지방분권형 헌법개정의 과제와 방향

Assignment and Direction on the Constitutional Amendment in terms of Decentralization

최 우 용 (Woo-Yong, Choi)
동아대학교 법학전문대학원 교수

논문접수 : 2017. 11. 12. 심사게시 : 2017. 11. 15. 게재확정 : 2017. 12. 15.

목 차

Ⅰ. 들어가며

Ⅱ. 지방분권 개념의 고찰
1. 지방분권과 지역균형발전의 차이점
2. 두 개념의 혼용이 가져오는 문제점
3. 지방분권형 헌법개정의 효과

Ⅲ. 지방분권제도 확립을 위한 개선방안
1. 우리 헌법상의 지방자치 규정의 변천사
2. 우리 헌법에 잔존해 있는 일본 헌법의 잔상(殘像)
3. 우리 헌법 제8장 개정의 필요성

Ⅳ. 지방분권제도 확립을 위한 개선방안
1. 백가쟁명식 분권형 헌법개정의 논의 내용
2. 공법적 측면에서의 검토를 요하는 사항
3. 양원제 도입의 문제

Ⅴ. 실현가능한 지방분권형 헌법개정안의 최소한의 내용

Ⅵ. 나오며

국문요약

본고는 기존의 지방분권에 관한 논의에서 본격적으로 논의가 되지 못했거나, 또 개헌 과정에서 반드시 논의의 필요성이 있는 논점들을 검토하였다. 예를 들면, '지역균형개발'과 '지방분권'의 개념적 차이를 비교 고찰하였고, 지방정부라는 용어의 사용가능성, 자치법규의 명칭을 자치법률로의 명칭 변경 가능성 등을 제안하였다. 또한 우리 제헌헌법이 일본 헌법의 영향을 받고 있다는 것, 따라서 이러한 일본 헌법의 잔상에서 벗어날 필요가 있다는 점도 지적하였다.

또한 그 간의 지방분권형 헌법개정의 안으로 제시된 주요 3개의 안을 비교 검토함으로써 최소한 지방분권형 헌법의 내용으로 논의되어야 할 사항들을 제안해 보고자 하였다. 즉, 지방분권국가임을 명시, 지방자치단체의 권능과 자치행정권과 자치입법권의 보장, 지방자치단체의 종류 명기, 지방의회의 위상과 역할, 사무배분기준의 명확화 및 보충성의 원칙 명기, 자주재정권의 보장, 제2국무회의의 신설 등이 그것이다. 이러한 내용들은 지방분권형 헌법개정의 필요최소한의 내용이라고 생각한다.

양극화의 문제, 지역간 불균형의 문제 그리고 통일의 문제는 우리가 안고 있는 이 시대의 과제들이다. 이 과제들을 동시에 해결할 수 있는 방안 중의 하나로 필자는 지방분권형 헌법개정을 주장한다. 양극화와 지방간의 불균형의 문제는 우리 사회가 산업화와 민주화를 거쳐 오늘의 대한민국을 만드는 과정에서 필연적으로 동반된 결과물일지는 모른다. 그러나 이제 대한민국의 통합과 국가 발전의 저해가 되는 이 문제들은 조속히 해결을 하여야 할 것이고, 그 해결 방안의 하나로서 지방분권형 헌법개정은 필요한 것이다. 또한 지방분권형 헌법개정은 통일 과정에서도 긍정적 기능을 수행할 것으로 기대된다. 이는 독일의 통일과정에서 지방분권이 얼마나 중요한 역할을 수행할 수 있는가를 보면 알 수 있다. 국민적 여망인 지방분권형 헌법개정이 반드시 이루어지길 기대해 본다.

◉ **주제어 : 지방분권, 지방분권형 헌법, 지방정부, 자치법률, 자치입법권, 자치행정권, 자치재정권, 지방자치단체의 종류, 보충성의 원칙**

I. 들어가며

지난 10월 12일 국회의 헌법개정특별위원회(이하, '개헌특위'라 한다)는 문재인 대통령의 공약대로 내년 6월 지방선거에서 개헌안을 마련해 국민투표에 부치기로 하고, 이를 위해 내년 2월까지는 합의안을 마련하기로 했다.[1] 한편, 문재인 대통령도 지난 10월 26일 제5회 지방자치의 날 기념식에서 지방분권형 헌법개헌을 추진할 것을 선언한 뒤,[2] 11월1일 국회연설에서도 기본권 확충, 지방분권과 권력구조의 재편 필요성을 역설하는 취지의 연설을 하였다. 개헌논의가 본격적으로 정국의 중심에 서 있는 모양새다. 그 어느 때보다도 '지방분권형 헌법개정'의 가능성이 크게 대두되고 있다.[3]

필자는 오래전부터 지방분권형 헌법개정에 관하여 관심을 가지고 그 간 몇 편의 논문을 통해 개헌의 필요성과 내용들을 제안해 왔다.[4] 본고는 기존의 필자의 생각을 견지하면서 지방분권에 관한 논의에서 본격적으로 논의가 되지 못했거나, 또 개헌 과정에서 반드시 논의의 필요성이 있는 부분을 우선 검토하였다. 예를 들면, 우선 지방분권을 논의할 때 혼돈되어 등장하는 '지역균형개발'과 '지방분권'의 비교 고찰을 하였다. 그리고 제헌 헌법에서부터 현행 헌법에 이르기까지 9차례에 걸친 개헌과정에서도 바뀌지 않고 남아 있는 지방자치에 관한 규정이 일본 헌법의 영향을 받고 있음을 고찰하고, 이러한 일본 헌법의 잔상에서 벗어날 필요가 있다는 점도 지적하고자 한다. 또한 그 간의 지방분권형 헌법개정의 안으로 제시된 주요 3개의 안을 비교 검토함으로써 최소한 지방분권형 헌법의 내용으로 논의되어야 할 사항들을 제안해 보고자 한다.

1) 2017.10.12. 연합뉴스 기사(http://www.yonhapnews.co.kr).

2) 문재인 대통령은 "명실상부한 지방분권을 위해 지방분권 개헌을 추진할 것" 과 함께 "강력한 지방분권 공화국을 국정목표로 삼고 흔들림 없이 추진해가겠다" 고 하였다. 또한, "지방이 튼튼해야 나라가 튼튼해지고, 수도권과 지방이 함께 살 수 있다" 며 이같이 밝혔다. 그러면서 "제2국무회의를 제도화하고, 지방자치단체를 지방정부로 개칭하는 내용을 헌법에 명문화하는 한편, 자치입법권 · 자치행정권 · 자치재정권 · 자치복지권의 4대 지방자치권을 헌법화하겠다" 고 구체적인 개헌 내용까지 언급하였다.

3) 지난 2017년 8월 30일 부산을 시작으로 국회 개헌특위 주최의 헌법개정 국민대토론회가 전국에서 11회에 걸쳐 개최되었다. 당시 부산지역의 토론회에 참석했던 필자의 개인적인 감상을 전제로 말한다면, 개헌특위의 개헌에 관한 열의가 그 다지 크지 않다는 것이었다. 국민대토론회를 하면서 특위에서 논의한 구체적인 개헌안을 제시하지 못했고, 개헌 내용에 관한 어떠한 결정도 없었다는 것은 이를 증명하는 것이라고 생각한다.

4) "지방자치의 관점에서 본 헌법개정" , 지방자치법연구 제8권 제3호(2008.9), 173~197면; "지방분권을 위한 헌법적 과제" , 지방자치법연구 제17권 제3호(2017.9), 3면~32면 참조.

II. 지방분권 개념의 재고찰

1. 지방분권과 지역균형발전의 차이점

지방분권이란 국가나 중앙정부에 집중되어 있는 권한이나 재원을 지방자치단체에 이양하고 국가의 관여를 최소화함으로써 지방자치단체가 관할하는 지역의 사업은 스스로의 의사에 의해 결정하도록 自己決定權을 보장해 주는 것이라 할 수 있다.[5] 과거 우리나라에서 전개된 지방분권 운동의 특색은 이러한 단순한 행·재정적 측면의 권한이양이라는 차원을 넘어, 서울 일극집중의 '집권적 집중체제'에서 지역 중심의 '분권적 분산체제'로의 전환도 내포하고 있었다고 볼 수 있다. 따라서 두 개념이 서로 상이함에도 불구하고 혼용되어 사용됨으로써 불필요한 지역 간의 갈등과 불화를 조성한 것도 사실이다.[6] 지방분권과 지역균형발전은 외형적으로 유사한 정책으로 보이나 심층적으로 분석하면 여러 측면에서 상당한 차이가 있다.[7] 이하에서는 두 개념이 어떻게 다른지 검토하기로 한다.

가. 추진이념 및 가치

지방분권은 지방자치단체간의 경쟁을 유도하고 그 과정에서 자원의 효율을 추구하는 반면, 지역균형발전은 지역 간의 경쟁불리현상을 보완하며 형평성을 추구한다. 아울러 지방분권은 지방정부에게 권한과 책임을 부여함으로써 지역의 자주성을 강조하는 한편 지역균형발전은 국가의 최소기준이나 국제 표준을 지향한다.

나. 근거 법률

두 개념은 그 근거 법률이 상이하다. 지방분권에 관한 명시적인 근거 법률은 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」(이하, '분권특별법'이라 한다)이고, 지역균형발전에 관한 명시적인 근거 법률은 「지역균형발전 특별법」이다.

분권특별법 제2조에서는 지방분권의 정의를 "지방분권이란 국가 및 지방자치단체의 권한과

5) 최우용, 지방자치법강의[제3판], 동아대학교 출판부, 2008, 54면.

6) 과거 참여정부가 지방분권정책을 지역균형발전정책과 함께 묶어 추진한 전략은 정책의 성과에 부정적인 영향을 미쳤다는 것이 정설이다. 필자 역시 과거 분권의 개념을 넓게 보아 그 개념 속에 분산의 개념을 포함시킬 수 도 있음을 적시하였지만, 본고를 계기로 분권과 분산의 개념을 따로 보는 것으로 학설을 수정한다. 필자의 과거의 논의에 대해서는 졸저, 전게서, 554~55면 참조.

7) 김순은, 지방의회의 발전모형, 조명문화사, 349면.

책임을 합리적으로 배분함으로써 국가 및 지방자치단체의 기능이 서로 조화를 이루도록 하는 것을 말한다.” 고 하고 있다. 그리고 동법 제7조에서는 지방분권의 기본이념으로 “지방분권은 주민의 자발적 참여를 통하여 지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임하에 집행하도록 하며, 국가와 지방자치단체 간 또는 지방자치단체 상호간의 역할을 합리적으로 분담하도록 함으로써 지방의 창의성 및 다양성이 존중되는 내실 있는 지방자치를 실현함을 그 기본이념으로 한다”고 한다. 헌법 제117조와 제118조로부터도 지방분권의 이념을 도출해 낼 수 있지만, ‘지방분권’이라는 명시적인 문언은 없고, 헌법 해석으로부터 지방분권의 이념을 도출해 낸다.

한편, 「지역균형발전 특별법」 제2조는 ‘지역발전’이란 “자율과 창의를 기반으로 지역별 특성을 고려한 지역 간의 균형 있는 발전과 상호 협력 증진을 통하여 주민 생활기반을 확충하고, 지역경제를 활성화함으로써 주민의 삶의 질 향상과 지역경쟁력을 강화하는 것을 말한다”고 정의하고 있다. 또한 헌법 제120조 제2항에서 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다”고 하여 국토의 균형있는 개발을 국가의 의무로 규정하고 있다.

다. 기본 성격

지방분권은 상대적이고 동적인 개념으로 시대적 상황에 따라 집권적인 정치·행정체제가 요구될 수 있다. 또한 지방분권은 지방자치단체간의 차별성과 경쟁을 전제로 하고 있어 국가에 의한 수평적 정책(예를 들어, 재정조정제도)을 함께 시행해야 전국적 효과를 달성할 수 있다.

이에 반해 지역균형발전은 우리 헌법이 명령한 국가의 의무로 그 실현을 위하여 항시 추진하여야 하는 규범적 정책 과제라 할 수 있다.

따라서 지방분권정책은 시대적 상황에 따라 변하는 전략적·상황적 과제이나, 지역균형발전은 상시적으로 추진되어야 하는 규범적 과제라 할 수 있다. 전자는 집권적인 정치·행정체제가 요구되는 상황이 도래하면 언제든지 회귀되어야 하는 성격을 띤다. 반대로 중앙집권의 폐해가 발생한 경우 이를 전략적으로 치유하기 위하여 국가운영체제를 개선하는 정책이다. 반면 지역균형발전은 국가가 존재하는 한 시대와 공간을 초월하여 중단됨이 없이 지속되어야 할 규범적 과제라 할 수 있다.[8)]

8) 김순은, 전게서, 352-353면.

라. 정책의 중심축

지방분권은 중앙정부의 권한을 지방자치단체에 이양한 후 그 이양된 사무를 해당 지방자치단체가 집행하는 형태로 운영되는 것이 보통이다. 따라서 지방자치단체가 그 중심에 있다.

이에 반해 지역균형발전은 중앙정부가 국가의 재원을 국가의 역량으로 적절히 분배하여 이를 통하여 지역발전을 주도해 나가는 형태를 취한다. 지역발전을 위한 혁신도시의 건설이나 중앙관공서의 지방이양 정책은 대표적인 예라 할 것이다. 따라서 중앙정부가 그 중심에 있다.[9)]

이처럼 지방분권과 지역균형발전은 개념과 성격상 차이가 있다. 그 상호 간의 차이점을 표로 나타내면 아래 〈표1〉과 같다.

〈표1〉 지방분권과 지역균형발전의 차이점

	비교항목	지방분권	지역균형발전
1	근거 법률	-헌법(간접적) -지방분권 및 지방행정 체제개편에 관한 법률	-헌법 제120조 제2항 -지역균형발전특별법
2	목적	주민의 복리 증진	-지역경제력의 향상을 통한 지역균형발전
3	기본 이념	내실 있는 지방자치의 실현을 통한 주민 복리의 구현	-주민의 삶의 질 향상 -국토의 균형 발전
4	정책의 기본 성격	전략적·상황적 정책	상시적 정책
5	정책의 실현 방법	-실질적 자치권의 부여 -행정 권한의 지방이양	-재원의 집권적·강제적 배분 -전략산업의 육성 -공공시설의 분산

2. 두 개념의 혼용이 가져오는 문제점

위에서 살펴본 바와 같이, 지방분권과 지역균형발전은 그 개념에 차이가 있음에도 불구하고 사용하는 자가 의도하든 아니든 혼용되어 사용되어 왔다. 특히 지역균형발전은 주민에게 쉽게 다가설 수 있는 주민 친화성이 있는 정책임에 반해, 지방분권은 이론적이고 전략적인 측면이 강해 주민의 이해도가 낮아, 쉽게 주민들에게 친숙하게 다가서기 어려운 개념이다. 이리하여 지역에서

9) 김순은 교수는 이러한 두 개념의 특색으로 인하여 지방분권의 성공사례는 세계적으로 보이나, 지역균형발전의 성공사례는 찾기가 어렵다고 지적한다. 김순은, 전게서, 366면.

는 지방분권과 지역균형발전을 혼용하여 사용함으로써, 수도권 지역의 공장설립과 관련된 규제완화를 논하면서 지방분권의 문제로 다루기도 하여, 수도권과 비수도권과의 지역 간 감정 대립을 부추기는 경우도 왕왕 발생하였다. 이처럼 경우에 따라 지방분권의 주장은 지역의 이기주의로 비쳐져 그 진정한 의미가 국민들에게 전달되기가 어려웠다. 두 개념의 혼용된 사용이 지방분권에 관한 전 국민의 공감대의 형성에 절대적으로 부정적인 영향을 미친 것이다. 지방분권형 헌법개정을 논함에 있어서도 이 두 개념의 차별적 사용은 명확히 하여야 한다. 두 개념의 혼용으로 인한 지역 간의 갈등이, 모처럼의 개헌 열기에 찬물을 끼쳐서는 안 되기 때문이다.

3. 지방분권형 헌법개정의 효과

다음은 지방분권형 헌법개정으로 인한 효과는 무엇인지 살펴보고자 한다.

첫째, 국가 패러다임의 변화가 초래된다는 것이다. 우리는 흔히 '제왕적 대통령제'의 폐해를 말하고 있다. 그리하여 이를 개선하기 위하여 정부형태의 변화를 논의하고 있지만, 사실 제왕적 대통령제의 개선 방법으로 가장 좋은 방법은 '지방분권형 국가시스템'이라 할 것이다. 대통령의 많은 권한, 즉 중앙정부의 권한이 실질적으로 지방에 이양된다면 자연히 제왕적 대통령제는 개선되는 것이다. 이처럼 여러 면에서 지방분권형 헌법개정은 한 국가의 행정시스템은 물론, 국가 그 자체를 변화시키는 거대 담론이라는 점에 주목해야 한다.

둘째, 주민 친화적인 행정이 가능해 진다는 것이다. 지방분권의 궁극적인 목적은 실질적인 지방자치가 가능하도록 하여 주민의 복리를 증진시키는 데 있는 만큼 주민 친화적인 행정이 근본적으로 가능하게 된다.

셋째, 다원화되고 복잡화되어 가고 있는 지역의 실정에 맞는 특색 있고 창의적인 행정이 가능하게 한다.

넷째, 관료주의를 극복하고 지역의 일은 지역의 책임 하에 수행토록 하여 지역의 자율성을 향상시키고 행정의 극대화를 꾀할 수 있다.

다섯째, 중앙정부 보다는 지방자치단체에 대한 주민들의 통제가 보다 용이하여 주민에 의한 행정의 통제가 가능해 진다는 것이다.

이상을 종합하면, 지방분권형 헌법개정은 중앙집권적 국가시스템을 개선하고 주민 친화적인 행정을 가능하게 하여, 지역 스스로의 창의성과 책임 하에 주민 중심의 민주주의의 실현이 가능

해 진다는 것이다. 이는 궁극적으로 헌법상 보장되는 기본권을 보다 충실히 보장하기 위한 것이라고도 할 수 있다.[10)]

III. 헌법상의 지방자치의 관념

1. 우리 헌법상의 지방자치 규정의 변천사

(1) 우리 제헌헌법은 지방자치에 관한 규정을 두고 있었지만 그것이 과연 현대적 의미의 지방자치의 이상을 실현하기 위한 것이었는지에 대해서는 의문이 남는다. 9차례에 걸치는 헌법개정 과정에서 지방자치에 관한 규정은 약간의 문구 수정을 제외하고는 큰 틀에서의 변화는 없었다. 헌법상의 미진한 지방자치 규정이기는 하나, 학자들은 지방자치의 제도적 보장이라는 큰 틀 속에서, 자치조직권, 자치행정권, 자치입법권 그리고 자치재정권의 보장을 지방자치권의 내용으로 규정해 왔다.[11)12)]

(2) 역대 우리 헌법이 보장하고 있는 지방자치에 관한 조문을 보면 아래 표와 같다. 5.16 군사 쿠데타로 인하여 정상적인 헌정질서가 깨어지면서 지방자치는 긴 휴면기간에 들어가게 되지만, 그 때도 헌법상의 지방자치에 관한 규정은 그대로 존속되고 있었다. 다만, '조국통일이 되는 날까지(72년 제7차 개헌)', '재정자립도를 감안하여 순차적으로(80년 제8차 개헌)' 지방의회를 구성한다고 하는 부칙조항에 의하여 현대 민주주의의 가장 기본 요소의 하나인 지방자치는 부정되어 왔다.

10) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 854면; 김재호, "지방자치의 헌법적 보장과 조례제정", 지방자치법연구 제6권 제2호(2006.12), 306~308면; 오동석, 지방자치의 제도보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호(2000), 255면; 조성규, "지방자체제의 헌법적 보장의 의미", 공법연구 제30집 제2호, 2001, 417면; 김명식, "헌법상 지방자치 보장의 실제와 과제", 국가학연구 제11권 제2호(2015.8), 10면.

11) 대표적으로 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 854면; 그러나 제도적 보장에 관한 새로운 해석론이 끊임없이 제기되고 있다. 예를 들어. 홍정선 교수는 우리 헌법 제8장의 의미를 '제도적 보장'으로 보고는 있지만, 최소한의 보장에 그칠 것이 아니라 그 보장을 확대해 나아가는 접근을 헌법이 명령하고 있다고 새길 필요가 있다는 점도 지적하고 있다. 홍정선, 신지방자치법[제3판], 박영사, 2015, 39면 참조.

12) 한편, 한수웅 교수는 제도적 보장이론은 지방자치행정을 악화시키고 과거의 보장내용에 구속시키는 족쇄로 작용하고 있다고 지적한다. 한수웅, 헌법학[제7판], 법문사, 2017, 1312면.

〈표2〉 역대 헌법상의 지방자치에 관한 규정

	조문의 내용
제헌헌법 (제1공화국, 1948.7.17)	·제96조: ① 지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. ② 지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ·제97조: ① 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ② 지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ③ 지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.
제3차 개정헌법 (제2공화국, 1960.6.15)	·제96조: 제헌헌법 제96조와 동일 ·제97조: ① 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ② 지방자치단체의 장의 선임방법은 법률로써 정하되 적어도 시, 읍, 면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다. 지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ③ 지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.
제5차 개정헌법 (제3공화국, 1962.12.26)	·제109조: ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. ·제110조: ① 지방자치단체에는 의회를 둔다. ② 지방의회의 조직, 권한 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법, 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다. ·부칙 제7조: ③ 이 헌법에 의한 최초의 지방의회의 구성시기에 관하여는 법률로 정한다.
제7차 개정헌법 (제4공화국, 1972.12.27)	·제114조: 제5차 개정헌법 제109조와 동일 ·제96조: 제5차 개정헌법 제110조와 동일 ·부칙 제10조: 이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다.

제8차 개정헌법 (제5공화국, 1980.10.27)	·제118조: 제5차 개정헌법 제109조와 동일 ·제119조: 제5차 개정헌법 제110조와 동일 ·부칙 제10조: 이 헌법에 의한 지방의회는 지방자치단체의 재정자립도를 감안하여 순차적으로 구성하되, 그 구성시기는 법률로 정한다.
제9차 개정헌법 (제6공화국, 1987.10.29)	·제117조: 제5차 개정헌법 제109조와 동일 ·제118조: 제5차 개정헌법 제110조와 동일

제2공화국은 헌법 조문 속에 "시·읍·면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다"고 하여 지방자치에 관한 의지를 보여 주고 있다. 이를 받아 1960년 11월 '지방자치법'을 전면 개정하여 시·읍·면에 대한 지방자치를 전면적으로 실시하고자 하였지만, 1961년 5.16 쿠데타로 인하여 그 완성을 보지 못하였다.

1962년 제5차 개정헌법에 의하여 현행 헌법과 거의 동일한 내용의 규정이 완성되었다. 이 제3공화국 헌법의 내용이 지금까지 변함없이 이어져 오고 있다.

이처럼 우리는 자유민주주의 아래에서의 지방자치의 중요성을 인식하면서도 그 실현을 억제하고, 내용을 최소화하는 선택을 해 온 것이다. 이는 지방자치를 지방자치단체에 의한 행정자치로 전제하면서, 그 범위를 국회 및 정부가 제정하는 법령의 범위 내로 국한시킨 데서 단적으로 들어난다.[13)]

2. 우리 헌법에 잔존해 있는 일본 헌법의 잔상(殘像)

대법원 판례는 자녀의 생명침해의 경우에 배상액에서 부모의 절약할 수 있는 양육비에 대하앞서 살펴본 바와 같이 제헌헌법의 지방자치에 관한 규정 내용은 거의 오늘날에까지 이어져 오고 있음을 알 수 있다. 우리는 헌법 제정 후 지방자치를 실시하기 위하여 1947년 7월 4일 법률 제32

13) 전국시도지사협의회, 지방분권형 헌법개정안 연구[요약본], 2015.9, 2면.

호로 '지방자치법'을 제정하고, 1952년 전쟁 중에는 지방선거를 실시하기도 하였다. 이 시기를 지방자치의 발아기(發芽期)로 볼 수도 있으나 진정한 지방자치를 위해서라기보다는, 당시 이승만 정권의 정권 연장을 위한 차원에서 지방자치가 정권에 편의적으로 이용되었다고 할 수 있다.[14)]

그런데 여기서 필자는 한 가지 의문이 남는다. 제헌헌법의 지방자치에 관한 규정 내용이 우리보다 3개월 먼저 공포된 일본 헌법의 지방자치에 관한 규정 내용과 상당부분 일치하고 있다는 점이다. 헌법 제정 과정에서 서구 선진국을 비롯한 제 외국의 입헌 사례를 참고로 하는 것은 당연한 것이겠지만, 제헌헌법이 일본 헌법의 내용을 참고한 것은 그 정도와 내용에 있어 도를 넘는 것으로 보인다. 아울러 일본 헌법에는 있는 '지방자치의 본지[本旨]'라는 지방자치의 근본이념을 상징하는 용어는 빼고 차용한 것이라든지,[15)] '법률의 범위내'라는 문구를 '법령의 범위내'로 바꾼 것들은 좋은 점은 참고하지 않고 오히려 나쁜 점만 흉내 낸 형태가 되어 버렸다.

아래 〈표3〉은 일본 헌법과 우리 헌법 조문을 비교한 것이다.[16)] 이를 보면 우리 헌법이 일본 헌법 제93조와 제94조를 참고로 하였음을 명확히 알 수 있다. 우리 헌법의 지방자치 규정이 조속히 개정되어져야 하는 이유가 여기에도 있다.

14) 전학선, "지방자치권 강화를 위한 헌법개정 방안", 전라남도 2017 지방분권 토론회 자료집, 12면.

15) 일본 헌법상의 '地方自治의 本旨'란 지방자치의 근본정신, 본래의 뜻, 이상, 의의 등을 의미하는 것으로, 통설은 이를 주민자치와 단체자치를 충실화하고 이 두 의미에 있어서 지방자치를 실현하는 것이라고 본다. 杉村章三郎・山内一夫編『行政法辞典』(ぎょうせい、1981)453頁.

16) 참고로 일본 헌법은 제정 후 현재까지 개정이 없었다.

〈표3〉 일본 헌법과 우리 헌법상의 지방자치 조항 비교

우리 헌법	일본헌법 원문	일본 헌법 번역문	비고
[제헌 헌법] 제96조: ①지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. ②지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. [현행 헌법] 제117조: ①지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ②지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.	92조. 地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める.	제92조 【지방자치의 기본원칙】 지방자치단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본지(本旨)에 근거하여 법률로 정한다.	우리 헌법에는 '지방자치의 본지'라는 말이 없음
[제헌 헌법] 제97조 ①지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다. ②지방자치단체에는 각각 의회를 둔다. ③지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다. [현행 헌법]제118조 ①지방자치단체에 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.	93조. 地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する.○2 地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する.	제93조 【지방자치단체의 기관, 직접선거】 ①지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 의사 기관으로서 의회를 설치한다. ②지방자치단체의 장과 그 의회의 의원 및 법률이 정하는 그 밖의 공무원은 지방자치단체의 주민이 직접 선거한다.	일본 헌법 제93조는, 제헌 헌법 제97조 및 현행 헌법 제118조에 영향을 준 것으로 보임.
	94조: 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。제94조【지방자치단체의 권능】 지방자치단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행하는 권능을 가지고, 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다.		일본 헌법 제94조는 우리 헌법 제117조, 제헌 헌법 제96조에 영향을 준 것으로 보임.
	95조: : 一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。	제95조【특별법의 주민투표】 하나의 지방자치단체에만 적용되는 특별법은 법률이 정하는 바에 따라 그 지방공공단체의 주민의 투표에서 과반수의 동의를 얻지 못하면 국회는 이를 제정할 수 없다.	관련 규정 없음

3. 우리 헌법 제8장 개정의 필요성

(1) 일본 헌법의 잔상(殘像)으로부터의 탈피

헌법은 한 국가의 근본이념으로서 통치와 기본권 보호의 기준이 되는 규범이다. 해방 후 70년이 넘었지만 위에서 보는 바와 같이 우리는 아직 헌법조차도 완전한 우리의 것을 가지고 있지 못하다. 제헌 헌법 당시에 지방자치를 생각할 만큼의 국가의 여유가 없었는지는 모르겠지만, 이제는 우리 고유의 지방자치에 관한 규정을 가져야 한다. 시대의 변화에 맞는 헌법 규정을 가져야 하는 것도 중요하지만, 지방자치의 이념을 충분히 반영하지 못하고 있는 일본 헌법을 흉내 낸 관련 조문은 조속히 개정되어야 한다. 국가의 근본이념인 헌법에 보이는 일본 헌법의 잔상은 조속히 지워야 한다.

(2) 지방분권 이념의 부재

현행 헌법에 지방분권의 이념이 녹아 있지 못한 것은, 1987년 헌법개정 당시에는 지방분권이라는 인식이 부족하였고, 국가와 지방자치단체의 관계가 분권을 기초로 한 헌법적 차원의 문제라는 인식이 부족했기 때문일 수도 있다.[17] 우리의 시대적 상황과 세계적 조류가 지방분권의 이념을 중시하는 것이라면, 지방분권의 이념을 명시적으로 천명한 헌법개정은 필수적이다.

(3) 최소화된 지방자치 규정

위에서 본 바와 같이, 우리는 제헌헌법에서부터 지방자치와 관련하여 단 두 개의 조문을 지금까지 이어오고 있다. 게다가 그 내용도 1972년 이후 전혀 변화 없이 규정되어 오고 있다. 이처럼 지방자치의 흉내만 내고 있는 형식에 그친 헌법조문은, 헌법해석을 통한 실질적인 지방자치에도 부정적인 영향을 미치게 된다. 지방분권형 헌법개정이라는 대명제에 맞는 개정이 요구되는 이유이다.[18] 지방자치가 강화되기 위해서는 제도가 아니라 운영이라는 견해도 있을 수 있으나, 우리 헌정사나 지방자치 역사를 보았을 때, 헌법에 지방분권을 위한 필요한 규정은 두는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 헌법에 이에 관한 규정을 둠으로써, 지방자치와 지방분권이 비로소 국민적 합의를 거쳐 구현된다는 인식을 하게 되고, 헌법이 가지는 규범력에 의하여 실질적 자치의 실현

17) 전훈, 지방분권을 위한 헌법개정 - 프랑스의 경험과 시사점, 부산분권혁신운동본부 주최 자료집, 26면, 전학선, 전게 논문, 17면.
18) 전학선, 전게 논문, 29면.

이 가능하게 되리라고 본다. 지방자치의 핵심인, 자치입법권, 자치조직권, 자치행정권 그리고 자치재정권의 어느 하나도 제대로 보장하고 있지 않는 현행 헌법 하의 지방자치는 지방자치를 위한 것이 아니라 지방자치를 가로 막는 장애물에 불과할 수 있다.[19]

Ⅳ. 지방분권형 헌법개정에 관한 선행연구 검토

1. 백가쟁명식 분권형 헌법개정의 논의 내용

현재 분권형 헌법개정에 관한 논의는 백가쟁명 식으로 제기되고 있다. 먼저, 전훈 교수는 대다수 중앙과 지방의 권력자나 정치인들의 입장에선 통치권의 소재에 관심이 있겠지만, 작금의 개헌 논의는 매력 있는 국가 재창조의 기회가 되었다고 하면서 지방분권형 헌법에 담아야 할 사항으로 다음을 제안하고 있다. ①보충성의 원칙에 기초한 지역공동체의 다양성과 자율성의 존중, ②권한배분의 전제로서의 자치입법권의 헌법적 수용, ③재정적 분권 등이다. 그리고 그는, 지방분권형 헌법의 모델로서 프랑스 헌법개정을 소개하면서, 프랑스는 2003년 3월 28일 헌법개정의 중요한 목표를 지방민주주의의 발전, 지방자치단체의 자치행정과 자치재정의 강화, 프랑스의 해외 지방자치단체의 지위의 다양성을 고려하여 헌법개정을 단행했다고 지적한다. 프랑스의 이러한 헌법적 개혁조치의 실행은 이미 1982년부터 정부가 적극적으로 추진해 온 중앙으로부터 지방으로의 권한의 이양과 국가와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간의 권한배분에 관한 분권정책이 효율적으로 이루어지지 못하고 있다는 지적과 함께 국가 개혁의 요청으로부터 나온 것이라고 한다.[20] 개별법에 의한 지방분권과 지역균형발전이 한계에 봉착해 있는 우리에게 시사하는 바가 크다.

전학선 교수는, 지방분권형 헌법의 개정내용으로, ①지방분권의 헌법에의 명시, ②자치입법권의 강화, ③그 외, 자치단체장 선거권의 기본권성의 명확화 등을 든다.[21]

이기우 교수는, 자치입법권의 헌법적 보장(지방정부의 법률제정권 보장, 지방과세권의 헌법적 보장, 사무 위임자 비용부담의 원칙 헌법에 보장, 재정조정제도에 관한 헌법적 보장), 양원제의

19) 同旨, 이기우, "지방분권개헌의 방안", 지방분권개헌 국민대토론회 자료집(2017.7.18.), 44면. 이기우 교수는 지방분권의 필요성으로서, 국가의 기능회복을 위해서, 아래로부터의 혁신을 통한 효율성의 제고, 지역바전을 위해서 그리고 통일을 위하여 필요하다고 역설한다. 특히, 이 중에서 "남한지역과 북한지역에 고도의 자치권을 갖는 다수의 지역정부를 저제로 하나의 통합된 국가로서 통일하는 방안이 가장 현실적"이라는 대목은 주목을 요한다. 동 자료집, 45~46면.

20) 전훈, "지방자치단체의 자유로운 행정의 헌법적 보장", 성균관법학 제17권 제1호, 2005.6. 295면.

21) 전학선, "지방자치권 강화를 위한 헌법개정 방안", 전라남도 2017년 지방분권 토론회 자료집(2017.9.21.), 9~29면.

도입, 자치조직권의 헌법적 보장, 보충성의 원칙, 지방분권국가의 헌법적 명시, 지방정부로의 명칭 변경 등을 주장하고 있다.[22)]

기타 많은 단체와 학자들이 지방분권형 헌법개정안에 대한 견해를 제시하고 있다. 그 중에서 필자가 생각하기에, 논의의 중심에 서 있다고 판단되는 주요 안 3가지(이하, '주요3안'이라고 한다)를 중심으로 그 논의들의 특징과 문제점들을 살펴보고자 한다.[23)] 주요3안은 지방자치 4단체안[24)], 지방분권개헌국민회의안[25)], 국회개헌특별위원회자문위원안[26)]의 3가지 안을 말한다.

주요 3안에서 공통적으로 제시하고 있는 지방분권형 헌법개정의 내용은 다음과 같다. 첫째 분권국가의 천명, 둘째 주민자치권의 규정, 셋째 사무배분기준의 설정(보충성의 원칙), 넷째 자치입법권의 보장, 다섯째 자치과세권 및 자치재정권의 보장, 여섯째 중앙정부와 지방정부간의 협력회의, 일곱째 지방자치단체의 종류 명기, 여덟째 양원제 국회의 도입, 아홉째 국민발안제도의 정비 등이다. 주요3안의 주요 항목과 내용을 정리하면 아래 〈표4〉와 같다.

〈표4〉 주요3안의 헌법개정안 비교

항목	지방4단체안	지방분권개헌국민회의안	국회개헌특위자문위안
분권국가의 천명	대한민국은 지방분권에 기초한 복지국가를 지향한다.	대한민국은 지방분권국가이다.	대한민국은 지방분권국가이다.
자치권 규정	-모든 국민은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 주민으로서의 자치권을 가진다. -주민으로서의 자치권을 실현하기 위하여 지방자치단체를 두고, 그 안에 자치의회와 자치정부를 둔다.	모든 국민은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 주민으로서의 자치권을 가진다.	지방정부의 자치권은 주민에 속한다. 주민은 자치권을 직접 또는 지방정부의 기관을 통하여 행사한다.
사무배분기준의 명확화 [보충성의 원칙]	②정부와 자치정부는 정부와 자치정부간, 자치정부 상호간에 사무를 위임할 수 있다. 이에 관하여 자세한 사항은 참의원의 의결을 얻어 법률로 정하되, 위임에 소요되는 비용은 위임하는 쪽에서 부담한다.	국가와 지방정부간, 지방정부 상호간의 업무배분은 보충성의 원리를 기초로 한다.	중앙정부와 지방정부간 사무배분과 수행은 주민에게 가까운 정부가 우선 처리하는 보충성의 원칙에 따른다.

22) 이기우, 전게 논문, 50-57면.

23) 주요 3안을 선택한 이유는, 이 안들이 모두 구체적인 조문의 형태로 개정안을 제시하고 있다는 점과 여러 연구진에 의하여 연구된 결과물을 제안하고 있는 점, 비교적 최근에 제시되었다는 점, 상호 비교의 가치가 있다는 점 등을 고려하였다.

24) 전국시도지사협의회, 전국시장 · 군수 · 구청장협의회, 전국시도의회의장협의회, 전국시군자치구의회의장협의회에서 (사)한국헌법학회에 의뢰한 연구보고서 "지방분권형 헌법개정안 연구" (2015.9)에 나온 안을 바탕으로 한다. 연구진은 이국운 교수, 이기우 교수, 한상희 교수, 오동희 교수, 유승익 교수로 구성되어 있다.

25) 지방분권개헌국민회의는 전국시장 · 군수 · 구청장협의회, 전국시도의회의장협의회, 전국시군자치구의회의장협의회, 지방분권개헌국민행동, 전국지방분권협의회, 대한민국지방신문협의회, 한국지방신문협회, 지역방송협의회, 한국지역언론인클럽 등 8개 단체가 참여해 2017년 1월 25일 결성된 단체이다.

26) 국회개헌특위 자문위원회(제1소위 제2 지방분권분과 자문위)의 공식안은 아니지만 언론에 공개된 내용을 참조하였다.

자치입법권 보장	①입법권은 국회와 자치의회에 속한다. ②국회는 국가의 법률을 입법하고, 광역자치의회는 광역지방자치단체의 법률을 입법한다. 기초자치의회는 기초지방자치단체의 조례를 입법한다. ③국가의 법률은 광역지방자치단체의 법률보다 상위의 효력을 가진다. 다만, 헌법이 광역자치의회가 법률로 정할 수 있도록 규정한 사항에 관해서는 그 법률을 우선적으로 적용한다. ④법률은 조례보다 상위의 효력을 가진다. 다만, 헌법이 특별히 규정한 사항에 관하여 기초자치의회는 법률과 같은 효력을 가지는 조례를 제정할 수 있으며, 이를 포함하여 헌법이 기초자치의회의 입법사항으로 규정한 사항에 관해서는 그 조례를 우선적으로 적용한다.	①입법권은 국회와 자치의회가 행사한다. ②국회는 국가의 법률을 입법하고, 광역자치의회는 광역지방정부의 자치법률을 입법한다. 기초자치의회는 기초지방정부의 자치법률을 입법한다. ③국가의 법률은 광역지방정부의 자치법률보다 상위의 효력을 가진다. 다만, 헌법이 광역자치의회가 자치법률로 정할 수 있도록 규정한 사항에 관해서는 그 자치법률이 우선한다. ④광역지방정부 자치법률은 기초지방정부의 자치법률보다 상위의 효력을 가진다. 다만, 헌법이 기초자치의회가 자치법률로 정할 수 있도록 규정한 사항에 관해서는 그 자치법률이 우선한다.	지방정부는 그 관할구역에서 효력을 가지는 법률을 제정할 수 있다. *입법권은 국민 또는 주민이 직접 행사하거나 그 대표기관인 국회와 지방의회가 행사한다.
자치과세권 및 자치재정권의 보장	①관세를 포함한 국세의 종류, 재산세를 포함한 기초자치세 및 광역자치세의 종류와 배분방식, 소득세와 소비세를 포함한 공동세의 종류/세율/배분방식은 참의원의 의결을 얻어 법률로 정한다. ②국세의 종목과 세율 및 징수방법은 국가의 법률로 정한다. ③기초자치세 및 광역자치세의 세율과 구체적인 세목 및 징수방법은 당해 자치의회가 법률 또는 법률과 같은 효력을 가지는 조례로 정한다.	①관세를 포함한 국세의 종류, 재산세를 포함한 기초자치세 및 광역자치세의 종류와 배분방식, 소득세와 소비세를 포함한 공동세의 종류/세율/배분방식은 법률로 정한다. ②국세의 종목과 세율 및 징수방법은 국가의 법률로 정한다. ③기초자치세 및 광역자치세의 세율과 구체적인 세목 및 징수방법은 당해 자치의회가 자치법률로 정한다.	지방세의 종류와 세율과 세목 및 징수방법은 중앙정부 또는 지방정부의 법률로 정한다.
지방자치단체의 종류 명기	지방자치단체의 종류는 참의원의 의결을 얻어 법률로 정하되 기초지방자치단체와 광역지방자치단체를 두어야 한다.	지방정부의 종류는 법률로 정하되, 광역지방정부와 기초지방정부를 두어야 한다.	지방정부의 종류는 종전에 의하되, 이를 변경하고자 하는 경우에는 주민투표를 거쳐 법률로 정한다.
양원제국회	국회는 민의원과 참의원으로 구성한다.	①국회는 상원과 하원으로 구성한다. ②상원은 지역대표로 구성하고, 하원은 국민대표로 구성한다.	국회는 상원과 하원으로 구성한다. 상원은 역사적 문화적 지리적 동질성을 갖는 지역의 주민을 대표하고 하원은 국민을 대표한다.
기타 (직접민주제)	국민발안 국민투표 국민소환제도입	국민발안제 국민투표제 국민소환제 도입	

2. 공법적 측면에서의 검토를 요하는 사항

(1) 지방자치단체 or 지방정부?

(가) 문제의 소재

주요3안을 보면 지방자치의 주체로서 '지방자치단체'와 '지방정부'의 개념이 혼용되어 사용되고 있다. 지방4단체안은 지방자치단체를 지방의회와 지방정부로 나누고 있음이 특징이다. 그렇다면, 지방분권형으로 헌법을 개정할 경우, 지방자치를 수행하고 지방자치권을 보장 받는 주체로서의 단체를 지방자치단체와 지방정부 중 어떤 개념으로 정의하는 것이 옳은 것인가?[27]

먼저 현행 헌법상의 지방자치단체의 명칭을 지방정부로 변경 할 것을 주장하는 이들의 견해는 다음과 같다. 대표적으로 이기우교수는 지방자치단체라고 표현하는 나라는 우리나라와 일본을 제외한 다른 나라에서는 찾아보기 어렵고, 독일에서는 지방의 법적지위를 '지방지역단체(kommunale Gebietskörperschaf)'라는 표현을 쓰는데 이는 당해 지방의 주민으로 구성되는 단체라는 뜻이라고 한다. 국가나 지방이나 같은 성질의 공공단체이지만 유독 지방에 대해서만 단체라고 부르는 것은 지방을 폄하하고 경시하는 의미로 들릴 수 있다. 지방자치단체라는 명칭으로 인하여 지방자치기관의 공공성과 권위가 손상되고 지방에 관계하는 사람들의 자긍심에 상처를 준다면 구태여 법률전문가나 그 의미를 이해할 수 있는 이런 명칭을 고집할 필요는 없다고 주장한다.[28]

(나) 지방자치단체의 법적 지위 등에 관한 일본 학계의 시각

1) 지방자치단체와 지방정부의 혼용

지방자치단체에 관한 일본 헌법상의 표현은 '지방공공단체'이다. 이는 영문 Loca Public Autonomy를 번역한 것이다.[29] 그러나 행정학자나 정치학자를 중심으로 '지방정부'라는 용어를 사용하는 경향이 많아지고 있고, 일본의 지방분권개혁추진위원회가 정리한 문서나 권고에 있어서도 '지방정부'라는 표현이 사용되고 있다. 마츠모토는 '지방정부'라고 하는 개념은 현재 법률상의 개념은 아니고, 이 용어가 의미하는 바는, 지방자치단체를 자율적인 정치단위로 보고, 지방자

27) 이 논쟁은 김영삼 정부 당시 학계와 언론에서 지방자치단체를 '지방정부'라고 부르자, 김영삼 대통령은 불편한 심기를 드러내면서 지방정부라는 말을 하지 말라고 주문했지만, 이것이 계기가 되어 오히려 '지방정부'라는 말이 널리 퍼졌다고 한다. 이기우, 전게 논문, 56면.

28) 이기우, 전게 논문, 56~57면.

29) 일본의 학계에서는 오래전부터 헌법상의 '지방공공단체'라는 용어 대신에 '지방자치단체' 또는 '自治體'라는 표현을 사용하여 왔다. 따라서 일본 헌법상의 지방자치단체를 뜻하는 용어는 정확히 '지방공공단체'이지 '지방자치단체'는 아니다. 〈표3〉의 일본 헌법 원문 참조.

치의 정치의 요소, 지방자치의 動因을 중요시해서 지방자치단체의 통치단체성과 중앙정부와의 대등성을 강조하는 것이라고 한다.[30]

2) 지방자치단체의 법적 지위

한편, 일본은 지방자치단체를 '통치단체'로 보고 있다.

일본에서 기존의 헌법이론에 대한 통열한 비판과 함께 지방자치단체는 기구신탁에 지나지 않는다는 기구신탁론(機構信託論)을 제창하여 지방자치 이론사에 큰 획을 그은 마츠시타 교수는 지방자치단체는 다음과 같은 원칙과 과제를 가진다고 역설한다.[31] 즉, 지방자치단체의 3원칙은, ① 지방자치단체에 있어서의 직접민주주의의 실현, ②자치능력의 국민적 함양, ③정치체제(헌법구조)의 민주적 개혁이고, 지방자치단체의 5과제는 ①시민의 정치적 자발성의 환기 ②시민생활의 기준으로서의 시빌 미니멈의 보장과 확충 ③지역생산력의 적정정비를 포함한 도시개조·농촌개조의 실현 ④자치권의 확대 내지는 지방자치단체의 연합에 의한 국가의 정치·경제의 재편 ⑤지방자치단체 기구의 민주적 능률화, 라고 한다. 그리고 그는 나아가, 헌법은 국가통치의 기본법이 아니라 시민자치의 기본법으로서 기능해야 함을 강조하고 시민참가에 의한 시민정부의 창설을 주장한다.[32]

사토교수는, 일본 헌법하에서의 지방자치단체는 '행정주체'로서의 성격과 '정치주체'로서의 성격이 있다고 보고, 지방자치단체는 '법률의 범위내'이긴 하지만 입법권을 가지고 있고, 행정권도 가지고 있기 때문에 일정한 헌법상의 제약은 있다고 하더라도 통치주체적 성격을 가지고 있다고 주장한다.[33] 통치주체에게 요구되는 '사법권'은 사법권의 위상을 입법권, 행정권, 사법권이라는 병렬적 구상이 아니라, 사법권은 국가와 지방자치단체 모두에게 평등하게 미치는 제3의 권력이라고 본다면, 사법권의 존재여부는 그 통치주체성의 구성 여부와는 관계가 없다는 마츠시타교수의 이론을 원용한다.

한편, 일본 지방자치단체의 법적지위에 대하여, 시오노 교수는 다음과 같은 법적 성격을 가지고 있다고 분석한다.[34] 첫째 공권력의 주체로서의 지위, 둘째 공공서비스를 행하는 공공단체로서

30) 松本英昭『地方自治法の概要［第6次改訂版］』(学陽書房, 2014), 77頁.

31) 최우용[역], 지방자치의 기초이론(동아대학교 출판부, 2006), 208면. 원저는, 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波新書' 1975年).

32)최우용[역], 전게서, 207~208면.

33) 佐藤英善編著『新地方自治の思想-分権改革の法としくみ-』(敬文堂, 2012), 24-29頁.

34) 塩野宏『国と地方公共団体』(有斐閣, 1990)1～4頁.　이에 대한 보다 자세한 문헌으로는, 정만희 역, 塩野宏 "『地方公共団体の

의 지위, 셋째 법인으로서의 지위, 넷째 민주주의 담당자로서의 지위라고 한다.

(다) 독일의 상황

독일의 경우 지방자치단체는 게마인데를 주로 염두에 두고 서술하고 있다. 하인리히 교수는 게마인데는 원초적 지역단체로 국가로부터의 위임 법률의 제정은 물론, 국가로부터 연원(淵源)되지 아니한 독자적인 법률로서의 조례를 제정할 수 있다고 한다.[35)]

(라) 우리의 경우

홍정선 교수는 기본적으로 우리의 지방자치단체를 '자치행정단체'로 보고 있다. 홍교수는 "현행법상 지방자치단체는 국가의 입법권으로부터 분리된 고유의 입법영역을 갖는 것도 아니고, 국가(법원)로부터 독립된 사법체계를 갖는 것도 아니므로 지방자치단체는 국가라는 의미에서 지방정부에 해당하지 아니한다"고 한다.[36)]

(마) 사견

지방자치단체라는 용어보다는 지방정부라는 용어가 가지는 의미의 함축성에 의해, 헌법이 의미하는 지방자치를 담당하는 지방자치단체는 '지방정부'이어야 한다고 생각한다. 또한 지방정부라는 용어는 긍정적이고 진취적인 의미의 지방자치를 뜻하고, 향후 지방자치단체가 '정부'의 방향으로 나아가야 한다는 필자의 견해로서는 '지방정부'라는 표현이 보다 미래지향적이라고 생각한다.

그러나 기왕에 지방자치단체라는 표현이 국민들의 귀와 눈에 익었다면, 지방자치단체라고 표현을 하고, 그 의미를 '지방정부'처럼 해석하고 운영하는 것은 어떨까 하는 생각이다. 만약, 실질적으로 지방자치가 가능한 자치권이 지방자치단체에게 주어진다면, 위 사토 교수의 견해처럼, 지방자치단체는, 사법권을 제외하고 입법권과 행정권을 가지는 정치단체이자 행정단체이기 때문에, 그 성격은 이미 정부적 형태를 가지고 있다고 할 수 있다. 지방정부라는 표현은 그 용어가 가지는 확장성으로 인하여 개헌 과정의 논의에서 불필요한 논쟁들을 초래할 수 있다. 지방4단체안

法的地位論", 동아법학 제4호, 219-259면을 참조.

35) 하인리히 숄러 저(김해룡 옮김), 독일 지방자치법 연구, 한올아카데미, 1994, 34-37면.

36) 홍정선, 신지방자치법[제3판], 박영사, 2015, 93면. 자세한 것은 홍정선, "지방자치단체 계층구조 개편의 공법적 과제", 지방자치법연구, 통권 제21호 45면 이하.

에서 표현하고 있는 것처럼, 지방자치단체라고 하고 그 구성을 지방정부와 지방의회로 나누는 것도 하나의 합리적인 선택일 수 있다고 생각한다.

(2) 조례 or 자치법률?

(가)논의의 상황

자치입법권의 보장이야 말로 지방분권형 헌법이 지향해야 하는 핵심적인 과제이다. 현행 헌법은 제117조에서 자치입법에 관한 명확한 용어를 사용하지 않고, "법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"라고 하여, '자치에 관한 규정'이라는 표현을 사용한다. 일본 헌법이 '조례'라는 용어를 사용하고 있는 것과도 비교된다. 이 '자치에 관한 규정'은 일반적으로 의회가 제정하는 조례와 장이 제정하는 규칙을 모두 포함하는 것으로 해석된다.[37] 그러나 '조례'는 민주적 정당성을 가지는 만큼,[38] 그 위상을 현재와 같은 법령의 하부 개념으로 두는 것은 바람직하지 않다. 지방분권형으로 헌법이 개정 될 때 현재의 자치법규의 위상을 어떻게 정할 것인가 하는 것 또한 큰 과제이다. 전국적인 법률이 지방의 사정에 맞지 않거나 지방정부가 더 나은 입법을 할 수 있는 경우에 국가의 법령에도 불구하고 지방에서 달리 규정할 수 있도록 하는 '변형입법권'의 주장은 바로 여기에서 나온다.[39]

본고의 비교 대상인 주요3안의 내용을 살펴보면, 지방4단체안과 국민회의안은 "국가는 국가의 법률을 제정하고 지방자치단체는 지역의 법률을 입법"한다고 하지만, 유독 기초지방자치단체의 경우는 이 경우 '조례'라는 용어를 사용한다. 개헌특위자문위안은 "지방정부는 그 관할구역에서 효력을 가지는 법률을 제정할 수 있다"고 하여 역시 법률이라는 용어를 사용하고 있다.

(나)사견

지방분권형 헌법에 어울리는 자치법규의 명칭으로, 필자는 '자치법률'이라는 용어를 제안하고 싶다. 지방분권형 헌법이 되면, 자치권을 보장하는 수단으로서의 자치법규의 중요성은 더욱 확대될 것이고, 현재의 '법령의 범위'라는 족쇄를 푼다는 전제에서 언급해 본다. 우선, 자치법규는 민

37) 홍정선, 전게서, 00면.

38) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 [조례(條例)의 제정권자인 지방의회(地方議會)는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민(住民)의 대표기관(代表機關)이고 헌법이 지방자치단체(地方自治團體)에 포괄적(包括的)인 자치권(自治權)을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례(條例)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)은 법규명령(法規命令)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)과 같이 반드시 구체적(具體的)으로 범위(範圍)를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적(包括的)인 것으로 족하다.

39) 이기우, 전게 논문, 52면.

주적 정당성을 가진다는 점, 둘째 자치법규에 주어질 권한의 중대성(규제 및 제한된 범위의 형벌권도 가능하다는 전제하에서)의 관점에서 법률에 준하는 것이며, 셋째 그렇지만 지역에 적용되는 범위가 한정된다는 점에서, '자치법률'이라는 표현이 합당하다고 생각한다.[40] 이러한 자치법률의 제정주체는 당연히 광역과 기초지방자치단체가 모두 해당한다고 할 것이다.[41]

3. 양원제 도입의 문제

(가)문제의 상황

본고의 비교 대상인 주요3안 모두 헌법개정의 주요 내용으로 양원제를 주장하고 있다. 그 주요 이유로는 독일, 미국, 영국, 프랑스, 일본 등 지방자치의 선진국들이 모두 양원제를 취하고 있는 점, 국가의 법률 제정시 특히 지역과 관련된 법률의 제정시에 지역의 목소리를 반영할 수 있는 의회내의 권력분립을 염두에 둔 것으로 보인다. 현재 우리 국회의원의 수도권과 비수도권의 비율이 거의 5:5의 구조로 되어 있는 것을 감안하면 충분히 이해가 가는 대목이다. 또한 헌법학적으로도 양원제와 연방제는 상관성이 높게 나타나며, 이런 점으로 한국이 통일 이후 연방제 및 분권화된 정치체제를 채택할 경우 양원제의회가 바람직한 의회제도로 논의되고 있다.[42]

(나)사견

필자는 과거 논문에서 다소 소극적으로 양원제를 주장한 바 있다.[43] 그러나 지방분권형으로의 헌법개정에 있어 반드시 양원제가 도입되어야 한다는 점에서는 생각을 달리 한다. 먼저, 양원제의 도입에 따른 국회의원의 수가 증대되는 것에 대한 국민들의 반대가 예상되고, 양원제를 단 한 차례 그것도 단기간 시행한 경험은 양원제의 성공을 우려하게 한다. 대신에 필자는 현재의 국회 운영상의 문제점을 보완하기 위한 장치로서 선거제도의 개혁을 염두에 두며, 이러한 선거제도에 관한 규정의 보완을 한다면 굳이 양원제로의 도입은 없더라도 지방분권형 헌법이 목적으로 하는

40) 자치입법권에 관해서는 최우용, "자치입법권의 현실 및 과제" , 국가법연구, 제11권 제2호(2015.8), 29~56면 참조.

41) 조례의 제정 절차와 그 성격에 있어, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체가 다르지 않으므로, 광역과 기초를 구별할 필요성은 없어 보인다.

42) 전진영, 국회 양원제 도입을 둘러싼 쟁점, 이슈와 논점(국회입법조사처) 제1369호(2017년 10월 24일), 3면.

43) 최우용, 전게 논문(지방분권형 헌법개정에 관한 연구), 24면.

바는 달성할 수 있을 것으로 생각한다. 예를 들어, 대표성과 운영에 있어 많은 문제점을 내포하고 있는 현재의 비례대표제를 오픈형으로 운영하고, 독일이나 일본처럼 권역별 비례대표제를 시행한다면, 양원제 도입에 버금가는 지역대표성을 가진 국회의 운영도 가능하다고 본다. 또한 국민발안 및 국민소환을 통한 국회에 대한 국민의 견제제도가 함께 도입된다면 더욱 더 그러하리라고 생각한다.

대부분의 국가에서 양원제는 고유한 역사적 경험과 맥락에서, 계급간의 타협 또는 지역 정치세력간의 타협의 결과로 발전해 온 것이다. 그런데 우리나라의 경우처럼 단기간에 개헌을 통해서 단원제에서 양원제로 전환하기 위해서는 '남북통일 이후 국민통합을 위한 의회제도 개혁'과 같은 상당한 명분이 필요하다고 본다.

V. 실현 가능한 지방분권형 헌법개정안의 최소한의 내용

필자는 다른 논문에서 지방분권형 헌법개정 시에 반영되어야 할 내용으로서 ①분권국가의 천명, ②주권재민의 이념 및 주민으로서의 자치권 명시, ③사무배분기준의 명확화, ④중앙정부와 지방정부간의 관계 규정, ⑤자치입법권의 보장, ⑥자주재정권의 보장, ⑦지방자치단체의 제소권, ⑧지방자치단체의 종류 명기 등을 제시한 바 있다.[44] 본고에서는 이들 중에서 지방분권형 헌법이라고 하기 위한 필요최소한의 내용을 제시하고 그 조문을 새롭게 정리해 보았다. 헌법의 최고규범성을 고려하고, 헌법과 법률의 본질적 기능을 고려하여 자치권에 관한 핵심적인 내용을 구체화해 본 것이다.

(1) 지방분권국가임을 명시

> 제1조 제3항 : 대한민국은 중앙정부와 지방자치단체로 구성되며, 그 조직은 지방분권화 된다.

44) 최우용, 전게 논문(지방분권형 헌법개정에 관한 연구), 21~25면.

(2) 지방자치단체의 권능과 자치행정권과 자치입법권

제00조제1항 : 지방자치단체의 자치권은 주민으로부터 나오고, 주민의 자격은 법률로 정한다.
제2항 : 자치권을 실현하기 위하여 지방자치단체를 둔다.
제3항 : 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 이를 위하여 자치행정에 관한 권리, 자치법률을 제정할 수 있는 권리 및 복지행정에 관한 권리를 가진다.

(3) 지방자치단체의 종류

제00조제1항 : 지방자치단체는 도(특별자치도 포함)와 광역시(특별자치시 포함)로 구성된다.
제2항 : 지방자치단체의 설립과 통합은 법률로 정한다.

(4) 지방의회

제00조제1항 : 지방자치단체에는 지방의회와 집행기관을 둔다.
제2항 : 지방의회는 주민의 직선으로 선출되는 지방의회의원으로 구성한다.
제3항 : 집행기관의 구성은 자치법률로 정한다.

(5) 사무배분기준의 명확화 및 보충성의 원칙 명기

제00조제1항 : 정부는 헌법과 법률로 정부가 직접 수행하도록 한 사무를 제외 하고는 지방자치단체에 사무를 위임하여 집행한다.

(6) 자치재정

제00조 제1항: 지방자치단체는 사무의 수행에 필요한 경비를 부담한다.
제2항: 국가와 지방자치단체간의 권한의 이양에는 재원의 배분이 수반 되어야 한다.
제3항: 지방세의 종류와 세목은 자치법률로 정한다.
제4항: 지방자치단체간의 재정적 형평을 촉진하기 위하여 재정조정 제도에 관한 사항을 법률로 정한다.

(7) 제2국무회의의 신설

제00조 제1항 : 국무회의는 중앙정부의 권한에 속하는 사항을 심의하는 제1국무회의와 지방정부의 권한에 속하는 사항을 심의하는 제2국무회의로 구성한다.
제2항 : 제1국무회의는 대통령 · 국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성하고, 제2국무회의는 대통령 · 국무총리, 각 시 · 도지사와 25인 이하의 위원으로 구성한다.
제3항 : 대통령은 국무회의의 의장이 되고, 국무총리는 부의장이 된다.

Ⅵ. 나오며

필자는 현재 우리사회가 안고 있는 세 가지 시대적 과제는, 양극화의 문제, 지역간 불균형의 문제 그리고 통일이라고 생각한다. 이 세 과제를 동시에 해결할 수 있는 방안 중의 하나로 필자는 지방분권형 헌법개정을 주장하고 싶다.

양극화와 지방간의 불균형의 문제는 우리 사회가 산업화와 민주화를 거쳐 오늘의 대한민국을 만드는 과정에서 필연적으로 동반된 결과물일지는 모른다. 그러나 이제 대한민국의 통합과 국가발전의 저해가 되는 이 문제들은 조속히 해결을 하여야 할 것이고, 그 해결 방안의 하나로서 지방분권형 헌법개정을 주장하는 바이다. 이 두 문제를 해결하는 최선의 방안은 중앙정부의 강력한 드라이브 정책에 의한 일관성 있는 정책에 의해서가 아니라, 적절히 분배된 권한을 바탕으로 한 분권화된 지방의 권력과 자율성을 가진 주민에 의해 자율적이고 창의적으로 해결해 나아가야 한다. 중앙정부는 든든한 후견자로서의 역할을 수행해야 한다. 그 결과는 현재 강력한 지방분권정책의 실현으로 경제회복과 국민통합을 이루어나가고 있는 프랑스와 일본이 잘 보여주고 있다.

또한 통일이라는 민족적 과업의 달성에 지방분권형 헌법개정이 큰 역할은 못할지라도, 독일 통합의 과정에서 보여준 분권화된 지방자치의 힘은 지방분권이 통일과정에서도 얼마나 중요한 역할을 수행할 수 있는가를 여실히 보여주었다.

본고에서 필자는 지방분권형 헌법개정에 관한 여러 안들을 비교 검토하면서, 아울러 논의 과정에서 검토해야 할 그러나 그 동안 소홀히 해왔던 공법적 문제들을 짚어 보았다. 그리고 분권형 헌법에 들어갈 내용을 최소한으로 제안해 보았다. 아직 부족하고 미진한 부분이 많은 글이지만, 모처럼의 헌법개정을 향한 큰 흐름에 실 날 같은 조그마한 물줄기라도 된다면, 필자로서는 더 이상의 영광은 없을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김문현, 김선택 등, 대화아카데미 2016 새헌법안, 대화문화아카데미, 2016
- 김철수, 한국통일의 정치와 헌법, 시와 진실, 2017.
- 배준구, 프랑스의 지방분권, 도서출판 금정, 2004.
- 백윤철·윤광재, 프랑스 지방자치학, 형설출판사, 2000.
- 이국운 등, 지방분권형 헌법개정안 연구, 헌법학회 연구보고서, 2015.9.
- 이기우·하승수, 지방자치법, 대영문화사, 2007.
- 최병선·김선혁 외 분권헌법, 선진화로 가는 길, EAI, EAI 정책연구시리즈 ⑦, 2007.
- 최우용, 지방자치법의 주요 쟁점, 동방출판사, 2014
- ---, 지방자치법 강의[제3판], 동아대학교 출판부, 2008.
- 최우용[역], 지방자치의 기초이론, 동아대학교 출판부, 2006.
- 한수웅, 헌법학[제7판], 법문사, 2017
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017
- 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2009.

2. 논 문

- 김명식, “헌법상 지방자치 보장의 실제와 과제”, 국가학연구 제11권 제2호(2015.8)
- 김성호, 국가입법과정에 대한 지방정부의 참여제 도입방안, 2006 전국시도지사협의회 제3회 자치발전 워크숍(2006. 5.1 ~ 5.2) 자료집, 2006.
- 김순은, 정치·행정권한의 차등분권과 헌법개정 : 정치·행정권한의 비대칭적 분권(Asymmetrical Devolution), 2008.
- 김재호, “지방자치의 헌법적 보장과 조례제정”, 지방자치법연구 제6권 제2호(2006.12)
- 김종철, 헌법개정의 정치학, 한국공법학회 학술대회 자료집(한국공법학회 60년과 국회), 2016.11.11.
- _____, 1987년 헌법의 개정론에 대한 비판적 고찰-권력구조를 중심으로-, 정책연구 제148호, 국제문제조사연구소, 2006.
- 명재진, 협치시대의 개헌의 방향 -정부형태를 중심으로-, 한국공법학회 학술대회자료집(한국공법학회 60년과

국회), 2016.11.11.

- 박수헌, 지방자치단체의 국정참여를 통한 중앙과 지방간의 협력체계 강화를 위한 법제정비 방향, 지방자치법연구 제5권 제1호, 2005. 6.
- 백윤철, 프랑스 지방분권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 청구논문(1998).
- 안성호, 지방분권화정책의 변동과 향후 개혁과제, 한국지방자치학회보, 11(4), 1999.

_____, 지역대표형 상원의 논거와 설계구상, 한국지방자치학회 2007년도 춘계학술세미나 발표논문집, 2007.

- 이국운 등, 지방분권형 헌법개정안 연구, 헌법학회 연구보고서, 2015.9
- 이기우, 지방분권개헌의 방향, 지방분권개헌국민회의 주최 국민대토론회(2017.7.18.)자료집[지방분권개헌국민대토론회], 47-50면.
- _____, 지방분권의 개헌방향, 한국공법학회 학술대회 자료집(헌법개정의 쟁점과 방향), 2017.2.11.
- _____, 자치보장을 위한 헌법개정에 관한 제언, 한국지방자치학회 2005년 하계학술대회 발표문,2005.
- 전학선, "지방자치권 강화를 위한 헌법개정 방안", 전라남도 2017년 지방분권 토론회 자료집(2017.9) 공법연구 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004.
- _____, 지방분권을 위한 헌법개정- 프랑스 모델을 중심으로-, 지방자치법연구(2008.9)
- 조성규, "지방자체제의 헌법적 보장의 의미", 공법연구 제30집 제2호, 2001
- 최봉석, 지방분권 강화를 위한 개헌 추진 방안과 과제, 지방분권형 개헌을 위한 토론회자료집(부산광역시·부산광역시의회·부산지방분권협의회주최), 2017.2.24.
- 최우용, 자치입법권의 현실 및 과제, 국가법연구 제11권 제2호(2015.8).
- _____, 지방자치의 관점에서 본 헌법개정, 지방자치법 연구 제8권 제3호(2008.09).
- _____, 지방자치단체의 자치조직권에 관한 고찰, 공법학연구 제15권 제3호(2014.8).
- _____, 보충성의 원칙에서 본 지방자치단체 사무에 대한 국회 관여의 범위, 동아법학 제62권(2014.2).
- _____, 지방자치단체의 과세자주권과 법정외세, 지방자치법 연구 제8권 제2호, 한국지방자치법학회, 2008.
- 홍준형, 부산분권혁신운동본부 지방분권개헌 대토론회, "헌정 60년, 이제는 지방분권개혁이다"(2008.7.21.) 생각하면서-, 경기도의회·한국지방자치법학회 주최 학술대회(2017.3.14.) 1~11면.

3. 기관문서

- 지방분권개헌국민행동, 2016, 지방분권형 헌법개정안
- 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구, 전국시도지사협의회, 2010.12

- 佐藤営善編著『新地方自治の思想-分権改革の法としくみ-』(敬文堂, 2012)
- 杉村章三郎・山内一夫編『行政法辞典』(ぎょうせい、1981).
- 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波新書, 1975年).
- 松本英昭『地方自治法の概要 [第6次改訂版] 』(学陽書房, 2014)

Abstract

Assignment and Direction on the Constitutional Amendment in terms of Decentralization

Woo-Yong, Choi

Professor, DONG-A University Law School

This thesis discussed the points that had not been fully reviewed while debating decentralization currently established and other points requiring a further review in the course of pursuing a constitutional amendment. For example, the author found the comparison of the balanced regional development with the decentralization useful in establishing a conceptual difference between the two, and proposed the possibility of using the term 'local government' and the possibility of changing the title from the local laws and regulations to the local law. It was also pointed out that our Constitution is still under the influence of the Japanese Constitution necessitating the escape from such influence.

Also three proposals were compared with each other, which had hitherto been presented as an idea for a constitutional amendment focusing on decentralization, so that essentials were to be included in discussing the constitutional amendment focusing on decentralization. The idea was to plainly demonstrate a decentralized country pursuing local autonomy in the Constitution that would stipulate the power of the local entity and the right to self-government, the type of the local entities, local assembly's status and its role, defining the criteria for job assignment, demonstrating the principle of subsidiarity, ensuring local finance autonomy, installing the

Secondary State Council and the like. Such matters as described above are thought to be the essentials for a constitutional amendment focusing on decentralization.

Matters of polarization, regional development imbalances and unification are the problems faced by the people of this age, which somehow must be resolved. The author thinks that one of the best ways to resolve these problems simultaneously will be a constitutional amendment focusing on decentralization. Perhaps it was unavoidable for the country to experience polarization and the regional development imbalance while passing through industrialization and democratization to reach the present stage of development as seen today. However, these problems should be resolved as soon as possible to keep them from preventing the national development, and a constitutional amendment focusing on decentralization is thought to be a necessary solution resolving such problems. Also such a constitutional amendment is expected to play a positive role in the process of achieving the unification of Korea. The example of Germany clearly shows the importance of decentralization in the process of achieving German unification. It is hoped that a constitutional amendment focusing on decentralization should be made to meet the aspirations of the whole nation.

Keywords : Decentralization, Constitutional Amendment, the Power of the Local Entity, the right to Self-Government, Demonstrating the Principle of Subsidiarity, Ensuring Local Finance Autonomy