

# 國家의 行政的 關與에 대한 法的 考察

## A Legal Study on Administrative Interference of Central Government

徐 元 宇

(서울大學校 法科大學 教授)

<目 次>

I. 머리말	合目的性
II. 國家關與手段의 分析	3. 國家關與와 法的救濟
1. 國家關與와 法律의 留保	III. 맺 는 말
2. 國家關與에 있어서의 合法性과	

### I. 머리말

(1) 國家의 地方自治團體에 대한 關與의 方式으로서는 통상, 立法的關與·司法的關與·行政的關與의 세가지를 들 수 있다. 이들은 어느 것이나 고유의 기능을 가지며, 특히 立法的 統制는 최근 그 量을 확대시키고 있음과 동시에 憲法이 보장하는 地方自治의 本質과의 關係에서 중요한 문제점을 제기하고 있다. 다만, 立法的·司法的 關與의 方式은 法技術이라는 觀點에서는 비교적 단순한 내용의 것이라 할 수 있다. 이에 대하여 行政的 關與라 불리우는 것 가운데는 극히 다양한 행정수단이 포함되어 있다. 그리고 거기에 있어서의 개별적인 行政手段에는 行政法 一般理論으로 보아, 극히 흥미있는 素材가 존재하고 있는 것처럼 생각된다. 예컨대 中央政府의 助言·勸告·情報提供 등은 최근 활발하게 논의되고 있는 이른바 行政指導의 범주에 포함되는 행정수단이라 할 수 있거니와, 이것을 法律的으로 여하히 파악할 것인가는 行政法學에 있어서의 중요한 과제중의 하나이며<sup>1)</sup>, 또한 起債의 許可權를 비롯한 地方自治團體의 活動에 대한 中央政府의 여러가지 許可權에 관해서는 종래의 行政法學의 道具概念을 가지고서도 어느 정도의 처리가 가능하지만, 公權力과 私人間, 즉 一般權力關係를 중심으로 하여 구성되어진 行政法 一般理論이 이러한

1) 최근의 論文에서 필자는 새로운 視角에서 行政指導에 관해 논한 바 있다. 拙稿 「行政指導와 法治主義原理」, 月刊考試 1992년 8월호, 10월호 참조.

영역에 어느 정도까지 타당할 수 있을 것인가는 반드시 제대로 밝혀져 있다고 할 수 없다. 또한 許認可權의 행사를 비롯한 각종의 關與手段에 대하여 地方自治團體가 어떠한 救濟手段을 가지는가에 관해서도 논해야 할 많은 문제점이 남겨져 있는 것이다.

(2) 우리는 흔히들 地方自治團體는 國家의 後見的 監督으로부터 벗어나야 한다고들 말하고 있지만, 과연 地方自治團體가 法的으로는 國法秩序上 어떻게 位置지워져야 할 것인가에 대해서는 그다지 깊이 검토되어 있지 못한 것이 실정이 아닌가 생각된다. 이러한 問題에 관한 法的檢討를 거침이 없이 이른바 國家와 地方自治團體의 協力關係化를 성급하게 추진한다는 것은 도리어 지난날의 後見的 監督을 부활시킬 우려마저 없지 않은 것이다. 그런데 위에서 예시한 몇가지 문제에 대한 法的分析의 過程을 통하여 地方自治團體의 法的位置도 어느정도 명확화할 수 있지 않을까 생각될 수 있으며 또한 이러한 作業이 先行됨으로써 비로소 단순한 實務的 着想의 妙를 자랑하는 것 이상의 참다운 協力關係實現을 위한 制度論도 전개될 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

(3) 이 글의 대상은 地方自治團體에 대한 國家의 行政的 關與이며 이른바 機關委任事務에 있어서의 監督手段은 포함되지 아니한다. 制度論的 見地에서는 이것까지 포함시켜 고찰하는 것이 당연할 것이지만, 現行法制에서는 地方自治團體의 事務(委任事務를 포함하여)에 있어서의 國家의 關與와 機關委任事務에 대한 그것과는 法技術的으로 보아 質的으로 다르기 때문에 現行法制의 解釋論上, 후자의 문제는 일응 제외할 수 있지 않을까 생각된다. 그리고 우리나라의 地方自治法制에 있어서는 일반적으로 固有事務와 委任事務 사이의 國家의 關與에 관한 한, 制度的 差異를 인정하지 아니하는 것으로 되어 있기 때문에 이 글에서는 일응 양자를 포함시켜 고찰하기로 한다.

(4) 그리고 이 글에서 쓰이고 있는 用語에 관해 간단히 附記해 두기로 한다.

첫째, 이하에 있어서의 地方自治團體는 서울特別市, 直轄市와 道, 市·郡등과 같은 普通地方自治團體를 염두에 두고 있는 것이며, 둘째로, 地方自治團體에 대한 主體로서 우리나라에서는 國家, 中央, 中央政府 등 여러 낱말이 쓰이고 있다. 이글의 대상이 地方自治團體에 대한 行政的關與이므로 이것을 形式的 組織的으로 볼 것 같으면 「中央官廳」이라는 말이 보다 적절할런지도 모르지만, 새로운 혼란을 막고, 實定法上 「國家」라는 用語例(地方自治法 제9장)도 있을 뿐만 아니라 이 글에 있어서의 比較法的 素材인 독일法에서는 전통적으로 「國家(Staat)」라는 말을 쓰고 있기 때문에 편의상 여기서도 「國家」라는 말을 쓰기도 했다. 셋째로, 國家의 關與方式에는 앞서 지적한 바와 같이 立法的·司法的·行政的의 세가지가 있다. 다만, 이글에서는 行政的 關與의 문제가 중심이기 때문에 일일이 「行政的」이라는 형용사를 붙이지 않고, 특히 혼란을 초래할 우려가 있을 경우를 제외하고는 단순히 「關與」를 가지고 「行政的 關與」에 같음하기로 한다. 그리고 넷째로, 分析의

과정에서 「自治監督」이라는 概念을 자주 쓰고 있는데, 이것은 예컨대 독일의 市町村制下에서 쓰이던 개념이며, 그 內包 및 根據는 반드시 一義的이 아니지만, 그것을 일응 形式的으로 파악할 경우, 「地方自治團體의 事務領域에 있어서의 市町村의 活動에 대한 國家行政廳의 監視的 活動이며, 또한 일정한 基準에 따른 權力的 是正機能을 내포한 行政的 行爲」로 이해해도 좋을 것이다(독일 法制에서의 Kommunalaufsicht 내지 Staatsaufsicht에 대응하는 개념이다). 그리하여 이 글에서는 關與라고 하는 그 자체 法律的 概念으로써 극히 포괄적인 개념의 내용을 분명히 함과 아울러 地方自治團體의 國法秩序上에 있어서의 位置를 명확히 하기 위한 道具概念으로써 이 「自治監督」이라는 개념을 써나가도록 할 것이다.

## II. 國家關與手段의 分析

### 1. 國家關與와 法律의 留保

(1) 주지하는 바와 같이 우리나라의 通說은 地方自治團體의 이른바 固有權을 인정하지 않고 있다. 따라서 地方自治團體는 私人과는 동일시되지 않고 있다. 그렇다면, 본래 私人과 國家權力 간에 인정되어온 法律의 留保原則은 어떠한 의미에 있어서의 自治監督에 적용될 수 있는 것일까가 문제된다. 우리나라 憲法 제118조 제2항 후단은 「…기타 地方自治團體의 組織과 運營에 관한 사항은 法律로 정한다」고 규정하고 있거니와, 여기서의 「組織과 運營」을 넓게 國家와 地方自治團體와의 關係 또는 地方自治團體 상호간의 관계까지도 포함하는 것으로 해석하는 한, 문제는 일응 해결된 것처럼 생각된다. 그러나 여기에 몇가지 음미해 보아야 할 문제가 있다. 첫째는 認識論의 문제인 바, 「組織과 運營」속에 國家와 地方自治團體와의 관계를 포함시킨다고 하더라도 그것을 憲法이 「法律」로써 정하기로 한 意義가 무엇인가에 관한 것이다. 이점에 관해서는 狹義의 組織과 運營에 관한 설명의 경우와 마찬가지로 地方自治團體가 國家의 統治機構에 속하기도 하며, 혹은 法治國의 一般原理 내지는 地方自治團體의 獨立性的 國家的 承認이라는 전제에서 機能的으로 法律의 留保가 요구되는 것으로 보기도 한다.<sup>2)</sup>

2) 現代에 있어서는 대체로 議會主義를 강조하는데 반해 近代의 立憲主義下에서는 法治國原理를 강조하는 경향이 있다. 다만, 後者의 경우에 있어서도 Laband의 경우와 같이 「地方團體도 人格體이므로 國家와 기타에 대하여 自然人인 法人格과 마찬가지로 權利를 주장하며 기타 法上의 利益이 보장되지 않으면 아니된다」고 설명하는가 하면, 일본의 美濃部達吉의 경우처럼 「公共團體에 대한 國家의 監督은 私人과 동일한 地位에서 公共團體에 가해지는 權力이 아니라 國家의 目的의 擔當者로서 특히 가해지는 權力作用이다. 그것은 行政機關의 內部關係와는 달리 法人格을 가지는 團體의 自治權을 구축하는 것이기 때문에 法律의 根據를 요하는 것을 원칙으로 한다」고 설명하고 있어 약간의 ニュアンス를 달리한다.

다음으로 解釋論의 내지 立法論과도 관련되는 것이지만, 法律로 정하는 범위의 문제이다. 즉 國家의 權力的關與가 각 수단마다 具體的法律의 根據를 요하는가 아니면 概括的根據로도 족하는가의 문제이며, 또한 權力的關與만이 아니라 非權力的關與에 대해서도 法律의 根據를 요하는가의 문제이다.

(2) 먼저 國家關與手段과 法律의 留保原則에 관해 일반론적으로 고찰해 보기로 한다. 원칙적으로 中央行政廳과 並列關係에 있는 公行政의 主體로서 위치지위되며 현실에 있어 국가와 밀접한 協力關係를 지녀야 할 것이 요청되고 있는 지방자치단체가 國家의 監督手段과의 관계에 있어서도 私人和 法的으로 전혀 동일한 지위에 서는 것은 아니라는 것은 승인되는 바라 할 것이다. 또한 制度的 保障理論에 의할 것 같으면, 私人的 一般統治關係를 전제로 하는 侵害留保의 原則은 직접적으로 이 경우에 적용되는 것은 아니라 할 것이다. 엄격한 具體的法律의 根據를 요하는 것으로서 구성되어 있고, 또한 그러한 것으로 타당시 되었던 同原理의 안이한 擴張的 適用은 이를 배제하지 않으면 아니될 것이다.<sup>3)</sup>

그렇다고 할 것 같으면, 原理로서 併立的 協力關係를 그 전제로 하는 한, 憲法 제118조 제2항 후단의 規定의 의미는 보다 직접적으로 우리나라의 民主的 憲法構造에서 구하는 것이 타당할 것이 아닌가 생각된다. 現行憲法의 統治構造에서 볼때, 憲法上 원칙적으로 對等한 公權力의 主體로서의 地方自治團體에 대하여 中央行政廳이 法的으로 優越的 地位에 설 수 있기 위해서는 國會에 의한 正當化가 있는 때문에 비로소 가능한 것이라 할 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에 있어서의 法律의 留保原則이 수행하는 기능이 地方自治團體의 自治·自由의 保障을 의미하는 것인 한에 있어서는 그것은 侵害留保의 原則과 質적으로 비슷한 것이 되지 않을 수 없으며, 이것은 國會에 의한 關與의 正當化에 있어서의 具體性에 대한 要請(白紙的授權의 否定)과 연관되는 것이라 할 수 있는 것이다.

憲法 제118조는 널리 地方自治團體의 組織·運營이 法律에 의해 규율되어야 할 것을 요청하고 있다. 이 경우, 法律의 留保의 量的契機, 다시 말해서 根據規範의 具體性이라는 견지에서 볼 것 같으면, 거기에는 두 가지 상이한 측면이 있음을 주의할 필요가 있다. 결론부터 말하자면, 狹義에 있어서의 地方自治團體의 組織과 運營에 대해서는 오히려 法律의 大綱性 내지 概括性이 논해지는데 대해서 國家關與手段과의 관계에 있어서는

3) 侵害留保의 原則은 하나의 道具概念으로서 오랜 發展過程을 가지고 있으며, 그 擴張的 내지 應用的 適用에는 친숙하지 아니한 原理라 할 수 있으며, 立憲君主制下에서 발생한 侵害留保理論이 國民主權을 취하는 現行憲法下에서 그대로 타당할 수 있는 것인가 어떤가는 별도로 하더라도, 그것이 존속하는 경우에 있어서도 侵害行政에는 반드시 議會에 의해 정립된 規範이 필요하며 行政權은 그것을 단지 집행하는데 그친다고 하는 순수한 自由主義的 意義를 가지는데 지나지 않고, 그 이상으로 侵害行政 이외의 行政活動을 적극적으로 승인하는 것과 같은 意義를 가질 수 없는 것으로 생각되며, 그러한 안이한 擴張的 適用은 엄격히 배제되어야 할 것이다(拙稿, 「資金の助成行政의 問題點(下), 司法行政 1965년 9월호 참조).

侵害留保原則에 있어서와 동일한 정도라고까지는 아니라 할지라도 그 具體性이 신중히 논해지지 않으면 아니되는 것이다.

後者の 측면, 즉 具體性의 문제는 監督手段의 種類와 관련된 사항이라 할 수 있거니와, 바꾸어 말하자면, 그 具體性 문제는 그 種類 하나 하나마다 法律에 근거를 가지지 않으면 아니되는가 혹은 種類를 명시하지 않은 概括的 授權으로도 족한가에 관한 것이다. 그런데 概括的 授權에 의한 國家關與는 原理的 意味에 있어서의 併立的關係와 地方自治團體의 自律性을 유명무실화시켜 버리는 것이라 할 수 있다. 현재에 있어서는 監督手段이 個別化된 형태로 明示되어 있지 않으면 아니된다는 것에는 아마도 異論이 없다고 할 것이다.<sup>4)</sup>

(3) 이상에서 지적한 점은 權力的關與手段=監督을 주된 대상으로 한 것이었다. 그러나 이것이 非權力的 즉, 狹義의 關與手段-勸告·指導·情報의 提供등(이하 行政指導라 함) -에도 적용될 수 있을 것인가는 하나의 어려운 문제라 할 수 있으며, 쉽게 해답을 내릴 수 없다. 또한 이것은 단순히 地方自治法의 영역에 그치지 않고 行政法一般論의 견지에서도 흥미있는 과제라 할 수 있다. 따라서 확정적인 결론을 끌어내기는 어려우나, 필자 나름대로의 생각을 피력하자면 다음과 같다.

行政指導가 단순한 知識의 제공(지방자치단체의 요청에 의해 행해지는 경우가 원칙이지만 그것에 준하는 경우도 포함한다)에 그치는 경우에 있어서는 거기에 法律의 根據를 필요로 하는 法律上의 要請을 찾아보기는 어려울 것이다. 즉, 協力的 關係下에 있어서는 法主體 相互間에 있어서의 情報의 제공, 혹은 一方法主體가 能力的으로 上位에 있는 경우의 지도는 오히려 당연한 사리라 할 수 있을 것이다. 더구나 그것이 法的效果를 가지고 一方當事者의 意思를 구속하는 것이 아닌 이상, 그러한 행위에 대해서까지 國會에 의한 正當化의 필요성을 인정할 合理性은 약한 것이 아닌가 생각된다.

물론, 行政指導는 언제나 현실적으로는 권력적 관여수단에 필적하는 機能과 效力을 발휘할 가능성이 있으며, 上下關係의 傳統的意識이 아직 뿌리깊게 남아 있는 국가와

4) 法律의 根據의 具體性과 관련해서는 또한 監督手段이 個別的 事務마다 法의 根據를 가져야 할 것인가(예컨데 道路法등에서 개별적으로), 地方自治團體의 義務一般에 관한 授權으로 족한가 라고 하는 문제가 있다. 엄밀하게 말하자면 이것은 法律의 根據를 논하는 경우에 있어서의 授權의 概括性의 문제라 할 수는 없을 것이다. 즉, 예컨데 地方自治團體가 違法行政을 행한 경우에 當該行爲의 取消라고 하는 關與手段이 一般法(예컨데 地方自治法)에 明示되어 있으면 權力發動의 要件은 그 對象이 되는 事務의 對象 여하와는 상관없이 立論 確定되어 있다고 할 수 있다. 그 한도내에 있어서는 要件의 不確實性에 관한 白紙의 授權은 여기서는 문제의 초점이 될 수 없다고 할 것이다. 그러나 國家關與의 法律問題全體에서 이것이 併立的協力 關係論·自治監督關係論을 구분하는 하나의 標識가 될 수 있는 것이다.

지방자치단체와의 사이에서는 특히 그러한 가능성이 인정되는 바라 할 수 있다. 다만, 이러한 있을 수 있는 現實的 機能은 法律의 根據의 문제와 같은 法的判斷에 있어서는 일응 고려밖에 둘 수 있는 것으로 생각된다(다만, 組織規範의 문제는 별개이다.)

이에 대하여 行政指導가 단순한 知識의 제공에 그치지 않고, 또한 制度的으로도 權力的 關與에 갈음하는 것으로서 예정되어 있는 경우에는 문제는 자연히 달라진다. 現行地方自治法 제157조 제1항이 규정한 「地方自治團體의 事務에 관한 그 長의 命令이나 處分이 法令에 위반되거나 현저히 不當하게 公益을 해한다고 인정될때」에 主務部長官이나 市·道 知事가 행하는 書面에 의한 是正命令과는 달리, 그에 따라야 할 法的義務가 없는 中央行政廳의 地方自治團體에 대한 措置要求權같은 예<sup>5)</sup>에서는 비록 직접적으로는 法的效果를 가지지 않더라도 行爲是正을 위한 보다 강한 國家意思가 표명되며, 한편 그것에 대응하는 地方自治團體의 行爲의 발동이 內容의 說得性에 의하는 것이 아니라 오로지 形式的權威에 의하여 보다 確實性을 가지고 기대되고 있는 경우에는 그것이 비록 事實上的 妥當性만이 예정되고 있다고 하더라도 併立的協力關係를 전제로 하는 現行憲法의 措置를 전제로 하는 한, 국가측으로부터 행하는 一方的인 措置要求와 같은 手段은 監督手段의 範圍에 포함되는 것으로서 역시 國會에 의한 正當化가 필요한 것으로 보지 않으면 아니될 것이다.

## 2. 國家關與에 있어서의 合法性과 合目的性

(1) 自治監督手段이 地方自治團體의 活動의 合法性의 확보를 위해서만 행사될 것인가, 혹은 合目的性의 擔保까지에도 미칠 것인가는 오래전부터 논의의 대상이 되어 왔다. 그리하여 概括的으로 말하자면, 公共團體의 自治權을 될 수 있는 대로 존중하는 입장에서

5) 우리나라 地方自治法 제157조에 해당하는 日本地方自治法 제246조의 2의 제1항은 「內閣總理大臣은 普通地方公共團體의 事務의 處理 혹은 그 長의 事務의 管理 및 執行이 法令에 違反되어 있다고 인정할 때, 혹은 確保해야 할 收入이 不當하게 확보되지 않고, 부당하게 經費를 支出하고, 혹은 不當하게 財産을 처분하는 등 현저히 事務의 積정한 집행을 결하며, 또한 명백히 公益을 해치고 있는 것으로 인정할 때에는 當該普通地方公共團體 또는 그 長에 대하여 그 事務의 處理 혹은 管理 및 執行에 관하여 違反의 是正 혹은 改善을 위해 필요한 措置를 강구할 것을 구할 수 있다」고 규정하고 있으나, 우리나라의 경우와 같이 그 期間內의 不履行에 대한 取消權과 停止權은 인정하지 않고 있으며, 이 規定을 「國家와 普通地方公共團體간의 고도의 協力體制를 확보하고 自治의 適正한 運營을 도모하는 목적으로 새로운 關與方式으로 볼 수 있는 것」으로 해석하고 있다(長野士郎·逐條地方自治法, 1965, 986면).

다른 한편으로 그것이 분명히 一般의 그리고 一方的으로 國家가 地方自治團體의 活動의 合法性, 合目的性의 認定權을 가지며, 그에 대한 是正措置要求權을 인정하고 있으므로 當該措置要求의 法的效力如何와는 상관없이 그것은 法技術的으로 파악할 것 같으면 權力的인 自治監督手段과 다를바 없다는 批判的 見解도 유력하다(鹽野宏·國家と 地方公共團體, 1990, 66面 참조).

는 그 監督은 適法의 監督에만 그치고, 公益의 裁量은 이것을 公共團體 스스로가 판단하는 바에 맡기는 것이 바람직하다<sup>6)</sup>고 하는 基本觀念이 존재하며, 또한 그것에 의한 解釋論이 상당정도 침투되어 왔음에도 불구하고 實定法制 그 자체에 있어서는 널리 合目的性的 監督手段이 채용되어 왔던 것이 사실이다. 그리하여 地方自治團體의 事務에 관한 助言이나 警告 또는 指導와 資料提出要求(地方自治法 제155조 제1항), 地方自治團體의 自治事務에 대한 監査(地方自治法 제158조), 그리고 이른바 是正措置要求 등의 여러 手段과 그밖에 個別立法에 있어서의 비슷한 수단들이 地方自治團體의 行爲의 合法性의 保障과 合目的性的 保障의 雙方을 목적으로 행해져 왔던 것이 사실이라 할 수 있다. 또한 起債의 許可制를 비롯하여 각종 個別立法에 있어서의 許可制도 形式的으로는 오히려 合目的性的 保障에 重點이 주어져 왔다고 할 수 있다. 그리고 地方自治團體의 機關의 行爲에 대한 國家의 不服審査<sup>7)</sup>에 관해서는 違法事由의 審査에 그치지 않고 合目的性的 考慮에 의한 不服審査도 가능한 것처럼 되어 있다.

(2) 國家의 地方自治團體에 대한 監督法制에 있어서의 合法性과 合目的性的 관계에 관해서는 독일의 경우, 基本法이 地方自治行政의 制度的 保障을 정하고 있는 이상, 自治監督手段은 合法性이 監督에 그쳐야 하는 것으로 보고 있는 것이 多數說로 되어 있다.<sup>8)</sup> 그리고 많은 Land의 憲法은 明文으로 自治監督을 合法性의 保障에 한정시키고 있다. 예컨대, Bayern州 憲法 제83조는 「市町村은 國家監督廳의 監督을 받는다. 市町村의 固有한 法活動領域에 속하는 事務에 관해서는 國家는 法律上의 義務의 充足 및 市町村에 의한 법령의 維持에 관해서만 監督한다」라고 규정하고 있다. 그리하여 多數說에 의하면, 이러한 規定은 基本法의 당연한 原理를 확인한 것으로 이해하는데 대하여 自治監督속에 合目的性的 保障도 포함되는 것으로 보는 少數見解에서는 그것을 일종의 自己規制를 규정한 것으로 이해하고 있다. 그리고 現代에 있어서도 아직 自治監督手段과 合法性·合目

6) 美濃部達吉·日本行政法 上卷, 1936, 619面.

7) 行政審判法 제5조는 「서울特別市長·直轄市長 또는 道知事(教育委員會를 포함한다)의 處分 또는 不作爲에 대하여는 각 소관 監督 行政機關이 裁決廳이 된다」(제3항)라고 규정함으로써, 예컨대 서울特別市長의 處分에 대해서는 國務總理, 直轄市와 道知事の 處分에 대해서는 主務中央監督廳이 裁決廳이 되어 不服審査를 하고 있다.

8) Vgl., W. Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, Aktuelle, Probleme der Kommunalaufsicht, 1963, S. 20; Becker, Kommunale Selbstverwaltung, Die Grundrechte IV/2, 1962, 718f. 이에 대해서 基本法은 自治의 本質이 침해되어서는 아니됨을 규정하고 있을 뿐 監督手段의 機能에 대해서는 直接 언급을 하고 있지 않다는 見解(Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtaufischt, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 525.)가 있는가 하면, 自治概念의 歷史性에 重點을 두면서 역사적으로 합목적성의 보장-특히 許可留保-은 自治概念에 내포되어 있다고 하는 見解(Müller, Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte in Kommunalrecht Verw. Arch. Bd. 54, 1963, S. 181f)도 있다.

의 性的 保障의 관계에 關하여 問題意識이 특히 강한 것은 다름아닌 自治監督이 典型인 權力的 一般的 矯正監督의 存在를 당연한 것으로 전제하고 있는 것에 대응하고 있음을 주의하지 않으면 아니된다.

(3) 合法性과 合目的性的의 保障의 關係와 關하여 특히 문제되는 것은 각종의 實定法에서 널리 인정되고 있는 地方自治團體의 活動에 대한 國家의 許認可制度에 관한 것이다. 만일 종래 일반적으로 우리나라 學說이 인정하고 있는 것처럼 許認可制度가 당연히 合目的性的의 考慮를 포함하는 것이라고 할것 같으면, 그것은 前述한 독일의 多數說이 주장하는 合法性이 監督의 原則과 여하히 결합할 수 있는 것인가 라는 문제가 제기된다. 이에 관한 독일의 學說의 상황을 간단히 고찰해 보기로 한다.

첫째로, 許認可法制는 自治監督이라는 範疇에는 포함되지 아니하는 制度, 즉 그것은 國家의 自治行政에 대한 參加權(Mitwirkungsrecht)으로서 파악되어야 하며, 따라서 通常의 自治監督手段이 憲法上 合法性의 監督에 한정되는데 대하여 許認可는 合目的性的의 考慮까지도 포함하는 것이 憲法上 가능한 것으로 보는 견해가 있다.<sup>9)</sup> 이와같이 許認可制度를 自治監督이라는 개념으로부터 제외하고 그것을 國家의 參加權으로써 파악하는 견해도 많은 學說<sup>10)</sup> 및 判例<sup>11)</sup>가 인정하는 바이지만, 다만 이러한 경우에도 許認可權의 모두가 合目的性的의 考慮를 포함함을 시인하고 있는 것은 아니며, 또한 한걸음 나아가서 具體的인

9) 예컨대 이러한 見解를 취하는 W. Weber에 의하면, 「戰後, 독일의 市町村制의 基本的秩序에 關하여 許認可法制에 依하여 市町村의 活動의 限界를 긋는다는 것은 이미 허용될 수 없다고 하는 意見이 강하다. 그것은 이러한 拘束은 市町村自治의 原則과 대립되며, 또한 州憲法이 自治監督은 단지 合法性의 監督의 범위안에서 인정하고 있기 때문에 이러한 許認可를 통한 拘束은 현재의 許認可法制에 있어서도 意圖되어 있지 않을 뿐만 아니라 有益하지도 않다. 그러나 市町村自治의 制度的保障의 理論的基盤을 가지고 이것을 논할 수는 없다는 것이다. 왜냐하면, 制度的保障의 對象은 그 歷史的 發展過程에서 展開되어진 本質的 內容(Wesenszuge)에 있어서의 市町村自治이기 때문이다. 그리하여 독일의 市町村制는 上述의 特別監督(Sonderaufsicht)의 手段(許認可制를 포함)을 恒常적으로 그리고 廣範하게 알고 있으며, 또한 自治監督은 이미 그전부터 合法性의 監督에 한정되어 있었기 때문이다. 그것은 自治監督을 언제나 一般的 矯正(repressiv)監督으로서만 파악하는 한편, 特別監督에 있어서는 國家行政廳의 地方的事務에 있어서의 自由로운 協力이 展開되어 있었으며, 이러한 基本的 理念 아래 Land 및 Bund의 立法例도 성립되어 있다」는 것이다. (W. Weber, Fn. 8. S. 22).

10) Vgl. Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, 1963, S. 82f; Fröhler, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, 1957, S. 71f; Gönnerwein (Fn. 8), S. 202f; Müller (Fn. 9), S. 194f.

11) Vgl., BVerfGE 8, 332 (350) — 郡議會의 選舉를 Land 政府의 承認事項으로 한 것은 基本法 제28조 2항의 地方自治의 憲法保障에 위반하지 아니한 것으로 判示함; VfGH Rheinland-Pfalz, VwRsr. 3. 529; OVG Münster VwRsr. 7, 353, 7, 717; VG Kassel, DVBl, 1954, 91; VfGH Nordrhein-Westfalen, VwRsr, 7, 584.



許認可가 合目的性的 監督까지 미치는 경우와 그렇지 아니하는 경우를 분류하고 있다.<sup>12)</sup>

둘째로, 許認可法制를 自治監督의 일종으로 파악하며 현실에 있어서도 合法性의 監督機能을 가지는 한에 있어서는 當該制度를 받아들일 수 있지만, 그렇지 않는 경우에는 그것을 違憲이라고 보는 생각이 少數이기는 하지만 유력한 見解에 의해 주장되고 있다. 즉, Gönnerwein에 의하면 독일 市町村制의 發展過程에 있어서는 許認可法制도 自治監督의 일종으로서 위치지워져 왔음을 論證하고, 또한 W. Weber의 주장의 근거가 되어있는 矯正的 監督과 豫防的 監督의 구별은 엄격하게는 존재할 수 없다고 하면서 「Land 憲法이 國家監督에 관해 言及하고 있는 경우에는 이 監督은 統一의인 法制度로서 생각되고 있는 것이며, 거기에는 監督權力的 모든 手段이 總括되어 있는 것이다. 하나의 自治監督과 나란히 아직도 前立憲主義的인 國家的後見(Staatskuratel)의 殘滓를 인정한다는 것은 불가능하다. — 憲法制定權者는 地方自治團體의 自由라는 의미에서의 進歩를 위해 크게 길을 열었다. 이러한 意圖는 비록 사람들이 古典的自治概念이라는 이름아래 그것을 浪漫的復興(Romantische Restauration)이라 부를지언정 부정할 수 없는 것이다. 國家監督을 法律에 의해 制限하려는 시도는 憲法制定權者에게 있어서는 결코 충분한 市町村의 保護라고 생각될 수 없었던 것이다. 따라서 憲法이 諸基本原則의 意義에 비추어 볼때, 合法性의 監督의 原則이 矯正的 監督에 한정된다고 하는 歸結은 생기지 않으며, 또한 그것으로부터 許可留保制가 제외된다고 하는 結論도 생기지 아니하는 것이다」<sup>13)</sup>라고 지적하고 있다.

(4) 國家의 許認可權法制와 함께 오늘날 國家의 地方自治團體에 대한 勸告機能(Beratendefunktion)이 현실에 있어 매우 중요한 關與手段이 되고 있거니와 이러한 勸告機能은 그 자체 市町村의 活動의 合法性의 保障에도 기능할 수 있지만, 合目的性的 保障機能도 아울러 가지며 그 성질상 오히려 後者에 있어 보다 광범위한 適用領域을 지니고 있다는 것은 주지하는 바와 같다. 만일 그렇다면, 그것은 合法性의 保障으로서의 自治監督

12) W. Weber는 國家行政廳의 許認可行爲에 관하여 네가지 分類를 시도하고 있다. 즉 ①地方自治團體가 私人和 동일한 地位에서 許認可를 받고 있는 경우(建築法, 水法 등에 의한 諸特許, 許可 등), ②市町村 자체가 그 關係者가 되지만 決定權이 완전히 國家에 귀속되어 있는 경우(市町村의 境界變更, 廢置分合에 관한 決定, 市町村간의 爭議에 대한 裁決 등), ③國家의 參加(Staatliche Mitwirkung)라는 견지에서 許認可行爲가 행사되는 경우(學校의 設置·統廢合, 建築管理計劃(Bauleitplan)의 承認 등), ④순수한 自治監督(合法性의 監督)的 見地에서 許認可가 國家에 留保되는 경우(市町村財政에 대한 諸許可)가 그것인 바, ①②는 본래적으로 自治體에 대한 國家監督의 범주에서 벗어나는 것이며, ④는 憲法의 原則上 解釋論的으로 合法性의 監督의 手段이라 할 수 있으며, ③만이 일종의 監督의 機能을 가지면서 合目的性的 保障으로서도 기능할 수 있다고 한다. (비슷한 見解로서 Vgl. Hofmann (Fn. 10) S. 82ff.).

13) Gönnerwein (Fn. 8) S. 526f. ; 同旨 Müller, (Fn. 8) S. 194f. (다만, Müller는 許認可法制에 合目的性的 考慮를 개입시키는 것이 立法政策的으로 바람직하다는 것을 인정하고 있으며, 그러나 그것은 Land憲法改正이라는 手段에 의해야 한다는 것이다(S. 196f.).

法制의 原則을 취하는 制度下에서 어떠한 位置를 차지하는 것으로 볼 것인가가 문제된다.

이점에 관해서도 勸告機能은 自治監督手段의 內容에 포함되지 않은 것으로 보고, 그것이 合目的性的의 保障機能을 현재에 있어서도 가질 수 있다고 보는 見解<sup>14)</sup>에 입각하여 勸告機能의 合目的性的의 保障에 중요한 活動領域이 존재함을 강조하며 그것이 監督關係와 함께 協力關係의 存在를 증시하는 입장으로서는 받아들여지고 있다.

다른 한편으로는 勸告機能을 合法性의 保障機能으로서의 自治監督手段에 포섭시키는 견해도 없지 않다. 즉 Gönnerwein에 의하면 「要請에 따라, 혹은 職權으로 市町村에 勸告하는 것은 언제나 國家監督의 課題에 속한—어떠한 경우에 있어서도 勸告는 法的遵守의 문제에 한정되지 않으면 아니된다. 法에 위반하려고 하고 있는 市町村은 監督廳에 의해 일정한 法的 觀點이 지시될 수 있다. 그러나 어떠한 監督廳도 市町村에 대하여 義務的 效力(Verpflichtende Wirkung)을 가지고 固有事務의 領域內에 있어서 어떤 事務를 自由로이 행할 것인가의 여부에 관해 勸告를 부여할 權限을 가지고 있지 않는다」<sup>15)</sup>고 말하고 있다.

(5) 이상에서 보는 바와 같이 國家關與에 있어서의 合法性과 合目的性的의 문제는 독일의 경우, 憲法上 自治監督=合法性의 監督의 原則이 明定되어 있기 때문에 解釋技術的으로는 自治監督의 內包를 둘러싼 論爭임을 알 수 있다. 그러나 위의 고찰에서도 알 수 있듯이, 그 解釋技術의 배후에는 國家와 地方自治團體의 實제상에 있어서의 밀접한 關係를 전제로 하면서 그것을 自治監督法制와는 별개의 許認可法制 및 勸告法制에 의해 적극적으로 실현시키고자 시도하는 입장과 地方自治의 自律性을 될 수 있는대로 保持해 나가려고 시도하는 입장과의 다름이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 장면에 있어서도 이른바

14) 이러한 見解를 취하는 Galette에 의하며, —立法者의 意思 및 行政의 現實에 대응하는 實定法의 解釋에는 市町村活動에 영향을 주는 國家的手段의 모든 것이 監督이라는 概念속에 결합된다고 하는 傳統的觀念으로부터 해방됨으로써만 도달될 수 있는 것이다. 市町村行政의 合法性의 保障이라는 의미에 있어서의 國家監督은 國家와 市町村의 關係의 하나의 분야를 나타내는데 지나지 않는 것이다. 國家監督은 命令, 取消, 代執行 등의 手段에 의해 違法狀態가 생겼을 때에만 가능할 수 있는 것이며, 合目的性이 문제되었을 때에는 활동할 수 없다. 그러나 이러한 의미의 監督의 行使와는 概念上 전혀 별도로 國家는 市町村行政의 遂行을 위해 다양한 방법으로 참가한다 (mitwirker). — 그리하여 現行市町村法制가 勸告機能을 監督概念에 포괄시키는 터전(場)을 부여하고 있지 아니하는 이상, 그것은 (監督機能 아닌) 協力機能의 領域에 속하는 것으로 보아야 할 것이다. 이것은 當該機能의 本質에 照應하는 것이다. — 만일 이러한 協力法制를 監督概念에 포함시켜 버릴 것 같으면 극히 不適合한 상태가 생기게 될 것이다.

즉, 國家行政의 現實은 不確定的인 것이 되어 버릴 것이며, 동시에 一般의 監督概念은 市町村自治行政이 바라지도 않고 또한 立法者도 의도하지 아니할 정도로 확장되어 버릴 것이다」라고 말하고 있다(A. Galette, Die Beratung im Rahmen der Kommunalaufsicht, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, 1963, S. 39ff., 137.)

15) Gönnerwein (Fn. 8), S. 186; 同旨 Becker (Fn. 8), S. 168.

間接國家行政權<sup>16)</sup>을 철저히 하여 許認可 및 勸告를 自治監督手段의 하나로 위치지우며, 단적으로 監督法制의 본질상 그들이 당연히 合法性의 監督에 한정되는 것은 아니라는 見解가 등장하고 있음이 주목된다.<sup>17)</sup>

(6) 이상 독일의 法制와 理論을 中心으로 國家關與에 있어서의 合法性과 合目的性的의 關係에 관해 살펴보았거니와 결론적으로 우리 法制와의 關係에서 생각할 때, 첫째로, 矯正的 監督手段이 合目的性的의 保障에 기능한다는 것은 現行憲法上 인정될 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 合目的性的의 考慮에 의하여 國家가 地方自治團體의 行爲에 一方的으로 개입하여 그것을 法的으로 是正할 수 있다고 할 것 같으면 中央行政廳에 대한 地方自治團體의 自律性은 극히 약화될 것임은 두말할 나위도 없다. 自治監督關係를 전제로 하는 法制度에 있어서조차 合目的性保障手段에 대한 批判이 있었고, 특히 오늘의 독일에 있어서는 實定制度 및 學說上, 權力的矯正的인 合目的性保障手段은 일체 부정되고 있음을 감안할 때 原則的併立關係를 전제로 하는 現行憲法下에서는 위의 原理는 일응 타당한 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 문제는 이른바 措置要求權(혹은 指示權) 및 國家行政廳의 不服審査權에 관한 것이다. 앞서 法律의 留保問題와의 關係에서 措置要求權이 지니는 事實的의 妥當力에 대한 制度的期持에 관해 논한 바 있거니와 地方自治의 現實의 侵害가 문제되는 것인 이상, 비록 그 程度는 論理的, 一般的으로 斷定하기 어렵지만, 傳統的인 上下關係의 意識이 아직도 뿌리깊게 잔존하고 있는 現段階에 있어서는 措置要求權이 合目的性的

16) Forsthoff에 의해 주장되었으며 一部 學者들(Köttgen, Frick, Rietdorf, Fröhler)에 의해 同調되고 있는 이른바 間接國家行政(Mittelbaren Staatsverwaltung)이라는 觀念 및 그것과의 關係에 있어서의 自治行政의 觀念은 요컨대 固有事務와 委任事務의 區別相對化, 自治行政의 Glnossenschaft的의 性格喪失, 國家監督의 增大, 經濟·社會·文化等 諸領域에 있어서의 公的性格을 가지는 自治的團體의 등장이라는 第1次大戰후에 있어서의 독일 自治行政上의 諸現象을 전제로 하여 이러한 現象을 法的으로 統一의으로 파악하기 위한 하나의 說明的 概念으로 제창된 것이다. 間接國家行政이란 直接國家行政廳이 아닌 獨立의 法人格을 가진 主體에 의해 행해지는 國家的事務로서 그것은 말하자면 分權의 行政을 의미한다는 것이며, 이러한 맥락에서의 自治行政이란 公共團體, 公共의 營造物, 公共의 財團에 의해 행해지는 그 자체 國家的인 事務의 遂行이며, 따라서 國家에의 依存性을 指向하는 것이며, 國家行政組織의 Hierarchy속에 완전히 埋沒되는 것은 아니지만 國家的 課題遂行을 위하여 全國家行政의 統一性을 확보하기 위해 당연히 法律에 의해 規制와 監督이 미치는 行政領域으로 인식되고 있다(Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 8 Aufl., 1961, S. 412, 419).

독일에 있어서의 自治監督은 이러한 間接國家行政權에 의해 종전까지 많이 쓰여졌던 이른바 編入(Eingliederung)理論보다 한결 一貫된 理論的인 뒷받침을 받게 된 셈이었다. 비록 그것이 制度的保障에 의해 限界지워지는 것이기는 하지만 이러한 間接國家 行政權의 徹底가 制度的保障의 內容을 희석시키고 있음을 당연히 예상되며 따라서 독일에서도 이 觀念에 대해서는 강력한 抵抗이 제시되고 있다(Linckelmann).

17) Vgl., Frick, Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, 1958, S. 48ff.

保障에 기능하게 한다는 것은 상당정도 違憲의 소지가 있다고 보아야 할 것이다(우리 地方自治法 제157조 제1항이 地方自治團體에 대한 是正命令을 이행하지 않을 때 이를 取消하거나 停止할 수 있는 것을 自治事務에 관한 것일 때에는 法令에 위반하는 것에 한하도록 한 것은 이러한 趣旨에 의한 것이라 생각되지만, 「현저히 不當하여 公益에 위반한다고 인정될 때」에는 是正命令을 내릴 수 있도록 한 것은 여전히 違憲의 소지가 없지 않다.)

다음으로, 國家機關(中央行政廳)의 行政不服審査制度和 관련하여 문제되는 것은 自治事務에 관해서는 본래 上級行政廳이 존재하지 아니하는 地方自治團體의 機關의 行爲에 대하여 行政審判法의 規定을 그대로 적용하게 한 것에 관한 것이다. 즉 行政法上의 一般理論에 의하면, 行政上의 不服申請에 대한 審査廳의 審査權限은 處分廳의 適法·違憲의 문제 뿐만 아니라 當·不當이라는 점까지도 미치는 것으로 되어 있다. 바로 이러한 점이 일반적으로 行政訴訟과 별도로 行政不服審査(行政審判)를 인정하는 意義라고 할 수 있다. 결론적으로 말하자면, 行政上의 不服審査에 관한 一般理論을 그대로의 形態로 여기에 적용시켜 地方自治團體의 機關의 當·不當의 영역까지 審査廳의 權限이 미치게 함은 地方自治의 自律權을 침해하는 것이 되는 것이 아닌가 생각된다. 行政不服審査의 範圍에 관한 一般理論은 어디까지나 일응의 原則을 나타낸 것에 지나지 않으며, 立法政策上 審査權限을 法律問題에 한정하는 것도 불가능한 것은 아니며, 또한 解釋論의으로도 이러한 限定은 가능한 것이 아닌가 생각된다.

끝으로 지적할 것은 合法性和 合目的性과의 관계에서의 國家가 留保하는 許認可權에 관한 것이다. 독일의 경우와는 事情을 달리하는 우리 나라의 경우에 있어서는 法形式的으로 고찰하는 한, 이것을 監督手段의 概念으로부터 제외시킬 수는 없을 것이 아닌가 생각된다. 그러나 독일에 있어서의 이른바 國家參加權이라는 概念은 普遍性을 지니는 有効한 道具概念임을 부정할 수는 없는 것으로 생각된다. 즉, 國家的利害와 地方的利害와의 구별이 확실하지 아니한 영역이 많아지고 있는 오늘날 — 그 하나의 表現이 바로 國家와 地方自治團體의 協力關係의 把握이라 할 수 있지만 — 事務遂行의 이니셔티브 및 그 遂行의 責任은 地方自治團體에 맡기면서도 當該事務에 관한 國家의 協同 내지 參加的見地에서 許認可權을 國家에게 留保한다는 것은 경우에 따라서는 하나의 合理的인 技術일 수도 있을 것이다. 矯正의 關與 보다는 當該事務의 성질상 오히려 事前的인 協력이 필요한 경우도 충분히 생각할 수 있다. 이러한 경우, 合目的性의 考慮가 개입할 수도 있겠지만 地方自治團體의 自律性侵害라는 점에서는 權力的矯正關與가 合目的性의 保障에 까지 미치는 경우 보다는 緩和되어질 수 있을 것이다. 이러한 의미에 있어서는 自治監督關係를 취하는 나라 이외에서도 許認可權의 留保는 왕왕 쓰이고 있는 技術이며, 國家的參加

權이라고 하는 概念構成에 의한 許認可制는 우리 나라에 있어서도 일응 존재할 수 있는 것으로 생각된다. 또한 前述한 許認可制에 있어서의 W. Weber에 의한 再分類도 우리나라에서 적용가능한 것으로 생각된다. 물론 이상과 같은 것은 許認可權을 대폭적으로 적극적으로 시인함을 의미하는 것은 아니다. 오히려 無原則的으로 설정하는 許認可制 가운데서도 國家參加權의 테두리 속에 포섭할 수 있는 것만에 合目的性的의 監督手段으로서의 憲法上的의 位置부여를 인정하려는 것이 그 참뜻이라 할 수 있다.

### 3. 國家關與와 法的救濟

(1) 地方自治團體는 法人格을 가지는 獨立的 法主體이다. 그리고 그것이 裁判이라는 手法으로 자기의 權利를 주장할 수 있는 것도 당연한 것으로 인정되고 있다. 그러나 이 原則은 특히 紛爭의 一方當事者가 國家 혹은 그 機關일 경우에는 의문시되는 경우가 있다. 그 法技術的論據는 사안에 따라 다를 경우가 있지만, 기본적으로는 國家와 地方自治團體라고 하는 두개의 行政主體의 關係의 紛爭의 處理가 私人과의 關係에서의 그것과는 다른 경우가 있을 수 있다고 하는 前提때문일 것이다. 이제 行政上的의 不服申請(行政審判)과 行政訴訟의 경우를 나누어 문제점을 검토해 보기로 한다.

(2) 地方自治團體 기타의 公共團體가 「그의 固有한 資格에서 相對方이 되는 處分」에 대해서는 地方自治團體 기타의 公共團體는 行政審判法에 의한 不服申請은 할 수 없는 것으로 보고 있다. 즉 行政審判法은 그 目的을 밝힌 제1조의 規定에서 「…行政廳의 違法 또는 不當한 處分 그밖에 公權力의 行使·不行使 등으로 인한 國民의 權利 또는 利益의 侵害를 구제하고…」라고 하고 있는 것은 이러한 취지를 나타낸 것으로 보고 있다.<sup>18)</sup> 그러나 同法 제1조와 같은 概括的인 規定만을 근거로 하여 地方自治團體의 不服申請權을 法律上 부정할 수 있는 것인가 하는 의문이 제기된다. 확실히 行政審判法을 중심으로 하는 現行의 行政上的의 不服申請에 관한 法制에는 地方自治團體의 救濟를 通常의 不服申請에 의하는 것에 대해서는 消極的인 立場임을 나타내는 規定들이 없지 않다. 예컨대 「補助金の 豫算 및 管理에 관한 法律」 제37조는 補助事業者의 補助金交付決定등에 관한 中央官署의 長에게 異議를 신청할 수 있음을 규정하고 있거니와 이 補助事業者속에는

18) 國內文獻에서는 行政審判의 請求人適格에 관해서 원칙적으로 自然人·法人이어야 하는 것으로 밖에 설명되어 있지 않으나, 우리나라와 비슷한 法制를 가지고 있는 일본의 行政不服審査法の 解説書에는 本文과 같은 취지로 설명되어 있다(田中二郎 「行政法」(上), 全訂 第2版 233面: 田中眞次·加藤泰守 「行政不服審査法解説」26面).

地方自治團體가 포함되어 있다.<sup>19)</sup>

行政審判法 제1조에서 말하는 「國民」에 地方自治團體, 기타의 公共團體가 포함될 것인가의 여부는 결국은 다같은 法人格으로서 權利義務의 主體이면서도 地方自治團體가 私人이나 私法人과 同一한 의미에 있어서의 그것과 다른 것은 地方自治團體의 이른바 「固有한 資格」이라 함은 一般私人이 설 수 없는 것 같은 입장에 있는 상태」라고 하는 의미로 해석되고 있거니와,<sup>20)</sup> 요컨대 그것은 첫째로는 行政主體로서의 地方自治團體의 事務나 事務의 성질이 私人의 그것과 다르기 때문이라 할 수 있으며, 둘째로는 예컨대 다같은 補助金 등의 交付라 할지라도 地方自治團體에 대한 그것은 國家의 地方自治團體에 대한 關與의 一形態이며 私人에 대한 處分과는 그 實質的인 意味가 다르기 때문에 그러한 處분에 대해서는 地方自治團體는 일반적으로 그것에 따라야 할 地位에 있는 셈이 되어, 그것을 通常의 爭訟手段으로 다루는 데는 문제가 있다는 데에 연유하는 것이라 생각된다.

이렇게 볼 것 같으면, 法송이 정하는 바에 따라 地方自治團體가 각종의 行爲를 하는 경우가 전부 一律적으로 地方自治團體의 「固有한 資格」으로 행하는 것이 아니라 그때 그때의 行爲의 性質如何에 따라 다를 수 있는 것이라 할 수 있다. 다만, 實際의 立法例가 반드시 이러한 理論만으로 완전히 설명될 수 있는 것인가는 문제라 할 것이다. 現行地方自治法 제115조는 地方自治團體가 地方債를 발행함에 있어서는 內務部長官의 承認을 요하게 하고 있거니와 地方債를 발행하는 行爲는 責務負擔의 一種이며, 그 자체는 오히려 私法上의 行爲와 비슷함에도 불구하고 그에 대해서는 行政審判法에 의한 不服申請은 허용되지 않는 것으로 보고 있다. 行爲의 性質은 私人의 그것과 비슷하지만, 地方債發行의 承認은 國家와 地方自治團體의 關係에서 特殊한 目的을 위해 행해지는 것이라는 점에서 通常의 行政處分과는 달리 그것을 받는 地方自治團體의 地位는 「固有한 資格」에서의 것으로 해석할 수도 있을런지도 모른다. 그러나 이러한 理解가 성립될 수 있는 것인가의 여부는 상당한 논란의 여지가 없지 않다. 그리하여 「固有한 資格」이라고 하는 多義의 概念만을 가지고 일반적으로 不服申請을 規制하는 것은 충분한 說得力을 가지지 못한다고 할 것이다.

(3) 地方自治團體의 抗告訴訟에 관해서는 첫째로 出訴를 인정하는 明文의 規定이 없는

19) 行政審判에 있어서의 告知制度를 규정하고 있는 現行不服審判法 제42조에는 이와 同一한 內容의 規定인 日本의 行政不服審査法 제57조 제4항 「前3項의 規定은 地方公共團體 기타의 公共團體에 대한 處分으로서 當該公共團體가 그 固有한 資格에 있어서 處分の 相對方이 되는 것에 대해서는 適用하지 아니한다」고 하는 規定을 두고 있지 않아 現行法上에 있어서 地方自治團體가 그 固有한 資格으로서 處分の 相對方이 되는 경우에 同法 제42조의 규정의 적용 여부에 關해 해석상의 의문이 있을 수 있다.

20) 註 18) 田中·加藤, 前掲書, 214面.

경우에 地方自治團體가 國家의 處分에 대하여 반드시 出訴할 수 있는가 라는 문제와 둘째로, 地方自治團體 또는 그 機關의 處分에 대하여 相對方인 住民으로부터 國家의 機關에 대하여 審判請求 기타의 不服申請이 인정되어 있는 경우, 그 不服申請의 裁決·決定에 대하여 地方自治團體(혹은 그 機關)으로부터 出訴가 인정될 수 있는가 라고 하는 두가지가 문제될 수 있다.

첫째의 경우, 國家가 地方自治團體에 대하여 公行政의 監督 내지 關與의 手段으로서 행해지는 處分이외의 處分에 대해서 出訴가 인정되는 데는 의문의 여지가 없다고 할 수 있으나, 監督 내지 關與의 處分의 경우에는 이 監督 내지 關與가 가지는 의미를 어떻게 보는가에 따라 결론이 달라지는 것이 아닌가 생각된다. 만일 地方自治團體도 國家의 아래에 있다고 하더라도 別個의 法人格이라는 점을 강조하고 監督이나 關與도 별개의 法人格者間的 法律關係라고 파악할 것 같으면 이들 處分에 대해서도 出訴를 인정하지 못할 理由는 없다고 할 것이다. 이에 대하여 國家의 行政과 地方自治團體의 行政을 구별하고 地方自治의 保障을 인정하면서도 兩者의 有機的인 連關의 保持를 강조한다면 國家의 監督 내지 關與는 그 目的을 위한 手段이기 때문에 그 制度가 地方自治의 本質에 반하거나 地方自治의 保障을 침해하지 않는한, 地方自治團體는 그에 따라야 할 地位에 있다고 하는 理論이 성립될 것이다. 물론 이러한 입장에서 立法政策上으로는 出訴를 인정하는 것이 合理的인 경우도 있을 수 있다. 요컨대 일반적으로 出訴를 인정한다는 것은 이러한 立場에서는 國家의 行政監督·關與의 統制를 法院에 맡기는 것이 되므로 司法的權利保護制度의 테두리에서 벗어나는 것이 아닌가 하는 의문도 제시될 수 있다.

다만, 國家의 監督權行使에 대한 地方自治團體의 出訴權에 관해서는 現行 地方自治法 제157조 제2항은 「地方自治團體의 長은…自治事務에 관하여 命令이나 處分의 取消 또는 停止에 대하여 異議가 있는 때는 그 取消 또는 停止處分을 통보받은 날로부터 15일 이내에 大法院에 訴訟를 제기할 수 있다」고 규정함으로써 訴訟의 對象, 出訴期間, 提起節次 및 管轄法院에 관하여 行政訴訟法과는 다른 特別規定을 두고 있어 주목된다. 그러나 이러한 特別規定의 立法政策的인 意義에 관해서 國家에 대한 地方自治團體의 法的地位와의 관계에서 그 合理性이 의문시되는 점이 적지 아니한 것으로 생각된다.

다음, 審査請求의 裁決에 대해서도 역시 地方自治團體의 出訴權을 肯定하는 주장이 있다. 그러나 이에 대해서는 消極的인 견해도 없지 않다. 즉 첫째로 審査請求는 行政處分에 대해서 住民의 權利利益을 行政的으로 보호하려는 制度로서의 의미를 가지는 것이라고 생각할 것 같으면 處分을 행한 측으로부터 出訴하는 것은 그 制度的 意義를 상실케 한다는 것이며, 둘째로, 審査請求에 있어서 審査廳의 判斷은 處分廳에 대하여 制度上 法的으로 우월한 效力을 가지는 것이며 原處分-審査請求-再審査請求라고 하는 一連의

行政節次가 구성되어 있는 것으로 생각하여야 할 것이며, 이 경우의 審査廳이 上級行政廳인가 第三者機關인가는 이 점에 관한 한, 기본적인 차이는 없다고 본다.

(4) 끝으로 한가지 검토할 문제는 國家가 地方自治團體의 行政에 直接, 意圖的으로 關與하는 경우 — 예컨대 原子力 등의 發電施設에 관한 電氣事業이나 高速自動車道나 鐵道등의 計劃과 관련된 大規模 프로젝트에 관한 國家의 行爲등에 의해 당해 地方自治團體가 각종의 영향을 받게 되는 때에 地方自治團體가 自治體住民의 福祉를 위하여 그들의 權利를 代位하여 그러한 國家行爲의 取消를 구해 出訴할 수 있을 것인가의 문제이다. 이 문제는 團體訴訟一般의 문제와도 관련된다.

결론적으로 말하자면, 住民의 代表로서이건 일반적인 自治權의 保有者로서이건 그것만으로는 地方自治團體가 國家의 行政的決定의 取消를 구하는 原告適格을 가지는 것으로 볼 수는 없을 것이다.<sup>21)</sup> 그러나 적어도 制定法上, 地方自治團體의 參加的地位가 인정되어 있는 한도내에 있어서는 그 侵害가 訴訟을 가지고 공격할 수 있는 것은 인정될 수 있을 것이다. 또한 이러한 節次的側面에 그치지 않고 당해 프로젝트가 地方自治團體의 存在에 중요한 영향을 미치는 경우에는 그것을 地方自治團體의 一般的 自治權과의 關連에서 파악할 것인가 혹은 적어도 市町村의 次元에서는 制定法上으로도 인정되어 있는 一般的 計劃團體로서의 地位와의 關連에서 파악할 것인가의 문제는 별도로 하더라도, 地方自治團體의 原告適格 자체는 용인될 수도 있을 것으로 생각된다.<sup>22)</sup>

### Ⅲ. 맺는 말

이상 地方自治團體에 대한 國家의 關與手段의 分析을 통하여 地方自治團體의 國法秩序에 있어서의 位置부여에 관해 검토하여 보았다. 그러나 이러한 문제를 논함에 있어서는 憲法 자신의 立場이 반드시 분명하다 할 수 없기 때문에 여러가지 점에서 論者의 主觀的인 立場이 배제될 수 없고, 또한 그를 위한 충분한 素材도 없기 때문에 이 글에서는 명확한 결론을 끌어낼 수는 없었다. 다만, 이상에서 얻어진 몇가지 나름대로의 결론을 말하자면 대략 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다.

- 21) 美國에서는 住民의 利益代表로서 地方自治團體가 國家를 被告로 하여 訴訟을 제기하는 것이 널리 인정되어 있다고 한다. 그것은 美國에 있어서의 團體訴訟認容의 一環으로써 위치지워지는 것이라 할 수 있다.
- 22) 西獨에서는 國家의 프로젝트와의 관계에서 計劃高權을 節次的·實體的으로 이용하여 Gemeinde의 原告適格을 인정하고 있으며, 學說·判例가 일반적으로 그것을 긍정하고 있다. (Vgl., Lerche, Grenzen der Wehrfähigkeit Kommunalen Planungshoheit, Verwaltung und Rechtsbindung, in Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, 1970, S. 225ff.).



첫째로, 地方自治團體는 立法權 및 司法權에는 복종하지만(단, 立法에 의한 侵害에 대해서도 制度的保障은 있다.) 行政權에 대해서는 당연한 權力服從의 關係에 놓이는 것은 아니다. 그러한 의미에서는 國家와 地方自治團體는 憲法上 원칙적으로 併立的關係에 있다고 할 것이다.

따라서 독일적 自治監督關係는 우리나라에는 그대로 적용될 수 없으며, 또한 그 現代的 基礎理論인 이른바 間接國家行政觀도 우리 國法에서는 취할바 못되는 것으로 생각된다. 그러나 現代行政이 요구하는 바에 따라 國家와 地方自治團體가 併立的關係를 유지하면서 協力한다는 것은 물론 行政政策上의 문제로서 가능할 것이고, 그러하기 위한 法技術이 적극적으로 탐구개발되지 않으면 아니될 것이다.<sup>23)</sup>

또한 國家行政廳에게 法的優越的 地位를 부여하는 것도 따라서 일정한도에서 監督關係를 구성하는 것도 가능하다고 한 것이다. 그러나 그 可能性의 限度를 고찰함에 있어서는 언제나 우리 나라 憲法이 전제로 하고 있는 國家와 地方自治團體의 原理的 前提에로 되돌아갈 것이 필요하다고 할 것이다.

둘째로, 國家에서 優越的地位(및 그에 준하는 制度的 地位)를 부여한다는 것은 憲法上 가능하지만 거기에는 우리나라의 民主的統治構造와의 관계에서 언제나 具體的인 法律의 根據를 요한다고 할 것이다.

셋째로, 矯正的權力的監督手段은 具體的 事務에 대응하여 合法性의 保障에만 기능할 수 있는 것으로 보아야 하며, 合目的性的 保障機能은 憲法이 허용하지 아니하는 것이라 할 수 있다. 따라서 一般的 矯正的合法性의 監督은 원칙적으로 인정되지 않는다고 할 것이다.

넷째로, 豫防的 監督手段으로서의 許認可權이 合目的性的 保障機能을 영위하는 것은 國家의 參加權으로서 구성되는 경우에 한정되는 것으로 보아야 할 것이다.

다섯째로, 權力的監督手段에 관해서는 司法的救濟手段이 원칙적으로 인정되어야 하며, 現行法制度를 전제로 하는 한, 行政訴訟法에 의한 抗告訴訟을 제기할 수 있는 것으로 본다.

여섯째로, 이상은 現行의 事務配分을 전제로 하는 것이며, 또한 固有事務와 團體委任事務에 대해서 關與手段과의 관계에 있어서는 사실상 아무런 차이를 두고 있지 않다. 따라서 事務配分이 制度的으로 質的인 變化를 가져오게 되면 이제까지의 原則과는 약간 다른 생각도 가능할런지 모른다. 그러나 그러한 경우에 있어서도 언제나 이 글에서 제시된 原理的觀點으로부터 고찰할 필요가 있을 것이다.

23) 拙稿 「地方自治論의 새로운 視角: 機能的 自治論을 중심으로」, 月刊考試 1989년 2월호 참조.

끝으로 國家와 地方自治團體의 관계 내지는 넓은 의미에서의 國法秩序上에 있어서의 地方自治團體의 位置附與에 관해서는 아직도 남겨진 몇 가지 중요한 문제들이 있다. 그 한가지는 이미 示唆적으로 언급된 바 있었지만, 地方自治團體의 基本權의 關係에 관한 것이며,<sup>24)</sup> 다른 한가지는 地方自治團體가 私人和 동일한 입장에서 事業을 행하는 경우(예컨대 地方鐵道·軌道·電氣事業등)의 監督關係는 私인에 대한 그것과 같다고 하는 것이 현재의 通說이며, 이 글에서도 그것에 일응 따르고 있지만, 立法技術에 따라서는 地方自治團體의 事務의 많은 부분을 特許事業的으로 구성하는 것도 가능할 것으로 생각된다. 따라서 이 점에 관해서도 國家關與라는 관점에서 再考의 여지가 있지 않을까 생각된다.<sup>25)</sup>

---

24) 許營 著, 韓國憲法論, 1990, 779면 이하 참조.

25) 抽稿, 「地方自治團體의 法的地位」, 法曹 1992년 12월 참조.