

입헌주의적 지방자치론과 자치제도의 확대*

최상한**

본 연구의 목적은 입헌주의적 지방자치론에 관한 선행연구로써 이 이론을 검증하는데 있다. 이를 위해 본 연구는 입헌주의적 지방자치론을 적용하여 중앙정부, 지방정부, 주민, 그리고 헌법재판소의 상호관계가 자치제도의 확대를 위한 법률 개정에 미치는 영향을 다중심성 관계(polycentricity)에 따른 다면 내용분석(multivel content analysis)으로 검증한다. 내용분석 대상은 지방자치의 부활 이후부터 2012년 5월 현재까지 헌법재판소의 위헌판결과 권한쟁의심판 사례이다.

본 연구는 이론적 분석틀로써 '입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정'을 제안한다. 입헌주의적 지방자치의 활성화 과정이란 헌법적 해석에 따라 지방자치의 행정과정과 입법과정이 피드백(feedback)이 되어, 지방자치에 대한 규범적 원리를 제시하고, 관련 법률을 고도화 및 제도화시키는 것이라고 볼 수 있다. 이 활성화 과정은 중앙정부, 지방정부, 헌법재판소, 그리고 주민들의 상호관계 속에서 자치관련 법률이 어떻게 개정되는가를 보여준다. 분석 결과는 입헌주의적 지방자치의 활성화 과정에 따라 관련 법률의 개정으로 자치제도가 확대되어가고 있음을 확인해주며, 이에 따른 여러 시사점을 제공한다.

주제어: 입헌주의적 지방자치론, 지방자치, 제도 보장론

I. 문제의 제기

우리나라 헌법은 제8장 제117조와 제118조에서 지방자치를 제도적으로 보장하

* 이 논문은 익명의 심사평으로 완성도를 높일 수 있었다. 그분들에게 감사를 드리며, 논문의 초고단계에서 많은 조언을 주셨던 경상대학교 법과대학의 강기홍 교수님께 또한 감사의 인사를 전한다.

** Florida Atlantic University에서 행정학 박사학위를 취득하고, 현재 경상대학교 행정학과 조교수로 있다. 주요 관심분야는 지방자치, 지방분권, 공공 리더십 등이다(hchoi@gnu.ac.kr).

고 있다는 것이 학계의 통설이다. 그러나 지방자치의 헌법상 제도적 보장론은 구체적인 제도 보장을 담아내지 못해(김해룡, 2004) 최소한의 보장에 그치며(조성규, 2001; 선정원, 2007; 김배원, 2008), 오히려 법률에 의한 제한을 정당화시켜 주는 역기능을 수행할 수 있다는 공법학자들의 비판이 끊임없이 제기되고 있다(오동석, 2000; 김명연, 2004).

또한 현행 헌법이 지방자치권의 법적 지위, 권능의 보장, 목적, 방법, 종류 등에 대해 구체적 보장을 결여하고 주요 사안을 법률에 위임함으로써 입법자의 독재를 막아내기 힘들다는 문제 제기가 대두되고 있다(이기우, 2005; 선정원, 2007). 최근에는 대안으로 지방자치권 강화와 지방분권을 위한 헌법 개정을 주장하는 지방자치학자들의 목소리가 높아지고 있다(이기우, 2005; 김성호, 2007; 최진혁, 2008; 최봉기, 2011).

지방자치가 부활한 지난 21년 동안 세계 각국에서는 헌법과 법령을 개정하여 지방정부¹⁾의 자치권을 확대하고, 지방분권형 국가운영체제로 전환하고 있는(김성호, 2007; 최진혁, 2008; 박응격, 2009) 현시점에서 자치권의 확대와 지방분권을 위한 대안을 제시하는 것은 시의적절한 것이라고 할 수 있다.

지방자치의 제도적 보장에 대한 또 다른 비판적 대안으로 입헌주의적 지방자치론이 제기되고 있다. 입헌주의적 지방자치론은 헌법에 지방자치에 관한 규정이 미비하거나 없음으로 인하여 지방자치의 발전에 문제가 있음을 인정하고, 헌법 해석을 통해 지방자치의 근거와 지방정부와 주민의 자율영역을 보호하며, 지방자치의 원리를 규범화하는 이론이다(헌법재판소, 2006; 선정원, 2007; 김배원, 2008; 문상덕, 2009). 그러나 국내외적으로 입헌주의적 지방자치론에 대한 선행연구와 실증분석은 행정학계나 공법학계에서도 극히 드물다.

본 연구의 목적은 입헌주의적 지방자치론에 관한 선행연구로써 이 이론을 검증하는데 있다. 이를 위해 본 연구는 입헌주의적 지방자치론을 적용하여 중앙정부,

1) 이 글에서는 ‘지방자치단체’를 ‘지방정부’로 통일하였다. 한국과 일본은 지방정부를 지방자치단체 혹은 지방공공단체라고 부르고 있으며, 지방자치단체라는 용어는 일본의 지방공공단체라는 용어에서 유래된 것으로 추정된다(정일섭, 2008). 다만 법령의 규정에 따라 ‘지방자치단체’라는 용어가 사용하기도 하였다. 참고로 최호택·정석환(2011)의 『한국지방자치학회보』 등재논문 343편의 연구경향 분석에 따르면 가장 출현빈도가 높은 주제가 ‘지방정부’(35회)였으며, ‘지방자치단체’는 14회였다. 지방자치단체와 지방정부의 개념정리는 이달곤 외(2012: 11-13)를 참조하기 바란다.

지방정부, 주민, 그리고 헌법재판소의 상호관계가 자치제도의 확대를 위한 법률 개정에 미치는 영향을 다중심성 관계(polycentricity)에 따른 다면 내용분석(multivel content analysis)으로 검증한다. 내용분석 대상은 지방자치의 부활 이후부터 2012년 5월 현재까지 헌법재판소의 위헌판결과 권한쟁의심판 사례이다.

지방자치 부활 후 헌법에 보장된 지방자치가 발전 또는 퇴보하였는지를 관련 법률을 중심으로 분석하는 것은 향후 지방자치의 체계적인 제도화와 법률화를 위해 더 없이 중요함은 두 말할 필요가 없다. 이에 따라 본 연구는 다음과 같이 구성되었다. 첫째, 이론적 배경과 선행연구를 통해 입헌주의적 지방자치론이 무엇인지를 알아본다. 둘째, 입헌주의적 지방자치론에 관한 선행 연구를 검토한 후, 본 연구의 분석틀인 ‘입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정’을 제시하고자 한다.

셋째, 본 연구의 분석틀에 따라 헌법재판소, 중앙정부, 지방정부, 그리고 주민의 상호관계에서 나타난 지방자치 관련 법률의 개정 변화과정을 지난 21여 년간의 위헌 사례를 통해 분석한다. 본 연구는 지방자치 관련 법률의 변화과정에 영향을 미치는 광역지방정부로서 경상남도의 사례를 채택하였다. 이 장에서는 경상남도의 권한쟁의심판청구에 따른 헌법재판소의 판결을 살펴본다. 끝으로 위와 같은 사례를 바탕으로 본 연구의 함의와 결론을 도출하고자 한다.

Ⅱ. 입헌주의적 지방자치론의 이론적 배경

1. 지방자치의 제도적 보장론

지방자치의 헌법상 보장에 대해 우리나라, 독일, 브라질, 일본 등에서 통설적인 학설로 인정받고 있는 것이 제도적 보장론이다(조성규, 2001, 2005; 이기우, 2005; 선정원, 2007; 김배원, 2008). 우리나라의 경우 헌법상 지방자치의 제도적 보장은 자유민주주의의 원리(헌법 제8장 제117조, 제118조), 권력분립의 원칙, 보완의 원리 및 기본권의 보장을 내용으로 하고 있다(임승빈, 2010).

독일의 법학자인 칼 슈미트(Carl Schmitt)에 의해 주장된 제도적 보장론은 일정한 제도를 헌법에서 보장하는 것으로 그 제도의 본질을 유지하고, 제도 그 자체를

폐지할 수 없으며, 실질적 내용을 침해하거나 그 본질적 부분을 박탈하는 것과 같은 법률은 헌법에 위반된다는 제도보장에 의의가 있다(이기우·하승수, 2007; 김배원, 2008; 정일섭, 2010).

제도적 보장론은 입법자가 지방자치제도 자체를 폐지하거나 본질적인 내용을 왜곡시키는 것은 금지된다고 보기 때문에 지방자치제도의 헌법적 의미를 강화하는데 기여하였다(조성규, 2001: 413). 또한 제도적 보장론에는 헌법상 보장된 지방자치의 내용이 왜곡·변질되는 것을 방어하는 것(이기우, 2005: 7)과 입법자와의 관계에서 헌법이 지방자치에 대해 최소한의 골격을 유지시킨다는 의미가 있다(선정원, 2007: 324).

그러나 지방자치의 제도적 보장론은 최근에 와서는 다음과 같은 비판에 직면하고 있다. 첫째, 세계화에 따른 규모의 경제 실현, 지역사회의 다양성, 정치 민주화를 위한 분권 논리간의 갈등과 충돌 등에 대해서 제도적 보장론은 법적 소극성 때문에 무력할 수밖에 없다(조성규, 2001, 2005; 선정원, 2007).

둘째, 제도적 보장론은 지방자치 보장의 구체적인 내용을 확정적으로 나타내지 못하기 때문에(김해룡, 2004), ‘최소한의 보장’에 그치는 지방자치의 헌법상 보장은 그 본질적 내용에 이르기까지 법률에 의한 제한을 정당화시켜주는 역기능을 수행할 수 있다(김배원, 2008: 225).

셋째, 현대 민주국가에서 민주주의와 권력 분립 기능을 감안할 때 지방자치의 헌법상 보장이 소극적으로 지방자치의 폐지를 금지하는 정도의 보장적 효과밖에는 없는 것인지 대한 의문이 제기되고 있다(조성규, 2001: 414; 허영, 2006: 792).

넷째, 제도적 보장론은 독일의 특유한 역사적 상황과 관련하여 발전된 것이기 때문에 우리나라의 경우 제도적 보장론에서 말하는 역사적 전통의 본질적 내용을 찾기 힘들다(조성규, 2005: 124; 정중섭, 2006: 766).

끝으로, 제도적 보장론은 헌법상 지방자치의 보장이 추상화되어 다양한 정치적 해석을 가능케 하여 다수세력에 의해 자치제도가 변질 또는 왜곡될 가능성이 존재한다(이기우, 2005: 8).

이와 같은 비판 때문에 제도적 보장론은 더 이상 버팀목이 될 수 없다고 하여(조성규, 2001; 김명연, 2004) 지방자치의 확대와 지방분권을 구체적으로 보장하기 위한 헌법개정론(이기우, 2005; 김성호, 2007; 최진혁, 2008; 최봉기, 2011)과 입헌주의의

적 지방자치론(헌법재판소, 2006; 선정원, 2007; 문상덕, 2009; Barron, 2001, 2006)이 대안으로 제시되고 있다.²⁾

2. 입헌주의적 지방자치론³⁾

입헌주의(constitutionalism)란 국민의 기본권적 인권을 보장하기 위하여 국가의 모든 권력 작용을 헌법에 따르게 하는 통치원리를 말하며, 이의 구체적 실현의 하나로 지방자치제도를 들 수 있다(김성수, 강성식, 2005: 101). 지방자치제도가 입헌주의를 구현하는 하나의 방법이 될 수 있다면 헌법에 지방자치제도를 명시적으로 보장하고 있어야 한다. 반대로 헌법에 지방자치제도가 명확하게 보장되어 있지 않거나 보장되어 있다 하더라도 입헌주의에 입각하여 지방자치의 헌법적 보장의 의미와 내용을 구체적으로 규명함으로써 지방자치의 보장이 실현될 수 있다(조성규, 2001).

헌법상 지방자치의 제도적 보장에 대한 헌법 해석의 일환으로 입헌주의적 지방자치론(constitutional localism)이 대두되고 있다. 입헌주의적 지방자치론은 헌법에 지방자치에 관한 규정이 미비하거나 없음으로 인하여 지방자치의 발전에 문제가 있음을 인정하고, 헌법 해석을 통해 지방자치의 근거와 지방정부와 주민의 자율영역을 보호하며, 지방자치의 원리를 규범화하는 이론이다(헌법재판소, 2006; 선정원, 2007; 김배원, 2008; 문상덕, 2009).

미국의 경우 각 주정부의 헌법은 명시적으로 지방정부와 지방자치에 대해 규정하고 있다.⁴⁾ 그러나 미국 연방헌법은 지방정부와 지방자치에 대해 명시적으로 규정하지 않음으로 인하여(유은정, 2010; Sullivan, 2003), 연방헌법의 해석

2) 일본의 경우 제도적 보장론의 비판적 대안으로 신고유권설이 부각되고 있다. 이는 헌법의 국민주권원리와 기본권보장을 기본적 전제로 하여 지방자치의 가치와 현대적 기능을 중시하면서 지방자치에 대한 보호를 시도하는 원리이다(김철수, 2000: 1121 참조).

3) 이 단락은 경남발전연구원의 「경남발전지」 제117호(2011.11)와 『지방자치와 지역발전』(이자성, 손상락 외, 2012) 중 저자의 “헌법·법령·자치법규로 본 경상남도 지방자치 20년: 발전 혹은 퇴보?”를 대폭 수정 보완한 것이며, 선행연구와 이론적 분석틀, 사례분석은 새로 추가하였음을 밝혀둔다.

4) 뉴욕 주와 플로리다 주 등의 헌법에는 입법부, 행정부, 사법부, 지방정부, 그리고 재정 등에 관한 조직·구성·운영 등의 사항이 명시적으로 규정되어 있다.

(constitutional interpretation)을 통해 지방자치 문제를 해결하려는 입헌주의적 지방자치론이 거론되고 있다(Barron, 2001, 2006; Sullivan, 2003).

우리 헌법 제8장은 제117조 2개항과 제118조 2개항으로 구성되어 지방자치를 포괄적으로 규정하고 있다. 이러한 헌법상의 규정은 지방자치에 관한 규정을 두고 있는 다른 나라와 비교해 볼 때 조문의 수와 보장의 정도에 있어서 상대적으로 미비하기 때문에(안성호, 1995; 이기우, 2005; 김성호, 2007; 김배원, 2008), 헌법 조항에 규정되지 않은 지방정부의 자치권과 자율영역 등에 대한 문제는 입헌주의적 지방자치론의 관점에서 그 의미를 해석하고 적용할 필요가 있다(문상덕, 2009: 85).

입헌주의적 지방자치론을 활성화시키기 위한 방법으로 헌법과 법률이 보장하는 지방정부와 주민의 상향식(bottom-up) 소송이 있으며(Sullivan, 2003; Barron, 2006), 이러한 소송을 통해 지방자치가 구체화, 체계화, 그리고 입법화되어간다(Barron, 2006). 헌법재판소는 각종 소송에 대해 헌법을 재해석하여 위헌 판결 결정을 내리고, 위헌판결에 따라 입법자는 관련 법률을 개정 혹은 폐지하고 있다. 이러한 과정은 지방자치의 헌법적 해석에 따라 행정과정과 입법과정에 피드백(feedback)이 되어, 지방자치에 대한 규범적 원리를 제시하고, 지방자치 관련 법률을 고도화시키는 작용을 하게 된다(문상덕, 2009: 73).

따라서 입헌주의적 지방자치론은 헌법에 지방자치의 규정이 미비하기 때문에 헌법전문과 각 조항을 재해석하여 지방자치의 원리를 찾고(선정원, 2007; 김배원, 2008), 입헌주의적 지방자치론을 활성화시키기 위한 지방정부와 주민의 상향식 소송을 통해 지방자치의 구체화, 체계화, 그리고 입법화를 시도한다고 할 수 있다. 이를 위해 우리의 지방자치도 입헌주의적 지방자치론을 적용해야 된다는 주장이 제기되고 있다(선정원, 2007; 문상덕, 2009).

Ⅲ. 선행연구와 이론적 분석들

1. 선행연구의 검토

입헌주의적 지방자치론에 따라 헌법상 지방정부의 자치권이 보장되어 있다면,

지방정부의 자치권이 침해받았을 때 이를 보호할 수 있는 사법적 보호수단 또한 보장되어야 한다(조성규, 2001; 문상덕, 2009). 헌법과 법률이 보장하는 소송으로 지방정부는 헌법을 재해석함으로써 입헌주의적 지방자치론을 활성화시킬 수 있다(Barron, 2006). 그러나 입헌주의적 지방자치론은 최근에 제기되어 이에 대한 선행연구는 국내외적으로도 아직 미흡하다. 있다고 해도 공법학적 시각에서 입헌주의적 지방자치론을 거론하고 있으며, 지방자치학계에서는 거의 찾아 볼 수 없는 실정이다.

이런 현상은 지방자치학의 연구경향분석을 살펴보아도 지방자치 관련 법률에 관한 연구가 미진하다는 것에서 확인할 수 있다. 이병렬·박기관(2002)에 따르면 1989년부터 2001년까지 한국 지방자치학 분야의 연구논문 총 342편 중 법에 관련된 논문은 3편 밖에 되지 않는다. 2002년부터 2010년까지의 『한국지방자치학회보』에 등재된 논문을 분석한 연구(최호택·정석환, 2011)에서도 지방자치 관련 법률에 대한 연구는 거의 없는 실정이다.

1989년 지방자치법이 개정된 이후부터 2010년까지 57개의 사회과학 등재지 및 등재후보지에 게재된 지방의회 관련 연구논문 220편 중 조례권과 법을 연구한 논문 또한 각각 7편과 4편에 지나지 않는다(김귀영, 2011). 2000년부터 2009년 동안 SSCI 행정학 5개 학술지에 게재된 한국행정학 연구자들의 논문 총 72편중에서 지방자치 관련 법률에 대한 연구는 단 1편도 없었다(최상한, 2010).

따라서 지방자치학이 지역문제를 정치·법제·행정적 입장에서 연구를 하는 이론 체계라면(이병렬·박기관, 2002: 24), 법 영역 연구가 미진한 현 상황에서 법제적 의미를 강조하는 입헌주의적 지방자치론의 선행연구를 검토하는 것은 자치이론의 한 영역으로 새로운 이론을 소개하는데 그 의의와 중요성이 있다고 할 수 있다.

입헌주의적 지방자치론의 관점에서 보면 지방자치의 헌법에 보장되어 있더라도 보장된 내용의 침해에 대해 지방정부가 자신의 권리를 보호할 수 있는 제도적 수단을 가지는 경우에만 국가로부터 자치권을 누릴 수 있다. 따라서 지방정부는 헌법과 법률에 따라 소송을 제기하면서 침해당한 자치권을 되찾는 권리를 가져야 한다(조성규, 2001; Barron, 2006). 조성규(2001: 414)는 지방자치의 제도적 보장은 제도적 보장이라는 성격을 통해 자동적으로 규정되는 것이 아니라, 지방자치의 헌법적 보장의 의미와 내용을 구체적으로 규명함을 통해 나타난다고 주장한다.

헌법상 지방정부가 지방자치의 권리를 보장받을 수 있는 제도적 수단으로 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판과 법원이 수행하는 행정소송을 들 수 있으며, 행정소송은 항고소송과 당사자소송, 기관소송과 민중소송으로 구별되어 진다(조성규, 2001; 문상덕, 2009). 이에 따라 입헌주의적 지방자치론의 관점에서 지방자치 제도의 활성화를 위한 소송을 중심으로 헌법재판소와 대법원 판례를 검토한 연구가 있다(헌법재판소, 2006; 선정원, 2007; 문상덕, 2009).

헌법재판소(2006)는 헌법이 보장하는 지방자치와 입법권의 한계를 외국사례를 통해 분석하면서, 권한쟁의심판과 행정소송의 쟁점 사안들을 주요 판례를 중심으로 다루었다. 선정원(2007)은 전라북도의회가 2003년 7월 「전라북도공기업사장등의 임명예관한인사청문회조례안」을 의결한 사건을 입헌주의적 지방자치론으로 분석하였다. 이 조례안에 대해 전라북도지사는 전라북도의회에 재의를 요구하였지만 전라북도의회는 조례안을 원안대로 재의결하고 전라북도의회의장이 이를 공포하였다.

이에 전라북도지사는 이 조례안의 재의결무효확인소송을 대법원에 제기하게 되었다. 대법원은 지방의회가 지방자치단체장의 집행권한을 침해한다는 사유로 범위반 판결을 내렸다. 선정원(2007)은 이 판결을 분석하면서 입헌주의적 지방자치론의 관점에서 지방정부는 주민의 기본권을 구체화시키고, 보호하기 위해 권한행사의 절차적 측면인 조직구성에 있어서 자치단체장의 집행권한과 조례의 규율 범위의 재조정을 검토해야 한다는 문제를 제기하였다.

선정원(2007)은 또한 제도 보장론이 여러 판례를 통해 헌법재판소의 확립된 입장이지만, 시흥시와 정부간의 권한쟁의심판(96헌라1) 판례에서 헌법재판소가 지방정부의 자주성 존중과 자립적 정책의 수립 및 집행을 위해서는 중앙정부의 지방정부에 대한 관여를 최소화하여야 한다는 입헌주의적 지방자치론의 견해도 나타나고 있음을 분석하였다.

선정원(2007)은 헌법 전문의 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”라는 구절이 입헌주의적 지방자치론을 위한 헌법의 원리라고 주장하며, 이를 적용하기 위해 지방자치법의 이념 변천사를 다음과 같이 분류하였다: 제1기(이승만.장면 정부:1948-1961), 제2기(박정희.전두환 정부:1962-1987), 제3기(노태우정부 이후:1988-2002), 제4기(노무현 정부이후:2003-현

재). 이 분류에 따라 선정원(2007)은 지방자치법 제1조(목적)의 변천 과정이 민주성(제1기), 능률성(제2기), 민주성과 능률성(제3기), 민주성, 능률성, 균형발전(제4기)으로 자율과 조화 속에 발전되고 있다고 분석하였다.

이에 따라 선정원(2007)은 지방자치제도의 목적인 민주성, 능률성, 균형성은 헌법 전문의 자율과 조화를 바탕으로 이루어져야 하며, 이 원리가 헌법 해석에 유효되어야 함을 강조하였다. 지방자치학계에서도 지방자치의 목적달성을 위한 자치이념으로 민주성, 능률성, 그리고 형평성(균형성)의 중요성이 어느 정도 공감대를 이루고 있다는(이승중, 2002: 7) 점에서 선정원(2007)의 문제제기는 의미하는 바가 크다.

문상덕(2009)은 입헌주의적 지방자치론 관점에서 「청주시행정정보공개조례안」과 같이 국가적으로 자치권이 확대된 사례, 법령취지의 해석을 통해 자치입법의 가능성을 확장시킨 사례, 규제적 조례 제정 시 법률의 포괄적 위임을 허용한 판례와 지방정부의 자치권을 위축시킨 대법원 판례로써 조례제정권의 제약, 지방의회 인사청문회 부인(「전라북도공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안」), 지방의회의 행정기구 신설 수정조례안 발의권 부인, 자치사무의 성격 판정 등에 대해 분석하고 하고 문제를 제기하였다.

문상덕(2008)은 결론에서 지방자치 부활이후 나타난 판례들은 지방자치법제를 보완·개선해 가는데 중요한 역할을 수행하여 왔지만, 일부 판례는 지방자치를 보장하고 있는 헌법정신의 의미 있는 해석을 도출하지 못했다는 비판을 하고 있다. 그래서 문상덕(2008)은 지방자치의 이념과 원리를 담아낼 수 있는 객관적이고 제도적인 시스템이 구축될 필요가 있다고 하였다.

김상태(2008)는 국가와 지방정부간 새로운 분쟁해결제도의 도입방안에 관한 연구를 시도하면서 사법적 분쟁해결제도로 헌법소송과 행정소송을, 분쟁해결제도로써 지방자치법상의 행정협의조정위원회 등을 분석하였다. 김상태(2008)의 연구는 비록 입헌주의적 지방자치론의 관점에서 분석을 시도한 것은 아니지만 중앙정부와 지방정부의 관계에서 갈등과 분쟁의 새로운 해결 방안을 법해석을 통해 소개하였다.

강장석(2008)은 지방자치법 제91조(지방의회 사무직원의 정원과 임명)의 지방의회의 자율성 및 독립성 침해에 대한 위헌성을 분석하면서 이 조항이 권력분립

의 원칙에 입각한 헌법정신과 배치되어, 이를 개선하기 위한 방법으로 헌법소원 또는 권한쟁의심판 등을 제기하였다. 강장석(2008) 또한 김상태(2008)처럼 입헌주의적 지방자치론을 적용하지는 않았지만, 헌법정신의 원리에 입각한 헌법소원과 권한쟁의심판에 대한 문제제기를 하였다는 점에서 입헌주의적 지방자치론의 길을 열어놓고 있다.

강장석(2008)을 제외한 이상의 선행연구는 공법학적 시각에서 입헌주의적 지방자치론을 다루었다. 지방자치학계에서는 헌법과 지방자치법 등에서 규정한 조례 제정권에 대해 모호한 법규정의 의미를 해석하려는 선행연구(강동식 외, 2008; 이시원·민병익, 2007; 하세헌, 2005)가 있지만 조례제정권의 범위와 조례제정과정에서 지방의회의 역할에 초점을 두고 있기 때문에(김귀정, 2011: 98) 법규정의 의미를 해석하는 시도가 입헌주의적 지방자치론으로 확대되지는 못하고 있다.

헌법재판소(2006), 선정원(2007), 문상덕(2008)의 연구는 헌법의 재해석에 따른 입헌주의적 지방자치론 관점을 적용하면서 중앙정부와 지방정부 관계에서 발생하는 지방자치에 대한 갈등을 주로 헌법재판소와 대법원의 판례를 중심으로 분석하여 사법심판기구들의 역할에 비중을 두었다. 반면에 미국의 선행연구(Sullivan, 2003)는 헌법 해석을 통한 입헌주의적 지방자치론을 상향식으로 분석하면서 지방정부의 역할을 중시하였다.

슈리반(Sullivan, 2003)은 지방정부의 자치결정권을 지지하면서 미국의 타운 미팅이나 지방정부는 역사적으로 자주권과 주민 공화정(civic republicanism)을 꽃피웠다고 주장한다. 따라서 그는 미국 역사와 구조는 연방헌법이 주민들에게 그들의 독자적 지방정부와 지방의 정치적 경계를 설계할 수 있는 권한을 부여하고 있다고 본다. 슈리반(Sullivan, 2003)은 수정헌법 제10조의 심층적이고 구조적 의미를 재인식하게 된다면 기초지방정부 차원에서의 대중적 자주권에 대한 헌법적 중요성을 인식하게 되고, 이렇게 할 때 지방정부는 새로운 연방헌법적 시각을 표현할 수 있다고 주장한다.

재갈과 카이어(Jaegal & Cayer, 1991)는 미국 지방 공무원들의 연방헌법적 보호와 권리에 관한 소송 사례들 통해 지방공무원들의 주정부와 지방정부를 상대로 한 연방법원 소송이 증가하는 것을 분석하였다. 그러나 이 연구는 지방자치권에 대한 것이 아니라 개인으로서 지방공무원들의 헌법적 권리에 초점을 두었다.

이상과 같은 국내외의 선행 연구는 지방자치의 헌법적 보장이 침해, 훼손되는 것을 특정 소송 사례를 중심으로 분석하였기에 헌법과 법률상 중앙정부와 지방정부, 그리고 주민간의 상호관계에서 발생하는 전 과정을 다루지 못하였다. 헌법이 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다면 이로 인해 최고상위법인 헌법에 따라 제정된 지방자치 관련 법률이 어떻게 개정의 변화과정을 거치면서 자치제도를 확장시켰는가에 대한 분석연구는 드물다. 본 연구는 입헌주의적 지방자치론을 적용하여 지방정부와 주민의 상향식 소송에 따라 지방자치가 확대되어 가는 과정을 관련 법률의 개정을 통해 분석하고자 한다.

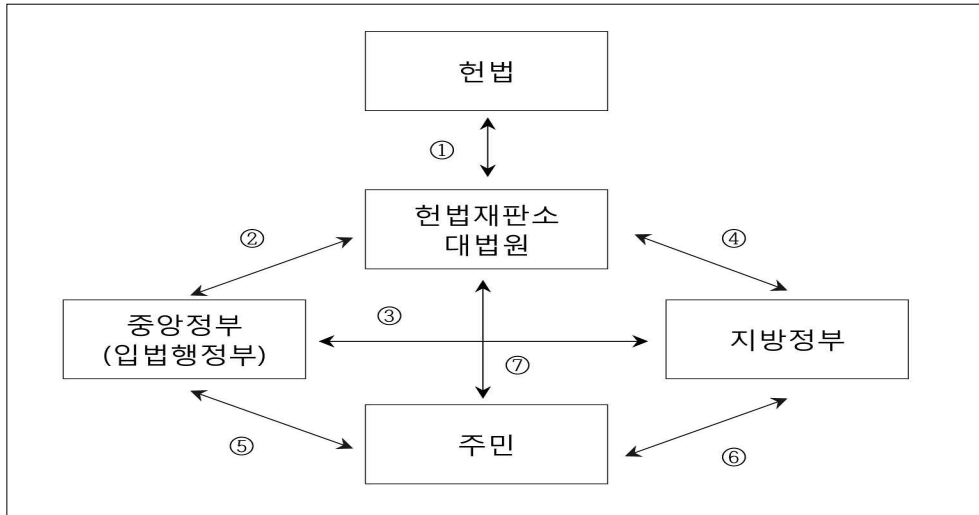
2. 이론적 분석틀: 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정

지방정부의 자치권이 침해받았을 때, 헌법전문과 각 조항을 재해석하여 지방자치의 원리를 규범화하는 것이 입헌주의론적 지방자치론이며(선정원, 2007; 김배원, 2008), 이의 활성화를 위한 수단인 지방정부와 주민의 상향식 소송을 통해 지방자치의 구체화, 체계화, 그리고 입법화를 시도할 수 있다면(Barron, 2006), 본 연구의 분석틀은 <그림 1>과 같이 도식화될 수 있다. 본 연구의 분석틀은 입헌주의적 지방자치론의 활성화를 위해 헌법재판소(대법원), 중앙정부(입법·행정부), 지방정부, 그리고 주민을 행위자로 한 다중심성(polycentricity) 관계가 형성되어, 이들의 상호작용에 의해서 지방자치가 구체화되어가는 과정을 설명한다.

다중심성 관계는 사회적 조정을 다양한 사회구성원들 간의 상호작용을 통해 사회문제를 해결하는 것을 의미한다(이명석, 2006; Anderson & Ostrom, 2008). 다중심성 관계는 거버넌스의 다른 계층에 있는 행위자들이 어떻게 다른 행위자들에게 상호작용을 하고, 영향을 미치는 가를 조사하는 다면 내용분석(multilevel content analysis) 방법을 시도한다(Anderson & Ostrom, 2008: 73).

본 연구의 분석틀(이하 분석틀)인 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정은 지방자치의 본질상 연구영역이 중앙정부 및 지방정부간의 관계 그리고 주민관계 분야를 중심으로 분류되고(이병렬·박기관, 2002), 지방자치의 주요 구성요소가 지방정부와 주민이기 때문에 유용하다고 할 수 있다.

<그림 1> 이론적 분석틀: 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정



본 연구와 유사한 이론적 분석틀을 제시한 지방자치 관련 선행연구(최봉기, 2002; 최진혁, 2008)가 있다. 최봉기(2002)는 지방자치제도의 정착요건을 중앙정부, 지방정부, 주민, 그리고 영향집단의 상호작용 관계로 보는 이론적 분석틀을 제시하였으며, 최진혁(2008)은 프랑스 좌파정부와 우파정부의 지방분권을 위한 프랑스 헌법 개정 내용을 국가, 지방정부, 그리고 주민의 요소라는 이론적 분석틀로 논의를 전개하였다.

분석틀인 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정은 문상덕(2009: 73)의 지적처럼 지방정부와 주민의 상향식 소송(분석틀 ④, ⑦)을 통해 헌법적 해석에 따라 지방자치의 행정과정과 입법과정이 피드백(feedback)이 되어, 지방자치에 대한 규범적 원리를 제시하고(분석틀 ①), 지방자치 관련 법률을 고도화 및 제도화시키는 것으로 볼 수 있다(분석틀 ②). 이 과정에서 입법, 행정, 사법의 모든 구성체와 주민들이 지방자치의 제도화와 고도화에 상호 직·간접적 작용과 영향을 미친다고 할 수 있다.

분석틀에서 쌍방향 화살표는 각 관계별 직·간접적 영향을 표시한다. ①에서는 각 과정에서 발생하는 갈등이나 분쟁에 대해 헌법재판소나 대법원이 헌법상 보장된 지방자치를 입헌주의적 지방자치론에 따라 판결할 수 있다. ②에서는 헌법재

판소나 대법원의 판결이 중앙정부(입법·행정부)의 법률 개정에 영향을 미친다. ③에서는 중앙정부와 지방정부의 분쟁이 발생할 수 있다.

④에서는 지방정부가 중앙정부의 부당한 명령 처분에 대해 대법원에 소송(지방자치법 제169조 2항)을 제기하거나, 헌법재판소에 권한쟁의심판(헌법재판소법 제62조 2항)을 청구할 수 있다. ⑤와 ⑥에서는 중앙정부 및 지방정부와 주민과의 관계에서 발생하는 분쟁과 갈등을 나타낸다. 주민들은 지방자치와 관련된 사안과 조례 등에 대해 중앙정부(입법·행정부)를 통해 청원 혹은 민원을 제기할 수 있다. 끝으로 ⑦에서는 주민들이 헌법재판소와 법원 혹은 대법원에 소송을 제기하는 경우이다.

입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정은 지방자치와 관련된 분쟁과 갈등 등이 각 관계에 따라 순차적으로 발생함을 의미하지 않는다. 현실에 있어서는 각 관계가 동시다발적으로 일어난다. 예를 들면 지방자치 관련 법률 개정안이 국회에 계류가 되어 있고(②), 지방정부와 주민들이 지방자치와 관련하여 대법원 혹은 헌법재판소에 소송을 제기하는 일련의 행위들(④, ⑦)이 동시에 발생할 수 있다. 다음에서는 분석틀을 검증하기 위해 지방자치 관련 헌법소원과 권한쟁의심판청구 사례를 다면 내용분석한다.

IV. 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정 사례 분석

1. 지방자치 관련 헌법재판소 판례 현황

헌법상 지방자치의 제도적 보장이 침해당하면 이를 보호할 수 있는 헌법 또는 사법적 수단이 보장되어야 한다. 이러한 보호수단 중 대표적인 것으로 헌법재판소의 위헌법률심판과 헌법소원심판을 들 수 있다.⁵⁾ 입헌주의적 지방자치론은 헌법소원을 통해 지방자치의 제도적 보장의 의미를 구체화하여, 헌법적 규범력을

5) 헌법소원은 권리구제형(제1종) 헌법소원과 위헌심사형(제2종) 헌법소원으로 분류되며, 헌법재판소의 사건부호는 위헌법률심판사건: 헌가, 제1종 헌법소원심판사건: 헌마, 제2종 헌법소원심판사건: 헌바, 권한쟁의심판: 헌라로 구분된다(헌법재판소사건의 접수에 관한 규칙 제8조-사건번호의 구성).

고도화시킬 수 있다.

<표 1>은 1991년 3월 26일 시·군·구의회의원 선거로 지방자치제도가 부활된 이후 2012년 4월 24일 현재까지 지방선거 주기로 분류한 지방자치 관련 헌법재판소의 판례 현황이다. 2012년 4월 24일까지로 한정하는 것은 현재까지 헌법재판소의 가장 최근 판결 날짜를 기준으로 삼았기 때문이다.⁶⁾

<표 1> 지방선거 주기별 지방자치법 관련 헌법재판소 판례 현황

지방선거 시기		헌법소원 건수	헌법재판소 판결				
			위헌	기각	각하	합헌	합계
기초.광역의원선거	1991. 3.26- 1995. 6.26	9(16.1%)	1	5	3	0	9
제1회 지방선거	1995. 6.27- 1998. 6.03	7(12.5%)	0	4	3	0	7
제2회 지방선거	1998. 6.04- 2002. 6.12	7(12.5%)	1	3	3	0	7
제3회 지방선거	2002. 6.13- 2006. 5.30	10(17.8%)	1	6	3	0	10
제4회 지방선거	2006. 5.31- 2010. 6.01	17(30.4%)	7	7	2	1	17
제5회 지방선거	2010. 6.02- 2012. 4.24	6(10.7%)	1	4	1	0	6
합계		56(100%)	11	29	15	1	56

<표 1>에서 헌법재판소의 한정위원, 일부위헌, 헌법불합치, 입법촉구의 변형결정은 위헌 판결로 간주하였다. 제3회 지방선거 후부터 헌법소원이 증가하고 있다. 이는 지방자치가 부활된 후 제도적으로 정착되어 가는 과정에서 입헌주의적 지방

6) 헌법재판소의 홈페이지 통합검색창(www.ccourt.go.kr)의 판례검색 각 항목에서 키워드로 검색어(지방자치법), 검색형식(기본검색), 재판부(전체), 사건유형(전체), 종국일자(1991. 3.26-2012. 4.24), 종국결과(위헌, 헌법불합치, 한정위원, 합헌, 기각, 각하)로 검색하면 총 121건의 판례가 나온다. 이중 지방자치와 관련 없는 판례와 권한쟁의 소송을 제외한 총 56건을 최종적으로 분석하여 <표 2>를 구했다. 검색창에서 지방자치를 검색하면 총 852건이 나타나며, 헌법 제117조와 제118조로 검색하면 각각 116건과 92건의 판례를 구할 수 있다. 이들 판례는 다른 법안과 사건들이 중복될 수 있다. 예를 들면 헌법 제117조를 검색하면 민법 제117조, 형법 제117조 등의 판례도 검색된다. 따라서 '지방자치법'으로 검색한 것을 본 연구의 최종 자료로 사용하면서, 지방자치와 관련되지 않는 판례는 본 연구에서 제외시켰다. 검색어에 따라서 다른 결과가 나올 수 있으므로 이 결과는 헌법재판소의 지방자치 관련 전체 판례를 분석하는 데는 한계가 있음을 밝혀둔다.

자치론에 따라 헌법소원이 증가됨을 의미할 수 있다. 특히 제4회 지방선거기 동안 헌법소원 건수가 전체의 30.4%(17건)를 차지하여 제일 높으며, 또한 위헌 판결을 이끌어 낸 소송이 7건으로 제일 많다. 제5회 지방선거기는 아직 2년이 남았기 때문에 계류 중인 헌법소원과 잔여기간 동안의 추가 헌법소원을 감안하면 총 건수가 더 증가할 수 있다.

<표 1>의 위헌 판결은 분석틀의 행정·입법부(②), 지방정부(④), 주민(⑦)과 헌법재판소의 상호작용에 따라 헌법재판소의 판결(①)이 지방자치 관련 법률의 위헌적 요소를 규명하고, 개정을 주문할 수 있음 암시하고 있다. 다음에서는 <표 1>의 위헌판결 11건을 토대로 행정·입법부, 지방정부, 주민, 헌법재판소의 다중심성 관계와 역할에 의해서 입헌주의적 지방자치론이 활성화되어 가는 과정을 살펴본다. 여기서는 다중심성 관계의 주요 행위자로 주민과 지방정부의 대표로서 지방자치단체장이 상향식 소송을 통해 위헌판결을 이끌어낸 헌법소원 판례를 중점적으로 다루고자 한다.

2. 주민에 의한 헌법소원

1) 주민의 참여권 확대 사례

기초·광역의원 선거 시기 전인 1990년 2월, 지방자치법 제33조 제1항 제6호가 농·수·축협동조합의 조합장들이 지방자치단체의 의원 후보자가 되는 것 및 지방의회 의원의 직을 겸하는 것을 금지하여 7인의 조합장들이 평등권과 공무담임권을 직접 침해하였다고 동 조합에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 대해 1991년 3월 11일 헌법재판소는 조합장의 지방의회의원 겸직 금지규정이 “국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성 없는 차별대우의 입법이라 할 것이므로 헌법에 위반”한다고 위헌판결을 내렸다(90헌마28).

헌법재판소는 “민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대다수의 최대정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요부득이한 경우에 국한되어야 한다”고(90헌마28) 판시하여 자치참여의 기회를 보장해야함을 명확히 하였다. 위헌판결에 따라 1991년 5월 23일 중앙정부(입법부)는 지방자치법 제

33조 제1항 제6호의 “조합장과 그 상근 임·직원” 중 “조합장”을 삭제하여, 조합장의 지방선거 피선거권이 보장받게 되었다.

이 사건은 청구인들인 주민들이 입법부가 제·개정된 지방자치법 조항이 평등권과 공무담임권을 침해하고 있다고 판단하여(분석틀 ⑤) 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하고(분석틀 ⑦), 입법부는 헌법재판소의 위헌결정에 따라 관계조문을 개정하는(분석틀 ②) 입헌주의적 지방자치론의 다중심성 관계를 보여준다. 주요 행위자로서 주민, 헌법재판소, 중앙정부(입법부)의 다중심성 관계가 형성되어, 이들의 상호작용에 의해서 자치참여의 기회가 확대되어가는 과정을 보여준 최초의 사례라고 할 수 있다.

제4회 지방선거의 마지막 위헌 판결 1건은 지방자치의 발전에 있어서 주민참여권의 확대에 관한 것이다. 2007년 6월 28일 주민참여권에 대한 헌법재판소의 판결은 조례 제·개폐 청구 및 주민감사 청구에 있어 국내거주 외국인 및 재외국민의 주민참여권 확대를 보장하는 것이었다(2004헌마643). 이 사건은 대한민국 국적을 보유한 일본 영주권자들이 주민투표법 제15조가 국민인 주민 중 주민등록이 되어 있는 자와 일정요건을 갖춘 외국인에 대해서만 주민투표권을 부여함으로써 재외국민으로서 국내거소신고만을 할 수 있고 주민등록을 할 수 없는 주민들을 차별하고 있는 것은 평등권을 침해한다고 헌법소원을 한 것이었다.

이 사건에 대해 헌법재판소는 “주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 당해 지방자치단체의 주요결정사항에 대한 주민투표의 결과는 주민등록이 가능한 국민인 주민은 물론 주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민에게도 그 미치는 영향에 있어 다르다고 보기 어렵다”(2004헌마643)고 하여, 재외국민을 주민등록이 된 국민인 주민에 비해 차별하고 있으며, 국내거주 재외국민의 헌법상 기본권인 평등권을 침해하는 것으로 위헌이라고 판결하였다.

헌법재판소는 주민투표법 제15조 제1항 중 “그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는자”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 않는다하여 중앙정부(입법부)는 2008년 12월 31일까지 개선·입법하도록 판결하였다. 이 판결로 인해 중앙정부(입법부)는 지방자치법 제15조(조례의 제정과 개폐 청구) 제1항을 대폭 개정하여 조례 제·개폐 청구 및 주민감사 청구에 있어 국내거주 재외국민 중 국내거소신고인명부에 올라 있는 자(지방자치법 제15조 제1항 제2호)와 19세 이상 외국인

으로서 영주의 체류자격을 취득하고 3년이 경과한 자로서 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라있는 자(지방자치법 제15조 제1항 제3호)에게도 조례 제.개폐 및 주민감사 청구권을 부여하게 되었다. 이와 같은 개정은 주민참여권의 형평성 제고와 조례 제.개폐 및 주민감사청구제도의 활성화에 기여하는 것이 목적이었다.

이 사건은 국내 거주 일본 영주권자들이 중앙정부(입법부)에 의해 제정된 주민투표법 조문 중 주민투표권리가 침해당한다고 판단하여(분석틀 ⑤), 주민투표 권리를 찾기 위해 헌법소원을 제기하고(분석틀 ⑦), 헌법재판소는 이에 대해 헌법을 재해석하여 위헌판결을 내리고(분석틀 ①), 중앙정부(입법부)가 관련 지방자치법 조문을 개정하였다(분석틀 ②). 따라서 이 사건은 주민의 참여권인 주민투표권리가 확대되어 가는 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정과 다중심성 관계를 보여준다고 할 수 있다.

2) 주민 기본권 확대 사례

제2회 지방선거기에 헌법재판소는 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호 전문개정) 제131조(사용료 등의 부과.징수, 이의신청) 제5항의 ‘60일 이내에.....관할고등법원에 소를 제기할 수 있다’는 규정 중 ‘60일 이내에’ 부분에 한하여 위헌결정을 내렸다(97헌가15). 이 사건은 서울특별시 한강관리사업소장이 원고인 주민들에게 하천점용료 상당의 이득금을 부과하자 이에 대해 원고들이 이의를 제기하면서 시작되었다.

한강관리사업소장은 원고들의 이의제기신청을 이의 결정권자인 서울특별시장에게 송부하지 아니하고, 이에 대해 기각 결정을 내렸다. 그러자 원고들은 1996년 4월 관리사업소장을 상대로 서울고등법원에 하천점용부당이득금부과처분취소소송을 제기하였고, 이 사건을 심리한 법원은 행정소송 제소기간을 규정한 지방자치법 제131조 제5항의 모호성에 대해 직권으로 헌법재판소에 위헌심판을 제청하였다.

헌법재판소는 자치단체장이 이의신청을 받은 날로부터 60일 이내에 결정을 하지 아니할 때(지방자치법 제131조 제4항)는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다(동법 제131조 제5항)는 규정 중 전자의 60일

이내의 제소기간이 불완전하고 모호하여 국민의 기본권인 재판을 받을 권리와 결정기간 경과일로부터 60일이라는 기간 내에 행정소송을 강요함으로써 국민의 권리구제절차를 침해할 수 있으므로 '60일 이내'라는 부분에 대해 위헌결정을 내렸다.

이에 따라 중앙정부(입법부)는 지방자치법(법률 제6002호, 1999. 8. 31.) 제131조 제5항의 '60일 이내'라는 규정을 '90일내'로 일부 개정하였다. 이는 지방정부와 주민의 갈등(분석틀 ⑥)에 따라 주민들이 소를 제기하고, 법원이 헌법소원을 청구하여(분석틀 ⑦) 헌법재판소의 헌법 재해석에 따라(분석틀 ①), 입법부가 지방자치법을 개정한 사례를 보여준다(분석틀 ②). 이 사건은 입헌주의적 지방자치론을 통해서 지방정부의 자치권이 제한되고, 역으로 주민의 기본권이 확대되는 과정을 보여준다고 할 수 있다. 따라서 이 사건은 주요 행위자로서 주민이 지방정부와의 갈등이 있을 때, 입헌주의적 지방자치론을 적극 활용하여 주민의 기본권을 확대하는 과정을 설명해준다고 할 수 있다.

3) 주민의 선거권과 평등권 확대 사례

제4회 지방선거기 동안 위헌 판결은 7건으로 제일 많다(표-1 참조). 이는 경기도 용인시, 전라북도 군산시, 경상북도, 충청남도 등에서 선거권을 행사하려던 청구인들이 공직선거법 제26조 1항의 [별표 2](시.도의회의원지역선거구구역표)에 따른 선거구구역표상 인구편차가 투표가치의 불평등을 초래한다고 6건의 유사한 헌법소원을 청구하여, 이에 대해 헌법재판소가 헌법불합치 판결을 내렸기 때문이다(2005헌마985.1037, 2006헌마11(병합), 2006헌마240.371(병합), 2006헌마67). 헌법재판소는 이 사례들이 헌법상 보장된 선거권과 평등권을 침해하는가를 쟁점으로 삼았다.

헌법재판소는 판결에서 헌법상 평등선거의 원칙이 선거제도에도 적용되어 투표의 수적 평등인 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치의 평등(one vote, one value)⁷⁾ 원칙이 헌법 제118조 제2항에서 규정하는 지방의회의원선거에도 적용된다고 하였다(2005헌마985.1037, 2006헌마11(병합)). 이 판례에서 헌법재

7) 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서 평등하여야 한다는 원칙.

판소는 지방자치제도를 “일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무, 재산관리에 관한 사무, 기타 법령이 정하는 사무(헌법 제 117조 제1항)를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다.”라고 규정하였다(2005헌마985.1037, 2006헌마11(병합)).

헌법재판소는 지방자치제도의 성공 여부는 주민들의 의사가 제대로 정치의사 결정에 반영되는지 여부에 달렸고, 지방의회의원선거에 있어 선거구의 획정은 선거결과가 가능한 주민의 의사를 바르게 반영되어야 함으로, 선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면 주민의 의사가 왜곡되는 결과를 초래하여 지방자치 민주주의의 본질과 정당성을 훼손된다고 판시하고(2005헌마985.1037, 2006헌마11(병합)), 각각의 헌법소원에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다.

이러한 헌법재판소의 결정은 지방의회선거에 있어서 주민들의 선거권과 평등권은 지방자치제도의 목적인 민주성, 능률성, 그리고 균형성을 조화롭게 하여 민주주의의 본질을 확대시켜나가야 된다는 입헌주의론적 지방자치론의 시각(선정원, 2007)을 잘 반영하는 사례라고 볼 수 있다.

헌법불합치 결정에 따라 2010년 1월 25일 중앙정부(입법부)는 공직선거법 제26조 제1항의 [별표 2](법률 제9974호)인 시·도의회의원지역선거구구역표를 개정하였다. 이 개정으로 시·도의회의원 정수가 642명에서 651명으로 증가되었다. 이 사건은 주민들이 입법자에 의해 제·개정된 법률 조문이 주민들의 선거권과 평등권을 침해한다고 판단하여, 이 조문에 대해 헌법소원을 청구한 것이다. 이에 헌법재판소는 헌법불합치 판결을 내리고, 중앙정부는 관련 조문을 개정하였다. 이는 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정과 다중심성 관계를 보여주며, 다중심성 관계에서 주민이 주요 행위자로서 상향식 소송을 통해 선거권과 평등권을 확대한 사례라고 할 수 있다.

3. 지방자치단체장의 헌법소원: 평등권과 공무담임권 확대 사례

제3회 지방선거기의 위헌판결 1건은 2003년 2월 황대현 전 대구광역시 달서구청장과 장재영 전 전라북도 장수군수가 지방자치단체장이 지방자치단체의 관할

구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우, 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정한 지방자치 관련 공직선거및선거부정방지법 제53조 3항이 사퇴시한에 현저한 차별을 두어 헌법상 보장된 청구인들의 평등권과 공무담임권을 침해한다고 헌법소원심판을 청구한 사례이다(2003헌마106).

이 사례에 대해 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항 제1문의 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’는 원리를 적용하여 공무원 등 다른 집단에 대해 ‘선거일 전 60일까지’ 그 직을 사퇴하도록 한 규정을 비교하면 ‘선거일 전 180일까지’라는 규정은 평등권을 침해할 수 있다고 하였다. 헌법재판소는 이 규정으로 말미암아 지방행정에 있어 공백 기간의 장기화 현상이 발생할 수 있음을 전제로 자치단체장의 직위와 역할의 중요성을 판단하였다(2003헌마106).

헌법재판소는 지방자치법에 따라 자치단체장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 통할하며(동법 제92조), 위임된 사무를 관리하고(동법 제94조), 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리하고(동법 제96조), 지방의회의 의결에 대한 재의요구권과 제소권을 가지며, 또한 예산상 집행 불가능한 의결의 재의요구권, 긴급시의 선결처분권 등을 가지고 있어(동법 제98-100조), 지방자치단체의 대표로서 단체장은 행정기능을 총괄하는 지위에 있기 때문에 지방자치제도를 정착·발전시키기 위해서는 가급적 단체장의 부재기간을 단축시키는 것이 바람직하다고 판시하였다(2003헌마106).

위 사건에 대해 헌법재판소는 헌법 제1조 제2항 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’는 국민주권의 원리도 적용하였다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 국민의 직접적 결단을 의미하는 국민투표에 의해 실현되기 때문에, 대의민주주의에서 주권자인 모든 국민은 선거권과 피선거권을 가지며, 균등하게 선거에 참여하는 기회는 민주국가에서 국가권력의 민주적 정당성을 담보하는 불가결의 전제이다(2003헌마106).

헌법재판소는 공무담임권의 내용을 이루는 피선거권을 제한하는 것은 정당화될 수 없으며, 할지라도 최소한 정도에 그쳐야한다고 주문하였다. 헌법재판소는 ‘선거일전 180일’ 규정이 단체장의 공무담임권을 과하게 제한하여 헌법상 평등의 원칙과 비례의 원칙에 위반된다는 이유로 재판관 전원일치의 위헌 결정을 내렸

다. 이에 따라 중앙정부(입법부)는 2003년 10월 30일 지방자치 관련법인 공직선거 및선거부정방지법(법률 제6988호) 제53조 제3항의 “지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입 후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.”는 조문 중 '180일까지'를 '120일까지'로 단축조정하였다.

이 사건은 지방자치단체장들(지방정부의 대표 또는 주민)이 주요 행위자로서 중앙정부가 제.개정한 공직선거및선거부정방지법 제53조 3항 조문이 위헌적이라고 판단하여(분석틀 ⑤) 헌법소원을 청구하고, 헌법재판소가 헌법과 법에 따라 단체장의 직위와 역할을 재해석하여, 단체장의 피선거권 제한이 지방행정의 장기 공백 기간을 초래하고, 국민으로서의 단체장도 헌법이 보장하는 국민주권과 평등권을 행사함에 있어서 제한을 받지 않아야 함을 규명한 판결이다(분석틀 ①). 이에 따라 중앙정부(입법부)는 관련 조문을 개정하게 되었다(분석틀 ②).

제5기 지방선거기인 2010년 6월부터 현재까지(2012.4.24.) 지방자치 관련 위헌 판결은 1건이다(표-1 참조). 이 사례는 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호) 제111조 제1항 제3호가 자치단체장인 청구인(이광재 전 강원도지사)의 공무담임권 등 기본권을 침해하는지 여부를 묻는 것이었다(2010헌마418).

청구인은 제5회 지방선거에서 강원도지사에 당선되어 2010년 7월 1일 도지사에 취임하였다. 청구인은 취임 전에 정치자금법 위반죄로 항소심에서 집행유예 1년의 형을 선고받고, 2010년 6월 14일 대법원에 상고하여 상고심이 계속 되고 있었다. 그러나 지방자치법 제111조 제1항 제3호의 규정에 따라 청구인은 도지사에 취임한 직후부터 직무에서 배제되고 도지사직을 수행하지 못하게 되어, 동법률 조항이 헌법상 보장된 공무담임권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 사유로 헌법소원을 청구하였다.

2010년 9월 2일 헌법재판소는 위 법률 조항에 대해 헌법상 무죄추정의 원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권과 평등권을 침해하고 있기 때문에 헌법에 위반함으로 입법자가 2011년 12월 31일까지 동 법률 조항을 개정하지 아니 하면 2012년 1월 1일부터 그 효력을 상실하도록 하며, 개정 시까지 법원 기타 국가

기관 및 지방자치단체에 동 법률 조항의 적용을 중지할 것을 명령하였다. 헌법재판소의 위헌 판결에 따라 2011년 5월 30일 중앙정부(입법부)는 지방자치법 제111조(지방자치단체의 장의 권한대행 등) 제1항 제3호(금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우)를 삭제하고, 같은 항 제4호(의료법에 따른 의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우)를 제3호로 하였다.

이 사건은 지방자치단체장으로 선출된 청구인이 주요 행위자로서 중앙정부가 제.개정된 지방자치법 조문에 따라 공무담임권과 평등권이 침해한다고 판단하여(분석틀 ⑤) 헌법소원을 하고(분석틀 ⑦), 헌법재판소는 이에 대해 위헌결정 내리고(분석틀 ①), 중앙정부에 입법개선명령을 하였다(분석틀 ②). 입법개선명령에 따라 중앙정부(입법부)는 관련 조문을 삭제하였다. 이 사건은 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정과 다중심성 관계에서 주요 행위자로서 지방자치단체장(개인으로서 주민)의 상향식 소송이 중요함을 보여준다.

이상에서 살펴본 지방자치 관련 헌법재판소의 위헌판결 11건은 지방자치제도의 목적, 자치단체장의 직위와 역할, 지방의원의 겸직, 주민의 행정소송 및 투표참여 등에 관한 지방자치 관련 법률이 헌법상 보장된 기본권과 평등권을 침해할 때, 입헌주의적 지방자치론에 따라 주요 행위자로서 주민이 상향식 소송인 헌법소원 심판 청구를 제기하는 것의 중요성을 보여준다.

그리고 헌법재판소는 이에 대해 헌법상 보장된 기본권과 평등권을 적용하여 불명확하고 미비하게 규정되어 있는 지방자치 관련 법률에 대해 위헌판결을 내리고, 중앙정부에 입법개선토록하면서 중앙정부에 의해 관련 법률이 개정될 수 있음 확인해준다. 따라서 이상의 위헌 판결 11건은 지방자치제도를 구체화시켜나가는 입헌주의적 자치론의 활성화 과정과 다중심성 관계를 확정해준다고 할 수 있다.

4. 지방정부의 권한쟁의심판청구와 자치권의 확대 사례

헌법재판소는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방정부간 및 지방정부 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장하고 있다(헌법재판소법 제2조 제4항). 지방정부는 국가기관과 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때(분석틀 ③), 헌법재판

소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제61조 제1항, 분석틀 ④). 이는 지방정부가 밑으로 부터의 입헌주의적 지방자치론을 적극적으로 행사할 수 있는 권리이다(Barron, 2006).

<표 2>는 1991년부터 2011년 8월 현재까지 지방정부가 중앙정부를 상대로 한 권한쟁의심판 판례 현황이다.⁸⁾ 헌법재판소는 1998년 6월 25일 경북 영일군과 정부 간의 권한쟁의를 첫 판결한 이후, 2011년 8월에는 경상남도과 정부 간의 판결을 내린 바 있다. 지방정부가 중앙정부를 상대로 권한쟁의심판을 청구하는 사례도 헌법소원처럼 시기별로 증가하고 있는 추세이다.

<표 2> 지방선거 주기별 권한쟁의 심판 헌법재판소 판례 현황

시기		권한쟁의 건수	헌법재판소 판결			
			권한 침해	기각	각하	합계
기초.광역의원선거	1991. 3.26- 1995. 6.26	0	0	0	0	0
제1회 지방선거기	1995. 6.27- 1998. 6.03	0	0	0	0	0
제2회 지방선거기	1998. 6.04- 2002. 6.12	3	0	2	1	3
제3회 지방선거기	2002. 6.13- 2006. 5.30	7	0	2	5	7
제4회 지방선거기	2006. 5.31- 2010. 6.01	5	1	1	3	5
제5회 지방선거기	2010. 6.02- 2011. 8.30	7	0	4	3	7
합계		22	1	9	12	22

지방의원선거가 부활된 1991년부터 3월부터 1998년 6월까지 7년 동안 권한쟁의 심판 청구는 단 한 건도 없었다. 제5회 지방선거 이후 1년이라는 짧은 기간 동안 지방정부의 권한쟁의심판 청구가 7건이나 되어 다른 시기보다 압도적으로 높다. 이는 자치단체장들이 중앙정부의 눈치를 보지 않고 적극적인 권한쟁의심판을 통해 지방정부와 중앙정부 간의 권한에 대해 이의를 제기하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

총 22건의 권한쟁의심판 청구 중 95.4%가 기각(9건) 또는 각하(12건)라는 판결은

8) 헌법재판소의 홈페이지 통합검색창(www.ccourt.go.kr) 판례검색에서 ‘권한쟁의’를 검색하면 총 125건의 판례가 나온다. 그중에 국가기관 상호간의 권한쟁의 판례와 지방정부 상호간의 판례를 제외한 중앙중부와 지방정부의 권한쟁의심판 판례는 총 22건이다.

지방정부가 중앙정부를 대상으로 하는 분쟁다툼에서 헌법재판소를 통해 입헌주의적 지방자치론을 적용하는데 상당한 한계성을 보여주는 것이라고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 권한침해로 판결한 1건의 사례는 지방자치권을 재조명하는 중요한 분기점이 되었다.

이 사건(2006헌라6)은 행정자치부장관이 2006년 2월 28일 서울특별시와 전국의 각 광역시 및 도에 정부합동감사계획을 통보하자, 서울특별시가 합동감사대상으로 지정된 사무 중 고유사무인 자치사무가 있음에도 불구하고, 사전적·포괄적으로 합동감사를 실시하는 것은 헌법과 지방자치법이 서울특별시에 부여한 자치권을 침해하였다고 주장하며 행정자치부장관을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 것이었다.

헌법재판소는 현행 헌법과 지방자치법의 개정 취지를 고려하면, 자치사무에 관한 한 중앙행정기관과 지방자치단체의 관계가 상하의 감독관계에서 상호보완적 지도·지원의 관계로 변화되었고, 지방자치제도의 실현을 위하여 지방자치단체의 자율권을 확대하고 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 관한 감사는 제한적 방향으로 해석해야 된다고 판시하였다(2006헌라6). 이 판결에서 헌법재판소는 헌법 제117조와 제118조가 지방자치의 제도를 보장하고 있으며, 제도적 보장의 본질은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장, 그리고 자치사무의 보장이라고 하였다.

헌법재판소는 “지방자치제의 시행이 20년이 지난 지금에 와서도 중앙행정기관이 종래처럼 지방자치단체의 자치사무까지 포괄하여 감독하겠다는 종전 태도는 지양되어야 하고, 지방자치단체가 스스로의 책임 하에 수행하는 자치사무에 대해서까지 국가감독이 중복되어 광범위하게 이루어지는 것은 지방자치의 본질을 훼손할 가능성마저 있으므로 지방자치권의 본질적 내용을 침해”(2006헌라6)하는 것이며, 사전적·일반적인 포괄 감사권은 자치권의 본질을 훼손하여 헌법에 위반된다고 판결하였다.

이에 따라 2010년 10월 8일 중앙정부(입법부)는 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여 위법행위확인을 위한 감사실시 요건의 강화, 감사중복 금지 등 수감부담 경감을 위한 방안을 도입하기 위해 지방자치법 제171조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) 제2항과 제171조의2(지방자치단체에 대한 감사 절차 등)를 신설하

게 되었다. 신설된 제171조 제2항은 “행정안전부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 감사를 실시하기 전에 해당 사무의 처리가 법령에 위반되는지 여부 등을 확인하여야 한다.”로 규정되었다.

그리고 신설된 제171조의2 제1항은 감사중복 금지 및 수감부담 경감에 따른 사항을 대통령령(지방자치단체에 대한 행정감사규정)으로 정하는 경우를 제외하고는 감사대상에서 제외한다고 명시하였으며, 제171조의2 제3항에 따른 감사에 대한 절차·방법 등 필요한 사항은 대통령령(지방자치단체에 대한 행정감사규정)으로 정한다고 하여, 지방자치단체법의 하위법령인 지방자치단체에 대한 행정감사규정이 일부 개정되었다.

신설된 지방자치법 제172조의2 제1항과 제3항에 따라 개정된 지방자치단체에 대한 행정감사규정 제3조(감사의 종류)는 주무부장관, 행정안전부장관 또는 시·도지사가 실시하는 감사로써 정부합동감사, 시도종합감사, 특정감사, 복무감사로 분류되며, 동령 제16조(중복감사 금지)에서는 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우(1호), 감사 증거서류 등이 위조·변조되었음이 증명된 경우(2호), 감사결과에 영향을 미칠 만한 중요한 사항(3호)이 누락된 경우로 중복감사를 금지하였다.

이 사건은 헌법상 보장된 지방자치권이 중앙정부의 입법에 의해 훼손되는 위헌적 요소가 있다면(분석틀 ③) 주요 행위자로서 지방정부가 권한쟁의심판청구를 하고(분석틀 ④), 헌법재판소는 지방자치권의 본질을 재해석하여 중앙정부와 지방정부는 상하관계가 아닌 상호보완적 관계라고 하여 자치사무에 대한 감사범위와 조건을 구체화한 것이다(분석틀 ①). 이에 따라 중앙정부(입법부)는 지방자치법 관련 조문을 신설하고, 이와 관련된 하위법인 지방자치단체에 대한 행정감사규정을 중앙정부(행정부)가 개정하게 되었다.

이상에서 보듯이 지방자치가 부활한지 21년이 지났지만 지방정부가 입헌주의적 지방자치론의 주요 행위자로서 권한쟁의심판청구를 한 사례는 아직까지 미비하며, 권한침해 판결이 난 것 또한 미약하다. 따라서 지방정부는 중앙정부와의 관계에서 자치제도를 확대시켜 나가기 위해서는 입헌주의적 지방자치론 관점에서 체계적인 권한쟁의심판청구를 준비할 필요가 있으며, 헌법재판소의 결정(2006헌라6)처럼 헌법상 중앙정부와 지방정부는 대립·예속관계가 아닌 대등한 협력관계라는 인식의 전환이 필요하다(조성규, 2005; 강장석, 2008; 문상덕, 2009).

5. 중앙정부와 경상남도의 권한쟁의 심판

<표 2>의 권한쟁의심판청구 22건 중 경상남도는 18%나 되는 4건을 제기하여 타 지방정부보다 중앙정부를 상대로 활발한 소송을 전개했음을 알 수 있다. 경상남도의 4건 중 3건은 대통령이 항만법 시행령 중 부산항의 위치 및 해상구역 부분을 개정한 행위가 경상남도의 자치권한을 침해하였음을 주요 골자로 하는 사건이었다(2005헌라9, 2007헌라1·2통합). 2010년 6월 24일 헌법재판소는 지정항만에 관한 사무는 국가사무로써 지방정부의 권한이 아니라고 하면서 경상남도의 심판청구를 각하하였다.

위 사건과 비슷한 사례로 경상남도는 중앙정부를 상대로 권한쟁의심판청구를 헌법재판소에 하였다(2006헌라1). 이 사건은 부산항의 일부 항만구역에 건설된 신항만의 명칭결정과 관련하여 해양수산부 장관이 부산광역시와 경상남도 일대에 건설되는 신항만의 명칭을 ‘신항’이라고 결정한 것이 경상남도과 진해시의 자치권한을 침해하였거나 침해할 가능성의 여부가 있는지를 묻는 청구였다.

헌법재판소는 지방자치법 제11조에 따라 지정항만에 관한 사무는 국가사무이므로 신항만의 공식명칭을 ‘신항만’이라고 결정한 것은 경상남도과 진해시의 자치권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 없다고 판결하였다. 끝으로 경상남도는 국토해양부의 4대강 사업에 대해 권한쟁의심판청구를 한 사례가 있다(2011헌라1). 부산지방국토관리청장은 김두관 경상남도지사가 4대강 사업을 반대하고, 낙동강 47공구의 발주를 보류하여 「낙동강 살리기 사업 대행공사 협약」을 해제한다는 통지를 하였다. 이에 김두관 경상남도지사는 대행계약을 해제하고, 낙동강 사업의 시행권을 회수한 행위는 헌법 제117조에 규정된 지방자치단체의 주민의 복리에 관한 사무를 처리할 권한을 침해했다며 권한쟁의심판을 청구하였다.

헌법재판소는 김두관 도지사의 권한쟁의심판청구에 대해 주민복리에 관한 ‘자치권한’이 침해될 가능성이 없음으로 청구를 변론 없이 각하하였다. 그러나 헌법재판소는 지방정부로서 낙동강 유역을 포함한 지역 전체에 걸쳐 경상남도 주민들이 쾌적한 환경에서 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 보호해 주어야 할 책무를 가지고 경제·문화·사회 등의 전반적인 생활영역에서 주민의 복리를 증진시키기 위한 사무를 처리할 ‘자치권한’을 갖는다는 것은 헌법과 법률에 따라 명백하다

고 명시하였다(2011헌라1). 이 판결은 헌법 제117조 제1조의 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리’한다는 모호한 자치권한을 헌법 해석으로 보다 구체화시켰다는데 의의가 있다.

경상남도가 중앙정부를 상대로 4차례나 권한쟁의심판청구를 한 것은 이례적인 것이다. 이례적인 것이라 하면 경상남도가 지방정부로서 2005년 이전에는 중앙정부를 상대로 권한쟁의심판청구를 아예 하지 못하였으며, 2005년 이후에 들어와 본격적으로 자치권한에 대해 중앙정부를 상대로 힘겨루기를 하였다는 점이다. 중앙정부와 지방정부는 헌법상 대립·예속관계가 아닌 대등한 협력관계에 있으며, 지방자치의 가치는 민주주의와 권력분립원리의 현대적 구현에 있는 것이기(조성규, 2005; 장장석, 2008; 문상덕, 2009) 때문에 입헌주의적 지방자치론의 관점에서 경상남도가 중앙정부를 상대로 자치 권리를 신장시키기 위해 노력한 점은 높이 평가할 만하다.

<표 2>에서 보는 것처럼 1991년부터 3월부터 1998년 6월까지 권한쟁의심판청구는 단 한 건도 없다가 1998년 6월 이후부터 권한쟁의심판청구가 나타나며, 경상남도의 경우 2005년 이후에 권한쟁의심판청구가 발생하게 되는데 이러한 현상에 대한 요인이 무엇인지를 규명하는 것은 향후 지방정부가 권한쟁의심판청구를 행하는데 많은 시사점을 제시할 수 있어 이에 대한 심층적인 연구가 기대된다고 하겠다.

경상남도의 경우 비록 4건의 사례가 헌법재판소에 의해 기각 또는 각하되었지만 경상남도가 자치권이 중앙정부에 의해 침해될 때(분석틀 ③), 권한쟁의심판으로 다룰 수 있는 권리행사(분석틀 ④)를 하였다는데 의의가 있다. 그러나 경상남도는 중앙정부의 자치권 침해에 대한 헌법상의 지방자치권의 구체적 내용과 법리적 해석에 심혈을 기울여야 하는 과제를 앓고 있다. 이런 문제점은 지방정부와 중앙정부의 행정소송 관련 대법원 판례를 분석한 선행연구(문상덕, 2008)에서도 제기된 바 있다.

V. 맺음말

우리나라 헌법은 제3공화국부터 제6공화국까지 전면 개정되었다. 그러나 지방자치 관련 조문은 헌법 부칙조항으로 지방자치를 유보하였던 군사독재시절의 헌법 조문을 한 자도 개정하지 않고, 현행 헌법에 그대로 적용되어 지방자치의 시대성과 지향성에 많은 문제점을 노출하고 있다. 이로 인해 헌법과 관련 법률상 지방자치의 제도적 보장이 미비하기 때문에 지방자치의 구체화와 제도화를 위해서 헌법을 지방자치와 지방분권에 걸맞게 개정해야 한다는 주장이 제기되고 있다(이기우, 2005; 김성호, 2007; 최봉기, 2011). 헌법에 지방정부와 지방의회에 대한 명시적 규정이 없으면 입법자의 정치적 이해관계에 의해 지방자치가 퇴행되었던 뼈아픈 현대사가 있었다.⁹⁾

그리하여 현행 헌법과 법률 체계에서 지방자치제도는 실패라는 평도 있다(김주영, 2010). 그러나 헌법에 명시적 규정이 없어도 지난 21년 동안 지방자치 관련 법률은 지방자치의 제도화를 위해 대폭 개정되어 왔다. 입헌주의적 지방자치론은 헌법에 지방자치에 관한 규정이 미비하거나 없음으로 인하여 지방자치의 발전에 문제가 있음을 인정하고, 헌법 해석을 통해 지방자치의 근거와 지방정부와 주민의 자율영역을 보호하며, 지방자치의 원리를 규범화하는 이론이다(헌법재판소, 2006; 선정원, 2007; 김배원, 2008; 문상덕, 2009). 입헌주의적 지방자치론을 활성화시키기 위한 수단인 상향식 소송을 통해 지방자치가 구체화, 체계화, 그리고 입법화되어 갈 수 있다.

본 연구는 입헌주의적 지방자치론의 활성화 과정을 적용하여 중앙정부, 지방정부, 주민, 그리고 헌법재판소의 상호관계가 자치제도의 확대와 관련 법률 개정에 미친 영향을 헌법소원과 권한쟁의심판청구 중 위헌판결을 중심으로 분석하였다. 본 연구의 다중심성 관계에 따른 내용분석은 지난 21년 동안 중앙정부와 지방정부 혹은 주민과 지방정부의 관계에서 발생하는 분쟁과 갈등에 대해 헌법재판소가

9) 2012년 6월 13일 입법자가 아님에도 불구하고 지방행정체제 개편위원회는 서울특별시와 광역시의 지방의회를 폐지한다는 것을 주요 골자로 '지방행정체제개편 기본계획'을 확정 발표하였다. 이는 헌법 제118조 ①항 "지방자치단체에는 의회를 둔다."는 조문을 위반하는 위헌적 발상이며, 우리의 지방자치 제도가 입법자와 행정 관료들에 의해 언제든지 왜곡·퇴행될 수 있는 대표적 예라고 할 수 있겠다.

지방자치권의 재해석으로 유의미한 판결을 내리고 있음 보여준다. 이런 과정은 입헌주의적 지방자치론의 활성화에 여러 시사점을 제시하고 있다.

첫째, 본 연구는 지방자치의 핵심 구성요소로서 주민과 지방정부가 자치권이 침해당했다고 판단할 때, 입헌주의적 지방자치론을 적용하여 상항식 소송을 통해 헌법재판소의 위헌판결을 이끌어내고, 지방자치제도의 확대에 기여할 수 있는 관련 법률의 개정과 헌법상 보장된 지방자치를 구체화시키고 있음을 확인하였다. 이는 지방자치의 제도적 보장론의 한계에 대한 대안으로써 제시되고 있는 입헌주의적 지방자치론이 부분적으로나마 실현되고 있음을 의미한다.

둘째, 헌법재판소는 지방자치제도의 목적, 자치단체장의 역할과 지위, 자치참여의 보장, 주민의 의사 반영, 평등선거권 등을 침해하는 관련 법률 조항에 대해 헌법의 평등권, 국민주권, 기본권 등을 적용하여 위헌판결을 함으로써 입헌주의적 지방자치론의 시각을 일부 보여주고 있다.

특히 지방자치제도가 ‘주민이 지방주민의 복리에 관한 사무, 재산관리에 관한 사무, 기타 법령이 정하는 사무를 주민들의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도다.’라고 명시한 위헌판결(2005헌마985.1037, 2006헌마11(병합))은 지방자치제도의 목적을 구체화한 사례라고 할 수 있다.

끝으로, 지방자치 부활이후 현재까지 지방정부가 중앙정부를 상대로 한 권한쟁의심판청구 수가 미약하지만, 2000년대 중반 이후부터 그 수가 증가하고 있다는 사실은 지방정부가 통치기구로서 법적·이론적으로 국가와 대등한 지위에서 협력관계에 있다(조성규, 2001: 427; 강장석, 2008; 문상덕, 2008)는 자각과 반성을 하고 있음을 보여준다고 하겠다.

그동안 지방정부는 중앙정부에 종속되어 지방자치권에 많은 제약을 당해왔었다. 지방정부의 권한쟁의심판청구의 증가는 지방정부가 중앙정부와의 종속관계에서 상호보완관계로 변화되는 인식의 전환을 하고 있음을 보여준다. 따라서 헌법재판소의 지방정부는 중앙정부와 대립·예속관계가 아닌 대등한 협력관계라는 판결(2006헌라6)은 지방정부가 헌법적 기관으로서 자율성과 자치권의 확대를 위해 보다 많은 노력을 기울여야 함을 시사한다.

본 연구는 또한 입헌주의적 지방자치론의 적용과 관련하여 한계와 향후 과제를 앓고 있다. 본 연구는 지방자치 관련 위헌 사례들만 분석하였다. 본 연구가 기각, 각하 등의 사례에 대해서도 내용분석을 하였으면 헌법상 보장된 자치권의 범위와 제한 정도를 구체적으로 밝히고, 입헌주의적 지방자치론을 더욱 체계화할 수 있었을 것이다. 이는 헌법재판소가 판단하는 헌법상의 지방자치 쟁점 사안 및 법률적 저해 요인을 파악함으로써 입헌주의적 지방자치론을 활성화시킬 수 있는 계기가 될 수 있다.

따라서 본 연구는 헌법재판소의 전반적인 지방자치에 대한 쟁점과 헌법해석의 방향성을 분석하는데 한계가 있다. 밑으로부터의 입헌주의적 지방자치론의 주요 행위자인 주민들과 지방정부가 자치제도를 발전시키고, 승소하기 위해서는 헌법 소원과 권한쟁의심판의 기각, 각하 또는 합헌 사례에 대한 심층적 분석 연구가 절실히 요구된다. 본 연구는 헌법이 자치입법권, 자치행정권, 자치재정권을 구체적으로 보장하지 않고, 관련 법률이 지방자치권을 제약하거나 침해할 때 지방정부와 주민들은 입헌주의적 지방자치론을 적극적으로 활용할 필요가 있다는 문제제기로 시작하였다. 결론적으로 본 연구는 지방자치 부활이후 21년 동안 헌법재판소의 위헌판결에 따라 지방자치 관련 법률이 개정되어 가는 과정에서 주민과 지방정부의 역할이 입헌주의적 지방자치론의 활성화에 기여할 수 있음을 시사한다.

■ 참고문헌

- 강경태. 2008. “부산광역시의회 사례에서 나타난 지방의회 입법기능 분석.” 《한국지방정치학회보》 2(2):43-65.
- 강장석. 2008. “한국 지방의회의 자율성 및 독립성 침해 요인: 지방자치법 제91조의 위헌성 및 월권적 자치법규 검토.” 《한국지방정치학회보》 30(4):47-66.
- 강동식·강영훈·강만일. 2008. “제주특별자치도 의회의 조례제정 한계와 대응방안.” 《정부학연구》 14(3):103-137.
- 김귀영. 2011. “지방의회 연구경향과 향후 연구의제에 관한 고찰.” 《한국행정학보》 45(2):83-114.
- 김배원. 2008. “헌법적 관점에서의 지방자치의 본질.” 《공법학연구》 9(1):119-247.
- 김병준. 2010. 《지방자치론》. 서울:법문사.

- 김명연. 2004. “지방자치행정권의 사법적 보호의 보장에 관한 연구.” 《법학논총》 17: 297-335.
- 김상태. 2008. “국가와 지방자치단체간 새로운 분쟁해결제도의 도입방안에 관한 연구.” 《공법학연구》 9(3):529-549.
- 김성수·강승식. 2005. “미국입헌주의에 관한 연구.” 《미국헌법연구》 16(2):101-129
- 김성호. 2007. “국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구: 경기도를 중심으로.” 《한국지방자치학회보》 19(4):113~135.
- 김주영. 2010. “한국지방자치제도의 입법사적 고찰: 「헌법」과 「지방자치법」을 중심으로.” 《공법학연구》 11(1):89-114.
- 김찬동. 2010. “지방의회의 위상분석: 조례분석을 중심으로.” 《서울행정학회 춘계학술대회 발표논문집》 735-750.
- 김철수. 2000. 《헌법학개론》. 서울:박영사.
- 김해룡. 2004. “지방자치권의 내용과 그 보장을 위한 법적 과제.” 《공법연구》 33(1):67-101.
- 문상덕. 2009. “지방자치제도의 활성화와 행정소송: 지방자치 관련 대법원판례 검토를 중심으로.” 《행정법연구》 25: 72-105.
- 박응격. 2009. 《지방행정 거버넌스》. 경기:인간사랑.
- 박정훈. 2007. 《행정법의 체계와 방법론》. 서울:박영사.
- 선정원. 2007. “입헌주의적 지방자치와 조직고권.” 《지방자치법연구》 7(2):319-341.
- 안성호. 1995. 《한국지방자치론》. 서울:대영문화사.
- 오동석. 2000. “지방자치의 제도적 보장론 비판.” 《공법연구》 29(1):219-234.
- 유은정. 2010. “미국의 연방주의와 지방자치제도: 우리나라 지방자치 및 지방분권이행 과정에의 시사점.” 《공법학연구》 11(3):235-271.
- 이기우. 2005. “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정.” 《한국지방자치학회보》 17(4):5-25.
- 이기우. 2008. “조례활성화를 위한 지방의회의 역할강화.” 《지방자치법연구》 8(4):123-139.
- 이기우·하승수. 2007. 《지방자치법》. 서울:대영문화사.
- 이달곤·하혜수·정정화·전주상·김철희. 2012. 《지방자치론》. 서울:박영사.
- 이명석. 2006. “거버넌스 이론의 모색: 민주행정이론의 재조명.” 《국정관리연구》 1(1):36-63.

- 이병렬·박기관. 2002. “한국 지방자치학 분야의 연구경향 분석: 「한국지방자치학회보」 기고논문(1989-2001)의 내용분석을 중심으로.” 《한국지방자치학회보》 14(1):23-41.
- 이승중. 2002. “한국지방자치의 평가: 제도의 집행측면을 중심으로.” 《한국지방자치학회보》 14(1):5-22.
- 이시원·민병익. 2007. “지방정부의 정책결정 소요시간 분석.” 《지방정부연구》 11(2):73-90.
- 이원. 2007. “지방자치단체의 자치입법권의 한계: 일본의 학설과 판례를 중심으로.” 《법제논단》 9:8-48.
- 임승빈. 2010. 《지방자치론》. 서울:법문사
- 정일섭. 2008. “지방자치와 관련된 용어에 대한 연구.” 《정책과학학회보》 4(2):140-153.
- 정일섭. 2010. 《지방자치의 이해》. 서울:대영문화사.
- 정종섭. 2006. 《헌법학원론》. 서울:박영사.
- 조성규. 2001. “지방자치제의 헌법적 보장의 의미.” 《공법연구》 30(2):409-428.
- 조성규. 2005. “지방자치의 보장과 헌법개정.” 《공법연구》 34(1):111-147.
- 천병태·김민훈. 2005. 《지방자치법》. 서울:삼영사.
- 최봉기. 2002. 《한국지방자치의 발전전략: 세계화 시대 국가경쟁력 제고를 위한》. 대구: 계명대학교출판부.
- 최봉기. 2011. “한국지방자치 20년의 회고와 지방자치 선진화 과제.” 《한국지방자치학회보》 23(3):5-37.
- 최봉석. 2007. 《지방자치의 기본법리》. 서울:한국법제연구원.
- 최상한. 2010. “SSCI 학술지에 게재된 한국행정학 연구자들의 논문경향: 최근 10년(2000-2009)간의 지적긴장과 지적편중.” 《한국사회와 행정연구》 21(2):89-116.
- 최진혁. 2011. “지방분권(개혁)을 위한 헌법개정에 관한 연구: 프랑스 사례를 중심으로.” 《한국지방자치학회보》 20(2):77-101.
- 최호택·정석환. 2011. “한국지방자치 연구경향분석: 한국지방자치학회보 등재논문(2002-2010년)의 연구주제 방향성을 중심으로.” 《한국지방자치학회보》 23(4):5-22.
- 하세현. 2005. “지방의회의 입법기능 발휘와 그 확충방안.” 《한국정당학회보》 4(2):307-329.
- 허영. 2006. 《한국헌법론》. 서울:박영사.

- 헌법재판소. 2006. 《지방 자치의 헌법적 보장: 지방자치와 입법권의 한계》.
- Andersson, K. P. & Ostrom E. 2008. "Analyzing Decentralized Resource Regimes from a Polycentric Perspective." *Policy Sciences* 41:71-93.
- Barron, D. J. 2001. "A Localist Critique of the New Federalism." *Duke Law Journal* 51(1):377-433.
- Barron, D. J. 2006. "Why (and When) Cities Have a Stake in Enforcing the Constitution." *The Yale Law Journal* 115:2218-2253.
- Jaegal, D. & Cayer, N. J. 1991. "Public Personnel Administration by Lawsuit: The Impact of Supreme Court Decisions on Public Employee Litigiousness." *Public Administration Review* 51(3):211-221.
- Schragger, R. C. 2005. "Cities as Constitutional Actors: The Case of Same-Sex Marriage." *Virginia Journal of Law and Politics* 147(1):147-185.
- Sullivan, J. 2003. "The Tenth Amendment and Local Government." *The Yale Law Journal* 112:1935-1942.