 조례로 정하여 시행할 수 있는 영향평가대상의 범위를 영 별

2. 환경영향평가의 대상사업

우리 나라는 환경영향평가의 대상사업과 관련하여서는 평가대상 사업을 법령에 구체적으로 명시하는 방식(positiv list)을 취하고 있다.²⁴⁰⁾ 일반적으로 환경영향평가대상사업의 선정기준은 골프장 건설 등 사업특성상 자연환경·생태계를 훼손할 우려가 큰 사업, 자연공원 집단시설지구 등 환경적으로 민감한 지역에서 시행되는 사업, 매립사업·댐건설 등 환경영향이 장기적·복합적으로 발생하여 쉽게 예측이 곤란한 사업, 그리고 택지·공단조성 등 대기·수질오염 등 복합적 환경오염이 발생할 것으로 우려되는 사업 등이다. 통합영향평가법 제4조 제1항은 환경영향평가를 실시하여야 할 대상사업의 범위와 관련하여 1. 도시의 개발, 2. 산업입지 및 산업단지의 조성, 3. 에너지개발, 4. 항만의 건설, 5. 도로의 건설, 6. 수자원의 개발, 7. 철도(도시철도를 포함한다)의 건설, 8. 공항의 건설, 9. 하천의 이용 및 개발, 10. 개간 및 공유수면의 매립, 11. 관광단지의 개발, 12. 산지의 개발, 13. 특정지역의 개발, 14. 체육시설·폐기물처리시설 기타 대

표 1에서 정한 규모의 100분의 50 이상으로 규정하고 그 범위를 벗어나거나 영에서 열거하지 아니한 사업을 영향평가 대상으로 하고자 하는 때에는 미리 관계 중앙행정기관의 장과 협의하도록 하였다.

셋째, 사업자가 평가대행자에게 영향평가를 대행시키기 위하여 계약을 체결하는 때에는 공사에 관한 다른 계약과 분리하여 계약을 체결하거나 평가대행비용을 명시하도록 하였다.

넷째, 승인기관의 사후관리 책임을 강화하기 위하여 승인기관으로 하여금 협의내용의 이행여부 등 사후관리 결과를 다음해 1월 30일 까지 협의기관에 통보하도록 하였다.

다섯째, 협의내용의 이행을 확보하기 위하여 평가서 허위작성에 대한 벌칙을 강화(1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금→2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)하고 협의완료전 사전공사(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)와 평가서 부실작성에 대한 벌칙(1천만원 이하의 과태료)을 신설하였다. 아울러 평가서 허위작성에 대한 행정처분을 신설하고(1차: 업무정지 6월, 2차: 등록취소) 부실평가서 작성에 대한 행정처분기준을 강화하였다(3번 위반시 등록을 취소).

240) 반면 미국, 캐나다 등 일부 국가는 평가대상을 인간환경질에 중대한 영향을 미치는 행위 등으로 포괄적으로 규정하고 각 행위(사업, 정책 등으로 포괄)별로 구체적인 환경영향을 사전 심사하여 평가대상여부를 결정하는 방식(스크리닝(Screening)방식)을 채택하고 있으며, 일본과 영국, 독일 등 EU국가는 평가대상을 절대적 평가대상사업과 상대적 평가대상사업으로 구분하고 상대적 평가대상에 대하여 스크리닝을 적용하는 절충형 제도를 채택하고 있다.

통령령이 정하는 시설의 설치,²⁴¹⁾ 15. 기타 환경·교통·재해 또는 인구에 영향을 미치는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업²⁴²⁾을 명문으로 열거하고 있다.²⁴³⁾

한편 통합영향평가법은 제4조 제3항에서 평가분야별 대상사업의 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 바, 이에 따라 동법 시행령 제2조 제3항은 동법 제4조 제3항의 규정에 의한 영향평가를 실시하여야 하는 대상사업의 범위를 별표 1에서 구체화하고 있다. 별표에 열거된 대상사업들은 국가, 자치단체 등 공공기관 및 민간사업자가 시행하는 도시의 개발, 산업입지 및 공업단지의 조성, 에너지개발, 항만건설, 수자원개발 등과 같은 환경보전에 영향을 미치는 대규모사업들로서, 17개 분야 62개 세부사업으로 구성되어 있다.

3, 지역환경영향평가제도

(1) 지역환경영향평가제도의 의의 및 성격

1) 지역환경영향평가제도의 의의

통합영향평가법 제4조 제4항에서는 「특별시·광역시 또는 도는 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 영향평가를 실시할 수 있다」라고 하여 지역환경영향평가제도를 규정하고 있다. 이는 날로 증가되고 있는 각종 개발사업에 대하여 지방자치단체가 자율적·적극적으로 지역의 환경을 관리할 수 있는 여건을 조성한다는 취지에서 1997

241) “기타 대통령령이 정하는 시설” 중 환경영향평가대상으로 정해져 있는 것으로는 국방·군사시설과 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제2조 제9호의 규정에 의한 분뇨처리시설이 있다(동법 시행령 제2조 제1항 제1·2호).

242) “대통령령이 정하는 사업” 중 환경영향평가대상으로 정해져 있는 것으로는 토석·모래·자갈·광물 등의 채취사업이 있다(동법 시행령 제2조 제2항 제1호).

243) 한편 통합영향평가법 제4조 제2항은 자연재해대책법 제36조의 규정에 의한 재해응급대책을 위한 사업과 국방부장관이 군사상의 기밀보호가 필요하거나 군사작전의 긴급한 수행을 위하여 필요하다고 인정하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 사업은 영향평가를 실시하지 아니한다고 규정하고 있다.

년 3월 7일의 환경영향평가법개정법에서 처음으로 도입되었던 것이다.

2) 지역환경영향평가제도의 성격

지역환경영향평가제도는 기존의 환경영향평가제도와는 다른 특성을 지니고 있는 바, 이를 요약하면 ①지역환경영향평가는 자발적 환경영향평가에 속한다는 점, ②일상적 지방행정과제 중 하나로 인식된다는 점, ③일종의 지방행정내부 의사결정수단이라는 점 및 ④환경영향분석 또는 환경영향진단의 수단으로 활용된다는 점을 들 수 있다.²⁴⁴⁾

(2) 지역환경영향평가조례 제정현황

광역지방자치단체는 통합영향평가법 제4조 제4항에 의하여 동법 제4조 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 환경영향평가를 실시하여야 할 필요가 있는 때에는 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 환경영향평가, 즉 지역환경영향평가를 실시할 수 있다. 현재 지역환경영향평가조례가 이미 제정된 지방자치단체는 서울특별시, 인천광역시, 강원도, 제주도 등 4개 시·도에 불과하며, 경기도는 금년말까지 조례를 제정하여 내년 7월에 시행할 예정으로 되어 있다.²⁴⁵⁾

244) 曹珍相, 地方環境影響評價의 概念 및 導入方案, 地方行政研究 第12卷 第3號 (1997. 11.), 85-87면 참조.

245) 한편 일본에서는 1997년에야 비로소 국가차원의 환경영향평가법이 제정되게 되었는데, 그때까지는 지방자치단체의 환경영향평가조례에 의해서 환경영향평가가 행해져 왔다. 환경영향평가조례의 효시는 1976년에 제정된 川崎市環境影響評價에 관한 條例이며, 그 후 北海道條例(1978년), 東京都條例(1980년), 神奈川県條例(1980년) 등 56개의 都道府縣 및 市에서 환경영향평가조례를 제정한 바 있다(北村喜宣, 自治體環境行政法, 153-154頁, [表4·2]참조). 요컨대, 일본의 환경영향평가법에는 20년 이상에 걸친 자치체제도의 운용경험이 반영되어 있으며, 여기에서도 자치체환경행정이 국가의 환경행정을 선도하는 예를 볼 수 있는 것이다.

지역환경영향평가조례 제정현황

조 례 명	공 포 일	시 행 일
강원도환경영향평가조례(제2865호)	2001. 8. 4	2001. 9. 4
제주도환경·교통·재해영향평가조례(제2320호)	2001. 9. 19	2001. 9. 19
서울특별시환경·교통·재해영향평가조례(제3985호)	2002. 3. 20	2002. 9. 1
인천광역시환경·교통·재해에 관한영향평가조례(제3624호)	2002. 7. 15	2003. 1. 15

(3) 지역환경영향평가 대상사업

통합영향평가법 제4조 제3항에서는 환경영향평가를 실시하여야 하는 대상사업의 범위에 관하여는 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동법 시행령 제2조 제3항에서는 환경영향평가를 실시하여야 하는 대상사업의 범위를 별표 1에서 17개 분야 62개 세부사업에 걸쳐서 규정하고 있다.

한편 광역지방자치단체는 동법 제4조 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 환경영향평가를 실시하여야 할 필요가 있는 때에는 『대통령령이 정하는 범위 안에서』 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 환경영향평가를 실시할 수 있는 바(제4조 제4항), 동법 시행령 제3조 제1항은 대통령령이 정하는 범위, 즉 시·도 환경영향평가대상사업의 범위에 관해서 규정하고 있다.

이에 의하면 시·도 환경영향평가대상사업의 범위란 ①별표 1에서 정한 규모의 100분의 50이상, 또는 ②별표 1에서 정한 규모의 100분의 50미만인 사업 또는 별표 1에서 정하지 아니한 사업으로서 특별시장·광역시장·도지사가 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의한 범위를 말한다.

전술한 바와 같이 통합영향평가법에 의한 환경영향평가의 대상사업은 17개 분야 62개 사업이나 서울특별시환경영향평가조례에 있어서는 11개 분야 27개 사업, 인천광역시환경영향평가조례에 있어서는 12개 분야 33개 사업, 강원도환경영향평가조례에 있어서는 17개 분야 62개 사업, 그리고 제주도환경영향평가조례에 있어서는 19개 분야 65개 사업을 환경영향평가 대상사업으로 규정하고 있는 바, 세부적인 내용은 다음에서 보는 표와 같다.

통합영향평가법은 제4조 제3항에서 평가분야별 대상사업의 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 바, 이에 따라 동법 시행령 제2조 제3항은 동법 제4조 제3항의 규정에 의한 영향평가를 실시하여야 하는 대상사업의 범위를 별표 1에서 구체화하고 있다. 별표에 열거된 대상사업들은 국가, 자치단체 등 공공기관 및 민간사업자가 시행하는 도시의 개발, 산업입지 및 공업단지의 조성, 에너지개발, 항만건설, 수자원개발 등과 같은 환경보전에 영향을 미치는 대규모사업들로서, 17개 분야 62개 세부사업으로 구성되어 있다.

한편 서울특별시와 제주도의 환경영향평가조례는 통합영향평가법에서 규정한 사업외의 사업을 환경영향평가대상사업의 범위에 포함시키고 있다. 우선 서울특별시환경영향평가조례는 도시의 개발 분야와 관련하여 건축법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 건축물의 건축으로서 연면적의 합계가 10만㎡ 이상인 사업을 환경영향평가 대상사업에 포함시키고 있다. 다음으로, 제주도환경영향평가조례는 하천의 이용 및 개발 분야와 관련하여서는 『하천법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 하천구역 또는 동법 제10조의 규정에 의한 연안구역안에서 하천의 복개공사로서 면적이 3만3천㎡ 이상이거나 길이가 1km 이상인 사업』을, 육상어류 양식장의 설치 분야와 관련하여서는 『수산업법 제44조의 규정에 의한 육상양식어업 또는 종묘생산어

업종 사육시설면적이 5천㎡ 이상인 사업』을, 그리고 건축물·공작물의 설치 분야와 관련하여서는 『건축법 제2조 제1항 제2호 및 제7조의 규정에 의한 건축물·공작물 또는 공유수면관리법 제5조 제2항의 규정에 의한 건축물 설치사업중 ①도시계획구역안의 녹지지역·관광지 및 관광단지안에 설치하는 건축물 또는 공작물로서 연면적이 1만㎡ 이상인 것, ②도시계획구역외의 지역에 설치하는 건축물 또는 공작물로서 연면적이 1만㎡ 이상인 것, ③제주도개발특별법 제20조 및 제21조의 규정에 의한 절대·상대보전지역 또는 동법 제22조 및 제24조의 규정에 의한 경관보전지구 1·2등급지구안에 설치하는 건축물 또는 공작물로서 연면적이 2천㎡ 이상인 사업』을 각각 환경영향평가 대상사업에 포함시키고 있다.

통합영향평가법과 지자체별 조례의 대상사업 비교

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
가. 도시의 개발	<p>(1) 도시개발법 제2조제1항제2호의 규정에 의한 도시개발사업중 면적이 25만㎡ 이상인 것</p> <p>(2) 도시재개발법 제2조제2호의 규정에 의한 재개발사업중 면적이 30만㎡ 이상인 것</p> <p>(3) 다음의 시설에 관한 도시계획법 제3조제10호의 규정에 의한 도시계획시설사업중 다음의 시설에 관한 사업</p> <p>(가) 운 하</p> <p>(나) 유통업무설비로서 부지면적이 20만㎡ 이상인 것</p> <p>(다) 주차장시설로서 부지면적이 20만㎡ 이상인 것</p> <p>(라) 시장으로서 부지면적이 15만㎡ 이상인 것</p> <p>(4) 주택건설촉진법 제20조 및 제21조의 규정에 의한 아파트지구 개발사업중 면적이 25만㎡ 이상인 것</p> <p>(5) 주택건설촉진법 제33조제1항의 규정에 의한 대지조성사업(재건축을 포함한다)중 면적이 30만㎡ 이상인 것</p>	<p>제주도 : 15만㎡, 서울시 : 7만5천㎡, 인천시 : 12만5천㎡, 강원도 : 미규정</p> <p>제주도 : 15만㎡ 서울시 : 9만㎡ 강원도, 인천시 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>제주도, 서울시, 인천시 : 10만㎡ 강원도 : 미규정</p> <p>제주도, 서울시, 인천시 : 10만㎡ 강원도 : 미규정</p> <p>제주도 : 10만㎡, 서울시 및 인천시 : 7만5천㎡, 강원도 : 미규정</p> <p>제주도 : 10만㎡ 서울시 : 12만5천㎡ 강원도, 인천시 : 미규정</p> <p>제주도, 인천시 : 15만㎡ 서울시 : 9만㎡ 강원도 : 미규정</p>

제 5 장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
나. 산업입지 및 산업단지의 조성	(6) 택지개발촉진법 제7조제1항의 규정에 의한 택지개발사업중 면적이 30만㎡ 이상인 것	제주도, 인천시 : 15만㎡ 서울시 : 9만㎡ 강원도 : 미규정
	(7) 유통단지개발촉진법 제2조제4호의 규정에 의한 유통단지개발사업 또는 유통산업발전법 제2조제13호의 규정에 의한 공동집배송단지 조성사업중 면적이 20만㎡ 이상인 것	제주도, 서울시, 인천시 : 10만㎡ 강원도 : 미규정
	(8) 여객자동차운수사업법 제2조제5호의 규정에 의한 여객자동차터미널 설치공사중 부지면적이 20만㎡ 이상인 것	제주도, 서울시, 인천시 : 10만㎡ 강원도 : 미규정
	(9) 화물유통촉진법 제2조제7호의 규정에 의한 화물터미널 설치공사중 부지면적이 20만㎡ 이상인 것	제주도, 서울시, 인천시 : 10만㎡ 강원도 : 미규정
	(10) 교육기본법 제9조의 규정에 의한 학교의 설치공사중 부지면적이 30만㎡ 이상인 것	4개 시·도 미규정
	(11) 하수도법 제2조제5호의 규정에 의한 하수종말처리시설의 설치공사중 처리능력이 1일 10만㎡ 이상인 것	4개 시·도 미규정
	(1) 산업입지및개발에관한법률 제2조제6호의 규정에 의한 산업단지개발사업중 면적이 15만㎡ 이상인 것	서울시, 인천시 : 7만5천㎡ 제주도 : 국가산단과 지방산단 5만㎡, 농공단지 10만㎡로 세분 강원도 : 미규정

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
	<p>(2) 중소기업진흥및제품구매촉진에 관한법률 제20조제1항의 규정에 의한 단지조성사업중 면적이 15만㎡ 이상인 것</p> <p>(3) 자유무역지역의지정등에관한법률 제2조제1호의 규정에 의한 자유무역지역의 지정으로서 면적이 15만㎡ 이상인 것. 다만, 환경영향평가협의를 한 산업단지 안에 지정하는 경우를 제외한다.</p> <p>(4) 공업배치및공장설립에관한법률 제2조제1호의 규정에 의한 공장의 설립으로서 조성면적이 15만㎡ 이상인 것. 다만, (1) 내지 (3) 또는 (5)에 해당하여 환경영향평가협의를 한 공장용지에 공장을 설립하는 경우를 제외한다.</p> <p>(5) 도시개발법 제2조제1항제2호의 규정에 의한 도시개발사업으로서 공업용지조성사업중 면적이 15만㎡ 이상인 것</p> <p>(6) 산업기술단지지원에관한특별법 제2조의 규정에 의한 산업기술단지의 조성사업중 면적이 15만㎡ 이상인 것. 다만, 산업기술단지를 동법 제6조의 규정에 의하여 산업입지및개발에관한법률에 의한 국가산업단지 또는 지방산업단지로 개발하거나 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률에 의한 복합단지로 개발하는 경우를 제외한다.</p>	<p>제주도 : 5만㎡ 서울시, 인천시 : 7만5천㎡ 강원도 : 미규정</p> <p>제주도 : 5만㎡ 강원도, 서울시, 인천시 : 미규정</p> <p>제주도 : 5만㎡ 인천시 : 7만5천㎡ 강원도, 서울시 : 미규정</p> <p>서울시, 인천시 : 7만5천㎡ 강원도, 제주도 : 미규정</p> <p>서울시, 인천시 : 7만5천㎡ 강원도, 제주도 : 미규정</p>

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
다. 에너지 개발	<p>(1) 해저광물자원개발법 제2조제1호의 규정에 의한 해저광업중 에너지개발을 목적으로 하는 것</p> <p>(2) 광업법 제4조의 규정에 의한 광업중 에너지개발을 목적으로 하는 광업으로서 채광면적이 30만㎡ 이상인 것</p> <p>(3) 전원개발에관한특례법 제2조제2호의 규정에 의한 전원개발사업 중 다음의 시설에 관한 사업</p> <p>(가) 발전소로서 발전시설용량이 1만kW 이상인 것. 다만, 댐 및 저수지 건설을 수반하는 발전소의 경우에는 발전시설용량이 3천kW 이상인 것, 태양력·풍력 또는 연료전지발전소의 경우에는 발전시설용량이 10만kW 이상인 것</p> <p>(나) 345kV 이상의 지상송전선로로서 선로길이 10km 이상인 것</p> <p>(다) 765kV 이상의 옥외변전소</p> <p>(라) 회차리장으로서 조성면적이 30만㎡ 이상인 것</p> <p>(마) 저탄장으로서 조성면적이 5만㎡ 이상인 것</p> <p>(4) 전기사업법 제2조제7호의 규정에 의한 전기설비중 다음에 해당하는 설비의 설치사업</p>	<p>4개 시·도 미규정</p> <p>인천시 : 15만㎡ 강원도, 제주도, 서울시 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>제주도 : 154kV 이상(국토이용관리법상 도시지역에서는 4km 이상) 강원도, 서울시, 인천시 : 미규정 제주도 : 154kV 이상 강원도, 서울시, 인천시 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p>

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
	<p>(가) 발전소로서 발전시설용량이 1만kW 이상인 것(집단에너지사업법시행령 제2조의 규정에 의한 사업으로서 집단에너지시설로 설치되는 발전시설을 제외한다). 다만, 댐 및 저수지 건설을 수반하는 경우에는 발전시설용량이 3천kW 이상인 것, 공장용지 안의 자가용 발전설비의 경우에는 3만kW 이상인 것, 태양력·풍력 또는 연료전지발전소의 경우에는 발전시설용량이 10만kW 이상인 것</p> <p>(나) 345kV 이상의 지상송전선로로서 선로길이 10km 이상인 것</p> <p>(다) 765kV 이상의 옥외변전소</p> <p>(라) 회차리장으로서 조성면적이 30만㎡ 이상인 것</p> <p>(마) 저장장으로서 조성면적이 5만㎡ 이상인 것</p> <p>(5) 송유관안전관리법 제2조제2호의 규정에 의한 송유관중 저유시설의 설치공사로서 저장용량이 10만kl 이상인 것</p> <p>(6) 석유사업법 제4조·제8조 및 제9조의 규정에 의한 석유사업자의 저유시설 또는 한국석유공사법 제10조제1항제3호의 규정에 의한 석유비축시설의 설치공사중 저장용량이 10만kl 이상인 것. 다만, 환경영향평가협의를 한 공장용지에 설치하는 시설을 제외한다.</p>	<p>4개 시·도 미규정</p> <p>서울시 : 154kV 제주도 : 154kV 이상으로 길이 10km 이상 (국토이용관리법상 도지지역안에서는 4km 이상) 강원도, 인천시 : 미규정 제주도 : 154kV, 3개 시·도 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>서울시, 인천시 : 5만kl 강원도, 제주도 : 미규정</p> <p>서울시, 인천시 : 5만kl 강원도, 제주도 : 미규정</p>

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
라. 항만의 건설	<p>(1) 어항법 제2조제3호의 규정에 의한 어항시설중 다음에 해당하는 시설의 건설사업</p> <p>(가) 외곽시설로서 길이 300m 이상 또는 공유수면 1만㎡ 이상의 매립이 수반되는 것</p> <p>(나) 계류시설로서 공유수면 1만㎡ 이상의 매립이 수반되는 것</p> <p>(다) 그 밖의 어항시설로서 조성면적이 15만㎡ 이상인 것. 다만, 공유수면매립이 수반되는 경우에는 매립면적이 3만㎡ 이상인 것</p> <p>(2) 항만법 제2조제6호의 규정에 의한 항만시설중 다음에 해당하는 시설의 건설사업</p> <p>(가) 외곽시설로서 길이 300m 이상 또는 공유수면 1만㎡ 이상의 매립이 수반되는 것</p> <p>(나) 기능시설로서 공유수면 1만㎡ 이상의 매립이 수반되는 것</p> <p>(다) 그 밖의 항만시설로서 조성면적이 15만㎡ 이상인 것. 다만, 공유수면 매립이 수반되는 경우에는 매립면적이 3만㎡ 이상인 것</p> <p>(3) 항만법 제2조제1호의 규정에 의한 항만에서의 준설사업중 준설면적이 10만㎡ 이상 또는 준설량이 20만㎡ 이상인 것. 다만, 항로·박지 등을 유지하기 위한 준설과 오염물질을 제거하기 위한 준설을 제외한다.</p>	<p>제주도 : 길이 200m, 공유수면 1만㎡ 3개 시·도 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>제주도 : 길이 200m, 공유수면 1만㎡ 3개 시·도 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p>

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
마. 도로의 건설	<p>(4) 신항만건설촉진법 제2조제2호가 목의 규정에 의한 항만시설중 다 음에 해당하는 시설의 건설사업</p> <p>(가) 외곽시설로서 길이 300m 이 상 또는 공유수면 1만㎡ 이상 의 매립이 수반되는 것</p> <p>(나) 기능시설로서 공유수면 1만㎡ 이상의 매립이 수반되는 것</p> <p>(다) 그 밖의 항만시설로서 조성면적 이 15만㎡ 이상인 것. 다만, 공유 수면매립이 수반되는 경우에는 매립면적이 3만㎡ 이상인 것</p> <p>도로법 제2조 또는 제10조, 도시계 획법 제3조제15호의 규정에 의한 도로의 건설사업중 다음 사업</p> <p>(가) 4km 이상의 신설(도시계획법 에 의한 도시계획구역에서는 폭 25m 이상으로서 도로구역에 동법 제32조제1항제4호의 규 정에 의한 녹지지역이 3만㎡ 이상 포함되는 경우에 한한다. 다만, 도로법 제11조제1호의 규정에 의한 고속국도와 도시 계획법시행령 제2조제2항의 규 정에 의한 자동차전용도로 및 지하도로의 경우에는 그러하지 아니하다)</p> <p>(나) 2차로 이상으로서 10km 이상 의 확장</p>	<p>제주도 : 길이 200m, 공유수면 1만㎡ 3개 시·도 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>제주도 : 도시계획법에 의한 도 시계획구역안에서의 1km 이상 의 지하도로 신설</p> <p>서울시 : 2km 이상의 신설(도시 계획구역에서는 폭 25m 이상으 로서 도로구역에 녹지면적이 1만 5천㎡이상)</p> <p>인천시 : 3km 이상의 신설(도시 계획구역에서는 폭 25m 이상으 로서 도로구역에 녹지면적이 1만 5천㎡이상)</p> <p>강원도 : 미규정</p> <p>서울시 : 2차로 이상으로서 5km (단, 도로구역에 녹지지역이 1만5천 ㎡ 이상 포함되는 경우에 한함)</p> <p>인천시 : 2차로 이상으로서 5km</p> <p>제주도, 강원도 : 미규정</p>

제 5 장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
바. 수자원의 개발	<p>(1) 댐건설및주변지역지원등에관한 법률 제2조제1호의 규정에 의한 댐 또는 하천법 제2조제1항제3호의 규정에 의한 하천부속물중 하구언의 설치공사로서 만수면적이 200만㎡ 이상이거나 총저수용량이 2천만㎡ 이상인 것</p> <p>(2) 농어촌정비법 제2조제4호의 규정에 의한 농업생산기반시설중 만수면적이 200만㎡ 이상이거나 총저수용량이 2천만㎡ 이상인 저수지·보 또는 유지의 조성</p>	<p>제주도 : 하천법에 의한 하천부속물중 댐 또는 하구언으로서 총저수용량이 30만㎡</p> <p>3개 시·도 미규정</p> <p>제주도 : 농업생산기반시설중 저수지, 보 또는 유수지로서 총저수용량이 30만㎡</p> <p>3개 시·도 : 미규정</p>
사. 철도(도시철도를 포함한다)의 건설	<p>(1) 철도법 제2조제1항·제2항 또는 도시계획법시행령 제4조제1호의 규정에 의한 철도의 건설사업중 길이 1km 이상인 것. 다만, 철도법 제2조제2항의 규정에 의한 전용철도를 공장 안에 설치하는 경우를 제외한다.</p> <p>(2) 도시철도법 제3조제1호의 규정에 의한 도시철도의 건설사업중 길이 1km 이상인 것</p> <p>(3) 삭도·궤도법 제3조의 규정에 의한 삭도·궤도(외출궤도를 포함한다)의 건설사업중 길이 2km 이상인 것</p> <p>(4) 고속철도건설촉진법 제2조제1호의 규정에 의한 고속철도의 건설사업중 길이 1km 이상인 것</p>	<p>4개 시·도 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p> <p>제주도 : 삭도시설, 궤도시설로서 2km 서울시 : 1km 강원도, 인천시 : 미규정</p> <p>4개 시·도 미규정</p>

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
아. 공항의 건설	항공법 제2조제8호의 규정에 의한 공항개발사업중 다음 사업(헬리포트는 운송사업을 위한 정기노선의 경우에 한한다) (가) 비행장의 신설 (나) 길이 500m 이상인 활주로의 건설 (다) 그 밖의 공항개발사업으로서 면적이 20만㎡ 이상인 것	4개 시·도 미규정
자. 하천의 이용 및 개발	하천법 제2조제1항제2호의 규정에 의한 하천구역 또는 동법 제10조의 규정에 의한 연안구역에서의 동법제2조제1항제4호의 규정에 의한 하천공사중 그 공사구간이 하천중심길이로 10km 이상인 것	제주도 : 하천법에 의한 하천 공사중 공사구간이 하천중심 길이로 5km, 하천의 복개공사로 면적이 3만3천㎡ 또는 길이 1km 서울시 : 3km(다만, 하천의 보수·유지를 위하여 시행하는 제방보강공사는 제외) 인천시 : 5km 강원도 : 미규정
차. 개간 및 공유수면의 매립	(1) 공유수면매립법 제2조제3호의 규정에 의한 매립사업중 면적이 30만㎡ 이상인 것. 다만, 항만법 제2조제2호의 규정에 의한 지정항만 및 신항만건설촉진법 제2조제1호의 규정에 의한 신항만 또는 국토이용관리법 제6조제5호의 규정에 의한 자연환경보전지역에서는 3만㎡ 이상인 것 (2) 농어촌정비법 제2조제3호의 규정에 의한 간척 또는 개간사업중 면적이 100만㎡ 이상인 것	강원도, 인천시 : 15만㎡, 다만 지정항만 등에서는 1만5천㎡ 제주도 : 10만㎡, 다만 지정항만 또는 자연환경보전지역에서는 1만㎡ 서울시 : 미규정 강원도, 제주도, 인천시 : 50만㎡ 서울시 : 미규정

제 5 장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
카. 관광 단지의 개발	(1) 관광진흥법 제2조제1호의 규정에 의한 관광사업중 총용지면적이 30만㎡ 이상인 것	제주도 : 5만㎡ 서울시, 인천시 : 15만㎡ 강원도 : 미규정
	(2) 관광진흥법 제2조제6호 및 제7호의 규정에 의한 관광지 및 관광단지의 조성사업중 면적이 30만㎡ 이상인 것	제주도 : 10만㎡ 인천시 : 15만㎡ 강원도, 서울시 : 미규정
	(3) 온천법 제2조의 규정에 의한 온천의 개발사업중 면적이 30만㎡ 이상인 것	제주도 : 10만㎡ 인천시 : 15만㎡ 강원도, 서울시 : 미규정
	(4) 자연공원법 제16조제1항제4호의 규정에 의한 집단시설지구 또는 동법 제2조제7호의 규정에 의한 공원시설에 관한 공원사업중 조성면적이 10만㎡ 이상인 것	서울시 : 5만㎡ 3개 시·도 : 미규정
	(5) 도시계획법 제3조제13호의 규정에 의한 도시계획사업중 유원지로서 시설면적이 10만㎡ 이상인 것	4개 시·도 미규정
	(6) 도시공원법 제2조제1호의 규정에 의한 도시공원의 조성사업중 조성면적이 25만㎡ 이상인 것	제주도 : 10만㎡ 서울시 : 12만5천㎡ 강원도, 인천시 : 미규정
타. 산지의 개발	산림법 제2조제1항제1호의 규정에 의한 산림에서 시행되는 다음의 사업	
	(1) 장사등에관한법률 제2조제6호의 규정에 의한 묘지의 설치로서 조성면적이 25만㎡ 이상인 것	강원도 : 13만㎡ 제주도 : 산림의 형질변경면적이 10만㎡(보전임지는 1만㎡) 서울시, 인천시 : 미규정

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
파. 특정지역의 개발	(2) 초지법 제2조제1호의 규정에 의한 초지의 조성으로서 조성면적이 30만㎡ 이상인 것	강원도 : 15만㎡ 제주도 : 산림의 형질변경면적이 10만㎡(보전임지는 1만㎡) 서울시, 인천시 : 미규정
	(3) 그 밖의 사업중 산림의 형질변경면적이 20만㎡ 이상인 것	강원도, 인천시 : 10만㎡ 서울시 : 6만㎡ 제주도 : 미규정
하. 체육시설의 설치	가목 내지 타목, 하목 및 더목의 사업중 대상사업의 범위에 해당되는 사업으로서 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률에 의하여 시행되는 사업	제주도, 인천시 : 좌동 강원도, 서울시 : 미규정
하. 체육시설의 설치	(1) 체육시설의설치·이용에관한법률 제2조제1호의 규정에 의한 체육시설의 설치공사중 총용지면적이 25만㎡ 이상인 것	서울시 : 12만5천㎡(단, 용지안에 도시계획법에 의한 녹지지역, 도시계획법에 의한 개발제한구역 또는 도시공원법에 의한 도시공원으로 결정된 면적이 5천㎡ 이상 포함되는 경우에 한함) 인천시 : 12만5천㎡ 강원도, 제주도 : 미규정
	(2) 경륜·경정법 제2조제1호·제2호의 규정에 의한 경륜 또는 경정 시설의 설치사업중 총용지면적이 25만㎡ 이상인 것	인천시 : 12만5천㎡ 3개 시·도 : 미규정

제 5 장 환경자치의 실현을 위한 주요 환경보호수단의 법적 문제와 개선방안

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
가. 폐기물 처리시설 및 분뇨 처리시설 의 설치	(3) 청소년기본법 제3조제5호의 규정에 의한 청소년수련시설의 설치사업중 총용지면적이 30만㎡ 이상인 것	인천시 : 15만㎡ 3개 시·도 : 미규정
	(4) 청소년기본법 제3조제6호의 규정에 의한 청소년수련지구의 조성사업중 총용지면적이 30만㎡ 이상인 것	인천시 : 15만㎡ 3개 시·도 : 미규정
	(5) 한국마사회법 제4조의 규정에 의한 경마장 설치사업중 총용지면적이 25만㎡ 이상인 것	인천시 : 12만5천㎡ 3개 시·도 : 미규정
	(1) 폐기물관리법 제2조제7호의 규정에 의한 폐기물처리시설중 다음 시설의 설치사업	
	가) 최종처리시설중 매립시설로서 조성면적이 30만㎡ 이상 또는 매립용적이 330만㎡ 이상인 것. 다만, 지정폐기물을 처리하는 시설의 경우에는 조성면적이 5만㎡ 이상 또는 매립용적이 25만㎡ 이상인 것	제주도 : 조성면적 10만㎡ 또는 매립용적 100㎡(다만, 지정폐기물처리시설은 조성면적 1만㎡ 또는 매립용적 5만㎡) 3개 시·도 : 미규정
	나) 중간처리시설중 소각시설로서 처리능력이 1일 100톤 이상인 것	서울시 및 인천시 : 50톤 강원도 및 제주도 : 미규정
	(2) 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제2조제9호의 규정에 의한 분뇨처리시설의 설치로서 처리용량이 1일 100kl 이상인 것. 다만, 하수도법 제2조제5호의 규정에 의한 하수종말처리시설로 분뇨를 유입처리하는 분뇨처리시설을 제외한다.	제주도 : 50kl 3개 시·도 : 미규정

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
너. 국방·군사시설의 설치 더. 토석·모래·자갈·광물 등의 채취	(1) 국방·군사시설사업에관한법률 제2조제1항의 규정에 의한 국방·군사시설사업중 면적이 33만㎡ 이상인 것 (2) 군용항공기지법 제2조제1호의 규정에 의한 기지 안에서 시행되는 다음 사업 (가) 비행장의 신설 (나) 길이 500m 이상인 활주로의 건설 (다) 그 밖의 사업으로서 면적이 20만㎡ 이상인 것 (3) 해군기지법 제2조제1호의 규정에 의한 해군기지 안에서 시행되는 사업으로서 사업계획면적이 10만㎡ 이상인 것. 다만, 공유수면의 매립이 수반되는 경우에는 매립면적이 3만㎡ 이상인 것	서울시 : 16만5천㎡ 3개 시·도 : 미규정 4개 시·도 : 미규정 4개 시·도 : 미규정
	(1) 하천법 제2조제1항제2호의 규정에 의한 하천구역 또는 동법 제10조의 규정에 의한 연안구역에서의 토석·암석·모래·자갈·광물의 채취사업으로서 그 채취면적이 수도법 제5조의 규정에 의한 상수원보호구역에서는 2만㎡ 이상, 상수원보호구역의 상류로서 상수원보호구역에서 유수거리 5km 이내에서는 5만㎡ 이상인 것 (2) 산림법 제2조제1항제1호의 규정에 의한 산림에서 토석·광물을 채취하는 사업으로서 산림훼손면적이 10만㎡ 이상인 것	강원도 : 상수원보호구역안에서는 1만㎡, 상수원보호구역 상류로서 상수원보호구역에서 유수거리 5km 이내에서는 2만5천㎡ 제주도 : 골재채취법 제2조제1호의 규정에 의한 골재채취면적이 5천㎡(다만, 동법시행령 제2조 제5호 및 제6호의 규정에 의한 산림골재와 육상골재는 채취면적이 1만㎡) 서울시, 인천시 : 미규정 강원도, 인천시 : 5만㎡ 제주도 : 일괄적으로 규정 서울시 : 미규정

구 분	대상사업의 범위	
	통합영향평가법	지자체 조례
	<p>(3) 해안(해안선으로부터 육지쪽으로 1km 이내의 지역과 바다쪽으로 10km 이내의 지역을 말한다. 이하 같다)에서 광업법에 의한 광물을 채취하는 경우로서 광업법 제15조의 규정에 의한 광구의 단위구역당 광물채취면적이 강원도 및 경상북도의 경우 2만 m² 이상, 그 밖의 지역의 경우 3만 m² 이상인 경우. 다만, 태풍·폭풍·해일 등 자연현상으로 인한 긴급대책상 필요하거나 항만 및 어장의 유지·준설을 위하여 필요한 경우를 제외한다.</p> <p>(4) 골재채취법 제22조의 규정에 의하여 해안에서 골재를 채취하는 경우로서 광업법 제15조의 규정에 의한 광구의 단위구역당 채취면적이 25만 m² 이상이거나 채취량이 50만 m³ 이상인 것</p>	<p>강원도 : 1만 m² 인천시 : 1만5천 m² 제주도, 서울시 : 미규정</p> <p>강원도 : 채취면적이 13만 m² 또는 채취량이 25만 m³ 인천시 : 채취면적이 12만5천 m² 또는 채취량이 25만 m³ 제주도 : 일괄적으로 규정 서울시 : 미규정</p>

(4) 문제점 및 개선방안

1) 문제점

우리 나라의 환경영향평가제도는 환경영향평가 대상사업의 범위가 여전히 제한적으로 설정되어 있어 정작 환경영향이 큰 사업들이 제외되고 있다는 점, 환경영향평가가 특히 그 대행업체에 의한 대행과 부실한 심사, 환

영향평가서 작성기관과 협의·검토기관의 전문인력 부족 등으로 말미암아 형식화될 우려가 상존하고 있고 실제로 환경영향평가의 객관성이나 평가서허위작성 여부에 대한 시비가 끊이지 않았다는 점, 환경영향평가서의 협의내용을 주민에게 통보하는 절차가 미비하고, 주민에게 협의내용에 대한 이의신청권이 인정되지 않고 있으며 공청회문화의 미발전 및 행정기관의 편의주의적 발상 등으로 말미암아 주민의견이 충분히 수렴되지 못하고 있는 점, 상존하는 환경문제의 정치화가능성, 환경영향평가대행의 일반적 관행 및 부조리, 환경영향평가제도가 제도의 본래 취지와는 상반되게 환경침해의 합리화문서 또는 면죄부로 전락할 가능성 등 많은 문제점을 지니고 있는 것으로 비판받아 왔다. 뿐만 아니라 현행 통합영향평가법에 의한 통합영향평가제도도 개별 영향평가제도들이 지니고 있었던 한계를 극복하지는 못하고 있으며, 평가기관의 전문성·공정성 확보 미흡, 협의요청시기의 부적절성, 사업시행 불가 통보의 곤란성, 항목별 평가서협의기관의 분산 등과 같은 문제점을 가지고 있다.²⁴⁶⁾

한편 환경영향평가제도는 사전예방과 공공(주민)참여를 그 본래의 취지로 하는 바, 따라서 환경영향평가에 있어서 주민참가는 더욱 확대되고 실질화되어야 한다고 본다. 즉 지역환경영향평가에 있어서 주민참가는 정보제공참가뿐만 아니라 환경기본계획에 드는 목표의 실현을 도모하고 더욱 바람직한 지역환경의 확보라는 정책형성참가, 의사형성참가로 그 역할을 확대하여야 할 것이다.²⁴⁷⁾

현행 환경영향평가에서의 주민의견수렴은 계획이 확정되고 설계가 마무리되는 평가서 초안단계에서 실시되고 있어 사업의 타당성 또는 기본계획에 대한 주민의 반대의견이 있어도 본질적인 계획의 목표 및 방향, 설계기준 등의 변경이 어려운 실정이다. 게다가 일회성의 주민참여절차에 의해 지역

246) 홍준형, 환경법, 239-240면; 千柄泰·金明吉, 環境法論, 162-163면.

247) 즉 사업자의 자주적인 행위에 대하여 주민참가는 지역이나 현장의 정보를 사업자에게 제공하는 역할을 담당하며, 또한 주무부 장관이 행하는 면허 등에 있어서 주민참가는 그 판단재료의 하나로서 지역의 정보를 제공하는 기능을 수행하고 있다고 이해된다. 그러나 주민참가의 기능은 이것에 그치는 것이 아니라 이해관계자로서의 권리방위참가 및 지역의 유권자로서 결정참가 등의 측면이 지적되고 있다(田中 充, 自治體の環境影響評價制度づくりの論点, 判例タイムズ 989號(1999), 45頁).

주민과 사업시행 관련자간의 충분한 이해조정이 이루어지지 않고 있다. 이러한 제도적 문제점을 해결하기 위해서는 평가서초안 작성단계에 앞서서 『제안서』 단계를 신설하고,²⁴⁸⁾ 환경영향평가 각 단계별로 지속적인 주민참여가 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다. 즉 주민참여 기회를 제안서, 평가서초안, 평가서본안의 작성단계 등 환경영향평가의 진행절차에 따라 충분히 보장하여, 주민들 스스로가 자신의 의견이 반영되었는지의 여부를 알 수 있게 하고 미반영된 사유 등에 대해서는 충분히 공감할 수 있도록 하여야 할 것이다.²⁴⁹⁾

뿐만 아니라 지역환경영향평가제도 차원에서라도 각종 개발사업의 기본계획단계에서부터 환경영향을 검토하는 전략환경평가(Strategic Environmental Assessment: SEA),²⁵⁰⁾ 스코핑(Scoping) 내지 스크리닝(Screening) 제도의 도입도 적극적으로 검토되어야 할 것이다.

248) 제안서는 사업의 기본계획단계에서 작성할 수 있는 사업의 목적 및 개요(계획지표 등), 해당지역의 토지이용현황, 문헌조사를 통한 환경질의 일반적 현황, 평가항목의 설정 등에 대해 서술하도록 한다.

249) 한국환경정책·평가연구원, 환경영향평가의 주민참여 실효성 제고 방안, 환경포럼 제6권 제4호(2002. 6.), 4-5면.

250) 전략환경영향평가란 정부기관이 행하는 각종 정책의 입안, 계획의 수립 등에 대하여 어떠한 환경영향이 발생할지를 사전에 검토하는 영향평가를 말한다. 이것은 아직 승인전단계의 제안된 정책(Policy), 계획(Plan), 프로그램(Program)들이 미칠 중요한 환경영향에 대한 사전평가과정(Process of Evaluation)으로서 계획과정의 초기 단계부터 환경영향을 미래예측적으로 고려하는 방안이다. 한편 EU계획환경영향평가지침의 제정경위와 내용에 대해서는 줄고, 유럽연합의 계획환경영향평가지침, 공법학연구 제3권 제3호(2002. 12.) 참조.

제6장 결론

21세기의 본격적인 지방자치시대를 맞이하여 지방자치단체가 대처해야 할 가장 중요한 과제들 중의 하나는 바로 주민복리의 증진이라는 차원에서 물론 특히 지역주민의 생존권보장과 직결되어 있는 환경문제라고 하지 않을 수 없다.

환경문제의 해결 내지 환경보호를 위한 노력은 ‘지구적 차원에서 사고하고, 지역적 차원에서 행동하라’(Think globally, act locally!)는 말의 의미하는 바와 같이 무엇보다도 지역에서부터 시작되어야 한다. 즉 지방자치시대에 있어서는 환경문제도 국가차원의 정형적·획일적인 접근이 아니라 당해 지역에서의 환경형성에 있어서 제1차적 책임을 지고 있는 지방자치단체에 의해서 우선적으로 행해지지 않으면 안된다. 이와 같이 환경보호에 있어서 지방자치단체의 역할의 중요성은 1992년 리우환경회의에서의 리우선언의 원칙 22와 의제 21(Agenda 21)에서도 강조된 바 있다. 요컨대 지방자치시대에 있어서 환경문제는 ‘주민에 의한, 주민을 위한 환경보호’라는 원칙 아래서 해결해야 할 것이다(환경자치의 실현). 『환경자치』의 확립과 실현 없이는 무릇 국가차원의 환경정책도, 국제차원의 환경정책도, 나아가서는 지구차원의 환경정책도 모두 아무런 실효성을 가질 수 없다. 이러한 의미에서 환경자치의 확립과 실현이야말로 앞으로의 환경보전의 착실한 진전에 있어서 불가결한 원동력으로 되지 않을 수 없다고 해야 할 것이다.

그러나 환경문제에 있어서 지방자치가 긍정적으로만 작용하는 것은 아니며, 개발우선주의로 인한 환경오염현상의 격화, 광역적 환경오염문제로 인한 지역간 갈등의 심화 내지 지역이기주의와 이로 인한 환경분쟁의 점증, 환경상의 불평등의 심화 가능성 등과 같은 부정적인 측면도 간과할 수 없다. 이와 같이 환경보전과 지방자치는 긴장관계에 있음을 부인할 수 없는 바, 중요한 점은 지방자치와 환경보전의 관계가 긍정적인 방향으로 작용할 수 있는 조건들을 최대한 활용하는 한편, 부정적인 방향으로 작용할 수 있는 요소들을 적극적으로 제거하고 극복해 나가는 지혜가 필요하다고 본다.

한편 환경자치의 실현을 위해서는 무엇보다도 우선 지방자치법과 환경관련법제를 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 부합하는 방향으로 개정하여야 한다고 본다. 첫째, 지방자치단체의 환경자치입법권의 실효성을 근본적으로 제한하고 있는 지방자치법 제15조 단서의 규정은 폐지되어야 할 것이다. 둘째, 환경관계법상의 환경관련사무와 권한은 지방자치시대에 걸맞게 지방자치단체로 대폭 이양 내지 재배분되어야 할 것이다. 현행 환경관계법상 대부분의 환경사무와 권한은 여전히 종래의 중앙집권주의적인 틀을 벗어나지 못한 채 기관위임사무의 형태로 행해지고 있어 헌법 제117조에 의한 지방자치의 헌법적 보장에 부합되지 아니한다고 본다. 이러한 사정은 지방이양추진위원회에 의한 지방이양대상 확정사무를 통해서도 알 수 있는 바, 이에 의하면 환경부 소관 사무는 154건으로 중앙행정부처들 중 가장 많다. 셋째, 따라서 구체적으로 환경보호수단과 관련하여서는 지방자치단체의 환경계획고권, 지역환경기준의 설정, 지역환경영향평가 등에 있어서도 당해 지방자치단체의 지역실정에 맞는 대응을 할 수 있도록 가능한 한 지방자치단체의 역할과 활동범위를 넓게 인정하여야 할 것이다.

요컨대 환경문제가 국내외적으로 최우선과제의 하나로 대두되고 있는 『환경의 세기』를 맞이하여 환경자치는 더 이상 미룰 수 없는 이 시대의 과제라고 하지 않을 수 없다. 환경정책의 지방화 내지 환경자치의 실현은 지방자치수준에서 ‘공유재산의 비극’을 막을 수 있는 가장 효과적인 방안이며, 지속가능한 발전과 환경정의의 지방적 차원에서 실현시키기 위한 21세기 지방화시대의 환경정책 전략이자 패러다임이다. 따라서 본격적인 지방자치시대를 맞이하여 환경법제도 환경자치를 실현할 수 있는 방향으로 재정비되어야 할 것으로 본다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

1. 丘秉朔, 註釋 地方自治法, 博英社, 1991.
2. 具然昌, 環境法論 [改訂版], 法文社, 1991.
3. 金南辰, 行政法 II [第6版], 法文社, 2001.
4. 金東熙, 行政法 II [第8版], 博英社, 2002.
5. 金鐵容, 註釋 地方自治法, 韓國司法行政學會, 1997.
6. 金弘大, 地方自治立法論, 博英社, 1999.
7. 盧隆熙, 韓國의 地方自治 —回顧와 展望—, 綠苑出版社, 1988.
8. 박기갑 외, 환경오염의 법적 구제와 개선책, 小花, 1996.
9. 朴奉國, 條例立法의 理論과 實際, 壯元出版社, 1992.
10. 朴英道, 自治立法의 理論과 實際, 한국법제연구원, 1998.
11. 劉尙炫, 行政法 II, 螢雪出版社, 2002.
12. 이기우, 지방자치이론, 學現社, 1996.
13. 이론과 실천모임 위임, 국토와 환경, 한울 아카데미, 2001.
14. 李尙圭, 環境法論, 法文社, 1998.
15. 정희성, 지방자치시대의 환경정책, 한국환경기술개발원, 1994.
16. 趙昌鉉, 地方自治論, 博英社, 1991.
17. 千柄泰, 地方自治法 [第2版], 三英社, 1998.
18. 千柄泰 · 金明吉, 環境法論 [第2版], 三英社, 2000.

참고문헌

19. 韓貴鉉, 環境法の 基本原理, 세종출판사, 1997.
20. -----, 美國環境法の 理論과 實際, 도서출판 동남기획, 2001.
21. -----, 獨逸環境法論, 한국법제연구원, 2002.
22. 許 營, 韓國憲法論, 博英社, 1998.
23. 洪井善, 地方自治法學, 法英社, 2000.
24. 洪준형, 환경법, 博英社, 2001.
25. 환경부, 2001 환경백서, 2001.

(2) 논문

1. 姜在圭, 地方自治團體의 環境條例制定의 法的 問題, 慶星法學 第5號 (1996. 9.).
2. 丘秉朔, 條例와 營業·言論·出版의 自由, 月刊考試(1991. 6.).
3. 權寧星, 條例에 의한 有害圖書의 販賣의 禁止, 考試界(1978. 12.).
4. 金南辰, 地方自治團體의 事務와 權限, 考試界(1988. 5.).
5. -----, 條例制定의 法的 問題 - 條例制定權의 範圍와 限界의 문제를 중심으로 -, 법제연구 통권 제9호(1995).
6. -----, 自治立法權의 擴大, 自治行政(1996. 9.).
7. 金南澈, 독일에서의 地方自治團體의 計劃高權의 憲法上的 保障, 司法行政(1998. 2.).
8. -----, 地方自治團體의 計劃高權과 國家의 空間計劃, 토지공법연구총서 II(한국토지공법학회, 2001).
9. -----, 地方自治團體間의 葛藤緩和를 위한 計劃法上的 原則, 公法研究 第29輯 第4號(2001. 6.).

10. 김성호·박 신, 국토계획에 있어서 지방자치단체의 계획고권의 적용에 관한 연구, 地方行政研究 제13권 제1호(1999. 6.).
11. 金淳泰, 條例上의 罰則規定과 罪刑法定主義, 立法調查研究(1995. 8.).
12. 金榮三, 우리 나라 地方自治의 憲政史的 考察, 月刊考試(1994. 5.).
13. 金英千, 自治體 地方政府 確立을 위한 課題, 公法研究 第30輯 第4號 (2002. 6.).
14. 金元主, 地方自治團體의 自治立法制定權, 公法研究 제18집(1990).
15. -----, 環境保全과 環境計劃, 考試界(1995. 11.).
16. 김재훈, 환경규제의 중앙과 지방간 기능분담방안, 地方行政情報 (1997. 12.).
17. 金海龍, 環境基準(Umweltstandards)에 관한 法的 問題, 環境法研究 第20卷(1997).
18. -----, 地方自治權의 內容에 관한 法令制定의 限界에 관한 연구 - 獨逸에서의 論議를 중심으로 -, 토지공법연구총서 V(한국토지공법학회, 2001).
19. -----, 地方自治團體의 條例, 법제연구 통권 제21호(2001).
20. 노용희, 지방자치와 환경행정, 地方行政研究 第4卷 第1號(1989).
21. 柳至泰, 地方自治의 制度的 保障論(上)(下), 考試研究(1993. 10., 11.).
22. 朴秀赫, 地球環境時代·環境自治時代에 있어서의 한국의 環境法政策의 문제점과 개선방향, 公法研究 第25輯 第2號(1997. 6.).
23. 朴源永, 條例의 法理에 관한 研究, 東亞法學 創刊號(1985).
24. 朴鉞炳, 法令과 條例와의 關係, 考試界(1992. 11.).
25. 徐元宇, 韓國地方自治團體의 環境政策, 韓·日地方自治比較 세미나 - 地方自治團體의 環境對策-, 韓國地方自治研究所(1991. 11.).

참고문헌

26. -----, 條例制定權의 範圍와 限界, 考試界(1993. 3.).
27. -----, 地方自治의 憲法的 保障, 考試研究(1993. 6.).
28. 慎保晟, 地方自治團體의 自治立法權의 限界, 現代公法理論의 展開 (石正 許永敏博士華甲紀念, 大成社, 1993).
29. -----, 地方自治團體의 計劃高權에 관한 考察, 법조(1999. 6.).
30. 吳世卓, 條例의 制定實態와 立法限界, 人權과 正義(1994. 8.).
31. 이광윤, 국토계획과 환경 -한국과 프랑스에 있어서의 국토환경계획 법의 형성-, 環境法研究 第23卷 第2號(2001).
32. 李琦雨, 都市計劃의 수립에 있어서 自治權의 制限과 限界, 地方行政研究 第7卷 第1號(1992. 2.).
33. -----, 條例와 法律留保의 原則, 現代公法과 個人의 權益救濟(均齊 梁承斗教授華甲紀念論文集, 弘文社, 1994).
34. -----, 지방자치발전을 위한 사무배분의 과제, 지방자치연구 제8권 제 2호(1996. 6.).
35. -----, 地方自治團體의 業務體系, 토지공법연구총서 I (한국토지 공법학회, 2001).
36. -----, 地方自治團體의 自治權, 법제연구 통권 제21호(2001).
37. -----, 地方自治와 民主主義 및 法治主義의 原則, 公法研究 第29輯 第4號(2001. 6.).
38. 李昌雨, 持續가능한 開發을 위한 地方政府의 役割, 地方行政研究 第 10卷 第2號(1995. 9.).
39. 鄭然宙, 條例制定權의 憲法的 限界와 統制, 公法學의 現代的 地坪 (心泉 桂禧悅博士華甲紀念論文集, 1995).
40. 정용호, 독일 지방자치단체환경영향평가제도 연구, 한국환경과학회지 제11권 제6호(2002).

41. 曹正煥, 條例制定에 있어서의 法律留保, 토지공법연구총서 Ⅲ (한국토지공법학회, 2001).
42. 曹珍相, 地方環境影響評價의 概念 및 導入方案, 地方行政研究 第12卷 第3號(1997. 11.).
43. 千柄泰, 地方自治團體 相互間的 紛爭調整, 自治研究 第6卷 第1號(1996).
44. -----, 地方自治團體의 事務範圍와 事務配分基準, 考試研究(1997. 9.).
45. 崔昌浩, 地方議會 條例制定權의 範圍와 限界, 地方自治研究 第6卷 第1號(1994. 6.).
46. -----, 自治立法權의 範圍와 限界, 自治行政(1993. 12.).
47. 韓豹桓, 地域環境基準의 設定과 維持方案에 관한 研究, 地方行政研究 第7卷 第1號(1992. 2.).
48. 許 慶, 環境基準의 比較法的 考察, 環境法研究 第3卷(1981).
49. 洪井善, 條例와 侵害留保, 考試界(1993. 4.).
50. -----, 地方自治法 論議의 爭點, 月刊考試(1993. 10.).
51. -----, 地方自治法 改正方向에 관하여, 韓國地方自治學會 研究發表會 發表論文集(1994).
52. -----, 地方自治法中 改正法律解說, 自治行政(1994. 5.).
53. 洪準亨, 環境政策의 實行手段으로서 環境基準(上)(下), 司法行政(1993. 5., 6).
54. -----, 중앙정부와 지방자치단체간 환경정책의 조율을 위한 법제 정비의 방향과 과제 -지방자치시대의 환경정책과 환경법의 진로 모색-, 環境法研究 第17卷(1994).
55. -----, 21세기 지방화시대의 자치환경법정책 -새천년 환경자치를 위한 법정정책적 방향 모색-, 環境法研究 第22卷(1999).

2. 일본문헌

(1) 단행본

1. 兼子 仁, 行政法と特殊法の理論, 有斐閣, 1989.
2. 寄本勝美・原科幸彦・寺西俊一 編著, 地球時代の自治體環境政策, ぎょうせい, 2002.
3. 南博方・原田尚彦・田村悦一 編, 行政法 (3) [地方自治法], 有斐閣双書, 1992.
4. 淡路剛久・阿部泰陸, 環境法, 有斐閣, 1996.
5. 淡路剛久・寺西俊一 編, 公害環境法理論の新たな展開, 日本評論社, 1997.
6. 藤田宙靖, 行政組織法 (新版), 良書普及會, 2001.
7. 柳憲一郎, 環境アセスメント, 清文社, 2000.
8. 末石富太郎・環境計劃研究會, 環境計劃論 —環境資源の開発・保全の基礎として—, 森北出版株式會社, 1993.
9. 北村喜宣, 自治體環境行政法 [第2版], 良書普及會, 2001.
10. 山代義雄, 地方自治の法制度 [改訂版], 北樹出版, 2001.
11. 山村恒年, 環境保護の法と政策, 信山社, 1996.
12. 三村浩史・地域共生編集委員會 編, 地域共生のまちづくり, 生活空間計劃學の現代的展開, 學藝出版社, 2000.
13. 西尾 勝, 地方分權と地方自治, ぎょうせい, 1998.
14. 星野光男, 地方自治論, ぎょうせい, 1982.

15. 成田頼明, 地方分權への道程, 良書普及會, 1997.
16. 小林 武, 地方自治の憲法學, 晃洋書房, 2001.
17. 松本英昭, 遂條地方自治法 [第1次改訂版], 學陽書房, 2002.
18. 松村弓彦, 環境法學, 成文堂, 1995.
19. 須田春海・田中充・熊本一規 (編著), 環境自治體の創造, 學陽書房, 1992.
20. 岩崎忠夫, 地方自治法講座 2. 條例と規則, ぎょうせい, 1990.
21. 野村好弘・作本直行 編, 發展途上國の環境政策の展開と法, アジア經濟研究所, 1997.
22. 鹽野 宏, 法治主義の諸相, 行政法研究 第7卷, 有斐閣, 2001.
23. 原野 翹, 現代行政法と地方自治, 法律文化社, 1999.
24. 原田尚彦, 環境法 [補正版], 弘文堂, 1994.
25. -----, 地方自治の法としくみ [全訂3版], 學陽書房, 2001.
26. 原田純孝 編, 日本の都市法 I, 東京大學出版會, 2001.
27. -----, 日本の都市法 II, 東京大學出版會, 2001.
28. 人間環境問題研究會 編, 公害・環境に係る條例の法學的研究(環境法研究 第13號), 有斐閣, 1980.
29. 田中 充・中口毅博・川崎健次 編著, 環境自治體づくりの戰略, ぎょうせい, 2002.
30. 齊藤達三, 總合計劃の管理と評價: 新しい自治體計劃の實效性, 勁草書房, 1994.
31. 地方自治制度研究會 編, 地方分權推進ハンドブック, ぎょうせい, 1995.
32. 川崎政司 編, 地方自治法改正のポイント 一地方分權に向けた地方自

참고문헌

- 治法抜本改正一, 第一法規, 1999.
33. 浅野直人, 環境アセスメントと法, 信山社, 1998.
 34. 村上武則 編, 應用行政法, 有信堂, 1995.
 35. 秋田 周, 條例と規則, 現代地方自治全集⑥, ぎょうせい, 1977.
 36. 澤井安勇 編著, 分權化時代の地域環境政策, ぎょうせい, 1994.
 37. 環境廳アセスメント研究會 編, 日本の環境アセスメント, ぎょうせい, 1997.

(2) 논문

1. 加藤陸美, 地方自治と環境行政, 地方自治法施行四十周年・自治制公布百年記念『自治論文集 一編』(自治省 編, ぎょうせい, 1988).
2. 駒林良則, 西ドイツにおける條例論の動向, 名城法學 40卷 2號(1991).
3. 近藤哲雄, 改正地方自治法の探求(上)(下), 自治研究 第77卷 第12號(2001. 12.)・第78卷 第3號(2002. 3.).
4. 今里滋・木原佳奈子, 自治體計劃再考, 自治體學會編, 『分權型社會の行政手法』(年報自治體學 第8號, 良書普及會, 1995).
5. 磯部 力, 地域環境管理者としての地方公共團體と條例, 環境法研究 13號(1980).
6. -----, 都市の環境管理計劃と都市自治體, 都市問題研究 42卷 10號(1990).
7. 淡路剛久, 環境影響評價法の法的評價, ジュリスト 第1115號(1997).
8. 大塚 直, 環境基本計劃の検討, 環境と公害 24卷 3號(1995).
9. -----, 環境影響評價法と環境影響評價條例との關係について, 『政策實現と行政法』(成田頼明先生古稀記念論集, 有斐閣, 1998).

10. 柳憲一郎, 環境アセスメント, 『環境法學の挑戦』(大塚 直・北村喜宣 編, 日本評論社, 2002).
11. 北村喜宣, 環境法における公共性, 公法研究 第54號(1991).
12. -----, 環境法政策の現状と課題: 市民參加・行政手續・情報公開・地方分權, 法律時報 第69卷 第11號(1997).
13. -----, 環境影響評價條例と法律對象事業: 川崎市環境影響評價條例を例にして, 判例タイムズ 954號(1998).
14. -----, 自治體環境政策法務の基本指針, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).
15. -----, 新地方自治法施行後の條例論・試論(上)(下), 自治研究 第76卷 第8號・第9號(2000).
16. 寺西俊一, 『環境基本法』と地方自治體の役割, 自治體研究 第61號(1994).
17. 山代義雄, 自治立法に關する若干の考察, 民商法雜誌 第120卷 第3號(1999).
18. 杉原泰雄, 地方自治權の本質3, 法律時報 48卷 3號(1976).
19. 三好信俊, 地球溫暖化防止と地方公共團體の役割, 自治研究 第75卷 第3號(1999).
20. 西田裕子, 環境優位の都市計劃へ, 『日本の都市法 I』(原田純孝 編, 東京大學出版會, 2001).
21. 成田頼明, 公害行政の法理, 公法研究 第32號(1970).
22. -----, 西ドイツにおける條例, 公法研究 35號(1972).
23. -----, 『地方の時代』における地方自治の法理と改革, 公法研究 第43號(1991).
24. -----, ドイツにおける地方分權の動向, 『分權改革の法システム』(2001).

참고문헌

25. 小早川光郎, 環境影響評價法とその課題, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).
26. 深瀬忠一, 條例と罰則, 行政判例百選 I (有斐閣, 1979).
27. 阿部泰隆, 環境行政と住民参加, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).
28. 岩橋健定, 條例制定權の限界 —領域先占論から規範抵觸論へ—, 『行政法の發展と變革 下卷』(小早川光郎・宇賀克也 編, 有斐閣, 2001).
29. 櫻井敬子, 自治事務に對する法令の制約について —開發許可を素材として, 自治研究 第77卷 第5號(2001. 5.).
30. 鹽野 宏, 條例 —その意義と限界, ジュリスト 800號(1983).
31. -----, 國と地方公共團體との關係のあり方, ジュリスト 1074號(1995).
32. -----, 國と地方公共團體のありかた再論, ジュリスト 1118號(1997).
33. -----, 地方自治法制, ジュリスト 1073號(1999).
34. 宇都宮深志, 環境基本條例と自治體環境管理計劃, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).
35. 猿田勝美, 地方環境行政と環境基本法, 環境研究 93號(1994).
36. -----, 地方自治體と環境行政, 自治體學會 編, 『自治體の政策責任』(年報自治體學 第12號, 良書普及會, 1999).
37. 礒崎初仁, 土地利用規制の條例制定と分權改革 (下), 判例タイムズ 1023號(2000).
38. 礒野 生, 地方分權時代の環境行政の課題, 『環境法學の挑戰』(大塚 直・北村喜宣 [編], 日本評論社, 2002).

39. 磯野弥生, 環境問題と分權の課題, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).
40. 田中 充, 自治體の環境影響評價制度づくりの論点, 判例タイムズ 989號(1999. 2.).
41. 齋藤 誠, 憲法と地方自治, 法學教室 243號(2000).
42. -----, 國法の規律と地域性 —ドイツ市町村と電氣通信事業の關係を一素材として—, 『行政法の發展と變革 下卷』(小早川光郎・宇賀克也 編, 有斐閣, 2001).
43. 朝倉曉生・關野敦司, 環境計劃の策定段階における住民參加のあり方に關する基礎的研究, 計劃行政 第20卷 第4號(1997).
44. 佐藤 攻, 地方自治の機能, 地方自治法施行四十周年・自治制公布百年記念『自治論文集 一編』(自治省 編, ぎょうせい, 1988).
45. 中口毅博, 環境基本計劃とこれからの自治體環境マネジメントシステム, 資源環境對策 35卷 9號(1999).
46. 芝池義一, 地方自治法改正法案の検討, 法律時報 71卷 8號(1999).
47. -----, 條例, ジュリスト増刊『あたらしい地方自治・地方分權』(2000).
48. -----, 地方自治團體の事務, 法學論叢 第148卷 第5・6號(2001).
49. 淺野直人, 日本 環境政策에 있어서 地方自治團體의 役割과 今後展望, 韓・日地方自治比較 세미나 -地方自治團體의 環境對策-, 韓國地方自治研究所(1991. 11.).
50. -----, 日本の環境管理計劃と課題, ジュリスト 1015號(1993).
51. -----, 環境基本法と環境基本計劃, ジュリスト増刊 <新世紀の展望2> 『環境問題の行方』(有斐閣, 1999).

3. 독일문헌

1. Becker, E., Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: H. Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin u.a. 1956.
2. Birk, Hans-Jörg, Kommunale Selbstverwaltungshoheit und überörtliche Planung, NVwZ 1989.
3. Bleckmann, Albert, Inhalt und Umfang des Gesetzesvorbehalts bei Gemeindefestsetzungen, DVBl. 1987.
4. Böhm, M., Autonomes kommunales Satzungsrecht, in: G. Lübke-Wolff (Hrsg.), Umweltschutz durch kommunales Satzungsrecht, 1997.
5. Brandt, Edmund, Kommunen und Umweltschutz, AfK 1981.
6. Breuer, Rüdiger, Umweltschutzrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin 1999.
7. Bücker, U./Scharf, S., UVP in der Bauleitplanung für kleinere Gemeinden, UVP spezial 7, Dortmund 1994.
8. Burgi, M., Kommunale Alleingänge in der Umwelt- und Sozialpolitik, VerwArch. 1999.
9. Engel-Boland, S., Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt, 1999.

10. Gern, Alfons, Kommunalrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2001.
11. Habermeier, D., Die kommunale Umweltverträglichkeitsprüfung in kommunaler Umweltpolitik, in: K. Otto-Zimmermann (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfung in der Kommunalverwaltung, Köln 1990.
12. Hellermann, J., Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000.
13. Hender, Reinhard, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln 1984.
14. Himmelmann, S./Pohl, A./Tünnesen-Harmes, Ch.(Hrsg.), Handbuch des Umweltrechts, 1996.
15. Hoppe, Werner, Umweltschutz in den Gemeinden, DVBl. 1990.
16. Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968.
17. Kleopfer, Michael, Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998.
18. Korte, H.W., Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, VerwArch. 1970.
19. Krüger, Peter, Umweltschutz in der kommunalen Planung, in: Hucke/Ueberhorst (Hrsg.), Kommunale Umweltpolitik, Basel u.a. 1983.
20. Lübke-Wolff, Gertrude, Umweltschutz durch kommunales Satzungsrecht, Berlin 1993.
21. Von Mutius, Albert, Kommunalrecht, München 1996.

참고문헌

22. Oerder, Michael, Grenzen der kommunalen Satzungsautonomie, NJW 1990.
23. Rath, Uwe, Kommunale Umweltverträglichkeitsprüfung, Dortmund 1992.
24. Salzwedel, Jürgen, Gemeindekompetenz im Umweltschutz, WuV 1987.
25. Schmidt-Aßmann, Eberhard, Der Umweltschutz im Spannungsfeld zwischen Staat und Selbstverwaltung, NVwZ 1987.
26. Schmidt-Jortzig, Edzard, Gemeinde- und Kreisaufgaben, DÖV 1993.
27. Stober, Rolf, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Stuttgart 1992.
28. Stoll, Philipp, Kommunale Spielräume im Umweltrecht, Diss. Augsburg 1994.
29. Waechter, Kay, Kommunalrecht, 2. Aufl., Köln 1995.
30. Wahl, Rainer, Aktuelle Probleme im Verhältnis der Landesplanung zu den Gemeinden, DÖV 1981.