지방분권제도 확립을 위한 중앙행정권한의 지방이양 - 제도적 한계와 개선방안을 중심으로 -

Mechanisms for Institutional reinforcement of Decentralization
and Empowerment

김성화 (Sung-Hwa, Kim)
제주대학교 법과정책연구원 전임연구원

논문접수 : 2017. 11. 13.

심사게시 : 2017. 11. 15.

게재확정 : 2017. 12. 15.

목 차

I. 머리말

II. 중앙행정권한의 지방이양에 따른 현황과 제도적 한계

1. 중앙권한의 지방이양 현황
2. 권한이양의 제도적 한계

III. 지방분권제도 확립을 위한 특별자치제도의 개선방안

1. 실질적인 지방분권의 확립
2. 제도적 개선
3. 특별자치규제모델의 확립

IV. 맺음말

국문요약

국가와 지방자치단체간의 관계에서 가장 중요한 문제는 사무와 그에 따른 권한의 배분이다. 종래 권한배분의 문제는 중앙정부와 지방자치단체간의 권한과 업무의 불균형에 근거하고 있었으므로 1995년에 지방자치제도가 실시되었음에도 불구하고 여전히 지방분권이 효율적으로 운영되지 못하고 있는 실정이다. 2017년 6월 개정된 일본 지방자치법은 그동안 지방자치제도에 관한 다양한 문제점을 인식하면서 “인구감소사회에 적절히 대응하기 위한 지방행정체제 및 구조의 방향성에 관한 논의”를 근간으로 하였다. 특히 이번 지방자치법 개정에서는 지방분권을 강화하기 위하여 국가의 관여를 제한하고자 하였다. 이러한 논의는 우리나라의 지방분권제도의 확립을 위한 권한이양의 필요성과 연계되고 있으므로 이 글에서는 중앙정부로부터 지방자치단체로의 이양될 권한을 어떠한 형태로 헌법에 반영할 것인지에 대하여 독일과 프랑스 등의 사례를 살펴보고, 특별자치규제모델로서 제주특별법에 따른 제주특별자치도의 이양권한의 활용부분에 대하여 고찰하였다. 특히 지방분권제도의 확립을 위하여 개헌을 통한 자치입법권을 법령이 아닌 ‘법률의 범위 내’라고 하든지 혹은 ‘법률을 위반하지 않는 범위 내’라고 하여 그 범위를 확장하고, 자치형 지방분권제도를 구축하여 중앙행정기관으로부터 지방자치단체의 자유로운 행정을 구현할 필요가 있다. 다만 최근 연방형 지방분권 및 자치재정권 등을 도입하자는 논의가 제기됨에 따라 실무상 다양한 문제가 해결되지도 않은 채, 이를 급진적으로 주창하는 것은 다소 성급하다고 본다. 오히려 지방분권을 전국적으로 확대하는 것보다 재정자립도 및 재정건전성을 갖추었거나 혹은 경제개발 및 관광 등의 특수한 목적을 가지는 특별한 지역을 제한적으로 선정하여 점진적으로 특별자치지역으로 확대해 나가는 것이 타당하다고 본다. 이러한 경우에도 특별자치지역 상호간의 조화로운 공공정책을 추진함과 동시에 정부정책에 관하여 불필요한 재정지출을 막을 수 있는 제도적 방안이 고려되어야 할 것이다.

◎ 주제어: 지방자치, 지방분권, 특별자치, 권한이양, 개헌

I. 머리말

국가와 지방자치단체의 관계에서 중요한 문제는 사무와 그에 따른 권한의 배분이다. 종래 권한배분의 문제는 중앙정부와 지방자치단체간 권한과 업무의 불균형에 근거하고 있었다. 1995년 지방자치제도가 본격적으로 실시되었음에도 불구하고, 여전히 지방분권이 효율적으로 운영되지 못함에 따라 2006년 2월 「제주특별자치도설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하, ‘제주특별법’이라 함)이 제정되면서 특별자치의 시행과 국제자유도시의 구성에 필요한 입법적 토대가 마련되었다.¹⁾ 그동안 제주특별자치도는 5차례의 제도적 개선을 통하여 4,537건(세부사무 5,189건)의 권한이양 중 4,326건(83.4%)이 조례로 제정되었다.²⁾

제주특별자치도 경우에는 종래 위임형 지방분권이 보다 진일보된 자치형 지방분권으로 다른 지방자치단체에 비하여 자치권을 강화함으로써 실질적인 지방분권을 구현하고 있다. 다만 제주특별법에 의하여 조례를 제정하는 것이 자치사무에 대한 자유로운 행정체계를 구축하는 것임에 반하여, 자치규정으로 규율하기보다는 규제의 통일성 및 형평성 또는 예측가능성 등을 보장하는데 적합한 사무로서 위임규정인 대통령령 등과 달리 정할 필요성이 낮은 사무도 상당수 있다.

최근 일본에서도 지방자치제도에 관한 다양한 문제점을 인식하고, 2017년 6월 “인구감소사회에 적절히 대응하기 위한 지방행정체제 및 구조의 방향성에 관한 논의”로서 지방자치법을 개정하였다. 이번 일본의 개정 지방자치법에서는 내부통제를 의무화하고, 감사제도를 확충하며, 주민소송제도에 관한 손해배상책임을 한정하고, 지방행정독립법인제도를 마련하였다.³⁾

특히 이번 개정에서는 지방분권을 강화하기 위하여 국가의 관여를 제한하고, 만일 이러한 개혁에서 국가가 관여하려면 법률의 근거가 필요하고, 불필요한 관여를 억제하며, 공정하고 투명하게 지방분권이 운영될 수 있도록 지방자치단체의 자율적인 행정이 구현되도록 하였다(일본 지방자치법 제1조의2 제2항).⁴⁾

이 글에서는 최근 지방자치제도의 개혁을 둘러싼 중앙행정권한의 지방이양에 따른 현황 및 그 제도적 한계를 검토하고, 지방분권제도의 확립을 위한 개선방안으로 실질적 ‘특별자치’의 구현

1) 제주발전연구원, 「제주특별자치도의 헌법적 근거 마련 방안 연구」, 2008. 12. 1면.

2) 제주특별자치도, 「제주특별법 이양권한 활용방안연구」, 2017. 9. 9면.

3) 宇賀克也, “地方自治法等の改正(2017年)の背景と意義”, 「自治実務セミナー」, 第一法規(2017. 8), 5-6頁.

4) 板垣勝彦, “地方自治の本質と国の関与”, 「自治実務セミナー」, 第一法規(2017. 8), 8頁.

방안을 제시하며, 자치입법권의 헌법적 수용 및 자치재정권의 도입 논의를 검토한 후, 특별자치 규제모델을 제시하고자 한다. 특히 중앙정부로부터 지방자치단체로의 이양될 권한을 어떠한 형태로 헌법에 반영할 것인지에 대하여 독일과 프랑스 등의 사례를 살펴보고, 특별자치규제모델로서 제주특별법에 따른 제주특별자치도의 이양권한의 활용부분에 대하여도 고찰하고자 한다.

II. 중앙행정권한의 지방이양에 따른 현황과 제도적 한계

1. 중앙권한의 지방이양 현황

(1) 권한이양의 현황

일반적으로 지방자치의 유형은 주민의 참여를 중심으로 하는 이른바 영미식의 주민자치와 독립된 법인인 지방자치단체가 스스로 사무를 수행하는 단체자치로 설명될 수 있다.⁵⁾

헌법에서 법인격과 자치권을 보장하는 지방자치단체는 지방의 이익에 관한 자치사무보다는 법률의 위임을 통하여 주로 국가사무를 수행하고 있다. 즉 지방분권의 한 유형으로 중앙정부기관의 권한을 지방자치단체로 이양하는 권한이양의 문제가 최근 폭넓게 논의되고 있다. 권한이양에 대한 정의는 다양하지만 일반적으로 중앙행정기관으로부터 지방자치단체에 권한을 이양하는 것으로 국가와 지방간의 권한의 배분에 그 의의가 있다. 이와 관련하여 지방자치와 지방분권을 규범과 사실로 대비시킬 수도 있지만 양자의 모습이 서로 혼재되어 나타나고 있다.⁶⁾

종래 지방자치제도가 현실적으로 개선되기 어려웠던 이유는 다음과 같다. 첫째, 우리나라 전체 행정사무에 대한 지방사무의 비율이 30%도 되지 않았고, 70% 이상의 사무가 중앙정부에 집중됨에 따라 중앙과 지방간의 권한배분의 불평등이 심각하였다. 둘째, 지방세 등으로 인건비조차 해결하지 못하는 지방자치단체가 많았기 때문에 자치재정에 관한 권한이 미약하여 실질적인 지방자치를 실현하는 것이 불가능하였다. 셋째, 지방자치단체의 조직운영에 대하여 중앙정부가 지속적으로 간섭하고 있었기 때문에 지역의 특성에 적합한 지방의 자율적·탄력적 조직개편 및

5) 정재황, 「신 헌법입문」, 제6판, 박영사, 2016, 753면.

6) 지방자치의 유형은 중앙집권, 지방분권, 연방제 모델로 나뉘고, 지방분권의 유형은 위임형, 자치형, 연방형으로 나뉜다(전훈, “분권형 개헌과 지방자치”, 『법학논고』 제58집, 경북대학교 법학연구원(2017), 119면).

운영이 곤란하였다. 넷째, 예컨대 도시계획 및 주택 관련법에서 도시계획과 주택정책 등에 관한 핵심사무를 국가사무로 규정하였기 때문에 지역특성에 맞는 지역개발이 어려웠다. 다섯째, 지방자치에 대한 지역주민의 의식수준이 높지 않아 주민투표 등에 대한 참여율이 저조하였고, 국세 및 지방세 등으로 막대한 지방자치단체의 시설 등을 건축함으로써 자치단체의 재정환경이 악화됨에 따라 이에 대한 불신이 많아 주민의 참여도가 높지 않았다. 이러한 지방자치제도가 제도적으로 정착되지 못한 상황에서 「중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률」⁷⁾ 등이 지속적으로 제정되었지만, 그동안 중앙행정권한의 지방이양을 통하여 지방분권이 강화되기 위한 체계적인 논의가 거의 이루어지지 않았다. 즉 중앙행정권한을 이양할 경우 이양된 권한의 범위와 방식 등에 관한 구체적인 논의 없이 중앙행정권한의 지방이양에 관한 법률 등의 제정과 이양에 대한 당위성만 논의하였다.⁸⁾

(2) 제주특별자치도 권한이양의 현황

정부는 2006년 7월 실질적인 지방분권을 보장하고, 선도적인 지방분권을 통한 ‘지방분권형 국가운영’을 위하여 제주특별법을 제정하여 중앙정부에 집중된 행정권한을 제주특별자치도에 대폭 이양하고, 특별자치(self-government)를 허용하였다. 이에 따라 제주특별자치도는 이상적 지방분권모델로서 싱가포르나 홍콩과 같이 경쟁력 높은 국제자유도시로 발전시키기 위하여 다양한 금융상품 및 투자자본을 유치하여 국내외 기업활동의 편의 또는 관광과 쇼핑 등에 대한 국제적 이동이 최대한 보장되도록 규제완화와 핵심산업 등을 육성하고자 하였다.⁹⁾ 이를 위하여 제주특별자치도는 2006년 2월에 제정된 제주특별법에 따라 4,537건(세부사무 5,189건)의 권한이양 중 4,326건(83.4%)을 조례로 제정하였다. 이러한 제도적 개선을 통하여 중앙행정권한의 지방이양이 체계적으로 정착하게 되었다.¹⁰⁾ 하지만 여전히 900여 건의 미활용된 권한이양이 존재하고, 조례로 제정된 권한이양사무 중 일부는 해당 법령의 내용을 중복적으로 기술하였거나, 또는 다른 지방자치단체와 크게 다르지 않으므로 권한이양의 범위와 대상이 적절하였는지에 관한 문제가 제기되고 있다.

7) 정부는 1999년 1월 중앙행정기관에 과도하게 집중되어 있는 권한을 지방정부로 이양하기 위하여 「중앙행정권한의 지방이양촉진 등에 관한 법률」을 제정한 후, 지방이양사무를 체계적으로 추진하기 위하여 2008년 2월 「지방분권촉진에 관한 특별법」을 제정하였다. 특히 이 법은 2013년 5월 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」으로 대체되었다.

8) 민기·홍주미, “중앙행정권한의 지방이양에서 나타난 권한이양 유형분류 및 소요재원 산정방안”, 「한국지방자치학회보」, 통권 제99호(제29권 제3호), 한국지방자치학회(2017), 251면.

9) 제주발전연구원, 앞의 책, 1-2면.

10) 제주특별자치도, 앞의 책, 9-10면.

2. 권한이양의 제도적 한계

(1) 조례제정권의 사무적 한계

지방자치단체의 조례와 국가의 법령이 충돌되는 경우 국가의 법령이 우선시될 수밖에 없다. 이는 헌법 제117조 제1항이 지방자치단체의 자기규율권을 법령의 범위 내에서 행사되어야 한다고 규율하기 때문이다. 이러한 측면에서 지방자치단체의 조례가 우선하여야 한다는 고유권설에 입각한 조례자주입법설은 설득력이 없다. 그러나 지방자치단체는 헌법 제117조 제1항에 따라 해당 사무에 대하여 법령의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있고 그에 대한 수권이 필요한 것이 아니다. 다만 지방의회는 주민의 대표기관으로서 민주적 정당성을 가지고, 법령에 대한 보충적 지위에서 조례를 제정할 수 있는 입법형성권을 가지고 있으나, 지방의회가 국가의 기본질서를 형성하는 국회의 기능을 대신할 수는 없다. 즉 조례는 전래적 입법이면서 자주적 입법으로서의 성질을 가진다. 또한 지방자치법은 지방자치단체의 사무범위에 관하여 “지방자치단체는 관할구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.”고 규정한다(제9조 제1항). 지방자치법 제22조에 규정되어 있는 ‘그 사무’란 자치사무와 법령 등에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무, 즉 단체위임사무를 의미한다. 그러므로 조례는 이 범위를 위반하여 벗어날 수 없는 한계가 존재한다.

한편, 지방자치법 제11조에서는 “지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.”고 하면서 국가사무를 열거하고 있는 바, 법률의 특별한 규정이 없는 한, 조례는 이러한 국가사무에 관하여는 규율할 수 없는 한계가 있다. 여기서 기관위임사무영역에 있어서 전형적인 규율형식은 조례가 아니라 법규명령이다. 따라서 기관위임사무에 대하여 개별 법령의 위임이 있는 경우를 제외하고는 이에 대하여 조례로 규율할 수 없다.¹¹⁾ 그러나 기관위임사무에 대하여 조례의 규율가능성을 부인하는 판례의 입장은 조례의 민주적 정당성과 위임사무의 대부분이 기관위임사무의 형태로 존재하는 행정현실을 고려하지 않은 것이라 볼 수 있다. 독일에서도 원칙적으로 지방자치단체는 고유사무에 한하여 조례를 제정할 수 있다. 하지만 독일의 경우 위임입법의 엄격한 요건을 준수하도록 요구하기 때문에 우리의 행정현실과는 상당히 다르고, 지방자치단체의 객관적 사무 이외에 사무수행에 필요한 지방자치단체의 내부영역(ein der Aufgabenerfüllung vorgelagerte

11) 대법원 2004. 6. 11 선고 2004추34, 판결; 대법원 1995. 5. 12 선고 94추28 판결 등.

gemeindeinterne Bereich)을 구분하여 위임사무에 대하여 예외적으로 조례를 제정할 수 있다.¹²⁾ 그러므로 기관위임사무에 관한 모든 사무에 대한 조례의 제정이 금지되는 것은 아니고, 예컨대, 기관위임사무 중에서 기관위임사무의 처리절차는 자치사무로 판단하여 행정절차조례의 규율대상으로 볼 수 있다.

(2) 국가사무와 자치사무 구분의 상대성

1) 지방자치사무의 범위

종래 우리나라의 지방분권 유형은 자치형이라기 보다는 오히려 위임형에 가까웠다. 위임형은 법률과 명령의 범위 내에서 자치입법권을 행사하여야 하나, 자치형은 법률의 범위 내에서 이를 행사할 수 있다. 즉 지방자치단체의 고유사무라 하더라도 위임형은 중앙행정기관의 명령의 범위 내에서 제정된 조례를 집행할 수밖에 없기 때문에 자치사무의 범위를 축소시키는데 반하여, 자치형은 보다 광범위한 자유재량을 허용함으로써 법령의 범위 내에서 자유로운 행정을 구현할 수 있다.¹³⁾ 현실적으로 국가사무와 지방사무의 구분이나 지방자치단체들간 사무의 구분이 항상 명확한 것은 아님에도 불구하고, 지방자치단체의 사무범위를 확정함에 있어 지방자치제도의 헌법적 의의와 관련하여 민주적 정당성을 강화하는 실질적 관점은 지방분권의 형식적 관점보다 우위에 있다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 지방자치제도는 단계화된 민주주의 구조의 표현으로 이는 민주적 자유질서의 본질적 기초이다.¹⁴⁾ 지방자치단체의 사무범위와 관련하여 행정효율의 관점에 따라 체계화되는 업무배분방식과 긴장관계에 있다.¹⁵⁾ 그러므로 지방자치사무의 범위에 대하여 중앙행정기관과의 관계에서 양적 한계와 질적 한계를 명확히 구분하고, 중앙행정기관은 지방자치단체가 해당 사무를 자기책임적이며, 자주적으로 처리할 수 있도록 재정지원과 사무배분을 통하여 지방자치단체의 사무범위를 조정할 필요가 있다.¹⁶⁾ 그러한 측면에서 연방국가 아닌 단일국가에서 지방분권을 구체적으로 실현하는 방법으로는 개별 국가의 실정에 따라 다양하게 나타날 수 있으므로 단일국가체제의 결속을 유지하면서 자치사무에 대한 자유로운 행정을 보장하는 자치형 지방분권국가의 전환을 논의할 필요가 있다.

12) BVerfG, DVB1, 1999, 697(697f.); BVerfGE, 91, 228(241).

13) 박인수, "지방분권국가의 특징과 한계", 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회(2017), 11면.

14) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Band I, 1984, § 12 II 1, S. 406.

15) Franz-Ludwig Kne Meyer/Matthias Wehr, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch, 2001, S. 329.

16) Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVB I, 1995, S. 1037(1043).

2) 사무이전의 한계

독일에서 입법자가 사무를 배분함에 있어 준수해야 하는 헌법상 사무배분의 원칙은 지역공동체의 모든 사무에 대한 지방자치단체의 전권한성과 관련하여 유효하다.¹⁷⁾ 독일 연방헌법재판소는 사무이전의 법적 정당성의 근거로서 “다른 방법에 의하여는 질서에 적합한 사무처리를 보장할 수 없는 경우”를 들고 있다. 예컨대, 행정의 체계화 및 명확화를 통한 행정간소화나 관할의 집중을 목적으로 하는 사무의 이전은 법적으로 정당화되지 않는다.¹⁸⁾ 따라서 중앙행정기관의 역할은 일차적으로 지방자치단체가 경제성과 절약성의 원칙에 따라 자신의 사무를 수행할 수 있도록 보장하는 것이다.¹⁹⁾ 중앙집권적으로 조직화된 행정체계는 보다 합리적이고 경제적으로 사무를 처리할 수 있지만, 장기적 관점에서는 지방자치행정에 있어서 경제적 효율성의 형량에 대하여 지역공동체사무의 처리에 대한 주민참여라는 정치적 민주주의의 기능과 분권적 사무배분에 우월적 가치를 부여한다는 점에서 중요한 의의가 있다.²⁰⁾

제주특별법의 경우에는 2006년 중앙행정기관으로부터 제주특별자치도에 방대한 조례제정권이 부여됨에 따라 지방분권의 유형을 위임형에서 자치형으로 발전시켰다. 하지만 헌법 제117조 제1항에 의하여 자치사무로서 주민의 복리에 관한 사무는 중앙행정기관이 속하는 국가사무의 일부로 볼 수 있다. 즉 지방자치단체가 가지는 권한은 국가권력의 분권이 아니라, 행정권의 분권으로서의 자치행정권이기 때문에 그 범위는 ‘법률 이외에 행정입법인 대통령령이나 총리령 및 부령의 범위 내’이어야 한다.²¹⁾ 2006년 제주특별자치도는 정부로부터 고도의 자치권을 부여 받았음에도 불구하고, 여전히 단계적, 점진적으로 제도가 개선되고 있으며, 헌법 및 법령체계 하에서 특별자치를 시행하거나, 투자활성화 미흡에 따른 국제자유도시를 조성하는 데에도 한계가 존재한다. 특히 제주특별자치도는 그동안 지속적으로 중앙행정권한을 이양받았지만, 실제로 미 활용되고 있는 사무들이 900건 이상 존재한다. 예컨대, 미활용조례에 대하여 담당 공무원은 전국 공통사무 등의 이유로 권한이양을 활용하는데 소극적인 경우가 있고, 장기적인 관점에서 권한이양사무를 선정할 당시와 경제적 및 사회적 환경 등의 변화에 따라 조례를 제정할 실익이 낮은 경우도 있으며, 권한이양의 내용을 선정함에 있어서 충분히 고려되지 않은 채 일괄적으로 권

17) BVerfGE 79, 127(150).

18) BVerfGE 83, 363(382).

19) BVerfGE 79, 127(150).

20) BVerfG, DVB1, 1984, 679(682).

21) 정준현, “현행 지방자치개혁을 둘러싼 논의와 바람직한 법적 방향—지방분권 개헌논의를 중심으로—”, 『지방자치법연구』 통권 제55호(제17권 제3호), 한국지방자치법학회(2017), 128면.

한이양을 하여 해당 조례를 제정하는 것보다는 기존 법령을 유용하는 것이 타당한 경우도 존재한다. 또한 특별자치의 초기와 달리 재정적 지원이 증가하였음에도 불구하고, 이를 운영할 수 있는 제도적 여건이 활성화되지 못하고 있는 실정이다. 특히 국제자유도시를 조성하고자 하였으나, 현행 헌법 및 법령체계 내에서 조세법률주의 또는 조세주권주의의 예외가 적용되지 않고, 제주특별법에 따른 자치입법권의 제한적인 도입으로 인하여 자율적 행정운영의 한계가 존재한다. 여전히 제주특별자치도의 자체업무를 중앙행정기관의 지방업무로 인식하거나, 반대로 지방자치단체와 중앙정부와의 관계에서 수직적 관계로 인식하는 등 특별자치에 관한 공감대가 부족하다.

이를 위하여 우선 중앙행정기관으로부터 이양된 권한의 범위와 대상 등을 폭넓게 확대하고, 기존의 단순사무 및 단순규제가 아닌 핵심규제 등을 제주특별자치도에 이양함으로써 사무배분 기준을 보다 명확하게 하고, 실질적인 특별자치를 구현하며, 헌법상 자치입법권을 명문으로 수용하고, 관련 법령을 개정함으로써 최근 논의되고 있는 연방제 수준의 지방분권을 체계화하기 위한 그 전단계로서 제주특별자치도의 특별자치규제모델을 확립할 필요가 있다고 본다.

III. 지방분권제도 확립을 위한 특별자치제도의 개선방안

1. 실질적인 지방분권의 확립

(1) 특별자치의 필요성

그동안 정부는 지방자치제도와 지방분권정책을 지속적으로 개선하였으나, 실질적인 측면에서 미흡한 점이 많았다. 이에 따라 정부는 2006년 1월 지방자치법을 개정하여 제2조 제1항 제1호에서 지방자치단체의 종류에 ‘특별자치도’를 추가하고, 같은 법 제174조 제2항에서 서울특별시와 마찬가지로 제주특별자치도의 지위, 조직 및 행정, 재정 등의 운영에서 행정체제의 특수성을 고려하여 법률이 정하는 바에 따라 특례를 둘 수 있도록 하였다. 그 후 2006년 2월 제주특별법을 제정하면서 제주특별자치도를 특별법에 근거한 특정지역으로서 권한이양을 통하여 실질적인 특별자치를 구현하고자 하였다. 다만 제주특별자치도에 대한 특례는 독점적인 것이 아니라, 지방자치 및 지방분권을 활성화하기 위하여 선도적, 시범적 특례에 지나지 않지만, 현재까지 중앙행정기관으로부터 지속적으로 권한을 체계적으로 이양받고 있으며, 재정적인 지원도 증가

하고 있으므로 헌법 및 법령의 개정으로 인하여 특별자치 및 국제자유도시를 실질적으로 구현할 필요가 있다. 그러나 ‘특별자치’라는 용어를 사용하고 있지만, 현실적으로는 제주특별자치도가 다른 지방자치단체와 비교하여 다른 법적 지위를 가지고 있는지, 혹은 자치입법권 등이 효율적으로 운영되고 있는지, 아니면 제주특별법에 따라 개별적·열거적으로 운영되는 권한이양방식이 타당한 것인지 여전히 명확하지는 않다.²²⁾ 그러므로 특별자치에 관한 효과적인 제도적·재정적 뒷받침이 필요하다고 본다. 그 내용으로는 첫째, 연방국가가 아니더라도 단일국가에서 특정한 지역에 대하여 다른 지역과는 차별성 있는 특별한 자치권을 인정하여야 할 것이다. 특히 단일국가 내에서 특별자치를 인정하는 국가²³⁾가 상당수 있으므로 특별자치의 본래의 취지를 고려하여 특별자치지역의 법적 지위, 조직의 형태, 자치권의 범위 등에 있어서 다양성을 인정할 필요가 있다. 특히 제주특별자치도의 경우에는 포르투갈의 마데이라(Madeira)와 아조레스(Azores)의 경우와 마찬가지로 자연적 환경 등이 상당히 우수하고, 고유의 역사적 문화적 특성 등을 가지고 있는 지역이다. 그동안 제주특별자치도는 섬지역의 특수성으로 말미암아 다른 지방자치단체에 비하여 열악한 조건을 가지고 있었고, 산업시설 및 경제시설 등이 충분히 마련되지 않아 주민의 빈부격차가 상당히 심각하였다. 따라서 이러한 특별자치를 통한 폭넓은 자치권을 인정함으로써 제도적·재정적 환경을 개선하여 선진적 특별자치모델을 구축할 필요가 있다.

(2) 새로운 방향의 정립

1) 프랑스의 지방분권정책

프랑스는 1982년 지방분권을 위한 개헌과 각종 후속 법률의 개정을 통하여 지방자치단체의 권한을 확대하고, 권한이양에 따른 재정을 확충함으로써 다양한 지방분권정책을 발전시키고 있다. 프랑스 헌법에서는 지방분권국가임을 명시하고, 지방자치 및 지방분권과 관련된 조항을 구체적으로 규율함으로써 지방분권에 대한 중앙정부의 재량권을 축소하고 실질적 지방분권을 추진하고 있다. 따라서 지방자치단체의 기관구성, 자치단체장의 임명, 지방의회의 선출방식과 권한 등에 관하여 프랑스의 규제모델을 참고하여 특별자치규제모델을 확립할 필요가 있다.

첫째, 프랑스의 지방자치개혁은 역사적 관점에서 발전 및 형성된 논의이고, 유럽연합체제에 의한 대외환경 변화, 사회적 경제적 변화 등에서 지방자치단체의 경쟁력 확보를 위하여 지방분

22) 제주발전연구원, 앞의 책, 36면.

23) 그 대표적인 예로서 포르투갈의 마데이라(Madeira)와 아조레스(Azores), 이탈리아의 시실리아(Sicilia) 및 핀란드의 올란드(Åland), 홍콩 등이 있다.

권에 대한 중앙정부의 재량권을 축소하고 행정구역을 대규모 개편하였다. 특히 프랑스는 정부와 지방자치단체간의 관계설정에 대하여 지속적으로 개정함에 따라 지방행정의 효율화와 합리화, 지방자치단체의 경쟁력을 강화하기 위한 다양한 정책을 추진하였다. 예를 들면, 지방분권을 활성화하기 위하여 11개의 대도시연합(métropole)을 창설하면서 기초자치단체 코뮌의 비효율성과 자치역량을 제고하기 위하여 토대를 마련하였다.²⁴⁾ 우리나라에서 지방분권을 강화하기 위하여 중앙정부의 권한을 지방으로 이양시키는 것이 무엇보다 중요하지만, 현실적으로 중앙정부가 지방에 대한 통제권을 상실하지 않기 위하여 권한이양이 상당히 소극적이고, 제주도의 경우에는 권한이양을 특별법에 의하여 대규모 이양하더라도 전국공통사무에 대하여는 조례를 제정하기 제한되는 경우도 있다.²⁵⁾ 즉 권한이양의 필요성은 상당히 높지만, 권한이양의 범위와 대상을 구체적으로 검토하지 않은 경우에는 지방분권의 실효성이 상당히 약화될 수 있을 것이다.

둘째, 실효성 있는 지방재정분권과 사무권한 이양으로 실질적인 지방분권을 추진함으로써 자치단체의 자치역량을 극대화하고 있다. 지방자치는 재정분권 없이는 제대로 구현되기 어렵고, 실효성 있는 권한행사를 위하여 자치입법권이 보장되어야 한다. 이런 점에서 프랑스는 행정권한의 이전과 재원의 이전이 병행된다. 이는 권한과 재원의 동시 이전 및 부담경비의 통합적 보상원칙이라고 한다. 프랑스 정부는 권한의 이전과 함께 업무수행을 위하여 그에 상응하는 재원의 이전을 병행하여 재정자립도를 제공하였다. 특히 지역발전에 핵심이 되는 인허가권 등 결정권과 재정에 관한 권한을 지방에 대폭 이전하였다. 또한 2003년 프랑스 헌법의 개헌으로 기초자치단체의 권한 우선의 원칙과 맥을 같이 하는 보충성 원칙을 헌법에 규정하여 자치입법권을 명시하고 있다. 사무권한의 종합행정수행원칙과 보충성의 원칙에 근거를 두고 프랑스 지방정부인 고뮌, 데파르트망, 레지옹 등의 자치사무 범위는 통합지방자치법에서 일반적인 지방자치단체의 자치입법권의 범위를 규율하고 있으므로 우리 법에 이러한 프랑스 모델을 모색할 필요가 있다고 한다.²⁶⁾ 다만 최근 프랑스에서 지방행정체제 개편 이후 소위 광역형 자치제도로의 재편과 함께 그 진실한 제도적 자치성이 의심받고 있으므로 이러한 프랑스의 제도적 변화에 따른 현황 등도 고려할 필요가 있다.

24) 김영식, 앞의 논문, 365면.

25) 자치사무에 따라 전국공통사무 등의 이유로 이양권한 활용의 필요성에 대하여 소극적인 경우도 있다. 전국공통사무 여부를 충분히 고려하지 않고, 일방적으로 조례로 제정하는 것이 과연 타당한 것인지 의문이다.

26) 정준현, 앞의 논문, 369-371면 참조.

2) 규제모델의 구축

지방분권제도를 강화하기 위하여 헌법상 실효성 있는 지방자치제도를 규율할 것이 지속적으로 제기되고 있는데, 무엇보다 헌법을 개정함에 있어서 개정의 대상과 범위를 어떻게 구성할 것인지에 대하여는 구체적으로 시기를 나누어 검토할 필요가 있다. 따라서 헌법 개정의 문제가 국회와 학계의 진지한 논의와 국민적 공감대를 바탕으로 하지 않고, 정치공학적 차원에서 주도되는 것은 결코 바람직하지 않다.²⁷⁾ 최근 지방분권을 통하여 균형발전과 경제적 자립을 구현하기 위하여 연방형 지방분권제도를 도입하자는 논의가 지속적으로 제기되고 있지만, 지방분권을 통하여 균형발전과 경제적 자립을 구현하여 명실상부한 지방시대를 열어가고자 한다면 아직까지는 연방형보다는 자치형이 보다 현실적인 대안이 될 것으로 본다. 즉 지방분권의 형태가 자치형인지 연방형인지의 여부는 지방자치의 내용 확정뿐만 아니라, 해석에서도 중요한 차이를 나타내게 되므로 이를 헌법 명문 속에서 명확히 할 필요도 있고, 우리나라의 실정에 적합한 실질적인 지방분권모델을 구축하여야 할 것이다.

제주특별자치도는 그동안 중앙정부로부터 지속적으로 권한이양을 받았지만 실제로 활용되지 않는 사무들이 상당히 존재하므로 중앙정부로부터 지방자치단체로의 권한이양이 필요한 것인 지 의문이다. 특히 미활용조례에 대하여 전국 공통사무 등의 이유로 권한이양의 활용하는데 소극적인 경우도 있고, 장기적인 관점에서 권한이양사무를 선정할 당시와 경제적 및 사회적 환경 등의 변화에 따라 조례를 제정할 당시의 필요성에 대한 평가가 상당히 다를 수 있으며, 권한이양의 내용을 선정함에 있어서 충분히 고려되지 않은 채 일괄적으로 권한이양을 하는 경우도 존재하기 때문에 제주특별법의 사례를 통한 향후 권한이양에 관한 규제모델을 새롭게 구축하여 체계적인 권한활용의 방향을 설정할 필요가 있다. 이러한 측면에서 종래 포르투갈 및 홍콩의 사례를 접목하여 정치적·행정적으로 특별한 제도로서의 지위를 헌법에 보장하는 것과 별개로, 실효성 있는 지방재정분권과 사무권한 이양으로 실질적인 지방분권을 추진하기 위하여 프랑스의 모델을 참고하여 자치입법권과 자치재량권을 중앙정부로부터 지방자치단체에 이양하는 모델을 구축하는 것이 특별자치의 취지에 부합할 것이라고 본다.

27) 주인석, “‘지방분권형’ 헌법 개정과 지방정치대표제 모델 연구”, 『지방정부연구』 제21권 제1호, 한국지방정부학회(2017), 490면.

2. 제도적 개선

(1) 자치입법권의 헌법적 수용

헌법은 ‘주민의 복리’에 관한 지방자치단체의 자유로운 규정의 제정을 인정하지만, 법령의 범위를 벗어난 자치규범 제정가능성에 대하여 엄격한 기준으로 통제하고 있다. 특히 단일국가에서 법률제정 권한을 입법기관인 국회에서 지방자치단체의 의회로 분리하는 것은 아직까지 적용하기 제한될 것이고, 개별 지역의 이익과 주민의 요구가 상이하기 때문에 만일 해당 자치규범이 법령에 위반되는 경우 이를 규율하기가 쉽지 않다. 또한 현행 헌법상 지방자치에 대한 한계로서 지방자치단체의 자치입법권의 제약을 들 수 있는데, 법령의 범위 내에서 자치규범을 제정하도록 함으로써 조례의 규범적 효력을 약화시키고 있다.²⁸⁾ 그런데 자치입법권을 법률에 반하지 아니하는 범위 또는 법률에서 규정하고 있지 아니한 범위로 규율한 입법제도 있으나, 이는 규범의 시원성을 지방의회에 두고, 연방의회 또는 중앙의회는 보충적 입법권을 행사하는 연방국가 또는 지역국가에서의 입법형식이라 할 것이다. 그러므로 규범적 시원성을 국가에 두고 있는 지방분권 국가에서는 법령의 범위 내로 자치입법권의 범위를 한정하는 것이 타당하다는 견해가 있다. 단일국가에서 위임형이 아닌 자치형의 경우에는 조례에 대하여 법규명령적 성격을 부여하는 정도에 그치기 때문에 지방사무에서의 특수성은 다소 제약적일 수밖에 없다. 그러나 법규명령 및 법규창설적 효력을 가지는 규범이므로 현행 헌법에 의한 위임형에 비하여 자치형은 자치입법권의 범위를 폭넓게 확대하려는 것이다. 지방분권을 통하여 균형발전과 경제적 자립을 구현하여 명실상부한 지방시대를 열어가고자 한다면, 아직까지는 자치형이 보다 현실적인 대안이 될 것으로 본다.²⁹⁾

최근 연방형 지방분권제도를 도입함으로써 자치입법에 법률적 성격을 부여하고 지방자치단체에 지방정부로서의 지위를 부여하는 것이 현행 헌법적 동일성 유지 차원에서 가능할 수 있는 가라는 문제³⁰⁾는 차치하더라도, 개헌을 통하여 연방형 지방분권제도를 도입한다면, 이미 경제적으로 경쟁력 있고 재정자립도가 확보되어 있는 지방자치단체와 상대적으로 낙후된 지방자치단체와의 지역간 편차가 증가하여 향후 지역적 불균형에 따른 심각한 후속적 문제가 제기될 수 있

28) 전훈, 앞의 논문, 122면.

29) 박인수, 위의 논문, 18, 22면.

30) Carlos M. Herrera, La décentralisation et les institutions administrative, A. Colin, 1996, 2e édition refondue.

을 것이다. 이는 결국 지방분권에 관한 개헌을 통하여 지역간의 균형 발전을 도모하고자 하는 개헌의 의도와도 부합하지 않을 것이다. 따라서 통일에 대한 논의로서 정치환경에서 연방형 분권 국가 및 연방국가로의 전환을 모색할 수 있을 것이고, 이 경우에는 헌법의 개정이 아니라 새로운 헌법의 제정이라는 관점에서 접근하여야 할 것으로 본다.³¹⁾ 물론 개헌에 관한 국민적 공감대와 학계 및 정치권의 논의가 증가하고 있으므로 연방제 수준의 지방분권제도를 확립하는 것도 일응 타당하지만, 그동안 중앙행정권한의 지방이양에 관한 체계적인 논의가 축적되어 있지 않고, 제주특별법의 사례에서 볼 수 있듯이 권한이양의 범위와 대상 등을 체계적으로 다루기에는 시간이 필요하다는 사실을 살펴볼 때, 헌법 개정이 조속히 이루어지더라도 권한이양에 관한 전체적인 방향과 목적 등을 설정하고, 세부적인 사항에 대하여는 시기를 나누어 구체적으로 발전시킬 필요가 있다고 본다.

(2) 자치재정권의 도입 논의

현행 지방자치제도는 국가사무와 지방자치사무간 및 지방자치단체와 그 소속 사무간 등가치성에 입각하고 있으나, 현실적으로는 재정불균형이 발생함에 따라 이를 해소하여 해당 사무를 원활히 수행할 수 있도록 중앙행정기관으로부터 지방자치단체에 최저한도 이상의 재정을 부여하고 있다. 지방자치행정을 실효적으로 확보하기 위해서는 특별법에 의한 조례제정권을 부여하는 것뿐만 아니라, 이를 뒷받침할 수 있는 재정권을 지방자치단체에 보장하는 것이 바람직할 것이다. 특히 지방자치단체는 자치사무의 처리를 위한 비용지출의무가 법률상 부과되고 있기 때문에(지방재정법 제132조) 그 비용에 충당하기 위하여 자기책임적으로 필요한 세입을 확보하고 지출을 관리할 권한이 필요한데, 이를 재정고권이라고 한다. 이는 지방자치의 체계적이고 실효적 구현을 위한 본질적인 부분이다.³²⁾ 다만 독일에서조차 1994년 기본법 제28조 제2항 제3문이 도입되었음에도 불구하고,³³⁾ 독일 연방헌법재판소는 여전히 지방자치단체에 재정상의 최저한도 이상을 부여하는 것에 대하여 부정적이었다.³⁴⁾ 이와 달리 프랑스에서는 재정분권 없는 지방자치는 실질적으로 구현되기 어렵기 때문에 효율적인 권한행사를 위하여 자치입법권과 함께 자치재정권을 인정하였다. 특히 2015년 8월 “신 지역행정조직에 관한 법률”(loi portant Nouvelle

31) 박인수, 위의 논문, 22면.

32) Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: ders.(Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12, Aufl., 2002, S. 24.

33) NVwZ 1996, Heft 6, S. 586.

34) BVerfGE 119(2008), 331(361).

Organisation Territoriale de la République)에 의하여 지방자치단체의 권한을 명확하게 재설정하고 레지옹에 대한 새로운 법적 권한 등을 부여하였다. 이는 레지옹과 데파르트망의 일반 행정권 한조항을 삭제함으로써 이들이 지방행정에 있어 모든 분야에 개입하고, 관련 사업분야에 재정지출을 할 수 있는 권한을 제한하였다. 이로써 상호간 조화로운 공공정책을 추진함과 동시에 정부정책에 관한 사업신청에 있어서 지방자치단체들간의 불필요한 재정지출을 막을 수 있게 되었다. 이와 달리 레지옹은 경제개발, 유럽연합 지원사업관리, 직업교육 및 학교교육 운영, 환경 및 대중교통 등 다양한 분야에서 독점적 권한을 가지게 되면서 종래 레지옹과 데파르트망의 행정권한에 관한 충돌되는 문제를 해결하게 되었다.³⁵⁾

최근 능동적 주민참여와 수직적 권력분립의 활성화를 통한 실질적인 주민참여형 및 지방분권형 민주주의 국가의 구현의 필요성을 제기하는 경우가 많고, 지방자치제도의 제도적 보장이라는 관점에서 지방자치단체의 자율성을 존중 및 보장하고, 이를 체계화하기 위한 자치입법권, 자치행정권, 자치재정권 등을 주장하는 경우가 증가하고 있다.³⁶⁾ 다만 이러한 논의가 일응 타당한 면도 있으나, 국가입법정책상의 필요한 범위 내에서 합리적인 변경은 허용될 수 있지만, 그 정도를 벗어나 사실상 지방자치제도의 본질적인 취지를 왜곡하거나, 또는 지방자치제도 자체의 폐지 혹은 형해화시키는 것은 금지할 필요가 있다.³⁷⁾ 또한 지방자치단체의 재정건전성 및 경쟁력과 지역의 균형발전을 위하여 재정자립도가 낮은 지방자치단체에 대한 교부금과 보상금 등을 지원함으로써 지방분권제도를 개혁하는 것보다는 장기적인 관점에서 지방자치 및 지방분권에 관한 헌법예의 수용 이후에 자치재정권의 도입과 지방행정체계의 개편을 실시하는 것이 타당하다고 본다.³⁸⁾

3. 특별자치규제모델의 확립

우리 헌법에서 지방자치제도에 관한 한계는 지방정부의 자치입법권의 제약과 자치재정권의 부재이다. 다만 자치재정권은 자치입법권과 마찬가지로 지방자치를 실현하는 본질적인 요소

35) 김영식, 앞의 논문, 368면.

36) 전훈, 앞의 논문, 138면.

37) 박인수, 앞의 논문, 22면.

38) 전훈, 위의 논문, 137면.

임에도 불구하고, 충분한 논의를 거쳐서 단계별 점진적으로 검토되지 않고 정치공학적으로 접근한다면, 지방분권을 통하여 지역의 균형발전과 경제적 자립을 구현하기가 더욱 어려워질 것으로 보인다. 따라서 정부는 2006년 제주특별자치도를 선별적으로 채택하여 제주특별법에 따른 방대한 조례의 제정권을 부여하였다. 다만 자치입법권에 관한 부분은 예외적으로 확대하였으나, 자치재정권은 도입하지 않았다. 그 이유는 지방분권 및 지방자치가 발전된 프랑스에서조차 자치재정권의 도입은 자치입법권이 도입된 이후에 점진적으로 도입되었다는 점이고, 역사적 발전과정에서 지방자치단체간의 지역적 편차를 충분히 검토하지 않은 채, 자치재정권을 도입할 경우에는 지역불균형에 따른 심각한 후속적 문제가 제기될 수 있기 때문이다.

또한 자치입법권을 헌법에 명문으로 규율하기 위하여 제주특별자치도의 사례를 살펴볼 수 있듯이, 그 대상과 방법은 단순규제 및 단순업무 등에 관한 개별적·점진적인 권한이양으로서 10년간 5차례의 제도적 개선을 통하여 4,537건(세부사무 5,189건)의 권한이양 중 943건(18.2%)이 여전히 조례로 제정되지 않고 있다. 만일 해당 사무가 단순규제가 아닌 핵심규제로서 개별적·점진적 방법이 아닌 포괄적으로 도입한다면, 과연 동일한 기간 동안 얼마나 제도적으로 개선될 수 있을지 불명확하다. 즉 10년간 미활용되고 있는 사무들에 대한 체계적인 분석과 불필요한 규정이나 특별법에 의하여 조례로 제정될 경우에 중복규제로서의 문제 등에 대하여 면밀히 검토할 필요가 있다고 본다. 그러므로 특별자치에 관한 선별적 대상인 제주특별자치도의 사례를 토대로 하여 특별자치규제모델을 구축할 때에 다음과 같은 규제방식을 채택하는 것이 타당하다고 본다.

첫째, 지방자치 및 지방분권제도의 개혁을 통한 실질적 민주주의를 구현한다는 취지에서 충분한 학문적 논의와 국민적 공감대를 바탕으로 하지 않고, 정치공학적 차원에서 개혁을 논의하는 것은 결코 타당하지 않다. 따라서 제주특별자치도의 사례를 중심으로 특별자치의 대상을 선정할 때에는 그 취지와 목표, 방향 등에 관한 명확한 내용을 검토하여야 하고 이를 위한 구체적인 로드맵을 구축하여야 한다. 특히 지방자치단체에 대한 중앙행정기관의 권한이양의 대상이 단순규제인지 혹은 핵심규제인지 여부, 그 권한이양의 방법을 개별적·점진적으로 할 것인지 또는 포괄적으로 할 것인지, 그리고 해당 사무를 권한이양할 경우에 미활용되는 사무를 어떻게 처리할 것인지 혹은 불필요한 권한이양에 관한 미활용의 경우 조례로 제정하지 않아도 괜찮은 것인지 등의 구체적인 논의가 필요할 것이다. 또한 지방자치단체간의 관계와 중앙행정기관과 지방자치단체간의 협력관계방안뿐만 아니라, 만일 이에 관하여 여전히 수직적 관계가 유지될 경우에 이

를 어떻게 대처할 것인지에 관한 실효적인 검토가 보다 세밀하게 연구되어야 할 것이다. 나아가 특별자치지역의 담당 공무원에 대한 참여유도방안과 권한이양에 대한 효율적인 공무원 교육 등을 실시하여야 할 것이다.

둘째, 비교법적 관점에서 지방자치제도의 역사적 발전과정에서 충분한 합의와 타협이 이루어졌음에도 불구하고, 그러한 체계적인 논의 없이 일방적으로 제도화하는 것은 오히려 사회적 극심한 대립을 야기할 수 있을 것이고, 이를 실질적으로 적용해야 하는 부처별 관계자들의 견해도 나누어질 것이라고 본다. 즉 세부적인 내용에 있어 차이가 있더라도 권한이양 활용의 필요성 및 그 방향성에 대하여는 서로 통일된 시각을 가질 필요가 있다. 그리고 부처별 의견을 조율하는 과정에서 다양한 분야의 전문가들이 참가하여 보다 폭넓고 다양한 의견을 수렴할 수 있도록 하고, 해당 지방자치단체의 주민의 적극적인 참여와 의견개진의 기회 등도 마련되어야 할 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 최근 연방형 지방분권제도 및 자치재정권 등을 도입하자는 논의가 제기되고 있는데, 실무상의 다양한 문제가 해결되지도 않은 채, 이를 급진적으로 주창하는 것은 다소 성급한 것이 아닐까 한다. 오히려 지방분권을 전국적으로 확대하는 것보다는 재정자립도 및 재정건전성을 갖추었거나 혹은 경제개발 및 관광 등의 목적을 가지는 특별한 지역을 제한적으로 선정하여 점진적으로 특별자치도를 확대해 나가는 것이 바람직하다고 본다. 이러한 경우에도 특별자치지역 상호간의 조화로운 공공정책을 추진함과 동시에 정부정책에 관한 사업신청에 있어서 불필요한 재정지출을 막을 수 있는 제도적 방안이 고려되어야 할 것이다.

셋째, 특별자치의 형태로 지방분권제도를 확대하거나 혹은 연방형 지방분권유형으로 지방자치제도를 보다 발전시키는 경우에는 헌법상 자치형인지 또는 연방형인지 여부를 명문으로 규율하여야 한다. 자치형과 연방형의 차이는 국가형태와 직접적이고 논리적인 체계성을 가지는 것이므로 이를 명문화하여 지방자치의 내용과 해석에 대한 오해를 제거할 필요가 있다. 또한 자치입법권은 현행 헌법상 법령의 범위 내에서만 가능하기 때문에 전형적인 위임형 지방분권국가라고 할 수 있는데, 자치입법권을 법령이 아닌 ‘법률의 범위 내’(1안)라고 하든지 혹은 ‘법률을 위반하지 않는 범위 내’(2안)라고 하여 그 범위를 확장하고, 자치형 지방분권을 위한 제도적 장치를 구축하며, 중앙행정기관으로부터 지방자치단체의 자유로운 행정을 구현하도록 한다.³⁹⁾ 1안과 2안 중 어느 방안을 채택하더라도 종래 지방자치단체의 한계를 벗어나, 자치단체가 실질적으로 지방분권 및 지방자치를 구현할 수 있는 토대를 마련할 필요가 있다. 특히 법률의 범위 내

39) 박인수, 위의 논문, 8-11면.

에서 자치입법권을 행사할 수 있기 때문에 자치입법을 통하여 중앙행정기관이 발하는 법규명령과 마찬가지로 법규적 성격을 가지는 조례를 제정하는 것이 가능하게 된다. 그러므로 지방자치단체는 주민의 자유와 권리에 영향을 미칠 수 있는 자치법규 정립도 가능하게 된다. 다만 헌법에 이를 명문으로 규율하지 않을 경우에는 국회 입법권에 대한 직접적 제한이 되기 때문에 실질적인 지방분권제도를 구축하기 위하여는 개헌이 필요하다고 본다. 만일 2안을 채택할 경우에는 법률적 지위의 자치입법이 국가 법률과 충돌되거나 또는 법률을 침해할 수 있으므로 헌법재판소를 통하여 재판을 거쳐야 할 것이다. 이러한 경우에는 다양한 행정소송 등으로 인하여 지방분권제도의 실효성을 저해할 수 있으므로 1안이 타당하다고 본다.

IV. 맺음말

2017년 6월 개정된 일본 지방자치법은 그동안 지방자치제도에 관한 다양한 문제점을 인식하면서 “인구감소사회에 적절히 대응하기 위한 지방행정체제 및 구조의 방향성에 관한 논의”를 근간으로 하였다. 특히 이번 지방자치법 개정에서는 지방분권을 강화하기 위하여 국가의 관여를 제한하고자 하였다. 따라서 지방분권개혁에 국가가 관여하려면, 법률의 근거가 필요하고, 불필요한 관여를 억제하며, 공정하고 투명하게 지방분권이 운영될 수 있도록 하여 지방자치단체의 자율적 행정이 구현되도록 하였다. 이러한 변화의 흐름에 맞춰 우리나라에서도 ‘연방형 수준의 지방분권’과 ‘지방분권형 국가운영’을 목표로 하여 헌법을 개정하겠다고 하였다.

프랑스의 지방자치개혁은 역사적 관점에서 발전 및 형성된 논의이고 유럽연합체제에 의한 대외환경 변화, 사회적 경제적 변화 등에서 지방자치단체의 경쟁력 확보를 위하여 지방분권에 대한 중앙정부의 재량권을 축소하고 행정구역을 대규모 개편하였다. 특히 프랑스는 정부와 지방자치단체간의 관계설정에 대하여 지속적으로 개정함에 따라 지방행정의 효율화와 합리화, 지방자치단체의 경쟁력을 강화하기 위한 다양한 정책을 추진하였다. 다만 이러한 과정에서 지방행정체제의 개편 이후 소위 광역형 자치제도로의 재편과 함께 그 진실한 제도적 자치성이 의심받고 있으므로 이를 염두에 두고 프랑스 모델을 고려할 필요가 있다.

최근 능동적 주민참여와 수직적 권력분립의 활성화를 통한 실질적 주민참여형 및 지방분권형 민주주의 국가의 구현의 필요성을 제기하는 경우가 많고, 지방자치제도의 제도적 보장이라

는 관점에서 지방자치단체의 자율성을 존중 및 보장하고, 이를 체계화하기 위한 자치입법권, 자치행정권, 자치재정권 등을 주장하는 경우가 증가하고 있다. 다만 이러한 논의가 일응 타당한 면도 있으나, 국가입법정책상의 필요한 범위 내에서 합리적인 변경은 허용될 수 있지만, 그 정도를 벗어나 사실상 지방자치제도의 본질적인 취지를 왜곡하거나 또는 지방자치제도 자체의 폐지 혹은 형해화시키는 것은 금지할 필요가 있다. 또한 지방자치단체의 재정건전성 및 경쟁력과 지역의 균형발전을 위하여 재정자립도가 낮은 지방자치단체에 대한 교부금과 보상금을 지원함으로써 지방분권제도를 개혁하는 것보다는 장기적인 관점에서 지방자치 및 지방분권에 관한 헌법의 수용 이후에 자치재정권의 도입과 지방행정체계의 개편을 실시하는 것이 타당하다고 본다. 또한 지방분권 및 지방자치가 발전된 프랑스에서조차 자치재정권의 도입은 자치입법권이 도입된 이후에 점진적으로 도입되었고, 역사적 발전과정에서 지방자치단체간의 지역적 편차를 충분히 검토하지 않은 채, 자치재정권을 도입할 경우에는 지역불균형에 따른 심각한 후속적 문제가 제기될 수 있다.

그러므로 이 글에서는 지방분권을 강화하기 위하여 중앙행정권한의 지방이양에 관한 문제를 다음과 같이 해결할 필요가 있다고 본다.

첫째, 지방자치 및 지방분권제도의 개혁을 통한 실질적인 민주주의를 구현한다는 취지에서 충분한 학문적 논의와 국민적 공감대를 바탕으로 하지 않고, 정치공학적 차원에서 개혁을 논의하는 것은 결코 타당하지 않다. 따라서 특별자치의 대상을 선정할 때에는 제주특별자치도의 사례를 참고하여 특별자치의 취지와 목표, 방향 등에 관한 명확한 내용을 검토하여야 하고 이를 위한 구체적인 로드맵을 구축하여야 한다. 특히 지방자치단체에 대한 중앙행정기관의 권한이양의 대상이 단순규제인지 혹은 핵심규제인지 여부, 그 권한이양의 방법을 개별적·점진적으로 할 것인지 또는 포괄적으로 할 것인지, 그리고 해당 사무를 권한을 이양할 경우 미활용되는 사무를 어떻게 처리할 것인지 혹은 불필요한 권한이양에 관한 미활용의 경우 조례로 제정하지 않아도 괜찮은 것인지 등의 구체적 논의가 필요하다.

둘째, 지방자치제도에 관한 충분한 합의 없이 일방적으로 이를 제도화하는 것은 오히려 사회적으로 극심한 대립을 야기할 수 있고, 이를 실질적으로 적용하여야 하는 부처별 관계자들의 견해도 나누어질 것이다. 즉 세부적 내용에 있어 차이가 있더라도 권한이양 활용의 필요성 및 그 방향성에 대하여는 서로 통일된 시각을 가질 필요가 있다. 그리고 부처별 의견을 조율하는 과정에서 다양한 분야의 전문가들이 참가하여 폭넓고 다양한 의견을 수렴할 수 있도록 하고, 해당 지

방자치단체의 주민의 적극적 참여와 의견개진의 기회 등도 마련되어야 할 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 최근 연방형 지방분권제도 및 자치재정권 등을 도입하자는 논의가 제기되고 있는데, 실무상의 다양한 문제가 해결되지도 않은 채, 이를 급진적으로 주창하는 것은 다소 성급하다고 본다. 오히려 지방분권을 전국적으로 확대하는 것보다는 재정자립도 및 재정건전성을 갖추었거나 혹은 경제개발 및 관광 등의 특수한 목적을 가지는 특별한 지역을 제한적으로 선정하여 점진적으로 특별자치지역으로 확대해 나가는 것이 타당하다고 본다. 이러한 경우에도 특별자치지역 상호간의 조화로운 공공정책을 추진함과 동시에 정부정책에 관한 사업신청에 있어서 불필요한 재정지출을 막을 수 있는 제도적 방안을 고려하여야 할 것이다.

셋째, 특별자치의 형태로 지방분권제도를 확대하거나 혹은 연방형 지방분권유형으로 지방자치제도를 보다 발전시키는 경우에는 헌법상 자치형인지 또는 연방형인지 여부를 명문으로 규율하여야 한다. 자치형과 연방형의 차이는 국가형태와 직접적이고 논리적인 체계성을 가지는 것이므로 이를 명문화하여 지방자치의 내용과 해석에 대한 오해를 제거할 필요가 있다. 또한 자치입법권을 법령이 아닌 ‘법률의 범위 내’(1안)라고 하든지 혹은 ‘법률을 위반하지 않는 범위 내’(2안)라고 하여 그 범위를 확장하여 자치형 지방분권제도를 구축하고, 중앙행정기관으로부터 지방자치단체의 자유로운 행정을 구현하도록 한다. 특히 이는 법률의 범위 내에서 자치입법권을 행사할 수 있기 때문에 자치입법을 통하여 중앙행정기관이 발하는 법규명령과 마찬가지로 법규적 성격을 가지는 조례를 제정하는 것이 가능하게 됨에 따라 지방분권을 통하여 균형발전과 경제적 자립을 구현할 수 있을 것이라고 본다.

참고문헌

- 민기·홍주미, “중앙행정권한의 지방이양에서 나타난 권한이양 유형분류 및 소요재원 산정방안”, 「한국지방자치학회보」 통권 제99호(제29권 제3호), 한국지방자치학회(2017).
- 성낙인, 「헌법학」 제16판, 법문사, 2016.
- 박인수, “지방분권국가의 특징과 한계”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회(2017).
- 전 훈, “분권형 개헌과 지방자치”, 「법학논고」 제58집, 경북대학교 법학연구원(2017).
- 정준현, “현행 지방자치개혁을 둘러싼 논의와 바람직한 법적 방향—지방분권 개헌논의를 중심으로—”, 「지방자치법연구」 통권 제55호(제17권 제3호), 한국지방자치법학회(2017).
- 정재황, 「신 헌법입문」 제6판, 박영사, 2016.
- 주인석, “‘지방분권형’ 헌법 개정과 지방정치대표체 모델 연구”, 「지방정부연구」 제21권 제1호, 한국지방정부학회(2017).
- 제주발전연구원, 「제주특별자치도의 헌법적 근거 마련 방안 연구」, 2008. 12.
- 제주특별자치도, 「제주특별법 이양권한 활용방안연구」, 2017. 9.
- 최용전, “연방제 수준의 개헌을 위한 과제—제주특별법의 사례를 중심으로—”, 「지방자치법연구」 통권 제55호(제17권 제3호), 한국지방자치법학회(2017).

Carlos M. Herrera, La décentralisation et les institutions administrative, A. Colin, 1996, 2e édition refondue.

Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in: ders(Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 12, Aufl., 2002.

Franz-Ludwig Knemeyer/Matthias Wehr, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 2001.

Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVB I. 1995.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Band I. 1984, § 12II 1.

宇賀克也, “地方自治法等の改正(2017年)の背景と意義”, 「自治実務セミナー」, 第一法規(2017. 8).

板垣勝彦, “地方自治の本質と国の関与”, 「自治実務セミナー」, 第一法規(2017. 8).

Abstract

Mechanisms for Institutional reinforcement of Decentralization and Empowerment

Sung-Hwa, Kim

Researcher, The Institute of Law & Policy, Jeju National University

It is necessary to consider new approaches to amend Constitution in Korea. In particular, it seeks to make political and legal environment of decentralization and empowerment. In this article, it uses the terms interchangeably and focuses on the mechanisms for institutional reinforcement. It reflects a general reluctance to compare decentralization and empowerment theory between France and Germany. In fact, it is difficult to revise Constitution for decentralization and empowerment because it depends on the situation where it is, so that it is unclear and ambiguous to apply Constitution. In this respect, it tries to expand the range of regulations for the decentralization and empowerment and to examine various prominent precedents among these countries. It seeks to explore the patterns of homogeneity and heterogeneity that appear. There are many controversies of their effectiveness by expanding the range of regulations for the decentralization and empowerment so that it has a thorough grasp of substantial continuous and systematic measures of regulations for nation in Korea. Therefore, it is necessary to set out a conceptual framework and a factual basis with the important issues of protection of nation facing Constitution can be fruitfully explored in Korea.

TOPIC: local self-government, decentralization, self-government, empowerment, constitutional amendment