

지방분권과 위임입법한계의 법리*

Dezentralisation und Prinzipien der Grenze der beauftragten Gesetzgebungen

신 봉 기 (동아대 법대 교수)

Shin, Bong-Ki / Prof. Dr. Dong-A University

- I. 서언
- II. 지방분권 입법의 미제정과 위임입법한계의 문제
- III. 구체적 입법 사례와 위임입법한계법리의 충족 문제
- IV. 결어

Zusammenfassung

Es handelt sich bei dieser Untersuchung um die Dezentralisation und Prinzipien der Grenze der beauftragten Gesetzgebungen. Ausserhalb der Einfuehrung(I) und des Schlusses(IV) wird diese Abhandlung von zwei Kapitel gebildet, also Non-Novellierung der Dezentralisations-Gesetzgebung und die Probleme der Prinzipien der Grenze der beauftragten Gesetzgebungen(II), sowie die konkrete Faelle der Gesetzgebung und die Probleme von der Fuellen der Prinzipien der Grenze der beauftragten Gesetzgebungen(III). In der II. Kapitel werden die Rechtsprechungen von dem Verfassungsgericht und dem hoechsten Gerichtshof(supreme court) mit durchgesehen und nachgeprueft. In der III. Kapitel werden die Probleme der Zugehoerigkeit der Gesetzgebungskompetenzen durch verschiedenen gesetzlichen Geltungs-Regelungen,

* 이 논문은 2003년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2003-002-B00289).

durch gesetzlichen Auftrags-Regelungen sowie durch Satzungserlass von der Gemeinde, die Probleme der 'Ob' der Gesetzlichkeit der Erlaubnis-Aufhebung aufgrund der Satzung ohne gesetzliche Grundlagenregelungen, die Gesetzgebung der sog. 'recall' und Befolgung der Grenze der beauftragten Gesetzgebungen, die Probleme der Neufassung der Artikel des Zuschusses der Beamten und die Probleme der beauftragten Gesetzgebungen, die gesetzliche Verwirklichung der Planungshoheit und die Probleme der beauftragten Gesetzgebungen.

(색인어) 지방분권(Dezentralisierung), 위임입법한계(Grenze der beauftragter Gesetzgebung), 조례(Satzung), 주민소환제(recall), 계획고권(Planungshoheit), 지방공무원(Beamte), 조세(Steuer), 국정감사(parlamentarisches Kontrollrecht), 행정사무감사(Kontroll über die Ministerien)

I. 서 언

지방분권은 오늘날 우리 시대의 핵심적 화두이다. 대통령의 국정운영의 지표일 뿐 아니라 정부와 지방자치단체 그리고 행정·문화·과학 심지어 행정수도이전과 교육 등 분야의 각종 이익단체를 포함한 시민단체 등 어느 누구나 지방분권을 거론하지 않고는 국정에 대한 논의에 참여할 수가 없는 것이 현실이다. 각종 입법에서도 지방분권의 의지가 담긴 법령들이 속속 제정되고 있기도 하다. 이는 지방분권과 국가균형발전이 중앙과 지방간 갈등의 어려움 속에서도 중요한 국정과제로 다루어지고 있음을 보여주는 증좌이다. 일반적으로 분권을 하고자 하는 이유로서 지방이 잘살고 국토가 균형되게 발전하기 위한 것이라는 점을 제시하고 있고, 또한 실제로 시민들이 분권에 관심을 갖는 이유는 중앙의 권한을 단순히 지방정부에 이양하는 것을 원하기 때문인 것만은 아니며 오히려 이제까지 시민의 참여가 배제된 행정에 주민이 참여할 수 있는 자치의 활성화를 기대하기 때문이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 문제의 해결은 결코 쉬운 일이 아니다.¹⁾

주민참여가 배제되는 가장 핵심적인 이유는 제도적으로 주민들의 참여권이 봉쇄되

1) 그러나 현재 추진중인 분권운동은 문제가 있는바, 당연히 전제되어야 할 '주민자치의 활성화'에 대한 논의가 빠져있다는 것이 그것이다. 현재의 논의대로 가게 되면 분권으로써 얻은 권력과 권한은 지방정부에서 행사하게 된다. 예컨대 부산광역시의 경우만 하더라도 4백만명의 시민위에 부산광역시청이라는 거대조직이 있다. 시민의 입장에서 보면 과거 중앙에서 행사하던 권력을 부산시청 또는 구청에서 소수의 관료들이 대신 행사하는 것에 불과한 것으로 비쳐지고 있는 것이다. 지방자치단체장선거가 있는 지 어언 8년이 넘었음에도 여전히 주민에 의한 자치가 꽃피지 못하고 지방토호들의 권력장악, 지방이기주의 및 지방의 천민자본주의화의 폐해만을 목격하고 있는 것이 현실이다.

어 있다는 점에서 찾을 수 있다. 따라서 예컨대 이미 제정된 바 있는 선언적 의미의 지방분권특별법의 제정보다 시급한 문제는 주민참여를 가로막는 현행 지방자치법을 개정하는 일이다. 우리나라 현행 지방자치법은 많은 부분에서 일본법에 영향을 받았다고 할 수 있으나, 그럼에도 일본의 지방자치법에 존재하는 주민의 참여권을 제대로 도입하지 않고 있는 것은 문제라고 하지 않을 수 없다. 즉, 주민소송권, 주민소환권 등이 우리 지방자치법에는 도입되어 있지 않기 때문이다. 뿐만 아니라 지방자치법에 둔 주민투표법 제정 근거규정에 불구하고 현재 제정된 주민투표법은 문제점이 적지 않다.²⁾ 주민에게 단순히 대표자 선거권만을 부여해서는 주민에 의한 자치는 실현될 수 없으며, 특히 지금과 같이 단체장에 대해 정당이 공천권을 행사하고 기초의원 선거까지 정당의 입김이 미치는 상황에서 주민들에 의한 직접민주적 참여권이 보장되지 않는다면, 주민들에게 남아있는 참여권은 과연 무엇인지 의문이다. 따라서 단체장이 주민의 이익과 의사에 반하는 의사결정을 내려도 주민이 이를 제대로 통제할 수단이 불충분하다는 점이 문제이다. 단체장이 각종 비리로 구속되고, 예산을 낭비하고, 주민의 생활환경을 파괴하는 행정처분을 내려도 그에 대해 주민이 개입하거나 통제할 수 있는 주민의 법적 권리가 보장되어 있지 않다. 이런 상황을 극복하고, 주민이 자치단체장과 지방의원 등을 견제하고 통제할 수 있는 유일한 대안은 지방자치법에서 주민에게 주민소송권과 주민소환권 등의 권리를 시급히 부여하는 것이다. 지방자치의 본질은 주민참여에 의한 주민자치의 실현에 있다. 지방분권도 주민의 참여를 전제로 하여야 의미가 있다. 그럼에도 현행 지방자치법은 주민들의 참여권보장에 매우 인색하다. 또한 조세와 행정계획 및 지방공무원수당 등 개별 법률 영역에서도 같은 문제가 존재한다.

이러한 점에서 지방분권이 지방자치법 뿐 아니라 각종 분야별 개별법률과 지방자치단체의 자치입법과의 조화속에서 이루어지게 된다는 전제하에, 이 과정에서 요구되는 것은 자치입법의 제정에 있어서 국가법령이 어떻게 투영되는가 즉 국가입법의 위임범위가 어떻게 자치입법으로 구성되는가 하는 것이 지방자치의 현실에서 지극히 중요한 것임을 간과해서는 안된다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 이 점에서 “지방자치에 있어서 위임입법한계의 법리”는 지방분권 법제의 핵심적 과제의 하나라고 할 수 있다. 본고에서 이 주제에 대한 논의를 하고자 하는 이유가 바로 여기에 있다.³⁾ 그렇지만

2) 신봉기, 현행 주민투표법제에 대한 관건, 국회보 2004. 12, 82/87면 참조.

3) 종래 위임입법한계의 문제는 형식적 의미의 법률과 행정부에 의한 행정입법 사이에 있어서 중요한 쟁점으로 논의되어 오다가, 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제도가 도입되면서 법률의 위헌심사 척도로서 헌법위임의 문제가 함께 논의되고 있는 것이 현실의 상황이다. 자치입법과 관련하여서는 지방자치법 제15조의 해석을 둘러싸고 조례제정권이 인정되는 “법령의 범위안에서”의 의미 및 그 예외로서 동조 단서의 “법률의 위임”의 이해를 둘러싸고 위헌 여부를 놓고 논란이 벌어지고 있다. 그러나 이는 어디까지나 이론적 논의에 그치고 현실을 간과한 면이 적지 않다는 점에서 문제가 있다. 지방자치에 관련된 개별 국가법률과 지방분권의 문제는 또 다른 해결하기 어려운 새로운 쟁점들을 수없이 제시하고

본고에서는 보다 구체적인 개별 사안에 대한 논의를 진행하고자 하는바, 그 현실적 실효성을 보다 확보하기 위함이 그 목적임을 먼저 밝힌다.

II. 지방분권 입법의 미제정과 위임입법한계의 문제

주민투표법이 이미 제정·시행되고 있으나, 그 입법과정에서 존재하였던 위임입법한계 법리와외의 갈등사례는 우리에게 중요한 시사점을 제공하고 있다. 주민투표제의 도입 논의는 우리나라의 지방자치 제도사에 있어서 오랫동안 중요한 화두 중의 하나였고 그 결과 이는 1994년 3월 15일, 현행 지방자치법 제13조의2에서 실정법상 구현되기에 이르렀다. 그러나 민선 지방의회 의원 선출에 따라 실질적 지방자치제의 도입 원년이라고 할 수 있는 1991년 이래 어언 십여년에 이르고 있음에도 사법권에 의한 지방자치 이념의 반영은 비교적 소극적이었던 것으로 평가되고 있어 지방자치제의 정착에 어두운 그림자를 드리우고 있다.⁴⁾ 이러한 소극적인 태도는 대법원 뿐 아니라 헌법재판소도 마찬가지이다. 1994년 주민투표 조항인 지방자치법 제13조의2를 구속력이 없는 단순한 청문절차 규정에 불과하다고 소극적으로 판시한 이래,⁵⁾ 그 입장은 지금까지도 변함이 없기 때문이다.⁶⁾ 현 정권이 지방분권의 강화와 자율을 3대 국정목표의 첫 번째 수행과제로 꼽고 그 목표를 달성한 바 있는 이 법률에 대하여, 종래의 이 같은 판례의 입장은 노정권의 지방분권정책과 충돌할 가능성도 배제하기 어렵다. 비교적 최근에 헌법재판소의 주목할만한 판례가 있었는데, 주민투표법 미제정의 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원⁷⁾이 그것이다. 위 판례를 살펴보면 지방분권에 대한 헌법재판소의 태도를 어느 정도 가늠할 수 있을 것으로 본다.

주민투표법 미제정의 입법부작위 위헌확인 헌법소원(헌결 2001.6.28, 2000헌마 735) 사건의 개요는 다음과 같다. 먼저 ① 정부는 1998. 12. 울산 울주군 등지에 핵발전소 8기의 건설계획을 가지고 있다고 발표하였고 울주군수는 세수증대 등을 이유

있다. 이 문제들을 해결하기 위해서는 종래의 논의에서 벗어난 새로운 연구체계 내지 지식모형을 제정할 필요성이 요구된다. 지방분권은 국가로부터 일정한 간격을 가질 수밖에 없는, 지방정부의 새로운 활동영역을 필요로 하면서 동시에 그에 대한 독자적 이해방식을 창출하고 있기 때문이다. 이에 따라 “지방분권과 위임입법한계의 법리”는 종래의 전통적인 위임입법한계에 관하여 새로운 해석과 적용을 하기 위한 논의의 장이 될 수가 있는 것이다.

4) 신봉기, 자치입법권의 범위와 실효성확보방안, 지방자치법연구 제1권 제2호, 2001. 12, 100/103면 참조.

5) 헌결 1994.12.29, 94헌마201.

6) 물론 아직까지 입법된 주민투표법의 위헌성에 대한 위헌 제소가 없었기 때문이기도 하다.

7) 헌결 2001.6.28, 2000헌마735.

로 이를 적극 지지하였는데, 정작 그곳에 사는 주민들과 시민단체들은 격렬하게 핵발전소의 유지를 반대하여 왔다. ② 정부는 2000. 9. 산업자원부 고시제2000-88호로 울산 울주군 서생면 신암리·신리 일대를 4기의 가압경수로 원자력발전소를 건설하기 위한 전원개발사업예정구역으로 지정·고시하는 한편, 위 서생면 비학리에 신고리원전 1호기를 건설하기로 최종 확정하였다고 발표하였는데, 이에 따라 울산광역시 주민 13만여명은 국회에 그 철회를 요구하는 청원서를 제출하기도 하였다. ③ 위 서생면 주민들인 청구인들은 이 사건 원전유치 문제가 주민에게 중대한 영향을 미치는 사항이라 보고 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표에 붙이고자 하였으나, 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관하여 아무런 입법조치가 없어 그 실시가 불가능하자 2000. 11. 이와 같은 입법부작위가 청구인들의 주민투표권(참정권), 주민자치권, 환경권, 행복추구권 등을 침해한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건 심판의 대상은 지방자치법 제13조의2 제2항에 따라 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관한 법률을 따로 제정하지 아니하는 입법부작위가 위헌인지의 여부이다. 관련조문은 다음과 같다.: 지방자치법 제13조의2(주민투표) ① 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐지·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 붙일 수 있다. ② 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.

이에 대하여 헌법재판소는 두 가지 점에서 판단하였는바, 입법자가 주민투표에 대한 법률을 제정하여야 하는 것이 ‘헌법상 의무’인지 여부에 대하여 이를 부정하였고, 또한 주민투표권이 ‘헌법이 보장하는 참정권’에 해당하는지 여부에 대하여도 이를 부정하였다.⁸⁾

8) 결정요지는 다음과 같다.: ① 헌법 제117조 및 제118조가 보장하고 있는 본질적인 내용은 자치단체의 존재의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장으로 어디까지나 지방자치단체의 자치권이다. 따라서 「헌법」은 지역 주민들이 자신들이 선출한 자치단체의 장과 지방의회를 통하여 자치사무를 처리할 수 있는 대의제 또는 대표제 지방자치를 보장하고 있을 뿐이지 주민투표에 대하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 이러한 대표제 지방자치제도를 보완하기 위하여 현행 「지방자치법」은 주민에게 주민투표권, 조례의 제정·개폐청구권, 주민감사청구권을 부여함으로써 주민이 지방자치사무에 직접 참여할 수 있는 길을 열어 놓고 있지만 이러한 제도는 어디까지나 입법에 의하여 채택된 것일 뿐 헌법이 이러한 제도의 도입을 보장하고 있는 것은 아니다. 따라서 지방자치법 제13조의2가 주민투표의 법률적 근거를 마련하면서, 주민투표에 관련된 구체적 절차와 사항에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하였다고 하더라도, 주민투표에 관련된 구체적인 절차와 사항에 대하여 입법하여야 할 헌법상 의무가 국회에 발생하였다고 할 수는 없다. ② 우리 헌법상 참정권은 국민이 국가의 의사형성에 직접 참여하는 직접적인 참정권(국민투표권)과 국민이 국가기관의 형성에 간접적으로 참여하거나 국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 권리인 간접적인 참정권(공무원선거권, 공무원임권)으로 나눌 수 있는바, 지방자치법 제13조의2에서 규정한 주민투표권은 그 성질상 이를 ‘법률이 보장하는 참정권’이라고 할 수 있을지언정 ‘헌법이 보장하는 참정권’이라고 할 수는 없다.

먼저 住民投票權이 憲法上 參政權이 아닌지 與否와 관련하여, 헌법재판소는 주민투표권을 헌법이 보장하는 참정권에 해당하지 않는다고 하고 있는바, 그것이 타당한지는 의문이다. 헌법의 직접적 또는 간접적 성문규정에서 참정권의 근거를 찾는 형식논리에 의존하고 있을 뿐 그 실질을 간과하고 있기 때문이다. 이 사건 결정에서는 헌법재판소가 어떠한 이유로 주민투표권을 국민투표권과 달리 헌법상 보장된 기본권의 하나(참정권)로 보지 않는지 및 헌법상 '열거되지 아니한 권리'로서 기본권적 수준의 권리에 해당한다고 보지 않는지에 대한 깊은 고민의 흔적을 찾기 어렵다. 먼저 헌법에서 인정된 참정권으로서의 선거권, 공무담임권 및 국민투표권은 '국민'으로서 갖는 정치적 기본권이고, 이들 각 기본권은 그 성질에 반하지 않는 한 국민인 지방자치단체 '주민'으로서도 당연히 갖는 정치적 기본권이라고 할 수 있다. 주민투표는 국민주권주의를 천명한 헌법 제1조 제2항과 조화로운 해석하에서 헌법 제118조에 의하여 인정되는 제도이기 때문에, 그에 따라 인정되는 지방자치단체의 사무에 대한 주민투표권은 헌법상 보장된 기본권의 하나인 '참정권'의 일종으로 보아야 한다. 주민투표권은 주민이 지방자치단체의 자치(정치)에 참가할 수 있는 권리를 의미하므로 정치적 기본권(참정권)의 성격을 지니고 있는 주민참정권의 하나로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 주민투표권은 참정권의 내용에 포함되는 권리로서 그 자체로서 이미 기본권에 해당되는 것이다. 뿐만 아니라 일정한 지방자치단체 구역의 범위에서 그 사무에 관하여 '국민인 주민'으로서 지역 차원의 투표권 즉, 주민투표권을 갖는 것은 헌법상의 정치적 기본권인 국민투표권과 성질을 같이 하는 것으로서 당연히 헌법 제37조 제1항의 '열거되지 아니한 권리'에 해당한다고 할 것이다. 다만, 주민투표권의 구체적 내용을 어떻게 형성할 것인가는 개별 법률에 의하여 정하여질 것이지만, 그 개별법률 역시 기본권(참정권) 내지 헌법상의 '열거되지 아니한 권리'로서의 주민투표권을 구체적으로 실현시킬 수 있는 것이어야 할 필요가 있다.

또한 眞正立法不作爲에 대한 憲法訴願의 許容與否와 관련하여 살펴보면, 넓은 의미의 입법부작위에는 진정입법부작위와 부진정입법부작위가 있는바, 청구인들이 지방자치법 제13조의2 제2항에 따라 제정하여야 한다고 주장하고 있는 주민투표에 관한 법률은 아직까지 전혀 입법이 없는 상태이므로, 이 사건 입법부작위가 진정입법부작위에 해당한다는 헌법재판소의 판단에는 의문이 없다. 그런데 진정입법부작위에 대한 헌법소원은 ① 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나 ② 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용된다는 것이 헌법재판소의 일관된 판례태도이다. 그렇다면 '따로 법률로 정'하지 않고 있는 이 건 입법자의 부작위가 이같은 진정입법부작위에 대한 헌법소원의 허용요건을 갖추었다고 할 것인가? 먼저 주민투표법의 제정을 헌법에서 명시적으로 입법위임한

것이 아니므로 위 ①의 요건은 당연히 충족되지 않았다고 보는 헌법재판소의 태도는 문제가 있다. 지방자치법 제13조의2 제2항과 같은 형식의 입법인 경우에 있어서는 ‘헌법상의 명시적 입법위임’이 있었는지 여부에 대한 판단기준은 다소 유연하여야 할 필요가 있기 때문이다. 그렇게 보면 주민투표에 관한 권리는 헌법상의 지방정치에의 참정권의 하나 내지 ‘열거되지 아니한 권리’로서의 성질을 가지는 점, 지방자치법 제13조의2 제2항에서 ‘따로 법률로’ 정하도록 한 것은 그에 관한 헌법위임규정인 헌법 제117조 및 제118조의 근거규정에 따라 제정된 것인 점에서, ‘헌법상의 명시적인 입법위임’이 있는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

한편 이를 별론으로 하고 나아가 아래의 여러 논거에 따르면 ②의 요건도 충족한 것으로 볼 수 있다. 헌법 제118조 및 제1조 제2항의 해석상 특정 지방자치단체의 사무에 관하여 (범위를 확정할 수 있는) 이해관계 있는 주민에게 기본권인 참정권에 포함되는 권리로서 지방의회에 대한 법적 구속력을 미치는 구체적인 주민투표권이 발생하여 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 헌법에 의하여 발생하였음이 명백하다고 할 것임에도, 입법자가 주민투표법의 제정이라는 입법조치를 전혀 취하지 않고 있는 것이 현재의 상황이다. 입법 당시의 論議過程을 살펴볼 때, 구체적인 근거법률인 지방자치법 제13조의2에서 ‘다른 법률’로 정하도록 위임한 것이 1994년 3월 16일이고 보면 이미 그 입법조치의 불이행상태가 7년이상 지속되고 있는 것이라 할 것이므로, 이는 정도 이상의 지체에 해당한다고 생각된다. 즉, 동 조항의 신설 당시에는 총선거와 맞물려 공직선거법, 정당법 및 정치자금법 등 정치관계법의 제정 또는 개정을 목전에 두고 있었기 때문에, 이들 법률과 함께 진행되던 지방정치 영역에서의 개정안의 핵심내용 중 하나였던 주민투표 조항의 형성에 합의가 이루어지지 못한 채 시급한 정치일정에 쫓겨 추후 계속 논의하자는 취지에서 이를 따로 정하기로 하고 지방자치법 제13조의2의 형식으로 규정하는데 그쳤던 것이었음은 주지의 사실이다. 이것은 지방자치법상의 주민투표 조항의 신설논의가 위 정치관계법과 달리 지방선거 등에 있어서는 비교적 시간적인 여유가 있었던 시기였기 때문에 이같은 합의가 가능하였던 것임을 고려한다면 7년이상의 입법의 지체는 진정입법부작위에 대한 헌법소원의 허용요건에 해당한다고 보아야 하는 것이다. 또한 立法實際를 볼 때, 지방자치법 제13조의2 제2항은 이미 입법과정에서 시급히 제정할 것이 예정되어 있었을 뿐 아니라, ‘따로 법률로 정’하는 입법형식은 단일 법률로 제정하기는 곤란하다고 판단되는 내용의 규율을 별개 법률로 독립시키고자 할 때 사용하는 방식이라 할 것이므로 당해 ‘다른 법률’은 입법상태의 공백이 없도록 가능한 한 동시에 또는 신속하게 제정함이 타당한 것이다. 따라서 동 조항의 제정으로부터 7년이상 입법이 지체되었다는 것은 합리적 기간을 넘어선 것이라고 보는 것이 옳다고 생각된다.⁹⁾¹⁰⁾

9) 예컨대, 최근 2000년 7월 1일 도시계획법이 전면 개정 시행되었는바, 동법 제34조 및 제56조에서 개발제한구역의 지정 및 행위제한 등에 관하여 “따로 법률로 정한다”고 함과 동시에, 같은 날에 개발

결론적으로 볼 때 주민투표법 미제정의 위헌여부에 대한 결정은 유사한 선관제가 있음에도 그에 대한 어떠한 입장표명도 없이 선관제를 뒤엎는 듯한 결론에 이르고 있어 문제가 있다. 뿐만 아니라 결정문을 보면 비록 각하 결정이기는 하나 그 논리적 정치성이 부족하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 즉, 논의의 순서상 진정입법부작위 소원의 허용요건과 관련하여 법령에의 명시적 입법위임 여부에 대한 판단을 전혀 하지 않았을 뿐 아니라 헌법재판소 스스로 제시한 허용요건에의 해당 여부에 대한 검토조차 엄밀히 하지 아니하고 있으며 또한 주민투표권의 기본권성에 대하여도 형식논리에만 입각하여 판단하고 있기 때문이다. 따라서 이러한 입법부작위가 위헌이라고 판단함이 옳았으며, 그렇지 않다 하더라도 헌법재판소는 이 사건에서 적어도 진정입법부작위소원의 허용요건을 인정한 후 본안판단에 이르러 - 행정자치부장관의 의견과 같이 - 주민투표입법의 곤란성 등 여러 사정을 고려할 때 재량의 범위를 넘어선 위헌적인 입법부작위가 아니라고 하는 이유로 기각결정을 하는 것이 보다 설득력이 있었다고 할 것이다.

Ⅲ. 구체적 입법 사례와 위임입법한계법리의 충족 문제

1. 법률상 각종 효력규정에 의한 입법권한 귀속의 문제

제한구역의지정및관리에관한특별조치법을 공포 시행하고 있는바, 이러한 ‘다른 법률’로 정하도록 하는 입법의 형식이 곧 이를 합리적 기간을 넘어설 정도로 장기간 방치함을 허용하는 것은 아닌 것이다.

- 10) 헌법재판소는 이제까지 입법부작위가 위헌임을 인정하는 「위헌확인」결정을 2건 판시한 바 있다(1994.12.29, 89헌마2; 1998.7.16, 96헌마246). 특히 헌법재판소는 전문의자격시험불 실시 위헌확인 등 사건(96헌마246)에서 “보건복지부장관이 의료법과 대통령령의 위임에 따라 치과전문자격시험제도를 실시할 수 있도록 ‘시행규칙’을 개정하거나 필요한 조항을 신설하는 등 제도적 조치를 마련하지 아니한 것은 헌법소원대상인 진정입법부작위로서 위헌”이라며 그 이유를 다음과 같이 설시한 바 있다. 『① 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다. 왜냐하면 행정입법이나 처분의 개입 없이도 법률이 집행될 수 있거나 법률의 시행여부나 시행시기까지 행정권에 위임된 경우는 별론으로 하고, 이 사건과 같이 “치과전문제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행해져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우”에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문이다. 따라서 보건복지부장관에게는 “헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무”가 있다. ② 상위법령을 시행하기 위하여 하위법령을 제정하거나 필요한 조치를 함에 있어서는 상당한 기간을 필요로 하며 “합리적인 기간내의 지체”를 위헌적인 부작위로 볼 수 없으나, 이 사건의 경우 현행 규정이 제정된 때(1976. 4. 15)로부터 이미 20년 이상이 경과되었음에도 아직 치과전문제도의 실시를 위한 구체적 조치를 취하고 있지 아니하고 있으므로 “합리적 기간내의 지체”라고 볼 수 없고, 법률의 시행에 반대하는 여론의 압력이나 이익단체의 반대와 같은 사유는 지체를 정당화하는 사유가 될 수 없다.』 이 사건은 시행규칙의 문제인 점을 제외하고는 본 사안과 관련하여 그 입법실제, 입법당시의 상황 등에 비추어볼 때 논리적 및 법리적인 차이가 없다고 할 것이므로 이와 달리 결론에 이른 본 사안의 결정은 타당하다고 보기 어렵다.

지방분권과 관련하여서는 특히 국회와 지방자치단체간의 권한갈등으로 나타나는 경우가 많을 것인바,¹¹⁾ 그 중 특히 국회의 권한행사가 그 원인이 되는 경우가 일반적일 것이다.¹²⁾ 먼저 法律上 效力規定에 의한 權限葛藤과 관련할 때, 지방자치단체는 국가가 효력규정으로서 정한 법률 그 자체에 의하여 직접 권한의 침해를 받을 수 있다. 그런데 우리 헌법은 지방자치단체에게 헌법이 정하는 범위안에서, 구체적으로는 관계 법령이 허용하는 한도안에서 자치권을 인정함과 아울러 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한·의원선거와 단체장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정하도록 명문화함으로써(헌법 제117조, 제118조), 자치권능적 규율과 조직법적 규율을 구분하고 있다. 따라서 자치권능적 규율의 경우에는 지방자치의 이념과 헌법의 해석에 의존하게 되는 반면, 지방자치단체에 관한 조직법적 규율은 헌법상 전적으로 국회에 귀속되므로 그러한 한도에서 지방자치단체는 국회의 형식적 입법에 크게 영향을 받게 될 수밖에 없다. 이는 입법권을 가진 국회가 어떠한 법률을 제정할 것인가 그리고 입법권의 한계를 어떻게 볼 것인가 하는 것은 원칙적으로 입법권자의 재량에 속하는 것이기 때문이다.¹³⁾

실제 국회의 법률과 관련하여 지방자치단체와 권한갈등을 빚을 수 있는 경우로는 지방자치단체의 종류·조직, 지방교육자치, 주민참여, 지방재정 등과 관련하여 발생할 수 있을 것이다. 먼저 지방자치단체의 종류와 관련된 것으로서, 지방자치단체의 폐치·분합의 경우를 들 수 있다. 지방자치법은 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 하위 관계 지방의회의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있고(동법 제4조), 이에 따라 국회는 그 근거입법으로 경기도남양주시등3개도농복합형태의시설치등에관한법률을 제정하였다. 이 경우 도농복합시에 편입되는 기존의 지방자치단체는 그 고유의 역사와 전통 등을 고려하지 아니한 채 의사에 반하여 정한 통합시에의 편입을 이유로 위 법률을 둘러싸고 국회와 권한갈등을 초래할 수 있다. 실제로 동 법률 제4조는 충북 충주시와 증원군의 폐치·분합을 규정하고 있는바, 위 규정의 입법단계에서부터 관련 지방자치단체(특히 증원군)의 심각한 반발이 있었다.¹⁴⁾ 그 후 이 사건은 헌법재판

11) 국회와 지방자치단체간의 권한갈등은 일반적으로 두 기관간의 직접적인 관련성의 부족으로 그 심각성이 크게 부각되고 있지는 않다. 그보다는 의결기관인 지방의회와 집행기관인 지방자치단체장간의 권한갈등이 기관대립주의를 채택하고 있는 우리의 법체현실에 있어서 특히 심각한 문제점으로 지적되어 왔고, 따라서 지방자치의 실효성에 관한 논의는 이들 지방의회와 단체장간의 갈등, 나아가 정부와 지방의회와의 갈등의 문제에 집중되어 왔던 것이 사실이다. 그러나 헌법상 보장된 지방자치는 국가입법권을 행사하는 국회에 입법적 형성의 자유가 폭넓게 인정되어 있음으로 인해 국회의 입법태도에 따라 지방자치의 성패가 좌우된다고 보아도 무리가 아니다. 입법권의 행사에 의한 권한갈등은 국회제정 법률이 내용으로 하는 규정 그 자체에 의하여 직접 발생하는 경우와 법률상 위임규정에 의하여 발생하는 경우 및 지방자치단체의 자치입법인 조례에 의한 경우로 구분해 볼 수 있을 것이다.

12) 반대로 지방자치단체의 권한행사로 인한 국회의의 갈등의 경우는 사전적인 입법적 제어장치를 통하여 문제시되지 않는 것이 보통이다.

13) 헌결 1989.5.24, 89헌가37,96.

소에 제소되었고 이에 대해 헌법재판소는 다음의 이유로 위 통합법률의 위헌주장을 배척하였다. 중원군과 충주시는 역사적·지형적으로 하나였고 중원군청과 충주시청이 모두 충주시에 위치하고 있는 동일생활권이므로 국회가 이 사건 법률을 제정함에 있어 잘못된 사실적인 전제를 입법의 기초로 삼은 것이 아니고, 청구인들이 원하지 아니한 곳에 거주하게 하거나 거주이전과 변경을 방해하는 것도 아니다. 또한 중원군이 충주시에 편입됨으로써 청구인들은 보다 나은 행정급부, 사회보장, 생존배려, 사회복지, 환경 및 개발계획을 기대할 수 있고, 생활공간과 행정구역을 일치시켜 보다 효과적인 주거환경이 만들어지고 중원의 전통문화계승·발전에 더 적절하고, 오히려 중원군의 기존 최소행정단위의 존치 등 중원군 주민이 기존에 누리고 있던 각종 혜택을 그대로 유지시키고 기존 공무원의 지위 유지 등 참정의 기회를 인정함으로써 기본권제한조치를 필요최소한도로 그치고 있으므로, 국회가 이 사건 법률을 제정함에 있어서 공공복리 적합성 판단과 비례원칙 적용에 있어서 명백히 잘못 되었다거나 헌법상의 가치질서를 침해하였다고 볼 수 없다는 것이다.

또한 지방자치단체의 조직에 관련된 것으로서, 지방공무원법상 동장을 별정직공무원으로 정한 것이나 또는 금고 이상의 형의 선고유예 판결을 받은 공무원을 당연퇴직하도록 정함으로써 지방자치단체의 조직상의 자치권 즉 조직고권을 침해한 것을 이유로 국회와 권한갈등이 빚어질 가능성이 있다. 전자는 동장을 별정직공무원으로 정함으로써 헌법상 보장된 직업공무원제도에 반한다는 것이나, 입법자가 동장의 임용의 방법이나 직무의 특성 등을 고려하여 동장의 공직상의 신분을 지방공무원법상 신분보장을 받지 아니하는 별정직공무원의 범주에 넣었다고 하여 바로 위헌이라고 할 수 없기 때문에 이 규정을 둘러싸고 권한갈등이 야기되더라도 입법권자의 입장이 후퇴할 가능성은 크지 않다고 할 것이다.¹⁴⁾ 한편 후자의 경우에는 갈등의 소지가 다소 있어 보인다. 금고 이상의 형의 선고유예 판결을 받은 공무원은 공직에 대한 국민의 신뢰 손상 등을 고려하면 공직으로부터의 추방이 정당화될 수 있겠지만 반면에 당해 공무원 개인의 입장에서는 지방공무원법상의 신분보장 규정의 모순과 형의 선고유예제도의 의의를 고려할 때 당연퇴직은 과중한 것으로 인식될 수 있고 나아가 그로 인한 지방자치단체의 조직상의 공백을 초래할 수도 있기 때문이다. 현행 지방공무원법은 제31조 제5호에서 공무원의 결격사유로서 “금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자”를 정하고 동법 제61조에서 “공무원이 제31조 각호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다”고 규정하여 공직배제를 규정하고 있다. 그런데

14) 헌결 1994.12.29, 94헌마201. 같은 취지의 판례로 헌결 1995.3.23, 94헌마175.

15) 그럼에도 수인의 동장이 청구인이 되어 구 지방공무원법 제2조 제3항 제2호 나목 등을 위헌이라고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였는바, 전원일치의 합헌결정이 있었다. 헌결 1997.4.24, 95헌바48. 위 조항 제2호는 다음과 같다.: 2. 별정직공무원. 나. 읍장면장동장. 다만, 조례로 일반직공무원으로 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

이것은 동법 제60조¹⁶⁾에서 정한 신분보장의 원칙에 반한다는 의심이 있을 뿐 아니라¹⁷⁾ 비록 당해 공무원이 금고이상의 형의 선고를 받았더라도 그 선고를 유예받은 때에는 당연퇴직사유로 하는 것은 옳지 못하다는 비판도 가능한 것이다. 선고유예제도는 수형자의 각종 정상을 참작하여 개선의 정상이 현저한 때에 행하는 처분이고,¹⁸⁾ 금고이상의 형의 선고를 받은 자와 그 선고를 유예받은 자의 경우에 공무원으로서의 신분에 있어서 차별적 취급을 하는 것은 형평의 원리상 긍정되는 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 헌법재판소는 이러한 차이를 인정하지 않고 당연퇴직을 통한 공직으로부터의 배제를 합헌이라고 판시하고 있다. 곧 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 받은 공무원을 당연 퇴직하도록 규정하고 있는 지방공무원법 제31조 제5호 및 제61조는, 그러한 판결을 선고받은 공무원에게 계속 공무원의 지위를 부여하는 것은 공직에 대한 국민의 신뢰를 손상시킬 우려가 있다는 점을 고려할 때 공무원의 신분보장과 직업공무원제를 규정한 헌법 제7조 제2항에 위반되지 아니한다는 것이다.¹⁹⁾

그리고 주민참여에 관련된 것으로서, 지방자치단체의 폐치·분합에 관한 법률의 제정에 있어 지방의회의 의견을 들어야 할 뿐 아니라 지방자치법 제13조의2는 주민투표에 관한 법률을 제정하여 지방자치단체의 폐치·분합에 관한 사항을 주민투표에 붙일 수 있도록 규정하고 있는데도 주민투표법의 제정도 없이 위 경기도남양주시등33개도 농복합형태의시설치등에관한법률을 제정하여 폐치·분합을 하도록 하고 있음에 대하여 폐치·분합의 입법절차상의 하자를 이유로 국회와 권한갈등이 빚어질 수 있다.²⁰⁾ 이에 대하여 실제로 관련 지방자치단체인 중원군은 적법절차의 위반으로 헌법재판소에 제소하였으나 1인의 위헌의견을 제외한 다수의견은 다음의 이유로 합헌이라고 결론을 지었다. 이 사건 법률제정절차와 관련한 적법절차는 이른바 청문절차로서 중원군과 충주시 통합의 본질적 내용에 관한 사항과 그 근거에 관하여 이해관계인에게 고지하고 그에 관한 의견의 진술기회를 부여하는 것으로 족하고 그 진술된 의견은 국회가 상반되는 이익들간의 형량을 하는데 필요한 입법자료를 제공하여 주는 기능은 하되, 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것은 아니다. 만약 그러하지 아니하고 국회가 지방의회의 의견에 구속된다면 지방자치단체의 폐치·분합은 법률의 규정에 의하도록 한 지방자치법 제4조 제1항의 입법취지가 몰각될 뿐만 아니라 국회에 대한 지방의회

16) 동법 제60조(신분보장의 원칙) ① 공무원은 형의 선고징계 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강입 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만, 1급 공무원은 그러하지 아니하다.

17) 지방공무원법 제60조 소정의 “이 법이 정하는 사유”의 하나인 동법 제61조의 당연퇴직에 동법 제31조 제5호를 포함시키는 것은 공무원 개인에 대한 과잉침해가 될 소지가 있다.

18) 형법 제51조, 제59조.

19) 헌결 1990.6.25, 89헌마220.

20) 헌결 1994.12.29, 94헌마201. 같은 취지의 판례로 헌결 1995.3.23, 94헌마175.

의 우위를 초래하는 결과가 될 것이다. 그런데 이 사건 법률제정과정에서 지방자치법 제4조 제2항, 제13조의2에 따라 각 지방의회의 의견을 구하고, 주민투표에 갈음한 주민의견조사 및 공청회를 개최한 사실이 인정되므로 적법절차의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다는 것이다. 그러나 이에 대하여 재판관 조승형은, 국회는 우선입법을 하여야 할 ‘주민투표법’을 제정하지 아니한 결과 적법한 주민투표에 의한 주민의사를 확인하지 아니하였음이 명백할 뿐만 아니라, 다수의견은 주민투표에 갈음하여 주민의견조사를 실시하였으므로 적법절차를 취하였다고 주장하나 이는 법률에 없는 절차로서 부적법함이 명백하다. 다만 1994. 5. 11. 이 사건 중원군의회 의결이 있었으나 그 내용은 13인의 의견 중 찬성 5인, 반대 7인, 무효 1인으로서 이 사건 법률을 제정하는데 대하여 반대하였음이 분명하고, 다수의견이 들고 있는 공청회와 부적법한 주민의견조사도 실시된 바 있지만 이와 같은 절차는 모두 부적법하므로 결국 이 사건 법률은 적법절차를 밟지 아니한 채 국회임의로 제정한 위헌·무효인 법률이라는 반대의견(위헌)을 제시하였다. 또한 지방자치법 제13조의2에서 주민투표법을 따로 제정하도록 하는 근거규정을 두고 있음에도 이를 제정하지 않고 있는 것은 지방자치단체의 폐차·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항에 대한 자치행정의 수행을 제약하는 것으로서 국회에게 부여된 입법무를 스스로 방치하고 있는 것으로서 입법부작위에 의한 지방자치단체의 권한침해가 될 수 있다.

또한 지방교육자치에 관련된 것으로서, 지방교육자치에 관한 법률 제13조 제1항은 조례안 등 일정한 사항을 “시·도의회에 제출할” 사항으로서 심의·의결을 거치도록 정함으로써²¹⁾ 지방교육자치단체인 교육위원회의 의결사항이 지방의회에 제출되어 다시 의결을 거치게 되는 결과 지방교육자치의 본질을 왜곡하고 지방의회의 과도한 간섭을 배제하기 어렵다는 이유로 지방교육자치에 관한 법률의 관련규정을 둘러싸고 지방교육자치단체와 당해 법률의 제정권자인 국회 사이에 권한갈등이 빚어질 수 있다. 그런데 헌법재판소는 이 문제를 다룬 사안에서 본안에 관한 판단을 회피한 채 다음과 같이 청구인의 기본권 주체성을 부인함으로써 각하하고 있다.²²⁾ (1) 교육위원인 청구인들은 기본권의 주체가 아니라 공법인인 지방자치단체의 합의제기관인 교육위원회의 구성원으로서 “공법상 권한”을 행사하는 공권력의 주체일 뿐이다. (2) 이 사건 법률조항에 의하여 공법인인 지방자치단체의 한 기관인 지방교육위원회가 심의·의결한 사항을 같은 지방자치단체의 다른 한 기관인 지방의회가 다시 의결한다고 하더라도 일반국민

21) 지방교육자치에 관한 법률 제13조(교육위원회의 의결사항) ① 교육위원회는 당해 지방자치단체의 교육·학예에 관한 다음 각호의 사항을 심의·의결한다. 1. 시·도의회에 제출할 조례안, 2. 시·도의회에 제출할 예산안 및 결산, 3. 시·도의회에 제출할 특별부과금·사용료·수수료·분담금 및 가입금의 부과 및 징수에 관한 사항.

22) 헌결 1995.9.28, 92헌마23-86.

이 아닌 지방교육위원회 또는 그 구성위원의 권한을 침해하는 결과가 발생할 수 있는 것은 별론으로 하고 지방교육위원회 구성원 개인이나 기타 국민 개개인의 기본권까지 침해하는 것은 아니다 라는 것이다. 따라서 헌법재판소는 일정한 지방교육자치사무에 관한 이중적 의결제도를 정한 법률로 인한 권한갈등의 가능성을 종료시키지 못한 채 그 문제점은 여전히 남겨두고 있다.

그리고 지방재정에 관련된 것으로서, 조세제도의 개혁을 통하여 지방자치단체의 지방세 수입원을 국세로 전환한다든지, 조세의 항목을 국세와 지방세간에 재조정하는 등의 방법으로 지방자치단체의 지방세 수입이 감소되어 지방재정의 확보를 어렵게 하는 경우에는 국회와의 관계에서 권한갈등의 문제가 발생할 가능성이 있다.

뿐만 아니라 지방자치법은 단체장의 선결처분(동법 제100조)이나 단체장의 명령·처분 또는 지방의회의 의결에 대한 감독청의 관여권한(동법 제157조, 제157조의2, 제159조) 등에 있어서 단체장 또는 감독청에 과도한 권한을 부여함으로써 지방자치제의 본질을 훼손하는 입법권행사라는 비판을 받고 있다. 즉 지방자치단체장은 지방의회의 의결사항 중 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항으로서 지방의회를 소집할 시간적 여유가 없거나 지방의회에서 의결이 지체되어 의결되지 아니한 때에 선결처분할 수 있도록 하고 있는바, “지방의회에서의 의결지체”를 이유로 하여서까지 선결처분권을 단체장에게 인정하는 것은 의원 상호간의 자유로운 토론과 합의를 기초로 한 합의제기관으로서의 지방의회의 기능을 근본적으로 무시하는 것으로서 과잉입법이라고 할 것이다. 또한 단체장의 명령·처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때 그리고 단체장이 기관위임사무의 관리·집행을 명백히 해태하고 있다고 인정될 때 감독청에게 부여된 시정명령, 취소·정지 및 직무이행명령 등의 권한은 그 개입요건의 판단에 있어서 남용되거나 자의적 판단에 의한 개입을 허용할 수 있으며, 더우기 직무이행명령의 경우에는 법원의 결정 등 정당한 권한있는 제3자적 기관의 유권적 판단 없이 바로 감독청의 개입을 허용하는 것으로서 문제의 심각성이 대단히 크다고 할 것이다. 뿐만 아니라 지방의회의 의결에 대하여 감독청이 단체장에게 재의요구지시를 하거나 불응시 취소지시 및 직접제소를 할 수 있도록 하는 것도 지방자치단체의 자치권을 공동화시킬 여지가 있는 규정으로서 권한갈등의 원인이 된다.

2. 법률상 위임규정에 의한 입법권한 귀속의 문제

지방자치단체는 국회가 제정한 법률이 일정한 범위에서 그 입법권을 행정권에게 위임함으로써도 권한의 침해를 받을 수 있다.²³⁾ 이 경우 국회와 지방자치단체간의 관계

23) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하는 한편, 제95조에서는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여

에 범위를 한정하여 볼 때, 지방자치단체는 정태적 위임입법²⁴⁾으로서의 명령·규칙 그 자체가 아니라, 그 위임입법²⁵⁾의 근거가 되는 법률상 “위임근거규정”이 구체적으로 범위를 정하지 아니함에 따라 행정입법이 제정되었고 그 결과 당해 위임근거규정으로 인하여 국회와 권한갈등이 발생할 수 있는 것이다. 법률상 위임규정은 헌법 제75조가 정하였듯이 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여” 정해져야 하는 것으로 곧 법률 그 자체에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본적인 사항이 구체적으로 - 구체적이고도 명확하게²⁶⁾ - 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고 그렇게 하지 아니한 경우에는 위임입법의 한계를 일탈한 것이 된다.²⁷⁾ 다만 최형법정주의와 관련하여 예외적으로 위임근거규정의 구체성·명확성 요건이 다소 완화되는 경우가 있을 수 있는바,²⁸⁾ 시행령에서 규정될 범죄의 구성요건이 당해 위임법률조문 하나만으로는 예측이 다소 어렵더라도 다른 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니

법률이나 대통령령의 위임...으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 일반적으로 대통령령과 총리령·부령의 발령근거와 조건 및 한계를 정하고 있다.

- 24) 여기서 정태적 위임입법이란 입법권의 위임을 받아 행정부가 제정한 일반·추상적인 법규명령을 말하는 것으로서, 국회가 행정부에게 국회의 입법권에 속하는 사항을 법규형태로 규율할 수 있는 권한을 위임하고 이에 따라 행정부에 의하여 위임된 입법권이 행사되는 것(입법권의 위임과 위임입법권의 행사)을 의미하는 동태적 위임입법의 개념과 구분된다. 김철용·홍준형·송석윤, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소 간) 제8권(1996. 11.), 25면.
- 25) 여기서 위임입법이란 통상적인 의미에서의 것으로 이해된다. 곧 국회의 입법권을 전제로 하여 국회가 그 입법권을 ‘법률적 위임’의 형태로 행정부 등 입법부 이외의 국가기관에게 위임하는 것을 말하며, 그 중에서도 주로 행정부에 대한 입법권의 위임과 이에 의거한 행정부의 입법 즉 법규명령제정이란 의미의 ‘행정입법’(Administrative Rechtssetzung)을 뜻한다고 할 것이다. 김철용·홍준형·송석윤, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소 간) 제8권(1996. 11.), 23면 이하 참조. 따라서 헌법직접적인 위임입법으로서 국회·대법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회에게 수권된 “법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서” 소정의 내부적 규율을 위한 자치입법권(헌법 제64조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항)과 지방자치단체에게 부여된 “법령의 범위안에서 자치에 관한 규정”을 제정할 수 있는 자치입법권(헌법 제117조 제1항)은 여기서 제외된다.
- 26) 헌결 1996.6.26, 93헌바2.
- 27) 헌결 1995.9.28, 93헌바50.
- 28) 헌결 1996.6.26, 93헌바2.: 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다. 그리고 위와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화될 수도 있을 것이다.

한 것으로 판단되어야 한다는 것이다.²⁹⁾ 실제 위임입법의 한계일탈 여부의 문제가 다투어지는 사안 중 많은 부분에 있어서 근거 법률상의 포괄적 위임규정에 그 원인이 있다고 볼 수 있다. 다만 여기서 당해 행정입법으로 인한 지방자치단체의 권한침해 그 자체는 행정입법 제정권자인 정부와 지방자치단체와의 관계 내지 갈등의 문제로서 본 논제와는 그 접근방법에 있어 엄밀히 구분되어야 할 것이지만 실질에 있어서 양자는 표리관계의 문제에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

3. 지방자치단체의 조례제정에 의한 입법권한 귀속의 문제

지방자치법 제15조는 헌법 제117조 제1항과 같이³⁰⁾ 지방자치단체로 하여금 “법령의 범위안에서”³¹⁾ 그 사무에 관한 조례제정권을 인정하면서 동시에 이와는 별도로 “다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 함으로써 조례에 대한 법령우위의 원칙을 보다 분명히 하고 있다.³²⁾ 따라서 지방자치단체는 법령범위안에서의 조례의 제정과 - 일정한 범위에 있어서 보다 강화된 형태로서 - 법률위임에 의한 조례의 제정이라는 2단계적 제한을 받고 있다. 그런데 여기서 ‘법령’ 여기서 법령의 의미는 일반적으로 법률·대통령령·부령 등의 법형식을 의미하나, 이러한 법령의 명시적 위임에 의해서 중앙행정기관의 장 등이 정하는 행정규칙(훈령·고시 등)과 국내법적 효력이 인정되는 국제법규도 이에 포함되는 것으로 해석된다.³³⁾ 그러나 이와 달리 독일기본법 제28조 제2항 제1문은 지방자치의 보장을 “법률의 범위안에서”(im Rahmen der Gesetze) 인정하면서, 여기서의 ‘법률’이란 국회가 제정한 법률 외에 법규명령³⁴⁾과 다른 광역지방자치단체조합의 규약을 포함하는 것으로 그 범위를 넓게 해석하고 있으나, 행정규칙에 의하여는 어떠한 구속도 받지 않는다고 보고 있다.³⁵⁾

또한 지방자치단체의 조례제정권은 “법령의 범위안에서 자치에 관한 규정”을 제정할 수 있는 헌법 제117조 제1항의 적용을 받는 것이지 헌법 제75조의 적용을 받는

29) 헌결 1994.6.30, 93헌가15내지17.

30) “지방자치단체는... 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”

31) 최근 1998년 정기국회에 제출된 정부의 지방자치법개정안에서는 동법 제15조 본문의 “법령의 범위안에서”를 “법령에 위반되지 않는 범위안에서”로 바꾼바 있다. 그러나 동조 단서는 여전히 그대로 남겨놓고 있어 근본적인 문제해결은 이루어질 수 없는 것으로 사료된다.

32) 박영도, 자치입법의 이론과 실제, 한국법제연구원(연구보고 98-2), 1998, 106면 이하 참조.

33) 따라서 “법률위임”의 요청이 다소 완화되더라도 “법령의 범위”를 벗어날 수는 없는 것이다.

34) BVerfGE 26, 228, 237; 56, 298, 309.

35) 특히 이는 지방자치단체의 재량결정이 행정규칙에 의하여 지시 내지 감독되지 않는다는 것을 뜻한다. Vgl. Schmidt-Abmann, BesVerwR 10. Aufl., 1. Abschnitt Rn. 20.

것이 아니라고 할 것이므로 조례에 대한 위임입법의 한계 문제는 헌법 제75조의 적용과는 별도로 헌법해석에 의하여 해결되어야 한다.³⁶⁾ 그렇다면 개별법에서 조례에 대한 위임규정을 두는 경우, 만일 헌법 제75조의 규정이 조례에 대한 위임에 유추될 수 있다고 본다면, 포괄적·일반적 위임입법의 금지라는 헌법 제75조의 요구는, 헌법 제117조 제1항의 규정과 그에 따른 조례의 자치입법으로서의 성격을 고려하여 일반적인 행정입법의 경우와는 달리, 완화된다고 보아야 할 것이다.³⁷⁾ 대법원과 헌법재판소도 이러한 입장에서 지방자치단체의 조례제정권을 판단하고 있다. 즉 대법원은 1991. 8. 27, 90누6613 판결에서 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 정할 수 있는 것이라고 하였다. 또한 헌법재판소도 1995. 4. 20, 92헌마264, 279 결정에서 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 하였다.

뿐만 아니라 지방자치법은 자치입법권 제정에 있어서 감독청의 제소지시에 의한 단체장의 제소나 감독청에 의한 대법원에의 직접제소를 통하여도 지방자치단체의 조례 제정권에 대한 통제가 가능하다(동법 제159조 등). 이러한 지방자치법상의 규정에 의하면 지방자치단체의 자치입법권은 대단히 제한적인 범위에 한정되는 결과 지방자치단체의 조례제정에 의하여 국회와 권한갈등이 빚어질 가능성은 법리상 희박함을 알 수 있다. 그렇지만 조례는 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 자주법이 기 때문에 법령의 위임이 포괄적이라 하더라도 그 적법성이 인정되고 있어 구체적으로 국가의 법령과 조례의 저촉관계가 문제된 때에는 실제로 조례가 국가의 법령에 위반하고 있는가의 여부는 반드시 명확하지 않은 경우가 많다.³⁸⁾ 따라서 지방자치단체

36) 김철용·홍준형·송석운, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소 간) 제8권(1996. 11.), 75면 참조. 이 경우 조례에 의한 위임입법의 한계에 관하여는 일면 조례가 법령의 하위규범이라는 점에서 헌법 제75조의 규정을 유추적용하는 문제, 타면 조례의 자치입법적 성격을 고려하여 헌법 제75조에서 설정된 기준보다도 더 포괄적인 위임을 허용할 수 있을 것인지 여부 등이 검토되어야 할 것이다.

37) 김철용·홍준형·송석운, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구(헌법재판소 간) 제8권(1996. 11.), 75-76면 참조.

38) 법령과 조례의 관계에 대한 일반적 기준에 관한 논쟁으로서 법률선점론과 조리해석론에 대하여는 박영도, 자치입법의 이론과 실제, 한국법제연구원(연구보고 98-2), 1998, 106면 이하와 박원영, 조례의 법리에 관한 연구, 동아법학(동아대) 창간호, 1985, 318면 이하 참조.

의 조례제정권의 행사를 통하여 국회의 법률을 포함한 법령과의 권한갈등의 여지는 여전히 남아있다고 할 것이다.

4. 법률근거규정 없는 조례에 기초한 허가취소의 적법 여부 문제

지방자치단체에 있어서 국가의 법령은 자치입법의 제정이나 집행에 있어서 근거가 될 뿐 아니라 그 기준이 된다. 그런데 국가법령에서 명문으로 자치입법권에 대한 근거규정을 두고 있는 경우는 크게 문제가 없으나, 그 근거규정이 전혀 없거나 또는 해석상 논란의 여지가 있는 경우에는 지방자치단체로서는 자치입법 특히 조례의 제정 가능성 여부를 둘러싸고 다툼의 소지가 있을 수 있다. 근거규정이 전혀 없는 경우에는 지방자치법 제15조 본문 및 단서의 해석이 우선적으로 논란이 될 것이고, 근거규정의 해석상 논란의 여지가 있는 경우에는 동법 제15조 뿐 아니라 당해 사무 관련 근거법령의 해석도 함께 논의대상이 되게 될 것이다. 특히 후자의 경우 문제되는 것 중 하나는, 법률의 근거규정에서는 지방자치단체의 장에게 일정한 권한을 부여하고 있음에도 그 권한사항을 지방의회가 조례로써 정할 수 있는가 하는 것이 위임입법한 계법리와 관련하여 논란이 될 수 있다.

이 점은 다음과 같은 사례와 관련하여 논의할 필요가 있다.: (1) A광역시장은 새로 시행된 국토의계획및이용에관한법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제133조³⁹⁾를 근거로 동 법률등의 위반자에 대하여 각종 처분이나 조치를 취할 수 있음을 확인하였다. (2) 그런데 A는 특히 동조에 근거한 인·허가 취소에 대하여 그 기준을 직접 정하지

39) ○ 국토계획법 제133조(법률 등의 위반자에 대한 처분)

① 건설교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 이 법에 의한 허가인가 등의 취소, 공사의 중지, 공작물 등의 개축 또는 이전 그밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다.

1. 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 자
2. 부정한 방법으로 이 법에 의한 허가인가 등을 받은 자
3. 사정의 변경으로 인하여 개발행위 또는 도시계획시설사업의 계속적인 시행이 현저히 공익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우의 그 개발행위허가를 받은 자 또는 도시계획시설사업의 시행자

② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 제1항제3호의 규정에 의하여 필요한 처분을 하거나 조치를 명한 때에는 이로 인하여 발생한 손실을 보상하여야 한다.

③ 제131조제2항 내지 제4항의 규정은 제2항의 규정에 의한 손실보상에 관하여 이를 준용한다.

○ 국토계획법 제56조 (개발행위의 허가)

① 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위(이하 “개발행위”라 한다)를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(이하 “개발행위허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시계획사업에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치
2. 토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경을 제외한다)
3. 토석의 채취
4. 도시지역에서의 토지분할(건축법 제49조의 규정에 의한 건축물이 있는 대지를 제외한다)

② 내지 ④ (생략).

않고, 당해 광역시규제개혁위원회의 심의 등 소정의 절차를 거친 후 광역시의회에 조례로써 정하도록 상정하였다. (3) 광역시의회는 A가 제출한 「개발행위허가의 취소」에 관한 조례안에 대하여, 건설교통부지침에 의하여 서울특별시 및 다른 광역시에 모두 같은 규정이 있는 점 및 그 내용이 상위법령에 부합한다는 점을 이유로 원안대로 가결 공포하였다.⁴⁰⁾ (4) 그러던 차에 A는 국토계획법에 의한 개발행위허가를 받아 이를 착수하고자 하던 토지소유자 甲에 대하여 위 조례 제1호의 취소사유에 해당한다는 이유로 이를 취소하였다. 이에 甲은 위 취소가 지방자치법 제15조 단서 소정의 법률의 위임 없이 제정된 조례에 의한 것으로 위법이라고 주장하며 그 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

지방자치법 제15조 본문 및 단서 소정의 “법령의 범위안에서” 및 “법률의 위임”의 의미는 종래의 정형화된 사안의 범위를 다소 벗어난, 그러나 현실적으로 종종 발생할 수 있는 이 사안에서도 중요한 판단의 기준이 된다. 본 사안의 쟁점은 대체로 다음의 사항이 될 것이다. 즉, 甲은 먼저 A의 개발행위허가취소처분의 위법을 주장할 수 있을 것이며, 이 경우 당해 취소처분의 근거가 된 조례 제1호의 위법을 함께 주장할 수 있을 것이다. 본 사안을 보면 조례제정에 있어서 상위 근거법률의 위임 여부가 특히 문제가 되고 있음을 알 수 있는바, 본 사안에서 보다 강조되어야 할 쟁점은 후자인 처분근거조례 제1호의 위법 여부의 점이 될 것이다. 더 구체적으로는 A의 개발행위허가취소처분 및 그 근거법령인 조례 제1호의 위법 여부가 검토되어야 할 것이다. 여기서 A의 개발행위허가취소처분의 위법 여부를 판단하기 위하여는 먼저 그 근거법령인 조례 제1호의 위법 여부가 검토되어야 할 것이다. 이 쟁점과 관련하여서는 다음의 4가지 정도의 검토가 필요하다.: ① 조례제정에 있어서 법률유보의 범위 ② 지방자치법 제15조 단서에 의하면 주민의 권리제한·의무부과·벌칙을 정함에 있어서는 법률의 위임을 요하는바, 조례로써 정하도록 하는 법률상의 위임근거 없이 제정된 조례에 의하여 주민이 그 권리침해를 주장하는 경우 그 방법 ③ 주민에 대한 권리제한 등의 조치(허가취소 등)를 취할 수 있는 권한이 법률상 단체장에게 부여된 경우에 있어 단체장이 이를 조례로써 정하도록 하는 것이 허용되는지 여부 ④ 조례 제1호의 위법 여부.

먼저 조례제정에 있어서 법률유보의 범위와 관련하여 보면, 지방자치법 제15조 단서에 의하면 주민의 권리제한·의무부과·벌칙을 정함에 있어서는 ‘법률의 위임’을 요한다. 이와 관련하여, 동법 제15조 단서의 위헌 여부 및 ‘법률이 위임’의 의미가 다름이

40) 예컨대, 공포된 『A광역시개발행위허가취소조례』는 다음을 핵심내용으로 한다:

시장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 허가를 받은 자의 청문을 거쳐 개발행위허가를 취소할 수 있다.

1. 허가를 받은 자가 허가를 받은 날부터 1년 이내 정당한 사유 없이 공사를 착수하지 아니하는 때
2. 허가를 받은 자가 공사를 중단한 후 1년 이상 정당한 사유 없이 공사를 재개하지 아니하는 때
3. 허가를 받은 자가 정당한 사유 없이 허가조건을 이행하지 아니하는 때
4. 사업을 계속함이 공익상 현저히 유해하다고 판단될 때.

되고 있다. a) 먼저 동법 제15조 단서의 위헌 여부에 대하여 학설은 합헌설과 위헌설로 대립되나, 대법원은 이를 합헌이라고 판단하고 있다.⁴¹⁾ 아래에서는 위헌설과 합헌설의 논거 및 판례의 태도를 살펴본다. aa) 먼저 위헌설의 논거는 다음과 같다.: ① 헌법 제117조 제1항에서는, 법령의 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있는 국가행정기관의 위임입법과는 달리, 조례를 법령의 범위안에서 제정할 수 있게 하였는데, 지방자치법 제15조 단서에서는 법령의 범위안에서도 제정할 수 없고 법령의 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있게 하여 추가적인 제한을 가하고 있다. ② 헌법 제37조 제2항의 규정은 국민의 자치와 권리 일반을 대상으로 하는 기본권제한의 일반적 한계를 규정한 것이지 헌법에 의하여 별도로 보장하고 있는 지방자치단체의 조례제정에 있어서의 법률의 위임에 관하여 규정한 것이 아니다. ③ 지방의회가 주민대표기관이라는 민주적 정당성을 지니고 있다는 점과 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여한 취지(전권한성의 원칙 및 자기책임의 원칙)에 반한다. bb) 다음으로 합헌설의 논거는 다음과 같다: ① 지방자치법 제15조 단서의 의미는 지방자치단체가 갖는 조례 제정권의 한계와 관련되는 규정으로서 지방자치단체의 사무가 위임사무이든 자치사무(고유사무)이든 특정영역에 대하여 법률유보의 원칙 적용에 의해 법령이 직접 규율하고 있는 때에는 조례가 독자적으로 규정하여 법령과 충돌되거나 경합되는 내용을 마련할 수 없다는 것으로 해석함으로써 헌법합치적 해석이 가능하게 된다. ② 국민의 전체의사의 표현으로서의 법률과 제한적 지역단체주민의 의사표현인 조례와의 사이에는 그 민주적 정당성에 있어서 차이를 인정할 수밖에 없고, 국민의 기본권에 관한 원칙적 규율, 기타 국민의 자유나 권리의 제한적 규율은 전국적인 민주적 정당성이 있는 법률의 위임이 있는 경우에만 가능하며, 헌법 제37조 제2항에서 말하는 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률이라는 점에 대하여는 의문이 없다. cc) 헌법재판소 및 대법원 모두 합헌론의 입장을 따르고 있다. 먼저 대법원은 전라북도공동주택입주자보호를위한조례안무효확인청구사건에서 “지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조 제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서, 그 단서에서 국민의 권리제한의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구한다고 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조 제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어서 위와 같은 경우에 법률의 위임근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고 할 수 없다”라고 판시하여 합헌설에 입각한 판시를 하고 있다.⁴²⁾ 또한 헌법재판소는 담배자판기설치금지조례사건에서 “이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행

41) 대판 1995.5.12, 94추28.

42) 대판 1995.5.12, 94추28; 동지판례, 대판 1997.4.25, 96추251.

의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다”고 판시하여 법률위임을 정한 동조 단서의 합헌성을 당연한 전제로 하고 있다.⁴³⁾ b) 또한 여기서 ‘법률의 위임’의 의미는 ‘구체적으로 범위를 정한 위임’이 아니라, ‘포괄적 위임’을 의미한다는 것이 대법원 및 헌법재판소의 판례의 입장이다. aa) 대법원 판례는, 조례에 있어서 ‘법률의 위임’의 해석은 국가입법 즉 위임명령의 경우와 달리, 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 포괄적으로 조례에 위임하였더라도 법령에 위반되지 않는 범위내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 제정할 수 있다는 입장이다.⁴⁴⁾ 즉, 동 판례에서 대법원은, 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 정할 수 있는 것이라고 하였다. 또한 대법원은 차고지확보조례의 법률적 위임근거 여부에 대하여, 도시교통정비촉진법 제19조의10 제3항에서 교통수요관리에 관하여 법에 정한 사항을 제외하고는 조례로 정하도록 규정하고 있고, … 같은 법 제19조의10 제3항의 규정은 비록 포괄적이고 일반적인 것이기는 하지만 차고지확보제도를 규정한 조례안의 법률적 위임근거가 된다고 하였다.⁴⁵⁾ bb) 헌법재판소도, 헌법이 지방자치단체에게 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다는 입장이며 이는 대법원과 같은 태도에 해당한다.⁴⁶⁾

또한 법률상의 위임근거 없는 조례에 의한 권리침해시 그 주장방법이 문제된다. a) 이는 조례로써 정하도록 하는 법률상의 위임근거 없이 제정된 조례에 대하여 주민이 그 권리침해를 주장할 수 있는지 여부 및 그것이 가능한 경우 그 방법의 문제에 해당한다. b) 조례로써 정하도록 하는 명시적인 근거규정이 없더라도 포괄적인 위임이 있다고 해석되는 경우에는 조례로써 주민의 권리제한 등의 내용을 정할 수 있다고 할 것이나, 그 제한 등의 내용이 일반법원칙에 반하는 정도의 과도한 제한인 때에는 그 권리침해를 주장할 수 있을 것이다. 이 경우 당해 조례에 대하여, 위 처분의 재판근거로서 구체적 규범통제의 대상이 될 수 있다고 본다.⁴⁷⁾

43) 헌결 1995.4.20, 92헌마264, 279.

44) 대판 1991.8.27, 90누6613.

45) 대판 1997.4.25, 96추251.

46) 헌결 1995.4.20, 92헌마264·279.

47) 이와 관련하여 구체적 규범통제에 대한 설명을 추가적으로 검토할 필요가 있다는 것만 밝힌다.

그리고 주민에 대한 권리제한 등의 조치(허가취소 등)를 취할 수 있는 권한이 법률상 단체장에게 부여된 경우에 있어 단체장이 이를 조례로써 정하도록 하는 것이 허용되는지 여부가 문제된다. a) 본 사안 조례의 근거법률 제133조 제1항에 의하면, A광역시장은 스스로 ‘인·허가의 취소’를 할 수 있고, 따라서 자치규칙으로써 ‘인·허가 취소 기준’을 정할 수 있는바, 그럼에도 불구하고 A가 직접 정하지 않고 조례에 맡길 수 있는지 여부가 쟁점이 된다. 이러한 경우에는 일률적으로 이를 부정하여서는 안되며, 그 사무의 성질상 엄격히 조례로써 정하여야 하는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분할 수 있다고 보아야 할 것이다. b) 본 사안의 경우를 보면, 단체장 A는 법률상 자신의 권한임에도 스스로 규칙(자치규칙)으로 이를 정하지 않고 광역시의회에 조례로 정하도록 이를 상정하였는바, 이것이 허용되는지 여부가 쟁점이라고 할 것이다. 단체장 A의 시의회에의 상정은 “침익적 행정에 있어서 주민의 의사를 존중하고자 하는 의지의 반영”으로서, 상위 근거법률인 토지보상법 제133조에 이를 허용하지 않는 적극적인 명시적 규정이 있지 않는 한 ‘포괄적 위임’의 범위에 해당하는 것으로서 가능한 것으로 보는 것이 옳다고 할 것이다. c) 본 사안의 경우, 단체장 A 및 감독청이 위 조례안의 제정과정에서 그 위법성을 주장할 수 있을 것인바, 그 가능성 및 인용가능성이 쟁점이 될 수 있다. 이는 곧 행정소송법 제3조 제4호, 제45조 및 제46조 소정의 기관소송에 관련된 것이라고 할 수 있다. 우리 현행 행정소송법은 기관소송법정주의를 채택하고 이는바, 그 법정된 구체적인 기관소송으로서 지방자치법 제98조 제3항, 제159조 제3항 등을 들 수 있다. aa) 만약 단체장 A가 위 조례규정을 반대함에도 불구하고 광역시의회가 이 규정을 일방적으로 제정함으로써 단체장과 갈등을 빚고 있다면 당해 조례안에 대한 재의요구 등을 통하여 A가 불복하고 제소하는 방식으로써 문제를 해결하고자 할 것이나,⁴⁸⁾ 본 사안은 단체장이 먼저 시의회에 상정한 것이므로 이 점은 전혀 문제되지 않는다. bb) 한편 단체장 A와 시의회에 의하여 제정하고자 하는 위 조례안이 감독청인 건교부장관(및 행자부장관)의 입장과 상이한 경우에는 재의요구지시를 통하여 이를 감독하고자 할 것이나,⁴⁹⁾ 설문에서는 건교부지침에 따라 위 조례안이 제정된 것이고 또 다른 광역자치단체에서도 이미 제정한 상황이므로 이러한 상황은 발생하지 않을 것이므로 이 점도 문제되지 않는다. c) 따라서 A는 근거법률의 해석상 자치규칙이 아닌 조례로써 개발행위허가의 취소에 관한 규정을 정하는 것이 전혀 배제되는 것이 아닐 뿐 아니라, 본 사안의 경우를 보더라도 A 및 상급 감독청의 재의요구 또는 재의요구지시 등의 조치가 행해질 가능성이 없으므로 A가 조례로써 위 내용을 정하는 것은 허용되며 위법이 아니라고 할 것이다.

마지막으로 이 사건 조례의 위법 여부, 특히 절차상의 하자가 있는지 여부가 문제

48) 지방자치법 제159조 제3항.

49) 지방자치법 제159조 제4항.

된다. a) 건교부지침에 따라 다른 광역자치단체(서울특별시 및 타 광역시)에서 이미 모두 같은 규정이 있다는 점은 이 사건 조례안의 적법성의 근거가 될 수 없으나, 조례안의 신설과정에 있어서 요구되는 광역시규제개혁위원회의 심의를 거쳐야 하는바,⁵⁰⁾ 이 사건 설문에서 A는 위 절차를 거치는 등 소정의 적법절차를 거쳤고, 그밖에 위의 각 항목에서 볼 때 결론적으로 이 사건 조례는 적법한 조례라고 할 것이다. b) 다만, 조례 제1호의 내용이 상위법령에 부합한다는 시의회의 적법논거의 점은 검토의 필요가 있는바, A가 규칙으로 자율적으로 정할 수 있는 사항을 스스로 조례로써 정한 것으로 시의회의 논거는 적법하다고 판단된다.

그밖에 A의 개발행위허가취소처분의 위법 여부를 보면, 甲은 A의 개발행위허가취소처분의 위법성을 다투면서, 법률의 근거 없는 조례임을 그 위법의 논거로써 제시하고 있는바, 위에서 검토한 바와 같이 이 사건 조례 제1호는 적법한 조례이므로 그에 근거하여 행한 A의 이 사건 취소처분은 적법하다고 할 것이다.⁵¹⁾

5. 미군부대 移轉 주민투표조례안 무효확인 기관소송과 위임입법의 한계 문제

미군부대 이전 주민투표조례안의 무효확인을 구하는 기관소송 사건⁵²⁾의 개요는 다음과 같다.: 피고(인천광역시 부평구의회)가 2001. 12. 18. 인천광역시부평구미군부대 이전에 관한 주민투표조례안을 의결하여 원고(인천광역시 부평구청장)에게 이송하자, 원고는 2002. 1. 5. 이 사건 조례안이 지방자치법의 관련 규정에 위배됨을 이유로 한 인천광역시시장의 재의요구지시에 따라 재의요구하였으나, 피고가 2002. 1. 29. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결함으로써 이 사건 조례안이 확정·공포되었다. 이에 원고는 지방자치법 제159조 제3항에 따라 이 사건 조례안의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

심판대상 조례안의 내용을 보면, 이 사건 조례안은 인천광역시 부평구에 주둔하고 있는 미군부대이전에 관하여 구민의 의사를 밝히고 그 결과를 대한민국 정부와 미국 정부의 정책에 올바르게 반영되도록 함을 목적으로 하는 것으로(제1조), 원고는 이 조례가 공포된 날로부터 150일 이내에 주민투표를 실시하되 구민의 자유로운 의사가

50) 행정규제기본법 제3조 제3항.

51) 위 사례를 판단한다면 나아가 A의 취소처분에 있어서 재량권의 일탈·남용의 점도 인정된다고 보기 어렵다고 여겨진다. 결론적으로 볼 때 이 사건은 다음과 같이 판단될 것으로 본다. a) 이 사건 취소처분의 근거가 된 위 조례는 법률이 정하는 범위내에서 제정된 적법한 범위내의 조례이므로, 그에 근거하여 행한 이 사건 개발행위허가취소처분의 취소를 구하는 甲의 소송은 구제가능성 없다. b) 가사 위 조례가 위법이라 하더라도, 이 사건 개발행위허가취소처분의 준거가 될 상위 근거법률인 국토계획법 제133조 소정의 범위내에 해당하는 처분으로서 위 취소처분은 적법한 처분이라 할 것이므로, 이 경우에도 甲의 구제가능성은 없다.

52) 대판 2002.4.26, 2002추23.

반영되도록 하여야 하고(제2조, 제4조 제1항), 공정한 투표관리를 위하여 조례 공포일로부터 30일 이내에 구민투표관리위원회를 설치하여, 투표관리위원회 위원을 임명하며(제3조 제1항, 제2항), 투표관리위원회로부터 투표 결과를 통보받은 즉시 그 내용을 공고하는 한편(제11조 제2항), 투표 결과에 대한 구민의 의사를 존중하여 대한민국 정부와 미국 정부에 그 결과를 즉시 통지하여야 하고(제4조 제2항), 유권자는 부평미군기지 이전에 대하여 찬성할 때에는 ‘찬성’란에, 반대할 때에는 ‘반대’란에 기표한 후 투표함에 직접 넣어야 하며(제9조 제2항), 이 조례는 원고가 투표 결과를 대한민국 및 미국 정부에 통지할 때까지 적용하도록 규정하고 있다(부칙 제2항).

대법원은 이에 대하여 지방자치입법권의 범위와 한계 내지 지방분권과 관련된 몇가지 판단을 하였는바, 판결요지의 핵심은 ① 지자법 제15조 본문의 ‘법령의 범위 안에서’의 의미 및 일반적으로 조례가 법령에 위반되는 경우에는 무효가 된다는 점, ② 주민투표에 관한 지자법 제13조의2는 주민의사 반영절차에 불과하다는 점, ③ 미군부대 이전은 주민투표 대상이 아니라는 점, ④ 법규정에 반하여 지방의회가 조례로 정한 특정한 사항에 관하여 단체장이 일정한 기간 내에 반드시 주민투표를 실시하도록 규정한 조례안은 단체장의 고유권한을 침해하는 것으로서 법령에 위반된다는 점이다.⁵³⁾ 이 사건 판례의 위법이유는 주민투표의 대상이 아님에도 미군부대이전을 그 대상에 포함시킨 것, 주민투표 시행여부는 단체장의 임의적 재량사항임에도 이를 조례공포일로부터 150일 이내에 주민투표 실시를 의무화한 것인 바, 이와 관련하여 그 판단 부분(특히 ②와 ③)에 대한 검토가 필요하다.⁵⁴⁾

53) 판결요지는 다음과 같다: 먼저 ① 지방자치법 제15조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하는바, 여기서 말하는 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다. ② 지방자치법 제13조의2의 규정에 의하면, “지방자치단체의 장은 어떠한 사항이나 모두 주민투표에 붙일 수 있는 것은 아니고, ‘지방자치단체의 폐치분할 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등’에 한하여 주민투표를 붙일 수 있도록 하여 그 대상을 한정하고 있음”을 알 수 있는바, 위 규정의 취지는 지방자치단체의 장이 권한을 가지고 결정할 수 있는 사항에 대하여 주민투표에 붙여 주민의 의사를 물어 행정에 반영하려는 데에 있다. ③ 미군부대이전은 ‘지방자치단체의 장의 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항’이 아님이 명백하므로 지방자치법 제13조의2 소정의 주민투표의 대상이 될 수 없다. ④ 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 고유권한을 침해하는 규정을 둘 수 없다 할 것이다. 위 지방자치법 제13조의2 제1항에 의하면, 주민투표의 대상이 되는 사항이라 하더라도 주민투표의 시행 여부는 지방자치단체의 장의 임의적 재량에 맡겨져 있음이 분명하므로, “지방자치단체의 장의 재량으로서 투표실시 여부를 결정”할 수 있도록 한 법규정에 반하여 지방의회가 조례로 정한 특정한 사항에 관하여는 일정한 기간 내(조례가 공포된 날로부터 150일 이내)에 반드시 투표를 실시하도록 규정한 조례안은 지방자치단체의 장의 고유권한을 침해하는 규정이다.

54) 먼저 이 사건에 대한 판단에 앞서 先行的 檢討事項을 명백히 하고 들어갈 필요가 있는바, 1) 이 사건의 적용법조문은 지방의회와 단체장간의 관계에 광역단체장의 재의요구지시가 개입된 것으로 그에 대한 제소규정은 지자법 제159조 제3항이 된다. 그런데 종래의 모든 기관소송 판례에서 제소 근거조항

먼저 地方自治法 제13조의2와 이 사건 條例의 關係와 關係하여, 지방자치법 제13조의2 제2항은 “주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.”고 하고 있는바, 여기서 “따로 법률로 정한다”는 것과 별도로 “주민투표 조례를 제정한 것”이 위법인지 여부에 대하여 판단할 필요가 있다. 먼저 따로 법률로 정하도록 한 각 사항은 주민투표제도의 성질에 비추어 지방자치법 및 다른 법률에 의하여 지방자치단체의 사무에 속하는 것이어야 한다는 데에는 의문이 없다. 따라서 이 사건 조례에서 주민투표의 대상으로 정한 미군부대이전이 이들 법률에 의하여 제한사항이 없어야 한다. 그러나 지방자치법 제11조와 그밖의 국가법률과 조약에 의하여 미군부대이전을 그 대상으로 하기에는 어려울 것으로 보인다. 또한 따로 주민투표법을 제정함이 없이 이 사건 주민투표조례를 제정한 것이 위법인지 여부에 대하여 과거 1992년의 정보공개조례의 예에서 보듯이 모범이 존재하지 않는 경우에도 이를 위법이라고 단정할 수는 없다. 그러나 여기서 모범 없이 제정한 조례의 경우에는 구속성이 인정되지 않는다는 논거는 타당하지 않다. 모범의 존부와 구속성 여부는 별개의 것이기 때문이다. 그러나 대법원은 이 사건 주민투표를 주민의견조사 수준의 것으로 보고 있는 듯 하다.

또한 地方自治法 제13조의2에 의한 住民投票의 拘束力 與否와 關係하여, 대법원은 동조에 의한 주민투표를 주민의사 반영절차에 불과한 것으로 보고 있는바, 이는 종래의 헌법재판소 다수의견의 태도에 따른 것이라고 할 수 있다. 즉, 헌법재판소는 지방자치법 제13조의2의 주민투표절차에 관한 규정을 구속력이 없는 것으로 보면서 그 절차를 단순한 청문절차에 해당한다고 판단한 바 있고,⁵⁵⁾ 그 때문에 제기된 입법부작위 위헌확인 헌법소원에서 입법자가 주민투표에 대한 법률을 제정하여야 하는 것은 ‘헌법상 의무’가 아니며 또한 주민투표권은 ‘헌법이 보장하는 참정권’에 해당하지 않는다는 이유로 이를 부적법하다고 하였다.⁵⁶⁾ 그러나 제13조의2의 성립과정을 연혁적으

을 밝혀왔으나 이 사건에서는 이를 밝히지 않았다. 2) 위 ①은 해석상 구체적인 법령의 근거가 없더라도 법령에 반하지 않으면 조례를 제정할 수 있다는 종래의 대법원 태도를 확인한 것으로서, “법령(또는 법률)에 반하지 않는 한”으로 개정해야 한다는 입법론적 주장과 관련한 논의를 제외하고는 크게 논란의 여지가 없다. 3) 이 사건의 성질을 행정소송법 제46조 제2항의 무효확인소송으로 본 것은 타당하나, 종래의 기관소송 판례는 동조 제1항(취소소송 준용) 및 제3항(당사자소송 준용)의 존재에도 불구하고 모두 무효확인소송에 해당하는 것이었음을 볼 때 제1항 및 제3항의 존재의의가 약하다는 비판을 받을 수 있다. 4) 소의 대상과 관련하여 판례는 이 사건 조례안의 재의결이 무효라고 하고 있으나, 지방법 제159조 제3항의 “재의결된 사항”이라는 문언 및 그에 따라 대법원이 해석상 취하고 있는 “일부무효는 전부무효”의 법리 등은 옳지 않다고 할 것이므로(신봉기, 기관소송 주문의 형식, 행정판례연구 제4집, 1999, 368/384면; 동인, 내용상 일부무효인 조례안의 효력, 법률신문 1997년 9월 29일자, 14/15면 참조), 이를 유지하고 있는 이 판례는 문제가 있다.

55) 헌결 1994.12.29, 94헌마201 및 1995.3.23, 94헌마175.

56) 헌결 2001.6.28, 2000헌마735. 그에 대한 비판적 판례평석으로는 신봉기, 주민투표법 미제정의 위헌 여부, 법률신문 2001.7.23자, 12/13면 참조.

로 볼 때⁵⁷⁾ 대법원은 주민투표의 구속력을 인정하는 방향으로 적극적인 해석을 함이 타당하다고 할 것이다.

그리고 美軍部隊移轉이 住民投票의 對象인지 與否와 關係하여, 앞에서 보았듯이 미군부대이전이 주민투표의 대상이라고 보기에는 어려움이 있다고 생각되나, 비록 결론이 같다 하더라도 대법원은 이에 대하여 전혀 아무런 논거 없이 “미군부대이전은 원고가 그 권한에 의하여 결정할 수 있는 사항이 아님이 명백”하다는 한마디로써 주민투표대상이 아니라고 단정하고 있는 것은 문제가 있다. 또한 대법원은 더 나아가 이 조례안의 위법판단에 있어 “미군부대이전이 주민투표의 대상이 되는 사항이라 하더라도” 그 시행여부는 단체장의 임의적 재량사항인데도 그 시행을 강제하는 규정을 둔 것이 위법이라고 하고 있는바, 개인적으로는 이 부분에 대한 설시는 논거의 공색함을 여실히 보여준 것이라고 생각된다. 이미 앞에서 주민투표대상이 아니라고 하였으면 그 점을 설득력있게 충실히 논거제시를 해야 함에도 그 노력은 전혀 없이 동 조례안의 내용판단에까지 들어가 “조례가 공포된 날로부터 150일이내에 주민투표를 실시하여야 한다”고 정한 부분이 위법함을 들어 “일부무효는 전부무효”의 법리를 적용하여 이 사건 조례안이 무효라고 판시한 것은 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

그렇지만 미군부대이전 주민투표조례의 위법 여부에 대한 사건과 관련하여, 대법원은 주민투표에 관한 지방자치법 제13조의2의 규정취지 및 동조 제2항의 입법위임에 대하여 헌법재판소의 판시에 부합하는 결론을 내리고 있는바, 동 조항에 의하여 시행된 주민투표는 구속력이 없으며 단순히 청문에 불과하다는 것이 그것이다. 그러나 동 조항의 입법과정을 고려할 때 이는 옳지 못하며 구속력을 긍정하는 방향으로 해석되어야 할 필요가 있다. 또한 미군부대이전이 주민투표 대상인지 여부에 대하여 설득력 있는 논거제시 없이 만연히 그 대상이 아니라는 전제하에 가정적 화법으로써 조례안의 심사에 들어가 강제적 주민투표 실시규정을 들어 그 무효를 합리화한 것은 그 논리성의 적박함을 여실히 드러낸 것으로서 최고법원으로서의 권위를 스스로 훼손한 것이라고 할 것이다. 보다 치밀한 논거에 따른 설득력 있는 판례가 필요한 때이다. 최근 미군부대이전 뿐 아니라 미군철군이 논란을 빚고 있다. 대법원의 말 한마디가 어떠한 결과를 초래하게 될 지에 대하여 진지하게 생각해 볼 때이다.

57) 신봉기, 한국과 독일의 지방자치법상 주민투표제도에 관한 연구, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 399/401면 참조.

6. 주민소환제 입법과 위임입법한계의 준수

주민소환제의 도입은 우리 헌법의 국민주권원리와 민주국가원리 이념에 반하여서는 안될 것인바, 헌법 제2조 제1항과 제117조 및 제118조에 의하여 헌법적 근거를 갖추고 있다고 할 것이다. 뿐만 아니라 주민소환제는 지방자치단체의 선거직 공직자에 대한 주민의 직접적 선거권 행사를 전제로 또는 단체장이나 지방의회 의원 등 선출직 공직자에 의하여 임명된 중요한 직무를 수행하는 지방공직자에 대한 간접적 주권 행사를 전제로 인정되는 것이기 때문에 헌법 제7조 제1항의 공무원의 책임에 관한 규정도 주민소환제의 헌법적 근거가 될 수 있다고 할 것이다. 즉, 지방자치단체에 있어서의 직접적 또는 간접적인 선거직 공직자는 지방자치단체의 주민에 대한 봉사자인 동시에 주민에 대한 책임을 져야 한다는 헌법적 선언은, 유권자인 주민으로서 그 선출을 위한 선거권의 행사에 의해 당해 선거직 공직자로 하여금 공무를 담당할 수 있도록 하는 것을 허용할 뿐만 아니라 유권자인 주민의 의사에 반하는 행위를 한 경우에는 그 해직선거를 통해 책임을 져야한다는 것을 의미하는 것이기 때문이다.

현행 지방자치법은 주민소환에 관한 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 다만, 5년의 한시법으로서 2004년 1월 20일 제정·시행된 지방분권특별법 제14조 제1항에서 “국가와 지방자치단체는 주민참여를 활성화하기 위하여… 주민소환제도…의 도입방안을 강구하는 등 주민직접참여제도를 강화하여야 한다”고 규정하고 있어 국가와 지방자치단체에게 주민소환제도 도입의 입법적 의무를 구체적으로 부여하였다는 점에서 큰 의미를 갖는다. 한시법인 이 특별법에 따른 구체적인 주민소환제 입법 의무의 이행이 지체되는 경우에는 명백한 입법부작위로서 위헌적인 입법 의무의 방치에 해당하게 되며, 국가 및 지방자치단체는 그에 따른 헌법 및 법률상의 책임을 부담하게 될 것이다. 결국 오늘날 우리나라에 있어 주민소환제의 헌법 및 법률상의 근거의 존재는 더 이상 의문의 여지가 없다고 할 것이다.

그런데 우리나라에 있어서 주민소환제도를 도입하는 경우에 그 성격을 정치적 절차로 할 것인가 아니면 사법적 절차로 할 것인가? 이는 곧 소환사유를 유연하게 해석할 것인가 아니면 엄격하게 해석할 것인가의 문제이다. 주민소환의 성격에 관한 논쟁은 미국을 중심으로 이루어졌지만, 법률에서 전혀 어떠한 소환사유도 규정하고 있지 않다고 하여 독일과 일본에서 주민소환의 본질의 문제로서조차 전혀 검토되지 않았다고 볼 수는 없을 것이다. 다만, 각국의 사례에서 알 수 있는 것은 헌법과 법률 등 주민소환 관련 입법에서 어떠한 규정을 채택하고 있다 하더라도 궁극적으로는 사법권의 의지에 의존할 수밖에 없다는 사실에 있다.⁵⁸⁾ 우리나라의 경우 주민소환제는 주민에 의

58) 주민소환제 도입 반대론의 입장은 대체로 주민소환제가 도입되는 경우에도 소환사유와 소환대상 범위를 엄격하게 해야 한다는 입장에 선다고 할 수 있다. 따라서 반대론의 주장 논거는 주민소환제를 도입하는 경우에도 그것을 사법적 절차로 보아야 한다는 입장의 논거와 많은 부분에서 일치하게 될 것이다.

한 직접참여제의 강화와 단체장이나 지방의원 등의 주민을 위한 적절한 권한행사를 유도한다는 점에서 긍정적일 수 있지만, 우리의 현실을 고려할 때 - 아직은 - 주민소환제는 경고적 기능에 보다 비중을 두어야 할 필요가 있다고 생각한다. 즉, 현재로서는 소환사유를 증대한 직무위반과 범죄 관련 사항 정도로 한정하고, 직무상의 재량행위에 대한 사항은 소환사유에서 제외하며, 그 구체적 위반 정도에 대한 한계를 엄격히 해석하도록 하기 위하여 “잠정적으로” 사법적 절차로서의 성격을 인정할 필요가 있다. 이와 함께 수반되어야 할 것은 주민소환제에 대한 교육과 보다 성숙한 정치적인 의사 표현 방식의 체득을 위한 국가와 사회의 노력이다.⁵⁹⁾

7. 공무원 수당 조항의 신설과 위임입법의 문제⁶⁰⁾

이 점은 다음과 같은 사례와 관련하여 논의할 필요가 있다.: (1) 피청구인(대통령)은 2001.1.29. 대통령령 제17113호로 “시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다”라는 내용의 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항을 신설, 제정하였는데 이로 말미암아 청구인(강남구)은 그 소속 지방공무원들의 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등을 정함에 있어서 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’내에서 이를 하여야 하는 제약을 받게 되었다. (2) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법에 근거하여 설립된 지방자치단체로서 자치입법권, 인적고권 및 재정고권의 헌법상의 지방자치권한을 가지며 지방자치법 제9조 제2항 제1호 마목 및 사목에 의하여 청구인 소속 지방공무원의 수당에 관한 지급기준, 절차, 방법 등을 구체화하는 규칙의 제정 및 시행에 관한 권한과 이에 관련된 예산의 편성 및 집행에 관한 권한을 가지는데, 피청구인이 위와 같은 규정을 제정하여 청구인의 이 권한들을 침해하였다고 청구인은 주장하면서 그 침해의 확인과 위 규정의 무효확인 또는 취소를 구하는 권한쟁의심판을 제기하였다.

이 사건의 심판대상은 피청구인이 지방공무원수당등에관한규정 제15조 제4항(이하 ‘문제조항’이라 한다)이 위헌이어서 이를 제정한 행위가 청구인의 권한을 침해하는 것인지 여부 및 이로 인하여 이 사건 규정조항이 무효이거나 취소되어야 하는 것인지 여부이다. 문제조항의 내용은 다음과 같다.: 지방공무원수당등에관한규정 제15조 ① 근무명령에 의하여 규정된 근무시간외에 근무한 자에 대하여는 예산의 범위안에서 시간외근무수당을 지급한다. 다만, 비전임계약직공무원에 대하여는 이를 지급하지 아니

59) 우리나라에 있어서 주민소환제의 입법의 구체화 및 그 후속적 문제에 대한 논의에 대하여는 신봉기, 지방자치에 있어서 직접민주제 방식의 도입 -특히 주민소환제와 관련하여-, 공법연구 제33집 제1호, 2004. 11, 205/209면 참조.

60) 그에 대하여는 신봉기, 江南區廳과 大統領間の 權限爭議 -헌결 2002.10.31, 2001헌라1 결정-, 법률신문 2003.5.22, 14/15면 참조.

한다. ② 시간외근무수당은 매 시간에 대하여 당해 공무원에게 적용되는 기준호봉의 봉급액의 7할(계약직공무원의 경우에는 당해 공무원의 연봉월액의 60퍼센트 해당금액의 5할을 말하며, 이하 “봉급기준액”이라 한다)의 192분의 1의 15할을 지급한다. ③ (생략) ④ 시간외근무수당의 지급기준·지급방법 등에 관하여 필요한 사항은 행정자치부장관이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 장이 정한다.

헌재공보는 이 사건의 결정이유 요지로 8가지를 제시하고 있으나, 본고에서는 그 핵심적 내용인 다음의 사항을 중심으로 살펴본다.: (1) 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, 헌법재판소가 “법령의 직접적인 위임에 따라 수립행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 판시(헌결 1992.6.26, 91헌마25)한 바에 따라, 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다. (2) 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로, 문제조항은 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 한 헌법 제117조 제1항에 위반되는 것이 아니다. (3) 문제조항은 시간외근무수당의 대강을 스스로 정하면서 단지 그 지급기준·지급방법 등의 범위만을 행정자치부장관이 정하도록 하고 있을 뿐이므로 청구인은 그 한계내에서 자신의 자치입법권을 행사하여 시간외근무수당에 관한 구체적 사항을 자신의 규칙으로 직접 제정하고 이를 위하여 스스로 예산을 편성, 집행하고 또 이를 토대로 하여 관련된 인사문제를 결정할 수 있다. 또한 행정자치부장관이 정하게 되는 ‘범위’라는 것이, 지방자치단체장의 구체적인 결정권 행사의 여지를 전혀 남기지 않는 확실적인 기준을 의미하는 것으로 볼 근거는 전혀 없는 것이므로, 문제조항은 그 형식이나 내용면에서 결코 지방자치단체장의 규칙제정권, 인사권, 재정권 등을 부정하는 것이 아니므로 청구인의 “헌법상 자치권한”을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다. (4) 헌법 제117조 제1항은 법령의 규정이 지방자치단체의 자치입법권에 우선하고 있음을 명시하고 있거니와 여기서 말하는 ‘법령’ 가운데에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함되는 것이므로 문제조항이 법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 청구인의 법률상의 권한을 제한하도록 한 것이라면, 그 제한이 지방자치의 본질을 침해하는 것이 아닌 한, 이는 청구인의 권한을 침해하는 것이 아니다. 그리고 문제조항에서 말하는 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’라는 것은 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙에 의하여 정하여지는 범위’를 가리키는 것이고 법규명령이 아닌 단순한

행정규칙에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다고 해석되므로 문제조항은 법규명령에 의한 자치권의 제한 이상을 의미하는 것이 아니므로, 청구인의 “법률상 권한”을 침해하는 것이 아니다.

이 사건과 관련하여 먼저 헌법 제117조 제1항 소정의 ‘법령’의 의미를 살펴볼 필요가 있는바, 우리 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’은 법률 이외에 대통령령, 총리령 및 부령과 같은 법규명령이 당연히 포함된다. 다만, 행정규칙의 형식을 취하지만 그것이 법규적 성질을 갖는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 이른바 ‘법규적 성질(내용)을 갖는 행정규칙’ 또는 ‘행정규칙 형식의 법규명령’도 위 법령에 포함될 것 인지는 의문이 있을 수 있다. 그러나 대법원의 일관된 판례⁶¹⁾와 헌법재판소의 판시⁶²⁾는 이를 긍정하고 있다. 따라서 위 법령에는 ‘법규명령으로서 기능하는 행정규칙’이 포함된다고 한 헌법재판소의 판시는 타당하다고 할 것이다.

또한 문제조항 중 “행정자치부장관이 정하는 범위”의 의미와 관련하여 이를 명확히 할 필요가 있는바, 헌법재판소는 문제조항 소정의 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’를 “법규명령으로 기능하는 행정규칙”에 의하여 정하여지는 범위”로 이해하면서 동시에 “법규명령이 아닌 ‘단순한 행정규칙’에 의하여 정하여지는 것은 이에 포함되지 않는다”고 해석하고 있다. 그런데 이러한 헌법재판소의 해석은 타당성을 결여하고 있다고 본다. ① 먼저 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’는 그 형식이 부령이 아닌 것으로 보아야 한다. 이 점은 헌법재판소가 이를 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙’으로 본 것 과도 일치한다. 입법기술상 법규명령인 부령으로 정하는 경우에는 일반적으로 “행정자치부령으로 정한다” 또는 “행정자치부령으로 정하는 범위”로 정하여야 하기 때문이다. 예컨대, 도시개발법 제63조 제8항(“건설교통부령으로 정한다”)에 따라 동법시행규칙 제33조를 두고 있는 반면에(유사형식으로 동법 제70조 제4항과 시행규칙 제34조 제2항, 법 제72조 제2항과 규칙 제33조 제1항, 법 제38조 제2항과 규칙 제22조 등), 문제조항과 같은 형식을 취하는 동법 제5조 제4항 및 제57조 제1항(“건설교통부장관이 정한다”)은 부령인 시행규칙의 어디에도 관련규정이 없다. 뿐만 아니라 동법시행령 제25조 제2항, 제28조 제3항, 제32조 제1항 및 제4항, 제46조 제6항, 제47조 제2항, 제48조, 제62조 제3항, 제63조 제4항에서도 같은 형식을 취하고 있으나(“장관이 정한다”) 부령인 시행규칙에는 아무런 관련규정이 없다. 같은 규정형식을 취한 동법시행령 제65조 제4항 하나만이 시행규칙에서 그 근거를 두고 있을 뿐이다. 이는 곧 문제조항의 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’가 행정규칙으로 정하는 것이 원칙이라는 것이 입법자의 의도임을 반증하는 것이다. ② 그러나 백번 양보하여 이를 “법규명령으로 기능하는 행정규칙”에 의하여 정하여지는 범위”로 이해한다 하더라도 그에 포함되지

61) 대판 1987.9.29, 86누484; 1994.3.8, 92누1728; 2002.9.27, 2000두7933.

62) 헌결 1992.6.26, 91헌마25.

않는 “법규명령이 아닌 ‘단순한 행정규칙’에 의하여 정하여지는 것”과의 관계에서 볼 때 위 문제조항의 관련 부분을 헌법재판소와 같이 해석하는 것은 너무 자의적인 한정 합헌 유사적 판단으로 보인다. 즉, 어떠한 경우에 전자 또는 후자에 속할 것인지의 판단이 불명확한 것이다. 또한 헌법재판소의 해석에 따르게 되면 매 사안마다 법원에 의하여 해석기준의 불명확성에 따른 무원칙적 판단이 이루어질 가능성을 배제하기 어렵다. 따라서 위 문제조항은 그 불명확성의 정도가 과도하여 위헌·위법의 소지가 크다고 할 것이다. ③ 다만, 문제조항의 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’를 “‘법규명령으로 기능하는 행정규칙’에 의하여 정하여지는 범위”로 극히 예외적으로 이해하는 경우에는 헌법재판소의 결론과 같이 헌법 제117조 제1항에 위반되지 않는다고 볼 수도 있을 것이다.

그리고 청구인의 헌법상 자치권한에 대한 본질적 침해인지 여부와 관련하여 볼 때, 결정이유요지 (3)에서 밝힌 헌법재판소의 판시내용은 그 자체로서는 전혀 틀리다고 할 수 없으나, 지방자치단체장이 그 구체적인 결정권 행사를 하는 경우에 있어 법원 으로서는 매 사안별로 헌법상의 자치권한이 본질적으로 침해된 것인지 여부를 판단해야 하는 부담을 지게 되어 어려움을 초래할 여지가 크다는 점에서 문제가 있다.

마지막으로 문제조항과 청구인의 입법권한의 충돌로서 권한쟁의 사유가 될 수 있는 바, 이를 보면 결정이유 요지 (4)의 전반부와 같이, 헌법 제117조 제1항에 의하여 법령의 규정이 지방자치단체의 자치입법권에 우선하고, 위 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다. 그런데 문제조항이 (위에서 보듯이 비록 극히 예외적이긴 하나) 법규명령으로 기능하는 행정규칙에 해당되고 또 그에 의하여 청구인의 법률상의 권한을 제한하도록 한 것인 때에는, 문제조항인 국가입법(대통령령)과 청구인의 자치입법권 사이에는 권한의 존부 및 범위에 대한 다툼이 존재하게 되므로 이는 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의의 사안에 해당된다고 할 수 있다. 이 문제를 단순히 ‘법규명령으로 기능하는 행정규칙’ 개념의 적용을 통하여 해결하고자 하는 것은 문제의 본질을 흐리게 하는 것으로서, 이미 결정해 둔 소극적 결론에 대입시키고자 하는 것이라는 비판을 받을 여지가 있다.

따라서 결론적으로 볼 때, 본 사안의 결론은 ‘법규적 성질을 갖는 행정규칙’임을 당연한 전제로 하는바, 이 점은 문제조항인 당해 조문(제4항)의 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’를 이에 해당한다고 만연히 판단하고 넘어가고 있다는 점에 문제가 있다. 이 결론에 이르기 위해서는 정작 요구되는, 당해 조항에 근거하여 행정자치부장관이 행정규칙으로 정한 범위가 실질적으로 법규적 성질을 갖는 행정규칙에 해당하는지에 관한 법원에 의한 구체적인 평가절차가 있어야 함에도 이를 결하고 있는 것은 문제라고 하지 않을 수 없다. 만약 이 사건 판례의 취지대로라면 이같은 형식의 규정에 따른 다른 유사사례의 해결에 있어서도 문제가 발생하게 될 우려가 있다. 즉, 매 사안의 판단시 당해 사건 담당 법원이 문제조항의 형식에 따른 행정규칙에 대하여 만연히 법규

적 성질을 갖는 것으로 간주한 후 쉽게 원하는 결론을 내리게 될 우려가 있음을 배제하기 어렵다.⁶³⁾

K C I

63) 첨언하건대, 본고는 대통령이 정한 ‘행정자치부장관이 정하는 범위’의 의미를 여하히 판단할 것인가를 중점적으로 검토하기 위한 것이므로, 본안에 관한 사항인 권한의 침해 여부에 대한 것은 여기서 상세히 다루지 않았음을 밝힌다.

8. 계획고권의 법률적 구현과 위임입법의 문제

계획고권(Planungshoheit)의 인정 여부에 관한 논의는 아직도 여전히 우리나라에서 높은 관심의 대상이 되고 있다.⁶⁴⁾ 특히 최근 종래의 국토이용관리법과 도시계획법을 통합한 단일의 국토계획법인 ‘국토의계획과이용에관한법률’상 국토 및 지역계획의 수립권한을 평가할 때 현행과 마찬가지로 계획고권의 인정 여부에 대한 논쟁은 계속된 바 있다. 2003년 1월 시행 이전의 구 도시계획법상의 도시기본계획(광역도시계획 제외) 및 도시계획의 책정절차를 보면, ‘수립권(제6조)과 승인권(제10조)’ 내지 ‘입안권(제18조)과 결정권(제23조)’으로 분리하여 그 권한행사의 주체를 달리하고 있음으로써 계획고권의 인정에 소극적 평가를 받은 바 있다. 즉, 수립권 내지 입안권(계획입안권)은 계획주체로서의 특별시장·광역시장 또는 시장·군수에게, 그리고 승인권 내지 결정권은 건교부장관 또는 시·도지사에게 속해 있는 것이 그것이다. 도시계획 입안의 지침을 정하는 도시기본계획은 특별시장·광역시장·시장·군수가 입안/결정을 통하여 수립한 후에 건교부장관의 승인을 얻어 공고하게 되며, 승인된 도시기본계획은 도시계획 입안에 있어 반드시 반영하여야 한다. 도시계획은 국가계획과 관련하여 건교부장관이 입안할 필요가 있는 경우를 제외하고는 특별시장·광역시장·시장·군수가 입안한 후 시·도지사(원칙)·건교부장관(예외)의 결정을 구하여 고시한다. 이러한 법률규정을 볼 때 계획주체로서의 지방자치단체에게 계획수립권 내지 입안권만을 인정하고 건교부장관 또는 시·도지사가 승인 내지 결정권을 장악한 결과 이를 자의적으로 행사함으로써 지방자치단체(적어도 기초지방자치단체)의 계획입안권을 유명무실하게 만들 우려가 있고 따라서 계획고권을 인정할 수 없다는 것이 계획고권 부인론의 주장의 핵심이다.⁶⁵⁾ 한편 2003년 1월부터 시행된 통합 국토계획법에 의하면, 2 이상의 광역시, 시 또는 군의 지역(광역계획권)에서 수립되는 광역도시계획의 수립권은 건교부장관 또는 시·도지사에게 있고(제11조), 동 계획이 시·도지사에게 의해 수립 또는 변경될 경우에는 건교부장관의 승인을 얻어야 하며(제16조), 도시기본계획의 경우에도 특별시장·광역시장·시장·군수가 이를 수립한 경우에는(제18조) 건교부장관의 승인을 얻어야 하고(제22조), 구속적 계획인 도시관리계획의 경우에는 국토계획과 관련이 있는 등의 사유에 해당되어 건교부장관이 입안할 필요가 있는 예외적인 경우를 제외하고는 특별시장·광역시장·시장·군수가 이를 입안하고(제24조), 그 결정권자는 원칙적으로 시·도지사가 하되 예외적인 경우에만 건교부장관이 될 수 있도록 하고 있다. 이러한 새로운 통합 국토계획법상의 계획책정권을 보면, 그 명칭에 있어 구 도시계획이 도시관리계획으로 변경된 것을 제외하고는 계획의 수립권·승인권 내지 입안권·결정권의 주체는 현행법과 전혀

64) 그에 대하여는 신봉기, 계획고권 재론, 토지공법연구 제17집, 2003. 2, 253/272면 등 참조.

65) 김해룡, 새로운 국토계획 관련법제에 대한 평가와 개선방향, 토지공법학회 제31회 학술대회 발제자료집 13면.

차이가 없다(다만 구청장의 입안권이 배제되었음이 특징이다). 따라서 계획고권 부인론의 주장은 신법하에서도 같은 맥락에서 그대로 유지되는 것이라고 할 수 있다. 그러나 그에 대하여는 우리나라에서도 계획고권이 인정된다는 입장도 있으며,⁶⁶⁾ 그 지지자도 적지 않게 발견된다. 따라서 신법제하에서 지방자치단체의 계획고권과 국가와의 관계에 대한 논의가 다시 한번 이루어져야 할 필요성이 있다고 생각된다.

계획고권이란 계획수립주체인 지방자치단체가 자기 책임하에 자주적으로 계획을 수립할 권한을 말하는 것으로서 독일의 건설법전(BauGB) 제2조 제1항에서 명문으로 인정하고 있고 또한 헌법상으로도 지방자치제 보장(기본법 제28조 제2항)의 본질적 요소의 하나로서 인정되고 있는 것이다.⁶⁷⁾ 계획고권이란 계획자치단체가 스스로의 책임으로 자주적인 도시계획을 수립할 수 있는 권한을 뜻하는 것이기 때문에 이는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자치행정권의 본질적 범위내에 속하는 것으로서 인사고권이나 재정고권, 지역고권 및 조직고권 등과 함께 지방자치단체의 고유한 권한이라고 보아야 한다. 이는 우리 헌법하에서도 마찬가지라 할 수 있으며, 보다 구체적으로는 우리 헌법 제117조가 계획고권까지도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 가사 현행 도시계획법 등 일반 계획법률에서 계획고권을 구체적으로 규정하고 있지 않다 하더라도 이는 “헌법상 보장된 지방자치행정권에서 당연히 나오는 본질적인 것”이라고 보아야 한다.⁶⁸⁾ 이 점에서 우리 학자들도 계획고권을 지방자치단체의 권능의 하나로써 열거하고 있기도 하다.⁶⁹⁾

헌법상 보장된 계획고권을 근거로 하여 지방자치단체는 비로소 자치행정권보장의 본질적 내용을 형해화·공동화시키는 일반 법률규정으로부터 보호받을 수가 있고, 자기에게 영향을 주는 다른 지방자치단체의 계획에의 참여권을 부여받게 되며, 자기의 계획고권을 침해하는 위법한 계획과 건축허가 등에 대하여 방어권능을 가짐으로써 행정쟁송절차에서 당사자가 될 수 있는 지위를 누릴 수가 있다. 또한 계획고권은 다툼있는 각종 계획법상의 규정에 대한 해석원리로서의 기능도 가지게 된다.

그러나 도시기본계획 내지 도시계획의 수립 내지 입안권은 계획에 필요한 자료의 수집과 이익형량 및 주민참가 등의 절차를 거친 ‘계획 그 자체를 사실상 이미 완전히

66) 이미 1989년부터 논문을 통해 우리나라에서도 계획고권이 인정된다는 입장을 밝혀온 바 있는 필자로서는, 국토계획법제가 전면적으로 개편된 현시점에 이르러 그에 관한 견해를 다시 한번 분명히 할 필요가 있어 본고를 통하여 이를 제시하고자 한다. 신봉기, Zur kommunalen Planungshoheit in Südkorea, Der Städtetag 1989. 9, 582ff.; 계획제량 및 형량명령이론에 대한 재검토, 고시연구, 1989. 12, 174/190면; 도시계획에 있어서 지방자치단체간의 조정의무, 김도창교수고회기념논문집, 1993. 761/776면; 행정계획에 대한 사법적 통제, 토지공법연구 제10집, 2000, 197/211면; 계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제, 법률신문 2002년 5월 16일자 14면 등 참조.

67) Hoppe, Kommunale Selbstverwaltung und Planung, 1983. 564ff.

68) BVerwG, DVBl. 1969, 362ff.; Hoppe, RuL, 1988, Rn. 72f.

69) 신보성, 현대행정법의 이론, 1988, 347면.

완료한 상태'까지를 의미하는 것으로서 '실질적인 계획의 완성'을 뜻하는 것이다. 이렇게 이미 수립 또는 입안된 계획과 관련하여 갖는 건교부장관 및 시·도지사의 권한(승인권 내지 결정권)은 단지 도시기본계획에 있어서는 그 '승인여부'만을(제10조), 도시계획에 있어서는 그 '결정여부'만을(제24조) 상위계획과 당해 도시의 성격 등을 고려하여 감독관청의 지위에서 '판단'하는 작용에 불과하고, 이미 수립 내지 입안된 계획에 대하여 건교부장관 및 시·도지사가 독단적으로 변경하여 승인 내지 결정하는 것은 허용될 수 없는 것으로 보아야 한다. 이렇게 해석하는 것이 법적 안정성에 기초한 헌법합치적 해석일 것이고 또한 지방자치단체의 계획권이 지방자치제의 본질에 반하지 않는 범위에서 자주적으로 행사될 수 있게 되는 것이다. 따라서 도시계획법상 특별시장·광역시장·시장·군수가 갖는 계획수립 및 입안권은 "헌법이 보장한 지방자치행정권의 본질로서의 계획고권의 일반 법률적 표현"이라고 보아야 한다.

한편 독일 건설법전상의 건설기본계획(준비적 토지이용계획과 구속적 건축상세계획을 포함한다. 전자는 우리의 도시기본계획, 후자는 도시계획에 해당한다)은 지방자치단체가 자기책임하에서 수립하도록 되어 있으나(제2조 제1항), 토지이용계획과 건축상세계획 모두 상급행정관청의 승인(Genehmigung)을 받도록 되어있다(제6조 제1항, 제11조 제1항). 그러므로 평면적으로 보더라도 도시계획법상의 계획수립/입안권은 건설법전 제2조 제1항의 계획고권(Planungshoheit)에 해당하는 것이라고 할 것이고, 또한 건교부장관 또는 시·도지사의 승인/결정권은 건설법전 제6조 제1항 및 제11조 제1항에 의거 필수적으로 요구되는 상급행정관청의 승인과 같은 지위를 갖는 것으로 볼 수 있다(그런데 우리 도시계획법 제18조 제1항 단서에서 국가계획과 관련하여 필요한 경우 건교부장관에게 계획입안권을 예외적으로 인정하고 있어 그 위헌성 여부가 문제될 수 있으나, 이를 위헌으로 단정하기는 어렵다고 본다⁷⁰⁾).

계획고권은 지방자치행정권의 본질적 내용으로서 이미 헌법상 인정된 것이며,⁷¹⁾ 이것은 조례고권(자치입법권)·조직고권(자치조직권)·인사고권·재정고권(자치재정권) 등이 국가 또는 상급자치단체의 감독·지시 등에도 불구하고 지방자치단체의 자치권능으로 의심없이 긍정되고 있는 것과 같다. 따라서 이제는 계획고권의 인정 여부의 문제가 아니라, 계획고권을 형해화시키는 입법이나 지방자치단체의 계획고권의 행사를 공동화시키는 국가 또는 상급행정관청의 각종 제재조치에 대한 '통제'의 문제로서 접근하여야 한다. 지방자치단체의 계획고권은 도시계획을 건교부장관이 직접 입안하도록 하거나 법률상 명시적으로 지방자치단체의 계획고권을 부정하는 등과 같이 그 본질을 침해하는 경우가 아닌 한 계획고권의 인정 여부의 문제는 더 이상 논의의 실익이 없다.⁷²⁾

70) 신봉기, 김도창교수화갑기념논문집, 768면 참조.

71) 신봉기, 고시연구 1989. 12, 176/178면 참조.

또한 계획고권의 문제는 헌법상의 문제로, 계획재량(Planungsermessen)과 형량명령(Abwägungsgebot)은 계획고권을 전제로 한 헌법 및 법령상의 문제로서 이해되어야 할 필요가 있다. 이는 계획고권은 지방자치권의 보장이라는 “헌법적 기초” 영역에서 다루어지는 반면, 형량명령은 도시건설법 영역에서 다루어지고 있는 독일의 문헌을 굳이 인용할 필요도 없이 당연한 사실이라고 할 수 있다.⁷³⁾ 그리고 계획고권론의 발상지인 독일에서도 계획고권 그 자체의 인정 여부를 둘러싼 논란은 더 이상 벌어지지 않고 있음을 인식할 필요가 있다. 또한 독일연방행정법원은 계획고권의 인정 여부와 계획재량권의 허용 여부는 별개의 문제로서 이해하고 있는바, “지방자치단체의 계획재량의 인정은 계획고권에서 나오는 것이다”라고 밝힌 것에서도 알 수가 있다.⁷⁴⁾ 이같이 지방자치단체에 계획고권을 인정할 후, 그것을 전제로 계획재량, 형량하자론 등이 논의되는 것임을 보면, 우리도 더 이상 이러한 비생산적인 계획고권 인정 여부 즉, ‘Ob’ 논쟁에서 벗어나, 이제는 헌법상 보장되고 있는 계획고권을 어떻게 구체적으로 구현할 것인가에 대한 고민 즉, ‘Wie’의 문제로 접근할 준비를 갖추어야 한다.

우리의 현행 도시계획법과 개정 국토계획법도 이미 지방자치단체에게 계획고권을 인정하고 있고, 다만 계획고권이 부인되었던 것이 곧 중앙정부(건교부장관)와 시·도지사의 통제가능성이 과도하였기 때문이라면, 이것은 ‘통제’의 문제에 불과하다고 보아야 한다. 즉, 이것은 이미 헌법상 보장되고 있는 지방자치권에 대한 ‘제한의 한계’ 문제에 해당되는 것이다. 헌법상 보장된 지방자치단체의 자치행정권의 하나인 계획고권을 무의미하게 만드는 통제장치를 두게 되면 그것은 곧 위헌이라는 당연한 전제하에서, 그에 뒤이어 당해 통제제도 및 장치의 내용을 파악하여 이를 위헌적 제재 내지 통제장치인지 여부를 평가하여 판단할 별개의 문제인 것이다. 예컨대 도시계획 결정권을 예외적으로 건교부장관이 갖도록 한 것이 지방자치권의 본질을 형해화·공동화하는 위헌적 입법임을 다루는 것과 같은 것은 계획고권의 인정을 당연한 전제(Vorfeld)로 한 논의이기 때문이다. 현행 도시계획법과 개정 통합 국토계획법 역시 이러한 논리에 비추어 볼 때 특별히 다르지 않은 당연한 문제이므로 이제는 “어떻게”, 즉 “Wie”의 문제를 논의하여야 할 시점이라고 할 것이다.

계획고권은 더 이상 그 인정 여부를 놓고 비생산적인 논쟁을 하고만 있을 주제가 아니다. 이제는 자치행정권의 한 요소인 계획고권을 침해하지 아니하는 계획입법의 제·개정과 계획행정의 수행이 이루어지도록 해야 할 시점이다. 계획고권을 침해하는 계획입법이나 계획작용은 그 자체로서 통제의 대상이 될 뿐이지 그로 인하여 계획고권이 근본적으로 부인되는 것은 아니다. 그것은 조례제정권이나 지방의회의 의결에

72) 신봉기, 계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제, 법률신문 2002년 5월 16일자 14면.

73) Hoppe/Grotfels, ÖffBauR, 1995, S. 36ff., 224ff.

74) BVerwGE 34, 303f.

대하여 감독청이나 상급관청이 재의요구지시나 직접제소할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 자치입법권이 부정되지 않는 것과 같은 이치이다. 따라서 이제는 헌법상 보장된 지방자치제의 본질을 침해하지 않는, 계획고권이 보장되는 계획입법과 계획작용이 이루어지도록 하는데 우리의 관심을 집중시켜야 할 때라고 생각한다. 계획고권의 실질적 보장은 지방분권의 확장과 궤를 같이 한다고도 볼 수 있는 것이다. 이러한 논의과정에서 독일의 최근 계획고권에 관한 논의의 내용은 우리에게도 큰 참고가 될 것으로 생각된다.

IV. 결 어

지방분권은 중앙정부 권한의 지방이양과 그 성격을 달리한다는 것에는 이론이 없다. 지방분권과 위임입법한계법리에 관한 본 연구의 출발점은 중앙정부 주도의 권한이양이 아닌, 국가의 전반적 권한의 분산에 있다. 본 연구에서 다루어진 국회입법인법률상의 각종 효력규정과 위임규정에 의한 지방자치단체와의 관계에서의 입법권한 귀속의 문제, 지방자치단체의 조례 제정에 의한 입법권한 귀속의 문제, 법률근거규정 없이 제정된 조례에 기한 허가취소의 적법 여부 문제 등 뿐 아니라, 입법의 미제정에 따른 입법부작위의 문제, 지방분권 차원에서의 주민소환제 입법과 위임입법한계의 준수 문제, 행정계획 내지 국토계획법 영역에서의 계획고권의 법률적 구현의 문제 등에서 볼 때 모든 행정 영역에서 지방분권과 위임입법한계법리의 문제는 시급한 연구의 필요성이 있는 분야로서 부각되고 있다. 그럼에도 아직은 지방분권과 관련된 구체적인 위임입법한계의 문제는 거의 다루어지지 않고 있는 실정인바, 본 연구가 지방분권의 확장을 뒷받침할 수 있도록 하는 이론적 및 실무적 검토의 성과물로서 조금이나마 그 공백을 메울 수 있기를 기대한다. 다만, 아쉬운 것은 본 연구에서 다룬 각 영역 내지 각 쟁점이 다양한 국가작용의 종류에 비추어볼 때 지극히 빙산의 일각에 불과할 수도 있다는 점이다. 그러나 본 연구에서 밝혀진 지방분권에 있어서의 위임입법한계법리의 적용기준은 다른 사안에서도 대체로 적용될 수 있는 판단의 준거가 될 수 있을 것으로 여겨지며, 이 점에서 본 연구에 의의를 부여하고자 한다.

(논문게재 확인일자 : 2005. 2. 23)

참 고 문 헌

- 김성호·황아란, 조례제정권 범위확대에 관한 연구, 한국지방행정연구원, 연구보고서 1999-02 (제318권), 1999
- 김홍대, 지방자치입법론, 1999
- 김동희, 행정법Ⅱ, 2003
- 홍정선, 행정법원론(하), 2003
- Schmidt-Aßmann, BesVerwR 10. Aufl.
- 신봉기, 국회와 지방자치단체간의 권한갈등과 법적 해결방안에 관한 연구, 동아법학 제25호, 1999
- 이주희, 지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위, 이명구교수화갑논문집, 1996, 445면
- 조정환, 자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제, 공법연구 제29집 제1호
- 박영도, 자치입법의 이론과 실제, 1997, 한국법제연구원
- 최우용, 지방자치단체의 법적 지위 및 자치입법권 재론, 동아법학 제29호
- 신봉기, 수원시자동차사고지 확보조례의 위법여부, 권영성교수정년논문집, 1999, 730면
- 배영길, 조례의 법적 지위, 공법학연구 제2권, 127면이하.
- 김동복, 기관위임사무의 문제점, 토지공법연구 제12집, 2001. 5, 419면이하
- 김성호 조례제정권 범위확대에 관한 연구, 275면
- 신봉기, 주민투표법 미제정의 위헌 여부, 법률신문, 2001. 7. 23, 12/13면
- 신봉기, 자치입법권의 범위와 실효성확보방안, 지방자치법연구 제1권 제2호, 2001. 12, 100면이하
- 신봉기, 오스트리아의 地方自治制度에 관한 고찰, 法曹 1990년 4월호, 55-68면
- 신봉기, 강남구청과 대통령간의 권한쟁의, 법률신문, 2003년 5월 22일자, 14-15면
- 류지태·신봉기, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의(공저), 헌법재판연구(헌법재판소 간) 제9권, 396면, 1997년
- 석종현·신봉기외, 지역균형발전 -그 실천적 방안과 법·제도-, 도서출판 동강, 433면, 2003년 3월