

廣域地方自治團體의 地位와 役割

曹正燦*

차례

- I. 광역자치단체의 의의 및 연혁
 - 1. 광역자치단체의 개념
 - 2. 제도의 연혁
- II. 사무배분과 광역자치단체
 - 1. 광역 및 기초자치단체에 대한 자치사무의 배분
 - 2. 기관위임사무의 수행과 관련된 문제
 - 3. 중앙행정권한의 지방이양 및 지방위임
- III. 지방재정과 광역자치단체
 - 1. 지방이양과 지방재정제도
 - 2. 광역자치단체의 종류별 지방재정구조
- IV. 기초자치단체에 대한 상급감독기관으로서의 지위 및 역할
 - 1. 기초자치단체에 대한 지도·감독
 - 2. 기초자치단체 자치입법권에 대한 광역자치단체의 관여
- V. 지방자치계층구조의 개편논의

* 法制處, 法制官

I. 광역자치단체의 의의 및 연혁

1. 광역자치단체의 개념

광역자치단체는 법적 개념이 아니라 학문상 내지 실무상의 개념이다.

우리 지방자치법은 지방자치단체를 大別하여 특별시·광역시·도와 시·군·구(자치구)의 2종으로 하였는데 전자를 광역지방자치단체(광역자치단체)라 하고 후자를 기초지방자치단체(기초자치단체)라고 부르는 것이다.

광역자치단체는 지방자치단체의 일종으로서 지방자치권을 향유하는 주체이며, 따라서 고유한 사무를 갖고 있어야 한다.¹⁾ 아울러 지방자치단체이기 때문에 지방자치의 3요소인 자치권과 구역 및 주민을 갖고 있어야 하는데 자치권의 내용인 자치입법권·자치행정권·자치조직권 및 자치재정권은 자치단체의 사무를 전제로 그 사무의 효율적 수행을 뒷받침하기 위한 권한이기 때문에 이 글에서는 자치사무와 자치권을 같은 범주에 놓고 고찰하기로 한다.

광역자치단체의 개념을 실무적으로 검토하려면 먼저 기초자치단체와의 관계에 비추어 검토가 이루어져야 한다.

광역자치단체와 기초자치단체는 모두 지방자치단체이기 때문에 양자의 관계는 원칙적으로 상호독립적이고 동등한 지위에 놓여 있다.²⁾

광역자치단체의 사무는 원칙적으로 기초자치단체와 중복될 수 없도록 한 것도 이와 같은 취지에 비추어 당연한 것이라 할 수 있다. 그러나 구역과 주민에 있어서는 지방자치제의 중층구조의 속성상 중복이 불가피하며, 지방자치의 이상을 실현하는 등 국가목표를 관철하는데 광역자치단체와 기초자치단체는 상호 유기적인 협력·보완관계에 놓여 있고 이러한 관계를 효율적으로 구현하기 위하여 광역자치단체는 일정한 범위내에서 기초자치단체의 상급자치단체로서의 법적 지위를 갖게 된다.

국가와 지방자치단체간의 관계에 있어서는 傳來設의 관점에서 볼 때 지방자치제도의 발전에 대하여 국가가 일차적 책임을 지되, 국가의 정책목표를 관철

1) 지방자치를 실시하는 이유는 헌법 제117조제1항에 나타난 바와 같이, 국가행정조직의 일원으로서 담당하기에 부적절하고 별도의 법인격과 일정 범위의 자치권을 가진 지방자치단체를 설치하여 담당하도록 하는 것이 효율적인 사무가 존재하기 때문이라고 할 수 있다. 즉, 『住民의 福利에 관한 事務』가 그것인데, 이는 이른바 자치사무 내지 고유사무라고 하는 것으로서 지방자치단체의 존립목적은 이러한 사무를 처리하는데 있다고 보아야 한다.

2) 법제처, 『법률교육교재(Ⅰ)』; 原田尙彦, 『地方自治の法としくみ』, 全訂二版, 學陽書房, 1995, 42頁 등 참조.

하는데 지방자치단체의 협조와 호응을 유도할 필요가 있다는 점에서 광역이든 기초든 모두 국가의 지도·지원 등 법률이 정한 범위내에서 국가의 관여를 받는 것이 불가피하며, 특히 광역자치단체는 기초자치단체와의 관계에 있어서 국가의 역할을 대신하는 지위에 놓이기도 한다. 광역자치단체가 국가를 대신하여 기초자치단체를 지도·지원하는 입장에서는 상급자치단체라는 지위라기 보다는 국가의 하부기관이라는 지위에 놓여 있다고 볼 수도 있다.

그러나 같은 광역자치단체라 하더라도 특별시·광역시와 도는 기초자치단체와의 관계에서 차이를 보여주는데, 특별시·광역시는 대도시의 특성상 하나의 지방자치단체로 기능을 발휘하여야 하고 그 관할구역내에 설치된 자치구는 제한된 범위내에서 자치권을 갖는 반면, 도의 경우에는 그 관할구역내에 설치된 시·군이 지방자치단체로서의 본래의 기능을 발휘하고 道는 국가와 기초자치단체 사이에서 조정과 연락 등 제한적 기능을 발휘하게 되는 것이다.

또한 지방자치단체가 수행하는 사무에는 자치사무외에 기관위임사무가 있는데³⁾ 기관위임사무는 지방자치단체가 국가의 일선행정기관의 지위에서 수행하는 것으로서 이 경우 광역자치단체와 기초자치단체의 관계는 지방자치체의 중층구조 차원이 아니라 국가의 지방행정체계의 측면에서 파악할 필요성이 더욱 두드러지게 된다.

이처럼 광역자치단체는 국가 및 지방자치단체와의 관계에서와 기초자치단체와의 관계에서 여러 가지 지위를 갖고 있는데 구체적인 내용은 현행 지방자치법의 여러 조항과 관련하여 검토하기로 한다.

2. 제도의 연혁

역사적으로 볼 때 自治體란 법률적 의미의 단체자치이든 정치적 의미의 주민자치이든 간에 국가로부터 일정한 독립성을 유지하면서 공동체에 속한 구성원으로 단체를 구성하고 행정사무를 자율적으로 처리하는 것을 본질적 징표로 하기 때문에 기초자치단체가 본래의 지방자치단체에 해당한다고 볼 수 있다.

광역자치단체의 관념은 다분히 법률적 의미의 단체자치와 밀접한 관계가 있는데 광역자치단체의 법제화는 2차대전후 유럽 각국에서 기초자치단체외에 광역자

3) 지방자치단체가 수행하는 사무의 구분에 있어 단체위임사무는 실정법상 그 사례가 극히 드물고 성격에 있어서도 자치사무와 기관위임사무의 중간적 성격을 갖는다고 설명하기 때문에 필자는 종전부터 단체위임사무의 개념을 폐지할 것을 주장하여 왔다. 구체적인 내용은 필자가 쓴 “지방자치단체의 사무에 관한 小考”(법제처, 『자치입법실무강의』 제2집, 1997), “현행법상 자치법규의 규율대상사무에 관한 검토”(『법제』 1999년 3월호) 참조.

치단체를 헌법상 제도적 보장으로 규정한 점에서도 찾아볼 수 있고(예: 벨기에·이태리·프랑스 등) 1981년에 기초된 EC 지방자치제회의의 유럽지방자치현장, 자치체의 중층화에 관한 영국(1972년)·프랑스(1982년)의 개혁에 의하여서도 명확한 모습을 드러내고 있으며, 이는 과거 독일의 3월 혁명에서 민주파가 주장한 지방자치의 중층구조를 100년이 지난뒤에 실현시킨 것으로 볼 수 있다.⁴⁾

일본에서도 시정촌이 일찍부터 기초자치단체로서 지방자치단체의 전형으로 여겨져 왔고, 우리나라도 1949년 지방자치법 제정 당시 기초적 생활공동체로서 그 규모의 대소에 관계없이 서울특별시와 시·읍·면을 기초자치단체로 설정하였던 것이지만 그럼에도 불구하고 우리나라와 일본은 지방자치의 관념이 성립되기 전부터 내려오던 지방행정계층의 관점에서 道 내지 도도부현과 같은 광역자치단체의 관념을 일찍부터 도입하여 왔던 것이다.

우리나라 광역자치단체제도를 연혁적 측면에서 좀더 상세히 고찰하기로 한다.

광역자치단체의 원형인 道는 고려시대의 5道 兩界制에서 그 시원을 찾을 수 있고 현행 道制는 조선시대의 8道制가 갑오경장 당시 13道制로 개편되고 미군정 당시 제주도가 전라남도에서 분할되어(미군정법령 제94호) 지금에 이른 것이다. 이러한 道에 法人格이 인정된 것은 일제시대인 1933년의 道制부터지만 지방자치단체로서의 지위를 갖게 된 것은 1949년 지방자치법 제정 당시부터이다.⁵⁾

현행 광역자치단체에는 道외에 특별시와 광역시가 있는데, 특별시는 1946년 경기도에서 분리되어 정부직할하의 특별시로 설치되고 1949년 지방자치법에서 法制化되었으며, 1962년에는 서울특별시행정에관한특별조치법이 제정되어 일반 광역자치체인 도나 직할시와 달리 국무총리의 직할아래 두는 지위를 갖게 되었던 것이고, 광역시는 1963년 부산시정부직할에관한법률에 의하여 경상남도 관할구역의 부산시가 정부(내무부) 직할의 직할시로 승격하였던 것을 시작으로 1981년에는 대구시와 인천시가, 1986년에는 광주시가 1989년에는 대전시가 각각 경상북도·경기도·전라남도·충청남도의 관할구역으로부터 독립하여 직할시가 되었으며, 1994년에는 직할시를 광역시로 개칭하고⁶⁾ 1996년에는 울산시가 경상남도 관할구역에서 광역시로 승격되어 현재는

4) 雄川一郎·鹽野宏·園部逸夫 編, 現代行政法大系 第8卷 地方自治, 有斐閣, 昭和 59年, 1984, 395~396頁 참조.

5) 조창현, 『지방자치론』, 박영사, 1993, 148면.

6) 직할시를 광역시로 개정한 이유는 『본격적인 지방자치시대를 맞이하여 지방자치단체의 명칭으로 부적절하다는 지적을 받아 온 직할시를 광역시로 변경』한다는 것이었으나 광역시를 정부직할로 한다는 지방자치법 제3조제2항의 규정은 그대로 두었기 때문에 단순

6개의 광역시가 설치되었기에 이르렀다.

한편 지방자치단체의 계층구조 전체를 놓고 보면 1949년 지방자치법 제정 당시에는 지방자치단체를 도·서울특별시와 시·읍·면의 2종으로 大別하여 도와 서울특별시는 정부의 직할아래 두고 시·읍·면은 도의 관할구역내에 두도록 하였으며,⁷⁾ 1963년·1981년 및 1986년에는 부산직할시 등 새로 설치된 직할시가 각각 그 설치근거법률에 의하여 지방자치단체로 인정받게 되었으며,⁸⁾ 5·16이후에는 지방자치에관한임시조치법을 제정하여 도와 서울특별시, 시·군의 2종으로 大別하여 읍·면자치제가 폐지되고 군자치제로 대체되었으며(군은 도의 관할구역내에 설치), 1981년 동법 개정으로 도 및 서울특별시와 같은 레벨로 직할시가 추가되었고, 1988년 지방자치법 전문개정시 현행과 같이 특별시·직할시(광역시)·도와 시·군·자치구의 2종으로 大別되었던 것이다.

1988년 지방자치법을 전문개정할 때 특별시·직할시에 설치된 구를 자치구로 승격시킨 경위에 관하여 좀 더 살펴보기로 한다. 특별시·직할시는 대도시로서 하나의 생활권을 형성하기 때문에 그 자체가 지방자치단체로서의 본래적 기능을 발휘하여야 하고, 그 관할구역내에 설치된 구는 하부행정기관으로서의 성격만 갖는 것이 원칙이며, 이는 도단위에서 시·군이 지방자치의 본래적 기능을 발휘하는 기본적 생활공동체로서 기초자치단체에 해당하고 도는 제한된 기능만 갖는 광역자치단체에 해당하는 것과 대조를 이루는 것이었는데, 자치구제도의 도입은 이와 같은 차이점을 상대적인 것으로 만들었다. 즉, 자치구제도의 도입은 특별시·직할시가 자치구에 대하여 광역자치단체 내지 상급자치단체의 위치에 놓이고 도는 시·군에 대하여 같은 위치에 놓이게 되었으며, 다만 전자의 관계에서 특별시·광역시는 후자의 관계에서 도의 경우보다 광범위한 자치권을 갖는다는 점에서 종전 제도의 잔재가 남아있는 것이다.

한 명칭변경에 불과한 것이었고 각종 법률의 용어정비를 비롯한 막대한 행정력의 낭비를 가져왔다고 본다. 유사한 사례로 국민학교를 초등학교로 바꾼 것을 들 수 있는데 실질과 능률보다 형식을 중요시하는 우리나라 행정현실을 반영한 사례라고 할 수 있다.

7) 서울특별시의 경우에는 지금처럼 자치구가 없었기 때문에 기초·광역자치단체 내지 하급·상급자치단체의 개념이 성립될 수 없고 도의 경우에만 시·읍·면과의 사이에 그러한 개념이 성립된다는 점에서 현행 지방자치법의 구조와 차이를 보여준다.

8) 각 설치근거법률에서 신설 직할시를 지방자치단체로 인정하는 명문규정은 없고 사무 및 재산의 승계, 조례·규칙의 승계 등에 관한 규정취지를 종합하여 지방자치단체의 지위 및 법인격을 부여한 것으로 해석할 수 있다. 지방자치법에도 1988년 전문개정당시에 비로소 직할시가 명시되었고, 그 이전에는 지방자치에관한임시조치법에서 1973년에는 「부산시」를, 1981년에는 「직할시」를 지방자치단체의 종류에 포함시켰다.

자치구제도를 도입할 당시의 논의를 되돌아보면 다분히 정치적 이유에서 동 제도가 도입되었다고 볼 수 있는데, 이는 특별시·직할시의 인구나 재정이 도의 경우보다 규모가 현저히 크고 특히 서울특별시의 경우 단일 지방자치단체로서 민선시장이 취임하게 되면 그 정치적 영향력 때문에 중앙정부에 대하여 위협적인 존재가 될 수 있다는 우려가 제기되었고, 여기에 대처하여 서울특별시를 4개의 지방자치단체로 분할하자는 논의까지 나타났는 바,⁹⁾ 이러한 인위적 분할은 설득력이 부족하다고 보아 결국 민선시장을 중심으로 한 거대 자치단체의 위력을 감소시키기 위한 수단으로 자치구제도를 도입하게 된 것이라 할 수 있다.¹⁰⁾

그후 1994년 지방자치법개정으로 직할시를 광역시로 개칭할 때 광역시에 균을 둘 수 있도록 하였다.

II. 사무배분과 광역자치단체

1. 광역 및 기초자치단체에 대한 자치사무의 배분

광역자치단체도 지방자치단체로서 그 존립목적인 사무를 갖는다.

지방자치법 제9조에서는 『지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다』라고 규정하고 6개 群 57개 사무를 열거하였으며, 제10조에서는 지방자치단체의 종류별로 사무배분의 기준을 정하고 있는데, 먼저 『지방자치단체의 구역·조직 및 행정관리 등에 관한 사무』(제9조제2항제1호에 규정된 11개 사무)를 시·도(광역자치단체)와 시·군·자치구(기초자치단체)의 공통사무로 규정하고,¹¹⁾ 이어서 시·도사무를 6개 유형으

9) 김병준, “서울시 분할론에 관한 소고”(『한국지방자치의 쟁점과 과제』, 도서출판 문원, 1995)에서는 서울시 분할론이 지방선거연기음모론, 지나친 거대화에 따른 효율성 저해를 해소하기 위한 것이라는 규모경제이론, 주민참여보장 및 행정처리편의성제고론, 경쟁 유도론, 수도권연계 광역행정체제로의 개편론 등을 아울러 소개하면서 결론 부분에서 필자와 유사한 주장을 언급하고 있다.

10) 지방자치단체간 사무배분에 있어 기초자치단체 우선의 원칙을 채택한 것도 민선 광역자치단체장의 정치적 영향력을 우려한 시각에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

11) 이를 존립사무(Existenzantgaben)이라 한다. 여기에는 지방자치단체의 구역에 관련된 사무, 자치입법사무, 조직관리 및 인사관련사무, 지방세입 및 예산 등 자치재정사무, 행정관리관련사무, 호적 및 주민등록관리사무 등을 열거하고 있다. 그중 호적 및 주민등록관리사무는 지방자치단체의 주민과 관련된 사무라고 하여 자치사무로 규정하였으나 주민은 기초자치단체·광역자치단체의 주민으로서 뿐만 아니라 국민으로서의 지위를 갖기 때문에 자치사무라고 볼 수만은 없고, 현재 주민등록사무는 시·군에서 담당하기 때

로 열거한 후 나머지는 시·군·자치구의 사무라고 하여 시·도사무는 열거적으로, 시·군·자치구사무는 포괄적으로 규정하는 방식을 취하고 있으며, 동조 제3항에서는 『시·도와 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리함에 있어서 서로 경합되지 아니하도록 하여야 하며, 그 사무가 서로 경합되는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다』라고 하여 기초 및 광역자치단체간 사무경합금지의 원칙과 함께 기초자치단체 우선배분의 원칙을 확인하고 있다.

시·도사무로 열거된 것을 보면 ①행정처리결과가 2개이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무 ②시·도단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 사무 ③지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무 ④국가와 시·군 및 자치구간의 연락·조정 등의 사무 ⑤시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무 ⑥2개이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설의 설치 및 관리에 관한 사무가 있는데(제10조제1항제1호), 기초와 광역자치단체간 사무배분의 구체적 내용은 대통령령에 위임하고 있다. 이에 따라 지방자치법시행령 제8조와 별표 1에서는 개별 단위사무별로 기초와 광역자치단체에 구체적으로 사무를 배분하고 있다. 그밖에 지방자치법 제2조제2항 단서에서 자치구의 자치권의 범위를 시·군과 다르게 정할 수 있도록 함에 따라 동시행령 제9조와 별표 2에서 자치구 대신 특별시·광역시와 직접 처리할 사무의 범위를 열거하고 있으며, 동법 제10조제1항제2호 단서에서는 인구 50만이상인 시에 대하여¹²⁾ 도가 처리하여야 할 사무중 일부를 직접 처리하게 할 수 있도록 하고 그 구체적인 내용은 동시행령 제10조와 별표 3에서 열거하고 있다.

이와같은 사무배분방식은 일본의 경우와 유사하다. 일본 지방자치법의 규정을 보면 시정촌은 주민과 가장 가까운 기초적 자치체이고 주민의 일상생활과 직결되는 사무를 일반적·포괄적으로 처리하는데 대하여 도도부현은 국가와 시정촌의 중간에 위치하여 시정촌을 포괄하는 광역단체로서 ①광역에 걸친 사무(광역행정사무) ②통일적 처리가 필요한 사무(통일행정사무) ③시정촌에 관한 연락조정사무(연락조정행정사무) ④일반 시정촌이 처리하기에 부적당하다고 인정되는 규모의 사무(보완행정사무)를 처리하도록 되어 있다(제2조제4항 및 제6항).¹³⁾

문에 광역과 기초자치단체의 공통사무에 해당하지도 아니한다.

12) 인구 50만이상인 시로서 특별시·광역시가 아닌 시에는 자치구가 아닌 구를 둘 수 있는데(지방자치법 제3조제3항), 이러한 시는 일본의 指定都市에 해당하는 것으로서 규모에 있어서는 광역시보다 작지만 자치권에 있어서는 광역시보다 크기 때문에 道制 폐지 논의에 있어 중요한 참고가 될 수 있다.

일본도 마찬가지로이지만 우리나라의 경우에도 위에서 본 지방자치법 제9조에 규정된 국가와 지방자치단체간의 사무배분(이와 관련하여 제11조에서 국가전속사무를 규정한 것 포함), 제10조에 규정된 광역과 기초자치단체간의 사무배분은 일종의 가이드라인에 지나지 아니한 바 그 이유를 보면 ①사무규정방식이 매우 추상적이고 ②개별법령에서 달리 정하고 있는 경우 그 법령에서 정한 사무배분에 의하도록 하였으며 ③사무의 창설근거가 되는 개별 행정작용법에서는 예외없이 사무처리주체를 명시하고 있는 점 등을 들 수 있다.

또한 개별법령에서 시장·군수·구청장 또는 시·도지사의 권한으로 표시된 사무라 할지라도 그것만 가지고서는 자치사무인지 국가사무인지의 구분이 애매하며¹⁴⁾ 결국 우리나라의 법령체계에서 국가사무와 자치사무의 구분이라든지 광역 및 기초자치단체간의 사무구분을 명확하게 파악하는 것은 불가능하다고 보아야 하며, 광역자치단체의 설치목적이라 할 수 있는 사무배분부터가 불명확한 현실에서는 광역자치단체가 과연 지방자치단체의 성격을 갖는 것인지의문을 갖게 한다(다만, 특별시·광역시는 앞에서 본 바와 같이 그 자체가 원래 기초적 자치단체에 해당하는 것이었기 때문에 이와 같은 의문이 생길 수 없다).

2. 기관위임사무의 수행과 관련된 문제

우리 정부조직법은 중앙정부가 수행하는 행정의 지역적 구현을 위하여 특별지방행정기관을 설치하도록 하였으나(제3조), 모든 사무를 특별지방행정기관에서 담당하게 할 수 없기 때문에 지방자치단체에서 중앙정부 소관사무를 수행하게 할 필요가 있는데, 이때 지방자치단체는 그 장이 보통지방행정기관의 지위에서 당해 사무를 수행하게 된다.

동법 제6조에서 중앙정부의 행정기관이 지방자치단체 또는 그 기관에 그 소관사무의 일부를 위임 또는 위탁할 수 있고 수입 또는 수탁기관은 그 사무

13) 長野士郎, 『逐條地方自治法』, 第12次 改訂新版, 15頁; 久世公堯, 『地方自治制度』, 142頁 이하 참조.

14) 金弘大, 『지방자치입법론』, 박영사, 1999, 87면; 법제처, 『법률교육교재(I)』, 1999, 151면.

국가사무라고 할 경우에도 표현방식상 그것을 기관위임사무라고 할 수 있는지가 문제될 수 있다. 즉, 기관위임사무는 일반적으로 법률에서 ○○부장관의 권한으로 표시하고, 대통령령에서 법률의 위임근거에 따라 시·도지사 등에게 위임하는 방식을 취하는데, 처음부터 시·도지사 등의 권한으로 표시된 사무가 전국적 이해관계를 갖는다고 하여 국가사무라고 해석될 경우에도 이를 기관위임사무라고 할 수 있는지에 관하여 설명하고 있는 사람이 없다.

를 재위임할 수 있도록 하였으며, 동법 제26조제3항에서 행정각부의 장관이 그 소관사무에 관하여 지방행정의 장을 지휘·감독하도록 규정한 것도 이러한 취지와 관련을 맺고 있다.

한편 지방자치법 제93조에서는 『시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 시·도지사와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다』라고 규정하여 단체위임사무 등을 제외하고는 이른 바 기관위임사무의 형태로 국가사무를 수행하도록 하였으며, 제94조에서는 『지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다』라고 하여 자치사무와 함께 기관위임사무에 대한 지방자치단체장의 집행권을 규정하고 있다.

지방자치법은 이와 관련하여 제156조에서 국가사무를 지방자치단체 또는 그 장이 위임받아 처리하는데 대한 주무부장관의 지도·감독을 규정하면서 시·군 및 자치구에 있어서는 1차적으로 시·도지사의 지도·감독을 받도록 하였고, 제157조의2에서는 지방자치단체장의 국가위임사무 또는 시·도위임사무에 대한 직무이행명령제도를 규정하면서 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 직무이행명령을 내리도록 하고 있다.

기관위임사무의 수행에 있어서는 지방자치단체로서가 아니라 국가의 일선행정기관의 지위에서 놓인 시·도지사¹⁵⁾가 사무수행주체가 되는 것이며 이때 시·도지사는 시장·군수·구청장에 대하여 국가를 대신한 지위에서 지도·감독권 등을 행사할 수 있도록 한 것이다(여기에 관하여서는 뒤에서 다시 설명한다).

또한 시·도지사는 기관위임사무를 시장·군수·구청장에게 재위임할 수 있는데 이때 재위임의 근거는 정부조직법 제6조제1항 후단의 규정으로서 시장·군수·구청장은 시·도지사의 『하급행정기관』에 해당하는 것이며, 지방자치법 제95조제2항에서 지방자치단체의 장이 그 권한에 속하는 사무를 관할 지방자치단체의 기관에 위임 또는 위탁할 수 있도록 한 규정은 위의 재위임에 해당하는 것이 아니라 법령에서 처음부터 시·도지사의 권한으로 규정된 사무로서 국가사무 또는 시·도 자치사무의 성격을 갖는 사무를 위임하는 것이라 할 수 있다.¹⁶⁾

15) 기관위임사무에 관한 지방자치법의 여러 조항에서 『지방자치단체의 장』이란 표현을 사용한 것은 오해의 소지가 있으므로 『시·도지사』 또는 『시장·군수·구청장』이란 표현을 사용하는 것이 타당하다고 본다.

16) 『지방자치단체의 장』의 『권한에 속하는 사무』에 시·도자치사무가 포함되는지 의문이나 (시·도자치사무는 『지방자치단체의 사무』라고 표현하는 것이 적절할 것이다) 조례에 의한

3. 중앙행정권한의 지방이양 및 지방위임

지방자치단체가 수행하는 사무범위를 확대하는 것은 지방자치발전의 측면에서 바람직스러울 뿐만 아니라 민원행정개선이라는 측면에서도 매우 중요하다.¹⁷⁾

그럼에도 불구하고 우리나라의 사무배분현황을 보면 아직까지 국가에서 직접 처리하는 국가사무의 비중이 매우 높고 지방자치단체에서 처리하는 사무도 기관위임 사무의 비중이 자치사무보다 높아 지방자치의 의미를 충분히 살릴 수 없었다.¹⁸⁾

이러한 배경아래 1999. 1. 29, 법률 제5710호로 공포되어 1999. 7. 29 부터 시행될 예정인 중앙행정권한의 지방이양촉진에 관한 법률에서는 중앙정부가 장악하고 있는 권한을 지방자치단체에 보다 많이 이양하고 광역과 기초자치단체 사이에 있어서도 후자에 우선적으로 사무를 배분하는 것을 목표로 하고 있다.

동법에 규정된 지방이양 등의 기본원칙을 보면 ①지방자치법 제9조제2항 각호에 예시된 사무를 지방자치단체에서 가능한 한 독자적으로 처리하도록 하여 지방이양을 위한 개별법령의 정비를 촉구하고 ②지방자치단체의 여건 및 능력을 고려하고 지방자치단체의 의사를 존중하도록 하여 중앙정부의 떠넘기 기식의 지방이양 또는 지방위임을 경계하며(여기에는 지방이양에 따른 재정지원, 지방자치단체간 능력차이를 고려한 차등이양 등의 취지가 포함되어 있다) ③지방자치단체가 이양받은 사무를 자주적인 결정과 책임아래 처리할 수 있도록 이양되는 사무와 관련되는 사무를 가능한 한 동시에 이양하도록 하고 ④지방자치법 제10조에 규정된 지방자치단체간 사무배분의 기준을 준수하고 주민의 복리 및 생활편의와 직접 관련된 권한 내지 사무는 시·군·자치구에 우선적으로 배분하도록 하여 기초자치단체 우선원칙을 재차 강조하되 ⑤시·군·자치구에서 처리하고 있는 사무라도 지방자치법 제10조제1항제1호 각목에 규정된 사무 등 광역자치단체의 사무에 해당하는 것은 시·도로 이양(역이양)하도록 한 것 등이다(제3조제1항).

아울러 지방이양시 중앙정부의 감독을 최소화하고 통일적 사무처리기준을

위임을 규정한 취지에서 볼 때 긍정적으로 해석할 수 있을 것이다. 어쨌든 지방자치법 제 95조의 규정은 정부조직법 제6조의 규정과 관련하여 해석상 여러가지 의문점을 안고 있다.

17) 지방자치체가 본격적으로 실시되기 전에도 중앙행정권한의 지방이양 내지 지방위임이 적극 추진되었는데, 이는 행정기관에 대한 접근을 용이하게 하는 등 민원행정개선의 측면에서 그렇게 한 것이다. 이때에는 지방이양보다 지방위임의 방식이 선호되었는데 위임 방식은 위임기관의 사전·사후적 감독권 때문에 수임기관이 민원인에게 소신껏 봉사하는데 어려움이 있었다.

18) 金弘大, 前掲書, 88~89면.

마련함에 있어 이를 범규화할 것을 요구하고 있으며(제3조제2항), 국가사무의 지방이양에 관하여 지방자치법 제11조에 열거된 국가사무를 제외하고는 모두 지방이양대상으로 하되, 지방자치단체의 능력이나 업무의 성격을 고려한 국가사무로의 역이양을 규정하였다(제4조).

이와 같은 입법은 일본의 지방분권추진에서 많은 영향을 받은 것이다.¹⁹⁾

일본 지방분권추진위원회 제2차권고에서는 도도부현이 시정촌의 상위에 있는 듯한 종전의 제도운명을 개선하여 『도도부현과 시정촌이 상하관계에 있지 않다는 것에 특히 유의하면서 대등·협력의 새로운 관계로 구축하는 것으로 한다』라고 방향을 제시하였다. 도도부현은 『시정촌을 포괄하는 광역의 지방자치단체』, 시정촌은 『기초적 지방자치단체』로서의 역할분담이라는 사고방식을 철저히 하고 ①지방자치단체가 처리하는 사무 가운데 시정촌에서 적절히 처리될 수 있는 사무에 관하여서는 적극적으로 시정촌이 처리하도록 사무배분을 행할 것 ②시정촌이 처리하는 사무에 대하여는 도도부현의 관여를 최소한으로 하고 존속필요성이 있는 관여는 일반원칙에 따라 인정할 것을 권고하고 있다.

구체적으로는 현행 지방자치법 가운데 도도부현사무로 예시된 위의 4가지 사무 가운데 통일행정사무·연락조정사무에 대하여서도 필요한 최소한으로 축소하는 방향으로 재검토한다는 것을 들 수 있다.

또한 제2차권고에서는 시정촌에 대한 사무이양(일본에서는 이를 事務委讓이라 한다)을 추진하는 구체적인 시책으로서 첫째 전국적인 제도로써 ①국가·도도부현이 처리하고 있는 사무의 시정촌에의 사무이양 ②指定都市·中核市 등까지 이양되어 있는 사무에 관하여 이양대상이 되는 범위를 확대하여 일정한 규모·조직체제 등을 갖는 시정촌에 대하여 이양하는 사무의 범위를 확대할 것을 주장하였고, 둘째 지역실정에 대응한 사무이양으로서 도도부현이 처리하는 사무 가운데 시정촌이 처리하는 것이 가능하고 적당하다고 생각되는 사무에 대하여 위탁받은 시정촌과의 협의를 거쳐 도도부현조례에 의하여 시정촌에 위탁하는 제도를 들 것을 주장하였다.

첫 번째의 사무이양은 법률 또는 이에 대한 政令의 규정에 의한 전국적 제도가므로 시정촌으로서는 각 도도부현의 판단에도 불구하고 확실히 사무이양을 받을 수 있다. 다만, 시정촌의 규모·조직체제 등이 매우 다양하다는 것을 감안할 때 일률적인 사무이양이 곤란하고 단계적 사무이양의 방법을 고려할 수 있다.

두 번째 도도부현의 조례에 의한 사무이양은 도도부현 자체가 지방에 따라

19) 日本 總理府編, 『地方分權推進計劃』(大藏省 印刷局, 平成 10年 1998), 61~63頁.

다양하고, 차이가 큰 점에 비추어 각 지역의 개별사정에 대응하여 사무이양을 할 수 있으므로 바람직스러운 방향이라고 할 수 있다. 그러나 전국적인 법률 등에 근거하지 않고 도도부현의 자주적인 판단에 의하므로 시정촌이 사무이양을 희망하고 그것이 합리적인 경우에도 이양이 이루어지지 않을 가능성이 있기 때문에 도도부현이 스스로의 역할을 정확히 파악하여 적극적으로 사무이양을 추진할 것을 기대하고 있다.²⁰⁾

중앙행정권한의 지방이양은 지방자치단체의 사무범위를 확대하는 결과가 되는 바, 특별시·광역시시의 경우에는 대도시행정의 특성과 이에 따른 자치구의 자치권 제약에 따라 도의 경우보다 그 의미가 크다고 볼 수 있다.

그러나 종전과 같이 권한위임의 방식을 택할 경우 현장행정의 장점을 살리기 위하여 시·군은 물론 자치구의 장에게 직접 위임하는 것이 바람직스럽다. 그럼에도 불구하고 중앙정부에서는 위임사무에 대한 감독의 편의를 위하여 시·도지사에게 1차적으로 위임을 하고 시·도지사가 시장·군수·구청장에게 재위임하는 방식을 선호하고 있는데, 그결과 시·도지사의 중간감독자로서의 지위가 두드러지게 되는 것이다.

Ⅲ. 지방재정과 광역자치단체

1. 지방이양과 지방재정제도

지방자치단체가 자신의 소관사무를 자주적으로 원활히 처리하려면 재정적 뒷받침이 필수적인 바, 이러한 재정수요에 충족하기 위한 재정수입확보방안에는 지방세과세권에 근거한 자주적 재원조달방법외에 지방자치단체간 재원조달의 균형을 유지하기 위한 지방재정조정제도가 운영되고 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 지방자치단체의 사무확대를 위한 중앙권한의 지방이양 내지 지방위임이 이루어지면 이에 상응하는 재원이 확충되어야 하고, 지방자치단체 상호간의 사무배분에 있어서 기초자치단체 우선의 원칙이 관철된다면 지방재정확충에 있어서도 기초자치단체가 광역자치단체보다 우선적 취급을 받아야 한다.

즉, 국가와 지방자치단체간에 사무조정이 이루어지면 지방이양 및 지방위임에 따른 소요재원이 확보되어야 하고 광역 및 기초자치단체 상호간에 있어서도 사무수행에 소요되는 재정수요를 정확히 산출하여 세원 및 재원의 조정이 이루어져야 할 것이며, 그 최종결과로 기초자치단체의 사무가 높은 신장율을 보일 것에

20) 小幡純子, 『都道府懸と市町村の關係』, 法學教室, 1998年 2月號, 26頁.

상응하여 기초자치단체가 세원 및 재원조정의 최대 수혜자가 되어야 할 것이다.

그런데 이러한 세원 및 재원조정에 있어서 가장 먼저 고려되어야 할 사항은 기초자치단체의 재정적 여건인 바, 좁은 구역으로 세분화된 기초자치단체는 지역간 경제력의 편차가 크고 그 결과 지방재정수입의 대종을 이루는 지방세의 세수에 있어서도 커다란 격차를 나타내고 있다는 점이다.

지방세는 지방자치단체의 자치재정권에 의하여 부과·징수되는 자주재원의 전형이며 지방자치의 이념에 가장 부합되는 것이지만 지방세의 지역간 편차를 시정하기 위하여 지방자치단체별로 세목과 세율을 달리 정한다는 것은 우리나라 지방자치관련 법제에 비추어 보거나 지방자치의 현실여건에 비추어 볼 때 어려운 일이다.

일본의 경우에는 지방세조례주의를 채택하고 이른 바 法定外稅를 허용하여 지방자치단체간에 지방세부담의 차등을 보여주고 있으나, 우리는 헌법상 조세 법률주의의 이념이나 법률유보원칙, 법령의 범위안에서만 허용되는 자치입법권의 취지에 비추어 볼 때 일본의 제도를 그대로 도입할 수 없고 제한된 범위에서 任意稅 내지 표준세율제도를 운영하는데 그치고 있다.²¹⁾ 이는 중앙집권의 전통이 계속된 역사적 경험에 비추어 지방자치란 국가의 주권에 준하는 자치권을 인정하는 것이 아니라 국법질서의 테두리안에서 이루어지는 행정의 분권화를 의미한다는 사고에서 비롯된 것이다.

어쨌든 우리 현실에서 각 지방의 주민들이 재정부담이나 행정서비스의 수혜에 있어 지나친 불균형이 발생하는 것은 방지할 필요가 있으며, 따라서 전국적으로 공통된 수준의 행정서비스를 제공함에 따른 지방재정수요에 충당하기 위하여 세입을 확충할 필요가 있더라도 지방세의 세목신설이나 세율인상에 있어 현저한 차등을 둘 수는 없는 것이다.

또한 지방재정확충을 목적으로 일률적인 지방세 세목신설 또는 세율인상, 국세의 지방세이양을 추진하는 것도 위에 본 바와 같이 지방자치단체간의 재정격차만을 초래하기 때문에 고려할 수 없고, 그대신 국세의 형태로 징수한 세입을 각 지방자치단체의 재정수요에 따라 배분하는 지방재정조정제도로서 지방교부세 및 지방양여금제도를 운영할 수 밖에 없다.

지방교부세와 지방양여금은 국가와 지방자치단체간의 재원조정에 해당하며 지방자치단체 상호간의 재정력 격차를 해소하는데 목적을 두고 있다.

그런데 지방교부세와 지방양여금도 지방자치단체의 재정수요에 충당되는 것이고 재정수요는 사무량을 기초로 하여 산출되기 때문에 사무배분에 있어서

21) 필자가 쓴 “지방세과세권의 근거와 한계”(『법제』 1999년 6월호) 참조.

기초자치단체 우선의 원칙이 관철된다면 지방재정조정제도에 있어서도 기초자치단체가 광역자치단체보다 많은 혜택을 입게 될 것이다.

즉, 국가사무나 광역자치단체의 사무를 기초자치단체로 이양할 경우 지방세 증대가 어려운 현실에서 지방교부세와 지방양여금의 증액 내지 광역자치단체에서 기초자치단체로의 조정이 당연히 뒤따라야 할 것이며, 중앙행정권한의 지방이양촉진에 관한 법률 제5조제1항도 이와 같은 취지를 명시한 것으로 볼 수 있다. 한편 국가사무를 기초자치단체에 위임하는 경우에는 지방자치법 제132조 단서 및 지방재정법 제18조제2항의 규정에 의한 교부금의 증액이 있어야 하고, 광역자치단체의 사무를 기초자치단체에 위임하는 경우에는 동법 제24조의 규정에 의한 경비부담이 뒤따라야 할 것이다.

어쨌든 사무의 지방이양이나 지방위임의 경우에는 사무수행에 필요한 경비를 정확히 산출하여 이를 보전하는 조치가 뒤따라야 하고 지방이양 등의 취지를 제대로 살리려면 기초자치단체에 대한 재정보전에 관심을 기울여야 하는 것이다.

2. 광역자치단체의 종류별 지방재정구조

앞에서 본 바와 같이 우리 지방자치의 구조는 특별시·광역시와 자치구, 도와 시·군을 기본구조로 하고 있는데 전자는 대도시행정의 특성에 따라 특별시·광역시가 기초자치단체의 사무를 상당부분 직접 수행하고 자치구 상호간에 행정서비스의 균형을 유지할 필요성이 있으며 도시전체 차원의 사업이 방대한 점등 후자의 경우와 차이가 있기 때문에 지방재정에 있어서도 양자는 서로 다른 구조를 갖고 있다.

우선 기초와 광역자치단체에 대한 지방세의 세목배분에 있어 전자의 경우에는 특별시·광역시세로서 취득세·등록세·마권세·주민세·자동차세·농지세·담배소비세·도축세(이상 보통세)와 공동시설세·지역개발세·도시계획세(이상 목적세)를, 자치구세로서 면허세·재산세·종합토지세(이상 보통세)와 사업소세(목적세)를 갖고 있는 반면, 후자의 경우에는 도세로서 취득세·등록세·면허세·마권세(이상 보통세)와 공동시설세·지역개발세(이상 목적세)를, 시·군세로서 주민세·재산세·자동차세·농지세·담배소비세·도축세·종합토지세(이상 보통세)와 도시계획세·사업소세(이상 목적세)를 두고 있어 대도시지역에서는 광역자치체인 특별시·광역시가, 道지역에서는 기초자치체인 시·군이 보다 많은 세목을 분배받고 있다.

그 결과 1996년도 세수현황을 보면 총액 152,989억원중 대도시지역은 특별시·광역시세가 70,903억원이고 자치구세가 13,928억원으로서 특별시·광역시세의 비중이 현저히 높고, 道지역은 도세가 31,697억원이고 시·군세가 36,461억원으로서 시·군세의 비중이 약간 높은 현상을 나타낸다(다만, 도지역에서 시·군세의 금액이 많지만 10개 도의 세수가 165개 시·군의 세수와 거의 비슷하기 때문에 실제로는 도세의 비중이 높다고 볼 수 있다.²²⁾

세목의 배분 내지 세수를 가지고 보면 전체적으로 보아 광역자치단체에 집중되어 있음을 알 수 있는데, 이는 사무배분에 있어 기초자치단체 우선의 원칙을 선언한 지방자치법 등의 취지와 상치되는 것으로서 사무배분과 세원배분이 서로 다른 원칙에 따라 이루어지는 것은 바람직스러운 것으로 보기 어렵다.

이와 같은 문제점을 일부 해소하기 위한 제도가 지방자치법상 조정교부금제도와 지방세법상의 징수교부금제도인 바, 이는 재원배분을 세원배분과 달리하여 기초자치단체의 재정력을 확충하려는 것으로 볼 수 있다.

조정교부금제도는 특별시·광역시와 자치구 및 자치구 상호간의 합리적인 재원조정과 균형있는 발전을 도모하기 위하여 지방자치법 제160조와 동법시행령 제57조에 근거하여 특별시·광역시세중 취득세와 등록세의 일정비율을 자치구에 교부하도록 하는 제도를 말하며, 조정교부금의 배분방식은 지방교부세와 비슷하게 되어 있다.²³⁾

징수교부금제도는 지방세법 제53조와 동법시행령 제41조, 그리고 동법시행규칙 제26조에 근거하여 도세인 취득세·등록세·마권세·면허세·공동시설세·지역개발세의 징수를 시·군에 위임하고 납입한 도세징수액의 30%에 해당하는 징수교부금을 행정처리비로 교부하는 제도로서 특별시·광역시의 경우에는 3%, 인구 50만명이상의 市 및 자치구가 아닌 구가 설치된 市의 경우에는 50%를 교부하도록 하고 있다. 이는 원래 사무위임에 따른 경비보전으로서 지방재정법 제24조의 취지와 일맥상통하지만 조정교부금제도를 따로 운영하는 특별시·광역시의 경우를 제외하고는 그 교부율이 징세비용을 상회하기 때문에 징수행정비의 보상이라기 보다는 재정조정수단으로서의 성격이 두드러진다.²⁴⁾

22) 내부부, 『지방세정연감』, 1997.

23) 구체적인 내용은 한국조세연구원 연구보고서 97-01, “광역자치단체와 기초자치단체간 재원조정에 관한 연구”, 1997-3, 102~103면.

24) 上掲書, 110~111면, 징수교부금과 조정교부금의 차이점을 든다면 전자가 당해 기초자치단체내의 담세력에 그 재원의 기초가 있는 반면, 후자는 광역자치단체 전체의 담세력을 기초로 재원이 마련된다는 점이다.

국가와 지방자치단체간의 사무배분과 세원배분의 불일치, 즉 지방세세원의 편중에 따른 문제를 해소하기 위한 방안으로서 지방재정조정제도를 도입하는 것과 마찬가지로 광역 및 기초자치단체간에도 사무배분은 기초자치단체 우선의 원칙을 고수하면서 세원은 광역자치단체 단위로 관리하고, 재원배분의 조정수단으로서 조정교부금제도를 道지역에까지 확대하며, 그대신 징세교부금제도는 지방재정법상의 교부금(징수행정비)으로서의 본래 모습을 갖도록 할 필요성이 있다고 본다.

그밖에 조정교부금 배분방식의 합리적 개선을 도모하고 조정교부금의 재원으로 서 부동산경기에 따라 증감폭이 큰 취득·등록세보다 재산세·종합토지세와 같은 안정적 세원으로 대체하는 등 여러 가지 보완방안을 강구할 수 있을 것이다.²⁵⁾

조정교부금제도는 광역자치단체사무를 기초자치단체로 『이양』한 데 따른 재원보전방법인 반면, 그 사무의 『위임』에 대하여는 지방재정법 제24조의 취지에 따라 동법 제18조제2항의 교부금과 유사한 재정지원이 있어야 할 것이며, 이 경우에도 사무처리에 소요되는 경비를 정확히 산출할 수 있는 방법을 고안하는 것이 선결과제가 될 것이다.

아울러 외국학자들이 논의하는 재정형평화교부금제도와 미국·일본 등에서 운영하고 있는 광역과 기초자치단체간 재정조정제도의 도입²⁶⁾을 검토할 필요가 있고, 최근 서울특별시에서 문제된 특별시세와 자치구세의 세목교환 내지역교부금제도 도입논의 등과 같이 광역자치단체와 기초자치단체간 또는 기초자치단체 상호간의 세원조정에 대한 검토도 이루어져야 한다고 본다.

IV. 기초자치단체에 대한 상급감독기관으로서의 지위 및 역할

1. 기초자치단체에 대한 지도·감독

광역자치단체와 기초자치단체의 관계는 지방자치단체라는 점에서는 그 존립 목적인 소관사무를 달리하기 때문에 상호 대등한 관계에 있다고 보아야 한다. 다만, 재정작용에 있어서는 기초자치단체가 광역자치단체로부터 보조를 받을 수 있기 때문에 그 범위내에서 간섭을 받게 되나 그로 인하여 양자의 본질적

25) 여기에 관한 자료는 원윤희, “도세와 시·군세의 세원조정에 관한 연구”, 『지방행정연구』 한국지방행정연구원, 1993, 21~36면; “자치구간 재정불균형개선방안에 관한 연구”, 『지방행정연구』, 한국지방행정연구원, 1996, 73~96면; 유재원, 『서울특별시 조정교부금 배분 방법연구』, 현대출판사, 1996; 이계식, “지방재정조정제도와 재원배분”, 한국개발연구원, 1987; 이규환, “특별시·광역시의 조정교부금제도”, 『지방재정』, 1996, 32~51면 등 참조.

26) 한국조세연구원, 上揭書, 39~44면, 55~63면, 74~80면 참조.

관계가 달라지는 것은 아니다.

그러나 광역 및 기초자치단체는 국가와의 관계에 있어서는 국가의 지방행정조직의 일부를 이루는 바, 이는 지방자치단체 자체가 그렇다는 것이 아니라 그 長(따라서 지방의회는 제외된다)이 국가의 일선행정기관의 지위에 있다는 것이다.

현행 지방자치법에서 시·도지사로 하여금 국가를 대신하여 시장·군수·구청장을 지도·감독하도록 여러 규정을 두고 있는 것도 이러한 점에서 비롯된 것이다.

우선 제9장은 국가의 지도·감독이라는 제목을 갖고 있지만 각 조문의 내용에서는 시장·군수·자치구 구청장에 대하여는 시·도지사의 지도·감독을 규정하고 있다.²⁷⁾

그 내용을 요약하면 ①시·도지사의 시·군·자치구에 대한 조언·권고·지도 및 자료제출요구권과 시·도의 시·군·자치구에 대한 재정지원 및 기술지원(제155조, 여기에서는 자치사무포함) ②시·군·자치구의 국가위임사무에 대한 시·도지사의 1차적 지도·감독권과 시·도위임사무에 대한 시·도지사의 지도·감독권(제156조) ③시·군·자치구의 위법·부당한 사무처리에 대한 시정명령 및 취소·정지권(제157조, 자치사무에 대하여는 법령위반에 한하여 제한적으로 인정하고 대법원제소권 부여) ④시·군·자치구의 국가위임사무 또는 시·도위임사무 해태에 대한 시·도지사의 직무이행명령권·대집행권 및 행정·재정상조치권(제157조의2, 시·군·자치구에 대법원제소권 부여) ⑤시·군·자치구의 자치사무에 대한 보고징수 및 감사권(제158조, 감사권은 법령위반에 한하여 인정) ⑥시·군·자치구 의회의결에 대한 시·도지사의 재의요구지시권 및 대법원제소(지시)권(제159조) 등으로서 이는 시·도지사가 국가(행정자치부장관 또는 주무부장관)를 대신하는 지위에 있음을 보여준다.

그밖에 지방자치법상 시·도지사의 시장·군수·구청장에 대한 감독권을 규정한 조문을 정리하면 ①사무소소재지 설치조례 승인권(제7조) ②조례·규칙 보고의무(제21조) ③폐치분합시 직무대행자 지정권(제89조) ④행정기구설치조례 승인권(제102조) ⑤예산·결산 보고의무(제124조 및 제125조) ⑥분쟁조정권(제140조) ⑦사무위탁 및 해지보고의무(제141조) ⑧행정협의회 설치보고의무 및 설치권고권(제142조) ⑨지방자치단체조합 설치승인권 및 지도·감독권(제149조 및 제153조) 등을 들 수 있다. 여기에서 ①④의 항목은 자치입법권에 대한 제약으로서 점차 정비되어야 할 사항이고,²⁸⁾ ⑥~⑨의 항목은 지방자치제도에 관련된 사항으로서 광역과 기초자치단체가 상하관계인 듯한 느낌을 주기 때문에 적절한 것으로 보기 어렵다.

27) 지방자치법 제9장에 대한 상세한 설명은 金弘大, 前掲書, 제9장 참조.

28) 金弘大, 前掲書, 274~276면.

시·도지사의 권한은 아니지만 광역자치단체가 기초자치단체에 대한 상급기관의 지위에 있는 듯한 내용도 몇가지 찾아볼 수 있는데 ①시·군·자치구의 조례·규칙이 시·도의 조례·규칙에 위반할 수 없도록 한 것(제16조) ②시·군·자치구에서 처리하는 시·도위임사무에 대한 시·도의회 행정감사권(제36조제3항) ③시·도 또는 시·도지사 권한을 시·군·자치구 또는 그 장에게 위임·위탁할 수 있도록 한 것(제95조제2항) 등이 그것이다. 여기에서 ①의 항목은 다음에서 보는 바와 같이 문제가 있고 ②③의 항목은 기관위임사무에 관한 것으로서 지방자치단체로서의 상하관계의 문제가 아니기 때문에 이를 이유로 광역과 기초자치단체상호간의 관계가 대등한 관계라는 원칙에 반론을 제기할 수는 없을 것이다.

시장·군수·구청장에 대한 시·도지사의 지도·감독권은 하급행정기관에 대한 상급행정기관으로서의 권한이지만 지방자치법 제9장의 규정내용이 지나치게 포괄적이고 자치사무까지를 포함한 경우가 많으며 민선 시장·군수·구청장이 지도·감독에 순응하지 않을 경우 제재수단이 마땅하지 못하다는 문제점을 안고 있다. 또한 시·도지사가 시장·군수·구청장을 지도·감독할 때 국가를 대신하는 지위에 있음에도 국가가 시·도지사의 지도·감독권 행사의 적정성을 통제할 수단이 없고 이에 관한 규정도 누락되어 있다는 점 또한 문제점으로 지적할 수 있다.

2. 기초자치단체 자치입법권에 대한 광역자치단체의 관여

기초자치단체와 광역자치단체는 모두 지방자치단체이기 때문에 각각 자신의 소관사무에 대하여 자치입법권을 행사할 수 있다. 지방자치법 제15조 및 제16조에서 『그 사무에 관하여』 또는 『그 권한에 속하는 사무에 관하여』라고 하여 자치입법권의 행사대상이 되는 사무를 명시한 것도 이와 같은 취지이다.

지방자치단체의 사무는 광역 및 기초자치단체 상호간의 경합금지 및 경합시 기초자치단체 우선의 원칙을 정한 동법 제10조제3항의 규정에 따라 광역 및 기초자치단체 모두에게 중복하여 부여될 수 없음이 원칙이다.²⁹⁾

그렇다면 동법 제16조에서 시·군·자치구의 조례·규칙이 시·도의 조례·규칙에 위반하여서는 아니된다는 규정은 논리적으로 성립될 수 없다고

29) 그럼에도 불구하고 예컨대 국민건강증진법 제6조제1항, 제8조제1항 및 제2항, 제12조제1항, 제15조, 제17조 내지 제19조 등에서 『국가와 지방자치단체는 … 하여야 한다』라고 규정하고 제35조에서 과태료의 부과·징수권자를 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이라고 규정한 것 등 사무의 중복을 초래한 입법례가 다수 존재한다.

할 것이다. 다만, 『지방자치단체는 법령이나 상급 지방자치단체의 조례에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없다』라는 제8조제3항의 규정은 기관위임사무까지를 포함한 것이기 때문에 제16조의 경우와 같이 볼 수는 없다.

이와 같은 규정은 일본 지방자치법 제14조제3항에 규정된 이른 바 통제조례를 염두에 둔 것으로 생각되나 우리는 통제조례에 대한 지방자치법의 근거 규정이 없기 때문에 입법상의 과오가 아닌가 생각된다.

일본 지방자치법 제14조제3항 및 제4항에서는 『③도도부현은 시정촌의 행정사무에 관하여 법령에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 조례로 필요한 사항을 정할 수 있다. ④행정사무에 관한 시정촌의 조례가 제3항의 규정에 의한 도도부현의 조례에 위반한 때에는 당해 시정촌의 조례는 무효로 한다』라고 규정하고 우리 지방자치법 제8조제3항 또는 제16조와 같은 규정은 두지 않고 있다.

여기에서 행정사무란 지방자치단체가 공공질서를 유지하고 국민의 안전 및 복지를 유지하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 그 자유를 규제하는 내용을 갖는 사무로서 청소년보호육성·공해방지·강매금지·각종 생산물의 검사 등에 관한 규제사무가 여기에 해당하는 바, 우리 지방자치법은 제15조 단서에서 주민의 권리제한·의무부과·벌칙에 관한 조례는 법률의 위임에 있어야 한다고 규정한 것과 관련하여 볼 때 행정사무의 개념은 우리와 무관하다고 보아야 한다.

일본에서는 통제조례가 도도부현과 시정촌의 조례제정권은 상호 독립 대등한 관계에 있다는 원칙에 위배되기 때문에 종전부터 그 폐지론이 주장되어 왔으며,³⁰⁾ 지방분권추진위원회에서도 폐지를 권고하고 있다.

우리나라에서는 지방자치법에는 근거가 없지만 건축법 제5조의3에서 통제조례와 같은 성질의 조례를 인정하고 있었다.³¹⁾ 대도시의 경우 자치구마다 건축에 관한 규제를 달리하는 것은 바람직스럽지 못하기 때문에 광역자치단체에서 규제조례를 통일적으로 제정하여야 할 것이지만 그렇다면 그 사무배분에 있어서도 지방자치법 제10조제1항 나목 내지 다목의 취지에 따라 이를 광역자치단체의 사무로 배분한 후 기초자치단체에 위임하여 처리하는 방식을 채택하였어야 할 것으로 본다.

결국 통제조례의 개념은 우리 지방자치제도에서 인정될 수 없으며, 건축법의 관련 조항은 사무배분에 관한 기본원칙에 따라 정비되어야 할 것이다.

30) 山内一夫 外編, 『注釋 地方自治法』, 522頁, 長野士郎, 前掲書, 136頁 등.

31) 여기에 관한 구체적인 내용은 필자가 쓴 『시·도 단위 통합 건축조례의 법적 효력』, 법제처, 『자치입법실무강의』 제2집, 1997, 225~228면 참조, 그후 1999년 건축법개정시 건축조례에 관한 한 자치구의 조례제정자제를 금지하는 규정을 두었다.

V. 지방자치계층구조의 개편논의

앞에서 본 것처럼 지방자치단체가 광역과 기초의 중층구조로 된 것은 다분히 역사적·정치적 영향 때문인 것이라 하겠는 바, 道지역의 경우 道制는 역사적 전통을 계승한 것으로서 지방자치의 관점에서는 지방자치의 존립목적과 관계되는 사무배분에 있어 기초자치단체 우선의 원칙을 채택한 이상 道의 역할은 미미할 수 밖에 없고 국가의 지방행정조직체제에서 국가와 시·군을 연결하는 의미를 갖고 있을 뿐이며, 대도시지역의 경우 자치구제도의 도입은 道의 경우와 균형을 유지하여 기관위임사무의 원활한 수행을 확보하려는 의미와 특별시·광역시·민선시장에 대한 정치적 견제의미에서 비롯된 것이라 할 수 있다.

따라서 지방자치의 본래의미를 살리기 위하여서는 道制와 자치구제의 폐지가 논의될 수 있겠는데 이 경우 최근 고도산업화사회에서 행정의 광역화 필요성이 제기되고 있는 것과 관련하여³²⁾ 대도시지역에서의 자치구제 폐지는 별 문제가 없지만³³⁾ 道制의 폐지는 도에서 담당하는 광역사무를 시·군에 이양함으로써 광역화의 요청에 위배된다는 주장이 예상된다.

여기에 대하여서는 우리 지방자치법이 도농복합형태의 시제도를 도입하고(제7조제2항), 광역시에도 군을 둘 수 있게 하여(제3조제1항), 시·군통합을 유도하고 있는 것이 좋은 해결방법이라고 할 수 있다.

결국 지방자치의 계층구조는 대도시지역의 경우 특별시와 광역시, 그밖의 지역의 경우 시·군으로 단층화하는 것이 바람직스럽다고 할 수 있다.

그러나 지방행정조직체제는 이와 별개의 문제이기 때문에 도와 자치구를 지방행정조직으로 존치시키는 것은 가능하다고 볼 수 있다.³⁴⁾

그리고 지방행정조직체계 역시 단순화시킬 필요가 있는데 여기에는 시·군의 하부행정조직으로서 읍·면·동과 통·반·리제도를 폐지하는 방안이 유력하게 검토될 수 있을 것이다.³⁵⁾

32) 법제처, 『법률교육교재(Ⅰ)』, 1999, 126~127면.

33) 자치구제도의 존치주장도 없지 않다. 조일홍, “구 자치제 활성화에 관한 연구”(『한국지방자치의 쟁점과 과제』, 도서출판 문원, 1995) 참조.

34) 과거 읍·면자치제를 실시할 때 郡은 지방행정조직으로 유지하고 있었던 것을 상기할 수 있다.

35) 전석홍, “읍·면·동 없애도 되는가”(『한국지방자치의 쟁점과 과제』, 도서출판문원, 1995) 통·반제도는 현재에도 지방자치법상으로는 조례에 의하여 설치여부를 결정하도록 하고 있다(지방자치법 제4조제6항, 법제처, 『법률교육교재(Ⅰ)』, 1996, 130~131면 참조).