

憲法에 根據한 地方自治權力

Local Autonomy Based on the Constitution

金 聖 鎬

(韓國地方行政研究院 責任研究員)

〈目 次〉

- | | |
|-------------------|-----------------|
| I. 序 言 | IV. 主權論과 地方自治權力 |
| II. 地方自治에 관한 憲法原理 | V. 結 語 |
| III. 地方自治權의 本質 | |

〈ABSTRACT〉

Local government bodies and local councils are prescribed in the provisions of Article 118 and 119 of the Constitution. The provisions also broadly outline administrative affairs and responsibilities of the local government.

The purpose of local autonomy is to realize free democracy, to concretize the decentralization of governmental power to preserve fundamental human rights, and to fulfill the spirit of the Constitution that calls for the mutual dependence of the central and the local government.

In this paper, the theory of local autonomy based on the Constitution is presented. As both the power of central government and the power of local government come from the sovereignty through the Constitution, the local government is a government organ just as the central government is.

The superiority of the central government to the local government can be recognized only as far as the Constitution and the law authorize in their jurisdictional range.

This may be termed the theory of guaranteed the Constitution.

I. 序 言

지방화 시대를 맞이하여 최근 지방자치제도에 대한 관심이 높아지고 「地方이야 말로 실제로 中央」이라는 의식이 널리 확산됨에 따라, 이제 지방자치는 憲法問題로서 국민들의 관심을 모으고 있다. 憲法學의 지방자치에 대한 평가는 지방자치제도가 국가 통치구조의 하나라는 시각에서 철저하게 재검토함으로써 시작되어야 한다.

憲法상 지방자치는 통상 두가지의 의미로 사용되는 바, 첫째는 團體自治를 뜻하는 것으로서 국가의 영토 안에서 일정한 지역을 기초로 하는 독립적 단체, 즉 公法人이 국가로부터 독립하여 독자적인 意思와 目的을 가지고 公共事務를 스스로 행사하는 것을 의미한다. 둘째는 住民自治를 뜻하는 것으로서 동일한 영토 안의 일정한 지역에서 公共事務 또는 地方自治行政이 그 지역의 주민에 의하여 이루어지는 것을 의미한다(金哲洙, 1989 : 835-836; 權寧星, 1993 : 211; 許 營, 1993 : 774-775).

광복 이후 우리나라의 憲法起草者들은 민주국가의 수립을 목표로 민주적인 중앙정부를 세우는 동시에, 지방행정에 있어서도 최대한도의 지방자치를 허용하자는 방향에서 지방자치를 헌법규정 속에 하나의 章으로 편입시킬 수 있었다. 다만 영국식 住民自治를 채용할 것인가, 아니면 대륙식 團體自治를 채용할 것인가는 장래 제정될 관련 입법에 미루지만, 민주정치로서의 지방자치제도를 끝까지 추진하고자 하는 것이 지방자치를 헌법에 규정한 취지였음이 분명하다(俞鎮午, 1954 : 201-209).

地方自治의 실현을 위해서는 국가로부터 독립한 단체와 지역주민이 일체가 되도록 地方行政이 수행되어야 한다. 團體自治는 住民自治를 실현하기 위한 수단으로서, 團體自治가 인정된다고 하여 住民自治가 완성되는 것은 아니다. 단체자치가 성립되어 있다고 하더라도 지방자치 단체의 정치나 행정에 관한 의사형성 과정에 주민의 참여가 이루어지지 못한다면, 住民自治의 실현을 기대할 수 없기 때문이다(原田尙彦, 1983 : 5).

그러나 현행 지방자치법은 지역주민이 지방행정에 적극적으로 참여할 수 있는 제도를 마련하고 있지 않기 때문에 지방자치의 본래의 목적인 住民自治의 실현을 기대하기가 어려운 것이 현실이다. 건국 이후 지금까지 우리나라에서는 지방행정을 중앙행정에 예속되어 있는 지방행정조직에 맡겨 국가행정의 일환으로 처리하여 왔기 때문에 단체자치적 요소가 주민자치의 요소보다 지나치게 강조되어 왔다. 그러나 憲法の 규정으로 보건데 헌법규정이 代議制에 바탕을 둔 住民自治를 보장하고 있는 이상(헌법 제118조 제2항), 헌법에 규정된 본래의 취지에 따라 團體自治는 住民自治를 실현하기 위한 수단으로서의 의미를 가진다는 점을 깊이 인식할 필요

가 있다.

그러므로 憲法 第8章은 단순히 지방자치의 존재를 승인하고 허용하는 규정에 그치지 아니하고 정치민주화의 일환으로서, 住民의 일상생활과 밀접한 관련을 가진 公共的 行政事務는 그 지역주민의 손으로 처리하는 정치형태를 보장한다는 취지에서 中央集權으로부터 地方分權의 제도를 위하여 지방자치제도를 보장하는 규정이라 해석된다. 이하 이러한 관점에서 지방자치에 관한 헌법원리를 일별하고 주권론에 근거한 지방자치권력의 연원에 관하여 논하고자 한다.

II. 地方自治에 관한 憲法原理

憲法에서 지방자치에 관한 사항을 국회·정부·법원 등 國家의 통치구조와 나란히 하나의 章으로 규정하고 있는 이유는 어디에 있는 것일까?

오늘날 지방자치제도는 현대의 다원적인 복합사회가 요구하는 정치적 多元主義와 자유민주적 統治構造가 요구하는 機能的 權力統制를 실현시키기 위하여 國家의 통치구조상 불가결한 제도적 장치로 인식되고 있다(許 營, 1988 : 336). 이러한 제도적 장치로서의 지방자치제도는 헌법상 자유민주주의 원리, 권력분립의 원리, 보완의 원리, 그리고 기본권의 보장을 그 내용으로 하고 있다.

1. 自由民主主義 原理

자유민주주의 원리는 國家權力的 正當性이 국민의 정치적 合意에 의하여 보장되는 통치형태를 의미한다. 우리 憲法은 자유민주주의를 구현하기 위한 수단으로써 지방자치제도를 보장하고 있다. 지방자치가 인간의 본성에 기인한 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 확립하기 위하여 없어서는 아니될 필수적 제도임에 대하여 오늘날 많은 자유민주국가의 憲法에서 지방자치제도를 그 憲法的 規律의 대상으로 삼고 이를 제도적으로 보장하고 있는 것도 그 때문이다(許 營, 1989 : 336).

반면에 오늘날과 같이 사회·경제·정치·행정기능의 광역화로 인하여 行政의 均衡화와 중앙정부의 역할증대 및 行政의 民主化가 진행됨에 따라 國家政策의 통일적 계획과 균형있는 지역개발이 요청되는 시대에는 지방자치의 매력과 설득력이 많이 약화되었다는(許 營, 1985 : 127) 지적도 있다.

이러한 문제에 대하여 George Langrod와 Keith P. Brick은 의미있는 논쟁을 벌인 바 있

다.¹⁾ G. Langrod는 첫째로, 民主主義의 기반으로서의 지방자치란 암시적 표현이므로 민주주의와 지방자치간에 당연히 호의적인 의존관계가 존재한다고 논하기에는 전혀 정당성이 없다고 명확한 태도를 취하고, 둘째로, 역사적으로 유럽에서는 지방자치가 權力分立的 行政을 수행함으로써 절대주의와 결부되어 중앙집권적 行政을 약체화시키는데 유용하였으며, 셋째로, 현대 지방자치단체의 주요기능인 委任事務를 의식한다면, 지방자치제도는 전통적인 自治事務를 복잡한 현대행정의 요구에 적합시키기 위한 기술적 조작에 불과하다. 넷째, 주민이 지방적 행정과정에 참가하여도 전체적인 핵심을 파악하고 公共福利의 이념을 완성하는 것은 불가능하다. 다섯째, 지방의 정치가는 자신이 대표하는 지역을 우선함으로써 일반적 이익을 부정하게 될 위험이 있기 때문에 政治家의 학교적 성격을 부정하고 있다.

Langrod의 이러한 주장에 대하여 K. P. Brick은 民主主義는 개인의 견해와 利害가 상호 비판되고 계산되는 상태이므로 획일적인 속성이나 보편적 평등성 혹은 소극적인 민주적 풍토의 조성보다 더욱 적극적으로 민주주의에 유용한 여론을 형성한다는 점에서 중요한 역할을 다하고 있다고 주장한다.

따라서 憲法상 지방자치의 본질적인 요소 중 하나는 自由民主主義의 원칙이다. 민주적 절차에 따라 地域住民에 의한 대표의 선출은 지방자치단체에 민주적 정당성을 부여하게 된다 (Schenuner, Grundbegriffe, 1981 : 14).

그러나 자치사무의 처리에 대한 지방자치단체 意思決定의 정당성은 그 部分社會의 구성원인 주민에게서 찾아야 한다. 다시 말하면, 현대국가에 있어서 民主主義는 國民民主權原理의 강조에 입각한 全體意思의 우월성이 全體意思와 部分意思의 균형 아래 구축되지 않으면 아니되므로, 地域住民의 部分意思를 國民의 全體意思 속에 적절하게 수렴시키기 위해서는 지방자치의 존재가 불가결하다(徐元宇, 1993. 6 : 28). 憲法 제118조 제2항에서 地方議會議員의 선거를 규정함으로써 民主主義 원칙을 명시하였고, 住民에 의한 대표의 선거는 지역사회에 있어서 민주주의의 양적 확대와 질적인 深化를 의미하며, 민주주의의 원칙은 지역사회의 문제를 해결하는데 住民의 참여와 관심을 고조시킴으로써 정치적인 통치기능을 하게 된다(李琦雨, 1991 : 25).²⁾

1) 이 논쟁은 화란의 헤이그에서 개최된 제2회 世界政治學會의 제4분과 토의에서 빠리의 Center National de la Recherche Scientifique 소속의 랑그로드 교수가 「地方自治와 民主主義」라는 논제 아래, 兩者의 관계에 관하여 기존의 이론을 비판하였다. 同 教授는 이 보고에서, 地方自治와 民主主義간에는 필연적인 관계가 없다고 결론을 내렸다. 이 報告에 대하여, 런던의 K. Brick 교수는 양자간에 필연적 관련성이 있다고 반론을 발표하였다. *Public Administration*, Spring 1953, Winter 1953.

2) 반면에 洪井善 교수는 地方自治團體의 任務가 비록 포괄적이라 하여도 정치적인 사무는 이에 포함되지는 않는다고 하였다(洪井善, 1990. 6 : 63-64).

진실로 지방자치가 自由民主主義의 구현과 정치발전에 이바지하기 위해서는 民主主義의 本質인 공감대 형성에 보탬이 될 수 있는 政治的 多元主義를 실현할 수 있도록 제도화되어야 하는 바, 지방자치단체에서는 中央의 정치세력 관도가 지방자치단체에 그대로 투영되는 형태의 지방자치가 아니라 중앙의 정치와 전혀 차원이 다른 政治勢力이 형성될 수 있고, 그와는 다른 정치집단이 정치적인 영향력을 行使할 수 있을 때, 政治的 多元主義는 비로소 기대될 수 있다. 지방자치단체의 기관과 국가기관의 구성이 서로 다른 기준과 원리에 의하여 이루어질 수 있는 이유도 바로 이 때문이다(許 營, 1985 : 126).

2. 基本權 保障의 原理

憲法은 인간의 존엄과 가치를 최대한 보장함으로써 國民主權의 이념 아래 기본권적 가치의 실현을 憲法상의 기본원리로 삼고 國家權力의 行使를 개인이 가지는 基本權에 기속시키고 있다(憲法 제10조). 그 구체적인 방법으로는 國家權力을 기능적으로 立法, 行政, 司法 등으로 나누어 각각 다른 국가기관에 맡기면서 立法作用이 基本權 실현에 역행하는 일이 없도록 입법 작용의 한계를 명시하고(제37조 제2항), 法治行政의 원칙을 현실시키기 위하여 行政作用의 내용과 범위를 法律로 정하도록 하며(제96조, 제100조, 제114조 제7항 등), 효과적인 權利救濟의 실효를 기하기 위하여 司法權의 독립을 보장(제101조 제113조 등)함으로써 基本權의 실현에 역행하는 統治權의 行使가 그 효력을 나타낼 수 없도록 제동장치를 마련해 놓고 있다. “正義 人道와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하기” 위한 우리 민족의 법질서인 동시에 생활양식을 뜻하는 우리 憲法은 민족의 同化的 統合을 실현시키기 위한 수단으로써 우리 사회공동체의 저변에 깔려 있는 사회적 합의를 基本權의 형식으로 보장한 것이다(許 營, 1988 : 54). 더우기 憲法秩序 안에서의 國家權力은 國民을 떠나 先在하는 것이 아니라 國民의 基本權 行使에 의해서 비로소 창설될 뿐만 아니라 모든 權力이 國民의 基本權에 의하여 통제되고 정당화되므로, 지방자치는 自由權과 무관한 제도적 보장에 그치지 않고 오히려 基本權 실현과 不可分の 관계에 있는 憲法상의 객관적 질서에 속한다고 볼 수 있다(許 營, 1988 : 345).

이와는 달리, 憲法體系상 지방자치제도가 基本權 조항에 규정되어 있지 않으며, 지방자치제도의 보장이 특정 지방자치 구역의 존속을 보장하거나 國家에 대한 개인의 보호를 목적으로 삼지 않는다는 이유로, 憲法은 지방자치를 基本權으로서가 아니라 客觀的 制度로서 保障한다는 주장도 있다(洪井善, 1991 : 58).

그러나 지방자치는 住民에 의한 자치기구의 선거 및 자치기구에 대한 住民의 적극적인 參與에 의하여 비로소 활성화될 수 있는 제도이므로, 憲法상의 選舉權과 公務擔任權의 效力을 높

여 주는 제도라는 점은 두말할 필요도 없다.

憲法이 보장하고 있는 地方自治權의 본래적인 목적은 住民自治를 구성원리로 하는 지방자치단체에 의하여 주민생활에 밀접한 生活權을 현실적으로 충분히 보장하는 것이다(朴源永, 1985 : 307 ; 同旨, 兼子 仁, 1978 : 37). 地域住民들이 인간다운 생활을 할 수 있도록 적극적으로 보장하여야 할 憲法상의 義務는 國家보다도 주민의 일상적인 생활에 밀접하게 관련이 있는 지방자치단체에 더 많은 책임이 존재한다고 해석된다(朴源永, 1985 : 308). 그러므로 지역주민이 현재 생활하고 있는 지역사회를 기초로 하여 지방자치단체를 구성하고 住民의 福利와 관련된 公共事務를 최대한 자치적으로 처리함으로써 住民의 自由와 權利를 신장하는 것은 憲法 제10조의 행복추구권을 구현하는 것으로서 住民의 基本的人權으로 파악된다. 따라서 지방자치의 본질은 인권옹호라고 하는 憲法의 기본목적에 內在시키는 형태로 재구성되어야 할 것이다.

地方自治權은 다른 權力과 마찬가지로 人權保障을 목적으로 한다. 憲法 제8장이 보장하는 지방자치의 본질은 당연히 그 의미를 포함하고 있다고 해석된다. 그렇기 때문에 住民의 인권 보장을 위하여 불가결한 경우에는 원칙적으로 어떠한 사항에 관해서도 법령규정이나 그 근거의 유무, 즉 法令留保에 관계없이 자주적으로 활동할 수 있다고 해석하는 것이 자연스러울 것이다. 왜냐하면, 公權力의 존재이유는 인권보장에 있고 地方自治權도 公權力인 이상 住民의 인권보장에 포함되기 때문에(杉原泰雄, 1973 : 132) 地方自治權은 住民의 基本權 보장을 위한 權力이다.

예컨대, 현대의 地方自治權은 住民의 基本權인 生活權을 보장하기 위하여 현실적으로 필요한 權能을 憲法상 지방자치의 본질로서 보장한 것이다(朴源永, 1985 : 307). 따라서 지방자치는 自由權과 무관한 제도적 보장에 그치는 것이 아니라 오히려 基本權의 실현과 不可分의 관계에 있는 헌법상의 객관적 가치질서에 속한다. 지방자치가 地域住民에 의한 選舉 및 住民의 적극적인 참여에 의하여 비로소 실현될 수 있는 제도라면, 國民의 選舉權과 公務擔任權의 실현과도 불가분의 관계에 있는 제도라는 점은 두말할 필요가 없다. 또 헌법상의 '居住 移轉의 自由'가 모든 國民에게 機動性과 活動性, 그리고 거주지 선택의 自由를 보장하는 것이라면, 지방자치는 基本權의 실현과도 관계가 있다. 그것은 지방자치가 어느 지역에서도 거의 비슷한 '居住價値(Wohnwert) 내지 滯在價値'를 발현할 수 있는 생활환경적인 여건을 조성하는데 큰 몫을 차지하기 때문이다. 즉 어느 지방자치단체에서나 거의 비슷한 생활환경과 정치적 Input의 機會 그리고 行政給付를 접할 수 있을 때, 憲法이 보장하는 '거주이전의 自由'와 平等權은 비로소 그 규범적인 實效性을 나타낼 수 있다는 점을 잊어서는 아니된다(許 營, 1989 : 345-346).

3. 權力分立 原理

지방자치에 관한 사항을 憲法에 규정한 것은 우리나라가 민주적인 地方分權的 權力統制制度를 채택하고 있음을 의미한다. 지방자치의 이념은 민주주의 정신을 의미하는 바, 아래로부터의 民主主義를 고무하고 중앙집권주의를 견제하기 위한 地方分權主義의 실현에 있다. 지방자치제도는 地方行政에 있어서 정당국가적 경향에서 초래될 수도 있는 부작용을 방지하고, 地域住民으로 하여금 그들의 事務를 독자적으로 처리하게 함으로써 住民을 민주적으로 교육하며 경제·사회·문화 등 政府의 政策을 분권적으로 수행하려는 것이다(權寧星, 1990 : 212). 따라서 현대국가에 있어서 政府와 지방자치단체의 관계는 상하관계나 독립적인 관계가 아니라 憲法상 並立的 關係로서 機能分立의 입장이 가장 바람직하다(小高 剛 外, 1987 : 27). 만일 지방자치가 단순한 行政作用의 형태로서 일반행정의 한 분야로 인식된다면, 구태여 憲法에 제8장을 특별하게 규정할 필요가 없을 것이다(同旨, 崔昌浩, 1989 : 133). 그러므로 지방의 실정을 行政에 효과적으로 반영하려면 중앙정부보다 지방자치단체를 통하는 것이 보다 더 적절하며, 住民의 민주의식을 제고하고 그 自由를 확충하기 위해서는 중앙집권적 방식에만 전적으로 의존하기보다 分權的 方式을 적극적으로 병용하는 것이 보다 효과적이다(Frantz-Ludwig Knemeyer, 1982 : 74).

憲法에서 ‘立法權은 국회에 속한다’(제40조), ‘行政權은 대통령을 首班으로 하는 政府에 속한다’(제86조 제4항), ‘司法權은 法官으로 구성된 法院에 속한다’(제101조 제1항)고 규정하고 있는 것은 國家權力의 수평적 배분에 관하여 규정하고 있는 것이며, ‘지방자치단체는 住民의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 法令의 범위 안에서 自治에 관한 규정을 제정할 수 있다’(제117조 제1항)는 규정을 통하여 그 수직적 배분을 명시해 놓고 있다(金南辰, 1989. 2 : 164 ; 許 營, 1990 : 665). 헌법이 國家權力을 수평적으로 立法·行政·司法機關에 분산시키고 權力을 地方에 수직적으로 분산한 것은 權力의 남용을 방지하기 위하여 권력분립의 원칙을 實定的으로 구체화한 것이다. 憲法 제117조 제1항은 지방자치단체의 존립을 보장하고 그에게 行政事務를 포괄적으로 귀속시키며 自治權을 보장함으로써 地方分權의 전제요건을 충족시키고 있다. 통치구조상 의사결정에 있어서 중앙집권체제가 하나의 중심체를 허용한다면, 地方分權的인 國家는 여러개의 의사결정 중심체를 허용하는 체제이므로, 지방자치를 헌법이 보장하는 한, 행정사무의 의사결정권한은 다수의 지방에 분산되어야 할 것이다.

특히 지방자치가 유럽에서 中央集權으로 인한 타율행정과 수동적 행정에 대한 항의적 성격을 띠고 발달했었다는 점을 상기할 때, 지방자치제가 중앙정부의 統治權 行使에 대한 견제적 기능을 갖는다는 점에서 오늘날 그 수직적 權力分立의 요소가 강조되고 있다. 그러나, 현실적

으로 중앙정부에 대한 지방자치단체의 견제기능은 중앙정부의 감독기능에 의하여 상당히 약화되고 있는 것이 사실이다. 중앙정부의 그러한 감독기능은 국가전체의 공공복리의 증진과 國民의 基本權을 보호하여야 할 중앙정부의 義務 때문에 불가피한 것이다. 그러나 지방자치단체의 自治事務에 대한 중앙정부의 監督權에는 그 성격상 일정한 限界가 있기 때문에 지방자치단체의 중앙정부에 대한 牽制的 機能을 과소평가하는 것은 바람직하지 않다.

지방자치단체의 이러한 牽制的 機能을 더욱 강화하기 위해서는 무엇보다도 지방자치단체의 기관구성이 그 지역주민의 民主的 正當性에 뿌리를 두고 있어야 하기 때문에 地方議會는 물론이고 지방자치단체의 長까지도 住民의 선거에 의하여 구성함으로써 자치단체 스스로의 民主的 正當性과 그 자체 내의 견제와 균형의 매카니즘을 확보하는 것이 지방자치제도의 權力分立의 기능을 높이기 위한 필수적 전제조건이다(許 營, 1990 : 665).

그러므로 지방자치는 權力分立을 기능적으로 실현시키기 위한 제도적 장치라고 할 수 있다. 현대의 조직적·구조적 權力分立은 사회구조의 급격한 변화와 정당국가적 경향 때문에 그 본래의 權力統制機能을 다하지 못하고 있으므로 統治權 行使를 효과적으로 견제하기 위해서는 정책개발의 主導權과 政策決定權을 중앙정부와 지방자치단체에 기능적으로 분산시킴으로써 정책기능의 分權的 다핵화를 실현시키고 그를 통해서 상호간의 機能的 權力統制를 도모할 필요가 있다. 이러한 점에서 현대의 지방자치는 자유민주국가의 통치구조상 불가결한 요소로 간주되어, 住民의 민주적 정당성을 바탕으로 중앙정부의 權力을 견제하는 機能을 발휘할 수 있다.

4. 補完의 原理 實現

憲法前文은 자율과 조화를 바탕으로 모든 國民들이 자신들의 능력을 최대한 발휘하게 함으로써 국민생활의 균등한 향상을 기하도록 하는 선언적인 규정이다. 따라서 중앙정부는 지방자치단체의 본래적 기능을 자신의 기능으로 흡수해서는 아니된다. 다시 말하면, 개인이 스스로 해결할 수 있는 사항은 최대한 자율에 맡기되, 자신의 能力으로 해결할 수 없는 사항은 가족·지방자치단체·국가와 같이 보다 확대된 사회단위가 담당하게 된다. 각 차원의 사회단위는 자신의 존립을 위하여 독자적인 사무와 그것을 수행하기 위한 權利와 義務를 본질적·필연적 요소로서 가진다(手島 孝, 1985 : 258). 이같이 사회전체와 개별 사회구성원이 기능적으로 상호 補完關係에 있는 것처럼, 중앙정부의 기능과 지방자치단체의 기능은 補完的이어야 한다. 결국 補完의 원리란 國家와 지방자치단체가 어떠한 權能과 義務를 가져야 하는가를 밝혀주는 機能配分의 원리로서 이해되며 지방자치단체가 처리하여야 할 사무의 범위를 정하는데에 매

우 중요한 憲法상의 限界로서 기능한다(許 營, 1990 : 782).³⁾ 이 보편적 원칙이 지방자치의 당위성에 관한 보완의 원리이다.

그러므로 地方自治는 주민의 창의와 자발적 협력 및 지역간 선의의 경쟁 아래 궁극적으로는 국가발전을 위하여 自己責任性에 입각한 全權限性을 보장함으로써 단체자치보다는 住民自治를 더욱 강조하고 있다고 여겨지고 있으나, 현행 法令은 住民自治의 요소를 지나치게 제한하고 있는 것으로 보인다.

이상과 같이 지방자치제도는 憲法원리를 충실하게 구현하기 위한 제도이며 民主主義體制를 유지하는데 있어서 가장 유용한 제도 중 하나이다.

III. 地方自治權의 本質

역사적 전통과 그 이념의 다양성과 상대성을 고려한다면, 地方自治權의 본질을 한마디로 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 입헌주의 아래에서는 憲法原理와 그 규정에 따라 國家의 統治權 행사를 규정하고 있다. 主權의 單一·不可分性을 전제로 國家權力이 憲法에 의하여 규정된다면, 중앙정부는 主權의 주체인 國家와 동등한 것이 아니므로 그 권한이 憲法에 의하여 규정된다는 점에서 지방자치단체와 다름없다. 憲法이 보장하는 地方自治權에는 지방자치단체가 自治立法인 條例와 規則을 제정하는 權能(自治立法權), 조직편성에 있어서 지방적 사정을 고려하고 條例에 의하여 독자적인 조치를 행하는 權能(自治組織權), 사업의 경영, 재산의 관리라고 하는 非權力行政 뿐만 아니라 널리 警察, 公用負擔 등의 權力行政까지도 포함하여 自治事務로서 행하는 權能(自治行政權), 그리고 地方稅를 부과 징수하는 權能(自治財政權) 등이 있다(千柄泰, 1993 : 106). 이를 테면 오늘날의 지방자치단체에는 司法權을 제외한 광범한 權能(自治權)이 부여된다. 이처럼 憲法은 지방자치단체에 自治權을 포괄적으로 인정하고 있으며, 이러한 地方自治權의 本質에 관하여 여러가지 學說이 주장되어 왔다.

1. 固有權說과 傳來權說의 論議

固有權說에 의하면 지방자치단체는 그沿革으로부터 보아 국가와는 별개의 독립적인 기원

3) 이 점에 관해서는 異說도 있다. R. Herzog(1963), *Subsidiaritätssprinzip und Staatsverfassung*, Der Staat 2, S. 399f.; U. Scheuner(1962), *Gemeindeverfassung und kommunale Aufgabenstellung in der Gegenwart*, Afk, S.149-159ff.

을 가진 자연적 창조물로서 國家權力에 대항하여 市民의 權利를 지키는 기능을 수행하여 왔다고 한다. 固有權說은 지방자치단체에 주어진 固有의 地方自治權을 인류 본연의 權利 또는 사회적 실체로 간주하기 때문에 이것을 國家가 법적으로 인정하지 않을 수 없다는 것을 강조한다. 이 學說은 프랑스의 地方權(pouvoir municipal)사상을 기초로 하여 대두되었던 바, 地方權 思想은 1789년 프랑스대혁명의 산물인 자연법적 「인간과 시민의 權利宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)의 영향을 받아 뚜레(Thouret)의 제창으로 확립된 이론으로서, 地方自治權을 國家로부터 전래된 것으로 보지 않고 지방자치단체의 基本權으로서 立法·行政·司法의 3權에 대하여 지방자치단체가 본래부터 향유하는 제4의 權力(Un Quatrième Pouvoir)으로 인식하였다(鄭世煜, 1989 : 127 ; 手島 孝, 1985 : 253, 259).⁴⁾ 固有權說은 國家權力이 모든 國民의 복리와 필요를 위하여 존재하고 행사된다면, 地方自治權은 각 지역주민의 특수한 복리와 필요에 관련된다는 것이다. 이러한 地方權 사상은 自然法 사상을 지방자치단체에 유추한 것으로서 국가권력에 견주어 지방자치단체의 고유한 權力을 확립하려는 것으로 지방자치단체의 본질을 ‘組合的 共同體’라 보고, 이것은 國家에 의하여 창설된 것이 아니라 개인과 같이 고유한 原始的 人格을 가지고 한정된 지역을 지배하는 고유의 公權力 擔當者라고 보고 있다(手島 孝, 1985 : 259). 따라서 固有權說은 國會의 立法에 의해서도 지방자치단체의 權限을 함부로 제한하거나 빼앗을 수 없다는 것이다 고유한 地方自治權의 내용에는 필연적으로 지방자치단체의 存立權, 住民의 직접민주제적 參政權, 住民의 지방자치단체 機關任免權, 지방자치단체의 固有事務 수행에 대한 對國家的 全權(조직권·인사권·입법권·재정권·행정권·사법권을 포괄), 국가적 성격과 지역적 성격을 병유하는 사무처리에 대한 지방자치단체의 共管權이 포함될 것인 바, 이상과 같은 權限은 憲法 명문규정의 존재여하를 막론하고, 前憲法的 固有權으로서 憲法의 전제라 할 수 있다(手島 孝, 1985 : 265).

이러한 프랑스의 地方權 思想은 19세기~20세기에 걸쳐 일반적인 현상이었던 자연법론의 퇴조와 더불어, 중앙정부의 專制的 君主政治가 代議制的 民主政治로 대체되어 國家와 社會의 自同性이 보장됨에 따라 地方權 사상에 기초를 둔 固有權說도 점차 퇴조하게 되었으며 오늘날에 있어서는 타당한 이론이라고 할 수 없다(鄭世煜, 1989 : 128).⁵⁾

4) 1830년의 벨기에 憲法 제31조, 제108조.

5) 地方自治團體가 國家 이전의 고유한 權利내지 獨自의 統治權을 가지고 있었던 것은 근대국가 성립 이전의 현상이라는데 유의할 필요가 있다. 스위스에서는 지방자치단체가 國家 이전의 固有權을 가지고 있었으며 中世 유럽의 封建制度 아래에서 중앙정부의 統制를 거의 받지 않는 자주적인 統治權을 가지고 있었다. G. Montagu Harris(1948), *Comparative Local Government*, pp. 9-11 참조. 「第1次 유럽地方自治團體會議」(The First European Conference of Local Authorities)에서도 地方自治團體는 가족과 마찬가지로 國家 이전에 생성되었다는 주장이 대두된 바 있다.

또한 固有權說은 지방자치단체를 國家가 創設한 制度가 아니라 국가성립 이전의 것이라고 주장하기 때문에 근대국가의 법제도로서는 타당하다고 볼 수 없다. 왜냐하면, 지방자치단체가 존립하는데 필요한 自治行政權限은 그것이 國家의 制度인 한, 지방자치단체에 고유한 것은 아니며, 社會的 事實로서 지역사회의 고유한 존재임을 인정받았다 하더라도 그 法人格은 國法에 의하여 創設되는 것이므로 地方自治權은 國家로부터 傳來하는 것이라고 하는 비판론이 대두되었다(手島 孝, 1985 : 251-252). 地方自治團體가 國家의 테두리 안에서 自治權을 행사하는데에는 적어도 國家의 인정 내지 보장을 필요로 하는 것이라는 점을 고려한다면 固有權說에는 무리가 있다.

固有權說에 대한 비판론으로 등장한 傳來權說은 근대국가의 主權이 國家로부터만 유래하기 때문에 그 나라 지방자치의 이념적·역사적 상황이 어떠하든간에 地方自治權의 法的 기초를 國家가 創設하였다고 본다. 따라서 地方自治權도 國法에 근거를 두고 있으며, 지방자치단체는 國家의 創造物(creature of state)로서 地方自治權을 국가로부터 수여된 권력으로 파악한다. 고유한 의미의 地方自治權이 自然法상의 權利임을 강조하더라도 實定法에 의하여 승인되지 않는다면, 固有權說을 해석하는데 實益이 없을 것이다. 이러한 의미에서 國家의 統治權으로부터 완전히 독립된 고유의 地方自治權 이념을 인정할 수 있는 여지가 없기 때문에 지방자치단체의 自治權을 경시하고 이것을 부정하려는 경향이 있었던 바, 지방자치단체의 自治權을 존중하는 취지라면 固有權說의 정책적 의의를 인정할 수 있다.

國家에 의하여 수여된 傳來的 權力으로서의 地方自治權은 主權的 統一國家의 統治構造상 그 一環을 형성한다는 의미에서 이른바 자연법론적인 基本權(Grundrechte)이나 固有權이 아니라 國家의 法律이 부여한 權利라고 할 수 있다(鄭世煜, 1989 : 129)고 본다.

한편 地方自治權의 국가적 傳來說과 現行法律에 의하여 승인된 地方自治權의 實定法的 근거 및 여러 國家의 法律이 지방자치를 승인하는 경우에 그 취지와 논거가 되는 地方自治權의 조리적·이론적 근거는 분명하게 구별되어야 한다(朴源永, 1985 : 301).

2. 制度的 保障說과 그 批判論의 檢討

제도적 보장설은 傳來權說(또는 國權說)과 같이 地方自治權이 국가의 統治權에서 나오는 것이라 하면서도 憲法에 지방자치의 규정을 둠으로써 지방자치제도가 보장된다고 주장하는 바, 그 논거는 바이마르憲法을 중심으로 하고 있으며 오늘날의 다수설이자 통설이 되고 있다(鄭世煜, 1989 : 129 ; 同旨, 李尙圭, 1991 : 129 ; 權寧星, 1990 : 212 ; Schmidt Jortig, 1982 : 176 ; Dols, Heins/Plate, 1986 : 23).

제도적 보장설은 바이마르憲法 제127조에 의한 地方自治權의 保障에 대하여 Carl Schmitt가 주창한 이론이다. 어떤 제도가 憲法에 의하여 보장받고 있는 한, 그 제도는 憲法에 의한 특별한 보호를 받게 되며, 통상의 입법절차(법률제정)로서는 그 제도를 폐지하거나 그의 본질적인 내용을 침해할 수 없음을 의미한다(慎保晟, 1992 : 690). 따라서 우리나라 憲法 제8장에는 지방자치에 관한 기본사항을 두고 있기 때문에 두가지의 효과를 예측할 수 있다. 첫째로 憲法에 명시된 지방자치의 원칙이나 基本的인 제도를 개선하기 위해서는 憲法改正節次를 필요로 하며, 둘째, 憲法상의 制度保障은 法律을 제정할 때 기준이 되므로 지방자치의 본질을 침해하는 法令의 입법은 허용될 수 없다는 것이다.

이로써, 憲法상의 제도적 保障(Institutionelle Garantie)은 어떠한 제도가 法令에 의한 배제나 실질적인 空洞化로부터 憲法상 보호되는 것을 의미하며, 여기에서 제도의 형성 및 구체화 그리고 실질적인 空洞化의 구분은 당해 제도의 본질적 내용(Wesensgehalt) 또는 핵심영역(Kernbereich)의 개념에 따라 판단될 것이다(洪井善, 1991 : 58). 그러므로 제도적 보장은 지방자치에 대한 法令의 침해를 예방한다는 적극적 성격을 가지며, 신중앙집권화의 경향 속에서 지방자치제도의 最低水準을 유지하려고 하는 소극적 성격도 가진다.

이상에서 제도적 보장설은 지방자치행정을 基本權으로서가 아니라 客觀的 制度로서 보장한다고 보았다(洪井善, 1991 : 50, 58 ; Tettinger, Peter J., 1986 : 12). 그 이유는 첫째, 憲法體系상 지방자치제도가 基本權 조항에 규정되어 있지 않으며 둘째, 지방자치제도의 보장이 개별지방자치단체의 존속을 목적으로 하는 것도 아니고 셋째, 지방자치제도의 보장이 國家에 의한 개인의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라는 데 있다. 따라서 제도적 보장설은 지방권 이론이나 기본권 이론과 같은 공격적 성격을 가진 것이 아니라 확일화에 따르는 新中央集權의 경향이 현저한 상황아래 지방자치제도의 最低水準을 옹호하기 위한 소극적·방어적 성격을 그 특질로 한다고 보았다(鄭世煜, 1989 : 129-130).

그러나 제도적 보장설은 첫째, 憲法이 보장하는 地方自治權의 구체적 보장범위를 명시할 수 없기 때문에 法令留保와 관련한 違憲的 요소를 이론적으로 해결하는데 限界가 있으며, 둘째, 國家傳來說에 기초하기 때문에 지방자치제도 그 자체의 폐지만을 제외하고는 立法者에게 광범위한 立法形成權이 부여됨으로써 지방자치의 본질이 침해될 수 있는 實定法의 제정이 가능하므로 위헌적 法令이 제정될 수 있는 가능성이 예상되고, 셋째, 固有說에서 볼 수 있는 확고한 이념적 근거가 불확실하다. 「機能的 自治論」에 의하면, 지방자치단체의 全權限性 원칙과 自己責任性 원칙은 고전적인 國家·社會의 二元的 구분에서 비롯되어 오늘날과 같은 현대 산업사회에서는 사실상 성립될 수 없을 뿐만 아니라, 憲法理念과 現實 사이의 괴리 때문에 지방

자치의 본질적 내용을 역사적 전통에서 구하고자 하는 제도적 보장설마저도 전혀 무의미하다고 하였다(朴源永, 1985 : 304).

IV. 主權論과 地方自治權力

地方自治權의 법적 성질에 관한 통설은 제도적 보장설이다(權寧星, 1990 : 212). 그러나 2차 세계대전 말기의 獨逸과 日本에서와 같이 제도적 보장설에 근거하여 지방자치를 실시하던 나라에서 지방자치가 有名無實化되는 사태를 초래한 경우처럼, 憲法에 금지규정이 없기 때문에 일체의 지방자치단체를 폐지하고 모든 지방자치행정을 官治行政으로 바꾼다고 하더라도 결코 違憲이 될 수 없다면, 제도적 보장설은 무의미하다(高壽昇三, 1977 : 11). 즉 제도적 보장설은 憲法 제117조, 제118조를 단순히 지방자치의 실시를 규정하는 프로그램적 규정에 불과하다고 보기 때문에 극단적으로 말하면 지방자치제도를 보장하는 것으로서의 의미는 없다는 것이다. 물론 憲法 제8장의 규정을 지방자치제도의 승인이나 허용보다 더 적극적인 制度保障으로 볼 수도 있으나, 그것은 해석에 불과하다고 한다. 따라서 일본에서는 地方自治權을 제도적 보장설에 그 장래를 안심하고 맡길 수 없다고 하는 새로운 견해를 이른바 新固有權說이라 부르고 있다(徐元宇, 1993. 6 : 23).⁶⁾

사실상 제도적 보장설은 본질적으로 傳來說의 입장에서 서 있기 때문에 이념적 기반이 약하므로 확고한 헌법이념적 기반 아래 현대적 헌법해석의 논리구조에 적합한 새로운 논리와 이념이 필요하다. 따라서 憲法에 규정된 地方自治權이 어디에서 유래되는지 國家構造의 근원으로 거슬러 올라가지 않으면 그 본질을 바르게 파악할 수가 없다.

6) 徐元宇 教授에 의하면, 일본에서 이른바 新固有權說에 속하는 것으로 일컬어지는 견해에는 國民主權의 일상적 활성화로서의 市民主權 分節主權化를 주장하면서 地方自治團體가 가지는 主權으로 파악함으로써 國民主權 그 자체의 분할까지도 논하는 견해(松下圭一(1975), 「市民自治の憲法理論」, (東京:岩波新書) 93. 165-166面; 高壽昇三(1977), 「地方主權의 論理」, (東京:勁草書房), 17. 20面)가 있는가 하면, 地方自治團體에는 고유한 과세권이 있기 때문에 地方稅法을 가지고서도 稅目, 課稅客體, 課稅標準, 稅率 등의 내용을 地方自治團體가 自主적으로 결정하는 권리를 제약하는 것은 헌법상 허용되지 않는다고 하는 財政法學說(北野弘久(1980), 「憲法と地方財政權」, 27面)도 있으며, 우리나라의 허영 교수의 견해도 이와 일맥상통한 점이 있다고 보았다.

1. 國民主權과 地方自治權力

1) 國民主權과 國家權力

근대국가는 국가성립의 이론적 근거를 契約이라 보고 국가를 구성하는 國家契約에는 합의가 있었으나, 그 국가의 既存契約의 성격을 둘러싸고 견해의 대립이 있었다(高寄昇三, 1977 : 13).

우선, 국가의 中樞權力은 지배계약에 의하여 비로소 권력자에게 위임된 것이기 때문에 自然法에 기초한 천부인간의 權利 외에는 결코 始源的 의미의 絕對權은 아니다. 國民은 지배계약에 의한 權力의 委託者이고 국가는 受託者에 불과하므로 始源的인 主權의 主體는 권력자에게 權力을 위탁한 자연인인 國民이 되지 않으면 안된다(同旨, 權寧星, 1990 : 106).⁷⁾ 다음으로, 國民이 權力을 국가에 위탁한 것이라면 언제라도 그 權力을 국가로부터 회수할 수가 있으나, 支配契約에 의하여 國民은 國家에게 권력을 완전히 양도하였기 때문에 國家의 성립과 함께 그 본래적 權利를 상실한 대신 國家 특히 君主가 絕對權力을 획득하게 되었다고 보았다.

위와 같이 근대국가 성립의 이론적 근거가 되는 國家主權은 國民主權으로 변질되었다. 이로 인하여 國民主權原理는 人民主權主義와 國民主權主義로 발전하였던 바, 프랑스대혁명에 의하여 수립된 國民主權은 君主主權과 人民主權에 대항하는 논리로서 부르조아에 의하여 제창되었다(Carré de Malberg, 1962 : 172-173, 185, 193-194 ; 姜京根, 1988. 11 : 136-141 ; 杉原泰雄, 1983 : 207). 人民主權의 구체화 - 특히 人民에 의한 一般意思의 결정방법 - 는 命令의 委任型(파리 코문型)과 直接民主制型(예컨대, 1973년 프랑스 憲法型)을 典型으로 하면서, 人民發案, 人民投票 등으로 행사될 수 있었다(杉原泰雄, 1983 : 125). 이에 따라 國民 개인은 主權의 分有者이며, 國家意思力로서의 主權은 人民의 意思力로서만 나타나게 되므로 양도할 수도 대표될 수도 없었다.

國民主權은 代議制와 불가분 결합되기 때문에 主權의 主體가 구체적인 人民의 총체, 즉 主權의 分有者로서의 市民이 아니라 人民主權마저도 배제하기 위하여 國民이라는 하나의 추상적·관념적 존재로 구성시키지 않을 수 없었다. 다시 말하면 主權者인 國民은 人民과는 다른 환상적 실재에 불과하므로 國民의 대표는 적어도 법적으로는 人民의 意思에 구속되지 않기 때문에 國民主權은 民意에 근거하지 않는 政治를 원칙적으로 보장하였다(J. Chatelain, 1959 : 22).

그러므로 법적인 의미에서의 國民主權은 人民主權과는 다른 이질적인 법개념이면서 사회생

7) 主權의 主體에 관해서는 그 見解가 다양하지만, 主權이 國家意思 또는 國家秩序를 全般的·最終的으로 決定할 수 있는 最高權力을 의미한다면, 主權의 主體는 自然人이 아니면 안된다.

할 가운데 끊임없이 혼동되고 있는 추상적 國民을 主權者라 하고, 위임의 實體를 위한 제도적 보장이 전혀 없어 허구임에도 불구하고 사회적·객관적으로는 主權行使의 비민주적 구조를 은폐하고 옹호하는 기능이 기대되고 있다(高寄昇三, 1977 : 14 ; 杉原泰雄, 1983 : 209). 여기에서 과학적 관념이라고 주장되는 통설적인 國民主權이 그 비민주적·체제이데올로기적 擬制을 깨뜨리고 진정한 國民主權을 도출한다면, 지방자치제의 법적 성격이나 근거도 크게 변화될 것이다.

그러나 현대의 憲法은 순수한 國民主權의 원리나 순수한 人民主權의 원리만을 그 政治的 構成原理로 하지 아니하고, 國民主權原理와 人民主權原理의 조화를 憲法의 기본으로 하고 있기 때문에 人民主權論(Volkssouveränitäts theorie)을 내포하고 있다고 한다(權寧星, 1990 : 104 ; 金哲洙, 1989 : 117 ; 韓泰淵, 1983 : 143-145).⁸⁾

主權이란 國家意思를 독립적 최종적으로 결정할 수 있는 不可分的·不可量的 最高權力 즉 憲法制定權力을 의미한다(金哲洙, 1989 : 114 ; 許 營, 1990 : 136 ; 權寧星, 1990 : 103). 그러므로 國民主權이란 主權의 주체가 군주, 국가 혹은 인민도 아닌 國民이라는 것을 강조하고 主權이 대한민국 국민 전체에게 귀속된다는 원리를 선언한 것이다. 전통적인 입장에서는 主權을 실제적인 개념으로 이해하고, 이것이 국가기관 혹은 主權行使機關으로서의 國民이 최고의 독립성을 가지고 不可分的으로 國家意思를 결정한다고 하는 논리를 펴고 있으나 이는 하나의 擬制이며 허구에 지나지 않는다(許 營, 1990 : 137-138).

憲法 제1조 제2항은 國家權力的 정당성이 國民에게 있고 모든 統治權力的 行使를 최종적으로 國民의 意思에 귀착시킬 수 있다는 뜻이지, 國民이 직접 統治權력을 손에 쥐고 行使한다는 의미는 아니다(許 營, 1990 : 139).

憲法 제1조 제2항의 國民은 憲法制定權力的 주체로서 憲法改正權력은 물론 國家權력도 보유하고 있다. 따라서 본 헌법규정은 개별 國民이 직접적으로 현실의 정치적 결정과정에 참가하지는 않으나 종국적으로는 그 대표자의 엄격한 선출과 배제를 통하여 참가해야 한다는 政治的 正當性的 이데올로기이다. 「모든 權력은 國民으로부터 나온다」는 의미는 統治者의 행위를 住民이 일일이 강제적으로 기속한다는 것을 의미하는 것이 아니라 統治者의 자율적 재량성을 인정하면서도 그 權力行使가 결국에는 人民的 國民을 위할 수 있도록 기속하라는 正當性的 원리를 의미하는 것이며, 그것이 國民主權論의 한계이자 국민주권론의 실질적 구체화라고 할 수 있다(姜京根, 1993 : 77-78).

8) 그러나 主權의 主體인 國民은 個人的 단순한 總體가 아니고 하나의 抽象的 存在이자 市民을 超越한 法的 存在로서 人民主權과 區別되는 國民主權的 見解가 있음을 유의할 필요가 있다.

이렇게 본다면, 國民主權의 현대적 의미는 국가기관으로서의 국민이 직접 統治權을 行使하는 것이 아니라 國家權力의 정당화 논리로서 주권자인 國民은 모든 國家權力의 원천으로서 憲法制定權力으로 기능하고 選舉權을 통하여 憲法상 여러 國家權力을 창조하며, 그 권력행사에 민주적 정당성을 제공해 줄 뿐만 아니라 國家의 정치적인 의사결정과정에서 여론의 힘으로 영향력을 행사함으로써 國家作用의 민주적 조정자로서 기능한다(許 營, 1990 : 137-138).

따라서 國民主權은 통상 憲法 이전의 憲法制定權力에서 도출됨과 동시에 憲法 이후에 선거로 제도화된 결과, 國民主權은 國家主權으로 대체되는 것이 아니라 국가통치의 정통원리로 轉化한다(杉原泰雄, 1976 : 96). 그러므로 통치단체로서의 지방자치단체는 住民의 선거에 의하여 민주적 정당성을 가진 地方議會를 구성하고 지방자치단체의 長을 선출함으로써 地方自治權力을 행사하게 되므로 國民主權의 正當性 원리가 여기에도 적용된다고 할 수 있다. 地方自治權力이 주민을 구속·강제할 수 있는 公權力인 이상, 國民主權에 근거하여 正當性을 인정받은 權力이라고 할 수 있다.

2) 國家權力과 地方自治權力

16세기 말부터 主權概念은 最高의 權力이라는 의미가 아니라 國家權力의 하나로서 국가권력 자체와 같은 정도로 이해되었다(姜京根, 1988. 5 : 121). 이로 인하여 國家權力과 主權은 동일시됨으로써 개념상 혼동을 초래하였다.

主權에 淵源하여 위임된 統治權은 구체적인 국가목적 수행하기 위하여 현실적으로 國家權力을 총괄하는 것(權寧星, 1990 : 103)으로서 국민의 대표기관에 의하여 行使된다(金哲洙, 1989 : 120). 그러므로 國家權力은 제도화된 權力의 힘으로서 국가 안에서만 존재할 수 있을 뿐이라는 점에서 국가를 창설할 수 있는 헌법제정권력과 구별되어야 한다. 즉 國家權力은 일정한 권력기관으로 구성되어 있는 어떠한 實定的인 것을 나타내지만, 主權은 그 자체가 國家權力보다 最高임을 시사한다(姜京根, 1993 : 71). 國家權力과 主權者 즉 國家權力 행사자인 統治者와 主權者는 완전히 구별되는 두 개의 실체이므로 主權과 統治權 즉 國家權力은 본질적으로 구별되어야 할 개념이다(權寧星, 1990 : 103 ; 異說로는 金哲洙, 1989 : 114). 이렇게 본다면 地方自治權力도 住民을 구속·강제하는 公權力인 이상, 국민주권국가에서는 법적으로 國民主權으로부터 전래하는 것임에 틀림없다(徐元宇, 1993. 6 : 22).

지방자치의 근거에 관한 제도적 보장설과 傳來說은 主權과 統治權의 單一·不可分性을 당연한 논거로 생각하는 것 같으나, 主權은 單一·不可分이라 하더라도 그것을 바탕으로 하는 統治權 즉 公權力은 필연적으로 하나로 결합되어야 함을 의미하는 것이 아니라, 오히려 헌법원리

와 헌법규정에 따라 立法府·行政府·司法府와 지방자치단체 등 여러기관에 分權된다는 점을 간과하고 있다(徐元宇, 1993. 6 : 22).

국가의 권력구조는 主權者가 정치사회 내에서 실효성있는 법관념을 결정하고, 國家權力은 그것의 구체화를 위한 힘(지배력)을 나타내며, 統治者는 主權者의 意思와 관련을 맺으면서 國家權力을 實效性있게 하기 위한 결정의 권위를 궁극적으로 憲法에 근거지운다(姜京根, 1993 : 70). 그러므로 主權이 國民에게 있음을 實定憲法이 규정하고 있는 경우에도 그것만으로는 하나의 정치적 이념 내지 憲法原理를 규정한 것에 불과하므로 國民主權原理를 효과적으로 구현하기 위해서는 제도적 장치가 필요하다. 이에 따라 國家權力은 자유민주주의, 권력분립, 법치주의의 헌법원리에 의거하여 국회·정부·법원·헌법재판소·지방자치단체 등에 授權되어 있다. 權力分立原理를 구현하고자 하는 헌법원리에 따라 國家權力은 수평적으로 立法權·行政府權·司法權 등으로 나누어지고, 수직적으로 지방자치단체에의 分權을 규정하고 있다는 점에서, 政府는 國家權力으로부터 行政權을, 지방자치단체는 國家權力으로부터 地方自治權을 보장받음으로써 독자성을 부여받게 되었다고 볼 수 있다(姜京根, 1993 : 260). 즉 主權의 주체인 국가는 憲法상의 정부와 동등한 地位라고 볼 수 없다. 이것은 곧 정부도 지방자치단체와 마찬가지로 國家로부터 특정한 권력을 제도적으로 보장받은 것을 의미한다.

그러므로 국가는 그 존립목적을 달성하기 위하여 國民主權에 淵源을 둔 國家權力을 기능에 따라 여러 국가기관과 함께 지방자치단체에게도 分權하였기 때문에 地方自治權은 行政權과 立法權에 근거한 것이 아니라 憲法에 그 근거를 두고 있다. 다시 말하면, 地方自治權은 현행 憲法상 행정권·입법권·사법권과 병립·공존하는 지방자치단체의 地方自治權力으로서 헌법적 보장을 받고 있다는 條理解釋도 가능하다(徐元宇, 1993. 6 : 22). 즉, 國家權力의 보유자인 主權者가 헌법제정권력에 의하여 國家統治權力의 견제와 균형 및 효율성의 증대 그리고 사회적 실체에 대응하기 위하여 分權을 實定化한 결과, 憲法 제8장은 지방자치단체가 國會·政府·法院과 동등한 憲法상의 기관임을 보장하고 있으므로 地方自治權力은 단순한 制度保障이 아니라 主權이 실질적으로 보장하는 憲法상의 權力이다. 다만, 政府가 지방자치단체에 대하여 우월하다는 것은 憲法이 정하고 있는 범위, 특히 憲法이 지방자치에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않거나 그것을 法律에 전적으로 委任하고 있는 범위 안에서 그러하다는 것이다. 國民主權國家에 있어서 地方自治權力은 헌법제정권력을 본질로 하는 主權이 헌법원리로서 보장하는 것임에 틀림없다. 아울러 중앙정부와 지방자치단체와의 관계는 대등·병립적이므로 공동·협력 관계에서 서지 않으면 안될 것이다(徐元宇, 1993. 6 : 29).

따라서 현실적으로 立法獨裁를 가능하게 하는 제도적 보장설은 21세기를 준비하기 위한 지

방화 시대의 논리로서는 適憲성이 부족하므로, 地方自治權力の 淵源이 國民主權임을 감안하여 國民主權保障說로 하거나 실정헌법에 근거하여 憲法保障說로 해석하는 것이 타당하다.

2. 人民主權과 地方自治權力

국제적으로 극심한 사회경제적구조의 변동에 따라 憲法構造와 憲法理論도 전환되어야 할 시점이 도래하였다. 특히 憲法理論은 實定화된 헌법제정권력인 國民主權의 발동으로 국가통치의 기본법인 憲法을 제정하고 법단체에 따라 다시 國民을 지배하는 이론구성을 취함으로써 國民은 국가의 통치대상으로 전락하게 되므로, 하향식 피라미드형의 현행 헌법구조를 상향식 피라미드형으로 전환할 수 있는 憲法理論의 재구성이 필요하다고 본다. 이리하여 一般意思의 관념을 중요시 하는 國民主權的 헌법해석을 버리고 개인의사의 상호조정 내지 制度統合에 있어서 시민자치적 決裁節次를 憲法이라고 보는 새로운 관점이 등장하였다(杉原泰雄, 1976. 2 : 96).

즉 대중민주정치의 상황 속에서 이 상호조정 및 제도통합의 절차와 관련된 새로운 憲法原理가 기능할 수 없다면, 一般意思의 代行으로 인하여 개인의 意思가 무시된 현대적 獨裁社會가 성립될 수도 있으므로, 憲法原理는 國民(Nation)主權에서 조직원리로서의 一般意思를 찾기보다 基本的人權에서 가치원리로서의 개인적 자유로부터 출발하여야 한다. 만일 헌법상의 國民主權이 人民主權的으로 이해될 수 있다면, 지방자치에 포함되는 주민자치와 단체자치도 그 원리에 따라 이해될 수 있다.

이러한 관점에서 主權이란 國家意思를 전반적·최종적으로 결정할 수 있는 最高權力 즉 헌법제정권력을 의미하는 바, 主權의 主體는 自然人이 아니면 안된다. 따라서 人民(People)主權 아래의 主權은 추상적인 國民에게 귀속되는 것이 아니라 國民 개개인에게 分有되고, 主權이 국가 즉 정부와 지방자치단체에게 信託되어 있다고 보고 地方自治權力을 統治權의 일환으로 논거 지운다면, 住民主權이 도출될 수 있을 것이다. 그러한 점에서 住民主權은 중앙정부의 權力分立과 사회 내부에로의 權力分散을 제기한 몽테스큐이론을 현대적으로 재설정한 것이며, 헌법적 전통을 계승한 것이라고 할 수 있다(杉原泰雄, 1976. 2 : 96). 이로써 중앙정부와 지방자치단체는 개별시민으로부터 統治權을 신탁받은 동등한 입장에서 그 權限이 상충되는 경우에는 人民主權의 기준에서 판단을 받기 때문에 중앙정부가 지방자치단체에 반드시 우선되는 통치단체라고 할 수는 없다.

그러나 主權은 국민전체에 존재하는 것으로서 분할할 수 없다는 것이 통설이므로 순수한 人民(People)主權의 입장은 주장될 수 없다.

그러므로 憲法 제8장의 지방자치에 관한 사항을 규정하는 근본법리는 國民主權의 원칙이

다. 地方自治權力은 國家내의 지역적 영역에 적용되는 主權原理의 존재형태로서, 국가단위의 統治團體인 政府가 국민주권원리를 근거로 하여 國家權力을 행사한다면 지역단위의 統治團體인 각급 지방자치단체도 住民自治의 원리를 기초로 하여 헌법에 보장된 地方自治權力을 行使한다. 이와 함께 지방자치단체의 組織과 權限을 憲法 제8장에서 직접 규정하고 있는 것은 國會·政府·法院과 동등한 헌법상의 기관으로서 위치하고 있음을 의미한다.

앞서 논한 바와 같이 人民主權인 國民主權原理의 관점에서 볼 때, 住民自治의 측면에서는 一般意思의 決定權 및 그 執行에 있어서 住民의 參加權·統制權이 중요시될 수 있도록 정치적으로 조직되는 수준을 地方自治權力으로 표현한 것이고, 地方自治權力이 조직화된 형태가 團體自治이다. 團體自治의 측면에서는 住民에게 친근한 權力이라는 이념에서 지방자치단체 우선의 원리가 적용되고, 지방자치단체의 권한·사무·재원배분에 있어서 지방자치단체는 그 權限을 포괄적으로 인정받게 된다. 이처럼 國民主權原理에 근거하여 정치·행정기능을 수행하기 위한 地域的 統治團體로서의 기능을 보장하는 것이 團體自治이다(高奇昇三, 1977 : 18-19). 그러므로 지방자치는 住民自治와 이것을 보장하는 조직원리인 團體自治가 뒷받침되어야 성립될 수 있다. 이상에서 우리는 國家의 最高意思決定權은 憲法の 國民主權原理에 근거하여 전체로서의 國民이 가지고 있으며, 지역적 통치체인 지방자치단체의 最高意思決定權은 住民에게 부여되어 있다고 말할 수 있다. 그러므로 地方自治權은 國家로부터 전래되거나 제도적 보장에 의하여 인정되는 것이 아니라 住民의 自己決定權을 의미한다. 이것은 國政과 지방자치를 결합하고 통일하는 근본원리가 주권의 주체규정이며, 國民主權原理가 政府와 지방자치단체의 단계적 구성으로서 구체화되는 것임을 보여준 것이다(高奇昇三, 1977 : 18-20).

人民主權에 근거한 地方自治權은 지방자치단체의 意思를 전반적·최종적으로 결정하는 最高權力을 말하며, 그 권한에 내포되어 있는 統治權을 지방자치단체의 기관인 주민과 주민의 대표기관에 의하여 행사한다. 다시 말하면, 國家權力이 憲法에 의하여 국민의 대표기관인 대통령·국회 등에 授權되어 있는 것(金哲洙, 1989 : 120)처럼 地方自治權力도 지역주민의 대표기관인 지방자치단체의 長과 地方議會에 授權되어 있다는 것이다.

人民主權에 근거한 地方自治權은 住民主權 이론의 도출을 가능하게 하며, 住民主權이 인정될 수 있다면, 현행 地方自治法상 규정되어 있는 지방자치단체 事務의 例示主義, 租稅法律主義와 地方稅, 罪刑法定主義와 罰則, 財產權 規制條例 등 이와 관련된 조례제정의 범위와 法律과의 상충 등 예상되는 다양한 法理上의 문제들을 해결하는데 기여할 수 있는 이론적 바탕이 될 수 있다.

현실적으로 제도적 보장설은 法律으로써 地方自治權의 본질을 무한하게 制限할 수 있는 제도

라고 할 수 있으므로, 地方議會가 제정하는 條例는 統治權의 분할(文鴻柱, 1983 : 84)을 통하여 국민주권원리를 구현하기 위한 전제조건으로서 人民主權에 근거한 地方自治權力의 해석론적 가능성을 검토할 필요가 있다.

V. 結 語

主權者인 國民은 모든 국가권력의 원천으로서 憲法制定權力으로 기능하고 선거권을 통하여 헌법상의 국가권력을 창조하며 그 권력행사에 있어서 민주적 정당성을 제공한다. 국민주권은 헌법제정 이전에는 헌법제정권력에서 도출되며, 헌법제정 이후에는 선거로 제도화된다. 그러므로 통치단체로서의 지방자치단체는 住民의 선거에 의하여 지방의회를 구성하고 지방자치단체의 長을 선출함으로써 지방자치권력을 행사하게 되므로 국민주권의 정당성의 원리가 여기에도 적용될 수 있다. 헌법이 보장하고 있는 地方自治權力은 주민에게 권리의 제한과 의무의 부과를 강제할 수 있는 公權力인 이상, 국민주권이 정당성을 인정한 국가권력의 하나라고 할 수 있다.

다시 말하면, 憲法制定權力을 가진 主權者가 국가통치권력의 견제와 균형 및 효율성의 증대를 위하여 地方自治를 實定化한 헌법 제8장은 地方自治權力을 단순한 제도보장이 아니라 主權이 實定的으로 보장하고 있는 憲法상의 權力으로 규정하고 있다. 그러므로 헌법에 의하여 보장된 지방자치의 본질적 요소는 法令에 의해서도 침해될 수 없다고 보아야 할 것이다. 결론적으로 지방자치권력은 법령의 授權에 의한 권력이 아니라 헌법에 의하여 보장된 권력이므로 헌법보장설이 타당하다고 본다.

參 考 文 獻

- 姜京根 (1993), 「憲法學講論」, 서울:日新社.
- _____ (1988), “憲法상 國民主權의 積極的 의미,” 「考試研究」, 第176號.
- _____ (1988), “主權과 國家權力概念의 區分,” 「考試研究」, 第170號.
- 權寧星 (1990), 「憲法學原論」, 서울:法文社.
- 金南辰 (1990), 「行政法Ⅱ」, 서울:法文社.
- _____ (1989), “國家 地方自治團體 相互間의 機能配分,” 「月刊考試」.
- _____ (1993), “條例와 法律留保原則과의 關係,” 「考試研究」, 第20卷 第5號.
- 金道昶 (1986), 「一般行政法論(下)」, 서울:靑雲社.
- 金哲洙 (1989), 「憲法學概論」, 서울:博英社.
- 文鴻柱 (1983), 「韓國憲法」, 서울:海巖社.
- 朴源永 (1985), “條例의 法理에 관한 研究,” 「東亞法學」, 創刊號.
- 徐元宇 (1993), “地方自治의 憲法的 保障,” 「考試研究」, 第20卷 第6號.
- 愼保晟 (1992), 「行政法의 諸問題」, 서울:教學研究社.
- 俞鎮午 (1954), 「憲法の 基礎理論」, 서울:一潮閣.
- 李琦雨 (1991), 「地方自治行政法」, 서울:法文社.
- 李尙圭 (1991), 「行政法論(하)」, 서울:法文社.
- 鄭世煜 (1989), 「方行政學」, 서울:法文社.
- 千柄泰 (1993), 「行政法(Ⅰ)」, 서울:형설출판사.
- 崔昌浩 (1989), 「地方自治制度論」, 서울:三英社.
- 韓泰淵 (1983), 「憲法學」, 서울:法文社.
- 許 營 (1990), 「韓國憲法論」, 서울:博英社.
- _____ (1988), 「憲法理論과 憲法(中)」, 서울:博英社.
- _____ (1989), 「憲法理論과 憲法(下)」, 서울:博英社.
- _____ (1985), “地方自治에 관한 憲法理論的 照明,” 「公法研究」, 第13輯.
- 洪井善 (1991), 「地方自治法論」, 서울:法英社.
- 兼子 仁 (1978), 「條例をめぐる法律問題」, 東京:學陽書房.
- 高寄昇三 (1977), 「地方主權の論理」, 東京:勁草書房.
- 杉原泰雄 (1983), 「國民主權と國民代表制」, 東京:有斐閣.

_____ (1973), 「憲法學」, 東京:有斐閣.

藤田宙靖 (1982), 「行政法」, 東京:青林書院新社.

小高 剛 外 共著 (1987), 「地方自治法入門」, 東京:有斐閣.

手島 孝 (1985), 「憲法學の開拓線」, 東京:三省堂.

杉原泰雄 (1976), “地方自治權の本質(1),” 「法律時報」, 第48卷 第2號.

Schmitt, C. (1928, ND 1970), *Verfassungslehre*.

Knemeyer, Frantz-Ludwig (1982), *Bayerisches Kommunalrecht*, (4.Aufl., München).

Schenuner, Grundbegriffe (1981), *der Selbstverwaltung*, in;Pütter (Hrsg.) HkWP, (Bd.1. 2. Aufl).

Schmidt, Jortig (1982), *Kommunalrecht*, (Verlag W. Kohlhammer Stuttgart Berlin,Köln. Mainz).

Dols, Heins/Plate (1986), *Gemeinderecht*, (3., überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz).

Tettinger, Peter J. (1986), *Besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Polizei und Ordnungsrecht*, (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg)