2010년 연구과제

선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구

2010. 12.

전국시도지사협의회

제 출 문

본 보고서를 『선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구』 최종보고서로 제출합니다.

2010. 12.

한국헌법학회
연구책임자 방승주

연 구 자

연구책임자 방승주 교수(한양대학교)

공동연구자 이기우 교수(인하대학교)
신도철 교수(숙명대학교)
고문현 교수(숭실대학교)
박진애 박사
정필운 박사(경희대 강사)

자 문 진 조홍석 교수(경북대학교)
박찬욱 교수(서울대학교)
안성호 교수(대전대학교)

감 수 자 김성호 정책실장(전국시도지사협의회)

선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구

2010. 12

한국헌법학회

<목 차>

제1장 서 론 ····· 1

제1절 들어가며 ····· 1
제2절 연구의 목적, 범위, 방법, 과정 ····· 3
제3절 기존 헌법개정론의 쟁점 및 이 헌법개정안 연구에서의 대응 ····· 7
제4절 헌법개정안의 주요 골자 ····· 15

제2장 헌법개정의 필요성 ····· 19

제1절 국가경쟁력과 지방분권 ····· 19
1. 개관 ····· 19
2. 지방분권과 국가경쟁력 간의 관계 ····· 21
3. 지방분권 강화: 우리나라의 시급한 국가적 과제 ····· 25
제2절 통일과 지방분권 ····· 29
1. 통일문제의 성격 ····· 29
2. 독일 통일과정에서 통일과 관련된 기본법의 역할 ····· 31
3. 통일의 단계적 과정 ····· 33
4. 통일에 대비한 지방분권의 방향 ····· 40
제3절 주요국가의 분권유형과 시사점 ····· 42
1. 지방분권의 의의 ····· 42
2. 지방분권과 국가유형 ····· 46

제3장 현행 헌법상 지방분권의 문제점과 개정방향 ····· 55

제1절 개관 ····· 55
1. 현행 헌법상 지방자치에 관한 규정의 변천 ····· 55
2. 지방자치에 관한 헌법의 내용 ····· 56
3. 현행 헌법의 문제점 ····· 61
제2절 입법 ····· 64

1. 입법권 배분의 의미와 현황 ····· 64
2. 현행헌법상 입법권 배분의 문제점 ····· 66
3. 입법권배분에 관한 외국입법례와 경향 ····· 68
4. 국가와 지방자치단체간 입법권배분방향 ····· 74
제3절 입법기관 ····· 79
1. 문제의 제기 ····· 79
2. 지역대표형 상원제의 기원 ····· 80
3. 지역대표형 상원제 도입을 위한 비교 고찰 ····· 81
4. 우리나라에서 양원제 ····· 90
5. 제도설계 ····· 93
6. 소결 ····· 101
제4절 행정 ····· 102
1. 국가행정환경의 변화와 새로운 헌정패러다임의 요청 ····· 102
2. 현행 헌법상 행정권 배분의 문제점 ····· 102
3. 입법권과 연동하는 행정권 및 사무 배분 ····· 103
제5절 사법 ····· 125
1. 사법의 분권 필요성 ····· 125
2. 헌법재판제도의 개정 ····· 126
3. 소결 ····· 128
제6절 재정 ····· 130
1. 우리나라 지방재정의 현황 ····· 130
2. 재정제도 개편방향 ····· 139
3. 재정 분야 헌법개정 방향 ····· 141
제7절 경제 ····· 146
1. 개관 ····· 146
2. 각 조항의 개정방향 검토 ····· 147
제8절 교육 ····· 150
1. 문제의 제기 ····· 150
2. 교육자치의 본질 및 헌법적 근거 ····· 150
3. 지방교육자치의 본질 및 헌법적 근거 ····· 158
4. 교육영역에서 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리: 보충성의 원칙 · 163
5. 현행 지방교육자치제도의 문제점 및 개선방안 ····· 164
6. 소결 ····· 167

제9절 정당과 선거 ····· 170
1. 문제제기 ····· 170
2. 지방정당의 개념과 필요성 ····· 171
3. 지방정당의 각국 사례 ····· 173
4. 한국에서 지방정당의 필요성 ····· 179
5. 소결 ····· 181
제10절 소결 ····· 184

제4장 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 ····· 187

제1절 지방분권에 대한 일반규정 ····· 187
제2절 광역지방정부관련 조항 ····· 194
제3절 양원제의 도입과 관련된 조항 ····· 198
제4절 재정 관련 조항 ····· 204
제5절 헌법재판소와 관련된 조항 ····· 206

제5장 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안에 대한 전문가 의견 분석 ····· 208

제1절 설문지의 내용 ····· 208
제2절 설문조사에 대한 분석 ····· 213

제6장 결 론 ····· 233

참고문헌 ····· 237

첨부자료 - 현행 헌법과 헌법개정안 대조표 ····· 246

서 문

본 연구보고서는 전국시도지사협의회가 2010년 연구용역과제로서 한국헌법학회에 의뢰한 “선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안 연구”의 최종보고서이다.

본 연구진은 2010년 7월 9일 한국헌법학회와 전국시도지사협의회와의 학술용역계약의 체결에 따라 연구를 개시하여 2010년 12월 20일까지 연구를 수행하였다. 연구진은 지방분권과 지방자치에 대한 헌법개정안 연구라고 하는 연구의 특수성을 감안하여, 헌법학자 뿐만 아니라 지방자치법학자, 그리고 경제학자 등으로 구성하였으며, 또한 헌법학자, 정치학자, 행정학자의 3인으로 구성된 자문진을 구성하여 연구 진행 과정에서 다양한 측면에서 자문을 청취하였다.

연구기간 동안 동 연구진은 5차례에 걸친 연구회의를 수행하되, 이 가운데 2차례는 자문진들과 함께 하였으며, 또한 시도지사협의회 측에 중간보고와 최종보고, 그리고 공동연구원들의 최종회의를 거쳐서 최종보고서를 완성하였다. 이러한 과정에서 지방분권 및 지방자치의 강화를 위한 바람직한 헌법개정안을 도출하기 위하여 현행 헌법상의 문제점을 분석하고, 비교헌법적 관점에서 시사받을 수 있는 다른 나라의 사례, 지금까지 지방자치제도의 운용과정에서 노정된 여러 법적 · 제도적 문제점에 걸쳐서 원론적인 문제부터 실제적인 문제에 이르기까지 심도있는 연구와 토론을 진행하였다. 각 장 · 절 별로 책임집필자를 지정하여 집필을 완료하면, 이 집필부분에 대하여 집중토론을 하고, 또한 작성된 헌법개정안에 대하여 축조심의를 여러 차례 수행하였다. 각 장 · 절의 책임집필자는 다음과 같다.

제1장 서론: 방승주
제2장 헌법개정의 필요성
　　제1절 국가경쟁력과 지방분권: 신도철
　　제2절 통일과 지방분권: 고문현
　　제3절 주요국가의 분권유형과 시사점: 이기우
제3장 현행 헌법상 지방분권의 문제점과 개정방향
　　제1절 개관: 이기우
　　제2절 입법: 이기우

제3절 입법기관: 정필운
제4절 행정: 박진애
제5절 사법: 방승주
제6절 재정: 신도철
제7절 경제: 신도철
제8절 교육: 정필운
제9절 정당과 선거: 고문현
제10절 소결: 이기우
제4장 선진지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안
제1절 지방분권에 관한 일반규정: 이기우
제2절 광역지방정부 관련 조항: 이기우
제3절 양원제의 도입과 관련된 조항: 정필운
제4절 재정 관련 조항: 신도철, 박진애
제5절 헌법재판소와 관련된 조항: 방승주
제5장 선진지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안에 대한 전문가 의견분석: 박진애
제6장 결론: 방승주

본 연구보고서는 한국헌법학회의 의뢰를 받아 연구책임자 및 공동연구원의 공동연구로 작성을 한 것이며, 연구결과에 대한 책임은 전적으로 연구책임자와 공동연구원에게 있음을 밝힌다.

끝으로 이 연구를 수행할 수 있도록 협조하여 주신 전국시도지사협의회 김태겸 사무총장님, 한국헌법학회 조홍석 전 회장님과 감수자로 수고하여 주신 김성호 전국시도지사협의회 정책실장님, 그리고 실무적 지원을 아끼지 않으신 김수연 책임연구위원님, 또한 공동연구를 하느라 불철주야 수고해 주신 전체 공동연구원님들과 자문진 교수님들, 그리고 마지막까지 설문조사와 연구보고서의 편집 등을 위해 발로 뛰며 애써 주신 류공룡 연구보조원께 진심으로 감사의 말씀을 드린다.

2010년 12월 20일 한양대학교 연구실에서 연구책임자 방승주

제1장 서 론

제1절 들어가며

현행 헌법은 1987년 6월 민주화 항쟁 끝에 대통령 직선제와 헌법재판제도의 도입 등을 골자로 하는 우리 헌정사상 여야 합의에 의한 개정으로 이루어져서 지금까지 대한민국의 민주주의와 법치주의를 안정적으로 이끈, 후발국가로서는 매우 모범적인 헌법이 되었다.

그러나 1987년 헌법은 대통령 직선제와 헌법재판제도 등에 초점이 맞추어져 있어 기본권이나 지방자치제도 등에 있어서 개정되어야 할 필요성이 있는 그 밖의 문제들은 실은 별다른 주목을 받지 못한 채 지금까지 그대로 이어져 왔다고 할 수 있다. 그 가운데 특히 지방자치제도는 현행 헌법 하에서 비로소 실시되기 시작하여, 여러 가지 시행착오를 겪으면서 지방자치제도가 발전해 가고 있으며, 이제 민선 지방자치가 5기를 맞이하여 지방자치제 역시 성인의 나이에 접어들면서, 지방자치법 등 여러 가지 법률적 제도의 개선만 가지고서는 풀뿌리 민주주의로서 지방자치와 지방분권의 이념이 제대로 실현되기 힘들다고 하는 한계를 느끼고 있다고 할 수 있겠다. 다시 말해서 참다운 지방자치제도가 제대로 정착되기 위해서는 지금까지보다 훨씬 더 과감하게 지방자치의 이념과 원칙 그리고 지방분권을 구체화하는 헌법으로 개정이 되어야 할 필요성이 있다고 하는 것이다.

어떠한 국가이든지 민주주의와 법치주의가 전통적으로 뿌리 깊게 정착되어 온 선진국에 서는 국가의 권력이 중앙으로 집중되기 보다는 각 지역과 지방에게 권력을 과감하게 이양하여 각 지방이 광범위하게 자치를 누릴 뿐만 아니라, 그러한 과정에서 주민들이 그러한 자치에 폭넓게 참여하여 스스로 정립한 가치를 실현하고 발전해 나가며, 그러한 과정에서 주민이 골고루 행복하게 잘 살 수 있는 지역을 가꾸어 나간다고 볼 수 있다.

또한 그러한 나라들은 가령 수도나 또는 어떠한 특정 대도시에 인력과 자본 등 경제력이 집중되어 있지 않고, 지방의 어느 도시이든 그 지역 주민이 인간다운 삶을 살기 위하여 필요한 최소한의 사회적 인프라가 갖추어져 있어, 보다 나은 삶을 살기 위하여 대도시로 이주해야 할 필요성 자체가 없음을 알 수 있다. 다시 말해서 어떠한

지역이나 지방도 다른 지역이나 지방과 같은 정도의 균형 있는 인프라가 갖추어져 있어서, 주민들이 정치적 · 경제적 · 사회적 · 문화적으로 소외되지 않고서 골고루 평등하게 잘 살 수 있는 기반을 갖추고 있다고 하는 것이다.

이러한 관점에서 이제 얼마 전 G20의 의장국으로서 정상회의를 개최하는 등 명실공히 선진국으로 발돋움하기를 재촉하고 있는 대한민국의 현실을 살펴보면 어떠한가? 과연 우리가 10위의 경제대국의 위상에 걸맞게 전국의 어느 지역에 가더라도 그곳에서 서울과 비교해도 아무런 불편과 지장이 없이, 그리고 삶의 질에 있어서도 행복을 누리면서 모두가 잘 살 수 있는 나라가 되었는가를 살펴 볼 때, 그렇다고 대답할 수 있는 사람은 거의 없을 것이라고 생각된다. 서울과 수도권 지역에만 인구의 절반이 집중되어 살고 있어 모든 인력과 자본, 시설 등이 수도권 지역에 밀집되어 있을 뿐만 아니라 지역은 점점 인구가 줄어들면서 수도권으로의 인구집중 현상이 더욱 가속화되어 가고 있다.

과연 이러한 현상을 역류시키고 모든 지역이 골고루 잘 살면서 균형 있게 발전할 수 있게 하는 방법은 무엇일까? 그 해답을 우리는 지방분권과 지방자치의 강화에서 찾고자 한다. 지금까지 역대 정부들은 여러 가지 지방분권과 지방자치 강화를 위한 많은 법률들을 제정해 왔으나, 사실상 그러한 법률들은 이렇다 할 만한 기능을 제대로 발휘해 오지 못했다. 그러면서 오히려 중앙으로의 권력집중 현상은 더욱 심화되고 가속화되었다고 할 수 있다. 특히 국세와 지방세의 비율은 8:2의 범위를 벗어나지 못하고 있고, 각 지방자치단체는 수도권의 부유한 자치단체를 제외하고는 재정자립도의 측면에서 중앙정부의 교부금을 의존하지 않고서는 공무원의 임금조차도 줄 수 없는 자치단체가 허다하다.

이러한 현상들을 모두 역전시킬 수 있는 방법은 지방분권을 강화하고 지방자치제도를 활성화시켜서 지역의 자치와 경쟁력이 되살아 날 수 있게 하는 것이다. 그러기 위해서는 법률적 제도의 개선만으로는 충분하지 않고, 결국 헌법개정을 통하여 보다 과감하게 분권을 할 수 있는 근거조항을 두고, 지방자치단체에 여러 가지 자치권한을 실질적으로 부여하는 것이다. 이를 통하여 각 지방자치단체들이 정치 · 경제 · 사회 · 문화적인 각 영역에서 지역적 경쟁을 활발하게 전개함으로써, 각 지방자치단체와 지역이 골고루 발전할 수 있게 하는 것이다.

우선 연구의 목적, 범위, 방법, 과정을 살펴 본 후, 지방자치와 관련하여 헌법개정의 필요성이 있다고 지적된 사항들과 이 연구에서의 대응 및 헌법개정안의 주요골자를 살펴보도록 하겠다.

제2절 연구의 목적, 범위, 방법, 과정

1. 연구의 목적

이 연구는 지방분권과 지방자치의 강화를 위한 헌법개정안을 연구하는 것을 목적으로 한다. 분권의 개념은 여러 가지로 살펴 볼 수 있겠으나 권력과 권한의 분점 또는 분리를 뜻한다고 할 수 있을 것이다. 지방분권이란 국가에 집중된 권력을 지방에 이양함으로써, 지방이 실질적 권한을 행사할 수 있도록 한다는 것을 뜻한다. 그리고 지방자치란 지역과 관련된 사무에 대하여 그 지역 주민에 의하여 선출된 대표와 그 지역 주민이 자율적으로 처리하는 하나의 규율 내지는 지배체제를 말한다. 결국 지방분권과 지방자치의 강화라고 하는 것은 필연적으로 민주주의의 강화와 관련될 수밖에 없다.

민주주의와 반대되는 것은 독재라고 할 수 있는데, 독재의 특징은 1인 내지는 소수가 모든 것을 결정하는 시스템이라고 할 수 있다. 그러나 민주주의가 잘 정착되고 강화되어 있는 나라일수록, 각 지역의 다양성을 인정하고 그 지역 주민들이 그 지역과 관련된 정책에 관하여는 스스로 결정할 수 있게 하는 분권적 요소들을 다원적으로 가지고 있다. 연방제와 준연방제 그리고 다양한 지방자치제가 그것이다.

우리나라의 지방자치제도는 위에서도 언급하였듯이 이제 민선 5기로 접어들었음에도 아직까지 지방분권이 제대로 이루어지지 못해서 각 지방자치단체마다 좀 더 많은 권한과 재원을 배분해 줄 것을 요구하면서 실질적인 분권을 요구하고 있다.

이 연구에서는 지방자치제도는 결국 민주주의와 수직적 권력분립, 이를 통한 주민들의 기본권행사를 가능하게 하는 제도라고 할 수 있으므로, 이러한 지방자치제도를 헌법적 차원에서 보다 강력하게 보장하는 것을 목적으로 한다.

2. 연구의 범위

현행 헌법이 운용된 지 언 20년이 넘어가면서 이제 정치권과 학계를 비롯한 시민단체들이 다양하게 헌법의 개정을 요구하고 있다. 특히 정치권에서는 정부형태를 둘러싼 헌법개정안이 초미의 관심사이다. 우리나라와 같은 대통령제하에서는 한번 대통령 선거에 승리하고 나면 모든 권력을 거의 독차지 하다시피 하기 때문에, 차기 대권을 어떻게 하면 쟁취할 수 있을 것인지가 정치권의 가장 큰 관심사이고, 따라서 정치

권은 헌법개정 역시 차기 대권을 쟁취하기 위한 하나의 수단으로서 간주하기 십상이다. 그렇기 때문에, 아무리 국민 전체의 이익의 관점에서 헌법개정이 필요하다고 하더라도, 특별히 차기 대권을 쟁취하는 데 있어서 별다른 도움이 되지 않는다든가, 또는 그러한 헌법개정논의에 몰입될 경우에 임기가 5년 밖에 안 되는 대통령의 중요한 정치일정에 차질이 빚어질 가능성이 있을 경우에 정치권은 늘 헌법개정논의를 차기로 미루어 온 것이 사실이다. 그러므로 진정한 의미에서 전체 국민을 위하여 필요한 헌법개정안에 관한 논의를 정치권에 진지하게 기대하기는 쉽지 않아 보이나, 진정으로 국민을 위한 길이라면, 오히려 이와 같은 정부형태에 관한 헌법개정론 보다는, 국민의 기본권이나 지방자치제의 강화, 그리고 헌법재판권의 강화나 사법구조의 개편 등과 같은 헌법개정문제에 보다 힘을 쏟아야 될 것이다.

이와 같이 헌법개정론은 여러 가지 차원에서 접근해 볼 수 있으며, 그것은 매우 방대한 작업이다. 특히 앞으로 통일시대를 대비하기 위해서 가령 연방제를 도입할 필요성이 있을 것인지의 문제도 진지하게 연구를 진행하여야 할 것이다.

그러나 본 연구는 위와 같은 많은 헌법개정의 필요성을 모두 다 검토하는 것을 내용으로 하지 않고, 본 연구의 제목에 충실하게 “지방분권국가의 실현을 위한 헌법개정안의 연구”에 원칙적으로 국한하기로 한다. 지방분권국가의 실현을 위해서 필요하다면, 직접적으로 지방자치와 관련된 조항이 아니더라도, 개정의 대상이 될 수 있겠다. 가령 지방대표형 상원제의 도입이나, 헌법재판소의 구성 및 관할권의 강화 등을 들 수 있다. 그 밖에 지방분권의 이념의 삽입이라든가 그 밖에 재정이나 경제와 관련된 영역에서도 지방분권과 지방자치의 강화를 위한 문제라고 한다면 본 연구의 검토대상이 될 수 있을 것이다.

한편 분권개념은 권력의 분점을 의미한다. 따라서 이것은 굳이 지방자치제도하고만 관련되는 것이 아니고, 비교법적으로 살펴보면 연방제나 준연방제의 문제와 밀접한 관계를 갖는다. 따라서 우리 헌법의 개정문제를 연구함에 있어서는 선진 외국의 분권사례를 검토하면서, 그러한 분권적 요소를 우리 헌법에 도입하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그러므로 그러한 연구도 본 연구의 검토대상이 된다고 하겠다.

3. 연구의 방법

(1) 헌법해석학적 방법과 비교헌법적 방법

헌법개정안의 연구는 불가피하게 우선적으로 기존 헌법에 대한 해석론과 또한 그 헌법을 구체화하고 있는 각종 법률제도에 대한 해석 및 평가 그리고 이를 둘러싸고

발생하는 각종 법률적 분쟁에 대한 사법부의 판단에 대한 비판 등의 방법으로 법제도 전반에 대한 해석 · 적용에 대한 비판과 평가를 기초로 하지 않을 수 없다.

이러한 비판과 평가를 기초로 종래의 해석으로 더 이상 해결할 수 없는 문제에 대하여는 이제 헌법개정론을 들고 나오지 않을 수 없다. 이 헌법개정론 연구의 가장 효과적인 방법은 비교헌법적 방법이라고 할 수 있겠다.

비교헌법적 방법은 첫째, 국내에서의 비교헌법적 방법이 있을 수 있다. 이것은 필연적으로 헌법사적 비교가 되겠다. 따라서 본 연구에서 과거 대한민국의 헌법사에서 등장하였던 제도들과 비교하면서, 혹시 재도입이 가능한 부분이 있다면 재도입을 하는 방법을 사용해 볼 수 있을 것이다. 물론 어떠한 과거 헌법적 제도의 재도입은 다른 나라의 제도의 도입의 경우와 마찬가지로 당시의 제도의 실시와 폐지이유 등 당시의 실시와 폐지의 배경 등의 문제를 잘 검토하여 현재 그러한 제도를 다시 도입해 볼 필요가 있겠는지에 관하여 보다 면밀한 연구가 필요하다고 볼 수 있겠다.

둘째, 외국 헌법과의 비교를 통한 연구로서 비교헌법적 방법이 있을 수 있다. 이러한 의미에서의 비교헌법적 방법은 우리나라와 같은 외국법 계수국가의 경우에 매우 의미 있고 중요한 연구방법이 될 수 있다. 특히 지방자치제도와 같은 경우 선진 외국의 경우에는 그 전통이 매우 오래된 나라들이 많고, 나아가 많은 선진국가들이 정치적, 역사적, 문화적, 지리적 연유 등에 의하여 연방국가제도를 시행하고 있는 데 비하여, 우리의 분권역사는 일천하기 그지없다. 따라서 지방분권과 지방자치가 잘 발달되어 있는 선진 외국의 헌법과 그 경험은 우리에게 매우 귀중한 시사점을 제공해 줄 수 있을 것이라고 생각된다.

다만 이러한 비교헌법적 방법을 사용하면서 우리가 주의해야 할 것이 있다. 그것은 어떠한 헌법조문이나 그와 관련된 법적 제도는 단순히 헌법조문이나 그 법적 제도로서 존재하는 것이 아니라, 그러한 헌법적 제도를 떠받치고 있는 그 나라의 정치, 경제, 사회, 문화적인 배경이나 토양이 존재하며, 또한 이를 운용하는 그 나라 국민이라고 하는 인적 요소가 엄연히 존재한다는 사실이다. 그렇기 때문에, 어떠한 제도를 받아들임에 있어서는 그러한 제도가 그 나라에서 받아들여지게 된 다양한 배경과 풍토 그리고 이를 운용하는 사람들의 행태 등 인적 요소들도 함께 고려하지 않으면 안 된다. 이러한 점을 무시하고 어떠한 제도가 좋아 보인다고 해서 무비판적으로 덥석 받아들이는 경우, 환자의 치료를 위해서 마치 다른 사람의 장기나 기관을 이식하기는 하였으나, 사전 거부반응에 대한 면밀한 진단이 없는 경우에, 엄청난 부작용이 초래될 수 있는 것과 마찬가지라고 할 수 있을 것이다.

그러므로 이러한 비교헌법적 방법을 동원하되, 우리나라의 역사적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 토양이나 인적 요소 들을 고려할 때, 아직까지 도입하기에는 시기상조

이며 문제가 발생할 수 있겠다고 생각되는 부분들에 대하여는 신중하게 검토하고 지양함으로써, 정말로 현재의 상황에서 우리의 현실에서 도입해도 좋다고 생각되는 지방자치의 강화를 위한 제도나 요소들이 무엇인지에 관하여 공동 연구자들이 진지하게 토론을 거치는 방법을 사용하지 않으면 안 될 것이다.

(2) 헌법개정에 관한 여론조사

본 연구진들은 지방분권에 관한 헌법개정의 필요성과 그 내용에 관하여 한국헌법학회, 한국공법학회, 한국정치학회, 한국행정학회 회원 등 전문가집단을 대상으로 하는 설문조사를 실시하여 250샘플 이상에 대한 분석을 완료하였다. 이러한 분석을 통하여 지방분권과 지방자치와 관련된 헌법개정에 대한 전문가집단의 여론을 확인함으로써, 앞으로 헌법개정의 필요성과 그 구체적 내용에 대한 계속적 논의의 방향과 지침을 얻을 수 있었다.

이러한 설문조사의 결과가 반드시 본 연구진의 결론과 일치한다고 할 수는 없겠으나, 앞으로 국민이 지지할 수 있는 헌법개정안을 개발하는 데 있어서 중요한 기초자료로 삼을 수 있었다고 할 수 있다. 이 자료는 앞으로의 유사한 연구를 위한 기초자료가 될 수도 있을 것이다.

4. 연구의 과정

우리 공동연구원들은 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안을 연구하기 위하여, 총 5차에 걸친 마라톤 회의를 거치면서, 새로운 헌법개정안의 각 조문마다 장시간에 걸친 축조심의를 하는 방법으로 헌법개정안을 마련하였다.

이러한 과정에서 각자가 평소에 가지고 있던 지론이나 선입관들을 서로 수정하면서 합의하는 과정을 거쳤다. 그리고 책임집필자들이 각 집필부분을 전체적으로 검토하고 발표한 후, 그에 관하여 상호 비판하고 토론하면서, 헌법개정이 필요한 부분과 필요하지 않은 부분들에 대하여 범위와 한계를 설정하였다. 따라서 본 연구에서는 구체적인 헌법조문으로 결론이 난 부분도 있지만 그렇지 않은 많은 부분들이 있다. 그러나 그러한 부분들에 대한 연구 역시, 앞으로의 이러한 주제에 대한 계속적 연구를 위한 토대와 기초가 될 수 있을 것이기 때문에, 그 내용들은 본 연구보고서의 중요한 구성부분을 차지한다고 할 수 있다.

제3절 기존 헌법개정론의 쟁점 및 이 헌법개정안 연구에서의 대응

지금까지 지방자치제도에 관한 헌법개정론을 내용별로 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

1. 지방자치단체의 종류의 명문화

지방자치단체의 종류와 관련하여 우리 헌법은 이를 법률로 위임하고 있다. 그로 인하여 최근 지방행정체제개편에 관한 특별법이 규정하고 있는 것과 마찬가지로, 도를 비롯한 여러 지방자치단체의 종류와 지위가 입법자가 정하기에 따라서 하루아침에 위태롭게 될 수 있는 가능성도 배제할 수 없다.

최근 2010년 10월 1일 공포된 지방행정체제개편에 관한 특별법[1]은 제14조(도의 지위 및 기능 재정립)에서 "① 도는 지방자치단체로서 존치하되, 개편위원회는 이 법에 따른 시 · 군의 통합 등과 관련하여 도의 지위 및 기능 재정립 등을 포함한 도의 개편방안을 마련하여 2014년에 실시되는 「공직선거법」 제203조제1항에 따른 임기만료에 의한 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거일 1년 전까지 대통령 및 국회에 보고하여야 한다. ② 도의 지위 및 기능 재정립에 관하여는 따로 법률로 정한다."고 규정함으로써, 도의 폐지가능성을 열어두고 있는 것은 이 점을 단적으로 말해주고 있다. 이 조항은 도 폐지에 대한 반발여론이 상당히 많이 일어나게 되자 도폐지의 문제는 개편위원회에서 논의를 더 하여 처리하는 쪽으로 가닥을 잡은 조항이라고 할 수 있다. 따라서 개편위원회의 개편방안 보고여하에 따라서는 차후에 도가 폐지될 가능성도 배제할 수 없다고 하겠다.

이러한 상황에서 지금까지 지방자치제도를 헌법적으로 강화해야 한다고 하는 개정론들은 대부분 최소한의 지방자치단체의 종류를 헌법으로 명문화하여야 한다고 하는 입장을 피력하고 있다.[2]

---

1) 이 법안의 헌법적 문제점에 대하여는 방승주, 지방행정체제 개편에 관한 특별법안의 헌법적 문제점, 공법학연구 제11권 제3호(2010. 8), 한국비교공법학회, 63면 이하.

2) 이에 관하여는 방승주, 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향, 지방자치법연구 제9권 제2호(2009. 6. 20), 한국지방자치법학회, 3면 이하, 6면. 각주 9)의 문헌들 참고할 것. 그 밖에 김배원, 현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향, 헌법학연구 제16권 제3호(2010. 9), 한국헌법학회, 147면 이하, 179면; 김성호, 지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현연구, 헌법학연구 제16권 제3호(2010. 9), 한국헌법학회, 459면 이하, 491면.

이에 반하여 지방자치단체와 지방행정체제를 개편하기 위해서는 공익원리와 청문원리를 충족시켜야 된다고 볼 수 있기 때문에, 지금과 같은 헌법규정하에서도 지방자치단체가 그렇게 간단히 폐지될 수 있는 것은 아니며, 또한 필요에 따라서는 지방자치단체의 종류에 관해서는 맡겨 놓아야지만 현실적 변화에 보다 유연하게 적응할 수 있다고 하는 논리도 가능하다.[3)]

그러나 가령 도의 경우 1,000년 이상 지속되어 온 그 역사를 고려해 볼 때, 하나의 지방자치단체로서 이를 폐지하는 것은 지방자치나 지방분권의 강화의 측면에서 볼 때 허용되지 않는다고 본다면, 도를 비롯한 현재의 중층구조의 지방자치단체의 종류를 헌법상으로 명문화하게 되면, 지방자치단체의 존립이 더 이상 입법자의 처분 하에 맡겨지지 않게 될 것이고, 보다 안정적으로 존속될 수 있게 될 것이다.[4)]

이 헌법개정안 연구에서는 우선 지방자치단체의 종류는 기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 두 종류로 하고(제121조), 다음으로 광역지방자치단체는 도와 법률이 정하는 시로 한다고 함으로써(제123조) 도와 시를 헌법상의 지방자치단체로 격상시켰다. 그러므로 입법자가 더 이상 도와 시를 함부로 없앨 수 없도록 하였다.

2. 자기책임성, 보충성의 원칙의 명문화

지방자치단체의 권한행사 방법과 관련하여 헌법 제119조 제1항에 자기책임성과 보충성의 원칙을 명문화하자고 하는 의견이 많이 주장되고 있다.[5)]

자기책임성이나 전권한성 등은 현행 헌법의 해석에 의하여 도출될 수 있다고 볼 수도 있을 것이다.[6)]

하지만 지방자치단체의 권한강화를 위해서는 자기책임성이나 전권한성 보충성의 원칙 등을 명문화하는 것이 도움이 될 것이다.[7)]

이 헌법개정안에서는 자기책임성과 보충성의 원칙을 명문화하였다(제119조 제1항)

---

3) 가령 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 6면.
4) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 6면.
5) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 7면.
6) 가령 이러한 견해로 이기우, 지방자치 기반강화를 위한 헌법개정, 한국지방자치학회보 제17권 제4호(2005. 12), 한국지방자치학회, 12면; 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계 - 지방자치에 대한 헌법적 보장의 내용과 한계를 중심으로), 84면.
7) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 8면.

3. 자치재정권과 지방세 조례주의의 명문화

다음으로 자치재정권을 강화하여 지방자치단체의 재정을 건전하게 함으로써 지방자치제도를 활성화시키려면 지방세에 관한 한 조례로 정할 수 있도록 지방세조례주의를 명문화할 필요성이 있다고 하는 의견이 자주 주장되었다.[8)]

이에 대하여는 국민의 기본권제한을 위해서는 반드시 법률에 근거해야 하기 때문에, 지방세를 조례에 의하게 하는 것은 헌법상 법치국가원리에 반한다고 하는 반론이 제기되어 있다.[9)]

이에 관하여 본 연구진들은 지방세에 관하여 법률 또는 지방자치단체의 조례로 정할 수 있는 것으로 하는 헌법개정안에 합의하였다(제120조 제2항). 일단 조례로 세목과 세율을 결정할 수 있도록 헌법이 수권을 한다면, 그에 근거하여 지방자치단체는 조례로 지방세에 관하여 규정할 수 있게 될 것이며, 지방세와 지방재정에 관하여 조세고권을 명실상부하게 행사할 수 있게 될 것이다.

4. 자치입법권의 강화 및 광역지방자치단체의 별도입법권 신설

현행 헌법은 제117조에서 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 “법령의 범위 안에서”의 의미가 무엇인지에 관하여 학설상 논란이 되고는 있지만, 이는 “법률의 우위”와 “법률의 유보”를 포함하는 의미라고 할 수 있다.[10)]

그런데 이 규정으로 인하여 지방자치단체는 법령에 위반되어서도 안 될 뿐만 아니라, 어떠한 조례, 특히 국민의 기본권을 제한하는 조례를 제정하기 위해서는 법률의 근거가 있지 않으면 안 되는 것으로 이해되기 때문에, 지방자치단체가 자치입법권을 행사할 수 있는 범위가 극도로 제한될 수밖에 없다고 하는 문제가 제기되어 왔고, 자치입법권을 강화하는 헌법개정이 필요하다고 하는 의견들이 제시되어 왔다.[11)]

---

8) 가령 정만희, 헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향, 지방자치법연구 제2권 제1호(2002. 6), 한국지방자치법학회, 9-27(10); 김성호, 국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구, 한국지방자치학회보 제19권 제4호(2007. 12), 한국지방자치학회, 124면 이하; 같은 이, 앞의 논문(지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현 연구), 469면; 김병기, 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는 길, EAI, 2008, 247-307, 260면; 한편 헌법연구 자문위원회 결과보고서(2009. 8), 321면은 “법률에 지방자치단체간 재정적 불균형 등을 해소하기 위한 균형이나 조정에 관한 조항을 두도록 헌법적 근거 마련 필요”하다고 적고 있다.

9) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 9면.

10) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 95면 이하.

본 헌법개정안 연구에서는 이 가운데 법률에 위반되지 않는 범위 안에서 자치사무에 대한 조례를 제정할 수 있다고 함(제120조 제1항)으로써, 법률에 근거가 있어야만 조례를 제정할 수 있는 것이 아님을 분명히 하여 지방자치단체의 자치입법권의 권한과 범위를 확대하였다고 할 수 있다.[12)]

다만 헌법 제37조 제2항이 존재하고 있기 때문에 국민의 기본권을 제한하는 조례를 제정하는 경우에는 법률이 그러한 조례의 제정을 수권할 경우에만 가능하다고 보아야 할 것이다. 다시 말해서 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 민주적으로 정당화된 의회에 의하여 제정된 법률이 이를 허용하는 경우가 아니면 안 된다고 할 수 있기 때문에, 법률의 근거가 없음에도 불구하고 지방자치단체가 기본권제한조례를 제정하는 것은 법치국가원리에 위반될 소지가 있어[13)] 주의를 요한다고 할 수 있다.

다만 이 헌법개정안 연구에서는 광역지방자치단체인 도에 대하여 일정한 사항에 대하여는 법률의 내용과 다른 입법을 독자적으로 할 수 있도록 보장해 놓았다(제124조).

5. 자치사무보장의 강화

우리 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리한다고 함으로써 과거 건국헌법이나 제2공화국 헌법과는 달리 고유사무와 위임사무를 구분하지 않고 일원화하였다.

그런데 주민의 복리에 관한 사무가 무엇인가에 대하여는 논란이 될 수 있으며, 특히 국가와 지방자치단체간 그리고 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무의 배분을 둘러싸고 분쟁이 일어날 소지가 있다. 특히 국가가 입법으로 국가의 고유권한에 해당하는 것으로 미리 규정하는 경우에는 주민의 복리에 관한 사무라 하더라도 국가의 권한으로 될 수 있는 가능성도 배제할 수 없고, 이로 인하여 최소한 사무배분의 원칙[14)]이나 지방자치단체의 사무에 관하여 보다 구체적으로 명문화할 필요성이 있다는 의견들이 나온 바 있다.[15)]

---

11) 이에 관하여는 김해룡 외, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회(2008. 5), 78면; 김배원, 앞의 논문(현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향), 188면.

12) 헌법연구 자문위원회 결과보고서(2009. 8), 311면은 “법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 자치입법권을 행사할 수 있도록 규정”한다고 쓰고 있다.

13) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 10-12면.

14) 김해룡 외, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 20면.

15) 가령 김성호, 앞의 논문(국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구), 129면; 김병기, 앞의 보고서(미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안), 256면.

그러나 사무배분의 기준이나 원칙의 실질적 내용이 무엇인지를 둘러싸고서 다시 논란이 벌어질 수 있다고 하는 점, 그리고 또한 지방자치단체의 사무에 대하여 좀더 구체화한다 하더라도 지역적 사무라고 하는 요소가 추가될 뿐이어서 "지방자치"라고 하는 개념보다 별로 더 구체화되는 내용도 없다고 하는 점 등을 고려해 볼 때, 그러한 개정필요성에 대하여 회의적 입장을 나타낸 의견도 있었다.[16]

특히 보충성의 원칙은 국가와 지방자치단체 그리고 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무를 배분하는 원칙이라고 할 수 있기 때문에, 일단 지역적 사무는 넓게 지방자치단체에 속한다고 할 수 있고, 그리고 작은 지역적 단위의 처리가 가능한 경우에는 그 단체가 사무의 우선권을 가진다고 할 수 있기 때문에 사무에 관하여 열거하거나 자세하게 구체화할 필요는 없는 것으로 생각된다.

이러한 관점에서 본 헌법개정안 연구에서도 구체적인 사무의 열거는 지양하는 방향으로 의견이 모아졌다. 그 대신 광역지방자치단체의 경우 일정한 사항에 대하여는 법률과 다른 내용의 입법을 할 수 있도록 하였기 때문에(제124조), 그러한 범위 내에서는 광역지방자치단체가 독자적인 사무로서 처리할 수 있는 가능성이 열리게 된다고 할 수 있다.

6. 지방자치단체의 권리구제제도에 대한 강화

학설에 따라서는 현행의 지방자치단체의 권리구제제도 외에 독일과 같은 지방자치헌법소원제도를 도입하자고 하는 제안이 있다.[17] 이에 대하여 한국의 경우 헌법상 권한쟁의심판을 보장하고 있으므로 별도로 헌법소원규정을 두는 것은 중복적인 권리구제가 되기 쉬우므로 신중을 기해야 한다는 입장도 있다.[18]

현행 헌법상 지방자치단체가 국가기관이나 상급지방자치단체에 의하여 자신의 권한이 침해된 경우나 권한의 존부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그러나 권한쟁의심판은 의결정족수가 5인 이상이면 족하다(제111조 제1항). 이로 인하여 법률에 대한 헌법소원이나 위헌법률심판에서 문제가 된 법률을 위헌결정하기 위해서는 6인의 의견이 필요한 것과 대비되기 때문에, 권한쟁의심판에서는 권한침해의 원인이 된 법률안에 대한 가결 · 선포행위 자체에 대하여 무효선언하는 것은 지금까지 헌법재판소가 계속해서 자제해 오고 있다. 지난번 미디어법 사건[19]

16) 가령 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 13-14면.
17) 가령 김해룡 외, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 118면; 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 13-14면, 15면.
18) 가령 이기우, 앞의 논문(지방자치 기반강화를 위한 헌법개정), 21면.
19) 헌재 2009. 10. 29 선고, 2009헌라8, 국회의원과 국회의장 등 간의 권한쟁의, 판례집 제21권

이 대표적으로 그 점을 보여주고 있는 사례라고 할 수 있다. 그러나 만일 지방자치단체가 국회의 일정한 법률제정행위로 인하여 자신의 권한이 침해되었다고 주장하면서 청구한 지방자치헌법소원심판을 헌법재판소가 인용하는 경우, 이 심판에서 자치권을 침해한 법률을 곧바로 위헌선언을 할 수 있다. 따라서 만일 지방자치헌법소원심판이 도입되는 경우에는 지방자치단체의 권리구제의 가능성이 훨씬 강화될 수 있을 것이다.

그러한 의미에서 지방자치헌법소원제도를 도입할 필요성이 있으며, 이 헌법개정연구에서도 헌법재판소의 권한사항에 "법률이 정하는 지방자치헌법소원에 관한 심판"을 신설하기로 하였다(제112조 제1항 제6호).

7. 지방의회의원과 지방자치단체장의 민주적 정당성 제고

지방의회의원의 경우에도 주민의 보통 · 평등 · 직접 · 비밀 · 자유선거에 의하여 선출됨을 명문화하자고 하는 의견이 제기 되어 왔다. 그리고 또한 지방자치단체장의 경우 "선임방법"이라고 규정하고 있는 바, 이를 선거로 고치고 역시 주민의 보통 · 평등 · 직접 · 비밀 · 자유선거에 의하여 선출한다고 개정해야 한다는 지적도 나온 바 있다.[20]

이러한 헌법개정은 적절하고 필요하다고 생각되며, 지방자치의회와 지방자치단체장의 민주적 정당성을 보다 헌법적으로 제고하는 의미가 있다고 하겠다.[21]

8. 지방자치단체조직의 조례주의

현행헌법은 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 입법자가 법률로 정하도록 하고 있다(제118조 제2항). 이와 관련하여 이러한 조직구성권한의 조례유보조항을 신설할 필요성이 있다는 견해가 제시된 바 있다.[22]

이에 대하여 지방자치단체의 조직에 대하여는 조례로 규정하는 것도 자치단체간의 경쟁을 통한 발전을 도모할 수 있으나 지방의 자치재정권의 보장과 함께 해결되어야

2집 하, 14.

20) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 17면.

21) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 16면; 동지, 김배원, 앞의 논문(현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향), 184면.

22) 신기현, 지방분권(지방자치) 분야의 바람직한 개헌 방향, 국회 미래한국헌법연구회 지역순회 전북 토론회(2009. 3. 18), 63면.

할 문제라고 본 견해도 있었다.[23]

이 헌법개정안 연구에서는 지방자치단체에게 지방세의 종목과 세율을 정할 수 있는 권한을 부여하는 등 자치재정권을 강화하였으므로, 이와 같이 지방조직에 관한 구성권한도 지방자치단체의 조례에 맡기는 것은 문제가 되지 않는다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 지방의회 및 지방자치단체의 집행기관의 조직과 구성에 대하여는 법률 또는 조례로 정하는 것으로 규정하였다.

9. 분권형 국가이념 내지 지방분권원리의 삽입 필요성

헌법전문과 총강에 지방자치와 분권의 이념 내지 원리를 삽입하자고 하는 견해가 주장된 바 있다.[24] 우리나라가 지방자치제도를 실질적으로 실시한지 16년이 넘었음에도 불구하고 아직까지 여러 가지 면에서 지방분권이나 지방자치가 만족할 만하게 실현되지 못하고 있다는 점을 고려해 볼 때, 이와 같은 지방분권과 지방자치이념을 전문이나 총강에 삽입하는 것은 상당한 의미가 있다고 할 수 있다.[25]

이에 따라 이 헌법개정안 연구에서는 헌법전문에 분권의 이념을 삽입하기로 하였다.

10. 주민주권주의와 주민참여에 관한 헌법적 근거의 명시 필요성

그간의 헌법개정론에서는 주민주권주의[26]와 주민참여[27]를 명문화하자고 하는 견해도 나온 바 있다.

그러나 여기에는 우리 헌법 제1조 제2항이 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 말하는 “모든 권력”에는 “국가권력”뿐만 아니라, 지방자치단체를 포함한 모든 공권력을 의미한다고 할

---

23) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 17면.

24) 김병기, 앞의 보고서(미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안), 253, 255면; 김해룡 외, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 16면; 김배원, 앞의 논문(현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향), 177면과 그곳에서 인용된 문헌들.

25) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 18면.

26) 가령 이기우, 앞의 논문(지방자치 기반강화를 위한 헌법개정), 5-25(19)면; 김해룡 외, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 13면 등.

27) 이기우, 앞의 논문(지방자치 기반강화를 위한 헌법개정), 20면; 김병기, 앞의 보고서(미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안), 265면. 그리고 헌법연구 자문위원회 역시 “법률이 정하는 절차에 따라 주민투표·주민소환을 실시할 수 있도록 하는 헌법적 근거를 규정”한다고 적고 있다. 동 결과보고서(2009. 8), 319면.

수 있다. 그렇다면 굳이 주민주권을 따로 표시할 필요는 없다고 하는 견해가 대립되었으며, 이러한 의견에 따라 본 헌법개정안 연구에서는 주민주권주의를 명문화하지는 않기로 의견을 모았다.

다만 주민참여의 근거규정을 명문화하기로 하였다(제122조 제3항).

11. 지역대표형 상원제의 도입필요성

중앙정부와 지방자치단체간의 관계와 관련하여 가장 중요한 헌법개정의 필요성이 있다고 지적되는 것으로는 지역대표형 상원제의 도입[28]이다. 지역의 이익을 대변할 수 있는 상원이 도입된다면, 가령 지방자치단체협의회 등의 법률안 제출권[29]을 도입하지 않는다 하더라도, 이 상원에서 지방자치단체의 이해관계와 관련된 여러 법률안들을 심도있게 심의하여 하원과 중앙정부를 통제할 수 있게 될 것이기 때문이다.[30]

지역대표형 상원제를 도입할 경우에는 당연히 지방자치와 분권이 강화될 수 있는 측면이 있으나, 양원제로 인한 부작용과 폐해의 측면도 함께 고려하지 않으면 안 된다고 하는 지적도 나왔다.[31]

이 헌법개정안 연구에서는 지역대표형 상원제를 도입하면 지방자치단체의 이익을 국회 차원에서 충분히 반영함으로써 분권의 이념을 충분히 실현시킬 수 있을 것으로 보고, 양원제를 도입하기로 하였다. 다만 그 이름은 과거의 헌법례에 따라서 민의원과 참의원으로 칭하기로 하였으며, 국회와 관련된 규정들을 대폭 개정하기로 하였다.

12. 기타

양원제의 도입과 함께 헌법재판소 재판관의 임명시 양원의 동의를 필요로 하는 것으로 개정하게 되었다. 이 기회에 헌법재판소 재판관의 수를 9명에서 12명으로 늘리고, 대통령 3인, 국회 6인, 헌법재판관추천위원회 3인이 각각 임명할 수 있도록 하였고, 헌법재판관추천위원회에서 임명하는 재판관은 번관의 자격을 요하지 않도록 하여 비법조인이 재판관이 될 수 있는 가능성을 열어두었다. 그리고 재판관의 임기도 10년

28) 김해룡 외, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 101면; 김병기, 앞의 보고서(미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안), 269면; 김배원, 앞의 논문(현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향), 182면.

29) 김병기, 앞의 보고서(미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안), 260면.

30) 그 밖에 지방자치단체의 국정참여의 필요성을 강조하는 견해로 김성호, 앞의 논문(지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현 연구), 473면이 있으나, 국정참여의 구체적 방법을 제시하고 있지는 않다.

31) 방승주, 앞의 논문(지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향), 20면.

으로 늘리고 중임은 할 수 없는 것으로 하였다.

제4절 헌법개정안의 주요 골자

1. 헌법전문

“분권”의 이념을 추가함

2. 국회

(1) 국회를 양원제로 하되 하원은 민의원 상원은 참의원이라 칭함(제40조 제2항).

(2) 민의원의 의원수는 200인 이상으로 하며 참의원 의원수는 민의원의 1/3을 넘지 못함. 민의원의 임기는 4년으로 하고, 참의원의 임기는 6년으로 하되, 2년마다 1/3씩 순차적으로 개선함(제42조).

(3) 지방자치단체의 이해와 관련되는 의안은 반드시 참의원의 동의를 거쳐야 함(제49조 제3항).

(4) 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결 · 비준에 대한 동의권을 가지며, 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주둔에 대한 동의권을 가짐. 다만 참의원의 동의를 요하지 않는 사항에 대하여는 법률로 정함(제58조).

(5) 참의원은 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 가짐(제64조).

3. 정부

(1) 대통령 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 민의원과 참의원 합동회의를 개최하여 과반수가 출석한 양원합동공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 함(제66조 제2항).

(2) 감사원의 권한을 회계감사에 한정하여 지방자치단체에 대한 직무감사의 소지를 없앰(현행 헌법 제97조의 규정 삭제). 지방자치단체의 회계감사는 법률이 정하는 바에 따라 지방회계원을 둘 수 있도록 함(제120조 제4항)

4. 재정

(1) 예산안 법률주의의 신설(제97조 제1항)

(2) 국회로 하여금 국가채무 또는 세출증가율의 상한선을 정할 수 있게 함(제100조 제2항)

(3) 감사원 대신 회계검사원제도의 도입(제102조 제2항)

5. 헌법재판소

(1) 헌법재판소의 관할에 법률이 정하는 지방자치헌법소원에 관한 심판 신설(제112조 제1항 제6호).

(2) 헌법재판소는 12인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 국회의 동의를 거쳐 대통령이 임명함(제112조 제2항).

(3) 재판관 12인 가운데 3인은 참의원에서 선출하는 자를, 3인은 민의원에서 선출하는 자를, 3인은 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자를 임명함(제112조 제3항).

(4) 헌법재판소재판관추천위원회의 구성과 조직에 관하여는 법률로 정함(제112조

제4항).

(5) 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자는 법관의 자격을 요하지 아니함(제112조 제5항).

(6) 헌법재판소 재판관의 임기는 10년으로 하고, 중임할 수 없음(제113조).

(7) 헌법재판관의 독립에 관한 규정 신설(제115조).

5. 지방자치

(1) 지방자치단체의 사무처리에 있어서 자기책임과 보충성의 원칙 및 지방자치단체의 조직구성 및 권한행사에 있어서 민주주의 원칙 명문화(제119조).

(2) 조례제정권의 한계를 법률에 위반되지 않는 범위(즉 법률우위)로 한정(제120조 제1항).

(3) 지방세의 종목과 세율은 법률 또는 조례로 정함(제120조 제2항).

(4) 국가와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간의 재정조정의 근거규정 신설(제120조 제3항).

(5) 지방자치단체의 종류는 기초지방자치단체와 광역지방자치단체로 함(제121조).

(6) 지방의회의원의 선거에 있어서 민주선거의 원칙을 명문화하고 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거에 관하여 조례로 정할 수 있는 근거 신설(제122조 제1항).

(7) 지방자치단체의 장의 경우도 민주선거의 원칙에 의함을 명문화(제122조 제2항). 지방자치단체의 집행기관의 조직과 구성에 관하여 조례로 정할 수 있는 근거 신설(제122조 제2항).

(8) 주민의 직접참여를 위한 근거규정 신설(제122조 제3항).

(9) 지방자치단체의 권리구제절차 명문화(제122조 제4항).

(10) 광역자치단체의 종류는 도와 법률이 정하는 시로 함(제123조).

(11) 광역자치단체의 독자적 조례제정권한 신설(제124조).

(12) 사무위임의 경우 필요경비 전액 국가부담원칙 신설(제125조).

제2장 헌법개정의 필요성

제1절 국가경쟁력과 지방분권

1. 개관

우리나라에서 본격적인 지방자치제도의 경험은 그다지 길지 않다. 그러나 지난 십수년 간에 걸친 지방자치제도의 실시가 여러 방면에서 주목할 만한 변화를 가져온 것도 사실이다. 우선 지방자치제도는 풀뿌리 민주주의의 훈련장으로서의 기능을 더해가고 있다. 지방자치단체장과 지방의회 의원들은 선거를 의식해서라도 주민들의 의견을 수렴하고 존중하지 않을 수 없게 되었다. 지방공무원들도 지역 문제에 대해 스스로 정책을 기획하고 추진하려는 자세를 보여주기 시작했다. 중앙정부와 지방정부의 관계도 점차 일방적 하향적 관계에서 쌍방적 수평적 관계로 바뀌어가고 있다.

그 동안의 지방자치제도의 실시가 여러 가지로 긍정적인 효과를 가져 온 것은 사실이지만, 지방정부가 자신의 행위의 결과에 대해 스스로 책임을 져야 한다는 측면에서 보면 아직까지 갈 길은 먼 것으로 보인다. 지방정부가 자신의 사무를 자신의 책임 하에 행할 수 있는 권한으로서의 자치권은 판례법고권, 조직고권, 계획고권, 재정고권 등을 주요 내용으로 포함한다 할 수 있다. 그러나 실제로는 국회 및 중앙정부에서 세세한 부분까지 정한 법률과 시행령 부령 등이 전국에 일률적으로 적용되고 있어 지방정부가 스스로 정할 수 있는 사항은 극히 제한되어 있다. 그리고 1995년 지방자치제가 본격적으로 실시된 이후 국가사무의 지방이양 등으로 지출 측면에서 국가총재정에 대한 지방정부재정의 비중은 이제 중앙정부의 그것을 능가하게 되었지만, 지방의 자체재원의 비중은 오히려 줄어들어 재정자립도는 1997년의 63%에서 2006년의 54.4%로 전반적으로 감소해왔다.

지방분권이 이루어지면 제공되는 공공재의 종류와 정도가 지역주민의 취향에 더 잘 부합하는 방향으로 정해질 수 있다. 지방정부는 주민들과 더 가까이 있기 때문에 주민들의 선호에 더 잘 대응할 수 있을 것이며, 공공재에 대해 유사한 취향을 가진 사람들끼리 같은 곳에 모이는 경향이 있으므로 거주자들이 원하는 공공재의 유형과 양을 보다 쉽게 파악할 수 있을 것이다.

국가의 사무를 지방정부에 이양하는 것은 중앙정부와 지방정부의 행정능력을 공히

고양하는 방법일 수 있다. 지방분권은 행정책임을 중앙정부에서 지방정부로 이전하여 중앙정부에 가해지는 정치적 압력을 감소시키는 역할을 하기도 한다.

지방분권은 행정 분야에도 시장 규율과 경쟁 질서를 확립하는 데 기여할 수 있다. 효율적 자원배분을 위해서는 잘하는 경제주체에게는 충분한 보상을 하되 실패한 경제주체에 대한 과도한 지원은 삼가야 한다. 그런데 중앙집권적 국가운영의 경우 전국적 형평성 확보를 명분으로 낙후지역을 과도하게 지원하면서 선도지역의 발전을 억제하게 될 위험성이 다분하다. 반면 지방분권적 국가운영체제 하에서 자율성을 확보한 지방정부는 보다 강한 예산제약조건 하에서 다른 지방정부와의 경쟁을 의식해서라도 효율적 자원배분을 위해 더욱 더 노력하게 된다.

세계화, 정보화, 지식기반사회화가 심화되어가고 있는 21세기는 제도경쟁의 시대이다. 이 경쟁의 요체는 어떤 제도가 국민의 창의성과 다양성을 극대화하고 예측불가능성에 대한 적응능력을 높이느냐에 있다. 느슨하게 연결된 시스템으로서의 지방분권 국가운영시스템은 다양성과 적응능력 제고에 효과적이다. 분권체제에서는 각 부분이 중앙의 직접적 통제를 받지 않고 자율적으로 작동하면서 동시에 중앙과 기능적으로 연결되어 있다. 다양성 자율성에 기초한 지방분권은 정책실험의 장, 정책학습의 장을 제공한다.

환경의 변화에 따라 지방분권 강화에 대한 요구는 증가하고 있고, 세계 각국도 지방분권 강화를 위한 제도적 개선에 힘을 기울이고 있다. 프랑스는 2003년 지방자치와 분권을 강화하기 위한 개헌을 단행하였고, 독일도 자신의 연방제를 해석하고 운영함에 있어 이른바 협력적 연방주의보다는 경쟁적 연방주의를 점차 더 내세우고 있다. 일본에서도 최근 보다 근본적인 지방분권을 이루어내기 위한 도주제 도입 논의가 활발하게 진행되고 있다.

국내외적인 환경변화에 따른 지방분권 강화의 필요성은 점차 커져가고 있는 반면, 우리나라의 국가운영은 여전히 중앙집권적으로 이루어지고 있다. 자율적인 결정권한도 자족적인 재정능력도 확보하지 못한 지방자치단체들은 중앙정부로부터 가능한 한 많은 지역개발 프로젝트와 재정지원을 따내려고 소모적인 경쟁을 벌이고 있다. 지방분권에 관한 헌법규정은 어느 나라에 비해서도 극히 취약하다. 전문과 부칙을 제외한 전체 헌법조항 중에서 지방분권 관련 조항이 차지하는 비중은 우리나라 헌법의 경우 2.3% (3개 조항 / 130개 조항)에 불과한데 비해 일본의 경우 3.9% (4/103), 스웨덴 8.7% (13/149), 프랑스 6.3% (6/95), 대만 11.4% (20/175), 스페인 9.5% (16/169), 이탈리아 11.0% (15/136), 스위스 34.3% (66/195), 멕시코 25.7% (35/136), 러시아 21.9% (30/137), 독일 44.2% (80/181) 등으로 나타난다.[32]

---

32) 최병선 · 김선혁 공편, 『분권헌법: 선진국으로 가는 길』, 동아시아연구원, 2007, <부록 3> 참

세계화 · 정보화가 빠른 속도로 진행되고 있는 오늘날 각 지역이 자기책임 의식을 가지고 환경변화에 효율적 창의적으로 대응하도록 하기 위해서는 분권적 국가운영이 필수적으로 요청된다. 개헌 논의의 대상이 될 수 있는 분야는 여러 가지가 있을 수 있으나, 시대가 요구하고 있는 획기적인 지방분권 강화를 위해서는 지방자치에 관한 헌법조항의 보강·확충이 반드시 필요하다.

이하에서는 지방분권 강화가 어떻게 국가경쟁력 향상에 이바지할 수 있게 되는지에 대해 주로 Weingast(1995, 2006)[33]를 참조하여 논의해본다.

2. 지방분권과 국가경쟁력 간의 관계

지방분권은 그 정의상 국가의 권한이 중앙과 지방에 나누어져 있는 것을 의미한다.

○ F1 (정의적 특성) : 주어진 권한을 갖는 통치주체들이 계층을 이루면서 존재한다. (지방정부는 일정한 범위 내에서 주어진 권한을 가진다.)

그러나 지방분권의 모습은 나라에 따라 다양하고, 그 성과도 나라에 따라 다르게 나타나는 것으로 평가되고 있다. 다음의 조건들은 각 나라의 지방분권을 특징짓는 요소들로서 정치인 관료 기업인 등의 인센티브에 영향을 미친다.

○ F2 (지방정부의 자율성) : 지방정부가 지역공공서비스 공여와 지역경제의 발전에 대해 일차적 권한을 가진다. (지방정부가 지역경제의 성장을 촉진할 경우 그 과실의 상당 부분을 지방정부가 획득할 수 있도록 자주세원을 보장한다.)

○ F3 (공동시장) : 중앙정부는 생산요소와 생산물이 지역 간에 자유롭게 이동하는 것을 보장하고 지방정부의 교역장벽 설치를 막는다.

조. 물론 헌법조항 중에서 지방분권 내지 수직적 권력분립 관련 조항이 많다고 하여 지방분권의 정도가 반드시 높은 것은 아닐 것이다. 특히 연방제의 경우 연방정부와 주와의 권한배분에 관한 조항이 많을 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 헌법조항 중에서 지방분권 관련 조항이 차지하는 비중은 중앙과 지방간 권한범위의 명확화 내지 지방분권의 정도와 상당한 관련이 있어 보인다.

33) Barry R. Weingast, “The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development,” Journal of Law, Economics and Organization 11, 1995, pp. 1-31; Barry R. Weingast, “Second Generation Fiscal Federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development”, Working Paper, Hoover institution, Stanford University, 2006.

○ **F4 (경성예산제약)** : 모든 정부 특히 지방정부는 경성예산제약(hard budget constraints)에 직면해 있다. (지방정부는 재정에 있어 자율성과 책임성의 지배를 받는다. 지방정부가 재정난에 빠지더라도 함부로 구제해줘서는 안되며, 스스로 재정난에서 빠져나오도록 한다.)

○ **F5 (제도화)** : 권한의 정부간 배분이 제도화되어 있다. (지방정부의 권한이 중앙정부의 일방적인 재량에 의존해서는 안 된다.)

이상적인 지방분권은 위의 5가지 조건이 모두 만족되는 경우로서 시장보존적 지방분권(market-preserving decentralization)이라 부를 수 있을 것이다.[34] Weingast (2006)는 시장보존적 지방분권은 국가발전에 이바지한다고 주장한다. 많은 나라는 형식적으로 지방분권을 채택하고 있지만 위에서 언급한 F2-F5 조건의 하나 혹은 몇개를 충족하지 못함으로써 좋은 성과를 나타내지 못하고 있다고 한다.

그러면 시장보존적 지방분권은 어떻게 국가발전을 가져오는가?[35] 시장보존적 지방분권이 가져다 줄 수 있는 경제적인 효과는 이미 오래전에 Hayek(1939)[36]나 Tiebout (1956)[37] 등을 통해 잘 알려진 바 있다. 이들은 지방분권적 국가운영체제가 중앙정부와 지방정부간이나 혹은 지방정부들간에 다양한 형태로 경쟁을 촉발시킴으로써 경제적 효율성을 높일 것으로 보고 있다.

시장보존적 지방분권은 우선적으로 지방정부들간 경쟁을 촉진한다. 지방정부들은 다양한 정책들을 통해 자본, 노동 그리고 경제활동들을 확보하기 위해 경쟁할 것이다. 중앙정부의 규제권한에 대한 제약과 지방정부들간의 경쟁이 합쳐지면서, 그 어느 정부단위도 경제규제에 관해 독점적인 통제권을 가지지 못하기 때문이다. 자본과 노동의 이동이 제대로 이루어진다면, 시장보존적 지방분권제도 하에서 하위정부들이 정치적으로 경제활동에 제한을 가하는 일은 가능하지 않을 것이다. 그러한 규제는 자원의 타 지역으로의 이동을 촉발할 것이기 때문이다.

다음으로 지역간 경쟁은 지역의 주민들이 기꺼이 감수하고자 하는 규제들만 살아남을 수 있게 한다. 만일 한 지역이 산업 카르텔을 통해 정치적 압력에 대응하려고 한다면, 노동력은 지역간 이동성으로 인해 보다 좋은 조건을 제공하는 지역으로 이동하

34) Weingast(2006)는 시장보존적 연방제(market-preserving federalism)라는 용어를 사용하고 있다.
35) 이하의 논의는 거의 전적으로 김성배, “국가발전을 위한 분권형 국정운영체제 모색” (미발표 논문)에 의존한 것이다.
36) Friedrich von Hayek, "The Economic Conditions of Interstate Federalism", in Friedrich von Hayek, Individualism and Economic Order, Chicago University Press, 1939.
37) Charles Tiebout, "A Pure Theory of Local Government Expenditure", Journal of Political Economy 64(5), 1956, pp. 416-424.

게 될 것이다. 만일 한 지역이 산업의 부를 갈취하려고 한다면, 자본의 이동성으로 인해 기업들은 새로운 지역으로 이동하게 될 것이다. 따라서 자원의 이동성은 특정한 정책을 추진하는 지역들에게 경제적 비용을 초래할 것이다. 그 지역들은 정치적으로 이익이 있을 경우에만 그러한 정책을 추진하게 될 것이다.

나아가 시장보존적 지방분권은 경제적 측면에서의 지대추구(rent seeking)행위[38]나 분배적 연합(distributional coalition)형성[39]의 정도와 빈도를 줄이게 될 것이다. 그것은 지방정부들간의 경쟁이 지대추구로 인한 이익획득의 성공기회를 줄이기 때문이다. 경쟁으로 인해 경제적 지대추구 현상과 분배를 위한 연합이 쉽게 만들어지지 않을 것이기 때문에 효율성을 높이게 될 것이다. 지대추구를 가능케 하는 규제는 지역적으로 이루어지기 때문에 지역의 밖에 있는 기업에게는 규제받는 기업들에 비해 이점을 제공하게 될 것이다.

기본적으로 시장보존적 지방분권은 지방정부들간 경쟁의 조건을 제공한다. 우선 지방정부들간 경쟁이 일어나기 위해서는 그들이 자신의 여건에 합당한 정책을 채택할 수 있는 권한이 있어야 한다. F2 (지방정부의 자율성) 조건에 따라 지방정부들은 지역 시장을 통제하는 권한을 가질 것이고, 공공서비스를 지역의 실정에 맞게 공급할 것이며, 공공서비스의 비용을 반영하여 지역의 세율을 결정할 것이다. 둘째, 지역간 경쟁이 이루어지기 위해서는 지역경계를 넘어 무역과 요소들의 이동이 자유롭게 이루어져야 한다. 이는 F3 (공동시장) 조건에서 충족될 수 있다. 만일 지역간 무역과 요소의 이동이 자유롭지 않다면 개별 지역들은 사실상의 지역경계 내에서 독립적인 국가가 될 것이다. 지역간 이동에 대한 제약이 존재하는 경우에는 지역간 경쟁을 저해할 것이고, 아울러 지역단위 정부의 시장에 대한 개입, 지대추구 또는 부패에 대해 부과될 수 있는 벌칙을 배제하게 될 것이다. 셋째, 지역간 경쟁은 엄격한 예산조건 즉 F4 (경성예산제약) 조건 하에서 그 실질적인 의미를 지니게 될 것이다. 만일 엄격한 예산이 지켜지지 않는 상태에서는 중앙정부로부터 만일의 경우에 실패에 대한 보호를 받을 수 있는 지방과 그렇지 않은 지방간의 경쟁은 제대로 이루어질 수 없을 것이기 때문이다. 끝으로, 책임과 권한의 배분을 제도화하는 조건 즉 F5 (제도화) 조건이 충족되어야 지역간 경쟁에 침해가 발생하지 않을 것이다. 만일 중앙정부가 책임과 권한의 배분을 자의적으로 조정할 수 있다면, 지방정부들간 경쟁에 대해서도 필요에 따라서는 개입을 통해 그러한 경쟁을 저해할 수 있을 것이다.

Weingast (1995)는 지난 300년간의 세계역사를 돌아보고, 시장보존적 지방분권이

38) 진입규제 등을 통해 공급을 제한하거나 비탄력적으로 만들어 특혜를 누리고자 하는 행위를 말한다.
39) 분배상의 이익을 얻기 위한 개인 혹은 집단 간의 연합형성을 말한다. 다수결제도 하에서는 과반수 표를 확보한 연합이 투표에서 이길 수 있다.

급속한 경제성장을 가져왔던 사례들을 제시하고 있다. 대표적 사례들로는 16세기 후반에서 17세기 중반까지의 네덜란드, 17세기 후반 혹은 18세기 초반에서 19세기 중반까지 영국, 19세기 후반에서 20세기 후반까지의 미국 그리고 1970년 후반 이후의 중국 등이 여기에 포함된다. 이 나라들은 과연 어떠한 유형의 분권을 채택하였고, 또 그러한 분권이 어떻게 급속한 경제성장에 기여하였는가를 분석하는 것은 흥미로운 일이다. 다음에서는 각국의 정치체제 중 시장보존적 지방분권의 특성을 갖는 부분을 간략하게 소개한다.

첫째, 시장보존적 지방분권은 16세기 후반에서 17세기 중반까지의 네덜란드의 급속한 경제성장을 지원한 것으로 나타난다. 이 시기는 네덜란드의 황금시기라고 불리는 시기이다. 이 기간 동안 네덜란드는 무역, 과학 그리고 예술 등의 분야에서 세계 최고의 수준을 자랑했다. 이 당시 네덜란드의 정치체제는 일곱 개의 주들로 구성된 연방제의 공화국이다. 각 주들은 자신의 독자적인 정부를 갖고 매우 독립적이며 각 주들은 주지사에 의해 통치되었다. 반면 연방정부는 일곱 개의 주들을 대표하는 대표자들이 연방정부가 위치한 헤이그에서 합의제에 의해 국가를 다스리는 시스템이었다.

둘째, 17세기 후반 혹은 18세기 초반에서 19세기 중반까지 영국에서도 시장보존적 지방분권이 국가의 경제성장에 크게 기여한 것으로 나타나고 있다. 이 시기 동안 영국에서는 명예혁명이 일어났다. 두 가지 이유로 인해 이 기간 동안에 산업혁명이 전통적인 상업부문이 아닌 다른 분야에서 일어날 수 있었다. 그 하나는 경제적 통제를 지역별로 달리하게 한 규제권한의 분권화이고 다른 하나는 경제적 규제가 없는 지역에 대한 중앙정부의 통제가 불가능했다는 점이다. 특히 이 시기에는 지방정부가 중앙에서 가해진 기업들에 대한 규제를 무시하거나 제거할 수 있었다. 이는 17세기 후반에 소위 법에 의한 통치가 가능했기 때문인데, 이로서 국가의 경제활동에 대한 침범에 대한 법적 통제가 이루어질 수 있었다. 명예혁명은 지방정부의 힘을 강하게 하였고 중앙정부가 지방경제에 침범하는 것을 억제함으로써, 시장보존적 지방분권을 확립하게 한 것이다. 그리고 그러한 변화로 인해 산업혁명이 보다 쉽게 일어날 수 있었던 것이다.

셋째, 19세기 후반에서 20세기 후반까지의 미국의 급속한 성장의 정치적인 토대도 시장보존적 지방분권에서 찾을 수 있다. 이 기간 동안 시장보존형 연방제가 유지될 수 있었던 것은 헌법이 그것을 보장하였기 때문이다. 그리고 이 당시 대부분의 주의 주민들은 연방정부가 특정한 지역이나 이해당사자들에 의해 영향을 받을 가능성 때문에 불신하는 경향이 있었다. 결국 균형원칙 즉 상원에서 북쪽지역과 남쪽지역이 동일한 수준의 대표성을 갖게 하는 원칙이 만들어지게 되었고, 이 원칙이 주가 연방정부의 정책결정을 거부할 수 있게 하는 제도적 장치가 되었던 것이다. 비록 미국에서는

독재자가 존재하지 않았지만, 특정 지역이 연방정부를 지배하고 정책결정을 자신들에게 유리하게 할 가능성이 존재하고 있었다. 이 문제는 남북 양 지역 모두에 해당하는 것이었기 때문에 양 지역이 국가의 권한을 억제하는데 동의한 것이다. 연방정부의 정책결정 권한에 대한 이러한 제약이 미국에서 시장보존적 지방분권이 정착되는데 크게 기여하였던 것이다.

마지막으로, Weingast(1995)는 1970년 후반 이후의 중국의 급속한 경제성장 역시 시장보존적 지방분권의 도입에 기인한 것으로 주장하고 있다. 이 시기 동안 중국의 지방도시와 지방기업들은 중국 경제성장의 원동력이 되었다. 당시 지방정부가 소유한 기업들은 중앙정부가 소유한 기업들과는 판이하게 다른 유인구조를 가지고 있었고, 따라서 전혀 다른 양상을 보였다. 지방정부는 지방의 자산이나 기업을 완전히 자신의 통제 하에 둠으로써 중앙정부가 확보할 수 없는 정보들에 접할 수 있었고, 그 결과 기업들에게 중앙정부로터의 지방의 수입에 대한 침범을 저지할 수 있다는 확신을 심어줄 수 있었던 것이다. 더욱이 지방정부는 지방공공재의 공급에 대한 책임을 지고 있었기 때문에, 국가는 민간 기업보다 지방기업들을 침범할 유인이 적었던 것이다. 이는 지방 공공재 공급에 지방정부의 재원이 사용될 수 있다고 믿었기 때문이다. 아울러, 지방정부들은 은행을 통제하기 못했고 화폐를 발행할 수 없었으므로 제한된 범위의 권한을 행사할 수 있었다. 은행이 채무를 통제하고 반면 지방정부는 지방기업에 대한 정보를 확보하고 있는 이러한 거버넌스의 구조를 통하여 소위 시장보존적 지방분권의 조건을 충족시킬 수 있었던 것이다.

3. 지방분권 강화: 우리나라의 시급한 국가적 과제

위의 시장보존적 지방분권의 조건에 대한 논의는 우리나라 지방분권 분야의 제도개혁 과제와 관련하여 큰 시사점을 주고 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 우리나라는 형식적으로 지방자치제도를 실시하고 있으나 국가운영은 여전히 중앙집권적으로 이루어지고 있다. 권한과 재정은 기본적으로 중앙에 집중되어 있고 (F2 (지방정부의 자율성) 조건의 미비), 지방정부는 가급적 많은 재원과 프로젝트를 중앙으로부터 얻어오기 위한 소모적 경쟁을 벌이고 있다 (F4 (경성예산제약) 조건의 미비). 그리고 지방분권 관련 헌법규정은 취약하여 권한의 지방이양이 제대로 이루어지지도 않고 있다 (F5 (제도화) 조건의 미비). 이제 지방분권 강화를 위한 획기적인 제도개혁이 요청되고 있는 바, 이하에서는 그 방향에 대해 간단히 언급하기로 한다.

중앙정부와 광역지방정부 그리고 기초지방정부 사이의 사무배분은 어느 단위의 정부가 해당 사무를 가장 잘 수행할 수 있느냐를 기준으로 정해야 할 것이다. 정부가

제공하는 공공재의 외부효과(external effect)의 범위와 규모의 경제(economy of scale)의 정도 등의 요소가 어느 단위의 정부가 해당사무를 가장 잘 수행할 수 있는지에 영향을 미칠 것이다. 한편, 세계적인 규모의 분업이 진행되고 불확실성이 증대되고 있는 상황에서 창의와 자율 그리고 다양성의 보장이 보다 중요해지고 있으므로, 민간에게 맡길 수 있는 것은 먼저 민간에게 맡기고, 기초지방정부에게 맡길 수 있는 것은 기초지방정부에 맡기며, 다음으로 광역지방정부, 중앙정부의 차례로 사무를 배분하는 것이 적합할 것으로 보인다. 따라서 정부의 역할과 크기를 전반적으로 줄인다는 전제 하에, 중앙정부는 외교, 국방, 안보, 위기관리, 연금, 의료보험, 통화, 금융시스템 등의 사무를, 광역지방정부는 항만, 공항, 공공사업, 경제·산업·과학, 노동·고용, 고등교육, 경찰 등의 사무를, 그리고 기초지방정부는 생활보호, 복지, 보육, 유치원, 소방, 문화, 초중등교육, 도서관, 공원, 가로, 주택, 하수도 등의 사무를 맡도록 하는 것을 생각해볼 수 있다. 그리고 현재의 교육지방자치제도는 일반 지방자치제도에 통합시키는 것이 합당하다고 생각한다.

지방분권이 실효성을 갖기 위해서는 무엇보다 재정분야에서 지방정부의 자율성과 책임성이 확보되어야 한다. 우리나라에서는 지방자치단체의 늘어나는 재정수요를 중앙정부의 지방이전 재원이 주로 보전해 왔다. 중앙정부의 이전재원 중 큰 비중을 차지하고 있는 교부금 내지 지방교부세는 보통교부세와 특별교부세로 구분되지만, 보통교부세가 대부분을 차지한다. 보통교부세는 지방자치단체가 표준적 행정서비스를 제공하는 데 필요한 기본행정경비와 표준적인 재정수입을 산출한 다음 그 부족분의 대부분을 지원해주는 틀을 가지고 있다. 그러나 이러한 제도적 틀은 크게 보아 지방자치단체로 하여금 행정경비를 절감하고 재정수입을 증대시킬 인센티브를 제공하지 못하는 난점이 있다. 이전재원 중 또 다른 중요 항목인 국고보조금은 일반재원인 지방교부세와는 달리 중앙정부가 지방자치단체에게 특정 사업의 실시와 관련하여 소요경비를 보조하기 위한 것이다. 그러나 국고보조금 제도는 중앙정부와 지방자치단체의 책임소재를 불분명하게 할 수 있고, 지방자치단체의 자주적인 행정 및 재정 운영을 저해할 수 있으며, 보조금을 내려 보내는 중앙 부처들 상호 간의 조정이 이루어지지 않아 중복지원 등 비효율을 발생시킬 수 있고, 국고보조금을 많이 확보하기 위한 지방자치단체들 사이의 경쟁과 갈등을 조장할 수 있다. 현재의 이러한 지방재정제도는 지방정부의 자기결정과 자기책임의 원칙과 부합하지 않음은 물론이다. 그러면 지방재정제도는 어떻게 개편할 것인가? 재정제도 개편의 대략적인 방향을 제시해보면 다음과 같다. 세원을 중앙정부, 광역지방정부, 기초지방정부 별로 구분한다. 세원은 각 수준 정부의 재정수요가 기본적으로 충족되도록 배분되어야 할 것이다. 어느 세목을 어느 수준의 정부에 배분할 것인지를 정함에 있어서는 해당 세목이 어느 수준의 정부가

잘 관리할 수 있는지, 어느 수준 지역단위의 주민들이 그 세목에 더 큰 관심을 가지고 세정을 잘 감시할 수 있는지, 해당 세목 관련 징세의 효율성과 전국적 통일성이 얼마만큼 중요한지 등의 요소를 고려하여야 할 것이다. 그리고 지방정부에 배정된 세목 중 그 성격상 적합한 일부 세목에 대해서는 해당 지방정부가 세율 등을 자유롭게 정하도록 할 수 있을 것이다. 이런 식으로 세원을 각급정부에 배분할 경우, 어떤 지방정부에서는 재정수요에 비해 재정수입이 모자라고 어떤 지방정부에서는 재정수요에 비해 재정수입이 오히려 많게 되는 현상이 발생할 수 있다. 따라서 지방정부 간의 재정조정이 요구될 것이다. 그러나 이 재정조정을 중앙정부가 주관하도록 해서는 안 될 것이다. 중앙정부가 주관할 경우, 지방정부를 지배 관리하는 통로가 새롭게 생겨나는 셈이다. 지방정부간 재정조정은 각 지방정부의 재정수요 및 재정수입에 영향을 미치는 인구, 관할면적, 지역내총생산, 지역내자산총가치 등의 객관적인 지표를 이용하여 기계적으로 행하는 것이 바람직할 것이다.

다음으로 우리나라 광역지방정부의 규모를 좀 더 키울 필요가 있다고 생각한다. 현재 광역시와 이를 둘러싸고 있는 도가 독립된 광역자치단체로 되어 서로 경쟁·대립하는 경우가 많아, 통일적인 계획에 기초하여 보다 넓은 지역에 걸쳐 대도시권을 정상적으로 발전시키고 주변지역과 연계시키는 것이 어렵다는 지적이 있어 왔다. 아울러 기업의 입지선택은 용지의 가격, 인력확보 가능성, 세제, 사업서비스 · 판로 · 공항 · 항만 의 접근성 등 여러 가지 요소를 고려하여 이루어지는데, 현재의 개별 광역자치단체는 제반 여건의 개선을 통해 국내외 기업을 유치할 수 있기에는 그 규모가 너무 작다는 점이 지적되고 있다. 오늘날 세계화와 지방화의 동시적 진행 즉 세방화(glocalization)의 추세는 지역이 세계적 경쟁의 중심에 서도록 만들고 있다. 그리고 지방정부가 무한경쟁의 세계시장에서 자본과 기술과 인력을 유치하고 지역을 발전으로 이끄는 주체가 되고 있다. 유럽의 강소국들은 유럽연합의 다른 나라 및 지역들과 느슨한 연계를 유지하는 한편으로 독자적 자립적 경제주체로서 각자의 발전을 추구해나가고 있다. 참고로 이들 나라의 인구규모를 보면, 네덜란드 1,637만 명, 포르투갈 1,060만 명, 벨기에 1,058만 명, 스웨덴 9,143만 명, 오스트리아 812만 명, 덴마크 546만 명, 핀란드 529만 명, 아일랜드 424만 명 등으로 나타난다. 그리고 일본의 인구는 약 1억 2,780만 명인데 일본 전역을 9-12개의 도주로 묶는 안이 본격적으로 논의되고 있는 바, 이 경우 도주의 평균 인구는 1,065만-1,420만 명으로 계산된다. 인구 6,447명의 프랑스는 현재 22개의 레지옹을 6개의 대지역으로 통합하려고 시도하고 있는데, 그 경우 대지역의 평균인구는 1,075만 명으로 계산된다. 인구 8,221만 명의 연방국가인 독일의 경우 16개 주를 9개의 광역주로 재편하는 논의가 진행 중인데, 이렇게 재편될 경우 광역주의 평균인구는 913만 명으로 된다. 50개의 주로 구성된 미국의 인구는 현재 3억 명을 조금 넘는 수준

이므로 주의 평균인구는 약 600만 명으로 계산되는데, 인구 100만 명 미만의 주들도 상당수 있지만 동시에 캘리포니아(3,655만 명), 텍사스(2,390만 명), 뉴욕(1,930만 명), 플로리다(1,825만 명), 일리노이(1,285만 명), 펜실베이니아(1,243만 명), 오하이오(1,147만 명), 미시간(1,007만 명) 같은 대규모 주들도 있다. 이러한 통계치는 우리나라의 광역지방정부의 적정규모를 생각함에 있어 많은 시사점을 제공할 것이다. 하나의 유력한 안은 인구 1,000만-1,500만 명 규모의 광역지방정부를 3-5개 정도 두는 것이다.

제2절 통일과 지방분권

1. 통일문제의 성격

(1) 문제의 역사성과 과제성

통일문제를 바라보는 출발점은 비교적 고정적인 영토위에서 단일민족이 주체가 되어 하나의 국가적 통일체하에 오랫동안 살아온 역사적 전통이다. “우리 민족은 하나”이고 “우리나라도 하나” (나아가 “우리 영토도 하나”)라는 의식은 오랜 역사를 통하여 우리 한민족 모두의 심층에 깊이 뿌리내리고 있다. 이는 한민족의 후예로 태어난 우리에게 “주어진” 명제이지 조작가능한 명제가 아니다. 따라서 그것이 현실이 아니게 된 경우 그 명제는 “과거지워진” 명제가 되지 처분가능한 명제로 되지는 아니한다.[40]

(2) 문제의 특수성

남북의 분단이라는 현실은 본래 하나의 단위이어야 할 것이 두 개의 부분으로 나누어져 있는 것으로서 한민족에게는 받아들일 수 없는 비정상적인 것이다. 따라서 두 개의 독립된 단위로 인정한다는 것은 불가능하며, 그렇다고 현실을 무시하고 하나의 단위인 것처럼 의제해서 모든 문제를 판단하는 것도 불가능하다. 이러한 상황은 남북관계를 “나라와 나라 사이가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계”(남북기본합의서 전문)로 보게 하였다. 그리고 이러한 특수한 관계는 예외적인 것으로서 보통의 경우를 전제로 한 일반적인 국제법이론이나 일반적인(국내)법이론만으로는 설명할 수 없다. 또한 국토분단이라는 점에서는 유사할지 모르나 분단국가별로 처한 역사적 · 정치적 · 경제적 · 사회문화적 사정은 상이하므로 분단국에 공통되는 어떠한 이론에 의하여 설명될 수 있는 것도 아니다.

---

40) '다민족 국가'가 있듯이 '1민족 다국가'도 있으므로 '1민족 1국가'에 대한 이러한 국민적 확신이 영속적이리라고 장담할 수는 없다. 그러나 1871년 통일국가형성이래 1945년까지 70여년의 비교적 짧은 역사적 전통을 가지고 있을 뿐이고 분단후의 사회문화적 분위기상 그러한 의식이 우리보다 결코 높았다고 할 수 없는 독일국민이 통일과정에서 보여준 국민의식에 비추어 보면 우리의 경우 오랜 역사적 전통에 기하여 뿌리내린 국민의식이 일조일석에 변개되지는 않을 것임을 알 수 있다. 김선택, “헌법과 통일정책”, 한국 법학 50년- 과거 · 현재 · 미래(I), 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회논문집, 1998, 347면.

(3) 문제(해결)의 자주성

통일문제는 분단현실에 처한 민족이 자주적으로 해결해야 할 과제이다. 특히 일본에 의한 불법적인 병합과 일본군대의 무장해제를 위한 오로지 군사적인 목적의 평화적 분할점령이 분단의 원인이 된데 불과하고 어떠한 주변국가도 한국에 대한 개입권한을 가지고 있지 못한 한국의 상황은 제2차 세계대전의 패전국으로서 승전점령국(미 · 영 · 프 · 소)의 국제법적 개입권한하에 주권이 제약되었던 독일과는 전혀 다르다. 더욱이 분단국가의 자주적 통일권은 1976년 발효하여 법적 구속력을 인정받고 있는 1966년 국제인권규약 제1조에 규정된 민족자결권의 한 내용으로 인정되고 있다.[41] 따라서 우리 민족은 통일문제에 관하여 우리의 특수한 상황을 고려하여 남북한 주민을 포괄하는 우리 민족의 자유로운 의사에 기하여 자주적으로 해결할 권리가 있다.

(4) 문제의 포괄성과 종합성

통일문제는 종합적 접근이 요구되는 포괄적 문제이다. 정치, 경제, 사회, 문화, 교육, 종교, 법 등 모든 생활영역이 이에 관련된다.

(5) 문제의 단계성과 과정성

통일문제는 하나의 과정 속에서 이루어지는 것이므로 단계적으로 초점을 맞추어 풀어가야 할 문제이기도 하다. 즉 통일 전 준비단계가 있고, 통일의 구체적 과정의 단계, 그리고 통일 후 내적 통일성을 추구하는 단계[42]를 상정해 볼 수 있다. 이 글에서는 통일의 구체화 과정단계에 미치지 못하고 있는 오늘의 상황에서 통일을 준비하는 단계에서 통일을 위한 헌법상 제도적 장치(통일관련조항)의 마련이 필요한 것인가를 검토할 필요가 있는데, 이를 위한 전제로 독일의 통일과정에서 기본법이 기여한 측면을 고찰하는 것은 의미가 있다고 하겠다.

---

41) 민족자결권은 대내적 자결권(각 민족은 그 헌법제정권력에 기하여 자주적으로 국가를 조직할 수 있다.)과 대외적 자결권으로 나누어지는 바, 후자에는 탈식민화, 경제적 독립, 정부형태선택권, 분단국가의 자주적 통일권 등이 속한다.

42) 통일을 실현한 독일에서 정부기구를 정비하는 문제라든가, 공산화된 재산권의 재사유화문제, 행정관료 · 법조인 · 군간부 등 엘리트의 교체문제, 과거 정부의 범죄행위 규명 등 과거청산 문제와 더불어 동서독주민간의 내적 · 심정적 융화의 노력 등은 통일과정단계의 말미에서부터 통일 후 과정의 단계에 속하는 문제이다.

2. 독일 통일과정에서 통일과 관련된 기본법의 역할[43)]

(1) 개설

독일 통일의 헌법적 과정은 남북한의 통합의 경우에 따라야 할 헌법적 과정에 대한 시사점을 제시하여 주고 있다. 여기에서는 독일통일의 헌법적 경험을 토대로 하여 볼 때, 우리의 남북한 통일의 경우에도 - 만약 북한의 민주적 변화로 인하여 평화적 통일 실현의 기회가 온다면 - 거의 필연적으로 발생하리라고 예상되는 헌법적 쟁점들을 미리 정리해 보는 시도를 해보고자 한다.[44)]

(2) 통일을 실현하기 위한 독일 기본법상 준비조치

1) 기본법상 가능한 통일방안

(가) 기본법 제23조의 방식(동독의 연방가입)

통일 당시 기본법 제23조(이 기본법은 우선적으로 바덴을 포함한 12개 주의 영역에서 효력을 가진다. 독일의 다른 영역에서는 이 기본법의 가입이후에 효력을 가지게 된다.)에 근거를 두고 있는 이 헌법적 통일방식은 독일의 다른 부분(andere Teile Deutschlands)이 그 주민의 자기결정(Selbstbestimmung)에 의하여 연방에 가입(Eintritt)하여 그 헌법으로서 기본법의 적용을 받는 것이다.[45)] 여기에서 가입하는 독일의 다른 부분은 사전에 협상을 통하여 기본법의 개정을 그 가입조건으로 할 수 있으며, 헌법상의 재통일의무에 비추어 독일연방(서독)측은 가입부분에 대하여 '단순가

---

43) 김승대, 통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-, 법문사, 1996, 287-305면.

44) 독일 통일 20년이 지난 지금, 독일에 나타나고 있는 통일로 인한 제반 사회문제 등을 접하여, 우리는 통일에 관한한 독일방식을 채택하는 것은 곤란하고, 통일법 연구에 있어서도 독일적 상황에 지나치게 의존할 필요가 없다는 견해도 유력해진 것으로 보인다. 그러나 독일이 갑작스런 통일의 기회를 맞아 일부 주요 정책이 오류에 빠진 것은 사실이지만, 모든 통일과정에서 철저하게 헌법과 법치주의를 준수하였으며, 동 · 서독의 상황은 남·북한의 상황과 정치 · 경제 · 사회의 제반 측면에서 큰 유사성을 띠고 있는 점을 고려할 때 우리의 통일법 논의는 독일통일의 실례에 대한 철저한 연구·검토에서 출발하여야 함을 강조하지 않을 수 없다. 그런 의미에서 독일통일의 법적과정은 우리 법률가들에게 하나의 유용한 도상연습모델을 제시해 주고 있는 것이라고 생각된다.

45) 연방헌법재판소도 일찍이 기본법 제23조의 통일방식으로서의 기능을 인정한 바 있다. 소위 기본조약판결에서는 "기본법 제23조는 독일연방이 독일의 다른 부분을 통합함으로써 완전한 실체가 됨을 표현하는 것이고, 그 방도를 나타내고 강조하는 기본법의 중심규정"이라고 하고 있다. BVerfGE 36, 1 (285)참조.

입' 혹은 '불가입'의 양자택일을 강요할 수 없다고 봄이 통설이다.[46]

위 방식의 장점은 통일서독을 형성하는 절차가 이미 기본법상 확정되어 있어 가입을 원하는 지역이 기본법을 헌법으로 받아들일 의사가 있는 한 대단히 현실적이고 실용적인 모델이 될 수 있다는 데 있다.[47]

또한 기본법 제23조의 이러한 '가입'방식은 동독가입의 경우가 그 처음이 아니며 1956년 자알란트 가입의 경우에 이미 현실화된 전례가 존재하고 있다.[48]

자알란트 가입의 경우에는 자알란트와 독일연방간에 별도의 '가입조약'을 체결한 바가 없으며 이 점에서 동독가입의 경우와 구별된다. 그러나 자알란트 가입의 경우 연방법률 전체가 1957년 1월 1일의 가입발효일로부터 전면 확장 적용된 것이 아니라 자알란트의 제반 법적 상황과 경제적 상황에 상응하여 제반 법률이 점진적 · 단계적으로 발효 · 시행되었던 점은 동독가입의 경우에도 참고가 되는 귀중한 선례가 되었다.[49]

(나) 기본법 제146조의 방식(통일헌법제정)[50]

기본법 제146조에 근거를 두고 있는 이 헌법적 통일방식은 기본법의 적용밖에 있던 독일의 다른 부분이 포함되어 전체 독일민족의 자유로운 자기결정에 의하여 '공동헌법'을 수락하는 방법으로 통일하는 것을 말한다. 위 방식을 채택할 경우 ㉠ 제헌의회를 어떻게 구성할 것인지, ㉡ 그 구성을 위한 사전 조건으로서 어떤 헌법적 기준이 필요한 것인지, ㉢ 헌법을 채택하기 위하여 독일인의 어느 정도의 수적 지지를 필요로 할 것인지 등의 문제가 현실적으로 먼저 결정되어야 하였으며 이러한 문제들은 양독관계에 있어서 정치적으로 대단히 민감한 부분들이기도 하였다. 결국 이 점들에 관한 국민의 여론을 수렴 · 통일하는 것은 많은 시간과 노력이 필요한 극히 어려운 작업이 될 것일 뿐 아니라 난해한 법적 · 정치적 장애에 봉착하여 국론통일 자체가 불가능해질 우려가 있어 기본법 제146조의 통일방식은 독일통일의 현실적 방식으로 채

46) Hubert Weis, Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, AöR, Bd. 116., Heft. 1, 1991. 3, S. 3.

47) 김승대, 통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-, 법문사, 1996, 84면.

48) 이 자알란트 가입의 과정을 시간적 순서로 보면 ㉠ 1956년 10월 29일 프랑스와 독일간의 '자아르조약'체결, ㉡ 1956년 12월 14일 자알란트의회의 '가입선언', ㉢ 1956년 12월 23일 독일연방의회의 '자알란트의 편입(Eingliederung)에 관한 법률' 통과, ㉣ 1957년 1월 1일 '가입선언의 발효'의 과정을 거친 것이다.

49) 김승대, 앞의 책(통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-), 85면.

50) 기본법 제146조는 동 · 서독 간의 협상에 따라 통일헌법을 제정하고 국민투표를 통해 통일헌법을 확정하는 것으로 되어 있다.

택하기에는 결코 용이한 방법이 되지 못하였던 것이다.[51]

한편 이러한 제146조의 통일방식이 기본법상 천명된, 유일한 통일방식이 되어야 하는 것이 아닌지 헌법해석상의 논란이 있었는바, 이 점에 관하여 제146조는 통일과 관련하여 기본법을 반드시 해체하고, 새 헌법을 제정할 것을 의무화하고 있는 것은 아니며, 제146조에서 선언한 것은 궁극적인 독일헌법이 반드시 독일민족의 자유로운 자기결정에 기초하여야 한다는데 있는 것일 뿐이라고 해석함이 통설이다.[52]

2) 동서독 통일에서 취한 방식-가입방식의 채택과 통일조약의 체결

동서독간의 통일에 있어서는 기본법 제23조에 의한 가입방식이 최종적으로 채택되었다. 이는 통일협상의 과정에서 동독의 국가적 · 경제적 구조의 붕괴사태에 직면하여 기본법 제23조 제2문에 따라 동독을 기본법의 적용영역으로 가입(편입)하는 것이 통일작업을 적절한 시간 내에 궤도에 올려서 마무리 짓고 나아가 동독과 그 주민들의 급박한 사정에 대처할 수 있는 유일한 현실적 방법임이 명백해졌기 때문이다. 그러나 자알란트와 같은 '무조건가입'모델에서는 벗어나 '통일조약'을 통한 가입방식이 채택되었다. 단순한 국내입법 방식은 동독 주민들의 희망과 이해관계를 반영할 수 없으며 대외관계적 상황에 비추어 보아도 현명한 방법이 아니라고 판단되었기 때문이다.[53]

3. 통일의 단계적 과정

(1) 개설

남북한 통일에 즈음한 변화를 분석하면 다음과 같은 단계적 과정을 제시할 수 있을 것이다. 즉 ① 북한의 체제변화와 이러한 상황전개에 따른 북한 내부의 자유민주주의적 독자변혁에 대한 남한의 법적지원, ② 통합의 헌법적 방식의 결정, ③ 우선적인 경제통합, ④ 총선거에 대한 남북한의 통합전 합의와 총선거의 실시, ⑤ 통일합의서의 체결과 발효, ⑥ 통일에 즈음한 헌법의 개혁, ⑦ 북한 주민의 자치보장을 위한 헌법적

51) Weis, a.a.O.(Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands), S. 4f.

52) 이는 연방헌법재판소의 입장이다. 연방헌법재판소는 소위 공산당해산판결(BVerfGE, 85 [127])에서 기본법 제146조는 "독일민족의 자유로운 의사결정으로 이루어진 헌법만이 독일의 국가적 미래에 관한 궁극적인 결정이 된다고 볼 수 있다."고 하고, 동서독기본조약판결에서 "동독(DDR)이 독일연방에 가입하는 것은 결국 기본법을 단일헌법화하는 결과를 초래할 것인바 이는 헌법적 측면에서 아무런 문제점이 없다."고 판시한 바 있다.

53) Horst Viehmann. Täter-Oper-Ausgleich und Strafrecht, NJ 1992. 9, S. 387.

장치 마련, ⑧ 북한의 비법치주의적 과거의 청산, ⑨ '① 내지 ⑤'의 과정 중 이와 병행하여 주변국들과의 외교적 문제 해결 완수의 9가지 과정이 그것이다. 이는 독일통일에서 나타난 헌법적 통합과정이라고 할 수 있는데 우리나라의 경우에도 상당 부분이 거의 그대로 적용될 수 있는 점에 주목하여야 한다고 본다.[54]

우리의 통일 상황은 미래의 일에 속하므로 어떤 추측도 곤란한 것이 사실이다. 그러나 전체주의적 공산정권의 몰락과 관련하여 지금까지 나타난 다수의 사례들을 종합하고 우리의 입장을 대입하여 보면 일단 통합과정이 발생하면 반드시 거쳐야 할 과정들을 예측하는 것이 불가능한 것은 아니라고 생각한다.

전후 냉전체제가 성립하고 와해되는 과정에서 나타난 분단국의 통합과 전체주의적 공산정권의 붕괴사례를 종합하여 보면 이러한 과정은 곧 모습을 드러내게 된다.

먼저 무력에 의한 흡수통합의 사례로서 베트남의 통합을 들 수 있을 것이다. 우리의 경우도 전쟁을 통하여 북한지역을 자유민주주의하에 통합하는 경우를 생각할 수 있을 것이나 우리 헌법상 '평화적' 통일이 요청되고 있으므로 무력에 의한 통일의 시도는 위헌이며 이 경우를 법적 검토의 대상으로 삼기에는 부적절하다고 생각된다.[55] 따라서 여기서의 검토대상에서는 제외하기로 한다. 다만 이러한 경우라도 위 제시과정 중 ⑥ 이하의 과정은 그 상황에 맞추어 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

다음으로 평화적인 통합의 사례로서 남북 예멘의 통합과정을 참고로 할 수 있을 것이나 이러한 통합은 자유주의적 시장경제체제와 전체주의적 공산체제의 서로 모순된 양 체제를 그대로 둔 상태로 본질적 문제를 해결하지 아니한 채 피상적인 국가통합만 일응 이룬 것이므로 진정한 통합이라고 하기 어렵고 우리의 현실에서 이와 같은 상황이 발생할 것이라고 상정하는 것은 합리적이지 못하다고 생각한다.[56]

이와 같은 통합사례들이 우리의 통합모델로서 모두 적합하지 못하다면, 1989년과 그 이후의 시점에서 나타난 동구권 붕괴의 다양한 사례들을 살펴 볼 필요가 있을 것이다. 여기서는 ① 자유노조를 중심으로 공산정권하에서부터 민주세력이 부단히 성장

---

54) 남북한간의 통합방식은 이론상 주로 남북합의에 의한 통일헌법제정방식이 집중적 검토의 대상이 되어 온 것으로 생각된다. 그러나 독일식 통합방식의 가능성도 일반적으로 긍정되고 있다. 최대권, 남북합의서와 관련된 제반 법문제-특히 「특수관계」의 의미를 중심으로-, 서울대 법학 34권 3-4호, 1993, 22면; 김철수, 한국통일과 통일헌법제정문제, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 150면; 권영성 · 신우철, 남북한 통합과 국가형태 · 국가체제 문제, 서울대 법학 34권 1호, 1993. 2, 102면 등 참조.

55) "무력사용은 가장 대규모의 조직적인 인권침해가 동반되지 않을 수 없다는 점에서 인간의 존엄과 가치의 존중과 보장을 근본바탕으로 하는 우리 헌법질서에 반할 뿐 아니라 무엇보다도 헌법 제4조에 의하여 허용되지 아니한다." 최대권, 장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제, 공법연구 제22집 제1호, 한국공법학회, 1994, 270면.

56) 예맨 통합에 대한 자세한 설명은 권영성 · 신우철, 앞의 논문(남북한 통합과 국가형태 · 국가체제 문제), 79-87면 참조.

하여 와서 공산당과 연립정권을 세우는데 이르고 마침내 평화적인 방법으로 정권을 잡아서 전체주의를 붕괴시킨 폴란드형, ② 공산정권내의 좌파에 의하여 시장경제가 도입되는 등의 점진적 방법으로 전체주의가 붕괴된 헝가리형, ③ 급격한 혁명을 통하여 집권자를 권좌에서 축출하고 그 즉시 자유민주주의를 실현시킨 루마니아형, ④ 공산당 내의 체제개혁파에 의하여 시장경제가 일부 도입되는 등의 변화가 잇따르다가 공산당 보수파에 의한 쿠데타 등의 반격이 있는 와중에서 민주세력의 저항으로 공산당 체제가 급속히 붕괴된 소련형, ⑤ 주민들의 비폭력적 민주혁명이 성공하여 급속히 공산정권이 권좌에서 축출된 동독형 등으로 나누어 볼 수 있다.

이 중 아래로부터의 혁명에 속하는 것으로는 루마니아형과 폴란드형 및 동독형이 있고 위로부터의 혁명에 속하는 것으로는 헝가리형이 이에 해당할 것이며, 소련형은 그 혼합형이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 급진적 혁명으로 볼 수 있는 것은 루마니아형, 소련형 및 동독형이 이에 해당할 것이고, 폴란드형과 헝가리형은 점진적 혁명에 속한다고 할 수 있다.

이와 같이 체제의 변혁은 각국의 정치 · 경제 · 역사적 제반 환경과 당시의 특수한 사정에 의하여 달리 표출되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 체제변혁이 일어난 방법과 과정이 서로 달랐다는 데에 의미가 있는 것이지 일단 공산주의적 일당독재체제가 붕괴된 이후의 사회와 체제의 변혁과정에 커다란 본질적 차이를 나타내는 징표는 아니다. 이러한 점을 전체적으로 고찰하여 보면 우리나라의 경우에도 북한의 붕괴시에 어떠한 요인에 의하여 체제붕괴가 촉진될 것인가에 관한 점은 예측하기 어려우나 일단 전체주의가 붕괴되고 나면 어떠한 과정을 밟게 되고 그 경우에 어떻게 대처하여야 할 것인지는 다양성이 크게 줄어들고 이에 대한 대처는 공통부분이 많고 반드시 거쳐야 할 중요한 헌법적 단계들을 어렵지 않게 추출할 수 있다고 생각한다.

이러한 생각에 기초하여 독일의 통일과정에서 나타난 제반 헌법적 조치들을 생각할 때 적어도 자유민주주의적 방식에 의한 남북한 통합을 생각하는 한 반드시 필요한 조치로서 위와 같은 9가지의 헌법적 상황전개가 필요한 것이라고 생각하게 된다. 이하에서 이러한 상황전개를 기준으로 각 단계별로 나타날 것으로 생각되는 헌법적 문제점들에 관하여 구체적으로 검토하여 보기로 한다.

(2) 통일단계의 각 과정별 헌법적 검토

1) 전제조건: 북한 내부의 체제변화

통일은 반드시 북한 내부의 체제변화가 제일차적인 전제가 되어야 한다. 즉 북한이

전체주의적 · 사회주의적 체제구조[57]를 버리고 자유민주주의적 정치제도와 기본권 존중주의 및 개인주의적 시장경제체제를 지향하기로 결정짓지 않는 한 양측간의 통일을 위한 논의와 접근은 본질적 한계를 벗어날 수가 없는 것이다.[58]

이러한 북한의 체제변화는 당연히 초기에는 독일의 통일과정에서 라이프찌히 니콜라이 교회에 모인 동독 젊은이들을 중심으로 나타났듯이 북한의 주민들, 특히 북한의 젊은이들이 중심이 되어 스스로 진행시켜 나가야 할 것이다. 북한 주민이 스스로의 운명을 결정할 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)이 존중되어야 하기 때문이다.[59] 그러나 이러한 체제변화의 시도는 동시에 민족의 통일을 위한 노력과 병행되어야 할 것이므로 어떤 형태로든 남측과의 공동보조와 협력과정을 거쳐서 이루어져야 할 것으로 생각된다.

2) 통합의 헌법적 방식의 결정

(가) 영토조항과 관계

우리 헌법은 독일기본법의 경우와는 달리 연방제도를 채택하고 있지 아니할 뿐 아

57) 북한의 사회주의 헌법체제의 기본적 내용 및 변화에 관하여는 장명봉, 남북한 통일에 대비한 헌법적 대응 방안, 한국법제연구원 제6회 법제세미나자료집, 1995. 12, 8-10면: 북한은 2010년에 헌법을 개정한 것으로 보이나 아직 남한측에서 이에 대한 구체적인 자료를 입수하지 못하고 있다. 북한은 2009년 4월 제12기 최고인민회의에서 기존의 1998년 헌법을 개정하였다. 먼저 헌법개정의 구성을 보면, 기존의 7장 166조에서 7장 172조로 6개 조문으로 늘어났다. 특히 제6장의 '국가기구'편에 제3절의 국방위원회와 별도로 그 앞에 '제2절 조선민주주의인민공화국 국방위원회 위원장'에 대한 새로운 절을 추가 신설함으로써 국방위원장의 법적 지위와 권한 강화를 헌법으로 명문화하였다는 점에 큰 특색이 있다. 이번 헌법개정은 1998년 9월 이후 11년 만에 개정한 것으로 국방위원장 직을 강화하면서 약간의 권한조정이나 조문의 자구 수정을 한 것으로 볼 수 있다. 그리고 당시 98년 헌법에서 '공산주의' 용어가 3차례 명문화되어 있던 것을 이번 개정헌법에서는 모두 삭제하였다. 대신 기존의 '주체사상'에 '선군사상'이 함께 추가되는 등 국방위원장과 국방위원회의 지위가 특별히 강화되었다는 점이 크게 부각된다. 이번 개정헌법에서 가장 괄목할 만한 내용은 제100조의 신설이다. "조선민주주의인민공화국 국방위원회 위원장은 조선민주주인민공화국의 최고령도자이다"라고 신설하였는데, 우선 북한 당국의 최고영도자라는 점을 분명히 하여 영도자로서의 지위를 명문화하였다. 여기에 관하여는 김일기, "북한 헌법 개정의 특징과 의미", 「평화학연구」 제10권 4호, 세계평화통일학회, 2009, 105-126면; 윤대규 외 2인, "북한의 2009년 개정헌법의 주요 내용과 의의-국방위원장의 법적 지위 강화-", 경남대 극동문제연구소의 자체 평가 분석자료, 2009, 1-6면 참조.

58) 권영성 · 신우철, 앞의 논문(남북한 통합과 국가형태 · 국가체제 문제), 102-103면.

59) 자기결정권 내지 자결권은 국제연합헌장 제1조 제2항에서 인정되고 있으며, 남북한은 공히 이러한 자결권을 헌법상 원칙으로 통합하고 있다고 받아들여지고 있다. 남북통일관련 자결권의 해석에 관하여는 나인균, 한국헌법과 통일의 법적 문제, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995, 459-461면 참조.

니라 헌법이 적용되지 아니하는 지역의 '가입(Beitritt)' 제도를 규정하지 아니하고 있다. 그 대신에 헌법 제3조는 "대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다."로 규정하여 북한지역이 대한민국의 영토에 포함됨을 밝히고 있을 뿐이다. 동규정은 불행히도 북한을 대한민국의 영토 일부를 기초로 하여 불법적으로 세워진 반국가단체로 해석하는데 있어서 그 헌법적 근거가 되어 왔다.

한편 북한은 국제법적 의미에 있어서는 사실상 하나의 국가로 인정되어 있고, 국제사회에서 그 국제법 주체성도 인정되고 있다.

이러한 현실적 대외 사정에도 불구하고 대한민국은 북한을 국가로서 승인하지 아니함을 분명히 하고 있다.[60] 또 남북 사이의 '화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서'가 채택됨으로 인하여 남북은 상호체제를 인정하고 존중할 것을 선언하기도 하였다.

합의에 의한 평화적 통일방식에 대비하기 위하여 통일당시 독일기본법 제23조와 같이 북한 지역을 우리 통치질서 내로 끌어들일 수 있는 헌법규정이 필요하다. 즉 현행헌법 제3조와 같은 영토조항을 두는 것으로 부족하고, 그 영토조항을 토대로 하면서도 북한지역을 대표하는 정치세력과 통일에 대한 합의가 이루어지면서 가입통일이 이루어지며, 그 경우 우리헌법이 북한지역에 대하여 효력이 미친다는 규정을 신설해야 한다. 현행 영토조항과 가입조항의 연계가 필요하다는 견해도 있지만,[61] 위와 같은 남북관계의 변화로 동 조항을 필연적으로 개정할 당위성까지는 인정된다고 보기 어렵고, 이는 한반도에서 정통성을 가진 유일한 국가인 대한민국의 영토범위를 규범적으로 밝힌 것일 뿐 아니라 나아가 - 우리 헌법은 여러 통일조항에서 통일한국의 존재를 전제로 하고 있으므로 동 조항은 - 이러한 통일한국의 영역범위를 규정하는 것이라고 해석하면 족하다고 할 것이다.[62]

(나) 통일헌법제정 방식

이는 통일을 계기로 한 헌법제정권력의 발동이라고 설명될 수 있을 것이다. 이는

60) 이 점은 1991년 9월 17일 (남)북한의 유엔가입으로 더욱 명확해진 것이다. 이러한 (남)북한의 유엔 가입은 유엔이라는 국제법 주체인 국제기구 자체에 의하여 (남)북한이 국가로 승인된다는 것을 뜻하고, 그래서 국제법사회에서는 엄연히 2개의 주권국가가 존재하게 된 것이다. 그러나 유엔회의국의 국가승인은 별개의 문제로서 개별국가의 재량행위에 속한다. 이장희, 남북한 UN 가입과 국제법적 과제, 법과 사회 제5호, 법과사회이론연구회, 1992, 6면.

61) 따라서 통일 당시 독일 기본법 제23조와 같은 규정을 현행 헌법 제3조의2에 신설하는 것이 필요하다. 이승우, "통일을 위한 헌법개정의 필요성과 방향"에 대한 토론문, 『통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국통일의 전망-』, 한국공법학회 제157회 국제학술대회, 2010. 10. 8, 389면 참조.

62) 나인균, 앞의 논문(한국헌법과 통일의 법적 문제), 458면 참조.

독일의 경우 '기본법 제146조에 의한 통일방식'과 유사하다고 할 수 있다. 북한과의 통일이 실현됨으로써 생기는 각종 헌법적 문제를 일거에 해결하기 위하여 북한과 협상하여 통일 헌법을 새로 제정한다는 것이다. 이러한 방안은 우리 헌법 규정상 명백한 근거는 없으나, 헌법제정권력의 발동은 기존 헌법상의 근거를 필요로 하지 아니하므로 이론상 당연히 인정될 수 있는 것임에 의문이 없다고 하겠다.

그러나 독일의 경우에서 드러난 바와 같이 이 방식은 ㉠ 통일 헌법초안작성 방법, ㉡ 내용상 기준 설정, ㉢ 남북한 전체 주민의 수락방법과 절차 등 구체적 제정방법과 내용이 불명확할 수밖에 없어 과연 통일이라는 사실적 과정이 현실로 도래하여 급박한 상황전개에 대한 신속한 헌법적 대응이 요청될 경우에 채택하기에 용이한 방식이 될 수 있을 것인지는 의문시된다고 평가된다.[63]

(다) 통일합의서(조약) 체결 및 기존헌법 개정방식

북한과 통일합의서(혹은 통일조약)를 체결하고 별도의 통일헌법 제정 없이 기존의 대한민국헌법을 북한지역에 확대적용 실시하여 이를 위하여 필요한 관계헌법조항들을 개정하는 선에서 그치는 방식이 있을 수 있다.

물론 엄격히 말하면 헌법 제3조의 영토조항에 따라 우리 헌법이 북한지역에로 효력이 확장되기만 하면 통일은 이루어지는 것이므로 통일합의서의 체결 절차가 반드시 필요한 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 위와 같이 영토조항의 존재를 전제로 생각하더라도 현실적으로는 민주적으로 개편된 북한당국과의 합의가 없이는 통일의 실현을 생각하기도 어려울 뿐만 아니라 평화통일의 헌법적 요구도 충족하기 어렵다. 현실적으로 생각할 때 통일을 계기로 대한민국의 헌법이 북측지역에 실효성을 가지게 되는 것과 동시에 북측 당국은 북한 주민의 특별한 법적 보호를 위하여 남측에게 여러 가지의 통일조건부 요구사항을 제시하고 협상을 거쳐 남측이 이 중 수용 가능한 제안들을 받아들여야 할 가능성이 있다. 따라서 통일헌법제정방식을 취하지 아니하는 경우, 통일합의서의 체결은 통일의 실현을 위해서 필수적인 절차가 될 것으로 생각된다.

한편 영토조항의 존재를 이유로 하여 통일협상 중 북측에게 '무조건적인 통일 혹은 불통일'의 양자택일을 강요할 것이 헌법상 요구된다고 볼 필요는 없다고 생각된다. 우리 헌법상의 통일관련 조항들의 해석상 통일을 위하여 북측과 협상하고 그들의 요구를 일부 수용하는 형태의 통일합의(협정)를 이루는 것이 헌법적으로 허용된다고 보아야 하기 때문이다.[64]

---

63) 김승대, 앞의 책(통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-), 295-296면.

64) 독일의 경우 기본법상의 재통일 요청에 비추어 서독측은 동독측에게 '(연방에의) 단순가입 혹은

어쨌든 이 방식은 독일통일의 경우에 현실적으로 적용된 바 있는 소위 '가입(Beitritt)방식'에 유사하다고 할 수 있겠으나, 우리의 경우 독일처럼 흡수·소멸 당사자의 '연방가입'이라는 특별한 헌법적 요건을 요구하고 있지 아니하므로, 이점에 대응하는 북한의 '통일선언' 등은 당연히 필요하지 아니하고, 북한지역에 헌법의 효력을 확대하는 내용의 통일합의서(혹은 통일조약) 체결 및 그 발효만으로 통일은 법적으로 완결되는 것이다.[65]

(라) 양방식의 비교평가

독일통일에서 논의된 과정을 참고하여 두 가지 방식의 차이점을 비교 검토해 보기로 한다.

먼저 통일헌법제정 방식은 ㉠ 남북이 가진 기존헌법들을 각 실효시키고 양 지역에 모두 적용될 헌법을 새로 제정한다는 점에서 남북협상의 기본원칙인 상호주의원칙에도 부합하고,[66] ㉡ 국가의 3요소(국민, 영토, 국가권력)의 측면에서 사실상 근본적인 변화가 일어나는 '통일'이라는 대변혁을 맞아 헌법제정권력이 발동되는 것이 법리적으로 자연스러우며 국민감정에 적합할 뿐 아니라 이상적이라고 하는 점에서 그 장점이 있다고 하겠다.

그러나 통일합의서(조약) 체결 및 기존헌법개정 방식도 ㉠ 통일헌법제정 방식이 지나치게 추상적이어서 현실적으로 통일이 다가왔을 때 헌법제정권력의 발동방법과 절차가 전혀 정하여 있지 못하고, 이를 정하기 위하여 다대한 국가적 노력이 경주되어야 하고 이 때문에 통일을 지연시키는 결과를 초래할 위험성이 높은 점을 고려할 때 이러한 단점을 회피할 수 있게 하는 보다 현실적인 방도가 될 수 있으며, ㉡ 기존 헌법에 의하더라도 국민과 국가기관은 통일을 위하여 노력하여야 할 의무를 부담하는 것이므로, 통일의 실현이 그 헌법제정권자의 근본결단에 전혀 배치되지 아니하여 기존 헌법의 '동일성'을 변경한다고 볼 수 없고, 따라서 이러한 '헌법개정방식'은 위헌의 소지가 없는 것으로 생각되고, ㉢ 내용상 · 절차상 이미 그 요건이 구체화되어 있으므로 예측하지 못한 돌발적 통일과정에 있어서도 신속히 헌법규범을 헌법현실에 부합시킬 수 있는 점 등에서 그 장점과 유용성이 돋보인다고 하겠다.

불가입'의 양자택일을 강요할 수 없다는 것이 통일임은 앞서 본 바와 같다.

65) 헌법 제3조의 영토조항의 해석상 "북한지역의 주권적 권력을 행사하는데 장애를 주는 요인이 소멸된 때에는 새삼스럽게 헌법개정이나 '가입'등 다른 특별한 조치 없이도 당연히 대한민국의 주권적 권력이 그곳에 미치게 된다." 최대권, 앞의 논문(남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법 체계상의 문제점과 대책), 39면.

66) 통일 협상과정에서 북한측에 명분을 주기에도 적합할 것이다.

이미 살펴본 바와 같이 독일의 경우에는 위 후자의 방법 즉 '헌법개정방식'에 따라 유사한 해결을 보았던 것인바, 우리의 경우에도 실제로 통일이 다가왔을 때 동 헌법개정방식을 채택하는 방안이 보다 합리적이고 실제적이지 않을까 생각된다.

통일이라는 헌법적 현실은 반드시 기존 헌법의 '동일성'을 변경시켜야 할 원인이 되는 사정이라고 할 수 없다. 자유민주주의와 법치주의에 입각한 헌법상의 기본 제원리는 기존헌법과 통일헌법 어느 쪽에서도 관철되어야 하는 점에서 아무런 차이가 없으며, 평화통일 자체도 기존헌법의 테두리에서 실현이 요구되고 있는 것이다. 그러므로 통일에 즈음하여 이를 실현하되 가능한 한 그 정치, 경제, 사회 및 법률적 혼란과 낭비를 막아야 한다는 경제성의 요청에 비추어 보더라도 이러한 '헌법개정방식'의 채택이 바람직한 것이라고 보지 않을 수 없는 것이다.[67]

4. 통일에 대비한 지방분권의 방향

우리 헌법은 지방자치행정에 관한 권한을 행사하는 통치단체로서의 성격을 지방자치단체에 부여하고 지방자치권을 승인하고 있다. 아울러 우리나라의 헌법은 1991년 지방자치가 부활되기 전, 30년 간 중앙정부가 고도경제성장정책을 추진하는 과정에서 중앙집권적 권력체제를 유지하는데 기여 해 왔고, 이 제도가 우리나라를 무역대국으로 성장하는데 기여한 것은 사실이다.[68]

그러나 통일성과 효율성을 제일의 가치로 추구하는 중앙집권체제에서 중앙정부가 선한 정책의도를 가지고 지방자치와 분권을 추진할지라도 중앙집권체제가 갖고 있는 획일성 논리의 마력에서 벗어날 도리가 없으며, 그 결과 지방자치와 분권이 추구하는 근본가치인 다양성을 살려내기는 매우 어렵고 다소간 살려낼 수 있을지라도 명백한 한계를 지닐 수밖에 없다.[69] 이 때문에 현재와 같은 중앙집권적인 권력체제로는 무한경쟁이 요구되는 글로벌 경쟁에 대응할 수 없다. 선진 각국에서는 최근 들어 국가경쟁력 강화를 위하여 지방분권의 모범국가인 EU 등 OECD제국에서도 지방자치단체의 자율성을 보다 확대하는 지방분권형 국가운영체제로 국가 운영방식을 전환하고자 혁신적인 지방분권정책을 도입하고 있으며, 심지어는 이를 위하여 헌법마저도 개정하고 있는 추세이다.

아울러 통일에 대비하기 위해서도 중앙집권적인 획일성을 탈피하여 지방분권을 고

---

67) 김승대, 앞의 책(통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-), 297-299면.

68) 김성호, "지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현", 『헌법의 현재와 미래』, 제헌 62주년 기념 국제학술대회 논문집, 2010. 7. 16, 144면.

69) 김선혁 외, 국가 -지방자치단체 관계재정립을 위한 헌법개정안 연구, 전국시도지사협의회용역 보고서, EAI분권화센터, 2006, 26면.

려할 필요가 있다. 북한 지역의 사정에 맞는 독자성을 인정하면서 통일을 추진해야 북한의 반발을 줄일 수가 있게 되고 궁극적으로 통일에 성공하게 된다.

그러므로 우리나라도 국가권력의 수평적 권력분립과 더불어 60년 이상 지속되어온 중앙집권적 국가운영체제를 뒷받침해 온 헌법을 수직적 권력분립을 위한 분권형 헌법으로 개정함으로써 국가운영체제의 역동성과 경쟁력 강화 및 통일에의 대비를 적극적으로 도모할 때가 왔다. 이를 위해서는 북한지역 국민들을 포함한 국민적 공감대에 바탕을 둔 대한민국의 국가적 비전과 발전전략을 헌법에 반영하여 국가운영체제의 개선을 통해 국민의 삶의 질을 높이는 선진국을 만들어 가야 할 것이다.[70]

70) 김성호, 앞의 논문(“지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현”), 144면.

제3절 주요국가의 분권유형과 시사점

1. 지방분권의 의의

(1) 지방분권의 개념

지방분권과 중앙집권의 개념은 중앙정부와 지방정부의 존재를 전제로 하고 양자사이에 역할분담과 역할을 수행하는 방식을 표현한다. 좀 더 큰 틀에서 본다면 넓은 의미에서 국가공동체의 과제를 해결하는 방식을 의미한다. 국가경영의 틀 내지 국가경영체제라고 볼 수도 있다.

중앙집권은 중앙정부의 역할이 증대하고 지방정부의 활동이 중앙정부에 의존하도록 하는 경향을 의미한다. 지방분권은 반대방향의 관계로서 지방정부의 역할이 증대하고 지방정부의 활동이 중앙정부로부터 자유로운 경향을 의미한다. 비유적으로 말하면 지방분권은 지방정부가 중앙정부의 영향력으로부터 벗어나려는 원심력에 비유될 수 있으며, 중앙집권은 지방정부가 중앙정부에 의해서 이끌리는 구심력에 준하여 생각할 수 있다. 지방의 문제를 지방이 스스로 해결하려는 경향이 커질수록 분권적이라고 볼 수 있다. 또한 그 기능을 중앙정부의 간섭을 받지 않고 독자적인 판단과 책임 하에 수행하게 될 경우에 분권적이다. 이에 대해서 지방정부가 자신의 문제를 독자적으로 결정하지 못하고 중앙정부의 지침에 따라 수행하거나 사실상 중앙정부의 눈치를 보게 될 적에 중앙집권적이 된다.

중앙집권과 지방분권은 제도화된 것도 있고 제도화되지 않은 사실상의 것도 있다. 제도화된 것으로 법률상 표현된 중앙정부의 권한과 지방정부의 권한과 이를 수행하는 방식에 대한 규정이다. 분권화된 국가일수록 중앙정부와 지방정부간의 권한배분에 관한 규정이 상세하게 규정되어 있는 경향이 있다. 중앙정부와 지방정부간의 권한배분에 관한 해석을 둘러싼 법리논쟁도 있게 된다. 그리하여 분권화된 국가일수록 중앙권한과 지방권한의 한계를 규명하기 위한 법률가의 역할이 증대되기도 한다.

하지만 중앙정부와 지방정부의 역할배분과 자율성에 관한 문제는 법규상의 규정에만 의존하는 것은 아니다. 지방정부가 그 권한을 행사하는데 필요한 충분한 재원을 갖지 못하는 경우에 지방정부는 중앙정부의 재원에 의존하지 않을 수 없으며, 중앙정부는 재정지원을 통하여 지방정부에 지방사무의 수행여부, 수행방식에 대하여 적지 않은 영향력을 행사한다. 이러한 경우 법규상으로는 지방정부의 권한으로 되어 있다

고 하더라도 지방정부는 중앙정부의 지침이나 의도에 맞추어 그 사무를 집행하는 하청기관의 지위를 벗어나기 어렵게 된다. 즉, 재정적 지원을 통하여 제도상의 지방분권은 사실상의 중앙집권으로 변질될 수 있다.

또한 제도상의 지방분권은 정당에 의한 사실관계에 의하여 영향을 받기도 한다. 비록 지방분권적인 국가라고 할지라도 지방정부를 구성하는 지방선거에서 정당이 전국적이고 강력한 영향을 행사하는 경우에 지방자치단체의 장이나 지방의원이 지방문제를 결정함에 있어서 중앙정치권 내지 중앙정당의 지침을 거역하기 어렵게 되고, 눈치를 보게 된다. 즉, 제도상의 지방분권은 정당을 통하여 정치적인 중앙집권으로 사실상 변질될 수도 있다. 반대로 제도적으로 다소 중앙집권적인 국가라고 하더라도 강력한 전국적인 정당이 존재하지 않거나 정당의 지역적 구성단위가 실질적인 결정권을 가지고 있는 경우에는 제도적인 집권화는 정치적으로 분권화경향을 갖게 된다.

제도적이든 사실상이든 현실적으로 완전한 중앙집권화는 물리적으로 불가능하다. 왜냐하면 완전한 중앙집권화는 지방정부의 소멸을 의미하기 때문이다. 반대로 완전한 지방분권화도 불가능하다. 왜냐하면 완전한 지방분권이란 국가의 해체 내지 지방정부의 독립국가화를 의미하기 때문이다. 현실적인 국가구조는 완전한 분권국가와 완전한 중앙집권국가를 양극에 두고 중간의 어디엔가 혼합적인 유형으로 자리를 잡게 된다. 또한 분권화와 집권화는 고정불변의 정태적인 것이라기보다는 시간축을 따라서 끊임없이 새로운 균형을 모색하고 있다고 볼 수 있다.

예컨대, 이탈리아나 스페인의 경우를 살펴보면 분열을 극복하기 위하여 오랫동안 통일을 지향하게 되고, 중앙집권적인 정책을 펴게 된다. 결국 전체주의국가 내지 파시즘적인 국가를 거치면서 중앙집권의 폐단이 극에 달하게 되면서 다시 지방분권적인 정책을 펴게 되는 경우가 많다. 스페인은 프랑코 총통의 몰락이후 적극적인 지방분권정책을 추구하고, 이탈리아도 극단적인 파시즘체제였던 무솔리니의 몰락 후에 지방분권적으로 국가체제를 전환한 것이 그 예에 속한다.

다른 한편으로 미국은 독립직후에 국가연합상태의 비효율성과 무능력을 피하기 위하여 연방국가라는 독특한 정치체제를 고안하여 중앙집권화를 추구한 이래 레이건 정부에 이를 때까지 큰 틀에서 동일한 방향을 유지하였다. 하지만 중앙집권의 폐단이 심해지면서 다시 분권화하는 경향이 나타나고 있다. 이점에서 지방분권과 중앙집권은 절대적이고 고착화된 정태적인 정치체재라고 하기보다는 시대적인 요청과 현실적인 필요에 따라 끊임없는 변화를 겪는 동태적인 것이라고 볼 수 있다.

(2) 지방분권의 내용

우리나라에서 지방분권의 내용으로서 행정기능의 분권화만을 언급하는 것이 보통이지만 국가의 기능을 입법(立法), 행정(行政), 사법(司法)으로 구분한다면 각각의 기능에 대하여 분권적 혹은 집권적인 경향을 찾아볼 수 있다.

1) 입법기능의 지방분권

중앙과 지방사이의 입법권의 배분은 지방분권의 수준을 파악하는데 매우 중요한 기준이 된다. 왜냐하면 행정권과 사법권은 입법권에 종속적이거나 적어도 입법권에 의한 구속을 받기 때문이다.[71]

중앙정부의 입법기관의 법률제정권이 증대할수록 입법기능은 집권화된다. 반대로 지방정부의 입법기관에게 입법권이 이전되고 중앙의 입법기관과 독립하여 입법권을 행사하게 될수록 입법권은 분권화된다. 지방정부가 입법권을 가지고 있다고 하더라도 중앙정부의 입법지침이나 지시에 의하여 지방법을 제정하여야 되는 구속성이 증대될수록 분권화의 경향은 약화되며 집권화 경향이 강화된다. 반대로 중앙정부의 입법권이 크다고 하더라도 중앙정부가 그 입법권을 행사하지 않거나 지방정부가 지방법을 정할 수 있도록 위임해주는 경우에 지방분권적인 경향은 커지게 된다.

지방정부의 배타적인 입법영역이 증가될수록 분권화수준은 높아지며 중앙정부의 배타적인 입법영역이 증가될수록 집권화된다. 중앙정부의 입법기관과 지방정부의 입법기관이 경합적인 입법권을 가지는 경우에 중앙정부의 입법기관이 그 입법권을 많이 행사할수록 입법권은 집권화되며, 반대의 경우에는 분권화된다.

흔히들 입법권의 분권화는 연방국가에서나 가능한 것으로 알고 있으나 반드시 그렇지 않다. 예컨대 영국이나 스페인 등은 연방국가가 아닌 단일국가이지만 지방정부가 입법권을 가지고 있다.[72] 이점에서 지방정부에 법률제정권을 부여하는 것은 연방국가에서나 가능하며 단일국가에서는 불가능하다고 보는 것은 사실과 부합하지 않으며, 이론적으로도 근거가 없다. 문제는 헌법이 어떻게 규정하는지 여부에 달려있는 것이지 국가형태로 연방국가냐 단일국가냐 하는 구별이 중요한 것은 아니다. 즉, 헌법상 국가형태로 연방국가인지, 단일국가인지 여부에 상관없이 지방정부에게 헌법에서 입법권을 부여하면 지방정부가 법률제정권을 갖게 되는 것이다. 반대로 비록 헌법에서 연방국가임을 선언한다고 할지라도 헌법상 지방정부에게 입법권을 부여하지 않는다면

71) 이기우, 지방자치이론, 학현사, 1996, 33면.
72) 지역정부가 입법권을 갖는 경우에 대한 사례에 관한 연구는 Anna Gamper, Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit, Frankfurt am Main, 2004 참조.

지방정부는 입법권을 갖지 않는 것이 된다. 지방정부의 입법권은 연방국가라는 국가형태로부터 직접 도출되는 것이 아니라 헌법에서 지방정부에게 입법권을 부여하는 규정에 의한 것이라고 할 수 있다.

2) 행정기능의 지방분권

입법기능이 규율대상을 일반적, 추상적으로 규율하는데 비하여 행정권은 개별적, 구체적인 규율을 특징으로 한다. 행정권이 중앙정부에서 국가기관에 의하여 직접 행사하는 경우가 많을수록 집권화되고 반대로 지방에 의하여 결정되고 집행될수록 분권화된다. 행정권이 지방에 의하여 행사되더라도 행정권의 행사내용이 중앙에 의하여 결정되고 지방은 이를 집행하는 기능에 그치게 되는 경향이 강할수록 집권화되고 반대로 행정작용이 중앙으로부터 독립적으로 행사될수록 분권화경향은 강화된다.

입법권과 행정권의 관계에 대해서는 국가에 따라 매우 다양하게 제도화하고 있다. 미국에서는 특정분야의 입법권과 행정권은 항상 동일한 정부에 로 부여된다. 예컨대 주정부가 교육에 대한 입법권을 가지면 그에 관한 행정권도 갖는 것으로 보는 방식이다. 반면에 독일에서는 입법권과 행정정이 일치되지 않는 경우가 많다. 예컨대, 중앙정부가 입법권을 가지고 있는 경우에도 지방정부가 이를 자치사무로 집행할 수 있도록 하고 있다. 전자는 한 영역의 권력을 통째로 중앙정부 혹은 지방정부에게 배분하는 방식으로 책임성이 명확하다. 이에 대해서 후자는 입법권과 행정권을 중앙정부와 지방정부가 혼합적으로 갖게 되어 책임이 불명확하게 되지만 전국적인 통일성을 확보하기 쉬운 측면이 있다.

국가가 지방에 대하여 구속력 있는 지침이나 훈령을 많이 내려 보내게 될수록 하급조직이 독자적인 결정을 할 수 있는 여지는 그만큼 줄어들게 되고 이에 따라 집권화 경향은 강화된다. 집권화 경향은 위임업무에서 그 전형을 찾아볼 수 있으며 분권화경향은 자치사무에서 가장 잘 나타난다. 그러나 위임사무가 반드시 집권화 경향만을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 행정기능이 하부조직에 위임되는 경우에도 중앙에서 모든 사항에 대한 결정을 미리 행하여 이를 지시한다는 것은 기술적으로 불가능하며 어느 정도 지방의 결정여지를 남겨놓기 때문에 중앙에서 이를 직접 처리하는 경우보다는 분권화 경향이 강하다고 볼 수 있기 때문이다. 다른 한편으로 자치사무라고 할지라도 그 처리에 대하여 중앙에서 법규의 형식으로 세부적인 지침까지를 미리 결정하여 놓고, 지방은 그 지침에 따르도록 구속한다면 자치사무는 오히려 위임사무에 접근한다고 볼 수 있다.

지방분권의 정도는 중앙이 처리하는 업무가 늘어날수록 약해지며 지방정부가 처리

하는 업무가 증가할수록 증대된다. 또한 지방이 업무를 처리하는 경우에도 중앙정부의 지방정부에 대한 감독권의 범위와 감독권행사의 행태에 의하여 지방분권의 정도는 영향을 받는다. 국가의 지방에 대한 감독권이 강할수록 지방의 자율권은 축소되어 집권화 되고, 반대의 경우에는 분권화된다. 또한 국가의 감독기관이 감독권을 행사하는 빈도가 늘어날수록 집권화되고, 그 반대의 경우에 분권화 된다.

3) 사법기능의 지방분권

모든 사법기능을 중앙정부의 사법부에서 행사하게 되는 경우에는 가장 강력한 집권화 경향을 나타낸다. 이에 대해서 지방정부에 사법기능을 부여하는 경우에 사법권의 분권화가 있다. 사법권의 분권화는 입법권의 분권과 매우 밀접한 관계를 가진다. 종래에는 법원에 의한 통일적인 법해석이 중요시 되었다. 하지만 오늘날은 법의 해석에 있어서도 지역적인 특성, 다양화 등이 중요해진다. 특히 입법권이 중앙정부에 독점되어 있는 경우에 지방마다 상이한 법의 해석이 나올 수도 있도록 하는 사법권의 분권화는 지방정부의 입법권을 보충하는 의미를 가진다. 국가의 근본가치는 국가의 통합을 위하여 법률해석의 통일성이 강조되어야 하지만 그 외의 부분에 대해서는 다양한 법의 해석은 그만큼 가치의 다양성과 가치관의 경쟁을 통한 문화적인 자유공간의 폭을 넓히는 것이 될 수 있다. 이에 사법권은 분권화는 법률 해석의 다양화를 가져온다는 점에서 법령에 의한 전국적인 획일성을 해석에 의해 완화하는 의미를 가진다. 하지만 사법권의 분권화에 대해서는 부정적인 견해가 지배적이어서 본 연구에서는 언급하지 않기로 하지만 지속적인 관심과 이론을 발전시킬 필요가 있다.[73]

2. 지방분권과 국가유형

중앙정부와 지방정부의 관계는 중앙정부와 지방정부의 법적지위에 따라 국가연합과 연방국가, 단일정부로 유형화할 수 있다. 국가연합은 중앙정부가 국가로서 성질을 갖지 않으며 지방정부만 국가로서 성질을 갖는 경우를 의미한다. 연방국가는 중앙정부도 국가로서 성질을 가지며, 지방정부도 국가로서 법적인 지위를 갖는 국가구조를 의미한다. 이에 대해서 중앙정부만 국가로서 성질을 가지며 지방정부는 국가로서 법적 지위를 갖지 못하는 경우에 단일국가라고 할 수 있다. 이는 중앙정부와 지방정부의 법적인 지위에 따른 구분이다.

---

73) 사법적 집권주의의 문제점에 대해서는 이국운, 분권사법과 자치사법, 부산대학교 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 8, 369-399 참조.

(1) 연방국가의 의의

전통적인 정의에 의하면 연방국가는 참여자가 국가이고(Gliedstaat) 조직된 국가의 결합 자체도 역시 국가(Gesamtstaat)로서의 성질을 갖도록 전체국가의 헌법에 의하여 형성된 국가법적인 국가들의 결합을 의미한다.[74] 여기서 연방국가가 국가로서의 성질을 갖는다는 측면에서 국가연합(Staatenbund)과 구분된다. 국가연합은 그 자체가 하나의 국가로서 실체를 갖지 못하고 그 구성원만이 국가로서 성격을 가진다. 또한 지방정부가 국가로서의 성질을 갖는다는 점에서 단일국가의 지방자치단체와 구별된다. 또한 대외적인 관계에서 보면 국가연합에서 구성원인 국가는 국제법상의 주체성을 갖는데 비하여 연방국가에서는 지방정부(주)는 국제법상의 주체성을 갖지 않으며 오로지 연방만이 주체성을 갖는다.

연방국가의 특징은 무엇보다도 구성단위가 국가라는 점에 있다. 즉 구성국가가 가진 권력은 연방으로부터 전래된 것이 아니라 연방에 의하여 승인된 고유한 것으로 본다.[75] 구성부분이 국가로서의 성질을 갖는 것은 각 구성국가로 하여금 고유한 정치적인 형성의 여지와 헌법영역의 자기책임성을 보장한다.[76] 그럼에도 불구하고 구성국가는 주권(主權)을 갖지 아니하며 연방만이 주권을 갖는 것으로 본다. 그리하여 독일 연방헌법재판소는 연방국가적인 법질서에 의하여 연방과 주(州)사이의 상하관계가 결정된다고 하였다.[77]

연방주의에 대해서는 그 개념과 의미가 매우 다양하고 나라에 따라 그 구현형태나 작용방식도 한결같지 아니하다. 연방주의에 대해서 일반적으로 통용되는 개념적인 설명은 쉽지 않다.[78] 어떤 상황에서 어느 방향의 목표를 추구하는지에 따라 연방주의는 서로 다른 경향을 표현하기도 한다. 예컨대 분리주의나 자치주의에 대한 대응논리로서 연방주의는 중앙집권주의를 의미한다. 반대로 중앙집권주의에 대응해서 주장되는 연방주의는 지방분권적인 경향을 의미하게 된다.[79] 예컨대 독일에서 연방주의는 주의 권한과 자율성을 강화하고 중앙집권주의에 대한 반대논리를 의미한다. 독일에서 1871년 독일제국이 성립하면서 헌법논쟁은 민족주의(Nationalismus) 대 분립주의(Partikularismus)의 대립으로부터 중앙집권주의와 연방주의간의 대립논쟁으로 바뀌

---

74) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 484.
75) BVerfGE 1, 14 (34).
76) Konrad Reuter, Föderaismus, Heidelberg · Hamburg, 1983, S. 14.
77) BVerfGE 1, 14 (51, 52).
78) Alabama 대학의 정치학자인 Stewart, William H. 가 조사한 바에 의하면 연방주의에 관해서 495개 이상의 개념이 발견된다고 한다(Robert Nef, Lob des Non-Zentralismus, Sankt Augustin, 2002, S. 23-24 참조).
79) Robert Nef, a.a.O.(Lob des Non-Zentralismus), S. 25.

었다. 연방주의자는 독일제국의 집권적인 경향을 반대하여 막아내려고 하였다.

이에 대해서 미국이나 영국에서 연방주의는 분리주의자에 대응하여 전체국가로서 연방의 권한을 강화하고 통합성을 추구하는 의미를 가진다. 미국 건국당시에 연방주의자와 반연방주의 사이에 치열한 정치적인 논쟁이 있었다. 당시에 단일국가나 집권주의에 대한 주장은 없었다. 연방주의자(Federalist)들은 느슨한 국가연합체제에서 구성국가들이 무제한적인 자치권을 가지는 것을 반대하였고, 연방에 중요한 권한을 부여하여 효율적인 업무처리를 가능하도록 할 것을 주장하였다. 이에 대하여 반연방주의자들은 연방에 권한을 이양하여 구성국가들의 권한을 제약하는 것을 반대하였다.[80] 이와 같이 미국에서 연방주의는 중앙정부의 권한을 강화하는 주장을 의미했다. 이러한 언어적인 용법은 영국에서도 오늘날까지 남아 있다. 1990년대에 유럽통합조약인 마스트리히트조약에서 "연방적"이라는 단어가 회원국으로부터 최대한의 자율성을 박탈할 우려가 있다면서 유럽공동체에 통합과 집권을 가져온다는 이유로 영국이 반대하게 된다.[81] 이는 연방주의가 중앙집권화를 의미하는 영미법적인 관념 때문에 나온 반응이라 볼 수 있다.

연방주의의 개별적인 개념요소를 논의하기 이전에 먼저 어떤 관점에서 연방주의를 이해하는지에 따라 그 내용도 상당한 차이를 보일 수 있다. 연방제도를 정치조직형태로 파악한 입장에서는 지역적인 부분국가와 전체국가 사이에 국가적인 업무의 수행이 분할되어 있고, 전체국가는 물론 지방국가도 그에게 배분된 국가업무에 대해서 구속력이 있는 의사결정을 할 수 있는 정치조직형태를 의미한다. 이에 대해 사회학적인 입장에서는 연방주의를 정치조직형태와는 상관없이 지역적으로 조직된 공동체가 인종적, 종교적, 경제적, 역사적인 차이를 보일 때 연방주의적이라고 분류를 한다. 또한 사회철학적으로는 국가조직형태를 넘어서 작은 공동체의 자치와 분권적인 단위에 근거하는 사회질서모델을 의미하기도 한다. 헌법적으로는 국가의 중요한 구성요소인 입법권, 행정권, 사법권이 전체국가뿐만이 아니라 지방국가에도 부여되어 있고, 그것이 헌법적으로 보장되어 있어 서로 침해하지 않도록 하는 권력분립적인 정치체제를 연방주의적으로 구성된 것으로 보고 있다.[82]

(2) 단일국가와 국가연합

---

80) 반연방주의자의 대표적인 사람으로 "자유가 아니면 죽음을 달라"는 말로 우리에게 많이 알려진 헨리(Petrik, Hennry)였다. 연방주의자와 반연방주의자들의 논쟁에 대해서는 정경희, 미국을 만든 사상들, 살림, 2004 참조.

81) Robert Nef, a.a.O.(Lob des Non-Zentralismus), S. 29.

82) Heidrose Kilper/Roland Lhotta, Födralismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen, 1996, S. 24.

국가연합이란 일정한 목적을 위하여 국제법상의 계약을 통하여 다수의 독립국가가 결합한 것을 의미한다. 국가연합에는 공동의 기본질서로서 헌법을 갖고 있지 않다는 점에서 전체로서 하나의 국가를 이루는 연방국가와는 구별된다. 동맹국가들은 한정된 부분의 업무를 공동의 조직인 국가연합에 맡겨서 처리하게 한다. 국가연합은 국제법상의 조직체로서 국가라고 볼 수 없다. 국가연합에는 모든 동맹국가에 통용되는 입법권은 존재하지 않거나 매우 미약하다. 국가연합을 이루는 각 국가는 완전한 국가로서 독립성을 가지고 있다. 각 동맹국가는 탈퇴함으로써 국가연합으로부터 벗어날 수 있다. 이에 대해 연방국가는 영속적이다. 연방국가의 해체는 국가의 붕괴를 의미한다.[83]

(3) 연방국가와 단일국가

단일국가는 국가법적인 국가들의 결합이 아니라는 점에서 연방국가와 구별된다. 대부분의 단일국가들이 지방분권적인 조직형태를 취하고 있기 때문에 연방국가와 분권화된 단일국가의 구별이 항상 명확한 것은 아니다. 단일국가에서 지방은 국가가 아니며 그 권한은 국가로부터 전래된 것이다. 그럼에도 불구하고 지방의 정치적인 독립성이 연방국가의 주와 같은 정도로 강하게 보장되어 있는 국가도 적지 아니하다(준연방국가: Quasi - Bundesstaat). 이에 속하는 국가로는 이탈리아, 스페인, 인도 등을 들 수 있다. 한 국가가 형식적으로 연방국가로 구성되어 있으면서도 헌법 현실에서는 고도로 중앙집권적으로 기능할 수도 있다(부진정연방국가: unechter Bundesstaat[84]). 헌법현실에서 단일국가와 연방국가의 차이는 지방분권의 측면에서 본다면 상대적이며 절대적인 구별이 아니다.

양자의 구별에 있어서 중요한 것은 분권화의 정도가 아니라 헌법조문이라고 보기도 한다.[85] 과거에는 연방주의(Föderalismus)를 논의함에 있어서 지방자치행정을 무시하고 연방정부와 주정부의 관계만을 문제 삼았으나, 오늘날은 연방적인 질서속에 연방과 주의 관계뿐만 아니라 지방자치행정까지를 포함하여 논의하는 경향이 늘어나고 있다.[86] 국가의 구성부분이 국가성을 가지느냐의 여부에 따라 연방국가와 분권화된

83) Regula Kägi-Diener, Brevier des Föderalismus, Bern, 2000, S. 18.
84) Uwe Barschel, Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg. Hamburg, 1982, S. 31.
85) Uwe Barschel, a.a.O.(Die Staatsqualität der deutschen Länder), S. 32.
86) Eberhard Schmidt-Aßmann, Thesen zum föderativen System der Bundesrepublik Deutschland, Jura 1987, S. 449ff. 연방국가(Bundestaatlichkeit)와 연방주의(Föderalismus)는 같은 뜻으로 사용되기도 하고(예컨대 K. Reuter, a.a.O.(Föderaismus), S. 13) 구분되어 사용되기도 한다. 예컨대 O. Kimminich, Der Bundesstaat, in: J. Isensee/ P. Kirchhof(Hrsg.), Habdbuch des Staatsrechts, Heidelberg, Bd.1 1987, S. 1141은 연방국가란 그 구성부분이 국가로서의 성질을 갖는 결합된 국가

단일국가는 그 개별 구성부분의 존립의 보장, 연방국가의 헌법개정, 연방국가의 의사결정과정에 대한 지방국가의 참여 등에서 일응 차이점이 있으나 지방분권의 측면에서 보면 양자의 차이는 본질적인 것이 아니며 상대적인 차이에 불과하다. 따라서 연방국가라 하여 지방분권의 정도가 크다든가, 단일국가의 지방자치에 의한 분권화의 정도는 미약하다든가 하는 선입견을 갖는 것은 타당하지 않다. 중요한 것은 국가의 권력이 중앙과 지방 사이에 어느 정도로 실질적으로 배분되어 있느냐하는 것이지 국가의 형태가 아니다. 단일국가도 지방자치에 의해 매우 분권화된 경우도 있으며 연방국가의 형태를 갖는 국가도 고도의 중앙집권적인 국가가 있다.

(4) 국가형태와 지방분권

일반적으로 국가연합이 가장 지방분권적이고 다음으로 연방국가, 단일국가 순으로 지방분권의 정도를 나타내는 것으로 생각하는 경향이 있다. 국가연합이 독립적인 국가들의 느슨한 결합이고 중앙정부가 국가로서 지위를 갖지 아니하므로 연방국가나 단일국가에 비하여 분권적인 것은 사실이다. 하지만 연방국가중에는 인도, 베네수엘라나 아르헨티나 등 남미국가나 구소비에트연방 등과 같이 매우 중앙집권적인 국가가 있다. 단일국가 중에는 이탈리아나 스페인 등과 같이 매우 분권적인 국가도 있다. 따라서 연방국가가 단일국가보다 분권적이라고 보는 것은 부합하지 않는 경우도 있다. 연방국가는 그 분권의 정도에 따라 분권적인 연방국가와 집권적인 연방국가로 나누어 볼 수 있을 것이다. 단일국가도 중앙집권적인 단일국가와 지방분권적인 단일국가로 유형을 나누어 볼 수 있을 것이다.

지방정부가 중앙정부로부터 어느 정도의 독립성을 갖는지는 연방국가체제로부터 필연적으로 도출되는 것이 아니고 구체적인 권한배분과 자율성의 헌법적 보장에 따라 달라질 수 있다. 예컨대, 영국에서는 단일국가임에도 불구하고 지방정부인 스코틀랜드에게는 상당한 수준의 법률제정권이 배분되어 있다.

유럽에서는 지역주의(Regionalism) 개념이 점점 증가되고 있다. 여기서 지역은 단순한 단일국가에서 분권화된 지방정부라는 정도를 넘어서 연방국가의 지역단위(주)를 의미하기도 한다.[87] 또한 연방국가와 단일국가의 중간적인 형태인 국가도 생각할 수 있으며 보다 연방제에 가까운 국가, 보다 단일국가에 가까운 국가도 생각할 수 있으

체를 포괄하는 국가법적인 사고형태를 의미하는데 대하여 연방주의는 이러한 국가결합체를 유지하고 단일국가로 나아가려는 것을 저지시키는 원칙적으로 정치적인 사고라고 하였다. 그리하여 연방국가에는 연방주의적(föderative)인 요소만 있는 것이 아니라 중앙통합적인(unitarische) 요소도 존재한다고 설명한다.

87) Regula Kägi-Diener, a.a.O.(Brevier des Föderalismus), S. 18.

므로 연방국가와 단일국가의 구분은 상당히 유동적이고 상대적인 측면이 크다고 볼 수 있다.

(5) 연방국가와 단일국가의 경계적인 사례

1) 영국

영국은 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드의 4개 지역으로 구성되어 있다. 각 지역의 국민적인 정체성이나 산업적 구조, 행정적인 구조가 매우 상이하다. 유럽에서 중앙집권적인 전통이 강했던 영국에서는 1997년 영국의 노동당정부가 집권하면서 분권화(Devolution)를 통하여 국가구조에 뚜렷한 변화를 가져왔다. 영국의 분권화는 지역적인 특성에 따라 의도적으로 차등적 내지 비균등적으로 이루어 졌다. 블레어 정부는 1997년 이후에 5가지의 상이한 정부구조를 도입하였다. 이에 속하는 것으로 스코틀랜드 의회(Parliament), 웨일즈 의회(Assembly[88)]), 북아일랜드의회(Assembly), 대런던시, 잉글랜드지역에 8개의 지역개발청(RDA, 현재는 9개)의 도입 등이 이에 속한다. 입법권은 지역마다 상이하게 배분되었다. 스코틀랜드의회에만 광범위한 정치분야에서 독자적인 입법권(법률제정권)이 부여되었다. 웨일즈의 경우에는 이차적인 입법권만이 주어졌다. 이는 “요구에 따른 분권”의 원칙(Principle of “devolution on demand”)에 의한 것이다.[89)]

스코틀랜드 의회는 보건, 교육, 사회복지, 주택과 공간계획, 지방자치, 법무와 내무, 경제발전, 교통, 농 · 임 · 수산업, 환경, 문화와 체육 등에 관한 일차적인 입법권한을 가지고 있다. 스코틀랜드는 입법권에 유사한 행정권도 가지고 있다. 이에 대하여 웨일즈는 일차적인 입법권은 갖고 있지 않으며 집행권과 일정한 경우에 집행명령을 제정할 수 있는 권한만 가지고 있다. 이러한 이차적인 입법권에 속하는 분야로는 경제발전, 교육, 보건, 농수산업, 지방행정, 주택, 사회행정, 교통, 환경, 문화와 체육, 관광, 웨일즈언어 등이다. 이 영역에 있어서도 실제로 어느 정도로 입법권을 갖는지는 영국의회의 입법권행사의 정도와 위임정도에 따라 각각 상이하다.

2) 스페인

88) 영국에서는 Parliament주권의 원칙에 따라 고유한 입법권이 있는 의회만 Parliament라고 부르고 그렇지 않은 의회는 Assembly라고 불러 구별을 하고 있다.

89) Alexander Wegener/Ute Arbeit, "Regionalisierungstendenzen in europäischen Staaten", Berlin, 2006, S. 42.

스페인의 자치공동체는 지역사단(地域社團)으로서 그 권한이 헌법의 테두리 안에서 정해지는 각 자치공동체의 자치헌장으로 정해진다. 지역사단의 권한에는 입법권과 행정권을 포함한다. 각 자치공동체의 자치헌장은 독자적으로 정해지므로 자치공동체마다 권한이 다르다. 스페인은 모두 17개의 자치공동체로 구성되어 있다. 그 중에서 7개의 자치공동체는 한 개의 도(Provinz)로 구성되어 있으며 다른 자치공동체는 여러 개의 도(최대 9개)로 이루어져 있다. 여기에 두 개의 자치시(ciudades autónomas)가 있다. 자치시로는 세우타(Ceuta)와 밀리야(Melilla)가 있다.

스페인이 연방국가에 속하는지 여부에 대해서는 쉽게 답하기 어렵다.[90] 일부의 학자들은 스페인을 연방국가에 속한다고 분류한다.[91] 문헌에서는 통상 연방국가로 분류하는데 주저하는 경우가 많다. 이에 유사연방국가("quasi federal state")[92]라는 개념이나 불완전한 연방주의(imperfect federalism),[93] 미완의 연방주의(incomplete federalism)라는 표현이 사용되기도 한다. 스페인이 형성도상의 연방주의라는 의미에서 스페인의 연방화라는 표현이 사용되기도 한다.[94] 대부분의 학자들은 스페인이 전혀 새로운 형태의 길을 가고 있는 것으로 보고 있다. 스페인은 넓은 의미에서 연방국가에 속한다고 할지라도 1978년 헌법에서 명문으로 연방국가라는 표현을 쓰고 있지 않으므로 연방국가가 아니라는 학자도 있다.[95] 스페인 헌법에서는 연방국가라는 표현도 연방주의라는 표현도 피하고 있을 뿐만 아니라 헌법제정권자들은 이를 의식적으로 부인하고 있다. 1978년 헌법제정당시에 연방적이라는 말은 매우 부정적인 의미를 가

---

90) 스페인 헌법 제2조는 "헌법은 해체할 수 없는 스페인 국가의 통일성에 기초한다. 스페인국가는 모든 스페인 사람에게 공통적이고 분할할 수 없는 조국이다. 헌법은 국가를 이루는 민족과 지역의 자치권과 그들 상호간의 연대권은 인정하고 보장한다."라고 규정하여 국가형태를 명확하게 규정하지 않고 있다.

91) 이에 속하는 문헌으로는 Linz, Juan J. Democracy, multinationalism and federalism, Working Paper 1997/103. CEACS-Instituto Juan March, Madrid, 1997; Aja, Eliso El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, Madrid, 1999; Ramón Maiz: Democràcia i federalisme en estats multinacionals, in: Ferran Requejo (Hrsg.): Pluralisme nacional i legitimitat democràtica, Barcelona, 1999, S. 31-57. 등을 들 수 있다.

92) de Buruaga, Gonzalo Saenz, Spain as a quasi-federal state, in: Franz Knipping (Hrsg.): Federal conceptions in EU member states: Traditions and perspectives, Baden-Baden, 1994, S. 237-249

93) Creus, Mireira Grau, Incomplete federalism, in: Ute Wachendorfer-Schmidt, (Hrsg.): Federalism and political performance, London/New York , 2000, S. 58-77.

94) Moreno, Luis, Ethnoterritorial concurrence and imperfect federalism in Spain, in: Bertus de Villiers (Hrsg.): Evaluating federal systems, Dordrecht, 1994, S. 162-193.

95) Requero, Ferran, La acomodación ,"federal" de la plurinacionalidad. Democracia liberal y federalismo plural en Espaňia, in: Enric Fossas/Ferran Requejo (Hrsg.): Asimetría federal y Estado plurinacional, Madrid, 1999, S. 303-344.

졌다. 그것은 스페인의 역사적 맥락과 당시의 정치적 상황과 깊은 관계가 있다. 그럼에도 불구하고 헌법에서는 연방제적인 요소가 많이 있다.

스페인의 지방분권체제는 한편으로는 연방제적인 성격을 가지고 있으며 다른 한편으로는 단일국가적인 성격도 가지고 있다. 스페인의 연방제적인 성격으로는 다음과 같은 점을 들 수 있다. 국가권력이 수평적으로 분권되어있을 뿐만 아니라 여러 계층에 수직적으로도 분권화되어 있다. 자치공동체는 독립되어 있고 입법과 행정에 관한 독자적인 권한을 가지고 있다. 융통성 있는 재정체제는 자치공동체로 하여금 상당한 수준의 재정자율성을 보장한다. 충분하지는 않지만 중앙정부와 자치공동체간, 자치공동체상호간의 협력이나 조정에 관한 연결고리가 보장되어 있다. 또한 다음과 같은 점에서 스페인은 연방국가라고 보기 어려운 측면도 있다. 먼저 상원이 지역대표라는 표현에도 불구하고 중앙정부에 대한 자치공동체의 참여를 보장하는 통로가 되지 못하고 있으며 그 위상도 낮은 편이다. 사법권은 분권화되어 있지 않고 중앙정부에만 속해 있다. 자치공동체에 있는 사법기관은 자치공동체와는 무관하며 국가의 하급기관으로 되어 있다. 자치공동체는 법적인 관점에서 보면 국가로서 성질을 갖지 못하며 존립의 보장도 매우 약한 편이다. 헌법개정을 통하여 자치공동체의 지위를 박탈할 수도 있으며 이 과정에서 자치공동체의 참여도 보장을 받지 못한다. 스페인의 정치체제는 순수한 의미에서 연방국가로 보기는 어려우며 이를 개선하기 위한 헌법개정에 대해서는 이를 강하게 주장하는 측과 이를 반대하는 주장 간에 양보할 수 논쟁이 오랫동안 진행되고 있다.

(6) 선진국의 헌법개정 동향

오늘날 헌법개정은 선진국의 경우 지방분권을 강화하기 위한 방향에서 이루어지고 있다. 최근에 지방분권적인 헌법개정으로는 프랑스의 헌법개정을 들 수 있다. 프랑스 혁명이후 나폴레옹정권이 등장하면서 오랫동안 고도의 중앙집권적인 국가체제를 고수했던 프랑스에서는 2003년 헌법개정을 통하여 지방분권국가를 선언하고 수차례에 걸쳐서 지방분권을 위한 법률개정을 하였다. 고도의 중앙집권적인 권력구조를 취하였던 영국에서도 1997년에 헌법개정을 통하여 스코틀랜드와 웨일즈, 북아이랜드의 입법권을 강화하는 등 대대적인 권한배분을 실현하였다. 이탈리아에서는 연방국가제도를 도입하여 지방분권을 대폭적으로 강화하기 위한 헌법개정절차를 밟았다. 비록 2006년 국민투표에서 연방제 헌법개정안이 실패하긴 하였지만 국회를 통과할 정도로 지지를 받았다. 독일에서도 2006년 헌법개정이 있었는데 개정의 핵심적인 내용은 중앙정부

와 지방정부간의 권한배분 내지 배분의 명확화에 초점을 맞추었다. 그 외에도 벨기에, 남아프리카 공화국, 말레이시아 등에서 지방분권을 강화하는 헌법개정을 주목할 필요가 있다.

제3장 현행 헌법상 지방분권의 문제점과 개정방향

제1절 개관

1. 현행 헌법상 지방자치에 관한 규정의 변천

한국에서 지방자치는 제헌헌법이래 헌법에 의해 보장되고 있다.[96] 제헌헌법 제96조는 "지방자치단체는 법령의 범위 내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다. 지방자치단체는 법령의 범위 내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정함으로써 지방자치를 헌법적으로 보장하고 있다. 또한 제97조는 지방자치단체의 조직과 운영은 법률로 정하되 지방자치단체에 의회를 두도록 하고 있다. 지방의회의 조직과 권한과 의원의 선거는 법률로 정하도록 하고 있다. 헌법 제48조는 국회의원의 겸직금지사유로 지방의원을 규정하고 있다. 1952년 4월에 읍 · 면의회선거가 실시되고 5월에 도의회의원선거가 실시되었다. 제헌헌법에는 지방자치단체의 장의 선거에 대한 조항이 없었으나, 4·19혁명 이후에 개정된 제3차 개정헌법에서는 지방자치단체장에 대한 선거조항이 제97조에 추가되었다. "지방자치단체의 장의 선임방법은 법률로써 정하되 적어도 시 · 읍 · 면의 장은 그 주민이 직접 이를 선거한다"라고 규정하고 있다.

5·16에 의해서 지방자치는 중단되고 이어 개정된 제5차 개정 헌법에는 제109조 제2항에 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 하는 조항이 추가되었다. 헌법 부칙 제7조에서는 "이 헌법에 의한 최초의 지방의회의 구성시기에 관하여는 법률로 정한다"고 함으로써 지방자치의 실시를 무기한 연기하였다. 1972년의 이른바 유신헌법에서는 지방자치에 대한 본문의 규정은 그대로 두고 부칙 10조에서 "이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다"고 규정하였다.

12·12사태이후 권력을 장악한 군부세력에 의하여 1980년에 개정된 제8차 개정 헌

96) 미군정당시와 제헌헌법제정과정에서 지방자치에 관한 자세한 논의는 오동석, 지방자치제의 형성과정, 공법연구 제31집 제4호, 한국공법학회, 2002, 49면 이하 참조; 성낙인, 현행지방자치제도의 헌법적 진단, 헌법학연구 제1집, 한국헌법학회, 1995, 132면 이하 참조.

법에서는 지방자치에 관한 본문의 규정은 이전과 마찬가지로 유지하되 부칙을 개정하여 지방자치의 실시시기를 “이 헌법에 의한 지방의회는 지방자치단체의 재정자립도를 감안하여 순차적으로 구성하되, 그 구성 시기는 법률로 정한다.”로 규정하였다.

6월 항쟁이후 개정된 현행 헌법에서는 본문은 그대로 두고 부칙을 삭제함으로써 지방자치에 관한 헌법의 규범력을 회복하였다. 현행헌법의 지방자치에 대한 보장은 제5차 개정헌법의 규정과 동일하다.

2. 지방자치에 관한 헌법의 내용

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률에 유보하고 있다. 제118조는 지방자치단체의 기관으로 지방자치단체의 의회와 지방자치단체의 장을 규정하고 그 조직, 권한, 선임방법을 법률에 유보하고 있다.

(1) 지방자치단체의 기능

헌법 제 117조 제1항은 지방자치단체는 ‘주민의 복리에 관한 사무’를 처리한다고 함으로써 자치의 대상을 보장하고 있다. 즉, 지방자치단체가 무엇을 하는지 활동의 대상적인 범위를 보장하고 있다.

지방자치단체의 기능을 헌법이나 법률로 규정하는 방법에는 두 가지가 있다. 지방자치단체의 기능을 헌법이나 법률에 한정적으로 열거하는 방식이 이에 속한다. 예컨대 영국이나 캐나다, 스페인 등에서는 지방정부의 권한을 규정하고 나머지 권한(잔여권한)은 중앙정부에 속하는 것으로 하고 있다. 이에 대해서 대부분의 국가에서는 우리나라와 마찬가지로 지방자치단체의 권한을 구체적으로 규정하지 않거나 예시하도록 하여 개방적으로 규정하고 있다.

지방자치단체의 관할에 속하는 사무는 법률에 의하여 일일이 한정적으로 결정되는 것이 아니라 반대로 법률에 특별한 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무에 대하여 포괄적으로 관할권을 갖는다. 이를 가리켜 전권한성의 원칙이라고 한다.[97] 하

97) 이러한 전권한성의 원칙으로 인하여 법령에 다른 규정이 없는 한 지방자치단체의 권한에 속하는 것으로 추정된다(홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000, 35면, 36면 참조). 전권한성은 독일어인 Allzuständigkeit를 번역한 말이다. 실제로 지방자치단체가 어떤 기능을 수행하는지 여부는 각 지방자치단체의 의사결정과 재정능력에 따라 매우 상이할 수 있다. 전권한성의 원칙은 지방자치단체가 활동가능한 범위를 나타낸 것이며, 실제 지방자치단체의 활동분야와는 상당한 차이가 있을 수 있다.

지만 이는 헌법이론상 인정된 지방자치에 관한 제도적 보장이론에 의한 것이고 헌법의 문맥상 명백한 것은 아니라고 할 수 있다.

(2) 자치행정권, 재산관리권

헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 … 에 관한 사무를 처리하고" 라고 규정하여 지방자치단체의 자치행정권을 보장하고 있다. 자치행정권의 범위에 대해서는 앞에서 논의한 것처럼 포괄적으로 보장하고 있지만 중앙정부와의 관계에서 행정권의 배분에 대해서는 언급하지 않고 있다. 성질상 국가만 처리할 수 있는 사항 예컨대 지방자치법 제11조에 규정된 국가사무는 지방자치단체는 관할권이 없고 국가만 배타적인 권한을 가진다. 그 외의 영역에 대해서는 법률의 규정에 따라 국가 도는 지방자치단체가 처리권한을 갖는다고 할 수 있다. 법률에 명확한 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의하지만, 법률에 명확한 규정이 없는 경우에 지방자치단체만 권한을 가진다는 것은 아니다. 즉 법률로 국가의 권한으로 규정한 사항을 제외하고는 모든 사무를 지방자치단체가 전속적으로 권한을 갖는다고 보기는 어렵다. 지방자치단체가 권한을 가지고 있다고 하더라도 국가차원에서 같은 사무를 수행할 수도 있는 것이다. 이점에서 국가와 지방자치단체의 행정권한은 원칙적으로 경합적이다.

헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 … 재산을 관리하며 …"고 규정하여 지방자치단체의 재산관리권을 규정하고 있다. 재산의 관리란 재산의 사용 · 수익 · 처분을 의미한다. 문자 그대로 해석하면 지방자치단체의 공유재산의 관리를 의미할 뿐 이로부터 재정고권 즉 수입고권과 지출고권을 도출하는 것은 무리가 따른다. 특히 입법자에 대한 지침으로서 헌법의 역할에는 한계가 있다.

(3) 자치입법권

헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 … 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"고 규정하여 자치입법권을 보장하고 있다. 이 조항은 헌법상 관계된 여러 조항과 결합하여 해석할 필요가 있다. 먼저 본 조항은 헌법 제40조의 "입법권은 국회에 속한다"는 규정에 대한 예외라고 할 수 있다[98]. 즉, 자치입법권은 국회입법주의에 대한 예외로서 헌법이 보장하는 지방자치단체의 입법권이라고 볼 수 있다. 지방자치법은 자치입법권으로 조례와 규칙, 회의규칙 등을 규정하고 있으나 헌법은 자치입법권의 종류에 대해서는 언급을 하지 않고 있다.

---

98) 김철수 외, 『코멘탈 헌법』, 법원사, 1988, 641면.

헌법상 보장되는 지방자치단체의 자치입법권은 “법령의 범위 안에서” 보장된다. “법령의 범위 안에서”를 어떻게 해석할 것인지에 대해서는 여러 가지 견해가 있으나 대체로 법률과 자치입법의 관계에 있어서 법률우위의 원칙을 규정한 것이라고 해석하고 있다. 즉, 자치입법이 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 지방자치단체는 자치입법을 할 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 하지만 법령의 범위 안에서는 자치입법이 법령에 위반해서는 안 된다는 소극적인 의미를 넘어서 입법자에게 지방자치단체의 자치입법권을 제한하고자 하는 경우에는 반드시 법률에 근거할 것을 요구함으로써 법률상 근거없는 자치권제한을 억제하는 의미를 가짐과 동시에 법률에 근거해서 지방자치단체의 입법권을 제한할 수 있는 가능성을 열어주는 수권적인 기능을 한다. 입법자는 법률로써 지방자치단체가 어떤 입법권을, 어떤 범위 내에서, 어떻게 행사할 것인지를 규정할 수 있다. 다음 단계로 입법자가 법률로써 지방자치단체의 자치입법권을 제한하고 있는 경우에 지방자치단체는 그러한 법률에 위반되지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다는 것을 의미한다. 조례의 법률적합성을 보장함으로써 전체로서 국가법질서의 통일성을 기하려는 것이다.

문제되는 것은 지방자치단체가 자치입법권을 행사함에 있어서 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부이다. 즉 지방자치단체가 자치입법권을 행사함에는 반드시 법률의 위임이 있어야 하는지 여부이다. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치입법권의 행사에 대하여 행정입법인 법규명령과는 달리 별도의 법률유보를 요구하고 있지 않다. 예컨대 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 … 에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 대통령령에 대한 법률유보의 원칙을 명문으로 요구하고 있는데 비하여 지방자치단체의 자치입법권을 규정하고 있는 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 … 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정하여 조례를 제정하기 위한 근거규정을 별도로 요구하고 있지 않다. 제117조의 “법령의 범위안에서”는 자치입법권의 행사에 요구되는 법률유보가 아니라 자치입법권을 제한하는 국가권력에 대한 법률유보를 의미한다. 따라서 지방자치단체는 원칙적으로 법률에 의한 위임없이도 지방자치단체가 주도로 자치입법권을 행사할 수 있다.[99] 다만 헌법에 기본권조항이나 죄형법정주의, 조세법률주의와 같이 별도의 법률유보를 요구하는 경우에 조례에도 적용이 있는지 여부에 관한 문제이다.

지방자치법 제22조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 하면서 그 단서에서 “주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한

99) 도회근, “지방분권과 법제개혁 - 헌법적 과제를 중심으로”, 「울산대학교 사회과학논집」 제12권 제2호, 울산대학교, 2002. 12, 32면.

사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다"고 함으로써 침해적인 조례에 있어서 법률유보를 요구하고 있다. 학설로서는 제22조 단서가 지방자치를 보장하는 헌법 제117조 제1항에 위배된다는 주장[100]과 헌법상의 법률유보요구조항(기본권제한에 대한 법률유보조항인 제37조 제2항, 죄형법정주의에 관한 헌법 제13조, 조세법률주의에 관한 헌법 제59조)의 취지에 비추어 제15조 단서는 이들 헌법조항의 취지를 확인한 것에 불과하므로 헌법에 합치된다는 주장[101]이 첨예한 대립을 보이고 있다.

이들 의견대립의 근본적인 원인은 헌법상의 법률유보조항에서 말하는 법률이 형식적인 의미에서 법률에 한정되는가 아니면 지방자치단체의 사무에 관한 한 조례도 포함되는지의 견해차에 기인한다. 헌법이 요구하는 제37조 제2항의 법률유보에서 법률, 죄형법정주의의 법률, 조세법률주의에서 법률에 조례가 포함될 수 있는지 여부에 대해서는 상반된 견해가 있다.

민주주의의 원칙, 예측가능성과 계산가능성을 보장하려는 취지, 입법권과 집행권을 구분하려는 권력분립의 취지, 공권력행사의 내용적인 타당성을 확보하려는 취지 등의 측면에서 검토하면 지방자치사무에 관한 한 이들 법률유보가 조례유보로도 족하다는 주장에 타당성이 없는 것은 아니다. 다만 헌법에서 명문으로 "법률"에 의한 유보를 요구하고 있다는 점에서 이를 조례유보로 갈음하려고 하는 것은 해석론으로서는 무리인 점이 없는 것은 아니다.[102]

---

100) 위헌론으로는 예컨대, 박윤흔, 최신행정법강의(하), 박영사, 1995, 134면은 " … 지방자치법 제15조 단서에 의하여 조례는 … 법률의 위임이 있어야 정할 수 있다. … 그러나 이는 위헌적 요소가 있다고 할 것이다. 그것은 헌법 제117조 제1항에서는 조례를 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있는 국가행정기관의 위임입법과 구별하여, 자치사무에 관하여는 그 내용이 어떠한 것이든 간에 「법령의 범위안에서」 제정할 수 있게 하였는데, 지방자치법 제15조 단서에서는 주민의 권리제한등에 관한 사항은 「법령의 범위안」에서도 제정할 수 없게 하고 법령의 개별적 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하여 추가적인 제한을 가하고 있기 때문이다"라고 위헌의 근거를 제시하고 있다.

101) 김홍대, 『지방자치입법론』, 박영사, 1999, 103면 이하, 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 55-119면 참조.

102) 조례법률설에서는 "국민의 권리·자유의 규제에 관하여 법률의 근거를 요하는 이유는 국민이 자기의 승인에 의하지 않고는 자기의 권리·자유를 침해받지 아니한다는 민주주의 원리에 근거한 것인바, 이 같은 요청은 조례가 주민의 대표기관인 지방의회의 의결에 기하여 제정되는 이상 충분히 충족된다고 본다. 따라서 법률에 의한 국민의 권리·자유에 대한 제한과 조례에 의한 국민의 권리·자유의 제한은 그 성질에 있어서 동일한 까닭에 양자가 허용된다고 한다"(김철수, 신고 헌법학개론, 박영사, 1989, 849면).

법률유보가 요구되는 이유로는 민주주의 적인 측면과 법치국가적인 양측면에서 논의되어야 한다. 민주주의 측면에서 살펴보면 이견해가 타당하다고 본다. 다만 조례가 법치국가적인 측면에서 법률유보의 요건을 충족시키는 지에 대해서는 별도의 검토를 요한다.

(4) 기능수행의 방식에 대한 보장: 자기책임성 문제

지방자치단체는 그에게 부여된 기능을 자기책임하에 수행하는 것을 의미한다. 자기책임성이란 지방자치단체가 그 업무를 처리함에 있어서 법령에 의한 일반적이고 추상적인 제한을 받는 외에는 외부로부터 어떠한 간섭도 받지 않고 스스로 합목적적이라고 생각하는 것에 따라 결정할 수 있음을 의미한다. 좀 더 극단적으로 얘기하면 지방자치단체는 어리석은 결정이라도 할 수 있는 가능성을 보장하는 것이 자기책임성의 원칙이라고 할 수 있다. 이러한 자기책임성의 원칙은 자신의 결정에 대한 위험을 스스로 부담한다는 것이다. 잘된 결정을 하면 그로 인한 긍정적인 결과를 지역주민이 향유하고, 잘못된 결정으로 인한 부정적인 효과도 주민들이 감수하여야 하는 것을 의미한다. 자기책임성의 원칙은 부당한 간섭의 배제를 의미한다. 이는 지방자치의 가장 핵심적인 요소로 지방자치단체가 어떻게 그 업무를 처리하는지에 관련된 문제이다. 그럼에도 불구하고 헌법에서는 지방자치단체의 자기책임성에 대한 명시적인 언급이 없다. 헌법상 자기책임성은 어디까지나 헌법이론상 인정된 지방자치에 대한 제도적 보장이론에 근거하여 자기책임성이 보장된다고 보고 있다. 자기책임성에 대한 헌법상 명시적인 근거는 희박하다고 하더라도 지방“자치”라는 개념 속에는 자기책임성이 이미 전제되어 있다고 보아야 한다.[103] 왜냐하면 외부의 간섭을 받아 업무를 처리하게 된다면 더 이상 자치가 아니라 타치(他治)가 되어 버리기 때문이다. 이러한 해석은 헌법상 명문규정이 없기 때문에 불가피한 것이라 볼 수 있으나 헌법에 명문의 규정이 있는 것과는 입법부나 사법부에 미치는 영향에 사실상의 차이가 있다.

(5) 지방자치단체의 종류의 법률유보

헌법 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”라고 규정하여 지방자치단체의 종류를 헌법에 규정하지 않고 법률에 유보하고 있다. 시 · 도나 시 · 군 · 자치구를 지방자치단체로 하지 아니하고 군과 시 · 읍 · 면을 지방자치단체로 하더라도 헌법에 위반되는 것은 아니다. 그러다 보니 정치권을 중심으로 시 · 도를 폐지한다거나 시 · 군을 통합하여 1계층으로 한다는 등의 정책이 나오고 있다.[104] 헌법에서 지방자치단체의 종류를 법률에 유보한 것은 입법자의 입법재량을 확대하여 지방자치

103) 동지, 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 83면.

104) 도폐지론은 1994년 내무부 공무원들이 중심이 되어 주장해온 정책으로 2005년과 2008년 두 차례에 걸쳐 지방행정체제개편 특별위원회를 구성하여 도폐지/시 · 군 통합을 추진하려고 하였다. 학계와 시민사회의 강력한 비판에 부딪혔다. 국회가 2010년 9월 16일에 의결한 지방행정체제개편에 관한 특별법 제14조에서는 “도는 지방자치단체로 존치”한다는 것으로 종결지었다.

단체의 종류를 정치적인 판단에 맡긴 것으로 생각된다. 지방자치단체의 계층 내지 지방자치단체의 종류문제는 지방자치제도의 근간에 해당한다. 이렇게 중요한 문제를 그때그때의 국회 다수에 맡긴다는 것은 엄청난 혼란을 초래할 수도 있다.

(6) 지방자치단체의 기관

헌법 제118조는 지방자치단체의 기관을 규정하고 있다. 지방자치단체의 기관으로 헌법 제118조 제1항은 지방의회를 두도록 하고 있으며 제2항은 지방자치단체의 장을 규정하고 있다. 지방의원의 선거나 지방의회의 권한, 조직, 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영은 법률로 규정하도록 하고 있다. 지방의원은 선거방식에 의해 구성한다는 것을 제외하고는 헌법이 특별히 지침을 정한 것은 없다.

3. 현행 헌법의 문제점

(1) 헌법규정상의 문제점

현행 헌법의 근본적인 문제점으로는 다음과 같은 것을 지적할 수 있다. 첫째로, 현행 헌법의 가장 큰 문제점은 내용의 빈곤을 들 수 있다. 헌법이 지방자치를 보장한다고 하지만 실질적인 보장내용이 없어 공허한 보장이 되고 있다. 입법자에 대한 지침적 기능이 약하고 사법에 대한 판단의 기준으로도 충분하지 않다. 독일에서 발달된 제도적 보장이론에 의해서 내용적인 보충을 시도하고 있으나 매우 불충분한 상태이며 제도적보장이론 자체에 대한 회의적인 견해도 있다.[105] 바이마르 헌법은 지방자치를 법률의 한계 내에서 보장한다고 함으로써 지방자치의 헌법적인 보장은 국법학에서 큰 의미를 갖지 못하였고 이 헌법규정은 경시되었다. 적지 않은 학자들이 헌법상의 지방자치조항을 “공허한 기본권조항”에 속한다고 보았다.[106] 이에 대응하여 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 제도적 보장이론을 주장하여 비록 입법자라 할지라도 지방자치제도 자체를 폐지하거나 본질적인 내용을 왜곡시키는 것은 금지된다고 하여 지방자치제도의 헌법적인 의미를 강화하는데 기여하였다. 그 이후 그의 제도적 보장이론은 학계와 실무에서 급속하게 확산되어 독일에서 지배적인 학설로 인정되고 국경을 넘어 한국, 브라질 등 다른 나라에도 영향을 미치게 된다. 제도적 보장이론은 결국 지방자치에 관한 헌법상의 규정이 명

105) 방승주, 앞의 논문(중앙정부와 지방자치단체와의 관계), 74-77면.
106) 예컨대 Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919, 13. Aufl., Berlin 1930, S. 511. 당시 바이마르 헌법은 지방자치를 기본권의 일종으로 규정하였다.

확하지 못하여 이를 해석적으로 보완하기 위한 궁여지책으로 나온 것이기 때문에 그 내용도 명확하기 어렵게 된다. 이 문제는 결국 헌법에서 직접 지방자치단체의 권한의 범위와 한계를 명백히 규정함으로써 해결되어야 할 것이지 해석에만 맡겨놓기는 어렵다.[107]

혹자는 헌법의 추상성을 들어 구체적인 규정을 할 필요가 없다고 주장하기도 하지만 정도의 문제이다. 현행 헌법과 같이 불충분한 규정을 가지고는 현대국가에 요구되는 분권의 수준에 이르는데 근본적인 한계가 있다. 특히 문제되는 것은 지방자치단체의 입법권과 관련된다. 현행헌법에 의하는 한 지방자치단체의 입법권은 매우 협소하게 인정될 수밖에 없으며 지역정책을 조례를 통하여 실현하는 것은 불가능에 가깝다.

둘째로, 현행헌법은 지방자치단체의 종류에 대한 언급이 없어 모든 종류의 지방자치단체에 동일하게 적용된다. 현행 법률에 인정되는 시 · 도와 시 · 군 · 자치구의 경우는 그 정치적인 위상이나 역할에 현저한 차이가 있음에도 불구하고 헌법이나 지방자치법상으로 아무런 구별이 없이 동일한 규정이 적용되고 있다. 이에 광역지방자치단체인 시 · 도에는 헌법상보장이 과소하게 작용하여 현실적인 정치적인 위상을 헌법의 규정이 뒷받침하지 못하는 결과를 가져온다. 더구나 현행 헌법상 지방자치에 대한 보장이 매우 불충분하여 기초지방자치단체를 위해서도 과소보장이 되고 있으며, 광역지방자치단체를 위해서는 경제단위이고 또한 지방정치단위로서 현실적인 수요를 전혀 충족시키지 못하고 있다.

(2) 헌법정책적 문제점

현행 헌법상 지방자치에 관한 규정은 지방자치에 관한 시대적인 요청을 전혀 반영하지 못하고 있다는 점이다. 현행 헌법상 지방자치에 관한 보장은 외국에서 일반적으로 기초지방자치단체에 해당하는 읍면 수준의 지방자치를 염두에 두고 만들어진 것이다. 주민들의 일상적인 생활편익 즉, 생활체육시설, 문화시설, 쓰레기처리장, 공원, 산책로조성 등 주민의 일상적인 편익시설을 설치하고 관리하는 기초지방자치단체 수준의 지방자치에 관한 것으로써 국경을 넘어 지역간 경쟁의 단위가 되는 광역지방정부인 시 · 도를 단위로 하는 지방자치의 지위와 역할, 활동방식에 대해서는 헌법이 알지 못하고 있다는 점이다.

지방분권은 지역적인 특성을 바탕으로 지방정부간의 입지경쟁을 통하여 지역을 보다 주민이 생활하기 좋은 곳, 기업하기 좋은 곳으로 만들어 주민의 삶의 질을 높이는

107) 제도적 보장론에 대한 비판적 견해로는 오동석, 지방자치의 제도적보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000, 219면 이하 참조/

데 기여하도록 하자는 것이다. 이는 무엇보다도 보다 나은 정책을 보다 낮은 비용으로 실현하는데 있다. 정책경쟁과 조세경쟁을 통하여 주민의 복리를 극대화하려는 것이다. 현재의 지방자치제도하에서 정책경쟁은 궁극적으로 자주입법권이 전제되어야 하고 조세경쟁은 자주과세권이 보장되어야 한다. 현행의 지방자치제도하에서 자주입법권, 과세자주권을 확대하기 위한 조례제정권확대[108]와 법정외세도입[109]의 논의를 십 수 년 동안 전개하였으나 헌법상의 한계에 대한 논란으로 진전된 것이 없다. 현행 헌법에서 보장된 지방자치의 틀 속에서는 앞으로 단기간에 이론적인 해결을 보기도 어렵다. 시대적인 요구에 부응하는 자치입법권과 과세자주권을 확보하기 위해서는 국가경영의 근본적인 틀을 바꾸는 수준의 새로운 국가의 구조를 구상할 필요가 있다. 이를 위하여 헌법 개정은 필요하고 정당화될 수 있을 것이다.

108) 이에 관한 최근의 논의로는 조성달, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2권, 한국공법학회, 2007, 33-70면; 이기우, 부담적 조례와 법률유보에 관한 비판적 검토, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 353-389면; 강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구 제24집, 한국법학회, 2006, 37-55면; 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 – 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로 –, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 371-399면 등 참조.

109) 이에 관한 최근 논의로는 이전오, 과세자주권의 확대방안에 관한 연구, 토지공법연구 제37집 제1호, 한국토지공법학회, 2007, 349-372면; 정수현, 지방자치단체의 재정자주권에 관한 연구, 공법학연구 제3권 제1호, 한국비교공법학회, 2001, 343-381면.

제2절 입법

1. 입법권 배분의 의미와 현황

(1) 입법권 배분의 의의

행정이나 사법은 입법에 의하여 영향을 받으며 입법에 종속된다는 점에서 입법권의 배분은 국가권력의 지방분권 중에서 가장 중요한 부분이 된다. 행정권이 아무리 분권화되어 있다고 하더라도 입법권이 중앙정부에 있고 중앙정부가 그 입법권을 무제한적으로 행사하여 지방자치단체가 수행하는 사치사무에 대해서 세부적인 사항까지를 일일이 규정한다면 지방자치단체로서는 자치사무를 수행함에 있어서 중앙정부가 법령으로 정한 정책을 기계적으로 수행하는 역할에 그치게 된다. 지방자치단체로서는 자치사무를 자기책임하에서 수행한다고 하더라도 어디까지나 중앙정부가 법령의 형식으로 이미 정하여 놓은 정책을 집행하는 하부기관으로서 역할을 하는데 그치게 된다. 이렇게 해서는 지방자치를 통해서 실현하려고 하는 정책의 다양성과 지역간의 정책경쟁을 수행하는 것이 불가능하게 된다. 또한 정책의 효과가 불확실한 경우에는 지방의 자율적인 결정에 맡김으로써 정책의 위험을 분산시키고, 지역마다 다양한 실험적이고 혁신적인 정책을 수행할 수 있도록 하려는 지방자치 내지 지방분권의 취지는 실현되기가 어렵게 된다. 이점에서 입법권의 배분은 행정권배분에 앞서는 중요한 기능을 한다.

한국가의 지방분권의 정도를 평가함에 있어서도 입법권의 배분이 차지하는 비중은 다른 권한의 배분보다도 훨씬 높다. 사법권과의 관계에 있어서도 마찬가지이다. 우리나라의 경우에는 사법권이 완전히 중앙집권화되어 논의의 여지가 없지만 설사 사법권을 지방분권화한다고 하더라도 중앙정부가 제정한 법령에 재판해야 할 대상에 대해서 세부적인 사항까지를 규정하고 있다면 사법권의 분권화를 통하여 다양한 해석을 법령의 해석을 보장하려는 지방분권의 기능은 실현되기 어렵게 된다. 이와 같이 지방자치단체의 행정권이나 사법권을 행사함에 있어서 지방자치단체가 갖는 자율성 내지 자기책임성의 범위는 입법권의 소재와 그 입법권의 행사정도에 의존하게 된다. 이 점에서 행정권과 사법권은 입법권에 종속하는 것이 된다.

(2) 입법권배분의 현황

1) 사물적 범위

중앙정부와 지방자치단체간의 입법권의 배분에 대해서 헌법은 특별한 규정을 두지 않고 있다. 지방자치단체의 조례제정권이 보장되는 것은 법률에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체의 자치사무에 관한 것이다. 이점에서 지방자치단체의 입법권의 사물적인 범위는 자치사무에 한정된다. 또한 조례는 그 효력이 당해 지방자치단체의 자치구역에만 미치므로 장소적으로 한정된다.

2) 국가입법권과의 관계

지방자치단체의 자치사무에 대해서도 중앙정부는 법률과 법규명령을 통하여 규율할 수 있으므로 지방자치단체의 입법권과는 경합적인 관계에 있게 된다. 지방자치단체의 자치입법권은 법령의 범위안에서 인정되므로 자치입법권은 중앙정부의 법률이나 법령에 위반되지 않고 법률이나 명령에서 규율하지 않은 자치사무에 한하여 인정된다고 볼 수 있다.

3) 법률우위의 원칙과 지방자치단체의 입법권

자치입법권과 관련하여 특히 문제되는 것은 법률의 위임을 받지 않고 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는지 여부에 대한 것이다. 지방자치단체의 자치입법권은 헌법 제117조 제1항에 의해서 헌법이 직접 인정한 입법권으로 별도의 법률이 조례제정권을 부여하지 않더라도 지방자치단체가 헌법 제117조 제1항에 근거하여 조례를 제정할 수 있음이 원칙이라는 데는 학설과 판례상 일치된다.

4) 조례와 법률유보의 원칙

지방자치법 제22조는 조례제정권에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.” 제22조 본문에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 법률유보 없이 조례를 제정할 수 있다. 다만 부담적인 조례는 동조 단서에 의해 법률에 의한 위임이 있는

경우에만 제정할 수 있게 된다. 제22조 본문이 헌법 제117조 제1항에 의한 조례제정권을 확인한 것이라는 데 대해서는 학설상 대립이 없다.

학설의 대립이 심한 것은 제22조 단서조항이다.[110] 부담적 조례에 대해서도 법률유보가 불필요하다는 견해는 동조 단서를 위헌이라고 본다. 부담적인 조례에 대해서 법률유보가 필요하다는 견해는 동조 단서가 합헌이라고 본다. 이러한 견해의 대립은 쉽사리 해결될 것으로는 보이지 않는다. 이를 명백히 하기 위해서는 해석론에 맡겨두기 보다는 헌법에 명시적인 규정을 하여 헌법적으로 해결하는 것이 바람직하다.

2. 현행헌법상 입법권 배분의 문제점

(1) 사물적인 범위

지방자치단체의 입법권을 원칙적으로 지방자치단체의 자치사무에 한하여 인정하는 것은 논리적인 문제점이 있다. 지방자치단체의 자치사무의 범위는 자치행정권의 범위에 관한 것으로 자치입법권과의 관계에서 양자가 반드시 일치한다고 보는 것에는 무리가 있다.

중앙정부와 지방정부간의 권한배분에 있어서 자치행정권과 자치입법권의 관계에 대해서는 먼저 자치입법권과 자치행정권의 범위를 일치시키는 방식으로 미국이나 캐나다 등에서 채택하는 방식이다(분리방식). 이에 대해서 행정권의 범위와 입법권의 범위를 각각 따로 규정하는 방식이 있다(혼합방식).[111] 독일의 경우가 이에 속한다. 독일의 경우 입법권은 연방국가에 많은 비중을 두고 있으나 행정권의 배분에 있어서는 주

110) 부담적인 조례에 대해서 법률유보를 요구하는 명문의 규정을 두고 있는 나라는 찾아보기 어렵다. 매우 이례적인 입법례이다. 독일이나 일본 등 다른 나라에서는 부담적 조례에 대한 법률유보를 학설과 판례에 맡기고 있는데 유독 한국에서는 지방자치법이 법률유보를 요구함으로써 학설의 발전을 어렵게 만들고 있다(조례제정권의 범위에 관한 외국의 입법례에 대해서는 조정환, 자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제, 공법연구 제29집 제1권, 한국공법학회, 2000, 379면 이하; 김희수, 「조례제정권의 근거와 한계」, 『사회과학연구』 제7권제3호, 대구대학교 사회과학연구소, 2000, 8면 이하 참조). 많은 학자들이 동조 단서의 삭제를 요구하고 있으나 받아들여지지 않고 있다(2004년부터 2006년에 걸쳐서 지방자치법 제22조 단서의 삭제를 논의하기 위한 자문위원회가 행정자치부에 구성되어 활동하였으나 동조 단서를 삭제하면 헌법에 위반되는 결과를 초래한다는 이유로 동조 단서를 삭제할 수 없다는 입장을 밝히고 있다. 동조 단서를 존치하는 경우에 헌법위반여부가 문제되는 것이지, 동조 단서를 삭제하는 경우에는 해석론에 맡겨진다는 점에서 인과관계를 반대로 이해하고 있다는 비판을 면하기 어렵다).

111) 특정영역에 중앙정부와 지방정부의 권한이 각각 따로 분리된다는 의미에서 분리주의라고 한다. 이에 대해서 혼합주의국가에서는 특정영역에 있어서 중앙정부의 입법권과 지방정부의 행정권이 함께 존재하여 책임의 소재가 불분명하게 된다.

정부에 많은 비중을 두고 배분을 하고 있다. 또한 헌법상 지방정부의 행정권한을 주민의 복리에 관한 사무라고 포괄적이고 추상적으로 정하는 경우 구체적인 사무의 범위는 법률에 의존하게 된다. 법률로 자치사무를 좁게 인정하는 경우 자치입법권도 좁게 인정되게 된다. 자치행정권의 범위가 법률로 정해지고 자치입법권은 자치행정권을 규정하는 법률에 종속되게 된다. 이렇게 되는 경우에 자치입법권의 범위는 중앙정부의 법률에 의존하게 되어 매우 불안정하게 되고 경우에 따라서는 입법정책에 따라 형해화할 수도 있다. 이에 지방정부의 자치입법권의 사항적인 범위를 헌법적으로 보장할 필요가 있다.

(2) 국가의 입법권과 지방의 입법권의 관계

헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치입법권을 법령의 범위안에서 보장한다고 규정하고, 국가의 입법권을 제한하는 규정을 두지 않고 있다. 국가에서 입법권을 무제한적으로 행사하여 지방자치단체의 사무수행을 할 것인지 여부, 어떻게 수행할 것인지에 대해서 지나치게 상세한 규정을 하게 되면 지방자치단체로서는 의미있는 자치입법권의 행사를 하기 힘들다. 자치사무에 대해서 국가도 입법권을 가지고, 지방자치단체도 입법권을 갖는다는 의미에서 양자는 경합적인 입법권을 갖는다고 할 수 있다. 하지만 법률우위의 원칙을 고수하고 국가가 무제한적인 입법권을 행사하게 되면 지방자치단체의 입법권은 형해화할 수 있다.

지방자치단체의 입법권을 보장하기 위해서는 국가가 입법권을 행사할 수 없는 지방자치단체의 배타적인 입법영역을 헌법적으로 보장하는 방법도 있을 수 있다. 또한 국가와 지방자치단체간의 경합적인 입법권을 인정한다고 하더라도 여러 유형의 경합방식을 고려할 수 있다. 국가의 법률과 지방자치단체의 조례에 대등한 효력을 부여하고 입법의 선후에 따라 신법우선의 원칙에 따르는 방식, 지방자치단체의 조례에 대해서 법률의 우위를 인정하는 방식 등이 있을 수 있으나 우리나라 헌법은 후자의 방식을 따르고 있어 지방자치단체의 자치입법권은 그만큼 약화된다.

또한 국가와 지방자치단체간에 경합적인 입법권을 인정하더라도 국가의 입법권의 행사를 전국적인 규율이 필요한 경우로 한정해서 인정하는 독일의 필요성조항(Erforderlichkeits-klausel)을 통해서 연방정부의 무제한적이고 불필요한 입법권행사를 자제하게 하고, 지방정부의 입법적 활동여지를 남겨두는 제도적인 장치가 결여되어 있다. 이점에서 우리나라의 지방자치단체가 갖는 입법권은 매우 협소하게 인정되는 것이라고 볼 수 있다.

(3) 법률유보의 원칙과 자치입법권의 관계

주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하고, 벌칙을 정하는 조례의 경우 법률에 의한 위임이 없으면 제정할 수 없다는 제한은 지방자치단체의 입법권을 현저하게 위축시키게 된다. 더구나 중앙정부의 입법권자들이 지방자치단체의 자치입법권에 위임하는 규정을 예외적으로만 인정하는 풍토하에서 지방자치단체의 조례제정에 법률유보의 원칙을 그대로 적용하는 경우에는 지방자치단체의 정책형성권을 통한 정책경쟁과 지방의 다양성을 실현하는데 현저한 어려움을 겪을 수 있다. 물론 이론적으로 조례에는 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다는 주장을 할 수 있지만 다수의 학설과 판례가 이에 상반되는 견해를 갖고 있다는 점에서 이 문제를 이론적으로 해결하는 것은 매우 어렵다.

3. 입법권배분에 관한 외국입법례와 경향

헌법상 권한배분의 형태를 비교해 보면 다음과 같은 특징을 발견할 수 있다. 첫째, 권한배분의 범위나 헌법규정형태가 매우 다양하다는 점이다. 하나의 이상적인 모델은 존재하지 않는다. 일부 연방국가에서는 지방정부간의 권한이 대칭적(symmetrical)인 경우도 있고 지방국가의 특수성에 대응하기 위하여 비대칭적(asymmetrical)인 경우도 있다. 재정조정과 정부간 재정의존의 정도도 매우 다양하다. 집권화 내지 분권화의 정도, 정부간의 협력과 경쟁의 정도도 국가마다 상당히 다르다. 둘째, 각 국가에서 권력배분에 관한 헌법형태와 실제적인 작동사이에는 상당한 차이가 있다. 셋째, 특정한 권한을 중앙국가와 지방국가에 각각 배분하는 헌법상의 규정에도 불구하고 실제로는 불가피한 권한의 중복과 정부간 상호의존성이 있다. 이러한 상호의존성으로 인하여 정부간의 협력을 촉진하기 위한 다양한 절차와 제도가 있다. 정부간 협력의 정도와 성격, 정부간 독립과 상호의존성의 균형구조는 국가에 따라 매우 상이하다. 예컨대 독일과 멕시코에서는 의존성이 큰 반면에 캐나다나 벨기에는 그 반대이다. 넷째, 오늘날 각 연방국가는 새로운 시대적인 여건이나 요구에 대응하기 위한 압력을 받고 있다. 특히 시장경제와 분권의 효과, 안전을 강조하게 되는 지구화현상은 분권과 집권, 협력과 경쟁에 있어서 새로운 균형을 요구하고 있다[112].

---

112) Ronald Watts, Comparative Conclusions, in: Akhtar Majeed/ Ronald Watts/Douglas Brown(ed.), A Global Dialogue on Fedralism Volume 2, Distribution of Powers and Responsibilities, Quebec, 2006, p. 324.

(1) 배타적 입법권과 경합적 입법권

입법권을 연방정부와 지방정부에 배분하는 방식은 국가에 따라 매우 상이하다. 캐나다, 스위스, 벨기에 등에서는 대부분의 입법권을 연방정부나 지방정부에 각각 배타적으로 배분하고 있다. 이와는 대조적으로 미국과 오스트레일리아에서는 연방정부에 배타적으로 배분된 입법권은 매우 제한적이며 연방입법권은 대부분 주정부와 공유된 경합적 입법권이다. 독일, 인도, 브라질, 멕시코, 나이지리아 등에서는 연방정부에 배분된 입법권이 많은 편이며 연방정부와 지방정부에 경합적으로 입법권을 배분하는 범위도 넓은 편이다. 스페인의 권한배분방식은 좀 더 독특하다. 헌법이 중앙정부의 배타적 권한을 열거하고 있지만 자치공동체의 권한에 관한 결정권을 자치헌장에 위임하고 있다.

권한을 중앙정부나 지방정부에 배타적으로 배분하는 것은 해당 정부의 자치를 강화하고 또한 그 분야의 정책에 대한 책임을 명확히 한다. 스위스나 캐나다, 벨기에와 같이 권한이 중앙정부나 지방정부에 배타적으로 배분된 국가에서도 관할을 명확하게 구분하는 것은 불가능하며 어느 정도의 권한상의 중복과 정부간의 상호작용은 불가피하다. 이러한 권한중복의 불가피성에 대한 인식으로 인하여 몇몇 연방국가에서는 처음부터 경합적인 입법권의 배분을 채택하였다. 예컨대 미국, 오스트레일리아, 독일, 인도, 브라질, 멕시코, 나이지리아 등이 이런 유형에 속한다. 이와는 대조적으로 캐나다에서는 경합적인 입법권이 매우 제한적으로 인정되었다. 원래 캐나다에서는 경합적인 입법권은 농업과 이민에 한정하였으나 헌법 개정을 통하여 노인연금, 재생 불가능한 자원의 수출, 임산품, 전기에너지 등이 추가되었다. 권한의 배분에 있어서 배타성을 강조하고 있지만 실제로 적지 않은 영역에서 정부간 관여를 필요로 한다.

경합적인 입법권은 나름대로 장점이 있다. 먼저 권한의 배분에 있어서 융통성을 갖게 한다. 지방정부는 연방정부가 조치를 취하기 전까지 주도권을 가질 수 있다. 연방입법부는 종종 지방정부에게 세부적인 내용을 규율할 수 있도록 여지를 주어 지역여건에 부합하는 서비스제공을 하면서도 연방전체에 스탠다드를 규율하기 위하여 경합적인 입법권을 이용한다. 독일을 비롯한 스페인, 멕시코, 브라질에서는 대강입법권을 도입하고 있다.[113]

경합적인 입법권목록은 권한을 배타적으로 지방정부나 중앙정부에 배분하는 경우에 개별적인 기능을 상세하고 복잡하게 헌법에 열거해야 하는 것을 피할 수 있게 한다. 상세하고 세분화된 권한규정은 시간이 지남에 따라 시대에 뒤진 것이 되고 구속적인

113) 독일에서는 2006년 헌법개정으로 대강입법권을 폐지하고 이에 속하였던 권한을 연방 혹은 주의 권한으로 하거나 연방과 주의 경합적 권한으로 전환하였다.

것이 된다. 그럼에도 불구하고 스위스에서는 1999년 헌법 개정을 통해서 그러한 상세한 구분을 시대에 맞추어 개편하였다.

경합적인 입법권을 헌법에 규정하는 경우에는 연방법과 주법이 충돌하는 경우에 연방법이 우월적인 효력을 갖는 것을 규정하는 것이 보통이다. 예컨대 독일헌법 제31조는 "연방법은 주법에 우선한다"라고 규정하고 있다. 따라서 경합적인 입법영역은 결국 연방의 잠정적인 권한이라고 할 수 있다. 독일의 경우 경합적인 입법권분야에서 연방이 세부적인 내용까지 규정함으로 인하여 주가 보완할 수 있는 여지를 거의 남기지 않고 있다. 이에 헌법상 연방법률로 규정할 필요가 있는 경우에 한하여 연방법률로 정하도록 하고 있으나 연방법률에 대한 실효성 있는 제어장치가 되지는 못하고 있는 실정이다. 2006년에는 헌법 개정을 통하여 이탈입법권(Abweichungsgesetzgebung)[114]을 규정함으로써 연방법과 어긋나는 법률을 주에서 정할 수 있는 영역을 부분적으로 인정하고 있다. 또한 캐나다에서는 노인연금이 경합적인 입법권에 속하기는 하지만 충돌하는 경우에 주법이 연방법률에 우선한다. 이에 따라 다른 주들이 연방연금법 규정을 수용하는데 비하여 퀘백주에서는 독자적인 연금체제를 유지하고 있다.

(2) 잔여권한

헌법에 열거되지 아니한 잔여권한(residual power)은 각국의 헌법의 규정에 따라 지방정부에 속하거나 연방국가에 속하게 된다. 대부분의 연방국가에서는, 특히 이전의 독립국가들이 통합하여 연방국가를 만든 경우에는 잔여권한이 지방정부에 속한다(미국, 스위스, 오스트레일리아, 독일, 브라질, 멕시코 등). 이에 대해 단일국가를 분권화하여 연방국가로 된 경우에는 대부분 잔여권한이 연방정부에 속하는 곳도 있다(캐나다, 인도, 벨기에, 스페인 등).

잔여권한의 중요성은 헌법상에 열거된 입법권목록의 숫자와 포괄성에 따라 다르다. 헌법상 열거된 권한배분목록이 광범위할수록 잔여권한의 중요성은 낮아진다. 예를 들어 인도와 캐나다와 같이 헌법에 연방정부와 지방정부의 배타적인 권한과 경합적인 권한목록을 포괄적으로 규정하고 있는 경우에는 잔여권한이 크게 중요하지 않다. 이에 대해서 미국이나 스위스, 오스트레일리아, 독일, 브라질, 멕시코, 나이지리아 등과 같이 지방정부의 권한이 열거되지 않고 잔여권한으로 규정되는 경우에는 잔여권한의

114) Abweichungsgesetzgebung을 한국어로 어떻게 번역할 것인지에 대해서는 좀 더 논의가 필요하다. 지방법이 중앙법을 벗어날 수 있다는 의미에서 이탈입법권이라고 써보았으나 독자적 입법권 혹은 일탈입법권 등 다양한 번역어를 생각해 볼 필요가 있다.

의미는 훨씬 커진다. 이들 국가에서 중요한 잔여권한을 지방정부에 배분하는 것은 지방정부의 자치를 강조하고 헌법에 의해 연방정부에 이양되는 배타적인 입법권과 경합적인 입법권의 제한성을 상징적으로 표현하기 위한 의도를 가졌다.[115)]

한 가지 주목할 것은 이들 국가에서는 실무상 법원이 연방의 열거된 특정한 권한을 해석함에 있어서 묵시적인 권한을 광범위하게 인정함으로써 특정되지 않은 지방정부의 잔여권한을 희생하여 연방정부의 입법권을 점점 확대하고 있다는 점이다. 이에 대해서 캐나다나 인도와 같이 집권론자들에 의해서 지방정부의 권한을 특정하여 제한적으로 규정한 나라에서는 법원이 지방정부의 권한을 넓게 해석하여 연방정부의 권한이 팽창하는 것을 방지하고 있다.

캐나다나 인도와 같은 일부 연방국가의 헌법에서는 통상적으로는 지방정부의 권한에 속하는 것을 연방정부가 비상시에 단축하거나 간섭할 수 있도록 권한을 부여하여 연방국가가 분열하거나 해체되는 것을 막고 있다.

(3) 대칭적 권한배분과 비대칭적 권한배분

헌법상의 입법권과 행정권의 배분을 비교해 보면 지방국가간에 권한의 차이가 없도록 동일한 권한을 배분하는 연방국가가 있는가(대칭적 연방국가) 하면 지역의 각각 다른 여건이나 특수한 요구를 감안하여 지방국가마다 각각 다른 권한을 배분하는 연방국가(비대칭적 연방국가)도 있다.

스위스, 오스트레일리아, 독일, 멕시코, 나이지리아 등 대부분의 국가에 있어서는 입법권과 행정권의 배분이 모든 지방정부에 비칭적으로 배분된다. 그러나 일부의 다른 국가 예컨대 스페인, 벨기에, 인도 등에서는 지방정부간에 상당한 권한상의 차이가 있다. 이는 지역자치를 요구하는 압력의 강도가 다르고, 언어나 종교, 민족구성의 차이 또는 경제상황, 지리적 여건, 인구 등의 차이에서 헌법상 권한배분의 비대칭성이 일어나게 된다. 또 다른 경우로서 정치적 발전단계의 차이를 반영한 융통성 있는 전환기적인 상황에 의해 정당화되기도 한다. 스페인의 경우가 이에 해당한다. 지나친 비대칭성의 강요는 대칭성에 대한 반대압력을 유발하기도 한다. 극단적인 비대칭성으로 인한 기능상의 장애를 일으킬 수 있으므로 헌법상의 비대칭성에는 한계가 있다. 다른 한편으로는 경우에 따라서 지방정부간에 존재하는 중요한 차이를 수용하기 위한 효과적인 방법으로 헌법상의 비대칭성이 고려되기도 한다.

---

115) Ronald Watts, *Id.*(Comparative Conclusions), p. 328.

(4) 입법권배분의 범위

구체적인 권한의 배분은 국가에 따라 매우 상이하지만 일반적인 공통점도 찾을 수 있다. 대부분의 연방국가에서 국제관계, 국방, 경제통화동맹의 작용, 주요 과세권, 지역간 운송 등은 연방정부의 관할에 속한다. 이에 대해서 사회정책(교육, 건강, 사회복지, 노동관계 등 포함), 치안, 지방자치 등은 통상 지방정부의 권한에 속한다. 농업이나 자연자원, 사회복지 등은 드물지 않게 경합적인 권한에 속한다.[116] 이러한 일반적인 패턴 안에서도 공동대응 혹은 분권적 대응, 특수한 환경 등 강조점에 따라 국가에 따라 상당한 차이가 있다.[117] 특히 문제된 영역으로 외교부분을 들 수 있다. 많은 국가에서는 일반적으로 지방정부의 권한에 속하는 영역에 대한 외교나 조약을 연방정부의 압도적인 권한으로 하고 있다. 이에 대해서 일부국가에서는 지방정부의 관할에 관련되는 연방의 외교나 조약은 지방정부의 협의나 동의 등 헌법이 규정하는 지방정부의 조치를 필요로 하는 제한을 받고 있다. 캐나다의 경우에는 사법부의 해석에 따라 지방정부의 권한에 관련된 분야에서는 지방정부의 입법 등 필요한 조치가 있는 경우에만 실행될 수 있다. 비교적 최근에 개정된 벨기에(1993)나 스위스(1999)의 헌법은 외교관계의 주된 역할을 지방정부에 맡기거나 외교정책의 결정에 있어서 강화된 협의를 요하도록 한 경우도 있다.

세계화로 인한 국가간 상호관계가 증가된 오늘날 경제와 문화부분의 권한배분은 과거보다 복잡해졌다. 1867년의 캐나다 헌법은 단순히 경제에 대한 통제는 집권화한 반면에 문화적 특수성과 사회관련 정책은 지방정부에 배분하였다. 오늘날 사회정책에 많은 재원이 사용되고 연방정부의 재정지원이 필요하게 되었고, 지역간 문제는 단순한 문화정책뿐만이 아니라 경제적인 문제에 영향을 크게 받음에 따라 복잡해지고 있다. 이에 따라 경제정책과 사회정책의 분야에 있어서는 연방정부뿐만이 아니라 지방정부의 역할도 강화되고 있다. 경제정책의 분야에 있어서 지방정부는 자신의 주민들의 경제적 복지를 증가시키는데 관심이 커지고, 연방국가 안에서 지방정부사이의 경

---

116) Ronald Watts, *Id.*(Comparative Conclusions), p. 331.

117) 이러한 일반적인 연구결과에 대해서 사무의 영토관련성에 따라 다음과 같은 결과도 제시되고 있다(Dietmar Braun, Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?, in: Jahrbuch des Föderalismus, Baden-Baden, p. 105).
- 공간관련정책분야(환경, 지역, 농업, 산업, 노동, 운송, 주거 등에 관한 정책)는 문제해결의 직접성 때문에 지방국가의 권한에 속한다.
- 정체성과 관련된 정책분야(문화, 부분적으로 교육, 치안정책)는 지방국가의 권한에 속한다.
- 공간관련성이 없는 정책분야(국방, 외교)와 고도의 표준화와 조화가 요구되는 분야(보건, 사회정책) 등은 연방의 권한에 속한다(Klaus Detterbeck/Wolfgang Renzsch/Stefan Schieren (Hrsg.), Föderalismus in Deutschland, München, 2010, 77f.)

쟁이 강화되고, 미국, 독일, 캐나다, 오스트레일리아처럼 투자와 무역을 촉진하기 위해 외국에 지방정부의 사무소를 두는 경우도 늘고 있다. 건강, 교육, 사회복지 등의 분야에 있어서 헌법상으로는 지방정부에 권한이 배분되어 있음에도 불구하고 전국적인 표준화를 위한 연방의 대강입법, 연방의 재정지원 등이 늘어나고 이에 따라 연방의 간섭도 증가되고 있다. 연방정부의 재정지원이 늘어남에 따라 드물지 않게 연방의 지배를 확대시키는 트로이의 목마가 되기도 한다.[118]

연방국가의 권한배분 경향은 대체로 다음과 같다.

- 통화: 항상 연방권한 - 국방: 항상 연방권한, 경우에 따라서는 지방국가도 가짐 - 국제법상의 조약: 대개의 경우 연방국가, 때때로 지방국가 - 대외무역: 일반적으로 연방국가, 경우에 따라서는 경합 혹은 공동 또는 분리관할 - 지방국가간 거래: 일반적으로 연방국가, 경우에 따라서는 경합, 공동 혹은 분리관할 - 지방국가 내부거래: 일반적으로 지방국가, 경우에 따라서는 경합관할 - 대형 인프라: 통상연방국가, 경우에 따라 경합, 공동, 분리관할 혹은 지방국가 - 초중등학교 교육: 일반적으로 지방국가, 종종 경합적, 드물게 연방국가 - 고등교육과 연구: 매우 다양하여 경향성을 찾기 어려움 - 사회보장: 연방관할과 경합, 공동 또는 분리관할의 혼합 - 연금: 경합, 공동 또는 분리관할 혹은 연방관할 - 보건: 일반적으로 지방국가, 경우에 따라서는 경합, 공동 또는 분리관할 - 지하자원: 명확한 경향을 찾기 어려움 - 농업: 명확한 경향을 찾기 어려움 - 환경: 경합, 공동 또는 분리관할, 지방국가 관할은 드뭄 - 지방자치업무: 일반적으로 지방국가, 경우에 따라 공동 혹은 분리관할 - 사법: 일반적으로 공동 혹은 경합적 관할, 경우에 따라서는 연방, 드물게 지방국가 - 형법: 일정한 경향이 없음 - 경찰: 일반적으로 공동관할, 경우에 따라 경합적 관할, 드물게 연방관할 또는 지방관할 - 관세/통관: 대부분 연방국가, 경우에 따라 경합적 관할 - 법인세 및 인세: 일반적으로 공동, 분리 혹은 경합적 관할, 경우에 따라서 연방국가

※출처: Anderson, Federalism[119].

(4) 권한배분에 있어서 입법권과 행정권의 관계

연방국가에서 권한을 배분함에 있어서 입법권과 행정권을 일치하도록 배분하는 방식과 양자를 서로 관계없이 배분하는 방법이 있다. 미국, 캐나다, 오스트레일리아 등

118) Ronald Watts, Comparing federal systems, Montreal, 2008, p. 331.
119) George Anderson, Federalism: An Introduction, Ontario, 2008, p. 24.

영미법 계통의 보통법체계를 갖는 국가에서는 연방정부와 지방정부가 입법권을 가진 분야에 대한 행정책임도 함께 배분된다. 법체계가 다르기는 하지만 벨기에의 경우에도 입법권의 배분에 행정권의 배분도 긴밀하게 결부되어 있다. 이와 같이 입법권의 배분에 행정권의 배분을 연계함으로써 입법부의 자율성을 강화하고 각 정부가 자신의 법령을 집행하도록 함으로써 입법이 무력화되는 것을 방지하며 입법부에 의한 행정에 대한 통제를 강화하는 측면이 있다. 무엇보다도 입법과 집행을 일치함으로써 정책에 대한 책임을 명확히 하는 점에서 장점을 가진다.

이에 대해서 독일이나 스위스 등에서는 중앙정부와 지방정부의 입법권의 관할영역과 행정권의 관할영역이 일치하지 않는 헌법적 규율을 하고 있다. 독일에서는 입법권은 중앙정부에 많은 비중을 두고 배분되는 반면에 행정권은 주를 중심으로 배분된다. 연방법률도 대부분 주에 의해 집행된다. 인도의 경우에 모든 연방법률은 경합적인 영역에 속하는 반면에 지방정부의 행정책임이 헌법에 규정되어 있다. 이러한 방법은 연방입법을 통하여 전국적인 입법적 통일성을 보장하는 반면에 그 집행은 지방정부에 맡기도록 함으로써 지역의 특수한 여건이나 환경에 적응하도록 하는 측면이 있다. 입법책임과 행정책임의 분할은 연방정부와 지방정부간의 강화된 협력을 요구한다. 즉 정책결정권과 결정집행권이 분리됨으로써 책임이 불명확하게 될 우려가 있다.

그러나 각 연방국가의 헌법현실상 양자의 차이는 아주 크지는 않다. 왜냐하면 입법책임과 행정책임이 일치하도록 권한배분을 하는 국가에서도 연방정부가 드물지 않게 보조금을 통한 재정지원을 제공함으로써 상당한 권한을 지방정부에 위임하기 때문이다.

4. 국가와 지방자치단체간 입법권배분방향

(1) 헌법에 중앙정부와 지방정부의 입법권을 구체적으로 규정하는 방법

먼저 도의 입법권을 보장함에 있어서 현재수준의 조례로는 지방정책의 독자적인 주체로 자리매김할 수가 없다. 국가의 위험을 분산하고 지역적인 특성과 혁신을 위해서는 기초와는 달리 도에게 법률제정권을 헌법에 규정하는 것이 바람직하다. 논자에 따라서는 지방정부의 법률제정권은 연방국가에서나 가능하다는 반론을 제기하고 우리나라는 연방제도를 도입할 수 없다고 반대할 수 있다. 하지만 지방정부의 법률제정권은 연방국가의 전속적인 권한으로 할 필요는 없다. 헌법 제40조에 대응하여 그에 상응하는 법률제정권을 헌법을 통해서 보장하고 국가의 법률과 도법률의 관계를 규정하면 된다(예컨대, 국가법은 도법에 우선한다). 이는 연방국가를 채택하는지 여부와 상관없

이 헌법규정을 통해서 가능하다. 이를 규정함에 있어서는 먼저 중앙정부의 배타적인 입법권을 규정하여 지방정부가 관여할 수 없는 입법권을 규정하고, 또한 중앙정부와 지방정부가 경합적으로 입법권을 갖는 분야를 규정하는 것이 일반적이다. 또한 지방정부만 갖는 배타적인 입법권을 별도로 규정하는 경우도 있다(예컨대 독일에서 취하는 방법이다). 또한 헌법에 명시적으로 규정하지 않은 잔여권한을 누가 갖는지는 대단히 중요한 문제이다. 독일이나 미국 등에서는 지방정부인 주의 권한으로 규정하는 반면에 스페인이나 캐나다에서는 연방에 귀속되는 것으로 하고 있다. 이에 따라 헌법개정안을 예시해 보면 다음과 같다.

- 중앙정부의 배타적 입법권

1. 외교, 국방, 국세
2. 통화, 물가정책, 금융정책, 수출입정책
3. 농산물 · 임산물 · 축산물 · 수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도 · 일반국도, 국립공원
5. 근로기준, 측량단위
6. 우편, 철도
7. 항공관리, 기상행정, 원자력개발
8. 기타 성질상 중앙정부의 입법권이 명확한 경우

- 시 · 도의 배타적인 입법권

1. 지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등에 관한 사무
2. 도시계획과 지역개발 및 주택건축에 관한 사무
3. 주민복지시설과 생활환경시설, 기타 도 및 시 · 군 · 자치구의 공공시설의 설치 및 운영
4. 교육 · 체육 · 문화 · 예술의 진흥에 관한 사무

- 경합적 입법권

중앙정부와 지방정부가 각각 행사할 수 있는 입법권을 규정한다.

이에 속할 수 있는 것으로 예시하면 경제법, 노동법, 사회보장법, 도로교통법, 환경법, 대학관련법, 식품, 의료, 경찰법 등이 이에 속한다.

- 잔여입법권

헌법에 중앙정부나 지방정부의 입법권으로 명시되지 않은 권한은 지방정부의 입법권으로 규정한다.

(2) 헌법에 중앙정부와 지방정부의 입법권을 결정하는 절차를 규정하는 방식

헌법에 중앙정부와 지방정부의 입법권을 헌법에 구체적으로 명시하지 않고 대신에 중앙정부의 입법권과 지방정부의 입법권의 범위를 결정할 수 있는 절차를 헌법에 규정함으로써 권한규정을 개방적으로 규정하는 방식이다.

이러한 방법은 헌법상 권한배분이 명확하지 않다는 단점에도 불구하고 헌법제정 혹은 개정에 구체적인 권한배분에 대한 합의를 쉽게 할 수 없는 경우에 채택할 수 있으며 또한 헌법개정에 의하지 않고 중앙과 지방사이의 권한배분에 대한 시대적인 요구를 반영하여 탄력적으로 적응할 수 있다는 장점이 있다. 특히 우리나라 경우처럼 헌법개정을 위하여 국민투표를 요구하는 경성헌법국가에서 그 의미가 크다.

대표적인 국가로 스페인을 들 수 있다. 스페인 헌법에서는 중앙정부의 권한, 지방정부의 권한이 규정되어 있으나 이는 어디까지나 가능한 범위를 규정한 것에 불과하고 광역지방정부인 자치공동체의 설치여부, 자치공동체의 구체적인 권한 등을 각 자치공동체의 자치헌장과 국가조직법에 규정하도록 하되 국가조직법의 규범적인 효력을 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 우선하도록 규정하고 있으며 개정절차에 특별한 정족수(국회의 재적과반수 찬성)를 요구하고 있다. 이러한 방식에 따라 구체적인 헌법개정안을 예시하면 다음과 같다.

- 중앙정부의 배타적인 입법권

1. 외교, 국방, 사법(사법), 국세
2. 통화, 물가정책, 금융정책, 수출입정책
3. 농산물 · 임산물 · 축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도 · 일반국도, 국립공원
5. 근로기준, 측량단위
6. 우편, 철도
7. 항공관리, 기상행정, 원자력개발
8. 기타 성질상 중앙정부의 입법권이 명확한 경우

- 경합적인 입법권

중앙정부의 배타적인 입법권에 속하지 않은 사항 중에서 국회는 재적의원 2/3이상의 찬성으로 국가지방조직법에 중앙정부와 지방정부가 각각 입법권을 행사할 수 있는 경합적인 입법권을 규정할 수 있다. 이를 개정하는 경우에도 같다. 국가지방조직법은 헌법에 위반할 수 없으며 법률에 우선하는 효력을 갖는다.

- 잔여권한

헌법과 국가지방조직법에 의하여 규정되지 아니한 사항에 대해서는 지방정부가 입법권을 가진다.

(3) 도의 이탈입법권을 규정하는 방식

모든 입법사항에 대해서 중앙정부와 지방정부가 입법권을 갖도록 하여 경합적 입법권을 인정하되 일정한 사항에 대해서는 지방정부의 입법권이 도의 입법권에 우선하도록 규정하는 방식을 생각할 수 있다. 이 방식을 취하는 경우 중앙정부가 기존에 정한 법률의 효력을 그대로 승계하면서 지역적인 다양화와 특색을 반영하기 위한 규정을 할 수 있다는 점에서 지방의 정책적인 재량권을 부여하는 방법이다. 배타적인 입법권을 설정하는 방식보다는 입법권보장이 매우 약하지만, 지방정부에게 정책적인 활동의 공간을 열어주는 의미는 있다. 이에 따르는 헌법개정안을 예시해보면 다음과 같다.

“광역지방자치단체의 입법권 행사는 법률에 위반하여서는 안 된다. 다만 다음 각호의 사무에 대해서는 광역지방자치단체가 지역특성에 부합하는 정책결정을 위하여 필요한 경우에 법률과 다른 규정을 할 수 있다.

1. 지방자치단체의 조직, 행정관리 등에 관한 사무
2. 도시계획과 지역개발 및 주택건축에 관한 사무
3. 주민복지시설과 생활환경시설, 기타 도 및 시 · 군 · 자치구의 공공시설의 설치 및 운영
4. 초 · 중등학교교육, 체육 · 문화 · 예술의 진흥에 관한 사무
5. 기타 법률에 의하여 지방자치단체의 사무에 속하거나 성질상 지방자치단체에 속하는 사무“

헌법개정안에서 어떤 방안을 채택할 것인지는 국민적인 합의와 공감대의 형성과 관계가 있으므로 위에서 예시한 방법 중에서 어느 한 가지 방식을 채택할 수 있을 것으로 본다.

제3절 입법기관

1. 문제의 제기

지역대표를 통하여 중앙집권적인 정책결정에 제동을 걸어, 지역의 불균형발전을 극복하고 지역의 이익을 반영할 수 있을 것이란 전망이 있다.[120] 그리고 건국 이후 어느 때부터인가 고질적인 '지역감정'이라는 것이 우리 정치가 앞으로 나아가는데 방해가 되고 있다. 지역대표형 상원을 도입하는 것이 지역대표를 통하여 이러한 지역감정을 정상적인 국가절차로 수렴하여 궁극적으로 지역감정을 완화할 수 있을 것이라는 전망도 한 몫을 하고 있다.[121] 한편 현재의 관점이 아니라 좀 더 미래의 관점에서 지역대표형 상원의 도입을 주장하는 견해도 있다. 헌법 전문과 제4조, 제66조 등에서 명확하게 표현되는 평화통일에 대비하여, 남북한 전체 국민의 의사를 온전히 대의하기 위한 방편의 하나로 지역적 대표체계를 구상하여 보는 것이 그것이다.[122]

이러한 현실적인 문제점을 해결하기 위한 대안이라는 주장과는 별론으로 이론적인 관점에서 지역대표형 상원을 정당화하려는 시도도 있다.[123] 이에 따르면 지역대표형 상원은 지역주민의 실체적 권리를 보장하고, 수직적 권력분립을 실질적으로 담보할 수 있는 제도이며, 인구비례에 따른 현행 소선거구제에서 선출되는 국회가 지역정당화되면서 우리 헌법이 채택하고 있는 대의제의 역할을 퇴색시키고 있는데 이를 극복할 수 있도록 해주는 제도이며, 민주주의적 관점에서 다수결원칙의 필수적 전제조건을 충족하기 위한 해결방안이 될 수 있으므로 지역대표형 상원의 도입이 헌법적으로 정당화된다고 주장한다.[124]

이러한 현실적, 이론적 이유에서 지역대표형 상원제의 도입을 주장하는 견해가 점차 늘어나고 있다.[125] 여기서는 이와 같은 지역대표형 상원제를 도입하자는 우리 사회의

---

120) 예를 들어 김웅규, 지역대표의회의 헌법적 검토, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007, 21-22면 참고.

121) 예를 들어 안성호, 지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상, 한국행정학보 제41권 제3호, 한국행정학회, 2007, 123면.

122) 예를 들어 송길웅, 양원제에 관한 연구, 헌법학연구 제6호, 한국헌법학회, 2000, 183면; 박찬표, 한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각, 도서출판 오름, 2002, 293면.

123) 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 22면.

124) 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 23-26면.

125) 예를 들어 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토); 박찬표, 앞의 책(한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각); 정연정, 개헌과 지역대표체계: 양원제 도입방안을 중심으로, 한국지방정치학회 특별학술회의, 2007. 2. 23. 이상: 안성호, 앞의 논문(지역대표형 상원의 논거와

주장을 체계적으로 검토하고자 한다. 이러한 관점에서 우선 지역대표형 상원의 기원을 살펴보고(2), 우리가 지역대표형 상원제를 구현하기 위하여 참고가 될 만한 입법 · 운영례를 비교법적 관점에서 살펴보고자 한다(3). 이어서 우리나라에서 양원제의 입법 · 운영례를 역사적인 관점에서 검토한다(4). 이러한 논의를 바탕으로 우리나라가 지역대표형 상원제를 도입할 경우, 상원은 각 지역의 동등한 수의 대표로 구성되어야 하는가 또는 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성되어야 하는가, 지방정부에 의하여 선출되어야 하는가 또는 주민에 의하여 직선되어야 하는가, 명령적 위임에 따라야 하는가 또는 자유위임에 따라야 하는가, 상원과 하원의 관계는 대등하여야 하는가 또는 그렇지 않아야 하는가 등 세부쟁점별로 살펴 구체적으로 제도설계를 하고자 한다(5).

2. 지역대표형 상원제의 기원[126)]

일반적으로 상원(upper house; second chambers; senate)의 지역대표기능은 연방국가에서 기원한 것으로 설명된다.[127)] 19세기 독일에서는 영주와 자유도시의 전권사절로 구성된 연맹회의(Bundesversammlung)가 이러한 기능을 수행했다. 이와 같은 독일의 연맹회의도 후에 독일의 연방참사원(Bundesrat)으로 진화하였다.

한편 신대륙인 미국, 캐나다, 호주가 연방을 형성할 때, 당면문제는 상원제도를 설계하는 것이었다. 특히 인구가 적은 주는 인구비례로 의석이 배정되는 경우 연방의회에서 자신의 이익이 훼손될 것을 우려해 연방가입을 꺼렸다.

미국의 헌법의 아버지들은 작은 주의 대타협을 이끌어내어 하원은 인구비례로 선출되는 대표로 구성하고, 상원은 각 주마다 2명의 대의원으로 구성하며, 상하원이 거의 비슷한 권한을 갖는 양원제 연방의회를 채택하여 1787년 미합중국이라는 연방국가를 세웠다.

캐나다도 작은 주가 하원과 동등한 권한의 상원과, 상원에서 큰 주와 동등한 대표성을 갖는 것을 보장하여 달라고 요구하였다. 반면 큰 주는 이러한 요구를 지나친 것이라 생각하였다. 그러나 마침내 몇 개의 주를 포괄하는 3개의 광역지역을 설정하여 상원에서 동등한 대표성을 부여하는 타협안에 합의하여, 1867년 연방국가를 출범시

특징 및 설계구상), 119면 재인용.

126) 이하 이에 관한 설명은 안성호, 앞의 논문(지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상), 129- 130면.

127) 예를 들어 안성호, 앞의 논문(지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상), 129면. 양원제에서 상원의 대표성의 기반은 사회적 계층과 경제적 이익, 지역적 다양성, 두 가지가 대표적이다. Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Senates: Bicameralism in the Contemporary World, Ohio State University, 1999, p.10. 이 중 지역대표형 상원제의 기반은 두말할 것도 없이 지역적 다양성(territorial diversity)에 기반한 것이라 할 수 있다.

켰다.

호주도 연방형성을 위한 협상에서 상원제도를 설계하는 것이 가장 난제였다. 1891년, 1897년에서 1898년 개최된 제헌의회는 상원 구성문제로 붕괴의 위기까지 치달았다. 4개의 작은 주는 하원과 동등한 권한의 상원과, 상원에서 큰 주와 동등한 대표성을 갖는 것을 보장하여 달라고 요구하였다. 반면 큰 주는 이러한 요구를 무리한 것이라고 생각하였다. 그러나 긴 협상의 결과 작은 주는 강한 상원의 설치 주장을 다소 양보하고, 큰 주는 주의 크기와 상관없이 12명의 대표를 선출하는 것을 보장하기로 타협하였다. 마침내 1901년 연방국가를 출범시켰다.

이와 같이 미국, 캐나다, 호주에서 상원은 원래 자치를 행하던 주의 이익을 보호하기 위하여 창설되었다. 그러나 상하원의 위상이 비교적 비슷하고, 주가 상원에서 등등한 대표성을 누리는 것으로 알려져 있다. 반면 미국과 호주에서는 상원의원을 주민이 선출하여 주의 이익을 충실하게 보호하지만, 캐나다에서는 상원의원을 임명제와 비슷하게 운영하여 민주적 정당성이 취약하여 그 기능을 제대로 수행하고 있지 못하는 것으로 평가된다.

오늘날 거의 모든 연방국가는 양원제를 취하고, 연방국가의 상원은 대부분 연방을 구성하는 주의 대표로 구성된다. 더욱이 지역대표형 상원은 연방제를 채택하지 않는 이탈리아, 스페인에서도 채택되어 운영되고 있다.

3. 지역대표형 상원제 도입을 위한 비교 고찰

앞에서는 우선 지역대표형 상원의 기원을 살펴보았다. 여기서는 우리가 지역대표형 상원제를 구현하기 위하여 참고가 될 만한 입법 · 운영례를 비교법적 관점에서 검토하고자 한다. 그러한 비교대상으로는 이미 기원에서 살펴본 것처럼, 지역대표형 상원제를 운영하고 있는 나라 중에 연방국가인 미국과 독일, 남아프리카 공화국을, 단일국가 중에 프랑스, 이탈리아, 일본을 선정하였다.

만약 연방제도와 지방자치제도가 완전히 별개의 제도라면, 미국, 독일, 프랑스와 같은 연방국가에서 지역대표형 상원제는 우리의 참고할만한 입법 · 운영례가 되기 힘들다. 그러나 연방제와 지방자치제도의 구별은 상대적이므로 미국과 독일, 남아프리카 공화국과 같은 연방국가의 입법 · 운영례가 참고가 될 것이다.[128]

이러한 비교법적 검토는 특히 각주의 동등한 수의 대표로 구성하는가, 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성되는가, 주에 의하여 선출되는가, 주민에 의하여 직선되는가,

128) 그럼에도 불구하고 연방제도와 지방자치제도는 구별되는 것이므로, 미국과 독일, 남아프리카 공화국과 같은 연방국가의 입법 · 운영례를 참고할 때는 이를 고려하여야 할 것이다.

명령적 위임에 따르는가, 자유위임에 따르는가, 상원과 하원의 관계가 대등한가, 열등한가 등을 주요 비교대상으로 삼아 검토할 것이다.

(1) 미국[129]

이미 설명한 것처럼, 미국의 헌법의 아버지들은 작은 주의 대타협을 이끌어내어 하원은 인구비례로 선출되는 대표로 구성하고, 상원은 각 주마다 2명의 대의원으로 구성하며, 상하원이 거의 비슷한 권한을 갖는 양원제 연방의회를 채택하여 1787년 미합중국이라는 연방국가를 세웠다.[130] 헌법의 아버지들의 시각에서, 양원제는 뚜렷이 구별되는 두 개의 기관의 협력을 요구하여 왕위찬탈과 배신을 막을 수 있는 안전판이 될 수 있었다.[131]

헌법의 아버지들은 규모, 임기, 헌법적 책임, 선출방식 등이 서로 다른 두 개의 독립된 원을 구성하였다. 하원의 구성원은 국민의 직선에 의하여 선출된다. 하원의원의 임기는 2년이며, 선거구는 상대적으로 협소한 지역단위로 하였다. 하원은 법안을 발의할 수 있다. 한 원을 통과한 법안은 다른 원에서 동일한 내용으로 통과되어야 법률로 성립될 수 있다. 그러나 세입관련법률안은 하원만이 발의할 수 있다. 따라서 하원은 좀 더 강력한 재정통제권을 가진다.[132]

상원의 구성원은 주의회에서 간접적으로 선출된다. 상원의원의 임기는 원칙적으로 6년으로, 2년에 3분의 1씩 개선하도록 하여 원의 계속성을 높였다. 상원도 법안을 발의할 수 있다. 상원을 통과한 법안은 하원에서 동일한 내용으로 통과되어야 법률로 성립될 수 있다. 그러나 상원은 세입관련법률안을 발의할 수 없다.[133] 외교와 행정권에 관한 권한을 가지고 있다.

그러나 최초의 양원제는 시간이 흐름에 따라 제도적, 관행적 변화를 하게 되었다.

---

129) William J. Keefe, Morris S. Ogul, The American Legislative Process, Tenth Edition, Prentice Hall, 2001; Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), pp. 32-58; 박찬표, 양원제의 이론과 실제, 입법조사연구 제251호, 국회도서관, 1998. 6, 98-105면

130) 미국에서 양원제의 또 다른 배경은 대중민주주의에 대한 경계였다. 수적으로 소수이지만 부유한 지배계층이 수적으로 다수이지만 열악한 위치에 있는 민중의 광범위한 정치 참여에 대하여 경계를 하였던 것이다. 상원은 이러한 민중의 직선이 아니라 주의회에서 간접적으로 선출하여 교육받고 재산을 가진 사람이 상원에 진출하도록 하여 자신들의 이익을 보호하고자 하였던 것이다. 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 99면.

131) 페더럴리스트 페이퍼, 62번.

132) Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), p. 34.

133) 페더럴리스트 페이퍼, 그러나 나중에 설명하는 것처럼, 세입관련법률안이, 점차 관행적으로 상원에게도 인정되더니 급기야 공식적으로 상원에게 인정되었다.

우선 그 변화의 가장 큰 동인은 사회의 구조변화이다. 건국당시 미국은 농업이 주산업이었던 농업사회였다. 따라서 주민의 생활근거와 반경은 지역단위였으며, 이에 따라 정책도 지역단위의 정책결정이 중요하였으며, 주정부와 주의회의 권한이 매우 중요하였다. 그러나 시간이 흐름에 따라 공업이 주산업인 산업사회가 있었다. 따라서 이제 주민의 생활근거와 반경은 지역을 넘어 대륙전역이 되어 갔으며, 이에 따라 정책도 연방단위의 정책결정이 중요해졌다. 교통과 통신의 발달은 연방의 경제개입을 정당화해주었다. 그리고 미국의 힘은 강대해져 미국내를 넘어 전세계적인 '세계경영'을 하게 되었다.[134]

이러한 사회구조의 변화는 연방과 주의 권력관계 뿐 아니라 상하원의 권력관계에도 일부 영향을 미쳤다. 외교에 관한 권한과 집행에 관한 권한에 개입할 수 있는 권한을 가진 상원이 하원에 비하여 상대적으로 강한 권한을 갖게 된 것이다. 헌법상 유일하게 하원이 상원보다 우위를 점하게 된 계기가 된 세입관련법률안의 발의가, 점차 관행적으로 상원에게도 인정되더니 급기야 공식적으로 상원에게 인정되었다.[135]

한편 대중민주주의가 도래하였다. 건국 당시 수적으로 소수이지만 부유한 지배계층이, 수적으로 다수이지만 열악한 위치에 있는 민중의 광범위한 정치 참여를 경계하여 상원의 설치를 주장하였다. 상원은 이러한 민중의 직선이 아니라 주의회에서 간접적으로 선출하여 교육받고 재산을 가진 사람이 상원에 진출하도록 하여 자신들의 이익을 보호하고자 하였다. 그런데 상원이 이와 같은 역할에 충실하여, 최초 의도의 '계몽된 보수주의자'가 아니라 시대에 역행하는 반동집단으로 변질되어 20세기 초 상원개혁이 추진되어 마침내 1913년 헌법을 개정하여 상원의원 선출방식을 주의 주민에 의한 직선제로 변경하였다(수정헌법 제17조). 이러한 상원의원 선출방식 변경은 상원에 큰 영향을 끼쳤다. 첫째, 하원과 상원이 동일한 민주적 정당성을 가지게 되었다. 둘째, 상원의원은 주의 대리인이라는 지위를 넘어서는 존재가 되었다.[136]

그리하여 현재의 상하원의 규모, 임기, 헌법적 책임, 선출방식 등은 다음과 같다. 하원의 구성원은 국민의 직선에 의하여 선출된다. 하원의원의 임기는 2년이며, 선거구는 상대적으로 협소한 지역단위이다. 하원은 법안을 발의할 수 있다. 한 원을 통과한 법안은 다른 원에서 동일한 내용으로 통과되어야 법률로 성립될 수 있다.

상원의 구성원은 주의 주민에 의한 직선제로 선출한다(수정헌법 제17조). 상원의원의 임기는 원칙적으로 6년으로, 2년에 3분의 1씩 개선한다. 상원도 법안을 발의할 수 있다. 상원을 통과한 법안은 하원에서 동일한 내용으로 통과되어야 법률로 성립될 수

134) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 103면.
135) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 103-104면.
136) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 101-103면.

있다. 외교문제에 관한 권한과 행정부에 관한 권한을 가지고 있다.

요컨대 미국은 원칙적으로 상원과 하원의 입법권이 동등하게 입법권을 나누어 갖고, 주나 정당이 상원의원에 미치는 영향력이 미미하며, 권력분립 체계아래에서 입법부의 한 부분을 구성하므로, 하원과 마찬가지로 상원도 행정부로부터 독립적으로 정책결정을 한다.[137]

(2) 독일[138]

독일연방공화국의 입법기관은 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat)으로 구성되어있다. 이의 구성과 권한, 운영 등 기본적인 사항은 기본법 제38조에서 제53조까지에서 규정하고 있다.

연방참사원은 16개 연방주[139]를 대표하는 기관으로서, 주가 연방과 유럽연합에 대하여 영향력을 행사하는 매개체로서 기능하며, 독자적 결정보다는 통제기능을 수행한다. 구체적으로 연방참사원은 연방 또는 유럽연합과 관련된 주의 이익을 방어하는 기능을 수행하며, 연방 또는 유럽연합의 입법과 행정에 주의 정치적, 행정적 경험을 통합할 수 있도록 기능을 수행한다.[140]

기본법 제51조 제1항에 따르면, 연방참사원은 '주정부가 임면하는 주정부의 구성원'으로 구성된다. 구성원은 주정부의 타 구성원에 의하여 대리될 수 있다. 연방참사원은 주의 이익을 대표하는 기관으로서 주정부의 소속인 또는 대표자가 구성원이 된다. 이는 주정부가 임면권을 갖는다. 주정부의 총리나 장관, 시장이나 상원의원 또는 주의 내각 사무처나 국가평의회로 이루어져 있다.

연방참사원에서 각 주는 동등한 수로 참여하지 않고, 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성된다. 이에 관하여 현행 기본법 제51조 제2항은 "각 주는 적어도 3개의 투표권을 가진다. 인구 200만을 초과하는 주는 4개의 투표권을, 인구 600만 초과하는 주는 5개의 투표권을, 인구 700만을 초과하는 주는 6개의 투표권을 가진다"고 규정하고 있다. 인구수에 정비례하는 것이 아니라, 다른 요소까지 감안하여 각 주당 3-6표

---

137) Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Id.(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), pp. 32-33.

138) 이에 관해서는 임성진, 독일의 연방주의식 지역대표체계, 한국지방정치학회보 제1권 제2호, 한국지방자치학회, 2007, 35-51면; Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), pp. 59-92.

139) 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 베를린, 브란덴부르크, 브레멘, 함부르크, 헷센, 메클렌부르크-훠포먼, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 자르란트, 작센, 작센-안할트, 슐레스비히-홀슈타인과 튀링엔으로, 기본법 서문에 나열이 되어 있다.

140) http://www.bundesrat.de/cln_179/nn_11012/EN/funktionen-en/funktionen-en-node.html?__nnn=true.

를 부여하고 있는 것이다. 1990년 통일조약에 따라 인구 7백만명 이상의 대규모 주는 과거의 5표에서 6표로 늘어났다. 그 후 인구가 6백만이 넘은 헤센주도 4표에서 5표로 늘어났다. 전체 표결권수는 69표이다. 헌법개정처럼 전체 투표의 3분의 2이상 동의가 필요한 경우를 제외하고는 일반적으로 연방참사원에서 의사결정을 위해서 과반수인 35표 이상이 필요하다.[141]

각 주는 투표권과 동수의 구성원을 파견할 수 있다. 그리고 한 주의 투표권은 통일적으로, 그리고 출석구성원 또는 그의 대리인에 의하여 행사될 수 있다(기본법 제51조 제3항).

독일에서 모든 법률은 연방참사원의 과반수이상의 동의를 얻어야 하기 때문에(52조 제3항), 연방참사원의 이해와 일치하지 않는 법안이 통과되기는 쉽지 않다. 주의 재정이나 행정권과 관련된 법안과 같이 주의 중요한 이익과 관련된 법안은 반드시 연방참사원의 동의를 거쳐야 한다.

연방참사원에 참석하는 주구성원은 통일적으로 투표해야 하기 때문에, 한 주의 구성원이 개인적으로 다르게 투표하는 행위는 위헌 무효이다. 주단위로 오직 찬성, 반대, 기권만을 행사할 수 있다.[142]

연방의회는 국민의 선거에 의하여 선출된 국민전체의 대표자인 임기 4년의 의원으로 구성한다(제38조, 제39조). 이에 대한 선거권은 만18세 이상의 국민이 갖고, 피선거권은 성년이 된 자가 갖는다(제38조 제2항). 연방의회 의원의 임기는 원칙적으로 4년이다. 그리고 연방의회의 의장은 연방의회에서 선출한다(제40조 제1항).

연방의회와 연방참사원의 권한은 다음과 같이 배분된다. 연방의회는 입법권, 행정에 대한 통제권 등을 갖는다. 이미 설명한 것처럼, 연방참사원은 지방이 연방에 대하여 영향력을 행사하는 매개체로서 기능하며, 독자적 결정보다는 통제에 중점을 둔다. 연방법률 제정권은 연방의회와 연방참사원이 함께 가지고 있다. 법률안 제출권은 일정 수 이상의 연방의회의원, 연방참사원, 연방정부가 보유한다. 연방정부제출 법률안은 연방참사원의 심의를 거치게 되고, 연방참사원의 법률안은 연방정부를 경유하여 연방의회에 제출된다. 연방참사원은 법률안을 둘러싼 연방의회와의 이견을 조정하기 위하여 연방참사원 · 연방의회 대표로 구성되는 '조정위원회'의 소집을 요청할 수 있고, 연방참사원의 동의가 필요한 경우, 연방의회 및 연방정부도 동 위원회 소집을 요청할 수 있다(제53a조).

연방참사원은 연방의회의 입법권에 협력하는 것 외에 연방정부의 행정에 협력하는 행정상의 권능을 부여하였다. 정부에 의하여 제정되는 법규명령 중 주의 이해에 영향

141) 임성진, 앞의 논문(독일의 연방주의식 지역대표체계), 45-46면.
142) 임성진, 앞의 논문(독일의 연방주의식 지역대표체계), 47면.

을 미치는 특정한 법규명령은 상원의원의 동의를 요한다. 또한 주가 고유사무 또는 위임사무로서 연방법을 집행할 경우, 그 관청의 조직 및 절차는 주가 정하지만 연방정부는 일반행정규칙을 발하여 관청의 내부규율에 지시를 내릴 수 있는데 이 일반행정규칙을 발할 때 연방참사원의 동의가 필요하다.[143]

(3) 남아프리가 공화국

남아프리카 공화국은 1996년 헌법을 제정하였다. 의회는 국민회의와 연방의회로 구성되었다(제42조).

연방의회는 중앙정부에서 각 주의 이해가 충분히 고려되도록 보장하기 위하여 각 주를 대표한다. 주별로 10명으로 구성된 상원의원단으로 구성된다(제60조). 각 주는 상원의원단장이 해당 주를 대표해 행사하는 1개의 투표권을 가진다(제65조). 국내 입법절차에 참여하며, 주에 영향을 미치는 사안의 공개적 검토를 위한 국가포럼을 개최한다(제42조).

국민회의는 국민을 대표하고 국민에 의한 정치를 보장하기 위해 선출된다(제42조). 18세 이상 국민에 의해 선출된 350명 이상 400명 미만의 남녀로 구성된다(제46조). 5년의 임기제를 원칙으로 하되 의회가 조기 해산되어 새로운 선거가 실시될 때까지 임기가 보장된다(제49조). 대통령을 선출하고, 국가포럼을 개최하며, 법률을 의결하고, 행정조치를 검토하고 감독하는 권한을 갖는다(제42조, 제86조).

(4) 프랑스

전통적으로 중앙집권제 국가인 프랑스는 2003년 헌법개정을 통하여 분권국가를 지향하는 헌법의 틀을 만들었다. 프랑스 헌법 제1조는 “프랑스는 비종교적 · 민주적 · 사회적 · 불가분적(indivisible) 공화국이다. 프랑스는 출신 · 인종 · 종교에 따른 차별 없이 모든 시민이 법률 앞에서 평등함을 보장한다. 프랑스는 모든 신념을 존중한다. 프랑스는 지방분권으로 이루어진다”고 규정하여 이를 분명히 하였다. 프랑스의 의회는 국민의회와 상원(Sénat)으로 구성된다(제24조 제2항).

상원의원의 수는 348인을 초과할 수 없으며, 간접선거에 의해 선출된다. 상원은 공화국의 지방자치단체들을 대표하여 구성된다(제24조 제4항). 상원의원이 간접선거에 의하여 선출된 지방자치단체의 대표로 구성되었더라도, 표결권은 각 의원에게 있고, 모든 강제위임은 무효이다(제27조 제1항, 제2항). 의회의 의사일정은 제28조의 마지

143) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 109면.

막 3개항(제2항 · 제3항 · 제4항)과 별도로, 양원이 각각 결정하는 등(제48조 제1항), 양원이 각각 독립적으로 운영된다.

국민의회의원의 수는 577인을 초과할 수 없으며, 직접선거에 의해 선출된다(제24조 제3항). 양원 모두 입법권이 있다(제24조). 동일한 법률을 채택하기 위해 모든 정부제출 법안 및 의원발의 법안은 양원에서 차례로 심의한다. 제40조나 제41조의 적용과 상관없이, 모든 수정안은 제출된 법안이나 다른 원에서 회부된 법안과 직·간접적인 관계가 있을 경우, 1차 독회에서 수리될 수 있다(제45조 제1항). 양원간의 이견으로 인하여 정부제출 법안 또는 의원발의 법안이 각 원에서 2차 독회(lecture)를 거친 후에도 채택되지 아니하거나, 또는 각 원의 1차 독회 후 양원 의장단의 공동 반대없이 정부가 신속진행절차를 사용하기로 결정할 경우 또는 의원발의법안일 경우에는 양원 의장이 공동으로 토의중인 조항에 대한 법안제출을 담당할 양원동수위원회(兩院同數委員會, commission mixte paritaire)를 소집할 권한을 갖는다(제45조 제2항). 정부는 각 원에 양원동수위원회에서 작성된 의안을 채택하도록 부의할 수 있다. 정부의 동의 없이 어떠한 개정안도 접수될 수 없다(제45조 제3항). 양원동수위원회가 공동의안을 채택하지 못하거나 그 의안이 전 항에서 정하는 바에 따라 가결되지 아니하면, 정부는 상원과 국민의회에서 각기 다시 독회를 한 후 국민의회에서 최종적으로 의결할 것을 요구할 수 있다. 이 경우에 국민의회는 양원동수위원회에서 작성한 의안 또는 국민의회에서 의결한 의안을 경우에 따라서는 상원에서 채택된 1개 또는 수개의 개정안으로 수정하여 재심의할 수 있다(제45조 제4항). 한편 헌법에서 조직법의 성격을 부여하는 법률의 의결절차는 제46조에서 정하고 있다.

한편 “헌법위원회는 9명의 위원으로 구성되고, 그 임기는 9년이며 연임할 수 없다. 헌법위원회는 3년마다 3분의 1이 갱신된다. 대통령· 국민의회의장 · 상원의장이 각각 3인의 위원을 임명한다(제56조 제1항)”고 규정하여, 국민의회의장과 상원의장이 헌법재판을 담당하는 헌법위원회의 위원 중 3인씩을 임명할 수 있는 권한이 있다.

(5) 이탈리아[144)]

이탈리아는 입헌군주제가 성립되면서 왕족과 국왕이 임명하는 종신직의 비선출직 의원으로 구성된 상원과 국민에 의하여 직선되는 하원으로 구성되는 양원제가 도입되었다. 이후 파시스트 체제 하에서 하원이 폐지되는 등 의회정치의 암흑기를 맞게 된

144) Claudio Lodici, Parliamentary Autonomy: Italian Senato, Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Senates: Bicameralism in the Contemporary World, Ohio State University, 1999, pp. 225-259.

다. 현재의 의회제도는 제2차 세계대전 이후 제도적으로 설계되었다.[145] 현재는 완전한 의미의 상원(Senato della Repubblica)와 하원(Camera dei deputati)로 구성되어 있다.

상원은 국민에 의해 선출된 5년 임기의 315명 의원과 전직대통령, 사회·학문·예술·문학 등 의 영역에서 뛰어난 업적을 쌓아 국위를 선양한 시민 중에서 공화국 대통령에 의하여 임명된 종신직 의원(1999년 당시 9인)으로 구성된다.[146] 상원의원 의석수는 지역적 기준에 의하여 배분된다. 이탈리아의 20개 주 아주 드문 예를 제외하고는 원칙적으로 적어도 7인 이상의 의석수를 가지고 있다(몰리세Molise가 2석, 발레다오스타Valle d'Aosta가 1석). 주에 의석을 배분할 때에는 제56조에 따라 전체 몫과 최대 나머지를 토대로 최근 총인구조사에 따라 주의 인구에 비례하여 배정한다.(헌법 제57조).[147] 원칙적으로 한 지역의 의석 중 4분의 3의 의석은 승자독식에 의하여 배분되고, 4분의 1은 득표수에 따라 배분된다. 상원의원은 25세에 달한 선거권자의 보통 · 직접선거로 선출한다. 40세에 달한 선거권자는 상원의원으로 선출될 수 있다(제58조).

하원은 직접·보통선거로 선출한다. 하원의원 수는 630명이고, 그중 12명은 해외 선거구에서 선출한다. 선거일 현재 25세에 달한 유권자는 하원의원이 될 수 있다. 해외 선거구에 할당된 의석수를 제외하고 선거구에 의석을 분배할 때는, 가장 최근의 총인구조사에 나타난 국민수를 618로 나누고, 전체 몫과 최대 나머지를 토대로 모든 선거구의 인구에 비례하여 의석을 배정한다(헌법 제56조).

이탈리아의 상원과 하원은 거의 같은 입법권과 수상 및 각료 임명 동의권을 가지고 있다.[148]

비교법론적으로 보았을 때, 이탈리아 의회는 미국의 의회와 비견될 수 있는 강력한 권한을 가지고 있다. 구체적으로 살펴보면, 입법 기능은 양원이 공동으로 행사한다(제70조). 행정부, 의원, 개헌 법률로 권한을 부여받은 기관은 법안을 제출할 수 있다(제71조). 헌법 및 선거, 입법의 위임, 국제조약의 비준의 승인, 예산 및 결산에 관한 법

---

145) Cazzola, 1974; Cotta, 1979; Manzella, 1977; Sartori, 1963; 이상 Quoted in Claudio Lodici, *Id.*(Parliamentary Autonomy: Italian Senato), p. 225; 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 119-120면.

146) 헌법 제59조 전직 대통령은 스스로 포기하지 않는 한 당연직 종신 상원의원이다. 대통령은 사회, 과학, 예술, 문학 분야에서 탁월한 업적을 통해 국가를 빛낸 국민 5명을 종신직 상원의원으로 임명할 수 있다.

147) 이에 관해 자세한 것은 Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), p. 238.

148) 구체적인 입법권에 관해서는 Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), pp. 235-236.

률안에 대해서는 일반절차에 따른다(제72조). 법률은 대통령에 의해 공포되며(제73조) 경우에 따라 대통령은 재심의를 요청할 수 있다(제74조).

이탈리아의 양원제는 '동등'하고 '완벽'한 양원제로 알려져 있다.[149] 상원과 하원은 동일하게 국민의 직선에 의하여 선출된다. 다른 점이라면, 첫째, 상원에는 전직대통령, 사회 · 과학 · 문화 · 예술 등 각 분야의 공헌자로서 공화국 대통령에 의하여 임명된 종신직 의원이 있다는 점, 둘째, 상원의원은 40세가 되어야 피선거권이 있는 반면에 하원의원은 25세면 피선거권이 있다고 규정하여, 피선거권의 연령이 차별적이라는 점 등이다. 이러한 측면에서 이탈리아의 상원과 하원은 본질적인 차별성이 없다는 것이 일반적인 평가이다.

(6) 일본[150]

메이지 유신 이후 귀족원과 중의원으로 구성된 제국의회가 설치되었다. 제국의회는 입법기관이 아니라 참여기관에 불과하였고, 귀족원을 설치한 이유는 다수의 민중으로부터 소수의 특권계급의 이익을 지키고자 하는 목적이었다.[151]

일본이 근대적 의미에서 민주주의를 확립하게 된 계기는 제2차 세계대전 패전이후에 미군정에 의해서였다. 당시 일본은 귀족원을 그대로 유지하기를 희망하였고, 연합국사령부는 귀족원을 폐지하고 단원제로 변경하기를 희망하였다. 이러한 서로 다른 희망은 양원제를 유지하되, 특권층 중심의 귀족원을 국민이 선출하는 의원으로 구성하는 참의원으로 그 성격을 변화하는 것이었다.[152]

현행 일본 헌법도 제42조에서 "국회는 중의원(衆議院) 및 참의원(參議院)의 양원으로 구성된다"고 라고 규정하여 양원제를 채택하고 있다(제42조). 국회는 국권의 최고기관이다(제41조).

양원의 의원정수는 법률로 정하는데(제43조 제2항), 현재 참의원의 의원 수는 252명이다. 양원은 전 국민을 대표하는, 선거를 통하여 선출된 의원으로 조직한다(제43조 제1항). 이 가운데 152명은 현에서 선출되고 나머지는 전국에서 선출된다. 참의원 의원은 6년 임기로 선출되며, 3년마다 의원의 반수를 새로 선출한다(제46조).

반면 현재 중의원은 129개 선거구에서 선출된 511명의 의원으로 구성되어 있다. 중의원 의원의 임기는 4년이며, 다만, 중의원 해산의 경우에는 임기 만료 전에 종료

149) Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), p. 236.
150) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 119-121면.
151) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 119-120면.
152) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 120면.

한다(제45조). 누구든지 동시에 양원의 의원이 될 수 없다고 규정하여 양원의 겸직을 금지한다(제48조).

국회는 국가의 유일한 입법기관으로 입법권을 가진다(제41조). 양원은 각각 그 총의원 3분의 1 이상이 출석하지 아니하면 개의하여 의결할 수 없다. 양원의 의사(議事)는 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 출석의원의 과반수로 결정하고 가부동수인 경우에는 의장이 결정하는 바에 따른다(제58조).

법률안은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 양원에서 가결되었을 때 법률로서 성립된다(제59조 제1항). 그런데 중의원에서 가결되었으나 참의원에서 이와 다른 의결을 한 법률안이 중의원에서 출석의원 3분의 2 이상으로 다시 가결되었을 때는 법률로서 성립된다(제59조 제2항). 제2항의 규정은 법률이 정하는 바에 따라 중의원이 양원의 협의회를 열도록 요구하는 것을 방해하지 아니한다(제59조 제3항).

예산의 승인에 있어서도 중의원이 우월하다(제60조). 예산은 먼저 중의원에 제출하여야 하며(제60조 제1항), 예산에 관하여 참의원에서 중의원과 다른 의결을 한 경우에 법률이 정하는 바에 따라 양원의 협의회를 열어도 의견이 일치하지 않을 때 또는 중의원이 가결한 예산을 참의원이 이송 받은 후 국회 휴회기간을 제외하고 30일 이내에 의결하지 않을 때에는 중의원 의결을 국회의 의결로 한다(제60조 제2항).

요컨대 일본의 양원제는 양원 모두 국민이 선출하는 의원에 의하여 구성하는 의원으로 구성되지만, 중의원의 우월성이 보장된다. 그러나 일반법률안의 경우 중의원은 3분의 2 이상으로 다시 가결되었을 때만 참의원의 의결을 누를 수 있다. 입법권에 있어서 중의원과 참의원의 권한은 대등하지는 않지만 중의원에 대해 효과적인 견제를 할 수 있는 것이다.[153]

4. 우리나라에서 양원제[154]

(1) 약사 및 헌법제정 작업 당시의 논의

우리 헌정사에서 양원제는 헌법제정 작업 때 이미 도입이 진지하게 검토된 바 있고, 1952년 제1차 개헌 때 제도가 도입되었으며, 제2차 개정헌법 당시에도 그 제도가 존치되었으나 실제 시행되지 못하다, 제3차 개정헌법이 시행된 후에야 비로소 제도가 시행되었다. 그러나 5·16 쿠데타로 더 이상 지속되지 못하였다.

헌법초안을 만들기 위하여 구성된 헌법기초위원회는 유진오 원안과 권승렬 참고안

153) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 121면.
154) 이 부분은 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 26-29면 참고.

을 중심으로 토의를 하였는데, 두 안 모두 양원제국회를 내용으로 하고 있었다. 그러나 헌법기초위원회의 토의과정에서 단원제국회를 강력히 주장하고 나선 이승만 국회의장과 그 동조세력 때문에 타협과 절충이 불가피 하였다. 결국 이승만의 주장이 받아들여져 단원제 국회를 내용으로 하는 절충안이 만들어져 6월 28일 국회본회의에 상정되었다.[155]

(2) 1952년 제1차 개헌에서 양원제 채택

마침내 1948년 7월 17일 단원제국회를 내용으로 하는 제헌헌법이 제정·공포되었다. 잘 알려진 것처럼 제헌헌법은 그 시행 초기부터 정치생활의 큰 흐름을 규범적으로 주도하지 못하고, 오히려 정치세력에 의해서 농락당하는 중대한 시련과 도전에 직면하였다. 1950년 제2대 국회의원총선거에서 이승만 대통령 반대세력이 압도적으로 승리하여 국회다수의석을 차지하게 되었다. 이에 자극받은 이 대통령은 국회에서 재선을 기대할 수 없게 되자 장기집권을 위한 포석으로 정 · 부통령 선거방식을 국회의 직접선거로 개정하고, 양원제국회를 골자로 하는 개헌안을 1951년 11월 국회에 제출했다. 그러나 이 개헌안은 1952년 1월 국회의 표결에서 야당의 반대로 부결되었다.[156]

야당은 유리해진 국회의석분포를 이용하여 숙원이었던 의원내각제로의 개헌을 추진하기 위하여 1952년 4월 국회에 개헌안을 제출하였다. 정부·여당은 이때부터 대통령 직선제개헌을 내용으로 하는 개헌안을 다시 1952년 4월에 국회에 제출하였다. 정부와 여당은 이때부터 대통령 직선제개헌을 관철하기 위하여 국회의원을 폭력으로 위협하고 연금하는 등 공표분위기를 조성하는 파행을 일삼으며 여당개헌안에 야당개헌안을 가미한 이른바 발췌개헌안을 국회에서 통과시켰다.[157] 이로써 제1차 개헌을 통하여 양원제가 도입되었다.

(3) 제3차 개헌과 양원제의 실시

국회가 결의한 시국수습방안에 따라 국회는 헌법개정기초위원회를 구성해서 한달 남짓한 작업 끝에 6월 초 의원내각제를 골격으로 하는 헌법개정안을 마련해서 국회에 제출했다. 이 개헌안은 6월 15일 국회본회의에서 이 헌법개정안이 압도적인 찬성

155) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010, 99면.
156) 허영, 앞의 책(한국헌법론), 102면.
157) 허영, 앞의 책(한국헌법론), 102-103면.

으로 통과되고 같은 날 공포되었다.[158]

이와 같은 제3차 개헌 헌법은 효과적인 권력통제를 위한 의원내각제와 함께 참의원과 민의원으로 구성되는 양원제국회를 내용으로 하였다(제31조).

양원은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀투표에 의하여 선거된 의원으로써 조직한다(제31조 제1항). 누구든지 양원의 의원을 겸할 수 없다(제31조 제2항). 그리고 민의원의원의 정수와 선거에 관한 사항은 법률로써 정하도록 한 반면에(제32조 제3항), 참의원의원은 특별시와 도를 선거구로 하여 법률의 정하는 바에 의하여 선거하며 그 정수는 민의원의원정수의 4분지 1을 초과하지 못하도록 규정하였다(제32조 제4항).[159]

이렇게 선출된 민의원의원의 임기는 4년으로 하는 반면,[160] 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 2분의 1을 개선하도록 하였다(제33조).

민의원과 참의원은 각각 독립하여 운영한다. 따라서 각각 의장 1인, 부의장 2인을 선거한다(제36조 제1항, 제2항, 제37조 제1항, 제38조 참고). 다만 양원합동회의 때는 참의원의장이 의장이 된다(제36조 제3항). 이로써 형식적으로 참의원이 민의원보다 우위에 있는 것으로 인정되어 있는 것으로 보인다. 그러나 실제 권한을 보면, 민의원이 참의원보다 우위에 있다.

우선 민의원과 참의원은 법률안제출권(제39조), 예산안심의권(제41조), 헌법에서 정한 조약에 대한 비준과 선전포고에 대한 동의권(제42조), 국정감사권(제43조), 탄핵소추발의권(제46조) 등의 권한을 가진다.

한편 참의원은 대법관, 검찰총장, 심계원장, 대사, 공사 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 인준권을 가지기도 한다(제40조의2). 그러나 법률안과 예산안은 먼저 민의원에 제출하여야 하고(제36조 제1항), 참의원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일 이내에, 예산안은 20일 이내에 의결하지 아니할 때에는 이를 부결한 것으로 간주한다(제39조). 나아가 국회의 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 민의원의 재의에 부하고 각원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 하며, 예산안에 관하여 참의원이 민의원과 다른 의결을 하였을 때에는 민의원의 재의에 부하고 그 새로운 의결을 국회의 의결로 한다(제37조 제2항, 제3항).

그리고 이 헌법에 따라 선거법을 개정한 후, 민의원선거와 참의원선거를 실시해서

158) 허영, 앞의 책(한국헌법론), 106면.

159) 민의원은 소선거구제의 상대다수대표선거제에 따라 233명의 의원을, 참의원은 서울특별시와 도를 단위로 하는 중선거구 또는 대선거구제에 따라 58명의 의원을 선출하도록 규정하였다.

160) 단, 민의원이 해산된 때에는 그 임기는 해산과 동시에 종료하도록 규정하였다.

양원제국회를 구성하였다. 민의원은 소선거구제의 상대다수대표선거제에 따라 233명의 의원을, 참의원은 서울특별시와 도를 단위로 하는 중선거구 또는 대선거구제에 따라 58명의 의원을 선출하였다.[161]

5. 제도설계

(1) 양원제와 정부형태의 관계

양원제와 의원내각제 및 대통령제라는 정부형태와 어떠한 관련성이 있는 것인가? 경험적 연구는 양자간에 별 연관성이 없다는 것을 보여준다. 의원내각제의 모국인 영국의 경우 양원제라고 하기 어려울 정도로 상원의 기능이 미미하다. 한편 의원내각제를 취하고 있는 독일이나 일본은 그들의 역사와 현실적 필요에 따른 양원제를 운영하고 있다.

대통령제의 전형인 미국의 경우 양원제의 모범을 보여준다. 국민의 직선이 아닌 양원합동회의에서 선출되는 대통령이 국정을 이끄는 대통령제(이탈리아 헌법 제83조)를 취하고 있는 이탈리아도 양원제를 운영하고 있다. 반면 우리나라와 같이 대통령제를 취하는 많은 나라에서는 단원제를 취하고 있다.[162]

이원집정부제를 취하고 있는 프랑스도 양원제를 취하고 있다.

이렇게 보았을 때, 양원제는 의원내각제와 친하며, 대통령제를 취하고 우리의 경우 고려할 바가 못 된다는 주장은 그리 설득력이 있는 것이 아니다. 즉, 정부형태와 양원제는 무관하다.

(2) 양원제와 정당제도의 관계

양원제를 채택하고 있는 모든 나라에서 직면해 있는 당면과제 중 하나가, 하원과 상원이 견제와 균형을 이루는 기능적 권력분립을 구조적으로 구현하고자 하였으나, 정당을 매개로 하원과 상원의 권력이 융합되는 현실에 어떻게 대응하여야 할 것인지 하는 것이다.[163] 특히 이 과제는 정당의 규율이 강하여 원내 표결에 지대한 영향을 미치는 나라에서 심각한 고민 중 하나이다.

---

161) 허영, 앞의 책(한국헌법론), 107면.

162) Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), *Id.*(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), p. 10.

163) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 124면.

이러한 우려를 기반으로, 우리나라의 경우 지역대표성의 실현을 위해서는 직선제보다는 지방의회에 의한 간선제 또는 지방정부에 의한 임명제를, 인구비례에 따른 차등적 대표보다는 각 지역별 동등한 수의 대표로 구성하는 것이 타당하다는 주장도 제기되고 있다.[164]

우리의 경우, 과거보다 많이 나아졌지만 아직도 정당이 인물중심으로 이합집산하고, 사당화되고 있는 것이 현실이어서, 지역대표형 상원제도 설계에 있어 이에 대하여 심각하게 논의를 하여야 할 것이다. 만약 이러한 문제에 제대로 대처하지 못한다면, 다른 모든 것이 이상적으로 설계된다고 하여도 지역대표형 상원제는 제대로 기능하지 못할 것이다. 이러한 측면에서 정당을 매개로 하원과 상원의 권력이 융합되지 않도록 제도를 설계하여야 한다.

(3) 각주의 동등한 수의 대표로 구성하는가, 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성되는가, 그리고 의원수

가장 먼저 각 주의 동등한 수의 대표로 구성할 것인가, 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성할 것인가가 문제된다.

각 주의 동등한 수의 대표로 구성하는 것은 다른 외생변수가 같다면, 가장 지역대표에 충실한 방법이다. 한편 인구비례에 따른 차등적 대표로 구성할 경우, 민주적 정당성에는 충실하지만 지역대표형 상원에 충실한 것은 아니다.

전자의 방법에 매우 충실한 형태가 이미 살펴본 미국이다. 그리고 후자에 매우 충실한 형태는 이탈리아이다. 독일은 후자를 기본으로 하되, 편차를 줄이는 방법을 사용하고 있다. 독일은 주의 크기가 최고 30배까지 나지만, 의석은 3-6석으로 2배 정도 밖에 나지 않는다.

우리나라의 경우 지역대표성의 실현을 위해서는 인구비례에 따른 차등적 대표보다는 각 지역별 동등한 수의 대표로 구성하는 것이 타당하다는 주장이 있다.[165] 그리고 좀 더 구체적으로, 지방자치단체장이 지방의원 중 상원의원을 지명하고 지방의회가 이를 인준하는 방식을 따른다면, 지방대표성과 소수지역이해의 보호라는 상원의 설치목적을 잘 달성할 수 있을 것이라 제안한다. 그리고 이러한 지역대표형 상원의 설치는 앞으로 남북한 연방제에 의한 통일의 제도적 기초가 될 수 있을 것이 주장하고 있다.[166]

그러나 이러한 주장에는 다음과 반론이 있다. 현재 지방의원선거와 지방자치단체장

164) 박찬표, 앞의 책(한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각), 292면.
165) 박찬표, 앞의 책(한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각), 292면.
166) 박찬표, 앞의 책(한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각), 293면.

선거에 정당이 공천을 하고 이러한 공천을 받은 사람이 대부분 당선되므로, 이러한 간선제 또는 임명제가 정당을 매개로 중앙정치의 영향력을 벗어날 수 없어 지역을 대표할 수 있는 사람을 선출하는데 근본적인 한계로 작용할 수 있는 문제가 있으므로, 대선거구제를 전제로 한 직접선거에 위한 지역별 균등배분이 타당하다는 것이다. 현재의 광역시와 도를 선거구로 하여 상원의원을 구성하되, 현재 국회의 비례대표제는 폐지할 것을 제안하는 견해도 기본적으로 동일한 논리이다.[167]

지역대표형 상원의 본질에 충실하기 위해서는 전자의 견해가 타당하다고 생각하지만, 민주적 정당성의 요청을 완전히 극복할 수 있을지, 더구나 인구의 지역불균형이 매우 심한 우리 현실에서 이와 같은 견해가 받아들여질 수 있는지 의문이다. 이에 대한 해결은 앞으로의 과제이다. 헌법개정론의 차원에서는 이와 같은 내용을 법률에서 규정하도록 개방적으로 규정하는 것이 타당하다.

의원의 수에 관하여 살펴본다. 비교법론적으로 보면, 상원의원의 수가 하원의원의 수보다 적은 것이 일반적이다. 이미 살펴본 미국의 경우 2010년 현재 하원의원수는 435명인 반면, 상원의원수는 100명이며, 독일의 경우 2010년 현재 하원의원수는 622명인 반면, 상원의원수는 69명이다. 프랑스의 경우 상원의원수는 348명을 넘을 수 없고, 국민의회의원의 수는 577명을 넘을 수 없도록 규정하고 있다. 이탈리아의 경우 2010년 현재 하원의원수는 630명인 반면, 상원의원수는 315명이며, 일본의 경우 2010년 현재 민의원수는 511명인 반면, 참의원수는 252명이다. 이는 상원이 국민의 대표성보다는 상원을 둔 목적에 부합하는 의원을 선출하여 상원의 질을 유지하는데 중점이 있기 때문이라고 할 수 있다.[168]

우선 헌법개정론의 차원에서 헌법의 유연성을 높이기 위하여 헌법에서 일률적으로 몇 명의 의원수를 결정하는 것보다는, 몇 명 이상 몇 명 이하로 상한과 하한을 설정하고, 법률에서 구체적인 의원수를 결정할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그리고 상원이 지역대표형으로 설계된 것을 전제로, 이러한 목적에 부합하도록 하원보다는 소수의 의원을 선출하는 것이 바람직하다. 제3차 개정헌법을 시행하면서 233명의 민의원을, 58명의 참의원을 선출한 것은 좋은 시사가 될 것이다.

이와 같은 결론에서 이 보고서의 헌법개정안에서는 민의원의원수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 하고, 참의원의원수는 법률로 정하되, 민의원의원의 3분의 1 이상을 초과하지 못하도록 규정하였으며, 그 밖에 양원의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다.

---

167) 윤대규, 왜 개헌인가, 한울, 2005, 99-100면.
168) 박찬표, 앞의 논문(양원제의 이론과 실제), 123-124면.

(4) 주에 의하여 선출되어야 하는가, 주민에 의하여 직선되어야 하는가

다음 주에 의하여 선출되어야 하는가, 주민에 의하여 직선되어야 하는가가 문제된다. 상원의원을 주에 의하여 선출할 경우 주정부와의 연관성이 높아져 지역대표제에 충실하지만, 민주적 정당성이 떨어지는 단점이 있다. 반면 주민에 의하여 직선하게 되면, 민주적 정당성이 높아지는 장점이 있는 반면 주와의 연관성이 떨어져 지역대표제에 충실하지 않은 단점이 있다.

앞서 설명한 것처럼, 미국은 최초에는 상원의 구성원은 주의회에서 간접적으로 선출하였으나, 1913년 헌법을 개정하여 상원의원 선출방식을 주의 주민에 의한 직선제로 변경하였다. 독일은 지역대표제에 충실하도록, 연방참사원을 '주정부가 임면하는 주정부의 구성원'으로 구성한다. 그리고 구성원은 주정부의 타 구성원에 의하여 대리될 수도 있다.

단일국가인 이탈리아는 전직대통령, 사회·학문·예술·문학 등의 영역에서 뛰어난 업적을 쌓아 국위를 선양한 시민 중에서 공화국 대통령에 의하여 임명된 종신직 의원(1999년 당시 9인)을 논외로 한다면, 원칙적으로 상원의원은 주민에 의하여 직선된다. 일본의 경우도 마찬가지다. 그 밖에 호주, 스위스 등이 상원의원을 주민이 직선한다.

우리나라의 경우 지역대표성의 실현을 위해서는 직선제보다는 지방의회에 의한 간선제 또는 지방정부에 의한 임명제가 타당하다는 주장이 있다.[169]

그러나 우리나라의 경우도 상원의원은 주민의 의하여 직선하는 것이 타당하다. 그리고 이러한 주민 직선의 상원이 갖는 단점인 지역대표제에 충실하지 않은 단점은 하원의원과 다른 대표지역을 아우르는 광역 지역구제와 장기의 임기제로 보완하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 이 보고서의 헌법개정안에서는 양원은 국민의 보통 · 평등 · 직접 · 비밀 · 자유선거에 의하여 선출된 의원으로 구성하도록 하도록 규정하였다.

(5) 임기 및 개선제

임기 및 개선을 어떻게 할 것인지도 하나의 쟁점이다. 이미 살펴본 것처럼, 미국의 경우 상원의원의 임기는 6년이고, 2년에 3분의 1씩 개선한다. 독일의 경우 상원의원은 주정부가 임면하는 주정부의 구성원이므로, 특별한 임기와 개선이 없다. 이탈리아의 경우 종신직의원의 예외를 제외하면, 원칙적으로 상원의원의 임기는 5년이고 일괄

169) 박찬표, 앞의 책(한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각), 292면.

적으로 개선한다. 일본의 참의원의원은 6년 임기로 선출하며, 3년마다 의원의 반수를 새로 선출한다. 우리가 다루지 않았던 많은 양원제 채택 국가도 일반적으로 상원의원은 하원의원에 비하여 장기의 임기를 두고, 일괄적인 개선이 아닌 부분 개선제를 취하는 나라가 많다. 그것은 상원이 국정의 안정성을 높이는 기능을 수행하도록 하기 위한 세심한 장치라고 할 수 있다.

이에 대해서는 하원의 임기보다는 장기인 6년 또는 8년으로 하면서 2년마다 3분의 1 내지 4분의 1을 개선한다면, 지역구의 주민의 이해와 소속정당의 구속에서 좀 더 자유롭게 국정을 대국적으로 관망하고 처리할 수 있을 것이라는 주장이 있다.[170]

우리의 경우도 상원의원을 선출직으로 한다면, 하원의원보다 상대적으로 장기의 임기를 설정하고, 부분적으로 개선하는 안이 타당할 것이다. 그렇다면 미국이나 일본과 같이 6년 정도의 임기로 선출하고, 2년에 3분의 1씩 또는 3년에 2분의 1씩 개선하는 것이 구체적인 대안이 될 수 있을 것이다. 우리 제3차 개정헌법 제33조 제2항이 "상원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 2분의 1을 개선한다"고 규정한 것이 시사가 된다. 그런데 다른 공직의 임기와 선거를 고려하여 선거의 빈도를 줄일 수 있는 것이 타당하다고 판단하였을 때, 3년보다는 2년에 한 번 하는 것이 좀 더 낫다고 판단된다. 따라서 이 보고서의 헌법개정안에서는 민의원의원의 임기는 4년으로 하고, 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1씩 선출하도록 규정하였다. 부칙에서는 헌법의 시행 후 최초의 참의원 의원선거에서 선출된 참의원의 3분의 1의 임기는 2년으로, 3분의 1의 임기는 4년으로, 3분의 1의 임기는 6년으로 하되, 이에 관한 자세한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다.

(6) 명령적 위임에 따르는가, 자유위임에 따르는가

상원의원이 명령적 위임에 따르도록 하여야 하는가, 자유위임에 따르도록 하여야 하는가도 하나의 쟁점이다.

미국의 경우 주민에 의하여 직선되는 상원의원이 자유위임에 따라 활동하는 것은 명확하다. 그리고 이탈리아나 일본, 프랑스의 경우도 상원의원은 자유위임에 따라 활동한다. 이탈리아 헌법 제제67조는 "각 의원은 국가를 대표하며 구속력 있는 명령 없이 직무를 수행한다"고 규정하여, 상원의원도 명령적위임을 배제하고 자유위임에 의하도록 명시하고 있다. 프랑스 헌법 제27조 제1항도 "모든 강제위임은 무효"라고 선언하고 있다.

그러나 독일은 이와 관련하여서 "연방참사원은 주정부가 임면하는 주정부의 구성원

170) 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 33면.

으로 구성된다. 구성원은 주정부의 타 구성원에 의하여 대리될 수 있다"고 규정하여, 의문을 가져온다.

미국, 프랑스, 일본, 이탈리아와 같이 자유위임을 따르도록 하되, 그 규정형식은 현행과 같이 "국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다"고 규정하는 것이 바람직하다.

(7) 구체적 권한 배분

상원과 하원의 권한이 권한 관계를 어떻게 설정하여야 하는가, 상원에게 어떤 권한을 부여하여야 하는가는 핵심적 내용 중 하나이다.

이에 관해서 미국은, 전 세계 상원 중 가장 강력한 권한을 갖고 있는 상원 중 하나로 유명하다. 그러나 미국의 상원도 하원과 대등한 권한을 갖고 있다고 판단할 수는 없다. 독일은, 상원이 강력한 권한을 갖지만 대등하지 않다. 일본은, 상원이 하원보다 열등한 권한을 갖는다. 한편 이탈리아는, 헌법규범의 형식으로만 보면 대등한 권한을 갖는다. 그러나 실제 운용의 결과 하원이 우월한 권한을 갖는다. 이것을 보면 상원과 하원의 권한관계는 규범의 형식만으로 완결되는 것이 아니라는 것을 알 수 있다.[171]

이에 관해서는 다음과 같은 의견이 제시되었다. 지역대표형 상원의 권한이 하원에 비해 적으면 상원은 사실상 무의미하게 될 위험이 있고, 상원의 권한이 하원보다 강해지면 지역대표성을 가진 상원이 민주적 정당성을 가진 하원의 권한을 침해할 우려가 있다. 그리고 동등한 권한을 부여하면 상원과 하원의 대립 갈등의 고착상태를 가져올 수 있으므로, 상원의 권한의 영역을 하원과 동등하게 하면서도 최종적인 입법부의 의사는 하원의 의사로써 결정하되 그 의결정족수를 가중하는 것이 타당하다는 것이다.[172]

여태까지 우리가 정립한 헌법의 일반이론에 따르면, 민주적 정당성과 권한은 비례하여야 한다. 이러한 측면에서 민주적 정당성 보다는 지역대표성에 중점을 두는 지역대표형 상원이 하원보다 많은 권한을 가지는 것은 타당하지 않다. 따라서 지역대표형 상원이라는 기능에 부합하는 권한이 무엇인가를 선별하여 상원에 부여하되, 그 권한의 양과 질은 민주적 정당성에 기초한 하원보다 적어야 한다.

---

171) Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Id.(Senates: Bicameralism in the Contemporary World), p. 338.

172) 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 34면.

1) 일반적인 입법권을 부여할 것인지, 지역문제에 관한 입법권만 부여할 것인지

지역대표형 상원이 가져야 할 제1차적 권한은 지역에 영향을 미치는 사항에 대한 광범위한 입법권이다. 이에 대한 전형적 예는 독일에서 찾을 수 있다. 이미 살펴본 것처럼, 독일의 연방참사원은 지방이 연방에 대하여 영향력을 행사하는 매개체로서 기능하며, 독자적 결정보다는 통제에 중점을 둔다. 그래서 연방참사원에게 주의 운영에 영향을 미치는 법안에 대해서는 배타적 거부권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 그런데 연방정부가 입법권을 행사하는 대부분의 정책영역에서 주정부가 집행을 맡기 때문에, 상원의 거부권이 행사되는 입법이 연방의회의 전체 입법에서 약 60%를 차지한다고 한다.[173]

또한 독일은 주정부의 구성원이 상원의원 자격으로 주정부가 작성한 법안을 상원에 직접 발의할 수 있다. 이 법안이 상원에서 채택되는 경우 하원에 소개된다. 이러한 법안발의권은 주정부 구성원인 상원의원에게 다른 사안에 대하여도 하원의 위원회와 본회의에 참석해 의견을 개진할 수 있는 권한으로 확대된다.[174]

우리도 지역대표형 상원에 걸맞는 지역문제에 대한 입법권을 부여하는 것은 필수적이다. 나아가 많은 나라와 같이 일반적인 입법권을 주는 것이 타당하다. 우선 상원을 구성하는 상원의원에게 법률안 발의권을 주는 것이 타당하다. 다만 일반적인 입법권에서는 하원이 상원보다 궁극적으로 우월한 지위를 주는 것이 타당하다. 따라서 법률안과 예산법률안은 먼저 하원에 제출하도록 한다. 그리고 상원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일 이내에 의결하지 아니할 때에는 이를 부결한 것으로 간주한다. 그리고 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 하원의 재의에 부하고 각원에서 의결된 것 중 하원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 한다.

2) 헌법재판소 구성권의 부여

대법원장을 대신하여 헌법재판소 재판관의 3분의 1의 선출권한을 상원에 부여하여 헌법재판소 구성에 있어서 민주적 정당성을 강화하자는 주장도 있다.[175]

프랑스에서도 “헌법위원회는 9명의 위원으로 구성되고, 그 임기는 9년이며 연임할 수 없다. 헌법위원회는 3년마다 3분의 1이 갱신된다. 대통령 · 국민의회의장 · 상원의

173) 안성호, 앞의 논문(지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상), 132-133면.
174) Patzelt, 1999, p. 58: 안성호, 앞의 논문(지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상), 133면에서 재인용.
175) 김웅규, 앞의 논문(지역대표의회의 헌법적 검토), 35면.

장이 각각 3인의 위원을 임명한다(제56조 제1항)"고 규정하여, 국민의회의장과 상원의장이 헌법재판을 담당하는 헌법위원회의 위원 중 3인씩을 임명할 수 있는 권한이 있다.

이 보고서의 개정안에서는 재판관 중 3인은 참의원에서 선출하도록 규정하였다.

3) 특정한 공무원 임명에 대한 동의권

상원에 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 가지도록 하는 것이 바람직하다.

이 보고서의 헌법개정안에서도 참의원은 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 가지도록 규정하였다.

4) 그 밖에 권한

위에서 논의된 권한 외의 권한, 예를 들어 국정조사권, 해임건의권, 탄핵소추권 등에 대해서는 참의원은 민의원과 원칙적으로 동등한 권한을 가진다.

(8) 양원의 명칭

양원제를 도입할 경우 양원의 명칭을 어떻게 할 것인가는 기본적인 내용에 속하지만, 명칭의 적정성을 논하기 위해서는 양원의 차별적 성격, 권한 등 위에서 살펴본 세 부쟁점에 대한 결론이 충분히 고려되어야 하므로 여기서 검토한다.

이에 대해서는 이미 이 부분의 제목을 '지역대표형 상원제의 도입가능성 검토'라고 이름한 것처럼 이론적으로는 상원과 하원이라는 명칭이 우리에게는 가장 널리 쓰이고 있다. 그리고 다른 나라의 양원을 부를 때도 이와 같이 부르는 것이 일반적이다. 한편 실정헌법적으로는 프랑스의 상원(le Sénat)과 국민의회(l'Assemblée nationale)라는 명칭과 같이 상, 하와 같은 어떤 서열을 암시하는 개념보다는 각 원의 권한을 중심으로 한 성격을 특징지우는 명칭을 사용하는 것이 좀 더 일반적이다.

우리의 경우 양원제를 실시한 제3차 개정헌법에서 참의원, 민의원이라는 명칭을 사용한 전례가 있다. 헌법개정이라는 큰 변화에 대한 국민의 심리적 저항감을 줄인다는 측면에서 참의원, 민의원이라는 명칭을 그대로 사용하는 것이 좋겠다.

6. 소결

하나의 국가 내의 모든 국민은 동질적이며, 이러한 동질적 국민의 의사는 하나의 의회 내에서 하나로 대의되어야 한다는 것이 단원제를 지지하는 사람들의 오랜 논리이다. 그러나 현실에서 나타나는 국민은 계층, 지역, 종족 등 여러 요소에 따라 균열된 서로 다른 이질적인 개인으로 구성되어 있다. 양원제는 이러한 서로 다른 이질적인 개인의 다양한 이해관계를 인정하고, 이러한 이해를 구조적으로 집단적 이해로 치환하여 타협과 조정을 통하여 문제를 해결하고자 하는 것이다. 이러한 측면에서 중앙과 지방, 지방과 지방간 균열이 심한 우리나라에서 지역대표형 상원제도의 도입은 진지하게 논의될 만한 가치가 있는 쟁점이다. 그리고 그와 같은 진지한 논의에 따라 이를 도입하기로 결정한다면, 이 보고서에서 이미 살펴본 것과 세부쟁점들을 고려하여 제도를 설계하여야 할 것이다. 한편 1990년대 이후 놀라울 정도로 폭발적인 이론적 성장을 보인 우리 헌법학이 양원제에 관해서는 상대적으로 이론적 축적이 일천하다는 것을 보고서 작성 과정 중 알 수 있었다. 그것은 아마도 1990년대의 이론적 성장의 동력이 헌법재판이었던 만큼, 헌법재판을 통하여 문제가 되었거나 될 만한 우리의 헌법체계 내의 원리와 제도에 대하여 관심이 집중되어 우리 헌법체계 외적인 원리와 제도에 대하여 상대적으로 소홀한 측면이 있었고, 양원제가 그러한 예 중 하나가 아닐까 조심스럽게 추측해 보았다. 그러나 지역대표형 양원제의 논의에서 살펴보는 것처럼, 현실은 필요하면 언제든지 우리 헌법체계 내의 원리와 제도 뿐 아니라, 우리 헌법체계 외의 원리와 제도에 관해서 질문하고 이론적 처방을 기다린다. 법실무가와 대비되는 법이론가의 시대적 소명은 시스템 설계자라는 점에 비추어 이에 대한 좀 더 깊이있는 논의가 절실하다.

제4절 행정

중앙정부와 지방정부 간의 입법권의 분배에 이어 행정에 관한 검토를 함에 있어 헌법적 차원에서 언급되어야 할 핵심적인 부분들을 검토한다. 행정부분의 헌법개정안을 제시하는 데 있어서 선진 분권헌법의 틀에 필수적인 부분의 헌법개정안을 제시하는 데 집중하도록 한다.

1. 국가행정환경의 변화와 새로운 헌정패러다임의 요청

세계화, 정보화 등으로 인한 국가행정환경의 급격한 변화는 헌법질서의 새로운 패러다임을 요청한다. 국가간, 국가내부의 공공부문과 민간부분간에 존재해온 경계를 허물면서 무한경쟁을 요구하는 현실은 국가기능에 있어서 정부혁신에 의한 변화를 맞이하고 있다. 정보사회, 지식기반사회, 세계화로의 국제환경 변화와 민주화와 이에 상응하는 개헌에 관한 기대는 전통적 국가 패러다임의 변화를 요구한다. 즉, 고전적 삼권분립, 공공부분과 민간부분의 기계적 이원화, 관료제에 바탕을 둔 수직적 지배관계의 청산을 요구하는 것이다. 이를 위해 다원화와 분권화에 따른 권력구조의 재편, 공공부문과 민간부분의 기능적 융합, 시민의 정치 및 행정참여를 기본으로 하는 수평적 정부의 작용을 통한 분권화, 지역화가 보장된 행정환경 속에서 자율적인 국민참여가 보장되는 헌정패러다임으로의 전환이 이루어져야 한다.

2. 현행 헌법상 행정권 배분의 문제점

우리 헌법은 제117조 제1항에 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고만 규정하고 있어서 중앙정부와 지방정부간의 행정권 및 사무 배분에 관한 해석에 명확한 지침을 주기에 미흡한 상태이며 지방자치단체의 국정참여에 대한 실질적인 보장 또한 불확실하다. 그리고 선진 지방분권국가는 중앙정부가 지방정부에 대하여 일방적으로 관여하거나 감독하는 관계가 아닌 조정과 협동관계여야 한다. 이 점에서 감사원이 가지는 현행 헌법에서의 행정에 관한 포괄적인 감사권한이 지방정부의 자율성과 책임행정을 저해하는 부분도 문제점으로 지적된다.

3. 입법권과 연동하는 행정권 및 사무 배분

(1) 사무배분의 외국예

제2절에서 상술한 입법권 배분과 지방자치제도 부분의 큰 폭의 헌법개정이 이루어지면 행정권 배분의 문제는 입법권의 배분과 함께 해결될 수 있을 것이다. 중앙정부와 지방정부간의 권한 배분에 있어 입법권과 행정권을 일치하도록 배분하는 방식과 입법권과 행정권을 서로 무관하게 배분하는 방법이 있다.[176] 외국의 예를 다양하게 검토해 본다.[177]

1) 벨기에

미국, 캐나다, 오스트레일리아 등 영미법 계통의 보통법체계를 갖는 국가에서는 연방정부와 지방정부가 입법권을 가진 분야에 대한 행정책임도 함께 배분한다. 법체계가 다르기는 하나 벨기에의 경우에도 입법권의 배분에 행정권의 배분을 긴밀하게 결부시키고 있다. 벨기에는 1830년 10월 4일 독립당시 1831년 제헌 헌법에 의한 중앙집권식 제도를 채택하였으나 플라망어권과 프랑스어권 간의 갈등이 심화되면서 1970년부터 언어권을 기준으로 지역을 나눈 연방제를 목표로 4차례의 국가개혁을 추진(1970, 1980, 1988~1989, 1993년)하고 1993년 헌법 개정으로 연방제 국가로 변혁하였다. 벨기에는 행정지역 및 언어지역을 구분하는 2차원적 연방구성체를 이룬다. 플라망어 공동체, 프랑스어 공동체 및 독일어 공동체 등 3개의 공동체 및 플랑드르 지역, 왈론 지역 및 브뤼셀 지역 등 3개 지역으로 구성되어 있고 4개 언어 지역으로 네덜란드어, 프랑스어, 브뤼셀의 2개 언어지역 및 독일어 지역으로 나뉜다. 헌법 제3장 제4절에서 공동체와 지역의 권한을 규정하고 있는데, 입법과 집행은 하나의 집합체로 권한이 각각 부여된다. 지역의회는 지역정부의 구성원을 선출한다(제122조).[178]

언어공동체 정부는 주로 교육, 문화, 방송 등 사람과 관련된 문제를 다루며, 지역정부는 경제, 환경, 관광 등 땅과 관련된 문제를 처리한다. 언어공동체정부와 지역정부

---

176) 이기우・권영주・김동성, 연방주의적 지방분권에 관한 연구, 경기개발연구원, 2010. 5, 245면 이하 참조.

177) 각 국의 헌법전문의 우리말 해석은 국회도서관, 세계의 헌법 - 35개국 헌법 전문 -, 2010. 7. 16. 참조.

178) 벨기에 국가정보에 관하여 주한 벨기에 대사관 홈페이지 http://www.belgium.or.kr/ 참조. 벨기에 헌법 전문은 http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/grondwetEN.pdf 참조.

는 각자 독립정부와 의회를 가지고 있다. 단, 화란어 지역 및 언어공동체는 통합되어 1개 정부 및 의회만으로 구성된다.

이렇게 입법권의 배분에 행정권의 배분을 연계시킴으로써 입법부의 자율성을 강화하고 각 정부가 스스로 법령을 집행하도록 함으로써 입법이 무력화되는 것을 방지하며 입법부에 의한 행정통제를 강화하는 측면이 있다. 또한 입법과 집행을 일치시키는 경우 정책에 대한 책임을 명확히 하는 점에서 장점이 있다.

2) 독일

이에 대해서 독일이나 스위스 등에서는 중앙정부와 지방정부의 입법권의 관할영역과 행정권의 관할영역에 일치하지 않는 헌법적 규율을 하고 있다. 16개의 주(州)로 구성된 독일연방공화국에서 주(州)는 고유한 주권을 가지는 하나의 국가의 성질을 가지며, 주(州)마다 개별 헌법을 가지고 국민주권에 기초해서 주(州)의 의회와 정부를 가진다. 국가 기능의 행사 및 국가임무의 수행은 기본적으로 주(州)의 사무이고,[179] 입법・행정・사법에 대해 연방과 주(州) 사이에 권한이 배분된다. 즉, 주(州)정부는 연방정부에 대한 자율성 확보를 핵심으로 하기 때문에 주(州)전체 내부의 행정권한을 가지고 있으며, 다른 한편 주(州)의 각 기관들은 연방법과 연방규정을 실행해야 하는 책임을 진다. 연방정부는 그 기능을 위해서 극히 제한된 지방관서를 설치하는데 그치고 연방사무를 지방자치단체에 위임하는 경우는 거의 없기 때문에 지방자치단체에 관한 직접적 관여는 없고 다만 연방헌법재판소 판결을 통한 간접적인 통제는 이루어진다고 볼 수 있다.[180]

3) 인도

인도의 경우 모든 연방법률은 경합적인 영역에 속하는 반면 지방정부의 행정책임이 헌법에 규정되어 있다. 이렇게 입법권과 행정권의 배분을 일치 내지 연동시키지 않는 방식은 연방입법을 통해 전국적인 입법적 통일성을 보장하면서 그 집행은 지방정부에 맡기도록 하여 지역의 특수한 여건이나 환경에 적합한 법집행이 이루어지도록 하려는 의도가 있다. 입법책임과 행정책임이 분할된 이러한 경우 연방정부와 지방정부간의 강화된 협력을 전제조건으로 한다. 즉 정책결정권과 결정집행권이 분리되어 있기 때

179) 독일 기본법 제30조 이 기본법에 별도의 규정이 없거나 이를 허용하지 않는 한, 국가적 권능의 행사와 국가과제의 수행은 주의 소관사항이다.
180) 조창현, 지방자치론, 박영사, 2005, 466면 참조.

문에 연방정부와 지방정부간에 협력관계가 전제되지 아니하며 책임이 불명확하게 될 우려가 있다. 그러나 입법권한과 행정권한의 배분방식의 헌법현실상 차이는 크지 않다. 입법책임과 행정책임이 일치하도록 권한배분을 하는 국가에서도 연방정부가 보조금을 통한 재정지원을 제공함으로써 상당한 권한을 지방정부에 위임하는 방식을 취하기 때문이다.[181]

4) 스웨덴

스웨덴의 경우 대부분 기초자치구 또는 광역자치구를 통하여 공공 서비스가 제공된다. 중앙정부는 주(州) 차원에 중앙정부의 명령체계를 따르는 주(州)행정청을 두고 주(州)행정청의 주지사를 임명함으로써 국가 전체적인 정책목표가 주(州)차원에서 차질없이 이루어지도록 하고 있다. 중앙정부, 광역자치구, 기초자치구간 업무 분담에 대해 스웨덴 헌법의 일부인 '정부조직법'에서는 구체적으로 명시하고 있지 않다.[182] 스웨덴 국회와 중앙정부는 법과 규정을 통해 기초자치구와 광역자치구의 업무 수행에 관한 전국적인 목표치를 설정하고 있어서 이러한 법과 규정을 통해 중앙정부, 광역자치구, 기초자치구 간 업무 분담 및 지방자치체 업무 수행에 관한 조건들이 결정된다. 스웨덴 중앙정부는 중앙건강복지청・주(州)행정청・중앙교육청 등의 중앙정부기관을 통해 기초자치구 및 광역자치구를 감독한다. 중앙정부의 감독 업무는 '조사'와 '지원' 형태로 행사되며 중앙정부기관은 어떠한 경우에도 지방자치단체의 결정을 무효로 할 수는 없으나 기초자치구나 광역자치구 결정 사항에 대해 법원의 심사를 받게 하거나 과태료를 부과할 수는 있다.[183]

5) 일본

일본 헌법[184] 제92조는 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항은 지방자치의 본래 취지에 따라 법률로 정한다고 규정하고 있다. 지방공공단체는 그 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행하는 권한을 가지며 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다(제94조). 일본의 경우 2000년 4월 시행된 '지방분권일괄법'의 제정으로

181) 이기우・권영주・김동성, 앞의 책(연방주의적 지방분권에 관한 연구), 245면 이하 참조.
182) 스웨덴의 헌법은 단일의 헌법적으로 편제되어 있지 아니하고 4개의 기본법으로 구성되어 있다. 정부조직법, 왕위계승법, 언론자유법, 표현의 자유에 관한 기본법이 그것이다. 정부조직법(The Instrument of Government)의 영문은 http://www.riksdagen.se/templates/R_Page____6307.aspx 참조.
183) 박노호, 스웨덴 지방자치의 구조와 기능, 박재창 외, 분권과 개혁, 오름, 2005, 258면 참조.
184) 오현수 번역, 일본헌법, 다나기획, 2006. 1. 25. 참조.

기관위임사무제도를 전면적으로 폐지하였고, 국가 권한을 도도부현(都道府県)[185]으로 이양하고 도도부현(都道府県)의 권한은 지역실정에 맞게 시정촌(市町村)[186]으로 이양하는 형태를 보이면서 지방자치단체에 대한 국가 관여의 변화를 보인다.[187] 중앙집권 행정시스템 중의 하나인 기관위임사무제도의 폐지는 지금가지 국가가 포괄적인 지휘감독권으로 처리해왔던 사무방식을 지방자치단체의 실정에 맞는 종합적인 행정으로 가능하게 하였다. 첫째, 법률이나 관련 정령의 규정이 있는 경우가 아니면 국가는 지방자치단체에 관여할 수 없다. 둘째, 지방자치단체의 사무종류별로 유형화하고 종래의 명령, 지휘, 감독 등은 조언, 권고, 시정조치, 지시에 의한 것으로 한다. 셋째, 명칭 여하에 무관하게 필요 최소한에 그친다. 넷째, 각 사무의 근거가 되는 법률이나 관련 정령 규정에 따라 해당 사무처리의 목적달성에 필요한 기준을 설정한다. 다섯째, 법률이나 정령 규정에 의한 소정의 절차를 거쳐야 한다.

일본의 중앙정부(국가)에서는 외교・국방, 사법, 검찰, 국세징수, 에너지정책, 환경, 식품안전 등에 대한 고유기능과 생활보호, 도로, 산업 등에 대한 기획기능 및 지방정부 지원기능 등을 담당한다. 이에 대하여 광영정부(도부현)는 도부현세 징수, 경찰, 도시계획, 도시공원, 공립대학, 문화관광, 생활보호, 일반국도, 지역보건(보건소), 위생, 도시개발, 지역산업, 소비자 보호 등을 담당하고 있다.[188]

[표: 일본의 중앙정부와 광역정부간 사무배분 현황]

구분	중앙정부	광역정부(도부현)
안전	외교/국방 검찰 사법(재판)	경찰
사회적 하부구조	고속도로 일반도로 도시공원(국영) 국립공원	일반국도 도시계획(구역구분) 도시공원

185) 일본의 광역 자치 단체인 도(都, 도쿄 도), 도(道, 홋카이도) , 부(府, 오사카 부와 교토 부), 현(県, 나머지 43개)을 묶어 이르는 말이다. 도도부현의 하부에는 시정촌이나 군이 설치되어 있으며, 일부 도시는 행정상 별도의 정령지정도시, 중핵시, 특례시 등으로 지정되어 있다. http://ko.wikipedia.org 참조.

186) 일본의 지방 자치 제도의 기초 자치 단체인 시(市), 정(町), 촌(村)을 묶어 이르는 말이다. http://ko.wikipedia.org 참조.

187) 최병선・김선혁 공편, 앞의 책(『분권헌법: 선진국으로 가는 길』), 140면 이하 참조.

188) 조성호 외, 중앙과 지방간 사무재배분 방안, 경기개발연구원, 2009, 67면 참조.

구분	중앙정부	광역정부(도부현)
교육	공/사립대학	공립대학
복지/위생	생활보소 및 복지시책 기획 국립병원 식품안전	생활보호 실시 공립병원 지역보건(보건소) 생활관계위생
산업/경제	국세 징수 에너지 산업정책 고용시책(기획) 교통계획/물류계획 소비자보호	도부현세 징수 지역교통대책(철도/버스) 지역산업 및 기업입지 지역고용시책 관광진흥 농림/수산 산업폐기물 소비자보호

6) 헝가리

헝가리 헌법 제42조는 자치구, 시 및 수도와 그 지구의 투표권자들은 지방정부를 가질 권리가 있다고 규정하면서, 지방정부는 지방 업무를 독립적이고 민주적으로 관리하며 지역 주민의 이익을 위해 지방 공공 권한을 행사한다고 명시하고 있다. 헝가리의 지방자치단체는 지방정부의 일을 독립적으로 관리하고 운영한다. 지방정부의 결정은 합법성에 대해서만 평가받는다. 지방정부의 자산에 대해 소유권을 행사하고 지방정부의 세입을 독립적으로 관리하며 독자적인 책임을 진다. 법률에 따라 지방정부의 업무 수행을 위해 독자적인 세입에 대한 권리를 가지며 그 의무의 범위 내에서 지원을 표명할 수 있는 권리를 가진다. 법률의 범위 내에서 지방세의 유형과 세금액을 정하고 법률의 범위 내에서 그 조직과 규칙을 독립적으로 정한다고 하여 지방자치단체의 독립성을 헌법에서 강조하고 있다(제44/A조 제1항).

7) 필리핀

필리핀 공화국은 지역적 및 정치적 하부단위로 주, 시, 지자체 그리고 바랑가이(Barangay)를 헌법에서 명시하고 무슬림 민다나오(Mindanao)와 코르디레라스(Cordillera)에 자치구역을 헌법 규정으로 두고 있다(필리핀 헌법 제10장 제1조). 필

리핀 헌법 제10장 제2조는 지역적 및 정치적 하부단위는 지역적 자율성을 향유한다고 규정하고 있다. 각 지방정부 단위는 지방 자율성의 기본 정책에 따라 자체 세입원을 규정하고 의회가 규정한 지침과 제한에 따라 세금, 이용료 및 요금을 징수할 수 있는 권한을 가지고 이러한 세금, 이용료 및 요금은 지방정부에 배타적으로 귀속된다(필리핀 헌법 제10장 제5조). 지방정부는 이렇게 자체 세입원을 가지고 국세에도 일정한 몫을 가진다.[189] 지방정부와 중앙정부의 관계에서 의회는 지방정부의 구성방식과 운영·권한에 관한 입법권,[190] 대통령은 지방정부에 대한 일반적 감독권을 가진다.[191][192]

8) 핀란드

핀란드는 많은 지방자치단체로 나누어지고, 그 행정은 주민자치를 토대로 한다. 지방자치단체의 행정과 직무를 규율하는 일반 원칙은 법률로 정한다. 지방자치단체는 지방세를 부과할 수 있다. 세금의 근거와 세액뿐 아니라 과세 대상자가 이용할 수 있는 법적 구제수단을 규율하는 일반 원칙은 법률로 정한다(핀란드 헌법 제121조).[193]

9) 프랑스

프랑스 헌법은 지방자치제도에 대한 자세한 규율을 하고 있다. 지방자치단체는 코뮌(communes)·도(départements)·광역지방(régions)·특별지방자치단체(collectivités à statut particulier)·해외령(collectivités d'outremer)으로 구성되며(제74조), 기타 지방자치단체는 법률로 설치되고 해외령도 지방자치단체로 규정하고 이에 따라 규율한다. 정부대표(représentant de l'État)에 의하여 국익·행정감독·법률의 준수에 대한 감독

189) 필리핀 헌법 제10장 제6조: 지방정부 단위는 법률이 정한 바에 따라 지방정부에 자동으로 제공되어야 하는 국세에서 공정한 몫을 가진다.

190) 필리핀 헌법 제10장 제3조: 의회는 국민소환, 국민발안, 국민투표의 효과적인 메커니즘을 활용한 분권화 시스템을 통해 제도화된 보다 민감하고 책임감 있는 지방정부를 수립하고, 다양한 지방정부 단위에 고유의 권한, 책임 및 자원을 배정하며 지방 공무원의 임기, 보수, 권한 및 기능 그리고 의무에 관한 자격요건, 선거, 임명 및 해임, 임기, 보수 권한 및 기능, 의무 그리고 지역 단위의 조직 및 운영과 관련된 그 밖의 모든 사안들을 규정한다.

191) 필리핀 헌법 제10장 제4조: 필리핀 대통령은 지방정부에 대한 일반 감독을 행사한다. 주는 그 구성 도시 및 지자체와 관련하여 그리고 시와 지자체는 그 구성 바랑가이와 관련하여 그 구성단위의 활동이 규정된 권한과 기능 범위 내에 있도록 해야 한다.

192) 필리핀 헌법(1987 Constitution of the Republic of the Philippines) 전문 영문은 http://www.thecorpusjuris.com/laws/constitutions/8-philippineconstitutions/70-1987-constitution.html 참조.

193) 핀란드 헌법 전문 영문은 http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf 참조.

이 이루어진다(제72조 제6항). 지방자치단체는 그 차원에서 가장 잘 시행될 수 있는 소관사항에 대한 권한 전반에 대해 결정권을 가진다(제72조 제2항). 지방자치단체는 법률에서 정하는 바에 따라 지방의회(assemblée délibérante)를 통해 자율적으로 행정권을 행사하며, 그 권한을 행사하기 위한 행정입법권을 가진다(제72조 제3항). 단 국적, 시민권, 공적 자유의 보장, 개인의 신분 및 능력, 사법조직, 형법, 형사소송절차, 외교, 국방, 치안, 공공질서, 화폐, 차관, 외환, 선거법에 대해서는 행정입법권의 행사가 불가하다(제73조 제4항). 지방자치단체는 재정에 관해서도 광범위한 권한을 가진다.[194][195]

프랑스는 1983년 제정된 '사무배분기본법'을 통하여 지역계획, 직업훈련, 도시계획, 사회복지/보건, 항만/수로, 공교육, 문화 등의 중앙정부 권한을 광역정부인 레지옹(régions), 도지방정부인 데빠르뜨망(départements)의 광역정부로 권한을 이양하였다. 프랑스의 광역정부인 레지옹(régions)에서는 해당 관할 구역을 범위로 하는 경제 및 사회 개발계획, 지역별계획, 항구 및 하천・운하, 고등학교 관리, 직업훈련, 도시・농촌지역 관리, 관광촉진, 기업지원 등을 담당하고 있고, 도지방정부인 데빠르뜨망(départements) 역시 광역정부와 마찬가지로 해당 지역을 공간적 권한범위로 하며, 재난・구조, 도시계획, 기초정부인 꼬뮨간 국토개발, 공영주택단지 건설, 중학교 관리, 사회부조, 경제활동 직・간접 원조, 관광사업 등을 담당하고 있다.[196]

[표: 프랑스의 중앙정부와 광역정부 및 도지방정부간 사무배분 현황]

구분	중앙정부	광역정부 (régions)	도지방정부 (départements)
안전	국방 치안		재난/구조
사회적	주택건설(재정지원)	지역별 계획	도시계획

194) 프랑스 헌법 제72-2조 ① 지방자치단체들은 법률에서 정하는 바에 따라 자유롭게 지출할 수 있는 재원을 가진다. ② 지방자치단체들은 각종 세금의 전부 또는 일부를 징수할 수 있다. 지방자치단체들은 법률이 정하는 범위 내에서 그 과세기준・세율을 정할 수 있다. ③ 지방자치단체들의 세입 및 기타 고유의 재원은 각 지방자치단체의 재원의 결정적 부분을 형성한다. 이러한 규칙의 시행방법은 조직법으로 정한다. ④ 국가와 지방자치단체간의 모든 권한이양은 그 권한의 행사에 조달되었던 재원의 이양을 수반한다. 지방자치단체의 지출을 증가시크는 모든 권한의 신설 또는 확대는 법률에서 정하는 재원을 수반한다. ⑤ 법률에 지방자치단체 간 평등을 촉진하기 위한 조정조항(disposition de péréquation)을 둔다.

195) 프랑스 헌법 전문 영문은 프랑스 의회 홈페이지 http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp 참조.

196) 조성호 외, 앞의 책(중앙과 지방간 사무재배분 방안), 68-69면 참조.

하부구조	도로/항만	도시개발계획 항구 및 하천운하	commune간 국토개발 공영주택단지건설
교육	직업교육	학교관리(고등학교) 직업훈련	학교관리(중학교) 도서관 관리
복지/위생	원호업무		사회부조 모자/장애인복지 보건의료
산업/경제	지역 재정관리 관광 경제활동 지원	경제개발계획 도시/농촌지역 관리 관광촉진 기업지원활동 지역경제 활성화	경제활동 직접원조 및 간접원조 운송계획 관광사업 문화유산보호

10) 폴란드

폴란드 헌법 제15조 제1항은 지방분권화의 보장을 선언하고, 제16조에서 지방자치단체를 법률에 따라 구성한다고 규정하고 있다. 지방자치에 관한 직접적인 규정은 제7장에 있는데 다른 공공기관에 유보되지 않은 공적사무를 처리한다(제163조).[197] 지방자치단체 단위에게는 그들에게 배정된 의무를 수행하기에 적절한 공적 자금이 보장되어야 하고(제167조),[198] 법률의 범위 내에서 지방세와 부담금의 수준을 정할 권리를 가진다(제168조).[199][200]

197) Artikel 163
Die örtliche Selbstverwaltung erfüllt die öffentlichen Aufgaben, die nicht durch die Verfassung oder die Gesetze anderen Organen der öffentlichen Gewalt vorbehalten sind.

198) Artikel 167
1. Den Einheiten der örtlichen Selbstverwaltung wird ein den ihnen zufallenden Aufgaben entsprechender Anteil an den öffentlichen Einnahmen gewährleistet.
2. Die Einnahmen der Einheiten der örtlichen Selbstverwaltung bestehen aus eigenen Einnahmen sowie allgemeinen und zweckgebundenen Zuwendungen aus dem Staatshaushalt.
3. Die Einnahmequellen der Einheiten der örtlichen Selbstverwaltung werden durch Gesetz geregelt.
4. Änderungen der Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche der Einheiten der örtlichen Selbstverwaltung sind mit entsprechenden Änderungen bei der Verteilung der öffentlichen Einkommen verbunden.

199) Artikel 168
In dem im Gesetz bestimmten Umfang haben die Einheiten der örtlichen

11) 포르투갈

국가의 민주적 조직 구조는 지방자치제를 포함한다고 포르투갈 헌법 제8편 지방정부 제1장 일반원칙에서 제235조 제1항으로 명시하고 있다. 지방자치단체는 영토 내 법인으로서 대의 기구들을 갖추고 있어야 하며 지역 주민들의 이익을 추구하기 위해 노력하여야 한다(제235조 제2항). 지방자치단체의 제반 책임과 구성 및 행정분권의 원칙에 따른 지방자치단체 산하 기관들의 제반 책임은 법률로 정한다(제237조 제1항). 지방자치단체는 자체 자산 및 재정을 보유하고 지자체 재정을 규율하는 제반 규칙은 법률로 정한다(제238조 제1항, 제2항). 지방자치단체의 조직 구조는 의결권을 가진 의회 및 의회에 대해 책임이 있는 단체 행정기구를 포함한다(제239조 제1항). 단체 행정기구는 충분한 수의 구성원들로 구성되고(제239조 제3항), 지방자치단체는 법률로 정한 바와 같이 자체 직원을 보유한다(제243조).[201]

12) 터키

지방행정기구는 그 의사결정기구가 법률이 정한 바에 따라 선거로 선출되고, 그 구성의 원칙 또한 법률로 규정된, 주・시구역・마을주민의 지역 공통 요구를 충족시키기 위해 설립된 공기업체이다. 지방 행정의 구성, 의무 및 권한은 지방 행정원칙에 따라 법률로 규정해야 한다. 중앙행정부는 행정 단일체 원칙에 따른 지역 서비스의 기능을 확보하고, 동일한 공공서비스를 보장하며, 공공의 이익을 보호하고, 지역 요구를 충족시키기 위해 적절한 방법으로 법률이 정한 원칙과 절차의 틀 내에서 지방정부에 대하여 행정적 신탁을 행사할 권한을 가진다. 특별공공서비스 수행을 목적으로 국무회의의 승인을 통한 지방행정기구의 연합체를 구성하는 경우 이러한 행정기관은 그 기능에 비례하여 재정자원을 배정받아야 한다(터키 헌법 제127조).[202]

13) 체코

지방자치단체는 시의회에서 독립적으로 운영하고 광역지방자치단체는 지방의회에서

Selbstverwaltung das Recht, die Höhe der lokalen Abgaben und Gebühren festzusetzen.

200) 폴란드 헌법 전문의 독일어 번역문은 http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/niemiecki/kon1.htm 참조. 영문 번역문은 http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm 참조.

201) 포르투갈 헌법(CONSTITUTION OF THE PORTUGUESE REPUBLIC - SEVENTH REVISION - [2005] 전문은 http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/constitution_VII_revisao_definitive.pdf 참조.

202) 터키헌법 전문의 영문판은 http://www.byegm.gov.tr/sayfa.aspx?Id=78 참조.

독립적으로 운영하며 각 지방자치단체는 지자체의 재산을 보유할 수 있으며 지자체 예산에 따라 운영되는 공법단체가 된다. 정부는 법률을 보호하기 위해 개입이 필요할 경우, 법률로 정한 바에 따라 지방자치단체의 제반 활동에 개입할 수 있다(체코 헌법 제101조).[203]

(2) 헌법적 차원에서 입법권과 집행권의 연동 지향

다양한 외국의 예에서 입법권과 집행권의 관계는 논리필연적인 것이 아니고, 각 국의 선택에 따라 운용되는 것으로 보인다. 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법이 되기 위해 우리 헌법은 원칙적으로 입법권과 행정권이 그 귀속을 같이 하는 방식으로 가는 것이 바람직할 것이다. 즉, 중앙정부의 배타적인 입법영역에 대해서는 중앙정부가 그 자신의 행정청을 설치하여 집행하도록 하고 중앙정부와 지방정부의 경합적인 입법영역에 대해서는 중앙정부가 직접 행정청을 설치하기 보다는 지방정부로 하여금 수행하도록 하되 중앙정부가 입법권을 행사한 부분에 대해서는 개입권을 인정하고 지방정부가 입법권을 행사한 부분에 대해서는 지방정부가 자치사무로 수행하도록 하는 형태이다. 그리고 지방정부의 배타적인 입법부분에 대해서는 지방정부가 자치사무로 이를 수행하도록 한다. 이 연구의 헌법개정안에서 자치입법권에 관한 상세한 헌법규정이 있으므로 행정권의 배분을 헌법에 명시하는 중복을 피하고 입법권의 배분에 따라 법률 차원에서 행정권의 배분을 구체화하는 것이 현대사회의 다양한 환경변화에 유연하게 대처하면서 지방정부에 주어진 입법권한을 내실있게 운용할 수 있을 방법으로 보인다.[204]

(3) 감사원

감사원은 현행 헌법 제97조에 의하여 설치되는 헌법기관으로 그 직무는 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 전한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰이다. 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 헌법 제100조에서 법률에 위임하고 있으며 감사원법, 국가재정법 등에서 규율하고 있다.[205] 헌법 제97조는 감사원의 직무와 소속에 관한 규

---

203) 체코헌법 전문의 영문판은 http://www.hrad.cz/en/czech-republic/constitution-of-the-cr.shtml 참조.

204) 법률적 차원에서의 지방자치단체의 사무배분 및 사무고권 확립에 자세히는: 한국공법학회, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회, 2008. 5, 251면 이하 참조.

정인 반면, 제4장 제2절 제4관의 감사원에 관한 나머지 3 조문은 각각 감사원의 구성, 감사원의 결산보고의무와 대상, 감사원조직 등의 법정주의를 규정하고 있다.

1) 감사원제도의 연혁

제헌헌법의 심계원은 일반행정권과 구별되는 특수한 별개의 국가작용으로 재정의 표제 아래 규정하였는데,[206] 제5차 개정헌법(1962년 헌법)부터 직무감찰기능까지 수행하는 감사원체제로 전환되면서 정부편에 편입되었다.

[표: 감사원 관련 헌법조문의 변천사]

구분	조 문
건국헌법~ 4차 개정헌법	제7장 재정 제95조 국가의 수입지출의 결산은 매년 심계원에서 검사한다.
5~6차 개정헌법	제4관 감사원 제92조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계 검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.
7차 개정헌법	제4절 감사원 제71조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.
8차 개정헌법	제4관 감사원 제72조

205) [해당 헌법조문]
제4관 감사원
제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.
제98조 ① 감사원은 원장을 포함한 5인이상 11인이하의 감사위원으로 구성한다. ② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다. ③ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다. ④ 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다.
제100조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

206) 제헌헌법은 심계원의 소속을 헌법에 명기하지 않고 심계원법에서 대통령 소속으로 규정하고 있었다. 감사원제도의 연혁에 관하여 더 자세히는 김종철, 헌법 제97조, 헌법주석서 III, 법제처, 2010, 714면 이하 참조.

	국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.
9차 개정헌법	제4관 제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.

2) 감사원 관련 헌법개정의 쟁점

감사원 관련 헌법조문의 개정을 논의하는 데 주로 언급되는 사안으로 감사원의 소속유형, 특히 대통령 소속하에서 국회 소속하 또는 독립형의 기관으로 변경하는 문제, 감사원장의 임명, 임기 및 권한, 의사결정구조, 국정감사제도와의 관련성, 국민감사청구제도 등을 들 수 있다. 이 모든 논의는 감사 업무의 엄정성과 중립성, 독립성을 위한 것이라 할 것이다. 선진 분권헌법이 지향하는 감사제도는 이러한 감사제도의 목적에 적합한 견제와 균형의 메커니즘을 실효성 있도록 지원해 주는 방향으로 가야 할 것이다.

국가	명칭	소속	위원회형태	감사원장의 선임방식	감사원장의 임기
한국	감사원	대통령소속	7명의 감사위원	대통령임명	4년
중국	감찰부와 심계서	국무원산하	부장과 4명의 부부장	총리지명, 전국인대의 결정에 의한 국가주석이 임명	5년 (연임가)
일본	회계검사원 (會計檢査員)	헌법상 독립기관	3명의 검사관	양원의 동의 내각 임명	7년
인도네시아	회계감사원 (재정감사원: Badan Pemeriksa	5권 분립 독립모델	9명의 감사위원	국회에서 선출 대통령 임명	5년

국가	명칭	소속	위원회형태	감사원장의 선임방식	감사원장의 임기
	Keuangan: BPK)				
필리핀	감사원(Commission on Audit: COA)	독립적인 위원회모델	원장과 2명의 감사위원	대통령 임명	7년
미국	회계감사원 (Government Accountability Office: CAO)	의회소속	비위원회형	상원 동의, 대통령임명	15년
캐나다	감사원(Office of the Auditor General: OAG)	의회소속 (업무수행에 있어 독립적인 지위)	위원회형	총리의 제청, 총독 임명	10년
호주	감사원(Australian National Audit Office)	의회소속	비위원회형	회계감사합동위원회 동의, 총독임명	10년
영국	회계감사원 (National Audit Office: NAO)	의회소속	비위원회형	하원의 동의, 여왕임명	종신
독일	연방회계감사원 (Bundesrechnungshof: BRH)	독립기관	비위원회형	하원에서 선출, 연방대통령임명	12년
프랑스	회계감사원 (Cours des compts)	독립기관 (사법부모델)	비위원회형	대통령임명	종신
스페인	감사원(Tribu	의회소속	위원회형	국왕임명	9년

국가	명칭	소속	위원회형태	감사원장의 선임방식	감사원장의 임기
	nal de Cuentas)				
스웨덴	스웨덴국가감사원(Swedisch National audit Office: SNAO)	의회소속	3인의 원장	의회의 지명・선출, 국왕임명	7년

(가) 감사원의 소속 문제

대통령 산하 또는 국회 산하여야 한다는 논의의 핵심은 감사제도의 목적에 중점을 둔다면 우리 헌법질서에 적합한 선택의 문제이지 헌법논리적 귀결로 보이지 않는다. 대통령 산하이건 국회산하이건 또는 독립기관이건 실질적인 중립성과 독립성을 보장하는 구체적 체계 정립이 더 중요한 사안일 것이다. 공공부문감사의 대헌장이라 할 수 있는 리마선언 제5조의 경우에도 소속기관과 무관하게 감사기관의 직무상 독립성이 인정되는 것으로 하고 있다.[207] 즉 ① 감사원은 감사대상기관으로부터 독립적이고, 외부의 영향력으로부터 보호될 때 비로소 본연의 임무를 객관적이고 효과적으로 수행할 수 있고, ② 어떤 국가기관도 국가의 일부일 수밖에 없으므로 절대적인 독립성을 가질 수는 없겠으나, 감사원은 본연의 임무를 완수하기 위해서 기능상, 조직상 독립성을 가져야 하며, ③ 헌법은 감사원의 설치와 그 독립성의 정도를 명시해야 하며, 세부적인 사항은 법으로 규정되어야 하고, 특히 감사원의 독립성과 감사권한에 대한 간섭으로부터 최고사법기관을 통한 적절한 보호가 보장되어야 한다고 명시하고 있다. 현행 헌법의 감사제도는 형식상 행정부형이고 실질적으로는 법률에 의하여 직무수행상 독립의 지위를 가지는 것으로 규정하여 현대입헌민주주의의 보편적 추세인 최고회계검사기관의 독립화에 부응하기 위한 노력을 하는 헌법해석을 하고 있다. 주요 OECD 국가의 최고회계검사기관의 소속유형을 분류해 보면 행정부소속형은 극소수이고 의회소속형과 대다수의 독립기관형으로 나뉜다. 선진 분권헌법이 지향하는 감사원의 모습은 헌법개정을 통해 형식적으로나 실질적으로도 독립기관화하는 것이 바람직하다.

207) 이는 1977년 페루 리마에서 개최된 제9차 세계감사원장회의에서 각국 대표들이 감사원칙 지침에 관한 선언을 만장일치로 채택한 것으로 주된 목적은 독립적인 공공부문감사가 이루어져야 하는 것을 요구하는 것이다. http://www.transparency.org 참조.

[표: 주요 OECD 국가 최고회계검사기관의 소속유형][208]

독립기관형	의회소속형	행정부소속형
미국(의회소속형)/캐나다/일본/프랑스/독일/이태리/스페인/체코/그리스/아일랜드/네덜란드/포르투갈/슬로바키아/터어키/벨기에/덴마크(입법)/아이슬란드(입법)/노르웨이	영국(독립)/오스트리아/호주(독립)/뉴질랜드/핀란드/헝가리/멕시코/폴란드	한국/스위스(독립)
18개국	8개국	2개국

많은 국가들이 감사원의 소속을 의회소속으로 하거나 행정부 소속으로 하는 경우에도 소속만 정할 뿐 실제로는 업무에 있어서 철저하게 독립성과 전문성을 준수하는 방식을 취한다.

예를 들면 프랑스의 경우 회계검사원(Cour des Comptes)은 독립적인 입법권과 집행권을 가진 독립기관으로서 준사법기관으로서의 지위와 그 구성원의 영구적 신분에 의해서 독립성이 보장되고 있다. 회계검사원은 정부의 정책감독업무에 있어 의회를 지원한다. 회계검사원은 예산법의 집행감독, 사회보장기금법 적용 및 공공정책의 평가에 있어 정부와 의회를 지원한다. 회계검사원은 공개보고서를 통해 국민에게 정보를 제공한다.(프랑스 헌법 제47-2조 제1항) 공공기관의 회계는 적법하고 적정하게 이루어져야 하고 이는 동 기관들의 재정관리, 자산 및 재정상황 결과를 충실히 반영해야 한다.(제47-2조 제2항)

독일의 경우에도 회계검사원(Rechnungshof)[209]은 독일기본법 제114조 제2항에 따라 구성원이 사법적 독립성을 갖는 조직으로 결산, 예산집행 및 경제운영의 경제성과 합법성을 심사한다. 연방회계검사원은 연방정부 이외에 연방의회 및 연방참사원에 매년 직접 보고하여야 한다. 이 밖에 연방회계검사원의 권한은 연방법률로 정한다.[210]

208) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 15면 참조.
209) http://rechnungshof.de/
210) 독일연방회계검사원의 예산감사는 규정에 합치하는 예산의 사용이었는냐를 기준으로 하는 심사에서 예산의 집행을 통해 달성하고자 했던 목적에 부합하는 예산의 사용이었느냐를 기준으로 한 심사로 방향을 옮김과 더불어 감사는 개별적인 감사에서 체계적인 감사로 발달하게 되었다. 더 자세한 내용은 장선희, 독일의 감사원관련 법제연구 - 독일감사원의 기능과 감사기준을 중심으로 -, 한국법제연구원, 2004. 11. 29. 참조.

일본의 회계검사원[211]은 입법, 사법 및 내각으로부터 완전히 독립된 외부감사기관으로 인사권, 규칙제정권, 예산의 자주성이 보장된다. 일본 헌법 제90조는 국가의 수입·지출의 결산은 매년 회계검사원이 검사하고, 내각은 다음 해에 그 검사보고와 함께 이를 국회에 제출하여야 한다고 규정하고 회계검사원의 조직 및 권한은 법률로 정하도록 하고 있다.

미국 연방회계검사원(GAO:Government Accountability Office)은 의회에 정보를 제공할 책임이 있지만 직접적으로 의회전체나 개별의원에게 보고하지는 않는다고 한다.[212]

감사원의 소속을 국회로 이관하고자 하는 논의는 대통령 산하에 있는 것이 바람직하지 못하다거나 또는 독립성의 보장에 의회소속보다 대통령 소속이 문제가 있기 때문이라기보다는 국회에 감사원이 소속되는 것이 재정민주주의의 원칙을 관철시키기 위해 더 유리할 것이고 행정부의 재정권에 대한 감시기능을 수행할 수 있다는 맥락에서 더 체계정합적이고 의회민주주의의 심화 또는 의회 기능의 실질화에 기여할 것이라고 기대되기 때문이라고 한다.[213] 감사원이 의회소속형이 되는 것이 바람직하다는 논거로는 ① 근대 국가 이래 국민의 대표기관인 국회 또는 의회가 국가재정에 관한 통제권을 가지는 것은 필수적이라는 점, ② 감사원이 국회소속이 될 경우 감사원의 기능이 국회의 재정통제 권한 행사와 기능적으로 연계되어 시너지 효과가 있을 것이라는 점, ③ 현행 헌법 및 법률에 의하면, 감사원이 대통령에 소속하되 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다고 한, 우리나라의 정치문화상 조직상의 지위에 영향을 받지 아니하고 독립적으로 대통령으로부터 독립하여 직무를 수행하기를 기대하는 것은 어렵다고 볼 수 있다는 점 등을 들 수 있다.[214] 이에 대한 비판론으로 ① 감사원이 여야 간 정쟁의 소용돌이에 휘말릴 가능성이 있다는 점, ② 행정부와 국회의 대립이 있을 경우 행정부로부터 감사에 필요한 정보나 자료의 수집에 어려움이 발생할 수 있어서 현재 감사원이 가지는 능률을 기대하기 어려울 수 있다는 점, ③ 감사결과 등 제반조치가 행정부에 의하여 받아들여지지 않을 가능성에 대한 우려 등이 제기된다.

행정부소속형의 감사원 체제에 대한 찬성 논거로는 ① 오랜 기간 회계검사기능과

211) http://www.jbaudit.go.jp/
212) 김유환, 미국 감사원의 법적 지위와 권력분립, 미국헌법연구 제13호, 미국헌법학회, 2002. 11, 227면 참조.
213) 김선화, 감사원 국회이관에 관한 헌법적 쟁점, 국민과 함께 하는 개헌이야기, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 501면 참조
214) 조익순, 한·미·일 정부회계 및 감사제도의 문화적 조명, 박영사, 1996, 294면 이하 참조.

직무감찰기능이 통합적으로 수행되어 오면서 조직문화적 측면에서 많은 노하우가 축적되어 국가행정의 효율성과 적정성의 확보에 기여하고 있고 이러한 회계검사기능과 직무감찰기능의 통합은 대통령 소속일 때 가능하다는 점, ② 대통령의 직속기관으로서의 위상을 통해 실무상의 편의성과 실효성이 담보될 수 있다는 점이 지적된다.[215] 이에 대한 비판론으로 ① 소속여부에 따라 직무의 독립성과 효율성이 차이가 난다는 것은 극복해야 할 조직문화의 부정적 측면이지 계속 유지가 필요한 긍정적인 측면이 아니라는 점, ② 직무독립성의 법률적 보장만으로는 부족하고 회계검사기능의 현대적 변화를 수용하기에 적절하지 않고 헌법기관으로서 감사원의 지위에 비추어 볼 때, 헌법상의 조직적 한계 극복이 쉽지 않기 때문에 헌법기관으로서 감사원을 규정하는 한 정부로부터 분리하는 것이 가장 근본적인 문제의 해결책이 될 것이라는 점, ③ 감사결과의 실효성을 위해 조직문화에 의존하는 비합리적 접근보다는 감사원에 대한 다른 국가기관 및 국민의 신뢰를 확보하여 감사결과를 다른 국가기관과 국민에게 공개하여 피감기관의 문제점을 공론화하고 민주적으로 통제하는 것이 필요하다는 지적이 있다.

감사원의 소속형태와 정부형태와의 상관관계는 논리필연적이지 않다. 또한 감사원의 소속 자체가 회계검사기관의 독립성을 좌우하는 절대적이고 유일한 조건은 아니다. 형식적 소속과 무관하게 실질적으로 직무수행상의 독립성을 확보하거나 의회나 정부에 대한 보조기능을 회계검사기능이 충실히 수행하는 예들을 외국의 입헌 및 입법례에서 볼 수 있고 대부분의 국가들은 소속여부와 무관하게 최고회계검사기관의 직무상 독립을 헌법적 혹은 법률적으로 보장하고 있는 것이 대부분이다. 국회에 대한 국민적 신뢰가 높지 않고 타협적 정치문화가 성숙하지 못한 현실에서 국회소속형보다는 선진 외국예의 경향에 따라 독립기관형을 택하는 것이 바람직 할 것으로 보인다. 수감기관의 협조나 감사결과에 대한 실효성은 자료제출거부 등에 대한 제재조치 등을 강화하고, 공개행정을 통한 민주적 압박장치를 강화하는 등 제도적 보완책을 마련하는 방식으로 확보할 수 있을 것이다.

(나) 감사원의 직무범위

현행 헌법상 감사원의 직무범위는 국가의 세입·세출의 결산과 회계검사 및 직무감찰을 포괄한다. 연혁적으로 볼 때 원래 헌법상 회계검사기관인 심계원과 법률상 직무감찰기관인 감찰위원회가 1962년 헌법체제에서 통합된 것이 현재의 감사원이라 하겠

215) 김종철, 감사원의 헌법상 지위 및 기능 개편가능성에 대한 검토, 계간 감사, 2002 가을호, 81면 참조.

다. 이 연구의 헌법개정안은 국회에 상시 국정조사권을 부여하고, 감사원은 최고회계검사기관으로 직무조정을 한다.

직무범위와 관련하여 특수기능을 두고 있는 외국의 예는 다음과 같다.

[표: 주요 OECD 국가의 최고회계검사기관의 특수기능][216]

구분	국가
사전감사를 통한 지출승인	벨기에, 체코, 이탈리아, 터키, 아일랜드(국고출납통제)
회계직원의 회계행위에 대한 책임해제 여부 결정	프랑스, 그리스, 이탈리아, 스페인, 터키
회계직원의 책임으로 인한 국고손실에 대한 변상 판정	미국, 벨기에, 그리스, 멕시코, 프랑스, 이탈리아, 일본, 포르투갈, 스페인, 터키, 한국
정부예산안이 의회에 제출되기 전 사전 검토 후 의견서 의회 제출	독일, 벨기에, 헝가리, 폴란드, 슬로바키아
정부의 성과보고서에 대한 평가	캐나다, 프랑스, 미국
국가 채무부담행위 계약에 대한 부서	오스트리아, 헝가리
조세・연금 등의 심사청구에 대한 심판	그리스, 이탈리아, 일본, 한국
입찰이의신청에 대한 재결	미국
중앙부처의 권한에 영향을 미치는 법안에 대한 의견 제시	네덜란드
특별감찰: 공직자 윤리규정위반, 권한 남용, 행정기관의 부당행위에 대한 특별조사	한국(직무감찰실시), 미국(특별감찰실 설치・운영)
환경 및 지속가능 발전 전략의 평가	캐나다
새로운 규제 도입 법안의 잠재적 혜택과 비용을 평가하는 “규제영향평가”	영국
예산배정에 대한 예비승인	터키

216) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 9-10면 참조.

(다) 감사원장의 임명, 임기 및 권한

감사원의 독립성과 관련하여 매우 중요한 사안일 수 있는 감사원장의 임명, 임기 및 권한 문제는 중립적인 인사가 선정될 수 있고 가능한 장기간의 단임으로 하여 신분을 보장하는 것이 바람직할 것이고 헌법적 규율보다는 회계검사원법으로 규율하는 것이 바람직하다.[217] 네덜란드, 스페인 등의 경우와 같이 감사원, 의회, 국가원수가 함께 감사원장의 임명권을 행사하는 형식을 취하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이며 이 경우 감사원 위원회에서 먼저 다수의 후보자를 추천하는 것으로 할 수 있을 것이다. 감사원장의 임기는 현행헌법에서 4년으로 OECD 국가 중 최단기의 임기가 규정되어 있다. 직무의 독립성과 전문성을 고려할 때, 회계검사원법에서 5년 이상 10년 미만의 임기로 정하고 중임을 가능하도록 하는 것이 합당해 보인다. 감사결과를 심의하고 결정하는 방식은 합의제 유형과 독임제 유형으로 대별되는데 정치사회적 성숙도를 고려하여 법률에서 정하도록 한다.

[감사원장의 임명절차의 OECD 국가 비교][218]

구분	국가
의회에서 선출하거나 의회에서 선출 후 국가원수가 임명	오스트리아, 벨기에, 체코, 덴마크, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 핀란드, 노르웨이, 폴란드, 뉴질랜드, 슬로바키아, 터키, 멕시코
행정부와 의회가 함께 임명권을 행사하는 경우	호주, 일본, 한국, 스위스, 미국, 독일 * 행정부에서 후보자 제청→의회 동의→국가원수 임명 * 입법부에서 후보자 복수추천→국가원수가 지명·임명
감사원, 의회, 국가원수가 함께 임명권을 행사하는 경우	네덜란드, 스페인, 터키 * 감사원 위원회에서 먼저 다수 후보자 추천
행정부(수상)에서 제청하여 국가원수가 임명	영국, 캐나다, 프랑스, 그리스, 이태리, 포르투갈

217) 관련 논의에 관하여 자세히는 김선화, 앞의 보고서(감사원 국회이관에 관한 헌법적 쟁점), 499면 이하; 김종철, 감사조직의 개편방향 - 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로, 공법연구 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002. 12, 204면 이하 참조.

218) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 16면 참조.

[감사원장의 임기 등의 OECD 국가 비교][219]

구분	국가
종신직	영국
임기없이 정년까지 신분이 보장되는 경우	덴마크(70세), 프랑스(68세), 그리스(67세), 아일랜드(65세), 이태리(72세), 네덜란드(70세)
10년 이상의 임기	호주(10년), 오스트리아(12년), 캐나다(10년), 독일(12년), 헝가리(12년), 미국(15년)
5년 이상~10년 미만의 임기	벨기에(6년), 체코(9년), 핀란드(6년), 아이슬란드(6년), 스페인(9년), 스위스(6년), 터키(7년), 일본(7년), 멕시코(8년), 폴란드(6년), 슬로바키아(5년), 뉴질랜드(7년)
5년 미만의 임기	한국(4년), 노르웨이(4년), 포르투갈(4년)

[감사결과 심의·결정방식에 관한 OECD 국가 비교][220]

구분	국가
합의제 유형(14개국)	벨기에, 프랑스, 그리스, 이태리, 일본, 한국, 네덜란드, 노르웨이, 독일, 폴란드, 포르투갈, 스페인, 터키, 체코
독임제 유형(14개국)	호주, 오스트리아, 캐나다, 덴마크, 핀란드, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 슬로바키아, 스위스, 영국, 미국, 멕시코, 뉴질랜드

219) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 16-17면 참조.
220) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 17면 참조.

3) 감사원의 회계검사원으로의 전환

헌법 제97조에 의하여 설치되는 현행 감사원은 헌법기관으로 그 직무는 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰이다. 감사원이 독립된 기관이라고는 하나 중앙정부와 지방정부와의 관계에서 감사원은 중앙의 지방에 대한 통제 형태를 가지게 된다.[221] 헌법개정을 통해 감사원의 감사대상에서 지방자치사무를 제외하여 지방자치단체의 자율성 및 책임성을 보장할 수 있다.

현대 입헌민주주의의 발전과정에서 회계검사기관의 행정부로부터의 독립성 확보가 보편화되어가고 있는 추세를 고려할 때 대통령소속형, 의회소속형, 독립형의 감사원 소속 중 독립기관화하고 회계검사원으로 권한을 축소하는 것이 요청된다. 회계검사원에 관한 헌법적 규율은 재정의 장에서 하는 것이 적합할 것이다. 상시국정조사권을 국회가 행사하는 이 연구의 헌법개정안에서 감사원의 회계검사원으로의 자리매김이 전체적 정합성과도 일치한다.

회계결산검사의 보고대상은 대개의 경우 예산확정 및 결산권을 가지고 있는 국민대표기관인 의회가 될 것이나 현행헌법과 같이 대통령과 민의원, 참의원에 보고하도록 하여 입법과 집행이 협동하여 상호간의 국정경험을 교환할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

감사원의 권한에서 지방자치사무를 제외한 부분에 대해서는 법률 차원에서 지방자치단체의 자율적 감사를 원칙으로 하고 자율적 감사의 공정성과 객관성을 담보할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 자율적 감사기구의 설치방식으로는 지방자치단체의 현실을 고려하여, 지방의회에 감사기구를 두는 방안과 지방자치단체 내에 독립된 감사위원회를 두는 방안이 제시될 수 있으며, 지방자치단체의 사무에 대하여는 자율적 감사의 원칙 및 외부감사의 보충성 원칙을 법률로 명시하되 필요한 경우 외부에 의한 감사청구를 허용하는 방식을 취하는 것이 바람직할 것이다.[222]

---

221) 예를 들어 구 지방자치법 제158조 단서 규정이 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사개시요건을 규정한 것이라는 서울특별시와 정부 간의 권한쟁의에 관한 헌법재판소의 판단은 2009. 5. 28. 2006헌라6 참조.

222) 법률적 차원에서의 감사제도 정비에 관하여 자세히는 한국공법학회, 앞의 보고서(지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구), 125면 이하 참조.

따라서 공동연구진의 합의에 따라 다음과 같은 헌법개정안을 도출해 낸다.

제5장 재정

....

제103조 ① 중앙정부의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 주요 정책 · 사업 · 기관운영 등에 대한 평가를 하기 위하여 회계검사원을 둔다.

② 회계검사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 국회 각 원에 그 결과를 보고하여야 한다.

③ 회계검사원의 조직과 직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제5절 사법

1. 사법의 분권 필요성

잘 정비된 연방제 국가에 있어서는 사법제도 역시 분권화되어 있다. 가령 각 주가 독자적인 헌법을 가지고 있을 뿐만 아니라, 각 주마다 주 헌법재판소나 법원이 설치되어 있어서, 주의 헌법과 법률과 관련된 분쟁에 대해서는 그 주의 헌법재판소나 법원이 관장하게 되는 것이다.[223)]

이러한 사법분권은 연방제도나 준연방제를 채택하고 있는 국가에 있어서 나타나는 두드러진 특징이라고 볼 수 있다. 하지만 견해에 따라서는 우리나라도 지방자치를 강화하기 위해서는 사법제도를 분권화시킬 필요성이 있다고 보는 견해들도 있다. 또한 여기에 검찰까지 포함시켜서 검찰도 지방분권화되어야 한다고 하는 입장도 있다.

그 근거로서는 이제 지방자치제도가 활성화되어, 최소한 각 광역지방자치단체가 나름대로 독자적인 조례를 제정하여 그 지역에서 고유한 정책을 추진함에 있어서 발생하는 분쟁에 대하여는 그 지역 소속 법원이 나름대로 지역적 특성을 살려서 법률과 조례를 해석해야 할 필요성이 있다고 하는 것이다. 비록 법률은 국회에서 통일적으로 제정한다 하더라도 그 적용과 해석에 있어서는 지역적 특성이 살아날 수 있도록 그 지역법원이 역할을 수행할 수 있도록 해야 한다는 것이다.

그러나 만일 어떠한 사항에 대하여 각 지역 법원마다 관련 법률을 다르게 해석 · 적용하게 되면, 그로 인하여 주민들은 평등권을 침해받았다고 하면서 불복할 가능성이 많다. 그러한 경우에는 나름대로 항소를 거쳐 대법원에 상고하게 될 것이고, 결국 대법원을 통하여 통일적인 법해석이 가능해지게 될 것이다.

지방자치제도라고 하는 것은 지역의 다양성과 특성을 살려서 지역적 자치를 한다고 하는 것이므로, 보장하기에 따라서는 이와 같이 사법제도까지 각 지역의 특성을 살릴 수 있도록 하는 방법도 연구해 볼 수 있을 것이나, 이러한 정도의 지방분권은 연방제나 준 연방제에 가까운 정도의 지방분권을 추구하는 경우에 가능해 질 것이라고 생각

223) 가령 독일 기본법 제92조 이하.

된다. 아직까지 우리나라에서 사법분권의 필요성은 입법과 행정영역에서의 분권에 미치지는 못한다고 생각되므로, 이 문제는 천천히 보다 신중하게 연구, 검토를 해 볼 필요가 있다고 생각되므로 본 연구에서는 사법제도에 대하여는 별다른 개정안을 제시하지 않기로 한다.

그리고 가령 각 지역의 법원장이나, 검사장 등을 그 지역의 주민들로 구성된 추천위원회에서 선출하는 법관이나 검사 중에서 임명을 한다면, 나름대로 그 법원장이나 검사장은 그 지역에서 어느 정도 민주적 정당성을 확보하게 되고, 한편으로 그 지역의 사정을 좀 더 고려하는 사법정책을 펼 수 있게 될 수는 있을 것이다. 그러나 이러한 문제는 그러한 새로운 제도를 도입하게 될 때 발생할 수 있는 부작용이나 역기능까지도 충분히 연구 검토하여 도입하여야 할 뿐만 아니라, 사법제도 전반의 개혁과 관련된 문제로서 다루어야 할 문제이므로 향후의 연구과제로 넘기기로 한다.

2. 헌법재판제도의 개정

지방자치의 강화 차원에서 헌법재판제도를 개정해야 할 필요성은 지방자치헌법소원의 도입, 헌법재판소 재판관의 구성에 있어서 상원의 관여라고 하는 두 가지의 관점에서 생각해 볼 수 있다.

(1) 지방자치단체 헌법소원심판의 신설

첫째 지방자치단체가 국회가 제정한 법률이나 혹은 기초지방자치단체가 광역지방자치단체가 제정한 조례에 의하여 자신의 자치권을 침해받은 경우에, 그 법률이나 조례에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있게 할 필요가 있다. 이러한 지방자치단체의 헌법소원제도는 독일과 같은 경우에 잘 보장하고 있으며(기본법 제93조 제1항 4b), 각 지방자치단체가 해당 법률에 의하여 자치권을 침해받은 경우에 해당 주 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으며, 만일 그러한 절차가 주헌법에 보장되어 있지 않은 경우에는 연방헌법재판소에 심판을 청구할 수 있다.

우리 헌법재판제도에는 국가기관과 지방자치단체와 사이, 그리고 지방자치단체 상호간 권한침해에 관하여 다툼이 발생한 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수 있기 때문에, 이러한 수단을 통해서 지방자치단체가 권한침해를 구제받을 수 있다고 하는 반론도 제기될 수 있다. 그러나 권한쟁의의 경우에는 주로 일정한 행위에 의하여 자치

권을 침해받은 경우에 그 권한침해를 확인하는 심판이라고 할 수 있다. 권한쟁의의 경우에도 물론 권한침해의 원인이 되는 행위에 대하여 헌법재판소가 취소나 무효를 선언할 수도 있지만, 가령 법률을 통하여 국회가 지방자치단체의 권한을 침해하였다고 할 경우에, 그에 대한 권한쟁의심판을 가지고서는 침해의 원인이 되는 법률안의 가결 · 선포행위에 대하여 헌법재판소가 적극적으로 무효선언을 하지 않는 것이 보통이다. 그렇다고 하여 그 법률에 대하여 지방자치단체가 직접 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구한다면, 지방자치단체는 기본권주체가 될 수 없기 때문에 청구능력이 없어서 각하될 것이다.

그러므로 국회가 제정한 법률에 의하여 지방자치단체가 자치권을 침해받은 경우, 나름대로 효과적으로 구제받을 수 있는 가능성이 있는 제도는 지방자치단체가 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 것이다. 그리고 이 헌법소원은 개인이 국가기관에 의하여 기본권을 침해받은 경우에 제기하는 헌법소원심판과는 다른 제도이기 때문에, 헌법재판소의 관할 중의 하나로 지방자치헌법소원으로 명문화할 필요성이 있을 것이다. 물론 현행 헌법소원에 대하여도 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판(제111조 제1항 제5호)이라고 규정하고 있기 때문에, 지방자치단체의 헌법소원을 헌법재판소법에 따로 두어서 규정하는 방법이 있을 수 있겠으나, 위에서도 언급하였듯이 개인의 기본권 침해시 제기하는 헌법소원과 지방자치단체가 자치권을 침해받았을 경우에 제기하는 헌법소원은 서로 다른 제도라고 할 수 있으므로, 헌법에 보다 분명하게 명기하는 것이 더 확실한 지방자치제도의 강화방안이 될 수 있을 것이다.

만일 이러한 지방자치 헌법소원제도가 도입되는 경우에는 그에 따라 필요한 여러 가지 헌법소송법상의 전제조건을 갖추었을 경우에 헌법재판소가 자치권의 침해여부를 심판할 수 있도록 하여야 할 것이며, 이 경우에 기존의 헌법소원심판제도에서 개발된 여러 가지 소송법상의 전제조건들을 실정화시킬 수 있을 것이다. 다만 그 심판의 대상과 관련해서는 법률과 조례로 하여야 할 것이다. 왜냐하면 나머지 국가나 지방자치단체의 처분 등에 대해서도 심판을 청구할 수 있게 하는 경우에는 그야말로 권한쟁의심판과 별로 구분되지 않기 때문이다.

(2) 지역대표형 상원의 헌법재판소 재판관 임명제청

현행 헌법상 헌법재판소 재판관 9인 중 3인은 국회가 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를, 그리고 나머지 3인은 대통령이 지명하는 자를 대통령이 임명

한다. 이에 따라 헌법재판관의 1/3을 대법원장이 임명하게 되기 때문에 마치 헌법재판소가 대법원보다 하위인 헌법기관이거나 또는 대법원에 종속기관인 것 같은 인상을 받을 수 있으며, 실제로 이러한 임명제도는 헌법재판소의 법원으로부터의 독립성에 상당한 문제를 야기할 수 있다고 생각된다.

그러므로 본 연구진은 지역대표형 상원인 참의원을 도입하는 헌법개정안에서, 차제에 헌법재판소 재판관을 12인으로 늘리고, 그 가운데 3인은 민의원이 선출하는 자를, 그리고 3인은 참의원이 선출하는 자를, 나머지 3인은 헌법재판관추천위원회에서 선출하는 자를 대통령이 임명하도록 하는 개정안을 제시하기로 하였다.

만일 참의원이 헌법재판관 12인 가운데 3인을 선출할 수 있다면, 지방자치단체의 이해관계와 관련된 헌법재판에 있어서 나름대로 지역의 이익을 충분히 고려하여 심판을 할 수 있을 것으로 기대할 수 있다. 이러한 이유에서 헌법재판관 12인 가운데 지역대표형 상원인 참의원이 3인을 선출하도록 하는 개정안을 마련하였다.

(3) 재판관 임기를 10년으로 연장하고 중임을 금지함

차제에 재판관의 정치적 독립성을 확보하고, 재판관의 전문성을 확보하기 위하여 기존 6년 임기를 10년으로 연장하고, 중임을 할 수 없도록 하는 개정안을 마련하였다.

현행 제도에 따를 경우에 헌법재판관은 개인적 능력이나 전문성에 따라 차이가 있을 수 있겠으나 임명된 후 2-3년은 헌법재판사건에 적응하기에 바쁜 것이 사실이며, 그 후 3-4년 정도 재판관으로서의 전문성을 살릴 수 있게 되면 얼마 되지 않아 퇴임하게 되는 것이 보통이다. 그리고 보통 대통령에 의해서 중임되기를 바라는 경우에는 정치권의 눈치를 볼 수 있는 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 차제에 헌법재판소 재판관의 임기를 10년으로 연장하고, 중임을 하지 못하도록 하는 개정안을 제시하기로 한다.

3. 소결

이상으로 사법분권과 관련된 헌법개정의 문제를 검토해 보았다. 아직까지 우리의 국민 정서를 고려해 볼 때에는 연방제도나 준연방제와 같은 강력한 분권을 국민이 희망한다고 볼 수는 없다. 그러므로 연방제 차원에서의 사법제도의 분권화를 도입하는 것은 시기상조라고 볼 수 있다.

다만 헌법재판제도와 관련하여 지방자치단체의 자치권강화를 위해서는 법률이나 조

례가 지방자치단체의 자치권을 침해할 경우에 그 효력을 다툴 수 있는 지방자치단체 헌법소원제도를 도입할 필요성이 있다고 판단되며, 또한 헌법재판관의 수를 12명으로 늘리고, 그 가운데 3인은 지역대표형 상원이 선출하게 하는 경우에, 헌법재판소는 지역의 이해관계를 보다 더 충분히 고려할 수 있게 될 것이라고 생각된다.

제6절 재정

앞에서 누차 강조해왔듯이 지방분권이 실효성을 갖기 위해서는 무엇보다 재정분야에서 지방정부의 자율성과 책임성이 확보되어야 한다. 그런데 지방분권을 강화할 경우 현재 재정자립도가 낮은 지역은 더 큰 어려움에 봉착하게 될 것으로 우려하는 사람들이 많다. 여기에서는 우선 우리나라 지방재정의 상황을 통계를 통해 간단히 점검해본다. 다음으로 지방정부의 자주재정권을 보장하기 위한 재정제도 개편방향의 대강을 제시하고, 나아가 구조적 요인에 의한 지역간 재정격차 문제를 다루기 위한 재정조정의 대체적인 방법에 대해 언급한다. 마지막으로 재정분야의 헌법개정 방향을 검토해본다.[224)]

1. 우리나라 지방재정의 현황

지방자치단체의 재정자립도가 전반적으로 감소해왔다는 점은 이미 지적한 바 있다. 이는 지방자치단체의 재정자립도 추이를 나타내고 있는 다음의 표에서도 확인할 수 있다. 1995년 지방자치제가 본격적으로 실시된 이후 국가사무의 지방이양 등으로 지출 측면에서 국가총재정에 대한 지방재정의 비중은 이제 중앙정부의 그것을 능가하게 되었지만, 지방의 자체재원의 비중은 오히려 줄어들어 재정자립도는 전반적으로 감소해왔다. 표에서 보는 바와 같이 지방자치단체의 전국 평균 재정자립도는 1997년에 63%이던 것이 2006년에는 54.4%로 되었다. 표는 또한 특별시와 광역시의 재정자립도는 도의 그것보다 높고, 시와 자치구의 재정자립도는 군의 그것보다 높음을 보여주고 있다.

---

224) 여기에서의 글은 신도철, “새로운 지역발전정책 패러다임: 광역분권의 필요성과 제도개편 방향”, 한반도선진화재단 · 일본 PHP종합연구소 · 조선일보가 2008. 5. 6. 전국은행연합회관 2층 국제회의장에서 공동 주최한 “21세기 광역분권형 국가운영: 지방행정단위 개편과 중앙-지방정부 역할의 재조명”이라는 주제의 세미나에서 발표된 논문과 신도철, “지방분권 강화를 위한 헌법개정 방향”, 국회미래한국헌법연구회, 『국민과 함께하는 개헌이야기』 제2권, 2010, 689-699면을 주로 참조한 것이다.

<표> 지방자치단체의 재정자립도 추이

(단위: %)

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
전국평균(순계규모)	63.0	63.4	59.6	59.4	57.6	54.8	56.3	57.2	56.2	54.4	53.6
특·광역시(총계규모)	89.4	90.0	81.8	84.8	82.9	79.8	82.2	81.4	80.3	78.5	73.9
도(총계규모)	42.5	42.1	38.3	37.9	35.6	34.6	39.4	41.3	36.6	36.1	34.9
시(총계규모)	53.3	54.1	52.0	50.6	43.4	40.2	38.0	38.8	40.6	39.4	39.5
군(총계규모)	21.2	22.9	23.4	22.0	18.1	17.4	16.3	16.6	16.5	16.1	16.6
자치구(총계규모)	51.6	49.7	52.3	46.9	45.0	45.1	42.3	42.6	44.3	40.5	37.5

출처: 행정자치부, 지방자치단체 예산개요

지방자치단체의 재정자립도가 전반적으로 감소해온 것은 지방자치단체의 늘어나는 재정수요를 중앙정부의 지방이전 재원이 주로 보전해 왔기 때문이다. 다음의 표는 중앙정부의 지방이전 재원과 지방가용재원의 추이를 보여주고 있다. 2001년에 지방가용재원의 규모가 급등한 것은 지방교육세 도입, 교육교부세율 인상 등에 기인한다. 2005년에는 양여금제도가 없어지고 양여금의 많은 부분이 교부금 항목으로 흡수되었으며, 대신 균특회계가 신설되었다. 지방자치단체의 재정자립도가 전반적으로 감소해온 반면 총조세(국세+지방세) 대비 지방가용재원(지방세+지방이전재원)의 비중이 전반적으로 증가해온 것은 주로 지방이전재원 규모가 확대되어왔기 때문이다. 지방교부세 법정교부율은 2000년 15%에서 2005년 19.13%, 2006년 19.24%로 증가하였으며, 지방교육교부세율은 2001년 13%에서 2005년 19.4%로 증가하였다.

<표> 중앙정부의 지방이전재원 및 지방의 가용재원 규모

(단위: 조원)

	1985	1990	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
지방이전재원	3.6	9.3	22.5	26.6	30.6	30.7	31.6	35.8	46.1	46.4	53.2	54.2	60.6	65.3
- 교부금	3.1	7.2	13.7	15.2	16.2	16.6	15.5	18.1	27.1	27.5	32.1	32.8	43.8	46.0
- 양여금	-	-	4.9	6.7	8.5	7.4	7.5	8.9	8.4	8.0	9.0	8.6	-	-

- 국고보조금	0.5	2.1	3.9	4.7	5.9	6.7	8.6	8.8	10.6	10.9	12.1	12.8	11.3	13.4
- 균특회계*	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	5.3	5.9
지방가용재원	5.3	15.7	37.8	44.0	49.0	47.9	50.2	56.4	72.7	74.7	82.0	88.4	95.6	100.6
(총조세 대비 ,%)	39.0	47.3	52.4	53.4	55.5	56.4	53.3	49.7	59.4	56.6	57.1	58.2	58.8	59.0

* 균특회계 중 보조금만 계상

출처: 기획예산처, 연도별 예산서

위에서 본 바와 같이 지방자치단체의 업무수행 관련 재정지출은 중앙정부의 그것보다 오히려 많게 되었지만, 재정수입은 중앙정부로부터의 이전재원에 크게 의존하고 있는 실정이다. 이런 상황 하에서는 지방자치단체가 스스로 자기책임 하에 지역발전을 위한 전략과 수단을 개발하고 집행하는 것을 기대하기 어렵다. 자율적인 지방행정의 물적 기초인 자주재원을 확보하지 못한 지방정부는 각종 이전재원을 지원받는 과정에서 불가피하게 중앙정부의 간섭과 통제를 받게 된다.

그리고 지방의회도 제 기능을 발휘할 수 없는 상황에 놓여 있다. 지방의회의 가장 중요한 기능은 조례를 제정하고 예산 등 지역의 주요안건에 대해 결정을 내리며, 지방자치단체의 장이 지방의회가 정한 바대로 행정을 잘 수행하고 있는지를 감시하는 것이라 할 수 있다. 그러나 국회 및 중앙정부에서 세세한 부분까지 정한 법률과 시행령 부령 등이 전국에 일률적으로 적용되고 있어 지방정부가 스스로 정할 수 있는 사항은 극히 제한되어 있다. 지방자치단체장의 최대 관심사는 중앙정부로부터 어떻게 이전재원을 많이 확보하고 개발사업을 많이 유치하느냐이다.

중앙정부가 그 비용의 많은 부분을 부담하는 지역개발의 경우 그 혜택은 해당 지역주민에 집중되는데 반해 비용은 전 국민에 분산된다. 그리하여 각 지방정부는 그러한 지역개발 프로젝트를 가능한 한 많이 유치하고자 한다. 주민들은 그 프로젝트가 국가전체의 관점에서 낭비적이라 하더라도 별로 상관하지 않는다. 그러한 프로젝트를 많이 유치한 지방자치단체장은 유능한 것으로 평가받으며, 선거에서 후보자들은 자신이 그런 일을 잘 할 수 있다고 내세운다. 지역구 출신의 국회의원도 해당지역에 국책 프로젝트를 얼마나 유치했는가에 따라 그 능력을 평가받고, 따라서 헌법이 요구하는 바와 같이 국가를 위해 일하는 것이 아니라 표를 의식하여 지역을 위해 일하는 경우가 허다하다.

지방선거가 지역별로 실시되고 국회의원이 지역단위로 선출되는 상황에서 지역개발에 대한 결정이 주로 중앙정부에 의해 이루어질 경우, 개발사업의 유치 내지 이전재

원의 더 많은 확보를 위한 지역간의 배타적 대립과 갈등은 증폭될 수밖에 없다. 각 지방정부는 비용이 수반되는 공공재 공급을 어떻게 적절한 수준으로 공급하여 주민의 만족도를 높일 것인가를 두고 서로 경쟁하는 것이 아니라, 중앙정부로부터 어떻게 하면 더 많이 받아낼 것인가를 두고 경쟁하게 되는 것이다. 이러한 경쟁은 국가 전체적으로 보면 낭비적인 경쟁이요 지역간의 갈등을 증폭시키는 경쟁이다. 각 지방자치단체가 기본적으로 자기 살림을 살 수 있을 때 선의의 경쟁과 협력이 지배할 수 있다.

지역 간의 일인당 생산 내지 소득은 얼마만큼 차이가 있을까? 아래의 표는 2005년도 광역시도별 지역내총생산(GRDP)과 1인당 GRDP를 나타내고 있다. 1인당 GRDP가 가장 높은 지역은 울산광역시로서 3,890만 원에 이르는 반면, 가장 낮은 지역은 대구광역시로서 1,088만 원에 불과하였다. 이와 같이 1인당 GRDP는 광역시도 간에 상당한 격차를 보이고 있는 것이 사실이다. 그러나 이러한 1인당 GRDP의 광역시도 간 격차가 바로 해당 지역 주민들의 소득격차를 그대로 이야기해주는 것은 아니다. 오히려 그 격차는 광역시도의 경계구분에 의해 작위적으로 생겨난 측면이 강함은 주지의 사실이다. 예컨대 대구시의 많은 주민들이 대구시 경계 밖 경북에 속하는 지역에 입지한 공장 등 생산시설에 근무하고 있는데, 이 경우 그 생산 활동은 대구시가 아니라 경북의 GRDP에 포함되는 것이다.

<표> 2005년도 광역시도별 지역내총생산(GRDP)과 1인당 GRDP

시도별	GRDP (당해년가격, 백만원)	인구 (명)	1인당 GRDP (원)
전국	**817,811,875**	**47,041,434**	**17,384,927**
서울특별시	185,091,210	9,762,546	18,959,318
부산광역시	46,278,512	3,512,547	13,175,201
대구광역시	26,729,159	2,456,016	10,883,137
인천광역시	37,915,746	2,517,680	15,059,796
광주광역시	17,853,839	1,413,644	12,629,657
대전광역시	18,639,434	1,438,551	12,957,089
울산광역시	40,648,318	1,044,934	38,900,369
경기도	163,982,651	10,341,006	15,857,514
강원도	22,381,340	1,460,770	15,321,604
충청북도	25,460,466	1,453,872	17,512,179
충청남도	47,514,659	1,879,417	25,281,595
전라북도	24,777,546	1,778,879	13,928,742

전라남도	40,872,833	1,815,174	22,517,309
경상북도	57,748,323	2,594,719	22,256,099
경상남도	54,253,972	3,040,993	17,840,874
제주도	7,663,867	530,686	14,441,434

자료: 통계청

아래의 표는 위의 표를 재구성하여 서울+인천, 경기+강원, 충청+전라+제주, 경상 등 광역지역별로 지역내총생산(GRDP)과 1인당 GRDP를 표시해본 것이다.[225] 이 표에서 알 수 있듯이, 남한지역을 4개의 광역지역으로 나눌 경우 광역지역 사이의 1인당 GRDP는 격차가 거의 없게 된다.

<표> 2005년도 광역지역별 지역내총생산(GRDP)과 1인당 GRDP

광역지역별	GRDP (당해년가격, 백만원)	인구 (명)	1인당 GRDP (원)
전국	817,811,875	47,041,434	17,384,927
서울+인천	223,006,956	12,280,226	18,159,841
경기+강원	186,363,991	11,801,776	15,791,182
충청+전라+제주	182,782,644	10,310,223	17,728,292
경상지역	225,658,284	12,649,209	17,839,715

2005년도 광역시도별 일반회계 세입의 규모와 내역을 정리해보여주고 있는 다음 표는 광역시도 세입의 상당부분을 중앙정부로부터의 이전재원으로 충당하고 있음을 재확인해주고 있다.

225) 신도철, 앞의 논문("새로운 지역발전정책 패러다임: 광역분권의 필요성과 제도개편 방향"): 신도철은 광역지방정부에 대한 하나의 유력한 지역구획 방법으로 서울 인천과 그 근처의 도시권을 포괄하는 가칭 서울주, 경기도의 여타 지역과 강원도를 포괄하는 가칭 경강주(京江州), 대전 광주 충북 충남 전북 전남 제주 지역을 포괄하는 가칭 충전주(忠全州), 부산 대구 울산 경남 경북 지역을 합친 가칭 경상주(慶尙州) 등 4개 주를 두는 (통일 후에는 북한지역의 예컨대 평안주(平安州)와 함경주(咸鏡州) 2개 주를 포함하여 모두 6개주를 두는) 안을 제시한 바 있다. 여기에서는 이러한 구상에 따른 각 광역지역에 대하여 해당 통계치를 구해보았다. 다만 서울+인천 통계치는 근처의 도시권을 포괄하지 않는다는 점에서 가칭 서울주에 대한 통계치와는 다르며, 마찬가지로 경기+강원 통계치는 서울과 인천 근처의 도시권이 차감되지 않았다는 점에서 가칭 경강주에 대한 통계치와 다르다.

<표> 2005년도 광역시도별 세입 (일반회계)

(단위: 백만 원)

시도별	총세입	지방세수입	세외수입	지방교부세	조정교부금	보조금	지방채
전국	122,922,689	35,976,900	30,884,090	20,018,269	5,837,381	28,408,020	1,798,030
서울특별시	17,842,065	10,011,732	4,509,032	189,842	1,649,987	1,481,473	-
부산광역시	5,879,255	2,265,338	1,321,181	360,598	453,025	1,256,401	222,713
대구광역시	3,730,000	1,523,228	832,776	311,787	347,777	707,283	7,150
인천광역시	4,440,398	1,739,789	980,809	205,379	299,087	864,502	350,832
광주광역시	2,433,892	773,481	510,821	269,946	207,887	595,664	76,093
대전광역시	2,293,421	919,761	528,834	167,039	237,279	440,009	500
울산광역시	2,218,228	836,498	559,578	227,858	139,907	375,936	78,450
경기도	22,969,446	8,968,589	6,509,549	1,528,944	1,540,253	3,902,045	520,066
강원도	7,247,904	889,276	1,865,563	2,172,987	87,060	2,093,584	139,433
충청북도	5,203,948	828,296	1,365,203	1,519,152	95,956	1,370,264	25,078
충청남도	7,780,218	1,419,054	2,064,051	1,900,643	194,278	2,198,373	3,819
전라북도	7,529,777	834,923	1,293,152	2,086,738	96,341	3,127,923	90,700
전라남도	9,698,139	921,432	2,293,404	3,055,200	60,458	3,310,838	56,807
경상북도	10,219,652	1,583,213	2,289,362	3,065,640	138,041	3,089,180	54,215
경상남도	11,171,835	2,061,170	3,510,450	2,374,043	241,877	2,857,557	126,738
제주도	2,264,511	401,121	450,323	582,475	48,167	736,990	45,436

자료: 행정안전부

한편 다음 표는 2005년도 광역시도별 일반회계 세출의 규모와 내역을 정리해보여주고 있다. 사회개발비와 경제개발비의 합이 총세출의 70% 이상을 차지하고 있는 것으로 나타난다. 위 표의 총세입 규모가 아래 표의 총세출 규모보다 많은 것은 위 표의 세외수입 중에는 순세계잉여금과 이월금이 포함되어 있기 때문인 것으로 보인다.[226)]

226) 지방자치단체 일반회계의 세외수입은 크게 경상적 세외수입과 임시적 세외수입으로 나뉘는데,

<표> 2005년도 광역시도별 세출 (일반회계)

(단위: 백만 원)

시도별	총세출	일반행정비	민방위비	사회개발비	경제개발비	지원 및 기타경비
전국	101,925,426	17,092,317	2,016,843	43,760,481	30,588,621	8,467,165
서울특별시	16,179,040	2,658,407	412,402	7,812,132	2,874,672	2,421,427
부산광역시	5,355,374	771,842	114,905	2,396,471	1,456,660	615,496
대구광역시	3,253,332	474,692	92,072	1,544,388	700,022	442,159
인천광역시	3,862,732	562,923	93,632	1,825,621	910,552	470,004
광주광역시	2,167,062	309,976	47,293	969,952	537,018	302,823
대전광역시	2,012,928	290,862	52,118	917,732	429,516	322,700
울산광역시	1,749,692	252,247	41,031	761,950	497,005	197,458
경기도	18,873,882	2,789,624	363,400	8,559,216	5,274,378	1,887,265
강원도	5,842,009	1,198,623	111,979	2,019,043	2,260,779	251,585
충청북도	4,176,334	758,550	84,467	1,616,679	1,556,779	159,858
충청남도	6,153,630	1,175,195	96,376	2,450,124	2,130,129	301,807
전라북도	5,978,635	1,085,525	85,221	2,385,578	2,241,504	180,807
전라남도	7,640,315	1,316,070	112,863	3,254,538	2,814,758	142,085
경상북도	8,160,680	1,441,929	143,285	3,396,190	2,873,698	305,577
경상남도	8,566,800	1,634,441	128,301	3,154,933	3,294,662	354,462
제주도	1,952,982	371,410	37,499	695,935	736,487	111,652

자료: 행정안전부

위의 표들을 재구성하여 광역시도별 1인당 총세입과 1인당 지방세수입, 1인당 총세출 등을 보여주고 있는 것이 아래의 표이다. 광역시도들 사이에 인구밀도, 산업구조 등의 측면에서 상당한 차이가 존재함에도 불구하고 1인당 지방세수입의 지역간 차이는 그렇게 크지 않음을 알 수 있다. 서울 지역의 1인당 지방세수입액이 가장 많은 것은 지방세의 상당부분을 취득세 등록세 등 재산거래와 관련된 세목이 차지하고 있는 것과 관련이 있는 것으로 보인다. 1인당 지방세수입액이 가장 많은 서울지역과 가장 적은 전북지역의 격차는 (1,025,525원/ 469,353원 =) 2.2배 정도이다. 참고로 1인당

경상적 세외수입에는 사용료, 수수료, 재산임대수입, 사업수입, 징수교부금수입, 이자수입 등이, 임시적 세외수입에는 재산매각수입, 순세계잉여금, 이월금, 전입금, 전입금, 예탁금 및 예수금, 융자금원금수입, 부담금, 잡수입, 과년도수입 등이 포함된다. 2005년도의 일반회계 세외수입 규모는 30.87조원, 그 중 경상적 세외수입의 규모는 3.85조원, 임시적 세외수입의 규모는 27.02조원 규모였으며, 임시적 세외수입 중 순세계잉여금은 5.80조원, 이월금은 16.49조원 규모인 것으로 나타난다. 행정자치부, 지방세외수입연감, 2006 참조.

지방세+세외수입액의 경우 가장 많은 강원지역과 가장 적은 광주지역의 격차는 (1,885,881원/ 908,505원 =) 2.1배 정도로 나타난다.

<표> 광역시도별 1인당 총세입, 지방세수입, 총세출, 면적 등: 2005년

시도별	인구(명)	1인당 총세입(원)	1인당 지방세수입	1인당 지방세+세외 수입	1인당 총세출(원)	면적 (km^2)	1인당 면적 (m^2)
전국	**47,041,434**	**2,613,073**	**764,792**	**1,421,321**	**2,166,716**	**99,678**	**2,119**
서울특별시	9,762,546	1,827,604	1,025,525	1,487,395	1,657,256	605	62
부산광역시	3,512,547	1,673,787	644,927	1,021,059	1,524,641	765	218
대구광역시	2,456,016	1,518,720	620,203	959,279	1,324,638	884	360
인천광역시	2,517,680	1,763,686	691,029	1,080,597	1,534,243	1,002	398
광주광역시	1,413,644	1,721,715	547,154	908,505	1,532,962	501	354
대전광역시	1,438,551	1,594,258	639,366	1,006,982	1,399,275	540	375
울산광역시	1,044,934	2,122,840	800,527	1,336,042	1,674,452	1,057	1,012
경기도	10,341,006	2,221,200	867,284	1,496,773	1,825,150	10,132	980
강원도	1,460,770	4,961,701	608,772	1,885,881	3,999,267	16,613	11,373
충청북도	1,453,872	3,579,371	569,717	1,508,729	2,872,560	7,432	5,112
충청남도	1,879,417	4,139,698	755,050	1,853,290	3,274,223	8,600	4,576
전라북도	1,778,879	4,232,878	469,353	1,196,301	3,360,900	8,055	4,528
전라남도	1,815,174	5,342,815	507,627	1,771,090	4,209,136	12,095	6,663
경상북도	2,594,719	3,938,635	610,167	1,492,483	3,145,111	19,026	7,333
경상남도	3,040,993	3,673,746	677,795	1,832,171	2,817,106	10,522	3,460
제주도	530,686	4,267,139	755,854	1,604,421	3,680,108	1,848	3,482

한편 총세출이나 (지방세수입뿐만 아니라 세외수입과 중앙정부로부터의 이전재원 등을 포함하는) 총세입의 경우 1인당 액수는 광역시도별로 상당한 차이가 있는 것으로 나타난다. 1인당 총세출의 경우 가장 많은 전남지역과 가장 적은 대구지역의 격차는 (4,209,136원/ 1,324,638원 =) 3.2배 정도이고, 1인당 총세입이 가장 많은 전남지역과 가장 적은 대구지역의 격차는 (5,342,815원/ 1,518,720원 =) 3.5배 정도로 나타난다.

(이전재원을 포함하는) 1인당 총세입 혹은 1인당 총세출이 광역시도별로 상당한 차이를 보이는 요인 중의 하나로 지역별 인구밀도 내지 1인당 면적의 차이를 들 수 있을 것이다. 위의 표에서 보는 바와 같이 1인당 면적이 상대적으로 작은 특별시와 광역시에 비해 1인당 면적이 상대적으로 큰 강원, 경북, 전남, 충북 등 도 지역의 경우가 (이전재원을 포함하는) 1인당 총세입 혹은 총세출이 상대적으로 많은 것으로 나타나기 때문이다.

아래의 표는 위의 표를 재구성하여 서울+인천, 경기+강원, 충청+전라+제주, 경상지역 등 광역지역별로 1인당 총세입과 1인당 지방세수입, 1인당 면적 등을 표시해본 것이다. 광역지역들 사이의 1인당 지방세수입 혹은 1인당 지방세+세외수입은 그 격차가 크지 않음을 알 수 있다. 한편 (이전재원을 포함하는) 1인당 총세입 혹은 1인당 총세출은 1인당 면적과 높은 상관관계를 가지고 있음을 관찰할 수 있다.

<표> 광역지역별 1인당 총세입, 지방세수입, 총세출, 면적 등: 2005년

광역지역별	인구(명)	1인당 총세입(원)	1인당 지방세수입	1인당 지방세+ 세외수입	1인당 총세출(원)	면적 (km^2)	1인당 면적(m^2)
전국	47,041,434	2,613,073	764,792	1,421,321	2,166,716	99,678	2,119
서울+인천	12,280,226	1,814,499	956,947	1,403,994	1,632,036	1,607	131
경기+강원	11,801,776	2,560,407	835,287	1,544,935	2,094,252	26,745	2,266
충청+전라+제주	10,310,223	3,608,448	591,458	1,416,444	2,917,676	39,071	3,790
경상주	12,649,209	2,626,170	653,752	1,326,786	2,141,310	32,254	2,550

지금까지의 논의를 요약하면, 우선 1인당 GRDP는 현재의 16개 광역시도간에는 상당한 격차를 보이고 있지만 4개 광역지역 사이에는 격차가 거의 없어지는 것으로 나타나며, 1인당 지방세 수입 내지 1인당 지방세+세외수입의 광역지역간 격차는 크지 않지만, (중앙정부로부터의 이전재원을 포함하는) 1인당 총세입 내지 1인당 총세출 규모는 광역지역 사이에 상당한 격차를 보이는데, 그 격차의 많은 부분은 1인당 면적으로 설명할 수 있다는 것이다.

2. 재정제도 개편방향

우리나라에서는 지방자치단체의 늘어나는 재정수요를 중앙정부의 지방이전 재원이 주로 보전해 왔다. 현재의 이러한 지방재정제도는 지방정부의 자기결정과 자기책임의 원칙과 부합하지 않음은 물론이다. 그러면 지방재정제도는 어떻게 개편할 것인가?

우선 세원을 중앙정부, 광역지방정부, 기초지방정부 별로 구분한다. 세원은 각 수준 정부의 재정수요가 기본적으로 충족되도록 배분되어야 할 것이다. 어느 세목을 어느 수준의 정부에 배분할 것인지를 정함에 있어서는 해당 세목이 어느 수준의 정부가 잘 관리할 수 있는지, 어느 수준 지역단위의 주민들이 그 세목에 더 큰 관심을 가지고 세정을 잘 감시할 수 있는지, 해당 세목 관련 징세의 효율성과 전국적 통일성이 얼마만큼 중요한지 등의 요소를 고려하여야 할 것이다. 현행 세원배분 방식으로는 지방정부가 전반적으로 자족적인 재원을 확보할 수 없으므로, 현재 국세로 되어 있는 소득세 법인세 부가가치세 등은 공동세로 만들어 중앙정부, 광역지방정부, 기초지방정부가 일정비율로 그 세수를 나누어 가질 필요가 있을 것이다. 그리고 지방정부에 배정된 세목 중 그 성격상 적합한 일부 세목에 대해서는 해당 지방정부가 세율 등을 자유롭게 정하도록 할 수 있을 것이다.

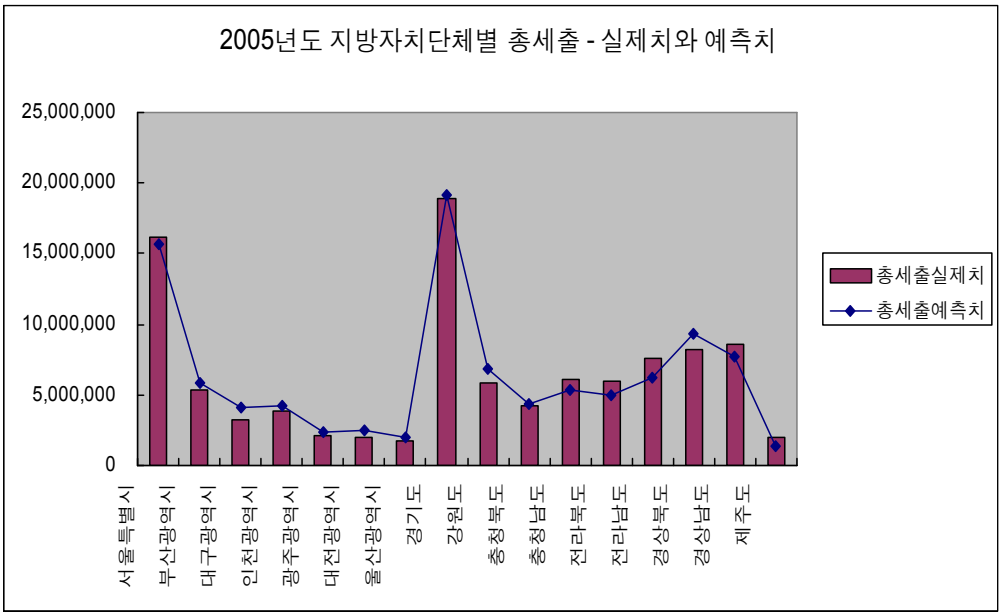
이런 식으로 세원을 각급정부에 배분할 경우, 어떤 지방정부에서는 재정수요에 비해 재정수입이 모자라고 어떤 지방정부에서는 재정수요에 비해 재정수입이 오히려 많게 되는 현상이 발생할 수 있다. 따라서 지방정부 간의 재정조정이 요구될 것이다. 그러나 이 재정조정을 중앙정부가 주관하도록 해서는 안 될 것이다. 중앙정부가 주관할 경우, 지방정부를 지배 관리하는 통로가 새롭게 생겨나는 셈이다. 지방정부간 재정조정은 각 지방정부의 재정수요 및 재정수입에 영향을 미치는 인구, 관할면적, 지역내총생산, 지역내자산총가치 등의 객관적인 지표를 이용하여 기계적으로 행하는 것이 바람직할 것이다. 그 산식이 복잡해지면 자의가 개입할 소지가 많아지고, 그렇게 되면 우리가 피하고자 했던 지방정부간 갈등과 소모적인 경쟁이 다시 살아날 수 있다.

실제로 통계자료를 분석해보면 지방자치단체의 재정수요액은 인구와 관할면적 두 변수만으로도 아주 잘 설명되는 것으로 나타난다. 2005년도 통계를 사용하여 16개 광역지방자치단체의 총세출(X)을 당해 자치단체의 인구(P)와 관할면적(L)에 회귀시켜 보면 그 결과는 다음과 같다.

$$X = 1.5911P + 270.30L \qquad R^2 = 0.9753$$
$$(0.0577) \quad (27.00)$$

위 회귀분석에서 총세출(X), 인구(P), 관할면적(L)의 단위는 각각 백만 원, 명, km² 이므로, 위 식은 각 광역지방자치단체의 총세출은 인구가 1명 늘어남에 따라 159만 원, 관할면적이 1km² 늘어남에 따라 2억7천만 원 정도 증가하는 경향이 있음을 나타내고 있다. 그리고 16개 광역지방자치단체의 총세출(X)의 평균치는 6,370,339백만 원 (약 6조 3,703억 원), 인구(P)의 평균치는 294만 명, 관할면적(L)의 평균치는 6,230km²인바, 이를 이용하여 평균적인 규모의 광역지방자치단체에 있어 인구 및 관할면적에 대한 총세출의 탄력성을 구해보면 각각 0.7343과 0.2643으로 계산된다. 즉 평균적인 규모의 광역지방자치단체의 경우 인구가 1% 증가하면 세출은 0.73%, 면적이 1% 증가하면 세출은 0.26% 정도 증가하는 것으로 나타난다.

분석결과 결정계수(R^2)의 값이 아주 높게 나와 지방자치단체의 총세출 내지 재정수요액을 인구와 관할면적에 의해 설명하고자 하는 모형이 상당한 현실적합성을 가지고 있음을 시사하고 있다. 참고로 다음의 그림은 2005년도 광역지방단체별 총세출의 실제치와 회귀분석에 의한 예측치를 대비시키고 있다.



세원이 중앙정부, 광역지방정부, 기초지방정부 사이에 배분되면 정부별 세수도 예측할 수 있게 된다. 지역내총생산, 지역내자산총가치 등의 지표를 통해 정부별 세수와 세외수입 등 재정수입의 규모를 예측하고, 다른 한편으로 인구와 관할면적 등을 통해 정부별 재정지출의 규모를 예측한 후, 필요한 정부간 재정조정을 행한다. 재정수입의

규모를 예측할 경우에도 지역내총생산, 지역내자산총가치 등의 객관적 지표를 통해 이를 행해야지, 각 지방정부의 재량적인 세율조정 등을 통한 세수의 증감을 반영해서는 안 된다. 세율증가 등으로 인한 세수증대가 재정조정으로 인해 해당지방정부의 가용자원 증대로 이어지지 않게 된다면 인센티브는 왜곡되고 자주재원의 원칙은 무너지게 될 것이다. 앞에서 소득세 법인세 부가가치세 등의 공동세화 필요성에 대해 언급한 바 있지만, 지방정부의 지역발전 등에 대한 인센티브의 관점에서 보면, 공동세 세수의 일정비율을 중앙정부가 나머지를 지방정부가 갖도록 하는 일반적인 배분방법보다 더 나은 방법이 있음이 지적된 바 있다 (Weingast 2006, pp.18-21 참조). 예컨대 어떤 지역에서 10조 원의 소득세 수입이 있고, 세수의 60%를 중앙정부가, 40%를 지방정부가 갖는다고 하자. 이러한 전통적 방법에서는 지방정부가 해당지역의 소득증대를 위해 열심히 일할 인센티브가 아주 강하지는 않다, 왜냐하면 소득증대로 인한 세수증가의 40%만을 지방정부가 갖기 때문이다. 이제 8조 원까지의 소득세에 대해서는 중앙정부가 70%, 지방정부가 30%를 갖지만, 8조 원을 초과하는 소득세 부분 즉 2조 원에 대해서는 중앙정부가 20%, 지방정부가 80%를 갖도록 하는 배분방식을 채택한다고 하자. 그러면 해당지역의 소득세 수입이 10조일 경우 지방정부가 갖게 되는 세수가 4조원이 되는 것은 동일하지만, 세수증가에 따른 지방정부 가용재원의 한계확보율은 80%에 이르게 되어 해당지역 주민의 소득증대를 위해 열심히 노력할 지방정부의 인센티브는 크게 강화된다.[227] 지방재정제도 및 재정조정제도를 잘 설계하면 중앙정부로부터 지역개발사업과 재정지원을 가능한 한 많이 받아내기 위한 지방정부들 간의 소모적 경쟁과 갈등을 크게 줄이면서 지방정부들이 주민의 복지증진과 지역의 발전을 위해 열심히 일할 인센티브를 갖게 할 수 있다.

3. 재정 분야 헌법개정 방향

여기에서는 지방분권 강화를 위한 재정분야의 헌법 개정 방향에 대해 살펴본다. 지방분권 강화를 위한 재정분야의 헌법조항은 많은 경우 지방자치의 장(현행 헌법 제8장)에 추가하여 넣는 방식을 택하는 것이 적절할 것이다. 한편, 본 연구팀은 국가재정과 회계검사에 관한 규정을 독립된 재정의 장에 취합하는 것이 바람직하다는 쪽으로 의견을 모았다. 이 경우 현행헌법 제3장 국회에 규정되어 있는 예산에 관한 조항과 현행헌법 제4장 정부 제2절 행정부의 제4관에 규정되어 있는 감사원 관련 조항 등을

227) 다만 지역경제가 활성화되고 따라서 소득세의 세수가 늘어났을 때, 배분율이 차등화 되는 기준점 (위의 예에서는 8조원)을 중앙정부가 높여버리게 되면 지방정부의 열심히 일할 인센티브는 약화될 것이다. 이러한 문제는 그 기준점을 예컨대 최근 5년간 소득세수 평균의 80%로 정하는 방식 등을 채택함으로써 완화시킬 수 있을 것이다.

취합하여 현행헌법 제4장 정부의 뒤쪽, 제5장 법원의 앞쪽에 재정의 장을 두는 것이 적절해 보인다. 그리고 감사원의 경우 그 권한을 회계검사에 한정하여 회계검사원으로 명명하고, 감사대상에서 지방자치단체를 제외시키는 것으로 하였다.

(1) "제X장 지방자치"에 포함될 재정관련 조항

1) "지방세의 종목과 세율은 법률 또는 조례로 정한다."

우선 지방정부가 재정분야에서의 자율성과 책임성을 확보하도록 해야 한다. 지방세에 대해서는 법률뿐만 아니라 조례로 규정할 수 있도록 함으로써 헌법상 규정된 조세법률주의에 대한 예외규정으로 조세조례주의를 추가적으로 규정할 필요가 있다. 지방세는 법률로 규정할 수도 있지만 법률이 없는 경우 또는 법률의 규정으로는 충분하지 않은 경우에 조례로 지방세에 관한 규정을 할 수 있도록 하여 지방자치단체의 세입적인 측면에서 자기책임성을 강화하는 조항이다.

2) "국가와 지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 재정에 관한 조정을 할 수 있다."

지방자치단체의 사무를 수행하기 위한 비용은 지방자치단체의 자체재원으로 충당하는 것이 자기책임성의 원칙에 부합한다. 다만, 당해 지방자치단체의 수입으로는 법령상 부과된 지방자치단체의 사무를 수행하는 것이 불가능하거나 지방자치단체간 재정격차가 큰 경우에, 국가나 광역지방자치단체가 재정적인 조정을 하도록 하여 재정능력이 취약한 지방자치단체도 그 사무를 수행할 수 있도록 하려는데 그 취지가 있다. 구체적인 재정조정의 내용은 법률이 정하는 바에 따를 것이지만, 재정조정에 대한 헌법적인 근거를 마련하는 것이 필요하다고 판단된다. 다만 헌법상의 재정조정제도는 지방자치단체의 도덕적 해이를 불러올 정도의 수준에 이르러서는 안 된다. 재정조정제도는 어디까지나 예외적인 재정충당수단이 되어야지 원칙적인 제도로 되어서는 곤란하다.

3) "국가는 필요한 경우 법률이 정하는 바에 의하여 지방자치단체에 자신의 사무를 위임할 수 있다. 이 경우 국가는 위임사무의 처리에 필요한 경

비를 전액 부담하여야 한다.”

국가의 사무를 지방자치단체에 위임할 수 있도록 허용함과 동시에 국가로 하여금 전액 경비부담을 하도록 하여 국가가 지방자치단체에게 부담을 전가시키지 못하도록 안전장치를 둘 필요가 있다. 위 규정은 국가가 자신의 사무를 지방자치단체에 위임하면서도 그 비용부담을 하지 않거나 일부만 부담하는 사례를 막고 지방의 재정건전성을 확보하는데 도움이 될 것이다. 위임사무가 지방자치단체의 자치권을 침해하거나 제한한다는 주장도 있을 수 있으나 반드시 그러한 것은 아니다. 자치사무로 규정할 것을 위임사무로 규정한 것은 문제가 되지만, 국가사무를 지방자치단체에 위임하는 것은 국가가 직접 수행하는 경우보다는 지방자치단체의 권한을 확대하는 경향을 가지게 되므로 반드시 이를 배제시킬 것은 아니라고 본다.

(2) “제5장 재정”에 포함될 조항

여기에서는 헌법에 **“재정”** 장을 독립적으로 둘 경우 포함될 주요 조항을 살펴보기로 한다. 전술한 바와 같이 예산에 관한 조항과 회계검사원 관련 조항 등이 재정 장에 포함될 것이다.

먼저 예산의 법적 성격을 명확히 하기 위해 예산법률주의를 채택하기로 한다. 예산법률주의란 예산을 법률의 내용과 형식으로 의결하는 것으로서, 입법부는 예산과 재정의 운용에 대하여 다양한 내용을 법률로 규정할 수 있다는 장점이 있다. 또한 예산법률주의 하에서는 국회가 예산에 대해 최종적이고도 근본적인 권한을 가짐이 명백해진다. 현행 제54조, 제55조, 제56조 등을 적절한 문구수정 후 “재정” 장에 배치시키면 될 것이다.

한편, “국회는 정부의 동의 없이 정부가 제출한 지출예산 각항의 금액을 증가하거나 새 비목을 설치할 수 없다.”고 규정한 제57조는 예산법률주의의 취지와 부합하지 않으므로 이를 삭제하는 것이 좋을 것이다. 제58조는 현재의 본문 “국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.”를 제1항으로 하고, “국회는 국가채무 혹은 세출증가율의 상한선을 정할 수 있다.”는 내용의 제2항을 추가하는 것을 생각해볼 수 있다. 우리나라를 포함하여 거의 모든 나라에서 재정이 당면하는 가장 큰 문제는 재정 규모의 지속적 확대와 적자 예산의 편성에 따른 국가 채무의 지속적 증대이다. 각국은 재정 규모와 재정적자에 대해 묵시적, 명시적 ‘규율’(rule)의 도입을 시도해 왔다. 지금까지 채택되거나

논의된 재정 규율은 그 내용상 크게 네 가지로 구분되는바 세출규율(expenditure rules), 재정적자규율(deficit rules), 국가채무규율(debt rules), 차입규율(borrowing rules) 등이다. 위의 규정은 국가채무규율 내지 세출규율의 형식을 취하고 있다.

제97조 ① **국가의 예산은 법률로 정한다.**

② 정부는 회계연도마다 **예산법률안**을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다.

③ 새로운 회계연도가 개시될 때까지 **예산법률안**이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 **예산법률안**이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다.

1. 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영
2. 법률상 지출의무의 이행
3. 이미 예산으로 승인된 사업의 계속

제99조 ① 한 회계연도를 넘어 계속하여 지출할 필요가 있을 때에는 정부는 연한을 정하여 계속비로서 국회의 의결을 얻어야 한다.

② 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 한다. 예비비의 지출은 차기국회의 승인을 얻어야 한다.

제100조 정부는 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 **추가경정예산법률안**을 편성하여 국회에 제출할 수 있다.

제101조 ① 국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.

② 국회는 국가채무 혹은 세출증가율의 상한선을 정할 수 있다.

제102조 **국세**의 종목과 세율은 법률로 정한다.

다음으로 현행헌법에서 행정부 쪽에 규정되어 있는 '제4관 감사원' 관련조항은 적절히 내용을 바꾸어 재정의 장에 배치시키는 것으로 했다. 직무감찰 기능은 대통령 소속 하에 두되 헌법에서는 관련 규정을 삭제하고, 회계검사기능을 가진 가칭 회계검사원에 관련한 조항을 "재정"의 장에 두는 것이다. 이 경우 관련 조항은 다음의 내용

으로 될 것이다.

제103조 ① **중앙정부**의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 주요 정책 · 사업 · 기관운영 등에 대한 평가를 하기 위하여 **회계검사원**을 둔다. ② **회계검사원**은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 **대통령과 국회 각 원**에 그 결과를 보고하여야 한다. ③ 회계검사원의 조직과 직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제7절 경제

1. 개관

우리나라 헌법은 제9장 경제라는 표제 하에 제119조부터 제127조에 이르기까지 경제와 관련된 일련의 규정을 두고 있다. 이 중에서 가장 중심적인 위치를 차지하는 조항은 제119조라 할 수 있다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

> 제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
>
> ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

제119조 제1항은 우리나라의 경제는 시장경제와 자유주의적 경제질서를 근간으로 삼고 있음을 천명하고 있다. 그러나 제9장의 다른 조항들은 국가의 경제활동에 대한 규제와 보호 · 육성 · 지원의 길을 열어놓고 있다. 경제활동에 대한 규제를 규정하고 있는 조항은 위 119조 제2항외에 제120조(자연자원에 대한 제한적 특허, 국토와 자원의 균형개발을 위한 계획), 제121조(경자유전원칙, 농지의 임대차의 제한), 제122조(국토의 균형발전을 위한 이용과 개발제한) 등이고, 보호 · 육성 · 지원을 규정하고 있는 조항은 제123조(농어촌 개발계획, 지역의 균형발전, 중소기업보호육성, 농수산물 가격안정과 농어민 보호), 제124조(소비자 보호운동의 보장), 제125조(대외무역의 육성, 규제, 조정), 제127조(국가의 과학기술개발, 국가표준제도 확립) 등이다.

경제조항을 바라보는 학자들은 크게 2부류로 나뉜다. 일련의 학자들은 제119조 제2항과 제120조 이하의 여러 규정이 국가의 자의적 시장개입의 길을 열어주고 있기 때문에 이들 조항을 삭제하거나 그 표현을 수정할 필요가 있다고 주장한다. 다른 일련의 학자들에 의하면 자유시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정은 필요하기 때문에 이들 규정은 유지되거나 확장되어야 한다고 주장한다.

2. 각 조항의 개정방향 검토[228)]

(1) 제119조

우리 헌법은 위에서 개관한 제9장에서의 경제에 관한 규정 이외에도 제15조 직업의 자유, 제23조 재산권 보장, 제14조 거주 · 이전의 자유 등의 규정이 있어서 이러한 모든 조항들이 함께 경제헌법의 체계를 구성하고 있다. 우선 '경제헌법의 중심조항'이라고 할 수 있는 제119조 제1항은 자유주의와 시장경제의 대원칙을 선언하고 있다. 이것은 우리 헌법의 경제질서가 자유주의적 경제원리에 입각하고 있으며, 개인과 기업이라는 경제주체들의 경제적 자유를 근간으로 하여 생산과 소비, 고용과 경제성장을 창출하여 국부의 증진을 도모한다는 의미로 해석할 수 있다. 이를 위하여 개인과 기업은 경제활동의 영역을 자유롭게 선택하고 영위하며 경제활동의 본거지 또한 대한민국과 외국을 불문하고 경제주체의 자유로운 선택에 맡겨지게 되는 것이다. 또한 경제주체의 경제활동을 통하여 축적된 재산권은 헌법의 보호 하에 놓이게 된다.

우리 경제헌법의 토대는 이와 같이 시장경제와 자유주의적 경제질서를 근간으로 하고 있지만 동시에 자유주의적 경제체제가 안고 있는 폐해의 방지와 경제적 약자에 대한 보호를 통하여 사회적 정의를 실현하기 위하여 국가의 경제에 대한 책임과 의무를 선언하고 있다. 이에 따라서 헌법 제119조 제2항은 헌법상 근로자의 권리, 인간다운 생활을 위한 사회적 기본권의 목록, 인간의 존엄과 가치의 실현을 위한 헌법조항들과 함께 우리 경제헌법의 또 다른 측면을 대변하고 있다.

그런데 자유와 평등, 시장과 책임의 조화라는 명제에도 불구하고 헌법 제119조 제1항과 제2항의 해석론과 관련하여 간과할 수 없는 사실은 제1항과 제2항은 결코 대칭성을 특징으로 하지 않는다는 점이다. 다시 말하자면 우리 헌법상의 경제질서의 원칙은 시장과 자유이며 국가의 조정과 개입행위는 시장의 실패로 인한 부작용을 최소화하기 위하여 필요한 경우에 한하여 보충적 · 예외적으로만 허용될 수 있다는 점이다.

이와 같이 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계가 '원칙과 예외', '선후와 비대칭관계'가 되어야 함에도 불구하고 국가가 경제를 바라보는 시각이 역전되어 실제적인 국가의 경제운영은 오히려 시장보다는 정부의 역할을 강조하는 방향으로 이루어질 위험이 다분하다. 이러한 점을 고려한다면 경제조항을 개정하는 경우에 "국가는 필요한 경우에 법률이 정하는 바에 따라서 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다"는 식으로 국가의 규제와 조정권한의 행사를 엄격하게 제한할 필요가 있다 하겠다.

---

228) 여기에서의 논의는 주로 김성수, "헌법상 경제조항에 대한 개정론", 국회미래한국헌법연구회, 『국민과 함께하는 개헌이야기』 제2권, 2010, 823-839면)을 주로 참조한 것이다.

(2) 제121조 제1항

제121조 제1항은 “국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.”고 규정하고 있다. 여기에 규정된 소작제도의 금지는 5·16 군사쿠데타 이후 제정된 이른바 제3공화국 헌법 제113조에 처음으로 경제헌법에 편입되었다. 당시에는 일제의 식민지 시대와 해방 이후 농지개혁을 거치면서 여전히 봉건적인 지주제도를 중심으로 하는 소작제의 폐해의 우려가 존재하던 시기였기 때문에 이에 대하여 헌법적인 금지의 필요성이 나름대로 있었다고 볼 수 있다. 그러나 오늘날 우리사회에서는 지주에 예속되어 소작료를 지급하며 농업에 종사하는 사람과 제도는 더 이상 존재하지 않기 때문에 연혁적이고 역사적인 의미만을 갖고 있는 이 조항은 폐지되는 것이 마땅하다.

(3) 기타

위에서 본 제121조 제1항에서와 마찬가지로 제9장의 그 밖의 많은 조항에서도 문장의 주어는 ‘국가’이다. 여기에서 국가는 입법권자인 국회는 물론이고 행정부도 포함하는 것으로 이해할 수 있다. 실제로 과거 경제운용에 있어서는 행정부가 주도적인 위치에 있었던 것이 사실이다. 그러나 경제에 대한 국가의 규제와 조정은 원칙적으로 당시의 경제적 · 사회적 · 재정적 여건에 따라서 국회의 입법에 의하여 이루어지는 것이 원칙이며, 이를 통하여 개인과 기업의 재산권이나 직업의 자유 등 기본권침해가 이루어지는 경우에는 헌법 제37조 제2항 (“국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 · 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”)의 기본권제한이론으로 문제를 해결할 수 있다. 따라서 제9장의 조항들을 헌법에 존치하는 경우에도 많은 경우 “법률이 정하는 바에 의하여”라는 표현을 삽입하는 것이 타당해 보인다.

아울러 경제조항에서 규정하고 있는 영역 중에는 국가 내지 중앙정부보다는 지방자치단체 내지 지방정부가 더 잘 할 수 있을 것으로 보이는 영역들이 많다. 예컨대 국토와 자원의 개발계획 (제120조 제2항), 국토의 이용과 개발제한 (제122조), 농어촌 개발계획 (제123조 제1항) 등이 그것이다. 이 경우 ‘국가’는 ‘지방자치단체’를, ‘법률’은 ‘조례’를 포함하는 것으로 해석함으로써 해당 사무를 지방자치단체의 장 내지 지방의회가 담당하는 것으로 해석할 수도 있겠으나, 해당문장을 “‘국가와 지방자치단체’는 … ‘법률 혹은 조례가 정하는 바에 의하여’ … ” 식으로 바꾸는 것도 생각해볼 수 있

을 것이다. 다만, 누차 강조했듯이 과도하게 국가개입적인 요소를 포함하는 조항은 이를 삭제하는 것이 가장 나은 방법일 수 있음을 염두에 두어야 할 것이다.

제8절 교육[229)]

1. 문제의 제기

현대 입헌민주국가에서 교육은 주관적으로는 인간의 존엄과 가치를 향유하기 위한 정신적 기초를 형성하기 위한 전제가 되고, 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주는 기능을 하며, 객관적으로는 교육을 받은 민주시민을 양성하여 헌법이 규범력을 갖도록 하는 기능을 담당하므로, 그 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

교육자치란 교육영역이 국가 및 정치영역과 종교영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 기능자치 또는 영역자치이므로, 이론적인 관점에서 보았을 때, 그 지역 내의 공동관심사를 자치기구에 의하여 스스로의 책임 아래 처리함으로서 국가의 과제를 덜고 지역주민의 자치역량을 길러 민주주의와 권력분립의 원리를 실현하고자 인정하는 지방자치제도와 필연적으로 연결되어야 하는 것은 아니다. 그럼에도 우리 입법자는 헌법에서 부여한 입법형성권을 행사하여, 교육자치를 지방자치제도와 결합하여 지방교육자치제도로 구현하고 있다.

이 부분에서 필자는 교육자치와 지방자치제도의 관계를 탐색하고, 현행 지방교육자치제도의 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다. 이러한 목적을 달성하기 위하여, 현행 헌법아래에서 교육자치는 어떻게 이해되어야 하며 그 헌법적 근거는 무엇인지, 지방교육자치는 어떻게 이해되어야 하며 그 헌법적 근거는 무엇인지, 교육영역에서 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리는 무엇인지에 관하여 현재 우리 학계의 논의를 정리하여 제시하고자 한다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 하여 현행 지방교육자치제도의 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다.

2. 교육자치의 본질 및 헌법적 근거

(1) 교육자치를 둘러싼 다양한 이해 방법

교육자치(education autonomy)에 관한 종래 우리나라 학계의 논의는 많은 편차를 보이고 있다. 특히 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이

229) 이 부분은 주로 정필운, “교육영역에서 자치의 본질 및 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리에 대한 헌법해석론적 검토”, 『토지공법연구』 제46집, 한국토지공법학회, 2009, 491-513면에 의존하여 서술하였다.

해하는 견해와 교육자치를 지방자치제도와 엄격하게 분리하여 교육영역의 자치로 이해하는 견해간에는 큰 차이가 있다. 그리고 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하는 견해간에도 교육행정을 일반행정과 분리하여 이해할 것인가와 관련하여 세부적인 견해 차이가 있다. 이하에서는 교육자치를 둘러싼 이와 같은 다양한 이해 방법에 관하여 우선 살펴본다.[230]

1) 이른바 지방교육자치론

이 견해는 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해한다. 그리고 일반행정기관과 교육행정기관의 분리는 교육자치와는 무관한 것으로 이해하거나, 분리되어서는 안 된다고 이해한다.

예를 들어, 김병준 교수는 교육자치란 "지역 주민 또는 주민의 대표 기구가 교육 관련 전문 인력을 활용하며 지역적 성격을 지닌 교육 사무를 자율적으로 처리해 나가는 것"[231] 이라고 정의한다. 그리고 "교육자치와 지방자치를 일원화 하는 것이 헌법을 위반하고 있다는 것은 논리적으로 설명이 되지 않는다. 헌법이 보장하고 있는 교육의 자주성, 전문성은 교육현장에서 교육을 담당하는 교원 중심의 자주성과 전문성을 말하는 것이지 교육행정기관이 일반행정기관으로부터 분리되어야 한다는 것을 의미하지 않는다. 또한 헌법 정신 역시 교육행정이 일반행정의 틀안에서 이루어지는 것이라 할 수 있다"고 설명하고 있다.[232]

2) 이른바 교육행정기관 분리론

이 견해는 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해할 뿐 아니라, 나아가 일반행정기관과 교육행정기관의 분리를 교육자치의 본질로 이해하고 있다.

예를 들어, 권영성 교수는 교육자치에 대한 특별한 언급없이, "지방교육자치제라 함은 지방자치단체가 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 살리기 위해 당해 지역의 교육·과학·기술·체육 기타 학예에 관한 사무를 일반행정조직과 구별되는

230) 이러한 분류에 관해서는 이기우, "교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토", 『한국교육법연구』 제4집 · 제5집, 한국교육법학회, 1999, 40-41면의 선행연구에 직접적인 도움을 받았다.

231) 김병준, "교육자치와 지방자치", 『1996년도 한국행정학회 동계학술대회 논문집(Ⅱ)』, 한국행정학회, 1996, 442면.

232) 김병준, 앞의 논문("교육자치와 지방자치"), 446면.

별도의 행정기관을 설치·조직하여 운영토록 하는 제도"[233]라고 이해하고 있다.

조성일 · 안세근 교수에 따르면, "지방교육자치란 교육행정에 있어서 지방분권주의를 기본원칙으로 하고 당해 지역의 교육·학예에 관한 사무의 자치권과 행정권을 가지고 의결기관으로서의 교육위원회와 의결된 교육정책의 집행기관으로서의 교육감제를 설치하고, 자주적인 재정권과 인사권을 확립하여 주민의 참여와 점문적인 경영으로 교육행정의 제도적인 조직을 통하여 교육의 자주성, 전문성 및 지방교육의 특수성을 보장하려는 제도이다."[234]

표시열 교수는 "교육은 일반 행정과는 다른 특수성이 있으므로, 헌법에서 특별히 교육의 자주성 · 전문성 · 중립성 원리를 규정하고 있다. 따라서 교육에 관하여서는 지방자치에 맡기지 아니하고 별도의 (지방)교육 자치제도를 확립하고 있다"고 서술하고 있다.

이렇게 보았을 때, 이 견해는 교육자치의 본질을 지방자치제도의 일환으로 이해하고, 나아가 "교육행정이 일반 행정과는 다른 특수성을 가지므로 교육행정 차원에서의 교육자치도 내포된 개념으로"[235] 이해하여, 일반행정기관과 교육행정기관의 분리를 교육자치의 본질로 이해하고 있다고 정리할 수 있다.

이러한 견해에 따르면, 지방교육자치는 "교육행정의 자주성을 보장하기 위한 일반행정으로부터 분리 · 독립과 주민자치를 통한 중앙으로부터의 자치 등 두 가지 요소가 내포되어 있다."[236]

3) 이른바 기능자치론

이러한 종래의 헌법학계 및 교육법학계의 일반적인 견해에 대하여 비판을 하며, 교육자치를 지방자치제도와 엄격하게 분리하여 교육영역의 자치로 이해하는 견해가 있다.

예를 들어, 일찍이 이러한 견해를 대표하여 주장을 하신 이기우 교수는 교육자치란 "교육이라는 특정한 업무 영역을 대상으로 한다는 점에서……기능적인 자치에 속한다"[237]고 전제하고, 이러한 의미에서 교육자치란 "교육 공동체가 교육 사무를 자기 책임 하에 분권적으로 처리하는 것"[238]이라고 정의한다. 그리고 자치의 한 요소인 참

233) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008, 274면.
234) 조성일 · 안세근, 『지방교육자치제도론』, 양서원, 1996, 27면.
235) 표시열,『교육법: 이론 · 정책 · 판례』, 박영사, 2008, 301면.
236) 조성일 · 안세근, 앞의 책(『지방교육자치제도론』), 28면.
237) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 42면.
238) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 42면.

여의 관점에서 보면 교육자치는 교육당사자가 참여하여 교육문제를 처리하는 것을 의미한다고 한다. 그런데 교육당사자인 학생, 학부모, 교사가 일반 국민과 달리 교육에 특별한 관련을 맺게 되는 것은 일선 교육 현장인 학교를 중심으로 하므로, 교육자치는 교육 공동체 단위인 학교의 자치적인 운영이라는 의미에서 학교자치를 의미한다고 한다.[239]

정종섭 교수는 "법정책상 양 자[교육자치·지방자치]를 서로 별개의 영역으로 정할 수도 있고 교육자치를 지방자치의 영역에 속하게 하되 교육의 독립성과 자주성을 보장하는 방식으로 정할 수도 있다"[240]고 설명하고 있다.

정재황 교수는 "교육자치는 교육당사자들의 자주적인 의사결정, 자주적인 참여에 의한 교육이 이루어지는 것을 의미한다"[241]고 정의하고, "교육자치는 결국 교육현장에서 교육내용에 관하여 자치가 이루어짐으로써 실질적으로 구현되는 것이라면 결국 각 학교에서 자치가 이루어져야 한다는 것이 될 것이고 그렇게 된다면 별도의 교육자치단체를 두지 않는다고 하여 교육자치가 실현되지 않는 것은 아닐 것이다. 그러나 교육자치기관에게 실질적인 자주결정권 등이 주어지지 않는다면 교육자치라고 볼 수 없다"[242]고 이해하고 있다.

이러한 이해에 따르면, 교육자치는 교육현장에서 교육당사자의 참여를 통하여 교육내용에 관하여 자치가 이루어지는 것으로 이해하고, 일반행정기관과 교육행정기관의 분리는 이와 직접적으로 관련이 없는 입법정책의 문제일 뿐이라고 이해하고 있다고 정리할 수 있다.[243]

(2) 교육자치의 헌법적 근거에 관한 기존의 논의

교육자치의 헌법적 근거가 무엇이냐에 관하여 논쟁이 있다.

교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하는 견해는 교육자치는 헌법 제31조 제4항의 교육의 자주성에 근거하여 인정된다고 이해하고 있다.[244]

---

239) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 42-43면.
240) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008, 859면.
241) 정재황, "교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구", 『교육행정학연구』 제16권 제1호, 한국교육행정학회, 1998, 308면.
242) 정재황, 앞의 논문("교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구"), 310면.
243) 정재황, 앞의 논문("교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구"), 310면; 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 57면.
244) 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 301면; 이광윤, 허종렬, 노기호, 김종철, 『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』, 헌법재판연구 제14권, 헌법재판소, 2003(이하 '이광

교육자치와 지방자치제도를 분리하여 교육자치를 교육영역의 자치로 이해하는 견해 중 일부도 교육자치를 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성·전문성을 구현하기 위하여 이루어져야 하는 것으로 이해하고 있다.[245]

그러나 이러한 견해 중 일부 견해는 "헌법 제31조 제4항이 보장하는 자주성, 전문성, 정치적 중립성은 교육행정에 관한 것이 아니라 교육자체에 관한 것이라는 점에서 지방교육 행정청을 지방행정 기관으로부터 분리·독립시켜야 한다는 근거가 될 수 없다"[246] 고 주장하며, 이것은 "입법정책상의 문제이지 헌법적 요청"은 아니라고 주장한다.[247]

한편 이와 다른 차원이긴 하지만, "교육자치를 인정하든 인정하지 않든 교육에서 자주성은 인정되어야 하기 때문에 헌법 제31조 제4항의 교육의 자주성이 교육자치의 근거가 아니다. 교육자치는 헌법상의 제도가 아니고 법률에 의하여 인정되는 법률정책적인 제도이다. 따라서 입법자는 교육자치를 정할 수도 있고 국가가 교육을 책임지게 할 수도 있으며, 교육자치를 정하는 경우에도 교육자치의 단위, 범위, 수준, 형태 등에 대하여 광범위한 입법형성권을 가진다"고 주장하는 견해도 있다.[248]

(3) 비판적 검토

1) 교육자치 그 자체는 지방교육자치와 구별되는 개념

전통적으로 헌법이론에서 인정하는 자치(autonomy)는 크게 두 가지 유형이 있다. 그 지역 내의 공동관심사를 자치기구에 의하여 스스로의 책임 아래 처리함으로서 국가의 과제를 덜어 주고 지역주민의 자치역량을 길러 민주주의와 권력분립의 원리를 실현하고자 인정하는 지역자치(local autonomy)[249]와 사물내재적인 속성으로 당해 기능 또는 영역이 외부의 간섭없이 자율적으로 결정될 필요가 있을 때 이러한 자율성을 보장하고자 인정하는 기능자치(functional autonomy)[250]가 그것이다.[251] 지역자

윤 외 3인, 앞의 책'으로 인용), 240면; 홍정선, 앞의 책(지방자치법학), 209면.

245) 정재황, 앞의 논문("교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구"), 308면; 정순원, "헌법상 교육자치의 법리와 지방교육자치법의 입법과제", 『교육법학연구』 제19권 제2호, 대한교육법학회, 2007, 108-109면.

246) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 57면.

247) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 57면.

248) 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 859면.

249) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2006, 1019면 참고.

250) 허영, 앞의 책(『헌법이론과 헌법』), 542면 참고.

251) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 35면; H. Peters, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1928, S.14f.; P. Schäfer, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1982, S.41f.(이상 이기

치의 대표적인 구현형태는 지방자치제도이고, 기능자치의 대표적인 구현형태는 '대학의 자치'이다. 우리 헌법은 제117조 제1항에서 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"고 규정하여, 지방자치제도가 지역자치를 구현하기 위한 제도임을 분명히 하고 있다. 한편 대학의 자치에 관해서는 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 헌법이론적으로 헌법 제22조 제1항에서 명시적으로 보장하고 있는 학문의 자유의 한 내용으로 학문기관의 자유를 인정하고, 이러한 학문기관의 자유는 학문연구기관으로서 대학이 대학의 운영에 관한 모든 사항을 외부의 간섭없이 자율적으로 결정할 수 있을 때만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에, 대학의 자치를 본질로 한다고 이해하고 있으며, 헌법 제31조 제4항에서 "… 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다"고 규정하고 있는 것은 이를 의미한다고 이해하고 있다.[252]

필자는 교육자치 그 자체는 지방교육자치와 구별되는 개념으로, 양 자를 직결시켜 이해하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 교육자치는 교육영역이 다른 영역, 특히 역사적으로 국가 및 정치영역과 종교영역의 영향을 많이 받고 예속된 것을 거울삼아, 교육의 목적을 달성하기 위해서는 외부의 간섭없이 자율적으로 결정될 필요가 있을 때 이러한 자율성을 보장하고자 인정되는 개념이라고 이해하는 것이 타당하다. 한편 이러한 교육자치가 기능자치의 구현형태로 인정된다면, 교육자치를 구체적으로 구현할 때 그 '기능'의 보호에 적합하도록 차별적으로 이루어져야 한다. 이미 설명한 기능자치의 대표적인 유형은 '대학의 자치'이다. 대학도 교육기관임을 인정한다면 대학의 자치도 교육자치의 하부개념이라고 할 수 있다. 그러나 대학의 자치는 서양의 중세에 교회나 국가의 지배로부터 자유를 확보하였던 상공업도시에서 특정영역의 교육욕구를 만족시키기 위한 학교에서 출발한 학교가 교회와 국가, 도시지배세력으로부터 신분보장과 학문의 자유라는 목표를 달성하기 위하여 자치적 조직체를 만든 것에 역사적 기원을 가지고 있고, 그 이후에도 이러한 자치는 계속 보장되어 왔다는 역사적 배경을 가지고 있다.[253] 이러한 대학의 자치는 오늘날에도 하나의 헌법적 가치를 이루고 있다.[254] 그러나 대학의 자치와 대비되는 의미에서 교육자치는 그러한 정도

우, 앞의 책(지방자치이론), 35면에서 재인용) 참고.

252) 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2009, 293면; 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 497면; 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 454면; 허영, 앞의 책(『헌법이론과 헌법』), 542-543면. 따라서 대학의 자치는 헌법 제31조 제4항과 같은 명문규정을 두지 않더라도 인정되는 것이므로, 규정체계상 제22조 학문의 자유와 관련하여 규율하는 것이 타당하다는 것이 우리 헌법학계의 일반적인 견해이다. 전광석, "고등교육법의 문제점과 향후과제: 대학자치의 관점에서", 『한국교육법연구』 제4집, 한국교육법학회, 1998, 74면.

253) 이에 관해서는 임재윤, 『교육의 역사와 사상』, 문음사, 2008, 70-79면.

254) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 293면; 정종섭. 앞의 책(『헌법학원론』), 497면; 허영, 앞

까지의 기능을 보장하기 위한 자치가 아니다. 교육자치를 기능자치로 이해하는 견해에 따르면, 그러한 자치의 단위는 학교자치라고 이해하는데,[255] 이와 같은 기능적 측면에서 보았을 때 대학과 초·중·고등학교는 본질적으로 다르다. 대학의 자치는 대학에서 인사·연구·학생선발 및 전형 등 교육과 관련된 학사, 대학질서 및 대학시설과 재정의 자치를 말한다.[256] 대학은 위와 같은 문제를 원칙적으로 학외, 특히 국가의 간섭을 받지 않고 자율적으로 결정할 수 있어야 한다.[257] 대학은 학문연구와 학문활동이 본질인 특수한 기관이다. 학문연구의 자유는 연구과제, 연구의 방법과 기관 및 연구장소의 선택의 자유를 내용으로 한다.[258] 한편 학문활동의 자유는 교수의 자유, 연구결과발표의 자유 및 학문목적의 집회·결사의 자유를 내용으로 한다.[259] 교수의 자유는 학문연구의 자유의 연장선상에 있는 기본권으로 대학에서 강학의 자유를 의미한다. 교수의 자유는 진리탐구 과정 자체를 보호하기 때문에 교수방법 및 내용의 자율성이 존중되어야 한다. 교수는 자신의 연구결과를 제시하고, 대학생은 자신의 기본적인 지식에 기초하여 논의를 통하여 사물에 대한 이해의 깊이를 더한다. 그러나 초·중·고등학교에서 교사는 이미 한 사회에서 사상의 자유시장에서 어느 정도 합의되어 보평적으로 인정되는 지식을 전달하고, 학생은 이러한 지식을 습득한다.[260] 초·중·고등학교의 학생은 성장과정 중에 있는 인격체로서 사회에서 검증된 지식을 균형있게 배우는 것이 필요하고, 교원의 주관적인 가치와 이념에 노출되면 이러한 균형있는 교육을 저해하기 때문이다.[261]

이와 같은 이유로 대학의 자치와 구분되는 의미에서 교육자치는 자치의 필요성이 인정되면서도, 완벽한 형태의 자치의 보장이 예정된 기능이 아니다. 교육은 국가 및 정치영역과 종교영역의 절대적 영향에 따라 예속적으로 기능이 수행되어서는 안 되지만, 한편으로는 우리 헌법 제31조에 따라 인정되는 국가의 교육의무 및 교육권한을 수행하기 위해서 적절히 제한될 필요도 있다.[262] 국가는 국민의 교육기본권을 보장하고, 교육이 입헌민주주의를 가능하게 하는 시민을 양성할 수 있도록 객관적 질서를 확보하기 위하여 국가에게 헌법상 의무를 부과하고 있으며, 이러한 한도 내에서 헌법

의 책(『헌법이론과 헌법』), 559면.

255) 이기우, 앞의 논문(“교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”), 42면.

256) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 294면; 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 499-500면; 헌재 1992. 10. 1, 92헌마698등; 헌재 2001. 2. 22, 99헌마613.

257) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 294면; 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 494-495면.

258) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 292면; 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 495-497면.

259) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 292-293면.

260) 전광석, 앞의 논문(“고등교육법의 문제점과 향후과제: 대학자치의 관점에서”), 72면.

261) 이상 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 283-284면. 양자의 기능적 차이에 관하여 좀 더 자세한 것은 전광석, 앞의 논문(“고등교육법의 문제점과 향후과제: 대학자치의 관점에서”), 72-74면 참고.

262) 헌재 2001. 1. 18 선고, 99헌바63 참고.

상 권한의 행사는 헌법상 의무가 된다. 이렇게 우리 헌법이 교육영역에서 국가에게 의무로 부과하고 이를 실현하기 위한 권한을 반드시 행사하도록 함으로써, 국가의 교육 과제는 의무이자 권한이 된다. 따라서 교육자치는 자치의 수준의 면에서 완벽한 형태의 자치가 아니라, 이와 같은 기능을 달성하기 위한 정도의 제한적인 자치를 의미한다고 할 것이다.

우리 헌법이 제31조 제4항에서 "교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다"고 규정하여, 교육자치는 명시적으로 표현하고 있지 않은 반면, 대학의 자치를 핵심 내용으로 하는 대학의 자율성을 명시적으로 표현하고 있는 것도 이와 같은 연유가 발현된 하나의 예라고 할 수 있다.[263]

2) 교육자치의 헌법적 근거에 관한 비판적 검토

이렇게 보았을 때, 교육자치의 헌법적 근거에 관한 논의를 비판적으로 검토하면 다음과 같다.

이미 설명하고 있는 것처럼, 교육자치의 헌법적 근거가 무엇이냐에 관하여 논쟁이 있다. 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하는 일반적인 견해는 교육자치의 헌법적 근거를 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성에서 찾고 있다. 그러나 교육자치를 지방자치제도를 분리하고 교육영역의 자치로 이해하는 견해 중 일부는 이를 비판하고 있다.

교육자치는 교육영역이 국가 및 정치영역과 종교영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 기능자치 또는 영역자치의 일종이라고 이해한다면, 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성 규정이 교육자치의 헌법적 근거라고 하는 주장은 타당하다. 교육자치를 이렇게 이해하는 이상, 지방교육자치 나아가 지방 교육 행정청을 지방행정 기관으로부터 분리·독립시켜야 한다는 것을 내용으로 하지 않으므로, 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성 규정이 교육자치의 헌법적 근거가 아니라고 이해하는 견해는 타당하지 않다.

263) 이와 같은 표현은 헌법 제31조 제4항의 규정태도에 대한 규범적 평가와는 다른 차원이다. 필자는 제31조 제4항의 현재의 모습이 그것이 규범적으로 바람직한 것인지 여부를 떠나 이와 같은 모습을 가진 것 자체가 하나의 상징적 의미가 있다고 생각한다.

3. 지방교육자치의 본질 및 헌법적 근거

(1) 논의의 순서

이미 서술한 것처럼, 교육자치는 교육영역이 국가 및 정치영역과 종교영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 기능자치의 일종이며, 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성 규정이 교육자치의 헌법적 근거라고 이해하였다. 그러나 우리 헌법은 이와 같은 의미의 교육자치를 제도적으로 보장하고 있지 않는 것으로 보인다. 그런데 우리 입법자는 입법형성권을 행사하여 지방교육자치라는 제도를 마련하여 운영하고 있다. 그렇다면 이와 같은 지방교육자치의 헌법상 본질은 무엇인가, 지방교육자치의 헌법적 근거는 무엇인가라는 질문에 답을 하여야 한다.

여기서는 우선 우리 헌법현실에서 구현된 지방교육자치를 이해하기 위하여 고려하여야 몇 가지를 헌법이론적으로 규명하고, 지방교육자치의 본질과 헌법적 근거에 대하여 필자의 주장을 제시하고자 한다.

(2) 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성의 헌법적 의미와 위상

1) 교육의 자주성의 헌법적 의미

우리 헌법은 제31조 제4항에서 “교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 규정하여, 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 보장하고 있다. 여기서는 교육자치와 가장 밀접하게 관련되는 교육의 자주성의 헌법적 의미에 대하여 살펴보자.

김철수 교수는 "교육의 자주성이란 교사의 교육시설설치자 · 교육감독권자로부터의 자유, 교육내용에 대한 교육행정기관의 권력적 개입의 배제, 교육관리기구의 공선제 등을 포함한다"고 이해하고 있다.[264]

정종섭 교수는 "교육의 자주성이란 교육이 내용, 방법, 교육기관의 운영을 국가가 결정할 수 없다는 것을 말한다. 다시 말해 교육이 정치권력이나 기타 세력의 간섭없이 그 전문성과 특수성에 따라 독자적으로 교육 본래의 목적에 기하여 조직 · 운영 · 실시되어야 한다는 교육의 자유와 독립을 말한다.[265]

---

264) 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2009, 832면.
265) 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 678면.

표시열 교수는 “교육의 자주성이란 교육내용과 교육기구가 교육자에 의하여 자주적으로 결정되고 행정 권력에 의한 교육통제가 배제되어야 하는 것으로 또는 교육자치제의 제도 보장으로 본다”[266]

손희권 교수는 헌법재판소의 여러 결정례를 분석 후, 이에 표현된 교육의 자주성을 다음과 같이 정리하고 있다. 교육의 자주성의 핵심은 교육에 대한 외부의 부당한 개입의 배제, 특히 국가의 부당한 배제이다. 따라서 교육의 본질을 구현하기 위한 정당한 개입은 허용된다. 이와 같은 부당한 개입의 배제의 결과 교육자가 교육통치의 주체가 되어야 하며, 분야는 교육내용, 교육기구, 교육조직 · 운영 · 실시 등이다.[267]

비교법론적으로 보았을 때, 많은 나라에서는 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성 같은 교육영역에서 적용되어야 할 원칙을 선언하고 있지 않다. 예를 들어, 미국은 우리 헌법 제31조 제4항에서 교육에 관한 원칙으로 선언하고 있는 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성이 연방헌법 및 주헌법에서 교육의 원칙으로 선언되고 있지 않다.[268] 그리고 해석론적으로도 이러한 원칙이 강조되지 않으며, 오히려 교육의 민주성 및 평등성이 훨씬 중요한 원칙으로 평가된다.[269] 그렇다고 교육영역에서 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성이 전면적으로 배제되는 것은 아니라고 판단된다.[270][271]

이와 같이 교육영역에서 적용되는 원칙은 교육의 본질에서 도출되는 원칙도 있지만, 그 밖에 어떠한 것을 원칙으로 삼을지, 그리고 어떠한 원칙을 더 우선할지는 각 나라의 특성에 따라 구체화되는 점도 있다고 보아야 한다. 이렇게 보았을 때, 원론적으로 보면 한 나라의 헌법에서 교육영역에 어떠한 것을 원칙으로 삼을지, 그리고 어떠한 원칙을 더 우선할 지는 교육의 본질에 기반하여, 그 나라의 특성에 따라 구체화되는 것이라고 결론지을 수 있으며, 우리는 교육의 본질에 기반하여, 우리의 특성에 따라 구체화된 교육의 원칙이 있다고 보아야 할 것이다.

이렇게 보았을 때, 교육은 중요한 헌법적 기능을 수행하기 때문에 국가의 규율이 필요하지만, 그것이 개인에게 국가가 지시하는 가치를 주입하는 내용으로 형성되어서는 안 되기 때문에 이를 방지하기 위하여 위와 같은 규정을 두었다고 이해하는 것이 타당하다.[272][273]

---

266) 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 132면.
267) 손희권, 『교육과 헌법: 헌법 제31조의 구조와 해석』, 학지사, 2008, 108-109면.
268) 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』), 172면.
269) 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』), 172-173면; Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, Aspen, 2005, pp. 665-671 참고.
270) 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』), 129면 참고.
271) 그 밖에 프랑스, 독일, 일본에서 교육에 적용되는 원칙에 관한 설명은 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』) 참고.
272) 전광석, 앞의 책(『한국헌법론』), 353면 참고.

2) 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성만이 헌법적 요청인가?

우리 헌법 제31조 제4항이 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 명시적으로 규정하고 있는 것을 반영하여, 교육영역에 적용되어야 할 헌법적 가치를 설명할 때 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 그 중심에 놓고 설명하는 것이 일반적인 견해이다.[274] 그러나 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성이 우리 헌법 규정에 명시적으로 선언된 것은 우리 국민이 근대 교육의 본질을 충분히 인식하고 교육이 국가 및 정치영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되어야 한다는 것을 특별히 강조하는데 그 이유가 있을 뿐, 교육영역에서 적용되어야 할 헌법적 가치 중 이것이 이론적으로 우월성을 지닌 가치이기 때문에 명시적으로 선언된 것이 아니며, 교육영역에서 적용되어야 할 헌법적 가치가 이것에 국한되기 때문에 그런 것은 더욱 더 아니다.

예를 들어, 교육영역에서 평등의 원칙은 근대 교육법의 출발과 더불어 교육영역에서 달성하여야 할 가장 중요한 원칙 중 하나이다.[275] 그리고 종교적 중립성,[276] 교육의 공공성 등도 교육영역에서 적용되어야 할 중요한 기본원칙이다. 그 밖에 우리 헌법의 일반원리 중 민주주의원리, 법치주의원리, 복지국가원리 등도 교육영역에서 강조되어야 할 중요한 기본원리이다.[277] 따라서 교육영역에서 헌법해석이나 입법정책을 결정할 때, 다른 헌법적 가치나 기본원칙도 충분히 고려하여 조화로운 해석이나 정책

---

273) 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 131-133면 참고. 헌법사적으로 보았을 때, 교육의 자주성, 정치적 중립성이 규정된 것은 제5차 개정헌법[시행 1963.12.17] [헌법 제6호, 1962. 12. 26, 전부개정], 교육의 전문성이 규정된 것은 제8차 개정헌법[시행 1980.10.27] [헌법 제9호, 1980. 10. 27, 전부개정]이다.

274) 김철수, 앞의 책(『헌법학신론』), 832면; 권영성, 앞의 책(『헌법학원론』), 266-268면. 반면 손희권, 앞의 책(『교육과 헌법: 헌법 제31조의 구조와 해석』), 120면은 다른 헌법적 가치를 민주주의, 학습자 중심 교육 등으로 제시하고, 교육의 자주성과 이들 다른 헌법적 가치의 관계를 고찰하고 있는 것으로 보아, 이 부분에서 지적하고 있는 교육영역에서 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성은 여러 헌법적 원리 중 일부일 뿐이라는 명제를 명확하게 인식하고 있다고 판단된다.

275) 우리나라에서 이를 교육법의 원칙으로 설명하고 있는 견해는 한국교육행정학회, 『교육법론』, 한국교육행정학회, 1995, 126면; 김윤섭, 『한국교육법』, 한울출판사, 2003, 94면. 미국에서는 Brown v. Board of Education of Topeka (347 U.S. 483, 1954) 판결에서 이 원칙을 확립하였다. Erwin Chemerinsky, *Id.*(Constitutional Law), p. 665; Kern Alexander, M. David Alexander, American Public School Law, Thomson West, 2005, pp. 893-895.

276) 우리나라에서 이를 교육법의 원칙으로 설명하고 있는 견해는 한국교육행정학회, 앞의 책, 126면; 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 144면. 미국에서는 McCollum v. Board of Education (333 U.S. 203, 1948) 판결에서 이 원칙을 확립하였다. Kern Alexander, M. David Alexander, *Id.*(American Public School Law), pp. 208-209.

277) 각 국에서 인정하고 있는 교육영역에서 기본원칙에 관해서는 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』) 참고.

결정이 이루어져야 한다.[278]

(3) 지방교육자치제도의 헌법적 의미 및 근거

교육자치를 이와 같이 이해한다면, 이론적인 관점에서 보았을 때 그 지역 내의 공동관심사를 자치기구에 의하여 스스로의 책임 아래 처리함으로서 국가의 과제를 덜고 지역주민의 자치역량을 길러 민주주의와 권력분립의 원리를 실현하고자 인정하는 지방자치제도와 필연적으로 연결되어야 하는 것은 아니다.[279]

우리 헌법이 교육자치를 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성의 선언을 통하여 규정하고 있고, 지방자치제도를 규정하고 있는 헌법 제117조, 제118조 규정에서 지방교육자치의 가능성은 열어두고 있지만, 지방교육자치를 명시적으로 규정하고 있지는 않는 것도 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

그러나 우리 입법자는 헌법 제117조, 제118조 규정에서 부여된 지방자치에 관한 입법형성권을 행사하며, 교육자치를 지방자치제도와 결합하여 지방교육자치제도를 입법적으로 구현하고 있다. 이러한 지방교육자치제도는 주로 「지방교육자치법」에서 자세히 규율되고 있다. 이와 같이 교육자치라는 기능자치를 교육자치라는 지역자치와 결합하여 구현하는 것은, 자신의 일을 스스로 결정하여 처리한다는 의미에서 '자치'라는 것이 보았을 때, 지역자치와 기능자치가 결코 다른 뿌리가 아니며, 좀 더 분석적인 측면에서 지역자치는 기능자치까지는 아니더라도 기능자치의 전제가 되는 사물적 자치 또는 분권이 전제가 되므로,[280] 기능자치와 지역자치가 결합될 수 있다는 점이 고려되었을 것이다.

즉, 교육자치라는 기능자치를 지방자치라는 지역자치와 결합하여 구현하면, 지역자치의 실현과정에서 학생, 학부모, 교수 등의 교육당사자의 의견이 국가라는 또 다른 당사자의 의사와 적절히 조화되어 교육자치라는 기능자치를 실현하는데 일조를 할 수

---

278) 헌법재판소의 "지방교육자치도 지방자치권 행사의 일환으로 보장되는 것으로서 중앙권력에 대한 지방적 자치로서의 속성을 지니고 있지만, 동시에 그것은 헌법 제31조 제4항이 보장하고 있는 교육의 자주성・전문성・정치적 중립성을 구현하기 위한 것이므로 정치권력에 대한 문화적 자치로서의 속성도 아울러 지니고 있는 것이다. 이러한 '이중의 자치'의 요청으로 말미암아 지방교육자치의 민주적 정당성 요청은 어느 정도 제한이 불가피하게 되고, 결국 지방교육자치는 '민주주의・지방자치・교육자주'라고 하는 세 가지의 헌법적 가치를 골고루 만족시킬 수 있어야만 하는 것이"라는 반복적 판시(예를 들어 2008. 6. 26, 2007헌마1175)를, 사건의 맥락을 떠나서 지방교육자치에서 고려하여야 할 헌법적 가치가 위와 같은 세 가지에 국한되는 것으로 이해하여서는 아니된다. 예를 들어, 김철수, 앞의 책(『헌법학신론』), 1293면. 이와 같은 판시는 위와 같은 세 가지 원칙이 동원되어야 할 사건에 국한되어 타당한 논리일 뿐이다.

279) 정종섭, 앞의 책(『헌법학원론』), 859면 참고.

280) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 35면 참고.

있을 것이라는 고려를 하였을 것이고, 헌법상 국가의 교육의무와 교육권한을 국가의 중앙행정기관과 지방자치단체가 교육에 관한 권한을 적절히 배분하여 행사하는 과정에서 교육자치를 실현하는데 일조할 것이라는 기대되었을 것이다.[281]

이렇게 보았을 때, 교육영역이 국가 및 정치영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 기능자치 또는 영역자치라는 의미에서 교육자치는 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성 규정에 근거한 것이라고 이해할 수 있지만, 이와 같은 교육자치와 지역자치인 지방자치가 결합한 지방교육자치는 헌법 제31조 제4항 뿐 아니라 지방자치제도를 규정하고 있는 헌법 제117조, 제118조 규정[282]에 근거하여 인정된다고 이해하는 것이 타당하다.

우리 헌법재판소가 "현행 지방교육자치제도의 헌법적 근거는 헌법상 보장되고 있는 지방자치제도의 이념과 함께 헌법 제31조 제4항의 "교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다"는 규정에서 찾을 수 있다"고 반복적으로 판시하고 있는 것은 이러한 의미에서 이해할 수 있다.[283]

이러한 이유로, 교육자치를 지방교육자치로 이해하면서 헌법 제31조 제4항만을 교육자치의 헌법적 근거로 이해하는 견해[284]는 타당하지 않다.

(4) 지방교육자치제도는 제도적 보장인가?

우리 학계에서 헌법이 지방교육자치를 제도적 보장으로 이해하는 견해가 있다.[285]

그러나 이에 대해서는 다음과 같은 두 가지 의문이 든다.

첫째, 위의 견해는 제도적 보장을 칼 슈미트(Carl Schmitt)의 의미에서 제도적 보장으로 이해하고 있는 것으로 판단되는데,[286] 이러한 의미의 지방교육자치제도라면

---

281) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 42-43면 참고.

282) 우리 헌법에서 지방자치를 규정하고 있는 제8장의 제117조와 제118조는 다음과 같이 규정하고 있다.
제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.
제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

283) 이상 헌재 2002. 8. 29, 2002헌마4; 헌재 2008. 6. 26, 2007헌마1175.

284) 이 장 2. (1)에서 소개한 제1설과 제2설이다.

285) 예를 들어 이광윤 외 3인, 앞의 책(『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』), 241면; 정순원, 앞의 논문("헌법상 교육자치의 법리와 지방교육자치법의 입법과제"), 113면.

286) 칼 슈미트(Carl Schmitt)적 의미에서 제도보장에 관해서 자세한 것은 조한상, "제도보장 이론의 공법적 의미와 문제점, 극복방향", 『법학연구』 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008.

우리의 경우 없다고 판단하여야 할 것이다. 위와 같은 견해에서 스스로 밝히고 있는 것처럼, 우리나라의 경우 1991년 실질적인 지방교육자치제가 새롭게 시작되었기 때문이다. 따라서 지방교육자치를 제도적 보장으로 이해할 때 제도적 보장은 기본권의 보장을 위하여 제도의 본질적 내용은 헌법으로 보장되는 것이므로, 법률로써 이를 침해할 수 없다는 의미에서 제도적 보장으로 이해하여야 한다.

둘째, 제도적 보장을 기본권의 보장을 위하여 제도의 본질적 내용은 헌법으로 보장되는 것이므로, 법률로써 이를 침해할 수 없다는 의미로 이해한다고 하더라도, 교육지방자치가 우리 헌법상 제도적 보장으로 이해될 수 있는지는 의문이다. 우리 헌법상 지방자치제도를 제도적 보장으로 이해하는 것은 일반적인 견해이며 충분히 수긍되지만, 지방교육자치까지 제도적 보장으로 이해하는 것은 다른 논증이 필요하다.[287]

4. 교육영역에서 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리: 보충성의 원칙

우리 헌법학 및 행정법학을 비롯한 법학계, 교육학계에서는 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리로 이른바 '보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)'을 수용하여 설명하는 것이 일반적인 견해이다.[288]

이에 따르면, 지방자치제도에서 보충성의 원칙이란 사회의 기능이 개개 사회구성원의 기능에 비하여 '보충적'인 것처럼, 국가의 기능은 지방자치단체의 기능에 비하여 '보충적'이어야 하기 때문에, 국가의 기능은 지방자치단체의 기능을 뒷받침해 주는 데 그쳐야지 지방자치단체의 기능을 무시하고 그것을 자신의 기능으로 흡수해서는 아니 된다는 원리이다.[289] 지방자치단체가 지역의 모든 업무를 결정하고 처리할 수 있는 권한을 가지고 있다는 지방자치단체의 '전권한성(Allzuständigkeit)'을 전제로, 국가와 지방자치단체는 이중적인 관할권이 있을 수 있는데 이 경우 보충성의 원칙에 따라 지방자치단체가 우선적으로 관할권이 인정되고 이것이 현저히 부적합한 경우에 한하여 국가의 관할로 한다는 것이다.[290]

2, 4-5면; 칼 슈미트 저, 김효전 역, "바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장", 『독일 기본권이론의 이해』, 법문사, 2004, 97-133면 참고.

287) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 57면.

288) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 233면; 허영, 앞의 책(한국헌법론), 766면; 홍정선, 앞의 책(지방자치법학), 23-24면.

289) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 794-795면.

290) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 248면. 한편 광역지방자치단체와 기초지방자치단체를 전제로 하여 보충성의 원칙이 적용되면, 기초지방자치단체가 지역의 모든 업무를 결정하고 처리할 수 있는 권한을 가지고 있다는 기초지방자치단체의 '전권한성(Allzuständigkeit)'을 전제로, 광역지방

요컨대 보충성의 원칙은 일차적으로 지역자치를 정당화해주는 원리이며, 이차적으로는 국가와 지방자치단체, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체 사이의 권한배분의 원리로 설명된다.

이러한 보충성의 원칙은 개인을 모든 질서의 중심과 기초로 이해하는 자유주의 철학에 기반한 이론으로,[291] 현재 그 구체적인 내용은 형성과정 중에 있으며 실정법에서의 원칙으로 정착해가는 이론으로 판단된다.[292]

교육영역에서 이러한 보충성의 원칙을 받아들여 적용하여 보면, 국가와 지방자치단체의 교육권한의 배분에서 원칙적으로 모든 교육권한은 지방자치단체의 권한이며, 국가의 사무는 지방자치단체가 수행하기 곤란한 전국적인 사무, 조정적인 사무, 보완적인 사무에 국한되어야 한다.

한편 광역지방자치단체와 기초지방자치단체의 교육권한의 배분도 보충성의 원칙에 따라 이루어져야 한다. 따라서 원칙적으로 모든 교육권한은 기초지방자치단체의 권한이며, 광역지방자치단체의 사무는 기초지방자치단체가 수행하기 곤란한 광역적인 사무, 조정적인 사무, 보완적인 사무에 국한되어야 한다.[293] 이러한 견해에 따르면, 교육사무를 광역지방자치단체의 사무로 규정하고 기초지방자치단체에게는 아무런 권한을 주고 있지 않은 현행 지방교육자치법은 헌법과 합치되지 아니한다.[294]

5. 현행 지방교육자치제도의 문제점 및 개선방안

현행 우리 지방교육자치법은 제4조에서 “시 · 도의회에 교육 · 학예에 관한 의안과 청원 등을 심사 · 의결하기 위하여 상임위원회를 둔다”고 규정하여 교육영역에서 심

자치단체와 기초지방자치단체는 이중적인 관할권이 있을 수 있는데 이 경우 보충성의 원칙에 따라 기초지방자치단체가 우선적으로 관할권이 인정되고 이것이 현저히 부적합한 경우에 한하여 광역지방자치단체의 관할로 한다고 설명할 수 있다. 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 244-247면 참고.

291) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 225면 참고.

292) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 223면, 230면 참고. 보충성의 원칙은 1968년 이젠제 교수의 기념비적인 저작(Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassung, 1968)이 발간되면서 독일 공법학에서 일반적인 견해로 받아들여진 것으로 알려져 있다. Hans Heinrich Ruff, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, ed. Josef Isensee·Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol. 1, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995, S. 1219.

293) 특수학교나 교육재정의 조정에 관한 사무 등만 광역지방자치단체의 사무에 속하는 것으로 판단하고 있다. 이기우, 앞의 논문(“교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”), 60면.

294) 이상 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 326-327면; 이기우, 앞의 논문(“교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”), 59-60면.

의기관은 교육행정기관과 일반행정기관을 통합하여 운영하고 있고, 제18조에서 "시 · 도의 교육 · 학예에 관한 사무의 집행기관으로 시 · 도에 교육감을 둔다"고 규정하여 집행기관은 교육행정기관과 일반행정기관을 분리하여 운영하고 있다. 이미 살펴본 것처럼, 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해할 뿐 아니라, 나아가 일반행정기관과 교육행정기관의 분리를 교육자치의 본질로 이해하는 일련의 견해에 따르면, 교육행정은 일반 행정과는 다른 특수성을 가지므로 일반행정기관과 교육행정기관은 분리되어야 한다.[295] 이러한 견해에 따르면, 교육행정을 심의하는 교육위원회를 지방의회와 별도로 두고 있지 않은 현행 지방교육자치법은 교육자치를 무시하는 매우 문제가 있는 법이거나 위헌적인 법이라고 이해하게 된다. 그러나 이미 살펴본 것처럼, 이 보고서는 이러한 종래의 헌법학계 및 교육법학계의 일반적인 견해에 대하여 비판을 하며, 교육자치를 지방자치제도와 엄격하게 분리하여 교육영역의 자치로 이해하기 때문에, 교육자치는 교육현장에서 교육당사자의 참여를 통하여 교육내용에 관하여 자치가 이루어지는 것으로 이해하고, 일반행정기관과 교육행정기관의 분리는 이와 직접적으로 관련이 없는 입법정책의 문제일 뿐이라고 이해한다.[296]

그리고 오히려, 지방교육행정기관을 분리, 독립하여 운영하는 것은 지방교육문제에 대한 정치적인 무책임성을 조장하고, 교육행정과 일반행정이 협력하지 못하도록 하며, 인건비 및 사무관리의 비용을 증대시키고, 업무처리의 지연을 가져오는 등 여러 가지 폐해가 많으므로, 입법정책론적으로 바람직하지 못하다고 판단한다면, 현행 우리 지방교육자치법과 같이 교육행정을 심의하는 교육위원회를 지방의회와 별도로 두고 있지 않고 통합한 것은 바람직하다고 인식된다.[297] 오히려 지방자치단체의 장과 별도로 교육감을 선출하여 독립적으로 운영하도록 하는 점을 개선하여, 지방자치단체의 장 아래에 교육행정을 보좌하는 기관을 두도록 제도를 설계하는 것이 바람직하다고 인식한다.[298]

한편 "진정한 의미에서의 교육자치는 교육을 담당하고 있는 학교와 교사가 법규의 범위 내에서 자율적으로 교육에 관한 의사결정을 할 수 있으며 그 의사결정과정에 교육주체인 교사, 학부모, 학생이 참여할 수 있음을 의미"[299]하고, "교육자치를 교육주체의 자치로 본다면 교육자치의 기본단위는 시 · 군 · 자치구도 아니고 시 · 도도 아니다. 교육이 실제로 이루어지고 교육주체가 참여하는 교육현장인 학교가 자치행정의

295) 예를 들어 표시열, 앞의 책(『교육법: 이론 · 정책 · 판례』), 301면.
296) 정재황, 앞의 논문("교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구"), 310면; 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 57면.
297) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 58-60면.
298) 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 65면.
299) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 330면.

단위"[300]라고 이해하면, 교육현장에서 교육당사자의 참여를 통하여 교육내용에 관하여 자치가 이루어져야 하는데 현행 교육지방자치제도는 이러한 자치를 제대로 실현시킬 수 없는 문제를 가지고 있다. 구체적으로는 다음과 같은 문제가 있다.[301]

첫째, 학생자치활동이 미미하다. 학교생활에서 학생들이 당면하고 있는 문제를 스스로 해결하기 위한 자치적인 활동이 위축되어 학생들이 학교 공동생활에서 타율적으로 지배를 받고 관리의 대상으로 머물고 있다. 이는 곧 교육의 중심인 학생이 교육에서 소외되고 있다는 것을 의미한다.

둘째, 교육 공동체의 주요 구성원인 교사와 학부모를 대표하는 자치조직이 결여되어 있다. 학교운영위원회에 학부모대표, 교사대표가 참여하지만 각 교육주체에 고유한 이해관계를 반영하고 관철시키는 자치조직이 결여되어 스스로 해결하여야 할 문제를 스스로 해결하지 못하게 되고, 학교운영위원회의 교수위원, 학부모위원의 활동 기반이 취약하다. 학교운영위원회가 모든 학교 구성원에 공통된 이해관계를 다투므로, 각 교육주체에 특유한 문제를 다루는 별도의 자치조직이 필요하다. 학교운영위원회에서 교사위원, 학부모위원이 교사 및 학부모의 의견을 대변하기 위해서는 사전에 학부모회 및 교사회를 통한 의견의 수렴, 사전심의가 필요하다. 학교운영위원회가 각 구성주체에 대하여 대표성을 갖는 결정을 하기 위해서도 주체별 자치조직이 절실히 필요하다.

셋째, 학교운영위원회에 학생의 참여가 전혀 보장되고 있지 아니하다. 학교운영위원회에서 심의하는 사항 중에서 학생들의 학교생활에 영향을 미치는 사항이 매우 많다. 그러나 이러한 사항에 대한 학생의 의사를 반영할 수 있는 통로는 거의 보장되어 있지 않아 의사 결정의 대표성이 의문시된다.

넷째, 학교운영위원회의 의사결정에 대한 구속력이 없다. 학교운영위원회가 심의기관이기 때문에 그 결정이 무시될 수 있다.

다섯째, 학교운영위원의 선출이 충분한 여론의 형성없이 이루어지고 있다. 특히 학교운영위원 중에서 가장 많은 비중을 차지하고 있는 학부모 위원의 선거는 주로 우편투표를 통해서 형식적으로 이루어지고 있어서 그 대표성이 희박하다.

이러한 현행 교육자치제도의 문제점에 대한 개선방안은 다음과 같다.

교육기관으로서 학교의 자율성을 신장하면서도 자율성이 남용되지 않도록 자율 통제 메커니즘을 형성하고 학교공동체의 생활이 구성원의 의사에 부합하게 이루어지기 위해서는 학교의 모든 구성원의 참여를 보장하는 자치조직과 권한 및 의사결정절차 등에 관한 명확한 법률의 규정이 필요하다. 이를 위해서 다음과 같은 학교조직의 기

---

300) 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 330면; 김태완, "교육자치 및 교육행정의 개혁방향, 『여의도 정책논단』 창간호, 여의도 연구소, 1997. 5, 52면, 이기우, 앞의 책(지방자치이론), 330면에서 재인용.

301) 이하 이기우, 앞의 논문("교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토"), 47-48면의 내용을 정리하였다.

본방향을 명백히 하여야 한다.

첫째, 단위학교수준에서 학교생활 공동체를 형성하여 교육의 자율성과 구성원의 참여를 확대하고 교육행정청의 간섭을 최소화한다.

둘째, 학교 구성원의 참여를 보장하고 단위 학교에서 수업과 학교생활 문제의 자율적 처리를 위하여 학교 자치조직을 확대한다. 각 교육주체에 고유한 교육 및 학교생활의 문제를 해결하기 위하여 교육주체별로 각각 자치조직을 조직한다. 이를 위하여 교사회, 학생회, 학부모회를 법정기관화한다. 또한 모든 교육주체와 지역 인사의 참여로써 공동의 문제를 해결하기 위하여 학교운영위원회제도를 개선하여야 한다.[302]

셋째, 현재 학교의 행정은 교장이 최종적으로 책임을 지도록 되어 있으나, 교장이 교사, 학생에 대하여 지나친 간섭을 하고 있어 학교생활의 자율성과 창의성을 저해하고 있다. 따라서 교장의 행정적인 책임을 명확히 하면서도 학교의사결정의 민주적인 수행을 위하여 교장의 권한을 명백히 법률에 규정할 필요가 있다.

넷째, 학생들의 학교생활에서 귀속감과 책임감을 증대하기 위하여 학생들이 학교운영위원회 및 교사회 등에 참여하는 것을 보장할 필요가 있다.[303]

6. 소결

이 부분의 논의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 교육자치에 관한 종래 우리나라 학계 및 판례의 논의는 많은 편차를 보이고 있다. 종래 우리나라 법학계 및 교육학계의 일반적인 견해는 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하고 있으며, 나아가 교육행정이 일반행정과는 다른 특수성을 가지므로 교육행정 차원에서의 교육자치도 내포된 개념으로 이해하여 일반행정기관과 교육행정기관의 분리를 교육자치의 본질로 이해하고 있다. 한편 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하면서도, 교육행정과 일반 행정의 분리를 교육자치의 본질과 연결하여 이해하지는 않는 견해도 있다. 그러나 이러한 종래의 견해를 비판하며, 교육자치를 지방자치제도와 엄격하게 분리하고, 교육이라는 특정한 업무 영역을 대상으로 하는 기능자치라고 주장하는 견해가 있다. 이 보고서에서 필자는 교육자치를 기능자치로 이해하는 것이 타당하다고 주장하였다. 교육자치는 역사적으로 교육이 국가 및 정치영역과 종교영역의 영향을 많이 받고 예속된 것을 거울삼아, 교육의 목적을 달성하기 위해서 외부의 간섭없이

302) 이에 관한 구체적인 것은 이기우, 앞의 논문(“교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”), 54-55면.

303) 이상 이기우, 앞의 논문(“교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”), 49-50면.

자율적으로 결정될 필요가 있다고 인정하고 이러한 자율성을 보장하고자 인정되는 개념형식이라고 이해하였다. 그리고 교육자치가 기능자치의 구현형태라면, 그것을 구체적으로 구현할 때 '기능'의 차이를 고려하여 차별적으로 이루어져야 한다고 결론지었다. 대학의 자치와 초 · 중 · 고등학교의 자치는 기능적, 구조적으로 다른 것이므로, 교육자치는 자치의 수준의 면에서 완벽한 형태의 자치가 아니라, 이와 같은 기능을 달성하기 위한 정도의 제한적인 자치를 의미한다.

둘째, 위와 같은 교육자치에 대한 견해의 대립과 약한 연결고리를 가지고 교육자치의 헌법적 근거에 대해서도 견해의 대립이 있다. 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해하는 일반적인 견해는 교육자치의 헌법적 근거를 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성에서 찾고 있다. 그러나 교육자치를 지방자치제도를 분리하고 교육영역의 자치로 이해하는 견해 중 일부는 이를 비판하고 있다. 이 보고서에서 필자는 교육자치를 교육영역이 국가 및 정치영역과 종교영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능을 수행하는 것을 방지하기 위하여 인정되는 기능자치라고 이해하더라도, 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성 규정을 교육자치의 헌법적 근거로 이해하는 것이 타당하다고 결론지었다.

셋째, 우리 헌법 제31조 제4항이 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 명시적으로 규정하고 있는 것을 반영하여, 교육영역에 적용되어야 할 헌법적 가치를 설명할 때 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성을 그 중심에 놓고 설명하는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 필자는 교육의 자주성 · 전문성 · 정치적 중립성은 우리 국민이 근대 교육의 본질을 충분히 인식하고 교육이 국가 및 정치영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 특별히 규정한 것으로, 교육영역에서 적용되어야 할 기본원칙 중 우리 헌법에서 명시적으로 인정하고 있는 중요한 원칙이지만, 그것만이 교육영역에서 적용되어야 할 원칙이거나 언제나 다른 원칙에 우선하여 적용되어야 할 원칙은 아니며, 교육영역에서 헌법해석이나 입법정책을 결정할 때, 다른 헌법적 가치나 기본원칙도 충분히 고려하여 조화로운 해석이나 정책결정이 이루어져야 한다고 주장하였다.

넷째, 교육자치란 교육영역이 국가 및 정치영역과 종교영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 것으로, 이론적인 관점에서 보았을 때, 그 지역 내의 공동관심사를 자치기구에 의하여 스스로의 책임 아래 처리함으로서 국가의 과제를 덜고 지역주민의 자치역량을 길러 민주주의와 권력분립의 원리를 실현하고자 인정하는 지방자치제도와 필연적으로 연결되어야 하는 것은 아니다. 그럼에도 우리 입법자는 헌법에서 부여한 입법형성권을 행사하여, 교육자치를 지방자치제도와 결합하여 지방교육자치제도로 구현하고 있다. 이것은 현실적인

관점에서 양 자를 결합하여 구현하면, 지역자치의 실현과정에서 학생, 학부모, 교수 등의 교육당사자의 견해가 국가라는 또 다른 당사자의 의사와 적절히 조화되어 교육자치를 실현하는데 일조를 할 수 있을 것이라는 고려를 하였을 것이고, 헌법상 국가의 교육의무와 교육권한을 국가의 중앙행정기관과 지방자치단체가 교육에 관한 권한을 분배하여 행사하는 과정에서 교육자치를 실현하는데 일조할 것으로 기대하였기 때문이다. 이렇게 보았을 때, 교육자치와 지역자치가 결합한 지방교육자치는 헌법 제31조 제4항 뿐 아니라 지방자치제도를 규정하고 있는 헌법 제117조, 제118조 규정에 근거하여 인정된다고 이해하는 것이 타당하다. 이러한 의미에서 교육자치를 지방교육자치로 이해하면서 헌법 제31조 제4항만을 교육자치의 헌법적 근거로 이해하는 일반적인 견해는 타당하지 않다.

다섯째, 현행 우리 지방교육자치법은 심의기관은 일반행정기관과 교육행정기관의 통합하여 운영하고 있고, 집행기관은 분리하여 운영하고 있다. 교육자치를 지방자치제도와 연결시킨 지방교육자치와 직결시켜 이해할 뿐 아니라, 나아가 일반행정기관과 교육행정기관의 분리를 교육자치의 본질로 이해하는 일련의 견해에 따르면, 현행 지방교육자치법은 교육자치를 무시하는 매우 문제가 있는 법이거나 위헌적인 법이라고 이해하게 된다. 그러나 이미 살펴본 것처럼, 이 보고서는 이러한 종래의 헌법학계 및 교육법학계의 일반적인 견해에 대하여 비판을 하며, 교육자치를 지방자치제도와 엄격하게 분리하여 교육영역의 자치로 이해하기 때문에, 교육자치는 교육현장에서 교육당사자의 참여를 통하여 교육내용에 관하여 자치가 이루어지는 것으로 이해하고, 일반행정기관과 교육행정기관의 분리는 이와 직접적으로 관련이 없는 입법정책의 문제일 뿐이라고 이해하였다. 그리고 지방교육행정기관을 분리, 독립하여 운영하는 것은 지방교육문제에 대한 정치적인 무책임성을 조장하고, 교육행정과 일반행정이 협력하지 못하도록 하며, 인건비 및 사무관리의 비용을 증대시키고, 업무처리의 지연을 가져오는 등 여러 가지 폐해가 많으므로, 입법정책론적으로 바람직하지 못하다고 판단하여 교육행정을 심의하는 교육위원회를 지방의회와 별도로 두고 있지 않고 통합한 것은 바람직하다고 판단하였다. 오히려 지방자치단체의 장과 별도로 교육감을 선출하여 독립적으로 운영하도록 하는 점을 개선하여, 지방자치단체의 장 아래에 교육행정을 보좌하는 기관을 두도록 제도를 설계하는 것이 바람직하다고 주장하였다. 한편 교육현장에서 교육당사자의 참여를 통하여 교육내용에 관하여 자치가 이루어져야 하는데 현행 교육지방자치제도는 이러한 자치를 제대로 실현시킬 수 없는 여러 문제를 가지고 있다고 주장하며, 이러한 문제점에 대한 개선방안을 제시하였다. 요컨대 지방교육자치를 이 보고서와 같이 이해한다면, 이를 충실히 실현하기 위해서 헌법개정이 필요하지는 않으며 현행 헌법을 좀 더 충실히 실현하기 위한 입법적 노력이 요청된다.

제9절 정당과 선거
- 지방분권의 관점에서 본 정당제도의 문제점과 개선방안 -

1. 문제제기

1991년 광역과 기초의원에 대한 선출이 이루어짐으로써 지방자치가 부활된 지 이제 20여년이 흘렀다. 과거의 엄격한 중앙집권체제 하에서 중앙의 지방에 대한 획일적인 지시와 통제를 생각한다면, 지방자치의 실시는 그 자체만으로도 정치의 활성화이자 민주주의의 진전이라고 할 수 있다.

하지만 지방자치의 실시가 곧 지방분권과 지역 활성화를 이룰 뿐만 아니라 주민자치에 의한 민주주의의 확대를 이룰 것이라는 기대와는 달리, 현재의 지방자치는 수많은 과제들을 안고 있다. 많은 문제점들 가운데서도 특히 지방자치, 나아가 민주주의의 발전을 위해서 시급히 해결되지 않으면 안 되는 문제는 지방분권의 실현이다.

한국의 지방자치는 지방에 대한 권한이양 정도, 재정자립도 등을 볼 때, 지방의 중앙에 대한 예속은 매우 심각한 상황이다. 그런데 이와 같은 지방의 중앙에 대한 종속을 더욱 심화시켜 온 것이 전국정당의 지방선거에 대한 깊숙한 개입이다. 현재의 지역주의적 상황과 맞물려 전국정당이 지방선거에 관여함으로써 나타나는 문제들을 해소하기 위해서는 정당공천제를 배제하자는 주장이 제기되기도 한다. 지역일꾼을 선출하는데 정당이 개입할 필요는 없다는 논리이다.

지방에 대한 중앙정치의 과도한 개입으로 인한 문제점을 해결하기 위한 현실적인 대안으로서 생각해 볼 수 있는 것이 그 지역에서만 활동하는 지방정당의 육성이다. 중앙정치의 영향에서 벗어나 있는 지방정당은 지역적 이해관계에 보다 정통할 수 있으므로 지역문제의 해결에도 보다 탄력적으로 대응할 수 있는 장점이 있다. 이런 점에서 중앙정당이 사회의 의사와 국가의 의지를 서로 연결시켜 주는 교량과도 같은 역할을 수행하는 정치제도인 것처럼 지방정당의 지방사회와 지방정부를 연결시켜 줄 수 있는 지방정치제도라고 할 수 있다.[304]

이처럼 지방정당의 존재는 지방자치의 발전을 위해 중요한 요소라고 생각되지만, 아직 한국에서는 지방정당의 설립이 법적으로 허용되고 있지 않다. 따라서 한국의 지방정당에 대한 경험적 연구는 존재하지 않는다. 다만 지방정당에 대한 외국의 사례에

---

304) 하세헌, “지방분권 실현과 지방정당의 육성”, 한국지방자치연구 제9권 제2호, 대한지방자치학회, 2007, 25면.

입각해서 그 필요성에 대한 이론적이고 당위론적인 측면에서의 연구가 몇 편 있을 뿐이다.[305]

한편 최근에는 일본의 지방정당에 대한 소개가 일부 시민단체 및 지방정치가들에 의해 이루어지고 있다.[306] 이런 소개는 한국에서 중앙정당의 지방자치에 대한 개입이 강화됨에 따라 일본의 지방정당 활동으로부터 시사점을 얻으려는 목적으로 이루어진 것이다. 하지만 그 대부분은 특정한 지방정당의 특정한 활동에만 초점을 맞추고 있으며, 그것도 학술적이라기보다는 정책제안용 또는 강연자료적인 성격에 그치고 있다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 지금까지의 지방정당에 대한 연구는 연구자체가 지극히 부족하였을 뿐만 아니라, 외국의 사례에 대한 연구도 경험적이고 실증적이지 못하였다는데 특징이 있다. 따라서 여기에서는 지방정당에 대한 기존의 이론적 연구동향에 입각해서 지방정당의 외국사례에 대한 체계적인 분석을 통해 한국에서 지방정당이 허용되어야 할 필요성에 대하여 논하고자 한다.

이하에서는 지방이 중앙정치에 예속되고 있는 현실을 타파하기 위한 하나의 중요한 방안이 지방정당의 육성이라는 점을 주장한다. 구체적으로는 지방정당의 개념 및 외국의 사례, 한국에서 지방정당이 필요한 이유, 그리고 한국에서 지방정당을 육성해 나가기 위해서는 어떠한 노력들이 기울여져야 하는지에 대해서 살펴보기로 한다.

2. 지방정당의 개념과 필요성

여기에서 말하는 지방정당(Rathauspartei)이란 특정지역에서 특별한 지지를 받고 있는 전국규모의 정당이 아니라 "전국가적인 국가의사형성과정에 참여하려는 의도 없이 오직 지역문제의 해결 내지 지역적 의사형성에의 참여만을 목적으로 하는 정치적 결사"를 의미한다. 즉 대통령선거와 국회의원선거에는 참여하지 않고, 오직 지방자치단체 선거 및 이를 중심으로 한 지역적 정치의사형성과정에만 참여하고자 하는 정당을 가리키는 것이다.[307]

지방정당은 이러한 점에서 '지역주의'가 기승을 부리는 한국적 상황에서 성립한 '지역정당'과는 구별된다. 즉 지역정당은 전국적 규모의 정당으로서 국민적 의사형성과정에 참여하려는 것을 목적으로 하고 있으며, 정치참여의 주된 무대도 대통령 및 국회의원 선거이다. 다만 그 정당의 지지기반이 지역적으로 특정지역에 한정되어 있을 뿐

305) 김남철, 다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제, 공법연구 제35집 제3권, 한국공법학회, 2007, 173-199면.
306) 김유향, 일본, 정치의 재발견, 국회도서관보, 국회도서관, 2004, 20-31면.
307) 장영수, "지방자치와 정당", 『정당과 헌법질서』, 심천계희열박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995, 351면.

이다. 지역정당의 대표적인 예로서는 영남과 호남을 각각 지역적 기반으로 하는 한나라당과 민주당을 들 수 있다.[308]

한국에서는 법구조적인 제약 때문에 아직 본격적인 지방정당은 출현하지 못하고 있다. 선거를 앞두고 일시적으로 구성되었다가 선거 후에 해체되는 선거조직, 혹은 선거 후에 국회의원 · 지방의원 등의 개인적인 후원조직 등으로 활용되는 것들이 있을 뿐 지방정당이라고 할 만한 것은 아직 없다.[309] 그러나 외국에서는 지방자치단체 내에서만 활동하는 소규모의 정당을 드물지 않게 볼 수 있으며, 이들 지방정당의 역할은 지방자치에 있어서 매우 비중 있게 평가되고 있다. 예컨대 독일의 경우 지방정당은 지방적 차원의 정치적 의사형성에만 참여하기 때문에 정당법상의 정당, 즉 '본래적 의미의 국민적 정치의사형성'에 참여하는 정당과는 구별되지만[310] 지방자치의 영역에 있어서는 정당에 비해 불리한 대우를 받지 않도록 하고 있다. 지역적 특수성에 대한 고려가 헌법적으로 요청되고 있다는 점에 비추어 지역단위로 활동하는 지방정당에 대하여도 선거에의 균등한 참여기회가 보장되어야 한다는 것이다.[311]

지방자치선거에 전국규모의 정당이 참여함으로써 기대될 수 있는 긍정적인 효과도 적지 않지만, 당내민주주의가 제대로 되지 않은 중앙집권적 정당의 경우 지역적 이해관계가 간과되고 결국 지방이 중앙에 종속되는 결과를 가져왔다. 반면 지방정당이 형성될 경우 전국규모의 정당에 의하여 충분히 대변되지 못하고 있는 지역주민의 의사와 이해관계가 그만큼 강력하게 표출될 수 있다. 나아가 지방정당의 활동을 통하여 지방자치가 활성화 되고 지방자치의 기능들이 최대한 발현된다면 그것은 결국 지금까지의 중앙집권적인 발전 경향이 점차 지방분권적인 것으로 바뀌도록 촉진할 것이다.

이외에도 전국규모 정당에 비교해 볼 때, 지방정당이 가질 수 있는 장점으로는 첫째, 지역적 이해관계에 보다 정통할 수 있다는 점, 둘째, 중앙정치의 영향에서 벗어나 있다는 점, 셋째, 탄력적인 설립과 활동이 가능하다는 점 등을 들 수 있다.[312]

지방정당에 대해서 이렇게 이해할 때, 지방정당의 특성은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 첫째, 지역정당원칙으로서 집권적 국정정당에 대한 대안이다. 즉 국정레

---

308) 노동일, 4.13총선분석:한국정치에 있어서 지역주의, 대한정치학회보 제8권 제1호, 대한정치학회, 2000, 117-148면; 이창헌, 한국의 제15대 대통령 선거결과 분석-정치발전과 지역주의 성향을 중심으로, 한국동북아논총 제10권, 한국동북아학회, 1999, 245-266면; 오수성, 지역갈등의 구조와 성격특성, 최협 편, 「호남사회의 이해」, 서울:풀빛, 1996; 하세헌, 영남지역주의의 변화, 한국정치외교사논총 제27권 제1호, 한국정치외교사학회, 2005, 161-191면; 홍덕률, 대구 경북의 지역주의적 정치행동, 황해문화 가을호, 2004.

309) 장영수, 앞의 논문집("지방자치와 정당"), 321면.

310) BVerfGE 2, 1 (76).

311) BVerfGE 11, 266 (276) 참조.

312) 장영수, 앞의 논문집("지방자치와 정당"), 321면.

벨의 정당레벨에서의 분권화, 즉 정당의 분권화가 지역주권, 시민주권의 입장에서 필요로 하게 된다. 둘째, 지방정당은 지역시민 정부와 지역자립을 목표로 한다. 다시 말해서 중앙과 지방관계의 종언을 의미한다. 경제적 문화적으로 자립된 지역의 건설과 지방정부 그 자체의 개혁으로 시민정부를 지향한다. 셋째, 국민 · 주민에 대한 대안으로서 시민, 생활자의 활동이다. 지방정당은 국민적 공동선이나 아이덴티티보다 개인의 자립과 지역적 공동선에 더 가치를 둔다. 로칼임과 동시에 글로벌하게 전개될 수 있는 시민주권 · 생활자 주권에 입각하고 또한 커뮤니티에서 기인하며 나아가 지구시민적인 공생을 요구하는 시민적 정치문화를 발전시킨다. 따라서 지역밀착형 과제들인 환경, 복지, 주민권리 등이 중요한 활동과제가 된다.

3. 지방정당의 각국 사례

여기에서는 독일과 일본의 지방정당의 구성 및 활동상황에 대해 살펴봄으로써 한국에서 지방정당 도입의 필요성과 그 바람직한 모습에 대한 시사점을 얻도록 한다. 여기에서 독일과 일본을 사례로 든 것은 이 두 나라에서 지방정당 활동이 가장 활발한 점 이외에도 독일과 일본은 연방제도와 중앙집권적이라는 대조적인 지방제도를 가짐으로써 다양한 측면에서 지방정당의 활동양상을 살펴볼 수 있는 장점이 있다는 점도 고려되었다.

(1) 독일

독일에서 정당설립은 매우 간편하다. 한국에서처럼 정당을 설립하기 위해서는 일정한 요건을 갖춰 등록할 필요도 없이, 독일 정당법에 나와 있는 일정한 조건만 충족시키면 된다. 그 조건은 크게 다음의 세 가지로 정리할 수 있다 첫째, 선거참여의 진지성 여부이다. 정당법 제2조 1항에서는 “정당은 지속적 또는 장기간 동안 연방과 주의 영역에서 정치적 의사형성에 영향을 미치고 연방의회와 주의회에서 국민의 대표로서 참여하고자 하는 시민들의 결사체이다. 이러한 시민들의 결사체는 사실관계에 대한 전체적인 모습에서, 특히 조직의 공고성, 구성원 수, 공공에 나타나는 모습에 있어서 그 목적설정의 진지성에 관하여 충분히 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다. 둘째, 선거참여에 대한 기간요건이다. 제2조 2항에서는 “6년 동안 연방의회 또는 주의회 선거에 자신들의 고유한 후보자 명부를 가지고 선거에 참여하지 않는 경우 정당의 법적 지위가 상실된다.”고 규정한다. 마지막으로 전체 구성원 또는 이사회 구성원의 다수가 독일 국민이고, 그 소재지가 정당법의 효력이 미치는 범위 내에 있어야 한다는 것이

다(제2조 3항).[313]

독일에서는 이와 같은 세 가지 조건만 갖출 경우 정당설립에는 아무런 제한이 없다. 즉 연구의 취지와 맞춰 말하면, 정당 활동이 연방 수준에서 이루어지는가 혹은 주 수준에서 이루어지는가 하는 지역적 범위는 아무런 제약이 되지 않는다. 바로 이러한 점이 독일에서 각 지역의 이익을 대변하는 지방정당들이 자유롭게 태동할 수 있는 기반이 되었다. 한편 이와 같은 법적인 측면에서 설립의 자유로움 이외에도 전통적으로 지역 분권주의가 매우 발달되어 있고, 지방의 정체성이 강한 점이 독일에서 지방정당이 활발한 활동을 할 수 있는 토양이 되고 있다.

독일에서 대표적인 지방정당으로 들 수 있는 것이 바이에른주(州)를 활동무대로 하고 있는 기사당(Christlich-Soziale Union=CSU, 기독교 사회당)과 바이에른당(Die Bayernpartei)이다. 기독교 노동조합의 일부와 바이에른 지방의 카톨릭 정당의 합당에 의해 1945년에 창당된 기사당은 자연스럽게 지방 중심적이고 카톨릭 가치가 강조되는 특성을 갖게 되었다. 이 당은 창당 이후 지방 분권적 주장을 변함없이 강하게 펴왔지만, 동시에 기민당(CDU)과 매우 긴밀한 연대관계를 유지하면서 연방 차원에서는 지속적으로 기민당과 연정을 구성해 왔다.[314]

기사당은 바이에른주 내에서는 주 의회뿐만 아니라 연방의회에서도 전후 대부분의 기간 동안 안정적 절대다수를 차지하고 있다. 전후 최초로 치러진 1946년의 주 의회 선거에서 52.3%를 획득한 이후 줄곧 과반수 정도의 지지를 얻어 왔으며 특히 1974년의 선거에서는 62.1%를 얻어 역대최고를 기록하였다. 연방 의회 선거에서도 기사당은 1957년부터 지속적으로 과반 이상의 득표를 올리고 있다.

1976년에 개정된 당의 강령에서는 보수주의와 자유주의, 그리고 사회정의를 명백히 표방하고 있다. 기사당은 기민당과 내용적으로 그렇게 커다란 차별성을 갖고 있지는 않으나, 정책수행 과정에서는 기민당보다 강한 지방분권을 요구하면서 정치적 적대세력에 대해서는 타협보다는 쟁점을 부각시키면서 강력하게 대처해 오고 있다. 기사당은 비록 지방정당이기는 하지만 당원들의 구성을 보면 농부나 자영업자 이외에 사무직 종사자나 노동자들도 상당수 포함되어 있어 사회적으로 매우 광범한 지지세력을 확보하고 있다.[315]

바이에른 당은 매우 보수적이면서 반사회주의적인 이념을 가진 정당이다. 이 정당은 특히 지역분권주의를 강하게 요구하며, 심지어 바이에른주의 독립까지 주장하고 있다. 그 지지세력은 농촌지역에 폭 넓게 퍼져있다.[316] 바이에른 당은 주 의회 선거

313) 김남철, 앞의 논문(다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제), 182-183면.
314) 차명제, “독일의 정당제도”, 「독일의 대의제 민주주의와 정당정치」, 세계문화사, 1999, 173면.
315) 차명제, 앞의 책(독일의 대의제 민주주의와 정당정치), 174면.
316) 차명제, 앞의 책(독일의 대의제 민주주의와 정당정치), 181면.

에서 설립 초기에는 10% 이상의 득표를 올렸으나, 50년대 말 이후 정체상태가 계속되고 있다.

다음으로 동서독 통일 이후에 구 동독 지역의 권익을 대변하고, 그 지지층에 기반한 지방정당의 형태로 등장한 것이 민사당(PDS)이다. 통일을 전후해서 동독지역의 정당들은 해산되거나 서독의 정당들에게 흡수 합병됨에 따라 통일 이후의 정치무대에서 동독지역의 정치적 입장대변은 지속적으로 배제되어 갔다. 이와 같은 점을 배경으로 민사당은 동독주민의 권익을 대변하는 정치조직으로 성장하였다.

민사당은 통일 이후 치러진 구 동독 지방의 연방 의회 및 주 의회 선거에서 약진을 거듭하였다. 1994년 선거에서는 1990년 선거보다 모든 주에서 득표를 대폭 늘리고 있다. 지방정당으로서 자기위상을 설정한 민사당의 목표가 많은 부분 실제 득표로서 연결된 결과이다.[317]

지방정당으로는 이외에도 북부 독일에 근거지를 두고 있는 독일당(Die Deutsche Partei)이 있다. 이 당은 주로 농민들의 이해관계를 대변해 주고 있으며, 이념적으로는 민족적 보수주의를 내세우고 있다.

한편 독일의 각 주 선거법에는 정당 이외에도 이른바 '선거인 단체'에도 선거에 참여할 수 있도록 하고 있다. 선거인 단체는 "활동이나 정치적인 이해관계가 지역문제에 국한되어 있는 정치적 결사체"를 말하며, 연방선거나 주 단위의 선거에는 참여하지 않고 오로지 지방선거에서만 후보자 추천을 통하여 참여하는 단체를 의미한다.[318] 이와 같은 선거인 단체는 지방선거에만 참여하고, 또 통상 지방선거 이후에는 정치적 의사형성에 참여할 것을 의도하지 않는다는 점에서 독일 정당법상 정당으로는 인정되지 않는다.[319]

2004년에 실시된 기초지방자치단체인 게마인데(Gemeinde) 의회 의원선거에서 이들 선거인 단체의 선거참여 실례를 각 주별로 살펴보면 다음과 같다. 바덴-뷔르템베르그주에서는 여러 선거인 단체들이 참여하였는데, 이들 선거인 단체 전체가 얻은 득표율은 34.3%에 이르렀다. 이러한 득표율은 전통적인 주요 전국정당들인 기민당(CDU)의 32.4%, 사민당(SPD)의 18.2%, 자민당(FDP)의 3.2%를 뛰어넘어 최고를 기록하였다. 뒤셀도르프주에서도 기존의 전국정당들 이외에 6개의 다양한 선거인단체들이 참여하였지만, 득표율은 2-3%정도의 미미한 수준에 머물렀다. 에쎈주에서는 3개의 선거인단체가 참여하여 약 6%의 득표율을 올려 모두 6명의 지방의원을 배출하였다.[320]

---

317) 정병기, 독일 남북부의 지역주의와 동서독 갈등, 「역사비평」, 1996 가을호.
318) 김남철, 앞의 논문(다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제), 183면.
319) 김남철, 앞의 논문(다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제), 183-184면.
320) 김남철, 앞의 논문(다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제), 188면.

(2) 일본

일본은 정당설립 요건에 대해 헌법이나 다른 특별한 법률로 규정하고 있지 않으므로, 정당을 설립하고자 하는 사람들이 정치적 활동을 하겠다고 표명하고 등록하기만 하면 정당으로서 인정을 받는다. 따라서 정치에 참여하고자 하는 결사체로서의 의지만 있으면 전국 규모이든 지역 규모이든, 또는 정당본부가 수도에 있든 지방에 있든 그것은 아무 문제가 되지 않는다.

다만 정치자금규정법과 정당조성법에서는 "정치단체 가운데 국회의원을 5명 이상 가지는 경우나, 총선거나 통상(通常)선거에서 총 등표수가 총 유효투표의 100분의 2 이상 획득한 경우"에만 정치자금 수혜와 국가의 정당조성의 대상이 되는 정당으로 인정하고 있다. 이와 같은 점에 비추어 일본에서는 정치자금규정법과 정당조성법에서 규정하는 요건을 갖춘 정치단체만을 일반적으로 정당으로서 일컫는 경우가 많다. 하지만 이러한 자격을 갖추지 못한 정치단체들도 각종 선거에 공직후보자를 추천하거나 기타 정치활동을 하는 데는 아무런 제약이 없다.

일본에서 지방정당의 대표적인 것은 생활협동조합이 모체가 되어 생활정치의 실현을 목표로 각 광역자치단체에 설립한 「(---지역) 생활자 네트워크」를 들 수 있다. 각 지역의 생활자 네트워크는 생활협동조합의 이념을 지역이나 의회에 확대하여 지역정치를 바꾸어감과 동시에 국가체제의 변혁을 추구하려는 목적으로 설립되었다.[321] 이들 네트워크는 단순한 정치적 이익단체가 아니라 스스로 지방정당임을 명확히 밝히고 있으며, 활동의 초점도 생활협동조합의 대리인(대표)을 정치적 의사결정의 장(場)에 보내기 위한 것에 맞춰져 왔다. 생활자 네트워크는 정당을 표방하고 있기 때문에 후보로 출마하는 사람들은 다른 정당에 소속될 수 없다.

생활자 네트워크는 1977년 동경도(都)에 처음 설립된 이후 현재 가나가오, 사이따마, 치바, 이와떼, 홋카이도, 나가노 등 8개 광역자체단체에 구성되어 있다. 이들 네트워크의 전체 의원 수는 약 150여명 정도에 이르고 있다. 각 광역자치단체별 네트워크는 개별적인 독자 정당체제를 이루고 있으며, 각 지역의 네트워크는 1년에 몇 차례의 모임을 통해 활동 및 경험을 교류하는 정도의 연대활동만을 하고 있다.

지방정당을 표방하고 있는 모든 생활자 네트워크는 앞서 언급한 것처럼 "대리인 운동"을 주요 슬로건으로 삼고 있다. 시민을 대표하거나 대변하는 것이 아닌, 정책결정과정에서 그를 추천한 사람들의 목소리를 대신 전달하는 역할을 할 수 있는 지역정치인을 만들자는 목적을 가지는 것이 바로 대리인 운동의 핵심적 개념이다. 즉 지금까지 선

321) 박희숙,「지역네트워크운동의 생활정치의 확대와 장애요인 - 가나가와 네트워크 운동의 사례」, 2007.

거에 참여한다는 것은 시민을 대변하거나 믿고 맡긴다는 개념에 한정되어 있었다. 그러나 대리인 운동은 시민 스스로가 조사하고 발견한 것을 의원을 통해 정책결정에 영향을 미치도록 하는 것이며, 따라서 시민들의 적극적인 참여가 전제되어야 하는 것이다. 이를 위해서 후보자를 선출하는 과정 역시 자신이 후보자가 되기를 희망하는 사람이 아니라, 네트워크 구성원들이 후보자로 만들고 싶은 사람을 선출하여 선거에 내보낸다. 이러한 대리인 운동에 있어서 모든 생활자 네트워크에 통용되는 3대 원칙이 있다.

첫 번째는 한 사람이 계속해서 의원활동을 하는 것이 아니라, 일정 기간이 지나면 다른 사람에게 의원이 될 수 있는 기회를 물려준다는 원칙이다. 두 번째 원칙은 네트워크를 통해 의원이 된 사람의 의정활동은 개인에 의해 이루어지는 것이 아니라, 네트워크회원들과 함께 수행하는 것이기 때문에 그 세비를 네트워크에 기부해야 한다는 것이다. 세 번째는 네트워크 구성원들이 자신들의 대리인을 의회에 진출시키기 위해서 선거에 필요한 재정과 활동을 자원 봉사해야 한다는 원칙이다.

네트워크의 회원들은 90% 가량이 생활협동조합 회원들이며, 또 주부들이다. 따라서 네트워크가 다루는 주된 정책적 이슈도 실생활과 관련된 식품안전, 고령자 복지, 자녀교육, 소비문제 등에 모아진다. 네트워크가 정당으로서 활동하는 데 있어서 다루는 이슈는 그다지 많지 않은 편이다.

광역자치단체의 생활자 네트워크 가운데 대표적으로 '동경생활자 네트워크'와 '가나가와 네트워크'를 예를 들어 그 조직, 활동상황 등에 대해 살펴보기로 한다.

동경생활자 네트워크는 지역 여성이 직접 의원이 되어서 생활의 목소리를 행정에 반영해야 한다는 목적을 가지고, 1977년에 출범하였다. 현재는 동경도 내에 36개 시 · 구차원에서 해결할 수 없는 문제가 도출되면 동경네트워크 차원에서 공동으로 대응하거나 해당 지역을 지원하는 방식을 취한다.

지방의원으로 출마할 후보자를 선정하는 것은 동경생활자 네트워크의 중요한 활동 중의 하나이다. 동경생활자 네트워크에서는 한 사람이 2선 또는 3선을 넘어 후보자로 지정되지 못하도록 규정하고 있다. 이것은 가능한 많은 사람들에게 의정활동을 경험하도록 하고, 보다 많은 사람들의 참여를 활성화시키기 위함이다. 만일 세 번의 의정활동을 마치고 난 뒤에도 계속해서 의원활동을 하고자 하는 사람이 있을 경우에는 네트워크를 탈퇴한 후 개인적으로 다시 출마할 수밖에 없다. 동경생활자 네트워크에는 2004년 말 현재 58명의 기초의원과 6명의 광역의원이 소속되어 있다.

동경 인근의 가나가와현(縣)을 황동범위로 하는 가나가와 네트워크는 1984년 7월에 설립되었다. 1980년의 합성세제추방을 위한 직접청구운동을 계기로 설립된 가나가와 네트워크는 기능적으로 정책제시와 지방선거에 후보자를 공천하는 등 지방정당의 역할을 20여 년간 지속해 오고 있다.[322] 2004년 현재 가나가와현 내에 19개 시

(市)와 정(町)에 지역네트를 가지고 있다.

가나가와 네트워크는 시민들이 자신이 사는 지역의 정치에 참여하여 정책을 만들고 정치를 움직여가는 것을 당연시 하는 이른바 '시민정부'의 실현을 목표로 하고 있다. 이를 위해 다른 생활자 네트워크와 마찬가지로 자신들의 대리인을 정치적 의사결정의 장에 보내는 것을 주된 활동으로 삼고 있다. 가나가와 네트워크의 정치활동의 기본원칙은 첫째, 모금과 자원봉사를 중심으로 정치활동 및 선거에 임하고, 둘째, 의원과 멤버 모두 활동을 널리 공개하며, 셋째, 의원의 보수는 시민의 활동비로 하며, 넷째, 의원은 2기 8년으로 교대한다는 것으로 요약할 수 있다. 2004년 현재 총 34명의 의원들이 지방의회에서 활동하고 있다.[323]

가나가와 네트워크를 동경생활자 네트워크와 비교할 때, 두 곳 모두 생활협동조합으로부터 네트워크가 결성되었고, 조직의 주요한 활동원칙들도 대부분 동일하다. 그러나 광역지역 네트워크인 이 두 조직의 가장 큰 차이점은 동경생활자 네트워크가 동경도 산하의 기초자치단체들에서 먼저 네트워크를 구성한 후 이들이 동경도 차원에서 동경생활자 네트워크로 연결된 반면, 가나가와 네트워크는 가나가와현 차원에서 네트워크가 먼저 구성된 후 그 산하 기초자치단체들의 지역 네트워크들이 조직되었다는 점이다.[324] 이러한 결성과정의 차이로 가나가와 네트워크는 동경생활자 네트워크에 비해 중앙 집중적인 측면이 훨씬 더 강하다.

일본에서 생활자 네트워크형 정당 이외에 지방정당으로 들 수 있는 것이 '류큐독립당'이다. 류큐독립당은 일본이 제국주의 팽창기에 무력으로 강점했던 옛 류큐왕국의 독립된 정체를 계승하는 류큐공화국 독립을 목표로 1970년 7월 창당된 오키나와 지역의 지방정당이다. 창당 이후 분리주의에 대한 일본 정치권의 강압에 의해 곧 해체되었다가 2005년 8월부터 활동을 재개하고 있다. 하지만 이 정당에 대한 오키나와 지역민들의 관심도는 그다지 높지 않은 편이며, 활동을 재개한 지 얼마 되지 않아 아직 지방의회에 한 명의 의원도 진출시키지 못하고 있다. 류큐독립당은 지역의 이익표명과 집약에 대한 다수 지역민들의 민의를 반영하는 정당이기보다는 인종적 문화적 차이로 인한 지역 독립을 위한 분리주의가 정당 창당의 배경이므로, 여기에서 말하는 지방정당의 모범적인 사례라고는 할 수 없다.

---

322) 박희숙, 「지역네트워크운동의 생활정치의 확대와 장애요인 - 가나가와 네트워크 운동의 사례」, 2007, 2-3면.

323) 박희숙, 「지역네트워크운동의 생활정치의 확대와 장애요인 - 가나가와 네트워크 운동의 사례」, 2007, 3-6면.

324) 이호, 생활 속에 뿌리 내린 일본의 지역정당 - 동경생활자 네트워크로부터 배운다, 「도시와 빈곤」, 2003, 5.

4. 한국에서 지방정당의 필요성

2006년 5월 31일에 실시된 제4대 동시 지방선거에서는 기초의원 선출에 대해서도 정당공천제가 도입되었다. 이로써 정당은 지방자치의 모든 선출공직(광역단체장, 광역의회의원, 기초단체장, 기초의회의원)에 대해서 추천권을 행사할 수 있게 되었다. 2006년의 정당공천제 도입은 지방선거의 선거경쟁과 투표율을 제고시키고 정당지배적인 투표선택과 여성의원의 증가를 가져오는 주요 요인이었다.[325]

지방선거에 대한 정당개입에 대해서는 선거 실시 이전부터 학계, 시민단체, 언론 등으로부터 많은 우려가 제기되어 왔으며,[326] 또한, 그러한 우려는 선거를 통해 상당부분 현실로서 확인되었다. 정당참여를 비판하는 사람들은 당적을 갖고 있지 않는 참신한 인사들의 공직진출이 곤란해졌고, 영 · 호남에서처럼 지역주의적 선거풍토가 강하게 존재하는 곳에서는 지역주의를 더 강화시켰으며, 그리고 지방정치의 중앙에 대한 예속이 가속화되었다는 점을 문제점으로 지적하였다.[327]

정당개입의 확대가 초래한 이와 같은 문제점들 가운데, 특히 지방의 중앙에 대한 예속심화는 지방자치의 건설적 발전을 요구하는 시대적 요구에 비춰볼 때, 매우 우려하지 않을 수 없다는 지적이 많다.[328] 정당개입 확대로 인한 지방선거의 중앙정치에 대한 예속은 다음과 같은 부분들에서 확인할 수 있다.

공천과정에서부터 중앙정계는 적극적으로 개입하였다. 물론 열린우리당과 한나라당과 같은 대정당들은 시 · 도당 단위에서 '공천심사위원회'를 구성하여 외형적으로는 공천을 지역에 위임하는 형식을 취하였다. 하지만 중앙의 유력정치가 혹은 국회의원들은 자기가 선호하는 인물을 공천하기 위해 심사위원회에 적극적으로 개입하였고, 시 · 도당의 심사는 실질적으로 유명무실한 것으로 전락했다. 각 정당의 공천이 중앙의 논리로 이루어짐으로써 정치신인, 여성, 시민단체 활동가 등 지역의 생활정치에 관심을 두어온 인물들은 대부분 공천을 받지 못하였다.

---

325) 황아란, "지방선거와 정당공천: 비교론적 시각에서-기초의원 선거의 정당공천과 정보제공 효과-", 지방행정연구 제24권 제1호, 한국지방행정연구원, 2010, 37-65면.

326) 김순은, 제3대 지방선거와 민선단체장, 월간자치발전 8권 5호(통권 85호), 한국자치발전연구원, 2002, 50면; 김재영, 지방자치단체의 장의 선임에 있어 정당의 관여에 관한 논의 검토, 「지방자치논단」2, 2001, 140-141면; 이기우, 지방선거에서 정당공천제도의 대안: 후보자에 의한 소속(지지)정당 임의표방제도의 지방분권 실현과 지방정당의 육성 도입, 한국공공자치연구원 주최 세미나 발표 자료집, 2005, 2-3면; 이승종,「지방자치론」, 박영사, 2003, 301-303면.

327) 이관희, 2006. 5. 31 지방선거가 남긴 과제, 국회보 통권 제476호, 국회사무처, 2006. 7, 121-126면; 하세헌, 제도변화와 5 · 31 지방선거, 한국지방정치학회보 제1권 제1호, 2007, 44-51면.

328) 김남철, 앞의 논문(다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제), 173-199면; 이관희, 앞의 논문(2006. 5. 31 지방선거가 남긴 과제), 473면.

선거과정도 중앙당 중심의 선거가 치러졌다. 각 당 대표들은 선거운동 과정에 적극적으로 개입하였고, 선거 이슈도 지역차원의 것보다는 중앙정당의 정치게임과 관련되는 전국적 이슈가 많았다. 그리고 야당은 지방선거를 대통령에 대한 중간평가로 간주함으로써 다음 대선의 전초전으로 삼고자 하였다. 중앙정당의 이와 같은 시도는 유권자들로 하여금 중앙정당을 보는 눈으로 지역의 후보들을 보도록 만들었다. 이것은 또한 유권자의 선택이 후보자의 자질이나 그 후보의 지역사회에 대한 공헌 및 정책방향에 대한 평가가 아니라, 후보자를 공천한 정당에 대한 평가가 될 수 있음을 의미하였다.

정당 개입으로 인한 지방의 중앙정치에 대한 예속은 선거 때만 문제가 되는 것이 아니라, 일상적인 지방자치단체의 운영과정에도 나타났다. 현재와 같은 중앙당과 지방당의 수직적인 지배구조 하에서는 중앙정치의 영향을 여과 없이 받게 되었고, 중앙의 정쟁은 지방의 정쟁으로 순식간에 비화되었다. 여러 연구에서 지적하고 있듯이 지방의회 운영은 중앙당 입김으로부터 벗어나지 못하고 있으며, 지방행정도 정당을 통해 중앙으로 철저하게 예속되었다.[329]

이처럼 지방선거에 대한 중앙정당의 관여는 지방의 문제가 지방적인 관점에서 접근되지 못하고 중앙정치적인 이해관계에 따라 결정되게 하는 요인이 되었다. 이는 지방의 자주적인 의사형성을 인위적으로 막거나 왜곡하고 대신에 중앙의 논리를 지방에 강요하는 것으로서 지방자치에 근본적으로 반하는 것이다.

지방선거에 있어 정당개입이 초래하는 지방의 중앙에 대한 예속이라는 문제점은 한국의 정당체계가 근대적인 구조라면 본래 나타나지도 않았을 것이다. 하지만 한국 정치사에 등장한 거의 모든 정당들은 특정 정책과 이념을 실현하기 위해 그에 합당한 조직 등을 갖춘 세계관 정당 또는 근대정당이 아니라, 특정 지도자의 권력 욕구를 실현시키기 위해 엘리트 중심으로 모인 관직추구정당 또는 명망가정당으로서의 성격을 띠고 있다.[330] 이러한 점은 현재 활동하고 있는 정당들도 근본적으로는 다름이 없다. 따라서 한국의 정당들은 대통령 후보 혹은 유력 정치가의 정치적 선택에 의해 쉽게 이합집산을 되풀이 하였으며, 당 운영 또한 하의상달이 아닌 상의하달의 일방통행식으로 이루어졌다. 그리고 각종 공직 후보자에 대한 공천 역시 일반 당원들의 의사보다는 당 지도부의 의사가 절대적으로 존중되어 왔다.

이처럼 전근대적이고 비민주적인 정당체제 하에서 지방선거에 정당개입이 허용됨으로써 중앙정치의 부정적인 측면들이 아무런 여과장치 없이 그대로 지방에까지 이식되

329) 김재영, 앞의 논문(지방자치단체의 장의 선임에 있어 정당의 관여에 관한 논의 검토), 138-151면.

330) 김용호,「한국정당정치의 이해」, 나남출판, 2001; 박봉식,「직업으로서의 정치」, 박영사, 1960; 이기하, 심지연, 한정일, 손봉숙,「한국의 정당」, 한국일보사, 1987.

는 위험을 초래하였다. 지방선거에 입후보하려는 사람들은 그 지역에서 열심히 활동하기보다는 중앙 정계에 줄을 대기 위해 심혈을 기울여 왔다. 당선된 후에도 그들은 중앙정치권의 눈치를 살피지 않을 수 없는 것이다. 또한 각 정당들은 지방선거를 정당의 생존, 나아가 정권창출을 위한 기반으로 이용하여 왔고, 따라서 지방선거는 매우 과열됨으로써 그 지역 일꾼을 뽑는다는 지방선거 본래의 의미는 퇴색될 수밖에 없었다.[331][332]

5. 소결

한국의 지방자치는 '2할 자치'라는 말이 상징해 주는 것처럼 중앙에 대한 예속이 심각한 상황이다. 지방이 중앙에 예속되게 된 이유 가운데 하나는 지방의 이익과 이해관계를 지방의 시점에서 대변해 줄 지방정당의 부재가 적지 않은 요인이 되었다. 현행 전국규모 정당들은 지역주의적 경향과 맞물려 선거에서 정당간의 경쟁 없이 특정 지역을 장악하였고, 이로써 지방의 중앙정치에 대한 예속은 가속화 되어 왔다. 이와 같은 모습은 지역차원의 주민들의 생생한 목소리를 지역의 의사결정에 반영시킨다는 풀뿌리 민주주의의 본래의 의미를 심각하게 손상시키고 있다.

독일과 일본 등 지방자치의 선진국에서는 특정 지역에 뿌리를 두고 있는 다양한 지방정당들이 출현하여 주민들의 의사를 대변하고 있다. 이들 지방정당이 전국규모 정

---

331) 김병준,「한국지방자치론」, 법문사, 2000, 261면; 김순은, 앞의 논문(제3대 지방선거와 민선단체장), 45-55면; 김재영, 앞의 논문(지방자치단체의 장의 선임에 있어 정당의 관여에 관한 논의 검토), 138-151면; 이기우, 앞의 논문(지방선거에서 정당공천제도의 대안: 후보자에 의한 소속(지지)정당 임의표방제도의 도입), 2-3면; 황아란, 지역주의와 지방자치: 기초자치단체장의 정당공천. 한국행정학회보 제36권 제2호, 한국행정학회, 2002, 130-131면.

332) 그러나 정당배제 주장은 다음과 같은 이유로 적절하지 못하다는 비판이 있다. 먼저 규범적인 측면에서 민주주의는 정당정치를 근본으로 하고 있다는 점이다. 사회와 국가를 연결하는 매개체로서 정당을 대신할 수 있는 대안이 현재까지 뚜렷이 등장하고 있지 않은 이상, 민주정치에서 정당은 여전히 중요한 역할을 할 수밖에 없다. 보다 현실적인 입장에서 지방자치에 정당개입을 허용함으로써 얻을 수 있는 장점도 적지 않다. 정당은 주민여론을 수렴하는데 유리한 조직을 가지고 있으므로 주민여론에 입각한 정책을 수립하고 시행하는데 유리할 수 있다. 또한 정당공천은 후보인지의 편의성을 높임으로써 유권자의 선택을 용이하게 하며, 정당의 존재는 책임정치를 실시하는 데도 도움을 준다. 김순은, 앞의 논문(제3대 지방선거와 민선단체장), 50-51면; 지병문, 지방자치법의 문제점과 지방정치의 활성화 방안, 한국정치학회보 제27집 제2호, 한국정치학회, 1993, 207-208면; 따라서 지방자치에 정당개입을 불허하는 것은 득보다는 실이 더 많을 것으로 예상되므로 정당개입의 이점을 살리면서 현재와 같은 지방의 중앙에 대한 예속을 방지할 수 있는 방법을 찾으려는 견해로서 그 근본적인 해결책으로 정당내부 조직의 분권화와 운영방식의 민주화를 제시하고 있다. 김욱, 한국 지역주의의 지역별 특성과 변화 가능성: 대전, 충청지역을 중심으로, 21세기정치학회보 제14집 제1호, 21세기정치학회, 2007, 12-13면; 장영수, 앞의 논문집("지방자치와 정당"), 348-349면.

당에 비해 갖는 장점은 생활자의 목소리를 보다 생생하게 전달할 수 있고, 생활자의 입장에서 정책을 생산해 낸다는 것이다. 이러한 점이 지역에서 정당들이 지향해야 할 활동의 주제들이라고 할 수 있다. 한국에서도 지방의 목소리와 지역주민의 의사가 선거와 정책결정에 반영될 수 있도록 지방정당의 출현이 요구된다.

한국에서는 지방자치가 수행해야 하는 정치형성기능을 고려하여 정당공천제가 궁극적으로 바람직하지만,[333] 현재 중앙정당의 과도한 개입으로 지방의 독자성과 자율성이 많이 상실되고 있다. 현 상황에서 이를 막는 가장 바람직한 방법은 최소한 "정당의 당내민주화가 정착될 때" 까지 "한시적으로" 정당공천을 폐지하는 것이다. 이것이 여야 중앙기성정치인의 이해관계에 묶여서 해결될 기미가 전혀 보이지 않을 때에는 현행 정당법을 개정하는 방법을 차선책으로 생각해 볼 수 있다.

현행 정당법상 정당으로서 등록할 수 있기 위해서는 중앙당이 수도에 소재해야 하고(제3조), 5개 이상의 광역시도에서 시 · 도당을 가져야 하며(제17조), 각 시 · 도당의 관할구역 안에 주소를 두고 있는 1천명 이상의 당원을 가져야 한다(제18조)는 등의 요건을 구비하여야 한다. 이러한 정당 요건은 지방선거에 참여하고자 하는 정당에게는 너무나 가혹한 조건이 아닐 수 없다. 결국 이러한 규정들은 다양한 정치세력들의 진입장벽으로 기능하면서 기성정당들 위주의 독과점적인 정치경영을 조장하고 있다.

지방정당을 육성하기 위해서는 무엇보다 현행 5개 이상의 시 · 도당을 가져야 한다는 정당법상의 규정을 폐지하고, 어떠한 지역 단위에서든 자유롭게 설립할 수 있도록 해야 한다. 정당본부도 반드시 서울에 있을 필요가 없으며, 지방에 정당본부를 두는 것을 허용해야 한다. 그리고 정당의 당원수도 최소한으로 줄이는 것이 필요하다.

그런데 이러한 규정의 개정만으로 지방정당의 육성이 매우 어려우므로 한시적으로 지방정당이 뿌리를 내릴 때 까지 헌법 제8조의2를 신설하여 "지방정당 육성 및 지원 규정"을 고려할 수도 있으나 위헌소지가 있고 더 나아가 지역색을 고착화 시킬 수가 있어서 불필요하다고 본다.

지방정당을 허용하여 다양한 정치세력들에게 지방선거에 대한 참여 가능성을 열어주는 것은 지방을 중앙정치에 대한 예속으로부터 벗어나게 하는 중요한 계기가 될 수 있다. 이것은 또한 진정한 지방자치의 실현, 나아가 지방분권의 정착을 향한 중요한 진일보가 될 것이며 분권을 넘어 통일을 위하여서도 매우 필요하다(통일 후의 북한 지역을 상정해 보라). 2010년 6월 지방선거에서 대구경북지역에서 지방의원 21명을 당선시키는 괄목상대할만한 성과를 거둔 "친박연합"[334]에 비추어 보아도 지방정당의

333) 허영, 앞의 책(한국헌법론), 839-840면 참조.
334) http://www.propark.kr/home/company.html?page_no=1(2010.12. 7. 검색).

출현은 의미가 매우 크다고 하겠다. 다만 친박연합은 박정희 전 대통령의 조국근대화, 민족중흥, 새마을운동 등을 전면에 내세워 이른바 박정희향수에 너무 의지한 한계를 나타내고 있어서 바람직한 정당의 모습이라고 할 수는 없다.

아울러 정당과 지방분권에 대해서 추상적인 논의를 하는 것은 바람직한 문제의 해결방안이 아니다. 일반적인 정당이 아니라 우리의 정당이 어떠한 정당인지를 구체적인 성향을 살펴보고 그에 따라 정당공천이 어떤 영향을 미치는지를 살펴보는 것이 필요하다. 정당공천이 지방분권에 어떤 영향을 미치는지를 살펴볼 필요가 있다. 전국적인 정당이 존재하지 않거나 중앙당보다는 지역정당의 영향이 강한 경우에는 정당은 중앙집권적인 영향을 미치기 보다는 지방분권적으로 작용한다. 즉, 정치적인 분권을 강화하는 방향으로 작용한다. 이에 대해서 전국적인 정당이 존재하고 중앙당의 영향력이 강한 경우에는 정당은 지방정치의 중앙예속을 촉진한다. 즉, 정치적인 집권을 가져오는 방향으로 영향을 미친다. 만약 정당의 구조가 지방분권적이라면 권한의 배분이 중앙집권적이라고 하더라도 지방분권적인 원심력이 강화될 수 있다. 그러나 반대의 경우에는 중앙집권적인 경향이 가중되고 지방분권은 명목상으로만 존재하고 실질적으로는 공허하게 된다.

제10절 소결

현행 헌법 제117조, 제118조에서 지방자치에 대한 보장을 하고 있으나 보장 내용이 매우 빈약하여 실무상 입법이나 행정 및 사법에 있어서 명확한 지침이 되지 못하고 있다. 또한 보장의 내용이 빈약하여 시대가 요구하는 지방자치의 수준에 미치지 못하고 있다. 특히 지방자치단체의 종류를 규정하고 있지 않아 지방자치의 근간이 수시로 법률에 따라 변경될 우려가 있다. 헌법상의 지방자치에 대한 보장은 기초지방자치단체나 광역지방자치단체나 동일한 규정을 적용하고 있어서 양자의 실질적인 차이에 부응하지 못하고 있다. 특히 현행 헌법상의 지방자치에 대한 보장은 다른 나라의 기초지방자치에 대한 수준을 벗어나지 못하고 있다. 하나의 정치적인 단위를 이르고 있는 광역지방자치단체의 지방자치에 대한 보장은 현저히 기대에 미치지 못하고 있다. 특히 광역지방자치단체의 정책적인 다양성과 정책경쟁을 뒷받침하기 위한 헌법상의 보장은 매우 빈약한 수준이다. 지역 간 다양성과 경쟁을 통하여 정책과 행정에 혁신이 아래로부터 일어나도록 하려는 지방자치의 기능을 발휘하도록 하기에는 헌법상 보장이 따라가지 못하고 있다. 이에 현행헌법은 지방자치를 보장하는 기능을 하기 보다는 지방자치의 자유로운 발전에 하나의 장애요인이 되고 있다.

지방분권에 대한 현행 헌법의 수준은 입법권과 행정권, 사법권에 있어서 대단히 미흡한 수준이다. 현행헌법상 지방자치단체의 조례제정권이 보장되고는 있으나 그것은 법령의 범위안에서 보장되는데 그치고 있으며, 국가가 법률로 지방자치단체의 사무를 상세하게 규정하고 있다면 조례로 별도로 정할 사항은 많이 남아 있지 않게 된다. 그나마 국민의 권리제한이나 의무부과와 같은 부담적 조례의 경우에는 헌법 제37조 제2항이나 제59조, 제12조와 제13조 등에 따라 법률에 위임근거가 있어야 한다는 해석이 지배적이어서 지방자치단체의 입법권에 대한 보장은 매우 미미한 수준에 불과하다. 이에 대해서 지방의 다양성과 경쟁력을 강화하기 위한 지방분권에 대한 요구는 지방자치단체의 입법권에 있어서 획기적인 확대를 요구한다. 영국이나 스페인의 이탈리아의 경우는 연방국가가 아님에도 불구하고 광역지방정부에게 법률제 정권을 부여하고 있는 경우도 있다. 특히 지방정부의 조직이나 지역의 정체성에 관련된 교육이나 문화, 지역의 토지이용, 지역발전 등에 관련된 문제에 대해서는 지방정부에 입법권을 부여하는 것이 바람직하다. 논자에 따라서는 지방정부의 입법권, 특히 법률제정권은 연방국가에 특유하며 단일국가에서는 불가능하다고 주장하나 근거가 없는 견해이다. 지방정부의 법률제정권 내지 입법권은 헌법상의 수권의 결과이지 연방정부라는 국가형태로부터 도출되는 것이 아니다. 우리나라의 경우 입법권의 배분에 있어서 광역지

방자치단체에게 일정한 영역에서 배타적인 법률제정권을 부여하는 방법도 생각할 수 있으니 일반적인 수용가능성은 높지 않아 보인다. 이에 특히 지역적인 사무에 대해서 국가가 정한 법률의 규정에 불구하고 지역적인 특성과 다양성을 보장하기 위해 다른 규정을 할 수 있도록 하는 수준의 입법권이라도 보장하여 지역별로 독자적인 정책을 결정할 수 있는 권한을 부여하는 것이 필요하다.

이렇게 해서 광역지방정부에게 입법권을 일부 부여한다고 하더라도 지역적인 정책 수요를 충족하기에는 매우 부족한 수준이 될 것이다. 지방정부의 입법권의 미비는 지방정부의 국가입법과정에 대한 참여를 통해서 부분적으로 보완할 수 있을 것으로 본다. 이를 위하여 지역대표성을 갖는 상원제도를 도입하여 양원제의회를 운영하는 방안을 생각할 수 있다. 연방국가 뿐만 아니라 영국이나 일본과 같은 단일국가에서도 양원제를 채택한 나라도 적지 않다. 우리나라의 경우에도 양원제국회제도를 채택한 적이 있었다. 양원제국회를 구성함에 있어서는 다양한 방법을 생각할 수 있다. 독일과 같이 주정부를 대표하는 참의원제를 생각할 수도 있고, 미국과 같이 주민직선의 주민직선형 상원을 생각할 수도 있다. 오늘날 대세는 상원도 주민대표로 구성하는 것이 바람직하다고 보고 있는 것으로 보인다. 그러나 이 경우에도 하원의원의 선출방식과는 달리 지역이익을 대변할 수 있도록 선거구를 구성할 필요가 있다. 미국처럼 모든 주에서 동등한 대표권을 가지는 경우도 있을 수 있으나 독일처럼 주에 따라 차등적인 대표성을 부여하는 방안도 생각할 수 있다. 중요한 것은 하원과는 달리 지역단위로 상원의원을 선출하는 것이 필요하다는 점이다. 예컨대 도를 단위로 하는 권역별 비례대표제 형식의 대표제도 생각할 수 있겠다. 특히 지역적인 이익과 관련된 사항은 반드시 상원의 동의를 얻도록 하고, 지역적인 이익을 실현하기 위한 법률안제안권도 부여하여 지방자치단체의 입법적 권한부족을 보완할 필요가 있다.

행정권의 지방분권에 대해서 그동안 많은 개선노력이 있었다. 주로 법률적인 차원에서 지방이양작업을 해왔다. 행정권을 배분하는 방식에 대해서는 입법권과 연계해서 하는 방식과 입법권과 별도로 행정권을 배분하는 방식이 있을 수 있다. 전자의 경우에 해당정책분야에 있어서 책임성을 확실히 한다는 장점이 있으나 중앙정부의 행정기관을 지방에 직접 설치해야 하는 문제점도 있다. 이에 대해서 후자는 정책결정에 대한 책임성이 흐려지는 단점이 있으나 지방정부가 종합적인 행정을 수행한다는 장점은 있다. 행정과 관련하여 특히 그동안 문제점은 중앙정부가 지방정부에 사무는 이양하면서 이에 따르는 재정적인 뒷받침을 하지 않아 재정책임을 지방정부에게 전가하는 사례가 많았다. 이에 헌법에서 중앙정부의 권한을 지방정부에 이양할 수 있는 근거를 두면서 권한이양에 따른 재정부담을 중앙정부에서 책임을 지도록 하는 조항이 필요하다.

지방자치 내지 지방분권은 지방의 재정적인 보장이 없이는 공허한 논의에 불과하

다. 또한 지방자치는 재정책임을 가장 핵심적인 요소로 한다. 이에 헌법에 지방재정에 관한 규정을 두는 것이 반드시 필요하다고 본다. 헌법상 지방재정보장에는 지방의 주된 수입원인 지방세를 중앙정부가 정하는 법률뿐만이 아니라 지방정부가 조례로써 세목과 세율을 결정할 수 있도록 보장하는 것, 즉, 지방세조례주의를 분명히 할 필요가 있다. 그래야 지방서비스와 그 조세가격을 연동시킬 수 있게 된다. 지방자치단체 중에는 재정력이 기본적으로 약하여 자신의 비용으로는 그에게 부여된 업무를 충분히 수행할 수 없는 경우가 생긴다. 이런 경우를 위하여 전국적인 차원에서 재정조정을 할 수 있는 헌법적인 근거를 두는 것이 바람직하다. 물론 현행법상으로 교부세제도 등 법률적인 차원에서 지방재정의 조정을 하고 있지만, 헌법적인 차원에서 이를 보장하여 그 근거를 강화할 필요가 있다.

지방교육과 관련해서 헌법상 명확한 규정은 없다. 논자에 따라서는 헌법에서 보장하고 있는 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성을 지방자치단체의 행정기관인 지방자치단체장과 교육기관인 교육감을 각각 독립적으로 설치하고 운영하도록 하는 근거로 보기도 한다. 그리하여 현재와 같이 교육감을 지방자치단체장과는 별개로 설치하여 운영하는 이른바 지방교육자치제도를 폐지해서는 안 된다고 주장하고 있다. 하지만 교육의 자주성, 정치적, 중립성, 교육의 전문성은 지방교육기관을 지방자치단체장의 산하기관으로 운용하는 나라에서도 동일하게 요구받고 있다는 점에서 교육에 대한 헌법상 보장이 지방교육자치제도의 근거가 된다고 보기는 어렵다고 본다. 따라서 헌법상 해석을 통하여 현행 지방교육자치제도의 존폐문제를 해결할 수도 있을 것으로 본다. 하지만 입법적으로 이 문제를 해결하기가 현저하게 어려운 경우에는 이 조항의 개정을 통하여 학설상의 대립을 해소할 필요가 생길 수도 있다. 참고로 교육의 자주성과 정치적 중립, 전문성을 헌법적인 차원에서 보장하고 있는 나라는 드물다.

지방분권은 정당의 성격에 따라 매우 큰 영향을 받는다. 지방자치나 지방분권이 제도적으로 보장되어 있다고 하더라도 중앙집권적인 정당이 지방정부에 대해서 영향력을 행사하게 되는 경우에 실질적인 분권 즉, 정치적인 분권은 현저하게 약화될 수 있다. 이에 대해서 제도적인 분권은 다소 약하다고 하더라도 정당이 내부적으로 지방분권화되어 있거나 지역정당들의 영향력이 강한 경우에는 지방분권은 강화된다. 이에 정당의 지방분권화는 지방분권을 강화하는데 매우 중요한 요인이 된다. 하지만 이를 헌법상 직접 규정하는 것이 바람직한지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 정치풍토, 정치문화와 매우 밀접한 관계가 있으므로 이와 관련된 것은 법률적인 수준에서 필요한 규정을 하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

제4장 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안

제1절 지방분권에 대한 일반규정

1. 헌법 전문

헌법전문에 지방분권에 관한 규정을 함으로써 헌법전체를 관통하는 헌법의 정신으로 명기할 필요가 있다. 현행 헌법의 전문에 " … 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 … "라고 규정하고 있는 부분을 " … 자율 · **분권**과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 … "라고 개정하는 것이 바람직하다. 자유민주적 기본질서로서 분권적인 요소를 추가함으로써 수직적 권력분립의 원칙을 도입하여 자유주의를 강화하는 의미를 가진다. 또한 국가의 의사를 결정함에 있어서 아래로부터 의사형성과 주민의 참여를 확대하는 지방분권의 원리를 추가함으로써 주민에 가까운 정부에 의한 주민복리의 실현을 선언함으로써 민주적 기본질서를 주민 가까이에서 실현할 수 있도록 하는 의미를 가진다.

2. 제8장 지방자치와 지방분권

(1) 기초지방자치단체와 광역지방자치단체에 공통되는 규정

애초에 헌법상의 규정을 모든 지방자치단체에 통용되는 총칙적인 규정을 제9장 제1절에 두고, 제2절은 기초지방자치에 관한 규정을, 제3절은 광역지방자치단체에 관한 규정을 두려고 하였다. 원래의 취지는 헌법상 기초지방자치단체와 광역지방자치단체를 구분하여 그 특성에 부합하는 규정을 각각 둠으로써 기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 존립을 보장하고 그 위상의 차이를 명백히 하려고 하였다. 또한 지방자치단체의 종류로 기초지방자치단체와 광역지방자치단체로 할 것인지, 시 · 군 · 자치구와 시 · 도로 할 것인지에 대하여 의견의 차이가 있었다. 특히 기초지방자치단체를 시 · 군 · 자치구로 규정해 놓으면 나중에 학설과 여론이 변하여 읍 · 면 · 동 등을 기초

지방자치단체로 인정하고자 하는 경우에 다시 헌법개정의 절차를 밟아야 하므로 문제가 있다는 의견이 제기되었다. 이에 절충적인 방안으로 지방자치단체의 종류로 기초지방자치단체와 광역지방자치단체로 규정하되, 지방자치단체로 논란의 여지가 없는 시와 도에 대해서는 헌법에 언급하기로 하였다.

또한 헌법개정안 초안을 두고 공동연구원들이 토론하는 과정에서 기초지방자치단체와 광역지방자치단체에 해당하는 공통적인 요소를 다 모으면 기초지방자치단체에 대해서는 별도의 규정이 필요없다는 데 의견이 모아졌다. 즉 기초지방자치단체에 대한 규정은 광역지방자치단체에 그대로 적용되고, 거기에 광역지방자치단체에 관한 규정을 추가적으로 하는 것으로 하였다. 이에 다음에 제안하는 공통적인 규정(개정안 제119조에서 제122조)은 기초지방자치단체와 광역지방자치단체에 모두 적용된다.

1) 헌법개정안 제119조

제119조 ① 지방자치단체는 주민복리에 관한 사무를 자기 책임하에 처리한다. 국가와 지방자치단체 간의 업무배분은 보충성의 원칙에 따른다. ② 지방자치단체의 조직구성과 권한행사는 민주주의의 원칙에 따른다.

(가) 사무의 범위: 전권한성 원칙

먼저 제1항에서 지방자치단체의 사무와 사무처리의 방법을 규정하고 또한 사무배분의 원리를 규정하였다. 먼저 지방자치단체의 사무를 “주민의 복리”에 관한 사무라고 함으로써 개괄적으로 규정하였다. 처음에 “지역적인 사무”라고 규정하려고 하였으나 현행헌법이 “주민의 복리에 관한 사무”라고 규정하고 있으므로 가능한 그 취지를 살리도록 하였다. 여기서 주민의 복리에 관한 사무는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체의 권한에 속하므로 이를 가리켜 전권한성의 원칙이라고 한다. 이는 현행헌법상의 규정을 가능한 수용하여 규정한 것이라고 볼 수 있다.

(나) 사무처리의 방법: 자기책임성

현행헌법 제119조 제1항에는 사무처리의 방법으로 자기책임성을 명시적으로 규정하지 않아 문제가 될 수 있으므로 이를 보완하여 규정하였다. 지방자치단체가 그의 사무를 외부의 간섭을 받지 않고 자신의 책임하에 업무를 처리할 수 있다는데 의미가 있다. 따라서 국가나 기타 감독기관은 지방자치단체의 결정에 대한 합목적성 대해

서 관여할 수 없으며, 합법성에 대해서만 관여를 할 수 있다. 지방자치단체의 자기책임성은 재정적인 자기책임을 포함한다. 즉, 지방자치단체는 자신의 비용과 재정수입으로 자신의 사무를 수행하여야 할 책임을 부담한다. 지방자치단체의 재정적인 자기책임성을 별도로 규정하려는 안이 있었으나 자기책임성의 표현속에 포함되므로 이를 생략해도 된다는 의견에 따라 재정적 자기책임에 대한 규정은 별도로 두지 않았다.

(다) 업무배분의 원칙: 보충성의 원칙

국가와 지방자치단체, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체간의 사무배분의 원칙으로 보충성의 원칙을 명시적으로 규정하였다. 이는 현재 지방분권촉진에 관한 특별법 제6조 제2항에 규정된 것이나 헌법적인 원칙으로 규정할 필요가 있다. 유럽공동체 협약에는 회원국들이 헌법에 이를 명기할 것을 요구하고 있다. 보충성의 원칙은 개인과 국가, 국가내의 정부간 관계에서 업무배분의 원칙으로 정하는 원칙으로 자유주의적인 국가구성원리로서 헌법상의 원칙으로 명기하는 것이 필요하다.

(라) 지방자치단체의 내부적 민주주의

헌법개정안 제119조 제2항에 지방자치단체의 내부적 민주주의 원칙을 규정하였다. 이는 지방자치단체가 자치권을 가지고 있더라도 그 내부운영이 비민주적이고 전제적으로 되면 지방자치의 순기능보다는 역기능이 크게 나타날 우려가 있어 이를 차단하기 위한 규정이다. 지방자치단체가 주민에 근접한 정부로서 '민주주의 학교' 내지 풀뿌리 민주주의'로서 기능을 하기 위해서는 지방자치단체의 내부적인 민주주의가 반드시 필요하다. 법률과 기타 법령, 조례 등은 지방자치단체의 의사결정구조를 민주주의의 원칙에 맞게 조직하고 운영할 수 있도록 하여야 한다.

2) 헌법개정안 제120조

제120조 ① 지방자치단체는 법률에 위반되지 않는 범위 안에서 자치사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ② 지방세의 종목과 세율은 법률 또는 조례로 정한다. ③ 국가와 지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 재정에 관한 조정을 할 수 있다.

④ 지방자치단체의 회계감사를 위하여 법률이 정하는 바에 따라 지방회계원을 둘 수 있다.

(가) 조례제정권의 범위:

지방자치단체의 조례제정권을 '법률에 위반되지 않는 범위안에서'라고 규정하여 법률유보의 원칙이 적용되지 않음을 명백히 하였다. 현행헌법에서는 '법령의 범위안에서'조례를 정하도록 하여 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부에 대해서 다툼이 있어왔다. 보다 의미를 명확히 하기 위해서는 개정안 제120조 제1항 제2문에 "이 헌법에서 법률로 규정할 것을 규정하는 사항이 지방자치단체의 자치사무인 경우에는 조례로 규정할 수 있다"라는 조항을 추가하면 더욱 의미가 명확하게 될 것이라고 본다.

(나) 지방세조례주의와 지방세법률주의

지방세에 대해서는 법률뿐만 아니라 조례로 규정할 수 있도록 함으로써 헌법상 규정된 조세법률주의에 대한 예외규정으로 지방세조례주의를 추가적으로 규정하고 있다. 그동안 학계와 실무에서 논란이 되어왔던 법정외세 문제를 헌법상 명문으로 해결하기 위한 조항이다. 지방세는 법률로 규정할 수도 있지만 법률이 없는 경우 또는 법률의 규정으로는 충분하지 않은 경우에 조례로 지방세에 관한 규정을 할 수 있도록 하여 지방자치단체의 세입적인 측면에서 자기책임성을 강화하는 조항이다.

(다) 재정조정제도

지방자치단체의 사무를 수행하기 위한 비용은 지방자치단체의 자체재원으로 충당하는 것이 자기책임성의 원칙에 부합한다. 다만, 당해 지방자치단체의 수입으로는 법령상 부과된 지방자치단체의 사무를 수행하는 것이 불가능한 경우에 국가나 광역지방자치단체가 재정적인 조정을 하도록 하여 재정능력이 취약한 지방자치단체도 그 사무를 수행할 수 있도록 하려는데 그 취지가 있다. 구체적인 재정조정의 내용은 법률이 정하는 바에 따를 것이지만 재정조정에 대한 헌법적인 근거를 마련하였다. 다만 헌법상의 재정조정제도는 지방자치단체의 도덕적 해이를 불러올 정도의 수준에 이르러서는 안 된다. 재정조정제도는 어디까지나 예외적인 재정충당수단이 되어야지 원칙적인 제도로 되어서는 곤란하다.

(라) 지방회계원

중앙정부의 회계원과는 별도로 지방자치단체에 자율적이고 독립적인 지방회계원을 설치할 수 있는 근거규정을 헌법에 마련하였다.

3) 헌법개정안 제121조

제121조 지방자치단체의 종류는 기초지방자치단체와 광역지방자치단체로 한다.

- 지방자치단체의 종류

대개의 헌법에서(독일, 스페인, 이탈리아 등) 지방자치단체의 종류를 헌법에 규정하고 있다. 이는 전통적인 지방자치단체의 종류를 헌법에 명기함으로써 입법자들이 함부로 이를 폐지하지 못하도록 하여 그 존립을 보장하는 의미를 갖는다. 현행헌법에서는 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 위임함으로써 입법자의 재량을 지나치게 크게 인정하여 지방자치제도의 골격이 일시적인 다수자인 입법자에 의하여 동요될 수 있다. 이 조항은 이를 방지하여 지방자치단체의 종류를 헌법상 보장하여 그 존립을 보장하기 위한 목적을 가진다. 논의과정에서 현재의 기초지방자치단체인 시 · 군 · 자치구를 헌법적으로 명기하는 방안과 기초지방자치단체로 열어두자는 의견이 대립되었다. 기초지방자치단체의 원형은 읍·면이라는 점에서 이를 군으로 고착화시키는 것은 바람직하지 않으며, 구자치제의 존폐에 대한 논란도 계속되고 있으므로 헌법상의 규정을 열어둘 필요가 있다는데 의견을 모았다. 다만 다른 규정(개정안 제123조)에서 시와 도를 언급함으로서 시(광역시나 일반시 포함)와 도의 헌법상 지위는 인정하는 것이 된다. 즉, 광역지방자치단체로서 도와 시는 지방자치단체의 종류로 간접적으로 보장을 받고 있는 것이 된다.

4) 헌법개정안 제122조

제122조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다. 지방의회는 주민의 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거에 의하여 선출된 의원으로 구성한다. 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거에 관하여는 법률 또는 조례로 정한다.

② 지방자치단체의 장의 선출방식과 지방자치단체의 조직과 구성에 관하여는 법률 또는 조례로 정한다. ③ 지방자치단체의 중요한 의사결정에 관하여는 법률과 조례가 정하는 바에 의하여 주민이 직접 참여할 수 있다. ④ 지방자치단체는 자신의 권한이 침해된 경우 법률이 정하는 바에 의하여 헌법재판소와 법원에 제소할 수 있다.

(가) 지방의회에 대한 규정

지방의회를 헌법상 기구로 규정하여 주민대표기관의 지위를 부여하였다. 지방의회가 주민대표기관임을 고려하여, 그 민주적인 정당성을 부여하는 방법으로서 선거의 원칙(보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거)에 대한 규정을 하였다. 지방의회의 내부조직에 대해서는 현행헌법이 법률로 정하도록 하였으나 조례로도 정할 수 있도록 하여 지방자치단체의 자치조직권을 강화하였다.

(나) 집행기관

지방자치단체의 집행기관을 법률과 조례로 조직과 구성방법을 정할 수 있도록 하였다. 지방자치단체장을 직접 주민이 선출하도록 헌법을 개정하자는 의견이 있었으나 이를 명시하는 것이 오히려 입법을 통하여 다양한 정부형태를 채택하는데 장애가 될 수 있다는 의견이 강하여 단체장의 선출방식을 법률과 조례에 맡기기로 하였다. 이로써 지방자치단체장과 지방의회의 관계 즉, 지방정부의 형태에 대해서 법률과 조례로 다양한 선택을 할 수 있는 여지를 열어 두었다. 현재와 같은 기관분립형도 가능하지만 기관의존형 정부형태도 가능하도록 하였다. 경우에 따라서는 시지배인제도도 도입할 수 있도록 개방해 두었다. 이는 현행헌법도 마찬가지 이지만 조례로도 규정할 수 있도록 하여 지방자치단체의 자치조직권을 강화하였다.

(다) 주민참여

지방자치단체의 중요한 의사결정을 주민들이 직접 참여하여 결정할 수 있도록 하는 헌법적인 근거를 헌법개정안에 추가하였다. 현재도 주민투표, 주민소환, 주민소송, 조례제정, 개정, 폐지를 주민이 청구할 수 있는 법률상의 직접 참여제도가 보장되어 있으나 헌법적인 근거를 부여하여 그 규범적인 의미를 강화하도록 하였다. 통치의 시대

에서 참여의 시대로 전환에 걸맞도록 주민참여의 헌법적인 근거를 마련하였다.

(라) 지방자치단체의 권리구제보장

지방자치단체의 자치권이 국가나 다른 지방자치단체에 의하여 침해된 경우에 이를 방어하고 침해된 권리를 보장하는 것이 필요하다. 이러한 권리구제수단이 보장되지 않으면 헌법상의 지방자치에 관한 보장조항은 공허한 문서조각에 불과할 수 있다. 이에 헌법재판소와 법원에 의한 권리구제가능성을 헌법적으로 보장하되 구체적인 내용은 법률에 위임하였다. 특히 지방자치단체의 자치권침해에 대해 법률상 명시적인 규정이 없어 현재 거의 대부분 헌법상의 권한쟁의심판에 의존하고 있으나 법원에 의한 권리구제수단을 법률로 구체화하여야 한다. 이를 위한 근거조항을 헌법에 신설하는 것이 바람직하다.

제2절 광역지방정부관련 조항

1. 광역지방자치단체에 대한 추가적인 보장

(1) 헌법개정안 제123조

제123조 광역지방자치단체는 도와 법률이 정하는 시로 한다.

- 광역지방자치단체의 구성

광역지방자치단체에 속하는 지방자치단체로 원칙적으로 도와 법률이 정하는 시로 하였다. 이로써 현재의 특별시와 광역시를 광역지방자치단체로 인정할 수 있는 근거가 된다.

(2) 헌법개정안 제124조

제124조 광역지방자치단체는 다음 각 호의 사무에 관하여 필요한 경우에 독자적으로 법률의 내용과 다른 조례를 정할 수 있다. 1. 지방자치단체의 조직, 인사, 행정 2. 도시계획과 지역개발 및 토지 · 주택정책 3. 주민복리를 위한 시설의 설치 및 운영 4. 유치원 · 초 · 중등학교의 설치 및 운영 5. 문화 · 예술 · 체육의 진흥 6. 기타 법률이 정하는 또는 성질상 지방자치단체에 속하는 사무

- 광역지방자치단체의 독자적인 입법권

광역지방자치단체는 지역적인 사무에 대해서 자신의 정책을 입법화할 수 있어야 한

다. 이를 인정하는 방법으로는 지방자치단체의 배타적인 입법영역을 설정하는 방법이 있을 수 있다. 헌법개정안을 검토하면서 처음에는 국가의 배타적 입법영역, 지방자치단체의 배타적인 입법영역, 경합적인 입법영역, 잔여입법권을 각각 규정하는 방식을 취하였다. 하지만 공동연구원들의 토론과정에서 광역지방자치단체의 입법권을 지나치게 강하게 인정하는 것이 아니냐는 반대의견이 있었다. 또한 국가의 배타적인 입법권을 따로 규정하는 것도 필요한 만큼 전체적으로 다 열거하는 것이 매우 어렵다는 반대의견이 있었다. 이에 절충적인 방법으로 독일에서 2006년 헌법개정시 도입된 이탈입법권을 도입하기로 하였다.

이들 분야에 대해서는 이미 법률로 대부분 규정이 되어 있는 상태이다. 이를 모두 백지로 돌리기보다는 그 효력을 유지시키면서, 지방자치단체가 지역의 특수성이나 정책적인 실현을 위해서 현행 법률의 규정이 장애가 된다면 조례로 법률과 다른 내용의 규정을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 그렇게 하는 것이 배타적인 입법권을 부여하는 것 보다는 입법권배분의 전환에 따른 혼란을 줄이면서도 지방의 입법수요 내지 정책수요에 대응하는 방안이라고 본다.

여기에 제시한 입법분야에 대해서는 국가도 입법권을 갖고 있으며, 광역지방자치단체도 입법권을 가지고 있어서 국가와 광역지방자치단체간의 경합적인 입법권에 속한다고 볼 수 있다. 경합적인 입법권의 행사에 있어서 서로 규범간의 충돌이 있는 경우에 양자의 효력관계에 대해서는 세 가지 유형을 생각할 수 있다. 국가의 법률을 우선시키는 방법, 양자에게 동등한 효력을 부여하는 방법(이 경우에는 결국 신법우선의 원칙에 따르게 됨), 지방의 조례를 우선시키는 방법이 이에 속한다.

여기에 예시된 입법영역은 지역적인 특성이나 아이덴티티와 밀접한 관계가 있는 분야이므로 광역지방자치단체의 정책을 우선시 할 수 있도록 규정하는 것이 바람직하다.

이 법안에 대해서 연구진들이 합의하는데 가장 많은 논쟁이 있었다. 처음에는 다음과 같이 규정하였다.

"제00조 ① 다음 사항에 대해서는 국가만 입법권을 가진다.

1. 외교, 국방, 국세
2. 통화, 물가정책, 금융정책, 수출입정책
3. 농산물 · 임산물 · 축산물 · 수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도 · 일반국도, 국립공원
5. 근로기준, 측량단위

6. 우편, 철도, 고속도로, 항공
7. 기상, 원자력
8. 기타 성질상 국가의 권한에 속하는 사항

② 도는 다음 각호의 사무에 대한 배타적인 입법권을 갖는다.

1. 지방자치단체[335]의 구역, 조직, 행정관리 등에 관한 사무
2. 도시계획과 지역개발 및 주택건축에 관한 사무
3. 주민복지시설과 생활환경시설, 기타 도 및 시 · 군 · 자치구의 공공시설의 설치 및 운영
4. 초 · 중등학교교육, 체육 · 문화 · 예술의 진흥에 관한 사무
5. 기타 성질상 지방자치단체의 권한에 속하는 사항

③ 제1항과 제2항에 속하지 아니하는 사항에 대해서는 국가와 도가 모두 입법권을 가진다. 이 경우 도는 국가의 법률에 위반하지 않는 범위안에서 입법권을 행사할 수 있다. 국가는 전국적으로 통일적인 규정이 필요한 경우에만 입법권을 행사할 수 있다[336].

④ 도의 조례는 시 · 군 · 자치구 조례에 우선하며 법률에 위반해서는 안 된다.

⑤ 이 헌법에서 법률로 규정하도록 되어 있는 사항이 도의 권한에 속하는 경우에는 도의 조례로 규정할 수 있다.“

이 규정이 너무 지방의 입법권을 강화한 것이어서 수용하기 어렵다는 주장이 제기되어 이 규정을 다음과 같이 수정하였다.

“제124조 광역지방자치단체는 다음 각 호의 사무에 관하여 필요한 경우에 독자적으로 법률의 내용과 다른 조례를 정할 수 있다.

1. 지방자치단체의 조직, 인사, 행정
2. 도시계획과 지역개발 및 토지 · 주택정책
3. 주민복리를 위한 시설의 설치 및 운영
4. 유치원 · 초 · 중등학교의 설치 및 운영
5. 문화 · 예술 · 체육의 진흥
6. 기타 법률이 정하는 또는 성질상 지방자치단체에 속하는 사무“

335) 시 · 군자치구와 시도를 포함하는 의미의 지방자치단체.
336) 경합적인 입법권을 국가전속적인 입법권으로 전락하지 않도록 억제하는 조항으로 ‘필요성조항’을 규정하였다.

(3) 헌법개정안 제125조

제125조 국가는 필요한 경우 법률이 정하는 바에 의하여 자신의 사무를 지방자치단체에 위임할 수 있다. 이 경우 국가는 위임사무의 처리에 필요한 경비를 전액 부담하여야 한다.

- 위임사무와 경비부담의무

국가의 사무를 지방자치단체에게 위임할 수 있도록 허용함과 동시에 국가에게 전액 경비부담을 하도록 하여 국가가 지방자치단체에게 부담을 전가시키지 못하도록 안전장치를 규정하였다. 국가가 자신의 사무를 지방자치단체에게 위임하면서도 그 비용부담을 하지 않거나 일부만 부담하는 사례가 늘고 있어서 이러한 사례를 막고 지방의 재정건전성을 확보하는데 도움이 될 수 있는 내용을 추가하였다. 위임사무가 지방자치단체의 자치권을 침해하거나 제한한다는 주장도 있을 수 있으나 반드시 그러한 것은 아니다. 자치사무로 규정할 것을 위임사무로 규정한 것은 문제가 되지만, 국가사무를 지방자치단체에 위임하는 것은 국가가 직접 수행하는 경우보다는 지방자치단체의 권한을 확대하는 경향을 가지게 되므로 반드시 이를 배제시킬 것은 아니라고 본다.

제3절 양원제의 도입과 관련된 조항

* 개정내용요약: 지역대표형 상원을 신설하여 국회를 양원으로 구성하는 헌법개정안을 구상하여 보았다.

제40조 ① 입법권은 국회에 속한다. ② 국회는 민의원과 참의원으로 구성한다.

양원의 명칭은 이론적으로는 상원과 하원이라는 명칭이 가장 일반적이지만, 실정헌법적으로는 어떤 서열을 암시하는 개념보다는 프랑스와 같이 각 원의 권한을 중심으로 한 성격을 특징지우는 명칭을 사용하는 것이 좀 더 일반적이다. 우리의 경우 양원제를 실시한 제3차 개정헌법에서 참의원, 민의원이라는 명칭을 사용한 전례가 있으며, 헌법개정이라는 큰 변화에 대한 국민의 심리적 저항감을 줄인다는 측면에서 참의원, 민의원이라는 명칭을 그대로 사용하는 것이 타당하다. 순서는 국민대표성이 우선하는 민의원을 우선하였고, 참의원과 민의원을 합하여 국회라는 명칭을 사용하였다.

제41조 ① 양원은 국민의 보통 · 평등 · 직접 · 비밀 · 자유선거에 의하여 선출된 의원으로 구성한다. ② 민의원의원수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다. ③ 참의원의원수는 법률로 정하되, 민의원의원의 3분의 1 이상을 초과하지 못한다. ④ 양원의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

헌법개정론의 차원에서 헌법의 유연성을 높이기 위하여 헌법에서 일률적으로 몇 명의 의원수를 결정하는 것보다는 상한을 설정하고, 법률에서 구체적인 의원수를 결정할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그리고 상원이 지역대표형으로 설계된 것을 전제로, 이러한 목적에 부합하도록 하원보다는 소수의 의원을 선출하는 것이 바람직하다. 따라서 헌법개정안에서는 민의원의원수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 하고, 참의원의원수는 법률로 정하되, 민의원의원의 3분의 1 이상을 초과하지 못하도록 규정하였으며, 그 밖에 양원의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다.

제42조 ① 민의원의원의 임기는 4년으로 한다. ② 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1씩 선출한다.

양원의원의 임기 및 개선에 관한 내용을 규정한 조항이다. 일반적으로 상원의원은 하원의원에 비하여 장기의 임기를 두고, 일괄적인 개선이 아닌 부분 개선제를 취하는 나라가 많다. 예를 들어, 미국의 경우 상원의원의 임기는 6년이고, 2년에 3분의 1씩 개선한다. 독일의 경우 상원의원은 주정부가 임면하는 주정부의 구성원이므로, 특별한 임기와 개선이 없다. 이탈리아의 경우 종신직의원의 예외를 제외하면, 원칙적으로 상원의원의 임기는 5년이고 일괄적으로 개선한다. 일본의 참의원의원은 6년 임기로 선출하며, 3년마다 의원의 반수를 새로 선출한다. 그것은 상원이 국정의 안정성을 높이는 기능을 수행하도록 하기 위한 세심한 장치라고 할 수 있다.

이 헌법개정안에서도 이와 같은 일반적인 경향을 쫓았다. 구체적으로는 우리 제3차 개정헌법 제33조 제2항이 “상원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 2분의 1을 개선한다”고 규정한 것이 시사가 된다. 그런데 다른 공직의 임기와 선거를 고려하여 선거의 빈도를 줄일 수 있는 것이 타당하다고 판단하였을 때, 3년보다는 2년에 한 번 하는 것이 좀 더 낫다. 이 헌법개정안에서는 민의원의원의 임기는 4년으로 하고, 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1씩 선출하도록 규정하였다. 부칙에서는 헌법의 시행 후 최초의 참의원 의원선거에서 선출된 참의원의 3분의 1의 임기는 2년으로, 3분의 1의 임기는 4년으로, 3분의 1의 임기는 6년으로 하되, 이에 관한 자세한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다.

제47조 ① 국회는 상시 개회한다. 다만, 60일을 넘지 않는 범위 내에서 휴회할 수 있다. ② 휴회 중에도 대통령 또는 각 원의 재적의원 4분의 1이상의 요구에 의하여 개회할 수 있다.

효율적 국회를 위하여 상설기관으로 규정하였다. 따라서 휴회가 필요한 경우 60일을 넘지 않는 범위 내에서 휴회할 수 있도록 규정하였다. 휴회 중에도 대통령 또는 각 원의 재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 개회할 수 있도록 하였다.

제48조 ① 각 원은 의장 1인, 부의장 2인을 둔다. ② 참의원의장은 양원합동회의의 의장이 된다.

각 원은 독립적으로 구성되고, 운영된다. 따라서 각 원은 의장 1인, 부의장 2인을 두도록 하였다. 다만 참의원의장은 양원합동회의의 의장이 되도록 하였다.

제49조 ① 각 원은 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다. ② 국회의 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 민의원의 재의에 붙이고 각 원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 본다. ③ 지방자치단체의 이해와 관련되는 의안은 반드시 참의원의 동의를 거쳐야 한다.

각 원은 독립적으로 구성되고, 운영된다. 각 원은 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

다만 양원의 의결이 서로 일치하지 않는 경우 최종적으로는 어떻게 의사결정할 것인지 절차와 방법이 필요하다. 이 헌법개정안에서는 이 경우 민주적 정당성이 더 강한 민의원의 재의에 붙이고 각 원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 보기로 하였다. 다만, 지역대표형 상원의 의미를 살리기 위하여 지방자치단체의 이해와 관련되는 의안은 반드시 참의원의 동의를 거치도록 하였다.

제52조 ① 국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다. ② 법률안은 먼저 민의원에 제출하여야 한다. ③ 참의원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일 이내에 의결하

지 아니할 때에는 이를 부결한 것으로 본다. 단, 예산법률안에 있어서는 이 기간을 20일로 한다.

입법절차에 관한 규정이다. 현행과 같이 국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있도록 하였으며, 법률안은 먼저 민의원에 제출하도록 하였다. 만약 참의원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일 이내에 의결하지 아니할 때에는 이를 부결한 것으로 보도록 하였다. 단, 예산법률안에 있어서는 이 기간을 20일로 한다.

결국 이 경우 제49조와 연결되어 이 경우 민주적 정당성이 더 강한 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 의결된 것을 국회의 의결로 보게 된다. 다만, 지역대표형 상원의 의미를 살리기 위하여 지방자치단체의 이해와 관련되는 의안은 반드시 참의원의 동의를 거쳐야 한다.

제58조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결 · 비준에 대한 동의권을 가진다. ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주둔에 대한 동의권을 가진다. ③ 참의원의 동의를 요하지 않는 사항에 관하여는 법률로 정한다.

현행 헌법상 국회의 동의를 받도록 규정하고 있는 조약에 관해서는 원칙적으로 양원의 동의를 받도록 하되, 참의원의 동의를 요하지 않는 사항에 관하여는 법률로 정하도록 하였다.

제59조 ① 국회는 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. ② 국정조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

현행 헌법상 규정되어 있는 국정감사와 국정조사 중 폐단이 많은 국정감사를 폐지하여 규정하였다. 참고로 이 헌법개정안에서는 현행 헌법상 감사기능을 수행하는 감

사원은 현행 행정부소속에서 독립기관으로 분리하고, 회계감사만을 하는 회계감사원을 신설하였다.

제62조 ① 각 원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 각 원은 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 각 원의 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

각 원은 독립적으로 구성되고 운영되므로, 각 원은 각자 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 하였다. 다만 법단계설상 상위규범인 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 제정하도록 제한을 두었다. 각 원 의원의 자격심사 및 징계도 각자 할 수 있도록 규정하였다. 제3항 및 제4항은 현행 헌법 제64조와 같다.

제64조 참의원은 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 가진다.

국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대해서는 참의원이 동의하도록 하여 참의원의 권한을 강화하였다. 이 헌법개정안은 참의원과 민의원의 권한에 관하여 국정조사권, 해임건의권, 탄핵소추권 등 원칙적으로 동등한 권한을 가진다는 전제에서 성안하였다.

제106조 ② 대법관의 임기는 10년으로 하며, 중임할 수 없다.

제113조에서 헌법재판소 재판관의 임기와 연임여부를 10년으로 하며, 중임할 수 없다고 규정하였다. 헌법재판관과 대법관을 동등하게 대우한다는 측면에서 대법관도 동일하게 규정하였다.

부칙 제O조 이 헌법의 시행 후 최초의 참의원 의원선거에서 선출된 참의원의 3분의 1의 임기는 2년으로, 3분의 1의 임기는 4년으로, 3분의 1의 임기는 6년으로 하되, 이에 관한 자세한 사항은 법률로 정한다.

참의원을 신설하게 됨으로써 발생하는 참의원의원 임기에 관한 일시적인 문제를 해결하기 위하여 부칙 제O조를 신설하였다. 이 헌법개정안은 제42조 제2항에서 참의원 의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1씩 선출하도록 하였다. 이 헌법의 시행 후 최초의 참의원 의원선거에서 선출된 참의원의 3분의 1의 임기는 2년으로, 3분의 1의 임기는 4년으로, 3분의 1의 임기는 6년으로 하되, 이에 관한 자세한 사항은 법률로 정한다.

제4절 재정 관련 조항

헌법에 **"재정"** 장을 독립적으로 두기로 한다. 예산과 재정의 운용에 대하여 다양한 내용을 법률로 규정할 수 있도록 예산법률주의를 채택한다. "국회는 정부의 동의 없이 정부가 제출한 지출예산 각항의 금액을 증가하거나 새 비목을 설치할 수 없다."고 규정한 제57조는 예산법률주의의 취지와 부합하지 않으므로 이를 삭제한다. 재정 규모의 지속적 확대와 적자 예산의 편성에 따른 국가 채무의 지속적 증대를 막기 위해 "국회는 국가채무 혹은 세출증가율의 상한선을 정할 수 있다."는 규정을 도입한다. 다음으로 현재의 감사원이 가지고 있는 직무감찰 기능을 배제하여 회계검사기능 만을 가진 독립기관으로서의 회계검사원 관련 조항을 "재정"의 장에 둔다.

제97조 ① **국가의 예산은 법률로 정한다.**

② 정부는 회계연도마다 **예산법률안**을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다.

③ 새로운 회계연도가 개시될 때까지 **예산법률안**이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 **예산법률안**이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다.

1. 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영
2. 법률상 지출의무의 이행
3. 이미 예산으로 승인된 사업의 계속

제98조 ① 한 회계연도를 넘어 계속하여 지출할 필요가 있을 때에는 정부는 연한을 정하여 계속비로서 국회의 의결을 얻어야 한다.

② 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 한다. 예비비의 지출은 차기국회의 승인을 얻어야 한다.

제99조 정부는 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 **추가경정예산법률안**을 편성하여 국회에 제출할 수 있다.

제100조 ① 국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.

② 국회는 국가채무 혹은 세출증가율의 상한선을 정할 수 있다. 제101조 **국세**의 종목과 세율은 법률로 정한다. 제102조 ① **중앙정부**의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 주요 정책 · 사업 · 기관운영 등에 대한 평가를 하기 위하여 **회계검사원**을 둔다. ② **회계검사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 국회 각 원에 그 결과를 보고**하여야 한다. ③ 회계검사원의 조직과 직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제5절 헌법재판소와 관련된 조항

1. 제112조 제1항 제6호 신설

제112조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 6. 법률이 정하는 지방자치단체헌법소원에 관한 심판(신설)

국가가 제정하는 법률이나 광역지방자치단체가 제정하는 조례에 의하여 각 지방자치단체가 자신의 자치권한을 침해받은 경우에 이를 구제할 수 있는 지방자치단체의 헌법소원심판제도를 신설한다.

2. 헌법재판소 재판관의 구성방법 개정

제112조 ② 헌법재판소는 12인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 국회의 동의를 거쳐 대통령이 임명한다. ③ 제2항의 재판관 중 3인은 참의원에서 선출하는 자를, 3인은 민의원에서 선출하는 자를, 3인은 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자를 임명한다. ④ 제3항의 헌법재판소재판관추천위원회의 구성과 조직에 관하여는 법률로 정한다. ⑤ 제3항의 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자는 법관의 자격을 요하지 아니한다.

헌법재판소의 재판관 수를 종전 9인에서 12인으로 늘린다. 이와 같이 12인으로 늘리는 이유는 지금까지 헌법재판소가 설립된 이래 헌법재판사건이 계속하여 점증해 왔으며, 또한 앞으로 재판에 대한 헌법소원제도가 도입될 경우에는 기존 9인만으로는 사건을 감당하기가 매우 어려워지게 될 것이다. 그러므로 헌법재판사건의 적절한 처리를 위해서는 헌법재판관의 수를 더욱 늘릴 필요가 있다.

그리고 종전 대법관이 헌법재판관을 지명하던 제도를 폐지하고, 그 대신 지역대표형 상원이라고 할 수 있는 참의원이 헌법재판관을 선출할 수 있도록 하였다. 그리고 또한 3인은 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천할 수 있도록 하였다. 그리고 재판

관의 구성을 다양화할 수 있도록 하기 위하여 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자는 법관의 자격이 없는 자도 추천할 수 있도록 함으로써, 가령 공법학을 전공한 교수나 그 밖에 정치가나 행정관료 등 법관의 자격이 없는 자도 헌법재판관이 될 수 있는 가능성을 열어 두었다.

3. 재판관 임기 연장과 중임금지조항 신설 및 헌법재판관의 독립에 관한 조항 신설

제113조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 10년으로 하고, 중임할 수 없다. 제115조 헌법재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

한편 헌법재판관이 보다 독립적이고 보다 전문성을 가지고 헌법재판에 전념할 수 있도록, 임기를 종전 6년에서 10년으로 늘리고, 대신 중임을 하지 못하도록 하였다.

한편 헌법재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다고 하는 헌법재판관의 독립에 관한 조항을 헌법에 명시함으로써, 법관의 독립과 마찬가지로 헌법재판관의 독립을 헌법적으로 보장해 놓았다.

4. 위헌 또는 인용결정 등의 정족수 조정

제114조 ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 8인 이상의 찬성이 있어야 한다.

헌법재판관의 수를 종전 9인에서 12인으로 늘림에 따라서 위헌결정, 탄핵결정, 정당해산결정, 헌법소원의 인용결정의 정족수를 종전 6인 이상에서 8인 이상으로 늘렸다.

이것은 종전 2/3 가중다수결을 고수한 것으로 12인의 2/3 이상이 되려면 8인 이상이 되어야 하므로, 8인 이상으로 하였다. 다만 12인의 과반수는 7인이므로 과반수보다는 1인 밖에 더 많지 않다.

제5장 선진 지방분권국가 실현을 위한 헌법개정안에 대한 전문가 의견 분석

제1절 설문지의 내용

※ 우리나라의 국세:지방세는 8:2, 세출규모는 중앙:지방이 4.5:5.5정도입니다.

1. 우리나라의 국가운영체계를 중앙-지방간 관계에 초점을 맞춰 평가 한다면 다음 중 어떤 국가운영체제라고 생각하십니까?
   ① 강한 중앙집권 체제 ② 중앙집권 체제 ③ 중앙-지방간 협조체제
   ④ 지방분권체제 ⑤ 강한 지방분권체제

2. 국가경쟁력제고를 위해 필요한 국가운영체계는 무엇이라고 생각하십니까?
   ① 강한 지방분권체제 ② 지방분권체제 ③ 중앙-지방간 협조체제
   ④ 중앙집권 체제 ⑤ 강한 중앙집권 체제

3. 헌법개정 필요성 정도에 대해 답해주십시오.
   ① 매우 필요 ② 필요 ③ 의견 중립 ④ 불필요

3-1. 지방분권 강화를 위한 헌법개정 필요성에 관한 질문입니다. 다음 항목별로 지방분권 강화 개헌의 필요성 정도에 대해 답해주십시오.

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 민주성 제고					
2) 효율성 제고					
3) 종합적 필요성					

4. 다음 중 가장 적절한 헌법개정 시기는 언제라고 생각하십니까?
   ① 현 정부 임기 내 ② 2년~3년 이내 ③ 3년~5년 이내 ④ 5년 이후

※ 이하 질문은 현행 헌법체계가 아니라 개헌 가정 하에 답해 주십시오.

5. 다음 각 분야별 지방분권 강화 필요성 정도에 대한 질문입니다. 각 항목에 답해주십시오.

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 입법					6번~8번 통과
2) 행 · 재정 (사무)					9번~13번 통과
3) 사법					14번 통과

◆ 6번 ~ 8번까지는 입법 분야 질문입니다.

6. 국회 입법에 대한 지방정부의 참여 방식에 대한 방안입니다. 다음 중 가장 적절한 분권방안은 무엇이라고 생각하십니까?
   ① 모든 의안을 심의·의결하는 지방대표형 상원제 도입
   ② 지방관련 의안만 심의·의결하는 지방대표형 상원제 도입
   ③ 지방정부에 지방관련 법률안 발의권 부여
   ④ 현행 유지(입법부에 의견제출 권한 없음)
   ⑤ 기타( )

7. 만약 지방대표형 상원을 설치한다면, 상원의원은 어떻게 선임하는 것이 적절하다고 생각하십니까?
   ① 주민 직선
   ② 시·도지사 임명
   ③ 시·도의회에서 선출
   ④ 시도의회 추천 시도지사 임명
   ⑤ 시군구의회 추천자 중 시도의회 동의 거쳐 시도지사 임명

8. 조례의 법적지위에 관한 질문입니다. 현재 조례는 대통령령이나 부령보다 하위 법규범으로 운용되고 있습니다. 다음 중 적절한 보장 수준은 무엇이라고 생각하십니까?

① 법률과 동등 수준 ② 준법률 수준(법률의 하위, 대통령령의 상위)
③ 부령~대통령령 수준 ④ 현행 유지

◆ 9번 ~ 10번은 행정(사무), 11번~13번은 재정, 14번은 사법 분야 질문입니다.

9. 지방자치단체와 종류 및 조직형태에 대한 헌법적 규정정도에 대한 질문입니다. 다음 중 가장 적절한 수준은 무엇이라고 생각하십니까?
① 광역자치단체로서 특별시・광역시・도 명기, 기초자치단체로서 시・군・자치구 명기
② 광역자치단체로서 특별시・광역시・도 명기, 기초자치단체는 시・도 조례에 위임
③ 자치 2계층제(광역-기초자치단체로 구성) 명기
④ 법률에 위임(현행 유지)

10. 지방정부 권한(역할・사무)의 헌법적 규정수준에 대한 질문입니다. 다음 중 가장 적절한 수준은 무엇이라고 생각하십니까?
① 현재와 같이 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리한다는 비권력적 행정행위로 한정하는 수준
② 주거, 환경, 교육, 치안, 주민안전에 관련한 사무를 처리하는 권력적 행정행위도 포함하는 수준
③ 헌법에서 국가의 사무와 지방정부의 사무를 각각 명시적으로 정하는 수준
④ 헌법에서 외교와 국방과 같은 국가사무를 열거하여 제시하고, 이외의 모든 사무는 지방정부의 전속적 사무로 정하는 수준
⑤ 기타( )

11. 지방자치권의 실질적 행사를 위해서는 자치재정권이 보장되어야 한다는 측면에서 헌법에 자치재정권 보장을 명기할 필요가 있다고 생각하십니까?
① 매우 필요 ② 필요 ③ 보통 ④ 불필요 ⑤ 매우 불필요(14번으로)

12. 자치재정권 보장을 위한 적절한 방법은 무엇이라고 생각하십니까? (복수응답 가능)
① 지방정부가 자신의 비용으로 자기의 사무를 자기 책임으로 처리하도록 보장 명기
② 조세분야를 국세 및 지방세로 나누어 열거
③ 주요 세원(소득세, 소비세 등)에 대한 공동세(중앙-지방 분배 필요성) 명기
④ 재정자치권 보장에 대한 상징적 조문 명기
⑤ 기타 ( )

13. 현재, 중앙정부는 일방적으로 지방정부에게 재정부담의무를 부과하는 경우가 많습니다.
이를 방지하기 위해 지방정부 동의 없이는 법령으로 재정부담을 부과할 수 없다는 규정을 헌법에 명기하는 것에 대해 어떻게 생각하십니까?
① 매우 필요 ② 필요 ③ 의견 중립 ④ 불필요 ⑤매우 불필요

14. 사법분야 지방분권 방안입니다. 다음 중 적절한 분권 수준은 무엇이라고 생각하십니까?

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 지방검찰제 도입 (지방검찰 주민 직・간선)					
2) 지방판사와 지방검찰 주민 직・간선					

15. 통일을 위해 바람직한 국가운영체제는 다음 중 무엇이라고 생각하십니까?
① 강력한 지방분권
② 느슨한 지방분권
③ 느슨한 중앙집권
④ 강력한 중앙집권
⑤ 기타( )

◆ 다음은 자료처리를 위한 사회인구학적 배경입니다.

1. 성 별	①남자 ②여자	
2. 연 령	(만 세)	
3. 전 공	법 학	①헌법 ②행정법 ③민법 일반 ④상법 ⑤기타
	행정학	⑥조직 ⑦인사 ⑧재무 ⑨정책 ⑩ 지방행정 ⑪기타
	기 타	⑫경영 ⑬경제 ⑭정치 ⑮기타
4. 소 속	①교육기관 ②정부기관 ③연구기관 ④기타	
5. 활동지역	①수도권 ②비수도권 ③기타(외국)	

제2절 설문조사에 대한 분석

1. **설문조사의 목적**: 선진 분권헌법을 위한 헌법개정안을 제시하는 본 연구와 병행하여 전문가들의 분권헌법에 관한 인식과 헌법개정에 관한 견해를 수렴하는데 그 목적이 있었다.

2. **설문대상과 설문조사방법**: 한국헌법학회(학회장소 및 메일), 한국공법학회(메일), 한국정치학회(학회장소), 한국행정학회(학회장소), 헌법재판소 및 한국형사정책연구원의 연구원(메일 및 우편 수거), 법무관 · 검사 · 변호사(메일 및 우편수거), 그 밖에 한양대학교 · 건국대학교박사과정이상 대학원생(현장)

3. **표본규모**

총 설문조사수: 250부

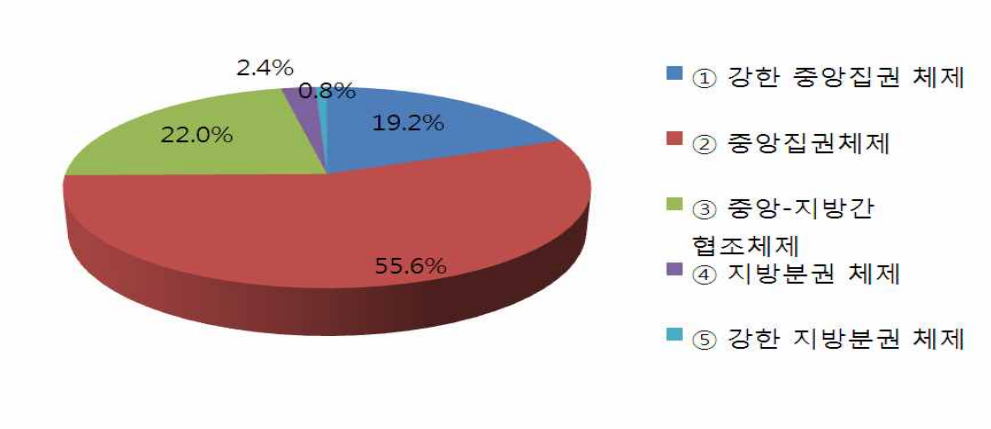
4. **조사내용 분석**

(1) **우리나라 국가운영체계에서 중앙-지방간의 관계**

우리나라의 국가운영체계에 관한 전문가들의 의견은 강한 중앙집권체제로 인식하는 견해가 55.6%, 중앙집권체제로 인식하는 견해가 19.2%로 나타났다. 총 74.8%의 응답자가 우리나라 국가운영체계가 중앙-지방간 중앙에 편중되어 있다고 응답하였다. 이에 반하여 3.2%가 지방분권체제 내지 강한 지방분권체제라고 응답하였다.

설문 1. 우리나라의 국가운영체계를 중앙-지방간 관계에 초점을 맞춰 평가 한다면 다음 중 어떤 국가운영체제라고 생각하십니까? ① 강한 중앙집권 체제 ② 중앙집권 체제 ③ 중앙-지방간 협조체제 ④ 지방분권체제 ⑤ 강한 지방분권체제

응답 결과: ① 48명, ② 139명, ③ 55명, ④ 6명, ⑤ 2명 응답

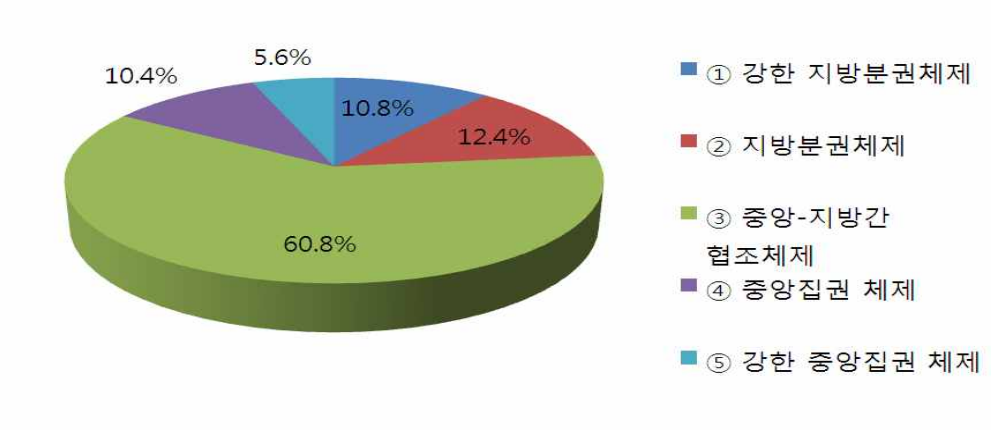


(2) 국가경쟁력제고를 위한 국가운영체계

앞서 질문한 국가운영체계에 관한 현실인식에 바탕하여 국가경쟁력 제고를 위해 필요한 국가운영체계는 어떠해야 하는가에 대한 설문에 대하여 중앙-지방간 협조체제여야 한다는 응답이 60.8%, 지방분권체제여야 한다는 응답이 12.4%, 강한 지방분권체제여야 한다는 응답이 10.8%로 분권화된 국가운영체계가 국가경쟁력제고에 합당하다는 응답이 총 84%로 추산된다.

설문 2. 국가경쟁력제고를 위해 필요한 국가운영체계는 무엇이라고 생각하십니까? ① 강한 지방분권체제 ② 지방분권체제 ③ 중앙-지방간 협조체제 ④ 중앙집권 체제 ⑤ 강한 중앙집권 체제

응답결과: ① 27명, ② 31명, ③ 152명, ④ 26명, ⑤ 14명 응답

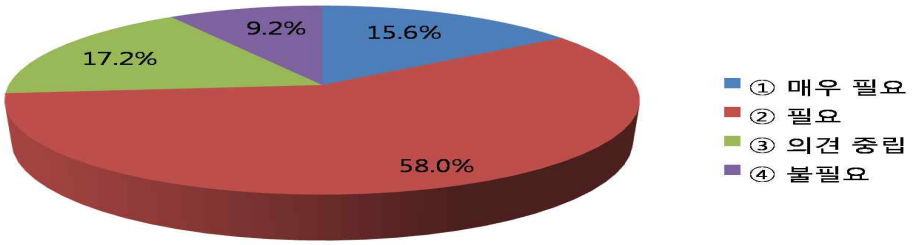


(3) 헌법개정의 필요성

헌법개정의 필요성에 대하여 58%의 응답자가 필요하다고 답하고, 15.6%의 응답자가 매우 필요하다고 답하였다.

설문 3. 헌법개정 필요성 정도에 대해 답해주십시오. ① 매우 필요 ② 필요 ③ 의견 중립 ④ 불필요

응답결과: ① 39명, ② 145명, ③ 43명, ④ 23명 응답



(4) 지방분권 강화를 위한 헌법개정의 필요성

민주성 제고를 위해 헌법개정이 필요하다는 의견으로 28.4%가 매우 필요하다는 의견을, 52.4%가 필요하다는 의견을 표명하여 총 80.8%의 응답자가 지방분권 강화를 위한 헌법개정의 필요성이 민주성 제고에 있다고 답하였다.

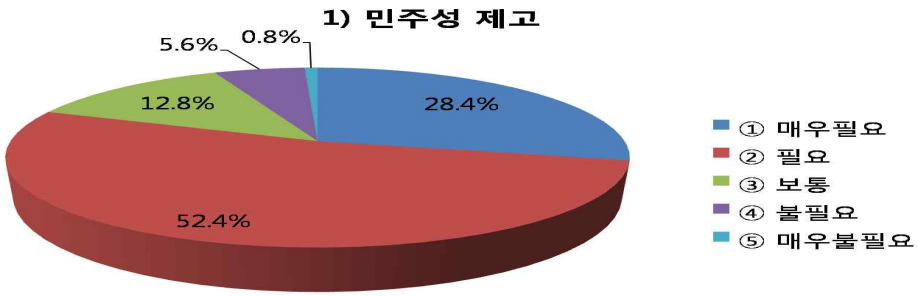
효율성 제고를 위해 헌법개정이 필요하다는 의견으로 23.2%가 매우 필요하다는 의견을, 50%가 필요하다는 의견을 표명하여 총 73.2%의 응답자가 지방분권 강화를 위한 헌법개정의 필요성이 효율성 제고에 있다고 답하였다.

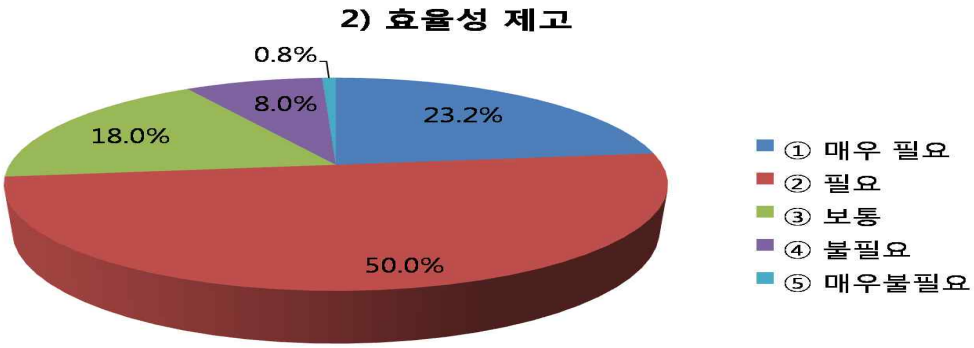
지방분권 강화를 헌법개정이 종합적으로 필요하다는 의견으로 20.4%가 매우 필요하다는 응답을, 54.8%가 필요하다는 응답을 하여 총 75.2%의 응답자가 지방분권 강화를 위한 헌법개정이 종합적인 필요로 요청된다고 답하였다.

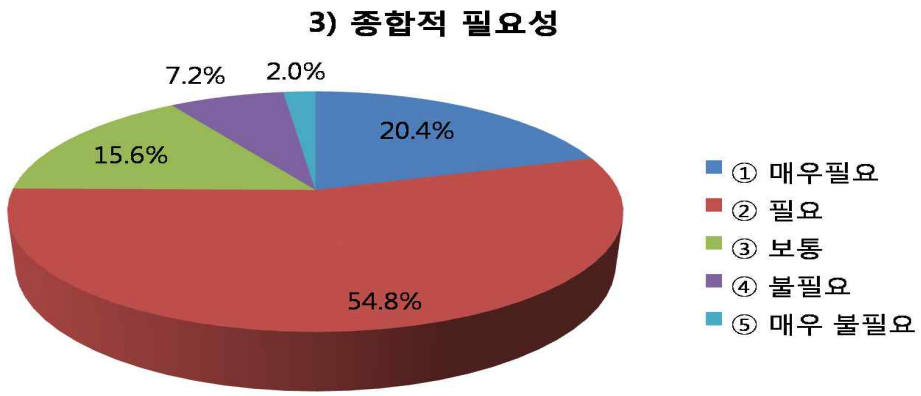
설문 3-1. 지방분권 강화를 위한 헌법개정 필요성에 관한 질문입니다. 다음 항목별로 지방분권 강화 개헌의 필요성 정도에 대해 답해주십시오.

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 민주성 제고					
2) 효율성 제고					
3) 종합적 필요성					

응답결과: 3-1-1)번 ① 71명, ② 131명, ③ 32명, ④ 14명, ⑤ 2명 응답
3-1-2)번 ① 58명, ② 125명, ③ 45명, ④ 20명, ⑤ 2명 응답
3-1-3)번 ① 51명, ② 137명, ③ 39명, ④ 18명, ⑤ 5명 응답





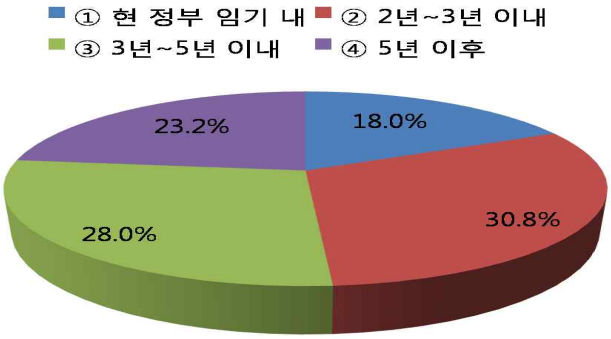


(5) 적절한 헌법개정시기

헌법개정을 언제 하는 것이 적절하다고 생각하는가에 대한 질문에 대하여 응답자들의 의견은 비교적 고르게 분포하였다. 즉 30.8%는 2년 내지 3년 이내에 헌법을 개정하는 것이 적절하다고 응답하였고, 28%는 3년 내지 5년 이내가 적절하다고 응답하였고, 23.2%는 5년 이후가 적절하다고 답하였다. 18%만이 현 정부 임기 내에 헌법개정을 하는 것이 적절하다고 응답하여 헌법개정의 시기는 2년에서 5년 사이(총 58.8%)에 이루어지는 데에 다수의 응답이 있었다. 현행 헌법상의 국가운영체제의 분권화의 필요성 및 헌법개정의 필요성에 응답자의 다수가 긍정적인 입장을 보인 반면 헌법개정의 시기에 관하여는 신중을 기하는 입장을 보이는 것으로 읽힌다.

설문 4. 다음 중 가장 적절한 헌법개정 시기는 언제라고 생각하십니까? ① 현 정부 임기 내 ② 2년~3년 이내 ③ 3년~5년 이내 ④ 5년 이후

응답결과: ① 45명, ② 77명, ③ 70명, ④ 58명 응답



(6) 입법, 행정 및 재정, 사법 분야별 지방분권 강화의 필요성

현행 헌법체계가 아니라 개헌 상황을 가정하여 입법, 행정 및 재정, 사법 분야별로 지방분권을 강화해야할 필요성이 어느 정도인가에 관한 질문에 대하여 입법 분야에 관하여는 51.6%가 필요하다고 응답하였고 19.6%가 매우 필요하다고 응답하여 총 71.2%의 응답자가 입법분야에 지방분권 강화의 필요성이 있음을 보여주었다. 행정 및 재정 분야에 관하여는 54%가 필요하다고 응답하였고 26%가 매우 필요하다고 응답하여 총 80%의 응답자가 행정 및 재정 분야에 지방분권 강화의 필요성이 있다고 답하였다. 사법 분야에 관하여는 필요하다는 응답이 29.6%이고 매우 필요하다는 응답이 10.4%로 총 40%의 응답자가 필요하다는 의견을 표명한 데 반하여 19.6%가 불필요하다, 14%가 매우 불필요하다, 26.4%가 보통이라는 응답을 하여 총 60%의 응답자가 사법 분야에서는 현행 헌법체계의 개정 필요성이 그다지 크지 않은 것으로 인식하고 있음을 나타냈다.

설문 5. 다음 각 분야별 지방분권 강화 필요성 정도에 대한 질문입니다. 각 항목에 답해주십시오.

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 입법					6번~8번 통과
2) 행 · 재정 (사무)					9번~13번 통과
3) 사법					14번 통과

응답결과:

- 5-1)번 문항

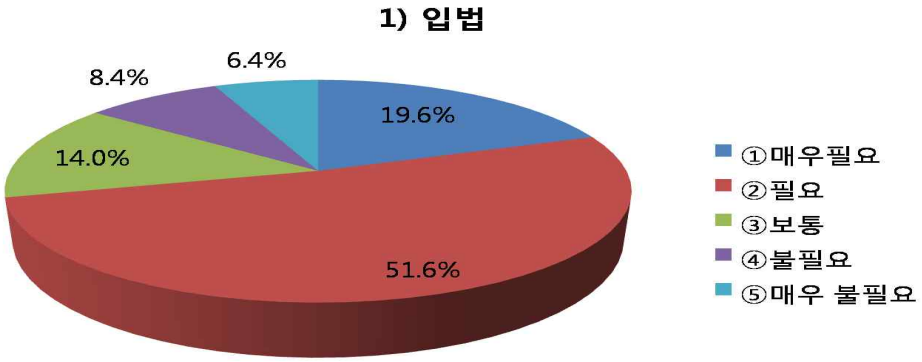
① 49명, ② 129명, ③ 35명, ④ 21명, ⑤ 16명 응답

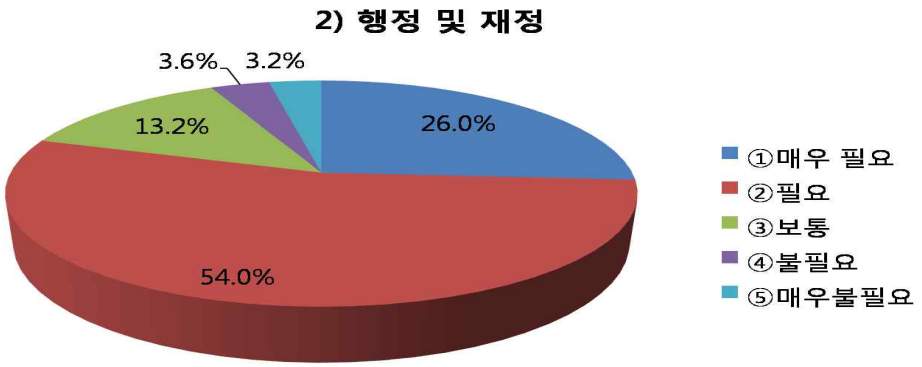
- 5-2)번 문항

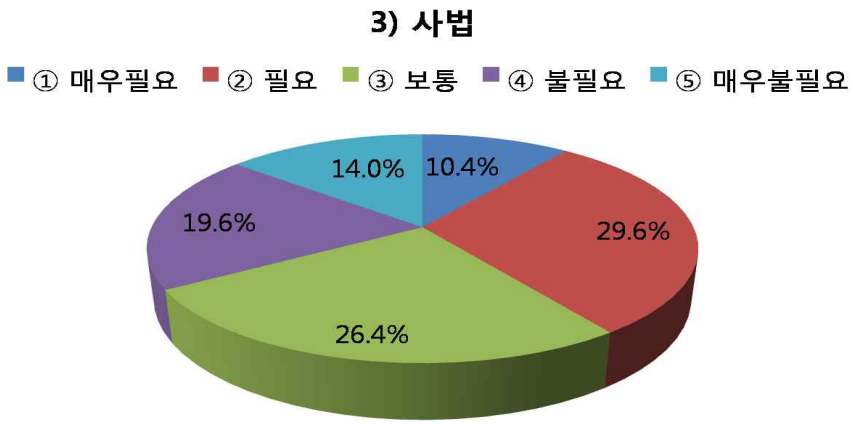
① 65명, ② 135명, ③ 33명, ④ 9명, ⑤ 8명 응답

- 5-3)번 문항

① 26명, ② 74명, ③ 66명, ④ 49명, ⑤ 35명 응답







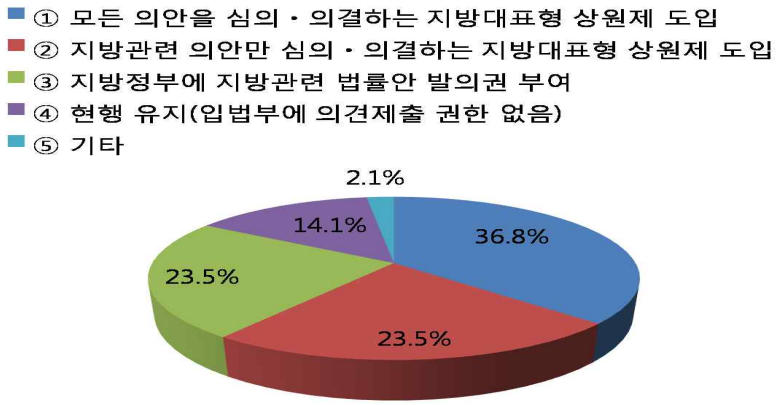
(7) 국회 입법에 대한 지방정부의 참여 방식

지방대표형 상원제의 도입에 관하여 36.8%가 모든 의안을 심의·의결하는 지방대표형 상원제에 찬성하였고, 23.5%는 지방관련 의안만 심의·의결하는 지방대표형 상원제 도입에 찬성하였으며 23.5%는 지방정부에 지방관련 법률안 발의권을 부여하여야 한다고 답하였다. 14.1%만이 입법부에 의견제출 권한이 없는 현행 유지에 찬성한다고 답하였다.

앞서 입법 분야에 지방분권을 강화할 필요성이 매우 불필요하다고 응답한 16명은 이번 설문에 답하지 않았다.

설문 6. 국회 입법에 대한 지방정부의 참여 방식에 대한 방안입니다. 다음 중 가장 적절한 분권방안은 무엇이라고 생각하십니까? ① 모든 의안을 심의·의결하는 지방대표형 상원제 도입 ② 지방관련 의안만 심의·의결하는 지방대표형 상원제 도입 ③ 지방정부에 지방관련 법률안 발의권 부여 ④ 현행 유지(입법부에 의견제출 권한 없음) ⑤ 기타( )

응답결과: ① 86명, ② 55명, ③ 55명, ④ 33명, ⑤ 5명 응답 (5-1)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 16명 제외)



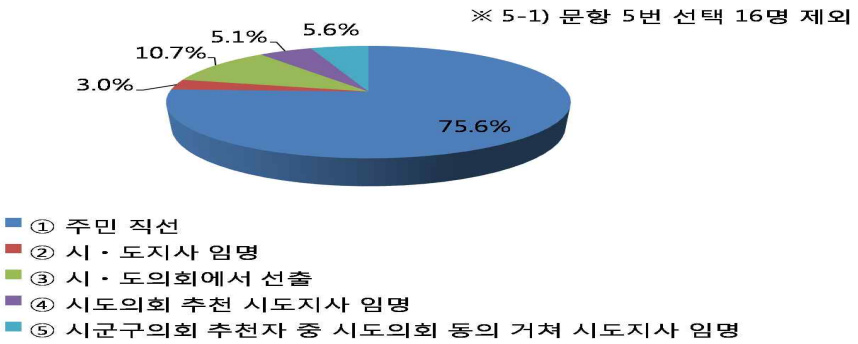
(8) 지역대표형 상원의원 선임방법

75.6%의 응답자가 지역대표형 상원의원은 주민 직선으로 선출되어야 한다고 답하였다. 그 밖의 24.4% 의견 중 10.7%가 시・의회에서 선출하는 방식이 좋다고 답하였고, 5.6%가 시군구의회 추천자 중 시도의회의 동의를 거쳐 시도지사가 임명하는 것이 좋겠다고 답하였고, 5.1%가 시도의회의 추천을 받아 시도지사가 임명하는 것이 좋겠다고 답하였고 나머지 3%의 응답자는 시・도지사가 임명하는 것이 좋겠다고 답하였다.

이번 문항 역시 앞서 입법 분야에 지방분권을 강화할 필요성이 매우 불필요하다고 응답한 16명은 이번 설문에 답하지 않았다.

설문 7. 만약 지방대표형 상원을 설치한다면, 상원의원은 어떻게 선임하는 것이 적절하다고 생각하십니까? ① 주민 직선 ② 시・도지사 임명 ③ 시・도의회에서 선출 ④ 시도의회 추천 시도지사 임명 ⑤ 시군구의회 추천자 중 시도의회 동의 거쳐 시도지사 임명

응답결과: ① 177명, ② 7명, ③ 25명, ④ 12명, ⑤ 13명 응답 (5-1)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 16명 제외)



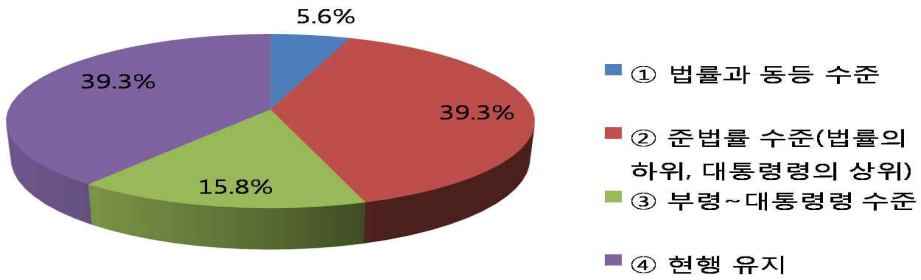
(9) 조례의 법적 지위

조례의 법적 지위에 관하여 39.3%는 법률의 하위, 대통령령의 상위에 위치하는 준법률 수준이 적절하다고 답하였고 또 다른 39.3%는 현행의 수준을 유지하는 것이 적절하다고 답하였다. 15.8%는 부령 내지 대통령령의 수준이 적합하다고 답하였고 5.6%는 법률과 동등한 수준이 조례의 적절한 보장수준이라고 응답하였다.

이번 문항 역시 앞서 입법 분야에 지방분권을 강화할 필요성이 매우 불필요하다고 응답한 16명은 이번 설문에 답하지 않았다.

설문 8. 조례의 법적지위에 관한 질문입니다. 현재 조례는 대통령령이나 부령보다 하위 법규범으로 운용되고 있습니다. 다음 중 적절한 보장 수준은 무엇이라고 생각하십니까? ① 법률과 동등 수준 ② 준법률 수준(법률의 하위, 대통령령의 상위) ③ 부령~대통령령 수준 ④ 현행 유지

응답결과: ① 13명, ② 92명, ③ 37명, ④ 92명 응답 (5-1)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 16명 제외)



※ 5-1) 문항 5번 선택 16명 제외

(10) 지방정부권한에 대한 적절한 헌법적 규정수준

31%의 응답자가 헌법에 광역자치단체로서 특별시·광역시·도를 명기하고, 기초자치단체로서 시·군·자치구를 명기하는 것이 적절하다고 응답하였고 또 다른 31%의 응답자는 법률에 위임하고 있는 현행 헌법적 규율태도를 유지하는 것이 적절하다고 응답하였다. 22.7%는 헌법에 광역자치단체로서 특별시·광역시·도를 명기, 기초자치단체는 시·도 조례에 위임하는 것이 적절하다고 응답하였고 15.3%는 헌법에 광역-기초자치단체로 구성되는 자치 2계층제를 명기하는 정도가 적절하다고 응답하였다. 지방자치단체와 종류 및 조직형태에 대한 헌법적 규정정도에 대하여는 의견이 비교적 다양하게 분포되어 있음을 관찰할 수 있다.

설문 9. 지방자치단체와 종류 및 조직형태에 대한 헌법적 규정정도에 대한 질문입니다. 다음 중 가장 적절한 수준은 무엇이라고 생각하십니까? ① 광역자치단체로서 특별시·광역시·도 명기, 기초자치단체로서 시·군·자치구 명기 ② 광역자치단체로서 특별시·광역시·도 명기, 기초자치단체는 시·도 조례에 위임 ③ 자치 2계층제(광역-기초자치단체로 구성) 명기 ④ 법률에 위임(현행 유지)

응답결과: ① 75명, ② 55명, ③ 37명, ④ 75명 응답 (5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명 제외)

※ 5-2) 문항 5번 선택 8명 제외

(11) 지방정부의 권한의 헌법적 규정수준

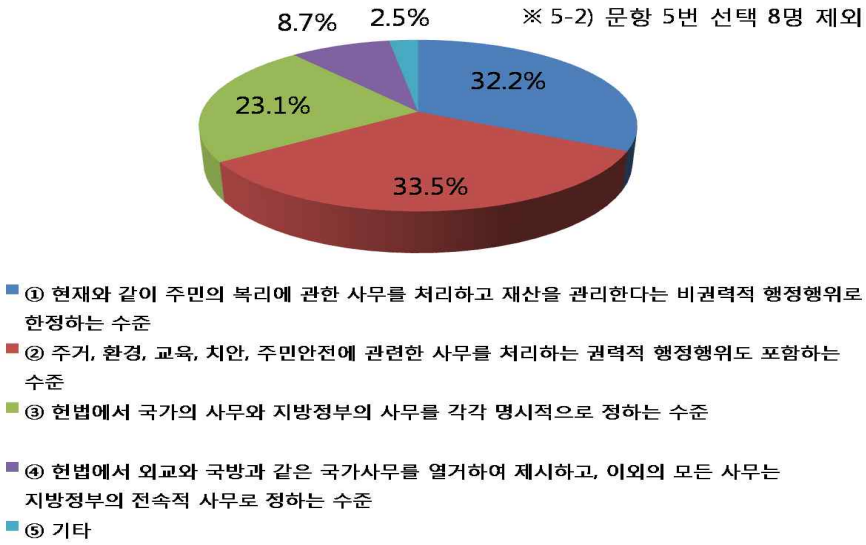
지방정부 권한(역할・사무)의 헌법적 규정수준에 관하여 33.5%는 주거, 환경, 교육, 치안, 주민안전에 관련한 사무를 처리하는 권력적 행정행위도 포함하는 수준이 적절하다고 응답하였고, 32.2%는 현재와 같이 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리한다는 비권력적 행정행위로 한정하는 수준이 적절하다고 응답하였다. 23.1%는 헌법에서 국가의 사무와 지방정부의 사무를 각각 명시적으로 정하는 수준이 적절하다고 응답하였고, 8.7%는 헌법에서 외교와 국방과 같은 국가사무를 열거하여 제시하고, 이외의 모든 사무는 지방정부의 전속적 사무로 정하는 수준이 적절하다고 응답하였다.

이 문항은 앞서 설문 5번의 행정 및 재정권한의 지방분권 필요성이 매우 불필요하다고 응답한 8명은 설문대상에서 제외되었다.

설문 10. 지방정부 권한(역할・사무)의 헌법적 규정수준에 대한 질문입니다. 다음 중 가장 적절한 수준은 무엇이라고 생각하십니까? ① 현재와 같이 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리한다는 비권력적 행정행위로 한정하는 수준 ② 주거, 환경, 교육, 치안, 주민안전에 관련한 사무를 처리하는 권력적 행정행위도 포함하는 수준

③ 헌법에서 국가의 사무와 지방정부의 사무를 각각 명시적으로 정하는 수준 ④ 헌법에서 외교와 국방과 같은 국가사무를 열거하여 제시하고, 이외의 모든 사무는 지방정부의 전속적 사무로 정하는 수준 ⑤ 기타( )

응답결과: ① 78명, ② 81명, ③ 56명, ④ 21명, ⑤ 6명 응답 (5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명 제외)



(12) 헌법에 자치재정권 보장을 명기할 필요성

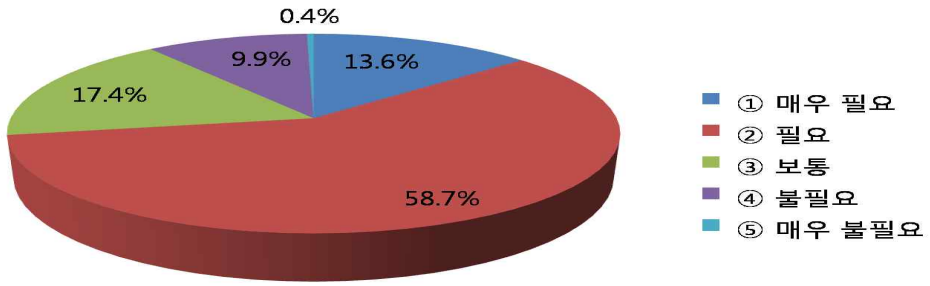
지방자치권의 실질적 행사를 위해 자치재정권의 보장 헌법에 명시되어야 할 필요성이 있다는 응답이 58.7%, 매우 필요하다는 응답이 13.6%로, 응답자 중 총 72.3%가 자치재정권의 헌법적 보장에 찬성하고 있다.

이 문항 역시 앞서 설문 5번의 행정 및 재정권한의 지방분권 필요성이 매우 불필요하다고 응답한 8명은 설문대상에서 제외되었다.

설문 11. 지방자치권의 실질적 행사를 위해서는 자치재정권이 보장되어야 한다는 측면에서 헌법에 자치재정권 보장을 명기할 필요가 있다고 생각하십니까?

① 매우 필요 ② 필요 ③ 보통 ④ 불필요 ⑤ 매우 불필요(14번으로)

응답결과: ① 33명, ② 142명, ③ 42명, ④ 24명, ⑤ 1명 응답 (5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명 제외)



※ 5-2) 문항 5번 선택 8명 제외

(13) 자치재정권 보장을 위한 적절한 방법

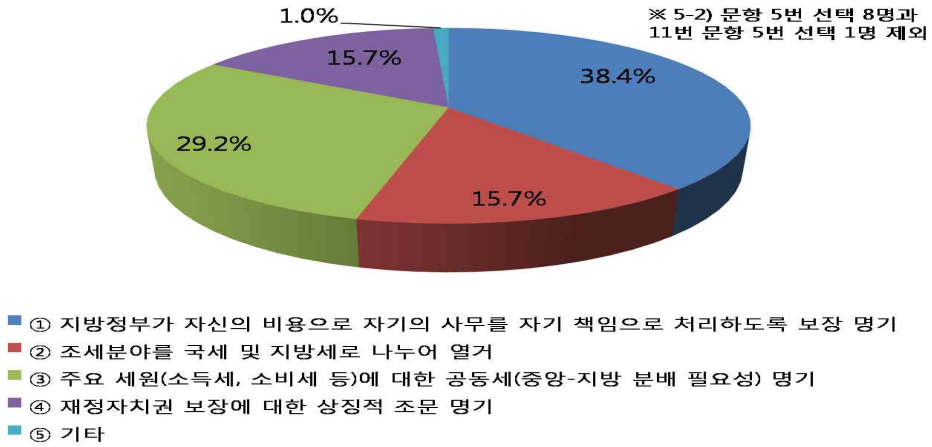
자치재정권을 보장하기 위하여 지방정부가 자신의 비용으로 자기의 사무를 자기 책임으로 처리하도록 보장하는 것을 헌법에 명기하는 것에 찬성하는 응답자가 38.4%이고, 29.2%의 응답자는 주요 세원(소득세, 소비세 등)에 대한 공동세(중앙-지방 분배 필요성)를 명기할 필요성이 있다고 답하였고, 15.7%의 응답자는 조세분야를 국세 및 지방세로 나누어 열거해야 한다고 답하였고, 15.7%는 재정자치권 보장에 대한 상징적 조문을 명기하는 것으로 충분하다고 답하였다.

이 설문에 대하여는 앞서 (5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명과 11번 문항에서 5번을 선택한 응답자 1명이 응답자에서 제외되었다. 그리고 복수응답이 가능하여 총 305개의 응답이 있었다.

설문 12. 자치재정권 보장을 위한 적절한 방법은 무엇이라고 생각하십니까? (복수응답 가능) ① 지방정부가 자신의 비용으로 자기의 사무를 자기 책임으로 처리하도록 보장 명기 ② 조세분야를 국세 및 지방세로 나누어 열거

③ 주요 세원(소득세, 소비세 등)에 대한 공동세(중앙-지방 분배 필요성) 명기
④ 재정자치권 보장에 대한 상징적 조문 명기
⑤ 기타 ( )

응답결과: ① 117명, ② 48명, ③ 89명, ④ 48명, ⑤ 3명 응답
(5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명과 11번 문항에서 5번을 선택한 응답자 1명 제외, 복수응답가능)

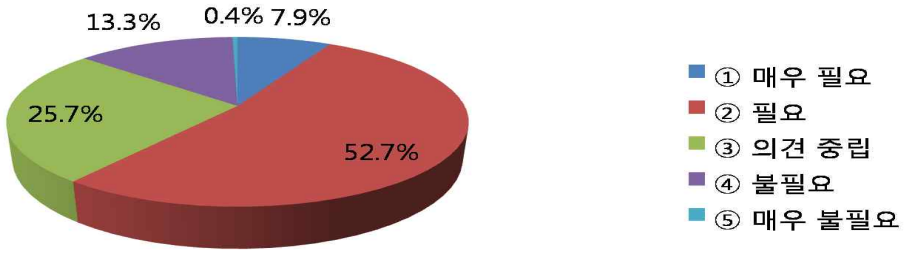


(14) 지방정부 동의 없이는 법령으로 재정부담을 부과할 수 없다는 규정을 헌법에 명기할 필요성

52.7%가 필요하다고 답하고 7.95가 매우 필요하다고 답하여 총 60.65%의 응답자가 지방정부 동의 없이는 법령으로 재정부담을 부과할 수 없다는 규정을 헌법에 명기할 필요성이 있다고 답하였다. 25.7%는 중립적 의견을 표명하였고 13.3%가 불필요하다, 1.4%가 매우 불필요하다고 답하여 14.7%만이 필요성에 대해 부정적인 의견을 표명하였다.

설문 13. 현재, 중앙정부는 일방적으로 지방정부에게 재정부담의무를 부과하는 경우가 많습니다.
이를 방지하기 위해 지방정부 동의 없이는 법령으로 재정부담을 부과할 수 없다는 규정을 헌법에 명기하는 것에 대해 어떻게 생각하십니까?
① 매우 필요 ② 필요 ③ 의견 중립 ④ 불필요 ⑤매우 불필요

응답결과: ① 19명, ② 127명, ③ 62명, ④ 32명, ⑤ 1명 응답
(5-2)번 문항에서 5번을 선택한 응답자 8명과 11번 문항에서 5번을 선택한 응답자 1명 제외)



(15) 사법분야 지방분권 방안

주민의 직접 선거나 간접 선거를 통해 선출하는 지방검찰제의 도입에 관하여 37.7%는 필요하다고 응답하고 11.2%는 매우 필요하다고 응답하여 총 48.9%는 필요성이 있다는 견해를 보였다. 15.8%는 보통이라고 답하여 중립적인 견해를 보였고 29.3%는 불필요, 6%는 매우 불필요하다고 응답하여 총 36.3%의 응답자는 필요성에 대하여 부정적인 견해를 보였다.

지방판사와 지방검찰제도의 도입에 대하여는 34.4%가 필요, 9.8%가 매우 필요하다고 응답하여 총 44.2%가 필요성이 있다는 견해를 보였다. 20%는 보통이라고 답하여 중립적인 견해를 보였고 28.4%는 불필요, 7.4%는 매우 불필요하다고 응답하여 총 35.8%의 응답자는 필요성에 대하여 부정적인 견해를 보였다.

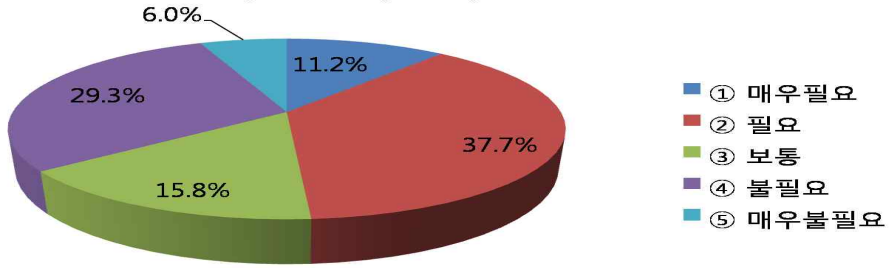
앞서 (5-3)문항에서 사법분야의 지방분권개혁에 대해서는 소극적인 의견이 비교적 다수를 차지하여 5번을 선택한 응답자 35명은 이번 문항의 응답자에서 제외되었다.

설문 14. 사법분야 지방분권 방안입니다. 다음 중 적절한 분권 수준은 무엇이라고 생각하십니까?

항 목	① 매우필요	② 필요	③ 보통	④ 불필요	⑤ 매우불필요
1) 지방검찰제 도입 (지방검찰 주민 직·간선)					
2) 지방판사와 지방검찰 주민 직·간선					

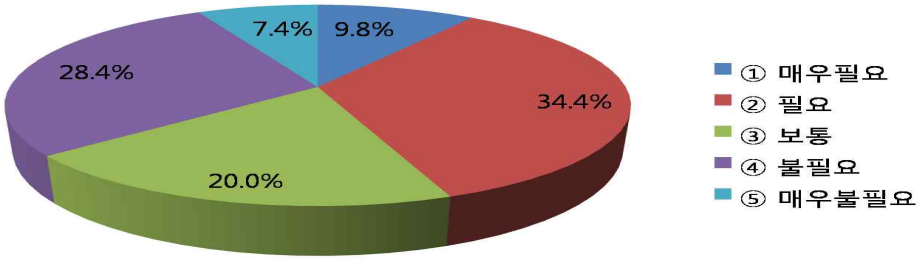
응답결과:
- 14-1)번 문항
① 24명, ② 81명, ③ 34명, ④ 63명, ⑤ 13명 응답
(5-3)문항에서 5번을 선택한 응답자 35명 제외)
- 14-2)번 문항
① 21명, ② 74명, ③ 43명, ④ 61명, ⑤ 16명 응답
(5-3)문항에서 5번을 선택한 응답자 35명 제외)

1) 지방검찰제 도입
(지방검찰 주민 직·간선)



※ 5-3) 문항 5번 선택 35명 제외

2) 지방판사와 지방검찰 주민 직·간선



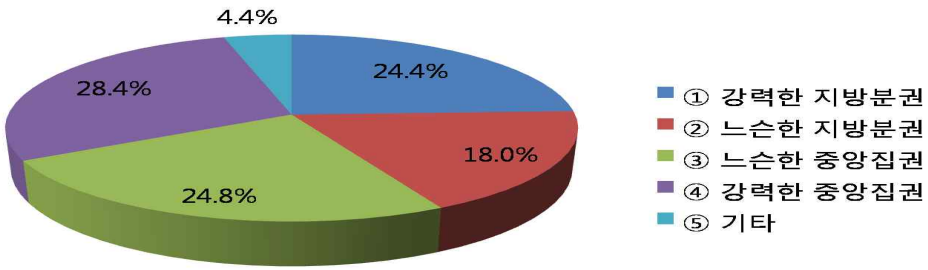
※ 5-3) 문항 5번 선택 35명 제외

(16) 통일을 위한 바람직한 국가운영체제

28.4%의 응답자가 통일을 위한 바람직한 국가운영체제로 강력한 중앙집권체제를, 24.8%가 느슨한 중앙집권체제를, 24.4%가 강력한 지방분권체제를, 18%가 느슨한 지방분권제체를 들었다. 응답자 중에는 중앙과 지방의 협조관계가 문항에 없다는 점을 지적하신 분들이 있었고, 기타 의견으로 소수 연방제를 지지한 분도 있었다. 통일과 관련하여 중앙집권적 국가운영체제 또는 지방분권적 국가운영체제 중 어떠한 국가운영체제가 더 적합할 지에 관한 응답자들의 의견은 다양하게 나뉘고 있다. 통일에 관한 다양한 시각과 전망을 전제로 할 때 이에 상응하는 국가운영체제가 다양한 그림을 드러내게 되는 까닭에 나타난 응답결과로 보인다.

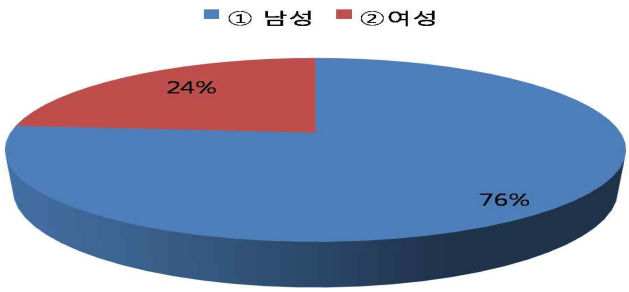
설문 15. 통일을 위해 바람직한 국가운영체제는 다음 중 무엇이라고 생각하십니까? ① 강력한 지방분권 ② 느슨한 지방분권 ③ 느슨한 중앙집권 ④ 강력한 중앙집권 ⑤ 기타( )

응답결과: ① 61명, ② 45명, ③ 62명, ④ 71명, ⑤ 11명 응답

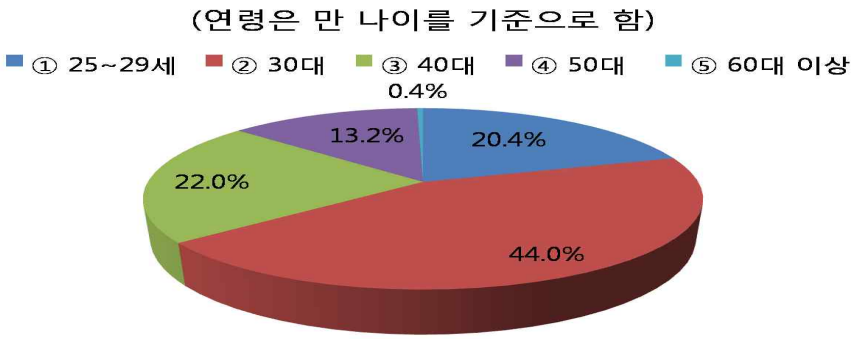


5. 사회인구학적 배경

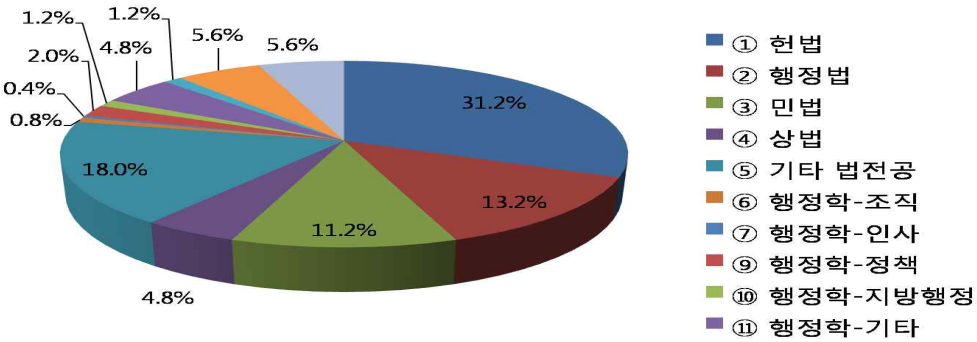
(1) 성별



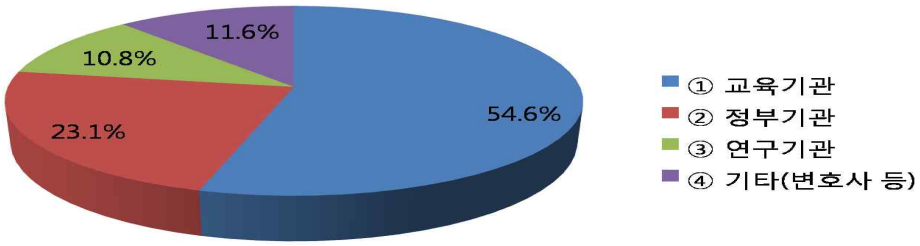
(2) 연령



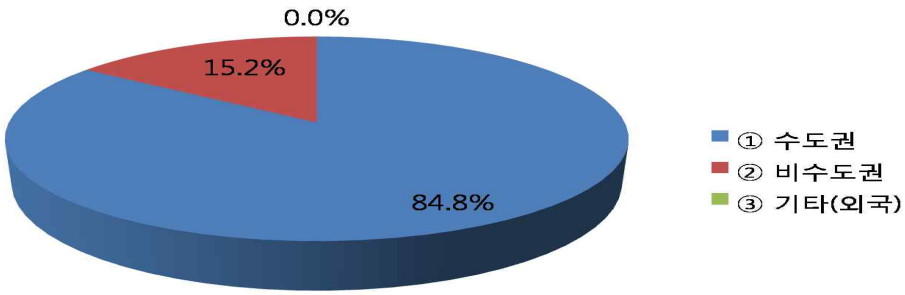
(3) 전공



(4) 소속


11.6%
10.8%
54.6%
23.1%
① 교육기관
② 정부기관
③ 연구기관
④ 기타(변호사 등)

(5) 활동지역


0.0%
15.2%
84.8%
① 수도권
② 비수도권
③ 기타(외국)

제6장 결 론

선진 지방분권국가의 실현을 위해서는 다양한 헌법적 스펙트럼이 있을 수 있다. 강력한 연방주의 국가로부터 시작해서 준 연방제, 지방자치제도가 강화된 단일국가체제, 중앙집권화된 단일국가체제 등이 그것이다. 우리나라의 현행 헌법은 지방자치제도를 실시한 지 얼마 되지 않았고, 정부형태도 강력한 중앙집권체제를 오랫동안 실시해 온 까닭에 중앙집권적 단일국가라고 평가할 수 있을 것이다. 이러한 중앙집권적 단일국가체제하에서는 진정한 의미에서 풀뿌리 민주주의가 자라날 수 없다. 지방자치제도는 지역과 관련된 사무에 대하여는 그 지역 주민들이 자기책임하에 자율적으로 처리할 수 있게 함으로써, 풀뿌리 민주주의를 가능하게 하는 제도이다. 이러한 제도를 통하여 각 지역주민은 다양한 방법으로 지역정책을 실험적으로 펴나갈 수 있게 될 것이며, 타 지방자치단체 또는 중앙정부와의 정책경쟁을 통하여 보다 나은 정책을 개발해 낼 수 있고, 이러한 실험이 성공할 경우 그러한 정책을 추진했던 그 지역의 정치지도자는 이제 중앙정치무대로 진출할 수 있게 될 것이다. 그러한 의미에서 지방자치제도는 민주주의의 학교라고도 할 수 있는 것이다.

이러한 관점에서 지방자치제도는 단순히 민주주의의 훈련만 하게 하는 제도가 아니라, 그러한 지방정책의 경쟁과 발굴을 통해서 효율성과 경쟁력을 동시에 강화시킬 수 있는 제도이기도 하다. 그러한 관점에서 우리나라도 이제 민주화된 헌법을 시행한지 20년이 넘었으며 또한 민선 5기 지방자치시대를 맞이하게 된 현 시점에서, 그간 지방자치제도의 활성화에 역행했다고 지적되었던 많은 문제점들에 대하여 검토해 보고, 이러한 문제들을 법률로 해결할 수 있는 것은 법률이나 그 해석 · 적용의 방법으로 해결하되, 법률로 해결할 수 없는 문제들의 경우에는 헌법의 개정으로 해결할 수밖에 없다고 하는 결론에 이르렀다.

지방분권과 지방자치를 강화하기 위한 헌법개정으로 우선 지방분권의 이념을 헌법전문에 삽입하였으며, 지방자치에 관한 장을 대폭 개정하였다. 특히 자기책임성과 보충성의 원칙 및 민주주의 원칙을 명문화 하였다(제119조). 행정체제개편의 논의에 의해서 항상 일반 입법자에 의하여 그 지위를 위협받곤 했던 지방자치단체의 종류와 관련하여, 일단 기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 중층구조를 명문화하였으며, 광역지방자치단체로서는 일단 도와 법률이 정하는 시로 함을 헌법적으로 명문화하여 그 존재를 입법적으로 부인할 수 없도록 하였다(제121조, 제123조).

조례제정권의 한계와 관련하여 법률우위조항을 명문화하였으며(제120조 제1항), 광역지방자치단체의 경우에는 일정한 지역사무와 관련하여 법률의 내용과 다른 내용의

조례를 제정할 수 있도록 하여 독자적인 자치입법권의 행사를 가능하게 하였다(제124조). 한편 자치재정권의 강화를 위하여 지방세의 종목과 세율을 법률뿐만 아니라 조례로도 정할 수 있게 하였으며(제120조 제2항), 국가가 지방자치단체에 사무를 위임할 경우에는 그에 따른 경비를 전액 부담하게 하였다(제125조).

한편 지역대표형 상원을 도입함으로써, 국회를 양원으로 구성하게 하였다. 상원인 참의원은 지역과 관련한 법안을 제출하거나 심의할 수 있을 뿐만 아니라, 헌법재판소 재판관 3인을 선출할 수 있도록 하였으며(제112조 제3항), 그리고 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 행사할 수 있도록 함(제64조)으로써, 국가기관의 구성에 있어서 뿐만 아니라, 법률안의 제출 및 심사 그리고 헌법재판 사건 등의 심판에 있어서 지방의 이해관계를 충분히 고려할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

이에 따라 헌법재판소 재판관의 수도 12인으로 늘렸으며(제112조 제2항), 또한 헌법재판소의 관할로서 지방자치단체 헌법소원을 신설(제112조 제1항 6호)하였다. 지방자치단체 헌법소원을 통하여 국가의 법률이나 광역지방자치단체의 조례에 의하여 지방자치단체가 자치권을 침해받는 경우에 효과적으로 구제받을 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

그 밖에 현재 지방교육자치와 관련하여 교육행정이 이원화되어 있으므로, 이를 일원화해야 할 필요성이 있다고 하는 논의도 있으나, 이러한 문제는 굳이 헌법개정사항이 아니고, 입법정책적으로 대처할 수 있는 문제라고 보았기 때문에, 헌법개정은 하지 않는 것으로 두었다.

지방자치단체에 대한 국회, 감사원, 행정자치부 등의 중복감사제도에 대한 문제점 지적이 그간 많이 되어 왔으며, 이에 대한 개선책이 필요한 것이 사실이다. 이와 관련하여 감사원의 기능을 회계검사원으로 개편하며, 이를 독립기관으로 두기로 하였으며, 그 기능은 회계감사에 국한하는 것으로 하여 직무감사기능을 폐지하고, 그 기능은 국회의 국정감사와 조사기능으로 하는 것으로 하였으며, 지방자치단체의 감사는 하지 못하도록 하고, 지방자치단체의 감사는 법률이 정하는 바에 의하여 지방자치 차원에서 할 수 있도록 하였다(제120조 제4항).

재정과 관련하여 예산법률주의를 채택하였으며(제97조 제1항), 회계검사원은 매해 국가의 세입, 세출에 대한 감사를 하여 차년도에 대통령과 국회 각 원에 보고(제102조 제2항)하도록 하였다.

경제와 관련한 조항은 현재로서 특별히 지방분권과 지방자치 강화를 위한 관점에서 개정해야 할 사항을 찾지는 못하였다. 물론 경제와 관련된 장에서 모든 주체가 국가로 되어 있고, 이러한 주체에는 지방자치단체가 될 수 있는 영역들이 있는 것도 사실

이지만, 그렇다고 하여 매 조항마다 또는 일정한 조항에만 지방자치단체를 주체로 집어넣기에는 적절치 못한 부분이 있다. 그리하여 일단 현행대로 두되, 그곳에서 주체에 관한 해석을 탄력있게 하는 방법을 취할 수 있을 것으로 논의가 되었다.

선거와 정당과 관련된 부분에서도 가령 지역정당을 육성하는 방안 등이 논의가 될 수 있겠으나 아직까지 우리나라에서는 시기상조라고 볼 수 있으므로, 선거와 정당과 관련해서 특별히 헌법을 개정해야 할 사항은 찾지 못하였다.

본 연구진은 한국헌법학회, 한국공법학회, 한국행정학회, 한국정치학회 회원과 그 밖에 대학원 법학과 박사과정생 이상 250인을 대상으로 지방분권을 위한 헌법개정안에 대한 전문가 의견조사를 실시하였다. 그 결과 응답자 중 74.8%는 우리나라의 현행 국가운영체제가 중앙집권체제라고 판단하고 있었다. 그리고 국가경쟁력 제고를 위해서 필요한 국가운영체계가 무엇인가 하는 질문에 대하여는 60.8%가 중앙-지방간 협조체제라고 답함으로써, 지방분권체제나 중앙집권체제보다는 협력체제를 경쟁력 있는 체제로 파악하고 있었다. 헌법개정의 필요성과 관련하여 73.6%가 헌법개정이 필요하다고 응답하였으며, 지방분권 강화를 위한 개헌과 관련해서는 민주성제고를 위하여 필요하다고 하는 입장이 80.8%, 효율성제고를 위하여 필요하다고 보는 입장이 73.2%, 종합적 필요성이 있다고 보는 입장이 75.2%에 달하여, 민주성과 효율성 두 가지 모두의 추구를 위하여 지방분권형 헌법개정이 필요하다고 보았다. 개헌의 시기와 관련해서는 58.8%가 2-5년 이내로 봄으로써, 당장 시급한 것은 아닌 것으로 판단하였다. 각 분야별로 지방분권을 강화해야 할 필요성이 있다고 보는 것과 관련해서 우선 입법분야는 71.2%, 행정 및 재정 분야는 80%의 압도적 다수가 필요하다고 본데 반하여, 사법분권과 관련해서는 보통이거나 필요하지 않다고 본 응답자가 60%를 차지함으로써 사법분야와 관련하여 지방분권의 필요성에 대하여는 유보적 견해가 다수를 차지하였다. 지역대표형 상원제의 도입과 관련하여 60.3%가 지방관련 의안 또는 모든 의안을 심의 · 의결하는 지역대표형 상원제의 도입에 찬성을 하였다. 또한 상원의원의 선임방법과 관련해서는 75.6%의 압도적 다수가 주민직선을 요구하였다. 한편 조례의 법적 지위와 관련해서는 준법률수준 39.3%, 현행유지가 39.3%의 동률로 나와 아직까지 조례의 법적 지위에 관해서는 보수적 입장이 상당수임을 드러내었다. 지방자치단체의 종류의 명문화와 관련해서는 광역지방자치단체로서 특별시 · 광역시 · 도 명기, 기초자치단체로서 시 · 군 · 자치구를 명기하자고 하는 의견이 31%, 광역지방자치단체로서 특별시 · 광역시 · 도 명기, 기초자치단체는 시 · 도 조례에 위임하자고 하는 의견이 22.7%였다. 본 연구진의 헌법개정안은 자치2계층제(광역과 지방)와 도 및 법률이 정하는 시로 하기로 하였다. 지방정부 권한의 적절한 헌법적 규정 수준과 관련해서는 현행유지가 32.2%, 주거, 환경, 교육, 치안, 주민안전에 관한

사무 등을 명시하는 수준에 33.5%가 찬성하고 있는데, 본 헌법개정안에서는 광역자치단체로 하여금 지역적 업무라고 할 수 있는 몇 가지 사항에 대하여 법률의 내용과 다른 내용의 조례를 제정할 수 있도록 입법권한을 강화하였으며, 그에 관한 행정권한은 자기 스스로 할 수도 있지만 기초자치단체에 위임할 수 있도록 하였다. 자치재정권의 명문화 필요성과 관련해서는 72.3%가 필요하다고 보았는데, 본 헌법개정안에서는 지방세의 종목과 세율을 조례로도 정할 수 있게 하였고, 또한 지방재정의 조정가능성 조항을 신설하였다. 자치재정권 보장을 위한 적절한 방법으로 38.4%가 지방정부가 자신의 비용으로 자기의 사무를 자기 책임으로 처리하도록 명기하자는 의견이었는데, 본 헌법개정안에서는 자기책임성원칙을 명기하였으므로 재정과 관련해서도 원칙적으로 자신의 비용으로 하되, 부족한 경우에는 재정조정 가능성을 열어 두었다. 정부의 일방적인 재정부담의무 부과 금지에 대하여는 60.6%가 필요하다고 보았는데, 본 헌법개정안에서 이와 같은 규정을 명시하지는 않았지만, 사무를 위임할 경우에는 비용전액을 국가가 부담하도록 규정하였다. 사법분야 지방분권과 관련해서 지방검찰을 주민 직 · 간선으로 하자는 의견에 48.9%가, 지방판사와 지방검찰을 그렇게 하자는 의견이 44.2%가 찬성하였는데, 물론 이는 사법분권이 필요하다고 본 응답자들의 견해이다. 통일을 위하여 바람직한 국가운영체제로서는 46.4%가 강력한 또는 느슨한 지방분권이라고 본 데 반하여, 느슨한 중앙집권체제 24.8%, 강력한 중앙집권체제 28.4%, 기타 4.4% 등 중앙집권체제가 필요하다고 본 의견도 적지 않았다.

대체로 전문가의 설문조사 결과는 본 헌법개정안이 제시하는 지방분권과 지방자치의 강화의 방향과 상당 부분 일치하다고 볼 수 있으므로 전문가들의 견해는 본 연구진의 헌법개정안을 적극 지지하는 것으로 볼 수 있다고 하겠다. 다만 이러한 의견은 일반 국민들의 의견과는 다소 편차가 있을 수도 있기 때문에, 국민들이 이러한 헌법개정안을 어떻게 생각할 것인지 여부는 추후의 조사를 거쳐서 확인할 수 있을 것으로 보인다.

헌법개정은 모든 국민들이 희망할 때 이루어져야 할 것이다. 그러므로 그 시기를 언제로 할 것인가는 정치권의 의중도 상당히 중요할 수 있지만 국민 대다수가 바라는 때에 하여야 할 것이다. 정치권은 정부형태나 통치구조와 관련된 헌법개정에만 관심을 기울이지 말고, 기본권이나 지방자치를 강화하기 위한 헌법개정안에 더욱 관심을 기울여, 전 세계적으로 경제력 10위의 강국으로 도약하고 있는 대한민국이 지역적으로도 보다 많이 분권화될 뿐만 아니라, 국민 모두가 골고루 잘 살 수 있는 참다운 민주주의, 법치주의 그리고 지방분권국가가 될 수 있도록 노력해야 할 것이다.

참고문헌

<국내 문헌>

감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003.

강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구 제24집, 한국법학회, 2006.

국회도서관, 세계의 헌법 - 35개국 헌법 전문 -, 2010. 7. 16.

권영성 · 신우철, 남북한 통합과 국가형태 · 국가체제 문제, 서울대 법학 34권 1호, 1993. 2.

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008.

김남철, 다양한 정치세력의 지방선거참여를 위한 법적과제, 공법연구 제35집 제3권, 한국공법학회, 2007.

김명수 외, 세계의 감사원, 조명문화사, 2009.

김배원, 현행 헌법상 지방자치제도의 개정 필요성과 방향, 헌법학연구 제16권 제3호 (2010. 9), 한국헌법학회.

김병기, 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법 개정안, 최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는 길, EAI, 2008.

김병준, "교육자치와 지방자치", 1996년도 한국행정학회 동계학술대회 논문집(Ⅱ), 한국행정학회, 1996.

_____,「한국지방자치론」, 법문사, 2000.

김선택, "헌법과 통일정책", 한국 법학 50년- 과거 · 현재 · 미래(I), 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회논문집, 1998.

김선화, 감사원 국회이관에 관한 헌법적 쟁점, 국민과 함께 하는 개헌이야기, 국회미래한국헌법연구회, 2010.

김선혁 외, 국가 -지방자치단체 관계재정립을 위한 헌법개정안 연구, 전국시도지사협의회용역보고서, EAI분권화센터, 2006.

김성수, "헌법상 경제조항에 대한 개정론", 국회미래한국헌법연구회, 『국민과 함께하는 개헌이야기』 제2권, 2010.

김성호, 국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구, 한국지방자치학회보 제19권 제4호(2007. 12), 한국지방자치학회.

_____, 지방화 시대에 부응한 지방자치제도의 헌법적 구현 연구, 헌법학연구 제16권

제3호(2010. 9), 한국헌법학회.
김순은, 제3대 지방선거와 민선단체장, 월간자치발전 8권 5호(통권 85호), 한국자치발전연구원, 2002.
김승대, 통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론-, 법문사, 1996.
김용호,「한국정당정치의 이해」, 나남출판, 2001.
김 욱, 한국 지역주의의 지역별 특성과 변화 가능성: 대전, 충청지역을 중심으로, 21세기정치학회보 제14집 제1호, 21세기정치학회, 2007.
김웅규, 지역대표의회의 헌법적 검토, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007.
김유향, 일본, 정치의 재발견, 국회도서관보, 국회도서관, 2004.
김유환, 미국 감사원의 법적 지위와 권력분립, 미국헌법연구 제13호, 미국헌법학회, 2002. 11.
김윤섭,『한국교육법』, 한올출판사, 2003.
김일기, "북한 헌법 개정의 특징과 의미", 「평화학연구」 제10권 4호, 세계평화통일학회, 2009.
김재영, 지방자치단체의 장의 선임에 있어 정당의 관여에 관한 논의 검토, 「지방자치논단」, 2001.
김종철, 감사원의 헌법상 지위 및 기능 개편가능성에 대한 검토, 계간 감사, 2002 가을호.
_____, 감사조직의 개편방향 - 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로, 공법연구 제31집 제2호, 한국공법학회, 2002. 12.
_____, 헌법 제97조, 헌법주석서 III, 법제처, 2010.
김철수 외, 『코멘탈 헌법』, 법원사, 1988.
김철수, 신고 헌법학개론, 박영사, 1989.
_____, 한국통일과 통일헌법제정문제, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992.
_____, 『헌법학신론』, 박영사, 2009.
김태완, “교육자치 및 교육행정의 개혁방향, 『여의도 정책논단』 창간호, 여의도 연구소, 1997. 5.
김해룡 외, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회(2008. 5).
김홍대, 『지방자치입법론』, 박영사, 1999.
김희수, 「조례제정권의 근거와 한계」, 『사회과학연구』 제7권제3호, 대구대학교 사회과학연구소, 2000.

나인균, 한국헌법과 통일의 법적 문제, 헌법논총 제6집, 헌법재판소, 1995.
도회근, “지방분권과 법제개혁 - 헌법적 과제를 중심으로”, 「울산대학교 사회과학논집」 제12권 제2호, 울산대학교, 2002. 12.
박노호, 스웨덴 지방자치의 구조와 기능, 박재창 외, 분권과 개혁, 오름, 2005.
박봉식,「직업으로서의 정치」, 박영사, 1960.
박윤흔, 최신행정법강의(하), 박영사, 1995.
박찬표, 양원제의 이론과 실제, 입법조사연구 제251호, 국회도서관, 1998. 6.
_____, 한국의회정치와 민주주의: 비교의회론적 시각, 도서출판 오름, 2002.
방승주, 중앙정부와 지방자치단체와의 관계 - 지방자치에 대한 헌법적 보장의 내용과 한계를 중심으로, 공법연구 제35집 제1호(2006. 10), 한국공법학회.
_____, 지방자치제도의 발전을 위한 헌법개정의 방향, 지방자치법연구 제9권 제2호(2009. 6. 20), 한국지방자치법학회.
_____, 지방행정체제 개편에 관한 특별법안의 헌법적 문제점, 공법학연구 제11권 제3호(2010. 8), 한국비교공법학회.
성낙인, 현행지방자치제도의 헌법적 진단, 헌법학연구 제1집, 한국헌법학회, 1995.
손희권, 『교육과 헌법: 헌법 제31조의 구조와 해석』, 학지사, 2008.
송길웅, 양원제에 관한 연구, 헌법학연구 제6호, 한국헌법학회, 2000.
신기현, 지방분권(지방자치) 분야의 바람직한 개헌 방향, 국회 미래한국헌법연구회 지역순회 전북 토론회(2009. 3. 18).
신도철, “새로운 지역발전정책 패러다임: 광역분권의 필요성과 제도개편 방향”, “21세기 광역분권형 국가운영: 지방행정단위 개편과 중앙-지방정부 역할의 재조명”이라는 주제의 세미나에서 발표된 논문, 한반도선진화재단 · 일본 PHP 종합연구소 · 조선일보, 2008. 5. 6.
_____, “지방분권 강화를 위한 헌법개정 방향”, 국회미래한국헌법연구회, 『국민과 함께하는 개헌이야기』 제2권, 2010.
안성호, 지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상, 한국행정학보 제41권 제3호, 한국행정학회, 2007.
오동석, 지방자치의 제도적보장론 비판, 공법연구 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000.
_____, 지방자치제의 형성과정, 공법연구 제31집 제4호, 한국공법학회, 2002.
오수성, 지역갈등의 구조와 성격특성, 최협 편, 「호남사회의 이해」, 서울:풀빛, 1996.
오현수 번역, 일본헌법, 다나기획, 2006. 1. 25.

윤대규, 왜 개헌인가, 한울, 2005.
윤대규 외 2인, “북한의 2009년 개정헌법의 주요 내용과 의의-국방위원장의 법적 지위 강화-”, 경남대 극동문제연구소의 자체 평가 분석자료, 2009.
이관희, 2006. 5. 31 지방선거가 남긴 과제, 국회보 통권 제476호, 국회사무처, 2006. 7.
이광윤, 허종렬, 노기호, 김종철, 『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』, 헌법재판연구 제14권, 헌법재판소, 2003.
이국운, 분권사법과 자치사법, 부산대학교 법학연구 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 8.
이기우, 지방자치이론, 학현사, 1996.
_____, “교육자치와 학교자치 및 지방교육행정제도에 대한 법적 검토”, 『한국교육법연구』 제4집 · 제5집, 한국교육법학회, 1999.
_____, 지방선거에서 정당공천제도의 대안: 후보자에 의한 소속(지지)정당 임의표방제도의 지방분권 실현과 지방정당의 육성 도입, 한국공공자치연구원 주최 세미나 발표 자료집, 2005.
_____, 지방자치 기반강화를 위한 헌법개정, 한국지방자치학회보 제17권 제4호 (2005. 12), 한국지방자치학회.
_____, 부담적 조례와 법률유보에 관한 비판적 검토, 헌법학연구 제13권 제3호, 한국헌법학회, 2007.
이기우 · 권영주 · 김동성, 연방주의적 지방분권에 관한 연구, 경기개발연구원, 2010. 5.
이기하, 심지연, 한정일, 손봉숙,「한국의 정당」, 한국일보사, 1987.
이승우, “통일을 위한 헌법개정의 필요성과 방향”에 대한 토론문,『통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국통일의 전망-』, 한국공법학회 제157회 국제학술대회, 2010. 10. 8.
이승종,「지방자치론」, 박영사, 2003.
이장희, 남북한 UN가입과 국제법적 과제, 법과 사회 제5호, 법과사회이론연구회, 1992.
이전오, 과세자주권의 확대방안에 관한 연구, 토지공법연구 제37집 제1호, 한국토지공법학회, 2007.
이창헌, 한국의 제15대 대통령 선거결과 분석-정치발전과 지역주의 성향을 중심으로, 한국동북아논총 제10권, 한국동북아학회, 1999.
임성진, 독일의 연방주의식 지역대표체계, 한국지방정치학회보 제1권 제2호, 한국지

방자치학회, 2007.
임재윤, 『교육의 역사와 사상』, 문음사, 2008.
장명봉, 남북한 통일에 대비한 헌법적 대응 방안, 한국법제연구원 제6회 법제세미나 자료집, 1995. 12.
장선희, 독일의 감사원관련 법제연구 - 독일감사원의 기능과 감사기준을 중심으로 -, 한국법제연구원, 2004. 11. 29.
장영수, "지방자치와 정당", 『정당과 헌법질서』, 심천계희열박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995.
전광석, "고등교육법의 문제점과 향후과제: 대학자치의 관점에서", 『한국교육법연구』 제4집, 한국교육법학회, 1998.
_____, 『한국헌법론』, 법문사, 2009.
정경희, 미국을 만든 사상들, 살림, 2004.
정연정, 개헌과 지역대표체계: 양원제 도입방안을 중심으로, 한국지방정치학회 특별학술회의, 2007. 2. 23.
정만희, 헌법적 관점에서 본 지방자치법제의 발전방향, 지방자치법연구 제2권 제1호 (2002. 6), 한국지방자치법학회.
정병기, 독일 남북부의 지역주의와 동서독 갈등, 「역사비평」, 1996 가을호.
정수현, 지방자치단체의 재정자주권에 관한 연구, 공법학연구 제3권 제1호, 한국비교공법학회, 2001.
정순원, "헌법상 교육자치의 법리와 지방교육자치법의 입법과제", 『교육법학연구』 제19권 제2호, 대한교육법학회, 2007.
정재황, "교육권과 교육자치의 공법(헌법·행정법)적 보장에 관한 연구", 『교육행정학연구』 제16권 제1호, 한국교육행정학회, 1998.
정필운, "교육영역에서 자치의 본질 및 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리에 대한 헌법해석론적 검토", 『토지공법연구』 제46집, 한국토지공법학회, 2009.
조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 — 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로 —, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005.
조성호 외, 중앙과 지방간 사무재배분 방안, 경기개발연구원, 2009.
조성달, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2권, 한국공법학회, 2007.
조성일 · 안세근, 『지방교육자치제도론』, 양서원, 1996.
조익순, 한 · 미 · 일 정부회계 및 감사제도의 문화적 조명, 박영사, 1996.
조정환, 자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제, 공법연구 제29집 제1

권, 한국공법학회, 2000.
조창현, 지방자치론, 박영사, 2005.
조한상, “제도보장 이론의 공법적 의미와 문제점, 극복방향”,『법학연구』 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2.
주영진, 감사원의 회계검사기능의 국회이관에 관한 소고, 국회보 통권 438호, 국회사무처, 2003. 4.
지병문, 지방자치법의 문제점과 지방정치의 활성화 방안, 한국정치학회보 제27집 제2호, 한국정치학회, 1993.
차명제, “독일의 정당제도”, 「독일의 대의제 민주주의와 정당정치」, 세계문화사, 1999.
최대권, 남북합의서와 관련된 제반 법문제-특히 「특수관계」의 의미를 중심으로-, 서울대 법학 34권 3-4호, 1993.
_____, 장차 전개될 남북관계의 형성과 통일의 법적 문제, 공법연구 제22집 제1호, 한국공법학회, 1994.
최병선/김선혁 공편, 분권헌법 - 선진화로 가는 길, EAI, 2008.
표시열,『교육법: 이론 · 정책 · 판례』, 박영사, 2008.
하세헌, 영남지역주의의 변화, 한국정치외교사논총 제27권 제1호, 한국정치외교사학회, 2005.
_____, “지방분권 실현과 지방정당의 육성”, 한국지방자치연구 제9권 제2호, 대한지방자치학회, 2007.
_____, 제도변화와 5 · 31 지방선거, 한국지방정치학회보 제1권 제1호, 2007.
한국공법학회, 지방분권제도의 실질적 구현을 위한 법제정비에 관한 연구, 전국시도지사협의회, 2008. 5.
행정자치부, 지방세외수입연감, 2006.
한국교육행정학회,『교육법론』, 한국교육행정학회, 1995.
허 영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2006.
_____, 『한국헌법론』, 박영사, 2010.
홍덕률, 대구 경북의 지역주의적 정치행동, 황해문화 가을호, 2004.
홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2000.
황아란, 지역주의와 지방자치: 기초자치단체장의 정당공천, 한국행정학회보 제36권 제2호, 한국행정학회, 2002.
_____, “지방선거와 정당공천: 비교론적 시각에서-기초의원 선거의 정당공천과 정보제공 효과-”, 지방행정연구 제24권 제1호, 한국지방행정연구원, 2010.

칼 슈미트 저, 김효전 역, “바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장”, 『독일 기본권이론의 이해』, 법문사, 2004.

<외국 문헌>

Alexander Wegener/Ute Arbeit, "Regionalisierungstendenzen in europäischen Staaten", Berlin, 2006.

Anna Gamper, Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit, Frankfurt am Main, 2004.

Barry R. Weingast, “The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development,” Journal of Law, Economics and Organization 11, 1995.

_____, “Second Generation Fiscal Federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development", Working Paper, Hoover Institution, Stanford University, 2006.

Charles Tiebout, "A Pure Theory of Local Government Expenditure", Journal of Political Economy 64(5), 1956.

Claudio Lodici, Parliamentary Autonomy: Italian Senato, Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Senates: Bicameralism in the Contemporary World, Ohio State University, 1999.

Creus, Mireira Grau, Incomplete federalism, in: Ute Wachendorfer-Schmidt, (Hrsg.): Federalism and political performance, London/New York , 2000.

de Buruaga, Gonzalo Saenz, Spain as a quasi-federal state, in: Franz Knipping (Hrsg.): Federal conceptions in EU member states: Traditions and perspectives, Baden-Baden, 1994.

Eberhard Schmidt-Aßmann, Thesen zum föderativen System der Bundesrepublik Deutschland, Jura 1987.

Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, Aspen, 2005.

Friedrich von Hayek, "The Economic Conditions of Interstate Federalism", in Friedrich von Hayek, Individualism and Economic Order, Chicago University Press, 1939.

George Anderson, Federalism: An Introduction, Ontario, 2008.

Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919, 13. Aufl.,

Berlin 1930.
Heidrose Kilper/Roland Lhotta, Födralismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen, 1996.
Horst Viehmann, Täter-Oper-Ausgleich und Strafrecht, NJ 1992. 9.
Hubert Weis, Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, AöR, Bd. 116., Heft. 1, 1991. 3.
Kern Alexander, M. David Alexander, American Public School Law, Thomson West, 2005.
Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977.
Klaus Detterbeck/Wolfgang Renzsch/Stefan Schieren(Hrsg.), Föderalismus in Deutschland, München, 2010.
Konrad Reuter, Föderaismus, Heidelberg · Hamburg, 1983.
Juan J. Linz, Democracy, multinationalism and federalism, Working Paper 1997/103. CEACS-Instituto Juan March, Madrid, 1997; Aja, Eliso El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales, Madrid, 1999; Ramón Maiz: Democràcia I federalisme en estats multinacionals, in: Ferran Requejo (Hrsg.): Pluralisme nacional I legitimitat democràtica, Barcelona, 1999.
Moreno, Luis, Ethnoterritorial concurrence and imperfect federalism in Spain, in: Bertus de Villiers (Hrsg.): Evaluating federal systems, Dordrecht, 1994.
O. Kimminich, Der Bundesstaat, in: J. Isensee/ P. Kirchhof(Hrsg.), Habdbuch des Staatsrechts, Heidelberg, Bd.1 1987.
Requero, Ferran, La acomodación, "federal" de la plurinacionalidad. Democracia liberal y federalismo plural en Espaňia, in: Enric Fossas/Ferran Requejo (Hrsg.): Asimetría federal y Estado plurinacional, Madrid, 1999.
Robert Nef, Lob des Non-Zentralismus, Sankt Augustin, 2002.
Ronald Watts, Comparative Conclusions, in: Akhtar Majeed/ Ronald Watts/Douglas Brown(ed.), A Global Dialogue on Fedralism Volume 2, Distribution of Powers and Responsibilities, Quebec, 2006.
_____, Comparing federal systems, Montreal, 2008.
Samuel C. Patterson, Anthony Mughan (eds.), Senates: Bicameralism in the Contemporary World, Ohio State University, 1999.
Uwe Barschel, Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg. Hamburg, 1982.

William J. Keefe, Morris S. Ogul, The American Legislative Process, Tenth Edition, Prentice Hall, 2001.

첨부자료

현행 헌법과 헌법개정안 대조표

현행 헌법	한국헌법학회 2010 헌법개정안
전문 · · · 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 · · ·	전문 · · · 자율 · **분권**과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 · · ·
제3장 국회 제40조 입법권은 국회에 속한다. 제41조 ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다. ② 국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다. ③ 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.	제3장 국회 제40조 ① 입법권은 국회에 속한다. **② 국회는 민의원과 참의원으로 구성한다.** 제41조 ① 양원은 국민의 보통 · 평등 · 직접 · 비밀 · **자유선거**에 의하여 선출된 의원으로 구성한다. **② 민의원의원수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다.** **③ 참의원의원수는 법률로 정하되, 민의원의원의 3분의 1 이상을 초과하지 못한다.** **④ 양원의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.**
제42조 국회의원의 임기는 4년으로 한다.	제42조 **① 민의원의원의 임기는 4년으로 한다.** **② 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1 씩 선출한다.**
제47조 ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 집회되며, 국회의 임시회는 대통령 또는 국회재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 집	제47조 **① 국회는 상시 개회한다. 다만, 60일을 넘지 않는 범위 내에서 휴회할 수 있다.** **② 휴회 중에도 대통령 또는 각 원의**

회된다. ② 정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다. ③ 대통령이 임시회의 집회를 요구할 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시하여야 한다.	**재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 개회할 수 있다.**
제48조 국회는 의장 1인과 부의장 2인을 선출한다.	제48조 ① **각 원은** 의장 1인, 부의장 2인을 둔다. **② 참의원의장은 양원합동회의의 의장이 된다.**
제49조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.	제49조 ① **각 원은** 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다. **② 국회의 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 민의원의 재의에 붙이고 각 원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 본다.** **③ 지방자치단체의 이해와 관련되는 의안은 반드시 참의원의 동의를 거쳐야 한다.**
제52조 국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다.	제52조 ① 국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다. **② 법률안은 먼저 민의원에 제출하여야 한다.** **③ 참의원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일 이내에 의결하지 아니할 때에는 이를 부결한 것으**

	로 본다. 단, 예산법률안에 있어서는 이 기간을 20일로 한다.
제54조 ① 국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다. ② 정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다. ③ 새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산안이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 예산안이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다. 1. 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영 2. 법률상 지출의무의 이행 3. 이미 예산으로 승인된 사업의 계속	**(수정 후 제5장 재정으로 이동)**
제59조 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.	**(수정 후 제5장 재정으로 이동)**
제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다. ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.	**제58조** ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결 · 비준에 대한 동의권을 가진다. ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주둔에 대한 동의권을 가진다. **③ 참의원의 동의를 요하지 않는 사항에 관하여는 법률로 정한다.**
제61조 ① 국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수	**제59조** ① 국회는 **특정한 국정사안에 대하여 조사**할 수 있으며, 이에 필요한

있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. ② 국정감사 및 조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. ② **국정조사에** 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.
제64조 ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.	**제62조** ① **각 원은** 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② **각 원은** 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 **각 원의** 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
	(신설) 제64조 참의원은 국무총리, 대법관, 헌법재판소 재판관 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 동의권을 가진다.
제4장 정부 제1절 대통령 제66조 ①대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.	제4장 정부 제1절 대통령 제66조 ① 대통령은 국가의 **수반으로서** 외국에 대하여 국가를 대표한다.
제67조 ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다. ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다. ③ 대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1이상이 아니면 대통령으로 당선될 수 없다. ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국	제66조 ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀**·자유**선거에 의하여 선출한다. ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 **민의원과 참의원 합동회의를 개최하여 과반수가 출석한 양원합동공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.** ③ 대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1이상이

회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다. ⑤ 대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.	아니면 대통령으로 당선될 수 없다. ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다. ⑤ 대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.
제77조 ① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다. ② 계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다. ③ 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다. ④ 계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다. ⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.	제76조 ① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다. ② 계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다. ③ 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다. ④ 계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 **국회 각 원에** 통고하여야 한다. ⑤ **국회의 각 원이** 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.
제2절 제4관 감사원 제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.	제4관 감사원 **(감사원에 관하여는 재정의 장과 지방자치의 장으로 이동.)**
제99조 감사원은 세입·세출의 결산을	**(제5장 재정으로 이동)**

매년 검사하여 대통령과 차년도국회에 그 결과를 보고하여야 한다.	
제100조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	**(제5장 재정으로 이동)**
	(신설) 제5장 재정 **제97조 ① 국가의 예산은 법률로 정한다.** ② 정부는 회계연도마다 **예산법률안**을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다. ③ 새로운 회계연도가 개시될 때까지 **예산법률안**이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 **예산법률안**이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다. 1. 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지 · 운영 2. 법률상 지출의무의 이행 3. 이미 예산으로 승인된 사업의 계속
	제98조 ① 한 회계연도를 넘어 계속하여 지출할 필요가 있을 때에는 정부는 연한을 정하여 계속비로서 국회의 의결을 얻어야 한다. ② 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 한다. 예비비의 지출은 차기국회의 승인을 얻어야 한다.
	제99조 정부는 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 **추가경정예산법률안**을 편성하여 국회에 제출할 수 있다.
	제100조 ① 국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을

	얻어야 한다. **② 국회는 국가채무 혹은 세출증가율의 상한선을 정할 수 있다.**
제59조 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.	**제101조 국세**의 종목과 세율은 법률로 정한다.
제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다. 제99조 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도국회에 그 결과를 보고하여야 한다. 제100조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	**제102조 ① 중앙정부**의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 주요 정책 · 사업 · 기관운영 등에 대한 평가를 하기 위하여 회계검사원을 둔다. **② 회계검사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 국회 각원에 그 결과를 보고**하여야 한다. **③ 회계검사원의 조직과 직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.**
제5장 법원 제105조 ② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.	**제6장** 법원 **제106조** ② 대법관의 임기는 **10년으로 하며, 중임할 수 없다.**
제6장 헌법재판소 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산 심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 ② 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대	**제7장** 헌법재판소 **제112조** ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산 심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 **6. 법률이 정하는 지방자치단체헌법소원에 관한 심판(신설)**

통령이 임명한다. ③ 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다. ④ 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다.	**② 헌법재판소는 12인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 국회의 동의를 거쳐 대통령이 임명한다.** **③ 제2항의 재판관 중 3인은 참의원에서 선출하는 자를, 3인은 민의원에서 선출하는 자를, 3인은 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자를 임명한다.** **④ 제3항의 헌법재판소재판관추천위원회의 구성과 조직에 관하여는 법률로 정한다.** **⑤ 제3항의 헌법재판소재판관추천위원회에서 추천하는 자는 법관의 자격을 요하지 아니한다.**
제112조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.	**제113조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 10년으로 하고, 중임할 수 없다.**
제113조 ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.	**제114조** ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 **재판관 8인 이상의 찬성**이 있어야 한다.
	(신설) 제115조 헌법재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.
제8장 지방자치 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다. ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다. 제118조 ① 지방자치단체에 의회를 둔	**제9장** 지방자치 **제119조 ① 지방자치단체는 주민복리에 관한 사무를 자기 책임하에 처리한다. 국가와 지방자치단체 간의 업무배분은 보충성의 원칙에 따른다.** **② 지방자치단체의 조직구성과 권한행사는 민주주의의 원칙에 따른다.** **제120조 ① 지방자치단체는 법률에 위**

다. ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.	반되지 않는 범위 안에서 자치사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. ② 지방세의 종목과 세율은 법률 또는 조례로 정한다. ③ 국가와 지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 재정에 관한 조정을 할 수 있다. ④ 지방자치단체의 회계감사를 위하여 법률이 정하는 바에 따라 지방회계원을 둘 수 있다. 제121조 지방자치단체의 종류는 기초지방자치단체와 광역지방자치단체로 한다. 제122조 ① 지방자치단체에 의회를 둔다. 지방의회는 주민의 보통 평등 · 직접 · 비밀 · 자유선거에 의하여 선출된 의원으로 구성한다. 지방의회의 조직 · 권한 · 의원선거에 관하여는 법률 또는 조례로 정한다. ② 지방자치단체의 장의 선출방법과 지방자치단체의 조직과 구성에 관하여는 법률 또는 조례로 정한다. ③ 지방자치단체의 중요한 의사결정에 관하여는 법률과 조례가 정하는 바에 의하여 주민이 직접 참여할 수 있다. ④ 지방자치단체는 자신의 권한이 침해된 경우 법률이 정하는 바에 의하여 헌법재판소와 법원에 제소할 수 있다. 제123조 광역지방자치단체는 도와

	법률이 정하는 시로 한다. 제124조 광역지방자치단체는 다음 각 호의 사무에 관하여 필요한 경우에 독자적으로 법률의 내용과 다른 조례를 정할 수 있다. 1. 지방자치단체의 조직, 인사, 행정 2. 도시계획과 지역개발 및 토지 · 주택정책 3. 주민복리를 위한 시설의 설치 및 운영 4. 유치원 · 초 · 중등학교의 설치 및 운영 5. 문화 · 예술 · 체육의 진흥 6. 기타 법률이 정하는 또는 성질상 지방자치단체에 속하는 사무 제125조 국가는 필요한 경우 법률이 정하는 바에 의하여 자신의 사무를 지방자치단체에 위임할 수 있다. 이 경우 국가는 위임사무의 처리에 필요한 경비를 전액 부담하여야 한다.
	(신설) 부칙 제O조 이 헌법의 시행 후 최초의 참의원 의원선거에서 선출된 참의원의 3분의 1의 임기는 2년으로, 3분의 1의 임기는 4년으로, 3분의 1의 임기는 6년으로 하되, 이에 관한 자세한 사항은 법률로 정한다.