

주요 외국의 지방자치제도 연구 - 독일 -

정남철



주요 외국의 지방자치제도 연구

- 독일 -

A Study of Foreign Countries' Local Autonomy
- Germany -

연구책임자 : 정남철(숙명여자대학교 법과대학 교수)
Chung, Nam-Chul

2018. 9. 30.

연 구 진

연구책임 정남철 숙명여자대학교 법과대학 교수

심의위원 정명운 선임연구위원

최 유 연구위원

김수갑 충북대학교 총장

요 약 문

I. 배경 및 목적

▶ 연구의 배경

- 최근 개헌의 논의 과정에서 지방분권이 강조되고 있으나, 지방분권의 과도한 요구와 개혁은 오히려 지방자치제도의 발전을 후퇴시킬 우려가 있음.
- 국정농단으로 인한 촛불시위와 대통령에 대한 탄핵결정으로 한국사회는 큰 변혁기를 거치고 있으며, ‘지방분권’과 ‘균형발전’은 정부의 주요한 정책과제가 되고 있음.
- 분권형 헌법을 위한 개정과 지방분권의 강화에 관한 다양한 논의가 있지만, 그 수준과 방식 등에 대해서는 견해 대립이 있음.
- 이와 관련하여 지방자치에 관한 헌법적 논의, 국가와 지방자치단체의 관계, 자치행정의 구조, 자치입법의 쟁점과 권리구제 등에 대해 깊이 있는 연구가 필요함.
- 지방분권의 과제를 성공적으로 실현하기 위해 지방자치의 선진국인 독일 입법례의 사례를 비교·연구할 필요가 있음.
- 독일의 지방자치제도의 역사적 발전과 이론적 전개, 자치행정의 구조와 특색 등을 면밀히 파악하여, 우리 지방자치제도의 현황과 문제점을 개선할 수 있도록 해야 함.
- 위임사무의 증가와 재정부담, 인구의 감소, 주민참여의 강화와 리스크 등 독일의 지방분권의 최근 동향 및 문제점 등을 상세히 파악할 필요가 있음.

▶ 연구의 목적

- 지방분권의 제도적 정착을 위해 독일 지방자치제도의 역사적 발전과 특징, 자치 행정과 자치입법 등에 관한 상세한 비교법적 연구를 목적으로 함.
 - 우리나라 지방자치제도의 발전에 큰 영향을 준 독일의 지방자치제도의 연혁, 자치 행정의 기본구조와 특징 등을 고찰함.
 - 특히 연방과 주의 관계, 사무구분, 자치입법권에 대한 사법적 통제, 유럽연합법의 영향 및 최근 동향 등을 체계적으로 검토함.
- 지방자치제도의 실천적 과제와 관련된 법·제도적 문제를 고찰하고, 지방분권의 추진방향 설정을 목적으로 함.
 - 지방자치단체의 법적 지위, 지방자치단체의 조직과 구조, 주민의 참여와 선거 등을 자세히 검토함.
 - 지방자치단체의 사무배분, 연방과 주의 분쟁 및 권리구제수단 등을 살펴보고, 우리 지방자치제도의 실천적 문제해결에 기여할 수 있는 방안을 모색함.
- 연방국가인 독일 지방분권의 현황과 특징, 지방자치제도의 위기 등을 검토하여, 우리나라의 지방분권 개혁에 있어서 시사점과 문제해결 방안의 도출을 목적으로 함.
 - 독일 지방자치제도의 현황과 현주소, 유럽연합의 영향으로 인한 지방자치제도의 변화 등을 고찰하도록 함.
 - 특히 연방과 주 사이의 위임사무와 재정부담, 인구변화와 이주민의 증가, 시민 참여의 강화와 문제점 등을 상세히 비교·검토하도록 함.

II. 주요 내용

▶ 지방자치제도의 연혁과 이론

- 지방자치제도의 연혁과 특징
 - 독일의 지방자치제도는 12세기 ‘도시’라는 자치공동체가 있었지만, 프로이센에 들어와서 근대적 의미의 지방자치의 흔적을 발견할 수 있음. 프리드리히 빌헬름 1세때 지방자치법이 제정되었으나, 국가권력에 종속된 한계를 가지고 있었음.
 - 독일의 지방자치 사상의 기원은 ‘위로부터의 개혁’을 추진한 슈타인 남작(vom und zum Stein)에서 찾을 수 있음.
 - 독일의 지방자치제도가 본격적으로 발전한 것은 바이마르공화국에서 부터이며, 경제공황과 국가사회주의의 등장으로 중대한 위기에 처하였음. 그 후 제2차 세계대전을 거치면서 주둔하던 승전국의 다양한 지방자치제도가 유입되어 비약적 발전을 하게 되었음.
- 지방자치의 본질 및 헌법적 근거
 - 독일의 지방자치제도는 독일 기본법 제28조 제2항에 헌법적 근거를 두고 있으며, 지방자치단체는 간접적 국가행정으로 지방분권의 이념에 기초하고 있음.
 - 독일의 지방자치제도는 Carl Schmitt의 영향으로 제도적 보장으로 이해되고 있으나, 근래에는 지방자치단체의 주관적 지위가 부각되고 있음.
- 지방자치단체의 법적 지위
 - 독일 기본법상 게마인데는 독립된 행정주체이며, 지역단체에 속함. 최근에는 게마인데의 주관적 공권이 인정되고, 항고소송에서 게마인데의 원고적격이 인정되고 있음.

- 그러나 게마인데의 원고적격은 국가기관의 감독에 대한 소송과 같이 매우 제한된 영역에서만 인정되고 있음.

▶ 자치행정의 제도적 내용

○ 독일 지방자치단체의 조직과 구조

- 독일의 주(란트)의 행정조직은 크게 3단계로 구성되어 있음. 즉 주(란트)의 주지사를 정점으로 광역시, 크라이스 및 독립시 등이 있음.
- 주의 자치행정의 내부조직은 4가지 유형으로 구성되어 있음. 첫째, 지방의회와 시장이 대표인 합의제형 시당국(Magistrat)의 방식, 둘째, 시장을 지방의회에서 간선으로 선출하는 방식, 셋째, 시장을 직선으로 선출하나 지방의회의 의장을 맡는 방식, 마지막으로 지방의회가 선출한 시장을 지방의회의 의장으로 하지만, 시장외에 별도의 행정책임자를 두는 방식임.
- 독일에서는 게마인데의 대폭 축소와 통합을 추진하였고, 1990년대에 들어와서 지방자치제도의 개혁이 추진되어 시민참여의 강화와 민주적 정당성을 확보하는 것을 목적으로 하였음.

○ 지방자치단체의 사무배분

- 독일 지방분권의 핵심적 요소는 연방과 주의 사무배분임.
- 독일 지방자치단체의 사무배분은 자치사무와 국가위임사무를 구별하는 이원적 체계와 이를 통일적으로 파악하는 일원적 체계로 구분되고 있음.
- 이원적 체계에서는 자치사무를 자유사무와 지시에 기속되지 않는 의무적 사무로 구분하고 있음.

- 국가(연방)에 대한 주(란트)의 권리구제수단
 - 국가에 대한 주의 권리구제수단으로 지방자치단체 헌법소원을 인정하고 있음.
 - 계마인대는 기본권 능력이 없어 기본권을 보호하기 위한 헌법소원은 제기할 수 없지만 자치권의 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있음. 이러한 헌법소원의 대상은 모든 종류의 연방 또는 주의 법규범임.

▶ 지방자치단체의 자치입법권

- 자치입법의 범위와 위법성 판단
 - 독일의 자치입법으로서 자치법규(Satzungen)의 개념은 지방자치단체의 조례를 포함하여 대학, 상공회의소, 의사협회 등의 영역도 포함하고 있음.
 - 지방자치단체의 조례는 지방분권에 기초하고 있지만, 법규명령은 법제정의 권력 분산에 근거하고 있음.
- 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제수단
 - 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제수단으로 주위적 규범통제가 인정되고 있으며, 연방헌법재판소의 규범통제뿐만 아니라 행정소송(행정법원법 제47조 제1항)에 의한 규범통제도 인정되고 있음.
 - 행정소송에 의한 규범통제는 주관적 권리구제에 기여한다는 점이 특징임.
 - 위법한 조례에 대해서는 취소소송을 제기할 수 없고, 집행규범의 성격을 가지는 경우에 ‘확인소송’을 제기할 수 있을 뿐임.
 - 조례제정의 부작위에 대해서도 규범제정요구소송이나 규범보충소송을 제기할 수 있으며, 이러한 소송은 헌법소송이 아니라 행정소송으로 실현하고 있음.

▶ 지방분권개혁의 동향과 시사점

- 독일 지방자치제도의 최근 동향 및 특징
 - 독일 지방분권개혁의 주요한 쟁점 중의 하나는 연방과 주의 입법권 분배였고, 사무구분과 더불어 연방주의 개혁의 핵심이었음.
 - 지방행정의 현대화를 위한 신공공관리(NPM)가 도입되었으며, 근래에는 보장행정이 강조되고 있음.
 - 독일의 지방자치는 유럽법의 영향으로 유럽화, 자유화 및 민영화를 특징으로 하고 있음.
- 독일 지방자치제도의 위기와 도전
 - 급격한 시대적 상황의 변화에 따라 독일의 지방자치제도도 다양한 위기에 노출되어 있음.
 - 위임사무의 증가로 인해 지방재정의 부담이 늘어나고 있으며, 인구감소와 노령화로 인해 지방자치단체의 존립기반이 위태롭게 되고 있음. 특히 난민과 이주민의 증가로 인해 독일의 지방자치단체는 사회의 통합이라는 새로운 도전에 직면하고 있음.
 - 주민(공민)들의 정치적 무관심으로 인해 지방선거의 참여율이 낮아지고 있어 직접민주제의 강화가 요구되고 있지만, 직접민주제의 리스크에 대한 문제점도 부각되고 있음.

Ⅲ. 기대효과

- 지방분권의 정책을 올바르게 추진하기 위해 지방행정의 구조개혁, 자치입법의 확대와 이에 대한 사법적 통제수단의 정비 등에 관한 논의의 단초를 제공할 수 있음.
- 지방분권의 입법정책에 있어서 이론적 기초를 제공하고, 자치입법과 의회의 법률과의 관계를 올바르게 정립할 수 있도록 함.
- 향후 국가와 지방자치단체, 지방자치단체간의 갈등이 더욱 증가할 것으로 기대되며, 이에 대한 효과적인 사법적 통제수단을 정립하는데에 기여할 수 있음.

▶ 주제어 : 지방분권, 개헌, 제도적 보장, 게마인데(Gemeinde), 사무배분, 자치입법, 조례, 규범통제, 행정소송, 헌법소원, 민영화, 자유화, 행정의 현대화

Abstract

I. Backgrounds and Purposes

▶ Backgrounds of a Research

- Decentralization is emphasized in the discussion process of the recent constitutional amendment, but excessive demands and reforms of decentralization are likely to backward the development of the local government system.
 - Due to the candlelight demonstration and the impeachment decision on the president, the Korean society is undergoing a great transformation, and ‘decentralization’ and ‘balanced development’ are the main policy tasks of the government.
 - There are various discussions on the revision of the decentralized constitution and the strengthening of the decentralization, but there is a conflicting opinion about the level and the method.
 - In this regard, in-depth discussion is needed on the constitutional debate on local autonomy, the relationship between the state and local governments, the structure of self-governing administration, the issue of self-governing legislation and the remedy of rights.
- In order to successfully realize the task of decentralization, it is necessary to compare and study the German legislative cases, which are developed countries of local autonomy.

- The historical and theoretical development of the local autonomy system in Germany, the structure and characteristics of the autonomous administration should be studied to order to improve the situation and problems of the local autonomous system in Korea.
- It is necessary to understand in detail the recent trends and problems of German decentralization such as increase of delegated affairs, financial burden, and population decrease, strengthening of resident participation and risk.

▶ Purposes of a Research

- For the purpose of institutional settlement of decentralization in Korea, the historical development and characteristics of the local autonomy system in Germany should be studied for the purpose of detailed comparative study on self-government and self-governing legislation.
- The history of the local autonomy system in Germany which has greatly influenced the development of the local autonomy system in Korea, the basic structure and characteristics of the autonomous administration should be examined closely.
- In particular, systematic reviews of federal and state affairs, administrative division, judicial control over autonomous legislative power, impact of European Union law and recent trends should be reviewed thoroughly.
- The purpose of this study is to examine the current status and characteristics of the decentralization of the German federal state and the crisis of the local autonomy system and to draw implications and solutions for the decentralization reform of Korea.

- The status and current status of the German local autonomy system and the changes in the local autonomy system due to the influence of the European Union should be examined.
- In particular, the commission and financial duties between the federal government and the state, the population change and the increase of migrants, the strengthening and problems of citizen participation should be compared and examined in detail.

II. Major Content

▶ History and Theories of Local Government System in Germany

○ History and Characteristics of Local Autonomy System

- Although the local autonomous system in Germany had a self-governing community called 'city' in the 12th century, it can find traces of local autonomy in modern sense when it comes to Prussia. Friedrich Wilhelm I was enacted in the Local Autonomy Act, but had limitations that were subordinate to state power.
- The origins of the German autonomy of local autonomy can be found in a baron of Stein (Vom und Zum Stein), who promoted "reform from the top".
- It is from the Weimar Republic that the German autonomy system developed in earnest. But the autonomy system of the German was in serious crisis due to the economic crisis and the emergence of national socialism. After the Second World War, the various local autonomous systems of the victorious countries that were stationed in the country were introduced, which led to a dramatic development.

- The nature and constitutional basis of autonomous autonomy
 - The local autonomy system in Germany has a constitutional basis in Article 28 (2) of the Basic Law of Germany, and the local government is based on the ideology of decentralization as an indirect state administration.
 - The local autonomy system in Germany is understood as institutional guarantee due to the influence of Carl Schmitt, but in recent years, the subjective status of local autonomous bodies has been highlighted.
- Legal status of self-governing organizations
 - Under the Basic Law of Germany, the local government (“Gemeinde”) is an independent administrative entity, belonging to a local organization. In recent years, it has been acknowledged that the subjective rights of the local government are recognized, and that plaintiffs of the local government are recognized as plaintiffs in an appeal lawsuit.
 - However, the eligibility of plaintiffs of the local government is recognized only in very limited areas, such as lawsuits against the supervision of state institutions or organs.

▶ Institutional Contents of Self-Government

- Organization and structure of German local government
 - The German state (Land) administrative organization consists of three major stages. In other words, the governor of the state (Land), the metropolitan city, and the county or independence city.

- The internal organization of the state autonomous administration consists of four types. The first is the way the local council and the mayor are represented by the Magistrat, the second is the way the local council elects the mayor, the third is the way of electing the mayor directly, finally although the local council elects the mayor as the chairperson of the provincial council, it has a separate administrative officer in addition to the mayor.
- In Germany, the reduction and integration of the local government was promoted. In the 1990s, the reform of the local autonomy system was promoted to strengthen the participation of the city and secure the democratic legitimacy.
- Distribution of Local Government Affairs
 - A key component of German decentralization is the distribution of federal and state affairs.
 - The allocation of the affairs of the local government in Germany is divided into a dual system that distinguishes between self-governing and national delegation affairs, and a unified system that unifies them.
 - In the dual system, autonomy is again divided into free affairs and obligatory affairs that are not bound by directions.
- Remedies of the state government against the federal government
 - Recognizing the constitutional appeal of the local government as a remedy against the federal government.
 - The local government has no fundamental right and cannot submit a constitutional appeal to protect fundamental rights. However, a constitutional appeal can be filed on grounds of infringement of autonomy. The subjects of these constitutional appeals are all kinds of federal or state laws.

▶ Autonomous legislative power of Local Government

- Scope of self-government legislation and judging illegality
 - The German autonomous legislation (Satzungen) includes not only the ordinances of local autonomous bodies, but also the universities, chambers of commerce and doctors' associations.
 - While the ordinances of local governments are based on decentralization, laws and regulations are based on the decentralization of legislative power.
- Remedies for illegal ordinances
 - The abstract (primary) control of norms is recognized as a remedy against illegal ordinances in the field of public law, and not only the control of norms of the Federal Constitutional Court but also the control of norms under administrative litigation (Article 47 (1) of the German Administrative Court Act) has exist.
 - The control of norms by administrative litigation is characterized by contributing to subjective rights relief.
 - If an action for nullity can not be filed against an illegal ordinance, and if it has the nature of an enforcement norm, a “declaratory action” can only be filed.
 - The court may file a lawsuit which demands the enactment of norms or the supplement the norms with regard to the illegality of enactment omission of the ordinance, and these lawsuits are realized by administrative litigation rather than constitutional litigation.

▶ Trends and Implications of Decentralization Reform

- Recent Trends and Characteristics of the Local Autonomy System in Germany
 - One of the major issues of German decentralization reform was the distribution of federal and state legislative powers, and at the core of federal reforms, along with the division of affairs.
 - New public administration (NPM) for the modernization of local administration has been introduced, and the so-called Ensuring State is emphasized in recent years.
 - Local autonomy in Germany is characterized by Europeanization, liberalization and privatization under the influence of European law.
- Crisis and Challenges of the Local Autonomy System in Germany
 - Due to the rapid social changes, Germany's local government system is exposed to various crises.
 - Due to the increase of delegated affairs, the burden of local finance is increasing, and the population base of the local governments is jeopardized by the declining population and aging. In particular, due to the increase in refugees and migrants, local governments in Germany are facing the new challenge of social integration.
 - Due to the political indifference of the residents (citizens), the participation rate of the local elections is decreasing, but the problem of the strengthening of the direct democratic system and the risk is also highlighted.

III. Expected Effects

- In order to promote the decentralization policy properly, it can provide a basis for discussion on structural reform of local administration, extension of self-governing legislation and improvement of judicial control measures.
- It can provide the theoretical basis for the legislative policy of decentralization and make it possible to establish the relationship between self-government legislation and the law of the council correctly.
- In the future conflicts between the state, local autonomous entities and local autonomous entities are expected to increase further. So this Study contribute to establish effective judicial control measures.

▶ **Key Words** : Decentralization, constitutional amendment, institutional guarantee, allocation of affairs, autonomous legislation, ordinance, control of norms, administrative litigation, constitutional appeal, privatization, liberalization, modernization of administration

목차

주요 외국의 지방자치제도 연구
- 독일 -

korea legislation research institute

요 약 문	5
Abstract	13

제1장 서론 / 25

제1절 연구의 목적과 필요성	27
1. 연구의 목적	27
2. 연구의 필요성	29
제2절 연구의 범위와 방법	30
1. 연구의 범위	30
2. 연구의 방법	31

제2장 지방자치제도의 연혁과 이론 / 35

제1절 지방자치제도의 연혁	37
1. 지방자치단체의 탄생	37
2. 지방자치제도의 발전	40
3. 유럽연합의 영향과 지방자치의 변화	46
제2절 지방자치의 본질 및 헌법적 근거	47
1. 독일 지방자치제도의 이론적 기초	47
2. 독일 기본법 제28조 제2항의 헌법적 보장	49
제3절 지방자치단체의 법적 지위	50
1. 독일기본법상 게마인데의 보장	50
2. 주(란트) 헌법의 지방자치 보장	52

제3장 자치행정의 제도적 내용 / 53

제1절 독일 지방자치단체의 조직과 구조	55
1. 독일 지방자치단체의 내부조직	55
2. 주민의 선거와 참여	62
제2절 독일 지방자치단체의 사무배분	64
1. 개 관	64
2. 사무배분의 구조와 체계	65
3. 국가의 감독	67
제3절 국가(연방)에 대한 주(란트)의 권리구제수단	70
1. 헌법소송에 의한 권리구제	70
2. 행정소송에 의한 권리구제	71
3. 국가배상에 의한 권리구제	73

제4장 지방자치단체의 자치입법권 / 75

제1절 독일의 자치입법에 관한 개관	77
제2절 자치입법의 범위와 위법성 판단	79
1. 자치입법의 본질과 특징	79
2. 조례제정의 범위와 한계	82
3. 자치입법(조례)의 위법성 판단	84
제3절 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제	86
1. 문제의 상황	86
2. 위법한 조례에 대한 주위적 규범통제	88
3. 위법한 조례에 대한 부수적 규범통제	90
4. 위법한 조례에 대한 행정소송	91
5. 위헌·위법인 조례에 대한 헌법소원	95

목차

주요 외국의 지방자치제도 연구
- 독일 -

korea legislation research institute

제5장 지방분권개혁의 동향과 시사점 / 97

제1절 지방분권개혁의 현황 및 문제점	99
제2절 독일 지방자치제도의 최근 동향 및 특징	101
1. 지방자치의 유럽화, 자유화 및 민영화	101
2. 행정의 현대화	103
제3절 독일 지방자치제도의 위기와 도전	104
1. 연방의 입법자에 의한 위임사무의 증가와 재정부담	104
2. 게마인데 인구의 변화와 도전, 그리고 통합	105
3. 지방자치에의 시민참여 강화와 리스크	106
제4절 독일 지방분권개혁의 시사점	108

제6장 결 론 / 111

참고문헌	121
------------	-----

korea
legislation
research
institute

제1장 서론

제1절 연구의 목적과 필요성

제2절 연구의 범위와 방법

제1장

서론

제1절 연구의 목적과 필요성

1. 연구의 목적

국정농단으로 촉발된 촛불시위와 대통령에 대한 탄핵결정은 대의민주제의 위기를 극복하기 위한 국민들의 의지가 반영된 결과이며, 또한 성숙한 국민주권의 성취이기도 하다. 이러한 과정을 통해 국민들은 민주적 정당성을 확보하지 못한 국가권력의 행사가 부패와 전횡으로 귀결될 수밖에 없음을 깊이 인식하게 되었다. 이러한 상황의 원인을 제왕적 대통령제와 권력집중에서 찾고, 이러한 절대 권력의 분산을 위한 개헌논의가 시작되었다. 애초에 국회를 중심으로 개헌논의가 시작되었으나, 큰 성과를 거두지 못하고 정체상태에 빠지고 말았다. 이에 대통령에 의한 개헌발의가 이루어졌고, 개헌의 핵심적 화두로서 ‘지방분권’과 ‘균형발전’이 강조되었다.

분권형 헌법을 위한 개정과 지방분권의 강화에 관한 다양한 논의가 있었다. 대통령이 발의한 개헌안에는 지방정부라는 용어가 사용되었고, 이는 지방분권을 강력히 추진하겠다는 의지가 반영된 것으로 보인다. 지방분권은 수직적 권력분산의 의미를 가진다는 점에서 필요한 과제임에 틀림없다. 그러나 이러한 지방분권을 어느 정도의 수준에서, 그리고 어떠한 방식으로 추진해야 할 것인지에 대해서는 깊이 있는 논의가 필요하다. 각국이 처한 상황이 다르므로 지방분권의 실현을 위한 속도도 중요하다. 이와 관련하여 주요선진국의 입법례에 관한 상세한 비교법적 고찰은 필수적이다. 주요선진국의 지방자치제도의 발

전과 현황 등을 자세히 비교·고찰하여 우리의 현실에 적합한 지방자치제도를 발전시키는 것이 요구된다.

민주화 이후의 민주주의에 대해 국민들의 기대수준에 부응하지 못한 경우 국민들의 실망은 크지 않을 수 없다. 선진국 수준의 민주주의를 달성하기 위해서는 아직도 제도적으로 개선해야 할 점이 적지 않다. 독일이나 일본의 지방자치제도는 오랜 세월동안 발전되고 정착되어온 반면, 우리나라의 지방자치제도는 그 역사가 비교적 짧고 지방자치제도가 실시된 지는 겨우 30여년의 세월에 불과하다. 이러한 짧은 기간 동안 주요선진국 수준의 지방자치제도를 실현하는 것은 쉬운 일이 아니다. 지방분권의 요구에 과감한 제도개혁을 주장하는 견해도 적지 않지만, 외국의 사례를 면밀히 검토하고 우리의 현실을 반추(反芻)하면서 고유의 지방자치제도를 실현해야 한다.

지나친 지방분권의 요구와 과도한 제도개혁은 지방자치제도의 발전을 후퇴시키는 역설적 상황을 초래할 수 있다. 지방자치제도의 발전과 관련한 연방국가의 도입을 주장하는 주장도 있다. 그러나 역사적으로 볼 때 연방국가의 경험이 부족한 우리의 현실에서 이러한 제도를 급진적으로 도입하는 것은 오히려 현실적인 난관에 봉착할 수밖에 없다. 지방자치의 근간은 지방재정의 독자성 확보에 있다. 그러나 우리 지방자치의 현실은 선진국에 비해 열악하고, 지방재정은 매우 취약하다.

본고에서는 지방재정의 문제를 제외하고, 일반적인 지방자치제도의 전반에 관한 문제를 살펴보는 것을 목적으로 한다. 이에 주로 자치행정권과 자치입법권의 문제에 집중해서 검토하고자 한다. 지방자치제도의 헌법적 문제, 지방자치의 조직과 행정, 자치입법 및 이에 대한 권리구제 등에 관한 문제를 고찰하고자 한다. 지방분권의 방향을 정확히 설정하기 위해서는 외국의 연방국가제도에 관한 상세한 고찰이 필요하다. 독일의 경우 연방과 주(란트) 사이의 관계, 지방자치단체의 조직과 행정, 자치입법권의 범위와 한계, 지방자치제도의 재정 등에 관한 체계적인 연구가 필요하다. 본고에서는 이러한 점을 염두에 두면서, 독일의 지방자치제도의 전반에 관한 체계적인 연구를 하는 것을 목적으로 한다.

2. 연구의 필요성

개헌 논의와 관련하여 지방분권의 실현은 중요한 국가적 과제이다. 이러한 지방분권의 과제를 실현하기 위해서는 지방자치제도가 선구적으로 발전한 주요국가의 역사적 발전을 면밀히 검토해야 한다. 독일의 지방자치제도는 우리나라에 적지 않은 영향을 준 것이 사실이다. 특히 독일의 사법제도는 우리 헌법재판소의 설립은 물론, 행정소송의 이론과 판례에 큰 영향을 미쳤다. 이에 독일 지방자치제도의 탄생과 발전, 유럽연합의 영향 등은 우리 지방자치제도의 기초이론을 제공할 것이다. 이와 관련하여 지방자치에 관한 헌법적 논의, 그리고 연방과 주의 관계, 지방자치의 조직·행정, 자치입법권의 주요쟁점, 그리고 지방자치제도의 최근 동향 및 특징 등을 체계적으로 연구할 필요가 있다.

종래 독일의 지방자치제도에 관한 세부주제별 연구가 진행되어 왔고, 상당한 연구 성과가 축적된 것이 사실이다. 그러나 지방자치제도의 기본적이고 본질적인 사항에 관한 연구는 소홀히 하였고, 추상적인 논의와 간략한 소개로 인해 오해를 초래한 부분도 있다. 외국의 법제가 항상 우리나라의 현실에 부합하는 것은 아니다. 따라서 맹목적인 외국법의 답습보다 선별적으로 우리의 현실에 적합한 대안을 모색해야 한다. 이러한 점을 염두에 두면서, 독일의 지방자치제도에 관한 체계적인 연구를 수행할 필요가 있다.

최근 지방분권 논의와 관련하여 지방자치단체의 개념 대신에 ‘지방정부’라는 용어가 사용되고 있다. 대표적으로 대통령이 제안한 개헌안에서도 이러한 용어를 사용하고 있다. 이러한 개념이 도입될 경우, 중앙정부와 지방정부의 관계는 매우 어려운 문제를 던져 줄 것이다. 지방정부는 행정뿐만 아니라 입법과 사법의 분권을 전제로 한다. 미국이나 독일 등의 연방국가에서 보는 바와 같이 주 또는 란트에 행정권, 입법권 및 사법권이 부여되어 있음을 알 수 있다.

독일에서는 연방과 주(란트)의 관계가 문제되고 있다. 지방정부의 자치입법권을 어느 범위까지 허용할 것인지에 대해서도 논란이 있다. 이러한 논의는 종전의 법률과 조례의

관계를 새로이 검토해야 할 과제를 부여하고 있다. 더불어 조례에 대한 규범통제를 어떠한 방식으로 해야 하는지도 어려운 문제이다. 조례에 대한 규범통제권은 종전의 방식과 같이 부수적 규범통제로 처리할 것인지, 그리고 그 관할법원을 대법원으로 하는 것이 적정한지 등도 어려운 문제이다. 독일에서 조례에 대한 사법적 통제는 매우 다양하다.

이러한 문제점을 검토하기에 앞서 외국의 지방자치제도를 정확히 분석하는 것이 선행되어야 한다. 지방자치제도의 선구적 국가의 하나인 독일의 지방자치제도의 태동과 역사적 발전을 검토하고, 독일기본법 제28조 제2항에 보장된 지방자치제도의 헌법적 보장에 대해서도 체계적으로 분석해야 한다. 최근 지방자치법의 현황과 특징, 유럽연합법과 독일 지방자치법의 관계 등에 대해서도 검토할 필요가 있다. 이와 같이 지방분권에 관한 논의를 보다 상세히 고찰하기 위해 본고에서는 독일의 지방자치제도의 구조와 체계를 면밀히 검토하도록 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 연구에서는 독일의 지방자치제도에 관한 체계적인 고찰을 위해 독일지방자치제도의 헌법적 근거와 역사적 전개에 대해 살펴본다. 독일 지방자치제도의 탄생과 역사적 발전을 절대주의시대부터 프랑스의 혁명기, 1848년 혁명, 바이마르시대, 1935년 지방자치법의 제정 시, 그리고 최근의 지방자치제도의 최근동향과 특징 등으로 구분하여 고찰하기로 한다. 또한 지방자치단체의 헌법적 보장에 대해서는 독일 기본법 제28조 제2항의 내용을 중심으로 고찰한다. 더불어 최근에 논란이 되는 지방자치단체의 주관적 지위와 권리구제의 문제에 대해서도 살펴보기로 한다. 그리고 독일기본법 제28조 제2항의 내용을 중심으로 사무체계와 국가감독의 문제를 조명한다. 특히 이원적 사무체계의 내용 및 특징을 분석하고, 국가권력과의 관계에 대해서도 검토한다.

둘째, 지방자치단체의 조직과 행정에 대해 살펴본다. 지방자치단체의 내부조직과 관련하여, 독일 지방자치제도의 체계와 현대화에 관한 내용을 검토한다. 또한 지방자치단체의 민주적 정당성과 관련하여, 주민의 선거와 참여형식에 대해서도 고찰한다. 지방의회와 회의, 권한, 절차 및 지방자치단체의 장(시장)의 권한에 대해서도 비교·검토한다. 이와 관련하여 독일의 연방 각주의 지방자치제도에 다소 차이가 있는 부분도 있다. 이에 독일의 각 주(란트)의 지방자치제도의 특성에 대해서도 살펴보도록 한다. 예컨대 베를린(Berlin), 함부르크(Hamburg), 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주, 바이에른(Bayern) 주 등이 그 대표적 사례이다.

셋째, 지방자치단체의 자치입법권에 대해서도 고찰한다. 지방자치단체의 작용형식 및 도구는 다양하다. 그 중에서 자치입법권에 관한 논의는 우리나라 지방분권 논의의 핵심적 내용이다. 특히 독일의 조례제정에 대한 사법적 통제에 대해서는 상세한 고찰이 요구된다. 우리나라에서는 조례제정에 대한 규범통제에 관한 논의가 충분하지 않아 이에 관한 체계적인 연구가 필요하다. 독일에서는 위법한 조례에 대한 헌법재판소의 주위적 규범통제를 비롯하여 법원의 부수적 규범통제, 집행규범이나 조례의 부작위에 대한 확인소송이나 일반이행소송에 의한 행정소송, 그리고 위헌·위법인 조례에 의한 기본권침해 시에 최후의 보루로서 헌법소원의 가능성이 있다.

마지막으로 진행중인 지방분권의 현황과 문제점을 검토한 후, 독일 지방자치제도의 최근 동향 및 특징을 분석하도록 한다. 또한 독일 지방자치제도의 위기와 도전을 살펴보고, 우리나라의 지방자치제도의 개혁을 위한 시사점을 도출하도록 한다.

2. 연구의 방법

독일의 지방자치제도에 관한 주요 문헌 및 판례 등을 중심으로 지방자치제도의 핵심적 사항을 분석하여 정리한다. 특히 지방자치제도의 연혁과 발전, 최근 동향 등에 대해 살펴본다. 유럽연합의 영향이 회원국법에 적지 않은 영향을 주고 있어, 유럽법의 동향과 지방자치법의 관계에 대해서도 살펴보도록 한다.

지방자치제도의 구조와 체계 및 최근 동향을 상세히 고찰한다. 이러한 부분은 행정조직에 관한 부분이다. 독일 지방자치단체의 구조는 매우 다양하다. 제2차 세계대전 후 승전국의 점령지에 따라 구조의 차이를 보이고 있다. 이와 관련하여 주(란트)의 지방자치제도의 특성을 비교·검토하도록 한다. 독일의 지방자치제도는 전통적인 제도를 유지하면서도, 외국의 법제를 수용하여 주(란트)에 따라 다양성을 보이기도 한다. 최근 국가나 지방자치단체의 과제가 다른 공공단체나 사인에게 위임·위탁되는 경우가 늘고 있다. 이러한 경우에 국가나 공공단체의 책임이 문제되며, 권리구제의 문제와 함께 살펴보도록 한다.

독일의 지방자치제도에서 연방과 주(란트)의 관계에 주목해서 살펴보도록 한다. 특히 국가(연방)에 대한 주(란트)의 권리구제도 특기할 만하다. 연방과 주의 관계는 국가와 지방자치단체의 관계에서 시사하는 바가 적지 않다. 특히 국가(연방)에 대해 주는 헌법소송뿐만 아니라 행정소송, 국가배상소송 등을 통한 권리구제를 강구하고 있다. 오늘날 우리나라에서도 항고소송에 있어 지방자치단체의 원고적격을 인정하는 사례가 적지 않다. 명문의 규정이 없는 상황에서, 그리고 행정소송의 본질에 비추어 이를 인정하는 것이 올바른지에 대해서는 신중하게 판단해야 한다. 이러한 문제는 본질적으로 지방자치단체의 법적 지위와 밀접한 관련을 가진다. 독일기본법 및 주법에 있어서 게마인테의 법적 지위에 대해서도 상세히 고찰하도록 한다.

본 연구의 핵심 중의 하나는 지방분권 논의에서 가장 논란이 되었던 자치입법권의 범위와 한계에 관한 것이다. 독일의 자치입법의 유형과 범위, 조례제정의 범위와 한계, 조례제정의 위법성 판단 등을 상세히 비교하도록 한다. 나아가 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제수단에 대해 검토한다. 이 부분에 대한 국내의 연구는 매우 미진한 상태이다. 이와 관련하여 독일에서 논의되는 공법상 권리구제수단에 대해 체계적으로 검토한다.

결론적으로 지방분권 논의와 관련된 주요쟁점에 대해 검토한다. 최근 쟁점이 되고 있는 사안에 대해서는 독일의 문헌 및 판례를 자세히 검토한다. 이를 통해 지방분권논의의 문제점을 비판하고, 향후 지방분권개혁을 위해 필요한 개선방안을 모색하도록 한다.

연구의 제1단계로 독일의 지방자치제도에 관한 기초 조사 및 자료 수집을 실시하고, 선행연구와 참고문헌 등을 검토한다. 다만, 독일 지방자치제도의 구조와 체계를 전반적으로 파악해야 하는 연구보고서의 특성에 비추어 독일 지방자치법에 관한 일반적인 문헌을 참고하도록 한다. 특히 이론적인 쟁점사항이 아닌, 독일의 지방자치제도에 관한 연혁 및 특성 등을 포함한 개괄적이고 일반적인 사항에 대해서는 이를 체계적으로 잘 정리하고 있는 대표적인 참고문헌(Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., München 2015)를 근거로 정리하도록 한다. 제2단계에서는 조사한 자료를 분석·정리하여, 독일의 지방자치제도를 체계적으로 정리한다. 마지막 제3단계에서는 지방분권 논의와 관련하여 주요쟁점이 되는 사안을 중점적으로 고찰하고, 이를 바탕으로 지방분권개혁의 시사점을 도출한다.

제2장

지방자치제도의 연혁과 이론

제1절 지방자치제도의 연혁

제2절 지방자치의 본질 및 헌법적 근거

제3절 지방자치단체의 법적 지위

제2장

지방자치제도의 연혁과 이론

제1절 지방자치제도의 연혁

1. 지방자치단체의 탄생

독일의 지방자치제도를 이해하기 위해서는 그 역사적 발전을 살펴보는 것이 선행되어야 한다. 자치행정(Selbstverwaltung)이라는 용어를 사용하지 않았지만, 게르만시대에도 마을공동체나 부락공동체 등의 형태는 존재하고 있었다. 자치행정의 용어는 대체로 19세기에 들어와서 일반적인 용어가 되었다고 하지만, 자치행정의 전형은 이미 고대 로마의 역사가인 타키투스(Tacitus)의 게르마니아(Germania)에 언급된 자유인의 조합으로서 ‘civitates’에서 찾고 있다.¹⁾ 고대 로마시대부터 쾰른(Köln)이나 트리어(Trier) 등의 도시를 중심으로 자치시스템이 존재한다고 볼 수 있지만, 중세시대에 들어오면서 지방자치의 형식이 점차 부각되었다. 중요하지 않은 특권에 불과하던 것이 점차 한자동맹의 도시가 가지는 포괄적 자치로 발전하였다.²⁾

12세기 이후 독일에서도 도시(Stadt)라는 특별한 자치공동체를 발전시켰고, 13세기 이후 이러한 도시의 중요한 표지는 ‘법제정’을 위한 자치였다.³⁾ 당시의 도시들은 대부분 과두지배나 영주지배에 종속되어 지방자치의 통일적 구조는 이루지 못하였으며, 늦어도

1) Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., S. 5.

2) 이에 대해서는 Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., 2015, § 3 Rn. 2.

3) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1. Abschn, Rn. 3.

30년 전쟁이 끝날 때까지 절대주의의 지배구조 하에서 많은 도시나 마을은 그 당시까지 부여된 권리들을 상실하였다. 또한 프로이센 시절에 프리드리히 빌헬름 1세(Friedrich Wilhelm I)는 각 도시에 대한 지방자치법을 제정하였지만, 이러한 도시들의 자치권은 종종 침해되었고 국가권력에 종속되어 있었다. 그러나 그 후 대제(大帝) 프리드리히 2세(Friedrich II)의 집정기에 들어와서 도시는 어느 정도의 자유와 특권을 보장받게 되었다.⁴⁾

현대적 의미의 지방자치의 사상을 실현하기 위한 시도는 19세기 초에 들어와서 발견할 수 있다. 당시 프로이센은 나폴레옹이 이끄는 프랑스군에 패배하였고 프랑스 혁명의 영향으로 자유주의의 영향이 득세하기 시작하였다.⁵⁾ 여기에서 주목되는 점은 당시의 정치상황을 살펴볼 필요가 있다. 당시 프로이센에서는 절대주의시대에 등장한 시민계급에서는 지배체제에 대한 정치적 냉담주의가 팽배하고 있었고, 1806년 10월에 나폴레옹에 대패하여 국가에 대한 무관심한 태도(Staatsverdrossenheit)가 확산되고 있었다.⁶⁾

이러한 영향으로 1808. 11. 19. 프로이센 도시법(Preußische Städteordnung)이 제정되었고, 당시에 장관이었던 슈타인 남작(Reichsfreiherr Carl vom und zum Stein)은 소위 ‘위로부터의 개혁(Reform von oben)’을 추진하였다. 시민과 국가 사이의 간격을 줄여 국가를 강대하게 하기 위해 지방자치단체의 공행정에 대한 주민들의 참여가 활발하게 되었으나, 당시의 주민 참여는 일정한 재산을 보유하고 재산세를 납부하는 시민들에 제한되어 있었다.⁷⁾ 매우 제한된 시민계층에 한하여 참여가 보장되는 한계가 있었으나, 지방자치단체의 차원에서 주민참여의 단초가 발견된다.

이러한 개혁을 통해 프로이센 도시법에는 자신의 책임과 이름으로 처리할 권한을 보장하고 있었다(동법 제108조). 이는 비록 지방자치라는 용어는 사용되고 있지 않았으나 현

4) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 3 참조.

5) 나폴레옹 제국의 확장시에 노르트라인 베스트팔렌 주는 프랑스 지배권력 아래에 속하게 된다. 그 영향으로 노르트라인 베스트팔렌의 지방행정조직은 프랑스의 중앙집권적·관료제적 행정시스템을 가진적도 있다(이에 대해서는 Erichsen, a.a.O., S. 7).

6) Erichsen, a.a.O., S. 7.

7) 이에 대한 상세는 Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 4 f.

대적 의미의 지방자치제도가 도입되고 있음을 시사하는 것이다. 또한 지방자치단체의 주요 조직이 기능하고 있음을 알 수 있다.

당시의 지방자치사무에 대한 의결에 대한 권한은 선출된 대표기관인 시의원 대표회의 내지 시의회(Stadtverordnetenversammlung)가 가지고 있었고, 그 집행은 시당국(Magistrat)이나 시의회가 선출한 합의제기관 등이 담당하였다(프로이센 도시법 제127조). 경찰조직도 국가에 소속되었지만, 시당국에 위임이 되었다. 이를 통해 오늘날 고유사무와 위임사무의 유사한 구별이 이루어졌다.⁸⁾ 슈타인의 개혁은 그 반작용으로 1831년 개정된 프로이센 도시법이 후퇴하는 결과를 가져오게 되었다. 시의회에 비해 시당국의 권한이 강화되었고, 의결을 위해 만장일치를 요구하였으며, 시당국과 시의회 사이에 의견불일치가 있는 경우에 그 결정권이 국가에 있었다.⁹⁾ 한편, 1841년 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 전술한 바와 같이 프랑스의 영향을 받고 있었는데, 1841. 10. 31. 주(란트) 지방자치법(Landgemeindeordnung)이 제정되었다. 당시에 프랑스법의 영향으로 인해 게마인데에 대한 국가의 감독권이 확대되었고, 이러한 주 지방자치법을 통해 개정된 프로이센 도시법을 베스트팔렌 지역에 적용하고 있었던 것이다.¹⁰⁾

그 후 1848년 3월 혁명을 통해 지방자치단체의 자치원리는 독일 전역으로 확산되었다. 그 후 독일에서도 헌법 차원에서 지방자치가 보장되기에 이르렀다. 3월 혁명 전의 시민자유주의의 결과로 1849년 파울교회헌법(Paulskirchenverfassung)에 게마인데의 자치, 즉 지방자치를 위한 규정이 마련되었다(동법 제184조).¹¹⁾ 이러한 혁명의 영향으로 인해 1850. 3. 11. 프로이센에서는 지방자치법(Gemeindeordnung)이 제정되었다. 프로이센 전 지역에 통일적인 지방자치법을 만들기 위한 시도를 한 것이다. 자유주의 성격을 가진 지방자치법을 제정하는 것을 목표로 하였으나, 오늘날 지방자치법의 특징인 민주적 구조와는 상당한 거리가 있었다.

8) 이상의 내용은 Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 6 참조.

9) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 7 f.

10) Erichsen, a.a.O., S. 9.

11) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 9.

1853년에는 다시 지방자치법이 폐지되었고, 통일적인 지방자치법 제정의 노력은 좌절되었다.¹²⁾ 시간이 흘러 1891년에는 7개 동부의 공국(公國)에 지방(支邦) 내지 란트 지방자치법(Landgemeindeordnung)이 제정되었다.¹³⁾ 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 프로이센 도시법을 도입하기 위한 시도도 있었으나 입법적 성과는 없었다.¹⁴⁾ 1891. 7. 2. 동부 지역의 프로이센 공국에서 주 지방자치법이 제정되었으나 서부 지역에는 아무런 의미도 없었고, 1900. 6. 30. 지방자치선거법이 제정되어 선거제도의 변화를 가져왔다.¹⁵⁾ 이와 같이 19세기에는 지방자치기구가 설치되어, 지방자치제도와 관련된 이론적인 논의도 활발하였다. 헤겔(Wilhelm Friedrich Hegel)은 개인의 이익이나 부분이익이 만나 조합의 일반이익에 포함된다는 조합주의(Korpoationslehre)를 강조하였고, 기에르케(Otto von Gierke)의 협동주의(Genossenschaftslehre)를 주장하였다.¹⁶⁾

독일의 지방자치제도의 발전사를 구분하는 방식은 이를 바라보는 가치관과 견해에 따라 다를 수 있다. 이하에서는 편의상 지방자치제도의 발전시기를 바이마르시기, 국가사회주의시기, 동·서독통일시기 및 유럽연합시기 등으로 구분한다. 이하에서는 그러한 관점에서 시기별로 지방자치제도의 발전을 고찰하기로 한다.

2. 지방자치제도의 발전

(1) 바이마르공화국시기

헌법 차원에서 독일의 지방자치제도가 본격적으로 보장되기 시작한 것은 바이마르 시기부터이다. 1919. 8. 11. 제정된 바이마르 제국헌법(Weimare Reichsverfassung)(이하 바이마르헌법)은 지방자치단체로 분류되는 분권적 단일국가를 염두에 둔 후고 프로이센

12) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 9 f.

13) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 13.

14) Erichsen, a.a.O., S. 13.

15) Erichsen, a.a.O., S. 13.

16) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 14.

(Hugo Preuß)의 구상에 착안하여 지방자치권을 규정하고 있었다.¹⁷⁾ 즉 동법 제127조에서는 “법률의 한계 내에서의 자치권(Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken des Gesetzes)”이라는 규정을 마련하였다.¹⁸⁾ 이러한 규정에 대해 독일제국의 국사(國事)재판소(Staatsgerichtshof)는 제도적 보장으로 파악하고 있었다.¹⁹⁾ 그러나 해당 조항은 기본권과 기본의무에 관한 조항에 있었기 때문에 그 조항의 해석을 둘러싸고 논란이 있었고, 공허한 기본권 조항으로 보거나 프로그램규정으로 보는 것이 일반적이었다.²⁰⁾

지방자치에 관한 규정이 기본권과 함께 헌법에 규정되었을 뿐만 아니라, 지방자치단체의 선거도 보통·평등·직접·비밀선거에 의해 실시되도록 규정하여 민주적 성격이 강화되었으며, 당시에 수많은 지방자치법(Gemeindeordnung)은 일반법의 차원에서 존재하고 있었다.²¹⁾ 그러나 1929년 세계경제의 대공황과 이로 인한 대량 실업으로 인해 급부능력의 한계를 노정하게 되었고, 이에 따라 지방자치단체의 권한도 대폭 축소되었다.²²⁾ 이러한 경제위기는 지방자치제도의 후퇴와 더불어 새로운 국가체제의 위기로 전환하게 된다.

(2) 국가사회주의 시기

독일의 지방자치제도는 1933년 국가사회주의의 등장으로 큰 위기에 직면한다. 소위 민족사회주의 독일 노동당(NSDAP; Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei)의 노선에 충실한 당원을 통해 선발된 지방자치단체의 대표로 교체하는 것을 용이하게 하였고, 독일 지방자치단체 전체회의를 통해 대표단체를 관변화시켰다.²³⁾ 그 결과 1935년에는 통일된 독일 지방자치법(DGO; Deutsche Gemeindeordnung)을 제정하게 되었으나, 민주주의원리나 법치국가원리에 기초한 오늘날 지방자치와는 거리가 있었다. 당시 지방자치법에는 계

17) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 15.

18) Erichsen, a.a.O., S. 13.

19) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 15.

20) Erichsen, a.a.O., S. 13

21) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 16 f.

22) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 18.

23) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 19.

마인테가 자신의 책임 하에 행정하며, 법률뿐만 아니라 “국가영도의 목적(Ziele der Staatsführung)”에 기속된다는 것을 규정하고 있었다.²⁴⁾

여기에서 말하는 ‘국가영도’에 기속되고 있다는 것은 의회가 제정한 법률 외에 국가권력에의 종속을 의미하는 것이다. 지방자치가 아니라 국가권력에의 동원을 의미하는 것이며, 민주주의원리나 법치국가원리에 배치되는 것이었다. 당시에는 법률에의 기속도 형식적 법치주의에 의하고 있었다고 볼 수 있다. 당시에 내부조직에는 시장(Bürgermeister)이 있었지만, 이를 감독하는 나치 당원인 담당관(Gauleiter)이 있었다. 이와 같이 당시에 국가의 감독권이 지나치게 강화되어 지방자치단체의 자치권은 사실상 쇠퇴하게 되었다.²⁵⁾

(3) 1945년 이후 동·서독 통일 시까지

1) 재통일시까지의 서독의 지방자치

독일은 2차 세계 대전 후 동독지역에서 오는 이주민들이 폭증하였고, 주(란트)의 행정청은 승전국의 산하에 소속되어 있었다. 1946. 4. 1. 독일 지방자치법(DGO)이 개정되기는 하였으나 대체로 그대로 적용되었다.²⁶⁾ 그러나 그 후 각 주(란트)에서는 승전국의 주둔지역에 따라 새로운 지방자치법이 제정되었다. 예컨대 영국의 점령지였던 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주²⁷⁾, 니더작센(Niedersachsen) 주, 쉴레스비히 홀슈타인(Schleswig-Holstein) 주에서는 영국의 모델에 따라 자치위원회(Gemeinderat)가 있었고, 프랑스 점령지역인 라인란트 팔츠(Rheinland-Pfalz), 바덴(Baden), 뷔르템베르크 호헨졸레른(Württemberg-Hohenzolern)에서는 위원회에서 시장을 선출하고 독자적인 지방자치법을 제정하였다.²⁸⁾ 그리고 미군의 점령 지역이었던 바이에른(Bayern), 뷔르템베르크 바덴

24) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 19.

25) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 20.

26) Erichsen, a.a.O., S. 24.

27) 1952. 7. 29. 노르트라인 베스트팔렌 주 지방자치법(Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen)이 제정되었다. 이에 대한 상세는 Erichsen, a.a.O., S. 26.

28) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 23.

(Württemberg-Baden), 헤센(Hessen)에서는 미군정이 임명한 군정장관이 지방자치법을 제정하였다.²⁹⁾ 한편, 1946년 4월부터 5월사이에 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 군정선거령(Militärregierung Wahlverordnungen)이 제정되었고, 이에 따라 1946년 9월 15일에는 지방선거가 실시되었다.³⁰⁾

그 후 기본법과 더불어 각 주(란트)에서는 헌법이 별도로 제정되었다. 특히 1951년에 연방헌법재판소법의 제정과 더불어 1969년에는 독일기본법 제93조 제1항 제4b호에 지방자치단체 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)이 도입되어 헌법상 지방자치가 본격적으로 보장되기에 이르렀다.³¹⁾ 또한 지방자치단체의 사무가 확대되기 시작하여, 주택이나 건축 분야뿐만 아니라 교통·에너지 등 생존배려의 분야까지 미치게 되었고, 서독에서는 1945년 개최된 포츠담회의에서 동맹국들이 정한 정치구조의 지방분권과 지역적 자치의 발전이라는 목표를 달성하게 되었다.³²⁾ 이와 같이 오늘날 독일의 지방분권제도는 자연발생적인 것이 아니라, 제2차 대전 패배 후 승전국에 의해 정치권력의 약화를 위해 의도적으로 추진된 점도 있다. 이러한 역사적 배경은 이후 독일의 각 주(란트)의 지방자치법에 계속해서 영향을 미치고 있으며, 주(란트) 별로 다양한 지방자치제도의 행정구조를 형성하게 된다.

2) 동독의 지방자치

동독은 당시 소련의 점령 지역이었는데, 1946년에 처음으로 지방선거가 실시되어 독일 사회주의 통합당(SED; Sozialistische Einheitspartei Deutschlands)이 승리하였고, 이후 독일 공산당(KPD)과 사회민주당(SPD)은 독일사회주의 통합당(SED)으로 합쳐졌다. 당시 민주적 지방자치법(Demokratische Gemeindeordnung)이 제정되었으나, 독일사회주의 통합당의 주도에 의해 지방자치가 쇠퇴하게 되었다. 1957년에는 마침내 민주적 중앙집권제의 원칙

29) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 23.

30) Erichsen, a.a.O., S. 25.

31) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 24.

32) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 25.

(Prinzip des demokratischen Zentralismus)으로 전환되었고, 이러한 이를 통해 게마인데, 시, 란트크라이스 등 지방자치단체는 법인격뿐만 아니라 자신의 독자적 영역을 갖지 못하고 중앙부처의 하부기관으로 전락하고 말았다.³³⁾ 이러한 상황은 동·서독 통일의 시기까지 지속되었다. 물론 재통일 전인 1990. 5. 17. 동독의 지방자치법(Kommunalverfassung der DDR)이 제정되어, 법치국가적·민주적 지방자치제도가 도입되었다.³⁴⁾ 이후 같은 해 10. 3. 동·서독의 통일에 의해 지방자치에 관한 서독의 모델과 유럽헌장의 영향으로 동독의 지방자치제도가 부활하기 시작하였다.³⁵⁾

3) 통일 후의 지방자치

독일의 재통일에 의해 동독지역의 브란덴부르크(Brandenburg) 주, 메클렌부르크 포퓰메른(Mecklenburg-Vorpommern) 주, 작센(Sachsen) 주, 작센 안할트(Sachsen-Anhalt) 주 및 튀링엔(Thüringen) 주는 독일연방공화국에 통합되었다. 이후 통일된 독일에서는 법치국가의 민주적 초석을 위한 지방자치제도를 발전시키기 시작하였다. 1994년까지 5개의 동독 주(란트)에서는 지방자치법(Gemeinde- und Kreisordnungen)이 제정되었는데, 종전의 동독 지방자치법보다는 서독지역의 주(란트)의 모델을 참고하였다.³⁶⁾

독일에는 개혁 전 1967년과 1978년 사이에 약 24,000개의 게마인데가 있었고, 포괄적인 연구용역의 수행을 통한 개혁을 통해 게마인데의 통합 내지 게마인데 연합이 추진되어 종전의 1/3 수준인 8,505개의 게마인데로 축소되었다.³⁷⁾ 이러한 개혁은 각 주(란트)별로 다양하게 전개되었으나, 이로 인해 크라이스(Kreise)³⁸⁾로부터 독립된 시(kreisfreie

33) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 26; Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 6.

34) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 6.

35) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 27.

36) Burgi, a.a.O., § 3 Rn. 28.

37) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 5. 게마인데의 통합이 있기 전에는 500명 이하의 게마인데가 10,760개 있었다고 한다.

38) 독일의 크라이스는 란트크라이스(Landkreise)로 부르기도 한다. 크라이스는 지역공동체의 지위를 가지며 권리능력 있는 지방자치단체의 단위로서 게마인데보다 상위의 지방자치단체이다. 크라이스에는 작은 게마인데가 속한 경우도 있지만, 100,000명 이상의 게마인데가 속한 경우도 있다(이에 대해서는 Schmidt-Aßmann, in:

Städte)도 139개에서 92개로, 그리고 주의 크라이스도 425개에서 235개로 축소되었다.³⁹⁾ 독일의 게마인데는 통상 크라이스(Kreis)에 종속되어 있으며, 크라이스로부터 독립된 시는 120개가 넘었다.⁴⁰⁾ 크라이스(Kreis)는 게마인데보다 넓은 지방의 행정주체로서 게마인데단체(Gemeindeverbände)이고, 지역단체의 지위를 가진 지방자치단체의 행정단위이며 권리능력을 가지고 있다.⁴¹⁾ 크라이스의 기관에는 크라이스 주민들이 선발한 대표로 구성된 군의회(Kreistag)이 있고, 집행기관으로 크라이스의 장(長)인 군수(Landrat)가 있다.⁴²⁾ 바덴 뷔르템베르크 주 및 브란덴부르크 주에서는 군의회에서 군수를 선출하지만, 그 밖의 주에서는 직선으로 선출하고 있다.⁴³⁾ 이와 같이 게마인데 차원에서는 게마인데와 크라이스로 구성되어 있다. 또한 2011년 말 기준으로 크라이스에 소속된 게마인데는 11,185개에 이르며, 크라이스에서 독립된 시는 107개로서 독일 전체 인구의 31.7%를 차지하고 있다.⁴⁴⁾ 크라이스는 현재 294개이다. 주(란트) 별 크라이스는 바덴 뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 주 35개, 바이에른(Bayern) 주 71개, 브란덴부르크(Brandenburg) 주 14개, 헤센(Hessen) 주 21개, 메클렌부르크 포포메른(Mecklenburg-Vorpommern) 주 6개, 하노버 지역을 포함한 니더작센(Niedersachsen) 주 37개, 아헨 지역을 포함한 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주 31개 라인란트 팔츠(Rheinland-Pfalz) 주 24개, 자아 브뤼켄(Saarbrücken) 지역을 포함한 자알란트(Saarland) 주 6개, 작센(Sachsen) 주 10개, 작센 안할트(Sachsen-Anhalt) 주 11개, 슐레스비히 홀스타인(Schleswig-Holstein) 주 11개, 튀링엔(Thüringen) 주 17개이다.⁴⁵⁾

Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 136 참조).

39) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 5.

40) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 52 f.

41) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 136.

42) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 146 f.

43) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 147.

44) Henneke, Gefährdungen kommunaler Selbstverwaltung in Deutschland, DÖV 2013, S. 827.

45) https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Landkreise_in_Deutschland. (최종방문일 2018년 8월 16일)

3. 유럽연합의 영향과 지방자치의 변화

오늘날 독일의 지방자치제도는 유럽법의 영향을 적지 않게 받고 있다. 일설은 “독일의 지방자치법과 유럽법 사이에는 처음부터 긴장관계가 존재하는 것 같다”고 지적하고 있다.⁴⁶⁾ 유럽 국가들의 통합으로 인해 유럽연합에서는 중요한 법원이 존재하고 있다. 유럽연합의 법원(法源)에는 제1차 법원인 ‘조약’뿐만 아니라, 명령(Verordnungen)과 지침(Richtlinien) 등 제2차 법원이 중요하게 작용하고 있다. 명령은 직접적인 구속력을 가지며, 지침은 회원국법으로 전환되는 것을 원칙으로 하고 있다. 유럽연합의 제1차 법원에서는 지방자치단체의 조직 설치에 관한 규정이 없다. 또한 유럽연합도 이에 관한 조직에 대해 아무런 권한을 가지고 있지 않아 명령이나 지침으로 이를 창설하거나 폐지할 수 없다. 그러한 점에서 “절차에 적합한, 그리고 조직적인 자치의 원칙(Grundsatz der verfahrensmäßigen und organisatorischen Autonomie)”이 인정되고 있다.⁴⁷⁾

지방자치와 관련하여 중요한 의미를 가지는 것은 기본법 제59조 제2항에 따라 전환된 ‘유럽지방자치헌장(Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung)’이다. 자치의 원칙(Prinzip der Selbstverwaltung)을 조직원칙으로서 확정하고, 유럽의 자치단체를 인정하고 있다는 점이 주목된다.⁴⁸⁾ 또한 독일의 연방과 주(란트) 외에도 지방자치단체가 증가하고, 이러한 지방자치단체도 유럽법의 지침을 따라야 한다. 유럽연합의 시각에서 지방자치단체는 회원국의 행정기관임과 동시에 유럽연합의 집행을 담당하고 있는 기관이다. 그러한 이유에서 유럽연합법을 직접 집행하는 기관과 간접적으로 집행하는 기관으로 구분될 수 있다. 후자는 대체로 회원국의 행정청을 통해서 이루어지지만, 전자는 유럽연합의 소속 행정청에 의해 이루어진다. 지방자치단체는 유럽연합의 직접 유효한 규정을 곧바로 적용할 수 있다.⁴⁹⁾ 전자는 유럽연합의 고유한 행정(unionseigener Verwaltung) 내지 직접 집행(direkter Vollzug) 등으로 불리고 있다⁵⁰⁾

46) Burgi, a.a.O., § 4 Rn. 1.

47) Burgi, a.a.O., § 4 Rn. 9.

48) Burgi, a.a.O., § 4 Rn. 3.

49) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 4 Rn. 6 ff.

50) Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth (Hg.), Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., § 6 Rn. 10.

이와 같이 유럽법이 지방자치법에 영향을 미치는 대표적 사례는 지방선거법의 유럽화이다. 특히 유럽연합기능조약(AEUV; Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) 제22조와 관련하여 유럽연합 외국인을 유럽시민의 일부로 인정하고 있다(제18f조 참조).⁵¹⁾ 이는 이후 지방선거에 영향을 미치는데, 유럽연합 회원국의 외국인은 지방선거에 참여할 수 있게 된다.

제2절 지방자치의 본질 및 헌법적 근거

1. 독일 지방자치제도의 이론적 기초

지방자치제도는 “지방자치단체의 법적 지위, 조직, 과제 및 행위형식과 관련된 법규의 총체”⁵²⁾로 이해되고 있다. 전통적으로 독일에서는 국가와 사회의 구분을 전제로 하여 지방자치단체를 ‘간접적’인 국가행정으로 파악하고 있으며, 지방자치단체가 국가에 속할 뿐만 아니라 행정조직의 일부를 형성하고 있다고 보는 견해가 지배적이다.⁵³⁾ 이러한 지방자치제도는 탈중앙집권 내지 지방분권(Dezentralisation)의 이념에 기초하고 있다. 독일에서도 지방자치제도는 대체로 “그 본질과 목적상 자신의 사무에 대한 이해관계인의 활동”을 의미한다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 이러한 지방자치는 선거를 통해 정당화되는 지방의회의 설치로 인하여 민주적 통제뿐만 아니라 지역공동체의 사무에 대한 결정의 정당화에 기여하고 있으며, 참여민주주의의 내용적 요소 때문에 국가의 관료주의에 대비되는 모델로 평가되고 있다.⁵⁵⁾ 독일에서는 지방자치제도를 ‘제도적 보장(institutionelle Garantie)’으로 이해하는 견해가 유력하다.⁵⁶⁾ 이러한 견해는 당시 독일의 헌법학자 Carl Schmitt의 영향을 받

51) Burgi, a.a.O., § 4 Rn. 10.

52) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 1.

53) Burgi, a.a.O., § 2 Rn. 2 f.

54) BVerfGE 11, 266 (275).

55) Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 6. Aufl., § 3 Rn. 66.

56) Maunz; in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn. 45; BVerfGE 8, 359.

은 것이다.⁵⁷⁾ 그러나 오늘날에는 지방자치제도가 객관적 법질서로서 뿐만 아니라 주관적 권리의 성질을 가질 수 있다는 견해가 유력하다.⁵⁸⁾ 그러나 지방자치단체의 주관적 권리는 기본권이 아니며, 기본권에 유사한 것으로 보는 견해도 있다.⁵⁹⁾ 지방자치단체에 주관적 공권을 인정하는 것은 헌법소원을 제기할 수 있는 장점을 가진다. 독일의 유력설은 입법자가 지방자치의 본질을 침해하는 경우에 독일 기본법 제93조 제1항 제4b호를 근거로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보고 있다.⁶⁰⁾ 여기에서 말하는 것은 게마인데 또는 게마인데단체의 헌법소원으로서 법률이나 주(란트)의 법률에 의해 자치권이 침해되는 경우에 이를 이유로 제기하는 것이다. 이러한 헌법소원은 기본권 침해에 대한 헌법소원과 구별하여, 지방자치단체 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)이라고 부르고 있다. 공권력에 의해 개인의 기본권이나 기본권 유사적 권리가 침해되는 경우에 제기하는 기본법 제93조 제1항 제4a조의 일반적인 헌법소원과 구별된다.

독일은 연방국가이므로 주(란트)도 헌법상 동일성원칙(Homogenitätsgebot)에 기초하고 있다. 이러한 동일성 원칙은 연방국가원리(Bundesstaatsprinzip)의 구체화라고 볼 수 있다.⁶¹⁾ 주(란트)에서의 헌법에 적합한(합헌적) 질서는 기본법의 공화주의, 민주주의 및 사회적 법치국가의 원칙에 상응하여야 한다(독일기본법 제28조 제1항 제1문). 따라서 주는 이러한 국가의 근본규범에 부합하여야 한다. 주는 또한 국가권력의 정당성이나 민주적 조직과 관련하여서도 구속되며, 독재자나 군주 등의 도입은 허용되지 아니한다.⁶²⁾

57) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 170 ff.

58) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 11; Maurer/Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., § 23 Rn. 6.

59) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 11; Nierhaus, Sachs (Hg.), GG, Art. 28 Rn. 34.

60) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 11.

61) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 1.

62) BVerfGE 83, 60 (71); 93, 37 (66).

2. 독일 기본법 제28조 제2항의 헌법적 보장

지방자치는 전통적으로 독일 국법학의 핵심적 구성요소이다.⁶³⁾ 독일 기본법 제28조 제2항에는 “게마인데(Gemeinde)에게는 지역공동체의 모든 사무를 법률의 범위 내에서 자신의 책임 하에 규율할 권리가 보장되어야 한다”고 규정하고 있다. 독일 기본법 제28조 제2항은 지방자치가 ‘아래로부터 위로’라고 하는 민주주의원리의 구조원리라는 관점에서 국가근본규범(Staatsfundamentalnorm)을 제시하고 있다고 보고 있다.⁶⁴⁾ 지방자치단체는 헌법상 ‘국가구조원리(Staatsaufbauprinzip)’로서의 성격뿐만 아니라 정책적·행정적으로 ‘탈중앙집권’ 내지 ‘지방분권’의 의미도 가지고 있다.⁶⁵⁾ 또한 독일 기본법 제28조 제2항의 규정은 지방자치단체에 전권한성(Allzuständigkeit)과 자기책임성을 보장하고 있는 것으로 해석되고 있다. 즉 지방의 공공사무에 대한 포괄적 자치권이 지방자치단체에 부여되어 있다는 점에서 활동의 전면성이 보장될 뿐만 아니라, 자치사무에 대해 국가의 지시·감독 없이 자율적으로 책임을 지는 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)을 가진다.⁶⁶⁾ 그러나 독일 기본법 제28조 제2항 제1문의 규정은 “법률의 범위 내에서” 게마인데에 전권한성과 자기책임성을 보장하고 있는 것이다. 즉 포괄적인 법률적합성의 원칙 내지 적법성의 원칙(Gesetzmäßigkeitsprinzip)을 규정하고 있는 것이다.⁶⁷⁾

지방자치단체는 “지역공동체의 모든 사무”에 대해 전권한성을 가지고 있다. 지방공동체의 전형적 사례는 지방자치단체의 고권(Gemeindehoheiten)이다. 이러한 지방자치단체의 고권에는 예컨대 지역고권(Gebietshoheit), 조직고권(Organisationshoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 인사고권(Personalhoheit) 및 계획고권(Planungshoheit) 등이 있다.⁶⁸⁾ 이와 같이 지방자치단체는 관할 지역에 대한 지배권을 가질 뿐만 아니라, 지방자치단체의 내부

63) Nierhaus, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 28 Rn. 29.

64) Nierhaus, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 28 Rn. 30.

65) Nierhaus, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 28 Rn. 31.

66) 이에 대해서는 정남철, 현대행정의 작용형식, 426-427면 참조.

67) Ehlers, Die Verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in: Ehlers/Krebs (Hg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, S. 64 ff.

68) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 13.

조직을 구성하거나 지방자치단체의 사무를 수행하기 위해 필요한 인력을 독립적으로 선 발하거나 해임할 수 있으며, 자신의 관할 구역 내의 토지이용과 발전을 장기적으로 조정 하고 발전시킬 권한 등을 가지고 있다. 특히 독일 기본법 제28조 제2항 제3문에는 재정고 권과 관련된 특별한 규정을 두고 있다. 즉 “지방자치의 보장은 또한 재정적 자기책임의 근거를 포함한다”고 규정하고 있다. 재정자주권의 보장은 지방자치단체의 독립성 보장을 위한 중요한 토대가 된다. 지방자치단체의 책임 하에 예산을 수립하는 권한인 재정고권은 지방자치의 본질적 구성부분을 이루고 있다고 보고 있다.⁶⁹⁾ 그 밖에 지방자치단체는 고 유사무(조직, 인사, 재정 등) 외에도 질서와 안전, 도시계획, 기념물보호 및 환경보호, 그 리고 사회기반시설의 설치 등과 관련하여 과제를 수행하고 있다.⁷⁰⁾

제3절 지방자치단체의 법적 지위

1. 독일기본법상 게마인데의 보장

(1) 게마인데의 개념, 유형 및 법적 지위

독일 기본법에 있어서 게마인데(Gemeinde)의 법적 지위를 논하는 것은 지방자치단체 의 자치권과 그 권리구제를 위해 중요한 의미를 가진다. 게마인데는 행정조직법상 독립된 행정주체로서 권리의무의 주체가 될 수 있으며, 지역단체(Gebietskörperschaften)에 속한 다.⁷¹⁾ 게마인데는 민주적 국가구성의 기초를 이루고 있으며, 구성원들은 그 지역에 주소 를 가진 모든 사람들이다.⁷²⁾ 독일의 게마인데는 크라이스(Kreis)에 소속된 게마인데와 크 라이스에서 독립된 게마인데로 구별된다.⁷³⁾

69) Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 9. Aufl., Rn. 112.

70) Burgi, a.a.O., § 6 Rn. 19.

71) Burgi, a.a.O., § 5 Rn. 2.

72) Burgi, a.a.O., § 5 Rn. 3.

73) Burgi, a.a.O., § 5 Rn. 4.

게마인데는 권리능력(Rechtsfähigkeit)을 향유하고 있어 권리와 의무의 주체가 될 수 있으며, 공법상 법인의 지위를 가진다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 권리능력은 무제한적인 것이 아니라, 지역공동체의 사무에 한정된다. 권리능력과 관련하여 게마인데는 재산권을 향유할 권리를 가지며, 일반적인 유책주의에 따라 사법상의 책임뿐만 아니라 그 소속 기관의 구성원(시장이나 지방의원 등)의 불법행위에 대한 국가배상책임도 진다.⁷⁵⁾

(2) 주관적 법적 지위의 보장

독일 기본법 제28조 제2항 제1문의 규정에서는 지방자치단체의 기본권이 인정되지 아니한다. 지방자치단체의 권리구제와 관련하여 주관적 법적 지위를 인정할 필요성이 제기되고 있다. 독일의 게마인데는 국가 구성의 일부로 다루어지고 있으며, 지방자치단체의 자치보장과 시민(개인)의 기본권 보장을 구별하는 것이 일반적이다. 그러나 개별 게마인데의 권리구제와 관련하여 금지(부작위)청구권, 제거청구권 및 참여청구권 등의 인정필요성이 논의되고 있다. 이러한 청구권들은 대체로 기본법 제28조 제2항 제1문에서 근거하고 있지만, 기본권의 포괄적 권리구제를 규정한 기본법 제19조 제4항에서 도출할 수 있는지 여부가 다투어지고 있다.⁷⁶⁾ 독일에서는 게마인데의 주관적 공권을 인정하여 시민의 주관적 권리와 대등하게 취급하는 경향이 있고, 항고소송에서 게마인데의 제소권을 인정하고 있다(독일 행정법원법 제40조, 제42조 참조).⁷⁷⁾ 지방자치단체의 주관적 법적 지위의 인정은 권리구제와 관련하여 중요한 의미를 가진다.

74) Burgi, a.a.O., § 5 Rn. 6.

75) Burgi, a.a.O., § 5 Rn. 8.

76) 이에 대해서는 Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 24.

77) 독일의 게마인데의 원고적격에 관한 상세한 논의는 정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격: 특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 곁하여”, 저스티스 제140호(2014. 2), 344면. 다만, 항고소송에 있어서 이러한 지방자치단체의 원고적격은 주로 국가의 감독처분과 관련된 것에 제한되고 있음에 주의할 필요가 있다.

2. 주(란트) 헌법의 지방자치 보장

지방자치제도는 독일기본법뿐만 아니라 주(란트)의 헌법에서도 보장하고 있다. 주 헌법에는 각 주의 고유한 권리구제절차를 보장하고 있다. 주의 헌법재판소를 통한 권리구제가 보장되고 있다. 그러나 이러한 주(란트) 헌법재판소를 통한 권리구제는 불완전한 권리구제이어서 그 흠결 부분에 대해서는 연방헌법재판소의 관할로 하고 있다. 예컨대 주 헌법에서 의회가 제정한 형식적 법률에 대한 권리구제로서 헌법소송만 보장하고 있는 경우가 그러하다. 주의 독자적인 권리구제가 보장된 경우에도 독일 기본법 제28조 제2항에 보장된 내용은 권리구제의 모범으로서 기능하고 있다. 즉 불완전한 주의 권리구제에 대한 보완으로서 연방헌법재판소에 의한 권리구제가 작동하는 경우에는 기본법 제28조 제2항이 유일한 기준이 된다.⁷⁸⁾ 주의 헌법에서 보장하는 지방자치가 기본법 제28조 제2항에서 보장하는 내용과 일치하는 경우에는 문제가 없다. 그러나 주 헌법에서 보장하는 지방자치의 내용이 기본법 제28조 제2항의 보장범위를 유월하는 경우에 문제가 된다. 이러한 경우에는 대체로 연방헌법에 합치되도록 해석을 해야 한다. 또한 독일기본법 제28조 제2항의 보장내용은 최소한의 보장(Mindestgarantie)이므로 이를 넘어서는 경우에도 해로운 것이 아니라 오히려 바람직한 것으로 보고 있다.⁷⁹⁾

78) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 7 Rn. 6.

79) Burgi, a.a.O., § 7 Rn. 7.

제3장

자치행정의 제도적 내용

제1절 독일 지방자치단체의 조직과 구조

제2절 독일 지방자치단체의 사무배분

제3절 국가(연방)에 대한 주(란트)의 권리구제수단

제3장

자치행정의 제도적 내용

제1절 독일 지방자치단체의 조직과 구조

1. 독일 지방자치단체의 내부조직

(1) 게마인데의 내부구성

독일의 주(란트) 행정조직은 3단계로 구성되어 있다. 최상위 행정조직으로 주지사(Ministerpräsident)를 정점으로 하여 주정부가 구성되어 있다. 여기에는 주지사 외에 내무장관, 문화장관 및 경제장관 등이 있다. 그 다음의 중간단계의 행정조직으로 수개의 시나 군으로 구성된 대도시 또는 광역시(Regierungsbezirk)가 있는데, 그 대표가 광역시장(Regierungspräsident)이다. 예컨대 바덴 뷔르템베르크 주에는 4개의 광역시가 있는데, 여기에는 프라이부르크(Freiburg), 칼스루에(Karlsruhe), 슈투트가르트(Stuttgart), 튀빙엔(Tübingen)이 속한다. 최하위의 행정조직에는 군수, 독립(자치)시 또는 군청소재지 등이 있다. 게마인데 차원에서는 국가행정조직이 없다.⁸⁰⁾

게마인데(Gemeinde)는 지방행정의 일부를 이루고 있으며 지방자치법의 근간을 이루고 있다. 게마인데 내부의 조직, 구조, 관할 및 절차 등은 독일 지방자치법의 중요한 요소를 차지하고 있다. 이를 독일어로 ‘Gemeindeverfassungsrecht’라고 표현하고 있는데, 이를 번역하면 ‘게마인데를 구성하는 법’을 의미한다. 즉 게마인데의 성립을 위한 근간이 되는

80) 이상의 내용에 대해서는 Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 22 Rn. 16 ff.

것을 뜻하며, 일종의 지방자치의 조직법이다. 이 개념에는 ‘Verfassung’이 포함되어 있지만, 헌법과 관련된 것은 아니다. 이러한 용어도 결국 주(란트)의 ‘지방자치법’을 의미하는 것이다.

게마인데를 구성하기 위해서는 일반주민(Einwohner) 또는 공민(Bürger)이 있어야 한다. 일반주민은 인종·국적·성별 등을 구별하지 않고 해당 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자를 의미한다. 그러나 공민은 당해 지방자치단체에서 선거권과 피선거권을 가지는 자를 말한다. 또한 게마인데의 내부조직을 이루는 중요한 기관으로 시장(Bürgermeister)과 주민의 대표로 구성된 기관인 지방의회(Gemeinderat)가 있다. 지방의회는 중요한 의결기관인 반면, 집행기관은 시장이다. 시장은 독립제 형태가 대부분이지만, 일부 주(예컨대 Hessen주)에서는 합의제 형태(Magistrat)도 있다.⁸¹⁾ 헤센 주를 제외하고 대부분은 지방의회와 시장의 이원적 구조로 되어 있다. 경우에 따라서는 지방의회나 시장 외에 행정위원회(Verwaltungsausschuß)나 상임위원회(Hauptausschuß) 등을 두고 있다. 독일에서는 지방자치제도의 개혁을 통해 시민참여가 활성화되어 있다.⁸²⁾

1) 지방의회

게마인데의 기관의 하나인 지방의회는 주민을 대표하는 기관이며, 게마인데의 주요사항에 관한 의결을 한다. 이러한 지방의회는 주에 따라 “Gemeinderat”이라는 용어 외에 “Stadtrat”, “Gemeindevertretung”, “Stadtverordnetenversammlung”, “Stadtvertretung” 등의 용어도 사용되고 있다. 이와 관련하여 ‘Rat’라는 용어는 통상 ‘평의회’나 ‘심의회’ 등의 의미를 가지며, 영어로 번역할 경우 ‘council’ 정도로 번역될 수 있다. 따라서 독일의 Gemeinderat는 의회(Parlament)가 아니라 집행부의 일부로서 주민의 대표로 구성된 집행조직을 의미한다.⁸³⁾ 따라서 독일을 비롯한 유럽의 일부 국가에서 시장을 주민이 아닌 지방의회에서 선출하거나 시장이 이러한 대표기구의 의장을 맡는 것은 그러한 이유에서 찾을 수 있다.

81) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 55.

82) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 58.

83) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 59.

각 주(란트)의 지방자치법에는 지방의회의 조직, 절차 및 권한 등을 규정하고 있다. 또한 지방의회의 회기 시작 전에 자치의 영역에서 사무규칙(Geschäftsordnung)을 제정한다. 이러한 사무규칙은 조례의 형식으로 제정되지만, 종종 대외적 구속력이 없는 내부행정의 법규(소위 법이론적 법규개념)로서 의결되는 경우도 있다.⁸⁴⁾ 또한 이러한 사무규칙을 ‘행정규칙’으로 파악하는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 그러나 유력설은 이러한 사무규칙을 지방자치단체의 조례와 구별되어야 하며, 지방의회의 구성원에 대해서만 구속력을 가지는 소위 행정내부의 특별한 법규(besondere inneradministrative Rechtssatz)라고 보고 있다.⁸⁶⁾

지방의회에는 위원회(Ausschüsse)와 원내교섭단체(Fraktionen)가 있다. 지방의원의 수는 지방자치법에서 정하고 있다. 예컨대 노르트라인 베스트팔렌 주의 경우에는 주민 5,000명에 20명의 대표를, 700,000명을 넘는 경우에는 90명까지 대표를 선출할 수 있도록 하고 있다(노르트라인 베스트팔렌 지방자치법 제3조 제2항).⁸⁷⁾ 일부 지방자치법에는 시장도 지방의회의 대표가 될 수 있는데, 의결권이 없거나 제한되는 경우가 있다.⁸⁸⁾ 위원회는 지방의회의 하부기관이다.⁸⁹⁾ 이러한 위원회에는 회계감사위원회와 같이 필수적으로 설치해야 하는 위원회와, 스포츠·문화·인사 및 문서열람 등을 위한 위원회와 같이 임의적 위원회도 있다.⁹⁰⁾ 원내교섭단체는 정치적으로 동일한 사상을 가진 사람들의 결합체이며, 이러한 원내교섭단체의 구성은 지방자치단체의 정책에 관한 의사형성을 집단적으로 준비하여 총회의 작업부담을 경감시키는 것을 목적으로 하고 있다.⁹¹⁾ 원내교섭단체는 지방자치법이나 지방자치단체의 사무규칙에 따라 2개 이상 존재하며, 헤센 주에서는 2010년 이후 소위 ‘1인 원내교섭단체’도 허용하고 있다(헤센 주 지방자치법 제36b조). 이러한 원내교섭단체는 의원의 결합체가 아니라 지방의원들의 협력권의 발로라는 점이 중

84) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 3.

85) Knemeyer, a.a.O., Rn. 70.

86) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 64; Erichsen, a.a.O., S. 117.

87) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 6.

88) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 7.

89) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 66;

90) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 8.

91) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 12.

요하며, 그 설립 및 해체도 이를 구성하는 각 지방의원들의 자율적 결정에 맡겨져 있다.⁹²⁾ 이러한 원내교섭단체는 공법적으로 조직되며, 그 법적 지위에 관한 분쟁은 지방자치단체 헌법소원을 통해 다루어진다.⁹³⁾

지방의회 의원들의 권한에는 소위 단체권한(Verbandskompetenz)이 부여되어 있다. 즉 이러한 권한은 지역공동체의 사무범위 내에서 인정되며, 시장의 권한(예컨대 사무처리권 및 조직권, 지방의회 의결의 준비 및 집행 등)에 대해 일정한 한계를 가진다.⁹⁴⁾ 이러한 권한의 한계는 위원회나 게마인데 내의 구성에 대해서도 인정된다. 지방의회가 수행하는 과제는 크게 시장이나 게마인데 행정의 통제와 특정한 사항과 관련된 과제로 구분된다.⁹⁵⁾ 지방의회의 배타권(독점적) 권한에는 주(란트)에 따라 다소 차이가 있지만 대체로 기관으로서 지방의회와 관련된 사무(사무규칙에 규정된 사항), 조례 등의 법제정, 소속 의장·부의장 등의 선거권, 게마인데의 예산에 대한 의결권, 공공시설의 설치 및 유지, 지역변경 등이 있다.⁹⁶⁾

2) 시장

시장(Bürgermeister)은 전술한 바와 같이 게마인데 행정의 책임자로 수많은 조직 내부의 권한을 가진다. 사무처리 및 조직에 관한 권한, 지방의회 의결의 준비 및 집행, 지방의회의 의결에 대한 이의신청권 등을 가진다.⁹⁷⁾ 시장은 지방자치단체의 선출직 공무원(Wahlbeamter)이며⁹⁸⁾, 임기는 대체로 지방의회 의원의 임기와 유사하거나 조금 더 긴 편이다. 시장의 임기는 5년부터 8년까지가 일반적이지만, 자알란트(Saarland) 주에서는 10년까지 가능하다.⁹⁹⁾ 시장은 직선으로 선출하지만, 지방의회의 선거와 구별된다.¹⁰⁰⁾ 지방

92) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 15.

93) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 66a;

94) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 18.

95) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 19.

96) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 21.

97) Burgi, a.a.O., § 13 Rn. 13 ff.

98) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 71.

99) Burgi, a.a.O., § 13 Rn. 4.

100) Burgi, a.a.O., § 13 Rn. 1.

선거법에 특별한 규정이 없는 한, 시장에 대해서도 일반공무원법이 적용된다.¹⁰¹⁾ 독일에서는 시장의 연령제한이 문제되고 있다. 바이에른 주와 작센 주에서는 시장의 연령상한이 규정되어 있다. 예컨대 작센 주의 경우에는 65세가 된 사람은 시장으로 선출할 수 없다고 규정하고 있다(작센 주 지방자치법 제49조 제1항 제2문).

(2) 주(란트) 내부조직의 유형과 현대화

전술한 바와 같이 각 주(란트)의 지방자치법에는 ‘기관(Organe)’이 중심요소를 이루고 있으며, 이러한 기관이 다른 기관에 대해 어떠한 권한을 가지는지가 중요하다. 지방자치단체의 차원에서 행정과제를 어떻게 달성할 것인지는 조직의 체계를 형성하는 것과 밀접한 관련이 있다. 이와 관련하여 지방자치의 조직 및 구성과 관련된 현대화의 노력이 경주되고 있다. 오늘날 주의 내부조직에는 지방의회와 시장이 대표적이지만, 양자의 구성과 형식이 주(란트)에 따라 다양하다.

독일에서 수 십 년 동안 주(란트)의 자치행정 내부조직은 4가지 유형으로 분류되고 있다. 첫째, 헤센(Hessen) 주나 쉘레스비히 홀슈타인(Schleswig-Holstein) 주와 같이 지방의회 외에 시장이 의장인 합의제형의 시당국(Magistrat)이 있는 형태이다. 이러한 시당국은 시장 외에 직업공무원과 명예직공무원으로 구성되어 있다. 이러한 형태는 1808년 슈타인(von Stein)이 주장한 도시자치에 기반 한 것으로서 프로이센 시절부터 오랫동안 존재한 것이다.¹⁰²⁾

둘째, 시장을 주민이 아닌 지방의회에서 선출하는 방식이다. 이러한 방식은 프랑스 모델을 따른 것인데, 시장이 간선제 방식으로 선출된다. 이러한 모델은 1945년 이후 라인란트 팔츠(Rheinland-Pfalz)나 자알란트(Saarland) 주에서 채택하고 있다.¹⁰³⁾

101) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 71;

102) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 4.

103) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 4.

셋째, 바이에른(Bayern) 주나 바덴 뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 주와 같은 남부 독일에서 채택하는 방식으로서 지방의회 외에 시장을 직접선거로 선출하되, 시장은 지방 의회의 의장을 맡는다.¹⁰⁴⁾ 이러한 방식의 경우 시장의 권한은 대체로 강력하다.

마지막으로 북부 독일의 방식에 해당하는 것으로서, 제2차 세계대전 당시 영국군의 주둔지였던 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주나 니더작센(Niedersachsen) 주에서는 지방의회가 선출한 시장을 의장으로 하고 있고, 시장 외에 행정책임자로서 국장(Gemeindedirektor)을 두고 있다.¹⁰⁵⁾

이상의 내용에서 주목되는 점은 독일의 전통적인 방식, 즉 프로이센의 전통에 의한 방식은 첫 번째 유형으로서 시장이 독임제가 아니라 합의제형태라는 점이다. 또한 시장을 지방의회에서 선출하는 경우도 있고, 직접 선거로 뽑는 경우에도 시장이 지방의회의 의장을 맡는 경우도 있다. 이러한 독일의 내부조직의 다양성은 제2차 세계대전의 특수한 사정과 주둔지역 승전국의 제도적 영향이 작용한 것이다.

그 후 1990년대에 들어와서 각주의 지방자치법은 변모를 하게 된다. 당시 지방자치제도 개혁의 목적은 시민참여의 강화와 시장의 민주적 정당성 확보의 개선이었고, 종전의 유형과 달리 대부분의 주에서 시장 직선제를 채택하기에 이르렀다.¹⁰⁶⁾ 지방자치제도의 현대화는 개별분야에 국한된 것이 아니라 전체적인 행정구조의 개선이었다. 정보화사회의 비약적 발전으로 현대 정보기술의 투입이 증가하고 시민과의 관계뿐만 아니라 조직구조의 측면에서도 변화가 생겼다.¹⁰⁷⁾

게마인데 차원의 현대화 과정에서 과도기적 성격을 가진 다양한 실험조항이 도입되었고, 현대화와 관련된 수많은 용역보고서가 작성되었다. 이러한 과정의 핵심은 신(新)공공

104) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 4.

105) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 4.

106) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 5.

107) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 11.

관리(New Public Management)에 기반 한 새로운 조종모델이었다.¹⁰⁸⁾ 그 결과 게마인데는 경제기업의 하나로서 파악되고, 행정작용과 관련된 사람들은 고객으로 이해되었다. 신조종모델의 핵심적 요소는 정치와 행정의 분리였다. 즉 정치 영역의 ‘지방의회’와 행정(집행) 영역의 ‘시장’을 서로 구분하였다. 이러한 구분에 따라 원칙적 문제에 대해서는 합의제 대표기관인 지방의회가 담당하고, 그 집행작용은 행정이 관할하는 형태로 이해되었다. 그 결과 지방의회의 권한은 상대적으로 축소되고 행정경영(Verwaltungsmanagement)이 중요한 의미를 가지게 되었는데, 지방자치단체가 일종의 주식회사의 조직모델을 연상하게 된 것이다.¹⁰⁹⁾

이러한 모델의 전환과정에서 지방의회와 시장 사이의 관할권 분배가 부분적이기는 하나 강제적으로 이루어졌고, 지방의회의 약화는 점차 자치행정의 약화를 초래하고 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 행정의 현대화 외에도 새로운 변화의 바람이 지방자치단체의 주민의 차원에서 일어나고 있는데, 게마인데의 차원에서 ‘시민사회(Zivilgesellschaft)’가 강화되고 있다. 특히 2002. 6. 3. 독일 연방하원의 조사위원회(Enquete-Kommission)는 시민참여를 촉구하고 있으며, 전통적인 참여와 행정결정의 수용 등이 강조되고 있다.¹¹¹⁾ 오늘날 독일의 지방자치단체는 시민참여를 강조하고 지방자치단체의 공공복리 실현에 있어서 효율성을 추구하고 있는데, 향후 독일 지방자치단체의 구조는 주민(공민)-지방의회-시장의 유기적인 3각 관계를 형성하게 될 것이다.¹¹²⁾

108) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 12 f.

109) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 16.

110) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 18.

111) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 19.

112) Burgi, a.a.O., § 10 Rn. 19.

2. 주민의 선거와 참여

독일의 지방자치단체의 개혁 내지 현대화에 있어서 주목할 점은 주민참여의 강화이다. 따라서 주민(Einwohner) 내지 공민(Bürger)의 선거와 참여 방식은 매우 중요한 의미를 가진다. 주민은 게마인데에 거주하는 사람으로서 아동, 청년, 그리고 외국인을 불문하고 있다. 이러한 주민은 공공시설 이용신청권이나 청원권 등을 가지며, 중요한 사무에 관한 게마인데의 공지의무의 수범자이기도 하다.¹¹³⁾ 이에 반해 공민은 선거권을 가진다. 독일 국민뿐만 아니라 유럽연합 회원국의 외국인(EU-Ausländer)도 연령(16세 이후)과 각 주에서 정한 거주기간 등의 요건을 충족한 경우에 선거권을 행사할 수 있는데, 해당 게마인데에서 보다 장기의 거주기간을 가진 경우에 피선거권도 가진다.¹¹⁴⁾

이와 같이 유럽연합 회원국의 선거권이 부여된 것은 1994. 12. 19. 유럽공동체의 지침(Richtlinie 94/80/EG)의 전환에 의한 것이며, 그 법적 근거는 유럽연합의 제1차 법원인 유럽연합기능조약 제20조 제2항 제2호 b목과 22조 제1항에서 찾을 수 있다.¹¹⁵⁾ 또한 유럽연합 기본권헌장 제40조에서 국적과 무관한 지방선거권을 보장하고 있는 것이다.¹¹⁶⁾ 지방선거는 자유, 보통, 평등, 직접, 비밀 선거가 보장되어 있다. 다만, 평등선거와 관련하여 독일에서는 5% 차단조항(Sperrklauseln)이 인정되고 있다.¹¹⁷⁾

지방자치법에는 직접민주제의 요소(Plebiszitäre Elemente)를 가지는 권리를 보장하고 있다. 주민투표(Bürgerentscheid)나 주민발안(Bürgerbegehren) 등의 권리도 가진다. 이러한 지방자치단체 주민의 권리는 기본법에 규정되지 않았지만, 지방자치단체 차원에서 매우 중요한 역할을 수행하고 있다. 1994년 주민발안이 도입된 후 노르트라인 베스트팔렌 주에서만 400개가 넘는 주민발안이 있었고, 지금은 연방 각주의 지방자치법에 이에 관한

113) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 3 f.

114) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 17.

115) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 19.

116) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 19.

117) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 29.

포괄적인 규정을 두고 있다.¹¹⁸⁾ 지방자치에서 정치적 의사형성은 원칙적으로 대의민주제에 기반하고 있어 주민발안의 허용은 일정한 요건 하에 인정된다. 예컨대 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 주민의 10%가 서명을 하여야 한다.¹¹⁹⁾ 이러한 국민발안은 국민투표로 이어질 수 있지만, 그 외에도 주민공청회(Bürgerversammlung), 주민제안(Bürgerantrag) 및 자문적 주민질의(konsultative Bürgerbefragung) 등이 있다.¹²⁰⁾

주민발안의 대상에 대해서는 각 주(란트)의 지방자치법에 따라 다양하지만, 모든 주에는 주민발안의 제외대상에 대해 규정하고 있다. 주민발안의 의결정족수에 대해서는 일정수의 주민이 필요하다. 이러한 의결정족수도 주(란트) 별로 차이가 있다. 예컨대 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 게마인데의 크기에 따라 주민 총수의 3~10%를, 작센 주에서는 주민 총수의 15%를 요구하고 있다.¹²¹⁾ 지방의회가 이러한 주민발안이 허용된다고 선언하면 내용상 공식화된 문제로 들어가게 되며, 지방의회 총회에서 주민발안이 내용상 부합하는지 여부를 결정하고, 지방의회가 부합한다는 결정을 내리는 경우에는 주민투표를 생략한다.¹²²⁾ 또한 지방의회가 부합하지 않는다고 판단할 경우에는 일정한 기간 내에 주민투표가 실시될 수 있다.¹²³⁾ 그러나 지방의회가 주민발안 자체가 허용되지 않는다고 판단할 경우에는 주민투표를 실시할 수 없고, 주민들은 이에 대해 의무이행소송과 같은 권리구제절차로서 다투어야 한다.¹²⁴⁾

118) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 31.

119) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 34.

120) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 35.

121) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 41.

122) Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 44.

123) Burgi, a.a.O.

124) 이상의 내용은 Burgi, a.a.O., § 11 Rn. 46 참조.

제2절 독일 지방자치단체의 사무배분

1. 개 관

지방자치단체의 사무배분은 국가와 지방자치단체의 관계를 반영하는 중요한 요소이다. 독일에서도 지방자치단체의 사무를 고유한 사무와 국가의 위임사무로 구분하고 있다. 즉 독일에서는 지방자치단체 자신의 영향범위 내의 사무를 자치사무 내지 자치행정사무(Selbstverwaltungsaufgaben)라고 하고, 위임된 영향범위 내에서의 사무 내지 타자(他者)사무(Fremdaufgaben)를 국가위임사무(staatliche Auftragsangelegenheiten)라고 한다.¹²⁵⁾ 후자의 국가위임사무는 지방자치단체에 그 시행을 위탁한다는 점에서 ‘단체위임사무’에 해당한다.¹²⁶⁾ 이러한 사무를 어떠한 목록 내지 카테고리에 정렬시킬 것인지는 주(란트)의 입법자(Landesgesetzgeber)에 맡겨져 있고, 주 헌법에도 일부 규정이 있기는 하나 대부분 주 지방자치법에서 규율하고 있다.¹²⁷⁾

여기에는 다양한 형식의 카테고리가 문제된다. 예컨대 지시에 따른 의무적 과제, 지시로부터 독립된 의무적 과제, 기관위임 등이 그러하다.¹²⁸⁾ 그러나 자치사무와 단체위임사무를 구분하는 이원적 모델과 이를 통일적으로 파악하는 일원적 모델로 구별할 수 있다. 일원적 모델의 경우에는 1948년 각주 내부장관 및 지방자치단체 대표자 회의에 고안한 초안(소위 “Weinheimer Entwurf”)에서 연유하고 있으며¹²⁹⁾, 지방분권과 지방민주주의의 확대에 기반하고 있다.¹³⁰⁾ 자치사무에 대해서는 법적 감독에 제한되지만, 단체위임사무는 법적 감독 외에 직무 감독도 망라한다. 자치사무와 국가위임사무(단체위임사무) 외에도 지방자치단체의 기관을 통해 국가사무를 해결하는 경우가 있는데, 이를 기관위임

125) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 1.

126) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 36.

127) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 2.

128) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 3.

129) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 37.

130) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 4.

(Organleihe)이라고 한다. 즉 우리나라의 ‘기관위임사무’가 이에 유사하다. 이 경우 지방자치단체의 기관은 연장된 팔로서 국가의 조직에 편입되며, 이러한 지방자치단체의 기관에 대해 행하는 국가의 조치는 직접적 외부효를 가지지 아니한다.¹³¹⁾ 기관위임의 특별한 경우는 군수(Landrat)의 기관위임이다. 예컨대 공공의 안녕과 질서에 관한 경찰업무가 여기에 속한다.¹³²⁾ 군수는 국가의 최하위 행정조직이다.

2. 사무배분의 구조와 체계

(1) 이원적 체계의 사무구분

자치행정사무와 단체위임사무의 이원적 체계를 가진 주에는 바이에른(Bayern) 주, 니더작센(Niedersachsen) 주, 라인란트 팔츠(Rheinland-Pfalz) 주, 자알란트(Saarland) 주, 작센 안할트(Sachsen-Anhalt) 주, 튀링엔(Thüringen) 주가 있다.¹³³⁾ 자치사무에는 지시나 구속을 받지 않고 게마인데가 자유로이 형성한 정치적 평가에 의하는 자유 사무(Freiwillige Aufgaben)와 지시에 구속되지 않는 의무적 사무(Pflichtaufgaben ohne Weisung)가 있다. 이러한 사무는 모두 독일기본법 제28조 제2항의 “지역공동체의 사무”에 해당한다. 자유로운 사무에 속하는 것은 대부분 사회적 영역이나 스포츠·문화 등의 영역이며, 경제적으로 금융영조물(Sparkasse)도 여기에 속한다. 후자의 경우 사무수행 여부(Ob)의 문제는 법률적 지침에 의하지만, 그 사무의 완수 방식(Wie)은 지방자치단체 스스로의 책임에 맡겨져 있는 것이다. 그 대표적 사례는 지방자치단체의 건설기본계획(Bauleitpläne), 하수처리 등의 사무가 여기에 속한다.¹³⁴⁾

국가위임사무(단체위임사무)는 게마인데의 사무가 아니라 그 완수를 위해 할당된 사무이다. 국가위임사무는 국가의 지시권과 결부되어 있고, 이러한 국가의 지시권은 명백히

131) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 10.

132) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 11.

133) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 12.

134) 이상의 내용에 상세는 Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 13 f. 참조.

제한하는 규정이 없는 한 무제한적으로 존재한다.¹³⁵⁾ 이러한 국가위임사무는 타자사무이며, 정당화가 필요한 관여에 속한다. 이러한 문제는 결국 권리구제와 연결된다. 이러한 위임사무에는 경찰법상 위험방지, 환경보전, 도로교통이나 건축감독 등의 활동 등이 해당된다.¹³⁶⁾ 그러나 국가위임사무에 있어서 국가의 조치는 원칙적으로 외부효과 없을 뿐만 아니라 게마인데의 원고적격도 인정되지 아니하며, 지시(Weisung)와 같은 직무감독의 관여가 가능하다.¹³⁷⁾

(2) 일원적 체계의 사무구분

일원적 체계의 사무구분은 국가위탁사무와 지방자치단체의 고유사무를 구분하지 않고 공적 과제 내지 사무를 통일적으로 파악하고 있다.¹³⁸⁾ 자치행정사무와 단체위임사무의 일원적 체계를 가진 주(란트)에는 예컨대 노르트라인 베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 주, 바덴 뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 주, 헤센(Hessen) 주, 메클렌부르크 포포메른(Mecklenburg-Vorpommern) 주, 쉘레스비히 홀슈타인(Schleswig-Holstein) 주, 브란덴부르크(Brandenburg) 주가 있다. 일원적 체계에 대해서는 대부분 주 지방자치법에서 정하지만, 주 헌법에서 직접 도출하는 경우도 있다. 이러한 경우에는 주 헌법재판소에 권리구제의 길이 열려져 있다.¹³⁹⁾ 자치행정사무와 단체위임사무의 일원적 체계에서는 이원적 체계의 경우와 달리 ‘자유 사무’와 ‘지시가 없는 의무적 사무’의 구별이 없고 내용상이나 용어상으로 동일하게 파악하고 있다. 주(란트)에는 자유 사무와 지시가 없는 의무적 사무 외에 ‘지시에 따른 의무적 사무(Pflichtaufgaben nach Weisung)’가 있다. 이러한 지시에 따른 의무적 사무는 국가의 감독을 받으며, 이를 ‘지시사무(Weisungsaufgabe)’라고 부른다.¹⁴⁰⁾ 이러한 사무는 이원적 체계에서 국가위임사무에 상응하며, 위험방지나 건축감독 및 환경보전 등의 분야와 관련이 있다. 그러나 이원적 체계와 달리 이러한 국가의 지시권

135) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 36.

136) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 16.

137) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 16.

138) Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 37.

139) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 19.

140) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 21.

은 국가 사무의 성격이 아니라 개별 사례에서 법률의 근거에서 연유하고 있으며, 법률의 근거 없이는 이러한 지시권을 행사할 수 없다.¹⁴¹⁾ 지시에 따르는 의무적 사무를 자치사무 내지 위임사무에 정렬시키는 것에 대해 논란이 있지만, 지시에 따른 의무적 사무가 지역 공동체의 사무(자치사무)가 아니라는 점은 명확하다.¹⁴²⁾

(3) 소 결

독일에서 지방자치단체의 사무구분은 통일되어 있지 않고, 복잡하게 구성되어 있다. 그러나 대체로 자치행정사무와 국가위임사무를 구분하는 이원적 체계와 이를 구별하지 않는 일원적 체계로 구별된다. 이원적 체계에서 자치행정사무는 다시 ‘자유사무’와 ‘지시 없는 의무적 사무’로 구분되나, 일원적 체계에서는 이러한 구분이 없고 사실상 동일하게 취급된다. 다만, 일원적 체계에서는 ‘지시에 따른 의무적 사무’가 인정된다. 이러한 위임 사무는 국가사무로 이해되나, 법률의 근거에 의해 결정된다는 점이 특징이다. 이러한 위임사무는 일본의 ‘법정수탁사무’를 연상시킨다.

3. 국가의 감독

(1) 개 관

자치단체단체의 사무와 관련하여 실무상 중요한 의미를 가지는 것은 국가의 감독이다. 국가의 감독은 지방자치단체의 사무이행과 관련하여 매우 포괄적이며, 주(란트)를 통해 행사된다.¹⁴³⁾ 국가의 감독은 지방자치단체의 자치에 상응하는 개념이며, 국가권력의 분산 및 통제에 대한 헌법적 또는 법률적 결정의 결과라고 한다.¹⁴⁴⁾ 국가권력의 분산적 행사는 반드시 국가의 감독이 필요하다고 보고 있다.¹⁴⁵⁾

141) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 21.

142) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 22.

143) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 124 f.

144) Erichsen, a.a.O., S. 349.

145) Erichsen, a.a.O.

국가의 감독수단은 다양하다. 국가의 감독수단으로 시정명령(Beanstandungsrecht), 정보요구권(Informationsrecht), 직무이행명령(Anordnungsrecht) 및 대집행(Ersatzvornahme) 등이 있다. 이 중에서 직무이행명령은 게마인테가 법률이나 법에 따라 부여된 의무를 이행하지 않는 경우 감독청이 직무이행을 명령할 수 있고, 소정의 기간 내에 필요한 조치를 보완해야 한다.¹⁴⁶⁾ 이러한 국가감독 외에도 지방자치단체(게마인테)는 회계감사원이나 법원, 주의회 등 다양한 행정통제 하에 있다. 좁은 의미의 국가감독에는 주로 간접국가행정을 담당하는 행정주체인 지방자치단체 외에 대학이나 조합 등이 해당된다.¹⁴⁷⁾

국가감독은 합법성 감독수단인 법적 감독(Rechtsaufsicht)과 국가 전체의 조정을 목적으로 하는 직무감독(Fachaufsicht), 그 밖에 행정활동에 있어서 게마인테의 장려를 보장하는 것을 망라한다.¹⁴⁸⁾ 법적 감독은 주로 자치사무에 대해 행하며, 직무감독은 위임사무나 지시에 의한 의무적 사무에 대해 이루어진다. 자치사무에 대한 법적 감독은 합법성통제에 제한된다고 볼 수 있다. 좁은 의미의 국가감독은 행정주체 내부의 기관감독이나 행정청의 내부감독과는 구별된다.¹⁴⁹⁾ 넓은 의미의 국가감독에는 하급기관에 대한 상급기관의 근무감독(Dientsaufsicht)이 추가된다.¹⁵⁰⁾ 예컨대 지방자치단체 내의 근무관계에서 소속 직원에 대한 시장의 감독이 여기에 해당한다.

(2) 법적 감독

지방자치단체의 행정작용에 대한 적법성 통제를 목적으로 하는 법적 감독은 예방적 감독과 억제적 감독으로 구분할 수 있다. 전자에는 게마인테에 대한 감독청의 조언(Beratung), 조례(특히 도시건설조례)에 대한 승인유보(Genehmigungsvorbehalten) 등이다. 후자의 경우에는 정보요구권, 시정명령권 및 직권취소권, 대집행명령 및 지방의회의 해산

146) 이에 대해서는 Schmidt-Aßmann, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn, Rn. 42.

147) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 27.

148) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 27.

149) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 28.

150) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 28.

등이 있다.¹⁵¹⁾ 지방자치단체에 대한 국가기관(감독청)의 조연 의무는 명문의 규정이 없더라도 게마인데가 국가뿐만 아니라 주(란트)의 일부로서의 지위에서 도출된다.¹⁵²⁾

정보요구권(Informationsrecht) 내지 보고요구권(Unterrichtungsrecht)는 가장 약한 억제적 수단이다. 개별적인 게마인데의 사무를 적합한 방식으로 해당 감독청에게 보고하도록 하거나 일반적인 제시의무를 부과하는 것을 말한다.¹⁵³⁾ 또한 법적 감독청은 게마인데의 결정이나 명령, 기타 조치 등이 법률을 위반한 경우에 시정명령을 내리며, 이러한 시정명령은 집행행지효를 가진다.¹⁵⁴⁾ 이러한 시정명령을 이행하지 않는 경우에 직권취소를 할 수 있다.¹⁵⁵⁾ 그리고 게마인데의 위법한 부작위에 대해서는 전술한 바와 같이 대집행이 고려된다.

(3) 직무감독

합목적성 통제를 목적으로 하는 직무감독은 대부분 법률에 근거가 있으며 행정청의 재량사항이다.¹⁵⁶⁾ 대부분의 각 주 지방자치법에는 직무감독청에 지시권 외에 정보요구권을 보장하고 있다.¹⁵⁷⁾ 일원적 모델에서는 국가로부터 위탁받은 사무의 수행과 관련된 게마인데의 활동은 국가의 하부기관과 동일하며, 지시권도 원칙적으로 무제한적이다. 이와 달리 일원적 모델에서는 자유 사무와 의무적 사무의 구별이 없고, 행정사무의 수행과 관련하여 국가의 계층제 구조에 속하지 않아 법률의 범위 내에서 지시권에 따라 수행해야 할 의무적 과제의 상세한 규율을 위해 명령하는 경우에 지시권이 존재한다.¹⁵⁸⁾

151) 예방적 감독과 억제적 감독의 유형에 대해서는 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl., § 94 Rn. 141 ff.

152) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 137. .

153) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 142.

154) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 143 f.

155) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 147.

156) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 41 f.

157) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 162.

158) 이에 대해서는 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 163 f.

제3절 국가(연방)에 대한 주(란트)의 권리구제수단

1. 헌법소송에 의한 권리구제

(1) 연방헌법재판소에 의한 권리구제

지방자치단체(게마인데)는 기본권 능력이 없기 때문에 공권력의 행사에 대해 기본권 주체가 제기하는 기본법 제93조 제1항 제4a호의 일반적인 헌법소원은 제기할 수 없다. 다만, 기본법 제28조의 자치권 침해를 이유로 지방자치단체가 제기하는 기본법 제93조 제1항 제4b호의 지방자치단체 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)만 제기할 수 있다. 이러한 헌법소원의 소송능력은 지방자치단체(게마인데 또는 게마인데 단체)이지만, 각 지방자치법에 따라 정한 지방자치단체의 기관도 소송능력이 부여될 수 있다. 또한 지방자치단체 헌법소원의 대상은 모든 종류의 연방 또는 주(란트)의 법규범이며, 집행권의 구체적 조치(처분)나 판결은 제외된다.¹⁵⁹⁾ 비록 독일 기본법 제93조 제1항 제4b호에는 ‘법률(Gesetz)’이라고 규정하고 있지만, 의회가 제정한 형식적 법률 외에 법규명령이나 자치법규(조례)도 포함된다.¹⁶⁰⁾

(2) 주 헌법재판소에 의한 권리구제

대부분의 주에서는 주 법률에 대한 지방자치단체 헌법소원을 주 헌법재판소에 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우에는 심사척도로 주의 헌법도 고려된다. 권리구제가 연방법의 보호범위로 넘는 경우에는 연방헌법재판소에 지방자치단체 헌법소원을 제기할 수 있다.¹⁶¹⁾

159) 이에 대해서는 Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 74.

160) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 3.

161) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 5.

2. 행정소송에 의한 권리구제

지방자치단체는 행정소송에 의한 권리구제의 가능성이 열려 있다. 독일 행정법원법 제 40조 제1항 제1문에는 헌법적 성격이 아닌 공법적 쟁송에 대해서는 행정법원에 제소할 수 있다. 지방자치단체(게마인데)는 독일 행정법원법 제61조 제1호의 ‘법인’에 해당하므로 소송상의 권리능력인 당사자능력(Beteiligtenfähigkeit)을 가지고 있으며, 지방자치단체의 장도 독일 행정법원법 제62조 제3항 및 각주 지방자치법의 규정에 따라 유효한 소송행위를 할 행위능력인 소송능력(Prozessfähigkeit)을 가질 수 있다.¹⁶²⁾

한편, 우리 행정소송법에는 원고적격(제12조) 외에 이러한 당사자능력과 소송능력에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이에 관해서는 민사소송법에 의하여야 한다. 그러나 민사소송법에도 행정기관이나 국가기관의 당사자능력에 관한 규정이 없다. 또한 행정소송법 제1조의 목적조항에서 규정하고 있는 바와 같이 행정소송의 주된 기능은 국민의 권리구제에 있으므로 명문의 규정 없이 지방자치단체가 항고소송을 제기하는 것은 신중할 필요가 있다. 이러한 사항은 법원이 직권으로 조사할 사항이지만, 이를 명확히 판단하지 않고 본안판단으로 넘어가는 것은 타당하지 않다. 대법원은 서울특별시가 지방자치단체의 장(강원도 양양군수)을 피고로 하여 건축협회의 취소의 취소를 구하는 소를 제기한 사건에서 해당 건축협회의 취소가 행정처분이라고 판단하고 있을 뿐만 아니라 서울특별시의 원고적격을 인정하고 있다.¹⁶³⁾ 나아가 최근에는 지방자치단체(강원도 양구군)에 대한 행정자치부(현 행정안전부) 장관의 2003년 지방교부세감액결정에 대해 소의 적법성(원고적격 및 대상적격)을 검토하지 않고, 처분의 위법 여부를 판단하고 있다.¹⁶⁴⁾

지방자치단체는 국가의 감독처분이 행정행위에 해당할 경우 취소소송이나 의무이행소송(예컨대 허가발급을 구하는 소송)을 제기할 수 있다. 국가의 감독조치에 대한 취소소송

162) Burgi, a.a.O., § 9 Rn.. 9.

163) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두22980 판결. 이러한 문제점에 대해서는 정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016, 389면.

164) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2014두43073 판결.

이나 의무이행소송에 있어서 전심절차(Vorverfahren)는 생략된다(행정법원법 제68조 제1항 제1호 및 제2항 참조). 이러한 항고소송을 제기하는 경우 독일에서는 원고적격의 문제 보다는 그 대상적격이 문제되는 경우가 적지 않다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 당사자능력이나 소송능력 등에 대해 독일 행정법원법에 이미 명문의 규정을 두고 있기 때문이다. 이와 관련하여 일원적 체계에 있어서 지시에 따른 의무적 사무는 행정행위로 파악될 수 있지만, 이원적 체계에 있어서 자치사무에 대해서는 외부효가 인정되나 국가위임사무(단체위임사무)를 수행하는 경우에는 원칙적으로 외부효가 인정되지 않는다고 보고 있다.¹⁶⁵⁾ 다만, 사인에 대해 발령된 조치가 게마인데와 관련된 경우에 해당 조치는 행정행위로서의 성격이 인정될 수 있다. 예컨대 게마인데가 질서행정청(Ordnungsbehörde)으로서 사인(私人)에 대해 금지처분을 하는 경우를 고려할 수 있다.¹⁶⁶⁾ 우리나라의 경우에는 경찰하명에 해당할 수 있다. 국가의 감독조치가 행정행위의 성질을 가지지 않는 경우에는 일반이행의 소(allgemeine Leistungsklage)나 확인의 소(Feststellungsklage)를 제기할 수 있다.¹⁶⁷⁾

이와 같이 게마인데는 법인격을 가지고 있으므로 행정법원법 제61조에 의한 당사자능력(Parteifähigkeit)을 가지며, 시장은 게마인데를 대표하므로 취소소송이나 의무이행소송에 있어서 소송능력(Prozessfähigkeit)을 가진다(독일 행정법원법 제62조).¹⁶⁸⁾ 또한 지방자치단체의 장, 즉 시장의 권한은 집행작용이며 기능적 의미에서 ‘행정청’의 지위를 가지기 때문에 행정행위의 성격을 가지지만, 지방의회의 의결은 당연히 행정행위의 성격을 가진다고 보기 어렵다. 다만, 지방의회의 의결도 일정한 경우에는 매우 예외적으로 “자기집행적(self-executing)”의 성격을 가지는 경우에 행정행위로 인정되고 있다.¹⁶⁹⁾ 그 밖에 일설은 국가기관의 ‘지시’가 외부효를 가지며, 일정한 요건을 충족할 경우에는 행정행위로서의 성격을 가진다고 주장한다. 이 경우 독일 행정법원법 제42조 제2항의 원고적격이 인정되고 주 헌법이나 기타 개별 법률에서 도출되는 주관적 공권이 주장될 수 있다는 것이다.¹⁷⁰⁾

165) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 10.

166) 이에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 11.

167) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 12.

168) Burgi, a.a.O., § 13 Rn. 26.

169) Burgi, a.a.O., § 12 Rn. 23.

170) Burgi, a.a.O., § 8 Rn. 24.

한편, 우리나라에서는 조례제정과 관련하여 국가기관나 상급지방자치단체의 장의 감독권에 근거한 처분이나 조치 등에 대해 하급지방자치단체의 장이 제기하는 대표적 소송은 기관소송이다. 이러한 기관소송은 지방자치법에서 규율하고 있으며, 규범폐기권과 유사한 측면이 있다. 다만, 기관소송 법정주의로 인해 기관소송을 제기할 수 있는 경우는 법률의 규정이 있는 경우에 한한다. 이와 달리 독일에서는 우리나라의 권한쟁의심판에 해당하는 기관쟁송(Organstreit)만 보장하고 있을 뿐, 그 밖의 기관 사이의 쟁송, 즉 기관간 쟁송(Organklage)은 행정소송에 의하고 있다. 근래에 우리나라의 법원도 항고소송에 있어서 지방자치단체의 원고적격을 인정하고 있으나, 이에 관한 명문의 규정 없이 이를 허용하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이다. 법률에 명문의 규정이 두지 않은 채 지방자치단체이나 그 기관에 대해 항고소송의 원고적격을 인정하거나 그 조치나 작용 등을 행정처분으로 판단하는 것은 타당하지 않다. 이와 관련하여 이러한 국가 또는 지방자치단체의 기관 사이의 쟁송문제를 어떻게 처리해야 할지에 대해 깊은 있는 연구가 필요가 있으며, 독일의 사례는 매우 시사하는 바가 크다고 하겠다.¹⁷¹⁾

3. 국가배상에 의한 권리구제

독일에서는 기본법 제34조 및 민법 제839조에 따라 국가배상책임이 인정되고 있다. 또한 바이마르(Weimar) 헌법 제131조에서 대위책임(직무책임)을 인정한 이래 그러한 기초를 계속 유지하고 있다. 독일 기본법 제34조에는 배상책임의 주체를 국가와 공공단체를 규정하고 있다. 따라서 연방, 주(란트) 및 지방자치단체도 배상책임의 주체가 된다. 게마인데는 배상청구권의 상대방이 되는 경우가 일반적이지만, 국가와 게마인데의 관계에 있어서 국가배상청구를 할 수 있는지가 문제되고 있다. 즉 다른 행정주체(연방 또는 주, 게마인데)에 의해 발생한 손해에 대해 국가배상책임을 물을 수 있는지가 논의되고 있다.¹⁷²⁾ 또한 다른 행정주체에 대한 국가배상에 있어서 그 요건 중 제3자 관련성이 인정될 수

171) 이 문제에 대해서는 정남철, 행정법의 특수문제, 66-70면 참조.

172) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 20.

있는지가 문제된다. 이러한 제3자 관련성은 원칙적으로 국가와 시민의 관계를 전제로 하고 있다. 이러한 경우에도 시민과의 외부관계에 있어서 관련된 공적 과제의 완수를 위해 조력하고 있으므로 제3자의 관련성이 인정될 수 있다는 견해가 유력하다.¹⁷³⁾

독일에서는 제1차적 권리구제수단으로 취소소송을 제기하여 위법한 행정행위를 제거한 후 잔존하는 침해의 결과제거나 원상회복, 부작위(금지)청구나 방어청구 등을 하고, 제2차적 권리구제수단으로 국가배상이나 손실보상을 고려한다. 국가배상은 그러한 이유에서 제2차적 권리구제수단에 해당한다.¹⁷⁴⁾ 지방자치단체가 국가를 상대로 한 국가배상 청구는 흔치 않으며, 독일민법 제839조 제3항에 따라 먼저 국가배상을 청구하기 이전에 행정심판을 제기하거나 행정법원에 소를 제기하는 것이 선행되어야 한다.¹⁷⁵⁾

173) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 21.

174) 정남철, “국가배상법의 현안과 과제”, 행정법학 제8호(2015. 3), 14-15면.

175) Burgi, a.a.O., § 9 Rn. 28.

제4장

지방자치단체의 자치입법권

제1절 독일의 자치입법에 관한 개관

제2절 자치입법의 범위와 위법성 판단

제3절 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제

제4장

지방자치단체의 자치입법권

제1절 독일의 자치입법에 관한 개관

독일에서는 자치입법의 대명사로 자치법규(Satzungen)의 개념이 사용되고 있다. 자치법규의 하나인 지방자치단체의 조례도 국법체계에 편입되어 법률이 부여한 자치의 범위 내에서 제정되는 법규범이라고 보는 견해가 지배적이다.¹⁷⁶⁾ 독일의 지방자치제도에서 지방자치단체의 조례는 시원적인 법규범은 아니며, 법률우위의 원칙을 준수해야 한다. 바이마르 헌법 제127조에는 “법률의 한계 내에서의 자치권(Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken des Gesetzes)”이라는 규정을 두고 있었고, 오늘날에도 독일 기본법 제28조에서 게마인데가 “법률의 범위 내에서(im Rahmen der Gesetze)” 자신의 책임 하에 규율할 권리를 보장하고 있다. 이러한 규정은 자치입법의 보장을 규율한 것이지만, 자치입법과 법률과의 관계를 여실히 보여주는 것이다.

지방자치단체의 조례는 자치행정의 전형적 도구로서 법률과 법규명령 외에 실질적 의미의 법률 중 제3자의 카테고리를 형성하고 있다. 전술한 바와 같이 독일에서는 게마인데가 조례 외에 (법규)명령(Verordnung)을 제정할 수 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 조례와 법규명령의 구별이 문제되고 있다.¹⁷⁸⁾ 지방자치단체가 법규명령을 제정할 경우에는 명확한 법률의 근거가 필요하며, 이러한 법규명령은 경찰질서법의 영역에서 제정되고 있다.¹⁷⁹⁾ 조례는

176) Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrechts, 12. Aufl., § 7 Rn. 60.

177) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 9, 13.

178) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 4 Rn. 28.

179) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 13 f.

지방분권(Dezentralisation)에 기초하고 있지만, 법규명령은 국가의 법제정에 있어서 권력 분산(Dekonzentration)에 근거하고 있다. 법규명령은 기본법 제80조 제1항의 명확성요청(Bestimmtheitsgebot)에 따라 수권의 내용, 목적 및 범위가 법률에서 명확히 규정되어야 하지만, 조례에 있어서는 포괄적 위임이 허용된다. 조례에 있어서는 법률상 수권을 엄격히 요구하지 않지만, 본질사항유보설에 따라 기본권을 침해하는 조례를 제정하는 경우에는 본질적인 사항에 대해 입법자가 스스로 결정하여야 한다.¹⁸⁰⁾ 위임사무의 집행과 관련된 경우에는 조례와 법규명령의 구별에 어려운 점이 있다. 그러나 양자는 기능적 측면에서 구별해야 한다는 견해가 유력하다. 법규명령은 주로 위임사무(국가위임사무)와 관련된 경우에 문제되지만, 조례는 자치사무와 관련하여 제정된다.¹⁸¹⁾

독일에서도 조례제정권의 범위와 한계가 문제된다. 이와 관련하여 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙과의 관계를 검토할 필요가 있다. 이러한 문제는 결국 조례제정의 위법성 판단과 관련이 있다. 최근 지방분권 개헌논의와 관련하여 조례와 법률의 관계, 조례와 법규명령의 관계 등이 논의되었다. 이러한 문제에 대해서도 독일의 사례를 살펴보기로 한다. 지방자치단체의 조례제정권 확대 논의에 앞서 위헌·위법인 조례에 대한 사법적 통제가 중요한 의미를 가진다. 우리나라에서는 조례에 대한 권리구제에 관한 문제를 소홀히 취급하고 있다. 조례에 대한 사법적 통제는 주로 기관소송이나 권한쟁의심판의 방식으로 이루어지고 있고, 위법한 조례에 대한 개인의 권리구제는 부수적 규범통제의 방식에 의하고 있을 뿐이다. 이와 관련하여 추상적 규범통제 내지 주위적(본원적) 규범통제를 채택하고 있는 독일의 사례를 살펴보기로 한다. 또한 이러한 위법한 조례의 부작위에 대한 행정소송의 가능성에 대해서도 검토한다. 이 부분에 대해서는 지금까지 충분한 연구가 되어 있지 않은 상황인데, 독일의 학설 및 판례는 이러한 문제에 대해 해결방안을 제시해 줄 것이다. 이하에서는 지방자치단체의 조례의 제정범위와 한계, 조례에 대한 사법적 통제 등의 순서로 설명한다.

180) 이에 대해서는 정남철, *현대행정의 작용형식*, 428면.

181) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 4 Rn. 28.

제2절 자치입법의 범위와 위법성 판단

1. 자치입법의 본질과 특징

(1) 자치법규의 개념

독일에서는 자치입법으로서 ‘자치법규(Satzungen)’의 개념이 사용되고 있다. 자치법규의 개념은 지방자치단체의 조례 외에 도서관이나 대강당 등 지방자치단체의 시설의 이용과 관련된 규율을 망라하고 있다. 즉 독일의 자치법규(Satzungen) 개념은 “공법상 법인이 자신의 사무를 규율하기 위해 발급하는 것”을 의미한다.¹⁸²⁾ 그러한 의미에서 독일의 자치법규는 지방자치단체 외에 대학, 상공회의소, 의사협회, 방송시설 및 사회보장단체 등의 영역을 망라한다. 지방자치단체의 조례는 대체로 “gemeindliche Satzungen”, “kommunale Satzungen” 등으로 표현하여 보다 명확히 구별하고 있으나, 이러한 표현을 사용하지 않더라도 ‘Satzungen’이라는 표현을 사용하는 경우도 있다. 지방자치단체 외의 대학이나 직업대표단체, 사회보장단체 등의 영역은 ‘기능적 자치행정(funktionale Selbstverwaltung)’으로 부르고 있다. 본고에서는 통상적으로 ‘자치법규’라는 용어를 사용하되, 지방자치단체의 조례를 의미하는 경우에는 이와 구별해서 사용하기로 한다.

이러한 자치법규가 사무규칙(Geschäftsordnungen)과 구별되는지가 다투어지고 있다. 예컨대 연방의회나 연방참사원, 연방회계검사원 등에는 조직·절차 등과 관련된 사무규칙이 있다. 이러한 사무규칙의 법적 성질에 대해 종래 자치법규(Satzungen)로 보는 견해가 유력하였다.¹⁸³⁾ 그러나 근래에는 독자적인 법원 내지 법규로 보거나¹⁸⁴⁾, 조직상의 행정규칙으로 보는 견해¹⁸⁵⁾, 그리고 헌법상의 자치법규로 보는 견해¹⁸⁶⁾ 등 다양한 견해가 있

182) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 4 Rn. 24.

183) Schneider, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts (I), 2. Aufl., § 13 Rn. 71; Stern, Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, § 26 III 6.

184) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 24 Rn. 15.

185) Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht 12. Aufl., § 6 Rn. 33.

186) Dreier, Regulationsform und Regulationsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ 1990, S. 310 ff.; Böckenförde,

다.¹⁸⁷⁾ Ossenbühl 교수는 이러한 사무규칙은 국가의 권한을 사용하여 제정되는 것이므로 자치법이 아니라 국가법이며, 지방자치단체의 사무규칙도 법원(法源)이기는 하나 자치법 규로는 볼 수 없다고 주장한다.¹⁸⁸⁾

(2) 자치법규의 적용영역

독일의 자치법규가 적용되는 영역은 지방자치단체 외에 기능적 자치행정도 망라한다. 첫째, 대학이나 교육기관 등 학술적 자치행정에서도 자치법규가 인정된다. 독일에서 대학의 학칙은 대체로 법규적 효력이 인정되는 ‘자치법규’로 이해된다. 예컨대 박사학위취득 규정(Promotionsordnung)이나 정교수자격취득규정(Habilitationsordnungen) 등이 그러하다.¹⁸⁹⁾ 한편, 우리나라에서도 국·공립대학 학칙의 법적 성질에 대해 다툼이 있다. 이러한 학칙에 대해 교육의 자주성과 대학의 자율성이 보장되어야 한다는 측면에서 ‘자치법규’로 보는 견해가 있다.¹⁹⁰⁾ 이러한 주장은 독립된 법인격을 가지고 공공단체의 성격을 가지는 독일·프랑스 등의 국·공립대학의 사례에 적합하지만, 우리나라의 국·공립대학에 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다. 또 다른 견해는 법인화된 국·공립대학의 학칙은 자치규범으로 보면서, 법인화되지 않은 국·공립대학의 학칙을 준(準)자치규범(Quasi-Satzung)으로 보는 견해도 있다.¹⁹¹⁾ 생각건대 국립대학법인(예컨대 서울대학교)의 학칙은 일종의 자치법규로 보는 것이 타당하다. 그러나 법인화가 되지 않은 국립대학은 국가가 설치·운영하는 교육시설에 해당하며, 이러한 국립대학의 학칙은 일종의 영조물 규칙으로서 ‘행정규칙’으로 보는 것이 타당하다. 대법원은 국립대학이 총장 후보자 선정

Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl., S. 122.

187) 이에 대한 상세는 정남철, “자체감사의 활성화와 감사원의 합리적 지원방안 연구”, 공법연구 제46집 제2호(2017. 12), 26-27면.

188) Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., § 105 Rn. 42.

189) Ossenbühl, n: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 105 Rn. 8; Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 4 Rn. 24.

190) 박균성, 행정법론(상), 제15판, 2016, 192면.

191) 최정일, “학칙의 법적 성격과 효력을 중심으로: 독일에서의 논의를 중심으로”, 행정법연구 제41호(2015. 2), 237-238면.

방식을 학칙으로 정할 수 있으며 학칙에 규정되어 있는 기존의 총장 후보자 선정방식을 학칙 개정을 통하여 변경할 수 있다고 보면서, 교원 또는 교수회의 동의 없이도 총장 후보자 선출을 위한 기존의 직선제 학칙을 간선제로 바꾸는 것이 허용된다고 판시하고 있다.¹⁹²⁾ 또한 이 판결의 이유 부분에서 “해당 대학이 법령과 학칙이 정하는 절차에 따라 법령의 범위 내에서 제정 또는 개정된 학칙은 대학의 자치규범으로서 당연히 구속력을 갖는(다)”고 설명하고 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 법인화가 되지 않은 국립대학의 학칙을 “자치규범”으로 표현하는 것은 타당하지 않다.¹⁹³⁾ 여기에서 말하는 ‘구속력’은 대학 내부의 구성원에 대한 구속력을 의미하는 것이다. 대부분의 민사판례에서는 사적 단체의 내부적 규율에 대해 ‘법규범’, ‘자치법규’ 등의 용어를 광범위하게 사용하고 있다.¹⁹⁴⁾ 공법에서 사용되는 ‘법규범’ 내지 ‘법규’라는 용어와 혼동을 초래하고 있어 신중하게 사용될 필요가 있다. 법규범은 법률, 법규명령, 조례 등과 같이 불특정다수인에 대해 직접적으로 대외적 구속력을 가지며, 그 자체가 재판규범이 될 수 있다. 따라서 이에 위반한 처분은 무효가 된다. ‘자치법규’라는 용어도 지방자치단체의 조례나 규칙에 제한하여 사용하는 것이 바람직하지만, 지방자치단체의 규칙은 법규적 효력이 없는 경우도 있다.¹⁹⁵⁾

둘째, 경제단체나 직업단체 등의 자치행정에도 자치법규가 인정된다. 상공회의소나 의사협회, 변호사협회 등이 여기에 속한다. 상공회의소(Industrie- und Handeskkammern)는 공

192) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013두26408 판결.

193) 한편, 판례는 대한민국 상이군경회의 정관에 대해서도 법규범의 성격을 인정하고 있지만, 대외적 구속력은 없고 단지 그 군경회의 기관과 구성원에 대해 내부적 구속력을 가지는 의미로 사용하고 있다. 즉 “대한민국 상이군경회의 정관이 위 군경회의 조직, 활동 등 단체법적 법률관계를 규율하는 내용의 것이라면 이는 위 군경회의 기관과 구성원에 대하여 구속력을 가지는 법규범(자치법규)과 다름없다.” (대법원 1992. 8. 18. 선고 92다13875, 13882(병합), 13899(병합) 판결).

194) 대법원은 지방자치단체의 조례나 규칙에 대해 ‘자치법규’라는 용어를 사용하면서도(대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결), 서울상공회의소 노동조합의 규약(대법원 1997. 7. 25. 선고 95누4377 판결), 대한불교조계종의 종헌 및 중법(대법원 1992. 1. 23. 자 91마581 결정), 법인의 정관(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다 41741 판결) 등에 대해서도 ‘자치법규’라는 표현을 사용하고 있다.

195) 문재인 대통령이 발의한 헌법개정안 제107조 제2항에는 “명령·규칙·조례 또는 자치규칙이 헌법이나 법률에 위반되는지가 재판의 전제가 된 경우 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고 있다. 현행 헌법과 달리 처분 개념 대신에 조례와 자치규칙을 포함시키고 있다. 지방자치단체의 규칙을 ‘자치규칙’이라는 표현하고 있음은 주목된다. 이러한 용어사용은 ‘명령’, 즉 법규명령의 성질을 가지는 ‘규칙’(예컨대 중앙선거관리위원회 규칙)과 구별하기 위해 사용한 것이다.

공단체에 해당하며, 내부조직의 규율은 자치법규에 의한다.¹⁹⁶⁾ 셋째, 사회보장에 있어서도 자치행정이 인정된다. 다양한 사회보장의 분과에서 자치법규가 제정되며, 여기에서 조직이나 구성원 및 절차 등을 규율하고 있다.¹⁹⁷⁾ 그 밖에 독일 연방은행이나 공영방송국 등 각종 영조물과 재단의 경우에도 자치법규가 인정되고 있다.¹⁹⁸⁾ 이와 같이 독일의 자치법규는 지방자치단체의 조례 외에 매우 넓은 영역에까지 미치는 개념이다.

2. 조례제정의 범위와 한계

(1) 조례제정의 근거, 범위 및 정당성

지방자치단체 조례제정의 헌법적 근거는 독일 기본법 제28조 제2항에서 찾을 수 있다. 독일 기본법 제28조 제2항에는 “법률의 범위 내에서 자신의 책임 하에 모든 지역공동체의 사무를 규율할 권리가 지방자치단체에 보장되어 있다”고 규정하고 있다. 여기에서 “법률의 범위 내에서”란 법률유보를 의미하며, ‘법률’은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률 외에 법규명령이나 관습법 그 밖에 법률하위규범도 포함한다.¹⁹⁹⁾ 지방자치단체의 조례제정권은 민주적 정당성이 확보된 지방의회가 제정한다는 점에서 상대적 포괄적이다. 그 밖에 주(란트) 헌법에서도 대학이나 고등교육기관의 보장을 규정하여 자치법규를 제정할 권한을 부여하고 있으며, 각 개별 조직법률에서도 이를 보장하고 있다.²⁰⁰⁾

조례제정의 범위와 관련하여 독일 기본법 제28조 제2항에 규정된 “법률의 범위 내에서”라는 부분이 법률의 상위뿐만 아니라 법률유보의 원칙도 관련된 있다는 견해가 유력하다.²⁰¹⁾ 이러한 점은 유사한 규정을 두고 있는 우리 헌법의 해석에도 고려해야 할 사항이다. 우리 헌법 제117조 제1항에서 “법령의 범위 안에서”라는 규정을 두고 있지만, 학설

196) Ossenbühl, n: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 105 Rn. 9.

197) Ossenbühl, n: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 105 Rn. 11.

198) 이에 대해서는 Ossenbühl, n: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 105 Rn. 13 ff.

199) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 20.

200) Ossenbühl, n: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 105 Rn. 18.

201) Nierhaus, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 28 Rn. 46.

은 법률의 우위만 인정되는 것으로 이해하는 경향에 있다. 이러한 점은 지방자치법 제22조 단서 규정의 위헌론과 관련하여 시사하는 바가 크다. 해당 규정의 위헌적 해석보다는 조례제정의 범위를 보다 유연하게 해석할 수 있는 법리를 개발하는 것이 현실적으로 더욱 중요하다.²⁰²⁾

한편, 조례제정권의 민주적 정당성 확보가 문제된다. 독일에서도 소위 자치적 정통화(*autonome Legitimation*) 내지 정당성 확보가 논의되고 있다. 즉 독일 기본법에는 이에 관한 명문의 규정이 없지만 이론적으로 논의되고 있다. 국가권력의 주체 내지 주권자는 ‘국민’이지만(독일 기본법 제20조 제2항 참조), 지방자치단체의 주민도 ‘부분국민’으로서 지위를 가진다는 것이다.²⁰³⁾ 지방자치단체는 집행부의 일부이므로 그 결정은 의회의 법률에 구속되어야 할 뿐만 아니라 소속 주민들이 선출한 대표기관인 지방의회가 제정한 조례에도 구속되어야 한다.²⁰⁴⁾ 의회의 법률과 지방자치단체의 조례 사이에는 대단히 정교하게 짜여진 상호관계를 이루고 있는데, 지방자치단체의 대표기관인 지방의회도 집행부의 일부이며 법제정행위도 행정의 작용형식의 하나로 다루어지고 있어 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙을 준수하여야 한다.²⁰⁵⁾ 오늘날에는 고전적인 민주적 정통화 내지 민주적 정당성 확보에서 나아가 참여나 수용 등 절차적 측면이 중시되고 있다.²⁰⁶⁾

(2) 조례제정의 한계

조례제정권은 사항적으로 법률에서 정한 사무나 관할의 영역에서 제한되며, 인적으로는 그 구성원이나 영조물의 이용자에 국한된다.²⁰⁷⁾ 또한 법률유보와 관련하여 본질적인 규율, 즉 기본권을 제한하는 규율에 대해서는 입법자가 스스로 결정하여야 한다(본질사항

202) 이러한 문제점에 대해서는 정남철, 현대행정의 작용형식, 428면 참조.

203) 이에 대해서는 정남철, “행정과 사법의 민주적 정당성 확보를 위한 공법적 과제”, 법조 통권 제727호(2018. 2), 457면 이하 참조.

204) Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991), S. 359.

205) Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, S. 359.

206) 이에 대한 상세한 논의는 정남철, “행정과 사법의 민주적 정당성 확보를 위한 공법적 과제”, 462면 참조.

207) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 4 Rn. 27.

유보설).²⁰⁸⁾ 독일 연방헌법재판소는 1972. 5. 9. 전문의(Facharzt) 결정에서 이익대표집단의 자치법규가 법률유보의 원칙(본질사항유보설)을 위반하였는지 여부를 심사하였다. 법률과 자치법규(조례)의 충돌이면에는 일반공중의 이익 내지 공공복리(Gemeinwohl)와 특정한 집단의 이익이 충돌하고 있다. 연방헌법재판소는 “사회단체의 힘을 통해 개인의 자유를 위협하는 그러한 위협을 방지하고 소수자의 이익과 동시에 공익을 보호하는 것은 모두 법률유보의 기능에 속한다”고 결정하였다.²⁰⁹⁾ 이러한 자유적 내지 전문직의 권리에 대해서는 입법자가 필요한 결정을 스스로 하여야 한다고 판단한 것이다.²¹⁰⁾

3. 자치입법(조례)의 위법성 판단

자치입법, 특히 조례제정의 위법성 판단은 구체수단에 따라 차이가 있다. 이러한 조례제정의 위법성 판단은 공법상 구체수단에 따라 차이가 있다. 규범통제의 관점에서 자치입법의 위법성 판단은 실체적 요건과 절차적 요건으로 구분하여 접근할 필요가 있다. 우선 형식적 요건으로는 관할이나 절차, 형식이 문제된다. 연방 각주에서 조례제정의 권한 내지 관할은 지방의회(Gemeinderat)에 있다. 조례제정의 절차는 행정행위의 발급과는 달리 복잡하며 시간이 더 소요된다. 절차는 주로 지방의회의 회의와 관련이 있으며, 소집절차나 의사정족수 또는 의결정족수 등이 문제된다. 형식에 있어서는 주로 서명이 문제된다. 조례는 법규범이므로 공포 절차가 중요하다. 지방자치단체의 관보나 공보, 일간신문 등에 게재하여야 한다.

그 밖에 지방자치법에는 국가의 감독기관과의 협력을 규정한 경우가 있으며, 조례제정에 대해 이를 감독기관에 알려야 할 의무를 규정한 경우도 있다.²¹¹⁾ 이러한 절차상 하자가 있는 조례는 원칙적으로 위법이다. 다만, 경미한 절차규정의 위반에 대해서는 예

208) Maurer/Waldhoff, a.a.O.

209) BVerfGE 33, 125 (160).

210) Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 327.

211) 이러한 절차적 요건에 대해서는 Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 27.

외가 인정될 수 있다. 즉 불고려(Unbeachtlichkeit) 내지 치유가능성이 있다(예컨대 건설법전 제214조 및 제215조). 즉 독일 건설법전(Baugesetzbuch) 제214조 제2항에 의하면 경미한 형량하자에 대해 계획유지의 법사상에 따라 계획보충(Planergänzung)이 인정되고 있다.²¹²⁾ 이러한 경우에는 조례의 위법성이 인정됨에도 불구하고 유효한 상태로 남아 있게 된다.²¹³⁾

실체적 위법성은 앞에서 언급한 바와 같이 법률우위원칙이나 법률유보원칙과 관련하여 검토될 수 있다. 자치입법권은 파생적 법원이므로 법률에서 정한 규정을 준수해야 한다. 또한 독일에서는 연방의 법률이나 법규명령과 마찬가지로 직접적으로 유효한 유럽법상의 규정도 준수해야 한다. 예컨대 유럽연합의 제1차 법원인 각 조약 외에, 제2차적 법원에 해당하는 명령(Regulation, Verordnung)이나 예외적으로 직접적 효력을 가지는 지침(Directive, Richtlinie)을 준수해야 한다.²¹⁴⁾ 또한 실체적 위법성의 판단과 관련하여 개별법에서 정한 심사기준이 적용되는 경우도 있다. 예컨대 건설기본계획(Bauleitpläne)의 수립 시에 형량명령을 위반한 그 위법성이 인정될 수 있다.²¹⁵⁾ 즉 건설기본계획의 수립시에 공익과 사익이 서로 형량 되어야 한다는 규정이 그러하다(독일 건설법전 제1조 제7항). 건설기본계획의 위법성 심사는 오히려 이러한 형량명령의 위반여부에 의해 좌우되는 경우가 적지 않다. 그 밖에 헌법에 규정된 기본권 조항이 위법성 판단의 기준이 된다. 예컨대 독일 기본법 제1조의 직업의 자유나 제14조의 재산권 조항 등이 그러하다. 또한 급부행정과 관련하여 평등의 원칙(독일 기본법 제3조 제1항)도 문제된다.²¹⁶⁾ 이러한 조항들은 헌법소원에서 주로 문제된다.

법률유보의 원칙과 관련하여 개인의 자유나 재산을 침해하는 조례제정에 있어서는 법률의 수권근거가 필요하다. 이러한 법률의 수권이 어느 정도 범위에서 필요한지에 대해서

212) 이에 대한 상세는 정남철, 현대행정의 작용형식, 378-379면.

213) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 30.

214) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 32.

215) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 33.

216) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 35.

는 다양한 학설이 존재한다. 특히 독일에서는 침해유보설 외에 전부유보설, 사회유보설 및 본질사항유보설 등이 소개되고 있다.²¹⁷⁾ 그러나 본질사항유보설에서 말하는 ‘본질적’이라는 의미가 공허한 내용이라는 비판이 제기되었고, 독일 연방헌법재판소는 ‘본질적’이라는 의미를 “기본권 실현에 있어서 본질적인”이라는 의미로 이해하고 있다.²¹⁸⁾ 기본권 실현에 있어서 본질적인 사항을 정하는 것은 입법자의 몫이다. 이러한 논의는 기본권의 법률유보에 관한 것이다. 최근에는 국가조직의 조치나 국가정책적 결정과 관련하여 이른바 조직적·제도적 법률유보(organisatorisch-institutionelle Gesetzesvorbehalte)가 논의되고 있으나²¹⁹⁾, 기본권의 조직적 또는 절차적 성격 때문에 양자의 구별이 어렵다는 주장도 유력하다.²²⁰⁾

제3절 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제

1. 문제의 상황

지방자치단체의 조례제정권 확대 논의에 앞서 위헌·위법인 조례에 대한 사법적 통제를 검토할 필요가 있다. 지방자치단체의 조례는 지방자치단체의 자율적 규범이지만, 주민의 주관적 공권이나 기본권을 제한할 수도 있기 때문이다. 우리나라에서도 조례제정에 대한 권리구제는 매우 불완전하다. 이러한 사법적 통제의 불완전성의 근원(根源)은 규범통제 제도가 불충분하기 때문이다. 조례는 법률이나 법규명령과 마찬가지로 ‘규범’의 성격을 가지므로 이러한 위법한 조례에 대한 권리구제는 원칙적으로 ‘규범통제’의 방식으로 이루어져야 한다. 대표적으로 독일 행정법원법 제47조 제1항에 규정된 도시계획조례에 대한 추상적 규범통제가 그러하다.

217) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 6 Rn. 11 ff.

218) BVerfGE 47, 46 (79).

219) 이에 대해서는 정남철, 현대행정의 작용형식, 95-96면.

220) Maurer/Waldhoff, a.a.O., § 6 Rn. 5.

우리나라에서는 원칙적으로 부수적 규범통제만 인정되고 있으며, 위헌·위법이 인정되는 법률하위규범도 폐지 전까지는 여전히 유효하다고 보는 것이 지배적 견해이다. 우리 헌법 제107조 제2항에는 “명령·규칙 또는 처분이 재판의 전제가 된 경우”에 대법원이 최종적인 심사권을 가진다고 규정하고 있다. 이러한 헌법조항의 의미에 대해서는 구체적 규범통제의 의미로 해석하고 있는데²²¹⁾, 규범통제권의 관할이 어디인지에 대해서는 논란이 있다. 이와 관련하여 법무사법 시행규칙에 대한 헌법소원에서 헌법재판소와 대법원 사이에 참여한 견해 대립이 있었지만, 헌법재판소는 법무사법시행규칙(대법원규칙)의 헌법소원 대상성을 인정한 바 있다.²²²⁾ 그러나 헌법재판소는 헌법 제107조 제2항의 규정은 부수적 규범통제에 있어서 최종적인 판단권이 대법원에 있을 뿐, 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원을 청구하는 것은 별개의 문제라고 판단하고 있다.

규범통제와 헌법소원은 별개의 문제이다. 이러한 부수적 규범통제에서는 사법기관이 구체적 사건을 전제로 하여 해당 수권규범의 위헌·위법 여부를 판단하지만, 위법한 조례에 대한 직접적인 사법적 통제에는 헌법 제11조 제1항 제5호에 의한 헌법소원이 고려된다. 모든 국민은 헌법재판소법 제68조 제1항에서 규정한 일정한 요건 하에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이와 관련하여 독일의 규범통제제도에 대해 살펴보고, 지방자치단체의 조례에 대한 규범통제의 방식과 헌법소원 등에 대해 검토하기로 한다. 나아가 독일에서는 조례제정의 부작위에 대한 공법상 권리구제도 논의되고 있다. 최근 우리나라에서도 위법한 법률하위규범에 대해 취소소송을 제기할 수 있는지 여부가 학설상 다투어지고 있다. 이러한 문제에 대해 독일의 입법례는 참고할 사항이 적지 않다. 이하에서는 위법한 조례에 대한 규범통제, 위법한 조례에 대한 행정소송 및 위헌·위법인 조례에 대한 헌법소원 등을 검토하도록 한다.

221) 대법원 1994. 4. 26. 자 93부32 결정.

222) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178.

2. 위법한 조례에 대한 주위적 규범통제

독일에서는 합헌성 통제의 수단으로 규범통제를 구체적 규범통제 내지 부수적 통제의 방식과 추상적 규범통제의 방식으로 하고 있다. 후자는 규범의 유효 여부에 대해 일반적으로 구속력을 가지고 확정을 목표로 하는 규범통제의 방식이다. 이에 반해 전자는 구체적인 사건이 제기된 경우에 그 수권 근거인 규범의 적용 여부를 부수적으로 심사하는 방식이다.

독일기본법에는 연방법이나 주법이 기본법에 위반되거나, 주법이 연방법에 일치하지 않는 경우에 연방정부, 주정부 및 연방의회 의원의 1/3은 추상적 규범통제를 연방헌법재판소에 신청할 수 있다(독일기본법 제93조 제1항 제2호, 연방헌법재판소법 제13조 제6호 및 제76조 참조). 이러한 ‘법’에는 법규명령이나 자치법규(조례)도 포함된다.²²³⁾ 조례도 이러한 추상적 규범통제의 대상이 된다.²²⁴⁾ 그러나 이러한 추상적 규범통제의 방식은 개인의 권리구제와 관련된 것이 아니며, 객관적 통제절차에 해당한다. 신청권자는 연방정부, 주정부 및 연방의회 의원들이다. 이러한 추상적 규범통제는 규범의 적법성 통제로서 합헌성을 확보하기 위한 것이다. 이러한 규범통제의 심사기준도 상위법의 위반 여부에 있다.

한편, 독일 행정법원법 제47조 제1항 제1호에는 도시계획조례나 일부 법규명령에 대한 추상적 규범통제를 별도로 규정하고 있다. 이러한 추상적 규범통제는 고등행정법원의 관할이다. 이러한 규범통제의 심사기준도 상위법령의 위반 여부이다. 이러한 규범통제는 특별한 종류의 확인절차의 하나이며, 이러한 규범통제를 인정하는 이유로 객관적 이익, 개인의 권리구제 및 소송경제를 들고 있다.²²⁵⁾ 독일 행정법원법 제47조 제1항의 규범통제의 관할은 고등행정법원이며, 행정청도 독일 행정법원법 제61조 제3항과 관계 없이 규범통제의 신청인이 될 수 있다. 게마인테와 기타 공공단체도 당사자가 될 수 있다. 예컨대

223) Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., Rn. 128.

224) BVerfGE 10, 20 (54).

225) BVerwGE 68, 12 (14); 69, 30 (33); Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., § 26 Rn. 435.

특정한 제마인데는 인근 제마인데의 도시건설계획의 당사자로서 신청할 수 있다. 규범통제절차의 피신청인은 법규정을 제정한 공공단체, 영조물 및 공재단이다(독일 행정법원법 제42조 제2항 제2문).²²⁶⁾

독일 기본법 제100조 제1항에는 구체적 규범통제가 보장되어 있다. 즉 법관이 위헌소지가 있는 법률에 대해 연방헌법재판소에 규범심사(위헌법률심사)를 제청한다. 이는 법관에 의한 규범심사권 내지 규범폐기권과 관련이 있다. 그 대상은 연방과 주(란트)의 형식적 법률이며, 법규명령이나 자치법규(조례)는 법원이 이를 직접 심사를 하거나 폐기할 수 있다는 점에서 제외된다.²²⁷⁾ 법관은 권력분립의 원칙과 독일 기본법 제20조 제3항에 따라 이 위헌법률을 직접 심사할 수 없어 법원의 규범통제는 법률하위규범에 제한하고 있다.²²⁸⁾ 특히 독일기본법 제20조 제3항에는 “입법은 합헌적 질서에, 집행권과 사법은 법률과 법에 기속된다”라고 규정하고 있다. 사법권도 법률과 법에 기속된다는 점을 간과하여서는 아니된다. 우리 헌법에는 이와 같은 명문의 규정은 없지만, 이러한 점은 법치국가원리에 비추어 당연히 인정된다. 따라서 구체적 규범통제의 경우 법률에 대한 헌법적 판단은 헌법재판소의 결정에 맡기고, 법률하위규범에 대한 위법판단은 대법원이 담당하는 것이 바람직하다.

전술한 바와 같이 독일 행정법원법 제47조 제1항에 따른 추상적 규범통제의 대상은 도시건설계획(Bebauungsplan)과 같은 도시계획조례나 일부 법규명령, 주 법률 하의 규범이다. 주 법률 하의 법규정으로는 주(란트) 차원에서 성립한 임금협약의 일반구속선언(Allgemeinverbindlichkeitserklärung)이 있다.²²⁹⁾ 지방자치제도의 보장의 관점에서 규범통제를 제한할 동인(動因)은 없다.²³⁰⁾ 이러한 규범통제제도와 관련하여 독일 행정법원법 제47조 제1항에는 ‘소(Klage)’가 아니라 ‘신청(Antrag)’이라는 표현을 사용하고 있다. 이

226) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., § 19 Rn. 9.

227) Schlaich/Korioth, a.a.O., Rn. 141.

228) Hufen, a.a.O., § 19 Rn. 2.

229) Hufen, a.a.O., § 19 Rn. 14.

230) Oebbecke, Kommunale Satzungsgebung und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2003, S. 1313; Hufen, a.a.O., § 19 Rn. 2.

를 근거로 하여 객관적 이의절차 내지 통제절차로 보는 견해도 있지만, 이러한 규범통제 제도가 적어도 주관적 권리구제에 기여하고 있음은 부인할 수 없다.²³¹⁾

3. 위법한 조례에 대한 부수적 규범통제

독일 행정법원법 제47조 제1항에 의한 추상적 규범통제를 제외하고 위법한 지방자치단체의 조례에 대한 권리구제수단은 부수적 규범통제의 방식에 의한다. 독일 행정법원법 제47조 제1항의 추상적 규범통제가 직접적 심사방식이라면, 부수적 규범통제는 간접적 심사방식이다. 독일 기본법 제100조 제1항에 의한 구체적 규범통제는 법률에 대한 위헌 법률심판제청이다. 이와 달리 위법한 자치법규(조례)에 대한 부수적 규범통제는 그 자치법규에 근거한 행정행위의 취소소송을 제기하고, 그 수권근거인 조례의 위법성을 심사하게 된다. 그러나 이러한 심사를 통해 해당 조례가 위법하더라도 일반적으로 구속력을 가지는 무효판결을 할 수는 없다.²³²⁾ 물론 심사의 강도는 행정행위의 위법성 심사와 달리 지방자치제도의 특성을 감안하여 다소 완화된 형태가 될 것이다. 독일 행정법원법 제47조 제1항에 규정한 경우를 제외하고 일반적인 법규명령의 경우에도 부수적 규범통제가 가능하다. 그러나 법규명령과 달리 조례의 경우에는 포괄적 위임이 가능하다는 점에서 명확성원칙(명확성요청)은 엄격히 적용되기 어렵다.

이러한 부수적 규범통제는 완결된 권리구제수단은 아니다. 왜냐하면 해당 규범(조례)은 위법성이 인정될지라도 여전히 효력을 가지고 있을 수 있기 때문이다. 다만, 독일에서는 제2차적 권리구제가 가능하다는 점에서 의미가 있다. 즉 해당 규범의 위법성이 인정될 경우 독일 기본법 제34조 및 독일 민법 제839조에 근거하여 국가배상청구를 할 수 있다.²³³⁾ 독일의 국가배상책임은 대위책임에 기초하고 있다.²³⁴⁾ 규범상 불법에 대한 국가책

231) BVerwGE 68, 12 (14); 107, 215 ff.

232) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 47.

233) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 47.

234) 이에 대한 상세는 정남철, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 30면 참조. 한편, 독일에서는 국가배상을 직무책임(Amtshaftung)이라고 부르고 있다. 또한 우리나라에서는 일본 학설의 영향으로 국가책임을 ‘자기책임’으로 부

임을 부인하는 견해도 있지만, 조례의 경우 공간적·인적 유효범위가 제한되어 있어 예외적으로 인정할 수 있다는 견해가 유력하다. 즉 조례의 형식으로 제정되는 도시건설계획(Bebauungspläne)은 형량명령을 준수해야 하고, 이러한 형량명령은 제3자 보호효를 가지므로 제3자의 이익(사익)이 고려되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이를 고려하지 않아 형량의 하자가 인정되는 경우에 국가배상청구를 할 수 있다는 것이다.²³⁵⁾ 독일 연방통상법원은 도시건설계획에 대한 국가배상을 인정하고 있다.²³⁶⁾

4. 위법한 조례에 대한 행정소송

(1) 위법한 조례에 대한 확인소송

조례는 법규범이므로 원칙적으로 항고소송의 대상이 될 수 없다. 독일의 입법례도 그러하다. 그러나 대법원은 예외적으로 조례의 처분성을 인정하고 있다. 즉 “조례(경기도 두밀분교통폐합에 관한 조례)가 집행행위의 개입 없이 그 자체로서 국민의 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 법률상의 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다”고 판시하고 있다.²³⁷⁾ 그러나 이러한 판례가 타당한지에 대해 국내 학설 중에도 비판적 견해가 있는 것이 사실이다. 이러한 무리한 이론구성이 자칫 규범통제의 본질을 왜곡할 수 있다는 견해가 그러하다.²³⁸⁾ 이러한 소위 ‘처분적 조례’의 허용은 규범통제의 문제를 항고소송으로 전환하려는 의도에 귀착하고 있다. 그러나 이러한 처분적 조례를 헌법소원의 방식에 의하지 않더라도 행정소송으로 다룰 수 있는지 여부에 대해 살펴보도록 한다.

르고 있으나, 독일에서는 자기책임(Eigenhaftung)은 주로 공무원책임(Beamtenhaftung)을 의미한다.

235) Hufen, a.a.O., § 15 Rn. 47; BGHZ 106, 323.

236) BGHZ 84, 292 (301 f.); 규범상 불법에 대한 상세는 정남철, “규범상 불법에 대한 국가책임”, 공법연구 제33집 제1호(2004. 11), 543면 이하.

237) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

238) 정남철, “행정입법에 대한 통제”, 현대행정의 작용형식, 221면.

이와 관련하여 독일에서는 개별적인 집행행위를 매개하는 집행가능규범(vollziehbare Normen)과 이러한 개별적인 집행행위를 매개하지 않고 직접 주관적 권리의 형성 내지 폐지를 하는 집행규범(Vollzugsnormen)이 서로 구분된다. 전자는 일반적인 법규범의 전형적인 형상이다. 그러나 후자의 경우가 특수한데, 매개하는 집행행위가 없어 취소소송을 직접 제기할 수 없다는 것이 지배적 견해이다. 그러한 이유에서 독일에서는 오히려 ‘확인소송’의 형식으로 이러한 집행규범을 다루고 있다.²³⁹⁾ 이러한 집행규범은 법규범 그 자체로 직접 집행된다는 의미로 자기집행규범(self-executing-Normen)이라고 부르고 있다.²⁴⁰⁾

이러한 집행규범은 우리나라의 판례에서 인정하고 있는 ‘처분적 조례’나 ‘처분적 명령’과 유사하다. 따라서 처분적 조례나 처분적 명령을 항고소송으로 다루는 것은 잘못된 법리를 적용한 것이며, 이에 대한 올바른 소송형식을 정립하려는 노력이 요구된다. 다만, 참고적으로 독일의 유력설은 이러한 확인소송을 통해 권리의 존부를 주장하거나 선결문제의 방식으로 수권규범(법규명령, 조례)의 효력을 다투므로 독일 행정법원법 제43조의 ‘법률관계’에 해당한다고 보고 있다.²⁴¹⁾ 가장 바람직한 것은 ‘확인소송’을 행정소송법에도 도입하는 것이지만, 해석상 가장 유사한 기능을 수행하는 소송유형을 활용하는 방안도 고려할 수 있다. 이러한 주장을 바탕으로 확인소송의 기능을 수행하고 공법상 법률관계를 소송의 대상으로 하는 공법상 당사자소송을 제기하는 것이 가능하다고 판단된다.

대법원은 위 경기도 두밀분교 사건(95누8003)에서 경기도 가평군 가평읍 S국민학교 두밀분교를 폐지하는 내용의 이 사건 조례가 위 두밀분교의 취학아동과의 관계에서 영조물인 특정의 국민학교를 구체적으로 이용할 이익을 직접적으로 상실하게 하는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 판단한 원심을 수긍하고 있다. 사건으로는 영조물을 이용할 권리의 존부를 다투는 당사자소송을 제기하면서, 그 선결문제로서 이를 침해하거나 제한하는 규범(조례)의 위법·무효를 주장할 수 있다. 이러한 소송에서는 당사자의 권리의

239) Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, S. 1062.

240) 이에 대한 상세는 정남철, “명령·규칙 등의 부진정행정입법부작위에 대한 법원의 규범통제”, 행정판례연구 제22-2집 제2권(2017. 12), 117-118면.

241) Schenke, Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen, NVwZ 2016, S. 721.

존부를 확인하는 것을 목적으로 하지만, 부수적 규범통제를 통해 그 수권규범인 조례의 위법·무효를 심사할 수 있다. 독일에서도 직업적 활동을 금지하는 조례에 대해 그 활동의 권한이 있는지 여부에 대해 확인소송을 제기할 수 있다고 보는 견해가 유력하다.²⁴²⁾

(2) 조례의 부작위에 대한 행정소송(규범제정요구소송 및 규범보충소송)

조례제정의 부작위에 대해서는 그동안 충분한 논의가 없었다. 다만, 독일에서는 이러한 문제를 규범제정요구소송(Normerlaßklage)의 일환으로 다루고 있다. 예컨대 법률에서 조례에 일정한 사항을 위임하고 있음에도 불구하고 이를 제정하지 않아 특정한 범위의 사람이나 단체가 권리나 이익을 침해당하는 경우가 있을 수 있다. 우리나라의 헌법재판소는 지방공무원법이 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 조례에 위임하고 있음에도 불구하고 지방의회가 그 구체적 범위를 조례로 정하지 않아 헌법소원이 제기된 사례가 있다.²⁴³⁾ 즉 법률하위규범의 부작위에 관하여 규범제정요구소송(Normerlassklage)이나 규범보충소송(Normergänzungsklage)을 제기하고 있다. 그러나 이러한 문제를 헌법소송의 문제로 다루는 것이 적정한지에 대해 고민할 필요가 있다. 이와 관련하여 독일에서는 전술한 규범제정요구소송의 관점에서 접근하고 있다. 이에 대해서는 확인소송으로 제기할 수 있다는 견해, 일반이행소송으로 제기할 수 있다는 견해, 독자적 소송유형으로 보는 견해 등이 대립하고 있다.²⁴⁴⁾ 독일 행정법원법 제47조의 유추적용에 의한 독자적 소송유형으로 보는 하급심판례도 있지만²⁴⁵⁾, 연방행정법원은 확인소송의 입장을 채택하고 있다.²⁴⁶⁾

242) Schenke, NVwZ 2016, S. 720 f.

243) 조례제정의 부작위에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 즉 지방공무원법이 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위’를 조례에 위임하였으나, 지방자치단체가 이를 제정하지 않아 기능직 공무원인 청구인들이 헌법소원을 제기한 것이다. 헌법재판소는 이러한 부작위에 의하여 청구인들의 기본권(노동조합가입권, 단결권 및 단체교섭권 등)이 침해될 가능성이 있다고 판단하였다(헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358). 그러나 전술한 바와 같이 이러한 문제는 독일에서 헌법소송이 아니라 행정소송으로 다루고 있다.

244) 이에 대해서는 정남철, “행정입법부작위에 대한 사법적 통제: 당사자소송에 의한 규범제정요구소송의 실현가능성을 중심으로”, 저스티스 통권 제110호 (2009. 4), 194면 이하; 동인, 행정구제의 기본원리, 468면 이하.

245) VGH München, BayVBl. 1980, 209 (211).

246) BVerwGE 80, 355; 111, 276 (278 f.).

한편, 법률의 위임에 의해 조례를 제정하였으나, 특정한 실제영역이 규율되지 않아 보충을 요하는 경우가 있다. 이 경우 독일에서는 규범보충소송을 제기한다. 이러한 소송은 대체로 평등원칙의 위반이 문제된다. 이에 대해 독일에서는 행정소송으로 다루고 있다. 그 적합한 소송형식으로 일반이행소송이나 확인소송이라고 보는 견해와 규범통제소송이라고 보는 견해²⁴⁷⁾가 있다.²⁴⁸⁾ 그러나 오늘날 후자에 대해서는 부정적인 입장이 대부분이다. 특히 규범의 무효를 선언해야 하는 규범통제소송은 규범의 보충을 목적으로 하는 소송에 적합하지 않다고 보는 견해가 유력하다.²⁴⁹⁾ 독일 연방행정법원은 규범보충소송에 대해서도 규범통제소송 대신에 행정법원법 제43조 제1항에 근거한 확인소송이 적합하다고 보고 있다.²⁵⁰⁾

(3) 소 결

독일에서는 위법한 조례에 대해 부수적 규범통제에 의하고, 조례에 대해 곧바로 취소소송을 제기할 수 없다. 다만, 예외적으로 자기집행규범으로서 규범 그 자체가 직접 집행되는 집행규범에 대해서도 확인소송을 제기할 뿐이다. 따라서 독일의 집행규범에 유사한 처분적 조례에 대해 취소소송을 허용하는 판례는 이론적으로 잘못된 것이며, 이러한 판례 이론은 재고되어야 한다. 규범의 부작위는 처분의 부작위와 구별되므로 이에 대해 부작위 위법확인소송을 제기할 수는 없다. 조례제정의 부작위에 대한 문제도 헌법소원의 방식이 아니라 행정소송으로 관철될 수 있도록 해야 한다.

우리 헌법재판소는 조례제정의 부작위를 입법부작위로 보고 헌법소원을 인정하고 있으나, 법률의 부작위와 조례의 부작위는 서로 구별되어야 한다. 우리나라에서는 이행소송이나 확인소송의 성질을 동시에 가지는 당사자소송이 적합하다. 특히 조례제정의 부작위로 인해 권리를 침해받은 자는 자신의 공권에 대한 확인을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

247) Hufen, a.a.O., § 20 Rn. 1.

248) 이러한 학설대립에 대해서는 즐고, “명령·규칙 등의 부진정행정입법부작위에 대한 법원의 규범통제”, 129-131면.

249) Württenberger, a.a.O., § 39 Rn. 704.

250) BVerwG, NVwZ 2008, 423 ff.

이러한 문제는 공법상 법률관계의 문제이다. 부수적 규범통제에서 거부처분의 취소를 제기하여 그 수권규범인 조례의 부작위가 위법하다고 주장할 수 있다. 그러나 이러한 조례의 부작위가 위법하다고 인정되더라도 해당 조례가 제정되지 않는한, 다시 수익처분의 신청을 할 수는 없다. 수익처분을 하더라도 그 규범이 제정되거나 개정되지 않는 한 수익처분을 받을 수는 없기 때문이다.

5. 위헌·위법인 조례에 대한 헌법소원

위법한 자치입법(조례)에 대한 직접적 권리구제수단으로는 헌법소원을 고려할 수 있다. 독일 기본법 제93조 제1항 제4a호에 따른 헌법소원을 제기할 수 있다. 조례가 독일의 공권력의 행사(Akt der deutschen öffentlichen Gewalt)에 해당한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 다만, 조례규정을 통한 직접적 관련성과 보충성원칙 등이 문제된다. 독일의 각 주 법에는 행정소송에 의한 규범통제권을 규정하지 않은 경우가 적지 않아 보충성의 원칙은 충족되며, 조례에서 정한 의무를 이행하지 않아 벌금이나 과태료 등을 부과하게 되는 경우 직접적 자기관련성을 충족한다고 볼 수 있다.²⁵¹⁾ 예컨대 조례 형식의 도시건설계획(Bebauungsplan)에 의해 토지소유권자의 기본권(재산권)이 침해되는 경우를 상정할 수 있다. 공권력 행사의 부작위도 일정한 경우 헌법소원의 대상이 될 수 있다.²⁵²⁾ 즉 독일 기본법에서 명백히 위임을 하였음에도 불구하고 이를 하지 않은 경우가 그러하다. 입법자가 본질적인 부분과 관련하여 입법의 내용과 범위를 명확히 규정한 경우에 인정된다.²⁵³⁾ 전술한 조례제정의 부작위도 여기에 해당한다.²⁵⁴⁾ 이러한 조례제정의 부작위에 대한 헌법소원과 행정소송은 경합가능성이 있을 수 있으나, 헌법소원은 보충성의 요건을 충족하여야 한다.

251) Burgi, a.a.O., § 15 Rn. 42.

252) BVerfGE 69, 161 (167).

253) 이에 대해서는 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 50a.

254) 우리나라의 헌법재판소도 조례제정의 부작위에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 즉 지방공무원법이 '사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위'를 조례에 위임하였으나, 지방자치단체가 이를 제정하지 않아 기능직 공무원인 청구인들이 헌법소원을 제기한 것이다. 헌법재판소는 이러한 부작위에 의하여 청구인들의 기본권(노동조합가입권, 단결권 및 단체교섭권 등)이 침해될 가능성이 있다고 판단하였다(헌재 2009. 7. 30. 2006헌마358). 그러나 전술한 바와 같이 이러한 문제는 독일에서 헌법소송이 아니라 행정소송으로 다루고 있다. 법률하위규범의 부작위에 관하여 규범제정요구소송(Normerlassklage)이나 규범보충소송(Normergänzungsklage)을 제기하고 있다.

제5장

지방분권개혁의 동향과 시사점

제1절 지방분권개혁의 현황 및 문제점

제2절 독일 지방자치제도의 최근 동향 및 특징

제3절 독일 지방자치제도의 위기와 도전

제4절 독일 지방분권개혁의 시사점

제5장

지방분권개혁의 동향과 시사점

제1절 지방분권개혁의 현황 및 문제점

개헌 논의와 함께 지방분권의 강화가 강조되고 있다. 특히 이러한 분권개헌과 관련하여 자치입법권의 강화가 주장되고 있다. 이와 관련하여 조례에 대해 법률에 준하는 지위를 보장해야 한다는 견해²⁵⁵⁾, 자치입법권을 헌법에서 보장하는 고유한 입법권으로 해석하는 견해²⁵⁶⁾, 그리고 분권형 헌법에 법규명령에 우선하는 자치입법권 조항을 포함할 것을 주장하는 견해 등이 소개된 바 있다.²⁵⁷⁾ 일부 견해는 자치입법권의 확대를 위해 헌법 제117조 제1항에 규정된 “법령의 범위 안에서”라는 문구를 “법률을 위반되지 아니하는 범위 내에서”라고 개정할 것을 제안하고 있다.²⁵⁸⁾ 실제 대통령이 제안한 개헌안 제123조 제1항에는 “지방의회는 법률에 위반되지 않는 범위에서 주민의 자치와 복리에 필요한 사항에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있다.

자치입법권의 확대는 필요하지만, 국회의 입법권과 자치입법권(조례제정권)은 서로 구별되어야 한다. 자치입법권은 시원적 입법권이 아니라 소위 파생적 법원(法源)으로 보는 것이 독일에서도 지배적 견해이다. 헌법상 보장된 지방자치제도의 핵심인 자치입법권의 문제는 매우 중요한 사안이지만, 조례에 법률과 동등한 지위를 부여하기는 어렵다. 독일

255) 조성규, 지방자치법제에 있어 분권개헌의 의의 및 과제, 지방자치법연구 제12권 제3호(통권 제35호), 20면.

256) 이기우·하승수, 지방자치법, 2007, 313면.

257) 김재광, “지방분권 개헌 관련 일반자치제와 특별자치제의 관계: 제주특별자치제의 법적 한계를 중심으로”, 지방자치법연구 제17권 제3호(통권 제55호), 80면.

258) 최우용, “지방분권형 헌법개정에 관한 연구”, 지방자치법연구 제17권 제3호(통권 제55호), 23면.

기본법 제28조 제2항에서 “법률의 범위 내에서(im Rahmen der Gesetze)”라고 규정하고 있지만, 여기의 “법률”에는 의회가 제정한 형식적 의미의 법률 외에도 법규명령이나 관습법 등을 포함한다고 보고 있다. 오히려 분야나 대상을 기준으로 조례제정권을 실질적으로 보장하고 위법한 국가의 감독조치로부터 지방자치단체의 자치권을 보호하는 것이 더욱 중요하다.

자치입법권의 강화는 규범의 구조와 체계에 적지 않은 영향을 미칠 수 있다. 지방자치단체의 조례는 법규범의 성격을 가지므로 주위적 규범통제제도를 마련해야 한다. 이러한 주위적 규범통제제도의 도입은 헌법의 우위에 기반 해야 하며, 객관적 통제를 위해 매우 필요하다. 나아가 위법한 조례에 대한 개인의 권리구제를 위한 규범통제제도가 필요하다. 대표적으로 독일의 행정법원법 제47조 제1항에 규정된 주위적 규범통제제도가 그러하다. 이러한 소송은 헌법소송이 아닌 행정소송으로 하고 있다. 대통령이 제안한 개헌안에는 ‘지방정부’라는 용어가 사용되고 있는데, 사법권의 분권도 염두에 둔 것인지는 불명확하다. 그러나 개헌안에는 사법권의 분권을 명시하고 있지 않다. 다만, 개헌안 제107조 제2항에는 자치입법을 포함한 법률하위규범에 대한 부수적 규범통제와 관련하여, 조례와 자치규칙을 포함시키고 있다. 이러한 명문의 규정이 없음에도 법원은 조례에 대해서는 부수적 규범통제에 의해 그 위헌·위법을 간접적으로 심사하여 왔다. 그러나 개헌안에서는 이를 명확히 규정하고 있다. 이 중에서 ‘자치규칙’은 종래 지방자치단체의 규칙을 의미하는데, 법규성을 전제로 하여 규정한 것으로 보인다. 그러나 자치규칙의 법적 성격에 대해서는 여전히 논란이 있는 것이 사실이며, 향후 이에 관한 깊이 있는 논의가 필요하다.

제2절 독일 지방자치제도의 최근 동향 및 특징

1. 지방자치의 유럽화, 자유화 및 민영화

(1) 유럽화

글로벌시대에 지방자치제도의 개혁방향을 어떻게 설정하는지는 매우 중요한 과제이다. 근래에 독일의 지방자치도 유럽공동체법과 유럽연합의 통합으로 인해 큰 영향을 받고 있다. 특히 경제질서에 있어서도 자유화와 민영화의 영향으로 독일의 지방자치제도는 새로운 도전을 맞고 있다. 유럽의 통합은 독일의 법분야 전반에 걸쳐 큰 영향을 미쳤고, 지방자치법도 예외는 아니다. 대표적인 사례는 전술한 바와 같이 독일의 지방자치선거에 유럽연합의 시민이 참여할 수 있게 된 것이다.²⁵⁹⁾ 또한 유럽연합의 경쟁법이나 보조금감독 등은 지방자치단체의 생존배려 내지 공공서비스에도 큰 영향을 주고 있다.²⁶⁰⁾ 또한 게마인데와 크라이스, 그리고 해당 기업들은 계속해서 유럽법의 새로운 요강이나 기준이 만들어지고 있어 큰 영향을 미치고 있으며, 지역을 초월하는 지방자치단체의 협력이 부각되고 있다.²⁶¹⁾

(2) 자유화 및 민영화

종래 국가의 독점시장의 민영화와 자유화는 지방자치단체의 사무에도 영향을 미치고 있다.²⁶²⁾ 특히 독일의 생존배려 영역이 대표적이다. 이러한 민영화는 ‘작은 국가’의 지향과 맥락을 같이 한다. 유럽연합의 경제질서는 자유경쟁이 있는 열린 시장경제의 원칙(Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb)을 채택하고 있다. 여기에서 말하는 열린 시장경제란 역내시장에서 경쟁원리를 보장하고 제3국에 대해서도 개방을

259) Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 27.

260) Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 27.

261) Schulze-Fielitz, Kommunalrechtswissenschaft im Dialog mit der Praxis, DVBl. 2016, S. 1032.

262) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1033.

허용하는 것을 말한다. 종전에는 이러한 열린 시장경제의 원칙을 유럽공동체조약 제4조 제1항 및 제98조 등에서 규정하고 있었으나, 지금은 유럽연합기능조약(AEUV; Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) 제119조 제1항에서 규정하고 있다. 유럽연합기능조약 제119조는 유럽연합 내부의 경제생활의 조화롭고 균형 있는 발전 및 단일통화의 도입이라는 이중목적²⁶³⁾을 규정하고 있다. 또한 생존배려 영역의 공적 과제와 관련하여 자유경쟁의 원리가 강조되고 있다.

유럽연합법은 회원국의 민영화에 영향을 미치고 있다. 특히 지방자치단체의 재정상 제약 때문에 근래에는 새로운 조직형식을 통해 자본 기초의 강화를 위해 사인의 참여가 인정되고 있고, 민영화를 통한 생존배려의 사무가 부분적으로는 보다 더 공적 사무를 잘 수행할 수 있다는 점이 인정되고 있다(예컨대 병원 민영화).²⁶⁴⁾ 이러한 조직형식의 다양화로 인해 지방자치단체의 기업은 사기업, 민관협력 내지 공사협력(PPP) 기업을 비롯한 협력형식 등이 등장하고 있다. 그러나 이러한 조직형식의 다양성은 오히려 지방자치의 약화를 초래하는 경향이 있다는 지적도 있다.²⁶⁵⁾ 또한 민관협력 내지 공사협력과 같이 공적인 손과 민간주체가 협력하는 형식이나 부분민영화 등의 경우에 공익실현이 실종될 우려도 제기되고 있다.²⁶⁶⁾

한편, 독일에서는 지역의 공동체 사무에 속하는 크리스마스의 장(Weihnachtsmarkt)을 민영화하는 것이 독일 기본법 제28조 제2항에 위배되는지가 문제된 바 있다. 독일연방행정법원은 크리스마스에 열리는 장을 민영화(특히 실질적 민영화)하는 것이 문화적, 사회적 그리고 관습적으로 중요한 사항으로서 헌법상 보장된 지방자치제도에 위반된다고 판단하였다.²⁶⁷⁾ 이에 대하여 독일 기본법 제28조 제2항에 규정한 것은 고유사무를 자신의

263) Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl., § 18 Rn. 16.

264) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1033.

265) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1033.

266) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1035.

267) BVerwG, DVBl. 2009, 1382. 이에 대한 소개는 정남철, “생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제: 공공수도의 민영화를 중심으로”, 환경법연구 제32집 제2호(2010. 8), 268면 참조.

책임으로 규율할 권리를 보장한 것인데, 연방행정법원이 이를 지방자치단체의 사무존속의 준수 및 보장에 대한 ‘의무’로 해석하는 것이라는 비판도 있다.²⁶⁸⁾

2. 행정의 현대화

독일 지방자치제도의 변화에 있어서 주목할 점은 지방자치의 발전에 따른 행정의 현대화에 관한 것이다. 독일 지방자치제도의 연혁과 발전에서 살펴본 바와 같이, 그 개혁과정에서 지방분권의 시련이 있었음은 물론이다. 특히 통독 후 지방자치단체의 기능개혁을 통해 주(란트)의 행정으로 창출되었고, 국가의 사무를 게마인데, 란트크라이스 나 크라이스로부터 독립된 시 등으로 대폭 이전하였다. 그러나 지방자치단체에서 국가의 사무는 점차 지방자치단체의 부담이 되었고, 국가의 직무감독 내지 특별감독도 증가하였다.²⁶⁹⁾ 그 후 지방자치제도의 국가화를 탈피하여 신조종모델(Neue Steuerungsmodell)로 전환하였고, 전자적 의사소통개혁(elektronische Kommunikationsreform)을 추진하였다.²⁷⁰⁾ 특히 신조종모델은 행정활동의 새로운 지도형상을 보여준 것이었는데, 이에 의하면 행정청은 고객에게 서비스를 제공하는 기업으로 비견되었다.²⁷¹⁾

이와 같이 고객지향적 사고를 기반으로 하는 앵글로색슨의 국가사상의 영향을 받은 신조종모델은 현대화의 지도형상으로 신공공관리(New-Public-Management)를 채택하였고, 이에 경쟁을 활성화하고 지방자치단체가 시민 내지 고객에 정향하도록 하였다.²⁷²⁾ 또한 조직법이나 절차법상의 전자정부(eGovernment)는 지방자치단체의 자치행정에 중대한 영향을 미치는 이러한 현대화과정의 일부이다.²⁷³⁾ 그러나 전자정부는 관할권의 한계를 초월하는 대량의 정보를 통해 점차 중앙화와 행정협력을 증가시키고 있다는 지적도 있다.²⁷⁴⁾

268) Schoch, Kommunalrecht als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung, DVBl. 2018, S. 2.

269) 이로 인해 혹자는 이를 지방자치제도의 국가화(Verstaatlichung)이라고 불렀다. 이에 대한 상세는 Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht III, Bd. 5, § 94 Rn. 25 참조.

270) Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht III, § 94 Rn. 26.

271) Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht III, § 80 Rn. 312.

272) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1033.

273) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1034.

274) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1034.

제3절 독일 지방자치제도의 위기와 도전

1. 연방의 입법자에 의한 위임사무의 증가와 재정부담

독일에 지방분권과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 연방과 주(란트) 사이의 재정불균형의 문제이다. 실제 지방자치단체의 부채증가와 신용대부의 신뢰성 등이 문제되었으나, 2012년 이후 긴장이 다소 완화되었다고 한다.²⁷⁵⁾ 그러나 여전히 연방과 주(란트) 사이의 재정불균형의 문제는 남아 있다. 오늘날 지방자치단체의 재정문제와 관련하여 상호견련성의 원칙(Konnexitätsprinzip)이 강조되고 있다.²⁷⁶⁾ 독일에서도 기본법 제28조 제2항의 지방자치제도의 보장보다는 재정상 자기책임이 더욱 중요한 것이 사실이다.²⁷⁷⁾ 그러나 연방입법자에 의해 지방자치단체에 국가사무의 위임·위탁이 증가하고 있어, 이러한 사무의 증가는 지방자치단체의 부담으로 작용하고 있다. 예컨대 지시가 없는 의무적 사무(Pflichtaufgaben)를 지방자치단체에 이양하여 재정부담이 발생하는 것은 결국 지방자치단체의 지시사무에 대한 재정부담을 초래하며, 이는 헌법상 보장된 지방자치를 위태롭게 하는 것이다.²⁷⁸⁾ 후술하는 연방주의개혁 I에서는 연방과 주 사이에 국가의 사무분배와 입법권의 분배가 중요한 쟁점이 되었다.²⁷⁹⁾

이와 관련하여 독일 기본법 제84조 제1항 제7문에는 연방법률로 게마인데와 게마인데 단체에 사무를 이양해서는 아니된다는 규정을 두게 되었다. 이러한 변화는 연방주의개혁 I의 결과이다. 독일은 연방국가이며, 연방과 주(란트)의 관계가 문제된다. 독일에서는 연방국가적 질서의 현대화를 위해 두 차례의 연방주의개혁(Föderalismusreform)을 추진하였다. 이러한 연방주의개혁은 2003년부터 2009년에 걸쳐 이루어졌다. 먼저 제1차는 2003년

275) Schulze-Fielitz, Kommunalrechtswissenschaft im Dialog mit der Praxis, DVBl. 2016, S. 1031.

276) Erichsen, a.a.O., S. 172 f. 상호견련성의 원칙은 지방자치단체의 재정구성과 관련하여 중요한데, 행정사무와 교부 등에 있어서 연방과 주(란트) 사이의 연결성을 기초짓는 것이다. 이에 대해서는 독일기본법 제104a조에서 규정하고 있다.

277) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1035.

278) Henneke, a.a.O., S. 830.

279) Selmer, Die Föderalismusreform: Eine Modernisierung der bundestaatlichen Ordnung?, JuS 2006, S. 1052 ff.

연방하원과 연방참사원이 합동위원회를 구성하여 연방주의개혁을 추진하였다. 그러나 2004년에 잠시 중단되었다가, 2005년 연방하원선거를 통해 대연정이 구성되어 다시 연방주의개혁을 추진하게 된다. 2006. 8. 28. 기본법의 개정을 위한 법률 제정, 2006. 9. 5. 연방주의개혁 수반법률 (Föderalismusreform-Begleitgesetz)의 제정이라는 성과를 거두게 된다.²⁸⁰⁾ 이를 ‘연방주의개혁 I’이라고 부른다. 제2차는 2006년 12월에 연방하원과 연방참사원의 합동위원회가 다시 구성되어 활동을 재개하였고, 2009년 3월에 활동을 종료하였다. 여기에서 2009. 7. 29. 기본법 개정법률과 2009. 8. 10. 제2차 연방주의개혁의 수반법률을 제정하였다.²⁸¹⁾ 이를 ‘연방주의개혁 II’라고 부른다. 제2차 연방주의개혁에서 연방과 주에 적용되는 새로운 국가의 신용설정의 제한을 구성하게 되었고, 개정된 기본법 제109조 제3항에서는 연방과 주(란트)의 재정은 원칙적으로 조정해서는 아니된다는 규정을 두고 있다.²⁸²⁾ 독일에서는 최근 노르트라인 베스트팔렌 주, 헤센 주, 라인란트 팔츠 주 및 자알란트 주 재정상태가 매우 좋지 않은데, 그 원인은 다양하나 사회급부와 관련하여 재정지원 없이 추가적인 사무의 이양이 이루어진 것이 크다고 한다.²⁸³⁾

2. 게마인데 인구의 변화와 도전, 그리고 통합

독일의 지방자치제도에 있어서 위기의 하나는 게마인데의 인구변화와 노령화이다. 오늘날 독일의 지방자치현실을 뒤돌아보면, 인구가 적은 게마인데가 늘고 있다. 300여명의 인구를 가진 게마인데부터 10명도 채 되지 않는 게마인데까지 다양하다. 특히 바덴 뷔르템베르크 주의 란트크라이스 뢰르라흐(Lörrach)에 소속된 게마인데 뵐렌(Böllen)은 91명의 주민을, 라인란트 팔츠 주의 란트크라이스 베른카스텔 뷔트리히(Bernkastel-Wittlich)에 소속된 디어펠트(Dierfeld)는 7명의 주민을, 그리고 쉘레스비히 홀스타인 주의 란트크라이스 노르트프리스란트(Nordfriesland)의 그뢰데(Gröde)는 5명의 주민을 가지고 있다.²⁸⁴⁾ 이

280) Höde, Föderalismusreform in Deutschland: auf dem Weg zur dritten Stufe, LKV 2011, S. 98.

281) Höde, a.a.O., S. 99.

282) Höde, a.a.O., S. 99.

283) Röhl, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2012, 1. Kapitel, Rn. 14.

284) Henneke, a.a.O., S. 827.

러한 적은 인구를 가진 게마인데가 법률에서 부여한 사무를 제대로 수행하는 것은 매우 어렵다.

이러한 사정은 인구절벽으로 지방자치단체의 주민이 급감하고 노령화되고 있는 우리나라에도 시사하는 바가 크다. 독일에서는 게마인데의 노령화로 인해 지방자치단체의 사회기반시설에 대한 수요도 변해야 한다는 견해가 있다. 즉 종래 학교나 유치원 등에 대한 사회기반시설에 대한 투자 대신 점차 양로원시설에 대한 투자로 이전해야 한다는 것이다.²⁸⁵⁾ 이러한 문제는 향후 독일의 지방자치단체가 어떠한 과제를 어느 정도의 범위에서 수행해야 하는지에 대해 대차대조표를 작성해 보아야 하는 문제라고 보고 있다.²⁸⁶⁾ 독일의 국민이 아닌 유럽연합의 시민도 지방선거에 참여할 수 있을 뿐만 아니라, 이주민이나 난민의 증가로 인해 통합의 문제가 제기되고 있다. 최근 1백 만 명이 넘는 이주민이 2015년 늦은 여름 이후 이주해 오게 되어 사회적 문제가 되고 있는데, 지방자치의 영역에서도 현안이 되고 있다.²⁸⁷⁾

3. 지방자치에의 시민참여 강화와 리스크

지방자치의 영역에서 민주적 정당성이 강조되고 있고, 이와 관련하여 근래에는 참여와 공개 및 수용 등 절차적 요소가 부각되고 있다. 지방자치는 전통적으로 주민의 선거로 대표를 선출하고 있다는 점에서 민주주의에 기반하고 있다. 독일에서도 지역결정의 이해 당사자로서 참여에 대한 시민의 요구가 더욱 증가하고 있고, 연방 전체적으로 시장직선제에 의한 지도력, 주민의 직접참여제 등이 강화되고 있다.²⁸⁸⁾ 이와 더불어 독일 연방 전체적으로 주민발안이나 주민투표의 도입이 주민의 참여를 확산시키고 있는 것이다.²⁸⁹⁾ 이

285) Röhl, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kapitel, Rn. 13.

286) Röhl, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kapitel, Rn. 13.

287) 이에 대해서는 Burgi, Das werdene Integrationsverwaltungsrecht und die Rolle der Kommunen, DVBl. 2016, S. 1015 ff.

288) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1034.

289) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1034.

러한 정치적 참여의 확산과 더불어 동등한 참여의 사고는 아래로부터의 사회적 평등에서 통일적인 생활관계의 창출까지 전개되고 있다.²⁹⁰⁾ 주민발안이나 주민투표의 기회와 리스크에 관한 논의도 있다. 최근 연방하원의원 선거에서는 높은 참여율을 보이고 있는 반면, 지방의원선거에는 매우 낮은 참여율을 보이고 있다고 한다. 즉 2017년 연방하원의원 선거에서는 니더작센 주는 76.4%이지만, 지방의원선거에서는 2016년 55.6%를 차지하고 있다.²⁹¹⁾ 2001년부터 2016년 사이의 지방선거율은 50%대에 그치고 있다. 이러한 지방선거 참여율의 저조는 정치무관심에서 비롯하고 있다. 이러한 국민들의 정치무관심(Politikverdrossenheit)에 대응하여 입법자들은 직접참여적 요소를 강화하고 있다. 혹자는 이러한 참여율의 저조가 단순히 정치무관심에 있는 것뿐만 아니라, 지방유입인구의 변동이 크다는 점을 지적하고 있다.²⁹²⁾ 이러한 상황에서 주민발안이나 주민투표는 지방자치단체의 주민 소속감을 제고하는 데에 적합한 수단으로 인정되고 있다.²⁹³⁾ 이러한 주민발안과 주민투표의 도입은 정치적 무관심에 대해 적합한 수단이자 민주주의의 요소를 강화할 수 있고, 정치적으로도 주민의 관심을 제고할 수 있는 등 제도적 순기능을 가지는 것이 사실이다.²⁹⁴⁾

그러나 주민발안이나 주민투표 등의 직접민주제적 요소는 여러 가지 리스크를 초래할 수도 있다고 지적한다. 특히 이러한 주민발안이나 주민투표가 공익을 충분히 고려하지 않은 경우에는 ‘위험’하다고 보고 있다.²⁹⁵⁾ 또한 포퓰리즘을 위해 주민발안이나 주민투표가 사용되는 위험도 있지만, 이러한 제도가 소수자의 의사를 무시할 리스크도 있다고 지적한다.²⁹⁶⁾ 또한 정보통신기술(IT)의 발달로 인하여 종전의 주민참여의 형식보다 미디어를 통한 새로운 의사소통수단은 지방자치제도의 새로운 도전으로 보고 있다.²⁹⁷⁾

290) Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 1034.

291) 1976년에는 지방선거의 참여율이 91.8%에 이르렀으나, 점차 감소하여 1996년에는 66.3%, 그리고 2001년에는 57.3%에 그치고 있다. 이러한 참여율의 저조 현상은 니더작센 주 뿐만 아니라 전독일의 지역에 걸쳐 나타나고 있다. 이에 대해서는 Seybold, Chancen und Risiken von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden, DÖV 2018, S. 293 f.

292) Seybold, a.a.O., S. 294.

293) Seybold, a.a.O., S. 294.

294) Seybold, a.a.O., S. 296 ff.

295) Seybold, a.a.O., S. 298.

296) Seybold, a.a.O., S. 298 f.

297) Röhl, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1 Kapitel, Rn. 15.

제4절 독일 지방분권개혁의 시사점

앞에서 고찰한 바와 같이 독일의 지방자치제도는 특유의 역사적 배경을 가지고 발전해 왔음을 알 수 있다. 그러나 동·서독의 통일, 유럽의 통합과 유럽연합의 탄생 등으로 독일 지방자치제도는 큰 변화를 경험하고 있다. 특히 유럽연합의 경쟁법 분야나 보조금지원에 대한 감독 등은 공공서비스와 관련된 지방자치단체의 생존배려 영역에 큰 영향을 미치고 있다. 또한 종래 국가의 독점사업은 점차 유럽법의 영향으로 자유화 및 민영화의 변화를 거치고 있다. 공적 과제의 위임·위탁이 증가하고 있는데, 지방자치의 관점에서 공적 과제의 민영화가 허용될 수 있는지가 쟁점이 되고 있다. 특히 이러한 공적 과제가 지방자치단체의 자치사무인 경우에는 더욱 그러하다. 또한 행정의 현대화를 위해 일찍이 독일에서는 신공공관리가 강조되어 주민을 고객으로 생각하는 사고가 큰 영향을 미쳤다.

최근 연방의 입법자에 의한 위임사무를 지방자치단체에 전가하는 경우가 늘고 있고, 이에 대한 재정적 지원이 충분하지 않아 여러 가지 문제점을 야기하고 있음을 알 수 있다. 이와 같이 최근 독일의 지방자치제도는 다양한 요인에 의해 중대한 도전에 직면하고 있다. 독일은 그 사이 두 차례에 걸쳐 연방주의개혁을 추진하였고, 여기에서 연방과 주(란트) 사이의 사무분배와 입법권 분배 등이 주요한 쟁점이 되었다. 독일 지방분권에 있어서 재정자주권의 확보는 핵심적 요소이다. 독일의 지방분권에 관한 논의에 있어서 연방과 주(란트) 사이의 재정불균형이 중요한 문제였다. 현실적으로 독일의 지방자치단체에서도 노령화와 인구감소 등의 현상이 발생하고 있으며, 이러한 문제는 지방자치를 위협하는 요소이기도 하다. 그리고 의사소통수단의 변화로 인해 시민참여제도도 큰 문제를 야기하고 있음을 알 수 있다. 지방선거에서의 주민참여률이 낮아지고 있는데, 정치무관심을 반영하고 있는 것이다. 주민발안이나 주민참여 등의 직접민주제적 요소가 공익적 요소를 충분히 고려하지 않는 경우에는 오히려 리스크를 야기할 수 있음을 지적하는 견해도 공감할 수 있다.

독일의 이러한 지방자치제도의 변화와 도전은 우리에게도 큰 공감과 더불어 많은 시사점을 던져 주고 있다. 독일에서는 연방과 주(란트) 사이의 입법권 배분에 관한 문제가

있지만, 게마인데 자체의 자치입법(조례)은 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙을 준수하고 있을 뿐만 아니라 규범체계성을 견지하고 있다. 연방과 주(란트)의 법률 사이의 관계도 명확하다. 조례는 의회가 제정한 법률 외에도 법규명령에 위배될 수 없다. 이러한 체계는 규범통제제도를 통해 유지되고 있다. 독일에서는 추상적 규범통제제도뿐만 아니라 구체적 규범통제제도도 인정되고 있다. 위헌·위법인 자치입법에 대한 객관적 통제장치를 마련하고 있는 것이다. 또한 독일 행정법원법 제47조에는 행정소송에 의한 규범통제제도가 인정되어, 위헌·위법인 조례에 대한 권리구제수단도 확보하고 있다. 이러한 사실은 자치입법권의 확대와 더불어 규범통제제도를 정비하는 것이 필요하다는 것을 보여준다.

한편, 정치무관심과 시민참여의 확대에 대한 노력은 우리와 사정이 비슷하다. 주민발안이나 주민투표 등의 제도는 주민참여와 관심제고를 위해 바람직하고 여러 가지 제도적 순기능을 가지고 있다. 그러나 이러한 직접민주제적 요소를 남용하는 것은 역설적으로 지방자치제도의 발전을 저해할 수 있다. 특히 지방재정의 독립성이 충분히 확보되지 아니한 우리 지방자치의 현실에서는 더욱 그러하다. 포퓰리즘에 기반 한 사회기반시설의 확대는 신중해야 한다. 위임사무의 증가는 지방자치단체의 부담을 증가시킬 수 있다. 특히 국가사무인 기관위임사무의 수행은 국가의 재정지원을 확보하지 않을 경우에 지방자치단체에 큰 부담을 가져올 수 있음을 알 수 있다. 국가위임사무는 가능한 한 법률에 근거하여 이루어지도록 하는 것이 바람직하며, 이에 대한 적절한 재정지원이 수반되도록 해야 한다. 기관위임사무는 매우 예외적인 경우에만 허용되어야 한다. 과도한 국가위임사무의 수행은 지방자치단체의 자치권과 독립을 침해할 수 있다. 따라서 입법자는 국가의 사무를 지방자치단체에 위임함에 있어서 신중해야 할 것이다.

korea
legislation
research
institute

제6장

결론

제6장

결론

(1) 독일의 지방자치제도는 12세기 ‘도시’라는 자치공동체가 있었지만, 프로이센에 들어서 근대적 의미의 지방자치의 흔적을 발견할 수 있다. 프리드리히 빌헬름 1세에 지방자치법이 제정되었으나 여전히 국가권력에 종속되어 있었다. 독일의 지방자치 사상은 ‘위로부터의 개혁’을 추진한 슈타인 남작(Reichsfreiherr Carl vom und zum Stein)에서 연원하고 있고, 1808년 프로이센 도시법(Preußische Städteordnung)으로 귀결되었다. 그러나 프로이센 도시법도 제한된 시민계층만 참여하는 한계를 가지고 있었다. 우여곡절 끝에 독일에서 지방자치제도가 본격적으로 발전하기 시작한 것은 바이마르공화국시기부터이다. 바이마르헌법 제127조에는 “법률의 한계 내에서의 자치권”이라는 규정을 명시하였다. 당시에는 지방선거도 보장되어 민주적 성격이 인정되었다. 그러나 경제공황으로 인해 국가사회주의가 등장하고, 지방자치는 큰 위기를 맞게 된다. 당시의 지방자치는 법률 외에 국가의 감독 하에 있었기 때문에 지방자치단체의 자치권은 쇠멸된 상태였다.

독일에서는 제2차 세계대전을 거치면서 승전국의 다양한 지방자치제도가 유입되고, 주둔지에 따라 승전국의 제도가 정착되었다. 그러한 이유로 독일의 지방자치제도는 주에 따라 매우 다양한 형태로 발전하였다. 특히 제2차 세계대전을 거치면서 독일의 지방분권은 독일의 정치세력을 약화시키기 위해 승전국에 의해 의도된 측면도 있다. 동독은 당시 소련의 점령지였고, 중앙부처의 하부기관에 불과하였다. 독일의 재통일에 의해 동독지역도 서독의 모델을 바탕으로 부활하기 시작하였다.

통일 후 독일 지방자치제도의 발전에 있어서 주목할 점은 지방자치조직의 개혁이다. 1960년대부터 1970년대 사이에 독일에는 약 24,000개의 게마인데가 있었는데, 이를 통합하여 약 8500개로 축소하는 개혁을 추진하였다. 게마인데단체인 크라이스(Kreis)와 크라이스로부터 독립된 시도 대폭 축소되었다. 특히 유럽의 통합은 독일의 지방자치에 큰 영향을 주고 있다. 유럽지방자치헌장도 제정되어 있고, 유럽법의 시각에서 지방자치단체는 회원국의 행정기관임과 동시에 유럽연합의 집행을 담당하는 기관으로 이해된다. 특히 유럽연합 회원국에서 온 외국인도 독일의 지방선거에 참여할 수 있다.

(2) 독일의 지방자치제도는 독일 기본법 제28조 제2항에 헌법적 근거를 두고 있다. 독일의 지방자치단체는 간접적 국가행정이며, 지방분권의 이념에 기초하고 있다. 독일의 지방자치는 Carl Schmitt의 사상의 영향으로 전통적으로 ‘제도적 보장’으로 이해되고 있다. 독일 기본법 제28조 제2항의 규정에 따라 독일의 지방자치는 전권한성과 자기책임성에 기초하고 있으며, 이는 “법률의 범위 내에서” 인정된다. 포괄적 법률적합성의 원칙을 규정하고 있는 것이다. 또한 지방자치단체의 고권에는 지역고권, 조직고권, 재정고권, 인사고권, 계획고권 등이 보장되어 있다.

독일 기본법상 게마인데는 독립된 행정주체이며, 지역단체에 속한다. 본래 게마인데는 국가 구성의 일부로서 기본권이 인정되지 아니하였으나, 근래에 권리구제와 관련하여 금지청구권, 제거청구권 등이 필요하다는 주장이 부상하고 있다. 이러한 영향으로 최근에는 게마인데의 주관적 공권이 인정되고, 항고소송에서 게마인데의 원고적격이 인정되는 경우가 있다. 그러나 이러한 항고소송에 있어서 게마인데의 원고적격은 감독소송과 같이 매우 제한된 영역에서 인정된다. 그 밖에 독일기본법 제93조 제1항 제4b호에는 지방자치단체 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)을 인정하고 있다.

(3) 독일의 주(란트) 행정조직은 3단계로 구성되어 있다. 최상위 행정조직은 주(란트)의 주지사(Ministerpräsident)를 정점으로 하여 중간단계로 수개의 시·군으로 구성된 광역시(Regierungsbezirk), 그리고 최하위 행정조직으로 크라이스(Kreis), 독립시 등이 있다. 게마인데는 지방행정의 일부를 이루며, 지방자치법의 근간을 이루고 있다. 지방의회는 독일어

로 ‘Gemeinderat’로 표현하고 있지만, 그 외에도 Stadtrat, Gemeindevertretung 등 다양한 용어가 사용된다. 주의할 것은 이러한 지방의회 개념은 의회(Parlament)가 아니라, 집행부의 일부로서 주민대표로 구성된 집행조직으로 이해하고 있다.

주(란트)의 자치행정 내부조직은 4가지 유형으로 분류된다. 첫째, 지방의회와 시장이 대표인 합의제형 시장국(Magistrat)으로 구성된 형식이다. 프로이센부터 존재해온 독일의 전통적 자치형식이다. 시장이 독임제가 아니라 합의제형이며, 선출된 시장 외에 직업공무원과 명예직공무원으로 구성된다는 점이 특징이다. 둘째, 시장을 주민이 아닌 지방의회에서 간선으로 선출하는 방식이다. 이러한 방식은 프랑스의 모델을 따른 것이다. 셋째, 시장을 직선으로 선출하지만, 지방의회 의장을 동시에 맡는 형식이다. 남부독일에서 이러한 방식을 채택하고 있다. 마지막으로 지방의회가 선출한 시장을 지방의회 의장으로 하고 있지만, 시장 외에 별도의 행정책임자를 두고 있다. 북부독일에서 채택하고 있으며, 영국의 영향을 받았다.

1990년에 들어와서 독일은 지방자치제도를 개혁하기 위한 방안을 모색하였다. 당시의 개혁목적은 시민참여의 강화와 민주적 정당성 확보였다. 이러한 영향으로 시장직선제가 확산되었다. 행정의 현대화를 위한 개혁이 추진되어 지방자치제도에도 큰 영향을 주었다. 특히 신공공관리이론이 채택되었다. 독일에는 직접민주제의 요소로서 주민투표와 주민발안 등의 제도가 도입되어 있다. 1994년에는 주민발안이 도입된 후 노르트라인 베스트팔렌 주에서만 400개가 넘었다고 한다.

(4) 독일의 지방분권 논의에 있어서 핵심적 요소의 하나는 연방과 주의 사무배분이다. 이와 관련하여 지방자치단체 사무의 수행은 지방자치에 있어서 매우 중요한 부분이다. 독일 지방자치사무의 구분은 각 주에 따라 자치행정사무(자치사무)와 국가위임사무(단체위임사무)를 구별하는 이원적 체계와, 이를 통일적으로 파악하는 일원적 체계로 구분되고 있다. 이원적 체계에서는 자치사무를 다시 자유사무와 지시에 구속되지 않는 의무적 사무를 구별하지만, 일원적 체계에서는 이러한 구분이 없다. 다만, 일원적 체계에서는 지시에 따른 의무적 사무, 소위 지시사무가 인정된다. 이러한 사무는 국가위임사무에 해당하며,

위험방지(경찰작용)나 건축감독 및 환경보전 등에서 인정된다. 이러한 지시사무는 법률의 근거를 가지고 행해지며, 이러한 근거가 없는 경우에는 지시권을 행사할 수 없다. 우리나라에서는 자치사무(고유사무)와 단체위임사무, 기관위임사무로 구별되고 있다. 그러한 점에서 기본적으로는 독일의 이원적 체계에 가깝다. 그러나 국가의 사무를 지방자치단체의 기관에 위임하는 소위 기관위임사무는 법적 근거 없이도 이루어지고 있다. 기관위임사무는 지방자치단체의 자치권을 침해할 소지가 많다. 그러한 점에서 국가사무를 지방자치단체에 위임·위탁하는 경우 법률적 근거를 마련하는 것은 참고할 만하다. 일본의 경우에도 기관위임사무를 폐지하고 ‘법정수탁사무’를 새로이 만든 점도 대동소이하다. 국가의 감독 수단은 법적 감독과 직무감독으로 구분된다. 후자는 합법적 통제 외에 합목적성 통제를 한다는 점에서 유사하다. 국가의 감독수단에도 시정명령, 정보요구권, 직무이행명령 및 대집행 등이 있다. 이러한 수단들은 대부분 법적 감독 수단 중 억제적 감독에 해당한다. 예방적 감독수단에는 조언이나 승인유보 등이 있다.

독일은 연방국가이므로 국가에 대한 주(란트)의 권리구제수단이 마련되어 있다. 게마인데는 기본권 능력이 없어 기본권을 보호하기 위한 헌법소원(기본법 제93조 제1항 제4a호)은 제기할 수 없지만, 자치권의 침해를 이유로 기본법 제93조 제1항 제4b호의 지방자치단체 헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있다. 이러한 헌법소원의 소송능력은 지방자치단체가 가지지만, 각 주의 지방자치법에 따라 예외적으로 ‘기관’도 가질 수 있다고 보고 있다. 이러한 지방자치단체 헌법소원의 대상은 모든 종류의 연방 또는 주(란트)의 법규범이다. 대부분의 주(란트)에서는 주(란트) 법률에 대한 지방자치단체 헌법소원을 제기할 수도 있다. 또한 지방자치단체는 비헌법적 성격의 공법적 쟁송에 대해서는 행정법원에 제소할 수 있다. 그러나 국가의 감독처분에 한하여 취소소송이나 의무이행소송을 제기할 수 있음을 주의해야 한다. 이 경우 전심절차는 생략하고 있다. 그러나 국가의 감독처분이 행정행위의 성질을 가지지 않는 경우에는 일반이행의 소나 확인의 소를 제기할 수 있다. 이러한 사정에 감안하지 않고 지방자치단체에 대해 항고소송의 원고적격을 인정하자는 주장이 제기되는 것은 적절하지 않다. 특히 독일에서는 항고소송의 대상이 되는지 여부가 중요한 쟁점이다. 근래에 대법원 판결에서 이러한 점을 고

려하지 않고, 소의 적법성 판단을 도외시 한 채, 곧바로 본안판단에서 처분의 위법성 심사를 하는 것은 타당하지 않다. 항고소송 중심의 단선적 사고에서 벗어나 소송유형의 다양성을 확보하는 것이 필요하다. 사법의 편의보다 국민의 권익구제를 위한 실효적 방안을 찾아야 한다. 해석론의 한계를 넘기 위해서는 입법의 개선이 있어야 한다. 낡은 행정소송법의 패러다임을 버리고 새로운 모델을 모색해야 한다.

(5) 독일의 자치입법으로서 자치법규(Satzungen)의 개념은 지방자치단체의 조례를 포함한 기타 대학, 상공회의소, 의사협회 등의 영역을 망라하고 있다. 독일의 게마인데는 조례 외에 명령도 제정할 수 있다. 따라서 양자의 구별이 문제된다. 지방자치단체의 조례는 지방분권에 근거하고 있지만, 법규명령은 법제정에 있어서 권력분산에 기초하고 있다. 그러나 조례는 법규명령과 달리 포괄적 위임이 허용된다. 또한 이러한 자치법규는 조직이나 절차 등에 관한 사무규칙과 구별된다. 조례제정의 민주적 정당성 확보 내지 자치적 정통화가 강조되고 있다. 그러나 이러한 조례제정의 범위는 무제한적인 것이 아니라 법률유보와의 관계에서 일정한 한계를 가진다. 즉 본질적인 사항에 대해서는 입법자가 결정하여야 한다.

오늘날 위법한 조례에 대한 공법상 권리구제가 검토되고 있다. 독일에서는 원칙적으로 추상적 규범통제가 인정되고 있다. 연방법이나 주법이 독일기본법에 위반되거나 주법이 연방법에 일치하지 않는 경우 연방헌법재판소에 규범통제를 신청할 수 있다(독일 기본법 제93조 제1항 제2호, 연방헌법재판소법 제13조 제6호 및 제76조 참조). 또한 독일 행정법원법에는 도시계획조례나 일부 법규명령에 대해 규범통제제도를 규정하고 있다. 이러한 방식도 추상적 규범통제이지만, 주관적 권리구제의 기능도 수행한다. 그리고 위헌법률에 대해서는 연방헌법재판소에 제청할 수 있는 구체적 규범통제도 인정하고 있다. 이러한 규범통제제도는 비교적 완결된 시스템을 구축하고 있다고 평가할 수 있다. 이에 반해 우리나라에서 법원은 원칙적으로 부수적 규범통제를 통해 조례에 근거한 처분의 위법성을 다투는 소송을 제기하면서 그 선결문제로서 조례의 위헌·위법 여부를 심사할 수 있다. 조례에 대해 직접 규범통제를 할 수 있는 제도적 장치는 없다. 부수적 규범통제에서 조례

에 대한 위헌·위법이 인정되더라도 해당 조례는 폐지되지 않고 여전히 유효하다. 그러한 점에서 위법한 조례에 대한 규범통제는 불완전하다.

또한 위법한 조례에 대한 취소소송이 제기될 수 있는지가 문제된다. 조례는 법규범이므로 취소소송을 제기할 수 없고, 단지 확인소송을 제기할 수 있다고 보는 견해가 다수설이다. 즉 개별적인 집행행위를 매개하는 집행가능규범에 대해서는 취소소송을 제기하지만, 이를 매개하지 않는 집행규범에 대해서는 확인소송을 제기할 수 있다는 것이다. 이에 반해 우리나라에서는 처분적 조례를 인정하여 취소소송의 대상으로 삼고 있다. 이러한 판례의 입장은 조례의 본질에 부합되지 아니한다. 처분적 조례는 집행규범과 유사하며, 일종의 자기집행규범이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 형식은 매우 예외적인 것이다. 나아가 조례의 부작위에 대한 권리구제가 문제되고 있다. 이에 대해서는 조례를 제정하지 않아 새로운 조례를 제정할 것을 요구하는 소송과 조례가 제정되었으나 불완전한 경우에 그 보충을 요구하는 소송으로 구분할 수 있다. 후자는 규범보충소송이라고 하고, 전자는 규범제정요구소송이라고 부르고 있다. 전자의 적합한 소송유형으로 독일에서는 일반이행소송설, 확인소송설, 그리고 독자적 소송설 등이 제기되고 있다. 학설은 일반이행소송설과 확인소송설이 팽팽히 대립하는 형국이다. 연방행정법원의 판례는 오히려 확인소송설을 따르고 있다. 이와 달리 규범보충소송의 적합한 소송유형으로 학설은 일반이행소송설이나 확인소송설이 우세하나, 규범통제소송설을 주장하는 견해도 있다. 그러나 규범보충소송은 현존하는 규범의 효력을 다투는 것이 아니라, 현존하는 규범의 보충을 다투는 소송이라는 점에서 독일 행정법원법 제47조의 규범통제소송은 적합하지 않다고 본다. 이러한 입장은 연방행정법원의 입장이다. 연방행정법원은 확인소송을 적합한 소송형식으로 판단하고 있다. 필자는 규범제정요구소송이나 규범보충소송은 공법상의 법률관계에 관한 문제로 보는 확인소송설이 타당하다고 생각한다. 더불어 우리나라의 행정소송법에는 이러한 확인소송이 규정되어 있지 않아, 이러한 확인소송의 성질을 가지는 공법상 당사자소송이 적합한 소송형식이라고 판단하고 있다. 조례제정의 부작위로 인해 공법상 권리가 금지되거나 제한되는 경우, 또한 급부행정과 관련하여 일정한 사실관계를 제외하여 수익적 내용을 신청할 수 없는 경우에 공법상 당사자소송을 제기하여 그러한 주관적 공권의

확인을 구하는 소송을 제기할 수 있다. 위헌·위법인 조례에 대한 헌법소원은 직접적 권리구제수단에 해당하지만, 직접적 관련성이나 보충성원칙 등의 요건을 충족해야 한다.

(6) 독일의 입법례는 우리나라의 지방자치제도에 적지 않은 영향을 미쳤다. 그러나 독일의 지방자치제도를 개관하여 살펴본 결과, 우리나라의 지방자치제도와 여러 가지 차이점도 있지만 참고할 사항이 많다는 것도 사실이다. 최근 독일의 지방분권개혁의 동향은 우리에게 시사하는 바가 크다. 독일에서 입법권과 자치입법권의 관계는 확고하며, 후자는 파생적 법원으로 이해한다. 다만, 독일은 연방국가이므로 연방과 주 사이의 입법권 분배가 현안이 되고 있다. 이러한 점은 사무구분과 더불어 연방주의개혁의 핵심적 사항이었다는 점에서도 분명하다. 최근 독일의 지방자치제도는 유럽법의 영향을 크게 받고 있다. 이로 인해 지방자치제도의 유럽화, 자유화 및 민영화가 가속되고 있다. 역내시장의 경쟁이나 보조금지원 등은 현안문제이기도 한다. 독일의 지방자치제도는 행정의 현대화를 위한 다각적 시도가 있었다. 고객지향적 사고에 기반한 신공공관리(NPM)도 큰 기여를 한 바 있다. 최근 부각되고 있는 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)에 관한 이론도 공적 과제의 위임·위탁과 관련하여 중요한 의미를 가질 것이다.

이러한 상황변화에 따라 독일의 지방자치제도도 위기와 도전에 직면하고 있다. 연방의 입법자에 의한 위임사무가 증가하고, 이에 따라 지방자치단체의 부담이 늘고 있다. 또한 계마인테의 인구감소와 노령화로 인해 지방자치단체의 존립기반이 위태롭게 되고 있다. 이에 따라 지방자치단체의 사회기반시설에 대한 정책도 변화를 모색해야 하는 상황이다. 또한 시민(공민)들의 정치적 무관심으로 지방선거의 참여율이 갈수록 낮아지고 있어, 시민참여를 강화해야 한다는 목소리가 높다. 그러나 직접민주제적 요소를 강화하는 것도 필요하지만, 정보통신기술의 발달로 종래의 고전적 의사소통의 방식 대신 새로운 의사소통수단이 부각되고 있다.

이와 같이 독일의 지방자치제도의 새로운 위기와 도전의 과제는 우리나라의 지방자치제도에도 참고할 점이 적지 않다. 지방자치제도의 개혁을 통해 계마인테, 크라이스 등의 축소는 상당한 성과를 거두었다. 이러한 독일의 역사적 경험은 인구감소와 노령화 등으로

인해 지방자치단체의 공동화(空洞化)를 경험하게 될 우리나라의 지방자치에도 시사하는 바가 크다. 지방행정의 구조개편을 통해 지방자치단체의 ‘광역화’를 진지하게 검토할 필요가 있다. 우리나라에서는 지방균형과 지방분권을 위해 공공기관의 지방이전과 혁신도시의 건설 등을 추진하였다. 그러나 이러한 정책의 성공 여부는 미지수이지만, 아직도 해결해야 난제가 많이 남아 있다. 혁신도시의 문제점을 개선하기 위해서는 사회기반시설과 교육시설을 확충하여야 한다. 공공기관의 임직원들이 이주를 망설이는 요인 중의 하나는 자녀의 교육문제이다. 이러한 점은 한국의 특유한 문제이며, 독일에서는 고려대상이 아니다. 최근 독일에서도 교육문제가 지방분권과 관련해서 논의되고 있음은 주목된다. 나아가 지방자치단체의 자치사무에 대한 조례제정권을 충분히 보장해야 하며, 기관위임사무는 입법자의 판단에 따라 법률로 정하도록 해야 한다. 위임사무에 대한 국가감독이 강화되고 있어 지방자치단체의 자치권이 제약되고 있는 것도 중요한 현안이다. 향후 지방분권의 논의에 있어서 독일의 사례를 참고하여 지방자치제도의 개혁과 제도개선을 위해 노력해야 할 것이다.

korea
legislation
research
institute

참고문헌

참고문헌

1. 국내문헌

김재광, “지방분권 개헌 관련 일반자치제와 특별자치제의 관계: 제주특별자치제의 법적 한계를 중심으로”, 지방자치법연구 제17권 제3호(2017. 9), 33-84면.

박균성, 행정법론(상), 제15판, 博英社, 2016.

이기우/하승수, 지방자치법, 대영문화사, 2007.

정남철, 행정법의 특수문제, 법문사, 2018.

_____, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016.

_____, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 법문사, 2015.

_____, “생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제: 특히 공공수도의 민영화를 중심으로”, 환경법연구 제32권 2호(2010. 8), 247-282면.

_____, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격: 특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여, 저스티스 제140호(2014. 2), 334-364면.

_____, “국가배상소송의 현안과 과제”, 행정법학 제8호(2015. 3), 1-38면.

_____, “자체감사의 활성화와 감사원의 합리적 지원방안 연구”, 공법연구 제46집 제2호(2017. 12), 1-34면.

_____, “行政과 司法의 民主的 正當性 確保를 위한 公法的 課題”, 법조 통권 제727호(2018. 2), 442-479면.

_____, “규범상 불법에 대한 국가책임”, 公法研究 제33집 제1호(2004. 11), 541-560면.

_____, “命令·規則 등의 不眞正行政立法不作爲에 대한 法院의 規範統制”, 행정판례연구 제22-2집 제2호(2017. 12), 晴潭崔松和教授喜壽記念論文集, 111-167면.

_____, “行政立法不作爲에 대한 司法的 統制: 當事者訴訟에 의한 規範制定要求訴訟의 實現可能性을 中心으로”, 저스티스 제110호(2009. 4), 194-217면.

조성규, “지방자치법제에 있어 분권개혁의 의의 및 과제”, 지방자치법연구 제12권 제3호(통권 제35호), 1-28면.

최우용, “지방분권형 헌법개정에 관한 연구”, 지방자치법연구 제17권 제3호(통권 제55호)(2017. 9), 3-32면.

최정일, “학칙의 법적 성격과 효력을 중심으로: 독일에서의 논의를 중심으로”, 행정법연구 제41호(2015. 2), 제41호(2015. 2), 213-242면.

2. 독일문헌

Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 6. Aufl., Berlin/Boston 2018.

Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts (I), 2. Aufl., 1994.

Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl., Berlin 1998.

Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., München 2015.

_____, Das werdene Integrationsverwaltungsrecht und die Rolle der Kommunen, DVBl. 2016, S. 1015 ff.

Dreier, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrecht, JZ 1990, S. 310 ff.

Ehlers/Krebs (Hg.), Grundfragen des Verwaltungsrecht und des Kommunalrechts, Berlin/
New York 2000.

Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 1997.

Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2002.

Henneke, Hans-Günter, Gefährdungen kommunaler Selbstbestimmung in Deutschland, DÖV
2013, S. 825 ff.

Höde, Ulrich, Föderalismusreform in Deutschland: auf dem Weg zur dritten Stufe, LKV
2011, S. 97 ff.

Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., München 2008.

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2009.

Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 9. Aufl., Stuttgart u.a. 1996.

Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017.

Oebbecke, Kommunale Satzungsgebung und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, in: NVwZ
2003, S. 1313 ff.

Oppermann/Classen/Netteheim, Europarecht, 6. Aufl., München 2014.

Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., München 2012.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen,
NVwZ 2016, S. 720 ff.

_____, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, S. 1062 ff.

Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin/New York 1999.

Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 ff.

_____, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Heidelberg
2006.

Schoch, F., Kommunalrecht als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung, DVBl.
2018, S. 1 ff.

Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2012.

Sachs (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2003.

Schulze-Fielitz, H., Kommunalrechtswissenschaft im Dialog mit der Praxis: Die “Professoren-
gespräche” des Deutschen Landkreistages im Rückblick, DVBl. 2016, S. 1031
ff.

Selmer, Peter, Die Föderalismusreform: Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung?,
JuS 2006, S. 1052 ff.

Seybold, Jan, Chancen und Risiken von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden: Untersuchung
anlässlich der Reform des niedersächsischen Kommunalrechts zum 1. November
2016, DÖV 2018, S. 293 ff.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980.

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., München 2017.

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl., München 2004.

Württemberg, Th., Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., München 2011.

헌정제도 연구 18-20-④

주요 외국의 지방자치제도 연구
- 독 일 -

2018년 9월 28일 인쇄
2018년 9월 30일 발행

발행인 | 이 익 현

발행처 | 한국법제연구원
세종특별자치시 국책연구원로 15
(반곡동, 한국법제연구원)
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 7,000원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-882-9 93360

저자명(책임)

정 남 철

학 력

독일 훔볼트(Humboldt)대 법학박사
(현) 숙명여자대학교 법과대학 교수

연구실적 및 논문

행정법의 특수문제(법문사, 2018)
현대행정의 작용형식(법문사, 2016)
행정구제의 기본원리(법문사, 2013)
신(新) 기후체제에서 기후변화대응의
현안과 과제(공저) 등 다수

주요 외국의 지방자치제도 연구

— 독일 —

KLRI KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE



9 788966 848829

ISBN 978-89-6684-882-9

값 7,000원