

國家監督手段으로서의 承認留保

Genehmigungsvorbehalt als Kommunalaufsichtsmittel

李 琦 雨

(韓國地方行政研究院 主任研究員)

<目 次>

- I. 序
- II. 承認留保의 意義
- III. 承認留保의 法的 根據
- IV. 承認行政廳
- V. 承認留保의 法的效力
- VI. 承認留保의 法的性質
- VII. 承認을 통한 地方自治行政의 合目的性
에 대한 國家關與의 憲法的 許容性
- VIII. 地方自治法 附則 第4條에 의한 承認留
保
- IX. 承認權의 行使
- X. 違法한 承認의 拒否에 대한 權利 救濟
- XI. 結論

I. 序

地方自治團體에 관한 國家監督의 範圍나 強度는 그 時代의 國家와 地方自治團體의 關係에 의해서 決定된다.¹⁾ 地方自治團體가 國家로부터 獨立성과 自治權을 많이 가질수록 그에 대한 國家의 監督은 制限된다. 헌법 第

117條 第1項은 地方自治團體의 自治權을 保障하고 있다. 이는 地方自治의 制度的인 保障으로 理解되며 立法者라 할지라도 地方自治의 本質的인 內容을 侵害하는 立法을 할 수 없다는 것을 의미한다.²⁾

오늘날 올바른 國家觀에 의하면 地方自治團體는 國家의 後見下에 있는 단순한 國家의 下部機關도 아니요 또한 市民의 國家에 대한 투쟁의 堡壘도 아니다.³⁾ 地方自治團體는 自治權을 본질적인 要素로하는 法的地位를 갖

2) 制度的 保障에 관하여 자세한 것은 Schmitt, Carl, Verfassungslehre, München u. Leipzig 1928, S.170ff.; ders., Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954, S.143ff.; Klein, Friedrich, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantie, Breslau 1934, S.56 ff.; Forsthoff, Ernst, Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, Berlin 1932, S.22ff.

3) Triepel, Heinrich, Die Reichsaufsicht, Darmstadt 1964, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1917, S.111f.; Salzwedel, Jürgen, Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22(1965), S.313; Pagenkopf, a.a.O. (註 1), S.367; Reuter, Konrad, Rechtsaufsicht über die Gemeinden und Opportunitätsprinzip, Diss. Tübingen 1967, S.17.

1) Pagenkopf, Hans, Kommunalrecht, Bd.1, Verfassungsrecht, 2.Aufl, Köln 1975, S.367.

지만, 다른 한편으로 地方自治團體는 全體로서의 國家의 한 構成部分이다. 따라서 地方自治團體는 國家法秩序의 拘束을 받는다. 國家가 地方自治團體의 法的拘束性을 確保하기 위한 手段이 國家監督制度이다. 또한 地方自治行政은 넓은 의미에서 國家行政의 一部를 이루는 것이며, 自治業務의 원활한 수행은 國家全體의 利益에도 관계된다.⁴⁾ 따라서 國家는 國家監督을 통하여 地方自治團體의 活動을 지원하고 保障할 필요가 있다. 이런 의미에서 國家監督은 地方自治團體의 法治行政을 保障하고 그의 自治能力을 補強하여 “健全한” 地方自治行政을 保障하는 기능을 한다. 따라서 國家監督은 國家와 地方自治團體를 연결하는 架橋이며 國家는 이를 통하여 지방자치단체에 대해 한편으로는 統制者로서, 다른 한편으로는 協力者 내지 同伴者의 地位를 갖는다. 憲法은 國家監督에 대해 직접 규정하고 있지는 않지만 第117條第1項과 第118條第2項에서 自治權의 保障과 그에 對한 法律留保를 규정함으로써 國家監督의 可能性을 포함하고 있다.

地方自治法은 第9章에서 “指導·監督”의 表題下에 監督手段들을 規定하고 있으며, 同法의 다른 章이나 特別法에 監督에 관한 規定이 散在한다. 事前的인 國家統制의 手段으로서 地方自治法과 特別法은 地方自治團體의 一定한 作用을 國家의 承認下에 留保해 두고 있다. 여기서는 承認의 留保에 관한 諸般法

律問題를 地方自治에 대한 憲法上的의 制度的 保障과 관련하여 다룬다.

考察의 範圍은 自治事務에 관한 承認의 留保에 限定한다. 委任事務나 國家事務에 대한 承認留保는 여기서 除外한다.

II. 承認留保의 意義

國家는 地方自治團體의 一定한 法的行爲에 대하여 法律로 承認을 留保함으로써 地方自治團體의 行政作用에 事前的·豫防的으로 參與할 수 있다. 承認의 留保는 地方自治團體와 國家의 關係를 형성하는 制度중의 하나로서 오래전부터 存在해 왔다. 헌법이 地方自治를 制度的으로 保障하고 있으며 地方自治法이나 그 밖의 特別法이 例外的인 경우에만 一定한 地方自治團體의 行爲를 承認의 留保下에 두고 있다는 점에서, 원칙적으로 “承認으로부터 自由의 原則(Grundsatz der Genehmigungsfreiheit)”이 妥當하다. 따라서 地方自治團體는 法律로써 承認義務를 명백히 규정하고 있는 경우에만 國家의 承認을 받을 義務가 있다. 法的 根據없이 國家監督廳은 地方自治團體에게 承認義務를 부과할 수 없다.

承認의 留保라함은 「地方自治團體의 行爲가 國家의 承認을 받음으로써 비로소 有效하게 되도록하는 地方自治團體의 自治權에 대한 法的인 制限⁵⁾」이다. 따라서 地方自治團體

4) Eckert, Helmut, Die Mittel der Staatsaufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände nach den seit dem 8. Mai erlassenen Gemeindeverfassungsgesetzen der Länder in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Köln 1950, S. 30.

5) Salzwedel, a. a. O. (註 3), S. 243; Pagenkopf, a. a. O. (註 1), S. 385; Keller, Dieter, Die staatliche Genehmigung von Rechtsakten der Selbstverwaltungsträger, Heidelberg 1976, S. 43; Mayr, Christoph, Aufsichtsverhältnisse als Verwaltungsverhältnisse, Karlsruhe 1984, S. 91.

의 一定한 行爲가 法律의 規定에 의해서 國家의 承認을 받게 되어 있으면 國家의 承認이 있는 경우에 비로소 有效한 것이 되며, 國家가 承認을 하지 않는 경우에는 다른 要件을 갖추었더라도 法的인 效力을 발생하지 아니한다. 이러한 의미에서 承認은 地方自治團體行爲의 有效要件이다. 다만 承認이 地方自治團體의 行爲에 있어서 그 構成部分이 되는 것은 아니므로 成立要件으로 볼 것은 아니다.⁶⁾

承認의 留保는 許可의 留保와 區別되어야 한다. 許可는 法律에 의한 일반적인 相對的 禁止를 特定한 경우에 解除하여 適法하게 行爲할 수 있게 해주는 行政行爲로서 行爲의 適法要件이다. 따라서 許可받아야 할 行爲를 許可없이 한 경우에 違法的 行爲로 되어 制裁를 받지만 그 效力에 영향이 있는 것은 아니다. 이에 대하여 承認받아야 할 行爲를 承認없이 행한 경우에는 그 法的인 效力이 發生하지 않는다.

承認은 또한 申告나 報告와 區別되어야 한다. 申告나 報告는 國家監督廳의 調查權⁷⁾을 보조하는 手段으로서 法的監督을 위한 資料를 提供하는 機能을 한다.⁸⁾

6) Vgl. Gönnerwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen 1963, S.157; Menger, Christian-Friedrich, Höchstrichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 52(1961), S.410ff.; Salzwedel, a.a.O.(註 3), S.243; Pagenkopf, a.a.O.(註 1), S.383f. 條例에 대한 國家의 承認이 有效要件인지 成立要件인지에 대해서는 學說이 對立한다. Vgl.Lohr, Valentin, Sitzungsgewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart 1963, S.243. 後述하는 바와 같이 承認은 國家監督手段이므로 有效要件으로 보아야 한다.

7) 이기우, 獨逸에서의 地方自治團體에 대한 國家監督(下), 判例月報, 1989.10, S.11.

8) Keller, a.a.O.(註 5), S.50.

申告나 報告를 하지 않을지라도 그 行爲의 法的效力에 영향이 있는 것은 아니다. 따라서 有效要件인 承認의 留保와는 法的效力이 다르다.

III. 承認留保의 法的根據

위에서 말한 바와같이 地方自治團體의 行爲는 원칙적으로 國家의 承認을 요하지 않는다. 地方自治團體가 國家의 承認을 받을 義務는 法律에 明示的인 規定이 있는 경우에 限한다. 地方自治法上으로 承認義務는 第4條 第3項의 區와 邑·面·洞의 名稱과 區域의 變更에 관한 條例事項, 第6條 第1項에 의한 事務所所在地의 設置·變更에 관한 條例事項, 第104條 第2項의 直屬機關의 設置에 관한 條例事項, 第111條에 의한 下部行政機構에 관한 規則事項, 第115條 第1項에 의한 地方債에 관한 承認, 第138條 第1項에 의한 地方公社의 設立에 관한 條例事項, 第160條 第2項의 自治區의 財源調整에 관한 條例事項, 附則 第4條의 經過措置에 의한 地方議會의 議決事項 등이다. 그 밖에 特別法의 도처에 承認義務를 規定하고 있다. 예컨대 農地의 保全 및 利用에 관한 法律 第5條 第1項에 의한 農地의 轉用에 관한 承認, 都市計画法 第10條의 2에 의한 都市基本計劃에 대한 承認, 自然公園法 第11條 및 第12條에 의한 道立公園計劃 및 郡立公園計劃에 관한 承認 등을 들 수 있다.

IV. 承認行政廳

地方自治團體의 行爲에 대한 承認의 管轄

官廳은 法律의 規定에 의해서 定해진다. 地方自治法 第9章에 규정된 監督手段의 行使에 관한 監督官廳은 市·郡에 대하여는 市長·道知事, 市·道에 대해서는 內務部長官이다. 承認의 管轄官廳은 반드시 이와 일치하는 것이 아니며 個別事項에 따라 상이하다. 承認官廳에 대한 散發的인 規정은 關係관청간의 相反된 利害대립으로 地方自治團體를 “동네북”으로 만들 위험이 있다.⁹⁾ 이러한 危險을 피하고, 지방자치단체의 全盤的인 狀況을 고려하여 承認如否를 決定하는 것이 可能하도록 하기 위하여 承認官廳은 特別한 事情이 없는 한 될 수 있는대로 하나의 監督機關에 집중시키는 것이 바람직하다(監督官廳一元化의 原則¹⁰⁾). 또한 그렇게 함으로써 監督權行使를 專門的이고 效率的으로 할 수 있게하고 監督官廳과 地方自治團體사이에 信賴關係를 形成시킬 수 있을 것이다.

V. 承認留保의 法的效力

國家의 承認을 필요로하는 地方自治團體의 行爲는 國家의 承認을 받음으로써 비로소 有效하게 된다. 따라서 承認은 形成的行政行爲

이며 創設的인 效力을 갖는다.¹¹⁾

1. 承認을 받지 아니한 地方自治團體行爲의 效力

法律의 規定에 의하여 承認을 받아야 할 行爲를 承認을 받지 않고 행한 경우에 地方自治團體의 行爲는 違法한 行爲가 되며, 그것이 어떤 法的效力을 가져오는지는 公法上의 行爲와 私法上의 行爲에 있어서 同一하지 않다. 承認없이 행한 公法上의 行爲는 그 本來의 效力을 發生하지 아니한다. 許可를 받아야 할 行爲를 許可없이 행한 경우에는 단순한 違法行爲가 되고 法律上禁止의 違反으로 處罰의 對象은 되지만 行爲의 效力은 原則的으로 發生한다. 이에 대하여 承認은 行爲의 有效要件이기 때문에 承認前의 行爲는 無效이다. 地方自治團體의 私法的 行爲가 承認을 缺한 경우에는, 民法第104가 이러한 行爲를 絶對的으로 禁한다고 볼 수 없으므로, 當然 無效로 되는 것이 아니고 잠정적인 無效라고 보아야 한다.¹²⁾ 契約의 當事者는 民法 第2條의 信義誠實의 原則에 따라 承認을 받도록 勞力할 法的義務를 지고 契約의 內容에 忠實하게 行動할 義務를 진다. 承認이 確定的으로 拒否되거나 承認을 얻는데 필요한 時間이 경과한 경우에 그 法律行爲는 確定的으로 無

9) Pfeiffer, Kurt, Die Staatsaufsicht über die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse, Diss. Erlangen 1958, S.56f.

10) 독일 各州의 Gemeinde法은 이를 明示的으로 규정하고 있다. 예컨대 Art.114 Abs.3 Go Bay; § 61 GONS; § 128 GOBW; §§ 110, 111 GONW. 자세한 것은 Lee, Ki-Wu, Kommunalaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und Korea, Diss. Münster 1989, S.105ff.

11) Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd.1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S.209; Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.Aufl., München 1974, § 47 Ia.

12) Vgl. Kieckebusch, Klaus, Die Öffentlichrechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte, in: VerArch 57(1966), S.35; Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6.Aufl., München 1983, S.424.

效가 된다.

2. 承認의 法的效力

承認을 필요로 하는 行爲는 다른 要件이 갖추어진 경우에 承認을 받음으로써 效力을 發生한다. 承認은 有效要件에 불과하므로 그 行爲에 요구되는 다른 形式的·節次的인 要件의 흠에는 영향을 주지 아니한다. 즉 地方自治團體의 法律行爲가 法上的 다른 要件을 缺하고 있는 경우에는 承認을 받더라도 그 흠이 치유되는 것이 아니다. 法律行爲의 흠이 어떠한 法的效果를 가져오는가 하는 것은 承認의 有無와 관계없이 흠에 관한 一般的인 規律에 따른다. 예컨대 條例가 上位法規에 違反되어 無效인 경우에는 그 條例에 대한 承認은 실질적인 內容이 없는 空虛한 것이 된다.¹³⁾

또한 監督官廳은 承認받은 行爲에 관해서도 그것이 法律에 違反되는 경우에는 地方自治法 第157條에 의해서 是正命令을 할 수 있고 取消할 수 있다.¹⁴⁾ 다만 法的安定성과 信賴保護의 原則上 監督官廳의 取消權이나 承認의 撤回가 制限되는 경우가 있다. 예컨대 條例가 承認을 받아 이미 公布되었다면 條例의 瑕疵를 이유로 承認을 撤回하거나 地方自

治法 第159條에 의한 再議의 要求를 하는 것이 制限된다.¹⁵⁾

3. 承認拒否의 效果

承認行政廳이 承認을 拒否하면 承認을 要하는 行爲는 無效로 된다. 다만 承認의 拒絶은 棄却判決과 같은 霸束力이 없기 때문에 承認行政廳은 拒否處分을 取消하고 새로운 承認을 할 수 있다.

이 경우에 法律行爲가 效力을 發生을 하는 것은 承認이 있는 時點이며 遡及하지 아니한다.

VI. 承認留保의 法的性質

地方自治團體의 一定한 行爲에 대해서 立法者가 法律에 의해서 國家의 承認을 받게 함으로써 監督官廳은 地方自治團體의 活動에 영향력을 행사할 수 있게 된다.

承認이 留保된 地方自治團體의 法的行爲가 그 法律效力을 發生하는가 하는 것은 承認行政廳의 承認如否에 의존한다. 이러한 國家의 영향력행사가 어떠한 法的性質을 갖는가하는 것이 문제되며 獨逸에서 學說上 매우 다투어지고 있다. 특히 承認의 留保를 本來的인 國家監督의 한 手段으로 볼 것인가, 혹은 國家가 그를 통하여 國家의 協力權 내지 共同決定權을 行使하는가에 대해 學說對立이 심하다. 承認의 留保는 전통적인 自治법규로부터 유래한 것이 많고, 承認官廳은 承認을 決定함에 있어서 地方自治團體의 行爲가 合法的인가하는 것 뿐만아니라 合目的的인가의 여

13) Bullinger, Martin, Die behördliche Genehmigung privater Rechtsageschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, S.762; Salzwedel, Jürgen, Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, AfK 1(1962), S.211; Keller, a.a.O.(註 5), S.60.

14) Erichsen, Hans-Uwe, Kommunalrecht NW, Siegburg 1988, S.315; Schmidt-Aßmann, Eberhard, Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, München, 1981, S.50.

15) Keller, a.a.O.(註 5), S.64f.

부도 심사했다. 오늘날 實務도 그러한 경우가 많다. 이러한 實務은 한국에 있어서도 마찬가지이다.

獨逸各州의 憲法은 國家의 監督을 地方自治行政의 合法性을 보장하기 위한 法的監督에 限定시키고 있는데, 실무상의 承認에 의한 合目的性的의 審査가 憲法상의 규정에 合致하는가를 설명하기 위해서 여러 學說이 주장되었다. 결국 이 問題는 헌법에 의한 自治權의 制度的保障과 裁量承認이 兩立될 수 있는 가하는 질문으로 귀결된다.

1. 承認의 留保가 다른 監督手段과는 달리 國家의 協力權을 부여한 것이라고 보는 學說(Staatliches Mitwirkungsrecht)

Otto Mayer는 承認의 留保로 國家는 地方自治團體의 行爲에 대해서 獨自의으로 判斷할 수 있는 決定權의 한 부분을 부여 받았다고 보았다.¹⁶⁾ Rosin은 承認權이 地方自治團體의 裁量에 대한 侵害權을 必然的으로 수반하기 때문에 통상의 監督手段에 속한다고 볼 수 없고, 監督廳이 갖는 例外的인 權限으로 보았다.¹⁷⁾ Laforet는 承認의 留保를 以前에 “國家의 後見”이라고 불리웠던 國家의 保護

權의 表現이라고 했다.¹⁸⁾

이러한 傳統的인 學說은 獨逸基本法の의 制定以後에도 계승되었다. Buch는 法이 地方自治團體의 一定한 行爲에 대하여 承認을 留保한 것은 단순한 監督을 넘어서 문제되는 地方自治團體의 措置에 대해 순수한 國家의 協力權을 부여한 것이라고 한다.¹⁹⁾

Becker에 의하면 承認의 留保는 自治事務의 수행에 대한 國家의 協力權이며 監督廳은 承認함에 있어서 地方自治團體의 決定에 대한 合法性 뿐만아니라 合目的性도 고려한다.²⁰⁾ Forsthoff에 의하면 地方自治法에 포함된 承認의 留保는 더 이상 國家監督에 속하지 아니하며, 국가는 지방자치단체의 承認이 留保된 事案에 대해서 共同責任을 지고, 따라서 고유한 決定裁量を 갖는다. 監督手段보다는 더욱 강력한 國家의 영향력행사라고 한다.²¹⁾ 그밖에 地方自治法이나 州憲法에 관한 註釋書중에는 承認留保를 國家의 協力權 내지 共同決定權으로 이해하여 承認이 監督官廳의 裁量事項이라고 보는 것이 많다.²²⁾

16) Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, 2.Aufl., München u. Leipzig 1917, S. 720.

17) Rosin, Heinrich, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S.116. 그는 國家監督이란 合法性에 대한 統制인 法的監督이라는 概念에서 出發하여, 地方自治團體의 決定이 國家目的이나 地方自治團體자신의 目的에 부합하는지를 심사할 수 있는 承認의 留保는 國家監督手段이 아닌 別個의 權限이라고 했다.

18) Laforet, Wilhelm, Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937, S.151 Anm.1.

19) Buch, Die hessische Gemeindeordnung, Stuttgart 1952, S.18.

20) Becker, Erich, Kommunale Selbstverwaltung und Staatsaufsicht, in: Hans Peters(Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.1, 1.Aufl., Berlin 1956, S.172f.

21) Forsthoff, a.a.O.(註 11), S.571.

22) Kottenberg/Rehn, GO für NW, § 106 Erl.II 5; Vogels, Alios, Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Handkommentar, Stuttgart und Köln 1951, Art.78, Erl.5. 상세한 문헌은 Keller, a.a.O.(註 5), S.75 Fn.48 참조.

2. 承認의 留保가 國家의 監督手段이라고 보는 學說

多數의 學者들은 國家協力權이나 共同決定權의 存在를 否認하고 承認의 留保를 國家監督의 手段으로 본다. Gönnerwein은 國家는 承認의 留保를 통하여 一定한 地方自治團體의 行爲에 대해서 그 適法性を 事前에 심사함으로써 違法的 行爲가 애초부터 시행되지 않게 한다고 한다. 1935년의 독일지방자치법(DGO)은 承認의 留保를 國家監督手段으로부터 분리하여 따로 규정하고 있지만 이는 全體主義의인 發想에 의한 것으로 오늘날 法治主義國家에서는 通用될 수 없다고 본다. 承認의 留保는 國家監督의 手段이므로 各州의 憲法에 規定된 法的監督條項에 따라서 合法性에 대한 審査만 할 수 있다고 한다.²³ Stern은 承認의 留保에 의한 合目的性的 統制는 憲法上的 自治權保障과 一致하지 아니한다고 본다. 承認의 留保에 의한 合目的性的 統制는 傳統이나 特別監督으로 正當化될 수 없으며, 現存하는 合目的性的 統制는 憲法에 合當하게 순수한 法的統制로 해석되어야 한다고 주장한다.²⁴ Erichsen에 의하면 州憲法이 自治事務에 대한 國家監督을 法的監督에 限定하고 있기 때문에 承認의 決定에 監督廳의 裁量을 許容하는 實務는 의심스럽

다고 한다. 地方自治團體의 裁量을 承認의 留保로써 制限하는 것은 地方自治에 대한 憲法上的 保障과 一致하지 아니한다.²⁵ 그에 의하면 國家가 地方自治團體와 共同으로 決定權을 行使할 수 있는 것은 憲法的으로 地方自治團體의 業務로 保障되지 않은 영역에서만 가능하고, 憲法에 의해서 自治事務로 보장되는한 承認의 留保는 合法性의 審査에 그친다.

3. 折衷說

근래의 문헌에는 承認留保의 法的性質을 그 構成要件에 따라 달리 취급하려는 學說이 有力하다. Köttgen에 의하면 國家의 地方自治團體에 대한 關與權은 州의 憲法에 규정된 法的監督에 그치는 것이 아니라 그 以上이라고 한다.²⁷ 이러한 國家의 關與權은 그 適用에 있어서 基準이 缺如되어 있기때문에 監督手段으로 분류할 수 없고 國家의 協力權을 의미하는 “公管領域(Kondominium)”이라 부를 수 있다고 한다. 따라서 그에 의하면 承認의 留保에는 事前的인 合法性의 統制를 의미하는 監督手段과 國家目的의 形成的實現을 위한 國家의 共同決定權의 두가지가 있다고

23) Gönnerwein, Otto, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in: Otto Bachof u.a. (Hrsg.), Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S.518; Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, 2. Aufl, Siegburg 1962, S.322.

24) Stern, Klaus, Bonner Kommentar, Art.28, Rdnr. 137ff.

25) Erichsen, Kommunalrecht NW, S.312, S. 153; Müller, DVBl 1986, S.740.

26) Erichsen, Kommunalrecht NW, S.282 u. 313; Peus, Franz-Josef, Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Kreditaufnahme der Gemeinde, Diss., 1977 Mümster, S.99.

27) Köttgen, Anold, Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in: Hans Peter(Hrsg.), HkWP, Bd.1, 1. Aufl. S.219f. 그는 同一한 용어가 法律上 반드시 동일한 개념을 갖는것은 아니라고 한다.

한다.²⁸⁾

Köttgen에 의해서 시사된 承認이 갖는 의미의 多義性은 Salzwedel에 의해서 더욱 발전되었다.²⁹⁾ 그는 法律에 의한 承認의 留保를 두개의 그룹으로 나누었다.

예외적인 경우에 國家는 承認의 留保로 地方自治團體에 대한 制裁(Sanktion)權을 가지며, 監督廳이 承認을 함에는 裁量決定을 할 수 있다고 한다.³⁰⁾ 그러나 그는 이러한 制裁는 例外的인 경우에 그치고 立法者가 어떤 業務를 自治事務로 인정하는한 그에 대한 承認의 留保는 一定한 基準에 霸束되는 統制權으로 본다. 이는 다시 그 基準에 따라서 3가지로 구분된다. 첫째로 地方自治團體行爲의 適法性을 사전에 통제하는것,³¹⁾ 둘째로 地方自治團體의 正當한 利益에 合治되는가를 기준으로 判斷하는 合目的的인 統制³²⁾(이는 地方自治團體가 자신의 부담하에 어리석은 決定을 하는 것을 防止하는 것이라한다), 셋째로 國家의 特定한 利益에 일치하도록 地方自

治團體의 決定을 統制하기 위해 인정되는 承認의 留保가 있다고 한다.³³⁾

Werner Weber는 承認의 留保를 “特別監督”으로 부르고, 이를 國家의 參與를 目的으로 하는 것과 감독을 目的으로 하는 것으로 나누었다.³⁴⁾ 前者는 地方自治團體의 決定權과 國家의 決定權이 교착하는 소위 “混合領域(res mixtae)”에 관한 것이며, 이것은 앞서 말한 Köttgen의 “公管領域(Kondominium)”과 개념적으로 일치한다. 後者는 地方自治行政에 대해 단순히 事前的으로 法的瑕疵가 없음을 선언하는 것이라 한다. 判例중에서도 이와같은 절충설을 따르는 것이 있다.³⁵⁾ 린스터 高等행정재판소에 의하면 承認의 留保를 合法性의 統制에 그치는 것과 지방자치단체의 自己責任에 대하여 國家全體의 公益的인 견지에서 介入하는 合目的性的 統制로 구분할 수 있다고 한다.

4. 學說對立의 의미

위에서 살펴본 學說의 對立은 결국 두가지 문제에 대한 것이다. 첫째로 承認의 留保가 必然的으로 合目的性的 統制를 개념적으로 포함하고 있는가? 둘째로, 國家監督의 基準을 州의 憲法들이 法的監督에 限定시키고 있는데 合目的的인 基準에 의한 承認決定이 이 規定과 合致되는가?

28) Köttgen, a.a.O.(註 27), S.221. 그는 條例에 대한 承認은 事前的인 監督手段에 해당되고 地方自治團體의 債務負擔이나 境界의 變更에 대한 承認은 國家의 形成的作用이라고 본다.

29) Salzwedel, a.a.O.(註 13), S.203ff. ders., Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22(1965), S.206ff.

30) 그는 이에 해당하는 예로서 州政府의 Kreis의 支配人에 대한 承認을 들고 있다.

31) 그 예로서 § 7Abs. 2 GONS에 의한 條例에 대한 承認을 들고 있는데 承認은 단지 法的으로 異義가 없음을 선언하는 것이라고 한다.

32) 이에 대한 예로서 그는 지방자치단체의 不動產의 賣却, 債務의 負擔에 대한 承認을 들고 있다. 이러한 承認에서는 國家利益에 의한 고려는 배제된다고 한다. 그는 이런 承認을 통해서 絕對主義國家時代의 地方自治團體에 대한 “後見”이 되살아날 위험이 있음을 경고하고 있다.

33) 그 예로서 國家의 委任事務를 處理하는 地方自治團體의 간부의 임명에 관한 承認을 들고 있다.

34) Weber, Werner, Kommunalufsicht als Verfassungsproblem, in : Aktuelle Probleme der Kommunalufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.19, Berlin 1963, S.17ff.

35) OVG Münster, OVG 19, S.192ff=DVB1 1964, S.678ff.; OVG Lüneburg, OVG 26, S.350ff.; VG köln, DVB1. 1986, S.737ff.

(1) 承認의 留保는 당연히 合目的性的의 심사를 포함하고 있으며 그렇지 않다면 그 의미를 喪失한다고 보는 것이 첫번째 學說의 主張이다.³⁶⁾ 단순한 事前的인 法的統制는 不必要한 것이며 承認의 留保를 無意味한 것으로 만든다고 한다.³⁷⁾ 그러나 이러한 主張은 妥當하지 않다. 違法한 地方自治團體의 行爲의 結果를 事後的으로 除去하기가 不可能하거나 매우 어려운 경우에는 그 行爲에 대해서 承認을 留保함으로써 사전에 그 合法性을 심사하여 違法한 行爲가 애초부터 行해지지 않도록 하는 것은 合理的이며 意味가 있다. 따라서 承認決定의 基準을 合法性의 심사에 한정시키는 것은 可能하고 또한 意味있는 것이다.

(2) 承認留保의 法的性質에 관련된 문제는 州의 憲法에 國家監督을 法的監督에 限定시키고 있는데서 發生한다. 承認의 留保를 國家의 協力權 내지 共同決定權이라고 보는 學說은 州憲法上의 法的監督條項의 適用을 피하기 위하여 承認의 留保를 監督手段이 아니라고 하여 裁量統制의 길을 열어 주려고 한다. 즉 承認의 留保는 監督手段이 아니기 때문에 州憲法上의 法的監督條項의 適用을 받지 아니한다고 한다. 이에 대하여 承認留保를 國家監督의 手段이라고 보는 學說은 州憲

法的 法的監督條項에 근거하여 承認留保는 合法性의 심사에 그치며 合目的性的의 統制는 認定되지 아니한다고 한다. 따라서 本質적인 문제는 地方自治團體의 裁量權行使에 대해서 監督官廳의 合目的性的의 統制가 許容될 수 있는가 하는 점에 있다. 우리 憲法上으로는 地方自治團體에 관한 監督을 法的監督에 限定시키고 있는 明文의 規定은 없다. 따라서 承認의 留保를 監督手段으로 보느냐, 아니면 別個의 國家關與權이나하는 學說은 큰 의미가 적다. 그러나 承認決定의 基準을 法律違反에 限定하느냐, 아니면 合目的性도 고려할 수 있느냐에 관해서 독일의 學說에서 나타난 基本的인 생각은 시사하는 바가 크다. 다음에는 地方自治團體의 裁量權의 行使에 대해 合目的性的의 여부를 承認의 留保로써 統制하는 것이 憲法的으로 許容되는지의 여부를 살펴본다.

VII. 承認을 통한 地方自治行政의 合目的性에 대한 國家關與의 憲法的 許容性

1. 承認의 留保를 통해 地方自治行政에 대해서 행하는 國家의 合目的的인 統制가 地方自治團體의 自治權을 制度的으로 保障하고 있는 憲法上의 規定과 相反되지 아니한다고 보는 學說은 地方自治制度의 歷史的인 發展을 理由로 들기도한다. 즉 地方自治의 概念은 歷史的으로 發展해 온 것으로서 그 속에는 地方自治團體의 裁量權行使에 대한 合目的性的의 統制를 통한 介入의 可能性을 內在的

36) 특히 Pagenkopf, a.a.O.(註 1) S.386; Keller, a.a.O.(註 5), S.88.

37) Berkenhoff, Hans-Albert, Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, 2.Aufl. 1965, S.158; David, Joachin, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, 2.Aufl., Münster 1961, S.90; Keller, a.a.O.(註 5), S.83.

으로 포함하고 있다고 한다.³⁸⁾ 州의 憲法에 규정된 法的監督條項은 事後的監督手段에 대한 制限이며 事前的인 關與인 承認의 留保에는 適用이 없다고 한다. 따라서 承認의 留保에는 州憲法에 저촉함이 없이 傳統的인 內容인 裁量統制를 포함한다는 것이다.³⁹⁾ 이러한 歷史的인 理由는 妥當性이 희박하다. 왜냐하면 事前的監督手段과 事後的인 監督의 차이는 監督時期에 관한 것으로서 法的性質의 차이는 상대적이다. 따라서 事前的인 統制를 監督手段으로부터 제외할 理由가 없다. 또한 歷史的인 해석은 헌법의 규정이 명백하지 않은 경우에만 적용될 수 있다. 基本法이 明文으로 국가감독을 法的監督으로 制限하고 있으므로 歷史的인 이유로 規定의 內容을 變質시키는 것은 許容되지 아니한다.⁴⁰⁾

2. 承認의 留保는 監督手段으로서 法的인 根據를 요한다. 監督官廳은 承認을 함에 있어서 根據法에 규정한 基準에 기속된다. 따라서 문제의 핵심은 立法者가 法律으로써 地方自治團體의 一定한 行爲에 대해서 承認을 留保하면서 承認의 기준으로서 裁量統制를 認

定하는 것이 憲法的으로 許容될 수 있는가하는 점이다. 地方自治를 憲法에 制度的으로 保障한 根本趣旨는 立法者가 法律로 地方自治를 形해화시키거나 그 本質을 왜곡시키지 못하도록 하는 데 있다. 즉 立法者는 憲法上의 法律留保에 의해서 地方自治行政의 內容을(따라서 국가감독의 內容을 포함하여) 그의 立法裁量에 따라서 형성할 수 있지만 地方自治의 本質的인 內容은 침해할 수 없다. 一部の 學者들은 法律留保에 따라 地方自治의 本質的인 內容을 侵害하지 않는 限 裁量統制를 法律로 許容할 수 있다고 한다.⁴¹⁾ 이러한 경우에 立法者는 監督官廳이 法的監督을 넘어서 裁量決定을 할 수 있음을 분명히 밝혀야 한다고 한다.⁴²⁾

法律留保에 의한 裁量統制의 許容性에 對한 反論은 憲法上保障된 自治權의 本質的인 內容의 하나를 이루는 自己責任性으로부터 나올 수 있다. 自己責任性의 核心的인 內容은 裁量問題에 관해서 地方自治團體가 外部

38) Pagenkopf, a. a. O., Bd. 1, S. 386f.; Salzwedel, a. a. O. (註 13), S. 216; OVG Münster OVG 9, S. 83.

39) Lohr, Valentin, Sitzungsgewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart 1963, S. 97. 이러한 주장에 대해서 反對說은 州憲法上의 監督概念은 事後的의 監督뿐만 아니라 事前的의 監督까지를 포함한다고 한다. Peus, Franz-Josef, Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Kreditaufnahme der Gemeinde, Diss. Münster 1977, S. 100; Gönnerwein, a. a. O. (註 6), S. 203f.

40) 같은 뜻으로 Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 312; Peus, a. a. O. (註 39), S. 96.

41) Gönnerwein, Kommunalanfsicht (註 23), S. 525; ders., Gemeinderecht, S. 177; Lohr, a. a. O. (註 39), S. 95; David, a. a. O. (註 37), S. 39. 이에 대한 비판說로는 Peus, a. a. O. (註 38), S. 89f. 그에 의하면 監督官廳에 의한 裁量統制하에서는 지방자치단체활동이 法律에 合致되는 것을 통제받는데 그치지 않고(그것은 法院에 의해서 심사받을 수 있다) 감독관청의 裁量에 의해서도 제한 되기 때문에 裁量統制는 “法的 範圍內에서”에 포함되지 아니한다고 한다.

42) BVewGE 16, S. 312(315); Erlenkämper, Friedel, Entwicklung im Kommunalrecht, NVwZ 1986, S. 993. Müller, DVBI. 1980, S. 840; Günther, Albert, Die Kreisumlage, in: Güter Püttner (Hrsg.) Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 6 2. Aufl. S. 380; Friauf/Wendt, Rechtsfragen der Kreisumlage, Köln 1980, S. 18.

(특히 國家)의 指示를 받음이 없이 스스로 合目的的이라고 판단하는 바에 따라서 決定할 수 있음을 의미한다(指示로부터의 自由).⁴³⁾ 監督官廳이 指示를 통해서 무엇이 合目的的이고 무엇이 行해져야하는지를 決定할 수 있다면 地方自治團體는 그것을 自己責任下에서 處理한다고 볼 수 없다.⁴⁴⁾ 監督廳이 裁量的인 고려에서 承認을 拒絕하는 것은 裁量權의 行使에 대한 소극적인 개별지시라고 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 이러한 種類의 業務遂行은 더 이상 “自治行政”이라 할 수 없고 전형적인 “委任行政”에 속한다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 즉 合目的性的의 統制를 立法的으로 許容하는 것은 自治事務를 委任事務나 國家事務로 전환하는 것을 의미한다.⁴⁷⁾ 따라서 地方自治團體의 自治事務에 관한 承認의 留保로 監督官廳은 地方自治團體의 行爲가 適法한가의 여부만을 심사할 수 있음에 그친다.

이러한 의미에서 承認은 地方自治活動에 대한 事前的인 合法性의 선언이라고 보아야 한다.

VIII. 地方自治法 附則 第4條에 의한 承認留保

地方自治團體의 活動에 대한 承認의 留保는 地方自治權에 대한 강력한 制限이다. 監督廳은 承認을 거부함으로써 地方自治團體의 行爲가 效力을 發生하는 것을 애초부터 排除할 수 있으며 또한 承認의 基準이 반드시 明確한 것은 아니기 때문이다. 따라서 承認의 留保는 法律로 規定된 경우에만 인정되며 원칙적으로 “承認으로부터의 自由”가 妥當하다. 法律로 承認을 留保하는 경우에도 광범한 承認의 留保는 地方自治團體에 대한 國家의 “後見”을 초래할 위험이 있음을 유의해야 한다. 法律에 의한 承認의 留保는 違法한 地方自治團體活動의 結果를 사후적으로 除去하기 불가능하거나 심히 곤란한 경우에만 例外的으로 인정된다.

地方自治法 附則 第4條는 經過措置로서 地方議會가 構成될 때까지 地方議會의 議決을 요하는 事項은 地方自治團體의 長이 監督官廳의 承認을 받아 시행하도록 규정하고 있다. 承認의 對象은 法律로 留保된 個別的인 事項에 그치는 것이 아니라 地方議會의 權限이 미치는 地方自治團體의 事務全盤에 걸친다. 따라서 地方議會가 構成될때까지는 地方自治團體의 活動은 事實上 國家의 承認여부에 결정적으로 의존하게 된다. 여기서 특히 문제가 되는 것은 承認을 어떤 基準에 의해서 하여야 하는가 이다.

이에 대한 답은 地方自治團體의 長이 地方議會의 業務遂行과 관련하여 어떠한 法的地位를 갖는가, 監督官廳이 承認을 함에 있어

43) Erichsen, Kommunalrecht NW, S.329; Stern, BK, Art.28 Rdnr.94; Schmidt-Jortzig, Edzard, Kommunalrecht, Stuttgart 1982, § 12 Rdnr.480; Wolf/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 86 Rdnr.86.

44) Peus, a.a.O.(註 39)도 같은 뜻

45) Müller, Klaus, Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, VerwArch 54(1963), S.184.

46) Barion, Hans, Die sozioethische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, Der Staat 1964, S.23.

47) Erichsen, Kommunalrecht NW, S.313.

서 어떠한 地位를 갖는가에 달렸다.

國家의 承認이 地方議會의 議決을 대신한다는 學說이 있다.⁴⁸⁾ 이 견해에 따르면 감독청이 地方議會의 地位에 서게된다. 그렇다면 監督廳은 地方議會가 行使할 수 있는 모든 裁量權도 동시에 행사할 수 있게 되어 裁量的인 견지에서의 承認도 가능하게 된다. 따라서 승인에 유보에 의한 合目的性의 統制도 허용될 것이다. 이렇게 본다면 承認에 있어서 地方自治團體의 長의 地位는 國家의 下級機關이 되고 國家의 承認은 國家內部的 處分으로되어 外部的인 效力을 갖지 아니한다는 것이 된다. 이것은 結果的으로 地方自治의 行政을 國家行政으로 대체한다는 것을 의미하게 되고, 이러한 結論은 憲法上的 地方自治權에 대한 制度的保障과 일치하지 아니한다. 따라서 이러한 견해는 따를 수 없다.

그 보다는 地方自治團體의 長이 國家의 承認을 받아서 地方議會의 사무를 대신 처리한다고 보는 것이 타당하다. 이 경우에 地方自治團體의 長이 갖는 法的地位는 獨逸法上 인정되는 감독수단의 하나인 代理人의 임명과 유사하다(獨逸에서는 地方自治行政이 상당한 범위에 있어서 違法하게 행해지고 있으며 다른 감독수단이 实效性이 없을때 일정한 요건 하에서 그 機關의 地位를 代理하는 代理人을 國家가 선임한다. 지방의회가 존재하지 않게 될 경우에도 그 임무를 대신할 代理人을 正적으로 임명할 수 있다). 이렇게 본다면

지방자치법 부칙 제 4 조에 의한 國家의 承認은 國家監督의 한 手段으로 볼 수 있고, 承認은 外部的인 效力을 갖는 行政行爲가 된다. 地方自治團體의 長은 地方議會가 구성될 때까지 그를 갈음하여 裁量權을 行使하여 決定할 수 있으며 이에 대한 國家의 監督은 法的 監督에 限定된다. 따라서 承認의 基準은 오로지 合法性의 여부라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 보아야만 이러한 承認留保가 合憲일 수 있기 때문이다. .

IX. 承認權의 行使

承認의 留保도 國家監督手段의 하나이므로 다른 監督手段과 마찬가지로 그 權限의 行使에 관한 원칙을 따라야 한다.

1. 監督便宜主義

承認이 신청된 地方自治團體의 行爲가 法律에 위반한 때에 監督廳은 반드시 承認을 拒絕하여 違法한 自治行政을 모든 경우에 방지하여야 하는가? 혹은 위법성이 있음에도 불구하고 監督廳의 裁量에 따라서 承認할 수도 있는가? 前者의 見解를 法定主義라고 하고 後者의 見解를 便宜主義라고 한다. 前者는 國家가 監督官廳으로 하여금 承認留保를 통하여 適法性을 事전에 심사하게 한 것을 이를 통하여 違法한 自治行政을 배제할 의무를 부과한 것이므로 감독관청은 違法한 地方自治團體의 活動에 대한 承認을 拒絕하여야

48) 박운흔, 地方自治團體에 대한 國家의 關興, 고시 연구 1988, 11, 68면. 그에 의하면 이러한 감독관청의 승인이 地方議會의 議決을 대신한다고 한다.

한다고 한다.⁴⁹⁾ 또한 이러한 의무는 地方自治行政에 대한 國家의 法保障者로서의 地位에서 나온다고 한다.⁵⁰⁾ 이 주장에 따르면 國家監督은 모든 違法한 작용을 빠짐없이 추적하여 시정하는 기능을 하게 된다. 그러나 國家監督의 기능은 違法한 活動에 대한 빠짐없는 간섭에 있는 것이 아니라, 違法한 活動의 是正을 통하여 지방자치행정이 마비되거나 파행적으로 운영되는 것을 防止하여 “健全한 自治行政”이 되도록 保障하는 데 있다.⁵¹⁾ 따라서 違法한 行爲에도 불구하고 地方自治團體의 기능에 障害가 없고 또한 法律로 表現되고 있는 國家全體의 利益과도 對立이 없는 경우에는 감독관청의 재량으로 承認할 수 있도록 함이 地方自治團體의 自治權을 존중하는 것이 된다. 즉 承認을 拒絕하기 위한 要件이 갖추어 졌음에도(위법함에도 불구하고) 監督廳이 구체적인 事情을 고려하여 承認의 可否를 決定하도록하는 便宜主義가 妥當하다. 地方自治團體의 전반적인 상황을

고려함이 없이, 違法의 輕重에 관계없이, 무조건 承認을 拒否하는 것은 國家나 地方自治團體間의 信賴關係를 현저히 害할 것이다.⁵²⁾ 모든 사소한 違法行爲에 대해서도 承認을 拒否하여 自治權의 行使를 불필요하게 저지하는 것은 憲法第117條의 第1項에 의한 地方自治의 制度的保障과 일치하지 아니한다.

그러나 便宜主義에 의한 裁量權의 수여가 監督廳이 承認의 有無를 決定함에 있어서 완전히 자유롭다는 뜻은 아니다. 承認을 拒絕할 수 있기 위해서는 우선 違法性이 존재해야만 하고 그렇지 않으면 監督廳은 承認해야만 한다. 또한 承認에 있어서 監督廳은 특히 平等의 原則과 法治國家의 原則에서 나오는 比例의 原則을 존중해야 한다.⁵³⁾ 따라서 便宜主義에 의한 監督廳의 裁量은 義務에 相當하게 行使되어야하며 경우에 따라서는 裁량이 濫으로 수축하는 경우도 있다.

2. 比例의 原則

監督廳이 承認을 함에 있어서 지켜야 할 또하나의 法原則으로 比例의 原則이 있다. 넓은 의미에서 比例의 原則은 手段의 目的適合性, 最小侵害의 原則, 좁은 의미에서의 比例의 原則을 內容으로한다.

比例의 原則은 法治國家의 實質적인 內容

49) Weber, Werner, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftreihe der Hochschule Speyer, Bd.19, Berlin 1963, S. 21; Reuter, Konrad, Rechtsaufsicht über die Gemeinden und Opportunistätsprinzip, Diss. Tübingen 1967, S.101f.; Pagenkopf, a.a.O. (註 1), S.383; Borchert, Hartmut, Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip für die Kommunalaufsicht, DöV 1978, S.721ff.; Knemeyer, Franz-Ludwig, Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise, in: Günter Püttner(Hrsg.), HkWP, Bd.1, 2.Aufl., Berlin 1982, S.268f.; Schmidt-Jortzig, a.a.O.(註 43), § 4 Rdnr.78; Mayr, a.a.O.(註 5), S.130f.

50) Knemeyer, a.a.O.(註 49), S.269

51) Salzwedel, a.a.O.(註 3), S.221

52) Salzwedel, a.a.O.; Andrick, Bernd, Grundlagen der Staatsaufsicht über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, JA 1987, S.552; Hassel, Volker, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalaufsicht, DVBl.1985, S.702.

53) Hassel, a.a.O.; Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 6.Aufl., München 1988, § 23 Rdnr. 19.

을 이루는 것으로서 국가의 모든 作用에 適用된다. 이 원칙은 監督權의 行使와 관련하여 監督官廳의 裁量을 制限하는 方向으로 作用한다.⁵⁴⁾ 예컨대 違法의 內容이 사소한 것이며 承認의 附款으로 是正을 可할 수 있는 경우에 承認을 전면적으로 拒否하는 것은 比例의 原則을 違反한 것으로서 違法한 것이 된다. 좁은 意味에서 比例의 原則은 承認을 拒否함으로써 달성되는 公益과 그로 인해서 侵害되는 地方自治團體의 利益을 衡量하여 현저한 不均衡의 關係에 있지 않도록 할 것을 命한다. 따라서 사소한 法規의 위반이 있지만 그것이 地方自治團體에 커다란 利益을 가져올 수 있는 活動은 承認하여야 한다. 이러한 경우에 사소한 違法에 대해서 監督廳은 助言, 是正命令 등을 통해서 違法性을 제거하도록 할 수도 있다.

X. 違法한 承認의 拒否에 대한 權利 救濟

自治事務를 처리함에 있어서 地方自治團體는 國家에 대하여 獨立된 權利의 主體로서의 地位를 가지며, 따라서 外部關係에 있게 된다. 地方自治團體의 自治權을 保障하기 위해서는 國家에 의한 違法한 自治權의 侵害에 대한 충분한 權利救濟의 可能性이 前提되어야 한다. 憲法 第27條第1項에 따라 地方自治團體는 公法上의 法上으로서 法院에 權利救濟를 請求할 수 있다. 行政訴訟法 第1條의 概括主義條項에 의해서 地方自治團體는 國家

의 監督處分에 대해 行政訴訟를 제기할 수 있다. 위에서 자세히 살펴본 바와 같이 承認의 留保는 地方自治團體의 活動에 대한 合法性을 事전에 심사하는 것이며, 심사의 결과 適法하다고 인정되면 承認해 줄 義務가 있다. 承認을 신청한 處分이 適法함에도 불구하고 監督官廳이 承認을 拒否하는 것은 違法한 行政行爲가 된다. 이러한 違法한 承認의 拒否에 대해서 地方自治團體는 行政訴訟法 第2條第1項 第1號, 第4條第1號, 第12條에 의하여 取消訴訟를 提起할 수 있다. 行政訴訟法 第2條第1項 第1號는 “處分”의 概念에 拒否處分을 포함시키고 있으며, 同條同項 第2號에서 不作爲를 이와는 별도로 규정하고 있는데, 立法技術上으로 妥當한 것인지는 의심스럽다. 概念의 혼란을 피하고 訴訟의 種類를 體系化하기 위해서는 第1號의 處分에 作爲만을 포함시켜 取消訴訟으로 하고 拒否處分은 不作爲에 포함시키는 것이 妥當하다. 왜냐하면 拒否處分이나 相當한 期間안에 處分을 하지 않는 경우(同法第2條第1項第1號)나 실질적인 차이가 없기 때문이다. 이와같이 拒否處分을 不作爲로 보게 된다면 承認의 拒否에 대한 訴訟의 種類는 第4條第3號의 不作爲違法確認訴訟이 될 것이다. 어쨌건 現行法에 의하는 한 承認拒否處分에 대한 소송의 종류는 取消訴訟되고 상당한 기간이 지나도록 승인여부를 결정하지 않는 경우는 不作爲違法確認訴訟이 된다. 地方自治法第157條第2項은 是正命令, 取消 또는 停止에 대해서 地方自治團體의 訴訟可能性을 인정하고 있는데 이는 確認的 意味를 갖는데 불과하다.

따라서 地方自治法에 明文의 規定이 없더라도 行政訴訟法 第1條의 概括主義條項에 의

54) Erichsen, in : Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, § 12 II 2c bb).

하여 地方自治團體는 違法한 承認의 拒否에 대하여 行政訴訟을 提起할 수 있다.

承認의 拒否處分에 대한 管轄法院이 어디 인가하는 문제가 생긴다. 地方自治法 第157條第2項은 大法院을 管轄법원으로 정하고 있으나 이는 위에서 살펴본바와 같이 是正命令, 取消·停止에 관해서만 適用되고 承認의 留保에 대해서는 適用이 없다. 따라서 承認의 拒否에 대한 第1審 管轄법원은 行政訴訟法 第9條第1項에 의하여 高等法院이라고 보아야 한다.

取消訴訟에서 被告는 行政訴訟法 第13條第1項에 의하여 承認을 拒否한 行政廳이 된다. 原告는 行政訴訟法 第12條에 의해서 地方自治團體이다. 또한 訴訟의 要件으로서 行政訴訟法 第18條第1項에 의하여 行政審判이 成果 없을 것이 요구된다(行政審判前置主義).

承認의 拒否處分에 대한 取消判決이 있는 경우에 監督官廳은 行政訴訟法 第30條第2項에 의하여 判決의 趣旨에 따라 이전의 承認申請에 대해 承認하여야 한다. 行政廳이 取消判決에도 불구하고 그 취지에 따른 처분을 하지 않은 경우에는 行政訴訟法 第34條第1項에 의해서 第1審受訴法院이 間接強制로서 損害賠償을 命할 수 있다.

XI. 結論

地方自治團體는 원칙적으로 國家監督廳의 承認을 받음이 없이 그의 事務를 自己責任하에 처리할 수 있다. 例外的으로 法律로써 承認을 留保한 경우에만 地方自治團體는 監督廳의 承認을 받아 그의 業務를 집행한다. 承

認은 地方自治團體의 行爲가 法的效力을 發生하기 위한 有效要件이며 따라서 法律效果의 發生을 目的으로하는 地方自治團體의 法的行爲만이 承認留保의 對象이 된다. 承認의 留保는 地方自治團體의 行爲에 대해 事前的인 심사를 함으로써 違法한 行爲의 法的效果가 발생하지 않도록하는 事前的監督手段으로 合法性의 감독에 그친다.

法律로서 承認을 留保하는 경우에도 特別한 必要性이 존재하는 경우에만 승인을 요구하여야 하며 一般的인 承認의 留保는 國家의 “後見”을 초래할 위험이 있다. 承認을 신청한 行爲가 適法한 경우에 監督官廳은 이를 承認할 法的義務가 있으며 違法한 承認의 拒否는 取消訴訟의 對象이 된다. 承認申請된 行爲가 違法한 경우에 監督官廳은 便宜主義에 따라서 承認如否를 결정할 수 있으나 특히 比例의 原則과 같은 一般法原則에 의한 裁量의 制限이 있다.

55) BVerfGE 7, 377(407); 13, 97(118); 28, 364(374); 39, 258(270); 61, 32(35ff.); Erichsen, Jura 1988, S.387.