

地方自治團體의 自治權

李 琦 雨*

차 례

I. 서 론

II. 지방자치권에 대한 헌법상의 보장

1. 지방자치에 대한 제도적 보장
2. 지방자치단체에 대한 자치권의 보장

III. 지방자치권의 내용

1. 지방자치단체의 권리주체성의 보장
2. 지방자치단체의 활동영역의 보장
3. 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)의 보장

IV. 지방자치권의 제한과 제한의 한계

1. 법률유보의 원칙
2. 자치권 제한의 한계

V. 결 론

* 仁荷大 社會教育學科 教授, 法學博士

I. 서론

지방자치제도를 부활하여 실시한지 10년이 지났다. 그 동안 적지 않은 시행착오가 있었지만 지방자치제도는 우리의 정치·행정구조 속에서 자리를 잡아가고 있다. 지방자치제도가 정착하는 과정에서 적지 않은 시행착오를 겪은 것은 한편으로는 주민들이나 지방정치인들이 학습의 기회를 충분히 갖지 못한 데서 오는 측면이 적지 않았다. 다른 한편으로 보다 근원적인 이유는 지방자치를 실시함에도 불구하고 지방자치단체를 여전히 국가의 일선행정기관으로 생각하는 중앙정부의 시각에도 그 원인이 있었다. 더구나 지방정치세력의 성장과는 상반된 이해관계를 가지고 있다고 생각하는 국회의원들이 지방자치제도를 형성하는 입법권을 가짐으로써 지방자치제도를 왜곡시키는 측면이 적지 아니하였다. 예를 들어서 자치단체장에 대한 징계제도의 도입, 기초 자치단체장을 임명제로 전환, 부단체장의 국가직화 등등의 법률안이 국회의원에 의하여 제안되기도 하였다. 이러한 법률안은 학계와 시민사회의 비판과 반발에 의하여 저지되기는 하였지만 언제든지 재발할 수 있는 가능성을 가지고 있다. 이에 보다 근본적인 해결책으로서 지방자치단체의 자치권에 대한 보장과 그 제한에 대한 이론을 명확히 할 필요가 있다.

현재 우리 나라의 다수의 학설은 지방자치에 대한 헌법상의 보장을 독일에 준하여 제도적인 보장으로 이해하고 있다. 이러한 지방자치단체에 대한 헌법상의 규정이 개개의 지방자치단체가 그 침해의 배제를 청구할 수 있는 주관적인 권리를 보장하고 있는 지에 대해서는 명확하지 않다. 또한 이 조항이 지방자치단체의 자치권을 보장한다고 하는 경우에 그 내용이 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다. 이를 위하여 본 논문에서는 우선 지방자치에 대한 헌법상의 보장을 객관적인 측면에서 제도적 보장과 주관적인 측면에서 지방자치권의 보장으로 구분하여 살펴본다. 다음으로 지방자치단체의 자치권을 어떻게 구성할 것인지에 대하여 살펴보고 그 내용을 찾아본다. 특히 제도적 보장이론의 내용이 주관적인 자치권에 대한 내용으로 설명될 수 있을 것인지를 살펴본다. 다음으로 지방자치단체의 자치권에 대한 제한과 그 한계를 살펴본다.

II. 지방자치권에 대한 헌법상의 보장

1. 지방자치에 대한 제도적 보장

1) 제도적 보장이론의 배경과 발전

헌법 제117조제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 함으로써 지방자치를 헌법적으로 보장하고 있다. 이 조문을 어떻게 해석할 것인지에 대하여 다수의 학설은 독일의 다수설과 마찬가지로 지방자치에 관한 제도적 보장이라고 보고 있다.

독일에서 제도적 보장이론은 1919년 8월 18일 제정된 바이마르 헌법 제127조에 대한 해석론으로서 칼 슈미트에 의하여 전개되었다. 바이마르 헌법 제127조는 “게마인테와 게마인테연합은 법률의 한계내에서 자치행정권을 갖는다”라고 기본권의 일종으로 규정하였다. 바이마르 헌법은 “법률의 한계내에서” 지방자치단체가 자치권을 갖는다고 함으로써 동시에 지방자치에 대한 제한을 포함하고 있었다. 그리하여 국가는 법률의 형식으로 지방자치에 대한 무제한적인 제한도 할 수 있는 가능성이 있었다. 그런 경우에 지방자치권은 실질이 없는 헌법상의 상투어에 불과하게 되고 지방자치단체는 국가의 입법자가 의도하는 만큼의 자치권밖에 가질 수 없는 것으로 생각되어 바이마르공화국초기에 지방자치의 헌법적인 보장은 국가법학에 있어서 큰 의미를 갖지 못하였고 이 헌법규정은 경시되었다.¹⁾ 적지 않은 학자들이 헌법의 지방자치에 관한 규정을 “공허한 기본권조항(leerlaufender Grundrechtsartikel)”에 속한다는 결론을 내렸다.²⁾

그런데 1920년대 말에 오면서 기본권조항에 관한 이론이 발전됨에 따라 기본권으로서 지방자치권에 대한 관심도 고조되었다. 또한 지방자치단체의 의사에 반한 지방자치단체의 통·폐합이나 구역의 개편이 일어나 지방자치단체들

1) Reinhard Hendler, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, Köln u.a. 1984, S. 136 참조.

2) 예컨대 Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919*, 13. Aufl., Berlin 1930, S. 511. 그러나 그는 1933년의 제14개정판 582면 이하에서 이 입장을 철회하였다.

의 격렬한 저항을 받게 되고 그 헌법적 허용성에 대한 법학적인 관심이 고조되었다. 여기에 결정적인 역할을 한 것이 칼 슈미트의 제도적 보장이론이다. 그는 바이마르 헌법체제상으로 기본권편에 보장된 지방자치를 제도적인 보장으로 바꾸어 해석하였다.³⁾

그는 특정한 제도는 헌법에 의하여 특별한 보장을 받을 수 있다는 데서 출발하여 단순한 법률에 의한 본질적인 왜곡이나 해당 제도의 골격을 이루는 요소의 거세를 저지하려는 목적을 추구하였다.⁴⁾

“지방자치제도는 헌법에 의하여 보장되므로 지방자치제도 자체는 폐지될 수 없으며, 실질적인 내용이 지방자치제도를 파괴하거나 그 본질적인 요소를 제거시키는 모든 법률은 헌법에 위반된다. 그러나 이 규정에 의하여 개별적인 지방자치단체의 존립이 보장되는 것은 아니므로 지방자치단체의 의사에 반한 통·폐합도 주(州)의 법률에 의해서는 가능하다”.⁵⁾

이러한 변형적인 해석을 통하여 개별적인 지방자치단체의 존립은 보장받지 못하였지만, 지방자치제도는 헌법상 확고한 제도로서 단순한 입법자에 의한 왜곡으로부터 보장받게 되었다.⁶⁾ 칼 슈미트의 제도적 보장이론은 급속히 법학문헌이나 판례⁷⁾ 및 입법실무에 수용되어 중대한 영향을 미쳤다. 그의 제도적 보장이론은 Klein⁸⁾에 의하여 계승·발전되었다.

3) Willi Blümel, “Gemeinden und Kreise als den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart”, *VVDStRL* 36(1978), S. 189.

4) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leibzig 1928, S. 170.

5) Carl Schmitt, *a.a.O.*, S. 171.

6) Werner Weber, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. II, 1976, S. 332. 본래 바이마르 헌법 제127조는 기본권조항으로서 보장되었다는 점에서 이러한 변형된 해석과 모순되는 면이 있다. 이러한 모순을 해소하기 위하여 제2차 세계대전 이후 기본법이 개정될 때 조문의 배열을 바꾸어서 국가의 일반적인 조직편에 규정함으로써 형식상으로도 이러한 해석에 맞추었다.

7) 바이마르 제국법정은 “헌법 제127조는 법적인 내용이 없는 단순한 프로그램이 아니다. 오히려 헌법은 게마인테와 게마인테연합의 자치권을 구속적으로 정하고 있다. 따라서 주 입법권은 이 권리를 폐지해서도 안되며 게마인테 업무를 국가행정정에 이전해도 안 된다. 또한 입법자는 또한 자치행정이 내적으로 형해화되어 업무를 활기차게 처리할 수 없는 꺾이기만 남을 정도로 자치권을 제한해서는 안 된다. 그러나 개별적인 지방자치단체가 이들 자치권을 보장받는다를 제127조로부터 도출할 수는 없다.”고 판결하고 있다(StGH RGZ 126, 22f.).

8) Friedrich Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantie*, Breslau 1934.

2) 제도적 보장이론의 내용

제도적 보장이론이 목적하는 바는 헌법상 보장된 제도를 입법자의 침해로부터 보장하는데 있다. 바이마르공화국의 국법학이나 판례는 거의 전능하다고 판단되는 입법자로부터 지방자치의 지키기 위한 최후의 요새로서 제도적 보장이론에 의존하였다. 제도적 보장은 제도자체를 보전하는데 있는 것이지만 개별적인 지방자치단체의 주관적인 위상을 보호하고자 하는 것은 아니다. 헌법에 의하여 보장되는 지방자치의 핵심영역은 입법자의 침해로부터 보호되지만, 그 밖의 영역(이른바 주변영역 : Randbereich)에서는 입법자가 지방자치단체의 자치권을 훼손하더라도 정당화된다고 보았다.

헌법 제117조제1항을 객관적인 법제도라고만 해석한다면 개별 지방자치단체의 주관적인 법적인 지위를 보장하기 위한 권리구제는 보장할 수 없게 된다. 즉, 헌법 제117조제1항이 지방자치에 대한 객관적인 보장에 불과하다면 개별 지방자치단체는 기껏해야 반사적 이익(Rechtsreflexe)을 누리는 것에 불과하고 주관적인 법적 지위를 보장하는 것은 아니라는 결론이 된다.⁹⁾

지방자치에 대한 헌법상 보장을 객관적인 제도보장으로 보는 경우에도 법적으로 아무런 효과가 없는 것은 아니다. 만약 추상적인 규범통제절차가 보장되어 있다면 입법자의 지방자치에 대한 제한이 지방자치의 핵심영역을 침해한 경우에 제소권자는 헌법재판소에 위헌법률심사를 청구하여 그러한 법률의 효력을 다룰 수 있을 것이다. 독일 기본법 제 93조는 연방법이나 주법이 기본법에 위반되거나 주법이 연방법에 합치되는 지에 대해 의견대립이 있거나 의심이 있는 경우에 연방정부, 주정부, 연방의회의원의 1/3은 연방 헌법재판소에 추상적인 규범통제를 청구할 수 있다. 우리 나라에서 지방자치에 관한 헌법상의 보장을 제도적 보장이라고만 해석하는 경우에 추상적인 규범통제제도를 도입하여 않으면 지방자치제도는 실효성 없는 제도로 될 위험이 있다.

제도적 보장이론에 의하여 보장되는 것은 지방자치의 진수에 관한 핵심영역(Kernbereich), 즉, 제도의 구조나 유형을 변화시키지 않고는 제거할 수 없는 본질적인 내용에 관한 것이다.

이러한 핵심영역의 보장이론으로서 제도적 보장이론에 의하면 지방자치의

9) Jörn Ipsen, "Schutzberich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1994, S. 196.

구체적인 내용은 지방자치를 폐지하거나 형해화시키는 것이 아닌 한 입법자의 형성의 자유에 속하는 것으로 보게 된다. 즉, 본질적 영역에 속하지 아니하는 주변영역(Randbereich)에 대해서는 객관적인 제도적 보장에 의하여 보호받지 못한다.

어떤 활동이 핵심적인 내용에 포함된다면 그것은 입법자의 개입을 절대적으로 배제하지만 그렇지 않으면 입법자의 재량에 맡겨진 것이 되므로 헌법위반의 문제도 발생하지 않게 된다. 어떤 것이 핵심적인 영역에 속하는 지 여부는 방법론적으로 여러 대립되는 요소의 저울질(형량)의 결과가 아니라 결단에 의하여 결정된다.¹⁰⁾

핵심영역이론(Kernbereichstheorie)은 입법자로부터 보호받는 핵심영역이 무엇을 의미하는지에 대하여 명확한 내용을 말하지 못하고 있다.¹¹⁾ 독일의 연방 헌법재판소는 지방자치의 핵심영역을 정의하려고 여러 차례 시도를 하였지만 공허한 공식의 수준을 넘지 못하고 있다. 독일의 통설과 판례는 역사적인 원칙(das historische Prinzip)을 채택하고 있지만 스스로 현상유지에 국한되지 아니한다고 함으로써 그 의미를 모호하게 만들고 있다. 제도적 보장이론에 의한 핵심영역이론은 무엇이 핵심영역에 속하는 지를 명확히 밝히지 못하면서 핵심영역이 있다는 것을 확인하는데 그치고 있다. 우리 나라와 같이 지방자치의 역사적인 전통을 갖지 않거나 있다고 하더라도 왜곡된 형태의 지방자치 역사만을 가진 경우에는 역사적인 원칙은 적용되기 어렵다.¹²⁾

제도적 보장이론의 핵심영역이론은 오로지 입법활동의 영역에 대해서만 관심이 있고, 그 여건이나 목적은 고려되지 않는다. 입법자의 지방자치에 대한 제한이 헌법에 의하여 보호되는 영역(핵심영역)에 포함되지 않으면 그러한 입법활동은 헌법상 정당화된다.

이를 기본권이론이 비추어 살펴보면 입법에 의한 기본권 침해여부를 입법절차나 입법목적에 상관없이 입법헌법 제37조제2항에 규정된 기본권의 본질적인 내용이 훼손되었는지 여부에만 한정하여 판단하는 것과 같다. 이는 기본권

10) Jörn Ipsen, *a.a.O.*, S. 197.

11) Jörn Ipsen, *a.a.O.*, S. 197.

12) 오동석, "지방자치의 제도적보장론 비판", 「공법연구」 제29집 제1호, 2000, 225는 "우리 나라의 경우 지방자치제도는 헌법에 의하여 비로소 창설된 제도이어서 제도적 보장론에서 말하는 역사적 전통에 의거한 본질내용을 찾을 수 없다"라고 하여 제도적 보장론에 대한 비판의 근거중 하나로 제시하고 있다. 다만, 수입한 제도인 경우에는 수출국의 역사적인 전통에서 제도의 본질적인 내용의 의미를 찾아야 된다는 의견도 있을 수 있다.

그 자체를 폐지하는 경우에만 기본권 침해가 된다는 것과 같다. 지나친 논리의 비약이다. 이에 독일의 연방재판소는 입법자는 핵심영역에만 구속되는 것이 아니라 그 밖의 주변영역(Randbereich)에서도 비례의 원칙이나 자의금지의 원칙에 구속된다고 보고 있다.¹³⁾ 독일 연방 헌법재판소의 입장은 제도적 보장이론의 핵심영역이론을 상당히 벗어나고 있음에도 불구하고 제도적 보장이론의 특징인 핵심영역은 그대로 고수하고 있다.

독일학계의 통설적인 입장도 대체로 이에 따르고 있다. 헌법에 의하여 보장되는 영역을 핵심영역과 주변영역으로 구분하고 전자는 입법자에 대하여 절대적인 침해한계(absolute Eingriffsgrenze)가 되고 후자는 상대적인 침해한계(relative Eingriffsgrenze)가 된다고 본다.¹⁴⁾ 전자에 대해서는 입법자는 어떠한 훼손도 해서는 안되지만, 후자에 대해서는 비례의 원칙 등을 존중하는 범위 내에서 그 제한이 허용된다고 본다. 판례와 학설의 이러한 해석은 원래의 제도적 보장이론과 동질성을 인정하기 어려울 정도로 변형된 것이라 볼 수 있다.¹⁵⁾

2. 지방자치단체에 대한 자치권의 보장

지방자치에 대한 헌법상의 보장이 기본권보장이 아니라는 것이 곧바로 지방자치단체의 주관적인 법적지위를 부정하는 것은 아니다. 오히려 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 객관적인 법제도의 보장일 뿐만 아니라 지방자치단체의 주관적인 법적 지위에 대한 보장도 포함하고 있다고 보는 것이 일반적이다.¹⁶⁾ 즉, 지방자치단체는 헌법상의 지방자치보장에 상응하는 범위내의 자치권 제한만 감수할 필요가 있다는 것이 된다. 이로써 개별 지방자치단체의 존립의 보장은 아니라고 하더라도 개개의 지방자치단체는 헌법상의 지방자치에 대한 보장으로부터 직접 부여받은 주관적 권리를 헌법적인 권리로 갖게 된

13) BVerfGE 26, 228(242) : 69, 216(231). 경우에 따라서는 이를 명시적으로 표현하지 않고 함축적으로 시사하기도 한다 예컨대 입법자는 핵심영역 이외의 분야에서도 자유로운 것은 아니더라도 한 판결이 있다(BVerfGE 79, 127(150)).

14) Friedrich Schoch, *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, Stuttgart, 1997, S. 109.

15) Jörn Ipsen, *a. a. O.*, 198.

16) Klaus Stern, "Art 28", *Bonner Kommentar*, Rdnr. 66, 우리 나라에서는 홍정선, 「지방자치법학」, 법영사, 2000, 32면.

다.17) 헌법상 지방자치의 제도적인 보장은 지방자치단체의 주관적인 공권을 함께 규정하는 것이라고 볼 수 있다.18)

지방자치에 관한 헌법상의 규정은 국가와 지방자치단체간의 권한의 배분에 관한 것이지만 이러한 권한도 주관화될 수 있는 것이다.19) 이런 점에서 독일 기본법 제93조 제1항 제4b호는 지방자치권에 대한 헌법소원을 허용하고 있다.

독일에서는 지방자치단체가 향유하는 자치권은 기본권의 생활영역에 귀속되지 않기 때문에 기본권이나 준기본권에 포함되는 것은 아니라고 보는 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 기술적인 측면에서 기본권에 유사한 이론구성을 하고 있다.

기본권과 지방자치권은 다음과 같이 이론 구성면에서 유사한 측면이 있다. 먼저 헌법 제37조제2항은 기본권은 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 기본권이론에서 발전된 본질내용의 침해금지(본질내용의 침해금지)는 지방자치에 관한 제도적인 보장에도 그대로 적용된다. 본질적 내용은 기본권이나 지방자치에 대한 보장에 있어서 단순한 입법자가 침해할 수 없는 차단효과(Sperrwirkung)를 가진다. 본질적인 핵심영역을 제외한 영역에 대해서는 입법자가 제한할 수 있지만 그 제한의 한계로서 공익지향성과 비례의 원칙이 존중되어야 하는 점에서도 유사한 이론구성을 하고 있다.

독일에서 제도적 보장이론은 독일의 민주화과정과 밀접한 관련을 맺으면서 발전된 이론이라고 볼 수 있다. 19세기 독일에서는 지방자치란 사회영역에 속하는 것으로 생각되었다. 이러한 사회를 국가로부터 방어하고 해방시키기 위해서는 국가의 침해에 대한 방어권으로서 기본권에 유사한 지위를 쟁취할 필요가 있었다. 그후 독일의 민주화와 더불어 지방자치를 기본권으로 보장할 필요성이 사라졌다고 생각하는 경향이 있었다. 즉, 국가가 민주화됨으로써 국가와 사회는 독일한 정당성의 원천을 갖게 되었고 국가와 사회(지방자치단체)의 이원적인 대립구조는 극복된 것으로 보았다. 따라서 기본권과 같은 방어권으로서 지방자치권은 더 이상 필요하지 않는 것으로 생각하게 되었다.20) 따라

17) Von Herbert Bethege, "Aktuelle Aspekte der Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung", *Der Verwaltung*, Bd. 15, 1982, S. 210.

18) Bernhart Stür, *Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung*, Göttingen 1979, S. 65.

19) Herbert Bethege, *a.a.O.*, S. 210.

20) Franz-Ludwig Knemeyer, "Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise", in : v. Mutius

서 바이마르 공화국 하에서 지방자치는 행정기술상의 의미를 갖는 것에 불과했다.²¹⁾ 이러한 생각 때문에 바이마르 헌법에 지방자치에 대한 보장이 기본권편에 보장되어 있음에도 불구하고 기본권이 아니라 객관적인 제도로서 파악하게 된 것이 아닌가 한다.

국가와 지방자치단체는 상호간에 대립되는 이해관계를 가지고 있는 경우가 적지 아니하며, 지방자치단체의 자치권의 침해가 국가로부터 행해질 가능성이 여전히 상존하고 있으며 지방자치단체는 이를 방어함으로써만 자치적인 활동이 가능하다. 이점에서 국가와 지방자치단체의 대립관계는 여전히 존재하며 이를 위하여 지방자치단체의 주관적 법적지위를 보장할 필요가 있는 것은 개인과 국가의 관계에서 기본권을 보장할 필요가 있는 것과 같다.

즉, 지방자치에 대한 보장이 기본권으로서 성질을 갖지 않는다고 하여 지방자치단체의 주관적인 권리성이 부정되는 것은 아니다. 오히려 국가의 침해에 대한 방어권으로서 기본권과는 구별되는 별개의 권리로서 지방자치권이 보장된다고 보는 것이 타당하다고 본다. 또한 이론을 구성함에 있어서도 국가에 대한 방어권으로서 기본권과 유사한 측면에 착안하여 기본권에서 발전된 이론을 차용할 수 있을 것으로 본다. 독일의 통설과 판례도 지방자치권의 보장을 기본권이론에 준하여 발전시켜왔다.

Ⅲ. 지방자치권의 내용

헌법상의 지방자치보장이 제도적 보장이외에 지방자치단체의 주관적 위상을 인정하여 자치권을 인정할 수 있다는 데에 대해서는 위에서 설명했다. 독일의 이론은 제도적 보장의 내용에 대해서는 매우 상세하게 논의하면서도 지방자치단체의 주관적인 법적 지위로서 자치권의 내용이 무엇인지에 대해서는 명확하게 밝히지 않고 있다. 제도적 보장이론은 원래 핵심적인 영역에 대해서만 관심으로 가지고 있었으나 오늘날 판례와 학설은 이를 확대하여 주변영역(Randbereich)도 포함하여 설명하고 있으며 그 제한에 대해서는 본질적인 내용침해의 금지이외에 주관적인 권리의 제한에 적용되는 비례의 원칙을 한계로 설명하고 있다. 이는 자치권을 객관적인 측면에서 파악하건, 주관적인 측면에서 파악하건 그 실질적인

(Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Heidelberg, 1983, S. 209 참조.

21) Karl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931, S. 75.

내용에서는 같은 것으로 보는 시각을 전제로 하는 것이 아닌가 한다. 헌법상의 지방자치의 보장에 대한 객관적인 측면과 주관적인 측면은 동전의 양면과 같은 것으로 파악하고 있는 듯한 인상을 준다. 우리 나라의 경우 독일과는 달리 객관적인 규범통제가 허용되지 아니하므로 지방자치에 대한 헌법상의 보장을 주관적인 자치권을 중심으로 설명하는 것이 보다 지방자치단체의 자치권을 국가의 침해로부터 방어하는데 기여할 것으로 본다.

1. 지방자치단체의 권리주체성의 보장

지방자치에 대한 헌법상의 규정을 제도보장으로 보는 통설의 입장에서는 헌법이 우선 행정단위로서의 지방자치단체의 존립을 보장하고 있다. 국가 조직 내에서 지방자치단체라는 행정유형이 객관적으로 존재해야 하며 그에게는 헌법이 예정하고 있는 형태가 부여되어야 한다고 한다.²²⁾ 독일의 판례와 다수의 견해는 이를 “개별적이 아니라 제도적으로만(nur institutionell, aber nicht individuell) 보장하는 것이지 개별적으로 보장하는 것은 아니다”라고 설명하고 있다.²³⁾ 이에 따라 헌법은 특정한 지방자치단체의 존립을 보장하는 것은 아니므로 개개의 지방자치단체를 폐지, 통합, 분할, 구역의 변경 등은 그것이 비례의 원칙에 반하지 아니하는 한 헌법에 위반되는 것은 아니라고 본다.²⁴⁾ 또한 시·도나 시·군·자치구를 지방자치단체로 하지 아니하고 군과 시·읍·면을 지방자치단체로 하더라도 헌법에 위반되는 것은 아니다.

그렇다고 하여 지방자치단체의 권리주체성이 부정되는 것은 아니다. 독일 연방헌법 재판소는 개별 지방자치단체의 통·폐합과 구역변경의 허용여부를 달성되는 공익과 유발되는 부작용에 대한 광범한 저울질(형량)을 거쳐 결정하고 있다. 입법자는 지방자치단체를 자유롭게 통폐합할 수 있는 것이 아니라 과잉금지의 원칙, 자의금지의 원칙 등의 한계 내에서만 허용된다고 본다. 이러한 한계의 설정은 개별 지방자치단체가 헌법상의 지방자치에 대한 보장을

22) Klaus Stern, “Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung”, in: Püttner(Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd 1, 2.Aufl., 1981, S. 205.; Eberhard Schmitt-Aßmann, “Kommunalrecht”, in: von Münch(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., 1985, S. 104.

23) BVerfGE 50, 50: 86, 90(107).

24) Hans Uwe. Erichsen, *Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen*, Siegburg, 1988, S. 325; 이기우, 「지방자치이론」, 학현사, 1996, 36면 이하.

통하여 권리주체로 보장을 받고 있음을 전제로 한다. 왜냐하면 이러한 저울질은 개별 지방자치단체가 받는 불이익(주관적인 권리)과 달성하려는 공익과의 비교에 의해 이루어지기 때문이다. 이점에서 개별 지방자치단체의 존립은 절대적으로 보장되는 핵심영역에는 포함되지 않지만, 개별 지방자치단체는 권리주체로서 자치권을 향유하며 그 제한은 공법상 권리제한에 관한 일반적인 요건 하에서만 정당화된다고 본다.

2. 지방자치단체의 활동영역의 보장

지방자치단체의 관할에 속하는 업무는 법률에 의하여 일일이 한정적으로 결정되는 것이 아니라 반대로 법률에 특별한 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무에 대하여 포괄적으로 고유한 관할권을 갖는다. 이를 전권한성의 원칙이라고 한다(Allzuständigkeit). 지방자치단체가 주민의 복리에 관한 모든 지역적인 업무에 관하여 관할권을 갖는 것은 지방의 사정에 따라 자기책임하에 업무를 처리할 수 있는 전제조건이 된다.²⁵⁾ 지방자치단체의 활동영역에 관한 전권한성의 원칙은 지방자치에 관한 대상적인 보호영역을 헌법적으로 보장하는 것을 의미한다.

무엇이 지방자치단체의 업무로 되는가에 대하여 독일의 전통적인 견해는 연방헌법재판소²⁶⁾의 판결과 같이 “지역공동체에 뿌리를 두거나 지역공동체에 특별한 관계를 가지고 당해 지역공동체에 의하여 자기책임하에 독자적으로 수행될 수 있는 업무”를 포괄한다고 해석하고 있다. 즉 전통적인 견해는 전권한성의 원칙에 장소적인 요소를 부가하고 있다. 지방자치의 대상이 되는 업무는 지역적인 업무(örtliche Angelegenheiten), 즉 지역적인 기능영역에만 한정된다는 것이다. 전통적인 견해에 의한 업무의 지역적인 축소는 지방자치단체의 업무를 정하는데 있어서 결정적인 기준으로 간주되었다.²⁷⁾ 이에 따르면 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 지역에 대해서만 중요성을 가진 업무에 한정된다.²⁸⁾

25) Janbernd Oebbecke, *Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie*, Köln 1982, S. 54 f.

26) BVerfGE 8, S. 134; 50, S. 201; 52, S. 120.

27) Vgl. BVerfGE 8, S. 134; 11, S. 273f.; 26, S. 181.

28) Bernd Widera, *Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit*, Berlin 1985, S. 30 f.

이 견해는 지역적인 지방자치단체의 사무와 초지역적인 국가사무의 명확한 구별이 가능하다는 생각에 기초하고 있다. 그러나 오늘날 교통과 통신의 발달, 업무의 상호관련성, 의존성 등으로 인하여 어떠한 업무가 구체적으로 이에 속하는 지에 대한 결정이 매우 힘든 경우가 있음은 부인하기 어렵게 되었다. 전통적으로 지역적인 업무는 초지역적인 업무로 변천해 가고 지역적인 업무와 초지역적인 업무의 교착현상이 심화되어감에 따라 전통적인 해석론에 대한 비판론이 제기되었다. 비판론의 핵심은 전통적인 견해와 그 법적인 기초가 변화된 현실에 충분히 부합되지 아니한다는 것이다.²⁹⁾

전통적인 전권한성이론의 이러한 결함을 보완함에 있어서 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)³⁰⁾은 지방자치단체의 업무범위를 결정하는데 중요한 단서를 제공한다고 볼 수 있다. 이에 따르면 지방에서 발생하는 모든 사무는 원칙적으로 지방자치단체, 특히 기초지방자치단체의 사무로 되며 그 능력을 넘는 경우에만 상급지방자치단체나 국가의 사무로 될 수 있다.

3. 자기책임성(Eigenverantwortlichkeit)의 보장

헌법은 지방자치단체가 그의 업무를 처리하는 방식에 관하여 자기책임적인 업무처리를 보장하고 있다. 즉 지방자치단체는 법률의 범위안에서 외부의 지시나 간섭을 받음이 없이 스스로 합목적적이라고 여기는 바에 따라서 자기책임하에 그의 업무를 수행한다. 이로써 지방자치단체는 지역적인 수준에서 정치적인 재량권을 갖게 된다. 자치책임성의 원칙에 따라 지방자치단체는 어떠한 업무를, 언제, 어떻게 수행할 것인지에 대하여 독자적으로 결정할 수 있다.³¹⁾ 자기책임성의 구체적인 내용으로서 지방자치단체는 지역고권, 인사고권, 조직고권, 조례고권, 계획고권, 재정고권 등과 같은 일련의 지방고권을 갖는 것으로 설명되고 있다.³²⁾ 이러한 지방자치단체의 고권을 자치권의 핵심영

29) Ulrich Scheuner, "Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung", in: *Archiv für Kommunalwissenschaften(AfK)*, 1973, S. 1.

30) 이에 대해서는 이기우, 앞의 책, 223면 이하 참조.

31) Erichsen, *a.a.O.*, S. 329.; Schmidt-Abmann, *a.a.O.*, S. 109.

32) 우리 나라에서는 이들 지방자치단체의 고권을 전권한성의 내용으로 보는 견해가 있다. 예컨대 김성호, 「조례의 법적지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 한국지방행정연구원, 1995, 35면 이하; 김남진, 「행정법 II」, 법문사, 1992, 92면 등이 이에 속한다. 전권한성은 지방자치단체의 활동 대상을 보장하는 것이라고 한다면 자기책임성은 그

역에 포함된다고 보는 경향이 일반적이다. 만약 이들 고권이 핵심영역에 속한다면 제도적 보장이론에 의하여 모든 입법적 제한이 허용되지 않는다고 보아야 한다. 그러나 이들 고권에 대한 법률상의 제한이 허용되고 있으므로 지방자치단체의 고권을 입법자로부터 자유로운 핵심영역으로 볼 것은 아니고 그 밖의 영역도 포함하는 것이라고 보아야 한다.

지방자치단체는 지역고권에 근거하여 지방자치단체의 구역내에서 공권력을 행사할 수 있다. 즉, 지방자치단체는 법률의 범위안에서 그 구역에 있는 모든 사람이나 물건에 대하여 법적인 구속력이 있는 활동을 할 수 있다.

지방자치단체의 조직고권은 지방자치단체가 활동하기 위하여 필요한 조직을 자기책임하에 설치할 수 있는 권한을 의미한다. 즉 지방자치단체는 의결기관, 집행기관, 지방자치단체내의 행정구역, 공공시설, 각종 위원회, 공기업 등을 법령의 범위내에서 자기책임하에 설치할 수 있다.³³⁾ 지방자치단체의 조직고권은 다른 지방자치단체와 협력할 수 있는 권리를 포함한다. 이에 따라 지방자치단체는 다른 지방자치단체와 협력하여 업무를 처리할 수 있고 이를 위해 필요한 조직이나 기구를 공동으로 설치할 수 있다.³⁴⁾

지방자치단체는 그의 업무를 수행하기 위하여 필요한 인적설비인 지방자치단체의 공무원을 선출, 임명, 승진, 강임, 해임, 징계하고 그 복무와 수당, 급여와 후생에 관한 인사행정을 자기책임하에 규율할 수 있는 인사고권을 가진다.³⁵⁾ 지방자치단체가 인사고권을 갖는다고 할 수 있기 위해서는 지방자치단체의 인사에 관한 업무가 주민에 의하여 직접, 혹은 그 대표기관에 의하여 간접적으로 민주적인 정당성을 획득한 지방자치단체의 기관에 의하여 수행되어야 한다.

활동유형을 의미하는 것이다. 즉 후자는 전자를 실현하기 위한 방법에 관한 것이라고 볼 수 있다. 지방자치단체는 지방자치단체의 각종 업무를 수행함에 있어서 필요로 하는 활동방법상의 수단에 관한 것이다. 이 점에서 이들 지방고권은 자기책임성의 원칙을 설명하는 내용이라고 보는 것이 타당하다. 지방자치단체의 고권에 대한 비판적 견해로는 Jörn Ipsen, *a.a.O.*, S. 202 참조.

33) 조직고권에 대하여 자세한 것은 Edzard Schmidt-Jortzig, *Kommunale Organisationshoheit*, 1979; 조태제, “지방자치단체의 조직고권”, 한국토지공법학회, 「토지공법연구총서」 V, 41면 이하 참조.

34) Daniela Birkenfeld-Pfeiffer/Alfons Gern, *Kommunalrecht*, 3. Aufl. Baden-Baden, 2001, S. 63.

35) Lecheler, “Die Personalhoheit der Gemeinde”, in : v. Mutius(Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft(a.a.O.)*, S. 541 ff.; Ipsen, “Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie”, *DöV*, 1955, S. 225 ff.

지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 수입과 지출을 자기책임하에서 규율할 수 있는 재정고권을 가진다.³⁶⁾ 지방자치단체가 주민의 복리에 관한 사무를 자기책임하에 처리하기 위해서는 그 비용을 독자적으로 마련하고 지출할 수 있는 권한이 있어야 한다. 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 동시에 지방자치단체가 필요로 하는 재원을 확보하여 주도록 국가에게 의무를 부과하고 있다.³⁷⁾ 지방자치단체의 재정고권에는 수입고권, 지출고권, 재정행정고권, 예산고권이 포함된다.

지방자치단체는 그의 업무를 수행하기 위하여 구속력 있는 계획을 수립하고 그와 관련된 상급계획에 참여할 수 있는 계획고권을 갖는다.³⁸⁾ 지방자치단체의 계획에는 재정계획, 경제계획, 도시계획 등 여러 가지 종류가 있을 수 있으나 오늘날 특히 중요한 의미를 갖는 것은 지방자치단체내의 토지이용과 건축에 관한 계획이다.³⁹⁾

지방자치단체는 관련업무를 처리하기 위하여 법령의 범위내에서 자기책임하에 일반적·추상적인 규율을 할 수 있는 조례고권을 가진다.⁴⁰⁾ 지방자치단체는 법률의 위임을 받음이 없이 직접 헌법 제117조제1항에 근거하여 조례를 제정할 수 있다. 다만 지방자치법 제15조는 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용의 조례는 법률에 의한 위임을 요구하고 있다. 그 합헌성여부에 대하여 학설상의 논란이 심하다.⁴¹⁾

그 밖에 지방자치단체가 그 구역내에서 문화적인 활동을 수행하고 관리하며 촉진할 수 있는 문화고권(Kulturhoheit)을 들기도 한다.

36) BVerfGE 26 S. 244.

37) v. Mutius/Henneke, *Kommunale Finanzausstattung und Verfassungsrecht*, 1985, S. 30.

38) 자세한 것은 Bernd Widera, *Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeinlicher Planungshoheit*, Berlin 1985 참조.

39) 이에 대해서는 김남철, "지방자치단체의 계획고권과 국가의 공간계획", 한국토지공법학회, 「토지공법 연구총서」 II, 2001, 737면 이하 참조.

40) Karl Ulrich Meyn, *Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden*, Göttingen 1977, S. 21f; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, München 1981.

41) 이에 대하여 필자는 종래의 입장을 변경하여 조례가 법률유보의 근거인 민주국가적 정당성 및 법치국가적인 타당성의 요구를 모두 충족하고 있으므로 별도의 법률유보를 요하지 아니한다는 입장을 취하고 있다. 이기우, "지방자치와 민주주의 및 법치주의의 원칙", 「공법연구」 제29집 제4호, 2001, 157면 이하 참조.

IV. 지방자치권의 제한과 제한의 한계

1. 법률유보의 원칙

헌법은 지방자치단체의 자치권을 보장하고 있지만 지방자치의 구체적인 내용은 국민전체의 정치적인 대표자인 입법자가 정한 법률에 의하여 정해진다. 헌법 제117조제1항은 지방자치단체가 법령의 범위안에서 조례를 제정할 수 있다고 규정하고, 동조 제2항은 지방자치단체의 종류는 법률로 정하도록 하고 있으며, 제118조제2항은 지방자치단체의 조직과 운영, 권한을 법률로 정하도록 규정하고 있다. 입법자는 이러한 헌법의 위임에 따라 그의 입법재량에 따라 지방자치행정의 구체적인 내용을 형성할 수 있으며 지방자치단체의 자치권은 그 범위내에서 제한된다. 지방자치행정도 행정의 한 유형으로서 법치행정의 원리에 의한 제한을 받으며 법률에 위반되는 행정을 수행할 수 없다. 이는 법률의 형식에 의한 자치권의 제한이라는 점에서 법치주의에 의한 제한이며, 법률은 전체국민의 의사표현이라는 점에서 민주주의에 의한 자치권의 제한이라고 볼 수 있다.

입법자의 법률에 의한 자치권의 제한은 지방자치행정의 대상인 업무영역이나 지방행정의 수행방식인 자기책임성 모두에 대하여 허용된다.⁴²⁾ 예컨대 입법자는 지방자치단체에게 일정한 업무의 처리를 위임할 수도 있고 또한 특정사무를 지방사무로부터 국가사무로 이전할 수도 있다. 또한 업무처리의 절차, 재량권 행사의 제한, 국가의 감독 등을 법률로써 정할 수 있다. 지방자치단체의 자치권의 제한형식은 “법률로써” 하여야 하며, 이에는 형식적인 의미에서의 법률은 물론 법률에 근거한 행정입법, 행정행위, 기타 사실행위를 포함한다.⁴³⁾

42) BVerfGE 1,167(178); 7,358(364); Otto Gönnewein, *Gemeinderecht*, 1963, S. 49ff.; v. Mutius, “Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde und Gemeindeverbände”, *Jura* 1982, S. 37; Hendler, *a.a.O.*, S. 196f.

43) 자치권에 대한 법률상의 제한을 자기책임성에 대한 제한과 업무에 대한 제한을 구별하여 전자는 권한행사를 어떻게(wie) 하느냐에 대한 제한인데 비하여 후자는 지방자치의 존부(ob)에 대한 것이라는 점에 착안하여 전자에 대한 제한보다 후자의 제한이 훨씬 엄격한 요건하에서만 허용된다는 주장이 있다. 이는 직업의 자유에서 인정된 단계이론을 유추하여 적용하고 있는 것이다(Jörn, *a.a.O.*, S. 205).

2. 자치권 제한의 한계

지방자치단체의 자치권은 위에서 살펴본 바와 같이 법률에 의해서 제한된다. 그러나 입법자의 입법재량도 무제한하게 보장되는 것은 아니다. 지방자치권에 대한 제한의 한계로서 공익의 원칙, 비례의 원칙, 본질적인 내용의 침해 금지 등을 들 수 있다.

1) 비례의 원칙

학설과 판례에 의하여 인정된 비례의 원칙은 국가가 그 목적을 추구함에 있어서 부적합하거나, 불필요한 수단 혹은 부적정한 수단을 사용하는 것을 금지하고 있다. 지방자치권에 대한 국가의 제한도 이러한 비례의 원칙에 합치되어야 한다. 왜냐하면 비례의 원칙은 법치국가의 이념인 정의의 개념으로부터 유래하는 헌법원칙으로서 모든 국가권력을 구속하기 때문이다.⁴⁴⁾

우선 국가의 자치권에 대한 제한이 달성하고자하는 공익을 실현하기 위하여 적합한 수단이어야 한다.⁴⁵⁾ 따라서 제한이 달성하고자하는 공익의 실현을 위하여 도움이 되지 아니하는 경우에 비례의 원칙에 대한 위반이 된다(수단의 목적적합성). 다음으로 달성하고자하는 공익을 위하여 적합한 수단이 여러 가지가 있을 경우에 국가는 그 중에서 지방자치단체의 자치권을 최소한 침해하는 수단을 선택하여야 한다.⁴⁶⁾ 따라서 동일한 효과를 가져오는 수단이 여러 가지 있는 경우에 자치권을 보다 덜 침해하는 수단이 있음에도 불구하고 자치권을 더 침해하는 수단을 국가가 선택하는 경우에 비례의 원칙에 대한 위반이 있게 된다(최소침해의 원칙). 마지막으로 적합하고 최소의 침해를 가져오는 수단이라고 할지라도 그로 인하여 달성되는 공익보다도 희생되는 법익이 현저히 큰 경우에는 그 수단은 허용되지 아니한다.⁴⁷⁾ 즉 달성되는 공익과 그로 인하여 희생되는 법익은 현저한 불균형관계에 있어서는 안된다(적정비례의 원칙). 비례의 원칙에 의하여 국가는 지방자치단체의 자치권을 과잉적으로 제한하는 것이 금지된다.

44) BVerfGE 15, 226(234): 38, 348(368).

45) BVerfGE 30, 292(312): 33, 171(187): 40, 196(222).

46) BVerfGE 30, 292(316): 37, 1(21).

47) BVerfGE 7, 377(407): 39, 364(374): 61, 32(35ff).

2) 본질적인 내용 침해금지의 원칙

지방자치에 대한 헌법 제117조제1항의 규정을 제도적 보장이라고 보는 지배적인 견해는 비록 입법자라 할지라도 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해하거나 왜곡시킬 수 없다고 본다. 즉 입법자의 입법재량은 지방자치제도의 본질적인 내용에 의하여 제한된다. 지방자치제도의 본질적인 내용이 국회의 다수의 횡포에 의하여 왜곡되거나 형해화되는 것을 방지하자는 것이 제도적 보장이론의 내용이다. 이러한 객관적인 제도적 보장이론은 지방자치단체의 주관적인 자치권에 대한 제한한계로도 통용될 수 있다. 이는 마치 기본권에 대한 본질적인 침해를 금지하는 헌법 제37조제2항 단서와 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

문제는 무엇이 입법자의 침해로부터 보호받는 지방자치제도의 본질적인 내용에 속하는지가 반드시 명확한 것은 아니라는 점이다.⁴⁸⁾ 지방자치제도의 본질적인 내용을 확정하기 위하여 독일의 학설과 판례는 다양한 이론을 발전시켰다.⁴⁹⁾ 지방자치권의 본질적인 내용이 불명확함에도 불구하고 입법자의 자치권 침해에 대한 한계로서는 유용한 방어막이 될 수 있다고 본다. 왜냐하면 입법자는 자치권을 제한하는 법률을 제정함에 있어서 자치권의 본질적인 부분을 침해했는지 여부를 자체적으로 평가하여야 하고 그 부분이 사후에 문제될 수 있음을 의식해야 하기 때문이다.

V. 결 론

지방자치에 대한 헌법상의 보장을 제도적 보장으로 이해함으로써 지방자치단체의 국가에 대한 방어권으로서 지방자치권에 대한 이론적인 발달은 아직 미흡한 단계에 있다. 객관적인 규범통제가 보장되지 아니하는 상황에서 객관적인 질서로서 제도보장이론은 국가의 지방자치권에 대한 침해에 대한 방어막으로서 한계가 있다. 학계와 판례는 아직 지방자치단체의 자치권을 일반적으로 인정하는데 주저하고 있으며 지방자치단체의 주관적인 법적 지위를 인정하기보다는 객관적인 권한배분의 의미로 해석하는 경향이 있는 듯하다. 지방자치에 대한

48) 김해룡, "지방자치권의 내용에 관한 법령제정의 한계에 관한 연구", 한국토지공법학회, 「토지공법연구총서」 V, 2001, 61면 이하 참조.

49) 우리 나라에서 이에 대한 논의는 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 1991, 784면; 홍정선, 「지방자치법론」, 법영사, 1991, 64면 이하 참조.

헌법상의 보장을 제도적 보장으로 이해하려는 독일에서도 지방자치단체에 대한 주관적인 법적지위를 헌법적으로 보장하고 있다고 이해하고 있다. 우리나라에서는 추상적인 규범통제를 인정하지 않는 등 권리구제체계가 독일과 같지 아니하며 지방자치제도의 도입에 대한 시대적인 배경도 다르다는 측면을 고려한다면 지방자치에 대한 헌법상의 보장을 독일과 동일하게 이해하는데는 문제가 있다. 지방자치에 관한 헌법상의 보장은 객관적인 제도에 대한 보장인 동시에 주관적인 지방자치권의 보장으로 이해하고 이에 기초한 법이론을 발전시킬 필요가 있다. 특히 지방자치권에 대한 권리구제제도를 확충함에는 이러한 인식을 바탕으로 하여야 한다. 이렇게 본다면 국가의 입법이나 행정처분에 의한 지방자치권의 제한을 기본권에 대한 국가의 제한에 준하여 이론을 구성하고 권리구제절차도 마련할 수 있을 것으로 본다. 예컨대 입법에 의한 자치권의 침해에 대하여 지방자치단체는 권한쟁의심판이외에도 일반행정소송을 제기하고 그 전제가 되는 법률의 위헌성여부를 위헌법률심사의 형식으로 심사할 수 있을 것이다. 국가행정권에 의한 자치권의 침해에 대해서는 광범하게 행정소송을 인정할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 이 점에서 국가와 지방자치단체간의 소송관계를 객관적인 소송으로 보는 견해에는 찬동하기 어려우며 주관적인 소송으로 보는 것이 현실에 부응하는 이론전개를 여는 전제가 된다고 본다.

50) 이에 대해서는 박정훈, “지방자치단체의 자치권을 보장하기 위한 행정소송”, 한국지방자치법학회, 「지방친화적 지방자치를 위한 법제개혁방안」, 2001년 11월 14일 대한상공회의소에서 개최된 학술발표회 자료집, 3면 이하 참조.