

地方自治團體에 대한 國家의 監督

- 韓國과 獨逸의 地方自治法の 比較를 中心으로 -

洪 井 善*

차 례

- I. 序 說
- II. 監督(權)의 種類·意味
- III. 情報權(보고징수권·보고제도)
- IV. 異議權과 廢止權
- V. 命令權과 代執行
- VI. 權利保護(행정소송)
- VII. 專門監督(타당성감독)
- VIII. 其他 制度
- IX. 結 語

* 延世大 法大 教授, 法學博士

I. 序 說

1. 본고는 지방자치단체에 대한 국가감독(기초지방자치단체에 대한 광역지방자치단체의 감독을 포함하는 의미로 사용한다)의 수단을 검토하는 것을 주된 내용으로 한다. 감독은 행정의 분권화와 상관개념이다. 국가가 자신을 여러 지방자치단체로 나누고, 지방자치단체에게 행정을 배분하였다면, 국가는 행정의 분배자로서 당연히 지방자치단체가 자신의 행정을 적법하고 질서가 있게 처리하는지를 감시·감독하여야 한다. 국가가 지방자치단체에 사무를 배분하였다면 국가가 이로부터 자유로울 수는 없기 때문이다. 모든 행정은 법에 구속되기 때문에 국가는 상위의 법질서의 유지자로서 지방자치단체의 행정이 법에 따라 이루어지는지를 감시·감독하여야 한다. 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 국가의 한 부분으로서 지방자치단체에 대하여 당연한 것이며, 이것은 법치국가원리에 속한다. 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 헌법적으로 보장되는 지방자치제의 구성요소는 아니지만, 그것은 헌법적으로 보장되는 지방자치제의 상관개념이다.¹⁾ 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 자치사무수행의 적법성보장과 자기책임성의 보장을 둘러싸고 국가와 지방자치단체를 상호 긴장관계에 놓이게 한다. 국가의 감독은 헌법상 보장되는 지방자치제를 공허하게 할 수 없으며, 국가내부에서 지방자치단체가 자기책임으로 사무를 수행토록 하는 헌법의 요구를 무시하여서도 아니 된다. 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 헌법에 적합한 것이어야 하고, 또한 절제가 따라야 한다. 물론 지방자치는 법률로 보호되므로, 감독상의 침해에도 법률이 필요한 것은 분명하다. 물론 지방자치단체에 대한 조연적인 활동에는 법적 근거를 요하지 아니한다. 요컨대 지방자치단체에 대한 감독은 민주국가원리와 결합하여 법치국가원리로부터 나온다.

2. 지방자치단체에 대한 감독제도의 취지를 충분히 살리기 위해서는 유효하고도 적절한 감독수단의 확보가 중요하다. 지방자치단체에 대한 감독방식에 단일의 모형이 있는 것은 아니다. 지방자치단체의 감독은 관점에 따라 여러 가지로 구분할 수 있다.²⁾ 지방자치법은 제9장에서 행정적 감독을 중심으로 국가의 감독수단을 규정하고 있다. 독일의 지방자치법도 지방자치단체에 대한 국가의 감

1) BVerfGE 78, 331, 341.

2) 이에 관해 출처, 「지방자치법학」, 2000, Rn. 1891 참조.

독을 하나의 독립된 절에서 규정하고 있다. 본고에서는 우리의 지방자치법에서 규정된 지방자치단체에 대한 국가의 감독수단과 독일지방자치법에서 규정된 국가의 감독수단의 비교를 통해 우리의 제도의 보완·개선을 위한 시사점을 발견해보고자 한다. 독일의 경우, 연방기본법상 연방차원의 지방자치제의 보장과 형성에 관한 원칙적인 규정,³⁾ 란트헌법상 란트차원의 지방자치제의 보장과 형성에 관한 원칙적인 규정을⁴⁾ 전제로, 지방자치법의 구체적인 형성은 란트법률에 의해 이루어지고 있다.⁵⁾ 그런데 독일연방을 구성하는 16개 란트중 Berlin·

3) 연방 기본법 제28조(란트헌법의 연방보장) ① 란트의 헌법질서는 기본법상 의미의 공화적, 민주적 그리고 사회적 법치국가의 원칙에 부합하여야 한다. 란트, 크라이스 및 게마인데에서 인민은 보통, 직접, 자유, 평등 그리고 비밀의 선거에 의한 대표를 가져야 한다. 게마인데와 크라이스의 선거에는 유럽공동체의 회원국가의 국적을 가진 자도 유럽공동체의 법의 기준에 따라 선거권과 피선거권을 갖는다. 게마인데에서는 선출된 단체대신에 게마인데주민총회를 둘 수 있다.

② 게마인데에는 지역공동체의 모든 사무를 법률의 범위 안에서 자기책임으로 규율하는 권리가 보장되어야 한다. 게마인데연합도 또한 법률상 자신의 사무의 범위 안에서 법률의 기준에 따라 자치행정의 권리를 갖는다. 자치행정의 보장은 재정적인 자기행정의 기초를 포함한다: 세율권과 함께 게마인데에 부여되는 경제력관련의 세원은 이러한 기초에 속한다.

③ 연방은 란트의 헌법질서가 기본권 및 제1항과 제2항의 규정에 부합하는 것을 보장한다.

4) 예, Nordrhein-Westfalen 헌법 제78조(게마인데의 자치행정) ① 게마인데와 게마인데연합은 그들이 선출한 기관을 통한 자치행정의 권리를 갖는 지역사단이다.

② 게마인데와 게마인데연합은, 이 법률에서 달리 규정하지 아니하는 한, 자기들의 구역 안에서 유일한 공행정의 주체이다.

③ 란트는 법률의 규정으로 일정한 공적사무의 수입 및 수행을 게마인데와 게마인데연합에 의무로 부과할 수 있으나, 동시에 비용부담에 관한 규정도 두어야 한다.

④ 란트는 게마인데와 게마인데연합의 행정의 법률적합성을 감시한다. 란트는 의무사무의 경우에 지시권과 감독권을 자세한 법률규정에 유보할 수 있다.

제79조(지방자치단체의 재정헌법) 게마인데는 자신의 사무의 수행을 위하여 고유한 세원의 개발권을 가진다. 란트는 입법시에 이러한 청구권을 고려하는데 책임을 지고, 또한 자신의 재정상의 급부능력의 범위에서 범 게마인데적인 재정균형을 보장하는데 책임을 진다. 이밖에, Baden-Württemberg헌법 제69조, 제71조 내지 제75조, Bayern헌법 제10조, 제11조, 제83조, Brandenburg헌법 제97조 내지 제100조, Bremen헌법 제146조 내지 제149조, Hessen헌법 제137조, 제138조, Mecklenburg-Vorpommern헌법 제3조 제2항·제3항, 제72조 내지 제75조, Niedersachsen헌법 제57조 내지 제59조, Rheinland-Pfalz헌법 제49조, 제50조, Saarland헌법 제117조 내지 제123조, Sachsen헌법 제82조 내지 제90조, Sachsen-Anhalt헌법 제2조 제3항, 제87조 내지 제90조, Schleswig-Holstein헌법 제46조 내지 제49조, Thüringen헌법 제91조 내지 제95조를 볼 수 있다.

5) 지방자치법의 입법형식은 2가지로 구분된다. 대부분의 란트는 기초지방자치단체인 게마인데에 관한 지방자치법으로서 게마인데법(Gemeindeordnung)과 광역지방자치단체인 크라이스에 관한 지방자치법으로서 크라이스법(Landkreisordnung)을 갖는다. Baden-

Bremen·Hamburg는 도시국가인 탓으로 따로 지방자치법을 가지지 아니한다. 이러한 란트에서는 헌법이 지방자치법의 기능을 수행한다. 말하자면 13개의 란트만이 독립의 지방자치법을 갖고 있다. 그런데 본고에서는 다만 Baden-Württemberg(BW), Bayern(BN), Niedersachsen(NS), Nordrhein-Westfalen(NW), Sachsen(SN)등 5개 란트의 지방자치법만을 비교의 대상으로 하기로 한다(아래에서는 이들 란트명을 괄호안의 약어로 표기한다). 이들 란트의 지방자치법은 공통적으로 감독에 관한 사항을 하나의 章에서 규정하며, 그 내용은 대체로 감독(권)의 종류·의미, 감독청, 정보권(보고징수권·보고제도), 이의권과 폐지권, 명령권과 대집행, 수입관의 임명, 권리보호·청구권의 행사, 강제집행, 시장임기의 조기종료, 지방의회의 해산, 전문감독, 제출·승인·예외적 승인으로 구성되고 있다.⁶⁾ 그런데 본고에서는 지면관계상 감독청, 청구권의 행사와 강제집행 그리고 제출·승인·예외적 승인에 관한 부분은 논외로 하기로 한다.

3. 용어상의 문제로서, 지방자치단체에 대한 「국가의 감독」이라는 표현과 유사한 것으로서 「국가의 통제」 또는 「국가의 관여」등이 사용되기도 한다. 필자는 「국가의 통제」와 「국가의 관여」는 유사한 개념으로 이해하고, 「국가의 감독」은 「국가의 통제」의 하위개념으로 이해한다. 필자는 행정법상 용어로서 통제를 국가나 지방자치단체에 의한 각종 작용의 적법성(헌법적합성·법률적합성)과 합목적성(타당성)을 확보하기 위한 일체의 작용으로 이해한다.⁷⁾ 여기에는 위헌·위법작용의 사후적인 시정작용 뿐만 아니라 위헌·위법작용을 사전에 방지하기 위한 각종의 작용도 포함된다. 이러한 개념방식에 따르면, 통제는 억제적인 감독을 통해서 이루어지기도 하고, 임의적인 협력을 통해 이루어지기도 한다고 말할 수 있다. 말하자면 통제의 개념은 감독과 협력으로

Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein 이 이러한 경우에 속한다. 한편, 양자를 하나의 법률로 규정하는 경우도 있으나, 그 명칭은 한결같지 아니하다. Mecklenburg-Vorpommern은 Kommunalverfassung(지방자치조직법)이라 부르고, Saarland는 Kommunal selbstverwaltungsrecht(지방자치 행정법)이라 부르고, Thüringen은 Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung(튀링엔게마인데법과란트크라이스법)이라 부른다.

6) 정보권·승인제도는 조언제도와 더불어 예방적 감독수단으로, 이의권과 명령제도 및 대집행제도는 억제적 감독수단으로 이해되고 있다(Hegele/Evert, *Kommunalrecht im Freistaat Sachsen*, 1997, S. 199).

7) 줄저, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2001, Rn. 1968.

구성된다. 물론 감독과 협력의 개념이 명백히 구분될 수 있는 것은 아닐 것이다. 그럼에도 감독은 억제적·강제적·타율적·소극적·부정적 방향성을 갖는 개념으로, 협력은 조장적·임의적·자율적·적극적·긍정적 방향성을 갖는 개념으로, 즉 방향설정적 개념으로 이해할 수 있을 것이다.

II. 監督(權)의 種類·意味

1. 立法例

- (BN) 제108조 국가적 감독의 의미(Sinn der staatlichen Aufsicht) 감독청은 게마인테의 사무처리와 관련하여 게마인테에 대하여 사려깊게 조언하고, 지원하고 또한 보호하여야 하며, 아울러 게마인테기관의 결정능력과 자기책임성을 강화하여야 한다.
- 제109조 감독의 내용과 한계(Inhalt und Grenzen der Aufsicht) ① 고유사무에 있어서 국가의 감독은 법률로 정해진 공법상 사무의 이행과 게마인테의 의무, 그리고 게마인테의 행정활동의 법률적합성을 감시하는데 한정된다(법규감독).
- ② 위임사무에 있어서 국가의 감독은 게마인테의 행정재량의 행사에도 미친다(전문감독) 행정재량에 대한 침해는 다음 각호의 경우에 한한다.
1. 공공복지 또는 사인의 공법상 청구권이 지시나 결정을 필요로 하는 경우
 2. 연방정부가 기본법 제84조 제5항 또는 제85조 제3항에 따라 지시를 발하는 경우
- (BW) 제118조 감독의 본질과 내용(Wesen und Inhalt der Aufsicht) ① 지시로부터 자유로운 사무에 대한 감독은 법률에서 달리 정함이 없는 한, 행정의 법률적합성의 보장에 한정된다(법규감독).
- ② 지시사무의 수행에 대한 감독은 그 사무를 규율하는 법률에 따른다.
- ③ 감독은 게마인테(기초지방자치단체)의 결정능력과 자주책임성이 침해되지 아니하도록 행사되어야 한다.
- (NS) 제127조 감독사무(Aufgaben der Aufsicht) ① 감독은 지방자치단체의 권리를 보호하고 그 의무의 이행을 확보한다. 감독은 게마인테가 현행법을 준수하고(지방자치감독), 위임사무를 적법하고 합목적적으로 수행하는 것을 보장한다(전문감독). 감독은 결정능력과 책임성이 침해되지 아니하도록 이루어져야 한다.
- ② 게마인테가 자기의 사무를 처리함에 있어서 지시에 구속되는 한, 감독은 이에 관한 현행법에 따라 이루어진다.
- (NW) 제116조 일반감독과 특별감독(Allgemeine Aufsicht und Sonderaufsicht) ① 란트의 감독(제11조)은 게마인테가 법률에 따라 행정되고 있는가에 미친다(일반감독 allgemeine Aufsicht)
- ② 게마인테가 지시에 따른 사무를 수행하는 한(제3조 제2항), 감독은 여기에 발해진 법률에 따른다(특별감독 Sonderaufsicht)
- (SN) 제111조 감독의 본질과 내용(Wesen und Inhalt der Aufsicht) ① 감독은 법률에서 달리 정함이 없는 한 행정의 법률적합성의 보장에 한정된다(법규감독).
- ② 지시사무의 수행에 대한 감독은 법률에서 달리 정함이 없는 한 행정의 법률적합성과 합목적성에 미친다(전문감독).

③ 감독은 게마인테의 권리를 보호하고 그 의무의 이행을 확보하고, 또한 결정능력과 책임성을 촉진하도록 이루어져야 한다.

(한국 지방자치법) [원칙적 규정 없음]

2. 比較檢討

(1) 상기 입법례는 모두 감독의 종류를 규정하고 있다. 감독의 종류로서 자치사무의 감독과 위임사무의 감독을 구분한다.⁸⁾ 전자는 적법성의 감독을, 후자는 적법성의 감독과 합목적성의 감독을 내용으로 한다. 전자를 법규감독 또는 일반감독, 후자를 전문감독으로 부르고 있다. 우리 지방자치법은 감독의 종류를 명시적으로 구분하고 있지는 아니한다. 다만, 지방자치법 제157조에서 단체위임사무에 대한 통제사유로 법령위반(적법성) 외에 공익침해(타당성)를 규정하면서 자치사무에 대한 통제사유로는 법령위반(적법성)에 한정함으로써 내용상

8) 독일의 모든 지방자치법이 지방자치단체의 사무를 자치사무와 위임사무로 구분하고 있는 것은 아니다. 지방자치단체의 사무와 관련하여 현시의 독일 각 란트의 입법은 이원주의와 일원주의로 양분되고 있다. 지방자치단체의 사무를 자치사무(Selbstverwaltungsangelegenheiten)와 국가의 위임사무(Auftragsangelegenheiten)로 구분하는 이원주의는 Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Thüringen에서 볼 수 있다. 이에 반하여 일원주의는 자치사무를 지방자치단체의 사무로 하면서 「지시에 따라 수행하는 의무사무」(Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung)라는 새로운 개념의 사무를 추가하고 있다. 일원주의의 입법례로 Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, 그리고 Schleswig-Holstein에서 볼 수 있다. 일원주의는 1948년 란트 내무부장관들과 지방자치단체조합(kommunale Spitzenverbände)이 독일연방공화국의 란트를 위해 마련한 지방자치법(게마인테법)초안에 뿌리를 두고 있다. 동초안은 Weinheimer초안이라 불리고 있다. 동초안은 국가사무와 지방자치단체의 사무의 이원주의를 배격하고, 공적사무라는 단일의 개념을 사용하고, 지역에서의 모든 공적사무의 수행에 대해서는 원칙적으로 지방자치단체가 책임을 지는 것으로 하였다. 동초안에 따르면 지역에서는 지방자치단체만이 유일한 공행정주체가 된다. 그런데 이와 관련하여 일원주의에서 말하는 「지시에 따라 수행하는 의무사무」의 성질이 문제되고 있다. 이와 관련하여 위임사무라는 견해, 위임사무와 자치사무의 중간형태라는 견해, 위임사무와 자치사무의 혼합형태라는 견해, 이러한 사무는 지방자치단체가 수행하는 사무의 내용이 아니라 사무의 형식에 근거한 것이므로 자치사무라는 견해 등으로 나뉘고 있다. 이러한 사무의 구분은 감독의 범위와 관련하여 특별한 의미를 갖는데, 전통적인 위임사무의 경우에는 감독청의 감독은 재량축소의 경우를 제외하고는 원칙적으로 무제한이지만, 「지시에 따라 수행하는 의무사무」의 경우에는 개별법률에서 정한 지시권의 범위내에 한정된다고 한다. 그밖에 「지시에 따라 수행하는 의무사무」는 ① 법률에 의해 부과된다는 점, ② 국가기관의 명령에 지방자치단체가 따른다는 점, ③ 국가의 특별한 감독이 있다는 점, ④ 행정심판절차에서 국가기관이 행정심판기관이 된다는 점 등이 특징적이라 한다(이상 출처, 「지방자치법학」, 307면에서 전재).

자치사무의 감독과 위임사무의 감독을 구분하는 방식을 취하고 있다. 조문의 체계상 상기의 입법례의 태도가 보다 논리적이고 체계적인 것으로 보인다.

(2) 상기 입법례는 “감독은 게마인데(기초지방자치단체)의 결정능력과 자주책 입성이 침해되지 아니하도록 행사되어야 한다”고 규정하여 감독권의 행사의 방향성에 관해 규정하고 있다. 이 때문에 지방자치단체에 대한 감독청의 감독활동은 지방자치단체에 대한 적대적인 태도가 아니라 지방자치단체에 대한 친화적 자세에서 이루어질 것을 요구한다. 또한 이것은 침해적인 감독은 다만 공익상 중대한 사유가 있는 경우에만 이루어져야 함을 의미한다. 지방자치단체의 범위반의 경우에도 감독청의 감독은 가능한 범위 안에서 자치행정에 합치되게 행사되어야 한다.⁹⁾ 우리의 경우에는 명시적인 규정이 없지만, 헌법 제117조와 제118조가 정하는 지방자치제의 헌법적 보장으로부터 동일한 취지가 도출될 수 있다고 본다.

(3) 법규감독의 경우, 감독사유는 지방자치단체의 행위의 위법이다. 법적 근거는 물론 지방자치법(게마인데법)이다. 감독의 척도 내지 기준은 법치국가 원리의 준수여부 내지 법의 준수여부이다. 여기서 말하는 법은 모든 법(관습법까지 포함)을 의미한다. 절차규정도 포함한다. 자치사무에 대한 합목적성의 통제는 지방자치의 본질과 거리가 멀다. 물론 지방자치단체가 재량이나 판단 여지를 갖는 경우에도 제한을 받는다. 즉 재량하자가 있는 경우에만 감독청의 통제가 가능하다. 이러한 점은 우리의 경우와 다를 바 없다.

Ⅲ. 情報權(보고징수권·보고제도)

1. 立法例

(BN) 제111조 정보권(Informationsrecht) 법규감독청은 게마인데의 모든 사무에 관하여 보고를 받을 권능을 갖는다. 법규감독청은 특히 게마인데의 영조물과 공적 시설을 검사할 수 있고, 사무처리와 경리를 심사할 수 있고, 보고서와 문서를 요구할 수 있다.

(BW) 제120조 정보권(Informationsrecht) 법규감독청은 사무의 수행에 필요한 범위 안에서 게마인데의 개별사무에 관해 적당한 방법으로 보고를 받을 수 있다.

(NS) 제129조 보고(Unterrichtung) ① 지방자치감독청은 언제든지 게마인데의 사무에 관해 보고를 받을 수 있다. 지방자치감독청은 수임관을 통해 현장에서 심사·검사할 수 있고, 구두나 문서에 의한 보고, 의회·행정위원회·구의회·동회의·의회위원회의 의사록과 문서와 기타 자료를 요구하거나 볼 수 있다.

9) K. Waechter, *Kommunalrecht*, 1997, Rn. 197.

② 전문감독청은 전문감독을 함에 있어 통지·보고·문서제출 그리고 기타 자료를 요구할 수 있고, 업무감사를 할 수 있다.

(NW) 제118조 보고징수권(Unterrichtungsrecht) 감독청은 수시로 게마인테의 사무에 관하여 보고를 받을 수 있다.

(SN) 제113조 정보권(Informationsrecht) 자신의 사무의 수행에 필요한 경우, 제112조 제1항에서 언급된 법규감독청은 게마인테의 개별사무에 대하여 적당한 방법으로 정보를 제공받을 수 있다.

(한국 지방자치법)

제155조 (지방자치단체의 사무에 대한 지도 및 지원) ① 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 ... 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을 요구할 수 있다.

제158조 (지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.

2. 比較檢討

(1) 감독청이 지방자치단체에 대한 정보를 확보한다는 것은 감독사무를 효과적으로 수행하기 위한 필수적인 전제가 된다. 이러한 취지에서 양국은 모두 감독청에게 정보권을 보장하고 있다. 감독청의 정보권은 피감독자인 지방자치단체에게는 의무를 요구한다.¹⁰⁾ 물론 주지하는 바와 같이 감독권의 범위나 수단에 관한 표현방식과 내용은 상이하다. 특히 Niedersachsen에서는 의회의 의사록 등도 정보권의 대상영역임을 명시적으로 규정하고 있는 점이 눈에 띈다. 그런데 정보를 제공받거나 요구하는 시점에 관해 특별한 제한이 가해지지 아니한다는 점은 양국의 입법례에 공통적이다.

(2) 대개의 독일지방자치법은 법규감독을 위한 정보권을 규정하고 있지만, Niedersachsen의 경우에는 법규감독 외에 전문감독에 관해서도 규정을 두고 있는 것이 특징적이다. 우리의 지방자치법 제158조는 자치사무와 관련하여서만 감독청의 보고징수권을 규정하고 있다. 국가의 위임사무에 관해서는 개별법령과 정부조직법 제6조 및 그에 따른 행정권한의위임및위탁에관한규정의 적용을 받는다고 해석된다.

(3) 상기의 입법례중 NW의 게마인테법 제118조를 본다. 동조에 근거하여 감독청에는 정보권이 인정되고, 게마인테에는 정보제공의무가 부과된다. 그렇다고 지방자치단체에 일반적인 제출의무(예, 모든 의회의결)가 인정되는 것은 아니다. 말하자면 무조건 보고하는 의무는 없다. 왜냐하면 제118조는 예방적

10) G. Lissack, *Bayerisches Kommunalrecht*, 1997, S. 224.

인 것이 아니라 억제적인 것으로 이해되기 때문이다. 정보권은 개별구체적인 사실관계에 제한된다. 감독청의 정보제공의 요구는 행정행위로 이해되고, 따라서, 그 요구로 인해 지방자치단체의 권리가 위법하게 침해되면, 지방자치단체는 그 요구를 취소소송으로 다룰 수도 있다.¹¹⁾ 지방자치단체의 위법한 권리침해는 예컨대 국가의 감독목적이 지방자치단체의 작용의 적법성보장을 목적으로 하지 아니하는 경우에 나타난다.

(4) 독일의 경우, 감독청의 정보권(Informationsrecht) 내지 보고징수권(Unterrichtungsrecht)은 일반적으로 문서열람 및 청문을 통해 이루어진다. 그것은 지방자치단체의 사무수행 내지 업무에 침해를 가하지 하지 않는 범위 내에서 허용되는 것으로 본다. 그리고 감독청이 정보권의 행사 후에 지방자치단체가 위법을 행하였음에 대하여 확신을 갖게 되면, 감독청은 후술하는 이의권을 행사할 것이고, 지방자치단체가 이를 수용하면 즉시 처리할 것이다. 만약 지방자치단체가 이를 부인하면 감독청은 폐지권을 행사할 것이다. 경우에 따라서는 명령권도 행사할 것이고, 지방자치단체가 만약 이에 불응하면 감독청은 대집행(자기집행+타자집행)을¹²⁾ 하게 될 것이다.

IV. 異議權과 廢止權

1. 立法例

(BN) 제112조 이의권(Beanstandungsrecht) 법규감독청은 게마인테의 위법한 의결이나 처분에 이의를 제기할 수 있고, 그것의 폐지나 변경을 요구할 수 있다....

(BW) 제121조 이의권(Beanstandungsrecht) ① 법규감독청은 법률을 침해하는 게마인테의 의결이나 명령에 이의를 제기할 수 있고, 그리고 게마인테에게 상당한 기간 내에 그것을 폐지할 것을 요구할 수 있다. 법규감독청은 또한 그러한 의결이나 명령에 근거하여 발해진 처분을 취소할 것을 요구할 수 있다. 이의제기는 정지효를 갖는다. ② 법률의 규정에 따라 법규감독청에 제출된 게마인테의 의결은 법규감독청이 적법성을 확인하거나 또는 그 의결에 대하여 1월이내에 이의를 제기하지 아니하는 경우에 집행될 수 있다.

(NS) 제130조 이의(Beanstandung) 지방자치감독청은 게마인테의 의결이나 처분과 시민결정이 법률을 침해하면 이의를 제기할 수 있다. 이의가 제기된 처분은 집행될 수 없다. 지방자치감독청은 이미 이루어진 처분을 취소할 것을 요구할 수 있다.

11) Rehn/Cronauge, *Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Kommentar*, Bd. II, 2001, §118 GO, S. 1.

12) 이에 관해서는 출처, 「행정법원리」, 1990, 261쪽 이하 참조.

(SN) 제114조 이의권(Beanstandungsrecht) ① 법규감독청은 법률을 침해하는 게마인테의 의결이나 명령에 이의를 제기할 수 있고, 그리고 게마인테가 상당한 기간 내에 그것을 폐지 또는 변경할 것을 요구할 수 있다. 법규감독청은 또한 그러한 의결이나 명령에 근거하여 발해진 처분을 취소할 것을 요구할 수 있다. 이의제기는 정지효를 갖는다.

② 게마인테의 의결이나 명령이 법률을 침해하고 또한 제1항 제1문에 따른 결정이 실현될 수 없다는 것이 정당화될 수 있는 경우에는 법규감독청은 필요한 잠정적인 처분을 할 수 있고, 특히 집행이 잠정적으로 정지될 것을 요구할 수 있다. 제1문에 따른 처분은 늦어도 1월후에 효력을 잃는다.

(NW) 제119조 이의권과 폐지권(Beanstandungs- und Aufhebungsrecht) ① 감독청은 시장에게 현행법을 침해한 의회와 위원회의 의결에 대해 이의를 제기하도록 명할 수 있다(제54조 제2항 제3항). 감독청은 시장에 의한 사전의 이의제기와 의회나 위원회에서 재차의 권고 후에 폐지할 수 있다.

② 감독청은 현행법을 침해하는 시장의 명령에 대하여 의회에 이의를 제기할 수 있다. 이의제기는 이유가 제시된 서면의 형식으로 의회에 통지되어야 한다. 이의제기는 집행정지효를 갖는다. 의회가 시장의 명령을 승인한다면, 감독청은 명령을 폐지할 수 있다.

(한국 지방자치법)

제157조 (위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.

제159조 (지방의회 의결의 재의와 제소) ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 행정자치부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 재의결된 날로부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되는 때에는 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

④ 행정자치부장관 또는 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의한 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 당해 지방자치단체의 장은 제소지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.

⑥ 행정자치부장관 또는 시·도지사는 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.

2. 比較檢討

(1) 조문의 체계상 우리의 지방자치법은 장의 위법·부당한 명령·처분의 시정과 지방의회의결의 재의요구제도를 별개의 조문에서 규정하고 있으나, 독일의 지방자치법은 하나의 조문에서 양자(지방의회의 위법한 의결과 시장의 위법한 명령)를 포괄적으로 규정하고 있다. 또한 독일 지방자치법은 자치사무를 대상으로 규정하지만, 우리 지방자치법은 자치사무 외에 단체위임사무를 대상으로 하고 있는 점도 조문체계상 다소 상이하다. 장의 명령·처분에 대한 이의제기의 경우, 내용상 다소간의 차이는 있을지라도 이의제기의 방법으로 시정명령과 취소·정지를 규정하고 있음은 양국에 유사하다. 그런데 시장의 위법한 명령에 대하여 의회에 이의를 제기할 수 있도록 규정하는 입법례도 발견된다(NW 제119조 제2항). 지방의회의결에 대한 이의제기의 경우, 독일 입법례에는 감독청이 직접 이의를 제기하는 경우 외에 장으로 하여금 이의를 제기토록 하는 경우도 있다. 그리고 감독청이 일정한 절차를 거쳐 지방의회의결을 폐지할 수 있다는 입법례도 눈에 띈다(NW 제119조 제1항).¹³⁾

(2) 지방의회의결을 무력화시키기 위해 우리의 경우에는 반드시 사법적 판단을 거쳐야 하지만, 독일의 입법례는 감독청의 결정만으로도 족하다는 점이 상이하다. 우리 지방자치법은 지방자치단체의 장의 위법한 행위에 대해서는 감독청에게 직접적인 통제수단(시정명령, 취소·정지의제도)을 부여하면서, 지방의회의 위법한 의결에 대해서는 감독청에게 직접적인 통제수단을 부여하지 아니하고 있는데, 이것은 감독체계에 있어서 다소간 형평성을 잃은 것으로 보인다.

(3) 독일의 입법례는 지방의회의 의결에 대하여 감독청에 의한 이의가 제기되면, 그 의결의 집행은 당연히 정지된다. 그러나 우리의 경우에는 집행정지결정의 신청을 법원이 받아들여야만 집행이 정지되도록 규정되고 있다. 이의제기는 위법한 의결을 대상으로 한다는 점, 의회의결은 다수의 주민과 관련을 맺는 경우가 적지 않다는 점을 고려한다면 독일의 입법례가 보다 타당하다고 판단된다.

(4) 상기의 입법례중 NW의 게마인데법 제119조 제1항을 둘러싼 문제점에 대한 일반적인 견해의 입장을 보기로 한다. 제1항에 따른 감독청의 명령을 시장이 따르지 아니하면 시장에 대한 징계가 가능하다. 명시적 규정이 없지만,

13) P. Tettinger, *Besonderes Verwaltungsrecht/1*, 1998, Rn. 247.

제120조 제2항에 비추어 감독청이 제119조 제1항의 범위 안에서 스스로 이의를 제기하는 것도 가능하다. 제119조 제1항 제2문의 적용에 행정절차법 제28조 제1항(청문권)의 적용은 없다. 제119조에서 말하는 위법은 의결 당시의 위법을 말한다. 사실상황의 변경이나 법적 환경의 변경에 맞추기 위한 것은 제119조가 아니라 제120조 제1항의 문제로 본다. 게마인테가 재량을 가진 경우에는 감독청은 합목적성의 심사가 불가능하다. 제119조 제2항에 따른 감독청의 권한은 감독청의 재량에 놓인다(지배적 견해). 일설은 동규정을 권한 분배규정으로 보고, 행정의 법률적합성의 원리상 의무적으로 보기도 한다. 그러나 감독청의 권한은 제116조와 제117조에서 주어진 것이므로 지배적 견해가 타당하다고 본다. 한편, 이의제기명령에 대한 시장의 소송제기가능성은 부인된다. 왜냐하면 지시는 외부효를 갖지 아니하여 행정행위가 아니기 때문이다. 이러한 경우에 있어서 시장은 다만 확장된 팔에 불과하다(기관위임, Organleihe). 즉 하급기관(행정내부조직에 해당)에 불과하다. 이의제기명령에 대한 시의 소송제기가능성도 부인된다. 역시 행정행위가 아니기 때문이다. 그리고 시민이 감독청에 대하여 개입을 요구할 수 있는 권리의 인정가능성도 부인된다. 왜냐하면 제116조 이하의 감독청의 감독제도는 공익목적에 위한 것이지 개인(사인)보호를 목적으로 하는 것은 아니기 때문이다. 사인은 감독청의 개입을 구할 청구권도 없고, 재량하자 없는 결정을 구할 청구권도 없다.¹⁴⁾ 요컨대 감독청에 대한 사인의 개입청구권은 인정되지 아니한다. 또한 사인의 권리가 침해되어도 소송제기는 불가하다. 왜냐하면 자치단체의 기관을 통해 사인의 권리가 침해되면, 사인은 그것을 상대로 바로 소송을 제기하면 되기 때문이다(예, 갑이 시와 체결한 매매계약을 의회가 이행하지 않도록 의결하면, 갑은 바로 민사법원에 시를 상대로 소송을 제기하면 된다).

(5) 상기의 입법례중 NW의 게마인테법 제119조 제2항을 둘러싼 문제점에 대한 일반적인 견해의 입장을 보기로 한다. 명령(Anweisung)의 개념은 넓게 해석되고 있다. 의회의결의 집행을 위해 나오는 모든 법적 작용(예, 행정행위, 단순행정작용, 견해의 표명 등)을 포함한다. 그러나 그것은 작위에 한정된다. 부작위는 제120조의 문제가 된다. 여기서 시장이란 개인이 아니라 관청으로서

14) O. Seewald, Kommunalrecht, in : (Hg.) U. Steiner, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1999, Rn. 372 ; E. Schmidt-Assmann, Kommunalrecht, in : (Hg.) derselbe, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1999, Rn. 43; P. Tettinger, *a. a. O.*, Rn. 189.

의 개념이다. 이의제기에 대하여 의회는 결정하여야 한다. 의회는 시장의 명령을 취소할 수 있다. 비록 의회가 시장의 처분을 승인하여도 감독청은 이를 폐지할 수 있다. 시장명령의 폐지처분은 행정행위의 성질을 갖는다.

(6) 감독청에 의한 이의제기와 폐지는 원칙적으로 의결이나 명령이 집행되기 전에만 가능한 것으로 새긴다. 그러나 소급하는 것이 법적으로나 사실상으로 가능한 경우 또는 폐지가 원칙적·선언적 의미를 갖는 경우에는 소급적인 폐지가 가능하다고 새긴다.¹⁵⁾

V. 命令權과 代執行

1. 立法例

- (BN) 제112조 이의권(Beanstandungsrecht) … 공법상 사무나 의무의 불이행의 경우에는 법규감독청은 게마인데에 대하여 필요한 처분의 시행을 요구할 수 있다.
제113조 대집행권(Recht der Ersatzvornahme) 게마인데가 법령에서 정해진 기간 내에 법규감독청에 따르지 아니하면, 감독청은 게마인데의 지위에서의 필요한 처분을 발할 수 있고 그리고 집행할 수 있다. 비용은 게마인데가 부담한다.
- (BW) 제122조 명령권(Anordnungsrecht) 게마인데가 법률상 자신에게 부여된 의무를 이행하지 아니하면, 법규감독청은 그 게마인데가 상당한 기간 내에 필요한 처분을 행할 것을 명할 수 있다.
제123조 대집행(Ersatzvornahme) 게마인데가 제120조 내지 제122조에 따른 법규감독청의 명령을 정해진 기간내에 따르지 아니하면, 법규감독청은 그 게마인데의 지위에서 그리고 그 게마인데의 비용으로 스스로 행하거나 또는 제3자에게 이행을 위탁할 수 있다.
- (NS) 제131조 명령과 대집행(Anordnung und Ersatzvornahme) ① 게마인데가 법률상 자신에게 부여된 의무와 사무를 수행하지 아니하면, 지방자치감독청은 게마인데에 대하여 일정한 기간 내에 필요한 사항을 행할 것을 명할 수 있다.
② 게마인데가 지방자치감독청의 명령을 그 기간 내에 따르지 아니하면, 지방자치감독청은 게마인데의 지위에서 그리고 게마인데의 비용으로 스스로 이행하거나 제3자로 하여금 이행하게 할 수 있다.
- (NW) 제120조 명령권과 대집행(Anordnungsrecht und Ersatzvornahme) ① 게마인데가 법령상 자신에게 주어진 의무나 사무를 이행하지 아니하면, 감독청은 게마인데가 일정한 기간 내에 필요한 것을 하도록 명할 수 있다.
② 게마인데가 감독청의 명령을 그 일정한 기간 내에 따르지 아니하면, 감독청은 그 명령을 게마인데의 지위에서 그리고 게마인데의 비용으로 수행하거나 또는 수행을 다른 기관에 위임할 수 있다.
- (SN) 제115조 명령권(Anordnungsrecht) 게마인데가 자신에게 부여된 의무를 이행하지 아니하면, 법규감독청은 그 게마인데가 상당한 기간 내에 필요한 처분을 행할

15) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §119 GO, S. 5.

것을 명할 수 있다.

제116조 대집행(Ersatzvornahme) 게마인데가 제113조 내지 제115조에 따른 법규감독청의 명령을 정해진 기간내에 따르지 아니하면, 법규감독청은 그 게마인데의 지위에서 그리고 그 게마인데의 비용으로 스스로 행하거나 또는 제3자에게 이행을 위탁할 수 있다.

(한국 지방자치법)

제157조의2 (지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 의하여 그 의무에 속하는 국가위임사무 또는 시·도위임사무의 관리 및 집행을 명백히 해태하고 있다고 인정되는 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 그 이행할 사항을 명령할 수 있다.

② 주무부장관 또는 시·도지사는 당해 지방자치단체의 장이 제1항의 기간 내에 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 행정대집행법을 준용한다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있는 때에는 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

2. 比較檢討

(1) 기술한 이의권과 폐지권은 지방자치단체의 장이나 의회에 의한 위법한 의사결정(작위)에 대한 통제수단인데 반해, 여기서 말하는 명령권과 대집행은 지방자치단체의 장이나 의회의 위법한 부작위에 대한 통제수단이다.¹⁶⁾

(2) 독일법상 명령권과 대집행권은 지방자치단체의 사무(기본적으로 자치사무)와 관련된 통제수단으로서 규정되고 있으나, 우리의 지방자치법은 제157조의2에서 다만 기관위임사무와 관련하여 직무이행명령과 대집행을 규정하고 있을 뿐이다. 자치사무의 부작위에 관해서는 규정하는 바가 없다. 입법상 미비라고 판단된다. 자치사무와 관련하여 지방자치단체의 장이나 의회의 위법한 부작위에 의해서도 주민의 권리는 침해될 수 있는 것이므로, 지방의회나 지방자치단체의 장의 의사결정의 부작위에 대한 적절한 통제책을 마련하기 위한 지방자치법의 개정이 필요하다. 독일의 입법례는 감독청의 감독행위의 실효성을 확보하기 위하여 감독청에게 대집행권을 폭넓게 부여하는 것도 특기할만하다. 이러한 제도의 도입여부에 대한 검토도 필요하다.

16) W. Schwirzke/K. Sandfuchs, *Allgemeines Niedersächsisches Kommunalrecht*, 1999, S. 178.

(3) 상기의 입법례중 NW의 게마인데법 제120조에 관한 일반적인 견해를 보기로 한다. 명령권과 대집행은 게마인데가 공법상 의무와 사무를 이행하지 아니하는 경우와 관련한다.¹⁷⁾ 공법상 의무와 사무란 공행정주체로서의 지위에서 부담하는 행위의무라고도 할 수 있다. 사법상 의무의 침해는 공익요소를 결여한다. 감독청은 의무에 합당한 재량에 따라 명령권의 발동여부를 결정하여야 한다. 명령권과 대집행은 공법규정(게마인데법 제120조)에 따른 감독청의 명령이므로 소의 대상이 된다. 발령된 명령은 독립 법주체에 대한 것으로서 행정행위에 해당하므로 취소소송의 대상이 된다. 물론 대집행이 이루어지면 명령에 대한 권리보호의 필요는 없다고 새긴다. 명령과 대집행은 사실상 하나의 과정이다. 그러나 법상으로는 두 가지 방향에서 의미를 갖는다. 하나는 감독청의 게마인데에 대한 명령이 행정행위이면서 지방자치단체의 의사를 대신한다는 점이고, 또 하나는 명령의 내용은 명령의 대상에 따라 행정행위·사실행위·규범정립행위 또는 사법이나 공법상 의사표시일 수도 있으며, 감독청을 통해 조례의 발령도 가능하다는 점이다.¹⁸⁾ 명령과 대집행의 제도가 지방자치체의 헌법적 보장에 반하는 것으로 이해되지는 아니한다.¹⁹⁾ 명령에 대해 취소소송의 제기가 가능하다. 감독청은 「게마인데의 비용으로」라는 표현으로 인해 직접 게마인데에 대하여 비용상환청구권도 갖는다. 대집행은 대집행법에 따른다.

VI. 權利保護(행정소송)

1. 立法例

(BN) 제119조 재결의 발령(Erlaß des Widerspruchsbescheides) 재결은 다음 각호의 관청이 발령한다.

1. 고유사무에 있어서 적법성의 심사는 법규감독청이 발령한다. 그러나 자치행

17) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §120 GO, S. 2.

18) 독일의 경우, 조례의 발령이 법령상 명령됨에도 불구하고 지방의회가 부차위하는 경우에 감독청은 감독의 일반적인 규율에 따라 개입할 수 있다. 법규감독청이 일반추상적인 내용을 가진 규율을 발하였다면, 지방의회에 의한 조례발령의 경우와 마찬가지로 법규범이 문제된다. 그 명령은 관련사인에 의해 규범통제의 대상이 된다(VwGO 제47조). 그 명령(조례제정의 대집행)은 관련지방자치단체에 대해서는 취소할 수 있는 행정행위이다. 지방자치단체는 자치권의 침해를 이유로 다툴 수도 있다(H. Meyer, *Kommunalrecht*, 1998, Rn. 158).

19) H-U. Erischen, *Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen*, 1997, S. 355 ; BVerwG DVBl. 1993, S. 208.

정청은 행정재판소법 제72조에 따라 합목적성도 심사하여야 한다. 합목적성의 심사는 행정재판소법 제72조에 따라 자치행정청이 행한다.

2. 위임사무에 있어서 심사는 전문감독청. 전문감독청이 최상위의 란트관청이라면, 행정행위를 발한 관청이 행한다. 제109조 제2항 제2문은 적용되지 아니한다.

제120조 감독처분의 쟁송취소(Anfechtung aufsichtlicher Verwaltungsakte) 감독상의 행정행위에 대하여 크라이스소속 게마인데가 제기한 행정심판에 대해서는 다음 각호의 관청이 발령한다.

1. 법규감독사무에 있어서는 행정총장(Regierung)
2. 전문감독사무에 있어서는 직근상급의 전문감독청. 직근상급의 전문감독청이 최상급의 란트관청이면, 감독상의 행정행위를 발한 관청이 결정한다.

(BW) 제125조 법규감독사무에 있어서 권리보호(Rechtsschutz in Angelegenheiten der Rechtsaufsicht) 게마인데는 법규감독의 범위 안에서 이루어진 처분에 대하여 행정재판소법 제8장에 따라 취소소송 또는 의무화소송을 제기할 수 있다.

(NW) 제123조 감독처분의 쟁송취소(Anfechtung von Aufsichtsmaßnahmen) 감독의 처분은 직접 행정소송절차에서 취소될 수 있다.

제124조 다른 행정기관에 의한 침해의 금지(Verbot von Eingriffen anderer Stellen) 다른 행정청과 기구(Stelle)들은 일반감독청으로서 제118조 이하에 따른 게마인데행정에 대한 침해의 권한이 없다.

(한국 지방자치법)

제157조 (위법·부당한 명령·처분의 시정) ② 지방자치단체의 장은 제1항의 규정 에 의한 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다.

2. 比較檢討

(1) 조문체계상 독일의 입법례는 자치사무와 관련하여 감독청에 대한 지방자치단체의 권리보호수단으로서의 쟁송수단을 일반규정(일반법)의 형태로 규정하고 있으나, 우리 지방자치법은 제157조에서 제한적인 형식으로 규정하고 있다.²⁰⁾ 뿐만 아니라 독일의 입법례는 감독청의 감독처분에 대한 소송을 행정소송법상 취소소송과 의무화소송의 일종임을 명시적으로 나타내고 있으나,²¹⁾ 우리 지방자치법은 제157조와 제159조에 따른 소송이 행정소송법상

20) 지방자치법 제159조제3항 이하에서도 소송에 관한 표현이 나타나지만, 이것은 지방의 회의결의 위법을 다루는 것을 직접적인 목적으로 하는 것이지, 지방의회가 감독청의 처분을 다루는 것을 내용으로 하는 것은 아니다. 여기에서 제157조와 기본적 차이가 나타난다. 그러나 지방의회의 위법한 의결을 감독청의 직권이 아니라 소송을 통해 폐지토록 하는 것은 결과적으로 지방의회의 지위를 그만큼 강하게 보호하는 것이므로, 지방자치법 제159조제3항 이하도 지방자치단체의 권리보호와 무관하다고 말할 수는 없다.

21) 이러한 소송에 있어서는 감독처분을 가져오게 한 행위를 결정한 게마인데의 기관이 아니

항고소송의 일종인지, 기관소송인지 아니면 특별한 소송인지에 관해 언급하는 바가 없다.²²⁾

(2) 지방자치법에서 권리보호에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 아니한 란트(예, SN)에서도 위법한 감독작용으로 인해 지방자치단체의 자치권이 침해되면, 그 지방자치단체는 행정소송법이 정하는 바에 따라 취소소송 또는 의무화소송을 제기할 수 있다고 새긴다.²³⁾

(3) 우리의 경우, 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다(행정소송법 제45조)는 점, 지방자치단체에 대하여 항고소송의 원고적격을 인정할 것인가에 관해 현재로서 통설적 견해가 형성되고 있지 아니하다는 점,²⁴⁾ 지방자치단체의 권리보호의 실질화를 위해 지방자치단체에 대하여 폭넓은 쟁송수단을 보장하는 것이 필요하다는 점을 고려할 때, 감독청에 대한 지방자치단체의 행정쟁송수단을 일반규정(일반법)의 형태로 전환하는 것이 바람직하고도 필요하다고 본다.

VII. 專門監督(타당성감독)

1. 立法例

(BN) 제115조 전문감독청(Fachaufsichtsbehörden) ① 위임사무의 개별영역에 대한 감독권능은 이에 유효한 개별규정에 따른다. 그러한 특별규정이 없다면, 전문감독의 시행은 법규감독청이 행한다.

② 대크라이스시(Grosse Kreisstädte)가 제9조 제2항에 의거하여 위임된 사무를 수행하는 한, 전문감독은 크라이스비소속 게마인데에 적용되는 규정에 따른다.

제116조 전문감독의 권능(Befugnisse der Fachaufsicht) ① 전문감독청은 위임사무에 관하여 법규감독청과 같은 방식으로 보고를 받을 수 있다(제111조). 전문감독청은 위임사무와 관련하여 제109조 제2항 제2문의 준수 하에 게마인데에 대하여 지시를 발할 수 있다. 전문감독청은 행정심판에 대한 결정(제119조 제2호)의 경우를 제외하고는 게마인데행정에 대하여 더 이상의 침해를 가할 수는 없다.

② 법규감독청은 전문감독청이 법령상 자기에게 부여된 사무를 수행함에 있어서 필요하다고 판단하는 경우에는 제113조와 제114조에서 규정된 권한을 행사하

라 게마인데가 원고가 된다고 한다(Dols/Plates, *Kommunalrecht*, 1999, S. 185).
22) 이에 관해 줄저, 「행정법원론」(하), 박영사, 2001년, Rn. 415·417·421; 줄저, 「지방자치법학」, Rn. 2013 이하 및 2033 이하 참조.

23) Hegele/Evert, *Kommunalrecht im Freistaat Sachsen*, 1997, S. 207.

24) 필자는 원고적격을 인정하는 입장을 취한다(줄저, 「행정법원론」(상), Rn. 2262a 참조).

여 전문감독청을 지원하여야 한다. 대크라이스시가 제9조 제2항에 따라 위임된 사무를 수행하는 경우, 법규감독청의 권한은 제1문의 범위 안에서 크라이스비소속 게마인데에 적용되는 규정에 따른다.

(BW) 제129조 전문감독청, 전문감독의 권능(Fachaufsichtsbehörden, Befugnisse der Fachaufsicht) ① 전문감독의 시행을 위한 권능은 이에 관한 개별법률에 따른다.

② 전문감독청은 제120조의 규정에 따라 자신의 권한의 범위 안에서 정보권을 갖는다. 지시사무의 적절한 수행을 확보하기 위하여 필요한 것으로서 제121조 내지 제124조의 규정에 따른 감독처분은 법률에 달리 정함이 없는 경우에만 법규감독청의 권한에 놓인다.

③ 만약 연방법률이 연방의 위탁으로 인해 란트에 의해 수행되면(기본법 제85조) 전문감독청은 개별경우에 지시를 발할 수 있다. 기본법 제84조 제5항의 경우에는 전문감독청은 연방정부의 개별지시를 집행하기 위해 필요한 범위 안에서 지시를 발할 수 있다. (이 경우) 란트법률에 근거하여 나오는 지시권은 영향을 받지 아니한다.

④ 연방법률에 근거하여 법규명령으로 국가사무가 게마인데에게 의무사무로서 부과되면, 이 법규명령으로 지시권을 유보할 수 있고, 전문감독의 시행을 위한 권한과 지시권의 범위를 규정할 수 있으며, 여기에는 국가행정청에 적용되는 규정이 수수료와 비용의 징수에도 효력을 갖는다는 것을 규정할 수 있다.

⑤ 지시사무를 수행함에 있어서 란트의 하자있는 지시로 인해 게마인데에 비용이 발생하면, 란트가 보상하여야 한다.

(NS) 제128조 지방자치감독청(Kommunalsaufsichtsbehörden) ③ 전문감독사무는 권한행정청에 의해 이루어진다. 크라이스소속 게마인데에 대한 관계에서 란트크라이스에 부여되는 전문감독은 대독립시의 경우에는 구총장에 의해 이루어진다. 그러나 특별관청이 권한을 갖는 경우에는 그러하지 아니하다. 특별관청이 권한을 갖지 아니하는 한, 란트크라이스는 제12조 제1항 제3문에 따라 이루어지는 독립게마인데의 위임사무의 처리에 관해서도 전문감독을 행할 수 있다. 지방자치감독청은 전문감독청을 지원하여야 한다.

(SN) 제129조 전문감독(Fachaufsicht) ① 전문감독의 시행을 위한 권능은 이에 유효한 개별법률에 따른다.

② 전문감독청은 제113조의 규정에 따라 자신의 권한의 범위 안에서 정보권을 갖는다. 지시사무의 적절한 수행을 확보하기 위하여 필요한 것으로서 제114조 내지 제118조의 규정에 따른 감독처분은 법률에 달리 정함이 없는 경우에만 법규감독청의 권한에 놓인다.

③ 연방법률에 근거하여 법규명령으로 게마인데에 의무사무로서 새로운 사무를 위임하면, 이 법규명령으로 지시권을 유보할 수 있고, 전문감독의 시행을 위한 권한과 지시권의 범위를 규정할 수 있다.

④ 지시사무를 수행함에 있어서 전문감독청의 하자있는 지시로 인해 게마인데에 비용이 발생하면, 정부(자유국가 작센)가 보상하여야 한다.

(한국 지방자치법) [원칙적 규정 없음]

2. 比較檢討

(1) 우리의 지방자치법은 상기 입법례와 달리 전문감독제도를 별도로 규정하지는 아니한다. 우리 지방자치법은 다만, 지방자치법 제157조에서 단체위임사무에 대한 통제사유로 법령위반(적법성) 외에 공익침해(타당성)를 규정하면서 자치사무에 대한 통제사유로는 법령위반(적법성)에 한정하는 방식을 통해 간접적으로 내용상 법규감독(자치사무의 감독)과 전문감독(위임사무의 감독)을 구분하는 방식을 취하고 있다. 제159조도 이러한 방식의 양분법을 따른 것으로 이해된다. 조문의 체계상 독일 입법례의 태도가 보다 논리적이고 체계적인 것으로 보인다.

(2) 독일 입법례에서 전문감독은 전문감독청에 의한 전문감독을 내용으로 하지만, 우리는 사정이 다소 다르다. 우리 지방자치법 제157조는 전문감독청(법문상으로는 주무부장관으로 표현되고 있다)에 의한 감독을 예정하고 있지만, 제159조는 행정자치부장관에 의한 감독만을 예정하고 있다. 제159조에 의한 행정자치부장관의 감독권행사가 행정실제상으로는 전문감독청(주무부장관)의 협력하에 이루어진다고 하여도 법문상 전문감독청의 협력이 명시되고 있지 아니한 것은 바람직한 것이 아니다. 하여간 우리의 경우, 전문감독과 관련하여 지방자치법에서 규정되고 있지 아니한 사항에 대해서는 개별법률과 정부조직법 및 그에 따른 행정입법에서 정하는 바에 의할 수밖에 없다.

(3) 독일 입법례와 관련하여 일반적인 사항을 옮겨본다. 전문감독은 위임사무에 대한 것으로서 법규감독(법률적합성의 감독)과 합목적성 감독(타당성의 감독)을 포함한다. 그 법적 근거는 물론 지방자치법이다. 전문감독내용으로 모든 종류의 지시가 가능하고, 질차형성도 가능하며, 재량조종도 가능하다. 한편, 위임사무수행의 경우, 게마인데는 자치사무영역에서 활동하는 것이 아니므로, 감독청의 지시는 외부효를 갖지 아니한다. 따라서 감독권의 행사는 권리침해의 문제를 야기하지 아니한다. 따라서 감독처분에 대한 취소소송의 제기 불가능하다. 다만, 감독권의 범위를 벗어난 지시로 자치사무에 침해를 가하면, 제소는 가능하다. 여기서 유의할 것은 위법한 지시로 그릇된 전문감독을 하였다고 하여도 그것만으로 자치행정권의 침해는 아닐 것이라는 점이다. 물론 지시가 위법해도 공무원에게는 구속적이다. 이것은 공무원법의 문제가 된다. 한편 란트에

따라서는 위임사무 대신에 「지시에 따라 수행하는 의무사무」라는 개념을 사용하고, 그에 대한 감독을 특별감독이라 부르기도 한다. 그 내용은 위임사무와 유사하다. 특별감독도 물론 법규감독과 합목적성의 감독을 내용으로 한다.

VIII. 其他 制度

1. 受任官의 任命

(1) 立法例

- (BN) 제114조 수입관(옴부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) ① 게마인테 의회의 의결능력결여 또는 법규감독청의 적법한 명령의 수행거부로 인하여 질서 있는 행정운용이 상당히 방해받으면, 법규감독청은 제1시장에게 위법상태의 제기시까지 게마인테를 위해 행위하도록 수권할 수 있다.
- ② 제1시장이 제1항에 따른 사무를 처리하는 것을 거부하거나 사실상 또는 법상의 이유로 방해받으면, 법규감독청은 순서에 따라 다른 시장(제2, 제3 시장등)에 대하여 필요한 범위 안에서 게마인테를 위해 행위하도록 위탁한다. 다른 시장이 없거나, 방해받거나 또는 행위하지 아니하면, 법규감독청이 게마인테를 위해 행위한다.
- (BW) 제124조 수입관(옴부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) 게마인테의 행정이 현저한 범위에 걸쳐 법률에 적합한 행정의 요구에 응하지 못하고 또한 제120조 내지 제123조에 따른 법규감독청의 권능이 게마인테행정의 법률적합성의 확보에 충분하지 아니하면, 법규감독청은 게마인테사무의 전부 또는 일부를 게마인테의 비용으로 처리할 수입관을 임명할 수 있다.
- (NS) 제132조 수입관(옴부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) 게마인테의 질서있는 행정운용이 보장되지 아니하거나 아니하는 한, 그리고 제129조 내지 제131조에 따른 지방자치감독청의 권한이 충분하지 아니하면, 상급의 지방자치 감독청은 게마인테 또는 게마인테기관의 사무의 전부 또는 일부를 게마인테의 비용으로 처리할 수입관을 임명할 수 있다. 수입관은 게마인테 또는 게마인테기관의 위탁의 범위 안에서 게마인테기관의 지위를 갖는다.
- (NW) 제121조 수입관(옴부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) 제118조 내지 제120에 따른 감독청의 권한이 충분하지 아니하거나 아니하는 한, 내무부는 게마인테사무의 전부 또는 일부를 게마인테의 비용으로 처리할 수입관을 임명할 수 있다. 대리인은 게마인테의 기관의 지위를 갖는다.
- (SN) 제117조 수입관(옴부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) 게마인테의 행정이 현저한 범위에 걸쳐 법률에 적합한 행정의 요구에 응하지 못하고 또한 법규감독청의 권능이 게마인테행정의 법률적합성의 확보에 충분하지 아니하면, 법규감독청은 게마인테사무의 전부 또는 일부를 게마인테의 비용으로 처리할 수입관을 임명할 수 있다.
- (한국 지방자치법) [규정 없음]

(2) 比較檢討

1) 우리의 지방자치법은 수입관제도를 모른다. 수입관제도는 감독청에 의한 행정운영의 의미를 갖는다. 상기 입법례에서²⁵⁾ 보는 바와 수입관제도는 이의 권이나 폐지권, 명령권이나 대집행권의 행사만으로 감독이 불충분한 경우에 도입되는 강력하고도 단호한 감독수단이다. 수입관은 아주 특별한 경우, 말하자면 수입관은 지방자치단체의 행정이 아주 상당한 범위에 걸쳐 행정의 법률적합성의 원리에 따르지 아니하고, 또한 다른 모든 감독수단이 활용되었거나 아니면 다른 모든 감독수단이 행정의 법률적합성의 회복에 부적합한 경우에 도입된다. 요컨대 수입관선임은 비상수단이며,²⁶⁾ 특별히 긴급한(비상한), 그리고 무조건 필요한 경우에만 선임된다.

2) 노르트라인베스트팔렌의 경우, 수입관은 계마인데 또는 계마인데기관의 개별사무나 전체사무를 수행한다.²⁷⁾ 수입관은 계마인데의 기관은 아니지만, 위임 받은 사무의 범위 안에서 지방자치단체의 기관의 지위를 가지며,²⁸⁾ 일반적으로 대표권을 갖는다. 그는 일종의 국가적 공권의 주체의 성질을 갖는다. 수입관의 지명에 의해 대체된 지방자치단체의 기관은 그 사무의 범위 안에서 여태까지의 사무수행의 권리를 상실하게 된다. 수입관은 국가의 위탁으로 지방자치단체를 위해 행위하는 자이므로, 감독청의 지시에 구속된다. 물론 수입관은 국가의 지시 없이도 지방자치단체의 모든 권리와 의무를 행사할 수 있고 또는 행사할 수 있어야 한다.²⁹⁾ 수입관에게는 지방자치단체의 하나의 특정한 기관의 모든 사무 또는 일부의 사무가 위탁되는 것이지, 복수의 기관(예, 의회와 시장)의 사무가 위탁될 수는 없다. 후자의 경우에는 기관마다 1인의 수입관이 임명된다.³⁰⁾

25) 수입관제도는 Brandenburg Gemeindeordnung 제128조, Hessen Gemeindeordnung 제141조, Mecklenburg-Vorpommern Kommunalrecht 제38조, Rheinland-Pfalz Gemeindeordnung 제124조, Saarland 지방자치법 제134조, Sachsen-Anhalt Gemeindeordnung 제139조, Schleswig-Holstein Gemeindeordnung 제127조, Thüringen 지방자치법 제122조제1항에서도 볼 수 있다.

26) G. Lissack, *a.a.O.*, S. 230.

27) W. Schwirzke/K. Sandfuchs, *Allgemeines Niedersächsisches Kommunalrecht*, 1999, S. 179.

28) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §1218 GO, S. 17.

29) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §121 GO, S. 1.

30) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §121 GO, S. 17.

2. 市長의 解任(시장임기의 조기종료)

(1) 立法例

(BW) 제128조 시장의 임기의 조기종료(Vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Bürgermeisters) ① 시장이 자신의 직무상 요구에 응하지 아니하고, 그로 인해 행정상 현저한 폐단이 발생하여 그 직을 더 이상 수행하는 것이 공익에 부합하지 아니하다면, 다른 처분이 충분하지 아니한 경우에 시장의 임기가 종료된 것으로 선언할 수 있다.

② 임기의 조기종료의 선언은 상급감독청에 의해 개시되는 공식절차에서 이루어진다. 이 절차에는 정식의 징계절차에 대한 규정이 적용되고, 또한 잠정적인 직무정지가 적용된다. 시장에게 발생한 필요비는 게마인테가 부담한다.

③ 임기의 조기종료의 경우에도 시장은 보수(봉급)법상으로는 재임중과 같다. 그러나 비용보상청구권은 갖지 아니한다. 시장이 자신의 노동력을 다른 방식으로 사용하여 수익하는 것 또는 수익하게 되어있는 것의 3분의2는 봉급에 반영(삭감)되어야 한다.

(SN) 제118조 시장의 임기의 조기종료(Vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Bürgermeisters) ① 시장이 자신의 직무상 요구에 응하지 아니하고, 그로 인해 게마인테의 행정상 현저한 폐단이 발생하여 그 직을 더 이상 수행하는 것이 공익에 부합하지 아니하다면, 다른 처분이 충분하지 아니한 경우에 시장의 임기가 종료된 것으로 선언할 수 있다.

② 임기의 조기종료의 선언은 상급감독청에 의해 개시되는 공식절차에서 이루어진다. 이 절차에는 징계법상 규정이 적용된다. 시장에게 발생한 필요비는 게마인테가 부담한다.

③ 임기의 조기종료의 경우에도 시장은 보수(봉급)법상으로는 재임중과 같다. 그러나 비용보상청구권은 갖지 아니한다. 시장이 자신의 노동력을 다른 방식으로 사용하여 수익하는 것 또는 수익하게 되어있는 것의 3분의2는 봉급에 반영(삭감)되어야 한다.

(한국 지방자치법) [규정 없음]

(2) 比較檢討

우리의 지방자치법은 시장임기의 조기종료제도(해임)를 모른다. 독일 지방자치법상 시장의 소환(해임)제도는 2종류가 있다. 하나는 시민에 의한 지방자치단체의 장의 소환이고,³¹⁾ 또 하나는 감독청이 도입하는 절차(징계절차)에

31) 독일의 경우, 1970년대의 말까지 시장의 소환은 관심사가 아니었다. 왜냐하면 그는 공무원법상 지위를 가졌기 때문에, 정치적 기준에 따라 나오는 소환이 어느 범위에서 허용될 것인가의 문제가 있었다. 문헌상으로는 헌법적 사고가 이루어졌다. 그것은 직업공무원제도의 침해라고도 하였고 체계정당성의 명령과 결합된 지방자치행정보장의 침해라고도 하였

의한 해임이다.³²⁾ 후자의 절차의 도입을 위해서는 시장이 직무상 요구를 바로 수행하지 아니하고 이로 인해 게마인테의 행정에 중요한 폐해가 발생할 것이 요구된다. 이것은 지방자치단체의 장의 계속적인 직무수행이 공익상 받아들여질 수 없는 경우를 의미한다. 책임행정의 구현과 관련하여 양자의 절차를 우리 지방자치법에 도입하는 논의가 필요하다고 본다.

3. 議會의 解散

(1) 立法例

- (BN) 제114조 수입관(읍부즈만)의 임명(Bestellung eines Beauftragten) ③ 위법한 상태가 제거되지 아니하면, 정부는 게마인테의회를 해산하고 새로운 선거를 명할 수도 있다.
- (NS) 제54조 의회의 해산(Auflösung des Rates) ② 제적의원정수가 법정정수의 과반수 이상이라고 하여도 게마인테의회가 계속적으로 의결능력을 갖지 아니하거나 또는 게마인테사무의 질서있는 수행이 다른 방법으로도 확보되지 아니하면, 란트정부는 게마인테의회를 해산할 수 있다.
- (NW) 제122조 의회의 해산(Auflösung des Rates) 의회(Rat)가 계속하여 의결능력이

다. 판례는 근무관계의 지속성의 면에서 선거공무원은 정치적 신뢰관계가 없지 않으면 언제라도 물러나게 되는 정치적 공무원과 다를 바 없다고 하였다(BVerwGE 81, 318, 326ff.). 이것은 신뢰관계가 상실되면, 선거직 공무원을 임기전에 의회나 주민이 소환할 수 있음을 의미한다. 시장소환은 Baden-Württemberg와 Bayern을 제외하고 독일의 모든 란트에서 인정된다. 헌법상 허용성에 관해서는 논쟁이 있다. Mecklenburg-Vorpommern의 경우, 제안은 의회(정원의 3분의 2의 다수)만이 하고(Mecklenburg-Vorpommern 지방자치법 제20조 제4항 제3문), 소환은 시민만이 결정한다. 유권자 50% 이상의 찬성이 있어야 한다. 그리고 유효투표의 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(Mecklenburg-Vorpommern 지방자치법 제20조 제7항 제4문). 그리고 소환은 시민발안의 대상이 아니다(Mecklenburg-Vorpommern 지방자치법 제20조 제5항 제3문). 이것은 정치적 소수가 시장에 대한 장기적인 선거투쟁을 막기 위함이다. Sachsen의 경우에는 의원 4분의 3의 의결 또는 시민 3분의 1의 발안으로 절차를 개시한다(Sachsen 게마인테법 제51조 제8항 제1문, 제9조). 시민발안의 경우에 주민 100,000명 이상의 경우에는 5분의 1 이상까지로 그 수를 줄일 수 있다(Sachsen 게마인테법 제51조 제8항 제2문). 그리고 유효투표 과반수의 찬성이 있고, 그 찬성의 수가 시민 50%에 해당하면, 시장은 면직된다(Sachsen 게마인테법 제51조 제7항 제1문·제2문). Niedersachsen의 경우에는 제1단계로 의원의 4분의 3으로 소환신청의 발의와 의원 4분의 3 이상의 찬성으로 소환신청을 의결하면, 제2단계로 유권자에 의한 유효투표 과반수의 찬성이 있고, 그 찬성의 수가 유권자의 25% 이상이면 시장은 면직된다(Niedersachsen 게마인테법 제61a조, Niedersachsen 지방선거법 제46j조 제4항).

32) Sachsen-Anhalt Gemeindeordnung 제144조도 이러한 입법례를 취하고 있다.

없거나 또는 게마인데사무의 질서에 적합한 수행이 다른 이유에 의해 보장되지 아니한다면, 내무부(Innenministerium)는 란트정부(Landesregierung)의 의결을 통해 의회를 해산하는 것을 수권받을 수 있다. 해산 공고후 3개월 안에 새로운 선거가 실시되어야 한다.

(한국 지방자치법) [규정 없음]

(2) 比較檢討

1) 우리의 지방자치법은 감독청에 의한 지방의회의 해산제도를 모른다. 다만, 지방자치법 제153조제2항에 따른 지방자치단체조합의 해산명령이 유사한 제도에 해당한다. 한편, 독일 지방자치법상 감독청에 의한 지방의회의 해산제도는 감독청이 위법을 행한 지방자치단체의 의회를 해산하고 새로이 주민선거를 통하여 지방의회를 구성하게 하는 방식이다. 지방의회의 해산제도는 지방자치단체에 대한 가장 강력한 감독수단 중의 하나이다. 왜냐하면 주민에 의해 직접 선출된 의원의 임기가 단축되기 때문이다. 의회해산제도는 여러 란트에서 채택되고 있다.³³⁾

2) 해산사유로 위법상태가 달리 제거되지 아니하거나, 지방의회가 계속하여 의결능력이 없거나 또는 질서에 적합한 지방자치단체의 사무수행이 다른 이유로 보장되지 아니하는 경우를 들 수 있다. 의결능력이 없는 경우란 예컨대 시 의회의원이 장기간 계속하여 지방의회의 출석을 거부하여 지방의회의 행위능력을 위협에 빠지게 하는 경우를 들 수 있다.³⁴⁾ 그리고 질서에 적합한 지방자치단체의 사무수행이 다른 이유로 보장되지 아니하는 경우란 게마인데가 의결시에 법규정이나 법원의 판결 또는 감독청의 지시를 준수하는 것을 거부하여 실제상 법적 효과가 있는 의결을 할 수가 없는 경우를 들 수 있다.³⁵⁾ 이러한 경우는 위법한 결정의 시정보다 지방의회의 의결능력의 회복이 더 의미를 갖는다. 이론상으로는 우리의 경우에도 감독청에 의한 지방의회의 해산제도를 도입할 필요가 있어 보인다. 하여간 지방의회의 해산제도는 이의권과 폐지권의 행사, 시정명령과 대집행, 그리고 수임관의 선임 등으로도 지방자치단체의 운용

33) 본문에서 본 입법례 외에 의회해산제도를 규정하는 독일 지방자치법상 입법례로 Brandenburg Gemeindeordnung 제52조, Hessen Gemeindeordnung 제141a조 제2항, Mecklenburg-Vorpommern Kommunalrecht 제84조, Rheinland-Pfalz Gemeindeordnung 제125조, Saarland 지방자치법 제134조, Saarland 지방자치행정법 제53조 제2항, Schleswig-Holstein Gemeindeordnung 제44조, Thüringen 지방자치법 제122조 제2항을 볼 수 있다.

34) Rehn/Cronauge, a.a.O., §122 GO, S. 2.

35) Rehn/Cronauge, a.a.O., §122 GO, S. 2.

이 여의치 아니한 극도의 비상시에 도입되는 제도임을 간과해서는 아니된다.

3) 노르트라인베스트팔렌의 경우, 란트정부의 의결에 의거하여 내무부가 지방의회를 해산하면, 지방자치단체는 이러한 감독청의 처분을 게마인데법 제 123조에 근거하여 행정소송절차에서 다룰 수 있다. 소권은 지방의회에 부여 되지만, 행정소송절차에 있어서 그것은 시장에 의해 대표된다. 내무부장관이 공익을 이유로 즉시집행을 명하는 경우가 아니라면, 소재지는 집행정지효를 갖는다(VwGO 제80조 제2항 제4호). 즉시집행의 경우에는 게마인데의 신청에 따라 법원은 집행정지를 명할 수도 있다(VwGO 제80조 제5항 제1문). 지방의회가 소를 제기하지 아니하거나 해산명령을 더 이상 다룰 수 없게되면, 해산공고 후 3개월 내에 새로운 선거가 시행되어야 한다. 구 지방의회의 해산과 새로운 지방의회의 구성까지 과도기간을 위해 게마인데법 제121조에 의한 수임관이 반드시 지명되어야 한다.³⁶⁾

IX. 結 語

앞에서 독일 지방자치법과 우리 지방자치법상 국가의 감독체계를 비교해보았다. 지방자치제의 구체적인 내용이 다른 국가간의 법을 평면적으로 비교한다는 것은 별다른 의미를 갖지 아니한다고 지적할 수도 있다. 그러나 그 비교가 제도의 우열을 가리기 위한 비교가 아니라, 다만 우리의 제도의 발전에 도움이 될 시사점을 찾기 위한 비교라고 생각한다면, 양국의 법제의 비교가 전혀 무의미하다고는 말하기 어려울 것이다. 이러한 시각에서 상기에 언급한 내용중 우리가 한번쯤 생각해볼 가치가 있다고 판단되는 사항을 나열함으로써 결어에 갈음하기로 한다.³⁷⁾

- 감독의 의의 · 종류 · 수단 등의 체계적인 정비
- 지방의회와 지방자치단체의 장의 부작위에 대한 통제수단의 확보
- 감독처분에 대한 지방자치단체의 포괄적인 권리보호수단(소송수단)의 확보
- 지방의회와 지방자치단체의 장에 대한 강력한 제재수단의 확보

36) Rehn/Cronauge, *a.a.O.*, §122 GO, S. 2.

37) 필자는 감독제도 이외의 제도와 관련하여 양국의 법제를 비교하는 것을 추후의 과제로 생각하고 있다.